

جامعة مولاي طاهر _ سعيدة-

كلية الحقوق و العلوم السياسية

قسم قانون خاص

أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم تخصص قانون

القواعد الاجرائية للإثبات و التنفيذ في دعوى شؤون الاسرة

من إعداد الطالبة: **بن حليمة يمينة**
تحت إشراف الأستاذ: **الاستاذ: عليان بوزيان**
لجنة المناقشة

أ-لريد محمد احمد	استاذ التعليم العالي	جامعة سعيدة	رئيسا
أ-عليان بوزيان	استاذ التعليم العالي	جامعة تيارت	مشرفا و مقررا
أ-عثماني عبد الرحمان	استاذ التعليم العالي	جامعة سعيدة	مناقشا
أ-طيطوس فتحي	استاذ التعليم العالي	جامعة سعيدة	مناقشا
أ-شامي أحمد	استاذ التعليم العالي	جامعة تيارت	مناقشا
أ-صالح بوغرارة	استاذ التعليم العالي	جامعة تيارت	مناقشا

السنة الجامعية:

2025-2024



شكر و عرفان

شكرا لله على توفيقه و إحسانه و حمدا له على فضله و امتنانه على كل النعم الظاهرة و الباطنة الذي وفقنا لإتمام هذا العمل.

يسرني أن نتوجه بالشكر و التقدير و العرفان إلى الأستاذ الفاضل عليان بوزيان المشرف على هذا العمل لما قدمه لي من نصائح و إرشادات خلال إعداد هذه الأطروحة.

كما أتقدم بشكرنا المسبق لأعضاء اللجنة المناقشة على قبولهم مناقشة هذه المذكرة.

إلى جميع هؤلاء نقول لهم شكرا.

يعتبر القانون المدني من أهم القوانين بالنسبة للقانون الخاص فهو مجموع القواعد القانونية التي تنظم علاقات الفرد بأسرته و يطلق عليها بقواعد الأحوال الشخصية. و قد خصص لها المشرع تقنيا مستقلا و كذا تنظم المعاملات المالية و يطلق عليها بالأحوال العينية فهي تتضمن القواعد الخاصة بتعريف المال، تحديد أنواعه، القواعد الخاصة بالالتزامات، الحقوق الشخصية، أركان العقود المختلفة من بيع و إيجار و وكالة وكفالة وتأمين ووديعة و مقاوله وشركة، والقواعد الخاصة بالحقوق العينية الأصلية أي الحقوق المتصلة بشيء معين بذاته كحق الملكية وحق الانتفاع، والحقوق العينية التبعية كحق الرهن الرسمي أو الرهن الحيازي وهي حقوق عينية لا تقوم بصورة مستقلة، بل هي مرتبطة بحق شخصي و تابعة له تتمثل في حق الدائنية وتعد ضمانا لاستيفاء هذا الحق، و هي مقررة للوفاء بدين، كما يتناول القواعد المتعلقة بأنواع المسؤولية المدنية و وسائل الوفاء بالالتزام.

ما تجدر الإشارة إليه أن قواعد تقنين الأحوال الشخصية كانت مدرجة ضمن قواعد القانون المدني في المجموعة الأولى من القواعد الخاصة، و يقصد بها الأوضاع و العلاقات التي تكون بين الفرد و أسرته، وما يترتب عنها من آثار قانونية و التزامات معنوية أو مادية كعلاقة الزوج بزوجه وعلاقة الأبناء بالوالدين وعلاقات الأقارب و الحواشي وكافة التصرفات التي يقوم بها الفرد من خطبة و زواج و طلاق و هبة و تنزيل و وصية و ميراث... لم يعرف الفقه الإسلامي هذه التسمية إلا حديثا، حيث اطلق الفقهاء هذا الاسم على نظام الأسرة و أحكامها الحقوقية في مقابلة الأحوال المدنية التي تحكم علاقة الإنسان بأفراد المجتمع خارج حدود أسرته و لم يستعمل الفقهاء هذا الاصطلاح المستمد في حقيقته من الأنظمة الغربية بل كانوا يبحثون في أحكام الأسرة و معلقاتها موزعين أبواب الفقه المختلفة من زواج و مهر و نفقة و طلاق و نسب و حجر و وصية و ميراث و غيرها من المسائل المرتبطة بالأسرة على الخصوص.

ونجد أن المشرع الجزائري فضل استعمال مصطلح قانون الأسرة على قانون الأحوال الشخصية، رغم أن الأحكام الواردة في هذا القانون ليست مقصورة على الأسرة بل شملت حالة الشخص وترشيده و أحكام المفقود والغائب و الحجر و الوصية والتقديم و الكفالة و الهبة و الوقف، و هي قواعد خاصة بالشخص كفرد لا كعضو في أسرته، وهي أكثر ارتباطا بالأحوال الشخصية منها بالأسرة، كالقواعد الخاصة بالأهلية لاكتساب الحقوق والتحمل بالواجبات والقيام بالأعمال القانونية المختلفة، والقواعد الخاصة بالزواج والطلاق و النسب و النفقة والميراث وغيرها، وهي التي يسميها المشرع الجزائري بقانون الأسرة أو قانون شؤون الأسرة أو حسب ما هو متعامل به في القضاء، والذي لم يستقر على قواعد معينة، بل عرف عدة تعديلات.

و تبرز دور النظرية العامة للإثبات من خلال تناول المشرع مسائل الأحوال الشخصية وبوجه خاص مسائل الحالة و الأهلية التي تتعلق أساسا بعلاقات الأسرة، فخصها بقواعد أمرة لا يجوز الاتفاق على خلافها باعتبارها من مقومات النظام العام في المجتمعات المعاصرة، ذلك أن المشرع حرص كل الحرص على حماية هذه المقومات وان لا يترك لهوى الأفراد و إنما تصدى لتنظيمها بقواعد أمرة، من هذه القواعد نذكر منها:

1 - القاعدة القانونية التي تقرر الزام الزوج المطلق بتوفير مسكن لمطلقاته الحاضنة أو الزامه بدفع بدل الإيجار في حالة تعذر ذلك.

1. - القاعدة القانونية التي تقرر صحة الزواج باقتران الفاتحة بالخطبة في مجلس العقد متى توافر ركن الرضا و شروط الزواج.
2. - القاعدة التي تقرر تحديد سن الزواج بالنسبة للرجل والمرأة بتسعة عشر سنة كاملة.

كما أن النظرية العامة للإثبات تعتبر قاعدة قانونية التي تقرر وجوب إحضار شهادة طبية من قبل كل شخص طالب الزواج تثبت خضوعه للفحوصات الطبية، كما تعتمد إلى تقرير امتناع تسليم شهادة طبية اذا لم تكن مبنية على نتائج فحص عيادي شامل وشامل وتحليل لفصيلة الدم، كما تقرر منع الموثق أو ضابط الحالة المدنية تحرير عقد زواج اذا لم يقدم طالبا الزواج شهادة الفحوص الطبية، هذا من جهة و من جهة ثانية فان النظرية العامة للإثبات تقرر وجوب تثبيت الطلاق بحكم قضائي بعد إجراء محاولات الصلح في مدة لا تتجاوز ثلاثة اشهر، كما تقرر جواز طلب الزوجة الخلع عن زوجها مقابل مالا يحدده القاضي ولا يشترط موافقته بإضافة إلى ترتيب أصحاب الحق في حضانة الأبناء بعد فك الرابطة الزوجية.

لتدعيم الصفة الأمرة لبعض قواعد الأحوال الشخصية في اطار النظرية العامة للإثبات فإن الصياغة اشتملت على عبارات خاصة مثل: " يجب "، " لا يجوز "، " يبطل "، " يفسخ " نذكر منها:

إن النظرية العامة تقرر وجوب ترخيص القاضي في إعادة الزواج تحت طائلة الفسخ إذا كان قبل الدخول، وكذا تقرر عدم جواز إجبار ولي القاصرة على الزواج بدون موافقتها، كما تقرر بطلان الزواج إذا اشتمل على مانع يحول دون إبرام عقد زواج صحيح و هو ما يدخل اختصاص موضوعنا و هذا ما جعلنا نحتكم متى يتم اللجوء الى النظرية العامة و أن نحتكم بها في حدود القواعد الأمرة والمكملة، أما بالنسبة للقواعد ملزمة فهي متساوية من حيث الإلزام بمضمونه و العلم به، كما يجدر الإشارة إلى أن إلغاء القانون يؤدي إلى تجريد قواعده من قوتها الملزمة بقواعد قانونية من نفس المرتبة أو أقوى منها، وفقا لتدرج المصادر الرسمية للقانون، بحيث تعد القواعد الناشئة عن المصدر الرسمي الأصلي أسمى مرتبة من القواعد الناشئة عن المصادر الرسمية الاحتياطية والقواعد التي تنتمي إلى التشريع باعتباره

مصدرا رسميا أصليا، فتتحدد مرتبتها فيما بينها وفقا لتدرج القواعد التشريعية من التشريع الأساسي إلى التشريع العادي و التشريع الفرعي ويترتب على ذلك النتائج الآتية:

_ تلغى قاعدة عرفية بقاعدة عرفية لاحقة تنشأ مخالفة لها.

- تلغى قاعدة عرفية بقاعدة تشريعية.
- تلغى قاعدة تشريعية بقاعدة تشريعية لاحقة، وهو ما قرره المشرع في التقنين المدني، ويترتب عن ذلك:

- تلغى قاعدة تشريعية عادية بقاعدة تشريعية أساسية.
- تلغى قاعدة تشريعية عادية بقاعدة تشريعية عادية.
- تلغى قاعدة تشريعية فرعية بقاعدة تشريعية عادية.

أما في بعض التشريعات الأخرى كالتشريع الألماني يحظى العرف بمكانة تاريخية ويحتل مركزا مساويا للتشريع، فأجيز للعرف إلغاء التشريع أو تعديله، وهذا على خلاف التشريعات اللاتينية، حيث أن العرف لا يلغي التشريع، ويترتب عن ذلك نتيجة أخرى وهي أن التشريع لا يسقط بعدم الاستعمال لأنه مدون ومقنن على خلاف العرف.

و بشكل عام فإن الإثبات في المنازعات الأسرية يخضع لنفس المفهوم المعروف في النظرية العامة للإثبات المدني أو الجزائي، فبغض النظر عن نوعية و طبيعة المنازعة المتعلقة بهذا الإثبات، فهو ينصب على الوقائع المادية أو التصرفات القانونية المتعلقة بهذه المنازعات.

تتجلى أهمية الموضوع كون أن القاعدة المعمول بها هي لا يجوز للمرء أن يقتضي لنفسه حقه بنفسه كان من اللازم على الدولة خلق جهاز القضاء الذي يفصل في النزاعات القائمة بين الناس بموجب أحكام و قرارات و أوامر، لكن تطبيق القاعدة القانونية المشار إليها أعلاه لا يتوقف عند هذا الحد بل يجب تطبيق ما يصدره جهاز القضاء في الواقع أي تنفيذه و لا يكون ذلك إلا وفق الأحكام التي حددها المشرع، ومن هنا تظهر أهمية التنفيذ و وجوب احترام إجراءاته و لكن نجد في الواقع أن النزاع القائم بين الأفراد يمتدحتى إلى مرحلة التنفيذ و لا يتوقف كما هو مفترض عند الفصل فيه بموجب حكم نهائي حائز لقوة الشيء المقضي فيه، وهنا يظهر ما يعرف بمنازعات التنفيذ التي يعرفها الفقه بأنها ادعاءات أمام القضاء تتعلق بالتنفيذ إجراءاته حيث لو صحت لأثرت فيه.

و بالتالي فإن الأحكام الصادرة في إشكالات التنفيذ هي أحكام وقتية يمكن عدم الأخذ بها عند النظر في الموضوع المؤسس عليه الإشكال، إلا أن لها أهمية بالغة تكمن في أن هذه الإشكالات يترتب عليها حكم قد يصبح التنفيذ فيه جائزا أو غير جائز، صحيحا أو باطلا، و يبيدها أحد أطراف التنفيذ في مواجهة الآخر أو يبيدها الغير في مواجهتهما.

كما أن هناك شروط يجب توافرها حتى يكون الإشكال في التنفيذ مقبولا، هذه الشروط تتراوح بين شروط عامة لقبول أي طلب قضائي، و مجموعة شروط خاصة يجب مراعاتها حتى يقبل الإشكال، كما أن الإشكالات التنفيذية الموضوعية تقوم على أسباب موضوعية كالتقادم، الإبراء و المقاصة و أسباب أخرى منها القانونية و القضائية تأخذ نفس حكم الأسباب الموضوعية.

الأصل في التقاضي المعمول به أنه لا يجوز خضع إجراءات إشكالات التنفيذ الموضوعية لنفس أحكام القضاء المستعجل التي نظمها المشرع في المواد من : 29 إلى 305 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري.

إلا أنه بالرجوع إلى هذه المواد نجد أنها لم تبين ما نوع القضاء المستعجل الذي يختص بإشكالات التنفيذ الموضوعية هل هو الاستعجال العادي أم الاستعجال من ساعة لساعة، كذلك نص في المادة 631 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية على المحضر الذي يحرره المحضر القضائي عندما يطرأ إشكال من الإشكالات على التنفيذ الذي يباشره لكنه لم يبين ما حكمه في دعوى الإشكال أهو شرط قبول يترتب على عدم توافره أم على عدم قبول الدعوى أم أنه وسيلة إثبات لوجود الإشكال المدعى به، أم أنه من الإجراءات التي تلزم المحضر فقط دون الأطراف في دعوى الإشكال.¹

كما تستهدف الدراسة مواجهة القضايا المتلاحقة على القضاء الأسري في مجالي الإثبات و التنفيذ و قصد إيجاد آلية قانونية فعالة مكملة لآليات الموجودة في المادة المدنية بأقل جهد وأقصر تكلفة وبأقصى فاعلية في ضمان السير الحسن لمرفق القضاء الأسري بحكم طبيعته الإصلاحية و التأهيلية الخاصة حفاظا على كيان الأسرة وهو ما يستدعي تفعيل نظام الوساطة كآلية إجرائية مستحدثة تبني سياسة إجرائية تقوم على المصالحة بين طرفي عقد الزواج عندما تتعرض الأسرة إلى ما يهدد كيانها ويعرضها للخطر.

الدراسات السابقة:

لما كان التراكم المعرفي من أبرز خصائص العلم، بمعنى أن المعرفة العلمية اللاحقة تتركز على المعرفة السابقة، بحيث كانت الدراسات السابقة في الدراسات الأكاديمية من النقاط المهمة في أي بحث حيث أنها خبرة سابقة تتوفر على الحد الأدنى من شروط البحث.

وقد وضعت الدراسة ما سبقها من البحوث والدراسات موضع التقدير والاهتمام حيث تم تضمين الطرح العلمي للعديد من الباحثين، كما تم الاستفادة منها حيث خصصنا معالجتنا بذلك الدراسات التي قدمت نقاشا علميا و نقديا بحيث نجد أطروحة الدكتوراه لبراهيمي صالح

¹ أسود ياسين، إجراءات إشكالات التنفيذ الموضوعية و الحكم فيها، مجلة القانون و التنمية، جامعة طاهري محمد بشار، الجزائر، العدد 2019، ط 3 جوان 2020، ص ص35، 48.

المعنونة بالاثبات بشهادة الشهود في القانون الجزائري - دراسة مقارنة في المواد المدنية و الجنائية" فقد عالجت هاته الاطروحة بأن كل شخص يدعي حقا أمام القضاء، يقع عليه عبء الاثبات الواقعة القانونية مصدر للحق، وكل من تمسك بدفع من الدفوع القضائية ملزم ايضا باقامة الدليل على تأسيسه و تعتبر شهادة الشهود دليلا من أدلة الاثبات المكرسة في كل التشريعات.

كما تلعب شهادة الشهود دورا هاما في إثبات المعاملات المدنية بين الأشخاص، ويكون دورها أساسيا في إثبات وقوع الجرائم إذا كان الإثبات مقيد في المسائل المدنية، فهو حر في المواد الجزائية.

إذا كانت إجراءات الإثبات بشهادة الشهود لا تثير إشكالات كبيرة، فإن المسألة الحساسة و السؤال الذي يتبادر الى ذهن القاضي عند سماعه للشاهد هو مدى صدق شهادته، لاسيما ان تعتمد الشاهد تحريف الحقيقة التي يشهد عليها يكون بذلك قد ارتكب جريمة شهادة الزور.

و اذا كانت بعض التشريعات قد وضعت قانونا للإثبات مثل المشرع المصري، فإن المشرع الجزائري لم يول لهذه المسألة أهمية كبيرة بالرغم من تعديل القانون المدني سنة 2005 و اصدار قانون الاجراءات المدنية لسنة 2008 الذي عدل هو الآخر لسنة 2022 المتضمن قانون الاجراءات المدنية و الادارية¹.

كما نجد ايضا دراسة للدكتورة كشباط حنان تكمن موضوع الأطروحة في إبراز أهم الإشكالات التي يثيرها تنفيذ هذه الأحكام واقعا قبل و بعد فك الرابطة الزوجية، وإجراءات تسوية النزاعات المترتبة عنها عن طريق القضاء و إن موضوع إشكالات تنفيذ الأحكام القضائية في شؤون الأسرة يهدف بطبيعة الحال إلى تعريف بإشكالات تنفيذ الأحكام في مجال شؤون الاسرة وما يميزها عن غيرها من الإشكالات و بيان مميزات تنفيذ الأحكام في مجال شؤون الاسرة و بيان صور الإشكالات تنفيذ الأحكام في مجال شؤون الأسرة و أسبابها².

و من هنا نطرح الاشكالية بحيث نجد أن المشرع الجزائري قد استحدث الأمر **02/05** المتضمن تعديل قانون الأسرة الجزائري من خلال المادة 3 مكرر مركزا قانونيا طرح النظرية العامة، وذلك باعتبارها أصلا لتطبيق قضاء الأحوال الشخصية في كل الدعاوى الرامية إلى تطبيق نصوص هذا القانون؛ ومن هنا نطرح الاشكالية الرئيسية:

¹ - براهيم صالح، الاثبات بشهادة الشهود في القانون الجزائري، دراسة مقارنة في المواد المدنية و الجنائية، اطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم، تخصص القانون، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، كلية الحقوق، 2012.

² - كشباط حنان، إشكالات تنفيذ الأحكام القضائية في شؤون الأسرة، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه، الطور الثالث في القانون الخاص، فرع قانون الاسرة، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 02، 2019-2020.

هل وفق المشرع الجزائري في تنظيم وسائل الإثبات وطرق التنفيذ لكي تتناسب مع طبيعة وخصوصية المنازعات الأسرية؟

و بتعبير آخر هل تكفي وسائل الإثبات و طرق التنفيذ المعروفة في النظرية العامة للقانون المدني كوسائل إثبات في المنازعات الأسرية أم لا بد من مراعاة خصوصية هذه الأخيرة؟

و للإجابة على هاته الإشكالية تم الاعتماد على المنهج التحليلي و ذلك باستقراء و تحليل النصوص القانونية بحيث قسمنا موضوع بحثنا إلى البابين حيث خصصنا في الباب الأول لدراسة إجراءات إثبات وتنفيذ الأحكام القضائية في مجال شؤون الأسرة و الذي بدوره قسمناه إلى فصلين ففي الفصل الأول خصص لدراسة اجراءات الإثبات الأسري في مجال شؤون الأسرة أما الفصل الثاني لدراسة اجراءات التنفيذ الأحكام في مجال شؤون الأسرة في حين خصص الباب الثاني لدراسة خصوصية الإثبات الأسري و إشكالات التنفيذ في دعاوى شؤون الأسرة و خصص الفصل الأول لدراسة خصوصية طرق الإثبات في شؤون الأسرة أما الفصل الثاني لدراسة إشكالات تنفيذ الأحكام القضائية في المادة الأسرية.

الباب الأول:

إجراءات الإثبات و تنفيذ الأحكام القضائية في
مجال شؤون الأسرة

تمهيد

لقد اهتمت مختلف التشريعات بتنظيم أحكام الإثبات كونها من أهم النظريات القانونية و الأكثر عملا في الواقع ولها ارتباط وثيق بقاعدة أن الإنسان لا يستطيع أن يقضي حقه بنفسه بل باللجوء إلى القضاء، فأصبحت أي دعوى قضائية تعرض على القضاء للفصل فيها إلا وطرحت مسألة إثبات مصدر الحق المتنازع فيه.

كما نظمت مختلف الشرائع القانونية حقوق الأفراد وطريقة حمايتهم وإثباتها وذلك بتبني نظام الإثبات الذي يحتل أهمية بالغة في المواد المدنية والأسرية، وهذا الحق يكون عديم القيمة إذا عجز صاحبه عن إثبات وجوده، بحيث يتجرد من قيمته ما لم يقدّم الدليل على الحادث المبدئ له، و فرضا أن يثبت صحة ما يدعيه وفي هذا الصدد ما نصت عليه المادة 323 من القانون المدني الجزائري الصادر بموجب الأمر رقم 75 - 58: "على الدائن إثبات الالتزام وعلى المدين إثبات التخلص منه"¹.

و التنفيذ حق اجرائي مقرر لحماية الحق الموضوعي المستفيد من سند تنفيذي مهور بالصيغة التنفيذية بموجب أحكام المادة 601 من ق ا م².

ولا يختلف التنفيذ في مجال شؤون الأسرة عن المجالات الأخرى، فلا يجوز للتنفيذ إلا بسند تنفيذي مهور بالصيغة التنفيذية عملا بمقتضى المادتين 600 و 601 من ق ا م³، الأصل في تنفيذ الأحكام القضائية أن يكون اختياريا بإرادة المحكوم عليه، فإن رفض وجب التدخل السلطة العمومية لتنفيذها جبرا، ولا يختلف الأمر بالنسبة للسند التنفيذي الوطني أو السند التنفيذي الأجنبي متى استوفى الشروط المنصوص عليها في المادة 605 من ق ا م⁴.

و عليه في هذا الباب سنتطرق لدراسة إجراءات الإثبات الأسري في مجال شؤون الأسرة في الفصل الأول أما الفصل الثاني فخصص لدراسة إجراءات التنفيذ في الأحكام القضائية في مجال شؤون الأسرة.

¹ - أمر رقم 75-58 مؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق لـ: 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني، ج ر العدد 78 المؤرخ في 1975 المعدل و المتمم بالقانون رقم 07-05 المؤرخ في 25 ربيع الثاني 1428 الموافق لـ 13 مايو 2007، العدد 31، ص 03.

² - قانون رقم 08-09 المؤرخ في 18 صفر 1429 ل 25 فبراير 2008 المتضمن ق ا م ا المعدل و المتمم. بالقانون رقم 22-13 المؤرخ في 13 ذي الحجة عام 1443 الموافق لـ 12 يوليو 2022، المؤرخ في 17 يوليو 2022، العدد 48، ص 03.

³ - ينظر نص المادتين 600 و 601 من ق ا م ا.

⁴ - ينظر نص المادة 605 من ق ا م ا المعدل و المتمم

الفصل الأول:

إجراءات الإثبات الأسري في مجال شؤون الأسرة

تمهيد

للإثبات أهمية كبيرة عند ممارسة الحقوق فالحق الذي لا يمكن إثباته لا يمكن حمايته من طرف السلطة العامة، كما أن لقواعد الإثبات صلة بالمصالح الخاصة أكثر من المصالح العامة لذا فهي ليست من النظام العام، ويتضمن القانون الجزائي قواعد يقوم عليها نظام مبدأ شرعية الإثبات.

بحيث نظمت مختلف التشريعات القانونية حقوق الأفراد و طريقة حمايتها و إثباتها، وذلك بتبني نظام الإثبات الذي يحتل أهمية بالغة في المواد المدنية و الأسرية من الناحية العلمية.

وهذا الحق يكون عديم القيمة إذا عجز صاحبه عن إثبات وجوده، بحيث يتجرد من قيمته ما لم يقدّم الدليل على الحادث المبدئ¹، فالدليل هو قوام حياة الحق.

و قد أثرت في هذا المعنى أقوال مشهورة منها " ما لا دليل عليه هو والعدم سواء"، وقد عبر الفقيه الألماني (إهرنج) عن هذا المضمون بعبارته الشهيرة (أن الدليل هو فدية الحق).

و يختلف مدلول مصطلح الإثبات لغة بحسب موقع الهمزة، حيث أن الإثبات بهمزة القطع مصدر من الفعل أثبت و يقال أثبت حجته أي أقامها و بينها، أما الإثبات بهمزة الوصل فهو مشتق من الفعل ثبت أي دام واستقر مكانه وفي ذلك المعنى ورد قوله تعالى: "وَكُلًّا نَقُصُّ عَلَيْكَ مِنْ أَنْبَاءِ الرُّسُلِ مَا نُثَبِّتُ بِهِ فُؤَادَكَ وَجَاءَ كَفَيْهِمْ هَذَا الْحَقُّ وَمَوْعِظَةٌ وَذِكْرٌ لِلْمُؤْمِنِينَ"². أي ثبت فؤادك³.

¹ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام الإثبات- آثار الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ط 1968، ص 20.

² سورة هود، الآية: 120.

³ زروق يوسف، حجية وسائل الإثبات الحديثة، دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة تلمسان، ط 2012/ 2013، ص 4.

أما الإثبات في معناه القانوني فالمشروع الجزائري لم يعرفه بنص خاص مكتفيا – كعادته – بعدم الخوض في التعاريف و الحدود تاركاً ذلك للفقهاء و القضاء.

و عرفه الدكتور سمير السيد تناعو بأنه " إقامة الدليل أمام القضاء بطريقة من طرق الإقناع التي يحددها وينظمها القانون على صحة واقعة متنازع فيها بقصد الوصول إلى النتائج التي تترتب على صحة الواقعة المذكورة¹.

و هناك من عرفه على أنه " تأكيد حق فيه له أثر قانوني بالدليل الذي أباحه القانون لإثبات ذلك الحق"².

يظهر من هذه التعاريف أنه لا اختلاف في تعريف الإثباتات بمعناه العام.

ومن الإثبات المقصود ومحل الدراسة هو الإثبات القانوني وهو بذلك يختلف عن الإثبات العام الذي لا يكون أمام القضاء كإثبات التاريخي و الإثبات العلمي و الذي يتم من قبل الباحثين في مجالات العلوم المختلفة ويتحقق بأي وسيلة يمكن أن تؤدي إلى إثبات الدليل على صحة النتائج المتوصل إليها، ومن الإثبات بمعناه القانوني هو: " تقديم الدليل أمام القاضي بالطرق القانونية الجائزة على وجود واقعة قانونية متنازع فيها بين الخصوم"³.

و عليه في هذا الفصل قسمناه الى مبحثين سنتناول في المبحث الأول: وسائل الإثبات في قضايا شؤون الأسرة أما المبحث الثاني فخصصناه لدراسة استقلالية قواعد الإثبات في قضايا شؤون الأسرة.

المبحث الأول: وسائل الإثبات في قضايا شؤون الأسرة

من القضايا المهمة في حياة الإنسان واستقامة المجتمعات، القضايا المتعلقة بشؤون الأسرة، التي اعتبرها الإسلام عماد المجتمع ووضع لها قوانين وتشريعات حتى تسير على أكمل وجه، فقد اجتهد الفقهاء المسلمين وكذا القوانين الوضعية من بينها القانون الجزائري الذي حاولوا زال يحاول تحديث قانون الأسرة ليتماشى مع باقي التشريعات الإسلامية والعربية، حيثوضع الفقه الإسلامي آليات الإثبات والتنفيذ والتي وضع فيها كل ما يتعلق بأحكام الشؤون الأسرية، والتي حاول أيضا فيها المشروع الجزائري بالاعتماد على النصوص الشرعية في قانون الأسرة لاستنباط مثل هذه الأحكام التي تقوم على إثبات أحكام الأسرة.

¹ سمير عبد السيد تناعو، أحكام الالتزام و الإثبات، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، مصر، ط (1) 2009، ص 9.
² مصطفى مجدي هرجة، قانون الإثبات في المواد المدنية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ط (2) 1994، ص 14.
³ حاشي محمد أمين نظام الإثبات في المواد المدنية و التجارية (دراسة في المفهوم و المبادئ)، مجلة التراث، المجلد 13، العدد 1، مارس 2023، ص 43.

فإثبات النسب هو القرابة الناشئة عن صلة بالتناسل، بحيث أن ثبوت الأبوة معناها نسب الولد إلى والديه وهو حق يصون الصغير من الضياع، ويشد أزره، ويثبت ثقته في نفسه، وعليه تقوم حقوق أخرى للصغير كحقه في الرعاية والعناية والإنفاق والرضاعة والحضانة والميراث، ولهذا نهى الإسلام الآباء عن إنكار نسب أولادهم، ولأجل هذه الأهمية حاولت الشريعة الإسلامية الحفاظ على الأنساب من أن تتعرض للخداع والتلف والزيغ، ولم تترك أمر إثبات النسب أو نفيه من الأمور الشخصية التي يمكن التلاعب بها، فقد حرص فقهاء المسلمين عناية كبيرة على عدم ضياع الأولاد، ضياع أنسابهم والتي تؤدي بهم إلى التشرذم وانتشار الفساد الاجتماعي، كما نجد أن المشرع الجزائري قد نص على قواعد وقوانين لحماية الشؤون الأسرية وقد اعتمد لتنظيمها على النصوص التشريعية، لأن الفقهاء الإسلاميين يستنبطون أحكامهم وقواعدهم من القرآن الكريم والسنة النبوية، وهذا الأنسب لبناء أسرة تكون متكاملة، وذلك لضمان أهم المبادئ التي من شأنها أن تحمي حقوق الزوجين وكذا حقوق الأطفال ورعايتهم وذلك قبل وبعد الرابطة الزوجية وهذا ما سنبينه من خلال المطالب التالية:

المطلب الأول: وسائل إثبات ونفي النسب في الفقه الاسلامي

لقد يسرت الشريعة الإسلامية سبل إثبات النسب¹. ولقد حرص الإسلام حرصا كبيرا على سلامة الأنساب ووضوحها، وما ذلك إلا لحفظ كرامة الإنسان، وبناء أسر وأجيال ومجتمعات مسلمة تنعم بالوحدة والمودة والسعادة والاستقرار. يتجلى ذلك في مكافحة الإسلام للزنا الذي هو أحد الأسباب المهمة في إختلاط الأنساب²، وأيضا حرم الإسلام التبني وهو أن ينسب الإنسان إلى نفسه ولد غيره، سواء أكان مجهول النسب أو معروف النسب، ويتخذ له ولداً له، مع أنه ليس ولده في حقيقة الأمر³.

ومن مظاهر حفظ الإسلام للنسب أن الفقهاء والأصوليين قد اعتبروا حفظ النسل أو النسب من مقاصد الإسلام الكلية الخمسة التي لا تستقيم الحياة بدونها وهي حفظ الدين والنفس والنسل والمال والعقل: وهي مراعاة في كل ملة⁴، ولم يقتصر حفاظ الإسلام على الأنساب القادمة، بل حافظ على الأنساب التي تنحدر منها، لنعرف أصلنا، وأصل غيرنا⁴، ولذلك يقول عز وجل: يَا أَيُّهَا النَّاسُ إِنَّا خَلَقْنَاكُمْ مِنْ ذَكَرٍ وَأُنْثَى وَجَعَلْنَاكُمْ شُعُوبًا وَقَبَائِلَ لِتَعَارَفُوا إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِنْدَ اللَّهِ أَتْقَاكُمْ إِنَّ اللَّهَ عَلِيمٌ خَبِيرٌ⁵.

الفرع الأول: وسائل إثبات النسب في الفقه الاسلامي.

1- عبد الجليل أحمد علي، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية (فقها وقانونا)، د ط، مكتبة ومطبعة الاشعاع الفنية للتوزيع والنشر، مصر، 2001م، ص 129.

2- فؤاد مرشد داود بدير، أحكام النسب في الفقه الاسلامي، رسالة الماجستير، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، 2001، ص 04.

3- زكريا البري، حكمة الله أحكام الأسرة الإسلامية، ط 02، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الدوحة، 1986م، ص 25.

4- عائشة سلطان ابراهيم المرزوقي، نفس المرجع السابق، ص 21.

5- الآية 13 من سورة الحجرات.

وقد قال رسول الله صلى الله عليه وسلم "تَعَلَّمُوا مِنْ أُنْسَابِكُمْ مَا تَصِلُونَ أَرْحَامَكُمْ"

- لإثبات النسب أهمية كبرى تعود على الولد وعلى والديه وأسرته بصفة عامة:
- وبالنسبة للولد: يدفع إثبات النسب عنه التعرض للعار والضياع.
- وبالنسبة للأم: يحميها إثبات نسب ولدها من الفضيحة والرمي بالسوء.
- وبالنسبة للأب: يحفظ إثبات النسب ولده أن يضيع أو أن ينسب إلى غيره.
- وبالنسبة للأسرة: يؤدي حفظ النسب إلى صيانتها من كل دنس وريبة، وإلى بناء العلاقات فيها على أساس متين¹.
- و إثبات النسب في الشريعة الإسلامية يكون بعدة وسائل منفصل كل وسيلة على حدى من خلال النقاط التالية:

أ/ إثبات النسب بالفراش

1- تعريف الفراش ومشروعية إثبات النسب

1-1: تعريف الفراش

1-1-1: لغة: فَرَشَ يَفْرِشُ وَيَفْرِشُ ، فَرَشًا وَفَرَاشًا ، بسط، والفراش بكسر الفاء: ما يفرش على الأرض، وكذلك زوجة الرجل، وجمعه فروش².

1-1-2: اصطلاحاً: والمراد به الزوجية القائمة بين الرجل والمرأة، عند ابتداء الحمل، فمن حملت أثناء قيام الزوجية ثبت نسب حملها إلى زوجها من غير حاجة إلى بيئة أو إقرار، لأن مقتضى عقد الزواج اختصاص الزوج بزوجه واقتصارها عليه بحيث لا يحل لها أن تمكن غيره من الاتصال بها³.

1-2- مشروعية إثبات النسب بالفراش

1-2-1 من الكتاب: شرع النسب لقوله تعالى: "أَدْعُوهُمْ لِأَبَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ"
1-2-2 من السنة: وقوله صلى الله عليه وسلم: " وَلَدُ لِلْفَرَّاشِ، وَلِلْعَاهِرِ الْحَجَرُ"، جاء في روح البيان: " ادعوهم لأبائهم ". يقال فلان يدعى لفلان، أي ينسب إليه ووقوع اللأم هنا الاستحقاق⁴.

1-2-3 وأما الإجماع: فقد أجمع العلماء على ثبوت النسب بفراش الزوجية الصحيح، وذلك على أساس أن الزواج الصحيح هو الذي يحل للرجل مخالطته المرأة ويقصرها عليه وحده. فهو إذن الذي به تعتبر المرأة فراشاً، ولذا يسمى بالفراش الصحيح ومن ثم فإن جاءت بولد فهو منه، وأما احتمال أنه من غيره فهو أمر مرفوض، لأن الأصل حمل أحوال الناس على

¹-فؤاد مرشد داوود بدير، نفس المرجع السابق، ص 07.

²-فقه الأسرة، كتاب المادة، جميع الحقوق محفوظة لجامعة المدينة العالمية، 2009، ص 553.

³عبد الجليل أحمد علي، نفس المرجع السابق، ص 129.

⁴-عبد الرحمان الصديق دفع الله، حقوق الطفل في الفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه، الفلسفة في الشريعة الإسلامية، كلية الحقوق، جامعة الخرطوم، 2008م، ص 697.

الصلاح إلى أن يثبت العكس، وعليه يثبت نسب الولد من الزوج دون حاجة إلى إقراره، أو بينة تقيمها الزوجة، ولا ينتفي إلا بتمام الملائعة الشرعية¹.

2-قواعد إثبات النسب بالفراش

لإثبات النسب بالفراش العديد من القواعد يجب وضعها بعين الاعتبار ويمكن ذكرها كما يلي²:

2-1 **الولد للفراش الحقيقي** وإن كان فاسدا فإن الوطء فيه بشبهة يثبت به النسب؛ أما الزواج الباطل فالوطء فيه زنا لا يثبت النسب، ولذلك من أقر بأن الولد من الزنا، وصدقته المرأة، فإن النسب لا يثبت من واحد منهما.

2-2 **أساس قاعدة الولد للفراش ولادة الزوجة أو المعتدة** مع إمكان العلوق به في زمن لا يقل عن ستة أشهر من تاريخ الزواج ولا يزيد عن سنة من تاريخ الطلاق.

2-3 **المناطق فيما تصير به الزوجة فراشا**، العقد مر مع مجرد إمكان الوطء يصرف النظر عن تحقق الدخول أو عدم تحققه.

2-4 **أقوى أنواع الفراش هو فراش الطلاق البائن** - أي فراش المطلقة طلاقاً بائناً - لأن الولد لا ينتفي فيه أصلاً، لأن نفيه متوقف على اللعان، وشرط اللعان الزوجية، والطلاق البائن منه لعلاقة الزوجية. ويجوز عند جمهور الفقهاء اللعان في فراش الطلاق البائن.

2-5 **النسب لا يثبت ما لم يثبت سببه بالحجة**، لأن ثبوت الحكم ينبني على ثبوت السبب، وعلى هذا الأساس لا يثبت بالزنا نسب.

2-6 **ثبوت النسب بالفراش فيه حق أصلي للأُم لتدفع عن نفسها تهمة الزنا**، أو أنها تعير بولد ليس له أب معروف.

2-7 **ثبوت النسب حق أصلي للابن**، وإذا ثبت فلا يملك الأب أو الأم إسقاطه لما في ذلك من المساس بحقه، وبحق الله تعالى في أن يثبت نسب الولد لأبيه.

3- شروط ثبوت النسب بالفراش

يشترط في الفراش الذي يثبت به النسب الشروط الثلاثة الآتية:

3-1 **الشرط الأول: إمكان حمل الزوجة من زوجها**

يشترط في الفراش حتى يثبت به النسب أن يكون حمل الزوجة من زوجها ممكناً أن يكون الزوج بالغاً قادراً على الإنجاب فإذا كان صغيراً فلا يثبت بهذا الفراش نسب نظراً لعدم تصور الحمل من الزوج غير البالغ³؛

3-2 **الشرط الثاني: أن تكون الولادة في المدة الممكنة**

والولادة في المدة الممكنة ينظر إليها من ناحيتين:

¹- عائشة سلطان إبراهيم المرزوقي، المرجع السابق، ص 25.

²- أحمد نصر الجندي، النسب في الإسلام والأحكام البديلة، دار الكتب القانونية، مصر، 2003، صص 104-105.

³- يوسف قاسم، حقوق الأسرة في الفقه الإسلامي، د ط، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع، القاهرة، 1992م، ص 388.

الأولى أقل مدة للحمل فمن المتفق عليه أن أقل مدة للحمل هي ستة أشهر، فإذا كانت " الولادة في نطاق هذه المدة ثبت نسب الولد بهذا الفراش: فلو أنه تزوجها ثم ولدت بعد ستة أشهر من تاريخ الزواج فالولد من هذا الزوج بناء على فراش الزوجية¹، والأصل في ذلك قوله تعالى: { وَحَمْلُهُ وَفِصَالُهُ ثَلَاثُونَ شَهْرًا } وقوله سبحانه وتعالى {وَفِصَالُهُ فِي عَامَيْنِ}.

فمن هاتين الآيتين الكريمتين يثبت أن أقل مدة الحمل ستة أشهر لأن الحمل والفصال الذي هو الفطام ثلاثون شهرا. فإذا كان الفطام وحده أربعة وعشرين شهرا فإن الباقي وهو ستة أشهر هي أقل مدة الحمل.

أي يقررون في العقد الصحيح ثبوت نسبه من الزواج إذا ولدته بعد ستة أشهر فأكثر من تاريخ العقد، ولو لم يثبت التقاء الزوجين، ولم تقم قرينة على اجتماعها، وافترض المتأخرون منهم فروضاً بعيدة، وغريبة في العادة المطردة ليجعلوا المستحيل ممكناً، تبريراً لما قالوا به، فزادوا موقفهم مذهبه في هذا الموضوع حرجاً وفي مذهب مالك والشافعي وأحمد الفقهاء أن الفراش يكون بالعقد مع إمكانية الدخول².

و من الناحية الثانية: أقصى مدة الحمل وينظر إلى ذلك عند فراق الزوجين فإذا افترق الزوجان بالطلاق أو الوفاة. ثم ولدت المرأة، فالأصل أن الولد ثابت النسب من الزوج طالما كانت الولادة في حدود أقصى مدة الحمل. وقد اختلف الفقهاء في تحديد هذه المدة اختلافاً كبيراً³.

3-3 الشرط الثالث: ألا ينفي الزوج نسب الولد

يشترط لثبوت النسب بالفراش ألا ينفي الزوج نسب الولد عنه، فلو فعل ذلك انتفى نسب الولد منه⁴. ولنفي الأب ولده نفياً يستوجب اللعان بينه وبين زوجته، فمتى حدث اللعان انتفى نسب الولد من أبيه أبداً، جاء في التاج والإكليل: " وإن أتت بعدها بولده، لدون أقصى أمد الحمل لحق، إلا أن ينفيه بلعان"⁵.

ب/ إثبات النسب بالإقرار

يعد الإقرار من طرق إثبات النسب، ويسميه البعض الدعوة وهو بمعنى الإقرار بنسب الولد إلى والده.

1- تعريف الإقرار أدلته

1-1 تعريف الإقرار:

¹يوسف قاسم، المرجع السابق، ص 388.

²- تهاني معيض عويد، أحكام النسب وآثاره في الشريعة الإسلامية وما عليه العمل في القانون الكويتي "دراسة مقارنة"، ص 153.

³-يوسف قاسم، المرجع السابق، ص 389.

⁴-يوسف قاسم، المرجع السابق، ص 388.

⁵-عبد الرحمن الصديق دفع الله، نفس المرجع السابق، ص 706.

1-1-1 لغة: مصدره كلمة أقر، يقال أقر الشيء في المكان ثبته فيه وقرر فلان على الحق، جعله معترفا به مدعونا له، وتقرر الأمر بمعنى استقر وثبت¹.

1-1-2 اصطلاحا: هو الاعتراف بما يوجب حقا على قاتله بشرطه².
وقد تعددت تعاريف الإقرار وذلك يدل على عدم اتفاق الفقهاء على تعريف واحد، فقيل انه أخبار عن ثبوت حق للغير على نفس المقر، وقيل أنه أخبار من الشخص بحق عليه للغير، كما يقال انه اعتراف بحق مالي أو غيره من الحقوق³.

2-1: أدلته

1-2-1- أدلة ثبوت الإقرار شرعاً

1-1-2-1 من الكتاب ف قوله تعالى: {وَإِذْ أَخَذَ اللَّهُ مِيثَاقَ النَّبِيِّينَ لَمَا آتَيْتُكُمْ مِنْ كِتَابٍ وَحَكَمَهُ ثُمَّ جَاءَكُمْ رَسُولٌ مُصَدِّقٌ لِمَا مَعَكُمْ لَتُؤْمِنُنَّ بِهِ وَلَتَنْصُرُنَّهُ قَالَ أَأَقْرَرْتُمْ وَأَخَذْتُمْ عَلَىٰ ذَٰلِكُمْ إِصْرِي قَالُوا أَقْرَرْنَا} . وفي آيات كثيرة مثل هذا⁴.

1-2-2-1 أما من السنة: فما روي: أن شخصا أقر بالزنا. فرجعه رسول الله صلى الله عليه وسلم - وكذلك الغامدية. وقال صلى الله عليه وسلم: "وَأَمَّا أَنْتَ يَا أُنَيْسُ لِرَجُلٍ فَأَعْدُ عَلَىٰ امْرَأَةٍ هَذَا، فَارْجُمُهَا، فَعَدَا عَلَيْهَا أُنَيْسٌ فَرَجَمَهَا".

1-2-3-1 وأما الإجماع: فإن الأئمة أجمعت على صحة الإقرار⁵.

2- أنواع الإقرار و شروطه في ثبوت النسب

ويمكن تعريف الإقرار بالنسب بأنه إخبار الشخص بوجود القرابة بينه وبين شخص آخر⁶. وهذا الإقرار بالنسب يتنوع إلى نوعين:

1-2 الإقرار بالنسب المباشر (الإقرار بأصل النسب)

هو ذلك الإقرار الذي ليس فيه تحميل النسب على الغير، كأن يقول الشخص هذا ابني، بحيث يجب ان يكون ممن يقبله العقل والعادة حيث لا يتصور من رجل عاجز تماما عن الإنجاب كأن يكون مريضا بالعقم، أن يدعي ويقر بأن فلان ابنه فلانة أو فلانة ابنته مع وجوب توافر بعض الشروط الأخرى⁷.

1-1-2 شروط ثبوت النسب بالإقرار "النسب المباشر":

¹-اقورفة زبيدة، الاكتشافات الطبية والبيولوجية وأثرها على النسب، ط 01، الأمل للطباعة والنشر والتوزيع، 2012، ص 725.

²-أحمد الدردير، الشرح الصغير، ج 03، د ط، مؤسسة العصر للمنشورات الإسلامية، الجزائر، 1992، ص 212.

³-أحمد نصر الجندي، شرح قانون الأسرة الجزائري، د ط، دار الكتب القانونية، مصر، 2009، ص 86.

⁴-الآية 81 من سورة ال عمران

⁵-أحمد المهدي، أشرف شافعي، دعوى النسب، دار العدالة، القاهرة، ص 56.

⁶-عبد المجيد محمود مطلوب، الوجيز في أحكام الأسرة الإسلامية، ط 01، مؤسسة المختار للنشر والتوزيع، القاهرة، 2004م، ص 377.

⁷-أحمد فراج حسين، المرجع السابق، ص 208.

ويشترط لثبوت النسب به في حالة الإقرار بالبنوة الشروط الآتية:

2-1-1-1 أن يكون المقر له بالبنوة مما يولد لمثل المقر بأن تكون سنهما يتحمل ذلك، فلو كانا في سنين متساويين أو متقاربين بحيث لا يولد أحدهما للآخر لم يصح الإقرار، لأن الواقع يكذبه في هذا الإقرار.

2-1-1-2 أن يصدق المقر له المقر في هذا الإقرار إذا كان من أهل المصادقة، وهو المميز عند الحنفية، لأن الإقرار حجة قاصرة على المقر فلا يتعدى إلى غيره إلا ببينة أو تصديق من الغير، وهذا الإقرار يتضمن دعوى البنوة على المقر له، ويترتب على هذا النسب حقوق لكل من المقر له على الآخر.

2-1-1-3 ألا يصرح المقر بأن هذا ابنه من الزنا، فإن صرح بذلك لا يثبت به النسب، لأن الزنا جريمة لا تصلح أن تكون سببا للنسب الذي هو نعمة من نعم الله التي امتن بها على عباده¹.

2-1-1-4 وألا يكون للمقر له ثابت النسب من غير المقر، فإن كان ثابت النسب من غير المقر فلا يثبت نسبه من المقر، ذلك لأنه لا يتصور ثبوت نسب الولد من اثنين في وقت واحد. ولا يقال أن النسب ينتفي من الأول و يثبت الثاني، ذلك لأن النسب متى ثبت لا يقبل الفسخ و على ذلك يجب لكي ينتج الإقرار أثره أن يكون المقر له بالنسب مجهول النسب لا يعرف له أب.

2-1-1-5 أن يصدقه المقر له بالنسب ابنا كان أو بنتا، إذا كان من أهل التصديق، بأن يكون مميزا. أما إذا كذبه في الإقرار فلا يثبت النسب به².

وكما يصح إقرار الرجل والمرأة ببنوة الولد يصح إقرار الولد بأبوة شخص معين، أو بأبومة امرأة معينة، وتثبت الأبوة والأمومة إذا توفرت شروط ثلاثة:

- أن يكون المقر مجهول الأب أو الأم.
- وأن يولد مثله لمثل المقر له منهما.
- وأن يصدقه المقر له مطلقا، لأنه لا يكون إلا كبيرا أو كبيرة³.

3-الإقرار بالنسب غير المباشر (الإقرار بنسب فرعي)

وهو إقرار الشخص بالنسب على الغير، ويكون بالإقرار بالنوع الثاني من القرابة، ويسمى الإقرار بفرع النسب، كأن يقول هذا أخي وهو في الحقيقة يقول هذا ابن أبي، ومثل هذا النوع من الإقرار لا يجعل المقر له بالأخوة ابنا لأب المقر، لأن هذا النوع من الإقرار بالنسب لا يترتب آثاره إلا إذا صدقه المدعي عليه بالنسب، فالإقرار بالأخ لا يصح إلا إذا صدقه

¹- عبد المجيد محمود مطلوب، المرجع السابق، ص 378.

²- أحمد المهدي، أشرف شافعي، المرجع السابق، ص 62.

³- عبد المجيد محمود مطلوب، المرجع السابق، ص 380.

الأبوالإقرار بالعم لا يصح إلا بتصديق الجد له، لأنه الأصل الذي ينحدر منه العم، فهذا ما ينطبق على الذي يعرف الإقرار على أنه إقرار ذكر مكلف أنه أب لمجهول النسب¹. وهذا الإقرار يتضمن أمرين:

- 3-1 تحميل النسب على الغير.

3-2 استحقاق المقر له في مال المقر عليه بعد وفاته.

والإقرار حجة قاصرة لا تتعدى المقر إلى غيره فلا يكون له أثر فيما يتعلق بالغير فيرد إقراره بالنسب فلا يثبت به نسب المقر له على ذلك، لأنه لا يملك أحد أن يلحق نسب شخص بآخر بمجرد دعواه حتى ولو صدقه المقر له في ذلك الإقرار، لأنه متهم في هذا التصديق حيث يجر إليه نفعاً لا يوجد بدون الإقرار.

ولا يثبت النسب إلا بأحد أمرين:

3-2-1 أن يصدقه المقر عليه بالنسب، ويكون هذا التصديق من النوع الأول من الإقرار، وهو الإقرار على النفس، ولا يكون لإقرار المقر هنا أثر في ثبوت النسب بل يعتبر تصديق المقر عليه إقراراً مبتدأً بالنسب، لأنه لو أقر به ابتداءً ثبت إذا توفرت شروطه.

3-2-2 إذا أقام المقر بينة على دعواه أو صدقه ورثة المقر عليه بعد وفاته، لأن تصديقهم يعتبر بينة فيثبت النسب بالبينة لا بالإقرار، وهو النوع الثالث من مثبتات النسب².

4- إثبات النسب بالبينة

4-1- تعريف البينة

4-1-1 لغة: البيان ما بين به الشيء من الدلالة وغيرها وبان الشيء بياناً: اتضح، فهو بين. وأنكشف، والجمع بيانات وهي الحجة الواضحة، البرهان، الدليل، الشهادة³. أي هي كل ما يثبت الحق ويفصل به بين الخصوم في شيء ما.

4-1-2 اصطلاحاً: هي البرهان على وقوع الواقعة أو حدوث العمل القانوني في الكيفية المأخوذ بها قانوناً⁴.

وعرفها الدكتور أحمد فراج حسين أنها: "عبارة عن شهادة رجلين عدليين أو شهادة رجل وامرأتين عدول"⁵.

4-2 أنواع البينة

البينة هنا لم تأتي قط في القرآن الكريم مراد بها الشهادة وإنما أتت المراد بها الحجة ومستندين بذلك لقوله تعالى "لَمْ يَكُنِ الَّذِينَ كَفَرُوا مِنْ أَهْلِ الْكِتَابِ الْمُشْرِكِينَ مُنْفَكِينَ حَتَّى تَأْتِيَهُمْ

¹- أحمد فراج حسين، المرجع السابق، ص 209.

²- عبد المجيد محمود مطلوب، المرجع السابق، ص 381.

³- ابن منظور، لسان العرب، ط 04، مجلد 02، دار صادر الطباعة والنشر، بيروت، لبنان، 2005م، ص 198.

⁴- وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 677.

⁵- أحمد فراج حسين، المرجع السابق، ص 216.

الْبَيِّنَةُ¹، والبينة في إثبات النسب هي الشهادة، وعليه نذكر للبينة ثلاثة أنواع، شهادة قابلة أو أي امرأة مسلمة ذات عدالة، وشهادة الطبيب، والشهادة بالتسامع.
4-2-1: شهادة القابلة

- روي عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه أنه أجاز شهادة القابلة وحدها².
- قال أبو يوسف ومحمد، يثبت النسب بشهادة القابلة، وشهادة امرأة مسلمة عدلة، لأن آثار النكاح تبقى في عدة الطلاق والوفاة، ووقت الولادة لم تكن أجنبية فهي قد ولدت على فراش نكاح الصحيح، وبالتالي يكتف فقط بشهادة القابلة كحال قيام الزوجية.
- ويقولان كذلك لا تثبت الولادة التي أنكرها الزوج أو الورثة ولو كان حملها ظاهرا إلا بشهادة القابلة لحصول الإنكار.

- كأن تدعي الزوجة الولادة وينكرها الزوج، وقد يصدقها في أنها ولدت لكنه يبقى على رأيه وينكر ما ولدت بأنه ابنه وفي كلتا الحالتين يصبح إثبات ما ادعته الزوجة من ولادة أو تعيين الولد بشهادة النساء "بشهادة القابلة" فيما لا يطلع عليه الرجال وذلك أنه روى أن النبي صلى الله عليه وسلم: أنه أجاز شهادة القابلة. من غير اشتراط العدد، ولأن الولادة حادثة لا يعاينها في غالب الأحوال إلا القابلات، ويتعذر أن يحضر رجال الولادة وينذر أن يحضرها نساء كثير³.

4-2-2 شهادة التسامع

وهي لقب لما يصرح فيه بإسناد شهادته من غير معين، فتخرج بذلك شهادة البث والنقل. وتعتمد شهادة من التسامع على السماع من العدول وغيرهم، وصيغتها: أن يقول الشهود سمعنا سماعا من أهل العدل وغيرهم أن هذه الدار مثلا صدقة على بني فلان، أي لا بد من الجمع بين العدول وغيرهم في المنقول عنهم بالقول⁴.
ولكن اختلف جمهور الفقهاء في بيان المراد من التسامع⁵:

- فقال أبو حنيفة: هو أن تتواتر به الأخبار ليحصل للسامع نوع من اليقين.
- قال المالكية: أن يكون المنقول عنه غير معين ولا محصور بأن ينتشر المسموع به بين الناس العدول وغيرهم واشتراطوا أن يقول الشهود سمعنا كذا ونحوه.
- وقال الشافعية في الأرجح والحنابلة في الأصح: مثل قول أبي حنيفة شرط التسامع سماع المشهود به من جمع كثير يؤمن تواطؤهم أي توافقه على الكذب بحيث يحصل به اليقين أو الظن القوي بخبرهم.

¹- الآية 01 من سورة البينة.

²- علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الظاهري، المحلي، ج 09، إدارة الطباعة المثيرة، مصر، 1351 هـ، ص 399.

³- محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، ط 03، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، 1957، ص ص 395-396.

⁴- محمد عبد الله الرشيد، الشهادة كوسيلة من وسائل الإثبات دراسة مقارنة بين أحكام الشريعة والقانون، رسالة الماجستير، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، 2011، ص 30.

⁵- هبة الزحلي، المرجع السابق، ص 696.

- وقال الصحابان: هو أن يخبر الشاهد رجلان عدلان أو عدل وامرأتان وإختار قولهما بعض الفقهاء، بدليل أن القاضي لأن القاضي يحكم بشهادة شاهدين ولو لم ير المشهود به أو يسمعه بنفسه، ويكفي الشاهد أن يقول: أشهد بكذا، ولا يقول: سمعت.

3-4 ضوابط وحجية البينة لإثبات النسب

والبينة عند فقهاء الشريعة الإسلامية هي شهادة الشهود إلا أنها تختلف في نصابها من مذهب لآخر بعد إجماعهم على ثبوتها برجلين، فأبوا حنيفة يعتد بشهادة رجل وامرأتين على الولادة إن لم يكن هناك حبل ظاهر ولا فراش قائم ولا إقرار الزوج بالحبل، ويقبل المالكية قول امرأتين، ويكتفي الحنابلة بقول امرأة واحدة حرة مسلمة عدل¹.

إن الإثبات بالبينة الكاملة لا يكون إلا عن طريق شهادة رجلين عدلين أو رجل وامرأتين عدول مصادقا لقوله عز وجل: {وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رَجَالِكُمْ فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ مِمَّنْ تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ}²، في هذه الآية الكريمة اشترط أن تكون الشهادة لرجلين وإن لم يكن رجلين ورجل وامرأتان، وقد اتفق الفقهاء على اشتراط العقل والبلوغ والإسلام في الشاهد في النسب.

لقد اجمع العلماء على أن النسب يثبت لمدعيه بناء على شهادة العدول بصحة ما ادعاه، يثبت لمدعيه بشهادة رجلين عادلين، ولكن اختلفوا في إثباته في حالة شهادة رجل وامرأتين، أو شهادة أربع نساء عادلات، أو شهادة رجل ويمين المدعي، حيث قال بكل حالة من هذه الحالات طائفة من العلماء، غير أن مذهب جماهير أهل العلم، وهم المالكية، والشافعية والحنابلة، أنه لا يقبل في إثبات النسب بالشهادة إلا شهادة رجلين عادلين.

فقد تلد الزوجة ولدا حال قيام النكاح الصحيح أو حال عدتها، فينفي الزوج نسب الولد منه وقد ينكر الولادة أصلا، أو يعترف بولادتها ولكن ينكر أن هذا المولود ولد لزوجته، وفي حال وفاه الزوج قد ينكر الورثة ولادة المعتدة لوفاة الزوج أو ينكروا شخصية المولود، أو يعترف بعضهم وينكر الباقي، هذه كلها مسائل تتفرع عن الشهادة بحثها فقهاء الشريعة، وفقهاء الشريعة اتفقوا أن الولادة وتعين شخصية ثبوت نسبه يجوز إثباتها بالشهادة³.

الفرع الثاني: وسائل نفي النسب في الفقه الإسلامي

بعدما حرص الإسلام على حفظ الأنساب، فإنه أيضا قد حرص على نفي النسب حال قيام الدلائل الدالة على نفيه.

أ- نفي النسب بواسطة اللعان

اتفق العلماء من حيث الجملة على جواز إنكار الرجل لنسب الولد الذي ولد على فراشه، وذلك إذا وجد من زوجته ما يدعوه لنفي النسب عن نفسه، ويعتبر نفي النسب اتهاما ضمنيا

¹ -إقروفة زبيدة، المرجع السابق، ص 53.

² -الآية 282 من سورة البقرة.

³ -تهاني معيض عويد، المرجع السابق، صص 151-152.

للزوجة بالزنا، إذ لا يتصور من الزوج نفي النسب عن نفسه إلا بالوقوف على ما يتهم به زوجته؛ لذا فإن المشرع قد جعل الطريق لذلك اللعان¹، كما جاء في قول الله تعالى: {وَالَّذِينَ يَزْمُونَ أَرْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنْفُسُهُمْ فَشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الصَّادِقِينَ} 2.

ولما نزلت هذه الآيات أقام رسول الله صلى الله عليه وسلم اللعان بين زوجين اتهم الزوج زوجته بالزنى مع شخص بعد أن وعظهما، فصار ذلك هو الحكم المقرر في حال اتهام الزوج زوجته بالزنا أو بنفى نسب ولدها إليه، ولم تكن له بينة في دعواه، ولم تصدقه الزوجة، وطلبت حد القذف واللعان هو حلف الزوج على زنا زوجته أو نفي ولدها³، وهذا الحكم ثابت بالكتاب والسنة وإجماع العلماء، فنلاحظ أن المشرع جعل قذف الزوج لزوجته موجبا لللعان، إلا أن يكذب نفسه فيحد حد القذف وهذا الاستثناء للزوج له مبرراته الشرعية القوية، فمشروعية اللعان تحقق التالي⁴:

- 1- حفظ حق الزوج، وكرامته، إذ لا يتصور لزوج يرى زوجته على حال الزنا ثم يمكن له الحياة معها، ولا سبيل إلى إثبات الأمر بالبينة، فكان اللعان مخرجاً.
 - 2- الاحتياط في الأنساب فإذا استبرأ الرجل امرأته ثم وجدها حاملاً، فهو يعلم يقيناً أن الحمل ليس منه، فكيف ينسب إليه؟ عندئذ له الحق في نفي النسب، وكان اللعان مخرجاً لنفي النسب استثناء من قاعدة الولد للفراش.
 - 3- إذا ادعى الرجل بزنا المرأة لا يدعمها دليل، بأن يكون الزوج كاذباً في دعواه، عندئذ للمرأة الحق في دفع الدعوة عن نفسها، فيندفع عنها الحد، دون مساس حق الزوج في دفع النسب.
- ب- اختلال مدة الحمل
- اختلال مدة الحمل يمثل مانعاً من موانع الإلحاق بالنسب، فإذا ما جاءت المرأة بالولد لأقل من ستة أشهر من وقت الزواج فإن الزواج ينتفي عن الزوج قطعاً ودون لعان وهو قول المالكية والحنفية والشافعية والحنابلة. ولا خلاف بين أئمة الدين في أن أقل مدة الحمل ستة أشهر قمرية، وأجمع فقهاء المالكية على أنه في حكم الستة ما نقص عنها ببسير، كأربعة، أو خمسة أيام، لأنه لا يتوالى أربعة أشهر على النقص، إذن في حالة اختلت مدة الحمل هذا الأمر يمثل منعا ينفي الزوج ولده⁵.
- ج- عدم القدرة على الإنجاب أو عدم التقاء الزوجين

¹-مازن إسماعيل هنية، أحمد ذياب شويديح، نفي النسب في الفقه الإسلامي ودور الحقائق العلمية المعاصرة فيه، مجلة الجامعة الإسلامية، سلسلة الدراسات الإسلامية، المجلد 16، العدد 02، 2008، ص 07.

²-الآية 06 من سورة النور.

³-أحمد نصر الجندي، المرجع السابق، ص 169.

⁴-مازن إسماعيل هنية، أحمد ذياب شويديح، المرجع السابق، ص 08.

⁵-تهاني معيض عويد، المرجع السابق، ص 158.

اتفق العلماء على أنه إذا جاءت امرأته بولد لزوج وكان هذا الزوج لا يولد لمثله بأن كان صغيراً ولم يحتلم ولا يتصور منه الإحبال، أو كان يوجد مانع يمنع الإنجاب كالخصاء والجب والمرض المنهك فلا ينسب له الولد.

ومن الأسباب التي تساعد في نفي النسب هو عدم التقاء الزوجين، فقد ذهب جمهور إلى أنه يشترط لإثبات النسب من الزواج إمكان تلاقي بين الزوجين في الفعل أو الحس والعادة، وإمكان الوطء، والدخول فلو تأكد عدم اللقاء بين الزوجين فلا يثبت نسب الولد من الزوج، وهو القول الصحيح المتفق عليه في قواعد الشريعة الإسلامية، وفي تلك الحالة ينتفي الولد عن الزوج بدون اللعان¹.

المطلب الثاني: طرق حل الخلافات الزوجية من منظور الشريعة الإسلامية قبل فك الرابطة الزوجية وبعدها.

لقد قدس الإسلام العلاقة الزوجية واعتبرها من أسمى العلاقات على وجه الأرض، لذا حاول كثيراً أن يحافظ على هذه العلاقة القائمة على المحبة والاحترام بمختلف الطرق لحل الخلافات والمشاكل التي من شأنها أن تواجه الزوجين قبل التوجه إلى الطلاق، لكن في حالة عدم القدرة على حل هذه المشاكل فيجب في الأخير فك الرابطة الزوجية، والتي تنشأ من بعدها بعض الخلافات والمشاكل فقد حاولت الشريعة الإسلامية أن تضع حلاً لها للحفاظ على التماسك الاجتماعي والحفاظ على حقوق الزوجين والأولاد.

الفرع الأول: طرق حل الخلافات الزوجية قبل فك الرابطة الزوجية من منظور الشريعة الإسلامية

نظر الإسلام إلى مختلف الطرق التي تساعد في حل الخلافات الزوجية قبل فك الرابطة الزوجية وذلك لما وضع القرآن حق الرجل في تأديب زوجته في حالة لم تطعه فيما أوجب الله جل شأنه ومن ذلك أن يجد الزوج من زوجته إغراضاً وعبوساً بعد لطف وطلاقة وجه، أو أن تخاطبه بكلام خشن بعد أن كان ليناً، وأن تمتنع عن فراشه، أو إجابته على وجه التثاقل والتبرم والتكره. أو أن تخرج من بيته بدون إذنه، أو أن تترك التزين والتطيب له، أو أن تصوم تطوعاً بدون إذن زوجها. فإن رأى منها شيئاً من ذلك فإنه يحق له أن يؤدبها، وهذا باتفاق الفقهاء، ولقوله تعالى: { وَاللَّاتِي تَخَافُونَ نُشُورَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَاهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ وَاضْرِبُوهُنَّ ۚ فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلاً ۗ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيماً كَبِيرًا }². ففي الآية الكريمة ثلاث وسائل، هي: الوعظ، والهجر، والضرب.

أ- الوعظ

¹-تهاني معيض عويد، المرجع السابق، ص 159.

²الآية 34 من سورة النساء.

الوعظ هو الوسيلة الأولى التي وضعها الدين الإسلامي لتأديب الرجل لزوجته حيث يبدأ بالحديث معها بالرفق واللين، فيحدثها موضحا لها ما يكرهه من نشوزها، وقبل التكلم على الوعظ نوضح نشوز الزوجة:

1- تعريف النشوز

1-1 النشوز لغة: مصدر لنشَرَ والنشَرُ: بمعنى الارتفاع، وهو مأخوذ من النشَرَ، وهو ما ارتفع من الأرض، فالنشوز: هو الارتفاع والعلو.

2-1 النشوز اصطلاحاً: معصية أحد الزوجين للآخر ومنعه ما يجب عليه من حقوق النكاح¹.

ومنه نجد ان المقصود بنشوز الزوجة: كراهيتها للزوج وإعراضها عنه، وإساءتها لعشرته، وامتناعها عن أداء حقوقه الواجبة عليها².

2- ضوابط الوعظ

عند قيام الزوج بوعظ زوجته لا بد له أن يتقيد ويراعي بعض الضوابط والآداب، لتكون موعظته أكثر قبولا وأعظم أثراً، وتلك الضوابط والآداب هي³:

1-2 أن يتخير أنجع الأساليب في تليين القلوب القاسية، وترغيب الطباع النافرة، وذلك يتمثل في النصيحة المشوبة بالحب والعطف المتوجة بالغيرة والحنان، بعيداً عن الجفوة والغلظة التي تؤدي إلى القطيعة والنفور واشتداد الخصام.

2-2 ألا تكون الموعظة مستمرة، لأن ذلك ينكأ في النفس جرحاً جديداً، ويخرج بالوعظ من دائرة الإصلاح إلى دركة التشفي والانتقام.

3-2 أن يتخير الوقت المناسب للموعظة كي يسهل تقبل الموعظة والاستجابة إليها.

3- كيفية الوعظ.

يقوم الرجل بوعظ زوجته عن طريق تخويفها بالله عز وجل فإن التخويف بالله عز وجل من أبلغ الأسباب في نوي الدين، وذلك بأن يقول لها: اتقي الله عز وجل وخافيه واخشي سخطه واحذري عقابه فإن لي عليك حقاً، وارجعي عما أنت عليه واعلمي أن طاعتي فرض عليك، واحذري عقاب الله في المعصية ويذكرها بما أوجب الله عليها من طاعته وعدم مخالفته بقول النبي صلى الله عليه وسلم: " لَوْ كُنْتُ أَمِراً أَحَدًا أَنْ يَسْجُدَ لِغَيْرِ اللَّهِ ، لَأَمَرْتُ الْمَرْأَةَ أَنْ تَسْجُدَ لِزَوْجِهَا"⁴ ثم ينبهها إلى عواقب عدم الطاعة بقول النبي صلى الله عليه وسلم: "إذا باتت

¹ محمد البيومي الراوي بهنسي، الهجر وما يتعلق به من أحكام دراسة فقهية، الدراية مجلة علمية محكمة، العدد 15، الجزء الرابع 2015، ص 42.

² نفس المرجع السابق، ص 42.

³ عبد الله بن سليمان العجلان، أحكام تأديب الزوجة في الفقه الإسلامي، مجلة العدل، العدد 52، شوال 1432هـ، ص 74-75.

⁴ رواه ابن ماجه (1853)، وصححه الألباني في " صحيح سنن ابن ماجه. "

المرأة هاجرة فراش زوجها لعنتها الملائكة حتى تصبح". ثم يهددها أخيراً بأن نشوزها سيكون سبباً في إسقاط نفقتها وكسوتها وما يباح له من هجرها وضربها. وقد لا تفيد الموعظة من قبل الزوج، فيلجأ إلى أقاربها أو أقاربه أو إحدى صديقاتها أو جاراتها أو غير ذلك. ولا يهجرها في مضجعها، ولا يضربها، فلعلها تبدي عذراً أو تتوب عما جرى منها بلا عذر¹.

وكثير من النساء تكفي معهن هذه المرحلة من الحديث الودي والحوار الصريح الذي يبين كل من الزوجين ما يغضبه من الآخر، فينتهي عندها الخلاف فتعود الأمور إلى مجاريها، فإن أصرت الزوجة على نشوزها انتقل إلى المرحلة الثانية².

ب -الهجر

حيث يعتبر الهجر ثاني وسيلة التي شرع بها الإسلام لتأديب الرجل لزوجته.

1- تعريف الهجر

1-1 لغة: قد ورد عن ابن فارس أنّ الهاء، والجيم، والراء أصل لان، أحدهما يدل على شدّ شيء أو ربطه، أمّا الآخر فيدل على القطع أو القطيعة، وهي عكس الوصل، كما ورد عن ابن منظور أن الهجرة لغة هي الخروج من أرض لأرض³.

1-2 اصطلاحاً: للهجرة في الاصطلاح مضامين مختلفة وفقاً للعلم الذي تُدرّس فيه، حيث إنّ لها مفهوماً في علم السكان، ومفهوماً آخر في الشرع؛ فالهجرة في علم السكان أو علم الديموغرافيا بشكل عام تعني الحركة السكانية التي ينتقل فيها الأفراد أو الجماعات من مكان الإقامة الأصلي أو من المكان الذي يعيشون فيه، ويتجهون للعيش في مكان آخر لفترة زمنية معينة وقد يجتازون أثناء انتقالهم حدوداً إدارية ودولية بين المنطقتين، ويكون الباعث في هذه الحركة السكانية الانتقالية إما البحث عن الرزق، الذي يتجلى في الأسباب الاقتصادية، وإما لأسباب سياسية، أو علمية، أو أمنية⁴.

وقد اختلف الفقهاء في بيان كيفية الهجر في المضجع على ثلاثة أقوال⁵:

فالمقصود بالسجود هنا : حقيقة السجود ، ومعنى الحديث : أن السجود لغير الله لو كان جائزاً لأمر الرسول صلى الله عليه وسلم المرأة أن تسجد لزوجها ؛ وذلك لعظم حقه عليها.

¹ عبد الله بن سليمان العجلان، نفس المرجع السابق، ص 73.

² آمنة بنت غرام الله جار الله آل جار الله الغامدي، التأديب الاسري للزوجة في الفقه والنظام السعودي، العدد 34، الجزء 03، ص 379.

³ محمد جاسم عبد، أحكام الهجرة في الشريعة الإسلامية، مجلة أبحاث كلية التربية الأساسية، مجلد 08، عدد 2008، 01، ص 95.

⁴ عبد الله يوسف أبو عليان، الهجرة إلى غير بلاد المسلمين، حكمها وآثارها المعاصرة في الشريعة الإسلامية، رسالة ماجستير، كلية الشريعة والقانون، الجامعة الإسلامية، 2011، ص 16.

⁵ عماد أموري جليل الزاهدي، الوسائل القرآنية في علاج نشوز الزوجين وأقوال فقهاء فيها، مجلة كلية العلوم الإسلامية، المجلد الثامن، العدد 2/15، 2014، ص 02.

- الأول: أنه هجر فراشها، ومضاجعتها. وإليه ذهب: الحنفية، والمالكية، والشافعية، والحنابلة في الرواية الثانية، والظاهرية، والزيدية.
 - الثاني: أنه ترك الكلام، لا ترك الجماع. وإليه ذهب: الحنابلة في رواية.
 - الثالث: أنه ترك الجماع. وإليه ذهب: الإمامية.
 والذي يبدو لي أن أولى المعاني هي أن يهجرها في المكان الذي ينال فيه، بأن يولي ظهره ولا يجامعها ولا يكلمها إلا بقدر قليل. وعدم التحدث معها، يشعر الزوجة بصدق الزوج في تصرفه معها، وعدم رضاه عنها مما يؤدي إلى عدم الرغبة فيها.

2- ضوابط الهجر

عند قيام الزوج بهجر زوجته تأديباً لا بد أن يتقيد بضوابط، نذكر منها¹:
 2-1 أن يكون الهجر في المضجع، وقد ذكر العلماء أن المقصود بالهجر في المضجع في الآية الكريمة واهجروهن في المضاجع. أن يضاجعها ويوليها ظهره ولا يجامعها. ويرى بعض العلماء أن المقصود ألا يكلمها، وأن يوليها ظهره في المضجع. وعلى كلا القولين لا يجوز هجر الزوجة خارج المضجع.

2-2 ألا يتجاوز هجر الكلام ثلاثة أيام لحديث لا يحل لمسلم أن يهجر أخاه فوق ثلاث

وعليه فلا يجوز هجر الزوجة في الكلام أكثر من ثلاثة أيام، استنباطاً من الحديث الشريف.
 2-3 ألا يتجاوز الهجر في المضجع شهراً كاملاً.

2-4 سرية الهجر حتى لا يكون في الهجر إذلال للزوجة، كالهجر أمام الناس الذي في غير مكان خلوة الزوجين، لأن الهجر أمام الناس والغرباء يذل الزوجة ويضر بها في صميم كرامتها، فتزداد نشوزاً وإعراضاً وتكبراً وتعالياً. كذلك لا يكون الهجر أمام الأطفال، لأن الهجر أمام الأطفال يورث في نفوسهم شراً وفساداً وحقداً.

2-5 أن يكون الهجر مرحلة لاحقة تعقب فشل الوعظ وأسلوب الحكمة فيه.

3- حكم هجر الزوج لزوجته

المراد بهجر الزوج لزوجته: إعراضه عنها بأي نوع من خطأ رجعت عنه الزوجة أنواع الإعراض ظلماً وعدواناً، أو بسبب وتابت منه.

وحكم ذلك الهجر: أنه لا يجوز للزوج أن يهجر زوجته من غير مسوغ شرعي، فإن فعل، فقد اقترف إثماً، لأن الله لما أجاز للزوج هجر زوجته الناشزة قال جل جلاله {فإن أطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلاً}، فمن هجر زوجته بعد ما أطاعته فقد بغى عليها سبيلاً.

أما هجر الزوج لزوجته الناشز: فقد أجازته الشريعة الإسلامية، وليس فيه إضرار بالزوجة، بل هو حل لتعنت الزوجة وتعاليتها على زوجها وامتناعها عن أداء حقوقه الشرعية².

¹ عبد الله بن سليمان العجلان، نفس المرجع السابق، ص 78-79.

² محمد البيومي الراوي بهنسي، نفس المرجع السابق، ص 44.

ج- الضرب غير مبرح

يعتبر الضرب الوسيلة الأخيرة من وسائل تأديب الزوجة.

1- تعريف الضرب غير المبرح

يرى بعض الفقهاء أن الضرب غير المبرح هو الذي لا يكسر عظماً ولا يخرق جلدًا ولا يسوده. وقيل: هو غير الشاق ولا المؤذي ولا المدمي وغير الشديد. ومن هذا التعريفات يتضح أن الضرب غير المبرح هو: غير المؤثر حسيًا، وهو الضرب الخفيف الذي لا يؤدي، فلا يتلف عضواً، ولا يقطع لحماً، ولا يترك أثراً، ولا يشين جراحة، ولا يكسر عظماً ولا يسيل دماً¹.

2- الأسباب المبيحة للضرب

2-1 السبب الأول النشوز: ويقصد به معصية المرأة لزوجها فيما أمرها الله طاعته، كترك المكوث في البيت، والامتناع عن فراشه إذا دعاها، وعدم التزين له، أما إذا أمرها بمعصية فلا طاعة لمخلوق في معصية الخالق.

2-2 السبب الثاني ارتكاب المعاصي التي لا حدود لها في الشريعة الإسلامية: وذلك مثل ترك الصلاة، وتبذير المال، الخلوة مع الأجانب، سماع الغناء. أما إذا ارتكبت ما يوجب حدا كالزنا أو الردة، أو القتل العمد، أو شرب الخمر، أو القذف فلا يجوز للزوج أن يؤديها لأن هذه العقوبات من اختصاص الإمام أو من ينوب عنه.

2-3 السبب الثالث ترك الفرائض: كترك الصلاة، وغسل الجنابة².

3- شروط ضرب الزوجة

استخدام الضرب من الوسائل المهمة في تأديب الزوجة، ولكن يجب أن يكون مقيدا بشروط كي لا يخرج عن هدفه وهو التأديب والإصلاح، إلى الإيذاء والانتقام والعنف، ومن أهم تلك الشروط ما يلي:

3-1 الشروط الأول: أن يكون التأديب لغرض الإصلاح لا لغرض الإيذاء والانتقام، استصحاب الهدف من هذه الإجراءات كلها يمنع أن يكون هذا الضرب تعذيباً للانتقام والتشفى، ويمنع أن يكون إهانة للإذلال والتحقير، ويمنع أن يكون للقسر والإرغام على والتشفى، ويمنع أن يكون إهانة للإذلال والتحقير، ويمنع أن يكون للقسر والإرغام على معيشة لا ترضاها.

3-2 الشرط الثاني: أن يكون ضرب الزوجة على معصية. لم يرد في شأنها حد مقدر. تعتبر معصية الزوجة لزوجها من الكبائر التي تستحق عليها العقوبة في الدنيا والآخرة.

3-3 الشرط الثالث: ألا يلجأ الزوج إلى ضرب زوجته إلى بعد استعمال وسيلتي الوعظ والهجر في المضجع. فيجب أن يبدأ الزوج بالأيسر والأخف من الأفعال، ويتدرج في

¹ عبد الله بن سليمان العجلان، نفس المرجع السابق، ص 82.

² محمد سليمان الفراء، حق تأديب الزوجة في الإسلام، د ط، د س، ص 01.

التأديب باستعمال الوسائل الأقل شدة، شيئاً فشيئاً بحسب درجة الذنب المقترف من الزوجة.

3-4 الشرط الرابع: أن يتيقن الزوج أو يغلب على ظنه تحقق النفع بالضرب، فإن غلب على ظنه عدم جدوى التأديب بالضرب، فلا يجوز له حينئذ استخدام تلك الوسيلة، لأن الضرب وسيلة استصلاح وزجر، والوسيلة لا تشرع عند غلبة الظن بعدم جدواها وفائدتها.

3-5 الشرط الخامس: أن يباشر الزوج حق التأديب بنفسه ولا يوكله لغيره.

3-6 الشرط السادس: ألا يزيد في ضرب الزوجة على عشرة أسواط، كما قال بذلك بعض العلماء¹.

3-7 الشرط السابع: أن يكون ضرباً غير مبرح: وذلك لقول الرسول عليه الصلاة والسلام في خطبة الوداع: (واضربوهن ضرباً غير مبرح)، والضرب غير المبرح هو الضرب الذي لا يترك أثراً على الجلد، ولا يكسر عظم المضروب، ولا يجرح جسماً، ولا يسيل دماً.

3-8 الشرط الثامن: أن يبتعد عن المحاسن، كالوجه، وعن الأماكن المخوفة، كال البطن، والظهر ونحوها: وذلك لقوله عليه الصلاة والسلام: (وليتق الوجه، ولا يقبح)، كما أن الضرب في الأماكن المخوفة مظنة الهلاك، والهدف من الضرب ليس الإلتلاف أو الإهلاك، وإنما التأديب، والإيلاء فقط².

4- حكم ضرب الزوجة في الإسلام

1-4 الحكم الأول: ضرب المرأة مباح إذا نشزت وأبدت العصيان لزوجها، وهذا قول جمهور العلماء الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة، وفيما يلي أذكر طرفاً من أقوال علماء المذاهب. قال أبو بكر الجصاص: (وقد أباح الله تعالى ضربها عند النشوز). وقال الماوردي بعد إيراد الآية: (وهذا الضرب مباح على وجه التأديب).

وقال الغزالي: (والصحيح أنه إن غلب على ظنه أنها تنزجر بالوعظ ومهاجرة المضجع لم يجز الضرب وإن علم أن ذلك لا يجرها جاز الضرب والأولى ترك الضرب).

2-4 الحكم الثاني: ضرب الزوجة مكروه، وهذا القول نقل عن عالم مكة عطاء بن رباح، قال ابن العربي: (قال عطاء: لا يضربها وإن أمرها ونهاها فلم تطعه ولكن يغضب عليها، قال القاضي: هذا من فقه عطاء فإنه من فهمه بالشرعية ووقوفه على مظان الاجتهاد علم أن الأمر بالضرب هاهنا أمر إباحة، ووقف على الكراهية من طريق أخرى في قول النبي صلى الله عليه وسلم في حديث عبد الله بن زمعة (يعمد أحدكم يجلد امرأته جلد العبد فلعله يضاجعها من آخر يومه)³.

¹ عبد الله بن سليمان العجلان، نفس المرجع السابق، ص ص 83-85.

² محمد سليمان الفراء، نفس المرجع السابق، ص 02.

³ آمنة بنت غرام الله جار الله آل جار الله الغامدي، نفس المرجع السابق، ص 393-394.

الفرع الثاني: طرق حل الخلافات الزوجية من منظور الشريعة الإسلامية بعد فك الرابطة الزوجية.

أ- عدة الطلاق ونفقتها

1- تعريف عدة الطلاق

1-1 لغة: بكسر العين، جمع عدد، وهي مأخوذة من العد والإحصاء، لاشتمالها على عدد الأقراء أو الأشهر غالباً، يقال عدت الشيء، أحصيته إحصاء، كما تطلق العدة على المعداد أيضاً فيقال: عدة المرأة، أي أيام أقرائها، وسميت هذه المدة عدة: لان المرأة تعده¹.

1-2 الاصطلاح: عرف الفقهاء العدة بتعريفات كثيرة، فقد عرفها الحنفية بأنها: أجل ضرب لانقضاء ما بقي من آثار النكاح².

ب- النفقة

تعد النفقة من طرق حل الخلافات الزوجية من ناحية الشريعة الإسلامية و تجب على الزوج تجاه زوجته و أولاده و عليه سنخرج اولا الى تعريف النفقة من الناحية اللغوية و الاصطلاحية

1- تعريف النفقة

1-1 النفقة لغة: ما يبذله الإنسان من الدراهم فيما يحتاجه هو أو غيره.

1-2 وفي الاصطلاح: هي الإدراج على شخص أو شيء بما فيه بقاؤه³.

2- مكونات النفقة:

يتفق الفقهاء على أن نفقه القريب على قريبه مهما اختلفوا الذي تجب له النفقة إنما تكون لسد حاجته أي أن أساس نفقة الأقارب إنما هو مراعاة الكفاية بسد الحاجة.

وحاجة الإنسان لا تقتصر على عنصر واحد بل هي تتعدد وتتنوع، وحياته لا تستقيم إلا بتوفر عدد من العناصر له: الغذاء والكساء ويتبعه الفرش والغطاء والسكن. تلك أمور يحتاج إليها لكل فرد، وهناك عناصر أخرى يحتاج إليها بعض الأفراد دون البعض الآخر كأجرة الرضاع لا تلزم إلا للصغار في فترة الرضاع، وأجرة الحضانة لا تلزم إلا الأولاد في سن الحضانة والمصروفات المدرسية لا تلزم إلا للطلاب في المدارس الخاصة، وأجرة الطبيب، وثمان الدواء فانه لا يلزم إلا للمريض، وأجرة الخادم لا تلزم إلا لمن لا يمكنه خدمة نفسه بنفسه.

¹ حلمي صالح سليم عقل، أحكام العدة في الفقه الإسلامي، رسالة ماجستير، كلية الشريعة، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، 1992م، ص 30.

² حلمي صالح سليم عقل، نفس المرجع السابق، ص 31.

³ بدران أبو العينين بدران، حقوق الأولاد في الشريعة الإسلامية والقانون، د ط، مؤسسة شباب الجامعة للنشر والتوزيع، الإسكندرية، 1987م، ص 93.

وبناء على ذلك تكون مكونات النفقة الأساسية منحصرة في أمور ثلاثة طعام وكساء وسكني لأنها ما لا يستغني عنها¹.

3- أحكام نفقة المطلقة في الفقه الإسلامي.

حق المطلقة في النفقة الطلاق إما أن يكون رجعيًا، أو بائنًا، ولكل نوع منهما حكم متعلق بالنفقة، وبيان ذلك فيما يأتي²:

3-1 - نفقة المطلقة طلاقاً رجعيًا

اتفق الفقهاء على وجوب نفقة المطلقة طلاقاً رجعيًا على الزوج خلال أيام عدتها فقط، وتشمل نفقتها الطعام، والشراب، والمسكن، والملبس، سواءً كانت الزوجة حاملاً، أم لا، استدلالاً بعبدة آيات قرآنية دلت على ذلك، لقول الله تعالى: { لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخْرُجْنَ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفَاحِشَةٍ مُبَيَّنَةٍ }، فقد أمر الله ببقاء الزوجة في بيت زوجها خلال فترة العدة، مما يعني أن نفقتها واجبة على الزوج، إذ إنها محبوسة لأداء حق الزوج، فوجبت عليه نفقتها³.

3-2 - نفقة المطلقة طلاقاً بائناً البائن الحامل

اتفق الفقهاء على ثبوت حق النفقة والسكنى للمطلقة طلاقاً بائناً إن كانت حاملاً، استدلالاً بالآية التالية لقول الله عز وجل: { وَإِنْ كُنَّ أُولَاتٍ حَمْلٌ فَأَنْفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّى يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ }⁴، والآية تدل دلالة صريحة على وجوب الإنفاق على المطلقة الحامل إلى أن تضع حملها.

3-3 - نفقة المطلقة طلاقاً البائن غير الحامل

إن لأهل العلم في حكم النفقة على المطلقة طلاقاً بائناً إن لم تكن حاملاً تفصيلاً، وخلاصة القول في المسألة ما يأتي:

3-3-1 - القول الأول: قال الحنفية بوجوب النفقة والسكنى لها.

3-3-2 - القول الثاني: قال المالكية، والشافعية بأن المطلقة بائناً غير الحامل الحق في السكنى دون النفقة، ويجب السكن للمطلقة مطلقاً، أما النفقة فلا تجب إلا للحامل، والنفقة تجب للزوجة مقابل تمكين نفسها من زوجها، واستمتاعه بها، فإن زال التمكين والاستمتاع، سقطت النفقة.

3-3-3 - القول الثالث: قال الحنابلة، والظاهرية بأن المطلقة طلاقاً بائناً لا تجب لها النفقة، أو السكنى إن لم تكن حاملاً، وقالوا بأن الآيات السابقة تتعلق بالطلاق الرجعي، وليس البائن⁵.

ج- الحضانة

1- تعريف الحضانة

¹ بدران ابو العنين بدران، نفس المرجع السابق، ص 96-97.

² سلمى بنت محمد هوساوي، الأحكام المتعلقة بنفقة الزوجة والمطلقة، مجلة كلية اللغة العربية، العدد 35، 2015، ص 656-657.

³ ابن قدامة المقدسي (1995 م)، الشرح الكبير، ج 24، ط 01، دار هجر للطبع والنشر، القاهرة، 1995، ص 308.

⁴ الآية 06 من سورة الطلاق.

⁵ رواه مسلم، في صحيح مسلم، عن فاطمة بنت قيس، الصفحة أو الرقم: 1480.

1-1- **تعريف الحضانة لغة:** بفتح الحاء وكسر ها، معناها الحضن وهو الجنب أو الصدر، والعضدان وما بينهما، يقال حضن الطائر بيضه إذا همه إلى نفسه تحت جناحه، وحضنت الأم ولدها إذا ضمته إلى جنبها أو صدرها، وقامت بتربيته، وتسمى حينئذ حاضنته.

1-2- **تعريف الحضانة اصطلاحاً:** تربية الطفل ورعايته، والقيام بجميع شؤونه، من تدبير طعامه وملبسه ونومه، والاهتمام بنظافته في سن معينة، ممن له حق تربيته شرفاً من الأقارب المحارم¹.

2- حكم الحضانة

1-2-1- الأحق بها في النساء: وهي في النساء للأم لبلوغ الذكر، وقيل: صحيح العقل والبدن، وقيل: لقرب احتلامه، وقيل: لإثغاره، وقيل: يخير بعده، واستحسن استهام الأبوين عليه، ولدخول الأنثى كالنفقة ولو مكنت أربعين سنة.

عند حق الحضانة بعد الأم: ولا يبيت إلا عند أمه، ثم لأمها، ثم لجدها لأمها إن لم تسكن به مع من يسقط على المشهور وبه أفتي، ثم لخالة الولد، ثم لخالتها، وقيل: لا حق لها، ثم لأم الأب، ثم لجدة الأب لأبيه، ثم للأخت، وقيل: لاحق لها إن كانت لأب، ثم للعمة، وفي إلحاق عمتها بها وإسقاطها: بها وإسقاطها: قولان، ثم لبنت الأخ، ثم لبنت الأخت، وقيل: للأخت، ثم لبنت الأخت، ثم للأخت، ثم للعمة، ثم بنت الأخ، وقيل: القياس استواء بنت الأخت وبنت الأخ، والأظهر تقديم الأكفئ منهما، وقيل: لا حضانة لبنت الأخت ولا لبنت الخالة " والخال، ولا لبنت العمة، وقيل: مع العصبية وإلا فهذا حق من الأجانب².

2-2-2- الأحق بها في الذكور: وفي الذكور للأب، ثم للوصي، وقيل: كالأجنبي، ثم للأخ، وقيل: إن كان لأب فكالأجنبي، ثم للجد للأب، ثم لابن الأخ وإن سفل الأقرب فالأقرب، ثم العم، ثم لابنه كذلك، ثم لجد الجد، ثم لوالده، ثم لولد جد الأب، ثم لولده لا لجد الأم واختير خلافه، ثم للمولى لا للأسفل على المشهور فيهما³.

3- مشروعية الحضانة للأم والحكمة منها

ثبتت مشروعية الحضانة للأم في القرآن الكريم، والسنة النبوية، وإجماع العلماء، والمعقول، وبيان الأدلة فيما يأتي⁴:

3-1- من القرآن: قول الله تعالى: {وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُنَمِّ الرِّضَاعَةَ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ} ⁵، فالآية دللت على أن الأم أحق بصيانة ولدها وحفظه إلى أن يستغني عنها بنفسه.

¹ بدران ابو العنين بدران، نفس المرجع السابق، ص 61.

² مسعود بوعزة، فقه الأسرة من كتاب "الشامل في الفقه" الشيخ بهرام عبد العزيز الدميري دراسة وتحقيق، رسالة ماجستير، كلية العلوم الإنسانية والحضارة الإسلامية، جامعة وهران، 2007، ص 341.

³ مسعود بوعزة، نفس المرجع السابق، ص 342.

⁴ وفاء معتوق، نفس المرجع السابق، ص 420-422.

⁵ الآية 233 من سورة البقرة.

3-2 من السنة: قول الرسول عليه الصلاة والسلام: (أَنَّ امْرَأَةً قَالَتْ يَا رَسُولَ اللَّهِ إِنَّ ابْنِي هَذَا كَانَ بطني له وعاءٌ وثديي له سقاءٌ وحجري له جِواءٌ وَإِنَّ أَبَاهُ طَلَّقَنِي وأراد أن ينتزعه مِنِّي فقال لها رسولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أَنْتِ أَحَقُّ بِهِ ما لم تَنكِحِي).

3-3 من الإجماع: اشتهر بين الصحابة -رضي الله عنهم- ثبوت الحضانة للأم دون إنكار، فكان إجماعاً منهم.

المبحث الثاني: اعتماد المشرع الجزائري على النصوص الشرعية لتأسيس القوانين التي تتعلق بقضايا شؤون الأسرة

الأسرة هي الخلية الأساسية و اللبنة الأولى التي يتكون منها المجتمع، ونمط بناء الأسرة له تأثير مباشر على نمط بناء المجتمع، فكل فضيلة يمكن أن يتصف بها المجتمع من الوحدة و التضامن و التعاون و السلامة من الآفات الاجتماعية تبدأ من الأسرة، وكل رذيلة يمكن أن تلحق بالمجتمع تبدأ من الأسرة .

إن الأصل أن أفراد الأسرة يعيشون في جو من التراحم و التعاطف و التكافل الاجتماعي و تجمع بينهم روابط و علاقات وجدانية، ومع أن هذه الأخيرة قد تنتظم بالفطرة السليمة إلا انه لسبب أو آخر، من طغيان الماديات و ضغط متطلبات الحياة الاقتصادية و حب الذات قد تتوتر تلك العلاقات و تنقطع الروابط و الصلات التي أمر الله بالمحافظة عليها، لذلك كان لابد من قواعد لتحكم و تنظم سلوكات و علاقات أفراد الأسرة الواحدة حتى يتحقق الانسجام و الاستقرار و السكينة.

ومن أجل ذلك عمد المشرع إلى تنظيمها من خلال تقنين الأسرة معتمدا في ذلك على الأحكام الشرعية النابعة من الكتاب و السنة.

المطلب الاول: إثبات النسب في القانون الجزائري

جدديسعى القضاء الجزائري عامة وقانون الأسرة خاصة بالحفاظ على حقوق الطفل وذلك من خلال وضع تشريعات وقوانين تثبت نسب الطفل لحماية حقوقه وواجباته، وذلك عن طريق العديد من الطرق التي يمكن استخدامها وإثبات النسب بها كالأزواج الصحيح، الإقرار والبيئة.

الفرع الأول: طرق اثبات النسب في القانون الجزائري

تتمثل طرق اثبات النسب في القانون الجزائري فيما يلي:

أ- إثبات النسب بالأزواج

الزواج الصحيح هو عقد النكاح المعتبر شرعا، حيث توافرت أركانه وشروطه، وانتفت موانعه ومن ثم يمكن ان ينتسب الولد إلى والده متى أمكن الاتصال بين الزوجين، ولم يكن الزوج قد نفاه بالطرق المشروعة كالملاعنة وذلك ما صدر في المادة 40 والتي تقول يثبت النسب بالزواج الصحيح أو بالإقرار أو بالبيئة أو بنكاح الشبهة أو بكل زواج تم فسخه بعد الدخول يجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب¹.

1- إمكانية الاتصال الجنسي:

يجب ان تتوفر حالة التلاقي بين الزوجين وحالة الاتصال الجنسي بينهما بصورة فعلية، وفي الحالة العكسية لا يثبت النسب، وذلك ما ورد في المادة 41 ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعيا وأمكن الاتصال ولم ينفه بالطرق المشروعة².

2- حدوث الولادة بين أدنى واقصى مدة للحمل:

ومن بين شروط إثبات نسب الولد للزوج، الشرط ان تتم الولادة ما بين أقل مدة حمل وأقصاها، وأدنى مدة الحمل هي ستة أشهر حسب ما جاءت به المادة 42 أقل مدة الحمل ستة (06) أشهر وأقصاها عشرة (10) أشهر³.

وفي الأخير يمكن القول انه إذا كان عقد الزواج صحيحا وأمكن الاتصال يعني حدث الدخول والتقاء الزوجين، ووضعت الزوجة ولدا بعد ستة أشهر وقبل عشرة أشهر ولم يقيم الزوج بنفسه فان نسب هذا الولد يلحق بأبيه.

ب- إثبات النسب بالإقرار

يعد الإقرار من الطرق الكاشفة للنسب، فالإقرار لا ينشئ الحق، ذلك أن إنشاء الحق غير الاعتراف به، لأنه يكشف لنا عن حق معين ويظهره للعيان، حيث أجاز قانون الأسرة للشخص لأن يثبت نسب شخص آخر منه، كأم أو أب يدعي كل منهما أمومة أو أبوة ولد معين، أو يقوم الولد بادعاء البنوة لامرأة معينة أو رجل ما.

كما أجاز القانون لشخص أن يدعى أخوة أو عمومة شخص آخر، وكل هذا في حدود الضوابط والمبادئ التي رسمها القانون، والتي تعرض لها المشرع الجزائري من خلال المواد 40 و44 و45 من قانون الأسرة الجزائري⁴.

1- تعريف الإقرار في القانون الجزائري

¹ بيطام احمد، دراز سعيد، اثبات النسب بين الأدلة الشرعية والطرق العلمية في التشريع الجزائري، مجلة الباحث الدراسات الأكاديمية، المجلد 09، العدد 01، 2022، ص 951.

² المادة 41 من قانون الأسرة الجزائري، امر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005.

³ المادة 42 من قانون الأسرة الجزائري، امر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005.

⁴ القانون رقم 11-84 المؤرخ في 9 رمضان عام 1404 الموافق 9 يونيو 1984، المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 18 محرم 1426 الموافق ل 27 فبراير 2005، الصادر بالجريدة الرسمية، عدد 15.

والمشرع الجزائري في قانون الأسرة لم يأتي بتعريف الإقرار لكن تم تعريفه في القانون المدني في المادة 341 الإقرار على أنه: "الإقرار هو اعتراف الخصم أمام القضاء بواقعة قانونية مدعى بها عليه وذلك أثناء السير في الدعوى المتعلقة بهذه الواقعة"¹.

ونجده من بين طرق إثبات النسب عامة في المادة 40 من قانون الأسرة وبصفة خاصة في المادتين 44 و45 منه. والتي تقتضي هاتين المادتين بأنه يثبت النسب بالإقرار بالبنوة، أو الأبوة أو الأمومة، لمجهول النسب ولو في مرض الموت متى صدقه العقل أو العادة، والأمومة لا يسري على غير المقر إلا بتصديقه.

2- أنواع الإقرار بالنسب

الإقرار نوعان:

1-2 الإقرار بأصل النسب

هو إقرار بقرابة لا تكون فيها واسطة بين المقر والمقر له، وهي ما عدته المادة 44 ق. أ. ج بالبنوة، الأبوة، الأمومة، وبمعنى آخر هو ذلك الإقرار الذي ليس فيه تحميل النسب على الغير².

لم يصنف المشرع الجزائري الإقرار بكونه إقرارا على النفس أو كونه إقرارا مباشرا أو غير مباشر، ولكنه تحدث عن الإقرار بالبنوة والأبوة والأمومة في المادة نفسها وهو بذلك يقصد الإقرار على النفس إذا اعتبرنا من يقول: "هذا أبي" وكذلك من يقول: "هذا ابني" يقر على نفسه نسباً، واشترط لثبوت النسب أن يكون المقر له مجهول النسب متى صدقه العقل أو العادة ولكن ماذا يقصد المشرع الجزائري عندما ذكر ويظهر نص المادة أن المقر هو الذي يكون في مرض الموت غالباً سواء كان الأب أو الأم، وليس الطفل مجهول النسب الذي يدعي أبوة شخص. وهذا يجعلنا نعتقد أن الذي يصدر الإقرار هو الأب فقط أو الأم³.

2-2 الإقرار بنسب فرعي: يقصد الإقرار بنسب فرعي هو كل إقرار بقرابة يكون فيها واسطة بين المقر والمقر له، كالأخوة والعمومة، وبمعنى آخر هو ذلك الإقرار الذي فيه تحميل النسب على الغير، وهو ما نصت عليه المادة 45 قانون الأسرة الجزائري⁴.

ويمكن أيضاً الرجوع إلى القضاء الجزائري وبالضبط إلى اجتهادات المحكمة العليا فنأخذ من بينها قرارين أصدرتهما في هذا الشأن وهما:

2-2-1- القرار الأول كان بتاريخ 1998/11/17، وجاء فيه ما يلي: "من المقرر قانوناً أن أقل مدة الحمل هي ستة أشهر وأقصاها عشرة أشهر متي تبين من قضية الحال- أن مدة

¹ المادة 341 من القانون المدني الجزائري.

² المادة 44 من قانون الأسرة الجزائري.

³ تريكي دليلا مولودة آيت شاوش، ثبوت النسب بالإقرار في قانون الأسرة الجزائري دراسة مقارنة، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، المجلد 11/ العدد 01-2015، ص 201.

⁴ تنص المادة 45 من قانون الأسرة الجزائري " الإقرار بالنسب في غير البنوة والأبوة، والأمومة لا يسري على غير المتر إلا بتصديقه ".

الحمل المحددة قانونا وشرعا غير متوافرة لأن الزواج تم في 1994/05/02، والولد قد ولد في 1994/05/07 كما أن إقرار المطعون ضده بأبوته للولد أمام مديرية الصحة والحماية الاجتماعية لا يؤخذ لأن الإدارة غير مؤهلة قانونا لتلقي الإقرار وعليه فإن قضاء الموضوع لما قضا برفض دعوى النسب لأن النسب لا يتبين بالعلاقة الغير الشرعية طبقوا صحيح القانون".

وما يمكن أن نفهمه من هذا القرار أن هناك جهة مختصة لتلقي الإقرار، وذلك بمفهوم المخالفة لمضمون القرار، وعدم تحديد تلك الجهة واكتفائه القرار بإقصاء مديرية الصحة والحماية الاجتماعية¹.

2-2-2 أما بالنسبة للقرار الثاني في 15 / 12 / 1998 وقد جاء فيه ما يلي: "ومتى تبين من قضية الحال- أن المطعون ضده أقر بحمل الطاعنة بشهادة جماعة أمام الموثق بتاريخ 1997/04/06، فإن هذه الشهادة لا تعتبر صلحا بل هي توثيق لشهادة جماعة عن إقرار المطعون ضده بحمل الطاعنة كما أن المادتين 341 و 461 من القانون المدني لا تطبق على قضية الحال التي هي من قضايا الحالة التي يحكمها قانون الأسرة.

كما أنه لا يمكن الجمع بين الإقرار بالحمل والدفع بالمادة 41 من قانون الأسرة التي تحدد مدة الحمل، لأن الإقرار في حالة ثبوته يغني عن أي دليل آخر ولا يحق للمقر أن يثير أي دفع لإبطال مفعول هذا الإقرار.

وعليه فإن القضاء لم ينتهوا إلى وجوب سماع الذي حضروا إقرار المطعون ضده أمام الموثق فإنهم خالفوا الشرع والقانون وعرضوا قرارهم للقصور في التسبيب².

فنستنتج من هذا القرار أن المحكمة العليا لم تشترط أن يتم الإقرار أمام جهاز القضاة، وأن الإقرار لا يخضع إلى أي شكل محدد، لهذا يبقى الإشكال قائما أمام القاضي والمتقاضي.

وبالرجوع إلى القانون رقم 06-02 الذي يتضمن تنظيم مهنة الموثق³، فإننا نجد يضم الإقرار بالنسب ضمن العقود التصريحية، والتي يدلي من خلالها الأطراف بموضوع أو حق معين قصد ترتيب أثر قانوني، مع إلزام أنفسهم بما صرحوا به وذلك دون الإخلال بالبيانات التي يجب أن يتضمنها العقد الذي يحرره الموثق سواء تعلقت بالأطراف أو موضوع العقد أو الموثق وهذا استنادا إلى نص المادة 29 من نفس القانون.

3- حجية الإقرار في إثبات النسب

بالرجوع إلى المادتين 44 و 45 من قانون الأسرة الجزائري، ومن محاولة تحليل هذين النصين يتضح لنا أن قانون الأسرة أجاز إثبات النسب بطريقة الإقرار، والاعتراف بالمولود

¹ المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 210478، الصادر بتاريخ 1998/11/17، مجلة قضائية، عدد خاص، 2001، ص 577.

² المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 20243، الصادر بتاريخ 1998/12/15، مجلة قضائية سابقة، ص 771.

³ قانون رقم 06-02 المؤرخ في 21 محرم 1427 الموافق ل 20 فبراير 2006، المتضمن تنظيم مهنة الموثق، الصادر بالجريدة الرسمية، عدد 14، المؤرخة في 2006/06/08.

كابن لمدعي الأبوة أو الأمومة أو غيرها وأخضع هذا الإقرار إلى وجوب توفر شروط، فمتى توفرت هذه الشروط كان للإقرار حجة في إثبات النسب، وللحديث عن مدى حجتيه في إثبات النسب، نجد نوعين الحجية القاصرة للإقرار، والحجية القاطعة للإقرار وهي:

3-1 الحجية القاصرة للإقرار في إثبات النسب

يعتبر الإقرار حجة قاصرة، أي لا تسري أحكامها إلا على المقر إذا تعلق الأمر بالأبوة والأمومة والبنوة، وفي غيرها لا يسري الإقرار على الغير إلا بتصديقه وهو ما تضمنه المادتين 44 و45 من قانون الأسرة الجزائري، إلا أن ثبوت النسب بالإقرار بشقيه يترتب عليه عدة نتائج.

كما أن الإقرار الذي يصدر عن صاحبه في مرض الموت يكون صحيحا نافذا كصدوره حال الصحة طبقا للمادة 44 من قانون الأسرة الجزائري التي تنص على ما يلي: "يثبت بالإقرار بالبنوة، أو الأبوة أو الأمومة، لمجهول النسب ولو في مرض الموت متى صدقه العقل أو العادة"¹.

بمعنى ان قانون الأسرة الجزائري في المادة 44 أقرت بأنه الإقرار الذي يصدر عن صاحبه في حالة مرض أو موت يعتبر إقرارا صحيحا و نافذا.

وفي حالة الإقرار عن بعض الورثة من الأخوة أو بعض الأقارب فلا يثبت النسب ممن حمل عليه، لأن الإقرار حجة قاصرة على نفس المقر وليس حجة على غيره إلا إذا صدقه هذا الغير أو أقيمت عليه بينة، وبناءا على ذلك إذا أقر شخص لآخر أنه أخوه فلا يكون ابنا لأبيه ولا أبا لإخوته ولا عما لأولاد هذا إذا لم يصدقه، وإنما يترتب على هذا الإقرار معاملة المقر نفسه بإقراره في حق نفسه فقط فإذا لم يثبت البنوة والأبوة فلا يستطيع أن يثبت القرابات المتفرعة عنها غير أن المقر هنا يعامل بإقراره بما يلزمه من الحقوق المالية، فيلتزم بالإنفاق على المقر له إذا كان محتاجا ويرث المقر له إذا لم يكن له وارث غيره².

فالإقرار في القانون الجزائري له حجتيه متى توافرت فيه الشروط اللازمة، فعده سبيلا معتبرا في إثبات النسب شأنه شأن الطرق الأخرى، فثبوت النسب بالإقرار يرتب حقوق للولد المقر له بالنسب ولا تملك الأم إسقاط حقوق هذا الأخير كما لا تملك الأم إسقاط حقوق هذا الأخير كما لا تملك الأم إسقاط حقوق هذا الأخير كما لا يجوز للزوجين إبطال هذا الحق بعد ثبوته إلا باللعان³.

3-2 الحجية القاطعة للإقرار في إثبات النسب

¹ المادة 44 من قانون الأسرة الجزائري.

² رمضان على السيد الشرباسي، جابر عبد الهادي سالم الشافعي، أحكام الأسرة الخاصة بالزواج والفرقة وحقوق الأولاد، ط 01، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2007، ص 576.

³ إقورفة زبيدة، نفس المرجع السابق، ص 61.

لقد عالج المشرع الجزائري موضوع الإقرار في المادة 40 من قانون الأسرة حيث عده طريقا مشروع لإثبات النسب وله مكانته في القانون، شأنه شأن باقي الطرق الشرعية الأخرى، إلا أنه قبل الحديث عن مدى قوة الإقرار في إثبات النسب ينبغي الإشارة إلى أنه يتعين على القاضي المطروحة عليه دعوى إثبات النسب أن يبحث في شرعية وقانونية الزواج قبل أن يحكم بإسناد نسب أي مولود إلى المدعي بينوته أو أبوته أو غير ذلك استنادا إلى إقراره بمعنى أن يكون قد تحقق له وثبت لديه قيام عقد زواج شرعي وقانوني وأن يكون قد توافرت لديه شروط الزواج¹ وشروط ولادة الطفل خلال الأجل المحدد شرعا وقانونا لمدة الحمل والذي تضمنته المادة 42 من قانون الأسرة الجزائري "أقل مدة الحمل ستة أشهر وأقصاها عشرة أشهر"².

فإذا حكم بثبوت النسب عن طريق الإقرار مستجمعا لشروطه لم يجز العدول عنه أو نقضه حفاظا على استقرار الأسرة والمجتمع ولتعلق حق الله به، ولا يجوز للورثة ولا للأقارب الاعتراض عليه أو رفضه، طالما صاحب الحق الأول قد أثبتته في ذمته، وهو ما تضمنته المادة 85 من مشروع العربي الموحد للأحوال الشخصية: "لا تسمع الدعوى من ورثة المقر بنفي النسب بعد ثبوته بالقرار الصحيح"³.

ج- ثبوت النسب بالبينة

تعد البينة من بين طرق إثبات النسب سواء كان هذا الأخير أصليا أو فرعيا، وذلك إذا كانت الرابطة الزوجية غير قائمة، فإذا كانت هذه الأخيرة قائمة فلا حاجة إلى الأخذ بالبينة كون نسب الولد يثبت بالفراش، لاتفاق الفقهاء على أن الولد الذي تأتي به المرأة المتزوجة زواجا صحيحا أو زواجا فاسدا أو نكاح شهية فإنه ينسب إلى زوجها ما لم يقم العكس على ذلك.

1- تعريف البينة

لقد ورد النص على إثبات النسب بالبينة في المادة 40 قانون أسرة الجزائري، حيث جاء فيها: "يثبت النسب بالزواج الصحيح أو بالإقرار أو بالبينة أو بنكاح الشبهة"⁴. فدعوى النسب كأى دعوى أخرى بعد استيفائها بشروطها القانونية إذا تقدم المدعي بدعوى النسب وأنكر الزوج ذلك فعلى هذا الأخير تقديم البينة.

2- أحكام البينة في المادة 40 من قانون الأسرة الجزائري

وتظهر أهمية البينة على غيرها من وسائل ثبوت النسب بالنظر إلى أن الطريق الأول وهو المنشئ للنسب أي الزوجية وما يلحقها محدود الأثر إذ لا يثبت به إلا نسب الولد، أما غيره من الأخ أو العم وأبنائهم فلا بد لهم من الإقرار، وهذا الأخير في حد ذاته حجة قاصرة على

¹ عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، ط 03، دار هومة، الجزائر، 1996، ص 216.

² المادة 42 من قانون الأسرة الجزائري.

³ إقورفة زبيدة، نفس المرجع السابق، ص 60.

⁴ المادة 40 من قانون الأسرة الجزائري.

المقر ولا تتعدى غيره، بخلاف البينة التي إن ثبتت كانت ملزمة لكل الأطراف، وتصلح لكل الحالات الأبوة، الأمومة، الأخوة وغيرها¹.

فالبينة إذن هي كل وسيلة يظهر بها الحق وتتكشف حقيقته في أي نزاع أو مظلمة، ولقد عرفت البينة بأنها الحجة ويطلقها جمهور الفقهاء على معنى مرادف وهو الشهادة ويعلق ابن القيم على هذا ويقول البينة اسم لما يبين الحق ويظهره وبذلك تكون البينة المقصودة من المادة 40 ق. أ. ج هي الشهادة دون غيرها من الأدلة.

وبالرجوع إلى المشرع الجزائري في كل من المواد 32 و 33 و 34 فنجده يستعمل في النص العربي مصطلح " البينة " وفي النص الفرنسي " Preuve " فيكون لهذا الأخير عدة معاني، والمقصود بالبينة في مجال إثبات النسب هي الشهادة دون غيرها².

3- حجية البينة في إثبات النسب

اعتبر القضاء الجزائري هو الآخر شهادة الشهود طريقا من طرق إثبات النسب تطبيقا للمادة 40 قانون الأسرة الجزائري، وسواء كان هؤلاء الشهود من أقار الزوجين أو أجنب لهم استنادا إلى المادة 153 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية³، والتي تنص على ما يلي: "لا يجوز سماع أي شخص كشاهد إذا كانت له قرابة أو مصاهرة مباشرة مع أحد الخصوم. لا يجوز سماع شهادة زوج أحد الخصوم في القضية التي تعني زوجه، ولو كان مطلق، لا يجوز أيضا قبول شهادة الأخوة والأخوات وأبناء العمومة لأحد الخصوم. غير أن الأشخاص المذكورين في هذه المادة، باستثناء الفروع، يجوز سماعهم في القضايا الخاصة بحالة الأشخاص والطلاق".

وهو ما قضت به المحكمة العليا حيث ورد في إحدى قراراتها: "من المقرر شرعا أنه يمكن إثبات النسب بالزواج الصحيح والإقرار والبينة وشهادة الشهود ونكاح الشبهة والأنكحة الفاسدة والباطلة تطبيقا لقاعدة إحياء الولد لأن ثبوت الولد يعد إحياء له ونفيه قتلا له، حيث أنه في غالب الأحيان يرفض القضاء شهادة الأقارب في الزواج والنسب مع أن الشريعة تقبل شهادتهم باعتباره من قضايا الحالة التي تثبت بكل الطرق"⁴.

من خلال هذا نجد أن المشرع الجزائري يرفض شهادة كل الأقارب في إثبات النسب بكل الطرق الموجودة في إثبات النسب، من شهادة الأخوة والأخوات وأولاد الأعمام والمصاهرة وإلى غير ذلك، بالرغم أنه من جهة أخرى نجد أن الشريعة الإسلامية تقبل شهادة كل الأقارب في كل طرق الإثبات.

¹ إقورفة زبيدة، نفس المرجع السابق، ص 52.

² قانون الأسرة المعدل بموجب الأمر 02/05 المؤرخ في 27 فبراير 2005.

³ قانون رقم 08-09 المؤرخ في 18 صفر 1429 الموافق ل 25 فيفري 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الصادر بالجريدة الرسمية، عدد 21.

⁴ المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 1723 الصادر بتاريخ 1997/10/28، مجلة قضائية، عدد 01، 1997، ص 42-43.

الفرع الثاني : الأليات العلمية الحديثة لإثبات للنسب ومدى استغلالها من طرف الجهات المختصة في القانون وقضايا الأسرة.

بعد عرض مختلف الطرق التقليدية لإثبات النسب في القانون الجزائري والفقه الإسلامي، فقد تأثر المشرع الجزائري بالثورة التكنولوجية التي كان سببها التطور البيولوجي، والذي نجم عنه استحداث تقنيات في المعرفة العلمية، تستخدم في الكشف عن حقائق غامضة منها لإثبات النسب، حيث يتم استخدام الطرق العلمية في حالة عدم القدرة على إثبات النسب بالطرق السابقة، حيث نجد القانون الجزائري والشرعية الإسلامية تطرقوا الى بيان حجية هذه الطرق في إثبات النسب بها.

أ:- إثبات النسب بالبصمة الوراثية

1/ تعريف البصمة الوراثية وخصائصها

1/1- تعريف البصمة الوراثية

يعتبر البروفيسور الإنجليزي إليك جيفري أول من أطلق البصمة الوراثية، في جامعة ليستر بإنجلترا عام 1985، عندما أجرى فحوصا روتينية لجينات الإنسان، فاكشف ذلك الحمض النووي الذي يطلق عليه DNA، وهو المميز لكل شخص مثل بصمات الأصابع فأسماءه بالبصمة الوراثية أو الحمض النووي، ولقد عد العلماء "البصمة الوراثية" قفزة علمية كبيرة، لما لها من أهمية في عالم الطب الشرعي، وعالم الحياة بشكل عام، واستعملت في مجال الإثبات خاصة في جرائم الاغتصاب، وأثبتت فعاليتها في الكشف عن الحقيقة¹. وبالنظر إلى أهمية البصمة الوراثية في الطب الشرعي وفي الحياة الاجتماعية يتم استخدامها في الكثير من المجالات ومنها مجال الإثبات في الجريمة أو النسب ...

وتم تعريف البصمة الوراثية بأنها " العلامة أو الأثر الذي ينتقل من الآباء إلى الأبناء أو من الأصول إلى الفروع " وعرفها في مكان لآخر فقال " أنها المادة الموروثة الموجودة في خلايا جميع الكائنات "².

وكذلك تعرف البصمة الوراثية أو ما يطلق عليها "البصمة الجينية أو الحامض النووي DNA، هي الاكتشاف الذي حقق ثورة علمية في العلوم الجنائية، ويعتبر الاكتشاف الأبرز حالياً منذ اكتشاف بصمة الأصابع في القرن التاسع عشر الميلادي. إذ تعتبر تقنيات الحامض النووي (DNA) حالياً من أدق تقنيات العصر في مكافحة الجريمة، باعتبار أنها تقدم البيئة الجينية التي تدل على هوية كل إنسان بعينه، فالحامض النووي (DNA) يعتبر حامضاً فريداً

¹ ابن بوعبد الله مونية، بديار ماهر، دور البصمة الوراثية في إثبات جريمة الاغتصاب وفق التشريع الجزائري، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، العدد 03، جامعة سوق أهراس، الجزائر، 02/03/2020، ص 216.

² سعد الدين الهلالي، البصمة الوراثية وعلاقتها الشرعية، ط 01، الكويت، 2008، ص 25.

في كل شخص وبصمة لا تتكرر من شخص إلى شخص آخر إلا في التوائم المتطابقة، محققاً التفرد والتميز لكل إنسان على حده¹.

2/1- خصائص البصمة الوراثية DNA

تتميز البصمة الوراثية بجملة من الخصائص يمكن إجمالها في النقاط التالية²:

1-2-1 يتميز كل إنسان ببصمة وراثية خاصة به، ومن المستحيل أن تتطابق بصمته مع بصمة غيره إلا في حالة التوأمين المتطابقين

2-2-1 مقدرة الحمض النووي DNA على تحمل الظروف الجوية السيئة المحيطة كالرطوبة والجفاف، وارتفاع درجة الحرارة، فيمكن عمل البصمة الوراثية من التلوثات المنوية أو الدموية الحافة التي مضى عليها وقت طويل

3-2-1 النتيجة النهائية لعمل البصمة تكون على شكل خطوط عرضية تختلف في السمك والمسافة، وهذه النتيجة تسهل قراءتها وحفظها وتخزينها في الحاسب لحين الحاجة إليها

4-2-1 نتائج البصمة الوراثية شبه قطعية، إذ لا تقل نسبة صحتها في تحديد هوية صاحبها 98 % إذا أجريت طبق معايير وضوابط معينة

5-2-1 تتمتع البصمة الوراثية وجزء الحامض النووي بمقدرته على الاستنساخ، وبذلك يعمل على نقل صفات النوع من جيل إلى جيل.

6-2-1 كما أن الفحوص البيولوجية العادية تعتمد على حجم وعمر الأثر المادي والحالة الموجودة عليها بينما تكمن قوة تحليل DNA من حيث أنه لا يلزم لهذا الفحص إلا كميات قليلة فقط، كما أن إمكانية تزويره تصبح مستحيلة، لهذه الأسباب تم تعميم الأخذ بهذه التحاليل لقوتها. فالحمض النووي موجود في منطقة صغيرة جداً في الخلية تسمى النواة وتحتوي على جميع الخلايا، لذا يمكن استخلاصه من³:

1-2-7 اللعاب الرطب أو الجاف: وهو يحتوي على مواد خلوية تحتوي على DNA وقد يكون موجود على الجلد الأدمي نتيجة العض أو التقبيل أو اللعق.

8-2-1 عينات الإفرازات الأنفية المخاطية: وقد توجد على الأشياء مثل الملابس الخاصة أو المناديل الموجودة في مسرح الجريمة والمستعملة من قبل الجاني.

9-2-1 الأنسجة: بمختلف أنواعها مثل خلايا الجلد وغيرها.

10-2-1 الشعر والعظام: حيث يوجد معظم الحمض النووي في بصيلة الشعر أي الجذور أما العظام فأفضلها عظام الأسنان.

¹ طه صباح عبد الحمدي، حجية البصمة الوراثية في الإثبات الجزائي في التشريعين الأردني والعراقي " دراسة مقارنة"، رسالة الماجستير، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، 2020، ص 14.

² زيد بن عبد الله بن إبراهيم آل قرون، البصمة الوراثية وأثرها في الإثبات بحث مقدم لمؤتمر القرائن الطبية المعاصرة وآثارها الفقهية، جامعة الإمام محمد ابن سعود الإسلامية، دس، ص 456-457.

³ بوصبع فؤاد، البصمة الوراثية ومدى مشروع تباني الثبات وفي النسب، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة منتوري، قسنطينة، 2012، ص 10-11.

1-2-11- الدم والمني: وهما مصدران مهمان للحصول على الحامض النووي وقد يكون على عدة أشكال، إما سائل أو مختلط بالماء أو ملوث بالثياب أو أجسام صلبة.

2- شروط وضوابط العمل بالبصمة الوراثية في إثبات النسب وطريقة إظهارها

1/2- ضوابط وشروط إجراء تحليل البصمة الوراثية

من أجل ضمان صحة نتائج البصمة الوراثية فقد ذكر بعض الفقهاء والأطباء المختصين بالبصمة الوراثية ضوابط لا بد من تحققها كي يمكن الأخذ بنتائج البصمة الوراثية وهذه الضوابط تتعلق بخبراء البصمة الوراثية وبطريقة إجراء التحاليل، والمختبرات والمعامل الخاصة بالبصمة الوراثية وأهم هذه الضوابط ما يأتي¹:

1-2-1 أن تكون مختبرات الفحص للبصمة الوراثية تابعة للدولة أو تشرف عليها إشرافاً

مباشراً، مع توفر جميع الضوابط العلمية والمعملية المعتبرة محلياً وعالمياً في هذا المجال

2-1-2 أن يكون جميع القائمين على العمل في المختبرات الخاصة بتحليل البصمة الوراثية سواء كانوا من خبراء البصمة الوراثية أو من المساندين لهم في أعمالهم المخبرية ممن توفر فيهم أهلية قبول الشهادة كما في القائف، إضافة إلى معرفته وخبرته في مجال تخصصه الدقيق في المختبر

2-1-3 توثيق كل خطوة من خطوات تحليل البصمة الوراثية بدءاً من نقل العينات إلى بظهور النتائج حرصاً على سلامة تلك العينات وضماناً لصحة نتائجها مع حفظ هذه الوثائق للرجوع إليها عند الحاجة

2-1-4 عمل التحاليل الخاصة بالبصمة بطرق متعددة، وبعدد أكبر من الأحماض الأمينية، ضماناً لصحة النتائج قدر الإمكان

فإذا توفرت كل هذه الشروط والضوابط في خبراء البصمة الوراثية وفي المعامل ومختبرات تحليل البصمة عند إجراء التحليل، فإنه لا مجال للتردد فيما يظهر في مشروعية العمل بالبصمة الوراثية واعتبارها طريقاً من الطرق المعتبرة لإثبات النسب كالقيافة إن لم تكن أولى، كما تقدم بيانه. والعلم عند الله تعالى.

2/2- طريقة إظهار بصمة الحمض النووي DNA

أن بصمة الحامض النووي DNA موجودة في نواة كل خلية في جسم الإنسان ما عدا كريات الدم الحمراء إذ لا نواة فيها، وعليه فيمكن استخلاص هذا الحمض من العديد من الآثار التي قد توجد في مكان الحادث: كالدم، والمبني، واللعب، والشعر (إذا كان محتوياً على البصيلة التي تكون مغروسة في الجسم) والخلايا الجلدية والمخاطية، وكذا البول، وتعتبر العظام من أفضل ما يمكن أن يستفاد منه في حال تعفن العينات المأخوذة. وعلى كل

¹ عمر بن محمد السبيل، البصمة الوراثية ومدي مشروعية استخدامها في النسب والجنائية، كلية الشريعة، جامعة أم القرى، د س، ص 31-32.

فإن استخلاص هذا الحامض لإجراء المقارنات اللازمة يتم من خلال مراحل عدة اختصرها فيما يأتي¹:

2-2-1- العينات المشتعلة على الخلايا والتي يراد استخلاص الحمض منها، ثم يقوم المختص بإخراج وفرز الخلايا من العينة باستخدام جهاز الطرد المركزي (Centrifuge) حيث تترسب الخلايا في قاع أنبوب الجهاز.

2-2-2- تحطيم الخلايا للوصول إلى ما بداخل الأنوية بإنزيمات خاصة، إلا أن هذه الإنزيمات بعدما تقوم بدورها تعتمد بطبيعتها إلى مهاجمة الحمض النووي وتحليله مما يضطر المختص إلى الإسراع بتثبيت عملها بواسطة مركبات خاصة حتى لا تفسد عليه ما بداخل النواة.

2-2-3- استخلاص الحمض النووي الموجود داخل النواة بعد فصله عن باقي المكونات الجزئية المختلطة به، وترسيبه من المحاليل المستخدمة في عملية الفصل.

2-2-4- يتم بعد ذلك تحليل الحمض النووي المستخلص لإجراء المقارنات عليها.

2-3 موقف المشرع الجزائري والفقهاء الإسلاميين من إثبات النسب بالبصمة الوراثية

تلعب البصمة الوراثية دورا حاسما في إثبات النسب أو نفيه في قضايا النسب المتنازع فيه. فإذا كانت هذه البصمة في المجال الجنائي تثبت كما رأينا هوية صاحب الأثر الأدمي الذي وجد في مسرح الجريمة، إلا أنها لا تؤكد غالبا أنه هو الذي ارتكب الجريمة، أما في مجال النسب فإن هذه البصمة تؤكد أن الولد محل النزاع هو لأب بذاته، أو الأم بذاتها، ومن ثم تحزم النزاع نهائيا².

نجد من الناحية العملية أن المحكمة العليا لم تصدر أي اجتهاد قضائي يدعو إلى الاستعانة بالبصمة الوراثية في إثبات قضايا النسب، بل اكتفت في قضايا إثبات النسب عن طريق تحليل الدم، وذلك بموجب قرارها الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية بتاريخ 1999/06/15، الملف رقم 222674 والذي جاء فيه " من المقرر قانونا أنه يثبت الولد لأبيه متى كان الزواج شرعيا، ومن المقرر قانونا أنه³: النسب بالزواج الصحيح وبالإقرار وبالبيئة وبنكاح الشبهة، وبكل نكاح تم فسخه بعد الدخول طبقا للمواد 32، 33، و 34 من هذا القانون ومن ثم فإن القضاء بخلاف ذلك يعد مخالفة للقانون، متى تبين أن قضاة المجلس لما قضاوا بتأييد الحكم المستأنف القاضي بتعيين خبرة طبية قصد تحليل الدم للوصول إلى تحديد النسب جاء خلافا لقواعد إثبات النسب المسطرة شرعا وقانونا طبقا لأحكام المادة 30 وما بعدها من قانون الأسرة، فإنهم بقضائهم كما فعلوا تجاوزوا سلطتهم وعرضوا قرارهم للنقض.

¹ زيد بن عبد الله بن إبراهيم آل قرون، نفس المرجع السابق، ص 453.

² رجب كريم عبد الله، دور البصمة الوراثية في إثبات النسب في القانون الفرنسي والقانون المصري، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، دس، ص 518.

³ قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، رقم الملف 222674، بتاريخ 1999/06/15.

من خلال قرار المحكمة العليا السابق فهي ترفض إثبات النسب عن طريق تحليل الدم، إذا كانت رابطة زوجية قائمة بين الزوجي، فأى ولادة جاءت خلال هذه الفترة ترتب عليها لحوق النسب بالزوج، ما لم ينفه باللعان، ومتى وجد الفراش فلا أثر لفحص الدم ولا للبصمة الوراثية أما في حالة الفراش المجهول، فالقضاء الجزائي يأخذ في اعتباره الوسائل العلمية ومنها فحص الدم والبصمة الوراثية كقرينة تخضع لتقدير المحكمة وسلطتها في تقدير الوقائع المطروحة أمامها¹.

فقبل صدور قانون رقم 03-16 المؤرخ في 14 رمضان عام 1437 الموافق لـ 19 يونيو عام 2016 المنظم لاستعمال البصمة الوراثية في الإجراءات القضائية والتعرف على الأشخاص²، أثير جدل فقهي حول مدى جواز استخدام البصمة الوراثية كدليل إثبات، نظرا لما يفرزه تطبيق هذا الإجراء من انتهاك لخصوصية الفرد ومساسا بالسلامة الجسدية له.

وطبقا للإجراء المقرر فيه وجد المشرع الدستوري الجزائري على نمط القانون الدولي عندما أكد على هذا الحق في المادة 40 منه بنصها "تضمن الدولة عدم انتهاك حرمة الإنسان ويحظر أي عنف بدني أو معنوي أو أي مساس بالكرامة أو المعاملة القاسية أو اللاإنسانية أو المهينة التي يقيمها القانون" وبما أن حقوق الفرد ليست مطلقة بل مقيدة بحقوق الآخرين ومصلحة وأمن المجتمع فينبغي له التمسك والتحجج والدفاع عن نفسه إذا أخذت عينة من جسمه تحت شعار المساس بحرمة الجسدية أو الاعتداء على الخصوصية، وإنما يتعين عليه و يخضع لما جاء به القانون في هذا الصدد وعلى القائم بأخذ العينة احترام كرامة وحرمة الحياة الخاصة للأفراد وحماية معطياتهم الشخصية وهذا أكدته المادة 3 من قانون 03-16 ينصها "يتعين أثناء مختلف مراحل أخذ العينات البيولوجية واستعمال البصمة الوراثية احترام كرامة الأشخاص وحرمة حياتهم الخاصة وحماية معطياتهم الشخصية وفقا لأحكام هذا القانون والتشريع الساري المفعول"³.

وفي حالة رفض أي شخص ان يسمح لهم بأخذ عينات بيولوجيا على كل الجهات القضائية أو عناصر الضبطية القضائية بعد حصولهم على إذن قضائي في إطار تحرياتهم يتعرض لعقوبة جزائية حسب ما ورد في نص المادة 16 من قانون 03-16 بنصها "يعاقب بالحبس من سنة إلى سنتين وبغرامة من 30.000 دج إلى 100.000 دج كل شخص مشار

¹ مجاهدي خديجة، تطبيقات البصمة الوراثية وأثرها في الإثبات (إثبات ونفي النسب نموذجا)، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية والاقتصادية، المجلد 57، العدد 02، جامعة البليدة 2 علي لوني، 2020، ص 341-342.

² - قانون رقم 03-16 مؤرخ في 14 رمضان 1437 الموافق لـ 19 يونيو 2016 المتعلق باستعمال البصمة الوراثية في الإجراءات القضائية و التعرف على الأشخاص، المؤرخ في 22 يونيو 2016، العدد 37، ص 05.

³ المادة 3 من قانون رقم 03-16 مؤرخ في 14 رمضان عام 1437 الموافق 19 يونيو سنة 2016، يتعلق باستعمال البصمة الوراثية في الإجراءات القضائية والتعرف على الأشخاص.

إليه في الفقرات 1 و 2 و 4 و 5 من المادة 5 من هذا القانون يرفض الخضوع للتحليلات البيولوجية التي تسمح بالتعرف على بصمته الوراثية¹.

لا يختلف التكليف الفقهي للإثبات بالبصمة الوراثية عن التكليف القانوني، فالاحتكام إلى البصمة الوراثية أو ما يعرف بالبنية الجينية إنما هو في حقيقته احتكام إلى قرينة الشبه وقد أولت الشريعة الإسلامية الأخذ بقرينة الشبه وبالخزين الوراثي (وهو ما يعرف بنزع العرق) اهتماماً كبيراً، فالرسول الكريم محمد صلى الله عليه وسلم قد اعتبر قرينة الشبه في نسب أسامة وزيد².

ومما يجب ذكره في إثبات النسب بالبصمة الوراثية ما أورده الإمام ابن القيم الجوزية بقوله: (حكم رسول الله صلى الله عليه وسلم وخلفائه من بعده (رضي الله عنهم) بالقافة وجعلها دليلاً من أدلة ثبوت النسب، وليس هاهنا إلا مجرد الإمارات والعلامات). وعلى ذلك نخلص إلى القول أن التكليف الفقهي لإثبات النسب بالبصمة الوراثية إنما هو حكم بالقرينة القضائية التي يستتبطها الحاكم أو القاضي مستعيناً في ذلك بما تقدمه له وسائل العلم والمعرفة وعليه فإننا نرى أن التكليف القانوني لإثبات النسب بالبصمة الوراثية يستند في مصدره التاريخي إلى أحكام الشريعة الإسلامية وما ذهب إليه جمهور الفقهاء³.

بفضل البصمة الوراثية يتم إثبات النسب أو نفيه، واعتماد الأدلة أو إبطالها والترجيح بينها، عند التنازع على المولود، وفي حالة الاختلاط بين المواليد في المستشفيات، ولاشتباه في أطفال الأنابيب، وفي حالة أن يدعي مجهول الانتساب إلى آخر، وغيره من الاستخدامات⁴.

ج- إثبات النسب بالتلقيح الاصطناعي

1/ مفهوم التلقيح الاصطناعي

¹بوصوارميسوم، البصمة الوراثية في التشريع الجزائري، مجلة المنار للبحوث والدراسات القانونية والسياسية، العدد 03،

ديسمبر 2017، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة يحي فارس، المدية، ص 82-83.

²شكر محمود داؤد السليم، أحمد حميد سعيد النعيمي، الأحكام الشرعية والقانونية لإثبات النسب بالبصمة الوراثية، مجلة الراافدين للحقوق، المجلد 12، العدد 43، 2010، ص 57.

³شكر محمود داؤد السليم، أحمد حميد سعيد النعيمي، نفس المرجع السابق، ص 60.

⁴بن بو عبد الله مونية، بديار ماهر، نفي المرجع السابق، ص 219.

يمكن تعريف التلقيح الاصطناعي على انه: "تتيح عملية التلقيح الاصطناعي نقل الحيوان المنوي للرجل إلى العضو التناسلي للمرأة بطرق وأساليب طبية وذلك بغير الاتصال الجنسي الطبيعي، وقد يكون التلقيح الاصطناعي داخليا كما قد يكون خارجياً"¹.

وقد قام بعض الفقهاء بتعريف التلقيح الاصطناعي بأنه: " هو الجمع بين خلية جنسية مذكرة و خلية جنسية أنثوية بغير الطريق الطبيعي، برعاية طبيب مختص قصد الإنجاب ". ويلاحظ على هذا التعريف أنه إضافة إلى جمعه لصور التلقيح الاصطناعي فقد ركز على القصد أو الغرض من التلقيح الاصطناعي وهو الإنجاب²، وهذا التعريف نجد فيه دلالة وتأكيد على حصر مشروعية هذا التلقيح على الغرض الطبي العلاجي القائم عليه، وهو عدم القدرة على الإنجاب طبيعياً لذلك نرى أن هذا التعريف هو الأنسب والمختار.

وسبب استعمال عملية التلقيح الاصطناعي هو عجز الزوج على إقامة علاقة جنسية مع زوجته، وقد يرجع ذلك إلى سرعة قذفه، أو أن ماء الزوج غير كافي كما وغير صالح نوعاً للقيام بعملية الإخصاب أو ليست للزوج القدرة على ذلك، وقد تكون قليلة فلا تزيد عن مليون وربما أقل. كما قد يكون هذا السائل المنوي للزوج صالح لكن الصعوبة تكمن في التقاء ماء الزوج مع بويضة الزوجة، أو استحالة ذلك تماماً. يتم إجراء عملية التلقيح في وقت الإباضة عند المرأة، أي ما بين اليوم العاشر إلى الرابع عشر من زمن بدء الدورة الشهرية وأفضلها يوم الرابع عشر، هنا نسبة النجاح قد تصل إلى 70 % إذا حصلت في اليوم المحدد للإباضة³.

2/ أقسام التلقيح الاصطناعي وحكمه من القانون الجزائري والفقهاء الإسلامي

1/2- أقسام التلقيح الاصطناعي.

ينقسم التلقيح الصناعي إلى قسمين: التلقيح الصناعي الداخلي والتلقيح الصناعي الخارجي.

2-1-1- التلقيح الاصطناعي الداخلي: فيقوم على نقل الحيوانات المنوية من الرجل بالية طبية معينة وتعقيمها ثم حقنها في عنق رحم المرأة، وتبقى المرأة مستلقية على ظهرها بعد ذلك مدة ساعة أو ساعتين، حتى تكمل الحيوانات المنوية مسيرها لتلتقي بالبويضة فيحصل تلقيحها داخل جسم المرأة⁴.

¹ أميرة عدلي أمير، جريمة إجهاض الحامل في التقنيات المستحدثة، منشأة المعارف، الإسكندرية، د. ط، 2007، ص 47.

² سعد عبد اللاوي، التلقيح الاصطناعي في قانون الأسرة الجزائري ودوره في حل معضلة الإنجاب، الإنجاب، جامعة باتنة 01، الجزائر، 02 / 12 / 2018، ص 213.

³ سكيرفة محمد الطيب، التلقيح الاصطناعي بين القانون الوضعي والفقهاء الإسلامي، رسالة الماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية قسم القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2017، ص 34.

⁴ شبيخة أحمد التفاق، الإذن الطبي بين المنظور الشرعي والقانون الإماراتي - التلقيح الصناعي نموذجاً، مجلة جامعة الشارقة دورية علمية محكمة، للعلوم الشرعية والدراسات الإسلامية، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة الشارقة، الإمارات العربية المتحدة، المجلد 16، العدد 01، شوال 1440 هـ / يونيو 2019 م، ص 15.

2-2-2- التلقيح الاصطناعي الخارجي: فيختلف عن الأول في أن عملية التلقيح تم خارج الجهاز التناسلي، حيث يقوم الأطباء بتنشيط المبيض لدى المرأة عن طريق عقاقير معينة تحفز المبيض على إنتاج العديد من البويضات، فتؤخذ وتوضع في وسط ملائم حتى تنضج، كما يؤخذ مني الرجل ويعالج ثم يوضع في وسط ملائم حتى تنضج الحيوانات المنوية وتكون قادرة على اختراق البويضة وتلقيحها ويبقى كل في ذلك الوسط مدة من الزمن تتراوح ما بين ساعتين إلى اثنتي عشر ساعة ثم تنقل الحيوانات المنوية وتجمع مع البويضة حتى يتم تلقيحها بأحد الحيوانات المنوية، فإذا ما تم التلقيح وانقسمت البويضة متحولة إلى ما يسمى عند أهل الطب بالكرة الجرثومية، فإنها تنقل بالية طبية إلى رحم المرأة، فتزرع في جدار الرحم وتنمو نموا طبيعياً إلى حين الولادة. (ومدة تلقيح البويضة وانقسامها تقدر بخمس وأربعين إلى ثمان وأربعين ساعة، وتفاوت الزمن يعتمد على نضوج كل من الحيوانات المنوية والبويضة)¹.

2/2- حكم المشرع الجزائري والفقهاء الإسلامي من التلقيح الاصطناعي
لقد أجاز المشرع الجزائري صراحة التلقيح الاصطناعي بنص المادة 45 مكرر من التشريع قانون الأسرة، إذ أنه وضع التلقيح الاصطناعي في إطار وشروط تتماشى مع الإسلامي فقد نصت المادة 45 مكرر في الفقرة الأولى على أنه: (يجوز للزوجين اللجوء للتلقيح الاصطناعي). ويخضع التلقيح الاصطناعي للشروط التالية:

- أن يكون الزواج شرعياً.
 - أن يكون التلقيح برضا الزوجين وأثناء حياتهما.
 - أن يتم بمنى الزوج وبويضة رحم الزوجة دون غيرهما.
- فيفهم من هذا النص، الاعتراف بمشروعية هذه الوسيلة في مساعدة الزوجين للقضاء على آثار العقم².

وقد حرص المشرع الجزائري على وضع إطار قانوني وضوابط من شأنها تنظيم اللجوء إلى هذه العملية بشكل يجعلها تتماشى مع الإطار المنوط عنه في أحكام الشريعة الإسلامية، وذلك بتحريم أية عملية تستدعي تدخل طرف أجنبي عن العلاقة الزوجية³.
أما موقف الفقه الإسلامي من التلقيح الاصطناعي فقد اتفق غالبية الفقه على جواز التلقيح الاصطناعي بين الزوجين في إطار العلاقة الزوجية الشرعية وحال قيامها، في حين حرموا اللجوء إليه بهدف الحصول على الذرية في إطار العلاقة غير الشرعية أو بعد انتهاء العلاقة الزوجية بالطلاق أو الوفاة⁴.

¹ شبيخة أحمد التفاق، نفس المرجع السابق، ص 16.

² الفقرة الأولى من المادة 45 من قانون الأسرة الجزائري.

³ أحمد نصر الجندي، شرح قانون الأسرة الجزائري، د ط، دار الكتب القانونية للنشر، مصر، 2009، ص 97.

⁴ بوقندول سعيدة، التلقيح الاصطناعي بين الشريعة والقانون، مجلة العلوم الإنسانية، عدد 48، ديسمبر 2017، المجلد أ، جامعة الأخوة منتوري، قسنطينة، ص 25.

3/ موقف القانون الجزائري والفقه الإسلامي من إثبات النسب من التلقيح الاصطناعي:

بالرجوع إلى نص المادة 45 مكرر من قانون الأسرة الجزائري نجد أنها تشترط أن يتم التلقيح الاصطناعي بين الزوجين دون غيرهما، ومتى تحقق ذلك فإن النسب يكون ثابتاً¹، طبقاً للقاعدة الفقهية " الولد للفراش وللعاهر الحجر"، ما دام أن المني من الزوج والبويضة من الزوجة.

أما في حالة كان التلقيح الاصطناعي بمني غير مني الزوج فإنه يتشابه في هذه الحالة مع الزنا، ولا يثبت به النسب الشرعي يرى كثير من الفقهاء بأن التلقيح الاصطناعي بغير ماء الزوج مهما تعددت صورته يعد أمر غير مشروع، ويأخذ حكم جريمة الزنا، لأن نتيجة كليهما في هذا الفرض واحدة وهي اختلاط الأنساب. ولا يهم هنا ما إذا تم الزنا بالصورة التقليدية المعروفة أم أنه تم عن طريق التلقيح الاصطناعي وفي الواقع.

وعليه لا تقوم جريمة الزنا بتلقيح بويضة المرأة صناعياً بمني رجل برضاها سواء كان زوجها أم شخصاً آخر، إذ لا وجود لنص في هذا المقام في قانون العقوبات وهذا تطبيقاً لمبدأ شرعية الجرائم والعقوبات. وعليه، فإن الولد الناتج عن تلقيح بويضة الزوجة بمني رجل غير زوجها يعتبر ولد غير شرعي دون أن يعتبر الزنا مع ذلك قائم كما يجب على المشرع أن يسعى إلى وضع نصوص صريحة تجرم هذه الحالات حماية لمصلحة كل من الطفل والمجتمع.

أما إثبات النسب في الفقه الإسلامي يكون في حالتين وهي كالتالي:

2-2-1 الحالة الأولى: ما دام أن يكون الولد من نطفة الزوج وبويضة الزوجة، ولو أن ذلك تم بتدخل طبي لسبب وجود عيب أو مرض يحول دون تكوين الجنين عن طريق الاتصال الطبيعي بين الزوجين، وبالتالي يثبت النسب شرعاً وقانوناً بالتلقيح طالما كان من ماء الزوج وبويضة الزوجة².

2-2-2 الحالة الثانية: النطفة ليست من الزوج ولا خلاف بين فقهاء الشريعة في تحريم هذه العملية، فهي لشخص أجنبي لا تربطه بالزوجة علاقة زوجية قائمة ومشروعة. ومما لا شك فيه أن تلقيح امرأة بنطفة رجل أجنبي عنها لا تربطهما علاقة زواج، سواء كان صحيحاً أو فاسداً أو نكاحاً بشبهة يعد في حكم الزنا، فينسب المولود هنا للزوجة، كما ينسب للمرأة إذا كانت غير متزوجة، لأنه يخلق من بويضتها، أما النسب للزوج، نسب إليه المولود بحكم الفراش، وذلك للحديث الشريف، وإن كان بعلمه فإن بعض يرى ألا ينسب إليه عقاباً له لإقراره صورة الزنا بامرأته، بل قد يدعو هو نفسه رجلاً للزنا بها إن أراد ذرية وهو ما كان يسمى في الجاهلية بالاستبضاع، وفي هذا الصدد يقول الشيخ جاد الحق إنه إذا كان تلقيح

¹المادة 45 من قانون الأسرة الجزائري نفس المرجع السابق.

²ياسر عبد الحميد جاد الله النجار، التلقيح الصناعي من منظور الفقه الإسلامي دراسة فقهية مقارنة، كلية الشريعة والقانون، الدقهلية، دس، ص 427.

الزوجة من رجل آخر غير زوجها فهو محرم شرعا، ويكون في معنى الزنا ونتائجه وكل طفل ناشئ بالطرق المحرمة قطعاً من التلقيح الصناعي لا ينسب إلى الأب جبراً، وإنما ينسب لمن حملت منه ووضعته¹.

د- المقارنة بين طرق الإثبات بين الشريعة الإسلامية و القانون الأسري:

1- إثبات الزواج العرفي قد يحول علاقات الزنا إلى زواج:

لقد مرت المجتمعات الإسلامية بمراحل تاريخية عديدة أعقبتها روااسب من الغزو الفكري الذي كانت له آثار خطيرة على الأوضاع الاجتماعية في الأمة، مما أفرز عوامل ثقافية واقتصادية ونفسية؛ أورثت أمراض مستعصية لدى هذه المجتمعات. وأفادت الكثير من الدراسات أن الأسر غير الملتزمة بالتعاليم الدينية، أو التي توجد في مجتمع لا يهتم بتعاليم الدين، سواء في المدارس أو المعاهد، مالت إلى إقامة علاقات غير سوية خارج نطاق الأسرة والزواج، وهو ما أدى إلى انهيار هذه المجتمعات، وتفسخ الأبناء، وانقطاع عرى المودة والرحمة فيما بينهم² وبانخفاض الوازع الديني وانتشار الرذيلة والفاحشة، أصبحت نفس الشخص تذهب وراء التمتع بالنساء³ فتتشأ علاقة بين الرجل والمرأة على نحو يخالف تعاليم الشريعة الإسلامية، في تورط في ارتكاب جريمة الزنا، وقد يترتب على تلك الجريمة أن تحمل الزانية حمل يفضي إلى إنجاب ولد الزنا، وتلك مشكلة من المشكلات الاجتماعية و القانونية الصعبة التي تعاني منها المجتمعات⁴ والشريعة الإسلامية قد قررت الكثير من الأحكام المتعلقة هذا الموضوع، سواء أكانت بمحاربة الزنا نفسه، أم بمعالجة الآثار المترتبة عليه بما في ذلك موضوع النسب.

فدعت إلى الزواج الشرعي الصحيح وحببت فيه لأنه أسلم طريق لتصريف الغريزة الجنسية، وهو الوسيلة المثلى لإخراج سلاله يقوم على تبريرها الزوجان ويتعهد أنها بالرعاية وغرس الود والرحمة، وعاقبت الشريعة الإسلامية كل من يخالف هذه الأسس القويمة عقوبة الحد على الزاني سواء كان محصناً أم غير ذلك، كما أنها اعتبرت هذه الجريمة من الكبائر العظام بأدلة كثيرة منها: قوله تعالى: "وَلَا تَقْرَبُوا الزَّانَا ۚ إِنَّهُ كَانَ فَاحِشَةً وَسَاءَ سَبِيلٌ"⁵ و منه نخلص إلى أن الزنا علاقة آثمة حرمها الشرع الإسلامي، كما أنه حرص على تطهير المجتمع منها، ففبح فعلها وعاقب فاعليها بعقوبات رادعة.

¹ طفياني مخطارية، إثبات النسب في تقنين الأسرة الجزائري والفقه الإسلامي، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم التجارية، جامعة أمحمد بوقرة، بومرداس، ص 81-82.

² أماني علي المتولي، الضوابط القانونية و الشرعية و المشكلات العلمية لأنواع الحديثة للزواج و الطلاق، دار الكتاب الحديث، القاهرة، مصر، ط 2010، ص 171.

³ تشوار جيلالي، الثغرات التشريعية الأسرية في بعض مسائل الزواج، أية عدالة قانونية أو قضائية، مجلة القانونية و الإدارية و السياسية، ط 2004، ص 113.

⁴ مازن إسماعيل هنية، إثبات نسب ولد الزنا بالبصمة الوراثية، محلة الجامعية الإسلامية، سلسلة الدراسات الإسلامية، المجلد 17، العدد 1، يناير 2009، ص 02.

⁵ سورة الإسراء، الآية: 32.

أما المشرع الجزائري لم تكن له الرؤية التي وجدناها في أحكام الشريعة الإسلامية، ذلك أن هذه الأخيرة تعاقب على الزنا في كل الأحوال، سواء كان الزاني محصنا أو غير محصن ولعل الاختلاف في الرؤية ليس هنا، وإنما في العقوبة المقررة لها، حيث تنص المادة 339 من قانون العقوبات بما يلي: "يقضى بالحبس من سنة إلى سنتين على كل امرأة متزوجة ثبت ارتكابها جريمة الزنا، وتطبق العقوبة ذاتها على كل من ارتكب جريمة الزنا مع امرأة يعلم أنها متزوجة. ويعاقب الزوج الذي يرتكب جريمة الزنا بالحبس من سنة إلى سنتين وتطبق العقوبة ذاتها على شريكته، وال تتخذ الإجراءات إلا بناء على شكوى الزوج المضرور، وإن صفح هذا الأخير يضع حدا لكل متابعة".

وتضيف المادة 340 من ذات القانون بأنه: "الدليل الذي يقبل عن ارتكاب الجريمة المعاقب عليها بالمادة 339 يقوم إما على محضر قضائي يحرره أحد رجال الضبط القضائي عن حالة تلبس، وإما بإقرار وارد في رسائل أو مستندات صادرة من املتهم وإما بإقرار قضائي".

ما يلاحظ على هذين النصين أن المشرع لم يأخذ من أحكام الشريعة الإسلامية سوى المبدأ وهو تجريم زنا الزوجين، أما عدا ذلك فلم يأخذ منها شيء¹.

هذا و أن قلنا بأن المشرع لم يبيح الزنا صراحة، إلا أنه من خلال نص المادة 339 من ق. ع نجده تساهل نوعا ما في جريمة الزنا بين الزوجين، إذ نجده علق متابعة إجراءات الدعوى على شكوى الزوج المضرور، و بمفهوم المخالفة، إذا تنازل هذا الأخير عن الشكوى، انقضت الدعوى العمومية، ونفذ الزوج الزاني منالعقاب المقرر قانونا، وفي ذلك استباحة غير مباشرة لزنا الأزواج²

كما المشرع علق معاقبة الشريك الذي ارتكب فعل الزنا معا امرأة متزوجة على علمه بأنها كذلك، فإن أثبت عدم علمه بذلك سقطت عنها لمتابعة القضائية، و هو ما كرسته المحكمة العليا من خلال قراراتها، ومثال ذلك القرار الذي أصدرته في 12 جوان، 1984 والذي جاء فيه : "...لا تنطبق المادة 339 على الشريك الذي ارتكب جريمة الزنا مع امرأة إلا إذا كان يعلم أنها متزوجة".

و من ثم فإن المشرع أسقط عن الشريك الذي زنى بامرأة متزوجة، إذا أثبت أنه يجهل زواجها، ومن ثم لا عقوبة عليه، الأمر ناه بامرأة غير متزوجة، وهو الأمر الذي يتعارض الذي يمكن أن نفهم من ورائها إباحة زناه امرأة غير متزوجة، وهو الأمر الذي يتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية.

والمشرع، لم يتعامل مع فعل الزنا بنفس الصرامة التي تعاملت بها الشريعة ومنه يمكن القول

¹ خاطر جيلالي، مشكل الإثبات في مجال الزواج، دكتوراه في العلوم القانونية و الإدارية، جامعة الجيلالي اليابس، سيدي بلعباس، ط 2020، ص 210.

² فودة عبد الحكيم، الجرائم الماسة بالأداب العامة و العرض في ضوء الفقه و قضاء النقص، دار الفكر العربي، مصر، ط 1994، ص 724.

بأن الإسلامية معه، لاسيما زنا الزوجين، إلا أنه من حيث المبدأ يجرم هذا الفعل ويضع له عقوبات تختلف باختلاف الفعل المنتهك للآداب، ولم يبح ذلك صراحة والأهم من ذلك أنه لم يورد نصا يساوي بين الزنا والزواج، وهذا إن دل على شيء إنما يدل على أن كل من الشريعة الإسلامية والتشريع الجزائري، لا يساويان بين الزنا والزواج، ولا يسمحان بتحويل العلاقات الآثمة إلى زواج¹

لكن استمرار المشرع في تبني الزواج العرفي بمقتضى نص المادة 22 من قانون الأسرة يسمح بذلك، فإمكانية إثبات الزواج بحكم قضائي لم تتوقف أبعادها عند تخطي أجهل القيود والشروط التي وضعها المشرع لضبط عشوائية تعدد الزوجات، ملا يترتب عنها من ظلم للزوجات و حتى الأبناء، أو تلك التي أساس تشريعها حماية ناقصي الأهلية أو القصر من الزواج الذي يلحق الضرر بهم، ومع ذلك بفضل هذه الرخصة التي أقرها المشرع، باعتبارها من مخلفات الاستعمار الفرنسي، وما يزال مصرا على منحها أولئك الذين يصرون على خرق القانون وتجاوزه لضربها بعرض الحائط، ومن ثم تزويج الصغار رغم ما قد ينجم عن ذلك من مضار ورغم إدراك الولي لذلك.

هذا كله لا يشكل إلا جانبا من السلبيات والمخاطر التي نجنيها من وراء بقاء هذه المادة - 22- على حالها، لأن الأخطر هو أن تنشأ علاقة آثمة بين الرجل والمرأة وإذا بهذه العلاقة غير الشرعية تنتج آثارها، بأن ينشأ حمل في أحشاء هذه المرأة الزانية، وإذا بالحل لتدارك كل هذا موجود في المادة 22 دائما، ولأن الأمر لا يزيد عن مجرد ادعاءات أو تصريحات يدلي بها هذين الزانيين أمام القاضي رفقة ولي وشاهدين زور، وما أكثر شهود الزور في هذا الزمان.

التصريحات هذه لا تتعدى القول بأنهم إبرام زواج عرفي -مع أنه لم يحصل أصل- بتاريخ سابق وأنه تم إغفال تسجيله، وإذا بهم تفتنوا فجأة لضرورة تسجيله أملا للتوثيق من منافع، ولعل هذه الفئات من الأشخاص أضحوامحترفين في هذه المسائل، ثم يصرح شاهدا الزور بأنهما حضرا مجلس عقد زواج شرعي بالتاريخ المعلن عنه من طرف الزوجين المزعومين، وقد يكونا لأول مرة يريا فيها هذين الزانيين، وأخيرا تصريح الولي الذي أكد من مصلحته تحويل الخطيئة للأمر مشرف (الزواج)².

فما أسهل اللجوء إلى هذه الرخصة الممنوحة قانونا لمثل هؤلاء، والتي تحول الحرام إلى حلال، وتساوي بين الزنا والزواج، وشتان بين هذا وذلك.

¹ نزار كريمة، اليمين في الأحوال الشخصية، ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجيلالي الياقوت، ط 2001، ص 213.

² نزار كريمة، أبعاد و مخاطر مشكل الإثبات في مجال الزواج، المرجع السابق، ص 205.

من هنا يتضح البعد الخطير لاستمرارية الزواج العرفي في الجزائر، الذي يضعنا في صدام مع أحكام شرعية ثابتة الأصل فيها نصوص الوحي، لأن الزنا محرم شرعا بأقوى الأدلة الشرعية التي لم تساوي بأية حال من الأحوال بين الزنا والزواج.

كما أن استمرار المشرع في تبني الزواج العرفي بمقتضى المادة 22 وسهولة تحايل العابثين على القضاء في إثبات علاقات غير شرعية وتحويلها إلى زواج رسمي، يجعلنا نقول أن كل ذلك سيجلب على المشرع وعلى الزوجين والأبناء والمجتمع كما هائلا من المفساد، و ما يتبعها من استحلال حرمة و فوات حقوق و وقوع مظالم واختلاط الأنساب¹ وربما أفضى الأمر إلى القتل، فإن المرأة إذا زنت أدخلت العار على زوجها وأهلها، ونكست رؤوسهم، وإن حملت من الزنا، فإن قتلت ولدها جمعت بين الزنا والقتل، وإن حملته على الزوج أدخلت على أهله و أهلها أجنبيا ليس من أهل منهم، كما أن أهل المزني بها لن يهدأ لهم بال إلا إذا انتقموا من دنس عرضهم وأهان شرفهم و قد يفضي هذا إلى قتله.

ومن أضرار الزنا على المجتمع تفشي الأمراض المستعصية وانتشارها وانتشار البغاء والتكسب بالحرام تفكك الأسر، والانصراف عن الزواج الذي هو الطريق القويم لبناء المجتمع السليم من آثاره أيضا كثرة اللقطاء وأولاد الزنا الذين لا يجدون في الغالب رعاية كافية وتربية سليمة مما يجعلهم بيئة خصبة للجرائم والانحراف السلوكي².

2- إثبات الزواج العرفي ينسب ابن الزنا لأبيه:

إن الشريعة الإسلامية قد إهتمت بالأعراض والأنساب غاية الاهتمام، فجعلت حفظ النسل والعرض مقصدا من مقاصدها الكلية الضرورية، وذلك لما لهذا الأمر من أهمية في انضباط الحياة الإنسانية واستقامتها، فشأن الضروريات كما قال عنها الشاطبي: "البد منها في قيام مصالح الدين والدنيا، بحيث إذا فقدت، لم تجر مصالح الدنيا على استقامة، بل على فساد و تهارج، و رجوع بالخسران المبين"³.

و رعاية لهذا المقصد، فقد رسمت الشريعة منهاجا قويا: فأباححت النكاح، وحرمت السفاح، ووضعت الحدود والحرمة، واهتمت بإثبات الأنساب⁴.

إن ثبوت نسب المولود حق من حقوقه، فالنسب هو الذي يرسم معالم المجتمع من خلال ضبط اللبنة الأولى فيه، ألا وهي الأسرة، ومن مظاهر حرص الإسلام على صحة الأنساب، قوله تعالى: "ادعوهم لأبائهم هو أقسط عند الله"⁵

ومن حيث الجملة، فإن النسب في الشريعة الإسلامية يثبت بنكاح صحيح، ونكاح فاسد، ووطء بالشبهة، كما أن طريق إثباته الإقرار والبيينة والقيافة¹

¹ إبراهيم عناني، مدى مشروعية تنسيب ولد الزنا في ضوء الأحكام العامة للنسب، المرجع السابق، ص 38.

² بوجاني عبد الحكيم، غربي صورية، تعارض نصوص الأسرة مع أحكام الشريعة من حيث الآثار المترتبة على إثبات الزواج العرفي، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، المجلد 2، العدد 1، ط 2020، ص 234.

³ مازن إسماعيل هنية، إثبات نسب ولد الزنا بالبيضة الوراثية، المرجع السابق، ص 4.

⁴ محمد صالح الصالح، إثبات نسب أولاد الزنا، الحكم- الضوابط، الشروط، و عناية الإسلام باللقطاء- الدورة العشرون للمجتمع الفقهي الإسلامي، السعودية، ط 2010، ص 7.

⁵ سورة الأحزاب، الآية: 5.

ومن باب حفظ الأنساب، فإن جمهور العلماء لم يعتبر الزنا سببا للنسب بالنسبة للرجل هذا ويعرف ابن الزنا بأنه المولود الذي تأتي به أمه نتيجة ارتكبتها الفاحشة ذكرا كان هذا المولود أو أنثى. أما اللقيط هو المولود الذي نبذه أهله خوفا من الفقر أو فرارا من تهمة الزنا أو لغير ذلك² و مع أن اللقيط مجهول النسب، ولم يعلم أحد أبويه، إلا الأصل فيه السلامة، و أنه ابن شرعي، ما لم يثبت أنه لابن زنا³.

وبالرجوع إلى موقف المشرع، فإنه لم ينص صراحة في قانون الأسرة على أن الزنا يثبت به النسب، بحيث أن أسباب ثبوت النسب هي الزواج الصحيح والزواج الفاسد والنكاح بشبهة، إلا أن ما جرى العمل به قضاء عند الحكم في دعاوى إثبات الزواج العرفي، أنه يثبت بأثر رجعي أي اعتبارا من التاريخ الذي يصرح به طرفا الدعوى أنهما تزوجا فيه عرفيا -الادعاء بأنهما تزوجا بطريقة شرعية- وليس من تاريخ رفع الدعوى، والذي فيمثل حالات الزنا التي ينشأ عنها حمل يكون في إطار عملية حسابية مضبوطة يضمن بها الطرفان ثبوت نسب الحمل وفقا ملا يقضيه القانون، ومن ثم إضفاء الشرعية على هذا النسب الذي هو في الأصل نتاج علاقة غير شرعية.

هذا الواقع الذي أضحي بمقتضاه الزنا سببا من أسباب ثبوت النسب، فرضته المادة 22 من قانون الأسرة، الأمر الذي يشكل دافعا آخر إلغائها بدون تردد و لا نقاش⁴.

¹ عمر بن محمد السبيل، البصمة الوراثية و مدى مشروعية استخدامها في النسب و الجنائية، جامعة أم القرى، دار الفضيلة السعودية، ط 2002، ص 17.

² كمال صالح البناء، الزواج العرفي في منازعات البنوة في الشريعة و القانون، دار الكتب القانونية، مصر، ط 2005، ص 45.

³ محمد بن رشد القرطبي، بداية المجتهد و نهاية المقتصد، دار المعرفة العلمية، ط 1982، ص 391.

⁴ نزار كريمة، أبعاد و مخاطر و مشكل الإثبات في مجال الزواج، المرجع السابق، ص 35.

المطلب الثاني: المقارنة بين وسائل الإثبات بين الشريعة و القانون.

يتعين علينا من خلال هذا المبحث مقارنة بين وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية و القانون لذا تم تقسيم المطلب إلى فرعين يعنى الأول بشروط الإثبات في الشريعة الإسلامية و يليه الفرع الثاني و الذي يتخصص في شروط الإثبات في القانون.

الفرع الأول: شروط الإثبات في الشريعة الإسلامية.

أ- أن تسبق الدعوى الإثبات.

بما أن مهمة الإثبات تكمن في ضرورة إظهار حق لشخص على شخص آخر، كان لابد لصحتها من طلب يقدمه المدعي (صاحب الحق)، كما أن لصاحب الحق كامل الحرية في التصرف في حقه سواء بالإسقاط أو الإبراء أو غيرها، وبالتالي مصير بقاء الحق لا يعرف إلا بطلبه، وهذا يستلزم إقامة دعوى أمام القضاء للفصل فيها، و البند لشروط الدعوى من أمرين أولهما رفع الدعوى للتحقق من رغبة صاحب احلق بطلبه، وثانيهما طلبه للشهود بأداء الشهادة¹.

وهذا شرط متفق عليه عند الفقهاء في حقوق الأدميين كحقوق النكاح والأصل في هذا الشرط

قوله تعالى: ﴿وَلَا يَأْتِي الشُّهَدَاءُ إِذَا مَا دُعُوا﴾²

أما في حقوق الله فقد اتفق الفقهاء على عدم اشتراط الدعوى ويعتبر الإثبات فيها حبة، فكل حق الله يجوز إثباته دون أن تسبقه دعوى، والسبب أن حق الله جيب على الكل المحافظة عليه ويمنع من الاعتداء عليه، فإذا حصل عدوان وجب على كل مسلم إثباته أمام القضاء، والأصل فيه قول النبي صلى الله عليه وسلم: " ألا أخبركم بخبر الشهداء، الذي يأتي بشهادته قبل أن يسألها"

ب- موافقة الإثبات للدعوى.

أي يجب أن يكون الإثبات مطابقا وموافقا لدعوى المدعي لينتج أثره في الحكم بموجبه، و لما كان الإثبات لتصديق المدعي في دعواه وإظهار الحق المتنازع فيه كان واجبا أن يكون موافقا لدعوى المدعي لأن الإثبات إن خالف الدعوى فقد كذبها والدعوى الكاذبة لا تقبل كما لا يشترط الموافقة على اللفظ بالتمام بقدر ما تشترط الموافقة على المعنى.

ج- أن يكون الإثبات منتجا في الدعوى.

بمعنى أن يكون له فائدة في إثبات الحق و صدور الحكم وإلزام الخصم به.

د- أن يكون الإثبات في مجلس القضاء.

أي لابد أن يكون الإثبات في مجلس القضاء لا خارجه بغية تحقيق المقصود منه وقطع الخصومة، لأنه الإثبات إذا تم خارج مجلس القضاء لا يصح الحكم به حتى ينتقل إلى هذا

¹أوهبة الزحيلي، وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية، ج 1، ط 1، مكتبة دار البيان، ط 1982، ص 47.

²سورة البقرة، الآية: 282.

الأخرى وزيادة على ذلك فإن بعض وسائل الإثبات كالشهادة و اليمين لا تعتبر حجة إلا بقضاء القاضي بها في المجلس¹.

هـ- أن يستند الإثبات إلى العلم أو إلى غلبة الظن:

إن الأصل في الإثبات أن يعتمد على العلم واليقين لقوله تعالى: ﴿إِلَّا مَنْ شَهِدَ بِالْحَقِّ وَهُمْ يَعْلَمُونَ﴾².

ن- أن يكون الإثبات بالطرق التي حددها الشرع.

أي أن الإثبات لا يكون بالطرق التي نهى عنها الشرع كالشعوذة والسحر والطرية أو عن طريق الاعراف أو الكهنة، بل يجب أن يكون الإثبات صالحا من الناحية الشرعية لأن طرق الإثبات بنوعها المختلف فيها و المتفق عليها تحتوي أحكاما شرعية أقرها الشارع بالنص أو الاجتهاد أو الاستنباط من الأدلة فلا يصح الإثبات بغيرها.

الفرع الثاني: شروط الإثبات في القانون.

أ- أن تكون هناك واقعة متنازع عليه: بمعنى أنه إن لم يكن هناك نزاع فلا معنى للتقاضي، والجدير بالذكر أن هذا الشرط يتوافق مع الشرط الثاني لشروط الإثبات في الشريعة الإسلامية الرامي إلى موافقة الإثبات للدعوى، لأن الدعوى لا تكون إلا في حق متنازع فيه.

ب- أن تكون الواقعة المراد إثباتها متعلقة بموضوع الدعوى.

و معنى ذلك أن يكون تكون الواقعة المراد إثباتها في نفسها موضوع الدعوى، وأن لا تخرج عن ذلك، و هذا الشرط تضمنه القانون الجزائي " يجب أن تكون الوقائع المراد إثباتها متعلقة بالدعوى...".

ج- أن تكون الواقعة المراد إثباتها منتجة في الإثبات.

أي أن يكون مؤدى هذه الواقعة - إذا ثبتت؛ أن تؤدي إلى قيام الحق، أو الأثر القانوني، أو الشرعي المدعى به، أو أن توصل الواقعة بعد ثبوتها إلى إقناع القاضي بحقيقة النزاع المعروض عليه.

د- أن تكون الواقعة المراد إثباتها جائزة القبول.

يقصد بهذا الشرط أن لا تكون الواقعة التي رفعت الدعوى من أجلها ممنوع إثباتها قانونا أو شرعا، وأن لا تكون مستحيلة الإثبات كما لو ادعى بنوة من يكرهه سنا، أو أبوة من يصغره سنا يستحيل أن يكون ولده مقارنة بالسن ففي هذه الحالة تصبح الواقعة المراد إثباتها مستحيلة الإثبات و غير مقبولة.

هـ- أن تكون الواقعة المراد إثباتها محصورة معينة غري مطلقة³.

¹ شهر زاد عبد الله، شروط الإثبات و مذاهبه في الفقه الإسلامي و القانون الوضعي- دراسة مقارنة، مجلة الحضارة الإسلامية، المجلد 20، العدد 2، ط 2019، ص 350.

² سورة الزخرف، الآية : 86.

³ شهر زاد عبد الله، المرجع السابق، ص 351، 353.

أي ينبغي أن تكون الواقعة المراد إثباتها محددة، لأن الواقعة غير المحددة لا يمكن إثباتها بسهولة، وقد يؤدي النظر فيها إلى إطالة أمد النزاع دون جدوى.

ن- أن يكون الإثبات بالدليل الذي أباحه القانون.

أي أن لا يخرج القاضي عن طرق الإثبات المحددة قانوناً، وعليه فقد خصص قانون الإثبات المدني الجزائري طرق الإثبات في المواد من (323 – 350).

و- أن يكون مصدر العلم بالإثبات صحيحاً¹.

وعليه فإن كان شهادة فيكون علم الشاهد بالمحل شخصياً، بأن يرى العلم بنفسه، وأن يسمع القول مباشرة، ولا تقبل الشهادة السماعية في القانون، و يصح للشاهد أن يشهد على العقد أو الحادثة المادية إذا وجد عن طريق الصدفة أو بناء على طلب الفريقين.

المطلب الثاني: مدى استقلالية قواعد الإثبات في قضايا الأسرية.

يشمل قانون الإثبات نوعين من القواعد، قواعد موضوعية و قواعد شكلية إجرائية.

فالقواعد الموضوعية هي التي تحدد الأدلة وتبين الحالات التي يستعمل فيها كل دليل و القيمة القانونية له، كما تبين محل الإثبات والخصم الذي يقع عليه عبء الإثبات، و قد نظمها المشرع الجزائري إلى جانبي النظرية العامة للالتزامات بحيث خصص لها المشرع الجزائري الباب السادس الموسوم بـ " إثبات الالتزام " من المادة 323 إلى المادة 350 من القانون المدني، و كونها متصلة بالمصالح الخاصة فانه يجوز الاتفاق على ما يخالفها².

و تجدر الإشارة إلى القيود المتعلقة بوجوب احترام القواعد الموضوعية إذ تتمثل هذه القيود في وجوب أن يكون الدليل جائزاً قانوناً من جهة وفي وجوب أن يتقيد القاضي بالقيمة التي يعطيها القانون لكل دليل من أدلة الإثبات من جهة أخرى.

فيجب على القاضي أن يلتزم باحترام قواعد الإثبات الموضوعية وهي تلك التي تحدد طرق الإثبات وتبين قيمتها وأنواعها وتنظم الأحوال التي يجوز فيها سلوك طريق معين دون طريق آخر وليس كل ما يؤدي إلى اقتناع القاضي يثبت به الحق، لأن المشرع لم يبيح التمسك بأي دليل وحتم توافر أدلة معينة دون الأخرى لإثبات بعض الحقوق لأهميتها خاصة بالنسبة للتصرفات المدنية، فلا يستطيع الخصم أن يثبت شراء قطعة أرضية بواسطة شهادة الشهود أو بعقد عرفي طبقاً للمادة " 12 " من الأمر الصادر بتاريخ - 12 15 1970 المتعلق بتنظيم التوثيق التي تفرض وجود عقد رسمي لإثبات شراء عقار³.

¹ مصطفى الزحيلي، وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص 60.

² السعدي محمد صبري، الواضح في شرح القانون المدني، الثبات في المواد المدنية، دار الهدى، الجزائر، ط 2009، ص 17.

³ أحمد عبد المنعم البهي، من طرق الإثبات في الشريعة و القانون، دار الفكر العربي، ط (1) 1965، ص 55.

وبالعكس فإن الوقائع المادية يجوز إثباتها بجميع وسائل الإثبات الممكنة كما أن القانون قد يمنع إثبات واقعة ما وقد يحدد الخصم الذي يقع عليه عبء الإثبات، كما أن القانون التجاري أو البحري قد ينص على قواعد موضوعية في الإثبات بخصوص موضوع معين تخالف القواعد الموجودة في القانون العام¹.

ومن ثم، فإن القاضي إذا كان حراً في تقدير أدلة الخصوم، وفي فهم الواقع في الدعوى، فإنه ليس حراً في إتباع أو عدم إتباع ما جاء به القانون في قواعد الإثبات الموضوعية فيجب عليه إتباعها والتقيّد بها والأخذ بما جاء فيها فإذا خالفها أو أخطأ في تطبيقها أو تأويلها فسد رأيه في فهم الواقع في الدعوى من ناحية، واعتبر مخطئاً في تطبيق القانون من ناحية أخرى، وهذا يؤدي إلى سريان الفساد على تكييف الوقائع و إلى الحكم برمته².

أما القواعد الشكلية فهي تخاطب القاضي أكثر من الخصوم وهي التي تحدد الإجراءات التي تتبع في إقامة الأدلة عندما يكون النزاع معروضا أمام القضاء كإجراءات سماع الشهود و ... الخ و نظمها المشرع الجزائري في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية رقم 09-08 المؤرخ في 25 فبراير 2008 من المواد 70 إلى 193 في الباب الرابع بعنوان "في وسائل الإثبات".

و تعتبر القواعد الإجرائية أو الشكلية بشكل عام من النظام العام أي لا يجوز الاتفاق على مخالفتها كونها تهدف إلى حسن سير العدالة³.

الفرع الأول: مبدأ حياد القاضي.

لا يعني مبدأ حياد القاضي عدم تحيزه في ساحة القضاء لأن هذا الأمر بديهي، فهذا أمر مسلم به تقرر بوجوبه مختلف الشرائع⁴، وإنما يقصد به أن يكون له دور المحكم بين الخصوم فيقتصر على تقدير ما يقدم له من أدلة قررها القانون ليتحقق من ثبوت أو عدم ثبوت الوقائع المدعى بها ولا يجوز له الاعتماد على معلوماته الشخصية أو أن يجمع أدلة أخرى أو يحكم بعلمه الشخصي.

غير أن هذا المبدأ لا يأخذ على إطلاقه لأن هذا الأخير يقيد القاضي ولذلك خول له القانون سلطة توجيه الدعوى واستكمال الأدلة و بهذا يكون له موقف إيجابي فله توجيه اليمين

¹ آدم وهيب الندوي، دور الحاكم المدني في الإثبات، دراسة مقارنة، ماجستير في الشريعة و القانون، الدار العلمية الدولية للنشر و التوزيع، عمان، ط 2001، ص 84.

² الأنصاري حسن النيداني، العيوب المبطلة للحكم و طرق التمسك بها، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، ط 2009، ص 99.

³ سرايش زكريا، الوجيز في قواعد الإثبات، دار هومة، الجزائر، ط 2015، ص 33.

⁴ الموسوعة الشاملة، على الرابط: <http://islamport.com/w/srh/Web/366/893.htm> بتاريخ: 2023/06/23.

المتمة (المادة 338 ق.م. ج) كما له أن يحكم بتعيين خبير ويقرر الانتقال إلى المعاينة و ... غيرها.

و يذهب الفقه الإسلامي في بعض منه إلى عدم جواز قضاء القاضي بعلمه، و هذا وفقا لمذهب الإمام المالك، أما الشافعية فيجيزون للقاضي الحكم بعلمه على الإطلاق¹.

الفرع الثاني: مبدأ حق الخصوم في الإثبات.

إذا عين الخصم الذي يحمل عبء الإثبات كان عليه أن يقيم بالطرق القانونية على صحة ما يدعيه و إذا كان الإثبات واجبا على المدعى ويتعين عليه إقامة الدليل على صحة ادعائه فهو في نفس الوقت حق لهذا الخصم².

ويترتب على ذلك بالأدلة أنه لا يجوز للشخص أن يصطنع دليلا لنفسه و لا يلزم بتقديم دليل ضد نفسه.

أ- عدم جواز للشخص اصطناع دليلا لنفسه: ذلك ان المدعي عليه في الأثبات لا يلتزم إلا بقوله أو بفعله فلا هو، فلا ينتج الدليل الذي صنعه المدعي بنفسه أي أثر في مواجهة خصمه. ب- عدم جواز الزام الشخص بتقديم دليل ضد نفسه:

بما أن المدعى بواقعة عليه أن يثبتها هو، فلا يجوز أن يلتزم المدعى عليه بإثبات هذه الواقعة التي يستفيد منها خصمه إلا أن هناك استثناءات و هي:

- إذا كان الدليل عبارة عن ورقة مشتركة بين الخصوم.

- إذا كان الخصم قد سبق له أن قدم وثيقة أمام القضاء.

واحتج بها في دعوى قامت بين الطرفين ثم سحبها فيجوز للخصم المقابل أن يطلب الزامه بتقديمها³.

الفرع الثالث: محل الإثبات في قضايا شؤون الأسرة.

¹ جزي الكلي، القوانين الفقهية في تلخيص مذهب المالكية، مؤسسة المختار، القاهرة، ط 2009، ص 231.
² حزيط محمد، الإثبات في المواد المدنية و التجارية في القانون الجزائري، دار هومة، الجزائر، ط 2017، ص 19.
³ حزيط محمد، المرجع نفسه، ص 22.

إن محل الإثبات ليس الحق ذاته بل الواقع المنشئة له وهذه الأخيرة قد تكون تصرفا قانونيا وقد تكون واقعة مادية.

فالتصرف القانوني هو اتجاه الإرادة إلى إحداث أثر قانوني معين وهو أن يصدر من جانبين كما هو الحال في عقد البيع أو من جانب واحد كما هو الشأن في الوصية و الهبة.

أما الوقائع المادية تشمل الوقائع الطبيعية والأفعال المادية ومثال ذلك انتقال حقوق المتوفى إلى ورثته أو ارتكاب جريمة فللمضروور حق المطالبة.

المطلب الثالث: استقلالية قواعد الإثبات في قضايا الأسرية.

يخضع مفهوم استقلالية قواعد الإثبات في منازعات التي تخص قضايا الأسرية إلى نفس المفهوم المعروف في النظرية العامة للإثبات المدني أو الجزائي و هو ما سبق الإشارة إليه فرغم اشتراك الإثبات الإداري مع الإثبات المدني في بعض الخصائص، إلا أنه يختلف عنه من عدة نواحي و سنحاول من خلال المطلب تسليط الضوء على ذلك.

الفرع الأول: خصائص الإثبات في المنازعات المادة الأسرية.

و سنحاول من خلال هذا المطلب التطرق إلى الاعتماد على خبرة القاضي في مجال وسائل التحقيق الفرع الأول.

أ- الاعتماد على خبرة القاضي في مجال وسائل التحقيق.

1-الاعتماد على الخبرة:

لم يخص المشرع الجزائري تعريف للخبرة، و اكتفى بالإشارة إلى هدفها حسب نص المادة 125 من ق.م. أ: " تهدف الخبرة إلى توضيح واقعة مادية تقنية أو علمية محضة للقاضي في حين فقد عرف الاجتهاد القضائي ممثلا في المحكمة العليا " الخبرة " عن إنهاء العمل العادي للتحقيق بحيث يحق لكل جهة قضائية الأمر بأجرائها باستعمال كافة الوسائل المتاحة لكن في اطار ما يسمح به القانون، ما جعل القاضي يتمتع بسلطات واسعة استيفائية إيجابية تعبر عن دوره الإيجابي في مجال الدعوى بصفة عامة، و في مجال الإثبات بصفة خاصة، و تعتبر الخبرة طريقة من طرق الإثبات يتم اللجوء إليها اذا اقتضى الأمر لكشف دليل أو تعزيز أدلة قائمة¹ و هي استشارة فنية يطلبها القاضي من تلقاء نفسه لاستيضاح بعض المسائل الفنية التي لا يستطيع الفصل في الخصومة دون البث في

¹ علي عوض حسن، الخبرة في المواد المدنية و الجبائية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ط 2002، ص 7.

حقيقتها¹ و عليه فإن الخبرة قد تكون مطلوبة من القاضي نفسه أو بطلب من أحد الخصوم، هذا ما صرح به المشرع في قانون الإجراءات المدنية بموجب المادة 126 من نفس القانون، و مما جاء فيها: " يجوز للقاضي من تلقاء نفسه بطلب أحد الخصوم تعيين خبير أو عدة خبراء من نفس التخصص أو من تخصصات مختلفة".

ومن تطبيقات مجلس الدولة حول فكرة "الطابع الاختياري للخبرة" و وفقا للقرار الصادر بتاريخ 2003/04/15 الذي جاء فيه: "حيث أن الخبرة القضائية لها طابع اختياري و يمكن لجهة قضائية أن تأمر بها تلقائيا دون طلب من الأطراف، مثلما يمكنها رفضها اذا طلب منها ذلك ان أم الطابع النسبي للخبرة يؤكد عليه أكثر مبدأ حرية القرار الذي لا يتمتع به سوى القاضي"².

و نفس المبدأ- حول فكرة الطابع اختياري و النسبي للخبرة- صرح به المشرع من خلال نص المادة 144 من ق.م. أ التي جاء فيها: " يمكن للقاضي أن يؤسس حكمه على نتائج الخبرة" حيث القاضي غير ملزم برأس الخبير، غير أو ينبغي عليه تسبيب استبعاد نتائج الخبرة" و في ذلك تكريس لمبدأ، القاضي في تبني نتائج الخبرة من عدمها.

و في المقابل حرص المشرع على ضرورة احترام " مبدأ المواجهة" الذي نستنتجه من فحوى المادة 135 من ق.م. أ التي تنص على: " فيما عدا الحالات التي يستحيل فيها حضور الخصوم بسبب طبيعة الخبرة، يجب على خبير إخطار الخصوم بيوم و ساعة و مكان إجرائها عن طريق محضر قضائي، من خلال نص المادة نلاحظ أن إخطار الخصوم من قبل الخصوم إجراء وجوبي لتعلقه بحقوق الدفاع، هذا ما نفهمه من كلمة "يجب"، التي تفيد بأن إجراء الإخطار واجب يقع على عاتق الخبير، و هو ما يهدف إلى تحقيق المساواة بين طرفي الخصومة، كمقصد من مقاصد مبدأ الوجاهية، اذ لا يجوز الاتفاق على مخالفتها، لتعلقها بالنظام العام.

كما حددت المادة 53 من قانون الإجراءات المدنية التي تنص على : " يجب على الخبير أن يخطر الخصوم بالأيام و الساعات التي سيقوم فيها بإجراء أعمال الخبرة، حيث أجبر الخبير على استدعاء طرفي النزاع.

الفرع الثاني: الدور التحقيقي لقاضي المشمول بتحديد المادة 844 من ق.م. أ.

تدعم المادة 844 في فقرتها الثاني المتضمنة سلسلة الإجراءات دعم الدور الإيجابي للقاضي في مادة الإثبات حيث تباشر هذه الإجراءات من قبل القاضي وحده اذ لا يجوز

¹ عبد العزيز عبد المنعم خليفة، أوصل الإثبات و إجراءاته في الخصومة الإدارية، المكتب الجامعي الحديث، ط 2013، ص 157.

² مجلة مجلس الدولة، عدد 8، ط 2006، ص 171.

للخصوم القيام بها نظرا للطابع التحقيقي للخصومة الذي يقتضي مباشرة للبحث عن وسائل الإثبات من بينها إمكانية القاضي طلب كل مستند أو أية وثيقة تفيد في حل النزاع بين الزوجين المعروض عليه، و مما جاء فيها (يعين رئيس تشكيلة الحكم، القاضي المقرر الذي يحدد بناء على ظروف القضية، الأجل الممنوح للخصوم من أجل تقديم المذكرات الإضافية و الملاحظات و أوجه الدفاع و الردود، و يجوز له أن يطلب من الخصوم كل مستند أو أية وثيقة تفيد فض النزاع"، من خلال ذلك يكمن القول، يظهر الدور الإيجابي للقاضي، الذي له دور أساسي و فعال في مجال الإثبات في القضية المعين فيها و بالتالي جعلها مهياة للفصل فيها و بناء على ذلك فهو يقوم بما يلي:

أ-يحدد بناء على ظروف كل قضية فان الأجل الممنوح للخصوم لتقديم المذكرات الإضافية و أوجه الدفاع و الردود و التي تشكل طلبات إضافية يسعى من خلال الخصوم إلى إثبات مزاعمهم، مما يستدعي تدخل القاضي لرعاية الحقوق المتعلقة بتلك الطلبات و من ثمة البحث عن الدليل المناسب وفقا لمبدأ " حرية و ملائمة الدليل".

ب- يجوز أن يطلب من الخصوم كل مستند أو وثيقة تفيد في فض النزاع و حسب رأي الباحثة فان هذه الفكرة تدل على تحمل طرفي الخصومة جزء من عبئ الإثبات، و هو ما أكدته جانب من الفقه بالقول أن القاضي لم يصرح لحد الآن بأن عبئ الإثبات يقع على عاتق المدعي و حده بل يتعين كذلك على الطرف الآخر (المدعى عليه) الذي يدعي بوقائع أخرى فعليه أن يقوم بإثباتها¹.

ج-يجوز له أن يطلب من الخصوم كل مستند أو وثيقة تفيد في فض النزاع، اعتبار النتيجة الوحيدة التي يصبو إلى تحقيقها القاضي هي دون شك مساهمته الفعالة في إعادة التوازن بين أطراف الخصومة، طالما أن أحد أطرافها ممثلا كشخص معنوي عام و التي غالبا ما تكون في مركز المدعى عليه².

الفرع الثالث: حياد القاضي في خصومة القضايا الأسرية.

تنص القاعدة العامة أن حياد القاضي يكون في الخصومة عندما لا يشترك في البحث عن الحقيقة، بل يتقيد بما يقدمه له الخصوم من أدلة إثبات، فهم وحدهم الدين يوجهون

¹ مراد بدران، الطابع التحقيقي للإثبات في المواد الإدارية، المرجع السابق، ص 12.
² حفيظة سابق، قراءة في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري، مجلة الاجتهاد القضائي، المجلد 14، ط 2022، ص 362.

الدعوى و ينحصر دور القاضي في تقدير ما يقدمه الخصوم من أدلة إثبات، و هذا ما يعود إلى أن عبء الإثبات يقع على عاتق المدعي، و احتراماً للوضع الظاهر، كما يقتضي مراعاة قيام أصل عام بما يفترض الوضع القائم بين الخصوم للقانون إلى حين إثبات عكس ذلك من طرف صاحب الحق للجوء إلى القضاء و تقديم أدلة إثباته.

أ- حياد القاضي على التدابير العامة للإثبات في دعوى الإلغاء.

يحتفظ القاضي في دعوى الإلغاء بسلطات مستقلة في بحث الأدلة، فهو لا يخضع إطلاقاً لأهواء الخصوم، و حياده لا يعني بهذا السبب سلبه، غير أنه يجوز ما يطلبه الخصوم من أدلة إثبات و ان كان يحتفظ بسلطة التقديرية بشأن الأدلة المقدمة أو المطلوبة من الخصوم فان له أن ذلك سلطة الأمر من تلقاء نفسه جراء تحقيقات¹ و يلجأ القاضي إلى التدابير العامة للإثبات في دعوى الإلغاء حال قيامه بدوره في تهيئتها تمهيداً للفصل فيها، و لعل التدابير الهامين من تلك التدابير هما الإعذار أو التكاليف بتقديم المذكرات والوثائق و المستندات، و تبليغ الأعمال الإجرائية في التحقيق للخصوم، و هو ما سيتم مناقشته من خلال فروع المطلب.

1- إعذار قاضي الإلغاء للخصوم.

كنتيجة للحياد الذي يلعبه القاضي في مجال دعوى الإلغاء، فله أو يقوم بتكليف و إعذار طرفي الخصومة بتقديم ما في حوزته من مذكرات، و وثائق، مستندات لازمة للفصل في إثبات أو نفي في دعوى الإلغاء، و يستوي في ذلك أو يكون هذا الطرف المدعي أو المدعى عليه على النحور الذي يستم توضيحه.

1-1 امتناع المدعي عن تقديم المذكرات و الوثائق و المستندات:

يتعين على المدعى أن يتحمل قدراً من عبء الإثبات لأنه هو الذي حمل بموجب ما أقامه من خصومة قضائية منازعته أمام القضاء، ليطالب من قاضي الإلغاء حكت يحمي به حقوقه و مراكزه القانونيين و من ثم فعليه أن يقدم عناصر إقناع كافية حتى يتمكن قاضي الإلغاء من ممارسة نشاطه القضائي، حيث: " جاء في قرار لمجلس الدولة مؤرخ في 14/06/1999 ما يلي: "... و يتعين القول الوالي لم يقدم دليلاً على ادعائه، و أن قضاة الدرجة الأولى قدروا وقائع الدعوى تقديراً سليماً، لهذا الأسباب: بيد القرار محل الاستئناف".

و بحسب المادة 851 من ق.ا.م.ا رغم إعذاره عن تقديم أية مذكرة في المواعيد، يعتبر قابلاً لوقائع الواردة في العريضة، و يؤدي إلى الحكم للمدعي بطلانته على أساس ما قدمه

¹ أمال يعيش تمام، سلطات القاضي الإداري في توجيه أوامر للإدارة، دكتوراه في تخصص قانون عام، جامعة بسكرة، ط 2011/2012، ص 213.

من أوراق و التي تعتبر صحيحة، و تجدر الإشارة أن إعدار و تكليف القاضي للخصوم يداع ما يراه لازما من مذكرات و وثائق و مستندات للفصل في دعوى الإلغاء لا خلاف على دخوله في نطاق سلطته التقديرية الجوازية، و هذا ما نصت عليه المادة 849 من ق.م.أ و ذلك لنظر الإيجابي في توجيه دعوى الإلغاء و العمل على إكمال الملف في ضوء ظروف كل قضية، و لوسائل المناسبة لتهيئة دعوى الإلغاء تمهيدا للفصل فيها، دون أن يكون في ذلك ماسا استقلالية الإدارة و لا مساس بمبدأ الفصل بين القضاء الإداري و الإدارة العامة.

1-2 تبليغ قاضي الأعمال الإجرائية في التحقيق للخصوم.

ان تبليغ الأعمال الإجرائية للأطراف أو ممثلهم يعد أمرا جوازا قبل البدء في التحقيق، و هذا ما أشارت اليه المادة 839 من أ.م.أ و لقد أجازت المادة 847 من ق.أ.م أن يقرر لا وجه لتحقيق في القضية من حيث الأصل، عندما يتبين له أن من العريضة أن حلها مؤكد، و يرسل الملف إلى محافظ الدولة لتقديم التماساته، أما تبين أن هناك ضرورة للتحقيق في القضية، فانه حسب نص المادة 845 من ق.م.أ يتم تبليغ الطلبات و الأعمال الإجرائية المختلفة أثناء التحقيق إلى الأطراف أم ممثلهم، برسالة متضمنة مع الإشعار أو عن طريق محضر قضائي عند الاقتضاء، و يتم أيضا تبليغ التسوية و الاعتذارات و أوامر الاختتام بنفس الأشكال، و هذا ما نصت عليه المادة 840 من ق.أ.م. و لهذا فان تبليغ الخصوم لأعمال الإجرائية و ما يجري في التحقيق هو أفضل حماية لهم، و ذلك بتجسيد المساواة بينهم أمام القاضي، عن طريق اطلاعهم على الأعمال الإجرائية و ما يجري في تحقيق هو أفضل حماية لهم، و ذلك بتجسيد المساواة بينهم أمام القاضي، عن طريق اطلاعهم على الأعمال الإجرائية سواء المتعلقة في اختتام التحقيق أو إعادة السير فيه، و هذا المبدأ يجب و يتعين احترامه أمام جهات القضاء الإداري سواء المحكمة¹.

ب- تبليغ إعادة السير في تحقيق الإثبات.

عندما يختتم التحقيق و قبل جدولة القضية، يجوز لرئيس الحكم في حالة الضرورة أن يقرر إعادة السير في التحقيق بموجب أمر غير مسبب و غير قابل لأي طعن، و يتم تبليغ هذا الأمر بنفس شروط تبليغ أمر اختتام التحقيق المنصوص عليه في المادة 852 من ق.أ.م أي برسالة مضمنة مع إشعار لاستلام أو أية وسيلة أخرى في أجل لا يقل عن (15) يوما قبل تاريخ الاختتام المحدد في الأمر و هذا ما نصت عليه المادة 855 من ق.م.أ و في هذا الإطار تبلغ المذكرات إلى الخصوم خلال المرحلة الفاصلة بين اختتام التحقيق، و إعادة السير فيه و

¹ جمال فروف، حياد قاضي الإلغاء في الجزائر و ثيرة على أدلة الإثبات، مجلة البحث القانوني و السياسي، المجلد 7، العدد 2، ط 2022، ص 84

هذا ما أشارت اليه المادة 857 من نفس القانون، و يمكن إعادة السير في التحقيق على حكم التحقيق التكميلي، و هذا بحسب نص المادة 856 من نفس القانون.

ج- وسائل التحقيق لقاضي الإلغاء في القضايا الأسرية: إن وسائل التحقيق المباشرة هي تلك التي يعاينها القاضي بنفسه، و له دور إيجابي في إدارتها و تتمثل في المعاينة و الانتقال للاماكن و سماع الشهود.

1- المعاينة و الانتقال للاماكن: تعتبر المعاينة وسيلة من وسائل الإثبات عدم مشروعية القرار المطعون فيه، و تتمثل في انتقال هيئة المحكمة أو أحد أعضائها لمشاهدة الأوصاف التي يدعيها لتقدير مشروعية القرار المطعون فيه¹، كما أن المعاينة و الانتقال للاماكن² هي وسيلة تسمح للقاضي لتعرف على الوقائع في مكان النزاع، كما تعتبر من وسائل التحقيق المباشرة التي أقرها المشرع لتمكين القاضي من معرفة الوقائع المدعى بها ميدانياً، و قد نصت المادة 861 من ق.م على أن تطبق الأحكام المتعلقة لمعاينة و الانتقال للاماكن المنصوص عليها في المواد 146 و 149 من هذا القانون أمام المحاكم، أما عن كيفية إجراء المعاينة و الانتقال للاماكن و رغم أن المادة 146 من ق.م تجيز للقاضي من تلقائي نفسه أو بطلب من الخصوم قبل الفصل في الموضوع³.

و عندما يقرر القاضي الانتقال إلى المعاينة يحدد من خلال الجلسة مكان و اليوم و الساعة للانتقال، و يدعو الخصوم إلى حضور العمليات و يمكن تنفيذ إجراء الانتقال من قبل القاضي المقرر إذا تقرر الانتقال من طرف تشكيلة جماعية، و في حالة غياب الخصوم أو احدهم يتم استدعائهم برسالة ضمنية مع الإشعار لاستلام من طرف أمين ضبط الجهة القضائية و هذا ما نصت عليه المادة 85 من ق.م و اذا كان موضوع المعاينة و الانتقال للاماكن يتطلب معلومات تقنية، جاز للقاضي أن يمر بالحكم نفسه و تعيين من يختاره من التقنيين لمساعدته و الاستعانة به، و هذا ما نصت عليه المادة 147 من ق.م و أثناء معاينة و انتقال للاماكن يمكن للقاضي من تلقاء نفسه أن يقوم بسماع من يرى سماعه من الشهود أو من يطلب الخصوم سماعها إذا رأى ضرورة في ذلك، كما يجوز للقاضي في نفس الظروف السماع للخصوم و عند الانتهاء من المعاينة و الانتقال للاماكن يحضر محضر عن الانتقال إلى الأماكن، و يبين فيه الأعمال المتعلقة لمعاينة و الانتقال للاماكن و يوقع عليه القاضي و أمين الضبط، و يردع ضمن الأصول الضبط، و يمكن للخصوم الحصول على نسخ من هذا المحضر، هذا و ان مصاريف الانتقال للمعاينة تضاف لمصاريف دعوى الإلغاء و لا يمكن

¹ وفاء بو الشعور، سلطات القاضي الإداري في دعوى الإلغاء في الجزائر، ماجستير، جامعة باجي مختار عنابة، ط 2011/2012، ص 95.

² علي خطار شنتاوري، المعاينة كوسيلة من وسائل إثبات عدم مشروعية القرار المطعون فيه، مجلة الشريعة و القانون، العدد 19، الأردن، ط 2002، ص 64.

³ عبد الرحمان برة، شرح قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، منشورات بغداد، الجزائر، ط 2019، ص 143.

للقاضي القيام بإجراء غير رسميين للأمكنة، و اذا حصلت يجب عليه الامتناع عن ذكرها في حكمه¹.

2- وسائل التحقيق غير مباشرة.

ان وسائل التحقيق غير المباشرة في أدلة الإثبات هي تلك التي لا يعاينها القاضي بنفسه، بل تكون ذات بعد استنتاجي للقاضي، فقد يعتذر في بعض الحالات على القاضي أن يباشر بنفسه التحقيق كل أو بعض وقائع الدعوى اذا كان التحقيق فيها يتطلب الإلمام بعلم أو فن أو تقنية لا تشملها معارف القاضي كالطب و الهندسة و المحاسبة... لهذا فقد أجاز القانون للقاضي أن يحكم بنذب خبير من أجل الاستعانة به في التحقيق المحكمة جرائه، و بهدف تنوير الجهة القضائية التي عينت حوله النقاط تتعلق لوقائع و بخصوص نتائج تقنية تتضمنها.

إن المشرع في قانون الإجراءات المدنية و الادارية نص في المادة 858 منه على تطبيق الأحكام المتعلقة بالخبرة المنصوص عليها في المواد 125 إلى 145 من هذا القانون أمام المحاكم، و كما عرف المشرعة الخبرة خلال الهدف المرجو من وراء الأخذ بها، و ذلك بنصه المادة 125 على أن الهدف من الخبرة إلى توضيح واقعة مادية تقنية محضة للقاضي و لهذا فان اللجوء إلى الخبرة لا يكون إلا بالوسائل التي تتجاوز معارف العلمية و التقنية للقاضي، و لا يجوز تجذب خبير للقيام بعمل يعد من صميم مهام القاضي مثل تحقيق و مساع شهود.

¹ جمال فروف، المرجع السابق، ص 86.

خلاصة الفصل:

من خلال ما سبق طرحه يمكن القول أن، للإثبات أهمية كبيرة عند ممارسة الحقوق فالحق الذي لا يمكن إثباته لا يمكن حمايته من طرف السلطة العامة، كما أن لقواعد الإثبات صلة بالمصالح الخاصة أكثر من المصالح العامة لذا فهي ليست من النظام العام، ويتضمن القانون الجزائي قواعد فنية يقوم عليها نظام مبدأ شرعية الإثبات، ويترتب على هذه الشرعية، تقييد القاضي أي انه حتى في حالة اقتناعه بان الخصم الذي قدم له الدليل المقنع سيئ النية، وان الخصم الذي لم يقدم الدليل الذي يتطلبه القانون هو الذي على حق، فهو ملزم في هذه الحالة بالحكم لصالح الخصم الذي قدم الدليل واعتبار خصمه مخطئاً.

الفصل الثاني:

اجراءات التنفيذ الأسري في مجال شؤون
الأسرة

تمهيد

تساعد طرق الإثبات على إظهار الحقيقة والكشف عن الوقائع القانونية حتى يتمكن القاضي من إصدار أحكام قضائية صحيحة ، هذه الأحكام التي تسهر الدولة على تنفيذها تحت إشراف القضاء ورقابته، لأنه لا يعقل أن يقوم المحكوم له بإجبار المحكوم عليه بوسائله الخاصة على تنفيذ ما حكم به وإلا انتشرت الفوضى داخل المجتمع، فالدولة هي الوحيدة المخولة قانونا في بسط الأمن والسلم والعدل والقانون، وهذا ما يعرف بالتنفيذ، فلا يتوقف دورها في إصدار الأحكام والقرارات القضائية، وإنما تسعى وتسهر على بلورة تلك الأحكام والقرارات الممهورة بالصيغة التنفيذية وتنفيذها وفقا لقانون الإجراءات المدنية والإدارية.

لقد نظم هذا القانون جميع قواعد وأحكام عملية التنفيذ بصورة مفصلة، فضلا عن وجود نصوص وأحكام أخرى متفرقة في قوانين أخرى، وذلك لما تكتسبه عملية التنفيذ من أهمية بالغة في الحياة اليومية للمواطنين، ودورها فيضمان واستقرار المعاملات فيما بين الأفراد، مع ضمان احترامهم للقانون، فهي توفق بين مصلحة الدائن في الإستيفاء السريع لحقه، وحمايته من تعنت المدين ومماطلته في عدم التنفيذ من جهة، وتحمي المدين نفسه من أي تعسف قد يصدر عن أثناء التنفيذ من جهة أخرى، ناهيك عن حماية المصلحة العامة للمجتمع حتى لا تعم الفوضى بسبب التنفيذ التعسفي للدائن أو التعنت التعسفي للمدين.

المبحث الأول: الإطار المفاهيمي للتنفيذ

إن الأصل في التنفيذ أنه لا يجوز للشخص أن يقتضي حقه بنفسه، لذلك يتطلب القانون تدخل السلطة العامة لتولي عملية التنفيذ، وتمكين الدائن من استيفاء حقه قهرا من مدينه بما لديها من قوة عمومية.

لذلك سنحاول من خلال هذا المبحث توضيح فكرة التنفيذ من خلال تحديد أنواعه في (المطلب الأول) وأخيرا السلطة التي تباشر عملية التنفيذ (المطلب الثاني).

المطلب الأول: أنواع التنفيذ

إن أول ما حرص عليه القانون الجزائري هو منع الدائن من اقتضاء حقه بنفسه، فأوجب عليه وفي حال امتناع مدينه عن الوفاء طواعية اللجوء إلى القضاء، حتى يتمكن من الحصول على حماية تؤكد له حقه بموجب حكم قضائي قابل للتنفيذ، بل وحتى حقوق الغير التي يحتمل لمساس به. ينقسم التنفيذ إلى نوعين أساسيين، لا ثالث لهما، وهما: التنفيذ الاختياري (الفرع الأول) والتنفيذ الجبري (الفرع الثاني).

الفرع الأول: التنفيذ الاختياري

وهو الذي يقوم به المدين بمحض إراداته دون تدخل السلطة العامة لإجباره عليه، وينقضي بذلك الالتزام الملقى على عاتقه دون اتباع إجراءات التنفيذ الجبري، ولا قيام خصومة التنفيذ، لأن المدين قد تجنب هذه الخصومة من خلال قيامه بالوفاء بالتزامه وحصول الدائن على حقه منه وأي إجراء يتم بعد التنفيذ الاختياري يبعد تعسفيا، يعاقب عليه القانون.¹

في الحقيقة لا يثير التنفيذ الاختياري أية إشكالات من الناحية العملية، ولا توجد إجراءات خاصة به، لكن قد يرفض الدائن ما يوفي به المدين منازعا اياه في نوعيته أو كفايته، فهنا يمكن للمدين اللجوء إلى المحضر القضائي الذي يقوم دون شرط الحصول على ترخيص من رئيس المحكمة بعرض الوفاء على الدائن، ويحرر محضرا بذلك. ويترتب على إيداع العرض سقوط حق الدائن في المطالبة بالحق محل العرض والإبداع.

الفرع الثاني: التنفيذ الجبري.

2 أولا: التنفيذ الجبري المباشر

¹ حمدي باشا عمر، طرق التنفيذ وفقا لقانون رقم 08/09، دار هومة، الجزائر، 2016، ص16.

وهو الذي تجريه السلطة العامة تحت إشراف القضاء ورقابته، بناء على طلب الدائن الذي يكون بحوزته سند تنفيذي مستوفيا لشروط خاصة، بقصد استيفاء حقه الثابت في السند من¹ المدين رغما عنه بواسطة الحجز عليه ثم بيعه، وقد يتم الاستعانة بالقوة العمومية ان استدعيا الأمر ذلك.

يتم التنفيذ الجبري بدوره بطريقتين طريق مباشر (أولا) وطريق غير مباشر (ثانيا). أولا: التنفيذ الجبري المباشر أو كما يقال عنه العيني، حيث يحصل بمقتضاه الدائن على عين ما التزم به المدين أيا كان محله وموضوعه، سواء تعلق الأمر بالالتزام بالقيام بعمل أو بالامتناع عنه، كأن يلتزم المدين جبرا على تسليم المنقول للدائن، أو بتشديد مبنى متفق عليه، أو بهدم ما تم بناءه، أو بإخلاء عقار معين... إلخ، أما إذا أصبح التنفيذ العيني مستحيلا لسبب لا دخل فيه للمدين كهلاك العين محل الالتزام مثلا، تحول التزام المدين إلى التزام بدفع تعويض نقدي.²

3 ثانيا: التنفيذ الجبري غير المباشر:

أو كما يقال عنه الحجز، ولا يقوم هذا التنفيذ إلا في حالة الالتزام بدفع مبلغ من النقود سواء كان محل الالتزام أصلا هو دفع مبلغ من النقود، أو أنه أصبح كذلك بعد أن تحول الالتزام إلى التزام بمقابل، أي عن طريق التعويض لاستحالة التنفيذ العيني المباشر بسبب وجود مانع مادي حال دون ذلك.³

ولا يحصل الدائن في مثل هذا النوع من التنفيذ على محل حقه مباشرة، بل يتم الحجز على أموال المدين، واستيفاء الدين من بعد بيعها في المزاد العلني، ليحولها إلى نقود يستوفي حقه منها.

المطلب الثاني : السلطة التي تباشر التنفيذ

لقد تبنى المشرع الجزائري نظام قاضي التنفيذ في ظل القانون رقم 91/03 المتعلق بتنظيم مهنة المحضر القضائي، أين أسندت مهام التنفيذ لأعوان التنفيذ، حيث يعين قاضي⁴ من قضاة المحكمة يسند لهم مهام التنفيذ والإشراف عليه، وتسيير الأعوان القائمين

¹ حمدي باشا عمر، مرجع سابق، ص ص 16-17.

² أحمد أبو الوفاء، إجراءات التنفيذ في المواد المدنية والتجارية دار النهضة العربية، مصر ، 1990، ص ص 11-13.

³ عبد الباسط جمعي، آمال الفرائدي التنفيذ في المواد المدنية والتجارية، منشأة المعارف الإسكندرية، 1991، ص 11.

⁴ قانون رقم 91/03 مؤرخ في 08 جانفي 1991 يتضمن تنظيم مهنة المحضرين القضائي ملغى بموجب القانون رقم 06/03 المؤرخ في 20 فيفري 2006، ج ر ع ، 14، الصادر بتاريخ 08 مارس 2006

بالتبليغ والتنفيذ، وعلى رأسهم كاتب الضبط غير أن هذا النظام لم يعرف النجاح نظرا لما يتضمنه من عيوب ومساوئ كثيرة، ناهيك عن تبني الدولة الجزائرية لإصلاحات اقتصادية وسياسية جديدة تقوم على الانفتاح السياسي والاقتصادي، فتم تعويض هذا القانون بموجب القانون رقم 06/03 الذي كان أكثر انفتاحا ونجاعة من سابقة فتم إلغاء نظام قاضي التنفيذ واستبداله بنظام المحضر القضائي الفرع (الأول) الذي يعمل تحت إشراف مجموعة من الهيئات مع ضمان الحماية القانونية له (الفرع الثاني وبمساعدة من بعض الجهات القضائية (الفرع الثالث).

الفرع الأول: تعريف المحضر القضائي وصلاحياته

سوف نقوم (أولا) بتعريفه، ثم تبيان مختلف وظائفه (ثانيا).

أولا: تعريف المحضر القضائي: بالرجوع إلى نص المادة 04 من القانون رقم 06/03، نجدها تعرف لنا المحضر القضائي بأنه: ضابط عمومي مفوض من قبل السلطة العمومية يتولى تسيير مكتب عمومي لحسابه الخاص وتحت مسؤوليته.

وعليه فالمحضر القضائي هو شخص يعمل لحسابه الخاص، بمعنى أنه يتقاضى أتعابا من الزبائن، لكنه يكتسب صفة الضابط العمومي، لأنه يعين من طرف وزير العدل، ويتولى القيام بخدمة عامة لذلك فهو من أعوان القضاء. ولا يمكنه مباشرة وظيفته إلا بعد تأديته لليمين القانونية أمام المجلس القضائي التابع له المحكمة المتواجد في دائرتها مقر مكتبه، وذلك في جلسة علنية يحضرها النائب العام. ثانيا: صلاحيات المحضر القضائي حصرت المادة 12 من القانون رقم 06/03 مختلف الصلاحيات المنوطة للمحضر القضائي والتي تتمثل في:

- تبليغ العقود والمستندات والإعلانات التي ينص عليها القانون.
 - تنفيذ الأوامر والأحكام والقرارات القضائية ما عدا المجال الجزائي.
 - بتحصيل الديون المستحقة وديا أو قضائيا أو قبول عرضها أو إبداعها.
 - القيام بالمعاينات والاستجوابات والإنذارات بناء على أمر قضائي.
 - يمكن انتدابه قضائيا أو بالتماس من الخصوم للقيام بمعاينات مادية أو إنذارات أو تلقي تصريحات بناء على طلب الأطراف.
- وأضافت المادة 13 من نفس القانون إمكانية أن يستدعي أو يسخر للقيام بخدمة لدى الجهات القضائية.

الفرع الثاني: الهيئات المشرفة على المحضر القضائي والحماية المقررة له

يعمل المحضر القضائي تحت إشراف مجموعة من الهيئات (أولا) ويحظى بحماية قانونية (ثانيا).

أولا: الهيئات المشرفة على مهنة المحضر القضائي بالرجوع لأحكام المواد 39 و 40، و 41 من القانون رقم 06/03، نجدها تحدد لنا مختلف الهيئات التي تشرف على مهنة المحضر القضائي، وهي:

- 1 - المجلس الأعلى للمحضرين القضائيين ويترأسه وزير العدل، حيث يتولى دراسة جميع المسائل ذات الطابع العام والمتعلقة بالمهنة، لكنه لم ينصب إلى يومنا هذا.
- 2 - الغرفة الوطنية للمحضرين القضائيين حيث تسهر على احترام قواعد المهنة وإعداد مدونة أخلاقيات المهنة.
- 3 - الغرفة الجهوية للمحضرين القضائيين تتولى مهام مساعدة الغرفة الوطنية في تأدية مهامها.

ثانيا: الحماية القانونية للمحضر القضائي يحظى المحضر القضائي بحماية قانونية أثناء تأديته لمهامه

وهي المنصوص عليها في المادة 610 من القانون رقم 08/09 المتعلق بقانون الإجراءات المدنية والإدارية، التي توجب عليه في حالة تعرضه إلى إهانة أثناء تأديته لمهامه تحرير محضر يبين فيه مناسبة تأديته لمهامه والتاريخ والساعة والمكان والمهمة ونوع الإهانة الألفاظ الصادرة ضده، وأسماء وألقاب جميع الأطراف الحاضرة والشهود.¹

الفرع الثاني: اطراف التنفيذ

تنحصر أطراف التنفيذ في أربعة فئات أساسية يطالب بالتنفيذ ثم المنفذ عليه والسلطة العامة وأخيرا الغير .

- 1-طالب التنفيذ Le saisissant

وهو الشخص الذي يرغب في استعادة حقه الثابت بسند، وهو الدائن، ويشترط فيه الأهلية والصفة والمصلحة سواء كان هذا الدائن عاديا أو مرتهنا أو ممتازا. ويشترط فيه أن يكون حائزا لصفة الدائن من لحظة بدء إجراءات التنفيذ إلى غاية نهايتها . ويمكن لطالب التنفيذ أن ينوب غيره في مباشرة إجراءات التنفيذ سواء عن طريق النيابة الاتفاقية كالوكالة، أو النيابة القانونية كالنيابة الشرعية.²

¹ المادة 46 من القانون رقم 06/03.

² المادة 13 من القانون رقم 08/09.

ويستمر حقه في طلب التنفيذ لمدة 15 سنة كاملة من تاريخ قابلية السند للتنفيذ، وهي مدة تقادم الحقوق التي تتضمنها السندات التنفيذية.¹

لكن قد يتوفى الدائن قبل أو أثناء مباشرة إجراءات التنفيذ، فيحل محله خلفه الخاص أو العام وعليهم بإثبات صفتهم بتقديم فريضة، وإذا حصلت منازعة في ذلك يحرر المحضر القضائي محضرا بذلك، وفي حال اختلاف الورثة بشأن مواصلة التنفيذ بين راغب في التنفيذ حاجته إليه وامتناع من ليس له حاجة، فقد أجاز المشرع الجزائري التنفيذ بناء على طلب أحدهم فقط دون الحاجة إلى تفويض أو توكيل من باقي الورثة على طلب أحدهم فقط دون الحاجة إلى تفويض أو توكيل من باقي الورثة.

2- المنفذ عليه أو المحجوز عليه Le poursuivi

يتم التنفيذ أصلا على المنفذ عليه وهو المدين (أولا) غير أنه قد يحدث للمدين عوارض تحول دون التنفيذ عليه (ثانيا) وهناك فئة لا يجوز التنفيذ ضدهم (ثالثا).

أولا: المدين المنفذ عليه:

وهو من يجرى التنفيذ ضده، سواء كان المحكوم عليه نفسه بصفته مدينا أم الغير الضامن بصفته كفيلًا، أو كفيلًا عينيًا، أو وارثًا في حدود ما آل إليه من تركة المدين شرط إبلاغ الورثة بالسند التنفيذي وتكليفهم بالوفاء خلال 15 يوما من تاريخ التبليغ.²

غير أنه في حال الكفيل الشخصي الذي قدم ذمته ضمانا لدين غيره، فلا يجوز اتباع إجراءات التنفيذ ضده قبل الرجوع على المدين وتجريده من كل الأموال الموجودة لديه.

كما يجوز التنفيذ في مواجهة شخص غير المدين، كالحجز على العقار المرهون في مواجهة الحائز الذي تلقى من المدين ملكية مثقلة بالرهن رغم أنه ليس مدينا.

كذلك يشترط في المنفذ عليه الصفة والأهلية، لأنه في حال وفاته قبل إجراءات التنفيذ وانتقلت أمواله إلى ملكية ورثته لا يجوز التنفيذ ضدهم إلا بعد التبليغ الرسمي للتكليف بالوفاء لهم.

ثانيا: طوارئ التنفيذ المتعلقة بالمدين المنفذ عليه قد تعترض المدين بعض الطوارئ وهي:

1- حالة الوفاة : إذا توفي المنفذ ضده بعد البدء في إجراءات التنفيذ، فإنه لا يلزم تبليغ الورثة بالسند التنفيذي، وما على طالب التنفيذ إلا مواصلة التنفيذ على تركة المنفذ ضدها. أما إذا توفي قبل بدء التنفيذ فعلى طالب التنفيذ اعلان السند التنفيذي من جديد إلى ورثته حتى ولو

¹ المادة 630 من القانون رقم 08/09 .

² عبد الرحمان ملزي، طرق التنفيذ الجبري سلسلة محاضرات أقيمت على طلبة القضاة بالمدرسة العليا للقضاء، الدفعة 19 ، 2020-2019.

كان قد سبق اعلانه إلى المدين المتوفى، ومنحهم أجل 15 يوما كاملة قد يقومون خلالها بتدبير المبلغ اللازم، ويقررون ما ينبغي فعله في مسألة التنفيذ.

أما إذا توفي قبل أو بعد التنفيذ، لكن الورثة غير معلومين، فهنا وجب على طالب التنفيذ اللجوء إلى رئيس المحكمة للمطالبة بتعيين وكيل خاص لتمثيل التركة، وتسري نفس الأحكام إذا توفي المنفذ عليه قبل البدء في إجراءات التنفيذ.¹

2 - حالة فقدان الأهلية : إذا فقد المنفذ ضده أهليته يستمر التنفيذ على من يقوم مقامه بعد تبليغه. أما إذا انتقل المال محل التنفيذ إلى الخلف الخاص الموصى (له وجب على طالب التنفيذ الحصول على سند تنفيذي جديد ضد (الموصى له).

3- حالة صدور حكم إفلاس : المدين المنفذ عليه يحل وكيل التفليسة محل المدين المفلسي متابعة إجراءات التنفيذ، ويدخل الدائنون العاديون مع كتلة الدائنين الممتازين قدم المساواة.²

4- حالة حبس المدين: إذا كان المنفذ عليه محبوسا في جناية أو جنحة، ولم يكن له نائباً يتولى إدارة أمواله، جاز لطالب التنفيذ أن يستصدر من رئيس المحكمة أمرا بتعيين وكيل خاص من عائلة المنفذ عليه أو من الغير يحل محله أثناء التنفيذ والعبارة من ذلك هو تجنب انتظار الدائن حتى انتهاء مدة السجن أو الحبس من جهة، ومراعاة حقوق المدين بإعلامه بإجراءات التنفيذ رغم تواجده بالحبس من جهة ثانية.

ثالثا: المدينون الذين لا يجوز التنفيذ ضدهم لقد حصر القانون هذه الفئة في:

1 - أشخاص القانون العام وهم الدولة والولاية البلدية والأشخاص المعنوية العامة، لأن الحجز على أموالهم يخل بهيبة الدولة ويُنقص من ثقة مواطنيها بها.

2- أصحاب الحصانة وهم السفارات الأجنبية الهيئات الدولية ورجال السلك الدبلوماسي والقنصلي، وذلك لما لهم من حصانة دبلوماسية مقررة بموجب قواعد القانون الدولي العام.

الفرع الرابع : السلطة العامة

تدخل السلطة العامة في العملية التنفيذية، وذلك من خلال المحضر القضائي (أولا) وكيل الجمهورية (ثانيا) ورئيس المحكمة (ثالثا) ومحافظ البيع بالمزاد العلني (رابعا)، وأخيرا ضابط الحالة المدنية (خامسا)

أولا: المحضر القضائي

¹المادة 612 من القانون رقم 08/09.

²المادة 619 من القانون رقم 08/09.

كما قلنا سابقا فهو ضابط عمومي مكلف بالتنفيذ ومفوض من قبل السلطة العامة، ويتم التنفيذ من طرفه بناء على طلب المستفيد من السند التنفيذي شخصيا، أو بناء على طلب من طرف ممثله القانوني أو الاتفاقي.¹

يتمتع المحضر القضائي بحماية قانونية، فقد أجاز له القانون فتح أبواب المنازل والحجرات لتسهيل، مأموريته، وفي حال غياب المنفذ عليه عند مباشرة إجراءات التنفيذ يجوز الترخيص للمحضر القضائي بناء على طلبه، وبأمر على عريضة يصدره رئيس المحكمة المختص، وبعد إبلاغ ممثل النيابة العامة بفتح وكسر أبواب المحلات أو المنازل المغلقة، وفض أقفال الغرف في حدود ما تستلزمه مقتضيات التنفيذ، لكن بحضور أعوان الضبطية القضائية، أو بحضور شاهدين. مع إلزامه بتحرير محضر فتح وجرّد الأشياء الموجودة في المحل المفتوح وتوقيعه من طرفه وعون الضبطية أو الشاهدين، وإلا كان قابلا للإبطال تحت مسؤوليته المدنية²

كما يقوم المحضر القضائي بالبحث عن أموال المدين في الإدارات والمصالح العمومية أو الخاصة، كمصالح الولاية والبلدية أو ديوان الترقية والتسيير العقاري، البنوك، بريد الجزائر... إلخ، للبحث عن الحقوق المالية العينية للمنفذ عليه أو أموال أخرى قابلة للتنفيذ.

ثانيا: رئيس المحكمة

وذلك بصفته قاضي الأمور المستعجلة والناظر في إشكالات التنفيذ، وهو من يفصل في جميع العرائض المتعلقة بكل صور الحجز التحفظية أو التنفيذية.

ثالثا: وكيل الجمهورية

ويتمثل دوره في تسخير القوة العمومية في حال رفض المنفذ عليه الامتثال لأحكام القضاء عن طريق أمر يصدره وكيل الجمهورية إلى مصالح الأمن من شرطة أو الدرك قصد تقديم يد المساعدة للمحضر القضائي من أجل تنفيذ الأحكام القضائية، وإجبار المنفذ عليه بالقوة العمومية.³

رابعا: محافظ البيع بالمزاد العلني هو ضابط عمومي يتولى تسيير مكتب عمومي للبيع بالمزاد العلني تحت رقابة وكيل الجمهورية المختص الإقليمي، لقد كانت هذه المهام موكلة في السابق لأعوان التنفيذ ثم المحضرين القضائيين قبل صدور القانون رقم 96/02 المتضمن تنظيم مهنة محافظ البيع بالمزاد العلني، ليتم فيها بعد منحها لمحافظ البيع بالمزاد العلني الذي يُعدّ عوناً من أعوان القضاء، يتولى تقييم جميع المنقولات والأموال وبيعها بالمزاد العلني،

¹ المادة 689 من الأمر رقم 75/58 المعدل والمتمم.

² -لقد نظمت هذه الحصانة بموجب معاهدة فيينا لسنة 1961.

³ المواد 649، 667، 687 و 722 من القانون رقم 08/09.

كما يجوز له أن يطلب من وكيل الجمهورية المختص إقليميا تسخير القوة العمومية قصد تسهيل عملية البيع.¹

كما يجوز له تلقي كل تصريح يتعلق بالبيع، وكذا الاعتراضات التي تمكنه من رفع الدعاوى الاستعجالية بصفته وكيلًا عن الشخص الذي يريد البيع.

4 الغير كطرف في التنفيذ

الأصل أن الحكم لا ينفذ إلا على صاحبه، غير أنه قد يمتد أثره إلى الغير إما بسبب صفته أوظيفته أو علاقته بالخصوم. ويتمثل هذا الغير في كل من:

أولاً: محافظ الشهر العقاري الذي يطالب بشهر بيع العقار استناداً إلى حكم يقضي بصحة البيع.

ثانياً: كاتب المحكمة وهو المكلف بحفظ الودائع.

ثالثاً: الحارس القضائي على المنقول أو العقار المتنازع في ملكيته.

رابعاً: المحجوز لديه وذلك في حجز ما للمدين لدى الغير باعتباره مدين المدين.

خامساً: ضابط الحالة المدنية والذي يلزم بموجب حكم تقييد حالة الميلاد أو الوفاة أو الزواج مثلاً في سجلات البلدية.

¹ قانون رقم 02/96 مؤرخ في 10 جانفي 1996 يتضمن تنظيم مهنة محافظ البيع بالمزاد العلني، ح ر ع 3 الصادر بتاريخ 14 جانفي 1996.

المبحث الثاني: تنفيذ الأحكام القضائية في مجال شؤون الأسرة.

إذا كان السند التنفيذي يخول لطالب التنفيذ الحق في التنفيذ الجبري فإن القانون أوجب لممارسة هذا الحق استيفاء بعض الإجراءات اصطلاح على تسميتها بمقدمات التنفيذ و أوجب توافر شروط معينة في محل التنفيذ أي المال الذي يجوز التنفيذ عليه، بحيث تخضع الأحكام القضائية في قسم شؤون الأسرة من حيث تنفيذها إلى القواعد العامة للتنفيذ والمنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، إلا ان هذه الأحكام من شأنها أن تبرز بعض الخصوصية في تنفيذها، وأعرض فيما يلي مقدمات التنفيذ في مجال شؤون الأسرة في مطلب أول ومحل التنفيذ في مجال شؤون الأسرة في مطلب ثاني.

المطلب الأول: مقدمات التنفيذ في مجال شؤون الأسرة.

من أجل استيفاء طالب التنفيذ حقه المثبت له بالسند التنفيذي لا يكفي حيازته له فقط بل لابد من اتباع إجراءات أولية نص عليها القانون و أوجب مراعاة السير عليها و التي اصطلاح على تسميتها بمقدمات التنفيذ، ويقصد بمقدمات التنفيذ الإجراءات التي يجب ان يتخذها طالب التنفيذ، أي المستفيد من السند التنفيذي في مواجهة المنفذ ضده و هي إخطار المدين من قبل الدائن بإجراءات مخصصة بالعزم على التنفيذ، وبالتالي هي وقائع سابقة وأولية على التنفيذ وصحته، يبدي من خلالها المستفيد من السند رغبته في استعادة حقه الثابت بموجب ذلك السند بحيث أوجب المشرع اتخاذها قبل الشروع في التنفيذ الجبري، وطريق اتخاذ التدابير الجبرية لحمل المدين على التنفيذ عن طريق الحجز أو بتوقيع الغرامة التهديدية أو عن طريق القوة العمومية، وهي أصل وإن كانت لازمة قبل التنفيذ فهي ليست جزءا من التنفيذ و لا تندرج ضمن إجراءاته، ويترتب على أن مقدمات التنفيذ لا تعتبر من إجراءاته نتائج هامة أهمها:¹

- أن مقدمات التنفيذ تكون واحدة بالنسبة لجميع أنواع التنفيذ، بحيث لا تختلف هذه المقدمات باختلاف نوع التنفيذ ولا بنوع الأموال المراد التنفيذ عليها، منقولات كانت أو عقارات.
- لا يترتب عليها ما يترتب على التنفيذ من آثار، فقد يبدأ بمجرد استيفاء مقدمات التنفيذ، فالقاعدة أن التنفيذ يبدأ على المنقول لدى المدين بالحجز وعلى العقار يقيد أمر الحجز .

¹ وجدي راغب : النظرية العامة للتنفيذ القضائي في قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار الفكر العربي، القاهرة، د.س.ن، ص 33.

-مباشرة التنفيذ وتكراره على أموال المدين حتى يستوفى الدين الثابت في السند التنفيذي بأكمله لا يلزم تكرار مقدمات التنفيذ بمناسبة كل تنفيذ على المدين. بطلان إجراءات التنفيذ لا تعني بالضرورة بطلان مقدمات التنفيذ مادامت هذه الأخيرة استوفت شروطها القانونية).

و تشتمل مقدمات التنفيذ على طلب التنفيذ من طرف المستفيد منه ثم تبليغ المنفذ ضده بالسند التنفيذي و تكليفه بالوفاء ثم تحرير المحضر القضائي لمحضر، إما التنفيذ و إما محضر الامتناع عن التنفيذ و هذا عملا بنص المادة 625 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.¹

الفرع الأول: تبليغ المنفذ ضده بالسند وتكليفه بالوفاء:

وقد أوجب المشرع قبل البدء في عملية التنفيذ تبليغ المدين بالسند التنفيذي وتكليفه بالوفاء بالالتزام الذي يتضمنه هذا السند وهذا ما نصت عليه المادة 612 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية يجب أن يسبق التنفيذ الجبري التبليغ الرسمي للسند التنفيذي وتكليف المنفذ عليه بالوفاء بما تضمنه السند التنفيذي في أجل خمسة عشر (15) يوما،² فبعد استلام المحضر القضائي للسند التنفيذي من الدائن فإن أول عمل يوم به المحضر هنا هو تحرير محاضر التنفيذ، و هي محاضر رسمية و لها حجة قاطعة بما تتضمنه من بيانات و وقائع و لا يمكن الطعن فيها إلا بالتزوير، و هذه المحاضر هي: محضر السند التنفيذي و محضر تكليف بالوفاء و محضر تبليغ تكليف بالوفاء ، و بعدها يقوم المحضر بتبليغ المحاضر الثلاثة بصفة رسمية إلى المنفذ ضده بموطنها الأصلي المذكور في السند و يسلمه نسخة من السند التنفيذي الممهور بالصيغة التنفيذية، بحيث يتضمن هذا التبليغ تكليف المنفذ ضده بالوفاء بمضمون السند مع منحه أجل خمسة عشر يوما للامتثال لذلك عملا بنص المادة 612 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية والعلة من ضرورة إعلان المدين وتكليفه بالوفاء قبل التنفيذ هي إتاحة الفرصة لهذا الأخير لكي يتجنب إجراءات التنفيذ الجبري ونفقاته وذلك عن طريق الوفاء الاختياري واعداره بالعزم على التنفيذ الجبري إن لم يتم التنفيذ الإرادي، أما إذا كان السند التنفيذي أمرا استعجاليا أو حكما مشمولا بالنفاذ المعجل فلا تمنح أجل 15 يوما وإنما يجوز مطالبة المدين بالتنفيذ فورا و ذلك نظرا للطابع الاستعجالي لهذين الاستثناءين و الذي يستوجب السرعة و العجلة في التنفيذ من أجل تجنب الضرر الكبير الذي قد يلحق المستفيد من السند بحيث يتم إخطار المنفذ ضده بالإجراءات المتخذة ضده و إشعاره بموضوع التبليغ و ان هناك التزاما يقع على عاتقه و يجب ان يفي به، لكي لا يتحجج بجهله لموضوع السند و إقامة الحجة عليه، كما يمكن أنه بمجرد علمه بهذا السند يستجيب بطريقة ودية لما يقع عليه من التزام دون ضرورة اللجوء للتنفيذ الجبري.

¹ حمدي باشا عمر طرق التنفيذ المرجع السابق، ص 201.

² حمدي باشا عمر: طرق التنفيذ ، المرجع السابق، ص 202.

كما أنه لا يشترط في التبليغ أن يكون تبليغا شخصيا للمنفذ ضده بحيث يكفي التبليغ القانوني في موطنه أين يخضع للأحكام العامة للتبليغ الرسمي المنصوص عليها في المواد 406 إلى 416 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، وكل هذه الإجراءات تعد الأزمة وضرورية للتنفيذ حتى ينتقل المنفذ إلى إجراءات التنفيذ الجبري فمن غيرها لا يمكن الحجز على المنقول و على العقار¹.

وإذا لم يقم الدائن بتبليغ السند التنفيذي فإن هذا لا يؤثر على حقوقه الثابتة في هذا السند بل تبقى محفوظة لكنها قابلة للسقوط بالتقادم إعمالا للمادة 630 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي تنص على "تتقادم الحقوق التي تتضمنها السندات التنفيذية بمضي خمس عشر (15) سنة ابتداء من تاريخ قابليتها للتنفيذ"².

إن العلة من ضرورة إعلان المدين وتكليفه بالوفاء قبل التنفيذ هي إتاحة الفرصة لهذا الأخير لكي يتجنب إجراءات التنفيذ الجبري ونفقاته وذلك عن طريق الوفاء الاختياري (واعذاره بالعزم على التنفيذ الجبري إن لم يتم التنفيذ الإرادي، ويمكن الاطلاع على السند التنفيذي ومراقبة حق الدائن في التنفيذ و الاعتراض والمنازعة بالوسائل التي قررها القانون إن كان له وجه للمنازعة³ ويجب أن يتم الإعلان بالصورة التنفيذية لبيان قدرة الدائن على التنفيذ الجبري، وإضافة لذلك يجب أن يصحب هذا الإعلان تكليف المدين بالوفاء وبيان المطلوب منه سواء كان التنفيذ مباشرا أو كان تنفيذا عن طريق الحجز، وفي الحالة الأولى يتم فيها بيان الأداء المطلوب من المدين.

وبالنظر لما قد يترتب عن تبليغ التكليف بالوفاء من آثار قانونية تجاه المنفذ عليه وأهمها إجراءات الحجز على الذمة المالية في حالة التنفيذ بمقابل، أو استعمال القوة العمومية في حالة التنفيذ العيني، أوجب المشرع الجزائري حسب نص المادة 613 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية جملة من البيانات يجب أن يتضمنها محضر التكليف بالوفاء تحت طائلة قابليتها للبطلان⁴، وتتمثل هذه البيانات في أنه يجب على طالب التنفيذ أن يقوم بتقديم طلب إلى القاضي المختص ويكون موضحا فيه الاسم الكامل الطالب التنفيذ وصفته شخصا طبيعيا كان أو معنويا وهويته ومهنته وموطن إقامته الحقيقي، وموطنا يختاره إن لم يكن التنفيذ في

¹ عباس العبودي: شرح أحكام قانون التنفيذ: دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2004، ص 102، 103.

² عباس العبودي، شرح أحكام قانون التنفيذ، نفسه، ص 104.

³ عباس العبودي: المرجع السابق، ص 104.

⁴ نبيل إسماعيل عمر التنفيذ الجبري للسندات التنفيذية، طبعة 2012، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ص 201. -4- ما يمكن ملاحظته أن المشرع الجزائري من خلال استقراء المادتين (1918) من ق.إ. ج.م. ميزين التبليغ الرسمي للتكليف بالحضور ولم يرتب عليه أي جزاء ذلك أن الغاية قد تتحقق دون التكليف بالحضور في حيث رتب جزاء بالنسبة للتبليغ الرسمي للسندات التنفيذية المنصوص في مادة (613) من ذات القانون وإيتاءها تحت قابلية الإيصال لما قد يترتب عنه من ضرر التبليغ

موطن إقامته الأصلي، والهدف من ذلك هو تمكين المدين من إعلان الأوراق المتعلقة بالتنفيذ في هذا الموطن، ويلاحظ أن موطن الطالب من بين البيانات اللازمة في أوراق المحضرين بصفة عامة، غير أن المشرع استوجب الموطن المختار الذي به مقر محكمة التنفيذ وذلك من أجل التيسير على المدين(1)، وكذلك تقديم المعلومات الكافية عن المنفذ ضده، والمحكمة المقدم إليها الطلب ورقم السند التنفيذي وتاريخه وقيمة المطلوب تنفيذه أو وصفه إن لم يكن ديناً.

ونظراً للخطورة التي تتميز بها إجراءات التنفيذ الجبري بالنسبة للمنفذ عليه، فإن منشئي فكرة السند التنفيذي حصروا سبب التنفيذ في أعمال قانونية معينة أو أنها جديرة بتأكيد الحق الموضوعي المراد اقتضاؤه من المدين جبراً، وأسماوا هذه الأعمال بالسندات التنفيذية²، وعليه يعد أهم سبب من أسباب التنفيذ هو السند التنفيذي¹.

الفرع الثاني تحرير محضر التنفيذ أو الامتناع عن التنفيذ:

كما سبق القول انه إذا انتهى أجل خمسة عشر (15) يوماً) الممنوحة للمنفذ ضده ولم يمثل للتكاليف بالوفاء بما تضمنه السند التنفيذي بغض النظر عن ما إذا كان هذا الالتزام هو القيام بعمل أو الامتناع عن القيام بعمل يحذر هنا المحضر القضائي محضر امتناع عن التنفيذ عملاً بنص المادة 625 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية ويحال صاحب المصلحة إلى الجهة القضائية المختصة من أجل مواصلة إجراءات التنفيذ الجبري، وهنا ننتقل من مرحلة التنفيذ الاختياري لتأتي مرحلة التنفيذ الجبري، ويكون هذا الأخير أي التنفيذ الجبري بحسب طبيعة موضوع التنفيذ المقرر بالحكم، و بحسب ما إذا تطلب هذا التنفيذ تدخل المنفذ ضده شخصياً أو لا، و يتم ذلك إما عن طريق الحجز على ممتلكات المنفذ ضده أو بالإكراه البدني أو استعمال القوة العمومة، أو بالقيام بالعمل موضوع الالتزام على نفقة المنفذ ضده أو عن طريق المطالبة بالتعويض عن عدم تنفيذ الالتزام أو المطالبة بالغرامة التهديدية، أما إذا امتثل المنفذ ضده خلال الآجال² القانونية الممنوحة له.

يحذر المحضر القضائي محضراً رسمياً يفيد فيه تنفيذ السند التنفيذي والفكرة الجوهرية للسند التنفيذي هي أنه محرر يتخذ شكلاً معيناً مكتوباً ثابت به التزام يراد تنفيذه جبراً لامتناع المدين عن التنفيذ اختياريًا، هذا السند إذن يتضمن تأكيداً لحق الدائن الذي يريد الاقتضاء الجبري، ولهذا يعتبر السند التنفيذي من أهم الأفكار التي يختص بها التنفيذ الجبري، وهذه الفكرة ترمي إلى التوفيق بين اعتباريين متعارضين أولهما تتضح في مصلحة الدائن في تنفيذ

¹ حمدي باشا عمر : طرق التنفيذ المرجع السابق، ص 206

² أحمد علي يوسف: نظرية تنفيذ الأحكام القضائية المدنية في الفقه الإسلامي، ط1، دار النفائس للنشر والتوزيع، الأردن، 1426هـ - 2006م، ص 150.

سريع وفوري لحقه ، وهذه المصلحة تتطلب من المكلف والقائم بإجراء التنفيذ أن لا يلقي بالا إلى الاعتراضات التي يتقدم بها المدين¹.

ومقتضى العدالة تقضي بإجراء التنفيذ إلا لصاحب الحق الموضوعي، وبالتالي يسمح للمدين بالمنازعة في شرعية التنفيذ قبل بدئه، هذا إضافة إلى عدم السماح بالتنفيذ إلا إذا أثبت حق الدائن على وجه التأكيد.

ويعرف السند التنفيذي بالورقة المعدة للإثبات أي الدليل المهيأ، أو عمل قانوني يتضمن تأكيدا صادرا عن إرادة يعتد بها القانون لوجود حق يستوفي شروطا معينة تجعله جديرا بالحماية التنفيذية ويصدر في شكل خارجي.

وقد حددت المادة 600 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري السندات التنفيذية التي لا يمكن التنفيذ بدونها وهي:²

- 1 أحكام المحاكم التي استنفذت طرق الطعن العادية والأحكام المشمولة بالنفاذ المعجل.
2. الأوامر الاستعجالية.
3. أوامر الأداء.
4. الأوامر على العرائض.
5. أوامر تحديد المصاريف القضائية.
6. قرارات المجالس القضائية وقرارات المحكمة العليا المتضمنة التزاما بالتنفيذ.
7. أحكام المحاكم الإدارية وقرارات مجلس الدولة.
8. محاضر الصلح أو الاتفاق المؤشر عليها من طرف القضاة والمودعة بأمانة الضبط.
9. أحكام التحكيم المأمور بتنفيذها من قبل رؤساء الجهات القضائية والمودعة بأمانة الضبط، الشيكات والسفاتج، بعد التبليغ الرسمي للاحتياجات إلى المدين طبقا للأحكام القانون التجاري.
10. العقود التوثيقية، لاسيما المتعلقة بالإيجارات التجارية والسكنية المحددة المدة، وعقود القرض والعارية والهبة والوقف والبيع والرهن والوديعة.
11. محاضر البيع بالمزاد العلني، بعد إيداعها بأمانة الضبط.
12. أحكام رسو المزاد على العقار.

¹ عاشور مبروك : الوسيط في التنفيذ وفقا لمجموعة المرافعات الحالية (دراسة مقارنة بالشريعة الإسلامية)، الكتاب الأول، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004، ص 125

² أمينة النمر: قوانين المرافعات التنفيذ الجبري، الكتاب الثالث منشأ المعارف، الإسكندرية، 1982، ص 132.

وتعتبر أيضا سندات تنفيذية كل العقود والأوراق الأخرى التي يعطيها القانون صفة السند التنفيذي.¹

و لأن السند التنفيذي هو الذي يضمن تأكيد حق الدائن، وهو أساس التنفيذ الجبري، و أيضا هو السبب المولد للحق في التنفيذ الجبري، وهذا الحق الأخير هو مكنة إجرائية تخول لصاحبها تحريك النشاط القضائي وكذلك السلطة العامة للقيام بالتنفيذ الجبري ومن خلال السندات السابق ذكرها نجد أن المشرع الجزائري رتب هذه السندات حسب قوة حجيتها القانونية، بدءا بالأحكام القضائية بمختلف أنواعها بغض النظر عن ما إذا كانت صادرة عن القضاء العادي أو صادرة عن القضاء الإداري، وتليها محاضر الصلح وأحكام التحكيم والسفائج والشيكات وبعض العقود التوثيقية وانتهاء بمحاضر البيع بالمزاد العلني وأحكام رسو المزاد العلني العقار، وبموجب الفقرة الأخيرة لنص المادة 600 قانون الإجراءات المدنية والإدارية وسع المشرع من مجال السندات التنفيذية ليشمل كل العقود والأوراق التي تتمتع بهذه الصفة بموجب القانون.

ويلاحظ أن السندات التنفيذية المذكورة في نص المادة 600 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية هي سندات واردة على سبيل الحصر، لا على سبيل المثال بالرغم من أن ظاهر صياغتها قد يوحي بأنها وردت على سبيل المثال لقول المشرع في نهاية هذه المادة كل العقود والأوراق الأخرى التي يعطيها القانون صفة السند التنفيذي.²

وقبل البدء في إجراءات التنفيذ الجبري بموجب السندات التنفيذية السابق ذكرها، فإنه يجب على المكلف القائم بالتنفيذ التحقق من السند التنفيذي، ومدى احتوائه على الصيغة التنفيذية كشرط شكلي إضافة إلى شروط مضمون هذه السندات التنفيذية.

ولأن السند التنفيذي يجب أن يرد في قالب وشكل معين لكي يصير سندا تنفيذا يعتد به قانونا للتنفيذ لا يجوز في غير الأحوال المستثناة بنص في القانون إلا بموجب صورة أو نسخة من السند مذيلة بالصيغة التنفيذية وهذا ما يعبر عنه بالمكونات الشكلية أو الجانب الشكلي للسند التنفيذي فهي جملة مخصوصة تكتب على الورقة القابلة للتنفيذ .

وعليه تنص المادة 601 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه لكل من صدر حكما لمصلحته أو كان بيده سند تنفيذي ورجب في إجراء التنفيذ الجبري له الحق في الحصول على صورة تسمى بالنسخة التنفيذية.

¹ عبد السلام نجيب قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ترجمة المحكمة العادلة موقع للنشر، الجزائر، 2009، ص 329

² عبد الحميد بك أبو هيف طرق التنفيذ والتحفظ، طبعة 2016، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، ص 45.

ولا تعتبر النسخة التنفيذية مجرد دليل على وجود السند التنفيذي فحسب بل تعد ركنا فيه فلا يتصور وجود هذا السند ،بدونها، وعليه لا يمكن الاستغناء عنها لإجراءات التنفيذ لأي مستند حتى ولو كان صورة فتوغرافية معتمدة للصورة التنفيذية.

ويقع باطلا أي تنفيذ تم بمقتضى سند لم يستوف بعد شكل النسخة التنفيذية والبطلان هنا يتقرر لمصلحة المنفذ ضده، فليس لطالب التنفيذ أن يتمسك به، ذلك أن هذا البطلان بعد من النظام العام.

ويمكن تعريف النسخة التنفيذية على أنها نسخة طبق الأصل من السند التنفيذي تذييل بألفاظ معينة تعرف بالصيغة التنفيذية، وهذه الألفاظ والعبارات حددتها المادة 601 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية وفرقت بين عبارات وألفاظ كل من المواد المدنية والمواد الإدارية على الوجه التالي:¹

1. في المواد المدنية يكون نصها كما يأتي وبناء على ما تقدم فإن الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، تدعو وتأمّر جميع المحضرين وكذا الأعوان الذين طلب إليهم ذلك، لتنفيذ هذا الحكم القرار.... وعلى جميع قادة وضباط القوة العمومية تقديم المساعدة اللازمة لتنفيذه بالقوة عند الاقتضاء إذا طلب إليهم ذلك بصفة قانونية، وبناء عليه وقع هذا الحكم.

2. في المواد الإدارية: يكون نصها كما يأتي : الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، تدعو وتأمّر الوزير أو الوالي أو رئيس المجلس الشعبي البلدي وكل مسؤول إداري آخر، كل فيما يخصه، وتدعوا و تأمر كل المحضرين المطلوبين إليهم ذلك، فيما يتعلق بالإجراءات المتبعة ضد الخصوم، أن يقوموا بتنفيذ الحكم القرار ومن منطلق أنه لا يكفي لمباشرة إجراءات التنفيذ أن يكون للدائن حق مؤكد في عمل قانوني، بل يجب أن يتخذ هذا العمل شكل معين يتمثل في النسخة التنفيذية وهي شرط ضروري للتنفيذ.

لا يجوز للمحضرين القضائيين أن يقوموا بعملية التنفيذ، إلا إذا سلمت نسخة من السند التنفيذي موهورة بالصيغة التنفيذية من قبل ذوي الشأن، وفقا لما نصت عليه المادة 602 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية من يقوم بتسليم و إعطاء النسخة التنفيذية هو رئيس أمناء الضبط في المحكمة التي أصدرت الحكم أو الأمر، أو أي ضابط عمومي فالموثق الذي قام بتوثيق المحرر، وذلك حسب الحالة، وهو ما قصده الفقرة الثانية من نفس المادة بقولها "يمهر ويوقع على النسخة التنفيذية رئيس أمناء الضبط، أو الضابط العمومي، حسب الحالة وتحمل عبارة (نسخة تنفيذية مطابقة للأصل) وتختم بالختم الرسمي للجهة التي أصدرته.

¹ وجدي راغب مبادئ التنفيذ القضائي وفقا للقانون المرافعات الجديد، مذكرات جامعة الكويت، 1980-1981م، ص 53.

وفي هذا الصدد يقوم الموظف المختص بإعطاء النسخة التنفيذية وفق شروط خاصة وذلك حسب نوع السند التنفيذي، سواء كان أحكام قضائية أو العقود وغيرها من السندات التنفيذية الأخرى غير الأحكام القضائية.

سنقتصر هذه الدراسة فقط على قواعد تسليم النسخة التنفيذية للحكم القضائي، وتقضي المادة 602 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بأنه لا تسلم النسخة التنفيذية للحكم إلا للخصم الذي تضمن للحكم عودة منفعة عليه من تنفيذه، وذلك خلافا للنسخ التنفيذية البسيطة من الحكم فهي تعطى لأي شخص يطلبها حتى ولو لم يكن له الشأن في الدعوى وذلك بعد دفع الرسم المستحق وتنص المادة 603 من ذات قانون على أنه لا يجوز تسليم صورة تنفيذية ثانية لذات الخصم إلا في حالة ضياع وفقدان الصورة الأولى.¹

ويتضح من خلال هذه النصوص أن النسخة التنفيذية للحكم تسلم فقط للخصم العائد عليه التنفيذ بالمنفعة، غير أنه وتطبيقاً لقواعد الخلافة، يجوز إعطاء نسخة تنفيذية من الحكم لخلف الخصم العائد عليه التنفيذ بالمنفعة بغض النظر عن ما إذا كان هذا الخلف عاماً أو خاصاً شرط أن تكون هذه الخلافة نشأت بعد تكوين السند التنفيذي، وتكون ثابتة وناظفة في مواجهة الخصم، وبمفهوم المخالفة إن لم توجد خلافة على النحو السابق ذكره فلا تسلم النسخة التنفيذية للحكم لغير الخصم، أما حكم حصول السلف السابق للخلف على النسخة التنفيذية ولم يتم باستعمالها قبل وفاته هنا لا يجوز إعطاءها مرة أخرى للخلف ذلك أنه لو أعطيت هذه النسخة له مرة أخرى لوجدت صورتان صالحتان لنفس الخلف.²

إضافة إلى هذا قد تتعدد النسخ التنفيذية بقدر عدد الأشخاص الذي تعود عليهم منفعة من تنفيذ الحكم، كما لو كان المحكوم له أكثر من شخص واحد هنا يمكن تسليم النسخة التنفيذية عن الحكم لكل واحد منهم وعلى هذا الأساس تعتبر النسخة التنفيذية المقدمة لأحد هؤلاء الأشخاص غير جائز استعمالها من قبل غيره حتى ولو كان من حقه الحصول على مثلها، وعلة ذلك هو التأشير على كل نسخة تنفيذية باسم من تسلمها من المحكوم لهم، وإن جاز للمحكوم لهم جميعاً طلب نسخة تنفيذية واحدة يستفيد منها الجميع.³

و مراعاة لما يترتب على تبليغ التكليف بالوفاء من آثار في مواجهة المنفذ عليه و من أهمها البدء في إجراءات التنفيذ الجبري على ذمته المالية في حالة التنفيذ بمقابل أو باستعمال القوة العمومية في حالة التنفيذ العيني فقد أوجب المشرع الجزائري بنص المادة 613 من

¹ حمدي باشا عمر ، طرق التنفيذ المرجع السابق، ص ص 166-167.

² وجدي راغب، مبادئ التنفيذ المرجع السابق، ص 53.

³ هنيدي أحمد أصول التنفيذ الجبري، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2005، ص 159.

قانون الإجراءات المدنية و الإدارية أن يتضمن التكليف بالوفاء البيانات الوارد ذكرها في هذه المادة تحت قابلية محضر التكليف بالوفاء للإبطال و تتمثل هذه البيانات في الآتي¹:

1. اسم و لقب طالب التنفيذ و صفته شخصا طبيعيا أو معنويا و موطنه الحقيقي أو موطن مختار له في دائرة اختصاص محكمة التنفيذ.
2. اسم و لقب و موطن المنفذ عليه.
3. تكليف المنفذ عليه بالوفاء بما تضمنه السند التنفيذي خلال أجل أقصاه خمسة عشر (15) يوما، و إلا نفذ عليه جيرا.
4. بيان المصاريف التي يلزم بها المنفذ عليه.
5. بيان المصاريف و الأتعاب المستحقة للمحضرين القضائيين.
6. توقيع و ختم المحضر.

يمكن طلب إبطال التكليف بالوفاء أمام قاضي الاستعجال خلال أجل خمسة عشر 15 يوما الموالية لتاريخ التبليغ الرسمي للتكليف بالوفاء ليفصل فيه في أجل أقصاه خمسة عشر (15) يوما.

و يمكن ان يفهم من المدلول اللفظي لهذا الشرط أن محل السند التنفيذي يجب أن لا يكون حقا احتماليا، أو حقا معلقا على شرط لم يتحقق بعد، بل يجب أن يكون في الحقيقة موجودا.

وما تجدر الإشارة إليه في هذا الصدد أن هذا الشرط لا يقصد به وجود حق خال من النزاع من جانب المدين، ذلك أنه لو أتى بهذا المعنى لاستحال إجراء التنفيذ على المدين جبرا، لأنه سينازع دائما على الحق، هذا من جهة، ومن جهة أخرى ستتوقف قوة السند التنفيذي على إرادة المدين، وهو ما يعارض فكرة أن مجرد توافر السند التنفيذي يعنى أن الحق الثابت فيه قد حسمت المنازعات في شأنه ونتيجة لذلك سيكون كافيا بذاته لإجراء التنفيذ الجبري.²

ولا يكلف من بيده سند تنفيذي بإثبات أن حقه الثابت بموجب السند غير احتمالي ومحقق الوجود، والمكلف بإثبات هنا هو من يدعى عكس الظاهر، فوجود السند التنفيذي هو قرينة على تحقيق وجود الحق الذي يتضمنه وعليه فإن مضمون هذا الشرط، يقتضي توافر أمرين هما :

1. أن يكون محل حق طالب التنفيذ معينا على سبيل التأكيد:

¹ حسن علام موجز القانون القضائي الجزائري الجزء الثاني، الشركة الوطنية للنشر والتوزيع، الجزائر، 1975، ص 40.

² حمدي باشا عمر : طرق التنفيذ، المرجع السابق، ص 9.

إن وجود سند تنفيذي قرينة تدل على تحقيق وجود الحق الذي يتضمنه هذا السند، ولذلك وجب أن يكون محل هذا السند معينا على سبيل التأكيد، فلا يكون هناك تخيير بين شيئين أو عمليتين للمدين، وإن تم ، ووقع اختياره بينهما، وبالتالي لا يصلح للتنفيذ التزام تخيري"، إذا عين المدين ما يقع عليه اختياره هو وعليه أن يشفع أوراق التنفيذ بما يفيد الاختيار الذي انتهى إليه، كالتزام الزوج بتوفير مسكن للمطلقة الحاضنة، أو التزامه بدفع مقابل نقدي عن نفقة المسكن ولا يمكن التنفيذ جبرا للغرامة التهديدية التي يحكم بها لإجبار المدين بالقيام بالتزامه بعمل معين، وذلك أنها لا تتضمن حقا محقق الوجود لمن صدر الحكم لصالحه.

2. أن يكون محل حق طالب التنفيذ معين نوع الالتزام على سبيل القطع أن يتطلب نوعا معينا من التنفيذ فإما أنه التزم بعمل ينفذ تنفيذا مباشرا، وإما أنه ينفذ تنفيذا غير مباشر الحجز بمعنى أنه التزم بمبلغ مالي، بغض النظر عن ما إذا كان من أصل نشأته أو باعتباره تعويضا عن عدم الوفاء بالتزام الأصلي.¹

3. أن يكون محل حق طالب التنفيذ معين المقدار:

لا يمكن للدائن أن يقتضي بالتنفيذ أكثر من حقه لذا ينبغي للحق الوارد في السند التنفيذي أن يكون محدد المقدار والوصف، ذلك أن التنفيذ عن طريق الحجز يقتضي بيع أموال المدين بمقدار ما يكفي لتنفيذ التزامه وعلى المحضر القضائي أن يتوقف عن عملية البيع إن وصل ناتج البيع إلى الحد الكافي لأداء حق الدائن.

ولمنع التعسف في التنفيذ وجب تعيين ووصف المقدار، هذا ويختلف مقدار محل التنفيذ باختلاف محل الحق، فإذا كان عبارة عن مال كدفع النفقة وجب أن يكون المبلغ معلوما، وإذا كان المطلوب غير نقود كتسليم صغير وجب أن يكون هذا الصغير المحضون معينا باسمه في حالة تعدده مع إخوته وإذا كان المطلوب عبارة عن منقول أو عقار وجب أن يكون معينا بنوعه ومقداره أو معينا بذاته.

ومن أمثلة السندات التنفيذية التي لا يجوز تنفيذها لعدم تعيين مقدار الحق الحكم الذي يصدر بإلزام العادل عن الخطبة بمصاريف ومقابل الهدايا التي أهدها المعدول عنه، دون تحديدها في منطوق الحكم ، وفي هذه الحالة يضطر الطرف الذي صدر الحكم لصالحه إلى تقديم عريضة إلى قاضي قسم شؤون الأسرة الذي أصدر الحكم بطلب تقدير هذه المصاريف.

5 أن يكون محل حق طالب التنفيذ حال الأداء:

بالإضافة إلى شرطي تحقق الوجود وتعين المقدار استلزم المشرع الجزائري أن يكون محل الحق حال الأداء بمعنى أن لا يكون الدين موصوفا بشرط أو أجل، ولا معلقا على شرط ولا مضافا لأجل .

¹فتحي والي: المرجع السابق، ص 10.

وبمفهوم المخالفة، لا يمكن المطالبة بالوفاء بالدين الذي لم يتحقق شرطه أو لم يحل أجله بعد وبالتالي لا يجوز إجباره على التنفيذ، ومن أمثلة الأحكام المتضمنة للالتزامات مؤجلة، إذا تضمن حكم التنفيذ دفع أموال النفقة بشكل دوري بتاريخ محدد، وبالتالي لا يجوز التنفيذ للاقتضاء هذا الالتزام إلا عند حلول أجل دفع هذه النفقة.¹

المطلب الثاني: محل التنفيذ في مجال شؤون الأسرة

لقد اهتم المشرع الجزائري بتنفيذ مسائل شؤون الأسرة، كمسائل الزواج والطلاق، والنفقة والحضانة وغيرها من المسائل التي تنطوي تحت شؤون الأسرة، وذلك تبعاً لاهتمام المشرع بتخصيص قسم خاص بتلك المسائل.

وهذا ما جاء في نص المادة 13 من القانون العضوي رقم 05-11 والمتعلق بتنظيم الاختصاص القضائي، حيث قسمت المحكمة إلى عشر 10 أقسام أين يمكن لرئيس المحكمة بعد استطلاع رأي وكيل الجمهورية تقليص عدد هذه الأقسام أو حتى تقسيمها إلى فروع وذلك حسب أهميته وحجم النشاط القضائي الذي تمارسه.

ومن بين هذه الأقسام قسم شؤون الأسرة، حيث يقوم هذا القسم بالفصل في المنازعات التي تنشأ عن تطبيق القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 يوليو 1984 والمتعلق بقانون الأسرة المعدل والمتمم، حيث يتكفل القاضي المختص والمشرع على قسم شؤون الأسرة بالفصل في مسائل الزواج والطلاق والتطليق، الحضانة والنسب، النفقة والنزاع حول متاع البيت والنيابة الشرعية على مال ونفس القاصر والكفالة والميراث، وكذلك كل ما يتعلق بالجنسية، ونظراً للخصوصية التي تميز القضايا الأسرية خصها المشرع في قانون الإجراءات المدنية والإدارية بنصوص تتوافق وتلك الخصوصية وذلك ابتداء من المادة 426 إلى غاية المادة 499 تحت عنوان "قسم شؤون الأسرة".²

والملاحظ أن للقاضي قسم شؤون الأسرة حسب ما جاء في فحوى هذه النصوص صلاحيات واسعة من بينها إجراء الصلح في النزاعات المتعلقة بفك الرابطة الزوجية إضافة إلى صلاحياته في إسقاط الحضانة إذ أثبت أن صاحبها لم يقيم برعاية الطفل أو أصبح في وضع من شأنه أن يعرض حالته الصحية أو المعنوية للخطر.³

الفرع الأول: المطالبة بالتعويضات.

¹ عملاً ينص المادة 421 من ق.إ. ج.م. يتضمن القرار والحكم أو الأمر الفاصل في النزاع، تصفية مقدار المصاريف، إلا إذا تعذر تصفيته قبل صدوره وفي الحالة الأخيرة تتم تصفية المصاريف، بموجب أمر يصدره القاضي ويرفق بمستندات الدعوى.

² قانون عضوي رقم 05-11 المؤرخ في 10 جمادى التنافسي سنة 1426 الموافق 17 يوليو سنة 2005، المتعلق بالتنظيم القضائي.

³ محمد إبراهيمي: الوجيز في الإجراءات المدنية، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2002، ص 08.

عند تحرير محضر الامتناع عن التنفيذ من قبل المحضر القضائي، سواء تعلق هذا الامتناع بتعنت ورفض المنفذ عليه تنفيذ التزام بعمل أو خالف التزاما بالامتناع عن العمل، بمعنى أبدى رفضه على الاستجابة لمضمون السند التنفيذي يجوز لطالب التنفيذ¹

الرجوع إلى المحكمة المختصة للمطالبة بالتعويض²، دون أن يؤدي ذلك إلى سقوط التعويض الذي يحكم به أصلا نتيجة التصرف غير المشروع ولا يعد هنا جمعا بين التعويضات فالتعويض المحكوم به عن الأضرار المترتبة على عدم التنفيذ هو تعويض مستقل³

الفرع الثاني: القيام بالعمل موضوع الالتزام على نفقة المحكوم عليه:

يجوز لطالب التنفيذ القيام بالعمل موضوع الالتزام على نفقة المحكوم عليه كأن يتعلق الأمر بإعادة إصلاح أثاث البيت أو أشياء مشتركة بين الزوجين (كالسيارة) تسبب في إتلافها المنفذ ضده.

وتتجز هذه الأعمال تحت مراقبة محضر قضائي ويحرر محضرا بذلك وهكذا يتم تفادي تماطل المنفذ عليه واستمرار الضرر اللاحق يطالب بالتنفيذ. ولم يحدد المشرع الجهة التي تختص بالفصل في دعاوى المطالبة بالغرامة التهديدية أو التعويضات، أو حتى القيام بالعمل موضوع الطلب تحت نفقة المحكوم عليه واكتفى بإحالة صاحب المصلحة إلى المحكمة للمطالبة بذلك، وعليه إذا كان الأمر صادرا عنقاضي الموضوع مثل حالة صدور حكم باسترداد الهدايا المقدمة من العادل عن الخطبة للطرف المعدول عنه، يعود هنا الاختصاص بالنظر في الغرامة التهديدية لهذا القاضي أي يمكن لقاضي الموضوع الحكم بالغرامة التهديدية وتصفيته أو دفع التعويض أو القيام بالعمل موضوع الطلب على نفقة المحكوم عليه، أما إذا كان الأمر صادرا عن القاضي الاستعجالي فيمكن لهذا الأخير الحكم بالغرامات التهديدية وتصفيته⁴.

وتنص المادة 425 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أن رئيس قسم شؤون الأسرة يمارس الصلاحيات المخولة لقاضي الاستعجال⁵، وبذلك⁵ يختص قاضي شؤون الأسرة بالفصل وفقا لقواعد الاستعمال في دعاوى مخصصة سواء في قانون الإجراءات

¹ المحكمة العليا، الصادر بتاريخ 27/11/1985 ، ملف رقم 41783 ، مجلة القضائية لسنة 1990، العدد الأول، ص 43.

² المادة 175 من القانون المدني.

³ بربارة عبد الرحمان طرق التنفيذ من الناحيتين المدنية والجزائية منشورات البغدادي سنة 2009، الجزائر ص 60.

⁴ عملا بأحكام المادة 625/2 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

⁵ بوقندورة سليمان، الدعاوى الاستعجالية في النظام القضائي العادي مدعم بالاجتهادات القضائية والآراء الفقهية الطبعة الأولى 2014 ، دار الألمعية للنشر والتوزيع، ص 243.

المدنية والإدارية وفي قانون الأسرة أو غيرها مما يدخل في اختصاصه، وعليه ينظر قاضي قسم شؤون الأسرة على الخصوص في الدعاوى الآتية¹:

- الدعاوى المتعلقة بالخطبة والزواج والرجوع إلى بيت الزوجية وانحلال الرابطة الزوجية وتوابعها حسب الحالات والشروط المذكورة في قانون الأسرة.
- دعاوى النفقة والحضانة وحق الزيارة.
- دعاوى إثبات الزواج والنسب.
- الدعاوى المتعلقة بالكفالة.
- الدعاوى المتعلقة بالولاية وسقوطها والحجر والغياب و الفقدان والتقديم.

كما يتكفل قاضي شؤون الأسرة بالسهر على حماية مصالح القصر بالإضافة إلى الصلاحيات المخولة لقاضي شؤون الأسرة بموجب قانون الإجراءات المدنية والإدارية فيجوز له أن يأمر في إطار التحقيق بتعيين مساعدة اجتماعية أو طبيب أو خبير أو أي مصلحة أخرى مختصة في الموضوع بغرض الاستشارة بغرض حماية مصالحهم²، ومن بين صلاحيات قاضي قسم شؤون الأسرة أنه يختص بالنظر في قضايا أخرى و منها القضايا المتعلقة بالهبات والوصايا المتعلقة بالمنقولات وحقوق الميراث وغيرها³.

وإذا كانت المادة 305 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية⁴ تجيز لقاضي الاستعجال الحكم بالغرامة التهديدية لحمل المنفذ ضده على التنفيذ، و المادة 425 من نفس القانون تنص رئيس قسم شؤون الأسرة يمارس الصلاحيات المخولة للقاضي الاستعجال فلا يمكن الجزم بجواز توقيع الغرامة من طرف رئيس قسم شؤون الأسرة لعدم وجود أي نص قانوني محدد لصلاحياته يفيد جواز ذلك، بالإضافة إلى أن توقيع الغرامة التهديدية يكون في حالة وجود حكم نهائي بالإلزام و من ثمة يتعين كون الغرامة التهديدية التنفيذ حكم في شؤون الأسرة من اختصاص قاضي الاستعجال عملاً بالمادة 305 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.

الفرع الثالث: خصوصية تنفيذ أحكام الزواج والطلاق

سنحاول فيما يلي إبراز خصوصية تنفيذ الأحكام القضائية، قبل وبعد فك الرابطة الزوجية وذلك من خلال إبراز تنفيذ الجانب الخاص بإثبات الزواج بتنفيذ الجانب المتعلق بالجوانب المادية للأحكام القضائية الخاصة بكل من الزواج والطلاق.

¹المادة 423 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

²-بربارة عبد الرحمان شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، منشورات بغداد، ط1، 2009، ص 294.

³-بربارة عبد الرحمان شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية المرجع السابق، ص328.

⁴المادة 424 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية

1- تنفيذ الأحكام المتعلقة بالزواج والطلاق

تتميز الأحكام القضائية الخاصة بإثبات الزواج وأحكام حل الرابطة الزوجية من حيث تنفيذها في جانبها المتعلق بحل عقد الزواج، عن القواعد العامة الخاصة بالتنفيذ، وهذا راجع لطبيعتها التي تقتضى ذلك، فهي ليست أحكام الزام، بحيث لا تتضمن تأكيد أو تقرير حق لأحد الخصوم والزام الخصم الآخر بأدائه كإقرار حق الزوجة في النفقة والزام الزوج بدفعها لها، لذلك لا تعتبر أحكام إثبات الزواج وإثبات الطلاق بالإرادة المنفردة أحكاما منشئة، وإنما هي أحكام كاشفة تقرر وجودا لحق أو مركز قانوني أو واقعة للزوج قانونية موجودة من قبل.

وبالتالي نظرا لطبيعة أحكام إثبات الزواج وأحكام حل الرابطة الزوجية في الشق المتعلق بحل عقد الزواج فإن تنفيذها له طابع خاص ومميز، بحيث لا تخضع هذه الأحكام لمقدمات التنفيذ بتبليغ السند التنفيذي، والتكليف بالوفاء ثم تحرير محضر التنفيذ أو الامتناع عنه، وإنما يدخل في مجال تنفيذها تدخل النيابة العامة، التي تسعى وجوبا في تنفيذ أحكام إثبات الزواج أو الطلاق في سجلات الحالة المدنية وهذا بموجب نصوص المواد 22 و 49 من قانون الأسرة وذلك باعتبار النيابة العامة طرف أصليا في قضايا ودعاوى شؤون الأسرة، حيث تسعى النيابة العامة بمجرد صدور الحكم وجوبا في تنفيذه، حيث يقوم وكيل الجمهورية لدى المحكمة الصادر منها حكم إثبات الزواج أو حكم الطلاق إرسال نسخة من ذلك الحكم وتوجيه أمر لضابط الحالة المدنية بالبلدية المنعقد أمامها عقد الزواج وذلك بغية تسجيل ذاك الزواج أو الطلاق على هامش سجل عقود الزواج، وأيضا على هامش سجل عقود ميلاد الزوجين إن كانا ولدا في نفس البلدية، وإذا كان أحد الزوجين في الخارج أم تم إبرام عقد الزواج بالخارج، يرسل إشعار إلى وزارة الخارجية من أجل تسجيلها في سجلات الحالة المدنية على مستوى الوزارة.

عرف تنفيذ أحكام إثبات الزواج وأحكام الطلاق وتسجيلها في سجلات الحالة المدنية عرقلة ومماثلة كبيرة قبل تعديل قانون الأسرة، حيث كان قبل ذلك يتم تسجيل هذه الأحكام في سجلات الحالة المدنية من طرف أطراف الخصومة وبسعي منهم، الأمر الذي أدى لعدم تنفيذ الكثير من هذه الأحكام، بسبب عدم سعي الأطراف لتنفيذها، وهو ما دفع المشرع لتكليف النيابة العامة بعملية تنفيذها لتعلقها بالنظام العام.

2 - تنفيذ الأحكام المتعلقة بالجوانب المادية لأحكام الزواج والطلاق:

كما سبق القول أن التنفيذ في قضايا شؤون الأسرة يكتسي أهمية بالغة، وانطلاقا من المبدأ العام للتنفيذ الذي وحد وعمم إجراءات التنفيذ في مختلف فروع القانون وبالرغم من هذا أظهر المشرع بعض الخصوصية في مسألة التنفيذ في المسائل المتعلقة بشؤون الأسرة، وخاصة تلك المتعلقة بالزواج والطلاق، ونظرا للطابع الاجتماعي والحساسية التي تتصف

بها قضايا شؤون الأسرة، ومن أجل إبراز هذه الخصوصية والحساسية أعطى المشرع وصف النفاذ المعجل للأحكام الصادرة في قضايا النفقة.

إضافة لهذا تتضمن الأحكام القضائية المتعلقة بالزواج والطلاق جوانب مادية تتعلق أساسا بالنفقات والتعويضات وتسليم الأثاث والأمتعة وتسليم الأطفال الحاضنين وحق الزيارة وكلها خاضعة للإجراءات العامة للتنفيذ، بحيث تتبع فيها مقدمات التنفيذ وذلك بإعلان السند التنفيذي والتكليف بالوفاء والالتزام بما قضي به السند وهذا في أجل خمسة عشر (15) يوما، هذا و يتم التنفيذ فورا إذا تعلق التنفيذ بأمر استعجالي أو جاء السند مشمولاً بالنفاذ المعجل، ثم يقوم المحضر بتحرير محضر امتثال المنفذ ضده إذا نفذ ما التزم به، وفي حالة امتناعه يحضر محضر امتناع إن لم يمثل في المدة الزمنية المحددة قانونا لذلك.

الأمر الذي يجعل من مرحلة التنفيذ الجبري للسند تفرض نفسها، وذلك باتخاذ إجراءات الحجز على الأموال المنقولة أو العقارية للمنفذ ضده أو تلك الموجودة لدى الغير وغيرها من إجراءات التنفيذ الجبري هذا وقد خص المشرع تنفيذ الأحكام القضائية المتعلقة بالنفقة و أضفى عليها حماية خاصة عن طريق تجريم فعل امتناع المدين الزوج عن أداء النفقة الزوجية واعتبرها جنحة معاقبا عليها بموجب قانون العقوبات، وفعل نفس الأمر بالنسبة لفعل الامتناع عن تسليم طفل محضون أو ممارسة حق الزيارة وحرّم هذا الفعل بوسمه جنحة عدم تسليم طفل قاصر بموجب قانون العقوبات¹.

وفيما يخص الأحكام المتعلقة بتسليم الأثاث والأمتعة، فإن المنفذ ضده بإتيان فعل امتناع عن تسليمها لصاحبها، يجعل من طالب التنفيذ له الحق في اللجوء مرة أخرى للقضاء والمطالبة إما بالتعويض عن عدم إمتثال المنفذ عليه للالتزام الذي يقع عليه بموجب السند التنفيذي، وإما المطالبة بتوقيع غرامة تهديدية على المنفذ ضده من أجل حمله على تسليم تلك الأمتعة والأثاث.

3. صندوق النفقة كآلية لتنفيذ أحكام آثار الزواج أو الطلاق

يعتبر التزام الزوج بالنفقة لزوجته وأولاده من أهم الالتزامات الواقعة على عاتقه ولأهميتها أولى لها كل من القانون والقضاء حماية خاصة لما لها من أثر يحفظ ويحمي كرامة الزوجة والأولاد من الضياع وتزيد هذه الأهمية لها - أي النفقة خاصة بعد الطلاق، ففي كثير من الأحيان يتملص العديد من المطلقين من التزاماتهم بها بعد حل الرابطة الزوجية أين حرم المشرع فعل الامتناع عن تسديد النفقة المحكوم بها قضاء بموجب المادة 31 من قانون العقوبات.

¹ القانون 01-15 المؤرخ في 04/01/2015 يتضمن إنشاء صندوق النفقة الجريدة الرسمية، العدد 01، 2015، ص 7.

وبالرغم من الحماية الجزائية التي أقرها المشرع لها إلا أن ساحات المحاكم و أروقتها تعج بقضايا المعروضة عليها والمتعلقة بعدم تسديد النفقة، والتي يئست وعجزت كل من الزوجة والحضونين عن حصولهم عليها، وذلك راجع لعدة أسباب منها عجز الأب المدين عن دفعها أو تعذره عن ذلك، وبالتالي يعد سجن المدين بالنفقة لمدة زمنية ثم إطلاق سراحه لا نفع منه وتبقى المطلقة دائنة بها ومحتاجة لها لما لها من طابع استعجالي.

ومنه وجد المشرع الجزائري نفسه أمام هذا الوضع الذي ينشد بعدم كفاية الحماية التي أقرها لهذه المسألة و أصبح إلزاما عليه أن يتدخل من جديد وذلك من خلال المادة 124 من القانون 14/10 والمؤرخ في 30 ديسمبر 2014 والمتضمن قانون المالية سنة 2015، حيث نصت على فتح في كتابات الخزينة حساب تخصيص خاص رقمه -142 302 والذي جاء تحت عنوان صندوق النفقة"، ثم جاء وصدر القانون رقم 01-15 المؤرخ في 04 جانفي 2015 والمتضمن إنشاء صندوق النفقة¹.

بحيث يعد إنشاء صندوق النفقة حلا من الحلول التي وضعت من أجل محاولة تخفيف الغلبة والعناء الذي تعيشه العديد من المطلقات والأطفال المحضونين من أجل تحصيل مبالغ النفقة المستحقة والمحكوم بها لصالحهم، وعليه يعد صندوق النفقة طريقا وآلية جديدة لتنفيذ الأحكام القضائية في الشق المتعلق بتسديد النفقة و هذا بغية رفع الغلبة والمشقة عن المطلقات والمحضونين في استيفاء حقهم في النفقة، دون المساس بحق الدولة التي تعود على المدين بالنفقة - الأب - لاسترجاع تلك المبالغ المستحقة للصندوق لان هذا الأخير له صفة الوسيط بين الدائن والمدين بالنفقة (1)، وليس صفة المدين بها ولا الدائن بها وصندوق النفقة تم إنشاؤه في عدة تشريعات عربية كالتشريع المصري والتشريع التونسي والتشريع المغربي واختلفت تسميته من بلد لآخر.

وعليه حدد المشرع الجزائري في القانون 01-15 الفئات المستفيدة من هذا الصندوق وحدد أيضا الشروط الواجب توافرها حيث حصر الفئات التي يمكنها الاستفادة منه وقسمهم لفئتين:

أ- المرأة المحكوم لها بالنفقة

أي التي صدر حكم بطلاقها وقضي لها بالنفقة وبمفهوم آخر المرأة التي لم يصدر حكم طلاقها بعد أو لم يقض لها القضاء بالنفقة لا يحق لها الاستفادة من صندوق النفقة ونفس الأمر بالنسبة للمرأة التي حكم لها بالنفقة بموجب أمر مؤقت إلى غاية الفصل في دعوى الموضوع.²

¹ القانون 01-15 المؤرخ في 04/01/2015 يتضمن إنشاء صندوق النفقة الجريدة الرسمية، العدد 01، 2015، ص7.

² مباركة عمامرة: الحماية الجزائية لحق النفقة للطفل في القانون الجزائري مجلة البحوث والدراسات، جامعة الشهيد حمة لخضر، الوادي الجزائري، العدد 24 14 جوان 2017، ص 199.

ذلك أن الزوجة التي رفعت دعوى تطليق أو خلع، أو رفع زوجها ضدها طلاقاً بالإرادة المنفردة ولم يتم الفصل بعد واستصدرت أمراً مؤقتاً يقضي لها النفقة المؤقتة إلى حين الفصل في دعوى حل الرابطة الزوجية بموجب المادة 57 مكرر من قانون الأسرة، وتعدّر تنفيذ الأمر سواء كلياً أو جزئياً، بسبب امتناع أو عجز الأب المدين عن دفعها أو استحالة معرفة محل إقامته، فلا يحق في هذه الحالة للمرأة الاستفادة من صندوق النفقة وذلك راجع لعدم ثبوت طلاقها بحكم.

هذا وتخرج أيضاً من فئة المستفيدين من الصندوق الزوجة خلال قيام الزوجية والتي حكم لها ولأطفالها المحضونين بالنفقة تجاه زوجها الذي أهملها بموجب أمر على عريضة وذلك في الفترة السابقة للفصل في دعوى الموضوع والمتعلقة بالرجوع إلى بيت الزوجية، أو الفصل في دعوى فلك الرابطة الزوجية، وما هو معروف في الواقع العملي أن الفصل في الدعاوى الموضوعية قد يطول أجله لأشهر وسنين والزوجة والأطفال بحاجة شديدة وماسة للنفقة، فكان حرياً بالمشروع أن يشمل هذه الفئات بحق الاستفادة من صندوق النفقة.

أ- الأطفال المحضونين

والممثلين بالمرأة الحاضنة لكون هؤلاء عاجزين عن استيفاء حقوقهم في النفقة ومباشرة الإجراءات الواجبة اتباعها في ذلك لنقص أو انعدام أهليتهم، وبالتالي فهم بحاجة لمن يقوم مقامهم ويمثلهم والمرأة الحاضنة خير ممثل، ويستوي في ذلك أن تكون المرأة الحاضنة أما أو خالة أو جدة للأم أو جدة للأب، أو عمة حسب مصلحة المحضون.

وما هو ملاحظ في التشريعات العربية المقارنة نجد أنها وطدت ووسعت الفئات المستفيدة من صندوق النفقة تذكر منها المشروع المصري، حيث وسع دائرة الفئات المعنية بالاستفادة من صندوق نظام تأمين الأسرة بحيث شمل كلا من الزوجة والأبناء والمطلقة والأقارب أيضاً وذلك بموجب المادة 71 من القانون 01 لسنة 2000 والمتعلقة بتنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية، وهو النهج الذي سلكه أيضاً المشروع البحريني، حيث نصت في المادة ينشأ نظام لتأمين الأسرة من بين أهدافه ضمان تنفيذ الأحكام الصادرة بتقرير نفقة للزوجة أو المطلقة أو الأولاد أو الأقارب يتولى الإشراف على تنفيذه بنك ناصر الاجتماعي ويصدر بقواعد هذا النظام وإجراءاته وطرق تمويله قرار من وزير العدل بعد موافقة وزير التأمينات"، وهو النهج الذي شكله أيضاً المشروع البحريني، حيث نص في المادة الأولى من القانون رقم 34 لسنة 2005.

والمترقب بإنشاء صندوق النفقة الحق لكل من الزوجة أو المطلقة أو الأولاد أو الوالدين وكل شخص تجب له نفقة أو من ينوبه قانوناً من الاستفادة من صندوق النفقة.

وعلى غرار المشرع التونسي والمشرع المغربي ضيق المشرع الجزائري من الفئات المستفيدة من صندوق النفقة وحصرهم فقط في المطلقات والأطفال المحضونين الحائزين على أحكام نهائية بالنفقة وتعذر تنفيذها، ومن أجل الاستفادة من صندوق النفقة يجب أن تتوفر شروط معينة يتم ذكرها فيما يلي:

1. أن تكون المرأة مطلقة والطفل محضونا

اشتترطت المادة 02 من قانون 01-15 والمتضمن إنشاء صندوق النفقة أن تكون المرأة مطلقة ومحكوما لها بالنفقة، وتعد المرأة مطلقة متى صدر بحقها حكم قضائي نهائي بحل و فك الرابطة الزوجية وحصول الفرقة بينها وبين زوجها بغض النظر عما إذا كان الطلاق حاصلًا من الزوج وبإرادته المنفردة، أو كان بالتطليق أو الخلع، أو كان طلاقًا بالتراضي بينهما وبغض النظر أيضًا إذا كانت هذه المرأة المطلقة ميسورة الحال، ولها دخل مالي ومعاش مالي يكفل لها عيشة محترمة، ولم يشترط المشرع أن تكون المرأة المطلقة من أصحاب العوز لكي يكون لها الحق في الاستفادة¹.

وبالتالي تخرج من هذا الزوجة المحكوم لها بالنفقة أثناء قيام العلاقة الزوجية بحيث لا تستفيد من صندوق النفقة لأنها لم يثبت بعد الحكم عليها بالطلاق.

أما بالنسبة للأطفال المحضونين والمشمولين بالاستفادة من صندوق النفقة فهم فقط الأطفال المحضونون، بمعنى يقتصر حقهم في المستحقات المالية للصندوق فقط خلال فترة حضانتهم، وهو ما حددته المادة 02 في فقرتها الثالثة من القانون 01-15، حيث اعتبرت شرط الحضانة شرطًا أساسيًا لاستفادة الأطفال من المستحقات المالية للصندوق، ووفقًا لأحكام قانون الأسرة والتي حددت من الحضانة لكل من الذكر والأنثى، حيث أقرت أن الطفل الذكر حضانته تنقضي إذا بلغ سن عشر سنوات، وللقاضي سلطة تمديدتها إلى من ستة عشر (16) سنة، إن لم تنزوج المرأة الحاضنة مرة أخرى.

أما بالنسبة للطفلة الأنثى فتقضي حضانتها ببلوغها سن الزواج² والتي حددها قانون الحضانة بسن 19 سنة كاملة، غير أن المادة 65 من ذات القانون أوضحت سن انتهاء الحضانة لكل من الذكر والأنثى وبالتالي حتى ولو بعد هذا السن وظل الأولاد غير قادرين عن كسب المال بمفردهم وعجزوا عن ذلك، وبالرغم من ذلك لا يحق لهم بعد هذه السن الاستفادة من صندوق النفقة³.

¹ المادة 02، من قانون رقم 15-01 مؤرخ في 13 ربيع الأول عام 1436 الموافق ل 4 يناير سنة 2015، يتضمن إنشاء صندوق النفقة، الجريدة الرسمية للجمعية، العدد 1، ص 07.

² عملاً بنص المادة 07 من قانون الأسرة تكتمل أهلية الرجل والمرأة في الزواج بتمام تسعة عشر (19) سنة.

³ حداد فاطمة، إشكالات حماية المحضون في ظل القانون المتضمن إنشاء صندوق النفقة- دراسة مقارنة- المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية و السياسية، العدد 2، ط 2019، ص 322.

ونعتقد أن هذا الأمر كان من الأنسب إعادة التطرق فيه والنص على استمرار استفادة الأولاد المحضونين العاجزين وكذلك المعاقين عن الكسب من صندوق النفقة بغض النظر عن سنهم، ذلك أن حاجتهم وعوزهم للمال لا يقتضي بلوغ سن معين.

2. النفقة المشمولة بالقانون رقم 01-15

نصت المادة الثانية من قانون إنشاء صندوق النفقة على النفقة المشمولة بالاستحقاق وهي النفقة المحكوم بها لصالح المرأة المطلقة، والنفقة المحكوم بها بعد الطلاق للأطفال المحضونين والنفقة المحكوم بها مؤقتا لصالحهم في حالة رفع دعوى طلاق، وعليه يخرج من هذا المفهوم كل مبالغ النفقة المحكوم بها لصالح الزوجة والأولاد خلال قيام العلاقة الزوجية، وكذلك مبالغ التعويضات المحكوم بها للمطلقة، وهو نفس الأمر بالنسبة لمبلغ الصداق إن لم تقبضه الزوجة قبل أو بعد الزواج، وكلها مبالغ تخرج عن كونها من المستحقات المالية لصندوق النفقة.¹

أما السؤال المطروح هنا ما المقصود بالنفقة هنا هل هي النفقة بمفهوم المادة 78 من قانون الأسرة، أم هي النفقة الغذائية فقط؟

ونعتقد أن المقصود بالنفقة هنا بما اشتملته المادة 78 من قانون الأسرة والتي تشتمل أساسا على نفقة الغذاء والكسوة والعلاج والسكن أو أجرته، وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة، لذا نقترح أن يتم النص صراحة أن معنى النفقة المشمولة في صندوق النفقة ما حددته المادة 78 من قانون الأسرة من أجل تفادي كل تفسير أو تأويل يحد من أحقية المستفيدين منها من تحصيل مبالغ النفقة المقررة قضاء.

3. صدور حكم أو أمر قضائي يقضي بالنفقة:

من أجل الاستفادة من صندوق النفقة لا يكفي أن يكون الشخص امرأة مطلقة أو طفل محضون بل يستلزم صدور أمر أو حكم قضائي يقضي بالنفقة، بمعنى أنه بعد رفع دعوى الطلاق، وصدور الأمر أو الحكم القضائي القاضي بحكم النفقة كتابعة من توابع الطلاق الصالح المطلقة والأطفال المحضونين، هو شرط أساسي وجوهري من أجل الاستفادة من المستحقات المالية لهذا الصندوق، ومنه يفهم أنه لا يمكن للمرأة المطلقة الصادر بحقها حكم طلاق، دون الفصل في شق توابعه، ومن غير تجديد مبلغ النفقة التي يلزم بدفعها المطلق أن تستفيد من صندوق النفقة، ومن أجل استفادتها منه ما عليه إلا أن ترفع دعوى جديدة من خلالها تطالب إسناد حضانة الأولاد وتطالب بالنفقة لكي يمكن لها اللجوء إلى طلب الاستفادة من هذا الصندوق وبالتالي يمكن لنا القول أن تقديم الحاضنة أو المطلقة حكما قضائيا نهائيا،

¹ أحمد الشقار : صندوق التكافل العائلي مقال منشور بمجلة الفقه والقانون بتاريخ 01/01/2013م، العدد 3، المغرب، يناير، ص12.

أو حكماً غير نهائي مشمول بالنفاذ المعجل (رغم الطعن بالمعارضة أو الاستئناف)، ويكون ممهوراً بالصيغة التنفيذية، شرط جوهري للاستفادة من المستحقات المالية لصندوق النفقة.

4. تعذر تنفيذ الأمر أو الحكم القضائي الذي يقضى بالنفقة:

يجب على طالبة الاستفادة من صندوق النفقة أن تثبت عدم أو عجز الأب المدين عن دفع مبالغ النفقة المستحقة التي ألزمه بها الحكم القضائي، وبعد إثباتها لهذا يشترط على المرأة الحاضنة أو المطلقة الحاصلة على أمر أو حكم قضائي نهائي يقضي بالنفقة أن تنتهج أولاً الطريق الذي أقره القانون لكل من بيده سند تنفيذي يرغب في الاستفادة منه وجعله محلاً للتنفيذ وهذا الطريق هو اللجوء إلى المحضر القضائي وتقديم ذلك السند التنفيذي له من أجل مباشرته لإجراءات التنفيذ، وبعد استنفاد المحضر القضائي لهذه الإجراءات، وتبين امتناع أو عجز المدين الأب عن دفع مستحقات النفقة الملزم بها بموجب ذلك السند، أو حتى تعذر معرفة مكان إقامته، يحرر المحضر القضائي بموجبه محضراً يثبت من خلاله تعذر تنفيذ الأمر أو الحكم القضائي الذي يقضى بالنفقة وهذا بموجب نص المادة 03 من قانون رقم 15-01، أين يقوم هذا المحضر بإعطاء هذا المحضر الطالبة التنفيذ المرأة الحاضنة أو المرأة المطلقة و الأولاد المحضونين- من أجل تمكينها من اللجوء مرة أخرى للقضاء، والمطالبة بإصدار أمر يقضي بأحققتها هي وأطفالها المحضونين ان وجدوا بالاستفادة من المخصصات المالية لصندوق النفقة، الأمر الذي من شأنه أن يعفيها من إجراءات التنفيذ الجبري في هذه النقطة¹، وفي هذا الخصوص حددت المادة الثانية من قانون إنشاء صندوق النفقة الحالات التي يسقط الحق من الاستفادة منه، بحيث حصرتها في حالتين اثنتين، أما الحالة الأولى فهي سقوط الحق في الحضانة أو انقضائها فبالرجوع لقانون الأسرة نجد أن الحضانة تسقط إما بالتنازل عنها أو بسبب عدم أهلية الحاضنة، وإما بسبب زواج الأم الحاضنة بغير قريب محرم أو بالسكوت على طلبها لمدة سنة من تاريخ العلم باستحقاقها بدون عذر، هذا وتنقضي الحضانة أيضاً ببلوغ الذكر 10 سنوات إن لم يمددها القاضي بحسب سلطته التقديرية لسن 16 سنة، إن لم تتزوج الأم الحاضنة، و ببلوغ الأنثى سن الزواج المحددة بـ 19 سنة كاملة.

وعليه تسقط الحضانة أو تنقضي بموجب المواد (66 67 68 69 70) من قانون الأسرة، الأمر الذي يستتبع معها حق الاستفادة من صندوق النفقة، إضافة لذلك يسقط حق طالبة التنفيذ من استيفاء مبلغ النفقة من الصندوق متى قام الأب المدين بها بدفع المبالغ المستحقة للمرأة المطلقة أو المرأة الحاضنة والمحضونين²، وعلى المدين بها أو الدائن إعلام الجهة المختصة بدفع مستحقات النفقة حتى يقوم الصندوق بإسقاطها عن المستفيدين بها، هذا وألزم القانون -15-01 بموجب مادته السابعة 07، في حالة ما إذا طرأ أي تغيير على

¹ المادة 03 من قانون 15-01.

² حداد فاطمة، إشكالات حماية المحضون في ظل القانون المتضمن إنشاء صندوق النفقة، المرجع السابق، ص 324.

المستفيدين بالنفقة أو المدين بها على حالتهم الاجتماعية أو القانونية وهذا التغيير من شأنه أن يؤثر على استحقاق النفقة أن يعلم القاضي المختص بذلك خلال أجل عشرة (10) أيام من تاريخ حدوث هذا التغيير، وقد نصت المادة 14 من ذات القانون على متابعة المستفيد بالصندوق جزائيا إذا أدلى بتصريحات غير صحيحة من أجل الاستفادة من المخصصات المالية لصندوق النفقة بجريمة التصريح الكاذب وإلزامه بإرجاع تلك المستحقات المالية التي أخذها دون وجه حق، مما سبق ذكره فإن المشرع الجزائري يربط حق الاستفادة من صندوق النفقة بانقضاء الحضانة أو سقوطها أمر يتنافى مع ما جاء في نص المادة 75 من قانون الأسرة حيث أقرت أن حق النفقة للذكر لسن الرشد وللأنثى بالدخول (سن الزواج) وعلى ذلك فإن الحضانة هي قسمان رعاية نفسية ورعاية مادية، فإن انقضت أو سقطت هذه الحضانة من الناحية النفسية، فهذا لا يتبعه بالضرورة انقضاء وسقوط حقه في الرعاية المادية وبالتالي إسقاط حقه في المستحقات المالية للصندوق، لما في ذلك من ضرر قد يلحقه به وينتهك حقوقه.

المطلب الثالث: إجراء الحجز التحفظي

تعرض المشرع لموضوع الحجز التحفظي من خلال المواد 646 إلى 666 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، حيث تنص المادة 646 على ما يلي: (الحجز التحفظي هو وضع أموال المدين المنقولة المادية والعقارية تحت يد القضاء ومنعه من التصرف فيها، ويقع الحجز على مسؤولية الدائن). فانطلاقا من نص المادة نستشف أن الحجز التحفظي هو كف يد المدين، عن التصرف في أمواله المنقولة المادية وكذا العقارية ووضعها تحت القضاء، إلا أن ذلك يكون تحت مسؤولية الدائن. وحتى تفسر أكثر من نص المادة والمواد التي تليها سوف نتكلم فيها على عن أحكام عامة للحجز التحفظي وإجراءاته وآثاره وصوره لكل في مطلب.

الفرع الأول: الأحكام العامة للحجز التحفظي¹

من خلال المادة السابقة الذكر فإن الحجز التحفظي يتميز بعدة خصائص تميزه عن الحجز التنفيذي كما أنه يستقل بآثار تجعل الغاية منه قاصرة على حماية حقوق الدائن دون تمهيد لبيع المال المحجوز.²

أولا: خصائص الحجز التحفظي

يتميز الحجز التحفظي بأنه إجراء وقائي حيث يُمكن الدائن من الحفاظ على حقه من أموال مدينه، إذ أن الدائن يتخذ هذا الإجراء لمنع المدين من التصرف في أمواله خشية

¹ حداد فاطمة، إشكالات حماية المحضون في ظل القانون المتضمن إنشاء صندوق النفقة، المرجع السابق، ص 325.

² عبد الرحمن بربارة، المرجع السابق، ص 156.

تهريبها أو تضييعها لذلك توضع تحت يد القضاء للحيلولة دون التصرف فيها، وليس من أجل بيعها.

كما يميز بأنه إجراء مؤقت إذ يعتبر حماية مؤقتة لحق المدين من أجل تجنب : تضييع لأمواله، لهذا نجد القانون حدد مدة صلاحية الأمر المتضمن الحجز التحفظي ب 15 يوما، تسري من تاريخ صدور أمر الحجز، إذ يجب على المدائن أن يرفع دعوى تثبيت الحجز أمام قاضي الموضوع خلال الأجل المحدد و المكان الحجز والإجراءات التالية له باطلين، كذلك تميز هذا النوع من الحجز بأنه ليس حقا مطلقا للدائن.

فاتخاذ هذا الإجراء متروك لسلطة القاضي في تقديره، فله أن يُصدر الأمر إذا اقتنع بفقدان الضمان على الأموال كأن لا يكون للمدين موطن مستقر أو حتى فرار المدين لأسباب جدية يتوقع معها تهريبه لأمواله أو إخفائها وله أيضا أن يرفض إصدار الأمر إذا لم يجد سبب جدي. فضلا عن ذلك يتميز بأن يخضع لقانون الضمان العام وهي أن كل أموال المدين ضامنة للوفاء بديونه، فمقتولات المدين المادية والعقارية قابلة للحجز التحفظي ضمانا للديون. ثانيا: تمييز الحجز التحفظي عن الحجز التنفيذي يختص الحجز التحفظي بميزات تجعله يختلف عن الحجز التنفيذي وهي أنه لا يشترط في الحجز التحفظي توفر السند التنفيذي إنما يكفي وجود ما يدل على وجود الدين، بينما الحجز التنفيذي لا بد له من وجود أحد السندات المنصوص عليها في المادة 600 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية فالحجز التحفظي يثبت للدائن حتى ولو لم يكن له الحق في التنفيذ الجبري الحماية الدائن تتطلب أحيانا السماح له بتوقيع الحجز قبل الحصول على السند، وذلك ضمانا لعدم فقدان أمواله. كذلك الهدف من الحجز التحفظي هو منع تصرف المدين في أمواله بينما الحجز التنفيذي هو بيع الأموال، وقد يتحول الحجز التحفظي إلى حجز تنفيذي، بينما قد لا ينتهي الحجز التنفيذي بالتنفيذ على المدين لأنه قد يفي بدينه قبل البيع.¹

وأيضا الحجز التحفظي يكون مباغتا أي فجأة دون إعطائه محملة فيهمجرد التبليغ الرسمي يتم الحجز مباشرة، حتى لا يلجأ إلى تهريب أمواله، بينما الحجز التنفيذي لا يصح إلا بعد استيفاء مقدمات ومنح : للمدين فرصة الخمسة عشر يوما للاستجابة وديا.

التنفيذولا يشترط في الحجز التحفظي أن يكون الدين محدد المقدار على عكس الحجز التنفيذي الذي يتطلب أن يكون الدين محدد المقدار.²

في الحجز التحفظي بالرغم من الحجز إلا أن المحجوز عليه يبقى منتفعا من المال ويمتلكه، بينما في الحجز التنفيذي لا يجوز له ذلك.

¹ أنظر المادة 662 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

² عبد الرحمن، بربرة، المرجع أعلاه، ص الشحط عبد القادر ونيل صقر، المرجع السابق، ص 108.

الفرع الثاني: إجراءات حجز التحفظي

يتم الحجز التحفظي عبر مرحلتين المطالبة بالحجز وتثبيت الحجز أو رفعه.

أولاً: المطالبة بالحجز التحفظي حسب المواد 647 و 648 و 649 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية فإن الدائن يستطيع ضرب حجز تحفظي على أموال المدين كلما كان دينه محقق الوجود وحال الأداء، حيث يكون له هذا الحق قبل رفع دعوى التنفيذ، وبعد رفعها بمعنى وقبل الفصل فيها، ويكون ذلك كما يلي:

أ- قبل رفع الدعوى:

يقدم طالب الحجز عريضة مسببة ومؤرخة وموقعة منه أو ممن ينوبه، ويودعها لدى أمانة ضبط المحكمة التي يوجد في دائرة اختصاصها موطن المدين أو مقر الأموال المطلوب حجزها حيث يُلزم رئيس هذه المحكمة بالفصل في هذا الطلب في أجل أقصاه خمسة أيام من تاريخ إيداع العريضة بأمانة الضبط ويكون الفصل بموجب أمر على عريضة¹.

ب- بعد رفع الدعوى

يحق لطالب التنفيذ طلب توقيع حجز تحفظي خلال وجود دعوى أمام قاضي الموضوع، حتى ولو كانت الدعوى مطروحة أمام جمة الاستئناف وعلّة جواز ذلك هو منع المدين من التصرف في أمواله خشية فقدان الضمان.

ويتم هذا الطلب بموجب مذكرة إضافية تضم إلى أصل الدعوى، ويفصل نفس القاضي في المذكرة والدعوى معا وبحكم واحد دون مراعاة الآجال المنصوص عليها في المادة 662 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية وهي أن يثبت الحاجز حجزه بمرور 15 يوما من تاريخ صدور أمر الحجز.

ثانياً: تثبيت الحجز حسب المادة 662 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية فإنه يجب على المدائن الحاجز تثبيت حجزه، وذلك عن طريق رفع دعوى تثبيت الحجز في أجل أقصاه 15 يوما من تاريخ صدور أمر الحجز، وإلا فإن الحجز والإجراءات التالية له، باطلة، إذن بمرور أجل 15 يوما ولم يثبت الدائن حجزه فإن الحجز التحفظي يكون باطلاً ومن ثم يُرفع، كما أن هذا الأخير إذا رفع دعوى تثبيت أو صحة الحجز بعد هذا الأجل أي لسيرورة الحجز التحفظي حجزاً تنفيذياً، فإن هذا الإجراء التالي للحجز كذلك يكون باطلاً، فمادام بطل الحجز فالإجراء التالي له يكون باطلاً، وما يبني على باطل فهو باطل.

وغاية المشرع من وراء التقييد في الأجل هو حمل الحاجز على المخاذ ما يراه مناسباً أمام القاضي بما يثبت جدية مسعاه وتمكين المحجوز عليه من الدفاع عن حقوقه ومركزه وفقاً للقواعد العامة في سير الدعاوى العادية على خلاف الإجراءات المقررة عند المطالبة بتوقيع

¹ محمد حسنين، المرجع السابق، ص 154.

الحجز التحفظي فهي طبيعة مؤقتة تتسم بالاستعجال (3) إذن فعندما يرفع الحاجز دعواه أمام قاضي الموضوع فإنه وحسب م 665 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية يفصل القاضي حول مدى تأسيس الإجراء المؤقت عن طريق التصدي لأصل الحق (2) أي أن الأمر هنا يتعلق بإثبات الدين فإذا استطاع الدائن إثبات الدين يثبت الحجز ويصير الحجز التحفظي حجزاً تنفيذياً، أما إذا لم يثبت الدائن دينه فإن الدعوى ترفض وتقضي وجوباً برفع الحجز¹.

و من ذلك أن دعوى تثبيت الحجز هي طبعاً دعوى التنفيذ التي بمقتضاه يطالب المدين بحقه في التنفيذ وحتى تحكم له بهذا الحق عليه إثبات دينه، فإذا أثبت الدين قضت المحكمة بالحق في التنفيذ وتقضي بصحة الحجز التحفظي وتثبيته فني هذه الحالة سوف يستوفي المدين حقه عن طريق إجراءات الحجز التنفيذي، أما إذا لم يثبت الدين تقضي المحكمة برفض الدعوى وتقضي وجوباً برفع الحجز لانعدام التأسيس، وتنص المادة هنا في هذه الحالة الأخيرة عند الاقتضاء يجوز للمحكمة أن تفصل في طلب التعويضات المدنية طبعاً المقدمة من طرف المحجوز عليه، كما يجوز أيضاً حسب نفس المادة أن تحكم المحكمة على الحاجز بغرامة مدنية لا تقل عن 20,000 دينار جزائري².

ثالثاً: رفع الحجز التحفظي

مسألة رفع الحجز التحفظي حسب ما هو منصوص عليه في قانون الإجراءات المدنية والإدارية إما يكون بطلب من المدين أو تقضي به المحكمة.

أ- بطلب من المدين

ويكون بطلب من المدين وذلك عن طريق رفع دعوى استعجالية في الحالات الآتية المنصوص عليها في المادة 663 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية:

1. إذا لم يسع الدائن إلى رفع دعوى تثبيت الحجز التحفظي في الأجل المنصوص عليه في المادة 662 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.
2. إذا قام المدين بإيداع مبالغ مالية بأمانة ضبط المحكمة أو بمكتب المحضر القضائي لتغطية أصل الدين والمصاريف.
3. في كل حالة يثبت فيها المستأجر بدفع الأجرة المستحقة في حالة حجز المؤجر على منقولات المستأجر. ب- تقضي به المحكمة وجوباً:

¹ المادة 665 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية المؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق ل 24 فبراير سنة 2008، الجريدة الرسمية، العدد 21، سنة 2008، ص 58.

² عبد الرحمن بربارة، المرجع السابق، ص 161.

وتقضي به المحكمة وجوبا وفقا للمادة 666 السابقة الذكر في حالتين:

1. إذا برر المدين طلبه بأسباب جدية ومشروعة،
2. إذا فصلت المحكمة برفض الدعوى لعدم إثبات الدين.

المطلب الرابع: الحجز التنفيذي

يمكن للدائن المستفيد من سند تنفيذي أن يحجز تنفيذا على منقولات أو عقارات المدين حيث يكف يد المدين عنها، وتوضع تحت يد القضاء تمهيدا لبيعها في المزاد العلني، وسنتكلم في المطلب الأول عن حجز المنقولات، ثم في المطلب الثاني عن حجز مال المدين لدى الغير والمطلب الثالث عن حجز العقارات.

الفرع الأول: حجز المنقولات

تبعاً لقانون الإجراءات المدنية الإدارية وطبقاً للمواد من 687 إلى 720 سوف ندرس إجراءات الحجز وحراسة الأموال المحجوزة وآثار الحجز على المنقول وكذا إجراءات بيع المنقولات المحجوزة.

أولاً: إجراءات الحجز التنفيذي على المنقول

بعد استيفاء مقدمات التنفيذ، وبعد مرور 15 يوماً من تاريخ التبليغ الرسمي للتكليف بالوفاء. ولم يقم المدين بالوفاء، فإن الدائن وهو المستفيد من السند التنفيذي يستطيع الحجز على جميع منقولات المدين أو الأسهم أو حصص الأرباح في الشركات أو السندات المالية للمدين إلا أن هذا الحجز لا يطلبه المحضر القضائي بل الدائن لأن المحضر غير مخول بمباشرة جميع إجراءات التنفيذ دون موافقة الدائن لاحتمال وقوع صلح أو تنازل من صاحب المصلحة¹

ويقدم الدائن أو ممثله القانوني أو الاتفاقي طلبه لدى أمانة ضبط المحكمة التي يوجد في دائرة اختصاصها الأموال المراد حجزها وعند الاقتضاء إذا طلب الدائن ذلك يكون في موطن المدين، حيث يقوم رئيس المحكمة بالفصل في طلب الحجز التنفيذي بناء على أمر على عريضة، وعند تنفيذ هذا الأمر يمكن للمحضر القضائي الاستعانة بالقوة العمومية عند الاقتضاء .

¹أبـ الرحمن بربرارة، المرجع السابق، ص 178.

إلا أنه قبل التنفيذ يجب على المحضر القضائي القيام بالتبليغ الرسمي لأمر الحجز إلى المحجور عليه شخصيا أو إلى أحد أفراد عائلته البالغين المقيمين معه إذا كان شخصا طبيعيا، ويبلغ إلى الممثل القانوني أو الاتفاقي إذا كان شخصا معنويا، وعلى إثر التبليغ الرسمي فوراً يبدأ المحضر القضائي بجرد الأموال وتعيينها تعيينا دقيقا مع وصفها وتحرير محضر حجز وجردها، على أن تسلم نسخة منه المحجور عليه في أجل أقصاه 03 أيام، وإذا رفض الاستلام ينوه عنه في المحضر¹.

إلى مع الملاحظة أنه إذا لم يبلغ أمر الحجز أو بلغ ولكن لم يتم الحجز في أجل شهرين من تاريخ صدوره، اعتبر الأمر لاغيا بقوة القانون على أنه يمكن للدائن تجديد طلب الحجز بعد هذا الأجل. والعلة من تحديد الأجل حتى يثبت الدائن جدية مسعاه فإن لم يكن جدي فإن صلاحية الأمر بقوة القانون يكون جزاء له عن التقاعس، أما إن كان المحضر القضائي هو المتسبب في هذا الإنهاء، فإنه يتحمل المسؤولية المهنية والمدنية عما لحق الدائن من ضرر وفي كل الأحوال يمكن للدائن تجديد طلب الحجز بعد هذا الأجل، طبقا للمادة 690 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية².

إذن على إثر التبليغ الرسمي يقوم المحضر بمعاينة الأموال المرغوب في حجزها للتأكد من وجودها فعلا، ثم يحرر محضر حجز وجرده، يحتوي على البيانات المعتادة، بيان السند التنفيذي، والأمر الذي بموجبه تتم الحجز ومبلغ الدين وبيان مكان الحجز وما قام به المحضر من إجراءات وما صادفه من صعوبات واعتراضات وتعيين الأشياء المحجوزة بالتفصيل مع تحديد نوعها وأوصافها ومقدارها ووزنها ومقاسها وقيمتها بالتقريب وختم المحضر وتوقيعه وتوقيع المحجور عليه.

الملاحظة أنه إذا خلا المحضر من أحد هذه البيانات يحق لكل ذي مصلحة طلب إبطاله خلال 10 أيام من تاريخ إعداده، ويرفع هذا الطلب عن طريق الاستعجال، ويفصل فيه رئيس المحكمة في أجل أقصاه 15 يوما وهذا حفاظا على السير العادي للتنفيذ.

ثانيا: حراسة الأموال المحجوز

بعد الحجز يقوم المحضر القضائي بتعيين حارسا على الأموال المحجوزة، والحراسة إجراء تحفظي الحماية حقوق أطراف التنفيذ أي أن الأموال المحجوزة وضع متنازع عليه، ويهدده خطر يوضع في يد شخص أمين يتكفل بحفظه وإرادته ورده مع تقديم حساب عنه إلى من يثبت له الحق فيه، كما يترتب حقوقا للحارس مقابل ما تتطلبه المهمة من التزامات، وعليه

¹ نظر المادة 688 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

² أنظر المادة 690 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

نفهم من ذلك أن الحراسة ليست وسيلة من وسائل التنفيذ الجبري أو هي تفرض على المال لمجرد الرغبة في وفاء الدين المستحق إنما هي مجرد إجراء وقائي وتحفظي اقواعد تعيين الحارس كما يلي:¹

طبقا للمادة 697 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، فإن إجراءات تعيين الحارس تكون.

1. أن تعيين الحارس يكون بعد الحجز.

2. أن التعيين يكون من اختصاص المحضر القضائي، ولا يتدخل رئيس المحكمة، إلا في حالة إخطاره من المحضر متى لم يجد من يقبل الحراسة، ولم يأت الحاجز ولا المحجوز عليه بشخص مقدر، فيقرر القاضي حينئذ بموجب أمر على عريضة، إما نقلها أو إيداعها عند حارس يختاره الحاجز أو المحضر القضائي وإما تعيين الحاجز أو المحجوز عليه حارسا عليها، ولا يعتد برفضها. 3 تسند الحراسة على الأموال المحجوزة وعلى ثمارها إلى المحجوز عليه أولا، إذا كانت في مسكنه أو في محله التجاري، كما تسند إليه وجوبا بصورة مؤقتة ولا يعتد برفضه إذا كانت الأشياء المحجوزة في غير المحل أو المكان المذكورين، ولم يجد المحضر في مكان الحجز من يقبل الحراسة، ولم يأت الحاجز ولا المحجوز عليه بشخص مقدر. إن لم يكن المحجوز عليه حاضرا وقت الحجز، كلف الحاجز بالحراسة مؤقتا للمحافظة على الأموال المحجوزة.

ب- تسليم الأموال المحجوزة للحارس

تتكم المادة 698 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية عن تسليم الأشياء المحجوزة وتكون كما يلي:

1. إذا كان الحارس موجودا وقت الحجز، وسلمت له الأشياء المحجوزة في مكان حجزها، يوقع على محضر الجرد، وتسلم له نسخة منه

2. أما إذا كان غائبا أو عين فيما بعد وجب إعادة الجرد أمامه ثم يوقع باستلامه ويعد ذلك بمثابة تبليغ بالحراسة.

ثالثا: إجراءات بيع المنقولات المحجوزة

تعد إجراءات البيع الجبري آخر مرحلة في التنفيذ على المنقولات، يستعيد من ورائها الدائن أمواله من حصيلة بيع المحجوزات، ولقد حدد المشرع الجزائي أجله وكيفيته والقائم به في المواد من 703 إلى 720 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ويستشف من مجمل هذه المواد ما يلي:

¹ أنظر المادة 691 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

أ- أجل البيع فحسب المادة 703 فإن إجراءات البيع بالمزاد العلني¹ يجب أن تتم خلال 06 أشهر ابتداء من تاريخ التبليغ الرسمي لأمر الحجز إلى المحجوز عليه، وإذا لم يتم البيع خلال هذه المدة يكون الحجز والإجراءات التالية له قابلة للإبطال كالجرد والتقييم إلا إذا تتم إيقاف البيع باتفاق الخصوم أو بحكم قضائي، إلا أنه إذا تسبب الضابط العمومي في هذا البطالان أي تقاعس عن أداء وظيفته فيجوز إلزامه بالتعويض المدني للحاجز.

ب القائم بإجراءات البيع بالمزاد العلني²:

نص المشرع في المادة 705 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أن البيع يتم من طرف المحضر القضائي، ويجوز لهذا الأخير أن يتخلى عنه إلى محافظ البيع متى شاء باعتبار أن البيع يتطلب نوعاً من الاحتراف والتجربة، ويقع على محافظ البيع أن يصرح: بأن عملية بيع المحجوزات تتم بناء على طلب المحضر القضائي، كما يجب على المحضر القضائي أن يتولى شخصياً تسليم أوراق التنفيذ ومحضر الجرد إلى المحافظ مقابل وصل إيراد مما يعنى الدائن الحاجز من أي مصاريف إضافية ناتجة عن التخليع³ البيع.

ج- كيفية بيع المنقولات المحجوزة

يتم بيع المنقولات تبعا للمراحل الآتية:

1- تحديد الأجل:

تنص المادة 704 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أن يجري البيع بعد مضي 10 أيام.

من تاريخ تسليم نسخة من محضر الحجز وتبليغه رسمياً، غير أنه إذا اتفق الحاجز والمحجوز عليه على تحديد أجل آخر فإنه يجب ألا تزيد مدته عن 03 أشهر.

مع الملاحظة أنه إذا كانت الأموال المحجوزة بضائع قابلة للتلف أو معرضة لتقلب الأسعار أو على وشك انقضاء مدة صلاحية استهلاكها فإنه يجوز بيعها بمجرد الانتهاء من الحجز والجرد دون انتظار مدة 10 أيام، حيث يقدم من له مصلحة في ذلك عريضة إلى رئيس المحكمة ويصدر فيها أمراً بإجراء البيع مباشرة ويحدد فيه المكان المناسب الذي يضمن أحسن عرض.

¹ المادة 703 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، سابق الذكر.

² مونة مقالاتي، راضية بن زكي، بيع العقار المزاد العلني: الأطار الإجرائي و الموضوعي، مجلة القانون و المجتمع، المجلد 10، العدد 1، ط 2022، ص 63، 75.

³ المادة 705 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، السابق ذكر.

2-ضبط طريقة البيع¹:

بيع حسب المادة 704 الفقرة الأولى من قانون الإجراءات المدنية والإدارية فإن بيع الأموال المحجوزة يتم وجوبا عن طريق المزاد العلني، ويقع على القائم به وهو الضابط العمومي، بعد اختيار الطريق الأنسب الذي يحقق مصلحة المدين أي دون الإضرار به، حيث يختار إما البيع بالجملة أو التجزئة فقد يكون البيع بالجملة أفضل لارتباط السلع ببعضها البعض فتزيد الواحدة من قيمة الأخرى، فيحقق البيع مالا أوفر كان يتعلق الأمر ببيع سلع غير مرغوب فيها مع سلع يكثر الطلب عليها، فهنا تقتضي مصلحة المدين أن يتم البيع بالجملة وقد يكون البيع بالتجزئة أفضل عندما يتوقع الضابط بأن جزء من الأموال المحجوزة كاف للوفاء بالدين، فيستعيد المدين ما بقي من تلك الأموال².

3-تعيين مكان البيع:

حسب المادة 706 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية فإن اختيار مكان البيع يعود إلى الضابط العمومي فقد يجوز البيع في المكان الذي توجد فيه الأموال المحجوزة إذا كان موقعه معروفا أو داخل شركة لها اسم تجاري، أو في أقرب مكان عمومي أو في محل مخصص لذلك، ويجوز أن يكون في مكان آخر بموجب أمر على عريضة إذا كان يضمن أحسن عرض، فعلى الضابط تفادي تلك الأماكن التي يغلب عليها جمالة العامة، والأماكن الخاصة التي لا تحقق العلنية بشكل واسع.

4- إعلان الجمهور:

طبقا للفقرة الثانية من المادة 707 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية فإنه يعلن عن البيع بكل وسائل النشر، ويجب أن يتضمن الإعلان على الخصوص اسم المحجوز عليه وتاريخ البيع وساعته والمكان الذي يجري فيه ونوع الأموال المحجوزة، ومكان حجزها وأوقات معاينتها وشروط البيع والتمنأأساسي للبيع الذي لا يقل عن قيمة السند.

جب أن يراعي الضابط في اختيار وسيلة النشر الوسيلة التي تتناسب مع أهمية الأموال المحجوزة، إذ أن الضابط قد يلجأ إلى الإشهار بطريقة إعلان مكلفة مما يرفع من قيمة المصاريف مع أن الأموال المحجوزة ذات قيمة محدودة مثلا، ومن بين الأماكن التي حددها المشرع على سبيل المثال لوحة الإعلانات بالمحكمة البلدية مركز البريد، قبضة الضرائب أو في جريدة يومية إذا كانت قيمة الأموال المحجوزة تتجاوز 200.000 دينار جزائري كما يجوز أن يعلق الإعلان في الساحات والأماكن العمومية⁵.

¹ السبتي سيدهم، المهندس الخبير العقاري، المهام القانونية و الإمكانات التقنية، ملتقى الدولي للمجلس الوطني لهيئة المهندسين و الخبراء العقاريين، يوم 2013/05/28، الجزائر، ص 04.

² عبد الرحمن بربرة، المرجع السابق، ص 198.

- إعادة جرد الأموال المحجوزة:

حسب المادة 708 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية فإن البيع بالمزاد العلني¹ لا يجرى إلا بعد إعادة جرد الأموال المحجوزة، وتحرير محضر عنها يبين فيه الضابط العمومي ما يكون قد نقص منها، إذن فإعادة الجرد كان يهدف التحقق من الأشياء المعروضة للبيع مقارنة بالتالي وقع عليها الحجز طبعاً الحماية حق الحاجز والمحجوز عليه، فإذا لوحظ نقص في المحجوزات بدون سبب مشروع يتم تحريك دعوى عمومية ضد من تسبب في تبديدها أو ضياعها.

6- تأجيل البيع أو إعادته²:

حسب الفقرة الثانية من المادة 708 و المادة 712 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، فإنهم يتم تأجيل البيع وإعادته في حالتين هما:

- 1- إذا لم يحصل البيع في التاريخ المعين في الإعلان لضعف العروض
- 2- إذا لم يزد عدد المزايدين على 03 أشخاص إذن في هاتين الحالتين يؤجل البيع لمدة 15 يوماً مع إعادة التعليق والنشر وفقاً للمادة 707 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية ويُخطر المحجوز عليه بتاريخ البيع، وفي هذا التاريخ تباع الأموال المحجوزة لمن يقدم أعلى عرض وبأي ثمن ودون التقيد بعدد المزايدين.

7- رسو المزاد:

طبقاً للمادة 713 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية فإن المزاد برسو على الشيء المباع لمن تقدم بأعلى عرض؛ وإذا نتج عن بيع جزء من الأموال المحجوزة مبلغ كاف للوفاء بالديون والمصاريف يتوقف الضابط عن بيع المحجوزات، ويُرفع الحجز عنها بقوة القانون، فالحكمة من بيع المحجوزات تمكين المدين من الوفاء للحاجز بمطلوب وليس تجريده من ملكه بغير مبرر ولا يسلم الشيء المباع إلى الراسي عليه المزاد إلا بعد دفع ثمنه، فإذا لم يدفع الثمن فوراً أو في الأجل المحدد في شروط البيع، وجب إعادة البيع بالمزاد، ولكن تترتب على ذلك مجموعة من الالتزامات على عاتق الراسي عليه المزاد الأول وهي³:

1. إعادة البيع تتم على نفقته، كما يتم البيع بأي ثمن
2. يلزم بفرق الثمن بين الذي عرضه و ثمن إعادة البيع

¹ المادة 708 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، السابق الذكر.

² بدوي عبد العزيز، الحجز العقاري في القانون الجزائري، ماجستير إدارة مالية، جامعة يوسف بن خدة، ط 2008، ص 108.

³ عبد الرحمن بربارة، المرجع السابق، ص 45.

3. ليس له الحق في طلب الزيادة في الثمن، إذا بيع بثمن أعلى.

الفرع الثاني: حجز مال المدين لدى الغير

إذا قام الدائن بالحجز على منقولات المدين، وعلى الرغم من ذلك لم تكلف لتسديد الدين فإنه يحق له الحجز على عقارات المدين؛ ولكن قبل اللجوء إلى هذا الإجراء أعطى المشرع للدائن وسيلة إضافية لتمكنه من استعادة حقه من مدينه جبرا عنه وهي حجز مال المدين لدى الغير، إذ يقتصر هذا الحجز فقط على الأموال المنقولة المادية أو الأسهم أو حصص الأرباح في الشركات أو السندات المالية أو الديون طبعا باستثناء العقارات ونصت على هذا الحجز المواد 667 و 668 وما يليهما من قانون الإجراءات المدنية والإدارية وباستقراء هاتين المادتين يتضح أن الحجز على مال المدين لدى الغير يمكن أن يكون حجزا تنفيذيا إذ كان بيد الدائن سند تنفيذي ويمكن أن يكون حجزا تحفظيا إذ كان لدى الدائن مجرد مسوغات ظاهرة كورقة عرقية أو أية وثيقة تفيد وجود علاقة دائنية، وقبل أن نتكلم عن إجراءات الحجز سواء أكان تحفظيا أو تنفيذيا نتكلم قبل ذلك عن أركان حجز مال المدين لدى الغير وآثاره.

أولا: أركان وأثار حجز مال المدين لدى الغير

التناول أركان وأثار حجز مال المدين لدى الغير كما يلي:

أ - أركان حجز مال المدين لدى الغير

يقوم الحجز على ركنين، أطراف حجز مال المدين لدى الغير، ومحل هذا الحجز.

1- الأطراف:

وهم أولا الدائن وهو الحاجز وثانيا المدين وهو المحجوز عليه، وثالثا وهو مدين المدين وهو المحجوز لديه (وهو ما يقصد به الغير ونقصد بالغير من لا تربطه علاقة تبعية بالمدين كعلاقة عمل مثلا كحارس منزل أو سائقه) هذا الغير تربطه بالمدين علاقة مديونية، إذ هو مدين المحجوز عليه فإذا لم تكف منقولات المدين، فيحق للدائن استيفاء حقه من منقولات مدين المدين، وهو الغير حتى ولو لم يحن بعد أجل استحقاق دينه¹.

2- محل الحجز:

نص المشرع في المادة 667 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على محل التنفيذ²، وهو بمعنى أهم أموال المدين المنقولة لدى الغير وهذه الأموال قد تكون حقا مثل حق الدائنية، فمثلا حق المؤجر في بدل الإيجار فنفترض أن المستأجر لم يدفع بعد بدل الإيجار للمؤجر وهو المحجوز عليه، فيحق للدائن أن يستوفي حقه من بدل الإيجار³.

¹ نبيل عمر، الوسيط في التنفيذ الجبري للأحكام، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، ط 2000، ص 227.

² المادة 667 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

³ عبد الرحمن بربارة، المرجع السابق، ص 208.

وأيضاً قد تكون هذه الأموال منقولات للمدين موجودة في حيازة الغير مثلاً سلع للمدين في مخزن للودائع أو آلات سلمت لشركة مكلفة بنقلها للمحجوز عليه، ولم تنقلها بعد أو سيارة اشتراها المدين ولم يستلمها بعد، ويضيف المشرع قد يكون محل الحجز أسهماً أو حصصاً أرباحاً في شركات أو سندات مالية.

وعليه نستخلص أن محل حجز مال المدين لدى الغير لا يقصد به كل أموال المدين لدى الغير فقط الأشياء المنقولة ويستبعد المشرع العقارات.

ب- آثار حجز مال المدين لدى الغير يترتب على حجز مال المدين لدى الغير مجموعة من الآثار منها ما يتعلق بالحجز التحفظي والتنفيذي، ومنها ما يتعلق بالحجز التنفيذي فقط.

1- آثار الحجز بنوعيه:

عدم جواز الاحتجاج بالمقاصة بين المدين والغير في مواجهة الحاجز بعد توقيع الحجز عدم جواز الاحتجاج بحوالة الحق غير ثابتة التاريخ لإبطال حجز مال المدين لدى الغير بمعنى أن المدين المحجوز عليه الذي هو في علاقة دائنية مع الغير ينقل حقه في هذه العلاقة إلى شخص آخر مدين المحيل، هذه الحوالة تكون بعقد وقد يكون لها تاريخ ثابت وقد تكون ليس لها تاريخ ثابت فإذا كانت الحوالة غير ثابتة التاريخ وأتى الحاجز إلى المحال له الحجز بمال المدين لدى الغير فلا يحقق للمحال له الاحتجاج بالحوالة على أساس الحق المحول ليس ملكاً للمدين وهو المحجوز عليه أما إذا كانت الحوالة ثابتة التاريخ وأتى الحاجز ليحجز على مال المدين لدى المحال له، فيحقق للمحال له الاحتجاج بحوالة الحق لأن ملكيته للحق انتقلت له وخرجت من سلطة المدين¹.

2- آثار الحجز التنفيذي

على أموال المدين لدى الغير حددتها المادتين 682 و 683 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، إذ أن الأثر الأول هو يصبح دائناً جديداً يسمى المحال له هذا الدائن الجديد يصبح في علاقة دائنية مع شخصاً امتناع عن القيام بعمل والثاني الالتزام بعمل:

- يمنع على المحجوز لديه ابتداء من تاريخ توقيع الحجز الوفاء من المبالغ المحجوزة لاي وتظل هذه المبالغ تحت مسؤوليته إلى أن يفصل القضاء في شأنها.

¹ يوسف جبران، طرق التنفيذ الجبري، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، ط 1980، ص 424.

- وكاستثناء على هذا المنع يستمر المحجوز لديه في دفع أجرة المحجوز عليه، أو المرتب المخصص المعاشه أو أجرة عماله رغم الحجز لأن هذه الأجرة أو المرتب غير قابلين للحجز.

ثانيا: إجراءات حجز مال المدين لدى الغير تنقسم هذه الإجراءات إلى قسمين الأول إجراءات عامة تنظم حجز مال المدين لدى الغير، والثاني إجراءات خاصة بكل نوع من الحجز على حدا.

1- الإجراءات العامة

عملا بالمواد 667 وما عاها من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، تتم إجراءات حجز مال المدين لدى الغير كما يلي:

إذ يتم الحجز باستصدار أمر بالحجز، ويكون بموجب أمر على عريضة من رئيس المحكمة والتي توجد في دائرة اختصاصها تلك الأموال بناء على طلب الدائن؛ ويبلغ أمر الحجز إلى المحجوز لديه إما شخصيا إذا كان شخص طبيعى أو إلى الممثل القانوني إذا كان شخص معنوي وتسلم له نسخة من أمر الحجز وأيضا يبلغ إلى المحجوز عليه إذا كان خارج الوطن أما إن كان داخل الوطن فتصله نسخة من أمر الحجز على الفور بمجرد التبليغ إلى المحجوز عليه يقوم المحضر القضائي بجرد الأموال المراد حجزها وتعيدها تعيينا دقيقا ثم يعين المحجوز لديه حارسا على الأموال وعلى ثمارها إلا إذا فضل هذا الأخير تسليمها إلى المحضر القضائي دفعا لتحمله تبعة الحجز، وبعد ذلك يحرر محضرا عن الحجز يتضمن:¹

1. كل مجريات الحجز من جرد للأموال وتعيينها
2. التنويه في حالة استلام الممثل القانوني للشخص المعنوي لنسخة من أمر الحجز.
3. إعدار المحجوز لديه بعدم التخلي عن الأموال المحجوزة وعدم : تسليمها إلى المدين أو غيره إلا بصور أمر مخالف².
4. التنويه عن تسليم المحجوز لديه للأموال المحجوزة إلى المحضر القضائي، وبعد تحرير محضر رسميا المدين المحجوز عليه خلال 08 أيام التالية لإجراء الحجز مرفقا بنسخة من الحجز مع التنويه على ذلك في محضر التبليغ وإلا كان الحجز قابلا لإبطاله.

مع الملاحظة أن على المحجوز لديه بعد تبليغه بأمر الحجز عليه أن يصرح بما لديه من أموال للمدين، ويفرق المشرع الجزائري حسب المادة 676 والمادة 677 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية في هذا الشأن بين حالتين :

¹ أنظر المادة 679 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

² أمينة النمر، طرق التنفيذ، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ط 2005، ص 492.

1. إذا كان المحجوز لديه هو الدولة أو أحد الجماعات الإقليمية كالولاية والبلدية أو المؤسسة العمومية، أو هيئة عمومية وطنية، فإن هذا الأخير وجب عليه أن يسلم للدائن أو المحضر القضائي بناء على طلبه شهادة يثبت فيها ما لديها من أموال للمدين المحجوز عليه مع الملاحظة أن هؤلاء في تقديمهم للشهادة غير مقيدين بأي أجل فضلا عن ذلك أنهم إذا لم يقدم هذه الشهادة لا يتحملون أي تبعات.

2. إذا كان المحجوز لديه شخص خاضع للقانون الخاص فإنه لا يصرح عن هذه الأموال بشهادة إنما يقدمون تصريحاً مكتوباً عن الأموال المحجوزة لديهم ويكون تقديمه بقوة القانون وليس بناء على طلب ويسلمونه إلى المحضر القضائي أو الدائن الحاجز في أجل أقصاه 08 أيام التالية من التبليغ الرسمي لأمر الحجز وفي حالة لم يقدم هذا التصريح المكتوب أو تجاوز الأجل فإنه يتحمل المسؤولية المدنية والمهنية بما تسبب فيه من ضرر الدائن، ويجب أن يتضمن أن هذا التصريح:¹

1. إذا كان الحجز واقع على منقولات مادية يجب أن يتضمن قائمة المنقولات الموجودة لديها الخاصة بالمحجوز عليه

2. إذا كان الحجز واقع على ديون يجب أن يبين في التصريح مبلغ الدين ومحلله وأسباب انقضائها إذا كان قد انقضى.

3. إذا كان الحجز واقع على مبلغ مالي مودع في حساب جاري، أو بنكي أو وديعة يجب أن يبين التصريح مقدار المبلغ الموجود أو انعدامه.²

4. وإن كان الحجز واقع على أسهم أو حصص أرباح أو سندات مالية يبين في التصريح قيمتها ومكان إصدارها وتاريخ استحقاقها.

فإذا لم يصرح المحجوز عليه بما عنده كما هو مقرر في القانون أو أنه قدم تصريحاً غير صحيح أو أخفى الأوراق الواجب إيداعها لتأييد التصريح، جاز الحكم عليه بالمبلغ المحجوز من أجله لصالح الدائن الحاجز الحاصل على سند تنفيذي وذلك عن طريق دعوى استعجالية، وفي جميع الأحوال إلزام المحجوز عليه بالمصاريف القضائية.

وفي المقابل من هذه الالتزامات من حق المحجوز لديه أن يطالب بكل ما أنفقه من مصاريف عن الأموال التي حجزت تحت يده، ويكون له هذا الحق بالخصم مما في ذمته؛ ويتم الخصم وتقدير المصاريف بأمر على عريضة مسببة يصدره رئيس المحكمة التي يوجد في دائرة اختصاصها مكان التنفيذ ولا يتم تنفيذ أمر الخصم إلا بعد التبليغ الرسمي للمحجوز عليه والحاجز، وهو قابل للاعتراض عليه أمام قاضي الاستعجال

¹ أنظر المادة 680 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

² أمينة نمر، المرجع السابق، ص 492.

ب حجز مال المدين لدى الغير بمقتضى سند تنفيذي

نصت على هذا الحجز التنفيذي المادتين 681 و 684 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية حيث خصصت الأولى لحجز الأموال المنقولة المادية والأسهم، وتعويض الأرباح في الشركات والسندات المالية بينما خصصت الثانية لحجز الديون النسبة للمادة 681 فإنه بعد التبليغ الرسمي لأمر الحجز المحجوز لديه، والعجوز عليه وبعد مرور 10 أيام ولم يحصل الوفاء بالمبلغ المحجوز اختياريا وهي طريقة ودية تعطى للمدين للوفاء، فإنه تباع الأموال المحجوزة وفقا لإجراءات بيع المنقول المنصوص عليها¹.

أما فيما يتعلق بالمادة 684 وهو عندما يتعلق الأمر بحجز الديون أو مبالغ مالية إذ حددت المادة الإجراءات الخاصة بحجز مال المدين من ديون ومبالغ مالية لدى الغير موجب سندات تنفيذية كما يلي:²

1. يقوم المحضر بتكليف الحاجز والمحجوز عليه والمحجوز لديه بالحضور أمام رئيس المحكمة في أجل أقصاه 10 أيام من أجل الفصل في المبلغ المالي المحجوز.
2. إذا كان تصريح المحجوز لديه يؤكد وجود مبلغ الدين أصدر رئيس المحكمة أمرا بتخصيص المبلغ المطلوب في حدود أصل الدين والمصاريف المترتبة عليه ثم يأمر برفع الحجز عما زاد عن قيمة الدين.
3. إذا كان المبلغ المحجوز أقل من مبلغ الدين بقي المدين ملزما بتكملة باقي المبلغ.
4. إذا كان تصريح المحجوز لديه يؤكد عدم وجود مبلغ مالي للمدين يصرف الدائن الحاجز إلى ما وراء مناسبيا.
5. إذا لم يقدم المحجوز لديه التصريح بما في ذمته بعد التبليغ الرسمي وإلى غاية جلسة التخصيص، يلزم بدفع المبلغ المطلوب من ماله، وله في هذه الحالة حق الرجوع على المدين بما دفعه.

ج. حجز مال المدين لدى الغير التحفظي الحجز التحفظي على أموال المدين لدى الغير من الحالات الأقل إعمالا من ناحية الواقع ذلك يمكن للدائن ضرب حجز تحفظي عليها خشية من ضياعها متى توافرت له مجرد مسوغات ومع ظاهرة تثبت وجود الدين كورقة عرفية مثلا وما عليه فقط سوى رفع دعوى تثبيت الحجز وفقا للإجراءات والآجال المنصوص عليها في المادة 662 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وإلا كان الحجز والإجراءات التالية له باطلين وأيضا يحق للدائن ضرب الحجز التحفظي حتى ولو كانت الدعوى المتعلقة بالدين

¹ نبيل عمر، طرق التنفيذ في قانون المرافعات المدنية و التجارية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ط 2005، ص 246.

² عبد الرحمن بربارة، المرجع السابق، ص 221.

مرفقة أمام قاضي الموضوع ولم يصدر فيها بعد حكم وبالتالي يقدم طلبه في شكل مذكرة إضافية تضاف إلى ملف الدعوى ويفصل فيها نفس القاضي وفي نفس الحكم دون الاعتداد بالأجل المنصوص عليها في المادة 662 السابقة الذكر.

مع ملاحظة أن المحجوز عليه يمكنه طلب رفع الحجز التحفظي كلياً أو جزئياً وفقاً لما درسنه سابقاً وتطبيقاً لأحكام المادة 663 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية¹.

الفرع الثالث: حجز العقارات.

يمثل الحجز التنفيذي على العقارات والحقوق العقارية آخر طريقة من طرق التنفيذ الجبري يلجأ إليها الدائن الحاجز، وهو وضع العقارات المملوكة للمدين تحت يد القضاء تمهيداً لبيعها في المزاد العلني سواء أكانت لدى المدين أو في حيازة الغير، ولقد نصت عليه المواد 721 إلى 744 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وبالنظر في هذه المواد نجد أن المشرع أجاز الحجز على العقارات المشهورة والعقارات غير المشهورة.

أولاً: الحجز على العقارات المشهورة².

تنص المادة 721 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على قاعدة عامة في الفقرة الأولى واستثناء في الفقرة الثانية، تتمثل القاعدة العامة في أن الدائن الحاجز يستطيع الحجز تنقيذاً على عقارات مدينه أو الحقوق العقارية له سواء أكانت مفرزة أو مشاعة متى كان بيده سند تنفيذي، وأثبت عدم كفاية الأموال المنقولة لمدينه أو عدم وجودها، والتي جاءت متوافقة مع ما نص عليه المشرع في المادة 620 من نفس القانون؛ ويتمثل الاستثناء في أن الدائن المرتهن أو صاحب حق الامتياز الخاص على العقار يستطيع الحجز مباشرة على العقارات أو الحقوق العقارية حتى ولو انتقلت ملكيتها للغير شريطة أن يكون له سند تنفيذي. وستطرق إلى إجراءات الحجز وإجراءات البيع في المزاد العلني كما يلي³:

أ- إجراءات الحجز على العقارات المشهورة:

المرحلة الحجز على العقارات المشهورة بأربع مراحل تتمثل في استصدار أمر بالحجز ثم تبليغه رسمياً للمحجوز عليه ففيد الحجز في المحافظة العقارية.

1- استصدار أمر بالحجز:

يتم الحجز التنفيذي على العقارات أو الحقوق العقارية المشهورة بناءً على طلب يقدمه الدائن أو ممثله القانوني أو الاتفاقي إلى رئيس المحكمة التي يوجد في دائرة اختصاصها العقار،

¹ أقصاصي عبد القادر، الإطار القانوني للحجز التحفظي في قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، مجلة الحقيقة، المجلد 18، العدد 2، ط 2019، ص 61.

² بوضري بلقاسم محمد، طرق التنفيذ من الناحية المدنية، دكتوراه، جامعة محمد خيضر، بسكرة، ط 2014-2015، ص 227.

³ بربارة عبد ا عبد الرحمن المرجع السابق، ص. 244.

حيث يتضمن هذا الطلب اسم ولقب الدائن وموطنه الحقيقي وموطنه المختار في دائرة اختصاص المحكمة التي يوجد بها العقار، واسم ولقب المدين وموطنه، ووصف العقار أو الحق العيني العقاري وبيان موقعه أو أي بيان آخر يفيد تعيينه وفقاً لما هو ثابت في مستخرج سند الملكية ويمكن للمدائن استصدار أمر على عريضة غير قابل للطعن يسمح للمحضر بالدخول للعقار بغية الحصول على البيانات اللازمة لوصف العقار ومشتملاته ويجب أن يرفق الطلب السابق بنسخة من السند التنفيذي ومن محضر التبليغ الرسمي والتكليف بالوفاء، وكنا محضر عدم كفاية المنقولات أو عدم وجودها، ومستخرج عقد الرهن أو أمر التخصيص على عقار أو مستخرج من قيد حق الامتياز بالنسبة لأصحاب التأمينات العينية وأيضاً سند ملكية المدين للعقار وشهادة عقارية على أنه إذا لم يوفق الطلب بإحدى هذه الوثائق يرفض الطلب، ويمكن تجديده عند استكمال الوثائق ويستجيب رئيس المحكمة للطلب بعد ثمانية أيام من وقت إيداعه ويستصدر الأمر بالحجز بناءً على أمر على عريضة مع الملاحظة أنه إذا كان للمدين عدة عقارات أو حقوق عقارية في دوائر اختصاص مختلفة يستطيع الدائن استصدار أمر واحد بالحجز عليها من طرف رئيس المحكمة التي يوجد في دائرة اختصاصها أحد هذه العقارات.¹

2- قيد أمر الحجز بالمحافظة العقارية:

بعد إيداع أمر بالحجز العقاري فوراً في مصلحة الشهر العقاري، يفرض وفقاً للمادة 728 من نفس القانون على المحافظ العقاري - تحت طائلة تعرضه للعقوبات التأديبية المنصوص عليها في التشريع المعمول به - قيد أمر الحجز من تاريخ إيداعه، وتسليم شهادة عقارية إلى المحضر القضائي أو إلى الدائن الحاجز في ظرف ثمانية أيام، حيث تتضمن هذه الشهادة جميع القيود والحقوق المثقلة للعقار أو الحق العيني العقاري، وكذا أسماء الدائنين وموطن كل منهم.

ب إجراءات البيع في المزاد العلني²

يتم بيع العقار المحجوز وفق ثلاث مراحل مرحلة إعداد العقار للبيع ومرحلة الاعتراضات ومرحلة جلسة البيع في المزاد العلني.

1- مرحلة إعداد العقار للبيع:

¹ أنظر المادة 722 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

² بوضري بلقاسم محمد، المرجع السابق، ص 229.

تتضمن مرحلة إعداد العقار للبيع كل الإجراءات التحضيرية لجلسة البيع بالمزاد العلني والمنصوص عليها في المواد من 737 إلى 752 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، التي تتمثل في مايلي:

1- إعداد قائمة شروط البيع: وفقا لنص المادة 737 فإنه بعد انقضاء أجل الشهر من يوم التبليغ الرسمي لأمر بالحجز العقاري، يحرر المحضر القضائي قائمة شروط البيع يودعها بأمانة ضبط المحكمة التي يوجد بدائرة اختصاصها العقار المراد حجزه، تكون مرفقة بنسخة من السند التنفيذي الذي تم الحجز بمقتضاه ونسخة من أمر الحجز ونسخة من محضر التبليغ الرسمي للمحجوز عليه أو الجائر أو الكفيل العيني إن وجد وشهادة عقارية تتضمن القيود التي حصلت إلى غاية تاريخ الحجز، ومستخرج من جدول الضريبة العقارية، حيث يقوم رئيس المحكمة المختص إقليميا بالتأشير على محضر إيداع قائمة شروط البيع، ويحدد فيه جلسة للاعتراضات وجلسة لاحقة للبيع مع تاريخ وساعة انعقادهما.

وتتضمن قائمة شروط البيع مجموعة من البيانات تحت طائلة القابلية للإبطال بناء على طلب كل ذي مصلحة خلال أجل أقصاه جلسة الاعتراضات، وتتمثل هذه البيانات في:

- اسم ولقب كل من الدائنين المقيدين والحازر والمدين المحجوز عليه وموطن كل منهم

-السند التنفيذي الذي تم الحجز بمقتضاه ومبلغ الدين

-أمر الحجز وتاريخ تبليغه الرسمي وقيدته وتاريخ إنذار الحائز أو الكفيل العيني إن وجد

- تعيين العقار و/أو الحق العيني العقاري المحجوز تعيينا دقيقا لاسيما موقعه وحدوده ونوعه و مشتملاته ومساحته ورقم القطعة الأرضية واسمها عند الاقتضاء، مفرزا أو مشاعا وغيرها من البيانات التي تفيد في تعيينه، وإن كان العقار بناية يبين الشارع ورقمه وأجزاء العقارات تحديد شاغل العقار وصفته وسبب الشغل أو أنه شاغر

-شروط البيع والمن الأساسي والمصاريف تجزئة العقار إلى أجزاء، إن كان في ذلك فائدة أفضل عند البيع مع تحديد الثمن الأساسي لكل.

- جزء وتوضيح الترتيب الذي سيجري فيه البيع.

-عند الاقتضاء، وإذا كان محل الحجز وحدة استغلال اقتصادية أو مجموعة فلاحية لا يجوز تجزئتها¹.

- بيان المحكمة التي سيتم أمامها البيع.

2-تحديد الثمن الأساسي:

¹ مقالاتي مونة، بيع العقار بالمزاد العلني: الاطار الإجرائي و الموضوعي، المرجع السابق، ص 76.

يعين رئيس المحكمة بناء طلب المحضر القضائي أو الدائن الحاجز خبير عقاري بعد إثبات إبداع أتعابه بأمانة الضبط والتي يحددها مسبقاً رئيس المحكمة، بغية تحديد الثمن الأساسي الذي يبدأ به المزاد وهو القيمة التقريبية للعقار أو الحق العيني العقاري في السوق أو ما يسمى بالسعر الافتتاحي . جملة أو على أجزاء، على أن يودع تقرير التقييم بأمانة الضبط خلال الأجل الذي يحدده رئيس المحكمة على ألا يتجاوز هذا الأجل 10 أيام من تاريخ تعيينه وإلا استبدل بغيره.¹

3- التبليغ الرسمي لقائمة شروط البيع:

بعد إيداع المحضر القضائي لقائمة شروط البيع لدى أمانة الضبط، يجب عليه أن يبلغ بها رسمياً المدين المحجوز عليه وحائز العقار والكفيل العيني والمالكين على الشيوع وغيرهم. وفي حالة الوفاة يكون هذا التبليغ إلى ورثتهم بصفة جماعية دون تحديد للأسماء والصفات ، ويجب أن يتضمن محضر التبليغ الرسمي بالأخص الثمن الأساسي تاريخ وساعة كل من جلسة الاعتراضات وجلسة البيع بالمزاد العلني، وإنذار المبلغ لهم بالاطلاع على قائمة الشروط لإبداء ملاحظاتهم واعتراضاتهم المحتملة .

4- نشر مستخرج من قائمة شروط البيع:

بعد إيداع قائمة الشروط وتبليغ المعنيين بها يتعين على المحضر القضائي خلال الثمانية أيام التالية لآخر تبليغ رسمي نشر مستخرج منها في جريدة يومية وطنية يختارها تبعاً لأهمية الأموال المحجوزة بغض النظر عن اللغة الصادرة بها، كما يقوم بتعليقها في لوحة الإعلانات بالمحكمة التي يوجد بها العقار ويجوز لكل شخص يهمه البيع الاطلاع عليها في مكتب المحضر القضائي أو في أمانة ضبط المحكمة.²

2- مرحلة الاعتراضات:

في حال وجود اعتراضات من الأشخاص المذكورين في المادة 740 أو ورثتهم فيتعين عليهم تقديم عريضة قبل ثلاثة أيام من تاريخ وساعة انعقاد جلسة الاعتراضات، وإلا سقط حقهم في التمسك بها، وتسجل العريضة في سجل خاص وتعقد جلسة الاعتراضات غير العلنية في غرفة المشورة بحضور المعارض و الحاجز والمحضر القضائي ويفصل رئيس المحكمة في هذه الاعتراضات في أجل أقصاه الثمانية أيام وفي حال عدم وجود أي اعتراض يؤشر أمين الضبط بذلك في السجل الخاص به، ويشرع المحضر القضائي في الإعلان عن إجراءات البيع في المزاد العلني .

3- مرحلة جلسة البيع بالمزاد العلني:

¹ أنظر المادة 739 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

² أنظر المادة 741 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

قبل إجراء البيع في المزاد العلني يتعين على المحضر القضائي القيام بمجموعة من الإجراءات التي يكون ذلك كما يلي:¹

1-3- تحديد تاريخ ومكان البيع:

وفقا لنص المادة 747 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية فإنه إذا لم يتم تحديد تاريخ وساعة ومكان جلسة البيع بالمزاد العلني فإنه يتعين على المحضر القضائي أو أي دائن في الحجز تقديم طلب بذلك لرئيس المحكمة ليحدده بناء على أمر على عريضة بعد التحقق من الفصل في جميع الاعتراضات التي سجلت، وبعد صدور الأمر يخطر المحضر القضائي المعنيين بالأمر بتاريخ وساعة ومكان جلسة البيع بالمزاد العلني على الأقل قبل ثمانية أيام من التاريخ المحدد لانعقاد الجلسة.

ينشر المحضر القضائي الإعلان عن البيع في المزاد العلني على نفقة طالب التنفيذ، حيث يتم تعليق الإعلان في الأمكنة المحددة وفقا لنص المادة 750 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، التي النص في الأخير أنه يتم في أي مكان يضمن جلب أكبر عدد من المزايد².

3- جلسة البيع بالمزاد العلني:

تخضع جلسة البيع في المزاد العلني للإجراءات المقررة في المواد من 753 إلى 765 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، حيث تبدأ بانعقادها وتنتهي بصور حكم رسو المزاد.

حيث يتم البيع في جلسة علنية تجرى في التاريخ والمكان المحددين برئاسة رئيس المحكمة أو قاض يعينه لهذا الغرض حيث تسند عادة لرئيس القسم العقاري، وبحضور المحضر القضائي وأمين الضبط والدائنين المقيدين والمدين المحجوز عليه والحائز والكفيل العيني إن وجد، وحضور عدد من المزايد³ الذي لا يقل عن ثلاثة أشخاص. ويمكن تأجيل البيع بطلب من أحد أطراف الحجز إذا كان له سبب جدي خاصة قلة المزايد³ في هذه الحالة يعاد النشر والتعليق على نفقة طالب التأجيل.

وبعد افتتاح جلسة البيع يتحقق الرئيس من حضور أو غياب الأطراف وكنا من إتمام إجراءات التبليغ الرسمي والنشر والتعليق، وإذا وجدها صحيحة يأمر بافتتاح المزاد العلني ويذكر شروط البيع ونوع العقار والتمن الأساسي ثم يحدد مبلغ التدرج في المزايدة حسب أهمية العقار الذي لا يقل 10.000 دينار جزائري في كل عرض.

¹ أنظر المادة 748 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

² مقالاتي مونة، بيع العقار بالمزاد العلني: الاطار الإجرائي و الموضوعي، المرجع السابق، ص 77.

³ بربارة عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 251.

وإذا لم يتوافر النصاب من المزايدين أو كان العرض أقل من الثمن الأساسي، أو لم يتقدم أحد بأي عرض خلال 15 دقيقة الأولى يثبت الرئيس ذلك في سجل الجلسة ويقرر تأجيل البيع إلى جلسة لاحقة بنفس المن الأساسي.

وفي هذه الجلسة الأخيرة وبغض النظر عن عدد المزايدين إذا كانت العروض أقل من قيمة الثمن الأساسي وغير كافية لقيمة الدين والمصاريف يقرر تأجيل البيع وإنقاص عشر الثمن الأساسي مع إعادة النشر والتعليق بنفس الطريقة المذكورة.

وفي الأخير يباع العقار لمن تقدم بأعلى عرض ولو كان أقل من الثمن الأساسي، إلا إذا قبل الدائن الحاجز أو الدائنين المتدخلين في الحجز استيفاء الدين عينا بالعقار بالثمن الأساسي المحدد له، وفي كل تأجيل للجلسة يحدد في الأمر تاريخ الجلسة اللاحقة خلال فترة لا تقل عن 30 يوما ولا تزيد عن 45 يوما من تاريخ 45 يوما من تاريخ التأجيل.

وعند البيع فإنه يجري بالتتابع حيث يمنع البيع جملة للعقارات، وإذا نتج عن بيع إحداها الوفاء بالدين والمصاريف القضائية، يأمر الرئيس بالتوقف عن بيع الباقي ورفع الحجز عنها تلقائيا لتحقيق الغاية من الحجز.¹

وفي الأخير يرسو المزااد على من تقدم بأعلى عرض وكان آخر المزايدين، حيث يعتمد الرئيس العرض الذي لا يزداد عليه بعد النداء به ثلاث مرات متتالية يكون الفاصل الزمني بينها دقيقة واحدة. وعلى الراسي عليه المزااد أن يدفع حال انعقاد الجلسة خمس الثمن ويدفع المبلغ الباقي خلال ثمانية أيام بأمانة ضبط المحكمة، وإذا لم يدفع يعذر بدفعة في أجل خمسة أيام وإلا أعيد البيع على ذمته، في هذه الحالة يلزم بفرق الثمن إذا أعيد البيع بثمن أقل من الثمن الراسي به المزااد الأول ولا يكون له الحق في الزيادة إذا بيع بثمن أعلى.²

ثانيا: الحجز على العقارات غير المشهورة.

يمكن كذلك حسب المشرع الجزائري الحجز على العقارات غير المشهورة في حالتين ورد النص عليها في المادة 766 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية وهما العقارات التي لها مقرر إداري والعقارات التي لهن مسند عرفي ثابت التاريخ.

ويقصد بالعقارات غير المشهورة التي لها مقرر إداري التي يكون المدين استفاد بها بموجب سند إداري يأخذ في العادة شكل مستخرج مداولة دون أن يفرغ في شكل رسمي، تنصدر عادة عن البلديات بشأن الاستفادة من عقارات وهذا وفقا للمادتين 15 و 16 من قانون المسح العام وتأسيس السجل العقاري، أما العقارات غير المشهورة التي يكون لها سند عرفي ثابت التاريخ هي ما جاء النص عليه في المادة 328 من القانون المدني السابقة الذكر.

¹المادة 755 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

²المادة 758 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

الرسمي ويتشابه الحجز على العقارات غير المشهورة مع الحجز على العقارات المشهورة في كيفية التبليغ والإجراءات المتحدة للبيع في المزاد العلني .

ويختلفان فيما يلي:¹

أ- يرفق مع طلب الحجز مستخرج من السند العرفي أو المقرر الإداري للعقار المراد حجزه بدلا من سند الملكية.

ب- يقيد الحجز في سجل خاص على مستوى أمانة ضبط المحكمة التي يوجد في دائرة اختصاصها العقار خلافا للقيد بالنسبة للدائنين الذين لهم سندات تنفيذية، حيث يتم بالمحافظة العقارية المختصة والسبب في ذلك غياب الشهر السابق للعقارات غير المشهورة.

ج- يرفق بقائمة شروط البيع مستخرج من السند العرفي أو المقرر الإداري للعقار المحجوز بدلا عقد الملكية.

د- مع مراعاة أحكام المواد من 762 إلى 765 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية المتعلقة بحكم رسو المزاد وآثاره تتم إجراءات شهر حكم رسو المزاد العلني بالمحافظة العقارية الواقع في دائرة اختصاصها موقع العقار دون مراعاة أصل الملكية، وبذلك يكون القضاء قد ساهم في تطهير جزء من العقارات غير المشهورة.²

¹المادة 767 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

²المادة 774 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

المبحث الثاني: الأحكام القضائية ودعوى الأشكال في تنفيذها.

يعتبر الحكم القضائي مال الفصل في الخصومة القضائية و لا يكون الحكم القضائي الفاصل في الخصومة القضائية عموما و منها الخصومة في مجال شؤون الأسرة إلا إذا تضمن عنصر الإلزام إلزام من صدر الحكم ضده بأداء معين اختياريا أو جبرا، و الأحكام الصادرة في مجال شؤون الأسرة منها ما هو صادر قبل الفصل في موضوع النزاع و منها ما هو فاصل في الموضوع، والأعرض فيما يلي الأحكام الصادرة قبل الفصل في الموضوع و الأحكام الفاصلة في الموضوع و الأحكام والأوامر الاستعجالية لقضاء شؤون الأسرة في مطلب أول ثم طبيعة سندها التنفيذي في مطلب ثاني.

المطلب الأول: الأحكام القضائية في الموضوع قبل الفصل في الموضوع.

الأحكام القضائية من المواضيع التي حظيت باهتمام تشريع قانون الإجراءات المدنية والإدارية حيث أولى لها أهمية كبيرة حيث قسمها إلى أحكام فاصلة في الموضوع وصادرة قبل الفصل فيه، حيث خصص للأولى الفصل الرابع من الباب الثامن من الكتاب الأول، وخصص للثانية القسم الأول من الفصل الخامس من نفس الباب، حيث نصت الفقرة الثالثة من المادة 298 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على الأحكام الصادرة قبل الفصل في الموضوع على أنه : " لا يترتب على هذا الحكم تخلي القاضي عن النزاع"، وتتعلق هذه الأحكام بما يأمر به القاضي بإجراء من إجراءات الإثبات يرى ضرورته في الفصل في النزاع، وتتعلق أيضا بالأحكام التي يأمر فيها بأمر مؤقت ضروري لحماية الحق المتنازع حوله، ونصت المادة 296 من نفس القانون على الأحكام الفاصلة في الموضوع وهي الأحكام التي تفصل بشكل كلي أو جزئي في موضوع النزاع، إضافة إلى الأحكام الفاصلة في الدفوع الشكلية أو في الدفع بعدم القبول أو في أي طلب عارض، وسنعرض فيما يلي للأحكام الصادرة قبل الفصل في الموضوع والأحكام الفاصلة في الموضوع و الأوامر الاستعجالية في مجال شؤون الأسرة.¹

الفرع الأول: الأحكام الصادرة قبل الفصل في الموضوع

هي الأحكام التي لم تفصل المحكمة بمقتضاها في موضوع النزاع ومعنى هذا أنها لم تقل كلمتها القاطعة فيه الأمر الذي لا يؤدي بصورها إلى تخلي القاضي عن النزاع، ذلك أن طبيعة هذه الأحكام تفرض على المحكمة العودة مرة ثانية إلى النزاع للفصل في موضوعه بعد إنجاز المهام التي طلبت وحددت فيالحكم الصادر قبل الفصل في الموضوع، وهو ما يعرف بإجراء إعادة السير في الدعوى، وفي هذا ميز الفقه بين الحكم القطعي والحكم غير

¹ جبر محمود الفضيلات، بناء الأسرة المسلمة على ضوء الفقه والقانون، (د ط)، دار الشهاب، للطباعة والنشر، الجزائر، ص 117.

القطعي و يعرفون الحكم القطعي بالحكم الحاسم الموضوع النزاع كله أو جزئه ولا يكون فاصلا في الخصومة إلا إذا كان فاصلا في الموضوع أو يحسم مسألة متفرعة عن هذا النزاع بغض النظر عما إذا تعلقت هذه المسألة بالواقع أو بالقانون، و يرى هذا الفقه أن وصف الحكم بأنه قطعي أو غير قطعي لا يتوقف عن كونه فاصلا في الدعوى، عنده فقط يكون حكم قطعي حتى و لو كان صادرا قبل الفصل في الموضوع والأعرض فيما يلي الأحكام القطعية والأحكام غير القطعية فيمجال شؤون الأسرة.

1- الأحكام القطعية

إن من أهم نماذج الأحكام القطعية في مجال شؤون الأسرة:

أ- الحكم بعدم قبول دعوى شؤون الأسرة:

يقصد بعدم قبول الدعوى الدفع الذي يدفع به الخصم على حق خصمه في دفع الدعوى ويهدف إلى منع المحكمة من النظر فيها ويتخذ عدم قبول الدعوى صورا عديدة في مسائل شؤون الأسرة، يتعلق بعضها بالحق في رفع الدعوى ويتعلق البعض الآخر في عدم إتباع الطريق الذي رسمه القانون و سوف أعرضها كالآتي:¹

1. عدم القبول المتعلق بالحق في رفع الدعوى تنص المادة 13 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه لا يجوز لأي شخص التقاضي ما لم تكن له صفة و مصلحة قائمة أو محتملة يقرها القانون ويثير القاضي تلقائيا انعدام الصفة في المدعي أو المدعى عليهما يثير تلقائيا انعدام الإذن إذا ما اشترطه القانون "، ومن تطبيقات هذه الصورة ما تنص عليه المادتان 41 و 42 من قانون الأسرة واللذان جاء فيهما "ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعيا وأمكن الاتصال ولم ينفه بالطرق المشروعة.

أقل مدة الحمل ستة أشهر وأقصاها عشرة (10) أشهر و بعد نصالمادتان 41 و 42 من قانون الأسرة تطبيقا للأصل في طرق إثبات النسب.

ويقصد بالفراش الزوجية القائمة بين الرجل والمرأة أم الولد وقت ابتداء حملها، وهذا طبقا لحديث رسول الله صلى الله عليه وسلم الولد للفراش ومفادها الزواج الصحيح وإمكانية الدخول بمعنى أن الولد الذي جاءت به المرأة ينسب لزوجها الذي هو صاحب الفراش الذي يحل له فيه معاشرتها معاشرة الأزواج شرعا .

وعليه الولد ينسب لأبيه لأن المنطق يقتضي أن الولد هو نتيجة العلاقة الزوجية بين الزوجين وعلى الوجه الشرعي الذي يقتضيه القانون والشرع، وفي حالة ما إذا أنكر الأب البتة فما عليه إلا إثبات ذلك بكل الطرق المشروعة بما فيها طريق اللجوء إلى الخبرة الطبية التي يأمر بها قاضي شؤون الأسرة ، وإذا جاءت الزوجة بولد أثناء قيام الزوجية يثبت

¹ لحسن بن شيخ آث ملويا: المرشد في قانون الأسرة، الطبعة الثالثة 2015-2016، دار هومة، ص97.

بفراش الزوجية الصحيح نسب ولدها من زوجها متى توافرت الشروط الواجب توافرها في النسب بذات الفراش، ويكون ذلك بدون الحاجة إلى إقرار الزوج بالبنوة أو البينة ويشترط في الزواج الصحيح لكي يكون سببا لثبوت النسب أمران:¹

الأمر الأول: إمكانية حمل الزوجة من زوجها بمعنى إمكانية الدخول وبمفهوم آخر أن يكون من المتصور التلاقي الجنسي بين الزوجين حقيقة، وأن يكون الزوج ممن يتصور فيه الحمل عادة، فيكون بالغا وقادرا على الإحبال، فإن جاءت الزوجة بولد وزوجها كان صغيرا فإن نسب هذا الولد لا يثبت له لعدم إمكانية الحمل منه، وهو نفس الأمر إذا كان معروفا على هذا الزوج أنه عقيم ولا بلد).

الأمر الثاني: مدة حمل أي أن تضع الزوجة مولودها لمدة لا تقل عن سنة أشهر ومعنى هذا أن تكون قد مضت عليه ستة أشهر فما فوق من وقت التلاقي، فإن أثبتته في أقل من هذه المدة فلا يثبت النسب ويعتبر ذلك دليلا على أن الحمل حصل قبل الدخول أو التلاقي بين الزوجين.

اختلفت المذاهب الفقهية حول تقدير أقصى مدة حمل لعدم وجود نص في الكتاب أو السنة، فقدره البعض من الحنفية والمالكية بخمس سنوات)، و البعض الآخر من الحنفية بسنتين والشافعية بأربع سنوات، وبعض فقهاء المالكية قدروه بسنة هلالية، وقد أخذ المشرع الجزائر بالرأي الأخير، وعليه إذا أنتت الزوجة بولد بأكثر من 10 أشهر فلا يثبت نسب هذا الولد ولا تسمع دعواها.²

2. عدم إتباع الطريق الذي رسمه القانون:

و من أمثلته اللجوء إلى الصلح، تنص المادة 49 من قانون الأسرة على أنه لا تقبل دعوى الطلاق التي ترفع ابتداء إلى قسم شؤون الأسرة الذي يختص بالنظر في هذه الدعوى دون اللجوء إلى إجراء الصلح، حيث نصت صراحة على أنه لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح يجربها القاضي دون أن يتجاوز مدتها ثلاثة (03) أشهر ابتداء من تاريخ رفع الدعوى ويتعين على القاضي تحرير محضر يبين فيه مساعي ونتائج محاولات الصلح يوقعه مع أمين الضبط والطرفين.³

ويعتبر الصلح في الممارسة الميدانية للمحاكم إجراء إلزاميا يقع على عائق القاضي وهو بصدد ممارسته إياه في جميع دعاوى حل الرابطة الزوجية سواء كان بالتراضي بين الزوجين أو بالإدارة المتفردة لأحدهما، وإن عدم مراعاة هذا الإجراء يعد خرقا للقانون وعدم

¹ عبد القادر داودي: المرجع السابق، ص 191.

² لحسن بن شيخ آث ملويا المرجع السابق، ص 102.

³ محمد علي سويلم: شرح قانون محكمة الأسرة، الإسكندرية، دار المطبوعات الجامعية، 2005، ص 352.

إتباع الطريق الذي رسمه هذا الأخير وهذا ما استقر عليه الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا في أحد قراراتها.¹

3. عدم قبول الدعوى الناشئة عن الزواج لكون الزوجين أو أحدهما قاصرا:²

إذا أبرم عقد الزواج وكان أحد الزوجين أو كلاهما لم يبلغ بعد سن النكاح وهي سن الرشد تسعة عشر (19) سنة كاملة فيكون صغر السن أثر على النكاح وجعله تصرفا غير جائز وتحديد سن الزواج وسن البلوغ الذي تتم فيه أهلية الذكر والأنثى لم يكن معروفا عند المسلمين الأوائل وذلك لعدم ورود النص عليه لا في الكتاب ولا في السنة ولذلك أتيح الزواج دون قيد ولا شرط في العمر غير أن بعض الفقهاء منعه لغير البالغ لعدم تحقق الغرض المقصود منها، فقد كان تحديد أهلية الزواج على أساس الملاحظات الطبيعية للشخص بحيث إن وجدت إحدى هذه الملاحظات سواء عند الذكر أو الأنثى يعتبر هذا الشخص بالغاً ومن ثمة أمكن له الزواج، ومن هذه الملاحظات بالنسبة للذكر هي الإنزال يقظة أو مناماً، وعند الأنثى الحيض أو الحمل.³ وقد حدد فقهاء الشريعة الإسلامية أهلية الزواج بسن معينة في حالة ما إذا تأخر ظهور الملاحظات التي تدل على البلوغ، فقدره جمهور الفقهاء بالخامسة عشر (15) للذكور والإنثاويرى الفقه المالكي أن نهايته الثامنة عشر (18) عاما للذكر والأنثى.⁴

ويتحقق البلوغ عند الحنفية في الثامنة عشر (18) بالنسبة للذكر والسابعة عشر (17) بالنسبة للأنثى. وهذه كانت أهلية الزواج في الفقه الإسلامي.

وبموجب المادة 7 من قانون الأسرة تكتمل أهلية الزواج بالنسبة للرجل و المرأة بتمام تسعة عشر (19) سنة كاملة وللقاضى أن يرخص بالزواج قبل ذلك المصلحة أو ضرورة متى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج يكتسب الزوج القاصر أهلية التقاضي فيما يتعلق بآثار عقد الزواج من حقوق والالتزامات.⁵

و يتبين من المادة 107 من قانون الأسرة أن المشرع الجزائري أراد الجمع والمقاربة بين الآراء الفقهية التي سبق ذكرها فيما يتعلق بأهلية الزواج فجعل إكمال سن التاسعة

¹ أحمد زكي بدوي إبراهيم: القاموس فرنسي عربي مكتبة لبنان بدون سنة نشر، ص 67-69.

² محكمة العليا، الصادر بتاريخ 14/01/2003 ، غرفة الأحوال الشخصية ملف رقم 477546، لسنة 2009، العدد 2، ص 279

³ محمد محدة: سلسلة الفقه الإسلامي، الخطبة والزواج، دراسة مدعمة بالقرارات والأحكام القضائية، ط2، دار النشر الشهاب، الجزائر، 2000، ص 130

⁴ العربي بلحاج: أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد وفق التعديلات ومدعم باجتهادات المحكمة العليا، ج1، (ط1) دار الثقافة لنشر والتوزيع، الجزائر، 2012، ص 156-157

⁵ زبير مصطفى حسين الطبيعة القانونية لعقد الزواج، دراسة مقارنة في تكوين العقد بين قانون الأحوال الشخصية والقانون المدني، مصر، دار الكتب القانونية، 2012، ص 140.

عشر (19) من العمر سنا لكمال الأهلية في الزواج و خول للقاضي سلطة الترخيص لمن لم يبلغها بعد بالزواج متى تأكد أنها أهل للزواج وفي هذه الحالة يكتسب الزوج القاصر أهلية التقاضي فيما يتعلق بجانب آثار عقد الزواج من حقوق و التزامات.

4. عدم المطالبة بنفقة العدة لمدة تزيد عن سنة:

تجب نفقة الزوجة على زوجها بالدخول أو دعوتها إليه طبقا للمادة 74 من قانون الأسرة وفي هذا يوافق القانون ما أتى به جمهور الفقهاء في هذه النقطة حيث جعلوا النفقة تجب للزوجة بالدخول أو بدعوتها إلى الدخول¹.

فبعد الحكم بفك الرابطة الزوجية بأنواعه المختلفة، يتعين على القاضي:

أ- أن يحكم للمطلقة بالنفقة وأن مدتها محددة بمدة العدة وإذا كانت من ذوات الحيض يحكم لها بنفقة (03) قروء، غير أن المعمول به أمام الجهات القضائية هو الحكم بنفقة (03) أشهر في كلا الحالتين أما بالنسبة لنفقة المطلقة الحامل فإن نفقتها تحدد بمدة حملها.

ب - الحكم بعدم الاختصاص بنظر دعوى شؤون الأسرة:

يقصد بالدفع بعدم الاختصاص ذلك الدفع الذي يتقدم به الخصم للمحكمة و يطلب من خلاله الحكم بعدم اختصاص المحكمة المعروض عليها النزاع للنظر في نوع القضية و يطلب أن تنتحى عن الفصل فيها و هو دفع يرمي إلى إخراج الدعوى من ولاية تلك المحكمة المرفوعة إليها الدعوى، وعليه يستند القول إلى أن الاختصاص النوعي والاختصاص الإقليمي لقسم شؤون الأسرة بالمحكمة، هو في حقيقة الأمر يشكل جزءا من الاختصاص العام للمحكمة، ذلك أن الاختصاص لا ينعقد لقسم من أقسام المحكمة، وإنما ينعقد للجهة القضائية نفسها وهي المحكمة²، وقد حددت المادة 423 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، لقسم شؤون الأسرة بالبث و على الخصوص في:

1. الدعاوى المتعلقة بالخطبة والزواج والرجوع إلى بيت الزوجية و انحلال الرابطة الزوجية و توابعها حسب الحالات والشروط المذكورة في قانون الأسرة.

2. دعاوى النفقة والحضانة وحق الزيارة

3 دعاوى إثبات الزواج والنسب.

4. الدعاوى المتعلقة بالكفالة.

5. الدعاوى المتعلقة بالولاية وسقوطها والحجز والغياب والفقدان والتقديم.

وهذه الدعاوى ورد ذكرها على سبيل المثال فقط لا على سبيل الحصر الوجود منازعات أخرى لم يأت ذكرها، منها القضايا المتعلقة بالهبات والوصايا المتعلقة بالمنقولات و الحقوق الميراثية وغيرها.

¹- المصري مبروك الطلاق وأثاره من قانون الأسرة الجزائرية، الجزائر، دار هومة، 2010، ص 467.

²عبد العزيز سعد إجراءات ممارسة دعاوى شؤون الأسرة أمام أقسام المحاكم الابتدائية، الطبعة الثانية، دار هومة، الجزائر 2014، ص 7.

وحددت المادة 426 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الاختصاص الإقليمي لقسم شؤون الأسرة بالنص على أنه يكون مختصا إقليميا بالنظر في:¹

1. في موضوع العدول عن الخطبة بمكان وجود موطن المدعى عليه. 2. في موضوع إثبات الزواج بمكان وجود موطن المدعى عليه.
3. في موضوع الطلاق والرجوع بمكان وجود المسكن الزوجي. وفي الطلاق بالتراضي بمكان إقامة أحد الزوجين حسب اختيارهما.
4. في موضوع الحضانة وحق الزيارة والرخص الإدارية المسلمة للقاصر المحضون بمكان ممارسة الحضانة.
5. في موضوع النفقة الغذائية بموطن الدائن بها.
6. في موضوع متاع بيت الزوجية بمكان وجود المسكن الزوجي.
7. في موضوع الترخيص بالزواج بمكان طالب الترخيص.
8. في موضوع المنازعة حول الصداق بمكان موطن المدعى عليه.
9. في موضوع الولاية بمكان ممارسة الولاية.

وصلا بهذه المادة يحدد الاختصاص الإقليمي لقسم شؤون الأسرة تبعا لطبيعة كل نزاع، إما في موطن المدعى عليه، أو موطن المدعي أو حسب اختيار الطرفين.²

أما بالنسبة للقضايا التي لم يأت ذكرها في المادة أعلاه، فيتم الرجوع فيها للقواعد العامة في الاختصاص، وما تجب مراعاته أن تحديد المادة 423.

من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية نوع الدعاوى التي يختص بالنظر فيها قسم شؤون الأسرة كذلك لا يندرج ضمن الاختصاص النوعي لهذا القسم بالمعنى الاصطلاحي لهذا الاختصاص، لأن الاختصاص النوعي يثبت للمحكمة وليس أقسامها التي تعتبر مجرد تقسيم داخلي للمحكمة لتسهيل العمل القضائي للمحاكم طبقا للمادة 32 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية و التي تنص على أن المحكمة هي الجهة القضائية ذات الاختصاص العام و تتشكل من أقسام متعددة وحسب نوع القضية المرفوعة أمامها وتفصل المحكمة في جميع القضايا و من بينها قضايا شؤون الأسرة وبالتالي تتم جدولة القضايا أمام الأقسام حسب طبيعة النزاع المرفوع.

وإن حصل ورفعت دعوى أمام قسم بشؤون الأسرة تتعلق بقضية غير مختصة بالنظر فيها كدعوى تجارية أو عقارية فلا يجوز لرئيس قسم شؤون الأسرة أن يقضي بعدم

¹بربرة عبد الرحمان: شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية المرجع السابق، ص 328.

²بربرة عبد الرحمان شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية المرجع السابق، ص 329.

الاختصاص النوعي و إنما يتم تحويل الدعوى أو القضية إلى القسم المختص عن طريق أمانة الضبط بعد إخبار رئيس المحكمة سابقا حسب ما جاء في المادة 32 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

وفيما يتعلق بعدم اختصاص قسم شؤون الأسرة من حيث مكان رفع الدعوى، أو عدم الاختصاص الإقليمي فالأصل أنه ترفع الدعوى أمام المحكمة التي يقع بدائرتها موطن المدعي عليه¹، إلا أن المادة 426 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية وضعت استثناءات عن هذا الأصل وأجازت رفع الدعوى في قضايا شؤون الأسرة بحسب طبيعة النزاع، بحيث ترفع الدعوى إما إلى المحكمة الكائن بدائرة اختصاصها موطن المدعي عليه أو موطن المدعي أو حسب اختيارهما وعلى ذلك في حالة ما إذا رفعت دعوى أمام قسم شؤون الأسرة مخالفة لنص المادة 426 قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، كان على هذه المحكمة أن تقضي بعدم اختصاصها إقليميا بنظر في هذه الدعوى إذا أثير الدفع به قبل أي دفع في الموضوع أو دفع بعدم القبول تطبيقا للمادة 47 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.

2- الأحكام غير القطعية:

يقصد بالأحكام غير القطعية في مجال شؤون الأسرة الأحكام التي تنظم مراكز الخصوم بصفة مؤقتة إلى حين الفصل في موضوع النزاع و التي درج الفقه على تسميتها بالأحكام الوقتية ومن أمثلتها:²

- الحكم بنفقة مؤقتة:

ويقصد بطلب تقرير نفقة وقتية إصدار حكم يقضي بنفقة مؤقتة إلى حين صدور حكم نهائي في الدعوى إذ تنص المادة 323 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية في فقرتها الثانية، على أنه يؤمر بالنفاذ المعجل رغم المعارضة أو الاستئناف، عند طلبه في جميع الحالات التي يحكم فيها بناء على عقد رسمي أو وعد معترف به أو حكم سابق حاز قوة الشيء المقضي به، أو في مادة النفقة أو منح مسكن الزوجية لمن أسندت له الحضانة".

و يفيد هذا النص بطريقة غير مباشرة أن للنفقة مركزا قانونيا هاما حيث أصبحت النفقة الوقتية مرتبطة ارتباطاً لا ينفك عن القضاء المستعجل، أين يكون تنفيذ الأمور التي تكون بصدد معجلا رغم كل طعن بالمعارضة أو الاستئناف ممن له مصلحة في ذلك.

¹ عملا بنص المادة 37 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.

² أحمد أبو الوفاء: نظرية الأحكام في قانون المرافعات طبعة 1988، منشأة المعارف، ص532.

ويشترط للحكم بالنفقة المؤقتة توفر حالة الضرورة، بمعنى أن تكون حالة الأطفال و الزوجة تستوجب وتستدعي فرض نفقة مؤقتة، ويجب أن تثبت هذه الضرورة أمام القاضي المختص و من أوراق ومستندات الدعوى، هذا وعلى الزوجة أن تطلب صراحة من القاضي حاجتها من فرض نفقة ضرورية لها وللأطفال المحضونين إلى غاية صدور الحكم النهائي.

وذهب الفقه و القضاء إلى عدم جواز فرض نفقة مؤقتة إلا بناء على طلب صاحب الحاجة لها، ويستوي أن تطلبها كتابة في عريضة افتتاح دعوى أم تبديها شفاهية بالجلسة، وبالإضافة إلى ذلك يتعين على القاضي أن يتحقق من وجود عقد زواج صحيح بين الطرفين و أن يراعي عند فرضه للنفقة المؤقتة الحالة المالية للزوج.

ب- الحكم برؤية الطفل المحضون أو زيارته

بقوة القانون يلحق بالحضانة حق آخر لصيق بها مفروض لكل من الأب والطفل وهو حق الزيارة أي رؤية الصغير المحضون سواء كانت رؤية الأب لولده وهو في حضانة الأم أم العكس، وفي هذا الصدد نص المشرع على ضرورة الحكم بحق الزيارة للطرف الذي لم تسند له الحضانة وذلك لمرات معينة وفي أوقات و أماكن محددة.¹

وتكرس حق الرؤية في عدة قرارات للمحكمة العليا حيث جاء في أحد قراراتها أنه: "....حيث أن أحكام المادة 64 من قانون الأسرة تنص على القاضي عندما يقضي بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة فإنه من الواجب أن يكون ترتيب هذا الحق ترتيباً مرناً وفقاً لما تقتضيه حالة الصغار، فمن حق الأب أن يرى أبناءه على الأقل مرة في الأسبوع لتعدهم لما يحتاجون إليه والتعاطف معهم، ومن ثم فإن القرار المطعون فيه القاضي بترتيب حق الزيارة للأب مرتين كل شهر يكون قد خرق القانون ومتى كان ذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه ومفاد هذا أن القاضي عند إسناده الحضانة يجب عليه من تلقاء نفسه أن يقضي بحق الزيارة للطرف الآخر، وقد قرر المشرع في نص المادة 64 من قانون الأسرة حق الزيارة ولم يحدد موعد الزيارة وأخذ حق الأم والأب والجد في رؤية المحضون إذا كان بيد أحدهم فلاآخرين حق رؤيته ولم يبين تفصيلات أخرى لا عن وقت الرؤية ولا مواعيدها و كفيته.²

وتتم الزيارة اتفاقاً بين الطرفين وإذا تعذر التنظيم الاتفاقي لها يقوم القاضي بتحديد الرؤية، حيث يقوم بتعيين موعد دوري ومكان مناسب لها و حسب مصلحة المحضون ويكلف الطرف المسند له الحضانة بإحضار الولد ليراه الطرف الآخر وإذا امتنع عن إحضاره جبر على ذلك، ومفاد ذلك أن تنظيم الرؤية يتم بحكم وقته إن لم يتفق الطرفان على

¹ المحكمة العليا صادر بتاريخ 16/04/1990 ، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 59784، المجلة القضائية، لسنة 1997، عدد 4، ص 120.

² أحمد فراج حسين أحكام الأسرة في الإسلام، الدار الجامعية الجديدة، الإسكندرية، 2004، ص 240.

تنظيمها، وذلك تأسيساً على أن الأحكام الصادرة في حق الزيارة ذات حجية مؤقتة تقبل التبديل والتعديل بحسب دواعي تغيراتها وبحسب مصلحة المحضون.¹

الفرع الثاني: الأحكام الفاصلة في الموضوع:

هي الأحكام التي تفصل في موضوع النزاع أو في مسألة إجرائية متفرعة عنه ما عدا تلك المتعلقة بإجراءات التحقيق أو الإجراءات المؤقتة، والأصل أن الأحكام التي تنفذ تنفيذاً جبرياً إن لم تنفذ اختيارياً و القاعدة في تنفيذ الحكم الحائز لقوة الشيء المقضي به و الذي يفصل في الخصومة أنه لا يجوز تنفيذه

تنفيذاً جبرياً إلا إذا كان حائزاً لقوة الشيء المقضي أي قابلاً للطعن منه عن طريق المعارضة و الاستئناف و لم ينقض أجل الطعن فيه بأحد هاتين الطريقتين طبقاً للفقرة 01 من المادة 609 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

واستثناء عن هذه القاعدة يمكن وصف الحكم الابتدائي الحضوري أو الغيابي بوصف النفاذ المعجل فبذلك يكون قابلاً للتنفيذ بالرغم من عدم حيازة الحكم لقوة الشيء المقضي به و اعتماداً على المواد 303 و 323 و 609 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية و لذا سنعرض فيما يلي مفهوم النفاذ المعجل وأنواعه:

1- النفاذ المعجل وأنواعه

الأصل و القاعدة العامة أنه لا تنفذ الأحكام القضائية إلا إذا كانت أحكاماً نهائية، ويعتبر النفاذ المعجل استثناء عن هذه القاعدة، ذلك أن الأحكام القضائية المشمولة بالنفاذ المعجل يجوز تنفيذها بالرغم من كونها أحكاماً غير نهائية، ولا يترتب على الطعن فيها بأي طريق من طرق الطعن العادية (المعارضة والاستئناف) وقف تنفيذها والنفاذ المعجل راجع إلى أن الحكم الصادر في بعض المسائل والقضايا مبني على أدلة واعتبارات لا يمكن القول بخلافها، وبناء عليه فإن احتمال إلغائها غير وارد واشتراط كونها نهائية لتنفيذها ما هو إلا ضياع وقت طالب التنفيذ وتقويت فرصة تحصيل واستيفاء أمواله من مدينه، ومن بين قضايا شؤون الأسرة التي قد يحكم فيها بالنفاذ المعجل الأحكام القضائية المتعلقة بالنفقة ومسكن الحضانة، ويقسم النفاذ المعجل بدوره إلى:

¹ محمد سمارة: أحكام و أوتار الزوجية، شرح مقارن لقانون الأحوال الشخصية، الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع، ودار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2002، ص41.

أ- النفاذ المعجل القانوني: وهو وصف يلحق بالحكم بقوة القانون لأنه مستمد منه في النص عليه في منطوق الحكم ولا يتوقف على الأمر به على الخصوم ولا يكون للقاضي الخيار فيالقضاء به¹.

ب- النفاذ المعجل القضائي:

وهو وصف يلحق بالحكم الفاصل في موضوع الخصومة القضائية و بذلك يصير الحكم سنداً تنفيذياً ووصف هذا النفاذ المعجل بالقضائي لأن القاضي لا يحكم به إلا إذا طلبه منه الخصوم و يجب الأمر به في منطوق الحكم و يقسم النفاذ المعجل القضائي إلى:

1. النفاذ المعجل القضائي الوجوبي:

وهو النفاذ الذي يتعلق بحالات محددة ذكرها المشرع الجزائري في المادة 323 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، حيث أنه إذا طالب الخصوم النفاذ المعجل في إحدى هذه الحالات، وجب على القضاء أن يأمر به، وقد خص المشرع مسألتين اثنتين من مسائل قضايا شؤون الأسرة وأجاز الأمر فيهما بالنفاذ المعجل رغم الطعن بالمعارضة أو الاستئناف في حالة طلبه من صاحب المصلحة وهذه الحالات تتعلق أساساً بالنفقة ومسكن الزوجية.

- حالة النفقة: تشمل النفقة طبقاً للمواد من 74 إلى 77 من قانون الأسرة نفقة الزوجة تعود إلى الزوج بالدخول بها أو دعوتها إليه و نفقة الولد على الأب ما لم يكن له مال فبالنسبة للذكر لغاية بلوغه سن الرشد و الإناث إلى غاية الدخول، و تستمر إذا كان الولد عاجزاً أو مصاباً بإعاقة عقلية أو بدنية أو مزاوياً للدراسة و تسقط بالاستغناء عنها بالكسب، و في حالة عجز الأب تجب نفقة الأولاد على الأم إذا كانت قادرة على ذلك، و نفقة الفروع على الأصول حسب القدرة و الاحتياج و تجيز المادة 57 مكرر من قانون الأسرة المطالبة بالنفقة بموجب أمر علني عريضة و إذا كان يجب أن تكون الأحكام المقررة للنفقة أن تكون مشمولة بالنفاذ المعجل فلا يجوز أن تكون الأحكام بإسقاطها مشمولة بالنفاذ المعجل.

حالة منح مسكن الزوجية لمن أسندت إليه الحضانة:

نصت المادة 72 من قانون الأسرة على أنه في حالة الطلاق يجب على الأب أن يوفر لممارسة الحضانة سكناً ملائماً للحضانة و إن تعذر عليه ذلك دفع بدل الإيجار و تبقى الحاضنة في بيت الزوجية حتى ينفذ الأب الحكم المتعلق بالسكن².

وتجيز المادة 57 مكرر من قانون الأسرة المطالبة بالمسكن بموجب أمر على عريضة فلا يجوز في حالة الطلاق أن يلزم الحاضنة بالخروج من بيت الزوجية إلا بعد أن ينفذ الحكم القاضي بتوفير مسكن لممارسة الحضانة أو دفع بدل إيجاره و هذا مراعاة

¹ محمد سمارة، المرجع السابق، ص 46.

² بريرة عبد الرحمن، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارة، منشورات بغداد، 2013، ص 254.

لمصلحة الأبناء المحضون حتى لا يكونوا عرضة لاقات الاجتماعية والتشرد نظرا لما يحمله هذين العنصرين من طابع الاستعجال¹.

الفرع الثالث: الأحكام والأوامر الاستعجالية في قضاء شؤون الأسرة.

القضاء الاستعجالي هو إجراء وقائي لحماية سريعة ومؤقتة إلى حين صدور حكم فاصل في الموضوع ، وفي هذا القضاء راعى المشرع حساسية وخصوصية المنازعات التي قد تثار في قضايا شؤون الأسرة والتي لا تتحمل بطبيعتها التأخير والمماطلة، حيث يجب أن يفصل فيها القاضي الاستعجالي على وجه السرعة وذلك من خلال إتباع إجراءات رفع الدعوى وسيرها والفصل فيها المقررة في القضايا الاستعجالية، وكذلك من حيث تبليغ الأحكام والأوامر الفاصلة فيها والآجال المقررة للطعن فيها ، ومن حيث شمولها بالنفاذ المعجل والإجراءات المتبعة في تنفيذها.

وتتعلق أساسا القضايا التي تتطلب تدخل القاضي الاستعجالي بتلك المسائل الخاصة بالنفقة أو الحضانة، الزواج أو الطلاق أو حماية الأطفال القصر وغيرها من القضايا، شرط أن تتوافر هذه المسائل على عنصر الاستعمال وعدم المساس بأصل الحق، حيث يفصل فيها القاضي الاستعجالي بصفة مؤقتة إلى غاية صدور حكم فاصل في الموضوع².

وعليه ووفقا لما هو مبين في قانون الأسرة وقانون الإجراءات المدنية والإدارية، منح المشرع لقاضي شؤون الأسرة اتخاذ كل التدابير المؤقتة التي يراها مناسبة بموجب أمر على عريضة على وجه الاستعجال من أجل حماية حقوق لا تتحمل بطبيعتها التأخير ولا الانتظار ذلك أنه قبل تعديل قانون الأسرة، وقبل دخول قانون الإجراءات المدنية والإدارية حيز التنفيذ كان المختص في القضايا الاستعجالية المختصة بقسم شؤون الأسرة هو رئيس المحكمة، ونظرا للآجال التي يتطلبها الضرر الذي قد يلحق بصاحبه، استحدث المشرع مادة جديدة بعد التعديل بموجب الأمر رقم 05/02 المؤرخ في 27 فيفري 2005، وهي المادة 57 مكرر ومن خلالها سمح للمتقاضي في قضايا شؤون الأسرة حق اللجوء، وطلب اتخاذ تدابير مؤقتة تتصف بالاستعجال، ويفصل فيها على وجه الاستعجال بموجب أمر على عريضة، وبموجب المادة 425 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية أسند المشرع لرئيس قسم شؤون الأسرة ممارسة الصلاحيات المخولة للقاضي الاستعجالي³، فبالإضافة للصلاحيات المخولة له يجوز له أن يأمر في إطار التحقيق بتعيين طبيب خبير، أو تعيين مساعدة اجتماعية، أو حتى اللجوء إلى أي مصلحة مختصة في الموضوع بغرض الاستشارة من أجل تكوين قناعة كافية حول المنازعة المعروضة عليه، ويحرر تقريراً فيه كل

¹ وضياف عادل، الوجيز في شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الجزء الأول، مطبعة المحمدية الجزائر clic Édition، ص. 345.

² فريحة حسن، المبادئ في شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ديوان المطبوعات الجامعية، ط 2013، ص 132.

³ يوسف دلاندة، قانون الإجراءات المدنية والإدارية، دار هومة، ط 2009، ص 52.

المعاينات والحلول المقترحة التي قام بها ذلك الخبير أو المحقق ، ويطلع الأطراف على ذلك التقرير¹.

كما يمكن اللجوء للاستشارات في أي وقت، وكل هذا ضمن نطاق الصلاحيات المخولة له بموجب المادة المذكورة أعلاه.

وسنحاول من خلال هذا أن نعرض للتدابير الاستعجالية المؤقتة والتي شملتها المادة 57 مكرر من قانون الأسرة المتعلقة أساسا بالنفقة والحضانة وحق الزيارة والمسكن، وسنحاول أن نعرض أيضا خصوصية هذا الاستعجال.

1- التدابير المؤقتة الخاصة بالنفقة:

تتميز إجراءات رفع دعوى حل الرابطة الزوجية، أو دعوى إرجاع الزوجة إلى مسكن الزوجية بطول الأمد والأجل للفصل فيها، وما بين إصدار حكم في الموضوع وإجراءات تبليغه، وأجال الطعن فيه المقررة قانونا وبين صيرورة الحكم الحائز قوة الشيء المقضي فيه قابلا للتنفيذ، والتي عادة تأخذ أشهرا عديدة وربما سنوات تكون هنا الزوجة والأولاد في حاجة ملحة لنفقة غذائية تسد حاجتهم وتعول معيشتهم، وهو الأمر الذي راعاه المشرع وأقر فيه للزوجة حق اللجوء للقضاء والمطالبة بالحكم بنفقة غذائية مؤقتة لها ولأولادها، تسري من تاريخ صدور الأمر إلى حين الفصل في الموضوع، لأنها تبقى بحكم الزوجة أثناء سير دعوى حل الرابطة الزوجية والزوج هنا ملزم بالنفقة عليها ما لم تنقض عدتها بعد، وعلى أولادها، حيث يوفر لهم جميع مستلزمات النفقة من غذاء وكسوة وغيرها من المشتملات إلى غاية صدور حكم حائز قوة الشيء المقضي فيه في الموضوع، ويتم ذلك إما برفع دعوى استعجالية أو بموجب أمر على عريضة².

وعليه يجوز للزوجة أن تقوم بتسجيل عريضة لدى أمانة ضبط المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها موطنها، باعتبارها هي الدائنة بالنفقة، موقعة من طرفها أو من طرف وكيلها وتبين من خلالها وجود دعوى في الموضوع وأنها بحاجة هي وأولادها بصرف نفقة غذائية والزام الزوج بها إلى غاية صدور حكم في الموضوع، وبعد تأكد القاضي من الأمر يقوم بإلزام الزوج بموجب أمر على عريضة بدفع نفقة غذائية للزوجة والأولاد ابتداء من تاريخ صدور الأمر إلى غاية صدور حكم فاصل في الموضوع، هذا ويجوز للقاضي هنا إذا رأى داعيا لذلك إعادة النظر بمراجعة مبلغ النفقة المؤقتة أو حتى إلغائها وذلك بناء على طلب من يهمله الأمر إذا أصبح الحكم نهائيا وقابلا للتنفيذ وامتنع الزوج عن تنفيذه فإنه يكون قد ارتكب جنحة الامتناع عن تسديد النفقة المقررة قضاء، وسيعرض نفسه للعقاب.

¹ فريجة حسن، المرجع السابق، ص 135.

² عبد العزيز سعد إجراءات ممارسة دعاوى شؤون الأسرة أمام أقسام المحاكم الابتدائية، المرجع السابق، ص 199

أما فيما يتعلق بتوابع الطلاق التي لم يفصل فيها، بما فيها نفقة الأولاد، فالبنت التي لم تتزوج وبلغت سن الرشد وامتنع والدها عن نفقتها، فما عليها هنا إلا تقديم الوثائق الضرورية واللازمة التي تثبت توافر شرط الصفة في الطلب، والصفة المؤقتة للطلب للمحكمة المختصة واستصدار أمر استعجالي أو أمر على عريضة يقضي بالنفقة لهم باعتبارها ذات طابع استعجالي لا يحتمل التأخير.

2- التدابير المؤقتة الخاصة بالحضانة وحق الزيارة:

انطلاقاً من مصلحة المحضون التي أقرها المشرع في قانون الأسرة وغيره من فروع القوانين الأخرى، فقد نظمت أحكام الحضانة تنظيمًا دقيقاً نراه من الجانب الموضوعي والإجرائي وحتى العقابي، فمن خلال هذه الجوانب حاول المشرع سد أي فراغ من شأنه أن يضر بمصلحة الطفل المحضون، وبالرجوع إلى النزاعات التي تنتشب بين الزوجين والخلافات القائمة بينهما والتي قد تطول وتستغرق وقتاً لحلها سواء بصفة ودية بالصلح بينهما، أو بصفة قضائية بإلزام الزوجة بالرجوع لبيت الزوجية في حال مغادرته، أو يرفع دعوى طلاق، ولكن لا يبقى الأولاد بدون راع أو حاضن يرعاهم ويرعى شؤونهم بحكم صغرهم، ونظراً للخطر المحدق الذي قد يصيبهم أوجد المشرع آلية لإسناد الحضانة مؤقتاً في هذه الفترة.¹

وعليه يحق لكل من الزوجة أو الزوج أو غيرهما من أصحاب الحق في الحضانة طلب إسناد حضانة الأولاد مؤقتاً إلى غاية الفصل في الموضوع بصفة نهائية، وذلك بموجب رفع دعوى استعجالية أو بموجب أمر على عريضة، مذيلة بأمر يوقعها المعني أو محاميه، وتسجل بأمانة ضبط المحكمة التي تقع في دائرة اختصاص مكان ممارسة الحضانة، ويجب على طالب الأمر أن يثبت فيه الصفة سواء كان أما أو أباً أو ممن خول لهم القانون الحق في الحضانة (المادة 64 قانون الأسرة).

وأيضاً أن يثبت صفة وجود أبناء قصر بحاجة إلى الحضانة، إضافة إلى الوثيقة التي تبين العلاقة التي تربطه بهم، وعلى طالب الأمر المؤقت أن يثبت للمحكمة وجود دعوى في الموضوع قائمة بينه وبين المدعى عليه، وذلك بتقديم عريضة الدعوى الخاصة بالموضوع سواء كانت طلب رجوع إلى بيت الزوجية أو كانت دعوى فك الرابطة الزوجية، أو إسناد الحضانة للأبناء القصر، وفيها يقوم القاضي الاستعجالي بالفصل في هذا الطلب خلال زمن ثلاثة (03) أيام من تاريخ تسجيله بأمر مؤقت، وبموجبه تسند الحضانة مؤقتاً لطالبها سواء كان أما أو أياً أو غيرهما من أصحاب الحق فيها، إلى غاية الفصل في دعوى الموضوع، ويصدر الأمر بإسناد حضانة الأولاد القصر مع ذكر أسمائهم وذكر الجهة القضائية المعروض عليها الدعوى وكذلك رقم القضية .

¹سلام حمزة : الدعوى الاستعجالية، ط 2، دار هومة، الجزائر 2014، ص 45.

أما فيما يتعلق بالتدابير الخاصة بحق الزيارة باعتبارها حقا مرتبطا ارتباطا وثيقا بحق الحضانة، أين ألزم المشرع بموجب المادة 64 من قانون الأسرة، عند فصله بحكم إسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة للطرف الذي لم تسند له الحضانة، وهو أمر تقتضيه مصلحة المحضون، كما تقتضيه أيضا مصلحة صاحب حق الزيارة، فقد يتعرضون لأضرار معنوية وحتى نفسية جراء حرمانهم من التواصل فيما بينهم، مما قد يؤثر عليهم، وهو أمر مستعجل جدير بالحماية ولا يتحمل التأخير، ويجوز الفصل فيها على وجه الاستعجال عن طريق رفع دعوى استعجالية، أو بموجب أمر على عريضة بصفة مؤقتة إلى غاية الفصل بصفة نهائية في دعوى الموضوع، وبالتالي يسمح لطالب حق الزيارة اللجوء للقضاء والمطالبة بزيارة الأولاد المحضونين بصفة مؤقتة¹.

هذا وتثبت الصفة لطالب حق الزيارة مؤقتا سواء كانت الزوجة أو الزوج المطلقة أو المطلق أو الجدة أو الجد في حالة وفاة أحد الزوجين أو المطلقين، أو كان أحد الوالدين مقيما ببلد أجنبي والطفل المحضون مقيما بالتراب الجزائري.

ويتعين على طالب حق الزيارة أن يثبت علاقه بالطفل محل حق الزيارة ويثبت أيضا وجود دعوى في الموضوع، وبعد تأكد القاضي من هذه الصفات يصدر أمرا يمنح حق الزيارة المؤقتة للأبناء القصر، ويتم ذكر أسمائهم كاملة ويقوم بتحديد وقت الزيارة مراعيًا في ذلك من الأولاد القصر مع ذكر الجهة المعروضة عليها الدعوى ورقم القضية².

2- التدابير المؤقتة الخاصة بحق المسكن:

من بين مظاهر الحماية التي أولاها المشرع لمصلحة المحضون، نجد أنه بموجب المادة 57 مكرر من قانون الأسرة مسكن الحاضنة وفي إطار الدعوى المطروحة في الموضوع سواء أكانت فك رابطة زوجية أو الرجوع لبيت الزوجية أو دعوى إسناد الحضانة حق اللجوء إلى القاضي الاستعجالي، واستصدار أمر على عريضة من أجل إلزام الزوج بتوفير مسكن ملائم للحاضنة لممارسة الحضانة، وإن تعذر ذلك فعليه بدفع بدل إيجار شهري بصفة مؤقتة إلى غاية الفصل في دعوى الموضوع، إضافة للتدابير الاستعجالية المؤقتة التي شملتها المادة 57 مكرر من قانون الأسرة والمتعلقة أساسا بالنفقة والحضانة وحق الزيارة والمسكن الملائم في حالات مذكورة على سبيل المثال لا الحصر، ذلك أنه توجد حالات أخرى يمكن اتخاذ بشأنها تدابير مؤقتة، ومن بينها تلك المتعلقة بالأمتعة الخاصة بالزوجة أو الزوج وهي أمتعة وأغراض تعد من ضروريات الحياة اليومية ولا سبيل للاستغناء عنها في أي يوم، لذا يمكن صاحبها منها بموجب أمر على عريضة.

¹ فريجة حسن، المرجع السابق، ص 136.

² سلام حمزة: المرجع السابق، ص 66.

ومن الأمور أيضا التي تتطلب اتخاذ تدبير استعجالي مؤقت بشأنها عدم التعرض للدخول المسكن الزوجية، ففي كثير من الأحيان قد يتعدى المطلق على مطلقته في فترة عدتها ويخرجها من مسكن الزوجية، أو يتعدى ورثة المتوفى عنها زوجها ويمنعونها من المكوث في مسكن الزوجية في فترة عدتها، وهو أمر مخالف لأحكام الشريعة الإسلامية وكذلك القانون، لذا يحق لهذه الزوجة أو المطلقة التي اعتدي على حقها في البقاء في مسكن الزوجية اللجوء إلى القاضي¹ الاستعجالي واستصدار أمر استعجالي معجل النفاذ، سواء كان عن طريق الاستعجال العادي أو الاستعجال من ساعة إلى ساعة وإلزام المتعرضين بعدم التعرض لها في الدخول المسكن الزوجية في فترة عدتها، أو أن تطلب أمر استصدار أمر على عريضة لعدم التعرض لها في الدخول إلى مسكن الزوجية، فترة عدتها لما يتميز به هذا المسلك من مزايا ومن بينها سرعة استصدار الأمر، وعدم استدعاء الخصوم وأيضا إمكانية الأمر بالنفاذ المعجل .

بتوجيه إنذار أو إجراء استجواب في موضوع لا يمس بحقوق الأطراف، أو إثبات حالة، وذلك وفقا للمادة 310 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، غير أن المشرع راعى هذه الخصوصية وأسند القاضي شؤون الأسرة الفصل على وجه الاستعجال بموجب أوامر على عرائض فيما يخص التدابير المؤقتة لحماية مصالح مستعجلة ومهددة بالخطر والضرر، وذلك وفقا لمادة 57 مكرر من قانون الأسرة، والمادة 425 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية

المطلب الثاني: طبيعة السند التنفيذي في مجال شؤون الأسرة

يعتبر السند التنفيذي السبب المنشأ للحق في التنفيذ أيا كان نوعه، سواء كان تنفيذا مباشرا أو كان التنفيذ عن طريق الحجز، فلا يجوز أن تباشر إجراءات التنفيذ الجبري من قبل الدائن إلا إذا كان بحوزته سند تنفيذي، ولكي يستقر هذا التنفيذ يجب أن يبقى هذا السند قائما، أما في حالة إلغائه فهذا يعني أن التنفيذ الذي قام به الدائن قد زال سببه و بالتالي أصبح من الواجب إعادة الحال إلى ما كانت عليه قبل التنفيذ.

ونتيجة لخطورة الآثار التي تترتب على التنفيذ عمد المشرع إلى تحديد الأعمال القانونية و خصها بالقوة التنفيذية لكي يتمكن من خلالها الدائن من استيفاء حقه، حين أدرجها ضمن المادة 600 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، فنص على أنه لا يجوز التنفيذ الجبري إلا بسند تنفيذي.

¹المطاعي نور الدين، عدة الطلاق الرجعي وأثرها على الأحكام القضائية، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في القانون، كلية الحقوق بن عكنون ، جامعة الجزائر، السنة الجامعية 2009، ص 80.

ومضمون السندات التنفيذية المذكورة في المادة 600 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية لا يخرج عن نطاق أحد هذه الالتزامات حيث يكون التزاماً بأداء حق موضوعي أو الالتزام بقيام بعمل أو الالتزام بالامتناع عن القيام بعمل و معنى هذا أن السند التنفيذي يعكس وجود الحق الموضوعي و نوعه و مقداره و مدى خلوه أو عدم خلوه من النزاع و تاريخ استحقاقه، و لكي يتم تأكيد الحق الموضوعي في التنفيذ يوجب القانون أن يتم ذلك بواسطة عمل قانوني له شكل معين حتى ينشأ لصاحب هذا العمل القانوني حق في التنفيذ و يتضح هذا العمل الشكلي في السند التنفيذي ، و لنعرض فيما يلي الطبيعة القانونية للسند التنفيذي في مجال شؤون الأسرة، والعناصر و الخصائص التي تميزه عن باقي السندات.

الفرع الأول: الطبيعة القانونية للسند التنفيذي:

القاعدة العامة في التنفيذ أنه لا يجوز القيام بالتنفيذ الجبري إلا بوجود سند تنفيذي يؤكد وجود حق معين، إلا أن هذا السند لا يؤدي دوره إلا إذا كان عملاً قانونياً مؤكداً ينصب في شكل معين، و كان أيضاً محافظاً على مصلحة الدائن وفقاً لقواعد العدالة،¹ وفكرة السند التنفيذي من أهم الأفكار التي يختص بها التنفيذ الجبري، وهي فكرة وليدة تطور قانوني طويل، حيث كان هذا التطور يأخذ في عين الاعتبار صالح الدائن كما كان الحال في القبائل الألمانية القديمة، ففي ذلك العصر كانت هذه القبائل تحيل صاحب الحق سلطة اقتضاء حقه بنفسه ودون الحاجة منه للالتجاء إلى السلطة العامة لفعل ذلك مع وجوب احترام أشكال معينة لاقتضاء حقه بنفسه، في حين كان الاعتبار لصالح المدين كما كان الحال في القانون الروماني، حيث كان هذا الأخير يسمح للمدين أن ينازع في التنفيذ و يطيل في أمده لأجل طويلة دون أن يستطيع الدائن اقتضاء حقه بسبب المدة الزمنية للتنفيذ و استمر التطور القانوني للتنفيذ تحت ضغط النهضة التجارية التي بدأت في القرون الوسطى، بحيث كان الدائن الذي بحوزته حكم يجوز له أن يتقدم أمام القاضي الذي يسمع بدوره أقوال المدين ثم يأمره ضمن أجل معين بالوفاء بمضمون ذلك الحكم، فإن لم يقم بالوفاء في الميعاد الذي منح له استطاع الدائن أن يبدأ بإجراءات التنفيذ الجبري و نتيجة تفاعل المبادئ الألمانية التي كانت تخدم مصالح الدائن مع مبادئ القانون الروماني بعد تطورها والتي كانت تفضل مصلحة المدين، ظهرت فكرة السند التنفيذي وتقرر نظامه بوضعه الحالي.²

وبالتالي يعرف السند التنفيذي عموماً بأنه كل عمل قانوني يتخذ شكلاً معيناً و يتضمن تأكيداً لحق معين، أو هو كل عمل قانوني يحدد حق الدائن و يتم بطريقة يفترض فيها القانون حسم كل منازعة سابقة في موضوعه أو في كل منازعة في صحته، و من ثمة يجعل منه

¹نبيل إسماعيل: المرجع السابق، ص 29.

²فتحي والي: المرجع السابق، ص 34.

وثيقة تحتم على ممثل السلطة العامة المختص بالتنفيذ، أن ينفذ ما يثبتته هذا السند من حق، وعليه يتكون السند التنفيذي من أساسين، يتجلى الأساس الأول في كونه عملاً قانونياً مؤكداً، والتأكيد يرد على الحق الموضوعي و معنى هذا ان يكون هذا الحق له وجود قانوني مستقل، ذلك انه كما يكون للحكم قوة و حجية و بغض النظر عن وجود الحق الموضوعي في الواقع أيضاً يكون للسند التنفيذي قوة تأكيدية لوجود الحق بصرف النظر عن هذا الوجود بالنسبة للتنفيذ، فالاعتبار الذي يأخذ به المشرع في الواقع ليس لوجود هذا الحق الموضوعي، وإنما وجوده كما يؤكد السند التنفيذي، و يتجلى الأساس الثاني في المستند الذي يحتوي عمل التأكيد، ذلك ان الحكم كسند تنفيذي يجب أن يقدم للمحضر القضائي القائم بالتنفيذ في صورة و صيغة معينة يقتضيها القانون، هذا و ذهب البعض من الفقه إلى ان هذا المستند هو وحده السند التنفيذي، و هو ليس بمستند يقوم به القائم بالتنفيذ هذا واعتبر البعض أيضاً أن المستند دليل إثبات على وجود الحق الموضوعي¹.

غير أن الفقهاء أعابوا هذا الرأي و قالوا أن هذا المستند لا يعطي حقاً في التنفيذ و أن فكرة دليل الإثبات يفترض أن يكون للمقدم له الدليل سلطة للتحقق من وجود الحق الموضوعي، و منه لا يمكن اعتبار السند التنفيذي دليل إثبات عليه، لأنه إذا كان السند التنفيذي هو دليل إثبات على الحق الموضوعي بمعنى ان الحق الموضوعي هو الذي يؤدي وجوده لوجود الحق في التنفيذ ولا يرتبط وجود الحق في التنفيذ بوجود السند² التنفيذي و هي نتيجة لا تتوافق مع ما هو مسلم به من ان الحق في التنفيذ لا يوجد بغير سند تنفيذي فهو لا يوجد لمجرد ثبوت وجود حق موضوعي(و بالتالي يعتبر السند التنفيذي الوسيلة الوحيدة المؤكدة لوجود حق الدائن عند إجرائه للتنفيذ.

¹ أحمد خليل: المرجع السابق، ص 24.

² حسن علام المرجع السابق، ص 78.

الفرع الثاني: عناصر السند التنفيذي و خصائصه.

للسند التنفيذي عدة عناصر يتعين تواجدها فيه و ذلك باعتباره عملا قانونيا و تتجلى هذه العناصر أساسا في العنصر الموضوعي والعنصر الشكلي نعرضها كآتي:

1- العنصر الموضوعي للسند التنفيذي

أوجب المشرع توافر عدة شروط في الحق المطلوب تنفيذه لكي يكون جديرا بالحماية القانونية بموجب المواد 647 و 691 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية نجد أنها تضمنت العناصر الموضوعية لمضمون السند التنفيذي و المتمثلة في أن يكون محقق الوجود بمعنى أن لا يكون موضوع السند التنفيذي حقا محتملا أو حقا معلقا على شرط، و تبدو أهمية هذا الشرط كونه يحدد طريق التنفيذ فإن كان محله هو الالتزام بدفع مبلغ معين من النقود كمبالغ النفقة فان التنفيذ يكون بطريق نزع الملكية بالحجز و البيع، أما إن لم يكن الالتزام مبلغا من النقود فالتنفيذ هنا يكون تنفيذا مباشرا، هذا و يحدد أيضا طرفي الحق في التنفيذ و يترتب على ذلك أن الحق في التنفيذ يكون فقط لصاحب الحق الموضوعي المبين في السند التنفيذي هذا من جهة و من جهة أخرى لا يجوز التنفيذ إلا في مواجهة المدين الذي يحدده السند التنفيذي.

ويجب ان يكون السند التنفيذي معين المقدار ويقصد بهذا الشرط تعيين الشيء المطلوب تسليمه مثلا تسليم طفل محضون لحاضنه أو تعيين العمل المراد القيام به كتسليم الأثاث و المصوغات و هذا بموجب المادة 691 من قانون الإجراءات المدنية.¹

والإدارية، ويجب أن يكون السند التنفيذي حال الأداء ذلك انه لا يجوز التنفيذ إلا إذا كان الحق الموضوعي للسند حال الأداء، و يحول دون تحقيق هذا الشرط أن يكون معلقا على شرط واقف وهذا عملا بالمادة 206 من القانون المدني، إضافة إلى أنه لا يجوز أيضا أن يكون هذا الحق مضافا إلى أجل عملا بالمادة 212 من نفس القانون.²

وما تجب مراعاته في هذا الخصوص أن العنصر الموضوعي للسند التنفيذي لا يتحقق لمجرد توافر الشروط الثلاثة السابقة، و إنما يجب أن تخضع هذه الشروط بدورها لبعض الأحكام التي يترتب على اثر مخالفتها عدم تحقق العنصر الموضوعي للسند التنفيذي، و هذه الشروط لا تخرج عن نطاق قاعدتين بحيث تتعلق القاعدة الأولى بالوقت الذي يعقد فيه بتوافر شروط الحق و هو وقت البدء في التنفيذ، ذلك أنه إذا بدأ الدائن بإجراءات التنفيذ و لم تكن

¹ أحمد خليل المرجع السابق، ص 77

² تنص المادة 206 من قانون المدني على أنه إذا كان الالتزام معلقا على شرط وافق فلا يكون نافذا إلا إذا تحقق الشرط. أما قبل تحقق الشرط، فلا يكون الالتزام قابلا للتنفيذ الجبري ولا للتنفيذ الاختياري، على أنه يجوز للدائن أن يتخذ من الإجراءات ما يحافظ به على حقه.

هذه الشروط قد توفرت كلها أو جزء منها فإن التنفيذ يقع باطلا و لا يعتد به، أما القاعدة الثانية فتتعلق بوجود أن يكون السند التنفيذي دالا بذاته دلالة تامة و قاطعة على توافر شروط ذلك الحق¹، ومعنى هذا يجب أن ترد في السند التنفيذي و ذاته بحيث يجب أن يثبت وجود الحق و يعين مقداره و حلول أدائه في نفس السند ، بالتالي إذا صدر حكم بالتعويض عن الطلاق التعسفي دون تحديد مقداره فإن هذا لا يصلح أن يكون سنداً تنفيذياً لتخلفه على أحد الشروط الواجب توافرها فيه ألا و هو شرط تعيين المقدار.²

¹ تنص المادة 212 من قانون المدني على أنه إذا كان الالتزام مقترنا بأجل وافق، فإنه لا يكون نافذاً إلا في الوقت الذي ينقضي فيه الأجل، غير أنه يجوز للدائن، حتى قبل انقضاء الأجل أن يتخذ من الإجراءات ما يحافظ به على حقوقه، وله بوجه خاص أن يطالب بتأمين إذا خشي إفلاس المدين أو عسره واستند في ذلك إلى سبب معقول".

² فتحي والي: المرجع السابق، ص 122.

2- العنصر الشكلي للسند التنفيذي¹:

كما سبق وعرضنا له ان سبب نشوء الحق في التنفيذ هو وجود السند التنفيذي، غير ان ممارسة هذا الحق لا تتم إلا وفق أداة شكلية اعتمدها المشرع و حددها القانون ألا و هي النسخة التنفيذية الممهورة بالصيغة التنفيذية، و لقد حددت المادة 601 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الشكل الخارجي للسند التنفيذي و نصت المادة 602 من نفس القانون هي الأخرى على الشكلية الواجب توافرها في السند التنفيذي بقولها " لكل مستفيد من سند تنفيذي، الحق في الحصول على نسخة ممهورة بالصيغة التنفيذية "، و يصطلح على تسميتها " بالنسخة التنفيذية" و لا تسلم هذه الأخيرة إلا للمستفيد شخصيا أو للوكيل عنه بوكالة خاصة، بحيث يمهرها و يوقع عليها رئيس أمناء الضبط أو الضابط العمومي المختص بذلك و تحمل هذه النسخة عبارة نسخة تنفيذية مطابقة للأصل " و تختتمها الجهة التي أصدرتها، هذا و يجب على رئيس أمناء الضبط أو الضابط العمومي أن يؤشر على النسخة الأصلية المحفوظة لديه بتسليم نسخة تنفيذية و تاريخ التسليم و اسم الشخص الذي استلمها و يؤشر كذلك بهذا التسليم في سجل خاص بالنسخ التنفيذية المسلمة مع ذكر صفة مستلمها و توقيعها و ما تجب مراعاته في هذا الصدد ان الصورة الأصلية للسند التنفيذي التي يحررها القاضي بعد النطق بالحكم و التي تشتمل على كافة بيانات الحكم و تحفظ بملف الدعوى يوقع عليها رئيس الجلسة و الكاتب فقط لا غير².

أما الصورة التنفيذية فهي صورة طبق الأصل لنسخة الحكم الأصلية و لكنها مزودة بالصيغة التنفيذية، و لا يستلمها إلا الخصم الذي تعود عليه المصلحة و المنفعة من تنفيذ الحكم و لا تسلم إلا مرة واحدة فقط، و بالتالي يجوز لكل من صدر حكم لمصلحته أو كان بيده سند تنفيذي و رغب في إجراء التنفيذ الجبري فله الحق في الحصول على صورة تسمى بالنسخة التنفيذية ، و هي الشكل الخارجي الذي يتخذه العمل القانوني حتى يستطيع أن يرتب آثاره القانونية و يحوز القوة التنفيذية، و تتضمن أمرا موجها للمحضرين القضاة و مساعديهم من نواب عامين قادة ضبط الشرطة القضائية و باسم الشعب الجزائري، و عليه فالنسخة التنفيذية ليست هي نفس السند التنفيذي و إنما هي المظهر و الشكل الخارجي لهذا السند، و بالتالي تعتبر هذه الأخيرة ركنا في السند التنفيذي و لوجود لهذا السند إلا بوجودها، و عليه لا يمكن الاستغناء عنها في إجراءات تنفيذ أي كان حيث تذييل هذه النسخة التنفيذية بألفاظ و عبارات معينة حددتها المادة 601 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية و تعرف هذه العبارات و الألفاظ " بالصيغة التنفيذية " و في هذا الخصوص فرق المشرع بين عبارات كل من المواد المدنية و المواد الإدارية لهذه الصيغة و هو ما تم ذكره بالتفصيل في

¹ مفلح عواد القضاة، أصول التنفيذ، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر و التوزيع، ط 2008، ص 49.

² حمدي باشا عمر: طرق التنفيذ المرجع السابق، ص 163.

المطلب الأول المعنون بمقدمات التنفيذ في مجال شؤون الأسرة للفصل الأول من الباب الأول.

-3- خصائص السند التنفيذي:

يتميز السند التنفيذي باعتباره فكرة قانونية بعدة خصائص جعلته يختلف عن باقي السندات الأخرى، و يمكن إجمال هذه الخصائص الأساسية فيما يلي¹:

أ- أن السند التنفيذي شرط لازم للشروع في مباشرة إجراءات التنفيذ فلا يمكن التنفيذ دون سند تنفيذي ممهور بالصيغة التنفيذية المنصوص عليها بموجب المواد 601 و 602 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.

ب- السند التنفيذي حجة قاطعة على الحق الثابت فيه فلا يجوز المنازعة في هذا الحق من أي طرف كان من أطراف التنفيذ، ذلك أن مشروعية حجية الأحكام القضائية في النصوص القانونية التي تقر هذا المبدأ سواء في صورة التمسك بهذه الحجية أو الدفع بها و سواء تعلق الأمر بتقريره عامة أو ارتباط بتفاصيل أعماله و قد استقر التشريع الوضعي على اعتبار هذه الحجية و العمل بها، و من أهم النصوص القانونية المقررة لحجية الحكم القضائي القانون المدني في مادته 338 و التي نصت على أنه " الأحكام التي حازت قوة الشيء المقضي به تكون حجة بما فصلت فيه من حقوق و لا يجوز قبول أي دليلينقض هذه القرينة و لكن لا تكون لتلك الأحكام هذه الحجية إلا في نزاع قام بين الخصوم أنفسهم دون أن تتغير صفاتهم و تتعلق بحقوق لها نفس المحل و السبب"، و هذا ماتجاوب معه الاجتهاد القضائي في أحد قرارات المحكمة العليا والذي جاء فيه أنه " المقرر أيضا أن الأحكام التي حازت قوة الشيء المقضي به تكون حجة بما فصلت فيه... لما تراجع قضاة المجلس عن القرار السابق الذي أصبح نهائيا فلا يمكنهم عندئذ النفس الأسباب والأطراف و الموضوع النظر فيه من جديد لسبق الفصل في النزاع بصورة نهائية، و لما خالفوا ذلك يكونوا قد خرقوا مبدأ حجية الشيء المقضي فيه، و أسأؤوا تطبيق القانون و عرضوا قرارهم للنقض دون إحالة".

ويستنتج من هذا القرار أن المحكمة العليا دلت على نفس المعنى الذي تضمنته المادة 338 من القانون المدني، وهو أن الحجية تضاف للأحكام الحائزة لقوة الشيء المقضي فيه، و معنى هذا ان تكون للأحكام حجة فيما فصلت فيه، و بالتالي وحدة الأطراف و الأسباب و الموضوع و مثال ذلك عقد الزواج أو الطلاق بين الزوجين و يجعل إعادة طرح هذا النزاع ممنوعا و غير جائز و أن تم ذلك فإنه يستحق النقض لخرقه مبدأ الحجية.

ج- أن السند التنفيذي وثيقة رسمية معدة لاقتضاء الحق الثابت فيه لصالح المستفيد منه، و معنى هذا ان السند التنفيذي يخص أطرافه فقط و ينفذ مرة واحدة و لا يمكن إعادة تنفيذه مرة

¹ سلمى مانع، دور السندات التنفيذية في مباشرة إجراءات التنفيذ الجبري، مجلة العلوم الإنسانية، المجلد 17، العدد 2، ط 2017، ص 735.

أخرى وقد حددت المادة 600 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية السندات التنفيذية على سبيل الحصر والتي يرى بعض الفقه أن المشرع رتبها حسب قوة حجيتها القانونية.

وسوف أكتفي بذكر السندات التي لها علاقة مباشرة بدعوى شؤون الأسرة.¹

1. حكم المحكمة الذي استنفذ طرق الطعن العادية وهي المعارضة والاستئناف والذي يعبر عنه بالحكم النهائي.

2. حكم المحكمة المشمول بالنفاذ المعجل في الحالات المنصوص عليها في المواد 303 و 323 و 609 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية والتي سبق شرحها.

3. قرار المجلس القضائي المتضمن الزاما بالتنفيذ على اعتبار أن القرار الصادر عن المجلس القضائي في اختصاصه الاستئنافي يصدر نهائيا وتلحقه القوة التنفيذية إذا كان صادرا بالإلزام.

4. قرار المحكمة العليا المتضمن الزاما بالتنفيذ ويقصد بذلك قرار المحكمة العليا الفاصل في موضوع عند نظرها في طعن ثالث بالنقض تطبيقا للفقرتين ما قبل الأخيرة والأخيرة من المادة 374 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

5. الأوامر الاستعجالية التي تشمل الأوامر المستعجلة أيأ كانت الجهة التي أصدرتها وتحول المادة 425 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية لرئيس قسم شؤون الأسرة الصلاحيات المخولة لقاضي الاستعجال ومنها إصدار الأوامر الاستعجالية غير قابلة للمعارضة ولا للاعتراض على النفاذ المعجل باستثناء القرار الاستعجالي الصادر عن المجلس القضائي غيابيا فهو قابل للمعارضة تطبيقا للمادتين 303 و 304 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

6. الأوامر على العرائض التي هي أوامر مؤقتة تصدر دون حضور الخصم ما لم ينص القانون على خلاف ذلك والتي تضمنتها المواد من 310 إلى 312 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية وتجيز المادة 57 من قانون الأسرة لرئيس قسم شؤون الأسرة الفصل على وجه الاستعجال بموجب أمر على عريضة في جميع التدابير المؤقتة ولاسيما ما تعلق منها بالنفقة والحضانة والزيارة والمسكن. 7 أوامر تحديد المصاريف القضائية ومن أمثلتها مصاريف الدعوى والخبرة والشهود ومصاريف التنفيذ وتكون تصفية هذه المصاريف رئيس الجهة القضائية التي أصدرت الحكم ولتكن هذه الجهة رئيس قسم شؤون الأسرة فيما يتعلق بالأحكام الصادرة منه عملا بالمادة 422 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية .

¹ أنور طلبية، التنفيذ الجبري ومنازعه الموضوعية والوقتية. المكتب الجامعي الحديث، 1996، ص 299.

وما تجب مراعاته هنا أنه وبالإضافة إلى وجوب أن يتضمن السند التنفيذي عنصر الإلزام بأن يكون قابلاً للتنفيذ فإنه لا يجوز طبقاً للمادة 601 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية تنفيذ السند في غير الحالات المستثناة بنص القانون إلا بموجب نسخة من

السند التنفيذي مهوور بالصيغة التنفيذية المحدد مضمونها في هذه المادة، وأن تنفيذ السندات الأجنبية المتعلقة بشؤون الأسرة والتي تشمل الأوامر والأحكام والقرارات الصادرة من جهات قضائية أجنبية لا يجوز تنفيذها في الجزائر إلا بعد منحها الصيغة التنفيذية من إحدى الجهات القضائية الجزائرية متى استوفت الشروط المنصوص عليها في المادة 605 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية وتتمثل هذه الشروط في ألا تتضمن ما يخالف قواعد عدم الاختصاص وحائز لقوة الشيء المقضي به طبقاً لقانون البلد الذي صدرت فيه، ولا تتعارض مع أمر أو حكم أو قرار سبق صدوره من جهات قضائية جزائرية، وأن لا تتضمن ما يخالف النظام العام والآداب العامة في الجزائر¹.

المطلب الثالث: دعوى التنفيذ.

تناول المشرع الجزائري إشكالات التنفيذ ضمن المواد 631، 632، 633، 634، 635 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وهي منازعة تتعلق بالتنفيذ الجبري سواء تعلقت بالحق الموضوعي المؤكد للسند التنفيذي، أو بالحق في التنفيذ الجبري أو تتعلق بمحل التنفيذ فيه، أو بأي إجراء من إجراءاته و يؤدي الحكم بقبولها إلى التأثير في التنفيذ الجبري أو في سريان إجراءاته .

و للعرض في ما يلي مجال دعوى منازعة التنفيذ، تم الجهة المختصة بالنظر فيها تم طرق الطعن في الحكم الفاصل في دعوى الإشكال.

الفرع الأول: مجال دعوى منازعة التنفيذ

تنقسم منازعة التنفيذ بالنظر لسبب المنازعة إلى منازعات تنفيذ موضوعية و منازعات تنفيذ وقتية².

لم يعرف المشرع الجزائري منازعات أو إشكالات التنفيذ، الأمر الذي جعل من الاجتهاد الفقهي يضع تعريفات لها حيث ان المقصود بمنازعات التنفيذ " الأسباب التي تصلح قانوناً لإقامة المنازعة عليها، والتي من شأنها أن تحول دون إتمام التنفيذ، وعرفت أيضاً بالطلبات أو الاعتراضات التي يتمسك بها أحد أطراف التنفيذ، ويفصل فيها القاضي بحكم قضائي له أثره على خصومة التنفيذ، و عرفت أيضاً بأنها منازعات تتعلق بالتنفيذ و تنشور بمناسبتها و تطرح في شكل خصومة على القضاء، و تتعلق أساساً بالشروط والإجراءات التي

¹ حمدي باشا عمر، طرق التنفيذ وفقاً للقانون رقم 09-08 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، دار هومة، ط 2013، ص 90.

² محمد عبد الخالق عمر مبادئ التنفيذ، ط4، دار النهضة العربية، سنة 1978، ص 234

يتطلبها القانون الإجراء التنفيذ، ويتقدم بها إما من المنفذ ضده أو من طالب التنفيذ أو من الغير .

1- **المنازعات الموضوعية:** تتمثل في الإشكالات الموضوعية المنازعة الموضوعية في دعوى التنفيذ الموضوعية و السابقة على تمام التنفيذ، فهي تلك المنازعة التي يطلب من خلالها المنفذ ضده إصدار حكم موضوعي يحسم النزاع في أصل الحق المتنازع عليه،¹ سواء استندت هذه المنازعة لأسباب إجرائية كأن يطلب فيها الحكم بصحة أو بطلان التنفيذ أو أسباب موضوعية كانقضاء الدين أو المقاصة أو الإبراء.

وبالتالي فإن إشكالات التنفيذ الموضوعية قد يكون موضوعها مقدمات التنفيذ كعملية الإخطار والتبليغ، أو تنصب على السند التنفيذي من حيث الشكل و المضمون وعليه تختص إشكالات التنفيذ الموضوعية بالخصائص التالية:

- ✚ أنها عقبات قانونية تطرح بصدد خصومة التنفيذ على القضاء.
- ✚ أنها دعاوى ترفع من أجل اتخاذ إجراء وقتي بوقف التنفيذ أو الاستمرار فيه مؤقتاً.
- ✚ أنها تؤسس على أسباب موضوعية تمس بموضوع الحق كانقضاء الدين المطلوب تنفيذ الحكم الصادر باستيفائه.

ولإشكالات التنفيذ الموضوعية عدة صور و ذلك بالنظر لجهة تقديمها، و فيما يخص الأطراف الذين يجوز لهم الأشكال في تنفيذ الحكم تعرضهم كالاتي:²

أ- **الدعاوى المرفوعة من المنفذ ضده:** و هو الإشكال الأكثر طرحاً في الواقع العملي و فيه يعترض المدين على التنفيذ من أجل وقفه أو منعه، و ذلك على أساس أن الدين المطلوب استيفاؤه منه قد انقضى بالوفاء به أو انقضى بالمقاصة بينه و بين الدائن، أو كان الحكم المنفذ بموجبه قد سقط بالتقادم و يجب على المنفذ ضده في هذه الحالات أن يقدم دعماً لاستكمال ما يفيد أحقية و صدق ما يدعيه من أسباب كالسندات و الوثائق المثبتة لذلك

ب- **الإشكالات المرفوعة من طالب التنفيذ بالرغم من أن الإشكالات المرفوعة من المنفذ ضده هي شائعة الحصول في الواقع العملي،** إلا أنه من حق طالب التنفيذ باعتباره الدائن في العلاقة الأصلية أو الحكم المراد تنفيذه أن يرفع هو الآخر إشكالات، و أهم صورها أن يرفع إشكالا و المطالبة من خلاله بالاستمرار في التنفيذ في حالة ما إذا رفع المدين المنفذ ضده إشكالا بوقف التنفيذ بحيث يكون طلبه هذا عكس الطلب الأول، و هو ما يصطلح على تسميته بالإشكال المعكوس وفيه يرفع المنفذ ضده إشكالا من أجل وقف التنفيذ على أساس انه هناك طعنا في الحكم سواء بالمعارضة أو الاستئناف، أي أن الحكم المراد تنفيذه هنا لم يحز بعد

¹ حمدي باشا عمر إشكالات التنفيذ وفقا للقانون رقم 08-2009 المؤرخ في 25 فبراير 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الطبعة 2013 ، دار هومة، ص 116.

² حمدي باشا عمر إشكالات التنفيذ، المرجع نفسه، ص 44.

قوة الشيء المقضي فيه، في حين يرفع طالب التنفيذ إشكالا معكوسا على أساس ان هذا الطعن جاء خارج أجله القانوني و يطلب فيه مواصلة التنفيذ، و هنا إذا اتضح للقاضي المختص من ظاهر الوثائق والأوراق في الدعوى المعروضة أمامه أن الحكم غير نهائي، أي أن الطعن جاء خارج ميعاده القانوني في هذه الحالة يقضي القاضي باستمرار التنفيذ.

ج- الإشكالات المرفوعة من الغير: يجوز للغير الذي له علاقة بالمال المراد التنفيذ عليه دون ان يكون طرفا في التنفيذ أو السند المنفذ به، أن يستشكل في الحكم أو السند التنفيذي إذا تعدى التنفيذ إلى مال له حق عليه، و أن يوجه التنفيذ فعلا إلى هذا المال، بغض النظر عن ما إذا كان هذا الحق هو حق ملكية أو حق انتفاع أو وضع يد.

و يشترط لقبول إشكالات التنفيذ الموضوعية ضرورة توافر الشروط العامة للدعوى و هي الصفة و المصلحة و التي نصت عليها المادة 13 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، أما أهلية التقاضي أصبحت تعد من شروط صحة المطالبة القضائية عملا بالمادة 64 من نفس القانون.

و عليه يشترط في رافع دعوى الإشكال في التنفيذ ان يكون ذا صفة بحيث يكون هو صاحب الحق أو المركز القانوني محل النزاع، أو من ينوبه قانونا، و هو نفس الأمر بالنسبة للمدعى عليه بحيث يجب ان يكون له صفة في الدعوى أي هو صاحب المركز القانوني المعتدي على الحق المدعى به.

و الإشكال الموضوعي هو دعوى قضائية شأنه شأن أي دعوى قضائية، و لقبولها يشترط أن يكون لرافعها مصلحة شخصية مباشرة و صفة في رفعه، و في هذه النقطة اختلف الفقه في مدى تعلق الصفة في إشكالات التنفيذ بالنظام العام من عدمه، أين اعتبرها البعض من النظام العام وعلى المحكمة ان تحكم بها من تلقاء نفسها بعدم قبول الانتشال، والبعض الآخر وهو الرأي الراجح في الفقه أن الصفة ليست من النظام العام ولا تحكم المحكمة بها من تلقاء نفسها أما بالنسبة للغير فالأصل انه ليس طرفا في خصومة التنفيذ و بالتالي ليس له الحق في الأشكال في التنفيذ، و لكن يجب أن تكون له صفة في حالة ما إذا ادعى ان الأموال المراد التنفيذ عليها ملك له.

أما المصلحة فهي شرط أساسي لقبول إشكالات التنفيذ الموضوعية، فهي الفائدة و المنفعة العملية التي تعود على المدعي من الحكم له بطلباته، و عليه متى توافرت للمدعي فائدة توافرت له مصلحة و يشترط في المصلحة المرتبطة بالإشكال أن تكون قانونية، بغض النظر عن نوع المصلحة المراد حمايتها سواء كانت مادية أو أدبية¹.

¹ مانع سلمى، زواوي عباس، دور السندات التنفيذية في مباشرة إجراءات التنفيذ الجبري، مجلة العلوم الإنسانية، جامعة محمد خيضر بسكرة، العدد 49،

أما بالنسبة للأهلية فيرى الفقهاء أنها ليست شرطا لقبول الإشكالات المتعلقة بالتنفيذ و إنما هي شرط يتعلق بصحة الخصومة، ومعنى ذلك أن عدم توافرها لدى المدعي لا يمنع من قبولها ولكن إجراءاتها تقع باطلة و بالتالي فالأهلية ليست شرطا لا بد من توافره في رافع أشكال التنفيذ، وبناء على ذلك يجوز لناقص الأهلية إقامة إشكال في التنفيذ في حالة ما إذا تعارضت حقوقه مع مصلحة الولي أو مع الوصي أو مع القيم.

إضافة لهذه الشروط يجب احترام قوة الشيء المقضي به ذلك انه إذا مس الإشكال الموضوعي بحجية الأمر المقضي و تجاوز الحدود المرسومة له ففي هذه الحالة يجب الحكم بعدم قبوله.¹

و يتمثل موضوع إشكالات التنفيذ الموضوعية، إما بالمنازعة في صحة التنفيذ و إما في منازعة عدالة التنفيذ والتي تتعلق بالحق الموضوعي المنفذ من أجله و سوف تعرض لهذين الموضوعين تباعا على النحو التالي:

منازعة صحة التنفيذ: تكون هذه المنازعة إما المنازعة في صحة السند التنفيذي، و يتعلق الأمر بالسند التنفيذي، فقد يرمي الإشكال المطروح أمام القضاء إلى إنكار القوة التنفيذية للسند، أو الادعاء بانعدام الحكم أو ببطلان حكم التحكيم أو سقوط الأمر على عريضة المراد تنفيذه لعدم تقديمه للتنفيذ ضمن اجل ثلاثة أشهر، كما توجبه المادة 311 في فقرتها 03 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.²

المنازعة في مقدمات التنفيذ وتعلق المنازعة بالإجراءات الواجب اتخاذها قبل الشروع في التنفيذ الجبري و هي التبليغ الرسمي للسند التنفيذي إلى الخصم و تكليفه بالوفاء، حيث يصبح التنفيذ بدون القيام بهذه المقدمات باطلا، حيث انه و ان كانت هذه الأخيرة لا تعتبر من إجراءات التنفيذ الجبري إلا انه يجوز المنازعة فيها، وذلك على أساس ان تخلف إحدى مقدمات التنفيذ طبقا للأحكام المادتين 612 و 613 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، و منه يمكن إبطال التكليف بالوفاء، أمام القاضي الاستعجالي خلال اجل خمسة عشر (15) يوما الموالية لتاريخ التبليغ الرسمي للتكليف بالوفاء ليفصل فيه في أجل أقصاه خمسة عشر (15) يوما.³

المنازعة في أركان التنفيذ كان تتعلق المنازعة في أركان التنفيذ و المتمثلة أساسا في أطراف التنفيذ سواء تعلقت بالشروط الواجب توافرها في احد أطراف التنفيذ أو الادعاء ان المحضر القضائي يقوم بالتنفيذ خارج دائرة اختصاصه، و قد تتمثل أيضا المنازعة في

¹ أحمد أبو الوفاء : إجراءات التنفيذ في المواد المدنية والتجارية، المرجع السابق، ص 359.

² لسندات التنفيذية المذكورة بنص المادة 600 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية. حمدي باشا عمر إشكالات التنفيذ المرجع السابق، ص 48

³ عبد الرحمان ملزي: المرجع السابق، ص 38.

الأموال محل التنفيذ، و مثال ذلك الادعاء بعدم جواز التنفيذ عليها أو كان المال المحجوز ليس ملكا للمدين.

هذا وقد تتعلق المنازعة في شكل التنفيذ، والمقصود منها مجموعة الإجراءات التي يوجب القانون اتخاذها للقيام بهذا التنفيذ وذلك بحسب محل الحق الموضوعي الذي¹ يجري التنفيذ لاستيفائه، فإذا كان محل التنفيذ ليس مبلغا من المال و إنما كان الالتزام بالقيام بعمل أو تسليم شيء معين وجب إتباع طريق التنفيذ المباشر، أما إذا كان محل الالتزام مبلغا نقديا وجب إتباع طريق الحجز سواء كان بحجز المنقول لدى المدين أو حجز ما للمدين لدى الغير أو حجز السندات والأسهم والإيرادات والحصص والذي يُعمل في شأنه بالأوضاع المقررة في حجز المنقول لدى المدين أو في حجز ما للمدين لدى الغير وذلك حسب طبيعة المال المحجوز².

المنازعة في عدالة التنفيذ هي تلك المنازعة الدائرة حول الحق الموضوعي المنفذ لأجله لأن التنفيذ خاضع لأحكام قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، و يقع صحيحا ان تم وفقا لما هو مقرر في ذات القانون لان الغاية التي يهدف إلى تحقيقها هي غاية موضوعية تتمثل في الحق الموضوعي المطالب به و بالتالي لا تتحقق هذه الغاية من التنفيذ إلا إذا كان الحق موجودا، و إلا وقع التنفيذ غير عادل، هذا و تتمثل أيضا منازعة عدالة التنفيذ كون الحق الموضوعي قد انقضى لأي سبب من أسباب انقضاء الالتزام المنصوص عليها في المواد من 258 إلى 322 من القانون المدني، سواء تعلق بالوفاء بالدين، أو بالإبراء أو المقاصة، أو تجديد الالتزام أو الادعاء يقاوم الحق الموضوعي.³

و الفرق بين المنازعة في صحة التنفيذ و منازعة عدالة التنفيذ أن المنازعة الأولى الحكم فيها ببطلان التنفيذ يقتصر على ذات الإجراءات و لا يمنع من قيام طالب التنفيذ بتجديد الإجراءات بشكل صحيح و سليم بناء على ذات السند التنفيذي الذي لم يحدث أي مساس بقوته التنفيذية أما المنازعة الثانية فانه يترتب عنها حجية الشيء المقضي فيه بالنسبة للحق الموضوعي الأمر الذي يحول دون قيام طالب التنفيذ بالتنفيذ من جديد من اجل الحق ذاته.

و يستنتج مما سبق طرحه أن إشكالات التنفيذ الموضوعية تنصب على صحة أو بطلان التنفيذ أو السند التنفيذي عندما يرمي إلى إنكار قوته التنفيذية، ويكون المطلوب فيه حكم يحدد مصير هذا التنفيذ، إما بصحته أو ببطلانه و إما بشرعيته أو عدم شرعيته أو بعدالة أو عدم عدالة التنفيذ.

¹ عملا بنص المادة 636 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

² أحمد على السيد خليل طلبات وقف التنفيذ أمام محكمة التنفيذ ومحاكم الطعن في المواد المدنية و التجارية، درا الجامعية، بيروت، ص 223

³ عمارة بلغيث، المرجع السابق، ص 136.

2- إشكالات التنفيذ الوقتية (المنازعة الوقتية): تعددت التعاريف الفقهية لإشكالات التنفيذ الوقتية غير أنها لم تخرج عن إطار المفهوم الآتي: هي تلك المنازعات التي تعترض تنفيذ الأحكام القضائية و السندات واجبة التنفيذ، قبل تمام التنفيذ، ويكون المطلوب فيها إجراء وقتيا لا يمس بأصل الحق كالاتمرار في التنفيذ مؤقتا أو طلب وقفه، و في هذا الصدد لا تعتبر من إشكالات التنفيذ تلك العقوبات المادية التي يعترض بها المحكوم عليه أو الغير في عملية التنفيذ كمنع التنفيذ باستعمال القوة أو غلق الأبواب و غيرها من العقوبات المادية، لأن هذا يعني التعدي على الضابط العمومي القائم بالتنفيذ و هو الأمر الذي يقع تحت طائلة الجحفة المنصوص عليها بموجب المادتين 183 و 184 من قانون العقوبات، حيث جاء في المادة 183 منه كل هجوم على الموظفين أو ممثلي السلطة العمومية الذين يقومون بتنفيذ الأوامر أو القرارات الصادرة منها أو القوانين أو اللوائح أو القرارات أو الأوامر القضائية وكذلك كل مقاومة لهم بالعنف أو التعدي تكون جريمة العصيان والتهديد بالعنف يعتبر حكم في العنف ذاته، وجاء في المادة 184 من نفس القانون يعاقب على العصيان الذي يرتكبه شخص أو شخصان بالحبس من ثلاثة أشهر إلى سنتين وبغرامة من 20.000 إلى 100.000 دج أو بإحدى هاتين العقوبتين، وإذا كان الجاني أو أحد الجانين مسلحا فيكون الحبس من ستة أشهر إلى ثلاثة سنوات وبغرامة من 20.000 إلى 100.000 دج¹.

إضافة لذلك فإن هذه العقوبات المادية لا تتضمن أي ادعاء يقتضي الأمر عرضه على القضاء، وإعمالا للصيغة التنفيذية يمكن للمحضر القضائي ان يزيلها بنفسه أو بالاستعانة بالقوة العمومية، وبالتالي لا يستوجب أن يفصل فيها رئيس المحكمة بأمر قضائي.

السنداتو مجال إشكالات التنفيذ الوقتية فقد نصت المادة 631 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية أنه في حالة وجود إشكال في تنفيذ إحدى السندات المنصوص عليها في هذا القانون يحضر المحضر القضائي محضرا عن الإشكال و يدعو الخصوم لعرض الإشكال على رئيس المحكمة التي يباشر في دائرة اختصاصها التنفيذ عن طريق الاستعجال و يلاحظ من هذه المادة أن مجال إشكالات التنفيذ الجبري هي المذكورة بموجب نص المادة 600 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية و عليه يجب أن يكون بيد الدائن مباشر التنفيذ حكم أو أمر أو محرر موثق أو أي ورقة أخرى يفضي عليها القانون صفة السند التنفيذي، و أن يكون مستوفيا لكافة الشروط الواجب توافره في السند التنفيذي و أن تخلف أحد الشروط فلا يجوز له مباشرة التنفيذ الجبري، غير أن هذه الشروط قد تختلف باختلاف السندات التنفيذية و سنقتصر على تبيان السندات التي لها علاقة بشؤون الأسرة.

أ- الأحكام القضائية تشمل إشكالات التنفيذ الوقتية جميع الأحكام الصادرة عن جهات القضاء المدني وكذلك الأحكام الجزائية في شقها المدني أي الدعوى المدنية التبعية، والتي يباشر

¹ حمدي باشا عمر إشكالات التنفيذ المرجع السابق، ص 80.

الدائن التنفيذ الجبري بمقتضى حكم قضائي يتعين أن يتوفر في هذا الحكم شروط تتعلق أساسا ب:1

. أن يكون هذا الحكم ،ملزما، أي يتضمن التزاما بأداء عمل معين أو الامتناع عن القيام بعمل معين أو الالتزام بدفع مبلغ مالي، فإن كان حكما مقررًا أو حكما منشأ فلا يصح أن يكون سندا تنفيذيا.

يجب أن يكون هذا الحكم حكما باتا و حائزا لقوة الشيء المقضي به أو يكون مشمولا بالنفاذ المعجل كأحكام النفقة والحضانة.

يجب أن يكون الحكم مهورا بالصيغة التنفيذية و هذا عملا بموجب المادة 601 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية لا يجوز التنفيذ في غير الأحوال المستثناة بنص في القانون، إلا بموجب نسخة من السند التنفيذي مهورا بالصيغة التنفيذية².

إضافة لهذه الشروط فإن الإشكال لا يعد إشكالا في التنفيذ إلا إذا توافرت فيه شروط خاصة التي جملها في الآتي:3

أن تكون بصدد عقبة قانونية وفيها يكون المطلوب من رفع دعوى الإشكال عرض ادعاء قانوني من شأنه أن يشكل اعتراضا على التنفيذ الجبري و مثال ذلك الادعاء قانوني ان الحكم المراد تنفيذه لا يشكل سندا تنفيذا بمفهوم المادة 600 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.

أن يكون المطلوب إجراء وقتيا لا يمس أصل الحق، فقد نص المشرع من خلال المادة 633 في فقرتها التالية من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية على أنه يكون للأمر الصادر عن رئيس المحكمة طابع مؤقت و لا يمس أصل الحق و لا يفسر السند التنفيذي، عليه يجب أن يكون المطلوب من الإشكال مجرد إجراء تدبير تحفظي أو إجراء وقتي لا يمس موضوع الحقوق المتنازع فيها، و أن المقصود من هذا الإجراء هو وقف التنفيذ أو الاستمرار فيه مؤقتا وهو ما جاء في أحد قرارات المحكمة العليا⁴ حيث جاء فيه: "من المقرر قانونا أن الأوامر التي تصدر في المواد المستعجلة لا تمس أصل الحق. يستفاد من - قضية الحال - أن قضاة الاستعجال لما أمروا بتأييد الأمر المستأنف مبدئيا و تعديلا له قضوا بأن يقع التنفيذ على الطابق العلوي فقط من السكن المتنازع عليه، فإنهم قد أساموا تطبيق القانون إذ كان

¹ حمدي باشا عمر: إشكالات التنفيذ المرجع السابق، ص 84 وما يليها.

² الصيغة التنفيذية هي عبارة عن خطاب موجه إلى المحضر القضائي والنيابة والطاقي التابع لها (القوة العمومية) بإجراء التنفيذ.

³ حمدي باشا عمر: إشكالات التنفيذ المرجع السابق، ص 93.

⁴ المحكمة العليا، الصادر بتاريخ 01/10/1998 ، ملف رقم 207383 ، مجلة قضائية، لسنة 1999، عدد1، ص 108 .

عليهم أن يقتصر قضاؤهم على الاستمرار في التنفيذ إن لم يوجد إشكال أو وقفه إن ثبت ذلك و لا يسوغ لهم أن يفصلوا في نزاع قد حسمه قضاة الموضوع".

و بالتالي فإن شرط عدم المساس بأصل الحق يفترض أن يكون المطلوب إجراء وقتيا مع بقاء أصل الحق سليما. أن يكون الإشكال مرفوعا قبل تمام التنفيذ، بما أن الهدف من رفع الإشكال هو التنفيذ أو الاستمرار فيه مؤقتا فإنه يشترط لقبول الإشكال الوقتي أن لا يكون التنفيذ قد تم، بمعنى أنه إذا تم التنفيذ فإنه لا معنى لطلب وقفه أو طلب الاستمرار فيه مؤقتا. وما تجب ملاحظته أنه في حالة ما إذا رفع الإشكال قبل تمام التنفيذ، و بالرغم من صراحة الأمر الصادر بموجب المادة 632 في فقرتها التالية والتي تلزم وقف التنفيذ إلى غاية الفصل في الإشكال أو في طلب وقف التنفيذ، وأصر المحضر القضائي وأتم التنفيذ قبل صدور الأمر من رئيس المحكمة بوقف التنفيذ ففي هذه الحالة تمام التنفيذ لا يمنع الحكم بوقف التنفيذ ويكون معناه هو عدم الاعتماد بما تم من تنفيذ وإعادة الحالة إلى ماكانت عليه وقت رفع الإشكال،¹ وهو ما يسمى بالتنفيذ العكسي" وذلك عن طريق رفع دعوى التمكين والتي من خلالها يتم إزالة أعمال التنفيذ التي تمت بعد رفع الإشكال ورفع الحالة التي ما كانت عليه من قبل صدور حكم بوقف التنفيذ الاستعجال من المتفق عليه فقها وقضاء أن حالة الاستعجال مفترضة دائما في جميع إشكالات التنفيذ فهي بطبيعتها مستعجلة ولا حاجة إلى إثبات هذه الصفة كون إشكالات التنفيذ تهدف أساسا إلى رفع خطر حال للمنفذ ضده ويتمثل الاستعجال هنا من خطر الاستمرار في التنفيذ على أمواله بغير وجه حق، أين تكون له مصلحة في وقفه الرفع خطر التنفيذ، ويتمثل بالنسبة لطالب التنفيذ في تعطيل قوة السند التنفيذي و عليه يستمد الاستعجال هذه الصفة من طبيعة الإجراء المطلوب بواسطة دعوى الإشكال الوقتي، و التي الغرض منها هو إجراء و حماية وقتية و الباعث على طلبها هو خطر التأخير في الفصل في المنازعة الموضوعية، و هذا من شأنه أن يؤدي إلى احتمال فوات المصلحة أو تأخرها طبقا لقواعد التنفيذ القضائي².

. أن لا يتضمن الإشكال طعنا في الحكم المتشكل في تنفيذه و لا ينبغي أن يؤسس الإشكال في التنفيذ على أن السند التنفيذي خاطئ، ومثال ذلك أن يطلب المنفذ ضده وقف تنفيذ الحكم بحجة ان المحكمة غير مختصة أو أنها أخطأت في تطبيق القانون فهي إشكالات غير مقبولة، ذلك أن الإشكال لا يعد طريقا من طرق الطعن في السندات التنفيذية.

¹حمدي باشا عمر: إشكالات التنفيذ المرجع السابق، ص ص 97-98.

²شرط الاستعجالا فترضه المشرع الجزائري في دعوى الإشكال بموجب أحكام المادة 631 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

رجحان وجود حق: فالقاضي رئيس المحكمة يفصل في الإشكال باعتباره قاضيا للأمر المستعجلة، لذلك يتقيد بهذا الشرط و يستدل على وجود الحق من ظاهر المستندات و له أن يوقف التنفيذ متى رجح له بطلانه.¹

الفرع الثاني: الجهة المختصة للنظر في دعوى التنفيذ.

يعتبر التنفيذ مرحلة ضرورية و مكتملة لمرحلة الفصل في النزاع و يلعب القضاء دورا مهما فيه حيث هو الذي يشرف على إجراءاته و سنعرض فيما يلي الجهة المختصة بالنظر في إشكالات التنفيذ الموضوعية و الوقتية.

كما سبق بيانه اعتمدت التشريعات نظام قاضي التنفيذ و هو القاضي الذي يتحدد مناط اختصاصه بمجال التنفيذ و إشكالاته، إلا أن هذا التصور لا يوجد في القضاء الجزائري حيث يعتبر رئيس المحكمة هو المختص نوعيا و وظيفيا بالنظر في إشكالات التنفيذ، و هذا الاختصاص حدده قانون الإجراءات المدنية و الإدارية بموجب المادة 631 منه بحيث أسند هذا الاختصاص لرئيس المحكمة باعتباره هو القاضي المكلف بالاستعجال ، و ذلك استنادا لسلطته في إصدار الأوامر حيث يفصل فيها مؤقتا و يحيلها لقاضي الموضوع الذي يفصل بدوره في مدى تأسيس الإشكال، و لرئيس المحكمة صلاحية إصدار الأوامر الولائية باعتباره رئيس المحكمة و الأوامر القضائية باعتباره²

يمارس عملا قضائيا يدخل ضمنه إشكالات التنفيذ³ ، و من خلال هذا سنعرض لتحديد الجهة القضائية المختصة بالفصل في دعاوى إشكالات التنفيذ الموضوعية و إشكالات التنفيذ الوقتية.

الأصل أن دعاوى إشكالات التنفيذ الموضوعية باعتبارها دعاوى موضوع محضة ينظر فيها قاضي الموضوع بحيث تهدف هذه الدعاوى إلى الإطاحة بعملية التنفيذ بحكم موضوعي قطعي صادر في أصل الحق في التنفيذ، غير أنه و بعد صدور قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجديد خرج المشرع عن هذه القاعدة العامة، و كرس عدة نصوص خول من خلالها لقاضي الأمور المستعجلة الفصل في دعاوى إشكالات التنفيذ الموضوعية بغرض إضفاء السرعة و الفعالية من ناحية و من أجل تفادي أمد التنفيذ، من ناحية أخرى، ليرجع ويعطي صلاحية الفصل في الدعاوى الموضوعية طبقا لأحكام القضاء الاستعجالي لقاضي الموضوع و مثالها الأحكام الصادرة من قسم شؤون الأسرة بالمحكمة المتعلقة بقسمة التركات فهي أحكام صادرة عن قاضي الموضوع لكنها خاضعة لأحكام القضاء الاستعجالي

¹حمدي باشا عمر: إشكالات التنفيذ المرجع السابق، ص 99.

²وحدده المادة 183 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

³لوعيل محمد لمين: الإشكال التنفيذ في الأحكام المدنية، أطروحة دكتوراه في الحقوق فرع عقود مسؤولية، إشراف الدكتور الغوثي بن ملحة، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر سنة 2010/2011 م، ص 92

و هذا بموجب نص المادة 183 من قانون الأسرة التي نصت على أنه يجب أن تتبع في الإجراءات المستعجلة في قسمة التركات.

أما بالنسبة الإشكالات التنفيذ الوقتية فالاختصاص النوعي للفصل في هذه الإشكالات نجد أن المادة 36 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية نصت على أنه عدم الاختصاص النوعي من النظام العام تقضي به الجهة القضائية تلقائيا في أي مرحلة كانت عليها الدعوى¹ و يفهم من فحوى هذه المادة أنها ترتب قاعدة مفادها منع الخصوم الاتفاق¹ على منح هذا الاختصاص لقاض آخر غير رئيس المحكمة، و هو ما تضمنته

أيضا المادة 631 من ذات القانون والتي نصت على أنه " في حالة وجود إشكال في تنفيذ أحد السندات التنفيذية المنصوص عليها في هذا القانون يحضر المحضر القضائي محضرا عن الإشكال و يدعو الخصوم لعرض الإشكال على رئيس المحكمة التي يباشر في دائرة اختصاصها التنفيذ عن طريق الاستعمال".

وبالتالي يستنتج مما تم طرحه أن إشكالات التنفيذ الوقتية يختص بالفصل فيها القضاء الاستعجالي ولا يجوز لقاضي الموضوع الفصل فيها بل يتوجب عليه أن يصرح بعدم الاختصاص النوعي عملا بنص المادتين 36 و 631 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية و هذا ما قضت به المحكمة العليا في أحد قراراتها و الذي جاء فيه "... أن إشكالات التنفيذ قد حدد لها المشرع إجراءات خاصة" كما جعل الاختصاص فيها لقاضي الأمور المستعجلة.²

أما الاختصاص الإقليمي فقد نصت عليه المادة 40 في فقرتها 09 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، بحيث ترفع الدعاوى أمام الجهات القضائية المبينة أدناه دون سواها، في المواد المستعجلة أمام المحكمة الواقع في دائرة اختصاصها مكان وقوع الإشكال في التنفيذ أو التدبير المطلوب.

و جاء في المادة 299 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية "في جميع أحوال الاستعمال...يتم عرض القضية بعريضة افتتاحية أمام المحكمة الواقع في دائرة اختصاصها الإشكال أو التدبير المطلوب".

وأشارت المادة 631 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية أنه في حالة وجود إشكال في التنفيذ على المحضر القضائي القائم بالتنفيذ أن يحضر محضرا بذلك و يدعو الخصوم لعرض ذلك الإشكال أمام رئيس المحكمة التي يباشر في دائرة اختصاصها التنفيذ.

¹ نبيل إسماعيل عمر : المرجع السابق، ص 68.

² المحكمة العليا، الصادر بتاريخ 13/03/1988، ملف رقم 48120، المجلة القضائية، لسنة 1991، عدد 04، ص 135.

و عليه فمادام ان الاختصاص النوعي من النظام العام فأیضا الاختصاص الإقليمي في مادة التنفيذ يعد من النظام العام وذلك بموجب المادة 40 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.

و فيما يخص إجراءات رفع إشكالات التنفيذ فالأصل فيها سواء كانت موضوعية أو وقتية فإنها ترفع وفقا للإجراءات المعتادة لرفع الدعاوى المستعجلة و ذلك بتقديم عريضة مكتوبة بمصلحة رفع الدعوى بالمحكمة الابتدائية و تتبع في شأنها الإجراءات الخاصة بالقضاء المستعجل سواء من حيث الجدولة أو من حيث المواعيد أو سرعة الفصل و طرق الطعن المقررة في الأحكام الاستعجالية.

و يرفع الإشكال عن طريق المحضر القضائي القائم بالتنفيذ و ذلك عن طريق إثباته في محضر رسمي يسمى محضر إشكال في التنفيذ، بحيث يقوم هذا المحضر مقام العريضة المفتحة لخصومة التنفيذ و يسجل في سجلات إشكالات التنفيذ المفتوح على مستوى أمانة ضبط رئاسة المحكمة، و يتعين على المحضر استيفاء مصاريف الدعوى و يحدد تاريخ الجلسة التي يحضر فيها الأطراف أمام قاضي الأمور المستعجلة و يتولى المحضر القضائي بنفس المحضر الذي حرره تكليف الخصوم بالحضور في اليوم و الساعة أمام القاضي الاستعجالي¹. و عليه إذا قبلت دعوى الإشكال في التنفيذ أو دعوى طلب وقفه يأمر رئيس المحكمة بوقف التنفيذ لمدة لا تتجاوز ستة (06) أشهر ابتداء من تاريخ رفع الدعوى أما في حالة رفضه لدعوى الإشكال أو طلب وقف التنفيذ يأمر القاضي بمواصلة التنفيذ، أما إذا سبق الفصل في إشكال التنفيذ أو في طلب وقفه فإنه من غير الممكن و لا يجوز رفع دعوى ثانية من نفس الأطراف وحول نفس الموضوع و هذا بموجب أحكام المادتين 634 و 635 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

ثالثا: الطعن في الحكم الفاصل في دعوى.

كما أوضحنا سابقا أن دعوى الإشكال الموضوعي ترفع بدعوى عادية و بحسب الحالة المعروضة، إما أمام قاضي الموضوع و إما أمام قاضي الاستعجال، الأمر الذي يوجب أن نفرق فيه بين ما إذا كان الحكم الفاصل في الإشكال الموضوعي صادرا عن أي قاض منهما.

فإذا كان قاضي الموضوع هو الذي فصل في دعوى الإشكال الموضوعي فإن الحكم الصادر في التنفيذ يخضع كغيره من الأحكام لطرق الطعن العادية و غير العادية إذ يجوز الطعن فيه بالمعارضة و الاستئناف كما يمكن الطعن فيه بالنقض و التماس إعادة النظر و اعتراض الغير الخارج عن الخصومة.

¹ حمدي باشا عمر: إشكالات التنفيذ المرجع السابق، ص 120 وما يليها.

أما إذا كان قاضي الاستعجال هو الذي فصل في دعوى الإشكال الموضوعي فإنها تخضع لطرق الطعن التي تخضع لها الأوامر الاستعجالية، حيث تكون قابلة للاستئناف خلال أجل خمسة عشر (15) يوما من تاريخ التبليغ الرسمي للأمر و ذلك بموجب المادة 304/03 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية غير أنها تكون غير قابلة للطعن بالمعارضة إذا كانت صادرة في الدرجة الأولى وهذا إعمالا بالمادة 304/02 من نفس القانون .

أما فيما يتعلق بالحكم الفاصل في دعوى إشكال التنفيذ الوقتي فالأصل فيها أنها غير قابلة للطعن فقد نصت المادة 633 في فقرتها الأولى من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية يتعين على رئيس المحكمة أن يفصل في دعوى الإشكال أو في طلب وقف التنفيذ بأمر مسبب غير قابل لأي طعن،¹ و بالتالي يعتبر الأمر الصادر في دعوى الإشكال الوقتي غير قابل لأي طريق من طرق الطعن المنصوص عليها في المادة 313 و ما بعدها من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية و هو وضع لم تتح فيه الفرصة

للخصوم للتظلم من القضاء الصادر من المحاكم مادامت إمكانية الطعن القضائي غير متوفرة وصادر حق المحكمة العليا المتمثل في تقويم العمل القضائي للجهات القضائية و أيضا توحيد المبادئ القانونية.

و يستنتج من أن الأمر الصادر في الإشكال الوقتي لا يعد سندا تنفيذيا بمفهوم 600 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية صالحا للتنفيذ الجبري لأنه لا يتضمن التزاما معيناً للخصوم وبالتالي لا يمهر بالصيغة التنفيذية و إنما يدعم مركزا قانونيا لم يكن موجودا من قبل و بالتالي لا يمكن الاتشكال فيه باعتباره ليس سندا تنفيذيا.

المطلب الرابع : أثر الإشكال في التنفيذ

يترتب على رفع الإشكال في التنفيذ عدة آثار منها ما هو متعلق بإشكالات التنفيذ الموضوعية الخاصة بكل من دعاوى خصومة التنفيذ و التي تهدف أساسا إلى استيفاء الدائن حقه بواسطة الحجز على أموال المدين، و منها ما هو متعلق بإشكالات التنفيذ الوقتية التي تتعلق بأثر وقف التنفيذ أو أثر مواصلته.

الفرع الاول: أثر الإشكال في التنفيذ على خصومة التنفيذ:

يتجلى أثر إشكالات التنفيذ الموضوعية بالنسبة لمنازعة عدالة التنفيذ و منازعة صحة التنفيذ و أيضا المنازعات الخاصة.²

1- بالنسبة لمنازعة عدالة التنفيذ: كما سبق بيانه أن منازعة عدالة التنفيذ تهدف إلى المنازعة في وجود الحق الموضوعي وصحة التصرف مصدر الحق أو تهدف إلى انقضاء

¹ حمدي باشا عمر إشكالات التنفيذ المرجع السابق، ص 78.

² حمدي باشا عمر إشكالات التنفيذ المرجع السابق، ص 149.

الحق الموضوعي بأحد أسباب الانقضاء، وعليه إذا وقع التصرف غير صحيح أو وقع باطلا فإن محل خصومة التنفيذ ينقضي أو ينعدم بالرغم من تقرير السند التنفيذي لهذا الحق الذي انقضى أو انعدم و هذا نتيجة لانقضاء الحق الموضوعي أين أصبح التنفيذ غير ممكن لانعدام المحل فيه، وبالتالي منازعة التنفيذ الموضوعية بالنظر لسببها منازعة عدالة التنفيذ تؤدي إلى بطلان محل خصومة التنفيذ كليا و من أجل مواصلة التنفيذ يستوجب الحصول على سند تنفيذي جديد.

2- بالنسبة لمنازعة صحة التنفيذ: وتكون أساسا في المنازعات في إجراءات التنفيذ بما فيها مقدمة التنفيذ و عليه إذا انعدمت الصلاحية القانونية للقائم بالتنفيذ أو كان غير مختص نوعيا أو وظيفيا للقيام بالإجراء أو كان موضوع هذا الإجراء غير محدد تحديدا نافيا للجهالة أو حتى أنه تم تحت الإكراه، و تم تقرير بطلانه يترتب على ذلك بطلان العمل الإجرائي و بطلان كل الإجراءات التي تليه، وعليه يمكن تصحيح العمل كان يصبح القائم بالتنفيذ مختصا نوعيا أو وظيفيا للقيام بالإجراء أو حدد موضوع الإجراء تحديدا كافيا و نافيا للجهالة يعاد مباشرة السير في دعوى التنفيذ انطلاقا من هذا الإجراء الصحيح، أما إذا كان المال محل التنفيذ من قبيل الأموال غير القابلة للحجز ولا يمكن التصرف فيها و في هذه الحالة يتم البحث على أموال المدين المنفذ ضده و يجوز للدائن هنا ان يترصد للمدين مدة خمسة عشر (15) سنة ويمكنه قبل انتهاء هذه المدة أن يقطع التقادم بأي إجراء من الإجراءات المحددة لذلك في القانون المدني¹، و السند التنفيذي إضافة لهذا إذا كان هو سند تنفيذ جزائي أو كان نتيجة مخالفة التزام قانوني فإنه يجوز تنفيذه عن طريق الإكراه البدني من أجل إجبار المدين على التنفيذ.

السندو عليه يمكن أن يفهم أن منازعات إشكالات صحة التنفيذ لا تهدف إلى انقضاء خصومة التنفيذ كليا بل تستمر بعد تصحيح الإجراء و يستمر أيضا التنفيذ على أموال المدين القابلة للحجز و التصرف و هذا يعني أن عدم الصحة أو البطلان لا ب التنفيذ ذاتة سبب الحق في التنفيذ، ويستمر تنفيذ إجراءات خصومة التنفيذ من أجل استيفاء الدائن حقه من مدينه، و لأن الإشكال الموضوعي هنا هو الحصول على حكم.

يؤثر على إجراءات التنفيذ وصحتها أو عدم توفر السند التنفيذي على الشروط الواجب توافرها فيه أو لطرق الطعن في صفته.

¹- عملا بنص المادة 317 من قانون المدني والتي جاء فيها فيقطع التقادم بالمطالبة القضائية ولو رفعت الدعوى إلى محكمة غير مختصة بالتشبيه أو الحجز وبالطلب الذي يتقدم به الدائن لقبول حقه في تفليسه المدين أو توزيع أو بأي عمل يقوم به الدائن أثناء مرافعة للإثبات حقه".

وإذا كان سبب منازعة التنفيذ هو الحق في التنفيذ يجب الحصول على السند التنفيذي الذي يشمل بطبيعته على حكم الزام، ذلك لأن الحكم المنشأ أو الحكم التقريري لا بعد من قبيل السندات التنفيذية، فيمجرد الحصول على السند التنفيذي يتم استصدار أمر بالحجز التنفيذي فيما يخص الشروط الموضوعية له والتي تتعلق أساساً بأن يكون هذا السند معين المقدار ومحقق الوجود وحال الأداء ويكون التنفيذ العيني أو المباشر ممكناً أما بالنسبة لانقضائه فهي نفس الشروط العامة لانقضاء الحق الموضوعي والحق في الدعوى فتؤدي إلى انقضاء خصومة التنفيذ لانعدام سببها، شأنها في ذلك شأن منازعة عدالة التنفيذ.

3- بالنسبة للمنازعة الخاصة :

تكون المنازعة الخاصة بالنظر لطبيعتها إما منازعات في عدالة التنفيذ كدعوى استحقاق العقار أو دعوى استرداد المنقولات طبقاً للمادة 716 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية وإما تكون منازعات في صحة التنفيذ كدعوى الاعتراض على قائمة شروط البيع ويكون الاعتراض على قائمة شروط البيع نفسها إما بتعديلها أو حذفها أو بطلانها عملاً بالمادة 742 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية و أيضاً دعوى إبطال الحجز، إذ يجوز للمحجوز عليه أو ممن لديه مصلحة أن يطلب بدعوى استعجالية ضد الحاجز والمحضر القضائي الحكم ببطلان الإجراءات و زوال ما ترتب عليه من آثار خلال أجل شهر من تاريخ الإجراء، وإلا سقط الحق في طلب الإبطال و اعتبر الإجراء صحيحاً وهذا بموجب المادة 643 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

وأما أن تكون المنازعة منازعة وقتية و مثالها دعوى وقف إجراءات البيع و فيها يجوز لكل من المدين المحجوز عليه أو الحائز أو حتى الكفيل العيني و عن طريق الاستعمال أن يطلب وقف إجراءات البيع مؤقتاً على العقارات المحجوزة، إذا أثبت انقصة عقار واحد أو حق عيني كاف للوفاء بالديون، وفيه يحدد الأمر الاستعجالي العقار أو الحق العيني محل التوقيف المؤقت للبيع.¹

أو كدعوى تأجيل البيع و التي من خلالها يجوز للمحجوز عليه أن يطلب بطريق الاستعجال تأجيل البيع إذا أثبت أن الإيرادات السنوية لهذا العقار لسنة واحدة كافية للوفاء بجميع الديون و الأثر المترتب يختلف من منازعة إلى أخرى، ذلك أن أثر منازعة عدالة التنفيذ و منازعة الحق في التنفيذ يترتب عليها كآثر انقضاء خصومة التنفيذ، أما منازعة صحة التنفيذ من إجراءات التنفيذ يترتب عليها إصدار حكم بها مضمونه عدم صحة الإجراء الباطل، أما المنازعة الوقتية فبمجرد انتهاء الإجراء الوقتي كدعوى وقف إجراء البيع أو دعوى تأجيله فإنه يتم الاستمرار في التنفيذ ومواصلته أو ينقضي لاستيفاء الدائن حقه ذلك أن

¹ عملاً بالمادة 743 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية

قيمة أحد العقارات أو الحق العيني محل التنفيذ كان كافيا للوفاء بالدين أو لأن الوقف بسبب كون الإيرادات لسنة واحدة كانت كافية للوفاء بجميع الديون

الفرع الثاني: أثر الإشكال في التنفيذ على وقف التنفيذ أو مواصلته:

إن القاعدة في المنازعات الموضوعية أنه لا يترتب على مجرد رفعها أثر في سير الخصومة التنفيذية بل يتوقف ذلك على صدور حكم فيها و هو نفس الأمر بالنسبة للمنازعات المستعجلة، حيث أنها لا تحدث أي أثر في سير الخصومة و يتوقف ذلك بناء على الحكم المستعجل الصادر بشأنها.¹

أما إشكالات التنفيذ الوقتية على خلاف ذلك بحيث أنه يترتب على مجرد رفعها و بقوة القانون وقف التنفيذ وفقا مؤقتا لغاية صدور الحكم فيها، و بصدد هذا يقول بعض الفقهاء أن القاعدة العامة أنه لا يترتب على رفع المنازعة الوقتية أي أثر على إجراءات التنفيذ، فإن رفعت منازعة وقتية بعدم الاعتداد بالحجز فلا يؤدي رفعها إلى وقف الإجراءات التالية للحجز، و أيضا إذا رفعت منازعة بطلب الاستمرار في التنفيذ فلا يؤدي رفعها إلى إنهاء وقف التنفيذ و استثناء على هذه القاعدة ان الإشكال في التنفيذ بالمعنى الضيق يرمي لمنع التنفيذ أو وقف سريان إجراءاته حيث يؤدي مجرد رفعه إلى وقف التنفيذ ، إذا توقف إجراءات التنفيذ بناء على هذا الإشكال بقوة القانون و هو ما أشارت إليه المادة 632 في فقرتها 03 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، حيث نصت على أنه توقف إجراءات التنفيذ إلى غاية الفصل في الإشكال أو في طلب وقف التنفيذ من طرف رئيس المحكمة".²

ووجه ذلك أن إشكالات التنفيذ تكون مستعجلة بطبيعتها لدرجة لا تتحمل انتظار الحكم فيها ذلك أن التنفيذ قد يتم في ساعات قبل الفصل فيها الأمر الذي قد يترتب عنه أضرار يصعب أو يستحيل تداركها أو تلافيها ، و يترتب هذا الأثر الموقوف للتنفيذ سواء رفع الإشكال في الحالة التي يحزر فيها المحضر القضائي محضر إشكال في التنفيذ أو حتى في حالة امتناعه عن تحرير هذا المحضر ورفع الأطراف دعوى وقف تنفيذ أمام رئيس المحكمة الفاصل في الأمور المستعجلة ويعتبر المنع أي وقف التنفيذ منعا وجوبيا لا خيار فيه أمام المحضر القضائي القائم بالتنفيذ فيه.

وما تجدر ملاحظته أن أثر وقف التنفيذ بقوة القانون ليس مطلقا بالنسبة لجميع الإشكالات الوقتية وإنما هو مقصور على الإشكال الأول فقط و ذلك من أجل دفع مماثلة واحتيال الأشخاص سيئي النية، هذا من جهة ومن جهة أخرى دفعا لعجلة خصومة التنفيذ، بحيث قد يستغل المدين سيئي النية ما يترتب على رفع الإشكال من أثر في وقف التنفيذ و كان المدين يقدم إشكالا أمام القاضي المختص بوقف التنفيذ فإن حكم فيه بالرفض أو تكون انتهت

¹ عملا بالمادة 744 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

² فتحي والي: المرجع السابق، ص 707.

الخصومة فيه بغير حكم و شرع المحضر القضائي القائم¹ بالتنفيذ في إتمام هذا التنفيذ عاد المدين إلى تقديم إشكال آخر لوقوف التنفيذ من جديد و عليه يتوجب التمييز بين الإشكال الأول و الإشكالات التالية له بحيث لا يترتب على تقديم إشكال آخر وقف التنفيذ و لذلك تقضي المادة 635 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية بأنه لا يجوز رفع دعوى إشكال ثانية بين نفس الأطراف و حول نفس الموضوع و عليه إذا تعلق الأمر برفع إشكال ثان في التنفيذ فإن المحضر القضائي القائم بالتنفيذ لا يتوقف عن عملية التنفيذ وإنما يستمر فيها و ذلك بموجب المادة 635 من نفس القانون.

و الحكم الصادر في دعوى الإشكال في التنفيذ لا يحوز حجية الشيء المقضي فيهو ذلك لأنه غير صادر في موضوع الحق المتنازع عليه و الثابت في مضمون السند التنفيذي، ومع ذلك يعترف القانون لمثل هذا الحكم بقوة تعادل حجية الشيء المقضي فيه و تقوم بوظيفتها وهذا ظاهر جليا بمقتضى المادة 635 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، حيث لا يجوز بموجبها طرح هذه المسألة من جديد أمام القضاء بذات عناصرها أي رفع دعوى إشكال ثانية بين نفس الأطراف و حول نفس الموضوع حتى لا تتأبد المنازعة وتتعارض الأحكام.²

و عليه إذا تم رفع دعوى إشكال ثانية بذات العناصر أمام القضاء فالقاضي لا يحكم بعدم قبول الدعوى لسبق الفصل فيها وفقا للمادة 388 من القانون المدني، بل يصرح بعدم قبول دعوى الإشكال لعدم جوازها وفقا للمادة 653 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، هذا ويجوز للقاضي المختص إثارة هذا الدفع من تلقاء نفسه بما أنه أصبح منال نظام العام في ظل قانون الإجراءات المدنية و الإدارية بموجب المادة 69 منه.³

ويظل إشكال التنفيذ الوقي منتجا لأثره في وقف التنفيذ ابتداء من تاريخ قيد الدعوى بمصلحة رفع الدعاوى بأمانة ضبط المحكمة إلى غاية صدور أمر القاضي الذي يتوجب عليه الفصل في الدعوى التي أمامه في أجل لا يتجاوز خمسة عشر (15) يوما من تاريخ رفع الدعوى عملا بالمادة 633 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.

غير أن هذا الميعاد من منظور النظم القانونية هو مجرد ميعاد و أجل تنظيمي لا يترتب على مخالفته البطلان ومع ذلك يرى البعض من الشراح أن التأخير في الفصل في الإشكال عما هو محدد في المادة 633 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية يعد إهمالا من القاضي المعروضة أمامه الدعوى، حيث يجوز مساءلته عنه إداريا إذا وصل هذا الإهمال إلى حد التقصير في أداء مهامه بمفهوم المادة 60 من القانون العضوي رقم 11-04 المؤرخ في 06 سبتمبر 2004 و المتضمن القانون الأساسي للقضاء.

¹ - حمدي باشا عمر: إشكالات التنفيذ المرجع السابق، ص 133.

² - حمدي باشا عمر: إشكالات التنفيذ المرجع السابق، ص 134.

³ - فتحي والي: المرجع السابق، ص 708.

وعليه إذا ارتفعت العقبة من طريق التنفيذ وقام القاضي المختص برفض الإشكال في التنفيذ وأمر بمواصلة سيره، و بالتالي يمكن للمحضر القضائي مواصلة عمله و الاستمرار في التنفيذ، أما إذا أمر القاضي رئيس المحكمة بوقف التنفيذ فان عنصر الوقف في عملية التنفيذ تكون لمدة زمنية مؤقتة وهذا ما أكدته المحكمة العليا في أحمد قراراتها والذي جاء فيه من المقرر قانونا عندما يتعلق الأمر بالبت مؤقتا في إشكالات التنفيذ، فعلى المحضر القضائي المعنى أن يحرر محضرا بالإشكال المعروض ويخير الأطراف بضرورة الحضور أمام قاضي الأمور المستعجلة للفصل فيها.¹

وعند الأمر بوقف تنفيذ قرار قضائي يتوجب أن يكون لمدة مؤقتة، ومعينة، أو لشرط مقبول قانونا ولما ثبت - في قضية الحال - أنه تم نشر دعوى قضائية يقضي بوقف التنفيذ دون تحديد مدة معينة، فإنهم بذلك تجاوزوا اختصاصهم، لكون الإشكال في التنفيذ من اختصاص قاضي الأمور المستعجلة من جهة، وبإغفالهم الإشارة إلى مدة الوقف أو الشرط المقبول قانونا فإنهم تجاوزوا سلطتهم من جهة أخرى .

وهذه المدة الزمنية المؤقتة يجب أن لا تتجاوز ستة (06) أشهر ابتداء من تاريخ رفع الدعوى وهذا ما أكدته المادة 634 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، حيث جاء فيها في حالة قبول دعوى الإشكال أو طلب وقف التنفيذ يأمر الرئيس بوقف التنفيذ المدة محددة لا تتجاوز سنة (06) أشهر ابتداء من تاريخ رفع الدعوى، وبالتالي يفهم أن الإشكال الوقتي يشكل منازعة قانونية تطرح على رئيس المحكمة بصفته القاضي الذي يفصل في المواد المستعجلة و الذي يجب عليه البت فيها من بعد الاستماع إلى الخصوم بمقتضى أمر قضائي.

وتقرير أجل سنة (06) أشهر تقرر لكل من الدائن والمدين في خصومة التنفيذ أين تتجلى مصلحة الدائن في أجل تقرير مدة (06) أشهر في استفاء حقه جبرا على المدين، و من ثم الاقتصاد في الإجراءات و تقصير مواعيدها عليه بفائدة ويسهل له استيفاء دينه أما مصلحة المدين تتجلى في الاعتراض على التنفيذ على أمواله إذا كان محل الحق باطلا أو انقضى أو تم بإجراءات باطلة أو تم يسند لا تتوفر فيه الشروط الشكلية أو الموضوعية أي مصلحته هي تحقيق العدالة و التي هي غاية و مصلحة القانون و الإشكال الوقتي دائما يبنى على وجود إشكال موضوعي في التنفيذ ومثال ذلك أن يرفع المتشكل إشكالا وقتيا يطلب من خلاله وقف التنفيذ استنادا لانعدام الصفة في طالب التنفيذ، فإن ثبت للقاضي الذي ينظر في هذا الإشكال ويثبت فيه من خلال ما يتبين من ظاهر المستندات المقدمة له من أجل وقف التنفيذ جدية المنازعة، فإن هذا القاضي لا يفصل في مسألة مدى توافر الصفة من عدمها لدى طالب التنفيذ، لان ذلك يعتبر إشكالا موضوعيا يختص بالفصل فيه قاضي الموضوع و منه يتبين أن الإشكال في حد ذاته له وجهان وجه موضوعي يختص به قاضي الموضوع و

¹ المحكمة العليا، الصادر بتاريخ 18/04/1992 ، ملف رقم 105320 مجلة قضائية، لسنة 1995، عدد 2، ص 110.

يفصل فيه بحكمحاسم لموضوع النزاع ووجه وقتي يختص به قاضي الأمور المستعجلة و يفصل فيه بإحدى الطريقتين إما بوقف التنفيذ و إما الاستمرار فيه و مواصلته.¹

ويطلب المتشكل سواء كان محكوما عليه أو الغير وقف التنفيذ بغرض إعطاءه فرصة ليرفع الإشكال الموضوعي، والملاحظ من قانون الإجراءات المدنية والإدارية انه لم يحدد المدة الواجبة لرفع دعوى الإشكال الموضوعي، وبالتالي إذا حصل المحكوم عليه على حكم مفاده وقف التنفيذ فلا يوجد هناك ما يلزمه على رفع الإشكال الموضوعي، لأن مصلحته في أن يتوقف التنفيذ وليس للمحكوم له أيضا مصلحة في رفع دعوى بالإشكال الموضوعي الذي يتمسك به المحكوم عليه المتشكل في التنفيذ، و عليه لا نجد أي نص قانوني في التشريع الجزائي يلزم أيا من المحكوم عليه أو الغير أن يرفع دعوى الإشكال الموضوعي و هذا راجع لاعتبار أن الاستمرار في التنفيذ من عدمه متوقف على صدور الحكم في الإشكال الموضوعي.

وفي مثل هذه الحالات نجد أن التشريعات المقارنة تنص على إلزام القاضي الذي يفصل في دعاوى الإشكال الوقتي بوقف التنفيذ أن يمنح أجلا للمحكوم عليه من أجل ان يرفع دعواه خلال هذا الأجل أمام قاضي الموضوع، وهذا تحت طائلة مواصلة طالب التنفيذ القيام بإجراءات التنفيذ وبالتالي يعتبر الأمر الصادر بوقف التنفيذ كأن لم يكن.

وأما الفراغ التشريعي الجزائي في هذه النقطة يجب على المشرع أن يتدارك ذلك بالنص على إلزام المحكوم عليه أو الغير أن يرفع دعوى الإشكال الموضوعي بعد صدور الحكم في الإشكال الوقتي بوقف التنفيذ وذلك في أجل معين لازما، فإن حصل عدم رفع هذه الدعوى خلال هذا الميعاد والأجل يسقط الحكم الصادر بوقف التنفيذ و يواصل التنفيذ ويستمر فيه من النقطة التي توقف عندها .

وما تجب مراعاته أن المشرع أورد حكما يتضمن شبه هذا المعنى في مضمون المادة 634 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية و التي جاء فيها على أنه في حالة قبول دعوى الإشكال أو طلب وقف التنفيذ يأمر رئيس المحكمة بوقف التنفيذ لمدة محددة لا تتجاوز سنة (06) أشهر ابتداء من تاريخ رفع الدعوى.

والمدة المحددة بموجب هذه المادة في حدها الأقصى ستة (06) أشهر لا يدع مجالا للشك بأنه لا يتعلق بالمدة التي يتوقف فيها التنفيذ وليس له علاقة بالأجل التي يجب على أطراف دعوى الإشكال الوقتي القيام خلاله برفع دعوى الإشكال الموضوعي، غير أن السؤال المطروح هو في حالة استمرار دعوى الموضوع لمدة تزيد عن سنة (06) أشهر فما هي الوضعية القانونية لسير التنفيذ الموقوف من قبل قاضي الاستعجال لتلك المدة.

¹ حمدي باشا عمر: إشكالات التنفيذ المرجع السابق، ص 136.

بناء على التماس طالب التنفيذ على المحضر القضائي القائم بالتنفيذ أن يستمر فيه و يواصل عمله بعد انقضاء مهلة ستة (06) أشهر المحددة بموجب منطوق الأمر القاضي بوقف التنفيذ بالرغم من بقاء الإشكال قائماً.

وبالنتيجة فإن النص القانوني للمادة 634 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية لايعتبر حلاً للإشكال و إنما هو عرقلة العملية التنفيذ¹.

¹حمدي باشا، عمر إشكالات التنفيذ المرجع السابق، ص 138

خلاصة:

تبين لنا مدى أهمية تحديد طرق الإثبات في القانون وهي تتجلى في منع الادعاءات الكاذبة ومن أجل استقرار المعاملات ولكل ذي حق حقه وفقا للقانون، وحتى لا تضيع الحقوق لانعدام وجود الدليل القانوني منح المشرع للقاضي قدر من الحرية في اتخاذ بعض الإجراءات محددة في القانون من أجل تحصيل الدليل حتى يقضى بالحق لصاحبه.

وتبين لنا مدى مواكبة المشرع الجزائري للتطور في مجال التكنولوجيا الحديثة، حيث وجدنا معدل القانون بما يسمح بإثبات المعاملات الإلكترونية وفقا للدليل الذي يتوافق معها ومن طبيعتها. وأيضا تبين لنا مدى حرص المشرع على إحقاق الحق والوقوف إلى جانب صاحب الحق إلى غاية حصوله على حقه من مدينه، حيث أقر إجراءات قانونية صارمة تبدأ من بيئة سند قابل للتنفيذ، واستحدثه لمهنة المحضر القضائي ليرافق صاحب الحق ويكون معه خطوة بخطوة في التنفيذ والحجز، وفي حال وقوع الإشكالات في التنفيذ بين الإجراءات التي من شأنها التصحيح فالاستمرار في عملية الحجز، كما محضر القوة العمومية في حال وجود العقوبات المادية.

وفي المقابل من ذلك فهو يحرص دائما على ضرورة التنفيذ الاختياري قبل الجبري مراعيًا لمصلحة المدين، حيث كذلك يقف إلى جانبه خطوة بخطوة فلا يمكن لدائنه اتخاذ أي إجراء للتنفيذ أو الحجز إلا بعد طلب ذلك إلى القضاء والغاية من وراء ذلك منح الفرصة أكثر للمدين للتسديد اختياريًا بدل من إجباره إلى آخر لحظة وما يدعم ذلك ويؤكدده هو نص المشرع على ضرورة الحجز على المنقول أولا وإن لم يكف يحجز على مال المدين لدى الغير وفي آخر المطاف إن لم يكف يحجز على العقار.

الباب الثاني:

خصوصية الإثبات الأسري و إشكالات التنفيذ في
الأحكام الأسرية

تمهيد

لقد نظم المشرع الجزائري الطرق التي يجوز بها إثبات الوقائع المتنازع فيها في الباب السادس تحت عنوان " إثبات الالتزام " من الكتاب الثاني من القانون المدني المعنون بـ " الالتزامات والعقود " وخصص لها المواد من " 323 " إلى " 350 " منه.

هذه الوسائل أو الطرق عادة ما تكون من صنع المتقاضين أنفسهم يعدونها مسبقا لإثبات التصرفات والوقائع المتنازع عليها التي تكون مصدر حقهم المباشر، إلا أن هذه الوسائل لا تكفي وحدها من الناحية العملية لتغطية جميع حالات الإثبات خاصة في الأوضاع التي يستحيل تقديمها، إما لعدم إعدادها أصلا من طرف الخصوم، و المتنازع عليه بواقعة مادية لا يمكن إعداد دليلها مسبقا. لذلك ومن أجل تجنب المتقاضين مشقة الإثبات المباشر عند غياب أدلة الإثبات العادية، فإن المشرع لجأ إلى تخفيف عملية الإثبات، إذ لجأ في هذه الحالة إلى تحويل عملية الإثبات إما باليمين الحاسمة أو الإقرار، أو بتحويل محل الإثبات من الواقعة الواجب إثباتها إلى واقعة أخرى قريبة ليست محل نزاع ليستخلص منها ثبوت الواقعة الأصلية بناء على الاستنباط والترجيح، والمقصود في هذه الحالة هي القرائن بنوعها القانونية والقضائية وما يهمن في هذا البحث هي القرائن القضائية دون القانون.

الفصل الأول:

خصوصية الإثبات في دعاوى شؤون الأسرة .

المبحث الأول: طرق الإثبات في مجال الأسري

تختلف طرق الإثبات في مجال الأسري وهذا ما سنعالجه من خلال المطالب التالية:

المطلب الأول: القرائن القضائية

قد منح المشرع لقضاة الموضوع سلطة معينة في تقدير أدلة الإثبات المقدمة أمامهم إذ يتعين على القاضي أن يفضل دليل إثبات عن آخر وذلك نظرا للقوة الثبوتية الكبيرة الممنوحة قانونا لهذا الدليل¹ وهناك من يرى أن حرية القاضي في تقدير أدلة الإثبات المطروحة أمامه نتيجة منطقية لمبدأ القناعة الشخصية وأن هذه الحرية خصيصة رئيسية يمتاز بها مبدأ الاقتناع الشخصي للقاضي، حتى أنه يعبر أحيانا عن هذا المبدأ بمبدأ حرية القاضي في تقدير الأدلة² فهناك من الأدلة ذات قوة مطلقة في الإثبات كالكتابة الرسمية التي تغني عن أية سلطة تقديرية للقضاة بحيث تتميز بأنها حجة على كافة نظرا لصدورها من موظف، ونفس الأمر بالنسبة للإقرار. الذي يسمى كذلك بسيد الأدلة، واليمين وقوة الشيء المقضي والقرائن القانونية وعموما كل التصرفات التي يجاوز نصابها القانوني مئة ألف 100.000 دينار جزائري في القانون الجزائري وعشرين (20) جنيه في القانون المصري و (5000) فرنك في القانون الفرنسي، ذلك أن القاضي له سلطة واسعة في تقدير الشهادة والقرائن القضائية وبذلك تكون القرائن القانونية دليل معفي من الإثبات يترتب عليه أن حرية القاضي محدودة في تفسير هذه القرائن ذلك أن القرائن القانونية - كما سبق لنا أن رأينا - هي من استنباط وخلق المشرع وحده في حين أن القرائن القضائية هي من استنباط القاضي والذي يتمتع بسلطة واسعة في تقديرها و بذلك فتكون القوانين الحديثة قد منحت للقاضي سلطة في تقدير أدلة الإثبات³.

لذلك فإن دراستي لهذا المبحث تقتضي تقسيمه إلى مطلبين حيث خصصت المطلب الأول للتطرق لدور الاقتناع الشخصي للقاضي في تقدير القرائن القضائية أما المطلب الثاني فخصصته لدراسة مدى جواز إقامة الحكم على قرينة واحدة.

الفرع الأول: دور الاقتناع الشخصي للقاضي في تقدير القرائن القضائية

لما كانت القرائن القضائية استنباطا يجريه القاضي على أساس ما يثبت لديه من وقائع فإن دلالتها غير قاطعة، أي أن ما يستنبط من طريقها يسمح للخصم دائما بدحضه بكافة

¹ بطيمي حسين، القضاء بالقرائن في الشريعة والقانون، دراسة مقارنة، ماجستير، جامعة الجزائر، ط 1997/ 1998، ص 154.

² مسعود زبدة، الاقتناع الشخصي للقاضي الجزائري، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، ط 1989، ص 56.

³ سلمي مرقس، أصول الإثبات و إجراءاته في المواد المدنية في القانون المصري، دار هوى، الإسكندرية، ط 1986، ص 97، 98.

وسائل الإثبات، ولو أن القاضي يبقى في النهاية حرا في تكوين اعتقاد هو لكن الواقع أن القرائن القضائية قد تبلغ من القوة حدا يستتبط منه القاضي الأمر المراد إثباته بشكل قاطع بما لا يدع مجالا لاحتمال عكسه، فلا يكون ثمة محل من الناحية العملية لإثبات العكس وان كان حق الخصم في ذلك معترفا به من الناحية القانونية، و قد لا تبلغ هذه القرائن هذا الحد من القوة فيستنتج القاضي منها الأمر المراد إثباته على سبيل الترجيح ويفسح للخصم المجال لإثبات العكس وقد لا تبلغ هذا الحد من القوة، فيعتبرها القاضي بدء ثبوت فحسب فيكلف المدعي بتكاملته بدلائل أخرى. وأن ما يثبت بها يعتبر حجة متعدية، أي أنه يعتبر ثابتا بالنسبة إلى الكافة، لأن أساسها وقائع مادية ثابتة يتحقق منها القاضي شخصا ويبنى عليها استنباطه فتنتفي بذلك شبهة اصطناع أحد الخصوم دليلا لنفسه أو تسليمه بحق عليه لخصمه إضرارا بالغير¹.

يلاحظ ان المشرع الجزائري و ان كان لم يشر لا صراحة ولا ضمنا لتعريف القرائن القضائية إلا أنه قد اكتفى فقط وفي مادة واحدة إلى التعرض إلى مجال التوسع فيها وحجبتها في الإثبات إذ اعتبرها والبيئة أو الشهادة لهما نفس الحجية في الإثبات وهذا ما يتضح فعلا من خلال نص المادة "340" من القانون المدني التي تنص على أنه: " يترك لتقدير القاضي استنباط كل قرينة لم يقررها القانون، ولا يجوز الإثبات بهذه القرائن إلا في الأحوال التي يجيز فيها القانون الإثبات بالبيئة²

واذا ما تمعنا في متن هذه المادة فإننا نلاحظ ولأول وهلة المعيار الذي اعتمد عليه المشرع الجزائري والذي تقوم عليه إمكانية قبول أو رفض القرائن القضائية وهو معيارا مرتبطا أساسا بالسلطة التقديرية الواسعة للقاضي حتى يؤسس اقتناعه الشخصي وهذا ما حذت حذوه غالبية القوانين العربية التي اكتفت فقط بالحجية النسبية للقرائن القضائية ودورها في الإثبات القضائي بحيث منحت السلطة المطلقة للقاضي في تقدير القرائن القضائية وهو ما جاء تقريره فعلا في المادة "407" من القانون المدني المصري الجديد والتي نصت على أنه: " يترك لتقدير القاضي استنباط كل قرينة لم يقررها القانون، ولا يجوز الإثبات بهذه القرائن إلا في الأحوال التي يجيز فيها القانون الإثبات بالبيئة، "والحكم نفسه مقرر في قانون البيئات السوري حيث تنص المادة " " 92 منه على أن:

- القرائن القضائية هي القرائن التي لم ينص عليها القانون وأمكن للقاضي أن يستخلصها من ظروف الدعوى وأن يقتنع بأن لها دلالة معينة، ويترك لتقدير القاضي استنباط هذه القرائن.
- فلا يجوز الإثبات بالقرائن القضائية إلا في الأحوال التي يجوز فيها الإثبات بالشهادة".

¹بطيمي حسين، المرجع السابق، ص 41.

²بطيمي حسين، المرجع السابق، ص 41.

ولا يوجد خلاف بين هذه المادة وبين القانون المدني المصري وكذلك التقنين المدني الجزائري إلا أن قانون البينات السوري ذكر عبارة " أن يقتنع بأن لها دلالة معينة " فإن هذه العبارة تكون قد منحت مجالا واسعا لسلطة القاضي التقديرية لتأسيس اقتناعه الشخصي. ومن هذا نستخلص أن كل هذه التقنيات متقاربة في أحكامها وقواعدها من حيث حجية القرائن القضائية عدا ما جاء صراحة في الماد "310" من تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبناني التي تنص على أنه: " إن القرائن التي لم يقررها القانون تترك لبصيرة القاضي ولحكمته فيجب عليه أن لا يقبل منها إلا القرائن الهامة، الصريحة المتوافقة ولا يسعه قبولها إلا في الأحوال التي يجيز فيها القانون البينة الشخصية ما لم يكن سبب الطعن في العقد الاحتيال أو الخداع أو تكن القرينة مستندة إلى وقائع يمكن أن تعد تنفيذا اختياريا كلياً أو جزئياً للموجب المدعى به" وبهذا فإن هذه المادة قد حددت شروط يجب أن تتوفر عليها القرينة التي يستخلصها القاضي بحيث لا يمكن للقضاء قبول القرائن المتروكة لبصيرة القاضي ولحكمته إلا إذا كانت هامة، صريحة ومتوافقة، وهو ما ورد حقيقة في المادة "1353" من التقنين المدني الفرنسي حيث نصت هذه المادة على أنه: " القرائن التي لم ينص عليها القانون تترك لنظر القاضي وتقديره ولا يجوز أن يأخذ إلا بقرائن قوية الد (لالة خطيرة) دقيقة التحديد ظاهرة التوافق، ولا يأخذ بها إلا في الأحوال التي يجيز فيها القانون الإثبات بالبينة ما لم يطعن في التصرف بالغش أو التدليس.

الفرع الثاني: مبررات السلطة المطلقة للقاضي في تقدير حجية القرائن القضائية في الإثبات.

أما فيما يخص مبررات وجود هذه السلطة فإن المشرع عند وضعه للقوانين فإنه وضع قواعد عامة ومجردة لأنه ليس في مقدوره أن يتنبأ بكل الحالات التي تحكمها هذه القواعد وأن يتصور جميع الملابسات وظروف القضية ويضع لكل حالة حكمها الخاص ويرتب على أساسها القاضي الموقف الذي يجب عليه اتخاذه في كل حالة يتصدى لها لأن بين وقت صدور القانون والوقت الذي يجرى فيه تطبيقه تطراً على الحياة الاجتماعية كثير من التغيرات ولذلك فمن الضروري أن يحمل القانون في طياته عوامل التطور حتى يبقى حياً وعوامل الاستقرار حتى يكون عملياً. وتتمثل هذه العوامل في المعايير المرنة التي أوجدها المشرع¹ إضافة إلى القواعد الجامدة حتى لا تقف هذه الأخيرة كعقبة في طريق التطور، بالإضافة إلى عامل آخر يتمثل في هذه السلطة التقديرية التي جعلها للقاضي عند تطبيق أحكام القانون وفقاً لملاسات وظروف كل قضية بذاتها، وبذلك تكون أحكام القانون أداة طيعة في يد القاضي يطور بها القانون تطويراً مستمراً ويواجه بها ما يتغير من ملاسات وأحوال كما أن فكرة السلطة التقديرية تساعد على إدخال العدالة والمساواة عند تطبيق القاعدة

¹بطيمي حسين، المرجع السابق، ص 40، 43.

القانونية لأن القاضي عندما يتمتع بقدرة الفصل في النزاع وتقدير ظروف كل قضية دون عبء تشريعية سابقة تقيده يستطيع أن يحقق عدالة حقيقية وليس عدالة شكلية¹.

الفرع الثالث: القيود المتعلقة بوجوب احترام القواعد العامة في الإثبات.

يجب على القاضي احترام القواعد الموضوعية في الإثبات بحيث يتمتع عليه أن يقيم قناعاته على أدلة لا يجيزها القانون وعليه أن يتقيد بالقيمة التي يعطيها القانون لكل دليل من أدلة الإثبات. كما أنه يجب على القاضي أيضا احترام القواعد الإجرائية في الإثبات وفي هذا الصدد لا يجوز له أن يحكم إلا بناء على الوقائع المعروضة في الدعوى وليس له أن يقضي بعلمه الشخصي ولا يجوز له أن يسمع أحد الخصوم أو وكيله بدون حضور خصمه ويلتزم القاضي أيضا بأن تتخذ إجراءات الإثبات في مواجهة طرفي الخصومة وهذا ما يعرف بمبدأ المجابهة بالدليل².

- القيود المتعلقة بوجوب احترام القواعد الموضوعية في الإثبات.

وتتمثل هذه القيود في وجوب أن يكون الدليل جائزا قانونا من جهة وفي وجوب أن يتقيد القاضي بالقيمة التي يعطيها القانون لكل دليل من أدلة الإثبات من جهة أخرى.

فيجب على القاضي أن يلتزم باحترام قواعد الإثبات الموضوعية وهي تلك التي تحدد طرق الإثبات وتبين قيمتها وأنواعها وتنظم الأحوال التي يجوز فيها سلوك طريق معين دون طريق آخر وليس كل ما يؤدي إلى اقتناع القاضي يثبت به الحق، لأن المشرع لم يبيح التمسك بأي دليل وحتم توافر أدلة معينة دون الأخرى لإثبات بعض الحقوق لأهميتها خاصة بالنسبة للتصرفات المدنية، فلا يستطيع الخصم أن يثبت شراء قطعة أرضية بواسطة شهادة الشهود أو بعقد عرفي طبقا للمادة " 12 من الأمر الصادر بتاريخ 12 15 1970 المتعلق بتنظيم التوثيق³ التي تفرض وجود عقد رسمي لإثبات شراء عقار.

عكس فإن الوقائع المادية يجوز إثباتها بجميع وسائل الإثبات الممكنة كما أن القانون قد يمنع إثبات واقعة ما وقد يحدد الخصم الذي يقع عليه عبء الإثبات، كما أن القانون التجاري

¹ تبون فاطمة الزهراء، السلطة التقديرية للقاضي في مادة الإثبات المدني، ماجستير في الشريعة و القانون، ط 1996/1997، ص 8.

² سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 95.

³ الأمر رقم 70 - 91 المؤرخ في 17 شوال عام 1390 هـ الموافق ل 15 سبتمبر سنة 1970 المتضمن تنظيم التوثيق بموجب المادة 41 من القانون رقم 88 - 27 المؤرخ في 28 ذي القعدة عام 1408 هـ، الموافق ل 12 يوليو سنة 1988 المتضمن تنظيم التوثيق المنشور في الجريدة الرسمية، العدد 28 الصادر في 13 يوليوي سنة 1988.

أو البحري قد ينص على قواعد موضوعية في الإثبات بخصوص موضوع معين تخالف القواعد الموجودة في القانون العام¹.

ومن ثم، فإن القاضي إذا كان يبدوا حرا في تقدير أدلة الخصوم، وفي فهم الواقع في الدعوى فإنه ليس حرا في إتباع أو عدم إتباع ما جاء به القانون في قواعد الإثبات الموضوعية، فيجب عليه إتباعها والتقيدها بالأخذ بما جاء فيها فإذا خالفها أو أخطأ في تطبيقها أو تأويلها فسد رأيه في فهم الواقع في الدعوى من ناحية، واعتبر مخطأ في تطبيق القانون من ناحية أخرى، وهذا يؤدي إلى سريان الفساد على تكييف الوقائع و الى الحكم برمته².

- القيود المتعلقة بوجوب احترام القواعد الإجرائية في الإثبات.

يصاحب الحق في التمسك بأي دليل إباحة القانون لإثبات الحقوق، أنه يجب على القاضي أن لا يأخذ بالدليل إلا بعد أن يتبع الإجراءات المبينة في قانون الإجراءات المدنية. فإذا أسس القاضي اقتناعه في الدعوى على دليل جاء وليد إجراءات معيبة مخالفة لحكم القانون تقرر بطلان حكمه ووجب استبعاد كل ما نتج عنه وما ترتب عليه من آثار وتطبيقا لذلك فإنه لا يجوز للقاضي أن يسمع أحد الخصوم أو وكيله بدون أن يحضر خصمه كما لا يجوز للقاضي أن يتقبل الأوراق والوثائق التي يدلي بها أحد الخصوم دون إطلاع لخصم الآخر عليها طبقا للمادة " 32 من قانون الإجراءات المدنية كما أنه لا يجوز للقاضي أن يحكم بناء على معلوماته الشخصية في القضية³.

أولا: مباشرة الإجراءات في حضور الخصوم.

لا يجوز للقاضي أن يسمع أحد الخصوم أو وكيله بدون أن يحضر خصمه إذ أن حرمان أحد الخصوم من تتبع إجراءات الدعوى هو حرمان له من حقه الطبيعي في الدفاع عن نفسه.

وتطبيقا لذلك لا يستطيع القاضي أن يستند إلى تحقيق يقضي على أساسه ضد شخص لم يسأل في هذا التحقيق أو لم يستدع إليه أو امتنع عن الحضور طبقا للمادة " 43 من قانون الإجراءات المدنية، كما لا يمكن للقاضي أن يعتمد على تقرير خبير ويقضي بموجبه ضد شخص لم يحضر أمام الخبير أو لم يطلب للحضور أمامه أو امتنع عن ذلك طبقا للمادة " 53 من قانون الإجراءات المدنية، كما لا يجوز للقاضي أن يقوم بمعينة مكان النزاع في غيبة الخصوم ودون أن يدعوهم لحضور عملية المعينة طبقا للمادة " 56 من نفس القانون، فإذا

¹ تبون فاطمة الزهراء، المرجع السابق، ص 82.

² يحي بكوش، الأحكام القضائية و صياغتها الفنية، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، الجزائر، ط 1984، ص 38.

³ تبون فاطمة الزهراء، المرجع السابق، ص 83.

كان القانون مكن حضور الأطراف في الجلسة فإنه إذا أخل الأطراف أو الجمهور الحاضرون في الجلسة وحتى الوكلاء بنظام الجلسة فله للقاضي أن ينذرهم أو يبعدهم عن قاعة الجلسة، كما أنه يجوز للقاضي أن يحكم على كل من أخل بنظام الجلسة بغرامة مدنية لا تتجاوز مائة دينار جزائري طبقا للمادة "31" من قانون الإجراءات المدنية كما أنه يجوز للقاضي أن يؤجل الجلسة في حالة عدم حضور الأطراف وذلك لعذر مشروع.

ثانيا: حق الخصوم في مناقشة الأدلة التي تقدم في الدعوى:

مهما تكن نسبة الحرية المعطاة للقاضي في الإثبات، فلا جدال أن القاضي مقيد بأن أي دليل يقدمه الخصم في الدعوى يجب أن يعرض على الخصوم جميعا لمناقشته ويدلي كل برأيه فيه حتى تتكون قناعة القاضي إلا على ما تجادل بشأنه الخصوم، والدليل الذي لا يعرض على الخصوم لمناقشته لا يجوز للقاضي الأخذ به والاستناد عليه كأساس للحكم¹. ومن مظاهر مبدأ المواجهة بين الخصوم وجوب توجيه الطلب القضائي إلى الخصم طبقا للمادتين "22" و "24" من قانون الإجراءات المدنية وكذلك يوجب القانون أن يكون القضاة المشاركون في المداولة قد حضروا جميع الجلسات التي سبق أن عرضت فيها القضية على هيئة المحكمة وقدمت فيها مذكرات واتخذت فيها إجراءات التحقيق².

كذلك يجب تمكين الخصم من الاطلاع على الأوراق أو المستندات والوثائق التي يقدمها الطرف الآخر تدعيما لإدعاءاته طبقا للمادة "32" من نفس القانون³.

ومبدأ المواجهة في الخصومة يتحقق كذلك في نص المادة " 33 " من قانون الإجراءات المدنية إذ أنها نصت بأن " يكون سماع أقوال الخصوم أو وكلائهم أو محاميهم حضوريا " كما جاء في قرار للمحكمة العليا بأنه: " بعد أن تتم المداولة فلا يجوز لأي شخص أن يدلي بأقواله أو التماساته سواء كان خصما أو ممثلا للنيابة العامة⁴ وطرح الدليل على بساط البحث والمناقشة يعد من أهم القواعد المميزة للمحاكمات الجزائية حيث جاء في

¹ تبون فاطمة الزهراء، المرجع السابق، ص 85، 86.

² المادة 213 من قانون الإجراءات الجزائية، وكذلك المادة 6 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي، وكذلك قرار المحكمة العليا رقم 23008 الصادر في - 01- 21 1982 المنشور بكتاب الاجتهاد القضائي لسنة 1987، والقرار رقم 35456 الصادر في 26- 11 1984 المنشور بالمجلة القضائية، العدد الأول، سنة، 1990 ص 69 وما بعدها، والقرار رقم 49521

الصادر في 01-05-1988 المنشور بالمجلة القضائية، العدد الثاني، سنة، 1991 ص 215.

³ تبون فاطمة الزهراء، المرجع السابق، ص 87.

⁴ القرار الصادر في -02- 10 1971، المنشور بنشرة القضاة، العدد الثاني، سنة، 1972، ص 64 وما بعدها.

قرار المحكمة العليا أنه: " لا يجوز للقضاة أن يطرحوا في المداولات سؤالا جديدا بشأن تهمة جديدة لم يسبق طرحه في الجلسة لأن ذلك يعد مساسا بحقوق الدفاع¹.

كما تقرر مبدأ المجابهة أيضا في الفقه الإسلامي، فقد روي " أن رجلا أدعى علي كرم الله وجهه عند عمر رضي الله عنه وعلي جالس فالتفت إليه عمر وقال له: يا أبا الحسن قم فاجلس مع خصمك فقام فجلس مع خصمه متناظرا، وانصرف الرجل ورجع علي إلى مجلسه فتبين لعمر التغير في وجه علي فقال يا أبا الحسن مالي أراك متغيرا أكرهت ما كان؟ قال نعم قال وما ذاك؟ قال كنتني بحضرة خصمي أي قلت لي يا أبا الحسن هلا قلت يا علي قم فاجلس مع خصمك، فأخذ عمر رأس علي رضي الله عنهما فقبله بين عينيه ثم قال: بأبي أنتم، بكم هانا الله وبكم أخرجنا من الظلمات إلى النور"والحق أن التسوية بين الخصوم على هذا النحو لا تمثل شيئا بالقياس إلى ما قررته القوانين الوضعية بالرغم مما لها من أثر كبير في تأكيد الثقة بعدالة القاضي².

ويتصل بمبدأ حق الخصوم في الإثبات والمجابهة بالأدلة مبادئ أخرى تعد من المبادئ الأساسية في الإثبات وهي مبدأ عدم جواز إلزام الخصم بتقديم دليل ضد نفسه ومبدأ عدم جواز أن يصطنع الخصم دليلا لنفسه. وسنوضح هذين المبدأين حسب التفصيل الآتي:

مبدأ عدم جواز إلزام الخصم بتقديم دليل ضد نفسه: الأصل أنه لا يجوز إجبار الخصم على تقديم دليل ضد نفسه، وقد قضت بذلك محكمة النقض المصرية فجاء في قرار لها أنه: " من حق كل خصم أن يحتفظ بأوراقه الخاصة به وليس لخصمه أن يلزمه بتقديم مستند يملكه ولا يريد تقديمه"، غير أن الأخذ بهذه القاعدة على إطلاقها يؤدي في كثير من الأحيان إلى ضياع الحقوق لعدم تمكن أصحابها من تقديم أدلة إثبات ما يدعونه، لاسيما إذا كان الدليل في حوزة الخصم الآخر، ولذلك أجازت كثير من القوانين الحديثة استثناء كالقانون الألماني والقانون السويسري، لأحد طرفي الخصومة أن يجبر الطرف الآخر على تقديم الدليل الذي بحوزته، وقد أجاز المشرع العراقي هذا الاستثناء وجعله مبدأ عاما، إذ سمح للقاضي بوجه عام أن يأمر أيا من الخصوم بتقديم الدليل الذي يكون بحوزته، وقد عد امتناع الخصم عن تقديم ذلك الدليل حجة عليه.

مبدأ عدم جواز اصطناع الخصم دليلا لنفسه: وهذا المبدأ بديهي، لأن الأصل أن الدليل الذي يقدم ضد شخص معين يجب أن يكون صادرا من ذلك الشخص نفسه حتى يمكن الاحتجاج به عليه، ولذلك لا يجوز أن يكون الدليل الذي يقدمه الخصم مجرد سند صادر منه

¹ قرار المحكمة العليا (المجلس الأعلى) رقم 33186 الصادر في -04- 03، 1984، المجلة القضائية، العدد الأول، سنة 1989، ص 277 وما بعدها والقرار رقم 29833 الصادر في -11- 06، 1984، المجلة القضائية، العدد الثالث، سنة 1989، ص 214 وما بعدها.

² تبوب فاطمة الزهراء، المرجع نفسه، ص 87.

أو مذكراته التي دونها بنفسه، و إنما يجب أن يكون هذا السند صادرا من الخصم الذي يحتج بالسند في مواجهته، إذ لا يجوز للشخص أن ينشئ بنفسه سببا لحق يكسبه. وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض المصرية أنه: " لا يجوز اتخاذ أقوال أحد الخصوم في محضر الاستجواب دليلا ضد خصمه" وأنه " لا يملك الشخص أن يتخذ من عمل نفسه دليلا يحتج به على الغير ".

و لكن التشريعات العربية تورد استثناءات على هذا المبدأ فتجيز للخصم أن يتمسك بدليل أنشأه بنفسه، إذ يجوز للتاجر أن يتمسك بدفاتر ضد خصمه التاجر إذا كانت منتظمة¹

■ القيود المتعلقة بالحكم.

لقد ذهب بعض الفقه إلى القول بأن القاضي وظيفته تتلخص في أن يحكم وفقا للقانون وأن إرادته ليست منعقدة عند مباشرته لوظيفته القضائية. فالقول بانعدام إرادة القاضي يؤدي إلى انعدام السلطة القضائية ذاته². والأصل هو تمتع القاضي بالسلطة عند مباشرة وظائفه، والأصل كذلك أن هذه السلطة ليست مطلقة ولا كاملة، فإذا كان القاضي يملك أن يقيم وأن يختار، فإنه لا يملك الحرية في أن يختار على أي نحو يكون، فالسلطة الممنوحة للقاضي ليست ممنوحة له لكي يباشرها على هواه، ولكنها تمنح له كي يباشر الوظيفة المسندة إليه على نحو مناسب وصحيح، فسلطته لها أهداف محدودة ينبغي أن يسعى إلى تحقيقها وأن يباشر سلطته طبقا لطرق معينة ووسائل فنية ومبادئ محددة. ومن جهة أخرى فإن القانون لا يريد أن تكون سلطة القاضي تحكيمية. والتسبيب هو الشيء الوحيد الذي يحقق ذلك لأنه يؤدي إلى إخفاق أي تحكم قد يحدث من القاضي، وهو الضمان على أن القاضي قد باشر سلطته بشكل صحيح ولم يتنازل عنها أو يسئ استخدامها. لذلك يمكن القول أن سلطة القاضي هي المبرر لتقرير الالتزام القانوني للتسبيب وأنه كما يقول البعض بحق فإن سلطة القاضي كافية بذاتها لتبرير التسبيب³.

المطلب الثاني: الإثبات بالشهادة أمام قاضي شؤون الأسرة.

تعتبر إجراءات الإثبات بالشهادة أمام قاضي شؤون الأسرة التي تتمثل في إجراءات الإثبات بشهادة الشهود كسماع الشهود أمام قاضي شؤون الأسرة و كيفية إجراء التحقيق لأنها تعد من أهم الإجراءات التي تعتمد عليها قاضي شؤون الأسرة في إصدار

¹ عباس العبودي، شرح أحكام قانون الإثبات المدني، دار الثقافة للنشر و التوزيع، ط1، عمان، الأردن، 2005، ص 92 - 93.

² عزمي عبد الفتاح، تسبيب الأحكام وأعمال القضاة في المواد المدنية والتجارية، دار الفكر العربي، ط1، القاهرة، مصر، 1983 ص 192 .

³ نبيل إسماعيل عمر، سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية والتجارية، دراسة تحليلية وتطبيقية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 2002، ص 508-507.

حكمه، حيث لازالت في جل القوانين تحتل المكانة الأولى في مجال شؤون الأسرة لاس يما في الدول المختلفة، فهي دلي بلا منازع في هذه المسائل كما أحاطت بها مجموعة من الضوابط تخص بالشهادة من جهة وبالشهادة من جهة ثانية.

الفرع الأول: سماع الشهود أمام قاضي شؤون الأسرة.

يلزم الشاهد أن يمثل أمام الجهة القضائية التي استدعته بعرض الإدلاء بشهادته في المكان و الزمان المحددين في الاستدعاء وفقا للمادة 151 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، على أن يحلف اليمين بان يوكل الحق حتى يطمئن الغير إلى صدق شهادته طبقا لنص المادة 152 من نفس القانون، و لقاضي الموضع كامل السلطة لسماع شهود الأطراف سواء كانوا شهود لأثبات أو شهود النفي في المسائل التي تعرض عليه¹.

عندما يتأكد قاضي الموضوع من أن وقائع الدعوى قابلة للإثبات بشهادة الشهود يأذن للمدعي و المدعى عليه أحيانا أو للطرفين معا بإحضار شهودهما مع تحديد اليوم و الساعة بدقة.

و عادة ما تكون المهلة القانونية محددة بثمانية أيام كحد أقصى لأخطار الشهود بالحضور في الوقت المحدد أعلاه، ما عدا في حالان الاستعجال التي لا تقل المهلة المحددة لحضور الشاهد عن خمسة أيام من تاريخ استلامه التبليغ إلى يوم الجلسة.

و على المحكمة تحديد أسماء الشهود المراد سماعهم، بعد أن كام أحد الخصوم قد قدم قائمة بأسمائهم أثناء سير الدعوى و ذلك حسب نص المادة 154 من قانون الإجراءات المدنية قبل قفل باب المرافعات² و يجوز تقديم الطلب لأول مرة أمام محكمة الاستئناف و يجب أن يشمل الطلب على تحديد الوقائع المراد إثباتها بدقة و يتم حضور الشهود³.

الفرع الثاني: أداء اليمين.

عندما يحضر الشهود تسمع شهادة كل شاهد على انفراد حتى لا يتأثر الشاهد بشاهد آخر⁴ سواء كان ذلك بحضور الخصوم أو في غيابهم بحيث ينادي القاضي باسم كل شاهد على حده، و يذكر كل منهم قبل الإدلاء بشهادته اسمه و لقبه و مهنته و سنه و موطنه و علاقته و درجة قرابته و مصاهرته أو تبعيه للخصوم عملا بأحكام المادة 1/152 من قانون

¹ القانون رقم 08 – 09 المؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق ل 25 فبراير سنة 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.

² إبراهيم عبد الرحمن، الإثبات بالشهادة في الفقه الإسلامي فقهية قانونية مقارنة، ماجستير، جامعة القاهرة، قسم الشريعة، ط 1989، ص 1.

³ الغوتي بن ملح، القانون القضائي الجزائري، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، ط 2000، ص 70.

⁴ نبيل إسماعيل، المرجع السابق، ص 851.

الإجراءات المدنية و الإدارية و معرفة هذه البيانات تهم كلا من القاضي و اطراف الدعوى، فتمكنهم من معرفة هويتهم و مراقبة أهلتهم و صلاحيتها للأدلاء بالشهادة¹.

لان هوية الشهود و علاقتهم بأطراف الخصومة تعتبر شكلية جوهريه لأنه يترتب عن إغفالها أو إهماله بطلان الشهادة وفقا لنص المادة 152 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.

¹ محمد أوب الوفا، الإثبات في المواد المدنية و التجارية، الدار الجامعية للطباعة و النشر، بيروت، ط 1983، ص 126.

المبحث الثاني: طرق العلمية كآلية لإثبات و التنفيذ في قضايا شؤون الأسرة.

بعد تعديل قانون الأسرة بالأمر رقم 05-02 أضاف المشرع فقرة ثانية للمادة 40 نص فيها على الطرق العلمية لإثبات النسب، إلا انه جعل اللجوء إلى هذه الطرق خاضعا للسلطة التقديرية للقاضي، و هذا ما اثبتته القضاء في عدة أحكام و قرارات له، و في ظل غياب النص القانوني المنظم لنسب الابن الشرعي.

المطلب الأول: سلطة تقدير قاضي شؤون الأسرة لنتائج الخبرة العلمية.

بعد ندب الخبير من طرف القاضي وفقا للإجراءات المنصوص عليها في المواد من 125 إلى 145 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، يقوم بعمله تحت إشراف القاضي، وفور انتهائه من المهمة الموكلة اليه، يقوم بإيداع تقرير الخبرة لدى أمانة ضبط المحكمة، و يبقى للقاضي السلطة التقديرية واسعة تجاه هذا التقرير، بمعنى أن رأي الخبير ليس ملزما للقاضي ويمكن أن يأخذ به كليا أو جزئيا أو حتى يستبعده غير أنه يجب عليه أن يضمن حكمه الأسباب التي أوجبت عدم الأخذ برأي الخبير كلاً أو بعضاً¹. و هو ما تم النص عليه في المواد 144 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

فرأي الخبير لا يعدو أن يكون رأيا استشاريا، و ليس له من قوة في الإثبات أكثر من كونه عنصرا من عناصر إقناع القاضي مع بقية الأدلة الأخرى القائمة في الدعوى²، و قد سار القضاء الجزائري على وجود إحترام رأي الخبير و عدم جواز مخالفة ما جاء في تقريره إلا بتقديم الدليل المخالف و التسبب الكافي الذي يغني عن الأخذ بهذه الخبرة³.

ورغم التأثير الكبير لتقارير الخبراء في أحكام و قرارات القضاة، إلا أنها تفرض عليهم شيئا لأن هؤلاء ما هم إلا مستشارون تعينهم العدالة لتسليط الضوء على بعض الجوانب من النزاعات فيجوز للقاضي لاستناد اليهم أو الاستغناء عنهم⁴.

ومع ذلك وبالرغم من دقة نتائج الفحوص الوراثية التي غالبا ما تستعص على فهم القاضي، فإنه يقع على عاتقه مناقشة محتواها والرد على الدفع المثارة من قبل إلا طراف وتقدير مدى ملائمة خبرة مضادة، وال يمكن للقاضي المصادقة على تقرير الخبرة دون مناقشة لأنه حينها سوف يتخلى عن صلاحياته لفائدة الخبير⁵.

¹ أوان عبد الله الفيضي، الخبرة الطبية في الدعوى المدنية، دار الفكر الجاني، الإسكندرية، ط 2014، ص 134.

² أوان عبد الله الفيضي، المرجع نفسه، ص 135.

³ رايس محمد، الخبرة القضائية الطبية، مجلة الحجة، منظمة المحامين، تلمسان، ط 2011، عدد 2، ص 102.

⁴ سعد عبد العزيز، أبحاث تحليلية في قانون الإجراءات المدنية، دار هومة، الجزائر، ط 2008، ص 35.

⁵ بلحاج العربي، أحكام الزوجية و أثارها في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة، الجزائر، ط 2015، ص 675.

الفرع الأول: مدى أعمال السلطة التقديرية في اللجوء إلى الخبرة العلمية في مسائل إثبات النسب.

إن القضاء الجزائري وفي إطار السلطة التقديرية تمسك بأحكام الشريعة الإسلامية وإعتمد على القواعد التقليدية في إثبات، وقد إستقرت المحكمة العليا ردحا من الزمن على الاعتراف بالنسب الشرعي في عدة قرارات لها¹ غير أن منحاه هذا تغير بعد إستحداث الطرق العلمية في آخر تعديل لقانون الأسرة.

وبخصوص إعمال القاضي لسلطته التقديرية في اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب فلم نجد أي قرار بهذا الشأن، إذا أن المقصود بإثبات النسب هو النسب الشرعي الثابت بالفراش والزواج الشرعي، كحالة اختلاط المواليد بالمستشفيات أو اختلاط النطف في مراكز التلقيح الاصطناعي أو التنازع حول مجهول النسب وغيرها.

غير أن القضاء الجزائري توجه إلى إعمال سلطته التقديرية في إلحاق نسب غير شرعي لأبيه البيولوجي، بناء على خبرة عليمية أو بدليل آخر. وهو ما جاء في عدة قرارات للمحكمة العليا قضت بإلحاق ابن المغتصبة بمغتصبها. وأول هذه القرارات صدر بتاريخ 2006/03/05 الذي تم فيه إلحاق النسب بالأب البيولوجي بناء على الخبرة الطبية بالرغم من أن العالقة غير شرعية.

زيادة على ذلك، تم إلحاق نسب ابن غير شرعي بناء على الشبهة وإقرار أبيه البيولوجي في قرار آخر للمحكمة العليا، فالقاضي في هذه القضية لم يستجب لطلب الخصوم بإجراء خبرة طبية، وكانت هذا القرار صادرا بتاريخ 2011/05/12.

وفي قرار آخر صادر بتاريخ 2012/03/15 أكدت المحكمة العليا موقفها من نسب ولد المغتصبة إلى المغتصب² بعد ثبوت هتك عرض قاصرة وحملها من المغتصب وإنجاب بنت فإن نسبها يلحق بالمغتصب.

الفرع الثاني: الأسس القانونية للسلطة التقديرية في قانون الأسرة.

يمكن القول أنه لا يمكن لقانون الأسرة إحتواء جميع المسائل المطروحة أمام القضاء وإيجاد الحلول لها، منح المشرع للقاضي سلطة تقديرية تشمل كل النقائص الموجودة في هذا القانون بموجب نص المادة 222 من قانون الأسرة التي جاء: "كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية". وبذلك، إعتبر أحكام الشريعة الإسلامية

¹ المحكمة العليا، ملف رقم: 58224، المجلة القضائية، ط 1991، عدد 4، ص 110.

² المحكمة العليا، بتاريخ 2012/03/15، رقم 734072، غرفة شؤون الأسرة و المواريث، مجلة المحكمة العليا، العدد 1، ط 2013، ص 124.

مصدرا رسميا لقانون الأسرة في كل ما لم يتم النص عليه، دون تقييد للقاضي مذهبية، وهذا ما يحقق مرونة الشريعة الإسلامية الصالحة للتطبيق في كل زمان ومكان، وهذه ميزة تحسب لمشرعنا، إذ سمح للقاضي بالرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية واستنباط الحل من أي رأي فقهي يجد فيه القاضي الحل الأنسب للقضية المطروحة أمامه.

إضافة إلى ذلك، تتسم نصوص قانون الأسرة بالمرونة إذ تسمح للقاضي بإعمال سلطته التقديرية في مختلف أحكام الأسرة. منها سلطته في منح الإذن القضائي بزواج القاصر و الترخيص بتعدد الزوجات وكذلك سلطة تقديرية في أحكام الزواج والطلاق والأثار الناجمة عنهما، وفي تقدير التعويض عن العدول عن الخطبة وكذلك يجيز القانون للقاضي إعمال سلطته التقديرية في منازعات النسب¹.

وفي هذا الصدد، يستمد القاضي سلطته التقديرية من المواد 40 إلى 45 من قانون الأسرة فيمكنه الأخذ بالطرق القانونية والشرعية الواردة في الفقرة الأولى من المادة 40 ذات القانون من أجل إثبات النسب باللجوء إلى التحقيق كسماع الشهود، وكذا مدى الأخذ بالإقرار. أما سلطة القاضي التقديرية في اللجوء إلى الخبرة العلمية في إثبات النسب فنجد أساسها الموضوعي في نص المادة 40 في فقرتها الثانية من قانون الأسرة.

وتجدر الملاحظة، أن إبقاء المشرع للطرق التقليدية في المادة 40/1 من ق.أ في فقرة مستقلة وعدم إدراجها للطرق العلمية معها، إنما يقصد منه أن هذه الأخيرة ليست دليلا شرعيا قائما بذاته، مما يعني أن المشرع اعتبرها دليلا مساعدا أو احتياطيا، يستعين به القاضي في إطار سلطته التقديرية كآخر حل عند انعدام كافة الوسائل الأخرى، في حال فقدان الطرق الشرعية كما هو الحال في مجهول النسب أو تعارض الأدلة الشرعية².

¹ محمد بركات ناصر، السلطة التقديرية للقاضي في الفقه الإسلامي، دار النفائس للنشر و التوزيع، عمان، ط 2007، ص 81.

² محمد بجاق، الاحتياط في إثبات أو نفي النسب في الفقه الإسلامي، مجلة العلوم القانونية و السياسية، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة الوادي، العدد 05، جوان 2012، ص 392.

المطلب الثاني: البصمة الوراثية كألية لإثبات المادة الأسرية.

تعتبر البصمة الوراثية عن المادة الوراثية الموجودة في خاليا جميع الكائنات الحية، كما أنها وسيلة من وسائل التعرف على شخص ما، ويطلق عليه اختصاراً N D A.

الفرع الأول: خصائص البصمة الوراثية.

تتلخص أهم خصائص فيما يلي:

- انفراد كل شخص ببصمة لا يشاركه فيها شخص آخر في العالم إلا في حالة التوائم المتماثلة، فهي أدق وسيلة علمية تم اكتشافها لحد الآن في تحديد هوية الشخص وإثبات أو نفي الأبوة أو الأمومة بنسبة لا تقل عن 99 c/o وقد تصل إلى 100 c/o في حالة النفي متى تمت بمعايير وضوابط معينة.
- يمكن قراءة البصمات الوراثية ومقارنتها بينها بسهولة ويسر متبروعينظروفا لسلامة والحفظ - وال تحتاح في الغالب إلى معرفة فائقة أو دقة التأمل، كما تتوافق البصمات باختالف العينات من أعضاء الجسم.
- قدرة الحمض على تحمل أسوأ الظروف كارتفاع الحرارة والرطوبة والتلوثات البيئية، فلا يفقد ماهيته ولو مضى عليه وقت طويل.
- إمكانية الاحتفاظ به في الكمبيوتر أو في وسائل الحفظ المختلفة، واستحضارها كالمادعت الحاجة لذلك.

الفرع الثاني: اجراءات تحليل البصمة الوراثية و حالات الالتجاء اليها.

ضوابط تحليل البصمة الوراثية: لابد من لضمان سلامة نتائج البصمة الفقهاء و المختصون بعض الضوابط لا بد من توافرها؛ وهي كالآتي:

- أن تكون مختبرات التحاليل تابعة للدولة وتحت رقابتها وإشرافها، ومنع القطاع الخاص من إجراء عمليات الفحص واملتاجرة فيها، وأن الا تكون هذه المخابر للربح.
- أن يكون إجراء تحليل البصمة الوراثية تحت إشراف القضاء بانتدابه لأهل الخبرة، سدا لباب التلاعب وعدم ترك ذلك الاختيارات الأشخاص، ويكون ذلك في مختبرات مختصة ومعتمدة وموثوق بها، لضمان صحة النتائج وحيادها، على أن تؤخذ الاحتياطات اللازمة وسرية المعلومات الطبية الوراثية، لتعاملها في الجينات البشرية، وهو ما أشارت إليه الفقرة الثانية من المادة 40 من ق - أ، من أنه يجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات

- النسب؛ ويمكن للنيابة العامة أيضا طلب اللجوء إلى تحاليل البصمة الوراثية في قضايا التنازع على النسب طبقا للمادة 03 مكرر من ق¹.
- أن تكون هذه المختبرات و المعامل الفنية مزودة بالتقنيات و المواصفات العلمية و العملية المعتمدة محليا عالميا.
 - أن يكون جميع القائمين على العمل في املختبرات الخاصة بتحليل البصمة الوراثية سواء كانوا من خبراء البصمة الوراثية، أو من املساعدين لهم في أعمالهم المخبرية ممن تتوفر فيهم أهلية قبول الشهادة، كما في القائف، إضافة إلى معرفتهم وخبرتهم في مجال تخصصهم الدقيق في المختبر.
 - توثيق كل خطوة من خطوات تحليل البصمة الوراثية بدا من نقل العينات الى لاجراء الفحوصات المخبرية المتعددة، وانتهاء بظهور النتائج، حرصا على سلامة تلك العينات و ضمانا لصحة نتائجها مع حفظها للرجوع إليها عند الحاجة².
- كرست الحقوق الدستورية لجميع الأشخاص بدون استثناء حق اللجوء إلى القضاء بشرط عدم التعسف في ممارسته، بغرض حماية حقوقهم الشخصية أو الموضوعية ومن ثمة إن اللجوء للقضاء يعتبر من اهم الضمانات لحماية حقوق الأفراد و حرياتهم، فإذا ثار النزاع حول أي حق من هذه الحقوق، يتدخل القضاء للفصل في النزاع وإعطاء كل ذي حق حقه، والنزاع يمكن أن يتعلق بحقوق موضوعية للأشخاص أو بحقوقهم الشخصية ومن بين المواضيع الأكثر طرحا نجد النزاع الذي يعترى الروابط بين الأشخاص ومنها الرابطة الزوجية، والتي يمكن أن يثير تكوينها وانحلالها آثار انحلالها عدة إشكالات ونفس الشيء لحماية النسب، التركة والأهلية ... وغيرها من المواضيع التي يخص بها قسم شؤون الأسرة و العمل على الفصل فيها.
- أولى المشرع الجزائري اهتماما للقضايا الأسرية بين الزوجين باعتبارها من اعقد القضايا، محددًا ذلك بعقد الزواج الذي ينشأ بوجبه حقوقا و واجبات مالية بين الزوجين وحتى يتجنب الزوجين المشاكل التي قد تترتب عن المشاركة المالية بينهما، وجب إيجاد قواعد تحكم و تضبط المصالح المالية بينهما، سواء فيما يخص الأموال المكتسبة من طرف كل واحد منهما قبل الزواج، أو فيما يخص الأموال التي تكتسب بعد قيام العلاقة الزوجية، وذلك حتى يأخذ كل واحد منهما حقه بوجب القانون، باعتبار أن المشاركة الزوجية التي يفرضها عقد الزواج تجعل من اختلاط أموال الزوجين حتمية لازمة، لذا أصبحت مسألة وضع قواعد مضبوطة تنظم العلاقة المالية بين الزوجين و تجنبها الخلافات والنزاعات أمرا لا بد منه.

¹ بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة، المرجع السابق، ص 398.

² رشيد عمري، الاجتهاد المبني على السياسة الشرعية و تطبيقاتها في الأحوال الشخصية، دكتوراه في الشريعة و القانون، وهران، ط 2010/2011، ص 394.

كما أوجب المشرع الجزائري ضرورة التفريق بين العلاقة الزوجية و العلاقة المالية، و مراعاة عدة نقاط من أهمها: أن عقد الزواج لا يرتب أي حق للزوج على زوجته في الملكية و الثروة و الدخل، فلا يترتب على الزواج الاندماج مال الزوجة مع مال زوجها و بالتالي فإن استقلال الذمة المالية للزوجة عن الذمة المالية للزوج يتيح لها حرية التصرف في ثروتها الخاصة بها، كما أن حق الزوج في النفقة واجب على الزوجة حتى لو كانت الزوجة غنية.

وفي إطار ما أقرته الشريعة الإسلامية فيما يخص مبدأ الذمة المالية المنفصلة للزوجين و مضمونه انه لا ممتلكات و لا ديون مشتركة للزوجين، فكل منهما أمواله خاصة يتصرف فيها كما يشاء حيث تعتبر أموالا خاصة كل الأموال التي يمتلكها الزوجين قبل الزواج، أثناء و بعده، و مهما كانت طرق اكتسابها، غير أنه يمكن للزوجين أن يتفقا في عقد الزواج بشكل رسمي لاحق على ملكيتهما للأموال، و نسبة كل منهما في المال و هو ما كرسته المادة 73 من قانون الأسرة المعدل في سنة 2005¹. الذي استدعى فيما بعد قاعدة قانونية أكثر ملائمة لتنظيمه و بيان كيفية إدارة الأموال المشتركة بينهما و كيفية توزيعها، و حتى إثباتها، و ذلك مراعاة لخصوصية و حساسية العلاقة الزوجية.

كما تعد أموال الزوج مثل أموال التجارة...، لا حق للزوجة فيها إلا بمقدار ما فرض لها من صداق و ما يلزمها هي وولدها من نفقة، أما ما زاد عن ذلك فللزوج كامل الحرية في التصرف فيها و لا يدخل في نطاق أموال الأسرة إلا في ظل نظام الاشتراط المالي الذي يتم بمقتضاه التحديد الفعلي و المسبق لمسار العلاقات المالية ضمن بنود عقد الزواج، فكل طرف يساهم بماله في تكوين الثروة العائلية و يكون على دراية بما يملك منها و ما يملكه الطرف الآخر، و في حالة النزاع و انحلال الرابطة الزوجية يسترد كل طرف نصيبه². وهو عكس نظام استقلالية المالية، فكل طرف أمواله الخاصة التي تكون ذمته المالية ولا يحق للطرف الآخر أن يتصرف في أموال الآخر إلا في إطار الحقوق المالية التي رتبها عقد الزواج³.

وهو ما يستدعي ضرورة التطرق الذمة المالية للزوجين وصولا إلى المنازعات المالية التي هي محل دراستنا.

أولا: الذمة المالية للزوجين:

أ. الذمة المالية في الشريعة الإسلامية:

¹عويس بوعلام، حماية الأسرة من النزاعات المالية بين الزوجين، حوليات جامعة الجزائر 1، العدد 31، الجزء 4، ص 256-257.

²PIERRE SPITER - L'égalité des époux dans le régime matrimonial légal. Librairie générale de droit et de jurisprudence. Paris 1965 P. 40.

³ لاتي محمد، المنازعات المالية بين الزوجين في الشريعة الإسلامية و قانون الأسرة الجنائي، ماجستير في القانون الخاص، جامعة أبي بكر بالفايد، تلمسان، ط 2002، ص 15.

لقد اختلف فقهاء الإسلام في تحديد مفهوم الذمة المالية، فذهب بعضهم إلى أنها صفة شرعية يفترض الشارع وجودها في الإنسان، وذهب آخرون إلى أنها نفس الإنسان ذاتها¹. وبناء عليه فقد عرفها القرافي من المالكية بأنها معنى شرعي مقدر في المكلف قابل للإلزام والالتزام ثم أتبع ذلك بما يدل على قصده فقال: "إن هذا المعنى جعله الشارع مبنياً على أشياء خاصة منها البلوغ والرشد وعدم الحجر فمن اجتمعت فيه هذه الصفات ترتب الشارع عليها تقدير معنى فيه يقبل إلزامه والتزامه بتصرفاته".

أما الشافعية فقد قالوا بأنها معنى مقدر في المحل يصلح للإلزام والالتزام، أي إلزامه من قبل غير كالشارع ولالتزامه بعبارة². وهم بذلك يوسعون من نطاق الذمة لتشمل ليس فقط الأشخاص الطبيعية بل حتى الأشخاص المعنوية. في حين قصرها الحنفية على الإنسان دون غيره. فعرفها عبد هلال بن مسعود في كتابه التنقيح بأنها وصف شرعي يصير به الإنسان أهلاً لماله وما عليه.

من هذا المنطلق يمكن أن نعرف الذمة المالية في الفقه الإسلامي بأنها وصف الذي وضعه الشارع وجوده في الإنسان يصير به أهلاً للإلزام والالتزام، أي صالحاً لأن تكون له حقوق وعليه واجبات مالية، وهي بهذا المفهوم وثيقة الصلة بأهلية الوجوب التي تعني صالحة الإنسان لأن تكون له حقوق وعليه واجبات، فهي مترتبة على وجود

الذمة وكلاهما تلازماً للإنسان منذ ميلاده -مع العلم أن الجنين تكون له ذمة قاصرة- إلا أنها تختلف عن الذمة المالية في كونها تتعلق بالالتزامات عامة³.

أما في ما يتعلق بالمجال الأسري، فقد عملت الشريعة الإسلامية على العناية بالمالواهتمت بحفظه من الضياع، وشرعت مجموعة من الوسائل الوقائية لحمايته من كالتطاول عليه، كما حثت الآباء والأولياء على رعاية وحماية أموال أبنائهم الصغار ونبهت إلى الوصية به إلى من يثقون به⁴ ومن المعلوم أنه من المبادئ الأساسية المعمول بها في هذا الشأن هو استقلال كالزوجة بذمتها المالية، يقول سبحانه وتعالى في كتابه العزيز: "للرجال نصيب مما اكتسبوا وللنساء نصيب مما اكتسبن"⁵ وهو يؤدي بنا إلى طرح تساؤل التالي: هل مبدأ استقلال الذمة المالية للزوجين آلية لحماية حقوق العلاقة الزوجية، خصوصاً فيما يتعلق بنطاق المرأة.

¹الكشور، الحقوق المالية للزوجين، مداخل في الندوة الوطنية التي نظمتها جامعة عبد المالك السعدي بطنجة حول مدونة الأسرة يومي 20 و21 فبراير 2004.

²عبد العزيز أبو غنيم، طبيعة حقوق الدائنين في التركة وأثرها في أحكام التركات وتصفية الديون، دار مرجان للطباعة، ط(2) 1982، ص 23.

³عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، الجزء الأول، المجمع العلمي العربي الإسلامي، منشورات حمد الداية، بيروت لبنان، ص 512.

⁴خالد الحارثي، التدبير التعاقدى لأحوال الأسرة قراءة في وثائق، ماجستير الدراسات العليا كلية الشريعة، فاس، ط 2000-2001، ص 131.

⁵سورة النساء، الآية، 32.

يحقق الاعتراف القانوني بالدرجة الأولى غايتين أساسيتين:

* الغاية الأولى: وتتجلى في رفع القهر المسلط على المرأة المتزوجة داخل مؤسسة الأسرة لا تتمتع بحق ممارسة الحقوق المالية التي يترتبها عقد الزواج، وإنما معاللا أنها تمارس عليه هذه الحقوق، فكان أمام حتمية التغيير والتطور إنصافها ورد الاعتبار لها بتمتعها باستقلالها المالي امتدادا لاستقلالها بشخصيته القانونية.

* الثانية: وتتجلى في ضرورة الحفاظ على التوازن المالي للأسرة، فمما الشك فيها أن الظروف الاقتصادية الحالية عرفت تطورا كبيرا نتيجة انخراط المرأة في سوق الشغل ولوجها العمل المأجور، فكان لا بد من إعادة النظر في التزامات وحقوق كل طرف¹.

ب. **الذمة المالية للزوجين في قانون :**

يعرفها مصطفى الزرقا بأنها: محل إعتباري في الشخص تشغله الحقوق التي تحقق عليه²، كما عرفها أبو زهرة بأنها " امر فرضي اعتباري، يفرض ليكون محلا للإلتزام³ الإلزام"³

ثم أن التوجه العام الذي سارت عليه القوانين الغربية هو مبدأ الاشتراك في الذم بين الزوجين، وضرورة التقسيم المتساوي لكل المكتسبات التي تراكمت خلال حياتهما فنظام الأموال في الدنمارك و النرويج مثلا مبني على الاشتراك بين الزوجين فاذا انحل الزواج إقتسما المال مناصفة بينهما، و نفس المقتضى أقره القانون السوفياتي لسنة 1944 الذي نص على أن ما اكتسبه الزوجان يعد مشتركا بينهما و يقسم بالتساوي.

غير أن القانون الفرنسي نظم أموال الزوجين بشكل مغاير نسبيا، اذ منح الاختيار للزوجين في تحديد النظام المالي الذي يوافق مصالحها المالية- نظام فصل الأموال أو نظام الأموال المشتركة أو نظام المشاركة في المكتسبات – لكن في غياب نظام اتفاقي تخضع العلاقات المالية حتما لنظام الاشتراك القانوني الذي يفرضه القانون المدني الفرنسي⁴.

¹ محمد اقاش، النظام المالي للزوجين على ضوء مدونة الأسرة، دبلوم دراسات العليا في القانون الخاص- قانون الأسرة و الطفولة، جامعة سيدي محمد بن عبد الله، فاس، ط 2006، ص 21.

² مصطفى احمد الزرقا، نظرية الإلتزام العامة، دار القلم، سوريا، ط (1) 1418، ص 201.

³ أبو زهرة محمد، أحكام التركات و المواريث، دار الفكر العربي، القاهرة، ط 1963، ص 16..

⁴ بلحاج العربي، أحكام الزوجية و أثارها في قانون الأسرة الجزائري، دار الهومة، الجزائر- ط 2013، ص 543.

ثانيا: الأساس القانوني لمبدأ استقلال الذمة المالية في قانون الجزائري.

لم يكن قانون الأسرة الجزائري ينص على اطار قانوني محدد ينظم العلاقات المالية بين الزوجين، ولم يبين كيفية تدبير الأموال المكتسبة خلال الحياة الزوجية، ماعدا نص المادة 73 من قانون الأسرة الجزائري التي تنظم حالة النزاع حول متاع البيت غير أن تعديل قانون الأسرة في 2005 حمل من الجديد في مسألة النظام المالي للزوجين، وأقر انفصال الذمة المالية بين الزوجين، حيث إعتترف المشرع للزوجة بشخصيتها المستقلة عن الزوج كونها كاملة الأهلية، لها كافة الحقوق و تتحمل ما عليها من إلتزامات، دون تمييز أو تفريق إلا ما تقضيه الطبيعة البيولوجية لكل جنس.

لذلك بعد الزواج تبقى للزوجة ذمتها المالية المستقلة بكل ما تحتويه من حقوق أو ديون...و لا حق للزوج أن يطالبها بشيء من مالها إلا بطيب نفس منها، غير أن الزوج بالرغم من استقلال بذمته المالية إلا أن للزوجة لها في مال زوجها ما ينفق عليها و على أولادها- و هذا بنص المادة 74 من قانون الأسرة. إذ إعتترف المشرع من خلالها بذمة مالية مستقلة لا تقتصر على ما تشتمل عليه ذمتها من أموال بل تتعدى إلى منح الزوجة حق التصرف في هذه الأموال بأي وجه من أوجه التصرف، و ذلك حتى لا يكون هذا الإستقلال شكليا¹.

من خلال ما سبق طرحه يمكن القول أن النظام المالي للزوجين يعد رابطة متينة داخل الأسرة، والوضعية الاقتصادية والمالية للزوجين، والتزام الزوج بالإنفاق و الأموال المشتركة بينهما و المسكن الزوجي، و متاع البيت (محل دراستنا)...نجد أن المشرع الجزائري أكد على حتمية التعايش الزوجين بين مبدأ الفصل الذمم و مبدأ إشتراك الذمم، حيث يحتفظ كل طرف بملكية أمواله ملكية تامة متمتع بكافة الحقوق التي يقرها القانون إعتباره مالكا، فعقد الزواج يرتب حقوقا شخصية متبادلة حددها المشرع في نص المادة 36 من قانون الأسرة، غير انه في بعد آخر أي اثر أموال الزوجين بحيث يبقى لكل زوج ذمة مالية مستقلة، باعتبار أن النظام المالي في التشريع الجزائري قائم على استقلال الذمم بين الزوجين ثم أن المشرع قدر أن هذا المبدأ لا يمكنه أن ينسجم تمام الانسجام مع الوضع الحالي للأسرة الجزائرية و لو انه في منحنى آخر أعطا للزوجين الحرية في الاتفاق حول كيفية إدارة ذلك².

بشكل عام، وقبل الشروع في دراسة حالة المنازعات المالية و أحكامها بين الزوجين كان لابد من التعرّيج لمفاهيم تخص الأموال الزوجية التي يقع حولها النزاع ذلك أن المقصود بالأموال الأسرة هي تلك الحقوق المالية التي تنشأ بمقتضى عقد الزواج مثل الصداق و النفقة

¹ عويس بوعلام، المرجع السابق ، ص 263.

² عويس بوعلام، المرجع السابق، ص 280.

و متاع البيت الذي هو محل دراستنا والتي يثور حولها النزاع و يؤدي للمطالبة به أمام القضاء، لأنها تصبح ديناً ثابتاً و صحيحاً يجب الوفاء به.

المطلب الأول : إثبات وجود متاع البيت.

يثار في الغالب النزاع (النزاعات المالية) حول متاع البيت عقب الطلاق، حيثمن خلال هذا النزاع يحاول كل من الزوجين التطرق إلى ملكية ما هو موجود بالبيت مع مقتنيات، وقد أفرد لهما المشرع الجزائري نصاً وحيداً في قانون الأسرة وهو المادة 73 التي جاء فيها: " إذا وقع النزاع بين الزوجين أو ورثتهما في متاع البيت و ليس لأحدهما بيعة فالقول للزوجة أو ورثتها مع اليمين في المعتاد للنساء و القول للزوج أو ورثته مع اليمين في المعتاد للرجال و المشتركات بينهما يقتسمانهما مع اليمين". يفهم من خلال نص المادة أن النزاع حول متاع البيت (كما سبق الإشارة له) التي خلفها طلاق الزوجين أو وفاة أحدهما، فيثار النزاع حول الملكية ما هو موجود بالبيت من متاع البيت أو يبين المكلفين أو بين الزوج الباقي على قيد الحياة وورثة الزوج المتوفي، ومن المتصور جداً أن يثار هذه النزاع بين ورثة كلا الزوجين في حالة وفاة الزوجين كلاهما على اعتبار المتاع من التركة.

غير أن المشرع الجزائري قد أورد في نص المادة 73 من قانون الأسرة في الفصل الثاني المتعلق بالأثار الطلاق، من الباب الثاني إنحلال الزواج الأمر الذي يجعل النزاع بين احد الزوجين والورثة أو بين ورثة الزوجين كلاهما غير مستساغ. و من مخلفات إنحلال الرابطة الزوجية النزاع حول متاع البيت و الذي يعود سببه إلى أن كلا الزوجين يدعيان ملكية ما هو موجود من متاع البيت أو احد أن الطرفين يدعي متاع و الطرف الآخر ينفي وجود المتاع أصلاً.

وبناء على ما سبق طرح سنعمد إلى تقسيم مبحث الأول من الدراسة إلى مفهوممتاع البيت (المطلب الأول) وإثبات وجود متاع البيت في حالة عدم وجود الدليل(المطلب الثاني).

الفرع الأول: إثبات وجود متاع البيت في حالة عدم وجود الدليل.

من الطبيعي أن المعيشة المشتركة بين الزوجين تستلزم توفير وسائل العيش اللازمة من أدوات منزلية، كما أن الزوجة غالباً ما تساهم في تكوين متاع البيت عبر الجهاز أو الشوار أو شراء بعض اللوازم مما يفرض حين الانفصال أن تأخذ نصيبها من المتاع المنزلي وهنا تبرز سلطة القاضي في إثبات ما هو للرجال و ما هو للنساء، وما هو مشترك بينهما.

الفرع الأول: مفهوم متاع البيت.

البند الأول: تعريف المتاع.

أ- **تعريف المتاع لغة:** المتاع في الأصل كل شيء ينتفع به و يتبلغ و يتزود به، والفناء يأتي عليه في الدنيا، ففي اللغة فكل ما انتفع به فهو متاع¹.

و في تعريف آخر: يشير إلى كل ما ينتفع به من الحوائج كالطعام و أثاث البيت و الأدوات و السلع، و قيل كذلك: هو كل ما ينتفع به من عروض الدنيا كثيرها و قليلها سوى الفضة و الذهب و عرفا كل ما يلبسه الناس و يبسطه²، و قال ابن المظفر: المتاع من أمتعة البيت ما يستمتع به الإنسان في حوائجه، و كذلك كل شيء، و المتاع: المال و الأثاث³.

ب- اصطلاحاً:

متاع البيت هو ما ينتفع به في بيت الزوجية من فراش و أدوات منزلية⁴، فهو كل ما يمكن أن يتم الانتفاع به في بيت الزوجية من فراش و أثاث و أدوات منزلية، و يستوى في ذلك أن يكون مما يخص الرجال، أو مما يخص النساء، أو ما يخص النساء و الرجال على حد سواء.

كما يتداخل مفهوم متاع البيت مع مفهوم جهاز البيت و أثاث البيت اذ يتضح مما سبق أن كلمة المتاع أعم من كلمة الأثاث وكلمة الأثاث أعم وأشمل من كلمة الجهاز.

عموماً فالمقصود بالمتاع: كل ما يتمتع وينتفع به فيشمل جميع نعم الله وسبحانه وتعالى التي لا تعد ولا تحصى، ومنها التمتع بالحيوانات و الموالح و أثاث و أدوات البيت وغيرها.

البند الثاني: متاع البيت و المفاهيم المتصلة.

أولاً: متاع البيت و الجهاز.

أ- الجهاز لغة:

¹ ابن منظور، لسان العرب، دار المعارف، القاهرة، ط 1119، ص 4128.

قيس عبد الوهاب الحياي، ملكية أثاث بيت الزوجية، دار الحامد للنشر و التوزيع، عمان، ط 1 (2008)، ص 246.

ابن منظور، نفسه، ص 4129.

⁴ بوخاتم أسية، الحقوق المالية للمطلقة بين الشريعة الإسلامية و قانون الأسرة الجزائري، ماجستير في قانون الأسري، جامعة تلمسان، ط 2007، ص 85.

جهاز العروس والميت وجهازهما ما يحتاجان إليه، وكذلك جهاز المسافر، وقد جهزتهجهز، وجهزت العروس تجهيزا، كذلك جهزت الجيوش، تجهيز الغازي: تحميله وإعداد ما يحتاج إليه في غزوة، أي تهيأت له، وجهاز الرحالة ما عليه¹.

ب- الجهاز اصطلاحا:

فيقصد به ما يتجهز به الشخص لمناسبة معينة كجهاز الميت أي ما يحتاج إليه من مستلزمات للدفن، وجهاز المسافر أي ما يحتاج إليه في الطريق من واسطة نقل وأمتعة وطعام. أما جهاز العروس: أي ما تحتاج إليه في وجهتها من ما لبس وحلي ومصوغات وأدوات زينة بمناسبة زفافها².

و يسمى الشوار في العرف المغربي، فالجهاز هو: "ما تأتي به الزوجة عادة ليلة زفافها – أو قبله أو بعده - من أفرشتها وأغطية وأوان إلى البيت ليكون جزءا من متاع البيت³

نلاحظ أن العادات والأعراف تميز ما يدخل في الجهاز وما يدخل في متاع البيت، وهي عادات وأعراف يجب على القاضي أن ينتبه إليها للفصل في النزاعات التي تطرح أمامه بهذا الخصوص، إذ القاعدة أن المعروف عرفا كالمشروط شرط⁴.

ثم إن المشرع الجزائري لم يتعرض إلى أحكام الجهاز بصفة عامة وإلى إلزام الزوجة بتأثيث بيت الزوجية حسبما ذهب إليه الفقه المالكي. لأن الشيء المسلم به من الناحية القانونية أن التجهيز من واجبات الزوج. لكن الواقع الجزائري أصبح مخالفا لذلك تماما وأصبحت الزوجة ملزمة بالتجهيز في نظر العرف. لهذا يعتبر الجهاز نظاما قائما على هامش الصداق الشرعي ويجب أن يضع المشرع أحكاما خاصة بالجهاز لا تقل أهمية عن الصداق أو متاع البيت⁵.

ثانيا: متاع البيت و أثاث البيت.

هو كل ما يوجد بالبيت من الخزائن و أرائك و أسرة و مفروشات و جميع الأدوات التي يفترض أن يعدها الزوج في بيت الزوجية استقبالا لزوجته، مهياً لها إقامة مريحة فيه، و الأصل في هذه الأشياء أن استعمالها يكون مشتركا بين أفراد الأسرة جميعهم فهي من الضروريات التي تستقيم بها الحياة المشتركة للزوجين و من معهما الوالدين الزوج و الأولاد و الأخوة.

¹ ابن منظور، لسان العرب، باب جهاز، ج 1، ص 712.

² شامي احمد، إثبات متاع البيت في الفقه الإسلامي و التشريع الجزائري، مجلة الصدى للدراسات القانونية و السياسية، العدد 1، ديسمبر 2019، ص 27.

³ محمد الكثيبر، الوسيط في شرح مدونة الأسرة، الوسيط في شرح مدونة الأسرة، ج 2، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، ط(2) 2009، ص 489.

⁴ شامي احمد، المرجع السابق، ص 28.

⁵ مسعودي رشيد، النظام المالي للزوجيين في التشريع الجزائري، دكتوراه في القانون، جامعة أبو بكر بالقائد-تلمسان، ط 2005، ص

قد أكدت المحكمة العليا وفقا للقرار رقم 52212 الصادر بتاريخ 1989/01/16 أن "...أثاث البيت المخصص للاستعمال الثنائي بين الزوجين مثل الفراش و الغطاء و غرفة النوم و ما شابه ذلك من أرائك و زرابي و أواني الطبخ هو مبدئاً يعتبر ملك للزوج ما لم تثبت الزوجة بالبيئة أن ملك لها اشترته أو هو من جملة صداقها فأن لم يكن هذا فالزوج أحق به مع يمينه¹ على أن الأثاث من اختصاص الزوج كقاعدة عامة باستثناء اذا قدمت الزوجة بيئة على ملكيتها له:" ومنه فالأثاث من اختصاص الزوج كقاعدة عامة باستثناء اذا قدمت الزوجة بيئة على ملكيتها له.

ثالثاً: متاع البيت و الصداق.

أ- تعريف الصداق لغة:

الصداق بفتح الصاد و كسرهما مهر المرأة كذا 'الصدقة'² و قد أصدقت المرأة اذا سميت لها صداقاً³، و صداق المرأة ما يعطى لها مهراً⁴.

ب- الصداق اصطلاحاً:

يعرف بأنه " المال الذي تستحقه الزوجة بالعقد عليها أو الدخول بها⁵ يعرفه الفقهاء بحسب كل مذهب فقهي على النحو الآتي⁶:

- المالكية: وهو ما يعطى للزوجة في مقابلة الاستمتاع بها⁷.
- الحنفية و الشافعية: الصداق ما تستحقه المرأة بعقد النكاح أو الوطء⁸، و المعنى فيه: أن النكاح عقد معاوضة بالمهر فاذا انعقد صحيحاً كان موجبا للعوض كالبيع.
- الحنابلة: الصداق: هو العوض في النكاح سواء سمي في العقد أو فرض بعده بتراضيهما أو الحاكم⁹.

ج- الصداق في القانون الجزائري:

لقد عرف المشرع الجزائري الصداق في نص المادة 14 بقوله: " الصداق ما يدفع نحلة للزوجة من نقود أو غيرها من كل ما هو مباح شرعاً وهو ملك لها تتصرف فيه كما تشاء"¹.

¹ المجلة القضائية، المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 52212، بتاريخ 1989/01/16، عدد 3، ط 1991، ص 55

² زين الدين أبو محمد بن أبي بكر الحنفي، تحقيق: يوسف الشيخ محمد، مختار الصحاح، المكتبة العصرية، بيروت، ط 1999، ص 172.

³ العلامة الجوهري، تقديم: عبد الله العلايلي، الصحاح في اللغة و العلوم، بدون بلد نشر، بط، ص 300.

⁴ أبو القاسم الحسين بن محمد الأصفهاني، المفردات في غريب القرآن، دار القلم، دمشق، ط(1) 1416، ص 481.

عبد الفتاح تقيّة، المرجع السابق، ص 128⁵.

⁶ تواتي نورة، منازعات الصداق في قانون الأسرة الجزائري و الشريعة الإسلامية، مجلة الحقوق و الحريات، المجلد 9، العدد 2، ط 2020، ص 1555.

⁷ محمد بن احمد بن عرفة الدسوقي، الشرح الكبير للشيخ الدردير و حاشية الدسوقي، جزء 2، دون ط و السنة، ص 293.

⁸ وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي و أدلته، الأحوال الشخصية، جزء 7، دار الفكر العربي، سوريا، ط(2) 1992، ص 251.

⁹ منصور بن يونس بن صلاح الدين البهوتي، كشف القناع عن متن الإقناع، جزء 5، دار الكتب العلمية، بدون بلد، بط، ص 128.

نجد أن التكييف القانوني للصدّاق في قانون الأسرة الجزائري، قد وافق مشهور المالكية في عدهم الصدّاق من أركان الزواج في هذا قد جانبه الصواب لأن الصحيح عند المالكية وغيرهم أن الصدّاق ليس بركن من أركان الزواج، لأن الركن إذا فقد في العقد فيعد العقد باطلا لا أثر له لأنه كالعدم².

¹ قانون رقم 84- 11 مؤرخ في 09 يونيو سنة 1984 و المتضمن قانون الأسرة، المعدل و المتمم بالأمر 05(02) المؤرخ في 27 فبراير 2005.

² المصري ميروك، الطلاق وأثاره من قانون الأسرة الجزائري، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، ط 2010، ص89.

د- حالات استحقاق الصداق:

من خلال هذا العنصر سنتطرق حالات استحقاق الزوجة في الصداق في قانون الأسرة الجزائري:

د- 1- أنواع الصداق :

- الصداق المسمى: وهو ما يتفق عليه في العقد الصحيح أو فرض بعده بالتراضي. وهو الصداق الذي يثبت بمجرد اتفاق الزوجين معا مهما بلغت قيمته طالما تم بإرادة ورضى الطرفين أو بعبارة أخرى ما اتفق عليه في العقد الصحيح، أو فرض بعد التراضي حيث حددت المادة 15 من قانون الأسرة الجزائري: "يحدد الصداق في العقد سواء كان معجلا أو مؤجلا، في حالة عدم تحديد قيمة الصداق تستحق الزوجة صداق المثل. ويعتبر الصداق في العقد، ما جرى عرف الناس عليه من تقديم الزوج للزوجة البكر قبل الزواج ثيابا أو نحوها وللزوجة في الملكية أن تمنع نفسها حتى تقبضه، فإذا سلمت له ليس لها بعد ذلك إلا المطالبة بالصداق كدين في ذمة ولا يترتب الطلاق عن تعذر الوفاء به، وإن اختلف الزوجان في قبض حال الصداق، فالقول قول الزوجة قبل الدخول والقول قوله بعد الدخول المادة 17 من قانون الأسرة الجزائري¹.

- الصداق المثل: مهر المثل يكون عند عدم تسمية المهر² ومتى لم يتفق في العقد على تحديد الصداق طبقا للمادة 15 من قانون الأسرة الجزائري: "يحدد الصداق في العقد سواء كان معجلا أو مؤجلا"، في حالة عدم تحديد مقدار الصداق تستحق الزوجة صداق المثل، ذلك أنه لا يجوز الاتفاق على إسقاط المهر³.

ومهر المثل هو الصداق الذي يدفع عند زواج أمثالها من أقاربها حسب العرف والعادة وما جرى به العمل في تلك المنطقة، وخلال تلك المرحلة، وعلى كل حال فإن تقدير المهر المثل هي مسألة يستقل بها قاضي الموضوع، ويراعى القاضي في تحديد قيمة مهر المثل الوسط الاجتماعي للزوجين والأعراف المعمول بها⁴، مع الإشارة بأن الأعراف تختلف من منطقة لأخرى، ويرى الدكتور بلحاج العربي أن المشرع بصدد التعديل الجزئي للمادة 15 من قانون الأسرة الجزائري، كان يجدر به إضافة الفقرة الثانية منها ما يلي: "وتراعي المحكمة في تقديره أو في تحديده وسط الاجتماعي للزوجين والعرف السائد في المكان الذي يوجد فيه الزوجان، أما المادة 33 من قانون الأسرة الجزائري فقد أعطت لزوجة صداق المثل متى تم الدخول بها دون الصداق، كما قد تحدث المشرع الجزائري عن هذا النوع من

¹الحاج العربي، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد، ج 1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الجزائر، ط(1) 2012، ص 271.

² أحمد نصر الجديري، شرح قانون الأسرة الجزائري، دار الكتب القانونية، مصر، ط 2014، ص 56.

³ الحسين بن شيخ اث ملويا، المرشد في قانون الأسرة، دار هومة، الجزائر، 2014، ص 50.

⁴ عبد الكريم نذير، نور الدين حمادي، حق الزوجة في ظل قانون الأسرة الجزائري، مجلة الحقوق و العلوم الإنسانية، المجلد 14، العدد 3، ط 2021، ص 560.

الصادق في المادة 54 من قانون الأسرة الجزائري حين عرضه كبديل للخلع، وخاصة عند عدم الاتفاق على المبلغ الذي تقدمه الزوجة إلى الزوج لمقابل الخلع¹.

البند الثالث: متاع بيت في التشريع الجزائري.

لم يتناول قانون الأسرة الجزائري تعريف "متاع البيت" ضمن طيات نصوصه وإنما ترك ذلك للفقهاء، و اكتفى فقط بوضع قاعدة يتم العمل بها في شأن النزاع الخاص به في (المادة 73 من الأمر رقم 02-05 المؤرخ في 27 فبراير 2005 المتضمن قانون الأسرة الجزائري)² هذا رغم قرارات وأحكام المحكمة العليا المتعلقة بالموضوع. و في تعريف لمتاع البيت المستقى انطلاقاً من الأفكار التي تضمنتها بعض قرارات المحكمة العليا هو " مجموعة الأشياء الموجودة في منزل الزوجية و المخصصة للاستعمال المشترك داخل المنزل من كل الزوجين و باقي أفراد الأسرة مثلاً الأفرشة و الأغطية التلفزيون...، أما ما لا يدخل ضمن الاستعمال المشترك وما يخص الزوجة وحدها مثل المصوغات و الملابس الشخصية و أدوات الزينة أو ما يخص الرجل وحده مثل الكتب و الأدوات المستعملة للممارسة مهنة الطب أو الهندسة... و مثل البندقية و السيارة، فإنه إدخالها ضمن متاع البيت حتى و لو كانت موجودة في بيت الزوجية وبالتالي لا يجوز أن تطبق المادة 73 من قانون الأسرة الجزائري، بشأنها و إنما يتم الرجوع لوسائل الإثبات المنصوص عليها في القانون المدني³. أي الرجوع للنظام المالي للزوجين حال الاشتراك (المادة 2/37 من ق أ ج.).

و عليه فإن مصطلح المتاع يتداخل ويختلف مع المصطلحات التي سبق عرضها مما دفع المشرع إلى عدم تبني أي تعريف محدد لمتاع البيت. و إنما إكتفى بذكر أحكام التنازع فيه ويمكن القول أن المشرع الجزائري أصاب عندما ترك تعريفه للفقهاء، لأن التعريف ليس من اختصاص التشريع و إنما من اختصاص الفقهاء.

الفرع الثاني: إثبات وجود متاع البيت في حالة عدم وجود الدليل.

يترتب على عقد الزواج حقوق وواجبات متبادلة ما بين الزوجين فضال عن حقوق مشتركة بينهما، ومنها التزام الزوج بالإنفاق على زوجته، ووجوب طاعتها له ومعاشرتها لبعضهما بالمعروف... الخ، والنتيجة الطبيعية لعقد الزواج والأثر المباشر له هي المساكنة المشتركة بين الزوجين في بيت واحد، ما يترتب على ذلك وضع يد كل واحد منهما على أموال

¹ عبد الكريم نذير، نور الدين حمادي، المرجع السابق، ص 560.

² قانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 يوليو 1984 المتضمن قانون الأسرة ر ج ، العدد 24، بتاريخ 12 يوليو 1884، المعدل و المتمم.

³ -عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد (أحكام الزواج و الطلاق بعد التعديل)، دار الهومة، الجزائر، ط(4) 2013، ص 148-149

الآخر واستعمالها، ويكون ذلك من باب الإباحة والتسامح فيما بينهما، أو بناء على الإلزام الشرعي والقانوني القاضي بإلزام الزوج بإعداد المسكن الشرعي بشروطه كافة.

البند الأول: ماهية الإثبات في المنازعات المالية بين الزوجين.

من أهم القضايا المطروحة في ساحة القضاء بالنسبة لدعوى الأحوال الشخصية قضية الإثبات والإشكال المطروح هنا هو هل هناك نظام خاص في إثبات النزاع المالي بين الزوجين؟ وهنا هل نرجع إلى أحكام الشريعة الإسلامية وقرارات المحكمة العليا في الإثبات؟.

قبل التطرق إلى لا بد من فهم خصوصية الإثبات في القانون و التمييز بين (طرق الإثبات ذات الحجة المطلقة في قانون الأسرة الجزائري) و بين (الإثبات ذات الحجة النسبية في قانون الأسرة الجزائري) باعتبار أن نظام الإثبات المقرر في الفقه الإسلامي نظام مقيد موضوعيا يتضح ذلك من خلال تحديد نصاب الشهادة وشروطها الموضوعية واليمين والمستندات الخطية المقطوعة بها. والقضاء الجزائري يعتمد في إجراءات الإثبات على قواعد قانون الإجراءات المدنية والإدارية أما قواعد الإثبات الموضوعية المتعلقة بالدليل¹ فإنها تخضع لأحكام الشريعة الإسلامية. ما معنى الإثبات في قانون؟

كما أن طرق الإثبات كافة الوسائل القانونية التي تمكن المتقاضي من تقديم الدليل على حقه أمام القضاء لا بد منها. و المراد بالطرق التي تثبت بها الدعوى و الحوادث أمام القضاء هي الأدلة التي جاء المشرع و أقرها و نظمها و (الأدلة: جمع دليل و معنى الدليل في اللغة هو المرشد، و في الاصطلاح هو ما يلزم من العلم به العلم بشيء آخر). فإذا أعلم المدعي القاضي بحجته على دعواه لزم من علم القاضي بتلك الحجة مع اقتناعه بما علمه بصدق دعوى المدعي فيما ادعاه و الحكم له به². حيث أن المشرع هو الذي بين و حدد طرق الإثبات، و أن القاضي لا يسوغ له أن يؤسس اقتناعه بناء على وسائل و أدلة غير التي نظمها القانون. ففيما تتمثل ماهية الإثبات في النزاع المالي بين الزوجين؟

* الإثبات لغة: ورد اصطلاح الإثبات في قاموس المحيط بمعنى ثبت الشيء أي دام و استقر فهو ثابت و به سمي، و ثبت الأمر أي صح³.

* الإثبات شرعا: بمعناه العام هو إقامة الدليل على حق أو واقعة من الوقائع⁴.

* الإثبات في القانون: إقامة الدليل على حقيقة أمر مدعى به، نظرا لما يترتب عليه من آثار قانونية⁵

¹ - معوض عبد التواب، موسوعة الأحوال الشخصية، ج 5، ط 1، منشأ المعارف، الإسكندرية، ط (7) 1997، ص 508.

² - مجلة الحقوق للبحوث القانونية و الاقتصادية - تصدرها كلية الحقوق في جامعة فاروق الأول مصر - العدد الأول مارس 1943، ص 5.

³ - الفيروز أبادي، القاموس المحيط، مكتبة و مطبعة مصطفى الحلبي و أولاده، مصر، ط (2) 1952، ص 600.

⁴ - موسوعة جمال عبد الناصر في الفقه الإسلامي، المجلس الأعلى للشؤون الإسلامية، القاهرة ج 2، ط 1968، ص 136.

⁵ - سليمان مرقس، أصول الإثبات و إجراءاته في المواد المدنية، ج 1، دار عالم الكتب، من دون سنة طبع، ص 11.

* الإثبات في الاصطلاح القضائي: يقصد بالإثبات كل الوسائل التي تقنع، أي الطرق التي يستعملها الخصم لإقناع القاضي بصحة الواقعة و حقيقة قيام الحتمل الأوراق المحررة و الشهود و القرائن... ثم الإثبات بمعنى أن الخصم قد أثبت ادعاءه¹. من خلال عرض التعريف نلاحظ أن الإثباتيةتعتبرالأداة الضرورية التي يعول عليها القاضي في التحقق من الوقائع القانونية، حتى أنه يمكن القول بأن كل نظام قانوني و كل تنظيم قضائي يقضي حتما وجود نظام إثبات خصوصا في ساحة القضاء تظهر أهمية الإثبات² وبتطور العلوم بصفة عامة أصبح القضاء تعتمدون في الفصل في المنازعاتعلى الخبرة وذلك عن طريقتعيين أهل الخبرة والاختصاص في موضوع النزاع إذ أن النتائج المتوصلإليها من طرف هؤلاء يمكن أن تساعد القاضي على حل النزاع.

البند الثاني: الإثبات في الفقه و القانون:

و قد اختلف الفقهاء حول طرق القضاء و الحجج الشرعية التي تثبت بها الدعوى أمام القضاء و هذا وفق اتجاهين:

- * الاتجاه الأول: اتجاه الإثبات الشرعي.
- * البعد الأول: هو البعد الذي استند اليه جمهور الفقهاء ،يرى أن طرق الإثبات محددةو ليس للقاضي الخروج كما تكون ملزمة، فلا يقبل من الخصوم غيرها.
- * البعد الثاني: يرى أن طرق الإثبات ليست محصور، بل تشمل كل دليل يثبت الحق يلزم الحكم بموجبه، و تبعا لهذا المذهب فإن القاضيحر في أن يقبل من الأدلة ما يراه منتجا في الدعوى و مثبتا لها.
- * الاتجاه الثاني: اتجاه الإثبات القانوني.

يمكن هذا الاتجاه القاضي من الإحاطة بالحقيقة فيالمنازعاتو يشمل هذا الاتجاه هو الآخر بعدين هما:

- * الإثبات المطلقSystème de la preuve libre: يخول هذا البعدهسلطة مطلقة للقاضي للتحري في الوقائع التي تعرض عليه، يتولى بنفسه التحقيق و التحري بكافة الوسائل، و يضيفي هذا العبد الدور الإيجابي للقاضي في تسيير الدعوى و استجماع الأدلة تمكينا له من تحري الحقيقة أينما وجدت.و من سلبيات هذا البعد أنه نظرا للسلطة الواسعة التي تمنح للقاضي، يدع المجال واسع للاختلاف في التقدير من قاض إلى آخر.

¹بن عائشة لخضر، إثبات الحقوق المالية للزوجين دراسة مقارنة نقدية تحليلية، ماجستير في القانون، جامعة أبو بكر بالقايد- تلمسان، ط 2012، ص 7.

²-عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج 1، دار النشر للجامعات المصرية،، بط، ص 14.

* الإثبات المقيد *Système de la preuve légal*: يخول للقاضي سلطة نسبية من خلال: حصر وسائل الإثبات و تعيينها تعيينا دقيقا و تحديد قيمة كل منها، و إلزام القاضي بالوقوف تجاه الدعوى موقف الحياد، بحيث يتمتع عليها القضاء بعلمه الشخصي¹.

* الاتجاه الثالث: الاتجاه المختلط.

لا هذا الاتجاه الإطلاقة للقاضي في تقدير سلطته حول الأحداث كما أنه لم يقيده في الحركة فمن جهة عمل على تحقيق مبدأ حياد القاضي بتحديد الأدلة و تعيين بعضها في الإثبات من جهة أخرى، عمل على التخفيف للإثبات المقيد بإعطاء القاضي سلطة واسعة في تقدير الأدلة التي يحدد لها القانون قوة معينة كالبيئة و القرائن القضائية².

و يظهر موقف المشرع الجزائري، مثله مثل أغلبية التشريعات في العالم، فقد اخذ المشرع الجزائري بالمذهب المختلط في الإثبات، فهو يفرض للقاضي بعض القيود في إثبات مسائل معينة و يترك له الحرية في تقدير إثبات بعض المسائل الأخرى³، و من ثم تتفاوت لسلطة القاضي التقديرية و حرية الخصوم في الإثبات من مسألة لأخرى، ففي المسائل الجزائية يتمتع القاضي بحرية واسعة في تقدير الأدلة و الوقائع⁴، و كذلك في المسائل التجارية حيث يكن الإثبات كقاعدة عامة حرا نظرا للشرعية التي تقتضيها المعاملات التجارية و ما تتطوي عليه من ثقة و ائتمان. أما في المسائل المدنية فإن الإثبات يكون مقيدا محددة لا يتم إلا من خلالها، و رغم ذلك فإن القاضي يتمتع بقدر من المرونة التي تمكنه من تسير الخصومة و تقدير الإثبات بهدف الوصول إلى الحقيقة، فله أن يستعين لأهل الاختصاص كما أن له عند اختلاف الشهود أن يرجح شاهد على آخر اذا كان لديه ما يبرز هذا الترجيح كوجود قرائن قضائية ترجحه⁵.

البند الثالث: الطبيعة القانونية للإثبات في القانون الجزائري.

يبرز موقف المشرع الجزائري مثله مثل غالبية التشريعات في العالم، فالطبيعة القانونية للإثبات في القانون الجزائري؟ وهل هي محصورة فيما هو موضوعي؟ أم نجدها في القانون الشكلي أم لها قانون خاص؟

تتناول قواعد الإثبات الموضوعية عبء الإثبات و محله و أدلة و حالات استعمالها و قيمتها في الإثبات، كما تبين محل الإثبات و الخصم الذي قع عليه عبء الإثبات كجعل المدعي ملزم بتأسيس دعواه و القاعدة التي تلزم الدائن بإثبات الالتزام و القاعدة التي تلزم

¹ بن عائشة لخضر، المرجع السابق، ص 11.

² عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 29.

³ المادة 333 من القانون المدني.

⁴ المادة 212 من قانون الإجراءات الجزائية.

⁵ عمر بن سعيد، ماهية الإثبات و محله في القانون و القضاء المدني الجزائري، مجلة الأفق للعلوم، جامعة زيان عاشور، الجلفة، جوان ط 2018، ص 65.

إثبات التخلّص من التزامه¹. و تتميز القواعد الموضوعية عادة بأنها قواعد مكملة غير متعلقة بالنظام العام، فهي تتصل مباشرة بالحقوق المالية المتنازع عليها و هي حقوقا يجوز التصرف فيها و التنازل عنها و التصالح بشأنها.

تنظم القواعد الإجرائية الشكلية الإجراءات الواجبة الاتباع في تقديم أدلة الإثبات الموضوعية في نزاع معروض على القضاء، فهذه القواعد تبين طريقة الطعن في الدليل الكتابي المقدم من طرف خصوم و إجراءات الفصل فيه كما تبين إجراءات سماع الشهود والتجريح فيهم و إجراءات الاستجواب إلى الأماكن المتنازع عليها و الخبرة و إجراءات اللجوء إليها².

و نجد في التشريع الجزائري قواعد الإثبات موزعة بين القواعد الموضوعية -القانون المدني- و القانون الإجرائي- و قانون الإجراءات المدنية و الإدارية فقواعد الإثبات الموضوعية تحدد طرق الإثبات المختلفة و قيمة كل واحدة منها في الإثبات، كما تبين على من يقع عليه الإثبات و ماذا يقع عليه الإثبات، و هي موجودة في القانون المدني الذي رتبها و بين قيمتها في الإثبات، أما القواعد الإجرائية فنص عليها في قانون الإجراءات المدنية الإدارية، وهي تحدد الإجراءات الواجبة الاتباع في تقديم طرق الإثبات عندما يعرض النزاع على القضاء، و يجب التفرقة بين قواعد الإثبات الموضوعية الشكلية المتعلقة بالنظام العام لكونها وثيقة الصلة بنظام التقاضي³، و لهذا فالقوانين الإجرائية الجديدة التي تصدر بشأنها تسري فور صدورهما على كل الخصومات المعروضة على القضاء⁴.

على العموم المقصود بالقوانين الإجرائية الجديدة المتعلقة بالإثبات هي تلك القواعد التي يكون لها الأثر فوري مباشر، بعيدة عن أنها تمس حقا مكتسبا و تقتصر مهمتها على مجرد رسم الطريق الواجب اتباعه في الوقائع المتنازع عليها فتبين للخصوم كيفية تقديم الدليل للقضاء و ترشد القضاء إلى ما يجب مراعاته عند تحقيق الدليل فان مست حقا مكتسبا فلا تسري فور صدورهما⁵، أما بالنسبة للقواعد الموضوعية هي تلك التي تحدد محل الإثبات و عبئه وطرق الإثبات و قيمته، فان القانون الذي يطبق هو القانون الذي كان ساريا وقت نشوء الواقعة المراد أثباتها، بمعنى أن الأدلة التي يكون مفروض أن تتوافر في الوقت الذي نشأت فيه الواقعة القانونية هي التي تطبق في الإثبات حتى و لو صدر قانون جديد يقضي بتعديلها أو الغائها⁶.

¹ المادة 323 من القانون المدني.

² عمر بن سعيد، نفسه، ص 66.

³ عبد الحميد فودة، موسوعة الإثبات في المواد المدنية و التجارية و الشرعية في ضوء الفقه و قضاء النقض، دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية، ط 1997، ص 21.

⁴ المادة 02 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.

⁵ عبد الحميد فودة، نفسه، ص 22.

⁶ المادة 02 من قانون المدني.

وقد تم اعتماد هذا الطرح كوسائل للإثبات من طرف المشرع الجزائري في الكثير من المسائل من بينها مسائل شؤون الأسرة، بمناسبة دراسة هذه النقاط بشيء من التفصيل.

البند الرابع: إثبات وجود متاع البيت التشريع الجزائري.

لم يتطرق المشرع الجزائري إلى الجهاز ولم يتطرق إلى أحكامه، غير أن الظاهر من خلال قراءة المادة 14 من قانون الأسرة نجد أنها لا توجب على الزوجة متاعا ولا جهاز، بل تقرر أنالصادق حق للزوجة تتصرف فيهما تشاء وفق مصلحتها، وبالتالي لا يجوز لأي كان أن يرغمها فيتجهز البيت وتأثيثه من مالها التي قبضته كمهر لها¹. ففي حالة رفع الدعوى أمام القاضي، فيجب التأكد من وجود الأمتعة ومشاهدتها سواء كانت في بيت الزوجية أو في مكان آخر فإذا كانت الأمتعة محل إنكار من الطرف الآخر تطبق **القاعدة الفقهية:** "البينة على المدعي واليمين على من أنكر" التي سيتم التفصيل فيها في المطلب الثاني.

و قد عمل المشرع على إيجاد حل لمشكلة متاع بيت الزوجية، والتي أصبحت معضلة حقيقية أمام المتقاضين، وكذلك القضاة الذين يجدون صعوبة في حلها في ظل القصور التشريعي وحصر ذلك في مادة وحيدة لم تف بالغرض. و بالرجوع إلى نصوص قانون الأسرة الجزائري، نجد أن المشرع الجزائري لم يتعرض إلى مسألة إثبات وجود المتاع عند انعدام الدليل أو البينة، وتطبيقا لنص المادة 222 من ق. أ. ج فإنه يتوجب على القاضي الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية وقواعدها التي من بينها قاعدة "البينة على من ادعى واليمين على من أنكر"²

ان وسيلة الإثبات التي يملكها القاضي في هذه الحالة لفض النزاع حول وجود المتاع المتنازع عليه بني الزوجين هي اليمين، فهذه الأخيرة هي الفيصل في مثل هذا النزاع. وما يلاحظ أن المشرع الجزائري حاول، في ظل انعدام البينة وصعوبة الحياة بسبب طبيعة الحياة المشتركة، اختيار أحسن الحلول وأقربها إلى العدل لفض النزاع أخذا بذلك الكثير من الاعتبارات، حيث إن العادة جرت أن الزوجة لا تخلو من جهاز تأتي به لبيت الزوجية، هذا من جهة ومن جهة أخرى التطور الحاصل في المجتمع، والذي نجم عنه خروج المرأة للعمل، مما يطرح اشتراكها في تأثيث البيت³. احتمال ملكيتها للأثاث قائمة إلى جانب احتمال ملكية الزوج الذي يسنده وقوع مسؤولية تجهيز البيت- شرعا وقانونا- على عاتقه لكونه يدخل ضمن توابع المسكن. وأمام هذه الاحتمالات، وانعدام البينة، فلا يمكن الأخذ

¹ شامي احمد، المرجع السابق، ص 28.

² المحكمة العليا، غ، أ، ش، القرار الصادر بتاريخ 11/ 04/ 1988، ملف رقم 49302، م - ق، عدد 02، 2009، ص 40.

³ المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشخصية والمواريث- رقم 39775، صادر بتاريخ 27/01/1986، م ق، ع 1، 1989، ص

بالرأي القائل أن القول للزوج، فهذا مصحف في حق الزوجة، كما لا يمكن الأخذ برأي الزوجة وحدها فهو أيضا مجحف في حق الزوج، ومن ثم بقي القول:

خصوصا أن الواقع في المحاكم الجزائرية أثبت أن هناك صعوبة كبيرة تكمن في كيفية إثبات الأثاث سواء بالنسبة للزوج أو الزوجة والتي تكون في معظم المواقف الطرف الأضعف، لأن المتاع عادة ما يتواجد بين الزوج والذي هو بالبيت الزوجية وهكذا يكون المشرع الجزائري قد أغفل بعضا من التفاصيل المهمة التي يحتاج من أجل حسم الخلاف بين الزوجين على عكس من ذلك نجد إجتهد القضاء الجزائري قد تطرق إلى العديد من الجزئيات المهمة في هذه المسألة منها: أنه كرر تأكيده على ضرورة الالتزام بنص المادة 73 ق، أ، ج وكذا القاعدة العامة في الإثبات وهي: "البينة على من ادعى واليمين من أنكر". فالغياب البينة أو الدليل من كل طرف فإن اليمين هي الفاصلة في مثل هذا النزاع طبقا للمادة 73 من قانون الأسرة، وفي ضوء ذلك فقد قررت المحكمة العليا مبادئ هامة في الإثبات، كاعتبارها توجيه اليمين للمطعون ضده من طرف قاضي الاستئناف بعد توكله عن تأديتها أمام قاضي درجة أو لخطأ تطبيق القانون¹ وأن الدفع المتعلق بعدم تأدية اليمين لا يعد طلبا جديدا بل هو دفعيثار في أي درجة من درجات التقاضي² كما يجب على قضاة الموضوع أن يردوا على طلب اليمين المعروض من طرف والمقبول من الطرف المقابل في النزاع، وذلك من خلال القرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 30/ 12/ 1985 بقولها: "من المقرر قانونا أنه يجب على قضاة الموضوع أن يردوا على طلب اليمين المعروض من طرف والمقبول من الطرف المقابل في النزاع".³

الفرع الثاني: أحكام إثبات متاع وجود البيت في حالة غياب الدليل.

يشكل متاع البيت الذي قد يستغرق جمعه سنوات صراعا حقيقيا ما بين الزوجين خصوصا عند انعدام دليل أو بيئة قاطعة على ملكيته لأحد الطرفين، لذا تصدى المشرع الجزائري لهذه المسألة بموجب نص المادة 73 بفقرتها، و المادة 222 التي تحيلنا للمثول لأحكام الشريعة الإسلامية في حالة عدم وجود الحل من قانون الأسرة، غير أن فهم مراده يقتضي من القاضي تحديد مجال تطبيق النصين، ثم التحقق من توافر تطبيق نص المادة 73، و من بعدها العمل على صياغة الحكم الذي يخلص له وقائع من خلال فحص الدقيق للملف المطروح وهو ما سيعالجه من خلال النقاط التالية (أحكام الإثبات في دعوى متاع البيت في الفقه الإسلامي) ثم (أحكام الإثبات في متاع البيت في التشريع الجزائري).

¹ المحكمة العليا، غ، أ، ش، القرار بتاريخ 19/ 07/ 1994، ملف رقم 109595، إ - ق، عدد خاص، 2001، ص 236.

² بلحاج العربي، قانون الأسرة مع تعديلات الأمر 05 - 02، المرجع السابق، ص 39.

³ المحكمة العليا، غ، أ، ش، القرار الصادر بتاريخ 11/ 04/ 1988، ملف رقم 49302، م - ق، عدد 2، 2009، ص 40.

أولاً: أحكام الإثبات في دعوى متاع البيت في الفقه الإسلامي.

اختلفت آراء الفقهاء المسلمون فيمن يقع على عاتقه تأنيث وإعداد بيت الزوجية بين الزوجين إلى الآراء التالية.

البند الأول: موقف فقهاء في حكم إثبات متاع البيت فيما يصلح لكل منهما منفرداً عن الآخر.

يؤكد فقهاء المالكية انه في حالة ثبوت البيئة لاحد الطرفين قضى له بها سواء كان الاختلاف قبل الدخول أو بعده، حال قيام الزوجية أو بعد الافتراق أيا كان نوعه، وسواء كانا للبيت للزوج أو للزوجة، غير أنهم اختلفوا عنها فيما لو أقام كل منهما بيئة فإنه يقضي بأعدل البيئتين، فإن تساوى رجح بسبب من أسباب الترجيح، فإن تكافأنا سقطتا ورجح في ذلك ظاهر آخر وهو هل يعرف الشيء للرجال أو للنساء أو لهما.

أما إن لم يكن لأحدهما بيئة أو سقطتا فنجد أن الفقهاء قد اختلفوا في أحقية (اختصاص) أحد الزوجين بالمتاع المتنازع فيه الذي يصلح لواحد منهما دون الآخر، بمعنى ما يصلح للرجال فقط أو ما يصلح للنساء فقط، إلى قولين نعرض لهما فيما يلي¹.

أ- الاتجاه الأول: جمهور الفقهاء (الحنفية والمالكية والحنابلة).

أورد الإمام مالك في المدونة: "ما كان يعرف أنه من متاع الرجال فهو للرجل وما كان يعرف أنه من متاع النساء فهو للنساء"²، فيرون أن الحكم ما كان يصلح للرجال من متاع فهو من حق الزوج وضربوا أمثال ذلك فما كان يصلح للرجال كالعمامة والقوة والسلاح وغيرها فالقول فيه قول الزوج لأن الظاهر شاهد له، وما يصلح للنساء مثل الخمر والملحفة والمغزل ونحوها فالقول فيه قول الزوجة لأن الظاهر شاهد لها.

وقد فصلت المالكية في مسألة ادعاء الرجل أنه تولى شراء ما يخص النساء؛ وما كان من متاع النساء ولي شراءه الرجل وله بذلك بيئة فهو له مع أداء اليمين، فتشترط المالكية اليمين لمدعي المتاع الخاص به، ذكر ذلك ابن جزي في القوانين الفقهية: "إذا اختلف الزوجان في متاع البيت فادعى كل واحد منهما أنه له ولا بينه لهم أولاً لأحدهما نظر فما كان من متاع النساء كالحلي والغزل وثياب النساء وخمرهن حكمه للمرأة مع يمينها وما كان من متاع الرجل كالسلاح والكتب وثياب الرجال حكم به للرجل مع يمينه"³، إلا أن يكون في حوزها الخاص بها أو يكون فقيراً لا يشبهه لفقره فلا يقبل قوله ويكون القول للمرأة⁴.

¹ احمد رمضان محمد احمد حارس، أحكام الصلح في المنازعات المالية بين الزوجين، مجلة الدراسات العربية، كلية دار العلوم، جامعة المنيا، ط 2019، ص 1980.

² مالك بن انس، المدونة الكبرى، ج 2، وزارة الأوقاف السعودية، مطبعة السعادة، السعودية، ط (1) 1994، ص 187.

³ محمد بن أحمد بن جزي الغرناطي، تحقيق: ماجد الحموي، لقوانين الفقهية، مجلد 1، دار ابن حزم، بيروت، ط (1) 2013، ص 142.

⁴ احمد رمضان محمد احمد حارس، المرجع السابق، ص 1982.

ب - الاتجاه الثاني: الشافعية.

يرى اتجاه الشافعية أن المتاع المتنازع عليه يكون لصاحب البيئة ولا عبرة للعادة فربما يكون المتاع يصلح للرجل لكنه ملك للزوجة، ولا يختص السلاح بالرجل ولا آلة الغزل بالمرأة، فإن لم توجد بيئة لأحدهم حالفا وقسم بينهما، لأنه في يدهما فجعل بينهما كما لو تداعيا الدار التي يسكنان فيها، قال الشافعي (رحمه الله): " إذا اختلف الرجل والمرأة في متاع البيت الذي هما فيه ساكنان وقد افترقا أو لم يفترقا أو ماتا أو مات أحدهما فاختلف ورثتهما أو ورثة أحدهما بعد موته فذلك كله سواء والمتاع إذا كانا ساكني البيت في أيديهما معا فالظاهر أنه في أيديهما كما تكون الدار في أيديهما أو في يد رجلين فيحلف كل واحد منهما لصاحبه فإن حلفا جميعا فالمتاع بينهما نصفان لأن الرجل قد يملك متاع النساء بالشراء والميراث وغير ذلك والمرأة قد تملك متاع الرجال بالشراء والميراث وغير ذلك، فلما كان هذا ممكنا وكان المتاع في أيديهما لم يجز أن يحكم فيه إلا بهذا لكونه الشيء في أيديهما¹.

البند الثاني: موقف فقهاء في حكم إثبات متاع البيت فيما يصلح لكل منهما.

ففي حال وجود من المتاع ما يصلح للرجال والنساء معا، هل يحكم به للزوج باعتبار يد المالك والحيازة، أم يقضى به للزوجة باعتبار العرف والتجهيز، اختلف الفقهاء في هذه المسألة إلى عدة أقوال يمكن إجمالها في ثلاث اتجاهات هي:

أ- الاتجاه الأول: (الحنفية، المالكية).

تقر الحنفية أن ما يصلح للزوجين معا يكون من حق الزوج، أما عند المالكية: "وما كان يصلح لهما جميعا كالذنانير والدراهم فهو للرجل مع يمينه وقال سحنون ما يعرف لأحدهما فهو له بغير يمين، وهذا الرأي هو المشهور عند المالكية أنه يحكم به للزوج أيضا بعد يمينه وبهذا القول الحكم والقضاء، وجاء في المدونة: " قال مالك : وما كان يعرف أنه من متاع الرجال والنساء فهو للرجل لأن البيت هو بيت الرجل وما كان من متاع النساء ولي شراءه الرجل وله بذلك بيئة فهو له مع أداء اليمين، إلا هو ما اشتراه لها وما اشتراه إلا لنفسه ويكون أحق به إلا أن تكون لها بيئة أو لورثتها أنها اشتراه لها².

ب- الاتجاه الثاني: (الشافعية، الحنابلة).

فكل ما في البيت بينهما نصفين فيحلف كل واحد منهما على وصفه ويأخذه، لأنهما تساويا في ثبوت يدهما على المدعي وعدم البيئة فلم يقدم أحدهما على صاحبه كالذي يصلح لهما أو كان في يدهما من حيث المشاهدة عند من سلم ذلك، قال الشافعي رضي الله عنه إذا اختلف الزوجان في متاع البيت فمن أقام البيئة على شيء من ذلك فهو له ومن لم يقم بيئة فالقياس الذي

¹ احمد رمضان محمد احمد حارس، المرجع السابق، ص 1985.

² مالك بن انس، المدونة، المرجع السابق، ص 188.

لا يعذر أحد عندي بالغفلة عنه أن هذا المتاعكان في أيديهما معا فيحلف كل منهما لصاحبه على دعواه فإن حلفا جميعا فهو بينهما وإن حلف أحدهما فقط قضى له به¹.

الفرع الثاني: أحكام الإثبات في دعوى متاع البيت في التشريع الجزائري.

الواقع أن المرأة قد تسهم مع زوجها في شراء أثاث ومتاع البيت، خاصة إذا كانت تعمل خارج البيت، فغالبا ما يكون له دور فعال في النهوض بحاجيات البيت المختلفة ومستلزماته، ولا أحد يستطيع إنكار مساهمة الزوجة في ملكية كثير من أغراض البيت ومتاعه، وهو ما سنشير إليه.

البند الأول: المنازعة في شيء ينكر وجود أصلا مع عدم وجود البينة.

قد يدعى احد الزوجين ملكيته لمتاع البيت دون وجود دليل، و ينكر في المقابل الزوج الآخر وجود المدعى به أصلا، كأن تدعي الزوجة تركها لمصوغ و أثاث يعود لها ببيت زوجها، و ليس لها دليل، و ينكر الزوج وجود المصوغ و الأثاث أصلا. ففي هذه الحالة لا يمكن توجيه اليمين للمدعية فيما تدعيه، ذلك أن المتاع الذي توجه بشأنه اليمين يشترط فيه الوجود و المشاهدة فان انكر وجوده، و لم يتم إثبات مشاهدته أي غياب دليل، فلا يمكن توجيه اليمين المنصوص عليها في المادة 73 من ق. أ. ج و إنما يحتكم فيه وفقا لما تمليه القواعد العامة في الإثبات ، و يمثل لقرارات الصادرة عن المحكمة العليا في القرار رقم 216836 الصادر بتاريخ 16/03/1999 الذي ينص على: " من المقرر قانونيا انه في حالة إنكار وجود المتاع المطالب به عند احد الزوجين تطبق القاعدة العامة في الإثبات " البنية على من ادعى و اليمين على من انكر"، وكذا القرار رقم 163381 الصادر بتاريخ 10/06/1997 و القرار رقم 86097 الصادر بتاريخ 17/10/1992 ، ومتى تبين أن المدعى عليه انكر وجود الأمتعة المطالب بها، فان قضاة الموضوع لما قضوا برفض الدعوى على الحال دون تطبيق القاعدة العامة في الإثبات بتوجيه اليمين للمدعى عليه خالفوا القانون و عرضوا قرارهم لانعدام التأسيس².

كما عمدت المحكمة العليا في اصدر قرار 39775 الصادر بتاريخ 27/01/1986 الذي جاء فيه: " اختلاف الزوجين حول متاع البيت إثباته اذا اختلف الزوجان على متاع البيت و كان مما يصلح عادة للنساء يقضى بما تطلبه الزوجة بعد تحليفها اليمين " فقرار يقضي بوجوب توجيه اليمين المنصوص عليه في المادة 73 ق. أ. ج للمدعى فيما يدعيه مما يخصه على الرغم من إنكار المدعى عليه وجود المدعى به.

و تجدر الإشارة إلى أن اليمين التي يجب توجيهها في حالة المنازعة في شيء ينكر وجوده مع عدم وجود البينة، هي اليمين الحاسمة ، ففيما تتمثل اليمين الحاسمة؟ و ما حالات تطبيقها؟ و ما الآثار المترتبة عنها؟

¹ أبو عبد الله محمد بن إدريس الشافعي، الأم، ج 5، دار الفكر، بيروت، ط (2) 1983، ص 9515.

² المجلة القضائية، العدد الخاص بغرفة الأحوال الشخصية، قسم الوثائق بالمحكمة العليا، ط 2001، ص 245.

أولاً: مدلول اليمين الحاسمة.

تضمن القانون المدني الجزائري مدلول اليمين الحاسمة وفقاً لما أقرته المادة 343 و التي تنص على أنه "يجوز لكل من الخصمين أن يوجه اليمين الحاسمة إلى الخصم الآخر..."، فهي اليمين التي يوجهها الخصم إلى خصمه، عندما يعوزه الدليل حتى يحسم بها النزاع، و عليه فإن حكم القاضي هو موقف على تأدية نفس اليمين أو نكولها¹.

ثانياً: حالة تطبيق اليمين الحاسمة:**أ- صاحب الحق في توجيه اليمين الحاسمة.**

من خلال استقرار نص المادة 343 يتضح أن توجيه اليمين الحاسمة يكون من أي خصم يقلع عليه عبء واقعة معينة، فالمدعي يقع عليه عبء إثبات ما يدعيه، و المدعى عليه، فيستطيع كل منها أن يوجه اليمين الحاسمة إلى خصمه، فيستبدل عبء الإثبات الاحتكام إلى ضمير الخصم².

وهو ما أقره قرار محكمة العليا الصادر بتاريخ 1996/07/09 تحت رقم 134417³ والذي جاء فيه: "و حيث بعد الاطلاع على ملف القضية، تبين و أن الحكم المستأنف المؤيد بالقرار المطعون فيه وجه اليمين الحاسمة للزوجة المطلقة مع أن هذه اليمين لا توجه أصلاً من طرف القضاة بل من قبل الأطراف الذين يعينهم النزاع بهذه اليمين الحاسمة، و من خلال الحكم المستأنف يتبين و أن الزوج لم يطالب بتوجيه اليمين الحاسمة لزوجته، بل طالب بأن توجه إليه اليمين على عدم الترك المطلقة لديه الأمتعة التي تطالب بها، معترفاً بقائمة قدمها و أبدى استعداده لرد ما ورد فيها إلى مطلقة على أن يؤدي اليمين حول عدم ترك غيرها من الأمتعة من طرف الزوجة لديه، فاعتبار قضية الموضوع اليمين التي وجهها للزوجة يميناً حاسمة يعد خرقاً لأحكام المادة 343 من القانون المدني الجزائري التي تنظم هذه اليمين، كمت أن اعتبارهم اليمين الموجهة لها تطبيقاً لأحكام المادة 73 من ق. أ. ج يعد خطأ في تطبيق هذه المادة مما يدعو إلى نقص القرار المطعون فيه"⁴.

ب- مكان توجيه اليمين الحاسمة (متى يتم توجيهها).

نصت المادة 344 من القانون المدني الجزائري في فقرتها الثاني بقولها: "... و يجوز توجيه اليمين الحاسمة في أي حالة كانت عليها الدعوى...". فيتم توجيه اليمين الحاسمة في أي حالة كانت الدعوى، و يكون أمام المحاكم الابتدائية، يمكن أن يكون لأول مرة أمام

¹ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، م 2، دار التراث العربيين بيروت، بط، ص 515.

² أنور سلطان، واعد الإثبات في المراتد المدنية و التجارية، الدار الجامعية، بيروت، ط 1983، ص 195.

³ عبد الرزاق السنهوري، نفسه، ص 308.

⁴ المجلة القضائية، قسم المستندات و النشر للمحكمة العليا، العدد (1998)2، الديوان الوطني للأشغال التربوية، ط 1999،

المجلس القضائي، غير انه لا يمكن توجيهها لأول مرة أمام المحكمة العليا. كما يمكن توجيه اليمين الحاسمة لأول مرة في حال وقوع دعوة ترجيع بعد النقص¹.

ثالثاً: الآثار المترتبة عن توجيه اليمين الحاسمة.

تترتب عن توجيه اليمين الحاسمة إما أدائها (حلف اليمين) أو ردها على وجهها، أو رفض أدائها²، أي بالتفصيل الآتي:

أ- حلف اليمين:

يؤدي الحالف اليمين بالصيغة التي أقرتها المحكمة وفقاً لأحكام المادتين 433 و 434 من ق. ا. م. فأدائها ينحسم مباشرة النزاع، و يخسر موجه اليمين دعواه، و لا يمكن خاسر الدعوى من المطالبة بالتعويض اذا ثبت كذب اليمين بعد تأديتها يحكم جزائي، دون إخلال بما د يكون له من حقوق في الطعن في الحكم الصادر ضده، كما توضحه المادة 346 من ق. م. ج.

ب- رد اليمين:

في حال توجيه اليمين الحاسمة من احد الزوجين للطرف الآخر و لم يتم منعها من طرف القاضي، فعلى من وجهت اليه أن يؤديها أو يردّها على وجهها، و يجب أن يكون الرد في نفس الموضع، فان أداها من ردت عليه خسر رادها دعواه، و لا سبيل للقول برد اليمين الحاسمة ثانية.

ت- النكل عن اليمين:

يتم في حال النكل عن اليمين إذا وجهت اليمين الحاسمة من احد الزوجين إلى الطرف الآخر فيمتنع المدعى عليه- الزوج الآخر- عن أدائها و لا يقوم بردها فيسمى ناكلاً³، و في هذه الحالة يحكم القاضي لموجهها وفقاً لما املته المادة 347 من ق. م. ج. وهو الحكم الذي جسده المجلس الأعلى في قرار الصادر بتاريخ 1977/01/26 رقم و 12589 وقرار 1992/04/14 رقم 81850 الصادر عن المحكمة العليا⁴.

البند الثاني: المنازعة في شيء موجود مع عدم البينة:

و هي الحالة المقصودة بنص المادة 73 من ق. ا. ج أين يكون الشيء المتنازع عليه موجوداً، غير أن مدعيه لا يملك دليلاً يعضد ادعاءه. فجاء العرف إلى جانب الزوجة أو ورثتها فيما تدعيه، أو يدعونه، اذا كان مما هو معهود للنساء من اليمين، و إلى الزوج أو ورثته فيما يدعيه، أو يدعونه، اذا كان مما هو معهود للرجال مع اليمين. فإن كان مما يصلح لهما جميعاً فيتنقاسمانه مع يمينهما⁵.

1. عبد السلام عبد القادر، النزاع حول متاع البيت بين النص التشريعي و الاجتهاد القضائي، مجلة الأحياء، المجلد 4، العدد 1، 1 جوان ط 2002، ص 266.

2. السرخسي، المبسوط، جزء 16، مطبعة السعادة، مصر، ط 1931، ص 119.

3. عبد السلام عبد القادر، المرجع السابق، ص 270.

4. المجلة القضائية، عدد خاص بغرفة الأحوال الشخصية، قسم الوثائق للمحكمة العليا، 2001، ص 232.

5. عبد السلام عبد القادر، المرجع السابق، ص 271، 272.

و تجدر الإشارة إلى أن اليمين التي نتحدث عنها في هذا السياق هي اليمين المتممة أو المكملة ففيما تختلف اليمين المتممة عن اليمين الحاسمة؟ و ما الآثار المترتبة عنها؟
أولاً: مدلول اليمين المتممة.

فيقصد باليمين المتممة هي تلك التي يوجهها القاضي من تلقاء نفسه إلى أي من الخصمين ليبرهن عليها حكمه، في حال عدم كفاية الأدلة المقدمة. و عليه يحسم النزاع كما هو الحال في اليمين الحاسمة.

ثانياً: حالة تطبيق اليمين المتممة.

أ - صاحب الحق في توجيه اليمين المتممة.

سبق الإشارة إلى توجيه اليمين المتممة يكون من طرف القاضي من تلقاء نفسه، و إن حدث و أن طلبها احد الزوجين فإن هذا الطلب لا يقيد القاضي في شيء، فكما له قبوله يكون له رفضه.

ب- لمن توجه اليمين المتممة؟

جاءت القاعدة المقرر في نص المادة 73 من ق. أ. ج و المجسدة في قرار الصادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 1982/01/25 تحت رقم 17 و الذي جاء فيه: "... و من ثم اليمين في هذه الحالة ليست في حاجة إلى المطالبة بها بل هي يمين قررها الشارع و جعلها على من يسانده العرف و تقوي دعواه القرائن، و الزوجة هنا معضده بهما لذلك كانت اليمين عليها لكون موضوع النزاع خاص بالنساء و لا تتوقف على طلب منها أو خصمها..."¹. فلقد جاء العرف إلى جانب الزوجة أو ورثتها فيما تدعيه أو يدعونه مع اليمين، إذا كان مما هو معهود للنساء ن و إلى جانب الزوج أو ورثته فيما يدعيه أو يدعونه مع اليمين إذا كان مما هو معهود للرجال، و منه فذا كان الشيء المدعى به من المعهود للنساء فاليمين على الزوجة أو ورثتها و أن كان من المعهود للرجال فاليمين على الزوج أو ورثته².

ج- كيفية أداء اليمين المتممة.

أصدرت المحكمة العليا القرار رقم 322131 الصادر بتاريخ 1984/11/05 و الذي جاء فيه: "... من المقرر شرعا أن النزاع المتعلق بمطالبة الزوجة لورثة زوجها المتوفي بالأشياء التي كانت لها ببيت الزوجية في حياته، نزاع يتعلق بمتاع البيت و الخلاف حوله بين الزوجين و هما على قيد الحياة لا يختلف حوله بين ورثة كل منهما عند وفاة أحدهما أو وفاتهما معاً. فإن هذا المتاع تسرى عليه قاعدة ما يصلح عادة للنساء دون وجود بينة للزوجة عليه تأخذه مع يمينها، و نفس الشيء يقال فيما هو خاص بالرجال، فإن كان مما يصلح لهما معاً فيخلف كل منهما و يتقاسمانه. و لا يختلف الأمر إلا في كيفية الحلف فالزوجان يحلفان على البت و الورثة يحلفون على العلم، و من ثم فإن القضاء بما يحلف هذا المبدأ يعد خرقاً

¹مجلة نشرة القضاء، وزارة العدل، عدد خاص، 1982، قرار رقم 17 رقم 26545 بتاريخ 1982/01/25، ص 245.

²عبد السلام عبد القادر، المرجع السابق، ص 274.

للقواعد الشرعية و تشويها لوقائع النزاع...¹ أي أن الورثة يحلفون على علمهم انهم لا يعملون أن الزوج اشترى هذه المتاع الذي يدعي من متاع النساء². كما يوجه القاضي اليمين للطرفين في اذا كان متاع المتنازع عليه ملكا للطرفين، فيحلف الزوج، و تحلف الزوجة.

د- مكان توجيه اليمين (متى يتم توجيهها).

توجه اليمين لأول مرة على مستوى المجالس القضائية، وفي أي مرحلة أقيمت الدعوى إلى أن يصدر فيها حكم نهائي حائز لقوة الشيء المقضي فيه، و ذلك بنص قرار رقم 109595 الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 1994/07/19 و القاضي: "... من المقرر قانونا أن الدفع المتعلق بعدم تأدية اليمين بشأن الأثاث لا يعتبر طلبا جديدا بل هو دفع يثار في درجة من درجات التقاضي و من ثم فإن القرار المنتقد عندما اعتبر توجيه اليمين التي أثراها الطاعن طلبا جديدا يكون قد أخطأ تطبي القانون..."³

ثالثا: الآثار المترتبة على توجيه اليمين المتممة:

أقرت المادة 349 ق. م. ج انه " لا يجوز للخصم الذي وجه اليه القاضي اليمين المتممة أن يردّها على خصمه" ، وهذا يعني انه ليس لأي من الزوجين عند خلافهما على متاع البيت أن يرد اليمين الذي توجه اليه على الآخر، ومنه فالذي يترتب على هذه القاعدة هو أما الحلف أو النكل عن اليمين.

¹ المجلة القضائية، قسم المستندات و النشر للمحكمة العليا، العدد 2، 1990، ص 78.

² الإمام مالك، المدونة، المرجع السابق، ص 267.

³ المجلة القضائية، العدد الخاص بغرفة الأحوال الشخصية، 2001، ص 236.

أ- أداء اليمين المتممة:

وفقا للأحكام المادة 73 على الزوج الذي وجهت له اليمين المتممة أن يؤديها بنفسه و بالصيغة التي تقرتها المحكمة، و في حال ثبوت كذب بعد أدائه اليمين يجوز له المطالبة بالتعويض البدني تأسيسا في ذلك الطرق مرسومة قانونيا¹.

ب- النكول عن اليمين المتممة:

وفقا لما أقرته المحكمة العليا في قرارها رقم 81850 الصادر بتاريخ 1992/04/14 القاضي ب: "من المقرر قانونا أن الناكل عن اليمين خاسر لدعواه". و متى تبين - في قضية الحال- أن المطعون ضدها قد وجه لها القاضي الأول تأدية اليمين طبقا لأحكام المادة 37 من ق. أ. ج على تركها أثاثها و مصوغها في بيت الزوجية، غير أنها امتنعت عن تأديتها. فيكون القرار المتناقد لما سمح للمطعون ضدها بتأدية اليمين التي وجهت لها سابقا و نكلت عنها خطأ في تطبيق القانون².

¹ عبد السلام عبد القادر، المرجع السابق، ص 282.

² المجلة القضائية، العدد الخاص بغرفة الأحوال الشخصية، 2001، ص 230.

المبحث الرابع: إثبات ملكية متاع البيت.

أغفل المشرع الجزائري تنظيم استقلال ملكية كل من الزوجين لأمواله الخاصة به، تاركا الأمر إلى الأحكام العامة وإلى قواعد الفقه الإسلامي (المادة 37/1 و 222 من ق.أ.) وكان يستوجب عليه توضيح ذلك، بالنص على أنه وفي إطار استقلال الذمم، يستقل كل من الزوجين بملكيته أمواله الخاصة به، إلا إذا نص القانون أو الاتفاق على خلاف ذلك. وأن تسري مواد القانون المدني المتعلقة بالملكية على ملكية كل من الزوجين لأمواله الخاصة به. كما أنه أغفل المشرع تنظيم الملكية المشتركة بين الزوجين، أي الأموال المكتسبة بينهما أثناء قيام الزوجية، تاركا المسألة لحرية الاتفاق بينهما، و ذلك وفقا لما تمليه المادة 37/02 من ق.أ.¹

يختلف النزاع حول وجود المتاع عن النزاع حول ملكية المتاع في أن هذا الأخير قد تطرق إليه المشرع الجزائري في نصوص قانون الأسرة الجزائري، حيث خصص لتنظيم أحكامه مادة وحيدة وهي المادة 73 من ق.أ.ج التي تنص على ما يلي "إذا وقع النزاع بين الزوجين أو ورثتهما في متاع البيت وليس لأحدهما بينة فالقول للزوجة أو ورثتها مع اليمين في المعتاد للنساء، والقول للزوج أو ورثته مع اليمين في المعتاد للرجال، والمشاركات بينهما يقتسمانها مع اليمين".

نستنتج من هذه المادة أن المشرع الجزائري قد أقر قانونيا مالكا المتاع سواء كان الزوج أو الزوجة وذلك من خلال وضعه حولا للنزاع القائم بينهما حول ملكية المتاع إلا أن هذه الحماية القانونية تبقى قاصرة فقد حصر المشرع الجزائري حالات النزاع في حالتين وهما: حالة النزاع حول ملكية المتاع مع وجود الدليل (الفرع الأول) من الدراسة، وحالة النزاع حول ملكية المتاع مع انعدام الدليل (الفرع الثاني)، وعليه سنبرز دور القاضي في حل النزاع حول ملكية المتاع مع وجود الدليل أولا، ثم نتعرض إلى دور القاضي أيضا في حل النزاع حول ملكية المتاع مع انعدام الدليل ثانيا.

المطلب الأول: إثبات ملكية المتاع بوجود الدليل.

عالج المشرع الجزائري المسألة إثبات ملكية متاع البيت بنص المادة 73 من قانون الأسرة والتي تطرح مجموعة من الإشكالات على القاضي عند تطبيقها وفيها مجال واسع لإعمال سلطته التقديرية، بقولها " إذا وقع النزاع بين الزوجين أو ورثتهما في متاع البيت وليس لأحدهما بينة فالقول للزوجة أو ورثتها مع اليمين في المعتاد للنساء والقول للزوج أو ورثته مع اليمين في المعتاد للرجال. و المشاركات بينهما يقتسمانها مع اليمين.

¹ بلحاج العربي، ملاحظات نقدية بشأن النظام المالي للزوجين في ضوء قانون الأسرة الجزائري الجديد، أشغال الملتقى الدولي - الذمة المالية للأسرة في تشريعات دول المغرب العربي و في الدول الأوروبية 24 و 25 جانفي 2016، مجلة مخبر حقوق الطفل، جامعة وهران 2، ط 2016، ص ص 53، 54.

الفرع الأول: ماهية ملكية متاع البيت.

تعد ملكية متعا البيت أو متاع الزوجين لأثاث البيت الزوجية و التي تعد من أهم العوامل المؤدية إلى حدوث المشاكل و النفور و القطيعة بين الزوجين، و سنحاول التطرق إلى مفاهيم ملكية في متاع البيت¹.

البند الأول: مفهوم الملكية.

يعد حق الملكية (الملك أو التملك) من اهم الحقوق العينية الأصلية، التي كفلها القانون لكل فرد وهو حق تلتزم السلطة الرسمية في الدولة بحمايته و إنفاذه، طبقا للقوانين السائدة. يعرف حق الملكية بأنه سلطة التمتع المطلق بشيء مادي معين، و التي يحوزها صاحب هذا الشيء، فالملكية حق عيني يخول لصاحبه الاستئثار بكل منافع الشيء الذي يرد عليه، و يتمثل ذلك في ثلاثة عناصر هي : الاستعمال، و الاستغلال، و التصرف. و في الاصطلاح الإسلامي يطلق على هذه العناصر الثلاث ب " الملك التام " و هو الذي يتصرف به المالك تصرفا مطلقا فيما يملك عينا و منفعة و استغلالا، فينتفع بالعين المملوكة و بغلتها و ثمارها و نتائجها و يتصرف في عينها بجميع التصرفات الجائزة. نجد أن حق الملكية من الحقوق التي حرصت الشريعة الإسلامية على تأكيدها لكل مسلم، فعدته من المحرمات التي يحرم التدني لها، كما أشارت الدساتير و التشريعات الدولية إلى احترام حق الملكية.

البند الثاني: خصائص حق الملكية.

لحق الملكية عند الفقهاء ثلاث خصائص ينفرد بها عن سائر الحقوق العينية، و هي حق جامع، و حق مانع، و حق دائم.

* حق جامع: بمعنى انه يعطى للمالك جميع السلطات التي يمكن أن تكون للشخص على الشيء: استغلالا و انتفاعا و تصرفا، دون أن يغله عن ذلك إلا ما منع القانون، لأن " الأصل في حق المالك أن يكون جامعا لكل السلطات و لا يكلف المالك إلا إثبات ملكه، طبقا للطرق قانونا. و من يدعى أن له الحق في ملك الغير، كحق انتفاع أو حق ارتفاق أو حق رهن، أو يدعى أن هناك قيودا قد تقرر لمصلحته على ملك الغير، كقيان شرط مانع من التصرف، فعليه هو، لا على المالك، يقع عبء الإثبات.

و ينبغي الإشارة لأي أن صفة الجمع أو الإطلاق بالنسبة لحق الملكية هي مسالة نسبية أو محدودة، لأنها يمكن أن تحده بعض القيود التي تنتقص منها. و من ثم يمكن القول أن

¹ شامي أحمد، إثبات متاع البيت في الفقه الإسلامي و التشريع الجزائري، المرجع السابق، ص 30.

الإطلاق هو الأصل في حق الملكية، و ما يرد عليه " من قيود يعتبر استثناء من هذا الأصل".

- حق مانع: بمعنى انه " مقصور على المالك دون غيره، فلا يجوز لاحد أن يشاركه في ملكه، أو أن يتدخل في شؤون ملكيته". و نجد انه من الرغم من تسليم القوانين و حرصها على إبراز هذه الصفة، فقد ينتقص منها جواز الاستثناءات التي قد تترتب للغير للإفادة من بعض مزايا الشيء المملوك سواء برضاء المالك أو بمقتضى القانون.

كما يعنى المنع أن حق الملكية لا يثبت لأكثر من شخص على شيء واحد في نفس الوقت، إلا في حالة الملكية المشتركة " التي تفترض تعدد ملاك الشيء الواحد، و حيث تتحدد ملكية كل منهم بحصة شائعة تترجم برقم حسابي تحدد نسبة تملك كل منهم في المال¹.

- حق دائم: والمقصود به استمرار هذا الحق بالنسبة للشيء المملوك (محل الملكية)، و ليس بالنسبة إلى الشخص المالك " باعتبار أن الملكية تبقى دائمة ما دام الشيء المملوك باقي، و لا تزول إلا بزوال هذا الشيء... و تجدر الإشارة إلى أن الشخص المالك لا يبقى واحداً على الدوام، فكثيراً ما تنتقل الملكية من شخص آخر، فيتغير المالك حتى لو كان هذا المالك شخصاً معنوياً، لا المال قد يتخلى عن الشيء الذي يملكه باي تصرف ناقل للملكية كالبيع أو الهبة أو بغير ذلك²، و قد تنتقل ملكية الشيء بالوفاة إلى ورثة المالك، فالمقصود بدوام حق الملكية أن هذا الحق يبقى ما دام محله باقياً.

كما يقصد بحق الملكية انه لا يسقط بالتقادم، أو عدم الاستعمال، و كذلك عدم قابليته للتأقيت له محددة، فان منح أو إسناد المالك حق ملكيته لشخص آخر بصفة مؤقتة أو لفترة محدودة، لا يكون في الواقع انتقالاً حقيقياً لحق الملكية، و علة ذلك انه، " لو تصرف المالك ملكية مؤقتة فيما يملك، فلن يتبقى للمالك الأصلي شيء يملكه، و اذا حرمانا المالك المؤقت من التصرف فيما يملك، حماية لحق الأصلي فلن نكون أمام حق ملكية بل مجرد حق انتفاع.

البند الثالث: أشكال كسب الملكية.

ترجع حالات كسب الملكية كونها واقعة مادية و تصرف قانوني و التي تقسم إلى:

* ما هو تصرف قانوني: كالعقد و الوصية.

* و ما هو واقعة مادية: كالاستيلاء، و الميراث، الالتصاق، الشفقة، و الحيازة³.

- المعنى العام للعقد: إن العقد بمعناه العام يقصد به كل التزام ينشأ عن ارتباط إرادي كالبيع والشراء والنكاح أو ما ينشأ بإرادة منفردة كالهبة والوصية والطلاق والنذر فيصدق عليه

¹ شامي أحمد، إثبات مناع البيت في الفقه الإسلامي و التشريع الجزائري، المرجع السابق، ص 36.

² جمال الخولي، إثبات الملكية في الوثائق العربية، الدار المصرية اللبنانية، مصر، ط(1) 1994، ص 80.

³ جمال الخولين إثبات الملكية في الوثائق العربية، الدار المصرية اللبنانية، مطبعة أمون، القاهرة، ط(1) 1994، ص 70.

مسمى العقد، وعرفه الجصاص بهذا المعنى بالقول: "العقد ما يعقدها العاقد على أمر يفعله هو أو يعقده وعلى غير فعله على وجه إلزامه إياه".¹

وهذا الإطلاق ذكره كثير من العلماء في تفاسيرهم لقوله تعالى: يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ². حيث ذهبوا إلى أن مراد الآية عام في جميع ما ألزم الله عباده وعقد عليه من التكاليف والأحكام الدينية، وما يعقدونه فيما بينهم من عقود الأمانات والمعاملات ونحوها فيما يجب الوفاء به.³

- المعنى الخاص للعقد: عرف الفقهاء العقد بمدلوله الخاص بتعريفات كثيرة متقاربة في اللفظ والمعنى يجمعها تعريفه بأنه: "ارتباط إيجاب بقبول علوجه مشروع يثبت أثره في محله"⁴.

* تعريف العقد في القانون المدني الجزائري.

لقد سلك المشرع الجزائري مسلك التقنيات التي أوردها في نصوص تعريفه للعقد عرف العقد في المادة 54 من التقنين المدني: انه " اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص آخرين بمنح أو فعل أو عدم فعل شيء ما"⁵.

- يلاحظ من خلال نص هذه المادة ما يلي:

أن المشرع الجزائري استدرج بموجب قانون 05-10 العبارة الساقطة من الصياغة العربية للمادة السالفة الذكر في الأمر 58-75 فأدرجها، والعبارة هي (نحو شخص أو عدة أشخاص). كما أن المشرع قد نقل حرفيا المادة 54 من المادة 101⁶ من التقنين المدني الفرنسي وبالتالي أخذ علها المادة ما يلي:

○ خلطه بين تعريف العقد وتعريف الالتزام، ذلك أن العقد رابطة تقوم على اتفاق يثبت هذه الرابطة أو تعديلها، أو ينهيها، وتترتب على هذه الرابطة التزامات سواء كان عمال أو امتناعا عن عمل.

○ تمييزه بين العقد والاتفاق، واعتباره العقد نوعا من الاتفاق، أي جعله العقد نوعا والاتفاق جنسا، وهناك ما يشبه بالإجماع على أن العقد والاتفاق اسمان بمسمى واحد.⁷

¹ بنداري، إبراهيم، حماية المستهلك في عقد الإذعان، بحث مقدم إلى ندوة حماية المستهلك، الإمارات العربية المتحدة، ط 1998، ص 3.

² توفيق، حسن فرج، النظرية العامة للالتزام مع مقارنة بين القوانين العربية، دار النهضة العربية، مصر، ط (3) 1992، ص 35.

³ جعفر، محمد سعيد، نظرات في صحة العقد وبطلانه في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، دار هومه، الجزائر، ط 1998، ص 50.

⁴ الجصاص، أحكام القرآن، دار الفكر، بيروت، لبنان، ط (1) 2001، ص 655.

⁵ عامر رحمون، المرجع السابق، ص 156.

⁶ أبو زهرة، محمد، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، دار الاتحاد العربي للطباعة، مصر، د ط، ص 43.

⁷ أنور، سلطان، الموجز في النظرية العامة للالتزام - مصادر الالتزام، دار المطبوعات الجامعية، مصر، ط 1998، ص 66.

ثانيا: الوصية في القانون الجزائري:

عرف المشرع الجزائري بالوصية من خلال نص المادة 184 من قانون الأسرة حيث جاء فيها: " الوصية تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع ". فمن خلال نص المادة نجد أن المشرع الجزائري باستعماله مصطلح "تمليك" جعل من هذا التعريف جامعا وشاملا لكل أنواع الوصايا (واجبة كانت أو مندوبة)، بمال كانت أو غيره، فهي بذلك تشمل التمليك، والإسقاط وتقرير مرتبات، كما تشمل الوصية بالمنافع من السكن لدار أو الزراعة لأرض، والوصية بالأعيان من منقولات أو عقارات... الخ أما عبارة "مضاف إلى ما بعد الموت" ¹ فيقصد منها أن الوصية لا تنفذ إلا بعد الموت الموصي، وبالتالي يخرج عن غيرها من عقود التبرعات، ويستفاد كذلك من مصطلح "تبرع" إخراج الوصايا التي تنبني على بيع أو إيجار لشخص ما، وذلك باعتبار الوصية تتم بدون عوض باعتبارها ما أوجبه الموصي في ماله تطوعا بعد موته.

* أركان الوصية:

- الموصي (صاحب الوصية): وهو الذي يوصي بجزء من ماله إلى غيره سواء كان وارثا له أو غير وارث وهو ما نصت عليه المادة 186 من قانون الأسرة حيث جاء فيها: "يشترط في الموصي أن يكون سليم العقل، بالغا من العمر تسع عشرة سنة على الأقل".

- أن يكون الموصي له موجودا: وهذا عند إنشاء الوصية، ووجوده قد يكون حقيقة أو حكما (تقديرًا) كالحمل أو المعدوم، فقد تعرضت لمسألة الوصية للحمل كل من المادة 187 من قانون الأسرة التي نصت على أنه: "تصح الوصية للحمل بشرط أن يولد حيا". و المادة 134 منه التي جاء فيها: " لا يرث الحمل إلا إذا ولد حيا و يعتبر حيا إذا استهل صارخا، أو بدت منه علامة ظاهرة بالحياة"، وكذا المادة 25 من القانون المدني التي تنص في فقرتها الثانية: "على أن الجنين يتمتع بالحقوق التي يحددها القانون بشرط أن يولد حيا"، حيث أن جميع هذه المواد في ضرورة الوالدة المصحوبة بعامة ظاهرة للحياة².

- أن يكون الموصي له معلوما: أي لا يكون مجهولا.

- أن يكون الموصي له أهلا للتملك والاستحقاق.

- ألا يكون الموصي له قاتلا للموصي: فحسب نص المادة 188 من قانون الأسرة " لا يستحق الورثة الوصية من قتل الموصي عمدا"؛ فالعبرة بالقتل العمد عدوانا بدون حق وليس بالقتل لخطأ، وهذا ما يساير ما جاءت به المادة 137 من قانون الأسرة المتعلقة بالميراث بصفة عامة، وعليه فإنه لا يستحق الوصية قاتل الموصي عمدا سواء كان فاعلا أصليا أو شريكا أو شاهد زور أدت شهادته إلى الحكم بالإعدام وتنفيذه، ولا يستحقها من كان عاملا

¹ سفيان ذبيح، إثبات الوصية و إجراءات تثبيت الملكية المكتسبة عن طريقها في التشريع الجزائري، مجلة الصدى للدراسات القانونية و السياسية، المجلد 4، العدد 1، ط 2022، ص 82.

² قدامة المقدسي، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، موفق الدين، دار عالم الكتب، الرياض، ط(3) 1997، ص 28.

أومديرا للقتل ولم يخبر السلطات المعنية) كل هذا إذا لجأنا للتفسير الموسع أحكام المواد 135 و 137 من قانون الأسرة¹.

ثالثاً: الميراث

يحتل تشريع الميراث مساحة هامة في النظام الأسري، وهو يقوم أساساً على مبدأ العدل والقسط وقد فصل التشريع الجزائري نظام الأسرة وقواعد الإرث تفصيلاً، إذ أن المشرع قد استقى أحكام الأسرة من أحكام الميراث في الشريعة الإسلامية، باعتبار الميراث نظام للملكية، و لقد تناول المشرع الجزائري للأحكام العامة للميراث في قانون الأسري الجزائري رقم 84- 11 المؤرخ في 9 رمضان عام 1404 ل 9 يوليو سنة 1984، وفقاً لما تمليه المادة 222².

كما نص المشرع الجزائري على أسباب الإرث في المادة 126 من قانون الأسرة و هي القرابة و الزوجية³ كما جاء في نص المادة 127 من قانون الأسرة الجزائري شروط الميراث بقولها " يستحق الإرث بموت المورث حقيقة أو اعتباره ميتاً بحكم القاضي " و المادة 128 "يشترط استحقاق الإرث أن يكون الوارث حياً أو حملاً وقت افتتاح التركة مع ثبوت نسب الإرث و عدم وجود مانع من الإرث.

* شروط الميراث:

لا يكفي لثبوت الإرث توفر أسبابه فقط، بل لا بد من توفر شروط الاستحقاق التركة، لا يقوم أحدها محل الآخر، ولقد ذكرها المشرع الجزائري في ق أ ج في نصوص المواد 127، 128، 135، 138 أي:

-المادة 127 من ق. أ. ج " يستحق الإرث بموت المورث حقيقة " فمن ادعى ديناً أو إرثاً على الميت قضائياً وجبت عليه البينة للإثبات ذلك، وعلى القاضي أن يحكم بموته بناءً على هذه البينة في التاريخ الذي حددت فيه هذه البينة، فإذا مات أحد الورثة قبل حكم القاضي، فإنه يرث لأن حكم القاضي كاشف للوفاة من تاريخ نشوء البينة⁴. و في حال وجود حالة المفقود فقد عرجت المادة 113 من ق. أ. ج بقولها " يجوز الحكم بموت المفقود في الحروب والحالات الاستثنائية بمضي أربع سنوات بعد التحري، وفي الحالات التي تغلب فيها السلامة يفوض الأمر إلى تقدير القاضي في تقدير المدة المناسبة بعد مضي أربع سنوات".

¹سفيان ذبيح، المرجع السابق ص 88-87.

²كريم زينب، شبهات والأحكام الموارث في قانون الأسرة الجزائري و عند الفقهاء، مجلة البحوث القانونية و السياسية، العدد 13، ط 2019، ص 310.

³ محمد كمال، أحكام الميراث، و الوصية و الوقف في الفقه الإسلامي و القانون و القضاء، دار المطبوعات الجامعية، لبنان، ط 2012، ص 68

⁴حمد فراج حسين، محمد كمال الدين إمام، نظام الموارث والوصايا والأوقاف في فقه الإسلامي. ، لبنان، ط 2002، ص 17.

- المادة 128 من ق. أ. ج " يشترط الاستحقاق للإرث أن يكون الوارث حيا أو حامل وقت افتتاحالتركة، مع ثبوت سبب الإرث وعدم وجود مانع من الإرث" أي انه لا بد من الوجود الحقيقي للوارث عند وفات المورث، لا قبله و لا معه، و تثبت حياته في سجلات الحالة المدنية، وشهادة الشهود وهي "البينة المقبولة شرعا بالمشاهدة والمعينة"، لأنه لا توارث بين الأموات. فإذا مات اثنان ولم يعرف أيهما مات أولا فلا توارث بينهما مثل الموتى في حادث سيارة¹.

- المادة 135: يمنع من الميراث الأشخاص الآتية أوصافهم: قاتل المورث عمدا وعدوانا سواء كان القاتل أصليا أو شريكا، شاهد الزور الذي أدت شهادته إلى الحكم بالإعدام وتنفيذه، العالم بالقتل أو تدبيره إذ لم يخبر السلطات المعنية.

- المادة 137: يرث القاتل خطأ من المال دون الدية أو التعويض.

- المادة 138: يمنع من الإرث اللعان والردة².

الفرع الثاني: إثبات ملكية المتاع بوجود الدليل في التشريع الجزائري.

ان وجود الدليل أو البينة على تملك الأمتعة، لا يثير أي إشكال و يسهم في بلورة صاحب الحق، و هو ما يشير اليه البند الأول و الثاني.

البند الأول: أدلة القانونية لإثبات الملكية.

و تكون عن طريق وجود أدلة الإثبات التي تعد الألية الأساسية³ و قد تتراوح أدلة أو طرق الإثبات بين:

♦ **الطرق المباشرة:** التي تنصب مباشرة على الواقعة و تنحصر هذه الطرق في الكتابة و شهادة الشهود⁴.

أولا: الكتابة.

يعد الإثبات بالكتابة من اسمى الطرق لإثبات الاتفاقات، و التي تصلح لإثبات جميع الوقائع، سواء كانت تصرفات قانونية أو وقائع مادية... و الكتابة لها القوة المطلقة في الإثبات ملكية متاع البيت و لا يجوز إثبات عكسها إلا بكتابة أخرى، كما أن لا يمكن للقاضي خاصة في المسائل المدنية، أن يكتفي باقتناعه الذي يمكن أن يستمد من شهادة الشهود أو من القرائن الأحوال مهما تكن قاطعة بل لا بد من وجود الدليل القانوني و هو الكتابة⁵. التي توفر

¹ العربي بلحاج، أحكام التركات والمواريث على ضوء قانون الأسرة الجديد، المرجع السابق، ص.ص. 118.

² زيان مليكة، المستحقون للميراث، ماجستير في القانون الخاص، جامعة بجاية، ط 2013، ص 11.

³ عمر بن سعيد، ماهية الإثبات و محله في القانون و القضاء المدني الجزائري، مجلة الأفق للعلوم، جامعة زيان عاشور، جلفة، جوان 2018، ص 65.

⁴ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج 2، المجلد 1، دار النهضة العربية، ط 1982، ص 19.

⁵ بهنسي، احمد فتحي، نظرية الإثبات في الفقه الجنائي الإسلامي، دار الشروق، القاهرة، ط (4) 1984، ص 11.

ضمانات باعتبارها وسيلة مباشرة في التصرفات القانونية، علاوة على أنها تتميز بالموضوعية و الصدق، لأنها عادة ما تحرر في نفس وقت قيام التصرف، و عليه بان المشرع بناء على هذا يؤسس من الكتابة (التوثيق الكتابية) وسيلة للإثبات فيما يتعلق بالتصرفات القانونية و معترفا لها في نفس الوقت بإثبات المطلق في أعمال المادية و تصرفات القانونية حين لا يكون للشهادة أو القرائن القضائية إلا قوة إثبات محدودة.

و لا بد من التمييز بين المحررات العرفية (و هي التي يقوم الأفراد بتحريرها بمعرفتهم فيما بينهم من تعاملات، سواء قاموا هم بكتابتها أو أكلوا ذلك إلى شخص آخر بصفة شخصية، بمعنى تحريرها لم يكن بواسطة جهة حكومية أو الموظف المكلف بالتالي تخلو من التوقيع أو ختم جهة الاختصاص في توثيق أو إشهار هذه الأوراق¹)، أما المحررات الرسمية العادية (يتم تحريرها بواسطة موظف رسمي: قاض، موثق، عدل إشهاد، جهة حكومية...) فتتميز بصفاتها الرسمية و لا يمكن دحضها إلا بمستند مماثل أو الطعن عليها بالتزوير و تتميز بقوتها التنفيذية بحيث لا يحتاج صاحب الحق فيها إلى إصدار حكم بل يقوم مكتب التوثيق بتسليمه صورة من المحرر توضع عليها الصيغة التنفيذية كما توضع على الأحكام².

¹ أبو زيد احمد، شرح قانون الإثبات، دار المأمون، الخرطوم، ط(4) 1985، ص 195.

² تناغو سمير عبد السيد، النظرية العامة في الإثبات، دار رمضان و أولاده، ط 1988، ص 105.

ثانيا: الشهادة.

تعد شهادة الشهود من طرق الإثبات ذات قوة المحدودة، خاصة فيما يتعلق بالتصرفات القانونية المدنية، هو ما يخول للقاضي الحرية المطلقة و السلطة التقديرية للبت في النزاع اذ ينظر للشهادة اقل مرتبة و ادنى حجية من الأوراق الإدارية التي لها المقام الأول من الإثبات فما حالات تطبيق الشهادة في القانون الجزائري خاصة فيما يخص متاع البيت؟

* الشهادة: لغة.

كلمة الشهادة في اللغة تعني الإخبار القاطع بقول صادر عن علم حصل بالمشاهدة أو بتلق يقين غير مشكوك فيه.

* الشهادة في القانون:

هي الطريقة أو وسيلة من وسائل الإثبات، بل أنها كانت وسيلة الإثبات الأولى في المجتمعات القديمة، حيث كانت الأمية شائعة، و كان يصعب إعداد أدلة كتابية للإثبات¹.

و للشهادة أنواع: الشهادة السماعية عند استحالة حضور الشاهد مجلس القضاء، الشهادة بالشمرة العامة، و الشهادة بالتسامع².

* أنواع الشهادة في القانون الجزائري:

- الشهادة الشفهية والشهادة المكتوبة: في الغالب يتم الإدلاء بالشهادة بالتصريح الشفوي بحيث أن الشهود يصرح ونشخص للقاضي عما رآه أو ماسمعه وكاستثناء عن هذه القاعدة أو ما يسمى بالشهادة الشفهية قد تتم الشهادة عن طريق الكتابة وهذا أمر نادر وكمثال عن هذا النوع من الشهادة نجد التصريحات الواردة في ما يسمى في الجزائر بالأوراق الاعتراف أو في الرسائل و زيادة على ذلك فإن الوسائل السمعية البصرية الحديثة قد أظهرت نوعا آخر من الشهادة تتمثل في التسجيلات والأشرطة لكن لا زال القضاء يتقبل هذه الأدلة بتحفظ.

- الشهادة المباشرة والشهادة غير المباشرة: الشهادة المباشرة وهي الأصل حيث يخبر الشاهد عما رآه بعينه أو سمعه بأذنه أما النوع الثاني من الشهادة أو ما يسمى بالشهادة غير المباشرة أو السماعية فهي أن يشهد الشاهد على الواقعة محللا لإثباتها سمعه عن آخر يكون قد راها بعينه أو سمعها بإذنه وهي تجوز في ماتجوز به الشهادة المباشرة الأصلية³.

- الشهادة بالتسامع: لا تنصب على الواقعة محل الإثبات مباشرة بل تخبر عن الشائع بين الناس عن هذه الواقعة فمصدرها غير معين و مثالها النسب النكاح الموت الميراث وهي غير

¹ زكريا عوض محمود بني ياسين، نصاب الشهادة في مسائل الأحوال الشخصية المتعلقة بالأموال في الفقه الإسلامي، مجلة السعودية، الجزء 4، العدد 33، ص 2325.

² بهنسي، المرجع السابق، ص 124.

³ اليأس جوادي، شهادة الشهود و حجيتها في إثبات الدعوى الإدارية، مجلة أفاق علمية، المجلد 13، العدد 03، ط 2021، ص 577.

مقبولة إلا في ما نص عليه القانون و يمكن أن نميز بينها وبين الشهادة السماعية في كون هذه الأخيرة يمكن تحري مبلغ الصدق فيها أما الشهادة بالتسامع فهي غير قابلة للتحري¹.

* حالات قبول الإثبات بشهادة الشهود:

لم يحدد المشرع الجزائري بوضوح هذه الشروط بل اكتفى ببيان الحالات التي لا يجوز فيها الإثبات بشهادة الشهود المادة: (333 - 334 ق م) و الحالات التي يجوز فيها الإثبات بها المواد: (335 - 336 ق م) بالنسبة للحالات التي ستبعد فيها الإثبات بشهادة الشهود نجد المادة 333 / 1 ق م تشترط أن لا تفوق القيمة النقدية للتصرف القانوني المراد إثباته 100 ألف د ج أو أن تكون هذه القيمة غير محددة و كذلك أن لا ينصب هذا التصرف على المواد التجارة هذا و يقدر التصرف القانوني حسب قيمته وقت صدوره هذا كقاعدة عامة وما يستثنى من هذه القاعدة جواز الإثبات بشهادة الشهود اذا كانت قيمة التصرف القانوني التي تزيد على 100 ألف د ج لم تأت إلا من ضم الملحقات بالأصل 333/2 ق م اذا اشتملت الدعوى القضائية على عدة طلبات ناشئة عن مصادر متعددة جاز الإثبات بشهادة الشهود في كل طلب لا تزيد قيمته على 100 ألف د ج ولو كانت نفس الطلبات تزيد قيمتها مجتمعة على القيمة السالف ذكرها هذا ولو كان مصدرها علاقات بين الخصوم أنفسهم أو تصرفات قانونية ذات طبيعة واحدة و كذلك يكون الحكم لكوفاء لا تزيد قيمته 100 ألف د ج المادة 333/3 ق م هذا بالنسبة للحالة الأولى.

أما الحالة الثانية التي لا يجوز فيها الإثبات بشهادة الشهود ذكرتها المادة 334 ق م لا يجوز الإثبات بشهادة الشهود، لو لم تزد قيمة التصرف القانوني على 100 ألف د ج في ثلاث حالات أن كان يقصد من الإثبات بها اثبات ما يخالف أو ما يجاوز ما اشتمل عليه عقد رسمي 334/2 ق م اذا كان المطلوب هو الباقي أو هو جزء من حق لا يجوز إثباته إلا بالكتابة 334/3 ق م اذا طالب أحد الخصوم في الدعوى القضائية بما تزيد قيمته على 100 ألف د ج ثم خفض طلبه إلى ما لا يزيد عن هذه القيمة 334/4 ق م².

أما الحالات التي يجوز فيها الإثبات بشهادة الشهود ذكرها المشرع من خلال المواد 336-335 ق م وهناك فيها أيضا حالتان يجوز فيهما الإثبات بشهادة الشهود، الحالة الأولى يجوز الإثبات بها استثناء فيما كان يجب إثباته بالكتابة إذا وجد مبدأ ثبوت الكتابة أما الحالة الثانية فنصت عليها المادة 336 ق م وهي التي يجوز فيها الإثبات بشهادة الشهود في ما يجب إثباته بالكتابة وهذا لأمرين إذا وجد مانع مادي أو أدبي لا يمكن من الحصول على الدليل الكتابي أو فقد الدائن سندها الكتابي لسبب أجنبي خارج عن إرادته.

* سماع الشهود:

¹ الياس جودي، المرجع نفسه، ص 218.

² الياس جودي، شهادة الشهود و حجيتها في اثبات الدعوى الإدارية، مجلة آفاق علمية، المجلد 13، العدد 3، ط 2021، ص 576.

تطبق المحاكم الإدارية ومجلس الدولة الجزائري القواعد المنصوص عنها في القوانين المدنية لتنظيم إجراءات الشهادة استنادا لنص المادة 859 من قانون الإجراءات المدنية والتي أحالت تطبيقاً لأحكام المتعلقة بسماع الشهود المنصوص عنها إلى المواد من 62 إلى 150 حيث يسمع كل شاهد على انفراد في حضور أو في غياب الخصوم يعرف قبل سماعه، باسمه ولقبه و مهنته وسنه وموطنه وعلاقته ودرجة قرابته ومصاهرته أو تبعيته للخصوم (م 152 ق إ م)، على أن لا يجوز سماع أي شخص كشاهد إذا كانت له قرابة أو مصاهرة مباشرة مع أحد الخصوم، ولا يجوز سماع شهادة زوج أحد الخصوم في القضية التي تعني زوجه، ولو كان مطلقاً، و لا يجوز أيضاً قبول شهادة الإخوة والأخوات وأبناء العمومة لأحد الخصوم، غير أن الأشخاص المذكورين في هذه المادة باستثناء الفروع، يجوز سماعهم في القضايا الخاصة بحالة الأشخاص بالطلاق، و يجوز سماع القصر الذين بلغوا سن التمييز على سبيل الاستدلال، و تقبل شهادة باقي الأشخاص، ما عدا ناقصي الأهلية (م 153 ق إ م)¹.

غير أن الشهادة فيما يتعلق المنازعات المالية بين الزوجين نجد أن المشرع الجزائري يستبعد تطبيق المادة 73 من قانون الأسرة الجزائري التي لا تطبق عندما يكون النزاع حول الملكية الأمتعة المطالب بها باعتبار وجود الأمتعة فعلاً.

♦ الطرق الغير مباشرة: و التي لا تنصب على دلالتها على الواقعة المراد إثباتها و إنما تستخلص بطرق الاستنباط و تتمثل هذه الطرق في الإقرار و القرائن بالإضافة إلى اليمين التي سبق التطرق إليها في المبحث الأول من الدراسة فهذه الطرق لا تعد دليلاً مباشراً على صحة الواقعة².

¹ الياس جودي، المرجع السابق، ص 575.

² اشرف جابر سيد، موجز أصول الإثبات، دار النهضة العربية، القاهرة، ط 2003، ص 47.

أولاً: الإقرار.

اعتبر المشرع الجزائري أن الإقرار وسيلة من وسائل الإثبات و سيد الأدلة ذات الحجة الكاملة و قاطعة و وسيلة مهمة يلتزم بها القاضي بالحكم بموجبها، و ذلك من خلال المادتين 44 و 45 من القانون الأسرة الجزائري (المعدل و المتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005، كما أشار إلى الإقرار في المادتين 341 و 342 من القانون المدني الجزائري من غير ذكره لشروط الإقرار، و تجدر الإشارة إلى أن المشرع الجزائري في سنة لقوانينه لم يخرج عن ما أقرته الشريعة الإسلامية من أحكام. كما فرض المشرع الجزائري أن ثبوت حجية الكاملة للإقرار و الملزمة للقاضي من خلال نص المادة 342 من القانون المدني الجزائري (الأمر 75- 58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق ل 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني المعدل و المتمم. فما طبيعة القانونية للإقرار في التشريع الجزائري؟

* القانون الجزائري:

عرفت المادة 341 من القانون المدني على أن الإقرار هو " اعتراف الخصم أما القضاء بواقعة قانونية مدعى بها عليه ، و ذلك أثناء السير في الدعوى المتعلقة بها الواقعة.

* أركان الإقرار في التشريع الجزائري:

من خلال نص المادة 341 السالفة ذكر يتضح أن للإقرار، أربعة أركان هي على النحو الآتي:

- اعتراف الخصم: أي الاعتراف بصريح القول و لا يعتبر السكوت إقراراً أو قولاً لأن القاعدة القانونية مفادها أنه لا ينسب لساكت القول¹.

- واقعة قانونية معترف بها: فينصب الإقرار على واقعة قانونية، و لا يلزم أن تكون هذه الواقعة تصرفاً قانونياً بل يصح أن تكون واقعة مادية و لا يلزم كذلك أن تكون الواقعة مصدراً لحق من الحقوق بل أي واقعة يمكن الادعاء بها يجوز فيها الإقرار.

- الإقرار أمام القضاء: فكل هيئة يخولها القانون سلطة الفصل في امر يعتبر إقراراً قضائياً، فلو أقر الشخص أمام جهة حكومية (إدارية) في تحقيق يخص نزاع ما أو واي جهة لا تملك سلطة القضاء فهذا لا يعد إقراراً²، بل يعتد بالإقرار كل من يصدر عن قضاء الأحوال الشخصية، القضاء التجاري أو القضاء الجزائي، و أمام القضاء المنتدب فيما يخص الاستجواب و أو التحقيق³.

¹ مصطفى مجدى هرجة، قانون الإثبات في المواد المدنية و التجارية في ضوء احداث الآراء و أحكام النقض الصيغ، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ط (3) 1994، ص 671.

² مصطفى مجدى هرجة، المرجع السابق، ص ص 672- 673.

³ سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني - أصول الإثبات و إجراءاته في المواد المدنية، بدون دار النشر، القاهرة، ط (5) 1991، ص 608.

- الإقرار أثناء سير الدعوى: أي الدعوى المتعلقة بالواقعة التي حصل عنها الإقرار. و تجرد الإشارة أن المشرع الجزائري لم ينص صراحة على الإقرار فيما يخص المنازعات المالية بين الزوجين غيره انه من خلال نص المادة 222 من قانون الأسرة يخول اللجوء اليه فيما يخص الصداق أو متاع البيت¹.
- ثانيا: القرائن.**

تعتبر القرائن القضائية وسيلة هامة في الإثبات خاصة بما تتميز به كونها دليل غير مباشر يعولعليه كثيرا في حال عدم وجود الأدلة المباشرة، و لقد نظم المشرع الجزائري الطرق التي يجوز بها إثبات الوقائع المتنازع فيها في الباب السادس تحتعنوان " إثبات الالتزام" من الكتاب الثاني من القانون المدني المعنون ب"الالتزامات والعقود" وخصص لها المواد من (323 إلى 350) منه، هذه الوسائل أو الطرق عادة ما تكون من صنع المتقاضين أنفسهم يعدونها مسبقا لإثبات التصرفات والوقائع المتنازع عليها التي تكون مصدر حقهم المباشر.

* لغة:

يقال الناقاة تشد إلى الأخرى، و القرين صاحبك الذي يقارنك². و قرينة الكلام أي ما يصاحبه و يدل على المراد به³.

* اصطلاحا:

المارة أو العلامة التي يسدل بها وجود الشيء أو نفيه⁴

* القرينة في القانون:

مصدرها التشريع يقوم المشرع نفسه بعملية الاستنباط أو افتراض ثبوت واقعة معينة و يضعه ضمن قاعدة قانونية، و لا دخل للقاضي أو الخصوم في هذه العملية الاستنباطية أو ثبوت واقعة معينة مجهولة من خلال ثبوت واقعة أخرى. و هو ما شارت اليه المادة 337 من القانون المدني الجزائري التي تنص على أنه " القرينة القانونية تعني من تقررت لمصلحته عن أية طريقة أخرى من طرق الإثبات، على انه يجوز نقض هذه القرينة بالدليل العكسي، مالم يوجد نص يقضي بغير ذلك⁵.

* القرينة القضائية:

هي وسيلة غير مباشرة في الإثبات، التي تترك لتقدير القاضي يستخلصها من ظروف القضية و ملابساتها، فالقاضي يقوم فيها بدور إيجابي (استنتاج واقعة مجهولة من واقعة

¹ لاتي محمد ، المنازعات المالية بين الزوجين في الشريعة الإسلامية و قانون الأسرة الجزائري، ماجستير في القانون الخاص، جامعة بالكايد تلمسان، ط 2002، ص 78.

² ابن منظور، المرجع السابق، ص 800.

³ لويس معلوف اليسوعي، المنجد في اللغة و الأدب و العلوم، المطبعة الكاثوليكية، لبنان، ط(17) 1970، ص 625.

⁴ فخري أبو صفية، طرق الإثبات في القضاء الإسلامي، دار الشهاب للنشر و التوزيع، الجزائر، بدون سنة، ص 130.

⁵ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، منشأة المعارف، مصر، ط 2004، ص 302.

معلومة)، فهو الذي يختار الواقعة الثابتة ليستنبط منها القرينة التي تدل على الواقعة غير الثابتة. و أقرها المشرع من خلال نص المادة 340 من القانون الجزائري بقوله " يترك لتقدير القاضي استنباط كل قرينة لم يقررها القانون و لا يجوز الإثبات بهذه القرائن إلا في الأحوال التي يجيز فيها القانون الإثبات بالبينة " أي أن المشرع المدني قد تناول القرائن القضائية بحيث ترك المجال للقاضي¹.

* أركان القرينة: للقرينة أربعة أركان هي:

- الأمر الظاهر الثابت الذي لم تدرك الحواس، و هو أساس الاستدلال منه.
- الأمر الخفي الذي لم تدركه الحواس، لأنه من الأشياء الباطنة التي يستدل عليها بالأمارات المصاحبة للأول.
- الصلة و العلاقة بين الواقعة الظاهرة و الواقعة الخفية².
- الحكم: و هي النتيجة التي يتم التوصل إليها بناء على العناصر السابقة.

أما الإقرار في متاع البيت فنجد أن المادتين 314 و 342 كما استقر عليه القضاء في الجزائر فقد أخذت المحكمة العليا بعدة قرارات بمبدأ الإقرار و من ذلك القرار المؤرخ بتاريخ 07/12/1987 حيث جاء فيه ما يلي: " من المقرر شرعا و قانونا أن أثاث البيت مبدئيا هو ملك الزوج و للزوجة أن تثبت عكس ذلك و من المقرر أيضا أن كل شخص لا يحكم عليه بشيء إلا إذا اتخذ موقفا واضحا فيما يطلب منه بالإقرار أو الإقرار، و من ثم القضاء بما يخالف هذين المبدئين يعد مخالفا للقواعد الشرعية و القانونية³.

كما تضاف إلى أدلة الإثبات الخبرة اذ نجد ان القضاء الجزائري بخاصة القضاء المدني وجود الدور الكبير لوجود الخبراء في مساعدة القاضي في حل النزاعات تخصص المشرع الجزائري لها المواد من 125 إلى 145 في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية اذ في معظم الأحيان نجد أن المحاكم و استنادا إلى نص المادة 125 و ما يليها من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، تتخذ من تقارير الخبراء سببا لحكمها بالرغم من كون القانون ذاته ينص على أن رأي الخبير لا يقيد المحكمة و لها أن تقضي بخلافه مع تسبب ذلك في قراراتها. فالواضح أن الخبرة القضائية لها دور في صناعة الحكم القضائي⁴، و الخبرة القضائية تفرض نفسها بشكل متزايد في العديد من القضايا التي تتضمن فيثناياها أمورا فنية معقدة خاصة أمام التطور العلمي. كما أكدت المحكمة العليا في قرارها 97774 الصادر 1993/7/7 انه " من المقرر قانونا و قضاء ان أيمر القاضي بإجراء الخبرة و تعيين خبير مع

¹ زوزو هدى، القرائن مفهوما و تقسيماتها في الشريعة الإسلامية و القانون الوضعي- دراسة مقارنة- مجلة العلوم الإنسانية، جامعة محمد خيضر بسكرة، العدد 18، ط 2010، ص 270.

² محمد بن عابد الصواط، إثبات النسب بالقرائن الطبية المعاصرة، المرجع السابق، ص 5.

³ لاتي محمد، المرجع السابق، ص 77.

⁴ دهلبيس رجاء، واقع الخبرة القضائية أمام القضاء الجزائري، مخبر القانون العقاري و البيئة، كلية الحقوق و العلوم الإنسانية، جامعة مستغانم، ط 2012، ص 5.

توضيح مهمته التي تكتسي طابعا فنيا بحثا مع مراعاة عدم التخلي عن صلاحيات القاضي للخبير¹.

البند الثاني: إثبات ملكية المتاع بوجود الدليل في التشريع الجزائري.

يثير مجال التطبيق الفعلي للمادة 73 من قانون الأسرة، إشكالا واضحة، اذ لا يتعلق بوجود الشيء محل النزاع حول متاع البيت من عدمه، بل وجود المتاع واقعة مادية قائمة وثابتة ولا منازعة، فالنزاع محل الدارسة (المبحث الثاني) مثار حول ملكية المتاع فقد يخطأ القاضي في إسقاط نص المادة 73 على وقائع لا تنطبق عليها، لأن هذا النص لا ينطبق إلا إذا كانت الأشياء موجودة. فكثيرا ما يطرح وجود الأمتعة ولكن إما ليست ملكا للزوجة أو ليست كلها ملكا للزوج أو البعض منها مملوك لهما معا ولذلك فنجد دور القاضي في هذه الحالة ليس لإثبات وجود الأمتعة من عدمها بل دوره ينحصر في تحديد قائمة الأمتعة التي هي من قبيل ملك الزوجة أو الزوج والمشاركة بينهما²، أي دور القاضي ينحصر في الفصل في إجراءات إثبات ونسب ملكية كل متاع إلى صاحبه يستشف من خلال استقراء نص المادة 73 من قانون الأسرة، وبمفهوم المخالفة إذا وقع نزاع بين الزوجين وادعى كل زوج أنه المالك فمن قدم البينة يحكمه بناء على بينته وهنا يكون القاضي قد طبق الشق الأول من المادة 73 أما في حالة عدم تقديم البينة أو في حالة العجز عن الإثبات يأتي دور القاضي في تطبيق الشق الثاني من نص المادة 73 فيفصل في الأمتعة التي تعود للرجال أي المعتاد للرجال مع توجيه اليمين والأمتعة المعتادة للمسامع اليمين والمشاركات مع اليمين ويتقاسمانها³.

و في حال ما تم تسجيل حالة تتمثل في وجود دليل غير مكتمل فلا يقف القاضي هنا موقفا سلبيا، بل يتدخل في اطار الدور الإيجابي (الدور الحمائي للقاضي) و نجد أن المحكمة العليا قد على أن: "النزاع القائم بين الزوج والزوجة حول المصوغ الذي عجزت عن إثبات ملكيته لها بالكتابة سوى حيازتها للفاتورات المذكورة تشكل لصالح الزوجة قرينة جديرة التعزيز بهذه الوسيلة إلى جانب المصوغات التي تنسب عادة بالنظر إلى طبيعتها إلى المرأة" و هو ما يبرز جملة التناقضات فالقضاة الذين استبعدوا طلب الزوجة الرامي إلى تثبيت ادعائها بالشهود يكونون قد خالف و أحكام المادة 335 من ق م التي تجيز في مقتضياتها حسم النزاع بوسائل إثبات غير الكتابة مما يتعين معه نقض القرار⁴ لأن الفاتورات تشكل قرينة و بداية ثبوت بالكتابة تسمح بسماع شهود. جاء في قرار المحكمة العليا الصادر

¹ المجلة القضائية للمحكمة العليا، المحكمة العليا، القرار 97774، الصادر بتاريخ 7/7/1993، العدد الثاني، ط 1994، ص 108.

² بن هيري عبد الحكيم، النطاق الإجرائي و الموضوعي لسلطة قاضي شؤون الأسرة في الإثبات: إشكالات الإثبات في منازعات متاع البيت في قضايا فك الرابطة الزوجية على ضوء القانون و الممارسة القضائية "نموذجا"، مجلة الأفق للبحوث و الدراسات، العدد الخاص، ماي، ط 2018، ص 115.

³ بن هيري عبد الحكيم، المرجع السابق، ص 116.

⁴ المحكمة العليا، غ م، رقم 22117، صادر بتاريخ 19/05/1982 مق، سنة 1989، العدد 1، ص 29.

عن الغرفة المدنية بتاريخ 1982/05/19 أي قبل صدور قانون الأسرة¹. ثم أن من جملة التطبيقات القضائية لقاعدة البيئة على المدعي في النزاع حول ملكية المتاع، بالرجوع إلى قرار المحكمة العليا جاء فيه: "حيث إن المقرر قانونا وعملا بأحكام المادة 73. فالقول للزوجة مع اليمين في المعتاد للرجال" فاليمين التي تؤدي في هذه الحالة هي اليمين القانونية ليست من قبيل اليمين الحاسمة التي يوجهها الخصم، ولا هي من قبيل اليمين المتممة التي يوجهها القاضي (كما سبق الإشارة) فهي يمين قانونية تدعم مؤيدها²

كما أكدت قرارات المحكمة العليا على منح الصلاحية الكاملة لقضاة الموضوع في إجراء التحقيق وسماع الشهود وتقدير شهادتهم، بحيث يتضح من خلال استقراء قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 2016/11/02 أن للقضاة الموضوع كامل الصلاحية في إجراء التحقيق وسماع الشهود وتقدير شهادتهم فهي مسألة موضوعية. حيث جاء في هذا القرار: "... لكن حيث أن شهادة الشهود هي من المسائل الموضوعية التي تخضع للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع هذا فضلا أن قضاة المجلس ذكروا في قرارهم أنهم اطلعوا على شهادة الشاهد³.

المطلب الثاني: أحكام إثبات ملكية متاع البيت في غياب الدليل.

عند غياب البيئة أو الدليل من كل طرف فإن اليمين عادة هي الفاصلة في مثل هذا النزاع فما هو معتاد للنساء و متعلق بهن، فإنه من حق النساء مع اليمين، واليمين التي تقدمها المرأة هي يمين تكميلية، فالمتعة الخاصة بالنساء تعتبر شاهدا عرفيا وحجة لها. وما معتاد للرجال و متعلق بهم. فهو ملك للرجال مع اليمين و هو ما سنحاول التأصيل له من خلال هذا المطلب في الفروع التالية.

الفرع الأول: أحكام إثبات ملكية متاع البيت في غياب الدليل.

نلاحظ التشريع الجزائري يستنبط أحكامه من التشريع الإسلامي، فقد أورد فقهاء حول حكم الملكية متاع البيت اذا عجز الطرفين على تقديم بيئة عدة آراء هي ملكية الأثاث للزوج أو للزوجة، ملكية الأثاث مناصفة⁴.

البند الأول: ملكية الأثاث للزوج أو للزوجة

يجرى الحكم فيه وفقا للعرف فمثلا اذا كان ضمن متاع البيت الألبسة النسائية، أدوات التجميل... هي للزوجة واذا نازع الزوج الزوجة فمتاع للزوجة مع يمينها كما أن هناك

¹ نجيمي جمال، قانون الأسرة الجزائري دليل القاضي و المحامي مادة بمادة على ضوء أحكام الشريعة الإسلامية و الاجتهاد القضائي، دار هومة، الجزائر، ط 2016، ص 212.

² الزهراء بن محمود و سامية دولة، التعليق على مجلة الأحوال الشخصية، قراءة في فقه القضاء، منشورات مجمع الأطرش للكتاب المتخصص، تونس، 2015، ص 122.

³ المحكمة العليا، ع. ش، أ، و، رقم 1035699، صادر بتاريخ 2016/11/02.

⁴ بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص 176.

أمر موضوعية تخضع لتقدير القاضي (الإشارة لها في الفرع الثاني)، و حكم ما يصلح للرجال مثل أدوات التجارة و ما يتعلق بمهنته.. فإذا طلبه الزوج و نازعتها الزوجة فيه فالقول للزوج مع اليمين¹.

البند الثاني: ملكية الأثاث مناصفة.

أشار الفقه الشرعي ان يقسم متاع البين مناصفة بين الزوج و الزوجية باعتبار انهما ساكنان فيه، اذ لم يميز الفقه المالكي و الشافعي بين ما اذا كان النزاع حول المتاع البيت حال قيام الزوجية أو بعدها، و لا قبل الدخول أو بعده، و لا بين ما اذا كان المسكن الزوجي ملك للزوج أو للزوجة، غير أنه يقتضي إثباتها وجود البينة، فالزوج الذي قيم البينة يحكم له المتاعو في حال قدما كل منهما البينة و وجود المتكافئ في دليل يسقط الحكم فيهما و يأخذ القاضي في الحكم بناء على سلطته التقديرية على ما ان للرجال للزوج مع يمينه و ما للنساء للزوجة مع يمينها².

الفرع الثاني: أحكام إثبات ملكية متاع البيت في غياب الدليل في التشريع الجزائري.

من خلال نص المادة 73 من القانوني الأسري لإثبات الملكية حول نزاع البيت يتضح أنه في حال النزاع الواقع بين الزوجين وادعى كل زوج أنه المالك فمن قدم البينة يحكم له بناء على بينته وهنا يكون القاضي قد طبق الشق الأول من المادة 73 أما في حالة عدم تقديم البينة أو في حالة العجز عن الإثبات يأتي دور القاضي في تطبيق الشق الثاني من نص المادة 73 فيفصل في الأمتعة التي تعود للرجال أي المعتاد للرجال مع توجيه اليمين والأمتعة المعتادة للنساء مع اليمين والمشاركات مع اليمين ويتقاسمانها .

و تجدر الإشارة كما تناولنا سابقا ان اليمين التي تؤدي في هذا السياق ليست باليمين الحاسمة و لا باليمين المتممة بل هي اليمين القانونية يعمل بها القاضي للفصل في النزاع.

البند الأول: الحكم للزوجة في المعتاد للنساء مع يمينها:

فنجد أن تقدير القاضي يخضع بالشكل الآتي:

فإذا كانت الزوجة خياطة مثلا فإن آلة الخياطة وملحقاتها من قماش وغيرها هي للزوجة مع تحليفها اليمين المتممة، غير أنه اذا ادعى الزوج ملكيته لمتاع فلا بد من تقديم دليل قاطع عن ذلك (البينة من ادعى و اليمين على من انكر) و في حال تعذر ذلك عليه فان القاضي يحكم بإثبات المتاع للزوجة مع يمينها استنادا إلى العرف. و في حال نكل الزوجة عن ذلك فيحكم المتاع للزوج (و هو الدور الحمائي للقاضي في حماية حق الملكية، الذي تم التطرق اليه في بداية المبحث)، ولكن السؤال الذي يطرح ماذا عن وجود دليل تقدمه الزوجة و يعد

¹ احمد رمضان محمد احمد حارس، أحكام الصلح في المنازعات المالية بين الزوجين، مجلة الدراسات العربية، جامعة المنيا، بط، ص 1988.

² حسيني عزيزة، النزاع حول متاع البيت- قراءة في نص المادة 73 من قانون الأسرة و تطبيقاتها القضائية، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية و السياسية، المجلد 58، العدد 1، ط 2021، ص 140.

ناقصا ؟ ففي حال وجود دليل غير مكتمل، كحيازة الفاتورات فان هذه الأخيرة تعد قرينة إثبات بالكتابة فقد أكدت المحكمة العليا في قرارها رقم 22117 الصادر بتاريخ 1982/05/19¹ على أن:

" النزاع القائم بين الزوج والزوجة حول المصوغ الذي عجزت عن إثبات ملكيته لها بالكتابة سوى حيازتها للفاتورات المذكورة تشكل لصالح الزوجة قرينة جدير التعزيز بهذه الوسيلة إلى جانب المصوغات التي تنسب عادة بالنظر إلى طبيعتها إلى المرأة، والقضاة الذين استبعدوا طلب الزوجة الرامي إلى تثبيت ادعائها بالشهود يكونون قد خالف وأحكام المادة 335 من ق . م التي تجيز في مقتضياتها حسم النزاع بوسائل إثبات غير الكتابة مما يتعين معه نقض القرار".

البند الثاني: الحكم للزوج في المعتاد للرجال مع يمينه:

ووفقا لقرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 1996/07/09 على أنه "من المقرر قانونا أنه في حالة النزاع على الأمتعة الزوجين، توجه اليمين الخاصة بالأمتعة من ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا للقانون، ولما كان ثابتا في قضية إحلالا من النزاع قائم بين الطرفين حول الأمتعة وأن الزوج طالب بتوجيه اليمين للزوجة لعدم ترك أمتعتها في البيت الزوجي، فإن قضاة الموضوع قضوا بتوجيه اليمين الخاصة بالأمتعة المطلقة للتلا توجه من قبل للقضاة، بل بطلب من الأطراف بدل اليمين الخاصة بالأمتعة المنصوص عليها في نص المادة 73 من ق.أ.ج، فإنهم خرقوا القانون وأخطئوا في تطبيقه ومتى كان ذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه فنستنتج من هذا القرار القضائي للمحكمة العليا أن للقاضي دور إيجابي في فض النزاع حول امتعائين الزوجين، وذلك من خلال توجيه القاضي للزوج أداء اليمين إذا كان المتاع المتنازع عليه يدخل ضمن المعتاد عدم تقديم الزوجة المدعية دليل علمي لملكيتها هذا المتاع².

البند الثالث: الحكم فيما اشتركا فيه من المتاع فإنهما يقتسمانه مع اليمين:

لقد جسد هذا احل في قرار للمحكمة العليا الصادر بتاريخ 2002/03/10 حتي قضت "بتقاسم الزوجان في حال النزاع، الأثاث المشترك بينهما مع توجيه اليمين، فإذا ادعى كلا الزوجين ملكية الأثاث الموجود في البيت من أثاث وأدوات منزلية كآلة الغسيل والتلفاز والثلاجة وغيره فلا بد علما للقاضي في هذه الحال التدخل بقسمة هذه الأشياء المشتركة بينهما باعتبارها مال مشترك بينهما مع توجيه اليمين لكليهما، ومن هنا يبرز دور القاضي أيضا لفض النزاع حول متاع البيت³، وبالتالي فض النزاع وإنهاءه وأخذ كلا الزوجين حقه من المتاع وهذا ما

¹ المحكمة العليا، غ م، رقم 22117 صادر بتاريخ 1982/05/19 م ق، سنة 1989 عدد 1 ص 29.

² زين شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص 177.

³ زين شويخ الرشيد، نفسه، ص 177.

يُجسد حماية القاضي لمالكالمتاع سواء كان الزوج أو الزوجة الذي يترتب عليه حماية الأسرة ككل¹.

غير أنه في سياق آخر قد يخطأ القاضي في مسألة تقدير المتاع و بالتالي يكون هناك خرقا لما جاءت به المادة 37 من قانون الأسرة. و هو ما نلاحظه في القرار 134417 الصادر بتاريخ 1669/07/09 عن محكمة العليا(من المقرر قانونا أن القرار الذي لا يكون مسببا تسببيا كافيا يعد مشوبا بالقصور في التسبيب. وقضاة الموضوع عندما لم يفرقوا بين ما هو ملك للزوجة وما هو ملك للزوج حتى يستطيع تطبيق القواعد الشرعية في هذا المجال ولما لم يبينوا طبيعة المنزل لالمتنازع عليه.. وجاء في رد المجلس الأعلى.. حيث حقا أننا نجد قضاة الموضوع لم يفرقوا بينما هو ملك للزوج وما هو ملك للزوجة اذ نجد ضمن قائمة الأثاث غرفة نوم ودراوات... الخ لذلك كان عليهم أن يفرقوا ما بين ما هو ملك للزوج وما هو ملك للزوجة ويطبقوا قواعد الشريعة الإسلامية في هذا المجال.."².

¹ ابن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص 177.

² المحكمة العليا، القرار 134417، صادر بتاريخ 1996/07/09، م ق 1998، عدد 2، ص 72.

خلاصة الفصل

يظهر جليا دور القاضي من خلال سلطته التقديرية المتعلقة بمواد شؤون الأسرة و وبالأخص مواد متاع البيت بدرجة الأساس سواء من خلال تحديد نطاق أو مجال التطبيق نص المادة 73 من قانون الأسرة، و في معيار آخر يضمن بعد النزاع حول العلاقات المالية بين الزوجين مما جعل المشرع الجزائري يقضي بحلول لفض تلك النزاعات وما تعلق منها إثبات الملكية المشتركة بينهما و لو أننا التمسنا وجود ثغرات قانونية تحيل إلى اللجوء إلى القواعد العامة في الإثبات التي على رأسها قاعدة "البينة على من ادعى واليمين على من أنكر" من أجل فض هذا النزاع بين الزوجين وبالتالي المساهمة في حماية الحقوق المالية لكل الزوجين وبالتالي حماية الأسرة.

كما افضى النزاع بين الزوجين حول إثبات وجود هذا المتاع، مما يسمح لقاضي شؤون الأسرة اللجوء إلى القواعد العامة في الإثبات خاصة قاعدة البينة على من ادعى واليمين على من أنكر كما يجب على قاضي شؤون الأسرة عند تكليفه أحد الزوجين بأداء اليمين أن يراعي شخصية كل منهما، وظروف وملابسة كل قضية، واستنباط قرائن أخرى كالحالة المادية لهما مع إعادة النظر من طرف المشرع أو ضرورة مواد تسهم في مخض العدالة بصفة جوهرية.

الفصل الثاني:

إشكالات التنفيذ في أحكام شؤون الاسرة

تمهيد

يعد موضوع إشكالات التنفيذ على مستوى الجهات القضائية، من أهم الموضوعات لاسيما انه المسلك الوحيد للمنفذ للتهرب من التنفيذ من خلال إثارة المنازعات أو اختلاق الصعوبات قصد منع طالب التنفيذ من الوصول إلى حقه، لذا كان لابد من المشرع أن يضع إجراءات و أدوات لإيجاد الحلول الملائمة لإشكالات التنفيذ.

فقد جاء نص المادة 72 من دستور سنة 1996 م على انه " تحظى الأسرة بحماية الدولة و المجتمع "1 فالأسرة هي الخلية الأساسية للمجتمع و هي نواته فتشكل بذلك محور اهتمام الدولة على المستويين القانوني و المؤسسي، من خلال دسترة المبادئ المتعلقة بالأسرة و تولى قانون الأسرة شرح تلك المبادئ، أما على نطاق المؤسسات فقد تم إنشاء وزارة تعنى خصيصا بقضايا الأسرة، نلاحظ جليا تخصيص على مستوى الهرم القضائي قسم المحاكم و غرفة على مستوى المجالس القضائية و المحكمة العليا التي تعنى هي الأخرى بفض في النزاعات الناتجة عن المشكلات الأسرية، مع إعطاء خصوصية ملحوظة لمنازعات الأحوال الشخصية خاصة تلك المتعلقة بفك الرابطة الزوجية، كما يعكس اهتمام المشرع بالأسرة و ما تطرحه من مسائل، الاطار القانوني المنظم لها، كما تشير بعض الدراسات إشكالية وجود الثغرات و الفراغات القانونية في تنظيم بعض المسائل وهو ما يظهر عند تنفيذ الأحكام المتعلقة بقضايا شؤون الأسرة أي يطرح ما يسمى ب " اختلالات بين النص القانوني و الحكم القضائي و التنفيذ الميداني للأحكام القضائية ".

كما تجدر الإشارة إلى أن المشرع الجزائري عرض لموضوع المشكلات التنفيذية بموجب نص المادة (2/183) من القانون رقم 66- 154 المؤرخ في 08-06-1966 المتضمن الإجراءات المدنية- الملغى- و التي خلقت في حقيقة الأمر إشكالات بمناسبة تطبيقه حيث تركت التقدير المطلق للقاضي في التعامل مع مختلف الأوضاع الناتجة عن التنفيذ مع عدم المام بكافة جوانب العملية التنفيذية لعدم تطرقها لكافة المستندات التنفيذية...وعليه و أمام القصور و الفراغ التشريعي، أعاد الجزائري تنظيم الأحكام المتعلقة بإشكالات التنفيذ، حيث نظم أحكام إشكالات التنفيذ- المتعلقة بمسائل الأحوال الشخصية - بتخصيصه المواد (631- 636) من القانون رقم: 08-09 المؤرخ في 25-02-2008 والمتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية²، باعتبارها عقبات قانونية تطرح بشأنها خصومة على القضاء قبل عملية التنفيذ، و تتناول تلك المنازعات عدم صحة إجراء التنفيذ أو الطعن في عدالته³ و بناء على ذلك فيما يكمن مدلول إشكالات التنفيذ و شروطها ؟

¹ المادة 72 من الدستور الجزائري لسنة 1996، المعدل بموجب القانون رقم 16- 01 الصادر في 06/03/2016، الجريدة الرسمية، عدد 14، بتاريخ 07/03/2016.

² الجريدة الرسمية، المادة 1062، من القانون المدني، العدد 21، ص 3.

³ حمدي باشا عمر، طرق التنفيذ وفقا للقانون رقم 08- 09 المؤرخ في 25 فيفري 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، دار هومة، الجزائر، ط 2012، ص 15.

* مدلول إشكالات التنفيذ:

تجدر الإشارة أنه تعددت الآراء بحسب اختلاف المعيار المعتمد فهناك من يعرفها بحسب محل الإشكال، أو بحسب أطرافها، بحسب الجهة القضائية المختصة بالفصل¹. تشمل المنازعات التي تدور حول أركان أو شروط يجب توافرها لوجود أو لصحة التنفيذ الجبري و يصدر فيها الحكم وقتي ، باستمرار التنفيذ مؤقتا أو بوقفه مؤقتا بصحته أو ببطالانه، بجوزاته أو بعدم جوازه².

كل طارئ يعيق مباشرة إجراءات التنفيذ وفق ما يتطلبه القانون مما يحول دون مواصلة المكلف بالتنفيذ لعمله، أو يجعله غير ممكن سواء أثناء مقدمات التنفيذ أو حين اللجوء إلى التنفيذ الجبري، و يعبر عن الإشكال في التنفيذ بالوسيلة القانونية التي تثار بموجب اعتراض على إجراءات التنفيذ في شكل منازعة يترك شأن النظر فيها للقاضي³.

كما عرفت إشكالات التنفيذ الوقتية على أنها: " منازعات تعترض عملية تنفيذ الأحكام القضائية و السندات الواجبة التنفيذ، قبل تمام عملية تنفيذ، و يترتب على الحكم فيها أن يصبح التنفيذ جائزا أو غير جائز، بالتالي وقف السير فيه أو استمراره⁴.

* الإجراءات المتعلقة بإشكالات التنفيذ:

كما سبق الإشارة، فالمشرع الجزائري سبق و أن نظم الإجراءات المتعلقة بإشكالات التنفيذ بموجب نص المادة (631) من قانون الإجراءات المدنية " في حال وجود إشكال في تنفيذ احد السندات التنفيذية المنصوص عليها في هذا القانون، يحرر المحضر القضائي محضرا عن الإشكال، و يدعو الخصوم لعرض الإشكال على رئيس المحكمة التي تباشر في دائرة اختصاصها التنفيذ عن طريق الاستعجال " ، إلى جانب مواد لاحقة ذات الصلة⁵.

* كيفية إزالة الإشكال في التنفيذ:

بين المشرع الجزائري طرق رفع الإشكال في التنفيذي وفق نص المادة (1/632) من قانون الإجراءات المدنية و التي جاء فيها: " ترفع دعوى الإشكال في التنفيذ من طرف المستفيد من السند التنفيذي أو من المنفذ عليه أو من الغير الذي له مصلحة بحضور المحضر القضائي المكلف بالتنفيذ".

¹ نبيل إسماعيل عمر، إشكالات التنفيذ الجبري الوقتية و الموضوعية، دار الجديدة، الإسكندرية، ط(1) 2004، ص 11.

² عبد الرحمن بربارة، طرق التنفيذ من الناحيتين المدنية و الجزائية وفقا للتشريع الجزائري لاسيما قانون الإجراءات المدنية و الإدارية رقم: 08-09، منشورات بغدادي، الجزائر، ط(1) 2009، ص 322.

³ حمدي باشا عمر، المرجع نفسه، ص 349.

⁴ عمر زودة، الإجراءات المدنية على ضوء آراء الفقهاء و أحكام القضاء، مطبعة أو نسيكلوبيديا، بن عكنون، الجزائر، ط(1) 2005، ص 163.

⁵ مسعودي هلاي، إجراءات تسوية إشكالات التنفيذ الوقتية في مسائل الأحوال الشخصية في التشريع الجزائري، مجلة التراث، المجلد 5، العدد 4، ص 265.

تقضي هذه الطريقة بأنه في حالة ما اذا اعترض المحضر القضائي أية عقبة قانونية أثناء القيام بعملية التنفيذ للسند، فإنه يتبع الخطوات الآتية :

* يقوم المحضر القضائي بتحرير محضر عن الإشكال، و يسمى: " محضر إشكال التنفيذ".
* يدعو الخصوم لعرض الإشكال على رئيس المحكمة التي يباشر في دائرة اختصاصها التنفيذ عن طريق الاستعجال¹.

أما الفقرة الثانية من المادة (2/632) جاء فيها " في حال رفض المحضر القضائي تحرير محضر عن الإشكال الذي يثيره احد الأطراف، يجوز لاحدهم تقديم طلب وقف التنفيذ إلى رئيس المحكمة عن طريق دعوى استعجالية من ساعة إلى ساعة و تكليف المحضر القضائي و بقية الأطراف بالحضور أمام الرئيس".

* أثر الإشكال في التنفيذ:
تؤثر دعوى الإشكال في التنفيذ من ناحيتين بالنظر إلى معيار مدى الفصل في الدعوى من عدمه²:

* قبل الفصل في الدعوى:
يتم وقف التنفيذ فوراً، ذلك أن دعوى الإشكال تتميز بالأثر الموقف، اذ توقفت إجراءات التنفيذ بناء على هذا الإشكال بقوة القانون، فقد ورد في نص المادة (3/632) من قانون الإجراءات المدنية و الادارية و التي تقضي بأنه: " توقف إجراءات التنفيذ إلى غاية الفصل في الإشكال أو في طلب وقف التنفيذ من طرف رئيس المحكمة".

* بعد الفصل في الدعوى:
إعمالاً لنص المادة (1/634 و 2) من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية نكون بصدد حالتين:

* الحالة الأولى: اذا ما تم قبول دعوى الإشكال أو طلب وقف التنفيذ، فإنه يأمر رئيس المحكمة بوقف التنفيذ لمدة محددة لا تتجاوز ستة اشهر ابتداء من تاريخ رفع الدعوى.

* الحالة الثانية: اذا ما تم رفض دعوى الإشكال أو طلب وقف التنفيذ فإنه يأمر رئيس المحكمة، بمواصلة التنفيذ³.

بناء على هذا الطرح تتمحور إشكالية هذا الفصل تبحث أساساً في الإشكالات التي تثور أثناء تنفيذ الأحكام المتعلقة بقضايا شؤون الأسرة سواء قبل، أثناء، أو بعد فك الرابطة الزوجية التي سنحاول التعرّيج لها من خلال المبحث الأول: " إشكالية تنفيذ الأحكام القضائية المتعلقة بالأسرة قبل وبعد فك الرابطة الزوجية" و المبحث الثاني " إشكالية تنفيذ الأحكام القضائية بعد فك الرابطة الزوجية".

¹ حمدي باشا عمر، المرجع السابق، ص 840.

² عبد الرحمن بربارة، المرجع السابق، ص 333.

³ مسعودي هلالي، المرجع السابق، ص 267.

المبحث الأول: إشكالات التنفيذ الأحكام قبل فك الرابطة الزوجية

من خلال هذا المبحث المخصص لإشكالات تنفيذ الأحكام القضائية قبل فك الرابطة الزوجية (المطلب الأول) الذي تناولنا فيه أهم الإشكالات التي تثور أثناء قيام الرابطة الزوجية التي بتفانقها ستؤدي إلى حلها بواسطة أنواع الطلاق المختلفة، وما تنطوي تحته مسألة رجوع الزوجة إلى بيت الزوجية الأصلي (المطلب الثاني)، وفي حالة رفضها الرجوع إليه ومطالبتها ببيت مستقل أثاثا ومعاشا، وما يثور عنها من إشكالات تواجه تنفيذ الأحكام القضائية بها نظرا للفارغ القانوني، وكذلك مسألة نفقة الإهمال وحالة نشوز الزوجة في قانون الأسرة الجزائري (المطلب الثالث).

المطلب الأول: أهم إشكالات تنفيذ الأحكام القضائية أثناء قيام الرابطة الزوجية

غالبا ما تنتهي الخصومة بين الزوجين بحكم القاضي الزام الزوجة بالرجوع إلى بيت زوجها و هذا بعد محاولات الصلح بعد أن يكون القاضي قد طلب من القاضي، فيصدر الحكم ناصا في منطوقه على الزام الزوجة بالرجوع إلى البيت الزوجية.

الفرع الأول: الطبيعة القانونية لإشكالية تنفيذ الأحكام القضائية قبل فك الرابطة الزوجية.

في خضم الظروف و المستجدات التي يعيشها المجتمع الجزائري خاصة في السنوات الأخيرة و ما يرتبط منها من مشاكل و صعوبات، فتكتسي العلاقات المرتبطة بالأحوال الشخصية مجالا حساسا و بالغ الأهمية؛ نظرا لارتباطه الكبير بتكوين الأسرة و استقرار المجتمع، كما قد تحدث وقائع و ظروف تجعل من استمرار العلاقة بين الطرفين في غاية الصعوبة، فيضطر بالأخير لطلب حق الطلاق.

فالإشكال المطروح في هذا الصدد هو عدم تناسق الأحكام القضائية التي تصدر في مجال فك الرابطة الزوجية و اعتبار آثارها غير عملية¹، بسبب سبق الزوج لممارسة حقه في الطلاق قبل رفع الدعوى أمام القضاء (الفرع الأول)، لذلك نجد أن القاضي ملزم بإقامة الصلح بين الطرفين، و قد لا يوفق في الإصلاح بينهما و بالتالي نكون أمام طلاق فعلي من الناحية الشرعية واستمرار لحياة الزوجية بحكم القاضي من الناحية التشريعية لذا يجب إعادة النظر في كيفية استرشاد القاضي بالممارسة العرفية و إسقاطها على التجربة العملية، لضمان استقرار العلاقات في نطاق الأحوال الشخصية (الفرع الثاني).

البند الأول: مفهوم الحكم القضائي الصادر في فك الرابطة الزوجية.**❖ الأحكام القضائية.**

¹ أقصري نسيم، القاضي و فك الرابطة الزوجية: بين الممارسات العرفية و الأحكام القضائية، مجلة التراث، المجلد 9، العدد 1، ط 2019، ص 109.

لتحديد مضمون الحكم القضائي حسب قانون الإجراءات المدنية لابد من وضعه في اطار المفاهيمي أولا من خلال الضبط المصطلحاتي و التشريعي له.

* الحكم القضائي في التعريف اللغوي:

في اللغة بضم الحاء هو القضاء و الفصل في الشيء، و بالفتح يقصد به المنع فيسمى القاضي حكما لأنه يمنع الظالم عن ظلمه و يحبسه، أما القضائي فهو الصادر عن القضاء، فالحكم في اللغة لقوله حكم بينهم، و له عدة معان لغوية منها الحكمة، و منها المنع و الرد، فيقال حكمت اللجام لأنها ترد الدابة، و منها الإلتقان للأمور¹.

و القضاء لغة له عدة معان أيضا، فيقصد به الإلزام فيسمى الحاكم قاضيا، و منها الأمر لقوله تعالى " و قضى ربك ألا تعبدوا إلا إياه "2 و يراد به الصنع و التقدير لقوله تعالى: (فقضاهن سبع سموات في يومين)³.

* التعريف الفقهي للحكم القضائي:

هو كل قرار يصدر في اطار القوانين الإجرائية، من طرف هيئة قضائية مشكلة تشكيلا قانونيا في خصومة قضائية رفعت أمامها سواء كان صادرا في موضوع الخصومة أو في شق منها أو في مسألة تفرعت عنها⁴.

كما يعرف بأنه: القرار الصادر عن شخص له ولاية القضاء في نزاع رفع اليه وفقا لقانون العقوبات و المرافعات و في خصومة مصدرها طلب قضائي أصلي رفع أمام محاكم الدرجة الأولى مختصة بنظر في حكم يقبل الطعن فيه و يجب أن يصدر هذا القرار من شخص تتوافر فيه الولاية و الاختصاص و الصلاحية الخاصة و العامة لإصداره⁵.

أو هو إعلان لفكر القاضي في استعماله سلطته القضائية و ذلك أيا كانت المحكمة التي أصدرت الحكم و أيا كان مضمونه⁶.

فيما يرى البعض الآخر بأنه: ذلك القرار الصادر عن المحكمة في خصومة قضائية بهدف الفصل فيه بالشكل المقرر قانونا⁷.

* التعريف التشريعي للحكم القضائي:

¹ محمد يعقوب الفيروز آبادي، القاموس المحيط، عالك الكتب، بيروت، ص 1415.

² سورة الإسراء، الآية: 23.

³ سورة فصلت، الآية: 12.

⁴ احمد أبو الوفا، نظرية الأحكام القضائية في قانون المرافعات، منشأة المعارف، الإسكندرية، ط 1988، ص 35.

⁵ نبيل إسماعيل عمر، النظام القانوني للحكم القضائي، مشاة المعارف، إسكندرية، ط 2006، ص 4.

⁶ فتحي والي، الوسيط في القضاء المدني، دون ذكر دار النشر، ط 1988، ص 615.

⁷ محمود محمد هاشم، إجراءات التقاضي و التنفيذ، الرياض، ط(1) 1989، ص 190.

وفقا لنص المادة الثامنة من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري نجد أنها تنص على أنه: (يقصد بالأحكام القضائية في هذا القانون الأحكام و الأوامر والقرارات القضائية)، فيما جاء نص المادة 255 من ذات القانون نجدها تنص على أنه: (تصدر أحكام المحاكم بقاض فرد ما لم ينص القانون على خلاف ذلك و تصدر قرارات جهة الاستئناف بتشكيلة مكونة من ثلاثة قضاة ما لم ينص القانون على ذلك). فنجد أن المادة القانونية أوردت عدة استثناءات عليها، و من خلال المواد السابقة يتجه المشرع إلى منح تعريف واسع للحكم القضائي بكونه حكما صادرا عن المحاكم الابتدائية و قرارات المجالس القضائية باعتبارها وجهات استئناف و كذا الأوامر الصادر عن هذه الجهات القضائية¹.

❖ التعريف القضائي للحكم القضائي:

وفقا لما جاء في اتفاقية بروكسل لعام 1968 م الخاصة بالاختصاص و تنفيذ الأحكام المدنية و التجارية نجد أنها تعرفه في المفهوم الضيق بقولها هو : كل ما يصدر عن محكمة مدنية أو تجارية أو إدارية في إطار تأدية وظيفتها القضائية، و بالرجوع إلى إحدى قرارات المحكمة العليا باعتبارها أعلى سلطة قضائية في الدولة يتبين لنا أن المصطلح " أحكام " يراد به كل ما يصدره القضاء من أحكام و قرارات بما فيها الأوامر².

و بشكل عام يراد بالحكم³ القضائي عموما المقرر الذي تصدره المحكمة في خصومة ما ووفقا للقواعد المقررة قانونا في نهايتها أو أثناء سريانها، وسواء صدر في موضوع الخصومة أو في مسألة إجرائية⁴.

البند الثاني: خصوصية الحكم القضائي الصادر في فك الرابطة الزوجية.

تمتاز أحكام فك الرابطة الزوجية بخصوصية في العديد من النواحي، أولها أن هذه الأحكام تتعلق بفك عقد له قيمته المادية و المعنوية والدينية والدنيوية، وهذا إضافة إلى أن هذه الأحكام تشهد تحليلات فقهية وتفسيرات قضائية مختلفة ومتباينة من حيث ماهيتها وطبيعتها القانونية.

بالنسبة إلى القضاء الجزائري، قد وقع جدل كبير حول الطبيعة القانونية لأحكام فك الرابطة الزوجية، فبينما يعتبرها البعض أحكاما منشئة لا ينقضي المركز القانوني للزوجين إلا من تاريخ صدور الحكم، يعتبرها البعض الآخر أحكاما كاشفة يقتصر دورها على إثبات

¹ لرجم أمينة، الأحكام القضائية في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري، مجلة الدراسات القانونية و الاقتصادية-المركز الجامعي سي الحوس- بركة، العدد 3، جوان 2019، ص 283.

² قرار رقم 881-180 المؤرخ في 1998/02/25، مجلة قضائية عدد 01 لسنة 1998، ص 78.

³ تطلق تسمية الحكم التي تقابل مصطلح (judgement) باللغة الفرنسية على حكم المحكمة وتطلق تسمية قرار (arrêt) على حكم المجلس القضائي والمحكمة العليا، وتطلق تسمية أمر (ordonnance) على الحكم الصادر في المواد المستعجلة وتطلق تسمية (sentence) على الحكم الصادر في إطار منازعة التحكيم.

⁴ وجدي راغب، مبادئ القضاء المدني، قانون المرافعات، دار الفكر العربي، القاهرة، ط(1) 1987، ص 580.

الحق الإرادي. وهذامع تباين في طبيعة هذه الأحكام بين مختلف صور فك الرابطة الزوجية من طالق وتطليق وخلع و لعان.

و عليه يترتب عن تأصيل أحكام فك الرابطة الزوجية وبيان طبيعتها نتائج وآثار مختلفة ومتباينة¹، مؤثرة بذلك على المركز القانوني للزوجين وحقوقهما المادية والمعنوية. الأمر الذي يعني أن الإشكال لا يتعلق حصرا بطبيعة هذه الأحكام بل ينسحب إلى بعض آثار فك الرابطة الزوجية، على رأسها إجراء الصلح بين من يوجبه ومن يرى بجوازيته وكذا عدة الطلاق الرجعي كأهم أثر لفك الرابطة الزوجية التي وقع عليها جدل كبير وموقف المشرع القانوني منها وبداية سريانها، وللوقوف على الطبيعة القانونية لأحكام فك الرابطة الزوجية وكذا طبيعة النظام القانوني لإجراء الصلح وكذا عدة و الطلاق الرجعي.

و بشكل عام ان هذه التناقضات في تحليل وتفسير نصوص قانون الأسرة وأحكام فك الرابطة الزوجية، استدعت ضرورة التطرق إلى الحكم القضائي و بيان خصوصيته.

❖ خصوصية الطبيعة القانونية لأحكام فك الرابطة الزوجية:

تكتسي أحكام فك الرابطة الزوجية أهمية بالغة في الدراسات القانونية والأحكام القضائية وهذا نظرا لعدد الإشكالات المطروحة بشأنها والتي يمكن إجمالها في طبيعتها القانونية المتباينة بين صفة الإنشاء فيها وخاصية الكشف عن واقعة مادية.

و نظرا للخصوصية التي تميز القضايا الأسرية، خصها قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري بنصوص تتوافق و تلك الخصوصية و ذلك في المواد (423 إلى 499) تحت عنوان " قسم شؤون الأسرة " و الذي يعد أول نص ينشئ قسما خاصا بهذه القضايا، فأوضح اختصاصاته النوعية والإقليمية، و كذا دور النيابة العامة باعتبارها طرفا أصليا في كل قضايا و مسائل الأسرة بموجب ما أكدته المادة 3 مكرر من قانون الأسرة المعدل بالأمر رقم (05- 02 المؤرخ في 27 فيفري 2005)، فضلا عن الإجراءات الخاصة بكل أشكال الطلاق و الصلح و التحكيم، و كذا أحكام الاستعجال و قضايا القصر و ما يلحقها من آثار².

هذا من جهة و من جهة ثانية فمن اهم خصائص الأحكام الصادرة في فك الرابطة الأسرية نجد أن تلك الأحكام تتميز بالسرعة عند الإصدار و التنفيذ كونه مرتبط بأحكام الشريعة الإسلامية و العرف.

الفرع الثاني: إشكالية الصلح قبل فك الرابطة الزوجية

¹ محمد كربوب، الطبيعة القانونية لأحكام فك الرابطة الزوجية و الإشكالات التي تثيرها، دائرة البحوث و الدراسات القانونية والسياسية، المجلد 5، العدد 3، ط 2021، ص ص 57- 58.

² حميل صالح، إجراءات التقاضي أمام قسم شؤون الأسرة في القانون الجزائري، مجلة الحقيقة، جامعة أدرار، المجلد 13، العدد 1، ط 2014، ص 20.

قد يبدو للوهلة الأولى أن الصلح لا يثير أي إشكالات قانونية، ولكن بالقراءة الدقيقة لأحكام قانون الأسرة يتجلى حجم التناقضات التي تطرح، فقد نص المشرع على إجراء الصلح في المادة (49 / 2-1) من قانون الأسرة التي نصت على أنه: " لا يثبت الطلاق إلا بعد عدة محاولات صلح يجريها القاضي دون أن تتجاوز مدته 3 اشهر من تاريخ رفع الدعوى"¹، اذ يتعين على القاضي تحرير محضر يبين مساعي ونتائج محاولات الصلح يوقعه مع كاتب الضبط والطرفين"، و قد تناوله الباحثون و كذا قرارات المحكمة العليا باعتباره إجراءاً وجوبياً، بينما اعتبره البعض الآخر إجراءات لا تتعلق بالنظام العام، و هو الأمر الذي يترتب العديد من الإشكالات و النتائج.

كما أثار نص المادة 49 من قانون الأسرة تناقضا على مستوى قرارات المحكمة العليا بحيث تباينت قراراتها بين اعتبار الصلح وجوبياً تارة² وجوازاً تارة أخرى³.

و قبل التطرق إلى الإشكال المطروح في هذا الصدد لابد من التعرّيج إلى مفهوم الصلح و طبيعته القانونية. لبيان حقيقة الصلح القضائي بين الزوجين وأهم إجراءاته وشروطه وكيفية تنفيذه.

البند الأول: ماهية الصلح القضائي بين الزوجين.

يتعين علينا تعريف مصطلح الصلح لغة واصطلاحاً، ثم إسقاط ذلك على تعريف المصطلح المركب " الصلح القضائي بين الزوجين".

* تعريف الصلح القضائي بين الزوجين في الفقه الإسلامي: أ. الصلح في اللغة:

الصلح من الإصلاح وهو نقيض الإفساد، يقال: أصلح: إذا أتى بالخير والصواب. وأصلح في عمله: أتى بما هو صالح نافع. وأصلح الشيء: أزال فساده. وأصلح بينهما، أو ذات بينهما، أو ما بينهما: أزال ما بينهما من عداوة ونزاع برضا الطرفين. فنقول صالحه إذا صالحه وصافاه، ونقول صالحه على الشيء أي سلك معه مسلك المسالمة في الاتفاق و صلح الشيء إذا زال عنه الفساد، الصالح ضد الفساد صلح يصلح ويصلح صالحاً و صلوح⁴.

ب- الصلح في الفقه الإسلامي:

هو إنهاء الخصومة بين طرفين متنازعين، وفي موضوعنا هذا هو إنهاء الخصومة بين الزوجين لسبب من الأسباب يمكن أن يؤدي إلى انحلال الرابطة الزوجية.

¹ محمد كركوب، المرجع السابق، ص ص 68، 69.

² المحكمة العليا، القرار رقم 75141، الصادر بتاريخ 18/06/1991، المجلة القضائية، ط 1993.

³ قرار المحكمة العليا رقم 200198، الصادر بتاريخ 21/7/1998، المنشورة بنشرة القضاة لسنة 1999.

⁴ أبو الفضل محمد بن مكرم بن منظور، لسان العرب المحيط، دار صادر، بيروت، لبنان، ط 2003، ص 550.

- * الصلح عند المالكية: يرى المالكية أنه انتقال عن حق أو دعوى بعوض لرفع نزاع أو خوف وقوعه¹.
- * الصلح عند الحنفية: هو "عقد وضع لرفع النزاع و قطع الخصومة بين المتصالحين بتراضيهما" ²هو عقد يرتفع به التشاجر والتنازع بين الخصوم وهما منشأ الفساد والفتن³.
- * الصلح عند الشافعية: الصلح عند الشافعية عقد يؤدي إلى قطع النزاع وهذا التعريف يعني عمومية عقد الصلح وشموليته ليسع كل أنواع التصرفات، والتي منها حل النزاعات الزوجية⁴.

- ج. الصلح عند الحنابلة: هو معاهدة يتم يتوصل بها إلى الإصلاح بين المتخاصمين ولا يقع غالبا إلا بالأقل من المدعى به على سبيل المداراة لبلوغ الغرض⁵.
- ح. مشروعية الصلح القضائي بين الزوجين في الشريعة الإسلامية:
- * من القرآن الكريم: الصلح بصورة عامة أمر محمود في الإسلام، قال تعالى: " لا خير في كثير من نجوناهم من أمر بصدقة أو معروف أو إصلاح بين الناس"⁶.
- * من السنة النبوية: وردت في السنة النبوية العديد من الأحاديث التي تؤكد على ضرورة اللجوء إلى الصلح الاستقرار العائلات بين الناس لقوله صلى الله عليه و سلم " الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحا حرم حالا لا أو أحل حرا "⁷.
- * الإجماع: من خلال تعاريف الفقهاء، فقد أجمع الفقهاء على مشروعية الصلح في الجملة، وإن كان بينهم اختلاف في جواز بعض صورته⁸.
- ج- تعريف الصلح القضائي في التشريع الجزائري:
- تعريف الصلح في التشريع الجزائري:

وفقا لنص المادة (459) من القانون المدني الجزائري⁹ " عقد ينهي به الطرفان نزاعا قائما أو يتوقيان به نزاعا محتملا، وذلك بأن يتنازل كل طرف منهما على وجه التبادل". و يمكن تعريف المصالحة أو الصلح بوجه عام، بأنها تسوية لنزاع بطريقة ودية، حيث يكون بطريق التنازل المتبادل بين الطرفين¹.

¹ محمد بن سعد، دليل السالك لمذهب الإمام مالك في جميع العبادات والمعاملات، دار الندوة، د ط، ص 115.

² ابن عابدين محمد بن أمين بن عمر بن عبد العزيز، حاشية ابن عابدين على الدرر المسماة ردالمحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، ج 4، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، مصر، ط 1974، ص 493.

³ وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر، ج 3، دمشق، د ط، د ب، ص 2.

⁴ لشربيني الخطيب محمد، مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، ج 2، دار الفكر، بيروت، لبنان، ب ط، ص 177.

⁵ ابن قدامة أبو محمد المقدسي، المغني و يليه الشرح الكبير، ج 4، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، ط 1985، ص 476.

⁶ سورة النساء، الآية: 114.

⁷ بوداود السجستاني، سنن أبي داود، الأقضية، ج 3، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ب ط، ص 302.

⁸ الكاساني علاء الدين أبي بكر بن مسعود، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج 26، دار الكتاب اللبناني، ب ط، ص 92.

⁹ الأمر 75- 58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 يتضمن القانون المدني المعدل و المتمم سنة 2007، الجريدة الرسمية رقم 31، ط 2007.

- مفهوم الصلح القضائي بين الزوجين في قانون الأسرة الجزائري: عدل القانون الأسري الجزائري وسيلة من الوسائل الودية لحل النزاعات الزوجية ومحاولة الصلح القضائي من مقتضيات الموضوعية لصحة العمل القانوني فالصلح هو الأسلوب الطبيعي لفض النزاعات بين الزوجين، جاء في المادة (49) من قانون الأسرة التي جاء فيها: " لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد محاولة الصلح من طرف القاضي دون أن تتجاوز مدة محاولة الصلح ثلاثة أشهر".

و هو بهذا يعد إجراء ودي لحل النزاع بين الزوجين ومبدأ أساسي يهدف إلى حماية الرابطة الأسرية، فحل الرابطة الزوجية وإن كان من حق الطرفين وبارادتهما المنفردة أو بالتراضي هو إجراء خطير يمس بتماسك الأسرة، لذلك جعله المشرع خاضعا لإشراف القضاة، وهو يؤكد السياسة التشريعية للدولة الجزائرية في الحفاظ على الأسرة وحمايتها.

* الإجراءات المتبعة أثناء الصلح القضائي بين الزوجين في التشريع الجزائري:

أ- شروط الصلح القضائي بين الزوجين:

بالرجوع إلى نصوص قانون الأسرة الجزائري نجد بأنه قد وضع جملة من الشروط لإنجاح آلية الصلح، اذ تستنتج ضمنا من المادة (49) من قانون الأسرة، فإن الصلح تحكمه مجموعة من الشروط وهي كالتالي:

* وجوب حصول نزاع بين الزوجين يؤدي إلى مطالبة أحد الزوجين بفك الرابطة الزوجية، فال حاجة للصلح من غير سبب يوجب ذلك.

* أن يتمتع أحد الطرفين بأهلية التقاضي (وجوب بلوغ سن الرشد وهو 19 سنة حسب المادة (11) من القانون المدني)².

* التمتع بالأهلية الكاملة ونقص ذلك سالمة القوى العقلية و أن يكون غير محجور عليه، بحسب المواد المادة 42 و 44 من القانون المدني.

* ترفع الدعوى في مقر مسكن الزوجية " أي مكان منزل الزوجين"، وذلك حسب المادة الثامنة من قانون الإجراءات المدنية، حيث أن دعاوى الرجوع إلى محل الزوجية من مهام المحكمة المختصة، وهي المحكمة التي يقع في دائر اختصاصها مسكن الزوجية حسب المادة (4/8) من قانون الإجراءات المدنية الجزائري التي تنص على: "... ومع ذلك، ترفع الطلبات المتعلقة بالمواد المذكورة أدناه أمام الجهات القضائية دون سواها على الوجه التالي:- في دعاوى الطلاق أو العودة إلى مسكن الزوجية أمام المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها

¹ أحسن بوسقيعة، المنازعات الجمركية في ضوء الفقه واجتهاد القضاء والجديد في قانون الجمارك، دار الحكمة، الجزائر، ط 1998، ص 229.

² أحسن بوسقيعة، المرجع السابق، ص 230.

مسكن الزوجية"، أي ترفع أمام المحكمة التي يخضع إليها بيت الزوجين ونقصد به الاختصاص المكاني للمحكمة...¹.

ب- الإجراءات المتبعة أثناء الصلح القضائي بين الزوجين في قانون الأسرة الجزائري:

فقد ألزم المشرع الجزائري القاضي قبل النطق بالحكم بالطلاق بإجبارية القيام بالصلح بين الزوجين² ووفقا لنص المادة (49) من قانون الأسرة فإن ثلاث أشهر تسري ابتداء من تاريخ رفع الدعوى.

البند الثاني: دراسة إشكالية الصلح بين الزوجين ضمن إشكالية تنفيذ الأحكام القضائية المتعلقة بالأسرة قبل وبعد فك الرابطة الزوجية

أ. دراسة إشكالية الصلح بين الزوجين من خلال الفقه و القضاء.

ذهب الأستاذ العربي بلحاج إلى تفسير نص المادة (49) من قانون الأسرة الجزائري بقولهما يلي: "نصا إجراءاتها، أي أنه يتعلق بإجراءات الطلاق، حيث يوجب القاضي إجراء محاولة الصلح قبل النطق بحكم بالطلاق"³، فيقول أن محاولة الصلح أصبحت إجراء إجباريا على القاضي القيام به⁴ فيما يشير عمر زودة أن محاولة الصلح من مقتضيات الموضوعية لصحة العمل لقانوني⁵ فيما اعتبره الدكتور لحسن بن الشيخ آت أ محاولة الصلح "إلزامية للقاضي وهي من النظام العام، لكون المشرع في المادة (49) من قانون الأسرة لم يترك الخيار للقاضي في القيام بمحاولة الصلح من عدمها بل نص على عدم إثبات الطلاق إلا بحكم، والذي يسبقه إجراء محاولة الصلح، فمحاولة الصلح إذا هي إجراء جوهري، فلا بد منها قبل النطق بحكم الطلاق⁶ و أيضا كان قضاء المحكمة العليا مستقر بخصوص إجبارية محاولة الصلح عندما كان يحكمها قانون الإجراءات المدنية الملغى عند تطبيقه لنص المادة 17 منه⁷ فقد جاء في أحد قرارات المحكمة العليا الصادرة بتاريخ في 1968/07/03 أن "التصريح بالتفريق بين الطرفين دون محاولة الصلح المقررة في هذا الشأن ودون سماع المعنيين في هذا الخصوص يعتبر مخالفة للقانون⁸.

¹ لخداري عبد الحق، الصلح القضائي بين الزوجين في الفقه الإسلامي و التشريع الجزائري، مجلة الإحياء، المجلد 20، العدد 24، ط 2020، ص 255.

² المادة 439 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.

³ بلحاج العربي، الوجيز في شرح ق أ الجزائري، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعة، الجزائر، ط 2002، ص 357.

⁴ بلحاج العربي، المرجع نفسه، ص 356.

⁵ زودة عمر، طبيعة الأحكام بإنهاء الرابطة الزوجية وأثر الطعن فيها، ماجستير في القانون، جامعة الجزائر، ط (2000-2001)، ص 35.

⁶ بن الشيخ آت ملوي الحسين، المنتقى في قضاء الأحوال الشخصية، الجزء الأول، دارهوم الجزائر، ط 2005، ص 197.

⁷ الأمر رقم 154/66، المؤرخ في 8 يونيو 1966، يتضمن قانون الإجراءات المدنية المعدل و المتمم.

⁸ مجلة الأحكام لوزارة العدل، المجلس الأعلى، غرفة الأحوال الشخصية، 1968/07/03، د ط، ص ص 79، 51.

أما بعد صدور ق. أ في سنة 1984 استقر أيضا قضاء المجلس الأعلى على إلزامية محاولات الصلح، في القرار الصادر في 1991/06/18 أين جاء في أحد قرارات المحكمة العليا أن الحكم بالطلاق دون إجراء محاولة الصلح خطأ في تطبيق القانون، وقد جاء نصها كما يلي: "بالرجوع إلى القرار موضوع الطعن، يتجلى بأنه جاء مخالفا للقانون خصوصا المادة (49) من ق أ التي أغفل القرار المنتقد تطبيقها بطريقة سليمة وذلك بمصادقته على الحكم القاضي بالطلاق دون قيامه بإجراء محاولة الصلح قبل ذلك ولم يتعرض بدوره رغم ما يملكه من صلاحيات مع الصلح وأن المادة (49) من ق أ تنص صراحة على أنه: "لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد محاولة الصلح"، إذا فالقيام بإجراء محاولة الصلح بين الطرفين قبل الحكم بالطلاق هو إجراء أوجبه القانون و يعد من النظام العام، و إغفال القرار المنتقد القيام بهذا الإجراء القانوني يعتبر خطأ في تطبيقه ومخالفا له ما يستوجب نقضه¹ و أيضا على نفس المنوال وحتى بعد تعديل ق أ² 2005.

ب. إشكالية إجراء محاولات الصلح بين التنصيص على وجوبية من عدمه. بصور ق إ م لم تعد مسألة إلزامية محاولات الصلح تثير أي جدل اذ نصت المادة (439) منه "محاولات الصلح وجوبية" فنلاحظ عدم تغير أي شيء بخصوص إجراء الصلح سواء في ظل قانون الأسرة لسنة 1984 أو عند تعديله في سنة 2005 م أو في ظل ق أ م الملغى، أو حتى بعد صدور ق إ م، بحيث لاقت المادة (49) من ق. أ. نقاشا حادا و تضاربا صارخا وهذا راجع إلى سوء فهم و تفسير القانون، في حين لا يوجد أي إشكال حول اعتبار محاولة لصلح إجراء جوهري أو غير جوهري فالمادة السالفة الذكر تتكلم عن محاولة الصلح التي كانت موجودة منذ سنة 1984 وحتى بعد تعديل قانون الأسرة سنة 2005 لكن كل ما في الأمر أن هذه المادة قبل تعديلها كانت تنص على الصلح المفرد أي الذي يقتصر على محاولة صلح واحدة، و الجديد الذي أتى به تعديل 2005 هو زيادة عدد محاولات الصلح، كما أن المشرع وضع قاعدة عامة مفادها أن القاضي واجب عليها القيام بإجراء عدة محاولات لإصلاح ذات البين بين الزوجين في كلا النصين سواء النص الموضوعي أو الإجرائي فجاء ذكر محاولات الصلح في شكل قاعدة أمرية لكن لم يقرها المشرع بجزء.

ج. إشكالية أثر إجراء الصلح بالنسبة للحكم القضائي:

¹المجلة القضائية، المجلس الأعلى، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 75141، المؤرخ في 1991/06/18، العدد 1، ط 1993، ص 65.

² المحكمة العليا، قرار رقم 687997، الصادر في 2012/06/14.

نصت المادة (443) من قانون الإجراءات المدنية على انه " يثبت الصلح بين الزوجين بموجب محضر محرر في الحال من طرف أمين الضبط تحت إشراف القاضي¹. و الملاحظ أن المشرع الجزائري لم يشترط شكلاً معيناً لمحضر أو بيانات معينة و اقتصر على ضرورة توقيعه من طرف القاضي و أمين الضبط و طرفين². ثم في حال البطلان الذي ليس له أساس قانوني حيث أن المشرع لم يشترط من خلال نص المادة 49 من قانون الأسرة إجراءات الصلح من أجل إتمام الطلاق، لأن إذا تلفظ الزوج بالطلاق أصبح مركز موجود، ثم يأتي الحكم القضائي لإثبات ذلك المركز الذي أوقعه الزوج، فالطلاق ليس معلق على أي شيء حسب المادة 49 من قانون الأسرة وهنا نجد أن سوء فهم النصوص القانونية خلق في المسألة الواحدة تناقضاً بين من يعتبر الصلح إجراءً جوهرياً و بين من يعتبره إجراءً غير جوهرياً من جهة و بين من يعتقد أنه يصدر ق إ م إ زال الغموض³ و لم تعد مسألة إلزامية الصلح تثير أي جدل بحيث تضمنت المادة (439) الجواب بأن اعتبار محاولات الصلح وجوبية من جهة أخرى. وفي الحقيقة وجوبية هذا الإجراء واضحة من خلال عدة محاولات يجريها القاضي تطبيقاً لنص المادة (49) من ق أ وهو ما تؤكد المادة (439)⁴ غير أنه يلاحظ غياب صيغة الإلزام في نص المادة (49) من ق أ، وكذا النص المعدل لها أو حتى نص المادة (439) من ق إ م إ التي لا تتضمن جزاء على عدم مراعاتها، فلم يقيد المشرع النصين تحت طائلة البطلان. ليكرس نص المادة (49) من ق أ، فكلية وجوبية الغرض منها تمكين القاضي من إجراء الصلح و لا يتلصص على أساس أنه لا يوجد نص يفرض عليه القيام بإجراء الصلح وجوبي في حدود عدة محاولات يقوم بها القاضي، لكن المشرع لم يرتب جزاء على عدم القيام بها، في حين يذهب السواد الأعظم من القوانين عن خطأ، إلى أن تخلف إجراء محاولات الصلح، تؤثر على صحة الحكم. هذا الكلام لا يصح، لأنه في حقيقة الأمر مرد كل هذا راجع إلى عدم التفرقة بين القواعد القانونية كما قلنا سابقاً.

و بالتالي مفتاح الجواب على هذا الخلاف يكمن في معرفة متى تكون القاعدة القانونية ملزمة، ومتى لا تتضمن جزاء يوقع عند مخالفتها وسواء كانت القاعدة الأمرة قاعدة موضوعية أو قاعدة إجرائية. فتعتبر كلا من

¹ قانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فبراير 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية المعدل و المتمم.
² تومي نوال، صحراوي، أحكام الصلح و دوره في قضايا فك الرابطة الزوجية، مجلة القانون و العلوم القانونية، المجلد 7، العدد 2، ط 2021، ص 321.
³ عبد الحكيم بن هبري، إجراءات الصلح في قضايا فك الرابطة الزوجية و اثره في حماية الأسرة في ضوء الفقه و الاجتهاد القضائي ص 125.
⁴ بوكايس سمية، المساواة بني الجنسين في قانون الأسرة الجزائري في ضوء اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، ماجستير في قانون، جامعة بالكايد، تلمسان، ط 2013، ص 109.

المادتين (49) من قانون الأسرة و المادة (439) من ق إ م إ هما قاعدتان آمريتين كونهما تتضمن صياغة الوجوب ، بالرغم أنهما من القواعد الأمرة إلا أنه لم يقرنهما المشرع بجزاء مادي عند مخالفة مقتضياتهما و يلاحظ عدم استقرار بين في موقف القضاء في ظل نص واحد لم يطرأ عليه أي تغيير، غير أن النصين سالفين، الذكر لا يرتبان البطلان على الطابع الوجوبي، في حين نجد والمادة (60) من ق إ م إ تنص على ما يلي " لا يقرر بطلان الأعمال الإجرائية شكلاً، إلا إذا نص القانون صراحة على ذلك، وعلى من يتمسك به أن يثبت الضرر الذي لحقه"، فهذا النص يتعلق ببطلان الأعمال الإجرائية التياصل فيها الصحة والاستثناء هو البطلان¹ كما أن المشرع لم ينص على قواعد خاصة ببطلان إجراءات الصلح، بل تناول موضوع بطلان إجراءات شكلاً بصفة عامة، أي بطلان القواعد الإجرائية شكلاً بوجه عام تحكمه نفس القواعد الواردة في المواد (60) إلى (66) من نفس القانون، فمتى وجد نص صريح على البطلان فلا يجوز للقاضي أن يحيد مدام هنا كنص صريح على البطلان و عليه نخلص أن القاضي قيده المشرع بالبطلان المنصوص عليه صراحة في القانون إلى جانب أن يترتب عليه ضرر يلحق الخصم².

المطلب الثاني: الأحكام التنفيذية القضائية بإلزام رجوع الزوجة إلى بيت الزوجية.

لم يتعرض قانون الأسرة إلى تحديد مفهوم الرجوع إلى بيت الزوجية، مع أنه كان يستغني عن الكثير من المشاكل التي تنتج عن عدم تحديد مفهوم الرجوع إلى بيت الزوجية.

الفرع الأول: إلزام الزوجة بالرجوع إلى بيت الزوجية.

ما هو معلوم أنه على الزوجة السكن مع زوجها كالمعتاد، فذاك تكون الزوجة لم تلتزم بمضمون الحكم القضائي، أو الرجوع إلى بيت آخر غير الذي يسكنه الزوج في حالة وجود يتبين مملوكين للزوجين.

البند الأول: مفهوم الرجوع إلى بيت الزوجية في الفقه.

لم يتعرض قانون الأسرة إلى تحديد مفهوم الرجوع إلى بيت الزوجية، مع أنه كان يستغني عن الكثير من المشاكل التي تنتج عن عدم تحديد مفهوم الرجوع إلى بيت الزوجية.

❖ **التعريف اللغوي:**

الرجعة المرة من الرجوع وهي اسم مصدر للفعل رجع... يقال رجع عن سفره ورجع عن الأمر يرجع رجوعاً ورجوعاً (يقال) وله على امرأته رجعة،

¹ عبد الحكيم بن هبري، إجراءات الصلح في قضايا فك الرابطة الزوجية و أثره في حماية الأسرة في ضوء الفقه و الاجتهاد القضائي، المرجع السابق، ص 126.

² فاضل احمد، الدور الإيجابي للقاضي في الدعوى المدنية، دراسة تحليلية للدور الإيجابي للقاضي المدني في مجال الخبرة القضائية، دكتوراه في القانون، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، ط 2012، ص 213.

و الراجح المرأة التي يموت زوجها فترجع إلى أهلها.. و يؤمن بالرجعة إلى بالرجوع إلى الدنيا بعد الموت...¹

❖ التعريف الاصطلاحي:

عند الملكية: عود الزوجة المطلقة للعصمة من غير تجيد عقد².
الحنفية: استدامة ملك النكاح القائم و منعه من الزوال و فسخ السبب المنعقد لزوال الملك³.
الحنابلة: إعادة مطلقة غير بائن إلى ما كانت عليه بغير عقد⁴.
الشافعية: رد المرأة إلى النكاح من طلاق غير بائن في العدة على وجه مخصوص⁵.
عرفها الفقهاء أنها ذلك الموضع المعد للسكن و المشتمل على كل المرافق الضرورية اللازمة لاستقرار⁶. كما عرف أيضا على انه "نقطة التقاء عناصر مادية و معنوية بالإضافة إلى اعتبارات أخرى من النظام القانوني الاجتماعي و الإنساني، و هذا و قد أعطي للمسكن مفهوما آخر و الذي يعني " ما يخصص للزوجة و لأولادها و للزوج حال قيام الزوجية⁷، أما مسكن الزوجية في مفهوم لغة التنفيذ فيعني " عودة الزوجة إلى بيت زوجها أي بيت الذي كانت تسكنه رفقة زوجها قبل مغادرته و الإقامة فيه مع ممارسة كافة حقوقها و واجباتها المعتادة⁸.

البند الثاني: مفهوم الرجوع إلى بيت الزوجية في القانون الجزائري.

الرجعة تصرف قانوني مصدره الإرادة المنفردة للزوج المطلق، وهي حق شخص معنوي (غير مادي) لا يقبل الإسقاط لأن فيه تغييرا للأوضاع الشرعية⁹ و لا يقبل التوريث و هو سبب مشروع مسقط للطلاق و منشئ لحل المعاشرة الزوجية¹⁰.
و في القانون الجزائري لم يوجد أي إشارة في مواده إلى ذلك، غير أنه بعد أن يصدر الحكم في الصيغة التنفيذية، يحرر المحضر القضائي بطلب من الزوج المحاضر الخاصة بالتنفيذ طبقا لأحكام المواد 611- 612- 613 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية¹¹ و هي محضر التكليف بالوفاء (الإلزام) محضر تسليم التكليف بالوفاء و محضر تبليغ السند

¹ الرازي، مختار الصحاح، مكتبة لبنان، بيروت، ط 1995، ص 99.

² أحمد الدردير، تر: محمد عليش، الشرح الكبير لمختصر خليل، دار الفكر، بيروت، بط، ص 415.

³ علاء الدين الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتاب العربي، بيروت، ط (2) 1972، ص 181.

⁴ منصور بن يونس البهوتي، تر: هلال مصلحي، كشف القناع، دار الفكر، بيروت، ط 1402، ص 341.

⁵ مغني المحتاج، محمد الخطيب الشربيني، دار الفكر، بيروت، بط، ص 335.

⁶ محمد محد، سلسلة فقه الأسرة، الخطبة و الزواج، ج 1، دار الشهاب، الجزائر، ط (2) 1994، ص 384.

⁷ محمد عزمي البكري، موسوعة الأحوال الشخصية، دار الكتب القانونية، مصر، ط 1997، ص 209.

⁸ المادة 36 من قانون الأسرة.

⁹ محمد سلام مذكور، المدخل للفقه الإسلامي، دار النهضة العربية، القاهرة، ط (3) 1963، ص 432.

¹⁰ مصطفى الزلمي، أصول الفقه الإسلامي في نسجه الجديد، شركة الخنساء للطباعة و النشر، بغداد، ط (9) 1992، ص 241-242.

¹¹ قانون رقم 08- 09 المؤرخ في 25/02/2008 المتضمن الإجراءات المدنية و الإدارية، الجريدة الرسمية، عدد 21، 2008، ص 13 المعدل و المتمم.

التنفيذيين و يبلغها للزوجة طبقا لأحكام المواد 411- 412 من ق ا م ا و لها مهلة 15 يوما من تاريخ التبليغ الرسمي للتكليف لتنفيذ مضمون الحكم و الرجوع إلى بيت الزوجية، و بعد انتهاء الأجل المقرر أو قبل انتهائه يثبت المحضر القضائي حالة الرجوع و هذا من خلال إجراء معاينة ميدانية لمنزل الزوجية، و تثبت حالة تواجدها به رفقة زوجها، فلا يكتفي المحضر القضائي بمجرد قولها له أنها ستعود لبيت الزوجية¹.

الفرع الثاني: الإشكالات المتعلقة بالرجوع إلى بيت الزوجية في القانوني الجزائري.

غالبا ما تتعرض عملية تنفيذ أحكام الرجوع إلى بيت الزوجية إشكالات تحول دون إتمام العملية على احسن وجه، و هذا بسبب غياب النص القانوني و كذا الغموض الذي يكتنف الحكم القضائي محل التنفيذ و من اهم هذه الإشكالات نجد:

البند الأول: حالة عدم النص صراحة على ان يكون الرجوع بسعي من الزوج.

فمن أهم الإشكالات نجد حالة عدم نص الحكم صراحة على أن " الرجوع يتم بسعي من الزوج" رغم أن القانون لم ينص على مثل هذه الحالة إلا أننا نجد في بعض الأحكام القضائية النص صراحة على " الزام الزوجة بالرجوع إلى بيت الزوجية بسعي من الزوج" و في أحكام عديدة لا نجد مثل هذا المصطلح مما يؤدي إلى حدوث إشكال في تنفيذ الحكم القضائي، و هذا من خلال تمسك الزوج بحرفية منطوق الحكم في حالة عدم النص صراحة على أن يكون إرجاع الزوجة بسعي منه، و بالتالي لا يقوم الزوج بطلب التنفيذ و أن هو قام بطلبه فانه لا يسعى لإعادة زوجته أي لا يقوم بالانتقال رفقة المحضر القضائي بعد انتهاء اجل التكليف (15 يوم) من اجل إحضار زوجته، ومن المعلوم أن الزوجة تمنعها عزة نفسها من العودة دون أن يسعى الزوج بذلك، ناهيك عن عادات المجتمع، لذا في حال عدم هم الزوج لاسترجاع زوجته و بعد انتهاء الأجل يحرر محضر قضائي محضر امتناع التنفيذ ضد الزوجة و هو ما يطرح إشكالا واضحا فالحكم القضائي ينبغي أن يكون بنص صريح على أن الزام الزوجة بالرجوع إلى بيت الزوجية لا بد أن يكون بسعي من الزوج، فان هو تخلف عن ذلك عد مقصرا و متخليا عن التنفيذ، و لا يلحق الزوجة أي ضرر نتيجة عدم تنفيذ الحكم².

البند الثاني: حالة تحايل الزوج أو الزوجة في تنفيذ الإلزام بالرجوع إلى بيت الزوجية.

فبالنسبة للزوج قد يتحايل هروبا من الحكم عليه بالتعويض عن الطلاق التعسفي في حالة أن هو طلب الطلاق، فيلجا إلى طلب الزام الزوجة بالرجوع إلى بيت الزوجية ومن ثم التضييق على الزوجة من اجل طلب الطلاق (الخلع)، أما بالنسبة للزوجة حتى لا تعد ناشز

¹ لجلد فواز، إشكالات تنفيذ الأحكام القضائية في مادة شؤون الأسرة، مجلة البحوث القانونية و السياسية، العدد 8، جوان 2017، ص 103.

² ممدوح عزمي البكري، دعوى النفقة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، ط 1996، ص 29.

و متخلية عن واجباتها اتجاه أسرتها و من ثم إقامة المسؤولية عليها، تلجا إلى قبول الرجوع إلى بيت الزوجية، لكن بمجرد تثبيت واقعة الرجوع تعود إلى بيت أهلها. و بالتالي نلاحظ حالة التنفيذ الصوري للحكم القضائي، و بالتالي عودة القضية من جديد إلى دواليب المحكمة و لنفس الأسباب، و الجدير بالذكر ان القانون الجزائري لم يتضمن حلا لهذا المشكل الخاص بالتحايل.

البند الثالث: إشكالات تنفيذ حكم الرجعة إلى بيت الزوجية منفصل.

لم يخص قانون الأسرة بذكر الشروط الواجب توفرها في البيت المستقل أثاثا و معاشا غير أننا نجد إشارة له في الحكم المنطوق و هو ما يخلق إشكالات عملية أثناء تنفيذ الحكم. من الأمور التي يقضي بها القاضي هي توفير بيت مستقل أثاثا و معاشا بعد أن تطلبه الزوجة، حيث انه دائما الدافع وراء هذا الإشكال هو الأهل، فيقدر القاضي أن البيت المستقل أثاثا و معاشا هو الحل الوحيد من المحافظة على الأسرة، و يقصد بالبيت مستقل أثاثا و معاشا في لغة التنفيذ هو البيت الذي لا تربطه صلة مع بيت آخر لا من حيث المدخل أي عدم اشتراكهما في مدخل واحد أو بهو بمعنى أن البيتين مفتوحين على بعضهما البعض و لا من حيث وسائل العيش...¹

و تأخذ إجراءات التنفيذ المتعلق بتوفير المسكن مستقل أثاث و معاشا نفس إجراءات تنفيذ الحكم القضائي القاضي بالزام الزوجة بالرجوع إلى بيت الزوجية، أي من حيث المحاضر و التكليف و الأجل، و بعد انتهاء الأجل المخصص للتكليف بالوفاء (15 يوم) ينتقل المحضر القضائي رفقة الزوج من أجل معاينة المسكن المستقل أثاثا و معاشا، مع ملاحظة ضرورة توفره على كل مستلزمات الحياة، فلا يعقل توفير مسكن مستقل و هو لا يصلح للعيش، كما انه من الضروري أن يكون مستقلا مثلا أي مسكن بمعنى لا يوجد أجزاء مشتركة مع مسكن آخر مخصصة و ضرورية للعيش كبهو مثلا أو أماكن الصرف الصحي... و لا ينسحب الأمر هنا على الأجزاء المشتركة بحكم البناء كالجدران أو السقف أو مدخل العمارة. و بعد التأكد من توفير المسكن المستقل أثاثا و معاشا و من توفره على كل الشروط المطلوبة يتم عرضه على الزوجة من أجل الانتقال إليه و السكن فيه، كل هذا بطبيعة الحال أمام المحضر القضائي الذي يعاين العملية و يحرر بذلك يبين فيه إلتزام الزوج بمضمون الحكم.²

¹ ممدوح عزمي بكري، دعوى النفقة، المرجع السابق، ص 29.

² المادة 12 من قانون رقم 06-03 المؤرخ في 20/02/2006 المتضمن مهنة المحضر القضائي.

البند الرابع: الإشكالات المتعلقة البيت المنفصل أثاثا و معاشا.

قد ترفض الزوجة المسكن لأسباب تضمن هي أنها جدية في حين يراها الزوج أنها واهية و غير مؤسسة لرفضها، و مثال ذلك قيام الزوج بإحداث مدخل آخر في نفس البيت و بناء جدار يفصل و يقسم المسكن العائلي إلى قسمين قسم مخصص للأهل و قسم مخصص لها، فتطلب الزوجة من المحضر القضائي تحرير محضر يتضمن أن المسكن الذي وفره الزوج ليس مستقلا على اعتبار أنه يمكنها سماع الساكنين في المسكن المجاور لها و أن الحال بقي على ما هو عليه و لم يتغير شيء، و أن أسباب طلب البيت المستقل ما زالت قائمة، و في الجهة المقابلة يطلب الزوج أيضا تحرير محضر رفض الزوجة للمسكن المستقل أثاثا و معاشا رغم توفيره و بالمواصفات المطلوبة.

في هذه الحالة و أمام غياب النصص القانوني الذي يحدد الشروط الواجب توفرها في المسكن المستقل، و أمام حالة سكوت القاضي في حكمه على الشروط المطلوبة في المسكن، و أمام طلب الزوجين تحرير محضر امتناع لكل منهما فيكون الخيار أمام القاضي هو تحرير محضر امتناع يصف بدقة الواقعة.

و تجدر الإشارة أنه نحن بصدد وجود حالتين:

* حالة يكون فيها المسكن المستقل لا يحتوي على ضروريات العيش اللازمة و التي من المتعارف على أنها أساسية للعيش و لا يمكن استغلال المسكن في غياب الكهرباء، أو عدو وجود نوافذ... فيحرر المحضر القضائي محضر بعدم التنفيذ بالنسبة للزوج (توفير مسكن غير لائق).

* حالة عدم قبول المسكن المستقل ضد الزوجة رغم كونه لائق للعيش¹.

¹ممدوح عزمي بكري، دعوى النفقة، المرجع السابق، ص 45.

المطلب الثالث: إشكالية تنفيذ أحكام النفقة وكراء السكن أو توفيره.

إجراءات تنفيذ النفقة المحكوم في الحكم القاضي برجع الزوجة إلى بيت الزوجية لا يتم منفصلا و إنما ضمن نفس محضر المتضمن تكليف الزوج بتوفير مسكن مستقل.

الفرع الأول: إشكالية تنفيذ أحكام النفقة.

كرس قانون الأسرة الجزائري الصادر سن 1984 بموجب القانون رقم 11/84 المؤرخ في 09 رمضان 1404 الموافق لـ 09 جوان 1984، حماية الأسرة الجزائرية في عدة مواد منه فطبقا لمادة 02 من الدستور، عمد المشرع الجزائري الشريعة الإسلامية مصدرا أصليا لقانون الأسرة الجزائري.

و بعد مرور عشرين عاما من تطبيقه، استدعى تعديله مرة أخرى بموجب الأمر الرئاسي رقم 02/05 المؤرخ في 18 محرم 1426 الموافق لـ 27 فبراير من سنة 2005، غير أن هذا التعديل لم يحقق أبعادا في قانون الأسرة الجزائري، بل أضحي يحتاج إعادة النظر فيه نظرا للتناقض المطروح تارة و الغموض المطروح تارة أخرى وما تعثر به بعض النصوص التي تعمل على حماية حقوق الزوجة بداية من قيام الرابطة الزوجية إلى غاية فك هذه الرابطة و ما يترتب عليها من آثار و ضمانات حماية لها من أي ضرر قد يصيبها.

ومن المسائل التي تحتاج إلى تعديل في قانون الأسرة الجزائري تلك الأحكام المنظمة للنفقة، فقد عالج المشرع الجزائري مسائل النفقة في الفصل الثالث من الباب الثاني المتعلق بالانحلال الزواج من الكتاب الأول الموسوم بالزواج و انحلاله من قانون الأسرة الجزائري في عدة مواد من المادة 74 إلى غاية المادة 80 منه، حيث تحدث عن وجوبها و مشتملاتها و كذا استحقاقها، كما تحدث عن مسألة تقديرها و ترك المجال مفتوحا للقاضي في تقدير مقدار النفقة وفق معايير معينة يعتمد عليها أثناء عملية التقدير باعتبار تشكل النفقة المحكوم بها قضاء على المطلق لمطلقة و أولاده بعد الطلاق التزاما أساسيا على عاتقه حفاظا على كرامتهم، كما يشكل الامتناع عن دفعها جرما يعاقب عليه المشرع الجزائري بنص المادة 1331 من قانون العقوبات لأجل دفع الممتنع إلى أدائها، و رغم الحماية التشريعية للمطلقة و أولادها في الزام المكلف بأداء واجبه وفقا لما تقتضيه نصوص قانون الأسرة و اعتباره مجرما يستوجب الحاق العقاب بع عند رفض الوفاء بها في قانون العقوبات، لذا نجد أن النفقة تشكل بداية الصراع بين المطلق و المطلقة خصوصا ان المطلق يبحث عن كيفية إنهاء كافة التزاماته تجاه زوجته السابقة و أولاده اذ و رغم قيام عدة ضمانات تشريعية في قانون الأسرة 05- 02 المعدل له²، غير أننا نشهد عدة إشكالات من بينها عدم حماية

¹ امر رقم 66- 156 المؤرخ في 8 جوان 1966، المتضمن قانون العقوبات المعدل و المتمم.

² قانون 84- 11 المؤرخ في 9 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة المعدل و المتمم بالأمر 05- 02 المؤرخ في 27 فيفري 2005.

المطلقة و أولادها لتحصيل نفقتهم نظرا لوجود أسباب تتعلق بالطرف الملزم كاستحالة دفعها و هو ما جعل المشرع الجزائري طرح حل لهذا الإشكال عن طريق إيجاد صندوق خاص بالنفقة بموجب قانون 15- 101.

البند الأول: ماهية النفقة في الفقه و القانون.

❖ لغة:تشمل مادة (نفق)، و في مختار الصحاح: نفقت لدابة ماتت، و نفق البيع ينفق بالضم نفاقا أي راج، و النفاق بالكسر فعل المنافق، و انفق الرجل افتقر و ذهب اله و منه قوله تعالى " اذل لأمسكتم خشية الإنفاق " ، و انفق الدراهم من النفقة، و النفق بالفتح سرب في الأرض له مخلص إلى مكان².و جاء في لسان العرب لابن منظور فيقال: " و انفق القوم: نفقت سوقهم، و نفق ماله و درهمه و طعامه نفقا و نفاقا و نفقن كلاهما: نقص و قل، و قيل فني و ذهب. و انفق المال صرفه.

و النفقة: ما أنفقت و استنفقت على العيال و على نفسك³.
كما ورد التعريف اللغوي للنفقة فيالمعجم الوسيط فيقال: النفقة: اسم من النفاق- ما ينفق من الدراهم و نحوها.

و الزاد وما ما يفرض للزوجة على زوجها من مال للطعام - والكساء والسكنوالحضانة و نحوها. ج نفقات، و نفاق⁴.

النفقة من الإنفاق، وهو الإخراج لا يستعمل إلا في الخير، والنفقة اسم مصدر جمعها نفقات. وهي في الاصطلاح الشرعي، ما يصرفه الزوج على زوجته، وأولاده وأقاربه من طعام وكسوة ومسكن وكل ما يلزم للمعيشة بحسب المتعارف بين الناسوحسب وسع الزوج⁵.
يلاحظ أن للنفقة عدة معان منها ما يدور حول: صرف المال، النقص، الفساد، الذهاب.

❖ فقها:

اختلف الفقهاء في تعريف النفقة، لكن اقربها إلى الصواب ما أورده الحنابلة بقولهم: " النفقة هي: كفاية من يمونه خبزا و أدما و كسوة و سكنى و توابعها"⁶ بمعنى أنها كفاية من يمونه من الطعام و الكسوة و السكنى.
و عرفا هي الطعام: يشتمل على الخبز و الشرب.
و الكسوة: السترة و الغطاء.

¹ قانون رقم 15- 12 مؤرخ في 4 جانفي سنة 2015، المتضمن إنشاء صندوق النفقة.

² مختار الصحاح (نفق) ص 552.

³ ابن منظور، لسان العرب، دار المعارف، القاهرة، مصر، بط، ص 4508.

⁴ مجمع اللغة العربية، الوسيط، مكتبة الشروق الدولية، مصر، ط(4) 2004، ص 942.

⁵ بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري وفقا آخر تعديلات و مدعم بأحدث اجتهادات المحكمة العليا، أحكام الزواج، ج 1، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط 2012، ص 340.

⁶ المبدع، ص 185.

و السكنى: تشتمل البيت و متاعه و مرافقه من ثمن الماء و دهن المصباح و إلى التنظيف و الخدمة و نحوها بحسب العرف.

❖ اصطلاحاً:

ورد تعريف النفقة اصطلاحاً في عدة كتب ومراجع، ونظراً لتقارب التعاريف أقتصر على ذكر أهمها:

"النفقة المرادة هنا ليست المشتقة من النفوق بمعناها الهلاك، ولا من النفق ولا من النفاق بل هي اسم للشئ الذي ينفقه الرجل على عياله، أما في الشريعة فالنفقة هي الطعام والكسوة والسكنى¹

و قد عرفها ابن عرفة أنها ما به قوام المعتاد خال الأدمي و ما هو صرف على المعتاد فجميع هذه الأمور لا تسمى معتاد أو المتعارف عليه بين الناس و حسب مقدرة الشخص من غنى و فقر من غير إسراف و لا تقتير²

❖ دليل مشروعيته:

ثبت وجوب نفقة الزوجية بأدلة من الكتاب والسنة والإجماع. أما من الكتاب قوله تعالى: **وَالْوَلَدَاتُ يُرْضَعْنَ أَوْلَدَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ ۖ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ ۖ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ ۚ لَا تُكَلَّفُ نَفْسٌ إِلَّا وُسْعَهَا ۚ**³ و قوله كذلك " **أَسْكُنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِنْ وَجْدِكُمْ وَلَا تُضَارُوهُنَّ لِتُضَيِّقُوا عَلَيْهِنَّ ۚ وَإِنْ كُنَّ أُولِي حِمْلٍ فَأَنْفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّى يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ**"⁴ فقد امر عزو جل بنفقة و سكنى المطلقة المعتمدة، فيجب لمن هي في صلب النكاح بطرق الأولى.

أما في السنة: قال صلى الله عليه و سلم- لهند بنت عتبة: **" خُذِي مَا يَكْفِيكِ وَوَلَدَكَ بِالْمَعْرُوفِ**، و قوله كذلك **" تطعمها اذا طعمت، و تكسوها اذا اكتست، و لا تضرب الوجه، و لا تقبح و لا تهجر إلا في البيت"**.

أما في الإجماع: فقد اتفق أهل العلم- على وجوب نفقة الزوجات على أزواجهن البالغين إلا الناشز منهن و الممتنعة عن الطاعة، أو من حبس زوجها بدعوى منها⁵.

كما نص المشرع الجزائري ما قانون الأسرة⁶ فلم يعرف النفقة بينما عدد مشتملاتها في المادة 78 منه حيث تشمل الغذاء والكسوة والعالج والسكن أو أجرته وما يعتبر من

¹ أبي البركات عبد الله النسفي، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ج 4، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط 1997، ص 293.

² محمد محدة، المرجع السابق، ص 354.

³ سورة البقرة، الآية: 233.

⁴ سورة الطلاق، الآية: 6.

⁵ عبد القادر سليمان، نفقة الزوجة في التشريع الإسلامي، مجلة الحضارة الإسلامية، العدد 12، 2012، ص 120.

⁶ القانون رقم 11/84 المؤرخ في 9 جوان 194 يتضمن قانون الأسرة المعدل و المتمم رقم 02/05 المؤرخ في 27 فبراير 2005.

الضروريات فيالعرف والعادة وقد أحسن المشرع حينما ترك السلطة التقديرية للقاضي في تحديد مشتملات النفقة طبقا لعرف كل منطقة في الجزائر، و نفس الأمر بالنسبة لقانون 01/15 فهو أيضا لم يعرف النفقة أين اكتفى بتحديد مستحقيها فقط¹.

البند الثاني: موقف المشرع الجزائري من النفقة قبل فك الرابطة الزوجية:

نص المشرع الجزائري في المادة 78 من قانون الأسرة على أن النفقة تشمل الغذاء و الكسوة و العلاج و السكن و أجرته، و ما يعتبر من الضروريات في العرف و العادة. و نفقة الزوج لزوجته تعد من الآثار المترتبة على الزواج شرعا و قانونا حتى و لو كانت الزوجة عاملة أو موظفة و تتقاضاه راتبا شهريا إلا أنها تستحق هذه النفقة، و قد يطرح مشكل الإنفاق على القاضي حال قيام الزوجية، اذ يكون ملزما عليه بالتصدي للدعوى على أن يضع القاضي نصب عينه مشتملاتها المتمثلة في الغذاء و الكسوة و العلاج و السكن عندما يقرر الحكم المبلغ المناسب للنفقة المطلوبة².

* تقدير النفقة.

بخصوص تقدير النفقة الزوجية نصت م 79 من قانون الأسرة³ على أنه: "يراعى القاضي في تقدير النفقة حال الطرفين وظروف المعاش واليراجع تقديره قبل مضي سنة من الحكم"، ونستخلص من النص أن للقاضي سلطة تقديرية في تحديد أو تقدير النفقة الزوجية وينبغي عليه أن يراعي في ذلك ظروف الزوجين وكذلك مستو المعيشة الساري به العمل في البلاد، وهذا ما قضت به المحكمة العليا في قرارها الصادر في: 1986/02/10 على أنه " تقدير النفقة هو أمر موكل إلى قاضالموضوع على أساس إمكانيات الزوج المادية والاجتماعية بعد مراعاة العادة والعرف والأسعار الجارية في البلد⁴ وأن تاريخ سريان النفقة في هذه الحالة يبدأ من يوم رفعالدعوى 80 يوم من قانون الأسرة، غير أنه يمكن للقاضي أن يحكم بها بناء على بينةلمدة لا تتجاوز سنة قبل رفع الدعوى.

* جنحة الامتناع عن دفع النفقة.

تنص المادة 331 من قانون العقوبات "يعاقب بالحبس من 06 أشهر إلى 03 سنوات وبغرامة من 50.000 دج إلى 300.000 دج كل من امتنع عمدا و لمدة 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 ضدهبالزامه بدفع نفقة إليهم⁵.

¹ قانون رقم 01/15 المؤرخ في 4 جانفي 2015 يتضمن إنشاء صندوق النفقة، د. ر، عدد 1.

² عبد العزيز سعد، الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة، ط (3) 1996، ص 227.

³ حفيظة فضلة، السلطة التقديرية للقاضي في مسائل النفقة في قانون الأسرة الجزائري، مجلة الدراسات القانونية و السياسية، المجلد 8، العدد 1، جانفي 2022، ص 19.

⁴ المحكمة العليا، غ. أ. ش، ملف رقم 39394، النشرة القضائية، العدد 44، ص 151.

⁵ محمد عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج 2، دار أحياء الكتب العربية، د ط، ص 418.

ويفترض أن عدم الدفع عمدي ما لم يثبت العكس، و لا يعتبر الإعسار الناتج عن الاعتیاد على سوء السلوك أو الكسل أو السكر عذرا مقبولا من المدين في أية حالة من الأحوال و دون الإخلال بتطبيق أحكام المواد 37 و 40 و 329 من قانون الإجراءات الجزائية تختص أيضا بالحكم في الجنب المذكورة في هذه المادة محكمة موطن أو محل إقامة الشخص المقرر له قبض النفقة أو المنتفع بالمعونة. ويضع الضحية بعد دفع النفقة المستحقة حدا للمتابعة الجزائية. و استنادا لذلك يتضح ان لهذه الأخيرة ثلاث أركان هي:

- الركن المادي: يحوي على نقطتين مهمتين.
 - أ- عدم دفع مبلغ النفقة المحكوم به: وهنا الدفع يكون كلي وليس جزئي للمبلغ، عن رابطة عائلية قائمة، أو منحلة. وهذا ما قرره المحكمة العليا¹ يعاقب كل من امتنع عمدا و لمدة تتجاوز الشهرين عن أداء كامل قيمة النفقة المقررة عليه لزوجته سواء كان الدين ناتجا عن رابطة عائلية قائمة أو ناتج عن فك الرابطة الزوجية¹.
 - ب- انقضاء مهلة شهرين²: ويبدأ حساب هذه المدة من تاريخ انتهاء مدة إنذاره بالدفع المقدرة بـ: 20 يوم بواسطة محضر الزام الدفع، وفي هذا الخصوص قضت محكمة أدرار بأنه: "من أركان جنحة عدم تسديد النفقة المقصودة بالمادة 331 من قانون العقوبات مرور المدة القانونية³ للالتزام بالدفع وهي مدة الشهرين من تاريخ الامتناع عن الوفاء بنفقة محكوم بها قضاء، والحال أن المدة القانونية لم تبلغ نصابها فلا وجود لمحضر الامتناع بالملف، وعليه يتعين القول أن ركن الجريمة منعدم فيقضية الحال وبالتالي تبرئة ساحة المتهم من الجنحة المنسوبة له"⁴.
- الحكم التنفيذي للنفقة:

منعاً من الانفلات من المسؤولية⁵ يصدر الحكم القضائي في الدعاوي المتعلقة بالنفقة أما على شكل أحكام الصادرة عن محكمة الأسرة في الدعاوي الأصلية بالنفقة، وأوامر أداء النفقة الصادرة عن القاضي الاستعجالي، أو أحكام أداء النفقة الصادرة بمناسبة القضايا

¹ المحكمة العليا، غ، ج، 1993/11/23، ملف رقم 102548، المجلة القضائية، 1993، العدد 2، ص 282.

² عمران كما الدين، الاطار القانوني لجريمة عدم تسديد نفقة واجبة بحكم قضائي (دراسة في اطار التشريع الجزائري و المقارن و الشريعة الإسلامية)، المركز الجامعي صالحى احمد، النعمة، ب ط، ص 82.

³ المجلة القضائية، العدد الثالث، ط 1992، ص 230.

⁴ محكمة أدرار، قسم الجنب، حكم بتاريخ 2014/10/02، ملف رقم 03315/14.

⁵ بوزيان عبد الباقي، الحماية الجنائية للرابطة الأسرية في التشريع الجزائري، ماجستير في علم القانون، تلمسان، ط 2009-2010، ص 24.

المتعلقة بالتطليق أو النسب أو الولاية الشرعية على الأولاد¹، أو وجود حكم قضائي صادر عن هيئة قضائية أجنبية ممهور بالصيغة التنفيذية².

● الركن المعنوي:

يقوم الركن المعنوي لجريمة عدم تسديد النفقة لمجرد الامتناع عن الدفع أو التوقف عن الدفع وهنا سوء النية مفترض، أي لمجرد الامتناع يقوم الركن المعنوي لهذه الجريمة فالقصد الجنائي يراد به انصراف إرادة الجاني المدين بالنفقة إلى عدم الوفاء بها رغم القدرة على ذلك³.

* الاختصاص و المتابعة في الحكم التنفيذي للنفقة.

التزاما لما أقرته المادة 337 مكرر قانون الإجراءات الجزائية أصبح بإمكان المباشرة المحكوم له بالنفقة أو حاضن المحكوم له بالنفقة تقديم شكوى عن طريق الاستدعاء مرفقة بالوثائق التالية: الحكم القاضي بالنفقة، محضر إلزام بالدفع، محضر يثبت الامتناع عن دفع النفقة. في حالة حضور المتهم ودفعه بأنه دفع النفقة المحكوم بها كاملا أو جزء منهافي غالب الأحيان إذا المتهم دفع بأنه يدفع النفقة المحكوم بها عليه يوجه رئيس الجلسة الطرفين لمحضر قضائي من أجل إجراء محاسبة بين الطرفين لمعرفة المبلغ الحقيقي للنفقة المتبقي أو غير المدفوع، وإذا كان المتهم قد دفع كل النفقة المحكوم بها عليه يتحصل من المحضر القضائي على محضر بإبراء الذمة، ومن خلال محضر المحاسبة تقوم المحكمة بإدانة المتهم أو تبرئته. أما في (في حالة حضور المتهم وتصريحه أنه لم يدفع النفقة المحكوم بها عليه، فهنا تؤول له المحكمة الدعوى وتحدد له أجل آخر من أجل تسوية وضعيته مع العلم أن تسوية الوضعية لا أثر لها على معاقبة المتهم من عدم دفع النفقة). أما الحالة الثالثة: (في حالة عدم حضور المتهم: في غالب الأحيان تقضي المحكمة بحكم غيابي بإدانة المتهم، مع أمر بالقبض زائد مبلغ مالي للضحية يمثل مبلغ النفقة والتعويض. ثم بعد تبليغ المتهم بهذا الحكم الغيابي يتم القبض عليه بتنفيذ أمر بالقبض وتحديد له أول جلسة للمحاكمة من جديد وهو محبوس، وهنا يكون النقاش في الجنحة طبقا لاحتمال الأول أو الثاني؛ أي أنه دفع النفقة كلها أو جزء منها أو لم يدفعها إطلاقا.

* الصفح:

يمكن للضحية الصفح عن المتهم طبقا لنص المادة 331 ق. ع. و بهذا يتم إيقاف المتابعة الكلية للمتهم⁴

¹ عمر زودة، الإجراءات الدنية و الإدارية في ضوء آراء الفقهاء و أحكام القضاء، منشورات انسيكلوبيديا، الجزائر، ب ط ، ص ص 597، 598.

² نبيل صقر، الوسيط في جرائم الأشخاص، شرح 50 جريمة ملحق بها الجرائم المستحدثة بموجب القانون 01/09، دار الهدى، الجزائر، ط 2009، ص 245.

³ منصور مبروك، المرجع السابق، ص 216.

⁴ بن عومر محمد الصالح، صندوق النفقة لضمان تسديد النفقة، المرجع السابق، ص ص 108 - 109.

البند الثالث: قراءة في إشكالية تنفيذ أحكام النفقة.

استقرأ لما تم تناوله سابقا يلاحظ و بناء على ما جاءت به المادة 331 من ق. ع التي تطرح بعد عدم تسديد النفقة ذات الركن المادي، و غالبا ما يتماطل المتهم لهذا فان المادتين 6 و 8 من قانون الإجراءات الجزائية¹ لا تطبق على القضية الراهنة باعتبار ان المتهم تماطل عن دفع ما بذمته من نفقة، و في حال ضبابية نص ردعي جعل من الدولة تضمن صندوق النفقة وفق مبدا حوالة الدين المنصوص عليه في القانون المدني هذا من جهة و من جهة ثانية فان الغاء النفقة من طرف الضحية يفتح باب آخر للتأويل على نصه على الصفا، فقد يستغل الزوج في الضغط على زوجته بالصفا عنه، فمن جملة ما يمكن أن نستنتجه بعد تعرضنا له خصوصا ما تعلق بجنة عدم تسديد النفقة وهي الفعل المنو هو المعاقب عليه بالمادة 331 من قانون العقوبات الجزائري، هو أن نصالمة سابقة الذكر أثار إشكالات قانونية، تعود إلى كونه غير قطعي الدلالة والمعنى، مما جعله ويجعله يحتمل التأويل والتفسير، وهذا ما أدى بالقضاء الجزائري بصفة عامة (المحاكم والمجالس القضائية) يختلف بشأنه، بل وأن المحكمة العليا الجزائرية، الجهة المنوط بها توحيد الاجتهاد القضائي طبقا لما أقره الدستور في المادة 171، اختلفت قراراتها ومواقفها فيما يتعلق ببعض النقاط التي سبق طرحها.

وكل ماسبق ذكره بالنسبة للمسائل التي احتملت التأويل واختلف بشأنها الفقه والقضاء تعود إلى الطريقة التي تم بها صياغة النص القانوني، وعليه كان حريا بالمشروع أن يتدارك هذا الأمر ويعيد صياغة نص المادة 331 من قانون العقوبات، عن طريق تعديلها بشكل يزيل كل غموض يحيط بالنص، ويغلق الباب أمام أي تفسير أو تأويل لنص المادة سابقة الذكر، خاصة وأن الأمر يتعلق بحرية أشخاص - بالنسبة للمتابع بعدم تسديد النفقة، وبكرامة أشخاص آخرين - بالنسبة للمستفيد من النفقة.

الفرع الثاني: إشكالية تنفيذ أحكام كراء السكن أو توفيره.

يعتبر الحق في السكن من جملة الحقوق المضمونة دستوريا، بحيث يتمتع به المواطنون الجزائريون دون استثناء، وحتى الولد المسند حضنته للمرأة الحاضنة يتمتع أيضا بهذا الحق بمقتضى نص خاص، وهو نص المادة 72 من قانون الأسرة². إن المشرع الجزائري وسعيا منه لحماية هذا الولد بعد طالق والديه، ألقى على عاتق الآباء الالتزام بتوفيره المسكن الملائم أو أجرته، غير أن الواقع ينذر بعدم استطاعة هؤلاء، في كثير من الأحيان، الوفاء حتى بأجرة مسكن، اذ بعد فك الرابطة الزوجية بين الزوجين و إسناد الحضنة غالبا ما تكون للام المطلقة، فيصبح لهذه الأخيرة الحق بالمطالبة بمسكن ممارسة الحضنة إلى حين نهاية سن الحضنة باعتبار المسكن من عناصر النفقة وفقا للمادة 78 التي تم إشارة لها سابقا، و تجدر

¹ ابن عومر محمد الصالح ، نفسه، ص 110.

² ينظر نص المادة 72 من قانون الاسرة الجزائري.

الإشارة إلى أن تبعات و آثار انحلال الرابطة الزوجية الوضعية التي يتعرض لها المحضون ما جعل المشرع يقرر له مواد تضمن حمايته التي تدخل نطاق القاضي وفقا لسلطته التقديرية ومن اهم المشكلات المسترة في هذا العنصر هو الظرف الاجتماعي للجزائر ككل و أزمة السكن، و لذا السبب أضحت المحاكم الجزائية اليومية تشهد صراعات خطيرة بين الزوجين حول مسكن الزوجية خصوصا بعد التعديل الأخير الذي لمسه قانون الأسرة الجزائري إذ أقر بجوبية السكن أو أجره للسكن للمرأة المطلقة حرصا منه على ما يخدم الولد المحضون.

البند الأول: ماهية تنفيذ أحكام كراء السكن أو توفيره.

يقع عبء توفير السكن على الزوج سواء في حال استمرار الحياة الزوجية أو في حالة انحلال الرابطة الزوجية¹، وهذا بغرض تمكين الزوجة من أداء واجبات الأولاد و رعايتهم و مراعاة شؤونهم بعد انحلال الرابطة الزوجية².

* تعريف السكن لغة:

السكن، سكنت، اسكن، اسكن، مصدر السكون، سكن/ سكن إلى ، سكن يسكن، سكونا و سكينه، فهو ساكن³، ورد السكن عند اللغويين بأنه المكان الذي يتم فيه السكن و يعني سكن يسكن سكنى، سكونا أقام، و يقال سكنت داري و أسكنتها غيري و الاسم السكنى⁴.

¹ محمد شتا، مسكن الزوجية و مسكن الحضانة شرح و صيغ في ضوء قوانين الأحوال الشخصية و قانون إنشاء محاكم الأسرة للمسلمين و غير المسلمين، دار البراءة، مصر ، ط 2007، ص 11.

² محمدي فتح الله حسين، الإجراءات العملية و الصيغ القانونية في منازعات مسكن الحضانة و مسكن الزوجية، دار المطبوعات، مصر، ط 2008، ص 7.

³ مناد سعودي، حق المحضون في مسكن الحضانة، مجلة الحقوق و الحريات، المجلد 9، العدد 2، ط 2021، ص 1236.

⁴ احمد بن محمد الحمري، المصباح المنير، ج 1، مكتبة لبنان ناشرون، لبنان، ط 2001، ص 303.

و سكن المرأة: المسكن الذي يسكنها الزوج إياه¹.
و يأتي لفظ سكن بمعنى مسكن، قوله تعالى: "و الله جعل لكم من بيوتكم سكنا"²، فيعرف في اللغة كل ما سكنت اليه و استأنست به من الأهل و الوطن.

* تعريف السكن شرعا:

لم يعطي غالبية الفقهاء معنى معين للمسكن، و لم يضعوا تعريفا محددا لمسكن الزوجية بل اكتفوا بوضع الشروط و الموصفات بخلاف الحنفية الذين عرفوا السكنى على أنها " المكث في مكان على سبيل الاستقرار و الدوام"³ كما عرفته الحنابلة: بأنه "السكون في المكان عن طريق الاستقرار و لا يكون على هذا الوجه إلا بما سكن به عادة من أهل و متاع"⁴.

* تعريف السكن اصطلاحا:

يعرف على انه المحل الذي لا يسمح بدخول الناس فيه إلا باذن صاحبه أو بإذن من القاضي أو وكيل النيابة المختص⁵.

عرفه ممدوح بحر على أن المسكن: هو المكان الذي يخلو فيه الإنسان إلى نفسه فيعيش في مناجاة مع ذاته بعيدا عن أعين الرقابة، له خصوصيته و أسراره و ينفرد بذاته و بأسرته و بالمقربين اليه⁶.

* تعريف القانوني للسكن.

يتفرع معنى السكن في الاصطلاح إلى معنيين أهمها مجرد: و هو ربط الشخص قانونا بمكان معين بحيث يصير هذا المسكن المركز القانوني الذي تجتمع فيه مصالحه والآخر ملموس: و يقصد به مكان السكنى الحقيقية للشخص أي الموضع الذي يقيم فيه و هو بالأحرى المكان أو الموضع الذي يتحقق فيه السكن⁷.

" السكن هو المأوى الذي يقيم فيه الإنسان و المكان الذي يعده لسكناه حتى و لو لم يكن فيه، و هو مستودع أسراره و مكان راحته"⁸.

* تعريف السكن في قانون الأسرة الجزائري:

¹ الفيروز الأبادي، قاموس المحيط، المرجع السابق، ص 297.

² سورة النحل، الآية: 280.

³ ابن منظور، المرجع السابق، ص 122.

⁴ ابن يونس الحنبلي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج 3، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط (2) 1998، ص 73.

⁵ محمد مصطفى الشبلي، أحكام الأسرة في الإسلام، الدار الجامعية، بيروت، ط (4) 1983، ص 455.

⁶ ممدوح خليل بحر، حماية الحياة الخاصة في القانون الجنائي، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، ط (1) 1996، ص 95.

⁷ بوقرة أم الخير، مسكن الزوجية، ماجستير: ففرع عقود و مسؤولية، جامعة الجزائر، ط 2002، ص 02.

⁸ مقراني جمال، إشكالات حق الحاضنة في السكن و سلطة القاضي في تقدير الذات، مجلة البحث القانوني و السياسي، المجلد 2، العدد 1، ط 2017، ص 87.

نلاحظ أن المشرع الجزائري لم يحدد مفهوم للمسكن الذي تمارس فيه الحضانة من قبل من أسندت اليه، و إنما اكتفى بلفظة " سكنا ملائما للحاضنة " مما يعني أنه قد يختلف مكان ممارسة الحضانة من شخص إلى آخر و من مكان إلى آخر¹.

ورد السكن وفقا لنص المادة 355 من قانون العقوبات² " يعد منزلا مسكونا كل مبنى أو دار أو غرفة أو خيمة أو كشك أو متنقل متى كان معدا للسكن و ان لم يكن وقتذاك و كافة توابعه مثل الأحواش و حضائر الدواجن و مخازن الغلال و الإسطبلات و المباني التي توجد بداخلها مهما كان استعمالها حتى و لو كانت محاطة بسيياج خاص داخل السياج أو السور العمومي³.

¹ سامية بحبيب، مسكن المطلقة الحاضنة، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري، مجلة الاجتهاد القضائي، المجلد 13، عدد خاص، مخبر اثر الاجتهاد القضائي على حركة التشريع، جامعة بسكرة، ص 801.

² الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 8 يونيو سنة 1966، الذي يتضمن قانون العقوبات، المعدل و المتمم.

³ منال سعودي، المرجع السابق، ص 1237.

بند الثاني: الطبيعة القانونية لمسكن.

التأصيل القانوني لمسكن المحضون في الاجتهاد القضائي.

- مرحلة ما قبل صدور قانون الأسرة الجزائري: اخذ القضاء الجزائري عدة أحكام قبل صدور النهائي لقانون الأسرة و القانون المدني اذ استند قبلهما إلى قواعد الفقه فيما يخص مسكن المحضون¹، وهو المعمول به جاء في فيه " أن يراعى سكن المحضون في اطار سداد الإيجار، لا في اطار إخراج الزوج من سكن الزوجية لتسكن فيه الحاضنة، وأن الحق في السكن يحكم به في الوقت الذي يحكم فيه الطلاق و الحضانة²، و بعد صدور الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 / 12 / 1975 المتضمن القانون المدني جاءت المادة 2/467 منه تنص على انه " في حالة الطلاق يجوز للقاضي أن يعين من الزوجين من يمكنه أن ينتفع بحق الإيجار، باعتبار تكاليف هذا الزوج من اجل حضانة الأولاد خاصة"، و كان تطبيق هذه المادة جوازاً، مخول للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع في منحه أو عدم منحه للمسكن، و تطبق في حالة ما يكون مسكن الزوجية مستأجراً، لأن أحكام هذه المادة لا تتعلق إلا بالإيجار الذي يمكن الحكم به للحاضنة إذا كان المسكن الزوجي مستأجراً من طرف الزوج³.

- مرحلة صدور قانون الأسرة (قانون 84-11 المؤرخ في يونيو 1984): في هذه المرحلة من تقنين القانوني أضحى الاجتهاد القضائي يطبق المادة 52 وفقاً للفقرة الثانية و الثالثة و التي نصت على " اذا كانت الحاضنة، ولم يكن لها ولي يقبل إيواءها، يضمن حقها في السكن مع محضونيه حسب وسع الزوج، و يستغنى من القرار مسكن الزوجية اذا كان وحيداً ". فنجد أن المادة ربطت السكن أو الإيجار بالولي بنصها: " إذا لم يكن لها ولي يقبل إيوائها " مما يعني إقرار بحضانة الولي و إعفاء الزوج من توفير المسكن ملائماً أو دفع بدل الإيجار. كما نجد في نفس التقنيين نص المادة 72 جاء فيها " نفقة المحضون و سكنه من ماله و إلا فعلى والده أن يهيئ له سكن، و اذا تعذر فعليه أجرته. و بالتالي منحت هذه المادة السكن أو بدل الإيجار للمحضون حتى و لو كان وحيداً دون اشتراط عدة الأولاد.

- إصدار تعديل قانون الأسرة الجزائري 2005: فبعد الغاء الأمر 05-02 المؤرخ في 27/02/2005 المعدل و المتمم لقانون 84-11 في الفقرة الثانية و الثالثة من المادة 52 من قانون الأسرة، و عدلت بالمادة 72 من قانون الأسرة إلى الصيغة التالية " في حالة الطلاق يجب على الأب أن يوفر للمرأة الحضانة، سكناً ملائماً للحاضنة، إذ تعذر ذلك فعليه دفع أجرته⁴. و تبقى الحاضنة في بيت الزوجية حتى تنفيذ الأب للحكم القاضي المتعلق بالسكن"، و ملاحظ أن المشرع قد أقر ببقاء المطلقة في بيت الزوج¹.

¹ محمد بن احمد بن عرفة، حاشية الدسوقي، ج 3، دار الكتب العلمية، لبنان، ط(1) 1996، ص 520.

² قرار رقم 24148 بتاريخ 2 / 12 / 1980، نشرة القضاة، العدد الأول، ط 1981، ص 83.

³ قرار رقم 26997 بتاريخ 22 / 2 / 1982، نشرة القضاة، العدد الخاص، سنة 1982، ص 277.

⁴ سامية بن قوية، أثار الحضانة في الشريعة الإسلامية و قانون الأسرة الجزائري، دراسة مقارنة، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية و الاقتصادية و السياسية، العدد 1، ط 2010، ص 150.

* سلطة التقديرية للقاضي في إسناد حق السكن:

من خلال ما سبق طرحه من مواد الخاصة بقانون الأسرة يتضح ان المشرع الجزائري يأخذ بقاعدة مصلحة الزوجة أو المرأة الحاضنة و من إشكالات المطروحة في هذا الصدد عدم تقديم المشرع تعريفا دقيقا لذلك، بل حالة إلى تقديم بعض المعايير و الضوابط التي يستعين بها القاضي في تقديرها، و لا شك ان ذلك يقرب حكم القاضي من الوضعية و العدالة، و يبعد تخوف البعض من تعسفه بسبب المجال الواسع الممنوح في مسائل الحضانة، و جعل منها معايير التقدير يتأكد منها القاضي لإسناد الحضانة و إسقاطها². وفق معايير تتمثل في:

أ- المعيار المعنوي: يشكل حجر الأساس إسنادا للجانب النفسي و هو ما يأخذ به القضاء لكي يسد ثغرات سكوت القانوني، فمراعاة مصلحة المحضون فلا بد من اختيار الاستقرار و الأمن لها.

ب- المعيار المادي: فإسهام العنصر المادي في توفير المسكن أو كراءه يقلل العناية المشددة في تقدير القاضي³.

البند الثالث: إشكالات المطروحة في توفير المسكن أو كراءه في ظل قانون الأسرة الجزائري:

لقد اقر قضاء شؤون الأسرة إلى تفسير المادة 1/72 من قانون الأسرة بعد تعديلها سنة 2005 تفسيراً واسعاً، ذلك لأنه لم يعتد بتعذر تنفيذ التزامه عينا كسبب وحيد للحكم بأجرة مسكن الحضانة⁴ بل ذهب أيضا إلى الاعتداد بعدم ملائمة المسكن لممارسة الحضانة بموجب القرار الصادر بتاريخ 2013/03/14، حيث كرس مبدأ مفاده :

" للحاضنة الحق في بدل إيجار، إذا كان السكن الموفر من طرف الأب غير ملائم لممارسة الحضانة"⁵ و الملاحظ أيضا أن قضاء شؤون الأسرة أرسى جملة من المبادئ، والتي من شأنها تعزيز حماية حق المحضون في أجرة مسكن الحضانة، نورد البعض منها لأهميتها:

القضاء بتخيير الزوج بين تخصيص سكن للحضانة أو دفع بدل الإيجار بالرغم من تخصيص الزوج سكنا مستقلا لممارسة الحضانة، إساءة للتطبيق السليم للقانون " لقد جاء تكريس هذا المبدأ بموجب القرار المؤرخ في 2009/01/14، بأن ورد في حيثياته: " حيث متى قدم الطاعن أمام قضاة المجلس محضر إثبات يوضح فيه بوجود شقة منعزلة عن

¹ غضبان مبروكة، حماية المطلقة الحاضنة في مسكن ممارسة الحضانة من خلال القضاء الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية و الاقتصادية و السياسية، العدد 11، ص 415.

² معمري إيمان، ضوابط السلطة التقديرية لقاضي الجزائري في إسناد الحضانة، ماجستير في الأحوال الشخصية، جامعة الواد، ط 2014، ص 31.

³ مقراني جمال، المرجع السابق، ص 92.

⁴ مجلة المحكمة العليا، ط 2011، ص 176.

⁵ مجلة المحكمة العليا، ط 2013، ص 276.

عائلة الطاعن، متكونة من ثالث غرف لها مدخل منفرد عن العائلة، خصصها للمطعون ضدها وابنها، فكان على قضاة الموضوع أن يحكموا على الطاعن بتخصيص هذا المسكن للحاضنة لممارسة الحضانة بدل أن يخبروه بتخصيص المسكن أو بدل الإيجار، وحيث لما جاء قضاءهم مخالفا لذلك، فإنهم يكونون أساءوا التطبيق السليم لأحكام المادة 72 من قانون الأسرة، مما يتعين نقض القرار جزئيا فيما يتعلق ببديل الإيجار¹

كما " يتعين على الوالد عند تخصيص سكن لممارسة الحضانة مراعاة بتحقيقهم مصلحة المحضون " وهذا المبدأ أيضا تكرر بموجب القرار المؤرخ في 2009/01/14، بأن ورد في حيثياته: " لكن حيث متى ثبت لقضاة الموضوع لمجلس قضاء البلدية أن المحضون يقيمون بالقلية، حيث ولدوا وتربوا وترعرعوا وبها يزاولون دراستهم، وأن زعزعتهم منها من شأنه المساس باستقرارهم لأن العوامل والمعطيات السابقة هي التي تحقق مصلحة المحضون التي أخذوها بعين الاعتبار، ومن ثم صرفوا النظر عن مسكن الأربعاء بني موسى تبعا لما سبق ذكره وأخذوا ببديل الإيجار وفق ما توجبه المادتين 72 و 78 من قانون الأسرة بمبلغ ستة آلاف دينار ليتناسب مع مستوى الأسعار (الإيجارات) المعمول بها في المنطقة والذين هم أدربها وبتقديرها، ومن ثم يكون ما ينعاها الطاعن بهذين الوجهين غير قائم على أساس يتعين رفضهما وتبعا لذلك رفض الطعن².

وعموما بعدما تم التعرض لمسألة توفير المسكن أو كراهه بين الفقه و القانون الجزائري نلاحظ ان وجوبية و الزامية توفير مسكن الزوجية و دفع بدل الإيجار في حال تعذر توفيره على النحو الذي فرضته المادة 72 من قانون أسرة الجزائري، و كحماية قانونية للزوجة المطلقة نلاحظ ان المشرع الجزائري لم يعالج المشكلة بالطريقة المدققة ذلك أن التزام الزوج بتوفير المسكن أو دفع بدل الإيجار في حالة تعذر قدرته على ذلك دون تحديد الملائمة أو القدرة هو أمر غير منطقي و غير معقول، و كانه في نظره كل الأزواج حالتهم ميسورة و الإيجار متوفر بمبلغ معقول، الأمر الذي يفنede المنطق و العقل في تطبيق هذه المادة المستحدثة. علما ان المشرع الجزائري سار في خطى الشريعة الإسلامية إلا انه لم يسلم من بعض النقائص التي تحتاج إلى تفصيل و توضيح أكثر خصوصا مت تعلق بالأسرة لأنها نواة المجتمع. و بالتالي اضحى ضروريا إعادة النظر في نصوص قانون الأسرة خصوصا المادة 72 أو تخصيص مادة مستقلة لذلك حتى يكون هناك سد للثغرات.

و في اطار آخر في حال كان السكن غير مملوك للزوج و يكون مسكن الزوجية مستأجرا يمنح المشرع الجزائري في الفقرة الثانية من المادة 467 من القانون المدني – قبل تعديلها- للقاضي سلطة التقديرية في حال تم الطلاق و غالبا ما ستند حضانة الأولاد للأم و

¹ مجلة المحكمة العليا، ط 2009، ص ص 267- 270.

² مجلة المحكمة العليا، ط 2009، ص ص 275 – 278.

من ثم تستفيد الزوجة المطلقة من حق الإيجار عند وقوع الطلاق، اذا توافرت الشروط المنصوص عليها في المادة 52 من قانون الأسرة و حاليا المادة 72 من الأمر 02/05 المتضمن قانون الأسرة الجديد.

و تجدر الإشارة إلى أنه في حال منح القاضي الزوجة المطلقة الحق في الانتفاع بحق الإيجار، فإنها تعد مستأجرة للعين المؤجرة، و يحق لها التمسك بحق البقاء فيها، و لنا أن نلتبس بقرار المحكمة العليا¹ الصادر في 1984/12/31 الذي قضت فيه بما يلي:

" متى كانت أحكام المادة 467 من القانون المدني صريحة في النص على اختصاص القاضي الذي يفصل في دعوى الطلاق بالفصل في موضع سكن الحاضنة و تقرير الانتفاع بحق الإيجار، غير أن انتفاع الزوجة الحاضنة بحق الإيجار وتمتعها بصفة المستأجر الأصلي لا يكتسب الصيغة النهائية، بل ينتهي بانتهاء مدة الحضانة، لأن هذا الحق مقصور على الانتفاع فقد و ليس إسنادا للملكية " ².

المبحث الثاني: إشكالية تنفيذ الأحكام القضائية بعد فك الرابطة الزوجية.

أسهمت التطورات و تغيرات اجتماعية وثقافية للمجتمع الجزائري التي مست مختلف بناءاته المكونة له منها الأسرة، كإحدى هذه البناءات الأساسية التي تأثرت بفعل مختلف التحولات، ومسايرة لهذا التغير فقد عملت الجزائر على تطوير كل أنظمتها القانونية بما في ذلك تشريع قانون الأسرة الذي يعتبر أهم التشريعات لأنه مشروع أمة بطرحها لمشروع قانون جديد يهدف إلى تنظيم أمور الأسرة ويحفظ لكل فرد فيها ما له من حقوق بقدر ما عليه من واجبات فيما يخص (الخطبة والزواج والولاية في الزواج وتعدد الزوجات والطلاق والنفقة ومسكن الزوجية وعمل المرأة وغيرها من المسائل التي تشكل جانب هام من حياة الأسرة). ولكن في ظل إيجاد قانون للأسرة يعني بتنظيم مصالح الأسرة إلا أننا نجد قد اغفل عدة نقاط الخاصة بالأحكام، نتيجة الصراعات المختلفة الموجودة بين أعضاء اللجنة بسبب اختلاف المذاهب و الآراء وانتماءاتهم الفكرية والإيديولوجية إلى أن تم التوصل إلى قانون الأسرة رقم 11/84 المؤرخ في 9 رمضان 1404 الموافق لـ 9 يونيو 1984 ، وأهم ما يسجل عليه اعتماده الشريعة الإسلامية كمصدر أساسي في مجال الأحوال الشخصية³.

سنحاول من خلال هذا المبحث أن نلتبس أساس إشكالية تنفيذ الأحكام القضائية بعد فك الرابطة الزوجية، خصوصا ان المشرع الجزائري حرص على صيانة الأسرة (أحكام جزائية) والمجتمع من كافة أشكال الاعتداءات التي قد تقع على الأسرة والمجتمع، وكل من

¹ اقرار المحكمة العليا، الأحوال الشخصية، قرار رقم 34849، الصادر بتاريخ 1984/12/31، مجلة القضائية، العدد 4، ط 1989، ص 111.

² قرار المحكمة العليا، الأحوال الشخصية، قرار رقم 81197 الصادر بتاريخ 1990/12/23، مجلة القضائية، العدد 1، ط 1996، ص 85.

³ لجلط فواز، إشكالات تنفيذ الأحكام القضائية في مادة شؤون الأسرة، مجلة البحوث القانونية و السياسية، العدد 8، ط 2017، ص 101.

تسول نفسه بأن يرتكب فعل منشأه أن يهدد الأسرة أو أحد أفرادها أو يلحق بهم الضرر فحرص المشرع على حماية الأسرة من كافة الاعتداءات التي تهدد استقرارها سواء كان من داخل الأسرة أو من خارجها، فعمل على تجريم كافة الأفعال التي تهدد الأسرة وتمس أمنها وسلامتها من قبل أفرادها ابتداء بإبرام عقد الزواج حتى نهاية أجل أحد أفراد الأسرة بالوفاة، فالمشرع وضع العديد من العقوبات على كل من يرتكب فعل يشكل جريمة ضد الأسرة أو أحد أفرادها. أخذ الحماية القانونية للأسرة أشكالاً متعددة فيمكن فغالبا ما تتضمن دساتير الدول مواد خاصة بضرورة الحماية الدستورية للأسرة ويتم التفصيل في هذه الحماية عن طريق الحماية المدنية والجنائية للأسر التي تكون أكثر دقة وتفصيل دون نسيان اهتمام المجموعة الدولية بالكيان الأسري عبر مجموعة من النصوص والاتفاقيات الدولية الخاصة والعامة هذا بصفة عامة.

و نلتمس القانون الجنائي كآلية لحماية الأسرة هو سلاح ذو حدين فقواعده تقف في وجه أي منالتصرفات المهددة لكيان الأسرة عبر مجموعة من الجزاءات الفعالة التي تضمن الحفاظ على استمرارية الأسرة وبقيائها من خلال صرامة العقاب حتى ولو كان مرتكبها أحد أفراد الأسرة، إلا أن الأسرة والعقاب مؤسستان مختلفتان، فالأولى تقود إلى الحياة أما الثانية فكثيرا ما توصف على أنها سيئة خاصة وأللعقوبات لا تمس بالمجرم فقط بل بأسرته الذين يتحملون في غالب الأحيان نتيجة عقوبته أكثر منه. وبالتالي التجريم والعقاب أحد أهم دعائم الحماية التي تتبعها الدولة لفرض سياستها الجنائية، حيث يتم تجريم أي سلوك يمس بمصلحة جديرة بالحماية، فقد جرم المشرع الجزائري عدة سلوكيات من شأنها أن تؤدي إلى استقرار الحياة الزوجية، حرصا منه على ردع أي شخص يمكن أن يؤدي سلوكه إلى المساس بالحياة الزوجية، سواء أكان هذا الشخص أحد أطراف العالقة الزوجية، أو كان من الغير، حيث تصدى المشرع لأي تصرفات يمكن أن تؤدي إلى المساس باستقرار الحياة الزوجية وقرر عقوبات لمرتكب الأفعال المجرمة وقد تشدد هذه العقوبات، وقد تخفف حسبما تقتضي حماية الرابطة الزوجية، كما قيد حرية النيابة العامة في تحريك الدعوى العمومية بوجوب حصولها على شكوى الزوج المضرور، بحيث لا يمكن للنياية العامة أن تقوم بتحريك الدعوى العمومية تلقائيا، بل يجب أن تكون هناك شكوى من الزوج المضرور وجعل المشرع صفح الضحية يضع حدا للمتابعة الجزائية، كل هذا حماية للرابطة الزوجية وتذليل لكل عقبات يمكن أن تقف في طريق استمرارها واستقرارها هذا بشكا عام¹.

و بصفة خاصة تمثل العلاقات المرتبطة بالأحوال الشخصية موضوعا حساسا و بالغ الأهمية، نظرا للارتباط الوثيق بتكوين الأسرة واستقرار المجتمع، لكن وفي خضم الظروف والمستجدات التي يعيشها المجتمع الجزائري خاصة في السنوات الأخيرة و مايرتبط منها من مشاكل و صعوبات، فإنه قد تحدث وقائع و ظروف تجعل من استمرار العلاقة بين الطرفين

¹ لجلط فواز، إشكالات تنفيذ الأحكام القضائية في مادة شؤون الأسرة، المرجع السابق، ص 105.

في غاية الصعوبة، مما يضطر الأخير لطلب حق الطلاق. لذلك نجد أن القاضي ملزم بإقامة الصلح بين الطرفين، وقد لا يوفق في الإصلاح بينهما و بالتالي نكون أمام طلاق فعلي من الناحية الشرعية و استمرار لحياة الزوجية بحكم القاضي من الناحية التشريعية، لذا جيب إعادة النظر في كيفية استرشاد القاضي بالممارسة العرفية و إسقاطها على التجربة العملية، لضمان استقرار العلاقات في مجال الأحوال الشخصية.

ان عدم تناسق الأحكام القضائية التي تصدر فيمجال فك الرابطة الزوجية و اعتبار آثارها غير عملية و هو ما سنلاحظه في معالجتنا.

و تجدر الإشارة إلى أن الاجتهادات المحكمة العليا دور كبير في استكمال ما غفل عنه المشرع في قانون الأسرة الجزائري، وذلك على اعتبار أن الصياغة من النصوص الغامضة والمسائل العالقة التي يكتسبها العموم وتحتاج لتفسير، فضلا عن مسائل أخرى شابها النقص و التعارض، حيث وضع المشرع الجزائري المادة 222 من قانون الأسرة للرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية، حتى يكمل التطبيق القضائي مهمته في سد ثغرات القانون على أكمل وجه كحل لكل مسألة لم ترد فيه، وهو ما سارت عليه معظم التشريعات الأسرية العربية على اختلاف مذاهبها الفقهية. و نتعرض بصفة أساسية إلى دور المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري اذ تنص المادة 222 من قانون الأسرة (2005) على: "أن كل ما لم يرد على النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية". و بالتالي نستنبط من خلال نص المادة 222 ان الشريعة الإسلامية هي المصدر الأساس لقانون الأسرة، و قد وردت ديباجة المشروع التمهيدي ما يأتي: "اعتمدت اللجنة في وضع هذه النصوص على المصادر الأساسية التالية:

- القرآن الكريم- السنة النبوية – الإجماع – القياس- الاجتهاد – الفقه على المذاهب الأربعة في بعض المسائل¹.

وعليه نستشف من قواعد قانون الأسرة التي تتضح من خلال مصدريتها الشرعية، وكذا اجتهادات المحكمة العليا، أن انعدام النص هو السبب الوحيد الذي يضطر القاضي للإحالة للشريعة الإسلامية، وذلك عن طريق المادة 222 ،مع عدم التقيد بمذهب معين، باعتبار أن الفقه الإسلامي يعتبر ثروة تشريعية ضخمة، فبمبادئه وأحكامه تستنبط الحلول لجميع المسائل على كثرتها.

ومن سلبيات المادة 222 أنها برغم انفتاحها على كافة المذاهب الفقهية، يبقى هذا الانفتاح نسبيا لأن نتيجة عدم التقيد بمذهب واحد هو اختلاف الأحكام، في المسائل التي أغفلها القانون مما يتسبب في اختلاف الأحكام القضائية على مستوى الجهات القضائية، كون القاض ي عند اجتهاده تكون أمامه الكثير من الآراء الفقهية من مختلف المذاهب، بل تتعدد الآراء

¹ابويزري السعيد، قانون الأسرة ماله و ما عليه، مجلة البصيرة للبحوث و الدراسات الإنسانية، مركز البصيرة ، الجزائر، ط 2000، ص 194.

داخل المذهب الواحد في مسألة واحدة، وعليه فعمل المحكمة العليا في هذا المجال كبير لتنظيم الاجتهادات في المسائل التي لا نص فيها، ولتسهيل الاطلاع عليها أصبحت تصدر المجلة القضائية التي تحوي أحدث الاجتهادات القضائية في جميع التخصصات.

و من نجد جملة من المسائل التي أغفلها المشرع وكان للاجتهاد القضائي دور كبير في إرساء الأحكام الإجرائية، نصوص قانون الأسرة كغيرها من القوانين قد يعثرها القصور والغموض والنقصان، كما قديعثرها الوضوح والبيان، وذلك راجع لمصدرية قانون الأسرة الشرعي، فينتج عن ذلك نصوص ثابتة منبثقة عن نصوص شرعية قطعية الثبوت والدلالة لا مجال للاجتهاد فيها، وأخرى متغيرة قابلة للاجتهاد، تحوي نصوا عمومية تحتمل أكثر من تأويل، و أخرى غامضة بسبب التعميم و انعدام التفصيل، يستحيل معها، التطبيق على مستوى العدالة، يفكر في حل الاستدراك الفراغ القانوني جاعلا من المادة 222 من قانون الأسرة الجزائي جسرا للعبور نحو الحل لكل مسألة لم ترد في التقنين، لكن، لكن التطبيق القضائي لهذه الأخيرة قد ينتج عنه أحكام قضائية متباينة نتيجة اطلاق المادة وانفتاحها على كل المذاهب، هذا الواقع يبرز أهمية الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا ويجعل منه أداة لتوحيد الاجتهاد وسد الفراغ القانوني الناشئ عن قواعد قانون الأسرة¹.

و ملاحظ لترسنة أحكام الموضوعية و الإجرائية أنه يستدعي إعادة النظر في الكثير من نصوص قانون الإجراءات المدنية و هذا بالنظر إلى ما يرفعه واقع الممارسة من تساؤلات عن حالات قد يتناولها المتخصص من عدة جهات.

في هذا الإطار، سنحاول أن نلمس بعضا من الحالات و التي سنطرقها على سبيل التقريب بين النص و واقع تطبيقه ما قد يطرح من إفرازات طرق فك النزاع ما تعلق منه بقضاء شؤون الأسرة، بحيث أنها من جهة غير منسجمة مع نصوص قانون الأسرة، ومن جهة أخرى بعض نصوصها الإجرائية متعارضة، أو بالأحرى متناقضة، كما أن نصوص قانون الأسرة مستوحاة من الشريعة الإسلامية، مع العلم أنها مصدر احتياطي أول بعد التشريع مما يجعل رجال القانون والقضاء يفتقدون إلى أدنى طرق الاستفادة منها، ثم أن نصوص قانون الإجراءات المدنية تعترض رجال القضاء في إمكانية جعل نصوص قانون الأسرة غير مخالفة للشريعة الإسلامية، فضلا عن بعض الإشكالات والنقصات والمعوقات التي أفرزها الواقع العملي في التشريع الإجرائي للأسري.

و بناء على هذا الطرح سنحاول معالجة إشكالية تنفيذ زيارة الولد المحضون والتجاوزات القانونية في هذا الإطار وسبل إصلاح آليات التنفيذ في هذا الصدد (المطلب الأول) ثم إشكالية تنفيذ النفقة وامتناع المطلق عن دفع المبلغ التعويضي للطالق (المطلب الثاني) و في أخير معالجة إشكالية تنفيذ حكم مصادرة الأثاث وتسليمه إلى المحضر

¹ بويصري السعيد، المرجع السابق، ص 197.

القضائي بناء على قرار القاضي حيث يكون الأثاث قديما أو مغايرا لما ورد في العريضة المرفوعة إلىالجهة القضائية أو عدم وجوده أصلا¹.

المطلب الأول: إشكالية تنفيذ زيارة الولد المحضون والتجاوزات القانونية في هذا الإطار وسبل إصلاح آليات التنفيذ في هذا الصدد.

كثيرا ما تواجه الحياة الزوجية مشاكل قد تؤدي إلى زعزعة استقرارها، مما قد ينتج عنه الانفصال الحتمي بين الزوجين، ولعل من أهم آثاره التي قد تنتج عنه هو حضانة الأطفال الناتجين عن هذا الزواج، لذلك عمل المشرع على حماية الأطفال وضمان حقهم في الحضانة. اذ يعد موضوع حماية الطفل المحضون من المواضيع التي استحوذت على اهتمام الباحثين و المفكرين سواء الفقهاء أو رجال القانون، باعتبار أنها من أهم الآثار القانونية لانحلال رابطة الزوجية، و وضع الطفل عند من هو اقدر على حضانته كون هذا الأخير يتصف بصفتين متكاملتين كون الحضانة حقا و واجبا، و ترتبط الحضانة بمسألة اكثر أهمية هي الزيارة فرغم ان المشرع الجزائري حاول الإلمام بجميع الأحكام المتعلقة بالحضانة وتنظيمها في قانون الأسرة، إلا أنه قد أغفل حق الزيارة بصفة كلية تقريبا، رغم ما يطرحه هذا الحق من إشكالات أمام القضاة، نظرا لكون معظم حالات انحلال الزواج لا تنتهي بودية، ما قد يجعل كل طرف يحاول الإضرار بالأخر²، خاصة بالاستئثار عن طريق الأولاد ومنعهم عنوحرمانه زيارتهم وتوطيد صلته بهم، أو تعطيل ذلك، هذا الحق الذي اضحى اليوم محل جدل كبير من خلال كثرة الإشكالات التي يطرحها و التي نجد فيها تعارض كبير بين ما هو مقرر قانونا و بين ما هو معمول به في الواقع لاسيما و أن هذا الحق من أهم الحقوق التي تضمن للطفل استمرار روابطه بالمحيط العائلي و الحفاظ على هويته. خصوصا أن زيارة المحضون في قانون الأسرة من المواضيع التي لم تحض بالعناية الكافية من الإحاطة والوضوح على الرغم من أنها ترتبط أساسا بالطفل ورعايته المعنوية التي تنعكس سلبا أو إيجابا على حياته بجميع أبعادها وقد اكتفى المشرع بالإشارة إلى اقترانها بالحكم عند إسناد الحضانة في محاولة منه لترك المجال واسعا للسلطة التقديرية لقاضيشؤون الأسرة عند تدخله في قرار حق الزيارة وبدائها وتنظيمها وضمان تنفيذها عن طريق تحديد مجالها وأشخاصها مراعىا في ذلك كله مصلحة المحضون.

الفرع الأول: إشكالية تنفيذ زيارة الولد المحضون والتجاوزات القانونية.

تواجه عملية تنفيذ زيارة الولد المحضون والتجاوزات القانونية في الحكم القضائي عدة إشكالات دون تحصيلها و دفعها لمستحقيها، و اهم هذه الإشكالات ما يلي:
البند الأول: مدلول زيارة الولد المحضون.

¹بويصري السعيد، المرجع السابق، ص 197.

² بوقرة أم خير، مسكن الزوجية بين الإقامة الزوجية و ممارسة الحضانة، مجلة المنتدى القانوني، العدد 4، ط 2007، ص 23.

تعرف الحضانة.

* لغة:

الحضانة بفتح الحاء و كسر ها هي مأخوذة من الحضن و هو الجنب، وذلك لأن الحضانة ترد إليه الصبي، و منه الاحتضان، و هو احتمال الشيء و جعله في الحضن كما تحتضن المرأة ولدها، يقال: حضن الصبي يحضنه حضنا و حضانة أي رباه و حفظه، و سميت الحضانة بذلك لما فيها من معاني التربية و الحفظ للصبي و القيام على شؤونه¹.

* اصطلاحا:

عرفها ابن عرفة بقوله: " هي حفظ الولد في مبيته و مؤونته و طعامه و ملبسه و مضجعه و تنظيف جسمه"².

فيما ذكر الأحناف: " أنها عبارة عن حفظ الصغير أو الصغيرة أو المعتوه الذي لا يميز و لا يستقل بأمره و تعهده بما يصلحه و وقايته مما يؤديه و يضره و تربيته جسميا و نفسيا و عقليا و دينيا و خلقيا كي يقوم على النهوض بتبغات الحياة الاضطلاع بمسؤوليتها³. و قد أوردت الشافعية تعريفا لها بقولها: بانها تربية من لا يستقل بأمر بما يصلحه و يقيه عما يضره و لو كان كبيرا مجنونا كان يتعهد يغسل جسده و ثيابه و دهنه و كحله و ربط الصغير إلى المهد و تحريكه لينام⁴.

و عرفها الحنابلة أنها نوع من الولاية و على الإناث ان يقمن بها بأنهم اشفق و اهدأ إلى التربية و اصبر على القيام بها و اشد ملازمة للأطفال، فاذا بلغ الطفل سنا معينة كان الحق في تربية للرجل لأنه الأقدر على حمايته و صيانتة و تربيته من النساء⁵.

* تعريف الحضانة قانونا:

جاء تحديد معنى الحضانة في قانون الأسرة الجزائري في المادة 62 الأمر 02-05 المؤرخ في 2005/02/27 " الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه و السهر على حمايته و حفظه صحة و خلق". ويشترط في الحاضن أن يكون أهلا للقيام بذلك⁶.

¹ ابن منظور، لسان العرب، المرجع السابق، ص 910.

² الدردير أبو البركات، الشرح الصغير على اقرب المسالك، دار المعارف، مصر، ط 1992، ص 756.

³ محمد أمين ابن عابدين، رد المحتار الدر المختار شرح تنوير الأبصار، دار الفكر، بيروت، ط 2000، ص 56.

⁴ الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، دار الكتب العلمية، بيروت، ط 1993، ص 452.

⁵ ربيعة الغات، الحضانة بين أحكام التشريع الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري مدعما باجتهادات قضاء المحكمة، حوليات، العدد 27، ط 2015، ص 37.

⁶ بن داود حنان، الحضانة في قانون الأسرة الجزائري، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية و السياسية، المجلد 4، العدد 2، ط 2019، ص 230.

و تجدر الإشارة إلى أن التعريف الذي خصه التشريع الجزائري للحضانة على الرغم من احتوائه على أحد أهداف الحضانة و أسبابها يعتبر احسن تعريف مقارنة بالتشريعات الدول الأخرى لاسيما شموليته بأفكار لم يشملها أحد غيره، حيث ان التعريف جمع في عمومته كل ما يتعلق بحاجيات الطفل الدينية و الصحية و الخلقية و التربوية و المادة و بناء على ذلك فانه يتعين على المحكمة عندما تقرر الطلاق أو انحلال عقد الزواج لسبب من الأسباب و تفصل في حق الحضانة أن تراعي كل هذه العناصر التي تضمنها التعريف، و ان تراعي تبعا لذلك حاجيات المحضون و مصلحته الحقيقية التي يجب ان تتوفر له طيلة مدة احتياجه إلى من يحضنه و يراعى شؤونه¹.

مفهوم زيارة المحضون:

* تعريف زيارة المحضون لغة:

زار يزور، زيارة، وزارة، و ازداره: أتاه يقصد الالتقاء به فهو زائر. والزيارة مصدر الزور بمعنى الميل أو الرغبة إلى طرف و العدول عن غيره (الزاء و الواو والراء أصل واحد يدل على الميل و العدول، فإن من هنا جاءت كلمة الزائر ألن من زار أحد قد مال إليه وعدل عن غيره².

الزيارة في معناها اللغوي هي القيام برؤية الشخص، وبذلك فهي ترتبط أساسا بمفهوم الرؤية. والرؤية لغة من راه يريه، أي ذهب وجاء³، فالزيارة هي الرؤية جيئة وذهابا. كما قد تأتي الزيارة كذلك بلفظ المشاهدة، وهي بمعنى معاينة الشيء عن كثب والنظر إليه والتمعن فيه وإدراكه نظرا أو علما أو اعتقاد⁴

* تعريفها اصطلاحا:

هي زيارة المحضون هي ذلك الحق الذي يتيح لمن لم يسند له حق الحضانة في إقامة علاقات شخصية أو ان يقيم علاقة مع المحضون بالمراسلة أو الاتصال الشخصي دوريا (خروج، سفر، ...الخ)⁵.

* تعريف الزيارة من خلال التشريع والقضاء:

لم يعرف المشرع الجزائري مفهوم زيارة المحضون كما أنه لم يحدد غايته أو أساسه بل ألزم¹.

¹ بلحاج العربي ، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 370.

² القرويني الرازي، معجم مقاييس اللغة، ج 2، دار الفكر، ط(1) 1979، ص 357.

³ الفيروز آبادي، المحيط، المرجع، ص 1609.

⁴ حميد سلطان علي الخالدي، مشاهدة المحضون: دراسة مقارنة بين القانون والشريعة الإسلامية، مجلة جامعة بابل، بابل، مجلد 15، عدد 2، ط 2007، ص 451.

⁵ منصور القاضي، معجم المصطلحات القانونية، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر و التوزيع، بيروت، ط (1) 1998، ص 872.

هذا ولمزيد من الوقوف على معنى زيارة المحضون وجب التعرض إلى مصطلحين مجاورين من ذلك الاستصحاب والإقامة أو المبيت، ولئن كانت الزيارة تعني في مفهومها العام واللغوي مجرد النظر و الألقاء فإن الاستصحاب يعد الطريقة التي يستطيع من خلالها غير الحاضن أخذ المحضون من المكان الذي يوجد فيه مع حاضنه بشرط إرجاعه. في حين تعني الإقامة أخذه للعيش معه فترة من الزمن تكون خاصة أيام العطل المدرسية. على أن الاستصحاب والإقامة كما ورد تعريفهما ليسا منفصلين عن الزيارة بل هي طرائق يستطيع من خلالها غير الحاضن من ممارسة حقه و إسنادها إليه خاضع في ذلك مصلحة المحضون و بالأساس سن فلا يعقل أن يعقل أن يحكم القاضي بالإقامة أو بالاستصحاب لرضيع لم يبلغ من العمر أعوامه الأولى².

البند الثاني: دور القضاء في ضمان حق زيارة المحضون.

يثير حق زيارة المحضون أثناء ممارسته العديد من المشاكل القانونية، حيث يسعى كل طرف جذب الطفل لنفسه والتأثير عليها لتغييره من الطرف الآخر وذلك بدافع التنكيل به والانتقام منه، فغالبا ما تعتمد الأم بوصفها حاضنة إلى منع غير الحاضن من زيارة لذة كبده سواء يصده عن ذلك كان تقوم بطرده أو المماطلة في إحضار المحضون أو السفر به إلى مكان يعسر معه على غير الحاضن من زيارته و لا شك ان ذلك يعد تعديا على حق الحاضن و المحضون معا و ضررا يلحقهما في عاطفتها.

كما أن عدم احترام زيارة المحضون قد يكون من جانب غير الحاضن عندما يعتمد إلى الإضرار بالمحضون وذلك باعتياد سوء معاملته أو تعود إهماله أو أن يقوم بالفرار به خاصة ما إذا كانت الزيارة تمارس بالاستصحاب، مانعا حاضنه من ممارسة حقه في رعايته وحفظه. كما قد يمتنع في حالات أخرى عن ممارسة حقه في الزيارة مما يترك فراغا نفسيا هائلا عند المحضون و في ذلك تأثير جد كبير على استقراره العاطفي وتوازنه الاجتماعي مما دفع بالمشرع إلى إلزام القاضي بالنص في حكمه لتنظيم حق الزيارة وفق سن المحضون وحالته وحالة غير الحاضن وتوقيت الزيارة³.

و يظهر دور الاتفاق في تنظيم و ضمان حق زيارة المحضون إذا كان عقد الزواج هو عقد رضائي طبقا لأحكام المادة 09 ق أ التي تنص على أنه ينقذ الزواج بتبادل رضا الزوجين، كما أن المشرع من خلال أحكام المادة 48 من ق أ التي تنص على أنه " ينحل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بتراضي الزوجين....." و بالتالي فإن المشرع جعل لإرادة

¹ القانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 يونيو 1984، المتضمن قانون الأسرة المعدل و المتمم، بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005، الجريدة الرسمية، العدد 15، ص 30.

² عيسى طعيبة، حق زيارة المحضون و ضمانات إقراره و تنفيذه على ضوء قانون الأسرة و الاجتهاد القضائي، مجلة الحقوق و العلوم الإنسانية، المجلد 11، العدد 1، ط 2020، ص 270.

³ عيسى طعيبة، المرجع السابق، ص 273.

الزوجين دوراً أساسياً في تنظيم جميع الآثار التي قد تترتب عن إنهاء العلاقة الزوجية خاصة منهما ما يتعلق بالاتفاق على مصلحة البناء المشتركين ومنها تنظيم حق الزيارة¹، حيث "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 علماً بالحق الذي يراه بدون تضيق أو تقيد أو مراقبة فالشرع أو القانون لا يبيّن الأشياء على التخوف بل على الحق وحد و ثمة فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقاً للقانون، ولما كان ثابتاً في قضية الحال، أن المجلس القضائي لما قضى بزيارة الأم لأبنتيها بشرط أن لا تكون الزيارة خارج مقر سكن الزوج، فبقضائه كما فعلت جاوز اختصاصه وقيد حرية الأشخاص وخالف القانون والشرع ومتى كان كذلك، استوجب نقض القرار المطعون فيه².

كما اعتبرت المحكمة العليا " أنه لا يجوز شرعاً ولا يصح تحديد ممارسة حق الزيارة للزوج في بيت الزوجة المطلقة لأن المطعون، ضدها بعد طالقها أصبحت أجنبية عن الطاعن وأن الهدف من حق الزيارة لا يتحقق في قضية الحال إلا عندما تتمتع البنات برعاية والدها ولوساعات محددة³.

¹ المحكمة العليا، غ. أ. ش، رقم 59784، الصادر في 16/04/1990، المجلة القضائية 1991، عدد 4، ص 126.

² المحكمة العليا، غ. أ. ش، رقم 79891، الصادر في 1990، المجلة القضائية، ط 1992، عدد 1، ص 55.

³ قرار رقم 214290، الصادر في 15/12/1998، المجلة القضائية، ط 2001، عدد خاص، ص 194.

البند الثالث: النطاق الجزائي لجريمة الامتناع تسليم الطفل المحضون.

جاء نص المادة 327 من قانون العقوبات الجزائري " كل من لم يسلم طفلا موضوعا تحت رعايته إلى الأشخاص الذي لهم الحق في المطالبة به، يعاقب بالحبس من سنتين إلى خمس سنوات " فيما أضافت المادة 328 من نفس القانون " يعاقب بالحبس من شهر إلى سنة و بغرامة مالية من 500 إلى 5000 دج الأب و الأم أو أي شخص آخر لا يقوم بتسليم قاصر قضى بشأن حضانته بحكم مشمول بالنفاذ المعجل أو بحكم نهائي إلى من له الحق في المطالبة به و كذلك كل من خطفه ممن وكلت اليه حضانته أو من الأماكن التي وضع فيها أو بعده عنه أو عن تلك الأماكن أو حمل الغير على خطفه أو إبعاده حتى و لو وقع بدون تحايل أو عنف و تزداد عقوبة الحبس إلى ثلاث سنوات اذا كانت أسقطت السلطة الأبوية عن الجاني¹.

و يتعين على الضحية ان يثبت صفته في الدعوى عن طريق إثبات حق الزيارة الذي لا يكون ألا بموجب الحكم القضائي سواء كان ذلك الحكم معجل النفاذ أو حكما نهائيا قابلا للنفاذ، و اذا فقد الحكم صفة النفاذ لا يمكن للمحضر القضائي ان ينتقل مع الضحية لإثبات واقعة عدم التسليم، و بالتالي لا يمكن للنيابة العامة تحريك و مباشرة الدعوة العمومية في هذا الموضوع.

و قد اشترط المشرع لقيام الركن المادي للجريمة ان يكون هناك حكما مشمول بالنفاذ المعجل أو نهائيا، و اذا كانت مسالة الزيارة محل منازعة قضائية فلا جريمة جنائية ضده². و في اطار آخر في حال ما اذا استندت الحضانة بموجب قرار قضائي إلى احد مستحقيها قانونا و تبين فيما بعد أن هذا الشخص قد عجز أو أخل بواجبه نحو المحضون بحيث قد تركه دون رعاية و لا حماية و لا تعليم أو تربية فإنها إشارة انه لم يعد أهلا للحضانة و للمحكمة ان تحكم بإسقاط الحضانة عنه بناء على طلب من احد مستحقيها³ و في هذا الصدد فقد خلصت المحكمة إلى انه من المقرر شرعا و قانونا أن جريمة الزنا من اهم مسقطات الحضانة مع مراعاة مصلحة المحضون" و متى تبين في قضية الحال أن قضاة الموضوع لما قضوا باستناد حضانة الأبناء الثلاثة للأم المحكومة عليها من أجل جريمة الزنا فإنهم بقضائهم كما فعلوا خالفوا القانون و خاصة أحكام المادة 62 من قانون الأسرة الجزائري و متى كان كذلك استوجب نقض القرار جزئيا فيما يخص حضانة الأولاد الثلاثة⁴.

¹ بن عامر يزيد، زيارة المحضون على ضوء الاجتهاد القضائي الجزائري، مجلة دائرة البحوث و الدراسات القانونية و السياسية، مخبر المؤسسات الدستورية و النظم السياسية، العدد 6، ط 2019، ص 159.

² زكية حميدو، مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة، دكتوراه، كلية الحقوق، تلمسان، ط 2005، ص 206.

³ امر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005 المعدل و المتمم للقانون 84-11 المؤرخ في 09 جوان 1986 المتضمن الأسرة الجزائرية.

⁴ قرار المحكمة العليا، غ أ ش، قرار رقم 171684، المؤرخ 1997/04/30، عدد خاص 2001، ص 169.

الفرع الثاني: أليات إصلاح إشكالات تنفيذ زيارة الولد المحضون.

إن إصلاح إشكالات تنفيذ زيارة الولد المحضون تتم عبر صيغ إعتبرها المشرع من الحقوق الثابتة و هو ما سيتم معالجته.

البند الأول: تفعيل آلية الزيارة كأداة لرقابة مصلحة المحضون و متابعة تنفيذها.

إعتبر المشرع مسألة زيارة المحضون من الحقوق الثابتة للطرف غير الحاضن هذا الحق المقرر له ليس بصفة أصلية و إنما بصفة تبعية لحق المحضون في الزيارة عملاً بمبدأ تحقيق مصلحة المحضون، و يتمحور ذلك بهدف تربية المحضون (على دين أبيه) وتعليمه وتفقد صحته وخلقه (تحقيق أهداف المادة 62 من قانون الأسرة)، وهو كذلك وسيلة غير مباشرة لرقابة الحاضنة في ممارستها اليومية للحضانة وقد ذهب فقهاء المالكية إلى أنه من حق الأب أن يأخذ المحضون من حاضنته ليسلمه إلى أحد الكتاب لتعليمه أو إلى الصانع لتدريبه، ولكن أن لا يبيت إلا عند حاضنته¹ وعليه يجب ممارسة زيارة المحضون ممن له الحق في ذلك وعليه وجب من كان تحت عهده ترك المحضون أن يتصل بأبيه أو امه يراعي مصالحه و يراقب شؤونهم و يوجهه التوجيه السليم، و بالمقابل إذا كان الأب هو الحاضن وجب عليه أن لا يحرم الأم من الالتقاء بولدها، لأنها بفطرتها تحمل الحنان والعطف والشفقة ستتمكن بواسطة هذه الزيارة من تقديمها له² و هو ما عالجته قرار المحكمة العليا "أن الزيارة ليست رؤية المحضون فحسب بل هي متابعة شؤونهم و الوقوف على أمورهم..³

ويكون الوقوف على أمورهم ومتابعة شؤونهم نوع من الرقابة لصاحب الزيارة سواء على الحاضن من خلال رعايته للمحضون وكذلك بالدرجة الأولى للمحضون من خلال الوقوف على صحته وتربيته وتعليمه وأحواله المعيشية وكلما كان صاحب الزيارة قريباً من المحضون، تقلصت الآثار السلبية الناتجة عن الانفصال بين الزوجين، أو المانع الذي أدى لعدم اجتماع الحاضنين مع المحضون لعل أفضل الطرق هو تعاون كامل الوسط الأسري لرعاية المحضون والاستثمار في الوقوف على تنمية شخصيته في وسط سوي، بما ينتج عنه شخصية متوازنة نفسياً وعقلياً، بعيداً عن الخلافات الشخصية وتصفية الحسابات، بين الوالدين لا ذنب لهم فيه، لذلك فإن ممارسة كل من الحاضن وصاحب الحق في زيارة، لدوره بكل حياد سيساهم في بناء شخصية المحضون بما يحقق مصلحته.

إن ممارسة حق الزيارة يجب أن يسير في ظروف عادية، حتى لا تؤثر على نفسية المحضون كما يقع على صاحب الحق في الزيارة أن لا يتعسف في استعمال حقه في الزيارة بالخروج عن نطاق حقه كان يحتفظ بالمحضون لمدة أطول، و عليه فإن القاضي يحكم بحق

¹ نواف خالد، مشاهدة المحضون، دراسة مقارنة، مجلة كلية القانون للعلوم القانونية و السياسية، المجلد 4، ط 2013، ص 383.

² زكية حميدو، مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة، دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، ط 2005، ص 193.

³ قرار المحكمة العليا، ملف رقم 59784، الصادر بتاريخ 16/04/1990، المجلة القضائية 1991، ص 126.

الزيارة للطرف الذي لم تسند له الحضانة، و هذا ما تبرره مصلحة المحضون و كذلك ما يبرزه إهتمام المشرع بالمحضون و حمايته بنص تجريمي عن فعل عدم تسليمه لمن له الحق في الزيارة و تسليط عقوبة جزائية عليه¹.

كما نشير إلى ما تعلق منها بالنفقة والحضانة والزيارة والسكن، إن هذا الأمر يدل على أن قضاء الأسرة بصفة عامة والقضاء الاستعجالي بصفة خاصة يقوم بدور هام أثناء تدخله لضمان حق الزيارة وتنظيمه وتنفيذه أيضا، وذلك عن طريق تحديده لزمانها ومكانها بشكل دقيق.

وما تجدر الإشارة إليه أن المشرع حينما تناول مصطلح مصلحة المحضون لم يتعرض لتعريفها بل ترك أمر تقديرها و التوسع فيها للسلطة القضاء وفقا لما يحقق مصالح المحضونكون أن المصلحة طلب مراجعته وتعديله بما يتلاءم وما استجد من ظروف.

ومن الأسباب التي تستدعي تغيير وقت الزيارة تزامنها مع الفترة التي يكون فيها الطفل المحضون مرتبطا بمواعيد الدراسة، بالإضافة إلى أن تعديل الزيارة قد تستدعيه دوافع موضوعية منها كون المكان المحدد للزيارة يسبب ضررا للمحضون²، لا سيما حينما يتعلق الأمر برضيع تم تحديد مكان زيارته خارج بيت حاضنته الأم، الأمر الذي يشكل ضررا له مما يستوجب تعديل المكان في هذه الحالة بجعله عند حاضنته الأم لحاجته إلى الرعاية باستمرار. و على العموم فإن الظروف التي تستدعي تغيير وقت الزيارة ومكانها أو تغييرهما معا تعد من أمور الواقع التي يستقل بتحديد هاقضاة الموضوع وفقا لسلطتهم التقديرية.

البند الثاني: الحلول المقترحة لإصلاح إشكالات تنفيذ زيارة الولد المحضون.

قبل إقتراح الآليات و السبل التي من المفروض أن تخضع للقواعد القانونية وجب علينا التطرق إلى أهم إشكالات المتعلقة بحق الزيارة، إذ نجد و بالرجوع إلى قانون الأسرة و بالتحديد إلى نص 57 مكرر المستحدثة بموجب الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005، نجد أن المادة إستحدثت من أجل تعديل حق الزيارة، حيث أجازت لأصحاب الحق في الحضانة بما فيهم الأب و الأم بطبيعة الحال، أن يتقدموا بطلب في شكل عريضة كتابية مسببة و موقعة و يتم إيداعها لدى أمانة الضبط بالمحكمة التي ستنتظر في موضع دعوى الطلاق إذا أن متولى الحضانة يطالب بالحكم له بالحق فيها سواء لمحضون واحد أو لأكثر، و يتم رفع هذه العريضة بطريقة استعجالية و هي طريقة مؤقتة طوال فترة الممتدة ما بين تاريخ رفع دعوى الطلاق أو التطلق من احد الزوجين و ما بين صدور حكم قطعي أي

¹ بن عامر يزيد، زيارة المحضون على ضوء الاجتهاد القضائي الجزائري، مجلة دائرة البحوث و الدراسات القانونية و السياسية، مخبر المؤسسات الدستورية و النظم السياسية، العدد 6، ط 2019، ص 159.

² عيسى طعيبة، المرجع السابق، ص 275.

نهائي بشأن موضوع دعوى الطلاق و بشأن الحضانة و الزيارة و المسكن. و من ثمة فللقاضي الأمور المستعجلة قبولها متى تأكد من وجود دعوى طلاق مرفوعة أمام نفس المحكمة و كذلك بأن طالب الحضانة المؤقتة يكون اقدر على رعاية المحضون إعمالا لقاعدة- مراعاة مصلحة المحضون¹.

و ننوه إلى أن أول مشكل يظهر بعد افتراق الأبوين هي محاولة استئثار من بيده الحضانة المحضون و أبعاده عن الآخر قدر الإمكان، مما يجعل المحضون محور هذا التنازع و يعرضه لكثير من الانعكاسات التربوية و النفسية و قد يؤول به إلى انحراف و مهما تضافرت الجهود لتعويض الصغير عما فقده بفراق أبويه، فلن تتمكن من بلوغ شيء المطلوب، و إنما تسعى في ذلك الجهود التشريعية منها و الاجتماعية إلى ردم اكبر جزء من الهوة السحيقة التي يعيشها الصغير². ثم ان عدم تنظيم المشرع لحق الزيارة تنظيما كافيا و دقيقا هو الأمر الذي فتح العديد من الإشكالات خصوصا ان هذه المسألة نظمت في مادة وحيدة و ترك المجال مفتوحا لأهل الاختصاص من القضاة و هو أمر غير صائب نظرا لان محل الاعتبار هنا هو مصلحة المحضون و التي كان من الأجدر أن تكون موحدة لأنها تختلف باختلاف البلد أو باختلاف الزمان بل تختلف من محكمة إلى أخرى و من قرار إلى آخر، حيث و بالرجوع إلى نص المادة 64 من قانون الأسرة الجزائري نجد أن المشرع رتب الحاضنين كما سبق الإشارة بقوله (الأم أولى بحضانة ولدها، ثم الأب، ثم الجدة، ثم الجدة الأب، ثم الخالة، ثم العمة، ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك، و على القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة ان يحكم بحق الزيارة، غير أنه قد ورد في إحدى قرارات المحكمة العليا نجدها قد منحت حق الزيارة للخالة، فطالما أن القانون منحها حق حضانة أبناء أختها فكيف لا يمنحها حق زيارتهم³ ووفقا للقرار رقم 258479 الصادر في 2001/01/23 يقضي " للخالة الحق حق الزيارة لأن القانون رتبها في المرتبة الثالثة لمن يستحقون حقوق الحضانة و متى كان ذلك فان لها الحق بالزيارة مما يجعل القرار المطعون فيه قد وفق فيما يقضي فيه " كذلك أن الحق في الزيارة لا يقتصر على طرفي النزاع حول الحضانة بل يتجاوزها لكل من يرى القاضي أن من مصلحة المضحون رؤيته، كالجد أو الجدة مثلا، فمن خلال الرجوع إلى قرار للمجلس الأعلى (المحكمة العليا الصادر في 8 اكتوبر 1969 و الذي ينص " من حق الأجداد استقبال أحفادهم لزمن محدد خلال السنة دون المساس بحقوق الشخص القائم على السلطة الأبوية و بما يتفق مع مصلحة المحضون " فالأجداد بمثابة أصول للمحضون".

¹ لحسين بن شيخ ملويا، المنتقى في قضاء الأحوال الشخصية، ج 1، دار هومة، الجزائر، ط 2005، ص 525.

² محمد عليوي، المرجع السابق، ص 190.

³ عيسى طعية، المرجع السابق، ص 272.

فالإشكال المطروح في هذا الصدد هو: هل نعتبر أصحاب حق الزيارة هم الأشخاص المنصوص عليهم في المادة 64 من قانون الأسرة الجزائري على سبيل الحصر أم أن الأمر يخضع للسلطة التقديرية للقاضي؟، و عليه يفسر هذا الأخير أن نص المادة 64 من قانون الأسرة ليست صريحة تخص أصحاب الزيارة و إنما نستشف منها فقط الأشخاص طالما أن لهم حق الحضانة، كما انه تجدر الإشارة أن بإمكان القاضي تخويل حق الزيارة لكل شخص يرى مصلحة المحضون لقائه بما يملكه من سلطة واسعة في هذا المجال.

و من جهة أخرى فان جملة الإشكالات التي تطرحها أوقات زيارة المحضون، فنجد أن المشرع أعطى للقاضي سلطة تقديرية يخلف الأمر من قضية إلى أخرى و تبعا لاختلاف سن المحضون و تبعا كذلك لاختلاف الزمان و المكان¹، فمن خلال هذا الطرح يتضح ان هذه القاعدة ذاتية تتعلق بكل محضون على حدى تبعا للظروف المحيطة به.

في حين الرجوع إلى ما أقره القضاء الجزائري نجده قد استقر على منح أيام العطل المدرسية سواء الأسبوعية أو الموسمية والأعياد والمناسبات الدينية و الوطنية و يتم تحديدها تبعا للسلطة التقديرية للقضاة، فالعطل المدرسية يتم تقاسمها بالنصف بين الأب و الأم متى كان النزاع بينهما و هو الأكثر شيوعا أما المناسبات الدينية كالأعياد فالיום الأول يقضيه المحضون مع حاضنه أما اليوم الثاني فيمنح الأب المضحون أما بالنسبة لعطل آخر الأسبوع فيقضيها مع الأب، و في غالب الأحيان ما يحكم بالزيارة من 9 صباحا إلى 4 مساء² و يقل هذا الوقت اذا كان المضحون رضيعا³. فعند تحليل هذه النقاط يستدعي طرح بعض التساؤلات من بينها: قد يستخدم المحضون كوسيلة انتقام و إيذاء بين الزوجين فقد نجد ان احد الطرفين يحرم الطرف الآخر من رؤية المحضون، و هو ما يدفع المحضون إلى عيش تجربة نفسية سيئة عن الجو الأسري، و العلاقات الزوجية.

كما أنه و بالرجوع إلى ما نص المادة 65 من قانون الأسرة نجدها تنص على اختلاف المدة التي تنتهي فيها الحضانة⁴، (تنتهي مدة حضانة الأنثى بعد بلوغها سن الزواج- أما الذكر إلى غاية سن 16 سنة) فالأشكال الذي نلتمس هنا هو طول للفترة الزيارة في الحضانة و عليه على فالخل الذي نلتمسه لا يكمن في تقدير سلطة القاضي بل أن الأمر يكاد يعصف بمصادقية الجهاز القضائي باعتبار ان الخل يكمن في قانون لأنه لم يحدد ضوابط الزيارة.

¹ عماري إبراهيم و رباحي احمد، مراعاة مصلحة المحضون في الفقه الإسلامي و بعض التشريعات العربية المقارنة، مجلة البحوث في الحقوق و العلوم السياسية، العدد 3، جامعة ابن خلدون، تيارت، الجزائر، ط 2016، ص 183.

² حسين بن شيخ اث ملويا، المرجع السابق، ص 520.

³ عماري إبراهيم و رباحي احمد، المرجع السابق، ص 183.

⁴ بوزيتونة لينة، حق زيارة المحضون في قانون الأسرة الجزائري دراسة بين القانون و الواقع، المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية و السياسية، المجلد 3، العدد 2، سبتمبر 2019، ص 290.

و عليه من حلول أو السبل التي نطرحها في هذه الورقة ان أول حل لأول إشكال يتعلق بأصحاب حق الزيارة، هؤلاء الأشخاص الغير منصوص عليهم بموجب نص صريح، وهو الأمر الذي أدى إلى اعتبارهم هم انفسهم أصحاب الحضانة المنصوص عليهم في المادة 64 من قانون الأسرة الجزائري، كما أن لأي شخص حق الزيارة متى رأى القاضي ان في ذلك مصلحة للمحضون، و هذا الأخير لابد ان يدعم بموجب نص صريح نظرا للاختلاف الذي تطرح في بعض القضايا وهو الأمر الذي نراه من وجهة نظرنا ان حله يكون بنص صريح لحسم الجدل، أما النقطة الثانية و المتعلقة بحلول إشكالات المتعلقة بأوقات الزيارة، فمن خلال ما سبق وان أثرناه نجدها بدرجة الأولى تصب في الجانب السلبي على المحضون، فكما سبق الإشارة اليه نجد ان المشرع الجزائري لم يحدد أوقات الزيارة تاركا الأم في تقدير سلطة القاضي، و هو ما يستوجب إعادة النظر في الأمر و العمل على تحديد مواعيت الزيارة تبعا لتغير السن، بدون نسيان انه لا بد من المشرع من تحديد عقوبات صارمة¹ لكل من تسول له نفسه اللعب بمصلحة المحضون فينص على الجرائم التي يمكن أن يعاقب بسببها كجريمة الامتناع عن تسليم المحضون، و جريمة تقليل من شان الأحكام القضائية.

المطلب الثاني: إشكالية تنفيذ النفقة وامتناع المطلق عن دفع المبلغ التعويض للطلاق التعسفي.

نظم المشرع الجزائري الميثاق الأسري، بضوابط قانونية، حدد من خلالها الآثار الناجمة عن هذا الترابط الشرعي، من خلال تقريره للحقوق المستحقة لكل طرف والواجبات الملقة على عاتقه، سواء أثناء قيام الرابطة الزوجية أو بعد فكها، وهو بذلك قرر حماية مدنية غير أن ترصيصالحق على نحو يحقق الهدف من إقراره يحتاج إلى حماية جزائية له، و نجد من أهم محل الحماية حق الزوجة والطفل في النفقة، كأثر لعقد الزواج أو بعد انحلاله من أجل ذلك جرم فعل عدم تسديد النفقة المقررة بموجب حكم قضائي، في إطار الجريمة المسماة فحدها أركانها وشروطها، والجزاء المقرر لها، مع تنظيم الجانب الإجرائي لها، غير أن الواقع المعاش أفرز في العديد من الحالات التي تعذر معها وصول المشرع إلى الغاية من التجريم فاستحدث صندوق النفقة كآلية قانونية تحمي الطفل المحضون والمرأة المطلقة، في استفائهما الحقهما في النفقة المقررة قضاء عند تعذر تنفيذ الحكم أو الأمر القضائي بسبب عجز المدين بها أو امتناعه عن السداد، و هو ما سبق الإشارة له، و بما أن المشرع الجزائري تولى تقنين الأسرة الجزائري الذي صدر في صانقة 09 جوان 1984 تحتعدد 84-11² المعدل و المتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فيفري 2005¹ تنظيم العلاقة

¹ محمد عليوي ناصر، المرج السابق، ص 221.

² القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 يونيو 1984، المتضمن قانون الأسرة الجزائري، المعدل و المتمم، الجريدة الرسمية، العدد 24 لسنة 1984.

الأسرة في قالب نصي جعلت الشريعة الإسلامية مصدرا للتشريع فيه، فحدد الأطر القانونية جملة ما قد تعاني منه الزوجة في مسائل انحلال الرابطة الزوجية جرائم ترك مقر الأسرة و إهمال الزوجة الحامل الإهمال المعنوي للأولاد جرم المشرع الجزائري عدم تسديد النفقة. ان مسألة الطلاق التعسفي، تستحق المطلقّة تعسفيا يحكم به القاضي لها للمادة 52 من قانون الأسرة الجزائري، و بالرغم من وجود هذه المادة، فان السؤال حول أساس التعويض الذي قرّره لا تزال قائما، و حتى الدراسات التي أعدت بشأنه لم تصل إلى حلول واضحة، خصوصا أن المشرع الجزائري قد خول ي للزوج أن يطلق زوجته بإرادته المنفردة بموجب المادة 48 من قانون الأسرة ورتب عن تعسفه في ذلك تعويضا للزوجة عن الضرر الذي لحق به بموجب المادة 52 من نفس القانون، وترك للقاضي سلطة تقدير مدى تعسفه والتعويض عنه، كما جعلت الشريعة الإسلامية نفقة المتعة للمطلقة طلاقا لم تكن سببا فيه واجبة وفقا لبعض المذاهب الفقهية ومستحبة وفقا لمذاهب أخرى، وبالمقابل سكت المشرع الجزائري عن تنظيمها في قانون الأسرة بنص واضح غير أنه يتعين على القاضي الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية بموجب المادة 222 من قانون الأسرة للحكم بنفقة المتعة. ويمثل التعويض عن الطلاق التعسفي ونفقة المتعة آليتين قانونيتين للحد من تفشي الظاهرة الطلاق.

الفرع الأول: مدلول الطلاق التعسفي.

يعتبر الطلاق التعسفي طرحا جديدا فلم يعرفه المشرع الجزائري و لا توجد تعريف فقهية لأنه من النوازل المعاصرة.

¹ الأمر رقم 02-05 المؤرخ في 27 فبراير 2005، المتضمن تعديل القانون رقم 84- 11 المؤرخ في 09 جوان 1984 المتضمن قانون الأسرة الجزائري، الجريدة الرسمية، العدد 15، المؤرخ في 22 جوان 2005.

البند الأول: الطلاق التعسفي في قانون الأسرة الجزائري.

مفهوم الطلاق:

* لغة: وهو حل القيد أو الطلاق وهو ضد الحبس، وهو التخلية بعد اللزوم والإمساك ومنه ناقة طالق أي مرسله بال قيد، ويقال أطلقت ابلي وأطلقت أسيري وطلقت امرأتي فالكلمة من الإطلاق¹.

* اصطلاحاً: وهو رفع قيد النكاح في الحال أو المال بلفظ مخصوص²، فحل رابطة الزواج بالحال يكون بالطلاق البائن، أما في المال يكون بعد العدة الشرعية، واللفظ المخصوص هو الصريح كلفظ بائن أو الحرام والطلاق ونحوها وعرفه إمام بن عرفة بأنه: صفة حكيم ترفع حلية متعة الزوج بزوجه، موجبا تكررها مرتين حرمتها عليه قبل زوج³.

مفهوم التعسف:

* لغة: تعسف، يتعسف، تعسفاً، فهو متعسف، و التعسف في الأمر: ظلم و جار و استبداد⁴. تتضمن كلمة تعسف عدة معاني تجتمع حول الميل و الانحراف و الميل و الإقبال على الشيء أو الفعل بلا ترو بالقوة و العنف و الظلم⁵.

* اصطلاحاً:

في اصطلاح الشرعي:

- عرفه متحي الدريني بقوله: التعسف هو استعمال الحق لمجرد قصد الإضرار، أو دون مصلحة تعود على صاحبه، أو لتحقيق أغراض تافهة أو ضئيلة لا تتناسب من أضرار اللاحقة بالغير من الفرد و الجماعة، أو اتخاذ القرار ذريعة لتحقيق مصالح غير مشروعة، بالتحايل على قواعد الشريعة، كل ذلك تعسف محرم في الشرع لمناقضته قصد الشارع في التشريع⁶.

¹ عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق، دار الخل دونية للنشر و التوزيع، الجزائر، ط (1) 2010، ص 272.

² عبد القادر بن حرز الله، المرجع نفسه، ص 680.

³ مسعودي محمد لمين، الطعن في حكم الطلاق في القانون الجزائري، مجلة الفكر القانوني و السياسي، المجلد 6، العدد 1، ط 2022، ص 680.

⁴ احمد مختار عبد الحميد عمر، معجم اللغة العربية المعاصر، ج 2، عالم الكتب، بيروت، ط (1) 2008، ص 1498.

⁵ لاتي محمد، أساس التعويض عن الطلاق التعسفي، مجلة القانون و العلوم السياسية، العدد 4، جوان 2016، ص 260.

⁶ فتحي الدريني، الحق و مدى سلطان الدولة في تقييده، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط (3) 1984، ص 25.

- أما محمد أبو زهرة فعرفه بأنه: استعمال الحق بشكل يؤدي إلى الإضرار بالغير، أما لتجاوز حق الاستعمال المباح عادة، أو لترتب ضرر بالغير اكبر من منفعة صاحب الحق¹.

في الاصطلاح القانوني:

هو إساءة استعمال الحق بحيث يؤدي إلى ضرر بالغير² وعليه فإن أي إساءة تصدر من طرف في استعمال حق مشروع يؤدي إلى بالطرف الآخر فهو تعسف³، ولقد ادرج المشرع الجزائري نظرية التعسف في استعمال الحق ضمن قانون المدني بموجب المادة 124 مكرر منه: " يشكل الاستعمال التعسفي للحق خطأ لاسيما في الحالات الآتية: اذا وقع بقصد الإضرار بالغير- اذا كان يرمي للحصول على فائدة قليلة بالنسبة إلى الضرر الناشئ للغير- اذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة⁴.

- تعريف الطلاق التعسفي:

* لغة: لم يرد لفظ الطلاق التعسفي في كتب الفقهاء الشريعة، بل نشأ المصطلح مع نشوء نظرية التعسف⁵.

* أما في القانون: عرف القانونيون التعسف بأنه صورة من صور الخطأ والخروج عن الحق الذي يترتب عنه المسؤولية التقصيرية، فيما يرى سالي بانه " انتفاء الحق و ليس إساءة استعماله و أضاف قائلاً " و ان الحق الذي يتعسف فيه استعماله ليس إلا برخصة غير داخلية في نطاق اللاحق المدعى به⁶.

نص المشرع الجزائري من خلال نص المادة 48 من الأمر 02/05 بقوله " يحل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم باردة الزواج أو بتراضي الزوجين، و عليه فان الطلاق ينقسم إلى قسمين هما: الطلاق الذي يتم بإرادة الزواج ، و القسم الثاني: الطلاق الذي يكون بتراضي الزوجين⁷، و عليه فالطلاق التعسفي لا يتصور إلا في القسم الأول، أي الذي يكون بإرادة الزوج.

¹ محمد أبو زهرة، التعسف في استعمال الحق، المجلس الأعلى لرعاية الفنون و الآداب، القاهرة، ط 1963، ص 91.
² ساجدة عفيف عتيلى، الطلاق التعسفي و التعويض عنه الشريعة الإسلامية و القانون الأردني، ماجستير في الفقه و التشريع، جامعة نابلس، فلسطين، ط 2011، ص 31.
³ عبد المجيد بن يكن، المستحقات المالية للمطلقة و علاقتها بالتعويض عن الطلاق التعسفي بين الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، العدد 11، جوان 2017، ص 660.
⁴ سليمان محمد الطماوي، التعسف في استعمال السلطة، دار الفكر العربي، القاهرة، ط (2) 1066، ص 448.
⁵ جميل فخري، متعة الطلاق و علاقتها بالتعويض عن الطلاق التعسفي في الفقه و القانون، دار الحامد للنشر و التوزيع، الأردن، ط (1) 2009، ص 148.
⁶ حميد مسرار، نظرية الحق و تطبيقاتها في أحكام الأسرة، دار الكتب العلمية، لبنان، ط (1) 2013، ص 133.
⁷ سليمان ولد خسال، المسير في شرح قانون الأسرة الجزائري، دار طليله، الجزائر، ط (1) 2010، ص 113.

و الطلاق التعسفي باعتباره لقبا أو علميا¹، لم يعرفه المشرع الجزائري، و لا توجد تعاريف فقهية دقيقة، لأنه من النوازل المعاصرة، و مع ذلك حاول البعض تعريفه بقوله: " هو إساءة استعمال الحق، بحيث يؤدي إلى ضرر بالغير، و هو الطلاق في مرض الموت، و الطلاق بغير سبب²."

و مما سبق نجد أن الطلاق التعسفي هو ذلك الطلاق الذي يقع بإرادة منفردة و يكون بنية الحاق الضرر بالزوجة و يترك تقديره للقاضي.

البند الثاني: الطبيعة القانونية للطلاق التعسفي في التشريع الجزائري.

أوضح المشرع الجزائري التكييف القانوني للطلاق التعسفي من خلال نص المادة 01/52 من الأمر 01/05 " اذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق، حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها"، فالمشرع الجزائري أقر بها في الطلاق و رتب عليه التعويض و جعل تكييف الحكم و تقدير الضرر من صلاحيات القاضي، و مع ذلك " لم ينص على معايير هذا النوع من الطلاق و حتى اللجنة التي قامت بوضع مشروع تعديل لم توضح ذلك في شرحها للمواد³

الفرع الثاني: الأساس القانوني للتعويض عن الطلاق التعسفي و جريمة الامتناع عن تسديده.

لقد نص المشرع الجزائري على هذا النوع من الطلاق وفق إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق، حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها، و عليه فالمشرع الجزائري أقر بهذا الطلاق و رتب عليه التعويض و جعل تكييف الحكم و تقدير الضرر و التعويض من صلاحيات و سلطات القاضي.

البند الأول: دور القاضي في تقدير التعويض عن الطلاق التعسفي.

يخضع لأساس القانوني الذي يستند إليه القاضي في تقدير التعويض عن الطلاق التعسفي: لا تستحق المطلقة التعويض إلا إذا ثبتت مسؤولية الزوج عن الطلاق، وقد قضت المحكمة العليا في 27/01/1986 أنه " من المقرر شرعا وقضاء أن المتعة تمنح للزوجة مقابل الضرر الناتج لها من طلاق غير مبرر، ويسقط بتحميلها جزء من المسؤولية فيه، ولما كان الثابت في قضية الحال أن القرار المطعون فيه قضى بإسناد الظلم إلى الزوجين معا، فلا سبيل لتعويض أحده. ومنحالمتعة للزوجة، ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار جزئيا في. يخص المتعة⁴

¹ ولد خصال سليمان، سلطات القاضي في الطلاق التعسفي، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية و الاقتصادية و السياسية، العدد 18، ص 62.

² مصطفى السباعي، شرح قانون الأحوال الشخصية، المكتب الإسلامي، بيروت، لبنان، ط (7) 1997، ص ص 242، 243.

³ سليمان ولد خصال، المرجع السابق، ص 120.

⁴ المحكمة العليا، غ. أ. ش. قرار رقم 39731، الصادر 1986/01/27، مجلة قضائية، عدد 4، ط 1993، ص 61.

فالقضاء بالتعويض وفقا لاجتهاد المحكمة العليا يستلزم إذن تحمل الزوج كافة المسؤولية أي أن دوافع الطلاق كانت كلها من جانبه، فإذا كان جانب من المسؤولية يقع على عاتق الزوجة فقدت حقها في التعويض؛ فالضرر وفقا لهذا القرار ثابت إذا كان الطلاق غير مبرر، ولا داعي لإثبات الزوجة تضررها من هذا الطلاق.

و كان لهذا المبدأ تطبيقات لدى بعض المحاكم، فإذا ما تبين للقاضي أن جانبا من الأسباب الدافعة إلى الطلاق، يتحملة الزوج وجانب آخر تتحملة الزوجة، فهنا يجوز للقاضي استبعاد طلبات الزوجة المتعلقة بالمتعة؛ وذلك لانعدام التعسف، ويتبع ذلك رفضا لطلب التعويض¹.

فالطلاق شرع لرفع الضرر وليس بإلحاق الضرر للزوجة، والتعويض الذي يحكم به القاضي ليس لكل مطلقة، بل في حالة تعسف الزوج في استعمال حقه في الطلاق ويصيب الزوجة ضرر من جراء ذلك، وتطبيقا لنص المادة 52 من قانون الأسرة بقولها "إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق، حكم للمطلقة بالتعويض على الضرر اللاحق بها"؛ فإن الحكم بالتعويض مقيد بشرطين:

- أن يثبت القاضي أن الطلاق لم يكن لسبب جاد، كأن يكون لتفادي مشكلة ولا لدفع ضرر واقع من الزوجة، ولا لأي حكمة من الحكم التي شرع الطلاق من أجلها، وعندئذ يكون طلاقا تعسفيا. وهو ما قضت به المحكمة العليا في قرارها بتاريخ 17/ 11/ 1998 بقولها "من المقرر قانونا أن الزوجة تستحق التعويض في حالة نشوز الزوج أو تعسفه في الطلاق، ومن ثم فإن القضاء بخلاف هذا المبدأ يعد مخالفا للقانون، ومتى تبين من قضية الحال، أن قضية الموضوع قضوا للمطعون ضدها بالتعويض، دون أن يحصل من الطاعن أي تعسف أو نشوز، فإنهم بقضائهم كما فعلوا خالفوا القانون، مما يستوجب نقض القرار المطعون فيه جزئيا²

من هنا يتضح لنا أن مسؤولية الزوج في استعمال حقه بالطلاق التعسفي هو الأساس القانوني الوحيد لاستحقاق المطلقة للتعويض، في حالة الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج ومن ثم بانعدام التعسف الذي يثبت بمشاركة الزوجة في المسؤولية في الطلاق، أو بوقوعه كلية على مسؤوليتها يجعلها تفقد هذا الحق ولو يتم الطلاق بالتراضي.

أن يلحق الزوجة ضرر حقيقي من جراء الطلاق، فإن كان الضرر الأدبي أو المعنوي غالبا ما يصاحب الطلاق، فإن الضرر المادي يحتاج إلى إثبات، كأن أوقفها عن وظيفتها أو

¹ راييس محمد، شامي احمد، دور القاضي في تقدير التعويض عن الطلاق التعسفي و تقدير بدل الخلع " دراسة مقارنة"، المجلة الجزائرية للقانون المقارن، العدد 2، ط 2020، ص 90.

² المحكمة العليا، غ. أ. ش، قرار رقم 39731، الصادر بتاريخ 27/ 01/ 1986، مجلة القضائية، العدد 4، ط 1993، ص 61.

دراستها وتزوجها ثم طلقها من غير سبب. فيرتكز هذا الأساس على الموازنة بين ما يجنيه صاحب الحقمن استعماله لحقه، وبين ما يصيب الغير من ضرر جراء هذا الاستعمال¹. وما دام أن الطلاق بيد الزوج، فدور القاضي هنا يكون الكشف عن إرادة الزوجوليس لها السلطة في رفض هذه الرغبة أو الإرادة، وذلك لاعتبار أنها غير مبررة في حالة ما إذا لم يقدمالزوج أي سبب أو عذر لهذا الطلاق، أو في حالة عدم قدرته على إثبات ما يدعيه، أو لأنه فضلالسكوت على التلويح والتجريح. فالقاضي هنا ملزم بأن يحكم للمطلقة بالتعويض المناسب، وهو ما قضت به المحكمة العليا في قرارها بتاريخ 15 / 06 / 1999 بقولها " من المقرر قانوناً أنه يحق للزوج إيقاع الطلاق بإرادته المنفردة، ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بالقصور في التسبب ليس في محله، ومتى تبين من قضية الحال أن للزوج الحق في تحمل مسؤولية الطلاق دون أن يفصح للقاضي عن الأسباب التي دفعته للطلاق، وذلك تجنباً للحرّج، أو تخطيالقواعد الإثبات، خلافاً للأزواج الذين يقدمون تبريرات لإبعاد المسؤولية عنهم، وعليه فإن قضاةالموضوع لما قضوا بالطلاق بالإرادة المنفردة للزوج طبقوا صحيح القانون².

و من خلال هذا القرار فإن القاضي يخرج عن القواعد العامة في الإثبات التي تقضي بأن البينة على من ادعى، وأن من يعجز عن إقامة البينة على صحة دفعاته يخسر دعواه. إلا أنه فيمسائل الطلاق فالقاضي يحكم بالطلاق بناء على إرادة الزوج، حتى ولو يقدم هذا الأخيرالبينة، أو لم يفصح عن الأسباب التي دفعته إلى إيقاع الطلاق، سواء لعدم قدرته على إثباتها، أو لتجنب الحرّج لأنها تدخل في صميم الأمور الشخصية بين الزوج والزوجة ولا يمكن في هذاالحال أن يعاب على قرار القاضي بالطلاق بالقصور في التسبب لأنه مجرد كاشف لإرادة الزوج.

أما إذا اعتمد الزوج في إيقاع الطلاق على تقصير من طرف الزوجة، فعليه إثبات ما يدعيه، وللقاضي السلطة التقديرية في اتخاذ ما يراه مناسباً بشأن المسؤولية التي يحملها لهذا الزوجبالنظر إلى مواقف الأطراف ودفعاتهم.

وقد جاء في هذا الشأن قرار للمحكمة العليا في 23 / 05 / 2000 بقولها " إن القرار الذي لا يكونمُسبباً فيه الكفاية يكون مشوباً بالقصور في التسبب، ومتى تبين في قضية الحال أن المطعونضده لم يشترط العذرية في عقد الزواج، فإن البناء بها يذهب كل دفع بعدم العذرية، وعليهفإن قضاة الموضوع بقضائهم بتحميل الطاعنة المسؤولية عن الطلاق وحرمانها من التعويضعرضوا قرارهم للقصور في التسبب³.

¹ فضيل سعد، شرح قانون الأسرة الجزائري في الزواج و الطلاق، المؤسسة الوطنية للكتاب، لبنان، ط 1986، ص 366.
² المحكمة العليا، غ. أ. ش، قرار رقم 223834، الصادر بتاريخ 15/06/1999، مجلة قضائية، عدد خاص، ط 2001، ص 225.

³ المحكمة العليا، غ. أ. ش، قرار رقم 141417، الصادر بتاريخ 23/05/2000، مجلة قضائية، عدد خاص، ط 2001، ص 909.

فإذا أقام الزوج دعوى الطلاق على أساس إخلال الزوجة بمسؤوليتها فيقع عليه إثبات ذلك في هذه الحال، ولما كان ثابتاً من خلال هذا القرار للمحكمة العليا أن الزوج أقدم على إيقاع الطلاق على أساس أنه اكتشف أنها غير عذراء بعد الدخول بها، مع أنه لم يشترط عذريتها عند إبرام عقد الزواج، ففي هذه الحالة عليه عبئ إثبات أنها غير عذراء، إلا أن البناء بها يسقط هذا الدفع، وما دامت دفعاته غير مبررة ومعللة يتحمل وحده مسؤولية الطلاق، ويثبت لها الحق في التعويض مقابل ذلك.

ومن خلال ما سبق ذكره يتضح أن الأساس القانوني لاستحقاق المطلق للتعويض هو التعسفي استعمال الحق في الطلاق وليس على أساس المسؤولية التقصيرية؛ وهذا ما قضت به المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 22/ 02/ 2000 بأنه " إن الحكم بالتعويض عن الضرر طبقاً لقواعد المسؤولية التقصيرية لا يمكن أن يشمل التعويض عن الطلاق¹ وذلك لأن التعويض على أساس المسؤولية التقصيرية يقوم على أساس الخطأ الذي يلحق الضرر وهذا ما لا يمكن أن يشمل التعويض المحكوم به في حالة الطلاق.

فالتعويض هنا يقوم على وجود حق، واستعمال هذا الحق قد يلحق ضرراً بالغير سواء بقصد أو بغير قصد. فإذا كان الضرر اللاحق بالمطلقة يفوق المصلحة التي حققها المطلق كان ذلك تعسفاً من جانبه وثبت لها التعويض. فاستعمال الطلاق حتى ولو تضررت به الزوجة، لا يمكن أن يكون خطأ يرتب المسؤولية التقصيرية لأنه حق مخول شرعاً وقانوناً للزوج².

البند الثاني: جريمة امتناع عن تعويض الطلاق التعسفي.

إن قانون الأسرة كغيره من القوانين الوضعية، لا يخلو من الثغرات والغموض في مختلف نصوصه، فقد عمل المشرع الجزائري على منح سلطة تقديرية للقاضي تشمل مختلف المجالات التي القاعدة القانونية، بالرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية في حالة عدم وجود النص القانوني يعالجها هذا القانون، وتغطي كافة موضوعاته، حيث منح له سلطة تقديرية في استنباط ذلك طبقاً لأحكام المادة 222 من قانون الأسرة رقم 84 - 11 الصادر بتاريخ 09/ 06/ 1984 المعدل بوجوب الأمر رقم 05 - 02 المؤرخ بتاريخ 27/ 02/ 2005؛ دون تحديد المذهب الفقهي الذي يستند إليه القاضي، ما يعني إعطائه سلطة تقديرية واسعة في الأخذ بأي رأي يشاء، وقد يحكم القاضي بتعويض بمبلغ مالي لصالح الزوجة تظليماً للزوج وهو تعويض لها عن التعسف في حقها من قبل الزوج وإنهاء العلاقة الزوجية دون وجود سبب جدي، وتقدير قيمة المبلغ المالي يكون تحت سلطة تقديرية للقاضي الذي يحكم بها منطلقاً من الحالة الواقعة أمامه دون ربطها بالحالات الأخرى ولو تشابهت، والمبالغ المالية الناجمة عن

¹ المحكمة العليا، غ. أ. ش. قرار رقم 335656، الصادر بتاريخ 2000/02/22، مجلة قضائية، عدد 1، ط 2000، ص 282.

² رايس محمد، المرجع السابق، ص 92.

الطلاق التعسفي حسب ما يحكم به القضاة غالبا ما تتراوح بين 90.000.00 و 120.000.00 دج حسب الحالة و حسب القاضي¹.

وفقا لما أقرته المادة 52 من الأمر 02/05 المؤرخ في 2005/02/27 المعدل و المتمم على الزوج المتعسف في إيقاع الطلاق أن يدفعه لزوجته تعويضا عما لحقها من ضرر جراء هذا الطلاق، ولم يضع المشرع الجزائري حدا للتعويض المالي الذي ينشأ في ذمة الزوج المتعسف في استعمال الطلاق بل تركه لسلطة القاضي التقديرية وفقا لطبيعة الطالق التعسفي وحالة الزوج المادية، كما تم الإشارة له سابقا، و نجد ان الطلاق التعسفي غير مشمول بالحماية الجزائية، وحتى أنه لا يمكن تطبيق إجراءات الإكراه البدني ضد المنفذ ضده الممتنع عن الوفاء بالتزامه لأنه تم التخلي عن نظام الإكراه البدني في قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد الصادر بموجب القانون رقم 09/08 المؤرخ في 2008/02/25 ولم يعد بالإمكان اللجوء إلى هذه الوسيلة التي كانت ضمن الوسائل الجبرية للتنفيذ، وذلك حتى يكون التشريع الوطني منسجما مع التزامات الجزائر الدولية التي صادقت عليها².

الإشكال الذي يثور أثناء عملية التنفيذ هو مطالبة الزوج المطلق المحضر القضائي اعتبار المبلغ المدفوع من طرفه ثمنا للنفقة وليس تعويضا عن الطالق التعسفي، وهذا لتجنب المتابعة الجزائية نتيجة عدم دفعه للنفقة، ويعد هذا الأمر من الناحية القانونية غير جائز لأنه لا يمكن للمحضر القضائي تخصيص المبلغ المدفوع من طرف الزوج المطلق واعتباره ثمنا للنفقة ولكن يقوم المحضر القضائي بحساب كل مبالغ التعويض المذكورة في الحكم ثم يكلف بها الزوج المطلق مجموعة، وأي مبلغ يدفعه يعتبر مطروحا من المبلغ الإجمالي، و يكون الزوج قد سد جزء منه فقط، فيثور إشكال حول المحضر الذي يحرره المحضر القضائي، هل يحرر محضر امتناع أو محضر تنفيذ جزئي، فمحضر الامتناع يؤدي مباشرة إلى المتابعة الجزائية أما فيما يخص محضر التنفيذ الجزئي فال يؤدي إلى ذلك، وأمام الخطورة التي تنتج عن تحرير محضر الامتناع بالنسبة للزوج المطلق على أساس أنه لم يمتنع كلية عن تنفيذ السند القضائي فإن المحضر القضائي يقوم بتحرير محضر تنفيذ جزئي يسلم منه نسخة للمعنيين للقيام بالإجراءات القانونية اللازمة، وهذا الأمر بطبيعة الحال لا تستسغه الزوجة على أساس أن محضر الامتناع يخدم مصالحها أكثر لكن في ظل غياب النص القانوني لا يمكن للمحضر القضائي إلا أن يتصرف وفقا بما لا يضر مصالح أحد ضررا بليغا يعجز عن تداركه، كما أن للقاضي واسع النظر في تقدير ما إذا كان المحضر المحرر من طرف المحضر القضائي يعتبر كافيا للقيام بالمتابعة الجزائية أم لا³.

¹ فواز جطلي، إشكالات تنفيذ الأحكام القضائية في مادة شؤون الأسرة، مجلة البحوث القانونية و السياسية، العدد 8، ط 2017، ص 110.

² فواز جطلي، المرجع السابق، ص 13.

³ حمدي باشا عمر، المرجع السابق، ص 13، 14.

المطلب الثالث: إشكالية تنفيذ حكم مصادرة الأثاث

إن الأصل الأثاث الزوجية تعود للزوجة ومع ذلك فقد سارت المحاكم إثبات هذه الدعوى بالبينة الشخصية التي تؤيد عائدية الأثاث للزوجة أو بالبينة التحريرية (عريضة قائمة الأثاث) التي تؤيد شراء الزوجة للأثاث ونقله إلى دار الزوجية إذا أراد الزوج أن يثبت العكس أي عدم غصب الأثاث فعليه أن يقدم البينة الشخصية التي تؤيد نقل زوجته أثاثها عند تركها دار الزوجية أو بعضه من قبلها إلى الغير أو بيعه أو تلفه أو هبته للغير من قبل الزوجة إذا ادعت الزوجة بعائدية الأثاث المدرجة في لائحة الدعوى وافر الزوج بوجودها في دار الزوجية فلا يحق له أن يقيم الدليل على أن الأثاث يعود له حتى إذا ابرز وصولات باسمه بأن اشتراها هو بالذات، حيث و وفقا للمادة 57 مكرر من ق.أ. المضافة عام 2005 في المنازعة الزوجية رفع دعوى باستعجاليه لإلزام الطرف الآخر بتسليمه الأشياء الشخصية و اللازمة للاستعمال اليومي أو المهني، بما في ذلك الملابس و الأدوات الضرورية التي تركها في البيت الزوجي، يتم الفصل في موضوع النزاع حول أمتعة البيت الزوجي (م 73 من ق.أ. المواد 40 و 183 و 188 ق.إ. م، والمادة 242 ق.م.ف)¹.

¹ بلحاج العربي، ملاحظات نقدية بشأن النظام المالي للزوجين في ضوء قانون الأسرة الجزائري الجديد، المرجع السابق، ص ص 50، 51.

الفرع الأول: تقدير قيمة المتاع في حال عدم وجوده و ثبوت ملكية المدعي عليه.

تطرح إشكالية تتعلق بتحديد قيمة المتاع، حيث يثار هذا المبدأ في حال رفض المدعي عليه تسليمه أو في حال عدم وجود المتاع بسبب إتلافه مثلاً مع ثبوت ملكيته للمدعي له غالباً بعد استحالة التنفيذ العيني، مثال كاحتراق المتاع أو إتلاف الزوج لقائمة الأمتعة المحكوم بها للزوجة أين يصبح التنفيذ العيني مستحيل بسببها لك محل التنفيذ من الناحية الإجرائية ترفع دعوى تقييم الأشياء التي تلفت حسب قيمتها من خلال هذه القائمة وقاضي الأسرة ملزم بتحديد عناصر التقييم فلا يلتزم بما يطلبه الخصمين، إذ أن للقاضي سلطة واسعة في اتخاذ ما يراه مناسباً من إجراءات التحقيق لتقييم ما تلف من المتاع.

الجدير بالذكر أنه يجب على قضاة شؤون الأسرة سواء قضاة الدرجة الأولى أو الثانية بذل جهد في تقدير الأشياء مبرزين بذلك عناصر التقييم التي استندوا عليها في تقدير قيمة المتاع التالف كونها تخضع لرقابة المحكمة العليا، وفي حال تعذر على القاضي إيجاد عناصر التقييم يلجأ إلى التطبيق المادة 350 من القانون المدني والتي تتضمن إجراءات توجيه يمين التقويم، وتجدر الإشارة إلى ندرة تطبيق هذا الإجراء الوارد في المادة السالفة الذكر في الأحكام والقرارات القضائية. فعلى القاضي أن يذكر في حكمه، كل الإجراءات والطرق التي اعتمدها في تحديد عناصر التقييم.

إذ لا يجوز للقاضي أن يوجه إلى المدعي اليمين المتممة لتحديد قيمة المدعي به إلا إذا استحال تحديد هذه القيمة بالطرق الأخرى، أي لا بد أن يذكر في الحكم أو القرار أن القاضي قام بدوره لكن تعذر عليه إيجاد عناصر التقييم هنا، في هذه الحالة نلجأ إلى المادة 350 من القانون المدني الخاصة بطرق التقييم، والمادة تنص على أن يحدد القاضي الحد الأقصى للقيمة التي يصدق فيه المدعي بيمينه¹ كما أن تحديد قيمة متاع عند الاختلاف يؤوله القاضي. ولا يجوز تحويل سلطته إلى شخص آخر واستقرت المحكمة العليا على أن للقضاة سلطة في مجال تقييم متاع البيت محل النزاع، في حالة غياب عناصر التحديد من سند شراء والنوعية والجودة وتاريخ أول استعمال والتأديتها فيما يخص المصوغ على أساس قيمة الغرام الواحد لكل مصوغ مع توجيه اليمين للمدعية²

وفي اتجاه آخر قد يتجاوز ذلك السلطة التقديرية للقاضي ما يجعله يستعين بأهل الاختصاص (تجار، حرفيين...) وفقاً لقرار المحكمة العليا رقم 222651 الصادر في

¹ المحكمة العليا، القرار رقم 134417، الصادر بتاريخ 1996/07/09، مجلة قضائية، ط 1998، العدد 2، ص ص 72، 73.

² بن هبري عبد الحكيم، النطاق الإجرائي و الموضوعي لسلطة قاضي شؤون الأسرة في الإثبات: إشكالات الإثبات في منازعات متاع البت في قضايا فك الرابطة الزوجية على ضوء القانون و الممارسة القضائية " نموذجاً"، مجلة أفاق للبحوث والدراسات، العدد الخاص، ماي 2018، ص 121.

³ حسيني عزيزة، النزاع حول متاع البيت - قراءة في نص المادة 73 من قانون الأسرة و تطبيقاتها، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية و السياسية، المجلد 58، العدد 1، ط 2021، ص ص 144-145.

18/15/1999 " انه فعلا فالقرار المنتقد أيد الحكم المستأنف القاضي على الطاعن بدفع مبالغ مالية مقابل أمتعة المطعون ضدها، مع أن تقدير مبلغ الأمتعة هي مسألة فنية يرجع فيها إلى الخبرة من الصناعة التجار، خصوصا عندما تكون المبالغ المطلوبة مرتفعة و عليه الوجه مؤسس¹

الفرع الثاني: تقدير قيمة الأثاث في حال عدم ثبوت ملكية المدعي عليه.

و في واقعة أخرى قدينكر الزوج الأثاث جزء منها فتكلف الزوجة بالإثبات ويكون الإثبات بكافة طرق الإثبات ومنها الاستماع إلى البينة الشخصية اذا ادعت الزوجة أثاثا لا يعود لها على وجه الاستقلال وإنما تعود إلى والد الزوج أو كان الزوج يسكن مع والده ففي هذه الحالة يكون من حق من يدعى بعائدية الأثاث له أن يقيم دعوى الاستحقاق لإثبات كون تلك الأثاث المطالب بها تعود له وليس للزوجة.

فإن ادعاء الزوج أن الزوجة قد أخذت أغراضها المضمنة بعقد متاعها من بيت الزوجية فيه اعتراف الزوج بوجود الشوار، ويجب عليه إثبات ما يدعيه، و إذا ما أنكرت الزوجة ما ادعاه الزوج دون إثبات فلا يحكم لها إلا بعد تأديتها ليمين الإنكار، وهو ما قضى به المجلس الأعلى في قرار له بتاريخ 28/07/2004 على أنه²: "حقا، لقد صحما نعتها الوسيلة على القرار المطعون فيه، ذلك أن الطاعن يدعى أن المطلوبة في النقض قد أخذت أمتعتها المذكورة برسم شوارها عدد... فهو مدع بأنها أخذت حوائجها و لا بينة له على ذلك، وهي مدعى عليها فعليها إذن يمين الإنكار التي طلبها المدعي بأنها لم تأخذ حوائجها مع أعمال قاعدة النكل لقول وهو ما أقره المجلس الأعلى (والمدعي عليها ليمين في عجز مدعن التبیین) وبما أن المحكمة مصدرة القرار لم تحكم بيمين الإنكار رغم طلب الطاعن لهذه اليمين واستمرار المطلوبة في إنكارها أخذها حوائجها فإنها تكون قد أخطأت في تطبيق الفقه القانون في هذا الشأن...³

¹ المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 222651، الصادر بتاريخ 18/05/1999، اجتهاد قضائي 20001، عدد خاص، ص 248.

² شامي احمد، إثبات متاع البيت في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري، مجلة الصدى للدراسات القانونية و السياسية، العدد 1، ديسمبر 2019، ص 38.

³ المجلس الأعلى، قرار صادر في 28/07/2004، مجلة القضاء، عدد 62، ص 119.

خلاصة الفصل

ضرورة تدعيم و تعزيز الجانب الشرعي في بعدها القانوني باعتبار أن جل مواد قانون الجزائي مستنبط من الشريعة الإسلامية، مع تعزيز دور القاضي بما يحيله في مواد طبيعة الصلح باعتبار أن الأحكام الصادر في مجال فك الرابطة الزوجية تصدر نهائيا و لا تقبل الاستئناف، و في إطار آخر من خلال ما تمت دراسته نستنتج بأنه للجرائم الأسرية تأثير سلبي وخطير على الأسرة و تماسكها لأنهي غالبا الحيان يؤدي إلى التفكك الأسري كنتيجة حتمية لنهايتها للجرائم.

و بصفة عامة يتبني بأن فك الرابطة الزوجية عن طريق إرادة الزوج و إن كانت صريحة وواضحة في أحكام الشريعة الإسلامية، فإنها و على النقيض نجدها غامضة و مبهمة في أحكام قانون الأسرة رغم التعديل الذي مسه سنة 2005، إلا أنها لا يزال يحمل الكثير من الإشكالات التي أرقّت كثيرا من عمل القضاة و المختصين في مجال الأحوال الشخ

الخاتمة

الخاتمة

يعد الإثبات من الآليات الهامة و الأساسية في حفظ و تعهد شؤون الأسرة و الدفاع عن شؤون الأسرة، و قد كان من أولويات ذلك ألا تكون هاته الهيئة استشارية بالنسبة للقاضي. و أن تتعدى ذلك إلى ان يكون لها أهمية في فض النزاعات الأسرية من خلال انتهاج الوسائل المتاحة و البديلة.

إن إشكالات التنفيذ لا تمس الحق الموضوعي للخصوم، و لا يتصدى بالتعديل أو التغير في السند التنفيذي الجاري التنفيذ بمقتضاه، بينما منازعات الموضوعية تواجه مسائل إجراءات التنفيذ أو بطلانها، أو التي يطلب فيها الحكم في موضوع النزاع بجوار التنفيذ أو عدم جوازه، و الواقع أن منازعة التنفيذ ليست مجرد مظهر من مظاهر الدعوى التنفيذية و ليست جزء من خصومة التنفيذ هي تختلف عنها اختلافا جوهريا إذ أن منازعات التنفيذ هي وسيلة قانونية التي يتمسك بها ذوا المصلحة من أطراف الدعوى التنفيذية أو من الغير، و التنفيذ هو بها تسيير الواقع على النحو الذي يتطلبه القانون، و يتعلق التنفيذ بشكل خاص بما يصدر عن السلطة القضائية من أحكام و قرارات و أوامر تبث في النزاعات الحاصلة بين الأفراد، فلما كانت القاعدة المعمول بها هي أن لنفسه حقه بنفسه كان من اللازم على الدولة خلق جهاز القضاء الذي يفصل في النزاعات القائمة بين الناس بموجب أحكام و قرارات و أوامر.

و يقصد بإشكالات التنفيذ كل النزاعات الطارئة التي تعيق مباشرة إجراءات التنفيذ وفقا للقانون مما يحول دون مواصلة المكلف بالتنفيذ لعمله أو يجعله عسيرا، و في بعض الأحيان يجعله غير ممكن سواء أثناء مقدمات التنفيذ أو حين اللجوء للتنفيذ الجبري، و لا يمكن اعتبار المنازعة المتعلقة بالتنفيذ لمجرد اتصالها بالتنفيذ الجبري، بل يتعين فوق أن تكون منصبة على إجراء من إجراءاته، متعلقة بسير التنفيذ و مؤثرة في جريانه كما يعتبرها البعض اعتراضات أو طلبات يتمسك بها أحد أطراف التنفيذ أو الغير بمناسبة وجود دعوى تنفيذية أو خصومة تنفيذية و يفصل فيها القاضي بحكم قضائي يكون له أثر على الدعوى التنفيذية، أو على خصومة التنفيذ، وهنا يظهر ما يعرف بمنازعات التنفيذ التي يعرفها الفقه بأنها ادعاءات أمام القضاء تتعلق بالتنفيذ إجراءاته حيث لو صحت لأثرت فيه.

نتائج الدراسة:

- كرس القانون الأسري لقواعد الإجرائية العامة التي تحكم كل من الصلح والوساطة ومراجعته لأحكام التحكيم، فأصبحت هذه الطرق بذلك تحتل مكانة هامة كسبل لحل النزاعات، بالرغم من أنها لا تخص كقاعدة عامة سوى النزاعات التي تطرح أمام القضاء.

- اقتصر المشرع في قانون الأسري، كقاعدة عامة على الطرق البديلة كحلول للنزاعات المطروحة أمام القضاء، إذ لم يتناول هذه الطرق خارج الخصومة القضائية وخارج القضاء وابقى على الضوابط التي لا يجوز للأطراف مخالفتها فيها سواء تعلقت بالاختصاص بالقبول، بالحدود الموضوعية من نظام عام وحالة الأشخاص.
- من خلال دراستنا التمسنا ان المشرع الجزائري يلزم القاضي في شؤون الأسرة اللجوء إلى إجراءات التحكيم مثلما فعل بالنسبة لإجراءات الصلح بين الزوجين طبقا للمادتين 49 من قانون الأسرة و المادة 439 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.
- تتجلى أهمية القرائن القضائية في الإثبات في محراب العدالة فإن لها في المقابل مساوئ تعيبها فقد تكون خطيرة في حال أساء القضاة استنباطها لعب فيها بالذات كقرينة وكوسيلة للإثبات بل لعب في ذات القضاة والذين قد يخطئون في استنباطهم لهذه القرائن وبالتالي فإنها يمكن أن تمس بحقوق ومراكز الأشخاص بالرغم من وجود حقوقهم واقعيًا، مع العلم أن طريقة الاستنباط مجال خصب وواسع لتقدير القاضي وهي مسألة موضوعية متروكة لتقديره وهو في ذلك لا يخضع لرقابة المحكمة العليا خصوصا في حال قصور في التقنين المدني على مادة واحدة وهي المادة "340" منه والتي أطلق فيها العنان للقاضي في تقديره للقرائن القضائية، بحيث أصبح يتمتع هذا الأخير بسلطة تقديرية لا حدود لها في اختيار الواقعة واستنباط الدليل، فكان في رأيي من باب أولى على المشرع الجزائري تفصيل هذه المادة لإرساء قواعد للاستنباط يهتدي بها كل القضاة إلى سواء السبيل، مما يقرب المدارك والأفهام عوض الاختلاف البائن فيها هذا من جهة و من جهة ثانية فإن القرائن القضائية مسألة قانونية يخضع فيها القاضي لرقابة المحكمة العليا كان لزاما على المشرع الجزائري أن يقيد سلطة هذا الأخير، وأن يشترط وجوب قيام قرائن قوية الدلالة للحكم بمقتضاها كما فعل المشرع الفرنسي في المادة "1353" من التقنين المدني - بالرغم من الانتقادات التي رصت إليها المادة - ولو أن ذلك لا يزيد من الأمر شيئا إلا أنه يكون من باب التقييد والتوجيه للقاضي حتى لا يغتر هذا الأخير بنفسه فيستعمل السلطة التقديرية الواسعة التي منحه إياها المشرع بطريقة تعسفية.

قائمة المصادر والمراجع

I. قائمة المصادر

أ-القرآن الكريم

ب-السنة النبوية

II. قائمة المراجع

الكتب:

- ابن عابدين محمد بن أمين بن عمر بن عبد العزيز، حاشية ابن عابدين على الدرر المسماة ردالمحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، ج 4، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، مصر.
- ابن قدامة أبو محمد المقدسي، المغني ويليهِ الشرح الكبير، ج 4، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، ط 1985.
- ابن قدامة المقدسي (1995 م)، الشرح الكبير، ج 24، ط 01، دار هجر للطبع والنشر، القاهرة، 1995.
- ابن منظور، لسان العرب، الطبعة الأولى، المجلد السادس، دار صادر، بيروت، 1995.
- ابن منظور، لسان العرب، باب جهاز، ج 1.
- ابن منظور، لسان العرب، دار المعارف، القاهرة، ط 1119.
- ابن منظور، لسان العرب، ط 40، مجلد 20، دار صادر الطباعة والنشر، بيروت، لبنان، 2005م.
- ابن يونس الحنبلي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج 3، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط (2) 1998.
- أبو الفضل جمال الدين ابن المنصور، لسان العرب، دار صادر، لبنان، ط (3) 1994.
- أبو الفضل محمد بن مكرم بن منظور، لسان العرب المحيط، دار صادر، بيروت، لبنان، ط 2003.
- أبو القاسم الحسين بن محمد الأصفهاني، المفردات في غريب القرآن، دار القلم، دمشق، ط (1) 1416.
- أبو زهرة محمد، أحكام التراكات و المواريث، دار الفكر العربي، القاهرة، ط 1963.
- أبو زهرة، محمد، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، دار الاتحاد العربي للطباعة، مصر، د ط.
- أبو زيد احمد، شرح قانون الإثبات، دار المأمون، الخرطوم، ط (4) 1985.
- أبو عبد الله محمد بن إدريس الشافعي، الأم، ج 5، دار الفكر، بيروت، ط (2) 1983.

قائمة المصادر و المراجع

- أبو محمد عبد الوهاب بن علي بن نصر الثعلبي البغدادي المالكي، التلقين في الفقه المالكي، ج 10، ط 10، دار الكتب العلمية، 1425 هـ، 2004 م.
- أبي البركات عبد الله النسفي، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ج 4، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط 1997.
- أحسن بوسقيعة، المنازعات الجمركية في ضوء الفقه واجتهاد القضاء والجديد في قانون الجمارك، دار الحكمة، الجزائر، ط 1998
- احمد أبو الوفا، نظرية الأحكام القضائية في قانون المرافعات، منشأة المعارف، الإسكندرية، ط 1988.
- أحمد أبو الوفاء: نظرية الأحكام في قانون المرافعات طبعة 1988، منشأة المعارف
- أحمد أبو الوفاء، إجراءات التنفيذ في المواد المدنية والتجارية دار النهضة العربية، مصر، 1990.
- أحمد السيد صاوي، زولي عبد العزيز، التنفيذ الجبري في المواد المدنية والتجارية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000.
- أحمد الدردير، الشرح الصغير، ج 03، د ط، مؤسسة العصر للمنشورات الإسلامية، الجزائر، 1992.
- أحمد الدردير، تر: محمد عليش، الشرح الكبير لمختصر خليل، دار الفكر، بيروت، بط.
- أحمد المهدي، أشرف شافعي، دعوى النسب، دار العدالة، القاهرة.
- احمد بن محمد الحمري، المصباح المنير، ج 1، مكتبة لبنان ناشرون، لبنان، ط 2001.
- أحمد زكي بدوي إبراهيم: القاموس فرنسي عربي مكتبة لبنان بدون سنة نشر.
- أحمد عبد المنعم البهي، من طرق الإثبات في الشريعة و القانون، دار الفكر العربي، ط (1) 1965.
- أحمد على السيد خليل طلبات وقف التنفيذ أمام محكمة التنفيذ ومحاكم الطعن في المواد المدنية و التجارية، درا الجامعية، بيروت.
- أحمد علي يوسف: نظرية تنفيذ الأحكام القضائية المدنية في الفقه الإسلامي، ط 1، دار النفائس للنشر والتوزيع، الأردن، 1426 هـ - 2006 م.
- أحمد فراج حسين أحكام الأسرة في الإسلام، الدار الجامعية الجديدة، الإسكندرية، 2004 .
- أحمد فراج حسين، احكام الزواج في الشريعة الاسلامية، كلية الحقوق، دط، الدار الجامعية، بيروت، 1988.
- أحمد نصر الجدري، شرح قانون الأسرة الجزائري، دار الكتب القانونية، مصر، ط 2014.
- أحمد نصر الجندي، النسب في الإسلام والأرحام البديلة، دار الكتب القانونية، مصر، 2003.

قائمة المصادر و المراجع

- أحمد نصر الجندي، شرح قانون الأسرة الجزائري، د ط، دار الكتب القانونية للنشر، مصر، 2000.
- أحمد هندي، أصول التنفيذ، الدار الجامعية، مصر، 1993.
- إسماعيل أبا بكر على الباموني، أحكام الأسرة-الزواج والطلاق بين الحنفية والشافعية- (دراسة مقارنة بالقانون)، دار الحامد للنشر والتوزيع، الأردن، 2008 .
- اشرف جابر سيد، موجز أصول الإثبات، دار النهضة العربية، القاهرة، ط 2003.
- اقورفة زبيدة، الاكتشافات الطبية والبيولوجية وأثرها على النسب، ط 01، الأمل للطباعة والنشر والتوزيع، 2012
- الجصاص، أحكام القرآن، دار الفكر، بيروت، لبنان، ط(1) 2001.
- الحاج العربي، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد، ج 1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الجزائر، ط(1) 2012 .
- الحسين بن شيخ اث ملويا ،المرشد في قانون الأسرة ،دار هومة، الجزائر، 2014
- العربي بلحاج: أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد وفق التعديلات ومدعم باجتهادات المحكمة العليا، ج1، (ط1) دار الثقافة لنشر والتوزيع، الجزائر، 2012.
- العلامة الجوهري، تقديم: عبد الله العاليلي، الصحاح في اللغة و العلوم، بدون بلد نشر، بط.
- الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، دار الكتب العلمية، بيروت، ط 1993.
- الدردير أبو البركات، الشرح الصغير على اقرب المسالك ، دار المعارف، مصر، ط 1992
- السرخسي، المبسوط ، جزء 16، مطبعة السعادة، مصر، ط 1931.
- السريسي عبد الودود، احكام الزواج والطلاق في الشريعة الاسلامية، الدار الجامعية، 1992م.
- السعدي محمد صبري، الواضح في شرح القانون المدني، الثبات في المواد المدنية، دار الهدى، الجزائر، ط 2009.
- الشريف علي بن محمد الجرجاني، التعريفات، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط 1983.
- الغوتي بن ملح، القانون القضائي الجزائري، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، ط 2000.

قائمة المصادر و المراجع

- الفيروز أبادي، القاموس المحيط، مكتبة و مطبعة مصطفى الحلبي و أولاده ، مصر، ط (2) 1952.
- القاضي عبد النبي بن عبد الرسول الأحمد تكري، دستور العلماء جامع العلوم في اصطلاحات الفنون، ج 2، ط 01، دار الكتب العلمية، بيروت، 1421هـ، 2000م.
- الكاساني علاء الدين أبي بكر بن مسعود، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج 26، دار الكتاب اللبناني، ب ط.
- المصري مبروك الطلاق وأثاره من قانون الأسرة الجزائرية، الجزائر، دار هومة، 2010.
- المصري مبروك، الطلاق وأثاره من قانون الأسرة الجزائري، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، ط 2010.
- أماني علي المتولي، الضوابط القانونية و الشرعية و المشكلات العلمية للأنواع الحديثة للزواج و الطلاق، دار الكتاب الحديث، القاهرة، مصر، ط 2010.
- أمجد سي علي، مدخل للعلوم القانونية، النظرية العامة للقانون وتطبيقاتها فيالقوانينالجزائرية، دار الأكاديمية للطبع والنشر والتوزيع، ط 2010.
- أمانة بنت غرام الله جار الله آل جار الله الغامدي، التأديب الاسري للزوجة في الفقه والنظام السعودي، العدد 34، الجزء 03.
- أميرة عدلي أمير، جريمة إجهاض الحامل في التقنيات المستحدثة، منشأة المعارف، الإسكندرية، د. ط، 2007
- أمينة النمر، قوانين المرافعات التنفيذ الجبري، الكتاب الثالث منشأ المعارف، الإسكندرية، 1982.
- أمينة النمر، طرق التنفيذ، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ط 2005.
- أنور سلطان، واعد الإثبات في المرام المدنية و التجارية، الدار الجامعية، بيروت، ط 1983.
- أنور طلبة، التنفيذ الجبري ومنازعته الموضوعية والوقائية. المكتب الجامعي الحديث، 1996.
- أنور، سلطان، الموجز في النظرية العامة للالتزام -مصادر الالتزام، دار المطبوعات الجامعية، مصر، ط 1998.
- أوان عبد الله الفيضي، الخبرة الطبية في الدعوى المدنية، دار الفكر الجاني، الإسكندرية، ط 2014.

قائمة المصادر و المراجع

- بدران أبو العينين بدران، حقوق الأولاد في الشريعة الإسلامية والقانون، د ط، مؤسسة شباب الجامعة للنشر والتوزيع، الإسكندرية، 1987م.
- بربرة عبد الرحمان شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، منشورات بغدادية، ط1، 2009.
- بربرة عبد الرحمان طرق التنفيذ من الناحيتين المدنية والجزائية منشورات البغدادية سنة 2009، الجزائر.
- بربرة عبد الرحمن، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارة ، منشورات بغدادية 2013.
- بكوش يحي، أدلة الإثبات في القانون المدني الجزائري و الفقه الإسلامي، دراسة نظرية و تطبيقه مقارنة، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، ط1988.
- بلحاج العربي، أحكام الزوجية و أثارها في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة، الجزائر، ط 2015.
- بلحاج العربي، الوجيز في شرح ق أ الجزائري، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعة، الجزائر، ط 2002.
- بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري وفقا آخر تعديلات و مدعم بأحدث اجتهادات المحكمة العليا، أحكام الزواج، ج 1، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط 2012.
- بن الشيخ آثملوي الحسين، المنتقى في قضاء الأحوال الشخصية، الجزء الأول، دار هومه الجزائر، ط 2005
- بن الطاهر الحبيب، الفقه المالكي وأدلته، ج 40، ط 20، مؤسسة المعارف للطباعة والنشر، لبنان، 2005م.
- بن عزوز بن صابر، الشروط الشكلية لإبرام عقد الزواج في التشريع الجزائري والمقارن، جامعة مستغانم.
- بنداري، إبراهيم، حماية المستهلك في عقد الإذعان، بحث مقدم إلى ندوة حماية المستهلك، الإمارات العربية المتحدة، ط 1998.
- بهنسي احمد فتحي، نظرية الإثبات في الفقه الجنائي الإسلامي، دار الشروق، القاهرة، ط (4) 1984.
- بوداود السجستاني، سنن أبي داود، الأقضية، ج 3، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ب ط.
- بوقندورة سليمان، دعاوى الاستعجالية في النظام القضائي العادي مدعم بالاجتهادات القضائية والآراء الفقهية) الطبعة الأولى 2014 ، دار الألمعية للنشر والتوزيع.
- بوضياف عادل، الوجيز في شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الجزء الأول، مطبعة المحمدية الجزائر.

قائمة المصادر و المراجع

- تناغ وسمير عبد السيد، النظرية العامة في الإثبات، دار رمضان و أولاده، ط 1988.
- تهاني معيض عويد، أحكام النسب وآثاره في الشريعة الإسلامية وما عليه العمل في القانون الكويتي "دراسة مقارنة".
- توفيق، حسن فرج، النظرية العامة للالتزام مع مقارنة بين القوانين العربية، دار النهضة العربية، مصر، ط (3) 1992.
- جبر محمود الفضيلات، بناء الأسرة المسلمة على ضوء الفقه والقانون، (د ط)، دار الشهاب، للطباعة والنشر، الجزائر.
- جزي الكلبي، القوانين الفقهية في تلخيص مذهب المالكية، مؤسسة المختار، القاهرة، ط 2009.
- جعفر، محمد سعيد، نظرات في صحة العقد وبطلانه في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، دار هومه، الجزائر، ط 1998.
- جمال الخولي، إثبات الملكية في الوثائق العربية، الدار المصرية اللبنانية، مصر، ط (1) 1994.
- جمال الخولي، إثبات الملكية في الوثائق العربية، الدار المصرية اللبنانية، مطبعة أمون، القاهرة، ط (1) 1994.
- جميل فخري، متعة الطلاق و علاقتها بالتعويض عن الطلاق التعسفي في الفقه القانون، دار الحامد للنشر و التوزيع، الأردن، ط (1) 2009.
- حزيط محمد، الإثبات في المواد المدنية و التجارية في القانون الجزائري، دار هومة، الجزائر، ط 2017.
- حسن علام، موجز القانون القضائي الجزائري الجزء الثاني، الشركة الوطنية للنشر والتوزيع، الجزائر، 1975.
- حمدي باشا عمر، إشكالات التنفيذ وفقا للقانون رقم 08-2009 المؤرخ في 25 فبراير 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الطبعة 2013، دار هومة.
- حمدي باشا عمر، طرق التنفيذ وفقا للقانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فيفري 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، دار هومة، الجزائر، ط 2012.
- حمدي باشا عمر، طرق التنفيذ وفقا للقانون رقم 09-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، دار هومة، ط 2013.
- حمدي باشا عمر، طرق التنفيذ وفقا لقانون رقم 08/09، دار هومة، الجزائر، 2016.
- حميد مسرار، نظرية الحق و تطبيقاتها في أحكام الأسرة، دار الكتب العلمية، لبنان، ط (1) 2013.

قائمة المصادر و المراجع

- خلود بدر الزمانان، شروط عقد النكاح في الفقه الإسلامي واختيارات قانون الأحوال الشخصية الكويتي مع بعض القوانين الأخرى، الدراسات العليا، تخصص الفقه واصوله، العدد 32، الجزء 4، جامعة الشارقة.
- داودي عبد القادر، أحكام الأسرة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، ط 02، دار البصائر، الجزائر، 2010.
- ربيعة الغات، الحضانة بين أحكام التشريع الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري مدعما باجتهادات قضاء المحكمة، حوليات ، العدد 27، ط 2015.
- رجب كريم عبد اللاه، دور البصمة الوراثية في إثبات النسب في القانون الفرنسي والقانون المصري، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، دس.
- رمضان على السيد الشرنباسي، جابر عبد الهادي سالم الشافعي، أحكام الأسرة الخاصة بالزواج والفرقة وحقوق الأولاد، ط 10، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2007 .
- زبير مصطفى حسين الطبيعة القانونية لعقد الزواج، دراسة مقارنة في تكوين العقد بين قانون الأحوال الشخصية والقانون المدني، مصر، دار الكتب القانونية، 2012.
- زكريا البري، حكمة الله أحكام الأسرة الإسلامية، ط 02، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الدوحة، 1986م.
- زيد بن عبد الله بن إبراهيم آل قرون، البصمة الوراثية وأثرها في الإثبات بحث مقدم لمؤتمر القرائن الطبية المعاصرة وأثارها الفقهية، جامعة الإمام محمد ابن سعود الإسلامية، دس.
- زين الدين أبو محمد بن أبي بكر الحنفي، تحقيق: يوسف الشيخ محمد، مختار الصحاح، المكتبة العصرية، بيروت، ط 1999.
- سرايش زكريا، الوجيز في قواعد الإثبات، دار هومة، الجزائر، ط 2015.
- سعد العنزي، أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية، ط 01، مكتبة الصحو الإسلامية، 1418هـ، 1998م، الكويت
- سعد عبد العزيز، أبحاث تحليلية في قانون الإجراءات المدنية، دار هومة، الجزائر، ط 2008.
- سعد الدين الهلالي، البصمة الوراثية وعلاقتها الشرعية، ط 01، الكويت، 2008
- سعد عبد اللاوي، التلقيح الاصطناعي في قانون الأسرة الجزائري ودوره في حل معضلة الإنجاب، الإنجاب، جامعة باتنة 01، الجزائر، 2018 / 12 / 02.
- سلام حمزة : الدعوى الاستعجالية، ط 2، دار هومة، الجزائر 2014
- سليمان محمد الطماوي، التعسف في استعمال السلطة، دار الفكر العربي، القاهرة، ط (2) 1066.

قائمة المصادر و المراجع

- سليمان مرقس، أصول الإثبات و إجراءاته في المواد المدنية في القانون المصري، دار هوى، الإسكندرية، ط 1986.
- سليمان مرقس، أصول الإثبات و إجراءاته في المواد المدنية، ج 1، دار عالم الكتب، من دون سنة طبع.
- سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني – أصول الإثبات و إجراءاته في المواد المدنية، بدون دار النشر، القاهرة، ط (5) 1991.
- سليمان ولد خسال، المسير في شرح قانون الأسرة الجزائري، دار طليله، الجزائر، ط(1) 2010.
- سمير عبد السيد تناغو، أحكام الالتزام و الإثبات، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، مصر، ط (1) 2009.
- سنن الدار قطني، ج 3، ص 225، والسنن الكبرى، ج 7.
- شرط الاستعجالا فترضه المشرع الجزائري في دعوى الإشكال بموجب أحكام المادة 631 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.
- طالب بن عمر بن حيدرة الكثيري، الطلاق المعلق بين الفقه والقانون.
- عاشور مبروك : الوسيط في التنفيذ وفقا لمجموعة المرافعات الحالية (دراسة مقارنة بالشرعية الإسلامية)، الكتاب الأول، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004.
- عباس العبودي: شرح أحكام قانون التنفيذ: دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2004.
- عباس العبودي، شرح أحكام قانون الإثبات المدني، دار الثقافة للنشر و التوزيع، ط، 1 عمان، الأردن، 2005 .
- عبد الباسط جميعي، آمال الفرايري التنفيذ في المواد المدنية والتجارية، منشأة المعارف الإسكندرية، 1991.
- عبد الجليل أحمد علي، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية (فقها وقانونا)، د ط، مكتبة ومطبعة الاشعاع الفنية للتوزيع والنشر، مصر، 2001م.
- عبد الحكيم بن هبري، إجراءات الصلح في قصايا فك الرابطة الزوجية و اثره في حماية الأسرة في ضوء الفقه و الاجتهاد القضائي.

قائمة المصادر و المراجع

- عبد الحميد بك أبو هيف طرق التنفيذ والتحفظ، طبعة 2016 ، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية.
- عبد الحميد فودة، موسوعة الإثبات في المواد المدنية و التجارية و الشرعية في ضوء الفقه و قضاء النقض، دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية، ط 1997.
- عبد الرحمان الصابوني، احكام الطلاق في الفقه الاسلامي، دار القلم للنشر والتوزيع، دولة الامارات العربية.
- عبد الرحمن بربارة، طرق التنفيذ من الناحيتين المدنية و الجزائية وفقا للتشريع الجزائري لاسيما قانون الإجراءات المدنية و الإدارية رقم: 08-09، منشورات بغدادي، الجزائر، ط (1) 2009.
- عبد الرحمان برة، شرح قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، منشورات بغدادي، الجزائر، ط 2019.-
- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، منشأة المعارف، مصر، ط 2004.
- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام الإثبات- آثار الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، كصر، ط 1968.
- عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط، ج 1، دار النشر للجامعات المصرية، بط.
- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، م 2، دار التراث العربيين بيروت، بط.
- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج 2، المجلد 1، دار النهضة العربية، ط 1982.
- عبد السلام نجيب قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ترجمة المحاكمة العادلة موقع للنشر، الجزائر، 2009.
- عبد العزيز أبو غنيمة، طبيعة حقوق الدائنين في التركة وأثرها في أحكام التركات وتصفية الديون، دار مرجان للطباعة، ط(2) 1982.
- عبد العزيز سعد إجراءات ممارسة دعاوى شؤون الأسرة أمام أقسام المحاكم الابتدائية، الطبعة الثانية، دار هومة، الجزائر 2014.

قائمة المصادر و المراجع

- عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، ط 30، دار هومة، الجزائر، 1996.
- عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد(أحكام الزواج و الطلاق بعد التعديل)،دار الهومة، الجزائر، ط(4) 2013.
- عبد العزيز عبد المنعم خليفة، أوصل الإثبات و إجراءاته في الخصومة الإدارية، المكتب الجامعي الحديث، ط 2013.
- عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق، دار الخل دونية للنشر و التوزيع، الجزائر، ط (1) 2010.
- عبد القادر داودي، أحكام الأسرة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، ط 20، دار البصائر، الجزائر، 2010 م .
- عبد المجيد محمود مطلوب، الوجيز في أحكام الأسرة الإسلامية، ط 01، مؤسسة المختار للنشر والتوزيع، القاهرة، 2004م.
- عبلة عبد العزيز عامر، الزواج في الشريعة الإسلامية والقانون المصري، دار النهضة العربية، القاهرة، 2010.
- عزمي عبد الفتاح، تسبيب الأحكام وأعمال القضاة في المواد المدنية والتجارية، دار الفكر العربي، ط، 1 القاهرة، مصر.
- علاء الدين الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتاب العربي، بيروت، ط (2) 1972.
- علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الظاهري، المحلي، ج 90، إدارة الطباعة المثيرة، مصر، 1351 هـ،
- علي عوض حسن، الخبرة في المواد المدنية و الجبائية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ط 2002.
- عمر بن محمد السبيل، البصمة الوراثية و مدى مشروعية استخدامها في النسب و الجنائية، جامعة أم القرى، دار الفضيلة السعودية، ط 2002.
- عمر بن محمد السبيل، البصمة الوراثية ومدى مشروعية استخدامها في النسب والجنائية، كلية الشريعة، جامعة أم القرى، د س.

قائمة المصادر و المراجع

- عمر سليمان الاشقر، أحكام الزواج في ضوء الكتاب والسنة، ط01، دار النفائس للنشر والتوزيع، 1418هـ، 1997م
- عمرزودة، الإجراءات المدنية على ضوء آراء الفقهاء و أحكام القضاء، مطبعة أو نسيكلوبيديا، بن عكنون، الجزائر، ط(1) 2005.
- عمر زودة، الإجراءات المدنية و الإدارية في ضوء آراء الفقهاء و أحكام القضاء، منشورات انسيكلوبيديا، الجزائر، ب ط.
- عمراني كما الدين، الاطار القانوني لجريمة عدم تسديد نفقة واجبة بحكم قضائي (دراسة في اطار التشريع الجزائري و المقارن والشرعية الإسلامية)، المركز الجامعي صالحى احمد، النعامة، ب ط .
- عمرو عبد المنعم سليم، الجامع في احكام الطلاق وفقه وادلته، دار الضياء، طنطا.
- عويس بوعلام، حماية الأسرة من النزاعات المالية بين الزوجين، حوليات جامعة الجزائر 1، العدد 31، الجزء 4.
- فاضل احمد، الدور الإيجابي للقاضي في الدعوى المدنية، دراسة تحليلية للدور الإيجابي للقاضي المدني في مجال الخبرة القضائية، دكتوراه في القانون، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، ط 2012.
- فتحي الدريني، الحق و مدى سلطان الدولة في تقييده، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط (3) 1984.
- فتحي والي، الوسيط في القضاء المدني، دون ذكر دار النشر، ط 1988.
- فخري أبو صفية، طرق الإثبات في القضاء الإسلامي، دار الشهاب للنشر و التوزيع، الجزائر، بدون سن.
- فريحة حسن، المبادئ في شرح قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، ديوان المطبوعات الجامعية، ط 2013.
- فضيل سعد، شرح قانون الأسرة الجزائري في الزواج و الطلاق، المؤسسة الوطنية للكتاب، لبنان، ط 1986.
- فقه الأسرة، كتاب المادة، جميع الحقوق محفوظة لجامعة المدينة العالمية، 2009.

قائمة المصادر و المراجع

- فودة عبد الحكيم، الجرائم الماسة بالأداب العامة و العرض في ضوء الفقه و قضاء النقص، دار الفكر العربي، مصر، ط 1994.
- قدامة المقدسي، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، موفق الدين، دار عالم الكتب، الرياض، ط(3) 1997.
- قيس عبد الوهاب الحياي، ملكية أثاث بيت الزوجية، دار الحامد للنشر و التوزيع، عمان، ط 1 (2008)
- كمال صالح البناء، الزواج العرفي في منازعات البنوة في الشريعة و القانون، دار الكتب القانونية، مصر، ط 2005.
- لحسن بن شيخ آث ملويا: المرشد في قانون الأسرة، الطبعة الثالثة 2015-2016، دار هومة.
- لحسين بن شيخ ملويا، المنتقى في قضاء الأحوال الشخصية، ج 1، دار هومة، الجزائر، ط 2005.
- لسان العرب، محمد بن مكرم بن منظور الافريقي المصري، دار صادر بيروت، 2/29، مادة (زوج).
- لشربيني الخطيب محمد، مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، ج 2، دار الفكر، بيروت، لبنان، ب ط .
- لويس معلوف اليسوعي، المنجد في اللغة و الأدب و العلوم، المطبعة الكاثوليكية، لبنان، ط(17) 1970.
- مازن إسماعيل هنية، إثبات نسب ولد الزنا بالبصمة الوراثية، محلة الجامعية الإسلامية، سلسلة الدراسات الإسلامية، المجلد 17، العدد 1، يناير 2009.
- مالك بن انس، المدونة الكبرى، ج 2، وزارة الأوقاف السعودية، مطبعة السعادة، السعودية، ط (1) 1994.
- محمد إبراهيمي: الوجيز في الإجراءات المدنية، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2002.
- محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، ط 30، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، 1957.

قائمة المصادر و المراجع

- محمد أبو زهرة، التعسف في استعمال الحق، المجلس الأعلى لرعاية الفنون و الآداب، القاهرة، ط 1963.
- مجمع اللغة العربية، الوسيط، مكتبة الشروق الدولية، مصر، ط(4) 2004.
- مجموعة من المؤلفين، وزارة الاوقاف الكويتية، ط 01، ج 32، الموسوعة الفقهية الكويتية، دار الصفة، مصر
- محمد اقاش، النظام المالي للزوجين على ضوء مدونة الأسرة، دبلوم دراسات العليا في القانون الخاص- قانون الأسرة و الطفولة، جامعة سيدي محمد بن عبد الله، فاس، ط 2006 .
- محمد التويجري، كتاب موسوعة الفقه الإسلامي، جزء 04، الطبعة 01، بيت الأفكار الدولية، 2009 م.
- محمد الكشور، الوسيط في شرح مدونة الأسرة، الوسيط في شرح مدونة الأسرة، ج 2، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، ط(2) 2009، ص 489 .
- محمد أمين ابن عابدين، رد المحتار الدر المختار شرح تنوير الأبصار، دار الفكر، بيروت، ط 2000.
- محمد أوب الوفا، الإثبات في المواد المدنية و التجارية، الدار الجامعية للطباعة و النشر، بيروت، ط 1983.
- محمد بركات ناصر، السلطة التقديرية للقاضي في الفقه الإسلامي، دار النفائس للنشر و التوزيع، عمان، ط 2007.
- محمد بن إبراهيم بن عبد الله التويجري، موسوعة الفقه الإسلامي، دن: بيت الأفكار الدولية، ط 01، 1430 هـ - 2009 م، ج 04.
- محمد بن أحمد بن جزي الغرناطي، تحقيق: ماجد الحموي، لقوانين الفقهية، مجلد 1، دار ابن حزم، بيروت، ط (1) 2013.
- محمد بن احمد بن عرفة الدسوقي، الشرح الكبير للشيخ الدرديرو حاشية الدسوقي، جزء 2، دونط و السنة.
- محمد بن احمد بن عرفة، حاشية الدسوقي، ج 3، دار الكتب العلمية، لبنان، ط(1) 1996.

قائمة المصادر و المراجع

- محمد بن رشد القرطبي، بداية المجتهد و نهاية المقتصد، دار المعرفة العلمية، ط 1982.
- محمد بن سعد، دليل السالك لمذهب الإمام مالك في جميع العبادات والمعاملات، دار الندوة، د ط.
- محمد خريط، الإثبات في المواد المدنية و الأسرية في القانون الجزائري، دار هومة، الجزائر، ط 2017.
- محمد سلام مذكور، المدخل للفقہ الإسلامي، دار النهضة العربية، القاهرة، ط(3) 1963.
- محمد سليمان الفراء، حق تأديب الزوجة في الإسلام، د ط، د س.
- محمد سمارة: أحكام و أوتار الزوجية، شرح مقارن لقانون الأحوال الشخصية، الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع، ودار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2002.
- محمد شتا، مسكن الزوجية و مسكن الحضانة شرح و صيغ في ضوء قوانين الأحوال الشخصية و قانون إنشاء محاكم الأسرة للمسلمين و غير المسلمين، دار البراءة، مصر، ط 2007.
- محمد صالح الصالح، إثبات نسب أولاد الزنا، الحكم- الضوابط، الشروط، و عناية الإسلام باللقطاء- الدورة العشرون للمجتمع الفقهي الإسلامي، السعودية، ط 2010.
- محمد عبد الخالق عمر مبادئ التنفيذ، ط4، دار النهضة العربية، سنة 1978، ص 234
- محمد عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج 2، دار أحياء الكتب العربية، د ط.
- محمد عزمي البكري، موسوعة الأحوال الشخصية، دار الكتب القانونية، مصر ، ط 1997.
- محمد علي سويلم: شرح قانون محكمة الأسرة، الإسكندرية، دار المطبوعات الجامعية، 2005.
- محمد فوزي فيض الله، الزواج وموجباته في الشريعة والقانون، ط 02، مكتبة منار الإسلامية طباعة ونشر وتوزيع الكتب والاشربة الإسلامية، الكويت، 1418هـ، 1997م.

قائمة المصادر و المراجع

- محمد كمال، أحكام الميراث، و الوصية و الوقف في الفقه الإسلامي و القانون و القضاء، دار المطبوعات الجامعية، لبنان، ط 2012.
- محمد مجال مطلق ذنبيات، المدخل لدراسة القانون، نظرية القانون نظرية الحق، مكتبة القانون والاقتصاد، الرياض، ط 2012.
- محمد محدّة، سلسلة الفقه الإسلامي، الخطبة والزواج، دراسة مدعمة بالقرارات والأحكام القضائية، ط2، دار النشر الشهاب، الجزائر، 2000.
- محمد محدّة، سلسلة فقه الأسرة، الخطبة و الزواج، ج 1، دار الشهاب، الجزائر، ط (2) 1994.
- محمد مصطفى الشبلي، أحكام الأسرة في الإسلام، الدار الجامعية، بيروت، ط(4) 1983.
- محمد يعقوب الفيروز آبادي، القاموس المحيط، عالك الكتب، بيروت.
- محمدي فتح الله حسين، الإجراءات العملية و الصيغ القانونية في منازعات مسكن الحاضنة و مسكن الزوجية، دار المطبوعات، مصر، ط 2008.
- محمود محمد هاشم، إجراءات التقاضي و التنفيذ، الرياض، ط(1) 1989، ص 190.
- مراد بدران، الطابع التحقيق للإثبات في المواد الإدارية.
- مسعود زبدة، الاقتناع الشخصي للقاضي الجزائري، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، ط 1989.
- مصطفى احمد الزرقا، نظرية الالتزام العامة، دار القلم، سوريا، ط(1) 141 .
- مصطفى الزلمي، أصول الفقه الإسلامي في نسيجه الجديد، شركة الخنساء للطباعة و النشر، بغداد، ط(9) 1992.
- مصطفى السباعي، شرح قانون الأحوال الشخصية، المكتب الإسلامي، بيروت، لبنان، ط (7) 1997.
- مصطفى بن العدوي، احكام الطلاق في الشريعة الاسلامية، ط 01، مكتبة ابن تيمية، القاهرة، 1409هـ، 1988م.

قائمة المصادر و المراجع

- مصطفى مجدى هرجة، قانون الإثبات في المواد المدنية و التجارية في ضوء احدث الآراء و أحكام النقض الصيغ، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ط (3) 1994.
- مصطفى مجدي هرجة، قانون الإثبات في المواد المدنية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ط (2) 1994.
- معوض عبد التواب، موسوعة الأحوال الشخصية، ج 5، ط 1، منشأ المعارف، الإسكندرية، ط (7) 1997.
- مغني المحتاج، محمد الخطيب الشربيني، دار الفكر، بيروت، بط.
- مفلح عواد القضاة، أصول التنفيذ، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر و التوزيع، ط 2008.
- ممدوح خليل بحر، حماية الحياة الخاصة في القانون الجنائي، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، ط (1) 1996 .
- ممدوح عزمي البكري، دعوى النفقة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، ط 1996.
- منصور بن يونس البهوتي، تر: هلال مصليحي، كشاف القناع، دار الفكر، بيروت، ط 1402.
- منصور بن يونس بن صلاح الدينالبهوتي، كشاف القناع عن متن الإقناع، جزء 5، دار الكتب العلمية، بدون بلد، بط.
- موسوعة جمال عبد الناصر في الفقه الإسلامي، المجلس الأعلى للشؤون الإسلامية، القاهرة ج 2، ط 1968
- نبيل إسماعيل عمر، إشكالات التنفيذ الجبري الوقتية و الموضوعية، دار الجديدة، الإسكندرية، ط (1) 2004.
- نبيل إسماعيل عمر، النظام القانوني للحكم القضائي، مشاة المعارف، إسكندرية، ط 2006.
- نبيل إسماعيل أحمد هندي، أحمد خليل التنفيذ الجبري، دار الجامعة للنشر، الإسكندرية، 2004.

قائمة المصادر و المراجع

- نبيل صقر، الوسيط في جرائم الأشخاص، شرح 50 جريمة ملحق بها الجرائم المستحدثة بموجب القانون 01/09، دار الهدى، الجزائر، ط 2009.
- نبيل عمر، الوسيط في التنفيذ الجبري للأحكام، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، ط 2000.
- نبيل عمر، طرق التنفيذ في قانون المرافعات المدنية و التجارية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ط 2005.
- نجيمي جمال، قانون الأسرة الجزائري دليل القاضي و المحامي مادة بمادة على ضوء أحكام الشريعة الإسلامية و الاجتهاد القضائي، دار هومة ، الجزائر، ط 2016.
- نور الدين ابو لحية، صيغ حل عصمة الزوجية واحكامها، ط 01، دار الكتاب الحديث.
- هندي أحمد أصول التنفيذ الجبري، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2005.
- وجدي راغب : النظرية العامة للتنفيذ القضائي في قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار الفكر العربي، القاهرة، د.س.ن.
- وجدي راغب مبادئ التنفيذ القضائي وفقا للقانون المرافعات الجديد، مذكرات جامعة الكويت، 1980-1981.
- وجدي راغب، مبادئ القضاء المدني، قانون المرافعات، دار الفكر العربي، القاهرة، ط (1) 1987.
- وزارة الأوقاف و الشؤون الإسلامية، الموسوعة الفقهية، طباعة ذات السلاسل، الكويت، ط (2) 1983.
- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي و أدلته، الأحوال الشخصية، جزء 7، دار الفكر العربي، سوريا، ط (2) 1992.
- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر، ج 3، دمشق، دط، د.ت.
- وهبة الزحيلي، كتاب الفقه الإسلامي وأدلته للزحيلي، ج 09، ط 04، دار الفكر، سوريا.
- وهبة الزحيلي، وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية، . ج 1، ط 1، مكتبة دار البيان، ط 1982.

قائمة المصادر و المراجع

- ياسر عبد الحميد جاد الله النجار، التلقيح الصناعي من منظور الفقه الإسلامي دراسة فقهية مقارنة، كلية الشريعة والقانون، الدقهلية، د.س.
- يحي بكوش، الأحكام القضائية و صياغتها الفنية، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، الجزائر، ط 1984.
- يوسف جبران، طرق التنفيذ الجبري، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، ط 1980.
- يوسف دلاندة، قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، دار هومة، ط 2009.
- يوسف صلاح الدين يوسف نصر، المستجدات الفقهية في الطلاق، كلية العلوم الآداب، جامعة الجوف بالمملكة العربية السعودية، 2002.
- يوسف قاسم، حقوق الأسرة في الفقه الإسلامي، د ط، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع، القاهرة، 1992م

3- قائمة المعاجم:

- احمد مختار عبد الحميد عمر، معجم اللغة العربية المعاصر، ج 2، عالم الكتب، بيروت، ط (1) 2008.
- القزويني الرازي، معجم مقاييس اللغة، ج 2، دار الفكر، ط(1) 1979.
- منصور القاضي، معجم المصطلحات القانونية، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر و التوزيع، بيروت، ط (1) 1998.

3- الأطروحات

- أمال يعيش تمام، سلطات القاضي الإداري في توجيه أوامر للإدارة، دكتوراه في تخصص قانون عام، جامعة بسكرة، ط 2011/ 2012.
- بلحشر علال، طرق اثبات النسب في الشريعة والقانون، أطروحة دكتوراه، كلية العلوم الإنسانية والعلوم الإسلامية، جامعة وهران احمد بن بلة، 2020-2021.
- بوصري بلقاسم محمد، طرق التنفيذ من الناحية المدنية، دكتوراه، جامعة محمد خيضر، بسكرة، ط 2014- 2015.
- خاطر جيلالي، مشكل الإثبات في مجال الزواج، دكتوراه في العلوم القانونية و الإدارية، جامعة الجيلالي الياصب، سيدي بلعباس، ط 2020.

- رشيد عمري، الاجتهاد المبني على السياسة الشرعية و تطبيقاتها في الأحوال الشخصية، دكتوراه في الشريعة و القانون، وهران، ط 2010/2011.
 - زروق يوسف، حجية وسائل الإثبات الحديثة، دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة تلمسان، ط 2012 / 2013.
 - زكية حميدو، مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة، دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، ط 2005.
 - عائشة سلطان ابراهيم المرزوقي، إثبات النسب في ضوء المعطيات العلمية المعاصرة دراسة فقهية وتشريعية مقارنة، أطروحة دكتوراه، كلية دار العلوم، قسم الشريعة الإسلامية، جامعة القاهرة، 2000م.
 - عبد الرحمان الصديق دفع الله، حقوق الطفل في الفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه، الفلسفة في الشريعة الإسلامية، كلية الحقوق، جامعة الخرطوم، 2008م.
 - لمطاعي نور الدين، عدة الطلاق الرجعي وأثرها على الأحكام القضائية، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في القانون، كلية الحقوق بن عكنون ، جامعة الجزائر، السنة الجامعية 2009.
 - لوعيل محمد لمين: الإشكال التنفيذ في الأحكام المدنية، أطروحة دكتوراه في الحقوق فرع عقود مسؤولية، إشراف الدكتور الغوثي بن ملح، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر سنة 2010/2011 م.
 - مسعودي رشيد، النظام المالي للزوجيين في التشريع الجزائري، دكتوراه في القانون، جامعة أبو بكر بالقائد-تلمسان، ط 2005.
- ### 4- رسائل الماجستير
- إبراهيم عبد الرحمن، الإثبات بالشهادة في الفقه الإسلامي فقهية قانونية مقارنة، ماجستير، جامعة القاهرة، قسم الشريعة، ط 1989.
 - أدم وهيب النداوي، دور الحاكم المدني في الإثبات، دراسة مقارنة، ماجستير في الشريعة و القانون، الدار العلمية الدولية للنشر و التوزيع، عمان، ط 2001.
 - اسماء عبد الله طباسي، احكام التفويض في الطلاق في الفقه الاسلامي (دراسة فقهية مقارنة)، رسالة ماجستير، كلية الشريعة والقانون، الجامعة الاسلامية، غزة، 1430هـ، 2009م.

قائمة المصادر و المراجع

- العبد ابراهيمي، التعسف في استعمال حق الولاية بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري ولاية الزواج القصر نموذجاً، رسالة الماجستير، كلية العلوم الإنسانية والحضارة الإسلامية، جامعة وهران، 2009-2010.
- بدوي عبد العزيز، الحجز العقاري في القانون الجزائري، ماجستير إدارة مالية، جامعة يوسف بن خدة، ط 2008، 2009.
- بطيمي حسين، القضاء بالقرائن في الشريعة والقانون، دراسة مقارنة، ماجستير، جامعة الجزائر، ط 1997/1998.
- بن عائشة لخضر، إثبات الحقوق المالية للزوجين دراسة مقارنة نقدية تحليلية، ماجستير في القانون، جامعة أبو بكر بالقائد-تلمسان، ط 2012.
- بوخاتم أسية، الحقوق المالية للمطلقة بين الشريعة الإسلامية و قانون الأسرة الجزائري، ماجستير في قانون الأسري، جامعة تلمسان، ط 2007.
- بوزيان عبد الباقي، الحماية الجنائية للرابطة الأسرية في التشريع الجزائري، ماجستير في علم القانون، تلمسان، ط 2009-2010.
- بوصبع فؤاد، البصمة الوراثية ومدى مشروع تباني الثبات وفي النسب، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة منتوري، قسنطينة، 2012.
- بوقرة أم الخير، مسكن الزوجية، ماجستير : ففرع عقود و مسؤولية، جامعة الجزائر، ط 2002.
- بوكايس سمية، المساواة بني الجنسين في قانون الأسرة الجزائري في ضوء اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، ماجستير في قانون، جامعة بالقائد، تلمسان، ط 2013.
- تبون فاطمة الزهراء، السلطة التقديرية للقاضي في مادة الإثبات المدني، ماجستير في الشريعة و القانون، ط 1996/1997
- جوماداناردينشه، حكم الزواج العرفي في الإسلام (دراسة فقهية تحليلية)، رسالة ماجستير، كلية الدراسات الإسلامية والعربية، جامعة شريف هداية الله الإسلامية الحكومية، جاكارتا، 2015م، 1436هـ.
- حلمي صالح سليم عقل، أحكام العدة في الفقه الإسلامي، رسالة ماجستير، كلية الشريعة، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، 1992م.

- حمزة جبالي، ضوابط الزواج في المجتمع الجزائري بين قانون الأسرة والأعراف الاجتماعية مدينة خنشلة نموذجاً، رسالة ماجستير، كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الإسلامية، علم الاجتماع القانوني، جامعة الحاج لخضر باتنة، 2009.
- خالد الحارثي، التدبير التعاقدى لأحوال الأسرة قراءة في وثائق، ماجستير الدراسات العليا كلية الشريعة، فاس، ط 2000-2001.
- زودة عمر، طبيعة الأحكام بإنهاء الرابطة الزوجية وأثر الطعن فيها، ماجستير في القانون، جامعة الجزائر، ط (2000-2001) .
- زيان مليكة، المستحقون للميراث، ماجستير في القانون الخاص، جامعة بجاية، ط 2013.
- ساجدة عفيف عتيلي، الطلاق التعسفي و التعويض عنه الشريعة الإسلامية و القانون الأردني، ماجستير في الفقه و التشريع، جامعة نابلس، فلسطين، ط 2011.
- سكريفية محمد الطيب، التلقيح الاصطناعي بين القانون الوضعي والفقه الإسلامي، رسالة الماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية قسم القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2017.
- طفينانمخطارية، إثبات النسب في تقنين الأسرة الجزائري والفقه الإسلامي، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم التجارية، جامعة محمد بوقرة، بومرداس.
- طه صباح عبد الحمدي، حجية البصمة الوراثية في الإثبات الجزائي في التشريعين الأردني والعراقي " دراسة مقارنة "، رسالة الماجستير، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، 2020.
- عبد الله يوسف أبو عليان، الهجرة إلى غير بلاد المسلمين، حكمها وآثارها المعاصرة في الشريعة الإسلامية، رسالة ماجستير، كلية الشريعة والقانون، الجامعة الإسلامية، 2011.
- عليباو شاو ليان، أحكام الزواج والطلاق في الشريعة والقانون التايواني (دراسة فقهية مقارنة)، رسالة الماجستير، كلية العلوم الإسلامية قسم الفقه، جامعة المدينة العالمية، ماليزيا، 1434 هـ، 2013م.

قائمة المصادر و المراجع

- غربي أسماء، اثبات الدين في الفقه الإسلامي و القانون المدني الجزائري، ماجستير في شريعة و القانون، كلية العلوم الإنسانية و الحضارة الإسلامية، جامعة وهران، ط 2015/2016.
- فؤاد مرشد داوود بدير، أحكام النسب في الفقه الاسلامي، رسالة الماجستير، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، 2001.
- لاتي محمد ، المنازعات المالية بين الزوجين في الشريعة الإسلامية و قانون الأسرة الجزائري، ماجستير في القانون الخاص، جامعة بالقائد تلمسان، ط 2002.
- لاتي محمد، المنازعات المالية بين الزوجين في الشريعة الإسلامية و قانون الأسرة الجنائي، ماجستير في القانون الخاص، جامعة أبي بكر بالقائد، تلمسان، ط 2002.
- ماحمادو الأسان، أسباب الطلاق في قانون الأسرة مقارنا بالشريعة الإسلامية، رسالة ماجستير، كلية العلوم الإسلامية، جامعة الجزائر، 2007م.
- محمد عبد الله الرشدي، الشهادة كوسيلة من وسائل الإثبات دراسة مقارنة بين أحكام الشريعة والقانون، رسالة الماجستير، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، 2011.
- مسعود بوعزة، فقه الأسرة من كتاب "الشامل في الفقه" الشيخ بهرام عبد العزيز الدميري دراسة وتحقيق، رسالة ماجستير، كلية العلوم الإنسانية والحضارة الإسلامية، جامعة وهران، 2007.
- معمري إيمان، ضوابط السلطة التقديرية لقاضي الجزائري في إسناد الحضانة، ماجستير في الأحوال الشخصية، جامعة الواد، ط 2014.
- نزار كريمة، اليمين في الأحوال الشخصية، ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجيلالي الياصب، ط 2001.
- وفاء بو الشعور، سلطات القاضي الإداري في دعوى الإلغاء في الجزائر، ماجستير ، جامعة باجي مختار عنابة، ط 2011/2012.
- وفاء معتوق حمزة قراش، آثار الطلاق المعنوية والمالية في فقه الاسلام، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية الشريعة والدراسات الاسلامية، جامعة أم القرى، 1975م.

5-المقالات

- احمد رمضان محمد احمد حارس، أحكام الصلح في المنازعات المالية بين الزوجين، مجلة الدراسات العربية، كلية دار العلوم، جامعة المنيا، ط 2019.
- احمد رمضان محمد احمد حارس، أحكام الصلح في المنازعات المالية بين الزوجين، مجلة الدراسات العربية، جامعة المنيا، بط.
- أسود ياسين، إجراءات إشكالات التنفيذ الموضوعية و الحكم فيها، مجلة القانون و التنمية، جامعة طاهري محمد بشار، الجزائر، العدد 2019، ط 3 جوان 2020.
- أقصاوي عبد القادر، الاطار القانوني للحجز التحفظي في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري، مجلة الحقيقة، المجلد 18، العدد 2، ط 2019.
- الرازي، مختار الصحاح، مكتبة لبنان، بيروت، ط 1995. رايس محمد ، الخبرة القضائية الطبية، مجلة الحجة، منظمة المحامين، تلمسان، ط 2011، عدد 2.
- الزهراء بن محمود و سامية دولة، التعليق على مجلة الأحوال الشخصية، قراءة في فقه القضاء، منشورات مجمع الأطرش للكتاب المتخصص، تونس، 2015.
- بن بوعبد الله مونية، بديار ماهر، دور البصمة الوراثية في إثبات جريمة الاغتصاب وفق التشريع الجزائري، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، العدد 03، جامعة سوق أهراس، الجزائر، 02/03/2020.
- بن داود حنان، الحضانة في قانون الأسرة الجزائري، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية و السياسية، المجلد 4، العدد 2، ط 2019.
- بن عامر يزيد، زيارة المحضون على ضوء الاجتهاد القضائي الجزائري، مجلة دائرة البحوث و الدراسات القانونية و السياسية، مخبر المؤسسات الدستورية و النظم السياسية، العدد 6، ط 2019.
- بن عامر يزيد، زيارة المحضون على ضوء الاجتهاد القضائي الجزائري، مجلة دائرة البحوث و الدراسات القانونية و السياسية، مخبر المؤسسات الدستورية و النظم السياسية، العدد 6، ط 2019.
- بن هبري عبد الحكيم، النطاق الإجرائي و الموضوعي لسلطة قاضي شؤون الأسرة في الإثبات: إشكالات الإثبات في منازعات متاع البيت في قضايا فك الرابطة الزوجية على ضوء القانون و الممارسة القضائية "نموذجاً"، مجلة الأفاق للبحوث و الدراسات، العدد الخاص، ماي، ط 2018.

قائمة المصادر و المراجع

- بن هيري عبد الحكيم، النطاق الإجرائي و الموضوعي لسلطة قاضي شؤون الأسرة في الإثبات: إشكالات الإثبات في منازعات متاع البت في قضايا فك الرابطة الزوجية على ضوء القانون و الممارسة القضائية " نموذجاً "، مجلة أفاق للبحوث والدراسات، العدد الخاص، ماي 2018.
- بوجاني عبد الحكيم، غربي صورية، تعارض نصوص الأسرة مع أحكام الشريعة من حيث الآثار المترتبة على إثبات الزواج العرفي، مجلة البحوث القانونية و الاقتصادية، المجلد 2، العدد 1، ط 2020.
- بوزيتونة لينة، حق زيارة المحضون في قانون الأسرة الجزائري دراسة بين القانون و الواقع، المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية و السياسية، المجلد 3، العدد 2، سبتمبر 2019.
- بوصوارميسوم، البصمة الوراثية في التشريع الجزائري، مجلة المنار للبحوث والدراسات القانونية والسياسية، العدد 03، ديسمبر 2017، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة يحي فارس، المدينة.
- بوقرة أم خير، مسكن الزوجية بين الإقامة الزوجية و ممارسة الحضانة، مجلة المنتدى القانوني، العدد 4، ط 2007.
- بوقندول سعيدة، التلقيح الاصطناعي بين الشريعة والقانون، مجلة العلوم الإنسانية، عدد 48، ديسمبر 2017، المجلد أ، جامعة الأخوة منتوري، قسنطينة.
- بويصري السعيد، قانون الأسرة ماله و ما عليه، مجلة البصيرة للبحوث و الدراسات الإنسانية، مركز البصيرة ، الجزائر، الجزائر، ط 2000.
- بيطام احمد، دراز سعيد، اثبات النسب بين الأدلة الشرعية والطرق العلمية في التشريع الجزائري، مجلة الباحث الدراسات الأكاديمية، المجلد 09، العدد 01، 2022.
- تريكي دليلة مولودة آيت شاوش، ثبوت النسب بالإقرار في قانون الأسرة الجزائري دراسة مقارنة، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، المجلد 11/ العدد 01-2015.
- تشوار جيلالي، الثغرات التشريعية الأسرية في بعض مسائل الزواج، أية عدالة قانونية أو قضائية، مجلة القانونية و الإدارية و السياسية، ط 2004.
- تواتي نورة، منازعات الصداق في قانون الأسرة الجزائري و الشريعة الإسلامية، مجلة الحقوق و الحريات، المجلد 9 ، العدد 2، ط 2020.

قائمة المصادر و المراجع

- تومي نوال، صحراوي، أحكام الصلح و دوره في قضايا فك الرابطة الزوجية، مجلة القانون و العلوم القانونية، المجلد 7، العدد 2، ط 2021.
- جمال فروف، حياد قاضي الإلغاء في الجزائر و ثيرة على أدلة الإثبات، مجلة البحث القانوني و السياسي، المجلد 7، العدد 2، ط 2022.
- حاشي محمد أمين نظام الإثبات في المواد المدنية و التجارية (دراسة في المفهوم و المبادئ)، مجلة التراث، المجلد 13، العدد 1، مارس 2023.
- حداد فاطمة، إشكالات حماية المحضون في ظل القانون المتضمن إنشاء صندوق النفقة- دراسة مقارنة- المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية و السياسية، العدد 2، ط 2019.
- حسيني عزيزة، النزاع حول متاع البيت -قراءة في نص المادة 73 من قانون الأسرة و تطبيقاتها، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية و السياسية، المجلد 58، العدد 1، ط 2021.
- حسيني عزيزة، النزاع حول متاع البيت- قراءة في نص المادة 73 من قانون الأسرة و تطبيقاتها القضائية، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية و السياسية، المجلد 58، العدد 1، ط 2021.
- حفيفة سابق، قراءة في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري، مجلة الاجتهاد القضائي، المجلد 14، ط 2022.
- حفيفة فضلة، السلطة التقديرية للقاضي في مسائل النفقة في قانون الأسرة الجزائري، مجلة الدراسات القانونية و السياسية، المجلد 8، العدد 1، جانفي 2022.
- حمليل صالح، إجراءات التقاضي أمام قسم شؤون الأسرة في القانون الجزائري، مجلة الحقيقة، جامعة أدرار، المجلد 13، العدد 1، ط 2014.
- حميد سلطان علي الخالدي، مشاهدة المحضون: دراسة مقارنة بين القانون و الشريعة الإسلامية، مجلة جامعة بابل، بابل، مجلد 15، عدد 2، ط 2007.
- حمد الشقار : صندوق التكافل العائلي مقال منشور بمجلة الفقه و القانون بتاريخ 01/01/2013م، العدد 3، المغرب، يناير.
- عبد السلام عبد القادر، النزاع حول متاع البيت بين النص التشريعي و الاجتهاد القضائي، مجلة الأحياء، المجلد 4، العدد 1، 1 جوان ط 2002

- ذبيح هشام، أحكام الطلاق والتطليق وأثر قانون الأسرة فيها على حماية الأبناء، مجلة الاستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، العدد 09، مارس 2018 المجلد الأول، 2017/12/15.

-رايس محمد، شامي احمد، دور القاضي في تقدير التعويض عن الطلاق التعسفي و تقدير بدل الخلع " دراسة مقارنة "، المجلة الجزائرية للقانون المقارن، العدد 2، ط 2020.

-زكريا عوض محمود بني ياسين، نصاب الشهادة في مسائل الأحوال الشخصية المتعلقة بالأموال في الفقه الإسلامي، مجلة السعودية، الجزء 4، العدد 33، .

- زوزو هدى، القرائن مفهومها و تقسيماتها في الشريعة الإسلامية و القانون الوضعي- دراسة مقارنة- مجلة العلوم الإنسانية، جامعة محمد خيضر بسكرة، العدد 18، ط 2010.

-سامية بحبيب، مسكن المطلقة الحاضنة، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري، مجلة الاجتهاد القضائي، المجلد 13، عدد خاص، مخبر اثر الاجتهاد القضائي على حركة التشريع، جامعة بسكرة.

- سامية بن قوية، أثار الحضانة في الشريعة الإسلامية و قانون الأسرة الجزائري، دراسة مقارنة، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية و الاقتصادية و السياسية، العدد 1، ط 2010.

-سفيان ذبيح، إثبات الوصية و إجراءات تثبيت الملكية المكتسبة عن طريقها في التشريع الجزائري، مجلة الصدى للدراسات القانونية و السياسية، المجلد 4، العدد 1، ط 2022..

-سلمى بنت محمد هوساوي، الأحكام المتعلقة بنفقة الزوجة والمطلقة، مجلة كلية اللغة العربية، العدد 35، 2015.

-سلمى مانع، دور السندات التنفيذية في مباشرة إجراءات التنفيذ الجبري، مجلة العلوم الإنسانية، المجلد 17، العدد 2، ط 2017.

-سنوسي علي، الشغور القانوني في إجراءات المادة الأسرية، مجلة الاجتهاد القضائي، المجلد 12، العدد 2، ط أكتوبر 2019.

- شامي احمد، إثبات متاع البيت في الفقه الإسلامي و التشريع الجزائري، مجلة الصدى للدراسات القانونية و السياسية، العدد 1، ديسمبر 2019،
- شكر محمود داؤد السليم، أحمد حميد سعيد النعيمي، الأحكام الشرعية والقانونية لإثبات النسب بالبصمة الوراثية، مجلة الرافدين للحقوق، المجلد 12، العدد 43، 2010.
- شهر زاد عبد الله، شروط الإثبات و مذاهبه في الفقه الإسلامي و القانون الوضعي- دراسة مقارنة، مجلة الحضارة الإسلامية، المجلد 20، العدد 2، ط 2019.
- شيخة أحمد التفاق، الإذن الطبي بين المنظور الشرعي والقانون الإماراتي - التلقيح الصناعي نموذجاً، مجلة جامعة الشارقة دورية علمية محكمة، للعلوم الشرعية والدراسات الإسلامية، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة الشارقة، الإمارات العربية المتحدة، المجلد 16، العدد 01، شوال 1440 هـ / يونيو 2019 م.
- عبد الحفيظ بقة، ركن الولي في عقد الزواج والإشكالات التي تثيرها المادة 11 من قانون الأسرة الجزائري، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، العدد 23، المجلد 01، جامعة المسيلة.
- عبد القادر سليمان، نفقة الزوجة في التشريع الإسلامي، مجلة الحضارة الإسلامية، العدد 12، 2012.
- عبد الكريم نذير، نور الدين حمادي، حق الزوجة في ظل قانون الأسرة الجزائري، مجلة الحقوق و العلوم الإنسانية، المجلد 14، العدد 3، ط 2021.
- عبد الله بن سليمان العجلان، أحكام تأديب الزوجة في الفقه الإسلامي، مجلة العدل، العدد 52، شوال 1432 هـ.
- عبد المجيد بن يكن، المستحقات المالية للمطلقة و علاقتها بالتعويض عن الطلاق التعسفي بين الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، العدد 11، جوان 2017.
- علي خطار شنتاوري، المعاينة كوسيلة من وسائل إثبات عدم مشروعية القرار المطعون فيه، مجلة الشريعة و القانون، العدد 19، الأردن، ط 2002.
- علي محمد الزقيلي، الطلاق المعلق مفهومه وأثره في الفقه الاسلامي، المجلة الأردنية في الدراسات الاسلامي، 2007/06/20، المجلد 05، العدد 01، 2009.

- عماد أموري جليل الزاهدي، الوسائل القرآنية في علاج نشوز الزوجين وأقوال فقهاء فيها، مجلة كلية العلوم الاسلامية، المجلد الثامن، العدد 15/2، 2014.
- عماري إبراهيم و رباحي احمد، مراعاة مصلحة المحضون في الفقه الإسلامي و بعض التشريعات العربية المقارنة، مجلة البحوث في الحقوق و العلوم السياسية، العدد 3، جامعة ابن خلدون، تيارت ، الجزائر، ط 2016.
- عمر بن سعيد، ماهية الإثبات و محله في القانون و القضاء المدني الجزائري، مجلة الأفق للعلوم، جامعة زيان عاشور، جلفة، جوان 2018.
- عمر بن سعيد، ماهية الإثبات و محله في القانون و القضاء المدني الجزائري، مجلة الأفق للعلوم، جامعة زيان عاشور، الجلفة، جوان ط 2018.
- عمر طه خليل السامرائي، الطلاق الالكتروني في ضوء الفقه الاسلامي، وقانون الاحوال الشخصية العراقي، مجلة كلية التراث الجامعة، العدد 2011، 30.
- عيسى طعيبة، حق زيارة المحضون و ضمانات إقراره و تنفيذه على ضوء قانون الأسرة و الاجتهاد القضائي، مجلة الحقوق و العلوم الإنسانية، المجلد 11، العدد 1، ط 2020.
- غضبان مبروكة، حماية المطلقة الحاضنة في مسكن ممارسة الحضانة من خلال القضاء الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية و الاقتصادية و السياسية، العدد 11.
- فواز جلطي، إشكالات تنفيذ الأحكام القضائية في مادة شؤون الأسرة، مجلة البحوث القانونية و السياسية، العدد 8، ط 2017.
- قصري نسيم، القاضي و فك الرابطة الزوجية: بين الممارسات العرفية و الأحكام القضائية، مجلة التراث، المجلد 9، العدد 1، ط 2019.
- كريم زينب، شبهات والأحكام المواريث في قانون الأسرة الجزائري و عند الفقهاء، مجلة البحوث القانونية و السياسية، العدد 13، ط 2019.
- لاتي محمد، أساس التعويض عن الطلاق التعسفي، مجلة القانون و العلوم السياسية، العدد 4، جوان 2016.
- لجلد فواز، إشكالات تنفيذ الأحكام القضائية في مادة شؤون الأسرة، مجلة البحوث القانونية و السياسية، العدد 8، جوان 2017.

قائمة المصادر و المراجع

- لجلط فواز، إشكالات تنفيذ الأحكام القضائية في مادة شؤون الأسرة، مجلة البحوث القانونية و السياسية، العدد 8، ط 2017.
- لخداري عبد الحق، الصلح القضائي بين الزوجين في الفقه الإسلامي و التشريع الجزائري، مجلة الإحياء، المجلد 20، العدد 24، ط 2020.
- لرجم أمينة، الأحكام القضائية في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري، مجلة الدراسات القانونية و الاقتصادية- المركز الجامعي سي الحوس- بريكة، العدد 3، جوان 2019.
- مازن إسماعيل هنية، أحمد ذياب شويح، نفي النسب في الفقه الإسلامي ودور الحقائق العلمية المعاصرة فيه، مجلة الجامعة الإسلامية، سلسلة الدراسات الإسلامية، المجلد 16، العدد 02، 2008.
- مانع سلمى، زواوي عباس، دور السندات التنفيذية في مباشرة إجراءات التنفيذ الجبري، مجلة العلوم الإنسانية، جامعة محمد خيضر بسكرة، العدد 49.
- مباركة عمامرة: الحماية الجزائية لحق النفقة للطفل في القانون الجزائري مجلة البحوث والدراسات، جامعة الشهيد حمة لخضر، الوادي الجزائري، العدد 24 14 جوان 2017.
- مجاهدي خديجة، تطبيقات البصمة الوراثية وأثرها في الإثبات(إثبات ونفي النسب نموذجاً)، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية والاقتصادية، المجلد 57، العدد 02، جامعة البليدة 2 علي لونيبي، 2020.
- محمد البيومي الراوي بهنسي، الهجر وما يتعلق به من أحكام دراسة فقهية، الدراية مجلة علمية محكمة، العدد 15، الجزء الرابع 2015.
- محمد بجاق، الاحتياط في إثبات أو نفي النسب في الفقه الإسلامي، مجلة العلوم القانونية و السياسية، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة الوادي، العدد 05، جوان 2012.
- محمد جاسم عبد، أحكام الهجرة في الشريعة الإسلامية، مجلة أبحاث كلية التربية الأساسية، مجلد 08، عدد 2008، 01.
- مسعودي محمد لمين، الطعن في حكم الطلاق في القانون الجزائري، مجلة الفكر القانوني و السياسي، المجلد 6، العدد 1، ط 2022.

قائمة المصادر و المراجع

- مسعودي هلالي، إجراءات تسوية إشكالات التنفيذ الوقتية في مسائل الأحوال الشخصية في التشريع الجزائري، مجلة التراث، المجلد 5، العدد 4.
- مقراني جمال، إشكالات حق الحاضنة في السكن و سلطة القاضي في تقدير الذات، مجلة البحث القانوني و السياسي، المجلد 2 ، العدد 1، ط 2017.
- مناد سعودي، حق المحضون في مسكن الحضانة، مجلة الحقوق و الحريات، المجلد 9، العدد 2، ط 2021.
- مونة مقالاتي، راضية بن زكي، بيع العقار المزاد العلني: الاطار الإجرائي و الموضوعي، مجلة القانون و المجتمع، المجلد 10، العدد 1، ط 2022.
- دهليس رجاء، واقع الخبرة القضائية أمام القضاء الجزائري، مخبر القانون العقاري و البيئة، كلية الحقوق و العلوم الإنسانية، جامعة مستغانم، ط 2012.
- محمد كربوب، الطبيعة القانونية لأحكام فك الرابطة الزوجية و الإشكالات التي تثيرها، دائرة البحوث و الدراسات القانونية و السياسية، المجلد 5، العدد 3، ط 2021.
- نواف خالد، مشاهدة المحضون، دراسة مقارنة، مجلة كلية القانون للعلوم السياسية، المجلد 4، ط 2013.
- ولد خسال سليمان، سلطات القاضي في الطلاق التعسفي، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية و الاقتصادية و السياسية، العدد 18.
- ياحي سامية، حجية القرائن القضائية في الإثبات، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية، المجلد 57، العدد 2، ط 2020.
- لياس جوادي، شهادة الشهود و حجيتها في اثبات الدعوى الإدارية ، مجلة آفاق علمية، المجلد 13، العدد 3، ط 2021.
- مجلة الحقوق للبحوث القانونية و الاقتصادية – تصدرها كلية الحقوق في جامعة فاروق الأول مصر – العدد الأول مارس 1943.

6- قرارات المحكمة العليا

- قرار المحكمة العليا (المجلس الأعلى) رقم 33186 الصادر في -04- 03، 1984
- المجلة القضائية، العدد الأول، سنة 1989، ص 277 وما بعدها والقرار رقم 29833 الصادر في -11- 06، 1984 المجلة القضائية، العدد الثالث، سنة 1989، ص 214 وما بعدها.

قائمة المصادر و المراجع

- قرار المحكمة العليا، الأحوال الشخصية، قرار رقم 34849، الصادر بتاريخ 1984/12/31، مجلة القضائية، العدد 4، ط 1989.
- قرار المحكمة العليا، الأحوال الشخصية، قرار رقم 81197 الصادر بتاريخ 1990/12/23، مجلة القضائية، العدد 1، ط 1996.
- قرار المحكمة العليا، ملف رقم 59784، الصادر بتاريخ 1990/04/16، المجلة القضائية 1991، .
- قرار رقم 214290، الصادر في 1998/12/15، المجلة القضائية، ط 2001، عدد خاص، ص 194.
- قرار رقم 881-180 المؤرخ في 1998/02/25، مجلة قضائية عدد 01 لسنة 1998، ص 78.
- المجلة القضائية، المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 52212، بتاريخ 1989/01/16، عدد 3، ط 1991.
- محكمة أدرار، قسم الجنج، حكم بتاريخ 2014/10/02، ملف رقم 14/03315.
- المجلة القضائية للمحكمة العليا، المحكمة العليا، القرار 97774، الصادر بتاريخ 1993/7/7، العدد الثاني، ط 1994.
- المجلة القضائية، العدد الثالث، ط 1992، ص 230.
- المجلة القضائية، العدد الخاص بغرفة الأحوال الشخصية، قسم الوثائق بالمحكمة العليا، ط 2001.
- المجلة القضائية، المجلس الأعلى، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 75141، المؤرخ في 1991/06/18، العدد 1، ط 1993.
- المجلة القضائية، عدد خاص بغرفة الأحوال الشخصية، قسم الوثائق للمحكمة العليا، 2001.
- المجلة القضائية، قسم المستندات و النشر للمحكمة العليا، العدد 2 (1998)، الديوان الوطني للأشغال التربوية، ط 1999.
- المجلة القضائية، قسم المستندات و النشر للمحكمة العليا، العدد 2، 1990.
- مجلة نشرة القضاء، وزارة العدل، عدد خاص، 1982، قرار رقم 17 رقم 26545 بتاريخ 1982/01/25.
- المجلس الأعلى، قرار صادر في 2004/07/28، مجلة القضاء، عدد 62.
- المحكمة العليا صادر بتاريخ 1990/04/16، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 59784، المجلة القضائية، لسنة 1997، عدد 4.

قائمة المصادر و المراجع

- المحكمة العليا، الصادر بتاريخ 27/11/1985 ، ملف رقم 41783 ، مجلة القضائية لسنة 1990، العدد الأول.
- المحكمة العليا، الصادر بتاريخ 13/03/1988 ، ملف رقم 48120 ، المجلة القضائية، لسنة 1991، عدد 04.
- المحكمة العليا، الصادر بتاريخ 18/04/1992 ، ملف رقم 105320 مجلة قضائية، لسنة 1995، عدد 2.
- المحكمة العليا، الصادر بتاريخ 01/10/1998 ، ملف رقم 207383 ، مجلة قضائية، لسنة 1999، عدد 1 .
- المحكمة العليا، القرار رقم 134417، الصادر بتاريخ 1996/07/09، مجلة قضائية، ط 1998، العدد 2.
- المحكمة العليا، القرار رقم 75141، الصادر بتاريخ 1991 /06/18 ، المجلة القضائية، ط 1993.
- المحكمة العليا، بتاريخ 2012/03/15، رقم 734072، غرفة شؤون الأسرة و المواريث، مجلة المحكمة العليا، العدد 1، ط 2013.
- المحكمة العليا، غ. أ. ش. قرار رقم 39731، الصادر 1986/01/27، مجلة قضائية، عدد 4، ط 1993.
- المحكمة العليا، غ. أ. ش. قرار رقم 335656، الصادر بتاريخ 2000/02/22، مجلة قضائية، عدد 1، ط 2000.
- المحكمة العليا، غ. أ. ش. قرار رقم 223834، الصادر بتاريخ 1999/06/15، مجلة قضائية، عدد خاص، ط 2001.
- المحكمة العليا، غ. أ. ش. قرار رقم 141417، الصادر بتاريخ 2000/05/23، مجلة قضائية، عدد خاص، ط 2001.
- المحكمة العليا، غ. أ. ش. رقم 59784، الصادر في 1990 /04/16 ، المجلة القضائية 1991، عدد 4.
- المحكمة العليا، غ. أ. ش. رقم 79891، الصادر في 1990، المجلة القضائية، ط 1992، عدد 1.

قائمة المصادر و المراجع

- المحكمة العليا، غ. أ. ش، قرار رقم 39731، الصادر بتاريخ 27 / 01 / 1986، مجلة القضائية، العدد 4، ط 1993.
- المحكمة العليا، غ، ج، 23/11/1993، ملف رقم 102548، المجلة القضائية، 1993، العدد 2.
- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 1723 الصادر بتاريخ 28/10/1997، مجلة قضائية، عدد 01، 1997.
- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 210478، الصادر بتاريخ 17/11/1998، مجلة قضائية، عدد خاص، 2001.
- المحكمة العليا، ملف رقم 55706، تاريخ 11/12/1989، العدد 1، المجلة القضائية، 1992.
- المحكمة العليا، ملف رقم: 58224، المجلة القضائية، ط 1991، عدد 4، ص 110.
- مجلة الأحكام لوزارة العدل، المجلس الأعلى، غرفة الأحوال الشخصية، 1968/07/03، د ط.
- العليا رقم 23008 الصادر في - - 01 21 1982 المنشور بكتاب الاجتهاد القضائي لسنة 1987، والقرار رقم 35456
- القرار الصادر في -02- 10 1971 ، المنشور بنشرة القضاة، العدد الثاني، سنة 1972، ص 64 وما بعدها.
- قرار المحكمة العليا المؤرخ في 02/01/1989، المادة 222 من قانون الأسرة.
- قرار المحكمة العليا رقم 200198، الصادر بتاريخ، 21/7/1998، المنشورة بنشرة القضاة لسنة 1999.
- قرار المحكمة العليا، غ أ ش ، قرار رقم 171684، المؤرخ 30/04/1997، عدد خاص 2001.
- قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، رقم الملف 222674، بتاريخ 15/06/1999.
- قرار رقم 24148 بتاريخ 2 / 12 / 1980، نشرة القضاة، العدد الأول، ط 1981، ص 83.

قائمة المصادر و المراجع

- قرار رقم 26997 بتاريخ 22 / 2 / 1982، نشرة القضاة، العدد الخاص، سنة 1982، ص 277.
- المحكمة العليا، القرار 134417، صادر بتاريخ 1996/07/09، م ق 1998، عدد 2.
- المحكمة العليا، غ، أ، ش، القرار الصادر بتاريخ 11 / 04 / 1988، ملف رقم 49302، م - ق، عدد 02، 2009.
- المحكمة العليا، غ، أ، ش، القرار الصادر بتاريخ 11 / 04 / 1988، ملف رقم 49302، م - ق، عدد 2، 2009.
- المحكمة العليا، غ، أ، ش، القرار بتاريخ 19 / 07 / 1994، ملف رقم 109595، إ - ق، عدد خاص، 2001.
- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 222651، الصادر بتاريخ 1999/05/18، اجتهاد قضائي 20001، عدد خاص.
- المحكمة العليا، قرار رقم 687997، الصادر في 2012/06/14.
- المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشخصية والمواريث- رقم 39775، صادر بتاريخ 1986/01/27، م ق، ع 1، 1989.
- محكمة العليا، الصادر بتاريخ 14/01/2003، غرفة الأحوال الشخصية ملف رقم 477546، لسنة 2009، العدد 2.
- المحكمة العليا، ع. ش، أ و، رقم 1035699، صادر بتاريخ 2016/11/02.
- المحكمة العليا، غ م، رقم 22117 صادر بتاريخ 1982/05/19 م ق، سنة 1989 عدد 1.
- المحكمة العليا، غ م، رقم 22117، صادر بتاريخ 1982/05/19 م ق، سنة 1989، العدد 1.
- المحكمة العليا، غ. أ. ش، ملف رقم 39394، النشرة القضائية، العدد 44، ص 151.
- 7 -الأوامر و القرارات و القوانين:
- الأمر 75- 58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 يتضمن القانون المدني المعدل و المتمم سنة 2007، الجريدة الرسمية رقم 31، ط 2007.

قائمة المصادر و المراجع

- امر رقم 05- 02 المؤرخ في 27 فبراير 2005 المعدل و المتمم للقانون 84-11 المؤرخ في 09 جوان 1986 المتضمن الأسرة الجزائرية.
- الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005، المتضمن تعديل القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 جوان 1984 المتضمن قانون الأسرة الجزائري، الجريدة الرسمية، العدد 15، المؤرخ في 22 جوان 2005.
- امر رقم 66- 156 المؤرخ في 8 جوان 1966، المتضمن قانون العقوبات المعدل و المتمم.
- الأمر رقم 66- 156 المؤرخ في 8 يونيو سنة 1966، الذي يتضمن قانون العقوبات، المعدل و المتمم.
- الأمر رقم 66/154، المؤرخ في 8 يونيو 1966، يتضمن قانون الإجراءات المدنية المعدل و المتمم.
- الأمر رقم 70 - 91 المؤرخ في 17 شوال عام 1390 هـ الموافق ل 15 سبتمبر سنة 1970 المتضمن تنظيم التوثيق بموجب المادة 41 من القانون رقم 88- 27 المرخ في 28 ذي القعدة عام 1408 هـ، الموافق ل 12 يوليو سنة 1988 المتضمن تنظيم التوثيق المنشور في الجريدة الرسمية ، العدد 28 الصادر في 13 يولي سنة 1988.
- قانون عضوي رقم 05-11 المؤرخ في 10 جمادي التنافسي سنة 1426 الموافق 17 يوليو سنة 2005، المتعلق بالتنظيم القضائي.
- القانون 01-15 المؤرخ في 04/01/2015 يتضمن إنشاء صندوق النفقة الجريدة الرسمية، العدد 01، 2015.
- قانون 84- 11 المؤرخ في 9 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة المعدل و المتمم بالأمر 05- 02 المؤرخ في 27 فيفري 2005.
- قانون الاسرة، الأمانة العامة للحكومة، 2007، ص 08.
- قانون رقم 96/02 مؤرخ في 10 جانفي 1996 يتضمن تنظيم مهنة محافظ البيع بالمزاد العلني، ح ر ع 3 الصادر بتاريخ 14 جانفي 1996.
- قانون رقم 91/03 مؤرخ في 08 جانفي 1991 يتضمن تنظيم مهنة المحضرين القضائي ملغى بموجب القانون رقم 06/03 المؤرخ في 20 فيفري 2006، ج ر ع 14، الصادر بتاريخ 08 مارس 2006

قائمة المصادر و المراجع

- قانون رقم 02-06 المؤرخ في 21 محرم 1427 الموافق ل 20 فبراير 2006، المتضمن تنظيم مهنة الموثق، الصادر بالجريدة الرسمية، عدد 14، المؤرخة في 08/06/2006 .
- قانون رقم 09-08 المؤرخ في 18 صفر 1429 الموافق ل 25 فيفري 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الصادر بالجريدة الرسمية، عدد 21.
- قانون رقم 15- 012 مؤرخ في 4 جانفي سنة 2015، المتضمن إنشاء صندوق النفقة.
- قانون رقم 01/15 المؤرخ في 4 جانفي 2015 يتضمن إنشاء صندوق النفقة، د. ر، عدد 1.
- القانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 يونيو 1984، المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم، بالأمر رقم 02-05 المؤرخ في 27 فبراير 2005، الجريدة الرسمية، العدد 15.
- قانون رقم 15- 01 مؤرخ في 13 ربيع الأول عام 1436 الموافق ل 4 يناير سنة 2015، يتضمن إنشاء صندوق النفقة، الجريدة الرسمية للرسومية، العدد 1.
- قانون رقم 16-03 مؤرخ في 14 رمضان عام 1437 الموافق 19 يونيو سنة 2016، يتعلق باستعمال البصمة الوراثية في الإجراءات القضائية والتعرف على الأشخاص.

أ. المواقع الإلكترونية:

- اسراء ايمن الشلتوني، احكام الطلاق في الاسلام، 14 فيفري 2019، <https://mawdoo3.com>، 2022/12/05، 14:20.
- الموسوعة الشاملة، على الرابط : <http://islamport.com/w/srh/Web/366/893.htm> بتاريخ: 2023/06/23.
- اهمية الزواج وفوائده، الزكية، 2018/06/28، <https://www.alzakiya.com>، 2022/12/01، 12:35.
- الشيخ حسين حلاوة، احكام الطلاق في الشريعة الاسلامية، <https://www.fatihsyuhud.org>، 2022/12/03، 22:45.
- الشيخ صلاح نجيب الدق، الطلاق واحكامه في الاسلام، 2018/12/16، <https://www.alukah.net>، 2022/12/03، 15:30.
- عبد المجيد بن عبد العزيز الدهيشي، الطلاق السني وصوره، 2013/04/02، <https://www.alukah.net>، 2022/12/05، 14:42.

- ياسمين عدنان ابو سالم، الاسباب الشرعية للطلاق، <https://mawdoo3.com>، 04ديسمبر 2022، 14:50

-علوي بن عبد القادر السقاف، شروط عقد النكاح، الموسوعة الفقهية، الدرر السنية، <https://dorar.net>، 2022/12/03، 21:04.

-نادية ابو رميس، شروط الزواج في الاسلام، 01 سبتمبر 2021، <https://mawdoo3.com>، 2022/12/03، 20:38

ب. -المراجع الأجنبية

-PIERRE SPITER - L'égalité des époux dans le régime matrimonial légal. Librairiegénérale de droit et de jurisprudence. Paris 1965

8- الملتقيات

- بلحاج العربي، ملاحظات نقدية بشأن النظام المالي للزوجين في ضوء قانون الأسرة الجزائري الجديد، أشغال الملتقى الدولي – الذمة المالية للأسرة في تشريعات دول المغرب العربي و في الدول الأوربية 24 و 25 جانفي 2016، مجلة مخبر حقوق الطفل، جامعة وهران 2، ط 2016.

9—المحاضرات

- عبد الرحمان ملزي، طرق التنفيذ الجبري سلسلة محاضرات أُلقيت على طلبه القضاة بالمدرسة العليا للقضاء، الدفعة 19 ، 2019-2020.

10- الندوات

-الكشور، الحقوق المالية للزوجين، مداخلة في الندوة الوطنية التي نظمتها جامعة عبد المالك السعدي بطنجة حول مدونة الأسرة يومي 20 و 21 فبراير 2004.

فهرس المحتويات

شكر و عرفان

قائمة المختصرات

1 مقدمة

الباب الأول

إجراءات الإثبات و التنفيذ الأحكام القضائية في مجال شؤون الأسرة

11 تمهيد

الفصل الاول

إجراءات الإثبات الأسري في مجال شؤون الأسرة

16 المبحث الأول: اليات الإثبات في قضايا شؤون الأسرة

17 المطلب الأول: وسائل إثبات و نفي النسب في الفقه الإسلامي

الفرع الأول: وسائل إثبات النسب في الفقه الإسلامي	17
أولاً: إثبات النسب بالفراش	18
ثانياً: إثبات النسب بالإقرار	22
ثالثاً: إثبات النسب بالبينة	26
الفرع الثاني: وسائل نفي النسب في الفقه الإسلامي	29
أولاً: نفي النسب بواسطة اللعان	30
ثانياً: اختلال مدة الحمل	31
ثالثاً: عدم القدرة على الإنجاب أو عدم التقاء الزوجين	31
المطلب الثاني: طرق حل الخلافات الزوجية من منظور الشريعة الإسلامية قبل فك الرابطة الزوجية وبعدها	32
الفرع الأول: طرق حل الخلافات الزوجية قبل فك الرابطة الزوجية من منظور الشريعة الإسلامية	32
أولاً: الوعظ	33
ثانياً: الهجر	35
ثالثاً: الضرب غير مبرح	37
الفرع الثاني: طرق حل الخلافات الزوجية من منظور الشريعة الإسلامية بعد فك الرابطة الزوجية	41
أولاً: عدة الطلاق ونفقتها	41
ثانياً: الحضانة	44
المبحث الثاني: اعتماد المشرع الجزائري على النصوص الشرعية لتأسيس القوانين التي تتعلق بقضايا شؤون الأسرة	46
المطلب الأول: إثبات النسب في القانون الجزائري	46
الفرع الأول: طرق إثبات النسب في القانون الجزائري	46

أولاً: إثبات النسب بالزواج	47
ثانياً: إثبات النسب بالإقرار	48
ثالثاً: ثبوت النسب بالبينة	54
الفرع الثاني : الأليات العلمية الحديثة لإثبات للنسب ومدى استغلالها من طرف الجهات المختصة في القانون وقضايا الأسرة.	56
أولاً: إثبات النسب بالبصمة الوراثية	56
ثانياً: إثبات النسب بالتلقيح الاصطناعي	64
ثالثاً: إثبات النسب في الفقه الإسلامي	69
رابعاً: المقارنة بين طرق الإثبات بين الشريعة الإسلامية و القانون الأسري	70
المطلب الثاني: المقارنة بين وسائل الإثبات بين الشريعة و القانون	77
الفرع الأول: شروط الإثبات في الشريعة الإسلامية	77
أولاً: أن تسبق الدعوى الإثبات	77
ثانياً: موافقة الإثبات للدعوى	78
الفرع الثاني: شروط الإثبات في القانون	79
المطلب الثالث: مدى استقلالية قواعد الإثبات في قضايا الأسرية	80
الفرع الأول: مبدأ حياد القاضي	82
الفرع الثاني: مبدأ حق الخصوم في الإثبات	83
الفرع الثالث: محل الإثبات في قضايا شؤون الأسرة.	84
المطلب الثالث: استقلالية قواعد الإثبات في قضايا الأسرية	84
الفرع الأول: خصائص الإثبات في المنازعات المادة الأسرية	85
أولاً: الاعتماد على خبرة القاضي في مجال وسائل التحقيق	85
الفرع الثاني: الدور التحقيق لقاضي المشمول بتحديد المادة 844 من ق.م. أ	87

الفرع الثالث: حياد القاضي في خصومة القضايا الأسرية.	88
أولاً: حياد القاضي على التدابير العامة للإثبات في دعوى الإلغاء.	88
ثانياً: تبليغ إعادة السير في تحقيق الإثبات.	91
ثالثاً: وسائل التحقيق لقاضي الإلغاء في القضايا الأسرية.	91
خلاصة الفصل	94

الفصل الثاني

اجراءات التنفيذ الاسري في مجال شؤون الأسرة

تمهيد	96
المبحث الأول: نظرة عام حول التنفيذ	97
المطلب الأول: أنواع التنفيذ	97
الفرع الأول: التنفيذ الاختياري	97
الفرع الثاني: التنفيذ الجبري	98
أولاً: التنفيذ الجبري المباشر	98
ثانياً: التنفيذ الجبري غير المباشر	99
المطلب الثاني : السلطة التي تباشر التنفيذ	99
الفرع الأول: تعريف المحضر القضائي وصلاحياته	100
أولاً: تعريف المحضر القضائي	100
الفرع الثاني: الهيئات المشرفة على المحضر القضائي والحماية المقررة له	101
أولاً: الهيئات المشرفة على مهنة المحضر القضائي بالرجوع لأحكام المواد 39 و 40، و 41 من القانون رقم 06/03	101
ثانياً: الحماية القانونية للمحضر القضائي	101
الفرع الثاني: اطراف التنفيذ	102

أولاً: طالب التنفيذ Le saisissant	102
ثانياً: المنفذ عليه أو المحجوز عليه Le poursuivi	103
ثالثاً: المدينون الذين لا يجوز التنفيذ ضدهم	105
الفرع الثالث : السلطة العامة	105
أولاً: المحضر القضائي	105
ثانياً: رئيس المحكمة	106
ثالثاً: وكيل الجمهورية	106
المبحث الثاني: تطبيقات تنفيذ الأحكام القضائية في مجال شؤون الأسرة.	108
المطلب الأول: مقدمات التنفيذ في مجال شؤون الأسرة.	108
الفرع الأول: تبليغ المنفذ ضده بالسند وتكليفه بالوفاء	109
الفرع الثاني تحرير محضر التنفيذ أو الامتناع عن التنفيذ	112
المطلب الثاني: محل التنفيذ في مجال شؤون الأسرة	122
الفرع الأول: المطالبة بالتعويضات.	123
الفرع الثاني: القيام بالعمل موضوع الالتزام على نفقة المحكوم عليه	124
الفرع الثالث: خصوصية تنفيذ أحكام الزواج والطلاق	126
أولاً: تنفيذ الأحكام المتعلقة بالزواج والطلاق	126
ثانياً: تنفيذ الأحكام المتعلقة بالجوانب المادية لأحكام الزواج والطلاق	128
ثالثاً: صندوق النفقة كآلية لتنفيذ أحكام آثار الزواج أو الطلاق	129
المطلب الثالث: الحجز التحفظي	137
الفرع الأول: الأحكام العامة للحجز التحفظي	138
أولاً: خصائص الحجز التحفظي	138
الفرع الثاني: إجراءات الحجز التحفظي	139

أولاً: المطالبة بالحجز التحفظي	139
ثانياً: تثبيت الحجز	140
ثالثاً: رفع الحجز التحفظي	142
المطلب الثالث: الحجز التنفيذي	142
الفرع الأول: حجز المنقولات	143
أولاً: إجراءات الحجز التنفيذي على المنقول	143
ثانياً: حراسة الأموال المحجوزة	144
ثالثاً: إجراءات بيع المنقولات المحجوزة	146
الفرع الثاني: حجز مال المدين لدى الغير	150
أولاً: أركان وآثار حجز مال المدين لدى الغير	154
ثانياً: حجز مال المدين لدى الغير التحفظي	161
الفرع الثالث: حجز العقارات	161
أولاً: الحجز على العقارات المشهورة	162
ثانياً: الحجز على العقارات غير المشهورة	169
المطلب الثالث: الأحكام القضائية ودعوى الأشكال في تنفيذها	170
الفرع الأول: الأحكام القضائية في الموضوع قبل الفصل في الموضوع	170
الفرع الثاني: الأحكام الصادرة قبل الفصل في الموضوع	171
أولاً: الأحكام القطعية	172
ثانياً: الأحكام غير القطعية	180
الفرع الثالث: الأحكام الفاصلة في الموضوع	183
أولاً: النفاذ المعجل وأنواعه	183
ثانياً: حالة النفقة	184

185	ثالثا: حالة منح مسكن الزوجية لمن أسندت إليه الحضانة
185	الفرع الثالث: الأحكام والأوامر الاستعجالية في قضاء شؤون الأسرة.
187	أولا: التدابير المؤقتة الخاصة بالنفقة
188	ثانيا: التدابير المؤقتة الخاصة بالحضانة وحق الزيارة
190	ثالثا: التدابير المؤقتة الخاصة بحق المسكن
192	الفرع الرابع: طبيعة السند التنفيذي في مجال شؤون الأسرة
193	أولا: الطبيعة القانونية للسند التنفيذي
195	ثانيا: عناصر السند التنفيذي و خصائصه
202	الفرع الخامس: دعوى الأشكال في التنفيذ.
202	أولا: مجال دعوى منازعة التنفيذ
213	ثانيا: الجهة المختصة للنظر في دعوى التنفيذ
217	ثالثا: الطعن في الحكم الفاصل في دعوى
218	رابعا: أثر الإشكال في التنفيذ
229	خلاصة

الباب الثاني

خصوصية الاثبات الأسري وإشكالات التنفيذ في الأحكام الأسرية

الفصل الأول:

خصوصية الاثبات في دعاوى شؤون الاسرة .

232	تمهيد
-----	-------------

المطلب الأول: القرائن القضائية	233
المبحث الأول: طرق الإثبات في مجال الاسري	233
الفرع الأول: دور الاقتناع الشخصي للقاضي في تقدير القرائن القضائية	234
الفرع الثاني: مبررات السلطة المطلقة للقاضي في تقدير حجية القرائن القضائية في الإثبات.	236
الفرع الثالث: القيود المتعلقة بوجوب احترام القواعد العامة في الإثبات.	237
أولاً: القيود المتعلقة بوجوب احترام القواعد الموضوعية في الإثبات	238
ثانياً: القيود المتعلقة بوجوب احترام القواعد الإجرائية في الإثبات	239
ثالثاً: القيود المتعلقة بالحكم	243
المطلب الثاني: الإثبات بالشهادة أمام قاضي شؤون الأسرة.	244
الفرع الأول: سماع الشهود أمام قاضي شؤون الأسرة.	244
الفرع الثاني: أداء اليمين.	245
المبحث الثاني: طرق العلمية كآلية للإثبات و التنفيذ في قضايا شؤون الأسرة.	246
المطلب الأول: سلطة تقدير قاضي شؤون الأسرة لنتائج الخبرة العلمية.	246
الفرع الأول: مدى إعمال السلطة التقديرية في اللجوء إلى الخبرة العلمية في مسائل إثبات النسب.	247
الفرع الثاني: الأسس القانونية للسلطة التقديرية في قانون الأسرة.	249
المطلب الثاني: البصمة الوراثية كآلية لإثبات المادة الأسرية.	250
الفرع الأول: خصائص البصمة الوراثية.	250
الفرع الثاني: اجراءات تحليل البصمة الوراثية و حالات الالتجاء اليها.	251
المطلب الثالث: إثبات وجود متاع البيت.	259
الفرع الأول: إثبات وجود متاع البيت في حالة عدم وجود الدليل.	260
أولاً: مفهوم متاع البيت.	260

267	ثانيا: إثبات وجود متاع البيت في حالة عدم وجود الدليل
275	الفرع الثاني: أحكام إثبات متاع البيت
276	أولا: أحكام الإثبات في دعوى متاع البيت في الفقه الإسلامي
279	ثانيا: أحكام الإثبات في دعوى متاع البيت في التشريع الجزائري
287	الفرع الثالث: ماهية ملكية متاع البيت.
312	خلاصة الفصل

الفصل الثاني:

إشكالات التنفيذ في أحكام شؤون الأسرة

314	تمهيد
319	المبحث الأول: إشكالات التنفيذ الاحكام قبل فك الرابطة الزوجية
319	المطلب الأول: أهم إشكالات تنفيذ الأحكام القضائية أثناء قيام الرابطة الزوجية
319	الفرع الأول: الطبيعة القانونية لإشكالية تنفيذ الأحكام القضائية قبل فك الرابطة الزوجية.
320	أولا: مفهوم الحكم القضائي الصادر في فك الرابطة الزوجية.
324	ثانيا: إشكالية الصلح قبل فك الرابطة الزوجية
328	الفرع الثاني: دراسة إشكالية الصلح بين الزوجين ضمن إشكالية تنفيذ الأحكام القضائية المتعلقة بالأسرة قبل وبعد فك الرابطة الزوجية
328	أولا: دراسة إشكالية الصلح بين الزوجين من خلال الفقه و القضاء
330	ثانيا: إشكالية إجراء محاولات الصلح بين التنصيص على وجوبية من عدمه
331	ثالثا: إشكالية أثر إجراء الصلح بالنسبة للحكم القضائي
334	المطلب الثاني: الأحكام التنفيذية القضائية بإلزام رجوع الزوجة إلى بيت الزوجية.
334	الفرع الأول: إلزام الزوجة بالرجوع إلى بيت الزوجية.

أولاً: مفهوم الرجوع إلى بيت الزوجية في الفقه	334
ثانياً: مفهوم الرجوع إلى بيت الزوجية في القانون الجزائري	335
الفرع الثاني: الإشكالات المتعلقة بالرجوع إلى بيت الزوجية في القانوني الجزائري. ...	336
أولاً: حالة عدم النص صراحة على ان يكون الرجوع بسعي من الزوج	336
ثانياً: حالة تحايل الزوج أو الزوجة في تنفيذ الإلزام بالرجوع إلى بيت الزوجية	337
ثالثاً: إشكالات تنفيذ حكم الرجعة إلى بيت الزوجية منفصل	337
رابعاً: الإشكالات المتعلقة بالبيت المنفصل أثاثاً و معاشاً	338
المطلب الثالث: إشكالية تنفيذ أحكام النفقة وكراء السكن أو توفيره.	339
الفرع الأول: إشكالية تنفيذ أحكام النفقة	340
أولاً: ماهية النفقة في الفقه و القانون.	341
ثانياً: دليل مشروعيتها	343
ثالثاً: موقف المشرع الجزائري من النفقة قبل فك الرابطة الزوجية	344
الفرع الثاني: إشكالية تنفيذ أحكام كراء السكن أو توفيره.	349
أولاً: ماهية تنفيذ أحكام كراء السكن أو توفيره	350
ثانياً: الطبيعة القانونية لمسكن	352
ثالثاً: سلطة التقديرية للقاضي في إسناد حق السكن	354
رابعاً: إشكالات المطروحة في توفير المسكن أو كراءه في ظل قانون الأسرة الجزائري	
.....	355
المبحث الثاني: إشكالية تنفيذ الأحكام القضائية بعد فك الرابطة الزوجية.	358
المطلب الأول: إشكالية تنفيذ زيارة الولد المحضون والتجاوزات القانونية في هذا الإطار	
وسبل إصلاح آليات التنفيذ في هذا الصدد.	363
الفرع الأول: إشكالية تنفيذ زيارة الولد المحضون والتجاوزات القانونية.	364
أولاً: مدلول زيارة الولد المحضون.	364

ثانيا: دور القضاء في ضمان حق زيارة المحضون	368
ثالثا: النطاق الجزائي لجريمة الامتناع تسليم الطفل المحضون	369
الفرع الثاني: أليات إصلاح إشكالات تنفيذ زيارة الولد المحضون.	371
أولا: تفعيل ألية الزيارة كأداة لرقابة مصلحة المحضون و متابعة تنفيذها	371
ثانيا: الحلول المقترحة إصلاح إشكالات تنفيذ زيارة الولد المحضون	373
المطلب الثاني: إشكالية تنفيذ النفقة وامتناع المطلق عن دفع المبلغ التعويض للطلاق التعسفي.	377
الفرع الأول: مدلول الطلاق التعسفي.	379
أولا: الطلاق التعسفي في قانون الأسرة الجزائري.	379
ثانيا: الطبيعة القانونية للطلاق التعسفي في التشريع الجزائري	382
الفرع الثاني: الأساس القانوني للتعويض عن الطلاق التعسفي و جريمة الامتناع عن تسديده.	383
أولا: دور القاضي في تقدير التعويض عن الطلاق التعسفي	383
ثانيا: جريمة امتناع عن تعويض الطلاق التعسفي	387
المطلب الثالث: إشكالية تنفيذ حكم تسليم الأثاث	389
الفرع الأول: تقدير قيمة المتاع في حال عدم وجوده و ثبوت ملكية المدعي عليه.	390
الفرع الثاني: تقدير قيمة الأثاث في حال عدم ثبوت ملكية المدعي عليه.	392
خلاصة الفصل	394
خاتمة	396
قائمة المصادر والمراجع	399

الملخص

المخلص

إن الإثبات و تنفيذ الأحكام، و القرارات الناشئة عن دعاوى شؤون الأسرة، تكون مشكلة من قاضي شؤون الأسرة، و كذا المحضر القاضي للتنفيذ كما أن المحضر تعترضه الكثير من الإشكالات في تنفيذ الأحكام الصادرة بشأن رؤية الطفل المحضون، و كذا تسليمه أما بالنسبة للأحكام التي تصادف عملية التنفيذ ، و هي المتعلقة بالنفقة ضف إلى ذلك الإثبات فيما يخص الطلاق العرفي، و النسب إذ أن القانون يحيلنا إلى المادة 222 من قانون الأسرة، التي تحيل بدورها إلى الشريعة الإسلامية ، إلا أن ذلك لا يكون من تدخل المشرع و النص صراحة على إمكانية الإثبات بأثر رجعي، و النص كذلك على إثباته، و ذلك نظرا لخطورة إثارة بتعبير مراكز الأزواج دون أن ننسى الجانب الاجتماعي إذ يؤدي إلى تثبيت شمل الأسرة بأثر رجعي.

الكلمات المفتاحية

تنفيذ الأحكام، القرارات الناشئة، قاضي شؤون الأسرة.

Abstract

The enforcement of judgments and decisions arising from family law cases poses challenges for family court judges and judicial officers responsible for execution the letter faces numerous issues in implementing judgments concerning the visitation and handover of the custodial child; moreover; the judgments encountered during execution particularly during execution ; particularly those related to alimony; present additional complications ;the proof concerning customary divorce and lineage requires referencing article 222 of the family code; which in turn refers to Islamic sharia .however this is insufficient without the legislators intervention to explicitly the methods of such proof ; this necessity arises due to the serious implications of altering the spouses statuses; not mention the social aspect: which many lead to the disintegration of the family unit.

Key word

the enforcement of judgments. decisions arising , family court judges