جامعة زيان عاشور –الجلفة-
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق

التدابير الوقتية في المسائل الاسرية

مذكرة ضمن متطلبات نيل شهادة الماستر الحقوق
تخصص: قانون اسرة

اعداد الطالبين:
- بوراد بومدين
- شواف الشيخ

اشراف الدكتورة
هوراي صباح

لجنة المناقشة
أ/د. بناني سعاد رئيسا
أ/د. بشير حفيظة مشرفا
أ/د. بورزق احمد ممتحنا

السنة الجامعية: 2022/2021

جامعة زيان عاشور –الجلفة-
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق

التدابير الوقتية في المسائل الاسرية

مذكرة ضمن متطلبات نيل شهادة الماستر الحقوق

تخصص: قانون اسرة

اعداد الطالبين:
- بوراد بومدين
- شواف شفيق

اشراف الدكتورة
هوراي صباح

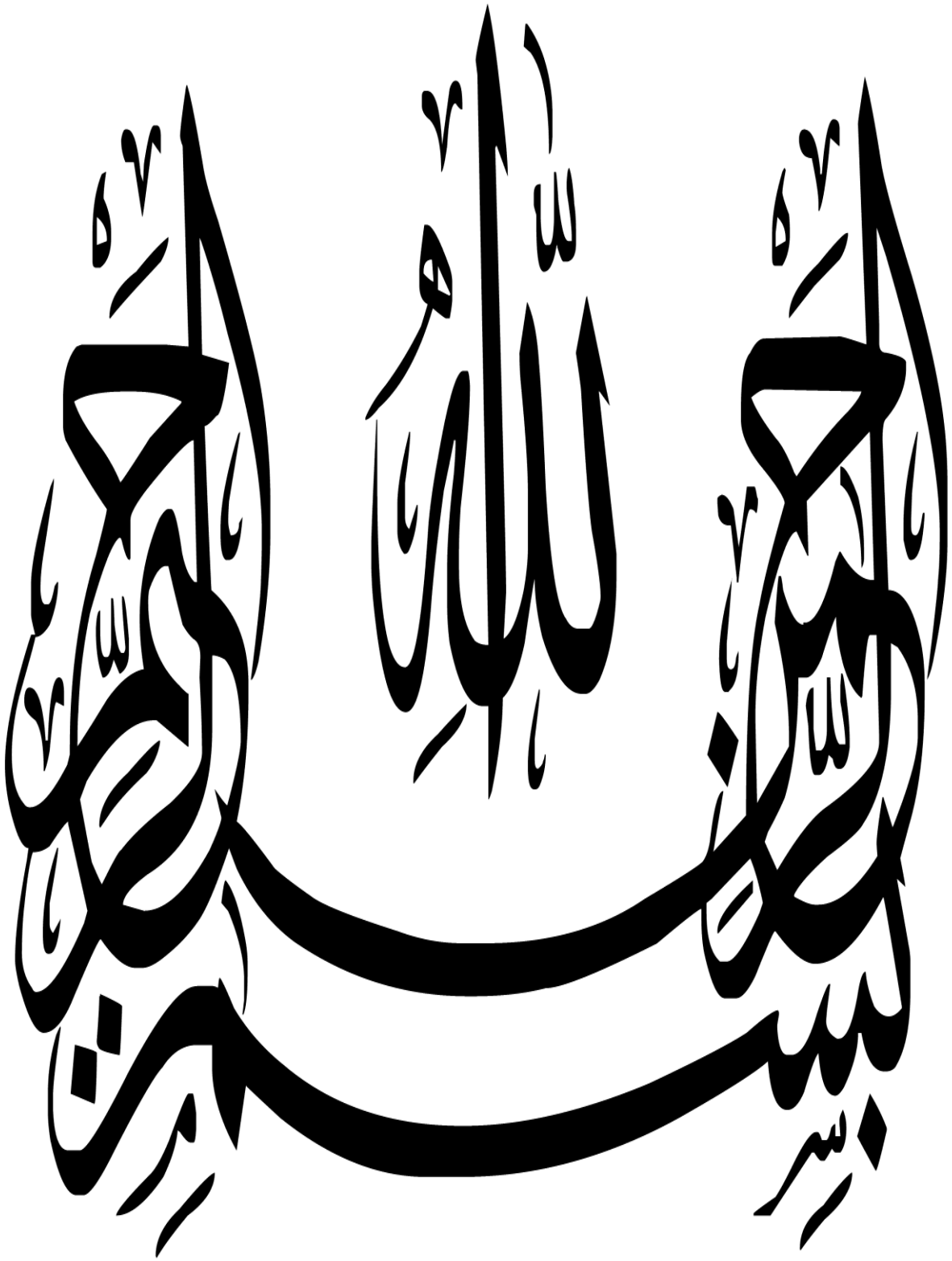
لجنة المناقشة

أ/د.....رئيسا

أ/د.....مشرفا

أ/د.....مناقشا

السنة الجامعية: 2022/2021


بسم الله الرحمن الرحيم

تشكر وعرفان

الحمد لله والشكر لله سبحانه وتعالى منحني القدرة في بدء هذا العمل والقدرة على إنهائه. ان كان ثمة شكر وعرفان بعد شكر المولى عز وجل فهو للذي أضاء لي طريقي، فأنارت خبرته كل جوانب عملي، والذي بفضل خبرته أولا وجهده ثانيا وأرشادته ثالثا لما استطعت أن نأذهب على أكمل وجه فجزاه الله عنا خيرا

أستاذنا الفاضل الدكتورة

الإهداء

أهدي هذه المذكرة الى كل طالب علم يسعى إلى إكتساب المعرفة والزيادة رصيده المعرفي والعلمي والثقافي.

وإلى روح الوالدين العزيزين ادامهما الله ليا ذخرا في الحياة

وإلى اخوتي واخواتي، وإلى أصدقاء الدراسة وزملاء العمل في الغد، وإلى كل أستاذ وأستاذة يحمل رسالة العلم والتربية.

وإلى الأصدقاء الدرب والرفق وأصدقاء النجاح، وإلى العائلة الكريمة، وإلى خالتي الأم الثانية، وإلى الأستاذة المشرفة على هذا العمل المتواضع.

الإهداء

إلى من لا يمكن للكلمات أن توفي حقهما

إلى من لا يمكن للأرقام أن تحصي فضائلهما

إلى **والدي العزيزين** أدامهما الله لي

إلى إخوتي وأخواتي.....

إلى جمبع الأصدقاء:

إلى الأستاذ: **هوراي صباح**

إلى كل من سقط من قلمي سهوا

أهدي هذا العمل

مقدمة

مقدمة:

لا أحد ينكر الأهمية المركزية للأسرة كمؤسسة رئيسية من مؤسسات المجتمع، فالأسرة في أساسها وحدة اجتماعية وجماعة إنسانية صغيرة في حجمها، مختلفة عن أي جماعة أخرى في طريقة إنشائها القانونية وفي تقارب أفرادها بدرجة عالية تجعلهم كيانا إجتماعياً موحداً، وفي تآلفها مع النسيج المجتمعي.

ولكن في بعض الاحيان تتخلل الحياة الأسرية خلافات، مشكلات ومنازعات قد تؤدي إلى اضطراب العلاقات فيما بين افرادها وتنتج سلوكيات شاذة، ونوع من العنف الاسري، مما يزعزع استقرار الجو الأسري الهادئ، والصحة النفسية لجميع أفراد الأسرة.

نظراً للأهمية التي تحتلها الأسرة في المجتمع فقد حظيت بإهتمامنا كباحثين في مجال حل المنازعات بهدف الوصول إلي أطر نظرية تساعد في فهم وتفسير وتحليل الأوضاع الأسرية، وكيفية مساعدة الأسرة وتهيئة كافة الظروف التي تجعلها قادرة على أداء وظائفها بشكل فعال في ضوء المتغيرات المجتمعية. وايجاد سبل تساعد وتدعم الأسرة لمواجهة ما يعترضها من تحديات في مجال النزاعات الاسرية.

فلتشريع أحوال الشخصية العراقي والكوردستاني دور فاعل في معالجة المنازعات الأسرية بقصد رأب الصدع وإعادة توازن العلاقات الاجتماعية لمزيد من التفاعلات المتزنة والحفاظ علي الخلية الأولي للمجتمع، كل ذلك يفضي إلي القول بالتأثير المتبادل بين التحولات الاجتماعية الاقتصادية في المجتمع وبين السياسة التشريعية في مجال الأحوال الشخصية وخاصة الأسرة علي هيئة تعديلات جوهرية في هذا المجال.

وفي مجال تطبيق القوانين أي تجربة المحاكم المختصة بحل النزاعات الاسرية وما شابه ذلك، فقد أثبتت أهميتها من خلال تعاطيها مع القضايا المعروضة أمامها. وبموازاتها نجد نجاح مكاتب التسوية في إعادة الوئام والإصلاح بين الأزواج حفاظاً على الترابط الأسري والاجتماعي. عن طريق الخبراء النفسيين والقانونيين والاجتماعيين بتلك المكاتب، هؤلاء الخبراء الذين يمتلكون خبرة واسعة في التدخل لحل المشاكل التي لا تحتاج أحياناً إلاّ إلى مساع حميدة بين الطرفين دون الحاجة لإنهاء الحياة الزوجية وانهيار الاسرة.

وهذا من أجل تفعيل دور القضاء في حماية الأسرة والطفولة والسعي للحفاظ على كيان الأسرة ومنع تشرد الأطفال، والإسراع في حسم دعوى النفقة والحضانة والزيارة والسكن بأسرع وقت ممكن .فلقد حرص المشرع على الاعتناء بإجراءات التقاضي في مسائل النفقة لضمان تسريعها وتبسيطها، حيث أصبغ عليها

الطابع الاستعجالي عند البت فيها، وكذلك المسائل المتعلقة بحماية الحقوق الطبيعية للمحضون وحق الزيارة فكثيرا ما تتدهور حالة الأطفال عند فك الرابطة الزوجية وترفع دعوى الطالق أو الخلع ويتعذر إيجاد حاضن للطفل مما يستوجب تدخل سريع من طرف القاضي لحمايتهم، ونفس الأمر فيما يتعلق بحق الزيارة، ويعد مسكن الحضانة من المشاكل الكبيرة الشائعة بعد إنهاء العالقة الزوجية وإقدام الرجل على إخراجه وطرد طليقته وأبناءه مما يستوجب اتخاذ تدابير مؤقتة تسمح لهم بالبقاء مؤقتا في المسكن إلى حين الفصل في الدعوى وصدور حكم قضائي يحسم النزاع .

الإشكالية:

وانطلاقا مما سبق نذكر الإشكاليات الآتية:

- ماهي التدابير المؤقتة ودورها في المسائل الأسرية ؟

أسباب اختيار الموضوع:

أسباب ذاتية

- كون الموضوع يصب في مجال تخصصنا.
- إثراء رصيدنا المعرفي عن هذا الموضوع .

أسباب موضوعية:

- إثراء المكتبة الجامعية بدراسة حول موضوع التدابير الوقتية .
- قلة الدراسات التي تناولت موضوع التدابير الوقتية.

خطة الدارسة:

وقد ارتأيت في رسالتي اعتماد مقدمة ومدخل وفصلين:

حيث تناولنا في الفصل الأول التدابير الوقتية حيث قمنا بتعريف التدابير لغة واصطلاحا وخصائصها وتمييز التدابير المؤقتة عن غيرها من التدابير أما الفصل الثاني فقد عالجنا فيه المسائل الأسرية محل التدابير المؤقتة .

وفي الأخير تطرقنا إلى الخاتمة وفيها وضعنا اهم النتائج .

صعوبات الدارسة:

وقد واجهتنا في هذا البحث عدة صعوبات من بينها:

-ضيق الوقت وصعوبة الحصول على المراجع و الظفر بها وذلك لا يخفى بسبب جائحة كوفيد 19 التي أتت على غلق المكتبات العامة وحتى الخاصة منها .

وفي الأخير أشكر الأستاذة الدكتورة لجهدها المتواصل معنا منذ بداية كتابة المذكرة وحتى نهايتها كما نشكر لها توجيهاتها ونصائحها القيمة من اجل أن تخرج المذكرة بأحسن صورة ومتمنين من الله عز وجل أن يحفظها .

الفصل الأول:
ماهية التدابير الوقتية

تمهيد:

رغم أن التحكيم يتمتع بمزايا عز نظيرها في قضاء الدولة، من حيث سرعة الفصل في موضوع النازع وحسمه، وتفادي معضلة البطء والتأخير التي تلازم الدعوى القضائية، إلا أن هناك ظروف لأضرار بالغة قد وملابسات قد تستدعي ضرورة اتخاذ بعض التدابير المؤقتة أو التحفظية تجنبا تلحق بأحد الخصوم ولا يمكن تداركها إذا ما تم الانتظار حتى صدور حكم التحكيم المنهي للخصومة، أو تجعله عديم الجدوى بعد صدور وللتدابير الوقتية والتحفظية أهمية في حماية حقوق طرفي التحكيم من جميع الأخطار المحدقة بها، كونها تمتاز بسرعة البت، والحكم الذي يصدر فيها ذو صفة مؤقتة، ويمكن الرجوع عنه أو تعديله من الجهة التي أصدرته.

المبحث الأول: مفهوم التدابير الوقتية

المطلب الأول: مفهوم التدابير المؤقتة

الفرع الأول: التعريف اللغوي للتدابير المؤقتة

إن لكل ميدان علمي مصطلحاته ومفرداته الخاصة، وكل محاولة لتحديد معانيها وسبر أغوارها ومكنوناتها تستدعي لزوما ربطها بالسياق اللغوي الذي نشأت فيه لكشف خصوصيتها ومميزاتها. ونظرا لغلبة طابع الفعالية والدينامية على الحقل اللغوي، فان إمكانية معرفة المعاني وتحديد المفاهيم تبقى صعبة المنال ويستعصي على الفاعلين في الميدان القضائي كشف مضامينها فبالأحرى المتلقي العادي[1] .

وبتصفحنا للسان العرب نجد ابن منظور يعرف مصطلح التدبير كالتالي:" ودبر الأمر وتدبره: نظر في عاقبته، واستدبره: أرى في عاقبته ما لم ير في صدره؛ وعرف الأمر تدبرا أي بأخرة؛ قال جرير: ولا تتقون الشر حتى يصيبكم، ولا تعرفون الأمر إلا تدبرا. والتذبير في الأمر: أن تنظر إلى ما تؤول إليه عاقبته، والتدبر: التفكر فيه. ويقال: إن فلانا لو استقبل من أمره ما استدبره لهدي لوجهة أمره أي لو علم في بدء أمره ما علمه في آخره لاسترشد لأمره.

وقال أكثم بن صيفي لبنيه: يا بني لا تتدبروا أعجاز أمور قد ولت صدورها.

وال تدبير أن يتدبر الرجل أمره ويدبره أي ينظر في عواقبه. والتذبير أن يعتق الرجل عبده عن دبر، وهو أن يعتق بعد موته، فيقول: أنت حر بعد موتي، وهو مدبر؛ وفي الحديث: إن فلانا أعتق غلاما له عن ذبر؛ أي بعد موته. ودبرت العبد إذا علقت عتقه بموتك، وهو

[1] شريفي خليصة، الاستعجال في شؤون الأسرة، مذكرة التخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، 2006-2009، ص 06.

التدبير أي أنه يعتق بعدما يدبره سيده ويموت. ودبر الحديث عنه: رواه. ويقال: دبرت الحديث عن فلان حدثت به عنه بعد موته، وهو يدبر حديث فلان أي يرويه [1] "

أما قاموس المحيط فيشير إلى أن "التذبير: مصدر: حسن التصرف في الأمور؛ لا شك في أنه حاكم حسن التدبير.

- الأمر: فعله عن فكر وروية؛ أوكل إليه تدبير خطة اقتصادية تخرج البلاد من أزمتها/ التدبير في النفقات يعني ترشيدها/ تدبير المنزل، هو علم يبحث في العناية بالمنزل وسكانه من جميع الجوانب طلبا للصحة والراحة.

- الاحتياط والاستعداد؛ اتخذت الدولة التدابير اللازمة لمواجهة الإضراب.

في حين من خلال الاطلاع على معجم الغني نقف على معنى التدبير من خلال استعمالاته وتوظيفاته داخل سياقات مختلفة."إتخذ المدير تدابير صارمة": أي إجراءات، ترتيبات، قوانين إجرائية. "إتخذ تدابير احتياطية."

"إمرأة لها قدرة كبيرة على تدبير شؤون البيت": على تسييره وترتيبه والعناية به. "التذبير نصف المعيشة."

"هذا الأمر من تذبيره": من فعله، من صنعه وبصفة عامة، يمكن تعريف التدبير بأنه كل إجراء يهدف إلى التدخل في مجال معين بغية تطويقه والتحكم في سيره العام، بإدارته أو تسييره أو اتخاذ خطوات وترتيبات تتلاءم وطبيعة الموضوع الذي تنصب عليه، وتروم تحقيق أهداف محددة مسبقا [2] .

[1] محمد أم زيان، القضاء المستعجل في القضايا الأسرية، الحضانة والنفقة نموذجا، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة، المغرب 2008-2009، ص 15.

[2] سعد عبد العزيز، قانون الأسرة الجديد في ثوبه الجديد – أحكام الزواج والطالق بعد التعديل، ط4، دار هومة، الجزائر، 2013، ص 12.

الفرع الثاني : التعريف الاصطلاحي للتدابير المؤقتة:

التدابير المؤقت هي تدابير يتخذها رئيس المحكمة أو قاض ي شؤون الأسرة بناء على أوامر يصدرونها بما لهم من سلطة ولائية، بناء على طلبات يقدمها لهم ذو الشأن في عرائض ومن هنا جاءت تسميتها بالأوامر على العرائض وهذه الأوامر لا تحسم نزاع معين وإنما تكون في شكل تدابير للمحافظة على الحق أو ضماناته قبل أو بعد النزاع القضائي.[1] وقد استحدث المشرع التدابير المؤقتة ونص عنها في المادة 57 مكرر من (ق.أ.ج) ''**يجوز للقاضي الفصل على وجه الاستعجال بموجب أمر على عريضة في جميع التدابير المؤقتة، لاسيما. ما تعلق منها بالنفقة والحضانة والزيارة والمسكن**". [2]

يتضمن هدا النص قاعدة إجرائية مفادها أنه يجوز لرئيس قسم شؤون الأسرة الفصل على وجه السرعة بموجب الأمر على عريضة في جميع التدابير الاستعجالية المؤقتة المتعلقة بالأسرة، التي تقتض ي الفصل فيه على وجه السرعة ولاسيما تلك المتعلقة بحضانة الأطفال والنفقة وغيرها، بعدما كانت هذه الإجراءات تخضع في تنظيمها لما هو منصوص عليه في قانون الإجراءات المدنية القديم لاسيما المواد 172 و183 منه .[3]

ويكون المشرع بهذا قد خرج عن القاعدة الأصلية، بمنح قضاة الموضوع الفصل بصفة استعجالية في أي مسألة أولية تعترضهم أو تتطلب تدخلهم دون الرجوع إلى رئيس الجهة القضائية بموجب أمر على ذيل عريضة. التي يقدمها العارض دون مناقشة علنية ودون تكليف بالحضور ودون سماع أقوال الخصم وبغير علمه.

---

[1] بلحاج العربي، قانون الأسرة وفقا لأحدث التعديلات، ومعلقا عليه بقرارات المحكمة العليا المشهورة خلا ل أربع وأربعين سنة 1966 -2010، ط4، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر ، ص 529.

[2] طلبة مالك، التبني والكفالة، مذكرة لنيل شهادة المدرسة العليا للقضاء، 2003، 2006، ص 22.

[3] عبد الفتاح تقية، قانون الأسرة مدعما بأحدث الاجتهادات القضائية والتشريعية، دراسة مقارنة، ط2، دار الكتاب الحديث، الجزائر ،2012، ص 246.

ولا يعد هذا إخلال بمبدأ المواجهة وحقوق الدفاع، لأن المشرع وخلافا للمنازعات العادية التي يفصل فيها بعد التحقيق والمواجهة، يسمح باتخاذ الأمر أولا ثم يجيز المنازعة فيه لاحقا; ولعل الحكمة من ذلك حتى لا يتخذ الخصم وسائل للمباغتة والتضليل تعيق سير العدالة .

المطلب الثاني: خصائص وتمييز التدابير المؤقتة عن الأوامر الاستعجالية الفرع الأول: خصائص التدابير المؤقتة:

وحتى لا يتخذ الخصم وسائل للمباغتة والتضليل تعيق سير العدالة، كما هو الشأن بالنسبة لحق الزيارة أو الحضانة المؤقتة أو النفقة، خصت التدابير المؤقتة بخصائص تسمح باتخاذ القاضي القرار دون علم الطرف الأخر تفاديا لقيام الزوج بإخفاء الطفل أو إبعاده أو الادعاء بالإفلاس تهربا من دفع النفقة. [1]

1- التدابير المؤقتة تصدر دون إتباع إجراءات الدعوى

يصدر قاض ي شؤون الأسرة العريضة بناء على طلب الخصم في غير مواجهة الخصم الأخر أي في غيبته ودون أتباع الإجراءات اللازمة في الدعوى، فلا يحوز حجية الشيء المقضي فيه، لكنه يحوز على الصيغة التنفيذية ذلك أنه عمل ولائي لا يؤدي إلى اكتساب الحقوق ولا إلى إهدارها فهي تنفذ فوار بمجرد صدورها ودون انتظار أجال للتبليغ. ويبقى ساريا في مادة الحضانة المؤقتة أو النفقة المؤقتة إلى غاية فصل قاض ي الأحوال الشخصية فيهما. [2]

2- الأمر بالتدبير المؤقت قابل للطعن فيه

يقبل الأمر على العريضة للاستئناف إذا ما رفض رئيس المحكمة الاستجابة لطلب إصدار الأمر على العريضة في كل المواد ما عدى في مادتي إثبات الحالة والإنذار، وجعل هذا الاستئناف مقتصرا على

[1] محمد علي راتب وآخرون، قضاء الأمور المستعجلة، الجزء الأول، الطبعة السادسة، مصر، 1985، ص 642.

[2] بلحاج العربي، قانون الأسرة مع تعديلات الأمر 05-02، ومعلقا عليه بمبادئ المحكمة العليا، ديوان المطبوعات الجامعية، ط3، الجزائر ، 2007، ص 456.

طالب الإجراء وحددت المادة 312 من (ق.إ.م.إ) ميعاد رفع الاستئناف بـ 15 يوما من تاريخ رفض الأمر.

ويتضمن الأمر على ذيل العريضة تدابير مؤقتة ويجوز للقاض ي شؤون الأسرة الذي أصدر الأمر بالنفقة المؤقتة أو الحضانة أو الزيارة أن يتراجع عن موقفه السابق، عن طريق تعديل الأمر أو إصدار أمر جديد مخالف للأمر السابق.

3- الأمر بالتدبير المؤقت لا يحتاج لتسبيب

الأمر بالتدبير المؤقت لا يحتاج إلى تسبيب بل ينبني على الملائمة والتقدير والموازنة بين الاعتبارات المختلفة، فهو إجراء تحفظي لا يمس بأصل الحق وينتهي مفعوله بمجرد صدور حكم قضائي .[1]

وللمتقاضي من أجل استصدار الأمر على ذيل العريضة أن تكون الدعوى قائمة وحالة وأن يقوم بدفع الرسوم ويسلم له وصل بذلك، بالإضافة إلى الحصول على محضر إثبات الحالة وقدم المعني طلب إلى قاض ي شؤون الأسرة أو رئيس المحكمة، وبعدها يصدر القاضي أمر كتابي مذيلا بتوقيعه، وتسلم نسخة من الأمر لطالبه.

الفرع الثاني تمييز التدابير المؤقتة

يتوحد الهدف من اللجوء إلى المؤسستين في الحصول على الحماية المؤقتة،" باعتبارها تهدف إلى منح الشخص حماية سريعة وضرورية لتامين الحق ضد الخطر الذي يتهدده وهي تهدف بالدرجة الأولى إلى مواجهة خطر التأخير، أي الانتظار حتى يصدر الحكم الفاصل في الدعوى ودرء نتائجه غير أنهما يختلفان من حيث شروط، ومن حيث الإجراءات المسطرية كما أن الأحكام الصادرة بشأنهما تختلف من حيث الآثار القانونية وطرق التنفيذ.

[1] لوعيل محمد لمين، الأحكام الإجرائية والموضوعية لشؤون الأسرة وفق التعديلات الجديدة والاجتهاد القضائي، ط2، دار هومة، الجزائر ، 2012، ص 65.

1- الإختلاف من حيث شروط الاختصاص

إن مناط انعقاد القضاء الاستعجالي هو التوفر على شرطين: عنصر الاستعجال وعدم المساس بموضوع الدعوى، ويتعين في حالة تخلف أحدهما التصريح بعدم الاختصاص .

أما التدابير المؤقتة شأنها في ذلك شأن باقي مواد مدونة الأسرة، وإن كانت تتميز بطابعها الاستعجالي، إلا أن مفهوم الاستعجال يختلف بين المؤسستين. كما أن اتصاف الأوامر الاستعجالية بخاصية الحماية المؤقتة لا يجعلها ضمن اختصاص قضاء الموضوع الشيء الذي يستدعي بيان الفروقات الجوهرية التي تميز المؤسستين، وتتحدد تبعا لذلك جهة الاختصاص. [1]

أولا: الاستعجال والتوقيت.

إن تغير حالة الاستعجال حسب تغير الوقائع المحيطة بالدعوى، واختلافها تبعا لنوعية كل قضية، يترك هامشا واسعا لأعمال السلطة التقديرية للتحري وتحديد مدى توفره من عدمه باعتباره معيارا قانونيا، ومكونا أساسيا لتحديد اختصاص القضاء الاستعجالي. ويبرز نوع مسألة الاستعجال، فإذا كانت التدابير المؤقتة تكتسي صبغة استعجالية، من التداخل بخصوص فان المقصود بها هو سرعة البت فيها ليس إلا .

فالسرعة مبدأ وأصل مفترض في جميع الدعاوى عادية كانت أو استعجالية، وبعبارة أخرى أن على القاضي سواء كان يبت في دعوى عادية أو استعجالية، أن يسعى إلى هذا البت بأقصى ما يمكنه من السرعة حتى لا يكون هناك بطء أو تأخر في إصدار الأحكام، الشيء الذي سيؤدي لا محالة إلى تراكم القضايا وتكدسها وتكاثرها، مما يؤدي بالتالي إلى عرقلة السير العادي للتقاضي.

[1] عبد الفتاح تقية، قانون الأسرة مدعما بأحدث الاجتهادات القضائية والتشريعية ،مرجع سابق، ص 251.

وينبغي التمييز بين الاستعجال كشرط انعقاد اختصاص القضاء الاستعجالي، والاستعجال المرتبط بتوخي احترام آجال قصيرة والإسراع في الفصل في المنازعات الموضوعية التي ترفع إلى المحكمة المختصة والذي لا يجعلها ضمن نطاق القضاء الاستعجالي[1] .

فالاستعجال في التدابير صفة تتعلق بطريقة البت في النزاع المؤقت اقتضتها طبيعتها القانونية، والذي يمكن استنتاجه من طبيعة الآثار المترتبة عنها، والإجراءات المسطرية المواكبة لها سواء لاتخاذها أو تنفيذها.

أما عنصر الإستعجال فشرط أساسي، ومقياس قانوني في القضايا التي تدخل ضمن نطاق القضاء الاستعجالي.

لقد وردت التدابير مقرونة بصفة التوقيت، أي أنها إجراءات مؤقتة تهدف لحماية حق الزوجة والأطفال من الضياع درءا لفوات أوانه. ورغم ذلك فان صفة التوقيت لا تجعل منه إجراءا استعجاليا يدخلها في زمرة القضاء الاستعجالي طالما أن البت فيها يقتضي تجاوز ظاهر الوثائق ودراسة موضوع القضية، ويعطى الاختصاص لقاضي الموضوع بغض النظر عن توفر عنصر الاستعجال من عدمه، في حين وإن كان المشرع يمنح صراحة القضاء الاستعجالي إمكانية البت في الإجراءات المؤقتة إلا أنه قيد اختصاصه بضرورة توفر هذه الأخيرة على شرط الاستعجال". **ثمة تفرقة بين الطلب المستعجل والطلب الوقتي وإن كان الفقه والقضاء يخلطان بينهما، وقد درجا على استعمال اصطلاح الطلب الوقتي ليعبر به عن الطلب المستعجل تجاوزا، في حين أن الطلب الوقتي هو مجرد طلب بإجراء وقتي بينما الطلب المستعجل يزيد عليه بتوافر عنصر الاستعجال في صدده ويصدر في الطلب الأول حكم وقتي بينما يصدر في الثاني حكم مستعجل** ". [2]

[1] نبيل صقر، قانون الأسرة نصا وفقها وتطبيقا، د ط، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2006، ص 239.

[2] الغوثي بن ملحة، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، ط2، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر، 2008، ص 581.

ثانيا: العلاقة بموضوع الحق

لكل دعوى موضوع تنصب عليه ويبرر طلب الحماية القضائية، بيد أن المشرع جعل اختصاص القضاء الاستعجالي مقيدا بعدم البت في جوهر النزاع، وهذا الوضع يحتم عليه لتكوين قناعته بحث النزاع من خلال ظاهر المس تندات بشكل يجعله لا يستند في حكمه على أسباب تتعلق بأصل الحق وهو في ذلك خاضع لرقابة المجلس الأعلى. أما التدابير المؤقتة فيختص بها قسم قضاء الأسرة، والذي تمتد صلاحية بته في النزاع إلى فحص المستندات والوقوف على الأسس القانونية التي تؤطر مجال تدخله وترجيح حجج الخصوم، وتمحيص الوقائع المحيطة بالنزاع دون أن يكون مقيدا بعدم البت في أصل الحق.

وتجدر الإشارة إلى أنه" **على خلاف عنصر الاستعجال الذي يعد من المسائل الواقعية التي يستقل قاضي المستعجلات بسلطة تقديرية واسعة فيها، يدخل عنصر عدم المساس بجوهر الحق ضمن مسائل القانون التي يخضع القاضي المذكور في إعمالها لرقابة قضاء المجلس الأعلى**". [1]

2- الاختلاف من حيث الإجراءات المسطرية

يخضع طلب الدعوى الاستعجالية لنفس الشروط الواجب توفرها في القضايا العادية، باعتباره طلبا أصليا يقدم في شكل دعوى مستقلة مؤداة عنه الرسوم القضائية، ومعزاز بالوثائق والمستندات المتبثة للحق في الادعاء. أما طلب التدابير المؤقتة وإن كان يستلزم نفس شروط تقديم الطلب، فلا يمكن أن يقدم باستقلال تام عن الطلب الأصلي وإلا تم الحكم بعدم قبول الدعوى تطبيقا لقاعدة الفرع يتبع الأصل مادام التدبير المؤقت جزءا من الملف الأصلي المتعلق بدعوى التطليق أو الطلاق.

[1] احمد أبو الوفا. أصول المحاكمات المدنية. الدار الجامعية للطباعة والنشر. بيروت 1983. ص 346.

وجدير بالذكر أن قسم قضاء الأسرة ينعقد اختصاصه باتخاذ التدابير المؤقتة تلقائيا أو بناءا على طلب، في حين لا يبت القضاء الاستعجالي إلا بناء على طلب المدعي أو من ينوب عنه ولا يسوغ له أن يتجاوز طلبات الخصوم .

المبحث الثاني: تمييز التدابير المؤقتة وطبيعتها القانوينة

المطلب الأول: تمييز التدابير المؤقتة عن الأوامر التمهيدية

لتفعيل مسطرة التقاضي وتمكين القضاء وأطراف الخصومة على السواء من آليات تيسر تحقيق الحماية القضائية، أتاح المشرع وسائل تمكن من الإحاطة بكل جوانب النزاع . كما وضع رهن إشارة الخصوم سلوك مساطر سريعة تغنيهم عن الإجراءات العادية التي ترهق كاهلهم على مستوى الوقت والتكاليف، وذلك بتقديم مختلف الطلبات العارضة أثناء سير الدعوى ودون حاجة كأصل عام لفتح ملف لكل طلب .

وتندرج الأحكام الصادرة بشأن التدابير المؤقتة شأنها في ذلك شأن الأحكام التمهيدية في إطار الأحكام غير القطعية"". الأحكام غير القطعية هي الأحكام التي لا تحسم نزاعا في تمام موضوع الدعوى ولا في جزئية من جزئياته، ولكنها تتعلق فقط بسير الدعوى وإجراءاتها، أو المحافظة على حقوق الأطراف. [1]

الفرع الأول: الاختلاف من حيث الشروط ونطاق التطبيق

إن الأحكام التمهيدية وإن كانت تصدر قبل البت في ملف الأصلي للدعوى، إلا أن الغرض منها ليس الحماية المؤقتة للحق قبل الفصل في الدعوى، بل تنظيم سير الدعوى من خلال

إجراءات مسطرية منصوص عليها قانونا أو دفع منازعة بخصوص الحق عبر تقديم أدلة إثبات لاستحقاق حق معين وتفنيد ادعاءات الخصم والتي تتجسد أساسا من خلال إصدار نوعين من الأحكام:

[1] يوسف دلاندة، دليل المتقاضي في مادة شؤون الأسرة (الزواج والطلاق)، الطبعة الثانية، دار هومة، الجزائر، 2008، ص 71.

أحكام متعلقة بسير الدعوى كالحكم بضم دعويين، وأحكام متعلقة بإجراءات الإثبات كالحكم بإجراء خبرة أو معاينة " أما الأحكام المؤقتة فلا يقصد بها تحضير الدعوى للحكم فيها، وإنما اتخاذ إجراءات تحفظية أو وقائية لحماية حقوق الأطراف لحين الفصل في النزاع، كالحكم بتعيين حارس قضائي على العين المتنازع عليها، ...أو الحكم بتقدير نفقة مؤقتة لأحد الخصوم ق بل الآخر حتى يفصل في طلباته "[1].

وباعتباره طلبا عارضا، يقدم طلب التدابير المؤقتة أثناء جريان المسطرة لنفس المحكمة المعروض عليها النزاع، والى جانب مراعاته للشكليات المتطلبة في المقال الأصلي يلزم أن يقدم قبل صيرورة الملف جاهزا وأن يتعلق أساسا بطلب إجراء مؤقت لحماية مصالح الزوجة

ونظرا إلى أن كل دعوى يجب أن تقدم من ذي صفة على ذي صفة، فإنه تجدر الإشارة إلى أن التدابير المؤقتة توجه عادة ضد الزوج (الطرف المدعى عليه) من طرف الزوجة أو بناء على طلب من كل ذي مصلحة. وعلى النقيض من ذلك، فإن الأوامر التمهيدية تنصرف أثارها القانونية على أطراف الدعوى، وليس بالضرورة الزوجين فقط[2] .

ومن حيث الاختلاف المتعلق بالتنفيذ، تجدر الإشارة أن التدابير المؤقتة تصدر مشمولة بالنفاذ المعجل غير قابلة لأي طعن، في حين أن الأحكام التمهيدية لا تتمتع بالتنفيذ المعجل بقوة القانون ويجد هدا التوجه مبرره القانوني استنادا إلى طبيعة آثارهما.

وعموما يمكن القول أن التدابير المؤقتة والأوامر التمهيدية يوحد بينهما عنصران أساسين يتمثلان من جهة في كون اتخاذهما معا يتم قبل الفصل في النزاع الأصلي للدعوى، ومن جهة أخر ى في عدم إمكانية الطعن فيهما إلا مع الحكم الأصلي للدعوى .

[1] الغوثي بن ملحة، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، مرجع سابق، ص 188.

[2] المرجع نفسه، ص 189.

المطلب الثاني: طبيعة الاختصاص بالأمر بالتدابير المؤقتة في مسائل الأسرة استعملت المادة 57 مكرر مصطلحين الأول مصطلح الاستعجال والثاني أمر على ذيل عريضة وإذا كان المصطلح الأول يحيل إلى اختصاص قاض ي الأمور المستعجلة، فإن المصطلح الثاني يتصل بالاختصاص رئيس المحكمة في مجال إصدار الأوامر على ذيل العريضة، أي ضمن الأعمال الولائية المخولة له قانونا، خاصة إذا علمنا أن الاختصاص أمام القاضي ا لاستعجالي، يختلف تماما عن الإجراءات المتبعة أمام رئيس قسم شؤون الأسرة فلمن ينعقد الاختصاص بشأن الفصل في التدابير المؤقتة هل ينعقد لرئيس المحكمة بحكم اختصاصه بإصدار الأعمال الولائية أو لرئيس قسم شؤون الأسرة. اختلف الفقه حول هذه المسالة. وهذا ما سنوضحه من خلال الفروع الأتية بيانها. حيث نتناول في الفرع الأول الفريق القائل بالاختصاص لرئيس المحكمة، أما الفرع الثاني نتناول الفريق القائل بالاختصاص لرئيس شؤون الأسرة، وفي الفرع الثالث الرأي الراجح في المسالة .

الفرع الأول: الفريق القائل بالاختصاص لرئيس المحكمة

ذهب الفريق الأول إلى أن الاختصاص حق يعود لرئيس المحكمة، باعتبار أنه يدخل ضمن لأعمال الولائية. ودليلهم أن المشرع عند ذكر عبارة أمر على ذيل عريضة فإنه أخطأ في تقدير المعنى القانوني للمصطلح. كما أن المتفق عليه فقها وقضاء أن التدابير المتعلقة بالنفقة أو الحضانة أو الزيارة أو المسكن بطبيعتها من اختصاص محكمة الموضوع وفي حالات الاستعجال تنتقل إلى قاضي الأمور المستعجلة.[1]

كذلك فإن اعتراف القاضي بإصدار الأمر على ذيل العريضة، وبتالي الفصل على وجه الاستعجال يؤدي إلى الاستغناء عن الضمانات التي تتسم بها الدعوى القضائية، كاحترام مبدأ المواجهة وحق الدفاع لأن الأمر على ذيل عريضة هو قرار ولائي، يتخذ في غرفة المشورة دون تكليف الخصم، وهو بدون شك

[1] شامي أحمد، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة، دراسة مقارنة بين الشريعة والقوانين الوضعية، رسالة دكتواره جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2013 -2014، ص 112.

ما لم يقصده المشرع ويدعم أريهم بالاختصاص رئيس المحكمة، هو استعمال النص الفرنس ي للمادة 57 مكرر لمصطلح référé والتي تعني الاستعجال. [1]

أضف إلى ذلك أن المشرع الجزائري لم يأت بجديد في هذه المادة لأن صاحب الاختصاص بإصدار الأوامر على ذيل العريضة هو رئيس المحكمة.

الفرع الثاني: الفريق القائل بالاختصاص لرئيس شؤون الأسرة

يرى الفريق الثاني أن الاختصاص يعود لرئيس شؤون الأسرة، ويميل هذا الفريق إلى تفسير المادة 57مكرر من (ق.أ.ج) أنها تجيز لقاضي شؤون الأسرة الفصل على وجه الاستعجال في الحالات المذكورة، وهذا بالنظر إلى حالة الاستعجال بموجب أمر على ذيل العريضة.

كما ذهب إلى أن هذا الاختصاص استحدثه المشرع الجزائري بموجب التعديل الأخير لقانون الأسرة لأن قاض ي شؤون الأسرة، هو الأكثر إلماما ودراية بالملف مما يسهل له الفصل على وجه السرعة فيه كما أنه لا يوجد في القانون ما يمنع من إصدار الأمر على ذيل العريضة من قاضي أخر غير رئيس المحكمة. هذا ما يستشف من نص المادة 310 (ق.إ.م.إ). [2]

وإن من شأن هذا الاختصاص الجديد أن يخفف من اكتظاظ الملفات بمكتب رئيس المحكمة ويضمن للمواطن السرعة في استصدار الأمر.

الفرع الثالث: الرأي الراجح في المسألة

الراجح من خلال قراءتنا لنص المادة 57 مكرر من (ق.أ.ج) أنها جاءت بجديد وأضافت اختصاصا لرئيس قسم شؤون الأسرة وهو الفصل على وجه الاستعجال بموجب أمر على ذيل العريضة في مواد النفقة والزيارة والحضانة والسكن وكل ما يتعلق بشؤون الأسرة.

---

[1] شامي أحمد، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة، دراسة مقارنة بين الشريعة والقوانين الوضعية، مرجع ساب، ص 115.

[2] حمد الأرماني، السلطة التقديرية للقاضي في أحكام الأسرة بين المقاصد الشرعية والقانون الوضعي، ط1، دار القلم، الرباط ،2012، ص 89.

وما يؤكد هذا التوجه ما جاء به التعديل الجديد لقانون الإجراءات المدنية والإدارية، ففي المادة 425 (ق.إ.م.إ) نصت على أنه "يمارس رئيس قسم شؤون الأسرة الصلاحية المخولة لقاضي الاستعجال،" كما نصت المادة 499 (ق.إ.م.إ) على أنه " يجوز لقاضي شؤون الأسرة وعن طريق الاستعجال أن يتخذ جميع التدابير التحفظية". [1]

هاتين المادتين تؤكد بأن نية المشرع في المادة 57 مكرر (ق.أ.ج) تتجه إلى إعطاء الاختصاص بالفصل بموجب أمر على ذيل عريضة لقاضي شؤون الأسرة، كما لا يمنع الأطراف من رفع الطلب لرئيس المحكمة لأن العبارة جاءت عامة" **للقاضي الفصل على وجه الاستعجال** "[2] ذلك أن المشرع لم يسلب القضاء المستعجل اختصاصه بتقدير التدابير المؤقتة، فالمهم في كل الأحوال أن يتوفر في النزاع المعروض عنصر الاستعجال وعدم المساس بأصل الحق. ويبقى الاختلاف بين القضاة بشأن تطبيق المادة قائم في انتظار صدور اجتهاد من المحكمة العليا.

[1] بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائر ي المعدل، ط1، دار الخلدونية، الجزائر، .2008، ص 44.

[2] نبيل صقر، قانون الأسرة نصا وفقها وتطبيقا، م رجع سابق، ص 256.

خلاصة الفصل:

التدابير الوقتية هي نوع من الحماية تواجه خطر التأخير في تقديم الحماية الموضوعية، وذلك في الحالات التي تستدعي السرعة في درء الخطر الذي يتهدد الحق قبل وقوعه في الحياة القانونية وهو مواجهة حالة الاستعجال بتدبير عملي متميزا وتؤدي الحماية الوقتية دوار لمنع وقوع الضرر

الفصل الثاني:

المسائل الأسرة محل التدابير الوقتية

تمهيد:

تقسم الدعاوى إلى دعاوى موضوعية ودعاوى وقتية تهدف الأولى للحصول على القضاء الموضوعي الذي يفصل في أساس النزاع، في حين تهدف الدعاوى الوقتية للحصول على القضاء الوقتي و هو الذي يأخذ صورة التدبير المؤقت و لكون القضاء الموضوعي يتطلب من أجل القيام به أن يمنح القاضي وقتا كافيا ليقوم بتفحص إدعاءات الخصوم، و لتفادي التضحية بالحقوق و المراكز القانونية صيغت مجموعة من الأدوات الفنية تهدف إلى إيجاد التوازن بين القواعد الموضوعية و القواعد الشكلية

المبحث الأول: التدابير الوقتية في مسائل النفقة والمسكن

المطلب الأول: التدابير الوقتية في مسائل النفقة

تعد مسائل النفقة من أكثر الدعاوى انتشارا في ساحة القضاء، ونظرا لطابع المعيشي للنفقة فقد أقر المشرع للقاضي الحكم بالنفقة المؤقتة ولم يحدد أجلا لرفعها بل نص على توافر عنصر الاستعجال حماية للزوجة والأطفال من الضياع أو الإهمال ومن طول الإجراءات القضائية.[1]

وعليه نتناول في الفرع الأول شروط المطالبة بالنفقة المؤقتة وفي الفرع الثاني الفصل في النفقة المؤقتة أما الفرع الثالث النفقة المؤقتة في الزواج المختلط.

الفرع الأول: شروط المطالبة بالنفقة المؤقتة

حتى تقبل دعوى المطالبة بالنفقة المؤقتة لا بد أن تتوافر على عنصر الاستعجال الفقرة الأولى وعدم المساس بأصل الحق الفقرة الثانية.

الفقرة الأولى: توفر عنصر الاستعجال

تثير النفقة المؤقتة إذا توفر عنصر الاستعجال والذي يتحقق كلما ثبت من ملف الدعوى أن حاجة طالب النفقة ملحة لانعدام مورد أخر للرزق ولا يستطيع الانتظار دون إنفاق أما إذا تبين من أوارق الملف أن الزوجة التي طالبت بالنفقة، ميسورة الحال ولها من المال ما يعيلها وأبنائها تكون قد فقدت شرط الاستعجال ويقضي القضاء المستعجل بعدم الاختصاص بنظر الدعوى. [2]

الفقرة الثانية: عدم المساس بأصل الحق

---

[1] بلحاج العربي، قانون الأسرة وفقا لأحدث التعديلات، مرجع سابق، ص 544.

[2] بركات محمود محمد ناصر، السلطة التقديرية للقاضي في الفقه الإسلامي، ط1، دار النفائس، الأردن، 2001، ص 92.

يشترط أن يكون الأمر غير ماس بأصل الحق، أي أن تكون النفقة مؤقتة لا دائمة، وأن يكون الحق المدعى به والسبب الذي يبنى عليه الطلب غير متنازع فيه جديا سواء كان النزاع منصبا على وجود الحق أو على حلول أجل أدائه.

إن عدم المساس بأصل الحق يقتضي أن يكون الطلب منصبا على نفقة مؤقتة بمدة معينة، إلى أن يحسم في النزاع الأصلي أما إذا أنصب الطلب على نفقة عادية فإنه يمس بالموضوع وهو ما يخرج عن اختصاص القضاء الاستعجالي.

كما أن دعوى النفقة المؤقتة ترفع استنادا إلى حق يدعيه المدعي يطلب فيه الحكم له بتلك النفقة المؤقتة، كأن تطل ب الزوجة نفقة مؤقتة من القاضي الاستعجالي أو قاضي شؤون الأسرة إلى حين الفصل في دعوى الطلاق، فحين يدعي المدعى عليه أنها ناشز لا تستحق النفقة، فالبحث في استحقاق الزوجة للنفقة يرجع إلى قاضي الموضوع وما على القاضي الاستعجالي إلا الحكم بعدم الاختصاص.

وإذا كان المدعى عليه ينكر وجود أصل الحق كلية، كأن ينكر بنوة الطفل أو العلاقة الزوجية يتعين على القاضي أن يفحص النزاع من ظاهر المستندات فإن كان على أساس من الجد، قضى بعدم الاختصاص بنظر الدعوى، وللزوج أن يجري المقاصة بين ما أدي من نفقة مؤقتة والنفقة المحكوم بها نهائيا. [1]

الفرع الثاني: الفصل في النفقة المؤقتة

إن النفقة المؤقتة إمكانية مقررة لقضاة الموضوع سواء على مستوى المحكمة أو المجلس القضائي وقد يتراء للوهلة الأولى صعوبة ذلك، بعلة أن الحكم المستأنف هو سند تنفيذي، يمكن اعتماده لمباشرة التنفيذ، غير أن الحكم المستأنف قد يكون رفض طلب النفقة، وبالاستئناف يحق للخصم تقديم طلب نفقة المؤقتة، ولا يمكن الاعتداد بقاعدة منع تقديم طلبات جديدة في مرحلة الاستئناف، لأن الأمر لا يتعلق بطلب جديد وإنما هو تعجيل جزء من القدر المتوقع صدور الحكم بشأنه.

[1] حداد عيسى، عقد الزواج، منشوارت جامعة باجي المختار، عنابة ،2006، ص 76,

والسؤال الذي يطرح هل القاضي يصدر الأمر بالنفقة المؤقتة تلقائيا بعد تأكده من خلال معطيات الملف أن الإجراءات العادية لا تمكنه من البث في الدعوى على وجه السرعة؟ أم أن الأمر يقتضي تقديم طلب بتلك النفقة المؤقتة من طالبها ؟.

أن القول بإمكانية الحكم بالنفقة المؤقتة تلقائيا دون طلبها لا يستقيم وصراحة النص الذي يشترط فيه تقديم طلب سواء بالإدراج الطلب في العريضة الافتتاحية للدعوى أو بموجب طلب عارض، وتكفي المطالبة به شفهيا أمام المحكمة وتسجيله في محضر الجلسة.[1]

وتجدر الإشارة أن الحكم بالنفقة المؤقتة يكون بمناسبة دعوى معروضة على محكمة الموضوع مثل دعاوى الطلاق والتطليق أو دعوى النفقة ولا يمكن رفعها منفردة وإلا قوبلت بالرفض.

وللمطالب بالنفقة المؤقتة طريقان من طرق التقاضي لحماية حقه لا يجوز له الجمع بينهما، فإذا حكم رئيس قسم شؤون الأسرة بالنفقة المؤقتة فإنه يمنع عليه اللجوء إلى قاضي الأمور المستعجلة بالتدبير أو النفقة المستعجلة، لانتفاء اختصاصه بسبب زوال شرط الاستعجال وكذلك الأمر إذا قدم طلب بالنفقة المؤقتة لقاضي الأمور المستعجلة.

ولقاضي الأمور المستعجلة أن يأمر بإيقاف تنفيذ الأمر الاستعجالي عن طريق دعوى إشكالات التنفيذ التي تدخل في اختصاص رئيس المحكمة، وهذا إذا تبين له من معطيات القضية أن المحكوم له بالنفقة لا يعيش لدى الحاضن أو بلغ السن القانونية وهذا مالا يتأتى لقاضي شؤون الأسرة.

ويثر إشكال حول التنفيذ الفوري للقرار الاستعجالي أو الأمر القاضي بالنفقة المؤقتة، إذا ما امتنع الزوج أو أقاربه أو عدم وجودهم؛ ما هي الوسائل الجبرية التي تتوافر عليها النيابة العامة

[1] ذيابي باديس، صور وآثار فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة، دار الهدى، عي ن مليلة، الجزائر، 2012، ص 92.

لتنفيذ هذه التدابير المأمور بها من طرف المحكمة، في غياب أي نص فهل لنيابة العامة أنتحرك دعوى عمومية بشأن إلزام المدين بها لدفعها حماية للزوجة والأولاد.

الفرع الثالث: النفقة المؤقتة في الزواج المختلط

إذا وقع النزاع حول النفقة المؤقتة في الزواج المختلط فما هو القانون الواجب تطبيقه؟

الراجح أن النفقة المؤقتة من الإجراءات التي تخضع لقانون القاضي على أساس تدابير الأمن المدني، وهي الإجراءات التي يقصد بها المحافظة على السلام العام أو السكينة العامة في الدولة. وبالتالي تخضع للمادة 05 من القانون المدني "يخضع كل سكان القطر الجزائري لقوانين الشرطة والأمن".

والنفقة المؤقتة الهدف منها درء الضرر البالغ الذي قد يلحق بمن كان في حالة عوز واشتدت به الحاجة إلى القوة وهذه الاعتبارات تتصل بالسكينة العامة للدولة وإن القواعد المقررة لحق الزوجة في النفقة المؤقتة تعد من قواعد ذات التطبيق المباشر.

وهذا ما جاء في حيثيات حكم محكمة القاهرة" **النفقة المؤقتة هي غير النفقة المؤقتة التي يعنيها قانون الزوج، إذ الغرض من النفقة المؤقتة سد الرمق ومنع الزوجة من الاندفاع لرذيلة، وأنه لا يسمح طلب تعديل هذه النفقة على أساس لا يتفق مع طبيعة هذا الإجراء الوقتي ولا على أسباب هي بعينها المطروحة في الدعوى الموضوعية وإنما يجوز تعديلها إذا ما تغيرت حالة الزوجة بأن أثترت، أو تغيرت حالة الزوج بأن افتقر**". [1]

[1] حمد الأرماني، السلطة التقديرية للقاضي في أحكام الأسرة بين المقاصد الشرعية والقانون الوضعي، مرجع سابق، ص 52.

المطلب الثاني: التدابير الوقتية في مسائل البقاء المسكن

حاول المشرع الجزائري حل مسالة السكن في المادة 72 من قانون الأسرة الفرع الأول كما أن لتدابير المؤقتة دوار في تفعيل البقاء المؤقتة في السكن الفرع الثاني.

الفرع الأول: مضمون المادة72 فيما يتعلق بحق البقاء في السكن

تناول المشرع الجزائري موضوع السكن في المادة 72 من قانون الأسرة " في حالة الطلاق يجب على الأب أن يوفر لممارسة الحضانة، سكنا ملائما للحاضنة، وإن تعذر ذلك فعليه دفع بدل الإيجار.

وتبقى الحاضنة في بيت الزوجية حتى تنفيذ الأب للحكم القضائي المتعلق بالسكن" [1]

نستخلص من هذه المادة أن المشرع الجزائري ألزم الزوج أن يهيئ لأولاده المحضونين، محلا لسكناهم أو أن يؤدي مبلغ الإيجار الذي تقدره المحكمة.

وعلى القاضي أن يحدد في حكمه الإجراءات الكفيلة بضمان استمرار تنفيذ هذا الحكم من قبل الأب المحكوم عليه، كما عليه أن يحدد الوسائل التي يراها مناسبة لتنفيذ الحكم بالنفقة وتكاليف السكن على أموال المحكوم عليه وحفاظا على مصالح المحضون. [2]

والملاحظ على المادة 72 (ق.أ.ج) أنها جعلت مسكن الحضانة حقا للمحضون وللحاضنة بالتبعية لالتصاقها بهم، وهو واجب على الأب يتم تنفيذه إما بتهيئته لأولاده محلا لسكناهم أو أن يؤدي المبلغ الذي تقدره المحكمة للإيجار وتبقى الحاضنة وأبنائها في المسكن الزوجي حتى ينفد الأب الحكم الخاص بمسكن المحضون سواء كانت الحاضنة أم المحضون أو غيره.

---

[1] بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائر ي المعدل، مرجع سابق، ص 85.

[2] بلحاج العربي، قانون الأسرة وفقا لأحدث التعديلات، مرجع سابق، ص 572.

هذا ما ذهب إليه قرار المحكمة العليا: "يمكن المطالبة ببدل الإيجار المعتبر من مشتملات النفقة المستحقة للمحضون في أي وقت ولا يمكن التمسك بخصوصه بحجية الشيء المقضي فيه". [1]

كما جاء في قرار لها: " **يعد السكن أو بدل الإيجار من مشتملات النفقة لا يكتس ي الحكم الصادر إلا حجية مؤقتة**" [2]

وفي قرار للمجلس الأعلى المغربي ذهب إلى أنه "... طبقا لمقتضيات الفصل 127 من مدونة الأحوال الشخصية، فإن السكن من مشمولات نفقة الأولاد وحقا من حقوقهم وإن الحاضنة ما دامت ملتصقة بمحضونيها فهي تسكن معهما بصفتها هاته ولاحق لها في التنازل عن حقوق محضونيها". [3]

وإذا ما وفرّ الزوج مسكن لممارسة الحضانة لا يجوز للحاضنة بعد ذلك المطالبة ببدل الإيجار

هذا ما قرر ته المحكمة العليا: "**القضاء بتخيير الزوج بين تخصيص سكن للحاضنة أو دفع بدل الإيجار بالرغم من تخصيص الزوج سكنا مستقلا لممارسة الح ضانة إساءة لتطبيق السليم للقانون**" [4]

وإذا قام عنصر الاستعجال يجوز لقاض ي شؤون الأسرة اتخاذ أي تدبير ي اره مناسبا لضمان حق السكن للحاضنة.

ويعتبر السكن حق مستقل عن النفقات المالية المستحقة للمطلقة بنص القانون، وعلى الزوج حسب وسعه أن يضمن حقها في السكن مع محضونيها وعليه فإن إقامة الحاضنة عند أهلها

[1] حداد عيسى، عقد الزواج، مرجع سابق، ص 43,

[2] ولد خسال سليمان، الميسر في شرح قانون الأسرة الجزائر ي، ط2، شركة الأصالة، الجزائر ،2012، ص 58.

[3] حمد الأرماني، السلطة التقديرية للقاضي في أحكام الأسرة بين المقاصد الشرعية والقانون الوضعي، مرجع سابق، ص 192.

[4] بركات محمود محمد ناصر، السلطة التقديرية للقاضي في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 84.

لا يسقط حقها في مطالبة الزوج بالسكن وأجرته، حتى لو كان للحاضنة سكن، فلها حق البقاء في المسكن الزوجي متى ثبت أن للزوج مسكنا أخر، كما أن أجرة مسكن ممارسة الحضانة تكون على الزوج قانونا ولو كانت الحاضنة عاملة. وحق السكن الممنوح للحاضنة في مواجهة الغير الخلف الخاص هو حق شخصي باعتبار حق السكنى لا ينتقل مع العين تطبيقا للقواعد العامة.

الفرع الثاني : فعالية التدبير المؤقتة في ضمان البقاء المؤقت في السكن

إذا كان حق الحاضنة في البقاء بالمسكن الزوجي ثابت شرعا وقانونا سواء في العدة أو أثناء ممارسة الحضانة بموجب نص المادة 61من (ق.أ.ج) فإن الأزواج كثيرا ما يتعسفون بالإخراج المرأة وطردها وأبنائها من المسكن الزوجي وهذا ضرورة تجيز للمطلقة اللجوء إلى القاضي الفاصل في موضوع النزاع أو قاض ي الأمور المستعجلة لاستصدار أمر بإرجاعها إلى مسكن الزوجية إلى حين الفصل في موضوع النزاع طبقا لنص المادة 57 مكرر من (ق.أ.ج). [1]

وقد ذهب بعض القضاة إلى تفضيل اللجوء للقاض ي الأمور المستعجلة فيما يتعلق الرجوع إلى مسكن الزوجية أو العدة أو الحضانة بموجب أمر استعجالي لأنه في هذه المسألة؛ لا بد من وجود منازعة قضائية خاصة أن هناك عقبات مادية تعترض حق البقاء في المسكن الزوجي، وإن صدور أمر ولائي غير وجيه يتعين العدول عنه، حتى يتمكن الأفراد من إبداء دفاعاتهم وتمكينهم من ممارسة حق الدفاع .[2]

وعليه فأن التدابير المؤقتة لإسكان الحاضنة ولو مؤقتا يعزز من حماية الأسرة، وإن كان الطلاق سببا في تصدعها، فإن من شأن هذا الحق أن يزيد في تماسكها، وذلك بإبقاء الطفل داخل وسطه الأسري بما يحقق له نوعا من الاستقرار، غير أن هذا الحق يبقى ناقصا أمام غياب نصوص عقابية تردع الأزواج الذين يتحايلون من أجل حرمان الحاضن والمحضون من الاستفادة من هذا الحق .

[1] نبيل صقر، قانون الأسرة نصا وفقها وتطبيقا، مرجع سابق ،ص 133.

[2] محمد أم زيان، القضاء المستعجل في القضايا الأسرية، الحضانة والنفقة نموذجا، مرجع سابق، ص 128

المبحث الثاني: التدابير الوقتية في مسائل الحضانة والزيارة

المطلب الأول: التدابير الوقتية في مسائل الحضانة

الفرع الأول: التدابير المؤقتة في مسائل الحضانة

من أهم الآثار القانونية لانحلال عقد الزواج هو وضع الطفل عند من هو أقدر على الإهتمام به والعناية بشؤونه ، والحضانة هي ضرب من هذه الرعاية بالطفولة بحيث يكفل للطفل التربية الصحية والخلقية السليمة.

ومن هنا فإن أحكام الحضانة في القانون الجزائري هي مظهر من مظاهر عناية التشريع الإسلامي بالطفولة وكذا التشريعات الوضعية، إن الحضانة هي القيام على شؤون الطفل وكفالته بغرض المحافظة على **بدنه ، وعقله ، ودينه** ، وحمايته من عوامل الانحراف وطوارئ الإنحلال بما يمكنه من أن يكون فردا صالحا داخل مجتمعه مما يقتضي وضعه تحت أيدي مؤهلة لمثل هذه الواجبات ، وأن يكون لهم الحق في ذلك وفقا لقواعد الشريعة والقانون. [1] إن الحاضن هو من يتولى شؤون الصغير بإذن الشرع أو بأمر القاضي ذكرا كان أم أنثى ، إذ يتساوى الرجال والنساء في أهليتهم للحضانة مع اختلاف في الأولوية وتباين في الترتيب

وعليه فالحضانة تثبت لمن كان أهلا بها بتوافر شروطها، إذ يرى الفقهاء أن هناك شروطا عامة في الرجال والنساء وأخرى تختص بها النساء، والبعض الآخر لابد من توافرها في الرجال.

[1] بن صغير محفوظ، أحكام الزواج في الاجتهاد الفقهي وقانون الأسرة الجزائر ي، دار الوعي، الجزائر ،2013، ص 352.

كما أن المشرع الجزائري حصر شروط الحضانة في القانون الجزائري في الأهلية بعد تعريفه لها في المادة 62من قانون الأسرة الجزائري المعدل و المتمم، إذ نصت الفقرة الثانية منها على أنّه : "**و يشترط في الحاضن أن يكون أهلا للقيام بذلك** " [1]

إذ المقصود بالأهلية هنا هو القدرة على القيام بمهمة شاقة تتعلق بتربية الطفل وإعداده إعدادا سليما ليكون قادرا على الاعتماد على نفسه في المستقبل.

ولتحديد هذه الشروط غير الواردة في نص القانون فإن المادة 222من قانون الأسرة الجزائري تنص على أنّه : "**كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية** ". [2]

وعلى هذا الأساس سنتطرق إلى شروط ممارسة الحضانة على ضوء الفقه مع الإشارة إلى موقف المشرع الجزائري منها مع الإستشهاد ببعض قرارات المحكمة العليا لإبراز مدى تكريس القضاء لهذه الشروط وذلك كما يأتي بيانه.

الشروط العامة

الأهلية للحضانة تثبت للرجال كما تثبت للنساء وإن تقدمت حضانة النساء على حضانة الرجال لأن المرأة بحكم الفطرة والتكوين هي الأقدر على رعاية الصغير والأكثر صبرا على توفير احتياجاته المتنوعة ومن بين الشروط العامة لممارسة الحضانة للرجال والنساء نجد:

[1] عبد الفتاح تقية، قانون الأسرة مدعما بأحدث الاجتهادات القضائية والتشريعية، مرجع سابق، ص 317.

[2] بلحاج العربي، قانون الأسرة مع تعديلات الأمر 05-02، مرجع سابق، ص 512,

1-العقل:

لا يستطيع المجنون القيام بشؤون نفسه وبالتالي لا يكون له تولي شؤون غيره، ويستوي في الجنون أن يكون مُطْبقًا أو متقطعا فكلاهما مانع من الحضانة، ولا فرق بين جنون متقطع قليل أو كثير، ولو كان من القلة بحيث لا يأتي إلا ليوم واحد في السنة.

ذلك لأن ترك المحضون لدى مثل هذه الحاضنة فيه ضرر عليه، فقد يرد جنونها في أي وقت وإن كان نادرا أو قصيرا ولو مثلا مرة في كل سنة، لأن المقصود بالحضانة هو مصلحة المحضون وتوفير الحماية اللازمة له، وعليه ينبغي الابتعاد به عن أدنى ضرر محتمل يصيبه وذلك رعاية لمصلحته [1].

والمعتوه يأخذ حكم المجنون والصغير لأنه محتاج لرعاية الغير وبالتالي فلا يرعى هو غيره، ولأن ولايتهما لغيرهما كالصغير فلا ولاية لهما على محضون، إذ الحضانة في القانون المدني من الولاية ، كما أنّه لا يتصور أن يكون الشخص قاصرا في حق نفسه لا يمكنه القيام بشؤونه الخاصة وتكو ن له في الوقت نفسه ولاية على غيره لأنه في حاجة إلى إشراف الغير والأخذ بيده في شؤون نفسه.[2]

فلا يصوغ له أن يتولى هو هذا الإشراف على الغير باعتبار الحضانة ولاية على النفس، وغير العاقل لا ولاية له على نفسه، فمن باب أولى لا تثبت له ولاية على غيره.

وإلى جانب العقل اشترط المالكية الرشد، فلا حضانة عندهم لسفيه مُبَذر كي لا يتلف مال المحضون أو ينفق عليه منه ما لا يليق .

واشترط أيضا الحنابلة مع المالكية بالإضافة إلى العقل عدم المرض المنفر كالجذام والبرص فلا حضانة لمن به شيء من هذه المنفرات.

[1] شامي أحمد، السلطة التقديرية لقاضي شؤو ن الأسرة، دراسة مقارنة بين الشريعة والقوانين الوضعية، مرجع سابق، ص 213.

[2] نبيل صقر، قانون الأسرة نصا وفقها وتطبيقا، مرجع سابق، ص 288.

أما موقف المشرع الجزائري في هذه المسألة فإنه يرى أن الحضانة في القانون الجزائري هي ولاية على النفس، فلا تكون لغير العاقل الذي لا يقوى على شؤونه إذ هو نفسه بحاجة إلى من يرعاه وهو ما ورد في نص المادة 85من قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم التي تنص: "**تعتبر تصرفات المجنون والمعتوه والسفيه غير نافذة إذا صدرت في حالة الجنون أو العته أو السفه**" .[1]

كما أنه لا فرق في الجنون سواء كان مستمرا أو متقطعا، لأن الحضانة في القانون الجزائري هي رعاية المحضون وحفظ مصلحته.

2-البلوغ:

الحضانة مهمة شاقة لا يتحمل مسؤولياتها وتبعاتها إلاّ الكبار، بل أن وظائفها لا يقوم بها إلاّ هؤلاء، إذ يشترط في الحاضن البلوغ لأن الحضانة في القانون الجزائري من باب الولاية والصغير ليس من أهل الولاية .

والبلوغ شرط أساسي لاستحقاق الحاضن للحضانة، لأن به اكتمال الإرادة عادة والقضاء الجزائر ي اعتبر البلوغ من شروط استحقاق الحضانة باعتباره متفق عليه لدى فقهاء الشريعة الإسلامية .

3-الأمانة على الأخلاق:

الأمانة صفة في الحاضن يكون بها أهلا لممارسة الحضانة وبيئة مصاحبة للمحضون، تضمن حدّا أدنى من التربية السليمة للصغير إذ تسقط الحضانة إذا ألقيَ بالصغير في بيئة سيئة مصاحبة له تؤثر عليه سلبا وتثير الشكوك حول سلامة تربيته، و المناط في سقوط الحضانة في القانون الجزائري مصلحة الصغير و حمايته من الضياع و صيانته من الإهمال .

[1] نبيل صقر، قانون الأسرة نصا وفقها وتطبيقا، مرجع سابق، ص 290.

حتى قال بعض الفقهاء" إن **الحاضنة لو كانت كثيرة الصلاة قد استولت عليها محبة الله تعالى وخوفه حتى شغلاها عن الولد ولزم ضياعه نُزِعَ منها وسقطت الحضانة عنها**". [1]

ففي هذه الحالة وإن أصبح يعقل فجورها ينتزع منها الولد صونا وحفاظا لأخلاقه من الفساد لأنّها غير أمنية عليه. أما الرجل الفاسق فلا حضانة له.

ولقد تشدّد القضاء الجزائري في اعتبار الأمانة شرطا جوهريا في الحاضن وتكرّس ذلك في العديد من أحكامه وقراراته إذ يرى أنّ الحاضنة التي لا تقيم وزنا للأخلاق ولا تراعي حرمة للشرف لا تكون أهلا للحضانة لأنها غير أمينة على نفس الطفل وأدبه وخلقه.

حيث جاء في قرار المحكمة العليا " **أن عدم إبصار الأم مانع لها من حضانة الأولاد الأربعة لعجزها عن القيام بشؤونهم ومراقبتهم والسهر على تربيتهم وحمايتهم من الوقوع في زلات مشينة**" [2] كتلك التي قام بها أخ المطلقة الذي هتك عرض أختهم من أبيهم خاصة وأنّ من المحضونين بنتين إن تركت حضانتهما لأمهما فلا يؤمن عليهما.

ويتشدد القضاء في موقفه هذا وأسقط حضانة الجدة للأم لأن الأم كانت أخلاقها فاسدة، فكما أسقِطت الحضانة عن الأم لفساد أخلاقها وسوء تصرفها يسقط حق أمها في الحضانة، إذ كذلك الأم التي لا تقدر على تربية ابنتها لا تستطيع تربية المحضون وكبح جماحه وعليه فلا الأم تستحق الحضانة ولا أمها لفقدان الثقة والأمانة فيهما.

والقول بأنّ الحاضنة ارتكبت فعلا فاحشا ، يجب إثباته بالطرق المعروفة شرعا وهي أربعة شهود عدول من الرجال، أو اعترافها بالفعل المنسوب إليها لأن الإعتراف سيد الأدلة.

---

[1] بركات محمود محمد ناصر، السلطة التقديرية للقاضي في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 140.

[2] بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائر ي المعدل، مرجع سابق، ص 394.

4-القدرة على التربية:

يقصد بالقدرة الإستطاعة على صيانة الصغير في خلقه وصحته، إذ لا حضانة لعاجز لكبر السن أو مرض أو شغل ، فالمرأة المحترفة أو العاملة إذا كان عملها يمنعها من تربية الصغير

والعناية بأمره لا تكون لديها أهلية الحضانة أما إذا كان عملها لا يحول دون رعاية الصغير وتدبير شؤونه حينئذ لا يسقط حقها في الحضانة.

إذ يرى أغلب الفقهاء أنه لا حضانة لكفيفة أو ضعيفة البصر ولا لمريضة مرضا معديا أو مرضا يعجزها ويمنعها عن القيام بشؤون الصغير ولا لمتقدمة في السن تقدما يجعلها بحاجة إلى رعاية الغير لها، ولا لمهملة لشؤون بيتها كثيرة المغادرة له[1].

حيث أنه يخشى من هذا الإهمال ضياع الطفل وإلحاق الضرر به أو لساكنة مع مريض مرضا معديا أو مع من يبغض الطفل ولو كان قريبا له إذ لا تتوفر له الرعاية الكافية والجو الصالح الملائم لتربيته .

فالمالكية والشافعية والحنابلة يدخلون العمى في مانع العجز، وينيطون حضانة العمياء وغيرها من العاجزات بقدرتها على القيام بشؤون المحضون ولو كان ذلك بمساعدة غيرها، أما إذا منعها شيء من ذلك عن رعاية شؤون المحضون فلا تكون لها الحضانة [2].

وعليه فإنّ الفقهاء لم يشترطوا لأهلية الحضانة سوى قدرة الحاضنة على رعاية الصغير والإشراف على تربيته والمحافظة عليه ولم يشترطوا الإبصار بل أوجبوا توافر صفات ترجع إلى المحافظة على الصغير وتوفر راحته .

إن منح حق ممارسة الحضانة، يختص به قاض ي الموضوع، سواء قبل النطق بالطلاق وتوابعه أو بعد الطلاق، وقد يتطلب تدهور حالة الأطفال تدخل القاضي لحمايتهم، فقد يقع حجز طفل رضيع من

[1] شريفي خليصة ، الاستعجال في شؤون الأسرة ، مرجع سابق، ص 112.

[2] المرجع نفسه، ص 114,

قبل أبيه ورفض هذا الأخير تسليمه لأمه أثناء رفع دعوى الطلاق، وقد يتعرض الأطفال الموجودين تحت حضانة أمهم للإهمال أو سوء المعاملة، ففي

هذه الحالة فإن اتخاذ تدابير مستعجلة لحماية المحضونين من الأذى يجعل من الضروري اللجوء إلى قاضي شؤون الأسرة طبقا لأحكام المادة 57 مكرر(ق.أ.ج). أو قاضي الأمور المستعجلة لاستصدار أمر على عريضة يقضي بالحضانة لطالبها أو إلى من يراه أهلا لها، لتوافر عنصر الاستعجال، في انتظار الحسم في موضوع النزاع .[1]

المطلب الثاني: التدابير الوقتية في مسائل الزيارة المؤقتة:

إن إسناد الحضانة إلى مُستحقّها، والذي يكو ن في الغالب الأعمّ الأم، باعتبارها الأولى بها رعاية لمصلحة المحضون، ممّا يؤدي به حتما إلى الإبتعاد عن والده ، ممّا يستدعي معه إيجاد وسيلة للمحافظة على توازن الطفل من جهة، وعدم الإضرار بالوالد من جهة أخرى، بتمكينه من زيارة ورؤية ابنه المحضون، وعل يه سنتناول في هذا المطلب، حق الزيارة في الفقه، ثمّ في القانون، مع التدعيم ببعض قرارات المحكمة العليا.

الفرع الأول: حق الزيارة في الفقه

يتصّل بالحضانة حق الرؤية، سواء كان رؤية الأب لولده، وهو في حضانة النساء، أو رؤية الأم لولدها، إذا كان مع أبيه أو العاصب غير أبيه.

فالولد إذا كان في حضانة الأم، وأراد أبوه أن يراها، فإنّها لا تجبر على أن ترسله له ليرها لكنّها لا تمنعه من ذلك .

وإذا كان مع أبيه بأن سقطت حضانة أمّه أو انتهت، فالأب لا يُجبر على أن يرسله لأمه، بل هي إذا أرادت أن تراه، لا يمنعها من هذه الرؤية.

[1] يوسف دلاندة، دليل المتقاضي في مادة شؤون الأسرة)الزواج والطلاق(، مرجع سابق، ص 177.

والزيارة على العادة لا تكون يومية، بل يوما في عدد من الأيام، لكن لا بأس أن تزور الأم ابنها أو ابنتها يوميا إن كان م نزلها قريبا.

و إن كانت الأم مع الولد بمنزل زوج لها، فإنه يجب لكي يتمكن الأب من الزيارة أن يأذن بذلك الزوج، لأنّ هذا حقّه. فإن لم يأذن به فعلى الأم إخراج الولد إليه لكي يراه ويتفقد أحواله ويباشر شأنه[1].

ويرى الإمام أبو زهرة أنّه: " ليس للحاضنة أن تمنع الأب من رؤية ولده، و لا تجبر على إرساله، كما أنّه ليس له إن سقط حقُّ الأم في الحضانة أن يمنعها من رؤية ولدها و لا يُجبر على إرساله إليها.

الفرع الثاني :حق الزيارة في القانون

تنص المادة 64 من قانون الأسرة الجزائري على أنّه": ...**وعلى القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة**[2]."

ما يستشف من هذه المادة أنّه على القاضي أن يحكم بحق الزيارة لم ارت معينة وفي أوقا ت وأماكن محدّدة عند الحكم بإسناد الحضانة.

وحق الزيارة من الحقوق التي حماها القانون نظرا لأهميته البالغة ورعاية دائمة لمصلحة المحضون، بل رتب عقوبات جزائية لمن يُخلّ بهذا الحق ويعبث به، إذ تنص المادة 328 من قانون العقوبات بأنّه: " **يعاقب بالحبس من شهر إلى سنة، و بغرامة من 500 دج إلى 5000 دج الأب أو الأم أو أي شخص آخر لا يقوم بتسليم قاصر قُضِي في شأن حضانته بحكم مشمول بالنفاذ المعجل، أو بحكم نهائي إلى من له**

[1] نبيل اسماعيل عمر، الأوامر على عرائض ونظامها القانوني في قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة للنشر الإسكندرية . 2004. ص 11.

[2] محمد حسنين، طرق التنفيذ في قانون الإجراءات المدنية الجزائرية، ط3 ، ديوان المطبوعات الجامعية . الجائر . سنة 1990، . ص 5

الحق في المطالبة ، و كذلك كل من خطفهم من وُكِلت إليه حضانته، أو من الأماكن التي وضعه فيها أو أبعده عنه، أوعن تلك الأماكن أو حمل الغير على خطفه أو إبعاده حتى و لو وقع ذلك بغير تحايل أو عنف، وتزداد عقوبة الحبس إلى 3 سنوات إذا كانت قد أسقِطت السلطة الأبوية عن الجاني[1]. "

و تكرّس حق الزيارة في عدّة قرارات للمحكمة العليا إذ جاء في القرار الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية أنّه: " متى أوجبت أحكام المادة 64 من قانون الأسرة على أنّ القاضي حينما يقضي بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزّيارة ، فإنّه من الواجب أن يكون ترتيب هذا الحق ترتيبا مرنا وفقا لما تقتضيه حالة الصغار، فمن حق الأب أن يرى أبنائه على الأقل مرة في الأسبوع لتعهّدهم بما يحتاجون إليه و التعاطف معهم، ومن ثمّ فإنّ القرار المطعون فيه القاضي بترتيب حق زيارة الأب مرتين كل شهر يكون قد خرق القانون ، و متى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه ". [2]

وفي قرار آخر مفاده أنّه: " من المستقر عليه فقها أنّ حق الشخص لا يُقيَّد به القانون، فزيارة الأم أو الأب لولدها حق لكل منهما، وعلى من كان عنده الولد أن يسهل على الآخر استعماله على النحو الذي ي اره، بدون تضييق أو تقييد أو مراقبة فالشرع أو القانون لا يبني الأشياء على التخوّف بل على الحقّ وحده، ومن ثمّ فإنّ القضاء بما يخالف هذا المبدأ يُعدُّ خرقا للقانون"[3].

ولما كان ثابتا في قضية الحال أنّ المجلس القضائي لما قضى بزيارة الأم لابنتيها شرط أن لا تكون الزيارة خارج مقرّ الزوج، فبقضائه كما فعل تجاوز اختصاصه وقيّد حرية الأشخاص وخالف القانون والشرع، و متى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه.

و ما تجدر الإشارة إليه في نهاية المطاف فيما يتعلق بحقّ الزيارة ، أنّ المشرع الجزائري لما أوجب على القاضي عند الحكم بالطلاق اسناد الحضانة إلى أحد الوالدين أو إلى غيرهما، عليه أن يحكم بحقّ الزيارة من تلقاء

---

[1] هادف مسلم، الطبيعة القانونية للأوامر على العرائض وآثارها القانونية، مذكرة لنيل شهادة المدرسة العليا للقضاء، 2006- 2009، ص26.

[2] ولد خسال سليمان، الميسر في شرح قانون الأسرة الجزائر ي، مرجع سابق، ص 194.

[3] تواتي الصديق، محاض ارت ألقيت على قضاة مجلس قضاء البليدة، سنة 2006- 2007، ص 95

نفسه و لو لم يطلب منه أحدهما ذلك (المادة 64 من قانون الأسرة) ، فالمشرع الجزائري في هذا الحكم قد أخرج القاضي من دائرة القاعدة القانونية التي مفادها أنّه لا يجوز للقاضي أن يحكم بما لم يطلبه الخصوم ، و كان على القانون عندما ألزم القاضي أن يحكم بحق الزيارة أن يحدّد معنى الزيارة ، و الحالات التي يمكن للقاضي أن يقضي فيها بسقوط حق الزيارة بناء على طلب الحاضن

نص المشرع الجزائري على حق الزيارة طبقا لأحكام المادة 64 من (ق.أ.ج) فالقاضي عندما يحكم بالطلاق يحكم بالإسناد الحضانة والزيارة للطرف الأخر تلقائيا حتى يتمكن من رؤية المحضون مع تحديد زمان ومكان الزيارة.

ولم يحدد المشرع الجزائري مفهوم الزيارة ولا شروطها وحالات سقوطها أو الأشخاص الذين لهم حق الزيارة، وقد أعتبر المشرع الجزائري أن حق الزيارة المؤقتة من مسائل الاستعجال التي يفصل فيها القاضي الاستعجالي [1].

كما يفصل فيها رئيس قسم شؤون الأسرة عملا بنص المادة 57 مكرر من (ق.أ.ج) بموجب أمر على ذيل عريضة بناء على طلب المدعي طالب الزيارة المؤقتة .

وإن ميزة هذه المادة هي أنها تسهل الأمر على المتقاض ي، بسرعة الفصل في الطلب المرفوع أمامه لاسيما إذا علمنا أن قاضي شؤون الأسرة يكون أكثر اطلاعا على ملف الدعوى من رئيس المحكمة .[2]

إذا ما أغفل قاضي شؤون الأسرة الفصل في حق الزيارة لمن هو أحق بها، فإنه يجوز للمتقاضي أن يلجأ إلى القاضي الاستعجالي للقضاء له بحق الزيارة .

[1] محمود السيد التحيوي، أوامر الأداء وفقا لقانون المرافعات المدنية والتجارية، دار الفكر الجامعي . 2003. ص 25.

[2] عمر زودة ، الإجراءات المدنية و الإدارية في ضوء أراء الفقهاء و أحكام القضاء ، د ط ،الجزائر ، ص 252.

خلاصة الفصل:

تتجلى الآثار القانونية المترتبة على اتخاذ تدابير وقتية وتحفظية، والتي لها تأثير على مصالح الأطراف في تنفيذ الإجراء المؤقت وتقديم ضمان لكفالة الإجراء المؤقت:

تنفيذ الإجراء الوقتي والتحفظي حماية للحق المعرض للخطر .

أولا حماية للحق المتنازع عليه والمعرض لخطر داهم، أجاز المشرع إمكانية اتخاذ إجراء وقتي وتحفظي سواء من قبل هيئة التحكيم أومن قبل قاضي الأمر المستعجلة، ولكن هذه الحماية لا تكتمل إلا بتحريك أجهزة قضاء التنفيذ من أجل تنفيذ الإجراء المؤقت.

ثانيا: تقديم ضمانة لكفالة الإجراء المؤقت تفاديا لأي تعسف يمكن أن يصدر عن أي طرف في استعمال حق طلب اتخاذ تدابير وقتية تفاديا وتحفظية ضد الطرف الآخر، احتاطت بعض التشريعات المقارنة مثل المشرع المصري، على ضرورة كفالة وتأمين الإجراء الوقتي من أجل التصدي لذوي سيء النية في استعمال حق طلب اتخاذ إجراء وقتي وتحفظي.

الخاتمة

الخاتمة:

من خلال ما سبق يمكن القول أن المشرع الجزائري جاء بجديد فيما يتعلق باستعجال في مسائل الأسرة و ذلك باستحداثه المادة57 مكرر من قانون الأسرة، والتي تمنح صلاحية لقاضي شؤون الأسرة في النظر والفصل على وجه الاستعجال بموجب أمر على ذيل عريضة في الأمور المتعلقة بالنفقة والحضانة والزيارة والمسكن وفي مواد أخرى متعلقة بشؤون الأسرة التي تتطلب اتخاذ تدابير مؤقتة. بعدما كان الفصل فيها بموجب أمر استعجالي.

وهنا يبرز حنكة المشرع وفطنته بان طبيعة قضايا الأسرة لا تحتمل التأخير وتتطلب الفورية، على اعتبار أنها تجعل حقوق الأفراد محلا لها ولا يمكن الاستغناء عنها.

ولعل أبرز هذه القضايا حماية حقوق الطفل، والذي كرسه المشرع الجزائري في المادة 57مكرر الجديدة بان أضفى الصبغة الاستعجالية على صلة الرحم، نظرا للارتباط المعنوي والعاطفي بين الآباء والأبناء عن طريق أمره بتمكين الطرف المتضرر من الآباء لرؤية ابنه المحضون، بل أبعد من ذلك يأمر في بعض الحالات الاستعجالية التي تقتض ي التدخل الفوري بإسناد الحضانة مؤقتا للأب أو الأم حسب الأحوال والظروف التي تستلزم حماية الطفل حماية مؤقتة وعاجلة.

وغيرها من القضايا التي تتوافر على حالة الاستعجال القصوى والتي أوردها المشرع الجزائري على سبيل الحصر لا المثال وينتهي الأمر المؤقت فيها إما بإرجاع الحالة إلى ما كانت عليه أو القيام بإجراءات تحفظية، كلها من أجل الحفاظ على كيان الأسرة.

ومع ذلك نعيب على المشرع الجزائري استعمال مصطلح القاضي مما يضع القضاة في غموض المقصود يه هل هو قاضي شؤون الأسرة أم رئيس المحكمة.

كما تطرح المادة 57 مكرر إشكالات، حيث نصت "بموجب أمر على عريضة "هو إجراء تحفظي، لا يمس أصل الحق بينما النفقة والزيارة والمسكن أغلبها من توابع الطلاق مما يجعل هذه المادة تحرم أحد

الأطراف من درجات التقاضي المنصوص عليها دستوريا، كما أن الامتناع من تطبيق هذا الأمر على العريضة لا يترتب عنه جزاء.

ومن أجل تجاوز ذلك أقترح ما يلي:

- لأن المشرع بالفعل قد منح الاختصاص بموجب نص ص ريح لرئيس قسم شؤون الأسرة وذلك بصدور قانون الإجراءات المدنية والإدارية عام 2008، وهو جلي من خلال نص المادة425منه.

فما أثاره نص المادة 57 مكرر عند صدوره عام 2005 من لبس لعدم تحديد المشرع بدقة القاضي المختص قد زال عام 2008، ومنذ بدء سريان قانون الإجراءات المدنية والإدارية عام 2009، قد اظهر وبوضوح أن المختص باتخاذ التدابير المؤقتة هو رئيس قسم شؤون الأسرة .

قائمة المصادر والمراجع

قائمة المصادر والمراجع:

الكتب:

- بركات محمود محمد ناصر، السلطة التقديرية للقاضي في الفقه الإسلامي، ط1، دار النفائس ،الأردن ، 2001.

- بلحاج العربي، قانون الأسرة مع تعديلات الأمر 05-02، ومعلقا عليه بمبادئ المحكمة العليا، ديوان المطبوعات الجامعية، ط3 ،الجزائر ،2007 .

- بلحاج العربي، قانون الأسرة وفقا لأحدث التعديلات ، و معلقا عليه بقرارات المحكمة العليا المشهورة خلال أربع و أربعين سنة 1966-2010، ط4، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر .

- بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، ط1، دار الخلدونية، الجزائر، .2008

- بن صغير محفوظ، أحكام الزواج في الاجتهاد الفقهي وقانون الأسرة الجزائر ي، دار الوعي، الجزائر ،2013.

- حمد الأرماني، السلطة التقديرية للقاضي في أحكام الأسرة بين المقاصد الشرعية والقانون الوضعي، ط1، دار القلم، الرباط ،2012.

- ذيابي باديس، صور وآثار فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر ،2012.

- شريفي خليصة ، الاستعجال في شؤون الأسرة ، مذكرة التخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء ، 2006-2009.

- عبد الفتاح تقية، قانون الأسرة مدعما بأحدث الاجتهادات القضائية والتشريعية، دراسة مقارنة، ط2، دار الكتاب الحديث ،الجزائر ، 2012.

- عمر زودة، الإجراءات المدنية والإدارية في ضوء أراء الفقهاء و أحكام القضاء ، د ط، الجزائر .

- الغوثي بن ملحة، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، ط2، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر ،2008.

- لوعيل محمد لمين، الأحكام الإجرائية والموضوعية لشؤون الأسرة وفق التعديلات الجديدة والاجتهاد القضائي، ط2، دار هومة، الجزائر، 2012.

- محمد حسنين، طرق التنفيذ في قانون الإجراءات المدنية الجزائرية، ط3 ، ديوان المطبوعات الجامعية . الجزائر . سنة 1990.

- محمد علي راتب وآخرون، قضاء الأمور المستعجلة، الجزء الأول ، الطبعة السادسة، مصر، 1985.

- محمود السيد التحيوي، أوامر الأداء وفقا لقانون المرافعات المدنية والتجارية، دار الفكر الجامعي . 2003.

- نبيل اسماعيل عمر، الأوامر على عرائض ونظامها القانوني في قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة للنشر الإسكندرية . 2004.

- نبيل صقر، قانون الأسرة نصا وفقها وتطبيقا، د ط، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر ،2006.

- ولد خسال سليمان، الميسر في شرح قانون الأسرة الجزائري، ط 2، شركة الأصالة، الجزائر ،2012.

-يوسف دلاندة، دليل المتقاضي في مادة شؤون الأسرة (الزواج والطلاق)، الطبعة الثانية، دار هومة، الجزائر ،2008.

المذكرات:

- حداد عيسى، عقد الزواج، منشوارت جامعة باجي المختار، عنابة ،2006.

- شامي أحمد، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة، دراسة مقارنة بين الشريعة والقوانين الوضعية، رسالة دكتواره جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2013-2014.

- طلبة مالك ، التبني و الكفالة ، مذكرة لنيل شهادة المدرسة العليا للقضاء، 2003 ، 2006.

- محمد أم زيان، القضاء المستعجل في القضايا الأسرية، الحضانة والنفقة نموذجا، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة، المغرب 2008- 2009.

- هادف مسلم ، الطبيعة القانونية للأوامر على العرائض و آثارها القانونية ، مذكرة لنيل شهادة المدرسة العليا للقضاء ،2006-2009.

المحاضرات :

تواتي الصديق، محاضرات ألقيت على قضاة مجلس قضاء البليدة ، سنة 2006- 2007 .

الفهرس

الفهرس:

المقدمة.....7

تمهيد:.....5

المطلب الأول: مفهوم التدابير المؤقتة.....6

المطلب الثاني: خصائص وتمييز التدابير المؤقتة عن الأوامر الاستعجالية 9

المبحث الثاني: تمييز التدابير المؤقتة وطبيعتها القانونية..... 14

المطلب الأول: تمييز التدابير المؤقتة عن الأوامر التمهيدية..... 14

المطلب الثاني: طبيعة الاختصاص بالأمر بالتدابير المؤقتة في مسائل الأسرة 16

خلاصة الفصل: 19

تمهيد:..... 21

المبحث الأول: التدابير الوقتية في مسائل النفقة والمسكن..... 22

المطلب الأول: التدابير الوقتية في مسائل النفقة..... 22

المطلب الثاني: التدابير الوقتية في مسائل البقاء المسكن..... 26

المبحث الثاني: التدابير الوقتية في مسائل الحضانة والزيارة..... 29

المطلب الأول: التدابير الوقتية في مسائل الحضانة..... 29

المطلب الثاني: التدابير الوقتية في مسائل الزيارة المؤقتة:..... 35

خلاصة الفصل: 39

الخاتمة: 42

الملاحق:

الجلفة بتاريخ .....

إلى السيد رئيس محكمة ..... .

الشاكية: السيدة..... : ....، المتخذة مقرا لها بمكتب الأستاذ..... .....

المشتكى منه: السيد : ....، الساكن في..... .....

الموضوع: طلب أ مر على عريضة بالنفقة المؤقت

نيابة عن موكلتي السيدة..... أتقدم إلى سيادتكم وطبقا لأحكام المادة 57 مكرر من قانون ا لأسرة بطلب إصدار أمر على عريضة بالنفقة المؤقتة للسيدة ..... المتزوجة من ..... **(نسخة من عقد الزواج، وثيقة مرفقة)**، وللبناء.....و..... **(نسخ من شهادات ميلاد الأبناء وشهادة عائلية، وثائق مرفقة)**، لغاية الفصل في دعوى الطلاق **(نسخة عن وصل إيداع دعوى الطلاق، وثيقة مرفقة)**.

مع العلم أن ا لأبناء يزاولون دراستهم **)نسخ عن الشهادات المدرسية للأبناء، وثائق مرفقة(**، والزوجة ليس لها أي إمكانيات لتحمل مصاريفهم كونها ماكثة في البيت، لذلك تلتمس من سي ادتكم الموافقة على طلبها بإصدار أ مر بالنفقة المؤقتة لغاية الفصل في موضوع دعوى الطلاق.

تقبلوا منا فائق الإحترام والتقدير.

الوثائق المرفقة:

- نسخة من عقد الزواج
- نسخة من شهادة ميلاد الأبناء
- عريضة افتتاح الدعوى أ و وصل تسجيل الدعو ى.
- الشهادات المدرسية للبناء .
- شهادة عدم الشغل.

مع كافة التحفظات عن الشاكية محاميها

الجلفة بتاريخ .....

إلى السيد رئيس محكمة ..... .

الشاكية: السيدة: .....، المتخذة مقرا لها بمكتب الأستاذ..... ..... .

المشتكى منه: السيد: .....، الساكن في. .....

الموضوع: طلب حق زيارة

لفائدة...

ضد...

–استنادا لأحكام المادة 57 من قانون الأسرة وفي انتظار الفصل في الخصام القائم أمام محكمة ... قسم شؤون الأسرة المجدول تحت رقم ...الجلسة... و أمام تعنت المدعى عليها في السماح لي بزيارة أبنائي المتواجدين لديها فإنني اطلب أمرها بالسماح لي بزيارة أبنائي مرة في الأسبوع ابتداء من الساعة الثامنة صباحا حتى الساعة السادسة مساء و تحميلها المصاريف القضائية.

تقبلوا سيد الرئيس فائق التقدير

التوقيع/

–المرفقات

–عقد الزواج

–شهادة عائلية

–وصل و عريضة افتتاح الدعو ى

عن المحامي

ملحق رقم: 02

مجلس قضاء: ميلة

: محكمة: شلغوم العيد

رئيس قسم شؤون الأسرة

( ) الترتيب 17/0092

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

أمر بإسناد حضانة و نفقة غذائية مؤقتين

نحن بلحاج شهرزاد امينة رئيس قسم شؤون الأسرة بمحكمة شلغوم العيد

بعد الاطلاع على طلب السيد(ة) : العارضة/ ،الساكنة ببلدية

ولاية ميلة، والتي تقدمت به بواسطة محاميها الاستاذ/

ضد العارض ضده/ ، الساكن ببلدية

ميلة،المؤرخ في 2017/04/02

المودع بتاريخ: 2017/04/04

المتضمن : الأمر بأسناد حضانة الأولاد الثلاثة محمد هارون ، عبد اللطيف و عبد المقيم إلى والدتهم بن يحي فضيلة بصفة مؤقتة مع تمكينها من نفقة غذائية مؤقتة للأبناء إلى حين الفصل في دعوى الموضوع المطروحة أمام قاضي شؤون الاسرة تحت رقم 17/791.

وبعد الإطلاع على الوثائق المرفقة بالطلب لا سيما عقد زواج الطرفين و شهادات ميلاد الابناء.

وبعد الإطلاع على عريضة إفتتاح الدعوى المودعة بأمانة ضبط محكمة شلغوم العيد قسم شؤون الأسرة بتاريخ 2017/03/06 تحت رقم 2017/791 .

وبعد الإطلاع على نص المادة:57 مكرر من الأمر رقم 05/02 المؤرخ في:27 فبراير 2005 المعدل والمتمم لقانون الأسرة.

حيث أن طلب العارضة لحضانة أبنائها مؤقتا مع تمكينها من النفقة الغذائية لهم مؤسس قانونا ويتعين الإستجابة له .

لهذه الأسباب ولأجلها

نأمر بإسناد حضانة الأبناء الثلاثة " لأمهم العارضة بصفة مؤقتة وإلزام العارض ضده/

العارضة من نفقة غذائية مؤقتة لأبنائها الثلاثة "

بمبلغ قدره ثلاثة آلاف دينار جزائري (00، 3000دج) شهريا لكل واحد منهم تسري من تاريخ صدور هذا الأمر إلى غاية الفصل النهائي في دعوى الموضوع المطروحة أمام قسم شؤون الأسرة لدى المحكمة تحت رقم 2017/791.

ولصحة ما تقدم أمضينا هذا الأمر نحن الرئيس .

حرر بمكتبنا في 2017/04/04

رئيسة قسم شؤون الأسرة

ملحق رقم : 03

مجلس قضـــاء: ميلة

ـة ـــكمـــة: شلغوم العيد

رئيس قسم شؤون الأسرة

ر الترتيب 17/0100

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

أمـــر بإسناد حضانـــة اولاد مؤقتا

نحـــن بلحاج شهرزاد امينة رئيس قسم شؤون الأسرة بمحكمة شلغوم العيد

بعـــد الاطلاع على طـــلب السيد(ة) : العارضة، الساكنة بحي ،

، التي تقدمت به بواسطة محاميتها الأستاذة، ،ضد

العارض ضده ،الساكن بحي

ولاية ميلة، المؤرخ في 2017/04/08.

المـــودع بتاريـــخ: 2017/04/18

المتضمـــن : الأمر بتمكينها من حق حضانة أبنائها الأربعة و هم : ايوب، ملاك، يحي، خير الدين الى غاية الفصل النهائي في الخصومة المطروحة بينهما .

وبعـــد الإطلاع على الوثائق المرفقة بالطلب لاسيما عقـــد زواج الطرفين ، بطاقة العائلية للحالة المدنية.

وبعـــد الإطلاع على عريضة إفتتاح الدعـــوى المودعة بأمانة ضبط المحكمة قسم شؤون الأســـرة بتاريخ 2017/04/05 تحت رقـــم 2017/1214 . .

وبعد الإطلاع على نص المادة:57 مكرر من الأمـــر رقم 05/02 المؤرخ في:27 فبراير 2005 المعدل والمتمم لقانون الأسرة.

حـــيـــث أن طلب العارضة لاسناد حضانة الأولاد الاربعة مؤقتة مؤسس قانونا ويتعين الإستجابة له.

لهـــذه الأسباب ولأجلهـــا

أمـــر بإسناد حضانة الأولاد الأربعة" " لأمها العارضة

بصفة مؤقـــتة إلى غايـــة الفصـــل النهائي في دعـــوى الموضوع المطروحة أمام قسم شؤون الأسرة تحت رقم 2017/1214 .

ولصحـــة ما تقدم أمضينا هذا الأمر نحن الرئيـــس .

حرر بمكتبنا في 2017/04/18

رئيسة قسم شؤون الأسرة