

وزارة التعليم العالي و البحث العلمي

جامعة 20 أوت 1955 - سكيكدة-

كلية الحقوق و العلوم السياسية

قسم الحقوق



دور قاضي شؤون الأسرة في تكييف الوقائع.

مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر تخصص قانون أحوال شخصية

الأستاذ المشرف/

- د/ كيفاجي الضيف

من تقديم الطالبة/

- بورحلة سميرة

لجنة المناقشة

1- أ / مسيخ محمد لمين..... رئيسا

2- د/ كيفاجي الضيف..... مشرفا ومقررا

3- أ / بوصنوبرة عبد العالي.....مناقشا

دورة جوان 2018

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

إهداء

أهدي ثمرة جهدي المتواصل من خلال هذه المذكرة إلى من أفنت شبابها في سهر الليالي لأجلي ولأجل إخوتي، لأثمن جوهرة في الكون أمي الغالية حفظها الله وأطال في عمرها، إلى من تعب في تربيته وزرع في نفسي معنى الصبر والاجتهاد وإلى من جعل مصيره مرتبطاً بمصيرنا وعمل على إسعادنا أبي أطال الله في عمره ورعاه إلى من شركوني أفراحي وأوقاتي الصعبة وأحبوني دون رجاء مقابل أخواني العزيزان سيد علي ويحيى.

وإلى صديقتي الحبيبتان على قلبي هبة الله وسمية.

ودون أن أنسى من وقف إلى جانبي وساندني حتى أتممت العمل أخي العزيز سفيان حفظه الله.

شكر وتقدير

الحمد والشكر لله كما ينبغي لجلال وجهه ولعظيم سلطانه على ما وفقنا لإتمام هذا العمل المتواضع الذي أسأله أن يجعله خالصا لوجهه الكريم وهو حسبنا ونعم الوكيل ومن باب قوله صلى الله عليه وسلم : "من لا يشكر الناس لا يشكر" رواه الترمذي وصححه الألباني.

فإن من الواجب أن أتقدم بأسمى معان الشكر والتقدير إلى من أشرف على هذا العمل من نشأته حتى إتمامه أستاذاً ومعلمي الأستاذ الدكتور كيفاجي الضيف الذي لم يدخر جهداً لمساعدتي وتقديم التوجيه العلمي، فكان نعم الأستاذ فجزاه عنا خير الجزاء وجعله ذخراً لجامعتنا.

قائمة المختصرات

ق إ م إ	قانون الإجراءات المدنية والإدارية
ق أ	قانون الأسرة

المقدمة

بصدور قانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فبراير 2008 والمتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، أصبح للقاضي بصفة عامة ولقاضي شؤون الأسرة بصفة خاصة سلطات يتمتع بها لا سيما في مجال التكييف القانوني للوقائع وذلك بموجب نصوص قانونية صريحة، فأصبح للقاضي دورا بارزا في سير الخصومة القضائية من حيث الوقائع والقانون فحولت للقاضي صلاحيات و أسندت إليه الكثير من الاختصاصات التي يتوصل بها إلى إرساء قاعدة قانونية سليمة على وقائع النزاع المطروح عليه بتكييفها قانونيا صحيحا، وهذا التكييف يسير بدعامتين أولهما الواقعة القانونية و ثانيهما القانون، فيقوم كل من الخصوم والقاضي بممارسة أدوارهم كل حسب نطاقه كما و لا بد أن يكون للمحكمة العليا دورا رقبيا على مدى صحة هذا التكييف.

الإشكالية:

كما هو معروف أن كل طلب قضائي يتألف من عنصرين أساسيين وهما عنصر الواقع وعنصر القانون ومن هنا فإنه يتبادر إلى الذهن تساؤل مهم مفاده: ما هو دور قاضي شؤون الأسرة من هذين العنصرين الأساسيين أي عنصر الواقع وعنصر القانون، وهل دوره إيجابي أم سلبي؟ وهل تعتبر مسألة التكييف مسألة قانونية؟

أهمية الموضوع:

تتجلى أهمية الموضوع في

دور التكييف في حسم الدعاوي في قانون إجراءات المدنية والإدارية بغرض التوصل إلى إصدار حكم قضائي والذي يمثل غاية الدعوى وثمرتها.

الصعوبات التي واجهتها:

- الفترة الممنوحة من قبل الادارة غير كافية فهي لا تسمح لنا بدراسة الموضوع جيدا والإلمام به من أجل إنجاز مذكرة تغطي بشكل مناسب الموضوع.

- قلة المراجع وندرة البحوث المتخصصة في الموضوع فمن الناحية النظرية لا يوجد في الفقه نظرية كاملة لبيان تكييف الواقعة القانونية أو بالأحرى تحديد هذا التكييف وضوابطه.

أسباب اختيار الموضوع:

وقع اختياري لهذا الموضوع نظرا لأهميته البالغة ورغم هذه الأهمية فهو موضوع غير مستهلك من قبل رغم أنه يثير العديد من المشاكل من الناحيتين النظرية والتطبيقية.

-الأهداف المتوخاة من البحث:

إبراز دور القاضي شؤون الأسرة في تكييف الوقائع والقانون

احتواء هذا الموضوع على قضايا حيوية هامة مما يفتح رغبة للقانونيين في عمل المزيد من الدراسات بشأنه.

- المنهج المتبع:

للإجابة على ما تم طرحه من تساؤلات وللخروج بنتائج وتحقيق الأهداف المرجوة من البحث قد اتبعت المنهج التحليلي حيث قمت بتحليل مواد قانون إجراءات المدنية والإدارية و استخراج منها كل ما هو متعلق بالموضوع و توظيفه و إسقاطه عليه.

خطة البحث

من أجل الوصول إلى النتائج المتوخاة وتحقيق الأهداف المسطرة في البحث اتبعت الخطة التالية ، حيث قمت بتقسيم البحث إلى فصلين في كل فصل مبحثين :

المقدمة

الفصل الأول: الواقعة والقانون

المبحث الأول: الواقعة القانونية

المبحث الثاني: القانون

الفصل الثاني: دور القاضي في التكييف

المبحث الأول: دور القاضي في مجال الوقائع

المبحث الثاني: دور القاضي في مجال القانون

الخاتمة

الفصل الأول : الواقعة والقانون

مصادر الحق هي الواقعة القانونية والتصرف القانوني، فالواقعة القانونية مصدر مباشر لهذا الحق، فهي الحدث أو الأمر الذي يترتب عليه القانون ميلاد الحق ونشأته، غير أن هذه الوقائع قد تصبح محل نزاع مطروحا أمام القاضي للفصل فيها، فيكيف هذا الأخير الوقائع بما يقتضيه القانون، لذلك سوف نتطرق في المبحث الأول لماهية الواقعة، والمبحث الثاني لماهية القانون.

المبحث الأول: الواقعة القانونية

سنتناول في هذا المطلب تعريف الواقعة من الناحية اللغوية والاصطلاحية، كما سننتقل إلى تمييزها عن المصدر الثاني للحق وهو التصرف القانوني.

المطلب الأول : مفهوم الواقعة القانونية

سنتناول في هذا المطلب تعريف الواقعة القانونية وتميزها عن التصرف القانوني.

الفرع الأول: تعريف الواقعة القانونية

أولا : تعريف الواقعة لغة

وقع على الشيء، ومنه يقع، وقعا وقوعا : سقط. ووقع الشيء من يدي كذلك، وواقعة غيره وقعت من كذا عن كذا وقعا، ووقع المطر بأرض، ولا يقال سقط المطر. وقع الشيء موقعه، تقول العرب وقع السريع بأرض يقع وقوعا، لأول مطر يقع في الخريف¹

والواقعة الداهية، والواقعة النازلة، من صروف الظاهر، والواقعة اسم من أسماء يوم القيامة، والواقعة والوقية، وقد وقع الحرب والقتال قيد المعركة جمع وقائع، وقد وقع بهم وواقع بهم، فالحرب والواقعة صدمة الحرب.

وقائع العرب أيام حروبهم، والوقائع المواقعة في الحرب².

¹ - ابن منظور، لسان العرب، دار توفيقية للمطبوعات، الجزء الخامس عشر، ص 416

² - المرجع السابق، ص 417

ثانياً: تعريف الواقعة اصطلاحاً

الواقعة القانونية : هي كل عمل أو حدث يترتب عليه القانون أثراً معيناً، وهذا الأثر إما أن يكون نشوء حق، أو نقله من شخص إلى آخر، أو زواله.

وهذه الواقعة قد تكون طبيعية، إذ أنها تحدث دون تدخل الإنسان فيها، كواقعة الميلاد الذي يترتب القانون عليها نشوء حق الطفل في النسب إلى أبيه وفي النفقة عليه. وكذلك واقعة الوفاة، حيث يترتب القانون عليها ثبوت الحق في الإرث، أي انتقال الأموال بالميراث¹. وهناك الواقعة التي تحدث بفعل الإنسان وتدخلاته، فيترتب عليها القانون أثراً معيناً، بغض النظر عن وجود الإرادة التي تدفع لهذا الفعل وإنشاء هذه الواقعة، فإرادة صاحب الفعل ليس لها محل هنا، ومثال ذلك الفعل الضار أو العمل غير المشروع، فهو عمل مادي يقوم به الإنسان فيوجب عليه القانون أثراً وهو الحق في التعويض عن الضرر².

الفرع الثاني : تمييز الواقعة القانونية عن التصرف القانوني

لا يمكن التطرق إلى الواقعة القانونية دون الحديث عن التصرف القانوني فهما مصدرا الحق ويجب التمييز والتفريق بينهما.

أولاً : تمييز الواقعة القانونية عن التصرف القانوني

التصرف القانوني هو عمل إرادي محض تتجه فيها لإرادة إلى إحداث أثر قانوني معين سواء كان هذا الأثر هو إنشاء حق كالهبة أو نقله كحوالة الحق أو إنهاؤه كالإبراء. وهكذا يختلف التصرف القانوني عن الوقائع التي تكون من فعل الإنسان فالإرادة في التصرف القانوني هي مناطه وجوهر قيامه فترتب أثرها القانونية وينشأ الحق فيه نتيجة لهذه الإرادة، بحيث تكون هذه الإرادة هي المرجع في تحديد مضمون هذا الحق ومداه³.

¹ - محمد حسين منصور ، نظرية الحق، ماهية الحق، وحمايته، وإثباته الشخصية القانونية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ص 270.

² - المرجع السابق، ص 670

³ - عبد القادر الفار، المدخل لدراسة العلوم القانونية، مبادئ القانون - النظرية العامة للحق، دار الثقافة للنش والتوزيع عمان، ص 149

ومثال ذلك في عقد البيع، تتجه إرادة البائع نحو التزامه بنقل ملكية الشيء المبيع إلى المشتري، وكسب الحق في الثمن، وتتجه إرادة المشتري نحو البائع في الوفاء بالتزامه بتسديد الثمن ، حيث تتوافق إرادة الطرفين البائع والمشتري حول إنشاء هذا الالتزام.

وأیضا نشیر إلى أن التصرف القانوني نوعان فهناك تصرف يصدر من جانبين ويسمى العقد، وآخر يصدر من جانب واحد، فالتصرف الانفرادي هو عمل قانوني من جانب واحد يلتزم الشخص بإرادته وحدها دون أن تتحد مع إرادة أخرى، مثال ذلك الوصية، فإنها تعبر عن إرادة الموصي المنفردة ولا يتطلب لقيامها قبول الموصى له¹.

وبناء على كل ما سبق نجد أن الفرق بين الواقعة القانونية والتصرف القانوني يكمن في عنصر الإرادة، التي تكون شرطا لقيام التصرف القانوني، أما الواقعة القانونية فيمكن لها أن تقوم دون إرادة، كما في واقعة الوفاة.

ثانيا: أهمية التفرقة بين التصرف القانوني والواقعة القانونية

تؤدي هذه التفرقة إلى حصر مصادر الحقوق وتصنيفها إلى مجموعتين أو طائفتين رئيسيتين، وإخضاع كل واحدة منها لقواعد ومبادئ وأصول كلية واحدة، وينتج جراء هذا التقسيم الرئيسي اختلاف القواعد القانونية المتصلة بكل طائفة، فالتصرف القانوني أساسه الإرادة فينفرد ببعض القواعد دون الواقعة القانونية، فالقواعد القانونية المنظمة للتصرف القانوني تجمع كلها على الإرادة كجوهر لهذا التصرف فتتظم هذه القواعد وجود الإرادة وطرق التعبير عنها وشروط صحتها وسلامتها من كل العيوب، وأيضا تتظم من حيث اشتراط مشروعية السبب ومحل الالتزام، وأيضا فيما أن القانون قد يشترط شكلية معينة لإنتاج آثاره مثلما هو الحال في الهبة فأوجب فيها التوثيق لدى الموثق والتسجيل لدى مصلحة التسجيل بمفتشية الضرائب والإشهار لدى المحافظة العقارية².

وتظهر أهمية التفرقة بين الواقعة القانونية والتصرف القانوني في مجال الإثبات، فهذا الأخير مقيد وطرق الإثبات فيه محددة قانونا، فيشترط فيه الكتابة، فمن الممكن إعداد دليل كتابي قبل إنشاء التصرف القانوني وقبل أن تثور أي منازعة بشأنه، لأنه يقوم على اعتبار الإرادة، فإذا اتجهت إرادة الطرفين إلى إحداث هذا التصرف القانوني يتم عن قصد وتقوم

¹ - 1 عبد القادر الفار لمرجع السابق، ص 149

² - محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 272

أطرافه عادة بكتابته، عكس ما هو عليه الحال بالنسبة للواقعة القانونية، حيث أطلق المشرع العنان بالنسبة للإثبات، في كونها أفعال قد تحدث في أي لحظة دون سابق إعدار أو توقع، ولهذا يستحيل اشتراط إعداد الأدلة لإثباتها، فلا يمكن أن يطلب القاضي من المضرور الذي يطالب بالتعويض عن العمل الغير مشروع، إثبات هذا العمل بالكتابة، بل يتيح له أن يثبت الواقعة بكافة الطرق الممكنة للإثبات كالشهادة والقرائن وغيرها¹.

المطلب الثاني: أنواع الوقائع القانونية

تحدث هذه الواقعة إما بفعل الطبيعة، وإما بفعل الإنسان، وتنقسم إلى وقائع طبيعية ووقائع اختيارية.

الفرع الأول: الوقائع الطبيعية

اتفق الفقه على تعريف هذه الوقائع بأنها الأمور التي تحدث بفعل الطبيعة وحدها ولا دخل للإنسان في حدوثها، فيرتب القانون آثارا على هذه الوقائع، فتكون في كثير من الأحيان سببا في اكتساب الحقوق أو في انقضاءها².

ومن أمثلة ذلك واقعة الميلاد، فيرتب عليها بداية الشخصية واكتساب المولود حقوقا معينة. والموت يرتب عليه انتهاء شخصية الميت وانتقال أمواله للورثة. وأيضا الكوارث الطبيعية كالزلازل والفيضانات والعواصف تعتبر قوة قاهرة تعفي المدين من التزاماته³.

وبناء على كل ما سبق فلا نأخذ بذلك التعريف القائم على نظرة وجودية وفلسفية إحدانية ذلك أن الطبيعة لا تفعل شيء. بل هي من خلق الله عز وجل فلا يقع شيء في الوجود دون إرادته وعليه أن كل هذه الوقائع إنما تحدث بمشيئة الله وإرادته دون أي تدخل من الإنسان.

1 - محمد حسين منصور ، المرجع السابق، ص 272

2 - عبد القادر المرجع السابق، ص 145

3 - محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 274

الفرع الثاني: الوقائع الاختيارية

ويقصد بهذه الوقائع الأفعال التي تصدر من الشخص، فيجعل القانون من وقوعها سببا لنشأة الحق، بغض النظر عن إرادة من قام بهذا الفعل، هل اتجهت إرادته إلى الأثر الذي رتبته القانون أو لم تتجه أي دون قصد من الفاعل.

وهذه الأفعال قد تكون مصدرا للحق كما قد تصلح أيضا أن تكون سببا¹ ليكسب حق عينيا ما، فهذه الوقائع الاختيارية تحدث بفعل الإنسان وإرادته بغض النظر عن نية من صدر عنه الفعل، سواء كان يعلم القائم بالفعل بترتيب القانون لهذه الآثار أو لا يعلم بها، سواء قصد أو لم يقصد، فالعبرة هنا بالفعل المادي وحده بغض النظر عن علم وإرادة القائم بالفعل².

وهذه الوقائع تعد مصدر للحقوق العينية أو الحقوق الشخصية، كما قد تكون مصدرا لانقضاء الحقوق وانتقالها، ونعرض أهم تلك الوقائع.

أولاً: الفعل الضار

وهو ارتكاب خطأ يستلزم التعويض للمضرور عما لحقه من ضرر بسبب هذا الخطأ، وهنا نكون أمام المسؤولية التقصيرية، وقد قنن القانون المدني أحكام هذه المسؤولية في المادة 124 ق م.

وأساس هذه المسؤولية هو الخطأ الواجب الإثبات، وهذا يعني أنه يجب على المضرور إثبات هذا الخطأ أمام القاضي، لأن هذا الخطأ غير مفترض بل يجب إثباته، فإذا ثبت هذا الخطأ يلتزم من قام به بتعويض المضرور عن الضرر الذي لحق به، وهنا للقاضي أن يقدر قيام الخطأ كما له كذلك حق تقدير انتفائه وكل هذا خاضع لرقابة المحكمة العليا في عملية التكييف القانوني³.

فالخطبة أو الوعد بالزواج ليست عقدا ملزما، ولكن العدول عن الخطبة أو إخلال الوعد بالزواج إذ لم يكن خطأ عقديا فقد يكون خطأ تقصيريا.

¹ عبد القادر الفار المرجع السابق، ص 146

² محمد حسن جعفر ، المرجع السابق ، ص 274

³ - بالحاج العربي الواقعة القانونية، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري. ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون ، الجزائر ، الطبعة الخامسة، 2008 الجزء الثاني ، ص 2008

فكما هو مقرر فإن العدول عن الخطبة أو الوعد بالزواج لا يعتبر خطأ موجب للتعويض، لأنه استعمال كل من الخاطب والمخطوبة لحقه الشرعي في العدول، غير أنه إذا اقترن هذا العدول بأفعال أخرى أو أخطاء مستقلة عن العدول، وأنتجت أضراراً للطرف الآخر نكون أمام المسؤولية التقصيرية والزامية تعويض المضرور¹.

وأركان هذه المسؤولية ثلاثة وهي الخطأ والضرر والعلاقة السببية بين الخطأ والضرر، والخطأ في المسؤولية التقصيرية هل يقوم على أنه إخلال بالواجب، أو اعتداء على حق، أو إخلال بالثقة المشروعة، والتعريف الذي استقر عليه الفقه والقضاء هو الانحراف عن سلوك الرجل العادي مع إدراك الشخص لذلك، أي أنه يجب التزام الحيطة والحذر والتبصر في السلوك نحو الغير، لكي لا يضر به.

وعناصر الخطأ تتمثل في العنصر المادي والعنصر المعنوي. فالعنصر المادي هو التعدي وهذا التعدي قد يكون عن عمد أو خطأ ومعياره الانحراف بالنسبة إلى الشخص الذي وقع منه.

فإذا كان شديد الحرص فإن أقل انحراف منه يسمى تعدياً، وإذا كان شخصاً مهملاً فلا بد أن يكون انحرافه على درجة كبيرة من الجسامه حتى يعتبر تعدياً، كما أن المشرع الجزائري قد أقر ثلاث حالات لا يعتبر فعل الشخص فيها خطأً، على الرغم من أنها ترتب ضرراً وهي حالات الدفاع الشرعي، وحالة تنفيذ أمر الرئيس، وحالة الضرورة.

أما الإدراك والتمييز فهو الركن المعنوي، وهو ضروري لقيام المسؤولية، كما جاء في نص المادة 125 ق م، على أن يكون فاقد الأهلية مسؤولاً عن أعماله الضارة التي صدرت منه وهو مميز، غير أنه إذا وقع الضرر من الشخص غير المميز ولم يكن هناك من هو مسؤولاً أو تعذر الحصول عن تعويض من المسؤول، جاز للقاضي أن يحكم على من وقع منه الضرر بتعويض عادل مراعيًا في ذلك مركز الخصوم. وبهذا يكون المشرع قد ربط المسؤولية التقصيرية بالتمييز.

وإذا كان قاضي الموضوع يستقل في تقدير الوقائع المادية التي تكون عنصر التعدي، إلا أن تكييفه لهذه الوقائع واعتبارها خطأً، يخضع لرقابة المحكمة العليا فهي مسألة قانونية.

¹ - بالحاج العربي، المرجع السابق، ص 108

وركن الضرر هو الركن الثاني لقيام هذه المسؤولية، وهو الأذى الذي يصيب الشخص نتيجة المساس بمصلحة مشروعة له، وبحق من حقوقه.

والضرر نوعان مادي أو أدبي وفي القانون الجزائري يحكم بالتعويض لمن مسه الضرر. شرط أن يثبت أمام القاضي، ومسألة الضرر هي من مسائل الواقع لا يخضع القاضي فيها إلى رقابة المحكمة العليا، ولكن وصف الضرر وتحديد نوعه ومتى ينتقل الحق فيه، فتكليف القاضي للضرر هنا يعد من مسائل القانون والتي يخضع لها فيها لرقابة المحكمة العليا.

ومن أمثلة الضرر وتطبيقاته في القضاء:تعويض الزوجة عن الضرر الجسمي والمعنوي الذي لحق بها بسبب طردها بعد ثلاث أيام من زواجها بدعوى أنها ليست بكرًا وهنا قد مسها في شرفها وكرامتها وذويها.

أما العلاقة السببية فهي ثالث ركن لقيام المسؤولية، فيجب على المضرور حتى يستحق التعويض أن يثبت وجود العلاقة السببية ما بين الخطأ والضرر الذي أصابه.

كما أن هذه العلاقة السببية قد تدخل ضمن عملية تكليف القاضي للوقائع فتعد من مسائل الواقع التي تستقل بها محكمة الموضوع فلا رقابة للمحكمة العليا عليها¹.

ثانياً: الفعل النافع

أو الإثراء بلا سبب وهو أن يثري شخص على شخص آخر دون الاستناد إلى سبب قانوني، ويجب على من أثرى أن يلتزم برد قدر ما أثرى به في حدود ما لحق المفنقر من خسارة، كما أنه يبقى هذا الالتزام قائماً ولو زال الإثراء بعد ذلك.²

وقد نظم المشرع الجزائري الإثراء بلا سبب في القانون المدني، في المادتين 141 - 142، وعرفته المحكمة العليا بأنه إذا أثرى شخص وكانت نتيجة هذا الإثراء افنقر الآخر بغير وجود مبرر قانوني، فيكون التزام لأول بدفع التعويض يساوي أقل القيمتين قيمة الإثراء وقيمة الافنقر.

¹ - محمد صبري سعدي شرح القانون المدني الجزائري مصادر الالتزام، الواقعة القانونية، دار الهدى عين مليلة الجزائر الطبعة الثانية، الجزء الثاني، ص 29 - 30.

² - بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 443

ومن تطبيقات الإثراء بلا سبب الدفع الغير مستحق والفضالة، ويقصد بدفع الغير مستحق قيام الشخص بوفاء دين غير مستحق عليه، ويلتزم من يلتقي الوفاء بأن يرد ما تلقاه إلى من وفى به، لأن الاحتفاظ بما تلقاه إثراء بلا سبب على حساب غيره.

أما الفضالة فهي أن يتولى شخص عن قصد ودون أن يكون ملزماً بذلك، شأنًا عاجلاً لحساب شخص آخر حيث يقوم الشخص بأعمال ضرورية، وعاجلة لحساب ومصلحة شخص آخر دون أن يكون ملزماً للقيام بتلك الأعمال، فيرتب القانون إلزاماً بشأن من تمت لمصلحته هذه للأعمال ولحسابه بتعويض من قما بها¹.

ومن أمثلة الفعل النافع، أو الإثراء بلا سبب في محل تخصصنا ودراستنا هي: كما لو وفى أحد الورثة ديناً يعتقد أنه على التركة، ثم تبين له أنه لا وجود أصلاً لهذا الدين. أو كقيام أحد الورثة بتنفيذ الوصية، ثم اتضح له فيما بعد أن مورثه قد عدل عنها بأخرى لاحقة. وكذلك رجوع الوارث عن باقي الورثة فيخصم له الدين الذي وفاه عن التركة². فكل هذه الوقائع إذن تخضع لسلطة القاضي وتكييفه، فله أن يبين جسامه الخطأ باعتباره خطأ جسيماً أولاً، وأن هذا الخطأ يستوجب التعويض أم لا، وأن هذه الوقائع للقاضي أن يكييفها حسب سلطاته المخولة له بموجب القانون، ويعطيها الوصف القانوني الحقيقي، ويصحبها في المقابل الذي من شأنه أن يحافظ على حقوق الآخرين ويرسي قواعد ومبادئ القانون حتى تأخذ العدالة مجراها.

أورد المشرع الجزائري في التقنين المدني مبدأ الإثراء بلا سبب في المادتين (141، 142)، ثم عرض لأهم تطبيق في لهذا المبدأ في المواد (143، 158) ووفقاً لما جاء في هذه النصوص، فإن الإثراء بلا سبب يقوم على أربعة أركان وهي إثراء المدين حسن النية، افتقار المدين، انعدام السبب القانوني، بقاء الإثراء قائماً وقت رفع الدعوى.

فإثراء المدين هو مصدر التزامه، والمقصود به إضافة قيمة مالية إلى ذمة المدين والأصل أن يكون الإثراء مادياً وقد يكون إيجابياً أو سلبياً مباشر أو غير مباشر، فالإثراء الإيجابي هو إضافة قيمة مالية إلى ذمة المدين، وقد يتحقق هذا الإثراء نتيجة منفعة يجنيها

¹ محمد حسين منصور ، المرجع السابق، ص 273

² بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 478

المدين ومثال ذلك عمل توديه الخطيية ثم تفسخ الخطبة، أما الإثراء السلبي فيتحقق إذا ترتب عن عمل المفتقر نقص لالتزامات المدين ومثال ذلك كتجنب المشتري خسارة محققة.

وفيما يخص الإثراء المباشر يتحقق إذا انتقل في أي صورة من الصور مباشرة من المفتقر إلى المشتري سواء تحقق هذا الانتقال بفعل المفتقر أو بفعل المشتري نفسه. ومثال ذلك من يدفع دين غيره أو يسكن منزل المفتقر دون عقد إيجار. أما عن الإثراء غير المباشر فيتحقق بتدخل شخص أجنبي في نقل مال إلى ذمة المشتري وقد يكون تدخل هذا الأجنبي بتصرف قانوني، كما إذا اشترى شخص سيارة ويتعاقد مع صانعها، على إصلاحها ثم يفسخ بيعها فتعود إلى البائع الذي يثري بما تم في إصلاح ويرجع الصانع عليه.

فوجود افتقار المدين شرط لتحقيق دعوى الإثراء، فيجب تحقق افتقار الشخص الآخر حتى يمكن الرجوع بدعوى الإثراء بلا سبب، والافتقار كالإثراء قد يكون سلبيا أو إيجابيا وقد يكون مباشرا أو غير مباشرا، كما أنه قد يكون ماديا أو معنويا، وكذلك يجب أن تكون هناك علاقة سببية مباشرة بين الإثراء والافتقار، كما يسهل إثبات هذه العلاقة إذا أمكن ردها إلى واقعة واحدة، مثال ذلك إذا وفى شخص دين على غيره فواقعة الوفاء أدت إلى إثراء المدين، وافتقار الموفي فهي سبب مباشر لكل منها.

أما الركن الثالث والمتمثل في انعدام السبب القانوني، المقصود به هنا المصدر القانوني الذي يولد للمثري حقا في الاحتفاظ بما أثري به، فإذا انعدم السبب أي انعدام السبب الإنشائي جاز للمفتقر الرجوع بدعوى الإثراء بلا سبب، والسبب بهذا المعنى قد يكون عقدا ومثاله حق الموهوب له فلا يجوز للواهب الرجوع على الموهوب له بدعوى الإثراء بلا سبب، لأن بين المتعاقدين تصرفا قانونيا هو عقد الهبة يبرر افتقار أحدهما وإثراء آخر.

والركن الرابع وهو بقاء الإثراء حتى رفع الدعوى ويقصد بصفة الاحتياطية دعوى الإثراء أن الدائن لا يجوز له استخدام هذه الدعوى مع وجود دعوى أخرى يمكنا اللجوء إليها، وهذه الدعوى في القانون المدني هي دعوى أصلية مستقلة، وهي في مرتبة دعوى العقد ودعوى المسؤولية التقصيرية.

وأخيرا إذا توفرت أركان للإثراء طبقا لما سبق ترتب في ذمة المثري التزام بتعويض المفتقر ووسيلة المفتقر في حصوله على التعويض هي رفع دعوى الإثراء لا سبب¹.

¹ محمد صبري السعدي المرجع السابق ص 253 - 259

المبحث الثاني: القانون

تنص المادة الأولى من القانون المدني على ما يلي: "يسري القانون على جميع المسائل التي تتناولها نصوصه في لفظها أو في فحواها. وإذا لم يوجد نص تشريعي حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا لم يوجد فبمقتضى العرف، فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة".

انطلاقاً من هذا النص سوف ندرس في ثلاثة مطالب المصدر الرسمي للقانون، ثم المصادر الاحتياطية والتفسيرية.

المطلب الأول: المصدر الرسمي للقانون

التشريع وهو المصدر الرسمي للقانون، حيث تقوم السلطات المختلفة في الدولة بوضع قوانين مكتوبة وجبرية لتنظيم العلاقات وفقاً للإجراءات المقررة لذلك، وتأخذ التشريعات صوراً متعددة يمكن لنا أن نتصورها في شكل هرم يشكل الدستور قمته، ووسطه كل من التشريع العضوي والعادي، وأدناه التشريع الفرعي واللوائح، وهذا الترتيب جاء حسب قوة كل مصدر.

الفرع الأول: الدستور

أولاً - تعريفه: ويقصد به التشريع الأساسي، فالدستور هو التشريع الأعلى في البلاد، فهو الذي يقوم بتحديد شكل الدولة ونظام الحكم فيها، كما يحدد سلطاتها الثلاث العامة المتمثلة في كل من السلطة التشريعية والسلطة القضائية والسلطة التنفيذية، وعلاقتهم ببعض البعض وعلاقتهم بالأفراد، كما يبين للأفراد حقوقهم وحررياتهم الأساسية وما عليهم من واجبات اتجاه الدولة، فالدستور مهم جداً نظراً لما يحمله من ضوابط أساسية للدولة.

ويختلف من حيث وضعه وتعديله وإلغاؤه عن التشريع العادي والعضوي.¹

ثانياً - وضع الدستور: يختلف وضع الدستور من بلد لآخر فكل بلد ينفرد بطريقة وضع دستوره حسب نظامه السياسي.

فهناك عدة أنظمة مما يؤدي إلى عدة طرق لسن الدساتير، ومنها الأسلوب غير الديمقراطي ويأخذ صورتين:

¹ محمد سعيد جعفرور، مدخل إلى العلوم القانونية الوجيز في نظرية القانون، دار هدى للنشر، الجزائر، 2004، ص 136

1 المنحة: فقد يصدر الدستور في شكل منحة من الحاكم إلى الشعب وحقيقة تكون هذه المنحة ما هي إلا ضغط كبير صادر عن الشعب.

2 العقد: وقد يصدر الدستور في شكل اتفاق بين ممثلي الشعب والحاكم، وهذا أسلوب ديمقراطي، وذلك في خلال وجود جمعية تأسيسية سواء كانت منتخبة أو معينة لتمثيل الشعب، أو عن طريق عرض مشروع الدستور للاستفتاء الشعبي.¹ وهكذا يصدر الدستور من الشعب باعتباره مصدر كل السلطة والمالك للسلطة التأسيسية، وهذه الأخيرة هي التي تتولى إعداد مشروع الدستور وعرضه على الاستفتاء الشعبي من خلال أجهزة الدولة المخولة دستوريا للقيام بهذه المهمة.²

ثالثا تعديل الدستور: وهنا نميز بين نوعين من الدساتير، الدساتير المرنة والجامدة، حيث تختلف طريقة التعديل حسب كل نوع.

1 الدستور المرن: يجوز إلغاء أو تعديل هذا النوع من الدساتير بطرق التشريعية العادية.

2 الدستور الجامد: ويشترط لتعديله إجراءات خاصة معقدة ما عدا الأحكام الجامدة جمود مطلقا فهي أحكام لا تقبل أي تعديل.

ويفضل الفقه أنتكون الدساتير جامدة باعتبارها الوثيقة الأعلى في البلاد، وتمثل النظام الأعلى في الدولة فلا يجوز إلغائها أو تعديلها إلا بإجراءات³ خاصة وشروط معينة حتى يستقر الأمن وتستقر الأوضاع السياسية داخل الدولة.

الفرع الثاني: التشريع العادي والقانون.

بعد أن تطرقنا للمصدر الأصلي والمتمثل في الدستور وسوف نتكلم في هذا الفرع عن التشريع العادي والمتمثل في القانون.

أولا - تعريف التشريع : ويقصد بالتشريع تلك القواعد القانونية التي تضعها السلطة التشريعية في حدود اختصاصها بالطريقة التي ينص عليها الدستور ولا ينبغي عليها أن

¹ محمد الصغير بعلي، المدخل للعلوم القانونية، دار العلوم للنشر والتوزيع، 2006، ص 38

² عجة الجبالي، مدخل للعلوم القانونية، برتي للنشر الجزائر، 2009، ص 253

³ محمد الصغير بعلي، المرجع السابق، ص 39

المادتين 140 و 141 المجالات التي يشرع فيها البرلمان، سواء تعلق الأمر بالتشريع العادي أو العضوي ويطلق عليها اسم القانون تميزا له عن غيره من التشريعات¹.

ثانيا: مراحل التشريع: يمر القانون بعدة مراحل لأجل وضعه وسنه وهذه المراحل الأساسية متمثلة في المبادرة بالقانون في مصادقة البرلمان وعدم اعتراض رئيس الجمهورية. **المبادرة بالقانون:** ينص الدستور في المادة 136 منه ما يلي "لكل من الوزير الأول والنواب وأعضاء مجلس الأمة حق المبادرة بالقوانين".

فتكون هذه الاقتراحات القوانين قابلة للمناقشة إذا تم تقديمها من قبل عشرين نائبا بعدما تعرض هذه المشاريع القوانين على مجلس الوزراء بعد أخذ رأي مجلس الدولة ثم يقوم رئيس الحكومة بإيداعها لدى مكتب المجلس الشعبي الوطني.²

مبادرة الحكومة: يتم تقديم مشروع القانون من الوزير الأول إلى المجلس الشعبي الوطني ويحال هذا الأخير على لجنة تشريعية برلمانية تختص في مجال القانون المقترح، فإذا كان هذا القانون خاص بالتعليم مثلا يحال ويعرض على لجنة خاصة بالتعليم فتفحص القانون وتعد تقريرا كاملا عنه بعدها يناقش المشروع المجلس الشعبي الوطني ثم المصادقة عليه طبقا للقانون الداخلي، وقبل أن يتم عرضه على المجلس الشعبي الوطني وفقا للفقرة الأخيرة من المادة 136 من الدستور "بعد رأي مجلس الدولة" في كل مشروع قانون وذلك طبقا للإجراءات معينة وعلى الرغم من صراحة المادة إلا أن رأي مجلس الدولة حول مشاريع القوانين غير ملزم في نظر الحكومة إذ لهذه الأخيرة الالتزام به أو بجزء منه أو أنها لا تأخذه بعين الاعتبار تماما.³

- **اقتراح قانون:** يحق لكل من الوزير الأول و النواب و أعضاء مجلس الأمة حق المبادرة بقوانين و تكون اقتراحات هذه القوانين قابلة للمناقشة إذا قدمها 20 نائبا أو 20 عضوا، و تعرض هذه المشاريع على مجلس الوزراء بعد أخذ رأي مجلس الدولة ثم يودعها الوزير الأول

¹ محمد الصغير بعلي، المرجع السابق، ص 40

² محمد الصغير بعلي، المرجع السابق ص 41

³ محمد الصغير بعلي، المرجع السابق، ص 41 - 42

حسب الحالة مكتب المجلس الشعبي الوطني أو مكتب مجلس الأمة فيكون كل مشروع أو اقتراح قانون موضوع مناقشة من طرف المجلس الشعبي الوطني و مجلس الأمة

على التوالي حتى تتم المصادقة عليه، فتعرض الحكومة على إحدى الغرفتين النص الذي صوتت عليه الغرفة الأخرى فتناقش كل غرفة النص الذي صوتت عليه الغرفة الأخرى و تصادق عليه، و في كل الحالات يصادق مجلس الأمة على النص الذي صوت عليه المجلس الشعبي الوطني بأغلبية أعضائه الحاضرين بالنسبة لمشاريع القوانين العادية أو بالأغلبية المطلقة بالنسبة لمشاريع القوانين العضوية.

و في حالة ظهور خلاف بين الغرفتين تجتمع لجنة متساوية الأعضاء بناء على طلب من الوزير الأول، تتكون هذه اللجنة من أعضاء الغرفتين من أجل اقتراح حل للنص محل الخلاف في أجل أقصاه 15 يوما لكي تعرضه الحكومة على الغرفتين للمصادقة عليه، فلا يمكن إدخال أي تعديل عليه إلا بموافقة الحكومة ،وفي حالة استمرار الخلاف بين الغرفتين تطلب الحكومة من المجلس الشعبي الوطني الفصل نهائيا و هنا يأخذ هذا الأخير بالنص الذي أعدته اللجنة المتساوية الأعضاء في حالة تعذر ذلك يؤخذ بالنص الأخير الذي صوت عليه ،وإن لم تخطر الحكومة المجلس الشعبي الوطني يسحب النص محل الخلاف.

وأخيرا نكون أمام نفاذ التشريع فإذا نشر القانون في الجريدة الرسمية فهذا النشر من شأنه أن يجعل القانون نافذا ساريا للمفعول معمول به طبقا لنص المادة الرابعة من القانون المدني"تطبيق القوانين في تراب الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية ابتداء من يوم نشرها في الجريدة الرسمية"،وبعدها لا يعذر بجهل القانون.¹

المطلب الثاني المصادر الرسمية الاحتياطية

بعد أن رأينا أن التشريع هو المصدر الرسمي الأصلي العام للقاعدة القانونية باعتباره شامل ويختص في كل المسائل غير أنه لا يمكن أن يحيط ويلم بكل ما يلزم بحكم وقائع الحياة والتغيرات التي تطرأ عليها لذلك وكما جاء في المادة الأولى من التقنين المدني إذ لم يجد القاضي نصا في التشريع يتعين إليه اللجوء إلى المصادر الرسمية الاحتياطية حسب.

¹محمد الصغير بعلي المرجع السابق، ص 44

ترتيبها وأولوياتها ، مبادئ الشريعة الإسلامية والعرف ومبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة.

الفرع الأول : مبادئ الشريعة الإسلامية

أولا - التعريف بالشريعة الإسلامية: وهي مجموعة القواعد والأحكام التي شرعها الله سبحانه وتعالى لعباده ومصدر هذه الأحكام هو القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة من قول و فعل و تقرير.¹

تعتبر مبادئ الشريعة الإسلامية مصدرا رسميا لبعض القوانين كما هو الحال في قانون الأسرة الجزائري فتعتمد أحكامه إلى مبادئ الشريعة الإسلامية في الخطبة والزواج والطلاق وثبوت النسب والميراث وهذا طبقا لصراحة نص المادة 222 من تقنين الأسرة الذي أحال إلى الشريعة الإسلامية² وتماشيا مع مضمون المادة الثانية من الدستور والتي تقول بأن "الإسلام دين الدولة"، حيث أقرت كمصدر رسمي احتياطي ثان بعد التشريع.³

وكما تجدر الإشارة إلى أن مبادئ الشريعة الإسلامية المقصود بها في المادة الأولى من القانون المدني الجزائري ليس الدين كله بل المقصود بها المعاملات فيه فقط. وبناء على كل هذا فإن القاضي حين لا يوجد نص يطبقه على الواقعة في التشريع يلجأ مباشرة إلى أحكام ومبادئ الشريعة الإسلامية السمحاء لفض النزاع الواقع أمامه وخاصة أن مجال دراستنا الأحوال الشخصية باعتبار هذه الأخيرة مستمدة جل أحكامها من الشريعة. فهنا يتعين على القاضي اللجوء إليها في كل كبيرة وصغيرة نظرا لغزارتها فالمسائل الخاصة بأحوال الشخصية مستمدة من أحكام الشريعة الإسلامية نظرا لخصوصيتها باعتبارها حساسة جدا وتمس الأسرة والفرد مباشرة.

ثانيا :نتائج اعتبار الشريعة الإسلامية مصدرا احتياطيا للقانون الجزائري : يترتب على اعتبار مبادئ الشريعة الإسلامية مصدرا رسميا احتياطيا لقانون الجزائري عدة نتائج منها :

¹ محمد سعيد جعفرور، المرجع السابق، ص 164

² محمد الصغير بعلي، المرجع السابق، ص 52

³ محمد سعيد جعفرور، مرجع سابق ، ص 166

1 - القاضي لا يمكن أن يرجع إليها إلا في حالة انعدام وجود النص التشريعي الذي يمكن تطبيقه على ما هو معروض أمامه، وهنا نقول أن القاضي مقيد تماما في اللجوء إليها خاصة وأن مادة الأحوال الشخصية خاصة جدا وفيها العديد من الحالات التي تطبق فيها الشريعة الإسلامية من باب أولى أفضل بكثير من تطبيق النص خاصة تلك الحالات التي تخلق لنا تناقض ونزاع بين النص التشريعي ومبادئ الشريعة الإسلامية.

2 - كما يجب على القاضي عند رجوعه إلى أحكام الشريعة الإسلامية السمحاء أن يبحث عن الحل في أي مذهب من المذاهب وأن لا يقتصر على مذهب معين واحد فكل مذاهب الفقه جائز الرجوع إليها بحثا عن حل للنزاع المعروض أمامه فكل مذاهب الفقه متاحة إليه يأخذ منها وما يتناسب مع ما هو مطروح أمامه وخاصة أن المشرع الجزائري في مادة الأسرة لم يعتمد علو مذهب واحد فالتقنين أعتمد فيه على عدة مذاهب. وفي الواقع من النادر أن نرى لجوء القاضي إلى الشريعة والحكم بها نتيجة غزارة التشريع الذي لم يترك مكانا للشريعة.¹

الفرع الثاني: العرف

بعد أن تناولنا في الفرع السابق مبادئ الشريعة الإسلامية كمصدر احتياطي أول سوف نتناول في هذا الفرع العرف كمصدر رسمي احتياطي ثاني.

أولاً- تعريفه: ويقصد بالعرف اعتياد الأشخاص على إتباع سلوك معين في مسألة معينة بحيث يستقر لدى الجماعة باعتباره سلوك ملزما ومتسببا بتوقيع الجزاء عند مخالفته وهكذا تظهر القاعدة العرفية نتيجة تعود والتواتر على إتباع سلوك معين.

وهي عبارة عن وقائع مادية ألفت الجماعة إتباعها بوتيرة واحدة وصورة منتظمة وتحتل قواعد العرف مرجعية يلجأ إليها القاضي لحل النزاع المعروض أمامه وهذا طبعا حسب ترتيب والأولوية في المصادر.²

¹ محمد سعيد جعفرور ، المرجع السابق ، ص 168

² عمار بوضياف ، المدخل إلى العلوم القانونية، النظرية العامة للقانون و تطبيقها في التشريع الجزائري ، جسور للنشر التوزيع ، الجزائر 2007 ، ص 167

فالعرف يتميز بأنه وليد إرادة المجتمع فهو نوع من الديمقراطية المباشرة كما يعاب عليه بأنه بطيء النشأة وعسير الإثبات والتحديد باعتباره غير مكتوب وأيضا أنه ضيق النطاق ولا يشتمل الإقليم كله فيتعدد داخل الدولة الواحدة.¹

ثانيا - أركان العرف: للعرف ركنان أساسيان وهما الركن المادي والركن المعنوي فالركن المادي ويتمثل في الاعتياد على تكرار سلوك معين لفترة طويلة من الزمن فينشأ نتيجة هذا التكرار والاعتياد، ويجب أن يتوفر على عدة شروط منها العمومية فيكون عاما مألوفا لدى عدد كبير من الأفراد وأن يكون ثابتا صعب التغيير وقديما كذلك مستقرا وغير مخالف للنظام العام والآداب العامة.²

فالركن المعنوي للعرف هو الركن النفسي ويقصد به إحساس الأشخاص الذين يتبعون السلوك المعتاد بأنه ملزم لهم قانونا.

مما سبق يتبين أن العرف هو عبارة عن واقعة مادية لا تكفي لقيام القاعدة العرفية بل لا بد لها توفر الركن المعنوي المتمثل في اعتقاد الأشخاص بضرورة إتباع عادة معينة والزاميتها باعتبارها قاعدة قانونية ملزمة يوقع عليها الجزاء جراء مخالفتها من قبل السلطة العامة كما هو الحال بالنسبة للقاعدة التشريعية، ومن أمثلة القواعد العرفية التي استكملت ركنها المادي والموضوعي القاعدة التي تقر بحق الزوجة في بعض البلاد كفرنسا في حمل لقب زوجها. إذن نستنتج مما سبق أن العرف ملزم أو يستمد إلزاميته من المحاكم عن طريق القضايا التي لا يوجد لها حل في المصادر الأخرى فيلجأ القاضي إلى العرف فالسلطة القضائية هي التي تبعث في القاعدة العرفية روح الإلزام بحيث يمكن لها أن تطبق على الوقائع المعروضة أمام القاضي ليكيف هذا الأخير الوقائع على نحو القاعدة العرفية السارية في البلاد وذلك في حالة انعدام حلها في المصادر السابقة للعرف.³

الفرع الثالث: مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة

في حالة انعدام النص التشريعي أو مبادئ الشريعة الإسلامية أو العرف، فإن القاضي لا يستطيع أن يرفض الفصل استنادا إلى انعدام النص وإلا عد مرتكبا لجريمة إنكار العدالة،

¹ محمد سعيد جعفر، المرجع السابق، ص 170

² محمد الصغير بعلي، المرجع السابق، ص 53

³ محمد سعيد جعفر، المرجع السابق، ص ، 176، 177

ومن ثم يجب على القاضي أن يحكم في حالة انعدام المصادر الرسمية الأخرى وفقاً لمبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة حسب ما جاء في المادة الأولى من القانون المدني. فالفقرة الأخيرة من هذه المادة تفتح المجال للقاضي في الاجتهاد وهذا يحمله مسؤولية إقامة العدل وإرساء القانون.

وعند عدم كفاية المصادر الرسمية التي سق دراستها يلجأ القاضي إلى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة لفض النزاع المطروح أمامه وإقامة العدل بين الناس.¹ ومن بين أمثلة الحلول التي استوحاها المشرع من مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة. المساواة في الحكم على الوقائع المتساوية وعلى العلاقات المتماثلة فيما بين الأفراد كلما كانت ظروفهم واحدة، والاختلاف في الحكم على الوقائع والعلاقات غير المتماثلة.

المطلب الثالث: المصادر التفسيرية

ويراد بها المراجع التي يتم اللجوء إليها عند وجود لبس أو غموض في فهم القاعدة القانونية أو ما يحيط بها من تناقض فهي التي تنير للقاضي حقيقة القاعدة القانونية وتتمثل هذه المصادر في الفقه والقضاء سوف نتناولهم في الفرعين الآتيين.

الفرع الأول: الفقه

يعد الفقه أول مصدر تفسيري يمكن للقاضي الأخذ به لانعدام بقية المصادر السابقة له.

أولاً تعريف الفقه: ويقصد بالفقه مجموع كتابات رجال الفكر القانوني في شرح وتفسير القواعد القانونية واستنباط المبادئ القانونية من مصادرها المختلفة فتأخذ بها المحاكم وتعملها في تفسير القانون و في كثير من الأحيان يستعين المشرع بأراء الفقهاء في تعديل التشريع أو عند إصدار تشريع جديد.²

¹ محمد السعيد جعفر المرجع السابق، ص 199

² محمد الصغير بعلي، مرجع سابق، ص 65

فالفكر القانوني يظهر في الواقع بأعمال ذات طبيعة وأشكال مختلفة صادرة من أساتذة القانون الجامعيين وعن قضاة ومحامين وموثقين فيمكن اعتبار الفقه مجموع تلك الآراء المنشورة لرجال القانون.¹

ثانيا- دور الفقه: كان للفقه دور كبير في ابتداع القواعد القانونية فكان دوره ملزم في الأحكام القضائية فكان مصدرا رسميا في مختلف القوانين والنظم القانونية المختلفة كما كان دوره عظيم في الشريعة الإسلامية.

أما في العصر الحديث فقد تضاعف دوره نظرا لاستقرار الأوضاع القانونية في العالم وهذا لا يعني انتهاء قيمة الفقه فإذا لم يعتبر مصدر رسمي لقواعد القانون إلا أن دوره مازال يقتصر على تفسير هذه القواعد فمازال يؤدي خدمة للمشرع والقاضي.

وفي مجال التشريع فالمشرع هنا يستفيد من آراء الفقه ويهتدي بما فيها من آراء ويعالج النقص الذي في التشريع من عيب أو تعارض فيكمله ويصقله، وفي مجال القاضي فمن جهته هذا الأخير الاستئناس بالفقه وآراء الفقهاء في تفسير القواعد القانونية لكي يصل إلى الحقيقة والطريقة المثلى لتطبيق القانون فالقاضي في رحلة البحث لكي يطبق القاعدة القانونية الأنسب والأجدر على الواقعة المعروضة أمامه يمكن له أن يسترشد بالفقه ويتأثر بآراء الفقهاء أو بما استقر عليه جمهور الفقهاء كما قد يصل تأثيره إلى حد الإشارة إلى ذلك الرأي في حكمه حتى وأن لم يكن ملزما بذلك.²

وعلى غرار ما سبق إن الفقه في القانون الجزائري يعتبر مصدرا تفسيريا وآراء الفقيه ليست ملزمة لا للمشرع ولا للقاضي فلهما فقط أن يستأنس به فيمكن لهما أن يأخذا به أو يتركاه.

الفرع الثاني: القضاء

ونتناول في هذا الفرع تعريف القضاء ودوره.

أولا: تعريف القضاء

القضاء هو الهيئات والجهات القائمة في إطار السلطة القضائية "المحاكم والمجالس القضائية، والمحكمة العليا، ومجلس الدولة"، المختصة بالفصل في النزاعات بموجب ما

¹ محمد السعيد جعفر، المرجع السابق، ص 205

² المرجع السابق، ص 207

يصدر عنها من قرارات وأحكام¹. فهو إذن استخلاص لمجموع المبادئ القانونية لأحكام المحاكم على إتباعها والحكم بها عند تطبيق القانون.

ثانيا- دور القضاء : بالرغم من أن أحكام القضاء لا تعد مصدرا رسميا للقانون الجزائري غير أنها مهمة جدا وذات قيمة كبيرة.

فيهتدي بها القاضي لتفسير القاعدة القانونية وإزالة الغموض عنها وهذا ما يسمى بقرارات المحكمة العليا، والاجتهادات القضائية².

فما تقرره المحاكم العليا تتبعه المحاكم الدنيا وهذا بناء على إلزام أدبي يرجع إلى وقار القضاء وخبرته في تطبيق القانون.

إن المطلوب من القاضي هو الفصل فيما معروض عليه فالقاضي ليس مشرعا بل هو في هذه الناحية تابع للمشرع والدليل على ذلك أن القضاة دائما يشيرون في أحكامهم التي يصدرونها إلى النصوص التشريعية القائمة.

فإن القاضي وقبل تطبيق أي قاعدة قانونية يضطر إلى استكشافها والإحاطة بها ومثال هذا المادة 124 من التقنين المدني والتي تقول "كل فعل أي كان يرتكبه الشخص بخطئه ويسبب ضررا للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض"، فقبل تطبيق هذا النص يجب على القاضي أن يحدد ما المقصود بالضرر ويقف على أنواع الضرر وهذا ما يدخل في عملية تكييف الوقائع ومجاله في التطبيق القاعدة القانونية³.

وتنتشر الأحكام القضائية في مجموعات دورية مثل نشرة القضاة والمجلة القضائية في الجزائر وهكذا يسهل استخراج الأحكام والرجوع إليها لتطبيقها على الوقائع المماثلة.

¹ محمد الصغير بعلي، المرجع السابق، ص 62

² المرجع السابق، ص 63

³ محمد السعيد جعفرور: المرجع السابق ص 213

الفصل الثاني: دور القاضي في التكيف

في هذا الفصل نتناول دور قاضي شؤون الأسرة في الواقع والقانون، وما مدى سلطاته التقديرية في هذا المجال، ودوره والصلاحيات التي منحه إياها المشرع في الواقع والقانون وفقاً لما ورد في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وعلى هذا سنعدد مبحثين يكون المبحث الأول لدور القاضي في مجال الوقائع، ويكون الثاني لدور القاضي في مجال القانون.

المبحث الأول: دور القاضي في مجال الوقائع

القاعدة أن القضاء لا يباشر وظيفته بالفصل في النزاع إلا بناء على طلب فلو علم القاضي بنزاع بين شخصين فلا يجوز له الفصل إلا بناء على طلب من أحدهما وتبرير هذا المبدأ إنما الحماية القضائية التي تمنح لمن هو في حاجة إليها وليس أقدر على تقدير الحاجة إلى هذه الحماية عن من يحتاجها وبناء على هذا سوف نتناول في هذا المبحث كيفية وصول الطلب الذي من شأنه تكريس حماية الحق أو إنشاء مركز أو غير ذلك عن طريق نظرية الدعوى بما فيها من الطلب القضائي وما مدى دور القاضي في مجال الخصومة أمام وقائع الدعوى وهذه الطلبات.

المطلب الأول: الأحكام العامة للدعوى

نتكلم في هذا المطلب عن الأحكام العامة للدعوى وشروطها وتمييزها عن بعض المراكز القانونية المشابهة، وشروط رفع الدعوى ومبدأ الطلب.

الفرع الأول: تعريف الدعوى وتمييزها عن المراكز القانونية المشابهة

أولاً- تعريف الدعوى :

ويقصد بالدعوى المطالبة باستعادة حق أو حمايته فهي إذن وسيلة مشروعة للتعبير عن الرغبة في الدفاع عن الحق، وتبدأ بعريضة افتتاح دعوى ثم تكليف الخصم بالحضور في الزمان والمكان المحددين¹.

فالدعوى حق لكل من المدعي عليه والمدعى، حين تتوفر شروط قبولها في كليهما ونعني بالدعوى بالنسبة للمدعي حق عرض ادعاء قانوني على القضاء، وتعني بالنسبة

¹ - بربارة عبد الرحمن شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، دار بغداد للطباعة والنشر والتوزيع رويبة، الجزائر، الطبعة

للمدعى عليه حق مناقشة مدى تأسيس ادعاءات المدعي أو ترتيب التزام على المحكمة بإصدار حكم في موضوع للادعاء بقبوله أو رفضه، والادعاء القانوني هو تأكيد شخص لحقه ومركزه القانوني في مواجهة شخص آخر بناء على واقعة قانونية معينة¹، وأصل الادعاء رأي قانوني شخص يحتمل الصواب والخطأ، ناتج عن تطبيق الفرد للقانون على واقعة معينة.

ثانياً: تمييز الدعوى عن المراكز القانونية المشابهة

1- الدعوى والمطالبة القضائية:

المطالبة القضائية هي عبارة عن إجراء تتم به رفع الدعوى، وذلك بإيداع عريضة مكتوبة لدى مكتب الضبط، فتكون المطالبة القضائية هي وسيلة لرفع الدعوى، وتظهر أهمية التفرقة بينهما في مايلي:

إن أساس المطالبة القضائية في حق اللجوء إلى القضاء، هو عبارة عن رخصة مخولة للكافة، إذا استعملها الشخص يلتزم القاضي بالحكم عليها ولو تم رفض الطلب شكلاً وموضوعاً.

أما الدعوى فلا تعتبر حق للكافة، إنما لمن تتوفر فيه الشروط، فقط لذا قد نكون أمام طلب صحيح دون أن تكون الدعوى صحيحة والعكس².

2- الدعوى والخصومة:

الخصومة هي الحالة القانونية التي تنشأ عن رفع دعوى إلى القضاء فترتب علاقات ما بين الخصوم وما بين المحكمة، فهي إذن مجموعة الإجراءات القضائية التي يقوم بها القاضي وأعوانه والخصوم وممثلوهم أو وكلائهم، فهي تبدأ بالمطالبة وتسيير الحصول على حكم بات في الموضوع³.

¹بوشير محند أمقران قانون الاجراءات المدنية والادارية، دوان المطبوعات الجامعية بن عكنون الجزائر الطبعة الرابعة ،

ص 27

² المرجع السابق ص 29

³ المرجع السابق، ص 30

3- الدعوى والقضية:

يستعمل جانب من الفقه القضية كمصطلح مرادف للخصومة إذ أنها مجموعة الإجراءات القضائية، ويستعمل جانب آخر من الفقه مصطلح القضية على أنه يشمل كل من الدعوى والخصومة، وهذا يعني مجموع المسائل الموضوعية والإجرائية التي تعرض أمام القضاء¹.

الفرع الثاني: شروط رفع الدعوى ومبدأ الطلب

أولاً: شروط رفع الدعوى

لكي تقبل الدعوى ثمة مجموعة من الشروط يجب توفرها، وقد نظمها المشرع وخصص لها المادة 13 ق إ م إ، والتي ميز فيها ما بين الشروط الشكلية والموضوعية لقبول الدعوى، فالمصلحة والصفة هما شرطان شكليان، أما الأهلية فقد أحالها المشرع إلى المادة 64 معتبرا إياها شرطا موضوعيا.

1- **الصفة: الصفة** هي الحق المطالب به أمام القضاء، وتقوم على المصلحة المباشرة والشخصية في التقاضي فيجب أن تكون حالة وقائمة وقت رفع الدعوى لصاحب الحق نفسه أو وكيله بوكالة رسمية أو قانونية.

وشروط الصفة يجب توفره في المدعي والمدعى عليه أيضا.

فهي إذن العلاقة التي تربط أطراف الدعوى بموضوعها، فلا يجوز اللجوء إلى القضاء لمجرد التجاهل أو خرق لقاعدة قانونية فهي قاعدة عامة من احتكار الأشخاص الذين يثيرون إخلال بحقوقهم الذاتية، مثلا المصلحة في رفع دعوى طلاق التي تتوفر لدى الوالدين بإبعاد ابنتهما عن زوج وحشي أو خائن.

أو لدى الدائنين الذين يخشون إعسار أو إفلاس مدينهم من تصرفات زوجته المبذرة فإنه لا يسمح لغير الزوجين بطلب الطلاق².

وكذلك تكون للزوجة مصلحة في طلب بطلان العقود التي أبرمها الزوج إذا كانت مضرة به أو منتقصة لموارده المالية، فحتى إذا كانت هذه العقود باطلة بطلانا مطلقا فإنها

¹- بويشير محند أمقران المرجع السابق ، ص 31.

²- القانون رقم 09 08 المؤرخ في 18 صفر 1429 هـ الموافق لـ 25 فيفري 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

ليست ذات صفة في طلب إبطالها، لأن الصفة إلزامية لرفع هذه الدعوى، فلا يمكن أن يكون لها صفة طالما أن زوجها موجود على قيد الحياة.

كما تندرج أهمية الصفة كشرط أساسي لقبول الدعوى في ما يلي:

لصاحب الحق المطالبة به أو السكوت عنه، إذا أنكره الغير أو اعتدى عليه ويكون هذا حتى ما إذا بعد رفع الدعوى من الغير بالتنازل عنه، مما يبين إمكانية انشغال القضاء بدعوى من غير قاعدة¹.

إن رفع الدعوى من ذي صفة أو على ذي صفة يفقد الحكم فعالية حجيبته، لأن الحجية تقتصر على أطراف الدعوى، والحكم الصادر عنها لا يثبت أي حق أو التزام لأحد، وإن حصل ذلك يبقى لصاحب الصفة الحقيقية حق تجديد الدعوى باسمه ولمصلحته، ولهذا فإن الصفة تكون لدى طرفي الخصومة الأصلية، وتشمل كذلك المدعي والمدعى عليه².

فالصفة لدى المدعي، وهنا يجب علينا التمييز ما بين الصفة في الدعوى والصفة في التقاضي، فقد يحدث وأن تكون استحالة صاحب الصفة الحقيقي من مباشرة إجراءات الدعوى شخصيا بسبب عذر مشروع، فهنا القانون أباح لشخص آخر يمثل المدعي الأصلي بتمثيله في الإجراءات، كأن ينوب محاميه أو شخص آخر بموجب وكالة خاصة وفقا للمادة 547 من القانون المدني، محددة أمام موثق وفي هذه الحالة يكون القاضي هنا ملزم بالتأكد من صحة هذا التمثيل، بعدها يبحث في ما إذا تتوفر الصفة في المدعي الحقيقي أو صاحب الحق فقد يحدث أن يصح التمثيل مع فساد الصفة والعكس صحيح.

وأما الصفة لدى المدعى عليه، فالدعوى لا تصح طبقا لقاعدة ترفع الدعوى من ذي صفة على ذي صفة، فكما تشترط في المدعي أيضا يجب توافرها في المدعى عليه وإن تعددوا، إذ يشترط في صحة الدعوى أن ترفع ضد من يكون معنيا بالخصومة كزوجة ضد زوجها، طبقا لعدم تحميل الغير أعباء عن تصرفات ليس لهم علاقة بها، وضد من يجوز مقاضاتهم فلا تقبل دعوى ضد فاقد أهلية لتعلق ذلك بحق الدفاع، وأيضا نشير أن المشرع لم يضع قيودا على الدعوى بصورة جماعية، رغم صراحة المادة 13 من ق إ م إ، التي جاءت بصيغة الفرد مع أن الدعوى قد تقام ضد مجموعة من الأشخاص عملا بالمادة 38 ق إ م إ،

¹ بوشير محند أمقران المرجع السابق، ص 67-68.

² المرجع السابق، ص 67-69.

التي تنص في حالة تعدد المدعى عليهم، كأن يقاضي الوارث باقي الورثة في عقار، المعيار هنا ليس بالعدد إنما هو بمصلحة ووحدة الموضوع¹.

2- **المصلحة:** هي من أهم شروط الدعوى، فهي مناط الدعوى تحت مبدأ لا الدعوى بدون مصلحة، التي يجب أن تكون قائمة وحالة وشخصية مباشرة وقت رفع الدعوى، فيقصد بها المنفعة التي يحققها صاحب المطالبة القضائية في اللجوء إلى القضاء، وهذه المنفعة تشكل الدافع وراء رفع الدعوى والهدف من تحريكها، فلا دعوى من دون مصلحة تنزيها للقضاء عن الانشغال بدعوى لا فائدة عملية منها كدعوى غير المنتجة².

فالمصلحة إذن هي الحاجة إلى الحماية القضائية فإذا اعتدى على حق شخص ما وكان حقه مهددا باعتداء عليه تحققت مصلحته في قبول دعواه ولا يكفي مجرد المصلحة لقبول الدعوى بل يجب أن تكون للمدعي حاجة مشروعة للحماية القضائية.

فأضاف المشرع في المادة 13 عبارة هي غائبة في المادة 460 ق إ م إ، تشير إلى توفر عنصر المصلحة سواء كانت قائمة أو محتملة، فالمصلحة تكون قائمة إذا استندت إلى حق أو مركز قانوني فيكون هنا الهدف من الدعوى هو حماية هذا الحق أو المركز القانوني من العدوان عليه أو تعويض ما لحق به من ضرر.

والهدف هنا من تثبيت عنصر المصلحة كشرط أساسي لضمان جدية القضاء والحد من استعمال الدعاويغير العملية والمجدية، وهذا لا يخول للقاضي سلطة إثارتها من تلقاء نفسه مثلما هو مقرر لانتفاء الصفة، بل يجب عليه النظر في مدى توفر المصلحة حين يدفع الخصم بذلك، والقول بأن القاضي لا يجوز له إثارة غياب المصلحة من تلقاء نفسه لا يعني قبول المصلحة حتى وإن كانت مشروعة، فالقانون لا يحمي المصلحة المخالفة للنظام العام والآداب العامة مثل تثبيت نسب فاسد³.

أما المصلحة المحتملة فهي تنشأ في حالة عدم وقوع أي اعتداء وتحقق أي ضرر لصاحب الحق، ففي هذه الحالة نكون أمام المصلحة المحتملة، فقد تتولد مستقبلا وقد لا تتولد أبدا.

¹ بربارة عبد الرحمن المرجع السابق، ص 43 - 44

² المرجع السابق ص 44

³ المرجع السابق ص 45

فالمصلحة المحتملة والتي يقرها القانون في المادة 13 ق إ م إ، هي التي يكون الهدف من وراءها منع وقوع الضرر المحتمل، كحالة الخشية من تصرف المطلوب الحجز عليه وفق للمادة 101 وما يليها من قانون الأسرة، في حالة إضرار بالورثة نتيجة إصابته بالجنون أو العته أو السفه فالمصلحة لذوي الحقوق هنا احتمالية.

كما يجدر الإشارة هنا إلى المصلحة القانونية والتي لا تعتبر هنا شرط من شروط المصلحة، بل وصف فيها لا يكتمل وجودها بغيرها، فيشترط فيها أن تكون قانونية وهذا يعني أنها يجب أن تستند إلى حق أو مركز قانوني موضوعي أم إجرائي، بحيث يكون الغرض منها حماية هذا الحق، ولكن حتما هذا لا يعني أنه يشترط في قبول الدعوى وجود حق موضوعي، بل يكفي في الدعوى الشبهة حتى يكون الطلب جديرا بأن يتمحصه القاضي، بمعنى أن يكون الادعاء قانونيا، وهذا ما يجب على القاضي التحقق منه في صياغة الدعوى ذاتها دون البحث في وقائعها، فلا تقبل الطلبات التي تستند إلى مصلحة اقتصادية أو أدبية محضة أو غير مشروعة، فمن غير المعقول والمقبول أن يطلب المدعي حماية مصلحة اقتصادية لا تتمتع بحماية القانون.

وكذلك فيما يخص الضرر الأدبي فيجب أن يكون محميا قانونا لكي يستحق التعويض، فمن المتفق عليه أن التعويض عن الضرر الأدبي يكون بتوفر شروطه، فلا يجوز طلب تعويض عن ضرر أدبي المتمثل في الألم والحزن الناتج عن هلاك صديقاً اثر اعتداء وحشي.

وأیضا فيما يخص الطلبات المشروعة فتكون الدعوى غير مشروعة عند المطالبة فيها بتحقيق مصلحة مخالفة للنظام العام والآداب العامة¹.

3- الأهلية : إن الأهلية شرط من شروط الدعوى، وللقاضي تقرير ذلك من تلقاء نفسه، فأهلية إذن هي صلاحية الخصم لاكتساب مركز قانوني ومباشرة إجراءات الخصومة، وهي نوعان:

-أهلية اختصاص : وهي عبارة عن أهلية وجوب في مجال الإجراءات، وتعني صلاحية الشخص لاكتساب مركز قانوني للخصم بما يتضمنه من حقوق وواجبات إجرائية.

¹بوشير محند أمقران، المرجع السابق، ص 37، 38

والقاعدة العامة أن كل شخص قانوني أهل ليكون خصما سواء كان طبيعيا أو معنويا،
وحيث انتفاء الشخصية القانونية تنتفي أهلية الاختصاص، وتنتفي الشخصية القانونية بوفاة
الشخص الطبيعي، وأما في حالة ما إذا تم ورفعت دعوى باسم ذلك الشخص أو في مواجهته
يجب التمييز بين حالتين:

تكون الخصومة منعدمة إذا توفي الشخص الطبيعي قبل بدأ الخصومة.

وفي حالة ما إذا حصلت الوفاة بعد بدء الخصومة، فتنقطع الخصومة حتى تعجل من
الورثة أو من في مواجهتهم وهذا لا ينفي وجود الخصومة وإنما يكون باطلا كل إجراء أو
حكم يتخذ أثناء هذه الفترة.

ويحدث الأمر ذاته في حالة وقوع الوفاة بعد صدور حكم، وقبل الطعن فيه إلا إذا تمت
إجازته من قبل الورثة بإدخالهم في خصومة الطعن.

- **أهلية التقاضي:** وهي عبارة عن تعبير لأهلية الأداء في مجال الإجراءات، فإذا
تعتبر صلاحية للخصم لمباشرة إجراءات أمام القضاء ويكون المتقاضي أهلا للتقاضي
ببلوغه سن الرشد 19 سنة طبقا للمادة 40 من القانون المدني¹، أما عن ناقص الأهلية فقد
يكون أهلا للتقاضي في بعض الحالات منها:

- الطلبات التي تتعلق بالأهلية، مثل طلب المحجوز رفع الحجز وطلب القاصر
ببطلان الإجراءات بسبب نقص الأهلية، لأن هذه الطلبات تقرض بطبيعتها نقص أهلية
المدعي.

التدابير المستعجلة لأنها ذات طابع تحفظي وهي من أعمال الإدارة البسيطة التي لا
تمس بأصل الحق والتي لا يشترط للمطالبة بها بلوغ سن التمييز²، كما يجب أن يتوفر شرط
الأهلية في الخصم الموجه إليه الإجراء، لأنه حتما سوف يعرضه لمخاطر الحكم ضده وقد
يؤدي إلى حرمانه من حقه ولهذا يجب أن يكون أهلا هو الآخر حتى يتمكن من الدفاع عن
حقه والرد ضد من اتخذ الإجراءات ضده.

- **جزاء تخلف الأهلية:** نوع الجزاء الذي ينتج جراء تخلف الأهلية فالبعض يرى أن هذا
الجزاء يتمثل في عدم قبول الدعوى وذلك للأسباب التالية:

¹ بوشير محند أمقران المرجع السابق، ص 74.

² المرجع السابق ص 77.

- أن الأهلية مثل الصفة تتعلق بصلاحية الشخص المتقاضي ويترتب عن تخلفها تخلف الصفة.

- وأيضاً أن الأهلية لا تعد مجرد شكلية إجرائية يترتب تخلفها بطلان الأجراء والتمسك بها لا يخضع لنظام الدفع الشكلي بالبطلان، وإنما لنظام الدفع بعدم القبول وفي حالة تخلفها فإنه يعتبر بطلاناً نسبياً يتمسك به من شرع لمصلحته أي القاصر ويرى البعض الآخر أن تخلف شرط الأهلية يؤدي إلى عدم صحة الإجراءات وعدم قبول الدعوى ويتم التمسك بذلك عن طريق الدفع ببطلان وهو بطلان مطلق متعلق بالنظام العام¹.

وبناء على ما تقدم نستنتج أن أهلية التقاضي ليست شرطاً لقبول الدعوى وإنما شرطاً لمباشرة الإجراءات وتخلفها يترتب بطلان إجراءات الخصومة أما فيما يخص أهلية الاختصاص فهي شرط لوجود الدعوى.

ثانياً: مبدأ الطلب

ويقصد بذلك الطلب الذي يتقدم به أحد الخصوم إلى المحكمة ابتغاء صدور حكم بتأكيد وجود حق أو مركز قانوني أو نفيه أو ترتيبه لآثاره قبل خصمه.

الطلب إذن هو ذلك الإجراء الذي يعرض به الشخص ادعاءه على القضاء، طالباً الحكم له به على خصمه، فإذا استجيب هذا الطلب أدى إلى الحكم لمن قدمه على خصمه². والطلبات أنواع متعددة تنظم كالاتي:

من حيث الموضوع: هناك طلبات وقتية وموضوعية وأخرى ولائية تنفيذية، كما أن هناك طلبات رئيسية وكذلك الملحقة أو التابعة لها. أما من حيث صيغة الطلب فهناك الصريحة وأيضاً هناك التي تكون ضمنية³. والمراد بالطلبات الأصلية تلك التي تكون واردة في الادعاء الأصلي بمثابة رفع دعوى قضائية، وبموجب هذه الطلبات التي تتضمنها عريضة افتتاح الدعوى أو مذكرات الرد يتحدد موضوع النزاع ما لم يتم تعديله لاحقاً⁴.

¹ بوشير محند أمقران المرجع السابق ص 79.

² المرجع السابق ص 118

³ المرجع السابق ص 119

⁴ بريارة عبد الرحمن المرجع السابق ص 79

وفيما يخص الطلب الإضافي فعرفته المادة 25 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على انه ذلك الطلب الذي يقدمه أحد أطراف النزاع بهدف تعديل طلباتهم الأصلية، والهدف من تقديمه هو تعديل الطلب الأصلي بالزيادة أو النقصان وليس استبداله بطلب آخر، كما قد عرفت المادة أعلاه بأن الطلب المقابل على أنه الطلب الذي يقدمه المدعي عليه للحصول على منفعة فضلا عن طلبه رفض مزاعم خصمه وينفرد الطلب المقابل عن غيره من الطلبات بأن تقديمه يتم حصريا من طرف المدعى عليه¹.

ولكي تسير هذه الطلبات مسارها الصحيح يجب أن تراعى فيها قواعد الاختصاص بجميع أنواعه، بالنسبة للطلبات العارضة فترفع إلى المحكمة التي رفع لها الطلب الأصلي وللمدعي الحرية الكاملة في إبداء ما يشاء من طلبات أصلية، شرط أن يتقيد هذا في إبداء الطلبات العارضة يمكن أن تقدم شفويا أثناء الجلسة.

آثار تقديم الطلب: ومن آثار تقديم طلبات إلى القضاء ما هو متعلق بالمحكمة وما هو متعلق بالخصوم.

بالنسبة للمحكمة: يترتب عن تقديم الطلب إلى المحكمة المختصة نزع اختصاص من سائر المحاكم الأخرى.

- التزام القاضي بتحقيق والفصل في الطلبات المقدمة إليه وألا عد مرتكبا لجريمة إنكار العدالة كما له أن يحكم ببطلان إجراءاتها أو بعدم قبولها

وعلى القاضي الالتزام بكل الطلبات المقدمة إليه أصلية كانت أم صريحة أو ضمنية، وأن القاضي هنا ملزم بالنقيد بحدود ما جاء في طلبات الخصوم من حيث الموضوع وليس له الحكم بأكثر مما طلب، وأيضا ليس للقاضي الإجابة على طلب بناء عل سبب آخر غير السبب الذي أبداه الطالب، وعلى المحكمة إذا التزمت بالطلبات المقدمة إليها موضوعا وسببا فإنها لا تلتزم بتكليف الخصوم لهذه الطلبات والأساس القانوني التي استندت إليه وذلك طبقا لقاعدة أن القاضي يعلم القانون، فلتكليف واختيار القاعدة القانونية هو من اختصاص القاضي، فلا يلزم الخصوم بتقديم نصوص قانونية التي تنطبق على ادعاءاتهم أو

¹ بريارة عبد الرحمن المرجع السابق ص 79

أن يقوموا بتكليف هذه الادعاءات حيث أن تطبيق القانون وتكليف الطلبات هم مما يدخل في صميم وظيفة القاضي¹.

وأيضاً يجب الإشارة هنا أن القاضي يمكنه التحرر من مبدأ الطلب كأصل عام، يجب عليه أن يتقيد به في الحالات الآتية، وفي هذه الحالات يستطيع أن يفصل في النزاع معين دون الحاجة إلى طلب من الخصوم، وهي الحالات التي تتعلق فيها المسألة بالنظام العام والآداب العامة، تعتبر هذه المسألة مطروحة أما المحكمة بقوة القانون وتقضي فيها من تلقاء نفسها دون الحاجة إلى طلب، كما أن للقاضي أيضاً التحرر من مبدأ الطلب والفصل فيما جاء أمامه بناء على ما يطلبه الخصوم، إذا خوله القانون في الحكم بشيء معين دون طلب.

المطلب الثاني: سلطات القاضي في إدارة الخصومة

سوف نتطرق في هذا المطلب للسلطات التي يمنحها المشرع للقاضي في تسييره للجلسة والخصومة ومدى فعالية دوره فيها.

الفرع الأول: سلطة القاضي في إدارة الخصومة

ونتناول في هذا الفرع دور القاضي في تسيير الخصومة، ودوره في تأسيس الحكم، وامتناعه عن القضاء بعلمه الشخصي.

أولاً: دور القاضي في تسيير الخصومة

طبقاً للمواد 260 إلى 269 من ق إ م إ، والتي جاءت تحت عنوان "في سير الجلسة" وضح المشرع وبين لنا اختصاصات القاضي وصلاحياته في سير الجلسة، كإبلاغ القاضي النيابة بتاريخ الجلسة وكذلك فيما يخص تنازع الاختصاص ويمكنه إبلاغ النيابة العامة تلقائياً في أية قضية.

وكذلك من صلاحياته أن يناط له ضبط الجلسة لأجل ضمان الهدوء والحماية والوقار الواجب لهيئة الجهة القضائية وسير الإجراءات بشكل طبيعي دون أي تعقيدات.

وكما هو من واجب القاضي الاستماع إلى الخصوم ووكلائهم ومحاميهم وجاهة، وأما في حالة تعذر حضور أحد الخصوم الجلسة، فمن سلطات القاضي أن يؤجل القضية إلى جلسة أخرى لاحقة إذا كان التخلف عن الحضور مبرراً في نظر القاضي، وتكمن سلطة

¹بوشير محند أمقران، المرجع السابق ص 121

القاضي في دعوة الخصوم إلى تقديم توضيحات بشأن أي مسألة قانونية يراها غامضة أو بشأن أي واقعة متى رأى ذلك ضرورياً.

وعلى هذا يجب أن نميز ما بين سلطات القاضي في سير الجلسة كما هو مبين أعلاه، وبين سلطاته بالنسبة للخصومة، حيث جاء النص عليها في المواد من 27 إلى 31 من نفس القانون وتحت عنوان سلطات القاضي.

كما يجب الإشارة إلى أن مضمون هذه المواد ما هو إلا تطبيقاً وتكريساً للدور الإيجابي الذي منحه المشرع للقاضي المدني في تسيير الخصومة، فإذن القاضي هنا مطالب بالتدخل في سير الخصومة لضمان احترام القوانين من قبل الجميع¹.

ثانياً: دور القاضي في تأسيس الحكم

إن القاضي ملزم بالحدود المبينة له من قبل الخصوم، ولا يمكنه الأخذ بعين الاعتبار كأصل وقاعدة عامة إلا ما أثير أمامه من وقائع كانت محل مناقشات ومرافعات، غير أن قانون الإجراءات المدنية والإدارية أعطى للقاضي بعض الصلاحيات ففي المادة 26 من هذا القانون، أجاز للقاضي أثناء فصله في الدعوى، أن يأخذ بعين الاعتبار الوقائع المثارة أمامه من طرف الخصوم أثناء المناقشات والمرافعات التي لم يؤسسوا عليها ادعاءاتهم².
وكما هو مستقر عليه في القضاء أن أطراف الخصومة القضائية، هم الذين يقومون بتقديم الوقائع وهم من يثبتونها، ولا يجوز للقاضي مهما كان الأمر أن يتدخل فيها فينقص منها أو يزيد عليها.

كما لا يجوز للقاضي أن يتعداها احتراماً لمبدأ حياد القاضي، وعلى هذا فإن القاضي يكون ملزم بادعاءات الخصوم، ولكن المشرع هنا فعّل دور القاضي في الخصومة وأعطاه من الصلاحيات حق التدخل في تسييرها، ونستخلص ذلك من المادة 26 من ق إ م إ، التي تنص على أنه: "لا يجوز للقاضي أن يؤسس حكمه على وقائع لم تكن محل المناقشات والمرافعات. يجوز للقاضي أن يأخذ بعين الاعتبار من بين عناصر المناقشات والمرافعات الوقائع التي أثيرت من طرف الخصوم ولم يؤسسوا عليها ادعاءاتهم".

¹ بربارة عبد الرحمن، المرجع السابق ص 74

² المرجع السابق ص 76

إن الفقرة الأولى جاءت تكريسا وتطبيقا لمبدأ حياد القاضي إن الخصومة ملك للخصوم والقاضي مجرد حكم فيها.

أما كلمة يجوز في الفقرة الثانية فتحت المجال أمام القاضي يأخذ ما يلزم أثناء ما هو مثار أمامه في الجلسة، وبناء عليه إن المشرع قد وسع صلاحية القاضي هنا بصراحة النص، فإن القاضي غير مقيد بما تضمنته العريضة أو المذكرات التي أمامه، وإنما له استثناء عن الأصل العام أن يأخذ بكل ما يثار أمامه شفويا ويعتبره تأسيسا لادعاءات الخصوم.

ومثال ذلك ما إذا رفعت زوجة أمام قسم شؤون الأسرة دعواها المتمثلة في مطالبتها بالطلاق، وأن زوجها يسيء معاملتها ويضربها استنادا للمادة 53 من قانون الأسرة، دون أن تقدم هذه الزوجة أي وثيقة طبية تدعم موقفها، ولكن ثير أمام قاضي شؤون الأسرة واقعة أخرى لم ترد في العريضة افتتاح دعوى بزواج المدعى عليه من زوجة أخرى دون موافقتها، وتصر على عدم رضاها، فالقاضي هنا يأخذ بعين الاعتبار الوقائع المثارة أمامه، حتى وإن لم يؤسس عليها حكمه لفائدة الزوجة، أن لقاضي شؤون الأسرة الأخذ بعين الاعتبار تلك الوقائع التي تثار أثناء سير الجلسة والأخذ بها جديا، طبقا للصلاحيات التي خولت له بموجب قانون الإجراءات المدنية والإدارية¹.

ثالثا: مبدأ امتناع القاضي عن القضاء بعلمه الشخصي:

لا يمكننا الحديث عن صلاحيات القاضي في مجال الخصومة ودوره في مجال الوقائع، دون التطرق إلى مبدأ امتناع القاضي عن القضاء بعلمه الشخصي، فهو مبدأ مهم مستقر عليه في الفقه القانوني والقضاء، نظرا للأهمية البالغة في سير الخصومة وتكريس مبدأ سيادة الخصوم على الوقائع، إذا يترفع عن مبدأ سيادة الخصوم في مجال الوقائع قاعدة أخرى وهي قاعدة عدم قضاء القاضي بعلمه الشخصي، إذا إن هذا الأخير لا يمكنه أن يحكم طبقا وبناء لما وصل إليه من وقائع معينة بغير الطريق الذي رسمه له القانون، كأن يرى القاضي لواقعة معينة أثناء مروره تتعلق بنزاع المطروح أمامه، وهذا لا يخوله التدخل فيه، ويسري هذا المبدأ بالنسبة لموضوع الطلب، فيمنع على القاضي أن يتدخل في أي عنصر أو واقعة في النزاع المطروح أمامه من شأنها أن تغير ما هو معروض في الطلب

¹ بربارة عبد الرحمن المرجع السابق ص 76

القضائي، فإذا أدخل القاضي عناصر أخرى غير التي في الطلبات الخصوم يكون حكمه عبارة عن قضاء بعلمه الشخصي. ويسري هذا كذلك على السبب الذي جاء به الخصوم في الطلب، فمن غير الجائز له أن يغير في السبب بإدخال أي وقائع جديدة من عنده لم يأت بها الخصوم، وأيضا فيما يخص وسائل الدفاع، فلا يجوز للقاضي أن يفصل في أي نزاع إلا بعد قيام المدعي بإثبات ما يدعيه، فلا يجوز للقاضي أن يحكم بناء على وسائل إثبات توصل إليها هو بعلمه الشخصي، ولم تكن محل مناقشة من قبل الخصوم¹.

ونستنتج مما تقدم أن قاعدة تقديم الخصوم للوقائع، هي قاعدة مطلقة بحيث لا يجوز للقاضي تقديم أية وقائع من عنده أو استنادا إلى علمه الشخصي، والحكم بوسائل إثبات توصل إليها هو بنفسه، فيحول هذا دون التطبيق السديد لمرفق القضاء الذي من شأنه إرساء القانون وإقامة العدل.

الفرع الثاني: سلطة القاضي في الإثبات

إذا تحدثنا عن الإثبات أمام القضاء فبطبيعة الحال يجب التحدث عن أهم مبدأ في هذا الخصوص، ألا وهو مبدأ حياد القاضي، حيث أن عدم تحيزه يعد بديهية في النظام القضائي،

وللوقوف على المدى الحقيقي لهذا المبدأ يجب تحديد طبيعة نظامه القانوني لقواعد الإثبات التي يمارس القاضي في ظلها وظيفته، فسلطة القاضي في الإثبات في المذهب الحر هو إيجابي جدا، تكون له كامل الحرية في توجيه الخصوم واستكمال ما ينقصه من الأدلة وطلب توضيح كل ما هو مبهم. أما في المذهب المقيد فدوره سلبي للغاية، يقتصر فقط على تلقي الأدلة كما يقدمها الخصم دون أي تدخل حتى، وإن كانت ناقصة ومبهمة فدوره تحكيمي ليس إلا، أما المذهب المختلط وهذا ما اعتمده مختلف التشريعات الحديثة فيتعين على القاضي أن يأخذ موقفا وسطا ما بين الايجابية والسلبية، ولكن يقتضي على القاضي أن يأخذ موقفا وسطا ما بين الايجابية والسلبية²، ولكن يقتضي أن يكون أكثر من الايجابية منه

¹ الأنصاري حسن النيداني ، القاضي و الجزاء الإجرائي، دار الجامعة الجديدة للنشر الإسكندرية، ص ص 23، 24.

² عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت لبنان. الطبعة الثانية الجزء الثاني ص 97.

إلى السلبية، فللقاضي هنا شيء من الحرية في تحريك الدعوى وتوجيه الخصوم في استكمال الأدلة الناقصة وتوضيح كل ما هو مبهم من الوقائع.

المقصود بهذا المبدأ القانوني العريق المستقر عليه مختلف النظم القانونية، أن دور القاضي في الدعوى يكون حكما ليس له أي سلطة توجيه الخصوم، بل له أن يقدر بما جاء به الخصوم فقط¹.

غير أنه ودعما للدور الايجابي للقاضي في سير الخصومة، أعطاه المشرع الجزائري سلطة التدخل في مادة الإثبات، وهذا ما جاء في المواد من 71 إلى 74 من ق إ م إ، التي تخوله القيام بالآتي:

-حسم الإشكالات التي قد تثار بخصوص إبلاغ الأوراق والسندات والوثائق التي يقدمها كل طرف دعما لادعاءاته.

-يحدد شفاهة وعند الاقتضاء تحت طائلة غرامة تهديدية أجل وكيفية تبليغ الأوراق واستردادها من الخصوم.

-يجوز للقاضي تصفية غرامة التهديدية التي أمر بها.

-يجوز للقاضي أن يأمر باستخراج نسخة رسمية أو إحضار عقد رسمي أو عرفي أو إحضار أية وثيقة محجوزة لدى الغير، بناء على طلب أحد الخصوم حتى ولو لم يكن طرفا في العقد.

يفصل القاضي في الطلب المتضمن استخراج نسخة أو إحضار عقد رسمي أو عرفي أو إحضار أية وثيقة محجوزة لدى الغير، بأمر معجل النفاذ بموجب النسخة الأصلية للأمر كما تشير المادة 74 إلى أن الطلب يقدم أثناء الجلسة في شكل عريضة، تبلغ للخصوم كما أن للقاضي المدني إجراءات التحقيق حيث تقول المادة 75 ق إ م إ، "يمكن للقاضي بناء على طلب الخصوم أو من تلقاء نفسه أن يأمر شفاهة أو كتابة بأي إجراء من إجراءات التحقيق التي يسمح بها القانون"

فالقاضي صلاحية إجراء التحقيق من تلقاء نفسه حتى وإن لم يطلب الخصوم ذلك ويمكن للقاضي طلب هذا الأجراء في أي مرحلة كانت عليها الدعوى، كما يمكن له أن يأمر

¹ محمد يوسف ياسين ، الوسيط في قانون المحاكم الشرعية والمذهبية ، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى ص

بعده إجراءات تحقيق في آن واحد أو متتالية، ولا يترتب على الأمر بإجراء تحقيق تخلي القاضي عن الفصل في القضية، ويتضح من كل هذا أن المشرع لم يضع حدودا لصلاحيات القاضي، لا من حيث نوع التحقيق أو عدد إجراءات التحقيق أو المرحلة التي يكون عليها الدعوى، بل ويضل مختصا للنظر في القضية بعد تنفيذ التحقيق¹.

كما تجدر الإشارة أن المادة 79 من ق إ م ق إ، تخول للقاضي إلزام الخصوم أو أحدهم عند الاقتضاء بإيداع مصاريف التحقيق بعد تحديدها، فإن لم تودع في آجالها التي حددها القاضي استغنى عن الإجراء الذي أمر به، اعتبار أن الخصم غير حريص وحكم في القضية على الحالة التي هي عليها.

كما أن المادة 77 من ق إ م ق إ، هي الأخرى مكنت القاضي من أهم إجراء مستحدث بشأن الأوامر المتصلة بالتحقيق أمام قاضي الموضوع، بفضلها أصبح للقاضي الموضوع قبل مباشرة الدعوى متى توفر السبب المشروع، أن يأمر بأي إجراء من إجراءات الشخص بناء طلب كل ذي مصلحة فعند إقامة الدليل والاحتفاظ به للإثبات الوقائع التي قد تحدد مآل النزاع².

وإعمالا لقاعدة من يملك الجزء يملك الكل، جاز للقاضي أن يقوم شخصيا بتنفيذ إجراء من إجراءات التحقيق التي أمر به، أو يشرف على تنفيذه شريطة حضور أمين الضبط لتحرير محضر بذلك كما هو مبين في المادة 90 ق إ م ق إ، قد يعترى إشكالات تعترض تنفيذ التحقيق المأمور به، فيتولى القاضي بناء على طلب الخصوم أو من تلقاء نفسه تسوية هذه الإشكالات وذلك بموجب أمر غير قابل لأي طعن.

وعندما يشرف القاضي على عمليات الخبرة، له أن يأمر أمين الضبط بتحرير محضر يدون فيه معاینته وكل التوضيحات المقدمة من الغير وتصريحات الخصوم والغير، وتكريسا للدور الإيجابي للقاضي في سير الخصومة أجاز له المشرع، وفي جميع المواد أن يأمر الخصوم أو أحدهم تلقائيا أو بطلب من أحد الخصوم شخصيا أمامه، ولو كان لديهم محامي أو ممثل قانوني ينوبهم، ويفصل القاضي بأمر غير قابل للطعن في طلب أحد الخصوم

¹ بربارة عبد الرحمن المرجع السابق ص 115.

² المرجع السابق ص 116.

إلزامي إلى الحضور الشخصي للطرف الآخر¹، كما أن المادة 107 تخول للقاضي أمر بإحضار فاقد الأهلية رفقة ممثله القانوني ليس بغرض استجوابه رسمياً، إنما للتأكد من صحة الادعاء بفقد الأهلية أو على سبيل الاستئناس².

ونستنتج مما ذكر أنه تم توسيع دور القاضي إلى مدى محدود، فالقاضي مقيد بقواعد قانونية في الإثبات كما هو منصوص عليه في القانون الإجراءات المدنية والإدارية، إلا أن هذه القيود لا تعدمه سلطة، فالمشرع أعطاه دوراً إيجابياً لتسيير الخصومة والتدخل فيها بموجب المواد التي تطرقنا إليها، فإذن يمكن للقاضي القيام ببعض التحقيقات ويجري معاينات بنفسه أو بواسطة خبير كما له تقدير الأدلة وفرزها واستكمال دليل ناقص واستجواب الخصوم، وله أيضاً من السلطة في تقدير القيمة الثبوتية لبعض وسائل الإثبات، إلا أنه مهما كانت للقاضي الحرية في تقدير الإثبات وأدلتها، فلا جدال في أن الخصوم هم من يحضرون الوقائع والأدلة ويقومون بإثباتها.

المبحث الثاني: دور القاضي في مجال القانون

سندرس في هذا المبحث دور القاضي في مجال القانون وصلاحياته في تكييف الوقائع المعروضة عليه، ورقابة المحكمة العليا على سلطة قاضي شؤون الأسرة.

المطلب الأول: سلطة القاضي في التكييف القانوني للوقائع

لمعرفة سلطة القاضي في التكييف، نحتاج أولاً إلى تعريف التكييف، والسلطة التي يملكها القاضي في هذا المجال، على اعتبار أن التكييف مسألة قانونية، وسنوضح ذلك كله في فرعين.

الفرع الأول: تعريف التكييف وسلطات القاضي فيه.

وسوف نعرف التكييف أولاً، ثم نبين سلطة القاضي في مجال التكييف ثانياً. في اللغة والاصطلاح وكذل في القانون.

أولاً: تعريف التكييف: نعرف التكييف في اللغة والاصطلاح وكذا في القانون.

أ - تعريف التكييف لغة: مصدر كَيْفَ وكَيْفَ الشيء جعل له كيفية معلومة، وتكْيِف الشيء صار على كيفية من الكيفيات، وكيفية الشيء حالته وصفته¹.

¹ 1 بريارة عبد الرحمن المرجع السابق، ص. 112.

² المرجع السابق، ص 112.

ب - تعريف التكيف اصطلاحاً: يرتبط التكيف في علم الأصول بالقياس الذي يعرفه علماء الأصول، بأنه بيان حكم أمر غير منصوص على حكمه بأمر آخر منصوص على حكمه للاشتراك بينهما في علة الحكم، ويتقابل تحديد التكيف القانوني السليم مع التعرف على علة الحكم التي يعرفها علماء الأصول، بأنها الوصف الظاهر المنضبط المناسب للحكم كالقتل العمد بالسيف فإنه علة القصاص، التي هي الاعتداء المقصود بآلة من شأنها أن تقتل فيقاس على ذلك القتل بالرصاص².

ج - تعريف التكيف في القانون: ذهب رأي من الفقه إلى تعريف التكيف على أنه مطابقة الوقائع الحالة على القاضي بمقتضى الدعوى مع الوقائع التي يعاقب عليها القانون³. ويعرفه رأي آخر بأنه عملية قانونية يقوم فيها القاضي بالبحث عن الاسم القانوني الذي يتعين إضافؤه على الفعل الذي دخل حوزته، وبهذه العملية يتخذ الفعل الاسم القانوني الخاص به، وبعبارة أخرى فالتكيف يعني الفعل من خلال النص الذي يعاقب عليه القانون⁴. كما عرفه آخرون بأنه تطبيق فكرة قانونية على واقعة⁵. ويذهب تعريف آخر إلى أن التكيف يعني تلك العلاقة بين الواقعة الخاصة لتقدير القاضي والنص القانوني الذي يؤتمها. وعلى ضوء ما سبق، يمكن القول بأن التكيف للواقعة هو مطابقة القاضي لواقعة الدعوى بإعطائها الوصف القانوني، وهذا التعريف يبين لنا عناصر التكيف وصوره⁶. فمن حيث الجوهر يتجسد التكيف القضائي في عملية المطابقة بين الواقع والقانون، ولهذه المطابقة ضوابطها القانونية والجزائية والموضوعية.

من الناحية العضوية، إن التكيف هو عبارة عن نشاط قضائي خاص بقاضي الدعوى ولا دخل للخصوم فيه. والتكيف عمل ملزم للقاضي، فإذا امتنع هذا الأخير عن الفصل يعتبر مرتكباً لجريمة إنكار العدالة.

الجمع ما بين الواقعة والقانون لا يشكل لنا تكييفاً قضائياً مبني على واقع محض أو قانون محض، إنما هو مزيج بين الوقائع التي ثبتت أمام المحكمة ونموذجها القانوني⁷.

¹ نقلا عن محمد علي السويلم، التكيف في المواد الجنائية، دار المطبوعات الجامعية الاسكندرية، ص 11.

² المرجع السابق ص 11.

³ المرجع السابق، ص 34

⁴ المرجع السابق، ص 35

⁵ المرجع السابق، ص 35

⁶ المرجع السابق، ص 35.

⁷ المرجع السابق، ص 35.

وفي هذا السياق يجب التفرقة بين التكيف القانوني والتكيف القضائي، ويجب الإشارة أنه يوجد خلل كبير في الفقه والقضاء بين المصطلحين، وإن مصطلح التكيف القانوني يستعمل غالبا للدلالة على تكيف الواقعة، ويقصد به بيان حكم القانون وما يقوم به القانون على واقعة محددة، أما التكيف القضائي فيعني المطابقة بين الواقعة المرتكبة والنص القانوني من خلال ممارسة القاضي لوظيفته¹.

ثانيا سلطة القاضي في التكيف: بعد أن رأينا أن دور القاضي في مجال الوقائع مقيد بمبدأ سلطة الخصوم، غير أن دور القاضي في مجال القانون يكون إيجابيا للغاية، بل أكثر من ذلك فيعد هذا الأمر من صميم عمل القاضي.

فتطبيق القانون مهنة القاضي، لأنه منوط به الفصل في المنازعات، طبقا للقواعد القانونية التي يحكمها، فإن واجب القاضي هو الالتزام بالقانون وتطبيقه من تلقاء نفسه، ولا دخل للخصوم في هذا المجال، فليس لهم حق التدخل بتقديم النصوص القانونية أو إعطاء النزاع تكيفه القانوني، فلا صلاحية لهم هنا مطلقا، فلم تقديم الوقائع دون تلوينها بأي لون قانوني².

وبناء على هذا فإنه يفترض في القاضي علمه بالقانون، فيفترض علمه بكافة قوانين الجمهورية ابتداء بدستور الدولة وكافة التشريعات التي يصدرها المشرع وكذلك الأوامر والقرارات وكذا العلم بالعرف، وكذلك الاتفاقيات الدولية التي صادقت عليها الجزائر، فأى نزاع يطرح أمامه، يفترض في القاضي أن يعلم أي قاعدة قانونية يجب تطبيقها عليه.

ويجب الإشارة هنا إلى قاضي شؤون الأسرة يفترض فيه العلم بأحكام الشريعة الإسلامية، لأن المشرع أحال إليها صراحة في المادة 222 ق أ، كما تعد من مصادر التشريع الرسمية الاحتياطية طبقا للمادة الأولى من القانون المدني. غير أن الكثير من قضاة الأسرة يجهلها، وهذا ما يوقع بعض القضاة في الكثير من المشاكل بين تضارب أحكام الشريعة الإسلامية وما يمليه القانون في قسم شؤون الأسرة، ومثال ذلك الطلاق فالشريعة تعد بتاريخ النطق بالطلاق، غير أن قانون الأسرة طبقا لما ورد في المادة 49 منه، أن الطلاق لا يثبت إلا بحكم قضائي، فإذا انتظرت المرأة حتى صدور منطوق الحكم، ونظرا لطول

¹محمد علي السويلم المرجع السابق، ص 30.
²الأنصاري حسن النيداني المرجع السابق، ص 25

الإجراءات تنتهي بطبيعة الحال عدتها، فإذا تزوجت مرة أخرى تعد مرتكبة لجريمة الزنا في نظر القانون، وهنا يلاحظ تضارب بين الشريعة والقانون، فمن شأن القضاة الأخذ بعين الاعتبار هذه الأمور المهمة والحساسة جدا التي تملئها الشريعة، وهناك العديد من الإشكالات تثار في القضاء بهذا الخصوص، فإذا تمكن القاضي من الشريعة والإلمام بها كان لهذا الأخير إيجاد حل وتطبيق صحيح القاعدة القانونية على الواقعة المطروحة أمامه. غير أن قاعدة افتراض علم القاضي بالقانون لا تعني أنه يعلم بكل تفاصيل القوانين يعد هذا فرض صعب، وإنما يرجع مفهوم هذه القاعدة أن القاضي مهمته تطبيق القانون، فإذا كان القاضي غير عالم بالقانون يجب عليه أن يبحث ويطلب به جيدا، ولا ينتظر مساعدة من الخصوم فهم غير ملزمون بتقديم النصوص القانونية ولا حتى تفسيرها وتقديم إيضاحات بشأنها¹.

ويتبادر في هذا السياق سؤال، يتمثل في تطبيق القاضي للقانون هل يعد حقا أم واجبا عليه، بحيث يعاب عليه عدم تطبيقه، والجواب على ذلك أن القاضي إذا طبق القانون على الوقائع التي جاء بها الخصوم في طلباتهم لتأييد ادعاءاتهم، يكون ملزما بتطبيق القواعد القانونية اللازمة ولو لم يتمسك بها الخصوم، سواء كانت هذه القاعدة متعلقة بالنظام العام أو كانت آمرة أو مكملة. أما في حالة أن القاضي يقوم بتطبيق القانون على وقائع موجودة في ملف الدعوى لم يتمسك بها الخصوم لتأييد ادعاءاتهم، فلا يكون تطبيق القانون في هذه الحالة واجب على القاضي بل مجرد حق له².

فالقاضي هو من يبحث عن القاعدة القانونية لكي يطبقها على الواقعة التي هي أمامه، ولا يتقيد بالأسس القانونية التي يأتي بها الخصوم، فهي لا تلزمه في شيء، إذ يقع على عاتقه البحث عن النص الواجب التطبيق على تلك الوقائع، ولذلك نجد أن المشرع دائما يوكل مهمة التكييف للقاضي، حتى إذا صدر حكمه كان هذا الحكم مطابقا للقانون الذي ينص المشرع على تجسيده في الواقع من خلال حكم القاضي، فحكم القاضي هو الأثر القائم في القاعدة القانونية الموضوعية والإجرائية التي أعلن عليها القاضي، أنها قابلة للتطبيق على النزاع المطروح أمامه، وذلك في الأحوال التي يتطابق فيها الواقع المطروح أمامه

¹ الأنصاري حسن النيداني، المرجع السابق ص 26.

² المرجع السابق، ص 25.

بواسطة الخصوم مع المفترض النموذجي للقاعدة القانونية القابلة للتطبيق على النزاع، والتي توصل إليها القاضي عبر آليات فنية متعددة منها التقرير القضائي والتكييف القانوني والقياس القضائي¹.

ويتم ذلك عبر القياس القضائي الذي يعتمد على المقارنة بين الواقع المتنازع عليه، والبحث عبر آليات معينة بواسطة القاضي عن القواعد القانونية، وفي هذه الحالة يكون القاضي قد طبق القانون، وأنزل الحماية القانونية في شكل حماية قضائية للمراكز الموضوعية المتنازع عليها، وهذه الحماية القضائية قد تكون حماية موضوعية تبين النظام القانوني لأصل الحق المتنازع عليه².

وعليه فإذا رفعت سيدة دعوى قضائية ضد زوجها للمطالبة بفك الرابطة الزوجية عن طريق الخلع، واستندت في دعواها على أحد الأسباب الواردة في نص المادة 53 ق أ، وقد ثبت للقاضي صحة ما تدعيه، فإنه يجب عليه أن يكيف الوقائع التي اعتمدت عليها المدعية في طلب الخلع، ولا يلاحظ هل هذه الوقائع تنطبق عليها أحكام الخلع المنصوص عليها في المادة 54 ق أ، فعلا أم أحكام التطلاق المنصوص عليها في المادة 53 ق أ، ثم يسقط الأحكام القانونية المناسبة عليها³.

الفرع الثاني: اعتبار التكييف مسألة قانونية

إن مسألة التكييف القانوني تعد من أساسيات العمل القضائي، فهي تتطلب الكفاءة والمهارة القانونية العالية لدى القاضي، لذلك هناك من يعتبرها من أعمال الذكاء، ففي أثناء عملية التكييف القانوني لا يوجد أي تطبيق للقانون، وإنما الهدف المرجو منه هو البحث عن صحيح القاعدة القانونية الواجبة التطبيق عن طريق البحث عن الأثر المترتب على تطبيق المفترض النموذجي مع الواقع المطروح عليه⁴.

وبالرجوع إلى المادة 29 من ق إ م إ، نجد المشرع في هذه المادة أوكل للقاضي تكييف الوقائع والتصرفات تكييفاً قانونياً صحيحاً، دون التقيد بتكييف الخصوم، فالقاضي يكيف ويبحث عن صحيح القاعدة القانونية ويسعى إلى تطبيقها على الوقائع المعروضة عليه، دون

¹المطاعي نور الدين ، سلطة قاضي شؤون الأسرة، التكييف القانوني للوقائع، دورية التكوين المستمر، دورة تكوينية للقضاة، الفترة من 7 إلى 15 فيفري ، ص 6.

² المرجع السابق، ص 6.

³ المرجع السابق ص 4.

⁴ المرجع السابق، ص 8.

أن يتقيد بتكليف الخصوم، وهذا يؤكد لنا أن التكليف مسألة قانونية، حيث أوكل المشرع مهمة التكليف القانوني للقاضي دون التقيد بتكليف الخصوم، وحتى لا يبقى القاضي في حيرة من أمره جاءت المادة صريحة "دون التقيد بتكليف الخصوم"، وكل هذا حتى لا يتدخل الخصوم في إنشاء الحكم القضائي، فهذا الأمر لا يعد من اختصاصهم، فلهم فقط إحضار الوقائع وإثباتها وهنا ينتهي دورهم، وهذا ما يعرف بواجباتهم في الخصومة القضائية، وإن إرادتهم عند تأسيس الادعاءات على نحو نصوص معينة وتقديم الطلبات ما هي إلا أمل في الحصول على حكم بما يريدونه لذلك فدورهم لا يتعدى إلى القانون أبداً.

فمثلاً عندما يحكم القاضي بالتطبيق بدلاً من الخلع، خلافاً لطلبات المدعية، لا يعد هذا خروجاً للقاضي عن الحياد، بل هو من صميم عمله، كما أن هذا الحكم الخارج عما طلبه الخصوم، كي لا يتعرض للطعن بالنقض يبين القاضي في حكمه النص القانوني الواجب التطبيق¹.

وعليه فعندما يرى قاضي شؤون الأسرة أن دعوى الخلع المؤسسة على أسباب التطبيق المنصوص عليها في المادة 53 من ق أ، وأن التكليف الذي جاء به الخصم غير صحيح أي أن الوقائع التي تضمنتها عريضة المدعية في دعوى الخلع، تنطبق عليها أحكام التطبيق وليس أحكام الخلع، فهنا قاضي شؤون الأسرة لا يتقيد بهذا التكليف ويقوم بإعطاء التكليف القانوني الصحيح، ولذا ينبغي على القاضي إصدار حكمه وفقاً لتكليفه هو، لا وفقاً لتكليف الخصوم، وهذا ما أسفرت عنه المادة 451 من ق إ م إ، فالمشرع هنا أمر القاضي صراحة بتكليف ومعاينة الوقائع في طلب الخلع و لتطبيق، فله التأكد بأخذ التدابير اللازمة والتي يراها ضرورية وله سلطة التكليف وإعطاء الوصف القانوني السليم للدعوى التي أمامه وإصدار الحكم بناء على ما قد كلفه.

فبعد انتهاء قاضي شؤون الأسرة من عملية التكليف القانوني الصحيح للوقائع المعروضة أمامه، ويكون بهذا قد استتباط القاعدة القانونية المناسبة والصحيحة على الواقعة التي يفصل فيها النزاع، والتي يتم التوصل إليها عبر القاضي نفسه بعد عملية النظر جيداً في الواقعة والبحث بإمعان عن القاعدة القانونية الصحيحة الواجبة التطبيق في النزاع الذي أمامه، دون الالتفات طبعاً إلى تلك القواعد التي قدمها الخصوم في دعواهم ومذكراتهم وبذلك

¹ لمطاعي نور الدين المرجع السابق، ص 12.

نكون أمام ما يسمى بتحقيق الغاية القضائية، وتبرز هذه الحقيقة عبر الحكم القضائي الصادر من القاضي وفقا لتكليفه، ويعتبر الحكم القضائي إعلانا عن إرادة القاضي، يجب العمل به، وهو إعلان صريح لإرادة القانون عبر إرادة القاضي¹.

المطلب الثاني: السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة ورقابة المحكمة

العليا

سوف ندرس في هذا المطلب السلطة التقديرية التي يتمتع بها قاضي شؤون الأسرة، ورقابة المحكمة العليا عليه.

الفرع الأول: السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة

نعرف أولا السلطة التقديرية التي يتمتع بها القاضي، ثم نبين العلاقة بين السلطة التقديرية والتكليف القانوني.

أولا - تعريف السلطة التقديرية

السلطة قانونا تعني إخضاع إرادة شخص لإرادة شخص قانوني آخر، فهي إذن علاقة قانونية بين إرادتين إحداهما خاضعة للأخرى التي تفوقها وتتمو عليها².

والسلطة التقديرية بحسب طبيعتها هي نشاط عقلي أساسا يجد أعماله في نطاق عناصر مادية، هذه العناصر المادية إما مجردة ومنظمة في نص تشريعي، إما في مرحلة أولى مادية وغير منظمة تطرح على القاضي لحسم النزاع الناشئ³.

أساس هذه السلطة التقديرية يكمن في طبيعة ووظيفة القاضي، إذ فلوم لم يتمتع بهذه لتحول عمله إلى آلة توضع فيها الوقائع من جهة فتخرج مغلفة بنص القانون من جهة أخرى⁴.

والسلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة من الناحية القانونية، هي تلك الصلاحيات المخولة له في تقدير وقائع الدعوى ووسائل الإثبات، مع إصدار حكم يتلاءم مع ذلك.

ومن خلال هذا التعريف نستنتج ما يلي:

¹ لمطاعي نور الدين، المرجع السابق، ص 10.

² فضلة حفيظة ، الضرر كسبب لفك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة، رسالة ماجستير، جامعة 20 أوت 1955 ، سكيكدة، سنة 2011-2012 ، ص 164.

³ نبيل اسماعيل عمر، سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية و التجارية، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية ، ص 82.

⁴ المرجع السابق، صفحة 82.

إن هذه السلطة التقديرية التي منحها المشرع لقاضي في شؤون الأسرة، لاسيما في قضايا التطلاق، وفك الرابطة الزوجية للضرر، جعلت دوره إيجابيا في مجال التطبيق، حيث يقع عليه تمحيص الادعاء ووسائل الإثبات حتى تقدير التعويض المناسب.

أما عن تقدير الوقائع فيقع على عاتق القاضي معاينة تكييف الوقائع المعتمد عليها في تأسيس الأسباب، وهذا بارز في المادة 451 ق إ م إ.

أما فيما يخص تقديره لوسائل الإثبات، فيتجلى ذلك من خلال تلك السلطة التي يتمتع بها في موازنة أدلة الإثبات، وكذا التحقق من وقوع الضرر الواقع على الزوجة، من طرف الزوج و كذا مدى حجية الأدلة المقترحة من طرف الزوجة¹.

ثانيا: العلاقة بين السلطة التقديرية والتكييف القانوني

السلطة التقديرية للقاضي، تتميز عن سلطة القاضي في إعمال التكييف القانوني، ويقصد بالتكييف القانوني بوجه عام إعطاء النزاع المطروح على القاضي الوصف القانوني الذي يسمح بإعمال قاعدة قانونية معينة عليه².

والجدير بالذكر أن هناك ارتباط عضوي بين التكييف والتقدير، من ناحية أن القائم لذلك في مجال العمل القضائي هو شخص واحد هو القاضي³.

والواقع أن التكييف والتقدير هما عمليتان متصلتان ببعضهما البعض، فالقاضي بحق لا يستطيع أن يباشر التكييف القانوني، قبل أن يتم التقدير لعناصر النزاع، والتكييف القانوني يلي إتمام القاضي لعملية التقدير، وتهيئة النزاع للحسم بواسطة القانون، فوظيفة سلطة القاضي التقديرية في نزاع معين تهدف إلى تهيئة النزاع، لتلقي تكييفا قانونيا معيناً يؤدي إلى إعمال قاعدة قانونية معينة، بمعنى أن سلطة القاضي التقديرية حينما تمارس، فإنها ترمي إلى التمهيد لأعمال التكييف القانوني، فالقاضي يجري عملية التقدير لتهيئة النزاع لاستقبال التكييف، وهذه التهيئة تتم عن طريق إعمال القاضي للسلطة التقديرية في مجال الوقائع أولاً، ليجتنب دائما عن القاعدة القانونية الواجبة التطبيق، فيستعمل القاضي سلطته في التقدير قبل

¹ فضلة حفيظة المرجع السابق ص 166.

² نبيل اسماعيل عمر، المرجع السابق، ص 197.

³ المرجع السابق، ص 198.

أن يستعمل سلطته في التكييف، لأن هذه المرحلة تعد مرحلة تهيئة النزاع لأعمال القانون عليه وذلك عن طريق التكييف القانوني¹.

فعند قيام القاضي بهذا النشاط الذهني في التكييف يقوم بنشاط ذهني معاصر له يعمل فيه سلطته التقديرية، ليكون النزاع مهيباً لتلقي تكييفاً قانونياً، يؤدي إلى تطبيق القاعدة القانونية الصحيحة وحسم النزاع².

فالسطة التقديرية هي نشاط ذهني يرمي إلى ضبط وتحديد عناصر النزاع في الواقع والقانون، والتكييف القانوني كذلك هو نشاط ذهني، لكنه يرمي إلى تطبيق القانون على واقع النزاع³، فكلاهما نشاط ذهني وكلاهما يرد على العناصر ذاتها وكلاهما يقوم به ذات الشخص، وهو القاضي وذلك بمناسبة إصدار حكم قضائي وحسم النزاع المطروح أمامه؛ ومع ذلك يبقى الفرق بينهما يتمثل في أن عملية التقدير ترمي إلى تهيئة النزاع للفصل فيه، فهي تسبق التكييف وهذا الأخير يتلوها زمنياً⁴.

الفرع الثاني: رقابة المحكمة العليا

نبين أولاً المقصود برقابة المحكمة العليا، ثم بعد ذلك نبين كيفتمارس المحكمة العليا رقابتها.

أولاً: المقصود برقابة المحكمة العليا: تراقب المحكمة العليا للأحكام القضائية القابلة للطعن بهذا الطريق، للتأكد من صحة أعمال القانون على الواقع المطروح على محكمة الموضوع، التي أصدرت الحكم المطعون فيه، فوظيفتها الأساسية تنصب حول البحث عن القاعدة القانونية المختلف عليها وتفسيرها وتطبيقها، سواء ما تعلق منها بالقواعد الموضوعية أو القواعد الإجرائية، وما إذا كانت القواعد الشكلية التي أوجب القانون إتباعها في الحكم والإجراءات قد روعيت أم لا⁵.

تعد الرقابة على تطبيق قاضي الموضوع للقواعد القانونية الموضوعية جوهر عمل المحكمة العليا، والسبب الرئيسي تاريخياً في نشأة هذه المحكمة، لذلك فإن كل التشريعات المقارنة تنص في قوانينها على أوجه النقص، والحقيقة أن مخالفة القانون يعود سببه في

¹ نبيل اسماعيل عمر ص 199

² المرجع السابق، ص 200.

³ المرجع السابق، ص 200.

⁴ المرجع السابق، ص 200.

⁵ المرجع السابق، ص 524 - 525.

مجمل الأحوال إلى أخطاء ذهنية يقوم بها قاضي الموضوع أثناء تعامله مع عناصر الواقع أو أثناء تعامله مع النص القانوني، لذلك فإن هذا العيب هو في أصله نتيجة لأخطاء ربط الواقع بالقانون، وهو يعكس مدى فطنة وحكمة وذكاء القاضي¹.

وتقوم المحكمة العليا بهذه الرقابة وذلك من خلال ، أولاً التأكد من أن القاضي الموضوع قد أثبت الوقائع التي جعلها أساسالحكمه بطريقة قانونية، ثم ثانياً التأكد من أن قاضي الموضوع قد أعطى لتلك الوقائع الثابتة التكييف القانوني الصحيح، ثم بعد ذلك التأكد من أنه قد اختار القاعدة القانونية الصحيحة التي تنطبق على تلك الوقائع، وأخيراً التأكد أنه قد طبق تلك القاعدة المختارة تطبيقاً سليماً، ويشترط لتطبيق هذه الرقابة أن يكون هناك نص قانوني أو قاعدة قانونية تصلح للتطبيق على النزاع، حسب الوقائع التي أثبتتها قضاة الموضوع².

ثانياً: كيفية ممارسة المحكمة العليا رقابتها

تمارس المحكمة العليا رقابتها من خلال حالتين:

الحالة الأولى: الرقابة على خرق قاضي الموضوع للقانون : إن مخالفة القانون تتحقق في حالة إجماع قضاة الموضوع عن تطبيق نص قانوني ملزم، أو في حالة تطبيقهم لقاعدة قانونية غير موجودة، ويتضح هنا أن خرق قاضي الموضوع لأي قاعدة قانونية، إنما يأتي من جهله بوجود تلك القاعدة، أو عدم وجودها، فمثلاً القاضي الذي يثير مسألة قانونية من تلقاء نفسه رغم أن القانون يلزمه صراحة بعدم الأخذ بها تلقائياً، إنما يقوم بذلك عن جهل بوجود هذا الالتزام الصادر إليه من المشرع ولا يعتبر هذا الجهل إنكاراً للعدالة، إنما هو خطأ قانوني يؤدي إلى النقض، كما أن خرق القاعدة القانونية من قبل قاضي الموضوع قد يحدث في بعض الأحيان كتعبير منه عن مقاومته لبعض القوانين التي يرى أنها لا تتسجم مع الواقع وإنما لا تعبر عن العدالة التي ينشدها من خلال الحكم الذي سيصدره³.

الحالة الثانية: الرقابة على قاضي الموضوع في تطبيق القانون: في تعريف أورده المستشار أنور طلبه في موسوعة المرافعات المدنية والتجارية، فإن هذا العيب يتحقق عندما

¹ زرقون نور الدين، سلطة قاضي الموضوع في اختيار القاعدة القانونية الملائمة لحل النزاع ، الدفاتر السياسية والقانون ، جامعة قاصدي مرياح، ورقلة، العدد الثاني، جانفي 2013 ، ص 7.

² المرجع السابق، ص 8.

³ المرجع السابق، ص 8.

يحدد المشرع نطاقاً معيناً لسريان النص القانوني، فتتجاوزه المحكمة عند تطبيق النص على وقائع الدعوى، وعند إسقاط هذا التعريف على قضاء المحكمة العليا عندنا نجدتها قد أخذت به عند استخراجها لعيب الخطأ في تطبيق القانون¹. وفي تعريف آخر لهذا العيب يرى الأستاذ فتحي أن الخطأ في تطبيق القانون، يكون عندما يطبق قاضي الموضوع القاعدة القانونية على نحو يؤدي إلى نتائج قانونية، مخالفة لتلك التي يريدها القانون. وطبقت المحكمة العليا هذه النظرية من أجل نقضها لعدة قرارات كما فيمسألة إسناد الحضانة مثلاً، فالنتيجة القانونية التي يهدف المشرع إلى الوصول إليها هي تحقيق مصلحة المحضون، وبالتالي فإن قيام قاضي الموضوع بتطبيق القاعدة القانونية المنظمة لهذه المسألة، دون أن يتوخى غاية المشرع منها يؤدي إلى وقوعه في خطأ عند تطبيقها².

¹ زرقون نور الدين المرجع السابق، ص 8.

² المرجع السابق، ص 9.

الخاتمة

وفي ختام هذا البحث أتمنى أن أكون قد وفقت في إعطاء صورة جلية حول تكيف قاضي شؤون الأسرة للوقائع المعروضة أمامه، ومن خلال هذه الدراسة قد استخلصنا عدة نتائج أهمها:

1 - إنه بموجب القانون رقم 08 - 09 المؤرخ في 25 فبراير 2008 والمتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية أصبح لقاضي شؤون الأسرة دورا ايجابيا في الخصومة القضائية، إذ أضحى يتمتع بسلطات عدة، لاسيما منها في مجال التكيف القانوني، حيث يحق له أن يعاين ويكيّف الوقائع المعتمد عليها سواء في طلب التظليق أو طلب الخلع، التكيف القانوني الصحيح ودون التقيد بتكيف الخصوم.

2 - أطراف الخصومة القضائية هم من يقدمون الوقائع للقاضي مرفقة بأدلة إثباتها، وعند هذا الحد يتوقف دورهم، وأن القاضي هو من يطبق القانون على تلك الوقائع، لأن تطبيق القانون يعد من صميم عملاقاضي ووظيفته، فلا يجوز له أن يتنازل عليه لغيره ومن باب أولى أن لا يترك المجال لأطراف الخصومة في أن يحلوا محله في ذلك.

3 - تطبيقا لمبدأ حياد القاضي وتحقيقا للعدل والانصاف، فإنه يجوز للقاضي لا أن يتدخل في الوقائع التي تقدم بها أطراف الخصومة وكذلك، وأدلة للأثبات التي تقدموا بها تدعيما لهذه الوقائع، لا بالزيادة ولا بالنقصان ولا بالافتراض، إذ تعد هذه الوقائع ملك للخصوم، وعليه لا يمكن لقاضي شؤون الأسرة أن يحل محلهم في ذلك أو يتعدها، كما لا يجوز كذلك بالمقابل لأطراف الخصومة القضائية أن يتدخلوا في مسألة التكيف القانوني لهذه الوقائع، لأنها تدخل ضمن دائرة اختصاص القاضي فقط، ولا علاقة للخصم بها حتى ولو حاولوا إعطاء التكيف القانوني لهذه الوقائع، لأن ذلك لا يعدوا أن يكون إلا مجرد محاولة منهم للوصول إلى مبتغاهم.

4 - عندما ترفع زوجة دعوى قضائية للمطالبة بالخلع، وتؤسس هذه الدعوى على أسباب التظليق، فإن القاضي لا يلتفت إلى هذا التكيف الذي أسقطته المدعية على وقائع دعوى الخلع، إذ لا يحكم بالخلع إنما يحكم بالتظليق، طالما إن الوقائع التي تضمنتها الدعوى تنطبق عليها أحكام التظليق المنصوص عليها في المادة 53 من قانون الأسرة، ولا تنطبق عليها أحكام الخلع المنصوص عليها في المادة 54 من نفس القانون، ولا يعد بذلك

قاضي شؤون الأسرة قد خرج عن مبدأ حياده أو حكم بما لم يطلبه الخصوم أو بأكثر مما طلبه الخصوم، إذ قام بإسقاط النص القانوني السليم على الواقعة محل الطلب القضائي وفقا لإرادة القانون حتى تتحقق الحماية القضائية، وهو في نفس الوقت يكون بذلك قد طبق أحكام المادتين 29 و451 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية تطبيقا سليما، ووصل إلى ما كان منتظرا منه من خلال استعمال السلطة التي منحها له المشرع والمتمثلة في التكييف القانوني للوقائع والتصرفات دون التقيد بتكييف الخصوم.

التوصيات :

نظرا لأهمية الموضوع من الناحية الإجرائية التطبيقية في ساحة القضاء نوصي بما

يلي:

تفعيل نص المادة 29 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية من خلال التكييف القانوني الصحيح للوقائع المعروضة عليهم، وهذا ما يؤدي إلى الحدّ من عدة إشكالات وقضايا عالقة في قسم شؤون الأسرة، وهذا سيؤدي إلى تراجع نسبة دعاوى الخلع التي تثار يوميا أمام قضاء شؤون الأسرة وبذلك تنقلص نسب دعاوى الخلع التي في حقيقتها عبارة عن تطليق.

قائمة المراجع:

1-الكتب:

- الأنصاري حسن النيداني، القاضي و الجزاء الإجرائي، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية.
- برباة عبد الرحمن، شرح قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، ديوان المطبوعات الجامعية، دار بغداد للطباعة و النشر و التوزيع، روية الجزائر، الطبعة الرابعة.
- بلحاج العربي الواقعة القانونية، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري ، ديوان المطبوعات الجامعية بن عكنون، الجزائر الطبعة الخامسة 2008، الجزء الثاني.
- بوشير محند أمقران، قانون الاجراءات المدنية و الادارية ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون الجزائر، الطبعة الرابعة.
- عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، الجزء الثاني.
- عبد القادر الفار المدخل لدراسة العلوم القانونية مبادئ القانون - النظرية العامة للحق، دار الثقافة للنشر و التوزيع عمان.
- عجة الجيلاني، مدخل للعلوم القانونية، برتي للنشر الجزائر ، 2009.
- عمار بوضياف، المدخل للعلوم القانونية، النظرية العامة للقانون و تطبيقها في التشريع الجزائري، جسور للنشر و التوزيع الجزائر، 2007.
- محمد السعيد جعفر مدخل إلى العلوم القانونية ، الوجيز في نظرية القانون ، دار هومة للنشر، الجزائر 2004.
- محمد الصغير بعلي، مدخل إلى العلوم القانونية، دار العلوم للنشر و التوزيع، 2006.

- محمد حسين منصور، نظرية الحق ماهية الحق و حمايته و اثبات الشخصية القانونية، دار الجامعة الجديدة للنشر للأزيطة الاسكندرية.
- محمد صبري السعدي ، شرح القانون المدني الجزائري، مصادر الالتزام، الواقعة القانونية، دار الهد عين مليلة، الجزائر الطبعة الثانية، الجزء.
- محمد علي سويلم التكييف في المواد الجنائية، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية.
- محمد يوسف ياسين، الوسيط في قانون المحاكم الشرعية و المذهبية، منشورات حلب الحقوقية الطبعة الأولى.
- نبيل إسماعيل عمر، سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية و التجارية، دار الجامعة الجديدة الإسكندرية.

القواميس و المعاجم:

- ابن منظور لسان العرب، دار التوفيقية للمطبوعات الجزء الخامس عشر.

رسائل و مذكرات:

- فضلة حفيظة، الضرر كسبب لفك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة، رسالة ماجستير، جامعة 20 أوت 1955 سكيكدة، سنة 2011 -2012.

النصوص القانونية:

- القانون 16 - 01 المؤرخ في 26 جمادى الاولى 1437 الموافق 06 مارس 2016 المتضمن التعديل الدستوري.
- الأمر 75-58 المؤرخ في 20 شعبان 1395 هـ الموافق لـ 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني المعدل و المتمم.
- الأمر 84-11 المؤرخ في 09 رمضان 1404 هـ الموافق لـ 9 جوان 1984 المتضمن قانون الأسرة المعدل و المتمم.

- قانون 08-09 المؤرخ في 18 صفر 1429 الموافق ل 25 فبراير سنة 2008 المتضمن قانون الاجراءات المدنية و الادارية.

المجالات القضائية:

- زرقون نور الدين، سلطة قاضي الموضوع في اختيار القاعدة القانونية الملائمة لحل النزاع، الدفاتر السياسية و القانون، جامعة قاصدي مرباح ، ورقلة، العدد الثاني جانفي 2013.

المقالات:

- المطاعي نور الدين ، سلطة قاضي شؤون الاسرة في التكيف القانوني للوقائع، دورة التكوين المستمر ، دورة تكوينية للقضاة، الفترة الممتدة من 7 إلى 15 فيفري 2016.

* الفهرس *

رقم الصفحة	
	الإهداء
	شكر و تقدير
	قائمة المختصرات
	المقدمة
01	الفصل الأول : الواقعة والقانون
01	المبحث الأول: الواقعة القانونية
01	المطلب الأول : مفهوم الواقعة القانونية
01	الفرع الأول: تعريف الواقعة القانونية
02	الفرع الثاني : تمييز الواقعة القانونية عن التصرف القانوني
04	المطلب الثاني: أنواع الوقائع القانونية
04	الفرع الأول: الوقائع الطبيعية
05	الفرع الثاني: الوقائع الاختيارية
10	المبحث الثاني: القانون
10	المطلب الأول: المصدر الرسمي للقانون
10	الفرع الأول الدستور
11	الفرع الثاني: التشريع العادي والقانون.
13	المطلب الثاني المصادر الرسمية الاحتياطية
14	الفرع الأول :مبادئ الشريعة الإسلامية
15	الفرع الثاني: العرف
16	الفرع الثالث: مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة
17	المطلب الثالث: المصادر التفسيرية
17	الفرع الأول: الفقه
18	الفرع الثاني: القضاء
20	الفصل الثاني: دور القاضي في التكيف
20	المبحث الأول: دور القاضي في مجال الوقائع
20	المطلب الأول: الأحكام العامة للدعوى

20	الفرع الأول: تعريف الدعوى وتمييزها عن بعض المراكز القانونية المختلفة.
22	الفرع الثاني: شروط رفع الدعوى ومبدأ الطلب
29	المطلب الثاني: سلطات القاضي في إدارة الخصومة
29	الفرع الأول: سلطة القاضي في الخصومة.
32	الفرع الثاني: سلطة القاضي في الإثبات
35	المبحث الثاني: دور القاضي في مجال القانون
35	المطلب الأول: سلطة القاضي في التكيف القانوني للوقائع
35	الفرع الأول: تعريف التكيف و سلطات القاضي فيه.
39	الفرع الثاني: إعتبار التكيف مسألة قانونية.
41	المطلب الثاني: السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة و رقابة المحكمة العليا
41	الفرع الأول: السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة .
43	الفرع الثاني: رقابة المحكمة العليا
46	خاتمة