



جامعة عبد الحميد بن باديس

كلية الحقوق والعلوم

مذكرة تخرج لنيل



الماستر

في الحقوق

قسم القانون الخاص

تخصص : قانون عام معمق

موسومة بـ

صلاحيات قاضي شؤون الأسرة وفقا للتشريع الجزائري

من إعداد :
تحت إشراف الأستاذة :
قندوز حياة
مرابط حبيبة

أعضاء لجنة المناقشة

الأستاذ بوسحبة الجيلالي.....جامعة مستغانم
رئيسا.....

الأستاذ.....مرابط حبيبة.....جامعة مستغانم
مشرفا.....

الأستاذ...رحوي فؤاد.....جامعة مستغانم
مناقشا.....

السيرة العامة .

شكر و عرفان

نحمد الله سبحانه وتعالى و نشكره بأنه وفقني
لإنجاز و لإتمام هذا العمل المتواضع، الذي هو ثمرة جهد
متواصل.

يسعدني أن أتقدم بأسمى معاني الشكر و العرفان
و الامتنان الى كل من ساعدني من قريب أو بعيد خاصة
الاستاذة المؤطرة السيدة مرابط حبيبة و كل زملائي
فيما لقيت منهم من رحابة صدر و مساعدة حفزني على بذل
جهد اكبر، امله أن يكون هذا العمل في المستوى المطلوب .
و شكرا لاصدقائي على دعمهم المعنوي الكبير .
فالشكر كل الشكر لكل هؤلاء و للذين ساعدوني و لو بكلمة
طيبة.

إهداء

أتوجه بإهدائي الخاص إلى والدي الكريمين أطال الله في عمرهما و إلى أبنائي الصغار و زوجي العزيز حفظهم الله لي و إلى كل أفراد عائلتي و إلى الأستاذة المؤطرة مرابط حبيبة و إلى أعضاء لجنة المناقشة .
و إلى أصدقاء العمل الذين ساعدوني في انجاز هذا البحث .

مقدمة

المقدمة

يتمتع القاضي بالعديد من السلطات التي تتماشى و طبيعة وظيفته، بين إصدار أحكام قضائية أو تدابير مؤقتة، و إصدار أوامر ولائية.

أما العمل القضائي أو السلطة القضائية فتمارس لإزالة العوارض التي تجابه التطبيق التلقائي للقانون في المجتمع⁽¹⁾. و ذلك عن طريق التمحيص و التحقيق في الأدلة المقدمة من طرف الخصوم، ليصل إلى الحقيقة التي تتكون على أساسها قناعته التي تصدر في شكل حكم قضائي يحوز قوة الشيء المقضي فيه، حيث يستنفذ فيه القاضي ولايته فلا يمكنه سحبه أو التراجع عنه⁽²⁾. أو في صورة أوامر استعجاليه و ذلك باتخاذ تدابير مؤقتة لا تمس بأصل الحق، و لا يفصل بها في موضوع النزاع و هذه التدابير تتخلل العمل القضائي المنهي للنزاع، هذا من جهة و من جهة أخرى، فالعمل الولائي يجسد سلطة القاضي في إصدار أوامر للأفراد بغرض المحافظة على وضع معين دون أن يكون هناك نزاع قائم⁽³⁾. مثل أمر بالكفالة، فلا يحتاج القاضي إلى بذل جهد و وقت في الموافقة على إصدار أمر ما⁽⁴⁾. كما أنه يجوز له سحبه و إصدار قرار جديد إذا ما تغيرت الظروف. و الملاحظ أن المشرع و لضمان حسن سير الخصومة قرر للقاضي اتخاذ أوامر استعجاليه و أخرى ولائية أثناء النظر في النزاع، إلى جانب اتخاذ أوامر ولائية في حالات لا يكون النزاع قائما بشأنها كما سيرد لاحقاً.

إن القاضي لا يمكنه بأي حال من الأحوال أن يمارس هذه السلطات إلا بعد أن يمارس الشخص الحق المخول له دستوريا بموجب المادة 139 من الدستور والمتمثل في حرية اللجوء إلى القضاء و ذلك بموجب قواعد إجرائية تمكنه من تفعيل القواعد الموضوعية المقررة لحقوقه حتى تتحقق الحماية القضائية لها.

و نظرا لأنّ القانون مرآة المجتمع وهذا الأخير يتغير بتغير الظروف الاقتصادية و الاجتماعية و السياسية، ارتأى للمشرع ضرورة استحداث قانون شكلي يتماشى و هذه الظروف ويحمل آليات تضمن حسن سير الجهات القضائية و بالتالي الخصومة القضائية.

فقانون الإجراءات المدنية و الإدارية رقم 09/08 الصادر بتاريخ 2008/02/25 يعد قفزة نوعية في خضم مسعى إصلاح العدالة لما له من وزن بالنظر إلى ما احتواه من

¹ نبيل إسماعيل عمر، الأوامر على عرائض و نظامها القانوني في قانون المرافعات المدنية و التجارية، كلية الحقوق 2007 جامعة الإسكندرية، ص، 15.

² نفس المرجع، ص، 10.

³ نفس المرجع، ص، 28.

⁴ أمينة مصطفى النمر، أوامر الأداء في مصر والدول العربية والأجنبية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية ص، 30، 1989.

حلول إجرائية تسمح بحسن سير الدعوى و توجيهها، من خلال استحداث قواعد و ضوابط جديدة تكفل حماية الحقوق و تسهل للمتقاضى المطالبة بها⁽¹⁾.

و الجدير بالملاحظة أن قانون الإجراءات المدنية والإدارية تضمن أحكام خاصة بكل جهة قضائية في المواد من 423 إلى 583 تضبط الإجراءات المتبعة أمام المحاكم من بينها استحداث قسم مكلف بشؤون الأسرة على مستوى المحاكم قصد ترسيخ فكرة تخصص القضاة و الاستجابة للمطالب الراهنة المستجدة نتيجة التعقيد المتزايد للنزاعات المطروحة⁽²⁾. و إسناد النزاعات التي تعد من صميم قانون الأسرة التي تخضع أصلا لقاضي شؤون الأسرة و لم يكن معمول بها كذلك و يقصد بها منازعات التركة و عليه فإن لهذا الموضوع أهمية عملية من خلال الإطلاع على دور القاضي في تفعيل السلطات المخولة له بموجب هذا القانون، و الحالات التي يتخذ فيها الإجراءات المنصوص عليها، و الإشكالات التي تعترض تطبيقه، و الحلول المقترحة لها، باعتبار أن هذا القانون حديث العهد بصدوره و بدخوله حيز النفاذ، و عليه ارتأيت أن تكون دراستي لهذا الموضوع دراسة استقرائية و تحليلية للمواد القانونية الإجرائية و ربط ما يجب ربطه بالنصوص الموضوعية التي يتضمنها قانون الأسرة، مع الإشارة في بعض الأحيان إلى ملاحظات تخص الشكل الذي وردت به المواد أو من حيث تكرار البعض منها، مدعمة هذه الدراسة ببعض الأحكام القضائية التي صدرت بعد دخول قانون الإجراءات المدنية و الإدارية حيز النفاذ، و عليه كيف يجسد القاضي الصلاحيات المخولة له ضمن هذا القانون؟

و للإمام بالموضوع سأحاول الإجابة على الإشكاليات الجزئية التالية:

- كيف يتصرف القاضي لتفعيل الآليات المخولة له في فك الرابطة الزوجية؟.

- كيف تبرز سلطة القاضي في إثبات النسب، و ما سلطته في الفصل في منازعات التركة بعد أن كان ينظر فيها القاضي المدني؟.

- ما دور القاضي في إجراءات الولاية و كيف يتصرف في إصدار الأوامر الولائية؟ و ما هي الإشكالات التي تواجهه في كل هذا؟.

كل هذه الإشكالات سأحاول الإجابة عليها من خلال خطة تتضمن فصلين: يتضمن الفصل الأول عنوان: العمل القضائي لقاضي شؤون الأسرة والذي يتضمن بدوره مبحثين، المبحث الأول يتعلق بدور القاضي في فك الرابطة الزوجية، من خلال إجراء الصلح و تعيين الحكمين، و التحقيق و ما يشمل من إجراءات، و في المبحث الثاني أتناول دور القاضي في النظر في منازعات النسب و التركة. أما في الفصل الثاني فيحمل عنوان العمل الولائي لقاضي شؤون الأسرة أتطرق من خلاله في المبحث الأول إلى دور القاضي في الولاية على القاصر، أما في المبحث الثاني فأدرس دور القاضي في حماية البالغين ناقصي الأهلية و الأمر بالكفالة.

1- نشرة القضاة، العدد 64 - الجزء الأول - مديرية الدراسات القانونية و الوثائق، ص: 299.

2- نشرة القضاة: نفس المرجع، ص: 252.

الفصل الأول العمل القضائي لقاضي شؤون الأسرة

الفصل الاول : العمل القضائي لقاضي شؤون الاسرة

يختص القضاء بصفة عامة نوعيا و محليا بنظر الدعوى و قد جاء قانون الإجراءات المدنية و الإدارية بأحكام جديدة تتعلق بهذا الاختصاص، و باستقرائي للمواد المتعلقة بالإجراءات الخاصة بقسم شؤون الأسرة أدرجت بعض الملاحظات كالتالي:

• فيما يخص الاختصاص النوعي:

تضمنته المواد من 423 إلى 425 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية و الملاحظ على نص المادة 423 أنها لم تحدد حالات اختصاص النوعي على سبيل الحصر، و إنما نصت على أنه" ينظر قسم شؤون الأسرة على الخصوص" و ذكرت خمس حالات دون أن تذكر حالة واحدة هي الاختصاص في نظر دعوى أو منازعات التركة، رغم أن المشرع قد حدد الاختصاص الإقليمي لها في نص المادة 498 ق إ م إ و عليه حبذا لو تضمنتها المادة 423 ضمن الاختصاص النوعي.

• فيما يخص القضاء الإستعجالي:

يختص هذا القضاء باتخاذ تدابير مؤقتة إلى حين الفصل في النزاع القائم بعد التحقيق فيه أو البحث في الإجراء الوقتي المطلوب منه اتخاذه لمنع الضرر أو الخطر الذي يهدد حق من لجأ إليه لإسباغ حمايته عليه، حيث يكفي وجود مظاهر و بوادر الخطر و الضرر أمام القضاء المستعجل، أما صفة الحماية فتكون باتخاذ إجراء مؤقت لا يمس بأصل الحق، و لا يفصل في موضوع النزاع، و العبرة في توافر ركن الاستعجال هي بوقت الحكم في الدعوى لا وقت رفعها فإذا توفر الاستعجال وقت رفع الدعوى ثم زال أثناء السير فيها تعين القضاء بعدم الاختصاص، أما إذا لم يتوفر عنصر الاستعجال وقت رفع الدعوى ثم توفر أثناء السير فيها، انعقد الاختصاص للقضاء المستعجل⁽¹⁾.

و قد أسند ق إ م إ إلى قاضي شؤون الأسرة الصلاحية المخولة لقاضي الاستعجال طبقا لنص المادة 425 منه، بعد أن كان رئيس المحكمة يختص بإصدار أوامر استعجاليه تطبيقا لنص المادة 57 مكرر من قانون الأسرة، و لعل السبب في إسناد هذا الاختصاص إلى قاضي شؤون الأسرة يرجع إلى كون أن النزاع من طبيعة واحدة و هي منازعات الأسرة، فلماذا ينظر القاضي و يفصل في موضوع النزاع و لا يتصرف عندما يتعلق الأمر باتخاذ تدابير مؤقتة.

¹ عبد الرحيم إسماعيل زيتون ، صلاح الدين جمال، الجديد في قضاء التنفيذ و قضاء الأمور المستعجلة و الإعلانات القضائية 2007، دار الكتب القانونية، مصر، ص 145، 146.

أما عمليا فيتمسك رئيس المحكمة في النظر في الأوامر الإستعجالية و إصدار الأوامر الولائية إذا ما عرضت عليه، و له الخيار في إحالته على قاضي شؤون الأسرة، ذلك أنه ليس هناك نص قانوني يمنعه من ذلك، و هذا بالرجوع إلى قانون التنظيم القضائي في المادة 16 من الأمر رقم 05-11 التي تنص على:

" يحدد رئيس المحكمة بموجب أمر، وبعد استطلاع رأي وكيل الجمهورية، توزيع قضاة الحكم في بداية كل سنة قضائية على الأقسام أو الفروع عند الاقتضاء. ويجوز له أن يرأس أي قسم و يمكن تعيين نفس القاضي في أكثر من قسم أو فرع... "

بالإضافة إلى هذا فما رأيته عمليا هو إصدار قضاة شؤون الأسرة لأحكام استعجالية وفق المادة 425 من ق إ م إ مثل الحكم الصادر عن محكمة القل، دائرة اختصاص مجلس قضاء سكيكدة، الذي قضى بإلزام المدعي عليه بتسليم البننتين إلى أمهما في إطار ممارسة الحضانة. أو الحكم الصادر عن محكمة أدرار دائرة اختصاص مجلس قضاء أدرار و القاضي ب: أمر المدعي عليه بإنفاق على زوجته و ابنه. أما الحالات التي ينظر فيها القاضي استعجاليا فذكرتها المواد 453/460 /467/472/474/499.

• فيما يخص الاختصاص المحلي:

تضمنته المادة 426 من ق إ م إ، حيث حددت موضوع الدعوى و الاختصاص الإقليمي لها، و الملاحظ على هذا النص أنه لم يتضمن أو لم يشمل كل الدعوى بالاختصاص الإقليمي و إنما ترك البعض منها خاضعة لنصوص متفرقة و يتعلق الأمر بمايلي: النسب – الكفالة – التركة.

1- النسب: تضمنته المادة 490 و حددت الاختصاص الإقليمي له بموطن المدعي عليه.

2- الكفالة: تضمنتها المادة 492 و حددت الاختصاص الإقليمي له بمقر موطن طالب الكفالة.

3- التركة: تضمنتها المادة 498 و حددت الاختصاص الإقليمي بمقر المحكمة التي يقع فيها موطن المتوفي.

و عليه فالمستحسن إدراج هذه المواد في المادة 426 كفقرات إلى جانب الفقرات الأخرى المحددة لاختصاص الإقليمي، أما الأقسام التي وردت ضمنها هذه المواد، فنتناول الإجراءات المتعلقة بفض النزاع.

المبحث الأول: دور القاضي في فك الرابطة الزوجية

بالرجوع إلى أحكام قانون الأسرة المعدل بالأمر 02/05 في الباب الثاني من الفصل الخامس نجد أن المادة 47 منه حددت كيفية انحلال الرابطة الزوجية بنصها على "تنحل الرابطة الزوجية بالطلاق أو الوفاة" أي بواقعة قانونية أو واقعة مادية، وقد بينت المادة 48 أنواع الطلاق الذي يحل عقد النكاح بنصها على عدم حل عقد الزواج إلا بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في نص المادتين 53 و54 من هذا القانون، أي بالطلاق و التطليق والخلع كما سيأتي.

بالنسبة للطلاق:

الأصل في الطلاق أنه حق إرادي للزوج فما هو إلا عبارة عن إرادة الزوج المنفردة لجعل حد للحياة الزوجية. وقد قيد المشرع بنصه في المادة 49 من قانون الأسرة حصول الطلاق بصدور حكم بعد عدة محاولات صلح، وهنا يتضح دور القاضي في فك الرابطة الزوجية، فعلى الزوج الذي يرغب في الطلاق أن يرفع أمره إلى القاضي ليقوم باستدعاء الزوجين لإجراء محاولة أو محاولات الصلح، وإن رأى أن مسعى الصلح غير منتج يتلقى القاضي في إحدى جلسات الصلح إعلان الزوج عن إرادته في الطلاق وتوثيقها، فليس للقاضي ولا الزوجة الاعتراض على هذا الحق⁽¹⁾.

وقد نص المشرع في قانون الإجراءات المدنية والإدارية على الطلاق في المادة 450 التي منحت للقاضي سلطة كبيرة من حيث التأكد من إرادة الزوج في طلب الطلاق أي إرادة حرة لا تشوبها شائبة، ذلك أن الطلاق تصرف إرادي يترتب عليه آثار قانونية، وعليه يجب أن يكون صادر عن إرادة حرة ويتبين هذا للقاضي من خلال التحدث إلى الزوج و الاستفسار عن السبب الذي يدفعه للطلاق وقد لا يظهر هذا في الجلسة الأولى وعليه نص القانون في المادة 49 من قانون الأسرة بقوله: "بعد عدة محاولات صلح".

¹أمر زوده، طبيعة الأحكام بإنهاء الرابطة الزوجية و آثار الطعن فيها، الإيداع القانوني 2003-1113، ص، 27 - 28.

بالنسبة للتطبيق:

أولا أريد أن أضمن هذه الفقرة ملاحظة شكلية و تخص المادة 432 و المادة 437، فالمتعمن في هذين النصين يلاحظ أن نص المادة 437 مكمل لنص المادة 432، إلا أنه تخللت هذين النصين المواد المتعلقة بالطعن بالاستئناف والطعن بالنقض.

فالمادة 432 تنص على: "لا يجوز تقديم طلب الطلاق بالتراضي إذا كان أحد الزوجين تحت وضع التقديم أو إذا ظهر عليه اختلال في قدراته الذهنية من قبل طبيب مختص".

المادة 437: "عندما يكون الزوج ناقص الأهلية يقدم الطلب باسمه من قبل وليه أو مقدمه حسب الحالة"، و عليه فالملاحظ أن الترتيب التسلسلي للمواد حسب مضمونها له أهمية كبيرة من حيث الربط بينها وفهمها بطريقة تسهل العمل بها، وعليه يصبح ترتيب المواد كالتالي: المادة 432-437-438 المتعلقة بالتبليغ، ثم المواد 433-434-435 وهذا من حيث المضمون.

و التطبيق تضمنته المادة 451 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي تحيل على أحكام قانون الأسرة فيما يتعلق بتأسيس الأسباب المدعمة لطلب التطلاق، حيث يبرز دور القاضي في التأكد من توافر أحد الأسباب المذكورة في المادة 53 من قانون الأسرة، وذلك بإثباتها من طرف المدعية وبناءا على هذا النص فتح المشرع للقاضي الباب على مصراعيه و أوسع من سلطته التقديرية، حيث أصبح له أن يكيف الوقائع المعتمد عليها في تأسيس الأسباب المدعمة لطلب التطلاق وهذا ما تفيدته كذلك المادة 29 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية حيث لا يتقيد القاضي بتكييف الخصوم، وأضرب مثلا على ذلك حالة ما إذا تقدمت الزوجة بطلب التطلاق لكن لم تثبت أحد الأسباب الواردة بالمادة 53 من قانون الأسرة، ويظهر عليها أنها متضررة أو تثبت سبب ولكن تدعي سبب آخر، فإذا عثر القاضي بالملف ما يثبت أحد الأسباب الواردة في المادة 53 فيكيف طلبها على تلك الواقعة، كأن تدعي الهجر في المضجع فوق أربعة أشهر ولا تقدم بالملف ما يثبتته، وإنما تقدم حكم قضائي قضى بإلزام الزوج بالنفقة عليها، هنا يتأكد القاضي من عدم تنفيذ الزوج لهذا الإلزام، فإذا تبين له ذلك حكم لها بالتطلاق -بعد محاولة الصلح- على أساس عدم الإنفاق طبقا لنص المادة 53-1 وليس على أساس الهجر في المضجع هذا من جهة، ومن جهة أخرى للقاضي في إطار التأكد من الأسباب التي تدعيها الزوجة وإنصافا لها، أجاز له القانون اللجوء إلى الأمر بالتحقيق، ومثاله إدعاء الزوجة غياب الزوج بعد سنة دون عذر ولا نفقة، ويكون التحقيق بسماع الشهود أو إحالة الأمر إلى النيابة باعتبارها طرفا أصليا في قضايا شؤون الأسرة طبقا لنص المادة 03 مكرر من قانون الأسرة.

للقاضي كذلك الأمر بخبرة طبية لإثبات مثلا أحد العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج، أو الانتقال إلى المعايينة، وهنا نتساءل عن الحالة التي يمكن للقاضي فيها أن ينتقل إلى المعايينة، فإن كان للقاضي اللجوء إلى هذا الإجراء عندما يتعلق الأمر برغبة الزوج في الطلاق مدعيا ترك الزوجة للمنزل الزوجي وإهمالها له و ذلك بإصداره

أمراً إلى المُحضر القضائي بالانتقال إلى مسكن الزوجية لإثبات هذه الحالة في تواريخ متفرقة، وذلك بتحرير محضر يثبت فيه تواجد الزوجة في بيت الزوجية من عدمه، مع سماع الجيران مثلاً إن اقتضى الأمر، فإنه من الصعب تجسيد هذا الإجراء في إثبات ما تدعيه الزوجة لأن الغيبة مثلاً لا بد من صدور حكم قضائي يثبتها ولا تكفي المعاينة .

بهذا يكون قانون الإجراءات المدنية والإدارية قد خفف من عبء الإثبات على المدعي والمدعى عليه من خلال منحه للقاضي سلطة التحقيق واتخاذ التدابير المؤقتة والأوامر الولائية لحسن سير الخصومة القضائية وضمان النزاع بأحكام عادلة.

● بالنسبة للخلع:

هو إجراء تضمنته المادة 451 الفقرة الأخيرة من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بنصها على: "يعاين القاضي أيضاً وكيف الوقائع المعتمد عليها في طلب الخلع طبقاً لأحكام قانون الأسرة"، حيث تحيل هذه المادة إلى الأحكام الموضوعية طبقاً لقانون الأسرة، و يقصد بها المادة 54 منه التي تنص على جواز مخالعة الزوجة لنفسها بمقابل مالي حتى دون موافقة زوج، و عليه هو حق إرادي للزوجة تمارسه وقت ما شاءت، و يكفي في ذلك أن تدعي تضررها من مواصلة الحياة الزوجية، فالزوجة لا تحتاج إلى إثبات هذا الضرر بأحكام قضائية مثل الأسباب الواردة بالمادة 53 و المتعلقة بالتطليق، لأنه غالباً ما يكون الخلع لسبب معنوي و هذا الأخير يصعب إثباته.

أما دور القاضي في هذا الإجراء فلا يختلف كثيراً عن الطلاق، حيث يخضع كذلك إلى إجراء صلح، إلا أن الملاحظ عملياً أن القاضي لا يطيل أو لا يعقد عدة محاولات صلح، حيث تكفي محاولتين، لأنه غالباً ما تكون الزوجة مصرة على فك الرابطة الزوجية.

أما بالنسبة لسلطة القاضي في تكييف الوقائع المعتمد عليها في طلب الخلع، فيقصد به مثلاً، أن تقدم الزوجة طلب الخلع على أساس عدم إنفاق الزوج عليها، و يكون لديها حكم قضائي يلزمه بالنفقة طبقاً لنص المادة 53 و بمراعاة أحكام المادة 80 من قانون الأسرة، و الثابت أن المقابل التي تقدمه الزوجة يخضع أولاً لاتفاق الطرفين و في حالة عدم اتفاقهما يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم، فمقابل الخلع يعد ركناً إذا لم يتحقق ترفض الدعوى لعدم التأسيس، لكن إذا رفعت الزوجة دعوى قضائية تطالب بموجبها فك الرابطة الزوجية عن طريق الخلع لكن لا تعرض المقابل و إنما تطلب كذلك التعويض عن الضرر و النفقة المحكوم بها على الزوج بموجب حكم مرفق بالملف، فهنا يكيف القاضي طلبها على أساس التطليق. لكن لو طالبت الزوجة بالخلع و اقترحت مقابل لم يوافق عليه الزوج و كان مهر المثل مرهق لها و قدمت بالملف ما يبرر أحد الأسباب الواردة بالمادة 53 من قانون الأسرة، فهل يكيف القاضي طلبها على أساس التطليق كذلك؟؟ .

المطلب الأول: سلطة القاضي في إجراء الصلح و تعيين الحكمين.

لم يستحدث قانون الإجراءات المدنية و الإدارية هذين الإجراءين، بل هو منصوص عنهما ضمن أحكام قانون الأسرة في المادة 49 المتعلقة بالصلح و المادة 56 المتعلقة

بتعيين حكيمين و عليه فالمشرع أورد لهذه القواعد الموضوعية إجراءات تبين كيفية العمل بها و التي سنتناولها على الترتيب التالي:

الفرع الأول: كيفية إجراء الصلح

لم يضع المشرع تعريفا للصلح لكن يفهم المعنى من اللفظ حيث يعد إجراء يسعى من خلاله القاضي أو الحكيمين إلى إيجاد حل ودي بين الطرفين و وضع حد للنزاع القائم بينهما من أجل استمرار الحياة الزوجية، فهو إذن إجراء وقائي يقوم به القاضي وجوبا تحت طائلة بطلان الحكم، للحيلولة دون وقوع فك الرابطة الزوجية، و عملا بمبدأ "الصلح خير". و وجوبه الإجراء يستتف من قراءة المادة 49 من قانون الأسرة و بصراحة المادة 439 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية التي تنص على أن محاولات الصلح وجوبية و تتم في جلسة سرية.

الهدف الأسمى لهذه الإجراءات هو المحافظة على الرابطة الأسرية نظرا لما للعلاقة الزوجية من قداسة تجعلها تتميز بالديمومة و ما انحلالها إلا استثناء، و عليه سنتناول هذا الإجراء في العناصر التالية:

- دور القاضي في إدارة جلسة الصلح
- القيمة القانونية لمحضر الصلح

هذه العناصر تتخللها الإشكالات العملية التي تطرح على المستوى العلمي.

أولا: كيفية تسيير جلسة الصلح:

- إجراءات الصلح تبنتها المواد من 439 إلى 449، عمليا و بعد تحديد تاريخ الجلسة و تبليغ الأطراف لحضورها، ينادي القاضي على الأطراف في الجلسة المحددة ليتأكد من حضورهما، فإذا تغيب أحدهم، أجل القضية إلى جلسة لاحقة عملا بنص المادة 441 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية و هذا من أجل منحه فرصة للحضور و تقديم طلباته أو دفعه، أما إذا حصل له مانع فللقاضي كذلك منحه أجل آخر أو اللجوء إلى الإنابة القضائية التي سنتناولها لاحقا.

- و تتعقد جلسة الصلح بمكتب القاضي بحضوره و حضور أمين الضبط فقط، و الأطراف المعنية كل على حدا تجسيدا لمبدأ سرية جلسة الصلح، فلا يجوز لأي أحد من محامي الأطراف حضورها، إلا من سمح أو أذن له القانون بذلك، مثل أولياء الطرفين إن هما أو أحدهما طلب ذلك طبقا لنص المادة 440 و هذا الإجراء يشمل كل من الطلاق، التطلق و الخلع فكلها طرق لفك الرابطة الزوجية.

- و تجسيدا لنص المادة 440 فالجاري به العمل هو استقبال المدعي أولا بالمكتب و بعد تأكد القاضي من هويته يستمع إليه على إنفراد، حيث يستفسر عن السبب الذي دفعه إلى الطلاق، و يقوم من خلال المناقشة بمحاولة التهدئة و التوفيق بين الطرفين بأسلوب لين يتضمن الحض و الوعظ على المحافظة على الروابط الأسرية لما للزواج من قداسة، و تحرر تصريحات الزوج في محضر يمضي عليه كل من القاضي، أمين الضبط الذي حرره، أما الزوج أو الزوجة فإلى جانب الإمضاء يقوم بالبصم على المحضر.

- ثم يتم سماع الطرف الثاني - المدعى عليها - و يستفسر القاضي معها عن السبب الحقيقي الذي حمل الزوج على الطلاق، حيث يتقصى نيتها و رغبتها في فك الرابطة الزوجية أو تمسكها بالعودة إلى مسكن الزوجية، و تدون كل طلباتها على المحضر الذي توقع و تبصم عليه إلى جانب إمضاء الرئيس و أمين الضبط.

- ثم ينادي القاضي على الزوج أو الطرف الذي تم سماعه أولاً أين يتقصى القاضي عن بعض الأمور الغامضة، أو التصريحات المتناقضة، دون إجراء مواجهة بينهما لأنها تتناقض و الهدف من الإجراء الذي استحدثه المشرع و المتمثل في سماع كل طرف على انفراد كما أنه يزيد نفورا بينهما بدلا من السعي للإصلاح بينهما، و إنما يستعلم القاضي عن ذلك بذكاء، ففرضا إذا ادعت الزوجة أن الزوج لم يقدم الاسم العائلي للطفل أو السجل العائلي، يسأل القاضي الزوج إذا ما كان قد استخرج دفتر عائلي أم لا، فإذا أجاب بنعم و قدمه و ثبت أن الابن مسجل باسمه فهذا يوضح وجود سوء تفاهم بين الزوجين دون أن يبين القاضي للزوجة صراحة أنها ادعت خلاف ذلك.

- و حتى بالنسبة للزوج إذا ادعى أن زوجته تخرج دون إذنه، يسألها القاضي بحضور الزوج إذا كانت تخرج بإذن زوجها أم لا، فإذا أجابت بنعم و أضافت أنها تخرج مع أقاربه مثلا و لم يفند هو ذلك، يكون ذلك حجة عليه. كما للقاضي أن يسمع المدعية على محضر في حالة غياب المدعى عليه و العكس كذلك، وله سماع الشهود في إطار التحقيق، و الملاحظ عمليا أن اليمين تؤدي على محضر.

- أما بالنسبة لعدد جلسات الصلح فتتنص الفقرة الأولى من المادة 442 على أن لا تتجاوز محاولات الصلح في كل الحالات 03 أشهر من تاريخ رفع دعوى الطلاق، فالمشرع لم يحدد عدد الجلسات و إنما اكتفى بتقييدها بثلاثة أشهر و أخضع تحديدها إلى السلطة التقديرية للقاضي، و بما أن صياغة النص القانوني جاء بالتحديد، فهذا يعني عدم اكتفاء القاضي بجلسة صلح واحدة، و إنما تتعدى الجلستين فالقاضي يستشف من خلال مناقشته مع الطرفين، إرادتهما و رغبتها و إصرارهما على فك الرابطة الزوجية دون أن يبدي أحدهما أية نية في الصلح، خاصة إذا كان الطلاق بالتراضي، فهنا يكتفي القاضي بجلسة صلح واحدة و يحدد تاريخ النطق بالحكم و يعلمه للطرفين.

- أما إذا لمس وجود تردد أو خجل أو ما شابه ذلك منحهما فرصة أخرى للتفكير، و يحدد لهما جلسة صلح أخرى بتاريخ لاحق، هذا في حالة حضور الزوجين إلى الجلسة أما إذا تغيب أحدهما رغم تبليغه شخصيا و رغم تأجيل القضية، حرر القاضي محضر عدم الحضور رغم التبليغ. طبقا لنص المادة 2/442 و هذا إجراء استحدثه قانون الإجراءات المدنية والإدارية، أما قبل دخوله حيز التنفيذ كان القاضي يسمع الطرف على محضر ويرفقه بالملف، ثم يشرع في مناقشة موضوع الدعوى، أي يعتبر محاولة الصلح كأنها لم تنجح.

ثانيا: التدابير المؤقتة المتخذة من طرف القاضي أثناء الصلح

- بالإضافة إلى إجراء الإنابة القضائية للقاضي اتخاذ كل التدابير المؤقتة بموجب أمر غير قابل لأي طعن و هذا ما تنص عليه المادة 442 و هذه التدابير وإن كانت تدخل في

إطار الأعمال الولائية للقاضي إلا أنها ضرورية لحسن سير الخصومة أو العمل القضائي، ومثال هذه التدابير أذكر: حق الزيارة حيث يسمح و يأذن القاضي للزوج بزيارة أبنائه وهذا الإذن يلزم الزوجة بتنفيذه، وكذلك الأمر بالنفقة.

- إسناد الحضانة مؤقتاً لأحد الأبوين عملاً بنص المادة 2/460.

- تعيين حكمين كما سنراه لاحقاً، الاستماع إلى الشهود إن اقتضى الأمر، إصدار أمر أو إذن إلى المحضر القضائي بالانتقال إلى المعينة، أي معاينة وجود الزوجة ببيت الزوجية أو تركها له وهذه المعاينة تكون عدة مرات بصفة مفاجئة إثباتاً لادعاء الزوج بتترك الزوجة لمنزل الزوجية⁽¹⁾.

- كما تتجسد سلطة القاضي التقديرية في تعديل أو إتمام التدابير التي أمر بها بموجب أمر غير قابل لأي طعن مثل التعديل في مقدار النفقة.

أما الإشكال الذي يطرح بشأن الصلح يكمن في إمكانية الصلح بالوكالة عندما يتعلق الأمر بالطلاق بإرادة منفردة لأن التطبيق يجوز أن يكون بحضور وكلاء طبقاً لنص المادة 431 حيث يحضر الوكلاء المفوضون لجلسة الصلح بدلاً من الزوجين، وهذا ما وقع على مستوى محكمة سكيكدة، حيث أراد زوجين مقيمين بالخارج فك الرابطة الزوجية بالطلاق إلا أنه تعذر عليهما الحضور أمام القضاء الجزائري شخصياً، حيث تم الاستفسار عن إمكانية حضور أوليائهما بموجب وكالة خاصة، أو أي شخص مفوض له بالحضور، ففي هذه الحالة لا يوجد نص قانوني يجيز هذا الإجراء أو يمنعه في ظل قانون الإجراءات المدنية و الإدارية و قانون الأسرة، و نظراً لطبيعة و خصوصية مادة الأحوال الشخصية، كان الرد بعدم قبول هذا الإجراء لما يترتب على الطلاق من آثار، فعلى الأطراف الحضور شخصياً أمام القاضي ليتلقى تصريحاتهما بصفة صريحة و مباشرة لأنهما المعنيان بفك الرابطة الزوجية، ففرضاً وقع طلاق بالوكالة في ظل غياب الزوجين أو أحدهما، ثم طعن أحدهما في الوكالة بالتزوير، و كانت الزوجة المطلقة مثلاً قد تزوجت بزواج آخر فكيف يمكن تدارك هذا الإشكال؟.

و عليه و بما أن الإشكال قد طرح فمن المستحسن صياغة نص قانوني يوضح أو يحسم هذا الإشكال بوضوح، كأن يستثنى الطلاق و إجراءاته من المبادئ العامة المتعلقة بالوكالة، رغم أن بعض التشريعات كالمشرع المصري يجيز الصلح بالوكالة، حيث يكون حضور الخصوم أمام مكاتب التسوية بأنفسهم أو وكلائهم المفوضين في الصلح أو في التسوية. أي الموافقة على الصلح لا تتم إلا من طرف الخصم أو وكيله المفوض في الصلح فحسب⁽²⁾.

ثالثاً: القيمة القانونية لمحضر الصلح:

¹ مجلس قضاء وهران ، رئيس محكمة قديل .

² محمد علي سويلم، شرح قانون محكمة الأسرة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ص: 49 - 50.

نصت المادة 2/443 على أنّ محضر الصلح يوقع من طرف القاضي و أمين الضبط و الزوجين و يودع بأمانة الضبط و يعد محضر الصلح سندا تنفيذيا بالإضافة إلى نص المادة 600-9 الواردة في الباب الرابع تحت عنوان أحكام عامة في التنفيذ الجبري للسندات التنفيذية، و هذا يعني أنّه يمكن تنفيذ محضر الصلح بعد مهرة بالصيغة التنفيذية دون صدور حكم قضائي لكن عمليا لا يزال القضاة يحررون أحكاما بالإشهاد على الصلح على أساس أنّه لا يمكن اعتبار محضر الصلح سند تنفيذي: فهل إيداع محضر الصلح لدى أمانة ضبط المحكمة و اعتباره سندا تنفيذيا يغني عن إصدار حكم بالإشهاد عليه؟ و في هذا الإطار أدرج ملاحظتين بخصوص الحكم الصادر بالإشهاد على الصلح:

أ- الملاحظة الأولى:

في حالة اتفاق الزوجين على استئناف الحياة الزوجية و وضع بعض الشروط التي على أساسها يتم وضع حد للنزاع القائم بينهما، كاشتراط الزوجة على زوجها قبول عملها، أو توفير مسكن زوجي منفرد أو التنقل للعيش معها، فإنّ كل هذا الاتفاق يحرر محضر الصلح فقط فلا يعيد القاضي إدراج مضمون المحضر وما اتفق عليه الزوجان بالحكم، حيث يكفي بالقول: حيث أنّ الطرفان اتفقا على استئناف الحياة الزوجية، وعليه إذا استخرجت الزوجة الحكم وأرادت تنفيذه فماذا تنفذ؟ أي كيف ينفذ الإشهاد على الصلح. على غرار محضر الصلح الذي يتضمن بوضوح ما اتفق عليه الطرفان وبهذا يصلح أن يكون محل للتنفيذ، فالهدف من اعتباره سندا تنفيذياً هو تبسيط الإجراءات حيث تنتهي الخصومة بصلح دون استصدار حكم قضائي.

ب- الملاحظة الثانية:

- بما أن الدعوى ترفع بموجب عريضة وتسجل ويكون لها ملف يعرض على القاضي الذي ينظر فيه في عدة جلسات فعلى القاضي بيان مصير هذا الملف، أي ما فصل فيه، وإلا يعد منكرًا للعدالة، وعليه الحكم الصادر بالإشهاد على الصلح ما هو إلا لتبيان مصير الدعوى القائمة. أما تنفيذ الالتزامات المتضمنة في محضر الصلح فيكون باستصدار نسخة من المحضر ممهورة بالصيغة التنفيذية، وهذا لم يحصل إجراؤه لحد الآن على الأقل في محكمة سكيكدة، وعليه يبقى التساؤل مطروح بالنسبة لنا، فهل على القاضي إصدار حكم بالمصادقة أو الإشهاد على الصلح إلى جانب تحرير المحضر وإيداعه لدى أمانة الضبط؟ أم هذا المحضر وحده كاف؟، وإن كان كذلك فهل توضع نسخة منه في الأرشيف بدلا من الحكم باعتباره عملا قضائيا صادر عن القاضي مثل الحكم؟

- والإشكال الذي يطرح بخصوص محضر الصلح كذلك يتعلق بمدى إمكانية الطعن فيه من قبل أحد الأطراف، هذا الأمر لم ينص عليه المشرع، لكن باعتبار الصلح سندا تنفيذياً مع أنّه لا يحوز حجية الشيء المقضي به كالحكم القضائي، أي يمكن للأطراف عرض النزاع من جديد أمام القضاء بنفس الموضوع و الأطراف فهو يعد سندا رسمياً صادراً عن القاضي، وعليه وطبقاً للقواعد العامة للمحرمات الرسمية فله حجية مطلقة في الإثبات إلى أن يطعن فيه بالتزوير، إلا أنّ هذا الأمر يقيد بمبدأ "لا بطلان بغير نص و لا بطلان بغير ضرر" الذي نصت عليه المواد من 60 إلى 64 ق إ م إ، حيث تنص المادة

60 على ما يلي: "لا يقرر بطلان الأعمال الإجرائية شكلاً إلا إذا نص القانون صراحة على ذلك، و على من يتمسك به أن يثبت الضرر الذي لحقه"، و بما أن المشرع لم ينص على البيانات الواجب توافرها في محضر الصلح و لم ينص على حالة بطلانه فإنّ المفهوم من ذلك أنّه ليس للأطراف الطعن فيه.

لكن عندما يتعلق الأمر بالطلاق بالتراضي فالقاضي يصدر حكم يتضمن المصادقة على الاتفاق النهائي ويصرح بالطلاق، لأنه لا وجود لإجراء الصلح وبالتالي لا وجود لمحضر صلح.

الفرع الثاني: دور القاضي في تعيين الحكّمين

أولاً: إجراءات تعيين حكّمين:

نص على هذا الإجراء قانون الإجراءات المدنية و الإدارية بموجب المادة 446 التي أحوالت على قانون أحكام الأسرة، المادة 56 منه التي تنص على: "في حالة اشتداد الخصام بين الزوجين و لم يثبت الضرر و جب تعيين حكّمين للتوفيق بينهما، يعين القاضي الحكّمين حكماً من أهل الزوج و حكماً من أهل الزوجة و على هذين الحكّمين أن يقدموا تقريراً عن مهمتهما في أجل شهرين".

و هنا نلاحظ أن المشرع لم ينص على إجراء تعيين الحكّمين و إنما أحوال على قانون الأسرة، فرغم تخصيص كل فرع بإجراءات معينة إلا أنه مازالت بعض النصوص المتعلقة بموضوع واحد متناثرة، و عليه كان من المستحسن ذكر كلّ الإجراءات المتعلقة بتعيين الحكّمين و مهامهما في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، حيث تغني القاضي و توفر عنه عناء الرجوع إلى القواعد الموضوعية بحثاً عن قواعد إجرائية.

وقد نصت المادة 446 على أنّه إذا لم يثبت أي ضرر أثناء الخصومة، و يقصد بها دعوى الطلاق أو التطلق، و لم يثبت الضرر مثاله إذا طلبت الزوجة التطلق للضرر و لم تقدم ما يثبت ذلك، فالمعمول به هو رفض الدعوى لعدم تأسيس لكن عملاً بقانون الإجراءات المدنية و الإدارية و في ظل غياب ما يوضح المقصود بالضرر الذي يجب أن يثبت، يمكن أن تدرج هذه الحالة في هذا المفهوم، ففي حالة إذا لم تستطع الزوجة إثبات الضرر و لم يتمكن القاضي من معرفة ماهيته، يعين حكّمين اثنين طبقاً لنص المادة 56 من قانون الأسرة، فما هي الشروط الواجب توافرها في هذين الحكّمين؟

لم يبين المشرع في قانون الأسرة باعتباره يتضمن القواعد الموضوعية هذه الشروط التي يجب على القاضي مراعاتها، حيث لا يمكنه إسناد هذه المهمة إلى أي كان، ما عدا شرط واحد ووحيد هو أن يكونا من أهل الزوجين و عليه نضيف الشروط التالية:

- أن يكونا الحكّمين عدلين رشيدين، مسلمين، أهلاً للقيام بالمهمة المسندة إليهما⁽¹⁾.
فأثناء جلسة الصلح يستفسر القاضي عن شخص حكيم بالعائلة، حيث يكون له صوت مسموع و رأي مأخوذ فإذا كان هناك من هو أهل لذلك عيّنه، أمّا إذا استحال وجود شخص

¹ معوض عبد التواب: المستحدث في قضاء الأحوال الشخصية، توزيع منشأة المعارف بلال حزي و شركاؤه الإسكندرية ص، 119.

من العائلة فما هو الحل؟ هل يعين شخص أجنبي عن العائلة تتوافر فيه الصفات المذكورة آنفاً؟

إن المفهوم من نص المادة 56 من قانون الأسرة أن الحكمة التي قصدتها المشرع بتعيين حكّمين، حكم من أهل الزوجة وحكم من أهل الزوج، هي العلم بحال الطرفين وظروف الزوجين المتخاصمين، فهما الأقرب لهما والأعلم بخلفيات النزاع، وعلى هذا الأساس يمكنهما التدخل لتهدئة الزوجين بعكس ما إذا كان الشخص أجنبي عنهما، أما بالنسبة لطريقة تعيين الحكّمين، فلم يبين المشرع ذلك، أي إن كان كتابة بواسطة أمر أم شفاهة ولم يتطرق المشرع إلى حالة رد أحد الحكّمين من طرف أحد الزوجين أثناء قيامهما بالمهمة المسندة لهما، أي لم ينص على قبول الزوجين المتخاصمين للحكّمين، لكن ضماناً لحسن سير العمل القضائي وحتى تكون لأعمال القاضي مصداقية عليه أن يصدر أمر كتابي يدخل ضمن الأعمال الولائية للقاضي يذكر فيه: هوية الحكّمين و عنوانهما والمهام المسندة إليهما والمدة التي عليهما إيداع تقريرهم بها والإشارة إلى العودة إليه في حالة وجود إشكال في التنفيذ طبقاً لنص المادة 447، وهذا بعد عرض الأمر على الزوجين وقبولهما له، على اعتبار أنهما المعنيان بالصلح من جهة و من جهة أخرى تفادياً لرفض أحد الحكّمين بعد تعيينهما.

- وتثور بهذا الصدد نقطة جدّ مهمة تتعلق بأداء الحكّمين لليمين القانونية أم لا؟ أي حتى يؤديان المهمة المسندة لهما بأمانة وعلى أساس أنهما سيحرران محضر في حالة الصلح بين الزوجين ويصادق عليه القاضي أفلا تعد اليمين القانونية في هذه الحالة ضرورية أم لا؟

حالة مواجهة الحكّمين لإشكالات في التنفيذ :

هذا و تشير المادة 447 إلى حالة مواجهة الحكّمين لإشكالات في التنفيذ حيث أنه و عند اعتراض الحكّمين إشكالات أثناء تنفيذ المهمة يطلعا القاضي بذلك ونصت المادة 449 على أنه في حالة صعوبة تنفيذ المهمة ينهي القاضي تلقائياً المهام المسندة إليهما، ومن بين إشكالات التنفيذ التي قد تحصل بمناسبة قيام الحكّمين بالمهام المسندة إليهما أذكر حالة اعتراض أحد الزوجين على إجراء الصلح، كمغادرة الزوجة أو الزوج المنزل و عدم حضور الجلسة المعينة لهما من قبل الحكّمين، أو غلق الباب بوجههما أو رفض أحد الحد الحكّمين المواصل في القيام بالمهام المسندة إليه، أو وفاة أحدهما أو مرضه... كل هذه العوائق تجعل من الصلح أمراً مستحيلاً، يتعين معه إنهاء الحكّمين، و تستمر الخصومة و كأنه لم يعين حكّمين، لكنه لم يوضح المشرع الطريقة التي ينهي بها القاضي مهام الحكّمين، وعليه نقول أنه إذا تم تعيينهما بموجب أمر فنتهى مهامهما كذلك بموجب أمر، أي انتهى مهامهما بالطريقة التي أسندت إليهما.

ثانياً: النتائج المتوصل إليها من قبل الحكّمين

هنا نميز بين نتيجتين :

النتيجة الأولى: افترضنا سابقاً أن الزوجة ترفع دعوى تطليق للضرر ولم تثبت ذلك، ويعين القاضي حكّمين يخلصان في تقريرهما إلى أن الزوجة وبعد أن كانت تدعي

الضرر هي المتسببة فيه لا المدعي عليه (الزوج)، هنا كيف يتصرف القاضي في ظل هذه الحالة (1).

المشرع لم يبيّن ولم يوضح بالتفصيل مهمة الحكّمين وعليه تثار إشكالات عملية لكن بما أن الضرر الذي ادعته الزوجة لم يثبت، فعلى القاضي رفض الدعوى لعدم التأسيس، وكتحصيل حاصل إذا ثبت أن الزوج هو الذي يلحق فعلا ضررا بالزوجة سواء بتصرفاته أو بأي شكل يثبته الحكمان في المحضر، فيكون طلب التطلق مؤسس قانوناً يتعين على القاضي قبوله.

- أما إذا كان الزوج هو الذي رفع الدعوى وتبين من خلال محضر الحكّمين أنه هو الذي سبّب الضرر للزوجة، فيكون ذلك حجة عليه تستفيد الزوجة منه في تكييف القاضي للطلاق واعتباره تعسفياً، وتستفيد من التعويض عن الضرر الحال بها أو اللاحق بها، أي يحكم القاضي بفك الرابطة الزوجية بالطلاق بتظلم الزوج مع الحكم بتعويض لها.

النتيجة الثانية :

قد يتمكن الحكّمين من الإصلاح بين الزوجين، في هذه الحالة يحرران محضر يثبت فيه ذلك ويصادق عليه القاضي بموجب أمر غير قابل للطعن طبقاً لنص المادة 448، وهنا كذلك لم يبيّن المشرع للحكّمين طريقة تحرير المحضر أو ضرورة إمضائه من قبلهما ومن قبل الزوجين حتى يكون ما ورد بالمحضر حجة على أطرافه، ورغم عدم النص على هذا فأرى أن مثل هذه الإجراءات تتم تلقائياً.

ثالثاً: القيمة القانونية لمحضر الصلح المحرر من قبل الحكّمين :

يتضمن محضر الصلح اتفاق الأطراف على حل ودي مُرضٍ لهما يمكنهما من مواصلة الحياة الزوجية، إلا أنه يختلف عن محضر الصلح الذي يحرره أمين الضبط تحت إشراف القاضي وسعياً منه و بحضور الأطراف، فهذا المحضر يودع مباشرة لدى أمانة الضبط و يصبح سندا تنفيذياً و يمهر بالصبغة التنفيذية، لكن هذا لا يعني أن ما حرّره الحكمان ليس سندا تنفيذياً، وإنما يعد كذلك طبقاً لنص المادة 600- 2 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية والتي تضمنت السندات التنفيذية حيث يندرج تحت طائلة الاتفاقات المؤشر عليها من طرف القاضي والمودعة لدى أمانة الضبط، كمصادقة القاضي على محضر الصلح بموجب أمر بعد تأشيرته عليه، ويودع لدى أمانة الضبط رغم أن القانون لم ينص على ذلك صراحة، لكنه المأل المنطقي لكل أعمال القاضي.

أما عملياً، فلا وجود لهذه المحاضر لأنه لم يعمل بعد بإجراءات تعيين الحكّمين رغم أن قانون الأسرة كانت له الأسبقية في النص على هذا الإجراء.

و يرى البعض أنّ مثل هذا الإجراء يستغرق وقتاً طويلاً (شهرين) و عليه يوقف الفصل في القضية إلى حين قيام الحكّمين بمهامهما، الأمر الذي يجنبهم اللجوء إليه.

المطلب الثاني: سلطة القاضي في اللجوء إلى التحقيق

1- محمد عوض عبد التواب، مرجع سابق، ص:121.

لما كان دور القاضي منذ الأزل هو تحقيق العدل والإنصاف بين المتخاصمين كان له أن يبحث ويتقصى عن الحقيقة وفقا لآليات رسمها له القانون والتي ليس له الحق في الحياد عنها لأن ذلك يمس بمبدأ حياد القاضي مؤديا إلى التعسف الذي يخلق نوع من التوتر الاجتماعي بدل من استقراره، فكان للقاضي في إطار التحقيق اللجوء إلى الخبرة أو سماع الشهود لكن ارتأى المشرع في ظل قانون الإجراءات المدنية والإدارية رقم 08-09 المؤرخ في 2008/04/22 أن يوسع من نطاق التحقيق مستحدثا بذلك إجراءات تعيين مساعدة اجتماعية واللجوء إلى الاستشارة طبقا لنص المادة 425 والإنبابة القضائية بموجب نص المادة 44 وقد تضمنت قانون الإجراءات المدنية والإدارية في الباب الرابع، الفصل الثاني تحت عنوان : إجراءات التحقيق وعليه سأتناول هذه الإجراءات بالدراسة وفق التقسيم التالي:

الفرع الأول: الخبرة الطبية، المساعدة الاجتماعية، والاستشارة

أولاً: الخبرة الطبية

إنّ القضاة لدى تصديهم للفصل في القضايا المعروضة عليهم إذا اعتبروا أنّهم يحتاجون إلى من ينورهم فما يخص النوازل والمسائل المرفوعة إليهم والتي ليس لهم بها دراية يعملون تلقائياً أو نزولاً عند رغبة الخصوم إلى أهل المعرفة فيكلفونهم بتقديم المعلومات الضرورية للفصل في النزاعات المرفوعة إليهم⁽¹⁾، ففي مادة الأحوال الشخصية غالباً ما يلجأ القاضي إلى تعيين طبيب خبير مختص عندما تعرض عليه حالة الحجر لإثبات أنّ الشخص ناقص الأهلية لعته أو سفه أو جنون طبقاً لنص المادة 101 من قانون الأسرة، كما يلجأ إلى تعيين خبير لحصر التركة أو إعداد مشروع قسمة للمعقارات المشاعة.

ويلجأ في دعاوى النسب إلى الطرق العلمية في إثباته أو نفيه، والتي من خلالها تتضح واقعة مادية تقنية أو علمية محضة طبقاً لنص المادة 125، وقد حدّد القانون إجراءات تعيين الخبير واستبداله وأتعبه في القسم الثامن من الفصل الثاني من الباب الرابع تحت عنوان: في الخبرة.

فالخبير الذي يعينه القاضي يجب أن يكون اسمه مدرجاً في قائمة الخبراء المودعة لدى أمانة ضبط المحكمة، وإن لم يكن كذلك تعين عليه أداء اليمين القانونية أمام القاضي المعين في الحكم الأمر بالخبرة طبقاً لنص المادة 131.

1- ما يجب أن يحترمه القاضي في الحكم بتعيين الخبير:

نصت المادة 128 على وجوب تضمين الحكم ما يلي:

أ/ عرض الأسباب التي بررت اللجوء إلى الخبرة وعند الاقتضاء تبرير اللجوء إلى عدة خبراء: حيث تتباين الأسباب نفهم أن المسألة التي لجأ من أجلها القاضي للخبرة هي مسألة تقنية وعلمية محضة طبقاً لنص المادة 125.

1- محمود توفيق اسكندر، الخبرة القضائية، دار هومه، الجزائر، ص، 7 سنة النشر غير مذكورة.

ب/ بيان اسم ولقب وعنوان الخبير أو الخبراء المعنيين مع تحديد التخصص وهذا حتى يسهل تنفيذ الحكم دون أي إشكال.

ج/ تحديد مهمة الخبير تحديدا دقيقا: حتى لا يوسع الخبير البحث فيما لم يطلب منه، وبالتالي عدم تحديد المسألة التقنية العارضة عليه الذي يؤدي إلى رفض الخبرة أو الطعن فيها من قبل الخصم.

د/ تحديد أجال إيداع الخبرة بأمانة الضبط وذلك من أجل الإسراع بالقيام بمهمة الفصل في القضية حتى لا تتعطل مصالح المتخاصمين كما يتضمن منطوق الحكم طبقا لنفس المادة 129.

هـ/ مبلغ التسبيق: الذي يكون مقاربا قدر الإمكان لمبلغ النهائي المحتمل لإتباع ومصارييف الخبير ويعين القاضي الخصم أو الخصوم الذين يتعين عليهم إيداع مبلغ التسبيق لدى أمانة الضبط لأجل يحدده، وإلا اعتبر تعيين الخبير لاغيا.

وهذا الإجراء لم يكن معمول به سابقا، كما لم يكن معمول بتقديم طلب تمديد الأجل من طرف الخصم الذي لم يودع مبلغ التسبيق أو رفع إلغاء تعيين الخبير بموجب أمر على عريضة إذا أثبت أنه حسن النية طبقا لنص المادة 130 وهذا يترك للسلطة التقديرية للقاضي.

2- السلطة التقديرية للقاضي في تحقيق موضوع الخبرة :

بعد إتمام الخبير للمهمة الموكلة إليه يودع تقريره لدى أمانة ضبط المحكمة، ليرفع من يهمله الأمر عريضة إعادة السير في الدعوى أو رجوع بعد خبرة مطالباً بذلك المصادقة على تقرير الخبرة المنجز إ فراغا للحكم الصادر قبل الفصل في الموضوع الذي أمر بتعيين الخبير، أو مطالباً برفض الخبرة وتعيين خبير ثاني لأسباب يضمنها المرجع القانونية.

ففي الحالة الأولى أي إذا التمس المرجع المصادقة على نتائج الخبرة ينظر القاضي فيما إذا كان الخبير قد قام بالأعمال المسندة إليه كاملة أم لا، أي قام بالبعض منها دون البعض الآخر، أو تجاوز ما طلب منه حيث تنص المادة 144 على أنه يمكن للقاضي أن يؤسس حكمه على نتائج الخبرة فهو عندئذ غير ملزم برأي الخبير، لكن في حالة استبعاده لنتائج الخبرة عليه أن يسبب ذلك فهذا بهدف تجنيب القاضي التعسف في حكمه.

ثانيا: المساعدة الاجتماعية

لم يكن هذا الإجراء معمول به سابقا، إلا أمام قضاء الأحداث، أي في المواد الجزائية حيث تشكل المحكمة من مساعدين اجتماعيين إلى جانب الرئيس والنيابة العامة وأمين الضبط، ونجد أن المادة 425 تنص على أن هذا الإجراء جوازي للقاضي، ولم تحدد عدد المساعدين الاجتماعيين وإنما نصت على: "تعيين مساعدة -بفتح العين- اجتماعية. فلو قلنا مساعدة_ بكسر العين_ لأصبح معناها يدل على مساعدة امرأة، لكن لم تبين ولا مادة الإجراءات التي يعين بها المساعد الاجتماعي ولا المهام التي يقوم بها، حيث تنص المادة 2/425 على أن ينتهي التحقيق بتحرير تقرير يتضمن المعايينات التي قام بها المحقق

والحلول المقترحة، و يطلع القاضي الأطراف على التقرير ويحدد لهم أجلا لتقديم طلب إجراء تحقيق مضاد، حيث تركت المادة تحديد الأجل متروكا للسلطة التقديرية للقاضي، كما أنّها لم تتناول بالتحديد المدّة التي يجب عليه أن يقوم بمهامه فيها، فعلى فرض أنّ القاضي لجأ إلى هذا الإجراء في إطار عملية الصلح بين الزوجين المتخاصمين فالمساعد الاجتماعي يصبح دوره مفصلي، حيث يعد كوسيط مكلف بالتواصل المباشر مع الزوجين، ومحاولة إقناع كلّ واحد منهما بتحمل الآخر وقبوله بايجابياته وسلبياته، و نظراً لأنّ المشرع لم يبيّن كيف يؤدي المساعد الاجتماعي مهامه، نفترض أن تكون في مكتبه حيث يستدعي الأطراف للحضور إليه في يوم وساعة محددة، أو ينتقل هو إليهم و في هذه الحالة نتساءل على من تقع المصاريف القضائية، كما يمكن أن افترض أنّه سينتقل إلى المحكمة في يوم وساعة يحددها القاضي، مع تكليف الأطراف بالحضور من طرف المحكمة.

و يعد المساعدون الاجتماعيون أكثر درايةً بالأسباب الاجتماعية التي تحرّض النزاع بين الزوجين كالبطالة مثلاً، و عليه فهم أدري بعلاجها أو حلّها.

و نلاحظ كذلك أن المشرّع أوزع أسباب الخصام إلى عوامل اجتماعية أكثر من عوامل نفسية، و عليه إذا رأى القاضي أنّ الأمر بحاجة إلى تعيين طبيب نفسي، فهذا يدخل ضمن سلطته التقديرية في اللجوء إلى تعيينه طبقاً للمبادئ العامة في التحقيق، لأنّ المشرّع لم يخص هذه الحالة بنص قانوني و في الأخير، أقول أنّه يتعين العمل بالتنسيق مع مكتب المساعدة الاجتماعية الذي يشرف على المساعدين الاجتماعيين و الذي يقدم قائمة بأسمائهم أو تعيين أحد منهم في إطار تقديم مساعدتهم، في توضيح ملاسبات الوضعية التي يعينها المعني بالإجراء حتى يتسنى للقاضي التحكم في موضوع النزاع و الفصل فيه بإحكام.

ثالثاً: الاستشارة

مصدقاً لقول النبي صلى الله عليه و سلم: "ما خاب من استخار و ما ندم من استشار".

وطبقاً لنص المادة 425 فإنّ للقاضي اللجوء إلى أيّة مصلحة مختصة في الموضوع بغرض الاستشارة، و أضافت أنّه يمكن اللجوء إلى الاستشارة في أيّ وقت و حتى أثناء إجراءات الصلح، فما نوع الاستشارة التي قصد بها المشرع؟ و كيف تتم شفاهة أو كتابة؟.

إجابة على هذا أقول أنّ القاضي يعتمد في كل أعماله التي يتلقى بشأنها صعوبات استشارة أهل العلم و ذوي الرأي، حيث لا يصدر حكمه إلاّ بناءً على يقين، و تكون هذه الاستشارة شفاهة لأنّه لو استعصى عليه الأمر إلى درجة استصدار أمر كتابي فيلجأ إلى طريق آخر من طرق التحقيق كالخبرة مثلاً، و لكن الاستشارة يلجأ إليها عندما لا تكون المسألة المعروضة عليه معقدة أو فنية إلى درجة أنّه لا يستطيع الفصل فيها إلاّ بالتحقيق المعمق، و عليه حتى لو لم يذكرها المشرع فالقاضي دائماً يستشير زملاءه القضاة، أو ذوي الخبرة من الأطباء و كل من يرى فائدة في استشارته.

الفرع الثاني: الإنابة القضائية.

الأصل أن تقوم المحكمة المختصة بنظر الدعوى التي ترفع إليها مع اتخاذ كافة الإجراءات بشأنها إلى حين صدور حكم فيها، إلا أنه قد تتوافر ظروف تفرض الخروج عن هذا الأصل، كأن يتطلب التحقيق القيام ببعض الإجراءات خارج نطاق اختصاصها حيث يجد القاضي نفسه أمام استحالة قانونية لإجراء تحقيق مما يؤدي إلى عرقلة العمل القضائي، لذلك قرر المشرع استعمال الإنابة القضائية للحصول على إجراء أو أكثر من إجراءات التحقيق الضرورية للفصل في الدعوى ذلك أن الإنابة القضائية استثناء عن الأصل الذي مفاده قيام المحكمة بنفسها بإجراء التحقيق⁽¹⁾.

و نلاحظ أن المشرع اقتصر على ذكر هذا الإجراء في نص المادة 441 المتعلقة بالصلح حيث للقاضي ندب قاضي آخر في إطار الإنابة القضائية لسماع أحد الزوجين الذي تعذر عليه الحضور لمانع ما، حيث لم يقدم بالتفصيل نوع الإنابة و إجراءاتها و شروطها و طريقة تنفيذها أو شكلها، لكن تناول بالتفصيل هذا الإجراء في الفصل الخاص بالتحقيق من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، و عليه نستنتج أنه في حالة ما إذا احتاج القاضي اللجوء إلى الإنابة القضائية في غير ما أتت المادة 441 على ذكره، يعمد إلى القواعد العامة في الإجراءات، و مفاد هذا أن الإنابة القضائية في مادة الأحوال الشخصية لا تقتصر فقط على سماع الأطراف و إنما تعداها إلى أي إجراء منتج في الدعوى، و يرجع في ذلك إلى الفصل الثاني من الباب الرابع المتعلق بإجراءات التحقيق، و هذا الإجراء نتناوله في النقاط التالية:

- خصائص الإنابة القضائية.

- شروط الإنابة القضائية.

- البيانات الواجب توافرها في الإنابة القضائية.

- أنواع الإنابة القضائية.

أولاً: خصائص الإنابة القضائية

الإنابة القضائية ذات طبيعة اختيارية وفق ما تنص عليه المادة 108 و المادة 441 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية حيث تخضع للسلطة التقديرية للقاضي، فإذا ارتأى له ضرورة اللجوء إليها نظراً لأنها ستعود على الدعوى بفائدة، و تسهل عملية الفصل فيها، فإنه يعمد إليها، أما إذا رأى أنها ستؤدي إلى طول الإجراءات و تأخير صدور الحكم فلا يعمد إليها⁽²⁾.

ثانياً : شروط الإنابة القضائية

1- استحالة حضور أحد الزوجين في التاريخ المحدد لجلسة الصلح لوجود عذر مقبول طبقاً لنص المادة 442 إلا أن المادة لم تذكر إن كانت الاستحالة مادية أو معنوية.

¹ فضل آدم المسيري: الإنابة القضائية في المسائل المدنية و التجارية، ص: 24.

² - فضل آدم المسيري، الإنابة القضائية في المسائل المدنية و التجارية - دراسة مقارنة - دار النهضة العربية، القاهرة، ص، 99.

- 2- أن تكون محل إقامة الشخص المراد سماعه خارج دائرة اختصاص المحكمة المعنية.
- 3- أن يتعذر على القاضي أن ينتقل إلى خارج دائرة اختصاصه بسبب بعد المسافة أو نقص المصاريف.
- 4- أن تكون الواقعة المراد إثباتها بمقتضى الإنابة القضائية متعلقة بالدعوى⁽¹⁾.
- 5- أن تكون الواقعة المراد إثباتها بمقتضى الإنابة القضائية محدّدة وغير مجهولة.
- 6- أن تكون الواقعة المراد إثباتها بمقتضى الإنابة القضائية ممكنة أي غير مستحيلة كادعاء شخص بنوته إلى من يصغره سنا.
- 7- أن تكون الواقعة المراد إثباتها بموجب الإنابة القضائية متنازع فيها
- 8- أن تكون الواقعة المراد إثباتها بمقتضى الإنابة القضائية منتجة في الدعوى.

ثالثا : البيانات الواجب توافرها في الإنابة القضائية.

لم يتطرق قانون الإجراءات المدنية والإدارية إلى البيانات الشكلية الواجب توافرها في الإنابة القضائية بينما تطرقت إليها الاتفاقات الدولية الموجودة بين الجزائر و عدة دول أجنبية فيما تخص الأحوال الشخصية والعائلية كما هو مذكور في بعض الاتفاقيات المرفقة.

ومن بين هذه البيانات التي نجدها متكررة في العديد من الاتفاقيات ما جاءت به المادة 11 من الاتفاقية المبرمة بين الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية و الجمهورية الاشتراكية الاتحادية اليوغوسلافية بموجب المرسوم رقم: 83- 453 الموقعة بتاريخ 82/03/31، و كذا المادة 16 من المرسوم الرئاسي رقم 47/01 المؤرخ في 2001/02/11 المتضمن التصديق على الاتفاقية مكر الرياض العربية للتعاون القضائي و تعديل المادة 69 من الاتفاقية، الموافق عليها في 1997/11/26 من طرف مجلس وزراء عدل العرب.

بالإضافة إلى المادة 13 من المرسوم رقم 178/84 المتضمن المصادقة على اتفاقية التعاون القضائي و القانوني في المواد المدنية و العائلية و الجزائية بين الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية و الجمهورية الاشتراكية الرومانية الموقعة بتاريخ 1979/06/28.

و هذه البيانات أذكرها كالتالي:

- 1- تسمية الهيئة التي تقدم الطلب – الصادر عنها الطلب – مع تسمية الهيئة الطالبة – الجهة المطلوب إليها- إن أمكن.

¹ - نفس المرجع، ص، 99.

- 2- يجب أن يكون مؤرخا موقعا عليه و مختوما بختم الجهة الطالبة هو وسائر الأوراق المرفقة به، دون حاجة للتصديق عليه أو على هذه الأوراق.
- 3- اسم و لقب الأطراف المتنازعين و مهنتهم و محل إقامتهم أو موطنهم.
- 4- اسم و لقب و عنوان من يمثل الأطراف إن كانوا معلومين.
- 5- أسماء الشهود و محل إقامتهم و الأسئلة المطلوب طرحها عليهم و إذا كان العنوان غير محدد بدقة فعلى الهيئة القضائية المطلوبة قانونا أن تثبت بقدر الإمكان العنوان الصحيح.
- 6- أن يتضمن الطلب نوع القضية.
- 7- أن يتضمن الطلب موضوع الطلب.
- 8- أن يتضمن البيانات التفصيلية المتعلقة بواقع القضية و المهمة المطلوب تنظيمها و أبعاد و أنواع الإنابة القضائية و إجراءات تنفيذها:

تنقسم الإنابة القضائية حسب قانون الإجراءات المدنية و الإدارية إلى:

إنابة قضائية داخلية و إنابة قضائية دولية، هذه الأخيرة يعمد فيها القاضي إلى الاتفاقيات الدولية المبرمة بين الجزائر و الدول المرسل إليها أما الإنابة الداخلية فلا تثير أي إشكال، حيث يكفي الرجوع إلى النصوص القانونية.

رابعاً: أنواع الإنابة القضائية

1- الإنابة القضائية الداخلية:

حددها أو ذكرتها المواد من 108 إلى 111 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، حيث تنص المادة 108 على جواز إصدار إنابة قضائية للجهة القضائية المختصة من نفس الدرجة أو درجة أدنى للقيام بالإجراءات المأمور بها فما المقصود بالدرجات في هذه المادة؟ إجابة على هذا التساؤل تقودنا إلى افتراض مايلي:

أن يطرح أمام القاضي شؤون الأسرة بمحكمة سكيكدة إشكال أو إجراء ما استلزم اللجوء إلى الإنابة القضائية كأن يكون الشخص المراد سماعه في جلسة الصلح مقيم ببشار و تعذر عليه لسوء الأحوال الجوية مثلا أو ظروف صعبة مع تقديم ما يبرر ذلك، الحضور أمام المحكمة هنا يصدر القاضي إنابة قضائية إلى قاضي شؤون الأسرة بمحكمة بشار ليقوم باستدعاء الشخص و سماعه على محضر، و هنا تكون أمام جهة قضائية مختصة من نفس الدرجة.

أما جهة قضائية من درجة أدنى فيقصد بها مثلا أن ترفض قسم شؤون الأسرة الدعوى مثلا لعدم التأسيس أو لأي سبب آخر و يقوم أحد الخصوم باستئناف الحكم، و يقبل المجلس استئنافه و أثناء تصديده يتعين عليه إجراء صلح أو أي إجراء يقتضي إصدار إنابة قضائية هنا نتساءل هل يرسل هذه الإنابة إلى قاضي شؤون الأسرة بمحكمة مقر مجلس المراد تنفيذ الإنابة على مستواه، أم يرسلها إلى غرفة الأحوال الشخصية بالمجلس

القضائي، مقر تنفيذ الإنابة القضائية، فإذا قلنا أنه يرسلها إلى قاضي شؤون الأسرة بالمحكمة فهنا تتحقق عبارة: جهة قضائية من درجة أدنى.

أ - الإجراءات الخاصة بالإنابة القضائية الداخلية:

- على مستوى الجهة المنبوبة:

تنص المادة 109 على أن تقوم هذه الجهة بإرسال الإنابة القضائية مرفقة بالمستندات الضرورية لمعرفة أمانة ضبط الجهة القضائية المنبوبة إلى الجهة القضائية المنابة، فإذا أراد القاضي بعد سماعه للزوجة - مدعى عليها في دعوى الطلاق - على محضر وفقا لإجراءات الصلح، يتعين عليه كذلك سماع الزوج (المدعى)، فإذا تعذر على هذا الأخير الحضور أمامه و ارتأى للقاضي إصدار إنابة قضائية بشأنه، فإنه يحرر وثيقة الإنابة القضائية و يرفقها بنسخة من الملف المعروض عليه و المتضمن كذلك نسخة من محضر سماع الزوجة، و نسخة من الحكم القضائي الذي أصدره.

- على مستوى الجهة القضائية المنابة:

طبقا لنص المادة 2/109 تقوم هذه الجهة بمجرد استلام الملف في الإجراءات المأمور بها من قبل الجهة القضائية المنابة أو من قبل القاضي الذي يعينه رئيس هذه الجهة القضائية، و يفهم من هذا أنه لا يستوجب أن يقوم القاضي المختص بشؤون الأسرة بالإجراء المنوه عنه بالإنابة و إنما يقوم به أي قاضي يعينه رئيس الجهة القضائية الذي هو رئيس المحكمة بما أنه لا توجه محاكم مختصة بشؤون الأسرة كما هو عليه الحال لدى بعض الدول.

و تقوم الجهة المنابة بتنفيذ الإنابة كما لو أنّ الإجراء يخصها هي أو صادر عنها، حيث تستدعي مباشرة الخصوم أو أي شخص معين في الإنابة القضائية و تقوم بسماعه على محضر سواء أتعلق بسماع أحد الزوجين أو شهود مثلا أو إجراء خبرة.

عند الانتهاء من تنفيذ الإنابة القضائية و طبقا لنص المادة 111 فإن الجهة المنابة ترسل ملف مرفقا بالمستندات و الأشياء الملحقة بها أو المودعة إلى أمانة ضبط الجهة القضائية المنبوبة بمجرد الانتهاء من إنجاز المهمة.

الإنابة القضائية الدولية:

يتضمن هذا الإجراء الإنابة القضائية الصادرة و الإنابة القضائية الواردة و إجراءات تنفيذها، و أشير إلى أن هذه الإنابة تحكمها الاتفاقيات الدولية المبرمة بين الجزائر و مختلف الدول العربية و الأجنبية في إطار التعاون القانوني و القضائي المرفقة بالملحق و التي استنبطت منها البيانات الواجب توافرها فيها و طرق تنفيذها و حالات رفضها.

أ - الإنابة القضائية الصادرة:

تضمنتها المواد من 112 إلى 114، و قد نصت المادة 112 على جواز اللجوء إلى الإنابة القضائية للقيام بأي إجراء من إجراءات التحقيق، أو أي إجراء قضائي من تلقاء

نفسه أو بطلب من الخصوم، و الجهة المناوبة قد تكون السلطة القضائية المختصة للدولة المعنية أو السلطات الدبلوماسية أو القنصلية الجزائرية و من هذا نفهم أنه ليست فقط الجهات القضائية المختصة هي فقط المعنية بتنفيذ الإنابة القضائية.

أما إجراءات الإرسال فقد نصت عليها 113-114، حيث يقوم أمين الضبط بالجهة القضائية المنبئية بإرسال الحكم القضائي بإجراء الإنابة القضائية إلى النائب العام مصحوبة بترجمة رسمية يتكفل بها الخصوم، حيث نفهم من هذا أنّ الإنابة القضائية تصدر في شكل حكم قضائي في حين أنّ المتعارف عليه هو صدورهما في شكل معين يتضمن البيانات التي سبق ذكرها، و عليه فإنّ القاضي يصدر حكم قضائي يسبب فيه لجوءه إلى هذا الإجراء و كذلك أمر بإنابة قضائية و يرفقهما بالملف.

أمّا الترجمة فيقصد بها اللغة التي تصدر بها الإنابة هي اللغة السارية ببلد الجهة المنبئية، و تترجم إلى اللغة المتفق عليها في الاتفاقية القضائية الدولية فإذا كانت الجهة المنبئية جزائرية تصدر الإنابة باللغة العربية و تترجم إلى اللغة الفرنسية و إذا كانت الدولة المناوبة من الدول الناطقة باللغة الفرنسية أو تم الاتفاق على ذلك مثل الاتفاقية الدولية المبرمة بين الجزائر و الجمهورية الاشتراكية الرومانية بموجب المرسوم 178/84 المادة 12 منه التي نصت على إذا كانت الوثائق المرسله محررة بلغة المرسل إليه تقوم الهيئة القضائية المطلوبة قانونا بتبليغها طبقا للأحكام القانونية الجاري بها العمل في دولتها و يجب أن تكون هذه الوثائق مرفقة بترجمة باللغة الفرنسية.

أما النائب العام فقوم بدوره بإرسال الإجابة القضائية الأجنبية و يفهم من هذا أنّه يرسلها إلى وزير العدل بالجهة المرسل إليها ما لم توجد اتفاقية تقضي بأن يتم إرسال الإنابة مباشرة إلى السلطة القضائية الأجنبية مثل ما نصت عليه المادة 20 من الاتفاقية الدولية المبرمة بين الجزائر و بين دول إتحاد المغرب العربي بموجب المرسوم الرئاسي رقم 181/94 التي تنص على:

" ترسل طلبات الإنابة القضائية في القضايا المدنية و التجارية و الإدارية و قضايا الأحوال الشخصية مباشرة من الجهة المختصة لدى طرف المتعاقد - الطالب- إلى الجهة المطلوب إليها تنفيذ الإنابة لدى أي طرف متعاقد آخر".

فإذا تبين عدم اختصاصها، تحيل الطلب من تلقاء نفسها إلى الجهة المختصة، و إذا تعذر عليها ذلك تحيلها إلى وزارة أو أمانة العدل، و تعلم فورا الجهة الطالبة بما تم في الحالتين.

هذا إلى جانب المادة 2/10 من المرسوم الرئاسي رقم 03-114 المتضمن التصديق على اتفاق التعاون القضائي و القانوني بين الحكومة الجزائرية الديمقراطية الشعبية و حكومة الجمهورية اليمنية الموقعة بتاريخ 2002/02/03 و التي تنص على:

"و ترسل طلبات الإنابة القضائية مباشرة إلى الجهة المختصة، و إذا كانت السلطة المقدم إليها الطلب غير مختصة فعليها أن توجه الإنابة القضائية من تلقاء نفسها إلى الجهة المختصة، و إذا تعذر عليها ذلك تحيلها إلى وزارة العدل وتخبر السلطة الطالبة بذلك فوراً".

ب - الإنابة القضائية الواردة:

و هذا في إطار التبادل و التعاون القضائي الدولي، و تضمنتها المواد 116/115 حيث ترد الإنابة القضائية الدولية إلى وزير العدل الذي يقوم بإرسالها إلى النائب العام لدى المجلس القضائي المختص إقليميا بتنفيذها، و هو بدورها يرسلها إلى الجهة القضائية المختصة، فإذا كان المجلس المختص هو مجلس قضاء سكيكدة و المحكمة المختصة هي محكمة عزابة فيقوم النائب العام بإرسالها إلى محكمة عزابة لا إلى محكمة مقر المجلس - محكمة سكيكدة - كما يقع على عاتق القاضي المناب طبقا للمادة 120 التزام إشعار الجهة للقضائية المنبئية بمكان و تاريخ و ساعة تنفيذ الإنابة القضائية إذا طلب منه ذلك كما يجوز للقاضي الأجنبي المنيب أن حضر إجراءات تنفيذ الإنابة القضائية إذا وجدت اتفاقيات قضائية دولية تقضي بذلك لكن لم أجد بالاتفاقيات المرفقة بالملحق ما يشير إلى ذلك.

خامسا: رفض إجراءات الإنابة القضائية:

طبقا لنص المادة 121 هناك حالتين لرفض تنفيذ الإنابة القضائية:

الحالة الأولى: إذا كانت الإنابة القضائية لا تدخل ضمن صلاحياته.

الحالة الثانية: إذا كانت من شأنها المساس بالسيادة أو بأمن الدولة أو بالنظام العام.

و سلطة القاضي في تنفيذ الإنابة القضائية تكمن في مراقبته لهذين العنصرين حيث له رفض إجراءات تلقائيا لأنها تعد من النظام العام أو بطلب من أي شخص يهيمه تنفيذ الإنابة القضائية، كما له أن يتراجع عن أي إجراء اتخذه أو أي عقد أبطله و في هذه الأحوال عليه تسبب الحكم الذي يصدر و هذا الحكم يستأنفه الخصوم و النيابة خلال 15 يوما دون أن يمدد، و هذا يعني و بما أنّ الإنابات القضائية تنفذ وفق الإجراءات السارية في البلد المناب فيعني أنّ الجلسة تتعقد بصفة عادية.

و يستدعي الأطراف التي حددها البلد المنيب و بعد سماعهم و إصدار حكم بشأنهم لهم أن يستأنفوا أمام قضاء البلد الذي أصدر الحكم و للنيابة نفس الحق.

الحكم الصادر بالرفض يجب أن يبلغ إلى الدولة المنبئية حيث تعاد إليها أوراق و تخبر بأسباب الرفض و هذا ما تضمنته عدّة اتفاقيات من المرسوم رقم 03 - 453 المبرم بين الجزائر و يوغسلافيا في المادة 15 منه و المرسوم الرئاسي رقم 47/01 المادة 17 منه.

أما عن تنفيذ الإنابة القضائية تكون دون مصاريف قضائية و لا رسوم و هذا ما تنص عليه المادة 124 بالإضافة إلى الاتفاقيات المبرمة بين الجزائر و رومانيا الموقعة بتاريخ 1973/06/28 و الصادرة بموجب المرسوم رقم 84 - 178، المادة 17 منه و المرسوم الرئاسي رقم 114/03 بين الجزائر و اليمن، المادة 14 منه و تستثني من هذا المصاريف أو المبالغ المستحقة للشهود و الخبراء و المترجمين و لأي شخص ساهم في إنجاز الإنابة القضائية التي تكون على عاتق السلطة الأجنبية حيث تخبر الهيئة القضائية طالبة قانونا عقد المصاريف و نوعيتها.

المبحث الثاني: دور القاضي في منازعات النسب و التركة.

يعد النظر في قضايا النسب والتركه من الأعمال القضائية التي يصدر بشأنها القاضي أحكام قضائية قابلة لطرق الطعن، والذي له أن يتخذ أثناء تفحصه لها بعض التدابير كتعيين خبير، و عليه سنتناول بالمناقشة الإجراءات التي جاء بها قانون الإجراءات المدنية و الإدارية كل على حداً.

المطلب الأول: دور القاضي في منازعات النسب

لقد خصت علاقة الزواج باعتبارها من أنبل وأقدس الروابط بعناية بالغة في الشريعة الإسلامية، لأنها السبيل الوحيد لتكوين أسرة، أساسها المودة و الرحمة، و هدفها المحافظة على الأنساب.

وللإشارة فالنسب لغة هو القرابة و الالتحاق أما شرعا: فهو علاقة الدم أو رباط السلالة أو النوع الذي يربط الإنسان بأصوله و فروعه وحواشيه، فالنسب الشرعي يترتب عليه الميراث، موانع الزواج إلى جانب حقوق أبوية و نبوية، أما غير شرعي فلا يترتب شيء من هذا.

الفرع الأول: إجراءات دعاوى النسب

تناول المشرع إجراءات دعاوى النسب في القسم الخامس من الفصل الأول المتعلق بقسم شؤون الأسرة، وذلك في مادتين فقط المادة 490 و المادة 491 و تجدر الملاحظة بهذا الصدد إلى أنّ قانون الإجراءات المدنية و الإدارية لم يبين دور القاضي في إثبات النسب، و إنما بين الاختصاص المحلي فقط على نص المادة 490، و سبق أن أرت أنه يستحسن إدراج هذه المادة في القسم الثاني المتعلق بالاختصاص الإقليمي، حيث ترفع دعوى الاعتراف بالنسب بالأبوة أو بالأخوة أو بالأومومة لشخص مجهول النسب، أو إنكار الأبوة أمام المحاكم موطن المدعى عليه، و نفهم من هذا أنّ منازعات النسب تتمثل في الاعتراف بالنسب أو إنكاره.

أمّا إجراءات النظر في الدعوى، فتتعدّد بشأنها جلسة سرية بحضور ممثل النيابة العامة و هنا نتساءل عن المقصود بسرية والجلسة، فهل يقصد بها أن ينظر القاضي في الدعوى بحضور ممثل النيابة العامة وأمين الضبط و سماع الأطراف في مكتبه و ينطق بالحكم كذلك في مكتبه؟ أم تتعدّد الجلسة في مكتب القاضي و ينطق بالحكم في جلسة علنية؟.

و إن كنا نتحدث عن الدور الإيجابي للقاضي في إثبات النسب، فإنّ قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، لم يبرز دور القاضي في هاتين المادتين و عليه نرجع لأحكام قانون الأسرة 02/05 في المواد من 40 إلى 50 التي نستشف من خلالها أن القاضي السلطة التقديرية في الأخذ بالطرق لإثبات النسب سواء عن طريق الزواج الصحيح و ذلك باللجوء إلى التحقيق كسماع الشهود، و كذا مدى الأخذ بالإقرار، بالإضافة إلى إمكانية القاضي في اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب طبقاً لنص المادة 40 من قانون الأسرة و التي تنص على أنّه يجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات

النسب، هذا الإجراء الذي طرح إشكال على المستوى العملي من حيث عدم تحديد هذه الطرق أو حصرها، الأمر الذي فتح المجال للقاضي في استنباط استعمال الطرق العلمية في مسألة إثبات النسب نتيجة عدم تحديد و حصر المشرع لها.

الفرع الثاني: حجية الطرق العلمية في إثبات النسب

اختلف البعض حول حجية الطرق العلمية فمنهم من يرى أنها قرينة قطعية بنسبة 100%، و منهم من يرى أنها قرينة ظنية لا تتفوق على الأدلة الشرعية، فالرأي أو الفريق الأول يرى أن البصمة الوراثية قرينة قطعية استدلووا على ذلك إلى كتاب القرآن و الواقع العلمي⁽¹⁾.

أ- **الدليل من الكتاب:** قوله تعالى: «ادعوهم لأبائهم هو أقسط عند الله فإن لم تعلموا آباءهم فإخوانكم في الدين و مواليكم و ليس عليكم جناح فيما أخطأتم به و لكن ما تعدمت قلوبكم و كان الله غفوراً رحيماً» سورة الأحزاب(آية:05).

ووجه الدلالة أنقوله تعالى: «ادعوهم لأبائهم» هو أمر من الله بأن ينسب الولد لأبيه الحقيقي "الأب البيولوجي" فهو الصواب و الحقيقة، أما قوله: «فإن لم تعلموا آباءهم» معناه أنه تعلم تحث على البحث و التحري عن الأب الحقيقي، و البحث يكون بمختلف الوسائل و القرائن و قد كشف الله سر الوسيلة "البصمة الوراثية" التي يمكن من خلالها التعرف على الأب الحقيقي و تنفيذ ما أمر الله به «ادعوهم لأبائهم».

ب- الدليل من الواقع العلمي:

إنّ قوة الدليل في هذه التحاليل تصل إلى نسب القطيعة في النفي أو الإثبات للنبوة أو النسب، و أن هذه التطورات التقنية الحديثة في مجال الفحوص المخبرية تقطع الشك باليقين في كثير من الحالات، والخطأ فيها أصبح مستحيلاً بدليل أنّ المحاكم الأوروبية و الأمريكية تأخذ بالبصمة الوراثية ليس على أنّها دليل و إنّما هي قرينة نفي و إثبات، فما المناع من الأخذ بها خاصة و أنّ فيها مزيداً من الضمانات للمتهمين و تقليل السلطة التقديرية في يد القضاة⁽²⁾.

أما الرأي الثاني فيرى أنّ البصمة الوراثية قرينة ظنية لا ترقى للقرائن القطعية لأنّها عرضة للخطأ، فهي ليست من الأدلة المقررة بإثبات النسب، فهي تخضع لتقدير المحكمة و أدلتهم في ذلك كالتالي:

أ- أن البصمة الوراثية أو تحليل الدم ليس دليلاً شرعياً في الإقرار -شهادة الشهود- الزوجية القائمة و أنّه يستفاد من تحليل الدم في نفي الأبوة و ليس إثباتها كما أن البصمة الوراثية لا تخلو من التزوير و الطمع.

ب- رفض تحاليل الحمض النووي يأتي بأنّه غير معترف به شرعاً إضافة إلى أنّ القائمين على التحاليل ذاتها لم يصلوا فيها إلى درجة اليقين. لكنّه يقع الرد على هذا الرأي

1- خليفة علي الكعبي، البصمة الوراثية وأثرها على الأحكام الفقهية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ص، 198.

2- نفس المرجع السابق ص: 201-202.

بأنه لا يوجد نص قرآني يمنع أو يحرم من استخدام هذه الطرق التي أصبحت يقينية، و صارت أدلة معترف بها عالمياً، فهي تتشابه مع أساليب القيافة التي اعتمدها الإسلام وعمل بها رسول الله صلى الله عليه وسلم والصحابة بعده.

لكن نظراً للتطورات العملية و الطرق المستخدمة في شتى الميادين أصبح للقضاء الآن سلطة اللجوء إلى نظام الحمض النووي ADN لإثبات النسب أو نفيه، سواء من تلقاء نفسه أو بطلب من أحد الخصوم، ونظراً للتكاليف الباهظة التي تتطلبها هذه الخبرة لوجود مخبر علمي وحيد على المستوى الوطني فإن الأطراف غالباً ما يحجمون على اللجوء إليها، وإلى جانب هذا النظام هناك أنظمة أخرى مثل AHL و نظام MNS و هما أقل حجياً من نظام ADN.

المطلب الثاني: دور القاضي في منازعات التركة

تعتبر كلمة التركة لغة مشتقة من التَّرك، يقال ترك فلان الشيء أي خلاه، و ترك الميث أي تراثه المتروك.

أما اصطلاحاً هي ما يتركه الشخص بعد موته من أموال و حقوق، و عرفها مصطفى شلبي بقوله: التركة كل ما تخلفه الميت من أموال أعيانا كانت أو منافع أو حقوق مالية تنقل بالإرث، و من ثم فالتركة تشمل كل ما تركه المالك ما لم يكن شخصياً، سواء تعلق بها حق الغير أو لم يتعلق، فإن تعلق بها حق الغير أخرج قبل الميراث، و إن لم يتعلق بها حق انقلبت كلها ميراثاً⁽¹⁾.

الفرع الأول: الإجراءات اللازمة لفض النزاعات المتعلقة بالتركة

أولاً الجهة القضائية المختصة:

تجدر الإشارة الى أنه لا يمكن القول باختصاص نوعي و انما تنظيم إداري للمحكمة بعد أن كان هذا النوع من القضايا يرفع أمام القاضي المدني، في ظل قانون الإجراءات المدنية – أفرد قانون الإجراءات المدنية و الإدارية أو خص هذا النوع بقاضي شؤون الأسرة حيث لو رفعت الدعوى أمام القاضي المدني يقوم بإحالتها على قسم شؤون الأسرة بعد استطلاع رأي رئيس المحكمة، أما عن الاختصاص المحلي فقد نصت عليه المادة 498 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، حيث ترفع الدعوى إلى المحكمة التي يقع فيها مواطن المتوفى، حتى و إن وجدت بعض أملاك التركة خارج إدارة الاختصاص الإقليمي لهذه المحكمة ما لم ينص قانون على خلاف ذلك و قد تم إدراج الملاحظة الشكلية حول هذه المادة بخصوص إدراجها ضمن المادة 426 التي تضمنت الاختصاص الإقليمي.

ثانياً الأشخاص المؤهلون لرفع دعاوى التركات:

لم يبين قانون الإجراءات المدنية و الإدارية هؤلاء الأشخاص و عليه نرجع فيها إلى القواعد العامة، حيث يجب أن ترفع الدعوى من ذي صفة و مصلحة طبقاً لنص المادة

1 - د/ محمد محدة: التركات و الموارث، دراسة مدعمة بالقرارات و الأحكام القضائية، دار الفجر للنشر و التوزيع، 2004، القاهرة، ص: 10.

13، فيرجع الطلب المتعلق بتقسيم التركة أو جردها و حصرها و تصفيتها إمّا من الوارث أو من له مصلحة كالدائن أو الموصى له، و الملاحظ أن المادتين 498 – 499 لم تذكره النيابة العامة على غرار المواد المتعلقة بمنازعات النسب رغم أنّها تمس كذلك أو تخضع للنظام العام و عليه نرجع للنص الخاص الوارد في قانون الأسرة، المادة 03 مكرر منه التي تعتبر النيابة طرفاً أصلياً في جميع القضايا الرامية لتطبيق هذا القانون.

الفرع الثاني: دور القاضي في إجراءات فض النزاع

تضمنت المادة 499 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية بالنص على أنّه: "يجوز لقاضي شؤون الأسرة و عن طريق الاستعجال أن يتخذ جميع التدابير التحفظية لاسيما الأمر بوضع الأختام أو تعيين حارس قضائي لإدارة أموال المتوفى إلى غاية تصفية التركة".

فاذا رفع الدائن أو الموصى له أو الخزينة دعوى يدعي فيها أن له حقا في التركة يعين القاضي حارساً قضائياً على هذه التركة الذي يقوم بين الحين والآخر بتقديم حساب عن كيفية إدارته لهذه الأموال وما أنفقه عليها أو ما كان من عائداتها ويكون مسؤول عما لحق هذه الأموال من أضرار حسب تقصيره وتستمر هذه الحراسة حتى يتم حصر التركة وجردها وتقسيمها كلية⁽¹⁾، حسب ما هو منصوص عليه في قانون الأسرة طبقاً لقانون الأسرة 180-183، حيث يتم الرجوع فيما لم يرد بشأنه نص في قانون الإجراءات المدنية والإدارية بخصوص مادة الأحوال الشخصية إلى قانون الأسرة، أي يتضمن إلى جانب القواعد الموضوعية قواعد إجرائية وحبذا لو جمعها المشرع كلها في كتاب أو تقنين واحد هو قانون الإجراءات المدنية والإدارية حتى تكون دراسة جامعة مانعة، والملاحظ حسب نص المادة 183 من قانون الأسرة أنّ مادة التركة لها طبيعة استعجالية وذلك لتعلقها ببعض الحقوق الخاصة بالمورث كمصاريف تجهيز الدفن أو بالغير، كالديون الثابتة في ذمة المتوفى أو الوصية، أما عملياً فالملاحظ هو لجوء القاضي إلى تعيين خبير سواء محاسبي أو عقاري عندما تتعلق التركة بعقارات و ذلك لحصر التركة، والمفهوم من هذا الإجراء الذي استحدثه أن قسمة التركة أصبحت تؤول إلى قاضي شؤون الأسرة بعد أن يقوم بها الموثق أن إعداد الفريضة، حيث يفترض في القاضي أن يكون على دراية بأحكام المواريث وله في هذا الصدد اللجوء طبقاً لنص المادة 03/423 أن يلجأ إلى الاستشارة، كاستشارة الموثقين والأساتذة الذين هم على دراية بذلك، وعلى أساس أنه كانت لهم أسبقية في إعداد الفريضة.

¹ محمد محده: مرجع سابق، ص: 55.

الفصل الثاني العمل الولائي لقاضي شؤون الأسرة

الفصل الثاني : العمل الولائي لقاضي شؤون الاسرة

سبق و أن تطرقنا في المقدمة إلى التمييز بين العمل القضائي والعمل الولائي و أشرت أن العمل الولائي لا يتضمن نزاع قائم بين شخصين أو أكثر، و عليه فهذا الفصل يتضمن دور القاضي في إجراءات الولاية على القاصر نفسا و مالا، إلى جانب الأوامر الولائية التي يصدرها القاضي بخصوص الترخيص و الترشيح و حماية البالغين ناقصي الأهلية، وكذا إجراءات الكفالة و بعض التراخيص التي يصدرها القاضي بموجب أوامر ولائية و التي لم يأت قانون الإجراءات المدنية و الإدارية على ذكرها، مع الإشارة إلى ما تضمنه قانون الأسرة من قواعد موضوعية.

المبحث الأول : دور القاضي في إجراءات الولاية

الولاية لغة يقصد بها النصرة و قيام الشخص بأمر غيره، يقال ولى فلان فلانا و ولى عليه إذا نصره و قام بأمره فهو وليه، أي ناصره و قائم بأمره⁽¹⁾. فالولاية في اللغة ترد بفتح الواو و كسرهما، قال ابن الأثير و كأن الولاية تشعر بالتدبير و القدرة والفعل وما لم يجتمع فيها لم ينطبق عليه اسم الوالي⁽²⁾.

أما اصطلاحاً: فهي سلطة شرعية تجعل لمن تثبت له القدرة على إنشاء العقود و التصرفات نافذة سواء ينشئها لنفسه أم لغيره⁽³⁾.

وتنقسم الولاية إلى ولاية قاصرة و ولاية متعدية.

أولاً: ولاية قاصرة:

يقصد بها ولاية الشخص على نفسه و ماله، و تثبت هذه الولاية للشخص إذا كان كامل الأهلية بالحرية و البلوغ و العقل، كما يشترط أن لا يكون محجور عليه في الولاية على المال⁽⁴⁾. و سميت هذه الولاية بالقاصرة أو الذاتية لأنها تتعلق بشؤون صاحبها و لا تتعداه إلى غيره و أصل هذه الولاية ما قرره الشرع من إلزام الملتزم بما التزم به في أمر نفسه قال سبحانه و تعالى في سورة المائدة: «يَأْتِيهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بالعقود» و في سورة الإسراء « و أوفوا بالعهد إنَّ العهد كان مسؤولاً»، إنَّ ولاية الإنسان على نفسه ولاية ذاتية تكون إذا كملت لديه أهلية الأداء إذ بها تكتمل ولايته التامة في شؤون ماله أو غير ماله في بيع عقوده و تصرفاته تكون نافذة في حق نفسه إلا إذا كان يترتب عليها ضرر بحق الغير فيحد منها بقدر ما يدفع الضرر، إذن سبب الولاية الذاتية أو القاصرة هو البلوغ و الرشد معا فإذا تحققا معا كانت له الولاية التامة على جميع شؤونه و أمواله دون التدخل من أحد وهي قاصرة عليه لا تتعداه إلى احد غيره⁽⁵⁾.

ثانياً: الولاية المتعدية:

يقصد بها ولاية الشخص على غيره حيث لا تثبت للشخص إلا إذا تثبتت له الولاية على نفسه، وهذه الولاية تنقسم إلى ثلاثة أقسام هي: ولاية على النفس، ولاية على المال و ولاية على النفس و المال معا⁽⁶⁾. و هذه الولاية متعددة الفروع كالولاية في الزواج، و الحضانة، ضم الصغير الذي لم يبلغ سنا معينة و القيام على شؤونه و ترتيبه و تأديبه، و قد تكون ولاية على مال المولى عليه، أي يخص التصرفات المتعلقة بشؤون مال من تثبتت عليه هذه الولاية⁽⁷⁾.

¹ د.محمد علي سويلم: شرح قانون محكمة الأسرة، 2006، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية- مصر، ص:118.

² أحمد نصر الجندي: النفقات و الحضانة و الولاية على المال في الفقه المالكي، 2006، دار الكتب القانونية، مصر، ص:201.

³ د.محمد علي سويلم، المرجع السابق، ص:118.

⁴ نفس المرجع السابق، ص:189.

⁵ أحمد نصر الجندي، المرجع السابق، ص،204.

⁶ د.محمد علي سويلم، المرجع السابق، ص،189.

⁷ أحمد نصر الجندي، المرجع السابق، ص،213.

وهذين النوعين سنتطرق إلى إجراءاتهما لاحقاً لأنهما موضوع الدراسة، إلا أنه و لإثراء هذا الموضوع ارتأيت أن أضمّنهُ الأنواع الأخرى من الولاية المتعدية و هي كالتالي:¹

أ- الولاية الأصلية:

هي التي تثبت تلقائياً على الصغير بسبب الأبوة كولاية الأب على ابنه القاصر وولاية الجد والد الأب هذه الولاية لم تثبت لأب أو الجد إلا بسبب عارض هو ولاية المولى عليه لهما، وهذه الولاية ولاية أصلية، فإذا باشر الأب أو الجد -وفي القانون الجزائري الأم- أمورا فإنما يباشرها بأهليتها و ولايتها بانتسابه عن غيرهما فهذه الولاية تقوم بمجرد الولادة.

ب- ولاية نيابية:

وهي التي يستمدها شخص من شخص آخر أي عن طريق النيابة عن ولاية الوصي و القِيم و الوكيل، و ولاية الوصي قد تصدر من صاحب الولاية الأصلية- الأب- أو من القاضي و لذلك تختلف ولايته تبعاً لاختلاف ولاية من استمد منه الولاية. و قد تكون الولاية اتفاقية كما الحال في الوكالة، إذ يستمد الوكيل وكالته من موكله.

و قد يبدو لنا أن من البديهي أن تنسب الولاية إلى الأب دون أن تخطر ببالنا لماذا؟ هذا السؤال أجاب عليه الأئمة الأربعة الذين اتفقوا على أن الولاية تثبت للأب:

- لشفقته على ابنه و إصابة رأيه بالنسبة لمصالح هذا الابن، ولذا هو مدفوع بعوامل العطف و الرحمة إلى إحسان التصرف في مال ولده القاصر.

- الصغير جزء من أبيه وفي محافظة الأب على مال صغيره محافظة على مال نفسه.

ج - الولاية الخاصة:

باعتبار أنّ الصغير عاجز عن التصرف بنفسه كان القصد من الولاية عليه حماية مصالحه، و مراعاة لأمر الصغير جعل المشرع الولاية إلى أشخاص يكونون مدفوعين بعوامل العطف و الرحمة والشفقة إلى إحسان التصرف في شؤون القاصر كالأب، الأم و الوصي... وغيرهم، إذا عهد إليهم بالولاية كانوا أصحاب ولاية خاصتها فيتقدم الأب على غيره من الأوصياء، و بعده تكون الولاية لمن يختاره وصياً على أولاده.

د- الولاية العامة:

تثبت للقاضي، فالقاضي ولي لمن لا والي له، وليس لصاحب الولاية العامة التصرف في شؤون القاصر مع وجود صاحب الولاية الخاصة. مادام هذا الأخير أهلاً للتصرف، إلا إذا كان عضواً في الزواج مثلاً، فمن واجب القاضي رفع الظلم فيجوز له أن يزوج الصغيرة رفعا للظلم عنها.

¹ - نفس المرجع السابق، ص، 213-116.

المطلب الأول : سلطة القاضي في الولاية على القاصر

و نميز فيما بين ولاية القاضي على نفس القاصر و على ماله.

الفرع الأول: إجراءات الولاية على نفس القاصر

إنّ الولاية على النفس تكون في الأمور المتعلقة بشخص المولى عليه كولاية الحضانة، التعليم، التربية، وولاية التزويج و تثبت هذه الولاية لمن له القدرة على التصرف في شؤون المولى عليه غير المالية كإنشاء عقد زواج المولى عليه كولاية الأخ الشقيق على أخته فاقدة الأهلية أو ناقصتها في تزويجها إذا لم يوجد الأب أو وجد ولم يكن أهلاً للولاية.¹

فالإجراءات تضمنتها المواد من 453 إلى 463 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، و ما يلاحظ على هذه المواد أنّها تضمنت النص على إنهاء ممارسة الولاية على القاصر أو سحبها مؤقتاً طبقاً لنص المادة 455 و كذلك حضانة القاصر و كل ما يتضمن حمايته طبقاً لنص المادة 460 /3 و إجراءات ذلك، أما قانون الأسرة فلم ينص إلا على الولاية على مال القاصر و عليه فكل ما لم يتعلق بمال القاصر يرجع أو يتعلق بنفسه من رعايته و تربيته و تعليمه و حفظ صحته.

إنّ الولاية تمنح بقوة القانون للأب على أولاده القصر و بعد وفاته تحل الأم محله قانوناً طبقاً لما تنص عليه المادة 87 من قانون الأسرة فلا تحتاج إلى إجراء لطلبها، و إنّما تحتاج إلى إجراءات لإنهائها أو سحبها مؤقتاً كما جاء به قانون الإجراءات المدنية و الإدارية فقد يرجع السحب المؤقت للولاية إلى تقصير الولي في مهامه طبقاً لما تنص عليه المادة 473 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، أو نقص أهلية الأب مثلاً حيث تقدم الأم طلب لإنهاء ممارسة الولاية على القاصر و ذلك بدعوى إستعجالية، أما نص المادة 453 المتعلق بكل من يهمه الأمر فيقصد به مثلاً :

-الجد أو الجدة أو أحد الفروع، لكن هذا مقتضاه توافر أسباب جدية و موضوعية كفقدان أهلية أحد الوالدين، أو ارتكاب أحدهم لجريمة ما، أو اختلال أحد الشروط الأخرى التي تقوم عليها ممارسة الولاية. و رغم أنّ إجراءات الإنهاء أو السحب تتم بموجب دعوى إستعجالية فإنّ القانون لم يبيّن من يتم تعيينه في هذه الحالة و كيف ذلك؟ لعل هذا السؤال نجد له جواباً في نص المادة 3/460 التي تنص على أنّه يمكن للقاضي و مراعاة لمصلحة القاصر أن يأمر بكل تدبير مؤقت له علاقة بممارسة الولاية أي في حالة سحب أو إنهاء الولاية من الأب يسندها مؤقتاً إلى الأم إلى حين ثبوت كفاءتها مثلاً أو إلى حيث الفصل في موضوع النزاع المعروض عليه.

أما المادة 454 فتضمنت الإجراءات التي تمكن للقاضي اتخاذها في إطار التحقيق حتى يتمكن من سحب الولاية أو إنهائها و إسنادها إلى شخص معين و هذه الإجراءات لم تكن تخول له قبل إلى حين صدور هذا القانون، فللقاضي أن يقوم تلقائياً أو بطلب من أحد

1- د.محمد علي سويلم: مرجع سابق، ص:189.

الوالدين أو كل شخص يرى فائدة في سماعه، و كذا سماع القاصر إلا إذا كانت سنه أو حالته لا تسمح بذلك، كأن يكون صاحب 3 سنوات أو مريضا وكذا له أن يأمر بإجراء تحقيق اجتماعي أو فحص طبي أو نفساني أو عقلي لكن لم يبين المشرع بوضوح كيف يتم الإجراء الأخير، و لمن يصدر الأمر و على من يتم التحقيق هل على الولد القاصر أم على من يريد إسناد الولاية له ؟

أمّا سماع الأب أو أي شخص يرى فائدة في سماعه فهده هو التأكد من أهلية الشخص المراد إسناد الولاية له و كفاءته الخلقية و المادية أو التأكد من أن أحد الوالدين غير أهل للمواصلة في الولاية على أبنائه القصر مما يستدعي إنهاؤها عنه، و يمكن أن تدرج تحت طائفة هذه الإجراءات ما تنص عليه المادة 459 بخصوص جمع القاضي المعلومات التي يراها مفيدة حول أوضاع عائلة القاصر و سلوك الأبوين.

و للقاضي بمقتضى نص المادة 460 و مراعاة لمصلحة القاصر أن يأمر بكل تدبير مؤقت له علاقة بممارسة الولاية، فإذا كان بين الزوجين خصومة موضوعها الطلاق و كان النزاع في مرحلة الصلح، و ثبت للقاضي من خلال سماع شهود مثلا أو تحقيق يجريه أن الأب غير أهل لأن يكون وليا على ابنه القاصر، فهنا للقاضي سواء من تلقاء نفسه أو بطلب من النيابة أو أحد الأطراف أن يسند الولاية بموجب أمر إلى الأم مثلا إلى حين صدور حكم بالطلاق، و هنا تسند الولاية لمن أسندت له حضانة الأولاد طبقا لنص المادة 87 و 64 من قانون الأسرة.

أما بالنسبة للحضانة فالى حين الفصل في موضوع دعوى الطلاق يسند القاضي مؤقتا حضانة القاصر إلى أحد الأبوين، و إذا تعذر ذلك تسند إلى أحد الأشخاص المبيينين في قانون الأسرة طبقا لنص المادة 87 و هم : الجدة لأم - الجدة لأب - الخالة - العمّة ثم الأقربون طبقا لنص المادة 65. بل و ذهب المشرع إلى أبعد من ذلك في نصه في الفقرة الثالثة من نص المادة 460 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية على إمكانية تعديل هذا الإجراء إذا تطلبت مصلحة القاصر ذلك، حتى و لو كان ذلك بطلب من القاصر المميز، و هنا نطرح السؤال: هل القاصر تمنح له الأهلية لممارسة الدعوى القضائية استثناء عن القاعدة العامة ؟ و إن لم يكن هذا الطلب بموجب دعوى فكيف يكون شكله إذن و قد يكون الطلب مقدم من النيابة العامة التي تكون طرفا أصليا عندما يتعلق الأمر بحالة الأشخاص، و هذا يلاحظ في القسم الرابع المتعلق بإجراءات الولاية فالنيابة العامة لم نجد لها دور بنص صريح بخصوص فك الرابطة الزوجية أو الصلح أو تعيين الحكّمين و المساعدة الاجتماعية.

و كما للقاضي إنهاء و سحب الولاية، له كذلك إلغاء هذه الإجراءات و ذلك بإعادة إسنادها إلى والد القاصر المسقطه عنه الولاية بطلب منه إذا زال سبب الإسقاط طبقا لنص المادة 461، و دائما مراعاة مصلحة القاصر منح المشرع للقاضي إمكانية إعفائه من حضور الجلسة لتلقي تصريحاته و الفصل في الطلب يكون في غرفة المشورة بعد تقديم ممثل النيابة العامة لطلباته. فهل يقصد بهذا أن تكون الجلسة سرية ؟

الفرع الثاني : إجراءات الولاية على مال القاصر

أولا : شروط الولاية على أموال القاصر بالنسبة للولي

تتحصر الولاية على المال في المسائل المالية الخاصة بأموال المولى عليه و هي التي تجعل لمن تثبت له القدرة على إنشاء العقود و التصريحات المتعلقة بالأموال و تنفيذها كولاية الوصي على الموصى عليه¹. و يستحسن الإشارة أولا و قبل التطرق إلى الإجراءات إلى شروط ثبوت الولاية للولي على أموال القاصر²:

الشرط الأول: أن يكون الولي كامل الأهلية أي بالغا، عاقلا، لديه الصلاحية لكسب الحق و هي أهلية الوجوب التي تدور وجودا و عدما مع حياة الشخص وتحمل الالتزام و هي أهلية الأداء فبواسطة هذين العنصرين يمكن اكتساب الحق وتحمل الواجب عن طريق إبرام التصرف القانوني.

الشرط الثاني: ألا يكون سفيها يخشى على مال القاصر منه، حيث يقول المالكية: الولي الأب الرشيد، لأن السفيه محجور عليه للسفه الذي به، الذي أدى إلى تبذير المال.

الشرط الثالث: أن يكون الولي متحدا مع الصغير في الدين، فإذا كان الأب مسلم و أولاده مسلمون بإسلام أمهم وهم صغار وبقي الأب على دينه لا تثبت الولاية عليهم، و الملاحظ أن اتحاد الدين شرط في الولاية الخاصة فحسب أما الولاية العامة أي ولاية القاضي فلا يشترط ثبوتها باتحاد الدين و الأساس في اشتراط الدين في الولي قوله تعالى: «و لن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا» و هذا النص عام يدخل فيه الولاية.

قبل التطرق إلى هذه الإجراءات أشير إلى أن الولاية على أموال القاصر على غرار الولاية على نفسه حظيت بالنص عليها ضمن قانون الأسرة في المواد من 88 إلى 91 حيث يتصرف الولي في أموال القاصر تصرف الرجل الحريص و لم يقل المشرع الجل العادي لأن الأمر يتعلق بمال القاصر و عليه لا بد أن تحظى بعناية بالغة و يكون مسؤولا على ذلك و عليه أن شهادة القاضي في بعض التصرفات المذكورة بالمادة 88 كبيع العقار -قسمته- هبته - إجراء مصالحة.

و هذا نظرا لما لهذه التصرفات من آثار خطيرة من حيث انتقال الملكية أو الحق العيني إلى الغير مما قد يشكل إفقارا لذمة القاصر و بهذا تدخل ضمن دائرة الأعمال الضارة به ضررا محضا.

كما قيد القانون القاضي في نص المادة 89 بمراعاة حالة الضرورة و المصلحة في منح الإذن حيث لا يمنح لمجرد طلبه، كما يباع العقار بالمزاد العلني ليوفر أعلى ثمن له أي يرسو على أعلى ثمن تحقيقا لمصلحة القاصر دائما.

1 - د. محمد علي سويلم: مرجع سابق، ص: 189.

2 - أحمد نصر الجندي: مرجع سابق، ص: 227، 229، 230.

و من خلال إدارة الولي لأموال القاصر يبسط القاضي مراقبته على ذلك إما تلقائياً و إما بناءً على طلب ممثل النيابة العامة أو بطلب من أي شخص تهمة مصلحة من وضع تحت الولاية و هذه الرقابة كما سبق ذكره يتجسد جزء منها في منح الإذن للتصرف في أموال القاصر مثلاً، و له في إطار هذا أن يستدعي أي شخص لسماعه طبقاً لنص المادة 466 و كذا في الأمر باتخاذ تدابير مؤقتة كحماية مصالح القاصر

أما عن حكم تصرف الولي في مال المولى عليه فليس كل الآباء على مستوى واحد من الرشد و حسن التصرف فمنهم أب مسرف متلف للمال، و أب سيء الرأي و فاسد التبذير، و أب عدل أو مستور الحال، و من بين التصرفات التي قد يقوم بها الولي، تصرفه في مال القاصر بالبيع و الشراء فعلى قول المالكية، أن للأب بيع مال ولده الحجور مطلقاً عقاراً أو غيره و إن لم يذكر سبب البيع بل و إن لم يكن بسبب، و بسبب ذلك هو حمل الأب على السداد بالنسبة لمال ولده و هذا إذا كان البيع للغير أما إذا كان البيع لنفسه فعلى الأب أن يثبت أن البيع لمصلحة ولده عند ابن الرشد الذي حمل بيع الأب على غير السداد و النظر.

أما إذا كان البيع للغير فهو طبقاً للقاعدة السابقة محمول على السداد و النظر ذكر سبب البيع أم لم يذكر⁽¹⁾. أما في القانون الجزائري كما سبق قوله فإن المشرع طبقاً لنص المادة 88 من قانون الأسرة ألزم الولي أن يتصرف في أموال القاصر تصرف الرجل الحريص و يكون مسؤولاً طبقاً لمقتضيات القانون العام.

ثانياً : دور القاضي في منازعات الولاية على أموال القاصر

تخص قاضي شؤون الأسرة في المنازعات المتعلقة بحسابات الولاية و إدارتها طبقاً لنص المادة 476 و هي تكرر لنص المادة 423-5 كما تخص كذلك بالنظر في المنازعات المتعلقة بتصرفات القاصر بعد بلوغه سن التمييز.

المنازعات المتعلقة بحسابات الولاية تتمثل في المنازعة في التقارير الدورية التي يقدمها الولي أو الوصي أو المقدم عن إدارة أموال القاصر إلى القاضي الذي يمكنه من خلالها بسط رقابته على إدارة الأموال ، فيكون للأب مثلاً المنازعة في الحسابات المعقدة نتيجة إدارة أموال ابنها القاصر متى قبل الأب على أساس أنها خاطئة أو غير حقيقية، و هذا يدخل ضمن العمل القضائي للقاضي.

المطلب الثاني: دور القاضي في تعيين المقدم و الوصي، إجراء

الترخيص و الترشيح

الفرع الأول: إجراءات تعيين المقدم و الوصي

¹ أحمد نصر الجندي: نفس المرجع، ص ص: 236، 237.

سأتناول بالدراسة في هذا الصدد كل من : تعريف المقدم ،شروطه، إجراءاته و دور القاضي في تعيينه و التزامات المقدم.

أولاً: تعيين المقدم

نصت عليه المادة 99 و المادة 100 من قانون الأسرة و المواد من 469 إلى 471 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.

1-تعريف المقدم:

عرفته المادة 99 من قانون الأسرة بنصها على أنه هذا من تعيينه المحكمة في حالة عدم وجود ولي أو وصي على من كان فاقد الأهلية أو ناقصها بناء على طلب أحد أقاربه أو ممن له مصلحة أو من النيابة العامة، فالمادة 469 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية أحالت في تعيين المقدم إلى أحكام قانون الأسرة، فالقاضي من يختار من بين أقارب القاصر، و في حالة تضرر ذلك لعدم توفر أحد الشروط يعين شخصاً آخر يختاره و يفهم من هذا أنه يمكن أن يكون هذا الشخص من الغير، و تعيينه يكون بموجب أمر ولائي.

-بعد التأكد من إرضائه، أي يمكن له أن يرفض و هنا يبحث أو يعين القاضي شخصاً آخر.

2-شروط المقدم:

- تضمنها المادة 2/469 و هي :
- الأهلية للقيام بشؤون القاصر.
- القدرة على حماية مصالحه.

3-التزامات المقدم:

ذكرتها المادة 472: على المقدم أن يقدم دورياً و طبقاً لما يحدده القاضي عرضاً عن إدارة أموال القاصر و عن أي إشكال أو طارئ له علاقة بهذه الإدارة.

في حالة التقصير في أداء مهامه يتخذ القاضي جميع الإجراءات التحفظية المؤقتة لحماية مصالح القاصر بموجب أمر ولائي طبقاً لنص المادة 473.

ثانياً: إجراءات تعيين الوصي و إنهاء مهامه :

يعرف الوصي بأنه نائب قانوني للقاصر يختاره الأب أو يعينه القاضي¹، و إلى جانب هذا التعريف سأتناول تحت هذا العنوان: - صور الوصاية – شروط الوصي و

¹ - ماجدة مصطفى شبانه، النيابة القانونية دراسة في القانون المدني و قانون الولاية على المال مع التركيز على تطبيقات الشهر العقاري في ضوء أحدث أحداث النقص، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية-مصر، 2004 صص، 103، 104.

واجباته – تعيين الوصي – سلطة القاضي في تثبيت الوصاية و المنازعات المثارة بشأنها كالتالي:1

أ / صور الوصاية :

يستمد الوصي سلطاته إما بالاختيار و يسمى الوصي المختار – و إما بالتعيين و يسمى الوصي المعين، و قد يكون الوصي عاما أو خاصا، أو وصي خصومة من حيث مدى السلطات التي تعطى له، و قد يكون مؤقت أو دائما، و ذلك من حيث الامتداد الزمني لسلطاته ، كما يكون الوصي واحدا أو أكثر.

ب/ شروط الوصي:

تضمنت هذه الشروط المادة 93 من قانون الأسرة بنصها على الشروط التالية :

- أن يكون الوصي مسلما.

- أن يكون الوصي عاقلا و بالغا.

- أن يكون الوصي أمينا حسن التصرف.

فالمحكوم عليه في جريمة من الجرائم المخلة بالأداب و الماسة بالشرف أو النزاهة و من حكم عليه بجريمة كانت تقتضي قانونا سلب ولايته على نفس القاصر لو كان في ولايته لا يكون أهلا لأن يكون وصيا، بالإضافة إلى من كان مشهورا بسوء السيرة أو من لم يكن له وسيلة مشروعة للعيش – و هذا يتحقق منه القاضي من خلال السلطات المخولة له في التحقيق كسماع شهود و المحكوم بإفلاسه إلى أن يحكم له برد اعتباره، و من سبق أن سلبت ولايته أو عزل عن الوصاية على قاصر آخر، بالإضافة إلى من قرر الأب قبل وفاته حرمانه من التعيين².

3- دور القاضي في الإجراءات:

لم يبين قانون الإجراءات المدنية والإدارية الطريقة التي يعين بها الوصي هل بموجب أمر أم بموجب حكم، وبطلب من؟ وإنما اكتفى بالنص على تثبيت الوصاية أو رفضها بعد وفاة الأب طبقا للفقرة الأولى من نص المادة 472 أما الفقرة الثالثة فتنص على أنه يجوز للقاضي وضع القاصر تحت وصاية الوصي المختار عندما تتوفر فيه الشروط المقررة قانونا، وعليه يراقب القاضي مدة توافر هذه الشروط، حتى يقبل أو يرفض الوصاية، وبما أن تعيين الوصي لا يتضمن منازعة مثل تعيين المقدم فإنه يتم طبقا لعمل ولائي وليس قضائي، و إن عدم نص المشرع على هذا يعد سهوا منه فقط، خاصة عندما نص في الفقرة الثانية من المادة 472 على أنه في حالة رفض الوصاية يعين القاضي مقدا طبقا لنص المادة 471، والذي سيكون بموجب أمر ولائي، كما تظهر سلطة القاضي في تعيين الوصي كذلك من خلال نص المادة 92 من قانون الأسرة حيث له في حالة تعدد الأوصياء أن تختار الأصلح منهم مع مراعاة الشروط المذكورة.

¹ المرجع نفسه، ص:103.

² - المرجع نفسه، ص ص: 116، 118.

4- حالة تقصير الوصي في أداء مهامه:

يتصرف القاضي بموجب أوامر ولائيه في حالة تقصير الوصي في أداء مهامه حيث يتخذ القاضي جميع الإجراءات المؤقتة الضرورية لحماية مصالح القاصر بموجب أمر ولائي، كأن يعين القاضي متصرفاً خاصاً قياًسياً على ما هو وارد في نص المادة 90 من قانون الأسرة.

- وبالرجوع إلى قانون الأسرة، فإن سلطة القاضي تكمن في مراقبة الحساب الذي يقدمه الوصي عند انتهاء مهمته حيث يتبين من خلاله تقصير الوصي في مهامه من عدمه، ولهذا كان بجدراً بالمشرع أن يلزم الوصي بأن يعرض دورياً كشفاً يتضمن كل ما يقوم به خلال توليه إدارة أموال القاصر، حيث لا يكفي بالنص في المادة 97 على أن يقدم الوصي حساباً بالمستندات عند انتهاء مهمته فالقاضي يبسط رقابته بشكل منتظم وجدي عندما يعرض عليه تقارير دورية وليس الحساب النهائي، ليبين له التجاوزات المرتكبة من قبل الوصي إضراراً لمصلحة القاصر، قيامه بالتبرع بماله أو بجزء منه، إقراضه، هبته دون إذن من القاضي أو تجاوز الحد المأذون به، طبقاً لنص المادة 88 من قانون الأسرة.

5- سلطة القاضي في إنهاء مهمة الوصي:

للقاضي إنهاء مهمة الوصي وذلك بعزله طبقاً لنص المادة 96-5 من قانون الأسرة، إذا ثبت من تصرفاته ما يهدد مصلحة القاصر، ولم يبين المشرع كذاً في هذه الحالة الطريقة التي يتم بها عزل الوصي. هل بموجب أمر ولائي؟.

إن دور القاضي في هذه الإجراءات لم يتناولها بالذكر قانون الإجراءات المدنية والإدارية فحسب وإنما هناك بعض القواعد الإجرائية واردة ضمن قانون الأسرة والتي يرجع القاضي إليها عند الحاجة، والتي تعد مكملة للقواعد الواردة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية وليست مجرد تكرار لها.

الفرع الثاني: دور القاضي وسلطته في إجراء الترخيص والترشيد.

تضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية هذا الإجراء تحت عنوان الفرع الثاني المتعلق بالولاية على أموال القاصر.

أولاً: سلطة القاضي في منح الترخيص و ترشيد القاصر :

نصت عليه المادة 479 ويقصد به الترخيص المتعلق ببعض تصرفات الولي ويكون هذا الترخيص من طرف قاضي شؤون الأسرة بناء على أمر على عريضة، ومن بين التصرفات التي تخضع إلى ترخيص ما نصت عليه المادة 88 من قانون الأسرة التي أوجبت استئذان الولي للقاضي، فإن ارتأى القاضي أن يمنح الإذن فيكون ذلك بأمر على عريضة وذلك بخصوص التصرفات التالية:

1- بيع العقار وقسمته، ورهنه وإجراء المصالحة.

2- بيع المنقولات ذات الأهمية الخاصة.

- 3- استثمار أموال القاصر بأي إقراض أو الاقتراض أو المساهمة في الشركة.
- 4- انجاز عقار القاصر لمدة تزيد على ثلاثة سنوات أو تمتد لأكثر من سنة بعد بلوغه سن الرشد.

أما المشرع فنص على أن يتم هذا الإجراء بموجب أمر على عريضة، فقد يرجع إلى احتمال نشوء نزاع حوله، لأنه يتضمن احتمالين، فقد يأتي هذا التصرف بفائدة على القاصر كما قد يأتي بخسارة أو ضرر به مما يدفع من له مصلحة في ذلك إلى المنازعة فيه.

و الملاحظ أنّ مصطلح الترخيص له معنى واسع فقانون الإجراءات المدنية و الإدارية لم ينص صراحة على بعض الأوامر الولائية التي يختص رئيس المحكمة بإصدارها في شكل رخص، و التي تتعلق خاصة بمصلحة القصر، فهل في حالة غياب النص ستبقى خاضعة لاختصاص رئيس المحكمة أم يختص بها قاضي شؤون الأسرة كذلك، بما أنّ لها علاقة بالولاية على القاصر؟ و أقصد بهذه الرخص:

- إعفاء أو ترخيص بالسن القانوني للزواج.
- إذن بالخروج من التراب الوطني.
- أمر فتح حساب بريدي لقاصر.
- رخصة لاستخراج سجل تجاري لممارسة نشاط تجاري لقاصر، و كذا الترخيص لراشد بتكرار الزواج أي الزواج بامرأة ثانية.

و عليه بما أنّها لا تتضمن نزاع فإنّ طبيعة العمل التي تصدر بشأنه هو عمل ولائي، أمّا الجهة التي تصدره فالملاحظ عمليا أنّه عندما يتعلق الأمر بمنح رخصة لاستخراج سجل تجاري مثلا، فهو يصدر عن قاضي شؤون الأسرة، و كذلك رخصة لإبرام عقد زواج قاصر، أما باقي الرخص فتصدر عن رئيس المحكمة مبدئيا، إلى حين صدور نص تنظيمي بوضوح الأمر، حيث يتضمن كذلك الترخيص بالزواج من زوجة ثانية أو ثالثة أو رابعة، وكذا الإعفاء من السن القانوني للزواج يعد بمثابة ترخيص بالزواج والذي يتم بموجب أمر ولائي كذلك، والترخيص بفتح حساب بريدي للقاصر. و للقاضي منح الترخيص كما له أن يرفضه طبقا لسلطته التقديرية، إذا رأى أن الإجراء المطلوب يتعارض ومصلحة القاصر بالدرجة الأولى.

هذا و يقوم القاضي بترشيده القاصر بموجب أمر ولائي طبقا لنص المادة 480 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وهذا ليقوم القاصر بإدارة أمواله بنفسه، لكن لم يحدد القانون السن القانوني الواجب توفره في القاصر حتى يتم ترشيده.

ثانيا : انتهاء الولاية و الوصاية و التقديم:

بما أنّ الوصي يحل محل الولي، و المقدم يقوم مقام الوصي ويخضع لنفس الأحكام طبقا للمادة 100 فسأتناول طرق انتهائهم في عنوان واحد و الملاحظ أنّ المادة 91 من قانون الأسرة ذكر طرق انتهاء الولاية، و المادة 96 تناولت طرق انتهاء الوصاية إلا أنّ

كلتا المادتين تناولتا أحكام لم ترد في الأخرى كانهاء الولي ببلوغ القاصر سن الرشد وكمال أهليته فهذه الحالة ذكرتها المادة 96 و لم نذكرها المادة 91 وعليه تنتهي الولاية والوصاية والتقديم وفق الحالات التالية:

1- الأسباب التي تتعلق بالقاصر:

- بلوغ القاصر سن الرشد ما لم يصدر حكم من القضاء بالحجر عليه فالولاية على المال تبقى ما بقى سببها و هو الصغير، فإذا أزال السبب انتهت الولاية أو الوصاية (1).
- موت القاصر.

2 - أسباب تتعلق بالولي:

- عجز الولي.
- موت الولي.
- إسقاط الولاية عنه.

3 - أسباب تتعلق بالوصي:

- انتهاء المهام التي أقيم الوصي من أجلها.
- قبول عذره في التخلي عن مهمته.

- عزله بناء على طلب من له مصلحة إذا ثبت من تصرفات الوصي ما يهدد مصلحة القاصر، وهذا ما نصت عليه المادة 473 من ت إ م إ، أما المقدم فنتتهي مهمته بمثل حالات الوصي باعتباره يقوم مقام الوصي و يخضع لنفس أحكامه طبقاً لنص المادة 100 من قانون الأسرة.

المبحث الثاني: دور القاضي في حماية البالغين ناقصي الأهلية و الكفالة

ورد هذا الإجراء في الفرع الثالث من القسم الرابع المتعلق بإجراءات الولاية، ويتضح دور القاضي جلياً في هذا الإجراء من خلال نص المواد : 481-486-487. وبما أن قانون الإجراءات المدنية والإدارية أتى بالقواعد التي تمكن القاضي من تفعيل القواعد الموضوعية الواردة في قانون الأسرة، فإنّ الملاحظ بهذا الشأن أنّ المقصود بحماية البالغين ناقصي الأهلية هو الحجر الوارد في الفصل الخامس من الكتاب الثاني من قانون الأسرة، و الذي تناولته المواد من 101 إلى 108 الأمر الذي دفع البعض أول الأمر إلى القول أن المشرع لم يتناول الحجر ضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وعليه قبل التطرق إلى دور القاضي في إجراءات توقيع الحجر يتعين التطرق أولاً إلى مفهوم الحجر و تحديد البالغ ناقص الأهلية.

1- أحمد نصر الجندي: نفس المرجع، ص: 253.

المطلب الأول: دور القاضي في حماية البالغين ناقصي الأهلية

الفرع الأول: مفهوم الحجر و تحديد البالغ ناقص الأهلية

أولاً: مفهوم الحجر وأنواعه

1- المقصود بالحجر:

الحجر مصدر حَجَرَ بمعنى حَجَرَ القاضي على الصغير و السفيه إذا منعها من التصرف في مالها.

الحجر المنع، يقال حجر عليه يحجر حَجْرًا و حُجْرًا و حَجْرًا و حَجْرًا و حَجْرًا: منع منه و يقال حجر الإنسان و حجره أي الفتح و الكسر حضنه قال تعالى في سورة النساء: «في حجوركم من نسائكم» وأحدها حجر بفتح الحاء يقال حجر المرأة و حَجْرها أي حضنها.

2- أنواع الحجر: باعتبار الحجر منع الحبور من التصرف نوعان:

• الحجر الطبيعي:

يقصد به حجر النفس في الذكر حتى البلوغ رشدا و في الأنثى حتى سقوط حضانتها بالبناء بها، ويعد حجر طبيعي لأن سببه الصغير، وعدم البلوغ و الرشد ولذلك يكون الصغير(ة) محجورا دون صدور حكم من القاضي بالحجر، ولذلك يقال الصغير محجور لذاته هذا النوع من الحجر أحد فروع الحضانة إذ يشمل تعهد الصغير في شخصه و تعهد ما له في وقت واحد.

• الحجر القضائي:

لا يكون هذا الحجر إلا بعد البلوغ و الرشد ثم يعتري الشخص بعد ذلك أحد العوارض في طبيعته من جنون، أو عته، أو سفه، أو غفلة، أو أحد موانع الأهلية من مرض و غيبة أو حبس⁽¹⁾.

ثانياً: تحديد البالغ ناقص الأهلية

تعرفنا به المواد: 40-43 من القانون المدني والمادة 101 من قانون الأسرة، فالمادة 40 من القانون المدني اعتبرت كل شخص بلغ سن الرشد المجدد بـ 19 سنة كاملة، متمتعاً بقواه العقلية، ولم تحجر عليه، حيث يكون بهذه الحالة كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية.

إلا أن بلوغ هذا السن وكمال الأهلية قد تعتيره بعض العيوب التي تنقص منها والتي نصت عليها المادة 43 من القانون المدني التي اعتبرت كل من بلغ سن الرشد وكان سفيهاً أو ذا غفلة يكون ناقص الأهلية وفقاً لما يقرره القانون، وعليه ما مصير البالغ ناقص الأهلية في هذه الحالة؟ هذا ما وضحته المادة 101 من قانون الأسرة بنصها على: كل من

¹ أحمد نصر الجندي: نفس المرجع، ص: 203.

بلغ سن الرشد وهو مجنون أو معتوه أو سفيه أو طرأت عليه إحدى هذه الصفات بعد رشده يحجر عليه، وبما أن الأصل الظاهر في الإنسان هو سلامة عقله وأهليته من كل عارض فخلافاً لهذا الظاهر يستدعي إثباته.

قبل التطرق إلى الإجراءات التي يتبعها القاضي في توقيع الحجر أخرج إلى تبيان عوارض الأهلية و مواقعها وأسبابها وأسباب الحجر على ضوء الفقه:

عوارض الأهلية:

قد يكون العارض الذي يصيب الشخص طبيعياً أو جسمانياً، يصيبه في عقله أو اتزانته فيذهب بالأهلية التي ثبتت له أو ينقصها. وفي كلا الحالتين تتأثر تصرفاته القانونية التي تصدر منه سواء في حقوقه أو التزاماته، وقد يصيب العارض الشخص في تقديره و تدبيره فينقص من أهليته كما هو الحال في السفه و الغفلة، و هذه العوارض يخضع تقديرها إلى سلطة القاضي و عليه تتلخص أسباب الحجر كالاتي:

1- الجنون: وهو اختلال في العقل يمنع الشخص من أن يجري الأقوال و الأفعال على النحو الذي تطلبه الشرع، و الجنون إما أن يكون مطلقاً حيث لا يفيق صاحبه منه، وإما متقطعاً يفيق منه صاحبه بعض الوقت و يجن أحياناً، و قد بين فقهاء المالكية أن المجنون محجور عليه من حيث جنونه، فبالنسبة للبالغ أو الذي طرأ عليه الجنون بعد بلوغه يتم الحجر عليه بموجب حكم قضائي .

2- العته: يقصد به عند أهل اللغة نقص عقل من غير جنون، وعند الفقهاء اختلال في العقل بحيث يختلط كلام من أصابه هذا الاختلال، فيشبهه مرة كلام العقلاء ومرة كلام المجانين، وقيل هو قليل الفهم مختلط الكلام فاسد التدبير، علا أنه لا يضرب و لا يشتم كما يفعل المجانين.

3- السفه: هو الخفة و الطيش و الجهل بواقع الأمور، و يعرفه الفقهاء بأنه تبذير المال وتضييعه على خلاف مقتضى الشرع و العقل، و قيل هو الثمل بخلاف مقتضى الشرع، و هو إتباع الهوى و ترك ما يدل عليه العقل، و يقول ابن جزى من فقهاء المالكية: «السفيه هو المبذر لماله، إما لإنفاقه بإتباعه الشهوات وإما لقلة معرفته بمصالحه، وإن صالحاً في درته»

4- ذو الغفلة: يقصد بالغفلة عدم الاهتداء إلى سبل الربح أو تجنب الخسارة في المعاملات مع الغير بسبب ضعف في العقل أو قلة الخبرة وابن عابدين في رد المختار يعرف ذو الغفلة بأنه مفسد و لا يقصد الفساد لكنه لا يهتدي إلى التصرفات الرباحة ، فيغيب في المبايعات لسلامة قلبه(1).

إلا أنّ هذه الحالة وردت فقها فقط أما قانوناً فلم يذكرها الشرع الجزائري إلى جانب الحالات الأخرى الواردة في المادة 101 من قانون الأسرة والمتمثلة في الجنون، العته، السفه والتي تعد سبباً من أسباب الحجر.

1 أحمد نصر الجندي: نفس المرجع، ص ص: 256- 277.

الفرع الثاني: إجراء توقيع الحجر آتاره

بعد أن يرفع أحد الأقارب أو من له مصلحة أو النيابة العامة طلب الحجر طبقاً لنص المادة 102 من قانون الأسرة، يتثبت القاضي من صحة ما يدعيه الأطراف، وذلك بإجراء خبرة عقلية طبقاً لنص المادة 103 من قانون الأسرة على المعني بالحجر عليه، وذلك بإجراء خبرة عقلية طبقاً لنص المادة 103 من قانون الأسرة على المعني بالحجر وذلك بإصدار أمر ولائي طبقاً لنص المادة 486 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية يقضي بتعيين خبير وهذا خروجاً عما هو معتاد العمل به، بخصوص الخبرات التي تتم بصور حكم تمهيدي أو تحضيري قبل الفصل في الموضوع فما الغاية من استبدال إجراء صدور الخبرة بموجب حكم، بصورها بموجب أمر ولائي؟

و بعد إيداع الخبير لتقرير خبرته وإعادة السير في الدعوى من قبل من يهمله الأمر، وثبت حقيقة ما يدعيه الأطراف أي ثبت جنون أو سفاهة المعني فهنا يصادق القاضي على تقرير الخبرة، وعليه الحجر عليه.

بموجب أمر بافتتاح التقديم طبقاً لنص المادة 481 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية وعليه نتساءل عن طبيعة الإجراء الذي يوقع به الحجر، هل تتم بموجب أمر أم بموجب حكم. وماذا يقصد بالأمر الوارد في نص المادة 481.

إنّه بتمعننا لأحكام قانون الأسرة وأحكام قانون الإجراءات المدنية والإدارية نجد أنفسنا أمام نصين إجرائيين أحدهما وارد في قانون الإجراءات المدنية والإدارية وأقصد به نص المادة 481 والآخر وارد في قانون الأسرة وأعني به نص المادة 103 التي تنص على أن يكون الحجر بحكم، أقول بهذا الصدد أنّه بما أن المادة 481 لم تحدد إن كان الأمر المقصود به ولائي أو على عريضة فإنّ اللفظ يدخل في مدلوله العام. طبقاً لنص المادة 08 الفقرة الأخيرة من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي تنص على: يقصد بالأحكام القضائية في هذا القانون، الأوامر والأحكام والقرارات القضائية ولا يدخل في مفهومه أو مدلوله الخاص لأن المشرع لو أراد بهذا أن يكون أو يصدر الحجر بأمر ولائي لذكر ذلك كما ذكره في المادة 486 بخصوص تعيين خبير، ورغم هذا فالإشكال يبقى مطروح بين اعتباره عمل ولائي أم عمل قضائي، فالبعض من القضاة الممارسين⁽¹⁾ يرون أنّ الأوامر الولائية كما سبق ذكره لا تستدعي وجود نزاع، أما الحجر فيتضمن نزاع، فيما أن الطلب يرفع من أحد الأطراف فقد يعارض أحد ممن له مصلحة، حيث يتمسك بكامل أهلية الشخص البالغ أو حتى الشخص نفسه، قد يتمسك بالأصل الظاهر الذي هو سلامة أهليته، إلى جانب هذا، بما أنّ نص المادة 103 من قانون الأسرة كذلك مادة إجرائية وردت في قانون خاص الذي هو قانون الأسرة، فإنّ الخاص يقيد العام حتى لو كانت نية المشرع أن يكون الحجر بموجب أمر ولائي.

كما للقاضي دور إيجابي في هذه الخصومة كغيرها من خصومات الأحوال الشخصية حيث له أن يعين محامياً تلقائياً إذا تبين له من خلال العريضة الافتتاحية أن الشخص ليس

1 - مقدم مبروك: رئيس محكمة سكيكدة.

له محامي وهذا ما تنص عليه المادة 483 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، والمادة 105 من قانون الأسرة.

وفي إطار التحقيق والتأكد من واقعة نقص الأهلية حول قانون الإجراءات المدنية والإدارية بموجب المادة 484 للقاضي تلقي تصريحات الشخص المعني بإجراء تقديم، وذلك بحضور محاميه والأشخاص المعنيين أي الذين قدموا الطلب أو من له مصلحة في ذلك والنيابة العامة، وللقاضي كذلك إذا ارتأى له ضرورة حضور الطبيب المعالج أن يستدعيه.

كما للقاضي طبقا لسلطته التقديرية إذا ارتأى له أن إجراء السماع من شأنه أن يمس بصحة المعني، فله أن يصرف النظر عن ذلك عملا بالمادة 484، ومثاله أن يظهر على المعني عوارض الأهلية كالجنون: كدخوله قاعة الجلسات أو المكتب وهو يصرخ، فهذا الظاهر الذي عليه الشخص يعفى من سماعه، و للقاضي في إطار التحقيق دائما أن يتلقى آراء أعضاء العائلة قبل الفصل في الطلب طبقا للمادة 486، فإذا تقدم بالطلب أب المعني و ثار لدى القاضي شك، له أن يأخذ رأي الأم أو الإخوة مثلا، وهذا دائما يبقى خاضعا لسلطته التقديرية.

وبعد كل هذه الإجراءات، وبعد أن يصبح الملف جاهزا يفصل فيه القاضي في غرفة المشورة. فهل يقصد المشرع بهذا أن الجلسة تتم سرية وليست علنية؟ وفصل القاضي يكون إما بقبول الطلب وعليه توقيع الحجر و إما برفضه طبقا لنص المادة 488، أما بخصوص رفع التقديم فلم يبين القانون إجراءاته أو حالاته.

آثار الحكم بالحجر:

1/ تظهر سلطة القاضي ودوره كذلك في هذه الحالة، والتي نصت بشأنها المادة 104 من قانون الأسرة : حيث يجب على القاضي – إذا لم يكن المحجور عليه ولي أو وصي أن يعين في نفس الحكم مقدما لرعاية المحجور عليه والقيام بشؤونه والذي له نفس مهام الوصي طبقا لنص المادة 100.

2/ تصرفات المحجور عليه بعد الحكم بالحجر:

لا يكون البالغ ناقص الأهلية ممنوعا من التصرف في أمواله إلا بصدر حكم قضائي يقضي بالحجر عليه نصت المادة 107 من قانون الأسرة على أن التصرفات التي تقع أو تصدر من المحجور عليه بعد الحكم تكون باطلة، أما قبل الحكم نميِّز بين ما إذا كانت أسباب الحجر أو العته أو السفه أو الجنون ظاهرة للغير، حيث لا يرد لدى المتعامل معه أي شك في أنه معلول فتكون التصرفات باطلة أما إذا كانت تصرفاته تظهر للعيان بأنها تصرفات شخص عاقل فتكون صحيحة ومنتجة لأثارها القانونية.

المطلب الثاني: دور القاضي في إجراءات الكفالة

وردت إجراءات الكفالة في القسم السادس من الفصل الأول المعلق بقسم شؤون الأسرة. أما دور القاضي فنستشفه من نص المواد: 493- 495- 497.

لكن قبل التطرق إلى إجراءات الكفالة نعرض أولاً على تعريفها الوارد في المادة 116 من قانون الأسرة التي عرفته بأنه : التزام على وجه التبرع بالقيام بولد قاصر من نفقة وتربية، و رعاية قيام الأب بابنه وتتم بعقد شرعي، وأشير في هذا الصدد أن الكفالة قد تكون لولد معلوم النسب وقد يكون لولد مجهول النسب.

الفرع الأول: سلطة القاضي في الأمر بالكفالة

من التعريف نجد أن الكفالة تتم بمجرد عقد وليس حكم قضائي لغياب عنصر النزاع فيه، وبهذا نصت المادة 493 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أن يفصل القاضي فيه بموجب أمر ولائي، بل ونصت المادة 117 من قانون الأسرة على إمكانية أن يتم أمام الموثق.

أولاً: سلطة القاضي في مراقبة الشروط الواجب توافرها في الكافل

فحتى يوافق القاضي على إصدار أمر الكفالة عليه أن يتأكد من الشروط الشرعية المطلوبة في الكافل وهذا طبقاً لنص المادة 495. وهذه الشروط ذكرتها أو حددتها المادة 118 من قانون الأسرة والتي هي :

1/ أن يكون الكافل عاقلاً - مسلماً - أهلاً للقيام بشؤون المكفول، وقادراً على رعايته.

فإذا ثبت للقاضي عدم توفر إحدى هذه الشروط يرفض طلب الكفالة وله في إطار التأكد من توافر هذه الشروط، القيام بسماع الكافل، وسماع شهود يحضرهما الكافل في غالب الأحيان، وهذا للتأكد من أخلاقه وقدرته على الإنفاق وذلك بسؤال الشاهدين عن مصدر رزقه الذي يثبته الكافل بالملف بموجب شهادة عمل وكشف الراتب وهذا التحقيق كغيره من إجراءات التحقيق يخضع دائماً للسلطة التقديرية للقاضي.

- وقد يحدث وأن يكون الكافل أو طالب الكفالة شخص مغترب فيشك القاضي في إسلامه أو كفاءته أخلاقاً، فيفتح في ذلك تحقيقاً طبقاً لنص المادة 425 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، حيث له اللجوء إلى أية مصلحة مختصة بغرض الاستشارة، والملاحظ كذلك أن المشرع خص إجراء الكفالة بجلسة سرية طبقاً لنص المادة 496 ولم نعلم الغاية من ذلك مادام أن الكفالة عقد ويتم بمكتب القاضي.

ثانياً: صور استصدار الرخص وإجراءاتها

أما بخصوص الأدوات المتبعة في استصدار هذه الرخص وكذا الإجراءات التي يتبعها القاضي في ذلك تتمثل في:

- بالنسبة للأطراف المعنية:

إذن بالتصرف في أموال قاصر بالبيع -قانون الأسرة-.

- 1- طلب من الولي و في حالة عدم وجوده، تقديم وكالة من عند الموثق للأمم أو العم.
 - 2- وصل مصاريف.
 - 3- عقد الفريضة أو الهبة أو الوصية.
 - 4- شهادة وفاة المورث في حالة الميراث.
 - 5- شهادة ميلاد الوكيل.
 - 6- شهادة ميلاد القاصر أو القصر.
 - 7- بطاقة الحالة العائلية
 - 8- نسخة من بطاقة التعريف الوطنية للوكيل و الشهود.
 - 9- وثائق تثبت العقار المنقول موضوع الإذن بالتصرف.
- بالنسبة لرئيس المحكمة:
يتصرف في الملف كالتالي:

- 1- عرض الملف على وكيل الجمهورية لإبداء الرأي فيه عملا بنص المادة 479 من ق إ م إ
 - 2- إرفاق الملف بالتماسات النيابة العامة.
 - 3- محضر سماع مقدم الطلب.
 - 4- إصدار أمر إما بالقبول أو الرفض أو الحفظ لعدم حضور الأطراف.
- *الترخيص بالزواج قبل السن القانوني طبقا للمادة 07 من قانون الأسرة و المادة 480 من ق إ م إ.

- بالنسبة للأطراف:

- 1- تقديم طلب مرفق يوصل دفع المصاريف القضائية.
 - 2- شهادة ميلاد المعني – القاصر.
 - 3- شهادة ميلاد الطرف الثاني – الزوج – مع نسخة من بطاقة التعريف الوطنية.
 - 4- شهادة ميلاد الولي مع نسخة عن بطاقة التعريف الوطنية.
 - 5- شهادة طبية تثبت قدرة و كفالة القاصر على الزواج.
- بالنسبة لرئيس المحكمة:

- 1- إصدار أمر بعرض الملف على وكيل الجمهورية.
- 2- التماسات النيابة العامة.
- 3- محضر سماع الأطراف.
- 4- إصدار أمر بالقبول أو بالرفض.

*رخصة إبرام عقد زواج ثان: طبقاً لنص المادة 08 من قانون الأسرة و المادة 426 – 7من ق إ م .!

بالنسبة للأطراف:

- 1- عقد الزواج.
- 2- شهادة ميلاد الزوج و الزوجة الأولى و الزوجة الثانية مع نسخ عن بطاقة التعريف الوطنية.
- 3- محضر إثبات حالة، و هذا ليس في كل الحالات، و إنما في الحالة التي لا تحضر فيها الزوجة إلى المحكمة مثلاً: حيث يصدر أمر إلى المحضر القضائي للانتقال إلى مسكن الزوجية و سماع الأولى و التأكد من إبلاغ الزوج لها.
- 4- محضر سماع الأطراف.
- 5- أمر عرض الوثائق على وكيل الجمهورية.
- 6- التماسات وكيل الجمهورية أي النيابة العامة.
- 7- أمر رئيس المحكمة.

***أمر إسناد حضانة قاصر مؤقتاً:**

- 1- طلب الأب أو الأم أو من يرغب في ممارسة الحضانة مع وصل دفع المصاريف.
- 2- الأحكام القضائية الصادرة في الموضوع كالحكم برجوع الزوجة إلى مسكن الزوجية.
- 3- عقد الزواج.
- 4- شهادة ميلاد المحضون أو المحضونين.
- 5- بطاقة الحالة العائلية.
- 6- محضر إثبات حالة.
- 7- محضر سماع الطرف الثاني مثلاً الزوج.

بالنسبة لرئيس المحكمة:

يتبع نفس الإجراءات السابقة أما بالنسبة للأمر الذي يصدره فقد يكون أمر بالرفض لعدم التأسيس إذا ثبت له أنه سبق و أن أصدر في حق الزوجة حكم بالرجوع إلا أنها لم تنفذه.

*عقد الكفالة: طبقاً للمواد 116 – 122 من قانون الأسرة و المواد 492 – 497 من ق إ م .!

بالنسبة للأطراف:

- 1- طلب مع وصل دفع المصاريف
- 2- شهادة ميلاد الكافلة مع نسخة من بطاقة التعريف الوطنية.
- 3- كشف الراتب.
- 4- شهادة عمل.
- 5- شهادة ميلاد المكفولة.
- 6- شهادة ميلاد أم المكفولة مع نسخة عن بطاقة التعريف الوطنية.
- 7- تصريح بالكفالة عن الموثق هذا إن سبق الأطراف اللجوء إليه إلا أنه غير ضروري.
- 8- نسخة عن بطاقة التعريف الوطنية للشاهدين.

بالنسبة للقاضي:

- 1- يجوز يحرر القاضي محضر سماع الكافلة، و أم المكفولة و هذا في حالة ما إذا كان المكفول من أبوين معلومين.
- 2- محضر سماع الشهود كتتحقيق عن حسن السيرة و السلوك للكافلة.
- 3- أمر عرض الملف على وكيل الجمهورية مع إرفاق التماساته المكتوبة.
- 4- إصدار الرئيس للأمر.

شهادة كفالة حسب ما لاحظته عمليا لا تكون على القاصر فقط، و إنما حتى على البالغ ككفالة الابن لوالديه و إخوته ، و كل الأوامر السابقة يمضي عليها القاضي مصدرها و أمين الضبط و الأطراف المعنية بها.

و الملاحظ كذلك أن القاضي يراقب مدى توافر الوثائق الضرورية بالملف، و ما إذا كان مختص بنظر الدعوى، ففي حالة ما إذا رأى أنه غير مختص محليا مثلا يصدر أمر بالرفض لعدم الاختصاص المحلي، دون عرض الأمر على وكيل الجمهورية لتقديم التماساته.

ويقضي أو يبيت القاضي في طلب الكفالة بعد أخذ رأي النيابة العامة في الموضوع والتي غالبا ما تكون طلباتها تطبيق قانون ترفقها مكتوبة بالملف. أما المهام المسندة للكافل فذكرت في قانون الأسرة.

الفرع الثاني: سلطة القاضي في حالة وفاة الكافل و حالة استرجاع الوالدين لابنهما المكفول

أولاً: حالة وفاة الكافل

تنص المادة 497 على أنه في حالة وفاة الكافل يتعين على ورثته أن يخبروا -دون تأخير- قاضي شؤون الأسرة الذي أمر بالكفالة، وبما أن هذه الفقرة تتضمن إلزام إلى الورثة، فكان يستحسن أن يشير المشرع إلى وجوب ذكر هذا الالتزام في الأمر بالكفالة،

وذلك بالتأشير به على هامش الأمر بالكفالة، وعليه في هذه الحالة يجمع القاضي الورثة أي يستدعيهم خلال شهر لسماعهم حول ما إذا كانوا يرغبون في الإبقاء عليها أي استمرارها، حيث تعين القاضي أحد الورثة كافلا أو الذي يعرب عن نيته للالتزام بها.

أما في حالة الرفض فقد نصت المادة 497 من الفقرة الأخيرة على أن يقوم القاضي بإنهائها حسب نفس الأشكال المقررة لها. لكن لم يتبين المشرع مصير المكفول في هذه الحالة؟ فلمن تسند مهمة الكفالة في الفترة ما بين وفاة الكافل إلى حين إصدار حكم بإنهائها؟، في هذه الحالة إلى أحكام قانون الأسرة لنص المادة 125 منه التي تنص على حالة التخلي عن الكفالة وحالة وفاة الكافل ورفض الورثة للكفالة، سيسند أمر القاصر إلى الجهة المختصة بالرعاية.

ثانياً: حالة استرجاع الأبوان لابنهما المكفول

نكون في هذه الحالة أمام كفالة ابن معلوم النسب حيث يتنازل عنه والديه لأحد الأشخاص أو الأقرباء تحت ظرف من الظروف إلا أنه بعد مدة معينة يطلب عودته إلى ولايتهما طبقاً لنص المادة 124 من قانون الأسرة، فالكفالة إذن عقد غير مؤبد، ففي هذه الحالة نميز بين ما إذا كان الولد مميزاً أو غير مميز، فإذا كان مميزاً يخير بين بقاءه مع الكافل وبين عودته إلى والديه. أما إذا لم يكن مميزاً فلا خيار له وإنما يتدخل القاضي لتسليمه بموجب إذن منه مراعاة مصلحة المكفول أي إذا كانت مصلحته تقتضي بقاءه مع الكافل فيبقى عليه عنده هذا إذا ارتأى القاضي أن والديه غير أهل لولايته.

خاتمة

الخاتمة

تهدف المذكرة الى تبيان الطريقة التي يتناول بها القضاة على مستوى المحاكم تنفيذ القواعد الإجرائية التي أتى بها قانون الإجراءات المدنية و الإدارية فيما يتعلق بقسم شؤون الأسرة. و إن كان يبدو من القراءة الأولى للمواد أن التطبيق الفوري له سهل و بسيط، إلا أنه من الناحية العملية يبقى أمرا مستعصيا، و هذا هو الهدف من تناولي لهذا الموضوع بالدراسة، حيث قصدت من خلاله إبراز أهم الإشكاليات العملية التي تصادف القاضي

بمناسبة تطبيقه للأحكام الإجرائية المستحدثة، التي غالباً ما يجتهد القضاة لإيجاد حل لها، مستعينين في ذلك بأراء رؤساء المحاكم .

و لم يتوقف الإشكال عند القضاة فقط وإنما حتى المحامين يتقدمون باستشارات إلى القضاة بخصوص الإجراءات الجديدة لاسيما منها الأوامر الولائية التي أصبح للقاضي الحق في إصدارها بشأن تقديم الخصوم لبعض الوثائق أو المستندات الرسمية المنتجة في الدعوى طبقاً لنص المادة 73 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، حيث يتساءل العديد من المحامين عن الشكل الذي يقدم فيه الطلب، هل بناء على عريضة افتتاحية أم بناء على أمر على عريضة، أم طلب عادي مكتوب أم يقدم في الجلسة شفاهة؟؟ و قد خلصت في نهاية الدراسة- التي كانت دراسة استقرائية- إلى الإلمام بالإشكاليات التي يطرحها تنفيذ قاضي شؤون الأسرة لمقتضيات قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، و إن كان البعض منها يجد منفذاً أو حلاً يجعلها قابلة للتطبيق، إلا أن البعض الآخر ليزال مطروحاً إلى حين صدور نص تنظيمي يوضحها، لكن الملاحظ أن الإشكاليات التي يطرحها العمل القضائي أكثر من تلك التي يطرحها العمل الولائي، ويمكن تلخيصها كالتالي:

- هل يمكن أن يجري القاضي الصلح بوكالة يمنحها الأطراف إلى غيرهم بخصوص الطلاق بإرادة منفردة والخلع؟
- هل يمكن الطعن في محضر الصلح من قبل أحد الأطراف أو النيابة العامة؟
- هل يؤدي الحكمين اليمين القانونية قبل القيام بمهامهما؟ وما هي القيمة القانونية لمحضر الصلح الذي يحررانه؟
- كيف يعين القاضي المساعد الاجتماعي، هل بموجب أمر ولائي و كيف تتحدد مهامه؟
- ما هي الشروط و البيانات التي يتقيد بها القاضي في إصدار الإنابة القضائية سواء داخلية أو الدولية.
- هل يتقيد القاضي بنتائج الخبرة المتعلقة بإثبات النسب بالطرق العلمية الحديثة نظراً لصحة نتائجها؟
- هل القاضي مجبر بإعداد فريضة عندما تعرض عليه بمناسبة قيام نزاع حول التركة، بعد أن كان الموثق هو الذي يقوم بها، أم يمكن له الاستعانة بموثق لإعدادها؟
- هل يمكن تصور قيام تنازع في الاختصاص بين رئيس المحكمة و قاضي شؤون الأسرة بخصوص العمل الولائي، و هذا فيما لو تمسك رئيس المحكمة بمقتضيات نص المادة 16 من الأمر رقم 05-11؟، وفي هذه الحالة ما هو الحل؟
- في هذه الدراسة ركزت على الأوامر التي ذكرها المشرع في الفصل المتعلق بالإجراءات أمام قسم شؤون الأسرة، إلا أن المشرع لم يحصرها في هذا الفصل فقط و إنما بالرجوع إلى المبادئ العامة في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، مثل الأمر بشطب القضية من الجدول مثلاً طبقاً لنص المادة 219 من نفس القانون.

كل هذه الإشكالات حاولت أن أجد للبعض منها أجوبة أو حلول أما البعض الآخر يبقى في انتظار صدور نص تنظيمي يبين بوضوح ما يشوب هذه الإجراءات من غموض خاصة عندما يتعلق بأمر القاضي الخصوم بإحضار بعض الوثائق، فهل يصدر أمر

للزوجة المطلقة الحاضنة التي تتزوج بغير قريب محرم، أن تقدم عقد زواجها مع هذا الرجل حتى تسقط عنها الحضانة؟.

هذا بالإضافة إلى أن المادة 423 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية حددت ضمن الاختصاص النوعي لقاضي شؤون الأسرة حالة الغياب و فقدان، إلا أنها لم تحدد إجراءاتها، كما أنه لم يسند الوقف إلى قاضي شؤون الأسرة كما فعل المشرع المصري.

أما النيابة العامة فقد حظيت باهتمام بليغ من قبل المشرع عندما يتعلق الأمر بالولاية على نفس و مال القاصر، والترخيص و الترشيد و الكفالة و في حماية البالغين ناقصي الأهلية و النسب، أي كل ما يتعلق بأهمية الأشخاص و النظام العام أين أسند لها المشرع مهمة تقديم طلباتها في هذا الشأن و حضور الجلسات سواء كانت علنية أم سرية، و كذا وجوب عرض الملف عليها لإبداء الرأي عندما يتعلق الأمر بإصدار أوامر و لائحية. على غرار إجراءات فك الرابطة الزوجية التي لم يتطرق المشرع إلى ذكرها أو تبيان مهامها، الأمر الذي يدفع إلى التساؤل حول ما إذا كانت نية المشرع بهذا الصدد تتجه إلى تفسير نص المادة 03 مكرر من قانون الأسرة، و القول أن النيابة طرف أصلي عندما ينص المشرع صراحة على ذلك؟ أم تبقى المادة 03 مكرر النص العام.

تلخيصا للمهام المسندة للنيابة أذكر:

في الولاية على نفس القاصر طبقا لنص المادة 453، تخول للنيابة صلاحية طلب إنهاؤها أو سحبها، ويتم ذلك بدعوى استعجالية.

كما لها استئناف الأمر الصادر في هذه الدعوى خلال 15 يوم من النطق بها طبقا لنص المادة 456، في الحضانة طبقا لنص المادة 460 للنيابة طلب تعديل إسناد الحضانة.

بالنسبة للولاية على مال القاصر طبقا لنص المادة 465 تقوم النيابة بمراقبة الولاية، إلا أن المشرع لم يبين إجراءات ذلك.

بالنسبة إلى تعيين المقدم طبقا لنص المادة 470 للنيابة تقديم طلب بذلك.

بالنسبة للتقديم طبقا لنص المادة 484 يتلقى القاضي تصريحات المعني بحضور النيابة، كما لها أن تأمر بالتأشير على هامش عقد ميلاد المعني بسجلات الحالة المدنية بمنطوق الأمر القاضي بافتتاح أو تعديل أو رفع التقديم.

بالنسبة لدعوى النسب طبقا لنص المادة 491 تحضر النيابة الجلسة السرية.

بالنسبة للكفالة طبقا لنص المادتين 494 و 496 يتم أخذ رأي ممثل النيابة العامة بخصوص طلبات الكفالة و إلغائها و يكون ذلك في غرفة المشورة أي في جلسة سرية.

أشير بهذا الصدد أن المشرع لم يجعل للنيابة دور بخصوص منازعات التركة، رغم تعلقها كذلك بالنظام العام، خاصة إذا تنازع شخصان حول تركة إنسان حي، أفلا تتدخل النيابة، الأمر الذي يدفع إلى التساؤل عن الأساس أو المعيار الذي على أساسه اعتبر المشرع النيابة طرفاً في الدعوى؟

بهذا أكون قد وصلت إلى نهاية هذا العمل الذي حاولت من خلاله أن أبرز أهم
صلاحيات قاضي شؤون الأسرة في ظل قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.

الفهرس

الإهداء
شكر و عرفان

المقدمة

الفصل الأول: العمل القضائي لقاضي شؤون الأسرة

- المبحث الأول: دور القاضي في فك الرابطة الزوجية
- المطلب الأول: سلطة القاضي في إجراء الصلح و تعيين الحكّمين
- الفرع الأول: كيفية إجراء الصلح
- أولاً: كيفية تسيير جلسة الصلح
- ثانياً: التدابير المؤقتة المتخذة من طرف القاضي أثناء الصلح
- ثالثاً: القيمة القانونية لمحضر الصلح
- الفرع الثاني: دور القاضي في تعيين الحكّمين
- أولاً: تاءارجا تعيين حكّمين
- ثانياً: النتائج المتوصل إليها من قبل الحكّمين
- ثالثاً: القيمة القانونية لمحضر الصلح المحرر من قبل الحكّمين
- المطلب الثاني: سلطة القاضي في اللجوء إلى التحقيق
- الفرع الأول: الخبرة الطبية، المساعدة الاجتماعية، والاستشارة
- أولاً: الخبرة الطبية
- ثانياً: المساعدة الاجتماعية
- ثالثاً: الاستشارة
- الفرع الثاني: الإنابة القضائية.
- أولاً: خصائص الإنابة القضائية
- ثانياً: شروط الإنابة القضائية
- ثالثاً: البيانات الواجب توافرها في الإنابة القضائية
- رابعاً: أنواع الإنابة القضائية
- خامساً: رفض إجراءات الإنابة القضائية
- المبحث الثاني: دور القاضي في منازعات النسب و التركة
- المطلب الأول: دور القاضي في منازعات النسب
- الفرع الأول: إجراءات دعاوى النسب
- الفرع الثاني: حجية الطرق العلمية في إثبات النسب
- المطلب الثاني: دور القاضي في منازعات التركة
- الفرع الأول: الإجراءات اللازمة لفض النزاعات المتعلقة بالتركة
- الفرع الثاني: دور القاضي في إجراءات فض النزاع

الفصل الثاني: العمل الولائي لقاضي شؤون الأسرة

المبحث الأول : دور القاضي في إجراءات الولاية
المطلب الأول: سلطة القاضي في الولاية على القاصر
الفرع الأول: إجراءات الولاية على نفس القاصر
الفرع الثاني : إجراءات الولاية على مال القاصر
أولاً : شروط الولاية على أموال القاصر بالنسبة للولي
ثانياً : دور القاضي في منازعات الولاية على أموال القاصر
المطلب الثاني: دور القاضي في تعيين المقدم و الوصي، إجراء الترخيص و الترشيد
الفرع الأول: إجراءات تعيين المقدم و الوصي
أولاً: إجراءات تعيين المقدم
ثانياً: إجراءات تعيين الوصي و إنهاء مهامه
الفرع الثاني: دور القاضي وسلطته في إجراء الترخيص و الترشيد
أولاً: سلطة القاضي في منح الترخيص
ثانياً: دور القاضي في ترشيد القاصر
ثالثاً: انتهاء الولاية و الوصاية و التقديم
المبحث الثاني: دور القاضي في حماية البالغين ناقصي الأهلية و الكفالة
المطلب الأول: دور القاضي في حماية البالغين ناقصي الأهلية
الفرع الأول: مفهوم الحجر و تحديد البالغ ناقص الأهلية
أولاً: مفهوم الحجر
ثانياً: تحديد البالغ ناقص الأهلية
الفرع الثاني: إجراء توقيع الحجر
المطلب الثاني: دور القاضي في إجراءات الكفالة
الفرع الأول: سلطة القاضي في الأمر بالكفالة
الفرع الثاني: سلطة القاضي في حالة وفاة الكافل و حالة استرجاع الوالدين لابنهما
المكفول
الخاتمة

