منازعات قضايا شؤون الأسرة

Disputes of issues of family affairs

تاريخ الاستلام : 2018/04/19 ؛ تاريخ القبول : 2018/08/26

* حنان كشباط
سنة رابعة دكتوراه تخصص قانون الأسرة، جامعة الجزائر 01، كلية الحقوق بن يوسف بن خدة، سعيد حميدين

ملخص

نتناول في هده الورقة ضرورة التمعن في منازعات قضايا شؤون الأسرة و مجال تدخل القاضي في إجراءاتها من خلال نصوص قانون الإجراءات المدنية و الإدارية و قانون الأسرة .
و في هدا الإطار سنحاول أن نلتمس عضا من المنازعات الأسرية و كيف يمارس قاضي شؤون الأسرة سلطته التقديرية لحل هده المنازعات.
في محاولة د ترض ما قد يجسده عض الإشكالات الفعلية لهده المنازعات من الناحية الموضوعية لقانون الآسرة و من الناحية الإجرائية لقانون الإجراءات المدنية و الإدارية من جهة أخرى
أولا : سنحاول التطرق لمنازعات أحكام الزواج و إجراءاته ابتداء مقدمات الزواج مرورا تسجيله و إثباته و انتهاء بآثاره .
ثانيا: سنحاول تناول المنازعات المتعلقة بالنيابة الشرعية من خلال الطرق لمنازعات الولاية على نفس و مال القاصر إضافة لمنازعات الحجر و إجراءات حماية البالغين ناقصي الأهلية .
الكلمات المفتاحية: قانون الأسرة ، المنازعات، الأحكام، قاضي شؤون الأسرة، الزواج.

Abstract

This paper the stresses the necessity to insight in family disputes and the scope of intervention of the judge in the proceedings through the provision of the code civil and administrative procedure.
In this context we will ty to see some o these disputes family and how to exercise the family magistrate his power to resolve these disputes wich might reflect some of the actual.
Problems of these conflicts in terms of substantive family law on the one hand on the other hand the procedural aspect of the code of civil and administrative procedure.
First: we will try to addresse disputes of the provisions of the marriage and its procedures starting with his introductions and through the procedures of registration and proof of ending his effects.
Second: we will try to addresse with the disputes related to the legitimate act of minors in addition to quarrels of stone and protection measures for adults who are unqualified.

Mots clés: Droit de la famille, Litiges, Jugements, Juge aux affaires familiales, Mariage.

Résumé

Cet article insiste sur la nécessité de comprendre les litiges familiaux et sur le champ d'intervention du juge dans la procédure au moyen des dispositions du code de procédure civile et administrative.
Dans ce contexte, nous allons voir quelques-uns de ces conflits familiaux et savoir comment exercer le magistrat de la famille sur son pouvoir de résolution de ces conflits, ce qui pourrait refléter une partie de la réalité.
Les problèmes de ces conflits en termes de droit de la famille matériel d'une part, d'autre part, l'aspect procédural du code de procédure civile et administrative.
Premièrement: nous essaierons de régler les litiges relatifs aux dispositions du mariage et à ses procédures, en commençant par ses déclarations et en passant par les procédures d'enregistrement et la preuve de la fin de ses effets.
Deuxièmement : nous nous efforcerons de résoudre les litiges liés à l'acte légitime des mineurs, en plus des querelles de pierre et des mesures de protection pour les adultes non qualifiés.

Mots clés: Droit de la famille, Litiges, Jugements, Juge aux affaires familiales, Mariage.

* Corresponding author, e-mail: hkechbat_91@yahoo.com

© جامعة الاخوة منتوري قسنطينة 1، الجزائر 2019.

مقدمة

وخير قول نستهل به قول الله تعالى: "**ومن آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجا لتسكنوا إليها وجعل بينكم مودة ولاحمة إن في ذلك لآيات لقوم يتفكرون**".

نص المشروع الجزائري في المادة 02 من قانون الأسرة على أن: "الأسرة هي الخلية الأساسية للمجتمع وتتكون من أشخاص تجمع بينهم صلة الزوجية والقرابة".

الأسرة هي المنبث الطبيعي لكل إنسان فهي الخلية الأساسية في تكوين نسيج المجتمع وعلى قدر قوتها وجودتها وصلاحها يتماسك المجتمع ويقوي، وبتفككها وضعفها ينهار، وهذا يتطلب شحذ الوعي والجهد التام بالفقه الذي ينظم الأسرة ويضبط أحكامها ويحل مشاكلها ويعرض للأسباب تماسكها ويقيم أركانها ويعالج أسباب ضعفها وتفككها، فكل شخص يعتبر قائما على أسرة يقتضي منه واجب حمايتها وبالتالي منظور حاضر الأسرة الجزائرية ومستقبلها ينبغي أن يكون التحديد فيه نموذجا وفقا للأحكام الشريعة الإسلامية فلا يقطع للأمة عن أصولها ولا يؤخرها عن تطورات العالم وتغيراته.

وعليه اعتمد المشرع الجزائري على الفقه الإسلامي وجعله الأساس لقوانينه وذلك بهدف التخلي عن عيوب الموروث القانوني الفرنسي عن طريق إحلال القوانين الوطنية محل القوانين التي بقيت تمدد لأفكار الاستعمارية[1].

وبمقتضى الأمر الصادر في : 1975-07-05 والذي يقضى بإلغاء جميع القوانين المورثة عن الاستعمار الفرنسي.

ومن ثمة جاء الأمر الرئاسي رقم 02/05 المؤرخ في 2005/02/27 المتضمن تعديل قانون الأسرة رقم 11/84 والذي يقوم أصلا على الوسطية في الطرح ومعالجة الإشكاليات المطروحة على الساحة خاصة وأن القضايا الأسرية تكتسي طابعا خاصا يميزها عن باقي القضايا الأخرى والتي يجب أن يبث ويفصل فيها بسرعة لما لها من طبيعة خاصة سواء من الناحية الموضوعية أو من الناحية الإجرائية.

وكل هذا يتجلى في طرح موضوعي يراعي عدم المساس بالثوابت وأهمها الإبقاء على مبادئ أحكام الشريعة الإسلامية كمصدر أساسي لتشريع الأسرة ومحاولة الاستجابة لمطالب قانون الأسرة.

ولضمان التقيد بأحكام قانون الأسرة، جعل المشرع الجزائري من قاضي شؤون الأسرة رقيبا وحارس لهذا القسم، وذلك من أجل ضمان التقيد بمختلف نصوص هذا القانون ومن هنا تكمن أهمية دور قاضي شؤون الأسرة في حل المشاكل والمنازعات الأسرية لارتباطها بأمور حساسة ولها صلة بالمسائل النفسية والاجتماعية و الدينية.

هذا وتجدر الإشارة إلى أن قانون الأسرة معظم نصوصه جاءت مرنة تسمح للقاضي بإيجاد الحلول المناسبة باختلاف الملابسات والظروف، حيث فتح المشرع الجزائري أمام القاضي بأعمال سلطته التقديرية بغرض التوصل لمصالح هادفة وإفرادها من اجل الإلمام والتكفل بجميع النزاعات والمسائل الناشئة عن تطبيق أحكام قانون الأسرة.

ومما سبق بيانه إن التطرق لموضوع منازعات قضايا شؤون الأسرة يحتاج إلى العديد من المصادر والمراجع لبيانه لذا سنذكر بعض منازعات قضايا شؤون الأسرة.

ارتأينا معالجة هذا الموضوع من زاوية التعليق على بعض المواد اعتمادا على ما ذهبت إليه المحكمة العليا، وكذلك ما ذهب إليه فقهاء الشريعة الإسلامية والقانون وعليه يمكن طرح الإشكالية التالية:

ما هي أهم المنازعات قضايا شؤون الأسرة؟ وكيف يمارس قاضي شؤون الأسرة سلطته التقديرية لحل

المنازعات المطروحة أمامه؟

ولإجابة عن هذه الإشكالية تطرقنا إلى الخطة التالية:

الفصل الأول: مجال تدخل القاضي في عقد الزواج والآثار المترتبة عليه

المبحث الأول: أحكام الزواج وإجراءاته

المطلب الأول: العدول عن الخطبة

المطلب الثاني: تسجيل وإثبات عقد الزواج

المبحث الثاني: آثار عقد الزواج

المطلب الأول: النفقة الزوجية كأثر مالي ناتج عن الزواج

المطلب الثاني: النسب ومدى تقدير القاضي لثبوته ونفيه

الفصل الثاني: مجال النيابة الشرعية

المبحث الأول: المفهوم العام للولاية

المطلب الأول: إجراءات ومنازعات الولاية

المطلب الثاني: الوصايا والتقديم

المبحث الثاني: الحجر وإجراءات حماية البالغين ناقصي الأهلية

المطلب الأول: أحكام الحجر في قانون الأسرة

المطلب الثاني: إجراءات حماية البالغين ناقضي الأهلية

الفصل الأول: مجال تدخل القاضي في عقد الزواج والآثار المترتبة عليه

استمد المشرع الجزائري جل أحكامه المتعلقة بمسائل الزواج في قانون الأسرة من أحكام الشريعة الإسلامية، وراعى في ذلك تغيرات العالم و تطوراته، حيث حدد شروطا وأحكاما في عقد الزواج لابد من توافرها في طرفية وميزه بمقدمات تتفق وقدسيته.

وللإحاطة جيدا بمجال تدخل القاضي في عقد الزواج و آثاره لابد من التطرق أولا إلى أحكام الزوا ج وإجراءاته وهذا ما سنتناوله في المبحث الأول، وبعدها سنتطرق إلى أحكام العدول عن الخطبة كمقدمة لهذا العقد في مطلب ثاني.

المبحث الأول: أحكام الزواج وإجراءاته

عرف الإمام محمد أبو زهرة الزواج[2] "عقد يقيد حل العشرة بين الرجل والمرأة وتعاونهما مدى الحياة بما يحقق ما يقتضيه الطبع الإنساني ويحدد ما لكليهما من حقوق وما عليه من واجبات".

وعرف المشرع الجزائري الزواج في قانون الأسرة في المادة 04 بأنه: "عقد رضائي[3] يتم بين الرجل والمرأة على الوجه الشرعي، من أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحصان الزوجين والمحافظة على الأنساب".

وعليه ذكرت المادة 04 من ق.أ.ج مجموعة الأهداف والمقاصد المتوخاة من الزواج والتي هي بالدرجة الأولى، تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة، إحصان الزوجين، والتعاون وكذا المحافظة على الأنساب، لذا يعد الزواج من أهم وأخطر العقود المبرمة في حياة أي إنسان لذا نظمه المشرع الجزائري وحدد أحكامه فأفرد الفصل الأول، للخطبة والزواج من الباب الأول منه.

ومن هنا يتوجب علينا التطرق للآثار العدول عن الخطبة باعتبارها مقدمة لعقد الزواج في مطلب أول

على أن نخصص في الثاني لهذا المبحث لتحدث عن مسألة تسجيل وإثبات عقد الزواج.

المطلب الأول: العدول عن الخطبة

إن عقد الزواج سواء من الناحية الشرعية أو القانونية وإن كان يبدأ بتحقق الإيجاب والقبول الصادر من الطرفين وتوفر سائر الأركان وشروط صحته إلا أنه مسبوق في واقع الأمر بمرحلة متقدمة تسمى (الخطبة).

والخطبة كمقدمة لعقد الزواج وتوطئة له أقام لها التسارع الحكيم أحكاما يكفل عن طريقها لعقد الزواج البقاء والاستمرار وهدف ذلك هو حماية الأسرة.

وتعرف الخطبة عند معظم فقهاء الشريعة الإسلامية على أنها طلب المرأة للزواج وفي هذا الصدد قال الله جل جلاله في سورة البقرة: "**ولا جناح عليكم فيما عرفتم به من خطبة النساء**"، فقد عرف غالبية الفقهاء والشراح الخطبة على أنها طلب الرجل النكاح من امرأة معينة خالية من الموانع الشرعية[4].

أما من الناحية القانونية عرفها المشرع الجزائري بمقتضى المادة 03 من قانون الأسرة على أن " **الخطبة وعد الزواج يجوز للطرفين العدول عن الخطبة**".

ومن خلال هذا النص يتضح أن المشرع الجزائري لم يعرف الخطبة وإنما انتقى بتبيان طبيعتها القانونية التي تندرج تحت "**الوعد**" وليس الإلزام.

ومن هنا يمكن القول أنه ليس للخطبة أثر ملزم من الناحية المالية، فلا يلزم الخاطب أن يقدم لمخطوبته مالا أو غيره لا على سبيل الهدايا ولا على سبيل المهر[5].

ذلك أن طبيعة الخطبة لا تتعدى الوعد ولا ترتقي لدرجة عقد الزواج.

لكن جرت العادة أن يتهادى الخطيبين في فترة الخطبة فيقوم أحدهما أو كليهما بتقديم الهدايا للطرف الآخر، ويقوم أحدهما بالعدول.

فما مصير هذا العدول بالنسبة للهدايا والمهر؟

الفرع الأول: مدى جواز العدول عن الخطبة في الفقه والقانون الجزائري

يعتبر العدول رجوعا عن الخطبة، ونتيجة طبيعية لرفض أحد الطرفين الاستمرار فيها وإتمام الزواج، على اعتبار هذين الأخيرين عقدان رضائين، والخطبة لا تتعدى الوعد.

وفي هذا الصدد ذهب معظم فقهاء الشريعة الإسلامية بمذاهبها الأربعة إلى القول صراحة بجواز العدول عن الخطبة، إذا ارتبط هذا العدول بأسباب يقبلها العقل والمنطق.

كما سبق قوله أن الخطبة لا تعدو أن تكون بحكم طبيعتها وعدا متبادلا بين رجل وامرأة بإبرام عقد الزواج في المستقبل.

لذا سمح المشرع لطرفي الخطبة أو لأحدهما العدول عن هذا الوعد وعدم الارتباط بالطرف الآخر وهذا عملا ينص المادة 2/5 " **ويجوز للطرفين العدول عن الخطبة**". لكن الإشكال يكمن في مصير الهدايا المقدمة في فترة الخطبة، كيف تعامل معها المشرع والقاضي المختص بخصوص هذا الإشكال.

الفرع الثاني: آثار العدول عن الخطبة (الهدايا، المهر)

استمد المشرع معظم مواضعه من الشريعة الإسلامية واعتمد في مسألة استرداد الهدايا على ما ذهب إليه المالكية حول هذه المسألة فنص: لا يسترد الخاطب من المخطوبة شيئا مهما أهداها إذ كان العدول منه، وعليه أن يرد للمخطوبة ما لم يستهلك مما أهدته له أو قيمته، وإن كان العدول من المخطوبة فعليها أن ترد للخاطب ما لم يستهلك من الهدايا وقيمتها.

أما الناحية القضائية على القاضي أن يقضي على الطرف المتسبب في العدول بإرجاع الهدايا ذاتها وإذا تعذر ذلك كأن تستهلك تلك الهدايا أو قام الشخص المهداة إليه بالتصرف فيها، يحكم القاضي بقيمتها.

ورد قيمة الهدية غالبا ما تكون في حالة تلفها أو استهلاكها، وقد يعني إلغاء شرط عدم الاستهلاك وثبوت حق الاسترداد للطرف المتضرر(6).

أما موقف المذاهب الفقهية في مسألة استرداد الهدية كانت محط خلاف بينهم فمثلا عند الشافعية يجوز للخاطب الرجوع في كل ما قدمه لخطيبته مطلقا وإن استهلك فله قيمته سواء كان العدول من الخاطب أو المخطوبة، في حين أن الحنابلة ليس للخاطب عندهم حق في الرجوع في أي شيء لأن ما أهداه كان هبة، والهبة لا يجوز الرجوع عنها بعد قبضها إلا للأب وحده، أما المالكية فصلوا بين أن يكون العدول من الخاطب أو من المخطوبة وبه أخذ المشرع الجزائري.

أما يتعلق بمسألة تقديم المهر للمخطوبة خلال فترة الخطوبة وقبل إبرام عقد الزواج فهل للرجل استرداد ما قدمه، وماذا لو كان المخطوبة تصرفت في بعضه أو كله؟

فهذه المسألة أغفلها المشرع وهنا يجب على القاضي استعمال سلطته التقديرية والرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية بحكم المادة (222 قانون الأسرة).

ومن ثمة فإن الخاطب له الحق في استرداد ما دفعه من مهر إذا قرر العدول عن الخطبة، ذلك أن الصداق لا يجب للمرأة إلا بالدخول أو بوفاة الزوج، وتستحق نصفه عن الطلاق قبل الدخول المادة 16 ق.أ، وعليه وجب على المخطوبة رده عينا أو قيمته.

كما أورد المشرع مسألة التعويض عن الضرر المعنوي اللاحق بأحد الطرفين جراء العدول، جاز للقاضي الحكم إلى الطرف المتضرر بالتعويض غير أن هذه المسألة محل اجتهاد و نظر من القاضي في تعيين الضرر المعنوي وتقديره تم تقدير العوض المناسب له. وهذا عملا بنص المادة 2/5 من قانون الأسرة.

المطلب الثاني: تسجيل وإثبات عقد الزواج

من خلال الإطلاع على نص المادة 21 من قانون الأسرة يتضح لنا أنها تنص على أحكام قانون الحالة المدنية.

وبعد هذا القانون هو المختص بما يتعلق بإجراءات تسجيل عقد الزواج وبالتالي على الراغبين بانعقاد عقد الزواج الذهاب للموثق أو ضابط الحالة المدنية لتحرير عقد الزواج ومن ثم تسجيله في سجلات الحالة المدنية وهذا التسجيل يكون ضمن الآجال المحددة قانونا، غير أنه لم يتمكن خلال هذه الفترة الزوجان من تسجيل زواجهما هنا وجب أن تميز بين حالتين:

حالة عدم وجود نزاع بينهما

حالة وجود نزاع بينهما أو ورثتهما

1. **حالة عدم وجود نزاع بين الزوجين**: إن لم يتمكن الزوجان من تسجيل عقد الزواج خلال الأجل المناسب فإنه لا يمكن لهما تسجيل عقد الزواج إلا عن طريق المحكمة

ففي هذه الحالة أي عدم وجود نزاع بين الزوجين هنا لا يستوجب رفع دعوى قضائية، ذلك أن هذا الزواج يثبت من طرف القاضي المكلف بالحالة المدنية بموجب أمر على عريضة باعتباره عقد مغفل وذلك بمجرد طلب يتقدم به المعني إلى السيد وكيل الجمهورية بعد سماع المعنيين والشهود الذين حضروا فاتحة الطرفين.

2. **حالة وجود نزاع بين الزوجين و ورثتهما:** في حالة ما إذا كان هناك نزاع قائم بين الزوجين حول قيام هذا الزواج من عدمه أو بين ورثتهما هنا يتوجب اللجوء إلى قسم شؤون الأسرة مكان تواجد موطن المدعى عليه للاستصدار حكم قضائي للإثبات عقد الزواج وهذا الحكم قابل للطعن وفقا لقانون الإجراءات المدنية والإدارية وبعد صدور حكم نهائي يسجل هذا العقد في سجلات الحالة المدنية بسعي من النيابة العامة.

المبحث الثاني: آثار عقد الزواج

إذا تم عقد الزواج وفق المنحى المرسوم له في أحكام الشريعة الإسلامية والقانون، واكتملت أركانه وشروط صحته وانتفت موانعه ترتبت عليه بات إلى آثار ومن أهم هذه الآثار النفقة الزوجية والنسب.

ولبيان هذا سنتطرق في المطلب الأول من هذا المبحث إلى النفقة الزوجية كأثر مالي ناتج عن الزواج على أن نتطرق إلى النسب في مطلب ثاني.

المطلب الأول: النفقة الزوجية كأثر مالي ناتج عن الزواج

النفقة هي ما يصرفه المرء من مال على زوجته وذوي رحمة وما ملكت يمينه ووجوبها لهؤلاء الأفراد ثابت بالنص وهذا ما نصت عليه المادة 74 ق.أ "نفقة الزوجة واجبة على زوجها بالدخول بها أو دعوتها إليه ببينة مع مراعاة أحكام المواد 78- 79- 80 من قانون الأسرة".

وبنت المادة 78 من ق.أ المكونات التي تشملها النفقة[7] وفي هذه المسألة اختلف الفقهاء في تعيين مشتملاتها، غير أنه استقر الرأي في مشتملات التالية: الغذاء، الكسوة، العلاج، السكن، وهنا يجب على القاضي الذي يحكم في منازعات النفقة أن يضع أمام أعينه عناصر المادة 78 من ذات القانون ويحدد النفقة المناسبة هذا وأضاف المشرع الجزائري[8] في نفس المادة إعطاء القاضي سلطة واسعة في تقدير النفقة وكل هذا يحسب عادات وتقاليد وأعراف المنطقة ولا ننسى أيضا حسب قدرة الطرف من عسر ويسر.

هذا وأكدت المادة 57 مكرر على أنه يجوز للقاضي الفصل على وجه الاستعجال بموجب أمر على عريضة كل التدابير اللازمة ولاسيما ما تعلق منها بالنفقة وكل هذا خاضع للسلطة التقديرية للقاضي[9]

أما بالنسبة نفقة الولد واجبة على والده كمبدأ عام ولا تسقط إلا إذا ثبت أن لهذا الولد ما يمكن له أن يتفق منه على نفسه.

هذا و تحسب مدة وجوب نفقة الأبناء على الآباء بصيغة مؤقتة أحيانا ومستمرة أحيانا أخرى كما هو موضح في أحكام المادة 75 من ق.أ.

المطلب الثاني: النسب

نظم المشرع الجزائري أحكام النسب من المواد 40 إلى 46 من قانون الأسرة. حيث اهتم بثبوت نسب الأولاد وإلحاقهم بأبيهم شرعا وقانونا.

والنسب الشرعي هو الذي يلحق به الولد إلى أباه في الدين والقانون، وعليه يبين الميراث وينتج عنه موانع الزواج، وبالتالي تترتب حقوق وواجبات الأبوة و البنوة، أما النسب الغير الشرعي فلا يترتب عليه شيء مما قيل[10].

حدد المشرع الجزائري في قانون الأسرة طرق إثبات النسب بين طرق تقليدية وطرق حديثة. وعليه ينشأ النسب بالزواج بغض النظر عن ما إذا كان صحيحا أو فاسدا، وهذا ما حددته المادة 41 من ق.أ، بحيث أوردت الأسباب المنشأة للنسب التي لا تحتاج دليل والتي تدخل تحت طائلة كل أنواع الأنكحة والتي

سيأتي ذكرها على النحو التالي:

- **الزواج الصحيح**: وهو الزواج التي توافرت فيه جميع أركانه وشروط صحته طبقا لمقتضى المواد 9 و 23 وما يعدهما.

وهنا إذا تم الزواج صحيحا يثبت النسب دون اشتراط بينة أو طلب اعتراف ممن سيثبت نسب الولد إليه تطبيقا لقوله (ص) "الولد للفراش وللعاهر الحجر"[11] ويشترط ثبوت النسب هنا، ببلوغ الزوجين وإمكانية المعاشرة الجنسية (الوطى) و أن تلده الزوجة خلال المدة المحددة بأقلها وأقصاها.

- **الزواج الفاسد**: من خلال مراجعة المواد 40، 32، 33، 34 من ق.أ يتضح إذا فسد الزواج واشتمل على مانع أو شرط يتنافى ومقتضيات العقد، أو تم هذا الأخير بدون ولي أو صداق أو شاهدين، أو ثبت الزواج بإحدى المحرمات يفسخ العقد ويثبت النسب.
- **نكاح شبهة**: وهو النكاح الذي يقع خطأ بسبب غلط يقع فيه الشخص كأن يتزوج امرأة تم بعد الدخول تبين أنها أخته، هنا يفسخ عقد الزواج ويثبت النسب، وإضافة لما قبل ينشأ النسب أيضا بإقرار والبنية.
- **الإقرار**: أجار المشرع إثبات النسب بالإقرار سواء بالأبوة أو البنوة أو الأمومة، وهنا إقرار في غيرهما، ومثال ذلك كأن يقر شخص بأن أخو أو ابن عم شخص آخر، حيث أخضع المشرع الإقرار إلى وجوب توافر شرطين أساسين[12]:
  - أن يتعلق الإقرار بطفل مجهول النسب
  - وأن الإقرار يقبله العقل والعادة

ترفع دعوى الاعتراف بالنسب بالبنوة أو الأبوة أو الأمومة أمام المحكمة التي بها موطن المدعى عليه [13]عملا ينص المادة 490 من ق.إ.ج.م.إ، وينظر في المنازعات المذكورة في جلسة سرية وبحضور ممثل النيابة العامة

- **البينة**: يقصد بالبينة شهادة رجلين عدلين أو رجل و امرأتين[14] بتقديم الحجج والدليل على واقعة مادية والتي تتعلق أساسا بالنسب، سواء بالسمع أو البصر أو غيرهما.

وفي هذا أشارت المحكمة العليا في قرار صادر بتاريخ 1999/6/15 رفضت إجراء فحص الدم واعتماد كدليل للإثبات النسب وهذا معناه أنها تأخذ بالمعنى الخاص للبينة أي شهادة الشهود.

أما من الناحية العالمية، لم يحدد المشرع هذه الطرق علما أن الأبحاث العلمية أوجدت نوعين من الطرق العلمية يتصف الأول منها بأنه ظني الثبوت مثل: إثبات بالبصمة الوراثية ADN ونشير هنا أن الإثبات بالبصمة الوراثية يكون في حالة الزواج الشرعي وفي حالة ما إذا طلبته الزوجة ولم يقم به الزوج ورفض ذلك يعتبر نكو لامته و يثبت النسب

أقر المشرع الجزائري طريقا واحد النفي النسب وهو اللعان.

الفصل الثاني: مجال النيابة العامة الشرعية

لم يترك المشرع الجزائري جانبا من جوانب قضايا شؤون الأسرة إلا و أولاه عناية خاصة وفي هذا المنحى أولى المشرع الجزائري للطفل حماية خاصة من شانها توفير الحماية اللازمة له سواء في نفسه أو ماله.

ومن خلال هذا الفصل سنتحدث عن تعامل المشرع الجزائري مع فئة القصر من خلال أحكام

الولاية في مبحث أول على أن نتطرق لبيان أحكام الحجر على البالغين ناقصي الأهلية في مبحث ثاني.

المبحث الأول: المفهوم العام للولاية

الولاية هي تدبير الكبير الراشد شؤون القاصر الشخصية والمالية، والقاصر مومن لم يستعمل أهلية الأداء، سواء كان فاقد لها كغير المميز أن ناقصها بالمميز[15]، إذن الولاية لغة هي السلطة على الشيء، واصطلاحا هي القدرة على إنشاء التصرفات القانونية، وتثبت الولاية ذاتيا للشخص على ماله ونفسه وإما متعدية تثبت للشخص آخر مثل ولاية الأب والوصي المختار والوصي المعين.

تتنوع الولاية المتعدية حسب موضوعها إلى ولاية على النفس تتعلق بالحماية والتربية والتعليم والحضانة والكفالة. والولاية على المال تتعلق بالإدارة والرقابة على أموال القاصر والمحافظة عليها.

ومن خلال هذا المبحث سنحاول أن نتكلم إجراءات الولاية بنوعيها والمنازعات المثارة حولها في مطلب أول على أن نتطرق إلى الوصايا التقديم في مطلب ثاني.

المطلب الأول: إجراءات الولاية ومنازعاتها

لدراسة الولاية نصوره من صور النيابة القانونية على نفس ومال القاصر يقتضى منا بيان إجراءات قيامها على نفس ومال القاصر.

- **إجراءات الولاية على نفس القاصر:** نصت المادة 87 من ق.أ على أن الأب هو الولي على أولاده القصر وفي حالة وفاته أو غيابه تحل الأم محله، وفي حالة الطلاق يمنح القاضي الولاية لمن أسندت عليه الحضانة[16].

هذا وخول ق.غ.م.إ لقاضي شؤون الأسرة خلال نظره في العلاقات المتعلقة بممارسة الولاية أخذ جميع الإجراءات الضرورية لحماية الأطفال القصر كإسناد الحضانة لأحد الأبوين أو إسنادها لشخص آخر يكون أهلا لممارستها، حسب قانون الأسرة.

إضافة إلى إمكانية سماح أي شخص من العادلة حول الظروف الاجتماعية لعائلة الطفل القاصر، ويجوز للقاضي في هذا الصدد إجراء تحقيق اجتماعي ونفسي وعقلي حول سلوك الشخص الذي يمارس الولاية على هذا القاصر[17] لحقوقه وحماية له.

- **إجراءات الولاية على أموال القاصر:** تعد نيابة الولي الشرعي على القاصر نيابة قانونية وهي ولاية إلزامية فلا يمكن هذا الولي الحق في التنحي عنها حتى تنقضي بسبب من الأسباب التي أوردها القانون[18] وعليه حدد القانون حدود هذه الولاية حيث يكون الولي مقيدا وليس حرا في تصرفاته لذلك فإن المشرع نص في المادة 88 ق.أ على أن الولي يسهر على حماية أموال القاصر وأن يتصرف تصرف الرجل الحريص فيها، ويجب أن يكون مسئولا عنها وتبعا لذلك تخضع إدارة أموال القاصر إلى رقابة القاضي، ويجب على الولي أن يحصل على ترخيص مسبق من قبل القاضي في حالة قيامه بأحد التصرفات التالية:

1. بيع العقار وقسمته رهنه وإجراء المصالحة بشأنه
2. بيع المنقولات ذات الأهمية الخاصة
3. استثمار أموال القاصر بإقراض والاقتراض أو المساهمة في شركة
4. إيجار عقار القاصر لمدة تزيد عن 3 سنوات أو تمتد للأكثر من سنة من بلوغه سن الرشد

ولا يجوز له أن يتصرف في أموال القاصر بأي تصرف من شأنه إلحاق ضرر كالتبرع بمال القاصر[19].

هذا ونشير إلى أن ق.إ.ج.م.إ، قول لقاضي شؤون الأسرة منح الترخيص المسبق المشار إليه بموجب أمر على عريضة بموجب المادة 479 ق.إ.ج.م.إ مع مراعاة مصلحة القاصر، ثم ضرورة التصرف و في حالة بيع العقار يجب أن يكون البيع بالمزاد العلني.

وما تجب ملاحظته بخصوص هذه المسألة وبالرجوع لنص المادة 90 من قانون الأسرة نجد أن المشرع حرص على تحقيق أقصى حماية للأموال القاصر حتى في مواجهة وليه، فإذا تعارضت مصلحة الولي[20] مع مصلحة القاصر، يعين القاضي متصرفا[21] للضوابط التي يخضع لها الولي فيكون مسؤولا عما يلحق أموال القاصر من ضرر بسبب سوء رعايته أو بسبب تقصيره.

وهذا ويمكن للقاضي أن يتخذ جميع التدابير المؤقتة لحماية مصالح القاصر بموجب أمر غير قابل للأي طعن إعمالا لنص المادة 497 ق.إ.ج.م.إ.

- **إجراءات إنهاء الولاية:** تنتهي وظيفة الولي حسب ما نصت عليه المادة 91 من ق.أ، بعجزه، موته، أو الحجز عليه، أو بإسقاط الولاية عنه.

وقد تدخل المشرع في ق.إ.م.إ وحدد الإجراءات التي يمكن إنهاء الولاية بها حيث يكون ذلك بموجب دعوى استعجاليه أمام قاضي شؤون الأسرة بمحكمة مقر ممارسة الولاية من قبل أحد الوالدين أو ممثل النيابة العامة أو من قبل من يهمه الأمر م 453 وللقاضي قبل إنهاء الولاية سماع الأب– الأم مع إجراء تحقيق اجتماعي أو فحص طبي نفسي أو عقلي وجمع المعلومات حول أوضاع عائلة القاصر وسلوك أبويه ويبلغ الأمر الاستعجالي الصادر بإنهاء الولاية في أجل 30 يوما من النطق به إلى باقي الخصوم من طرف من يهمه الأمر تحت طائلة سقوطه وهو قابل للاستئناف من قبل الخصوم في أجل 15 يوم من تاريخ تبليغه ومن قبل النيابة العامة خلال نفس المدة من تاريخ النطق به.

وتجدر الإشارة إلى أن القاضي يجوز له إلغاء تدابير الإنهاء أو السحب المؤقت للحقوق المرتبطة بممارسة الولاية كليا أو جزئيا بطلب من والد القاصر المسقطة عنه الولاية بموجب دعوى استعجاليه.

- **منازعات الولاية على أموال القاصر:** ترفع المنازعات المتعلقة بالولاية على أموال القاصر و إدارتها أمام قاضي شؤون الأسرة بصفته قاضي موضوع وفي حالة الاستعجال يفصل في النزاع وفقا للإجراءات المستعجلة. أما المنازعات المتعلقة بحسابات الولاية ترفع من قبل القاصر بعد بلوغه أو ترشيده.

ونلخص في الأخير إلى أن المشرع وبهدف الحفاظ على سمعة القاصر وحمايته فإن جميع إجراءات التحقيق من سماع الشهود والأطراف وملاحظات الدفاع والفصل في الطلبات المتعلقة بالولاية تتم بجلسة سرية وتكون الأحكام الصادرة بشأنها قابلة لطرق طعن.

المطلب الثاني: الوصايا والتقديم

❖ **مفهوم الوصي والمقدم**

- **الوصي**: هو الشخص الذي يعينه الأب أو الجد للولد القاصر إذا لم تكن له أم تتولى أموره أو ثبت عدم أهليتها لذلك بالطرق القانونية ويشترط فيه أن يكون –عاقلا- مسلما- بالغا- قادرا- أمينا- حسن التصرف.
- **المقدم**: هو الشخص الذي تعينه المحكمة في حالة عدم وجود ولي أو وصي على من كان فاقد للأهلية أو ناقص لها، ويخضع لنفس أحكام الوصي.

❖ **إجراءات تعيين المقدم والوصي**

- **بالنسبة للمقدم**: يعين القاضي المقدم من بين أقارب القاصر وفي حالة تعذر ذلك يعين شخصا آخر يختاره بعد التأكد من رضاه وبغرض تبسيط الإجراءات وضمان سرعة لحماية فئة القصر فإن تعيين المقدم يكون بموجب أمر ولائي بناءا على طلب أحد أقاربه أو ممن له مصلحة أو من النيابة العامة.

ويبقى للقاضي دور فعال في مراقبة كيفية إدارة المقدم لشؤون القاصر لذلك فإن القانون أوجب على المقدم أن يقدم دوريا وطبقا لما يحدد القانون عرضا عن إدارة أموال القاصر وعن أي إشكال أو طارئ له علاقة بهذه الإدارة.

- **بالنسبة للوصي**: نص المشرع في ق.أ على وجوب عرض الوصاية بمجرد وفاة الأب على القاضي لتثبيتها أو رفضها وذلك بإخطار قاضي شؤون الأسرة سواء من قبل الوصي أو ممثل النيابة أو القاصر الذي بلغ سن التمييز أو كل شخص تهمه مصلحة القاصر وفي حالة رفض الوصي فإن القاضي يعين مقدم بموجب أمر ولائي وبإمكانه اتخاذ جميع الإجراءات التحفظية في انتظار تعيين المقدم كما يجوز للقاضي وضع القاصر تحت وصاية الوصي المختار إذا توافرت فيه الشروط المحددة بموجب المادة 93 من ق.أ (مسلم- عاقلا- بالغ- حسن التصرف). وعلى الوصي إذا انتهت مهامه تسليم الأموال التي في عهدته وتقديم حساب عنها بالمستندات إلى من يخلفه أو إلى القاصر الذي رشد أو إلى ورثته في مدة لا تجاوز شهرين من تاريخ انتهاء مهمته 97 ق.أ كما يقدم صورة من الحسابات المذكورة إلى قاضي شؤون الأسرة وفي حالة وفاة الوصي أو فقد يجب على ورثته تسليم أموال القاصر بواسطة القضاء إلى المعني بالأمر 97 ق.ا.

وتجدر الإشارة إلى أن جميع المنازعات الخاصة بتعيين الوصي يفصل بموجب أمر استعجالي قابل لجميع طرق الطعن.

المبحث الثاني: الحجر وإجراءات حماية البالغين ناقصي الأهلية

لم يعرف المشرع الجزائري الحجر بل اقتصر على ذكر أحكامه في المواد من 101 إلى 108 من الفصل الخامس من الكتاب الثاني من قانون الأسرة

والحجر في اللغة: المنع والتضييق .ويعرف الحجر قانونا بأنه "منع الشخص من التصرف في ماله وإدارته لآفة في عقله أو لضعف في [22]ملكاته النفسية الضابطة ."وهو في الشريعة "منع الإنسان عن التصرف في ماله" كما أن له عدة تعاريف إذ يعرفه الحنفية بأنه المنع من لزوم العقود والتصرفات القولية وبتعبير أدق هو عبارة عن "منع مخصوص متعلق بشخص مخصوص، عن تصرف مخصوص أو عن نفاده، أي لزومه لأن عقد المحجور ينعقد موقوفا ." وعرفه المالكية بأنه "صفة حكمية – أي يحكم بها الشرع- توجب منع موصوفها من نفوذ تصرفه فيما زاد على قوته، أو بتركه بما زاد عن ث ثل ماله ." كما عرفه الشافعية والحنابلة: بأنه "المنع من التصرفات المالية سواء أكان المنع من الشرع كمنع الصغير والمجنون

والسفيه، أم من حكم الحاكم كمنع المشتري من التصرف في ماله حتى يؤدي الثمن الحال[23] الذي عليه."

و سنتطرق في هذا المبحث لاحكام الحجر في مطلب اول على ان نتطرق في المطلب الثاني لإجراءات حماية البالغين ناقصي الاهلية.[24]

المطلب الأول: أحكام الحجر في قانون الأسرة

كل شخص بلغ سن الرشد وهو مجنون أو معتوه أو سفيه أو طرأ عليه إحدى الحالات المذكورة بعد رشده يحجر عليه حسب ما يتبين من أحكام المادة 101 ق.أ.

ونشير إلى أن قانون الأسرة لم يتعرض لذي الغفلة رغم أن ذلك يعد أيضا من عوارض الأهلية حسب أحكام القانون المدني وبالنظر إلى أحكام المادتين 42-43 من ق.م فإن الشخص الراشد إذا اعترته حالة الجنون أو عته يعتبر عديم الأهلية ومن ثمة فإن تصرفاته تعد باطلة، ومن بلغ سن الرشد وكان سفيها أو ذا غفلة يكون ناقص الأهلية ومن ثمة فإن تصرفاته تعد قابلة للإبطال رغم أن نص المادة 107 اعتبر أن تصرفات المحجور عليه تعتبر باطلة

❖ **أسباب الحجر**

يطلق على أسباب الحجر القضائي في فقه القانون المدني اسم عوارض الأهلية، فالإنسان لصحة تصرفاته ونفاذها يجب أن يكون له أهلية أداء كاملة لأنها أساس التعامل والتعاقد إلا أن هذه الأهلية قد تعترضها بعض العوارض مؤثرة فيها ويمكن تعريف عوارض الأهلية بأنها: هي ما يطرأ على أهلية الإنسان فتعدمها أو تنقص منها أو تغير بعض أحكامها

الجنون و العته : تنص المادة 81 من قانون الأسرة على أنه "من كان فاقد الأهلية أو ناقصها لصغر السن، أو جنون أو عته أو سفه ينوب عنه قانونا ولي أو وصي أو مقدم طبقا لأحكام القانون ". وتنص المادة 101 من نفس القانون "من بلغ سن الرشد وهو مجنون، أو معتوه أو سفيه أو طرأت عليه إحدى الحالات المذكورة بعد رشده يحجر عليه ." يتبين من خلال المواد المذكورة أعلاه أن المشرع الجزائري جعل الجنون والعته سببين من أسباب الحجر على الشخص الذي أصيب بأحدهما وهو ما قرره أيضا المشرع المصري والمشرع السوري . إلا أن المشرع الجزائري لم يعرف الجنون والعته وهذا ما يدفعنا إلى اللجوء إلى التعريفات التي توصل إليها الفقهاء، وقد عرفها الأستاذ محمد أبو زهرة الجنون بأنه "مرض يمنع العقل من إدراك الأمور على وجهها الصحيح ويصبحه اضطراب وهياج غالبا، وعرف العته بأنه مرض يمنع العقل من إدراك الأمور[25] إدراكا صحيحا ويتميز عن الجنون بأنه يصحبه هدوء وقد عرف العته بأنه اختلال في العقل لا يصل إلى حد الجنون ولكنه يجعل الشخص قليل الفهم، مختلط[26] الكلام، فاسد التدبير ."ويشترك الجنون والعته في أثرهما بالنسبة للعقل فكلاهما

آفة تصيب العقل وتنقص من كماله كما أن المجنون والمعتوه كلاهما عديم الأهلية فالمجنون أما أن يكون جنونه كليا وشاملا أي مستمر أو يكون منقطعا أي أنه يمكن أن يفيق في أوقات معلومة فيأخذ حكم الراشد العاقل ويسمى في الحالة الأولى عند الفقهاء بالجنون المطبق، أما في الحالة الثانية فهو جنون قاصر أو متقطع ويرى بعض الفقهاء أن الحكم في ما إذا كان لجنونه و إفاقته وقت معلوم، أما إذا كان غير منتظم الإفاقة والجنون فيكون حكمه في حالة إفاقته كالصبي المميز لا تنفذ تصرفاته إلا إذا أجازها وليه وهو القيم عليه أما المجنون المغلوب أو المطبق فهو كالصبي غير المميز لا يخاطب بالتكاليف الشرعية ولا تصح منه العبارات، ولا تنفذ تصرفاته ولو أجازها وليه .والمجنون والمعتوه يحجر عليهما متى ثبت الجنون أو العته ويستمر مع استمرار الحالة ويزول بزوالها غير أن المشرع الجزائري لم يأخذ بعين الاعتبار تقسيم الجنون إلى

مطبق ومتقطع كما فعل فقهاء الشريعة الإسلامية والقانون اللبناني بل اقتصر على ذكر حالة الجنون كسبب من أسباب الحجر وترك تقدير مدى توفر الحالة إلى القاضي نظرا لكون المسألة موضوعية، ويمكن للقاضي الاستعانة بالخبرة ورأي الأطباء

السفه و العته

تنص المادة 101 من قانون الأسرة أن السفه سبب من أسباب الحجر لكنها لم تنص صراحة على حالة الغفلة وسنتناول ذلك ببعض التفاصيل . لم يعرف قانون الأسرة ولا القانون المدني مفهوم السفه أو الغفلة بل اكتفى قانون الأسرة بالإشارة إلى حالة السفه فقط دون الغفلة رغم أن السفيه وذا الغفلة مقترنان في فقه الشريعة الإسلامية وفي التقنيات المدنية العربية ، وقد تناول المشرع الجزائري حالة الغفلة في نص المادة 43 من التقنين المدني

المطلب الثاني: إجراءات حماية البالغين ناقصي الأهلية

وضع ق.إ.م.إ القواعد الإجرائية لإعمال القواعد الموضوعية المتعلقة بالحجر ونظم القواعد المتعلقة بالحجر أو افتتاح أو تعديل التقديم أو رفعه في المواد (481-489) وخول الاختصاص لقاضي شؤون الأسرة الذي يتم لإخطاره بموجب عريضة تتضمن فصلا عن البيانات العادية عرضا عن الوقائع التي تبرر التقديم وتكون مرفقة بالملف الطبي للمعني وإذا عاين القاضي أن الشخص المبين في العريضة ليس له محام عين له محاميا تلقائيا للدفاع عن حقوقه وقبل أن يفصل القاضي في الدعوى يتعين عليه سماع الشخص المعني بإجراء التقديم بحضور محاميه والأشخاص المعنيين وللقاضي أن يتلقى التصريحات بحضور الطبيب المعالج وممثل النيابة العامة إذا رأى ضرورة لذلك وله الاستغناء عن هذا السماع إذا كان من شأنه الإضرار بالمعنى كما يمكن للقاضي سماع أفراد العائلة ويحرر أمين الضبط تحت رقابة القاضي محضر بتصريحات و آراء الحاضرين عند الاقتضاء.

يمكن للقاضي تعيين خبير بموجب أمر ولائي للتأكد من الحالة الصحية للمعني ويفصل في هذا الطلب بموجب أمر له طبيعة استعجاليه يستأنف في 15 يوم بعد أن يتم تبليغه بتسخيره من النيابة العامة عن طريق المحضر القضائي بدون رسوم ومصاريف إلى الشخص المعني وإلى من قدم ويؤشر على هامش عقد ميلاد المعني في سجلات الحالة المدنية بمنطوق الأمر القاضي بافتتاح أو تعديل أو رفع التقديم بأمر من النيابة العامة.

❖ **الأحكام القانونية للفقدان**

- **الحكم بالفقدان وآثاره** المفقود هو الشخص الذي لا يعرف مكانه و لا يعرف حياته أو موته ولا يعتبر مفقودا إلا بموجب حكم قضائي (109 ق.أ) وأضاف المشرع إلى أن الغائب الذي منعته ظروف قاهرة من الرجوع إلى محل إقامته وإدارة شؤونه بنفسه أو بواسطة مدة سنة وتسبب غيابه في ضرر للغير يعتبر كالمفقود فنستنج من ذلك أن الغياب أشمل من الفقدان.

  ويعد الحكم القضائي هو الوسيلة القانونية الوحيدة لإلحاق صفة المفقود على الشخص الغائب و لاستصدار هذا الحكم أجاز المشرع للورثة وللنيابة العامة وكل ذي مصلحة أن يرفع دعوى قضائية يطلب من خلالها الحكم بفقدان الشخص 114 ق.أ. والفقدان يعتبر واقعة مادية تثبت بجميع طرق الإثبات. وقد جرى العمل على سماع الشهود قبل الحكم بالفقدان وعلى القاضي قبل إصدار حكمه أن يحصر أموال المفقود وهذا يعتبر مسألة فنية تستلزم بالضرورة إصدار حكم قبل الفصل في الموضوع بتعيين خبير قضائي تسند له مهمة حصر الأموال من منقولات وعقارات ومن ناحية

أخرى على القاضي عند الحكم بالفقدان أن يعين مقدم ليسير أموال المفقود

- **اثار الحكم بالفقدان:**

1. **أثار الحكم بالفقدان على أموال المفقود:** للمقدم التصرف في أملاك المفقود كتصرف الولي في أموال القاصر دون أن تكون محلا للتقسيم أو التمليك عن طريق الميراث لاعتباره حيا كما يثبت له الميراث من غيره ويوقف إلى غاية رجوعه حيا أو حكم بموته وعند انتهاء مهامه سواء بالعزل أو بالموت أو برجوع المفقود فيقوم بتسليم الأموال التي في عهدته ويقدم عنها حسابات بالمستندات إلى من يخلفه أو إلى المفقود إذا رجع أو إلى ورثته وذلك في مدة لا تتجاوز شهرين من تاريخ انتهاء مهامه.[27]
2. **أثار الحكم بالفقدان على زوجة المفقود:** تستمر العلاقة الزوجية بعد الحكم بالفقدان وتبقى قائمة فيثبت للزوجة حقين هما: الحق في النفقة والحق في طلب التطليق.

- **الحكم بموت المفقود و آثاره**

إذا لم يظهر المفقود بعد مدة معينة حكم بموته بناءا على طلب الورثة أو من النيابة العامة أو من له مصلحة فإذا رفعت دعوى موت المفقود يجب أن نميز بين حالتين:

أولا: الحالة التي يغلب فيها الهلاك: كأن تكون حالة حرب أو حالة استثنائية زلزال أو فيضان فإنه يمكن للقاضي الحكم بموت المفقود إذا ثبت مضي 04 سنوات من فقدانه بعد التحري وقد اختلفت الجهات القضائية في كيفية حساب هذه المدة حيث اعتبر البعض أن بداية حساب المدة يكون من تاريخ صدور الحكم بالفقدان ويرى البعض الآخر أن مدة أربع سنوات تحسب من يوم إجراء البحث والتحري الذي اثبت فقدان الشخص، واستمر هذا الوضع من تذبذب الاجتهاد القضائي إلى غاية صدور قرار المحكمة العليا بتاريخ 2002/04/10 ملف 290808 الذي أكد على أن حساب مدة أربع سنوات يبدأ من تاريخ ثبوت الفقدان وليس من تاريخ صدور حكم الفقدان.

ثانيا: الحالة التي يغلب فيها السلامة: ترك المشرع السلطة التقديرية للقاضي في تقدير المدة اللازمة في الحالات التي تغلب فيها السلامة حسب وقائع كل قضية بشرط مضي مدة تزيد على 04 سنوات من يوم البحث والتحري.

1. **آثار الحكم بالموت المفقود:** عند صدور الحكم بموت المفقود وصيرورته نهائيا تترتب عليه كافة الآثار القانونية الناجمة عن أية وفاة فيكون للورثة الحصول على أمواله واقتسامها بينهم على أنها ميراث وتعتد زوجته عدة المتوفى عنها زوجها أما بالنسبة للأموال التي كانت من

الممكن أن يرثها من غيره أو يستحقها بموجب وصية أو هبة فإن المفقود يعتبر ميتا من تاريخ فقده.

2. **آثر ظهور المفقود المحكوم بموته:** في حالة رجوع المفقود المحكوم بموته أو ظهوره حيا يسترجع ما بقي عينا من أمواله أو قيمة ما بيع منها و أما ما استهلكه الورثة فلا يسترده ولا يمكنه مطالبتهم بتعويضه.

أما إذا ظهر الزوج المفقود المحكوم بموته سواء قبل أن تتزوج زوجته غيره أو بعد ذلك، فلم يتطرق إليها التشريع و بالرجوع إلى المادة 222 من ق.أ فقد ورد في أحكام الشريعة الإسلامية أن زوجة المحكوم بموته إذا كانت لم تتزوج فإنها تعود إليه بدون عقد جديد لبطلان الحكم بالموت وإما إذا تزوجت غيره وهي في عدة الأول فإن زواجها الثاني يفسخ وتعود للأول، أما إذا تزوجها الثاني وهو يعلم بحياة زوجها الأول فيكون زواجه باطلا.

الخاتمة

في إطار تعديل قانون الأسرة أنشأ المشرع المادة 03 مكرر والتي جاء فيها أن النيابة العامة تعد طرف أصليا في جميع القضايا الرامية إلى تطبيق أحكام هذا القانون وقد جاء في عرض الأسباب المرفقة بنص الأمر الرئاسي جميع القضايا الرامية إلى تطبيق أحكام هذا القانون وقد جاء في عرض الأسباب المرفقة بنص الأمر الرئاسي المتضمن تعديل ق.أ أن هذه المادة ذات الطابع الإجرائي، اقترحت تطبيقا لتوصيات اللجنة الوطنية لإصلاح العدالة وهو ما يجعل قضايا الأسرة مرتبطة بالنظام العام وهو ما يتعلق معه ضمان حماية فعالة للأسرة وبهذا فإن المشرع قد نقل النيابة من مركز الطرف الاحتياطي في بعض القضايا إلى مركز الطرف الأصلي في جميع القضايا الرامية إلى تطبيق قانون الأسرة، ومن ثمة وطبقا للتعديل الجديد أصبح قضاء شؤون الأسرة يتكون من تشكيلة جديدة برئاسة قاضي الحكم وبحضور ممثل الحق العام في الجلسات باعتباره طرفا أصليا وحضور أمين الضبط وهذا يعد مكسب للقضاء الجزائري ولا يمكن اعتباره بأي حال من الأحوال مساس بالحق في الخصوصية لأن تدخل النيابة فيه تكريس للحماية القضائية للأسرة طالما كانت قضايا الأحوال الشخصية على درجة كبيرة من الخطورة. ورغم أن تفعيل دور النيابة يعتبر مكسب كبير، إلا أن المادة 03 مكرر تبقى هيكل بدون روح والسبب يكمن في أن القول بأن النيابة طرف أصلي في نص ق.أ لا يكفي، مما يقتضي تعديل قانون الإجراءات الجزائية بالنص على توسيع صلاحيات النيابة وتحديد مجال تدخلها في مواد شؤون الأسرة كآلية فعالة لتطبيق صحيح وسليم للمادة 03 مكرر. ولا معنى لأن تكون طرفا أصليا بدون صلاحيات جديدة محددة في ق.إ.ج باعتبار أننا كقضاة حكم لم يتبين لنا الفرق في المجال العملي بين أن تكون النيابة طرفا أصليا ولا بين أن تكون طرفا منضما باعتبار أن دورها لا يزيد على التأشير على الملفات بختمها وتذييلها بعبارة (اطلع عليه) وفي أحسن الأحوال (مع التماس تطبيق القانون) ومن ثمة فإن تدخلها لا يزال شكليا ولم يحقق المغزى الذي قصده المشرع من جعلها طرفا أصليا.

قائمة المراجع :

1. احمد شوقي محمد عبد الرحمن: النظرية العامة للحق، 2005.
2. أحمد فراج حسين: المدخل للفقه الإسلامي، تاريخ الفقه الإسلامي والمكية و نظرية العقد، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان.
3. الغوثي بن ملحة ، قانون الاسرة على ضوء الفقه و القضاء ،الطبعة الثالثة،ديوان المطبوعات الجامعية، 2015
4. المحكمة العليا، غ.أ.ش، 2005/01/19، ملف رقم 333042، م.م.ع، العدد 1، 2005.
5. المحكمة العليا، غ.أ.ش، 1991./12/25، ملف رقم 58224، م.ق، عدد4، 1991.
6. بلحاج الغربي: الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، أحكام الزواج، الجزء الأول، الطبعة السادسة، ديوان المطبوعات الجامعية، 2010.
7. بلقاسم شلوان: النيابة الشرعية في ضوء المذاهب الفقهية والقوانين العربية، الطبعة الأولى، مطبعة منار، الجزائر، 2011.
8. بن شويخ رشيد: الطرق الشرعية والقانونية لثبوت النسب أو نفيه، مجلة العلوم القانونية والإدارية، جامعة تلمسان، العدد3، 2005.
9. حليمة آبت حمودي: الشريعة الإسلامية كمصدر من مصادر القانون الوضعي الجزائري، م.ج، العدد3، 2001.
10. جميل فخري محمد جانم: مقدمات عقد الزواج الخطبة في الفقه والقانون، الطبعة الأولى، دار الحامد للنشر والتوزيع، 2008.
11. زبير مصطفى حسين: الطبيعة القانونية لعقد الزواج دراسة مقارنة في تكوين العقدين قانون الأحوال الشخصية والقانون المدني، دار الكتب القانونية، مصر، 2012.
12. سائح سنقوقة: شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، الجزء الأول ،دار الهدى ، الجزائر ،2011.
13. عبد العزيز سعد: الزوج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، دار المعرفة، د.ت.
14. عبد العزيز مقفولي: الرشداء عيديمي الأهلية، مذكرة لنبيل شهادة ماجيستير في الحقوق، كلية الحقوق بن عكنون، الجزائر، 2008.
15. عبد القادر داودي: أحكام الأسرة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، دار للنشر والتوزيع، الجزائر.
16. كمال صالح البنا: أحكام الولاية على المال، عالم الكتاب، مصر، 1980.
17. لحسن بن الشيخ اث ملويا ، المرشد في قانون الأسرة ، دار الهومة للطباعة و النشر ،الجزائر، الطبعة الثالثة، 2015_2016.
18. ماجدة مصطفى شبانة: النيابة القانونية، دار الفكر الجامعي، مصر، 2004.
19. محمد أبو زهرة: محاضرات في عقد الزواج وآثاره، الطبعة الثانية، دار الفكر العربي، طبعة 1971.
20. محمد كمال حمدي: الولاية على المال، منشأة المعارف، مصر، 1987.
21. محمد محدة: الخطبة و الزواج، دار الشهاب، الطبعة الثانية، 2000.
22. وهيبة الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته، الأحوال الشخصية، الجزء السابع، دار الفكر.

الهوامش:

(1)- حليمة آبت حمودي: الشريعة الإسلامية كمصدر من مصادر القانون الوضعي الجزائري، م.ج، 2001، العدد3، ص123.

(2)- محمد أبو زهرة: محاضرات في عقد الزواج وآثاره، الطبعة الثانية، دار الفكر العربي، طبعة 1971، ص44.

(3)- أضاف المشرع كلمة رضائي على التعريف القديم لزواج حيث كان يعرفه بأنه (عقد يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي)، المادة 04 من قانون الأسرة الجزائري 1984.

(4)- جميل فخري محمد جانم: مقدمات عقد الزواج الخطبة في الفقه والقانون، الطبعة الأولى، دار الحامد للنشر والتوزيع، 2008، ص19.

(5)- زبير مصطفى حسين: الطبيعة القانونية لعقد الزواج دراسة مقارنة في تكوين العقدين قانون الأحوال الشخصية والقانون المدني، دار الكتب القانونية، مصر، 2012، ص 27.

(6)- عبد القادر داودي: أحكام الأسرة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، دار للنشر والتوزيع، الجزائر، ص48.

(7)- عبد القادر داودي: المرجع السابق، ص170.

(8)- عبد العزيز سعد: الزوج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، دار المعرفة، د.ت، ص223.

(9)- المحكمة العليا، غ.أ.ش، 2005/01/19، ملف رقم 333042، م.م.ع، 2005، العدد 1، ص321.

(10)- بن شويخ رشيد: الطرق الشرعية والقانونية لثبوت النسب أو نفيه، مجلة العلوم القانونية والإدارية، جامعة تلمسان، 2005، العدد3، ص33 وما يليها.

(11)- محمد محدة: الخطبة و الزواج، الطبعة الثانية، 2000، دار الشهاب، ص416.

(12)- بلحاج الغربي: الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، أحكام الزواج، الجزء الأول، الطبعة السادسة، 2010، ديوان المطبوعات الجامعية، ص 387.

(13)- سائح سنقوقة: شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، الجزء الأول ،دار الهدى ، الجزائر، 2011،ص663.

(14)- المحكمة العليا،غ.أ.ش، 1991./12/25، ملف رقم 58224،م.ق، 1991، عدد4، ص110.

(15)- وهيبة الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته، الأحوال الشخصية، الجزء السابع، دار الفكر، ص 732.

(16)- بلقاسم شلوان: النيابة الشرعية في ضوء المذاهب الفقهية والقوانين العربية، الطبعة الأولى، مطبعة منار، الجزائر، 2011، ص260.

(17)- أحمد فراج حسين: المدخل للفقه الإسلامي، تاريخ الفقه الإسلامي والمكية و نظرية العقد، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2002، ص 511.

(18)- محمد كمال حمدي: الولاية على المال، منشأة المعارف، مصر، 1987، ص 36-37.

(19)- ماجدة مصطفى شبانة: النيابة القانونية، دار الفكر الجامعي، مصر، 2004، ص61.

(20)- كمال صالح البنا: أحكام الولاية على المال، عالم الكتاب، مصر، 1980، ص31.

(21)- عبد العزيز مقفولي: الرشداء عيديمي الأهلية، مذكرة لنبيل شهادة ماجيستير في الحقوق، كلية

الحقوق بن عكنون، الجزائر، 2008، ص68.

(22)- محمد كمال حمدي- المرجع السايق ، ص167.

(23) - وهبة الزحيلي-الفقه الإسلامي وأدلته- الجزء الخامس- دار الفكر- ص 412-413.

(24)- وهبة الزحيلي- نفس المرجع – ص412-413.

(25) - محمد أبو زهرة – المرجع السابق – ص441.

(26) - احمد شوقي محمد عبد الرحمن- النظرية العامة للحق 2005

(27)- لحسن بن الشيخ اث ملويا ، المرشد في قانون الاسرة ، الطبعة الثالثة-2015_2016،دار الهومة للطباعة و النشر ،الجزائر ، ض328.