

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة التعليم العالي و البحث العلمي
جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية
-قسنطينة-

قسم الشريعة و القانون
- دراسات عليا -

كلية الشريعة والاقتصاد
الرقم التسلسلي.....
رقم التسجيل.....

قواعد التقاضي في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري
- قضايا الأسرة نموذجاً -

بحث مقدم لنيل شهادة دكتوراه العلوم في الشريعة و القانون
تخصص أحوال شخصية

إشراف الأستاذ الدكتور:
عبد القادر جدي

إعداد الباحث :
بوزيان بوشنتوف

لجنة المناقشة

الصفة	الجامعة الأصلية	الرتبة	أعضاء اللجنة
رئيسا	جامعة الأمير عبد القادر	أستاذ التعليم العالي	أ.د بلقاسم شتوان
مشرفا و مقرا	جامعة الأمير عبد القادر	أستاذ التعليم العالي	أ.د عبد القادر جدي
عضوا مناقشا	جامعة جيجل	أستاذ التعليم العالي	أ.د مراد كاملي
عضوا مناقشا	جامعة قسنطينة 01	أستاذ التعليم العالي	د. سامي بلعابد
عضوا مناقشا	جامعة قسنطينة 01	أستاذ محاضر	د. سامي بن حملة
عضوا مناقشا	جامعة الأمير عبد القادر	أستاذ محاضر	د.ة ياقوتة عليوات

السنة الجامعية:

1435-1434 هـ / 2013-2014 م



جامعة الأمير
عبدالمبارك
العلوم الإسلامية

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

﴿فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّىٰ يُحَكِّمُوكَ فِي مَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لَا يَجِدُوا
فِي أَنفُسِهِمْ حَرَجًا مِّمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُوا تَسْلِيمًا﴾ {النساء/65}.

الفتاوى للعلوم الإسلامية

شكر وتقدير

الحمد لله والصلاة والسلام على رسول الله- صلى الله عليه وسلم -يقول الله تعالى في كتابه الكريم : (لئن شكرتم لأزيدنكم) (إبراهيم:7)، وقد ورد في البخاري حديث رسول الله " من لم يشكر الناس لم يشكر الله " فأبني أتوجه إلى الله عز وجل - بالشكر أولا وآخرا على ماتفضل به عليّ من نعم عظيمة لا تعد ولا تحصى، فأشكره - سبحانه وتعالى - أن وفقني وأمدني بقوة تمكنت بها من إعداد هذا البحث حتى خرج على هذا النحو، و كان حقا علي أداء الشكر لأصحابه ، من ذوي الفضل بعد الله عز وجل، من الأساتذة والعلماء الذين نهلنا من علومهم، ولم يكن منهم سوى السخاء والعطاء الجزيل .

فغاية التقدير والاحترام والعرفان، أوجهه إلى الذي تفضل بتبني هذا البحث والإشراف عليه.

إلى الأستاذ الفاضل الدكتور / عبد القادر جدي، الذي كان يد العون الممدودة بالعطاء الدائم، فلم يغادر صغيرة ولا كبيرة إلا وقف عليها، ووجهني إلى الصواب فيها، وعلمني منها ما جهلت، وذكرني منها ما نسيت، فجزاه الله عني وعن غيري من طلاب العلم خير الجزاء، ومتعته بالصحة والعافية ، ومنحه المزيد من فضله.

كما أتوجه بخالص شكري وتقديري إلى الأستاذ الدكتور محمد نجيب عوضين المغربي ، أستاذ الشريعة الإسلامية بكلية الحقوق جامعة القاهرة، ورئيس المجلس الإسلامي الأعلى الأسبق، الذي تفضل بالإشراف على هذه دراسة في الخارج وكان دوما يدا العون الممدودة رغم كثرة مشاغله و ضيق وقته فله جزيل الشكر و عظيم الامتنان و العرفان.

كما لا يفوتني أن أتقدم بشكر خاص إلى أستاذي و معلمي و أخي الأكبر الأستاذ الدكتور الحبيب صحراوي خلواتي الذي لم تفارقني ملاحظاته و توجيهاته في كل مراحل البحث فجزاه الله عني خير الجزاء. كما أتوجه بالشكر الجزيل لكل أعضاء لجنة المناقشة لقبولهم مناقشة هذه الرسالة، و أتقدم بخالص شكري وعظم التقدير إلى جميع أساتذتي الأجلاء، وإلى زملائي الأعزاء، وإلى كل من أسهم - من قريب وبعيد - في إخراج هذا البحث إلى حيز الوجود.

وأتقدم إلى الجميع بخالص شكري و عظيم احترامي و امتناني .

إهداء

إلى نبع الحنان و برّ الأمان، إليك أُمي.

إلى من عاش مجاهدا ليري فخاحي، إليك أبي.

إلى مصدر راحتي و سبب سعادتي، إليك زوجتي.

إلى أبنائي الأعزاء، المنتصر بالله، تسنيم، إبراهيم ياسين."

إلى كل إخوتي و أخواتي، وجميع أفراد عائلتي.

إلى كل من علمني و أرشدني.

أهدي إليهم هذا العمل خالصا من كل قلبي.

مُتَلَمِّتًا

الحمد لله الذي علم الإنسان بعد جهل، وهداه بعد ضلال، وفقهه بعد غفلة، والصلاة والسلام على محمد رسول الله الذي أرسله ربه للناس كافة بشيراً ونذيراً وهداياً ومعلماً؛ ليهلك من هلك عن بينة ويحيى من حي عن بينة.

أما بعد :.. فإن من نعم الله على العباد أن شرع لهم شريعة صالحة لكل زمان ومكان، قاعدتها جلب المصالح بشتى أنواعها ومختلف صورها، ودرء المفسد بجميع أنواعها وكافة أشكالها، وإن من جوانب هذه الشريعة المباركة الجانب القضائي في الإسلام الذي تعتبر أحكام القرآن الكريم والسنة المطهرة مورداً مُعيناً ومصدراً غنياً لمقومات بنائه وركائز أسسه تمدُّ البشرية بكل الحلول الناجعة والطرق الحكيمة لمواجهة كل مستحکم واحتياز كل عقبة لعلاج المشكلات مهما كانت، وحل الصعاب مهما عظمت وفق قواعد ثابتة وكليات متينة تواكب كل عصر وتوسع كل جديد، ولهذا فالقضاء في الشريعة الإسلامية يرتكز على أصول جامعة وقواعد كلية ذات عمق في تحصيل مصالح العباد ودرء الشرور والفساد لتحفظ لهم الحقوق وتجلب لهم الأمن وتنشر العدل في شتى صور الحياة.

و من كمال هذه الشريعة المباركة أنها نظّمت جميع نواحي الحياة المختلفة، إلا أنها قد اهتمت على وجه الخصوص بتنظيم كيان الأسرة تنظيمًا دقيقًا يسير كل مرحلة يمر بها الإنسان في حياته، لكي يكون جديراً بالخلافة في أرض الله وتحقيقاً للحكمة الإلهية من وجوده في هذه الدنيا وبقائه فيها إلى أجل محدود، فنظّمت العلاقة الشرعية بين الرجل والمرأة من خلال الزواج والطلاق والتطليق والنفقة وثمره هذه العلاقة من نسب الأولاد وغير ذلك من آثار، ونظّمت كذلك كل الجوانب المعنوية والمالية المتعلقة بالعلاقات الأسرية، وبينت الحقوق والواجبات، ورسّخت مبادئ ثابتة لحل النزاعات وفصل الخصومات.

وقد اعتمدت الجزائر قبل استعمارها على أحكام هذه الشريعة الغراء في تنظيم قضائها وحل ومعالجة جميع المنازعات والمسائل المتعلقة بنواحي الحياة المختلفة، فكان مصدر الأحوال الشخصية أحكام الكتاب والسنة واجتهاد القضاة وكتب الفقه المتنوعة، غير أنه ابتداءً من



سنة 1830 عمد المشرع الفرنسي عن طريق سلسلة من القوانين التدخل في القوانين الجزائرية الإسلامية، الأمر الذي أدى إلى تقليص دور القاضي الشرعي في مختلف النزاعات، وبعد الاستقلال استمر القضاء المتعلق بالأسرة في الجزائر وفق قواعد النظام الفرنسي وذلك سدا للفراغ التشريعي والقانوني، حتى قام المشرع الجزائري بحركة تشريعية واسعة النطاق بهدف القضاء على التبعية القانونية، وقد أحسن المشرع الجزائري صنعا عندما اعتبر الشريعة الإسلامية مصدرا أصيلا لمسائل الأحوال الشخصية، لكن المشرع بعد التعديل لم يعتمد أسلوب المحاكم الشرعية للفصل في مسائل الأحوال الشخصية كما كان الحال عليه قبل الاستعمار، بل وحد نظام القضاء وأصبحت المحاكم الوطنية العادية هي المختصة بنظر هذا النوع من القضايا كغيرها من معاملات الناس في المجتمع، وذلك طبقا للنظام القضائي الحديث الذي يأخذ بمبدأ التقاضي على درجتين، فأصبحت دعاوى الأسرة تنظرها أكثر من درجة من درجات التقاضي، ما لم يكن هناك نص خاص يقصر التقاضي على درجة واحدة في إحدى هذه المسائل، إلا أنه في الآونة الأخيرة عرفت بلادنا حركة إصلاح متنامية ومتكاملة الخطى في مختلف المجالات، السياسية والاقتصادية والاجتماعية، كان من أهمها مشروع إصلاح العدالة الذي صحبته حملة تشريعية واسعة شملت مختلف فروع القانون كان من بينها تعديل قانون الأسرة سنة 2005 وتعديل قانون الإجراءات المدنية الذي أصبح ساري المفعول منذ 23 فيفري 2009، هذا الأخير الذي ميز خصومة الأحوال الشخصية عن باقي الخصومات بعدما كانت جميع الخصومات المدنية تخضع لإجراءات موحدة، بحيث رسم للقاضي وللمتقاضي طرق سير دعوى الأحوال الشخصية من البداية إلى النهاية، سواء ما يتعلق بتحديد تاريخ نظر الدعوى، وكيفية تقديم دعوى الخصوم، وإجراءات جلسات المحكمة وإدارتها، ويحدد كيفية صدور الأحكام من الهيئات القضائية وكيفية الطعن فيها، وصولا إلى تنفيذ الأحكام القضائية.

ومن هنا فقد حاولت من خلال بحثي هذا عرض ما تضمنته أحكام الشريعة الغراء في الجانب القضائي، من ثروة متنوعة من الأصول والقواعد التي تحقق مقاصد البشر من حفظ حقوقهم ورفع مظالمهم وإنصاف مظلومهم وقضاء حاجاتهم، وعرض ما ورد من قواعد



ونصوص في القانون الجزائري بخصوص قضاء شؤون الأسرة مع محاولة استقراء وتقويم هذه القواعد و النصوص. بما جاءت به الشريعة الإسلامية من قواعد و أحكام.

إشكالية الدراسة:

لقد سبقت الإشارة أن الشريعة الإسلامية رسخت مبادئ هامة اعتمدها القاضي المسلم منهجا للقضاء في الخصومات، ووضحت جميع الدقائق المتعلقة بسير الخصومة من بدايتها إلى نهايتها، كما أشرنا أن المشرع الجزائري اعتمد للفصل في خصومة شؤون الأسرة القانون الوضعي الذي اتخذ من مبادئ الشريعة مصدرا من مصادره، لكن مؤخرا وتزامنا مع الحركة الإصلاحية للعدالة، أدخل المشرع الجزائري الكثير من التعديل على قانون الأسرة بالأمر رقم 2005/02 وعدل قانون الإجراءات المدنية بالقانون رقم 09/08 المؤرخ 25 فيفري 2008 الذي تضمن بدوره الكثير من التعديلات المتعلقة بإجراءات التقاضي في مسائل شؤون الأسرة. و الأسئلة التي يمكن أن تثار بهذا الخصوص، والتي تمثل إشكالية الدراسة ما يلي:

ما هي القواعد التي اعتمدها الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري في مجال التقاضي، وإلى أي مدى وافق التشريع الجزائري الفقه الإسلامي في ذلك؟.

وما أوجه القصور في التشريع الجزائري بخصوص قواعد التقاضي في مسائل شؤون الأسرة مقارنة بقواعد التقاضي في الفقه الإسلامي؟.

أهمية دراسة الموضوع :

إن أهمية إجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية في الحياة اليومية تدفع كل باحث مهتم بقضايا الأسرة لطرق باب هذا الموضوع ليساهم من خلال بحثه في إجلاء الغموض الذي يمكن أن يكتنف الدعوى القضائية، بحيث يتطرق الباحث إلى أهم القواعد والمبادئ العامة الشرعية والقانونية التي تحكم نظر الدعوى، وسير إجراءاتها و طرق إثباتها وصولا إلى كيفية صدور الأحكام القضائية بخصوصها.



وتتبدى أهمية هذا الموضوع من زاوية ثانية في كونه لم يلق الدراسة الكافية من قبل الباحثين الجزائريين ولم يتم تناوله بدراسة منفردة متخصصة، فقد درجت عادة الباحثين المهتمين بقانون الأحوال الشخصية أن يدرجوه كجزئية بسيطة تحتاج إلى كثير من التفصيل، رغم أن قانون الأسرة الجزائري، وقانون الإجراءات المدنية قد فصل في موضوع إجراءات التقاضي وأدخل عليه الكثير من التعديل، وقد يخالف هذا الشريعة الإسلامية في الكثير من النقاط، لذا كان من الضروري بحث هذا الموضوع بشكل تفصيلي، وتبيين نقاط الخلاف بين القانون الجزائري والشريعة الإسلامية.

أما الأهمية العملية لهذا الموضوع، فتتجلى في كشف الغموض ورفع اللبس حتى تكون هذه الأحكام معلومة لدى الناس، عندما يبين الحق وتعرف وسيلة استعماله، فنتفادى بذلك ضياع الحقوق الناتجة عن العلاقات الأسرية.

الدراسات السابقة:

لا شك أن موضوع قواعد التقاضي موضوع خصب اهتم به الكثير من الفقهاء و شراح القانون، فلا تكاد تخلوا مكتبة شرعية أو قانونية إلا و فيها كتب متعددة في مجال القضاء والتقاضي، وما دراستي هذه بالنسبة للدراسات السابقة إلا كدلو ماء أضيف إلى نهر جاري، إلا أنني من خلال البحث عن الدراسات التي تناولت موضوع التقاضي في مسائل شؤون الأسرة بين الفقه الإسلامي و القوانين الوضعية؛ وجدت أنها تكاد تكون منعدمة، فمعظم البحوث التي اطلعت عليها؛ وجدتها إما تتناول موضوع التقاضي بصفة عامة، أو تتناول جزئية من جزئياته كدراسة الدعوى القضائية أو دراسة إجراءات التقاضي أو دراسة الأحكام القضائية، ومن أهم الدراسات التي اطلعت عليها في هذا المجال ما يلي:

- الدراسة الأولى: الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون

الأسرة الجزائري، للباحث محفوظ بن صغير، رسالة دكتوراه، مقدمة لكلية العلوم الاجتماعية و الإسلامية لجامعة باتنة سنة **2009**، وقد اتضح من خلال هذه الدراسة أنها لم تتطرق لقواعد التقاضي و إجراءاته بل اهتمت فقط بدراسة أحكام القضاء و الاجتهادات القضائية التي صدرت في مسائل الأحوال



الشخصية، في حين أن الدراسة الحالية سوف تشمل جميع إجراءات التقاضي وجميع الأحكام القضائية وسوف يكون موضوع الاجتهاد في مسائل الأحوال الشخصية إلا جزئية صغيرة من البحث.

- **الدراسة الثانية: تاريخ القضاء الإسلامي وتطوره في بلاد المغرب على عهد المرابطين والموحدين،** للباحث محمد بن معمر، معهد التاريخ، وهران مقدمة سنة **2005**، وقد وجدنا أن هذه دراسة تاريخية أكثر منها دراسة قانونية شرعية، أما الدراسة الحالية فستكون دراسة شرعية قانونية تطبيقية.

- **الدراسة الثالثة: مقاصد نظام الأسرة في التشريع الإسلامي،** للباحث داودي عبد القادر، رسالة دكتوراه، مقدمة لكلية العلوم الإنسانية والحضارة الإسلامية، جامعة وهران، سنة **2005**، إلا أن هذه الدراسة رغم أنها اختصت بدراسة مقاصد أحكام الأسرة فإنها لم تتطرق للجانب القضائي والإجرائي فيها، أما الدراسة الحالية فستشمل جميع المسائل المتعلقة بقضاء شؤون الأسرة في جانبها الشرعي والنظري والتطبيقي.

- **الدراسة الرابعة: نظام الإثبات في أحكام الأسرة، دراسة فقهية قانونية مقارنة في الفقه الإسلامي و القانونين المصري والجزائري،** للباحث محمد حجازي، مقدمة لكلية الحقوق بجامعة الإسكندرية، سنة **2007**، وقد اهتمت هذه الدراسة بأدلة إثبات مسائل الأسرة فقط و لم تتناول المسائل الإجرائية فيها، أما الدراسة الحالية كما سبقت الإشارة تهتم بجميع مبادئ وقواعد التقاضي، وما وسائل الإثبات إلا جزئية من جزئيات هذه الدراسة.

ومما سبق يتبين أن الدراسات السابقة و إن بحثت مواضيع لها علاقة بالدراسة الحالية إلا أن دراستنا هذه سيكون لها سبق في بحث قواعد التقاضي في مسائل شؤون الأسرة في جانبها الشرعي والنظري والتطبيقي، حيث نعتمد في ذلك على تحليل الآراء الفقهية، والتطبيقات العملية والنصوص القانونية والاجتهادات القضائية، ثم نوضح أهم التعديلات التي جاء بها المشرع الجزائري في هذا المجال ونحاول أن نبين أهم أوجه القصور فيه.



مصاعب الدراسة:

غالبًا ما تعترض الباحثين الكثير من الصعاب والمشاق أثناء إنجازهم لبحوثهم، إلا أن هذه الصعاب ليست واحدة عند الكل، بل تختلف من بحث إلى آخر ومن باحث إلى آخر، أي تتحدد حسب ظروف كل باحث و طبيعة بحثه، ومن ما سجلناه من صعاب ومعوقات في إنجاز هذا العمل المتواضع ما يلي:

- تشعب موضوع البحث و اتساعه، بحيث كانت الدراسة ذات جوانب متعددة ومتشعبة لأنها تهتم بكل ما له علاقة بالنظام القضائي و قواعد التقاضي في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري، و لا يخفى على أي دارس للشريعة الإسلامية أن هذا الموضوع و إن عاجلته معظم الكتب الفقهية الجامعة إلا أن معظمها سردت بخصوصه أحكاما موضوعية عامة و لم تتناول الموضوع من الناحية الإجرائية و الشكلية؛ الأمر الذي دفع الباحث في كثير من الأحيان إلى الاجتهاد و الاستنتاج وهذا يتطلب جهدا مضنيا بطبيعة الحال، هذا من جهة، و من جهة أخرى فقد اعتمدنا كل المذاهب الإسلامية مجالا للدراسة مما زاد من اتساع دائرة البحث وصعوبة الإحاطة بمختلف الأقوال في المذهب الواحد ثم في بقية المذاهب، كما لا يخفى على أي دارس في القانون أن مسألة قواعد التقاضي من المسائل المتشعبة التي تمتد تقريبا إلى كل فروع القانون من قانون إجراءات مدنية و قانون الأسرة و القانون المدني وغيرها من القوانين.

- ندرة المراجع الشرعية الحديثة المتخصصة في مجال القضاء و التقاضي و إن وجدت ففي الغالب تعالج الأحكام العامة للدعوى القضائية؛ أو تهتم بدراسة السلطة القضائية في الإسلام، أي تعالج أحكاما موضوعية عامة و لا تهتم بدراسة القواعد و الأحكام الإجرائية، وهذا بطبيعة الحال صعب الدراسة و أوجد نوعا من التباعد بين أحكام الشريعة الإسلامية و النصوص القانونية.

- ندرة المراجع الجزائرية المتخصصة التي تهتم بدراسة قواعد التقاضي في مسائل الأسرة، حيث جرت عادة الباحثين الجزائريين المهتمين بمجال الأسرة إلى الإشارة إليه كجزئية تحتاج إلى كثير من البحث و التعمق.

ولعل الدراسات المقارنة بين الشريعة والقانون خاصة في المجال الإجرائي تعتبر صعوبة بحد ذاتها، إلا أننا نتمنى أن نكون قد تجاوزنا هذه الصعاب ووقفنا في تقديم هذا الموضوع على أحسن وجه.



منهج الدراسة

نتبع -بحول الله - في دراسة هذا الموضوع أسلوب المقارنة البحثية الرأسيّة وليس الأفقية، بحيث نبيّن موقف الفقه الإسلامي من كل جزئية ثم ننتبعه بموقف القانون الجزائري من ذات الجزئية.

وليس يخفى على الدارس أهمية المنهج المقارن من بين مناهج البحث المختلفة، فالأبحاث المقارنة هي الأبحاث المثمرة التي بها يحصل للباحث ملكة الاستنباط، وقوة التمييز، والوقوف على حقائق الأمور، إذ تفتح أمامه آفاقاً جديدة إذ تبرز له أوجه النقص في بعض الآراء، وقوة الحجة في غيرها، مما يجعل الدراسة المقارنة تؤتي ثمارها المرجوة.

ومن ناحية ثانية نتبع في دراسة هذا الموضوع الطريقة التحليلية، على صعيد تحليل آراء الفقه الإسلامي باختلاف مذاهبه ونحاول ترجيح ما يتبين لنا أنه أقرب إلى روح الشريعة الإسلامية ومقاصدها السامية، كما نقوم بتحليل ما ورد في نصوص القانون الجزائري بخصوص الموضوع موضعين أوجه النقد التي يمكن أن توجه إليه.

أما بخصوص تخريج الأحاديث فسأعتمد على الصحيحين (صحيح الإمام البخاري و صحيح الإمام مسلم) أولاً في تخريج الحديث فإن لم أجده في الصحيحين أبحث عنه في الكتب الأربعة (سنن أبي داود وسنن الترمذي وسنن النسائي وسنن ابن ماجه) فإن لم أجده في السنن أبحث في موطأ فإن لم أجده في كل ما سبق أبحث في كتب الحديث الأخرى.

أما بخصوص ترجمة الأعلام فسأعتمد في تخريج تراجم الأعلام على ثلاثة كتب أساسية وهي كتاب ترتيب المدارك للقاضي عياض، وكتاب الديباج المذهب لأبي إسحاق إبراهيم بن فرحون، وكتاب الطبقات الكبرى لابن سعد، فإن لم أجده في هذه الكتب بحثت عنه في كتب التراجم الأخرى ككتاب سير أعلام النبلاء لمحمد بن أحمد بن قايماز الذهبي، وكتاب تذكرة الحفاظ لشمس الدين محمد الذهبي، وكتاب الأعلام للزركلي، وكتب ابن حجر العسقلاني في هذا التخصص (تهذيب التهذيب، تقريب التهذيب).. وغيرها ممّا وقعت الإشارة إليه في مواضعه.



خطة البحث:

قسمت هذا البحث إلى باين وفصل تمهيدي، حيث خصصت الباب الأول لدراسة الدعوى القضائية وقواعد الاختصاص القضائي في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري، أما الباب الثاني فتناولت فيه إجراءات رفع دعوى شؤون الأسرة ونظرها والأحكام الصادرة بشأنها والطعن عليها في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري.، ووفقا لهذا جاءت الخطة مفصلة على النحو التالي:

المقدمة

الفصل التمهيدي: القضاء وما يتعلق به من أحكام عامة

المبحث الأول: مقدمات عامة عن قواعد التقاضي في الفقه الإسلامي.

المبحث الثاني: التطور التاريخي للنظام القضائي.

المبحث الثالث: استقلال القضاء في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري.

الباب الأول: الدعوى القضائية وقواعد الاختصاص القضائي في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

الفصل الأول: الدعوى القضائية ووسائل إثباتها في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي.

المبحث الأول: مفهوم الدعوى القضائية وأركانها و أطرافها وشروطها في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري.

المبحث الثاني: وسائل إثبات الدعوى في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري.

الفصل الثاني: اختصاص المحاكم في دعاوى شؤون الأسرة في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري.

المبحث الأول: الاختصاص النوعي للمحاكم في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري.

المبحث الثاني: الاختصاص المكاني-الإقليمي- للمحاكم في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري.

الباب الثاني: إجراءات رفع دعوى شؤون الأسرة ونظرها والأحكام الصادرة بشأنها والطعن عليها في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري.



الفصل الأول: إجراءات اتصال و سير دعاوى شؤون الأسرة في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري.

المبحث الأول: إجراءات اتصال المحكمة بالدعوى في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري.

المبحث الثاني: إجراءات سير خصومة شؤون الأسرة في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري.

الفصل الثاني: الأحكام الصادرة في دعاوى شؤون الأسرة والطعن عليها في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري.

المبحث الأول: الأحكام الصادرة في دعاوى شؤون الأسرة في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري.

المبحث الثاني: طرق الطعن في الأحكام الصادرة في دعاوى شؤون الأسرة في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري.

الخاتمة: و تتضمن أهم النتائج والتوصيات.



الفصل تمهيدي القضاء و أحكامه عامة

تمهيد و تقسيم:

لما كان موضوع هذه الدراسة يدور في فلك موضوع القضاء نفسه، يتعين علينا أن نبحث أولا في تعريف القضاء ومشروعيته وحكمه والتميز بينه وبين غيره من الولايات، ثم نعالج في لحظة تاريخية تطور القضاء الإسلامي، ثم نحاول أن نتقصى حقيقة استقلال القضاء في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري، وقبل ذلك كله يكون من الأنسب أن نلم المأمة سريعة عن ماهية مفهوم عنوان موضوع الرسالة، وتحقيقا لما سبق يأتي تخصيص هذه الدراسة التمهيديّة بمباحثها التالية:-

المبحث الأول: مقدمات عامة عن قواعد التقاضي في الفقه الإسلامي.

المبحث الثاني: التطور التاريخي للنظام القضائي.

المبحث الثالث: استقلال القضاء في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري.



المبحث الأول

مقدمات عامة عن قواعد التقاضي في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

سنحاول من خلال هذا المبحث تناول التعريف بمصطلحات البحث، وبعد ذلك نعرف القضاء ومشروعيته و حكمه في الفقه الإسلامي، ثم نحاول التمييز بين ولاية القضاء و ما يشبهها من الولايات الأخرى، ويكون ذلك في المطالب الثلاثة التالية:

المطلب الأول

التعريف بمصطلحات عنوان الدراسة

الفرع الأول: تعريف قواعد التقاضي

أولا/ - تعريف القواعد

القواعد في اللغة: مفردا قاعدة وهي الأساس، وقواعد البيت أساسه ومنه قوله تعالى: ﴿وَإِذْ يَرْفَعُ إِبْرَاهِيمُ الْقَوَاعِدَ مِنَ الْبَيْتِ وَإِسْمَاعِيلُ رَبَّنَا تَقَبَّلْ مِنَّا إِنَّكَ أَنْتَ السَّمِيعُ الْعَلِيمُ﴾¹، والقواعد أساطين البناء التي تعمده، وقواعد الهودج خشبات أربع معترضة في أسلفه، وقال أبو عبيد قواعد السحاب²: أصولها المعترضة في أفق السماء، شبهت بقواعد البناء³.

والقاعدة من النساء التي قعدت عن الولد، والحيض، والزوج، والجمع قواعد⁴، كما في قوله تعالى: ﴿وَالْقَوَاعِدُ مِنَ النِّسَاءِ اللَّاتِي لَا يَرْجُونَ نِكَاحًا﴾⁵.

1 - سورة البقرة الآية: 127.

2 - قال ذلك في تفسير حديث النبي، ﷺ، حين سأل عن سحابة مرت فقال: كيف ترون قواعدها وبواسقها؟ وقال ابن الأثير: أراد بالقواعد ما اعترض منها وسفل تشبيها بقواعد البناء.

3 - بن منظور، لسان العرب، دار صادر - بيروت، الطبعة: الثالثة - 1414 هـ، 3/361، الزبيدي، تاج العروس، دار الهداية، بدون طبعة وتاريخ نشر، مادة "قعد"، 49/9، أبو منصور، محمد بن أحمد بن الأزهرى الهروي، تهذيب اللغة، دار إحياء التراث العربي - بيروت، الطبعة: الأولى، 2001م، باب الغين والقاف مع الدال، 1/137.

4 - الزبيدي، المرجع السابق، 49/9.

5 - سورة النور الآية: 60.



أما في الاصطلاح: فقد سلك العلماء في تعريفها طريقتين: فمن نظر إلى الصفة العامة للقاعدة - الكلية والعموم- عرفها بأنها "حكم كلي، أو قضية كلية، منطبقة على جميع جزئياتها"¹، ومن نظر إلى الاستثناءات والشذوذ التي تخرج عن القاعدة عرفها بأنها "حكم أكثرى، أو قضية أكثرية تنطبق على أكثر جزئياته لتعرف أحكامها منه"².

ثانيا/ - تعريف التقاضي

التقاضي: يعني الطلب وتقاضيته حقي فقاضي أي طالبته فأعطاني، وقيل التقاضي: المطالبة وهو سبب القضاء³، وكلمة القضاء في اللغة ذات معاني متعددة و دلالات مختلفة تحدد حسب استعمالها في الجملة، وفي القرآن الكريم قد بلغت الآيات الكريمة التي وردت فيها مشتقات كلمة قضاء نحو ثلاث وستين آية، أما اصطلاحا فلا يكاد يخرج معنى التقاضي عن القضاء لذا فضلنا التفصيل فيه لاحقا.

الفرع الثاني: تعريف الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

أولا/ - تعريف الفقه الإسلامي

الفقه لغة: جاء في معجم مقاييس اللغة: "الفاء والقاف والهاء أصل واحد صحيح، يدل على إدراك الشيء والعلم به"، وهو الفهم مطلقا، يشهد لهذا قوله تعالى: ﴿لَهُمْ قُلُوبٌ لَا يَفْقَهُونَ بِهَا﴾⁴، وقوله تعالى: ﴿فَمَا لَهُؤْلَاءِ الْقَوْمِ لَا يَكَادُونَ يَفْقَهُونَ حَدِيثًا﴾⁵، "وكل علم بشيء فهو فقه، ثم اختص بذلك علم الشريعة، فليل لكل عالم بالحلال والحرام فقيه"⁶

1 - الشريف الجرجاني، التعريفات، ضبطه وصححه جماعة من العلماء بإشراف الناشر، دار الكتب العلمية بيروت - لبنان، الطبعة: الأولى 1403هـ - 1983م، ص 171، ابن السبكي، تاج الدين عبد الوهاب بن علي السبكي، الأشباه والنظائر، دار الكتب العلمية، الطبعة: الأولى 1411هـ - 1991م، 11/1، د. محمد مصطفى الزحيلي، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة، دار الفكر - دمشق، الطبعة: الأولى، 1427 هـ - 2006 م، 21/1-22.

2 - الحموي، أحمد بن محمد الحنفي الحموي، غمز عيون البصائر شرح كتاب الأشباه والنظائر، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة: الأولى، 1405هـ - 1985م، 51/1، د. محمد مصطفى الزحيلي، المرجع السابق، 22/1.

3 - الزبيدي، تاج العروس، باب قضى، 317/39.

4 - سورة الأعراف الآية: 179.

5 - سورة النساء الآية: 78.

6 - الزبيدي، المرجع السابق، 317/39.



و إن كان الفقه في الأصل بمعنى العلم بالشيء والفهم له¹، فقد غلب على العلم بالشرعية لسيادته وشرفه وفضله على سائر أنواع العلم، حتى صار ذلك عرفاً خاصاً، فلا يطلق الفقه إلا على الفهم في الدين².

ومعناه في الإصطلاح عند الأصوليين: هو معرفة الأحكام الشرعية العملية بأدلتها التفصيلية³، وعند الفقهاء "هو مجموعة الأحكام والمسائل التي نزل بها الوحي، واستنبطها المجتهدون، وأفتى بها أهل الفتوى"⁴.

وقد وردت كلمة الفقه ومشتقاتها في مواضع عدة من كتاب الله الكريم، ومن ذلك قوله تعالى: ﴿ فَلَوْلَا نَفَرَ مِنْ كُلِّ فِرْقَةٍ مِّنْهُمْ طَائِفَةٌ لِّيَتَفَقَّهُوا فِي الدِّينِ ﴾⁵، وقوله جل شأنه: ﴿ قَالُوا يَا شُعَيْبُ مَا نَفَقَهُ كَثِيرًا مِّمَّا تَقُولُ ﴾⁶.

ثانياً/-تعريف التشريع الجزائري

التشريع مأخوذ من الفعل شرّع وهو من الشريعة التي يراد بها معنيين في لسان العرب⁷:

العرب⁷:

-أحدهما الطريقة المستقيمة: ومن ذلك قول الله تعالى: ﴿ ثُمَّ جَعَلْنَاكَ عَلَىٰ شَرِيعةٍ مِّنَ الْأَمْرِ فَاتَّبِعْهَا وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَاءَ الَّذِينَ لَا يَعْلَمُونَ ﴾⁸.

1 - ابن منظور، لسان العرب، 522/13.

2 - مناع بن خليل القطان، تاريخ التشريع الإسلامي، مكتبة وهبة، الطبعة الخامسة 1422هـ-2001م، ص183.

3 - السبكي، تقي الدين، الإجماع في شرح المنهاج، دار الكتب العلمية - بيروت، نشر: 1416هـ - 1995م، 28/1، جمال الدين الأسنوي، نهاية السؤل في شرح منهاج الأصول، دار الكتب العلمية - بيروت-لبنان، الطبعة: الأولى 1420هـ-1999م، ص11.

4 - بدر الدين محمد بن بهادر بن عبد الله الزركشي، البحر المحيط في أصول الفقه، تحقيق عبد الستار أبو غدة، طبعة وزارة الأوقاف والأوقاف والشؤون الإسلامية بالكويت، 1409 هـ، 33/1.

5 - سورة التوبة الآية: 122.

6 - سورة هود الآية: 91.

7- ابن منظور، لسان العرب، 176/8، الرازي، مختار الصحاح، تحقيق يوسف الشيخ محمد، المكتبة العصرية - الدار النموذجية، بيروت - صيدا، الطبعة: الثالثة - 1414 هـ، 163/1.

8 - سورة الجاثية الآية: 18.



-وثانيهما مورد الماء الجاري الذي يقصد للشرب: من قولهم شرعت الإبل إذا وردت
شريعة الماء¹.

أما اصطلاحاً فهو مجموعة القواعد القانونية المكتوبة التي تصدر عن السلطة التشريعية
الجزائرية في مختلف المجالات².

إلا أنه ما يهمننا من هذه القواعد في دراستنا ما ورد في الدستور الجزائري من مبادئ
وأحكام تخص الأسرة والقضاء، وما ورد من نصوص موضوعية في قانون الأسرة³ وما
تضمنه قانون الإجراءات المدنية⁴ من أحكام وقواعد إجرائية في نفس المجال، وقد نرجع في

¹ - أبو منصور، محمد بن أحمد بن الأزهرى الهروي، الزاهر في غريب ألفاظ الشافعي، المحقق: مسعد عبد الحميد السعدني،
دار الطلائع، ص 277، الحبيدي، بن أبي نصر، تفسير غريب ما في الصحيحين البخاري ومسلم، تحقيق الدكتورة زبيدة
محمد سعيد عبد العزيز، مكتبة السنة - القاهرة - مصر، الطبعة: الأولى، 1415 - 1995، 438/1.

² - د. نزيه محمد صادق المدهدي، المدخل لدراسة القانون، الجزء الأول نظرية القانون، دار النهضة العربية، طبعة 2002،
ص 129.

³ - يشمل قانون الأسرة الجزائري على 224 مادة مقسمة إلى مقدمة بعنوان الأحكام العامة بأربعة مواد وإلى أربع كتب،
كتب، الكتاب الأول: الزواج والخلاله المواد من 04 إلى 80، ونظم فيها المشرع عقد الزواج وأركانها وشروطه وآثاره، وفي
الفصل الثاني نظم الطلاق وآثاره على الأسرة وعلى الأولاد. الكتاب الثاني: النيابة الشرعية المواد من 81 إلى 125، و نظم
المشرع من خلال هذه المواد أحكام الولاية والوصايا والحجر وأحكام المفقود والغائب والكفالة. الكتاب الثالث: الميراث
المواد من 126 - 183 حدّد فيه أنصبة الورثة ومقدار كل وارث. الكتاب الرابع: التبرعات المواد من 184 - 220،
ونظم المشرع من خلال المواد عقد الهبة والوقف وكذلك الوصية بالإضافة إلى الأحكام الختامية المواد من 221 إلى 224
وتجدر الإشارة إلى أن التعديل الأخير 02/05 تم فيه تقسيم الفصل الأول من الباب الأول إلى ثلاثة أقسام، القسم الأول
الخطبة والقسم الثاني الزواج أم القسم الثالث في عقد الزواج وإثباته.

⁴ - قانون الإجراءات المدنية: نظراً لأن قانون الأسرة تضمن النصوص الموضوعية دون أن يتطرق إلى النصوص الشكلية
الإجرائية اللازمة لتطبيقه، كان من اللازم الرجوع إلى نصوص قانون الإجراءات المدنية باعتباره الشريعة العامة للقواعد
الإجرائية الواجبة الإلتباع أمام القضاء، ولأنها ترسم للمتقاضين على اختلاف قضاياهم الطريق الواجب الإلتباع أمام المحكمة
بالنظر في دعواهم والفصل فيها، وقد تضمن قانون الإجراءات المدنية إلى جانب الأحكام العامة الإجرائية أحكاماً خاصة
بقضاء شؤون الأسرة وذلك في الفصل الأول من الباب الأول من الكتاب الثاني الذي جاء بعنوان الإجراءات الخاصة بكل
جهة قضائية، حيث قسم الفصل المتعلق بقسم شؤون الأسرة إلى سبعة أقسام جاءت وفق التقسيم التالي: القسم الأول:
تضمن صلاحيات قسم شؤون الأسرة (المواد من 423 إلى 425) أما القسم الثاني: جاء في الاختصاص الإقليمي بنص
المادة 426 بفقرتها التسعة، أما القسم الثالث فتضمن إجراءات الطلاق في أربعة فروع حيث جاء الفرع الأول بعنوان
الطلاق بالتراضي (المواد من 427 إلى 435) والفرع الثاني بعنوان في طلب الطلاق من أحد الزوجين (المواد من 436 إلى



بعض الجزئيات مثل قواعد الإثبات الموضوعية إلى أحكام القانون المدني باعتباره الشريعة العامة.

الفرع الثالث : تعريف قضايا الأسرة

أولاً/ - معنى الأسرة

الأسرة في اللغة: من أسر يأسر أسراً، والأسر في اللغة يطلق على القيد والحبس، وإحكام الخلق وشدته... كما تطلق على الدرع الحصينة¹، وعلى أهل الرجل وعشيرته، وأهله الأذنون، لأنه يتقوى بهم، وتطلق على الجماعة التي يربطها أمر مشترك²، وجمعها أسر³، و الملاحظ في هذه المعاني أنها تشترك في معنى الشد والربط والإحكام، وكأن الأسرة في معناها اللغوي العام تعني الرابطة القويّة الحصينة ولذلك جاء في معانيها الدرع الحصينة، وفي المجال البشري جاء من معانيها: أهل المرء وعشيرته.

أما في الاصطلاح الشرعي: لم يرد لفظ الأسرة في نصوص الكتاب الكريم والسنة المطهرة، ولم يستخدم هذا اللفظ على ألسنة الفقهاء المتقدمين، ولا في كتاباتهم الفقهية، إلا

=439) والفرع الثالث بعنوان في الصلح (المواد من 439 إلى 449) الفرع الرابع جاء بعنوان في أحكام الطلاق (المواد من 450 إلى 452)، و تضمن القسم الرابع إجراءات الولاية في ثلاثة فروع حيث جاء الفرع الأول بعنوان في الولاية على نفس القاصر (المواد من 453 إلى 463) والفرع الثاني بعنوان الولاية على أموال القاصر (المواد من 464 إلى 480) والفرع الثالث بعنوان حماية البالغين ناقصي الأهلية (المواد من 481 إلى 489). أما القسم الخامس فجاء بعنوان دعاوى النسب (المواد من 490 إلى 491) و القسم السادس جاء بعنوان إجراءات الكفالة (المواد من 492 إلى 497)، أما القسم السابع فجاء بعنوان في التركة (المواد من 498 إلى 499).

1 - أبو منصور، محمد بن أحمد بن الأزهرى الهروي، تهذيب اللغة، تحقيق محمد عوض مرعب، دار إحياء التراث العربي - بيروت، الطبعة: الأولى، 2001م، 43/13، الفيروزآبادي، القاموس المحيط، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت - لبنان، الطبعة: الثامنة، 1426 هـ - 2005 م، ص343.

2 - البستاني، الشيخ عبد الله، فاكهة البستان، معجم لغوي مختصر من البستان، الطبعة الأمريكية، بيروت، سنة 1930م، ص28.

3 - ابن منظور، لسان العرب، 28/11، المعجم الوسيط، مجمع اللغة العربية، دار الدعوة، بدون طبعة وبدون تاريخ نشر، 1/17.



أن كلمة الأسرة لا تختلف عن كلمة الأهل التي يتردد ذكرها كثيرا في النصوص الشرعية، لذلك كان لابد من الرجوع إلى النصوص الشرعية المنظمة لأحكام النكاح في الإسلام، للتعرف من خلالها على المقصود بالأسرة، حيث أن تلك النصوص تضمنت معنى الأسرة في سياق ذكر الأهل والآل ونحو ذلك، ومنه قوله تعالى: ﴿رَحِمْتُ اللَّهَ وَبَرَكَاتُهُ عَلَيْكُمْ أَهْلَ الْبَيْتِ إِنَّهُ حَمِيدٌ مَّجِيدٌ﴾¹، وقوله سبحانه ﴿فَنَجِّنَاهُ وَأَهْلَهُ أَجْمَعِينَ﴾²، وقوله سبحانه: ﴿يَا أَيُّهَا النَّاسُ إِنَّا خَلَقْنَاكُمْ مِنْ ذَكَرٍ وَأُنْثَى وَجَعَلْنَاكُمْ شُعُوبًا وَقَبَائِلَ لِتَعَارَفُوا إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِنْدَ اللَّهِ أَتْقَاكُمْ إِنَّ اللَّهَ عَلِيمٌ خَبِيرٌ﴾³، وتأسيساً على كل ما سبق يمكن أن نعرف الأسرة في الاصطلاح أنها: المؤسسة المجتمعية الأولى الناشئة عن اقتران رجل بامرأة. بموجب عقد النكاح الصحيح في الشرع، للمحافظة على النوع الإنساني، وتنشئة الإنسان التنشئة السوية على المستوى الفردي والمجتمعي، وتحقيق التكافل المجتمعي بين عناصرها. بمقتضى أحكام النفقة والصلات والدية والمواريث، "وكلمة الأسرة في الإسلام أوسع مدى من الأسرة في القوانين الوضعية، فإن الأسرة في الإسلام تشمل الأصول من الآباء والأمهات، فيدخل في هذا الأجداد والجدات، وتشمل أيضا فروع الأبوين، وهم الإخوة والأخوات وأولادهم الذين هم ثمرة الزواج وفروعهم، كما تشمل أيضا فروع الأجداد والجدات فتشمل العم والعممة وفروعهما، والخال والخالة وفروعهما، وتشمل الأقارب جميعا، سواء منهم الأذنون وغير الأذنين، وهي حيثما سارت أوجدت حقوقا، وأثبتت واجبات"⁴.

وقد عرف المشرع الجزائري الأسرة في نص المادة 02 من قانون الأسرة بنصها: "الأسرة هي الخلية الأساسية في المجتمع وتتكون من أشخاص تجمع بينهم صلة الزوجية وصلة القرابة".

1 - سورة هود الآية 73.

2 - سورة الشعراء الآية: 170.

3 - سورة الحجرات الآية: 13.

4 - القاضي الشرعي، ناصر جبر القرم، دور القضاء الشرعي في إصلاح الأسرة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ص 67، وبهامشه الشيخ أبو زهرة، تنظيم الإسلام للمجتمع، دار الفكر العربي، القاهرة، ص 62.



ثانياً/ - قضايا الأسرة : وفي رأينا أنها تشمل كل المسائل الأسرية - المالية وغير المالية - التي يمكن أن تكون محل منازعة ونظر أمام القضاء، كالخطبة والزواج وحقوق الزوجين وواجباتهم المتبادلة والمهر ونظام الأموال بين الزوجين والطلاق والتطليق والتفريق والبنوة والإقرار بالأبوة وإنكارها والعلاقة بين الأصول والفروع والالتزام بالنفقة للأقارب والنسب والتبني والولاية والوصاية والحجر والغيبية والفقدان وكذلك المسائل المتعلقة بالمواريث والوصايا وهكذا... .

و يتضح من جملة ما سبق أن قواعد التقاضي في الفقه الإسلامي، هي مجموعة المبادئ الأساسية التي استنبطها فقهاء الشريعة الإسلامية من المصادر الشرعية، والتي تحكم سير الدعوى القضائية من بدايتها إلى نهايتها و يسترشد بها القاضي للفصل في الخصومات وتحقيق العدالة.

أما قواعد التقاضي في التشريع الجزائري فهي مجموعة المبادئ والنصوص القانونية التي وضعتها السلطة التشريعية في الدولة؛ والتي تحكم سير الدعوى القضائية من بدايتها إلى نهايتها ويسترشد بها القاضي للفصل بين الخصوم.

لذا سنحاول من خلال هذه الدراسة بيان أهم المبادئ و القواعد القضائية في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري؛ مع محاولة نقد المشرع الجزائري في كل جزئية خالف فيها الشريعة الإسلامية لأنها هي المصدر، ونحاول ترجيح الرأي الراجح في حالة الخلاف بين علماء الشرع.

المطلب الثاني

تعريف القضاء ومدى مشروعيته وحكمه في الفقه الإسلامي

بعد تناولي لمعاني مفردات موضوع البحث واستكمالا للصورة أعرض من خلال هذا المطلب إلى تعريف القضاء مع مقابله بتعريف شراح القانون الوضعي، وإن فرغت من ذلك أبحث في دليل مشروعيته وحكمه، ويقتضي ذلك تقسيم هذا المطلب إلى الفروع الآتية:



الفرع الأول: تعريف القضاء في اللغة وفي الاصطلاح الفقهي والقانوني.

أولاً/ - تعريف القضاء لغة:

جاء لفظ القضاء في اللغة بعدة معان تتقارب في جملتها ومرجعها¹، فجاء بمعنى إحكام الشيء و إمضائه والفراغ منه² : قال تعالى ﴿ ثُمَّ اقْضُوا إِلَيَّ وَلَا تُنظِرُونِ ﴾³، أي افرغوا من أمركم وأمضوا ما في أنفسكم.

وورد بمعنى حكم وأمر⁴، قال تعالى : ﴿ وَقَضَىٰ رَبُّكَ أَلَّا تَعْبُدُوا إِلَّا إِيَّاهُ ﴾⁵.

وجاء بمعنى الأداء والإهاء⁶ : كقوله قضيت الحج والدين أي أديته، ومنه قوله تعالى: ﴿ فَإِذَا قَضَيْتُمْ مَنَاسِكُمْ فَادْكُرُوا اللَّهَ كَذِكْرِكُمْ آبَاءَكُمْ أَوْ أَشَدَّ ذِكْرًا ﴾⁷.

وأتى بمعنى الصنع والتقدير⁸ : قال تعالى: ﴿ فَفَضَاهُنَّ سَبْعَ سَمَاوَاتٍ فِي يَوْمَيْنِ ﴾⁹، أي صنعهن وقدرهن وخلقهن، يقال قضى الشيء قضاء، إذا صنعه و قدره.

وبناء على ما تقدم نجد أن القضاء يطلق ويراد به الحكم، كما يطلق على الفراغ من الشيء، كما أنه يكون بمعنى الصنع والتقدير، وهذه المعاني كلها مرجعها إلى انقضاء الشيء وتمامه.

1 - ابن منظور، لسان العرب، 186/15.

2 - أبو منصور، محمد بن أحمد بن الأزهرى الهروي، الزاهر في غريب ألفاظ الشافعي، دار الطلائع، 276/1.

3 - سورة يونس الآية: 71.

4 - أبو الحسن علي بن إسماعيل بن سيده المرسي، المحكم والمحيط الأعظم، دار الكتب العلمية - بيروت، الطبعة: الأولى، 1421 هـ - 2000 م، 49/3.

5 - سورة الإسراء الآية: 23.

6 - الفارابي، الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية، دار العلم للملايين - بيروت، الرابعة 1407 هـ - 1987 م، 2464/6، الرازي، مختار الصحاح، 255/1، الحميدي، بن أبي نصر، تفسير غريب ما في الصحيحين البخاري ومسلم (المرجع السابق)، 399/1.

7 - سور البقرة الآية: 200.

8 - الفارابي، الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية، دار العلم للملايين - بيروت، الرابعة 1407 هـ - 1987 م، 2464/6، الرازي، مختار الصحاح، 255/1.

9 - سورة فصلت الآية: 12.



ثانياً-تعريف القضاء اصطلاحاً

تعددت تعريفات فقهاء المذاهب للقضاء و اختلفت حتى في المذهب الواحد، ويرجع هذا لاختلافهم حول حقيقة القضاء هل هو صفة حكمية تلازم موصوفها وتوجب نفاذ حكمه أم هو فعل يقوم به القاضي، وهل هو خاص بالمنازعات أم يشمل المنازعات وغيرها، إلا أننا سنكتفي بذكر أشهر التعريفات عند فقهاء المذاهب الأربعة:

(أ) - **تعريف الحنفية للقضاء:** عرف بعض الأحناف القضاء بأنه: " فصل الخصومات وقطع المنازعات"¹، ويؤخذ على هذا التعريف أنه غير جامع لاقتصراره على المنازعات فمن القضايا ما يتطلب عليها الحكم وإن خلت من الخصومة كالحكم بالحجر والوصاية على السفينة وغير ذلك.

(ب) - **تعريف المالكية للقضاء:** وعند المالكية عرفه ابن عرفة² بأنه: "صفة حكمية، توجب لموصوفها- أي القاضي- نفوذ حكمه الشرعي، ولو بتعديل أو تجريح، لا في عموم مصالح المسلمين"³، والمراد بنفوذ حكمه نفوذ جميع أحكامه، وبهذا يخرج التحكيم، وكذلك كذلك تخرج ولاية الشرطة وأخواتها؛ لأنها خاصة ببعض الأحكام، والحسبة فإنها خاصة بأحكام السوق.

ويخرج بجملة "لا في عموم مصالح المسلمين" الولاية العظمى أي: رئاسة الدولة، فإن

1- ابن عابدين، رد المختار على الدر المختار (حاشية ابن عابدين)، دار الفكر- بيروت، الطبعة الثانية، 1412هـ- 1992م، 352/5.

2- هو: محمد بن محمد بن عرفة الورغمي التونسي المكنى بأبي عبد الله ولد سنة 716هـ وكان إمام تونس وعالمها ومن كتبه "المختصر الكبير" في فقه المالكية و " الحدود في التعاريف الفقهية" توفي سنة 748هـ، انظر ترجمته في: ابن فرحون، الديباج المذهب في معرفة أعيان علماء المذهب، دار التراث للطبع والنشر، القاهرة، 333/2، ابن فهد، لحظ الأبحاث بذيل طبقات الحفاظ، دار الكتب العلمية، الطبعة: الأولى 1419هـ - 1998م، 127/1، الزركلي، الأعلام، دار العلم للملايين، الطبعة: الخامسة عشر - أيار / مايو 2002 م، ج7ص43.

3- الخرشبي، شرح مختصر خليل للخرشي، دار الفكر للطباعة - بيروت، بدون طبعة وبدون تاريخ، 138/7، النفراوي، الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني، دار الفكر، تاريخ النشر: 1415هـ - 1995م، 219/2.



رياسة الدولة نفوذ حكمها عام في مصالح المسلمين¹، بخلاف القضاء، فليس للقاضي حق تقسيم الغنائم، وتفريق الزكاة، ولا ترتيب الجيوش، ولا قتال البغاة، ولا الاقطاعات².

(ج) - **تعريف الشافعية للقضاء:** وعرف بعض فقهاء الشافعية القضاء بأنه: "فصل الخصومة بين خصمين فأكثر بحكم الله تعالى"³، ويؤخذ على هذا التعريف أنه غير مانع نظراً لدخول التحكيم فيه وغيره، و عرفه ابن عبد السلام⁴: "بأنه إظهار حكم الشرع في الواقعة فيمن يجب عليه إمضاؤه"⁵.

(د) - **تعريف الحنابلة للقضاء:** عرف بعض فقهاء الحنابلة القضاء بأنه: "تبيين الحكم الشرعي والإلزام به، وفصل الخصومات"⁶، وما يلاحظ على هذا التعريف أنه غير جامع، لأنه يركز على خاصية الإلزام، و أهمل خصائص القضاء الأخرى وشروطه كأن يصدر القضاء من صاحب الولاية و أن يكون في مجلس القضاء.

1- ميارة، محمد بن أحمد بن محمد، أبو عبد الله، الإتقان والإحكام في شرح تحفة الحكام المعروف بشرح ميارة، دار المعرفة، بدون رقم طبعة و بدون تاريخ نشر، 9/1، شرح الإمام محمد الناودي، المسمى بحلى المعاصم لبنت فكر ابن عاصم، وهو شرح لأرجوزة: تحفة الحكام لمحمد بن محمد بن عاصم، ج1، ص14.

2 - التُّسُولِي، علي بن عبد السلام التسولي، البهجة في شرح التحفة ((شرح تحفة الحكام))، دار الكتب العلمية - لبنان / بيروت، الطبعة: الأولى، 1418هـ - 1998م، 31/1.

3- الهيتمي، تحفة المحتاج، المكتبة التجارية الكبرى. بمصر لصاحبها مصطفى محمد، بدون طبعة، نشر سنة: 1357 هـ - 1983 م، 101/10، البُجَيْرِيُّ، تحفة الحبيب على شرح الخطيب، دار الفكر، بدون طبعة، تاريخ النشر: 1415 هـ - 1995 م، 378/4.

4 - هو: هو الإمام أبو محمد عز الدين بن عبد السلام السلمي الشافعي المغربي الأصل الدمشقي المولد ثم المصري المنشأ والوفاة، الملقب بسلطان العلماء، انتهت إليه الفتوى فكان إماماً يقصد من شق البلدان لما عرف به من ورع وجرأة في الحق من أهم مصنفاة وأعظمها نفعا كتابه (قواعد الأحكام في إصلاح الأنام) وهو القواعد الكبرى، والفوائد في اختصار المقاصد وهو اختصار كتابه الأول. توفي بمصر سنة 660هـ. انظر ترجمته في: ابن السبكي، طبقات الشافعية، مطبعة عيسى الحلبي، 1384هـ، 209/8.

5 - الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، دار الكتب العلمية، الطبعة: الأولى، 1415 هـ - 1994 م، 257/6.

6- البهوتي، الروض المربع شرح زاد المستقنع، دار المؤيد - مؤسسة الرسالة، 704/1، عبد الرحمن بن قاسم، حاشية الروض المربع شرح زاد المستقنع، (بدون ناشر)، الطبعة: الأولى - 1397 هـ، 508/7، الريحاني، مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى، المكتب الإسلامي، الطبعة: الثانية، 1415 هـ - 1994 م، 437/6.



من كل ما تقدم نستطيع أن نعرف القضاء بأنه : " نظر القضايا وقطع المنازعات بالحكم الشرعي الملزم على وجه مخصوص " وأحسب أنه على إيجازه جامع ومانع في وقت معاً، كما أنه يحفظ للقضاء أهم دعامين يختص بهما، وهما : أن الفصل في الخصومات لا يتأتى إلا بحكم شرعي، وأن هذا الحكم الشرعي لا بد أن تتوافر له صفة الإلزام.

(ذ)-**تعريف القضاء عند شرح القانون الوضعي**: تعددت تعريفات شرح القانون للقضاء واختلفت فقد عرفه البعض من خلال الوظيفة التي يؤديها، فعرفوه بأنه : " فض المنازعات بين الناس على نحو ملزم"¹، أو هو " الفصل في المنازعات وتحديد صاحب الحق المتنازع عليه"²، وذهب البعض الآخر إلى تعريفه من خلال تعريف السلطة القضائية فقبل بأنها السلطة الأمينة على القانون والمختصة بتطبيقه على الوقائع المعينة، ويطلق لفظ القضاء في القانون كذلك على الحكم الذي تصدره المحكمة في نزاع رفع إليها فيقال : صدر قضاء المحكمة، ويطلق أيضاً على مجموع المحاكم الموجودة في الدولة، فيقال رفع الشخص الأمر إلى القضاء، كما يطلق لفظ القضاء على مجموع الأحكام التي تصدر من المحكمة أو المحاكم، فيقال قضاء المحكمة.

ومن خلال ما سبق من تعريفات نلاحظ أن التعريف الذي يخدمنا في دراستنا هذه ويكاد يتطابق مع تعريفات الفقه الإسلامي ذلك الذي عرف القضاء من خلال الوظيفة التي يؤديها فعرفه بأنه: " فض المنازعات بين الناس على نحو ملزم"³ و من خلال التعريفات القانونية السابقة يتضح أن وظيفة القاضي في دولة القانون تقتصر على تطبيق القانون فحسب، بينما وظيفة القاضي الإسلامي أوسع من ذلك بكثير لأن له سلطة واسعة وتتاح له حرية واسعة في الاجتهاد بغية الوصول إلى الحكم العادل في الدعوى، وبالتالي هو أقدر من غيره في تحقيق المقاصد الإسلامية.

- 1 - المستشار عبد الحميد أحمد سليمان، الحكومة والقضاء في الإسلام، مطابع سجل العرب نشر مكتبة التراث الإسلامي القاهرة، ص 34
- 2 - د. عبد الرحمن عبد العزيز القاسم، القضاء والتفاضي والتنفيذ، مطبعة السعادة بمصر 1403هـ - 1982 م، ص 14.
- 3 - المستشار عبد الحميد أحمد سليمان، المرجع السابق، ص 34.



الفرع الثاني: مشروعية القضاء في الفقه الإسلامي

يستمد القضاء الإسلامي مشروعيته من الكتاب الكريم و السنة النبوية الشريفة والإجماع وفقاً للتفصيل الآتي:

أولاً/ - دليل مشروعيته من القرآن الكريم:

نزلت آيات قرآنية كثيرة أكدت مهمة الرسول وسلم في الحكم بين الناس، ومن ذلك: قوله تعالى: ﴿ يَا دَاوُودُ إِنَّا جَعَلْنَاكَ خَلِيفَةً فِي الْأَرْضِ فَاحْكُم بَيْنَ النَّاسِ بِالْحَقِّ وَلَا تَتَّبِعِ الْهَوَىٰ فَيُضِلَّكَ عَن سَبِيلِ اللَّهِ ﴾¹.

- وقوله عز وجل: ﴿ إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ ﴾².

- وقوله عز من قائل: ﴿ إِنَّا أَنْزَلْنَا إِلَيْكَ الْكِتَابَ بِالْحَقِّ لِتَحْكُمَ بَيْنَ النَّاسِ بِمَا أَرَاكَ اللَّهُ وَلَا تَكُنَ لِلْخَائِنِينَ خَصِيمًا ﴾³.

- وقوله تعالى: ﴿ فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّىٰ يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لَا يَجِدُوا فِي أَنفُسِهِمْ حَرَجًا مِّمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُوا تَسْلِيمًا ﴾⁴.

- وقوله تعالى: ﴿ إِئِمَّا كَانَ قَوْلَ الْمُؤْمِنِينَ إِذَا دُعُوا إِلَى اللَّهِ وَرَسُولِهِ لِيَحْكُمَ بَيْنَهُمْ أَنْ يَقُولُوا سَمِعْنَا وَأَطَعْنَا وَأُولَٰئِكَ هُمُ الْمُفْلِحُونَ ﴾⁵.

ووجه الدلالة من هذه الآيات: أنها تدل دلالة واضحة على مشروعية القضاء، ووجوب توليه، فهذه الآيات من جهة هي خطاب من الله تعالى لأتباعه ورسوله بأن يقوموا بمهمة

1 - سورة ص الآية: 26.

2 - سورة النساء الآية: 58.

3 - سورة النساء الآية 105.

4 - سورة النساء الآية: 65.

5 - سورة النور الآية: 51.



الحكم بين الناس بالعدل، ومن جهة أخرى هي أمر من الله عز وجل لعباده بالتحاكم إلى الله ورسوله لأن ذلك من الإيمان والسمع والطاعة.

ثانيا/ - دليل مشروعية القضاء من السنة النبوية

وردت أحاديث كثيرة تدل على مشروعية القضاء، فقد دلت بعض الأحاديث على أن الرسول ﷺ بأمر القضاء بنفسه ومن ذلك حديث أم سلمة عن النبي ﷺ أنه قال : «إنما أنا بشر، وإنكم تختصمون إلي، ولعل بعضكم أن يكون ألحن بحجته من بعض، وأقضي له على نحو ما أسمع، فمن قضيت له من حق أخيه شيئا فلا يأخذ، فإنما أقطع له قطعة من النار»¹، وكما أنه ﷺ بأمر القضاء بنفسه فقد أمر عليه والصلاة والسلام أصحابه أيضا وزودهم بنصائحه وتوجيهاته، ويدل على ذلك ما روي عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه أنه قال : بعثني رسول الله ﷺ إلى اليمن قاضيا، فقلت: يا رسول الله ترسلني وأنا حديث السنن، ولا علم لي بالقضاء، فقال: «إن الله سيهدي قلبك، ويثبت لسانك، فإذا جلس بين يديك الخصمان، فلا تقضين حتى تسمع من الآخر، كما سمعت من الأول، فإنه أحرى أن يتبين لك القضاء»، قال: «فما زلت قاضيا، أو ما شككت في قضاء بعد»²، ومن الأحاديث التي تدل على مشروعية القضاء ما روي عن أبي هريرة³ بسنده أن رسول الله ﷺ قال: «إذا

1 - أخرجه البخاري كتاب الخيل، رقم الحديث 25/6967، وأخرجه كذلك في كتاب الأحكام، باب موعظة الإمام للخصوم، رقم الحديث 69/9، 7168، «و اللفظ له»، محمد بن إسماعيل أبو عبد الله البخاري الجعفي، صحيح البخاري، تحقيق محمد زهير بن ناصر الناصر، دار طوق النجاة، الطبعة: الأولى، 1422هـ، و مسلم، في كتاب الأفضية، باب الحكم بالظاهر واللعن بالحجة، الحديث رقم 1713، 1337/3، وقد ورد بدون لفظ «إنما أنا بشر»، مسلم بن الحجاج أبو الحسن القشيري النيسابوري، صحيح مسلم، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي - بيروت.

2 - أخرجه أبو داود في سننه كتاب الأفضية، باب كيف القضاء، رقم الحديث 301/3582، «وقال عنه الألباني حديث حسن»، أبو داود، سنن أبي داود، تحقيق محمد محيي الدين عبد الحميد، المكتبة العصرية، صيدا - بيروت. والنسائي في سننه كتاب الخصائص، الحديث رقم 8363، 421/7، النسائي، السنن الكبرى، حققه وخرج أحاديثه: حسن عبد المنعم شلبي، مؤسسة الرسالة - بيروت، الطبعة: الأولى، 1421 هـ - 2001 م، «وقال الترمذي: هذا حديث حسن».

3 - هو عبد الرحمان بن صخر الدوسي مشهور بكنيته ومختلّف في اسمه، وهو أكثر الصحابة رواية للحديث، وأكثرهم ملازمة له، دعا له النبي ﷺ بالحفظ، روى عنه كثير من الصحابة والتابعين، أسلم بين الحديبية وخيبر، هاجر إلى المدينة =



قضى القاضي فاجتهد فأصاب كانت له عشرة أجور، وإذا قضى فاجتهد فأخطأ كان له أجور»¹، وما رواه ابن مسعود رضي الله عنه قال: قال رسول ﷺ: «لا حسد إلا في اثنتين: رجل آتاه الله مالا فسلط على هلكته في الحق، ورجل آتاه الله الحكمة فهو يقضي بها ويعلمها»².

وجه الدلالة من هذه الأحاديث: أنها أحاديث كلها تدل على مشروعية القضاء، فالرسول ﷺ باشر القضاء بنفسه، وكذلك الصحابة رضوان الله عليهم.

ثالثا/ - دليل مشروعية القضاء من الإجماع:

الإجماع³ - اتفاق الأمة - منعقد على مشروعية القضاء، وعلى فعله، سلفاً وخلفاً، لم يخالف في ذلك أحد، وقد استقضى النبي ﷺ ومن بعده من الخلفاء إلى يومنا هذا من غير نكير من أحد.

رابعا/ - دليل مشروعية القضاء من المعقول:

والعقل يقضي بمشروعية القضاء وضرورته، فطبائع البشر مختلفة، والتظام ومنع الحقوق واقع منهم - بحكم الطبيعة البشرية -، وقل من الناس من ينصف من نفسه، والإمام مشغول بما هو أهم منه، فلا يستطيع أن يتولى فصل الخصومة بين كل الناس بنفسه، فلذلك كانت

=وسكن الصفة مع أهلها، توفي بالعقب سنة 57 أو 58 هـ. ينظر في ترجمته: بن حجر العسقلاني، الإصابة في تمييز الصحابة، دار الكتب العلمية - بيروت، الطبعة: الأولى - 1415 هـ، 349/7.

¹ - أخرجه الدارقطني، سنن الدارقطني، الحديث رقم 4464، 362/5، وقال عنه الألباني حديث ضعيف، الدارقطني، سنن الدارقطني، حققه وضبط نصه وعلق عليه: شعيب الارنؤوط، حسن عبد المنعم شلبي، عبد اللطيف حرز الله، أحمد بروهوم، مؤسسة الرسالة، بيروت - لبنان، الطبعة: الأولى، 1424 هـ - 2004 م، وأخرجه الترمذي في السنن (1326)، 8/3، والنسائي في السنن الكبرى (5381)، 396/5، وابن ماجه في سننه، (2314)، 776/2، ومسنند الإمام أحمد، (17820)، 354/29، وابن حبان في كتاب الإحسان (5060)، 446/11، وكلهم بلفظ: إذا حكم الحاكم .

² - أخرجه البخاري في كتاب العلم باب الاغتباط في العلم والحكمة، الحديث رقم 73، 25/1، واللفظ له، وأخرجه مسلم بلفظ قريب، في باب من يقوم بالقرآن ويعلمه، الحديث رقم 559/268.

³ - علي حيدر، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام، دار الخليل، الطبعة: الأولى، 1411 هـ - 1991 م، 570/4، محمد رأفت عثمان، النظام القضائي في الفقه الإسلامي، دار البيان، الطبعة: الثانية 1415 هـ - 1994 م، ص 20/1.



الحاجة ماسة إلى تشريع القضاء، ومنصب القضاة ؛ ليحكموا بين الناس، ويفصلوا في الخصومات.

الفرع الثالث: حكم تولي القضاء في الفقه الإسلامي

عنيت الشريعة الإسلامية عناية كبيرة بالقضاء لأن الحاجة مستلزمة له لإنصاف المظلومين من الظالمين، ولأن طباع البشر مجبولة على التظالم ومنع الحقوق ومن هنا كان فرض عين على الإمام بأن يقلد القضاة على الأمصار والمدن للحكم بين الناس¹، وفي المقابل يفترض على المسلمين فرض كفاية² أن يقبلوا ذلك التقليد وأن يقوموا بهذا المنصب الشريف فإذا امتنعوا جميعاً أثموا، وإذا قام به البعض سقط الإثم عن الباقين³، أما حكم قبول التعيين لمنصب القضاء بالنسبة لأفراد المسلمين فتعريفه الأحكام الشرعية الخمسة⁴، فتارة يكون فرض كفاية إذا امتنع الكل أثموا، ويكون فرض عين إذا كان الصالح للقضاء واحداً، ويجوز للسلطان جبره على توليه لأن الناس مضطرون إلى علمه ونظره، ويكون القضاء مستحباً للشخص إذا وجد من يصلح للقضاء ولكنه أصلح من غيره وأقوم له، فله أن يلي القضاء بحكم حاله وصلاحيته، ولا يجب عليه لأنه لم يتعين له، كما يندب أيضاً طلب القضاء للشخص إن كان خاملاً، أي غير مشهور بعلمه بين الناس، ويكون القضاء مباحاً إذا استوى الشخص هو

1- زكريا الأنصاري، فتح الوهاب بشرح منهج الطلاب، دار الفكر للطباعة والنشر، الطبعة: 1414هـ/1994م، 257/2.

2 - ابن عسكراً، ارشاد السالك إلى أشرف المسالك في فقه الإمام مالك، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، مصر، الطبعة الثالثة، ص117، الرُّعِينِي، مواهب الجليل، دار الفكر، الطبعة: الثالثة، 1412هـ - 1992م، 101/6، زكريا الأنصاري، المرجع السابق، 257/2.

3 - الشربيني الخطيب، مغني المحتاج، دار الكتب العلمية، الطبعة: الأولى، 1415هـ - 1994م، 258/6. - الشيخ علي قراة، الأصول القضائية، دار النهضة العربية الطبعة الثانية 1344هـ/1925، ص267.

4 - علي حيدر، درر الحكماء في شرح مجلة الأحكام، دار الجيل، الطبعة: الأولى، 1411هـ - 1991م، 570/4.



وغيره فيه فيخير بين قبوله ورفضه، ويكون القضاء مكروها إذا كان صالحا له، ولكن يوجد من هو أصلح منه، ويصبح القضاء محرما إذا لم تتوافر فيه شروط القاضي، ويحرم كذلك على من لا يحسنه، أو علم من نفسه العجز عنه، وعدم الإنصاف فيه لميله لإتباع الهوى والتأثر بذوي النفوذ للقضاء ظلما وجورا.

المطلب الثالث

التمييز بين ولاية القضاء وما يشبهها من الولايات الأخرى.

لا تنفرد ولاية القضاء وحدها بوظيفة قطع المنازعات والفصل في الخصومات بين الأفراد، بل أن هناك ولايات أخرى تشابهها في ذلك، مثل التحكيم والإفتاء والحسبة والمظالم إلا أنها تتميز عن ولاية القضاء في بعض الأمور.

لذا سوف أحاول التمييز بين ولاية القضاء وكل واحدة من هذه الولايات في الفروع التالية:

الفرع الأول: التمييز بين ولاية القضاء وولاية التحكيم.

التحكيم لغة: مأخوذ من الحكم وهو مصدر حكم يحكم وحكموه بينهم، أمره أن يحكم، ويقال حكمنا فلانا فيما بيننا أي: أجزنا حكمه بيننا، وحكموه جعلوه حاكما¹.

وفي الاصطلاح: أن يتحاكم شخصان إلى من يصلح أن يكون حاكما، ليحكم بينهما في أمر فيه نزاع²، وعرفته مجلة الأحكام العدلية بأنه (اتخذ الخصمين برضاها حاكما يفصل خصومتها ودعواها يقال حكم، بفتحين، ومحكم بضم الميم وفتح الحاء وتشديد الكاف المفتوحة)³.

والتحكيم سبيل مشروع للفصل بين المتنازعين، والقضاء فيما بينهما كما يفصل القاضي

¹ - أبو القاسم محمود بن عمر بن محمد الخوارزمي الزمخشري- النحوي، أساس البلاغة، مطبعة المدني - القاهرة- 1991، ص 137.

² - د. نصر فريد واصل، السلطة القضائية ونظام القضاء في الإسلام، المكتبة التوفيقية، بدون رقم طبعة و بدون تاريخ نشر، ص 178.

³ - سليم رستم باز، شرح المجلة، الطبعة الثالثة (بيروت: دار إحياء التراث العربي 1305) ص 1163.



في محكمته بين المتنازعين¹، مصداقا لقوله تعالى: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَأَبْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا﴾².

ويتفق التحكيم والقضاء بأن مصدر حكمها الشريعة الإسلامية، فعلى المحكم أن يحكم وفق أحكام الشرع الإسلامي، ويأخذ بوسائل الإثبات الشرعية التي يأخذ بها القاضي المسلم كالشهادة، والإقرار....، وإذا خالف ذلك فحكمه لا يجوز، كما يشترط في المحكم ما يشترط في القاضي من شروط تلزم لمباشرة الحكم بين الناس³، فيجب أن تتوفر في المحكم أهلية القضاء فلا يجوز تحكيم الصبي والكافر والعبد والذمي والمحدود في القذف والفسق اعتبارا بأهلية الشهادة لأن كل من صلح شاهدا صلح قاضيا، ويشترط في المحكم كذلك أن يكون مجتهدا مثله مثل القاضي لأن حكمهما يرفع الخلاف⁴ ويتوجب النفاذ، و كل منهما يكتسب ولاية الحكم ممن ولاه، باتفاق الطرفين المولى والمولى، ويتقيد كل من القاضي والمحكم بما يقيد به من ولاه، من حيث زمان الولاية ومكانها، والموضوعات التي يحكم فيها المولى يملك عزل المولى، فإذا عزل الإمام القاضي انعزل، وإذا تفق الخصمان على عزل المحكم انعزل.

أما أهم ما يميز القضاء عن التحكيم أن ولاية التحكيم أدنى مرتبة من ولاية القضاء لأن ولاية التحكيم مستمدة من الخصوم الذين لهم ولاية على أنفسهم فقط⁵ وبالتالي لا يمكن أن

¹ - السرخسي، المبسوط، دار المعرفة - بيروت، بدون طبعة، 1414هـ - 1993م، 62/21، الكاساني، بدائع الصنائع، دار الكتب العلمية، الطبعة: الثانية، 1406هـ - 1986م، 3/7، د. عبد الكريم زيدان، نظام القضاء في الشريعة الإسلامية، مؤسسة الرسالة، الطبعة الثانية، ص295.

² - سورة النساء الآية: 35.

³ - النووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين، تحقيق، زهير الشاويش، الناشر: المكتب الإسلامي، بيروت - دمشق - عمان، الطبعة: الثالثة، 1412هـ / 1991م، 11/122، الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، دار الكتب العلمية، الطبعة: الأولى، 1415هـ - 1994م، 06/267، المرغيناني، الهداية في شرح بداية، دار احياء التراث العربي - بيروت - لبنان، 3/107 - الدردير، الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي، دار الفكر، بدون طبعة وبدون تاريخ، ج 04 ص136.

⁵ - ابن عابدين، الحاشية (رد المختار)، دار الفكر - بيروت، الطبعة: الثانية، 1412هـ - 1992م، 5/427، 431. ابن نجيم، البحر الرائق، دار الكتاب الإسلامي، الطبعة: الثانية - بدون تاريخ، 7/24 و25، ابن مازة، المحيط البرهاني في



تتعدى سواهم، أما ولاية القضاء فهي مظهر من مظاهر سلطة الدولة، فالتولية في القضاء تكون من الإمام صاحب السلطة العامة وبذلك تكون أشمل وأهم¹، وهذا الفرق تترتب عليه الفروق التالية:

أ. قضاء القاضي ملزم للمتخاصمين سواء رضوا به أم لا، وللقاضي أن يجبر المحكوم عليه في الحكم، بخلاف المحكم فحكمه غير ملزم للخصوم إلا إذا رضوا به فلا يملك إجبار المحكوم عليه بالتنفيذ، كما أن حكم المحكم لا ينفذ إلا في حق الذين حكموه، أما حكم القاضي فإنه ينفذ بالنسبة للجميع لأن قضاءه حجة على الجميع².

ب. القاضي ينظر من الدعاوى ما لا يملك المحكم نظره فالقاضي ينظر جميع المنازعات التي تدخل في ولايته القضائية، بينما المحكم لا يجوز له التحكيم في كل المنازعات فاختصاصه يقتصر على الدعوى المحكم فيها فقط، كما أن نطاق التحكيم أضيق من نطاق القضاء، فالقضاء يشمل جميع الحقوق أما التحكيم فهو مقصور على بعض الحقوق³، دون البعض الآخر، فلا يجوز التحكيم في الحدود والقتل والعق والتلعان والنسب وكل هذا يدخل في ولاية القاضي.

ت. أن الخصم لا يجب عليه إجابة خصمه إلى التحكيم إذا دعاه إليه، أما إذا دعاه إلى القضاء فتجب الإجابة⁴.

= الفقه النعماني، تحقيق، عبد الكريم سامي الجندي، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، الطبعة: الأولى، 1424 هـ - 2004 م، 121/7.

1 - وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية - الكويت، الموسوعة الفقهية الكويتية، 234/10.

2 - الجصاص، شرح أدب القاضي للخصاف ص 393-394، عبدالله بن خنين، التحكيم في الشريعة الإسلامية، ص 36-37.

3 - البابري، محمد بن محمد بن محمود، العناية على الهداية، دار الفكر، بدون طبعة وبدون تاريخ، 315/7، الكاساني، بدائع الصنائع، 3/7، المرغيناني، الهداية في شرح بداية، دار احياء التراث العربي - بيروت - لبنان، 107/3، الماوردي، الحاوي الكبير، تحقيق الشيخ علي محمد معوض - الشيخ عادل أحمد عبد الموجود، الطبعة: الأولى، 1419 هـ - 1999 م، 133/11، الشيرازي، المهذب في فقه الإمام الشافعي، دار الكتب العلمية، 379/3.

4 - ابن نجيم، البحر الرائق شرح كتر الدقائق، دار الكتاب الإسلامي، الطبعة: الثانية - بدون تاريخ، 192/7.



ث. اختصاص المحكم غير محدود مكانيا فله الحكم في البلاد كلها، أما القاضي فله اختصاص إقليمي لا يجوز له الحكم في سواه¹ فالتحكيم يصح بين الطرفين ولو اختلفت أمكنتهم، أما قضاء القاضي فمقيد بالنظر وفق الاختصاص المكاني.

ج. لا يجوز للمحكم أن يستخلف غيره ليتولى التحكيم نيابة عنه إلا بموافقة الطرفين، لأن الرضا بالتحكيم مرتبط بشخصه، أما القاضي فيجوز له أن يستخلف غيره في نظر القضايا المعروضة².

الفرع الثاني: التمييز بين ولاية القضاء وولاية الإفتاء.

الإفتاء لغة: الإفتاء مصدر من أفى العالم يفتي إفتاء، فهو يطلق ويراد به الإبانة والإظهار كما يطلق ويراد به الجواب عن سؤال السائل³، يقال: أفناه في المسألة يفتيه إذا أجابه، والاسم الفتوى⁴.

وفي الاصطلاح: ذهب القرافي⁵ إلى القول بأن الفتوى هي: إخبار عن حكم الله تعالى في إلزام أو إباحة ويجب على السامع اعتقادها⁶.

1 - ابن قدامة، المغني، تحقيق الدكتور بن عبد المحسن التركي، والدكتور عبد الفتاح محمد الحلوة، دار عالم الكتب، الرياض الطبعة الأولى 1406هـ، 1992م، 9 / 108.

2 - ينظر، قرار مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي بجدة رقم (91/8).

3 - الفيومي، المصباح المنير، المكتبة العلمية بيروت، ج2 ص462.

4 - ابن منظور، لسان العرب، 15/147.

5- هو: شهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي، الإمام المحقق البارع في المذهب المالكي فقهها وأصولها، صاحب التصانيف المفيدة التي من أهمها كتاب الذخيرة في الفقه وأنوار البروق في أنواء الفروق الذي أبدع فيه وتفرد وكتاب تنقيح الفصول في الأصول وشرحه وكتاب الأحكام في الفرق بين الفتاوى والأحكام وشرح التهذيب وشرح الجلاب والعقد المنظوم في الخصوص والعموم وكتاب تلقيح الفهم في تنقيح صيغ العموم توفي رحمه الله عام 684هـ. (انظر ابن فرحون، الديباج المذهب 1/236، مخلوف، شجرة النور الزكية، 1/188).

6 - القرافي، الفروق، عالم الكتب بيروت لبنان، ج4 ص53.



و جاء في فتاوى ابن رشد¹ بأنها: إظهار الأحكام الشرعية بالانتزاع من الكتاب والسنة والإجماع والقياس².

و مشروعية الإفتاء ثابتة في القرآن الكريم في العديد من الآيات نذكر منها قوله تعالى: ﴿فَاسْأَلُوا أَهْلَ الذِّكْرِ إِنْ كُنْتُمْ لَا تَعْلَمُونَ﴾³، و قد تولى الرسول الله ﷺ الإفتاء وكان أكثر القضاء في عهده نوعاً من الإفتاء، وكانت فتاويه ﷺ جوامع الأحكام ومشملة على فصل الخطاب، وهي في وجوب إتباعها وتحكيمها والتحاكم إليها ثانية الكتاب وليس لأحد من المسلمين العدول عنها ما وجد إليها سبيلاً⁴، وقد أمر الله تعالى بالرد إليها حيث يقول جل شأنه: ﴿إِن تَنَازَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ إِنْ كُنْتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ ذَلِكَ خَيْرٌ وَأَحْسَنُ تَأْوِيلًا﴾⁵.

1- وأهم ما يتفق فيه كل من القضاء والفتوى أن كلا منهما إخبار عن الحكم الشرعي، ففي القضاء يتم تبين الحكم الشرعي في المنازعة، أما في الإفتاء يكشف الفقيه المستفتى عن حكم الله عز وجل في الواقعة المعروضة عليه، وكل منهما فرض كفاية إذا قام به البعض سقط الإثم عن الباقين، وكل من القاضي والمفتي منهي عن إتباع الهوى في الحكم أو الفتوى⁶، و إذا كان للحاكم مراقبة القضاة في أحكامهم⁷، فكذلك له أن يتصفح أحوال

1 - هو: محمد بن أحمد ابن رشد، أبو الوليد: قاضي الجماعة بقرطبة، من أعيان المالكية. وهو جدّ ابن رشد الفيلسوف، قال ابن بشكوال: كان فقيهاً عالماً، حافظاً للفقهاء، مقدماً فيه على جميع أهل عصره، عارفاً بالفتوى، بصيراً بأقوال أئمة المالكية، نافذاً في علم الفرائض والأصول، من أهل الرياسة في العلم، والبراعة والفهم، مع الدين والفضل، والوقار والحلم، والسمت الحسن، والهدى الصالح، توفي سنة عشرين وخمسائة للهجرة ينظر في ترجمته: الديباج المذهب صفحة 373، الذهبي، شمس الدين، سير أعلام النبلاء، دار الحديث - القاهرة، الطبعة: 1427هـ - 2006م، ص 358، 359، الزركلي، الأعلام، دار العلم للملايين، الطبعة: الخامسة عشر - أيار / مايو 2002م، 316/5.

2 - ابن رشد، فتاوى ابن رشد، دار الغرب الإسلامي، ج 3 ص 1497.

3 - سورة الأنبياء الآية: 7.

4 - ابن القيم، أعلام الموقعين، مطبعة السعادة مصر الطبعة الأولى 1374هـ - 1955م، 1/11.

5 - سورة النساء الآية: 59.

6 - القرافي، الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام و تصرفات القاضي والإمام، المكتب الثقافي للنشر والتوزيع الطبعة الأولى 1989م ص 49.

7 - ابن فرحون، تبصرة الحكام في أصول الأفضية ومناهج الأحكام، مكتبة الكليات الأزهرية، الطبعة: الأولى، 1406هـ - 1986م، 1/ 87، الرعيبي، مواهب الجليل للخطاب، 6/ 113.



أحوال المفتين، فمن صلح للفتوى أقره، ومن لا يصلح منعه ونهاه أن يعود وتواعده بالعقوبة إن عاد¹.

وأهم ما يتميز به القضاء عن الفتوى أن حكم القاضي ملزم للخصم الذي صدر ضده أما فتوى المفتي للمستفتي ليست على سبيل الإلزام²، بل هي مجرد إخبار هادئ ومرشد، ومن أوجه الاختلاف بينهما كذلك أن نطاق ولاية الإفتاء أوسع من ولاية القضاء فحكم القاضي لا يكون إلا في المعاملات والحدود والجنایات و هو جزئي خاص بالمتنازعين فلا يتعدى في الإلزام به إلى غير المحكوم له أو عليه، بخلاف الفتوى فإنها تكون في المعاملات والعبادات والآداب، و تكون عامة تتعلق بالمستفتي وتتعداه إلى غيره، كما أن حكم القاضي تؤثر فيه القرابة والعداوة فيرد بها القاضي إن وجدت، بخلاف الفتوى فهي كالرواية لا تؤثر فيها القرابة والعداوة، لأنها إخبار محض وغير ملزمة³، كما أن حكم القاضي يرفع الخلاف، فلا يجوز لمن أتى بعده نقض حكمه⁴، وذلك بخلاف الإفتاء فيجوز لمن أتى بعده أن ينظر في فتواه.

الفرع الثالث: التمييز بين ولاية القضاء وولاية المظالم.

المظالم لغة: المظالم جمع مظلمة بكسر اللام، والمظلمة ما تطلبه عند الظالم، والظلم بالضم وضع الشيء في غير موضعه.

وفي الاصطلاح: قود المتظالمين إلى التناصف بالرهبة وزجر المتنازعين عن التجاحد بالهيبه⁵، وقال عنها ابن خلدون⁶، في مقدمته⁷: إنها وظيفة ممتزجة من سطوة السلطنة،

1 - النووي، المجموع شرح المذهب، دار الفكر، بدون طبعة وبدون تاريخ نشر، 1/ 41.

2 - د. عبد الحلیم منصور، السلطة القضائية في الإسلام، دار الفكر الجامعي، طبعة 2010، ص 42.

3 - النووي، المرجع السابق، 1/ 41.

4 - الدردير، الشرح الكبير و حاشية الدسوقي، دار الفكر، بدون طبعة وبدون تاريخ، 4/ 156.

5 - الماوردي، الأحكام السلطانية، ط دار الحديث - القاهرة. ص 130.

6 - هو: عبد الرحمن بن محمد بن محمد بن خلدون من ولد وائل بن حجر، المؤرخ والفيلسوف والعالم الاجتماعي أصله من اشبيلية ومولده، ومنشأه بتونس، الأعلام للزركشي 3/ 330.

7 - ابن خلدون، المقدمة، طبعة دار الشعب، ص 198.



ونصفة القضاء، وتحتاج إلى علو يد، وعظيم رهبة، تقمع الظالم من الخصمين وتزجر المعتدي فهو- أي والي المظالم يمضي ما عجز القضاة أو غيرهم عن إمضائه.

وولاية المظالم تشبه إلى حد كبير، نظام القضاء الإداري ومجلس الدولة حديثا فهي أصلا للنظر في أعمال الولاية والحكام ورجال الدولة مما قد يعجز عنه القضاء العادي، وقد نظر رسول الله ﷺ في المظالم، وكان يتولاه بنفسه، ومن نظره في المظالم أن رجلا من الأنصار خاصم الزبير بن العوام عند النبي ﷺ في شراج الحرة - التي يسقون بها النخيل - فقال الأنصاري: سرح الماء يمر، فأبي عليه، فاخصما عند النبي ﷺ، فقال رسول الله عليه وسلم للزبير: «أسق يا زبير، ثم أرسل الماء إلى جارك»، فغضب الأنصاري، فقال: أن كان ابن عمتك؟ فتلون وجه رسول الله ﷺ، ثم قال: «أسق يا زبير، ثم احبس الماء حتى يرجع إلى الجدر»¹.

وسار الخلفاء الراشدون على نهج الرسول ﷺ، فتولوا نظر المظالم بأنفسهم، وربما كانوا يجعلونها لقضاةهم²، كما فعل عمر - رضي الله عنه - مع قاضيه أبي إدريس الخولاني³.

وتتفق ولاية المظالم مع ولاية القضاء في أنها نوع من القضاء وظيفتها فصل الخصومات ورد المظلمات، لذا يشترط في قاضي المظالم نفس شروط القاضي ويزيد فيمن ينظر المظالم (أن يكون جليل القدر، نافذ الأمر، عظيم الهيبة، ظاهر العفة، قليل الطمع، كثير الورع)⁴، ويتفقدان في أن كلا منهما واجب عليه أن يحكم بالشرعية الإسلامية و بإتباع طرق الإثبات الشرعية.

1 - أخرجه البخاري في كتاب المساقاة باب سكر الأثمار، رقم الحديث 2359، 111/3، وفي كتاب الصلح باب "إذا أشار الإمام بالصلح، الحديث رقم 2708، 187/3، واللفظ له، وأخرجه مسلم بلفظ قريب، في باب وجوب اتباعه - صلى الله عليه وسلم، الحديث رقم 2357، 1829/4.

2 - عبد الرحمن بن خلدون، مقدمة ابن خلدون، تحقيق د/ محمد عبد الجواد، طبعة دار الكتب العلمية بيروت، 1993م، ص 197.

3 - هو: القاضي أبو إدريس الخولاني واسمه عائذ الله بن عبد الله بن عمرو، كان قاضياً بدمشق بعد فضالة بن عبيد لمعاوية وابنه إلى أيام عبد الملك بن مروان. مات في آخرها قاضياً، قال عنه مكحول: ما رأيت أعلم منه. ينظر في ترجمته: ابن عبد البر، الاستيعاب في معرفة الأصحاب، دار الجليل، بيروت، الطبعة: الأولى، 1412 هـ - 1992 م، 1594/4، بن حجر العسقلاني، تهذيب التهذيب، مطبعة دائرة المعارف النظامية، الهند، الطبعة الأولى، 1326 هـ، 58/5.

4 - الماوردي، الأحكام السلطانية، دار الحديث - القاهرة، بدون طبعة، ص 130.



أما أهم ما يميز ولاية المظالم عن ولاية القضاء أن ولاية المظالم سلطة قضائية أعلى من سلطة القاضي فهي تنظر من المنازعات ما لا ينظره القاضي، بل هي تنظر ظلالة الناس منه¹، ولناظر المظالم من فضل الهيبة، وقوة اليد ما ليس للقضاة في كف الخصوم عن التجاحد، ومنع الظلمة عن التغالب والتجاذب وهذا يظهر من عدة أوجه ذكرها القاضي أبو يعلى في أحكامه السلطانية كما يلي:

(وقد ذكر بعض أهل العلم الفرق بين نظر المظالم ونظر القضاة من عشرة أوجه. أحدها: أن لناظر المظالم من فضل الهيبة، وقوة اليد ما ليس للقضاة في كف الخصوم عن التجاحد، ومنع الظلمة عن التغالب والتجاذب، والثاني: أن نظر المظالم يخرج من ضيق الوجوب إلى سعة الجواز فيكون الناظر فيه أفسح مجالا، وأوسع مقالا، والثالث: أنه يستعمل أنه يستعمل في فضل الإرهاب، وكشف الأسباب بالأمارات الدالة، وشواهد الأحوال اللائحة: ما يضيق على الحكام، فيصل به إلى ظهور الحق، ومعرفة المبطل من المحق، والرابع: أن يقابل من ظهر ظلمه بالتأديب، ويأخذ من بان عداوته بالتقويم والتهذيب، والخامس: أن له من التأني في ترداد الخصوم عند اشتباه أمورهم، ليمعن في الكشف عن أسبابهم وأحوالهم -: ما ليس للحكام إذا سألهم أحد الخصمين فصل الحكم، فلا يسوغ أن يؤخره الحاكم، ويسوغ أن يؤخره إلى المظالم. السادس: أن له ردّ الخصوم إذا أعضلوا إلى وساطة الأمناء، ليفصلوا التنازع بينهم صلحا عن تراض، وليس للقاضي ذلك إلا عن رضى الخصمين بالرد. السابع: أنه يفسح في ملازمة الخصمين إذا وضحت أمارات التجاحد، ويأذن في إلزام الكفالة فيما يسوغ فيه التكفل، لينقاد الخصوم إلى التناصف، ويعدلوا عن التجاحد والتكاذب. الثامن: أنه يسمع من شهادات المستورين ما يخرج عن عرف القضاة في شهادة المعدلين. التاسع: أنه يجوز له إحلاف الشهود عند ارتيابه بهم إذا بذلوا أيمانهم طوعا، ويستكثر من عددهم، ليزول عنه الشك وينتفي عنه الارتياب وليس كذلك الحكام. العاشر: أنه يجوز أن يتدئ باستدعاء الشهود، ويسألهم عما عندهم في تنازع الخصوم)².

1 - د. محمد سلام مذكور، القضاء في الإسلام، دار النهضة العربية، بدون رقم طبعة و تاريخ نشر ص 141.

2 - القاضي أبو يعلى، الأحكام السلطانية، دار الكتب العلمية - بيروت، لبنان، الطبعة الثانية، 1421 هـ - 2000 م، ص 79.



وهذه الفروق كلها ترجع إلى أن منازعات المظالم تتعلق بالمصالح العامة للمسلمين، وغالبا ما يكون أحد أطرافها من الحاكم ورجال الإدارة وله من سطوة الحكم ما يستلزم أسلوبا خاصا في معاملته أثناء نظر الدعوى حتى يمكن الكشف عن الحقيقة¹.

الفرع الثالث: التمييز بين ولاية القضاء وولاية الحسبة.

الحسبة لغة: مصدر حسب الشيء يحسبه - بالضم - تقول: احتسب الأجر على الله: ادخره عنده لا يرجو ثواب الدنيا²، واحتسب الأمر ظنه وقدره³، قال تعالى ﴿وَيَرْزُقُهُ مِنْ حَيْثُ لَا يَحْتَسِبُ﴾⁴.

والحسبة في الاصطلاح: تعددت التعريفات الفقهية للحسبة، وغالبية الفقهاء كانوا يركزون على جانب الوظيف والاختصاص، فطالما أن الحسبة تتعلق بالمنكرات الظاهرة فقد أنصب تعريفهم على هذا القدر المتفق عليه:

فلقد عرفها الماوردي⁵ في كتابه "الأحكام السلطانية" بأنها أمر بالمعروف إذا ظهر تركه ونهى عن المنكر إذا ظهر فعله⁶.

وقد عرفها الإمام الغزالي - رحمه الله تعالى - بأنها "عبارة عن المنع عن منكر لحق الله سبحانه وتعالى صيانة للنوع عن مقارنة المنكر"⁷.

1 - المستشار، عبد الحميد أحمد سليمان، الحكومة والقضاء في الإسلام، مكتب التراث الإسلامي، القاهرة، بدون رقم طبعة و بدون تاريخ نشر ص 69.

2 - الفيومي، المصباح المنير، 2/ 184-185.

3 - القاموس القويم للقرآن الكريم، 1/ 102.

4 - سورة الطلاق الآية: 03.

5 - علي بن محمد ابن حبيب، أبو الحسن البصري البغدادي، الشهير بالماوردي، أفضى القضاء، صاحب "الخواوي"، رحمه الله، أخذ الفقه عن أبي القاسم الصيمري، قال الخطيب أبو بكر البغدادي في "التاريخ": كان من وجوه الفقهاء، توفي ببغداد يوم الثلاثاء سلخ شهر ربيع الأول، ودفن بباب حرب يوم الأربعاء مستهل شهر ربيع الآخر سنة خمسين وأربع مئة. ينظر في ترجمته: ابن الصلاح، طبقات الفقهاء الشافعية، دار البشائر الإسلامية - بيروت، الطبعة: الأولى، 1992م، 2/ 636 ابن خلكان، وفيات الأعيان وأنباء أبناء الزمان، دار صادر - بيروت، 282/3.

6 - الماوردي، الأحكام السلطانية، - دار الفكر، طبعة سنة 1404، ص 207.

7 - الإمام الغزالي - إحياء علوم الدين، المطبعة البمنية بالقاهرة، 2/ 226.



وينظر "ابن خلدون" للحسبة باعتبارها إحدى الولايات الدينية، فلم يخرج أيضا عن هذا المعنى فيقول "هي وظيفة دينية من باب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر".¹

الحسبة على النحو الذي وسمت به في كتب الفقه والأصول تستمد مشروعيتها من مصادر التشريع الإسلامي حيث دل عليها كتاب الله تعالى وسنة نبيه - ﷺ - وإجماع الفقهاء، حيث يقول سبحانه وتعالى: ﴿وَلْتَكُنْ مِنْكُمْ أُمَّةٌ يَدْعُونَ إِلَى الْخَيْرِ وَيَأْمُرُونَ بِالْمَعْرُوفِ وَيَنْهَوْنَ عَنِ الْمُنْكَرِ وَأُولَئِكَ هُمُ الْمُفْلِحُونَ﴾².

ويقول تعالى على لسان نبيه لقمان عليه وعلى نبينا أفضل الصلاة والسلام ﴿يَا بُنَيَّ أَقِمِ الصَّلَاةَ وَأْمُرْ بِالْمَعْرُوفِ وَانْهَ عَنِ الْمُنْكَرِ وَاصْبِرْ عَلَىٰ مَا أَصَابَكَ إِنَّ ذَٰلِكَ مِنْ عَزْمِ الْأُمُورِ﴾³.

و تتفق ولاية الحسبة مع ولاية القضاء في أنها تشترط في المحتسب ما يشترط في القاضي من شروط، فيجب أن يكون المحتسب مسلماً لأن الحسبة تهدف إلى إصلاح الناس وحماية الدين ولا يقوم بهذا إلا مؤمن بالدين، أن يكون عاقلاً يميز بين الخير والشر والحلال والحرام، و العدالة بأن يعمل بما يأمر الناس به ويدعوهم إليه وإن كان هذا الشرط محل خلاف بين العلماء، وأن يكون عالماً عارفاً بالمعروف الذي يدعو إليه والمنكر الذي ينهى عنه، لأنه إذا لم يكن عارفاً بهما لا يأمن أن يأمر بمنكر أو ينهى عن معروف، كما يتفق القاضي والمحتسب في سلطة إلزام المدعى عليه للخروج من الحق الذي عليه، كما يجوز للمحتسب ما يجوز للقاضي من اتخاذ أعوان ومساعدين ليكون أقدر على تنفيذ ما وكل إليه.⁴

أما أهم ما يختلفان فيه:

أن نطاق اختصاص القاضي أوسع من نطاق اختصاص المحتسب لأن عمل المحتسب

1- عبد الرحمن بن خلدون، المقدمة، ص 176.

2- سورة آل عمران الآية: 104.

3- سورة لقمان الآية: 17.

4- د. أحمد محمد مليجي، النظام القضائي الإسلامي، دار التوفيق النموذجية للطباعة و الجمع الآلي، نشر مكتبة وهبة، مصر، الطبعة الأولى، سن 1405هـ-1984م ص88، ابن خلدون، المقدمة، ص200.



يقتصر على بعض الأنواع من الدعاوى التي أجاز الفقهاء له النظر فيها بشروط معينة إذا تخلفت تصير هذه الدعاوى من اختصاص القضاء العادي، وقد حصر الفقهاء هذه الدعاوى في ثلاثة أنواع:-

1- الدعاوى المتعلقة بخس وتطيف في كيل أو وزن.

2- ما يتعلق بغش أو تدليس في بيع أو ثمن.

3- ما يتعلق بمطل وتأخير لدين مستحق مع المكنة. والعلة في إعطاء المحتسب النظر في هذه الدعاوى ارتباطها الوثيق بصميم عمله وهو الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، كما أنه ليس للمحتسب (بخلاف القاضي) أن ينظر الحقوق المتنازع فيها أو سماع بينة بشأنها ولا إنفاذ حكم فيها، بل تقتصر سلطته على نظر الحقوق المعترف بها والتي لا يدخلها التجاحد والتناكر ولا تحتاج إلى بينة أو إثبات أو يمين، كما يتميز المحتسب عن القاضي بما له من سلطة السلطنة واستطالة الحماة فيما يتعلق بالمنكرات ما ليس للقضاة، لأن الحسبة موضوعة على الرهبة، فلا يكون خروج المحتسب إليها بالغلظة تجوز فيها بينما القضاء موضوع للمناصفة فهو بالأناة والوقار أحق¹، ومن بين الأمور التي تميز عمل المحتسب عن العمل القضائي، أن المحتسب لا يلتزم بإتباع إجراءات التقاضي المعتادة عند القضاة، وإنما يعمل بطريقة تتناسب ومنصبه كمحتسب².

المبحث الثاني

التطور التاريخي لنظام القضاء الإسلامي

بعد أن عرضت، فيما سبق لدليل مشروعية القضاء الإسلامي من الكتاب الكريم والسنة النبوية، كان لا بد أن أعرض للمحة تاريخية للقضاء الإسلامي ويقتضي ذلك تقسيم هذا المبحث إلى المطلبين الآتيين:

المطلب الأول : القضاء في عهد الرسول والخلفاء الراشدين.

المطلب الثاني: القضاء بعد الخلافة الراشدة حتى وقتنا المعاصر.

1 - الماوردي الأحكام، السلطانية، ص 242، القاضي أبي يعلى، الأحكام السلطانية، ص 299.

2 - رشاد عباس معتوق، نظام الحسبة في العراق حتى عصر المأمون، ص 119.



المطلب الأول

القضاء في عهد الرسول والخلفاء الراشدين.

الفرع الأول: القضاء في عهد الرسول ﷺ.

عاش العرب قبل الإسلام في شبه الجزيرة العربية في شكل قبائل متفرقة وبجكم بداوتهم كانت تسودهم العصبية القبلية فلم تكن لهم حكومة ولا قوانين و لم يعرفوا تنظيمًا دقيقًا للقضاء على النحو السائد الآن يتولى رد الحق إلى نصابه والانتصار لأصحابه بل كانت هذه القبائل تستمد تشريعها من العرف والعادات و التقاليد، فكان جائزًا عندهم الغزو بين القبائل و الثأر الشخصي بين الأفراد ووآد البنات..... الخ، ورغم أنهم اعتمدوا عدة طرق في فض منازعاتهم وحسم خلافاتهم مثل التحاكم للحكام¹ والدخول في الأحلاف² إلا أن هذه الأساليب لم ترق أن تكون قضاء منظمًا أو مستقرًا على نحو تستبين معه معاملة وتنضج

¹ - الحكماء: رجال اشتهر عنهم الحكمة وحصافة الرأي إلى جانب الصدق والشرف والأمانة والخبرة في إظهار وجه الحق بالفراسة والأمارات أمثال أكثم بن صيفي وعامر بن الظرب وغيرهما ممن اشتهر في كل القبائل، وقد حكم النبي صلى الله عليه وسلم في الجاهلية، وحكمته قريش في وضع الحجر الأسود، فقد جاء في كتاب الرحيق المختوم أنه: "قبل بعثته صلى الله عليه وسلم بخمس سنين جرف مكة سيل عرم، وانحدر إلى البيت الحرام، فأوشكت الكعبة منه على الانهيار، فاضطرت قريش إلى تجديدها حرصًا على مكاتها، واتفقوا على ألا يدخلوها في بنائها إلا طيبًا، فلا يدخلوها فيها مهر بغي، ولا بيع ربا، ولا مظلمة أحد من الناس، وكانوا يهابون هدمها، فابتدأ بها الوليد بن المغيرة المخزومي، وتبعه الناس لما رأوا أنه لم يصبه شيء، ولم يزالوا في الهدم حتى وصلوا إلى قواعد إبراهيم، ثم أرادوا الأخذ في البناء، فجزأوا الكعبة، وخصصوا لكل قبيلة جزءًا منها، فجمعت كل قبيلة حجارة على حدة، وأخذوا يبنونها، وتولى البناء بناء رومي اسمه باقوم، ولما بلغ البنيان موضع الحجر الأسود اختلفوا فيمن يمتاز بشرف وضعه في مكانه، واستمر النزاع أربع ليالٍ أو خمسًا، واشتد حتى كاد يتحول إلى حرب ضروس في أرض الحرم، إلا أن أبا أمية بن المغيرة المخزومي عرض عليهم أن يحكموا فيما شجر بينهم أول داخل عليهم من باب المسجد فارتضوه، وشاء الله أن يكون ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فلما رأوه هتفوا: هذا الأمين، رضينا، هذا محمد. فلما انتهى إليهم، وأخبروه الخبر طلب رداء، فوضع الحجر وسطه، وطلب من رؤساء القبائل المتنازعين أن يمسكوا جميعًا بأطراف الرداء، وأمرهم أن يرفعوه، حتى إذا أوصلوه إلى موضعه أخذه = بيده، فوضعه في مكانه، وهذا حل حصيف رضي به القوم". ينظر صفي الرحمن المباركفوري، الرحيق المختوم، ص52، وينظر كذلك السيرة النبوية لأبي محمد عبد الملك بن هشام المعافري، المعروف بابن هشام، المكتبة التوفيقية، ج1 ص204.

² - عرف العرب ما يسمى بالحلف كأسلوب لرد المظالم، فيلتزم كل من يدخل في الحلف على نصرة المظلوم والوقوف بجوار الضعيف وانتزاع الحق له، ومن تطبيقاته حلف الفضول الذي عقدته قريش لنصرة المظلوم من أنفسهم ومن غيرهم، وقد أثنى النبي الكريم على هذا الحلف بقوله ﷺ: لقد شهدت في دار عبد الله بن جدعان حلفًا، ما أحب أن لي به حمر النعم ولو دعي به في الإسلام لأجبت. ينظر السيرة النبوية لابن هشام، ج1 ص140.



مقوماته ودعائمه، بل كانت أقرب إلى التحكيم منه إلى القضاء، فلم تكن هناك سلطة عليا تتولى الإشراف على القضاء والقيام على تنفيذ ما يصدر عنه من أحكام، ولم يكن هناك مصدر موحد ومحدد يستمد منه القضاء قواعده وأحكامه، وبانعدام هاتين الأساسيتين الجوهريتين ينعدم الوجود الحقيقي لأي نظام قضائي، وبقيت القبائل العربية على هذا الحال من فوضى القضاء و تحكيم القوة في حسم المنازعات حتى جاءت دعوة الإسلام إلى الحق والعدل على أساس من المساواة التامة بين الناس جميعا، فأمر الله تعالى رسوله ﷺ - إلى جانب الدعوة والبلاغ عنه- بالحكم بين الناس بالحق والتصدي لخصوماتهم و نزاعاتهم وفق ما جاءه من أحكام شرعية، قال تعالى: ﴿وَأَنْزَلْنَا إِلَيْكَ الْكِتَابَ بِالْحَقِّ مُصَدِّقًا لِمَا بَيْنَ يَدَيْهِ مِنَ الْكِتَابِ وَمُهَيِّمًا عَلَيْهِ فَاحْكُم بَيْنَهُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَاءَهُمْ﴾¹، وتنفيذا لذلك تولى الرسول ﷺ القضاء بنفسه واستمر قضاؤه حتى وفاته، وقد ثبت عنه ﷺ كذلك أنه عهد بالقضاء في حضرته لبعض أصحابه منهم عقبة بن عامر² و معقل بن يسار المزني³ و سعد بن معاذ، و أثناء غيابه عن المدينة ولى قضاها حذيفة بن اليمان رضي الله عنه، و لما امتد نطاق الإسلام إلى اليمن وغيرها ولى الرسول الولاة على البقاع الجديدة، وجعل للولاة الحق في القضاء بين المسلمين ومن هؤلاء علي بن أبي طالب الذي أرسله إلى اليمن و أرسل

1 - سورة المائدة الآية: 48.

2 - عقبة بن عامر بن عيس الجهنني، من جهينة بن زيد بن سود بن أسلم ابن عمرو بن الحاف بن قضاة، وقد اختلف في نسبه، ويكنى أبا عمرو صحب النبي صلى الله عليه وسلم، فلما قبض رسول الله صلى الله عليه وسلم، وندب أبو بكر الناس إلى الشام خرج عقبة بن عامر، فشهد فتوح الشام ومصر، وشهد مع معاوية صفين، ثم تحول إلى مصر، فترها، وابتنى بها دارا، وتوفي بها في آخر خلافة معاوية بن أبي سفيان، ودفن بالمقطم مقبرة أهل مصر. ينظر في ترجمته: ابن سعد، الطبقات الكبرى، دار صادر - بيروت، الطبعة: الأولى، 1968 م، 498/7، أبو نعيم الأصبهاني، معرفة الصحابة، دار الوطن للنشر، الرياض، الطبعة: الأولى 1419 هـ - 1998 م، 2150/4.

3 - معقل بن يسار المزني أبو علي وهو معقل بن يسار بن عبد الله بن معين بن حراق بن لأي بن كعب بن عبد بن ثور بن هذمة بن لاطم بن عثمان بن عمرو بن أد بن طاخنة، وعمرو بن أد هو من مزينة، نسب إلى أمه مزينة، وهي بنت كلب بن وبرة، شهد الحديبية، ورفع أغصان الشجرة - يوم بايع أهلها - عن رسول الله صلى الله عليه وسلم، وولد لعمر بن الخطاب البصرة، فحفر النهر المنسوب إليه: نهر معقل، وبني بالبصرة دارا، توفي آخر إمارة معاوية، ينظر في ترجمته: أبو نعيم الأصبهاني، معرفة الصحابة، 2511/5.



معاذ بن جبل على اليمن كذلك، و استعمل عتاب ابن أسيد¹ على مكة.

و قد جسد النبي ﷺ في قضاؤه كل المبادئ القضائية السامية - مبدأ المساواة وحق الدفاع و حق المواجهة وغيرها من الحقوق - التي تغنت بها أهم المواثيق الدولية و تضمنتها كل الدساتير الحديثة، فقد سوَّى عليه السلام بين المتخاصمين في أبسط الأمور وأمر أصحابه بذلك، وفي ذلك يُروى عن أم سلمة رضى الله عنها من أنها قالت : قال رسول الله ﷺ: «من ابتلي بالقضاء بين الناس فليعدل بينهم في لحظه وإشارته ومقعه»²، وقد أعطى النبي لكل خصم حقَّ الدفاع عن نفسه و أعطاه فرصة الرد عن نفسه ومواجهة خصمه و تنفيذ إدعاءاته بالأدلة والحجج، وفي هذا روي عن الإمام علي بن أبي طالب ؑ أنه قال: بعثني رسول الله ﷺ إلى اليمن قاضياً، فقلت: يا رسول الله ترسلني وأنا حديث السن، ولا علم لي بالقضاء، فقال: «إن الله سيهدي قلبك، ويثبت لسانك، فإذا جلس بين يديك الخصمان، فلا تقضين حتى تسمع من الآخر، كما سمعت من الأول، فإنه أحرى أن يتبين لك القضاء»، قال: «فما زلت قاضياً، أو ما شككت في قضاء بعد»³.

وقد حرص عليه السلام حرصاً بالغاً على العدالة بين المتخاصمين بحيث لا ينال أحد أكثر من حقه بسبب براعته في الدفاع عن نفسه وعرض وجهة نظره⁴، فقد روي عن أم سلمة هند زوج النبي ﷺ أنها قالت: " جاء رجلان يختصمان في مواريث بينهما قد درست، ليس بينهما بينة، فقال رسول الله ﷺ: «إِنَّمَا أَنَا بَشَرٌ، وَإِنكُمْ تَخْتَصِمُونَ إِلَيَّ، وَلَعَلَّ

1 - هو: ابن أبي العيص ابن أمية الأموي أبو عبد الرحمن أو أبو محمد المكي له صحبة وكان أمير مكة في عهد النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ومات يوم مات أبو بكر الصديق فيما ذكر الواقدي لكن ذكر الطبري أنه كان عاملاً على مكة لعمر سنة إحدى وعشرين. ينظر في ترجمته: بن حجر العسقلاني، تقريب التهذيب، دار الرشيد - سوريا، الطبعة: الأولى، 1406 - 1986، ص 380.

2 - أخرجه البيهقي في السنن واللفظ له، باب إنصاف الخصمين في المدخل عليه، حديث رقم 20458، ج 10/135. سنن دار قطني، كتاب الأفضية والأحكام، الحديث رقم 4466، ج 5/365.

3 - أخرجه أبو داود في سننه كتاب الأفضية، باب كيف القضاء، رقم الحديث 3، 301/3582، أبو داود، سنن أبي داود، تحقيق محمد محيي الدين عبد الحميد، المكتبة العصرية، صيدا - بيروت. والنسائي في سننه كتاب الخصائص، الحديث رقم 8363، 421/7، النسائي، السنن الكبرى، حققه وخرجه أحاديثه: حسن عبد المنعم شلي، مؤسسة الرسالة - بيروت، الطبعة: الأولى، 1421 هـ - 2001 م، وقال الترمذي: هذا حديث حسن.

4 - تاريخ التشريع الإسلامي وتاريخ النظم القضائية في الإسلام، ص 294.



بعضكم أن يكون ألحن بحجته من بعض، وأقضي له على نحو ما أسمع، فمن قضيت له من حق أخيه شيئاً فلا يأخذ، فإنما أقطع له قطعة من النار»¹ فبكى الرجلان، وقال كل واحد منهما: حقي لأخي، فقال رسول الله ﷺ «أما إذا.. فقوموا فاذهبا، فافتسما، ثم توخيا الحق، ثم إستهما»²، ثم ليحلل كل واحد منكما صاحبه»³، وهناك الكثير من النصوص التي تدل على مباشرته ﷺ القضاء بنفسه وكان قضاؤه عاما و ما صدر عنه من أحكام هو تشريع للمسلمين وقانون يجب عليهم أن يتبعوه.

ومن الأمور التي شملها قضاؤه ﷺ الأحوال الشخصية، فقد قضى الحبيب عليه السلام في مختلف مسائل الأحوال من نكاح و نفقة و طلاق و خلع و ميراث، ففي قضائه في النفقة روي عن عائشة رضي الله عنها، أن هند بنت عتبة زوجة أبي سفيان، قالت : يا رسول الله، إن أبا سفيان رجل شحيح، لا يعطيني ما يكفيني وولدي إلا ما أخذت منه، وهو لا يعلم، فقال عليه الصلاة والسلام: «خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف»⁴، ومن قضائه في النفقة ما روي عن مسلم في صحيحه عن فاطمة بنت قيس طلقها زوجها البتة وهو غائب، فأرسل

¹ - أخرجه البخاري، كتاب الحيل، الحديث رقم 6967، 25/9، وأخرجه كذلك في كتاب الأحكام، باب موعظة الإمام للخصوم، رقم الحديث 7168، 69/9 «و اللفظ له»، محمد بن إسماعيل أبو عبد الله البخاري الجعفي، صحيح البخاري، تحقيق محمد زهير بن ناصر الناصر، دار طوق النجاة، الطبعة: الأولى، 1422هـ، و مسلم، في كتاب الأفضية، باب الحكم بالظاهر واللعن بالحجة، الحديث رقم 1713، 1337/3، وقد ورد بدون لفظ «إنما أنا بشر»، مسلم بن الحجاج أبو الحسن القشيري النيسابوري، صحيح مسلم، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي - بيروت.

2 - استهما أي اقترعا.

3 - أخرجه البخاري في صحيحه، باب من أقام البيعة بعد اليمين، رقم الحديث 2680، 180/3، بلفظ (إنكم تختصمون إلي، ولعل بعضكم ألحن بحجته من بعض، فمن قضيت له بحق أخيه شيئاً، بقوله: فإنما أقطع له قطعة من النار فلا يأخذها" دون تكملة الحديث، وأخرجه مسلم في صحيحه، باب الحكم بالظاهر و اللعن بالحجة، رقم الحديث 1713، 1337/3، وأخرجه الإمام أحمد في مسنده، أبو عبد الله أحمد بن محمد بن محمد بن حنبل، مسند الإمام أحمد بن حنبل، تحقيق شعيب الأرنؤوط - عادل مرشد، وآخرون، مؤسسة الرسالة، الطبعة: الأولى، 1421 هـ - 2001 م، 308/44، و أخرجه ابن ماجة في سننه، باب قضية الحاكم لا تحل حراما و لا تحرم، الحديث رقم 2317، 777/2.

4- رواه البخاري في النفقات، باب إذا لم ينفق الرجل فللمرأة أن تأخذ بغير علمه ما يكفيها وولدها بالمعروف الحديث رقم (5364) 418/9 «و اللفظ له»، ورواه مسلم بلفظ مختلف في باب قضية هند، الحديث رقم 1717، 388/3.



إليها وكيله بشعير فسخطته فقال والله مالك علينا من سبيل، فجاءت إلى رسول الله ﷺ فقال لها: «ليس لك نفقة»، فأمرها أن تعتد في بيت أم شريك، ثم قال: «تلك امرأة يغشاها أصحابي، اعتدي عند ابن أم مكتوم فإنه رجل أعمى تضعين عنده ثيابك فإذا حللت فأذنيني»¹.

وقد قضى عليه الصلاة والسلام في الخلع فقد روي عن ابن عباس، أن امرأة ثابت بن قيس² أتت النبي ﷺ، فقالت: يا رسول الله، ثابت بن قيس، ما أعتب عليه في خلق ولا دين، ولكني أكره الكفر في الإسلام، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «أتردين عليه حديقته؟» قالت: نعم، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «اقبل الحديقة وطلقها تطليقة»³.

ومن قضائه ﷺ في الطلاق ما رواه الزهري عن عروة ابن الزبير⁴ - أن عائشة رضي الله عنها - أخبرته أن رفاة القرظي طلق امرأته، فجاءت إلى النبي ﷺ، فقالت: كنت عند

1 - رواه مسلم في صحيحه، باب المطلقة ثلاثا لا نفقة لها، الحديث رقم 2، 1114/1480، واللفظ له.

2 - محمد بن ثابت بن قيس بن شماس بن مالك بن امرئ القيس بن مالك الأغر بن ثعلبة بن كعب بن الخزرج بن الحارث بن الخزرج، وأمه جميلة بنت عبد الله بن أبي ابن سلول، من بلحلي، وأخوه لأمه عبد الله بن حنظلة بن أبي عامر الراهب، وحنظلة هو غسيل الملائكة، ينظر في ترجمته: ابن سعد، طبقات الكبرى، 81/5.

3 - رواه البخاري في صحيحه، باب الخلع وكيفية الطلاق فيه، الحديث رقم 5273، 46/7، واللفظ له، كما رواه النسائي في السنن، باب ما جاء في الخلع، الحديث رقم 3463، 169/6، وقال عنه الألباني حديث صحيح.

4 - أبو عبد الله عروة بن الزبير بن العوام الإمام، عالم المدينة وأحد فقهاء السبعة المشهورين القرشي الأسدي، سمع من أبيه قليلا ومن زيد بن ثابت وأسامة بن زيد ومن خالته أم المؤمنين عائشة وتفقه بها، كان عالما بالسيره حافظا ثبتا، حدث عنه بنوه هشام ومحمد وعثمان كما سمع منه الزهري وابن المنكدر وأبو الزناد وصالح بن كيسان، عرف بكثرة الصوم وقراءة القرآن. مات عام 94 هـ. (تذكرة الحفاظ 62/1، شذرات الذهب 103/1).



رفاعة، فطلقني، فأبت طلاقي، فتزوجت عبد الرحمن بن الزبير¹ إنما معه مثل هدبة الثوب، فقال: «أتريدين أن ترجعي إلى رفاعة؟ لا، حتى تذوقي عسيلته ويذوق عسيلتك»².

و الحديث السابق يجسد حكما شرعيا وهو أن المطلقة ثلاثا لا تحل لزوجها حتى تنكح زوجا غيره، وهذا الزواج لا يكفي فيه العقد، بل لابد من الدخول بها بدليل قوله ﷺ (حتى تذوقي عسيلته).

ولقد ثبت قضاء الرسول ﷺ في الحضانة فيما روي³، عن عبد الله بن عمرو بن العاص⁴: أن امرأة طلقها زوجها، وأراد أن ينتزع ولدها منها، فجاءت النبي ﷺ فقالت: يا رسول الله إن ابني هذا كانت بطني له وعاء، وثديي له سقاء، وفخذي له حواء، وإن أباه طلقني، وأراد أن ينتزعه مني، فقال رسول الله ﷺ: «أنت أحق به ما لم تتزوجي»⁵.

وقد قضى النبي ﷺ في الميراث، وهو ما روي عن أم سلمة هند زوج النبي ﷺ أنها قالت: " جاء رجلان يختصمان في موارث بينهما قد درست، ليس بينهما بينة، فقال رسول الله ﷺ «إنكم تختصمون إلي، وإنما أنا بشر، ولعل بعضكم ألحن بحجته من بعض، وإنما أفضي بينكم على نحو ما أسمع، فمن قضيت له من حق أخيه شيئا فلا يأخذه، فإنما أقطع

1 - هو: ابن الزبير بن زيد بن أمية بن زيد بن مالك بن عوف بن عمرو بن مالك بن الأوس. كذا ذكره ابن مندة، فيحتمل أن يكون نسب إلى زيد بالتبني لصنيع الجاهلية، وإلا فالزبير بن باطيا معروف في بني قريظة، وقد ورد ذكره في الصحيحين، بن حجر العسقلاني، الإصابة في تمييز الصحابة، 4/258.

2 - رواه البخاري في صحيحه، باب إذا طلقها ثلاثا ثم تزوجت بعد العدة، الحديث رقم 3، 168/2639، و رواه مسلم بنفس اللفظ في كتاب النكاح، باب لا تحل المطلقة ثلاثا لمطلقها حتى تنكح زوجا غيره ويطأها، الحديث رقم 1433، 1055/2..

3 - هذه رواية عبد الله بن عمر بن العاص - راجع في ذلك - مصنف عبد الرازق في الحضانة أيضا.

4 - عمرو بن العاص بن وائل بن هاشم بن سعيد - بالتصغير - بن سهم بن عمرو بن هيص بن كعب بن لؤي القرشي السهمي أمير مصر يكنى أبا عبد الله وأبا محمد، أسلم قبل الفتح في صفر سنة ثمان، كان النبي ﷺ يُقربُه ويُدنيه لمعرفته وشجاعته، وولاه غزاة ذات السلاسل وأمدّه بأبي بكر وعمر وأبي عبيدة بن الجراح، ثم استعمله على عمان، وهو الذي افتتح قنسرين وصالح أهل حلب ومنبج وأنطاكية، ولّاه عمر فلسطين، مات سنة 43هـ - وقيل غيرها - وهو أمير على مصر فصلى عليه ابنه عبد الله . (الاستيعاب 3/1184، الإصابة 4/650).

5 - رواه الدار قطني في سننه، باب المهر، الحديث رقم 4، 3810/469، وقال عنه الذهبي حديث صحيح.



له قطعة من النار» فبكى الرجلان، وقال كل واحد منهما: حقي لأخي، فقال رسول الله ﷺ «أما إذا.. فقوموا فاذهبا، فافتسما، ثم توخيا الحق، ثم إستهما، ثم ليحلل كل واحد منكما صاحبه»¹.

الفرع الثاني: القضاء في عهد الخلفاء الراشدين.

يعد عصر الخلافة الراشدة النموذج الأمثل والتطبيق المتفرد لمنهج الشريعة في الحكم بصفة عامة والقضاء على وجه الخصوص.

فبينما تميز عهد الرسول ﷺ بوضع الأصول العامة والمبادئ الراسخة التي شيد في ضوئها النظام القضائي، فإن عصر الخلافة كان تجسيدا لهذه المبادئ، وفيما يلي أقدم عرضا موجزا لتطبيق القضاء في عهد الخلافة الراشدة.

أولا/ - القضاء في عهد أبي بكر ﷺ: تولى سيدنا أبو بكر رضي الله عنه الخلافة بعد وفاة الرسول ﷺ، وجاءت فترة خلافته ترجمة صادقة لما أعلنه فور توليه بقوله: " إنما أنا متبع ولست بمبتدع فإن أحسنت فأعينوني وإن زغت فقوموني"²، وهكذا سار على منهاج رسول الله ﷺ، وكان إذا عرض عليه القضاء نظر في كتاب الله فإن وجد فيه حكما قضى بموجبه، وإن لم يجد فيه وعلم عن رسول الله ﷺ في ذلك سنة قضى بها، فإن أعياه خرج فسأل المسلمين: أتاني كذا وكذا فهل علمتم أن رسول الله قضى في ذلك بقضاء؟ فربما اجتمع عليه نفر كلهم يذكر فيه عن رسول الله قضاء، فإن أعياه أن يجد فيه سنة عن رسول الله ﷺ، جمع رؤوس الناس وخيارهم فاستشارهم فإن أجمع أمرهم على شيء قضى به³، ومن قضاء سيدنا أبي بكر في مسائل الأسرة قضاؤه في نفقة الوالد على الولد فيما روي عن قيس بن حازم قال: "حضرت أبا بكر الصديق رضي الله عنه، فقال له رجل: يا خليفة رسول

1 - سبق تخريجه.

2 - بن الجوزي، المنتظم في تاريخ الأمم والملوك، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة: الأولى، 1412 هـ - 1992 م، 68/4، السيوطي، تاريخ الخلفاء، مكتبة نزار مصطفى الباز، الطبعة الأولى: 1425 هـ - 2004 م، 59/1.

3 - الدكتور محمد جمال الدين عواد، نظام القضاء في الإسلام، دار الهدى للطباعة والقاهرة طبعة 1399 هـ - 1979 م، ص 62.



الله: هذا يريد أن يأخذ مالي كله ويحتاحه، فقال أبو بكر رضي الله عنه: "إنما لك من ماله ما يكفيك"، فقال: يا خليفة رسول الله ﷺ: أنت ومالك لأبيك؟، فقال أبو بكر رضي الله عنه: "ارض بما رضي الله به، ورواه غيره عن المنذر أبي زياد، وقال فيه إنما يعني بذلك النفقة"¹.

ثانياً/ - القضاء في عهد عمر بن الخطاب رضي الله عنه: تولى عمر بن الخطاب الخلافة بعد وفاة أبي بكر الصديق وكان ذلك في العام الثالث عشر للهجرة، وقد تميز عهده بالكثير من الخصائص والمزايا منها استقلال ولاية القضاء عن الولاية العامة، حيث أصبحت ولاية مستقلة يمارسها قضاة مستقلون يتفرغون للقضاء ويرزقون عليه من بيت مال المسلمين، ولم يقتصر الفاروق رضي الله عنه على تنظيم السلطة القضائية في الإسلام بل أنه قد سن لقضائه نهجاً رائعاً أمرهم بالتزامه، ومما يذكر عنه في ذلك كتابه إلى أبي موسى الأشعري رضي الله عنه، الذي أرسى به عدة مبادئ قضائية وقواعد إجرائية اعتبرها المهتمون بالقضاء نبراساً يُهتدى به في كل عصر وحين، وقد تعددت أقضية عمر بن الخطاب في مسائل الأسرة، فقد قضى في الزواج والطلاق والحضانة والميراث.

ومن قضائه رضي الله ما روي عنه أن امرأة أتته فأخبرته أن زوجها لا يصل إليها فأجله حولاً، فلما انقضى الحول ولم يصل إليها خيرها، فاخترت نفسها ففرق بينهما وجعلها تطليقة بائنة².

ورَوَى عن سعيد بن المسيب³ قال: قال عمر بن الخطاب رضي الله عنه: "أبما امرأة تزوجت، وبها جنون أو جذام أو برص فدخل بها ثم اطلع على ذلك فلها مهرها بمسيسه إياها،

1 - البيهقي، السنن الكبرى، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، الطبعة: الثالثة، 1424 هـ - 2003 م، 7/790.

2 - كمال الدين ابن الهمام، فتح القدير، دار الفكر، بدون طبعة وبدون تاريخ، ج4 ص298.

3 - أبو محمد سعيد بن المسيب بن حزن بن أبي وهب بن عمرو بن عائذ بن عمران ابن مخزوم القرشي المدني؛ أحد الفقهاء السبعة بالمدينة، ولد لسنتين مضتا من خلافة عمر وقيل: لأربع مضي من منها، بالمدينة، وتوفي بالمدينة وقال الزهري: أخذ سعيد علمه عن زيد بن ثابت وجالس ابن عباس وابن عمر وسعد بن أبي وقاص ودخل على أزواج النبي صلى الله عليه وسلم: عائشة وأم سلمة، وسمع عثمان وعلياً وصهيباً ومحمد بن مسلمة، توفي سنة سنة أربع وتسعين وكان يقال لهذه السنة سنة الفقهاء لكثرة من مات منهم فيها، ينظر في ترجمته: الشيرازي، طبقات الفقهاء، دار الرائد العربي، بيروت - لبنان، الطبعة: الأولى، 1970، 57/1، ابن خلكان، وفيات الأعيان، 375/2.



وعلى الولي الصداق بما دلّس وغره" ¹.

وقد أثرى عمر رضي الله عنه الفقه الإسلامي في الميراث، وذلك فيما أولاه من جهد وفير في استخلاص غاية الشارع الحكيم وصولاً إلى ذروة سنامه ووجه الحق فيه ولذلك سوف أعرض هنا بشئ من التفصيل لقضاء عمر رضي الله عنه في مسائل الميراث المتنوعة والتي يظهر فيها تفرد عمر رضي الله عنه في فهم النصوص.

أ- قضاء عمر رضي الله عنه في المسألة المشتركة (المسألة العمرية): وهي أن المشكلة ثارت في خلافة أمير المؤمنين عمر رضي الله عنه، حيث أن امرأة تزوجت، ثم ماتت وتركت زوجها وأمها، وإخوتها لأبيها وأمها، وقد ورد النص التشريعي الذي يحكم المسألة في قوله **«فَهُمْ شُرَكَاءُ فِي الثُّلُثِ»** ²، وإعمالاً للنص السابق فإن التوريث للزوج النصف، وللأم السدس نص آيات الموارث في سورة النساء، ويبقى الثلث، فإن أعطينا للإخوة للأم بنص الآية السابقة فلا يبقى للإخوة الأشقاء وهذا إعمالاً للنص السابق لكن ما العمل إذا كان هناك إخوة للأم وإخوة لأب وأم، فماذا صنع أمير المؤمنين عمر في ذلك، أن البين من قضاء عمر رضي الله عنه أنه أراد أن يورث المسألة على مفهوم النص السابق، بأن يعطي للزوج النصف، وللأم السدس، والثلث للأخوة للأم حسب السياق.

لكن الإخوة الأشقاء قالوا لعمر حين أراد توريث المسألة على النحو السابق: يا أمير المؤمنين لنا أب وليس لهم أب، ولنا أم كما لهم. فإن كنتم حرمتونا بأبينا فورثونا بأبنا كما ورثتم هؤلاء بأمهم، واحسبوا أن أبانا كان حماراً، أو ليس قد تراكضنا في رحم واحدة؟.

ولما أشرك أمير المؤمنين عمر بن الخطاب الإخوة الأشقاء والإخوة للأم سميت عندئذ بالمسألة المشتركة، أو المسألة العمرية.

ب- قضاء عمر رضي الله في الكلالة: من تطبيقات عمر رضي الله عليه القضائية الهامة قضاؤه في الكلالة إذ البين أن أمر الكلالة، أشكل على أمير المؤمنين عمر إشكالا

1 - الإمام مالك، موطأ، رواية مصعب الزهري المدني، مؤسسة الرسالة، 526/2.

2 - سورة النساء الآية: 12.



كبيراً، لدرجة أنه قال في العام الذي طعن فيه، إنني لم أدع شيئاً هو أهم إليّ من الكلاله، وما راجعت رسول الله ﷺ ما راجعته في الكلاله، أي أنه ما راجعه في شيء أكثر من ما راجعه في الكلاله.

وقال عمر رضي الله عنه أي مازلت أسأل الرسول ﷺ عن الكلاله حتى طعن بإصبعه في بطني والكلام لأمير المؤمنين عمر وقال " تكفيك الآية التي في آخر النساء" ¹.

وكان الصحابة يقولون أن الكلاله : من لا ولد له ، وكان أمير المؤمنين عمر رضي الله عنه يرى أن الكلاله من لا ولد له كما أن عمر كان يرى أن الكلاله في مفهومه تطلق على الورثة أيضاً ².

وقال أبو عبيدة معمر بن المثنى: الكلاله : كل من لم يرثه ابن ولا أب فهو عند العرب كلاله.

ج- قضاء عمر في توريث الجد مع الإخوة: روي عن عمر رضي الله عنه أنه قضى في مسألة ميراث الجد مع الخوة سبعين قضية وقال عمر: "لا أدري هل أنا في شيء منها على الحق"، بل إن عمر روي عنه أنه قال ليت النبي ﷺ أوقفنا في الجد على أمر ينتهي إليه، ولعل ما يفهم أن موقف عمر رضي الله عنه من مسألة الجد هو امتداد لموقفه من مسألة الكلاله

ويروي في ذلك الإمام الشافعي: أن عمر كان يورث الإخوة مع الجد، بينما كان أبوبكر وبعض الصحابة يجعلون الجد أباً لا يرث معه الإخوة ³.

ويروي الإمام مالك أن عمر وبعض الصحابة فرضوا للجد مع الإخوة الثلث ⁴.

1 - ابن سعد، الطبقات الكبرى، دار الكتب العلمية - بيروت، الطبعة: الأولى، 1410 هـ - 1990 م، 3/248، 248.

2 - الجصاص، أحمد بن علي أبو بكر الرازي الجصاص، أحكام القرآن، دار الكتب العلمية بيروت - لبنان، الطبعة: الأولى، 1415 هـ/1994 م، 2/109.

3 - الإمام الشافعي، الرسالة، مكتبة الخليلي، مصر، الطبعة: الأولى، 1358 هـ/1940 م، ص 591، ص 591.

4 - الإمام مالك، الموطأ، 6/2.



إلا أن هناك أقوالا تروى فيما يرويه ابن حزم¹ أن عمر سأل الناس أيكم سمع الرسول ﷺ قال في الجد شيئا فقال له رجل : أعطاه السدس وقال آخر أعطاه ثلث ماله، وقال آخر أعطاه نصف ماله وقال آخر أعطاه ماله كله ولا يدرون مع من المورثة².

والمسألة محل خلاف كبير بين الفقهاء قديما وفي الفقه المعاصر³، ولذلك فليس فيها رأي محدد ثابت فهي محل اجتهاد.

ثالثا/ - القضاء في عهد عثمان بن عفان رضي الله عنه: بعد مقتل عمر بن الخطاب رضي الله عنه في سنة أربع وعشرين من الهجرة، تولى عثمان بن عفان رضي الله عنه خلافة المسلمين إلا أنه سلك في شأن القضاء مسلكا غير الذي سلكه عمر في خلافته بشأن دفع القضاء إلى غيره، فقد عزل بعضا من قضاة المدينة، واستقل بنظر الخصومات بنفسه باعتباره صاحب الولاية العامة، كما أسند القضاء إلى بعض ولاته على الأمصار، وهو أول من اتخذ دارا للقضاء بين الناس وكان أبوبكر وعمر قبله يجلسان للقضاء في المسجد⁴، وقد سار عثمان رضي الله عنه على نهج الخلفاء الراشدين الذين سبقوه في كيفية القضاء حيث كان يلتمس الحكم في كتاب الله وسنة رسوله ﷺ، فإن لم يجد بحث في قضاء أبي بكر وعمر فإن لم يجد استشار الصحابة فإن أجمعوا على أمر أخذ به، وكان رضي الله عنه أول من اتخذ دارا للقضاء حيث كان يُجرى في منزل القاضي ثم انتقل إلى المسجد.

ومن قضائه في مسائل الأسرة ما روي عن مالك رضي الله عنه أنه قال : "بلغني أن عثمان أتى بامرأة ولدت لسته أشهر فأمر برجمها، فقال علي رضي الله عنه: إن الله تعالى

1 - هو: أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأموي مولا هم الفارسي الأصل الأندلسي القرطبي (384-456)، الفقيه الأصولي المفسر المتكلم صاحب التصانيف النافعة أشهرها المحلى في الفقه والإحكام في الأصول والفصل في الملل والنحل وغيرها كان شافعي المذهب ثم انتقل على المذهب الظاهري وقد عودي بسبب موافقه وهجومه على أصحاب المذاهب الذين سعوا للنيل منه ، توفي سنة 456هـ. ينظر في ترجمته: الذهبي، تذكرة الحفاظ 3/ 227، ابن خلكان، وفيات الأعيان، 3/ 325، الذهبي، سير أعلام النبلاء 18/ 184.

2 - ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دار الحديث - القاهرة، نشر سنة 1425هـ - 2004 م 2 / 290.

3 - د. محمد بلتاجي، منهج عمر في التشريع، ص 277.

4 - الزركلي، الأعلام، دار العلم للملايين، الطبعة: الخامسة عشر - أيار / مايو 2002 م، 4/ 210.



يقول: «وَحَمْلُهُ وَفِصَالُهُ ثَلَاثُونَ شَهْرًا»¹، وقال تعالى: «وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ»²، فالحمل ستة أشهر صحيح، وأعمل قضاء علي كرم الله وجهه³.

رابعاً/ - القضاء في عهد علي بن أبي طالب عليه السلام: سار علي كرم الله وجهه بعد توليه الخلافة على نهج أسلافه رضي الله عنهم، حيث كان يعتمد على كتاب الله وسنة نبيه عليه السلام في قضاؤه، فإن لم يجد نظر في قضاء من سبقوه من الخلفاء فإن لم يجد استشار الصحابة في المسألة المعروضة عليه نزولاً عند مبدأ الشورى، فإن اجتمع رأيهم على شيء قضى به، ومن قضاؤه في مسائل الأسرة قبل توليه الخلافة قضاؤه في عهد عمر في التطلاق والطلاق والوطء الخطأ و النسب.

ومن أفضيته في التطلاق والتفريق ما رواه الإمام القرطبي⁴ عن الشعبي⁵، أنه بلغ عمر بن الخطاب أن امرأة من قريش تزوجها رجل من ثقيف في عدتها، فاستقدمها عمر وفرق بينهما قائلاً للرجل: لا تتزوجها أبداً، ثم جعل أمير المؤمنين عمر صداقها في بيت مال المسلمين، وقد فشا ذلك في الناس، فلما بلغ ذلك للإمام علي كرم الله وجهه جعل يقول: "يرحم الله أمير المؤمنين عمر، ما بال الصداق وبيت المال؟ إنما جهل الزوجان فعلى الإمام أن يردهما إلى

1 - سورة الأحقاف الآية: 15.

2 - سورة البقرة الآية: 233.

3 - د. حامد جامع، علي بن أبي طالب حاكماً و فقيهاً، ص 61.

4 - هو: أبو عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر بن فرح القرطبي الأندلسي الأنصاري الخزرجي الإمام الفقيه المفسر المتقن متفنن في العلوم، له تصانيف كثيرة تدل على كثرة اطلاعه ووفور عقله وفضله سمع من كثير من العلماء كأبي العباس القرطبي صاحب المفهم والحافظ أبي علي الحسن بن محمد البكري والحافظ أبي الحسن علي بن محمد بن علي اليحصبي وغيرهم. توفي عام 671 هـ. ينظر في ترجمته: ابن فرحون، الديباج المذهب، 1/241.

5 - هو الإمام الحبر عامر بن شراحيل بن معبد الشعبي الحميري الهمداني الإمام الحافظ الثبت الفقيه، أحد أعلام التابعين لقي بعض الصحابة وسمع منهم كعلي بن أبي طالب وسعد بن أبي وقاص وسعيد بن زيد وأبي موسى الأشعري وغيرهم، وروى عنه الحكم وحماد وأبو إسحاق ومكحول الشامي وعاصم الأحول وغيرهم. ينظر في ترجمته: ابن العماد الحنبلي، شذرات الذهب في أخبار من ذهب شذرات الذهب، دار ابن كثير، دمشق - بيروت، الطبعة: الأولى، 1406 هـ - 1986 م، 2/24، الذهبي، سير أعلام النبلاء، 4/295.



السنة"، فقال له قائل : فما تقول أنت فيهما ؟ فقال : "لها الصداق بما استحلت منها ويفرق بينهما، ولا حدا عليهما، وعليها أن تكمل عدة ثلاث قروء ثم يخطبها الرجل إن شاء"¹.

هذا ولما بلغ أمير المؤمنين عمر بن الخطاب ذلك قام رضوان الله عليه وخطب في الناس فقال رضي الله عنه: "أيها الناس ردوا الجهالات إلى سنة رسول الله ﷺ"، ثم أعقب ذلك بقوله على الملاء، "وليس لأحد أن يفتي في المسجد وعلي حاضر"، وهنا يعد قضاؤه وفقا لسنة الحبيب محمد ﷺ.

ومن قضاؤه في خلافة عمر رضي الله عنه أنه قضى في الوطاء الخطأ، فقد روي أن امرأة حرة تزيت بزى الإمام، ثم راحت تلمس رجلا كانت تريده وما زالت به حتى واقعها معتقدا أنها جاريتها، فلم يتبينها والرغبة جامحة والظلام شديد، فرفع أمرها إلى أمير المؤمنين عمر رضي الله عنه، أرسل إلى الإمام علي كرم الله وجهه يستفتيه فقال له الإمام علي الحكم عندي : "أن أضرب الرجل حدا في السر، وأضرب المرأة حدا في العلانية"²، ومن قضاؤه في عهد عمر رضي الله عنه قضاؤه في الطلاق، يروى أن رجلا جاء إلى أمير المؤمنين عمر بن الخطاب فقال : إني طلقت امرأتي تطليقة في الشرك وتطليقتين في الإسلام، فما ترى يا أمير المؤمنين، فقال عمر: كما أنت حتى يجيء علي بن أبي طالب، فلما جاء قص عليه الرجل قضيته، فقال الإمام: "لقد هدم الإسلام ما كان قبله والمرأة عندك على واحدة"، وذلك إعمالا وتصديقا للحديث الشريف "الإسلام يجب ما قبله"³.

ومن قضاؤه في عهد عمر كذلك قضاؤه في النسب، ما رواه القاضي شريح⁴ قال: كنت أقضي لعمر بن الخطاب، بمعنى أنه كان قاضيا في علي عهد أمير المؤمنين فأتاني رجل

1 - أ. عرفات القصبى قرون، فتاوى و أفضية و أحكام الإمام علي، طبعة 1411 هـ - 1991م، المكتبة الأزهرية للتراث. بمصر، ص83.

2 - أ. عرفات القصبى قرون، المرجع السابق ص 73.

3 - أ. عرفات القصبى قرون، المرجع السابق ص 80.

4- أبو أمية شريح بن الحارث بن قيس بن الجهم بن معاوية الكندي الكوفي التابعي يقال له شريح بن شراحيل أو شراحيل، أدرك النبي ولم يلقه، روى عن عمر وعلي وابن مسعود وزيد بن ثابت وعبد الرحمن بن أبي بكر وعروة البارقي، وروى عنه الشعبي والنخعي وقيس بن أبي حازم وأنس ومحمد ابنا سيرين، استتضاه عمر بن الخطاب على الكوفة وأفروه عليه بعده بقي على قضاها ستين سنة، توفي سنة 78هـ وهو ابن مائة وعشرين سنة. ينظر في ترجمته: النووي، تهذيب الأسماء، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، 243/1، ابن عبد البر، الاستيعاب 701/2، الربيعي، مولد العلماء ووفياهم، تحقيق عبد الله سليمان الحمد، نشر دار العاصمة، ط 1، 1410هـ، 198/1).



فقال لي: يا أبا أمية، إن رجلا أودعني امرأتين إحداهما حرة مهيرة والأخرى سرية (أمة) فجعلتها في دار و أصطحبت اليوم فاذا هما قد ولدتا غلاما وجارية و كلتاها تدعي الغلام لنفسها وتنفي الجارية، وقد جئتك أيها القاضي أطلب قضاءك بينهما، يقول شريح فلم يحضرنى شيء فيهما أفضي به، فأتيت أمير المؤمنين عمر فقصصت عليه القصة فقال فما الذي قضيت بينهما؟ قلت: لو كان عندي قضاء فيها ما أتيت، فجمع عمر جميع من حضره من أصحاب رسول الله ﷺ وكلهم يرى الرأي إلي وإليه، فقال عمر ولكني أعرف مفرع القضية ومنتزعاها، قالوا كأنك أردت ابن أبي طالب، قال نعم. وأين المذهب عنه؟ قالوا: فابعث يأتك قال: إنه له شمخة من هاشم وأثرة من علم تقتضيا أن نذهب إليه ولا نأذن له أن يسعى هو أيضا، فقوموا بنا إليه، فلما جئناه وجدناه في حائط يركل فيه على مسحاة ويقرأ قول الله تعالى ﴿ أَيَحْسَبُ الْإِنْسَانُ أَنْ يُتْرَكَ سُدًى ﴾¹، ثم يبكي بكاء شديدا، وما زال يردد ها ويبكي، ولم يجد القوم بدا من أن يجهلوه حتى تسكن نفسه ويرفأ وجهه، ثم استأذنوا عليه، فخرج إليهم وعليه قميص قدت أكمامه إلى النصف منها ثم قال كرم الله وجهه : ما الذي جاء بك يا شريح؟ قلت: أمر عرض جئنا نسأل عنه، فأمرني فقصصت عليه القصة فقال: فيم حكمت فيهما، قلت لم يحضرنى حكم فيهما، فأخذ بيده من الأرض شيئا ثم قال: الحكم فيها أهون من هذا، ثم أمر بإحضار المرأتين وأحضر قدحا ثم دفعه إلى إحداهما قائلا لها: أحلبي فيه، فامتثلت المرأة فحلبت فيه، ثم وزنه، ثم قال للأخرى للأخرى، أحلبي أنت أيضا في قدح أخرى ثم وزنه أيضا ثم قال لصاحبة اللبن الخفيف : خذي ابنتك. وقال لصاحبة اللبن الثقيل خذي ابنتك.

ثم التفت علي كرم الله وجهه إلى أمير المؤمنين عمر رضي الله عنه قائلا: "أما علمت أن الله حط المرأة عن الرجل في ميراثها فكذلك كان لبنها دون لبنه"، فقال عمر: لقد أراك الحق يا أبا الحسن.

فقال الإمام : خفف عليك يا أبا حفص، إن يوم الفصل كان ميقاتا نعم إن هذا



أقضي القضاء يا إمام كرم الله وجهه ورضي الله عنك¹.

المطلب الثاني القضاء بعد الخلافة الراشدة

نعرض في هذا المطلب أولاً إلى تاريخ القضاء في العصر الأموي و العباسي و العثماني، ثم بعد ذلك نتناول بالدراسة القضاء في الجزائر وتنظيمه، و يكون ذلك في الفرعين الآتيين:

الفرع الأول: تاريخ القضاء في العصر الأموي و العباسي و العثماني

أولاً/- القضاء في العصر الأموي

بدأ العصر الأموي سنة أربعين هـ — حيث استتب حكم دولة الإسلام لمعاوية بن أبي سفيان² أول حكام بني أمية في هذا العهد³، ورغم الخلافات والفتن التي وقعت بين المسلمين إلا أن الفتوحات الإسلامية لم تتوقف، فدخلت دول عديدة من الشرق و الغرب تحت لواء المسلمين فاتسعت رقعة البلاد الإسلامية و اقتضى ذلك تعدد ولاياتها، فتعددت ولايات القضاء تبعاً لتعدد الولايات، ولكن رغم هذا التوسع و التعدد في الولايات القضائية إلا أن القضاء في هذا العصر بقي كما كان في عصر الخلفاء الراشدين، فقد ظل تعيين القضاة وعزلهم بيد الخليفة⁴ وحافظ الأمويون على استقلال القضاة في أداء وظيفتهم فلم يتدخل الولاة في القضاة⁵، كما بقيت ولاية القضاء قاصرة على الفصل في المواد المدنية و مسائل

1 - أ. عرفات القصبي قرون، المرجع السابق، ص 81.

2 - هو: صخر بن حرب بن أمية بن عبد شمس بن عبد مناف القرشي الأموي، أمير المؤمنين. ولد قبل البعثة بخمس سنين، وقيل بسبع، وقيل بثلاث عشرة، أسلم عام الفتح، وكان كاتباً حليماً فصيحا وقوراً، تولى إمارة الشام في عهد عمر بعد أخيه يزيد وأبقاه عثمان عليها واستمر عليها بعد مقتله ولم يبايع علياً واستقل بالشام وحاربه ثم ضم إليه مصر وتسمى بالخلافة بعد الحكمين ثم اجتمع الناس عليه بعدما صالح الحسن بن علي وهو عام الجماعة واستمر على الخلافة عشرين سنة، مات سنة 60 هـ. ينظر بن حجر العسقلاني، الإصابة في تمييز الصحابة، دار الكتب العلمية - بيروت، الطبعة: الأولى - 1415 هـ، 120/6، الزركلي، الأعلام، 7/261 و262.

3 - د. عبد الرحمن إبراهيم عبد العزيز، القضاء و نظامه في الكتاب و السنة، طبعة جامعة أم القرى، الطبعة الأولى، 1989، ص 263.

4 - محمود هاشم، النظام القضائي الإسلامي. دار الفكر العربي 1404-1974م، ص 72.

5 - محمود هاشم. المرجع السابق ص 72.



الأحوال الشخصية، أما إقامة الحدود والتعزيزات فقد ظلت بيد الخليفة في حاضرة الدولة وولاياته بالأقاليم، وكان الأمويون يهتمون بالقضاء ويختارون له أفضل العناصر وفي ذلك يقول عمر بن عبد العزيز¹، رضي الله عنه: "لا يصلح للقضاء إلا من كان عفيفا حليما عالما بما كان قبله من القضاء مستشيرا ذوي الألباب لا يخاف في الله لومة لائم"².

و أهم تطور يذكره الفقهاء و المؤرخون في مجال القضاء في العصر الأموي هو البدء في كتابة وتسجيل الأحكام القضائية خوفا من التجاحد و النسيان و إقرارا للحقوق، و كان الأصل في هذا سليم بن عتر³ قاضي مصر في زمن معاوية، حيث قضى في ميراث بين ورثة، ثم تناكروا، فعادوا إليه، فقضى بينهم، وكتب كتابا بقضائه، وأشهد فيه شيوخ الجند، فكان أول من سجل بقضائه⁴.

و قد استمر القضاء في العهد الأموي على بساطته التي كان عليها زمن الخلفاء الراشدين، فلم تؤثر السياسة في القضاء و لم يتدخل الخلفاء في القضاة فبقي القاضي متحررا مستقلا فكان يحكم بما يجده من نصوص شرعية أو سوابق قضائية، و بانعدامها يحكم بما يوحي إليه اجتهاده.

1 - هو عمر بن عبد العزيز بن مروان بن الحكم الأموي القرشي الخليفة الصالح. توفي لخمس ليال يقين من رجب 101هـ، ينظر في ترجمته: ابن خلكان، وفيات الأعيان 6/ 301، 302، الزركلي، الأعلام 5/ 209.

2 - وكيع، أخبار القضاة، المرجع السابق، 1/ 88، 78، د. حسن علي إبراهيم حسن، النظم الإسلامية، الطبعة الثالثة، سنة 1962م، مطبعة السنة المحمدية، القاهرة، نشر مكتبة النهضة المصرية، ص 279.

3 - هو: سليم بن عتر أبو سلمة التنجيني المصري، الإمام، الفقيه، قاضي مصر، وواعظها، وقاصها، وعابدها، وكان يدعى: الناسك؛ لشدة تأله، وقد روي عنه أنه كان يحتّم كل ليلة ثلاث ختمات، توفي سنة 75هـ، ينظر، الذهبي، شمس الدين، سير أعلام النبلاء، مؤسسة الرسالة، الطبعة: الثالثة، 1405 هـ / 1985 م، 4/ ص 131 و 132 و 133.

4 - الذهبي، شمس الدين، سير أعلام النبلاء، ص 133، الشيخ العرنوس، تاريخ القضاء في الإسلام ص 28، د. عطية مشرفة، القضاء في الإسلام ص 142، د. محمد سلام مذكور. القضاء في الإسلام ص 30، د نصر فريد. السلطة القضائية ونظام القضاء في الإسلام ص 67.



ثانياً/- القضاء في العصر العباسي :

بدأ العصر العباسي من سنة 132 هـ و استمر حتى سنة 656 هـ- أي ما يفوق خمسة قرون- حيث بلغت الدولة العباسية أعلى مظاهر الحضارة وبالأخص في المدة ما بين (136 هـ إلى 218 هـ)¹، و قد اتسعت الدولة الإسلامية أكثر و ازداد النشاط العلمي و الاقتصادي والتجاري في هذا العصر وسار الفقه بخطى واسعة نحو الكمال، وظهر الجدل، وتباعد الفقهاء في الرأي ، ووجدت المذاهب وعرف التقليد².

وكان من الطبيعي أن يؤثر ذلك في أحكام القضاء، فارتبط القضاء بالمذهب، وأصبح كل قاض يتبع مذهباً معيناً ويقضي به، ومن ثم كان القضاة يعينون في الإقليم وفقاً للمذهب غالبية السكان، ففي العراق قضاة أحناف، وفي الشام والمغرب قضاة مالكية، وفي مصر قضاة شافعية³، و نتيجة لذلك ظهرت بحوث كثيرة في علم القضاء تناولت جزئياته و تفاصيله وبحثت جميع مسائله بالشرح و التوضيح، حتى و جدنا ثروة فقهية في علم القضاء و فنه، و كان القضاة متفرغين للقضاء فكانت تصرف لهم أجور تتناسب مع مكانتهم في عصرهم، و كان لهم لباس خاص يميزهم عن غيرهم، و من مظاهر اهتمام العباسيين بالقضاء من الناحية العلمية تطور السجلات التي تدون فيها الدعاوى و الأحكام، التي ظهرت فكرتها الأولى في العصر الأموي - كما سبقت الإشارة-، فصار للقضاء وثائق و محاضر و سجلات للأحكام،

1 - و هي مده حكم أبو جعفر المنصور (حكم من سنة 136 هـ إلى 158 هـ) و هارون الرشيد (حكم من سنة 170 هـ إلى 193 هـ)، و المأمون بن هارون الرشيد (حكم من سنة 198 هـ إلى 218 هـ). ينظر د. حسن إبراهيم حسن، تاريخ الإسلام السياسي و الديني و الثقافي والاجتماعي، مكتبة النهضة المصرية، الطبعة السابعة سنة 1964، 2/ص 27-50-66.

2 - الشيخ عرنوس. تاريخ القضاء في الإسلام، المطبعة المصرية الأهلية الحديثة بالقاهرة، مكتبة الحرم الملكي، طبعة سنة 1352 هـ-1943، ص 21، د. محمد سلام مذكور القضاء في الإسلام المرجع سالف الذكر ص 30، د. حامد أبو طالب. التنظيم القضائي الإسلامي، مطبعة السعادة، القاهرة، الطبعة الثانية، سنة 1402 هـ ص 36.

3 - د. محمد سلام مذكور. المرجع السابق ص 30، 31، د. حسن علي إبراهيم حسن، النظم الإسلامية، الطبعة الثالثة، سنة 1962 م، مطبعة السنة المحمدية، القاهرة، نشر مكتبة النهضة المصرية، ص 280، د. نصر فريد. السلطة القضائية ونظام القضاء في الإسلام. المرجع السالف ص 68.



وقد ذكر العلماء تعريفها، وما يجب توافره فيها من شروط، و كيفية كتابتها، و أخذ الصور منها، و أين يقع التوقيع منها، و التاريخ، و مكان شرح القاضي فيها.

وقد استحدث العباسيون وظيفة قضائية جديدة وهي وظيفة قاضي القضاة الذي كان له تعيين القضاة، وعزلهم، والإشراف على أعمالهم، وتولي أمورهم¹، و أول من لقب بهذا اللقب أبو يوسف الحنفي² صاحب الإمام أبي حنيفة³ وكان هو صاحب الخراج⁴ في عهد الرشيد⁵، وقد اتسع اختصاص القاضي في هذا العصر فأصبح ينظر في الدعاوى المدنية والجنائية ودعاوى الأوقاف، وقد يتولى بجانب ذلك الشرطة، والمظالم، والحسبة، ودار الضرب وبيت المال⁶، وكان للقضاة أعوان يساعدونهم في أداء مهمتهم كالكاتب والحاجب وغيرهم⁷.

1 - الشيخ عرنوس. تاريخ القضاء في الإسلام. المرجع السابق ص 96,97. د. حامد أبو طالب، التنظيم القضائي الإسلامي. المرجع المشار إليه سابقا ص 37.

2 - هو: يعقوب بن إبراهيم بن حبيب الأنصاري الكوفي البغدادي، أبو يوسف: صاحب الإمام أبي حنيفة، وتلميذه، وأول من نشر مذهبه، كان فقيها علامة، من حفاظ الحديث، ولد بالكوفة، وتفقه بالحديث والرواية، ثم لزم أبا حنيفة، فغلب عليه «الرأي» وولي القضاء ببغداد أيام المهدي والهادي والرشيد، ومات في خلافته، ببغداد، وهو على القضاء، وهو أول من دعي «قاضي القضاة» ويقال له: قاضي قضاة الدنيا!، وأول من وضع الكتب في أصول الفقه، على مذهب أبي حنيفة، وكان واسع العلم بالتفسير والمغازي وأيام العرب، من كتبه «الخراج - ط» و «الآثار - ط» وهو مسند أبي حنيفة، و «النوادر» و «اختلاف الامصار» و «أدب القاضي» و «الأمالي في الفقه» و «الرد على مالك ابن أنس» و «الفرائض» و «الوصايا» و «الوكالة» و «البيوع» و «الصيد والذبائح» و «الغصب والاستبراء» و «الجوامع»، ينظر الزركلي، سير أعلام النبلاء، 469/7.

3 - هو النعمان بن ثابت التيمي الكوفي فقيه أهل العراق وإمام أهل الرأي قال عنه الشافعي الناس في الفقه عيال أبي حنيفة مات عام 150هـ. ينظر بن حجر العسقلاني، تقريب التهذيب، دار الرشيد - سوريا، الطبعة: الأولى، 1406 - 563/1، 1986.

4 - د. حسن ابراهيم حسن، تاريخ الاسلام السياسي و الديني و الثقافي والاجتماعي، مكتبة النهضة المصرية، الطبعة السابعة سنة 1964 م، 292/2.

5 - هو هو هارون الرشيد بن محمد المهدي بن أبي جعفر المنصور، أبو جعفر خامس خلفاء بني العباس، وكانت خلافته من سنة سبعين ومائة إلى سنة ثلاث وتسعين ومائة، ينظر في ترجمته: ابن منظور، مختصر تاريخ دمشق لابن عساكر، دار الفكر للطباعة والتوزيع والنشر، دمشق - سوريا، الطبعة: الأولى، 1402 هـ - 1984 م، 5/27 وما بعدها.

6 - المقدمة لأبن خلدون ص 197,198 المرجع السابق، د. محمد يلام مذكور القضاء في الإسلام المرجع السابق ص 31

7 - محمد سلام مذكور. المرجع السابق ص 31، د. حامد أبو طالب. التنظيم القضائي الإسلامي. المرجع السابق ص 38



ورغم التطور الذي شهدته الدولة العباسية في مختلف نواحي الحياة من سياسية و ثقافية و اجتماعية، إلا أن الفقهاء والمؤرخون سجلوا على هذا العصر في المجال القضائي المساوئ التالية:

-تأثر القضاة بالسياسة، فكثيرا ما تدخل الخلفاء العباسيون في عمل القضاة، وكان ذلك سببا مباشرا في اعتذار الكثير من الفقهاء عن قبول منصب القضاة، فاعتذر عنه الإمام أبو حنيفة¹، في الكوفة رغم قيام والي العراق بضربه لحملة على قبول منصب القضاء واعتذر عن قبول قضاء البصرة لأبي جعفر المنصور قائلا له والله إني لا أصلح للقضاء و إن كنت كاذبا فما يسعك تستقضي رجلا كاذبا².

-ضعف روح الاجتهاد في أواخر العصر العباسي ، حيث انتشرت المذاهب الفقهية، و ركن القضاة إلى التقليد، و إتباع كل منهم لأحد الأئمة و تقليده، و أصبح القاضي ملزما بأن يصدر أحكامه وفق أحد هذه المذاهب، و كان المذهب المقضي به مذهب البلد إلى حد أنه إذا تقدم متخصصان على غير المذهب الشائع في البلد أناب القاضي عنه قاضيا يدين و يتقن أصول مذهب المتخصصين.

ثالثا/-القضاء في العصر العثماني:

انتهي العهد العباسي بسقوط العاصمة بغداد على أيدي التتار سنة 656 هـ، فنشأت بعد ذلك الدولة العثمانية سنة 699 هـ، بعدما قام السلطان سليم الأول بحملة على دولة المماليك في مصر و الشام، فهزم الجيش المصري و دخلت مصر ودمشق و بلاد الحجاز و بعدها أجزاء كثيرة من الجزيرة العربية إلى حكم العثمانيين، وبعدها بسنوات انضمت العراق و بلاد المغرب العربي في دولة العثمانيين، و أهم ما ميز القضاء في العهد العثماني السمات التالية:

1 - هو النعمان بن ثابت التيمي الكوفي فقيه أهل العراق وإمام أهل الرأي قال عنه الشافعي الناس في الفقه عيال أبي حنيفة مات عام 150هـ. ينظر بن حجر العسقلاني، تقريب التهذيب، دار الرشيد - سوريا، الطبعة: الأولى، 1406 - 563/1، 1986.

2 - سنن البيهقي المرجع المشار إليه سابقا 98/10، وكيع، أخبار القضاة، المكتبة التجارية الكبرى، بشارع محمد علي بمصر لصاحبها: مصطفى محمد، الطبعة: الأولى، 1366هـ=1947م، 36/1، د/ محمود هاشم. التنظيم القضائي الإسلامي ص 75 .



- استحداث نظام قاضي العسكر: و بهذا النظام احتفظ العثمانيون لأنفسهم بحق تعيين قاض عثمانى في كل ولاية من الولايات التي تدخل في حكمهم و لقب قاضي الولاية (بقاضي العسكر) وكان له نواب في الأقاليم التي تتبع الولايات، وكان قاضي العسكر يصدق على أحكام النواب، فلا ينشر حكم أي نائب في أي قضية إلا بعد موافقته¹.

- ظهور المجالس المالية و المحاكم القنصلية: منح العثمانيون الأجانب و الذميين و الطوائف المالية الأخرى امتيازات قضائية واسعة بحجة التسامح الديني حيث سمح لها بإقامة قضاء أو مجالس مالية تحكم وفق شرائعها، ووجدت في الدولة العثمانية كذلك محاكم قنصلية غير إسلامية تختص بالنظر في المنازعات التي تنشأ بين الأجانب².

- إنشاء محاكم مختلطة: كانت هذه المحاكم تنظر القضايا التي تحدث بين الأجانب و الوطنيين، وقد نجم عن هذا إدخال التشريعات الغربية و غزو القوانين الأجنبية الوضعية، وقد استمر الحال هكذا حتى منتصف القرن الثالث عشر هجري حيث أصدرت الخلافة العثمانية سنة 1255 هـ عدة تنظيمات وضعية مقتبسة من القوانين الأوروبية و أحلتها محل الشريعة الإسلامية، وكان ذلك أول انحسار للشريعة الإسلامية³.

وبعد ضعف شوكة الدولة العثمانية اجتاحت الاستعمار الأوربي جميع الدول الإسلامية فحاول بكل الوسائل طمس الهوية الإسلامية العربية، فعرفت البلاد العربية القضاء الأجانب و القوانين الأجنبية، ولم يبق إلا الأحوال الشخصية تستمد الأحكام من الشريعة الإسلامية، وكان للأحوال الشخصية محاكم خاصة يطلق عليها المحاكم الشرعية، و رغم استقلال الدول العربية عن الاستعمار الأوربي، بقيت هذه الدول للأسف الشديد لحد الساعة تحت هيمنة القوانين الأجنبية التي حولتها من دول إسلامية إلى دول شبه أوروبية، مما جعل التشريع

1 - د. اسماعيل ابراهيم البدوي، نظام القضاء في الاسلام، دار الفكر الجامعي، طبعة 2012، ص 169، و بهامشه، كتاب التنظيم القضائي الاسلامي، ص 39.

2 - د. اسماعيل ابراهيم البدوي، المرجع السابق، ص 169.

3 - د/ محمود هاشم. المرجع السابق ص 79- 80.



و القضاء الإسلامي غريبا في دياره¹.

الفرع الثاني: تطور التنظيم القضائي في الجزائر

أولا/ ملحة تاريخية عن تطور التنظيم القضائي في الجزائر.

اعتمد القضاء في الجزائر قبل الاستعمار على أحكام الفقه الإسلامي في معالجة جميع المنازعات والمسائل المتعلقة بنواحي الحياة المختلفة، فكانت أحكام القرآن و السنة المطهرة واجتهاد القضاة هو المصدر الوحيد للقضاء في الجزائر، غير أنه ابتداء من سنة 1830 عمد المستعمر الفرنسي عن طريق سلسلة من القوانين التدخل في أحكام القضاء الجزائري وتنظيمه، إلا أن المشرع الفرنسي تردد في السنوات الأولى للاحتلال بشأن التنظيم القضائي الواجب إقراره في الجزائر، ففي الأول أراد تطبيق مبدأ وحدة الجهات القضائية لكل المقيمين في الجزائر (أوروبيين أو مسلمين)، فأصدر قرارا بتاريخ 1830/9/9 نص على إنشاء محاكم يشمل اختصاصها القضايا المدنية و الجزائية، وتشكل هيئة الحكم فيها من فرنسيين هم : الرئيس و قاضيين، ووكيل عن الملك، ويضاف إليهم مساعدون مسلمون يباشرون عملهم عندما يتعلق النزاع بالجزائريين²، وبعد تزايد نفوذ الفرنسيين بالجزائر بدأت فرنسا تحاول طمس الهوية الجزائرية، فأنشأت عدة أجهزة قضائية فرنسية و ألغت معظم الأجهزة القضائية الإسلامية، فسحبت من ولاية القاضي الشرعي اختصاصه في المعاملات العقارية و ألغت المجلس الأعلى للقانون الإسلامي، و ألغيت جميع المجالس الإسلامية بموجب مرسومي 1877 و 1889، كما أصدرت مرسوم 1886/09/10 و مرسوم 1889/04/17 حيث وسّع هذان المرسومان من اختصاص قاضي الصلح ليصبح قاضي القانون العام في المواد الإسلامية، و قيادا سلطان القاضي الشرعي ليصبح غير مختص إلا في قضايا الأحوال الشخصية وقضايا الميراث بين المسلمين³.

1 - د أحمد شلي، موسوعة النظم و الحضارة الإسلامية، تاريخ التشريع الإسلامي وتاريخ النظم القضائية في الإسلام، مكتبة النهضة المصرية، بدون طبعة، ص302.

2 - بوبشير منحد أمقران، النظام القضائي الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، الطبعة الثالثة، سنة 2003، ص174.

3 - بوبشير منحد أمقران، نفس المرجع، ص184.



وبعد الاستقلال استمر القضاء في الجزائر وفق قواعد النظام الفرنسي وذلك سدا للفراغ التشريعي والقانوني، حتى قام المشرع الجزائري في أواخر سنة 1965 بحركة تشريعية واسعة النطاق بهدف القضاء على التبعية القانونية، لكن المشرع بعد التعديل لم يعتمد الشريعة الإسلامية كمصدر للقضاء بين المواطنين ولم يعتمد أسلوب المحاكم الشرعية للفصل في الخصومات، بل نظم الأجهزة القضائية بموجب قوانين وضعية فجاءت شبيهة إلى حد كبير بالأجهزة القضائية الفرنسية، وجعل هذه الأجهزة في تنظيمها و فصل خصوماتها تخضع للقوانين الوضعية.

ثانيا/ - هيكلة القضاء الجزائري:

تماشيا مع الأنظمة القضائية الحديثة اعتنق المشرع مبدأ التقاضي على درجات متعددة، فأصبحت الدعوى القضائية تنظرها أكثر من درجة من درجات التقاضي، ما لم يكن هناك نص خاص يقصر التقاضي على درجة واحدة، حيث تعرض الدعوى في البداية على المحكمة الابتدائية، لتفصل فيها بحكم قابل للاستئناف أمام المجلس القضائي، وكل من أحكام المحاكم أو قرارات المجالس القضائية قد تكون محلا للطعن بالنقض أمام المحكمة العليا هذه الأخيرة التي لها سلطة مراقبة تطبيق القانون.

أ- المحاكم الابتدائية: هي الجهات القضائية القاعدية، متواجدة عبر غالبية الدوائر، وقد حدد المشرع مقراتها بموجب قانون 1984¹ و لكل محكمة اختصاص إقليمي، يغطي عددا من البلديات محصورة بموجب قانون التقسيم القضائي وتحتوي المحاكم على أقسام وعدد الأقسام يحدد بمقتضى قرار من وزير العدل وكل قسم يتكون بعضوية قاض واحد فأكثر، وفي الغالب تتكون المحكمة الابتدائية من سبعة أقسام حتى إحد عشر قسما² منها الأقسام الرئيسية التالية: القسم المدني، و قسم شؤون الأسرة، و القسم الاجتماعي، و القسم التجاري، و القسم العقاري و القسم الجزائري.

1 - المرسوم رقم 84-384 المؤرخ في: 1984/12/21 المعدل و المتمم بالمرسوم رقم 90-412 المؤرخ في: 1990/12/22، المتضمنان تطبيق القانون رقم 84-13 المؤرخ في: 1984/07/232.

2 - الماد 13 من القانون العضوي 05-11 المؤرخ في 17 يوليو 2005 المتعلق بالتنظيم القضائي.



ب)- المجالس القضائية: يعتبر المجلس القضائي ثاني جهة قضائية تختص بالفصل في الطعون بالاستئناف المقدمة ضد الأحكام الصادرة عن المحاكم، وقد تم بموجب الأمر المؤرخ سنة 1997 و المتعلق بالتقسيم القضائي برجة ثمانية و أربعين مجلسا على مستوى الوطن موزعة حسب التقسيم الإداري- تقسيم الولايات- و يضم كل مجلس قضائي حسب نص المادة السادسة من القانون العضوي 05-11 المؤرخ في 17 يوليو 2005 المتعلق بالتنظيم القضائي من عشرة غرف، منها الغرفة الجزائية و الغرفة المدنية و غرفة شؤون الأسرة و الغرفة الاجتماعية، و بخلاف المحكمة يفصل المجلس في الطعون بتشكيلة جماعية.

ويرأس المجلس القضائي رئيس المجلس و يساعده في ذلك نائب الرئيس، كما أن كل غرفة هي تحت إشراف رئيس غرفة و كذلك الأمر بالنسبة للفروع.

و يجوز لرئيس المجلس القضائي أن يرأس أية غرفة من غرف المجلس، و إذا حصل مانع لرئيس الغرفة فيحلفه في رئاسة الغرفة التي تولى الإشراف عليها، المستشار الذي هو أكثر أقدمية في تشكيلة الغرفة¹.

المحكمة العليا: تم إنشاء المحكمة العليا سنة 1963. بموجب القانون رقم 63-218 المؤرخ في: 18 جوان 1963، وهي أعلى مؤسسة قضائية، تمارس تقييم أعمال المجالس و المحاكم و تضمن توحيد الاجتهاد القضائي للنظام القضائي على كامل التراب الوطني، كما تسهر على احترام القانون.

و تختص المحكمة العليا، لاسيما في الفصل في الطعون بالنقض المرفوعة ضد القرارات و الأحكام النهائية الصادرة عن المجالس و المحاكم باستثناء الجهات القضائية التابعة للنظام الإداري، و تتمتع بالاستقلالية المالية و استقلالية التسيير، و يرجع تسيير المصالح الإدارية إلى أمين عام، يساعده رئيس قسم إداري و رئيس قسم الوثائق.

1 - هذا الإجراء قد أدخل في قانون الإجراءات المدنية، بمقتضى القانون رقم 90-23 المؤرخ في 18/08/1990، والذي أضاف إلى القسم الثاني من الفصل الثاني من الكتاب الثالث لقانون الإجراءات المدنية، مادة 169-3.



و تشكل المحكمة العليا من ثماني غرف وتضم كل غرفة قسمين على الأقل¹ وهي على التوالي: الغرفة المدنية، الغرفة العقارية، غرفة شؤون الأسرة والمواريث، الغرفة التجارية والبحرية، الغرفة الاجتماعية، الغرفة الجنائية، غرفة الجرح والمخالفات، غرفة العرائض التي تتكفل بفحص إمكانية قبول عرائض الطعون².

كما تشكل هيئة المحكمة العليا - كقاعدة عامة - من ثلاثة قضاة³، وتنظر دعوى المخاصمة مشكلة من خمسة قضاة، أما الطلب لداعي الأمن العمومي، فتتنظر فيه مكونة من الرئيس الأول و رؤساء الغرف.

المبحث الثالث

استقلال القضاء في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري.

يعد موضوع استقلال القضاء من أهم المواضيع التي شغلت فكر و اهتمام رجال القانون و السياسة في العصر الحديث، حتى أصبح معيارا عالميا و مبدأ دستوريا؛ ضروريا لقيام دولة الحق و القانون، ولعل الباحث في تاريخ القضاء الإسلامي سيجد أن الشريعة الإسلامية هي أول من اهتمت بهذا المبدأ و كرسته بموجب نصوصها الشرعية؛ فكان القاضي في الإسلام لا سلطان عليه لغير النصوص الشرعية، و حتى نعطي هذا المبدأ حقه من الدراسة و نحقق المقصود من المقارنة يجب أن نتعرض ولو بإيجاز إلى معنى استقلال القضاء أولا ثم نتقصى حقيقة استقلال القضاء في الشريعة الإسلامية و القانون الجزائري وذلك لا يتأتى إلا بتبيان مكانته و ضمانات تجسيده في النظامين، و كل هذا سيكون في المطلبين التاليين:

المطلب الأول مفهوم استقلال القضاء و مكانته كمبدأ في الفقه الإسلامي و القانون الجزائري

المطلب الثاني: حقيقة استقلال القضاء في الفقه الإسلامي و آليات تحقيقه في القانون الجزائري ومدى كفايتها.

¹ - د. الغوثي بن ملح، القانون القضائي الجزائري، ص148.

² - أنشئت غرفة العرائض بموجب القانون رقم 89-22 المؤرخ في 12-12-1989.

³ - ينظر نص المادة 18 من القانون رقم 89-22 المؤرخ في 12 ديسمبر 1989 المتعلق بصلاحيات المحكمة العليا و تنظيمها و سيرها.



المطلب الأول

مفهوم استقلال القضاء و مكانته كمبدأ في الفقه الإسلامي و القانون الجزائري

الفرع الأول: مفهوم استقلال القضاء

يقصد باستقلال القضاء أن يكون القضاة أحرارا في البحث عن الحقيقة، بعيدا عن كل أنواع الضغط أو التهديد الذي يمكن أن يتعرضوا له، من قبل باقي السلطات العامة، و يُعرّف عند شرح القانون بأنه « تحرر السلطة القضائية والقاضي من كل سلطان إلا سلطان القانون»¹.

وعرفته اللجنة الدولية للحقوقيين في مؤتمرها العام لسنة 1981 وفق ما يلي: وجوب أن تكون جميع المحاكم والهيئات القضائية والقضاة مستقلين عن السلطين التنفيذية والتشريعية بحيث تكون للقضاة الحرية الكاملة لتقدير القضايا حسب قناعة القضاء دون تدخل الدولة في العملية القضائية أو الاستهانة بالقضاء².

ويقتضي تحقيق ذلك توافر أمرين:

- أن يكون القضاء سلطة مستقلة (لا مجرد وظيفة) تقف على قدم المساواة مع السلطين الأخرين للدولة (التشريعية والتنفيذية).
- أن يكون القاضي مستقلا في عمله متحررا من أية ضغوط أو قيود أو رقابة يمكن أن تؤثر في استقلاله وحياده.

الفرع الثاني: مكانة مبدأ استقلال القضاء في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي.

أولا/ - مكانة مبدأ استقلال القضاء في الفقه الإسلامي

من ينظر إلى نصوص الشريعة الإسلامية، ويعرف قواعدها العامة، و يقف على مقاصدها و أهدافها يحصل له اليقين أن استقلال القضاء له مكانة هامة في النظام الإسلامي،

1- د. محمود نجيب حسني، شرح قانون الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، طبعة ثانية، سنة 1988، ص783.

2- أ.رزاق حمد العوادي، نزاهة واستقلال سلطة العدالة وفقا للقواعد والمعايير الدولية والنظام القانون العراقي، مقالة منشورة في جريدة الحوار المتمدن العدد 3144 الصادر في 2010/10/04 على

الرابط <http://www.ahewar.org>



لأنه بدون تحرر القضاة تضيع الغاية الأسمى من نصب القضاء، لذلك منعت الشريعة الإسلامية الحكام وولاية الأمر، من التدخل في القضاء بغية توجيهه لصالح الخصوم، و أوجبت على القاضي ألا يحكم إلا بموجب النصوص الشرعية لا بموجب هوى نفسه أو هوى غيره، ومن ذلك قول الله تعالى: ﴿ وَلَا يَجْرِمَنَّكُمْ شَنَا نُ قَوْمٍ عَلَىٰ أَلَّا تَعْدِلُوا اعْدِلُوا هُوَ أَقْرَبُ لِلتَّقْوَىٰ ﴾¹، وقوله تعالى: ﴿ فَاحْكُم بَيْنَهُم بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَاءَهُمْ عَمَّا جَاءَكَ مِنَ الْحَقِّ ﴾²، وقوله: ﴿ وَأَنِ احْكُم بَيْنَهُم بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَاءَهُمْ وَاحْذَرْهُمْ أَنْ يَفْتِنُوكَ عَنْ بَعْضِ مَا أَنْزَلَ اللَّهُ إِلَيْكَ فَإِنْ تَوَلَّوْا فَاعْلَمُ أَنَّمَا يُرِيدُ اللَّهُ أَنْ يُصِيبَهُمْ بِبَعْضِ ذُنُوبِهِمْ وَإِنَّ كَثِيرًا مِّنَ النَّاسِ لَفَاسِقُونَ ﴾³.

وبهذه الآيات يتبين أن القاضي في الإسلام لا سلطان عليه لغير النصوص الشرعية، يحكم بمقتضاها، دون النظر إلى شيء آخر.

وإذا كانت النصوص القرآنية قاطعة في أن لا سلطان على القاضي لغير نصوص الشريعة، فإن الرسول ﷺ — قد نهي عن التدخل في شؤون القضاء بقوله: «من أعان على خصومة بظلم، فقد باء بغضب من الله عز وجل»⁴، وجاءت نصوص نذر أخرى صارخة على أن التدخل في عمل القاضي يستوجب سخط الرب جل وعلا، ومن ذلك قول الرسول ﷺ: «من أعان على خصومة بظلم لم يزل في سخط الله حتى يترع»⁵.

و من أجل ذلك حرمت الشريعة الإسلامية كل أشكال التأثير على القاضي فكان مستقلا غير تابع لأحد في أداء مهامه و إصدار قراراته و أحكامه، وتاريخ الإسلام حافل بكثير من النماذج التي تشهد أن القضاة كانت لهم الحرية المطلقة فيما يصدرونه من الأحكام، والتي نذكر منها مايلي:

1 - سورة المائدة: الآية: 8.

2 - سورة المائدة بعض الآية: 48

3 - سورة المائدة الآية: 49

4- رواه أبو داود، السنن، الحديث رقم 3598، 305/3، وقال عنه الألباني حديث ضعيف.

5 - القزويني، السنن، الحديث رقم 2320، 77/2، وقال عنه الألباني حديث صحيح، محمد بن يزيد أبو عبد الله

القزويني، السنن، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، وصححه الألباني، دار الفكر، بيروت.



- قد ورد أنه لما تولى معاوية بن أبي سفيان ولاية فلسطين من قبل عمر بن الخطاب، تولى عبادة بن الصامت قضاء فلسطين، وكان معاوية قد خالفه في شيء أنكره عليه عبادة بن الصامت، فأغلظ له معاوية في القول، فقال له عبادة: لا أساكنك بأرض واحدة أبدا، ورحل إلى المدينة، فقال له عمر: ما أقدمك؟ فأخبره فقال: ارجع إلى مكانك فقبّح الله أرضا لست فيها ولا أمثالك، وكتب إلى معاوية: "لا إمرة لك عليه"¹.

- وورد أن عمر بن الخطاب - رضي الله عنه - أخذ من رجل فرسا على سوم يحمل عليه رجلا، فعطب الفرس، فخاصمه الرجل مطالبا إياه بالثمن، فقال عمر: اجعل بيني وبينك رجلا، فقال الرجل: إني أرضى شريح العراقي، فأتيا شريحا فقال: يا أمير المؤمنين أخذته صحيحا سليما على سوم، فعليك أن ترده سليما كما أخذته².

- وورد أن علي بن أبي طالب - رضي الله عنه - (لما توجه إلى قتال معاوية افتقد درعا له، فلما رجع وجدها في يد يهودي يبيعها بسوق الكوفة، فقال: يا يهودي الدرع درعي لم أهب ولم أبع، فقال: اليهودي: درعي وفي يدي، فقال: بيني وبينك القاضي، قال شريح: فأتياني، فقعد علي إلى جنبي واليهودي بين يدي، وقال علي: لولا أن خصمي ذمي لاستويت معه في المجلس، ولكني سمعت رسول الله ﷺ يقول: «أصغروا بهم كما أصغر الله بهم» ثم قال: هذه الدرع درعي، لم أبع، ولم أهب، فقال شريح: لليهودي: ما تقول؟ قال: درعي وفي يدي، وقال: شريح: يا أمير المؤمنين هل من بينة؟ قال: نعم الحسن ابني، وقنبر يشهدان أن الدرع درعي، قال: شريح: يا أمير المؤمنين شهادة الابن للأب لا تجوز، فقال: علي سبحان الله! رجل من أهل الجنة لا تجوز شهادته، سمعت رسول الله ﷺ يقول: الحسن والحسين سيदा شباب أهل الجنة، فقال: اليهودي: أمير المؤمنين قدمني إلى قاضيه، وقاضيه يقضي عليه أشهد أن هذا الدين على الحق، وأشهد أن لا إله إلا الله، وأن محمدا عبده ورسوله وأن الدرع درعك يا أمير المؤمنين، سقطت معك ليلا، وتوجه مع علي يقاتل معه

1 - الحزاعي، علي بن محمد، تخرّيج الدلالات السمعية على ما كان في عهد رسول الله من الحرف والصنائع والعمالات الشرعية، تحقيق د. إحسان عباس، دار الغرب الإسلامي - بيروت، الطبعة: الثانية، 1419 هـ، ص80.

2 - وكيع الضبي، أبو بكر، محمد بن خلف بن حبان، أخبار القضاة، المكتبة التجارية الكبرى، بشارع محمد علي بمصر لصاحبها: مصطفى محمد، الطبعة: الأولى، 1366هـ=1947م، 2/189.



بالنهر وان فقتل" ¹.

- ويروي أبو يوسف وهو من أفاذا القضاء عن نفسه: أنه جاءه رجل يدعي أن له بستانا في يد الخليفة فأحضر الخليفة إلى مجلس القضاء وطلب من المدعي البينة فقال: غصبه المهدي مني ولا بينة لدي ويلحلف الخليفة، فقال أمير المؤمنين: البستان لي اشتراه لي المهدي ولم أجد به عقدا فوجه القاضي أبو يوسف إلى الخليفة اليمين ثلاث مرات فلم يلحلف الخليفة ففضى بالبستان للرجل ².

- و قد ذكر البيهقي أن الخليفة المأمون جلس ذات يوم للمظالم فخاصمه رجل من عامة الشعب يدعي دينا عليه وليس معه بينة، فقال له المأمون: "فإنك والله قد عدت البينة فما يجب لك إلا حلفاً ولئن حلفتها لأنا صادق إذ كنت لا أعرف لك حقاً يلزميني. قال: فإذا أدعوك إلى الحاكم الذي نصبته لرعتك. قال: نعم، يا غلام عليّ يبجي بن أكنم. فإذا هو قد مثل بين يديه. فقال: يا يبجي! قال: لبيك يا أمير المؤمنين! قال: اقض بيننا. قال: في حكم وقضية! قال: نعم. قال: لا أفعل. قال: ولم؟ قال: لأن أمير المؤمنين لم يجعل داره مجلس قضائي. قال: قد فعلت. قال: فإني أبدأ بالعامّة أولاً ليصبح المجلس للقضاء. قال: افعل. ففتح الباب وقعد في ناحية من الدار وأذن للعامّة ونادى المنادي وأخذ الرقاع ودعا بالناس ثم دعا الرجل المتظلم فقال له يبجي: ما تقول؟ قال: أقول أن تدعو بخصمي أمير المؤمنين المأمون. فنادى المنادي فإذا المأمون قد خرج في رداء وقميص وسراويل قد أرسلها على عقبها في نعل رقيق ومعه غلام يحمل مصلى حتى وقف على يبجي وهو جالس. فقال له: اجلس. فطرح المصلى ليقعد عليه. فقال له يبجي: يا أمير المؤمنين لا تأخذ على خصمك شرف المجلس. فطرح له مصلى آخر فجلس عليه. وقال له يبجي: ما تقول؟ فقال: لي على هذا ثلاثون ألف دينار. قال: ومن هذا؟ قال: أمير المؤمنين المأمون بالله. قال له يبجي: يا أمير المؤمنين قد سمعت ما يقول؟ قال: سله ما وجهها. فأعاد خبر الوكيل. فقال المأمون: ما

1 - المرشد بالله، يبجي بن الحسين الشجري، ترتيب الأمالي الخميسية للشجري، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، الطبعة: الأولى، 1422 هـ - 2001 م، 326/2، نبيل سعد الدين سليم جرّار، الإيماء إلى زوائد الأمالي والأجزاء أضواء السلف، الطبعة: الأولى، 1428 هـ - 2007 م، 194/5، وكيع الضبي، المرجع السابق، 200/2.

2 - النظام القضائي، الكتاب منشور على موقع وزارة الأوقاف السعودية بدون بيانات، ص 29.



أعرف له حقاً. فأقبل على الرجل فقال: قد سمعت، ألك بينة؟ قال: لا. قال: فما تريد؟ قال: ما يوجب الحكم لمن عدم البينة. قال المأمون: ويحك قد لججت في اليمين! قال: يا أمير المؤمنين أتخلف؟ قال: إي والله ولا أوطيء نفسي العشوة في إعطاء رجل ما لا يجب له ظلماً. فقال: قل والله. فاستحلفه غموساً¹.

من ما سبق يتضح لنا أن الشريعة الإسلامية جسدت فعلياً استقلال القضاء، فكان القاضي مستقلاً في وظيفته متحرراً في قضائه محترماً في أحكامه من الخلفاء و الأمراء، فكان قضاؤه نافذاً في حق الجميع من حكام و محكومين على السواء.

ثانياً/ - مكانة مبدأ استقلال القضاء في المواثيق الدولية والداستير الجزائرية و ضمانات تجسيده.

أ- مكانة مبدأ استقلال القضاء في الوثائق الدولية

أكدت جميع المواثيق الدولية على مبدأ استقلال القضاء، فقد نص الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر من الأمم المتحدة عام 1948 في مادته العاشرة على أن: « يتمتع كل شخص بمحاكمة عادلة من طرف محكمة مستقلة وغير متحيزة لتحديد حقوقه و واجباته »²، ثم تلت هذا الإعلان عدة اتفاقيات دولية لضمان استقلالية القضاء عن باقي السلطات، فقد جاء العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية والعهد الدولي للحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية من أجل ضمان الاستقلالية، وأضاف العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية في المادة 14 منه ضمان الحق بالمحاكمة بدون تأخير، وألزم كل طرف عضو و ملتزم العهد أن يضمن لكل متظلم تنتهك حقوقه و حرياته حق اللجوء إلى سلطة قضائية أو إدارية مختصة.

وقد تواصلت جهود المجتمع الدولي لضمان استقلال القضاء ولعل أبرز هذه الجهود ما قامت به اللجنة الدولية للقانونيين في جنيف عام 1978 بإنشاء مركز لاستقلال القضاء

1 - البيهقي، المحاسن والمساوي، ص 213.

2- أنظر: الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لسنة 1948.



وتطوير المبادئ المتعلقة به في جميع أنحاء العالم وفق المعايير الدولية.

كما أن لجنة الأمم المتحدة لحقوق الإنسان وبالتعاون مع بعض اللجان الأخرى التابعة للمنظمة الدولية قامت بجهود كبيرة على هذا الصعيد توجت بالإعلان العالمي حول استقلال القضاء الصادر عن مؤتمر مونتريال بكندا سنة 1983 وقد اعتمد مؤتمر الأمم المنعقد في ميلانو سنة 1985 هذا الإعلان وأقرته الجمعية العمومية للأمم المتحدة في 29 تشرين الثاني من السنة نفسها، وقد تضمن هذا الإعلان في شكل أساسي مقدمة وستة فصول¹، تناول الفصل الأول وجوب دسترة مبدأ استقلال القضاء، ووجوب احترام المؤسسات الوطنية، فضلا عن مبدأ حياد القاضي واستقلاله دون أي تقييد أو تأثير أو تدخل أو ضغط بصورة مباشرة أو غير مباشرة وعلى الكل احترام ذلك، أما الفصل الثاني فيكرس حرية التعبير والاجتماع للقضاة، بينما يشير الفصل الثالث إلى الصفات التي يجب أن يتحلى بها القاضي وطريقة اختياره وتدريبه بينما أشار الفصل الرابع إلى شروط عمل القاضي والضمانات المعطاة له وهو يؤدي عمله، وتناول الفصل الخامس سرية المهنة والحصانة ونصّ الفصل السادس على أصول تأديب القضاة وتوقيفهم عن العمل وعزلهم غير أن أهم معيار لاستقلالية القضاء جاء في هذا الفصل هو انعقاد الاختصاص القضائي حصريا للقضاء الطبيعي فقط، بحيث يُكون القاضي الطبيعي وحده سلطة التقرير فيما إذا كانت القضية تدخل ضمن اختصاصه أم لا².

ب) - مكانة مبدأ استقلال القضاء في الدساتير الجزائرية المتعاقبة

1- مكانة مبدأ استقلال القضاء في الجزائر قبل دستور 1989

لم يهضم المشرع الجزائري فكرة الفصل بين السلطات في دستوري 1963 و 1976، وظل رافضا لها متمسكا بمبدأ وحدة السلطة، وهو ما أثر على استقلال القضاء في تلك الفترة

1- أنظر: مبادئ أساسية بشأن استقلالية السلطة القضائية، المؤتمر السابع للأمم المتحدة، سنة 1985.

2- د. عادل عمر شريف، استقلال القضاء في العالم العربي، دراسة مقدمة إلى برنامج إدارة الحكم في العالم العربي التابع لبرنامج الأمم المتحدة الإنمائي، ص 06.



بحيث كان لا ينظر للقضاء إلا كجهاز ملحق وتابع للسلطة التنفيذية¹، لذا نجد دستور 1963 لم يصف القضاء بوصف السلطة و إنما أطلق عليه مصطلح «العدالة» في الباب الخاص بالقضاء، والجهاز الوحيد الذي وصف بالسلطة في هذا الدستور هو السلطة التنفيذية، وهذا ما تؤكدُه النقاط التالية:

- نص المادة 62 منه «بان القاضي لا يخضع في ممارسة وظيفته إلا للقانون ومصالح الثورة الاشتراكية»، وهذا بطبيعة الحال يعتبر تقييداً لحرية القاضي، إذ أن القاضي لا يخضع للقانون فحسب بل يخضع أيضا لمصالح الثورة الاشتراكية، وبالتالي فان القاضي يخدم مصالح الثورة الاشتراكية فيما يصدره من أحكام وهذا ما يتعارض مع مفهوم استقلالية القضاء.

- الأمر رقم 13/69 المتضمن القانون الأساسي للقضاء، حيث تم تأسيس هذا الجهاز لخدمة السلطة الواحدة والدفاع عن مبادئ الثورة الاشتراكية.

- اليمين القانونية التي يؤديها القضاة عند تعيينهم و قبل توليهم وظائفهم والتي جاءت بالصيغة التالية: «أقسم بالله الذي لا اله إلا هو وأتعهد بأن أقوم أحسن قيام وبإخلاص بتأدية أعمال وظيفتي وأن أكتفم سر المداولات وأسلك في كل الأمور سلوك القاضي الشريف وأحافظ في جميع الظروف على المصالح العليا للثورة».

أما دستور 1976 فقد أطلق على القضاء مصطلح «الوظيفة القضائية» و نظمها من المادة 164 إلى 182 ، حيث جاء في نص المادة 172: «لا يخضع القاضي إلا للقانون»، وحسب المادة 173 فقرة 2 فان القاضي محمي من كل أشكال الضغوط و التدخلات والمناورات التي تضر بأداء مهمته أو تمس احترام نزاهته، لكن كل هذه النصوص كانت دون جدوى ولم تحقق الاستقلالية الفعلية للقضاء في تلك الفترة، لأن السلطة التنفيذية كانت تملّي إرادتها على المجلس الأعلى للقضاء الذي كان دوره يقتصر على الإقرار و المصادقة على هذه القرارات عند صدورها عن رئيسه، وفي ذلك هيمنة على المجلس الأعلى للقضاء² وبالتالي هيمنة

1-أ. ميلود ذبيح، الفصل بين السلطات في التجربة الدستورية الجزائرية، عين مليلة، دار الهدى، 2007، صفحة 63 وما بعدها .

2-أ. ميلود ذبيح، المرجع السابق، صفحة 65.



على جهاز القضاء بأكمله، وفي الأخير نستطيع أن نقول بأن القضاء الجزائري لم يعرف أي
استقلالية قبل دستور 1989.

2- مكانة مبدأ استقلال القضاء في الجزائر بعد دستور 1989

تبني دستور 23 فبراير 1989 مبدأ الفصل بين السلطات وأصبح جهاز القضاء سلطة
من السلطات الثلاث في الدولة، وحاول المشرع تبعا لذلك تكريس هذا المبدأ في النصوص
الدستورية والقانونية، حيث أكد على استقلال السلطة القضائية في نص المادة 129 وأصبح
أساس القضاء مبادئ الشرعية والمساواة بعدما كان أساسه في الدساتير السابقة مكتسبات
الثورة الاشتراكية، وقد تعزز مبدأ استقلال القضاء أكثر مع التعديل الدستوري 1996 الذي
نص صراحة في المادة 138 على أن السلطة القضائية مستقلة، كما أحدث المشرع
تعديلات على مستوى السلطة القضائية من خلال اعتماده نظام ازدواج القضاء معلنا نظاما
مستقلا وكاملا للقضاء الإداري، وأضاف للمجلس الأعلى للقضاء صلاحيات متعددة مثل
تعيين القضاة، ونقلهم، وسير سلمهم الوظيفي بعد ما كانت هذه الصلاحيات بيد السلطة
التنفيذية ولا يملك المجلس بشأنها إلا المصادقة، و من الأمور التي تعكس كذلك تجسيد هذا
المبدأ التعديل الذي أدخله المشرع على صيغة اليمين القانونية التي يؤديها القضاة عند تعيينهم
الأول، فبعد أن كانت تلزمهم بالحفاظ في جميع الظروف على المصالح العليا للثورة أصبحت
بموجب المادة 04 من القانون الأساسي للقضاء لعام 2004 تلزمهم بأن يسلكوا سلوك
القاضي التزيه والوفى لمبادئ العدالة، التي لا يخضع فيها القاضي إلا للقانون طبقا للمادة
147 من دستور 1996.

المطلب الثاني

**حقيقة استقلال القضاء كسلطة في النظام الإسلامي وآليات تجسيده في القانون الجزائري
ومدى كفايتها.**

الفرع الأول: حقيقة استقلال القضاء في النظام الإسلامي.

ويشمل الآتي:



أولا/ - تطور استقلالية القضاء كسلطة في النظام الإسلامي

لما كان الإسلام في بداية عهده لم تكن دولة الإسلام آنذاك قد اتسعت وتعدت، فكان الرسول ﷺ - هو الذى يجمع بين السلطتين "القضائية والتنفيذية" فكان يقضى بين الخصوم و يتولى التنفيذ والإلزام¹، فلم يكن هناك استقلال للولايات عن بعضها، ويعود ذلك إلى أن دولة الإسلام كانت لا تزال في طور نشأتها، وقد نفت الإسلام في روح الناس يومئذ آدابا سامية، وبعث فيهم أخلاقا عالية، فقلت الخصومات، ولم يكن الأمر بحاجة إلى أفراد قضاة مختصين بالفصل في قضايا الناس، فكان إذا عرضت خصومة لأحد أفراد المسلمين، أسرع في الالتجاء إلى رسول الله ﷺ فكان يقضى بين الناس بما علمه الله تعالى².

فلما انتشر الدين، وبعثت الأمصار بعث الرسول ﷺ بعض الصحابة إلى الأمصار البعيدة التي دخل أهلها في الإسلام، فكان أن أرسل علياً³ و معاذاً⁴ إلى اليمن، واستعمل عتاب بن أسيد على مكة المشرفة، وظل بها قاضيا حتى مات⁵، وكان هؤلاء الولاة الذين

1- لقد قضى الرسول - صلى الله عليه وسلم - في جميع نواحي الحياة، سواء منها ما اتصل بالأسرة أو ما تعلق بالشئون المدنية والجنائية. راجع في نماذج عديدة لأقضية الرسول - صلى الله عليه وسلم - محمد نعيم ياسين، نظرية الدعوى، ص43 إلى 47 والمراجع التي أشار إليها في هامش 43/1.

2- محمد نعيم ياسين، نظرية الدعوى، المراجع السابق، ص51. ويعود السبب في عدم استقلال السلطة القضائية عن غيرها من الولايات في تصور البعض في عهد النبي أن الأعمال آنذاك كانت قليلة، والولاية الخاصة كثير عليها أن يستقل بها والي خاص.

3- روى على - رضى الله عنه - قال بعثنى رسول الله - صلى الله عليه وسلم - إلى اليمن قاضيا، فقلت يارسول الله ترسلني وأنا حديث السن ولا علم لي بالقضاء؟ فقال: "إن الله سيهدى قلبك ويشب لسانك، فإذا جلس بين يديك الخصمين فلا تقضين حتى تسمع من الآخر كما سمعت من الأول، فإنه أحرى أن يتبين لك القضاء" فمازلت قاضيا أو ما شككت في قضاء بعد. أبو داوود في سنن المصطفى "سنن أبي داوود" 409/3، ط2، مطبعة السعادة: 1369هـ - 1950م.

4- روى معاذ - رضى الله عنه - أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - لما بعثه إلى اليمن، قال: كيف تصنع إن عرض لك قضاء؟ قال: أقضى. بما في كتاب الله، قال: فإن لم يكن في كتاب الله؟ قال: فبسنة رسول الله - صلى الله عليه وسلم -، قال: فإن لم يكن في سنة رسول الله - صلى الله عليه وسلم - قال: أجتهد رأيي ولا ألو، قال: فضرب رسول الله - صلى الله عليه وسلم - صدرى ثم قال: الحمد لله الذى وفق رسول الله لما يرضى رسول الله - صلى الله عليه وسلم - سنن أبي داوود، ج3، ص412 وما بعدها.

5- محمد بن إسماعيل الصنعاني، سبل السلام، مطبعة محمد على صبيح 1345هـ، 161/4. الكاساني، بدائع الصنائع، 2/7.



يرسلهم لهم سلطة القضاء وسلطة التنفيذ نيابة عنه ﷺ، فسلطة القضاء في عهده ﷺ لم تفصل عن سلطة التنفيذ.

وكذلك كان الحال في عهد أبي بكر الصديق الخليفة الأول بعد الرسول ﷺ فكانت له رضي الله عنه سلطة القضاء وسلطة التنفيذ وولاته كذلك، وإن بدت بوادر استقلال القضاء تلوح من بعيد في عهد أبي بكر الصديق ﷺ لما ولي عمر وقال له: "اقض بين الناس فإنني في شغل"¹.

ولما جاء عهد الخليفة الثاني عمر بن الخطاب ﷺ وكان أن اتسعت الدولة الإسلامية وامتدت الفتوح في الأرض فكثرت مصالح الدولة وتشعبت الأعمال وكثرت المشاغل التي تحول بين الوالي وولاية القضاء، بدأ عمر بن الخطاب — رضي الله عنه — يُنصَّبُ القضاة من صحابة الرسول — ﷺ — على الأمصار، وفصل الولايات عن بعضها، وبدا استقلال القضاء يلوح في الأفق منذ ذلك التاريخ، فتولى أبو الدرداء قضاء دمشق، وتولى أبو موسى الأشعري² قضاء البصرة، وتولى شريح بن الحارث الكندي قضاء الكوفة، فكان عمر بن الخطاب — رضي الله عنه — أول من فصل الأعمال بعضها عن بعض، ومن ذلك سلطة الولاية "السلطة التنفيذية" وسلطة القضاء، فصلت إحداهما عن الأخرى، ومن ذلك الحين صار القضاء منفصلاً عن الإمارة، أو بعبارة أخرى صارت السلطة القضائية منفصلة عن السلطة التنفيذية³.

ثانياً/ - حدود الفصل بين السلطات في الشريعة الإسلامية

علاقة السلطة القضائية بالسلطة التنفيذية لا تزال وطيدة جداً بحيث لا تستغني إحداهما

1- البيهقي، السنن الكبرى، مطبعة مجلس دائرة المعارف، حيدرآباد، الهند 1355هـ، 87/10.
2- هو: أبو موسى الأشعري عبد الله بن قيس بن سليم الفقيه المقرئ، حدث عنه بريدة بن الحُصَيْب وأبو أمامة الباهلي وأبو سعيد الخدري وخلق سواهم، وقد استعمله النبي ومُعَاذًا على زبَيْد، وَعَدَن، ولي إمرة الكوفة لعُمَرَ، وإمارة البصرة، وجاهد مع النبي، وحَمَلَ عنه علماً كثيراً، قال المدائني مات سنة ثلاث وخمسين للهجرة. ينظر في ترجمته: ابن سعد، الطبقات الكبرى، 78/4، الذهبي، سير أعلام النبلاء، 40/4.
3- أبو عمر بن محمد بن يوسف الكندي، الولاية والقضاء، 1908، ص 354م، محمد نعيم ياسين، نظرية الدعوى، ص 52..



عن الأخرى، إذ لا بد للقضايا والمشاكل التي تعرض للولاية وهم السلطة التنفيذية - أن تحلّ على ضوء الشريعة الإسلامية لقوله تعالى: ﴿فَإِنْ تَنَازَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ إِنْ كُنْتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ ذَلِكَ خَيْرٌ وَأَحْسَنُ تَأْوِيلًا﴾¹، وتلك مهمة قضاة الشرع - وهم السلطة القضائية - ولا بد للأحكام الشرعية الصادرة من القضاة من تنفيذها وإلزام الخصوم بها، وتلك هي مهمة الولاية وهم السلطة التنفيذية.

ومن هنا ندرك أن السلطين متلازمتان تلازماً ضرورياً لتؤدي كل منهما مهمتها على خير وجه، وبذلك تقوم مصالح العباد حينما يجتمع وازع السلطان مع وازع القرآن، وتأمل قوله تعالى: ﴿قَدْ أَرْسَلْنَا رُسُلَنَا بِالْبَيِّنَاتِ وَأَنْزَلْنَا مَعَهُمُ الْكِتَابَ وَالْمِيزَانَ لِيَقُومَ النَّاسُ بِالْقِسْطِ وَأَنْزَلْنَا الْحَدِيدَ فِيهِ بَأْسٌ شَدِيدٌ وَمَنَافِعُ لِلنَّاسِ﴾².

فاستقلال القاضي لا يمنع إرشاده من قبل السلطان، حيث إن من واجب السلطان تفقد أحوال القضاة وتقديم النصح الواجب لهم، وإرشادهم فيما يتعلق بعملهم القضائي، ومن الأمثلة على ذلك في تاريخ القضاء الإسلامي رسالة الخليفة عمر بن الخطاب - رضي الله عنه - إلى قاضيه أبي موسى الأشعري ونظراً لأهمية هذه الرسالة ودورها البالغ في توجيه القضاة³ سوف نقوم بذكرها حيث جاء فيها:

" أما بعد، فإن القضاء فريضة محكمة، وسنة متبعة فافهم إذا أدلى إليك، فإنه لا ينفع تكلم بحق لا نفاذ له، آس بين الناس في مجلسك وفي وجهك وقضائك حتى لا يطمع شريف في حيفك ولا ييأس ضعيف من عدلك، البينة على المدعي واليمين على من أنكر والصلح جائز بين المسلمين إلا صلحاً أحل حراماً أو حرم حلالاً، ومن ادعى حقاً غائباً أو بينه فاضرب له أمداً ينتهي إليه، فإن بينه أعطيته بحقه وإن أعجزه ذلك استحلت عليه القضية

1 - سورة النساء الآية: 59.

2 - سورة الحديد من الآية: 25.

3- قال أبو اسحاق: هو "كتاب عمر رضي الله عنه أجل كتاب، فإنه بين آداب القضاة وصفة الحكم وكيفية الاجتهاد واستنباط القياس. محمد بن اسماعيل الأمير اليميني الصنعاني، سبيل السلام شرح بلوغ المرام من أدلة الأحكام، دار الحديث، القاهرة، 1425هـ-2004م، 163/4.



فإن ذلك هو أبلغ في العذر وأجلى للعمى، ولا يمنعك قضاء قضيت فيه اليوم فراجعت فيه رأيك فهديت فيه لرشدك أن تراجع فيه الحق فإن الحق قديم لا يطله شيء ومراجعة الحق خير من التماذي في الباطل، والمسلمون عدول بعضهم على بعض إلا مجرباً عليه شهادة زور أو مجلوداً في حد أو ظنيماً في ولاء أو قرابة، فإن الله تعالى تولى من العباد السرائر وستر عليهم الحدود إلا بالبنيات والإيمان، ثم الفهم الفهم فيما أدلى إليك مما ورد عليك مما ليس في قرآن ولا سنة ثم قايس الأمور عند ذلك واعرف الأمثال ثم اعمد فيما ترى إلى اجتهاد إلى الله وأشبهها بالحق، لمواطن الحق مما يوجب الله به الأجر ويحسن به الذكر فمن خلصت نيته في الحق ولو على نفسه كفاه الله ما بينه وبين الناس ومن ترين مما ليس في نفسه شأنه الله، فإن الله لا يقبل من العباد إلا ما كان خالصاً¹.

و من خلال ما سبق يمكن القول بأن استقلال القضاء لا يرتبط ارتباطاً لازماً بمبدأ الفصل التام بين السلطات، بل يقوم على تحقيق التكامل بينها مع تمتعه باستقلال كامل في أحكامه وقراراته، وبرهان ذلك — على سبيل المثال — أن القاضي في الدولة الإسلامية منذ قيامها في عهد النبي ﷺ — وحتى سقوط الخلافة عام 1924 كان يعتبر نائباً للخليفة، فكان يتبع السلطة التنفيذية، إلا أنه مع ذلك كان — من الناحية العملية — يتمتع باستقلال يفوق إلى حد كبير الاستقلال الذي نراه في الدولة الحديثة، فكانت له سلطة وضع قواعد قانونية، وسلطة تقديرية كبيرة جداً في فرض العقوبات التعزيرية، كما أنه لم يكن لأي خليفة من الخلفاء أن يجزؤ على إنشاء محاكم استثنائية تحاكم المواطنين "الرعية" بدلاً عن قاضيه الطبيعي، أو يمتنع عن تنفيذ حكم قضائي، فضلاً عن أنه كان لا يخضع في قضاؤه إلا لأحكام الشريعة الإسلامية التي لا يمكن لأحد كان أن يجزئه على مخالفتها أو الخروج عليها حتى الخليفة نفسه.

1- ابن قيم الجوزية، إعلام الموقعين عن رب العالمين، مطبعة المدني 1389 هـ سنة 1969م، 1 / 92، "وقد قال ابن قيم الجوزية بعد أن ذكر هذه الرسالة : وهذا كتاب جليل تلقاه العلماء بالقبول وبنوا عليه أصول الحكم والشهادة والحاكم والمفتي أحوج شيء إليه، وإلى تأمله والتفقه فيه"، البيهقي، السنن الكبرى، ط 1، مطبعة مجلس دائرة المعارف العثمانية، حيدر اباد بالهند 1355هـ، 109/10، الماوردي، الأحكام السلطانية، ص 71.



الفرع الثاني: ضمانات تجسيد استقلالية القضاء كسلطة في الجزائر ومدى كفايتها.

أولا/ - ضمانات تجسيد استقلالية السلطة القضائية في القانون الجزائري

أ) - ضمانات تنظيم الأجهزة القضائية داخل الدولة وتحديد صلاحياتها بقوانين عضوية

1- تعريف القانون العضوي

اتجه شراح القانون في تعريف القانون العضوي اتجاهاين اثنين، فعرفه أنصار المعيار الشكلي بأنه « مجموعة القواعد التي تصدر من البرلمان وتخضع في وضعها وتعديلها إلى إجراءات خاصة »¹.

لكن ما يعاب على هذا التعريف أنه يُخرج موضوعات من صميم القانون الدستوري، ويُدْرَج موضوعات ليست من صميم هذا القانون².

أما أنصار المعيار الموضوعي³، الذين ارتكزوا في تعريفه على جوهر ومضمون القاعدة القانونية، ودون النظر إلى الشكليات والإجراءات التي تتبع في وضع القانون العضوي، عرفوه بأنه " تلك القوانين التي تنظم موضوعا من موضوعات القانون الدستوري، سواء ورد النص في الدستور على إجراءات خاصة لإقرارها تختلف عن إجراءات القانون العادي، أو أخضعها لإجراءات القانون العادي ".

و ما يؤخذ على هذا الرأي أنه يغفل ويعجز عن تحديد أهم الموضوعات التي تدخل بطبيعتها في هذا القانون⁴.

1 - د. قزو محمد أكلي، دروس في الفقه الدستوري والنظم السياسية، دراسة مقارنة، دار الخلدونية، 2003 ص 167-168.

2 - أ. سعوداوي صديق، استقلال السلطة القضائية بعد 1989، رسالة ماجستير مقدمة لجامعة سعد دحلب البليدة الجزائر، سنة 2007، 172.

3 - د. قزو محمد أكلي، المرجع السابق، ص 169.

4 - أ. سعوداوي صديق، نفس الرسالة، ص 172.



ومما سبق من الاتجاهين يمكن لنا القول أن القوانين العضوية هي « مجموعة القواعد القانونية التي تعمل على تطبيق النصوص الدستورية المتعلقة بتنظيم السلطات العامة والحريات الفردية ويتبع في إقرارها إجراءات خاصة ومتميزة عن إجراءات القوانين العادية »¹.

2- تطبيقات القوانين العضوية في المجال القضائي

- حدد المشرع في المادة 123² من الدستور مجالات التشريع البرلماني بقوانين عضوية ومنها القانون الأساسي للقضاء والتنظيم القضائي، والذي نتج عنه في صورته النهائية القانون العضوي رقم 04-11 المؤرخ في 06/09/2004 المتضمن القانون الأساسي للقضاء.

- و طبقا للمادة 157 يحدد تشكيلة المجلس الأعلى للقضاء وعمله وصلاحياته بموجب قانون عضوي، فنتج عن ذلك القانون العضوي رقم 04/12 المتضمن القانون الأساسي للمجلس الأعلى للقضاء.

- طبقا للمادة 153 التي تنص على وجوب تنظيم المحكمة العليا ومجلس الدولة ومحكمة التنازع وعملهم واختصاصهم بموجب قانون عضوي، فنتج تبعا لذلك القوانين العضوية التالية:

- القانون العضوي رقم 98-01 المؤرخ في 30/05/1998 المتعلق باختصاصات مجلس الدولة وتنظيمه وعمله.

- القانون العضوي رقم 98-03 المؤرخ في 03/06/1998 المتعلق باختصاصات محكمة التنازع وتنظيمها وعملها.

1- د. محمد آكلي قزو، المرجع السابق، ص 170.

2- نصت نفس المادة على مجالات أخرى تكون بموجب قوانين عضوية وهي:- تنظيم السلطات العمومية وعملها-نظام الانتخابات- القانون المتعلق بالإعلام- القانون المتعلق بقوانين المالية- القانون المتعلق بالأمن الوطني- وأيضا = نص الدستور في مواد متفرقة على مجالات مختلفة تكون بموجب قوانين عضوية وهي المواد 89، 92، 103، 108، 112، 115، 120.



3- المزايا التي يحققها تنظيم الأجهزة القضائية وتحديد اختصاصاتها بقوانين عضوية

ودورها في ضمان استقلالية القضاء في الجزائر.

لما كان القانون العضوي في مركز متميز عن القانون العادي أثبت له المشرع إجراءات وشروطا خاصة في طريقة سنه وإغاثة جسد من خلالها احترامه للمبادئ الدستورية وتوازن السلطات في الدولة، ولعلّ هذه الإجراءات و الشروط مثلت أهم دعامة من المشرع لمبدأ استقلال القضاء في الجزائر، حيث تم النص على طريقة سن هذا الأخير في الفقرتين الأخيرتين من المادة 123 والفقرة الثانية من المادة 165 من دستور 1996 وهي كالتالي:

- إجراء التصويت على القانون العضوي والمصادقة عليه يكون بالأغلبية المطلقة لنواب المجلس الشعبي الوطني، و بثلاثة أرباع أعضاء مجلس الأمة.

- الإجراء المتمثل في وجوب إخطار رئيس الجمهورية المجلس الدستوري لمراقبة مطابقة القانون العضوي للدستور بعد مصادقة البرلمان عليه، وهذا بنص الفقرة 2 من المادة 165.

- إجراء إخطار المجلس الدستوري يكون قبل صدور القانون.

نلاحظ من خلال النص أن المشرع أوجب لسن أو تعديل القوانين العضوية رقابة المجلس الدستوري، وتكون بإخطار رئيس الجمهورية المجلس الدستوري من أجل مراقبة هذا الأخير مطابقة القانون العضوي للدستور¹، عكس سن القوانين العادية التي لا تخضع لإجراء الرقابة الوجودية من المجلس الدستوري، وبالتالي تلافى المشرع بذلك خطر سن قوانين عادية مخالفة للدستور في مجال السلطات والحريات، وبناءً عليه تكون السلطة القضائية وجميع الأجهزة التابعة لها المنظمة بموجب قوانين عضوية محصنة من تدخل السلطتين التشريعية والتنفيذية بواسطة قوانين عادية أو نصوص تنظيمية.

1- طبقا للمادة 123 الفقرة 3 "يخضع القانون العضوي لمراقبة مطابقة النص مع الدستور من طرف المجلس الدستوري قبل صدوره".



وخلاصة القول فإن تنظيم أجهزة السلطة القضائية و تحديد صلاحياتها بموجب قوانين عضوية يعتبر ضماناً قانونية هامة لاستقلال السلطة القضائية في الجزائر، وذلك مرده إلى أهم خاصية دعم بها المشرع هذه القوانين وهي خاصية رقابة المجلس الدستوري القبليّة الوجودية في سنّها وتعديلها.

ب)- المجلس الأعلى للقضاء كضمانة أساسية لتحقيق استقلالية القضاء.

حاول المشرع الجزائري إيجاد آليات عملية متعددة لضمان استقلال السلطة القضائية عن السلطة التنفيذية، فقام بإنشاء هيئة خاصة تكفل بتسيير الشؤون الإدارية للقضاة أطلق عليها تسمية المجلس الأعلى للقضاء هذا الأخير الذي أصبح يمثل أهم ضمانات مبدأ الاستقلالية، لأنه انفرد بإدارة شؤون القضاة من حيث التعيين والنقل والعزل دون تدخل من السلطات الأخرى، والمشرع فعلاً بهذا قد خطى أول خطواته نحو تجسيد مبدأ الاستقلالية، لأنه لا يمكن أن نتحدث عن القضاء كسلطة إلا إذا استقل القضاة بقانون وجهاز رقابي خاص بهم، فلو تحكمت السلطة التنفيذية ممثلة في وزارة العدل بتسيير الشؤون الإدارية للقضاة لجرّد القضاء في الجزائر من وصف السلطة، ويبقى بذلك مجرد وظيفة من وظائف الدولة بيد السلطة التنفيذية تتحكم فيها كما تشاء، وهذا بطبيعة الحال لا يساير الإصلاحات الدستورية التي نصت على مبدأ الفصل بين السلطات ومبدأ استقلالية السلطة القضائية.

ولكي يتضح كون المجلس الأعلى للقضاء ضماناً لاستقلالية السلطة القضائية يستوجب الأمر دراسته من خلال النقاط التالية:

- تشكيلة المجلس الأعلى للقضاء ونظامه.

- صلاحيات المجلس الأعلى للقضاء.

1- تشكيلة المجلس الأعلى للقضاء

يتألف المجلس الأعلى للقضاء طبقاً للقانون العضوي رقم 04-12 في المادة 3 منه من رئيس الجمهورية رئيساً له، ووزير العدل نائباً عنه، وعشرة قضاة ينتخبهم زملاًؤهم يمثلون مختلف مكونات سلك القضاء، وست شخصيات يعينهم رئيس الجمهورية من خارج



سلك القضاء على أساس كفاءتهم، أما الإدارة المركزية لوزارة العدل فلن تكون ممثلة في المجلس إلا بالمدير المكلف بتسيير سلك القضاة الذي يحضر جلساته ولا يشارك في مداولاته، ويضاف إلى هذه التشكيلة الرئيس الأول للمحكمة العليا الذي يرأس المجلس التأديبي طبقاً لنص الدستور وكذلك النائب العام لدى المحكمة العليا باعتباره أعلى الهرم السلمي لسلك قضاة النيابة.

وتثير هذه التشكيلة الملاحظات التالية:

- إن رئاسة رئيس الجمهورية ونيابة وزير العدل للمجلس الأعلى للقضاء يجعل منه تابعاً للسلطة التنفيذية¹، وبالتالي قد جسدت التبعية في المجلس، فكيف لجهاز تابع للسلطة التنفيذية أن يحقق استقلالية القاضي؟.

في نظري أنه إذا كانت للسلطات إرادة حقيقية لتفعيل مبدأ الفصل بين السلطات وبالتالي تفعيل استقلالية السلطة القضائية، فعليها تفعيل الاستقلالية الحقيقية للمجلس الأعلى للقضاء، ولا يتحقق ذلك إلا باستقلاله الكامل عن مختلف السلطات سواء في تشكيله أو ممارسة اختصاصاته أو اتخاذ قراراته.

- نلاحظ أن المشرع أدمج ست شخصيات من خارج القضاء يعينهم رئيس الجمهورية بحكم كفاءتهم، وهذا العدد مبالغ فيه وحصته جد مرتفعة، فهل القصد منه المحافظة على حياد المجلس بإدخال عناصر غير قضائية، أم الهدف منه التأثير على قرارات المجلس، نعتقد أنه كان من الأفضل أن يكون ثلثاً أعضاء المجلس قضاة على الأقل لنضمن للمجلس صلاحيات وقرارات مستقلة عن السلطة التنفيذية.

و عليه فإننا نطالب بإعادة النظر في المادة 3 من القانون العضوي 12/04 على نحو يحقق الاستقلالية عن السلطة التنفيذية ويقلص عدد المعينين من جانب رئيس الجمهورية.

1- د. بوعلام بن حمودة، الممارسة الديمقراطية بين النظرية والواقع، دار الأمة، الجزائر، الطبعة الثانية، 1999، ص 89.



2- صلاحيات المجلس الأعلى للقضاء

خول المشرع للمجلس الأعلى للقضاء صلاحيات عديدة تـمس الحياة الإدارية للقاضي ورد ذكرها في القانون الأساسي للقضاء وكذلك في القانون العضوي المتعلق بالمجلس الأعلى للقضاء، وتـمس هذه الصلاحيات مختلف المجالات الإدارية للقاضي منذ لحظة التعيين وإلى غاية إنهاء مهامه، ويختص المجلس الأعلى للقضاء طبقا للقانون الأساسي للقضاء بما يلي:

- دراسة ملفات المرشحين للتعين في سلك القضاء والتداول بشأنها، كما يباشر المجلس حق التداول حتى بالنسبة للتعينات الاستثنائية بصفة مستشار لدى المحكمة العليا أو مجلس الدولة وهذا من بين حاملي الدكتوراه والمتحصلين على رتبة الأستاذية وكذلك المحامين المعتمدين لدى المحكمة العليا أو مجلس الدولة الذين يثبتون تجربة عشر سنوات.

- ترسيم القضاة أو تمديد فترة تجربتهم أو إعادتهم إلى سلكهم الأصلي أو تسريحهم بعد انتهاء فترة التأهيل.

- يتداول المجلس أيضا بخصوص طلبات نقل القضاة طبقا للمادة 19 من القانون العضوي 12/04.

- يختص المجلس الأعلى بدراسة ملفات الترقية ويفصل أيضا في الطعون المتعلقة بالتسجيل في قائمة التأهيل، وهذا ما أشار إليه صراحة نص المادة 20 من القانون العضوي 12/04.

- يمارس المجلس سلطة التداول بخصوص طلبات الإحاق وهذا ما نصت عليه المادة 78 من القانون الأساسي للقضاء، ويقرر المجلس أيضا الإحالة على الاستيداع طبقا للمادة 33 من ذات القانون، ويفصل المجلس في طلبات الاستقالة طبقا للمادة 85 من القانون الأساسي للقضاء، ويبت في حالات التخلي عن المنصب وحالات العجز المهني وهذا ما أشارت إليه المادة 86 و 87 من ذات المنظومة القانونية.

- يختص المجلس بالنظر في الملفات التأديبية للقضاة وهذا بتشكيلة خاصة يرأسها الرئيس الأول للمحكمة العليا طبقا لما ورد في المادة 21 من القانون العضوي 12/04.



ومن خلال النصوص السابقة نلاحظ أن المجلس بسط سلطانه على تسيير الحياة الإدارية للقاضي والتحكم في مساره الوظيفي بما يؤمنه إداريا على نحو يخدم مبدأ الاستقلال ويعد القاضي عن كافة أشكال الضغوط التي قد تواجهه حال مباشرته للعمل القضائي.

ثانيا/ - مظاهر تبعية القضاء في الجزائر للسلطة التنفيذية المتجسدة في نصوص القانون العضوي رقم 04 / 11 المتضمن القانون الأساسي للقضاء والقانون العضوي رقم 04 / 12 المتضمن القانون الأساسي للمجلس الأعلى للقضاء.

أ) - تبعية القضاة للسلطة التنفيذية في التعيين و نقل وتأديب وإنهاء المهام :

1- تبعية القضاة للسلطة التنفيذية في التعيين:

تعد مسألة تعيين القضاة من بين أهم المعايير التي تقاس بها مدى استقلالية السلطة القضائية عن السلطة التنفيذية في الدولة، وما يلاحظ في الجزائر بهذا الخصوص أنه قبل دستور 1989 كان القاضي يعين بموجب مرسوم رئاسي باقتراح من وزير العدل بعد أخذ رأي المجلس الأعلى للقضاء الذي كان رأيه استشاريا غير ملزم، وهذا ما تضمنه القانون الأساسي للقضاء لسنة 1969 في مادته الثانية التي نصت "يعين القضاة بموجب مرسوم يتخذ بناء على اقتراح وزير العدل بعد استطلاع رأي المجلس الأعلى للقضاء"، وبذلك يتضح أن تعيين القضاة قبل دستور 1989 كان يخضع للإرادة المنفردة للسلطة التنفيذية، وهو ما يجسد تبعية القضاة للسلطة التنفيذية.

الأمر الذي تداركه المشرع بعد صدور دستور 1989 في القانون الأساسي للقضاء لسنة 1989 و القانون الأساسي للقضاء لسنة 2004، حيث أصبح تعيين القضاة بموجب مرسوم رئاسي باقتراح من وزير العدل وبعد مداولة المجلس الأعلى للقضاء وهو ما تضمنته المادة 03 من القانون 11/04 بنصها « يعين القضاة بموجب مرسوم رئاسي بناء على اقتراح من وزير العدل وبعد مداولة المجلس الأعلى للقضاء»، فألغيت عبارة "استطلاع رأي المجلس" واستبدلت بعبارة "بعد مداولة المجلس"، وبذلك يكون المشرع قد وضع اللبنة الأولى



في بناء صرح استقلال القضاء وحجر الزاوية فيه¹.

وعلى الرغم من الجهد المبذول من المشرع لتحقيق استقلال القاضي عن السلطة التنفيذية في التعيين إلا أن هذا الجهد المبذول في نظرنا يبقى دائما ناقصا ما دام أن السلطة التنفيذية لها علاقة بتعيين القضاة، فوجود هذه العلاقة سيشرع القاضي دائما أنه تابع وغير مستقل وخاضع وسيتأثر حتما في أحكامه بأهواء الحكام من رجال السلطة التنفيذية، وعليه يجب إعطاء سلطة التعيين بكاملها للمجلس الأعلى للقضاء وتبقى الإجراءات التنظيمية التابعة لإجراء التعيين بيد وزارة العدل.

2- تبعية القضاة للسلطة التنفيذية في النقل:

من خلال نص المادة 26 من القانون العضوي 11/04 التي تنص في فقرتها الرابعة «يجوز لوزير العدل نقل قضاة النيابة أو محافظي الدولة أو القضاة العاملين... مع اطلاع المجلس الأعلى للقضاء بذلك في أقرب دورة له».

وكذلك من خلال نص المادة 57 من نفس القانون والتي تنص أنه «يمكن لوزير العدل انتداب قاض في وظيفة من الوظائف المقابلة لمجموعته، على أن يخطر المجلس الأعلى للقضاء بذلك في أقرب دورة له لتسوية وضعية القاضي المعني».

نلاحظ أن المشرع الجزائري كرس في القانون العضوي رقم 11/04 تبعية القضاة للسلطة التنفيذية، وضرب بذلك المبادئ الدستورية عرض الحائط، عندما حول صلاحية نقل القضاة إلى وزير العدل، وما من شك بأن هذه الصلاحية في يد ممثل السلطة التنفيذية سوف تبقى دائما حاجزا وعازلا لتحقيق مبدأ استقلال القضاء في الجزائر لأن القاضي سيعتقد دائما أنه تحت رقابة ووصاية وزير العدل وبالتالي سوف يتحفظ دائما في أحكامه وقراراته تجاه السلطة التنفيذية، وعليه نطالب المشرع الجزائري بضرورة إعادة النظر في هذه المواد مع التوصية بإعطاء الصلاحية الكاملة في نقل القضاة للمجلس الأعلى للقضاء، كما نطالب

1- يرى البعض أن مسألة تعيين القضاة من قبل السلطة التنفيذية مسألة متقدمة تتناقض والمبدأ الدستوري المتمثل في أن "القاضي لا يخضع إلا للقانون" ينظر الندوة الفكرية الخامسة بمجلس الأمة، مناقشة مسألة استقلالية القضاء مارس 1999 باب المناقشة ص 93 .



بترع تسمية القضاة عن القضاة العاملين في وزارة العدل حتى نتفادى الخلط و يبقى القاضي متحررا دائما من السلطة التنفيذية.

3- تبعية القضاة للسلطة التنفيذية في التأديب وإنهاء المهام:

من خلال نص المادة 65 من القانون العضوي 11/04 « إذا بلغ إلى علم وزير العدل أن قاضيا ارتكب خطأ جسيما، سواء تعلق الأمر بالإخلال بواجبه المهني، أو ارتكب جريمة من جرائم القانون العام مخلّة بشرف المهنة بطريقة لا تسمح ببقائه في منصبه، يصدر قراراً بإيقافه عن العمل فوراً بعد إجراء تحقيق أولي يتضمن توضيحات القاضي المعني، وبعد إعلام مكتب المجلس الأعلى للقضاء».

ومن خلال نص المادة 22 من القانون العضوي 12/04 المتضمن القانون الأساسي للمجلس الأعلى للقضاء « يباشر وزير العدل الدعوى التأديبية أمام المجلس في تشكيلته التأديبية ».

نلاحظ أن المشرع قد اعترف لوزير العدل منفردا بسلطة توقيف القاضي الذي ارتكب خطأ جسيما سواء بإخلاله بالواجب المهني أو ارتكابه جريمة مخلّة بالشرف، إن هذه النصوص التي تضمنتها قوانين عضوية تعتبر مهزلة قانونية بكل المقاييس، فكيف لقانون عضوي أن يخرق مبدأ دستورا وجد هذا القانون أصلا لتنظيمه وتجسيده؟.

إن المشكلة في البلدان العربية والجزائر واحدة من هذه البلدان، ليست مشكلة نصوص دستورية أو نصوص قانونية، بل هي مشكلة غياب إرادة سياسية حقيقية، فأصحاب القرار في هذه البلاد لا زالوا متمسكين بمبدأ مركزية القرار وتوحيد كل السلطات في يد السلطة التنفيذية وهم بعيدون كل البعد عن تطبيق المبادئ الدستورية التي فرضت عليهم في معظم الأحيان بضغط دولي.

وعليه نناشد المشرع الجزائري بضرورة إلغاء هذه المواد لعدم دستوريتها والتي تجسد صراحة انتهاكا واضحا لمبدأ الفصل بين السلطات أولا، وانتهاكا لمبدأ استقلال القضاء ثانيا، مع التوصية بإعطاء مطلق الصلاحية في ذلك للمجلس الأعلى للقضاء.



وبناء على ما سبق، يمكننا القول، أن تخويل أحد أعضاء السلطة التنفيذية - وزير العدل - حق إصدار قرار يقضي بتعيين أو نقل أو وقف القاضي عن العمل، فيه قدر كبير من الخطورة على استقلالية القضاء، لأنه إذا لم يمثل القاضي لآراء السلطة فإنه يكون عرضة لتوقيع مثل هذه الجزاءات التأديبية عليه أو النقل من وظيفته، وبالتالي لن يكون للقاضي إلا الاختيار بين أمرين: إما الخضوع كلية للسلطة التنفيذية، وإما تعريض مستقبله للخطر، لذلك نؤيد ما ذهب إليه د. محمد كامل عبيد بقوله: « يجب أن يتم إجراء إيقاف القاضي عن العمل من قبل الجهة صاحبة الاختصاص الأصيل به وهي الهيئة التي ينتسب إليها أي السلطة القضائية وحدها والتي ينبغي أن يعود إليها القول الفصل في تقدير ما ارتكبه القاضي من أفعال تستوجب إيقافه»¹.

ب) - عدم تحصن القضاة في الجزائر من العزل

تعتبر ضمانات حصانة القاضي من العزل إحدى أهم دعائم مبدأ الاستقلالية، فبدون هاته الضمانة لا يستطيع القاضي أن يرفع صوت القانون عاليا شامحا خاصة تجاه السلطة التنفيذية إذا كانت هذه الأخيرة تملك صلاحية إبعاده عن الوظيفة وتجريده من الصفة القضائية⁽²⁾، إذ تكفل هذه الضمانة للقضاة حرية الحكم بدون خوف، فلا شك أن حرية القضاء لا تكون إلا بحرية القضاة، والقاضي الذي يخشى العزل يضل طريق الحق والعدل.

وتعني هذه الضمانة منع عزل أو وقف أو نقل أو إحالة القضاة على التقاعد إلا وفقا للشروط المقررة قانونا ولكن طبعا ذلك لا يعني أن القاضي أصبح مالكا لوظيفته أو محصنا من العزل بل القصد هو تأمين القاضي من خطر دفع ضريبة التراهة إذا حكم ضد السلطات الأخرى، فلا يقصد بعدم العزل جعل منصب القاضي أبديا وإنما القصد منه عدم منح سلطة مطلقة في تقدير أخطائه وحالته الصحية لرئيسه، فكل حالة يجب أن تدرس بموضوعية من

1- د. محمد كامل عبيد، استقلال القضاء، دراسة مقارنة، القاهرة، سنة 1991 ص 259.

2- د. عمار بوضياف، مبدأ الحصانة ضد العزل في الفقه الإسلامي والنظم الوضعية، مجلة الحقوق، تصدر عن مجلس النشر العلمي بجامعة الكويت، السنة الثامنة عشر، العدد الرابع، ديسمبر 1994.



لجنة أو مجلس محايدين ومستقلين¹.

ورغم الإجماع الفقهي حول أهمية هذه الضمانة في تحقيق استقلالية القاضي²، إلا أن المؤسس الدستوري الجزائري لم ينص عليها في جميع الدساتير حتى دستور 1989 ودستور 1996 على الرغم من أن هذين الدستورين قد تضمننا مبدأي الفصل بين السلطات واستقلال القضاء، ولم يتدارك المشرع هذا النقص كذلك في القوانين العضوية المتعلقة بالجهاز القضائي، فقد جاء القانون الأساسي للقضاء 11/04 وقانون المجلس الأعلى للقضاء رقم 12/04 خاليين من أي نص يحصن القاضي من العزل وهذا يعتبر من أكبر العيوب التي ينعت بها المشرع في مجال استقلال القضاء، خاصة أن معظم الدساتير العربية قد حصنت القاضي من العزل ونصت على ذلك صراحة، فهذا الدستور المصري في نص المادة 168 أشار للمبدأ بقوله: «القضاة غير قابلين للعزل وينظم القانون مساءلتهم تأديبياً»، وهو ما أكده قانون السلطة القضائية رقم 35 لسنة 1984، وهذا الفصل الثالث والثمانون من دستور المملكة المغربية 1992 جاء مؤكداً على هذه الضمانة بقوله: «لا يعزل قضاة الأحكام ولا ينقلون إلا بمقتضى القانون» وبناء على ما سبق ذكره، وبالنظر للمزايا الكثيرة التي تميز بها إصلاح 1996، فإننا ندعو المؤسس الدستوري باستكمال هذا الإصلاح بالنص على حصانة القاضي من العزل في الدساتير اللاحقة وتجسيد ذلك قانونياً وعملياً.

مقارنة بين الشريعة والقانون

بعد الدراسة التمهيديّة وقفنا على كثير من النقاط التي خرج فيها المشرع الجزائري على أحكام الشريعة الإسلامية، إلا أن أهم ما يجب ذكره من خلال هذه الدراسة أن هناك اختلاف واضح في وظيفة القاضي و استقلاله بين الشريعة الإسلامية و القانون الجزائري، فبينما أعطت الشريعة الإسلامية للقاضي فعلياً استقلال تام في قضاؤه و إصدار أحكامه و أتاحت له حرية واسعة في الاجتهاد بغية الوصول إلى الحكم العادل في الدعوى، نجد أن القانون الجزائري ضيق من صلاحيات القاضي بحيث جعلها تقتصر على تطبيق القانون فحسب، ولعل هذا الأمر يقتل

1- د- بوشير محمد أمقران، المرجع السابق، ص 46-47.

2- د.عمار بوضياف، القضاء الإداري في الجزائر، جسر للنشر والتوزيع، الجزائر، 2008، ص 14.



في القاضي روح الاجتهاد و المبادرة فيكون ذلك عائقا في تحقيق العدالة التي تعتبر أهم مقصد من مقاصد نصب القضاء، كما نجد أن المشرع الجزائري رغم أنه تغنى بمبدأ الفصل بين السلطات ورغم أنه تبنى صراحة مبدأ استقلال السلطة القضائية في دستوري 1989 و 1996 حيث اعتبر جهاز القضاء سلطة توازي في الأهمية السلطات الأخرى في الدولة وأكد على استقلال هذه السلطة في تسيرها وقراراتها وأحكامها عن باقي السلطات، إلا أن ما يعاب على عليه في هذا المجال أنه كرس تبعية القضاء فعليا للسلطة التنفيذية في نصوص القانون العضوي رقم 11/04 المتضمن القانون الأساسي للقضاء والقانون العضوي رقم 12/04 المتضمن القانون الأساسي للمجلس الأعلى للقضاء، فمن خلال نص المادة 3 من القانون العضوي رقم 12-04 نجد أن المجلس الأعلى للقضاء يتألف من رئيس الجمهورية رئيسا له، ووزير العدل نائبا عنه، ومن خلال نص المادة 03 من القانون 11/04 نجد أن القاضي يعين بموجب مرسوم رئاسي بناء على اقتراح من وزير العدل وبعد مداولة المجلس الأعلى للقضاء، ومن خلال نص المادة 65 من القانون العضوي 11/04 نلاحظ أن المشرع قد اعترف لوزير العدل منفردا بسلطة توقيف القاضي الذي ارتكب خطأ جسيما سواء بإخلاله بالواجب المهني أو ارتكابه جريمة محلة بالشرف، وهذا لا شك أنه تجسيد فعلي لتبعية السلطة القضائية للسلطة التنفيذية، فلا يمكن أن نتحدث عن استقلال القاضي وتحرره في وظيفته وإصدار أحكامه بوجود مثل هذه النصوص التي أقل ما يقال في وصفها أنها غير دستورية، فكيف لقانون عضوي أن يخرق مبدأ دستوري وجد هذا القانون أصلا لتنظيمه وتجسيده؟.

ولعل هذا الخرق الواضح للدستور ليس مرده لعيب في النصوص الدستورية ولا لعيب في الصياغة القانونية، بل العيب كل العيب في غياب إرادة حقيقية عند أصحاب القرار في التخلص من غريزة مركزة القرار وتوحيد كل السلطات في يد السلطة التنفيذية، لذلك هم بعيدون كل البعد عن تطبيق المبادئ الدستورية التي فرضت عليهم للأسف الشديد في معظم الأحيان بضغوط دولية، لذا أرى أن مسألة استقلالية القضاء مسألة حيوية لها ارتباط وثيق بالتنمية في جميع المجالات، ولتحقيق هذا الهدف العظيم يجب اعتبار مسألة استقلال القضاء مسألة نضال لا تتحقق إلا بتوحد وتكاتف كل القوى داخل الدولة.



ووفى الأخير نقول أنه يجب على المشرع الجزائري إلغاء هذه المواد لعدم دستورتيتها والتي تجسد صراحة انتهاكا واضحا لمبدأ الفصل بين السلطات أولا وانتهاكا لمبدأ استقلال القضاء ثانيا، مع التوصية بإعطاء مطلق الصلاحية في ذلك للمجلس الأعلى للقضاء.



الباب الأول

جامعة الأمير عبد القادر
مركز الدراسات والبحوث الإسلامية
العلوم الإسلامية

الباب الأول

الدعوى القضائية وقواعد الاختصاص القضائي في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

تمهيد وتقسيم:

بما أننا بصدد دراسة موضوع قواعد التقاضي في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري، كان لزاماً علينا في مستهل دراستنا أن نتعرض لموضوع الدعوى القضائية بما أنها الوسيلة الوحيدة التي نصل من خلالها للقضاء وبها يحدث التقاضي، كما يجب علينا كذلك قبل التطرق لإجراءات التقاضي أمام محاكم شؤون الأسرة أن نبين المحاكم التي لها ولاية نظر هذه القضايا وهذا لا يتأتى بطبيعة الحال إلا بعد دراسة قواعد الاختصاص القضائي، لذا سنقسم هذا الباب إلى فصلين أعرض في أو لهما لموضوع الدعوى القضائية بوجه عام، وفي ثانيهما لقواعد الاختصاص القضائي، وذلك يتم إن شاء الله في الفصلين التاليين:

- **الفصل الأول: الدعوى القضائية ووسائل إثباتها في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي.**
- **الفصل الثاني: اختصاص المحاكم في دعاوى شؤون الأسرة في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري.**

الفصل الأول

الدعوى القضائية و وسائل إثباتها في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي

تقتضي دراسة هذا الفصل أن نتناول أولاً أحكام الدعوى القضائية (تعريفها، أركانها، أطرافها، شروطها) في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري ثم بعد ذلك نبحث وسائل إثبات الدعوى أمام القضاء الإسلامي و الجزائري، لذا سنقسم هذا الفصل إلى المبحثين التاليين:

– المبحث الأول: مفهوم الدعوى القضائية وأركانها و أطرافها وشروطها في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري.

– المبحث الثاني: وسائل إثبات الدعوى القضائية في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري.

المبحث الأول مفهوم الدعوى القضائية وأركانها وأطرافها وشروطها في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري.

المطلب الأول تعريف الدعوى القضائية.

ولكي نتوصل إلى تحديد مفهوم دقيق لمعنى الدعوى القضائية، لا بد أن نتعرض أولاً إلى تعريفها لغة، ثم نتناول تعريفها في الاصطلاح الشرعي و القانوني، وذلك يتم في الفرعين التاليين:

الفرع الأول: تعريف الدعوى لغة.

الدعوى في اللغة: اسم من الإدعاء، والمصدر من "الدعو؛ فالدال والعين والحرف المعتل أصل واحد" ¹ وهي اسم ما يُدعى ²، وتجمع على الدعاوى بكسر الواو وفتحها ³.

وذكر بعض الفقهاء أن الدعوى في اللغة: هي إضافة الإنسان إلى نفسه شيئاً ⁴، وهذا المعنى مأخوذ من قول بن فارس ⁵ (أن تميل الشيء إليك بصوت وكلام يكون منك) ⁶، وهي في اللغة ذات معاني متعددة و دلالات مختلفة تحدد حسب وضعها في الجملة، إلا أن أهم المعاني اللغوية لهذا المصطلح ما يأتي:

- 1 - ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، باب الدال والعين وما يتلثهما، 2/ 279.
- 2 - ابن منظور ، لسان العرب - مادة دعوى، مجلد 14 / 257.
- 3 - أحمد بن محمد علي المقرئ الفيومي، المصباح المنير، 01 / 265-266 ، أحمد مرتضى الزبيدي، تاج العروس، 128/10.
- 4 - الزبيدي، تبين الحقائق شرح كتر الدقائق ، 4/ 290، العيني، البناية في شرح الهداية ، 7 / 386 - الماوردي، الإنصاف، 11/ 369، ابن قدامة، المغني، 14 / 275.
- 5 - ابن فارس اختلف في اسم أبيه، والأصح أنه: أبو الحسين أحمد بن فارس بن زكريا الرازي اللغوي ذو التأليف الكثير المتوفى سنة 395 هـ على الأصح، انظر ترجمته في السير 17 / 103.
- 6 - ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، باب الدال والعين وما يتلثهما، 2/ 279.

﴿الباب الأول﴾ ————— الدعوى القضائية وتوابع الاختصاص القضائي في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري- كـ

1- الطلب والتمني: قال الفيومي (ادعيته: طلبته لنفسه)¹، وقال أيضا (ادعيت الشيء : تمنيته)².

وجاء في القرآن الكريم قوله تعالى : ﴿لَهُمْ فِيهَا فَاكِهَةٌ وَلَهُمْ مِمَّا يَدْعُونَ﴾³، أي ما يتمنون⁴.

2- الزعم: " وادعيت الشيء: زعمته لي؛ حقا كان أو باطلا"⁵، وقد جاء في تفسير قوله قوله تعالى: ﴿وَقِيلَ هَذَا الَّذِي كُنْتُمْ بِهِ تَدْعُونَ﴾⁶، أي الذي كنتم من أجله تزعمون الأباطيل الأباطيل والأكاذيب⁷.

3- الدعاء: قال الأزهري:⁸ الدعوى تصلح أن تكون في معنى الدعاء.

وجاء في لسان العرب: لو قلت: اللهم أشركنا في صالح دعاء المسلمين، أو دعوى المسلمين جاز⁹.

وقال تعالى: ﴿وَأَخِرُ دَعْوَاهُمْ أَنْ الْحَمْدُ لِلَّهِ رَبِّ الْعَالَمِينَ﴾¹⁰.

1 - الفيومي، المصباح المنير، 1/195-196.

2 - الفيومي، المصباح المنير، 1/195.

3 - سورة يس الآية: 57.

4 - الأزهري، تهذيب اللغة، 3/124. - القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، 15/45.

5 - ابن منظور، لسان العرب - 12/264.

6 - سورة الملك الآية: 27.

7 - القرطبي، الجامع لأحكام القرآن: 18/221.

8 - هو محمد بن أحمد بن الأزهر بن طلحة بن نوح الأزهري، أبو منصور الهروي الشافعي اللغوي الأديب، ولد سنة 282هـ، وكان رأسا في اللغة، وله من التصانيف، تهذيب اللغة، تفسير ألفاظ مختصر المزني، والتقريب في التفسير، وغير ذلك، توفي رحمه الله سنة 370 هـ، ينظر في ترجمته: السيوطي، بغية الوعاة، 1/19-20.

9 - ابن منظور، لسان العرب - مادة دعو، مجلد 14/257.

10 - سور يونس الآية: 10.

والدعاء: هو الرغبة إلى الله تعالى فيما عنده من الخير، والابتهاج إليه بالسؤال¹.

4- الإضافة: وتستعمل الدعوى في اللغة بمعنى الإضافة، أي إضافة الإنسان إلى نفسه شيئاً، وهذا المعنى مأخوذاً من قولهم "أدعي" إذا أضاف الشيء إلى نفسه بأن قال: هو لي أو ملكي².

الفرع الثاني: التعريف الاصطلاحي للدعوى.

أولاً/-: تعريف الدعوى في اصطلاح فقهاء الشريعة:

تعددت التعريفات الإصطلاحية للدعوى و اختلفت باختلاف المذاهب الإسلامية الأربعة، بل هي متعددة حتى في المذهب الواحد، إلا أننا سنكتفي بذكر أشهر التعريفات في المذاهب الأربعة:

أ): تعريف الحنفية للدعوى: هناك أكثر من تعريف في المذهب الحنفي للدعوى أهمها:

أن الدعوى: "قول مقبول عند القاضي يقصد به طلب حق لنفسه قبل غيره أو دفعه عن حق نفسه"³، وهو من أشهر التعريفات المعتمدة لدى الحنفية، (وهذا التعريف قصر الدعوى على التصرف القولي فقط، لكنه أضاف قيدها بميزا، وهو أن يكون مقبولاً بأن يلزم شيئاً على الخصم، وبه يخرج كل قول لا تتوفر فيه شروط الدعوى، فإنه لا يكون مقبولاً)⁴.

1 - الفيومي، المصباح المنير، 215/1، الزبيدي، تاج العروس، 126/10، ابن منظور، لسان العرب - مادة دعو، 14، 257.

2 - د. محمد نعيم ياسين، نظرية الدعوى بين الشريعة الإسلامية وقانون المرافعات المدنية وتجارية، ص 77.

3 - ابن عابدين، حاشية رد المحتار، دار الفكر-بيروت، الطبعة الثانية، سنة 1412هـ - 1992م، 541/5، الموسوعة الفقهية الكويتية، صادرة عن وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية - الكويت، الطبعة الثانية، دار السلاسل - الكويت، الطبعة الثانية للوزارة، 127/19. د. وهبة بن مصطفى الرُّحَيْلِي، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر - سورية - دمشق، الطبعة الرابعة، 6274/8.

4 - د. طلحة بن محمد بن عبد الرحمن غوث، الإدعاء العام وأحكامه في الفقه والنظام، بدون طبعة، دار كنوز اشبيليا، ص 33.

«الباب الأول» ————— (الرعى القضاية وتواعر للاختصاص القضاى فى الفقه الإسلامى والقانون الجزائى) - كـ.

ويؤخذ على هذا التعريف أنه قصر الدعوى على صاحب الحق فلم يشمل دعوى الوكيل، كما أنه قصرها على التصرف القولى فأخرج الكتابة والإشارة والدعوى بهما تصح¹.
وقد عرفت مجلة الأحكام العدلية الدعوى بأنها: " طلب أحد حقه من آخر فى حضور القاضى، ويقال له المدعى وللآخر المدعى عليه"².

ب) تعريف المالكية للدعوى: من بين أهم التعاريف المعتمدة لدى المالكية للدعوى تعريف القرائى³ الذى عرفها فى كتابه - الفروق - بأنها " طلب معين أو ما فى ذمة معين أو ما يترتب عليه أحدهما معتبرة شرعا، لا تكذبها العادة"⁴، وقوله: (طلب معين) يقصد به دعوى العين، أما قوله (ما فى ذمة معين) يقصد به دعوى الدين⁵.

وهذا التعريف يشمل الطلب بأي أسلوب كان، بالقول أو الكتابة أو الإشارة، كما يشمل ما إذا كان الطلب من صاحب الحق أو وكيله.

1 - الخصاص، شرح أدب القاضى، 288/1، للبنانى، روضة القضاة، 12/189، الطحطاوى، حاشية الطحاوى على الدر المختار، 3/290.

2 - مجلة الأحكام العدلية، معدة من لجنة مكونة من عدة علماء وفقهاء فى الخلافة العثمانية، المحقق نجيب هوايى، 1/320.

3 - شهاب الدين أحمد بن إدريس القرائى، الإمام المحقق البارع فى المذهب المالكي فقها وأصولا، صاحب التصانيف المفيدة التى من أهمها كتاب الذخيرة فى الفقه وأنوار البروق فى أنواع الفروق الذى أبدع فيه وتفرد وكتاب تنقيح الفصول فى الأصول وشرحه وكتاب الأحكام فى الفرق بين الفتاوى والأحكام وشرح التهذيب وشرح الجلاب والعقد المنظوم فى الخصوص والعموم وكتاب تنقيح الفهوم فى تنقيح صيغ العموم توفى رحمه الله عام 684هـ. انظر ابن فرحون، الديقاج المذهب، 1/236، مخلوف، شجرة النور الزكية، 1/188.

4 - القرائى، الفروق، عالم الكتب، بدون طبعة وبدون تاريخ، 4/72.

5 - جاء فى كتاب الفروق للقرائى: " فالأول طلب معين كدعوى أن السلعة المعينة اشتراها منه أو غصبت منه، والثانى ما فى ذمة معين كالديون والسلم ثم المعين الذى يدعى فى ذمته قد يكون معينا بالشخص كزيد أو بالصفة كدعوى الدية على العاقلة والقتل على جماعة أو أنهم أتلغوا متمولا، والثالث كدعوى المرأة الطلاق أو الردة على زوجها فيترتب لها حوز نفسها، وهى معينة أو الوارث أن أباه مات مسلما أو كافرا فيترتب له الميراث المعين فهى مقاصد صحيحة، وقولنا معتبرة شرعا احتراز من دعوى عشر سمسمة فإن الحاكم لا يسمع مثل هذه الدعوى لأنه لا يترتب عليه نفع شرعى، ولهذا الدعوى أربعة شروط أن تكون معلومة محققة لا تكذبها العادة يتعلق بها غرض صحيح. ينظر كتاب الفروق، القرائى، 4/72.

«الباب الأول» ————— الدعوى القضائية وتوابع الاختصاص القضائي في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري- كـ.

إلا أنه قد يؤخذ على هذا التعريف: أنه غير مانع لدخول الدعوى بمعناها اللغوي فيه، لعدم تقييد الطلب بكونه في مجلس القضاء، للتفريق بين المعنى اللغوي والاصطلاحي للدعوى، كما أنه غير جامع لأنه لم يشمل دعوى منع التعرض.

(ج)-: تعريف الشافعية للدعوى: عرف الشافعية الدعوى بتعريفات تتقارب في اللفظ والمعنى، فقالوا الدعوى " إخبار عن وجوب حق للمخبر على غيره عند حاكم ليلزمه به"¹.

وما يلاحظ على هذا التعريف أنه ذكر لفظ الإخبار وهو شامل للقول وما يقوم مقامه من كتابة وإشارة، وذكر لفظ حق للمخبر وهو بذلك يشمل دعوى الأصيل والوكيل، واشتروا أن يكون عند الحاكم (أي عند القاضي ومن في حكمه).

وما يؤخذ على هذا التعريف أنه غير مانع لأنه يشمل جميع الدعاوى سواء كانت صحيحة أو باطلة أو مشروعة أو ممنوعة فكلها تدخل في الإخبار.

وأنه غير جامع من جهتين:

- لأنه لم يتعرض لحماية الحق، فهو بذلك لا يشمل دعوى منع التعرض.

- لأنه قصر استحقاق الحق على المدعي فقط وأهمل بذلك دعوى الوكيل أو الولي، وقد تدارك المناقشة بعضهم، فعرف الدعوى بأنها: إخبار عن وجوب حق على غيره عند حاكم².

1 - الهيثمي، تحفة المحتاج، المكتبة التجارية الكبرى. بمصر لصاحبها مصطفى محمد، بدون طبعة، 1357 هـ - 1983 م، 285/10، أبو يحيى زكريا الأنصاري، أسنى المطالب في شرح روض الطالب، بدون طبعة وبدون تاريخ، 386/4، الخطيب الشربيني، الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع، المحقق: مكتب البحوث والدراسات - دار الفكر، دار الفكر - بيروت، 627/2. لم تذكر عبارة "يلزمه به" في كتاب أسنى المطالب ولا كتاب الإقناع بل ذكرت فقط في كتاب تحفة المحتاج.

2 - الرملي، نهاية المحتاج، دار الفكر، بيروت، طبعة - 1404 هـ/1984 م، 333/8، الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، دار الكتب العلمية، الطبعة: الأولى، 1415 هـ - 1994 م، 399/6.

«الباب الأول» ————— (الدعوى القضائية وتوابع الاختصاص القضائي في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري) كـ.

(د): تعريف الحنابللة للدعوى: ذهب الحنابللة إلى تعريف الدعوى بأنها "إضافة الإنسان إلى نفسه استحقاق شيء في يد غيره أو في ذمته"¹.

ويلاحظ على هذا التعريف أنه لا يفرق بين المعنى اللغوي والمعنى الاصطلاحي للدعوى، لأنه أغفل ذكر مجلس القضاء والطلب خارجه لا يعد دعوى شرعية.

كما يؤخذ عليه كذلك أنه غير جامع للدعاوى التي لا تتضمن استحقاق شيء جديد في يد الغير ولا في ذمته، كدعوى النسب، ودعوى الحجر وغيرها، حيث حصر محل الدعوى - المدعى به - في نوعين هما: العين بقوله " في يد غيره " والدين " أو في ذمته " فكان غير جامع من هذه الناحية، وأيضا لأنه لا يشمل دعوى منع التعرض.

التعريف المختار:

يتبين مما سبق أن جميع التعريفات لم تخل من النقد، ولعل التعريف الأمثل للدعوى بعد الأخذ بالنقود السابقة أن يقال أنها "مطالبة مشروعة جازمة بحق أو ما يترتب عليه الحق، بالقول أو ما يقوم مقامه، من الطالب أو من يمثله شرعا في مجلس القضاء".

وقد رجحنا هذا التعريف للمزايا التالية :

- إن التعريف بنصه أن الدعوى تكون بالحق وما يترتب عليه الحق يكون قد شمل دعاوى التي يطالب فيها بحماية الحق (كدعوى منع التعرض)، وشمل دعاوى التي لا يقصد بها تقرير حق و إنما ما يترتب عليه الحق، كدعوى الزوجة الطلاق أو الردة على زوجها، فإنه يترتب على الحكم فيها بالطلاق أو ردة الزوج أن تملك المرأة نفسها.

- التعريف يشمل الطلب بأي أسلوب كان، بالقول أو الكتابة أو الإشارة، كما يشمل ما إذا كان الطلب من صاحب الحق أو وكيله.

1 - ابن قدامة، المغني، مكتبة القاهرة، بدون طبعة، 1388هـ - 1968م، 242/10، البهوتي، كشاف القناع، دار الكتب العلمية، 384/6، المرادوي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، دار إحياء التراث العربي، الطبعة الثانية، بدون تاريخ، 369/11، البهوتي، الروض المربع شرح زاد المستقنع، دار المؤيد - مؤسسة الرسالة، ص718.



«الباب الأول» ————— الدعوى القضائية وتوابع الاختصاص القضائي في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري- كـ.

- التعريف شمل معظم شروط الدعوى، كونها بطلب مشروع و بتعبير جازم، وفي مجلس القضاء، وباشتماله على تلك الشروط، يكون قد استبعد الدعاوى الفاسدة التي لم تستكمل الشروط المطلوبة لقبولها.

- كما أن التعريف قيد الطلب بكونه في مجلس القضاء، للتفريق بين المعنى اللغوي والاصطلاحي للدعوى.

ثانيا/ - تعريف الدعوى في الاصطلاح القانوني:

رغم أهمية الدعوى القضائية، إلا أن المشرع الجزائري لم يعرفها، وترك ذلك لفقهاء القانون و شراحه الذين اختلفوا في تعريفها اختلافا كبيرا، وهذا الاختلاف سببه اختلافهم في تحديد طبيعة الدعوى وعلاقتها بالحق الموضوعي، حيث اعتبر أصحاب النظرية التقليدية أن الدعوى هي الحق نفسه ولكن في حالة حركة إذا تعرض للعدوان¹، بينما ذهب فريق ثان إلى أن الدعوى عنصر من عناصر تكوين الحق وجزء من ماهيته، لأن الحق في نظرهم لا يكتمل وجوده إلا بوجود سلطة الالتجاء إلى القضاء، لحماية المنفعة التي يخولها الحق لصاحبه، فلا يتصور وجود دعوى قضائية دون أن تستند على حق، و لا يوجد حق من الحقوق، دون أن تحميه دعوى قضائية.

وذهب ثالث إلى أن الدعوى ليست هي الحق الموضوعي الذي تحميه، ولا عنصرا من عناصره، وإنما هي حق قائم بذاته، يفترض وجود الحق الموضوعي، ولكنه لا يستلزمه، وهذا ما تبناه أغلب الفقه الحديث²، ويمكن حصر تعاريف الفقهاء بحسب اتجاهاتهم فيما يلي:

الاتجاه الأول: يعرف أصحاب النظرية التقليدية الدعوى بأنها: (حق الالتجاء إلى السلطة القضائية للاستعانة بها على تقرير الحق)¹.

1 - د.عبد الحميد أبو هيف، المرافعات المدنية والتجارية، مطبعة الاعتماد، القاهرة سنة 1340هـ، 1921م ص314،315.

2 - د. فتحي والي، قانون القضاء المدني الكويتي، ص36،37. د. أحمد أبو الوفا، نظرية الدفع في قانون المرافعات، منشأة المعارف الإسكندرية، ط6 سنة 1980م، ص790.



واخذ على هذا التعريف: أنه يعبر عن الدعوى بأنها حق، إذ لازم كلامهم أن الحق الذي تنشده حمايته بحق اللجوء إلى القضاء هو نفسه حق الالتجاء إلى السلطة القضائية لطلب حماية حق، فجعلوا الوسيلة والغاية شيئاً واحداً، وهو ما يفتقر إلى الدقة والصحة ويناقض المنطق السليم، فالحق الموضوعي يختلف عن موضوع الدعوى القضائية "فالحق الشخصي يولد رابطة اقتضاء بين الدائن، و المدين، و الحق العيني يولد رابطة تصرف بين صاحب الحق، و محله. و موضوع الدعوى القضائية هو مجرد الحصول على الحماية القضائية للحق المتنازع عليه"².

الاتجاه الثاني: عرف أصحاب الرأي الثاني -الذين اعتبروا أن الدعوى عنصراً من عناصر الحق- الدعوى بأنها (سلطة الالتجاء إلى القضاء بقصد الوصول إلى احترام القانون)³، إلا أنه يلاحظ على هذا التعريف أنه غير دقيق من جهة وغير مانع من جهة أخرى:

- غير دقيق لأنه يفصل تماماً بين الدعوى القضائية و الحق الذي تحميه، رغم قيام صلات قوية بينهما، كما أنه يخلط مفهوم الدعوى بمفهوم حق اللجوء إلى القضاء مع أنه لا يشترط لممارسة حق اللجوء جميع ما يشترط في الدعوى.

- غير مانع لوجود وسائل أخرى يختص بها القضاء تؤدي إلى احترام القانون، كالأوامر التي يصدرها بناء على سلطته الولائية، مع أنها ليست من الدعاوى بالاتفاق.

الاتجاه الثالث: وهو للمحدثين الذين يرون أن الدعوى ليست هي الحق الموضوعي الذي تحميه، ولا عنصراً من عناصره، بل هي حق مستقل قائم بذاته، لهذا عرفوها بأنها: (حق الشخص في الحصول على حكم في الموضوع لصالحه، وذلك في مواجهة شخص آخر بواسطة السلطة القضائية)⁴.

1 - د. أحمد أبو الوفا، المرافعات المدنية والتجارية، ص212.

2 - د. محمود السيد التحوي، حضور صاحب الصفة الإجرائية في الدعوى القضائية، المكتبة القانونية، طبعة 2003، ص71.

3 - د. أحمد أبو الوفا، المرافعات المدنية والتجارية، ص212. أنظر كتابه كذلك نظرية الدفع في قانون المرافعات، 787.

4 - د. فتحي والي، نظرية البطلان في قانون المرافعات، الطبعة الأولى، سنة 1959، ص13.

﴿الباب الأول﴾ ————— (الدعوى القضائية وتوابع الاختصاص القضائي في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري) - كـ.

وقليل من شراح القانون من عرف الدعوى بأنها: (الطلب الذي يرفع إلى القضاء للحصول على حكم باقتضاء حق أو حمايته أو تقريره)¹ وهو التعريف الراجح في نظري لأنه الأقرب للواقع و الأوفق لمدلول الدعوى في اللغة وفي اصطلاح فقهاء الشريعة.

المطلب الثاني

أركان الدعوى القضائية وشروط قبولها في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري.

سنحاول من خلال هذا المطلب - بمشيئة الله - تحديد أركان الدعوى أولاً، ثم نحاول تحديد أهم الشروط التي تطلبها كل من الفقه الإسلامي والقانون الجزائري في هذه الأركان حتى تقوم الدعوى القضائية صحيحة ومنتجة لآثارها، ويكون ذلك إن شاء الله في الفرعين التاليين:

الفرع الأول: أركان الدعوى القضائية في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

الأركان جمع ركن، والركن في اللغة الجانب القوي الذي يمسك الشيء²، ويستعار للقوة، قال تعالى حكاية عن سيدنا لوط عليه السلام: ﴿قَالَ لَوْ أَنَّ لِي بِكُمْ قُوَّةً أَوْ آوِي إِلَى رُكْنٍ شَدِيدٍ﴾³.

إما اصطلاحاً فقد اختلف فقهاء الشريعة فيه إلى اتجاهين:

الاتجاه الأول: (الركن هو ما يعد جزءاً داخلاً في ماهية الشيء).

وهو مذهب الحنفية، حيث اعتبروا الركن قوام الشيء و ما دخل في تكوين ماهيته⁴، وعلى هذا فلا يعتبر الفاعل عندهم ركناً في فعله، لأنه ليس جزءاً داخلاً في ماهيته، وإن كان لا بد منه لقيام الفعل⁵، وعلى هذا الأساس اعتبر الحنفية أن ركن الدعوى القضائية هو القول

1 - د. أحمد مسلم، أصول المرافعات، دار الفكر العربي، القاهرة سنة 1968، ص 309.

2 - ابن منظور، لسان العرب، باب ركن، 185/13-186، الفيروزآبادي، القاموس المحيط، دار الجليل، 4/231، الجرجاني، التعريفات، ص 112.

3- سورة هود الآية: 80.

4 - التفتزاني، التلويح على التوضيح، طبعة دار الكتب العلمية، بيروت، 2/131.

5- محمد رأفت عثمان، النظام القضائي في الفقه الإسلامي، دار البيان، الطبعة: الثانية 1415هـ-1994م، ص 217.



﴿الباب الأول﴾ ————— الدعوى القضائية وتوابع الاختصاص القضائي في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري- كـ.

الصادر عن المدعي يطلب فيه حقه-الصيغة- أو ما يقوم مقامه¹، أما المدعي والمدعى عليه والمدعى به، فهي عندهم من مقومات الدعوى ولا تدخل في تكوين ماهيتها.

الاتجاه الثاني: (الركن هو ما لا بد منه لتصور الشيء ووجوده، سواء أكان جزءا منه أو مختصا به).

وذهب إلى ذلك جمهور الفقهاء فذكروا أن الركن هو ما لا بد منه لتصور الشيء ووجوده، سواء كان جزءا منه أو مختصا به²، وعليه فالفاعل عندهم ركن في تصرفه، إذ لا بد منه لتصور الشيء ووجوده، وعلى هذا الأساس يكون العاقدون ركنا بالنسبة للعقد، ويكون المدعي والمدعى عليه والمدعى به أركاننا بالنسبة للدعوى، وهذا ما أرجحه وأختاره، نظرا لوجهاته، فلا يمكن تصور قيام فعل بدون فاعل، فإذا كان الفاعل هو المنشئ للفعل فكيف لا يكون ركنا فيه؟ وعلى هذا الأساس فأركان الدعوى في الفقه الإسلامي ثلاثة: طرفا الدعوى من مدعي ومدعى عليه و المدعى به و الصيغة³، أما شرح القانون فقد حصروا أركان الدعوى في ركنين فقط هما طرفا الدعوى (من المدعي والمدعى عليه) و المدعى به (محل الدعوى).

و بما أن دراسة طرفي الدعوى (المدعي والمدعى عليه) كركن من أركان الدعوى القضائية لها أهمية كبيرة و تترتب عليها آثار كثيرة فضلنا دراستها في هذا الفرع ولو بشيء من الإيجاز، بحيث سنحاول التمييز بين المدعى والمدعى عليه في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

1 -الكاساني،بدائع الصنائع،دار الكتب العلمية، الطبعة: الثانية، 1406هـ - 1986م، 222/6. المولى محمد بن فرامرز، درر الحكام، دار إحياء الكتب العربية، بدون طبعة وبدون تاريخ، 329/2.

2 -عبد الرحمن الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، 203/1، تحقيق كمال الجمل وآخرين ط1 سنة 1419 هـ- 1999م، مكتبة الإيمان، المنصورة.

3 -محمد بن إبراهيم بن عبد الله التويجري، مختصر الفقه الإسلامي في ضوء القرآن والسنة، دار أصدقاء المجتمع، المملكة العربية السعودية، الطبعة: الحادية عشرة، 1431 هـ - 2010 م، ص1013. محمد بن إبراهيم بن عبد الله التويجري، موسوعة الفقه الإسلامي، الناشر: بيت الأفكار الدولية، الطبعة: الأولى، 1430 هـ - 2009 م، 227/5، الموسوعة الفقهية الكويتية، 272/20.



﴿الباب الأول﴾ ————— الدعوى القضائية وتوابع الاختصاص القضائي في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري- كـ.

ثم نوضح أهمية التمييز بينهما، ثم نتقصى حقيقة اعتبار النيابة العامة طرفاً في دعوى شؤون الأسرة في القانون الجزائري، ويكون ذلك على النحو التالي:

أ- التمييز بين المدعى والمدعى عليه في الفقه الإسلامي:

- إن معرفة المدعي والمدعى عليه من الأمور الضرورية التي تعين القاضي على صيانة الحق وتحقيق العدل، ولكن لا يمكن أن يتسنى ذلك إلا بمعرفة الفرق بينهما، لا سيما وأن هذا الفرق قد يدق ويخفى ولا يظهر لأول وهلة، إذ ليس كل طالب مدعياً وليس كل مطلوب منه مدعى عليه.

لهذا بذل فقهاء الشريعة جهداً كبيراً في وضع ضوابط يستعين بها القضاة على التمييز بين طرفي الدعوى واتجهوا في ذلك اتجاهاً مختلفين هما:

الاتجاه الأول: نظر أصحاب هذا الاتجاه إلى المدعي والمدعى عليه باعتبار المدعي طالباً، والآخر مطلوباً، واشتقوا تعريفهم للمدعي والمدعى عليه، بناءً على هذا الأساس، ويمثل هذا الاتجاه المذهب الحنفي والمذهب الحنبلي¹، حيث عرف فقهاء الحنفية المدعي أنه من إذا ترك الخصومة لا يجبر عليها، والمدعى عليه من إذا ترك الجواب أجبر عليه²، و عرف فقهاء المذهب الحنبلي المدعي والمدعى عليه بتعريفات تكاد تتطابق مع التعريف السابق للحنفية حيث عرفوه بمن يجبر عما في يد غيره لنفسه، والمدعى عليه، من يجبر عما في يد نفسه لنفسه³، وقال بن قدامة⁴ "المدعي من يلتمس بقوله أخذ شيء من يد غيره أو إثبات حق في ذمته والمدعى عليه من ينكر ذلك، وقيل المدعي من إذا ترك لم يسكت والمدعى عليه من إذا ترك سكت..⁵".

- 1 - محمد إبراهيم البدارين، الدعوى بين الفقه والقانون، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ط 2007، ص 98.
- 2 - ابن عابدين، الحاشية، 290/3، الزيعلي، تبين الحقائق، 291/4، الكاساني، بدائع الصنائع، 6/224.
- 3 - د. وهبة بن مصطفى الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، 8/6002.
- 4- أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة بن مقدم بن نصر المقدسي الدمشقي الصالح الفقيه الأصولي الإمام 541-620 درس بدمشق على جلة علمائها ورحل إلى بغداد وأخذ عن مشايخها أيضاً كهبة الله الدقاق وعبد القادر الجيلاني وأبي زرعة ويحيى بن كثير. له تصانيف كثيرة أعظمها موسوعته الفقهية الموسومة بالمغني شرح مختصر الخرقى والكافي والمقنع في الفقه الحنبلي وكذا العمدة ومختصر الهداية لأبي الخطاب ومناسك الحج وغيرها وله في الأصول روضة الناظر وجنة المناظر وتصانيف أخرى في العقيدة والأنساب والفضائل. ابن مفلح المقصد الأرشدي في ذكر أصحاب الإمام أحمد، تحقيق عبد الرحمان العثيمين، مكتبة الرشد بالرياض، ط1، 1990. 15/2، الذهبي، سير أعلام النبلاء، 22/165.
- 5 - ابن قدامة، المغني، 14/275، الزركشي، شرح الزركشي على مختصر الخرقى، مكتبة العبيكان، الرياض، ط1413، 1/1993، 4/396، الماوردي، الإنصاف، 11/369-370.



الاتجاه الثاني: نظر أصحاب هذا الاتجاه إلى جنبه كل من الطرفين المتنازعين، فمن كان طرفه قويا لوجود ما يؤيده من أصل أو ظاهر، فهو مدعى عليه، ومن كان طرفه خالياً من ذلك كان مدعياً¹، ويمثل هذا الاتجاه أصحاب المذهب المالكي والمذهب الشافعي²، وبناء على هذا الأساس عرف المالكية المدعي " من كان قوله خلاف أصل أو عرف، والمدعى عليه من كان قوله على وفق أصل أو عرف، وعرف الشافعية المدعي بأنه من يدعي أمراً باطناً خفياً، والمدعى عليه من يدعي أمراً ظاهراً جلياً³، وبناء على ما سبق يكون المدعي عليه عندهم أقوى سبباً، حيث اقترنت دعواه بمرجع فيكتفى منه باليمين، أما المدعي فقد عريت دعواه عن المرجع، فكانت أضعف سبباً فاحتاجت إلى حجة قوية وهي البينة⁴.

الترجيح: المعيار الذي تبناه فقهاء المذهب الحنفي و الحنبلي هو الأجدى في تحقيق هدف القضاة لشموله ووضوحه، فلا يندر عنه فرع إلا في النادر القليل ويوصل القاضي إلى التمييز بين طرفي الدعوى بأيسر السبل، وكل هذا مرده إلى أن فقهاء الحنفية والحنبلية اشتقوه من إحدى خصائص الدعوى التي لا يتنازع فيها أحد من الفقهاء وهو أنها تصرف مباح مرتبط بإرادة صاحبه يقوم به متى يشاء.

أما المعايير الأخرى وإن كانت صعبة التطبيق، لا ينبغي إهمالها بشكل مطلق بل يجب إعمالها خاصة في الدعاوى التي تتضمن طلبات مقابلة من المدعى عليه، والتي يتساوى فيها

1 - محمد نعيم ياسين، نظرية الدعوى، ص 179.

2 - محمد إبراهيم البدارين، الدعوى بين الفقه والقانون، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ط 2007، ص 98.

3 - ابن أبي الدم، شهاب الدين أبي إسحاق إبراهيم بن عبد الله، المعروف بابن أبي الدم الحموي الشافعي المتوفى سنة 642هـ، أدب القضاء، ص 150.

4 - ابن الحاجب، جامع الأمهات، ص 483، القرافي، الفروق، 4/ص 74-75.

﴿الباب الأول﴾ ————— (الدعوى القضائية وتوابع الاختصاص القضائي في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري) - كـ.

المدعي بالمدعى عليه، فيصعب على القاضي التمييز بين طرفي الدعوى وفق المعيار الراجح فيحتاج إلى اعتماد المعايير الأخرى.

ب)- التمييز بين المدعي والمدعى عليه في القانون الجزائري

لقد حسم رجال القانون مسألة التمييز بين المدعي والمدعى عليه بمعيار واضح بسيط كان أساسا للتعريف بهما، حيث اعتبروا أن المدعي هو البادئ بالمطالبة القضائية وهو في الغالب صاحب الحق المدعى به، أما المدعى عليه فهو المطلوب للدعوى والمطالب بالحق المدعى به في الغالب، وهذا ما نستشفه من خلال بعض نصوص قانون الإجراءات المدنية والإدارية، فعلى سبيل المثال نجد المادة 14 تنص أنه: "ترفع الدعوى أمام المحكمة بعريضة مكتوبة وموقعة ومؤرخة، وتودع بأمانة الضبط من قبل المدعي أو وكيله أو محاميه، بعدد من النسخ يساوي عدد الأطراف" وهذه إشارة واضحة من المشرع أن المدعى هو البادئ بالخصومة، كما تشير المادة 15 في فقرتها الثالثة أن المدعى عليه هو المطلوب في الدعوى القضائية بنصها: "يجب أن تتضمن عريضة افتتاح الدعوى...: اسم و لقب وموطن المدعى عليه، فإن لم يكن له موطن معلوم، فأخر موطن له" وتوجد الكثير من النصوص في القانون التي تثبت اعتماد المشرع معيار المطالبة القضائية كأساس للتمييز بين المدعي والمدعى عليه.

ج)- أهمية التمييز بين المدعي والمدعى عليه:

للتمييز بين المدعي والمدعى عليه فائدة عملية يمكن إجمالها في النقاط التالية :

- المدعي في القانون كما في الفقه الإسلامي هو المكلف بإثبات دعواه أي إثبات الحق أو الواقعة التي يدعيها بخلاف المدعى عليه الذي أعفاه المشرع من عبء الإثبات وكلفه بأداء اليمين في حالة عجز المدعى عن الإثبات.

- يتحدد الاختصاص القضائي الإقليمي بمعرفة المدعي من المدعى عليه بحيث جعل المشرع الجزائري من موطن المدعى عليه القاعدة العامة في تحديد الاختصاص المحلي¹.

1 - المادة 37 قانون إجراءات مدنية: "يؤول الاختصاص الاقليمي للجهة القضائية التي يقع في دائرة اختصاصها موطن المدعى عليه..".



«الباب الأول» ————— الدعوى القضائية وتوابع الاختصاص القضائي في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري- كـ.

- يؤدي تخلف المدعى عن الجلسة الأولى للدعوى إلى شطبها بخلاف تخلف المدعى عليه الذي يلزم القاضي بتأجيل نظر الدعوى وذلك حرصا على حقه في الدفاع عن نفسه وتمكينه من مواجهة خصمه.

- كما أن المدعي هو من يتحمل مصاريف الدعوى وتكاليفها وهو الملزم بتكليف خصمه للحضور بخلاف المدعى عليه.

د- مدى اعتبار النيابة العامة طرفا في قضايا شؤون الأسرة في القانون الجزائري:

نظرا لأن المشرع الجزائري بنص المادة 03 مكرر من قانون الأسرة جعل من النيابة العامة طرفا أصيلا في جميع دعاوى الأسرة، كان لزاما علينا ونحن بصدد دراسة جزئية أطراف الدعوى في القانون الجزائري أن نعالج بشيء من التفصيل الأدوار التي تلعبها النيابة كطرف في دعاوى شؤون الأسرة، و تقصي حقيقة قصد المشرع من اعتبارها طرفا أصيلا في الدعوى، فهل قصد من ذلك أنها طرف خصم يحق لها ما يحق للخصوم أم أن المشرع أرادها طرفا منظما حاميا للنظام العام؟ وعليه قبل الإجابة على هذا التساؤل يجب أولا التفريق بين كون النيابة العامة طرفا منظما للدعوى وكونها طرفا أصيلا في الدعوى¹.

- النيابة العامة كطرف منظم:

تعمل النيابة العامة كطرف منظم إذا تدخلت بعد رفع الدعوى القضائية وانعقاد الخصومة دون الانحياز لأحد أطرافها من مدعي و مدعى عليه، لأن الهدف من تدخلها هو احترام القانون وبذلك لا تعتبر بتدخلها طرفا وإنما هي ممثلة للمصلحة العامة في الخصومة الناشئة بين طرفيها، وعلى هذا الأساس تتحدد سلطاتها وتنحصر في إبداء رأيها في القضية بما يحقق سلامة تطبيق القانون².

1 - المادة 256: يمكن لممثل النيابة العامة أن يكون مدعيا كطرف أصلي أو يتدخل كطرف منظم.

2 - المادة 259 قانون إجراءات مدنية: يكون ممثل النيابة العامة طرفا منظما في القضايا الواجب ابلاغه بها، وييدي رأيه بشأنها كتابيا حول تطبيق القانون.

ويكون تدخل النيابة العامة عندما تعمل كطرف منظم إما اختياريا أو إجباريا، ويوصف تدخلها بالاختياري إذا ترك لها المشرع سلطة تقديرية في التدخل من عدمه، أما التدخل الوجوبي فهو عكس التدخل الاختياري بحيث يحدد المشرع بعض المسائل التي تتدخل فيها النيابة على سبيل الإلزام، فلو طرحت هذه المسائل على القضاء فلا يملك عدم اطلاع النيابة عليها، لأنه إذا لم تتمكن النيابة من الاطلاع على تلك المسائل فإن الحكم الصادر في الدعوى يكون باطلا، وهذا ما نصت عليه المادة 260 من قانون الإجراءات المدنية حيث جاء فيها " يجب إبلاغ النيابة العامة عشرة أيام على الأقل قبل تاريخ الجلسة بالقضايا الآتية :

- 1- القضايا التي تكون الدولة أو إحدى الجماعات الإقليمية أو المؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية طرفا فيها.
- 2- تنازع الاختصاص بين القضاة ورد القضاة.
- 3- رد القضاة
- 4- الحالة المدنية.
- 5- حماية ناقصي الأهلية.
- 6- الطعن بالتزوير.
- 7- الإفلاس والتسوية القضائية.
- 8- المسؤولية المالية للمسيرين الاجتماعيين.

حيث ترسل هذه القضايا الموضحة آنفا إلى ممثل النيابة العامة قبل عشرة أيام على الأقل من يوم الجلسة بواسطة كاتب الضبط.

- النيابة العامة كطرف أصلي في الدعوى:

وتوصف النيابة العامة بأنها طرف أصلي في الدعوى إذا كان لها نفس مركز الخصم في الخصومة، حيث تصبح تتمتع بجميع حقوق الخصم من بداية الدعوى إلى نهايتها، من رفع الدعوى وتكليفها بالحضور و توجيه سير الخصومة وإبداء الطلبات و الدفع وتقديم الأدلة ورفع الطعون في الأحكام الصادرة في الدعوى إلى غير ذلك من حقوق وواجبات في جانب الطرف الأصلي.

«الباب الأول» ————— (الردوى القضائية وتولاع الاختصاص القضائي في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري) - كـ

فهل تعتبر النيابة العامة طرفا أصليا أم طرفا منظما في دعاوى شؤون الأسرة، أم أن عملها في قضايا الأسرة ذو طبيعة خاصة؟.

قبل الإجابة على هذا التساؤل يجب أولا استعراض صلاحيات النيابة العامة في مسائل شؤون الأسرة حتى نستطيع تحديد الصفة التي تتدخل بها في قضايا شؤون الأسرة:

صلاحيات النيابة العامة في مسائل شؤون الأسرة: تتمتع النيابة العامة بصلاحيات متعددة في مسائل الأسرة من أهمها مايلي:

- إثبات الزواج العرفي: تنص المادة 22 من قانون الأسرة بأنه " يثبت الزواج بمستخرج من سجل الحالة المدنية وفي حالة عدم تسجيله يثبت بحكم قضائي.

يجب تسجيل حكم تثبيت الزواج في الحالة المدنية بسعي من النيابة العامة"

فيجب على النيابة أن تتدخل عند الضرورة، ولو من تلقاء نفسها للمطالبة بتسجيل عقود الزواج المعلقة أو المهملة. بموجب حكم قضائي صادر عن المحكمة المختصة، لان تسجيل العقود يدخل ضمن قواعد النظام العام الجزائري حسب نص المادة 18 و 22 من قانون الأسرة، وعليه فلا يمكن للمحكمة أن ترفض طلب تسجيل عقد الزواج المودع من النيابة العامة لانعدام الصفة في جانبها لأن هذا الإجراء يدخل في صميم صلاحياتها.

- **إبطال الزواج:** للنيابة العامة حق تقديم طلبات بطلان الزواج عندما يكون باطلا بطلانا مطلقا وذلك إذا كان احد الزوجين غير بالغ أو إذا ارتكب فاحشة حسب نص المادة 48 من الأمر رقم 70-20 المتعلق بالحالة المدنية¹.

3- **تصحيح عقود الحالة المدنية:** كما يمكن للنيابة العامة طلب تصحيح عقود الحالة المدنية وذلك بناء على عريضة يقدمها وكيل الجمهورية. بمجرد حكم يصدره رئيس محكمة مكان تحرير أو تسجيل العقد وهذا تطبيقا لنص المادة 19 من الأمر 70-20 السالف الذكر.

1 - الأمر رقم 70-20 مؤرخ في 13 ذي الحجة عام 1389 الموافق ل 19 فبراير 1970 المتعلق بالحالة المدنية .

4- إصدار حكم بالفقدان أو الوفاة: للنيابة العامة تقديم طلب استصدار حكم بفقدان أو وفاة كل جزائري فقد في الجزائر أو خارجها ويقدم الطلب إلى محكمة مكان الولادة بالنسبة للمولودين بالجزائر، أما بالنسبة للمولودين بالخارج أو الأجانب يقدم الطلب إلى محكمة المسكن أو الإقامة الاعتيادية وإلا تكون محكمة مدينة الجزائر هي المختصة طبقا لنص المواد 89، 91 من الأمر المتعلق بالحالة المدنية والمادة 114 من قانون الأسرة.

5- تعيين مقدم في حالة عدم وجود ولي أو وصي : للنيابة العامة حق تقديم طلب لتصفية التركة وتعيين مقدم في حالة عدم وجود ولي أو وصي على قصر من بين الورثة، وفي هذه الحالة وجب أن تكون القسمة عن طريق القضاء وذلك تطبيقا للمادة¹ 182 من قانون الأسرة كما تستطيع النيابة أن تطلب من المحكمة تعيين مقدم على فاقد الأهلية أو ناقصها في حالة عدم وجود ولي أو وصي عليهما طبقا للمادة 99 من قانون الأسرة²

6- رفع دعوى الحجر: كما للنيابة العامة رفع دعوى الحجر على كل من بلغ سن الرشد وهو مجنون أو سفیه أو طرأت عليه إحدى هذه الحالات بعد رشده طبقا لنص المادة 102 من قانون الأسرة،³ كما لها الحق برفع الدعوى التي تتعلق بالإرث والوصية.

كما يمكن لها أن تتدخل في القضايا المتعلقة بحالة الأشخاص، ويقصد بحالة الأشخاص كل ما يتعلق بالجوانب الشخصية كالزواج والطلاق والنسب⁴، وهذا ما نصت عليه المادة 141 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

بعد استقراء بعض النصوص القانونية التي تعالج صلاحيات النيابة العامة في دعاوى

1 - المادة 182 " في حالة عدم وجود ولي أو وصي يجوز لمن له مصلحة أو للنيابة العامة أن يتقدم إلى المحكمة بطلب تصفية التركة وتعيين مقدم، ولرئيس المحكمة أن يقرر وضع الأختام، وإيداع النقود الأشياء ذات القيمة، وان يفصل في الطلب.

2 - المقدم هو من تعينه المحكمة في حالة عدم وجود ولي أو وصي على من كان فاقد الأهلية أو ناقصها بناء على طلب احد أقاربه، أو ممن له مصلحة أو من النيابة العامة

3 - المادة 102 من قانون الأسرة، " يكون الحجر بناء على طلب احد الأقارب أو ممن له مصلحة أو من النيابة العامة.

4- ينظر نص المادة 141 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

شؤون الأسرة تبين أن النيابة العامة لها حق رفع بعض الدعاوى مثل دعوى تعيين مقدم في حالة عدم وجود ولي أو وصي وبالتالي لا يمكن أن توصف في هذه الحالة أنها طرف منظم لأن الطرف المنظم ينظم إلى خصومة قائمة ولا يمكن أن يكون المبادر لرفعها، كما أنه لا يمكن أن تكون طرفاً أصيلاً مادام أنه لا يمكن الحكم لها أو عليها، إضافة إلى هذا أنها لا تبدي طلبات ولا دفعات لأنه ليس من مصلحتها أن تقف إلى جانب أحد الأطراف بل تلتزم بتطبيق القانون، ومما سبق يترجح لدينا أن النيابة العامة بوجود نص المادة 03 مكرر من قانون الأسرة لا يمكن أن تكون طرفاً أصيلاً بالمعنى المتعارف عليه في دعاوى شؤون الأسرة، بل تكون طرفاً ذا طبيعة خاصة عندما ينص القانون صراحة على ذلك.

– ملاحظة: رغم أن المشرع الجزائري أعطى للنيابة العامة صفة الخصم الأصيل في دعوى شؤون الأسرة إلا أنها فعلياً لا تتعامل مع هذه القضايا بهذه الصفة، حتى أنها في الكثير من قضايا شؤون الأسرة لا تبذل أي جهد في حماية الأسرة و الحد من نزاعاتها وتكتفي في معظم القضايا بإجراءات روتينية اعتادتها في القضايا المدنية الأخرى، وعليه يجب أن تلعب النيابة العامة الدور المنوط بها في قضايا شؤون الأسرة حتى تحقق مقصد المشرع من كونها طرفاً أصيلاً في مسائل الأسرة.

الفرع الثاني: شروط الدعوى في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

يشترط لقيام دعوى صحيحة توافر عدة شروط منها ما يرجع إلى طرفيها ومنها ما يرجع إلى محلها ومنها ما يرجع إلى صيغتها، وفيما يلي تفصيل ذلك :

أولاً: شروط الدعوى في الفقه الإسلامي

أ) : الشروط المتطلبية في أطراف الدعوى

اشترط فقهاء الشريعة الإسلامية في جانب المدعي والمدعى عليه -أطراف الدعوى-

لقبول الدعوى القضائية شرطين: شرط الأهلية و شرط الصفة¹.

1- شرط الأهلية²: الأهلية في اللغة هي الصلاحية والجدارة والكفاية لأمر من الأمور³، فالأهلية للأمر هي الصلاحية له، ومنه قوله تعالى في حق المؤمنين ﴿وَأَلْزَمَهُم كَلِمَةَ التَّقْوَى وَكَانُوا أَحَقَّ بِهَا وَأَهْلَهَا﴾⁴، وأيضا قوله تعالى: ﴿هُوَ أَهْلُ التَّقْوَى وَأَهْلُ الْمَغْفِرَةِ﴾⁵ وقد عرفها علماء أصول الفقه بأهما: "صلاحية الإنسان لصدور الأفعال والأقوال منه على وجه يعتد به شرعا"⁶، وتعني في مجال التقاضي صلاحية المدعي والمدعى عليه للقيام بالتصرفات الشرعية، وعليه فلا تصح الدعوى والإنكار لدى الفقهاء إلا من جازت التصرف أي العاقل المميز، وهو الحر المكلف الرشيد، لأن من لا يصح تصرفه، فلا قول له يعتمد⁷، وقد اجمع الفقهاء على اشتراط الأهلية في جانب المدعي والمدعى عليه، إلا أنهم اختلفوا في بعض الجزئيات على التفصيل التالي:

فقد اكتفى الأحناف باشتراط الأهلية الناقصة في حق المدعي والمدعى عليه، حيث أجازوا للصبي المميز المأذون له رفع الدعوى، وأن يكون مدعى عليه⁸، وذلك مرده في نظرهم " إلى أن

1 - الموسوعة الفقهية، وزارة الأوقاف وشؤون الإسلامية، دولة الكويت، الطبعة الأولى، 1427هـ/2006م، 293/20.

2 - معنى الأهلية: إذا رجعنا إلى معاجم اللغة للبحث عن معنى الأهلية فإننا سنجدها في مادة أه.ل، وهي في اللغة ذات معاني متعددة و دلالات مختلفة تحدد حسب وضعها في الجملة، إلا أن أهم المعاني اللغوية لهذا المصطلح ما يأتي:
- أهل: بمعنى الأقارب والعشيرة والزوجة. فأهل الرجل: ذويه وأقاربه.. قال تعالى على لسان نبينا نوح عليه السلام: { رَبِّ إِنَّ ابْنِي مِنْ أَهْلِي }، وقوله تعالى: { مَا جَزَاء مَنْ أَرَادَ بِأَهْلِكَ } وقوله تعالى: { وَأُمْرُ أَهْلِكَ بِالصَّلَاةِ وَأَصْطَبِرْ عَلَيْهَا } . وتأني بمعنى أهل الشيء: أصحابه، وأهل الأمر: ولاته، وأهل الدار: سكانه..قال تعالى: { وَكَوْنُ أَهْلِ الْقُرَى آمَنُوا وَاتَّقُوا لَفَتَحْنَا عَلَيْهِم بَرَكَاتٍ مِّنَ السَّمَاءِ وَالْأَرْضِ }، ويقال: أهل وتأهل الرجل: بمعنى تزوج أهل: يقال هو أهل لكذا: أي مستحق له أو مستوجب له وتأهل للأمر: صار له أهلا. ينظر المعجم الوسيط، مجمع اللغة العربية بالقاهرة، من إخراج د.إبراهيم أنيس وآخرون، دار الدعوة، ص31.

3 - د أحمد مختار عبد الحميد عمر، معجم اللغة العربية المعاصرة، الطبعة: الأولى، 1429 هـ - 2008 م، 1/136.

4 - سورة الفتح الآية: 26.

5 - سورة المدثر الآية: 56.

6 - عياض بن نامي بن عوض السلمي، أصول الفقه الذي لا يسع الفقيه جهله، دار التدمرية، الرياض - المملكة العربية السعودية، الطبعة: الأولى، 1426 هـ - 2005 م، ص79.

7 - محمد ابراهيم البدارين، الدعوى بين الفقه والقانون، دار الثقافة، عمان، الطبعة الأولى، 2007، ص107.

8 - أبو المعالي برهان الدين محمود، المحيط البرهاني في الفقه النعماني فقه الإمام أبي حنيفة رضي الله عنه

أن الدعوى والجواب عليها من التصرفات الدائرة بين النفع والضرر، فتصح من الصبي الذي أذن له وليه، ولا تصح ممن لم يأذن له¹، أما فقهاء المذهب المالكي فقد اشترطوا الرشد في حق المدعى عليه، فقد قال ابن فرحون² في "التبصرة": "ليس للحاكم أن يسمع الدعوى على من لا يصح إقراره فلا تسمع على السفية، ولا ينبغي للقاضي أن يسأله عن شيء مما يدعي به عليه، ولا يكلفه في ذلك إقرارا ولا إنكارا"³، واكتفوا بالأهلية الناقصة في جانب المدعي، فتصح الدعوى عندهم من السفية والصبي ولم يشترطوا فيه الإذن كما هو الحال عند فقهاء الأحناف⁴، أما الشافعية والحنابلة فقد اشترطوا الرشد في المدعي والمدعى عليه، إلا أن الشافعية قالوا: تسمع الدعوى على المحجور عليهم فيما يصح إقرارهم به، فتسمع الدعوى بالقتل على السفية⁵، أما فقهاء المذهب الحنبلي فقد استثنوا أن تصح الدعوى على السفية فيما يؤخذ به حال سفهه، فتصح عليه دعوى الطلاق والذف⁶.

-
- = المحقق: عبد الكريم سامي الجندبي، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، الطبعة: الأولى، 1424 هـ - 2004 م، 530/9، الموسوعة الفقهية، 293/20، علي حيدر خواجه أمين أفندي، درر الحكام درر الأحكام في شرح مجلة الأحكام، دار الجليل، الطبعة: الأولى، 1411 هـ - 1991 م، 181/4.
- 1 - محمد نعيم ياسين، نفس المرجع، الصفحة 274.
 - 2 - إبراهيم بن علي بن محمد، ابن فرحون، برهان الدين اليعمرى: عالم بحاث، ولد ونشأ ومات في المدينة. وهو مغربي الأصل، نسبته إلى يعمر بن مالك، من عدنان. رحل إلى مصر والقدس والشام سنة 792 هـ. وتولى القضاء بالمدينة سنة 793 ثم أصيب بالفالج في شقه الأيسر، فمات بعلته عن نحو 70 عاما. وهو من شيوخ المالكية، له عدة مؤلفات قيمة مثل الديباج المذهب - ط في تراجم أعيان المذهب المالكي، و تبصرة الحكام في أصول الأفضية ومناهج الأحكام... الخ. ينظر في ترجمته: الأعلام، للزركلي، دار العلم للملايين، الطبعة: الخامسة عشر - أيار / مايو 2002 م، 52/1.
 - 3 - ابن فرحون، تبصرة الحكام في أصول الأفضية ومناهج الأحكام، مكتبة الكليات الأزهرية، الأولى، 1406 هـ - 1986 م، 153/1.
 - 4 - الموسوعة الفقهية، 293/20، وبهامشها مواهب الجليل، 127/6.
 - 5 - الشريبي الخطيب، مغني المحتاج، دار الكتب العلمية، الطبعة: الأولى، 1415 هـ - 1994 م، 379/5، الموسوعة الفقهية، 293/20.
 - 6 - البهوتي، شرح منتهى الإرادات، عالم الكتب، الطبعة: الأولى، 1414 هـ - 1993 م، 555/3، البهوتي، كشف القناع عن متن الإقناع، دار الكتب العلمية، 384/6.

2- شرط الصفة:

يشترط فقهاء الشريعة الإسلامية كذلك لقبول الدعوى القضائية أن يكون المدعي والمدعى عليه ذا صفة في الدعوى، أي أن يكون كل منهما ذا شأن في القضية¹ التي أثيرت حولها الدعوى، ويتحقق ذلك في جانب المدعي إذا كان له حق رفعها أمام القضاء، سواء أكان أصيلاً، أو وكيلًا عن غيره، أو ولياً أو وصياً على المحجور عليه والقاصر، أو إذا طالب بحق مدينه لدى الغير كما ذكر الشافعية، فإذا لم تكن لرافع الدعوى تلك الصفة فلا تسمع دعواه، كمن ادعى على آخر عيناً لغيره من دون وكالة أو نيابة، لانعدام الصفة التي تخوله رفع تلك الدعوى أمام القضاء، لأن الحقوق المطالب بها، إما أن تكون حقوقاً للعباد، مما يعطي صاحب الحق نفسه الصفة التي تخوله رفع دعواه أمام القضاء، أو من يقوم مقامه من وكيل، أو ولي أو وصي، أو وارث ونحوه، فلا ينتصب أحد خصماً عن أحد قصداً بغير وكالة أو نيابة أو ولاية، أو تكون حقوقاً لله تعالى، وهي ما تعرف بالحق الشرعي العام، فيستطيع كل مسلم مكلف شرعاً، الإدعاء بأمور الحسبة كالطلاق والوقف والحدود والإيلاء ونحوها أمام القضاء، بل واجب عليه ذلك، رعاية لحق الله تعالى، فلو سمع رجل يطلق زوجته، فله الإدعاء على الزوج والزوجة بهذا الطلاق رعاية لحق الله تعالى².

ويتحقق شرط الصفة في المدعى عليه عند فقهاء الشريعة إذا رفعت الدعوى في وجه من يعتبره الشرع خصماً، ويجبره على الدخول في القضية، ليجيب بالاعتراف أو بالإنكار³، فإذا ادعى عليه شيء، وكان يترتب على إقرار المدعى عليه حكم، يكون بإنكاره خصماً في الدعوى وإقامة البينة، أما إذا كان لا يترتب على إقراره بالدعوى حكم، فلا يكون خصماً بإنكاره الدعوى، فمن ادعى على آخر شيئاً، فقال المدعى عليه، هذا الشيء أودعه عندي فلان الغائب، أو رهنه أو غصبته منه، فإذا أقام البينة على الإيداع أو الرهن أو الغصب، فلا خصومة بينه وبين

1 - الموسوعة الفقهية، 20/294.

2 - حيدر، درر الحكام، 4/ص257 و289.

3 - محمد نعيم ياسين، نظرية الدعوى، ص275.

«الباب الأول» ————— (الدعوى القضائية وتوابع الاختصاص القضائي في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري) - كـ.

المدعي¹، وقيد أبو يوسف² رفع الخصومة عنه، إذا كان صالحاً، أما إذا كان معروفاً بالحيل فلا تندفع، لأن المحتال قد يدفع مال غيره إلى مسافر، ثم يودعه المسافر ذلك المال، ويشهد على ذلك، فيختال لإبطال حق غيره³.

ويستثنى مما سبق الولي والوصي، فلا يترتب على إقرارهما حكم على غير المكلف، إلا إذا كان إقرارهما على عقد صادر منهما، كما لو باع الولي مال الصغير، بناء على مسوغ شرعي، ووقعت من قبل المشتري دعوة تتعلق بذلك، فيعتبر إقرار الولي في ذلك، أما إنكار الولي والوصي فصحيح، وتسمع عليهما دعوى المدعي وبينته⁴.

ب: شروط المدعى به في الفقه الإسلامي

المدعى به: وهو محل الدعوى، أي موضوعها الذي تنازع فيه المدعى مع المدعى عليه⁵.

أو هو بعبارة أخرى: الحق الذي يطلبه المدعي من المدعى عليه⁶، ويكون إما عيناً أو ديناً، أو حقاً، أو عقداً أو فعلاً⁷، وقد اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية في حصر شروطه بين مضيع وموسع إلا أنه يمكن حصر أهم شروطه في الآتي:

- 1 - محمد إبراهيم البدارين، الدعوى بين الفقه والقانون، المرجع السابق ص 114.
- 2 - القاضي أبو يوسف، يعقوب بن إبراهيم بن حبيب من كبار أصحاب أبي حنيفة لازمه طويلاً وتفقع عليه فكان ذا رأي وعقل ثاقب، تولى قضاء بغداد في عهد الرشيد، يعد أبو يوسف أول من وضع الكتب على مذهب الحنفية وأملى مسائله ونشرها في مختلف الأقطار، مما تركه كتاب الخراج و الأمالي والنوادر، وآراؤه مبثوثة في كتب الحنفية. توفي عام 192هـ. ينظر: عبد الحي اللكنوي، الفوائد البهية في تراجم الحنفية، طبعة دار المعرفة، لبنان، ص 225.
- 3 - الكاساني، بدائع الصنائع، ج 8/3938-3939، -المرداوي، الإنصاف، 11/267-269، الباهوتي، كشف القناع، ج 6/342.
- 4 - علي حيدر، درر الحكام، 4/933-938.
- 5 - أبو الحسن بن حبيب الماوردي، الحاوي الكبير، 17/292.
- 6 - الشيخ علي قراعة، الأصول القضائية في المرافعات الشرعية، ص 5.
- 7 - البابرقي، العناية مع تكملة الفتوح، 8/153، 152، علي حيدر، درر الحكام، 14/152، - الشيخ علي قراعة، المرجع السابق، ص 4.



1- شرط معلومية المدعى به.

يقصد بمعلومية المدعى به: تصوره: أي تميزه في ذهن المدعى و المدعى عليه والقاضي¹، وذلك بتعريفه ووصفه في الدعوى²، وقد اختلف الفقهاء في مدى لزوم هذا الشرط لصحة الدعوى إلى اتجاهين:

الاتجاه الأول: (معلومية المدعى به شرط لازم لصحة الدعوى) فلا تصح الدعوى بمجهول العين والصفة، وعليه فلو ادعى شخص على آخر بشيء مجهول طالبه القاضي بتصحيح دعواه، ببيان المدعى به مفصلاً، فإن فعل، صحت دعواه وسمعت، وطلب من المدعى عليه الجواب، وإلا ردت دعواه حتى يستوفي ما يمنع من جهالتها وذهب إلى هذا عامة الحنفية، والمالكية في المشهور عندهم، والشافعية، والحنابلة، والزيدية، والإمامية، والإباضية³.

الأدلة التي استدلت بها أصحاب هذا الاتجاه: استدلت أصحاب هذا الاتجاه على لزوم المعلومية في المدعى به، بالسنة والمعقول.

- دليلهم من السنة:

استدلوا بما روي عن أم سلمة رضي الله عنها قالت: جاء رجلان يختصمان إلى الرسول ﷺ في مواريث بينهما قد درست، ليس بينهما بينة، فقال رسول الله ص « إنكم تختصمون إلي، وإنما أنا بشر ولعل بعضكم يكون ألحن بحجته من بعض، وإنما أقضي بينكم على نحو مما أسمع، فمن قضيت له من حق أخيه شيئاً فلا يأخذه، وإنما أقطع له قطعة من النار، يأتي بها أسطاما في عنقه يوم القيامة»، فبكى الرجلان وقال كل واحد منهما: حقي لأخي، فقال رسول الله ﷺ: أما إذا قلتما فاذهبا فافتسما، ثم توخيا الحق، ثم استهما ثم ليحلل كل واحد منكما

1- الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير 4/144، الصاوي، حاشية الصاوي على الشرح الصغير، 209/4، الزرقاني، شرح الزرقاني على المختصر 135/7، تهذيب الفروق، 153/4.

2- السيوطي، شرح التنبيه، طبعة دار الفكر، 908/2.

3- السرخسي، المبسوط، 30/17، الكاساني، بدائع الصنائع، 339/6، ابن فرحون، تبصرة الحكام 145/1، الماوردي، الحاوي الكبير، 309/7، البهوتي، شرح منتهى الإرادات، 513/3.

صاحبه"1.

ووجه الدلالة من الحديث: أنه يبين وجوب كون المدعى به معلوما، حتى يتمكن القاضي من إلزام المدعى عليه به، لأن حكمه يترتب على تحرير الدعوى، وبيان طلبات المدعي، وذلك مأخوذ من قوله صلى الله عليه و سلم: «وإنما أقضي بينكما على نحو مما أسمع»، فأفاد بذلك عدم مشروعية الدعوى بالمجهول.

وهذا استدلال ضعيف، يمكن مناقشته بأن الحديث ليس فيه دليل على مدعاهم وقوله صلى الله عليه و سلم: «وإنما أقضي بينكما على نحو مما أسمع» لا يدل على وجوب كون المدعى به معلوما، وإلا لما سمع النبي ﷺ دعوى الحضرمي رغم خلوها من بيان المدعى به بيانا يفيد العلم به، وإنما هو يدل على وجوب أن يقضي القاضي بما سمع من أدلة الخصوم وحججهم على دعاويهم، بدليل قوله صلى الله عليه و سلم في نفس الحديث: "وإنما أنا بشر ولعل بعضكم يكون ألحن بحجته من بعض"، وهذا الفهم للحديث هو الذي يجب أن يصار إليه، جمعا بين هذا الحديث والحديث الذي استدل به أصحاب المذهب الأول.

- دليلهم من المعقول:

إن غاية الدعوى هو القضاء بما تضمنته للمدعى على المدعى عليه، إن أثبتته المدعى، وذلك يستدعي العلم به، إذ القضاء بالمجهول لا يصح، لأن في القضاء إلزاما للمدعى عليه برد الحق إلى صاحبه، ولا إلزام مع الجهالة، لأنه لا يوجد شيء يمكن الإشارة إليه أو الحكم به، أو يقال عنه أنه للمدعي، وبالتالي فلا يتحقق مقصود الدعوى بدون العلم بالمدعى به².

1 - سبق تخريجه.

2 - السرخسي، المبسوط، 30/17، الزيلعي، تبين الحقائق، 291/4، الكاساني، بدائع الصنائع، 399/6، علي حيدر، درر الحكام، 160/14، الشيخ لي فراعة، الأصول القضائية، ص7.

الاتجاه الثاني : (معلومية المدعى به غير لازمة لصحة الدعوى).

وذهب إلى هذا بعض فقهاء المذاهب منهم: قاضي زادة¹ من الحنفية² والقرافي³ والمازري⁴ و⁵6 وذهب والبساطي⁷ والخطاب⁹ ومطرف¹¹، وأكثر الأصحاب من المالكية¹²، كما ذهب إليه الإمام ابن تيمية¹³، من الحنابلة¹⁴، حيث يرى هؤلاء أن هذا الشرط غير لازم لصحة

- 1- هو شمس الدين أحمد بن محمود المعروف بقاضي زاده الرومي الحنفي: له كتاب نتائج الأفكار وكشف الرموز والأسرار في تكملة فتح القدير لابن الهمام، توفي سنة 988هـ - إيضاح المكنون في الذيل على كشف الظنون: ص 620.
- 2- فقد قال معقبا على قول المرغيناني في الهداية: " والإلزام في الجهول لا يتحقق" أقول: فيه بحث وهو أن عدم تحقيق الإلزام في الجهول ممنوع... ينظر نتائج الأفكار في كشف الرموز والأسرار، 148/7.
- 3- شهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي، الإمام المحقق البارع في المذهب المالكي فقها وأصولا، صاحب التصانيف المفيدة التي من أهمها كتاب الذخيرة في الفقه وأنوار البروق في أنواء الفروق الذي أبدع فيه وتفرد وكتاب تنقيح الفصول في الأصول وشرحه وكتاب الإحكام في الفرق بين الفتاوى والأحكام وشرح التهذيب وشرح الجلاب والعقد المنظوم في الخصوص والعموم وكتاب تلقيح الفهوم في تنقيح صيغ العموم توفي رحمه الله عام 684هـ. انظر ابن فرحون، الديباج المذهب 236/1، مخلوف، شجرة النور الزكية، 188/1.
- 4 - بعد أن نقل عن الشافعية اشتراطهم كون الدعوى معلومة قال غير أن قولهم وقول أصحابنا أن من شروطها - أي الدعوى - أن تكون معلومة فيه نظر، فإن الإنسان لو وجد وثيقة في تركة مورثه، أو أخيره عدل بحق له، فالمنقول جواز الدعوى يمثل هذا، والخلف بمجرد عندنا وعندهم، الفروق 72/4-73.
- 5 - هو محمد بن علي بن عمر التميمي المازري المعروف بالإمام، كان حافظا مجتهدا في المذهب، له من التأليف شرح التلقين للقاضي عبد الوهاب، وشرح البرهان، لإمام الحرمين، والمعلم شرح صحيح مسلم، توفي سنة 536هـ. ينظر في ترجمته: الديباج المذهب: ص 279.
- 6 وقد نقل عنه غير واحد من علماء المالكية قول هو عندي أن هذا الطالب لو أيقن بعمارة ذمة المطلوب بشيء وجعل مبلغه وأراد من خصمه أن يجابهه عن ذلك بإقرار بما ادعى على وجه التفصيل، وذكر المبلغ والجنس لزم المدى عليه الجواب، مواهب الجليل، 124/6.
- 7- هو الإمام محمد بن أحمد بن عثمان بن نعيم بن محمد الطائي البساطي، قاضي القضاة، أبو عبد الله شمس الدين العلامة المالكي المولود سنة 760هـ، نبغ في فنون المعقول والعربية والبيان والأصليين، وصنف فيها، وفي الفقه، ومن مصنفاته المغني في الفقه، وثناء الغليل في شرح مختصر خليل وتوضيح المعقول وتخريج المقول على مختصر ابن الحاجب وحاشية على المطول وحاشية على المطالع وحاشية على المواقف ونكت على الطوالع ومقدمة علم الكلام توفي رحمه الله سنة 842 هـ، أنظر نيل الإتهاج بتطريز الديباج، لأبي العباس التتبيكي، ص 300.
- 8- فقد ورد عنه أنه قال: وعندي أنه - أي الدعوى بالجهول - صواب، وأنه يلزم المدعى عليه جوابه بإقراره أو انكساره انظر شرح الخرشبي، 154/7.
- 9 - هو الإمام محمد بن محمد بن عبد الرحمن بن حسن الرعيبي المغربي الأصل، المكي المولد المعروف بالخطاب، ولد سنة 901 هـ، وكان من سادات العلماء، له تأليف تأليف بارعة تدل على امامته وسعة علمه وحفظه وسيلان ذهنه وقوة ادراكه = وجودة نظره وحسن اطلاعه منها: شرحه على مختصر خليل المسمى مواهب الجليل، وشرح ابن الحاجب، وشرح مناسك خليل، وشرح قرّة العين في الأصول لإمام الحرمين وغيرها، توفي سنة 954، انظر نيل الإتهاج بتطريز الديباج، لأبي العباس التتبيكي، ص 227، الأعلام 121/7، الطريقة المرضية، ص 14.
- 10- فقد قرر أن مذهب مالك هو صحة الدعوى بالجهول مستنتجا ذلك من بعض المسائل المذكورة في المدونة فقال: ومسائل المدونة وغيرها صريحة في أنه تسمع الدعوى بالجهول إذا كان لا يعلم قدره، انظر مواهب الجليل، 125/6.
- 11- هو الإمام مطرف بن عبد الله بن مطرف بن سليمان بن بشار اليساري الهلالي، أبو مصعب المدني، الثقة الفقيه، المولود سنة 137 هـ، المتوفى سنة 214 هـ وقيل سنة 220 هـ، أخذ عن مالك وابن أبي ذئب وعبد الله بن عمر العمري وغيره وروى عنه البخاري ومحمد بن أبي الحسن والذهلي وغيرهم، قال فيه الإمام أحمد بن حنبل: كانوا يقدمون على أصحاب مالك، وذكره بن حبان في الثقات، وقال الدارقطني: ثقة، تذهب التهذيب لابن حجر، 158/10، ط 1 دار الفكر سنة 1404 هـ - 1984 م.
- 12 - انظر شرح الخرشبي، 503/4، الشرح الكبير لدردير وحاشية الدسوقي عليه، 26/6، الفروق 154/4، تبصرة الحكام 180/1.
- 13- هو الإمام أحمد بن عبد الحليم بن عبد السلام بن تيمية الحرايي الدمشقي الإمام الفقيه المجتهد الحافظ المفسر، شيخ الإسلام ولد بجران سنة 661هـ، وقدم دمشق التي استولى التتر عليها، سمع من ابن عبد الدائم وابن أبي اليسر وأحمد بن عساكر وغيرهم، سمع مسند أحمد مراراً عدّة والكتب الستة، وكتب بخطه ما لا يحصى، أخذ الفقه عن والده وعن الشيخ شمس الدين ابن المنجي كما برع في العربية والتفسير ونظر في علم الكلام والفلسفة وردّ على أهلها وقد أهله حفظه وذكاءه للفتوى والتدريس وهو دون العشرين = = قال عنه الحافظ المؤرّي: ما رأيت مثله ولا رأى هو مثل نفسه، سجن ظلماً بسجن القلعة بدمشق، وتوفي عام 728 هـ. ابن مفلح، المقصد الأرشد 138/1، الذهبي، طبقات الحفاظ، 520/1.
- 14 - فقد روى عنه تلميذه ابن مفلح قائلاً: واختار شيخنا أن مسألة تحرير الدعوى وفروعها ضعيفة انظر الفروع لابن مفلح 157/6.

﴿الباب الأول﴾ ————— الدعوى القضائية وتوابع الاختصاص القضائي في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري- كـ.

الدعوى، فالدعوى بالمجهول صحيحة، سواء كان مجهول العين أو الصفة، وعليه فلو ادعى شخص على آخر بشيء مجهول العين أو الصفة، كما لو قال: لي عليه شيء ولا يدري جنسه ونوعه، أو قال: لي عنده أرض، ولا يدري حدودها، قبلت دعواه.

الأدلة التي استدلت بها أصحاب هذا الاتجاه:

استدل أصحاب هذا الاتجاه على عدم لزوم المعلوماتية في المدعى به، بالسنة والمعقول.

- دليلهم من السنة:

استدلوا بما روي عن علقمة بن وائل عن أبيه قال: جاء رجل من حضر موت ورجل من

كندة إلى النبي ص فقال الحضرمي: يا رسول الله إن هذا قد غلبني على أرض كانت لأبي، قال الكندي: هي أرضي في يدي، أزرعها ليس له فيها حق. فقال رسول الله ص للحضرمي: «الك بينة»؟، قال: لا. قال «فلك يمينه». فقال: يا رسول الله إن الرجل فاجر لا يبالي على ما حلف عليه، وليس يتورع من شيء. قال: «ليس لك منه إلا ذلك» فانطلق ليحلف.

قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لما أدبر الرجل «أما لئن حلف على ماله ظلما ليلقين الله وهو عنه معرض»¹.

ووجه الدلالة من الحديث: أن النبي ﷺ سمع دعوى الحضرمي على الكندي رغم أنه لم يبين فيها مقدار المدعى به ولا حدوده، ولا أي شيء مما يحصل به العلم الذي اشترطه بعض الفقهاء، وإنما سمعها مجرد أن قال المدعى: إن هذا قد غلبني على أرض كانت لأبي. فدل ذلك على عدم اشتراط هذا الشرط، إذ لو كان شرطا، لما سمع النبي ص هذه الدعوى من الحضرمي، ولطلب منه أن يبين مقدار هذه الأرض وحدودها وجيرانها وما إلى ذلك.

1 - رواه مسلم في صحيحه، كتاب الإيمان، باب، 61 وعيد من اقتطع من مسلم يمين فاجرة بالنار، الحديث رقم: 159/139، 2، وأبو داود في صحيحه، كتاب الإيمان والندور، باب في من حلف يمينا ليقتطع بها مال أحد 221/3، وأحمد في مسنده 426/15.



- دليلهم من المعقول:

اتفق الفقهاء على قبول الإقرار بالمجهول، وهذا يقتضي أن تقبل الدعوى بالمجهول، حتى يمكن الإلزام بالإقرار، وذلك لأنه لو لم تقبل الدعوى بالمجهول، لما أمكن إلزام من أقر بمجهول بتفسير ما أقر به، بذكر مبلغه وجنسه وصفته وغير ذلك، ولما أمكن إلزامه بإعطائه للمقر له¹.

الترجيح: بعد عرض أقوال الفقهاء في هذه المسألة، أرى اختيار الرأي القائل بعدم صحة الدعوى بالمجهول، لأن القاضي لا يحضر المدعى عليه بمجرد الدعوى، وإنما بما ثبت لديه من بينات لدى المدعي، و البينات إن كانت شهودا فيجب عليهم العلم بمقدار ما يشهدون به وإن كانت مكتوبة، فالكتابة تحدد المقدار أيضا، إلا أنه يستثنى بعض المسائل يصح فيها الدعوى بالمجهول كالسرقة مثلا، فتصح دعوى من سرق منه مال ولا يعلم مقداره .. و تصح شهادة من رأى أحدا من الناس يسرق وشهد عليه بذلك لكنه لا يعلم مقدار ما سرقه، فإن مثل هذه الدعوى تقبل حفاظا على حقوق الناس من الضياع.

2- شرط المشروعية

اشترط عامة الفقهاء أن يكون المدعى به مشروعا ومما أقره الشرع فلا يجوز أن يدعى لشيء لا يقره الشرع لأن الدعوى شرعت لحماية الحقوق والمصالح المشروعة، أما إذا كان المدعى به لا يقره الشرع كالخمر ومال الربا والآثار المترتبة على الباطل والفساد فلا يحميه الشرع ولا تُقبل الدعوى به²، و يجب كذلك أن يكون المدعى به مما يلزم الناس به في الدنيا، أما إذا كان المدعى به مما أقره الشرع ولكنه يلزم به الإنسان ديانة ويجاسب عليه في الآخرة كمساعدة الجار أو الإحسان إلى الآخرين أو التبرع بالمال أو صلة ذوي القربى والأرحام فهذه أمور يلزم بها الإنسان ديانة ولا يلزم بها قضاء³.

1- الخرشى، شرح مختصر خليل، دار الفكر للطباعة - بيروت، بدون طبعة وبدون تاريخ، 154/7.

2- السيوطي، شمس الدين محمد بن أحمد المنهاجي السيوطي، جواهر العقود معين القضاة والموقعين والشهود، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1 سنة 2، 395/1996.

3- محمد مصطفى الزحيلي، فقه الدعوى، ص201.

3- شرط عدم الاستحالة.

اشترط الفقهاء لصحة الدعوى أن يكون المدعى به محتمل الثبوت. بمعنى أن لا يكون مستحيلاً شرعاً، أو عقلاً، أو عادة¹، ومثال المستحيل في العقل أن يدعي شخص بنوة من هو أكبر منه سناً أو من هو مساويه وقد اتفق الفقهاء² على عدم قبول الدعوى بالمستحيل الشرعي والعقلي، وذلك لتيقن الكذب فيها فلا تحتمل الصدق بأي حال من الأحوال.

ومثال المستحيل في العادة أن يدعي شخص معروف بالفقر والحاجة أموالاً عظيمة على آخر بطريق القرض أو الغصب، فهذه الدعوى لا تسمع أيضاً عند أكثر الفقهاء لظهور الكذب فيها مع احتمال الصدق احتمالاً بعيداً³، بينما ذهب الإمام الشافعي وبعض أصحابه إلى قبولها⁴.

ب)- الشروط المتعلقة بالصيغة.

الصيغة: هي الطلب أو القول وما يقوم مقامه المرفوع إلى القاضي للنظر فيه وقد اشترط فيها فقهاء الشريعة الشروط التالية:

1- شرط الجزم (أن تكون بتعابير قاطعة وجازمة).

لا بد أن تكون صيغة الدعوى بعبارة الجزم واليقين والتأكيد والوضوح فلا يصح أن يقول المدعي أشك أو أظن فذلك يمنع صحة الدعوى⁵، ولو قال المدعى عليه أيضاً في جوابه أشك أو أظن فلا تُقبل إجابته "وليس هناك عبارات مخصوصة يشترط ذكرها في الدعوى ولا كلمة

1 - علي حيدر، درر الحكماء، 4/208، ابن جيم، البحر الرائق 7/327، ابن عابدين، الدر المختار شرح تنوير الأبصار، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت - لبنان، 8/16.

2 - الكاساني، بدائع الصنائع، 6/224، علي حيدر، درر الحكماء 4/208، ابن فرحون، تبصرة الحكماء، 110/1-111، الموسوعة الفقهية، 20/307.

1- السيوطي، النظائر، 2/460. ابن القيم، الطرق الحكمية، ص 102.

4- ابن عبد السلام، قواعد الأحكام، 2/125 وجا فيه: " لو ادعى السوقة على الخليفة أو على عظيم من الملوك أنه استأجره لكنس داره وسياسة دوابه، فإن الشافعي يقبله وهذا في غاية البعد ومخالفة الظاهر، وخالفه بعض أصحابه وخلافه متجه".

5 - الكاساني، بدائع الصنائع، 6/224. علي حيدر، درر الحكماء، 3/182.

﴿الباب الأول﴾ ————— الدعوى القضائية وتوابع الاختصاص القضائي في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري- كـ.

أدعي، بل إن كل ما يفيد من ألفاظ الجزم والقطع بالمدعى به يعتبر دعوى صحيحة وتُسمع¹ والسبب في عدم فتح الباب بدعاوى لم يتأكد أصحابها من وجود حقوق لهم، وإنما مجرد أخذ الناس بالظن والشك.

2- شرط مجلس القضاء.

يشترط في الدعوى أن تكون في مجلس القضاء فلا يصح الإدعاء في مكان آخر غير مجلس القاضي المحدد بوقت وزمن حتى يستطيع إلزام المدعى عليه بالحكم²، ولأجل ذلك ذكر كثير من الفقهاء في تعريفهم للدعوى أنها لا بد أن تكون في مجلس القاضي.

3- أن لا تكون الصيغة مناقضة لأمر سبق صدوره عن المدعي.

اشترط عامة الفقهاء في الصيغة ألا تكون متناقضة مع كلام سابق من المدعي يناقض دعواه، والتناقض في اصطلاح الأصوليين تقابل الدليلين المتساويين على وجه لا يمكن الجمع بينهما بوجه³، وذلك كما لو ادعى بكلام يثبت لشخص الحق فيه ثم يدعي بكلام آخر يطلب من القاضي نفي الحق عنه، فلا تقبل دعواه للتناقض بين الدعويين.

جاء في بدائع الصنائع ما نصه "ومن الشرائط المصححة للدعوى عدم التناقض وهو أن لا يسبق منه ما يناقض دعواه لاستحالة وجود الشيء مع ما يناقضه وينافيه حتى ولو أقر بعين في يده لرجل وأمر القاضي بدفعها إليه ثم ادعى أنه كان اشتراها منه قبل ذلك لا تسمع دعواه لأن إقراره بالملك للمشتري فكان مناقضا للإقرار والإقرار يناقضه فلا يصح"⁴.

و لم يخالف في هذا سوى ما ذكره القاضي ابن أبي الدم عن القاضي الحسين من كبار أئمة

1- د. أحمد علي داود، أصول المحاكمات الشرعية، ص233.

2- الرملي، نهاية المحتاج، 333/8، الشريبي، الإقناع، 309/2، علي حيدر، درر الحكم، 158/3.

3- التهانوي، كشف اصطلاحات الفنون، 1726/2.

4- ابن أبي الدم، أدب القضاء، ص145. والكاساني، بدائع الصنائع، 23/6، وعلي قراءة، ملخص كتاب الأصول القضائية، ص28.



الشافعية¹، وما ذكره ابن سلمون المالكى فى كتابه العقد المنظم للحكام².

وقد استثنى فقهاء الحنفية من عدم التناقض المسائل التالية:

مسائل النسب: كما لو قال شخص لمجهول النسب هو ابني من زنا ثم قال هو ابني من نكاح فسمع الدعوى رغم التناقض، وقد علل الكاساني هذا الاستثناء بأن بيان النسب مبني على أمر خفي وهو العلوق وهذا مما يغلب خفاؤه على الناس، فكان التناقض فى مثله غير معتبر³.

بعض المسائل المتعلقة بالطلاق: كما لو أقرت امرأة أنها لا تزال على عصمة زوجها ثم تدعى بعد ذلك أنه طلقها، فمع وجود التناقض تسمع دعوى الزوجة لخباء وقوع الطلاق عليها⁴، فيغتفر التناقض بالنسبة لها، ولا تسمع دعوى الزوج لأن الطلاق بيده⁵ ولا خفاء فيه لصدوره منه⁶.

مسائل العتق: وذلك كما لو أقر بمجهول النسب بالرق لرجل، ثم ادعى أنه حر، الأصل تسمع دعواه وتقبل بينته على ذلك⁷، وذلك لأن العتق مما ينفرد به السيد فيخفى على العبد، فقد يكون أقر بالرق سابقا ثم تبين أن سيده كان قد أعتقه، ولهذا فإن الخفاء لا يتحقق بالنسبة للسيد، لأنه هو الذي يستبد بالعتق، فلا يكون خفيا بالنسبة له⁸.

1 - بأنه صرح بأن من أقر لغيره بالملك ثم ادعاه مطلقا تقبل دعواه وإن لم يدع تلقي الملك بعد الإقرار بنحو شراء. ابن أبي الدم، المرجع السابق.

2 - ذكر أن هناك قولاً ضعيفاً عند المالكية مؤداه أن من أنكر حقا ادعاه عليه غيره، فأثبتته المدعى بينة، فإن له أن يدعى البراءة من هذا الحق، وإن كان مناقضا فى دفعه بالبراءة لانكاره السابق. محمد نعيم ياسين، نظرية الدعوى، ص384.

3- الكاساني، بدائع الصنائع، 6/224.

4 - الكاساني، المرجع السابق، 6/224.

5 - علي قراة، المرجع السابق، ص29.

5- السرخسي، المبسوط 69/17، ابن جزى، القوانين الفقهية، ص291، البهوتي، كشاف القناع 4/203.

7 - الكاساني، بدائع الصنائع، 6/224.

8 - جامع الفصوليين، 1/135، نقلا عن هامش محمد نعيم ياسين، نظرية الدعوى ص413.

ثانيا/ - شروط قبول الدعوى في القانون الجزائري

شروط قبول الدعوى القضائية في القانون هي شروط عامة، يجب أن تتوافر في كل دعوى قضائية ترفع أمام القضاء، و في حالة تخلف شرط من هذه الشروط تقضي المحكمة بعدم قبولها دون حاجة لبحث مضمونها، فقبول الدعوى خطوة سابقة على الفصل في موضوعها¹، لأن قبول الدعوى في القانون يعني صلاحيتها للنظر أمام القضاء بصرف النظر عما إذا كانت تستند إلى حق فعلا أم لا²، وقد اختلف شراح القانون في تحديد شروط قبول الدعوى، فرأى الكثير منهم أن لها شرطا واحدا هو المصلحة، واعتبر هؤلاء الشروط الأخرى التي ذكرها البعض أوصافا في المصلحة أو خصائص لها، وأضاف بعضهم إلى هذا الشرط شرط الصفة³، وأضاف بعضهم شرط الأهلية إلى هذين الشرطين، وأضاف آخرون شروطا أخرى، أما المشرع الجزائري فقد حسم الخلاف بنص المادة 13 من القانون رقم 08 / 09 المتضمن الإجراءات المدنية والإدارية والتي تنص على ما يلي : " لا يجوز لأي شخص، التقاضي ما لم تكن له صفة ، وله مصلحة قائمة أو محتملة يقرها القانون " وفي الفقرة الثانية : " يثير القاضي تلقائيا انعدام الصفة في المدعي أو في المدعى عليه . " و في الفقرة الثالثة : " كما يثير تلقائيا انعدام الإذن إذا ما اشترطه القانون " ، كما نص المشرع في نص المادة 65 على شرط الأهلية.

وعليه يكون المشرع الجزائري قد حصر الشروط العامة للدعوى فيما يلي :

1- أن يكون المدعي والمدعى عليه ذوي صفة في الدعوى.

2- أن تكون له مصلحة قائمة أو محتملة.

3- أن يكون استوفى شرط الإذن إذا اشترطه القانون.

4- شرط الأهلية.

1 - د.محمود السيد التحيوي، حضور صاحب الصفة الإجرائية في الدعوى القضائية، المكتبة القانونية، طبعة 2003، ص71،

2 - د.محمود السيد التحيوي، و ينظر كتابه الصفة غير العادية و آثارها في رفع الدعوى القضائية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية 2003، ص24.

3 - د، مصطفى كيرة، قانون المرافعات الليبي ص 258. د، أمينة النمر، الوجيز في قوانين المرافعات، ص218.

أ- أن يكون المدعي والمدعى عليه ذوي صفة في الدعوى

فالصفة في الدعوى عند أهل القانون هي العلاقة التي تربط أطراف الدعوى بموضوعها، أي نسبة الحق أو المركز المدعى به للشخص نفسه و ليس للغير و هذا يكون في مواجهة الطرف السليبي الموجه له الطلب القضائي وهو صاحب الصفة السلبية و الذي يعتدي عليه أو يهدد بالاعتداء عليه، لذا : تنص المادة 13 من قانون رقم 09 / 08 " .. ما لم تكن له صفة ..". ويلاحظ أن النص الحالي أكثر دقة من النص السابق- المادة -459- قانون الإجراءات المدنية، وبالتالي يكون المشرع قد رفع اللبس الذي كان موجودا بخصوص من يجب أن يتوفر فيه شرط الصفة، و قد صرح باشتراطها في حق المدعي والمدعى عليه، فيجب حتى تقبل الدعوى أن يكون رافع الدعوى أي موجه الطلب القضائي - المدعي - صاحب صفة، كما يجب أيضا أن يكون المدعى عليه صاحب المركز الإجرائي السليبي ذا صفة في الدعوى، وبتوفر الصفة في الطرفين يكون هذا الشرط متوفرا أما إذا تخلف هذا الوصف في أحدهما يجعل من الدعوى غير مقبولة.

1- الصفة لدى المدعي: ينبغي التمييز بين الصفة في الدعوى والصفة في التقاضي فقد يستحيل على صاحب الصفة في الدعوى مباشرتها شخصيا لعذر مشروع، في هذه الحالة يسمح القانون لشخص آخر بتمثيله إجرائيا كحضور المحامي نيابة عن المدعي أو حضور شخص آخر بوكالة خاصة، مما يتعين معه على القاضي التأكد أولا من صحة التمثيل، ثم يبحث ثانيا في مدى توفر شرط الصفة لدى صاحب الحق، إذ قد يصح التمثيل مع فساد الصفة في الدعوى والعكس صحيح.

مع الإشارة إلى أن صحة التمثيل ليست شرطا من شروط قبول الدعوى بل هي من شروط صحة إجراءات الخصومة وهذا بعكس الصفة¹.

1 - د. بربارة عبد الرحمان، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، طبعة ثانية مزيده سنة 2009، منشورات بغدادي، الجزائر، ص 34-35.

2- **الصفة لدى المدعى عليه:** مبدئيا لا تصح الدعوى إلا إذا رفعت من ذي صفة على ذي صفة، فكما يشترط توفر عنصر الصفة لدى المدعي يشترط توافرها في المدعى عليه وإلا رفضت دعواه، ويشترط في صحة الدعوى أن تتوافر في الخصم جملة من الصفات:

- أن يكون معنيا بالخصومة: كدعوى العامل ضد رب العمل أو زوجة ضد زوجها، لعدم جواز تحميل الغير أعباء تصرفات ليس له علاقة بها.

- أن يكون ممن يجوز مقاضاتهم: فلا تقبل دعوى ضد فاقد الأهلية أو ضد شركة ليست لها شخصية معنوية أو موظف أجنبي يتمتع بحصانة دبلوماسية¹.

ب): شرط المصلحة في القانون

يعرف الفقه المصلحة بأنها المنفعة أو الفائدة التي تعود للمدعي بعد الحكم له بما طلبه، وهذا لا يعني الحكم لصالحه فقد يحكم لغير صالحه ورغم ذلك فالمصلحة متوفرة لأن مسألة القبول سابقة على الفصل في موضوع الدعوى، لذا يجب التفرقة بين المصلحة في الدعوى و المصلحة في الحق الموضوعي.

المصلحة في الحق الموضوعي هي ركن في الحق الذي يعرفه بأنه مصلحة مادية أو أدبية يحميها القانون فهي موجودة قبل الاعتداء أو التهديد على الحق، أما المصلحة في الدعوى فهي شرط لقبول الدعوى أمام القضاء و لا تتحقق المصلحة إلا إذا وجد اعتداء على الحق الموضوعي أو تهديد مركز قانوني للمدعي فيرفع دعوى قضائية ملتصقا بسط الحماية القضائية².

و الهدف من اشتراط المصلحة في الدعوى القضائية هو ضمان جدية الالتجاء إلى القضاء، والحد من استعمال دعاوى من دون مقتضى، وقد اشترطها المشرع الجزائري بنص المادة 13 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بنصها: " لا يجوز لأي شخص، التقاضي ما لم تكن له..... مصلحة قائمة أو محتملة يقرها القانون ".

1 - د. بربارة عبد الرحمان، المرجع السابق، ص 36.

2 - د. محمود السيد التحوي، حضور صاحب الصفة الإجرائية في الدعوى القضائية، المكتبة القانونية، طبعة 2003، ص 139.

و من خلال نص المادة 13 نجد أن المشرع اشترط أن تكون الدعوى مستندة إلى مصلحة قانونية و أن تكون مستندة إلى مصلحة قائمة، أو محتملة. ويقصد بقانونية المصلحة في الدعوى أن تستند إلى الحق أو المركز القانوني، أو رد الاعتداء عليه، أو المطالبة بالتعويض عن الضرر الذي أصابه¹، و بالتالي فالمصلحة القانونية تقتضي أن تكون مما يحميه القانون، مما يستوجب أن يكون الحق مشروعاً أي غير مخالف للنظام العام، وهو استلزام منطقي إذ لا توجد قاعدة قانونية تحمي مصلحة مخالفة للنظام العام²، أما استناد الدعوى إلى مصلحة قائمة مفاده أن يقع الاعتداء فعلاً على صاحب الحق فمن البديهي أن الفرد لا تقوم به الحاجة إلى الالتجاء إلى القضاء إذا لم يكن قد تم الاعتداء عليه، وعلى ذلك فلا تظهر المصلحة الواقعية إلا عند الاعتداء على الحق، أو المركز القانوني فيكون الغرض من الدعوى حماية هذا الحق أو المركز القانوني من العدوان أو تعويض ما لحق به من ضرر³، إلا أن المشرع سمح أن تستند الدعوى كذلك على مصلحة محتملة، والمقصود بالمصلحة المحتملة، هو عدم وجود اعتداء فعلي على الحق، بل أن الاعتداء يكون محتملاً في المستقبل، وقد أقر المشرع المصلحة المحتملة في الدعوى بهدف منع وقوع الضرر المحتمل، كحالة الخشية من تصرف المطلوب الحجر عليه فيما له إضرار بالورثة نتيجة إصابته بالجنون أو العته أو السفه، فمصلحة ذوي الحقوق هنا مصلحة محتملة.

ج: شرط الإذن إذا كان مطلوباً

أشار المشرع الجزائري في المادة 13 في الفقرة الثالثة والأخيرة من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على شرط ثالث وهو شرط الإذن بنصها: " كما يشير تلقائياً انعدام الإذن إذا ما اشترطه القانون".

ويقصد بالإذن موافقة الطرف الذي له مصلحة أو صفة شخص آخر برفع دعواه باسمه،

1 - د. رمزي سيف، الوسيط، ص113، أحمد أبو الوفا، المرافعات المدنية و التجارية، ص123، أحمد السيد الصاوي، الوسيط، ص178.

2 - د. محمود السيد التحوي، حضور صاحب الصفة الإجرائية في الدعوى القضائية، ص139.

3 - د. بربارة عبد الرحمان، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ص 38.

«الباب الأول» ————— (الدعوى القضائية وتوابع الاختصاص القضائي في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري) - كـ.

فيكون على رافع الدعوى التحقق قبل رفع دعواه أنه قد استوفى هذا الشرط على اعتبار أن للقاضي سلطة إثارته من تلقاء نفسه¹.

لذلك يمكن اعتبار شرط الإذن شرطا احتياطيا بعد الصفة والمصلحة الواجب توافرها في كل دعوى إذ لا يشترط توافره إلا إذا استوجب القانون توافره، فتعتبر بذلك الصفة والمصلحة الشرطين الأساسيين والأصليين في الدعوى يضاف إليهما شرط الإذن إذا اشترطه القانون لاكتمال شروط الدعوى وقبولها، مع الإشارة إلى أن شرط الإذن من النظام العام يثيره القاضي من تلقاء نفسه حتى ولم يثره الخصوم وتخلفه يؤدي إلى رفض الدعوى شكلا.

د: شرط الأهلية

الأهلية في الاصطلاح القانوني: هي صلاحية الشخص لاكتساب الحقوق و تحمل الالتزامات، ومباشرة التصرفات القانونية التي يكون من شأنها أن تكسبه حقا، أو تحمله التزاما على وجه يعتد به قانونا²، وهي نوعان:

- أهلية الوجوب³: هي صلاحية الإنسان لأن تثبت له حقوق وتجب عليه واجبات⁴، أو بعبارة أخرى، أهلية الإنسان لأن يطالب ويُطلب، سواء كان بنفسه أم بواسطة من له الولاية عليه، وتعرف في المجال الإجرائي بأهلية الاختصاص.

1 - القاضي حميدي محمد أمين، نفس المرجع، ص 11.

2 - إدريس العلوي العبدلاوي، نظرية العقد- مطبعة النجاح الجديدة - الدار البيضاء - 1996 - ص 304.
= وأيضاً عدنان القوتلي، الوجيز في الحقوق المدنية - الجزء الأول، مطبعة الجامعة السورية - دمشق - 1957 - الطبعة الثالثة - ص 509.

3- يرى بعض الفقه إن أهلية الوجوب سميت بهذه التسمية لأنه ينظر للإنسان من خلالها من جهتين: من جهة كونه صالحا لان يجب له، كوجوب ثبوت نسبة الابن من أبيه، ومن جهة كونه صالحا لان يجب عليه، كوجوب دفع ثمن المبيع له من أمواله، ومن أسباب التسمية إن الوجوب بما ثابت للإنسان وعليه. عبد الله بن عبد العزيز العجلان: الأهلية ونظرية الحق في الشريعة الإسلامية - مؤسسة الممتاز للطباعة - 1996 - ص 20.

4 - د. بو بشير محمد أمقران، قانون الإجراءات المدنية: نظرية الدعوى - نظرية الخصومة - الإجراءات الاستثنائية، الطبعة الثالثة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ص 74.



«الباب الأول» ————— (الدعوى القضائية وتولع للاختصاص القضائي في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري) - كـ

ومناطق هذه الأهلية الحياة فتثبت لكل إنسان حي منذ ولادته إلى موته سواء أكان صغيراً، أم كبيراً، عاقلاً أم مجنوناً، وهذه هي أهلية الوجوب الكاملة، وقد تكون أهلية الوجوب ناقصة، وذلك في حالة الجنين في بطن أمه فإنه تثبت له بعض الحقوق كالميراث، ولكنه لا تثبت عليه حقوق.

- أهلية الأداء: هي صلاحية الشخص لإعمال إرادته إعمالاً من شأنه ترتيب الآثار القانونية الذي ينشده¹، وتعني في المجال الإجرائي صلاحية الشخص لمباشرة الإجراءات أمام القضاء.

ومناطق أهلية الأداء ثبوت العقل والتمييز، فغير المميز -الطفل والمجنون- يكون معدوم الأهلية، والمميز الذي لم يبلغ الحلم يكون ناقص الأهلية، ومن بلغ الحلم عاقلاً يكون كامل الأهلية، وقد حددت المادة 40 من القانون المدني الجزائري سن الرشد المدني ببلوغ الشخص تسع عشرة سنة كاملة بنصها " كل شخص بلغ سن الرشد متمتعاً بقواه العقلية، ولم يحجر عليه، يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية، وسن الرشد تسع عشرة سنة كاملة"، وبالتالي لا يجوز لمن لم يبلغ سن الرشد أو كان فاقد الأهلية لعلّة عقلية أو كان محجوراً عليه أن يكون خصماً في الدعوى القضائية، إلا أن المشرع الجزائري خرج عن هذه القاعدة في حالات محددة منها:

- الإذن للمميز بالتصرف جزئياً أو كلياً في أمواله².
- القيام ببعض التدابير المستعجلة لأنها ذات طابع تحفظي أو من أعمال الإدارة البسيطة التي لا تمس بأصل الحق.
- رفع دعاوى الحيازة لأن محلها مركز واقعي لا الحق ذاته و ممارستها تعتبر عملاً تحفظياً.
- تقديم الطلبات المتعلقة بالأهلية كطلب المحجور رفع الحجر و طلب القاصر بطلان الإجراء بسبب نقص أهليته لأن هذه الطلبات تفترض بطبيعتها نقص أهلية المدعي³.

1 - د. أنور سلطان، مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني، منشورات الجامعة الأردنية، عمان - الطبعة الأولى، 1987م، ص 35.

2 - ينظر نص المادة 84 من قانون الأسرة الجزائري.

3 - بو بشير محمد أمقران، قانون الإجراءات المدنية، ص 77.



و نلاحظ أن المشرع الجزائري لم يشر للأهلية في المادة 13 من القانون رقم 08-09 في الفصل: شروط قبول الدعوى بل في القسم الرابع ضمن العنوان " في الدفع بالبطلان " فهذا الشرط لا يخص شروط الدعوى القضائية بل هو شرط عام وجب توافره في الشخص الذي يباشر أي عمل قانوني¹، ويجوز للمحكمة إثارة عدم توفر هذا الشرط في الشخص الطبيعي أو المعنوي، وبالتالي بطلان الإجراء القانوني مع إمكانية تصحيحه حسب نصي المادتين 65 - 66 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

لذلك فإن أهلية الاختصاص شرط لوجود الدعوى ومباشرة إجراءاتها لا شرطا لقبول الدعوى²، وقد استبعد المشرع الجزائري الأهلية من شروط قبول الدعوى وأصاب في ذلك على اعتبار أن الأهلية وضع غير مستقر قد يتوفر وقت قيد الدعوى، وقد يتغيب أو ينقطع أثناء سير الخصومة³.

ويكون بذلك المشرع قد اكتفى بموجب القانون رقم 08 - 09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية الحالي بشرطي: الصفة والمصلحة لقبول الدعوى، تاركا شرط الإذن لتدخل القاضي فيما لو اشترطه القانون، أما الأهلية فقد اعتبرها شرطا موضوعيا أدرجه ضمن الدفع بالبطلان تطبيقا لنص المادة 64 من القانون قانون الإجراءات المدنية⁴.

المبحث الثاني

وسائل إثبات الدعوى القضائية في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

الوسائل جمع وسيلة وهي الطريقة⁵، ونعني بوسائل الإثبات الشرعية: الطرق التي حددها الشرع الإسلامي لإقامة الحجة أمام القضاء، وهي في الشرع الإسلامي كثيرة ومتنوعة ذكر منها

1 - القاضي حميدي محمد أمين، في إطار شرح أحكام قانون الإجراءات المدنية والإدارية : شروط رفع الدعوى وآجالها وتقديم المستندات ، محكمة عين الدفلى ، مجلس قضاء الشلف ، 2008 - 2009م ، ص 12.

2 - د. بو بشير محمد أمقران، قانون الإجراءات المدنية، الصفحة 81.

3 - د. بربارة عبد الرحمان شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، ص 39.

4 - د. بربارة عبد الرحمان، المرجع السابق ، ص 33.

5 - المصباح المنير ، الجزء الثاني ، الصفحة 628.



«الباب الأول» ————— (الدعوى القضائية وتولع للاختصاص القضائي في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري) - كـ.

ابن القيم¹ ستة وعشرين طريقاً²، منها ما اتفق الفقهاء بشأنها كالإقرار والشهادة، واليمين، وما عدا ذلك هو محل خلاف بينهم، كالقرائن، وشهادة أهل الخبرة، و النكول عن اليمين وغيرها.

أما بالنسبة لوسائل الإثبات في القانون الجزائري فقد نظمها المشرع بنوعين من القواعد، نوع يضم القواعد الموضوعية التي تحدد طرق الإثبات المختلفة وترتيبها مع بيان مدى حجيتها وقيمة كل منها وتوضيح الطرف الذي يقع عليه عبء الإثبات وغير ذلك من المسائل التي تتعلق بالموضوع وقد تضمنها الباب السادس من الكتاب الثاني بداية من المادة 323 من القانون المدني، أما النوع الثاني فيضم القواعد الإجرائية التي تحدد الإجراءات التي تتبع في إقامة الأدلة عندما يكون النزاع معروضا على القاضي كسماع الشاهد وكيفية أداء اليمين والقيام بالخبرة، وإجراءات التحقيق والمعاينة والاستجواب وغير ذلك من المسائل، وهذه الأخيرة من النظام العام ولا يجوز للمحكمة أو الخصوم المساس بها وعلى القاضي إثارتها ولو من تلقاء نفسه وفي أية مرحلة من مراحل الدعوى ولو أمام المحكمة العليا³، وقد تضمنها قانون الإجراءات المدنية بنصوص متفرقة، ومن أهم طرق الإثبات التي اعتمدها المشرع الجزائري في حل النزاعات الأسرية وقد رتبها حسب الأولوية والأهمية كما يلي: الكتابة، الشهادة، الإقرار، اليمين، القرائن، التحقيقات القضائية.

لذا سنحاول الإمام بكل ما يتعلق بهذه الوسائل في إثبات مسائل الأسرة، ولكي يكون عرضنا أكثر وضوحاً وبساطة سنتبع نفس التقسيم الوارد في القانون الجزائري -المشار إليه سلفاً- بحيث سنقسم هذا المبحث إلى المطالب التالية:

2- هو الإمام العلامة محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد الزرعي الدمشقي الفقيه الأصولي المفسر ابن قيم الجوزية الحنبلي، سمع من القاضي تقي الدين إسماعيل وفاطمة بنت جوهر وأبي بكر بن عبد الدائم ولازم الشيخ تقي الدين ابن تيمية فأخذ عنه وتأثر به ، برع في عدة فنون واعتنى بالحديث-متونه ورجاله- وأجاد الفقه وتدرسه. ترك مصنفات كثيرة ونفيسة كإعلام الموقعين وزاد المعاد والطرق الحكمية ومدارج السالكين وإغاثة اللهفان وطريق المهجرتين وغيرها. توفي عام 751 هـ. المقصد الأرشد لابن مفلح، 384/2، الذيل على طبقات الحنابلة لابن رجب، 447/2، الدرر الكامنة في أعيان المائة الثامنة لابن حجر، 21/4.

2 - ابن قيم الجوزية، الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، الصفحة 94.

3 -د. أنور سلطان ، قواعد الإثبات في المواد المدنية والتجارية " دراسة في القانون المصري و اللبناني " ، الدار الجامعية للطباعة والنشر ، بيروت 1984 ص 32.



المطلب الأول: الإثبات بالكتابة.

المطلب الثاني: الإثبات بالشهادة.

المطلب الثالث: الإثبات بالإقرار.

المطلب الرابع: الإثبات باليمين

المطلب الخامس: الإثبات بالخبرة الفنية و المعاينة.

المطلب الأول

الإثبات بالكتابة

تعتبر الكتابة وسيلة من وسائل الإثبات في الفقه الإسلامي وهي من أهم وسائله في القانون الجزائري كونها صالحة لإثبات جميع الوقائع أكانت مادية أو قانونية، وهي لا تخرج في حقيقتها عن كونها إقراراً أو حكماً شرعياً مدوناً في وثيقة للاحتجاج بها عند اللزوم¹، ويطلق على هذه الوثائق في العادة مسمى المحررات وهي في القانون نوعان إما رسمية أو عرفية.

الفرع الأول: معنى الكتابة لغة واصطلاحاً

أولاً - الكتابة في اللغة جاء في مقاييس اللغة: الكاف والتاء والباء أصل صحيح واحد يدل على جمع شيء إلى شيء، يقال تكتب القوم إذا اجتمعوا، وفيه قيل لجماعة الخيل كَتَبَة، و كَتَبَتَ البغلة إذا جمعت بين شفريرها بحلقة أو سَيْر ونحوه، ومن ثم سمي الخط كتابة لجمع الحروف بعضها إلى بعض².

ثانياً - أما اصطلاحاً: فهي في مفهومها العام تعني إعادة ترميز اللغة المنطوقة في شكل خطي على الورق، من خلال أشكال ترتبط ببعضها البعض، وتُعرف كدليل إثبات بأنها: الخط

1 - د. نصر فريد واصل، نظرية الدعوى والإثبات في الفقه الإسلامي، دار الشروق، ص 115.

2 - ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، دار الفكر، نشر سنة 1399هـ - 1979م، ج 5/ص 159، الفيروزآبادي، القاموس المحيط، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت - لبنان، 1426هـ - 2005م، ص 129.



﴿الباب الأول﴾ ————— (الرعى القضائية وتولع للاختصاص القضائي في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري) .

الذي يعتمد عليه في توثيق الحقوق وما يتعلق بها للرجوع إليه عند الإثبات، أو هي الخط الذي يوثق الحقوق في الطريقة المعتادة ليرجع إليها عند الحاجة¹.

الفرع الثاني: مشروعية الإثبات بالكتابة: الإثبات بالكتابة أمر مشروع بكتاب الله وسنة رسوله.

أولا / - القرآن الكريم

قوله عز وجل: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدِينٍ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ وَلْيَكْتُبَ بَيْنَكُمْ كَاتِبٌ بِالْعَدْلِ وَلَا يَأْبَ كَاتِبٌ أَنْ يَكْتُبَ كَمَا عَلَّمَهُ اللَّهُ فَلْيَكْتُبْ وَلْيَمْلِكِ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ وَلْيَتَّقِ اللَّهَ رَبَّهُ وَلَا يَبْخَسْ مِنْهُ شَيْئًا﴾².

وجه الدلالة من الآية: أنها أمرت بكتابة الدين حتى لا ينسى الناس هذه الحقوق وتضيع بفعل النسيان أو موت أحد الأطراف أو لأي أمر قد يكون سبباً في ضياع هذه الحقوق، وقد اختلف الفقهاء والمفسرون في هذا الأمر هل هو للوجوب أو الفرض أم هو للندب أو الإرشاد³.

ثانيا/ - من السنة الشريفة

ما روي عن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما: أن رسول الله صلى الله عليه

وسلم قال: «ما حق امرئ مسلم له شيء يوصي فيه، يبيت ليلتين إلا ووصيته مكتوبة عنده»⁴.

وفي وجه الدلالة من الحديث: قال الشوكاني وكذا الشافعي أن في هذا دلالة على وجوب الكتابة والاحتياط للمسلم من التفريط بالحقوق⁵.

1 - د. نصر فريد واصل، المرجع السابق، ص 113.

2 - سورة البقرة الآية: 282.

3 - الطبري، تفسير الطبري، 3 / 116 .

4 - رواه البخاري في صحيحه، كتاب الوصايا، باب الوصايا وقول النبي صلى الله عليه وسلم، الحديث رقم 2738، 2/4، و اللفظ له، ورواه مسلم في صحيحه، أول كتاب الوصية، الحديث رقم 1627، 3/1249.

5 - الشوكاني، نيل الأوطار، 6 / 36 - 37، ابن القيم، زاد المعاد 3 / 70.



وعن ابن عباس أنه قال لما نزلت آية الدين قال رسول الله ﷺ: «إن أول من جحد آدم عليه السلام أن الله لما خلق آدم مسح ظهره فأخرج منه ما هو دار إلى يوم القيامة، يعرض ذريته عليه فرأى فيهم رجلا- يزهو فقال من هذا يا رب؟ قال هو ابنك داود قال أي رب كم عمره؟ قال ستون عاما، قال رب زده في عمره قال لا إلا أن أزيده من عمرك، وكان عمر آدم ألف سنة فزاده أربعين عاما، فكتب عليه بذلك كتابا وأشهد عليه الملائكة، فلما احتضر وأتته الملائكة قال أنه قد بقى من عمري أربعون عاما فكتب عليه بذلك كتابا وأشهد عليه الملائكة فقبل له أنك قد وهبتها لابنك داود قال ما فعلت فأبرز الله عليه الكتاب وأشهد عليه الملائكة»¹.

ومما تقدم يتضح أن الإسلام قد اهتم بالكتابة للحفاظ على الحقوق و إثباتها بين الناس، وأنها مشروعة في المعاملات بل وقد ترقى إلى مرتبة الوجوب في بعض الحالات إذ أنه ما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب.

الفرع الثالث: أهم تطبيقات الإثبات بالكتابة في مسائل الأسرة في القانون الجزائري

تعتبر الكتابة في القانون الجزائري من أهم وسائل الإثبات خاصة إذا كانت في شكل محرر رسمي، -أي صادر عن موظف عام مختص- وقد نظم المشرع إجراءاتها في الفصل الأول من الباب الرابع من قانون الإجراءات المدنية في المواد 70 إلى 74 ، ونظم أحكامها الموضوعية في الفصل الأول من الباب السادس من القانون المدني في المواد من 323 إلى 332.

ومن أهم تطبيقاتها في قانون الأسرة الجزائري مسألة توثيق عقد الزواج و مسألة إثبات الطلاق:

أولا -/ توثيق عقد الزواج في القانون الجزائري

المقصود من التوثيق عند الفقهاء هو تحرير الوثائق بطريقة معينة من أجل الاعتماد عليها

1- ورواه احمد في مسنده، باب مسند عبد الله بن العباس بن عبد المطلب، الحديث رقم 128/2280،4، و قال شعيب الأرنؤوط صحيح لغيره، أخرجه البيهقي، السنن، باب الاختيار في الإشهاد، الحديث رقم 247/20518،10.

«الباب الأول» ————— (الرعى القضاية وتولعر للاختصاص القضاى فى الفقه الإسلامى والقانون الجزائرى) -

فىما بعد، وهو علم مستقل أشتهر به فقهاء المذهب المالكى وأطلقوا عليه علم "الشروط"¹ وعلم "الوثائق" ويطلق على حامل هذا العلم "الموثق" أو "الشروطى"².

ويقصد بتوثيق عقد الزواج " إحكامه بالكتابة وتسجيله فى وثيقة رسمية حتى يرجع إليها عند الحاجة للإثبات وإقامة الحجة".

وقد نص المشرع على توثيق عقد الزواج فى نص المادة 18 من قانون الأسرة بنصها: " يتم عقد الزواج أمام الموثق أو أمام موظف مؤهل قانونا مع مراعاة ما ورد فى المادة 9 و9 مكرر من هذا القانون " حيث يستنتج من هذه المادة أن المشرع أعطى صلاحية إبرام عقود الزواج لضابط الحالة المدنية أو الموثق بعد التحقق من رضا الزوجين و اكتمال شروط عقد الزواج المنصوص عليها بنص المادة 9 و9 مكرر، وقد نص فى المادة 21 من نفس القانون أنه تطبق أحكام الحالة المدنية على إجراءات تسجيل عقد الزواج وبالرجوع إلى قانون الحالة المدنية نلاحظ أن المشرع نص على ضرورة تسجيل عقد الزواج المبرم أمام الموظف المؤهل وقد بين المشرع فى هذا القانون إجراءات وطريقة تسجيل هذا العقد فى سجلات الحالة المدنية حيث بين أنه فى حالة إبرام عقد الزواج أما ضابط الحالة المدنية وفقا للشروط التى تضمنها القانون، فإنه يجب عليه تسجيل هذا الزواج فى سجلات الحالة المدنية فوراً ، و أن يسلم الزوجين دفترًا عائليًا يؤكد و يثبت صحة و شرعية العقد، أما إذا وقع انعقاده أمام موثق فعليه أن يجرر عقداً بذلك و يسجله فى سجلاته المعدة لذلك، ثم يسلم الزوجين إسهادا يثبت انعقاد زواجهما أمامه و فقا للقانون، ثم يرسل خلال ثلاثة أيام ملخصا عن وثيقة عقد الزواج إلى ضابط الحالة المدنية الذى يجب عليه أن يقوم بتقييد ملخص هذا العقد فى سجلات الحالة المدنية المخصص لتسجيل عقود الزواج و ذلك خلال مهلة مدتها خمسة أيام ابتداء من تاريخ استلامه، ثم يسلم الزوجين دفترًا عائليًا، كما يجب عليه أيضا أن يؤشر بهذا الزواج على هامش سجل ميلاد الطرفين أى كل من

1 - د. صحراوي حبيب خلواتي، تحقيق مخطوطة مختصر النهاية والتمام فى معرفة الوثائق والأحكام المعروف بمختصر المتببية تأليف الإمام أبى عبد الله محمد بن هارون الكنانى التونسى المتوفى سنة 750هـ، رسالة دكتوراه مقدمة لكلية الشريعة، جامعة بيروت الإسلامية، سنة 2007، ص193.

2 - د. محمد جميل بن مبارك، التوثيق والإثبات بالكتابة فى الفقه الإسلامى والقانون الوضعى، ص11.



الزوج و الزوجة¹، و بالتالي يتحصل الزوجان على وثيقة عقد الزواج التي بموجبها يستطيع كل منهما استعمالها أمام القضاء كوثيقة لإثبات العلاقة الزوجية في حالة جحودها من أحد الطرفين، ومما يجب التنبيه إليه أن وثيقة الزواج تعتبر حجة قوية و مطلقة لإثبات الزواج وما ترتب عنه من آثار و حقوق كالنسب أو المهر أو الحق في النفقة..... الخ، كما تقضي بذلك القواعد العامة في الإثبات، وهذا ما نص عليه المشرع الجزائري صراحة في نص المادة 22 بأنه " يثبت الزواج بمستخرج من سجل الحالة المدنية".

ثانيا/ - إثبات الطلاق في القانون الجزائري:

تنص المادة 49 من قانون الأسرة على أنه: "لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح يجريها القاضي دون أن تتجاوز ثلاثة أشهر ابتداء من تاريخ رفع الدعوى"، ومن محاولة استقراء هذا النص نجد أن المشرع الجزائري قصر مسألة إثبات الطلاق على الحكم القضائي دون غيره من وسائل الإثبات الأخرى، وهدف المشرع من ذلك جعل الطلاق تحت إشراف القضاء فلا يعترف بأية وسيلة أخرى تثبت فك الرابطة الزوجية من غير الحكم الذي يصدر من الجهة القضائية المختصة، ولعل المشرع قصد من ذلك منع وقوع الكثير من المشاكل التي تؤثر على الأسرة و المجتمع و التي لا يقرها الشرع ولا القانون، و في رأينا قد وفق المشرع بوضع هذا النص إلى حد كبير في منع مثل هذه المشاكل، إلا أن الواقع لا يزال يفرض حقيقة وجود الطلاق يقع خارج دور القضاء - الطلاق العرفي- في المجتمع الجزائري الأمر يجعلنا نتساءل عن مصير هذا الطلاق بوجود نص المادة 49 من قانون الأسرة؟.

إن وجود نص المادة 49 من قانون الأسرة لا يتعارض مع اعتراف المشرع بالطلاق الواقع خارج القضاء، فيكون الطلاق الذي يتلفظ به الزوج موافقا للشرع إلا أنه لا يثبت و لا يرتب آثارا قانونية إلا بعد أن يصدر بشأنه حكم من المحكمة يرتب عليه آثاره بأثر رجعي، ومن هذا يتبين أن قصد المشرع من عبارة " لا يثبت الطلاق إلا بحكم" أنه لا يمكن الاحتجاج بالطلاق على الغير أو من أحد الزوجين ضد الزوج الآخر إلا بموجب مستخرج من الحكم القضائي، فلا يستطيع مثلا الزوج الذي امتنع عن إنفاق زوجته بالاحتجاج بطلاق زوجته إلا إذا كان في يده

1 - هذه الاجراءات وردت في المادة 72 من الأمر 20-70 المتضمن نظام الحالة المدنية .

«الباب الأول» ————— الدرعي القضائية وتوابع الاختصاص القضائي في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري- كـ.

مستخرج من حكم الطلاق بينهما، أما إذا كان الطلاق الحاصل بين الزوجين طلاقاً عرفياً ففني هذه الحالة على الزوج السعي أولاً أمام القضاء المختص لإثبات الطلاق، وللزوج إثبات واقعة الطلاق المادية بكل وسائل الإثبات الأخرى.

المطلب الثاني الإثبات بالشهادة

ويشمل الفروع الآتية:

الفرع الأول: تعريف الشهادة لغة واصطلاحاً

أولاً/ - الشهادة في اللغة: تطلق على عدة معاني منها:

- الإخبار القاطع: تقول شهد بكذا أي أخبر به أو شهد على كذا شهادة: أخبر به خبراً قاطعاً¹.

- الحضور: تقول شهد فلان مجلسنا أي حضره²، ومنه قوله تعالى: ﴿وَهُمْ عَلَىٰ مَا يَفْعَلُونَ

بِالْمُؤْمِنِينَ شُهُودٌ﴾³، وقوله تعالى: ﴿فَمَنْ شَهِدَ مِنْكُمُ الشَّهْرَ فَلْيَصُمْهُ﴾⁴ أي من كان حاضراً في الشهر مقيماً غير مسافر فليصم ما حضر وأقام فيه.

الحلف: تقول أشهد بالله أي أحلف به، ومنه قوله تعالى: ﴿وَيَدْرَأُ عَنْهَا الْعَذَابَ أَنْ تَشْهَدَ أَرْبَعَ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الْكَاذِبِينَ﴾⁵، أي أن تحلف بالله⁶.

1- الفيومي، المصباح المنير، ص 324، ومجمع اللغة العربية، المجمع الوسيط ج 497/1.

2- ابن منظور، لسان العرب 239/3، والفيومي، المصباح المنير، ص 324.

3- سورة البروج الآية: 7.

4- سورة البقرة الآية 185.

5- سورة النور الآية: 8.

6- الفيومي، المصباح المنير، ص 324، والرازي، مختار الصحاح، ص 349.



«الباب الأول» ————— (الردوى القضائية وتولع للاختصاص القضائي في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري) .

ويلاحظ أن المعاني اللغوية للشهادة تتطابق بأنها إعلام عن خبر قاطع قائم على المشاهدة و المعاينة الحقيقية و الإدراك الحسي وتؤدي بالحضور والحلف لتحمل أداؤها أمام الله.

ثانيا/ - اصطلاحا: عرفها فقهاء المذاهب بالتعريفات التالية:

تعريف الحنفية: عرفها ابن عابدين بأنها: "إخبار صدق لإثبات حق بلفظ الشهادة في مجلس القاضي ولو بلا دعوى"¹، و عرفها صاحب تبيين الحقائق بأنها: "إخبار بصدق، مشروط فيه مجلس القضاء ولفظة الشهادة"².

تعريف المالكية: عرفها الشيخ الدردير بأنها: "إخبار عدل حاكما بما علم ولو بأمر عام ليقضي بمقتضاه"³.

تعريف الشافعية: عرفوها بقولهم: أنها: " إخبار عن شيء بلفظ خاص "⁴.

تعريف الحنابلة: عرفوها بأنها: "الإخبار بما علمه بلفظ خاص "⁵.

ولعل أرجح التعريفات هو تعريف الأحناف لأنهم قيدوا الإخبار وفائدته وطريقة أدائه ومكانه وهذا ما يميز تعريفهم عن باقي التعريفات.

أما الشهادة عند شراح القانون فلها تعريفات عديدة تختلف في ألفاظها لكنها تنفق في مضمونها، ومن أهمها وأشملها تعريف الدكتور إبراهيم الغماز الذي قال فيها بأنها: "التعبير عن مضمون الإدراك الحسي للشاهد بما رآه، أو سمعه بنفسه من معلومات عن الغير مطابقة لحقيقة الواقعة التي يشهد عليها في مجلس القضاء، بعد أداء اليمين، ممن تقبل شهادتهم، وممن يسمح لهم بها، ومن غير الخصوم في الدعوى"⁶.

1- ابن عابدين، حاشية رد المختار على الدر المختار، 461/5.

2 - الزيلعي، تبيين الحقائق، 207/4،

3 الدردير، بلغة السالك، 2/348، وجاء مثله في، الدسوقي، الشرح الكبير بحاشية الدسوقي ج4/ص164.

4 - الشريبي، نهاية المحتاج ج8/ص292، و قليوبي وعميرة: الحاشية ج4/ص318.

5 - البهوتي، كشف القناع، 6/404.

6 - د. إبراهيم الغماز، الشهادة كدليل إثبات في المواد الجنائية، رسالة دكتوراه عالم الكتب القاهرة 1981م ص44.



الفرع الثانى : مشروعىة الشهادة وحكم أدائها

أولا/ - مشروعىة الشهادة

ثبتت مشروعىة الشهادة بالقرآن الكرىم و السنة النبوىة وإجماع المسلمىن و المعقول¹.

أ: أدلة الكتاب الكرىم: وردت آىات كثرىة كلها تدل على مشروعىة الشهادة منها قوله تعالى: ﴿وَاسْتَشْهِدُوا شَهِدَيْنِ مِّن رِّجَالِكُمْ فَإِن لَّمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ﴾². وقوله تعالى: ﴿وَلَا تَكْتُمُوا الشَّهَادَةَ وَمَن يَكْتُمْهَا فإِنَّهُ آثِمٌ قَلْبُهُ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ عَلِيمٌ﴾³. وقال عز وجل: ﴿وَأَشْهِدُوا ذَوَى عَدْلٍ مِّنكُمْ وَأَقِيمُوا الشَّهَادَةَ لِلَّهِ﴾⁴، وكلها آىات آىات تدل على مشروعىة الشهادة.

ب: الأدلة من السنة:

1_ ما رواه البخارى عن الأشعث بن قىس رضى الله عنه قال: "كانت بىنى و بىن رجل خصومة فى بئر فاخصمنا إلى رسول الله ﷺ فقال رسول الله ﷺ: شاهداك أو بىن، قلت: إنه إذا يحلف ولا بىالى فقال رسول الله ﷺ: «من حلف على بىن يستحق بها مالا، وهو فىها فاجر لقى الله عز وجل وهو علىه غضبان»⁵، فالرسول ﷺ طلب شاهدىن على الدعوى فإن فإن عجز المدعى عن إحضار الشاهدىن وهما "البىنة" فعلى المدعى علىه البىن وهذا يدل على مشروعىة الشهادة فى إثبات الدعوى شرعا.

1 - ابن قدامة، المغنى، 5/14-6، والمقدسى، العدة لشرح العمدة، ص542، والأسوطى، جواهر العقود، 2/337، والبهوتى، كشف القناع، 4/404.

2 - سورة البقرة الآىة: 282.

3 - سورة البقرة الآىة: 283.

4 - سورة الطلاق الآىة: 02.

5- رواه البخارى فى صحىحه، كتاب الرهن، باب إذا اختلف الرهن و المرهن ونحوه، الحدىث رقم 3، 143/2515، ورواه كذلك فى باب البىن على المدعى علىه فى الأموال، الحدىث رقم 2669، 3/187، و اللفظ له، ورواه مسلم فى صحىحه، باب وعىد من اقتطع حق مسلم بىمىن فاجرة، الحدىث رقم 138، 1/123.



ج: الإجماع: أجمع فقهاء الأمة الإسلامية في كل العصور و الأزمنة على أن الشهادة مشروعية و تعتبر حجة ودليلا في الأحكام و وسيلة شرعية من وسائل الإثبات¹.

ثانياً/— حكم تحمل الشهادة وأدائها.

أداء الشهادة فرض كفاية² فيجب على من تحملوا الشهادة أداءها، متى ما دُعوا لذلك، فإن قام بالأداء اثنان منهم سقط الفرض عن الجميع³، ويأثم الممتنع عن أداء الشهادة إذا لم يكن عليه ضرر من أدائها، وكانت شهادته نافعة، أمّا إذا كان عليه ضرر فلا يلزمه الأداء ولا إثم عليه إذا قام به البعض سقط عن الباقي، لقوله تعالى: ﴿وَلَا يَأْبَ الشُّهَدَاءُ إِذَا مَا دُعُوا﴾⁴ وقوله تعالى: ﴿وَلَا تَكْتُمُوا الشَّهَادَةَ وَمَنْ يَكْتُمْهَا فَإِنَّهُ آثِمٌ قَلْبُهُ﴾⁵.

الفرع الثالث: شروط الشهادة

يمكن حصر شروط الشهادة في نوعين من الشروط شروط ترجع إلى الشاهد و شروط ترجع إلى الشهادة ذاتها.

أولاً/— الشروط الواجب توفرها في الشاهد حال تحمله الشهادة، وعند أدائها.

أ) شرط العقل:

أجمع الفقهاء على أنه يجب أن يكون الشاهد عاقلاً، وقت تحمل الشهادة، حتى يستطيع فهم الحادثة التي يشهد بها، فلو كان مجنوناً أو صبيّاً غير عاقل لم يصح تحمله للشهادة لأن تحمل الشهادة عبارة عن فهم الحادثة، وضبطها، ولا يحصل ذلك إلا بآلة الفهم والضبط وهي: العقل⁶

1 - ابن المنذر، الإجماع، ص63، الأسيوطي، جواهر العقود، ج2/ص347، ابن قدامة، المغني، 128/10، المقدسي، العدة شرح العمدة، ص542.

2- ، ابن قدامة، المغني، 128/10.

3- الشربيني الخطيب، مغني المحتاج، 4/451.

4 - سورة البقرة الآية: 282

5 - سورة البقرة الآية: 283.

العقل¹ وفى ذلك يقول الرسول ﷺ: "رفع القلم عن ثلاثة: عن النائم حتى يستيقظ، وعن الصغير حتى يكبر، وعن المجنون حتى يعقل أو يفيق"².

ب) شرط البلوغ: لا خلاف بين الفقهاء³ فى أن البلوغ شرط لأداء الشهادة، فلا تقبل شهادة غير البالغ عندهم إلا على سبيل الاستدلال فقط، لقول الله تعالى: ﴿وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ﴾⁴، وقوله ﴿وَأَشْهِدُوا ذَوَىٰ عَدْلٍ مِّنكُمْ وَأَقِيمُوا الشَّهَادَةَ لِلَّهِ﴾⁵، وقوله: ﴿مِمَّن تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ﴾⁶ إلا أن الإمام مالك⁷ وبعض الحنابلة⁸، والشيعية

الإمامية⁹ استثنوا من ذلك شهادة الصبيان المميزين على بعضهم فى الجراح و القتل بشرط بشرط أن يتفقا فى الشهادة، وأن يشهدوا قبل تفرقهم و ألا يدخل بينهم كبير¹⁰، واستدلوا على ذلك، بما روى عن مسروق قال: كنا عند الإمام علي رضي الله عنه فجاء خمسة غلمة فقالوا: إنا كنا ستة غلمة نتغاطس فغرق منا غلام، فشهد الثلاثة على الاثنين أنهما أغرقاه، وشهد الاثنان على الثلاثة أنهم أغرقوه، فجعل على الاثنين ثلاثة أخماس الدية، وجعل على

1 - الكاساني، بدائع الصنائع، 266/6، بن المنذر، الإجماع، ص 63، ابن عابدين، الحاشية، 462/5، ابن قدامة، المغني، 38/14، المرادوي، الإنصاف 38/12، الصاوي، بلغة السالك لأقرب المسالك، 103/4، البليهي، السلسيل فى معرفة الدليل، 297/3، =صالح بن إبراهيم البليهي، حاشية علي زاد المستقنع، الناشر: مكتبة المعارف، الرياض، ط3، 1401هـ. ابن عابدين والشيخ علي قراءة: ملخص كتاب الأصول القضاية، ص 135_136.

2- سبق تخريجه، ص 37..

3- ابن عابدين، الحاشية 477/5، الكاساني، بدائع الصنائع 266/6، ابن رشد الحفيد، بداية المجتهد 346/2، البهوتي، كشاف القناع 416/6، ابن قدامة، المغني 37/14.

4 - سورة البقرة الآية: 282.

5 - سورة الطلاق الآية: 02.

6 - سورة البقرة الآية: 282.

7 - ابن رشد الحفيد، بداية المجتهد 346/2، الخرشي، شرح الخرشي، 176/7.

8 - المقدسي، العدة، ص 548، وابن قدامة، المغني 37/14.

9- العاملي، الدروس الشرعية فى فقه الإمامية 124/2، "شمس الدين محمد بن مكى العاملي، 786هـ"، الناشر، مؤسسة مؤسسة النشر الإسلامى، قم، إيران .

10 - د. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامى وأدلته 6035/8، وأحمد إبراهيم بك، طرق الإثبات، ص 211.



الثلاثة خمسيها،¹ كما استدلو بما روى عن الإمام على رضى الله عنه أنه قال: "شهادة الصبيان جائزة بينهم ما لم يتفرقوا أو يرجعوا إلى أهليهم"².

(ج) شرط الإسلام: أجمع الفقهاء³ على اشتراط الإسلام فى الشاهد حال أداء الشهادة، وذلك لأن الشهادة نوع من الولاية، ولا تقبل ولاية من غير المسلم على المسلم⁴ وفى ذلك يقول الكاسانى فى البدائع: "ومنها إسلام الشاهد إذا كان المشهود عليه مسلماً حتى لا تقبل شهادة الكافر على المسلم لأن الشهادة فيها معنى الولاية وهو تنفيذ القول على الغير ولا ولاية للكافر فلا شهادة له عليه.."⁵، وقد استثنى الحنابلة من ذلك شهادة الكافر على المسلم فى الوصية فى السفر بشرط عدم وجود المسلم.

– أما شهادة الكافر على الكافر فهى محل خلاف بين الفقهاء:

فقال جمهور الفقهاء من مالكية وشافعية وحنابلة بمنعها مطلقاً⁶، واستدلو على ذلك بما روى عن معاذ بن جبل: أن النبى صلى الله عليه وسلم كان لا يقبل شهادة أهل دين إلا المسلمين فإنهم عدول على أنفسهم وعلى غيرهم⁷.

وقال الأحناف⁸ و الإمام حسن البصرى⁹ بجواز قبول شهادة الكفار بعضهم على بعض بعض سواء أتحدت مللهم أم اختلفت، بشرط أن يكونوا من أهل دار واحدة، أما المرتد فإنهم

1- ابن قدامة، المغنى، مرجع سابق، 9/ ص164-165

2- المحامى عارف الرباصى، مرجع سابق ص133

3- ابن المنذر، الإجماع، ص63، ابن رشد الحفيد، بداية المجتهد 346/2، الشربينى الخطيب، مغنى المحتاج، 42/4، البهوتى، كشاف القناع 417/6.

4- الكاسانى، بدائع الصنائع، مرجع سابق 267/6— والشربينى، مغنى المحتاج، مرجع سابق 427/4 والمغنى، مرجع سابق ج9 ص182

5- الكاسانى، بدائع الصنائع، 280/6.

6- المحامى عارف الرباصى — مرجع سابق ص140

1- أخرجه البيهقى، كتاب الشهادات، باب، من ردّ شهادة أهل الذمة، 163/10. المصنّف لعبد الرزّاق، الشهادات، باب، شهادة أهل الملل بعضهم على بعض، 356/8، 357.

3- الهداية، 122/3.

9- هو الحسن بن يسار البصرى، أبو سعيد، تابعى، كان إمام أهل البصرة، وحرير الأمة فى زمنه، وهو أحد العلماء الفقهاء الفصحاء الشجعان الشجعان

ىرون عدم قبول شهادته مطلقاً سواء على مسلم، أو كافر، أو غيره¹ و استدلو بما رواه جابر² رضى الله عنه: أن رسول الله ﷺ أجاز شهادة أهل الكتاب بعضهم على بعض².

(د) شرط سلامة البصر والسمع والنطق:

فى مسألة اشتراط السمع فى الشاهد فلا خلاف بين الفقهاء فى اشتراطه فى المسائل

القولية، كعقود الزواج والطلاق والرجعة³، إلا أن يحدث صممه بعد سمعه الواقعة المشهود بها، لأنه فى ذلك كمن ليس به صمم⁴، لكن فى اشتراط البصر والنطق فى الشاهد اختلف الفقهاء على قولين على التفصیل التالى:

- فذهب جمهور الحنفية⁵ فى اشتراط البصر فى الشاهد إلى عدم قبول شهادة الأعمى وقت تحملها ولا وقت أدائها، لأن الشاهد لا بد أن يعرف الخصمين ويميز بينهما حتى يشهد لأحدهما على الآخر، ومن لم يكن بصيراً وقت التحمل ووقت الأداء لم يتمكن من التمييز بين الخصمين فليس له أن يشهد، والسمع وحده لا يكفي لهذا التمييز (لأن النغم يشبه النغم، والصوت يعدل الصوت)، فلو جوز للشاهد الأعمى أن يشهد، عملاً بمعلوماته التى حصل عليها _ من سبيل

= النساك. ولد بالمدينة، وشبَّ فى كنف علي بن أبي طالب، واستكبه الربيع ابن زياد والى خراسان فى عهد معاوية، وسكن البصرة. وعظمت هيئته فى القلوب فكان يدخل على الولاة فىأمرهم وينهاهم، لا يخاف فى الحق لومة. وكان أبوه من أهل ميسان، مولى لبعض الأنصار. قال الغزالي، كان الحسن البصرى أشبه الناس كلاماً بالأمم الأبياء، وأقربهم هدياً من الصحابة. وكان غاية فى الفصاحة، تنصب الحمكة من فيه. وله مع الحجاج ابن يوسف مواقف، وقد سلم من أذاه. ولما ولي عمر بن عبد العزيز الخلافة كتب إليه: إني قد ابتليت بهذا الأمر فانظر لي أعوانا يعينوني عليه. فأجابته الحسن: أما أبناء الدنيا فلا تريدهم، وأما أبناء الآخرة فلا يريدونك، توفي فى البصرة. ينظر: الزركلى، لأعلام، 226/2، و ينظر الذهبي، سير أعلام النبلاء، 4/ص 562 و 563.

1- فتح القدير، مرجع سابق، 43/ 6، والمغني، مرجع سابق 184/9.

2 - أخرجه ابن ماجه، الأحكام، باب، شهادة أهل الكتاب بعضهم على بعض، رقم، 2374. قال فى الزوائد، فى إسناده ضعيف.

3 -د/ محمد حجازى، نظام الإثبات فى أحكام الأسرة دراسة فقهية قانونية مقارنة فى الفه الإسلامى والقانون المصرى الجزائرى، رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق جامعة الإسكندرية، سنة 2007، ص 105.

4 - تحفة الفقهاء، 3/625،

5 - ابن عابدين، الحاشية 476/5، والعيني، البناية على شرح الهداية 160/2، والكاساني، بدائع الصنائع، 6/266



﴿الباب الأول﴾ ————— (الرعى الفضائية وتواعر للاختصاص الفضائي في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري) - كـ

سمعه_ لتعرضت حقوق الناس للسلب و الإضاعة، فلا تقبل شهادة الأعمى حتى و إن كان بصيرا وقت التحمل.

أما في اشتراط النطق في الشهادة فقد منعوا كذلك شهادة الأخرس مطلقا، لا بالكتابة ولا بالإشارة، وذلك لأن من شروط صحة الشهادة عندهم لفظ "أشهد"، والأخرس لا عبارة له لعدم قدرته على الكلام أصلاً، وبالتالي فلا تقبل شهادته¹.

وذهب المالكية² والحنابلة³ والشافعية إلى قبول شهادة الأعمى إذا تيقن الصوت في الأقوال مطلقا سواء تحملها قبل العمى أم لا، لضبطه الأقوال بسمعه، واستدلوا بحديث الرسول ﷺ عن ابن عمر رضي الله عنهما أن رسول الله ﷺ قال: «إن بلالا ينادي بليل، فكلوا واشربوا حتى ينادي ابن أم مكتوم»⁴، فأمر بالإمساك عند ندائه ولا يعلم إلا بصوته، فربط الحل والحرمة بسمع الصوت المعهود.

أما في اشتراط النطق في الشاهد فأجاز المالكية قبول شهادة الأخرس إذا فهمت إشارته لأنها تقوم مقام نطقه في طلاقه ونكاحه وظهاره، فكذلك شهادته ولم يقبلوا شهادة الأصم الأعمى أبداً⁵، أما الحنابلة فيُفرقون بين الأخرس الذي يعرف الكتابة، والأخرس الذي لا يعرف يعرف الكتابة، ويرون قبول شهادة الأخرس الذي يعرف الكتابة، أما الذي لا يعرف الكتابة، فلا تقبل شهادته مطلقاً حتى ولو كانت إشارته مفهومة، ذلك لأن الشهادة يشترط فيها اليقين، ولا يحصل اليقين بدلالة الإشارة، وإنما قبلت إشارته في شؤونه الخاصة به للضرورة، ولا ضرورة هنا للأخذ بشهادته على الغير⁶.

1- الكاساني، بدائع الصنائع، مرجع سابق جـ6 ص268

2 - حاشية الدسوقي، 167/4، بلغة السالك، 349/2، الذخيرة، 164/10.

3- ابن قدامة، المغني مع شرح الكبير، 61/12، الكافي، 545/4.

4 - رواه البخاري في صحيحه، باب الأذان بعد الفجر، الحديث رقم 1، 127/620.

5 الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير 168/4، والشيخ الشيباني تبين المسالك 351/4، ومحمد محمد بن عامر، ملخص الأحكام الشرعية، ص74، و د.وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته 6037/8.

6- ابن قدامة، المغني، 190/9-191.



ذ) شرط العدالة

العدالة لغة: التوسط، ومنه قوله تعالى: ﴿وَكَذَلِكَ جَعَلْنَاكُمْ أُمَّةً وَسَطًا﴾¹ - أي عدولاً.

أما اصطلاحاً وإن اختلفت عبارات الفقهاء وتعددت في تعريفها فقد اجتمعت في معنى واحد هو التزام أوامر الله واجتناب نواهيه، فعلى القاضي أن يحكم بشهادة الشهود، إذا وثق في عدالتهم، وتوفرت باقي شروط الصحة فيهم، أما إذا تخلفت فيهم العدالة رد شهادتهم ولم يحكم بها² ولكن ما الحكم إذا جهل القاضي أمر عدالته أو فسقه فهل يكفي بظاهر إسلامه، أم لا بد من السؤال عن حاله سرا وعلانية؟.

في هذا اختلف الفقهاء على قولين:

- القول الأول: يكتفي القاضي بكونه مسلماً ولا يسأل عن عدالته إلا إذا طعن الخصم فيه فيتوجب على القاضي التأكد من عدالته.

وذهب إليه أبو حنيفة³، وأحمد في رواية⁴، فأبو حنيفة يرى أن يأخذ القاضي بشهادة مجهول الحال ما لم يطعن الخصم في عدالته، واستثنى من ذلك لو كانت الشهادة تتعلق بالحدود، والقصاص، فإنه لا يجوز للقاضي الأخذ بها، أو الحكم بمقتضاها، إلا بعد التأكد من عدالة الشهود، بالسؤال عنهم سواء طعن الخصم فيهم، أو لم يطعن، وذلك لأن الحدود والقصاص تدرأ بالشبهات، لذا وجب الاحتياط لها، أما ما عداها فلا يتأكد القاضي من عدالة الشهود، إلا إذا طعن الخصم فيهم، مصداقاً لقوله صلى الله عليه وسلم: «المسلمون عدول بعضهم على بعض، إلا محدوداً في فرية»⁵، أما الإمام أحمد فأجاز للقاضي الأخذ بشهادة مجهول الحال دون

1 - سورة البقرة الآية: 143.

2- د. عبدالله الخياري، مرجع سابق، ص 243.

3- الكاساني، بدائع الصنائع، 6/270.

4- ابن قدامة، المغني، 9/64، البزار، البحر الزخار، مرجع سابق، 6/49.

5 - أخرجه ابن أبي شيبة، المصنف، الحديث رقم 20657، 4/325.

دون أن يتحقق من عدالته، ما لم يطعن الخصم فيه، وذلك اكتفاءً بظاهر الحال، لأن الظاهر في المسلمين العدالة، ولا فرق عنده بين حدٍ، أو قصاص، أو غيره.

– القول الثاني: يمتنع القاضي عن الأخذ بشهادته ويتأكد من عدالته.

وقال به المالكية¹ والشافعية² والحنابلة³ وأبو يوسف ومحمد من الحنفية⁴، ويرى أصحاب هذا القول أنه يجب على القاضي الامتناع عن الحكم بشهادة مجهولي العدالة قبل أن يتأكد من عدالتهم، فلا يأخذ بشهادتهم، إلا بعد أن تثبت لديه عدالتهم سواءً كانت شهادتهم تتعلق بحدٍ، أو قصاص، أو غيرها، وسواءً طعن الخصم في عدالتهم، أو لم يطعن، وحجتهم في ذلك قوله تعالى: ﴿وَأَشْهِدُوا ذَوِي عَدْلٍ مِّنْكُمْ﴾⁵ وقوله تعالى: ﴿مِمَّن تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ﴾⁶ فالله تعالى يأمرنا بأن نُشهد ذوي العدل منا المرضيين، ومجهول الحال لا يُعرف أنه مرضي قبل التأكد من عدالته، كما استدلوا بما روي أن عمر رضي الله عنه أُوتي إليه بشاهدين فقال لهما: لست أعرفكما فأتيا بمن يعرفكما، فأتيا برجل فقال له عمر: أتعرفهما؟ فقال: نعم، فقال له عمر: صحبتهما في السفر الذي تبين فيه جواهر الناس؟ قال: لا فقال له عمر: عاملتهما في الدنانير، والدراهم التي تقطع فيها الرحم؟ قال: لا فقال له عمر: يا ابن أخي لست تعرفهما، ثم قال: رضي الله عنه للشاهدين مرة ثانية جيئاً بمن يعرفكما، وكان هذا بمحضرٍ من الصحابة دون نكير من أحد، فيكون إجماعاً⁷.

1- ابن رشد، بداية المجتهد، 2/346، ابن فرحون، تبصرة الحكام، 1/185 و186.

2- الشيرازي، المجموع، 10/23، ابن أبي الدم، أدب القضاة، ص 95-97.

3- البهوتي، الروض المربع، ص 528، ابن قدامة، المغني، 11/415 و416.

4- الكاساني، بدائع الصانع، 7/327، ابن الهمام، فتح القدير، 7/352، العيني، البناية في شرح الهداية، 8/134.

5- سورة الطلاق الآية: 02.

6- سورة البقرة الآية: 282.

7- ابن قدامة، المغني، مرجع سابق ج 9 ص 63-65، الشريبي، مغني المحتاج، مرجع سابق ج 4 ص 403 وحاشية الدسوقي، مرجع سابق ج 4 ص 151، والبحر الزخار، لأحمد بن يحيى المرتضى، الطبعة الأولى مكتبة الخانجي بالقاهرة 1947 هـ ج 6 ص 48، ود. عبدالله الخياري مرجع سابق ص 244، المحامي عارف الرباضي. مرجع سابق ص 142.

ذ شرط عدم التهمة

والا تهم فى الشهادة، إما أن يكون بسبب خصومه بين الشاهد والمشهد عليه، أو بسبب وجود قرابة خاصة تربط الشاهد بالمشهد له، أو زوجية، أو صداقة، أو تبعية يترجح معها أن الشاهد يجبر لنفسه نفعاً، أو يدفع عنها ضرراً بشهادته، وبيانها فيما يلي:—

— ألا يكون الشاهد عدواً لأحد الخصوم ويشهد ضده: ذهب جمهور الفقهاء¹ إلى

القول برد شهادة العدو على عدوه لأن العداوة فى رأيهم قد تحمل الشخص على أن يشهد على عدوه بغير حق بقصد إيقاع الأذى به، إذ العدو يتمنى زوال نعمة عدوه، ويحزن بسروره، ويفرح بمصيبته، ومن كان هذا شأنه، فلا تحصل الثقة فى قوله، واستدلوا بقوله صلى الله عليه وسلم: « لا تجوز شهادة خصم ولا ظنين »²، والعداوة المقصودة - المانعة من الشهادة - هي العداوة الظاهرة المتقدمة على حضورهما إلى الحاكم³، والعبارة برد شهادة العدو على عدوه أما شهادة العدو لعدوه فتصح بالإجماع⁴، بل إن مثل هذه الشهادة تكون أكثر قبولاً من غيرها، لأن الحق ما شهدت به الأعداء⁵.

ألا يكون الشاهد قريباً لأحد الخصوم ويشهد لصالحه: ذهب جمهور الفقهاء إلى القول برد شهادة الأصول للفروع، وشهادة الفروع للأصول، وشهادة الزوج لزوجته وشهادة الزوجة لزوجها، لأن كلا منهم ينتفع بشهادته للآخر، لأن بينهم التوارث وينتفع كل واحد منهم

1 - ذهب الأحناف والظاهرية إلى أن العداوة ليست مانعة من الشهادة، وعللوا ذلك بأن الله أمرنا فى قوله تعالى: وَلَا يَجْرِمَنَّكُمْ شَنَاٰنَ قَوْمٍ عَلَىٰ أَلَّا تَعْدِلُوا اعْدِلُوا هُوَ أَقْرَبُ لِلتَّقْوَىٰ بِالْعَدْلِ عَلَىٰ أَعْدَائِنَا فَصَحَّ أَنْ مِنْ حَكْمٍ بِالْعَدْلِ عَلَىٰ عَدُوهِ، أو شهد وهو عدل على عدوة، فشهادته مقبولة، وحكمه نافذ، والعداوة المانعة من الشهادة هي: العداوة على أمور الدنيا، أما العداوة على أمور الدين، فلا تمنع من الشهادة كشهادة المسلم على الكافر والمؤمن على الفاسق فشهادتهما مقبولة. أنظر المحلى، 40/9.

2 - رواه مالك فى الموطأ، باب الشهادات، الحديث رقم 2667، 1043/4.

3 - البغوي، شرح السنة، المكتب الإسلامى - دمشق، بيروت، الطبعة: الثانية، 1403هـ - 1983م، 128/10.

4 - ابن فرحون، تبصرة الحكام، 268/1.

5 - البزار، البحر الزخار، 34/6.

بىسار الآخر¹، فتنعت شهادتهم بالتهمة لجر المغنم، لقوله صلى الله عليه وسلم: «لا تجوز شهادة الوالد لولده، ولا الولد لوالده ولا المرأة لزوجها، ولا الزوج لامرأته، ولا العبد لسيدته، ولا السيد لعبده، ولا الشريك لشريكه، ولا كل واحد منهما لصاحبه»²، وقال صلى الله عليه وسلم: «لا شهادة لجار المغنم ولا الدافع المغرم»³، والعبرة برد شهادة القريب لصالح قريبه أما شهادة القريب على قريبه فتصح عند كافة أهل العلم لقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ شُهَدَاءَ لِلَّهِ وَلَوْ عَلَىٰ أَنفُسِكُمْ أَوِ الْوَالِدِينَ وَالْأَقْرَبِينَ﴾⁴، ما عدا الإمام الشافعى رحمه الله تعالى: فقد ذهب إلى عدم قبول شهادة الولد على والده فى إيجاب القصاص وخذ القذف، لأنه لا يقتل بقتله، ولا يُحد بقذفه فلا يلزمه ذلك⁵.

ثانياً/ - الشروط الواجب توفرها فى الشهادة نفسها

وضع الفقهاء فى الشهادة شروطاً كثيرة منها أن تؤدى فى مجلس القضاء وفى مواجهة الخصم أو موكله وأن تؤدى بلفظ أشهد وأن لا يكذبها الواقع وأن تبين المشهود به بياناً كافياً نافياً للجهالة وشروطاً أخرى أضافها الفقهاء، إلا أنى فضلت أن أفضل فى شرط صيغة (لفظ أشهد) و شرط أن لا يكذبها الواقع و شرط تبين المشهود به بياناً كافياً نافياً للجهالة على النحو الأتى:—

أ)- شرط أن تؤدى الشهادة بلفظ اشهد

اختلف الفقهاء فى هذا الشرط على قولين:

-القول الأول: لا تؤدى الشهادة إلا بلفظ أشهد.

- 1- الكاسانى، بدائع الصنائع، مرجع سابق، 272/6، ابن قدامة، المغنى، مرجع سابق، 193/9
- 2- رواه بن أبى شيبه فى المصنف، الحديث رقم 22860، 531/4، ابن أبى شيبه، المصنف، تحقيق كمال يوسف الحوت، مكتبة الرشد - الرياض الطبعة: الأولى، 1409.
- 3- بن قدامة، المغنى، 9/ 191 وما بعدها، كاسانى، بدائع الصنائع، 272/6.
- 4 - سورة النساء الآية: 135
- 5- بن قدامة، المغنى، 9/ 192، د. عبدالكريم زيدان، مرجع سابق ص 157، د. عبد الفتاح أبو العينين، مرجع سابق ص 183، د. عبد القاهر داود العاني القضاء والإثبات فى الشريعة والقانون، مكتبة الإرشاد صنعاء 1996م ص 119



وذهب إلى هذا جمهور الفقهاء من الحنفية¹، والشافعية²، والحنابلة³، حيث اشترطوا أن يؤدي الشاهد شهادته بلفظ "أشهد" دون غيره، فلا تقبل الشهادة بأي لفظ آخر غيره، واستدلوا على ذلك بقوله تعالى: ﴿وَأَشْهِدُوا ذَوِي عَدْلٍ مِّنْكُمْ وَأَقِيمُوا الشَّهَادَةَ لِلَّهِ﴾⁴ وقوله عز وجل: ﴿وَأَشْهِدُوا ذَوِي عَدْلٍ مِّنْكُمْ وَأَقِيمُوا الشَّهَادَةَ لِلَّهِ﴾⁵، وذكروا أن هذه الآيات جاءت صريحة في اشتراط لفظ الشهادة، واعترض على هذا الاستدلال بأن الآيات لم تدل من أي وجه على اشتراط لفظ الشهادة وإنما حث أصحاب الحقوق على توثيق حقوقهم بالإشهاد عليها.

-القول الثاني: تؤدي الشهادة بلفظ أشهد وغيره من الألفاظ.

وذهب إليه المالكية في المشهور عندهم⁶، والإمام أحمد في رواية وابن تيمية وابن القيم⁷ وقالوا لا يشترط في الشهادة أن تؤدي بلفظ معين بل يصح أداؤها بكل لفظ أو صيغة، كأن يقول الشاهد: سمعت كذا، أو علمت كذا، وذلك لأن مقصود الشهادة هو أخبار القاضي بما تيقنه الشاهد، ولا يتوقف هذا على لفظ معين، واستدلوا بقوله تعالى: ﴿قُلْ هَلْ مَشَّاهَدَاءُ كُمْ الَّذِينَ يَشْهَدُونَ أَنَّ اللَّهَ حَرَّمَ هَذَا فإِنْ شَهِدُوا فَلَا تَشْهَدُ مَعَهُمْ﴾⁸، وذكروا أن هذه الآية

1- الزيلعي، تبيين الحقائق، 4/207، ابن عابدين، حاشية، 5/47.

2 - الرملي، نهاية المحتاج، 8/292.

3 - الإقناع، 4/430، ابن قدامة، المغني، 9/216.

4 - سورة البقرة الآية: 282.

5 - سورة الطلاق الآية: 02.

6 - العدوي، حاشية العدوي على شرح الخرشي، 5/185، ابن فرحون، تبصرة الحكام، 1/223، ابن القيم، الطرق الحكمية، 258، الطرابلسي، معين الحكام، 88، الدسوقي، الحاشية، 4/165.

7 - ابن قيم الجوزية، الطرق الحكمية، مكتبة دار البيان، بدون طبعة وبدون تاريخ، ص173، البهوتي، كشف القناع، 4/285.

8 - سورة الأنعام الآية: 150.

دلت على أنه ليس المراد التلفظ بلفظة (أشهد) في هذا بل مجرد الإخبار بتحريمه، ومن السنة النبوية استدلووا بقول النبي صلى الله عليه وسلم: «أمرت أن أقاتل الناس حتى يشهدوا أن لا إله إلا الله، وأن محمداً رسول الله، ويقيموا الصلاة، ويؤتوا الزكاة، فإذا فعلوا ذلك عصموا مني دماءهم وأموالهم إلا بحق الإسلام، وحسابهم على الله»¹، فلو قال الداخل في الإسلام (لا إله إلا الله) حصلت له العصمة وكان مسلماً بلا تفاق ولو لم يتلفظ بلفظ (أشهد).

والراجع في رأينا القول الثاني لأن المقصد من الشهادة هي الإخبار بالواقعة المشهود بها، والإخبار يتم بلفظ أشهد وغيره من الألفاظ، كما أنه لا يوجد دليل صريح يشترط هذا اللفظ في الشهادة بعكس قوة أدلة القول الثاني.

ب)- شرط ألا يكذبها الواقع .

يشترط الفقهاء في الشهادة أن لا يكذبها الواقع، أو العقل، أو ظاهر الحال، فإن كذبها شيء من ذلك، فلا تقبل، وذلك: كما لو شهد شاهد أن فلاناً سرق في هذا الشهر، وتبين أن هذا المتهم قد مات من خمس سنوات، أو كما لو شهد بأن فلاناً طعن فلاناً بخنجره وأماته، ثم تبين أثناء التحقيق أن جسم المجني عليه سليم، وأنه لا يوجد أي أثر لاستعمال آلة حادة، أو كما لو شهد الشاهد أن فلاناً استعار من فلان سيارة فاخرة، ثم تبين من التحقيق أن المدعي فقير معدم لا يملك أي سيارة، وان المدعي عليه غني جداً وله حظيرة سيارات.

ج)- شرط أن تبين الشهادة المشهود به بيانا كافيا نافيا للجهالة: المشهود به هو محل التقاضي وحتى لا ترد شهادة الشاهد يجب أن يكون المشهود به معلوماً فلا تصح الشهادة بمجهول، جاء في بدائع الصنائع " وأما الذي يرجع إلى المشهود به فمنها أن تكون الشهادة معلوم فإن كانت بمجهول لم تقبل لأن علم القاضي بالمشهود به شرط صحة قضاؤه فما لم يعلم لا يمكنه القضاء به وعلى هذا يخرج ما إذا شهد رجلان عند القاضي أن فلاناً وارث هذا الميت لا وارث له غيره فلا تقبل شهادتهما لأنهما شهدا بمجهول فلا بد أن يقولوا ابنه ووارثه لا

1 - رواه البخاري في صحيحه، باب فإن تابوا وأقاموا الصلاة و آتوا الزكاة، الحديث رقم 1، 14/25، ورواه مسلم، باب الأمر بقتال الناس حتى يقولوا لا إله إلا الله، الحديث رقم 1، 35/22.

«الباب الأول» ————— (الرعى القضاية وتولعر للاختصاص القضاى فى الفقه الإسلامى والقانون الجزائرى) - كـ

يعملون له وارثا غيره أو أخوه لأبيه وأمه لا يعلمون له وارثا غيره "1، ووفقا لهذا لو شهد شخص أن فلان تزوج إحدى بنات فلان فإن شهادته ترد، إلا إذا بين اسم الزوج والزوجة ومكان الزواج وقيمة الصداق، فلا بد أن يبين الشاهد المشهود به بياناً كافياً نافياً للجهالة مما يجعله معلوماً لدى القاضي وبما يؤكد لديه صحة شهادة الشاهد، فيأخذ بما فى قضائه، فإن كانت بمجهول فلا تقبل.

الفرع الثالث: أهم تطبيقات الإثبات بالشهادة فى مسائل الأسرة فى القانون الجزائرى

تعتبر الشهادة من أهم وسائل الإثبات فى القانون الجزائرى وقد نظم المشرع إجراءاتها فى قانون الإجراءات المدنية فى المواد 150 إلى 163، ونظم أحكامها الموضوعية فى الفصل الثانى من الباب السادس من القانون المدنى فى المواد من 333 إلى 336، وللشهادة دور مهم فى إثبات كل مسائل الأسرة من زواج وطلاق ومهر وتطبيق ونسب ... الخ، إلا أن هذه الأهمية تظهر بشكل واضح فى قضايا إثبات الزواج والطلاق و دعاوى التطلاق خاصة ما تعلق منها بالعيوب الزوجية، لذا سنحاول تبيان دور الشهادة كوسيلة إثبات فى دعاوى إثبات الزواج العرفى و دعاوى إثبات الطلاق العرفى، و دعاوى إثبات عيوب المرأة فى دعاوى الطلاق.

أولاً/ - دور الشهادة فى إثبات الزواج العرفى:

الزواج العرفى هو زواج يتوافر على جميع أركانه وشروطه الشرعية والقانونية، غير أنه لم يتم شهره وتسجيله بسجلات الحالة المدنية خلال المهلة المحددة قانوناً، وهى فى القانون الجزائرى ثلاثة أيام تبدأ من تاريخ انعقاد العقد عندما يبرم الزواج داخل التراب الوطنى، و مدة سنة عندما يبرم الزواج بين الجزائريين المقيمين فى بلد أجنبى.

وقد عالج المشرع الجزائرى مسألة إثبات الزواج بنص المادة 22 من قانون الأسرة بنصها: "يثبت الزواج بمسئخرج من سجل الحالة المدنية، وفى حالة عدم تسجيله يثبت بحكم قضائى.

يجب تسجيل حكم تثبيت الزواج فى الحالة المدنية بسعى من النيابة العامة".

1- الكاسانى، بدائع الصنائع، 6/ 277.



وبما أننا بصدد دراسة مسألة إثبات الزواج غير المسجل- الزواج العرفي- و أننا قد سبق لنا و أن عالجتا مسألة تسجيل الزواج الرسمي، فإن ما يهمننا من نص المادة 22 أعلاه عبارة "وفي حالة عدم تسجيله يثبت بحكم قضائي"، ولعل هذه إشارة واضحة لكل من يهمله الأمر بأن عليه إقامة دعوى إثبات الزواج أمام المحكمة المختصة، فإذا تمكن المدعي من إثبات الزواج حكمت المحكمة بقيام الزواج، وعندما يصبح الحكم نهائياً يستطيع الشخص المعني أن يستخرج نسخة من عقد الزواج من سجلات الحالة المدنية.

و إن كان المشرع قد سمح للمدعي في معظم دعاوى شؤون الأسرة بإثبات دعواه بكل وسائل الإثبات من إقرار وبينه وبمين وغيرها فإنه جعل من شهادة الشهود هي السيد في إثبات وجود واقعة الزواج العرفي سواء كانت شهادة عيان- مباشرة¹- أو شهادة سماع- غير مباشرة²، و إن جرت عادة القضاء على تفضيل سماع شاهدي عقد الزواج للتحقق من اكتمال الشروط وصحة العقد، أما في حالة استحالة سماعهما أو صعوبتها يمكن الاستعانة بشهود سماع، وهذا ما قضت به المحكمة العليا بقولها: "من المقرر شرعاً أن الزواج لا يثبت إلا بشهادة السماع التي يشهد أصحابها أنهم سمعوا من الشهود و غيرهم أن الطرفين كانا متزوجين".³

ثانياً/- دور الشهادة في إثبات الطلاق العرفي

الطلاق العرفي هو طلاق حصل خارج ساحات القضاء ولم يصدر بشأنه حكم يقضي بفك الرابطة الزوجية بين الطرفين، كأن يتفق الزوجان على الطلاق أمام جماعة من المسلمين ويذهب كل منهما إلى حال سبيله دون اللجوء إلى القضاء المختص لاستصدار حكم بشأنه،

1 - الشهادة المباشرة : هي إخبار المرء بما أدركه من الوقائع بحواسه مباشرة دون وساطة وتعتبر هذه الشهادة من أقوى الشهادات نظراً لما تولده من قناعة لدى القاضي وله أن يعتمد عليها في تأسيس حكمة إذا كانت من الوقائع التي يجوز إثباتها بالشهادة.

2 - الشهادة غير المباشرة : هي أخبار الشاهد بما سمعه من شخص آخر أدرك الوقائع بحواسه فهو لا يشهد بأنه سمع أو شاهد الوقائع وإنما يشهد بأنه سمعها من الشخص الذي أدركها بحواسه

3- م.ع. غ. أ.ش. ، القرار رقم 53272 ، م.ق. ، 1990 ، ع 3 ، ص 82 ،أخذ عن العرفي بالحاج ، المرجع السابق ، ص 8.

و هذا الطلاق من شأنه أن يحدث الكثير من المشكلات داخل الأسرة والمجتمع ومن شأنه أن يثير العديد من الإشكاليات القانونية، ومما يطرح و يثار في جانب القانون تعارض هذا العرف مع صريح نص المادة 49 بنصها " لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح يجريها القاضي دون أن تتجاوز ثلاثة أشهر ابتداء من تاريخ رفع الدعوى "، فهل تمتنع المحاكم عن الاعتراف بواقعة الطلاق أم أنها تعترف بها و بكل ما ينتج عنها من آثار بأثر رجعي؟.

رغم أن القانون لا يعترف بوقوع الطلاق خارج ساحات القضاء إلا أنه ما يجري عليه العمل في المحاكم هو قبولها دعاوى إثبات الطلاق العرفي ونظرها و إصدار أحكام إيجابية بشأنها، وهذا في رأينا لا يعد مخالفة لنص المادة 49 كما سبقت الإشارة إلى ذلك، لأن المحاكم لا تعطي أي حجية قانونية للطلاق العرفي بل تسعى فقط من خلال نظر هذه الدعاوى لإثبات واقعة الطلاق المادية التي تمت بين الزوجين أولا فإن تحقق لها ذلك تصدر حكمها بإثبات الطلاق وبسريانه بأثر رجعي إلى تاريخ وقوع الطلاق العرفي، ولعل قصد القضاء من ترتيب الأثر الرجعي على الحكم هو حماية الحقوق والمراكز القانونية للأفراد وتفادي مشكلات عويصة قد تأتي مخالفة لأحكام الشريعة والقانون، وبما أن القضاء في دعاوى إثبات الطلاق العرفي هو بصدد إثبات واقعة مادية و ليس بصدد تصرف قانوني فإن القضاء يعول كثيرا على شهادة الشهود في إثبات الطلاق و الأكثر من ذلك أنه باستقراء الكثير من الأحكام القضائية في هذا المجال نجد أنه قد اعتبرها الطريق الوحيد الموجود لإثبات وقوع الطلاق، إلا أن القضاء و بخلاف دعاوى إثبات الزواج فإنه يعول فقط على الشهادة المباشرة التي يقطع الشاهد شخصا فيها بمشاهدة واقعة الطلاق زمانا ومكانا، و يستبعد القاضي سماع الشهادة غير المباشرة في إثبات الطلاق، لأن هذا النوع من الشهادة إنما أجاز سماعه استحسانا في مسائل محصورة دفعا للحرص وتعطيل الأحكام و ليس إثبات الطلاق من بينها، وهذا ما قضت به المحكمة العليا في قرارها رقم 35026 والصادر بتاريخ 1984/12/3 والذي قضى بأنه: ولما كانت الشريعة الإسلامية تحول إثبات تصريح الزوج بالطلاق بواسطة سماع شهود حضروا وسمعوا بذلك من نفس الزوج، أو بواسطة شهادة مستفيضة، فإنه يجب على القضاة أن يجروا تحقيقا لسماع الشهود الذين علموا بالطلاق، و ليس لهم بعد ذلك إلا أن يوافقوا على صحة طلاق أثبتت أمامهم".

المطلب الثالث

الإثبات بالإقرار

يعتبر الإقرار من أقوى الأدلة التي يعتمد عليها القاضي في قضائه، فبناء على إقرار المقر فإن الحق يثبت وما على القاضي إلا تنفيذ الحق المقر به إن تبين صحة الإقرار وسلامته، لهذا يعتبر أقوى وسائل الإثبات.

الفرع الأول: تعريف الإقرار لغة واصطلاحاً

الإقرار في اللغة: من قرر وأقر، وهو الاعتراف، فيقال: أقر بالحق، أي: اعترف به، وقرره غيره بالحق حتى أقر به، وقرره بالشيء حملة على الإقرار به، ويقال: قر الشيء في مكانه أي ثبت فهو ضد الجحود والإنكار، والاضطراب¹.

فالإقرار يعني الإذعان للحق والاعتراف به، لأن المقر يعترف بحق لغيره " المدعى " وهو يكون على كل من عليه الحق لصاحبه مصداقاً لقوله تعالى: ﴿يَأْيُهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوَامِينَ بِالْقِسْطِ شُهَدَاءَ لِلَّهِ وَلَوْ عَلَىٰ أَنفُسِكُمْ﴾²، والشهادة على النفس ما هي إلا إقرار بما وجب عليها.

و في اصطلاح الفقهاء: عُرِفَ بتعريفات متعددة وإن اختلفت في عباراتها فقد اجتمعت

في معنى واحد هو: الإخبار عن ثبوت حق للغير على نفسه³.

وقد عرفه شراح القانون: بأنه اعتراف الخصم بواقعة قانونية مدعى بها وذلك أثناء

السير في الدعوى المتعلقة بها الواقعة، وأن لا يكون المقر به محالاً عقلاً أو شرعاً¹.

1 - الفيومي، المصباح المنير 781/2، الفيروزآبادي، القاموس المحيط ص593، مختار الصحاح ص 529.

2 - سورة النساء . الآية: 135.

3 - ابن فرحون - تبصرة الحكام ج2/ص39. - قاضي زاده، شمس الدين أحمد بن قودر: تكملة شرح فتح القدير المسمى نتائج الأفكار في كشف الرموز والأسرار 488/8 ط1 تخريج وتعليق: الشيخ عبد الرزاق غالب المهدي، دار الكتب العلمية بيروت لبنان 1415هـ - 1995م.

وهو عندهم نوعان إقرار قضائي و غير قضائي :

أما القضائي فعرفته المحكمة العليا بقولها : " الإقرار القضائي هو اعتراف الشخص بواقعة قانونية مدعى بها عليه أمام القضاء، وهو حجة قاطعة على المقر " ² وبالتالي يكون حجة قاطعة على المقر بحيث لا يستطيع أن يتراجع عن أقواله بعد ثبوتها أمام القاضي، أما غير القضائي فهو الاعتراف الصادر عن الخصم خارج مجلس القضاء، فهو بذلك يخضع لتقدير القاضي، الذي يجوز له الأخذ به أو عدم الأخذ به كما يجوز له تجزئته و الأخذ ببعضه دون البعض الآخر ³.

الفرع الثاني: مشروعية الإقرار وأركانه

أولا/ - مشروعية الإقرار: الإقرار مشروع بالقرآن الكريم والسنة والإجماع والعقل:

أ: أدلة الكتاب الكريم: استدلوا بقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ شُهَدَاءَ لِلَّهِ وَلَوْ عَلَىٰ أَنفُسِكُمْ﴾ ⁴.

ووجه الدلالة من الآية: هو أن الله أمر عباده المؤمنين باقامة العدل والقسط ولو بالشهادة على النفس، وقال المفسرون ⁵ أن الشهادة على النفس إقرار بالحق.

وقوله تعالى: ﴿وَلِيُمْلِلِ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ وَلِيَتَّقِيَ اللَّهَ رَبَّهُ وَلَا يَخَسَّ مِنْهُ شَيْئًا﴾ ⁶.

1 - عرف قانون الإثبات المصري الإقرار بنص المادة 103 بأنه: اعتراف الخصم أمام القضاء بواقعة قانونية مدعى بها عليه وذلك أثناء السير في الدعوى المتعلقة بهذه الواقعة.

2 م . ع . غ . أ . ش، 15-12-1989، ملف رقم 56097، م.ق، 1991، ع4، ص 102، أخذ عن العربي بالحاج، المرجع السابق، ص 4.

كما ان المادة 408 من القانون المدني المصري تعرف الإقرار القضائي بأنه " إعتراف الخصم أمام القضاء بواقعة قانونية مدعى بها عليه أثناء السير في الدعوى المتعلقة بمعهذه الواقعة "

3 أنور طلبية، طرق أدلة الإثبات في المواد المدنية و التجارية و الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، 1987، ص 421.

4 - سورة النساء الآية:135.

5 - الجامع لأحكام القرآن للقرطبي مج 3/5 ص365، أحكام القرآن لابن العربي 636/1، الشوكاني، فتح القدير 659/1، تفسير الجلالين، ص214.

6 - سورة البقرة الآية:282.



«الباب الأول» ————— الدعوى القضائية وتوابع الاختصاص القضائي في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري- كـ.

ووجه الدلالة من الآية : أن الله أمر بإملاء من عليه الحق، فلو لم يلزمه بالإملاء شيء لما أمر به والإملاء لا يتحقق إلا بالإقرار¹.

(ب): الأدلة من السنة:

- 1- ما ثبت في الصحيحين من أن النبي ﷺ رجم ماعزا والغامدية لما أقرأ بالزنا².
- 2- حديث العسيف³: أمر النبي ﷺ أنيسا الأسلمي أن يأتي المرأة فيرجمها إن اعترفت بالزنا، فاعترفت فرجمها⁴.

(ج): الإجماع: لاخلاف بين فقهاء الأمة الإسلامية منذ عهد النبي ﷺ إلى يومنا هذا على حجية وصحة الإقرار في إثبات الحق والعمل به في معاملاتهما وأفضيتها ولم يظهر من يخالف ذلك⁵.

(د): المعقول: إن العاقل لا يكذب على نفسه كذبا يضر بها، ولهذا كان أكد من الشهادة، فإن المدعى عليه إذا اعترف لا تسمع عليه الشهادة⁶.

ثانيا/ أركان الإقرار

للإقرار عند جمهور الفقهاء أربعة أركان: الصيغة والمقر والمقر له المقرب به⁷.

-
- 1 - وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية الكويتية: الموسوعة الفقهية الكويتية، مادة إقرار، طبعة ذات السلاسل، الكويت، ط2، 1990م.
 - 2 - حديث الغامدية- حديث صحيح- رواه مسلم في صحيحه بشرح القاضي عياض، كتاب الحدود باب من اعترف على نفسه بالزنا، 5/519.
 - 3 - العسيف : تعني الأجير انظر : ابن منظور، لسان العرب 9/246.
 - 4 - رواه البخاري في صحيحه، كتاب المحاريين من أهل الكفر والردة، باب إذا رمى امرأته أو امرأة غيره بالزنا، مج6/251.
 - 5 - الزيعلي، تبين الحقائق 3/5.
 - 6 - ابن قدامة، المغني 6/600، الشريبي الخطيب، مغني المحتاج، 2/238.
 - 7 - الخرشبي، شرح الخرشبي على مختصر خليل، 4 / 303. الدسوقي، الحاشية، 3/298 - الرملي، نهاية المحتاج، 5/65-ابن قدامة، المغني ومعه شرح الكبير، 4/271.



« (الباب الأول) ————— (الردوى القضائية وتوابع الاختصاص القضائي في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري) - كـ.

أ): **الصيغة** : وهي لفظ أو ما يقوم مقامه مما يدل على توجه الحق قبل المقر، ولا خفاء بصريح ألفاظه، ويقوم مقام اللفظ الإشارة، والكتابة. ويشترط فيها أن تكون منجزة، مثبتة للحق على سبيل اليقين والجزم¹، وأن تكون أمام القاضي بالقول إذا كانت تتعلق بحد من حدود الله الخالصة².

ب): **المقر**: وهو الشخص الذي يقر على نفسه، واشترط الفقهاء فيه أن يكون بالغاً عاقلاً، طائعاً مختاراً، يقضاه غير هازل³.

ج): **المقر له**: وهو الشخص الذي صدر الإقرار لصالحه ويشترط له: ألا يكون مجهولاً جهالة فاحشة، لأن المجهول لا يصلح مستحقاً⁴، وأن لا يكذب المقر فيما أقر به⁵، أن يكون أهلاً للملك، وأن يكون سبب استحقاقه للمقر به مقبولاً عقلاً.

د): **المقر به**: وهو الحق المعترف به، ويكون في الأحوال الشخصية زواجا أو طلاقاً أو نسباً أو عيباً أو خلوة... الخ.

وإضافة إلى ذلك، يشترط فيه الفقهاء أن يكون تحت يد المقر وتصرفه، وألا يكون محالاً عقلاً أو شرعاً، وألا يكون الشيء المقر به ملكاً للمقر وقت إقراره⁶.

1 - البهوتي، كشف القناع، 465/6، الرملي، نهاية المحتاج، 76/5، الشيرازي، المذهب، 347/2.

2 - د نصر فريد واصل، نظرية الدعوى والإثبات في الفقه الإسلامي، الطبعة الأولى سنة 1422هـ / 2002 م دار الشروق، ص 31.

3 - د/ عبد الرحمن ابراهيم عبد العزيز الحميضي، القضاء ونظامه في الكتاب والسنة، الطبعة الأولى سنة 1409هـ / 1984 م ، جامعة أم القرى، ص 396.

4 - الزيلعي ، تبين الحقائق، 4/5، الكاساني، بدائع الصانع، 223/7، ابن قدامة، المغني، 607/6، د نصر فريد واصل، نظرية الدعوى والإثبات في الفقه الإسلامي، الطبعة الأولى سنة 1422هـ / 2002 م دار الشروق، ص 31.

5 - ابن قدامة، المغني ج 6/606، د نصر فريد واصل، نظرية الدعوى والإثبات في الفقه الإسلامي، الطبعة الأولى سنة 1422هـ / 2002 م دار الشروق، ص 31.

6 - علي حيدر، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام، دار الكتب العلمية، بيروت 93/4، الرملي، نهاية المحتاج، 66/5 و 81، الشربيني، مغني المحتاج، 274/3، الزيلعي، تبين الحقائق، 4/5.



الفرع الثاني: تطبيقات الإثبات بالإقرار في بعض دعاوى شؤون الأسرة

أ: الإقرار في دعاوى إثبات الزواج أو نفيه :

لا يعتبر الإقرار في دعاوى إثبات الزواج أو نفيه دليلا كافيا و حجة قاطعة لثبوت الدعوى و إنما هو بمثابة دليل مكمل، لأن المشرع تدخل بنصوص واضحة و صريحة تلزم قاضي شؤون الأسرة بإتباع وسائل و شروط معينة لإثبات الزواج و نفيه، حيث نص في المادة 22 من قانون الأسرة على أنه : (يثبت الزواج بمستخرج من سجل الحالة المدنية، وفي حالة عدم تسجيله يثبت بحكم قضائي)، فإذا تعارض الإقرار مع مستخرج الحالة المدنية يعطي القاضي الأولوية للمستخرج ولا يأخذ بالإقرار، أما في حالة انعدام المستخرج و أقرا الزوجان معا بالزواج ففي الغالب لا يكتفي القاضي بإقرارهما لوحده كدليل لإثبات الزواج بل تمتد رقابة القاضي على تحقق أركان الزواج و شروطه فيقوم لذلك بسماع شهود واقعة الزواج و ولي الزوجة و يستفسر عن الصداق و نوعه و قيمته و بعد ذلك يصدر حكما قضائيا بإثبات الزواج الذي يتم تسجيله أمام ضابط الحالة المدنية المختص، أما في حالة نفي الزواج و حتى إن أقرت الزوجة أو الزوج بعدم وجود تلك العلاقة فلا نكون أمام إقرار، ذلك أن إقراره هذا يكون غالبا في مصلحة المقر وهو ما يتنافى مع شروط الإقرار و بالتالي زوال أهميته الثبوتية في دعاوى نفي الزواج .

ب: الإقرار في دعاوى النسب :

يثبت النسب بالإقرار كما يثبت بغيره من الأدلة و هو ما نصت عليه المادة 44 من قانون الأسرة الجزائري بنصها : "يثبت بالإقرار بالبنوة أو الأبوة أو الأمومة لمجهول النسب، ولو في مرض الموت متى صدقه العقل أو العادة"، والإقرار بالنسب نوعان إقرار يتعلق بالمقر نفسه كإقرار الوالد بنسب ولده أو العكس و يطلق عليه الفقهاء الإقرار المباشر، وإقرار متعلق بغير المقر — أي محمول على الغير — ويسمى عند الفقهاء بالإقرار غير المباشر كإقرار بالأخوة فهو محمول على الوالد وهذا النوع من الإقرار يستلزم كما في المثال السابق أن يكون المقر له ابنا

«الباب الأول» ————— الدرعي القضائية وتوابع الاختصاص القضائي في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري- كـ.

لوالد المقر أولاً، ثم ينتج عنه أن يكون أحاً للمقر ولسائر إخوته¹، وقد أشار إليه المشرع الجزائري في نص المادة 45 من قانون الأسرة بنصها: (الإقرار بالنسب في غير البنوة و الأبوة و الأمومة لا يسري على غير المقر إلا بتصديقه).

1- شروط الإقرار بالنسب :

هناك شروطٌ لصحة الإقرار بالنسب، منها شروطٌ محلّ اتفاق بين الفقهاء وشروطٌ محلّ اختلاف بينهم:

- الشروط المتفق عليها:

- **جهالة النسب:** وهو أن يكون المقر أو المقر له بالأبوة والأمومة مجهول النسب أي لا يُعرف له نسبٌ صحيحٌ ثابت.
- **أن يكون الإقرار ممكناً بأن يصدقه العقل والعادة:** كأن يكون فارق السن يقبل هذا الإقرار ليكون النسب مبيّناً على سبب صحيح ويمكن تصوّره، فإذا لم يتحقّق فارق السن الملائم بينهما فإنّ ظاهر الحال يكذب الإقرار ويردّه.
- **تصديق المقر له:** اشترط جمهور الفقهاء من حنفية² وشافعية³ وحنابلة⁴ إذا أقر شخص لآخر مجهول النسب يبقى إقراره موقوفاً حتّى يصدّقه المقر له إذا كان من أهل التصديق وهو

1 - الكاساني، بدائع الصانع، 4605/10 وما بعدها، الهداية تكملة فتح القدير، 13/7، ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، 475/4، ابن قدامة، المغني، 327/5.

2 - الكاساني، بدائع الصنائع، 4606/10، عبد الرحمن بن محمد شيخي زاده، مجمع الأفر، دار إحياء التراث العربي، بدون طبعة وبدون تاريخ، 304/2.

3 - النووي، روضة الطالبين، 61/4.

4 - البهوتي، كشف القناع، 456/6، ابن قدامة المغني، 327/5.



﴿الباب الأول﴾ ————— (الرعي الفضائية وتوابع الاختصاص القضائي في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري) - كـ.

البالغ العاقل، وذكر الشافعية¹ والحنابلة² أمّا إذا كان المقر له صغيراً غير مُميّز فلا يشترط تصديقه لا في الحال ولا بعد البلوغ، فإنّ الإقرار ببنوة صغير يتم فور صدوره متى توفّرت الشروط الأخرى، ولا يتوقّف على تصديق المقرّ له، فلو بلغ ورفض الإقرار لنفي النسب فلا يُقبل منه.

أمّا إذا كان الإقرار محمولاً على الغير اشترط الفقهاء لصحته أن يصدقه من حمل النسب عليه، فإذا أقر الرجل بأخوة مجهول النسب فلا يثبت حتى يصدق الأب الإقرار إذا كان حياً أمّا إذا كان ميتاً وكان له ورثة آخرون صدقوه على إقراره، لأنّ الإقرار حجة قاصرة على المقر ولا تحمل على الغير³.

- الشروط المختلف بشأنها:

- حياة المقر له: اختلف الفقهاء في اشتراط حياة المقر له وقت الإقرار على قولين:

القول الأول: يشترط أن يكون المقر له حياً وقت الإقرار.

وذهب إليه الحنفية،⁴ والمالكية إذا كان له مال كثير، وذكروا يحتاج إلى النسب في حياته ليشرق به، أما بعد الوفاة فلا فائدة من إثباته، ولا يكون القصد منه إلا إثبات حق الميراث فيكون متهماً في دعواه، فتمنع التهمة لحوقه، واستثنى الحنفية من ذلك إذا كان الابن المتوفى المقر له بالبنوة قد ترك ذريّة، فيصح الإقرار مع وفاة المقرّ له، لحاجة الأحماد لثبوت نسب أبيهم فيشرفون به⁵.

1 - النووي، روضة الطالبين، 61/4، الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، 3/304.

2 - ابن قدامة، المغني، 5/327، ابن قدامة، الكافي، 4/597.

3 - السرخسي، المبسوط، دار المعرفة - بيروت، بدون طبعة، تاريخ النشر: 1414هـ - 1993م، ص 187/28، الكاساني، بدائع الصانع، 7/ص 228.

4 - السرخسي، المبسوط، المرجع السابق، 17/17.

5 - د. محمد علي محبوب، أحكام الأسرة في التشريع الإسلامي، شركة الإعلانات - الشرقية - بدون طبعة وبدون تاريخ نشر، ص 520-521.



القول الثاني: لا يشترط أن يكون المقر له حياً وقت الإقرار.

وبه قال الشافعية¹ والحنابلة²، والمالكية في قول لهم³، فيصح الإقرار عندهم بالنسب سواء كان المقر له حياً أو ميتاً، وسواءً كان قبل الموت صغيراً أم كبيراً، ولا اعتبار لهم بالميراث، لأن النسب يُنتفع به مهما كانت الأحوال، ولأن النسب يثبت في حياة المقر له بمجرد الإقرار وهو موجود بعد موته، أما التصديق المشروط من الكبير فيسقط لعدم إمكانه كالصغير.

● **عدم المنازعة:** وأضاف الحنفية والحنابلة في الإقرار بالولد الصغير عدم المنازعة في هذا الإقرار، فإن وُجد منازعٌ فيه أصبحت المنازعة دعوى، ولا يقدم مقرُّ على آخر إلا بينة، وقال الشافعية لو استلحق اثنان بالغاً عاقلاً ثبت نسبه لمن صدّقه منهما، فإن صدّقهما أو لم يصدّقهما أو لم يصدّق واحداً منهما عُرض على القائف.

ب): الإقرار في دعاوي الطلاق والتطبيق

بما أن حجة الإقرار قاصرة على المقر ذاته دون أن تتعداه إلى غيره، فلا يمكن تصوره كدليل إثبات في قضايا الطلاق إلا في القضايا التي ترفعها المطلقة ضد مطلقها لإثبات طلاقها منه في حالة حصوله دون الرفع إلى القاضي - الطلاق العرفي -، فإذا تقدم الزوج برفع دعوى طلاق أمام القضاء فلا يتصور أن تصرّحه بطلاق أمام القاضي إقرار بطلاقه، لأن القاعدة الشرعية تقرر أن العصمة بيد الزوج وله الطلاق متى أراد، كما أنه لا يحتاج لطلاق زوجته إقرارها بطلاقه لأنه يملكه، أما إذا رفعت الدعوى من الزوجة وكان موضوعها التطبيق لسبب من الأسباب الشرعية فإقرار الزوج بما أسندته الزوجة إليه يقدم على باقي الأدلة فإذا أقر الزوج بعدم الإنفاق أو العيب⁴ أو الهجر مثلاً، فالقاضي له أن يأخذ بهذا الإقرار ولا يلجأ لأي دليل آخر كالخبرة أو الشهادة لأن إقراره يكون حجة عليه، أما إذا دفع التهمة عن نفسه وصدقته

1- الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، 2/260، تكملة المجموع، 18/563.

2- ابن قدامة، المغني، 5/327، ابن قدامة، الكافي، 4/597.

3- الصاوي، بلغة السالك حاشية الصاوي، 2/182.

4- أي إقرار الزوج عند القاضي أن به عيب مثلاً بمنعه من الوصول إليها، ويشترط لصحة الإقرار، أن يكون صادر من زوج بالغ عاقل مختار، لأن إقرار الصبي والمجنون لغو، فلا يعتد بإقرارهما، وكذا المكره .

﴿الباب الأول﴾ ————— (الردى القضاية وتولعر للاختصاص القضاى فى الفقه الإسلامى والقانون الجزائرى) .

الزوجة يكون هذا التصديق منها بمثابة الإقرار، كأن تدعى مثلاً عدم الإنفاق عليها ويدفع ذلك بإعساره وعلمها به وقت الزواج فإذا أقرت علمها و إعساره يأخذ القاضي بإقرارها ويرفض دعواه¹.

و عليه يمكن القول بأن الإقرار فى قضايا الطلاق الصادر من الزوج بإرادته المنفردة لا يتمتع بنفس الأهمية التى يتمتع بها فى قضايا التفريق - التطلق- المرفوعة من الزوجة أمام القضاء.

المطلب الثالث

اليمين كوسيلة إثبات فى الفقه الإسلامى والقانون الجزائرى وبعض تطبيقاتها فى دعاوى شؤون الأسرة

الفرع الأول: تعريف اليمين

اليمين لغةً: تطلق على معان عدة منها الحلف والقسم، وهو ما يعيننا فى بحثنا.

واصطلاحاً: عرّف فقهاء المذاهب اليمين بتعريفات عامة شملت إثبات الحقوق والندور وغيرها دون تخصيص اليمين كوسيلة² من وسائل الإثبات² لكن الذى يعيننا فى بحثنا هذا تعريف اليمين التى يؤدّيها الشخص أمام القضاء لفصل النزاع وتحقيق أمر من الأمور فى الماضى والحاضر، وهذه عرفها بعض المتأخرين بأنها: " تأكيدٌ بثبوت الحقّ أو نفيه باستشهاد الله تعالى أمام القاضي"³، وعرفها شراح القانون بأنها إعلان به يؤكّد الخصم حقيقة واقعة معينة متخذاً من الله شاهداً على صدق تأكيده⁴.

1 - نصّ الفقرة الأولى من المادة53:يجوز للزوجة أن تطلب التطلق للأسباب الآتية: عدم الإنفاق بعد صدور الحكم بوجوبه ما لم تكن عالمة بإعساره وقت الزواج، مع مراعاة المواد 78و79و80 من هذا القانون.

2 - عرفها الأحناف بأنها " عقدٌ يقوى بما عزم الخالف على الفعل أو الترك"، وقال المالكية بأنها: " تحقيق ما لم يجب بذكر اسم الله أو صفته"، وقال الشافعية بأنها: " تحقيق أمرٍ محتملٍ سواء كان ذلك الأمر ماضياً أو مستقبلاً، نفيّاً أو إثباتاً فيهما بذات الله أو صفة الله"، وقال الحنابلة بأنها: " تأكيدٌ لحكمٍ بذكر معظّم على وجهٍ مخصوص". أنظر على التوالى: الزيعلى، تبين الحقائق شرح كتر الدقائق 107/3، الدردير، الشرح الكبير، 126/16/2، الشريينى الخطيب، معنى الاحتاج، 320/6، البهوتى، كششاف القناع، 228/6.

3 - الزحيلي محمد، وسائل الإثبات فى الشريعة الإسلامية و فى المعاملات المدنية والأحوال الشخصية، مكتبة المؤيد، دمشق سوريا، الطبعة الثانية، 1414هـ، 316/1.

4 د فتحي ولى، المرجع السابق، ص 298.



الفرع الثاني: مشروعية اليمين وشروطها

أولا مشروعية اليمين:

اليمين كوسيلة من وسائل الإثبات مشروععة بالقرآن والسنة وإجماع فقهاء الأمة و المعقول.

أ) من الكتاب: قوله تعالى: ﴿إِنَّ الَّذِينَ يَشْتَرُونَ بِعَهْدِ اللَّهِ وَأَيْمَانِهِمْ ثَمَنًا قَلِيلًا أُولَئِكَ لَا خَلَاقَ لَهُمْ فِي الْآخِرَةِ وَلَا يُكَلِّمُهُمُ اللَّهُ وَلَا يَنْظُرُ إِلَيْهِمْ يَوْمَ الْقِيَامَةِ وَلَا يُزَكِّيهِمْ وَلَهُمْ عَذَابٌ أَلِيمٌ﴾¹

وجه الدلالة: إن الآية تشرع اليمين كوسيلة للإثبات فالذين "يشترون" أي يستبدلون "بعهد الله" إليهم في الإيمان بالنبي و أداء الأمانة "وأيمانهم" حلفهم به تعالى كاذبين "ثمنا قليلا" من الدنيا "أولئك لا خلاق لهم" أي نصيب².

و قد روى البخاري أن الأشعث بن قيس قال: «كان بيني وبين رجل من اليهود أرض فجددني فقدمته إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقال لي رسول الله صلى الله عليه وسلم «ألك بينه؟» قلت: لا قال: فقال اليهودي احلف قال: قلت يا رسول الله إذ يحلف ويذهب بمالي»، فأنزل الله تعالى " إن الذين يشترون بعهد الله و أيمانهم ... إلى آخر الآية³.

ب): السنة: وردت أحاديث كثيرة في مشروعية اليمين منها:

— ما روي عن ابن عباس رضي الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «لو يعطى الناس بدعواهم لا ادعى ناس دماء رجال و أموالهم و لكن اليمين على المدعى عليه»⁴.

1 - سورة آل عمران الآية: 77.

2 - جلال الدين محمد بن أحمد و جلال الدين السيوطي، تفسير الجلالين، ص133، القرطبي، الجامع الأحكام القرآن 127/4

3 -انظر: البخاري: صحيح البخاري - كتاب الخصومات باب كلام الخصوم بعضهم في بعض مجلد 1 ج 160/3

4 -سبق تخريجه ص128

-قوله صلى الله عليه وسلم للحضرمى فى اختصامه مع رجل من كندة: (ألك بينة) فقال لا.

قال : (فلك يمينه) فقال يا رسول الله، إنه فاجر ولا يبالي بما حلف، وليس يتورع من شيء.
فقال: (ليس لك منه إلا ذلك)¹، فقد دل الحديثان على مشروعية اليمين كوسيلة لإثبات الحق عند عجز المدعى عن إثبات دعواه وجعلها بداية على المدعى عليه.

(ج): الإجماع: أجمع كل فقهاء الأمة أن اليمين وسيلة من وسائل إثبات الحق المتنازع عليه، وقد عمل بما قضاة الأمة الإسلامية من عهد الرسول صلى الله عليه إلى يومنا هذا.

ثانيا/ -شروط اليمين وأنواع الحقوق التي يجوز فيها التحليف:

نبين شروط التي تعتبر في اليمين أولا، ثم نبين أنواع الحقوق التي يجوز فيها التحليف، وذلك على النحو التالي:

أ): شروط اليمين:

يشترط لتوجيه اليمين عدة شروط لا تؤدي اليمين إلا بها وقد ذكرها الفقهاء على النحو التالي:

1- إنكار المدعى عليه للحق المدعى به: لأنه لو أقر بالحق لا يكون ثمة حاجة إلى استحلافه، لعدم التهمة فيما يقربه على نفسه²، ذلك لأن اليمين إنما وجبت لرفع تهمة الكذب عن المدعى عليه في إنكاره.

2- أن لا يكون للمدعى بينه حاضرة: واختلف الفقهاء في هذا الشرط، وهو قول أبي حنيفة واحتج بقوله صلى الله عليه وسلم للحضرمى فى اختصامه مع رجل من كندة: «ألك بينة» فقال لا. قال : «فلك يمينه» فقال يا رسول الله، أنه فاجر ولا يبالي بما حلف، وليس يتورع من شيء. فقال : « ليس لك منه إلا ذلك»³، ونرى والله أعلم أن البينة يقدرها القاضي، فإن كانت ثابتة الحجة قوية الإثبات تزيل الشبهة والريبة أخذ بها القاضي دون توجيه

1 - سبق تخريجه.

2 -الكاساني، بدائع الصنائع -3925/8. الذخيرة - 74/11. نهاية المحتاج، 8/ 2923 الشريبي، معنى المحتاج 513/4.

3 - سبق تخريجه.

﴿الباب الأول﴾ ————— الدعوى القضائية وتوابع الاختصاص القضائي في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري- كـ.

اليمين للمدعى عليه، وإن وجدها القاضي غير كافية في الإثبات وجه اليمين للمدعى عليه لدفع الشبهة والريبة.

3- طلب المدعي من القاضي استحلاف المدعى عليه اليمين¹: فلا يجوز للقاضي أن يستحلف المدعى عليه إلا بعد طلب المدعى، فلو حلف لم تفد اليمين، وللمدعى الحق في طلب إعادتها.

4- أن يكون موضوع الدعوى مما يصح الإقرار به شرعا فكل ما يصح الإقرار به في الدعوى ويلزم بموجبه الإقرار به في الدعوى ويلزم بموجب الإقرار يجوز توجيه اليمين فيه للخصم².

5- ألا يكون موضوع الدعوى من حقوق الله الخالصة كالحدود (الزنا مثلا)³.

6- أن يكون المدعى عليه أهلا لأداء اليمين بأن يكون الحالف بالغاً عاقلاً مختاراً، حالفاً عن نفسه لا عن غيره⁴.

ثانياً- أنواع الحقوق التي يجوز فيها التحليف:

اتفق الفقهاء أن تحليف اليمين جائز في الأموال وما يؤول إلى الأموال، والجنايات والقصاص وبعض مسائل الأحوال الشخصية، كما اتفقوا أنه لا يجوز تحليفها في حقوق الله الخالصة من حدود وعبادات⁵ إلا إذا تعلق بها حق الآدمي درءاً للشبهات، واختلفوا في تحليفها في بعض مسائل الأحوال الشخصية على ثلاثة أقوال:

القول الأول: (أنه لا يجوز تحليف اليمين في سبع مسائل وهي: النكاح والطلاق

1 - الكاساني، بدائع الصنائع، 6/226، البهوتي، كشف القناع، 6/452.

2 - الكاساني، بدائع الصنائع، 6/227، أحمد محمد علي داود، أصول المحاكمات الشرعية، 2/683.

3 - الكاساني، بدائع الصنائع، 6/226.

4 - د. محمد الزحيلي، فقه الدعوى، ص 255.

5 - الكاساني، بدائع الصنائع، 6/226.



﴿الباب الأول﴾ ————— (الرعى القضاية وتولعر للاختصاص القضاى فى الفقه الإسلامى والقانون الجزائرى) .

والنسب، والفىء فى الإيلاء، والعق، والولاء، والاستيلاء)، وبه قال أبو حنيفة¹ والحنابلة فى المشهور عندهم² وحجتهم فى ذلك أن القصد من اليمين هو النكول عن الحلف، وهذه المسائل لا يجوز فىها البذل والإباحة.

القول الثانى: (تقبل اليمين فى كل هذه الحقوق) و إله ذهب يوسف ومحمد صاحبا أى حنيفة رحمهما الله، والشافعية والحنابلة فى رواية³.

القول الثالث: (لا يجوز تحليف اليمين إلا فى النكاح فقط)، وبه قال فقهاء المالكية⁴، وحجتهم فى ذلك أن النكاح يجب فىه الشهادة والإعلان، فإذا لم يوجد الشهود لم يصح النكاح، فلا يقبل فىه اليمين، وهذا ما أرجحه وأختاره لأن النكاح من الأمور المهمة التى تترتب عليها وترتبط بها الكثير من مسائل الأحوال الشخصية من ميراث و نسب و نفقة وحضانة لذا وجب على القضاء التشدد فى وسائل إثباته هذا من جهة، ومن جهة أخرى أن هذا الرأى وسع فى دائرة الحقوق التى يجوز إثباتها عن طريق اليمين وهذا موافق لعموم قوله صلى الله عليه وسلم: «ولكن البينة على المدعى و اليمين على من أنكر»⁵.

الفرع الثالث: تطبيقات الإثبات باليمين فى بعض دعاوى شؤون الأسرة

تعتبر اليمين من أهم أدلة الإثبات فى القانون الجزائرى وهى كثيرة الاستعمال أمام القضاء لأن القاضى دائما يجد فىها المخرج لكثير من الدعاوى التى تنعدم فىها الأدلة الشرعية الأخرى،

1 - المرغينانى، الهداية فى شرح بداية المبتدى، دار احياء التراث العربى - بيروت - لبنان، بدون طبعة، 156/3، ابن نجيم، البحر الرائق، 353/7، الزبيدى، الجوهرة النيرة، المطبعة الخيرية، الطبعة الأولى سنة 1322 هـ، 58/2.
2 - ابن قدامة، المغنى، 196/9، البهوتى، كشاف القناع، 567/6، ابن مفلح، المدعى، 353/8.
3 - المرغينانى، الهداية فى شرح بداية المبتدى، دار احياء التراث العربى - بيروت - لبنان، بدون طبعة، 156/3.
4 - التُّسُولى، البهجة شرح التحفة، دار الكتب العلمية - لبنان / بيروت، الطبعة: الأولى، 1418 هـ - 1998 م، 253/1.

5 - رواه البيهقى فى السنن الكبرى، كتاب الدعوى و البنات، باب البينة على المدعى و اليمين على المدعى عليه، 10/252، طبعة دار الفكر، بدون تاريخ، معرفة السنن والآثار كتاب الدعوى 10/350 رقم 20253، تحقيق =د/ عبد المعطى قلجى، طبعة أولى 1411هـ-1991م، دار الوفاء بالمصورة، وقال الحافظ ابن حجر: " هذه الزيادة ليست فى الصحيحين و إسنادها حسن" ينظر فتح البارى 334/5.



وقد نص المشرع الجزائرى على أحكامها في المواد 343 إلى 350 من القانون المدنى، و نص على إجراءات تأديتها في المواد 189 إلى 193 من قانون إجراءات المدنية، و قد يلجأ القاضى لليمين في كل دعاوى شؤون الأسرة، إلا أنها تلعب دورا أساسيا في دعاوى المهر و اختلاف الزوجين في متاع البيت، لذا سنكتفى بذكر هاتين الصورتين فقط:

أولا/ - دور اليمين في إثبات دعاوى المهر :

المهر اسم للمال الواجب للمرأة على الرجل بالنكاح أو الوطاء، وقد سماه الشارع في كتابه صداقا و أجرا وفريضة¹، وهو الواجب بدلالة الأمر في قوله تعالى: ﴿ وَأَتُوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً ﴾²، والنحلة ما يوهب بطيب نفس من الوهاب، وقوله تعالى ﴿ فَمَا اسْتَمْتَعْتُمْ بِهِ مِنْهُنَّ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ فَرِيضَةً ﴾³.

وقد اتفق جميع الفقهاء على وجوب المهر، لأن النصوص الواردة بشأنه قطعية الثبوت قطعية الدلالة، ونقل ابن عبد البر⁴ إجماع أهل العلم على وجوبه، و في ذلك يقول: أجمع علماء المسلمين أنه لا يجوز له وطاء في نكاح بغير صداق مسمى دينا أو نقدا⁵.

وينقسم المهر إلى أنواع باعتبارات مختلفة، فيكون أحيانا محددا في حال الاتفاق على مقداره، فيجب فيه المقدار المتفق عليه، وقد لا يكون محددا فيجب فيه مهر المثل، والمراد بمهر المثل كما يقول النووي: " القدر الذى يرغب به فى أمثالها، والمرأة التى يعتبر فيها المماثلة ما كانت من جهة أبيها، كأخواتها وعماتها، ومعنى ذلك أنه لا ينظر إلى مثيلاتها من قبل أمها، فإن الأم قد تكون من أسرة أخرى لها أعراف تخالف أعراف أسرة أبيها"⁶، وعند الحنفية قول عن

1 - الدكتور محمد سليمان الأشقر ، أحكام الزواج في ضوء الكتاب والسنة ، دار ابن باديس الجزائر، الصفحة 255.

2 - سورة النساء الآية 04.

3 - سورة النساء الآية: 24.

4 - يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر النمري القرطبي المالكي، أبو عمر: من كبار حفاظ الحديث، مؤرخ، أديب، بحامة. يقال له حافظ المغرب. ولد بقرطبة. ورحل رحلات طويلة في غربي الاندلس وشرقيها. وولي قضاء لشبونة وشنترين. وتوفي بشاطبة، أنظر الأعلام لزر كشي ج/207/1.

5 - ابن عبد البر، الإستدكار، دار الكتب العلمية - بيروت، الطبعة الأولى سنة 1421هـ - 2000م، 408/5.

6 - السرخسي، المسبوط ، 5 / 64.

الإمام أحمد أنه يعبر أقاربها من جهة أمها، فإذا لم يوجد لها أمثال من قبل أبيها، فمن مثيلاتها فأقربها من أهل بلدتها.

وينقسم باعتبار آخر إلى معجل ومؤجل ، وينقسم باعتبار ثالث إلى ما يجب أداءه كله أو نصفه فإذا دخل الرجل بزوجه ووطئها فلا خلاف بين أهل العلم فى استحقاقها جميع المهر، لقوله تعالى: ﴿وَإِنْ أَرَدْتُمْ اسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَكَانَ زَوْجٍ، وَأَنتُمْ إِحْدَاهُنَّ قَنَاطَرًا فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا. أَتَأْخُذُونَ بِهَتَانَا وَإِثْمَا مَبِينَا وَكَيْفَ تَأْخُذُونَهُ وَقَدْ أَفْضَى بَعْضُكُمْ إِلَى بَعْضٍ، وَأَخَذْتُمْ مِنْكُمْ مِيثَاقًا غَلِيظًا﴾¹.

أما إذا وقع الطلاق قبل الوطء والخلوة الصحيحة لزم نصف المهر المسمى، وهذا لا خلاف فيه بين أهل العلم، وفى ذلك يقول الله تعالى: ﴿وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ إِلَّا أَنْ يَعْفُونَ أَوْ يَعْفُوَ الَّذِي بِيَدِهِ عُقْدَةُ النِّكَاحِ﴾².

لكن قد يحدث نزاع بين الزوجين أو بين ورثتهما فى المهر وليس لأحدهما بينة كأن يختلفا فيما يستقر به المهر - حصول الخلوة أو التمكين - أو فى أصل تسميته أو وصفه أو قدره أو صفته أو جنسه أو قبضه، لكن كثيرا ما يختلفان أمام المحاكم فى قبض المهر فى دعوى الزوج بذل المهر كاملا أو نصفه ولا بينة لديه وتنكره الزوجة، فى هذه المسألة اختلف الفقهاء فىمن يقبل قوله منهما على قولين:

- القول الأول: (القول قول الزوجة مع يمينها أنها لم تقبضه سواء كان هذا الاختلاف قبل الدخول أو بعده) وهو قول جمهور الفقهاء من حنفية و شافعية وحنابلة³، وقد جاء فى كتاب مختصر اختلاف العلماء: "قال أصحابنا والثوري وعثمان البتي والشافعي إذا اختلفا فى

1 - سورة النساء الآية: 20-21.

2 - سورة البقرة الآية: 237.

3 - ابن نجيم، البحر الرائق، 3/321، ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، 3/165.

قبض الصداق وقد دخل بها فالقول قول المرأة أنها لم تقبض كما لو لم يدخل بها"¹.

-القول الثانى: (إذا كان الاختلاف قبل الدخول فالقول قول الزوجة أما إذا وقع الاختلاف بعد الدخول فالقول قول الزوج إلا إذا كان هناك عرف فى رجع إله) وهو قول الإمام مالك²، وهذا ما تبناه المشرع الجزائرى بنص المادة 17 قانون الأسرة بنصها: " فى حالة النزاع فى الصداق بين الزوجين أو ورثتهما، وليس لأحدهما بىنة و كان قبل الدخول فالقول للزوجة أو ورثتها مع اليمىن، و إذا كان بعد البناء فالقول للزوج أو ورثته مع اليمىن "

إذا بىبىن من نص هذه المادة أن المشرع اعتمد معيار الدخول و أهمل تحكىم العرف فى نزاع المهر، فإذا ثار نزاع قبل الدخول و لم يكن لأحدهما بىنة فاليمىن توجه للزوجة أو ورثتها، أما إذا ثار بعد الدخول فىؤخذ بقول الزوج أو ورثته مع اليمىن ولا ىراعى القاضى العرف الجارى فى البلد بخصوص المهر، لكن بىبقى القاضى دائما ىملك كامل السلطة التقديرية فى توجيه اليمىن من عدمه.

ثانىا/- دور اليمىن فى إثبات اختلاف الزوجىن فى متاع البىت :

المتاع فى اللغة هو كل ما ىنتفع به الإنسان وىستمتع به فى حوائجه، كالطعام واللباس وأثاث البىت، وأصل المتاع ما ىتبلغ به من الزاد³.

واصطلاحا ما ىنتفع به فى بىت الزوجية، وىشمل ذلك الجهاز و غيره، من أثاث البىت والأدوات المتزلية التى ىضيفها أحد الزوجىن إلى البىت⁴.

1 - الطحاوى، مختصر اختلاف العلماء، دار البشائر الإسلامية - بىروت، الطبعة: الثانية، 1417، ص2/286.

2 - وجاء فى كتاب بداية المجهد لابن رشد: "وقال مالك: القول قولها قبل الدخول، والقول قوله بعد الدخول. وقال بعض أصحابه: إنما قال ذلك مالك؛ لأن العرف بالمدينة كان عندهم أن لا ىدخل الزوج حتى ىدفع الصداق، فإن كان بلد ليس فىه هذا العرف كان القول قولها أبدا. والقول بأن القول قولها أبدا أحسن؛ لأنها مدعى عليها. ولكن مالك راعى قوة الشبهة التى له إذا دخل بها الزوج. واطختلف أصحاب مالك إذا طال الدخول هل يكون القول قوله بىمىن؟ أو بغير بىمىن أحسن؟" أنظر بداية المجهد 3/55.

3 - المصباح المنبر - كتاب الميم- 2/226. ابن منظور، لسان العرب - فصل اللام والميم- حرف العين - 10/204. مختار الصحاح- ص 639. القاموس المحىط - مادة متع - ج 3 / 86.

4 - أنظر فى معنى متاع البىت زكى الدين شعبان- المرجع السابق - ص 284.

لكن فى أغلب قضايا فك الرابطة بين الزوجين - طلاق و تطليق وخلع- يحدث النزاع و الاختلاف بين الزوجين أو بين وارثيهما، أو بين أحدهما وورثة الآخر، حول متاع البيت بأن يدعى كل منهم ملكيته لكل المتاع أو بعضه وليس معه من الأدلة ما يؤيد ادعاءاته، فى هذه المسألة اختلف فقهاء الأمة الإسلامىة إلى اتجاهات متفرقة تتلخص فى الأقوال التالىة:

القول الأول: (القول قول الزوجة مع يمينها فىما يصلح للنساء من متاع، و قول الزوج مع يمينه فىما يصلح للرجال و ما يصلح لهما معا) ¹ لأن يد الزوج مغلبة عندهم على يد الزوجة، وإليه ذهب الحنفىة ² و المالكىة ³.

القول الثانى: (القول قول من كان تحت يده المتاع مع يمينه، أما ما كان فى يدهما معا يقسم بينهما نصفين إن حلفا معا، و إن حلف أحدهما دون الآخر، قضى للحالف)، وهو مذهب فقهاء الشافعىة و حجتهم فى ذلك أن مذهبهم هذا يوافق الحديث الشريف "البينة على من ادعى و اليمين على من أنكر"، فكل من الزوجين كان عليه البينة لظاهر الحديث.

القول الثالث: (القول قول أحد الزوجين مع يمينه فىما يصلح له من متاع فى العادة، أما ما يصلح لهما معا إذا كان فى يد أحدهما فهو له، أما إذا كان المتاع فى أيديهما معا فهو بينهما، أما إن كان فى يد غيرهما و لم يكن لواحد منهما بينة أقرع بينهما، فمن خرجت له القرعة فهو له) ⁴ ، وهو مذهب فقهاء الحنبلىة.

1 - فما يصلح للرجال كالعمامة و السراويل و الفرس و نحوه، فالقول فىه قول الزوج بيمينه ، و ما يصلح للنساء كالخمار و أدوات الزينة و الدرع و الملحفة و الحلى و ما أشبهها ، فالقول فىه للزوجة لشهادة الظاهر لهما .
2 - جاء فى كتاب الحجة على أهل المدينة: " قال ابو حنيفة و ما كان من متاع النساء يعرف أنه للنساء فهو للمرأة كما قال ابو حنيفة و ما كان يكون للرجال و النساء فهو للرجل و ان كان هو الميىت كان لورثته لان البيت بيته الا ان تستحق المرأة شيئا بينة" أنظر الشيبانى، الحجة على أهل المدينة، دار عالم الكتب - بيروت، الطبعة الثالثة، 1403 هـ، 4/44.
3 - و قول آخر فى المذهب أن القول قوله لأنه لا بد لها معه ، و المشهور فى المذهب هو ما أثبتناه فى المتن ، و هو مقيد بشرطين ، أحدهما: أن لا يكون المتاع المعتاد للنساء فى حوز الرجل الخاص به كصندوقه و خزائنه عليها يغلق. و ثانيهما: أن لا تكون للمرأة معروفة بالفقر ، و إلا فلا يقبل قولها إلا بمقدار صداقها ، و ما زاد على صداق مثلها فالقول للزوج بيمينه. الشرح الكبير - ج2 ص 236. شرح الخرشي - ج3 ص 139. الشرح الصغير - ج2 ص 496 ، 497.
4 - جاء فى كتاب المغنى لابن قدامة: "قال أحمد فى رواية الجماعة؛ منهم يعقوب بن بختان، فى الرجل يطلق زوجته، أو يموت، فتدعى المرأة المتاع: فما كان يصلح للرجال، فهو للرجل، و ما كان من متاع النساء، فهو للنساء، و ما استقام أن يكون بين الرجل

أما المشرع الجزائرى فكان فى موقفه أقرب إلى ما ذهب إليه الإمام أحمد إلا أن المشرع لم يعط أهمية لقرينة ما إذا كان المتاع المشترك بينهما فى يد أحد الزوجين أو فى يد غيرهما فجعله بينهما بعد أداء اليمين¹، وهذا ما صرح به فى نص المادة 73 من قانون الأسرة الجزائرى بقولها: "إذا وقع النزاع بين الزوجين أو ورثتهما فى متاع البيت، و ليس لأحدهما بينة، فالقول للزوجة أو ورثتها مع اليمين فى المعتاد للنساء، و القول للرجل أو ورثته مع اليمين فى المعتاد للرجال، و المشتركات بينهما يقتسمانها مع اليمين".

رابعاً- إجراءات تأدية اليمين :

بين المشرع إجراءات تأدية اليمين فى المواد 189 حتى 193 من قانون الإجراءات المدنية، حيث تكلمت المادتان 189 و190 عن الوقائع التى ستؤدى بشأنها اليمين بحيث لا يجوز للقضاى توجيه اليمين إلا فى المواد التى يجوز فيها ذلك ولا يجوز توجيه اليمين للخصم فى وقائع مخالفة للنظام العام، كما يجب على القضاى أن يحدد فى الحكم الوقائع التى ستؤدى بشأنها اليمين سواء وجه اليمين من القضاى من تلقاء نفسه أو بطلب من خصمه، كما تكلمت المادة 191 و 193 على ضرورة أن يحدد القضاى فى حكمه توقيت وتاريخ ومكان أداء اليمين والصيغة التى تؤدى بها اليمين كما أوجبت الفقرة الثانية من المادة 193 حضور أمين الضبط أو المحضر القضاى الذى من شأنه أن يحرر محضر أداء اليمين، كما أوجبت نفس الفقرة أن تؤدى اليمين بحضور الخصم أو على الأقل بعد تبليغه تبليغاً صحيحاً بتاريخ وتوقيت ومكان أداء اليمين، وقد جرت عادة قضاة شؤون الأسرة الأمر بتأدية اليمين فى المسجد لما له من قدسية واحترام فى نفوس المسلمين لعل و عسى أن يكون لهذه البيئة المحترمة تأثير فى نفسية الحالف، فىؤدى حلفه بكل صدق و إيمان²، وهو ما دفع المحكمة العليا (غرفة الأحوال الشخصية) إلى تأكيد هذا

=والنساء فهو بينهما. وإن كان المتاع على يدي غيرهما، فمن أقام البينة، دفع إليه، وإن لم تكن لهما بينة، أقرع بينهما، فمن كانت له القرعة، حلف وأعطى المتاع". أنظر ابن قدامة، المغني، 283/10.

1 - المستشار، عبد العزيز سعد، الزواج و الطلاق فى قانون الأسرة، دار البعث - قسنطينة-الطبعة الثانية سنة 1989، ص113.

2- و إن كانت أغلب التشريعات تتفق أن أداء اليمين يقع أمام المحكمة كالتشريع السورى فى المادة 117 من قانون البيانات، و التشريع المصرى ، إلا أن ذلك لا يمنع تغليب اليمين فى المكان فىقع أداؤها لا فى مجلس القضاء بل بالمسجد : أو

«الباب الأول» ————— (الرعى القضاية وقواعر للاختصاص القضاية في الفقه الإسلامى والقانون الجزائى- كـهـ).

النهج بقولها " من المقرر أن اليمين يؤدى بالمسجد وجوبا، فإنه من المتعين عند القضاء بأداء اليمين تحديد مكان أدائها بالمسجد المقصود ، و كذلك تحديد الصيغة و الأشياء المؤداة عليها و عند عدم التحديد فإنه من المتعذر مراقبة تطبيق القانون من طرف المحكمة العليا " ¹ .

المطلب الرابع

الإثبات بالخبرة الفنية والمعينة في مسائل شؤون الأسرة.

الفرع الأول: إثبات مسائل الأسرة بالخبرة الفنية.

أولا/ - معنى الخبرة الفنية:

الخبرة لغة هي الاختبار، والعلم بشيء على حقيقته.

أما اصطلاحا هي الإخبار عن حقيقة الشيء المتنازع فيه بطلب من القاضي، فالإخبار جنس في التعريف يتناول الإخبار عن حقيقة المتنازع فيه.

و من تطبيقات الخبرة الفنية في الإسلام ما يسمى (بالخارص)، و الخارص هو من يقوم بتقدير وتقويم الثمار والغلال التي لا تزال على الشجر أو في الأرض لمعرفة مقدار الزكاة التي تفرض عليها، وكان النبي صلى الله عليه وسلم يرسل عبد الله بن رواحة إلى يهود خيبر كي يخرص عليهم الدخل لتقدير الجزية²، كما عرف عند العرب في الجاهلية واستمر العمل به في

=غيره من أماكن العبادة ، كما نص على ذلك التشريع التونسي في المادة 495 من مجلة الالتزامات و العقود بوجوب أن يكون أداء اليمين بالمسجد أو غيره من أماكن العبادة التي يعينها =الخصم ، و يبدو أن مرد ذلك هو اعتماد المهيب المالكي في التشريع التونسي ، أنظر أحمد الحصري علم القضاء ج 2 ، مكتبة الكليات الأزهرية القاهرة 1977 ، ص 13 . خلافا للمذهب الحنفي الذي يرى أنها تؤدي بمجلس القاضي ، انظر ، البشير بن أبي الضياف ، اليمين القضائية من مجلة القضاء و التشريع تونس ص 1584

1 م.ع.غ.أ.ش ، 06-02-1984 ، ملف رقم 32171 ، م .ق. 1990 ، ع 1 ، ص 54 و م.ع.غ.أ.ش ، 06-02-1986 ، ملف رقم 41752 ، م.ق. 1989 ، ع 2 ، ص 91 .

2 - السرخسي، المبسوط، 5/23، ابن رشد، بداية المجتهد، 28/2، الماوردي، الحاوي الكبير، 1/148، بن حزم، المحلى بالآثار، 4/63.



﴿الباب الأول﴾ ————— الدعوى القضائية وتوابع الاختصاص القضائي في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري- كـ.

الإسلام¹ ما يسمى بالقيافة وهي نوع من أنواع الخبرة الفنية، حيث يقوم القائف بالتعرف على أصول الولد لقدرته على تمييز الشبه الذي يجمعهما.

ويلجأ القضاة للخبرة في الأمور الفنية التي تحتاج إلى خبرة وعلم وتجربة خارجة عن اختصاص القضاة، فيلجؤون إلى الخبراء للاستعانة بخبرتهم في بيان حقيقة الأمر المتنازع فيه .

والخبراء طائفة من أعوان القضاة لهم معلومات فنية خاصة يحتاج إليها القضاة، فيستعان برأيهم إذا اقتضى تحقيق الدعوى الإمام بمعلومات لا تشملها معارف القاضي كالتب والزرعة والهندسة، والحاسبة، والكيمياء والخطوط.

والخبرة وسيله هامة في القانون، نص عليها المشرع الجزائري في قانون الإجراءات المدنية بالمواد (125 إلى 145)، ويتبين من خلال هذه النصوص أن قانون الإجراءات المدنية أجاز للقضاة في المسائل التي تحتاج قبل الفصل فيها إلى خبرة فنية، أن يستعينوا بأهل الخبرة والمعرفة في ذلك، والاستعانة بالخبراء أمر اختياري للقاضي حسب تقديره، وللمحكمة مطلق الحق في تقدير ما أدلى به الخبراء من آراء، فلها أن تأخذ برأيه ونتيجة بحثه وتقريره، ولها أن ترفضه، ورأى الخبير لا يقيد المحكمة ولها أن تحكم بما يخالفه لأن القاضي يحكم بما يقتنع به ويرتاح إليه.

ثانيا/ - أهم تطبيقات الخبرة القضائية في مسائل الأسرة: يستطيع قاضي شؤون الأسرة اللجوء إلى أهل الخبرة في كثير من مسائل الأسرة إلا أنه يعتمد عليها كدليل أساسي في إثبات دعاوى النسب و دعاوى التطليق للعيوب ودعاوى الحجر.

أ: دور الخبرة في إثبات النسب ((البصمة الوراثية)).

نظرا لما تتصف به البصمة الوراثية من مزايا في مجال الإثبات أجاز المشرع الجزائري

1 - روي «أن قائفا مر بأسامة وزيد وهما تحت قטיפية واحدة قد غطى وجوههما وأرجلهما بادية فقال إن هذه الأقدام يشبه بعضها بعضا فسمع رسول الله - صلى الله عليه وسلم - ففرح بذلك حتى كادت تبرق أسارير وجهه - عليه الصلاة والسلام -» فقد اعتبر - عليه الصلاة والسلام - قول القائف حيث لم يرد عليه بل قرره بإظهار الفرح. أنظر الكاساني، بدائع الصانع في ترتيب الشرائع، 244/6.



استخدامها في إثبات النسب بنص الفقرة 02 من المادة 40 المعدلة بموجب الأمر 05-02 المتضمن قانون الأسرة وقد اعتمدها قضاء شؤون الأسرة كدليل في الكثير من قضايا النسب و اعتبرها نوعا من أنواع الخبرة الفنية¹، لذا سأحاول الإمام بما من خلال النقاط التالية:

1- معنى البصمة الوراثية:

البصمة لغة، مشتقة من البصم و هو فوت ما بين طرف الخنصر والبنصر، وبصم بصما إذا ختم بطرف أصبعه، والبصمة أثر الختم بالأصبع².

أما البصمة الوراثية اصطلاحاً: "هي البنية الجينية - نسبة إلى الجينات أو المورثات- التفصيلية التي تدل على هوية كل فرد بعينه"³، فهي عبارة عن مورثات موجودة داخل الحمض النووي المنقوص الأكسجين تختلف في ترتيبها من شخص إلى آخر و كل الأبحاث التي أجريت على البصمة الوراثية أكدت أنه لا يمكن أن يعطى شخصان في العالم نفس صورة نمط الحمض النووي و هذا الاختلاف مكّن العلماء من التحقق من هوية الأشخاص ونسبهم، وعليه أصبح الحمض النووي (ADN) من أهم الأدلة التي يمكن استخدامها في إثبات ونفي النسب.

2- حكم البصمة الوراثية

أجاز الفقهاء المعاصرون العمل بالبصمة الوراثية في مجال إثبات النسب لعدم تعارض العمل بها مع مقاصد الشريعة الإسلامية ولتوافقها مع القاعدة الأصولية المشهورة -الأصل في الأشياء النافعة الإباحة- ، ومن جهة أخرى أنها تكاد تكون تفيد القطع في الإثبات و لا تتنافى مع الوسائل التي أقرها الشارع، لذات الخصائص أقر المجمع الفقهي " لرابطة العالم الإسلامي إجازة العمل بها في إثبات النسب، وكان مما جاء في بيان ختام المجلس أنه: " لو تنازع رجلان على أبوة

1 - قرار رقم 222674، الصادر بتاريخ 15/06/1999، المجلة القضائية لسنة 1999، العدد1، ص162.

2 - المعجم الوسيط، دار الدعوة، القاهرة، ج1/ص60.

3 - هو تعريف المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية في ندوتها العلمية حول الوراثة والهندسة الوراثية والجينوم البشري والعلاج الجيني، المنعقدة بالكويت بالفترة ما بين 23-25-جمادى الثانية 1419.

«الباب الأول» ————— (الدعوى القضائية وتوابع الاختصاص القضائي في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري) - كـ

طفل فإنه يجوز الاستفادة من استخدام البصمة الوراثية¹، كما أقرت العمل بها" المنظمة الإسلامية " للعلوم الطبية" بدولة الكويت في مؤتمرها الفقهي المنعقد في 23-25 جمادى الثانية 1419 هـ، حيث جاء في نص البيان الختامي: " ولا ترى الندوة حرجا شرعيا في الاستفادة من هذه الوسيلة بوجه عام، عند التنازع في إثبات المجهول نسبه"².

3-مجالات العمل بالبصمة الوراثية لإثبات النسب

يلجأ القاضي لاستعمال البصمة الوراثية في مجال إثبات النسب عندما تنعدم أمامه الأدلة الشرعية في الإثبات أو تكون هذه الأدلة غير مجدية في حسم النزاع على سبيل اليقين، ومن بين أهم استعمالاتها في مجال إثبات نسب ما يلي³:

- حالة إثبات نسب الأطفال عند اختلاط حديثي الولادة مع بعضهم البعض أو عند ضياعهم في الصغر.

- حالة اختلاف الزوجين في مدة الحمل أو إنكار الزوج التلاقي بينه وبين زوجته.

- حالة الوطاء بشبهة أو الاشتباه في أطفال الأنايب.

- حالة ادعاء مجهول النسب الانتساب إلى فرد لا يقره و لا يكذبه.

- حالة إقرار الذي فيه تحميل النسب على الغير.

- إقرار المرأة بالنسب.

- ملاحظة: لقد أحسن المشرع الجزائري عندما اعتمد تحليل البصمة (ADN) كدليل

مهم في إثبات النسب لما تتمتع به من مزايا في مجال الإثبات إلا أن ما يعاب على المشرع في

1 - الباز عباس أحمد، بصمات غير الأصابع وحجيتها في الإثبات والقضاء" أبحاث مؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون، جامعة الإمارات، مج3/ص785.

2 - هلاي سعد الدين مسعد، البصمة الوراثية وعلاقتها الشرعية، دراسة فقهية مقارنة، مجلس النشر العلمي جامعة الكويت، ط2001، 1، ص81.

3 - د. أشرف عبد الرزاق ويح، موقع البصم الوراثية من وسائل النسب الشرعية، دار النهضة العربية، ص34.



هذا المجال أنه أفرد نسا عاما يميز به استعمال البصمة ولم يحدد كىفيات إجرائها ولا شروطها ولا ضوابطها، فىجب على المشرع أن يتحفظ كل التحفظ فى حالات اللجوء إلى استعمال البصمة الوراثية ويمنع اللجوء إليها فى الحالات التى توفر فيها الأدلة الشرعية، ويجب عليه أن يشدد الرقابة على أى مؤسسة أو هيئة متخصصة بذلك لضمان صحة وسلامة نتائج التحاليل كتوفير الأجهزة والمواد الكىمىائية اللازمة، كما يجب أن تجرى التحاليل تحت إشراف ومراقبة المختصين والخبراء فى هذا المجال ويجب أن يشترط أن تكون المخابر التى تجرى فيها عملية الفحص تابعة للدولة درءا لأى تلاعب فى النتائج¹، فتختلط الأنساب ويضيع أهم مقصد من مقاصد الشريعة الإسلامية.

ب/ دور الخبرة فى إثبات العيوب الزوجية

إن العيوب الزوجية من الأمور التى يحتاج القاضى لإثباتها وإثبات خطورتها إلى أهل المعرفة والدراية الطبية، لذا نجد أن قاضى شؤون الأسرة فى معظم دعاوى التفريق للعب يلجأ لإثبات العيب المدعى به إلى أهل الخبرة وذلك للتحقق من وجود العيب من عدمه كما يطلب القاضى فى كل القضايا من الخبير تقريراً تفصيلاً بخصوص العيب مع أبداء الرأى فيما إذا كان العيب يحول دون تحقيق الهدف من الزواج أم لا؟.

وهذا ما تؤكد كل الأحكام القضاية التى تخص الفرقة للعب، حيث نجد قاضى شؤون الأسرة أنه كلما ادعت الزوجة أن زوجها معيب بعب يحول دون تحقيق الهدف من الزواج، يلجأ قبل الفصل فى موضوع التطلاق إلى أهل الخبرة، سواء طلبها الخصوم أو لم يطلبها، بحيث يصدر عن قسم شؤون الأسرة حكماً يقضى بتعين خبير مختص فى العيوب المدفوع بها، ويحدد القاضى فى الحكم اسم الخبير والمهمة المسندة إليه المتمثلة فى توضيح ما إذا كان هذا المرض خطيراً أو معدياً أو مانعاً من تحقق مقاصد النكاح، كما يحدد كذلك الأجل الممنوح للخبير لأداء مهمته، وبعد إيداع الخبرة بالحكمة يجوز لطرفى الدعوى إعادة السير فيها، فإذا أثبتت الخبرة الطبية وجود العيب الذى تدعيه الزوجة وتبين للقاضى أن هذا العيب يحول دون تحقيق

1- مجلة المنتدى القانونى، دورية تصدر عن قسم الكفاءة المهنية للمحاماة جامعة محمد خيضر بسكرة - الجزائر، العدد الرابع / جوان 2007.

«الباب الأول» ————— (الدعوى القضائية وتوابع الاختصاص القضائي في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري) - كـ.

الأهداف المرجوة من الزواج و كان العيب مستحيل الشفاء أو يتطلب شفاؤه زمنا طويلا ، حكم بصفة نهائية بفك الرابطة الزوجية بين الزوجين للعيب، أما إذا كان العيب من العيوب القابلة للشفاء فيمنح القاضي الزوج مدة سنة للتداوي، وإذا مرت سنة وبقي الزوج على حاله فرق القاضي بينهما بحكم نهائي.

وهذا ما ذهبت إليه محكمة سعيده في حكم لها بتاريخ، 2004/06/12 وذلك عندما دفعت الزوجة بأن زوجها مصاب بمرض فقدان المناعة المكتسبة (السيدا) ورغم تقديم الزوجة التحاليل الطبية والشهادات الطبية التي تثبت إصابة زوجها بمرض فقدان المناعة المكتسبة، إلا أن المحكمة أصدرت حكما قبل الفصل في موضوع الطلاق، قضى بتعيين طبيب مختص لفحص المدعى عليه.

ج: دور الخبرة في إثبات أسباب الحجر

نص المشرع في نص المادة 103 من قانون الأسرة: " يجب أن يكون الحجر بحكم وللقاضي أن يستعين بأهل الخبرة في إثبات أسباب الحجر" لذا جرت عادة قضاة قسم شؤون الأسرة أنه بمجرد رفع دعوى الحجر من أصحاب الشأن الأمر بعرض المطلوب الحجر عليه على طبيب مختص للتأكد من حالته الصحية، وعلى هذا الأخير واجب فحص المعني و إعداد تقرير مفصل عن حالته في كل الأحوال أي سواء أكان هذا التقرير إيجابيا أو سلبيا، فإذا أظهرت الخبرة انتفاء سبب الحجر قضى القاضي في معظم الأحوال العادية برفض دعوى الحجر أما إذا أثبتت الخبرة وجود سبب الحجر قضى بالحجر بموجب حكم ابتدائي قابل لكل طرق الطعن وهذا ما نص عليه المشرع صراحة في نص المادة 106 من قانون الأسرة.

ثانيا/ - إثبات بعض مسائل الأسرة بالمعاينة:

المعاينة: هي مشاهدة المحكمة لموضوع النزاع أو محله و الغرض منها إثبات حالة معينة قائمة، فهي تختلف عن الخبرة في أنها تتم بعين القاضي لا بعين الخبير، و لقد نص عليها المشرع الجزائري في المواد من 146 إلى 149 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.



و الانتقال لمعاينة هو إجراء تحقيقي قد يأمر به القاضي من تلقاء نفسه أو بناء على طلب الخصوم للإطلاع على مواطن النزاع و التثبت من حقيقته، و إذا كان موضوع المعاينة يتطلب معلومات تقنية يجوز للقاضي أن يأمر باستصحاب من يختاره من ذوي الاختصاص للاستعانة به¹، و بعد المعاينة يجرى محضر يوقعه القاضي و أمين الضبط، و يودع ضمن الأصول بأمانة الضبط، حيث يمكن للخصوم الحصول على نسخ من هذا المحضر².

و المعاينة في قضايا الأسرة تثار خصوصا و غالبا في مسألة سكن الزوجية و خروج الزوجة من بيتها مبررة ذلك بعدم توافر شروط العيش و الاستقرار بهذا المسكن و الذي لا يخضع لمعيار محدد لا قانونا و لا تقنيا، و هي إشكالية مطروحة في جل محاكمنا فتجد القاضي أمامها مختارا بسبب التداخل العجيب الذي يخيم على مثل هذه القضايا ذلك أن مشكل الزوجين هو العنصر الوحيد الذي يتميز بفقدان معيار أو على الأقل معايير ثابتة بمقتضاها يفصل النزاع نهائيا ناهيك في اللابثبات و الاستقرار الذي يميز القضية الواحدة ذاتها كخروج الزوجة من مسكن الزوجية في المرة الأولى بسبب عدم توافره على أسباب الراحة و العيش الرغيد، ثم تدعي في المرة الثانية أنها لا تحتمل العيش مع أهل الزوج بسبب إيذائهم لها ، و هو عنصر صعب الإثبات ذلك أنه ليس بمقدور القاضي أن يعاين هذه الوقائع ففي مثل هذه الحالات و في ظل الظروف الراهنة ليس بإمكاننا الوصول إلى أي حل و لو مؤقت أو إيجاد معيار ثابت بحكم هذه المعادلة و إن كانت المحكمة العليا قد خطت بعض الخطوات في سبيل تقرير بعض المبادئ و الاجتهادات القضائية ، إلا أن ذلك بات متذبذبا و خاضعا للظروف و المعطيات المستجدة.

مقارنة بين الشريعة و القانون

من خلال دراسة هذا الفصل لاحظنا عند محاولتنا لتعريف الدعوى أن هناك اختلاف بين فقهاء في تعريف الدعوى القضائية كما اختلف شراح القانون في تعريفها، إلا أن فقهاء الشريعة الإسلامية رغم أنهم اختلفوا فيما بينهم في تعريف الدعوى إلا أن كل تعاريفهم يمكن أن تجتمع في معنى واحد هو "مطالبة مشروعة جازمة بحق أو ما يترتب عليه الحق،

1 - ينظر نص المادة 147 قانون إجراءات مدنية و إدارية.

2- ينظر نص المادة 149 قانون إجراءات مدنية و إدارية.

بالقول أو ما يقوم مقامه، من الطالب أو من يمثله شرعا في مجلس القضاء"، أما شرح القانون فقد اختلفوا في تعريف الدعوى اختلافا كبيرا، وهذا الاختلاف سببه اختلافهم في تحديد طبيعة الدعوى وعلاقتها بالحق الموضوعي، لذا كانت تعاريفهم متباينة لا يمكن جمعها في تعريف واحد بأي شكل من الأشكال، الأمر الذي يجعل الاختلاف بين فقهاء الشريعة الإسلامية و شرح القانون في تعريفهم للدعوى القضائية أمرا حتميا.

و من خلال دراسة الجزئية المتعلقة بأطراف الدعوى رأينا أن الشريعة الإسلامية حصرت أطراف الدعوى في المدعي والمدعى عليه و قد جعل الفقهاء معايير متعددة للتمييز بين المدعي و المدعى عليه كان من أهمها معيار المطالبة القضائية فمن رفع الدعوى وطالب بالحق يكون هو المدعي عندهم أما المطلوب في الدعوى القضائية هو المدعى عليه، وقد وافق المشرع الجزائري الشريعة الإسلامية في كل هذا، إلا أنه في مسائل شؤون الأسرة جعل النيابة العامة طرفا أصيلا في جميع مسائل شؤون الأسرة وقد نص المشرع على ذلك بنص المادة 03 مكرر قانون أسرة، إلا المشرع رغم أنه أعطى للنيابة العامة صفة الخصم الأصيل في دعوى شؤون الأسرة إلا أنها فعليا لا تتعامل مع هذه القضايا بهذه الصفة حتى أنها في الكثير من قضايا شؤون الأسرة لا تبذل أي جهد في حماية الأسرة و الحد من نزاعاتها وتكتفي في معظم القضايا بإجراءات روتينية اعتادتها في القضايا المدنية الأخرى.

وعليه نرى أنه لتحقيق مقصد المشرع من جعل النيابة العامة طرف أصيل في قضايا شؤون الأسرة يجب أن يوجد على مستوى كل قسم لشؤون الأسرة ممثل لنيابة العامة لا يختص إلا بقضايا الأسرة حتى نتخلص من خلفية وفكرة القضايا التافهة التي تتعامل بها النيابة العامة مع القضايا المدنية بعكس تعاملها مع القضايا الجزائية.

كما يجب أن تعطى النيابة العامة الصلاحيات الإيجابية في قضايا شؤون الأسرة، و أن تفتح أبوابها أمام تلقي البلاغات الرسمية وغير الرسمية من المواطنين وجمعيات المجتمع المدني المهمة بشؤون الأسرة و الطفل، حتى تؤمن لنفسها مصدر معلومات تستطيع من خلاله أن تلعب الدور المنوط بها، ويمكن يدخل في دورها الإيجابي كذلك توظيف مساعدين للنيابة من أخصائيين اجتماعيين توكل إليهم مهمة تحري مصلحة الأسر و ومحاولة الحد من نزاعاتها سواء أثناء سير الدعوى القضائية أو بعد الفصل فيها.

كما لا حظنا من خلال دراسة الجزئية الثانية المتعلقة بوسائل إثبات الدعوى أن المشرع الجزائري رغم أنه وافق الشريعة في تبني جميع وسائل الإثبات الشرعية المتفق عليها بين فقهاء الشريعة الإسلامية إلا أنه خالفها في بعض النقاط منها ما يأتي:

- رغم اعتماد المشرع الجزائري عدة وسائل للإثبات في مادة شؤون الأسرة، من إقرار وشهادة شهود، وكتابة، وبمين، إلا أنه خالف الشريعة فيما يخص الشهادة، بحيث لم يحدد نصاب الشهادة، وإنما أجاز شهادة الواحد واعتبرها حجة كاملة، وبينه تامة ولم يفرق بين شاهد وآخر، وإنما ترك الأمر للقاضي في قبوله الشهادة، ومدى القناعة التي يكونها منها سواء كانت من شاهد واحد أو أكثر، أي أن القضاة ينظرون إلى الكيف لا إلى الكم، وعملا بهذا المبدأ يصح أن يعول القاضي على شهادة الفرد وينبذ شهادة الجماعة حسبما يوحي إليه ضميره، وتبعاً للمؤثرات الخاصة التي يستخلصها من وقائع الحال، إلا أنه كان على المشرع الجزائري بهذا الخصوص تبني أحكام الشريعة الإسلامية لأنها الأحوط والأصلح لمنع الظلم والتظالم.

- كما رأينا أن المشرع الجزائري اعتمد تحليل البصمة (ADN) كدليل من الأدلة التي يجوز للقاضي اللجوء إليها في دعاوى النسب، وقد أحسن المشرع في هذا تحليل البصمة الوراثية هو من الأدلة العلمية الحديثة التي أثبتت نجاعتها في مجال الإثبات، إلا أن ما يعاب على المشرع في هذا المجال أنه أفرد نص عام يميز به استعمال البصمة ولم يحدد كيفية إجرائها ولا شروطها ولا ضوابطها.

وعليه يجب على المشرع الجزائري أن يتحفظ كل التحفظ في حالات اللجوء إلى استعمال البصمة الوراثية ويمنع اللجوء إليها في الحالات التي توفر فيها الأدلة الشرعية، ويجب عليه أن يشدد الرقابة على أي مؤسسة أو هيئة متخصصة بذلك لضمان صحة وسلامة نتائج التحاليل كتوفير الأجهزة والمواد الكيميائية اللازمة، كما يجب أن تجرى التحاليل تحت إشراف ومراقبة المختصين والخبراء في هذا المجال ويجب أن يشترط أن تكون المخابر التي تجرى فيها عملية الفحص تابعة للدولة درءاً لأي تلاعب في النتائج، فتختلط الأنساب ويضيع أهم مقصد من مقاصد الشريعة الإسلامية.

الفصل الثانى

اختصاص المحاكم فى دعاوى شؤون الأسرة
فى الفقه الإسلامى والقانون الجزائرى

قبل التطرق لموضوع الاختصاص القضائى وقواعده و تقسيماته و الخوض فى أقوال الفقهاء المسلمين و نصوص القوانين و مواقف الشراح بخصوصه، تتطلب مقتضيات البحث العلمى أن نتعرض أولاً إلى ماهية الاختصاص القضائى ودراسة أهم أحكامه العامة، ثم بعد ذلك نبحث قواعد الاختصاص النوعى والإقليمى (المحلى)، و يكون ذلك - إن شاء الله- فى المباحث الثلاثة التالية:

- المبحث الأول: ماهية الاختصاص القضائى
- المبحث الثانى: الاختصاص النوعى للمحاكم فى الفقه الإسلامى والقانون الجزائرى
- المبحث الثانى: الاختصاص المكانى - الإقليمى - للمحاكم فى الفقه الإسلامى والقانون الجزائرى.



المبحث الأول ماهية الاختصاص القضائي

و يشمل المطالب التالية:

المطلب الأول تعريف الاختصاص القضائي

الفرع الأول: تعريف الاختصاص لغة

جاء في لسان العرب: خصه بالشيء، يخصه خصاً، وخصوصاً، خصوصية، خصوصية، والفتح أفصح، وخصيبي وخصصه واختص فلان بالأمر وتخصص له إذا انفرد¹.

والتخصص تفرد بعض الشيء بما لا يشاركه فيه الجملة، وذلك خلاف العموم والتعميم والتعمم، والخاصة ضد العامة²، ومنه قوله تعالى: ﴿ وَاتَّقُوا فِتْنَةً لَا تُصِيبَنَّ الَّذِينَ ظَلَمُوا مِنْكُمْ خَاصَّةً وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ شَدِيدُ الْعِقَابِ ﴾³.

الفرع الثاني: تعريف الاختصاص القضائي اصطلاحاً

أولاً/ تعريف الاختصاص القضائي في الاصطلاح الشرعي: يطلق فقهاء الشريعة على الاختصاص لفظ التخصيص وهو لا يخرج عن معناه في اللغة، وقد عبر عنه الفقهاء بتعريفات مختلفة تكاد تجتمع في معنى واحد ومن ذلك تعريف الاختصاص بأنه " تعيين الخليفة قاضياً بقيود معينة من حيث المكان أو الزمان أو نوع الخصومات أو نوع الخصوم"⁴.

وقيل في تعريفه أنه "إسناد ولاية فصل المنازعات لأشخاص معينين تتوافر فيهم صفات معينة

1 - ابن منظور، لسان العرب، 4/109.

2 - الراغب الأصفهاني، مفردات ألفاظ القرآن، تحقيق صفوان الداودي، دار القلم بدمشق، 1418هـ - ، مادة خص ص248.

3 - سورة الأنفال الآية: 25.

4 - د. أحمد مليجي، النظام القضائي الإسلامي، دار التوفيق النموذجية للطباعة والجمع الآلي، الناشر مكتبة وهبة مصر، ط الأولى سنة 1405هـ - 1984 م، ص141.



﴿الباب الأول﴾ ————— الدرعي (القضائية وتوابع الاختصاص القضائي في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري) - كـ.

وعلى دراية كاملة بأحكام الشرع يختصون بهذه الولاية دون غيرهم ويتمتع كل منهم باستقلال كامل فيما يسند إليه من فصل في المنازعات"¹.

وقيل أيضا هو "إسناد عمل من أعمال الدولة مما يترتب عليه فض المنازعات ودفع الخصومات إلى شخص من الأشخاص الذين لهم خبرة بالأحكام الشرعية"².

يتضح مما تقدم أن معنى الاختصاص القضائي اصطلاحا هو استثثار و انفراد جهة قضائية أو محكمة من المحاكم دون غيرها بالقضاء تبعا لمقرها أو لقيمة النزاع فيها أو لنوع القضايا التي تنظرها.

ثانيا/ - تعريف الاختصاص القضائي في الاصطلاح القانوني: الاختصاص القضائي في القانون لا يختلف معناه عنه في الفقه الإسلامي فقد عرفه بعض شراح القانون بأنه "السلطة القضائية التي يتمتع بها قاض أو جهة قضائية، ويخول لها حق النظر والفصل في القضايا المرفوعة إليها"³، وعرف أيضا بأنه "السلطة القانونية التي يمنحها القانون لمحكمة أو جهة قضائية، تخول لها حق النظر والفصل في دعاوى معينة، تتحدد وفقا لقواعد القانون الإجرائي وذلك لتعدد المحاكم والجهات القضائية"⁴، وعرف أيضا بأنه: "قدر ما لجهة قضائية أو محكمة من ولاية في فصل نزاع من المنازعات"⁵.

ولعل أوضح التعريفات للاختصاص ما ذكر أنه "ما لكل محكمة من المحاكم من ولاية

- 1 - الدسوقي، حاشية الدسوقي على شرح الكبير، 134/4، ابن العابدين، رد المحتار على الدر المختار، 5/234.
- 2 - د. شوكت عرسان عليان، السلطة القضائية في الإسلام، رسالة دكتوراه، مقدمة لجامعة الأزهر 1972 ص 232.
- 3 - د. حامد محمد أبو طالب، التنظيم القضائي، مطبعة السعادة، القاهرة، ط 2 سنة 1402 هـ. د. ناصر بن محمد بن مشري الغامدي، الاختصاص القضائي في الفقه الإسلامي مع بيان التطبيق الجاري في المملكة العربية السعودية، مكتبة الرشد، الرياض، ط 1420 هـ، ص 42.
- 4 - د. أحمد مسلم، أصول المرافعات (التنظيم القضائي والإجراءات والأحكام في المواد المدنية والتجارية والشخصية) مطبعة المدني، القاهرة، الناشر، دار الفكر العربي، القاهرة، ط 1971 م، ص 290. د/ عبد الباسط جمعي، نظرية الاختصاص في قانون المرافعات الجديد وتعديلاته، ط، دار الفكر العربي، ط سنة 1975 م، ص 03. د/ عبد الحكم فودة، ضوابط الاختصاص القضائي، منشأة المعارف، الإسكندرية، ط 1954 م.
- 5 - د/ سعود بن سعد آل دريب، التنظيم القضائي السعودي في المملكة العربية السعودية في ضوء الشريعة الإسلامية ونظام السلطة القضائية، ط 1 سنة 1403 هـ، ص 438.



« (الباب الأول) ————— (الردوى القضائية وتواعر الاختصاص القضائي في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري) - كـ.

القضاء، تبعاً لمقرها، أو لنوع القضية، وهو نوعي: إذا اختص بالموضوع، ومحلي إذا اختص بالمكان¹.

وبهذا يكون تعدد القضاة أو المحاكم أو الجهات القضائية في البلد الواحد هو سبب وجود الاختصاص القضائي، الأمر الذي يستلزم توزيع العمل القضائي على هذه الجهات حتى لا يحدث التضارب بين القضاة والخصوم.

المطلب الثاني مشروعية تحديد الاختصاص وأهميته

الفرع الأول: مشروعية تحديد الاختصاص

بعد اتساع رقعت الدولة الإسلامية، وازدياد عدد السكان فيها وكثرة الخصومات كان من الصعب حصر ولاية القضاء في شخص واحد يتولى الفصل في جميع المنازعات، فدعا ذلك فقهاء الأمة الإسلامية وأئمتها أن يتفقوا على مشروعية تقليد وتخصيص أكثر من قاضي في البلد الواحد، وقد استدلووا على ذلك بأدلة شرعية من السنة، والآثار.

أولاً/- استدلواهم من السنة:

1- استدلوا بما رواه ابن عباس² - قال بعث رسول الله ﷺ إلى اليمن علياً³ فقال: « علمهم الشرائع واقض بينهم»، قال لا علم لي بالقضاء، فدفع في صدره، فقال: «اللهم أهده للقضاء»³.

2- ما روي عن عقبة بن عامر الجهني⁴ قال: (جاء رسول الله ﷺ خصمان، فقال

1 - مجمع اللغة العربية، المعجم الوسيط، مكتبة الشروق الدولية، الطبعة الرابعة، سنة 1425هـ/2004م، ص238.
2 - أبو العباس عبد الله بن العباس بن عبد المطلب بن هاشم بن عبد مناف، ابن عم رسول الله صلى الله عليه وسلم، توفي رسول الله عليه وسلم وله ثلاث عشرة سنة، وكان صلى الله عليه وسلم دعا له فقال: اللهم فقهه في الدين وعلمه التأويل. توفي ابن عباس سنة ثمان أو سبع وستين، و روي عن يعلى بن عطاء، عن بجير بن أبي عبيد قال: مات ابن عباس بالطائف، فلما خرجوا بنعشه جاء طير عظيم أبيض من قبل وج، حتى خالط أكفانه، ثم لم يروه، فكانوا يرون أنه علمه. ينظر، سير أعلام النبلاء، 4/381.
3 - رواه الحاكم في المستدرک، كتاب الأحكام، ط دار الكتب العلمية الأولى ط سنة 1411هـ، 1990م، حديث رقم 7003، 99/2، وقال هذا صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه" ووافقه الذهبي، ينظر تلخيص المستدرک لذهبي، بهامش المستدرک.



« (الباب الأول) ————— (الردوى القضائية وتواعر الاختصاص القضائي في الفقه الإسلامي والقانون الجزائي) - كـ.

لعقبة: « اقض بينهما يا عقبة»، فقال أنت أولى بذلك مني يا رسول الله: قال: «وإن كان» قال: فإذا قضيت بينهما فمالي"، قال: «فإن اجتهدت فأصبت القضاء فلك عشرة أجور، وإن اجتهدت فأخطأت فلك أجر واحد»¹.

وجه الدلالة من الحديثين:

هذان الحديثان يدلان على جواز تخصيص عمل القاضي بإمكانة محددة لا يجوز له أن يتعدها أو بقضايا معينة قليلة كانت أو كثيرة يحكم فيها دون غيرها، وثم يجب على القاضي أن يقضي فيما عين له من مكان أو نوع أو زمان، ولا يجوز له أن يقضي خارج تخصصه وإلا انتقض حكمه لانتفاء ولايته².

ثانيا/ استدلالهم من الأثر:

(أ) - ما رواه ابن أبي شيبة³ بإسناده: أن عمر بن الخطاب - رضي الله عنه - كتب إلى أمراء الأجناد: "أن لا تقتل نفس دوني"⁴ وفي رواية كان لا يقضى في دم دون أمير المؤمنين.

(ب) - ما روي عن أبي عبد الله الزبيري رضي الله عنه قوله: لم تزل الأمراء عندنا بالبصرة برهة من الدهر يستقضون قاضيا على المسجد الجامع يسمونه قاضي المسجد، يحكم في مائتي درهم وعشرين دينارا فما دونها ويفرض النفقات، ولا يتعدى موضعه ولا ما قدر له⁵.

1 - رواه الدار قطني في سننه، كتاب الأفضية والأحكام، 203/4، والإمام أحمد في مسنده، كتاب القضاة، 205/4، وأورده البيهقي في مجمع الزوائد، كتاب الأحكام، باب اجتهاد الحاكم، 353/4 وعزاه إلى أحمد، وقال: "رجاله رجال الصحيح".

2 - ابن المهام، شرح فتح القدير، 260/7. الطرابلسي، معين الحكام ص13. ابن قدامة، المغني، 105/9.

3 - هو أبو بكر بن أبي شيبة عبد الله بن محمد بن إبراهيم بن عثمان العيسي، الإمام العلم، سيد الحفاظ، صاحب الكتب الكبار. روى عن شريك، وهشيم، وابن المبارك، وابن عيينة، وغيرهم. وروى عنه البخاري، ومسلم، وأبوداود، وابن ماجه وغيرهما. هو أخو الحفاظ عثمان بن أبي شيبة، والقاسم بن أبي شيبة، وغيرهم من الأبناء، فهو من بيت علم. وقال العجلي: كان أبوبكر ثقة، حافظاً للحديث. ومن مصنفاته المفيدة: المسند؛ المصنف؛ التفسير؛ الإيمان، ينظر الذهبي، سير أعلام النبلاء، دار الحديث - القاهرة، الطبعة: 1427هـ - 2006م، 155/9.

4 - ابن أبي شيبة، الكتاب المصنف في الأحاديث والآثار، كتاب الديات، باب الدم يقضى فيه الأمراء، 453/5، تحقيق كمال يوسف الحوت، ط دار التاج، بيروت، ط الأولى سنة 1409هـ.

5 - الماوردي، الأحكام السلطانية، ص142، الماوردي، كتاب أدب القاضي، 173/1.



ووجه الدلالة من الأثرين:

هذان الأثران دليلان على مشروعىة تخصىص القاضى بنوع معين من القضاىا يقضى فىها ولا يتعدىها، كما يجوز لولى الأمر أن يقلد قاضىا يحكم فى خصومات تبلغ قىمتها نصابا معيناً، ولا يتعدى حكمه هذا النصاب، وكلها تدل دلالة واضحة على مشروعىة الاختصاص القضاىى.

مما تقدم من أحادىث عن الرسول ﷺ وآثار عن الصحابة رضى الله عنهم، ما يدل دلالة جلىة على مشروعىة الاختصاص القضاىى، وبذلك يكون لولى الأمر أن يقلد القضاة وىقيد ولاىتهم بقىود معىنة تحقىقا للصالح العام وعلى القاضى أن لا ىخرج عن ذلك ولا ىجىد.

المبحث الثانى

الاختصاص النوعى للمحاكم فى الفقه الإسلامى والقانون الجزائرى

المطلب الأول

تعرف الاختصاص النوعى و معاىبر تحدىده فى الفقه الإسلامى والقانون الوضعى

وىشمل الفرعین التالىین:

- الفرع الأول: تعرف الاختصاص النوعى

ذكرنا سابقاً بأنه يجوز لولى الأمر أن ىعین القضاة المتعددىن، وأن ىخص كل قاض أو جماعة من القضاة للفصل فى خصومات ومنازعات معىنة، فىختص كل منهم بنظر السدعاوى المتعلقة بالنوع الواحد المحدد له، كقضاىا الأحوال الشخصىة، أو المدنىة أو الجنائىة، أو التجارىة، أو غیر ذلك¹، وهو ما يعرف فى الفقه الإسلامى بالاختصاص القضاىى النوعى.

وقد عرفه الفقهاء بتعرفیات عدىدة منها بأنه "تخصىص ولى الأمر قاض من القضاة لىحكم

فى بعض القضاىا دون غیرها، كأن ىفوض له الحكم فى قضاىا الأحوال الشخصىة من

1 - ابن العابدین، رد المختار على الدر المختار 419/5، الطرابلسى، معین الحكام، ص 12.



« (الباب الأول) ————— (الدعوى القضائية وتوابع الاختصاص القضائي في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري) - كـ.

زواج، وطلاق، ومواريث، وهبات فقط، ويفوض لقاضي آخر أن يحكم في قضايا أخرى¹.

وعرف أيضا بأنه « اختصاص القاضي بنوع معين من القضايا كالمعاملات المدنية، والجنائية، والأحوال الشخصية، والإدارية، والتجارية، و العمالية، وغير ذلك »².

ويعرفه رجال القانون بأنه « اختصاص كل طبقة من طبقات المحاكم داخل الجهة القضائية الواحدة، من ولاية النظر والفصل في منازعات بعينها »³.

ويعرف عندهم كذلك بأنه « سلطة المحكمة بنظر نوع معين من الدعاوى، وهو من النظام العام، وعلى المحاكم مراعاته وعدم الخروج عن قواعده، ولا يملك الأطراف الاتفاق على مخالفته ».

- الفرع الثاني: معايير تحديد الاختصاص النوعي

حصر الفقهاء معايير تحديد الاختصاص النوعي في ثلاث معايير، فقد يتم التخصيص تأسيسا على موضوع الخصومة، وقد يتم على أساس قيمتها، أو على أطرافها وذلك على النحو التالي:

أولا/ - معيار نوع الدعوى:

بموجب هذا المعيار يجوز لولي الأمر أن يقيد ولاية القاضي بموضوعات محددة ينظر فيها دون سواها، وتنعدم ولايته فيما عداها، كأن يُسند للقاضي النظر في قضايا الأسرة، ويكلف آخر في نفس البلد أو المدينة النظر في المعاملات، ويقلد ثالث مسائل الجروح والقصاص وهكذا.

وقد جاء في شرح الخرشي توضيحا لهذا المعيار في قوله: « للإمام الأعظم أن يعين قاضيين

أو أكثر، يحكم كل قاض منهم بنوع من أنواع الفقه، كقاضي الأنكحة، وما يتعلق بها،

1 - الشيخ محمد نجيت المطيعي، القضاء الشرعي تخصيصه وشيء من تاريخه، مجلة المحاماة الشرعية، السنة الأولى، العدد الثالث، رجب 1348، ص161.

2 - د. محمد رضا الأغيش، السياسة القضائية في عهد عمر بن الخطاب وصلتها بواقعنا المعاصر، ط1417، مطبعة جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية بالرياض، ص161.

3 - د. عبد الباسط جميعي، مبادئ المرافعات ص10. د. أحمد السيد الصاوي، الوجيز في شرح قانون المرافعات، 181/1.



« (الباب الأول) ————— (الدعوى القضائية وتوابع الاختصاص القضائي في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري) - كـ.

وقاضي الشرطة، وقاضي المياه، وما أشبه ذلك، وهذا بناءً على أن ولاية القضاء تنعقد عامة، وخاصة»¹.

وفي كتاب المغني لابن قدامة «يجوز أن يولي قاضيين وثلاثة في بلد واحد لكل واحد عمل فيولي أحدهم عقود الأنكحة والآخر الحكم في الديات والآخر في العقار»².

وجاء في كتاب جواهر الكلام شرح شرائع الإسلام «لا خلاف في أنه يجوز نصب قاضيين في البلد الواحد... أو جعل أحدهما قاضيا في الأموال والآخر في الدماء والجروح ونحو ذلك»³.

ولعل أقوال الفقهاء السابقة تدل دلالة واضحة على نوع الخصومة كميّار من معايير الاختصاص النوعي، وهذا المعيار أكثر المعايير شيوعاً، لوضوحه وكثرة وقوعه في التطبيق العملي.

و نظراً للأهمية التي يكتسبها معيار نوع الدعوى في تحديد الاختصاص النوعي تبنته جميع التشريعات العربية دون استثناء لتحديد اختصاصات هيئاتها القضائية المختلفة، والتشريع الجزائري واحد من هذه التشريعات حدد الاختصاص النوعي للمحاكم الابتدائية والمجالس القضائية والمحكمة العليا وفقاً لهذا المعيار ومن تطبيقاته في قانون الإجراءات المدنية الجزائري ما يلي :

- نصت المادة 32 بنصها أن المحكمة هي الجهة القضائية ذات الاختصاص العام، يمكن أن تتشكل من أقطاب متخصصة.

تفصل المحكمة في جميع القضايا، لا سيما المدنية والتجارية والبحرية والاجتماعية والعقارية وقضايا شؤون الأسرة التي تختص بها إقليمياً، و تتم جدولة القضايا أمام الأقسام حسب طبيعة النزاع.

1 - الخرشبي، شرح الخرشبي على مختصر خليل، 144/7

2 - ابن قدامة، المغني، 481/11.

3 - محمد حسن النجفي، جواهر الكلام، 59/40.



﴿الباب الأول﴾ ————— الدعوى القضائية وتوابع الاختصاص القضائي في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري - كـ.

و تنص الفقرة السادسة من نفس المادة: تختص الأقطاب المتخصصة المنعقدة في بعض المحاكم بالنظر دون سواها في المنازعات المتعلقة بالتجارة الدولية والإفلاس والتسوية القضائية، والمنازعات المتعلقة بالبنوك، ومنازعات الملكية الفكرية، والمنازعات البحرية والنقل البحري والجوي، ومنازعات التأمينات.

من خلال النص السابق يتضح أن المشرع الجزائري أعطى للمحكمة الابتدائية الولاية العامة بنظر جميع القضايا التي تدخل في اختصاصها المكاني، و حدد الاختصاص النوعي للأقسام التابعة للمحكمة حسب معيار نوع الدعوى، فالقسم التجاري يفصل في القضايا التجارية والقسم البحري يفصل في القضايا البحرية والقسم الاجتماعي ينظر المنازعات العمالية، والقسم العقاري يفصل في القضايا العقارية وقسم شؤون الأسرة ينظر قضايا الأسرة.

و حدد المشرع كذلك الاختصاص النوعي للأقطاب المتخصصة المنعقدة في بعض المحاكم بمعيار نوع الدعوى حيث جعلها مختصة دون سواها في المنازعات المتعلقة بالتجارة الدولية والإفلاس والتسوية القضائية، والمنازعات المتعلقة بالبنوك، ومنازعات الملكية الفكرية، والمنازعات البحرية والنقل البحري والجوي، ومنازعات التأمينات.

وبناء على ما سبق، ومن خلال قواعد الاختصاص النوعي للهيئات القضائية داخل التراب الجزائري نلاحظ أن معيار نوع الدعوى هو المعيار الأهم والأكثر تطبيقاً في تحديد الاختصاص النوعي في القانون الجزائري، وقد اعتمد المشرع هذا المعيار لما يتميز به من سهولة في تحديد الاختصاص النوعي ليجنب بذلك القضاة والمتقاضين التنازع والاختلاف، وبذلك يكون المشرع قد وافق الشريعة الإسلامية في هذه الجزئية.

ثانياً/- معيار قيمة الدعوى:

ومؤدى هذا المعيار أن يفوض ولي الأمر إلى أحد القضاة القضاء في الخصومات التي تبلغ قدراً معيناً من المال، كأن يوليه نظر الدعاوى التي لا تزيد على مبلغ معين، بينما يخصص

قاضي آخر لنظر الدعاوى التي تتجاوز قيمتها ذلك القدر¹، وبهذا فإن قيمة الدعوى تكون هي المعيار في تحديد اختصاص القاضي، وقد كان الخليفة عمر بن الخطاب -رضي الله عنه- سابقاً في استعمال هذا

1 - د/ محمد سلام مذكور، القضاء في الإسلام، 364، د/ أحمد مليحي، النظام القضائي الإسلامي، ص170.



« (الباب الأول) ————— (الدعوى القضائية وتوابع الاختصاص القضائي في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري) - كـ.

المعيار في ولاية القضاء حيث كتب لأحد قضاياه وهو السائب بن يزيد - رضي الله عنه - " اكفني صغار الأمور " وفي رواية أخرى قال له : " ردّ عني الناس في درهم أو درهمين " ، كما روي عن أبي عبد الله الزبيري رضي الله عنه قوله : " لم تزل الأمراء عندنا بالبصرة برهة من الدهر يستقضون قاضيا على المسجد الجامع يسمونه قاضي المسجد، يحكم في مئتي درهم وعشرين دينارا فما دونها ويفرض النفقات، ولا يتعدى موضعه ولا ما قدر له " ¹.

وقد جاء في المغني لابن قدامة " ويجوز أن يجعل حكمه في قدر من المال نحو أن يقول احكم في المائة فما دونها، فلا ينفذ حكمه في أكثر منها " ².

ومما سبق يتبين أن الاختصاص النوعي بمعيار قيمة الخصومة قد عرفته الشريعة الإسلامية منذ زمن الصحابة و أجمع الفقهاء المتقدمون والمتأخرون على إجازة تخصيص القضاء به، لأنه يخفف العبء عن القضاء ويجنب التضارب بين القضاة والخصوم.

وقد سلك المشرع الجزائري نفس مسلك الشريعة الإسلامية عند تبنيه معيار قيمة الدعوى لتحديد اختصاصات بعض الهيئات القضائية رغبة منه في تخفيف العبء عن المجالس القضائية، ومن تطبيقات هذا المعيار في القانون الجزائري نص المادة 33 من قانون الإجراءات المدنية بنصها: « تفصل المحكمة بحكم في أول وآخر درجة في الدعاوى التي لا تتجاوز قيمتها مائتي ألف دينار (200.000 دج) .

إذا كانت قيمة الطلبات المقدمة من المدعي لا تتجاوز مائتي ألف دينار (200.000 دج) تفصل المحكمة بحكم في أول وآخر درجة، حتى ولو كانت قيمة الطلبات المقابلة أو المقاصة القضائية تتجاوز هذه القيمة.

وتفصل في جميع الدعاوى الأخرى بأحكام قابلة للاستئناف».

التعليق على نص المادة: نلاحظ أن المشرع الجزائري قد كرر الفقرة الأولى في نص الفقرة

1 - الماوردي، الأحكام السلطانية، ص142، الماوردي، كتاب أدب القاضي 173/1.

2 - ابن قدامة، المغني، 105/9.



« (الباب الأول) ————— (الدعوى القضائية وتواعر الاختصاص القضائي في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري) - كـ.

الثانية بحيث شملت الفقرة الثانية الفقرة الأولى، فكان بإمكانه تفادي التكرار والاكتفاء بنص الفقرة الثانية فقط، بحيث يكون نص المادة 33 على الوجه التالي: إذا كانت قيمة الطلبات المقدمة من المدعي لا تتجاوز مائتي ألف دينار (200.000 دج) تفصل المحكمة بحكم في أول وآخر درجة، حتى ولو كانت قيمة الطلبات المقابلة أو المقاصة القضائية تتجاوز هذه القيمة.

وتفصل في جميع الدعاوى الأخرى بأحكام قابلة للاستئناف.

ثالثاً/ - معيار أشخاص الدعوى:

و مقتضى هذا المعيار أن يعهد ولي الأمر أو نائبه إلى رجل بالقضاء ويقصر ولايته على بعض الأشخاص دون البعض كالنساء دون الرجال أو الرجال دون النساء، أو العجم دون العرب أو العسكر دون المدنيين أو العكس، ولولي الأمر كذلك بموجب هذا المعيار أن يقصر ولاية القاضي على خصمين معينين في حكومة معينة، فتنتهي ولايته بانتهاء الخصومة بين هذين الخصمين، ولا يجوز للقاضي بهذه الولاية أن يتعدى حدود ولايته إلا إذا لم ينفذ قضاؤه.

ودل على مشروعية تخصيص القضاء بالأشخاص ما روي عن النبي -ﷺ- أن قوما اختصموا إليه -ﷺ- في خص كان بينهم فبعث - صلى الله عليه وسلم - حذيفة¹ -ﷺ- يقضي بينهم فقضى للذين يليهم القيط فلما رجع إلى النبي -ﷺ- أخبره، فقال: «أصبحت وأحسنت»².

و روي عن عقبة بن عامر الجهني -ﷺ- قال: جاء رسول الله -ﷺ- خصمان، فقال لعقبة: «اقض بينهما يا عقبة»، فقال أنت أولى بذلك مني يا رسول الله: قال: «وإن كان» قال: فإذا قضيت بينهما فمالي"، قال: «فإن اجتهدت فأصبحت القضاء فلك عشرة أجور،

¹ - هو حذيفة بن جميل بن جابر العبسي أبو عبد الله شهد أحد والخندق وفتح العراق وله بها آثار شهيرة ، توفي سنة 63 هـ، يراجع حلية الأولياء/1/109، صفوة الصفوة/1/365، الأعلام للزركلي،4/240.

² - رواه ابن ماجة في سننه عن أبي بكر بن عياش عن دهشم بن قران عن قمران بن حارثة عن أبيه،685/2،الحديث رقم 2343.



وإن اجتهدت فأخطأت فلك أجر واحد»¹.

هذان الحديتان يدلان دلالة واضحة على جواز أن يولي الإمام أو نائبه قاض للفصل في خصومات أشخاص بعينهم أو شخصين فقط في خصومة محددة.

وقد جاء في كتب الفقهاء المتقدمين ما يؤكد مشروعية التخصيص بالأشخاص وفيما يلي بعضاً من هذه الأقوال:

جاء في كتاب الخرشى على مختصر خليل " يجوز للخليفة أن يستثني على القاضي ألا يحكم في قضية بعينها أو أن يحكم بين فلان وفلان"².

وجاء في كتاب أدب القضاة ".... و هكذا لو فوض إلى واحد منهما- أي لو فوض الإمام إلى أحد القضاة- الحكم بين الرجال دون النساء وبالعكس تقييد بما خص به ولا ينفذ حكمه إذا تعداه إلى غيره"³.

وجاء في كتاب الأحكام السلطانية " يجوز أن تكون ولاية القاضي مقصورة على حكومة معينة بين خصمين"⁴.

وفي كتاب روضة القضاة " وان الموضوع والخصوم جاز ذلك ولم يكن له أن يحكم في غير الموضوع ولا غير من عين له"⁵.

وهناك نصوص كثيرة وردت عن الفقهاء كلها تدل على مشروعية تخصيص القضاء

بالأشخاص لأنه معيار يوافق مصلحة تحقيق العدل ويراعي أحوال الناس والظروف

1 - رواه الدار القطني في سننه، كتاب الأفضية والأحكام 203/4، و الإمام أحمد في مسنده، كتاب القضاة، 205/4، وأورده البيهقي في مجمع الزوائد، كتاب الأحكام، باب اجتهاد الحاكم 353/4 وعزاه إلى أحمد، وقال: " رجاله رجال الصحيح".

2 - الإمام الخرشى، الخرشى على مختصر خليل، 144/7، ومعه شرح منح الجليل للشيخ محمد عيش 151/4.

3 - ابن أبي الدم، أدب القضاة، 312/1.

4 - أبي يعلى، الأحكام السلطانية، ص 69.

5 - السمنانين، روضة القضاة، 73/1، الطرابلسي، معين الحكام، ص 12، القرافي، الفروق، 40/4.



« (الباب الأول) ————— (الدعوى القضائية وتوابع الاختصاص القضائي في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري) - كـ.

فالحدث مستقل بظروفه عن البالغ العاقل، والمدني يختلف في أحواله عن العسكري، والأجنبي يختلف من حيث اللغة والعادات والتقاليد والأعراف عن العربي، و تولية قاض بقضاء النساء وقاض آخر بقضاء الرجال يحقق مصلحة عدم الاختلاط ويمنع الحرج.

أما بالنسبة للقانون الجزائري لم يعتمد المشرع معيار أشخاص الدعوى في تحديد الاختصاص النوعي للجهات القضائية التي تنظر القضايا المدنية والتي ينظمها قانون الإجراءات المدنية حيث جاء هذا القانون حاليا من أي نص يفيد تبني المشرع لهذا المعيار، وبخلاف ذلك نجد المشرع قد تبني هذا المعيار في تحديد الاختصاص النوعي لبعض الجهات القضائية الجزائرية ومن تطبيقات ذلك ما يلي:

- حدد المشرع اختصاص المحاكم العسكرية - اختصاصها جزائي محض - بمن لهم صفة العسكر.

- منع المشرع المحاكم الجزائية المختصة إقليميا - قسم الجرح - بالنظر والتحقيق مع أشخاص شغلوا مناصب حساسة مثل رئيس البلدية و القضاة... الخ.

المطلب الثاني

الاختصاص النوعي للمحاكم في دعاوى شؤون الأسرة في القانون الجزائري

من خلال نص المادة 32 من قانون الإجراءات المدنية اتضح أن المشرع الجزائري أعطى للمحكمة الابتدائية ولاية عامة بنظر جميع القضايا التي تدخل في اختصاصها المكاني، ووزع الاختصاص بين الأقسام التابعة للمحكمة حسب معيار طبيعة النزاع - نوع القضية -.

وتبعاً لذلك فقد حدد المشرع في نصوص المواد 423 و 424 و 425 من قانون الإجراءات المدنية المسائل المتعلقة بالأسرة وأعطى لقسم شؤون دون غيره صلاحية نظر هذه المسائل، ويتبين كذلك من خلال نص المادة 425 المشار إليه أعلاه أن المشرع أعطى لرئيس قسم شؤون الأسرة أن يتدخل في هذه المسائل بموجب تدابير استعجالية.

وترتبط على ذلك تقتضي منهجية البحث التعرف أولاً على الاختصاص النوعي العادي



« (الباب الأول) » ————— (الدعوى القضائية وتوابع الاختصاص القضائي في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري) - كـ.

لقسم شؤون الأسرة، ليتم بعدها التعرض للصلاحيات الاستعجالية المخولة لرئيس قسم شؤون الأسرة في هذه المسائل.

الفرع الأول: الاختصاص النوعي العادي لقسم شؤون الأسرة.

تنص المادة 423 قانون الإجراءات المدنية: ينظر قسم شؤون الأسرة، على الخصوص في الدعاوى الآتية:

1- الدعاوى المتعلقة بالخطبة والزواج والرجوع إلى بيت الزوجية وانحلال الرابطة الزوجية وتوابعها حسب الحالات والشروط المذكورة في قانون الأسرة، وتضم هذه الفقرة الدعاوى التالية:

- دعاوى الخطبة: ويقصد بها مجموعة الدعاوى التي يرفعها الخاطب أو المخطوبة للمطالبة إما برد الهدايا أو المهر المسبق بعد حصول العدول، أو التعويض لضرر العدول.

- دعاوى الزواج والرجوع إلى بيت الزوجية: وهي مجموعة الدعاوى التي يرفعها الزوج أو الزوجة إما للمطالبة بالمهر أو مؤخره أو برده أو تعيين المهر المسمى أو مهر المثل، أو إبطال شرط من شروط عقد الزواج... الخ، وتضم كذلك الدعاوى التي يرفعها الزوج أو الزوجة للمطالبة بالرجوع لبيت الزوجية وما تعلق بها من طلبات مثل دعوى المطالبة بتوفير مسكن منفرد للزوجة في حالة سكنها مع الزوجة الثانية في حالة التعدد أو في حالة سكنها مع أهل الزوج.

- دعاوى انحلال الرابطة الزوجية وتوابعها: وتضم دعاوى الطلاق سواء كان بإرادة الزوج المنفردة أو بتراض بينهما، ودعاوى التطلق سواء كان لضرر أو عدم إنفاق أو لعيوب تحول دون تحقيق مقاصد الزواج، وسجن أو غيبة أو هجر... الخ، ودعوى الخلع، وما تعلق بهذه الدعاوى من توابع عصمة من نفقة عدة و نفقة متعة... الخ.

2- دعاوى النفقة والحضانة و حق الزيارة، ويدخل تحت هذه الفقرة، الدعاوى المرفوعة للمطالبة بالنفقة وتضم (دعوى نفقة الزوجة أو المطلقة، ودعوى نفقة الأولاد ومراجعتها، ودعوى نفقة الأصول والأقارب)، ويدخل تحتها كذلك دعاوى الحضانة وتضم (الدعاوى التي



«الباب الأول» ————— (الدعوى القضائية وتولاع الاختصاص القضائي في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري) - كـ.

ترفع للمطالبة بإسناد حضانة الصغير، و دعاوى إسقاط الحضانة، ودعوى رؤية الصغير، ودعوى توفير المسكن لممارسة الحضانة أو بدل الإيجار ومراجعته).

3- دعاوى إثبات الزواج والنسب، ويدخل تحت هذه الفقرة، الدعاوى المتعلقة بإثبات الزواج العرفي، وإثبات الطلاق، ودعاوى النسب كدعاوى (الحاق النسب أو إثباته النسب أو إنكاره).

4- الدعاوى المتعلقة بالكفالة: من دعاوى طلب الكفالة، ودعاوى انتقالها وسقوطها والتنازل عنها.. الخ.

5- الدعاوى المتعلقة بالولاية وسقوطها والحجر والفقدان والتقديم، وتضم هذه الفقرة دعاوى الولاية على نفس و مال القاصر ودعاوى الحجر والفقدان والتقديم.

ونظرا لكثرة هذه المسائل وتشعبها وصعوبة الإلمام بها في هذه الجزئية، رأينا أن نعالج أحكام الخطبة و الطلاق والتطليق والخلع، و نفقة الأولاد، لأنها من المسائل التي تطرح كثيرا أمام قضاء شؤون الأسرة وتشكل خصومة حقيقية بين أطرافها، ولا يزال القضاء مختلفا في كثير من أحكامها.

أولا- أحكام الخطبة في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

أ- مفهوم الخطبة وتكيفها الشرعي والقانوني

1- مفهوم الخطبة

الخطبة في اللغة : خطب الناس وفيهم وعليهم خطابة و خطبة، أي ألقى عليهم خطبة، وخطب المرأة يخطبها خطبا وخطبة، بالكسر، وخطب فلانة خطبة: طلبها للزواج، ويقال خطبها إلى أهلها طلبها منهم للزواج¹.

وهي في اصطلاح الفقهاء « التماس الخاطب النكاح من جهة المخطوبة »²، وقد عرفها الدكتور وهبة الزحيلي بقوله: « هي إظهار الرغبة في الزواج بامرأة معينة وإعلام المرأة أو وليها بذلك، وقد يتم هذا الإعلام مباشرة من الخاطب أو بواسطة أهله فإن وافقت المخطوبة أو أهلها

1 - ابن منظور، لسان العرب، 360/1، القاموس المحيط 1 / 65، الصحاح في اللغة والعلوم 1 / 353.

2 - الشريبي، مغني المحتاج 3 / 135، الإمام الخرخشي، الخرخشي على المختصر 3 / 167، المطلع على أبواب المقنع ص 319.



فقد تمت الخطبة بينهما وترتب عليها أحكامها آثارها الشرعية»¹.

ما يلاحظ على التعاريف السابقة -والله أعلم - أنها قصرت الخطبة على فعل الإيجاب والقبول الذي يتم في مجلس التخاطب، و أهملت حقيقة الخطبة كونها علاقة بين الخاطب والمخطوبة و أهلها تستمر لفترة من الزمن و تترتب عنها أحكام و تنتج عنها آثار.

أما المشرع الجزائري فقد نص في المادة 05 من قانون الأسرة بأن الخطبة هي «وعد بالزواج»، وخلافا لما ذكر في كتب أساتذة القانون أن المشرع عرف الخطبة في هذا النص أرى أن المشرع لم يعرف الخطبة بل قصد من ذلك تحديد طبيعتها القانونية، حتى يقر للخاطب والمخطوبة بحق العدول عنها دون قيود أو شروط، وبالتالي نستطيع القول أن قانون الأسرة جاء خاليا من كل تعريف للخطبة.

ومن خلال ما سبق نستطيع تعريف الخطبة بأنها علاقة دون العقد الملزم تربط الخاطب بالمخطوبة وأهلها، تبدأ بالتماس الخاطب الزواج من المخطوبة وتستمر حتى إبرام عقد الزواج المدني أو الشرعي بينهما.

2- التكيف الفقهي والقانوني للخطبة:

ذهب جمهور الفقهاء إلى أن الخطبة لا تمثل شرعا إلا وعدا من أحد الطرفين أو كليهما بالزواج ولا تحمل أي صفة من صفات العقد ولا يترتب عليها أي أثر من آثاره²، ولذلك يحق لأي من الرجل أو المرأة التراجع عن الاستمرار في أمر الزواج والعدول عن الخطبة التي شرع فيها، ولا يحتاج العادل إلى فسخ ولا إلى طلاق ما دامت الخطبة التي بينهما ليست إلا وعدا.

وهذا ما ذهب إليه المشرع الجزائري صراحة في نص المادة الخامسة من قانون الأسرة بنصها « الخطبة وعد بالزواج، يجوز للطرفين العدول عنها»، وهي في نظره تبقى كذلك

1- د، وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر، دمشق، 10/7.

2- العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، 51/1.



« (الباب الأول) ————— (الرعي القضائية وتواعر الاختصاص القضائي في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري) - كـ.

- مجرد وعد- حتى ولو اقترنت بالفاتحة إلا إذا اكتملت في مجلس الفاتحة جميع أركان عقد الزواج وشروطه، وهذا ما تضمنته المادة السادسة من نفس القانون بنصها « إن اقتران الفاتحة بالخطبة لا يعد زواجا، غير أن اقتران الفاتحة بالخطبة يعتبر زواجا متى توافر ركن الرضا وشروط الزواج المنصوص عليها في المادة 9 من هذا القانون».

فالخطبة في القانون و القضاء و العرف الجزائري لا تعتبر إلا تمهيدا لعقد الزواج، وهذا التمهيد لا يقيد أحدا من المتواعدين، فلكل منهما أن يعدل عنه في أي وقت شاء، خصوصا وأنه يجب في عقد الزواج أن يتوفر للمتعاقدين كل الرضا وكامل الحرية في مباشرته.

(ب): آثار العدول عن الخطبة

بما أن الخطبة مجرد وعد بالزواج، وليست عقدا ملزما، فالعدول عن إنجازها حق من الحقوق التي يملكها كل من المتواعدين، ولم يجعل الشارع لإخلاف الوعد عقوبة مادية، يجازي بمقتضاها المخلف، لكن قد يتبادل الخطيبان أثناء الخطبة الهدايا بينهما وربما يسلم الخاطب إلى خطيبته المهر، أو تلحق الخطيبين أو أحدهما بعض الأضرار المالية أو المعنوية كتبعات للعدول، فما أثر العدول عن الخطبة على هذه المسائل؟

1- أثر العدول عن الخطبة على الهدايا المتبادلة بين الطرفين.

غالبا ما يصاحب فترة الخطبة التهادي بين الرجل والمرأة على أمل تمتين العلاقات وتمهيدا لإتمام الزواج بينهما، فإذا قبض أحدهما هدية من الآخر ثم حصل عدول عن الزواج من قبل أحدهما ورفض إتمامه فما حكم تلك الهدايا المقدمة من قبل أحدهما للآخر؟.

اختلف الفقهاء في حكم رد الهدايا بعد العدول إلى ثلاثة أقوال:

القول الأول: قال باسترداد الهدايا بعد العدول

وذهب إليه الحنفية وبعض فقهاء الشافعية، فذكر الحنفية أن الهدايا تأخذ حكم الهبة وحكم الهبة عندهم جواز الرجوع فيها ما لم يوجد مانع يمنع ذلك¹، كالهلاك والاستهلاك والخروج عن

¹ - ابن عابدين، الحاشية، 153/3.



الملك، والزيادة المتصلة التي لا يمكن فصلها، ولم يفرقوا في هذا بين عدول الخاطب وعدول المخطوبة¹، وذكر بعض الشافعية أن الهدايا تسترد كاملة بعينها إن كانت قائمة، وبعضها إن كانت هالكة أو استهلكت، ولم يفرقوا في هذا بين عدول الرجل وعدول المرأة أو موت أحدهما، لأنه في رأيهم أن الإهداء كان على أساس تمام الزواج، وقد أبعده فزال السبب الذي حمل على الإهداء، وإذا زال كان له الاسترداد².

القول الثاني: عدم جواز استرداد الهدايا بعد العدول

وذهب إليه الحنابلة وغيرهم من فقهاء التابعين، لأن الهدايا عندهم تأخذ حكم الهبة، والهبة عندهم لا يجوز الرجوع فيها إلا إذا كانت قبل القبض، فكان الحكم عندهم أن لا رجوع للخاطب أو المخطوبة على من أهدها بعد القبض³.

القول الثالث: فرق بين عدول الخاطب و عدول المخطوبة في حكم استرداد الهدايا.

وذهب إلى هذا فقهاء المالكية حيث ميزوا بين كون الرجوع من طرف الخاطب، أو كونه من طرف المخطوبة⁴، فإن كان العدول من طرف الخاطب، فلا يحق له أن يسترد شيئاً من الهدايا سواء كانت قائمة أو مستهلكة، لأنه وهب بشرط إتمام الزواج، وهو المتسبب في عدم تحقيق هذا الشرط وبالتالي لا يحق له الرجوع بشيء من هداياه، وإن كان العدول من طرف المخطوبة، فللخاطب أن يرجع عليها بكل ما قدمه من هدايا إذا كانت قائمة، فإن استهلكت استرد قيمتها؛ لأنه وهب بشرط إتمام الزواج، وهي السبب في عدم تحقيق هذا الشرط فلا يحل

¹ - مصطفى شليبي، أحكام الأسرة في الإسلام، ص83، أحمد إبراهيم بك، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية والقانون، ص59.

² - الشيخ محمد أبو وهرة، محاضرات في عقد الزواج، ص66. عبد العزيز رمضان سمك، أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي والقانون المصري، دار النهضة العربية، القاهرة، 2007، ص43.

³ - السباعي، شرح قانون الأحوال الشخصية، 1/61.

⁴ - الدردير، الشرح الكبير، 2/220.



لها الاحتفاظ بهداياه، وكل هذا يقيد بالشرط أو العرف إذ يقدمان على كل ما سبق¹.

الترجيح: بعد استعراض مواقف الفقهاء فى مدى استرداد الهدايا فى حالة العدول عن الخطبة، نرى أن ما ذهب إليه المالكية عند تفريقهم فى حق استرجاع الهدايا بين طالب العدول و المعدول عنه هو الراجح لما فيه من إنصاف للطرف غير المتسبب فى العدول وزجر للطرف المتسبب فيه، ولما يحققه هذا المذهب من احترام لقدسية العلاقة الزوجية حتى ينأى بها عن هزل الهازلين وعبث العابثين.

– موقف القانون الجزائرى فى أثر العدول عن الخطبة فى استرجاع الهدايا

تبين المشرع الجزائرى فى قانون الأسرة نفس مذهب الفقه المالكي حيث فرق بين عدول الخاطب وعدول المخطوبة، فممنع الخاطب من استرداد هداياه إذا كان العدول من جهته، وألزمه برد هدايا المخطوبة التى لم تستهلك، أما إذا كان العدول من المخطوبة فعليها رد هدايا الخاطب التى لم تستهلك، وهذا ما نص عليه المشرع فى المادة 5 من قانون الأسرة بنصها: « لا يسترد الخاطب من المخطوبة شيئاً مما أهدها إن كان العدول منه، وعليه أن يرد للمخطوبة ما لم يستهلك مما أهده له أو قيمته، وإن كان العدول من المخطوبة فعليها أن ترد للخاطب ما لم يستهلك من هدايا أو قيمته».

ويلاحظ على نص المادة الخامسة مايلي:

– أن المشرع أضاف عبارة « لا يسترد الخاطب من المخطوبة شيئاً مما أهدها إن كان العدول منه » عند معالجته لعدول الخاطب، وأغفل إضافة هذه العبارة فى حديثه عن عدول المخطوبة فهل قصد المشرع إعطاء حق استرداد الهدايا للمخطوبة حتى ولو كان العدول منها أو بسببها، أم سكت عن ذلك لأن العرف فى الجزائر جرى أن تُقدّم الهدايا من الزوج عادة؟.

– ويلاحظ كذلك أن المشرع أغفل مسألة العدول الذي يستند طالبه على أسباب موضوعية وجدية كحبس الخاطب أو المخطوبة، أو تلبس أحدهما بجرمة مخلّة بالشرف والأخلاق، أو اكتشاف أسرار لها تأثير على العلاقة الزوجية إن استمرت كالأمراض التى لا تتحقق معها مقاصد

¹ – مصطفى شليبي، أحكام الأسرة فى الإسلام، ص 83.



الزواج، أو اكتشاف الزواج بامرأة ثانية.. الخ.

وعليه نرى أنه لتفادي هذا الخلط والنقص في القانون الجزائري ولتفادي تناقض الأحكام القضائية بشأن هذا الموضوع، على المشرع الجزائري إعادة صياغة المادة الخامسة من قانون الأسرة على أن يكون نصها كالاتي: لا يسترد طالب العدول شيئاً مما أهدها إلا إذا استند طلبه على سبب موضوعي يقدره القاضي، وعليه أن يرد ما لم يستهلك أو قيمته للمعدول عن خطبته.

2- أثر العدول عن الخطبة على استرداد المهر المقدم قبل الفاتحة والعقد.

ورغم أن فقهاء المذاهب لم يعالجوا هذه المسألة صراحة إلا أنهم متفقون على أن المهر لا يجب على الرجل إلا بعقد النكاح¹، فخلص بعض الفقهاء من التابعين² من خلال هذا أنه مادام أن الخطبة لا ترقى لكونها نكاحاً، فاحتفاظ المرأة بالمهر المقدم لها بعد عدول أحد الطرفين عن الخطبة حيازة للمال بغير سبب مشروع، فعليها إعادة المال لصاحبه، لأن المهر ملكه ما دام العقد لم يتم وله استرداده، فإن كان قائماً على حاله استرده كما سلمه، وإن هلك أو استهلك أو ضاع أو سرق أو باعته استرد مثله إن كان مثلياً، وقيمته يوم سلمه لها إن كان قيمياً³.

- موقف القانون الجزائري في أثر العدول عن الخطبة على استرداد المهر المقدم قبل الفاتحة والعقد

لم يتعرض المشرع الجزائري صراحة لمسألة استرداد المهر المقدم أثناء الخطبة بعد العدول عنها، لكن يفهم من خلال نصوص قانون الأسرة التي وردت بشأن المهر أن المشرع ذهب إلى ما ذهب إليه فقهاء الشريعة الإسلامية من أن المرأة لا تستحق المهر إلا بالعقد، وهذا واضح من خلال نص المادة 14 من قانون الأسرة بنصها «الصدّاق هو ما يدفع نحلة للزوجة من نقود أو غيرها من كل ما هو مباح شرعاً، وهو ملك لها تتصرف فيه كما تشاء» ونص المادة 16 «تستحق الزوجة

1 - العبدري، محمد بن يوسف، التاج الإكليل، دار الفكر، بيروت، ط2، 1398هـ، 3/499، الشريبي، مغني المحتاج، 3/220، ابن مفلح، إبراهيم بن محمد، المبدع، المكتب الإسلامي، بيروت، 1400هـ، 7/130.

2 - عبد الوهاب خلاف، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، دار القلم، الكويت، ط2، 1410 - 1990م، ص21.

3 - السباعي، المرجع السابق، 1/58، د، وهبة الزحيلي، المرجع السابق، 7/26، د. بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، ط5، 2007، 1/35.



الصداق كاملا بالدخول، أو بوفاة الزوج، وتستحق نصفه عند الطلاق قبل الدخول « فمن خلال محاولة تحليل واستقراء نصوص قانون أسرة السابقة يتضح أن المشرع عند حديثه عن أحكام الصداق وتعريفه استعمل لفظ الزوجة ولم يستعمل لفظ المخطوبة، وهذا اللفظ يدل على عقد الزواج ويستوي في ذلك أن يكون عقدا شرعيا أو مدنيا، الأمر الذي يفهم منه ضمنا أن المخطوبة لا تستحق المهر إلا بالعقد عليها، فإن حدث وأن سلّم لها المهر قبل العقد وتم العدول عن الخطبة فعليها رد المهر لأنه ليس من حقها.

(ج): تعويض ضرر العدول عن الخطبة

التقت الآراء وافقت على أن الخطبة وعد بالزواج وليست عقداً مستقلاً بنفسه يحق لكل من المتواعدين الرجوع فيه بكل حرية و دون التزام، إلا أنه قد تقترن بالعدول أضرار مادية أو معنوية تلحق أحد الطرفين كأن يطلب الخاطب من مخطوبته ترك دراستها أو الاستقالة من وظيفتها أو قد تستمر الخطوبة لسنوات عدة يتقدم فيها السن بالخطيبين وتقل الرغبة في الارتباط بينهما، أو قد ينفق الخطيبان أو أحدهما المال الكثير لتجهيز البيت الزوجية مما يجعل من ضرر العدول مؤكداً، وكثيرا ما تلحق بالعدول عنه أضرار نفسية وآثار سلبية خاصة في جانب المخطوبة، فما هو حكم تعويض هذه الأضرار بعد العدول؟

لم يتطرق الفقهاء من المتقدمين لمسألة تعويض الضرر المرتبط بالعدول، فأرجع الفقهاء المعاصرين¹ ذلك إلى ما كان يلتزم به الخطيبان من العادات والأخلاق الإسلامية، التي كانت تمنع وقوع مثل هذه الأضرار بينهما، بخلاف ما ساد في مجتمعاتنا المعاصرة التي ابتعدت كثيرا بتقاليدها وأعرافها عن الدين الإسلامي²، فلم تلتزم بأحكام الخطبة وحدودها بل جعلت منها زواجا من حيث حق الاختلاط والاختلاء مما حتم وجود ارتباطات مادية ومعنوية بين الطرفين أثناء الخطوبة وتبعات مادية ومعنوية كذلك بعد العدول عنها.

و قد تطرق بعض المعاصرين لمسألة التعويض فاختلفت آرائهم على ثلاثة أقوال:

¹ - مصطفى السباعي، شرح قانون الأحوال الشخصية، 60/1.

² - زكي الدين شعبان، الأحكام الشرعية للأحوال الشخصية، ص79 و80.



القول الأول: لا تعويض عن العدول مطلقاً.

ومن القائلين به الشيخ محمد بخت المطيعي مفتي الديار المصرية سابقاً¹ و الدكتور محمد عقلة إبراهيم والدكتور عمر سليمان الأشقر²، وقد استندوا على أن التعويض عن الضرر لا مستند له في الفقه إلا العقد أو التعدي، والخطبة ليست عقداً بل هي وعد بالعقد، ولا إلزام في هذا الوعد، فمن عدل عن خطبته إنما يمارس حقاً من حقوقه، ولا يجوز أن نرتب على ممارسة الحقوق أي تعويض³، ثم إن الحكم على العادل بالتعويض قد يرغمه على الزواج عند عدم قدرته على دفع التعويض، وهنا يختفي الركن الأعظم لعقد النكاح وهو التراضي⁴، وعليه خلص الرأي عندهم إلى ترجيح عدم التعويض.

- القول الثاني: وجوب التعويض عن الضرر مطلقاً.

رأى الشيخ محمود شلتوت شيخ الأزهر الشريف سابقاً⁵ وبعض الفقهاء، وجوب على من عدل عن الخطوبة تعويض الطرف الثاني عما يكون قد لحق به من ضرر مادي أو معنوي، استناداً على أن الخاطب قد سبب للمخطوبة ضرراً نتيجة عدم الوفاء بوعده، فلا بد أن يترتب عليه تعويض يتناسب مع مقدار ما تسبب به من ضرر⁶، وقد استندوا في حكمهم على

1 - حيث يقول في فتواه لأحد السائلين : «ومن ذلك يعلم أنه لا وجه أن يلزم من تمتع عن العقد بعد الخطبة، من الخاطب أو المخطوبة بتعويض، لأن كل واحد منهما لا يفوت على الآخر حقاً حتى يلزم بالتعويض، بل بعد الخطبة لكل واحد منهما الحرية التامة شرعاً في أن يتزوج بمن شاء» ينظر محمد بخت المطيعي، مجلة الحاماة لشرعية، العدد الأول، السنة الثانية، القاهرة، ص44 و45.

2 - الصابوني، شرح قانون الأحوال الشخصية السوري، 1/ 47، لإبراهيم: نظام الأسرة في الإسلام، 1/ 233، الأشقر: أحكام الزواج، ص77.

3 - الصابوني، نفس المرجع، 1/ 47.

4 - الأشقر، أحكام الزواج في ضوء الكتاب والسنة، ص78.

5 - الصابوني، نفس المرجع، 1/ 47.

6 - القرافي، أحمد بن إدريس، الفروق، دارالكتب العلمية، 4/ 55.



« (الباب الأول) ————— (الردوى القضائية وتولاع الاختصاص القضائي في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري) - كـ.

القاعدتين الفقهيّتين « لا ضرر ولا ضرار»¹ و قاعدة «الضرر يزال»² وخلصوا إلى أن العدول بسبب ضررا في حق المعدول عنه ولا سبيل إلى إزالة هذا الضرر سوى التعويض المالي³.

وقد سار على النهج الشيخ مصطفى السباعي، ولكنه وضع ثلاثة شروط لوجوب التعويض⁴:

- 1- أن يثبت أن العدول لم يكن بسبب المخطوبة بل بسبب الخاطب.
- 2- أن يكون العدول قد أضرَّ بها ماديا أو معنويا غير الاستهواء الجنسي.
- 3- أن يكون الخاطب قد أكدَّ رغبته في الزواج من المرأة بما يستدل به عادة وعقلا على تأكيد خطبته وتصميمه على إجراء عقد الزواج.

ونلاحظ من خلال هذه الشروط أن الشيخ مصطفى السباعي تكلم عن شروط تعويض المخطوبة ولم يتكلم عن تعويض الخاطب في حال كان عدول من المخطوبة، الأمر الذي يفهم منه تبني الشيخ موقفا مخالفا لأصحاب القول الثاني مفاده وجوب تعويض المخطوبة عن ضرر العدول بشروط.

القول الثالث: لا تعويض عن ممارسة حق العدول، ويعوض الضرر اللاحق به إذا تسبب فيه العادل.

ذهب فريق من الباحثين إلى أن العدول عن الخطبة في ذاته لا يكون سببا للتعويض، لأنه حق، واستعمال الحق لا يترتب عليه تعويض، إلا أنه إذا لحقت بالمخطوبة أضرار بسبب الخاطب لا مجرد الخطبة والعدول، كطلب الخاطب من المخطوبة ترك وظيفتها أو يطلب منها

1 - و هو حديث شريف رواه ابن ماجه في سننه، باب من بنى في حقه ما يضر بحاره، الحديث رقم 748/2، 2341، وجاء في الزوائد أن في إسناده جابر الجعفي متهم، و قال الألباني صحيح لغيره، وينظر كذلك الزرقا، أحمد بن محمد، شرح القواعد الفقهية، دار القلم، دمشق، ط2، 1409هـ، ص165.

2 - الزرقا، المرجع السابق، ص179.

3 - الأشقر (الابن): مستجدات فقهية، ص397.

4 - مصطفى السباعي، شرح قانون الأحوال الشخصية 65/1.



نوعاً مخصوصاً من الجهاز، ثم يكون العدول والضرر، يلتزم العادل بتعويض الضرر الحاصل، والتعويض في هذه الحالة يكون بسبب الضرر وليس جزاء العدول نفسه.

فيكون بذلك الضرر قسمين: ضرر يكون للخطاب دخل فيه غير مجرد الخطبة والعدول، وضرر ينشأ عن مجرد الخطبة والعدول من غير عمل من جانب العادل، فالأول يعوض والثاني لا يعوض، إذ الأول تغرير¹ والتغرير يوجب الضمان² والثاني لم يكن فيه تغرير بل اغترار³ ممن وقع الضرر عليه والاعترار لا يوجب الضمان⁴.

وكان من القائلين بهذا الرأي الشيخ محمد أبو زهرة لكنه قصر التعويض على الضرر المادي واستبعد تعويض الضرر المعنوي، حيث قال: «إن التمسك بالآداب الإسلامية الخاصة بالخطبة يترتب عليه أن يقتصر النظر في الأضرار المادية، لأن الأضرار الأدبية التي تمس السمعة، وسببها الاستهواء والاستغواء، ونحو ذلك لا محل له في الفقه الإسلامي»⁵.

الترجيح: بعد ما تقدم من عرض للآراء الفقهية في مسألة التعويض عن الضرر عند العدول تركز النفس إلى ما ذهب إليه أصحاب القول الثالث الذي ميز بين الضرر لمجرد العدول والضرر الذي ينشأ وللعادل دخل فيه غير مجرد الخطبة والعدول، لأن هذا القول لا يتناقض مع حكم الخطبة باعتبارها وعد غير ملزم حيث لم يترتب أي أثر أو التزام في حق العادل واعتبره مستعملاً لحقه واستعمال الحق لا يترتب عليه تعويض هذا من جهة، ومن جهة أخرى أنه يوافق مقاصد الشريعة الإسلامية في قاعدة «لا ضرر ولا ضرار»⁶ وقاعدة «الضرر يزال»⁷ وخلصوا إلى

1 - والتغرير المقصود هنا هو الضرر الذي ينشأ وللخطاب دخل فيه غير مجرد الخطبة والعدول، مثل أن يطلب نوعاً مخصوصاً من الجهاز، ثم يكون العدول والضرر، فهو من باب المسؤولية التقصيرية.

2 - محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، القاهرة، ط3، 1957م، ص36.

3 - الاغترار هنا مقصود منه الضرر الناشئ عن مجرد الخطبة من غير عمل من جانب الذي عدل. وهذا الاغترار لا تعويض عليه، ينظر أبو زهرة: محاضرات في عقد الزواج وآثاره، ص74.

4 - محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، القاهرة، ط3، 1957م، ص36. الدريني، نفسه ص696 وما بعدها.

5 - الشيخ محمد أبو زهرة، محاضرات في عقد الزواج وآثاره، ص75.

6 - الحديث سبق تخرجه.

7 - الزرقا: شرح القواعد الفقهية، ص179.



سبيل إزالة الضرر وجبره بالتعويض المالي الذي يدفعه المتسبب للطرف المتضرر.

- موقف القانون الجزائري من تعويض ضرر العدول عن الخطبة

أقر المشرع صراحة تعويض الطرف المضرور من العدول سواء أكان الضرر ماديا أو أدبيا وهذا ما صرح به في نص الفقرة الثالثة من المادة 05 من قانون الأسرة المعدل بالأمر رقم 02/05 على أنه : « إذا ترتب عن العدول عن الخطبة ضرر مادي أو معنوي لأحد الطرفين جاز له الحكم بالتعويض ».

ويلاحظ على هذا النص الملاحظات التالية:

- تناقض الفقرة الثالثة مع الفقرة الأولى من المادة الخامسة، بحيث ذكر المشرع في الفقرة الأولى «الخطبة وعد بالزواج» والوعد - كما سبقت الإشارة- لا يرقى إلى مرتبة العقد ولا يرتب أي التزامات على الواعد في حال تراجع عن وعده، ومن المعلوم كذلك من خلال مبادئ أحكام الالتزام في القانون الجزائري أن التعويض أساسه العقد (المسؤولية العقدية) أو الفعل غير المشروع (المسؤولية التقصيرية)، وفي حالة الخطبة نحن لسنا بصدد عقد ولسنا كذلك بصدد فعل غير مشروع، فما هو الأساس القانوني للتعويض المنصوص عليه في الفقرة الثالثة من المادة الخامسة من قانون الأسرة؟.

لا تفسير لموقف المشرع إلا إذا حاولنا ترجيح أنه لم يقصد في الفقرة الثالثة تعويض الضرر في حالة ممارسة حق العدول، بل انصرف قصده إلى تعويض الضرر الذي تسبب فيه العادل بعدوله، كطلب الخاطب من المخطوبة ترك وظيفتها أو طلبه منها تجهيز البيت الزوجية إلى غير ذلك، وفي هذه الحالة نناشد المشرع لتفادي تناقض الأحكام القضائية في موضوع التعويض عن الخطبة أن يعيد صياغة نص الفقرة الثالثة على أن يكون نصها كالتالي: « إذا ترتب عن ممارسة حق العدول عن الخطبة أضرار مادية أو معنوية تسبب فيها أحد الطرفين للآخر جاز له الحكم بالتعويض ».

- جاء نص الفقرة الثالثة عاما يشمل جميع الأضرار المادية والمعنوية، و إذا دققنا النظر قليلا في موقف المشرع القاضي بالتعويض عن الأضرار المعنوية التي تصيب أحد الطرفين بعد العدول، نجد أنه يناقض ضمنيا وعمليا نص الفقرة الأولى من المادة الخامسة ويقيد حق العادل في العدول، فالأضرار المعنوية في مرحلة الخطبة كثيرا ما تكون مرتبطة بالسمة و مشاعر الطرفين ونزواتهما، وفي غالب



الأحيان يصعب تقدير التعويض فيها و يصعب إثباتها والتحقق من المتسبب فيها، لذا نجد غالبية القضاة لا يكلفون أنفسهم مشقة التحقق من وجود الضرر ويقضون دائما بالتعويض لصالح المعدول عنه، وهذا لا شك أمر خطير قد يجبر صاحب العدول بالرجوع عن عدوله وإتمام عقد الزواج، وبالتالي ينتفى معه تحقق أهم أركان عقد الزواج وهو التراضى بين الزوجين مما يرجح فشل العلاقة الزوجية وما ينجر عنها من تبعات، هذا من جهة، ومن جهة أخرى ومن المعلوم أن كلا من الطرفين يعلم أن الخطبة وعد بالزواج و لا ترقى إلى أن تكون مرحلة تمهيدية لإبرام العلاقة الزوجية لذا من المتوقع مسبقا لدى الطرفين أنها قد تحل فى أى وقت ودون أى التزامات الأمر الذى ينتفى معه وجود أضرار معنوية، وحتى ولو وجدت هذه الأضرار فمن المرجح أنه للطرف المضورر دخل فيها، وبالتالي كان على المشرع الجزائرى الاكتفاء بتعويض الضرر المادى فقط.

- وما يلاحظ كذلك على جزئية تعويض الأضرار المعنوية أنها جاءت عامة ولم يستثن المشرع منها أى أضرار، إلا أنه قد يصدر عن الخطيبين تصرفات أثناء الخطبة تخالف الشرع كالاستهواء الجنسى مثلا الذى يترك غالبا آثار نفسية فى جانب المخطوبة بعد العدول عن الخطبة، فكان على المشرع فى مثل هذه الأضرار أن يتدخل بنص صريح ويمنع التعويض فيها حتى يكبح على الأقل وقوع مثل هذه الأضرار

ثانيا- أحكام الطلاق فى الفقه الإسلامى والقانون الجزائرى

(أ)- تعريف الطلاق لغة واصطلاحا

1)- تعريف الطلاق لغة: الطلاق كلمة مشتقة من أصل الفعل الثلاثى طَلَّقَ ومعناه فى اللغة إخلاء السبيل¹، و طَلَّقَتْ و طَلَّقَتْ تَطْلِقًا. والطلاقُ من الإبل ناقة ترسل فى الحى ترعى من جنابهم أى حوالهم حيث شاءت، لا تعقل إذا راحت ولا تنحى فى المسرح، وأطَلَّقَتْ الناقة و طَلَّقَتْ هى أى حلت عقالها فأرسلتها، ورجل مَطْلَقٌ ومَطْلِيقٌ أى كثير الطلاق للنساء²، و طَلَّقَتْ المرأة من زوجها طلاقاً أى تحللت من قيد الزواج وخرجت من عصمة الزوج.

¹ -ابن منظور، لسان العرب، 227/10، الفراهيدى، العين، باب القاف والطاء واللام، 101/5.

² - الفيومى، المصباح المنير، المكتبة العلمية - بيروت، 376/2، الفراهيدى، المرجع نفسه، باب القاف والطاء واللام، 101/5.



(ب) - تعريف الطلاق في الاصطلاح: عرّف فقهاء المذاهب الطلاق بتعريفات متعددة تكاد لا تخرج عن تعريفه اللغوي:

فعرّفه فقهاء الحنفية بأنه: "رفع قيد النكاح في الحال أو المآل بلفظ مخصوص"¹، وعرّفه بعضهم أيضا بأنه: "رفع الحل الذي به صارت المرأة محلا للنكاح إذا تم العدد ثلاثا"² استنادا لقوله تعالى: ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ﴾³، وقوله جل شأنه: ﴿فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ﴾⁴، وعرّفه المالكية بأنه: "صفة حكومية ترفع حلية متعة الزوج بزوجه"⁵، وهو عند الشافعية: "حل عقد النكاح بلفظ الطلاق ونحوه"⁶، وعرّفه الحنابلة بأنه: "حل قيد النكاح، أو بعضه بوقوع ما يملكه من عدد الطلقات، أو بعضها"⁷.

وبالنظر إلى تعاريف الفقهاء نجدتها كما سبقت الإشارة، تشترك في معنى واحد وإن اختلفت عباراتها وتعددت.

(ب) - مشروعية الطلاق:

ثبتت مشروعية الطلاق في الكتاب والسنة وإجماع الأمة: أما في القرآن الكريم فقد وردت نصوص عدة تدل على مشروعيته منها قوله تعالى: ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ

1- عبد الغني الميداني، الباب في شرح الكتاب، المكتبة العلمية، بيروت - لبنان، 37/3.

2- السرخسي، المبسوط، دار المعرفة - بيروت، بدون طبعة، نشر سنة 1414هـ - 1993م، 2/6.

3 - سورة البقرة الآية: 229.

4 - سورة البقرة الآية: 229.

5 - الخرشبي، شرح مختصر خليل، دار الفكر للطباعة - بيروت، بدون طبعة وبدون تاريخ 12/4، النفراوي، الفواكه الدواني، دار الفكر، بدون طبعة، نشر سنة 1415هـ - 1995م، 30/2، عليش، منح الجليل شرح مختصر خليل، دار الفكر - بيروت، بدون طبعة، نشر سنة، 1409هـ/1989م، 3/4.

6 - السنيكي، أسنى المطالب في شرح روض الطالب، دار الكتاب الإسلامي، بدون طبعة وبدون تاريخ، 263/3.

7 - المرادوي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، دار إحياء التراث العربي، الثانية - بدون تاريخ، 429/8، ابن قدامة، المغني، 363/7.



تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ¹، و قوله تعالى: ﴿ يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا الْعِدَّةَ² .

وفي السنة كذلك وردت أخبار كثيرة تدل على مشروعيتها منها حديث عمر رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ "طلق حفصة ثم راجعها"³، وجاء في صحيح البخاري عن ابن عمر رضي الله عنهما: "أنه طلق امرأته وهي حائض على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فسأل عمر ابن الخطاب عن ذلك فقال رسول الله ﷺ: "مره فليرجعها، ثم يمسكها حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر ثم إن شاء أمسك بعد وإن شاء طلق قبل أن يمس فتلك العدة التي أمر الله أن تطلق لها النساء"⁴.

أما الإجماع فقد أجمعت الأمة الإسلامية على مشروعية الطلاق ولا يكاد يخلو كتاب من كتب الفقه الجامعة إلا وفيها باب يتحدث عن الطلاق.

(ج) - الحكمة من مشروعية الطلاق

لقد نظمت الشريعة الإسلامية العلاقة الزوجية تنظيماً محكماً وأحاطتها بكل الوسائل التي تكفل بقاءها خالية مما يعكر صفوها ويضمن لها أداء رسالتها النفسية والمادية والاجتماعية على أحسن وجه، وذلك للمحافظة على المجتمع بالتناسل والتكاثر، وإقامة الدين وعمارته الأرض وبقاء الإنسان على مر الزمان، وكذلك موافقة للفطرة وتهديباً للطباع وتحقيقاً للسكن والقرار، لكن قد يحدث من الأسباب التي تخرج العلاقة الزوجية عن ذلك النهج المرسوم فتتعدم غاياتها وتحول دون تحقيق مقاصدها، مما يجعل تحملها فوق الطاقة البشرية، وبما أن الله عز وجل شرع لعباده من أحكام على قدر طاقتهم، حيث قال سبحانه: ﴿ لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا⁵،

1 - سورة البقرة الآية: 229

2 - سورة الطلاق الآية: 01

3 أخرجه أبو داود في سننه، باب المراجعة، الحديث رقم 2283، 285/2، وقال عنه الألباني حديث صحيح، والحاكم في المستدرک، کتاب الطلاق، الحديث رقم 215/2797، 2. وصححه ووافقه الذهبي على ذلك.

4- رواه البخاري واللفظ له، في الطلاق باب وبعولتهن أحق بردهن، رقم الحديث 4908، 393/9، ومسلم في الطلاق باب تحريم طلاق الحائض، رقم الحديث 1471، 1098/2.



﴿¹، فإذا ما أصبحت الحياة هكذا فوق طاقة الزوجين، كان تفرق كل واحد منهما إلى حال سبيله خيراً من البقاء على نزع وشقاق، وفي ذلك يقول سيد سابق في كتابه (فقه السنة): قال ابن سينا في كتاب الشفاء: "ينبغي أن يكون إلى الفرقة سبيل ما، وألا يسد ذلك من كل وجه، لأن حسم أسباب التوصل إلى الفرقة بالكلية يقتضي وجوهاً من الضرر والخلل، منها: أن من الطبائع ما لا يألف بعض الطبائع، فكلما اجتهد في الجمع بينهما زاد الشر، والنبؤ وتنغصت المعاش. ومنها: أن الناس من يمتن بزواج غير كفاء، ولا حسن المذاهب في العشرة، أو بغيض تعافه الطبيعة، فيصير ذلك داعية إلى الرغبة في غيره، إذ الشهوة طبيعية، ربما أدى ذلك إلى وجوه من الفساد، وربما كان المتزوجان لا يتعاونان على النسل، فإذا بدل بزواجين آخرين تعاوننا فيه، فيجب أن يكون إلى المفارقة سبيل، ولكنه يجب أن يكون مشدداً فيه" ².

د: حكم الطلاق:

اتفق الفقهاء على أصل مشروعية الطلاق، كما اتفقوا على أنه تعتره الأحكام الشرعية ³ وذلك بحسب الظروف والأحوال التي ترافقه فيكون واجباً ومحرمًا ومستحبًا ومكروهًا، بيد أنهم اختلفوا في مسألة الحكم الأصلي للطلاق على قولين على التفصيل التالي:

– القول الأول: الأصل في الطلاق الإباحة وقد يخرج عنها في أحوال.

وإلى هذا ذهب الإمام القرطبي فقال عند تفسيره لقوله تعالى: ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانٍ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ﴾ ¹، ودل الكتاب والسنة وإجماع الأمة على أن الطلاق مباح غير

1 - سورة البقرة الآية: 286.

2 - سيد سابق، فقه السنة، دار الكتاب العربي، بيروت - لبنان، الطبعة: الثالثة، 1397 هـ - 1977 م، 2/244.

3 - و يقول في ذلك ابن حجر الهيتمي في تحفة المحتاج: وهو إما واجب كطلاق مول لم يرد الوطاء وحكمين رأياه. أو مندوب كأن يعجز عن القيام بحقوقها ولو لعدم الميل إليها أو تكون غير عفيفة ما لم يخش الفجور بها ومن ثم أمر - صلى الله عليه وسلم - من قال له إن زوجتي لا ترد يد لامس أي لا تمتنع من يريد الفجور بما على أحد أقوال في معناه بإمسائها خشية من ذلك، ويلحق بخشية الفجور بما حصول مشقة له بفراقها تؤدي إلى مبيح تيمم وكون مقامها عنده أمتع لفجورها فيما يظهر فيهما أو سيئة الخلق أي بحيث لا يصبر على عشرتها عادة فيما يظهر، وإلا فمتى توجد امرأة غير سيئة الخلق. وفي الحديث «المرأة الصالحة في النساء كالغراب الأعصم» كناية عن ندرة وجودها إذ الأعصم، وهو أبيض الجناحين وقيل الرجلين أو إحداهما كذلك أو يأمره به أحد والديه أي من غير نحو تعنت كما هو شأن الحمقى من الآباء والأمهات ومع عدم خوف فتنة أو مشقة بطلاقها فيما يظهر أو حرام كالبدعي أو مكروه بأن سلم الحال عن ذلك كله للخير الصحيح «ليس شيء من الحلال أبغض إلى الله من الطلاق». ينظر بن حجر الهيتمي، تحفة المحتاج في شرح المنهاج، المكتبة التجارية الكبرى، بمصر، بدون طبعة، نشر سنة 1357 هـ - 1983 م، 8/ص2 و3.



محظور، وقال ابن المنذر وليس في المنع منه خبر يثبت²، ويقول السرخسي في المبسوط " وإيقاع الطلاق مباح وإن كان مبغضاً في الأصل عند عامة العلماء"³، و جاء في تبين الحقائق للزيعلي: " لم يقل أحد إنه مكروه إذا كان لحاجة"⁴، وفي رد المختار " وإيقاعه مباح عند العامة لإطلاق الآيات"⁵.

وقد استدل القائلون بالإباحة بقوله تعالى: ﴿لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَقْتُمْ النِّسَاءَ﴾⁶، و قوله عز وجل: ﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ﴾⁷، وذكر معظمهم أن التعبير القرآني في الآيتين " لا جناح عليكم" و " وإذا طلقتم النساء" يفيد رفع الحرج عن الأمة وهو ما يعني الإباحة، واستدلوا كذلك بفعل النبي ﷺ " فقد طلق حفصة رضي الله عنها حتى نزل عليه الوحي يأمره بأن يراجعها"⁸، وذكروا أن النبي ﷺ لا يفعل ما فيه حظر على الأمة إلا إذا دل دليل على خصوصيته ﷺ بذلك كوصل الصيام ولا يوجد هنا دليل يصرف فعله ﷺ عن الإباحة، كما استدلوا كذلك بفعل الصحابة رضي الله عنهم فذكروا أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه طلق زوجته أم عاصم وفعل ذلك غيره كعبد الرحمن بن عوف والمغيرة بن شعبة والحسن بن علي رضي الله عنهم جميعاً.

- القول الثاني: الأصل في الطلاق الحظر وقد يخرج عن الحظر في أحوال.

وذهب إليه الأحناف على الأرجح، ومن أقوالهم يقول العلامة ابن عابدين +وأما الطلاق فالأصل فيه الحظر. بمعنى أنه محظور إلا لعارض يبيحه وهو معنى قولهم الأصل فيه الحظر والإباحة للحاجة إلى الخلاص فإذا كان بلا سبب أصلاً لم يكن فيه حاجة إلى الخلاص بل يكون حمقاً

1 - سورة البقرة الآية: 229.

2 - القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، المرجع السابق، 126/3.

3 - السرخسي، المبسوط، 2/6.

4 - الزيعلي، تبين الحقائق، 189/2.

5 - ابن عابدين، حاشية ابن عابدين (رد المختار)، 227/3.

6 - سورة البقرة الآية: 236.

7 - سورة الطلاق الآية: 01.

8 - رواه ابن ماجه في سننه، باب حدثنا سويد بن سعيد، الحديث رقم 2016، 650/1، و أبو داود في سننه، باب في

المراجعة، الحديث رقم 2283، 285/2.



وسفاهة رأي ومجرد كفران النعمة وإخلاص الإيذاء بها وبأهلها وأولادها¹ وجاء في كشاف القناع "ويباح الطلاق عند الحاجة إليه ويكره الطلاق من غير حاجة إليه"²، وبه قال شيخ الإسلام ابن تيمية رحمه الله: "أن الأصل في الطلاق الحظر وإنما أبيح منه قدر الحاجة"³ ويقول في موضع آخر: "ولولا أن الحاجة داعية إلى الطلاق لكان الدليل يقتضي تحريمه كما دلت عليه الآثار والأصول ولكن الله تعالى أباحه رحمة منه بعباده لحاجتهم إليه أحياناً"⁴.

وقد استدلوا على قولهم هذا بقوله تعالى: ﴿ فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلاً ﴾⁵، أي أي لا تطلبوا الفراق⁶، يقول الإمام القرطبي في تفسيره ﴿ فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ ﴾ أي: تركن النشوز ﴿ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلاً ﴾ أي: "لا تجنوا عليهن بقول أو فعل وهذا نهى عن ظلمهن"⁷، واستدلوا من السنة بحديث رسول الله ﷺ «أما امرأة سألت زوجها الطلاق من غير بأس فحرام عليها رائحة الجنة»⁸ وقالوا في ذلك لولا أنه محظور ما استحقت المرأة هذا العقاب الشديد، وذكروا كذلك أن الطلاق من غير بأس ظلم للمرأة وضرر بها وبأهلها وأولادها بل هو من أكبر الظلم، وقد حرم الله تعالى الظلم فقال تعالى في الحديث القدسي: «يا عبادي إني حرمت الظلم على نفسي وجعلته بينكم محرماً فلا تظالموا»⁹، ونهى رسول الله ﷺ عن الضرر بالضرر والضرر بالضرر فقال: «لا ضرر ولا ضرار»¹⁰.

1- ابن عابدين، رد المحتار، المرجع السابق، 228/3.

2- البهوتي، كشاف القناع، 232/5.

3- ابن رشد، الفتاوى، 16/3.

4- ابن رشد، المرجع السابق، 62/3.

5- سورة النساء الآية: 34.

6- ابن عابدين، المرجع نفسه، ج3 ص228.

7- القرطبي، تفسير القرطبي، 157/3.

8- رواه ابن ماجه في الطلاق، باب كراهية الخلع للمرأة، الحديث رقم 2055، 662/1.

9- رواه مسلم في صحيحه، باب تحريم الظلم، الحديث رقم 2577، 1994/4.

10- رواه ابن ماجه في سننه، باب من بين في حقه ما يضر بجاره، الحديث رقم 2341، 784/2، وقال عنه الألباني

حديث صحيح، و رواه أحمد في مسنده، باب عبد الله بن العباس ابن عبد المطلب، الحديث رقم 2865، 55/5.



الترجيح: ومن خلال ما سبق نرى أن الراجح من القولين ما قال الأصل في الطلاق الحظر وقد يخرج عن الحظر في أحوال، لأنه الأكثر مراعاة لمقاصد الشريعة في المحافظة على استقرار الأسر، فلو ترك الطلاق للإباحة لتعسف ضعاف النفوس في استعماله ولتج عن ذلك ظلم النساء والأولاد، والله سبحانه وتعالى حرم الظلم على العباد، فإذا كان الطلاق سبيلا للظلم فكان من الأولى أن يكون محظورا إلا للحاجة، ومما يؤيد هذا أن الله تعالى لا يرضى الطلاق، وأنه مما يرضي الشيطان، وهو أعظم فتنة ينجح الشيطان في إيقاد نارها، وما كان كذلك فلن يكون محمودا أبدا، ففي الحديث الصحيح عن النبي ﷺ أنه قال: "إن إبليس يضع عرشه على الماء ثم يبعث سراياه فأدناهم منه منزلة أعظمهم فتنة، يجيء أحدهم فيقول فعلت كذا وكذا فيقول ما صنعت شيئا، قال: ثم يجيء أحدهم فيقول: ما تركته حتى فرقت بينه وبين امرأته، قال: فيدنيه منه ويقول نعم أنت".¹

ذ: الطلاق الرجعي و البائن في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

ينقسم الطلاق من حيث وصفه الشرعي إلى قسمين سني وبدعي، و من حيث الصيغة المستعملة في إيقاعه إلى طلاق صريح وكنائي، وينقسم بالنظر إلى زمن وقوع أثره إلى طلاق منجز ومعلق، من حيث الصيغة المستعملة إلى طلاق صريح وكنائي، ينقسم من حيث الأثر الناتج على الحياة الزوجية إلى قسمين رجعي و بائن وهو ما يخدمنا في بحثنا.

1- الطلاق الرجعي: ما يجوز معه للزوج رد زوجته في عدتها من غير استئناف عقد²

وهو ما كان دون الطلقة الثالثة بالنسبة للمدخول بها، أما غير المدخول بها فإنها تبين منه بمجرد الطلاق، ولا عدة له عليها، ودليله قوله تعالى: ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكَ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٍ

¹ - الحديث رواه مسلم، كتاب صفة المنافقين وأحكامهم، باب تحريش الشيطان وبعثه سراياه لفتنة الناس، الحديث رقم (2813)، 2167/4

2167/4

² - سيد سابق، فقه السنة، 274/2.



﴿الباب الأول﴾ ————— (الرعى القضائية وتواعر الاختصاص القضائي في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري) - كـ.

بإحسان¹ وفي الآية بيان أن الطلاق المشروع يكون مرة بعد مرة وللزوج الحق أن يراجع زوجته بعد الطلقة الأولى أو الثانية ما لم تنقضي عدتها والإمسك بالمعروف معناه مراجعتها².

حكمه: الطلاق الرجعي لا يزيل الزوجية القائمة ما دامت الزوجة في العدة، وللزوج حق إرجاع زوجته بدون عقد جديد ولا يشترط في ذلك رضاها³ لقوله تعالى: ﴿وبعولتهن أحق بردهن في ذلك أن أرادوا إصلاحاً﴾⁴، ففي الآية سمي الله تعالى المطلقات أزواجاً بعد الطلاق "وبعولتهن" ولا يكون ذلك إلا إذا كانت الزوجية قائمة ولذلك جاء في المغني لابن قدامة قوله: "والرجعية يلحقها طلاقه وظهاره وإيلاؤه وبعولته مادامت في العدة ويرث أحدهما الآخر إذا حصلت وفاة أحدهما وهي في العدة وإن خالعهما صح خلعه"⁵، ولا يحل به المؤجل من المهر لأحد الأجلين وإنما يحل ذلك بعد انقضاء العدة، وهو ينقص عدد المطلقات التي يملكها الزوج على زوجته فإن الزوج يملك إيقاع ثلاث طلاقات على زوجته فإن طلق واحدة احتسبت وبقيت له اثنتان وإن طلق الثانية احتسبت وبقيت له واحدة تبين بعدها.

- **الطلاق البائن:** هو الذي لا يحق للزوج أن يرتجع المطلقة بعده إلا برضاها وبمهر وعقد جديدين، وهو نوعان: بائن بينونة صغرى و بائن بينونة كبرى.

- **الطلاق البائن بينونة صغرى:** هو الذي لا يملك الرجل فيه حق مراجعة مطلقته إلا بعقد جديد ومهر جديد سواء كان أثناء العدة أم بعدها⁶.

حالاته:⁷

- 1 - سورة البقرة الآية 229
- 2 - شمس الدين القرطبي، الجامع لأحكام القرآن = تفسير القرطبي، دار الكتب المصرية - القاهرة، الطبعة: الثانية، 1384هـ - 1964م، 3/120.
- 3 - سيد سابق، المرجع نفسه، 2/274، ابن قدامة، المغني، 7/519.
- 4 - سورة البقرة الآية 228.
- 2- ابن قدامة، المغني، 7/519.
- 3-د/ عبد العزيز رمضان سمك، الفرق بين الزوجين في الفقه الإسلامي والقانون المصري، دار الثقافة العربية، القاهرة، 1993، ص61.
- 4- محمد بن إبراهيم بن عبد الله التويجري، موسوعة الفقه الإسلامي، بيت الأفكار الدولية، الطبعة: الأولى، 1430 هـ - 2009م، 4/212.



«الباب الأول» ————— (الرعي القضائية وتواعر الاختصاص القضائي في الفقه الإسلامي والقانون الجزائي) - كـ.

- الطلاق قبل الدخول إذ لا يملك الزوج في هذه الحالة إذا أراد أن يراجع زوجته إلا أن يعقد عليها عقداً جديداً ويسمي لها مهراً.

- الطلاق على عوض والمسمى في الفقه بالخلع لأن المرأة ما دفعت العوض إلا لتتخلص من قيد الزوجية وتملك أمر نفسها وبه لا يملك الزوج إرجاع زوجته إلا برضاها وعقد جديد ومهر جديد.

- بعض الحالات التي يفرق فيها القاضي كتفريق القاضي بسبب الشقاق بين الزوجين أو تضرر الزوجة من غيبة الزوج أو حبسه.

- المطلقة رجعيًا إذا أنقضت عدتها ولم يراجعها زوجها.

- **حكمه:** الطلاق البائن بينونة صغرى يزيل الملك ولا يرفع الحل فبمجرد وقوعه تصبح الزوجة أجنبية عن زوجها فلا يحل له الاستمتاع بها ولا يرث أحدهما الآخر إذا مات أثناء العدة أو بعدها، ويحل به مؤخر الصداق المؤجل، ولا يملك الزوج حق إرجاع زوجته إلا برضاها ومهر جديد وعقد جديد¹، وقد اتفق الفقهاء أن البائن بينونة صغرى إذا عقد عليها زوجها عقداً جديداً قبل أن تتزوج بزواج آخر تعود إليه بما بقي له من الطلقات الثلاث واحدة أو اثنتان².

- **الطلاق البائن بينونة كبرى:** هو الذي لا يملك الرجل فيه حق مراجعة مطلقته إلا بعد أن تنكح زوجاً آخر ويدخل بها ثم يفارقها بموته أو بالطلاق³، ويقع الطلاق بائناً بينونة كبرى إذا كان مكماً الثلاث لقوله تعالى: ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ﴾⁴

1 - حسين بن عودة العوايشة، الموسوعة الفقهية الميسرة في فقه الكتاب والسنة المطهرة، المكتبة الإسلامية (عمان - الأردن)، دار ابن حزم (بيروت - لبنان)، الطبعة: الأولى، من 1423 - 1429 هـ، 5/ص318 و319.

2 - سيد سابق، فقه السنة، 2/277.

3 - القرافي، الذخيرة، تحقيق محمد حجي وسعيد أعراب ومحمد بوخبزة، دار الغرب الإسلامي - بيروت، الطبعة: الأولى، 1994 م، 4/316.

4 - سورة البقرة الآية 229.



وقوله: ﴿فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ﴾¹ ، ولقوله ﷺ لامرأة رفاة وقد طلقها زوجها ثلاثاً وأرادت أن تعود إليه بعد أن تزوجت بآخر لكن دون معاشرة زوجية "لا حتى تذوق عسيلته ويذوق عسيلتك وهذا القول كناية عن الوطء"².

- حكمه: الطلاق البائن بينونة كبرى يزيل الملك و يرفع الحل، فبمجرد وقوعه تصبح الزوجة أجنبية عن زوجها فلا يحل له الاستمتاع بها ولا يرث أحدهما الآخر إذا مات أثناء العدة أو بعدها، ويحل به مؤخر الصداق المؤجل، ولا يملك الزوج حق إرجاع مطلقته حتى تنكح زوجاً غيره ثم يفارقها بموت أو طلاق وتنقضي عدتها ثم إذا شاء زوجها الأول أن يعقد عليها برضاها كان له ذلك ولكن يعقد جديد ومهر جديد³، وقد اتفق الفقهاء أن المبانة بينونة كبرى إذا تزوجت، ثم طلقت وعادت إلى زوجها الأول بعد انقضاء عدتها تعود إليه بحل جديد، ويملك عليها ثلاث طلاقات، لأن الزوج الثاني أنهى الحل الأول.

-تناول المشرع الجزائري الطلاق بنصوص المواد 48 و 49 و 50 و 51 و 52 من قانون الأسرة، حيث تبنى بنصوص المواد 50 و 51 من نفس القانون معيار تقسيم الطلاق من حيث الأثر الناتج على الزوجية، فقسم الطلاق إلى طلاق رجعي و طلاق بائن بنوعيه (طلاق بائن بينونة صغرى و طلاق بائن بينونة كبرى) حيث تنص المادة 50 على أنه: "من راجع زوجته أثناء محاولة الصلح لا يحتاج إلى عقد جديد ومن راجعها بعد صدور الحكم بالطلاق يحتاج إلى عقد جديد"، وتنص المادة 51 على أنه: "لا يمكن أن يراجع الرجل من طلقها ثلاث مرات متتالية إلا بعد أن تتزوج غيره وتطلق منه عنها بعد البناء"، و ما يؤخذ عليه المشرع من خلال نصوص المواد السابقة أنه لم يضع أي اعتبار للعدة الشرعية في مسائل الطلاق، الأمر الذي يجعل من موقف المشرع الجزائري مخالفاً لأحكام الشريعة الإسلامية من عدة أوجه:

1- سورة البقرة الآية 229.

2 - سبق تخريجه.

3 - سيد سابق، فقه السنة، 2/ص 277 و 278، حسين بن عودة العوايشة، الموسوعة الفقهية الميسرة في فقه الكتاب والسنة المطهرة، 319/5، د / وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي و أدلته، دار الفكر - سوربة - دمشق، الطبعة الرابعة، 9/ 6964.



1- المشرع لم يقيد فترة الصلح بمدة معينة ولم يربطها بالعدة الشرعية وبالتالي يمكن للزوج أن يتلفظ بالطلاق ولا يلتجئ إلى المحكمة إلا بعد مضي العدة، أو قد تطول إجراءات التقاضي في دعوى الطلاق فتتعد جلسة الصلح بعد نهاية العدة الشرعية، التي يبدأ احتسابها في الشريعة الإسلامية من تصريح الزوج بالطلاق، فإذا نجحت هذه الجلسة وراجع المطلق مطلقته بلا عقد جديد طبقاً للمادة **50**، فقد حصل تعارض بين القانون والشريعة الإسلامية، إذ أن الطلاق صار بائناً بينونة صغرى من الناحية الشرعية ولا يستطيع المطلق فيه مراجعة طليقته إلا برضاها و بمهر و عقد جديدين، بينما لا يشترط عليه ذلك بمقتضى المادة **50**.

أو قد يحدث العكس فيتقدم الزوج برفع دعوى الطلاق بمجرد تلفظه به، ويجري القاضي

بينهما محاولات الصلح التي قد تنتهي قبل انتهاء العدة الشرعية، و في حالة عدم حصول الصلح بينهما يصدر القاضي حكمه بالطلاق فإذا أراد الرجل مراجعة زوجته بعد ذلك و قبل انتهاء العدة يلزمه القانون بعقد جديد ومهر جديد وهذا مخالف بطبيعة الحال لأحكام الشريعة الإسلامية.

2- ذكر المشرع في نص المادة **58**: "تعد المطلق المدخول بها غير الحامل بثلاثة قروء، واليائس من الحيض بثلاثة أشهر من تاريخ التصريح بالطلاق"، وذكر في نص المادة **49**: "لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح يجريها القاضي..."، من خلال هذه النصوص (المواد: **49، 50، 58** من قانون الأسرة) سيحجر طرفا الطلاق بعدتين، عدة شرعية تبدأ من تاريخ تلفظ الزوج بالطلاق، وعدة قانونية تبدأ من تاريخ صدور الحكم بالطلاق.

3- تنص المادة **61** من نفس القانون: "لا تخرج الزوجة المطلقة ولا المتوفى عنها زوجها من السكن العائلي مادامت في عدة طلاقها أو وفاة زوجها إلا في حالة الفاحشة المبينة ولها الحق في النفقة في عدة الطلاق"، ففي حالة فوات العدة الشرعية واستمرار العدة القانونية سيكون الطرفان أجنبيين عن بعضهما فإذا أجبرت المطلقة بقضاء العدة القانونية مع طليقها حتما سيقع المحظور وتحدث الخلوة وهذا مخالف لأحكام الشرع الإسلامي، كما أنه يجبر الرجل على نفقة أجنبية عنه وهذا ضرر، ولا ضرر ولا ضرار في الشريعة الإسلامية.



4- بفوات العدة الشرعية واستمرار العدة القانونية، يحل أجل المؤخر من المهر شرعا ولا يحل قانونا.

5- بفوات العدة الشرعية واستمرار الدعوى القضائية، لا يرث أحدهما الآخر شرعا، ويستحقه قانونا في حالة عدم انحلال الرابطة الزوجية قضائيا.

6- يجوز للزوجة المطلقة المنتهية العدة شرعا أن تتزوج برجل آخر، ولا يجوز ذلك قانونا عند قيام العدة القانونية، بل يمكن لمطلقها أن يتابعها جزائيا.

وعليه نرى أنه لتفادي هذا الخروج الفاضح من المشرع على الشريعة الإسلامية في هذه الجزئية، ضرورة تعديل نص المادة 50 من قانون الأسرة على أن يكون نصها كالاتي: من راجع زوجته أثناء العدة لا يحتاج إلى عقد جديد، وفي حالة فواتها يصدر القاضي حكمه بالطلاق دون محاولة الصلح بينهما، وفي كل الأحوال لا يحكم القاضي بالطلاق إلا بفوات العدة الشرعية على أن يبدأ احتسابها من تاريخ تلفظ الزوج بالطلاق فإن تعذر على القاضي ذلك يتم احتسابها من تاريخ افتتاح دعوى الطلاق.

(ر) توابع الطلاق من (متعة ونفقة عدة)

1- المتعة:

المتعة مبلغ من المال يختلف باختلاف حال الزوج يسرا وعسرا، يدفعه الزوج لمطلقاته جبرا لحاظها ومواساتها، والأصل في تشريعها قوله تعالى ﴿ وَمَتَّعُوهُنَّ عَلَى الْمَوْسِعِ قَدْرُهُ وَعَلَى الْمُقْتِرِ قَدْرُهُ مَتَاعًا بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ ﴾¹.

وقد اختلف الفقهاء في متعة المطلقة، فيما إذا كانت الفرقة قبل الدخول أو بعده، وفيما يلي تفصيل ذلك.

– متعة المطلقة قبل الدخول: وقد فرق الفقهاء بين التي سمي لها مهر والتي لم يسم لها.

¹ - سورة البقرة الآية: 236



- متعة المطلقة قبل الدخول في عقد لم يسم فيه مهر : وتسمى بالمفوضة واختلف الفقهاء في متعتها إلى قولين :

- القول الأول : وجوب استحقاق المفوضة للمتعة، وذهب إلى ذلك الأحناف والإمام الشافعي في الجديد، وابن عباس والحسن البصري، و الأوزاعي وأحمد في رواية الجماعة، وفريق من المالكية، وبه أخذ الإباضية¹.

واستدل أصحاب هذا القول بالكتاب والمعقول :

- استدلالهم من الكتاب:

استدلوا بقوله تعالى ﴿لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَقْتُمْ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً وَمَتَّعُوهُنَّ عَلَى الْمَوْسِعِ قَدْرَهُ وَعَلَى الْمُقْتِرِ قَدْرَهُ مَتَاعًا بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ﴾².

ووجه الدلالة من الآية الكريمة : أن الأمر في قوله تعالى ﴿ومتعوهن﴾ للوجوب المؤكد بلفظ ﴿حقا على المحسنين﴾، ويدل هذا إلى أن المتعة بدل عن الواجب، وهو نصف المهر فيما لو سمي قبل الطلاق، وبدل الواجب واجب.

- استدلالهم من المعقول: وجبة المتعة للمطلقة التي لم يسم لها مهر وقت العقد حتى ينصفها، وتأخذ المطلقة نصفه تعويضا لها، فوجب تعويضها بمهنية لازمة تعادل نصف مهر مثلها.

- القول الثاني : استحباب متعة المفوض وعدم وجوبها

وذهب إليه الإمام مالك والشافعي في القديم، وابن أبي ليلى¹، وهذا الرأي اعترض عليه ابن القاسم² من المالكية فقال إن قوله تعالى: " ومتعوهن أمر والأمر للإيجاب "

¹ - محمد بن يوسف اطفيش، شرح كتاب النيل والشفاء العليل -مكتبة الإرشاد، طبعة 1405هـ - 1985م، 391/6.

2 - سورة البقرة الآية 236



واستدل أصحاب هذا القول على مذهبه بالمعقول :

بأن الزوج لا يجبر عليها قضاءً، لأن الله تبارك وتعالى قال "حقاً على المتقين" و "حقاً على المحسنين" ولو كانت واجبة ما اختص بها هؤلاء دون غيرهم، بل أطلقها على الخلق أجمعين³.

- **الترجيح:** بعد عرض الرأيين السابقين في مسألة متعة المفوضة، فإني أميل إلى الأخذ بالرأي القائل بوجود متعة المفوضة التي طلقت قبل الدخول في عقد لم يسمى فيه مهر، ذلك لقوة حاجتهم وقربها من المنطق، لأن المتعة تقوم مقام نصف مهر المثل الواجب للمطلقة التي لم يسم لها مهر، وبدل الواجب واجب، أما ما جاء به أصحاب القول الثاني من أدلة قد اعترض عليه أصحاب القول الأول بما يلي: إن قوله تعالى ﴿وَالْمُطَلَّاتِ مَتَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ﴾⁴، كان لتروها سبب، فقد ذكر أنه لما نزل قوله تعالى ﴿مَتَاعًا بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ﴾⁵ قال رجل إن شئت أحسنت فعلت، وإن شئت لم أفعل، فترل قوله تعالى: "وَالْمُطَلَّاتِ مَتَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ".

- متعة المطلقة قبل الدخول في عقد سمي لها فيه مهر.

¹ - أبو عبد الرحمن محمد بن عبد الرحمن ابن أبي ليلي قاضي ومفتي الكوفة، قال عنه أحمد بن يونس: كان أفقه أهل الدنيا، صاحب قرآن وسنة، مات وهو على القضاء سنة 148هـ، ينظر ابن العماد الحنبلي، شذرات الذهب في أخبار من ذهب، دار ابن كثير، دمشق - بيروت، الطبعة: الأولى، 1406 هـ - 1986 م، 2/222.

² - هو عبدالرحمان بن خالد بن جنادة العتقي المعروف بابن القاسم (132-191هـ)، أحد كبار أئمة المالكية، جمع بين العلم والزهد، تفقه بمالك وكان أثبت الناس فيه وأعلمهم بأقواله لطول صحبته له التي دامت عشرين عاماً، وهو رائد المدرسة المالكية بمصر، سمع مالكا والليث وعبد العزيز بن الماجشون ومسلم بن خالد الزنجي، وروى عنه أصغ وسحنون وعيسى بن دينار ومحمد بن عبد الحكم، قال عنه مالك: مثله كمثل جراب مملوء مسكاً، وقال الدارقطني: من كبار المصريين وفقهائهم، رجل صالح مُقِلُّ متقِنٌ حَسَنُ الحفظِ. (القاضي عياض، ترتيب المدارك 433/2، ابن فرحون، الديباج المذهب، 1/465).

³ - تفسير القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، لأبي عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي، الطبعة الثالثة 1387 هـ/1967م، 3/200.

4 - سورة البقرة الآية 241.

5 - سورة البقرة الآية 236.



إذا طلقت المرأة قبل أن يتم الدخول بها، وكان قد سمي لها في العقد مهر، فهل تستحق فوق ذلك متعة أم لا ؟.

من المسلم به أن المرأة إذا طلقت قبل الدخول وجب لها نصف المهر المسمى في العقد، مصداقا لقوله تعالى: ﴿ وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ ﴾¹.

أما بالنسبة لاستحقاقها المتعة، فقد حدث فيه خلاف بين الفقهاء إلى ثلاثة أقوال:

القول الأول: عدم استحقاق المطلقة غير المدخول بها في عقد فيه مهر مسمى للمتعة.

وقد أخذ به الإمام الشافعي في الجديد وبعض الحنابلة²، وحثهم في ذلك أن المطلقة قبل الدخول قد ضمنت سلامة بضعها ونصف المهر، وهذا يكفي جبرا للإيحاء، ولم تفقد ما تستلزم الاستعاضة عنه بنصف المهر والمتعة مرة واحدة، بصريح قوله تعالى: ﴿ وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ ﴾³.

ووجه الدلالة من الآية: أن الله تبارك وتعالى خص هذه المطلقة بنصف المهر المفروض، ولم يذكر معه ما يدل على استحقاقها شيئا من المتعة.

القول الثاني: المتعة مستحبة لكل مطلقة وليست واجبة

وذهب إلى هذا القول الإمام مالك وشريح⁴ والليث بن سعيد¹ وابن أبي ليلى، بحيث لم يفرقوا بين المطلقة قبل الدخول أو بعده، والمفروض لها وغير المفروض لها، واستدلوا على مذهبهم من الكتاب بقوله تعالى: ﴿ حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ ﴾²، وبقوله تعالى ﴿ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ ﴾³.

1 - سورة البقر الآية: 237.

2 - الشريبي، مغني المحتاج، دار إحياء التراث العربي، 3/ 241.

3 - سورة البقرة الآية 241.

4 - أبو أمية شريح بن الحارث بن قيس بن الجهم بن معاوية الكندي الكوفي التابعي يقال له شريح بن شراحيل أو شراحيل، أدرك النبي ولم يلقه، روى عن عمر وعلي وابن مسعود وزيد بن ثابت وعبد الرحمن بن أبي بكر وعروة البارقي، وروى عنه الشعبي والنخعي وقيس بن أبي حازم وأنس ومحمد ابنا سيرين، استقصاه عمر بن الخطاب على الكوفة وأقروه عليه بعده فيقي على قضائها



ووجه الدلالة من هذه الآية : أن الله تعالى جعل المتعة حقا على المحسنين دون غيرهم، وجعلها

حقا على المتقين وقيده بالمعروف في كلتا الآيتين، ولو كان واجبا لما خص به المحسنين والمتقين،
ولما قيده الله تعالى بالمعروف في كلتا الآيتين.

القول الثالث: وجوب المتعة لكل مطلقة

وذهب إلى هذا ابن حزم⁴، حيث يرى أن المتعة فرض على كل مطلق واحدة أو اثنتين أو ثلاثا،
وطفها أو لم يطأها، فرض لها صداقها أو لم يفرض لها شيئا، وكذلك بالمفتدية أيضا، ويجبره الحاكم
على ذلك أحب أم كره¹.

ستين سنة، توفي سنة 78هـ وهو ابن مائة وعشرين سنة. (تهذيب الأسماء 232/1، ابن عبد البر، الاستيعاب 701/2، الربيعي،
مولد العلماء ووفياتهم، تحقيق عبد الله سليمان الحمد، نشر دار العاصمة، ط 1، 1410هـ، 198/1).

¹ - الليث بن سعد الإمام الحافظ شيخ الديار المصرية وعالمها ورئيسها أبو الحارث الفهمي مولاها الأصبهاني الأصل، كان
الشافعي يتأسف على فواته وكان يقول: هو أفقه من مالك إلا أن أصحابه لم يقوموا به، وقال: كان أتبع للأثر من مالك، وقال
يحيى بن بكير هو أفقه من مالك لكن الحظوظ لمالك، وقال ابن وهب: لولا الليث ومالك للزللنا؛ ولد بقرقشندة قرية من أسفل
أعمال مصر في سنة 94هـ سمع عطاء بن أبي رباح وابن أبي مليكة ونافعا العمري وسعيد بن أبي سعيد المقري وابن شهاب الزهري،
وروى عنه خلق كثير منهم ابن عمجلان شيخه وابن لهيعة وهشيم وابن وهب وابن المبارك وشبابه وأشهب وسعيد بن شرحبيل
وسعيد بن غفيرة وشعيب بن الليث ولده ويحيى بن بكير، مات الليث للنصف من شعبان سنة 175هـ يوم الجمعة وصلى عليه موسى
بن عيسى. انظر ترجمته في: (الذهبي، سير أعلام النبلاء 136/8، وتذكرة الحفاظ، تحقيق حمدي عبد المجيد السلفي، دار الصميعي،
الرياض، ط 1، 1415هـ، 224/1).

2- سورة البقرة الآية: 236.

³ - سورة البقرة الآية: 241.

4- هو علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الظاهري، أبو محمد، عالم الأندلس في عصره، وأحد الأئمة الإسلام، صاحب
«المحلى»، و«جمهرة أنساب العرب»، وغيرهما من المصنفات الكثيرة النافعة، ولد بقرطبة من بلاد الأندلس في شهر
رمضان سنة (384) هـ، ونشأ في نعمة سابعة، وجاه عريض، وكانت له ولأبيه من قبله رئاسة الوزارة وتدبير المملكة،
فزهدهما وانصرف إلى العلم والتأليف، فكان من صدور الباحثين، فقيها، حافظا، يستنبط الأحكام من الكتاب والسنة،
بعيدا عن المصانعة، وكان إليه المنتهى في الذكاء، والعربية، والآداب، والمنطق، والشعر، مع الصدق، والديانة، والحشمة،
والسؤدد، والرياسة، والثروة، وكثرة الكتب، قرأ ابن حزم على أبي عمر أحمد بن الحسين، ويحيى بن مسعود، وأبي الحيار
مسعود بن سليمان الظاهري، ويونس بن عبد الله القاضي، ومحمد بن سعيد بن ساني، عبد الله بن الربيع التميمي، وعبد
الله بن يوسف بن نامي، وغيرهم، وله مؤلفات كثيرة وقد اشتهر بكتابه (المحلى)، سنة ست وخمسين وأربع مائة، فكان
عمره إحدى وسبعين سنة وأشهرها. ينظر، ابن العماد الحنبلي ابن العماد الحنبلي، شذرات الذهب، 38/1، وينظر كذلك
الذهبي، سير أعلام النبلاء، 184/18.



ولا متعة على من انفسخ نكاحه منها بغير طلاق، ومتى تثبت المتعة على كل مطلق لم تسقط بمراجعتها لها في العدة ولا بموته ولا بموتها، والمتعة لها أو لورثتها من رأس ماله، والمتعة على الموسر خادم يشتغل بالخدمة، وعلى من لا فضلة عنده عن قوت أهله ونفسه ثلاثون درهماً، ويقضى على المقل ولو بمد أو بدرهم على حسب طاقته، ودليل ابن حزم في إيجاب المتعة لكل مطلقة قوله تعالى: ﴿وَلِلْمُطَلَّقاتِ مَتاعٌ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ﴾².

ووجه الدلالة من الآية الكريمة: أن الله تعالى عم كل مطلقة ولم يخص، وأوجب حقاً لها على كل متق يخاف الله تعالى.

الترجيح: الراجح في نظرنا الرأي القائل أن المطلقة قبل الدخول المعقود عليها بمهر مسمى، لا تستحق المتعة لأنها قبضت نصف المهر المفروض، لأن الله تبارك وتعالى خص هذه المطلقة بنصف المهر المفروض، ولم يذكر معه ما يدل على استحقاقها شيئاً من المتعة، وقد جاءت الآية الكريمة صريحة في ذلك.

2/ - متعة المطلقة المدخول بها: واختلف الفقهاء بشأنها على قولين

القول الأول: عدم استحقاق المطلقة المتعة مطلقاً، وذهب إليه الشافعي في القديم، وقد استدل بما يلي:

- أن المدخول بها قد استحققت المهر وملكته، وفي ذلك غنى عن المتعة، وذكر أنه إذا كانت المطلقة لا تستحق المتعة مع الشطر فمع الكل أولى³.

القول الثاني: استحقاق المطلقة المدخول بها المتعة مستحبا وليس واجبا.

وذهب إلى هذا الأحناف والإمام مالك والشافعي في الجديد، وقد أيد ابن حبيب رأي شيخه مالك رحمهما الله، حيث قال: المتاع أمر رغب الله فيه.

1 - ابن حزم، المحلى، منشورات المكتب التجاري للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت. 245/10.

2 - سورة البقرة الآية 241.

3 - الخطيب الشرييني، مغني المحتاج، 3 / 241.



وقد استدلل أصحاب هذا القول من الكتاب والأثر :

- استدلالهم من الكتاب: استدلوا بعموم قوله تعالى: ﴿وَالْمُطَلَّقاتِ مَتاعٌ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَی الْمُتَّقِينَ﴾¹ ، و خصوص قوله تعالى لرسول الكرىم صلى الله علیه وسلم ﴿يَا أَيُّها النَّبِيُّ قُلْ لِّأَزْواجِكِ إِنْ كُنْتِ ن تُرِذْنَ الحَياةَ الدُّنْيا وَزِينَتَها فَتَعالَيْنَ أَمَتَّعَنَّ وَأَسرَّحَنَّ سَراحا جَمِیلا﴾².

- استدلالهم من الأثر: استدلوا من الأثر بقول ابن عمر "لكل مطلقة متعة، إلا التي لم يدخل بها وقد فرض لها".

الترجىح: بعد عرض الخلاف الفقهى فى متعة المطلقة المدخول بها، ترجح لى الرأى القائل استحاب متعتها، وذلك لاستنادهم على أدلة من القرآن الكرىم وأقوال الصحابة تعضد ما ذهبوا إليه، خاصة وأن الآىة الكرىمة المستدل بها جاءت صرىحة فى ذلك، وأنهم لم يتوقفوا على الاستدلال فقط بل ذهبوا إلى الرد على الرأى المخالف بأن جمىع المهر قد وجب فى مقابلة استفاء منفعة البضع، فجلا الطلاق على الجبر بخلاف من وجب لها النصف، فإن بضعها سلم فكان الشطر جابرا للإىحاش³.

- القدر المستحق من المتعة : اختلف الفقهاء فى القدر الذى تستحقه المتعة ونوعه وهل يكون نقدا أو متاعا ؟ إلى قولین:

القول الأول: تقدر المتعة متاعا ولا يجوز تقديرها نقدا، وذهب إلى هذا القول الأحناف حيث يقدرون المتعة بدرع وخمار وملحفة، وهذه لا تزيد عن نصف المهر المثل ولا تنقص عن خمسة دراهم.

¹ - سورة البقرة الآىة: 241.

² - سورة الأحزاب الآىة: 28.

³ - الخطيب الشرىبى، مغنى المحتاج ، 3 / 241.



« (الباب الأول) ————— (الرعي القضائية وتواعر الاختصاص القضائي في الفقه الإسلامي والقانون الجزائي) - كـ.

وجاء في البدائع ، أن أدنى ما تكتسي به وتشتريه عند الخروج ثلاثة أثواب وللعرف دور كبير في ذلك¹.

واستدلوا على مذهبهم بالقرآن الكريم: من قوله تعالى ﴿وَلِلْمُطَلَّاتِ مَتَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ﴾².

ووجه الدلالة من الآية الكريمة : أن ذكر المتعة جاء بلفظ المتاع، والمتاع لا يتناول الدراهم، وقد قال ابن عباس رضي الله عنه: المتعة أرفعها خادم ثم نفقة³.

القول الثاني : جواز أن تقدر المتعة نقدا.

وذهب إلى هذا من الفقهاء الشافعية، وذلك لأن الحاجة إلى النقود أعم و أشمل، ولأن الأذواق عند النساء تختلف، ويمكن أن تقدر بالتراضي بين الزوجين ولا يمنع التقدير بينهما أي قيد أو يقدرها القاضي، ويجب أن يراعي في ذلك ألا تنقص عن ثلاثين درهما استحبابا ويُسن ألا تبلغ نصف مهر المثل.

— **كيفية تقدير المتعة:** إذا حصل النزاع بين المطلق و مطلقته في القدر المستحقة من المتعة، فما هي الأحوال المعتمدة في تقديرها ؟ وفي هذا اختلف الفقهاء إلى عدة أقوال :

القول الأول : تقدر المتعة بحسب حال الزوج يسرا وعسرا، وذهب إلى ذلك الأحناف والمالكية به أخذ الإمام أحمد وبعض الشافعية، واستدلوا على مذهبهم بقوله تعالى ﴿وَمَتَّعُوهُنَّ عَلَى الْمُسَعِّقِ قَدْرَهُ وَعَلَى الْمُقْتِرِ قَدْرَهُ﴾⁴ ونص الآية موجه إلى الأزواج، فإذا كان الزوج فقيرا والزوجة غنية وأزمناه متعة تليق بما حملناه فوق طاقته، والله تعالى يقول: ﴿لَا يَكْلِفُ اللَّهُ

نفسا إلا وسعها﴾⁵.

¹ - السرخسي،المبسوط ، مطبعة دار المعرفة للطباعة والنشر بيروت، الطبعة الثانية،62/5 .

² -سورة البقرة الآية: 241.

³ - تفسير القرطبي ، الجامع لأحكام القرآن ، لأبي عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي ، الطبعة الثالثة ، 300 /3.

⁴ - سورة البقرة الآية 236.

⁵ - سورة البقرة الآية 286.



القول الثاني : تقدر المتعة بحسب حال الزوجة، وبه أخذ بعض الشافعية، والحنابلة في بعض الروايات عنهم¹.

وحجتهم في ذلك : أن المتعة تقوم مقام نصف مهر المثل الواجب للمطلقة التي لم يسم لها مهر، ومهر المثل يراعى في تقديره حال الزوجة لا حال الزوج والمتعة قامت مقامه فيجب أن تكون مثله في مراعاة حال الزوجة.

القول الثالث : يجب في تقدير المتعة مراعاة حال الزوجين معا وهو القول الراجح عند الشافعية والحنابلة ، فإن كانا موسرين كانت متعة الموسرين، وإن كانا فقيرين كانت المتعة يسيرة بحسب حالهما، وإن كان أحدهما موسرا والآخر معسرا قدرت بحسب متوسط حال الزوجين. وبرروا موقفهم هذا، بتأويل عبارات الآية الكريمة التي أوجبت المتعة، فقالوا إن قوله تعالى: ﴿ وَمَتَّعُوهُنَّ عَلَى الْمَوْسِعِ قَدْرَهُ وَعَلَى الْمَقْتَرِ قَدْرَهُ ﴾²، واضح في الدلالة على وجوب مراعاة الزوج ولكن قوله تعالى بعد ذلك ﴿ مَتَاعًا بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ ﴾³ يقضي بمراعاة الجانبين، جانب الزوج والزوجة إذ المعروف والإحسان يستوجبان ذلك.

الترجيح: بعد عرض مواقف الفقهاء وخلافهم حول القدر المستحق من المتعة وكيفية تقديرها، يترجح لدي استحباب تقدير المتعة نقدا وأن يراعى في تقديرها حال الزوج لا حال الزوجة، ذلك لأن الحاجة إلى النقود عامة وشاملة تعطي للمطلقة شيئا من حرية التصرف والاختيار، فأذواق النساء وحاجتهن تختلف من امرأة إلى أخرى، ويجب أن يراعى في تقديرها حال الزوج لأن الشريعة الإسلامية جاءت لرفع الحرج، ومن الحرج أن يكلف الزوج متعة لا يقدر على أدائها، وكذلك أن الآية الكريمة في قوله تعالى ﴿ وَمَتَّعُوهُنَّ عَلَى الْمَوْسِعِ قَدْرَهُ ﴾

1 - الشريبي، نهاية المحتاج، 365/6 .

2- سورة البقرة الآية 236.

3- سورة البقرة الآية 236.



وَعَلَى الْمُقْتَرِ قَدْرُهُ¹ جاءت تعني الأزواج وهي تحدد نفقة المتعة بحسب حال الزوج سواء كان مقترا أو موسرا.

– نص المشرع الجزائري في المادة 52 من قانون الأسرة 11/84 المعدل بالأمر 02/05) أنه إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها).

من خلال محاولة تحليل نص المادة 52 واستقراء جميع نصوص قانون الأسرة، يتبين أن المشرع الجزائري لم ينص صراحة على استحقاق المطلقة لنفقة المتعة ولا كيفية تقديرها، ولكن بالرجوع إلى بعض التطبيقات القضائية يتضح بأن المشرع اعتبر نفقة المتعة المستحقة للزوجة جزءا من التعويض الناتج عن الطلاق التعسفي على أساس أن الطلاق بغير مبرر خروج عن المألوف لمسلك الشخص العادي، أو هو إساءة لاستعمال الحق يشكل بذلك خطأ تقصيريا يستوجب التعويض، والصحيح الذي يتفق مع أحكام الشريعة الإسلامية، هو أن المطلقة لا تستحق تعويضا عن طلاقها، حتى ولو تعهد زوجها – عند الزواج بها أو بعد ذلك – بهذا التعويض، وذلك على أساس أن الطلاق حق الزوج، ولا يسأل الشخص عن استعمال حقه استعمالا مشروعا ، ولو أضر هذا الاستعمال بغيره ، ولا يتصور أن يكون في استعمال الزوج لحقه في الطلاق خروج عن المألوف في مسلك الشخص العادي، وإنما قد يحدث هذا الخروج فيما قد يصاحب الطلاق عند بعض الناس من الأخطاء الخارجة عنه كالتسبب مثلا².

وما يؤكد موقف قانون الأسرة الجزائري المشار إليه الاجتهاد القضائي الصادر بتاريخ 12-11-1982 في الملف رقم 28784 عن المحكمة العليا و الذي جاء في منطوقه (إذا كانت أحكام الشريعة الإسلامية تقرر للزوجة التي طلقها زوجها منعة تعطى لها تخفيفا عن ألم فراق زوجها لها، وهي في حد ذاتها تعتبر تعويضا، فإن القضاء بما يخالف أحكام هذا المبدأ يعتبر

1 - سورة البقرة الآية 236.

2 - الدكتور عبد الناصر توفيق العطار ، الأسرة وقانون الأحوال الشخصية رقم 100 لسنة 1975 - طبعة 1985 ، المطبعة العربية الحديثة القاهرة، الصفحة 135.



« (الباب الأول) ————— الدرعي (القضائية وتواعر الاختصاص القضائي في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري) - كـ»

خرقا لأحكام الشريعة الإسلامية، لذلك يستوجب نقض القرار الذي قضى للزوجة المطلقة بدفع مبلغ مالي لها باسم متعة وبدفع مبلغ آخر كتعويض¹.

2- نفقة العدة:

النفقة هي كل ما يحتاج إليه الإنسان لإقامة حياته من طعام وكسوة وخدمة وكل ما يلزم بحسب العرف، ولما كانت المرأة في العدة محبوسة فيها لحق الزوج وحق الشرع، فلا يحل لها أن تتزوج برجل غير زوجها خلالها، فإنه تجب نفقتها خلال هذه المدة على من فارقتها، هذا بالنسبة لمبدأ وجوب النفقة خلال العدة المستمدة أساسا من قاعدة (أن من حبس لأجل غيره وجبت نفقته عليه).

وقد اتفق الفقهاء على أن المعتدة من طلاق رجعي تستحق النفقة والسكنى، وأما المعتدة من طلاق بائن بينونة صغرى أو كبرى وكذلك المعتدة من فسخ، فقد اختلف الفقهاء في وجوب النفقة لها، لذا سوف نفصل في أحكام نفقة المعتدة البائن، وستتناول أولا حكم نفقة البائن الحامل ثم نفقة البائن الحائل (غير حامل).

- مدى استحقاق البائن الحامل لنفقة العدة: إذا وقعت الفرقة وكانت الزوجة حاملا فقد

اتفق الفقهاء على وجوب النفقة لها² عدا أحد الوجهين لبعض الحنابلة، حيث خرجوا عن الإجماع وقالوا بعدم استحقاقها النفقة مطلقا.

واستدل أصحاب هذا القول على مذهبهم من الكتاب والسنة والمعقول :

- استدلالهم من الكتاب: استدلووا بقوله تعالى : ﴿وَإِنْ كُنَّ أُولَاتٍ حَمْلٍ فَأَنْفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّى يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾³، فالآية صريحة في وجوب النفقة للمعتدة الحامل دون تفرقة بين كونها بائن أو غير بائن.

¹ - مبادئ الاجتهاد القضائي وفقا لقرار المحكمة العليا ، الصفحة 76.

² - عيش محمد، شرح منح الجليل ، 2 / 440.

³ - سورة الطلاق الآية: 06.



« (الباب الأول) ————— (الردوى القضائية وتواعر الاختصاص القضائي في الفقه الإسلامي والقانون الجزائي) - كـ.

– استدلالهم من السنة: استدلووا بما رواه أحمد وأبو داود والنسائي، أن رسول الله صلى

الله عليه وسلم قال لفاطمة بنت قيس وقد بت زوجها طلاقها: « لا نفقة لك إلا أن تكوني حاملا»¹.

ووجه الدلالة من الخبر: تخصيص نفقة العدة للبائن الحامل صراحة.

– استدلالهم من المعقول: استدل الجمهور بدليل عقلي فقالوا: إن الحمل ولد المبين، فيلزمه الإنفاق عليه، ولا يمكن إلا بالإنفاق عليهما².

الترجيح: الرَّاجح في نظرنا مذهب جمهور الفقهاء، من وجوب النفقة للبائن الحامل، وذلك لصراحة النص القرآني في ذلك، ولأنه لا اجتهاد مع نص صريح.

– مدى استحقاق البائن الحائل لنفقة العدة.

إذا وقعت الفرقة للغيب، وكانت الزوجة غير حامل، فقد اختلف الفقهاء وتباينت آراؤهم في استحقاقها لنفقة العدة على ثلاثة أقوال:

القول الأول: إن البائن الحائل لها النفقة والسكن معا ولا فرق بينها وبين المعتدة من طلاق رجعي، هو مروى عن عمر بن الخطاب، و ابن مسعود وأخذ بهذا عمر بن عبد العزيز وسفيان الثوري وغيرهما³، وذهب إلى ذلك الحنفية.

واستدل أصحاب هذا القول من الكتاب والمعقول

– استدلالهم من القرآن الكريم: استدلووا بقوله تعالى: ﴿ يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا الْعِدَّةَ وَاتَّقُوا اللَّهَ رَبَّكُمْ لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخْرُجْنَ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفَاحِشَةٍ مُبِينَةٍ ﴾¹.

1 – رواه أبو داود، باب نفقة المبتوتة، الحديث رقم 2290، 287/2، وقال عنه الألباني حديث صحيح.

2 – البهوتي، شرح منتهى الإرادات، 3/ 230.

3 – الشوكاني، نيل الأوطار، 6/ 442.



« (الباب الأول) ————— (الردوى القضائية وتواعر الاختصاص القضائي في الفقه الإسلامي والقانون الجزائي) - كـ.

ووجه الدلالة من الآية الكريمة: أن الله تبارك وتعالى أمر بعدم إخراجهن، لأن ذلك يقتضي أن يكون لهن حق على الأزواج.

ويقتضي قوله تعالى "ولا يخرجن" أنه حق على الزوجات ونهي الله تعالى عن الخروج هو لحق الزوج إلا للضرورة، وذلك صيانة لماء الزوج، وهذا معنى إضافة البيوت إليهن، ومادامت الزوجة محبوسة لصيانة ماء الرجل فيجب عليه النفقة².

- استدلالهم من المعقول: فقالوا أن النفقة جزاء الاحتباس و الاحتباس قائم في حق البائن الحائل، طالما أنّها في العدة فإنها تكون محبوسة لأجل الرجل الذي تعدد منه صيانة لمائة.

القول الثاني: البائن الحائل لا نفقة لها ولا سكنى وذهب إلى هذا المالكية والشافعية والحنابلة وبه أخذ عطاء وأبو ثور وابن أبي ليلى و الأوزاعي، والحسن البصري وداود الظاهري و الإمامية³، وقد استدلوا على مذهبيهم من الكتاب والسنة والمعقول:

- استدلالهم من الكتاب: استدلوا بقوله تعالى: ﴿وَإِنْ كُنَّ أُولَاتٍ حَمَلٌ فَأَنْفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّى يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾⁴.

ووجه الدلالة من الآية الكريمة: على أن غير الحامل لا نفقة لها، وإلا لم يكن تخصيصها بالذكر فائدة، وقال ابن العربي في تفسير هذه الآية: لما ذكر الله تعالى السكنى أطلقها لكل مطلقة، فلما ذكر النفقة قيدها بالحمل فدل ذلك على أن البائن غير الحامل لا نفقة لها⁵، وقال الإمام الشافعي رحمه الله تعالى: إن تعليق الحكم بالشرط في الآية السابقة، كما يدل على ثبوت الحكم عند وجود الشرط يدل على نفيه عند عدمه⁶.

1 - سورة الطلاق الآية: 01.

2 - القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، 148 / 18.

3 - السرخسي، المبسوط، الطبعة الثانية دار المعرفة لطباعة والنشر بيروت، 202 / 5.

4 - سورة الطلاق الآية 06.

5 - القرطبي، تفسير القرطبي - 166/18.

6 - الدكتور فؤاد جاد الكريم، المرجع السابق، الصفحة 222.



استدلواهم من السنة: استدلوها بما روي عن مسلم في صحيحه عن فاطمة بنت قيس طلقها زوجها البتة وهو غائب، فأرسل إليها وكيله بشعير فسخطته فقال والله مالك علينا من سبيل، فجاءت إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال لها ليس لك نفقة، وأمر أن تعتد في بيت أم شريك، ثم قال تلك امرأة يغشاها أصحابي، اعتدي عند ابن أم مكتوم فإنه رجل أعمى تضعين عنده ثيابك فإذا حللت فأذيني¹.

ووجه الدلالة من الخبر: أنه صريح في عدم استحقاق المطلقة البائن غير الحامل لنفقة العدة².

¹ - ابن قيم الجوزية، زاد المعاد في هدي خير العباد، 4/ 422.

² - اعترض على حديث فاطمة بنت قيس من أصحاب القول الأول بما يلي:

إن خبر الواحد لكي يعمل لا بد أن يتوفر على الشروط التالية:

- أن يكون الخبر غير مطعون فيه.

- أن يسلم من الاضطراب.

- أن لا يوجد معارض له يجب تقديمه عليه.

وخبر فاطمة بنت قيس لم يتوفر فيه واحد من الشروط السالفة. (الدكتور فؤاد جاد الكريم محمد، المرجع السابق - الصفحة 225)

= وهو محل طعن من عمر بن الخطاب رضي الله عنه، فقد أنكر رواية فاطمة بنت قيس وجاء برواية لها مخالفة، وإذا قال سعيد بن منصور: حدثنا الأعمش عن إبراهيم النخعي قال: كان عمر بن الخطاب إذا ذكر عنده حديث فاطمة بنت قيس قال ما كنا نغير في ديننا بشهادة امرأة.

وفي رواية أخرى عنه قال: لا نترك كتاب ربنا وسنة نبينا لقول امرأة لا تدري خففت أم نسيت لها السكنى والنفقة (نيل الأوطار، الجزء السادس - الصفحة 422).

رد المستدلون بخبر فاطمة على هذا الاعتراض بما يلي:

(أ) - أنه لم يرد عن أحد العلماء رد الحديث لكون راويته امرأة، فكم من سنن تلقاها الأمة بالقبول عن امرأة واحدة من الصحابة، كحديث أخت أبي سعيد الخدري في اعتداد المتوفى عنها زوجها في بيت زوجها.

(ب) - إن الرواية عن عمر جاءت عن طريق النخعي وهو لم يرى عمر ولم يحضره، فهو لم يولد إلا بعد موت عمر بسنين، قال ابن القيم: ونحن نشهد بالله شهادة فسأل عنها إن هذا كذب على عمر وعلى رسول الله الكريم (نيل الأوطار، الجزء السادس - الصفحة 422).



- الترجيح: بعد عرض أقوال الفقهاء نرى أن الراجح هو ما ذهب إليه أصحاب القول الأول، والذي يرى وجوب نفقة المعتدة حاملا كانت أم حائلا وذلك لما يلي:

- ورود نص صريح يؤيده، وهو قوله تعالى: ﴿وَاتَّقُوا اللَّهَ رَبَّكُمْ لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخْرُجْنَ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفَاحِشَةٍ مُبَيِّنَةٍ﴾¹ وقوله كذلك ﴿أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِنْ وَجْدِكُمْ وَلَا تُضَارُوهُنَّ لِتُضَيِّقُوا عَلَيْهِنَّ﴾² وهذه النصوص جاءت مطلقة تشمل المعتدة الرجعية والبائنة.

- قد أعترض على استدلال القول الثاني بالآية القرآنية، بأن قوله تعالى: ﴿وَإِنْ كُنَّ أَوْلَاتٍ حَمَلٍ﴾³ فهو لإزالة إشكال قد يقع، وهو أن مدة الحمل تطول عادة فكان يشكل هل تستوجب النفقة بسبب العدة في مدة الحمل وإن طال؟.

فأزال الله تعالى هذا الإشكال بقوله حتى يضعن حملهن، وبالتالي فلم يكن معنى الآية منصرفا إلى الحامل دون غيرها، بل يشمل غير الحامل أيضا فلها النفقة⁴.

- إن الحديث الذي ساقه أصحاب القول الثاني (حديث فاطمة بنت قيس)، قد اختلف الفقهاء على صحته، وقد أول بعض العلماء حديث فاطمة بعدم نفقتها بغياب زوجها، ولم يترك مالا عند أحد سوى الشعير الذي بعته به إليها، وطلبت من أهله النفقة، كما جاء في صحيح مسلم، فقال أهله ليس لك علينا نفقة، لذلك قال صلى الله عليه وسلم لا نفقة لك ولا

(ج) - إنه لم يرد عن أحد من المسلمين، أنه يرد الخبر بمجرد تجويز نسيان قائله، وإلا أدى ذلك إلى القدح بمعظم الأحاديث الواردة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم، وبالتالي تعطيل العمل بالسنة.

كما أن فاطمة بنت قيس مشهورة بالحفظ، وما يدل على ذلك روايتها للحديث الطويل في شأن الدجال، والتي لم تسمعه من رسول الله صلى الله عليه وسلم إلا مرة واحدة يخطب به على المنبر فوعته جميعا.

¹ - سورة الطلاق الآية: 01.

² - سورة الطلاق الآية: 06.

³ - سورة الطلاق الآية: 06.

⁴ - القرطبي، تفسير القرطبي - 148/18.



سكن على تقدير صحته لأنه لم يخلف مالا عند أحد، وليس لك على أهله شيء، فلم تفهم قول الرسول صلى الله عليه وسلم، فجعلت تروي نفي النفقة مطلقا، فوقع إنكار الناس عليها¹.

أما بخصوص موقف المشرع من نفقة العدة فقد أورد نصوصا عاما تشمل نفقة عدة أي مطلقة حيث نص في المادة 61 من قانون الأسرة على أنه: لا تخرج الزوجة المطلقة ولا المتوفى عنها زوجها من السكن العائلي مادامت في عدة طلاقها أو وفاة زوجها إلا في حالة الفاحشة المبينة ولها الحق في نفقة العدة"، بحيث يتبين من خلال هذا النص أن المشرع أعطى لكل مطلقة معتدة نفقة من مال زوجها طيلة مدة عدتها، وعلى المحكمة أن تحكم بما وتحددها إجماليا أو شهريا، وتشير إليها في نفس الحكم القاضي بالطلاق، ويدفعها المطلق إما بصفة رضائية أو بطريقة جبرية، والحكمة من وجوب نفقة العدة أن المشرع قبل أن ينص على نفقة عدتها أوجب عليها أن لا تخرج من بيت زوجها مادامت في عدتها، ولا يجوز للزوج أو أهله إخراجها من البيت الزوجية إلا في حالة الفاحشة المبينة، فتعتبر في هذه الحالة محبوسة تستحق النفقة من الزوج لأنها محبوسة لمصلحته ولحفظ مائه.

وهذا ما أيدته اجتهادات المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية بحيث قضت في 14/11/1970 بحكم جاء في منطوقه: (حيث أن كل مطلقة بعد البناء عليها وهي في أثناء هذه المدة محبوسة من أجل الزوج، وعلى المطلق أن ينفق على مطلقته، فإن النفقة حق ثابت شرعا من حقوق الزوجية يتعين على القاضي الحكم بها، طلبتها الزوجة أو لم تطلبها)².

وقضت كذلك في حكم لها بتاريخ 10-02-1971 (من المقرر شرعا أن نفقة العدة تظل واجبة للزوجة على زوجها سواء كانت ظالمة أو مظلومة، فإن القضاء بما يخالف أحكام هذا المبدأ يعد خرقا لأحكام الشريعة الإسلامية)³.

ثالثا/ -التفريق القضائي بين الزوجين في الفقه الإسلامي و القانون الجزائري

¹ - الدكتور فؤاد جاد الكريم محمد، المرجع السابق، الصفحة 228.

² - نشرة القضاة، لسنة 1972 عدد 1، الصفحة 62.

³ - نشرة القضاة، لسنة 1972 عدد 1، الصفحة 66.



(أ): معنى التفرىق القضاىى:

التفرىق القضاىى لفظ مركب من التفرىق والقضاء.

أما لفظ القضاء فقد سبقت الإشارة إلى تعريفه فى الفصل التمهىدى¹.

- أما التفرىق لغة: هو مصدر فرق، والفرق خلاف الجمع والاسم فرقة وتفرىق، ويراد به الفصل بين الشىئين و المباينة بينهما²، وهو فى الاصطلاح لا ىخرج عن معناه فى اللغة.

- معنى التفرىق القضاىى اصطلاحا:

عرفه الفقهاء بأنه: "إنهاء العلاقة الزوجية بين الزوجين بحكم القاضى بناءً على طلب أحدهما لسبب، كالشقاق و الضرر وعدم الإنفاق، أو بدون طلب من أحدٍ حفظاً لحق الشرع، كما إذا ارتد أحد الزوجين"³.

و المشرع الجزائرى برغم أنه لم يتناول التفرىق القضاىى بالتعريف، إلا أنه حدد الحالات والأسباب التى تجيز طلب التفرىق وهذا ما نص عليه صراحة فى نص المادة 53 من قانون الأسرة⁴.

¹ - ارجع لصفحة، ص9.

² - ابن منظور، لسان العرب، 301/10.

³ - الموسوعة الفقهية الكويتية، 6/29 وما بعدها، حسن موسى الحاج موسى، القضاء الشرعى السنى، 126.

⁴ - نص المادة 53 من قانون الأسرة: يجوز للزوجة أن تطلب التطلاق للأسباب التالية:

- عدم الإنفاق بعد صدور حكم بوجوبه ما لم تكن عالمة بإعساره وقت الزواج، مع مراعاة المواد 78-79-80 من هذا القانون.

- العيوب التى تحول دون تحقيق الهدف من الزواج

- المحجر فى المضجع فوق أربعة أشهر.

- الحكم على الزوج عن جريمة فيها مساسا بشرف الأسرة وتستحيل معها مواصلة العشرة والحياة الزوجية .

- الغيبة بعد مرور سنة بدون عذر ولا نفقة.

- مخالفة الأحكام الواردة فى المادة 8 أعلاه .

- ارتكاب فاحشة مبنية



(ب): صاحب حق طلب التفريق وحالاته في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري:

انقسم الفقه الإسلامي في من يثبت له حق طلب التفريق على قولين، فمن الفقهاء من أعطى حق طلب التفريق لكل من الزوجين ومنهم من قصره على الزوجة وحدها، وفيما يلي تفصيل ذلك:

القول الأول: يثبت الحق طلب التفريق لكل من الزوجين.

وذهب إلى هذا جمهور الفقهاء (من المالكية والشافعية والحنابلة) والإباضية، وبه أخذت فرق الشيعة كالزيدية والإمامية، حيث اعتبروا أن حق التفريق هو حق مشترك للزوجين.

فأجاز المالكية والشافعية والحنابلة طلب التفريق في حالة العيوب المانعة للاستمتاع أو ما يخشى تعديها¹، وحالة نفي الولد وحصول اللعان بين الزوجين²، وحالة وجود تغرير و تدليس على الزوج³، و حالة الشقاق بين الزوجين⁴ وهذه - حالة الشقاق- في القول المرجوح عند الشافعية⁵، ولم يقل بما الحنابلة، وأضاف الشافعية والحنابلة على ذلك حالة التغرير إذا تبين تخلف وجود الوصف المشترط من قبله⁶، وانفرد الحنابلة بحالة مخالفة الشروط التي يشترطها الزوج في العقد⁷.

- الشقاق المستمر بين الزوجين.

- مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج.

- كل ضرر معتبر شرعا.

1 - مالك، المدونة، 212/2، الفندلاوي، تهذيب المسالك، 77/4، الشيرازي، المذهب، 48/2، المرادوي، الإنصاف، 192/8.

2 - الدردير، الشرح الكبير، 467/2، الشيرازي، المذهب، 127/2، المرادوي، الإنصاف، 251/9.

3 - مالك، المدونة، 212/2، ابن رشد، البيان والتحصيل، 125/5.

4 - الفندلاوي، تهذيب المسالك، 137/4.

5 - فتح العزيز بشرح الوجيز = (الشرح الكبير) للرافعي، 390/8.

6 - بن قدامة، الكافي، 72/3.

7 - البهوتي، كشف القناع، 91/5.



«الباب الأول» ————— (الردوى القضائية وتوابع الاختصاص القضائي في الفقه الإسلامي والقانون الجزائي - كـ).

استدل أصحاب هذا الرأي، على ثبوت حق طلب الفرقة لكل من الزوجين ، بالسنة والأثر والمعقول.

2- دليلهم من السنة:

استدلوا بما رواه أحمد في مسنده قال حدثنا القاسم بن مالك المازني أبو جعفر قال: أخبرني جميل ابن زيد قال: صحبت شيخا من الأنصار ذكر أنه كانت له صحبة يقال له كعب بن زيد، أو زيد بن كعب (أن رسول الله صلى الله عليه وسلم تزوج امرأة من بني غفار، فلما دخل عليها فوضع ثوبه وقعد على الفراش أبصر بكشحتها بيضا، فانحاز عن الفراش، ثم قال : خذي عليك ثيابك، ولم يأخذ مما آتاها شيئا¹).

وجه الدلالة : من الحديث أن الرسول صلى الله عليه وسلم، فارق المرأة لما وجد بكشحتها برصا، فدل ذلك على إثبات الخيار لكل من الزوجين بوجود البرص ودل على أن للزوج الحق في إيقاع الفرقة والرد بعيب المرأة.

2- دليلهم من الأثر:

ما رواه مالك عن يحيى بن سعيد عن سعد بن المسيب قال: قال عمر بن الخطاب " أيما رجل تزوج بامرأة بما جنون أو جذام أو برص فمسها، فلها صداقها، وذلك لزوجها غُرْم على وليها"².

وجه الدلالة : أن هذا الخبر المروي عن عمر بن الخطاب، قد أثبت أن للرجل عند عدم العلم بعيب زوجته أمرين:

- مفارقة الزوجة المعيبة.

¹ - نيل الأوطار ، 6 / 166.

² - موطأ الإمام مالك، رواية مصعب الزهري المدني، مؤسسة الرسالة، 526/2.



- الرجوع بالمهر على من غره .

3- دليلهم من المعقول

الرجل أحد الزوجين يثبت له حق الخيار في فسخ عقد الزواج بالعيب إذا وجده في المرأة، قياسا على المرأة فإنها أحد الزوجين وقد ثبت لها حق الخيار في فسخ النكاح بالعيوب الموجودة في الزوج¹.

القول الثاني : يثبت الحق طلب التفريق للزوجة فقط دون الزوج.

وذهب إلى هذا الرأي الإمام أبو حنيفة وصاحبه أبو يوسف ومحمد، حيث قالوا: بقصر حق طلب التفريق على الزوجة فقط لدفع الضرر عنها، ولم يجزوا للرجل طلب التفريق وذلك أن الزوج يملك الطلاق في كل حال، ويستطيع إنهاء العقد متى شاء سواء كان متضررا أم لا، وإن كان متضررا فيستطيع رفع الضرر عن نفسه بطلاق زوجته من تلقاء نفسه.

وقد استدل الأحناف على صحة ما ذهبوا إليه: بالأثر، والمعقول.

1- دليلهم من الأثر:

استدلوا بما روي عن ابن مسعود - رضي الله عنه - قال : لا ترد الحرة عن عيب².

ووجه الدلالة : أن المرأة الحرة ليست كالأمة فلا ترد بالعيوب التي تظهر فيها.

وعن علي رضي الله عنه - قال : "إذا وجد الرجل بامرأته شيئا من هذه العيوب، فالنكاح لازم له، إن شاء طلق وإن شاء أمسك".

2- دليلهم من المعقول:

¹ - ابن قدامة، المعني وشرح الكبير ، 176 /7.

2- عبد الله الكوفي العبسي، مصنف ابن أبي شيبة ، تحقيق سعيد محمد اللحام ، الطبعة 1 ، بيروت ، 311 /3، بن حزم، المحلى ، 224/9. - البيهقي، السنن، 215 /7.



إن الرجل إذا وجد بزوجه عيبا من العيوب التناسلية التي تمنع المقصود من الزواج، كالرتق¹ والقرن²، والعيوب الشديدة الوطأة كالجنون³ والجذام⁴ والبرص⁵، فإنه يمكنه التخلص منها بما أعطاه الشارع له من تملكه حق الطلاق، فالزوج ليس في حرج يضطره إلى البقاء بجوار زوجته المعيبة، لأن عقدة النكاح بيده يستطيع أن يفكها إن وجدت الدواعي التي ترجح له ذلك.

أما في إمساك الزوجة وحرمانها من حق الفرقة إذا وجدت زوجها معيبا أو معسرا فيه ضرر، وظلم والظلم من الأمور التي قرر الشارع رفعها فقد قال تعالى: (وَلَا يَظْلِمُ رَبُّكَ أَحَدًا) (سورة الكهف الآية 49)، وقال عليه الصلاة والسلام " لا ضرر ولا ضرار "، وقال تعالى (فِإِمْسَاكُ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٍ بِإِحْسَانٍ) ولا شك أن الإمساك مع عدم تحقيق الحياة التناسلية ضرر تأباه الشريعة التي جاءت لتحقيق مصالح العباد.

1 - الرتق لغة : هو مصدر الفعل رتق ، يقال : رتق الشيء رتقا إذا سدّه أو لحمه وأصلحه، والرتق ضد الفتق ، يقال رتقت الفتق فارتقت أي التأم، والرتق بالتحريك مصدر قولك : رتقت المرأة رتقا، وامرأة رتقاء: بيّنة الرتق، و نساء رتق : لا يستطيع جماعها أو جماعهن لإرتقاق ذلك الموضع منها أو منهن - أي التصاقه وانضمامه، أما في اصطلاح الفقهاء فهو انسداد فرج المرأة بلحم لا مسلك للذكر فيه، سواء كان ذلك ذلك خلقة أو غير خلقة كأن يحدث بها بعد الخفاض والتحام اللحم، ينظر لسان العرب ، 114 / 10 - القاموس المحيط ، ص 1143 .

2 - القرن لغة:هو مصدر الفعل قرن، يقال قرن الشيء قرنا إذا جمعه ووصله، والقرن شيء يكون في فرج المرأة كالسن يمنع من الوطء، أما القرن في إصطلاح الفقهاء : هو عظم أو لحم ينبت في فرج المرأة في مدخل الذكر كالغدة الغليظة يمنع من الوطء، أما القرن عند أهل الطب لا يكون عظما وإنما هو نوع من أنواع الرتق الطارئ الذي ينجم عن سقوط المهبل أو الرحم فيبرز للخارج على شكل غدة، ينظر لسان العرب ، 13 / 336، والمصباح المنير 2 / 500 .

3 - الجنون : ويعرف الجنون عند فقهاء الشريعة بأنه زوال الشعور من القلب مع بقاء القوة في الأعضاء.

4 - الجذام مأخوذ من الجذم وهو القطع ومنه قوله صلى الله عليه وسلم : كل خطبة ليس فيها شهادة كاليد الجذماء - أي (المقطوعة)، و عرفه الفقهاء بأنه علّة يحمر منها العضو ثم يسود ويتشقق ويتساقط وغالبا ما تكون رائحته كريهة، ويتصور هذا الداء في عضو من أعضاء البدن وإن كان حدوثه بالوجه اغلب وقيل هو علّة تحدث من انتشار السوداء بالبدن كله فتفسد مزاج الأعضاء وهيبتها، وربما انتهى إلى تآكل الأعضاء وسقوطها من التقرح، ينظر شمس الدين محمد الزركشي ، شرح الزركشي على مختصر الخرقى ، تحقيق عبد الله الجبرين ، 5 / 246 .

5 - وهو بياض شديد يقع الجلد ويذهب دمويته، وقيل هو حدوث بياض في الجلد يذهب معه دم الجلد وما تحته من اللحم ، ويختلف البرص عن البهق حيث أن الثابت عن البرص شعر أبيض وعلى البهق شعر أسود، وأنه لو وخر البرص بإبرة خرج منه ماء والخارج من البهق دم ، والبرص عند المالكية قد يكون أسود وأبيض، والأسود أردا لأنه مقدمة للجذام . ينظر شرح منح الجليل على مختصر العلامة خليل، 3 / 380 .



الترجيح: على ضوء ما تقدم من آراء وأدلة ومناقشات، يتبين لنا دون تعصب لمذهب أو ميل لهوى بأن الرّاجح من الرّأىين السابقين، هو رأي الفقهاء القائل بثوت حق التفريق لكل من الزوجين وهو مذهب جمهور الفقهاء، وذلك لقوة أدلتهم وقربها من المنطق والعقل ومبدأ المساواة وبعدها عن المغالاة والإفراط، فمن العدل أن يكون لكل واحد من الزوجين الحق فى طلب التفريق، لأن قصر طلب التفريق على الزوجة فقط دون الزوج فيه إجحاف به، فمن الظلم إجبار الزوج على الإبقاء على العلاقة الزوجية دون تحقق جوهرها ومقاصدها الشرعية وإزالة هذا الظلم والضرر على الزوج لا يتم إلا بإثبات حق الفرقة لكل من الزوجين الأمر الذى يتوافق مع القواعد الكلية فى الفقه الإسلامى، فمن الأصول المعلومة فى الدين رفع الظلم وإزالة الضرر، حيث يقول الله تعالى فى كتابه الكريم: (وَلَا يَظْلِمُ رَبُّكَ أَحَدًا)¹، ويقول الرسول صلى الله عليه وسلم «لا ضرر ولا ضرار»².

وأما عن أدلة القائلين بعدم جواز التفريق فقد رد عليها جمهور الفقهاء بما يلي:

1- الرد على استدلالهم بالأثر:

- بخصوص ما ورد عن ابن مسعود وعلي بن أبى طالب رضى الله عنهما بعدم الرد بعيوب المرأة، فقد ورد عن الصحابة مواقف تتضمن جميعها جواز الرد بعيوب المرأة، وهذا يعنى أن المسألة محل خلاف، وعلى ذلك يجوز الأخذ برأى دون الآخر ولا قيد فى ذلك إلا المصلحة.
- كذلك من الوارد عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه رد المرأة الغفارية، لما دخل عليها ورأى بكشحتها بياضا، إذا فلا يوجد ما يمنع بالأخذ بالرأى الذى يعطى للزوج حق الفرقة إذا كان ذلك يتفق والمصلحة.

2- الرد على استدلالهم من المعقول :

- إن القول بأن الزوج يملك طريق الطلاق للتخلص من عيوب المرأة، قول مردود على صاحبه، لأنّ الزوج وإن كان متمكنا من الطلاق، فهو محتاج لإثبات الخيار له ليسقط به المهر

1 - سورة الكهف الآية: 49.

2 - الحديث سبق تحريجه.



عن نفسه، وكما أن المرأة يثبت لها الخيار إذا وجدت زوجها عنيها أو محبوبا فكذا يحق للزوج لأنهما فى حكم هذا العقد سواء.

وإذا كان العوض فى هذا العقد هو المهر الذى يرد بالعب الفاحش، فكذلك العوض الأخر هو المرأة¹.

أما المشرع الجزائرى فقد ذهب مذهب فقهاء الحنفية فقصر حق طلب الفرقة على الزوجة فقط دون الزوج وحصر الحالات التى يجوز فيها طلب الفرقة، وقد نص على ذلك صراحة لا تعريفيا فى نص المادة 53 من القانون 11/84 والمعدل بالأمر 02/05 لسنة 2005 بنصه يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للأسباب الآتية:

- عدم الإنفاق بعد صدور حكم بوجوبه ما لم تكن عالمة بإعساره وقت الزواج، مع مراعاة المواد 78-79-80 من هذا القانون.
- العيوب التى تحول دون تحقيق الهدف من الزواج
- الهجر فى المضحع فوق أربعة أشهر.
- الحكم على الزوج عن جريمة فيها مساس بشرف الأسرة وتستحيل معها مواصلة العشرة والحياة الزوجية .
- الغيبة بعد مرور سنة بدون عذر ولا نفقة.
- مخالفة الأحكام الواردة فى المادة 8 أعلاه .
- ارتكاب فاحشة مبينة
- الشقاق المستمر بين الزوجين.
- مخالفة الشروط المتفق عليها فى عقد الزواج.
- كل ضرر معتبر شرعا.

وقد سلك المشرع هذا المسلك، لأنه يرى فيه الطريق الوحيد الذى تستطيع الزوجة به مفارقة زوجها لدفع الضرر والظلم عنها، و منع المشرع الزوج من هذا الحق، مهما لحقه من زوجته من ضرر، لأنه يرى بأن الزوج يملك الطلاق للتخلص من هذا الضرر فيستطيع طلاقها متى شاء، وطبقا

¹ - السرخسى، المبسوط ، 5 / 96.



« (الباب الأول) » ————— (الردى القضاىة وتواعر الاختصاص القضاىى فى الفقه الإسلامى والقانون الجزائرى) - .

لإرادته المنفردة حسب نص المادة 48 من قانون الأسرة، وهذا ما يؤكده كذلك اجتهاد المحكمة العليا فى الحكم الصادر بتاريخ 1989/11/19 فى منطوقه (من المقرر شرعا أن الطلاق هو حق للرجل صاحب العصمة وأنه لا يجوز للقاضى أن يحل محله فى إصداره، أما التطلىق فهو حق للمرأة المتضررة وترفع أمرها للقاضى الذى يطلقها، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا لأحكام الشريعة الإسلامية)¹.

لكن كان من العدل لو أن قانون الأسرة سار إلى ما ذهب إليه جمهور الفقهاء، من إعطاء حق التفريق للزوج أيضا، وأن القول بأن الزوج يملك طريقا آخر للتفريق، قول فى غير محله خاصة بعد أن أصبح الطلاق عبئا ثقىلا فى القانون الجزائرى يتحمل الزوج كل توابعه.

فمن غير العدل تحميل الزوج مسؤولية طلاق لم يتسبب فيه، بل أن الزوج فى هذه الحالة هو الضحية الأولى، فقد تضرر بفقدانه لزوجته، والتعويض عن مفارقتها، فكيف إذا كان ضحية تدليس من الزوجة بعيها أو متضررا بخيانتها أو سوء عشرتها، كى لا نحمله فوق هذا غرم الالتزامات الناشئة عن الطلاق، وهذا ما يتوافق مع مبدأ المساواة بين الأفراد أمام القانون والقضاء.

مدى توقف الفرقة على حكم القاضى فى الفقه الإسلامى والقانون الجزائرى

اختلف الفقهاء فى إيقاع الفرقة بين الزوجين، وهل تحتاج إلى قضاء القاضى أم لا تحتاج على قولين:

القول الأول : الفرقة بين الزوجين لا تكون إلا بحكم القاضى.

وذهب إلى هذا الرأى الحنفية والمالكية فى المشهور عندهم، والشافعية فى أحد القولين والحنابلة، و الإمامية فى ضرب الأجل للعنين².

واستدل أصحاب هذا القول بما يلى :

¹ - الدكتور بلحاج العربى ، قانون الأسرة (مبادئ الإجهاد القضاىى وفقا لقرارات المحكمة العليا) ، ص 82 .

² -الكاسانى، بدائع الصنائع ، 325 /2.



إن مسائل التفريق من الأمور التي يتوقف ثبوتها على النظر والاجتهاد، وهي من الأمور المختلف بشأنها فكان لابد من الرفع إلى الحاكم للتحقق من ذلك، لهذا اختص القاضي بالسبب فكان له التأجيل والإثبات، وأن التحقق من وجود الحالة وثبوت سبب التفريق كالإعسار أو العيب أمر يحتاج للنظر والتأمل والاجتهاد، فإذا تم الرفع إلى الحاكم فالحاكم أولى به وهو بالخيار إن شاء فرق بنفسه أو أمرها بالفرقة.

ومن جهة أخرى أن التفريق من الأمور التي يتشأح الناس في أسبابها، ويختلفون في مقدارها، وآثارها فكان من الحق أن يكون التفريق بحكم يرفع المشاحة ويفصل في الخلاف، ويقضي في الخصومة.

القول الثاني : الفرقة لا تتوقف على الرفع إلى القاضي ويمكن لكل من الزوجين إيقاعها

برضاؤه

وذهب إلى هذا الشافعية في القول المقابل للأصح والزيدية، والإمامية في غير عيب العنة¹

واستدل أصحاب هذا القول بأن الطلاق أو الفسخ لا يحتاج إلى حكم قضائي، وقد قاسوا ذلك على فسخ عقد البيع بالعيب الذي في المبيع، حيث يتراد المتبايعان دون الرفع إلى الحاكم².

الترجيح: بعد عرض الخلاف الفقهي في مسألة توقف الفرقة على حكم القاضي، ترجح لدينا رأي جمهور الفقهاء القائل أن الفرقة لا تكون إلا بحكم القاضي، وبالإضافة إلى أدلتهم السابقة، أنه من المقرر فقهيًا أن كل أمر مختلف فيه بين الفقهاء لا يجري الإلزام به إلا بحكم الحاكم، لأن حكم القاضي يرفع الخلاف، ويقضي في الخصومة، ويلزم به الخصم.

أما بخصوص القياس المقدم من الرأي المخالف، يمكن الرد عليه بأنه لا يمكن قياس خيار الفرقة على خيار العيب في المبيع، فالزواج ليس كالبيع، فالزواج عقد مبني على المكارمة والمساحة وله خطورته، وأهميته بالإضافة إلى أن خيارات البيع أصلها متفق عليه بخلاف خيارات الفرقة فإنه مختلف فيها بين الفقهاء، فكان محلاً للاجتهاد لا بد فيه من نظر العالم بالأحكام

¹ - الشريبي، معني المحتاج ، 3 / 430.

² - الشريبي، معني المحتاج ، 3 / 205.



« (الباب الأول) ————— (الدعوى القضائية وتوابع الاختصاص القضائي في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري) - كـ.

الشرعية¹، وهو القاضي، وقد قال ابن قدامة ويحتاج الفسخ إلى حكم حاكم لأنه مجتهد فيه، فهو كفسخ العنة وفسخ الإعسار بالنفقة².

أما المشرع الجزائري بخصوص هذه الجزئية فقد نص في المادة 48 من قانون الأسرة على مايلي :

(مع مراعاة أحكام المادة 49 أدناه ، يحل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين 53 والمادة 54 من هذا القانون).

وتنص المادة 49 المشار إليها في المادة السابقة (لا يثبت الطلاق إلاّ بحكم بعد عدة محاولات صلح يجربها القاضي دون أن تتجاوز مدته ثلاثة أشهر ابتداء من تاريخ رفع الدعوى، و يتعين على القاضي تحرير محضر يبين مساعي ونتائج محاولات الصلح يوقعه مع كاتب الضبط والطرفين).

والمستنتج من خلال ما سبق أنّ فك الرابطة الزوجية، سواء كانت بإرادة الزوج المنفردة، أو عن طريق الطلاق بالتراضي، أو بطلب من الزوجة في حدود المواد 53 و 54 من نفس القانون، لا تثبت إلاّ بحكم قضائي، وعليه يتوجب على الزوج الذي يريد إنهاء عقد الزواج أن يطلب ذلك من القاضي، ويختلف دور القاضي بحسب ما إذا كان الزوج هو من طلب فك

الرابطة الزوجية أم الزوجة.

فإذا طلب الزوج فك الرابطة الزوجية بصفته مالك العصمة الزوجية، فإنّ له الحق في إنشاء الطلاق بإرادته المنفردة، ودور القاضي في حالة الرفع إليه ما يكون إلاّ مسجلا لإرادة الزوج، وليس له الحق في رفض هذه الرغبة وهذه الإرادة سواء كانت مبررة أو غير مبررة، لأنّ عدم استناد الزوج في طلبه على الأسباب الجدية التي تبرر طلبه لا يمنعه من إيقاع الطلاق بل يكون معيارا لتحديد مسؤولية الزوج الناتجة عنه، طبقا لنص المادة 52 من القانون المشار إليه أعلاه.

¹ - ابن قدامة، المغني ، 7 / 188.

² - بن قدامة، المغني مع شرح الكبير ، 7 / 584.



وىكون بذلك حكم القاضى مقررا وكاشفا للطلاق ولىس مُنشئا له وهو طلاق بائن لا رجعة فىه إلا بعقد جدىد.

أما فى حالة طلب الزوجة مفارقة زوجها للأسباب المذكورة فى نص المادة 53 من قانون الأسرة، ىتوجب عىلها الرفع إلى القاضى، هذا الأخر الذى ىنشئ الطلاق نىابة عن الزوجة فى حالة إثباتها لدعواها بشأن الحالة أو الحالات التى تدعىها، وعلى القاضى أن ىقضى بالطلاق لا بالتطلىق¹.

وحكمة المشرع فى ذلك أن التفرىق بىن الزوجىن من الأمور التى تحتاج إلى الاجتهاد والنظر من قبل القاضى، هذا الأخر الذى له سلطة تقدىرىة واسعة فى تقدىر الضرر اللاحق بالزوجة، ولا ىسوغ له إذا طلبت الزوجة التطلىق أن ىحكم لها بذلك، إلا إذا أثبتت الضرر الذى لحقها من بعلها، وهذا بطبعته من الأمور التى تحتاج إلى حكم القاضى هذا من جهة، ومن جهة أخرى أنه لو ترك الأمر للزوجة بفك الرابطة الزوجىة دون اللجوء إلى القاضى، فإنها لا تستطيع إثبات طلاقها بأى وسىلة أخرى لأن الطلاق بىد الزوج وفقا للحدىث الشرفى «الطلاق لمن أخذ بالساق»²، وكذلك أنه لو كان الطلاق من جهتها دون اللجوء إلى القاضى، فإنها فى أغلب الأحوال تكون متضررة من الفرقة، ولا توجد لها أى وسىلة للحصول على حقوقها المادىة إلا عن طرىق اللجوء إلى القاضى، الذى ىلزم الزوج بآثار الفرقة.

وهذا ما جرى عىله القضاء الجزائرى فى قضائه، فقد قضت المحكمة العىلىا بتارىخ 1984/06/25 فى الملف رقم 33715 (أن الطلاق هو حق للرجل صاحب العصمة، وأنه لا ىجوز للقاضى أن ىحل محله فى إصداره، أما التطلىق فهو حق للمرأة المتضررة وترفع أمرها للقاضى الذى ىطلقها، ومن ثم فإن القضاء بما ىخالف هذا المبدأ يعد خرقا لأحكام الشرىعة الإسلامىة)³.

¹ - الاجتهاد القضاى لغرفة الأحوال الشخصىة (عدد خاص)، ص 21.

² - رواه ابن ماجة فى سننه، باب طلاق العبد، الحدىث رقم 2081، وقال عنه الألبانى حدىث حسن، 1/672.

³ - الملة القضاىة لسنة 1989، عدد 3، الصفاة 73، فى الملف رقم 33715.



وفي حكم ثان لها بتاريخ 1984/11/19 في الملف رقم 34791 والذي جاء في منطوقه (لا يسوغ لزوجة أن تطلب التطليق أو الحصول عليه إلا بعد أن تثبت الضرر الخطير والمستمر الذي لحقها من بعلاها)¹، ومن هذا يتبين أنه لا يحق للزوجة أن تفك الرابطة الزوجية في كل الأحوال إلا باللجوء إلى القضاء.

(ج): نوع الفرقة الواقعة بالتفريق القضاي بين الزوجين في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

قبل الخوض في الخلاف الفقهي في نوع الفرقة الحاصلة بالتفريق، وهل هي طلاق أم فسخ، نبين أولاً الفرق بين الفسخ والطلاق.

يتفق الفسخ والطلاق في أن كلا منهما يؤدي إلى إنهاء الحياة الزوجية بفك الرابطة بين الزوجان، ومع الاتفاق في المعنى الذي يجمع بينهما، إلا أن هناك فروقا تميز كلا منهما عن الأخر نوجز أهمها فيما يلي :

- الطلاق سلطة شرعية يملكها الزوج بالأصالة ولا تنتقل عنه إلا بإذنه كما في الوكالة للغير أو التفويض للزوجة، وقد تنتقل للقاضي بحكم الشرع عند تعسفه.

أما الفسخ فهو سلطة شرعية سلمها الشارع لمن كان الفسخ لمصلحته ومن أجله، سواء

كان الزوجان، أم غيرهما أم القاضي، ولذلك فإن حق القاضي في الفسخ يمارسه بالأصالة عن

نفسه، وفي الطلاق نيابة عن الزوج حكما، فالفسخ غالبا بقضاء القاضي، أما الطلاق فالغالب أن يكون من الزوج².

- إن الفرقة بين الزوجين تحسب من عدد الطلقات التي يملكها الزوج وهي ثلاث طلقات، أما الفرقة بالفسخ فهي إزالة لعقد الزواج، وبالتالي لا ينقص من عدد الطلقات التي يملكها الزوج لأنه هدم للأساس الذي يستند إليه الطلاق¹.

¹ - المجلة القضاية لسنة 1989 ، عدد 3 ، الصفحة 73 ، في الملف رقم 34791.

² - د. وهبة الزجيلي ، الفقه الإسلامي وأدلته ، 7 / 348.



« (الباب الأول) ————— (الردوى القضائية وتواعر الاختصاص القضائي في الفقه الإسلامي والقانون الجزائي) - كـ.

- تحصل الزوجة في حالة الطلاق قبل الدخول على نصف المهر، أما في حالة الفسخ قبل الدخول فيسقط جميع المهر ولا شيء على الزوج منه².

- أنه في حالة الطلاق تثبت النفقة للزوجة سواء كانت حاملا أو حائلا، أما في الفسخ فلا نفقة لها.

- إن فرقة الفسخ لا يقع في عدتها طلاق، إلا ما استثني من ذلك كالفسخ بسبب الردة أو الإباء عن الإسلام.

بخلاف فرقة الطلاق، فإنه يقع في عدتها طلاق، كأن يراجع الزوج زوجته أثناء العدة ثم يطلقها في نفس العدة فينقص ذلك من عدد الطلقات، لأن الطلاق كما هو معلوم لا ينقض العقد ولا يزيل الحل، فإن كثيرا من أحكام النكاح باقية في العدة، خاصة إذا كان الطلاق رجعيا باتفاق الفقهاء.

فهل يعتبر تفريق القاضي بين الزوجين طلاقا أم فسحا؟

اختلف الفقهاء في نوع الفرقة الحاصلة بالتفريق القضائي على التفصيل التالي:

ذهب الأحناف إلى أن كل فرقة من جانب الزوج هي طلاق وكل فرقة من جانب الزوجة

هي فسخ، وتبعاً لذلك فإن أهم الفروق التي تعد طلاقاً عند الأحناف هي تطليق الزوج

بسبب الإيلاء³ أو الخلع أو اللعان، والتفريق لعيب جنسي⁴ أو التفريق بسبب إباء الزوج الإسلام.

¹ - المرسي عبد العزيز السماحي، بحوث في فرق النكاح، الصفحة (5-6).

² - الشريبي، معني المحتاج، 3/ 204.

³ - ابن الهمام، شرح فتح القدير، 4/ 192.

⁴ - ويقول الكاساني - عند الكلام عن التطليق للعيب -: " وهذه الفرقة تطليقة بائنة، لأن الغرض من هذا التفريق تخليصها من زوج لا يتوقع منه إيفاء حقها دفعا للظلم والضرر عنها، وهذا لا يحصل إلا بالطلاق البائن، لأنه لو كان رجعيا لراجعها الزوج من غير رضاها فيحتاج إلى التفريق ثانياً وثالثاً، فلا يفيد التفريق الفائدة المرجوة منه " البدائع، 325/2.



« (الباب الأول) ————— (الرعي القضائية وتواعر الاختصاص القضائي في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري) - كـ.

أما الفروق التي تعد عندهم فسخا فهي: التفريق لردة أحد الزوجين¹ وفساد الزواج أو التفريق لعدم كفاءة الزوج لزوجته أو الفرقة بسبب حرمة المصاهرة².

وذهب المالكية إلى أن الفرق بين الطلاق والفسخ يكمن في السبب الموجب للفرقة، فإن كانت فرقة من زواج صحيح وكان سببها لا يستوجب حرمة مؤبدة بين الزوجين، سواء كانت من الزوج أو من ما يقوم مقامه، أو من قبل الزوجة أو من قبل القاضي عدت طلاقا، وأما إذا كانت ناتجة عن زواج فاسد فيعد ذلك فسخا.

وتأسيسا على ما سبق يكون التطليق بسبب الخلع والعيب³ والإعسار والضرر والإيلاء وعدم الكفاءة فروع طلاق، أما التفريق بسبب اللعان وفساد عقد الزواج أو إباء أحد الزوجين الإسلام تكون فروع فسخ.

ويرى الشافعية والحنابلة أن الفروق التي تقع بين الزوجين تعتبر طلاقا إذا وقعها الزوج أو نائبه وما عدا ذلك تعتبر فسخا⁴، و الفروق التي تعتبر عندهم طلاقا هي: تطليق الزوج والخلع وتطليق القاضي إن امتنع الزوج عن الطلاق بسبب الإيلاء، أما الفروق التي تعد عندهم فسخا هي: التفريق للعيب أو إعسار الزوج أو فساد العقد أو لعدم كفاءة الزوج لزوجته.

أما المشرع الجزائري فقد اعتبر التفريق القضائي بين الزوجين طلاقا وليس فسخا، وهذا ما نص عليه صراحة في نص المادة 48 والمادة 53 الفقرة 2 من قانون الأسرة، بحيث تنص المادة 48 على مايلي : (مع مراعاة أحكام المادة 49أدناه، يحل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة في حدود ماورد في المادتين 53 و 54 من هذا القانون).

1 - والتفريق لردة الزوج عند الإمام محمد طلاق لأنه الأصل في الفرقة ولأن الزوج هو المتسبب وعند أبي حنيفة وأبي يوسف فسخ. أنظر الكاساني، بدائع الصنائع، 3/337.

2 - الكاساني، بدائع الصنائع، 2/340.

3 - الدسوقي، حاشية الدسوقي، 2/282.

4 - ابن قدامة، المغني مع شرح الكبير، 7/592.



وتنص المادة 53 الفقرة 2 (يجوز للزوجة طلب التطليق للعيوب التي تحول دون تحقيق الأهداف المرجوة من الزواج).

وما يدعم ذلك كلمة العدد للاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية بالحكمة العليا، التي ألقاها السيد الماشمي هويدي رئيس الغرفة :

(أنه إذا كانت العصمة في يد الزوج فإن ذلك لا يمنع الزوجة من الحصول على طلب التطليق الذي ترفعه إلى القضاء في حدود ما جاءت به المادة 53 من قانون الأسرة، والقاضي هو الذي ينشئ الطلاق نيابة عن الزوجة في حالة إثباتها لدعواها بشأن الحالة أو الحالات التي تدعيها، وعلى القاضي أن يقضي بالطلاق لا بالتطليق في حالة ثبوت دعوى التطليق، ومعنى هذا أن الزوجة لها الحق في أن تحصل على الطلاق عن طريق القضاء في حدود المادة المشار إليها، وعليه فالطلاق للزوج والتطليق للزوجة والواقع عمليا أن التطليق هو طلاق لكن شرط أن يعرض على القضاء للحكم بصحة السبب الذي بني عليه التطليق¹ .

وهو ما سار على هديه القضاء الجزائري في جميع أحكامه، حيث يلاحظ عمليا أن القاضي يتلفظ دائما بلفظ الطلاق عند تلاوته منطوق الحكم في جلسة علنية ويثبت ذلك في الحكم، ويلاحظ كذلك أن الحكم القاضي بالتفريق يصدر نهائيا باتا لا يستطيع الزوج بعده مراجعة زوجته إلا بعقد جديد ومهر جديد، الأمر الذي يفهم منه أن الطلاق الذي يوقعه قاضي شؤون الأسرة الجزائري للتفريق بين الزوجين بائن بينونة صغرى، وقد أحسن المشرع في ذلك لأنه لو اعتبره طلاقا رجعيا يكون قد أجهف في حق الزوجة التي كانت تسعى للخلاص من زوجها، بحيث يصبح قادرا على مراجعتها مرة أخرى وبدون رضاها وبالتالي تحتاج إلى تفريق ثان وثالث وهذا ما يتناقض مع مقاصد الشريعة الإسلامية السمحاء.

رابعا/- الخلع في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

¹ - مبادئ الاجتهاد القضائي وفقا لقرار المحكمة العليا، المرجع السابق/ الصفحة 21.



أ): تعريف الخلع لغة واصطلاحاً

الخلع في اللغة: الترع والتجريد والإزالة، فخلع الرجل ثوبه، أي أزاله¹، وخالعت المرأة زوجها وقد اختلعت، أي افتدت نفسها منه بشيء تبذله فهي خالعة².

أما اصطلاحاً: فقد تعددت عبارات الفقهاء في تعريفه واختلفت تبعاً لاختلاف مذاهبهم في حقيقته، وسنعرض كل تعريف منها على حدة:

عرف الحنفية الخلع بأنه: «إزالة ملك النكاح المتوقفة على قبولها- الزوجة- بلفظ الخلع أو ما في معناه»³.

وعرفه المالكية بأنه: «الطلاق بعوض أو بلفظه»⁴، وعرفوه كذلك بأنه: «عقد معاوضة على البضع، تملك به الزوجة نفسها، ويملك الزوج العوض به»⁵.

وعرفه الشافعية بأنه: «فرقة بين الزوجين بعوض مقصود راجع لجهة الزوج بلفظ طلاق أو خلع»⁶، قال الراجعي: «وفسر الخلع في الشريعة بالفرقة على عوض يأخذه الزوج»⁷.

وعرفه الحنابلة بأنه: «فراق الزوجة بعوض يأخذه الزوج منها، أو من غيرها بألفاظ مخصوصة»⁸، و قال ابن قدامة بأنه: «فراق الزوج امرأته بعوض»⁹.

ولعل اختلاف عبارات الفقهاء في تعريف الخلع مرده لاختلافهم في حقيقته أهو طلاق أم

1- ابن منظور، لسان العرب، 67/8.

2- أحمد بن فارس، معجم مقاييس اللغة، 209/2.

3- ابن نجيم، البحر الرائق، 77/4، الحصفكي، الدر المختار، 439/3.

4- الدردير، الشرح الصغير على أقرب المسالك، 518/4.

5- عليش محمد، شرح منح الجليل، 182/3، الخطاب، مواهب الجليل، 18/4، الخرشى، حاشية الخرشى، 210/4.

6- مغني المحتاج 362/3 وانظر الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع 147/2.

7- الراجعي، العزيز شرح الوجيز، دار الفكر، 394/8 وانظر روضة الطالبين 374/7.

8- ابن زويان، منار السبيل في شرح الدليل، المكتب الإسلامي، المكتب الإسلامي، 226/2.

9 الكافي 405/4 وانظر المطلع على أبواب المقنع 331.



فسخ فمن يرى أن الخلع يعد طلاقاً، تضمنت عبارته «إزالة ملك النكاح»، ومن يرى من الفقهاء أن الخلع فسخ لا يذكر الألفاظ التي تدل على إزالة ملك النكاح، إنما يذكر ألفاظاً تدل على الفسخ دون الطلاق.

(ب) - مشروعية الخلع:

الخلع ثابت بالكتاب والسنة والإجماع: أما الكتاب فقد وردت نصوص عدة تدل على مشروعيتها منها قوله تعالى: ﴿ الطَّلَاقُ مَرَّتَانٍ فَإِمْسَاكَ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٍ بِإِحْسَانٍ وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلَّا أَنْ يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ ﴾¹ ، وقوله تعالى: ﴿ وَلَا تَعْضَلُوهُنَّ لِتَذْهَبُوا بِبَعْضِ مَا آتَيْتُمُوهُنَّ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفَاحِشَةٍ مُبَيَّنَةٍ وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ فَإِنْ كَرِهْتُمُوهُنَّ فَعَسَى أَنْ تَكْرَهُوا شَيْئًا وَيَجْعَلَ اللَّهُ فِيهِ خَيْرًا كَثِيرًا ﴾² .

ووجه الدلالة من الآية الأولى: أنه يجوز للزوج أن يأخذ مالا من زوجته في حالة الخوف من عدم إقامة حدود الله، وقد فسر جمهور الفقهاء ترك إقامة حدود الله باستخفاف المرأة بحق زوجها، وسوء طاعتها له³، أما وجه الدلالة من الثانية: أنها تنهى الرجال أن يضاروا بزواجهم، حتى يفتردين منهم، إلا إذا أتت بفاحشة من زنا أو مطلق عصيان على خلاف فحينئذ يجوز للرجل مفارقتها مقابل استرجاع ماله الذي أعطاها إياه⁴.

أما الدلالة من السنة فقد ذكر أهل الحديث روايات متعددة في مشروعية الخلع أغلبها تتحدث عن مخالعة زوجة الصحابي ثابت بن قيس بن شماس¹، عندما جاءت تشكو إلى رسول الله ﷺ كراهيتها لزوجها وخوفها من عدم إيفائها حقه، ومنها:

1 - سورة البقرة الآية: 229.

2 - سورة النساء الآية: 19.

3 - الطبري، تفسير الطبري، 563/4، القرطبي، تفسير القرطبي، 138/3.

4 - القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، 95/5، الشنقيطي، أضواء البيان، 149/1.



« (الباب الأول) ————— (الرعي القضائية وتواعر الاختصاص القضائي في الفقه الإسلامي والقانون الجزائي) - كـ.

روى البخاري² عن عكرمة³ عن ابن عباس⁴ رضي الله عنهما قال: أتت امرأة ثابت بن قيس النبي ﷺ فقالت: يا رسول الله، ثابت بن قيس ما أعتب عليه في خلق ولا دين، ولكني أكره الكفر في الإسلام. فقال ﷺ: «أتردين عليه حديقته؟» قالت: نعم، قال رسول الله ﷺ: «اقبل الحديقة وطلقها تطليقة»⁵.

ووجه الدلالة في الحديث الشريف: أن الأمر الوارد في قوله ﷺ: «اقبل الحديقة وطلقها تطليقة»، يدل على جواز الخلع إذا كرهت المرأة زوجها وخافت تقصيرها بحق الله فيه.

أما في الإجماع فقد أجمع الصحابة و الفقهاء على مشروعية الخلع وجوازه، فقد جاء في زاد المعاد لابن القيم⁶ « ومنع الخلع طائفة شاذة من الناس خالفت النص والإجماع»⁷ وجاء في فتح

1 - ثابت بن قيس بن شماس الخزرجي الأنصاري، خطيب الأنصار، من كبار الصحابة، وشهد أحدا، قتل يوم اليمامة شهيدا في خلافة أبي بكر سنة 12هـ، أنظر العسقلاني، فتح الباري، 9/ص494 و495.

2 - هو محمد بن اسماعيل بن ابراهيم الجعفي البخاري، أبو عبد الله الإمام الحافظ الشهير وله: الجامع الصحيح والتاريخ، وخلق أفعال العباد، أنظر شذرات الذهب 2/134.

3 - هو عبد الله مولى ابن عباس أحد فقهاء مكة ومن التابعين الأعلام، أصله بربري من أهل المغرب توفي سنة 104هـ. أنظر تهذيب الأسماء واللغات، 1/340.

4 - هو عبد الله بن عباس بن عبد المطلب عم النبي ﷺ حبر الأمة وترجمان القرآن وأحد المكثرين الستة من الرواية عن النبي ﷺ، توفي بالطائف سنة 68هـ.

5 - رواه البخاري في صحيحه، باب الخلع وكيفية الطلاق فيه، رقم الحديث 5273، وقال: «لا يتابع فيه عن ابن عباس»، 7/46.

6 - محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد، من أعلام الإصلاح الديني في القرن الثامن الهجري. ولد في دمشق وتلمذ على يد ابن تيمية، حيث تأثر به تأثراً كبيراً وهو الذي هذب كتبه ونشر علمه. وسُجن ابن قيم الجوزية وعُذّب عدة مرات، وأطلق من سجنه بقلعة دمشق بعد وفاة ابن تيمية. ومن أبرز كتب ابن قيم الجوزية في مجال السياسة كتابه الشهير الطرق =الحكمية في السياسة الشرعية، كما أن له العديد من المؤلفات الأخرى في الشريعة والتفسير والفقه نذكر منها: أعلام الموقعين؛ زاد المعاد؛ مدارج السالكين؛ الوابل الصيب من الكلم الطيب؛ التبيان في أقسام القرآن. ولمحمد أويس الندوي كتاب التفسير القيم، للإمام ابن القيم — استخرجه من مؤلفاته. وقد أدى ابن القيم دوراً بارزاً في الفكر الإسلامي الحديث. نقلا عن الموسوعة العربية العالمية <http://www.mawsoah.net>.

7 - ابن القيم، زاد المعاد، 5/193.



الباري لابن حجر العسقلاني¹ « وأجمع العلماء على مشروعيتها إلا بكر بن عبد الله المزني² التابعي المشهور³، وجاء في المغني لابن قدامة⁴ «وهو قول عمر وعثمان..... ولم نجد لهم في عصرهم مخالفاً فيكون إجماعاً»⁵.

مقدار العوض في الخلع: اتفق الفقهاء على مشروعية أخذ الزوج عوضاً من زوجته أثناء مخالعتها، بيد أنهم اختلفوا في مسألة مقدار العوض الجائز بذله وأخذه من زوجته على قولين:

القول الأول: يتحدد مقدار العوض بما يترضى عليه الزوجان في المخالعة.

وذهب إلى هذا جمهور الفقهاء من حنفية ومالكية، وشافعية، وحنابلة، حيث ذكروا أن مقدار العوض هو ما يترضى عليه الزوجان سواء تجاوز المهر أو ساواه أو قل عنه، وقد استدلووا على ذلك بالكتاب والأثر والمعقول.

¹ - العسقلاني هو شهاب الدين أبو الفضل، أحمد بن علي بن محمد بن محمد بن علي، الكنايني، العسقلاني، الشافعي. صاحب أشهر شرح لصحيح الإمام البخاري أصله من عسقلان بفلسطين، ومولده ووفاته بالقاهرة، عالم محدث فقيه أديب ولع بالأدب والشعر فبلغ فيه الغاية، ثم أقبل على الحديث فسمع الكثير، ورحل ولازم شيخه الحافظ أبا الفضل العراقي. رحل إلى اليمن، والحجاز، وغيرهما لسماع الشيوخ، وصارت له شهرة كبيرة. قصده الناس للأخذ عنه، وأصبح حافظ الإسلام في عصره. ولما حضرت العراقي الوفاة قيل له من تخلف بعدك؟ قال: ابن حجر، ثم ابني أبا زرعة، ثم الهيثمي. كان فصيح اللسان، راوية للشعر، عارفاً بأيام المتقدمين وأخبار التأخرين، ولي قضاء مصر مرات ثم اعتزل، أما تصانيفه فكثيرة جداً منها: فتح الباري في شرح صحيح البخاري؛ الإصابة في تمييز أسماء الصحابة؛ تهذيب التهذيب؛ تقريب التهذيب في أسماء رجال الحديث؛ لسان الميزان؛ أسباب التزول؛ تعجيل المنفعة برجال الأئمة الأربعة؛ بلوغ المرام من أدلة الأحكام؛ تبصير المنتبه في تحرير المشتبه؛ إتخاف المهرة بأطراف العشرة؛ طبقات المدلسين؛ القول المسدّد في الذبّ عن مسند الإمام أحمد وغيرها كثير. نقلا عن الموسوعة العربية العالمية <http://www.mawsoah.net>

² - المزني هو: إسماعيل بن يحيى بن إسماعيل، أبو إبراهيم المزني. صاحب الإمام الشافعي، من أهل مصر، كان زاهدا عالما مجتهدا قوي الحجة. وهو إمام الشافعيين، من كتبه (الجامع الكبير) و (الجامع الصغير) و (المختصر - خ) و (الترغيب في العلم)، نسبه إلى مزينة (من مضر)، قال الشافعي: المزني ناصر مذهبي. وقال في قوة حجته: لو ناظر الشيطان لغلبه!، ينظر الزركلي، الأعلام، 329/1.

³ - ابن حجر العسقلاني، فتح الباري 395/9.

⁴ - هو عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي الدمشقي الحنبلي موفق الدين أبو محمد أحد الأئمة الأعلام وكان ثقة ثقة نبيلاً حجة غزير الفضل شديد الثبوت حسن السمات ومن أشهر كتبه: المغني والكافي والمقنع. أنظر شذرات الذهب 88/5.

⁵ - ابن قدامة، المغني، 52/7.



استدلوا لهم من القرآن الكريم: بقوله تعالى: ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ﴾¹.

وجه الدلالة من الآية الكريمة أن هذا النص عام يشمل ما افتدت به، سواء كان قليلا أو كثيرا، زائدا عما أعطها الزوج أو مساويا له أو أقل منه².

أما من الأثر فقد استدلوا بما روى عن عثمان بن عفان رضي الله عنه أنه أجاز الخلع دون عقاص³ رأسها⁴.

ووجه الدلالة من الأثر: أنه يجوز للزوج أن يأخذ من زوجته كل ما تملكه قليلا كان أو كثيرا، ولا يترك لها سوى عقاص رأسها⁵، ولم ينكر أحد من الصحابة على عثمان فيكون إجماعاً⁶.

ومن المعقول استدلوا: بأن الخلع معاوضة، فوجب أن لا يتقيد بمقدار معين، فكما أن للمرأة أن لا ترضى عند النكاح إلا بالصداق الكثير، فكذا للزوج أن لا يرضى عند المخالعة إلا بالبدل الكثير لا سيما وقد أظهرت الاستخفاف بالزوج حيث أظهرت بغضه وكرهيته⁷.

القول الثاني: يتحدد العوض في الخلع بمقدار ما أعطها مهرًا⁸.

¹ - سورة البقرة الآية: 229.

² - القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، 948/2، ابن كثير، تفسير بن كثير، 275/1.

³ - عقاص: شعر المرأة إذا لوته وجمعه في وسط رأسها، الفيومي، المصباح المنير، 422.

⁴ - البخاري، صحيح البخاري، باب الخلع وكيفية الطلاق فيه، 46/7، العسقلاني، فتح الباري، 497/9.

⁵ - العسقلاني، فتح الباري، 497/9.

⁶ - ابن قدامة، المغني، 247/7.

⁷ - الرّازي، فخر الدين، مفاتيح الغيب = التفسير الكبير، دار إحياء التراث العربي - بيروت، الطبعة: الثالثة - 1420 هـ، 447/6.

⁸ - المهر اسم للمال الواجب للمرأة على الرجل بالنكاح أو الوطاء، وقد سماه الشارع في كتابه صداقا و أجرا وفريضة، وهو الواجب بدلالة الأمر في قوله تعالى: (وَأَتُوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً) (النساء الآية 4)، والنحلة ما يوهب بطيب نفس من الواهب، وقوله تعالى (فَمَا اسْتَمْتَعْتُمْ بِهِ مِنْهُنَّ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ فَرِيضَةً) (النساء الآية 24). وقد اتفق جميع الفقهاء على وجوب المهر، لأن النصوص الواردة بشأنه قطعية الثبوت قطعية الدلالة، ينظر ابن رشد الحفيد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دار الحديث - القاهرة، 1425 هـ - 2004 م، 365/4.



وقال به عطاء والزهري والحسن البصري وطاووس، و الشوكاني، وقد استدلوا بما روي عن ابن عباس رضى الله عنهما قال: أتت امرأة ثابت بن قيس النبي ﷺ فقالت: يا رسول الله، ثابت بن قيس ما أعتب عليه في خلق ولا دين، ولكني أكره الكفر في الإسلام. فقال ﷺ: «أتردين عليه حديقته؟» قالت: نعم، قال رسول الله ﷺ: «أقبل الحديقة وطلقها تطليقة»¹.

ووجه الدلالة من الحديث: أن النبي نهي عن أخذ الزيادة، بل و أوجب الاقتصار على ما أعطاها لا أكثر منه².

الترجيح: نرى أن ما ذهب إليه الجمهور هو الراجح، فمن الأفضل أن نترك تقدير عوض الخلع للزوجين، قل هذا العوض أو أكثر ما دام هذا الاتفاق على طيب نفس، أما في الحالة الخلاف في العوض أو تعسف الزوج في المبالغة فيه، نرى أن يترك التقدير للقاضي على أن يتقيد في تقديره بالمهر المبذول أثناء الخلع، وذلك لاجتناب إلحاق الضرر بالزوج والزوجة، فإذا كان الزوج مثلا معسرا و مكناه من عوض يساوي مهر المثل يستطيع أن يتزوج ويتحقق عفاؤه، ونرفع بهذا الضرر كذلك عن الزوجة لأنه لو طالبناها أن تبذل عوضا لا تقدر عليه سوف نجبرها على البقاء مع زوجها فيلحق الضرر بها وبزوجها ويضيع مقصد الشريعة في تشريع الخلع.

وهذا ما ذهب إليه المشرع الجزائري صراحة في الفقرة الثانية من نص المادة 54 من قانون الأسرة بنصها: «إذا لم يتفق الزوجان على المقابل المالي للخلع، يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم»، وهذا الموقف من المشرع في نظرنا يجب أن يقابل بالثناء الحسن لأنه رفع الضرر عن الزوج و الزوجة عندما قيد القاضي عند الحكم بالعوض أن يأخذ من مهر المثل³ وقت الحكم معيارا لتقدير التعويض.

¹ - رواه البخاري في صحيحه، باب الخلع وكيفية الطلاق فيه، رقم الحديث 5273، وقال: «لا يتابع فيه عن ابن عباس»، 46/7.

² - الأنصاري زكريا، أسنى المطالب في شرح روض الطالب، دار الكتاب الإسلامي، الطبعة: بدون طبع وبدون تاريخ، 241/3.

³ - المراد بمهر المثل كما يقول النووي: " القدر الذي يرغب به في أمثالها، والمرأة التي يعتبر فيها المماثلة ما كانت من جهة أبيها، أبيها، كأخواتها وعماتها، ومعنى ذلك أنه لا ينظر إلى مثيلاتها من قبل أمها، فإن الأم قد تكون من أسرة أخرى لها أعراف تخالف أعراف أسرة أبيها" ينظر السرخسي، المسبوط، 64/5.



ج: نوع الفرقة الواقعة بالخلع:

قبل الخوض في بيان موقف فقهاء الشريعة الإسلامية في تكيف فرقة الخلع أهي طلاق أم فسخ، تجدر الإشارة إلى الفائدة العملية المرجوة من دراسة هذه الجزئية على النحو التالي:

1- إذا اعتبرت فرقة المخالعة طلاقاً بائناً فإن هذه المخالعة تنقص من عدد الطلقات التي يملكها الزوج على مطلقتها، فإن كان قد طلقها واحدة، ثم خالعه ثم عقد بنكاح جديد عليها فإنها تعود إليه، وهو يملك عليها طليقة واحدة فقط، وإن لم يكن قد طلقها قبل الخلع ثم خالعه ثم أعادها بعقد نكاح جديد فإنها تعود إليه، وهو يملك عليها تطليقتين¹.

أما إذا قلنا أن فرقة المخالعة فسخ فإن للرجل المخالعة أن يعيد من خالعه بعقد نكاح ومهر جديدين و إن تكرر منه الخلع، لأن الفسخ لا ينقص من عدد الطلقات التي يملكها الزوج على زوجته، وعلى هذا فهي تعود إليه بعقد النكاح الجديد بما كان يملكه عليها قبل الخلع.

2- إذا قلنا أن فرقة المخالعة قبل الدخول بالزوجة أو الخلوّة الصحيحة طلاقاً تَوَجَّبَ للزوجة إما نصف المهر أو المتعة، أما إذا قلنا بأنها فسخ فلا تستحق أي شيء سواء كانت من جانب الزوج أو من جانب الزوجة².

3- إذا اعتبرت فرقة المخالعة طلاقاً فإنها تعدد عدة الطلاق، أما إذا قلنا أنها فسخ فتعددت المختلعة حيضة واحدة³.

4- كما أنه في حالة اعتبار الخلع طلاقاً تثبت النفقة للزوجة سواء كانت حاملاً أو حائلاً، أما في الفسخ فلا نفقة لها.

فهل تعتبر فرقة الخلع بين الزوجين طلاقاً أم فسخاً؟.

¹ -الكاساني، بدائع الصنائع، 3/151، شلبي، أحكام الأسرة، ص464.

² - مغني المحتاج، 3/204. شلبي، أحكام الأسرة، ص464، سالم، صحيح فقه السنة، 3/346.

³ -معظم الذين قالوا أن الخلع فسخ جعلوا عدة المختلعة حيضة واحدة إلا الإمام أحمد بن حنبل فذكر أنها ثلاث حيضات رغم أنه يعتبر أن الخلع فسخ. أنظر: ابنقدامة، المغني، 7/251.



اختلف الفقهاء في نوع الفرقة الواقعة بالخلع هل هي طلاق أم فسخ على قولين¹:

القول الأول: الفرقة التي تقع بالمخالعة تعد طلاقاً.

وذهب إلى هذا جمهور الفقهاء من حنفية ومالكية وقول عند الشافعية في الجديد، وأحمد في رواية، وذكروا أنه طلاق بائن بينونة صغرى² واستدلوا على مذهبهم هذا بما يلي:

- ما روي عن ابن عباس رضي الله عنهما قال: أتت امرأة ثابت بن قيس النبي ﷺ فقالت: يا رسول الله، ثابت بن قيس ما أعتب عليه في خلق ولا دين، ولكنني أكره الكفر في الإسلام. فقال ﷺ: «أتردين عليه حديثه؟» قالت: نعم، قال رسول الله ﷺ: «أقبل الحديقة وطلقها تطليقة»³.

ووجه الدلالة: أن رسول الله ﷺ أمر ثابت بن قيس بمقابل رد الحديقة بلفظ الطلاق صريحاً وجعله طلاقاً.

- واستدلوا بما روي عن عمر، وعلي، وعثمان، وابن مسعود، وابن عمر، وكذا ما روي عن سعيد بن المسيب، والحسن البصري، وعطاء، وقبيصة، وشريح، ومجاهد، وغيرهم من الصحابة، والتابعين أن الخلع طلاق⁴.

- القول الثاني: الفرقة التي تقع بالمخالعة تعد فسخاً

وهو مذهب الشافعي في القديم¹ وأحمد في رواية²، واختاره الكثير من فقهاء الشافعية، وحثتهم في ذلك أن عدة المخالعة قرء واحد، أما المعتدة من طلاق فعدتها ثلاثة قروء، فقد أمر

1 - د. مرسي عبد العزيز سماحي، بحوث في فروق النكاح، مطبعة للفجر الجديد، الطبعة الأولى - 1406 - 1986، ص 112.

2 - ابن نجيم، النهر الفائق، 435/2، ابن عابدين منحة الخالق، 146/4، ابن قدامة، المغني، 249/7 و250، ابن حزم، المحلى، 517/9.

3 - رواه البخاري في صحيحه، باب الخلع وكيفية الطلاق فيه، رقم الحديث 5273، وقال: «لا يتابع فيه عن ابن عباس»، 46/7.

4 - ابن حزم، المحلى، 517/9 و518.



الرسول ﷺ زوجة ثابت بن قيس أن تعتد بحيضة واحدة، وهو ما روى عن ابن عباس أن امرأة ثابت بن قيس اختلعت منه، فجعل النبي ﷺ عدتها حيضة³.

أما المشرع الجزائرى فقد تبنى نظام الخلع بنص المادة 54 من قانون الأسرة بنصها « يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل مالي، إذا لم يتفق الزوجان على المقابل المالى للخلع، يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم»، إلا أنه لم ينص فى مواد الخلع على تكيفه القانونى - طلاقاً أو فسخاً- الأمر الذى يجلنا على استقراء نصوص قانون الأسرة بخصوص الطلاق و الأحكام القضاية بخصوص الخلع، والملاحظ من خلال نصوص المواد التى تعالج الطلاق أن المشرع نص فى المادة 48 من قانون الأسرة نص على أنه: « يجل عقد الزواج بالطلاق الذى يتم بإرادة الزوج أو بتراضى الزوجين أو بطلب من الزوجة فى حدود ما ورد فى المادتين 53 و 54 من هذا القانون»، ولعل هذا النص يوضح أن المشرع اعتبر فك الرابطة الزوجية عن طريق الخلع طلاقاً، وهذا واضح من خلال إشارته فى نفس المادة إلى نص المادة 54 من قانون الأسرة المشار إليها أعلاه والتى تعالج حق الزوجة فى طلب الخلع وهذا الموقف من المشرع تؤكد جميع الأحكام القضاية الصادرة عن المحاكم الابتدائية والتى تضمن أحكامها دائماً لفظ الطلاق و تقضى بنفقة العدة وهذا دليل واضح على اعتبار الخلع فى القانون الجزائرى طلاقاً وليس فسخاً، وهذا صرحت به كل الاجتهادات القضاية الصادرة بخصوص الخلع و التى نذكر منها على سبيل المثال اجتهاد المجلس الأعلى فى 12/03/1969 بأنه: « ليس الخلع فى القانون إلا طلاقاً صادراً عن إرادة الزوجة المنفردة.

خامساً- أحكام نفقة الأولاد فى الفقه الإسلامى والقانون الجزائرى

(أ)- معنى النفقة لغة واصطلاحاً

¹ - الشعراى، كشف الغمة، 2/126، الرملى نهاية المحتاج، ج 6/405.

² - أبو بركات، المحرر، 2/45، ابن تيمية، فتاوى بن تيمية، 32/316.

³ - رواه أبو داود، سنن أبى داود، الحديث رقم، 338، 2229، وصححه الألبانى فى كتابه إرواء الغليل، 7/102.



1- النفقة في اللغة: اسم لما يصرفه الإنسان على عياله، وتأتي من اشتقاق عدة فهي إما أن تكون مشتقة من النفوق، وهو بمعنى الهلاك والموت، ومنه نفقت الدابة نفوقاً من باب قعد ماتت¹، أو مشتقة من النفاق وهو بمعنى الرواج ومنه نفقة الدراهم إذا راجت وتعامل الناس بها² ونفقت السلعة والمرأة نفاقاً بالفتح كثر طلابها وخطابها³، وتأتي مشتقة من النفاق فيقال نافق الرجل إذا أظهر الإسلام وأخفى الكفر⁴.

2- النفقة في اصطلاح الفقهاء: من خلال دراسة كتب الفقه المختلفة تبين أن تعريفاتهم للنفقة تنوعت حتى عند فقهاء المذهب الواحد، ونظراً لذلك سوف أكتفي بتبيين أظهر تعريف لكل مذهب من المذاهب الفقهية الأربعة:

عرف الحنفية النفقة بأنها: (الإدراج على الشيء بما به بقاؤه)⁵، وهي عند المالكية: (ما به قوام معتاد حال الآدمي دون سرف)⁶، وعند الشافعية هي: (طعام مقدر لزوجته وخدامها على الزوج ولغيرهما من أصل وفروع ورقيق وحيوان وما يكفيه)⁷، وهي عند الحنابلة: (كفاية من يمونه خبزاً وأدماً وكسوةً ومسكناً وتوابعها)⁸، ولعل الملاحظ من التعاريف السابقة أنها اشتركت في معنى واحد وهو بدل المنفق على المنفق عليه لسد حاجته، إلا أنهم اختلفوا فيما يسد الحاجة بين موسع ومضيق.

أما المشرع الجزائري فلم يتعرض لتعريف النفقة واكتفى بالإشارة إلى مشتملاتها في نص المادة 78 من قانون الأسرة بنصها: (تشمل النفقة: الغذاء والكسوة والعلاج، والسكن أو أجرته، وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة).

1 - الفيومي، المصباح المنير، 618/2.

2 - الزبيدي، تاج العروس، 600/5.

3 - ابن منظور، لسان العرب، 357/10، الرازي، مختار الصحاح، ص316،

4 - الفيومي، المصباح المنير، 618/2.

5 - الزبيدي، تبين الحقائق، 50/3، ابن همام، شرح فتح القدير، 378/4، ابن عابدين، حاشية رد المختار، 3628.

6 - الصاوي، بلغة السالك لأقرب المسالك (حاشية الصاوي)، دار المعارف، دار المعارف، بدون طبعة وبدون تاريخ، 2/729.

7 - الخرشبي، شرح مختصر خليل، 183/4، النفراوي، الفواكه الدواني، 57/2.

8 - البهوتي، كشف القناع، 5/459 و460.



(ب) - حكم نفقة الأولاد في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري :

لا خلاف بين أهل الفقه في أن نفقة الأولاد الصغار - ذكورا كانوا أو إناثاً - واجبة على آبائهم¹، وقد استدلوا على ذلك من القرآن والسنة والإجماع: أما من القرآن الكريم فقولته تعالى: ﴿ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ لَا تُكَلَّفُ نَفْسٌ إِلَّا وُسْعَهَا ﴾² ووجه الدلالة من الآية الكريمة أنها دلت على وجوب نفقة الأباء على الأولاد، وفي تفسيرها² يقول الإمام القرطبي: (وهذا دليل على وجوب نفقة الولد على الوالد لضعفه وعجزه)³.

أما من السنة الشريفة فقد استدلوا بما رواه مسلم في صحيحه عن أبي مسعود عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: (إن المسلم إذا أنفق على أهله نفقة، وهو يحتسبها، كانت له صدقة)⁴.

و استدلوا كذلك بما روي عن أبي هريرة رضي الله عنه، قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: (دينار أنفقته في سبيل الله ودينار أنفقته في رقبة، ودينار تصدقت به على مسكين، ودينار أنفقته على أهلك، أعظمها أجرا الذي أنفقته على أهلك)⁵.

ووجه الدلالة من الحديثين: أن الرسول ﷺ رغب في النفقة على الأولاد وحث عليها وبين فضلها على سائر النفقات في سبيل الله.

وإذا كان للأب الأجر والثواب في التوسعة على الأهل بالإنفاق على الأولاد ، فإن عليه بالتالي الوزر والإثم إذا أمسك عن الإنفاق.

¹ - بدائع الصنائع، 32/4، ابن قدامة، المغني، 583/7.

² - سورة البقرة الآية: 233.

³ - القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، 163/3.

⁴ - أخرجه مسلم في صحيحه، كتاب الزكاة، باب فضل النفقة والصدقة على الأقربين، رقم 1002، ص ، والبخاري في صحيحه، باب ماجاء إن الأعمال بالنية والحسبة، 20/1.

⁵ - أخرجه مسلم في صحيحه، كتاب الزكاة، باب فضل النفقة على العيال والمملوك، وإثم من ضيعهم أو حبس نفقتهم عنهم، رقم 995، 692/2.



« (الباب الأول) » ————— (الردوى القضائية وتواعر الاختصاص القضائي في الفقه الإسلامي والقانون الجزائي) - كـ.

أما الإجماع: فقد أجمعت الأمة الإسلامية على وجوب نفقة الأولاد الفقراء، وقد حكى هذا الإجماع ابن المنذر¹، حيث يقول: وأجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن على المرء نفقة أولاده الأطفال الذين لا مال لهم².

على من تجب نفقة الأولاد: هل تجب على والدهم فقط أم على الوالدين - من أب وأم -.

اتفق الفقهاء على وجوب نفقة الأب على أولاده³، كما اتفقوا على أن نفقه الصغار تكون على الأم إذا عجز الأب على الإنفاق وكانت قادرة عليه، بيد أنهم اختلفوا في مسألة رجوع الأم بما بذلته على أولادها إذا أيسر الأب على قولين:

القول الأول: وجوب نفقة الأم على أولادها الصغار ولا ترجع على الأب إذا أيسر.

وذهب إلى هذا القول فقهاء المالكية لأنهم قالوا بسقوط النفقة مع إعسار الأب⁴، فيكون عندهم قد سقط الواجب وبالتالي لا أساس للرجوع، وقال بهذا الرأي كذلك الحنابلة في قول لهم، وقد برروا عدم جواز رجوع الأم على الأب بما أنفقته على أولادها بانتقال واجب النفقة باعسار من الأب إلى الأم.

¹ - ابن المنذر هو محمد بن إبراهيم بن المنذر النيسابوري، أبو بكر: فقيه مجتهد، من الحفاظ، كان شيخ الحرم بمكة، قال الذهبي: ابن المنذر صاحب الكتب التي لم يصنف مثلها، منها «الميسوط» في الفقه، و«الأوسط في السنن والاجماع والاختلاف» و«الإشراف على مذاهب أهل العلم»، و«اختلاف العلماء» و«تفسير القرآن»، ينظر الزركلي، الأعلام، 5/294.

² - ابن المنذر، الإجماع، ص 42، الماوردي، الحاوي الكبير: 76/15، الشربيني، مغنى المحتاج: 447/3، ابن قدامة، المغنى: 257/9، البهوتي، شرح منتهى الإرادات: 1443/4، القرطبي، الجامع لأحكام القرآن: 163/3، العسقلاني، فتح الباري: 409/9، البزار، البحر الزخار، 277/3، جواهر الكلام: 367/31، وما نسب إلى الشعبي رحمه الله أنه قال: لا يجبر أحد على نفقة أحد من أقاربه، وإنما ذلك بر وصلة. فقد استبعد ابن القيم نسبة هذا القول إلى الشعبي وقال: الظاهر أنه أراد أن الناس كانوا أتقى لله من أن يحتاج الغني أن يجبره الحاكم على الإنفاق على قريبه المحتاج، فكان الناس يكتفون بإيجاب الشرع عن إيجاب الحاكم أو إجباره. زاد المعاد: 229/4.

³ - الكاساني، بدائع الصنائع، 32/4، ابن قدامة، المغنى، 583/7.

⁴ - ينظر الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، 2/ ص 522 إلى ص 524، وشرح الرسالة لابن أبي زيد القيرواني، 100/2، طبع سنة 1332 هـ، بالمطبعة الجمالية بمصر.



القول الثاني: وجوب نفقة الأم على أولادها الصغار في حالة عسر الأب وترجع عليه إذا أيسر، وذهب إليه الحنفية¹ و الشافعية² في قول لهم، لأن الأم عند الحنفية³ أولى من غيرها بالإنفاق على زوجها وابنه من سائر الأقارب بما فيهم الجد لأب، وأجازوا للأم الرجوع بما أنفقت على ابنائها إذا أيسر الأب، لأنه عندهم هو الأولى بأداء الواجب والأم أدت عنه الواجب فحق لها الرجوع عليه، ويرى الحنفية أن الأم إذا أنفقت على ابنها، وهو في حضانتها وهي تنوي الرجوع على الأب فلها أن ترجع عليه بالنفقة، أما إذا تبرعت الأم بالنفقة بدون نية الرجوع فليس لها أن ترجع على الأب بالنفقة⁴.

الترجيح: من خلال ما سبق من أقوال الفقهاء نرجح ما ذهب إليه المالكية في القول الأول، لأن حكمة الشريعة في جعل واجب النفقة على الأب هي قدرته على الإنفاق، ومادام أن القدرة فيه إنتفت وتوافرت في الأم وجبت عليها النفقة ليس بصفتها تؤدي واجب الأب بل بصفتها صاحبة الواجب فلا يجوز لها الرجوع على الأب الذي رفع عنه التكليف بعدم القدرة مصداقا لقوله تعالى: ﴿لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا﴾⁵.

(ج): شروط استحقاق النفقة:

اشترط الفقهاء لوجوب النفقة العديد من الشروط في من يستحقها- الأولاد- ومن خلال دراسة كتب الفقه رأيت أنها تتلخص في ثلاثة شروط جوهرية، وهي على النحو التالي:

1- شرط رابطة البنوة: وقد اتفق الفقهاء في هذا الشرط على وجوب نفقة الأولاد الصليبين-

وهم الأولاد المباشرون⁶، و اختلفوا في نفقة فروع الأولاد- غير المباشرين- على قولين:

1- ابن همام، فتح القدير، 217/4، بدائع الصنائع، 33/4.

2- الشريبي، مغني المحتاج، 447/3،

3- ابن همام، فتح القدير، 217/4، بدائع الصنائع، 33/4، الفتاوى الهندية، 562/1، الطبعة الثالثة سنة 1400.

4- الشيخ ابن تيمية، مجموع الفتاوى، 134/34.

5- سورة البقرة الآية 286.

6- ابن عابدين، حاشية رد المختار، 183/5، الشيرازي، المذهب، 158/3، د. وليد خالد ربيع، الإلزام في مسائل الأحوال الشخصية، دراسة فقيه مقارنة، دار النفائس، الطبعة الأولى سنة 2007، ص211.



القول الأول: النفقة تقتصر على الأولاد الصليبين فقط

وذهب إلى هذا القول فقهاء المالكية، وقد استدلوا على ذلك بالقرآن والسنة.

أما من القرآن الكريم فقد استدلوا بقوله تعالى: ﴿وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ لَا تُكَلَّفُ نَفْسٌ إِلَّا وُسْعَهَا﴾¹.

ووجه الدلالة من الآية الكريمة: أنها قصرت وجوب النفقة على المولود له وهو الأب المباشر، وعليه فالأب عليه إنفاق الولد حتى البلوغ والبنت حتى الزواج².

أما من السنة الشريفة فقد استدلوا بما روي عن عائشة رضي الله عنها، أن هند بنت عتبة، قالت: يا رسول الله إن أبا سفيان رجل شحيح وليس يعطيني ما يكفيني وولدي، إلا ما أخذت منه وهو لا يعلم، فقال: «خذي ما يكفيك وولدك، بالمعروف»³.

ووجه الدلالة من الحديث: أن النبي قصر النفقة على أبي سفيان، أي أعطى حق النفقة للولد الصليبي دون غيره، فلا تشمل ولد الولد⁴.

القول الثاني: النفقة الواجبة على الأولاد تشمل فروعهم وإن نزلوا.

وهو مذهب جمهور الفقهاء من غير المالكية - الحنفية⁵ والشافعية⁶ والحنابلة⁷، وقد استدلوا على ذلك ما ذهبوا إليه من الكتاب والسنة.

أما القرآن الكريم فقد استدلوا بقوله تعالى: ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَارْتُوهُنَّ أَجُورَهُنَّ وَأَتَمِرُوا بِئِنَّكُمْ بِمَعْرُوفٍ﴾⁸.

¹ - سورة البقرة الآية 286.

² - ابن جزري: القوانين الفقهية، 362، الخرشبي، حاشية الخرشبي، 204/4، بدران، حقوق الأولاد، ص 102.

³ - رواه البخاري، كتاب النفقات، باب إذا لم ينفق الرجل فللمرأة أن تأخذ بغير علمه ما يكفيها وولدها بالمعروف، رقم: 65/7، 5364.

⁴ - بدران، حقوق الأولاد، ص 103.

⁵ - ابن عابدين، حاشية رد المختار، 673/3.

⁶ - الشريبي، مغني المحتاج، 183/5، الشيرازي، 158/3، البجيرمي، حاشية على الخطيب، 65/4.

⁷ - ابن قدامة، المغني، 243/11، البهوتي، كشف القناع، 481/5، البهوتي، شرح منتهى الإرادات، 254/3.

⁸ - سورة الطلاق الآية 6.



ووجه الدلالة من الآية أنها دلت على أن نفقة الولد و إن سفل واجبة على الأب والجد و إن علا للاطلاق في قوله تعالى (لكم)، لأن الولد اسم يقع على ما يصدق عليه ولد سواء أكان الابن الصلي أو غيره¹.

أما السنة الشريفة فقد استدلووا كذلك بقول النبي × لهند امرأة أبي سفيان: (خذي ما يكفيك وولدك، بالمعروف).

ووجه الدلالة من الحديث: أن الحديث فيه إشارة للأحفاد، لأن الأحفاد ملحقون بالأولاد، فالولد اسم يقع على ما يصدق عليه ولد سواء أكان الابن الصلي أو غيره².

الترجيح: رغم استدلال الفريقين بأدلة تحتمل التأويل لأي من الجانبين إلا أن النفس تركز إلى ما ذهب إليه أصحاب القول الثاني لاتفاقه مع مقاصد الشريعة الإسلامية لأنه في حالة غياب الأب المباشر لا يحسن أن يترك الأولاد عرضة للفقير و التشرذم.

2- إعمار الأولاد: أجمع الفقهاء على أن على الأب الموسر نفقة أولاده الصغار المعسرين العاجزين عن الكسب حتى يبلغوا عاقلين قادرين على الكسب³، فإذا بلغ الإبن - ذكر- راشدا وأصبح قادرا على العمل والكسب سقطت نفقته ولا يُلزم أبوه بالنفقة عليه لارتفاع الموجب، أما البنت البالغة التي لم تتزوج وليس لها مال، حصل الاتفاق بين فقهاء المذاهب⁴ أنه تستمر نفقتها على أبيها إلى غاية زواجها وانتقال نفقتها إلى زوجها، ولا يرتبط الإنفاق عليها بسن معين أو ببلوغها مثل ما هو الحال في الذكر لأن عجزها مستمر ما لم يوجد مُنفق شرعي جديد عليها وهو الزوج.

1 - الشيرازي، المذهب، 159/3.

2 - الشريبي، مغني المحتاج، 183/5.

3 - ابن المنذر، الإجماع، ص79، الكاساني بدائع الصنائع، 43/4، ابن قدامة، المغني، 583/7.

4 - السرخسي، المبسوط، 223/3 و224، الكاساني، بدائع الصنائع، 33/4، الدردير، الشرح الكبير، 524/2، ابن عبد البر، الكافي في فقه أهل المدينة، 629/2، كفاية الطالب الرباني، 23/3، الشريبي، مغني المحتاج، 448/3.



3- العجز عن الكسب: سبقت الإشارة أن نفقة الأب واجبة على الصغير فقط، فإذا بلغ الذكر سن الرشد يسقط على الأب واجب نفقته، غير أن الفقهاء¹ اتفقوا على أنه إذا كان بالابن الكبير مرض أو عاهة تمنعه من التكسب فإن نفقته تبقى على أبيه أو غيره من الأقارب بحسب القدرة، أما لو استطاع صاحب العاهة التكسب وكفاية نفسه فإنها تتعين عليه ولا تجب على غيره²، وقد أضاف بعض أهل العلم إلى هذا الحكم نفقة طالب العلم إذا بلغ سن الرشد وكان فقيرا، تبقى نفقته واجبة على أبيه³.

أما المشرع الجزائري فقد نص على نفقة الأولاد بنص المادة **75** و المادة **76** من قانون الأسرة ونصهما على التوالي كالتالي:

نص المادة **75**: (تجب نفقة الولد على الأب ما لم يكن له مال، فبالنسبة للذكور إلى سن الرشد والإناث إلى الدخول، وتستمر في حالة ما إذا كان الولد عاجزا لآفة عقلية أو بدنية أو مزاولا للدراسة وتسقط بالاستغناء عنها بالكسب).

نص المادة **76**: (في حالة عجز الأب تجب نفقة الأولاد على الأم إذا كانت قادرة على ذلك). ومن خلال النصين نستخلص ما يلي:

- المشرع جعل نفقة الأولاد واجبة على الأب وفي حالة عجزه تجب نفقتهم على الأم إذا كانت قادرة، فيكون المشرع بذلك قد وافق الشريعة الإسلامية في حكم النفقة، وقد ألزم المشرع الأب على الإنفاق بكل الوسائل القانونية، حيث اعتبر امتناع الأب عن إنفاق أبنائه مع قدرته على ذلك جريمة يعاقب عليها القانون، و هو ما سار على هديه قضاء شؤون الأسرة في جميع أحكامه.

- يسقط واجب النفقة في التشريع الجزائري بالنسبة للذكور ببلوغهم و سن الرشد، والسن الرشد كما سبقت الإشارة حددها المشرع ببلوغ الشخص تسع عشرة سنة كاملة، أما

¹ - السرخسي، المبسوط، 224/3 و 223/3، الكاساني، بدائع الصنائع، 33/4، الدردير، الشرح الكبير، 524/2، ابن عبد البر، الكافي في فقه أهل المدينة، 629/2، كفاية الطالب الرباني، 23/3، الشريبي، مغني المحتاج، 448/3.

² - ابن عابدين، حاشية رد المختار، 689/3.

³ - الحصكفي، الدر المختار، 675/3.



إذا كان من بلغ هذه السن أو تعداها صاحب عاهة عقلية أو بدنية كالجنون والشلل مثلا، أو كان مزاولا للدراسة فلا يسقط واجب الإنفاق عليه من الأب مادامت عاهته أو دراسته تمنعه من التكسب، وقد طابق موقف المشرع هذا موقف الفقه الإسلامي، أما بالنسبة للأنتى إذا كانت مُعسرة فلا يسقط واجب الإنفاق عليها من الأب إلا بدخول الزوج، فحتى ولو عقد عليها الزوج تبقى نفقتها على أبيها حتى يُدخَلَ بها فتنتقل بالدخول نفقتها من الأب إلى الزوج وحكمة المشرع في ذلك أن واجب الإنفاق من الزوج أساسه التمكين وذلك لا يحصل بمجرد العقد بل بالدخول، أما إذا كانت ميسورة الحال وتستطيع كفاية نفسها كأن تكون عاملة أو صاحبة مال يسقط واجب نفقتها عن الأب.

- في حالة عجز الأب عن النفقة فتجب نفقة الأولاد على الأم إذا كانت قادرة على نفقتهم، فإذا كانت الأم عاملة و صاحبة كسب أو لها أي مصدر مالي تستطيع أن تعول به أبناءها وكان أبوهم عاجزا عن النفقة بسبب عاهة أو بطالة أو لأي سبب آخر تجب النفقة على الأم.

الفرع الثاني: الصلاحيات الإستعجالية لرئيس قسم شؤون الأسرة في القانون الجزائري

ويقصد بالصلاحيات الإستعجالية الإجراءات والتدابير المؤقتة المتعلقة بمسائل لا تحتمل البطء والتأخير في الفصل فيها لتعلقها بحقوق شخصية لا تقبل التنازل أو الإهمال ، وقد أعطى المشرع هذه الصلاحيات في مسائل الأسرة لرئيس قسم شؤون الأسرة حيث تنص المادة 425 من قانون الإجراءات المدنية: (يمارس رئيس قسم شؤون الأسرة الصلاحيات المخولة لقاضي الاستعجال، ويجوز له بالإضافة للصلاحيات المخولة له في هذا القانون، أن يأمر في إطار التحقيق بتعيين مساعدة اجتماعية أو طبيب خبير أو اللجوء إلى أية مصلحة مختصة في الموضوع بغرض الاستشارة) ومن هذا النص ومن خلال اسقراء بعض مواد قانون الإجراءات المدنية يتبين أن رئيس قسم شؤون الأسرة يتمتع بنوعين من الصلاحيات الإستعجالية في مسائل شؤون الأسرة وهي كالآتي:

أولا: يمارس رئيس قسم شؤون الأسرة الصلاحيات المخولة لقاضي الاستعجال.

ثانيا: يصدر رئيس قسم شؤون الأسرة الأوامر على العرائض في مسائل شؤون الأسرة.



أولا/ - صلاحيات رئيس قسم شؤون الأسرة بصفته قاضي استعجال.

تنص المادة 425 من قانون الإجراءات المدنية: (يمارس رئيس قسم شؤون الأسرة الصلاحيات المخولة لقاضي الاستعجال)، وقد نص المشرع على صلاحيات قاضي الاستعجال بنص المادة 299 من نفس القانون بنصها: (في جميع أحوال الاستعجال، أو إذا اقتضى الأمر الفصل في إجراء يتعلق بالحراسة القضائية أو بأي تدبير تحفظي غير منظم بإجراءات خاصة، يتم عرض القضية بعريضة افتتاحية أمام المحكمة الواقع في دائرة اختصاصها الإشكال أو التدبير المطلوب، وينادي عليها في أقرب جلسة).

الأمر الذي يفهم منه أن صلاحيات رئيس قسم شؤون الأسرة الاستعجالية لم تأت على سبيل الحصر بل الاستعجال يقدره القاضي على حسب كل حالة، وهذا واضح من عبارة (في جميع أحوال الاستعجال) التي وردت في نص المادة 299 قانون الإجراءات المدنية المشار إليها أعلاه، وأحوال الاستعجال في مسائل شؤون الأسرة كثيرة ومتعددة لذا سنحاول معالجة أهم المسائل خاصة ما تعلق منها بمصلحة الأهل القصر من نفقة وحضانة وولاية - الولاية على النفس أو المال- وسكن وزيارة.

أ): الإجراءات الوقتية في دعاوى فك الرابطة الزوجية

يجوز لرئيس قسم شؤون الأسرة نزولا على القاعدة العامة في اختصاصه (توافر الاستعجال وعدم المساس بالحق)، بالفصل في الإجراءات التحفظية التي يراد اتخاذها بناء على طلب أحد الزوجين أثناء قيام دعاوى فك الرابطة الزوجية، كالحكم بتسليم الزوجة الأشياء اللازمة للاستعمال اليومي سواء قدم هذا الطلب أثناء الدعوى أو بعد الحكم بفك الرابطة بينهما.

ب): الاستعجال في دعاوى النفقات الوقتية

تعتبر النفقة الوقتية من أهم الدعاوى التي ينظرها رئيس قسم شؤون الأسرة وفق إجراءات استعجاليه ونظرا لوضوح ظرف الاستعجال فيها أصبحت هذه الدعاوى مرتبطة ارتباطا وثيقا بالقضاء المستعجل، فكلما كانت حاجة طالب النفقة ملحة ولا يستطيع الانتظار دون إنفاق أعطاه المشرع حق اللجوء إلى الدعوى الإستعجالية ليتفادى بذلك احتمال طول



الإجراءات التي ستلحق به الضرر حتما في حال بقاء الفصل في الدعوى الأصلية، غير أن قاضي الاستعجال لا يختص بالفصل في النفقة الوقتية إلا إذا كان أساس حق الطالب بها ثابتا لم يثر بشأنه نزاع جدي وذلك كما في حالة النفقة بين الأصول والفروع أو النفقة التي تطالب بها الزوجة زوجها، وأن تثبت الحاجة الملحة لطلبها و أن يظهر أنه ليس له مورد رزق آخر سوى الاستحقاق من المطلوب فإذا تبين للقاضي أن للطالب موارد أخرى انتفت حالة الاستعجال وبالتالي ينتفي معه الأساس القانوني في طلب النفقة المؤقتة، وعليه يشترط لاختصاص القضاء المستعجل بالفصل في مسائل النفقات المؤقتة ما يلي:

1- تحقق حالة الاستعجال: أي أن يكون طالب النفقة المؤقتة في حاجة ماسة إليها، بحيث ينعهد لديه أي مورد آخر للرزق وهذا هو ما يتوافر به ركن الاستعجال و الخطر، أما إذا كانت لطالب النفقة موارد أخرى تكفي حاجته الإنفاقية تنتفي حالة الاستعجال في طلبه، كأن تكون مثلا الزوجة طالبة النفقة المؤقتة عاملة وصاحبة مرتب منتظم فيتعين في هذه الحالة على قاضي الاستعجال رفض طلبها لانعدام الأساس القانوني، وعبء إثبات انعدام حالة الاستعجال في النفقة الوقتية يقع على عاتق المدعى عليه لا على المدعي¹، ففي المثال السابق الزوج ملزم بإثبات عمل الزوجة أو إثبات وجود مورد آخر للرزق لها.

2- أن يكون أساس استحقاق النفقة ثابتا ولم يثر بشأنه نزاع جدي فلا يجوز الحكم بنفقة مؤقتة للصغير إذا كان نسبه لأبيه مشكوكا فيه أو للزوجة إذا كان عقد الزواج مشوبا بالبطلان، ولا يدخل في هذا دفع الزوج بنشوز زوجته لمنعها من الحصول على النفقة المؤقتة لأن أساس هذه النفقة ليس الاحتباس بل علاقة الزوجية مع حاجة الزوجة الماسة إلى مال لتدفع عن نفسها العوز و الفاقة ولتحافظ على نفسها من أن لا تندفع إلى مهاوي الرذيلة، فينظر القاضي إلى حالة الاستعجال- (الحاجة الماسة للنفقة)-، ولا ينظر إلى أسباب النزاع- (النشوز)- حرصا على سلامة الموضوع.

1- محمد علي سويلم، شرح قانون محكمة الأسرة، دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية 2005.ص363.



3- أن يكون موضوع الدعوى خاصا بتحديد مبلغ نفقة مؤقت لا دائم، فمبدأ عدم المساس بأصل الحق في الدعاوى الإستعجالية يقتضي أن يكون الطلب منصبا على نفقة وقتية إلى أن يجسم قاضي الاستعجال الموضوع في أصل النزاع، أما إذا انصب الطلب على نفقة دائمة فإن الأمر ينقلب إلى نفقة دائمة¹ وبالتالي ينتفي اختصاص قاضي الاستعجال.

(ج): الاستعجال في دعاوى الحضانة (دعوى الحضانة المؤقتة وتوفير مسكن مؤقت لممارستها، ودعوى رؤية الصغير).

تعتبر دعوى الحضانة المؤقتة وما تعلق بها من الدعاوى الشائعة التي تطرح كثيرا أمام القضاء المستعجل، فعندما يثور النزاع بين الأبوين بخصوص حضانة الصغير أمام القضاء العادي فغالبا ما تلجأ الأم إلى قاضي الاستعجال لاستصدار حكم استعجالي مفاده إسناد حضانة صغيرها إليها مؤقتا كما تطالب بتوفير مسكن لممارسة هذه الحضانة، وحالة الاستعجال في قضايا الحضانة المؤقتة مرتبطة ارتباطا وثيقا بمصلحة الصغير، فالقاضي يقدرها بحسب الظروف التي تحيط بالصغير فإذا قدر إمكانية ضياعه ورأى أن مصلحته تتحقق بالحكم بالحضانة المؤقتة قضى بذلك على وجه الاستعجال، كما يجوز للقاضي المستعجل أن يتصدى للفصل في كل طلب يتعلق بحضانة لأولاد، كالطلب المستقل بتوفير مسكن مؤقت لممارسة الحضانة أو الحكم عن طريق الاستعجال بحق زيارة المحضون، وهذا ما قضى به قضاء شؤون الأسر في كثير من أحكامه.

(د): الاستعجال في دعاوى الشركات:

تنص المادة 499 من قانون الإجراءات المدنية بأنه: (يجوز لقاضي شؤون الأسرة، وعن طريق الاستعجال، أن يتخذ جميع التدابير التحفظية، لا سيما الأمر بوضع الأختام، أو تعيين حارس قضائي لإدارة أموال المتوفى إلى غاية تصفية الشركة)، ومن خلال هذا النص يتبين أنه إذا قام النزاع بين ورثة شخص متوفى حول صفة بعضهم في الإرث أو نصيبه و رفعت الدعوى بذلك أمام محكمة الموضوع فإن القاضي المستعجل يكون مختصا بالفصل في الإجراءات الوقائية

1- بن عومر محمد الصالح، مذكرة ماجستير، القضاء الإستعجالي في شؤون الأسرة، 2007، ص46.



التي تكفل المحافظة على أموال التركة حتى يفصل نهائيا في دعوى الميراث، فيجوز له - قاضي الاستعجال - بناء على طلب من ذوي الشأن أن يحكم بوضع الأختام على المحال التي توجد فيها أموال وأوراق المتوفى، مهما كانت صفة الحائز لهذه الأموال والأوراق - كما يجوز له كذلك الحكم بتعيين حارس قضائي مؤقت على التركة لحين تعيين المصفي من المحكمة المختصة مع الترخيص للحارس القضائي بفض الأختام التي قد تكون موضوعة على أعيان التركة و تسلم الأموال بعد جردها.

و إذا عارض الغير في وضع الأختام بحجة أن الأموال المطلوب المحافظة عليها هي ملكه وليست ملكا للمتوفى كان للقاضي المستعجل أن يفصل في هذا النزاع باعتباره إشكالا في تنفيذ حكم صادر منه بوضع الأختام، وله أن يحكم في الإشكال بقبوله أو برفضه طبقا لما يراه من وقائع النزاع وملابساته وما يبيده المعارض من حجج وأدلة .

وترفع الأختام بحكم من قاضي الاستعجال بناء على طلب أي من الأشخاص الذين يحق لهم طلب وضعها ويكون رفعها كليا إذا زالت الأسباب التي دعت إلى وضعها أو جزئيا إذا نشأ من الأسباب ما يبرر ذلك كضرورة الإطلاع على أوراق أو مستندات موجودة ضمن أوراق المتوفى أو الحصول على مستندات لازمة.

(د): الاستعجال المتعلق بأموال الغائبين:

رغم أن المشرع لم ينص صراحة على الصلاحيات الإستعجالية لرئيس قسم شؤون الأسرة بالنسبة لأموال الغائبين إلا أنه يفهم ضمنا أنه مادام أن قضايا الغياب تدخل ضمن الاختصاص النوعي لقسم شؤون الأسرة وهذا واضح من خلال نص المادة 423 فقرة 05 فإن رئيس قسم شؤون الأسرة يكون مختصا بوضع أموال الغائب تحت الحراسة القضائية متى توافرت أسباب الاستعجال و الخطر وذلك حتى يُفصلَ من المحكمة المختصة في تعيين وكيل عن هذا الغائب.

ويجوز لقاضي الاستعجال من باب أولى - أن يأمر بوضع الأختام على أموال الغائب بناء



على طلب من له مصلحة في ذلك - إلى أن يعين وكيل عنه¹ كما أن له أن يحكم بنذب خبير لإثبات حالة الأوراق و المستندات و المنقولات الموجودة من طرف الغائب، و بيان مفرداتها ووصفها و تعيين قيمتها.

(ر): الاستعجال في مسائل الولاية على النفس

تنص المادة 453 من قانون الإجراءات المدنية بأنه: يقدم طلب إنهاء ممارسة الولاية على القاصر أو سحبها المؤقت، من قبل أحد الوالدين أو ممثل النيابة العامة أو من يهمله الأمر بدعوى استعجالية)، ومن خلال هذا النص يتبين أن المشرع أعطى للأبوين و ممثل النيابة أو من يهمله الأمر الالتجاء إلى القضاء المستعجل للحكم بوقف الولاية على النفس و بضم الصغير المشمول بالولاية مؤقتا إذا كان في بقاء هذا الصغير مع وليه خطر شديد على نفسه، و ذلك حتى تفصل محكمة الموضوع في طلب سلب ولاية هذا الولي أو الحد منها، إلا أنه إذا أثار النزاع حول صاحب الحق في السلطة الأبوية أمام القاضي المستعجل كان غير مختص بالفصل في الطلب المستعجل المعروض عليه على أساس أنه لا يستطيع في حكمه أن يمس بأصل الحق.

(ز): الاستعجال في دعاوى الولاية على أموال القاصر:

تنص المادة 474 من قانون الإجراءات المدنية بأنه : (ترفع المنازعات المتعلقة بالولاية

على أموال القاصر أما قاضي شؤون الأسرة و في حالة الاستعجال يفصل في الدعوى وفقا للإجراءات الاستعجالية)، من خلال هذا النص يتبين أنه لرئيس قسم شؤون الأسرة أن يأمر باتخاذ جميع التدابير المؤقتة التي تلزم للمحافظة على حقوق القصر و عديمي الأهلية كتعيين حارسا على أموال القصر و عديمي الأهلية ليتولى إدارتها و استغلالها حتى يتم تعيين الوصي أو القيم من قسم شؤون الأسرة.

و إذا أساء الوصي أو الولي أو القيم أو الوكيل عن الغائب أو المساعد القضائي إدارة أموال

القاصر أو المحجور عليه أو الغائب أو ذي العاهة و كان هناك خطر عاجل من بقاء هذه الأموال

¹ - محمد علي راتب، قضاء الأمور المستعجلة، ص 397.



تحت يده كان للقاضي المستعجل الحق في تعيين حارس قضائي عليها ليتولى الإشراف على إدارة النائب عن عدم الأهلية أو ناقصها حتى يفصل قاضي الموضوع في أمر عزله، لأنه لا يحق لقاضي الاستعجال أن يحكم بالعزل في هذه الحالة لمساس ذلك بالموضوع.

ثانياً/ - صلاحيات رئيس قسم شؤون الأسرة بإصدار الأوامر على العرائض.

- عرف المشرع الجزائري الأمر على العرائض في نص المادة 310 بنصها: (الأمر على ذيل العريضة أمر مؤقت، يصدر دون حضور الخصم، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك وتقدم الطلبات الرامية إلى إثبات الحالة أو توجيه إنذار أو إجراء استجواب في موضوع لا يمس بحقوق الأطراف، إلى رئيس الجهة القضائية المختصة، ليفصل فيه خلال أجل أقصاه ثلاثة أيام من تاريخ إيداع الطلب) فمن هذا النص ومن خلال ما هو جاري عليه العمل في الجزائر أن رئيس المحكمة الابتدائية بصفته قاضي الاستعجال هو القاضي المختص بإصدار الأوامر على العرائض التي يتقدم بها الخصوم بحيث تعالج أموراً مؤقتة يبرر الاستعجال الواجب فيها الخروج عن القواعد العادية للتقاضي، وهذا يتأكد ضمناً كذلك من خلال إعطاء رئيس المجلس القضائي نظر الاستئناف في هذه الأوامر.

و قد ثار الخلاف حول ما إذا كان قاضي الأمور الوقفية يصدر هذه الأوامر على العرائض بمقتضى ما له من اختصاص قضائي أو بموجب اختصاصه الولائي، و قبل أن نستعرض هذا الخلاف يجدر أن نحدد ما هو الاختصاص القضائي و ما هو الاختصاص الولائي.

يتميز الاختصاص القضائي بخاصية أساسية هي أن محله الفصل في خصومة بين طرفين متنازعين على أساس قاعدة قانونية سواء تعلقت الخصومة بمركز قانوني عام أو خاص، أما الاختصاص الولائي فيتضمن سائر الأوامر التي تصدرها المحاكم في غير خصومة قائمة أمامها، فهو اختصاص يعبر عن مظهر من مظاهر السلطة التي يملكها القاضي لينظم بها مراكز قانونية في المستقبل¹.

فبينما يوازن القاضي وهو بصدده ممارسة اختصاصه القضائي بين الإدعاءات المتقابلة للخصوم و يرجح ما يرى ترجيحه منها بناءً على الأدلة المقدمة من كل منهما و إنزاله حكم القانون على الواقعة المتنازع عليها مما يعتبر عمله به قضاء في خصومة، فإنه ليس في الأعمال الولائية

¹ - د. أحمد خليل، خصوصيات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية المتعلقة بالولاية على النفس وفقاً للقانون المصري رقم (1) لسنة 2000، مقال منشور في مجلة الدراسات القانونية، العدد الخامس، لسنة 2000.



إلا مصلحة واحدة تنزل محل الاعتبار و هي مصلحة مقدم الطلب وتبدو أهمية التفرقة بين الأعمال القضائية و الأعمال الولائية في نواح متعددة أهمها :

- من ناحية الإجراءات الواجب إتباعها: لما كانت القاعدة العامة في المحاكم هي الفصل في الخصومات فقد نص المشرع على إجراءات تتفق مع هذه الوظيفة كعلنية الجلسات و حرية الدفاع و القواعد الخاصة بالإثبات أما الأعمال الولائية فلا تتبع بشأنها هذه الإجراءات و إنما ينص المشرع عادة على إجراءات و أحكام خاصة بها.

- من ناحية طرق الطعن: فالأصل في العمل الولائي أنه غير قابل للطعن فيه بالطرق المقررة للطعن في الأحكام وذلك كالأمر الذي يصدره رئيس المحكمة بإثبات حالة مثلاً فهذا الأمر وهو عمل إداري لا يتصور أن يطعن فيه بأي طريق من طرق الطعن لأنه لا يقتطع من طبيعة الأحكام و لا يسري عليه ما يسري من قواعد، وقد قال بعض الفقهاء في سبيل تبرير ذلك بأنه لا مصلحة لأحد في الطعن على هذا العمل الولائي¹ و لكن هذه الحجة غير مقنعة لأن المصلحة في الطعن على أي قرار يصدر من جهة قضائية أو إدارية تتوافر بمجرد أن يمس هذا القرار مصلحة أحد الأشخاص.

أ: طبيعة الأوامر على العرائض على ضوء ما تقدم:

الأوامر على العرائض في القانون الجزائري تعتبر من قبيل الأعمال الولائية لأنها تصدر دون

منازعة ودون مواجهة بين أطراف الدعوى الأصلية في حالة النزاع، إلا أن المشرع قد احتفظ لها بصفتها الولائية من حيث إجراءات إصدارها فقط، و خرج عن قاعدة عدم قابليتها للطعن فأباح الطعن فيها أمام الجهة القضائية المختصة، والأمر على ذيل العريضة هو أمر مؤقت ينعدم أثره في حالة النزاع. بمجرد الفصل النهائي في موضوع الدعوى الأصلي²، و ينتهي ويصبح لا أثر له إذا لم يتم

¹ - د. نبيل عمر، الوسيط في التنفيذ الجبري للأحكام وغيرها من السندات التنفيذية، دار الجامعة الجديدة، 2000، ص195.

² - تنص المادة 310 من قانون الإجراءات المدنية: (الأمر على ذيل العريضة أمر مؤقت، يصدر دون حضور الخصم، مالم ينص القانون على خلاف ذلك وتقدم الطلبات الرامية إلى إثبات الحالة أو توجيه إنذار أو إجراء استجواب في موضوع لا يمس بحقوق الأطراف، إلى رئيس الجهة القضائية المختصة، ليفصل فيه خلال أجل أقصاه ثلاثة أيام من تاريخ إيداع الطلب).



صاحب الأمر بتنفيذه في أجل أقصاه ثلاثة أشهر¹.

(ب): إجراءات إصدار الأوامر على العرائض:

حسب نص المادة 311 من قانون الإجراءات المدنية، يقدم طلب الأمر بعريضة من نسختين متطابقتين إلى القاضي المختص و يجب أن تشتمل العريضة على وقائع الطلب و أسانيده و تتضمن الإشارة إلى الوثائق المرفقة المحتج بها، وإذا كان طلب الأمر بعريضة متعلقا بخصومة قائمة يجب تذكّر في العريضة المحكمة المعروضة أمامها الخصومة، و يجب إضافة إلى هذا أن تحوي العريضة جميع البيانات الجوهرية في أي عريضة من توقيع وتاريخ والجهة الموجه إليها الطلب... الخ.

ويصدر القاضي الأمر مسببا قابلا للتنفيذ دون سماع أقوال من يراد استصدار الأمر عليه لأن القانون لا يستلزم إعلانه بالحضور و قد يكون من مصلحة الطالب أن يستصدر الأمر في غفلة من خصمه، فمثلا إذا علم المراد الحجز على أمواله لدى الغير بأمر هذا الحجز فقد يعمل على سحب هذه الأموال و تهريبها قبل توقيع الحجز عليها².

و يجب على القاضي أن يصدر أمره كتابة على إحدى نسختي العريضة في اليومين التاليين لتقدمها على الأكثر و تحفظ هذه النسخة في قلم الكتاب على أن هذا التكليف لا يقصد به إلا حث القضاة على الإسراع في التصرف في العرائض التي تقدم إليهم لتعلقها بإجراءات مستعجلة و من ثم لا يترتب البطلان على التأخير في إصدار الأمر³.

¹ - تنص آخر فقرة من المادة 311: (كل أمر على عريضة لم ينفذ خلال أجل ثلاثة أشهر من تاريخ صدوره يسقط ولا يرتب أي أثر).

² - الدكتور أحمد أبو الوفا مؤلفة من المرافعات طبعة 1953 ص 561

³ - نصت المادة 25 من قانون المرافعات على ان ((يكون الإجراء باطلا إذا نص القانون على بطلانه أو إذا شاب عيب جوهري ترتب عليه ضرر للخصم)) و علقت المذكرة التفسيرية للقانون على هذا النص بقولها ((أن المقصود بالضرر هو أن يكون العيب من شأنه أن يفقد الإجراء إحدى صفاته الخاصة به و الميزة له بحيث لا يتحقق الغرض المقصود منه على الوجه الذي يريده القانون بحيث تفوت على الخصم مصلحته التي يقصد القانون إلى صيانتها و حمايتها إذا أوجبه و حصلت المخالفة فيه و لا حاجة بعد أن يثبت فوات تلك المصلحة على صاحبها إلى إقامة الدليل على وقوع أي ضرر خاص)).



ج- تحديد اختصاص رئيس قسم شؤون الأسرة بإصدار الأوامر على العرائض في مسائل شؤون الأسرة

تنص المادة 425 قانون إجراءات مدنية على أنه: (يمارس رئيس قسم شؤون الأسرة

الصلاحيات المخولة لقاضي الاستعجال، ويجوز له بالإضافة للصلاحيات المخولة له في هذا القانون، أن يأمر في إطار التحقيق بتعيين مساعدة اجتماعية أو طبيب خبير أو اللجوء إلى أي مصلحة مختصة في الموضوع بغرض الاستشارة).

كما تنص المادة 57 مكرر من قانون الأسرة: (يجوز للقاضي الفصل على وجه الاستعجال بموجب أمر على عريضة في جميع التدابير المؤقتة ولاسيما ما تعلق منها بالنفقة والحضانة والزيارة والمسكن).

ومن خلال النصين السابقين يتبين أن رئيس قسم شؤون الأسرة له صلاحية إصدار الأوامر على العرائض كذلك في مادة شؤون الأسرة، ومن المسائل التي يصدر فيها رئيس قسم شؤون الأسرة الأوامر على العرائض و نص المشرع عليها صراحة فيما يلي:

1- النفقة والحضانة الوقتية والزيارة والمسكن: وهذا ما نص عليه المشرع في نص المادة 57 مكرر المشار إليها أعلاه، بحيث يجوز للقاضي إذا توفر عنصر الاستعجال في الإنفاق بالنسبة للزوجة و الأولاد أو خاف ضياع المحضون حال المنازعة بين الأبوين على فك الرابطة الزوجية أو نزاعهما حول استحقاق حضانة الصغير، أو في حالة امتناع صاحب الحضانة من تمكين الطرف الآخر من حق زيارة المحضون أن يأمر بعد طلب صاحب الشأن على ذيل العريضة بالإجراء الذي يراه مناسباً.

2- مسائل الولاية على نفس القاصر:

لرئيس قسم شؤون الأسرة في حال بلغ إلى علمه تقصير الولي أو الوصي أو المقدم في أداء مهامه أن يأمر بموجب أمر ولائي بأي إجراء يراه مناسباً لحماية مصالح القصر وهذا ما نصت عليه المادة 473 من قانون الإجراءات المدنية بنصها: (إذا قصر الولي أو الوصي أو المقدم في



أداء مهامه، يتخذ القاضي جميع الإجراءات المؤقتة الضرورية لحماية مصالح القاصر بموجب أمر ولائي).

3- الترخيص للولي بالتصرف في أموال القاصر: وهذا ما نص عليه المشرع في نص المادة 479 قانون إجراءات مدنية بنصها : (يمنح الترخيص المسبق المنصوص عليه قانون، والمتعلق ببعض تصرفات الولي، من قبل قاضي شؤون الأسرة، بموجب أمر على عريضة، ويفهم من هذا النص أنه من صلاحيات رئيس قسم شؤون الأسرة أن يرخص للولي ببعض التصرفات في أموال القاصر من بيع وصيانة و إيجار... الخ، وذلك لا يكون بطبيعة الحال إلا بعد تقدم الولي بطلب الأمر على ذيل العريضة.

4- ترشيده القاصر لإدارة أمواله : وتدخل في صلاحيات رئيس قسم شؤون الأسرة و التي يتصرف فيها بموجب أمر على ذيل العريضة الأمر الذي يصدره بترشيده القاصر الذي كان تحت الولاية، بحيث إذا رأى القاضي أن الولد قبل سن البلوغ قادر على إدارة أمواله يرفع عنه الولاية و يرخص له بالإدارة أمواله.

5- الإذن بالزواج (الترشيد للزواج): من بين المسائل التي يأمر بها رئيس قسم شؤون الأسرة بموجب أمر على ذيل العريضة الترخيص بالزواج لمن لم يبلغ سن 19 تسعة عشرة سنة إذا رأى فيه القدرة على الزواج وهذا ما تضمنته المادة 7 من قانون الأسرة، ويكون هذا الأمر بمثابة إذن بالزواج يقدمه صاحب المصلحة لضابط الحالة المدني المختص لإبرام عقد الزواج، أما في حالة رغبة الزوج في التعدد فالترخيص لا يدخل في صلاحيات رئيس قسم شؤون الأسرة بل هو من اختصاصات رئيس المحكمة وهذا ما صرح به المشرع في الفقرة الثانية من نص المادة 8 من قانون الأسرة بنصها: (يجب على الزوج إخبار الزوجة السابقة والمرأة التي يقبل على الزواج بها و أن يقدم طلب الترخيص بالزواج إلى رئيس المحكمة لمكان مسكن الزوجية).

6- الأمر بإجراء خبرة طبية للشخص المراد الحجر عليه: إذا أراد رئيس قسم شؤون الأسرة التأكد و الوقوف على الحالة الصحية للشخص المطلوب الحجر عليه له أن يأمر بموجب أمر ولائي بعرض المعني على الطبيب المشار إليه في الأمر لإجراء الخبرة الطبية ، وهذا ما نصت



« (الباب الأول) ————— (الدعوى القضائية وتوابع الاختصاص القضائي في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري) - كـ.

عليه المادة 486 بنصها: (يمكن للقاضي ويمكنه قبل اتخاذ القرار أن يأمر بخبرة طبية لتحديد الحالة الصحية للمعني وذلك بأمر ولائي).

7- طلب الكفالة : عرف المشرع الجزائري الكفالة في نص المادة 116 من قانون الأسرة بأنها: (التزام على وجه التبرع بالقيام بولد قاصر من نفقة و تربية ورعاية قيام الأب بابنه وتتم بعقد شرعي)، أما من حيث الإجراءات فهي عبارة عن طلب يقدمه طالب الكفالة إلى رئيس قسم شؤون الأسرة هذا الأخير الذي خوله القانون سلطة الفصل فيه بموجب أمر ولائي وهذا ما تضمنته المادة 493 قانون إجراءات مدنية.

المبحث الثاني

الاختصاص المكاني - الإقليمي - للمحاكم في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري.

المطلب الأول

معنى الاختصاص المكاني لغة واصطلاحا

تعرض الكثير من الفقهاء القدامى إلى موضوع الاختصاص القضائي المكاني - الإقليمي، وكلهم متفقون على جوازه تخصيص ولاية القاضي بمكان معين يحكم فيه ولا يتعداه إلى غيره، إلا أنهم لم يتعرضوا لتحديد معناه، لذا توجب علينا الإشارة إلى أقوال بعض الفقهاء منهم حتى يتسنى لنا وضع تعريف محدد له.

يقول ابن قدامة في المغني: (يجوز أن يولي قاضيا عموم النظر في خصوص العمل، فيقلده النظر في جميع الأحكام في بلد بعينه، فينفذ حكمه فيمن سكنه، ومن أتى إليه من غير سكانه¹ .

ويقول الماوردي: (ويجوز أن يكون القاضي عام النظر خاص العمل، فيقلد النظر في جميع الأحكام في أحد جانبي البلد أو في محلة منه، فينفذ جميع أحكامه في الجانب الذي قلده، والمحلة التي عينت له)²، ومن أقوال الفقهاء السابقة يتبين أن الاختصاص القضائي المكاني في الفقه

¹ - ابن قدامة، المغني، 10/135.

² - الماوردي، الأحكام السلطانية، ص72.



« (الباب الأول) ————— (الدعوى القضائية وتوابع الاختصاص القضائي في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري) - كـ.

الإسلامي هو: أن يعين ولي الأمر قاض يقضي في جميع الخصومات أو نوع من أنواعها ويحدد ولايته القضائية بمكان معين أو محل محدد يقضي فيه ولا يتعداه، ويعرف هذا التخصيص عند رجال القانون بالاختصاص المحلي والإقليمي.

وقد عرفه فقهاء القانون بأنه: (سلطة المحكمة في نظر الدعوى التي تقع في دائرة اختصاصها

المكاني أو الجغرافي بناء على معيار معين)¹، وعرفه بعضهم بأنه: (مجموعة القواعد التي تعين المحكمة المختصة من بين عدة محاكم من نوع واحد موزعة في المدن والبلدان من المملكة للنظر في قضية معينة)².

المطلب الثاني

الاختصاص المكاني للمحاكم في دعاوى شؤون الأسرة واثار مخالفته في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

- الفرع الأول: موطن الخصم كمعيار لتحديد اختصاص محكمة شؤون الأسرة محليا في الفقه

الإسلامي والقانون الجزائري

يقصد بموطن الخصم: المحل الذي يقيم فيه عادة، ويتخذ منه موطن له على سبيل الاستقرار فيه فيكون موطنه في استثناء ماله و إيفاء ما عليه، ولا يجهل ما يحدث فيه، ولو غاب عنه أحيانا كان في نيته الرجوع إليه³.

أما الموطن المختار: هو المكان الذي يتخذه المدعى عليه محلا لإقامته، لتسليم إعلان الأوراق القضائية إليه في هذا المحل دون غيره، وقد يكون المحل المختار محلا يتفق الخصوم على تعيينه لتنفيذ عمل قانوني معين، غالبا ما يكون مكتبا للمحاماة¹.

¹ - التعليق على نصوص نظام المرافعات الشرعية 260/1.

² - التنظيم القضائي في المملكة العربية السعودية، ص 444.

³ - د. أحمد خليفة الشرقاوي أحمد، نظرية الاختصاص في الفقه الإسلامي والقانون الإجرائي المدني، دار الفكر الجامعي، الطبعة الأولى، سنة 2013، ص 150.



موقف الفقه الإسلامي من قاعدة تحديد اختصاص المحكمة محليا تبعا لمعيار موطن المدعى

عليه:، لا خلاف بين الفقهاء إذا كان المدعى والمدعى عليه من محلة واحدة، أي يقيمان في مكان واحد في أن القاضي المختص محليا بنظر الدعوى هو قاضي المحلة التي يقيم فيها الخصمان دون غيره من القضاة²، بيد أنهم اختلفوا فيما إذا كان المدعى من محلة والمدعى عليه من محلة أخرى، و أراد أحدهما التقاضي لدى قاضي محلته و الآخر يأباه، و طلب التقاضي لدى قاض آخر، على قولين:

القول الأول: يؤول الاختصاص لقاضي موطن المدعى (أي الذي يختاره المدعى).

وذهب إلى هذا أبو يوسف من الحنفية³ و بعض المالكية⁴، ومعظم فقهاء الشافعية⁵ و الحنابلة⁶ وفي ذلك يقول الشيخ الدردير في شرحه الكبير : (..و إذا تنازع الخصمان فأراد أحدهما الرفع لقاض و أراد الآخر الرفع لقاض آخر، كان القول للطالب، وهو صاحب الحق دون المطلوب...)⁷ ويقول الخطيب الشربيني في مغني المحتاج: (إذا تنازع الخصمان في اختيار القاصيين أوجب الطالب للحق دون المطلوب..)⁸، وذكر البهوتي في كشف القناع: (فإن تنازع الخصمان في الحكم عند أحدهم - القضاة - قدم قول الطالب وهو المدعى على المدعى عليه...، لأن الحق له في تعيين القاضي..)⁹

وقد استدل أصحاب هذا القول بالحجج التالية:

- ¹ - د. أحمد خليفة الشرقاوي أحمد، المرجع نفسه الموضع نفسه.
- ² - د. أحمد مليجي، النظام القضائي الإسلامي، ص 153، د. أحمد مليجي، تحديد نطاق الولاية القضائية، ص 536، د. الغامدي، الاختصاص القضائي، ص 298.
- ³ - ابن عابدين، الحاشية 452/5، ابن الشحنة، لسان الحكام، ص 222، د. على حيدر، دزر الحكام، 609/4.
- ⁴ - الدسوقي، الحاشية 134/4، الخطاب، مواهب الجليل، 146/6، الشيخ عlish، شرح فتح الجليل، 152/4.
- ⁵ - الرحيباني، مطالب أولى النهى 464/6، الرملي، نهاية المحتاج 243/8، الماوردى، الأحكام السلطانية، ص 73.
- ⁶ - البهوتي، كشف القناع 292/6، أبي يعلى، الأحكام السلطانية، ص 69.
- ⁷ - الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، 135/4.
- ⁸ - الشربيني، مغني المحتاج، 379/4.
- ⁹ - البهوتي، كشف القناع، 292/6.



« (الباب الأول) » ————— (الردوى القضائية وتولاع الاختصاص القضائي في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري) - كـ.

- المدعى قد اعتدي على حقه بحسب ظاهر الحال، فمن العدل القضائي ألا يتحمل ظلما فوق الذي وقع عليه، و من ثم فلا يتكلف نفقة و مشقة في سبيل الوصول إلى حقه، و إلا دفعه ذلك إلى السكوت عنه مما يؤدي إلى ضياعه¹.

- إن المدعى هو صاحب الحق ظاهرا، وهو المنشئ للخصومة، بديل أنه لو تركها ترك، بخلاف المدعى عليه، فلو تركها لم يترك، ومن ثم كان المدعى أولى في اعتبار قاضيه دون قاضي المدعى عليه، ما لم يختار بنفسه التقاضي أمام قاضي خصمه².

القول الثاني: يؤول الاختصاص لقاضي موطن المدعى عليه

وذهب إلى هذا القول محمد بن الحسن من الحنفية³، وبعض المالكية⁴، و استدلو على ما ذهبوا إليه بالحج التالية:

- الأصل في المدعى عليه براءة ذمته مما يسعى المدعى إلى شغلها به، فكان هو الأولى بالرعاية في عدم تحمله مشقة الانتقال إلى قاضي المدعي⁵.

- المدعي هو المهاجم والحال أنه أعد المستندات والأدلة على أقواله فلا يعقل أن يستدعي المدعى عليه إلى موطنه ليقاضيه⁶.

- المدعى عليه يدافع عن نفسه ضد المدعي و يطلب السلامة لنفسه، وطالب السلامة أولى بالنظر والرعاية ممن يطلب ضدها⁷.

¹ - علي حيدر، درر الحكم، 608/4، د. الغامدي، الاختصاص القضائي، ص419

² - حاشية ابن عابدين 452/5، مجمع الأثر 151/2، حاشية الدسوقي 135/4، القوانين الفقهية لابن جزي ص241.

³ - ابن نجيم، البحر الرائق، 280/6، ابن عابدين، حاشية بن عابدين، 452/5، أ. علي حيدر، درر الحكم، 608/4.

⁴ - الخطاب، مواهب الجليل، 146/6، ابن عبد البر، الكافي في فقه أهل المدينة، ص499، نصرة الحكم لابن فرحون، 1/ص110 و111.

⁵ - أ. علي حيدر، درر الحكم، 608/4، ابن جزي، القوانين الفقهية، ص241، محمد سلام مذكور، القضاء في الإسلام، ص53 و54.

⁶ - أحمد مليحي، النظام القضائي في الإسلام، ص156، د. الغامدي، الاختصاص القضائي، ص420.

⁷ - الخطاب، مواهب الجليل، 146/6، أ. علي حيدر، درر الحكم، 608/4.



الترجيح: بعد العرض الموجز لأقوال الفقهاء في مسألة معيار تحديد الاختصاص القضائي المكاني، يظهر لدينا- والله أعلم- أن ما ذهب إليه أصحاب القول الثاني أولى بالترجيح لأنه أكثر موافقة لقاعدة لا ضرر ولا ضرار في الإسلام، لأنه في حالة ثبوت الحق في جانب المدعي الذي أجبرناه على اقتضاء حقه أمام قاضي موطن المدعى عليه سوف يكافأ بحصوله على حقه و على تعويض مشاقفه إن طلب التعويض فيكون جبر ضرره بالتعويض، أما لو فرضنا أننا أجبرنا المدعى عليه للحضور أمام قاضي المدعي وتمت تبرئة ذمته فنكون قد ألحقنا ضررا به يصعب جبره.

الفرع الثاني: تطبيقات معيار موطن الخصم في تحديد الاختصاص المحلي في دعاوى شؤون الأسرة في القانون الجزائري

نص المشرع في نص المادة 426 من قانون الإجراءات المدنية صراحة على الاختصاص المكاني في دعوى شؤون الأسرة بنصها:

تكون المحكمة مختصة إقليميا:

- في موضوع العدول عن الخطبة. بمكان وجود موطن المدعى عليه.
- في موضوع إثبات الزواج. بمكان وجود موطن المدعى عليه.
- في موضوع الطلاق أو الرجوع. بمكان وجود المسكن الزوجي، وفي الطلاق بالتراضي. بمكان إقامة أحد الزوجين حسب اختيارهما.
- وفي موضوع الحضانة وحق الزيارة والرخص الإدارية المسلمة للقاصر المحضون. بمكان ممارسة الحضانة.
- في موضوع النفقة الغذائية. بموطن الدائن بها.
- في موضوع متاع بيت الزوجية. بمكان المسكن الزوجي.
- في موضوع الترخيص بالزواج. بمكان طالب الترخيص.
- في موضوع المنازعة حول الصداق. بمكان المدعى عليه.



- فى موضوع الولاية بمكان ممارسة الولاية.

كما نصت المادة 492 من نفس القانون على أنه : (يقدم طلب الكفالة أمام قاضى شؤون الأسرة لمحكمة مقر موطن طالب الكفالة).

ومن خلال هذين النصين نلاحظ أن المشرع أخذ بقاعدة موطن الخصم فى تحديد الاختصاص المحلى لقاضى شؤون الأسرة، إلا أنه لم يعتمد على هذه القاعدة لواحدىها فى تحديد الاختصاص بل تبنى أربع قواعد على التفصىل التالى:

1. قاعدة موطن المدعى عليه: تبنى المشرع هذه القاعدة فى دعاوى الخطبة و دعاوى إثبات الزواج، و دعاوى الصداق، حيث تختص المحكمة موطن المدعى عليه محلىا فى هذه الدعاوى.

2. قاعدة موطن المدعى: وتبنى المشرع هذه القاعدة فى دعاوى النفقة و دعاوى الكفالة وفى طلب الأمر بالترخىص بالزواج، بحيث جعل من محكمة موطن المدعى هى المختصة فى نظر هذه الدعاوى.

3. قاعدة مكان وجود البيت الزوجى: وتبنى المشرع هذه القاعدة فى دعاوى انحلال الرابطة الزوجية و دعاوى الرجوع، و دعاوى النزاع فى متاع البيت، بحيث تختص المحكمة التى يوجد بدائرتها مقر البيت الزوجى بنظر هذه الدعاوى.

4. قاعدة مكان ممارسة الحق: وتبنى المشرع هذه القاعدة فى دعاوى الحضانة

و دعاوى الولاية، بحيث يؤول الاختصاص بنظر هذه القضايا لمحكمة ممارسة الحضانة والولاية.

الفرع الثانى: أثر مخالفة قواعد الاختصاص المحلى فى الفقه الإسلامى والقانون الجزائرى

اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية فى أثر تجاوز حدود الاختصاص المحلى على قولين:



القول الأول: مخالفة قواعد الاختصاص المحلي في بعض القضايا لا يؤثر في حكم القاضي.

أجاز بعض فقهاء الشريعة الإسلامية للقاضي أن ينظر بعض الدعاوى التي تخرج عن اختصاصه المكاني - عن ولايته المكانية- في حالة اتفاق الخصوم في الرفع إليه كدعاوى العين والدين وحالات الاستعجال التي لا تستلزم التأخير ، أما في الحالات الأخرى فألزموا القاضي بالتقيد بحدود ولايته المكانية و إلا نقض حكمه ولم يصح، وفي هذا يقول بن نجيم : (ولو اختصم عربيان في ولاية أخرى عند قاض وقضى يصح، لأنه بالمرافعة صار حكما فلو كانت الدعوى في عين أو دين يصح حكمه¹) وذكر كذلك : (وإن كانت - الدعوى - في عقار لا في ولايته وحكم بالقبض والتسليم لا يصح لعدم الولاية.....والعين للولاية لا بالحضور..)، وحتتهم في ذلك أن هذا الاستثناء يحقق مصلحة خاصة بالخصوم، فيكون حكم القاضي صحيحا لا يشوبه أي بطلان.

القول الثاني: لا يجوز للقاضي تجاوز حدود ولايته القضائية

يرى بعض الفقهاء أنه لا يجوز للخصوم الاتفاق على رفع الخصومة إلى قاض غير مختص بنظرها إذا عيّن لهم ولي الأمر سلفا من يختص بنظرها، كما لا يجوز بحال لقاضي مدينة معينة أن يحكم في غيرها، لما في ذلك من خروج عن حدود ولايته المكانية، ما لم يأذن أو يأمر ولي الأمر بذلك² ، وفي هذا يقول أصبغ (ليس للحاكم إلا فيما فوض إليه السلطان الأكبر، فإن فعل لم يجز حكمه)³ ، وقال الرملي: (... وكذلك القاضي يمتنع عليه الحكم في ذلك المكان الخارج عن محل ولايته..)⁴ ، وقد أيدوا رأيهم بأن هذا - أي منع تجاوز حدود ولاية القضاء مكانيا- يحقق حسن سير القضاء حيث يمنع تناقض الأحكام ويحفظ الحقوق ويحقق العدالة المقصودة عند القاضي.

¹ - ابن نجيم، رسائل بن نجيم، ص523.

² - ابن عبد البر، الكافي، ص499، الرملي، نهاية المحتاج، 248/8، ابن قدامة المغني، 105/9.

³ - ابن عبد البر، الكافي، ص499.

⁴ - الرملي، نهاية المحتاج، 248/8.



ويترب على هذا الحكم النتىجتان التالىتان:

الأولى: أن القاضى لا يكون آثما إذا رفض نظر قضايا تخرج عن اختصاصه المكاني لأن الإثم يلحق به فى حال امتناعه عن نظر ما يدخل فى اختصاصه.

الثانية: بطلان حكم القاضى الذى يصدر منه خارج حدود ولايته، لأن القاضى فى غير

محل عمله شأنه شأن أحد الرعية¹ ومن ثم لا ينفذ له حكم خارج حدود ولايته المكانية.

أثر مخالفة قواعد الاختصاص المحلى فى القانون الجزائرى

قواعد الاختصاص المحلى فى القانون الجزائرى بحسب الأصل مقررة لصالح الخصوم للتيسير عليهم وتمكينهم من الدفاع عن أنفسهم فى ظروف طبيعية لا تحمّلهم على المشقة أو العناء الذى قد يفوق طاقتهم لو أنه فرض عليهم الانتقال بقضاياهم إلى أماكن بعيدة عن مواطن إقامتهم، لذا رخص المشرع الجزائرى لمن تقررت لمصلحته القاعدة المحلية أن يتنازل عنها بالاتفاق مع خصمه على مخالفتها، لأنهم أولى الناس بمعرفة ما يحقق مصالحهم ويحمى حقوقهم، وهذا ما نص عليه المشرع صراحة بنص المادة 46 من قانون إجراءات مدنية بنصها: (يجوز للخصوم الحضور باختيارهم أمام القاضى، حتى ولو لم يكن مختصا إقليميا)، ويمكن أن يكون هذا الاتفاق بين الخصوم مقدا على رفع الدعوى أو لاحقا عليها كما يمكن أن يكون صريحا كطلب التقاضى الموجه من الخصمين²، أو ضمنا مستفاد من سكوت المدعى عليه عن إثارة الدفع بعدم الاختصاص المحلى والتكلم فى موضوع الدعوى، وهذا الاتفاق ملزم لأطرافه وللمحكمة بحيث لا يستطيع القاضى رفض نظر القضية المطروحة أمامه بسبب عدم الاختصاص المحلى.

أما فى حالة عدم اتفاق الأطراف على الرفع لمحكمة غير مختصة محليا وقام أحدهما بالرفع إليها فيجوز للطرف الثانى أن يدفع بعدم اختصاصها شريطة أن يكون دفعه قبل إبداء أى دفع

¹ - القرانى، الذخيرة، 118/10، الماوردى، أدب القاضى، 213/1.

² - مشار إليه بنص المادة 46 من قانون الإجراءات المدنية بنصها: (.... يوقع الخصوم تصريح بطلب التقاضى، وإذا تعذر التوقيع يشار إلى ذلك).



في الموضوع أو إثارة أي دفع بعدم قبول الدعوى، وهذا ما نص عليه المشرع في نص المادة 47 من نفس القانون بنصها: (يجب إثارة الدفع بعدم الاختصاص الإقليمي، قبل أي دفاع في الموضوع أو دفع بعدم القبول)، كما لا يجوز للقاضي إثارة هذا الدفع من تلقاء نفسه لأن الاختصاص المحلي ليس من النظام العام كما هو الحال بالنسبة للاختصاص النوعي.

ومن هذا كله يتبين أن المشرع الجزائري أخذ في مسائل شؤون الأسرة بالقول الأول من

أقوال الفقهاء الذي أعطى للخصوم جواز مخالفة قواعد الاختصاص المكاني في بعض المسائل، ولعل المشرع في ذلك راعى مصلحة أطراف الخصومة فترك لهم حرية الاختيار حتى يرفع عنهم مشقة التقاضي.

مقارنة بين الشريعة والقانون

مما تقدم يتبين أنه بعد اتساع رقعت الدولة الإسلامية، وازدياد عدد السكان فيها وكثرة الخصومات كان من الصعب حصر ولاية القضاء في شخص واحد يتولى الفصل في جميع المنازعات، فدعا ذلك فقهاء الأمة الإسلامية وأئمتها أن يتفقا على مشروعية تقليد وتخصيص أكثر من قاضي في البلد الواحد، وقد استدلووا على ذلك بأدلة شرعية من السنة، والآثار، كما وجدنا أن الفقهاء اتفقوا على جواز تخصيص ولاية القاضي على أساس نوع القضية أو مقدارها أو أشخاصها أو بمكان معين يحكم القاضي فيه ولا يتعداه إلى غيره، وقد وافق المشرع الجزائري الشريعة الإسلامية في معظم قواعد الاختصاص القضائي، إلا أننا رأينا أن المشرع لم يعتمد معيار أشخاص الدعوى في تحديد الاختصاص النوعي للجهات القضائية حيث جاء قانون الإجراءات المدنية خالياً من أي نص يفيد تبني المشرع لهذا المعيار، وربما سلك المشرع هذا المسلك لأن الحاجة غير مستلزمة لتبني هذا المعيار في القضاء المدني.

كما رأينا بخصوص الاختصاص النوعي أن المشرع أعطى أهمية كبرى لمعيار نوع الدعوى في تحديد الاختصاص النوعي للمحاكم، وقد اعتمد المشرع هذا المعيار لما يتميز به من سهولة في تحديد الاختصاص النوعي ليجنب بذلك القضاة والمتقاضين التنازع والاختلاف، وبذلك يكون المشرع قد وافق الشريعة الإسلامية في هذه الجزئية، إلا أننا وجدنا أن المشرع أعطى



المحكمة الابتدائية ولاية عامة بنظر جميع القضايا التي تدخل في اختصاصها المكاني - بما فيها مسائل شؤون الأسرة - حيث وزع الاختصاص على الأقسام التابعة للمحكمة حسب معيار نوع الدعوى، فالقسم التجاري يفصل في القضايا التجارية والقسم البحري يفصل في القضايا البحرية والقسم الاجتماعي ينظر المنازعات العمالية، والقسم العقاري يفصل في القضايا العقارية وقسم شؤون الأسرة ينظر قضايا الأسرة، إلا أنه نظرا لكثرة القضايا و الملفات أمام أقسام شؤون الأسرة خاصة في الولايات الكبرى التي تشهد كثافة سكانية عالية كان على المشرع الجزائري أن ينشأ محاكم خاصة بقضايا شؤون الأسرة أو على الأقل أن ينشأ مثل هذه المحاكم في المناطق التي تشهد عدد هائل من قضايا الأسرة حتى يُوفّر للقاضي المتقاضي الجو المناسب للتقاضي.

كما رأينا من خلال تعمقنا في دراسة المسائل التي تدخل في الاختصاص النوعي لقسم شؤون الأسرة، أن المشرع الجزائري خرج عن أحكام الشريعة الإسلامية في بعض المسائل، وإن كانت هذه المسائل لا تدخل في جوهر بحثنا إلا أننا فضلنا الإشارة إلى بعضها و هي كالاتي:

- أقر المشرع صراحة تعويض الطرف المضرور من العدول عن الخطبة سواء أكان الضرر ماديا أو أدبيا وهذا ما صرح به في نص الفقرة الثالثة من المادة 05 من قانون الأسرة المعدل بالأمر رقم 02/05 على أنه : « إذا ترتب عن العدول عن الخطبة ضرر مادي أو معنوي لأحد الطرفين جاز له الحكم بالتعويض»، إلا أننا نرى أن الفقرة الثالثة تناقض مضمون الفقرة الأولى من المادة الخامسة التي تنص على « الخطبة وعد بالزواج»، والوعد - كما سبقت الإشارة - لا يرقى إلى مرتبة العقد ولا يرتب أي التزامات على الواعد في حال تراجع عن وعده، ومن المعلوم كذلك من خلال مبادئ أحكام الالتزام في القانون الجزائري أن التعويض أساسه العقد (المسؤولية العقدية) أو الفعل غير المشروع (المسؤولية التقصيرية)، وفي حالة الخطبة نحن لسنا بصدد عقد ولسنا كذلك بصدد فعل غير مشروع، فما هو الأساس القانوني للتعويض المنصوص عليه في الفقرة الثالثة من المادة الخامسة من قانون الأسرة؟، كما أن نص الفقرة الثالثة جاء عام يشمل جميع الأضرار المادية والمعنوية، ولم يستثن المشرع منها أي أضرار، إلا أنه قد يصدر عن الخطيبين تصرفات أثناء الخطبة تخالف الشرع كالاستهواء الجنسي مثلا الذي



يترك غالباً آثار نفسية في جانب المخطوبة بعد العدول عن الخطبة، فكان على المشرع في مثل هذه الأضرار أن يتدخل بنص صريح ويمنع التعويض فيها حتى يكبح على الأقل الوقوع في مثل هذه المحرمات.

- كما رأينا أن المشرع الجزائري تناول الطلاق بنصوص المواد **48** و **49** و **50** و **51** و **52** من قانون الأسرة، حيث تبني بنصوص المواد **50** و **51** من نفس القانون معيار تقسيم الطلاق من حيث الأثر الناتج على الزوجية، فقسم الطلاق إلى طلاق رجعي وطلاق بائن بنوعيه (طلاق بائن بينونة صغرى و طلاق بائن بينونة كبرى) حيث تنص **50** على أنه: "من راجع زوجته أثناء محاولة الصلح لا يحتاج إلى عقد جديد ومن راجعها بعد صدور الحكم بالطلاق يحتاج إلى عقد جديد"، وتنص المادة **51** على أنه: "لا يمكن أن يراجع الرجل من طلقها ثلاث مرات متتالية إلا بعد أن تتزوج غيره وتطلق منه عنها بعد البناء"، و ما يؤخذ على المشرع من خلال نصوص المواد السابقة أنه لم يضع أي اعتبار للعدة الشرعية في مسائل الطلاق، الأمر الذي يجعل من موقف المشرع الجزائري مخالفاً لأحكام الشريعة الإسلامية من عدة أوجه:

1- المشرع لم يقيد فترة الصلح بمدة معينة ولم يربطها بالعدة الشرعية وبالتالي يمكن للزوج أن يتلفظ بالطلاق ولا يلتجأ إلى المحكمة إلا بعد مضي العدة، أو قد تطول إجراءات التقاضي في دعوى الطلاق فتتعدد جلسة الصلح بعد نهاية العدة الشرعية، التي يبدأ احتسابها في الشريعة الإسلامية من تصريح الزوج بالطلاق، فإذا نجحت هذه الجلسة وراجع المطلق مطلقة بلا عقد جديد طبقاً للمادة **50**، فقد حصل تعارض بين القانون والشريعة الإسلامية، إذ أن الطلاق صار بائناً بينونة صغرى من الناحية الشرعية ولا يستطيع المطلق فيه مراجعة طليقته إلا برضاها و بمهر و عقد جديدين، بينما لا يشترط عليه ذلك بمقتضى المادة **50**.

أو قد يحدث العكس فيتقدم الزوج برفع دعوى الطلاق بمجرد تلفظه به، ويجري القاضي بينهما محاولات الصلح التي قد تنتهي قبل انتهاء العدة الشرعية، و في حالة عدم حصول الصلح بينهما يصدر القاضي حكمه بالطلاق فإذا أراد الرجل مراجعة زوجته بعد ذلك و قبل انتهاء



العدة يلزمه القانون بعقد جديد ومهر جديد وهذا مخالف بطبيعة الحال لأحكام الشريعة الإسلامية.

2- ذكر المشرع في نص المادة **58**: "تعد المطلقة المدخول بها غير الحامل بثلاثة قروء، واليائس من الحيض بثلاثة أشهر من تاريخ التصريح بالطلاق"، وذكر في نص المادة **49**: "لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح يجريها القاضي..."، من خلال هذه النصوص (المواد: **58، 50، 49** من قانون الأسرة) سيحجر طرفا الطلاق بعدتين، عدة شرعية تبدأ من تاريخ تلفظ الزوج بالطلاق، وعدة قانونية تبدأ من تاريخ صدور الحكم بالطلاق.

3- تنص المادة **61** من نفس القانون: "لا تخرج الزوجة المطلقة ولا المتوفى عنها زوجها من السكن العائلي مادامت في عدة طلاقها أو وفاة زوجها إلا في حالة الفاحشة المبينة ولها الحق في النفقة في عدة الطلاق"، ففي حالة فوات العدة الشرعية واستمرار العدة القانونية سيكون الطرفان أجنبيان عن بعضهما فإذا أجرت المطلقة بقضاء العدة القانونية مع طليقتها حتما سيقع المحضور وتحدث الخلوة وهذا مخالف لأحكام الشرع الإسلامي، كما أنه يجبر الرجل على نفقة أجنبية عنه وهذا ضرر، ولا ضرر ولا ضرار في الشريعة الإسلامية.

4- بفوات العدة الشرعية واستمرار العدة القانونية، يحل أجل المؤخر من المهر شرعا ولا يحل قانونا.

5- بفوات العدة الشرعية واستمرار الدعوى القضائية، لا يرث أحدهما الآخر شرعا، ويستحقه قانونا في حالة عدم انحلال الرابطة الزوجية قضائيا.

6- يجوز للزوجة المطلقة المنتهية العدة شرعا أن تتزوج برجل آخر، ولا يجوز ذلك قانونا عند قيام العدة القانونية، بل يمكن لمطلقها أن يتابعها جزائيا.

وعليه نرى أنه لتفادي هذا الخروج الفاضح من المشرع على الشريعة الإسلامية في هذه الجزئية، ضرورة تعديل نص المادة **50** من قانون الأسرة على أن يكون نصها كالاتي: من راجع زوجته أثناء العدة لا يحتاج إلى عقد جديد، وفي حالة فواتها يصدر القاضي حكمه بالطلاق دون محاولة الصلح بينهما، وفي كل الأحوال لا يحكم القاضي بالطلاق إلا بفوات



« الباب الأول » ————— الدعوى القضائية وتوابع الاختصاص القضائي في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري -

العدة الشرعية على أن يبدأ احتسابها من تاريخ تلفظ الزوج بالطلاق فإن تعذر على القاضي ذلك يتم احتسابها من تاريخ افتتاح دعوى الطلاق.



جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية



الباب الثاني

الباب الثاني

إجراءات رفع دعوى شؤون الأسرة ونظرها والأحكام الصادرة بشأنها والطنع عليها
في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري.

تمهيد وتقسيم:

قررت الشريعة الإسلامية ومعظم القوانين الوضعية مجموعة من الضمانات في الدعوى القضائية وطريقة سيرها، فلم تعط القاضي حق الفصل في الدعوى بمجرد عرضها، بل اشترطت أن تمر بمراحل مختلفة قبل الوصول إلى حكم فاصل فيها، فحتى يتوصل القاضي إلى حقيقة وفهم الواقعة المعروضة عليه ويستطيع أن يفصل فيها فصلا عادلا بين الخصوم، يجب عليه احترام إجراءات و شكليات و شروط ومراحل يتبعها و لا يجوز له مخالفتها حتى يصدر حكمه محصنا من كل عيب قد يؤدي إلى نقضه، كما قررت الشريعة الإسلامية ومعظم القوانين الوضعية للخصوم ضمانات حتى بعد صدور الحكم في الدعوى فأجازوا الطعن في الأحكام القضائية وذلك لتفادي أخطاء القضاة التي قد تحمل في صفحاتها ظلما لأحد الخصوم، لذا تقتضي دراسة هذا الباب تقسيمه إلى الفصلين التاليين:

الفصل الأول: إجراءات اتصال و سير دعاوى شؤون الأسرة في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري.

الفصل الثاني: الأحكام الصادرة في دعاوى شؤون الأسرة والطنع عليها في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري.



الفصل الأول

إجراءات اتصال و سير دعاوى شؤون الأسرة في الفقه الإسلامي والقانون
الجزائري.

- تقتضي دراسة هذا الفصل أن نتناول أولاً إجراءات اتصال المحكمة بالدعوى ثم بعد ذلك نتطرق لإجراءات سيرها و قواعد نظرها في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري، لذا سنقسم هذا الفصل إلى المبحثين التاليين:
- المبحث الأول: إجراءات اتصال المحكمة بالدعوى في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري.
 - المبحث الثاني: إجراءات سير خصومة شؤون الأسرة في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري.



المبحث الأول

إجراءات اتصال المحكمة بالدعوى في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري.

تتصل المحكمة بالدعوى بوجه عام بطلب يعرضه المدعي على المحكمة يتم تبليغ المدعى عليه حتى يحضر لسماع دعوى خصمه والرد عليها، وعليه تقتضي الدراسة تقسيم هذا المبحث إلى المطلبين الآتين:

- المطلب الأول: اتصال دعوى شؤون الأسرة بالقضاء في الفقه الإسلامي.
- المطلب الثاني: اتصال دعوى شؤون الأسرة بالقضاء في القانون الجزائري.

المطلب الأول

اتصال دعوى شؤون الأسرة بالقضاء في الفقه الإسلامي

سنتناول من خلال هذا المطلب طريقة عرض دعوى شؤون الأسرة على القاضي ودعوة الخصم لسماعها في الفقه الإسلامي و ذلك في الفرعين التاليين:

الفرع الأول: طريقة عرض دعوى شؤون الأسرة على القاضي في الفقه الإسلامي

لم تشترط الشريعة الإسلامية أي إجراءات لرفع الدعوى أمام القاضي أو قواعد معينة لنظرها أو الفصل فيها، و لم تشترط حتى دفع أي رسم لافتتاحها بل هدف الشريعة الإسلامية الأسمى هو تحقيق العدل بين الناس و رد كل حق لصاحبه بأيسر السبل و أسرعها فتميزت بالبساطة في إجراءاتها، فكانت جميع الدعاوى بما فيها دعوى شؤون الأسرة، تعرض بطريقة مبسطة بعيدا عن التعقيدات الإدارية التي تطيل أمد التقاضي، فالقاضي في الدولة الإسلامية منذ نشأتها حتى عصور متأخرة كان يجلس للقضاء بين الناس في المسجد أو في ساحة البلد¹ فيقدم عليه المدعي فيسقط مظلّمته عليه شفاهة في الغالب، فيتولى القاضي الحكم فيها بعد مشول الطرف الآخر الذي كان يكلف بالحضور بواسطة المدعى أو عن طريق أحد تابعي القاضي وسماع دفاعه، ويتضح ذلك بجلاء في قضاء النبي و أصحابه، فقد أن حبيبة بنت سهل، كانت

1 - د. محمود محمد هاشم، إجراءات التقاضي والتنفيذ، ص 131.



«الباب الثاني» — (إبراهيم) رفع دعوى شؤون الأسرة و توأمر نظرها والأحكام الصادرة بشأنها والطعن عليها - كـ
تحت ثابت بن قيس بن شماس، وأن رسول الله ﷺ خرج إلى الصبح، فوجد حبيبة بنت سهل،
قال: ما شأنك؟ قالت: لا أنا ولا ثابت بن قيس لزوجها¹، وفي رواية أخرى²، " ما أعتب
عليه في خلق ولا دين ولكني أكره الكفر في الإسلام"، فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم،
هذه حبيبة بنت سهل قد ذكرت ما شاء الله أن تذكر، فقالت حبيبة يا رسول الله كل ما
أعطاني عندي، قال رسول الله ﷺ أتردين عليه حديقته؟ قالت نعم. قال رسول الله ﷺ أقبل الحديقة
وطلقها تطليقة"³.

وجه الاستدلال بالحديث الشريف:

أن الرسول صلى الله عليه وسلم، لم يرفض الحديث معها أو رفض طلبها حيث عرضت
عليه الطلب و هو ذاهب إلى صلاة الصبح، بل سمع عليه السلام دعواها و أنصفها، و هذا فيه
دلالة واضحة على عدم اشتراط شكل أو إجراء معين في رفع الدعوى، بل كانت مجرد طلب
شفوي مجرد عن كل تعقيد.

وقد وروى عمر بن شبة⁴، عن الشعبي⁵ أن كعب بن سوار، كان جالسا عند عمر رضي

-
- 1- رواه أبو داود في سننه، باب ما جاء في الخلع، الحديث رقم 268/2227، و النسائي في سننه، باب ما جاء في الخلع، الحديث رقم 169/3462،6.
 - 2- رواه البخاري في صحيحه، باب الخلع وكيفية الطلاق فيه، رقم الحديث 46/7،5273. باب ما جاء في الخلع، الحديث رقم 268/2227،2
 - 3- الإمام أبو عبد الله بن فرج المالكي القرطبي، أفضية الرسول، ص 83،82.
 - 4- هو: عمر بن شبة (واسمه زيد) بن عبيدة بن ربيعة النميري البصري، أبو زيد: شاعر، راوية مؤرخ، حافظ للحديث، من أهل البصرة. توفي بسامراء. له تصانيف، منها " كتاب الكتاب " و " النسب " و " أخبار بني نمر " و " أخبار المدينة - خ " جزء منه، و " تاريخ البصرة " و " أمراء الكوفة " و " أمراء البصرة " و " أمراء المدينة " و " أمراء مكة " و " كتاب السلطان " و " مقتل عثمان " و " السقيفة " و " جمهرة أشعار العرب - خ " و " الشعر والشعراء " و " الأغاني " و " أخبار المنصور " و " أشعار الشراة " ينظر الزركلي، الأعلام، 48/5.
 - 5- هو: هو الإمام الحرعامر بن شراحيل بن معبد الشعبي الحميري الهمداني الإمام الحافظ الثبت الفقيه، أحد أعلام التابعين لقي بعض الصحابة وسمع منهم كعلي بن أبي طالب وسعد بن أبي وقاص وسعيد بن زيد وأبي موسى الأشعري وغيرهم، وروى عنه الحكم وحماد وأبو إسحاق ومكحول الشامي وعاصم الأحول وغيرهم. (سير أعلام النبلاء 295/4، شذرات الذهب 126/1).



﴿الباب الثاني﴾ ————— (إجراءات رفع دعوى شؤون الأسرة و تولاعر نظرها والأحكام الصادرة بشأنها والطعن عليها - كـ).
الله عنه، فجاءته امرأة، فقالت: يا أمير المؤمنين، ما رأيت رجلاً قط أفضل من زوجي،
والله إنه ليبيت ليله قائماً، ويظل نهاره صائماً في اليوم الحار ما يفطر. فاستغفر لها، وأثنى عليها،
وقال: مثلك أثنى الخير. قال: واستحيت المرأة فقامت راجعة، فقال كعب: يا أمير المؤمنين هلا
أعدت المرأة على زوجها؟ قال: وما شكت؟ قال: شكت زوجها أشد الشكاية. قال: أو ذاك
أرادت؟ قال: نعم. قال: ردوا علي المرأة. فقال: لا بأس بالحق أن تقوليه، إن هذا زعم أنك
جئت تشكين زوجك، أنه يجتنب فراشك. قالت: أجل، إني امرأة شابة، وإني لأبتغي ما يبتغي
النساء. فأرسل إلى زوجها، فجاء، فقال لكعب: اقض بينهما. قال: أمير المؤمنين أحق أن يقضي
بينهما. قال: عزمت عليك لتقضين بينهما، فإنك فهمت من أمرهما ما لم أفهم. قال: فإني أرى
كأنها عليها ثلاث نسوة، هي رابعتهن، فأقضي له بثلاثة أيام بلياليهن يتعبد فيهن، ولها يوم وليلة
فقال عمر: والله ما رأيت الأول أعجب إلي من الآخر، اذهب فأنت قاض على البصرة¹.

وجه الدلالة من الأثر:

أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه لم يستطع أن يميز في حديث المرأة بين الكلام العادي
و شكواها زوجها، وهذا فيه دلالة كافية على أن القضاء الإسلامي لم يشترط أي شكل أو
إجراء معين لسماع الدعوى ورفعها، بل كانت عبارة عن طلب شفوي يتقدم به الخصم
للقاضي المختص.

وهكذا نجد أن القضاء الإسلامي لم يشترط في المطالبة القضائية أن ترد في شكل معين بأن
ترد في صحيفة مكتوبة مشتملة على بيانات محددة، وإنما تقدم الدعاوى إلى القاضي مباشرة من
الخصوم شفاهة، ولكن ليس هناك ما يمنع من تقديمها مكتوبة، ولكنهم اشترطوا حتى تصح
الدعوى ويكون حكم القاضي نافذا حضور المدعى عليه لسماع دعوى خصمه و يستطيع الرد
عليها أمام القاضي وهذا ما تناوله بدراسة في الفرع الثاني.

الفرع الأول: دعوة المدعى عليه لسماع الدعوى في الفقه الإسلامي

ألزمت الشريعة الإسلامية كل قاضي قبل الحكم في الدعوى أن يسمع من المدعى عليه

1 - ابن قدامة، المغني، ج10/ص46-47.



﴿الباب الثاني﴾ ————— (إجراءات رفع دعوى شؤون الأسرة و تولد نظرها والأحكام الصادرة بشأنها والطقن عليها - كـه
كما سمع من المدعي و إلا لم ينفذ حكمه¹، فقد روي عن الإمام علي بن أبي طالب - رضي
الله عنه - قال: بعثني رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى اليمن قاضياً، فقلت: يا رسول الله
ترسلني وأنا حديث السن، ولا علم لي بالقضاء، فقال: «إن الله سيهدي قلبك، ويثبت لسانك،
فإذا جلس بين يدك الخصمان، فلا تقضين حتى تسمع من الآخر، كما سمعت من الأول، فإنه
أحرى أن يتبين لك القضاء»، قال: «فما زلت قاضياً، أو ما شككت في قضاء بعد»².

و قد روي عن عمرو بن عثمان بن عفان قال: "أتى عمر بن الخطاب رجل قد فقئت عينه
فقال له عمر: تحضر خصمك فقال له: يا أمير المؤمنين أما بك من الغضب إلا ما أرى فقال له
عمر: فلعلك قد فقأت عيني خصمك معاً، فحضر خصمه قد فقئت عيناه معاً، فقال عمر:
إذا سمعت حجة الآخر بان القضاء"³.

وجاء في روضة الطالبين: "والأصل ألا يسمع القاضي لبينة ولا يحكم إلا بحضرة المدعي
عليه"⁴ و ثم لا يجوز للقاضي أن يسمع بينة في غيبة الخصم⁵ ولا يجوز أن يصدر حكمه بناءً على
هذه البينة لان ذلك نوع من القضاء على الغائب وهو لا يجوز⁶.

فكان قاضي المسلمين لا يقضي في دعوى المدعي إلا بعد حضور خصمه إلى مجلس القضاء
وسماع الدعوى والرد عليها، ولم يكن يشترط في استدعاء المدعي عليه أو إحضاره - كما

1 - جاء في كتاب درر الحكام في شرح مجلة الأحكام أنه: (يشترط حضور الخصم الأصيل حين الدعوى والشهادة
والحكم، أو وكيله أو وليه، أو وصيه أو المتولي كما أنه يشترط أن تكون الدعوى في مجلس القضاء..... لأن الخصم
إذا لم يكن حاضراً فلا يعلم هل يقر، أو ينكر والحال أنه يوجد فرق بين الحكم بناء على الإقرار وبين الحكم بناء على
البينة..... كما أنه لا يجوز الحكم على الغائب ما لم يكن نائبه حاضراً.... فلذلك لا تستمع الدعوى والبينة إلا بمواجهة
الخصم الحاضر، ولا يحكم على الغائب فعلى ذلك لو حكم القاضي بدعوى المدعي بعد استماع بينته بدون حضور المدعي
عليه أو وكيله، وأصدر إعلماً بالحكم لا ينفذ حكمه). أنظر ج4/ص181.

2 - أبو داود، سنن أبي داود، المكتبة العصرية، صيدا - بيروت، باب كيف القضاء، 3/301، رقم الحديث 3582.
البيهقي، السنن الكبرى، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، باب القاضي لا يقبل شهادة الشاهد، 10/236، الحديث
رقم 20487.

3 - ابن حزم الظاهري، المحلى بالآثار، 8/436.

4 - روضة الطالبين، لأبي زكرياء محي بن شرف النووي، المكتب الإسلامي، 1395هـ/1975م. 11/193.

5 - كتر العمال - بهامش مسند الإمام أحمد بن حنبل 2/194.

6 - شرح العناية على الهداية، 7/293، بلغة لسانك، 2/339، المحرر، 1/388.



«الباب الثاني» ————— (إجراءات رفع دعوى شؤون الأسرة و توابع نظرها والأحكام الصادرة بشأنها والطقن عليها - كـهـ).
سبقت الإشارة- إجراء أو شكلا معيناً، إلا أن حضور الخصم لمجلس القضاء كان لا يخرج عن إحدى الصورتين الآتيتين:

1- **الحضور الاختياري:** وهو أن يتوجه الخصم إلى خصمه يطلب منه الحضور معه إلى مجلس التقاضي، فإذا استجاب الخصم لدعوة خصمه، وحضر معه، فلا حاجة عندئذ لأي إجراء يتخذ من أجل إحضاره فتتعقد الخصومة.

2- **الإحضار الإجباري:** وهو أن يتوجه المدعي إلى القاضي في مجلسه مباشرة، فيرفع الدعوى، ويطلب منه إحضار خصمه من أجل مقاضاته، والنظر في الخصومة، فإن القاضي ينظر في الدعوى، ويسأل عن مكان المدعى عليه، فإن تطلّب الحال إحضار المطلوب، أمر القاضي بإحضاره بكتاب أو رسول¹، ثم إذا أطلع الخصم على طلب الحضور، وجب عليه الحضور - ديانة وقضاء - إلا إذا وكل عن نفسه من يرضاه لينوب عنه في الخصومة، أما إن رفض المدعى عليه الحضور بعد أن أطلعه الرسول على طلب القاضي، فإن القاضي يرسل إليه بعض أعوانه، فيحضرونه قهراً إذا وجدوه وامتنع عن الحضور²، ثم إذا حضر إلى مجلس القاضي، وقام الدليل على تعنته وامتناعه من غير عذر، أدب بما يراه القاضي مناسباً لمثله³، وذلك لأنه امتنع عن القيام بواجبين؛ هما: التحاكم إلى شرع الله بعد أن دُعي إليه، وطاعة ولي الأمر، ثم إذا عجز الأعوان عن إحضاره، بعث القاضي إلى صاحب الشرطة أو الوالي لإحضاره، لأن الوالي إنما نصب لإحياء حقوق الناس، فكان للقاضي أن يعين في إحضار الخصم⁴.

المطلب الثاني

اتصال دعوى شؤون الأسرة بالقضاء في القانون الجزائري .

لا تتصل المحكمة بدعوى شؤون الأسرة كباقي الدعاوى إلا بعد تقديم عريضة افتتاحية من المدعي يتم قيدها بالمحكمة ثم يُبلّغ المدعى عليه بها حتى يتمكن من الحضور للجلسة وتتعقد الخصومة،

1 - المعني لاین قدامة 40 / 14 وكشاف القناع 6 / 327.

2 - ابن نجيم، البحر الرائق، 7/ 192.

3 - الناصحي، أدب القاضي ق4، ابن أبي الدم، أدب القضاء، ق 14 ب، المغني 9 / 61 - 62، كشاف القناع 4 /

192

4 - محمود بن إسماعيل (الخَيْرِيُّ)، الدرّة الغراء في نصيحة السلاطين والقضاة والأمراء، مكتبة نزار مصطفى الباز - الرياض، الرياض، بدون طبعة، ص288.



﴿الباب الثاني﴾ ————— إجراءات رفع دعوى شؤون الأسرة و توابع نظرها والأحكام الصادرة بشأنها والطقن عليها - كـ
لذا سنتناول بالدراسة أولاً عريضة دعوى شؤون الأسرة وبياناتها الإلزامية، ثم طريقة قيدها أمام المحكمة ثانياً، ثم تبليغ الخصوم بها ثالثاً، على النحو التالي:

الفرع الأول: عريضة دعوى شؤون الأسرة وبياناتها الإلزامية

أ- **البيانات العامة في عريضة شؤون الأسرة:** ترفع دعوى شؤون الأسرة بإيداع ورقة من المدعي بأمانة ضبط المحكمة يقدم من خلالها طلبه القضائي، و قد جرت تسميتها في الوسط القانوني "عريضة الدعوى" "أو صحيفتها" أو "لائحتها" و قد اشترط المشرع أن تحرر من أصل و عدد من النسخ بقدر عدد المدعى عليهم و أن تكون مؤرخة و موقعة من المدعى أو وكيله أو محاميه، وهذا ما تضمنته المادة 14 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بنصها " ترفع الدعوى بعريضة مكتوبة، موقعة ومؤرخة، تودع بأمانة الضبط من قبل المدعي أو محاميه، بعدد من النسخ يساوي عدد الأطراف".

كما اشترط المشرع بنص المادة 15 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية أن تحتوي العريضة -فضلاً عن تحريرها و توقيعها و تأريخها-، البيانات الإلزامية التالية:

1- تحديد الجهة القضائية التي ترفع أمامها الدعوى، فإذا كنا بصدد رفع دعوى من دعاوى شؤون الأسرة أمام المحكمة الابتدائية أو بصدد استئناف حكم من الأحكام الصادرة عن هذه المحاكم فيجب على المدعي أو المستأنف أن يحدد في عريضته الجهة القضائية التي توجه لها الدعوى تحديداً كافياً نافياً للجهالة¹، حتى يستطيع المدعي عليه أو المستأنف عليه أن يستدل عليها للحضور أمامها بعد تسلمه ورقة الإعلان و عريضة الدعوى، كما يمكن هذا الإجراء - تحديد الجهة القضائية- الخصم من الدفع بعدم الاختصاص المحلي أو النوعي في أول جلسة، إذا رفعت الدعوى إلى محكمة غير مختصة.

2- اسم المدعى و لقبه و موطنه وهذا إجراء جوهري لأن به تتمكن الجهة القضائية من

معرفة هويته وتحديد صفته و مصلحته في النزاع²، كما أن اشتراط ذكر موطن المدعي يمكن المحكمة

1 - د. محمود السيد التحيوي، إجراءات رفع الدعوى القضائية، ص 156.

2 - د. محمود السيد التحيوي، إجراءات رفع الدعوى القضائية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، طبعة 2003، ص 37، د. رمضان جمال كامل، بطلان صحيفة الدعوى، مكتبة الألفي القانونية، الطبعة الثالثة، 1997، ص 94.



«الباب الثاني» ————— إجراءات رفع دعوى شؤون الأسرة و توابع نظرها والأحكام الصادرة بشأنها والطعن عليها - كـ
و مساعدتها و المدعى عليه من إعلانه فيه بالإجراءات و بالأوراق المتعلقة بالدعوى، فإذا كانت
المدعية هي الزوجة في قضية التطلق أو الخلع مثلا فعليها تدوين اسمها ولقبها و مكان سكنها في
عريضة الافتتاحية وتخلف هذا الإجراء في العريضة يؤدي إلى عدم قبولها شكلا.

3- اسم ولقب وموطن المدعى عليه، فإن لم يكن له موطن معلوم فيذكر آخر موطن
له، حتى يمكن الاستدلال عليه و إعلانه بعريضة الدعوى¹، فإذا كان الزوج هو المدعى عليه
مثلا في قضية التطلق فيجب على الزوجة ذكر اسم الزوج و لقبه و موطنه فإذا لم يتواجد في
موطن معلوم فيجب على الزوجة ذكر آخر موطن له حتى يتمكن المحضر القضائي من تكليفه
بالحضور للجلسة.

4- يجب أن تشتمل عريضة الدعوى على تفصيل وقائع الدعوى و أدلتها و
أسانيدها وطلبات المدعى²، و ذلك لكي تكون لدى المدعى عليه صورة وافية كاملة من
المطلوب منه ليعد دفاعه على هذا الأساس و لكي ينقطع عليه سبيل العذر في تأخير إبدائه، ثم
لكي يكون لدى القاضي المكلف بتحضير الدعوى فكرة واضحة عنها تعيينه على تحديد الآجال
التي يستدعيها التحضير و الإعداد، وقد جرى العمل أن تكتب الوقائع أولا وبشكل مختصر
كأن يذكر المدعي علاقته بالمدعى عليه، فيذكر في حيثيات العريضة أن المدعية فلانة تربطني بها
علاقة زواج رسمي مسجل ولا تزال علاقة الزواج قائمة، و يذكر وقائع أخرى، ثم يبين سبب
رفع الدعوى كأن يقول " وقد تركت البيت الزوجية دون سبب شرعي ولا عذر مقبول، ثم
كمرحلة ثالثة يبين في عريضته أن هذا مخالف للقانون ويذكر السند القانوني، ثم يشير إلى الأدلة
المقدمة كأن " يقدم وثيقة إثبات حالة معدة من محضر قضائي تثبت عدم وجود الزوجة بالبيت
الزوجي، ثم بعد ذلك ينتقل إلى مرحلة إبداء الطلبات فيكتب الطلب الذي من أجله رفعت
الدعوى ويجب أن يتضمن طلبات المدعي بالتفصيل لأن الدعوى التي لا تشمل على طلبات
المدعي تكون دعوى غير مقبولة فلا حكم إلا بطلب واضح محدد، كأن يذكر مثلا في دعوى
الرجوع " التمس من المحكمة الموقرة إلزام الزوجة بالرجوع للبيت الزوجي دون قيد أو شرط".

1 - د. محمود السيد التحيوي، إجراءات رفع الدعوى القضائية، ص39، د. رمضان جمال كامل، بطلان صحيفة
الدعوى، ص95.

2 - د. ناهد العجوز، دعوى التطلق و الخلع، منشأة المعارف بالإسكندرية، الطبعة الأولى، سنة 2001، ص164.



«الباب الثاني» ————— إجراءات رفع دعوى شؤون الأسرة و توابع نظرها والأحكام الصادرة بشأنها والطعن عليها - كـ
5- يجب على المدعي إن اعتمد في دعواه على مستندات أو وثائق يؤيد بها دعواه أن يشير إليها في العريضة فإذا ذكر مثلا " أنه تربطه بالمدعى عليها علاقة زواج رسمي مسجل " فهنا يجب الإشارة إلى وثيقة عقد الزواج ورقم ترتيبها في حافظة الوثائق المرفقة بالعريضة كأن " يذكر أنظر الوثيقة رقم 02 في حافظة الوثائق "، إلا أن هذا الإجراء لا يؤدي دائما إلى عدم قبول العريضة شكلا ما دام أن المدعي أرفق بالعريضة مستندات الدعوى، بل قد ترفض الدعوى برمتها وليس عريضة الدعوى فقط إذا لم يقدم المدعى مستندات الدعوى للمحكمة أثناء سير الخصومة.

ب): خصوصية ذكر النيابة العامة في عريضة دعوى شؤون الأسرة: نص المشرع في نص المادة 03 مكرر من قانون الأسرة أنه: "تعد النيابة العامة طرفا أصيلا في جميع القضايا الرامية إلى تطبيق أحكام هذا القانون" فهل يقتضي هذا ذكرها كطرف أصيل في جميع عرائض دعاوى شؤون الأسرة؟.

جرى العمل أمام محاكم شؤون الأسرة بعد تعديله بالأمر 05/02 أن يدفع المدعى عليه ببطان عريضة افتتاح الدعوى عند إغفال المدعي ذكر النيابة كطرف أصيل في النزاع، وقد قضت أقسام شؤون الأسرة في كثير من القضايا بعدم قبول الدعوى شكلا لأن قانون الإجراءات المدنية القديم كان يتوجب بنص المادة 12 ذكر أطراف الدعوى، فقد قضى قسم شؤون الأسرة بمحكمة بوقطب في حكمه الصادر بتاريخ 2010/02/21 برفض الدعوى شكلا لإغفال ذكر النيابة العامة كطرف في النزاع، إلا أنه بعد صدور قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد نجد أن المشرع نص صراحة كما سبقت الإشارة في نص المادة 14 و 15 على البيانات الإلزامية لعريضة افتتاح الدعوى حيث نجد أن المشرع تخلى عن لفظ أطراف الدعوى و اكتفى صراحة بذكر المدعي والمدعى عليه كما أنه لم يشير إلى ضرورة ذكر النيابة العامة كطرف في النزاع في عريضة افتتاح الدعوى حتى عند تناوله الإجراءات الخاصة بقسم شؤون الأسرة في الفصل الأول من الباب الأول من الكتاب الخامس في قانون الإجراءات المدنية رغم أنه تكلم عن بيانات عريضة دعوى الطلاق بالتراضي، إلا أننا نجد محاكم شؤون الأسرة لازالت ترفض أي دعوى لم تتضمن عريضتها الافتتاحية ذكر النيابة العامة كطرف في الدعوى بعد دفع المدعى عليه بذلك، وهذا من وجهة نظرنا مخالف للقانون ولا يستند إلى الأساس القانوني بعد صدور قانون إجراءات المدنية الجديد الذي اشترط صراحة بيانات عريضة الدعوى التي لم



«الباب الثاني» ————— إجراءات رفع دعوى شؤون الأسرة و توابعها والأحكام الصادرة بشأنها والطعن عليها - كـ
تتضمن ذكر النيابة العامة، و أقل ما يقال على هذه الأحكام أنها اجتهادات شخصية تخالف
النص الصريح ولا محل لاجتهاد القاضي في حال وجود النص الصريح، إلا أن هذا لا يعني جواز
حضور أو عدم حضور النيابة في مسائل شؤون الأسرة بل يبقى حضورها إجبارياً في هذه
المسائل لكن لا يتحمل الخصوم عبء استدعاء النيابة بل هذا يدخل ضمن مهام رئيس قسم
شؤون الأسرة أو رئيس المحكمة الذي يجب عليه إخطارها بجدول جلسات المحكمة، ولا يمكن
لأي قاض من قضاة شؤون الأسرة تجاهل حضور النيابة في الجلسات و إلا كانت كل
الإجراءات المتخذة في الجلسة والأحكام الناتجة بشأنها باطلة.

ج- الخصوصية في بيانات دعوى الطلاق بالتراضي: تنص المادة 428 من قانون
الإجراءات المدنية و الإدارية: أنه في حالة الطلاق بالتراضي يقدم طلب مشترك في شكل عريضة
وحيدة موقعة من الزوجين تودع بأمانة الضبط.

1. كما تنص المادة 428 أنه " يجب أن تتضمن العريضة الوحيدة ما يأتي:
2. بيان الجهة القضائية المرفوع أمامها الطلب.
3. اسم ولقب وجنسية كلا الزوجين وموطن وتاريخ ومكان ميلادهما.
4. تاريخ ومكان زواجهما، وعند الاقتضاء و عدد الأولاد القصر.
5. عرض موجز يتضمن جميع شروط الاتفاق الحاصل بينهما حول توابع
الطلاق و يجب أن يرفق مع العريضة، شهادة عائلية ومستخرج من عقد زواج
المعنيين.

ومن خلال النصين المشار إليهما سلفاً يتبين أن المشرع إضافة على الشروط العامة التي
اشتراطها في أي عريضة يفتح بها المدعي دعواه خص عريضة دعوى الطلاق بالتراضي أن
تتضمن بيانات إضافية، سنذكرها كالاتي:

1. أن تتضمن عريضة دعوى الطلاق بالتراضي اتفاقاً مشتركاً بين الزوجين يجسد
رغبة الزوجين في فك الرابطة الزوجية بالتراضي، و بناءً على هذا أطلق المشرع على
عريضة دعوى الطلاق بالتراضي مسمى الطلب وذلك لأن طلب كل من الزوجين هو
طلب واحد متمثل في طلب فك الرابطة الزوجية عن طريق التراضي، فإذا اكتشف



«الباب الثاني» ————— (إجراءات رفع دعوى شؤون الأسرة و تولد نظرها والأحكام الصادرة بشأنها والطقن عليها - كـهـ.
القاضي من خلال العريضة أن طلبات الزوجين متناقضة كأن تطلب الزوجة في نفس
العريضة الرجوع للبيت الزوجي ويطلب الزوج فك الرابطة الزوجية فله أن يقضي بعدم
قبول العريضة أو يطلب منهما تعديل الطلبات.

2. التوقيع على عريضة الطلاق بالتراضي من الطرفين " الزوجين " وهذا يثبت أن
مضمون العريضة هو نتاج اتفاقهما معا على فك الرابطة عن طريق التراضي، أما في
حالة تخلف توقيع أحدهما فلا يمكن للقاضي سماع دعواتهما على أساس أنهما دعوى طلاق
بالتراضي وبالتالي يقضي بعدم قبول العريضة شكلا.

3. ذكر هوية الطرفين كاملة من " الاسم واللقب والموطن والجنسية و تاريخ و مكان
ميلاد الطرفين " حتى يتفادى القاضي التشابه الممكن بين الأشخاص و يتحقق من الهوية
الكاملة للطرفين.

4. كما يجب أن تشمل عريضة الطلاق بالتراضي عرضا موجزا يتضمن جميع شروط
الاتفاق الحاصل بينهما حول توابع الطلاق كاتفاق الزوجين على تقدير نفقة المتعة و
نفقة العدة و تسليم الأثاث.... الخ.

5. كما يجب أن ترفق عريضة دعوى الطلاق بالتراضي بشهادة عائلية ومستخرج من عقد
زواج المعنيين، وذلك لكي يتأكد القاضي من توافر الشروط العامة لقبول الدعوى
فيتأكد من علاقة الزوجية القائمة بين الطرفين ويتأكد من هوية الأبناء إن وجدوا.

وقد اشترط المشرع هذه الشروط في الدعوى الطلاق بالتراضي لأن الأصل في هذه
الدعوى الاتفاق بين الطرفين لا الاختلاف بينهما وبالتالي عند طلب المشرع الوثائق الضرورية
في دعوى من عقد الزواج و الشهادة العائلية فقصده الحقيقي هو عدم إطالة الفصل في الدعوى
بحيث تكون مكتملة الشروط ويمكن الفصل فيها في أقرب الآجال، و المشرع عندما طلب
الهوية الكاملة والوثائق الضرورية في الدعوى فذلك لأن دعوى الطلاق بالتراضي مبنية في
جوهرها على اتفاق بين الطرفين يصبح ملزما بمجرد المصادقة عليه بالحكم القضائي لذا كان
على القاضي التأكد من هوية الطرفين هذا من جهة، ومن جهة أخرى أن عريضة الدعوى في
الغالب لا تقدم عن طريق المحامي بل يكتبها الأفراد بتقديمها وكتابتها بأنفسهم أو عن طريق



«الباب الثاني» ————— (إجراءات رفع دعوى شؤون الأسرة و توليها نظرها والأحكام الصادرة بشأنها والطقن عليها - كـ).
كاتب عمومي يفتقد للشكل القانوني المطلوب في العرائض فكان من الضروري التصريح بجميع
هذه الشروط.

(د) - **جزاء تخلف بيانات العريضة:** من خلال نص المادة 15 - التي سبقت الإشارة إليها
سلفاً- يتبين أن المشرع جعل جزاء تخلف بيان من البيانات السابقة في عريضة الدعوى غير
مقبولة شكلاً، وسبب ذلك أن هذا النقص في البيانات من شأنه أن يجهل بأطراف الدعوى أو
بالمدعى به أي موضوعها أو بالمحكمة التي ترفع أمامها أو تاريخ رفعها، وهذا من شأنه أن يؤدي
إلى استحالة انعقاد الخصومة أو يخل بحق الدفاع لأنه يوقع من تعلن له العريضة في حيرة جدية
بشأن بيان من هذه البيانات، لكن جرى العمل في المحاكم أنه إذا حضر المدعى عليه أو وكيله
أو محاميه وانعقدت الخصومة و ورد خطأ مادي في أحد البيانات الإلزامية لعريضة الدعوى كأن
يحدث الخطأ في اسم المدعي أو المدعى عليه أو تاريخ الجلسة أو الجهة القضائية أو في تحديد
طلبات الدعوى فإن القاضي لا يقضي دائماً بعدم قبول الدعوى شكلاً، لأن العبرة من الشكل
المطلوب في عريضة الدعوى هو انعقاد الخصومة ومادام أنها تحققت الغاية من الشكل بحضور
الخصوم فلا داعي للحكم بعدم القبول إذ أن الحكم في هذا الفرض يعتبر مغالاة في الشكلية¹.

الفرع الثاني: قيد دعوى شؤون الأسرة

نصت المادة 16 في فقرتها الأولى من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه " تقيد
العريضة حالاً في سجل خاص تبعاً لترتيب ورودها، مع بيان و ألقاب الخصوم و رقم
القضية وتاريخ الجلسة"، و يستفاد من هذا النص أنه بعد تقديم صحيفة الدعوى إلى المحكمة
المختصة متضمنة البيانات التي سبق توضيحها آنفاً، يقوم أمين الضبط المختص بتقيد الدعوى في
سجل خاص² تسجل فيه كل القضايا التي رفعت أمام الأقسام المدنية للمحكمة، بحيث يدون
فيه رقمها تبعاً لترتيبها في السجل وأسماء وألقاب الخصوم وتاريخ أول جلسة، ثم يقوم كذلك
بتدوين نفس الرقم و نفس التاريخ على نسخ العريضة ثم يسلمها للمدعي بغرض تبليغها

1 - د. بوبشير محمد أمقران، قانون الإجراءات المدنية، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الثالثة، بدون سنة نشر، ص 2014،
د. محمود السيد التحيوي، إجراءات رفع الدعوى القضائية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، طبعة 2003،
ص 188.

2 - د. ناهد العجوز، دعوى التظليق و الخلع، ص 166.



«الباب الثاني» ————— (إجراءات رفع دعوى شؤون الأسرة و توابع نظرها والأحكام الصادرة بشأنها والطعن عليها - كـ
للخصوم¹ على أن يحترم أمين الضبط في تحديد تاريخ أول جلسة أجل عشرين يوما على الأقل
بين تاريخ تسليم التكليف بالحضور والتاريخ المحدد لأول جلسة، وفي حالة تواجد الخصم -
المدعى عليه أو أحدهم في حال تعددهم - خارج التراب الوطني فعليه تمديد هذا الأجل إلى
ثلاثة أشهر، وهذا ما نص عليه المشرع بنص الفقرة 04 من نفس المادة، ثم يقوم كاتب الضبط
بفتح ملف يضع فيه نسخة من العريضة المقدمة و المستندات المرفقة بها، ويحيل الملف إلى قسم
شؤون الأسرة حيث يقوم كاتب ضبط شؤون الأسرة بتسجيل القضية بسجل خاص بقضايا
شؤون الأسرة و يدون على غلاف ملفها تاريخ أول جلسة ويواصل كاتب ضبط الجلسة
بتدوين كل الإجراءات المتخذة بخصوص القضية في نفس الملف بما فيها مسودة منطوق الحكم
في القضية.

إلا أن المشرع اشترط أن إجراء القيد لا يتم إلا بعد دفع الرسوم القضائية و هذا ما نص
عليه المشرع صراحة في نص المادة 17 من نفس القانون بنصها " لا تقيد العريضة إلا بعد دفع
الرسوم المحددة قانونا ما لم ينص القانون على خلاف ذلك" وللعلم أن المشرع الجزائري في
قانون الرسوم القضائية لم يعف أي دعوى من دعاوى شؤون الأسرة من تسديد الرسوم
القضائية كما فعل بعض نظرائه في بعض الدول العربية²، وبالتالي هذا الموقف من المشرع لا
يجسب له بل يجسب عليه فكان على المشرع على الأقل إعفاء جملة من دعاوى شؤون الأسرة

1 - الفقرة 02 المادة 16 قانون إجراءات مدنية: "تقيد العريضة حالا في سجل خاص تبعا لترتيب ورودها، مع بيان أسماء
وألقاب الخصوم و رقم القضية وتاريخ أول جلسة.

يسجل أمين الضبط رقم القضية وتاريخ أول جلسة على نسخ العريضة الافتتاحية، ويسلمها للمدعي بغرض تبليغها رسميا
للخصوم".

2 - فقد أعفى المشرع المصري بنص الفقرة الثانية من المادة الثالثة من قانون رقم 1 لسنة 2000 الخاص بتنظيم إجراءات
التقاضي في الأحوال الشخصية جميع دعاوى النفقات من المصاريف القضائية في كل مراحل التقاضي، حيث جاء نص
الفقرة الثانية من المادة الأولى على الشكل التالي: "تعفى دعاوى النفقات و ما في حكمها من الأجور و المصروفات بجميع
أنواعها من كافة الرسوم القضائية في كل مراحل التقاضي". كما أعفى المشرع المغربي دعاوى شؤون الأسرة التي تقدمها
النساء المطلقات أو المهجورات من الرسوم القضائية فقد جاء في كتاب وزير العدل الموجه إلى السيد رئيس المحكمة الابتدائية
حول إشكالية المصاريف القضائية " أنه من المعلوم أن الفصل 2 من الملحق الأول بالمرسوم رقم 2/58/1151 الصادر
في 1958/12/24 بتدوين النصوص المتعلقة برسوم التسجيل والمتمم بالمادة 22 من القانون المالي لسنة المالية 99/98
ينص على أنه تتمتع بالجمانية بحكم القانون جميع الدعاوى المرتبطة بقضايا شؤون الأسرة التي تقدمها النساء المطلقات أو
المهجورات.



﴿الباب الثاني﴾ ————— إجراءات رفع دعوى شؤون الأسرة و تولاعن نظرها والأحكام الصادرة بشأنها والطعن عليها - كـ
من الرسوم القضائية "مثل دعاوى النفقات و دعاوى الولاية على النفس و المال و دعاوى الكفالة و دعاوى الحجر" خاصة وأن الجزائر في وضع مادي مريح يسمح لها بالاستغناء عن مثل هذه الرسوم حتى لا تكون المصاريف القضائية في مثل هذه القضايا تمثل عبئاً على المواطن يؤدي به إلى العدول عن التقاضي.

الفرع الثالث: تبليغ الخصم بالدعوى

تبليغ الخصم بالدعوى إجراء جوهري يتم من خلاله إعلان المدعى عليه بوجود دعوى مرفوعة ضده أمام القضاء ، و لأهميته في تحقيق مبدأ المساواة و احترام حق الدفاع و مبدأ الجاهية بين المتقاضين احتل مكانة جوهريّة في إجراءات الدعوى، وقد أطلق المشرع الجزائري عليه مسمى التكليف بالحضور للجلسة واشترط فيه إجراءات محددة و شكلاً معيناً وبيانات إلزامية، لذا سنتناول بالدراسة، مفهوم التبليغ أولاً وإجراءاته ثانياً، و وقت إجراء التبليغ و أجله ثالثاً ثم البيانات الواجب توافرها في محضر التبليغ كالتالي:

- مفهوم تبليغ الخصم بالدعوى:

التبليغ في اللغة: يعني الإبلاغ، والاسم منه البلاغ، والبلاغ هو ما يتبلغ به ويتوصل إلى

الشيء المطلوب¹.

أما اصطلاحاً: يُعرف بأنه الوسيلة القانونية لإعلان الأعمال الإجرائية كافة، سواء كانت سابقة على الخصومة أو معاصرة لها أو لاحقة عليها²، و تبليغ الخصم بالدعوى هو من الإجراءات السابقة على انعقاد الخصومة، الغرض منه دعوة الخصم أمام أول جلسة لسماع دعوى خصمه والرد عليها، فإذا حضر الجلسة انعقدت الخصومة أما إذا تخلف عنها و عن باقي الجلسات رغم تبليغه الصحيح فللقاضي الحكم في غيبته، ولا يمكن للخصم الاحتجاج بجعله بالدعوى لأن التبليغ الصحيح حجة على من بُلغ به، ومن ما سبق تظهر أهمية التبليغ في الإجراءات، لذا اشترط المشرع أن يقوم بالتبليغ موظف عام مختص و أن يحدث التبليغ وفق

1 - ابن منظور، لسان العرب، 8/420.

2 - هاشم، محمود محمد، إجراءات التقاضي والتنفيذ، عمادة شؤون المكتبات، جامعة الملك سعود، الرياض، الطبعة الأولى، 1409هـ، ص 134.



﴿الباب الثاني﴾ ————— إجراءات رفع دعوى شؤون الأسرة و تولاعر نظرها والأحكام الصادرة بشأنها والطعن عليها - كـ
إجراءات محددة، واشترط في محضره بيانات إلزامية.

إجراءات التبليغ:

بعد قيد العريضة من أمين الضبط يسلم نسخة مختومة بختم المحكمة و مسجل عليها تاريخ أول جلسة للمدعي الذي يقوم بدوره في أقرب وقت ممكن بتسليمها للمحضر القضائي ويطلب منه تكليف الخصم بالحضور للجلسة في التاريخ المحدد، فيقوم المحضر القضائي بإعداد وثيقة التكليف بالحضور مع مراعاة بيانات العريضة المسلمة إليه ثم يرفق وثيقة التكليف بالحضور بعريضة الدعوى و المستندات إن وجدت فيسلمها للخصم شخصياً¹ أينما وجد² وذلك بعد توقيعه على وثيقة التكليف بالحضور أو البصم عليها إن اقتضى الأمر ذلك، فإذا رفض المبلّغ استلام التكليف أو رفض التوقيع أو البصم، يُدُونُ المحضر ذلك في محضر التكليف، وترسل له نسخة من التكليف برسالة مضمونة مع الإشعار بالاستلام ويعتبر التبليغ الرسمي في هذه الحالة بمثابة التبليغ الشخصي، ويحسب الأجل من تاريخ ختم البريد³، أما إذا استحال على المحضر التبليغ الشخصي للخصم فله أن يسلم التكليف في موطن الخصم الأصلي أو موطنه المختار إلى أحد أفراد عائلته المقيمين معه، ويشترط في المتسلم للتكليف من أفراد العائلة أن يكون متمتعاً بالأهلية وإلا كان التبليغ قابلاً للإبطال⁴، وموطن القاصر والمحجور عليه والمفقود والغائب هو موطن من ينوب عن هؤلاء قانوناً، غير القاصر المرشد يكون له موطن خاص

- 1 - المادة 408 قانون الإجراءات المدنية والإدارية: " يجب أن يتم التبليغ الرسمي شخصياً. ويعتبر التبليغ الرسمي إلى الشخص المعنوي شخصياً، إذا سلم محضر التبليغ إلى ممثله القانوني أو الاتفاقي أو لأي شخص تم تعيينه لهذا الغرض".
- 2 - الفقرة 03 المادة 406 قانون الإجراءات المدنية وإدارية: " يقصد بالتبليغ الرسمي..... يجوز التبليغ الرسمي للعقود القضائية و السندات التنفيذية، بتسليم نسخة منها إلى المطلوب تبليغه أينما وجد، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك".
- 3 - المادة 411 قانون إجراءات مدنية وإدارية: "إذا رفض الشخص المطلوب تبليغه رسمياً استلام محضر التبليغ التبليغ الرسمي أو رفض التوقيع عليه أو رفض وضع بصمته، يدون ذلك في المحضر الذي يجره المحضر القضائي، وترسل له نسخة من التبليغ الرسمي برسالة مضمونة مع الإشعار بالإستلام، ويعتبر التبليغ الرسمي في هذه الحالة بمثابة التبليغ الشخصي، ويحسب الأجل من تاريخ ختم البريد.
- 4 - المادة 410 قانون إجراءات مدنية وإدارية: " عند استحالة التبليغ الرسمي شخصياً للمطلوب تبليغه، فإن التبليغ يعد صحيحاً إذا تم في موطنه الأصلي إلى أحد أفراد عائلته المقيمين معه أو في موطنه المختار. يجب أن يكون الشخص الذي تلقى التبليغ متمتعاً بالأهلية، وإلا كان التبليغ قابلاً للإبطال.



«الباب الثاني» ————— إجراءات رفع دعوى شؤون الأسرة و توابع نظرها والأحكام الصادرة بشأنها والطعن عليها - كـ
بالنسبة للتصرفات التي يعتبره القانون أهلا لمباشرتها، و على المحضر القضائي أن يحترم عند التسليم أجل عشرين يوما على الأقل بين تاريخ تسليم التكليف بالحضور والتاريخ المحدد لأول جلسة، فإذا تخلف هذا الشرط في التكليف بالحضور فيكون دون جدوى إذا لم يحضر الخصم و بالتالي لا يمكن الاحتجاج به ضده، وقد جرت عادة القضاة بعد تقديم محضر التكليف المعيب في أول جلسة أن يؤجل نظر الدعوى إلى أجل شهر أو يفوق ويطلب إعادة تكليف الخصم بالتاريخ الجديد، فإذا لم يتمكن المدعي بإعادة تكليفه في الوقت المحدد ولم يحضر الخصم كان للقاضي الحكم برفض الدعوى شكلا لعدم تكليف الخصم، أما إذا حضر الخصم الجلسة و انعقدت الخصومة فلا يمكن للقاضي رفض الدعوى مادام أنها تحققت الغاية من التبليغ بحضور الخصوم فلا داعي للحكم بعدم القبول إذ أن الحكم في هذا الفرض يعتبر مغالاة في الشكلية¹.

وقت التبليغ بالدعوى:

نصت المادة 416 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه: " لا يجوز القيام بأي

تبليغ قبل الساعة الثامنة صباحا و لا بعد الثامنة مساء و لا أيام العطل، إلا في حالة الضرورة و بعد إذن من القاضي " فبوجود هذا النص يكون إعلان الخصم بالدعوى مقيدا زمنيا بوقت معين يجب احترامه و إلا كان الإعلان مشوبا بعيب يستوجب بطلانه، والهدف من التقيد بوقت معين يهدف إلى عدم إزعاج المعلن إليه في الأوقات التي يجب فيها احترام هدوئه و سكينته في أيام عطله، و أيام العطل في الجزائر يومي الجمعة والسبت والأعياد الوطنية و الدينية التي ترخص فيها الدولة بعدم العمل رسميا.

بيانات وثيقة التبليغ بالحضور وجزء تخلفها:

نصت المادة 18 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية على أنه: " يجب أن يتضمن

التكليف بالحضور البيانات الآتية:

- ذكر اسم ولقب المحضر القضائي وخطمه وتوقيعه: وذلك حتى يتأكد

1 -د. محمود السيد التحيوي، إجراءات رفع الدعوى القضائية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، طبعة 2003، ص188.



﴿الباب الثاني﴾ ————— (إجراءات رفع دعوى شؤون الأسرة و توابع نظرها والأحكام الصادرة بشأنها والطقن عليها) - كـ
القاضي من صحة رسمية وثيقة التبليغ¹، لأن المشرع اشترط في نص المادة 406 من نفس القانون حتى يعتبر التبليغ رسمياً يجب أن يتم بموجب محضر يعده المحضر القضائي، و الفائدة من رسمية وثيقة التكليف بالحضور الصحيحة أن هذه الصفة تجعلها محصنة من احتجاج الخصم الآخر الذي لا يمكن له استبعادها إلا عن طريق الدفع بتزويرها، أما التبليغ الذي يقوم به المدعي نفسه عن طريق البريد بإرسال رسالة موصى عليها إلى المدعى عليه فلا يأخذ به القاضي إلا حضر المدعى عليه من تلقاء نفسه أو كلف محاميه بالدفاع عن مصالحه أو بعث من ينوب عنه في الخصومة، لأن الغاية من التكليف هي حضور الخصم.

- تاريخ التبليغ الرسمي وساعته: يجب ذكر تاريخ التبليغ ولا يكون ذلك إلا بذكر اليوم، والشهر، والسنة، و الساعة التي تم فيها، ويعتبر هذا البيان من أهم بيانات التبليغ، لأن التبليغ لا يحقق الغاية منه إلا إذا حدثت في الأجل المطلوب و في الوقت المسموح فيه بالتبليغ فإن تخلف هذا البيان في محضر التكليف يؤدي إلى بطلانه مما يستوجب إعادة التبليغ من جديد.

- ذكر الهوية الكاملة لطالب التكليف²: من اسم ولقب وموطن، أهمية هذا البيان هي أن يعرف المعلن إليه ممن ورد الإعلان و يتمكن من معرفة موطنه.

- ذكر الهوية الكاملة للمطلوب تكليفه للجلسة³: من اسم ولقب و موطن وهذا حتى نتفادى تبليغ أشخاص آخرين في حال تشابه الأسماء.

1 - الوثيقة الرسمية هي التي تعد من موظف عام مخول بإصدارها.

2 - نص المادة 18 قانون إجراءات مدنية وإدارية: "يجب أن يتضمن التكليف بالحضور البيانات الآتية:

1. اسم ولقب المحضر القضائي وعنوانه المهني وختمه وتوقيعه و تاريخ التبليغ الرسمي وساعته.

2. اسم ولقب المدعي و موطنه.

3. اسم ولقب الشخص المكلف بالحضور و موطنه.

4. تسمية وطبيعة الشخص المعنوي و مقره الاجتماعي و صفة ممثله القانوني أو الاتفاقي

5. تاريخ أول جلسة و ساعة انعقادها.

3 - نص الفقرة 03 المادة 18 قانون إجراءات مدنية وإدارية: "يجب أن يتضمن التكليف بالحضور البيانات

الآتية:.....اسم ولقب الشخص المكلف بالحضور و موطنه.



﴿الباب الثاني﴾ ————— إجراءات رفع دعوى شؤون الأسرة و توابع نظرها والأحكام الصادرة بشأنها والطقن عليها - كـ.

- ذكر بيانات مستلم التبليغ: إذ يتعين أن تشتمل ورقة التكليف بالحضور على اسم مستلم الورقة، و صفته، وتوقيعه على الأصل بالاستلام، أو إثبات امتناعه وسببه، مع الإشارة إلى الوثيقة المثبتة لهويته مثل بطاقة التعريف أو جواز السفر، مع بيان رقمها وتاريخ صدور الوثيقة وجهة إصدارها، و الهدف من هذا البيان هو التحقق من أن من تسلم الورقة ممن يجيز النظام تسليم التبليغ لهم¹، وإذا استلم المطلوب تكليفه التبليغ شخصيا يشار إلى ذلك في محضر التكليف، أما إذا رفض المطلوب تكليفه استلام التكليف و التوقيع عليه أو البصم فيجب التنويه عليه في المحضر.

- ملاحظة: إذا تخلف بيان من البيانات السابقة في وثيقة التكليف بالحضور يؤدي إلى بطلانه مما يستوجب إعادة التبليغ من جديد ما لم يحضر الخصم أو من يمثله قانونا لأن ذلك يؤدي إلى انعقاد الخصومة، وهي غاية المشرع من تكليف الخصم بالحضور.

خلاصة البحث:

مما تقدم يتبين أنه لا تعارض بين الشريعة و القانون في طريقة عرض الدعوى على القاضي و تبليغ الخصم للحضور، إلا أنه خلافا للشريعة الإسلامية التي بسطت إجراءات التقاضي و لم تشترط أي شرط لرفع الدعوى إليه وجدنا أن المشرع الجزائري قد أحاط الدعوى القضائية بمجموعة من الإجراءات و الشروط الشكلية التي أصبحت توازي في الأهمية موضوع الدعوى في حد ذاته، إلا أنه و إن كانت في بعض هذه الإجراءات والشكليات ضمانات حقيقية للخصوم كان بإمكان المشرع إعفاء قضايا الأسرة -على الأقل- من بعض الشروط التي قد تؤدي إلى إعاقة استعمال الحق في التقاضي، فمثلا نجد أن المشرع الجزائري في قانون الرسوم القضائية لم يعفي أي دعوى من دعاوى شؤون الأسرة من تسديد الرسوم القضائية كما فعل بعض نظرائه في بعض الدول العربية، فكان عليه على الأقل إعفاء جملة من دعاوى شؤون الأسرة من الرسوم القضائية "مثل دعاوى

1 - عمر، نبيل اسماعيل، إعلان الأوراق القضائية، منشأة المعارف، الإسكندرية، د ط، 1981م، ص12 و ما بعدها.



«الباب الثاني» ————— إجراءات رفع دعوى شؤون الأسرة و تداعير نظرها والأحكام الصادرة بشأنها والطنن عليها - كح.
النفقات و دعاوى الولاية على نفس و المال و دعاوى الكفالة ودعاوى الحجر" لأن
المصاريف القضائية في الغالب في مثل هذه الدعاوى تعتبر عبئا على المواطن قد يؤدي به إلى
العدول عن التقاضي و بالتالي تضيع حقوق هذه الفئة المحتاجة.

المبحث الثاني

إجراءات سير دعاوى شؤون الأسرة في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

حتى يتوصل القاضي إلى حقيقة وفهم الواقعة المعروضة عليه ويستطيع أن يفصل فيها فصلا
عادلا بين الخصوم، اعتمد الفقه الإسلامي و معظم القوانين الوضعية مبادئ و إجراءات يجب
على القاضي احترامها ومراحل يجب عليه إتباعها قبل الحكم، و بما أننا بصدد دراسة سير
خصومة دعاوى شؤون الأسرة سنحاول تسليط الضوء على أهم المبادئ القضائية التي تحكم
جلساتها والمراحل و الإجراءات التي يجب إتباعها قبل الفصل فيها، لذا تقتضى دراسة هذا
المبحث تقسيمه إلى المطالب الآتية:

المطلب الأول: المبادئ الأساسية التي تحكم جلسات قضاء شؤون الأسرة في الفقه
الإسلامي والقانون الجزائري.

المطلب الثاني: سير خصومة شؤون الأسرة في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري.

المطلب الثالث: إجراءات المداولة والنطق بالحكم في دعوى شؤون الأسرة في الفقه
الإسلامي والقانون الجزائري.

المطلب الأول

المبادئ الأساسية التي تحكم جلسات قضاء شؤون الأسرة في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

تمهيد وتقسيم :

كرّست الشريعة الإسلامية وكل دساتير دول العالم للمتقاضين أثناء سير الخصومة
مجموعة من الحقوق الأساسية التي تضمن نزاهة القضاء و تسهم في تحقيق الخصومة العادلة،
وتبعد القضاة عن مواطن الحرج وتبعث الثقة في نفوس المتقاضين، ولأهميتها أصبحت هذه



﴿الباب الثاني﴾ ————— (إجراءات رفع دعوى شؤون الأسرة و تولاعر نظرها والأحكام الصادرة بشأنها والطعن عليها) - كـ
الحقوق لصيقة بالنظام القضائي و أطلق عليها مسمى المبادئ القضائية الأساسية، لذا سوف
نحاول التطرق لأهم هذه المبادئ من خلال الفروع الآتية:

الفرع الأول: مبدأ المساواة بين المتقاضين في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

يقصد بمبدأ المساواة بين المتقاضين تمتع جميع مواطني الدولة بممارسة حق التقاضي على قدم
المساواة أمام محكمة واحدة ووفق إجراءات تقاض موحدة، دون تمييز أو تفرقة بينهم بسبب
الأصل أو الجنس أو اللون أو اللّغة أو العقيدة أو الآراء الشخصية¹، وذلك بإتاحة لهم فرص
متساوية في اللّجوء إلى القضاء أو فيما يتصل بتمتعهم - بصورة متوازنة- بحقوق الدفاع وحرية
إقامة الدليل عند ممارسة الاختصاص والولاية القضائية في مواجهتهم²، ونظرا لأهمية هذا المبدأ
سوف نتحدث عنه بشيء من التفصيل من خلال الآتي:

(أ) - مبدأ المساواة بين الخصوم في الفقه الإسلامي

يعد مبدأ المساواة من بين أهم المبادئ القضائية التي يقوم عليها النظام القضائي
الإسلامي فلا يكاد يوجد على وجه البسيطة نظام قضائي اهتم بمبدأ المساواة. تمثل ما اهتم به
القضاء الإسلامي، لأن العدل بين الناس أصل هام من أصول الشريعة ولا يتحقق هذا الأصل
إلا بالمساواة بين الخصوم أمام القضاء، وقد تقرر هذا المبدأ في مواضع كثيرة من الكتاب
والسنة نذكر منها ما يلي:

- من القرآن الكريم: وردت آيات كثيرة تحت على المبدأ منها ما يلي:

قوله سبحانه وتعالى: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُمْ
بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ إِنَّ اللَّهَ نِعِمَّا يَعِظُكُمْ بِهِ إِنَّ اللَّهَ كَانَ سَمِيعًا بَصِيرًا﴾³.
وقوله جل شأنه: ﴿لَقَدْ أَرْسَلْنَا رُسُلَنَا بِالْبَيِّنَاتِ وَأَنْزَلْنَا مَعَهُمُ الْكِتَابَ وَالْمِيزَانَ لِيَقُومَ

1 د. عبد الغني بسيوني ، مبدأ المساواة أمام القضاء ، وكفاك حق التقاضي، د. بربارة عبد الرحمان، نفس المرجع، ص
21.

2 د. مصطفى محمود عفيفي ، الوجيز في القانون الدستوري و النظام السياسي المقارنة ط (2) - ص 45.

3 -سورة النساء الآية:58.



﴿الباب الثاني﴾ ————— (جملات رفع وعوى شؤون الأسرة و تولاهر نظرها والأحكام الصاورة بشأنها والطعن عليها) -

النَّاسُ بِالْقِسْطِ¹.

وقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ شُهَدَاءَ لِلَّهِ وَلَوْ عَلَىٰ أَنفُسِكُمْ أَوِ الْوَالِدِينَ وَالْأَقْرَبِينَ²﴾

وقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ لِلَّهِ شُهَدَاءَ بِالْقِسْطِ وَلَا يَجْرِمَنَّكُمْ شَنَاَنُ قَوْمٍ عَلَىٰ أَلَّا تَعْدِلُوا اعْدِلُوا هُوَ أَقْرَبُ لِلتَّقْوَىٰ وَاتَّقُوا اللَّهَ إِنَّ اللَّهَ خَبِيرٌ بِمَا تَعْمَلُونَ³﴾.

وقوله: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ وَالْإِحْسَانِ وَإِيتَاءِ ذِي الْقُرْبَىٰ وَيَنْهَىٰ عَنِ الْفَحْشَاءِ وَالْمُنْكَرِ وَالْبَغْيِ يَعِظُكُمْ لَعَلَّكُمْ تَذَكَّرُونَ⁴﴾.

وجه الاستدلال بهذه الآيات الكريمة: أنها توجب على الحاكم المسلم أن يسوي بين المتقاضين ويعدل بينهما عند الحكم ولا يتبع الهوى، لأن العدل بين الناس من أهم مقاصد الشريعة الإسلامية و جميع الشرائع السماوية.

من السنة الشريفة: أما السنة المطهرة فقد حوتْ أحاديث كثيرة تبجل مبدأ المساواة أمام القضاء وترسي دعائمه وتبين عناصره ومن ذلك ما يلي:

- ما روي عن عائشة رضي الله عنها من أن أسامة بن زيد رضي الله عنه كلم رسول الله صلى الله عليه وسلم في شأن المرأة المخزومية التي سرقت، فقال صلى الله عليه وسلم: إنما أهلك الذين من قبلهم أنهم كانوا إذا سرق فيهم الشريف تركوه وإذا سرق فيهم الضعيف أقاموا عليه الحد و أيم الله لو أن فاطمة بنت محمد سرقت لقطعت يدها⁵.

- و ما روي عن أم سلمة رضي الله عنها من أنها قالت: قال ﷺ: «من ابتلي بالقضاء

1 - سورة الحديد الآية: 25.

2 - سورة النساء الآية: 135.

3 - سورة المائدة الآية: 8.

4 - سورة النحل الآية: 90.

5 صحيح البخاري بشرح فتح الباري ج 12/89.



﴿الباب الثاني﴾ ————— (إجراءات رفع دعوى شؤون الأسرة و تولاعر نظرها والأحكام الصادرة بشأنها واللعن عليها - كـهـ)
بين الناس، فليعدل بينهم في لخصه و إشارته ومقعدده ومجلسه ولا يرفع صوته على
أحد الخصمين ما لا يرفع على الآخر»¹.

كما ألزم النبي ﷺ القضاة باحترام المساواة بين المتقاضين في المعاملة فلا يصنع أحد
ميزة دون أحد حتى في مجرد النظر أو الاستماع إلى الخصوم أو مخاطبتهم.

وعلى نهج النبي ﷺ سار صحابته الكرام رضوان الله عليهم أجمعين - فهذا أبو بكر
الصديق يقف خطيباً معلناً المساواة بين القوي والضعيف، ويقول: "ألا إن أقواكم عندي
ضعيف حتى آخذ الحق منه و ضعيفكم عندي قوي حتى آخذ الحق له"²، ويكتب عمر بن
الخطاب إلى أبي موسى الأشعري في كتابه الشهير "آس بين الناس في مجلسك وفي وجهك وفي
قضائك، حتى لا يطمع شريف في حيفك، ولا ييأس ضعيف من عدلك.....المسلمون
عدول بعضهم على بعض..."³.

ومن صور التسوية بين الخصوم قصة القبطي مع عمرو بن العاص والي مصر وابنه، وقد
اقتص الخليفة عمر بن الخطاب للقبطي في مظلمته من أمير مصر وابنه⁴، وقال مقولته التي

-
- 1 - أخرج البيهقي في السنن واللفظ له، باب انصاف الخصمين في المدخل عليه، حديث رقم 20458،
ج 10/135. سنن الدار قطني، كتاب الأفضية والأحكام، الحديث رقم 4467، ج 5/366.
 - 2 - أبي محمد عبد الملك بن هشام، سيرة بن هشام، طبعة مكتبة دار التراث، القاهرة، ج 4/ص 341.
 - 3 - ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج 1/28، البيهقي، السنن الكبرى، الطبعة الأولى، سنة 1355هـ - ج 10/109.
 - 4 - يروي أنس بن مالك أنه في عهد خلافة عمر بن الخطاب - رضي الله عنهما - : "كنا عند عمر بن الخطاب فجاءه
رجل من أهل مصر، فقال: "يا أمير المؤمنين، هذا مقام العائذ بك، قال: وما لك؟ قال: أجرى عمرو بن العاص بمصر الخيل
فأقبلت فرسي، فلما رآها الناس قام مُحَمَّد بن عمرو فقال: فرسي ورب الكعبة، فلما دنا مني عرفته، فقلت: فرسي ورب
الكعبة فقام إلي فضربني بالسوط، ويقول: خذها وأنا ابن الأكرمين، فو الله ما زاده عمر على أن قال له: اجلس، ثم كتب
إلى عمرو إذا جاءك كتابي هذا فأقبل، وأقبل معك بابنك مُحَمَّد، فدعا عمرو ابنه فقال: أحدثت حدثاً؟ أجنيت جنائياً؟
قال: لا، قال: فما بال عمر يكتب فيك؟ فقدم على عمر، فو الله إنا عند عمر حتى إذا نحن بعمرو وقد أقبل في إزار
ورداء، فجعل عمر يلتفت هل يرى ابنه، فإذا هو خلف أبيه، فقال: أين المصري؟ فقال: ها أنا ذا، قال: دونك الدرة
فاضرب ابن الأكرمين، اضرب ابن الأكرمين، فضربه حتى أثخنه، ثم قال: أحلها على صلعة عمرو! فو الله ما ضربك إلا
بفضل سلطانه فقال: يا أمير المؤمنين قد ضربت من ضربني، قال: أما والله لو ضربته ما حلنا بينك وبينه حتى تكون أنت
الذي تدعه، أيا عمرو متى استعدتم الناس وقد ولدتهم أمهم أحراراً ثم التفت إلى المصري، فقال: أنصرف راشداً، فإن ربك



﴿الباب الثاني﴾ ————— (إجراءات رفع دعوى شؤون الأسرة و توابع نظرها والأحكام الصادرة بشأنها والطقن عليها - كـه
أوضحت بين الناس مثلاً: "يا عمرو، متى استعبدتم الناس وقد ولدتم أمهاتهم أحراراً؟" ¹.

ومما يستشهد به في قداسة هذا المبدأ في القضاء الإسلامي، أن رجلاً شكاً علياً رضي الله
عنه إلى عمر رضي الله عنه، فلما جلس عمر لينظر في الدعوى، قال لـ علي: ساوِ خصمك
يا أبا الحسن، فتغير وجه علي رضي الله عنه، ثم قضى عمر في الدعوى، وذهب الخصم،
فالتفت عمر إلى علي، وقال له: أأغضبتك - يا أبا الحسن - إذ سويت بينك وبين خصمك؟

قال علي: كلا. قد غضبت لأنك لم تسوّ بيني وبينه يا أمير المؤمنين، لقد أكرمتني،
ودعوتني بكنيتي - يا أبا الحسن - ولم تنادِ خصمي بكنيته؛ فذلك الذي أغضبني، فقبل عمر
رأس علي، وقال: (لا أبقاني الله بأرض ليس فيها أبو الحسن) ².

-وقد حرص الفقهاء على المبدأ فاعتنوا به عناية فائقة فأوجبوا ³ على القاضي أن يسوي
بين الخصمين في الدخول إليه وفي لحظه ولفظه وإشارته، و إن أقبل كان إقباله عليهما، وإن
تكلم كان كلامه لهما، وإن أمسك كان إمساكه عنهما ولا يجوز أن يكلم أحدهما ويعرض
عن الآخر، ويسوي بينهما في جواب السلام، ولا يمازح أحدهما، ولا يشير إليه، ولا يسارره
ويسوي بينهما في الاستماع إليهما و في إطلاقه الوجه وسائر وجوه الإكرام فلا يخص أحدهما
بشيء من ذلك ⁴.

ولم يكن حرص قضاة الإسلام أنفسهم على التسوية بين الخصوم بأقل من حرص فقهاء
المسلمين، فقد كان القاضي في مجلس قضاؤه محترماً مهيباً لا تأخذه في الحق لومة لائم يسوي

ريب فاكتب إلى "أنظر: محض الصواب في فضائل أمير المؤمنين عمر بن الخطاب (2/ 473 وابن الجوزي: مناقب ص
99،98، انظر: ابن عبد الحكم في: فتوح مصر (ص 290).

1 - تاريخ عمر، ابن الجوزي 129 - 130، وانظر فتوح مصر، لابن الحكم 195.
2 - علي بن عبد الخالق القرني، دروس الشيخ على القرني، دروس صوتية قام بتفريغها موقع الشبكة الإسلامية
<http://www.islamweb.net>، ورقم الجزء هو رقم الدرس، 43/32، محمد حسن عبد الغفار، أصول اعتقاد
أهل السنة والجماعة، مصدر الكتاب: دروس صوتية قام بتفريغها موقع الشبكة الإسلامية
<http://www.islamweb.net>، ورقم الجزء هو رقم الدرس، 5/80.

3 شرح فتح القدير، 7/ 273، ابن فرحون، تبصرة الحاكم ص 32، الكاساني، بدائع الصنائع، 7/ 09.

4 الكاساني، بدائع الصنائع ج 07 ص 09.



«الباب الثاني» ————— (جداول رفع وعوى شؤون الأسرة و تولاعنظرها والأحكام الصاورة بشأنها والطعن عليها - كـ).
في مجلسه بين الأمير والحقير وبين الشريف والوضيع وقد روت لنا كتب التاريخ بعض الأمثلة
على ذلك منها ما يلي:

دخل الأشعث بن قيس على القاضي شريح في مجلس الحكومة فقال شريح: مرحبا وأهلا
وسهلا بشيخنا وسيدنا، وأجلسه معه، فبينما هو جالس معه إذ دخل رجل يتظلم من
الأشعث فقال له شريح: قم فاجلس مجلس الخصم وكلم صاحبك، فقال بل أكلمه في مجلسي
فقال له: لتقومن أو لآمرن من يقيمك، فقام امتثالا لأمر القضاء¹.

ويروي أبو يوسف وهو من أفذاذ القضاة عن نفسه: أنه جاءه رجل يدعي أن له بستانا
في يد الخليفة فأحضر الخليفة إلى مجلس القضاء وطلب من المدعي البينة فقال: غصبه المهدي
مني ولا بينة لدي وليحلف الخليفة، فقال أمير المؤمنين: البستان لي اشتراه لي المهدي ولم أجد
به عقدا فوجه القاضي أبو يوسف إلى الخليفة اليمين ثلاث مرات فلم يحلف الخليفة فقضى
بالبستان للرجل².

من ما سبق من آيات وأحاديث شريفة و آثار مشرفة عن الصحابة والتابعين وهو قليل
من كثير، يتضح لنا أن الإسلام نَظَرَ للعدل كأساس للحياة الآمنة المستقرة فحرص على تحقيقه
بين الناس فكان مبدأ المساواة من أهم مقوماته وأسبابه ودعائمه.

ب)- مبدأ المساواة بين الخصوم في القانون الجزائري

إذا كانت أهم المواثيق الدولية وكل الدساتير في العالم قد حرصت على تقرير مبدأ
المساواة أمام القانون، فإنها قد خصت مبدأ المساواة أمام القضاء بنصوص خاصة لكونه نتيجة
حتمية للمبدأ العام - المساواة أمام القانون-، فقد نص الإعلان العالمي لحقوق الإنسان
الصادر بتاريخ 1948 في مادته العاشرة على أن: " لكل إنسان الحق على قدم المساواة مع
الآخرين في أن تنظر قضيته أمام محكمة نزيهة نظرا عادلا علنيا للفصل في حقوقه والتزاماته و
أية تهممة جنائية توجه إليه"، ولا يخلو دستور في العالم من النص على هذا بنصوص صريحة

1 - النظام القضائي، الكتاب منشور على موقع وزارة الأوقاف السعودية بدون بيانات، ص29.

2 - النظام القضائي، المرجع السابق، نفس الموضوع..



«الباب الثاني» ————— (إجراءات رفع دعوى شؤون الأسرة و توليها نظرها والأحكام الصادرة بشأنها والطقن عليها - كـ). واضحة، فدساتير الجزائر المتعاقبة كلها نصت صراحة على ضرورة احترام هذا المبدأ¹، ومن ناحية أخرى حرص قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري على تدعيم مبدأ المساواة بين المتقاضين فألزم القاضي بواجب التسوية بين الخصوم سواء في المعاملة و في إعطائهم فرص متكافئة لعرض دفاعهم، فنص في المادة الثالثة منه على أنه "يستفيد الخصوم أثناء سير الخصومة من فرص متكافئة لعرض طلباتهم و وسائل دفاعهم"، كما ضمن نفس القانون أن يقف جميع المتقاضين أمام ذات المحاكم التي تفصل في المنازعات و الخصومات و بذات الإجراءات مهما اختلف الوضع الاجتماعي للأشخاص المتقاضين، فوحد إجراءات التقاضي أمام الهيئات القضائية ذات الطبيعة و الدرجة الواحدة، فلا يتصور أن تختلف الإجراءات المتعلقة برفع الدعوى أو مواجعتها من محكمة إلى محكمة أخرى.

ومن ما تقدم يتبين أن القانون الجزائري قد أخذ بمبدأ المساواة أما القضاء فجميع المتقاضين متساوون في الحق في الحماية القضائية ولا فرق في استعمال هذا الحق بين شخص و آخر مهما تفاوتت منازلهم، ولا يختلف اختصاص المحاكم إلا بسبب قيمة الدعوى أو نوع النزاع دون النظر للأشخاص المتقاضين وذلك لأن الأخذ بمبدأ المساواة يحقق نزاهة القاضي باعتبار أن المساواة هي المظهر الملموس لمبدأ حياد القاضي².

الفرع الثاني: مبدأ علانية جلسات التقاضي في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري.

من أهم ضمانات القضاء العادل أن تكون جلسات المحاكم علنية، ويقصد بعلانية الجلسات أن يتم نظر الدعوى و المرافعة فيها في جلسة مفتوحة للجميع بحيث يكون لكل شخص الحق في حضورها ومشاهدة و سماع حوار الخصوم و أقوال الشهود، وأن يتابع كل خطواتها وأن يصدر الحكم في جلسة علنية، والعلانية تكفل للرأي العام مراقبة أعمال القضاء، وذلك بالتعرف على حقيقة الواقعة المعروضة والدفاع والحكم عليها، فيكون الرأي العام حارسا قويا للعدالة فيؤدي إلى ازدياد الثقة في القضاء و اطمئنان نفوس المتقاضين، كما أنها

1 - كما نصت على هذا المبدأ المادة 12 من دستور 1963. و المادة 39 من دستور 1976 و المادة 28 من دستور 1996.

2 - د عبد الباسط جميعي، مبادئ المرافعات، ص 181



«الباب الثاني» — (جريدة) رفع وعوى شؤون الأسرة و تولاهر نظرها والأحكام الصادرة بشأنها والطعن عليها - كـ.
تكسب القضاة الثقة و الاحترام لما يراه الناس من الحيطة الكاملة والتزاهة التامة في إدارة
الجلسات، وهذا يؤدي بالقضاة إلى بذل ما في وسعهم لتحقيق العدالة على أكمل وجه.
ونظرا لأهمية هذا المبدأ في تحقيق القضاء العادل سنتحدث عنه بشيء من التفصيل من
خلال الآتي:

(أ) - مبدأ علانية الجلسات في الفقه الإسلامي:

من المبادئ القضائية الإسلامية الأساسية أن تكون مجالس القضاء بين الناس مفتوحة
للجميع فلا يجوز شرعا منع الجمهور من حضور جلسات القضاء إلا في قضايا خاصة يفضل
القاضي نظرها بين الخصوم فقط كقضايا الآداب مثلا، وما يؤيد ذلك من أقوال الفقهاء ما
صرح به الإمام الشافعي¹ في كتابه الأم "الحكم لا يكون إلا علانية"².

وما جاء في كتاب تبصرة الحكام لابن فرحون عند كلامه على سيرة القاضي مع
الخصوم في قوله: "ولا يساررهما جميعا ولا أحدهما، فإن ذلك يجريهما عليه ويطمعهما فيه، وما
جر إلى التهاون بحدود الله تعالى فممنوع... لأن الحكم لا يكون إلا بالإعلان وذلك مما يوهن
الحكم ويضعف نفس الآخر ويوهنه ويوقع المظنة بالقاضي"³.

وقد حرصت الشريعة الإسلامية على تجسيد العلانية عند القضاء بين الخصوم من
خلال حرصها أن يكون مجلس القضاء في الأماكن المفتوحة للجميع كالمسجد والأماكن

1- هو الإمام أبو عبد الله محمد بن إدريس الشافعي، يلتقي نسبه مع النبي في عبد مناف، أحد أعلام الأمة وأئمتها، فقيه
أصولي حاز مختلف الفنون والعلوم وبرع فيها حتى صار مذهبه من الشهرة بمكان، كثر أتباعه في مختلف البقاع، صاحب
فصاحة وبيان وحفظ واستدلال وتحقيق أخذ المعارف والعلوم من أهل الحضرة وأخذ العربية من البداية وهو أول من ألف
في علم أصول الفقه (الرسالة)، وله كتاب الحجة - وهو مذهبه = القديم في العراق - وكتاب جاع العلم واختلاف الحديث
والأم وأحكام القرآن. توفي سنة 204 هـ. (طبقات السبكي 343/1، وفيات الأعيان 305/3، تذكرة الحفاظ
361/1).

2- الأم للإمام الشافعي ج 6/ص 199.

3- بن فرحون القاضي برهان الدين إبراهيم بن علي بن أبي القاسم بن محمد بن فرحون تبصرة الحكام في أصول الأفضية
ومناهج الأحكام، راجعه وقد حرله طه عبد الرؤف سعد، مكتبة العليان الأزهرية: الجزء الأول - ص 46.



﴿الباب الثاني﴾ ————— (إجراءات رفع دعوى شؤون الأسرة و تولد نظرها والأحكام الصادرة بشأنها والطقن عليها - كـ).
العامّة و المشهورة¹، و استحبابهم حضور الفقهاء مجلس القاضي واستشارته لهم، و كراهيتهم
قضاء القاضي في داره و اتخاذه صاحباً أو بواباً يمنع الناس منه².

وقد تجسد مبدأ العلانية فعلاً في قضاء الرسول الله صلى الله عليه وسلم وأصحابه من
بعده فكانوا يجلسون للقضاء في المسجد أو مكان عام لا يمنع من دخوله أحد، فقد أخرج
الطبراني مسنداً إلى الإمام ابن عباس قال "بينما رسول الله صلى الله عليه وسلم _ يخاطبنا يوم
الجمعة إذ أتى رجل فتخطى رقاب الناس حتى قرب إليه فقال: يا رسول الله أقم علي الحد
فقال: اجلس فجلس، ثم قام الثانية فقال: يا رسول الله أقم علي الحد فقال: اجلس فجلس ثم
قام ثالثة فقال يا رسول الله أقم علي الحد، قال وما حدك قال أتيت امرأة حرماً، فقال _ صلى الله
عليه وسلم _ لعلي وابن عباس وزيد بن الحارثة وعثمان بن عفان _ رضي الله عنهم _ انطلقوا
به فاجلدوه ولم يكن قد تزوج فقبل يا رسول الله ألا تجلد التي خبث بها، فقال له رسول الله
ﷺ من صاحبتك؟ قال فلانة فدعاها ثم سأها، فقالت: يا رسول الله كذب علي والله إني لا
أعرفه، فقال ﷺ من شاهدك؟ فقال: يا رسول الله مالي شاهد فأمر به فجلد حد الضربة
ثمانين جلدة"³، وقد روي أن الإمام علي كرم الله وجهه قضى في السوق⁴ وأن الشعبي قضى
على باب داره⁵ وأن يحيى بن يعمر⁶ قضى في الطريق⁷.

ويظهر حرص الفقهاء على علانية المحاكمة من خلال اشتراط مواصفات في مجلس
القضاء تضمن وجوده في الأماكن العامة والمشهورة ويتاح للجميع الحضور إليها، فاشتراطوا

1 - بن فرحون، المرجع السابق، 38/1. أبو عبد الله، محمد بن أحمد بن محمد الفاسي، الإقتان والإحكام في شرح تحفة
الحكام المعروف بشرح ميارة، دار المعرفة، بدون طبعة، 14/1.

2 - أبو الحسن، علاء الدين، معين الحكام فيما يتردد بين الخصمين من الأحكام، ص 18.

3 - شرح الفتح التقدير على الهداية للكمال ابن المهام، الجزء السابع ص 269.

4 - فتح الباري 141/13

5 - صحيح البخاري شرح فتح الباري 140/13.

6 - هو ابو سلمان يحيى ابن يعمر البصري المروزي التابعي، كان من فصحاء اهل زمانه واكثرهم علماً وورعاً وهو ثقة
فقيه اديب نحوي، اكثر رواياته عن التابعين، ولاه قتيبة بن مسلم قضاءمر وبعد ان نفاه الحجاج إليها كما قضى حياته في
اكبر مدن خراسان، وقد مات سنة تسع وعشرين ومائة. تهذيب التهذيب لابن حجر العسقلاني 305/11.

7 - صحيح البخاري بشرح فتح الباري ج 140/13.



«الباب الثاني» ————— (مبادئ رفع دعوى شؤون الأسرة و توليها نظرها والأحكام الصادرة بشأنها والطقن عليها) - كـ
أن يكون مجلس القضاء في أشهر الأماكن وأبرزها للناس ليصل إليه كل أحد¹، و أن يكون في مجامع الناس ليكون أرفق بهم²، وأن يكون وسط البلد ليتساوى أهله في القرب منه³، و أن يكون فسيحا واسعا ترتاح فيه النفوس بحيث لا يتأذى ولا يزاحم فيه أحد⁴، وحرصا من الفقهاء على أن يكون القضاء في جلسات مفتوحة بحيث لا يجرم أحد من الدخول فيها فقد تعرضوا لحكم قضاء القاضي في داره ورأى بعضهم فيه الكراهة.

(ب) - مبدأ علانية الجلسات في القانون الجزائري

تعتبر علانية جلسات القضاء ضمانا أساسية من ضمانات القضاء العادل، لأنها تمكن كل مواطن من الدخول إلى قاعة الجلسات، من أجل سماع المناقشات أو منطوق الحكم وبالتالي فإن إظهار نشاط القضاء بوضوح وشفافية للجمهور يدخل الطمأنينة في نفوس الأفراد و الخصوم⁵، و يرتب نوعا من أنواع الرقابة على عمل القضاء، و فضلا عن ذلك فإنها تكفل بطريق غير مباشر حقوق الدفاع، إذ أنها تمنع تحكم القاضي في الخصومة، و من أجل ذلك نصت المادة 144 من دستور 1996 على أنه "تعلل الأحكام القضائية، و ينطق بها في جلسات علانية". و لقد ذهبت المادة 7 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية إلى تأكيد هذا المبدأ بأن الجلسات علانية ما لم تمس العلنية بالنظام العام أو الآداب العامة أو حرمة الأسرة.

ولذلك فإنه يرد على هذا المبدأ العديد من الاستثناءات يهدف بعضها إلى الحفاظ على حقوق أساسية أخرى: فيكون اللجوء إلى سرية الجلسات مبررا بحظر المساس بالحياة الشخصية كما هو الحال في الصلح بين الزوجين حيث نصت المادة 439 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية على أن "محاولات الصلح وجوبية، و تتم في جلسة سرية". أو كما هو الحال في إجراءات الولاية على نفس القاصر حيث ينظر في الطلبات ويفصل فيها بغرفة المشورة⁶.

1 - الام للامام الشافعي 198/6، المعني لابن قدامه 20/14، شرح كتاب النيل 15/13.

2 - البحر الرائق الجزء 6/ ص302_ شرح كتر الدقائق لزين الدين بن نعيم الحنفي . دار المعرفة للطباعة و النشر، بيروت، الكاساني، بدائع الصانع، 13/7

3 - البحر الرائق 302/6، الام للامام الشافعي 198/6_ المعني لابن قدامه 21/14.

4 - شرح منتهى الارادات 469/3، المعني لابن قدامه 20/14.

5-د نبيل اسماعيل عمر: مرجع سابق ص22. د أحمد حمدي عبد العزيز: قانون المرافعات، ص81.

6 - ينظر نص المادة 458 قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، وأيضاً المواد 462، 491، 494، 496 من نفس القانون.



«الباب الثاني» ————— إجراءات رفع دعوى شؤون الأسرة و تولع نظرها والأحكام الصادرة بشأنها والطعن عليها - كـ
و بعضها الآخر يهدف إلى الحفاظ على النظام العام أو الآداب¹ وفي أحيان أخرى يمكن
للأطراف التخلي عن العلانية و المطالبة بسرية الجلسة².

وإن كانت العلانية تعني في جوهرها منع القضاء بين الناس سرا إلا أنها لا تعني بأي حال
من الأحوال إضفاء الطابع الإعلامي على الخصومة المدنية، حيث نصت المادة 94 من قانون
الإعلام على منع "استعمال أي جهاز تسجيل أو جهاز إذاعي أو آلة تصوير تلفزيونية أو
سينمائية أو عادية عقب افتتاح الجلسة القضائية"، باستثناء الحالات التي تأذن فيها بذلك الجهة
القضائية³.

الفرع الثالث: مبدأ حصول الإجراءات في مواجهة الخصوم في الفقه الإسلامي و القانون

الجزائري

ومؤدى هذا المبدأ أن كل إجراء يقدمه احد الخصوم أثناء سير الدعوى القضائية
يجب أن يكون في مواجهة الطرف الآخر أو يكون على علم به على الأقل، حتى يتمكن من
الرد على خصمه حماية لمصلحته، فلا يسمع القاضي بينة أو إقرارا أو إنكارا أو شهادة أو غير
ذلك إلا بحضور الخصوم أو وكلائهم، ليستعمل كل منهما حقه في الدفاع عن مصالحه.

و يعرفه فقهاء القانون بأنه: حق الخصم في العلم بكافة إجراءات الخصومة و ما تحتويه
من عناصر واقعية و قانونية⁴.

ونظرا لأهمية هذا المبدأ في تحقيق القضاء العادل سنتحدث عنه بشيء من التفصيل من
خلال الآتي:

- 1 - أجازت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان التخلي المعبر عنه بصفة صريحة أو ضمنية عن العلانية، بشرط أن لا يتعارض مع أية مصلحة عامة أو عليا.
- 2 - القانون رقم 90-07 الصادر بتاريخ 3 افريل 1990 المعدل والمتمم.
- 3 - قانون 29 جويلية 1881 المتعلق بالصحافة المعدل والمتمم بالقانون المؤرخ في 11 جويلية 1975.
- 4 - أنظر أكثر تفصيلا د وجدي راغب، مبادئ القضاء المدني، دار الفكر الغربي 1987 ص378. د فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، دار النهضة العربية 1993م ص260.



﴿الباب الثاني﴾ ————— (إجراءات رفع دعوى شؤون الأسرة و تولاعن نظرها والأحكام الصاورة بشأنها واللعن عليها) - كـ.

(أ) - مبدأ حصول الإجراءات في مواجهة الخصوم في الفقه الإسلامي

اهتم النظام القضائي الإسلامي اهتماما عظيما بمبدأ المواجهة بين الخصوم وأولاه الفقهاء عناية فائقة لما يحققه هذا المبدأ من مزايا تصب في خانة الوصول إلى الحق والفصل العادل بين الخصوم، ويوافق ذلك في السنة المطهرة ما روي عن الإمام علي بن أبي طالب - رضي الله عنه - قال: بَعَثَنِي رَسُولُ اللَّهِ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - إِلَى الْيَمَنِ قَاضِيًا، فَقُلْتُ: يَا رَسُولَ اللَّهِ، تُرْسِلُنِي وَأَنَا حَدَّثْتُ السَّنَّ، وَلَا عِلْمَ لِي بِالْقَضَاءِ؟ فَقَالَ: «إِنَّ اللَّهَ سَيَهْدِي قَلْبَكَ، وَيُثَبِّتُ لِسَانَكَ، فَإِذَا جَلَسَ بَيْنَ يَدَيْكَ الْخَصْمَانِ، فَلَا تَقْضِيَنَّ حَتَّى تَسْمَعَ مِنَ الْآخَرِ، كَمَا سَمِعْتَ مِنَ الْأَوَّلِ، فَإِنَّهُ أَحْرَى أَنْ يَتَبَيَّنَ لَكَ الْقَضَاءُ»، قال: فما زِلْتُ قَاضِيًا، أو ما شككتُ في قضاء بعد¹.

وقد تضمنت كتب الفقه الإسلامي ما يدل على احترام هذا المبدأ وأهمية عند الفصل في الخصومات.

فقد جاء في مواهب الجليل: "ولا يسمع من أحد الخصمين إلا بمحضر صاحبه، ومن العدل بين الخصمين إلا يجيب أحدهما في غيبة الآخر إلا أن يعرف لدا من المتخلف، أو لم يعرف وجه خصومة المدعى، فلا بأس أن يسمع منه حتى يعلم أمره، وإذا جاء أحدهما ولم يحضر الآخر فلا يسمع منه حجته وليأمر بإحضار خصمه لم تجزه اليمين، ولا يكون إيقاع الشهود إلا بحضرة الخصم المشهود عليه"².

و جاء في معين الحكام وفتح القدير: "ولا ينبغي للقاضي إن يدخل عليه أحد الخصمين دون صاحبه ولا في مجلس قضاؤه ولا في خلوته، ولا في جماعة، وان كان الذي بينه وبينه خاصا، حتى تنقضي خصومتهم، إلا أن يجلس خارجا في مجلسه الذي يجلس الناس معه فيه في غير مجلس قضاؤه، فلا بأس أن يجلس أحد الخصمين فيه إن شاء..... ولا ينبغي أن يسمع بينة المدعي حتى يحضر الخصم"³.

1 - سبق تخريجه.

2 - الرُعيني، مواهب الجليل، 129/6 - الدسوقي، الحاشية، 4/ 148.

3 - الطرابلسي، معين الحكام، ص21، فتح القدير، 289/7.



﴿الباب الثاني﴾ ————— (إجراءات رفع دعوى شؤون الأسرة و تولاعن نظرها والأحكام الصادرة بشأنها واللعن عليها - كحـ.
وجاء في روضة الطالبين: "والأصل ألا يسمع القاضي لبينة ولا يحكم إلا بحضرة المدعي عليه"¹ و ثم لا يجوز للقاضي أن يسمع بينة في غيبة الخصم² ولا يجوز أن يصدر حكمه بناءً على هذه البينة لان ذلك نوع من القضاء على الغائب وهو لا يجوز³.

لكن إذا امتنع المدعي عن الحضور أمام القاضي تعنتا و لددنا في الخصومة جاز للقاضي النظر فيها حتى وان ظل المدعي عليه غائبا⁴ والقول بغير ذلك يجعل الغيبة والاستهتار طريقا إلى إسقاط الحقوق التي نصب القاضي لحفظها⁵.

وكل هذه النصوص وغيرها كثير في كتب الفقه الإسلامي تدل على مكانة و أهمية مبدأ المواجهة بين الخصوم أثناء سير الدعوى القضائية، وقد احتل هذا المبدأ هذه المكانة في النظام القضائي الإسلامي لأن العدل بين الخصوم من أهم مقاصد الشريعة الإسلامية، و هذا المبدأ - مبدأ المواجهة- يعتبر ضمانا حقيقية للوصول إلى غاية العدل بين الخصوم.

(ب) - مبدأ حصول الإجراءات في مواجهة الخصوم في القانون الجزائري

يعتبر مبدأ المواجهة في دولة القانون من أهم المبادئ القضائية التي تضمن السير الحسن لدور القضاء لأن به تتحقق المساواة بين مراكز الخصوم الإجرائية⁶ و به يُفعل حقهم في حرية الدفاع، فيكون بذلك ضمانا أساسية للبحث عن الحقيقة والوصول إليها، لأن هذا المبدأ يقتضي إعلام الخصوم بكافة إجراءات الخصومة و حق مناقشتها في وقت مناسب، وهذا من شأنه أن يحدث نوعا من التواصل بين الأطراف والقاضي و يسمح بوضع قضائي يكون في نهايته أكثر توافقاً مع الحقيقة.

- 1 - النووي روضة الطالبين، المكتب الإسلامي، 1395هـ/1975م. 193/11.
- 2 - علاء الدين المقفي الهندي، كتر العمال — بمامش مسند الإمام احمد بن حنبل، 194/2.
- 3 - البابرتي، شرح العناية على هداية، 293/7، الصاوي، بلغة لسانك 339/2، ابن تيمية، المحرر في الفقه، 388/1.
- 4 - الزيلعي، تبين الحقائق شرح كتر الدقائق وحاشية الشلبي، المطبعة الكبرى الأميرية - بولاق، القاهرة، الطبعة: الأولى، 1313 هـ، 191/4. ابن نجيم، البحر الرائق شرح كتر الدقائق، 19/7.
- 5 - الشرح الكبير، مطبوع من المعني ج 11 ص 455-456.
- 6 - أنظر أكثر تفصيلا د أحمد خليل: مبدأ المواجهة و دوره في التنفيذ الجبري، دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية، 1999 ص 4 و ما يليها.



«الباب الثاني» ————— إجراءات رفع دعوى شؤون الأسرة و توابع نظرها والأحكام الصادرة بشأنها والطعن عليها - كـ
و قد اعتنق المشرع الجزائري هذا المبدأ صراحة بنص المادة 3 الفقرة 3 من قانون
الإجراءات المدنية و الإدارية بنصها أنه "يلتزم الخصوم و القاضي بمبدأ الوجاهية"، ومن مظاهر
احترام مبدأ المواجهة في القانون الجزائري إلزام المدعي باستدعاء خصمه عن طريق التكليف
بالحضور ومنحه الوقت الكافي من أجل تحضير الدفاع، كما نصت المادة 15 على العناصر
والبيانات التي يجب أن تتضمنها عريضة افتتاح الدعوى تحت طائلة جزاء عدم القبول شكلاً،
والتي من شأنها أن تركز الوجاهية وتسهل عمل القاضي، ومن أهم تلك العناصر ما يتعلق
بموضوع الدعوى وسببها أي جملة العناصر الواقعية والقانونية¹، فضلاً عن مؤيدات الدعوى
من وثائق ومستندات²، وقد بينت المواد من 21 إلى 24 إجراءات تقديم المستندات ليصل
العلم بها للطرف الآخر وللقاضي تحقيقاً لمبدأ الوجاهية. كما ألزمت المادة: 1/70 من نفس
القانون وجوب إبلاغ الأوراق والمستندات والوثائق التي يقدمها أي طرف من طرفي الخصومة
دعماً لادعاءاته إلى الطرف الآخر ولو لم يطلبها. ولضمان مراعاة مبدأ الوجاهية، فإن المشرع
زوّد القاضي بسلطة توقيع جزاءات إجرائية مثل شطب القضية في حالة عدم مراعاة
الإجراءات الشكلية المنصوص عليها قانوناً أو التي أمر بها القاضي³، وأجازت المادة
23 الفقرة 4 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية للقاضي استبعاد من المناقشة كل وثيقة
لم يتم إبلاغها خلال الآجال وبالكيفية التي حددها، كما يجوز له استبعاد كل مذكرة جوابية

1 - وهو ماعنته المادة: 5/15 من قانون إجراءات مدنية والمتعلقة بوجود استيفاء عريضة الدعوى لعرض موجز للوقائع
والطلبات والوسائل التي تؤسس عليها الدعوى، يضاف إليها نص المادة 25 من نفس القانون.

2 - المادة 15 قانون إجراءات مدنية: يجب أن تتضمن عريضة افتتاح الدعوى، تحت طائلة عدم قبولها شكلاً، البيانات
الآتية:

1. الجهة القضائية التي ترفع أمامها الدعوى.
2. اسم و لقب المدعي وموطنه.
3. اسم و لقب وموطن المدعى عليه، فإن لم يكن له موطن معلوم، فأخر موطن له.
4. الإشارة إلى تسمية وطبيعة الشخص المعنوي، ومقره الاجتماعي وصفة ممثله القانوني أو الاتفاقي.
5. عرضاً موجزاً للوقائع والطلبات والوسائل التي تؤسس عليها الدعوى.
6. الإشارة عن الاقتضاء إلى المستندات و الوثائق المؤيدة للدعوى.

3 - المادة: 216 قانون إجراءات مدنية: "يمكن للقاضي أن يأمر بشطب القضية، بسبب عدم القيام بالإجراءات الشكلية
المنصوص عليها في القانون، أو تلك التي أمر بها
كما يمكن له الأمر بشطب القضية بناء على طلب مشترك من الخصوم.



﴿الباب الثاني﴾ ————— (إجراءات رفع دعوى شؤون الأسرة و تولاعر نظرها والأحكام الصادرة بشأنها والطعن عليها) - كـ
تم تقديمها بعد قفل باب المرافعات، واستبعاد الوثائق التي يتم تقديمها بشكل متأخر، وحتى
إبطال الخبرة التي تم إعدادها دون احترام مبدأ المواجهة.

الفرع الرابع: مبدأ حرية الدفاع في الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري

يعد مبدأ حرية الدفاع من المبادئ الأساسية التي يقوم عليها أي نظام قضائي، لأنه أهم
ضمانة من ضمانات التقاضي المقررة لصالح المتقاضين، ومؤداه أن تعطى لكل خصم فرصة
كافية للدفاع عن مصالحه أمام القضاء وذلك باستعمال كافة الوسائل والمكثات الإجرائية التي
يسعى من خلالها لإثبات ما يدعيه أو يرد بها مزاعم خصمه وأدلته و دفعه¹، ولعل الحرص
على احترام هذا المبدأ يحقق أهم غايات القضاء من عدل و تسوية بين الخصوم و يزرع الثقة
في نزاهة القاضي وحيده.

ونظرا لمكانة هذا المبدأ في النظام القضائي الإسلامي وغيره سنحاول التطرق إليه من
خلال الآتي:

أ- مبدأ حرية الدفاع في الفقه الإسلامي

أقرت الشريعة الإسلامية مبدأ حرية الدفاع فأعطت لكل خصم من الخصوم الحق في
إبداء وجهة نظره أمام القضاء والإدلاء بأدلته وأسانيده سواء كانت تثبت ما اتجه إليه أو تنفي
مزاعم خصمه، وتحقيقا لهذا المبدأ ألزمت كل قاضي واجب إعطاء الفرصة كاملة لكل خصم
ليقيم بينته ولم تجز له أن يحكم قبل أن يسمع ما يريد أن يقوله كل خصم حتى يأتي الحكم وليد
التريث والتبيين².

وقد جسد القرآن الكريم الأهمية القصوى لهذا المبدأ فيما حكاه عن نبي الله داود عليه سلام
في قوله تعالى: ﴿إِذْ دَخَلُوا عَلَى دَاوُدَ فَفَزِعَ مِنْهُمْ قَالُوا لَا تَخَفْ خَصِمَانِ بَعَى بَعْضُنَا عَلَى بَعْضٍ

1 - د. فتحي والي، قانون القضاء المدني، ص 470.

2 - د عادل محمد جبر أحمد شريف، حماية القاضي و ضمانات نزاهته دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي و قانون المرافعات
المدنية، رسالة ماجستير، مقدمة لكلية الشريعة والقانون بجامعة الأزهر بطنطا، سنة 2002، ص 294.



﴿الباب الثاني﴾ ————— (جهدات رفع وعوى شؤون الأسرة و تولاعن نظرها والأحكام الصاورة بشأنها والطعن عليها - كـ).

فَأَحْكُم بَيْنَنَا بِالْحَقِّ وَلَا تُشْطِطْ وَاهْدِنَا إِلَى سَوَاءِ الصِّرَاطِ وَحُسْنِ مَآبٍ ﴿١﴾

و في تفسير هذه الآيات جاء في كتاب في ظلال القرآن: "وبيان هذه الفتنة أن داود النبي الملك، كان يخصص بعض وقته للتصرف في شؤون الملك، وللقضاء بين الناس، ويخصص البعض الآخر للخلوة والعبادة وترتيل أناشيده تسبيحا لله في المحراب. و كان إذا دخل المحراب للعبادة والخلوة لم يدخل إليه أحد حتى يخرج هو إلى الناس.

وفي ذات يوم فوجئ بشخصين يتسوران المحراب المغلق عليه، ففزع منهما فما يتسور

المحراب هكذا مؤمن ولا أمين! فبادرا يطمئنانه. «قالوا: لا تخف. خصمان بغى بعضنا على بعض». و جئنا للتقاضي أمامك «فأحكم بيننا بالحق ولا تشطط واهدنا إلى سواء الصراط» وبدأ أحدهما فعرض خصومته: «إن هذا أخي له تسع وتسعون نعجة ولي نعجة واحدة. فقال: أكفلنيها» (أي اجعلها لي وفي ملكي وكفالتني) «وعزني في الخطاب» (أي شدد علي في القول وأغلظ).

والقضية- كما عرضها أحد الخصمين- تحمل ظلما صارخا مثيرا لا يحتمل التأويل. ومن ثم اندفع داود يقضي على إثر سماعه لهذه المظلمة الصارخة ولم يوجه إلى الخصم الآخر حديثا، ولم يطلب إليه بيانا، ولم يسمع له حجة. ولكنه مضى يحكم: «قال: لقد ظلمك بسؤال نعجتك إلى نعاجه. وإن كثيرا من الخلطاء- (أي الأقوياء المخالطين بعضهم لبعض) - ليبغي بعضهم على بعض. إلا الذين آمنوا وعملوا الصالحات وقليل ما هم» ..

ويبدو أنه عند هذه المرحلة اختفى عنه الرجال: فقد كانا ملكين جاءا للامتحان! امتحان النبي الملك الذي ولاه الله أمر الناس، ليقضي بينهم بالحق والعدل، وليتبين الحق قبل إصدار الحكم. وقد اختارا أن يعرضا عليه القضية في صورة صارخة مثيرة.. ولكن القاضي عليه ألا يستثار، وعليه ألا يتعجل. وعليه ألا يأخذ بظاهر قول واحد. قبل أن يمنح الآخر

1 - سيد قطب، في ظلال القرآن، دار الشروق - بيروت - القاهرة، الطبعة السابعة عشر - 1412

هـ، ج 5/ص 3018.



﴿الباب الثاني﴾ ————— (إجراءات رفع دعوى شؤون الأسرة و توليها نظرها والأحكام الصادرة بشأنها والطعن عليها) - كـ.
فرصة للإدلاء بقوله وحجته فقد يتغير وجه المسألة كله، أو بعضه، وينكشف أن ذلك الظاهر
كان خادعا أو كاذبا أو ناقصا! عند هذا تنبه داود إلى أنه الابتلاء¹.

وقد حرص الفقهاء المسلمون على احترام حرية الخصوم في الدفاع فاتفقوا على إلزام
القاضي أن يمنح الخصوم المهل اللازمة لتقديم دفاعهم حتى ولو أدى ذلك إلى تأجيل إصدار
الحكم على أن لا يضر ذلك بالخصم الآخر، فقد جاء في كتاب تبصرة الحكام لابن فرحون
:"و ضرب الأجل مصروف إلى اجتهاد الحكام بحسب حسن النظر في أمر الخصمين وليس فيه
حد محدود لا يتجاوز، إنما هو الاجتهاد"².

وقال الإمام السرخسي في شرح عبارة (اجعل للمدعي أمدا ينتهي إليه فإن أحضر بينة

أخذ بحقه وإلا وجهت القضاء عليه فإن ذلك أجلى للعمى وأبلغ في العذر) عند شرحه
لكتاب- عمر بن الخطاب- إلى أبي موسى الأشعري "فيه دليل على أن القاضي عليه أن يمهل
كل واحد من الخصمين بقدر ما يتمكن من إقامة الحجة فيه حتى إذا قال المدعي بينتي حاضرة
أمهله ليأتي بها فربما لم يأت بها في المجلس الأول بناء على أن الخصم لا ينكر حقه لوضوحه
فيحتاج إلى مدة ليأتي بها، وبعد ما أقام البينة إذا ادعى الخصم الدفع أمهله القاضي ليأتي بدفعه
فإنه مأمور بالتسوية بينهما في عدله وليكن إمهاله على وجه لا يضر بخصمه فإن الاستعجال
إضرار بمدعي الدفع، وفي تطويل مدة إمهاله إضرار بمن أثبت حقه، وخير الأمور أوسطها
وقوله فإن أحضر بينته أخذ بحقه وإلا وجهت القضاء عليه إن كان مراده دعوى الدفع فهو
أوضح؛ لأنه إذا عجز عن إثبات ما ادعى من الدفع وجه القاضي إليه القضاء ببينة المدعي، وما
لم يظهر عجزه عن ذلك لا يوجه القضاء عليه؛ لأن الحجة إنما تقوم عليه إذ ظهر عجزه عن
الدفع بالطعن والمعارضة، وإن كان مراده جانب المدعي فمعنى قوله وجهت القضاء عليه
ألزمت الكف عن أذى الناس والخصومة من غير حجة وقوله فإن ذلك أجلى للعمى لإزالة
الاشتباه وأبلغ في العذر للقاضي عند من توجه القضاء عليه؛ لأنه إذا وجه القضاء عليه بعد ما
أمهله حتى يظهر عجزه عن الدفع انصرف من مجلسه شاكرًا له ساكتًا. وإذا لم يمهله انصرف

1 - سيد قطب، المرجع السابق، ج5/ص3018.

2 - ابن فرحون، تبصرة الحكام، مكتبة الكليات الأزهرية، الطبعة: الأولى، 1406هـ - 1986م، ج1/ص201.



«الباب الثاني» ————— (إجراءات رفع دعوى شؤون الأسرة و توليها نظرها والأحكام الصادرة بشأنها والطعن عليها - كـ
شاكيًا منه يقول مال إلى خصمي ولم يستمع حجتي ولم يمكنني من إثبات الدفع
عنده¹.

ومن هذه العبارات الفقهية التي تحرص على ضرورة الإمهال والتأجيل للخصوم في
إحضار بينائهم ودفاعهم والتي تؤكد ضرورة سماع القاضي للخصوم دون تعجل أو إنكار،
تظهر عناية الشريعة بمبدأ حرية الدفاع وحرصها على تحقيقه فعليًا في القضاء الإسلامي، لما
يسهم به هذا المبدأ في تحقيق العدل بين الخصوم وزرع الثقة في النظام القضائي.

(أ) - مبدأ حرية الدفاع في القانون الجزائري:

يعتبر حق الدفاع أهم ضمانات العدالة، لأنه بكل بساطة يمكن المدعي من
بسط ادعاءاته بما لديه من أدلة ويمكن المدعى عليه من شرح دفاعه وتدعيمه بما لديه من أدلة
مضادة، فيكون بذلك ضمانات حقيقية للخصومة الصحيحة العادلة، وهذا الحق له ارتباط وثيق
بجملة من الحقوق الأساسية التي تدعم سير الخصومة مثل الحق في التسوية بين الخصوم والحق في
المواجهة والحق في الاستعانة بمحام... الخ، ويعتبر في نفس الوقت تجسيدًا فعليًا لكل هذه الحقوق فإذا
غُيِبَ أو انتهك هذا الحق انتهكت معه كل الحقوق الأخرى.

ولقد جرت عادة شراح القانون الربط بين حق الدفاع ومبدأ المواجهة بين الخصوم حتى أن
كثيرًا منهم اعتبر أن هذين الحقين وجهان لعملة واحدة ولا فرق بينهما من الناحية العملية²، إلا أنه
في الحقيقة أن حق الدفاع أوسع في نطاقه من حق المواجهة بين الخصوم، لأنه يلقي على عاتق
القاضي أعباء وواجبات وحقوقًا تزيد عن مجرد حصول الإجراءات في مواجهة الخصوم، فتسبب
الحكم مثلاً يعد ضمانات من ضمانات حقوق الدفاع دون أن يكون تطبيقاً لمبدأ المواجهة، لذلك
يمكن القول أن المواجهة بين الخصوم تعتبر وسائل إجرائية لتحقيق مبدأ أكثر عمومية وهو مبدأ
احترام حقوق الدفاع، ومن هذا الجانب كانت المواجهة وسيلة لحماية حق الدفاع.

ونظرًا لأهمية هذا المبدأ فقد كفله الدستور الجزائري للخصوم سواء بأشروا هذا الحق بأنفسهم
أو بواسطة محام، وهذا ما قرره المادة 142¹ بنصها حق الدفاع معترف به، كما نصت المادة

1 - الإمام السرخسي، المبسوط، دار المعرفة - بيروت، بدون طبعة، نشر سنة 1414هـ - 1993م، ج 16/ص 63.

2 - د. إبراهيم سعد، القانون القضائي الخاص، ج 1/ص 668.



«الباب الثاني» ————— إجراءات رفع دعوى شؤون الأسرة و توابع نظرها والأحكام الصادرة بشأنها والطعن عليها - كـ.
السابقة لها (141) : يحمي القانون المتقاضى من أي تعسف أو أي انحراف يصدر من القاضي،
فإذا كان الأصل هو الدفاع الشخصي إلا أن للخصم الحق في توكيل محام للدفاع عنه، ذلك نظرا
لما تقدمه معونته الفنية من إجلاء وجهة النظر القانونية للخصم أمام المحكمة هذا من جهة¹، ومن
جهة أخرى تضمن سلامة الإجراءات وتطابقها مع القانون.

وقد تضمن قانون الإجراءات المدنية الجزائرية كذلك تطبيقات عديدة لهذا الحق، ومن ذلك
أن يُمكنَ الخصم من المرافعة شفويا و كتابيا عن طريق تقديم مذكرات، كما يُمكنَ أيضا من تقديم
الأدلة المنتجة في الدعوى ومن دحض الأدلة الموجهة ضده كما يمنح أيضا الوقت الكافي لإعداد
دفاعه، ومن ذلك أن يُؤجل القاضي الجلسة لتمكين الخصم من الاستعداد أو الإطلاع على
مستندات الخصم الآخر و الرد عليها² مع ترك تقدير هذا الوقت للقاضي وحده مع مراعاة عدم
الإضرار بمصالح الخصم الآخر.

المطلب الثاني سير خصومة شؤون الأسرة في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

ويشتمل الفروع الثلاثة التالية :

الفرع الأول : جلسة شؤون الأسرة تشكيلها وإدارتها في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

أولا : جلسة شؤون الأسرة تشكيلها وإدارتها في الفقه الإسلامي

لم يعرف القضاء الإسلامي نظام تعدد القضاة في تشكيل هيئة الحكم الواحدة، بل اعتمد
نظام القاضي الفرد للفصل في جميع القضايا، وذلك لتفادي ما قد ينجم عند تعدد القضاة من
اختلاف في الرأي الذي من شأنه أن يؤدي إلى تعطيل نظر الدعاوى و بالتالي يؤدي إلى ضياع
الحقوق، إلا أن الفقهاء استحبوا أن يجلس مع القاضي جماعة من أهل العلم و الفضل يستشيرهم
في ما يعرض عليه من قضايا وما ينبغي لها من أحكام شرعية مناسبة³، والغرض من المشاورة
تنبيه القاضي إلى ما عسى أن يكون قد فاته أو نسيه مما له تعلق بالدعوى أو تأثير في الحكم مع

1 - د. وجددي راغب ، مبادئ الخصومة المدنية ص 243.

2 - د. وجددي راغب، مبادئ الخصومة المدنية ص 20، د/عبد الحكم شرف، د/ السعيد الأزمازي، دراسات في قانون
المرافعات ص 53.

3 - الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، 12/7.



﴿الباب الثاني﴾ ————— (إجراءات رفع دعوى شؤون الأسرة و توابع نظرها والأحكام الصادرة بشأنها والطعن عليها) - كـ
بيان رأيهم في الحكم المناسب، وقد اشترطوا فيهم أن يكونوا من أهل الاجتهاد والعدالة حتى
يمكنهم الدلالة على الحكم الشرعي للقضية¹، كما يندب للقاضي أن يتخذ كاتباً يساعده في
حفظ الدعاوى و البيّنات وقد اشترط الفقهاء فيه أن يكون عدلاً وعلى قدر كاف من الفقه
والدراية،² فقد جاء في كتاب بدائع الصنائع للكاساني: " وقد يشق عليه أن يكتب بنفسه
فيحتاج إلى كاتب يستعين به، وينبغي أن يكون عفيفاً صالحاً من أهل الشهادة، وله معرفة
بالفقه، أما العفة والصلاح؛ فلأن هذا من باب الأمانة، والأمانة لا يؤديها إلا العفيف الصالح،
وأما أهلية الشهادة؛ فلأن القاضي قد يحتاج إلى شهادته، وأما معرفته بالفقه؛ فلأنه يحتاج إلى
الاختصار والحذف من كلام الخصمين، والنقل من لغة، ولا يقدر على ذلك إلا من له معرفة
بالفقه، فإن لم يكن فقيها كتب كلام الخصمين، كما سمعه، ولا يتصرف فيه بالزيادة والنقصان؛
لأنه يوجب حقاً لم يجب، ولا يسقط حقاً واجباً؛ لأن تصرف غير الفقيه بتفسير الكلام لا يخلو
عن ذلك"، كما ينبغي على القاضي إذا اختصم إليه قوم يتكلمون بغير العربية وهو لا يفقه
لسانهم أن يتخذ مترجماً، وقد اشترط الفقهاء فيه أن يكون عدلاً مسلماً³.

وقد جرت عادة القاضي المسلم عند جلوسه للقضاء استقبال القبلة، - أما إذا جلس
القاضي للقضاء في المسجد فكان يسند ظهره إلى الحراب،- ويجلس كاتبه ناحية منه بحيث يراه
حتى إذا احتاج إليه كان قادراً عليه ولأنه إذا كان يراه لا يخشى منه الزيادة والنقصان في
الكتابة، ويقف الأعوان⁴ بين يدي القاضي ليكون أهيب في أعين الناس، ويجب أن يكون
قيامهم بعيداً من القاضي حتى لا يسمعوا ما يدور بين القاضي وبين من تقدم إليه من الخصوم،
ثم يقوم الحاجب بتقديم الخصوم إلى القاضي ليقضي في خصوماتهم بحسب أسبقيتهم في الحضور

1 - وقد اشترط الخصاص في الذي جلس مع القاضي الأمانة والديانة والفقه، أما اشتراط الأمانة، والديانة؛ فلأن مجلس
القضاء يحضره الشبان من النسوان فلو لم يكن أميناً متديناً ربما يمكن فيه فساد، وأما الفقه فلأن المقصود من إجلاس غيره
معه المشورة وإصابة الحق واستخراج الحكم، وإنما يحصل من الفقيه لا من غيره . كتاب أدب القاضي .

2 - السرخسي، المبسوط، 90/16-91، الكاساني، بدائع الصنائع، 7/...، الكافي، ص498، معين الحكام، ص16.

3 - السرخسي، المبسوط، 89/16، الكاساني، بدائع الصنائع، 7/12، محمد عليش، منح الجليل، 8/292، الطرابلسي، معين
الحكام، ص16، ابن مودود الموصللي، الاختيار لتعليل المختار، 2/85-86.

4 - ابن مازة، المحيط البرهاني في الفقه النعماني، تحقيق عبد الكريم سامي الجندي، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان،
الطبعة: الأولى، 1424 هـ - 2004 م، 8/22.



﴿الباب الثاني﴾ ————— (إجراءات رفع دعوى شؤون الأسرة و توابع نظرها والأحكام الصادرة بشأنها والطعن عليها) - كـ
أو على حسب ترتيب رؤية دعاواهم¹، فيدخل المدعي و خصمه المدعي عليه و يجلسان أمام
القاضي، وينبغي أن يكون جلوسهما بين يدي القاضي على قدر ذراعين، أو نحو ذلك بحيث
يسمع كلامهما من غير أن يرفعا أصواتهما²، وهذا لأن القاضي لا يمكن من القضاء بحق على
الوجه الذي أمر إلا بعد سماع كلامهما، وقد جرت عادة القضاة قبل عرض المدعي دعواه أن
يقوم القاضي بوعظ الخصمين و يحذرهما محذرا من الخصومة بالباطل لأن الخصومة بالباطل توقع
في سخط الله تعالى، ثم بعد ذلك يسمح للقاضي للمدعي بعرض دعواه و يسمح للمدعي عليه
بالرد عليها، ولا يسمح للقاضي لأي من الخصمين مقاطعة حديث الخصم الآخر إلا بعد الإذن
له بالحديث، ولا يصدر القاضي حكمه في الدعوى إلا بعد سماع كافة حجج الخصمين و يقرر
ختام المرافعة بعد أن يقول الخصمان لم يبق لنا قول نقوله و لا حجة ندلي بها.

ثانيا: جلسة شؤون الأسرة تشكيلها وإدارتها في القانون الجزائري

بعد قيد عريضة دعوى شؤون الأسرة من أمين الضبط المختص تجلس الهيئة التي تتشكل
منها المحكمة في التاريخ والتوقيت المحدد في عريضة افتتاح الدعوى، لنظرها و سماع طلبات
الخصوم و مناقشتها، ولضمان السير الحسن للجلسات و حتى يتم نظر الدعوى والاستماع
إلى أقوال الخصوم و حججهم ومناقشتهم بما يكفل إقامة العدالة بينهم، نص المشرع الجزائري
على قواعد معينة تنظم جلسة شؤون الأسرة و ضبطها وتسيير خصومتها، لذا تقتضي الدراسة
تقسيم هذا الفرع للجزئيات التالية:

1 - جاء في كتاب بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع : أن يقدم الخصوم على مراتبهم في الحضور الأول فالأول؛ لقوله -
عليه الصلاة والسلام - : «المباح لمن سبق إليه» وإن اشتهه عليه حالهم؛ استعمل القرعة، فقدم من خرجت قرعته، إلا
الغرباء إذا خاصموا بعض أهل المصر إليه، أو خاصم بعضهم بعضا، أو خاصمهم بعض أهل المصر، فإنه يقدمهم في
الخصومة على أهل المصر؛ لما روي عن سيدنا عمر - رضي الله عنه - أنه قال: قدم الغريب، فإنك إذا لم ترفع به رأسا
ذهب وضاع حقه، فتكون أنت الذي ضيعته ندب - رضي الله عنه - إلى تقديم الغريب، ونبه على المعنى؛ لأنه لا يمكنه
الانتظار، فكان تأخيره في الخصومة تضييعا لحقه، إلا إذا كانوا كثيرا، بحيث يشتغل القاضي عن أهل المصر فيخلطهم بأهل
المصر؛ لأن تقديمهم يضر بأهل المصر، وكذا تقديم صاحب الشهود على غيره؛ لأن إكرام الشهود واجب.

2 - ابن مازة، المحيط البرهاني في الفقه النعماني، 22/8.



﴿الباب الثاني﴾ ————— (إجراءات رفع دعوى شؤون الأسرة و تولاها نظرها والأحكام الصادرة بشأنها والطعن عليها) - كـ.

(أ) ضبط الجلسة

بعد قيد الدعوى يُعِدُّ رئيس قسم شؤون الأسرة جدول القضايا لكل جلسة¹، ويقوم بتبليغ نسخة منه إلى ممثل النيابة العامة ويأمر بتعليق نسخة أو أكثر في المكان المخصص للإعلانات في المحكمة، وفي الغالب تعلق نسخة في قاعة جلوس المحامين، وفي التوقيت والتاريخ المحدد للجلسة تجلس هيئة المحكمة لنظر الدعوى المجدولة في الجلسة، حيث تتشكل جلسة شؤون الأسرة من قاض فرد² وكاتب ضبط، فيتولى القاضي مهمة رئاسة الجلسة حيث يناط له قانونا مهمة ضبطها³ والمحافظة على النظام فيها وإدارتها بما يكفل سير الإجراءات سيرا حسنا، و يخوله القانون في سبيل ذلك، أن يخرج من قاعة الجلسة من يخل بنظامها ويمنع كل التصرفات التي من شأنها المساس بهيبة ووقار المحكمة، أما في حالة وقوع جريمة أثناء انعقاد الجلسة، يأمر رئيس الجلسة بكتابة محضر عنها و يأمر بإرساله إلى النيابة العامة لإجراء ما يلزم فيها⁴، فإذا كانت الجريمة التي وقعت جنائية أو جنحة كان له -إذا تطلب الأمر- أن يأمر بالقبض على من وقعت منه كإجراء من إجراءات التحقيق الذي تستكملة النيابة بإحالة المتهم إليها، أما إذا وقعت الجريمة من أحد المحامين بالجلسة، أو عندما يخل أحد المحامين بنظامها فإن المحامي يؤخذ طبقا لقانون المحاماة الذي يكفل له ضمانات في التأديب تتيح له أداء عمله في الدفاع عن موكله طبقا للقانون، فيمتنع على المحكمة، محاكمته و إنما لرئيس المحكمة أن يطلب من النيابة رفع الدعوى العمومية أو التأديبية على المحامي استنادا على الوقائع التي تنسب إليه في المحضر الذي يأمر بتحريره.

1 - المادة 261 قانون إجراءات مدنية: "يحدد رئيس القسم أو التشكيلة جدول القضايا لكل جلسة، ويتم ابلاغه إلى ممثل النيابة العامة، ويعلق في المكان المعين لذلك".

2 - المادة 255 قانون إجراءات مدنية: "تصدر أحكام المحاكم بقاض فرد، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك. وتصدر قرارات جهة الاستئناف بتشكيلة مكونة من ثلاثة قضاة، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك".

3 - المادة: 262 قانون إجراءات مدنية: ضبط الجلسة منوط برئيسها لضمان الهدوء والرصانة و الوقار الواجب لهيئة المحكمة".

4 - المادة 568 من قانون الإجراءات الجزائية: "إذا ارتكبت جنحة أو مخالفة في جلسة محكمة أو مجلس قضائي أمر الرئيس بتحرير محضر عنها و إرساله إلى وكيل الجمهورية فإذا كانت جنحة معاقب عليها بعقوبة الحبس الذي تزيد مدته على ستة شهور جاز له أن يأمر بالقبض على المتهم و إرساله فورا للمثول أمام وكيل الجمهورية".



«الباب الثاني» ————— (إجراءات رفع دعوى شؤون الأسرة و توابع نظرها والأحكام الصادرة بشأنها والطعن عليها) - كـ.

ثالثا: إدارة الجلسة (طريقة تسيير خصومة شؤون الأسرة).

بعد افتتاح الجلسة من رئيس قسم شؤون الأسرة ينادي الأطراف بأسمائهم وفق أرقام و ترتيب القضايا المدرجة في جدول الجلسة¹، عندها يتعين على الأطراف أو وكلائهم أن يتقدموا أمام القاضي وبعد التحقق من هوية الأطراف وصحة التمثيل أو التوكيل - المحامي أو الوكيل-، تنعقد الخصومة حيث يطلب القاضي من المدعي إيداع محضر التكليف بالحضور للتأكد من صحة التكليف عند تخلف المدعى عليه عن حضور الجلسة، أما إذا حضر المدعى عليه يطلب القاضي من المدعي تسليم الوثائق والمستندات المشار إليها في عريضته الافتتاحية للخصم إذا لم يتم تسليمها إليه عن طريق المحضر، و عند تسلم المدعى عليه الوثائق يمنحه القاضي أجلا للإجابة إذا طلب ذلك احتراماً منه لحق الدفاع، حيث يمكن للمدعي دفع الدعوى شكلاً و موضوعاً، وفي التاريخ المحدد للجلسة المؤجلة يقدم المدعى عليه جوابه و الوثائق والمستندات التي يستند عليها في جوابه و دفعه، كما يمكن أثناء سير الجلسات أن يقدم المدعي طلبات عارضة² و يمكن للمدعى عليه أن يتقدم بطلبات مقابلة³، و أثناء سير الجلسات يستطيع القاضي لإثبات الدعوى أن يأمر بإجراء تحقيق مدني في الدعوى، أو سماع الشهود و طلب إجراء خبرة، أو طلب استشارة، كما يملك قاضي شؤون سلطة تقريب وجهات النظر و محاولة الصلح بينهما إلا أنه ملزم في دعاوى فك الرابطة الزوجية بإجراء محاولات صلح بين الزوجين، و بعد الأخذ و الرد في الجلسات المتعاقبة يقوم القاضي بقفل باب المرافعة و يدخل القضية للمداولة و يحدد تاريخ جلسة الفصل في القضية⁴ و أثناء الجلسة المقررة

1 - د. بوشير محمد أمقران، قانون الإجراءات المدنية، ص 224.

2 - الطلبات العارضة: "هي طلبات يقدمها المدعي تتضمن تصحيح الطلب الأصلي أو تعديل موضوعه لمواجهة ظروف طرأت بعد رفع الدعوى، مثل الذي يرفع طلب بملكية عين، فيطالب فيما بعد بقيمتها، وكذلك الطلب الذي يكون مكملًا للطلب الأصلي أو مترتباً عليه، أو متصلاً به بصلته لا تقبل التجزئة، مثل أن يطالب المدعي بالثمن بعد ما طالب بالملكية". ينظر، د. الغوثي بن ملحمة، القانون القضائي الجزائري، ص 338.

3- الطلب المقابل هو الذي يقدمه المدعى عليه، رداً على الطلب الأصلي للمدعي، و هو يهدف إلى رفض الطلب الأصلي للمدعي، و هو يهدف إلى رفض الطلب الأصلي ورده، وقد يترتب عليه القضاء بالعكس على المدعي " ينظر، د. الغوثي بن ملحمة، القانون القضائي الجزائري، ص 338.

4 -- المادة 271 قانون إجراءات مدنية: "يتم النطق بالحكم في الحال أو في تاريخ لاحق، و يبلغ الخصوم بهذا التاريخ خلال الجلسة".



﴿الباب الثاني﴾ ————— (إجراءات رفع دعوى شؤون الأسرة و توابع نظرها والأحكام الصادرة بشأنها والطعن عليها - كـ).
يتلو القاضي منطوق الحكم علنيا¹.

الفرع الأول: أثر غياب أحد الخصمين عن دعوى شؤون الأسرة في الفقه الإسلامي والقانون

الجزائري

في اليوم المقرر لنظر دعوى شؤون الأسرة يحضر الخصمان إلى مجلس القضاء، وبعد افتتاح الجلسة ينادي القاضي بأسماء الخصوم حسب ترقيم الدعاوى، فيتقدم المدعي و المدعي عليه أمام القاضي وبذلك تعقد خصومة شؤون الأسرة وتبدأ المرافعة بتبادل الطلبات و الدفع، لكن قد يحدث أن يتخلف المدعى أو المدعى عليه عن حضور الجلسات المقررة لنظر الدعوى، فما تأثير غياب المدعى على سير الخصومة؟. وهل يجوز القضاء في غيبة المدعى عليه؟. سنجيب على هذا التساؤل من خلال الآتي:

أولا: أثر غياب المدعى والمدعى عليه على الدعوى في الفقه الإسلامي:

(أ) - أثر غياب المدعى على سير دعواه في الفقه الإسلامي: الأصل في الشريعة الإسلامية أن القاضي لا يجبر المدعي على حضور مجلس القضاء وعرض دعواه، لأن المدعي في العادة يكون هو صاحب الدعوى و المطالب بالحق ولا شيء في ذمته لغيره فلا يُطلب، ويؤيد ذلك أن الفقهاء عرفوا المدعي بأنه هو الخصم الذي إذا ترك دعواه ترك فلا يجبر عليها²، وهذا هو أساس التمييز بينه وبين المدعى عليه عندهم، لذا ينتج عن عدم حضور المدعي لمجلس القضاء عدم نظر دعواه، وعدم حضوره قرينة عن ترك الدعوى، و قد ذكر الفقيه الماوردي³ رحمه الله تعالى: "فلو نودي صاحب رقعة يعني اسم المدعي مذكور على رقعته - فلم يحضر، كرر النداء

1 - المادة 272 قانون إجراءات مدنية: "يتم النطق بالأحكام الفاصلة في التراع علنيا".
2 - ابن عابدين، الحاشية، ج3/ص290. الزيعلي، تبيين الحقائق، ج4/ص291. والكاساني، بدائع الصانع، ج6/ص224.
3 - هو علي بن محمد حبيب، أبو الحسن الماوردي: أفضى قضاة عصره. من العلماء الباحثين، أصحاب التصانيف الكثيرة النافعة. ولد في البصرة، وانتقل إلى بغداد. وولي القضاء في بلدان كثيرة، ثم جعل "أفضى القضاة" في أيام القائم بأمر الله العباسي. وكان يميل إلى مذهب الاعتزال، وله المكانة الرفيعة عند الخلفاء، وربما توسط بينهم وبين الملوك وكبار الأمراء في ما يصلح به خلافا أو يزيل خلافا. نسبته إلى بيع ماء الورد، ووفاته ببغداد. من كتبه "أدب الدنيا والدين - ط" و " الأحكام السلطانية - ط" والنكت والعيون - خ" ثلاث مجلدات كما في تذكرة النوادر 22، في تفسير القرآن، و " الحاوي - خ" في فقه الشافعية، نيف وعشرون جزءا، و " نصيحة الملوك - خ" و " تسهيل النظر - خ" في سياسة الحكومات، و " أعلام النبوة - ط" و " معرفة الفضائل - خ" و " الأمثال والحكم - خ" و " الإقناع " فقه، و " قانون



﴿الباب الثاني﴾ ————— (إجراءات رفع دعوى شؤون الأسرة و توابع نظرها والأحكام الصادرة بشأنها والطقن عليها - كـ).
ثلاثاً، فإن لم يحضر أخرجت رقعة غيره و نودي صاحبها¹، فإذا تقدمت الزوجة مثلاً بطلب مقاضاة زوجها المهمل و تخلفت بعد ذلك عن مجلس القضاء، فلا ينظر القاضي دعواها في غيابها و لا يلزمها بالحضور لمجلسه، لأنها تخلت عن المطالبة بتخلفها عن الدعوى.

ثانياً) - حكم القضاء في غيبة المدعى عليه :

اتفق فقهاء الشريعة الإسلامية أن دعوة الحاكم للخصم بالتحاكم إليه واجبة لا يجوز الإعراض عنها و لا التأخير، فعلى كل مؤمن أن يستجيب لمن يدعوه إلى التحاكم إلى شرع الله تعالى و أن من أعرض عن ذلك كان آثماً، وقد استدلوا على ذلك بقوله تعالى: ﴿وَإِذَا دُعُوا إِلَى اللَّهِ وَرَسُولِهِ لِيَحْكُمَ بَيْنَهُمْ إِذَا فَرِيقٌ مِّنْهُمْ مُّعْرِضُونَ﴾². وقال الماوردي عند تفسير هذه الآية: "أثماً نزلت في بشر، رجل من المنافقين كان بينه وبين رجل من اليهود خصومة فدعاه اليهودي إلى النبي صلى الله عليه وسلم ودعاه بشر إلى كعب بن الأشرف لأن الحق إذا كان متوجهاً على المنافق إلى غير رسول الله صلى الله عليه وسلم ليسقط عنه، وإذا كان له حاكم إليه ليستوفيه منه فأنزل الله هذه الآية. وقيل: إنما نزلت في المغيرة بن وائل من بني أمية كان بينه وبين علي كرم الله وجهه خصومة في ماء وأرض فامتنع المغيرة أن يحاكم علياً إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال: إنه يبغضني"³، وذكر "أن فيها دليلاً على أن من دعي إلى حاكم فعليه الإجابة"⁴.

إلا أن الفقهاء اختلفوا في مسألة القضاء في غيبته على رأيين⁵ :

الرأي الأول: ((عدم جواز القضاء على الغائب)) ، وقال بهذا الرأي علماء الحنفية⁶، ونقل عن

=الوزارة " لعله المطبوع بعنوان " أدب الوزير " قاله عبيد. و " سياسة الملك " وغير ذلك، ينظر: الزركلي، الأعلام، 4/328.

1 - الماوردي، أدب القاضي، 2/293-294.

2 - سورة النور الآية: 48.

3 - الماوردي، تفسير الماوردي، 4/115.

4 - الماوردي، المرجع السابق، 4/116.

5 - د. فوزية عبد الستار، القضاء في الإسلام، دار الكتب المصرية، ط 2009، ص 71.

6 - بابن نجيم، البحر الرائق، 7/18. العيني، البناية شرح الهداية، دار الكتب العلمية - بيروت، لبنان، الطبعة: الأولى، 1420 هـ - 2000 م، 9/36.



﴿الباب الثاني﴾ ————— (إجراءات رفع دعوى شؤون الأسرة و تولاع نظرها والأحكام الصادرة بشأنها واللعن عليها - كـه
 أحمد بن حنبل¹، وابن أبي ليلي²، والثوري³ هذا الرأي أيضاً⁴، وحجتهم في ذلك أن
 القضاء يتطلب إقرار المدعى عليه أو إنكاره و هما غير موجودين من الغائب، فلا بد من حضوره
 ليحكم عليه، ومما ذكر في كتب الحنفية بهذا الخصوص: " الحكم على الغائب لم يجز عندنا سواء
 كان غائبا عن مجلس الحاكم حاضراً في البلد أو غائبا عن البلد"⁵: وذكر كذلك " القضاء بلا
 خصم حاضر غير صحيح"⁶.

الأدلة التي استدلت أصحاب هذا الرأي:

استدل أصحاب هذا الرأي على صحة ما ذهبوا إليه: من القرءان الكريم ، والسنة المشرفة، و
 الأثر.

1/ دليلهم من القرءان الكريم: استدلوا بقوله تعالى: ﴿وَإِذَا دُعُوا إِلَى اللَّهِ وَرَسُولِهِ
 لِيَحْكُمَ بَيْنَهُمْ إِذَا فَرِيقٌ مِّنْهُمْ مُّعْرِضُونَ﴾⁷.

وجه الدلالة من الآية: دلت هذه الآية على عدم جواز الحكم على الغائب من حيث أنها
 تضمنت ذما على عدم الحضور للحكم، فدل هذا الذم على وجوب الحضور للحكم، و لو
 نفذ الحكم مع الغيبة لما وجب الحضور و لما استحق الذم و في ذلك دليل على عدم جواز
 القضاء على الغائب⁸، وقد رد المجيزون على الاستدلال بهذه الآية بأنه لا منافاة بين ذمهم على

-
- 1 - ابن قدامة، الكافي في فقه الإمام أحمد، دار الكتب العلمية، لطبعة: الأولى، 1414 هـ - 1994 م، 4/241.
 - 2 - هو أبو عبد الرحمن محمد بن عبد الرحمن ابن أبي ليلي قاضي ومفتي الكوفة، قال عنه أحمد بن يونس: كان أفقه أهل
 الدنيا، صاحب قرآن وسنة، مات وهو على القضاء سنة 148 هـ. (شذرات الذهب 1/224).
 - 3 - هو: هو الإمام سفيان بن سعيد بن مسروق بن حبيب الثوري الكوفي الثقة الحجة الفقيه العابد أمير المؤمنين في
 الحديث، روى عن أبيه وزيد بن علاقة وجعفر الصادق وأيوب وغيرهم وروى عنه ابن المبارك ويحيى القطان وغيرهم.
 توفي بالبصرة سنة 161 هـ. (سير أعلام النبلاء 7/230، السيوطي، طبقات الحفاظ، دار الكتب العلمية، بيروت،
 ط1، 1403 هـ، 1/96).
 - 4- ابن قدامة، المغني، 10/95.
 - 5 - ابن نجيم، البحر الرائق، 7/18. العيني، البناء شرح الهداية، دار الكتب العلمية - بيروت، لبنان، الطبعة: الأولى،
 1420 هـ - 2000 م، 9/36.
 - 6 - ابن نجيم، المرجع السابق، 6/280.
 - 7 - سورة النور الآية: 48.
 - 8 - ابن أبي الدم، أدب القضاء، 1/158.



﴿الباب الثاني﴾ ————— (جهدات رفع دعوى شؤون الأسرة و تولاعن نظرها والأحكام الصاورة بشأنها والطعن عليها - كح).
عدم الحضور؛ لأنه واجب عليهم عدم الغيبة، فيمكن أن يجتمع الأمران: "الذم على عدم الحضور ونفوذ الحكم مع الغيبة"¹.

2/ دليلهم من السنة: استدلو بما روي عن علي رضي الله عنه قال: قال: بعثني رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى اليمن قاضياً، فقلت: يا رسول الله ترسلني وأنا حديث السن، ولا علم لي بالقضاء، فقال: «إن الله سيهدي قلبك، ويثبت لسانك، فإذا جلس بين يديك الخصمان، فلا تقضين حتى تسمع من الآخر، كما سمعت من الأول، فإنه أحرى أن يتبين لك القضاء»، قال: «فما زلت قاضياً، أو ما شككت في قضاء بعد»².

وجه الدلالة من الحديث: أن جهالة كلام أحد الخصمين مانعة من القضاء عليه، وذلك ثابت مع غيبته، و غيبة من يقوم مقامه، فلا يسمع الدعوى.

3/ دليلهم من الأثر: ما روي عن عمرو بن عثمان بن عفان رضي الله عنهما قال: أتى عمر بن الخطاب رضي الله عنه رجل قد فقئت عينه، فقال له عمر: تحضر خصمك، فقال له يا أمير المؤمنين: أما بك من الغضب إلا ما أرى، فقال له عمر: فلعلك قد فقأت عيني خصمك معاً، فحضر خصمه قد فقئت عيناه معاً، فقال عمر: إذا سمعت حجة الآخر بان لك القضاء³.

وجه الدلالة من الأثر: إن فيه إلزام للقاضي بعدم مباشرة الدعوى و إجراءاتها المؤدية لحكم إلا بحضور أطراف الخصومة، فدل على عدم القضاء على الغائب، وقد رد بن حزم على هذا الاستدلال من عدة وجوه:

- لا يصح هذا عن عمر؛ لأن هذا مروى من طريق محمد الغفاري عن ابن أبي ذئب الجهني، وهما مجهولان، وجهالة الراوي ترد الحديث، قال ابن حزم: "لا يدرى من هما في خلق الله تعالى".

1 - محمد رأفت عثمان، النظام القضائي في الفقه الإسلامي، دار البيان، الطبعة: الثانية 1415هـ-1994م، 226.

2 - الحديث سبق تخريجه.

3 - ابن حزم، المحلى، 370-369/9.



﴿الباب الثاني﴾ ————— (جواز رفع دعوى شؤون الأسرة و تولاعر نظرها والأحكام الصاورة بشأنها والطعن عليها) -

- هذا الأثر مروى عن عمرو بن عثمان بن عفان عن عمر بن الخطاب؛ وهذا كذب لأن

عمرو بن عثمان بن عفان لم يولد إلا ليلة موت عمر رضي الله عنه.

- على فرض صحة ما نقل عن عمر فليس فيه إلا أنه يقضي على غائب بدعوى خصمه، وهذا حق لا ينكر.

- أن النقل الصحيح عن عمر، وعثمان أنهما قضيا على الغائب إذا صح الحق، ولم يصح عن أحد من الصحابة خلاف ذلك².

- القضاء إنما هو لقطع المنازعة، ولا توجد منازعة هنا لعدم الإنكار.

- القضاء على الغائب قضاء لأحد الخصمين وحده، فلا يجوز، كما لو كان الآخر في البلد.

- يجوز أن يكون للغائب ما يبطل البينة، ويقدر فيها فلم يجز الحكم عليه.

الرأي الثاني: ((جواز القضاء على الغائب)) وبه قال المالكية¹ وهو الراجح عند الشافعية

والحنابلة غير أنهم يميزون بين الغائب القريب والغائب البعيد عن البلد، فأما الأول فلا تسمع الدعوى دون حضوره، فقد جاء في المغني لابن قدامة²: "فأما الحاضر في البلد أو قريب منه إذا لم يمنع من الحضور، فلا يقضى عليه قبل حضوره في قول أكثر أهل العلم"، إلا أن فقهاء الشافعية أجازوا سماع دعوى الحاضر الممتنع، و أما الثاني - هو الغائب عن البلد - فقد أجازوا سماع الدعوى والحكم عليه إلا أن يكون له بموضع الحكم مال أو وكيل³.

- الأدلة التي استدلت بها أصحاب هذا الرأي:

استدل أصحاب هذا الرأي على صحة ما ذهبوا إليه: من السنة، والقياس، و المعقول.

1/ دليلهم من السنة: استدلو بما روى عن عائشة رضي الله عنها، قالت: جاءت هند

1 - بن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دار الحديث - القاهرة، بدون طبعة، 1425هـ - 2004م، 4/255.

2 - ابن قدامة، المغني، 10/97.

3 - الشيرازي، المهذب، 3/401.



﴿الباب الثاني﴾ ————— (إجراءات رفع دعوى شؤون الأسرة و تولاعر نظرها والأحكام الصادرة بشأنها والطنع عليها - كـ).

بنت عتبة بن ربيعة، فقالت: يا رسول الله، إن أبا سفيان رجل مسيك، فهل علي حرج أن أطعم من الذي له عيالنا؟ فقال: «لا حرج عليك أن تطعميهم بالمعروف»¹

وجه الدلالة من الحديث: أن النبي صلى الله عليه وسلم قد قضى لها بان تأخذ من مال زوجها ما يكفيها، و هو قضاء على الغائب، فصح سماع الدعوى على الغائب و الحكم عليه دون حضوره.

واستدلوا كذلك بأن عن رسول الله - صلى الله عليه وآله وسلم - حكما على العرنين الذين قتلوا الرعاء و سملوا أعينهم و فروا، فأتبعهم بقائف - وهم غيب - حتى أدركوا و اقتص منهم. و حكم صلى الله عليه وسلم على أهل خيبر - وهم غيب - بأن يقيم الحارثيون أولياء عبد الله بن سهل - رضي الله عنه - البينة أو يحلف خمسون منهم على قاتله من أهل خيبر و يسلم إليهم أو يؤدوا ديتة، أو يحلف خمسون من اليهود أنهم ما قتلوه و يبرؤون.

استدلالهم من القياس: فإن الدعوى تسمع على الميت والصغير، مع أنهما أعجز عن الدفع من الغائب، فيقاس الغائب عليهما.

استدلالهم من المعتول: إن المنع من سماع الدعوى على الغائب قيه إضاعة للحقوق التي ندب الحكام إلى حفظها، فصح سماع الدعوى و الحكم عليه حفاظا على هذه الحقوق².

الترجيح: على ضوء ما تقدم من آراء وأدلة ومناقشات، يتبين لنا دون تعصب لمذهب أو ميل لهوى بأن الرّاجح من الرأيين السابقين، هو رأي الفقهاء القائل بجواز القضاء على الغائب وهو مذهب جمهور الفقهاء، وذلك لقوة أدلتهم وقربها من المنطق والعقل وبعدها عن المغالاة والإفراط، فمن العدل أن تحفظ الحقوق، وفي منع القضاء على الغائب تضييع لها، فمن الظلم منع صاحب الحق من المطالبة بحقه و الحصول عليه مجرد غياب خصمه الذي قد يتوارى عنوة و يتهرب عن حضور مجلس القضاء، وإزالة هذا الظلم والضرر على صاحب الحق لا تتم إلا بإثبات جواز القضاء على الغائب، الأمر الذي يتوافق مع القواعد الكلية في الفقه الإسلامي،

1 - أخرجه البخاري في صحيحه، 131/3.، رقم 2460، ومسلم في صحيحه، 66/9، رقم 7161، ولكن بلفظ مختلف في عبارة: «خذي من ماله بالمعروف ما يكفيك ويكفي بنيك».

2 - الشريبي، مغني المحتاج، 06/4، المغني لابن قدامة 109/9 المحلى لابن حزم 366/9-369.



﴿الباب الثاني﴾ — (جرائم رفع دعوى شؤون الأسرة و توابع نظرها والأحكام الصادرة بشأنها والظعن عليها - كـهـ).
فمن الأصول المعلومة في الدين رفع الظلم وإزالة الضرر، حيث يقول الله تعالى في كتابه الكريم: (وَلَا يَظْلِمُ رَبُّكَ أَحَدًا)¹، ويقول الرسول صلى الله عليه وسلم " (لا ضرر ولا ضرار)"².

ثانياً: أثر غياب المدعى والمدعى عليه على دعوى شؤون الأسرة في القانون الجزائري:

- أثر غياب المدعى عن جلسات دعوى شؤون الأسرة في القانون الجزائري: لدراسة آثار غياب المدعى عن دعوى شؤون الأسرة يجب نـفـرق بين حالتين:

الحالة الأولى: عدم حضور المدعى أول جلسة دون مبرر مشروع: جرى العمل في قسم شؤون الأسرة و باقي الأقسام المدنية الأخرى التابعة للمحكمة الابتدائية على أنه إذا تخلف المدعى عن حضور الجلسة الأولى المحددة لنظر الدعوى دون تقديمه مبرر مشروع، يقضي القاضي بشطب الدعوى من جدول الجلسات³ ما لم يحضر المدعى عليه ويطلب الحكم في موضوع الدعوى⁴، لكن في حالة تعدد المدعين في الدعوى - كقضايا الميراث - فإذا حضر البعض دون البعض الأخر، كأن يحضر أحد المدعين ويتخلف البقية فلا يمكن للقاضي الحكم بالشطب ما لم يكن موضوع الدعوى بالنسبة للخصوم المتغيين قابلاً للتجزئة.

و يقصد بشطب القضية من الجدول استبعادها من جلسات المحكمة أي نزعها من جدول القضايا المبرجة للنظر أمام القسم، وشطب القضية من الجدول هو سبب من أسباب وقف الخصومة وليس من أسباب سقوطها إلا إذا ظلت القضية مستبعدة من جلسات المحكمة لمدة سنتين، ويتحقق ذلك عندما لا يسعى المدعى خلال هذه المدة بإعادة السير في الخصومة. بموجب عريضة افتتاح دعوى، بعد إثبات القيام بالإجراء الشكلي الذي كان سبباً في شطبها⁵،

1 - سورة الكهف 49.

2 - الحديث أخرجه مالك في الموطأ، 2 / 745.

3 - نص المادة 216: " يمكن للقاضي أن يأمر بشطب القضية، بسبب عدم القيام بالإجراءات الشكلية المنصوص عليها في القانون، أو تلك التي أمر بها".

4 - تنص المادة 290 على أنه: " إذا لم يحضر المدعى دون سبب مشروع، جاز للمدعى عليه طلب الفصل في موضوع الدعوى، ويكون الحكم في هذه الحالة حضورياً".

5 - المادة 217 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية: "تسقط الخصومة بمرور سنتين، تحسب من تاريخ صدور الحكم أو صدور أمر القاضي، الذي كلف أحد الخصوم القيام بالمساعي".



«الباب الثاني» ————— (إجراءات رفع دعوى شؤون الأسرة و توابع نظرها والأحكام الصادرة بشأنها والطعن عليها - كـ).
و الأمر بشطب القضية يعد من الأعمال التي في سلطة القاضي الولائية فلا يجوز الطعن فيها بأي
طريق طعن¹.

الحالة الثانية حضور المدعي جلسة من الجلسات ويتقرب عن باقي الجلسات:

إذا حضر المدعي أول جلسة أمام قسم شؤون الأسرة و تخلف عن الحضور بعدها لسبب مشروع جاز للقاضي تأجيل القضية إلى الجلسة الموالية لتمكينه من الحضور²، أما في حال امتناعه عن حضور باقي الجلسات رغم التأجيل يقضي القاضي بحكم حضوري فاصل في موضوع الدعوى بعد قبولها من ناحية الشكل، وبصدور الحكم لا يمكن للمدعي رفع نفس الدعوى أمام نفس المحكمة كما هو الحال بالنسبة للشطب ذلك لأن الخصومة بين الخصمين سبق نظرها والفصل فيها.

أثر غياب المدعى عليه عن جلسات دعوى شؤون الأسرة في القانون الجزائري: لدراسة آثار غياب

المدعي عليه عن دعوى شؤون الأسرة يجب أن نفرق بين حالتين:

حالة غياب المدعى عليه بسبب عدم صحة التكليف بالحضور:

إذا تخلف المدعى عليه عن حضور أول جلسة بسبب خطأ ورد في وثيقة التكليف بالحضور - كأن يحدث خطأ في تاريخ الجلسة مثلا أو في تحديد الجهة الفاصلة في الدعوى-، أو تخلف بيان من البيانات الإلزامية في وثيقة التكليف بالحضور أو تخلف إجراء من إجراءاته أو شرط من شروطه كأن يكلف المحضر الخصم بالحضور ولا يحترم أجل عشرين يوما ما بين تاريخ أول جلسة و تاريخ التبليغ، فإن قاضي شؤون الأسرة يترجح لديه أن غياب المدعى عليه كان بسبب عدم صحة التكليف، وقد جرت عادة القضاة بعد تقديم محضر التكليف المعيب في أول جلسة أن يؤجل نظر الدعوى إلى أجل عشرين يوما على الأقل ويطلب إعادة تكليف الخصم بالتاريخ الجديد، فإذا لم يتمكن المدعي بإعادة تكليفه في الوقت المحدد ولم يحضر الخصم كان للقاضي الحكم برفض دعوى المدعي شكلا لعدم تكليف الخصم.

=و تتمثل المساعي في كل الإجراءات التي تتخذ بهدف مواصلة القضية وتقديمها.

1 - ويعد الأمر بشطب القضية من الجدول من الأعمال الولائية، وهو غير قابل لأي طعن.

2 - المادة 289: "إذا لم يحضر المدعي لسبب مشروع، جاز للقاضي تأجيل القضية إلى الجلسة الموالية لتمكينه من الحضور".



كـ

﴿الباب الثاني﴾ ————— (إجراءات رفع دعوى شؤون الأسرة و توابع نظرها والأحكام الصادرة بشأنها والظعن عليها) - كـ.

حالة غياب المدعي عليه رغم صحة تكليفه بالحضور:

إذا تخلف المدعي عليه عن حضور الجلسة الأولى فإن المحكمة تحكم في غيبته بعد التحقق من صحة التكليف بالحضور و صحة الدعوى، وهذا ما نص المشرع عليه بنص المادة 292 بنصها: "إذا لم يحضر المدعي عليه أو وكيله أو محاميه، رغم صحة التكليف بالحضور، يفصل القاضي غيابيا"، لكن المشرع ميّز بين الحكم الصادر في غيبة المدعي عليه في حالة تبليغه الشخصي¹ و الحكم الصادر في حالة التبليغ في الوطن، فإذا تم تبليغ المدعي عليه شخصيا و تغيب عن الحضور أو وكيله أو محاميه يفصل القاضي في موضوع الدعوى بحكم اعتباري حضوري² و الحكم المعتبر حضوريا لا يحق فيه الطعن عن طريق المعارضة بل يُطعن فيه عن طريق الاستئناف لأنه في مثابة الحكم الحضوري.

أما في حالة عدم تبليغ المدعي عليه شخصيا بأن تم تبليغه في موطنه و استلم التبليغ أحد أفراد عائلته المؤهلين قانونا، و لم يحضر جلسة نظر الدعوى المرفوعة ضده يفصل القاضي في موضوع الدعوى بعد التحقق من قبولها شكلا بحكم غيابي³، وهذا ما نص المشرع عليه بنص المادة 292 قانون الإجراءات المدنية بنصها: "إذا لم يحضر المدعي عليه أو وكيله أو محاميه، رغم صحة التكليف بالحضور، يفصل القاضي غيابيا"، و الحكم الغيابي يُمكن للمدعي عليه الطعن فيه أمام نفس المحكمة عن طريق المعارضة.

الفرع الثالث: دفع دعوى شؤون الأسرة في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

بعد حضور المدعي عليه جلسة نظر دعوى، خوله الفقه الإسلامي و جميع القوانين الوضعية في حالة إنكاره دعوى خصمه حق الدفاع عن نفسه و رد دعواه بالوسائل المناسبة، وقد أطلق الفقهاء على جواب الدعوى بالإنكار مسمى " دفع الدعوى" و للحدّث عن دفع

1 - المادة 293: "إذا تخلف المدعي عليه بالحضور شخصيا أو وكيله أو محاميه عن الحضور، يفصل بحكم إعتباري حضوري".

2 - الحكم الاعترافي حضوري: ويكون الحكم اعترافي حضوري في حق المدعي عليه في حالة تخلفه عن الحضور أو وكيله أو محاميه رغم تكليفه بالحضور شخصيا.

3 - الحكم الغيابي هو: الحكم الذي يصدر في منازعة لم يحضرها المدعي عليه أو وكيله أو محاميه، رغم صحة تكليفه بالحضور.



﴿الباب الثاني﴾ ————— (إجراءات رفع دعوى شؤون الأسرة و توليات نظرها والأحكام الصادرة بشأنها والطعن عليها - كـ).
دعوى شؤون الأسرة من المدعى عليه يستلزم أولاً بيان معنى الدفع، ثم بيان أنواعه و إجراءات تقديمه و آثاره، و فيما يلي توضيح ذلك على النحو الآتي:

أولاً - معنى الدفع

الدفع في اللغة: مصدر " دفع " يقال: " دفع الشيء " يدفعه " دفعا " و " دفاعا " و يجمع على " دفعوع " ¹، و يطلق الدفع على عدة معاني أهمها:

- رد القول بالحجة: يأتي الدفع و يراد منه رد القول بالحجة، يقال: دفع فلان إلى فلان قوله إذا رده عليه بحجة ² و منه قوله تعالى: ﴿ و لا تستوي الحسنة ولا السيئة ادفع بالتي هي أحسن فإذا الذي بينك و بينه عداوة كأنه ولي حميم ﴾ ³.

- إزالة الشيء بقوة: يقال: " دفعه " و " يدفعه " " دفعا " أي : نحاه عنه و أزاله بقوة ⁴.

أما في اصطلاح الفقهاء: لم يتناول الفقهاء المتقدمون تعريفا للدفع إلا أن المعاصرين منهم عرفوه بتعريفات متعددة تكاد تجتمع في معنى واحد بأنه: دعوى من قبل المدعى عليه أو من ينتصب المدعى عليه خصما عنه يقصد بها دفع الخصومة عنه أو إبطال دعوى المدعى ⁵.

و أما في اصطلاح شراح القانون فتطلق كلمة الدفع على جميع وسائل الدفاع، التي يجوز للخصم أن يستعين بها، ليجيب عن دعوى خصمه، بقصد تفادي الحكم لخصمه بما يدعيه ⁶، أو هو جواب الخصم عن إدعاء خصمه، بقصد منع الحكم له بما يدعيه ⁷.

1 - لسان العرب لابن منظور. مادة " دفع " 369/4. ط. دار إحياء التراث العربي: بيروت. ط. الثانية 1417هـ-1997م، معجم الوسيط. مادة دفع 298/1. ط. معجم اللغة العربية. ط. الثالثة.

2 - لسان العرب لابن منظور 369/4، المعجم الوسيط. مجمع اللغة العربية 298/1.

3 - سورة فصلت الآية: 34.

4 - انظر المرجعين السابقين بنفس الصفحات، القاموس المحيط للشيخ محمد الدين محمد بن يعقوب الفيروز أبادي الشيرازي، المتوفى سنة 817هـ كنسخة مصورة عن الطبعة الثالثة المطبوعة الأميرية 1302هـ. ص 624 المعجم الوجيز: مادة " دفع " ص 230. ط. 1413هـ-1992م.

5 - أ/ محمود قراعة، ملخص كتاب الأصول القضائية، ص: 59.

6 - د/ أحمد أبو الوفا، نظرية الدفع في قانون المرافعات، ص 11.

7 - د/ أحمد السيد صاوي، الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية و التجارية، دار النهضة العربية. القاهرة. ط 1981م، ص 209، د. مفلح عواد القضاء، أصول المحاكمات المدنية و التنظيم القضائي في الأردن، ص 257، أ. خالد شهاب، نظرية الدفع في قانون المرافعات خالد شهاب، مركز الأبحاث و الدراسات القانونية. ط. الثانية. سنة 1998م ص 4.



﴿الباب الثاني﴾ ————— إجراءات رفع دعوى شؤون الأسرة و توابع نظرها والأحكام الصادرة بشأنها والطعن عليها - كـ
ومن ما سبق من تعريفات فقهية و قانونية نستطيع أن نعرف الدفع بأنه إجراء من إجراءات الخصومة يحق من خلاله للمدعى عليه رد دعوى المدعي عنه ومنع الحكم ضده، و ذلك إما بإثارة عيب في شكل الدعوى أو عدم توافر شرط من شروطها، أو بإنكار طلب الخصم ورده بالحجة.

ثانياً: أنواع الدفع

الدفع ثلاثة أنواع: دفع موضوعية، دفع شكلية، ودفع بعدم قبول الدعوى.

أ- **الدفع الموضوعية:** هي دفع يوجهها المدعى عليه نحو موضوع الدعوى¹ يبتغي من خلالها تفويت المقصود الذي يرمي إليه المدعى من وراء دعواه²، وقد عرفها المشرع الجزائري في نص 48 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بأنها: "وسيلة تهدف إلى دحض إدعاءات الخصم"، فهي تتميز بتعرضها لأصل الحق الموضوعي محل الدعوى، كأن ينكر المدعى عليه وجود الحق أو انقضاءه، و نظراً لارتباطها بموضوع الدعوى أجاز الفقه الإسلامي و جميع القوانين الوضعية بما فيها القانون الجزائري³ التمسك بها و إبداءها في كل مرحلة تكون عليها الدعوى لأنها تدور مع الحق الموضوعي وجوداً و عدماً، كما أن الدفع الموضوعي يتميز أيضاً بأنه يؤدي إلى إنهاء النزاع القائم بشأن موضوع الدعوى فالدفع إذا كان صحيحاً، و صدر الحكم بناءً عليه، فإن هذا الحكم ينهي الخصومة⁴، و من ثم لا يجوز للمدعي تجديد نفس الدعوى عليه.

و الدفع الموضوعية في مسائل الأسرة كثيرة لا يتصور حصرها، فهي تتعدد بتعدد صور و أشكال الحقوق، نذكر منها على سبيل المثال: أن يدعي الزوج علاقة الزوجية بينه وبين امرأة

1 - أ.علي حيدر، درر الأحكام 212/4، أ.محمود قراعة، ملخص كتاب الأصول القضائية، ص59، د.محمد نعيم ياسين، نظرية الدعوى. ص 588، د/ محمود أبو النور، نظرية الدفع للدعوى القضائية، ص56.

2 - د/ محمد نعيم ياسين، نظرية الدعوى، ص588.

3- نص المادة 48 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية: "الدفع الموضوعية هي وسيلة تهدف إلى دحض إدعاءات الخصم، ويمكن تقديمها في أي مرحلة كانت عليها الدعوى".

4 - د. عبد الحميد أبو هيف، المرافعات ص 379، د/ أحمد أبو الوفا، نظرية الدفع، ص 14، د.وحددي راغب، مبادئ راغب، مبادئ الخصومة المدنية. ص214.3



﴿الباب الثاني﴾ ————— (إجراءات رفع دعوى شؤون الأسرة و تولاها نظرها والأحكام الصادرة بشأنها واللعن عليها - كـ).
ما فتنكر الزوجية و تطلب البينة، أو تدعي الزوجة استحقاق المهر كاملا فيدفع الزوج دعواها بعدم حصول الدخول أو الخلوة الصحيحة، أو تدعي الزوجة أن الزوج لا ينفق عليها فيدفع أمام القاضي بإنكار علاقة الزوجية بينهما أصلا أو يدفع بإعساره أو بنشوزها، أو تدعي نسب الولد إليه و ينكره بالطرق المشروعة، أو تطلب الأم المطلقة حضانة الأبناء فيدفع الأب بعدم صلاحيتها للحضانة إما لكفرها أو لمرضها أو فسادها أو زواجها بغير قريب محرم.. الخ.

وتطبيقات الدفوع الموضوعية في قضاء النبي صلى الله عليه وسلم و قضاء أصحابه رضي الله عنهم والتابعين من بعدهم كثيرة نذكر منها على سبيل المثال مايلي:

- ما روي (أن رفاعة طلق امرأته، فتزوجها عبد الرحمن بن الزبير القرظي، قالت عائشة: وعليها خمار أخضر، فشكت إليها وأرتها خضرة بجلدها، فلما جاء رسول الله صلى الله عليه وسلم، والنساء ينصر بعضهن بعضا، قالت عائشة: ما رأيت مثل ما يلقي المؤمنات؟ لجلدها أشد خضرة من ثوبها. قال: وسمع أنها قد أتت رسول الله صلى الله عليه وسلم، فجاء زوجها ومعه ابنان له من غيرها، قالت: والله ما لي إليه من ذنب، إلا أن ما معه ليس بأغنى عني من هذه، وأخذت هدبة من ثوبها، فقال: كذبت والله يا رسول الله، إني لأنفضها نفض الأديم، ولكنها ناشز، تريد رفاعة، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: " فإن كان ذلك لم تحلي له، أو: لم تصلحي له حتى يذوق من عسيلتك " قال: وأبصر معه ابنين له، فقال: «بنوك هؤلاء» قال: نعم، قال: «هذا الذي تزعمين ما تزعمين، فوالله، لهما أشبه به من الغراب بالغراب»¹.

ومن خلال الحديث الشريف يتبين أن عبد الرحمن ابن الزبير دفع عنه التي ادعتها الزوجة، بقوله إني لأنفضها نفض الأديم، كناية على قوة الجماع، وهذا دفع موضوعي قصد من خلاله عبد الرحمن ابن الزبير إبطال دعوى زوجته.

- وروي (أن امرأة، جاءت إلى عمر رضي الله عنه، فقالت: إن زوجها زني بوليدتها، فقال الرجل لعمر: إن المرأة وهبتها لي. فقال عمر: «لتأتين بالبينة أو لأرضخن رأسك بالحجارة»، فلما

1 - أخرجه البخاري في صحيحه، رقم الحديث 148/5825، البيهقي، السنن الكبرى للبيهقي، رقم الحديث 371/14301،7.



«الباب الثاني» — (جريدة) رفع دعوى شؤون الأسرة و توابع نظرها والأحكام الصادرة بشأنها والطعن عليها - كـ
رأت المرأة ذلك قالت: صدق، قد كنت وهبتها له، ولكن حملتني الغيرة. فجعلها عمر الحد، وخلي
سبيله)¹، فقول الرجل "إن المرأة وهبتها لي" هو دفع موضوعي قصد الرجل دفع التهمة عنه.

وروي (عن عامر الشعبي قال: جاء عمرو بن نافع إلى شريح يخاصم امرأة له طلقها فادعت أنه
دخل بها، وأنكر أنه لم يفعل، فأمره يمينا فحلف بالله ما دخل بها قط، فقال: «أعطاها نصف
الصداق»².

وقول المرأة " أنه دخل بها" هو دفع منها لدعوى عمرو بن نافع الذي أراد طلاقها و ادعى أنه
لم يدخل بها فردت دعواه بزعمها أنه دخل بها لتستحق منه كامل الصداق، لأنه إذا وقع الطلاق قبل
الوطء والخلوة الصحيحة لزم نصف المهر المسمى، وهذا لا خلاف فيه بين أهل العلم، وفي ذلك يقول
الله تعالى (وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ إِلَّا أَنْ
يَعْفُونَ أَوْ يَعْفُوَ الَّذِي بِيَدِهِ عُقْدَةُ النِّكَاحِ)³.

وبالمقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الجزائري يتضح أن القانون يتفق تماما مع أحكام الفقه
الإسلامي، فيما يتعلق بتقرير الحق للخصوم في الدفع الموضوعية، كما يتفقان في عدم حصر هذه
الدفع وفي جواز إثارتها في إي مرحلة كانت عليها الدعوى.

(ب) - الدفع الشكلية: هي دفع يطعن بها المدعى عليه في صحة إجراءات الخصومة
وشكلها وكيفية توجيهها⁴، دون الدخول في موضوع الدعوى ولا إلى الحق المدعي في رفعها،
وقد عرفها المشرع الجزائري في نص المادة 49 قانون الإجراءات المدنية والإدارية بأنها: "وسيلة
تهدف إلى التصريح بعدم صحة الإجراءات أو نقضها أو وقفها"، فالدفع الشكلية دفع لا
ينازع بها الخصم في الحق المدعى به، وإنما يدفع من خلالها في شكل الخصومة أمام المحكمة،
وبخلاف الدفع الموضوعية فإن غرض المدعى عليه من إثارة الدفع الشكلية هو منع المحكمة
من الفصل في موضوع الدعوى، وبالتالي لا تؤدي إلى إنهاء النزاع القائم بشأن موضوع الدعوى

1 - الصنعاني، المصنف، المجلس العلمي - الهند،

2 - الصنعاني، المصنف، تحقيق حبيب الرحمن الأعظمي، المجلس العلمي - الهند، الطبعة: الثانية، 1403، الأثر رقم
291/10887,6.

3 - سورة البقرة الآية: 237 .

4 - أ. خالد بن عبد الرحمن المفدى، إجراءات جلسات المحاكمة في النظام السعودي والقانون المصري، رسالة ماجستير
مقدمة إلى قسم العدالة الجنائية، كلية الدراسات العليا، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، سنة 2006، ص126.



﴿الباب الثاني﴾ ————— إجراءات رفع دعوى شؤون الأسرة و توابع نظرها والأحكام الصادرة بشأنها والطقن عليها - كـ
فالدفع الشكلي إذا كان صحيحا، و صدر الحكم بناءً عليه، فإن هذا الحكم لا ينهي الخصومة،
و من ثم يجوز للمدعي تصحيح الإجراءات و تجديد نفس الدعوى على المدعى عليه.

و بما أن الخصومة في القضاء الإسلامي تميزت بالبساطة المطلقة - لم يكن يشترط في رفع
الدعوى وممارسة الخصومة أي شكل أو إجراء معين- لم تحظ الدفوع الشكلية باهتمام الفقه
الإسلامي و حتى تطبيقاتها كانت نادرة في قضاء الصحابة و التابعين، وبخلاف ذلك فقد نُصَّ
عليها في كل القوانين الوضعية و حظيت باهتمام وبحث واسع من قبل شراح القوانين الوضعية.

وتندرج تحت الدفوع الشكلية صور ثلاث هي: الدفع بعدم الاختصاص، والدفع بالإحالة، والدفع

ببطلان إجراء من إجراءات الخصومة:

- **الدفع بعدم الاختصاص:** وهو إنكار المدعي عليه لسلطة المحكمة في الفصل في النزاع
المعروض عليها إما لعدم اختصاصها النوعي أو الإقليمي، يتغى المدعى عليه من خلاله إخراج
الدعوى من ولايتها.

فإذا رفع المدعي دعواه إلى جهة قضائية غير مختصة بنظر دعاوى شؤون الأسرة أو إلى
محكمة غير مختصة بالنسبة لدائرتها الإقليمية، كان مخالفا في كل ذلك لقواعد الاختصاص، إلا أن
المشرع فرق بين الاختصاص النوعي والاختصاص الإقليمي من ناحية الجزاء المترتب على مخالفة
قواعد كل منهما، إذ جعل قواعد الاختصاص الإقليمي لا تتعلق بالنظام العام أما قواعد
الاختصاص النوعي فربطها بالنظام العام، ويترتب على هذا الاختلاف أن الدفع بعدم
الاختصاص النوعي يجوز أن يثار من جميع الخصوم و في أي مرحلة كانت عليها الدعوى، و
تقضي به المحكمة من تلقاء نفسها¹، أما مسألة عدم تعلق قواعد الاختصاص المحلي بالنظام العام
فتثير نتائج نجملها فيما يلي:

1. لا يجوز للمدعي التمسك وإثارة الدفع بعدم الاختصاص الإقليمي إذا رفع دعواه
إلى محكمة غير مختصة و رضي المدعى عليه التقاضي أمامها، كأن يرفع الزوج دعوى الطلاق
في موطن المدعى عليها، ثم يتنبه أن دعاوى فك الرابطة الزوجية ترفع أمام محكمة مقر بيت

1- المادة 36 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية: "عدم الاختصاص النوعي من النظام العام، تقضي به الجهة القضائية
في أية مرحلة كانت عليها الدعوى".



«الباب الثاني» ————— إجراءات رفع دعوى شؤون الأسرة و توابعها نظرها والأحكام الصادرة بشأنها والطقن عليها - كـ
الزوجية فلا يجوز للزوج عندها الدفع بعدم الاختصاص الإقليمي وهذا ما نص عليه المشرع
في نص الفقرة الثانية من المادة 51 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية بنصها: "لا يجوز
للمدعي إثارة الدفع بعدم الاختصاص المحلي".

2. إن قاعدة عدم تعلق الاختصاص المحلي بالنظام العام تتيح للأطراف الاتفاق على
مخالفة قواعده، فللزوجين في دعاوى فك الرابطة الزوجية مثلا الاتفاق على التقاضي أمام
محكمة موطن الزوجة أو أية محكمة أخرى، وهذا ما نص عليه المشرع صراحة في نص المادة
46 من قانون الإجراءات المدنية: "يجوز للخصوم الحضور باختيارهم أمام القاضي، حتى ولو
لم يكن مختصا إقليميا".

3. يجب أن يثار الدفع بعدم الاختصاص المحلي قبل أي دفع آخر و إلا سقط الحق
في إبدائه، و هذا ما قرره المشرع بنص المادة 47 من نفس القانون بنصها: "يجب إثارة
الدفع بعدم الاختصاص الإقليمي، قبل أي دفاع في الموضوع أو دفع بعدم القبول"، فعلى
المدعى عليه أن يبدي هذا الدفع قبل الدفع ببطلان ورقة التكليف بالحضور وقبل إبداء أي
طلب أو دفاع في الدعوى و إلا سقط حقه فيه، أما إذا تخلف المدعى عليه عن حضور
الدعوى و صدر حكم فيها غيابيا فيجب أن يثار الدفع بعدم اختصاص المحكمة في عريضة
المعارضة و إلا كان ذلك بمثابة التخلي عن الدفع.

كيفية الحكم في الدفع بعدم الاختصاص:

في الغالب تفصل المحكمة في الدفع بعدم الاختصاص قبل الفصل في موضوع الدعوى لأن
القضاء في الدفع قد ينهي الخصومة و يغني هيئة المحكمة عن التعرض للموضوع، إلا أنه يمكن
للمحكمة أن تضم الدفع للموضوع للفصل فيهما في حكم واحد، وعلى المحكمة في حالة الضم
أن تعذر الخصوم بتقديم طلبات في الموضوع حتى يستطيعوا إبداء ما يكون لديهم من سائر
الدفع و أوجه الدفاع و ليس لها أن تفصل في الموضوع دون تمكين الخصوم من المرافعة فيه و
إلا كان حكمها مخلا بحق الدفاع، وهذا ما نص المشرع عليه بنص المادة 52 من نفس القانون
بنصها: "يفصل القاضي بحكم في الدفع بعدم الاختصاص الإقليمي، ويمكنه عند الاقتضاء، أن
يفصل فيه بنفس الحكم مع موضوع التزاع بعد إعدار الخصوم مسبقا شفاهة، لتقديم طلباتهم في
الموضوع".



﴿الباب الثاني﴾ ————— إجراءات رفع دعوى شؤون الأسرة و توابع نظرها والأحكام الصادرة بشأنها والطقن عليها - كـ.

- **الدفع بإحالة الدعوى:** وهو دفع يتقدم به الخصم يطالب من خلاله المحكمة أن تمتنع عن الفصل في الدعوى المعروضة أمامها و أن تحيلها إلى محكمة أخرى، إما لقيام ذات النزاع أمام المحكمة الأخرى و إما لقيام دعوى أخرى مرتبطة به، وتفصيله كالاتي:

الدفع بالإحالة بسبب وحدة الموضوع: و هذا الدفع يتحقق عند رفع نفس الدعوى أمام محكمتين مختصتين من نفس الدرجة، ويحدث ذلك كثيرا في حالة تعدد المدعى عليهم فيقوم المدعي بعرض دعواه على محكمة ما ثم يعيد طرحها على محكمة أخرى، كأن يرفع أحد الورثة دعوى تقسيم التركة المتمثلة في عقار واحد أمام محكمة موطن المتوفى¹، ثم يقوم برفعها ثانية أمام المحكمة التي يقع في دائرتها العقار²، فيدفع المدعي عليه أو عليهم -في حال تعددهم- أمام المحكمة الثانية بإحالة الدعوى إلى المحكمة الأولى لقيام نفس النزاع أمامها، وفي هذه الحالة يجب على المحكمة أن تتخلى عن الفصل في موضوع الدعوى للمحكمة الأولى.

شروط الدفع بإحالة بسبب وحدة الموضوع:

1. أن تكون القضيتان دعوى واحدة في الحقيقة بأن يكون موضوعها واحدا وسببها واحدا و أن يكون الخصوم في إحداها هم نفس الخصوم في الأخرى، وهذا ما نصت عليه المادة 53 من نفس القانون بنصها: "تقوم وحدة الموضوع عندما يرفع نفس النزاع إلى جهتين قضائيتين مختصتين ومن نفس الدرجة".

2. أن تكون المحكمة المطلوب الإحالة منها و المطلوب الإحالة إليها مختصتين بنظر الدعوى نوعيا ومحليا لأنه لو كانت الأولى غير مختصة لاكتفى المدعى عليه بالدفع بعدم اختصاصها ولو كانت الثانية غير مختصة لما كان هنالك معنى لطلب الإحالة، وهذا الشرط نصت عليه

1 - المادة 498 قانون إجراءات مدنية: "يؤول الاختصاص في دعاوى التركة إلى المحكمة التي يقع فيها موطن المتوفى، حتى وإن وجدت بعض أملاك التركة خارج دائرة الاختصاص الإقليمي لهذه المحكمة، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك.

2 - المادة 40/فقرة 1 من قانون الإجراءات المدنية: "فضلا عما ورد في المواد 38 و 37 و 46 من هذا القانون، ترفع الدعاوى أمام الجهات القضائية المبينة أدناه دون سواها:

- في المواد العقارية، أو الأشغال المتعلقة بالعقار، أو دعاوى الأيجارات بما فيها التجارية المتعلقة بالعقارات، والدعاوى المتعلقة بالأشغال العمومية، أمام المحكمة التي يقع في دائر اختصاصها العقار، أو المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مكان تنفيذ الأشغال.



«الباب الثاني» ————— (مردات رفع دعوى شؤون الأسرة و تولد نظرها والأحكام الصادرة بشأنها والطقن عليها - كـ).
نفس المادة المشار إليها أعلاه في عبارة "إلى جهتين قضائيتين مختصتين ومن نفس الدرجة"،
وفي حالة عدم اختصاص المحكمة الأولى لا يتوجب على المحكمة الثانية الحكم بالإحالة،
وبالتالي يجب على هيئة المحكمة التي طرح أمامها طلب الإحالة أن تتحقق من اختصاص
المحكمة الأولى في نظر النزاع.

3. أن تكون الدعوى قائمة بالفعل أمام المحكمتين، فإذا كانت إحدى الخصومتين قد حكم
فيها أو انقضت دون الحكم في موضوعها كما إذا حكم بسقوطها أو بتركها فلا يكون ثمة محل
للإحالة.

الدفع بالإحالة بسبب الارتباط: قد ترفع أمام جهة قضائية واحدة أو أمام جهات قضائية
مختلفة دعويان ترتبطان ارتباطا وثيقا من ناحية الموضوع، وهذه الصلة بين الدعويين تجعل من
المناسب ومن حسن سير العدالة جمعهما أمام محكمة واحدة للفصل فيهما معا بحكم واحد حتى
لا يكون ثمة احتمال لوقوع التعارض بين الأحكام، لذا أجاز المشرع للخصوم طلب إحالة
الدعوى من آخر جهة قضائية أو آخر تشكيلة طرح عليها النزاع.

لكن قد يخلط الكثير من رجال القانون بين الدفع بالإحالة للارتباط و طلب ضم الملفين
رغم أن بينهما اختلافا كبيرا، إلا أنه قد نرجع سبب هذا الخلط عند شرح القانون الجزائري
إلى التناقض و الغموض الذي وقع فيه المشرع في نصوص المواد 56 و57 و58 من قانون
الإجراءات المدنية والإدارية، فالمشرع عندما عرف حالة الارتباط في نص المادة 55 ذكر بأنه"
تقوم حالة الارتباط عند وجود علاقة بين قضايا مرفوعة أمام تشكيلات مختلفة لنفس الجهة
القضائية (الأقسام) أو أمام جهات قضائية مختلفة (محاكم متعددة)، ثم صرح من خلال المادة
56 من نفس القانون أنه يؤمر بالإحالة من طرف آخر جهة قضائية أو آخر تشكيلة طرح
عليها النزاع..... بموجب حكم مسبب، ثم ذكر في نص المادة 58 بأنه" تقضي الجهة
الإحالة بالضم تلقائيا في حالة وجود ارتباط بين خصومات مطروحة أمام تشكيلات مختلفة
لنفس الجهة القضائية"، الأمر الذي نستنتج من خلاله أن المشرع قد خلط بين طلب الإحالة و
طلب ضم الملفين، و اجتهادا منا و للتفريق بين الدفع بالإحالة و طلب ضم الملفين نذكر الأوجه
التالية:



﴿الباب الثاني﴾ ————— (إجراءات رفع دعوى شؤون الأسرة و توابعها والأحكام الصادرة بشأنها واللعن عليها - كـهـ)
- الإحالة لا تكون إلا إذا كنا بصدد دعويين مرفوعتين أمام جهتين قضائيتين مختلفتين (محكمتان مختلفتان)، ولا تكون إلا بحكم غير قابل لأي طعن ملزم للجهة التي أحيلت أمامها القضية، وتتحقق في المثال الآتي: إذا رفع الزوج مثلاً دعوى الرجوع أمام محكمة مقر البيت الزوجي و وبعد مدة رفعت الزوجة دعوى طلب النفقة أمام محكمة الدائن بالنفقة - موطن الزوجة- في هذه الحالة أجاز المشرع للمدعى عليه في الدعوى الأخيرة (الزوج) أن يتقدم إلى آخر جهة قضائية بطلب إحالة الدعوى إلى الجهة القضائية التي تنظر دعوى الرجوع، ولا تفصل هذه الجهة في الدفع إلا بحكم مسبب ملزم للجهة التي أحيل لها الملف.

- أما في حالة ضم الملفين فيفترض أن تطرح دعويان مرتبطتان أمام جهة قضائية واحدة، وهذا لا يتحقق إلا في الحالتين الآتيتين:

الأولى: إحالة الملف على المحكمة بموجب حكم إحالة بعد التخلي لها بسبب ارتباط في الموضوع، ففي المثال السابق إذا حكمت المحكمة التي تقدم إليها الزوج بطلب الإحالة بالتخلي وإحالة الملف على القاضي، هنا يقوم القاضي تلقائياً بضم دعوى الزوجة (دعوى النفقة) مع دعوى الرجوع و يفصل فيهما بحكم واحد.

الثانية: رفع دعويين أمام نفس القسم، فقد يحدث أن يرفع الزوج والزوجة دعويين مختلفتين أمام نفس القسم فيطلب الزوج في دعواه رجوع الزوجة للبيت الزوجي وتطلب الزوجة النفقة من الزوج، ولا شك أن هناك ارتباطاً وثيقاً بين الدعويين، في هذه الحالة أجاز المشرع للمدعى عليه في الدعوى الأخيرة أن يتقدم بطلب ضم الملفين، ولا يستلزم في هذه الحالة إصدار حكم بالإحالة بل يضم القاضي الملفين بعد التحقق من ارتباطهما تلقائياً شريطة أن يبين ذلك في حيثيات الحكم الفاصل في موضوع الدعوى.

كيفية الحكم بالإحالة: بعد دفع أحد الخصوم أمام محكمة ما، بإحالة الدعوى على محكمة أخرى إما بسبب وحدة موضوع الدعويين المطروح أمامهما أو بسبب ارتباطهما، فعلى المحكمة وهي بصدد الفصل في دفع بالإحالة بسبب وحدة الموضوع أن تتحقق أولاً من توافر شروط وحدة الموضوع من وحدة الأطراف والموضوع والسبب، أما إذا كانت بصدد نظر الدفع بالإحالة بسبب الارتباط فيجب أن تتحقق من وجود حالة الارتباط بين الدعويين و للمحكمة كامل السلطة في تقدير حالة الارتباط، كما تتحقق المحكمة من اختصاص المحكمة الأخرى التي



«الباب الثاني» ————— إجراءات رفع دعوى شؤون الأسرة و تولاع نظرها والأحكام الصادرة بشأنها والطعن عليها - كـ
تنظر نفس النزاع نوعيا ومحليا، وتحقق أيضا من أولويتها في نظر النزاع، وتعتمد في ذلك على تاريخ قيد العريضة الافتتاحية أمام المحكمة، لأن المشرع ألزم آخر جهة قضائية طرح عليها النزاع أن تتخلى عن القضية، وبعد التحقق من توافر كامل شروط الإحالة تأمر بموجب حكم غير قابل لأي طعن بالتخلي والإحالة.

- الدفع ببطلان إجراء من إجراءات الخصومة:

تستلزم الخصومة القضائية -لقيامها وترتيب آثارها- إتباع إجراءات مختلفة وشكليات متنوعة¹، وهذه الإجراءات يجب -حتى تكون صحيحة- أن تتم على النحو الذي يحدده القانون لاتخاذ الإجراء و إلا كان باطلا، وبالتالي فالبطلان الإجرائي هو وصف يلحق بالعمل الإجرائي الذي تخلف فيه عنصر أو أكثر من عناصره أو شرط أو أكثر من شروط صحته يمنعه من ترتيب الآثار القانونية التي كان يرتبها لو كان صحيحا، وقد تناول المشرع أحكام الدفع بالبطلان بنصوص المواد 60 حتى 66 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، حيث يتبين من خلال هذه المواد أن المشرع قرر في الدفع بالبطلان الأحكام الآتية:

1- لا بطلان إلا بنص صريح: وهذا ما قرره المشرع بصريح المادة 60 بنصها: "لا يقرر بطلان الأعمال الإجرائية شكلا، إلا إذا نص القانون صراحة على ذلك"، وبناء على هذا النص فلا يترتب على أي عيب البطلان إلا إذا كان منصوصا عليه بمقتضى نص صريح، وعليه لم يترك المشرع أي سلطة تقديرية للقاضي في تحديد حالات البطلان، فعلى القاضي في حالة الدفع بالبطلان أن يتحقق من وجود نص صريح بالبطلان أم لا².

2- لا بطلان بغير ضرر: وهذا ما صرح به المشرع في نص المادة 60 كذلك بنصها: "لا يقرر بطلان الأعمال الإجرائية.... وعلى من يتمسك به أن يثبت الضرر الذي لحقه"، و بالتالي يقع على عاتق صاحب الدفع أن يثبت الضرر الذي لحقه من جراء تخلف الإجراء الشكلي، و بالتالي على القاضي أن لا يحكم بالبطلان إلا إذا أثبت المتمسك به أن ضررا قد لحق به من جراء مخالفة العمل الإجرائي.

1 - د غوثي بن ملحمة، القانون القضائي الجزائري، ص 333.

2 - د غوثي بن ملحمة، القانون القضائي الجزائري، ص 334.



«الباب الثاني» ————— إجراءات رفع دعوى شؤون الأسرة و توابع نظرها والأحكام الصادرة بشأنها والطعن عليها - كـ.

3- تحقق الغاية من الإجراء المعيب تمنع الحكم بالبطلان: وهذا ما تقرر من خلال نص المادة 66 بنصها: " لا يقضي ببطالان إجراء من الإجراءات القابلة للتصحيح، إذا زال سبب ذلك البطلان بإجراء لاحق أثناء سير الخصومة"، فالأصل في القانون الجزائري و في معظم القوانين الوضعية أن البطلان أثر يرتبه القانون على مخالفة الإجراء للقانون لتخلف الغاية من الإجراء بهذه المخالفة، فإذا تحققت الغاية من الإجراء بالرغم من المخالفة فلا معنى للقول بالبطلان، وبالتالي لا يجوز الحكم ببطلان الإجراء الناشئ عن عيب في الإعلان أو في بيان المحكمة أو تاريخ الجلسة بمجرد حضور المدعى عليه لأن غاية الإجراء تحققت بحضور الخصم.

أثر الدفع بالبطلان: لا يرتب البطلان آثاره إلا بحكم من المحكمة، ومتى صرح القاضي ببطلان الإجراء أصبح كأن لم يكن وبالتالي تزول كل الإجراءات الأخرى التي بنيت عليه أو تعلقت به، وذلك إعمالاً لقاعدة " ما بني على باطل فهو باطل"، فإن لحق البطلان مثلاً بصحيفة افتتاح الدعوى فإن ذلك يؤدي إلى زوالها وزوال الخصومة التي بدأت بها وكذلك جميع الآثار المترتبة عليها.

وسائل الحد من أثر البطلان: نص المشرع الجزائري على عدة وسائل تحد من الحكم بالبطلان منها:

- **جواز تصحيح الأعمال الباطلة:** أجاز المشرع للقاضي بنص المادة 62 أن يمنح الخصوم أجلاً لتصحيح الإجراء المشوب بالعيب لاجتناب الحكم بالبطلان، حتى بعد التمسك به من الخصم شريطة أن يتم التصحيح في الميعاد الذي تحدده المحكمة.

- **تقرير حق الدفع بالبطلان لمن تقرر البطلان لصالحه فقط:** للحد من توسع دائرة الدفع بالبطلان حصر المشرع حق الدفع بالبطلان لمن تقرر البطلان لصالحه فقط دون غيره، وهذا ما صرح به من خلال المشرع بنص المادة 63 بنصها: لا يجوز التمسك ببطلان الأعمال الإجرائية شكلاً، إلا لمن تقرر البطلان لصالحه، وبالتالي يجب أن يتعلق البطلان بالخصم الذي دفع به و عليه أن يثبت الضرر الذي لحق به من جراء هذا الإجراء المعيب، فمثلاً في حالة تعدد المدعى عليهم و ورد عيب في تكليف أحدهم بالحضور فلا يمكن للمدعى عليه الثاني أن يدفع ببطلان الدعوى لعدم صحة تكليف المدعى عليه الآخر.



«الباب الثاني» ————— (إجراءات رفع دعوى شؤون الأسرة و توابع نظرها والأحكام الصادرة بشأنها والطعن عليها) -

- **سقوط الحق في الدفع بالبطلان:** تبنى المشرع وسيلة سقوط الحق في الدفع بالبطلان كوسيلة من الوسائل التي تحد من أثر البطلان، فأسقط حق الدفع عن الخصم في حالة تقدمه بدفع في الموضوع لاحقا للعمل الإجرائي المشوب بالبطلان دون إثارة البطلان، و عليه يجب على من تقرر البطلان لمصلحته أن يدفع بالبطلان قبل أي دفع في الموضوع و إلا سقط حقه في الدفع، وهذا ما قرره المشرع بنص المادة 61 من نفس القانون.

(ج) - الدفع بعدم القبول:

الدفع بعدم قبول الدعوى هو دفع يتقدم به المدعى عليه في الغالب، يرمي من خلاله إلى إنكار سلطة المدعي في استعمال الدعوى لعدم توافر أحد الشروط التي يتطلبها القانون لقبولها، فهو دفع لا يتعرض فيه الخصم لموضوع الدعوى كما لا يطعن فيه بصحة الخصومة أو إجراءاتها، بل يهدف من خلاله إلى تعطيل الوسيلة التي يحمي بها صاحب الحق حقه، وقد عرفه المشرع الجزائري في نص المادة 67 بنصها: "الدفع بعدم قبول هو الدفع الذي يرمي إلى التصريح بعدم قبول طلب الخصم لانعدام الحق في التقاضي"، ومن أمثلة هذه الدفع: الدفع بعدم القبول الدعوى لانتفاء الصفة أو المصلحة في رفعها، أو الدفع بعدم قبول الطعن لرفعه بعد الميعاد القانوني¹، وقد تناول المشرع الجزائري بقية أحكام هذه الدفع بنصوص المواد 67 و68 و69 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، حيث أتاح المشرع للخصم فرصة إثارتها في أي مرحلة كانت عليها الدعوى ولو بعد تقديم الدفع الموضوعية²، كما أعطى المشرع للقاضي سلطة إثارة هذه الدفع عند تعلقها بالنظام العام³، كانعدام الأهلية في الخصم أو الإذن في حالة اشتراطه، أو عدم احترام آجال الطعن و انعدامها.

- الطبيعة القانونية للدفع بعدم القبول: ثار البحث والنقاش و اختلفت أوجه النظر بخصوص

الطبيعة القانونية لهذا الدفع على ثلاثة آراء نذكرها باختصار كالاتي:

- 1- عمارة بلغيث، الوجيز في الإجراءات المدنية، ص 39.
- 2 - المادة 68 من قانون الإجراءات المدنية: "يمكن للخصوم تقديم الدفع بعدم القبول في أية مرحلة كانت عليها الدعوى ولو بعد تقديم دفع في الموضوع.
- 3 - المادة 69 من قانون الإجراءات المدنية: "يجب على القاضي أن يثير تلقائيا، الدفع بعدم القبول إذا كان من النظام العام، لا سيما عند عدم احترام آجال طرق الطعن أو عند غياب طرق الطعن.



﴿الباب الثاني﴾ ————— (إجراءات رفع دعوى شؤون الأسرة و تولاع نظرها والأحكام الصادرة بشأنها والطعن عليها) - كـ.

الرأي الأول: (الدفع بعدم القبول هو دفع شكلي)، وبرر أصحاب هذا الرأي موقفهم بأن هذا الدفع يتعلق بالوسيلة التي يحمي بها صاحب الحق حقه وشروطها، ولا يتعرض من خلاله صاحب الدفع لموضوع الدعوى حتى أن الحكم الذي يصدر عن الدفع لا يتعرض فيه القاضي لموضوع النزاع و إنما يراقب فيه القاضي توافر شروط الدعوى التي اشترطها القانون¹.

الرأي الثاني: (الدفع بعدم القبول هو دفع موضوعي)، وحجة أصحاب هذا الرأي أن هذا الدفع له نفس خصائص الدفع الموضوعية من حيث أنه لا يسقط إلا بالتنازل عنه ويمكن إثارته في أية مرحلة كانت عليها الدعوى، بالإضافة إلى أن الحكم بقبول الدفع ينهي النزاع و بالتالي تكون له نفس آثار الحكم في الموضوع عند قبوله².

الرأي الثالث: (الدفع بعدم القبول مزيج بين الدفعين)، فهو يتضمن طائفتين من الدفع، طائفة تتصل بموضوع الدعوى، كالدفع بانعدام الصفة والمصلحة أو سقوط الحق في الدعوى، وهذه تعد دفوعا موضوعية، وطائفة أخرى تتصل بإجراءات الدعوى دون المساس بموضوعها كالدفع بعدم قبول الطعن لرفعه بعد الميعاد القانوني.

رأينا الخاص: نرى أن الدفع بعدم قبول الدعوى ذو طبيعة خاصة، فهو لا يختلط بالدفع الشكلية و لا بالدفع الموضوعية، وقد أحسن المشرع الجزائري عندما أورده في فصل مستقل عن الدفع الموضوعية و الشكلية وتبرير ذلك كالآتي:

- الدفع بعدم القبول لا يختلط بالدفع الموضوعية: ذكرنا في تعريف الدفع الموضوعي بأنه دفع يوجه المدعى عليه نحو موضوع الدعوى يتعرض من خلاله لأصل الحق الموضوعي محل الدعوى، وذكرنا في تعريف الدفع بعدم القبول بأنه دفع يهدف من خلاله الخصم إلى تعطيل الوسيلة التي يحمي بها صاحب الحق حقه - الدعوى-، وهناك فرق بين الحق والدعوى وهذا هو أساس اختلاف الدفعين، فالدفع بعدم قبول الدعوى لانتفاء الصفة في رافعها لا ينكر الحق و

1 - د. فتحي والي، مبادئ القضاء المدني، ص439.

2- د. عبد المنعم الشرقاوي، الوجيز في قانون المرافعات، طبعة مكتبة النهضة المصرية، القاهرة، سنة1954، ص91، د. عبد الحميد أبو هيف، المرافعات المدنية والتجارية و النظام القاضي في مصر، طبعة مطبعة الاعتماد، مصر، الطبعة الثانية سنة 1340هـ -1980، ص385.



«الباب الثاني» ————— إجراءات رفع دعوى شؤون الأسرة و توابع نظرها والأحكام الصادرة بشأنها والطعن عليها - كـ
إنما ينكر أحقية المدعي في رفع الدعوى، أما الدفع الموضوعي فيتعرض لإنكار الحق محل
الدعوى، وبالتالي لا يمكن للدفع بعدم القبول أن يصنف تحت الدفع الموضوعية.

- الدفع بعدم القبول لا يختلط بالدفع الشكلية: ذكرنا أن الدفع الشكلية يطعن بها
المدعى عليه في صحة إجراءات الخصومة وشكلها وكيفية توجيهها ولا يتعرض من خلالها
لموضوع الدعوى، ومن مميزاتها أنها لا تؤدي إلى إنهاء الخصومة، إلا أن الدفع بعدم القبول قد
تستهدف الموضوع رغم عدم التعرض للحق و تهدف دائما إلى إبعاد الدعوى عن نظر المحكمة
وحسم الخصومة رغم عدم التعرض للحق، كالدفع بعدم جواز نظر الدعوى لسبق الفصل فيها
فهو دفع للدعوى برمتها متى قبلته المحكمة انحست الخصومة، لذلك لا يمكن للدفع بعدم
القبول أن يصنف تحت الدفع الشكلية.

الفرع الثالث: خصوصية سير إجراءات دعاوى فك الرابطة الزوجية.

أوجب المشرع الجزائري قبل الفصل في دعاوى فك الرابطة الزوجية- الطلاق و التطلق و
الخلع- على قاضي شؤون الأسرة أن يتبع بعض الإجراءات الأولية يحاول من خلالها التوفيق بين
الزوجين و إصلاح ذات البين، وقد تمثلت هذه الإجراءات في محاولة الصلح بين الزوجين و
اللجوء إلى التحكيم بينهما، لذا سنفصل في هذين الإجراءين على النحو التالي:

أولا) - محاولة الصلح بين الزوجين.

للصلح بين الزوجين أهمية بالغة في الشريعة الإسلامية وذلك لما يؤدي إليه من المحافظة على
كيان الأسر من التفرق و الشتات و حفظ المصالح والحقوق، وقد حث الله تعالى عليه في قوله
تعالى: ﴿وَإِنْ امْرَأَةٌ خَافَتْ مِنْ بَعْلِهَا نُشُوزًا أَوْ إِعْرَاضًا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا
صُلْحًا وَالصُّلْحُ خَيْرٌ وَأُحْضِرَتِ الْأَنْفُسُ الشُّحَّ وَإِنْ تُحْسِنُوا وَتَتَّقُوا فَإِنَّ اللَّهَ كَانَ بِمَا تَعْمَلُونَ
خَبِيرًا¹، وقد وري أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: (الصلح جائز بين المسلمين إلا
صلحا حرم حلالا أو أحل حراما)²، وقد روي عن عمر بن الخطاب أنه قال: "ردوا الخصوم

1 - سور النساء الآية: 128.

2 - رواه ابن ماجه في سننه، باب الصلح، الحديث رقم: 2353، و قال عنه الألباني حديث صحيح،



«الباب الثاني» ————— إجراءات رفع دعوى شؤون الأسرة و توابع نظرها والأحكام الصادرة بشأنها والطعن عليها - كـ
حتى يصطلحوا فإن فصل القضاء يحدث بين القوم الضعائين¹، ولا شك أن كل ما سبق من روايات تدل على الحث على تأخير القضاء رجاء للصلح بين الخصوم.

و تماشياً مع أحكام الشريعة الإسلامية فرض المشرع على قاضي شؤون الأسرة إجراء محاولات صلح بين الزوجين بهدف إيجاد حل ودي ووضع حد للتراع القائم بينهما لأجل استمرار الحياة الزوجية، إذ غالباً ما يكون رفع دعاوى فك الرابطة الزوجية نتيجة لتزوة طارئة أو سوء فهم مؤقت للأمر، و غير خاف أن الصلح في مثل هذه الحالات يثمر دوماً و بالتالي نتفادي تشتت الأسر، وقد نص المشرع على وجوب إجراء محاولات الصلح بين الزوجين في قضايا فك الرابطة الزوجية بنص المادة 49 من قانون الأسرة ونظم أحكامه و إجراءاته في قانون الإجراءات المدنية والإدارية بنصوص المواد من 439 إلى 449، لذا سنتناول أولاً خصائص الالتزام بعرض الصلح على الزوجين، ثم إجراءات محاولة الصلح بين الزوجين و آثاره.

أ- خصائص الالتزام بعرض الصلح على الزوجين:

1- إجراء الصلح بين الزوجين إجراءً وجوبي : الصلح بين الزوجين في دعاوى فك الرابطة الزوجية إجراءً وجوبي نص عليه المشرع بصريح المادة 493 بنصها: "محاولات الصلح وجوبية، وتتم في جلسة سرية" فلا تلجأ المحكمة للفصل في قضايا الطلاق والتطليق والخلع إلا بعد محاولتها التوفيق بين الزوجين عن طريق عقد أكثر من جلسة صلح بينهما و إلا أعتبر الحكم مبنيًا على إجراءات باطلة، وبالتالي يجوز للأطراف الطعن فيه عن طريق النقض بسبب مخالفة قاعدة جوهرية في الإجراءات².

2- إجراء الصلح بين الزوجين إجراءً إيجابياً: على المحكمة أثناء جلسة الصلح أن تلعب دوراً إيجابياً للتوفيق بين الزوجين فلا يكتفي القاضي بمجرد عرض الصلح على الزوجين أو طرح سؤال عابر عن مدى استعدادهم للصلح، و إنما يجب عليه الإحاطة بأسباب التراع و أن يبذل

1 - رواه البيهقي في سننه، باب ما جاء في التحليل، وما يحتج به من أجاز، 11360، 109/6.

2 - نص المادة 358 فقرة 01: " لا يبيى الطعن بالنقض إلا على وجه واحد أو أكثر من الأوجه الآتية: 1- مخالفة قاعدة جوهرية في الإجراءات".



﴿الباب الثاني﴾ ————— إجراءات رفع دعوى شؤون الأسرة و تداول نظرها والأحكام الصادرة بشأنها والطقن عليها - كـ
كل ما في وسعه للتوفيق بينهما خاصة إذا كان للزوجين أولاد، لذا أوجب المشرع على القاضي إجراء أكثر من جلسة صلح¹.

3- يتم الصلح بين الزوجين شخصيا وفي جلسة سرية: يجب أن تتم محاولة الصلح بين الزوجين شخصيا وفي جلسة سرية وهذا ما تضمنته المواد 439 و 440 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، لذا جرت عادة قضاة شؤون الأسرة إجراء محاولات الصلح في مكتب القاضي أو مكتب مخصص لذلك²، ومنع أي أجني -حتى محامي الأطراف- من حضور جلسات الصلح، إلا أنه إذا كان أحد الزوجين مجنونا أو معتوها وجب حضور من يمثله قانونا.

(ب) - إجراءات محاولة الصلح بين الزوجين وأثاره:

بعد حضور الزوجين أو محاميهما لجلسات شؤون الأسرة يحدد القاضي تاريخ جلسة محاولة الصلح ويطلب الحضور الشخصي للأطراف في الميعاد المحدد، فإذا تغيب أحد الزوجين عن الحضور في التاريخ المحدد دون عذر يحرر القاضي محضرا بذلك، أما إذا أثبت المحامي تعذر موكله عن الحضور لسبب وجيه - كالسفر البعيد أو المرض - يحدد القاضي تاريخا آخر لإجراء محاولة الصلح³، وبحلول الأجل تنعقد جلسة الصلح بمكتب القاضي بحضوره و حضور أمين الضبط فقط، حيث يتم سماع كل من الزوجين على حدة ثم سماعهما مجتمعين، وقد جرى العمل على استدعاء المدعي أولا حيث يتأكد القاضي من هويته ويستمع إليه على إنفراد، حيث يستفسر عن السبب الذي دفعه إلى الطلاق، ويقوم من خلال المناقشة بمحاولة تهدئته و وعظه و تحرر تصريحاته في محضر، ثم بعد ذلك يتم سماع المدعى عليه الذي يستفسر منه على حقيقة التزاع ويعرض الصلح عليه، وللقاضي بعد سماع المدعى عليه أن يعيد سماع المدعي وذلك للتقصي عن بعض الأمور الغامضة، أو التصريحات المتناقضة، ثم يقوم القاضي بعد سماع كل من الطرفين على

1 نص المادة 49 قانون أسرة: لا يثبت الطلاق إلا بعد عدة محاولات صلح يجريها القاضي دون أن تتجاوز مدته ثلاثة أشهر ابتداء من تاريخ رفع الدعوى".

2 - المستشار عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، ص 345.

3 - المادة 441 من قانون الإجراءات المدنية: "إذا استحال عل أحد الزوجين الحضور في التاريخ المحدد أو حدث له مانع، جاز للقاضي إما تحديد تاريخ لاحق للجلسة، أو ندب قاض آخر لسماعه بموجب انابة قضائية.

غير أنه إذا تخلف أحد الزوجين عن حضور الجلسة المحددة للصلح بدون عذر رغم تبليغه شخصيا، يحرر القاضي محضرا بذلك".



﴿الباب الثاني﴾ ————— (إجراءات رفع دعوى شؤون الأسرة و تولاعر نظرها والأحكام الصادرة بشأنها والطعن عليها) - كـ
حدة بسماعهما مجتمعين حيث يعرض عليهما الصلح، والمقصود بعرض الصلح ليس مجرد العرض، وإنما يجب على القاضي السعي إليه، لأنه يجب على المحكمة أن تثبت الذي قامت به في محضر الجلسة و في أسباب الحكم الصادر، باعتباره إجراء جوهريا أوجه القانون ولصيقا بالنظام العام، كما يمكن للقاضي منح الزوجين مهلة للتفكير والتروي و يحدد لهما تاريخا آخر لإجراء محاولة صلح ثانية على أن لا تتجاوز مدة الصلح ثلاثة أشهر من تاريخ رفع الدعوى، فإذا توصل القاضي للتوفيق بين الزوجين يحرر محضر الصلح بينهما و يعتبر المحضر سندا تنفيذيا (نص المادة 2/443)، أما إذا لم يلق عرض الصلح قبولا من الطرفين يحرر القاضي محضرا بعدم الصلح و يحدد جلسة لنظر موضوع الدعوى و تمتد سلطة المحكمة على الدعوى وفقا للقواعد العامة.

ثانيا: اللجوء إلى التحكيم

اللجوء إلى الحكمين وسيلة من الوسائل التي قررتها الشريعة الإسلامية للتوفيق بين الزوجين إذا اشتد الشقاق بينهما وذلك للحفاظ على بقاء العلاقة الزوجية خالية مما يعكر صفوها ويضمن لها أداء رسالتها النفسية والمادية والاجتماعية على أحسن وجه، وقد حث الشارع الحكيم عليه في قوله تعالى: "وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا" {النساء/35}، و تقييدا بما أمر الله جرت عادة قضاة الإسلام بإتباعه كأسلوب من أساليب حل الخلافات الزوجية، وقد حث جميع فقهاء الإسلام على العمل به حتى أن البعض منهم لم يكتف بالحث عليه بل جعله من الأمور التي يجب على القاضي العمل بها في حال الشقاق بين الزوجين، فقد جاء في كتاب أحكام القرآن لابن العربي: "إذا علم الإمام من حال الزوجين الشقاق لزمه أن يبعث إليهما حكيمين ولا ينتظر ارتفاعهما؛ لأن ما يضيع من حقوق الله أثناء ما ينتظر رفعهما إليه لا جبر له".¹، و جاء في كتاب الأم للشافعي: "فإذا ارتفع الزوجان المخوف شقاقهما إلى الحاكم فحق عليه أن يبعث حكما من أهله وحكما من أهل القناعة والعقل ليكشفأ أمرهما ويصلحا

1 - ابن العربي، أحكام القرآن، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان ، الطبعة: الثالثة، 1424 هـ - 2003 م .543/1،



«الباب الثاني» ————— إجراءات رفع دعوى شؤون الأسرة و توابع نظرها والأحكام الصادرة بشأنها والطقن عليها - كـ.
بينهما¹، و ما سبق ذكره يدل على الحث على إتباع أسلوب التحكيم بين الزوجين كأسلوب
لحل الخلافات الزوجية.

و إتباعا منه لأحكام الشريعة الإسلامية تبني المشرع الجزائري اللجوء إلى الحكّمين كإجراء
من إجراءات حل النزاعات الزوجية، حيث أوجب على قاضي شؤون الأسرة في حال اشتداد
الخصام بين الزوجين و لم يثبت الضرر أن يعين حكّمين من أهل الزوجين لحل ما أشكل من
خلاف بينهما²، إلا أن النصوص التي أوردها المشرع في قانون الأسرة وقانون الإجراءات المدنية
بخصوص التحكيم شابها الكثير من الغموض، فلم يبين المشرع الدعاوى التي يتوجب فيها اللجوء
إلى التحكيم، و إجراءات تعيين الحكّمين وشروطهما، وكيفية مثولهما أمام المحكمة، وحدود
المهمة الموكلة إليهما، ومدى السلطة التقديرية للمحكمة بشأن ما انتهى إليه، ولعلنا نرجع عدم
تفصيل المشرع في أحكام التحكيم الموضوعية والإجرائية لعدم فاعلية هذا الإجراء من الناحية
العملية، فالواقع العملي يثبت أن هذا الإجراء هو بمثابة إجراء ثانوي لا تلجأ إليه محاكم الأسرة
إلا نادرا، لأن عقيدة قاضي شؤون الأسرة في فعالية هذا الإجراء شبه معدومة في تحقيق النتيجة
المرجوة ويرى في إتباع إجراء التحكيم مضیعة للوقت و إهدارا للإجراءات، لأنه غالبا ما يجري
التحاكم بين الخصمين قبل رفع النزاع إلى المحكمة وبالتالي لا ضرورة لإجرائه.

إلا أننا سنحاول مناقشة المسائل الآتية:

أ) - شروط اللجوء إلى التحكيم وما يشترط في الحكّمين:

1- **شروط اللجوء إلى التحكيم:** من خلال نص المادة 56 من قانون الأسرة ونص المادة
446 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية يتضح ضمنا أن المشرع اشترط حتى يجوز للقاضي
اللجوء للتحكيم شرطين:

- أن تكون الدعوى المطروحة عليه من دعاوى فك الرابطة الزوجية (الطلاق والتطليق

1 - الإمام الشافعي، كتاب الأم، دار المعرفة - بيروت، بدون طبعة سنة النشر: 1410هـ/1990م، 208/5.

2 - نص المادة 56 قانون الأسرة: "إذا اشتد الخصام بين الزوجين و لم يثبت الضرر و جب تعيين حكّمين للتوفيق بينهما.
يعين القاضي الحكّمين، حكما من أهل الزوج و حكما من أهل الزوجة، وعلى هذين الحكّمين أن يقدموا تقريرا عن
مهمتهما في أجل شهرين".



«الباب الثاني» — (مردات رفع وعوى شؤون الأسرة و توأعر نظرها والأحكام الصادرة بشأنها والطعن عليها) - كـ
والخلع¹، ولكن باستقراء نصوص قانون الأسرة جيدا ومن خلال ما جرى العمل به في
المحاكم، نجد أن المشرع قصر عمليا إجراء اللجوء إلى التحكيم على دعاوى التطلق فقط دون
غيرها من دعاوى فك الرابطة الزوجية الأخرى كالطلاق والخلع، لأنه في مثل هذه الدعاوى -
الطلاق والخلع- لم يشترط إثبات أي ضرر أو سبب جدي يجب تقديمه من طالب الفرقة،
بعكس دعاوى التطلق التي أوجب فيها المشرع إثبات الضرر من الزوجة وهذا ما تؤكد أحكام
المحكمة العليا، فقد قضت بتاريخ 1984/06/25 في الملف رقم 33715 (أن الطلاق هو حق
للرجل صاحب العصمة، وأنه لا يجوز للقاضي أن يحل محله في إصداره، أما التطلق فهو حق
للمرأة المتضررة وترفع أمرها للقاضي الذي يطلقها، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد
خرقا لأحكام الشريعة الإسلامية)².

- وفي حكم ثان لها بتاريخ 1984/11/19 في الملف رقم 34791 والذي جاء في
منطوقه (لا يسوغ لزوجة أن تطلب التطلق أو الحصول عليه إلا بعد أن تثبت الضرر الخطير
والمستمر الذي لحقها من بعلاها)³، ومن هذا يتبين أنه لا يتصور اللجوء إلى التحكيم إلا في قضايا
التطلق.

- **فشل المدعي في إثبات الضرر الذي يبرر لب فك الرابطة الزوجية:** فلا يلجأ القاضي إلى
التحكيم مثلا إذا أثبتت الزوجة الضرر الذي لحقها من زوجها كأن تطلب التطلق للشقاق و تقدم
حال الدعوى مجموعة أحكام تدين زوجها بسوء معاملتها وضربها، أو تطلب التطلق للعيب و تثبت
ذلك بوجود العيب في الزوج (كالجنون والمرض المعدي)، وغالبا ما يلجأ القاضي إلى التحكيم بعدما
يجري محاولة الصلح بينهما ولا يقتنع بأسباب الطلاق فيلجأ إلى أهل الزوجين للتحكيم بينهما.

2- ما يشترط في الحكمين: بخلاف معظم التشريعات العربية، لم يتطرق المشرع الجزائري
عند تناوله أحكام اللجوء إلى التحكيم في قانون الأسرة وقانون الإجراءات المدنية إلى الشروط
الواجب توافرها في الحكمين، واكتفى بالإشارة على وجوب أن يكونا من أهل الزوجين⁴، إلا

1 - المستشار عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، ص349.

2 - المجلة القضائية لسنة 1989، عدد 3، الصفحة 73، في الملف رقم 33715.

3 - المجلة القضائية لسنة 1989، عدد 3، الصفحة 73، في الملف رقم 34791.

4 - المحكمة التي قصدتها المشرع من تعيين الحكمين حكم من أهل الزوج وحكم من أهل الزوجة، أن علاقة القرابة تمكنهما من
العلم بحال الطرفين وظروف الزوجين المتخاصمين فهما الأقرب لهما والأعلم بخلفيات النزاع، وعلى هذا الأساس يمكنهم التدخل
لتهدئة الزوجين بعكس ما إذا كان الشخص أجنبي عنهما.



«الباب الثاني» ————— إجراءات رفع دعوى شؤون الأسرة و توابع نظرها والأحكام الصادرة بشأنها والظعن عليها - كـ
أن ما جرى العمل به في قضاء شؤون الأسرة أن القاضي يشترط في الحكمين أن يكونا عدلين
راشدين، مسلمين، أهلا للقيام بالمهمة المسندة إليهما.

(ب) إجراءات التحكيم بين الزوجين وآثاره: لم ينص المشرع على إجراء تعيين الحكمين، إلا
أن العمل في أقسام شؤون الأسرة أن القاضي جرى علي أن القاضي أثناء محاولة الصلح و عند
عدم الاقتناع بأسباب فك الرابطة الزوجية و يأسه من تحقيق نتيجة إيجابية بمحاولة الصلح،
يطلب من كلا الطرفين تسمية حكم من أهله، وبعد تحديد الحكمين من أقارب الزوجين
يستدعي القاضي الحكمين مجتمعين وعند حضورهما يبين لهما المهمة المسندة إليهما، ويطلب
منهما في حالة مواجهة إي إشكال الاتصال به وإطلاعه عليه، وينوه عليهما أن تنجز مهمة
التحكيم في أجل شهرين على الأكثر، و أثناء هذه المدة يجوز للقاضي إنهاء مهمة التحكيم إذا
تبين له صعوبة تنفيذها ويعيد القضية إلى الجلسة وتستمر الخصومة¹، أما في حالة توصل الحكمين
إلى نتيجة إيجابية بأن أبرما الصلح بين الزوجين، فعلى الحكمين أن يقدموا تقريرا بذلك، وتقوم
المحكمة بإثبات ما جاء في التقرير في محضر يصادق عليه القاضي بموجب أمر غير قابل لأي
ظعن².

المطلب الثالث

إصدار الأحكام في دعاوى شؤون الأسرة في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري.

بانتهاؤ المرافعة تصبح الدعوى مهياً للفصل فيها، و بحسب الأصل لا يصدر القاضي
حكمه إلا عقب إجراء مداولة سرية و النطق بالحكم في جلسة علنية، لذا سنقسم هذا المطلب
إلى فرعين على النحو الآتي:

– الفرع الأول: المداولة

ويشتمل الجزئيات التالية:

1 – المادة 449 قانون الإجراءات المدنية: "يجوز للقاضي إنهاء مهام الحكمين تلقائياً، إذا تبين له صعوبة تنفيذ المهمة، وفي
هذه الحالة، يعيد القضية إلى الجلسة و تستمر الخصومة".

2 – المادة 448 قانون الإجراءات المدنية: " إذا تم الصلح من طرف الحكمين، يثبت ذلك في محضر، يصادق عليه القاضي
بموجب أمر غير قابل لأي ظعن.



﴿الباب الثاني﴾ ————— (إجراءات رفع دعوى شؤون الأسرة و تولاع نظرها والأحكام الصادرة بشأنها والطقن عليها) - كـ.

أولاً معنى المداولة: المداولة هي التشاور في الحكم بين أعضاء المحكمة إذا تعددوا، والتفكير في الحكم وتكوين الرأي فيه إذا كان القاضي واحداً¹، ففي المداولة يتناقش أعضاء الهيئة التي سمعت المرافعة في المنازعة المعروضة عليها للوصول إلى منطوق القرار و أسبابه، أما إذا كانت الهيئة التي تنظر المنازعة مشكلة من قاض فرد، فإن المداولة تكون بينه وبين نفسه للوصول إلى الرأي الذي يراه كحل قانوني للتراع.

ثانياً) مدى التزام القاضي بمشاوراة أهل الفقه والعلماء قبل إصداره الحكم في الفقه

الإسلامي: ذكرنا سابقاً أن القضاء الإسلامي لم يعرف نظام تعدد القضاة في تشكيل هيئة الحكم بل اعتمد نظام القاضي الفرد للفصل في جميع القضايا، إلا أنه جرت العادة في القضاء الإسلامي أن يجلس مع القاضي جماعة من أهل العلم و الفضل يستشيرهم في ما يعرض عليه من قضايا وما ينبغي لها من أحكام شرعية مناسبة، فهل القاضي ملزم باستشارة أهل الفقه والعلماء قبل إصداره الحكم أم هو مخير في ذلك؟

اختلف الفقهاء في مسألة التزام القاضي بمشاوراة أهل الفقه والعلماء قبل إصداره حكمه على رأيين، نعرضهما على النحو الآتي:

الرأي الأول: (يندب للقاضي مشاوراة الفقهاء والعلماء قبل إصداره الحكم ولو

كان عالماً) وذهب إلى هذا الرأي جمهور الفقهاء²، وذكروا في ذلك أن مشاوراة القاضي للفقهاء مندوب إليها لأنها تساعد على انكشاف ما غمض أو خفي عليه، ويرون أن القاضي غير ملزم بأخذ ما يشيرون به عليه³، لأن القاضي يحكم باجتهاده لا باجتهادهم، إلا أنه يمكن أن يستفيد مما يدلون به من حجج وآراء يقتنع بها فيأخذ برأيهم عن اقتناع لا عن تقليد محض⁴.

1 - القانون القضائي الجزائري، ص 354، الدكتور رمزي سيف: الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، الطبعة السابعة سنة 1967 بند 506 ص 591.

2 - الموسوعة الفقهية الكويتية، 304/4.

3 - بن مازة، المحيط البرهاني في الفقه النعماني، 13/8، بابن نجيم، البحر الرائق، 277/6.

4 - ابن فرحون، تبصرة الحكام، 42/1، بن مازة، المحيط البرهاني في الفقه النعماني، 13/8، بابن نجيم، البحر الرائق، 277/6.



﴿الباب الثاني﴾ ————— (إجراءات رفع دعوى شؤون الأسرة و تداعير نظرها والأحكام الصادرة بشأنها والطعن عليها - كـهـ).

الرأي الثاني: (يجب على القاضي مشاوررة الفقهاء والعلماء فيما يشكل عليه من أمور قبل إصداره الحكم) و ذهب إلى القول بهذا الرأي بعض فقهاء المالكية¹ و الشافعية² حيث رأوا أنه يجب على القاضي مشاوررة العلماء و الفقهاء فيما يشكل عليه حتى و إن كان عالماً، وقد برروا ذلك بأن الرسول - صلى الله عليه وسلم - قد شاور أصحابه في أسرى بدر، وفي مصالحة الكفار يوم الخندق، وفي لقاء الكفار يوم بدر، وقد روي أنه: ما كان أحد أكثر مشاوررة لأصحابه من رسول الله ﷺ، وقد روي كذلك أن أبا بكر رضي الله عنه كان إذا ورد عليه الخصم نظر في كتاب الله تعالى فإن وجد ما يقضي به بينهم قضى به وإن لم يجد وعلم في سنة رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم سنة قضى بها فإن أعيب خرج فسأل المسلمين وقال: أتاني كذا وكذا فهل علمتم أن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم قضى في ذلك بقضاء؟ فرمما اجتمع إليه نفر كلهم يذكرون عن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم قضاء فيقول أبو بكر الحمد لله الذي جعل فينا من يحفظ عن نبينا عليه الصلاة والسلام، فإن أعياه أن يجد في سنة رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم سنة جمع خيار الناس ورؤوسهم فاستشارهم فإن أجمع أمرهم على رأي قضى به، وكان عمر رضي الله عنه يفعل ذلك فإن أعياه أن يجد في القرآن والسنة نظر هل كان لأبي بكر فيه قضاء فإن وجد أبا بكر قضى فيه بقضاء قضى به وإلا دعا رؤوس المسلمين فإن اجتمعوا على أمر قضى به، ونقل القرطبي أن ابن عطية قال: من لم يستشر أهل العلم والدين فعزله واجب³، وهذا ما نرجحه لأن من واجبات القاضي الفصل في الخصومة، ولا يمكنه ذلك في حالة عدم توصله لما يراه صواباً فوجب عليه المشاورة، فعلى القاضي أن يستشير الفقهاء ويسمع آرائهم، ثم بعد ذلك يكون له حرية اختيار الحكم المناسب للقضية التي ينظرها وشاور فيها.

ثالثاً- المداولة في القانون الجزائري:

لما كانت المداولة وسيلة لتحقيق غاية معينة هي استقرار عقيدة المحكمة على ما يتضمنه الحكم، ومنطوقه وأسبابه، قبل النطق به، وضع لها المشرع ضوابط وإجراءات تحكمها، الغرض

1 - بن عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، 139/4، الرُّعيني، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، 117/6، الموسوعة الفقهية الكويتية، 304/4.

2 - الشافعي، كتاب الأم، 219/6، الماوردي، الحاوي الكبير، 47/16، الموسوعة الفقهية الكويتية، 332/33.

3- القرطبي، تفسير القرطبي (الجامع لأحكام القرآن، 249/4، ابن عطية الأندلسي، المحرر الوجيز 3/ 280.



«الباب الثاني» ————— إجراءات رفع دعوى شؤون الأسرة و تولد نظرها والأحكام الصادرة بشأنها والطقن عليها - كـ
منها ضمان سلامة الحكم الذي يصدر في القضية، لذا تقتضي دراسة هذه الجزئية تناول كيفية
إجراء المداولة و ضوابطها ، وسيكون ذلك على النحو الآتي:

أ- كيفية إجراء المداولة وضوابطها:

كيفية إجراء المداولة: لا تخرج المداولة عن إحدى الكيفيات الثلاث التالية:

- تجرى المداولة في نفس الجلسة بعد المرافعة¹، و غالبا ما يكون ذلك في القضايا البسيطة
التي لا تحتاج إلى مراجعة و تمنع بأن يكون الحكم فيها واضحا، فإذا كانت هيئة المحكمة مكونة
من قاض فرد يصدر حكمه فورا، أما إذا كانت المحكمة مكونة من عدة قضاة، فتجرى المداولة
همسا بين أعضائها في الجلسة ثم تتلو الهيئة منطوق الحكم.

- ترفع الجلسة و تجرى المداولة في غرفة المشورة ثم تعود الهيئة إلى قاعة الجلسة للنطق
بالحكم²، و غالبا ما يكون ذلك في القضايا التي تحتاج إلى أخذ ورد، حيث يقرر القاضي إذا
كان واحدا أن الحكم بعد مراجعة أوراق القضية، وإذا كانت المحكمة مكونة من عدة قضاة
يقرر رئيس الهيئة رفع الجلسة للمداولة و تنسحب الهيئة إلى غرفة المشورة لمراجعة الأوراق
والمداولة فيها و بعد ذلك تعود الهيئة إلى قاعة الجلسة للنطق بالحكم الصادر في القضية.

- توّجل هيئة المحكمة المداولة في القضية إلى جلسة أخرى للنطق بالحكم³، و يكون ذلك
إذا كانت القضية تتسم بالتعقيد و التشعب في موضوعها و كثرة مستنداها مما يتطلب الدراسة
المستفيضة للقضية قبل إصدار الحكم فيها، فإذا كانت الهيئة مشكلة من قاض فرد يأخذ على
عاتقه بحث القضية جيدا ثم بحلول الأجل يصدر حكمه في القضية، أما إذا كانت مشكلة من
عدة قضاة فيكلف رئيس الهيئة كل قاضي بالبحث و التمعن في القضية ثم تجتمع الهيئة قبل
حلول أجل للمداولة و في التاريخ المحدد يقوم رئيس الهيئة بتلاوة منطوق الحكم.

1 - الغوثي بن ملحمة، القانون القضائي الجزائري، ص355.

2 - الغوثي بن ملحمة، نفس المرجع، ص355.

3 - الغوثي بن ملحمة، نفس المرجع، ص355.



«الباب الثاني» ————— إجراءات رفع دعوى شؤون الأسرة و تداول نظرها والأحكام الصادرة بشأنها والطعن عليها - كـ.

ضوابط المداولة:

أوجب المشرع الجزائري في نصوص المواد 268، 269، 270، 271 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية مجموعة من الضوابط يجب احترامها عند التداول في القضية، ويمكن حصر هذه الضوابط في الآتي:

- **يجب أن تحصل المداولة سرا:** يجب أن تتم المداولة سرا بين أعضاء الهيئة ولا يجوز أن يشترك فيها غير القضاة الذين سمعوا المرافعة، فلا يجوز أن يحضر المداولة ممثل النيابة العامة أو كاتب الجلسة أو محامي الأطراف أو الأطراف أنفسهم و أي شخص آخر و لو لم يكن من أطراف الخصومة، و إن حدث و حضر المداولة غير القضاة الذين سمعوا المرافعة كان الحكم معرضا للبطلان، كما لا يجوز لأي عضو من أعضاء هيئة المداولة الإعلان عن رأيه قبل النطق بالحكم أو الإفصاح عن ما يدور من مناقشات و آراء و اتجاهات، كما لا يخل بمبدأ سرية المداولة إذا حدثت في الجلسة العلنية وكانت همسا بين القضاة.

- **لا مداولة إلا بحضور كافة القضاة الذين سمعوا المرافعة:** عند تعدد أعضاء هيئة الحكم، يجب أن يتداول الحكم جميع القضاة الذين شكلوا هيئة سماع الدعوى، فإذا تعذر اكتمال هيئة الحكم للمداولة لأي عارض ما - كوفاة أحد القضاة أو مرضه أو نقله أو عزله ونحو ذلك - وجب على هيئة الحكم - عند تعيين خلف لذلك القاضي - أن تعيد فتح باب المرافعة¹ كي تتم بحضور عضو الهيئة الجديد وعلّة ذلك - كما ذكرها بعض شراح القانون - ترجع إلى كون القاضي الذي سمع المرافعة يدرك غوامض القضية بخلاف من لم يتصل علمه بما فإّنه يكون في استحالة من بناء رأي سليم، وقد يؤثر رأيه على اتجاه رأي الهيئة، ولأن الغاية من المداولة هي المشاورة والمناقشة بين أعضاء هيئة الحكم لتتجلى غوامض الأمور في القضية المطروحة للوصول إلى الرأي الأصوب².

1 - كما يمكن إعادة القضية للجدول وفتح باب المرافعة فيها من جديد من هيئة الحكم متى رأت ذلك ضروريا، كما يمكن للأطراف طلب إعادة القضية للجدول، وهذا ما صرح به المشرع بنص المادة 268 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.

2- براهيم محمد سعدان، نفس المرجع، ص 43.



﴿الباب الثاني﴾ ————— (جرائد) رفع دعوى شؤون الأسرة و توأعر نظرها والأحكام الصادرة بشأنها والطعن عليها - كـ.

- **يجب أن تصدر الأحكام بأغلبية الآراء:** اشترط المشرع الجزائري أغلبية الأصوات لإصدار الأحكام القضائية، و في الغالب لا يثير هذا الشرط أي مشكل في المجال الإجرائي أو في الجانب العملي، لأن عدد القضاة في حالة التعدد دائما يكون وترا وبالتالي يكتفي للإفصاح عن منطوق الحكم أن يحوز على صوتين فقط لأن هيئة المحكمة في حال التعدد غالبا ما تتشكل من ثلاثة قضاة.

الفرع الثاني: النطق بالحكم

المقصود بالنطق بالحكم قراءته بصوت مرتفع في الجلسة أمام الجمهور¹، "ومنطوق الحكم هو أهم مشتملات الحكم القضائي، وغاية المتقاضين، والنتيجة الطبيعية للدعوى، وهو الذي يحمل فصل الخطاب في الحق الموضوعي المتنازع فيه محل الطلب القضائي"² و قد اشترط فقهاء الشريعة الإسلامية فيه أن يكون بكيفية تبين فحواه، كما اشترط شراح القانون أن ينطق به وفق ضوابط محددة، لذا سنتناول هذه المسائل من خلال الآتي:

(أ) - **أوصاف منطوق الحكم في الفقه الإسلامي:** الأصل العام عند الفقهاء أن ينطق بالحكم بألفاظ وعبارات دقيقة واضحة الدلالة في القطع والحسم والبت وخالية من الإبهام والغموض، وقد زاد عن ذلك بعض الشافعية والحنفية أن يقول القاضي: قضيت، أو يقول: حكمت، فلو قال القاضي عند النطق بالحكم (ثبت عندي أن لهذا المدعي فلان على هذا المدعي عليه كذا وكذا) فهذا لا يكون حكما عندهم³، إلا أن الراجح عند الفقهاء

1 - راجع في هذا المعنى الدكتور وجدي راغب حيث يقرر أن إجراء الحكم ينحصر في إصدار العمل القضائي وتوثيقه، ويصدر العمل القضائي بالنطق بالحكم، أي بإفصاح المحكمة عن إرادتها في الدعوى المرفوعة أمامها شفويا بالجلسة كتاب النظرية العامة للعمل القضائي في قانون المرافعات سنة 1974 ص 686.

2 - د. حسن أحمد على الحمادي، حجية الحكم القضائي في الشريعة الإسلامية، رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية حقوق الإسكندرية، ص 290.

3 - جاء في كتاب الفتاوى الهندية: (إذا قال القاضي: ثبت عندي أن لهذا على هذا كذا وكذا؛ هل يكون هذا حكما من القاضي؟ كان القاضي الإمام أبو عاصم العامري يفتي بأنه حكم وهو اختيار شمس الأئمة الحلواني واختيار الصدر الشهيد - رحمه الله تعالى - وفي الخانية وعليه الفتوى وكان القاضي شمس الإسلام محمود الأوزجندي - رحمه الله تعالى - يقول: لا بد وأن يقول القاضي: قضيت، أو يقول: حكمت، أو يقول: أنفذت عليك القضاء. وهكذا ذكر الناطفي في واقعاته والمذكور ثمة إذا ادعى رجل دارا في يد رجل فقال القاضي للمدعى عليه: لا أرى لك حقا في هذه الدار فهذا لا يكون حكما، وهكذا كان يفتي الشيخ الإمام ظهير الدين المرغيناني - رحمه الله تعالى -، وكان يقول: إذا ظهرت عدالة الشهود



«الباب الثاني» — (إجراءات رفع دعوى شؤون الأسرة و تولاعر نظرها والأحكام الصادرة بشأنها والطنع عليها - كح).
عدم اشتراط أن يصدر الحكم بلفظ محدد، كلفظ (قضيت أو حكمت)، بل اشترطوا أن يكون بألفاظ واضحة و عبارات دقيقة تفيد قطع التراع.

(ب) - **ضوابط النطق بالحكم في القانون الجزائري:** من خلال نصي المادتين 272، 273 يتبين أن المشرع قرر صراحة وجوب صدور الحكم القضائي في جلسة علنية، ولو كانت القضية قد نظرت في جلسة سرية، حيث أفصح عنه بنص المادة 272 بنصها: "يتم النطق بالأحكام الفاصلة في التراع علنيا"، كما اشترط المشرع أن يتم النطق بالحكم من طرف رئيس الجلسة و بحضور قضاة التشكيلة الذين تداولوا في القضية، فتلاوة المنطوق حسب نص المادة 273¹ لا تكون إلا بعد حضور جميع قضاة التشكيلة الذين تداولوا في القضية، وبعد اكتمال هيئة الجلسة يتم النطق بالحكم من رئيسها، وقد جرى العمل أنه إذا حدد القاضي تاريخ لاحق للنطق بالأحكام، يتم النطق بها في بداية الجلسة.

خلاصة البحث: من خلال ما سبق تبين لنا أن القانون الجزائري يوافق معظم أحكام الشريعة الإسلامية فيما يتعلق بالمبادئ القضائية التي تحكم جلسات الدعوى والمراحل و الإجراءات التي يجب على القاضي إتباعها للوصول إلى حكم عادل بين الخصوم، إلا أنه عند تناولنا لبعض الجزئيات و الفروع سجلنا على القانون الجزائري بعض الملاحظات كان من أبرزها أن المشرع الجزائري رغم أنه تبنى اللجوء إلى الحكمين كإجراء من إجراءات حل النزاعات الزوجية مقتديا في ذلك بأحكام الشريعة الإسلامية، إلا أنه لم يعط هذه الوسيلة المهمة القيمة التي يجب أن تحظى بها فالنصوص التي أوردتها المشرع في قانون الأسرة وقانون الإجراءات المدنية بخصوص التحكيم شأها الكثير من الغموض، فلم يبين المشرع الدعوى التي يتوجب فيها اللجوء إلى التحكيم، و إجراءات تعيين الحكمين وشروطهما، وكيفية مثولهما أمام المحكمة، وحدود المهمة الموكلة إليهما، ومدى السلطة التقديرية للمحكمة بشأن

في دعوى عين محدودة فقال القاضي للمدعى عليه: (أين محدود باين مدعى ده. فهذا لا يكون حكما من القاضي وينبغي أن يقول: (حكم كردم باين محدود مراين مدعى را) والصحيح قوله: حكمت وقضيت، ليس بشرط وأن قوله: ثبت عندي؛ يكفي. وكذلك إذا قال: ظهر عندي، أو قال: صح عندي، أو قال: علمت، فهذا كله حكم. ينظر الكتاب الفتاوى الهندية، لجنة علماء برئاسة نظام الدين البلخي، دار الفكر، الطبعة: الثانية، 1310 هـ، 3/332.

1 - المادة 273 قانون إجراءات مدنية: "يقتصر النطق بالحكم على تلاوة منطوقه في الجلسة من طرف الرئيس وبحضور قضاة التشكيلة الذين تداولوا في القضية".



«الباب الثاني» ————— إجراءات رفع دعوى شؤون الأسرة و توابع نظرها والأحكام الصادرة بشأنها والطقن عليها - كـ
ما انتهى إليه المحكمان، كما أن قضاء شؤون الأسرة ينظر إلى التحكيم بأنه إجراء ثانوي
لا تلجأ إليه إلا نادرا، لأن عقيدة القاضي في فعالية هذا الإجراء شبه منعدمة في تحقيق
النتيجة المرجوة ويرى في إتباع إجراء التحكيم مضيعة للوقت و إهدارا للإجراءات.

وعليه يجب على المشرع الجزائري أن يعيد النظر في النصوص التي تتناول التحكيم في
مسائل الأسرة و يحاول تعزيزها بنصوص جديدة تعيد إلى هذه الوسيلة مكانتها في حل
التراعات الزوجية خاصة و أن نسبة الطلاق في المجتمع الجزائري في تزايد مستمر.

مقارنة بين الشريعة والقانون

بعد دراسة هذا الفصل الذي تناولنا من خلاله إجراءات التقاضي في مسائل شؤون
الأسرة بين الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري لاحظنا في مستهله أن الشريعة الإسلامية
لم تشترط أي إجراءات لرفع الدعوى أمام القاضي أو قواعد معينة لنظرها أو الفصل فيها، و لم
تشرط حتى دفع أي رسم لافتتاحها، لأن هدف الشريعة الأسمى هو تحقيق العدل بين الناس
و رد كل حق لصاحبه بأيسر السبل و أسرعها لذا تميزت الدعوى القضائية بالبساطة
في إجراءاتها، فكانت جميع الدعاوى بما فيها دعوى شؤون الأسرة، تعرض بطريقة مبسطة بعيدا
عن التعقيدات الإدارية التي تطيل أمد التقاضي.

وخلافا لذلك وجدنا أن المشرع الجزائري أحاط الدعوى القضائية بمجموعة من
الإجراءات و الكثير من الشروط الشكلية، حيث اشترط لرفع الدعوى القضائية أن يقدم المدعي
عريضة افتتاحية يتم قيدها بالحكمة ثم يُبلِّغ المدعى عليه بها حتى يتمكن من الحضور للجلسة
وتن عقد الخصومة، وقد اشترط في عريضة الدعوى أن تحرر من أصل و عدد من النسخ بقدر
عدد المدعى عليهم و أن تكون مؤرخة و موقعة من المدعى أو وكيله أو محاميه و أن تشمل
بيانات إلزامية إذا تخلفت قد تؤدي إلى عدم قبول العريضة شكلا، كما اشترط المشرع أن تقيد
العريضة في سجل خاص ولا يتم القيد إلا بعد دفع الرسوم القضائية.

إلا أنه و إن كان في الكثير من هذه الإجراءات و الشكليات ضمانات حقيقية للخصوم،
إلا أن المشرع كان بإمكانه إعفاء قضايا الأسرة من بعض الشروط التي قد تؤدي إلى إعاقة
استعمال الحق في التقاضي، فمثلا نجد أن المشرع الجزائري في قانون الرسوم القضائية لم يعف



﴿الباب الثاني﴾ ————— إجراءات رفع دعوى شؤون الأسرة و توابع نظرها والأحكام الصادرة بشأنها والطعن عليها - كـ
أي دعوى من دعاوى شؤون الأسرة من تسديد الرسوم القضائية كما فعل بعض نظرائه
في بعض الدول العربية، وبالتالي كان على المشرع على الأقل إعفاء جملة من دعاوى شؤون
الأسرة من الرسوم القضائية "مثل دعاوى النفقات و دعاوى الولاية على نفس و المال و
دعاوى الكفالة ودعاوى الحجر" خاصة وأن الجزائر في وضع مادي مريح يسمح لها بالاستغناء
عن مثل هذه الرسوم حتى لا تكون المصاريف القضائية في مثل هذه القضايا تمثل عبئاً على
المواطن يؤدي به إلى العدول عن التقاضي.

كما لا حظنا في نفس الجزئية أن الشريعة الإسلامية اشترطت حتى تصح الدعوى ويكون
حكم القاضي نافذا حضور الخصم - المدعى عليه- أمام القاضي لیسمع دعوى خصمه
ويستطيع الرد عليها، فكان قاضي المسلمين لا يقضي في دعوى المدعى إلا بعد حضور خصمه
إلى مجلس القضاء وسماع الدعوى والرد عليها، ولم يكن يشترط في استدعاء المدعى عليه
أو إحضاره- كما سبقت الإشارة- إجراء أو شكلاً معين، فكان الخصم يتوجه إلى خصمه
يطلب منه الحضور معه إلى مجلس التقاضي، فإذا استجاب الخصم لدعوة خصمه، وحضر معه،
فلا حاجة عندئذ لأي إجراء يتخذ من أجل إحضاره فتعقد الخصومة، أما إذا رفض الحضور
أمر القاضي بإحضاره بكتاب أو رسول، أما إذا رفض المدعى عليه الحضور بعد أن أطلعته
الرسول على طلب القاضي، فإن القاضي يرسل إليه بعض أعوانه، فيحضرونه قهراً إذا وجدوه
وامتنع عن الحضور فإذا عجز الأعوان عن إحضاره، بعث القاضي إلى صاحب الشرطة أو الوالي
لإحضاره.

و قد وافق المشرع الجزائري أحكام الشريعة الإسلامية في ضرورة حضور المدعى عليه
الخصومة حيث ألزم المشرع المدعى بتكليف خصمه للحضور، وقد اشترط المشرع أن يكون
هذا التكليف عن طريق المحضر القضائي و بمحضر رسمي و في آجال محددة، و ألزم المشرع
المدعى بتقديم محضر التكليف بالحضور أثناء أول جلسة لإثبات واقعة التكليف، إلا أن القانون
الجزائري لم ينص عن أي إجراء يجبر من خلاله المدعى عليه في حال تعنته في الحضور إلا ما
يخص جواز القضاء في غيبته، إلا أنه كان بإمكان المشرع حتى نتفادى تضييع الحقوق بالتماطل
ونتفادى تراكم الملفات أمام القضاء أن ينص على إجراء يجبر المدعى عليه على الحضور كأن
يلزمه بأداء غرامة مدنية مثلاً في حالة عدم حضوره خاصة في حالة تبليغه الشخصي.



﴿الباب الثاني﴾ ————— (إجراءات رفع دعوى شؤون الأسرة و توابع نظرها والأحكام الصادرة بشأنها والطعن عليها) - كـ
كما رأينا في مرحلة سير الخصومة أن كل من الشريعة الإسلامية و القانون الجزائري حولاً
الخصم في حالة إنكاره دعوى خصمه حق الدفاع عن نفسه و رد دعواه بالوسائل المناسبة، و قد
أطلق الفقهاء على جواب الدعوى بالإنكار مسمى " دفع الدعوى"، و قد قسم شراح القانون
الدفع إلى ثلاثة أنواع-دفع موضوعية، دفع شكلية، و دفع بعدم قبول الدعوى-، إلا أن
الدفع الشكلية لم تحظ باهتمام الفقه الإسلامي و حتى تطبيقاتها كانت نادرة في قضاء الصحابة
و التابعين، و بخلاف ذلك فقد نُصَّ عليها في كل القوانين الوضعية و حظيت باهتمام و بحث
واسع من قبل شراح القوانين الوضعية، و لعل هذا الأمر يعود إلى أن الخصومة في القضاء
الإسلامي تميزت بالبساطة المطلقة حيث لم يكن يشترط في رفع الدعوى و ممارستها أي شكل
أو إجراء معين.

كما رأينا عند دراستنا الجزئية خصوصية سير إجراءات دعاوى فك الرابطة الزوجية أن
الشريعة الإسلامية قررت اللجوء إلى التحكيم للتوفيق بين الزوجين إذا اشتد الشقاق بينهما
وذلك للحفاظ على بقاء العلاقة الزوجية و قد حث جميع فقهاء الإسلام على العمل به حتى أن
البعض منهم لم يكتف بالحث عليه بل جعله من الأمور التي يجب على القاضي العمل بها في
حال الشقاق بين الزوجين، إلا أن المشرع الجزائري رغم أنه تبنى اللجوء إلى الحكيم كإجراء
من إجراءات حل النزاعات الزوجية مقتدياً في ذلك بأحكام الشريعة الإسلامية، إلا أنه لم يعط
هذه الوسيلة المهمة القيمة التي يجب أن تحظى بها فالتصوص التي أوردها المشرع في قانون الأسرة
و قانون الإجراءات المدنية بخصوص التحكيم شامها الكثير من الغموض، فلم يبين المشرع
الدعاوى التي يتوجب فيها اللجوء إلى التحكيم، و إجراءات تعيين الحكيم و شروطهما، و كيفية
مثولهما أمام المحكمة، و حدود المهمة الموكلة إليهما، و مدى السلطة التقديرية للمحكمة بشأن ما
انتهى إليه الحكمان، و بالتالي كان على المشرع إعطاء هذه الوسيلة الأهمية التي يجب أن تحظى
بها خاصة مع تزايد عدد قضايا الشقاق بين الأزواج.



الفصل الثاني

الأحكام الصادرة في دعاوى شؤون الأسرة والظعن عليها

في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

تمهيد وتقسيم:

تقتضي دراسة هذا الفصل أن نتناول أولاً الأحكام الصادرة في دعاوى شؤون الأسرة ثم بعد ذلك نتطرق لدراسة الظعن في هذه الأحكام وطرقه، لذا سنقسم هذا الفصل إلى المبحثين التاليين:

- المبحث الأول: الأحكام الصادرة في دعاوى شؤون الأسرة في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

- المبحث الثاني: طرق الظعن في الأحكام الصادرة في دعاوى شؤون الأسرة في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري



المبحث الأول

الأحكام الصادرة في دعاوى شؤون الأسرة في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

ويشمل المطالب التالية:

المطلب الأول

تعريف الحكم القضائي وشروطه

الفرع الأول: تعريف الحكم القضائي

أولاً/- تعريف الحكم القضائي لغة: الحكم في اللغة يطلق في الأصل و يراد به المنع، ومنه سميت حكمة اللجام- وهي: حديدة تجعل في اللجام تحيط بجنكي الدابة-، لأنها تذللها لراكبها حتى تمنعها الجماح و نحوه¹، ومن هذا يقال حكمت عليه بكذا إذا منعته من خلافه فلم يقدر على الخروج من ذلك².

ويطلق في اللغة على معاني متعددة منها القضاء، فيقال حكمت بين القوم فصلت بينهم فأنا حاكم³، و حكم له وحكم عليه و حُكِمَ بينهم وتحاكموا إلى الحاكم إي تخاصموا إليه ليحكم بينهم⁴.

ثانياً/- تعريف الحكم القضائي في الاصطلاح

أ) : تعريف الحكم القضائي في الاصطلاح الشرعي: يعرف الحكم في الاصطلاح الشرعي عند بعض الفقهاء بأنه " ما يلزم به القاضي أحد الخصمين"⁵، وقد عرفته مجلة الأحكام العدلية في المادة (1786) بأنه : "قطع القاضي المخاصمة وحسمه إياها وهو على قسمين:

القسم الأول: هو إلزام القاضي المحكوم به على المحكوم عليه بكلام كقوله حكمت

¹ -الأزهري، تهذيب اللغة، تحقيق محمد عوض مرعب، دار إحياء التراث العربي - بيروت، الطبعة: الأولى، 2001م، 4/ص69 وص71، ابن منظور، لسان العرب، 12/141.

² - الفيومي، المصباح المنير، 1/145،

³ - الفيومي، المرجع السابق، 1/145،

⁴ - الرازي، مختار الصحاح، المكتبة العصرية - الدار النموذجية، بيروت - صيدا، الطبعة: الخامسة، 1420هـ / 1999م، ص78.

⁵ - ابن عاصم، القاضي أبي بكر محمد عاصم الأندلسي الغرناطي، إحكام الأحكام على تحفة الأحكام، محمد يوسف الكافي على منظومة فيما يلزم القضاة من الأحكام في مذهب مالك بن أنس، دار الكتب العلمية بيروت، بدون طبعة، ص13.



«الباب الثاني» ————— إجراءات رفع دعوى شؤون الأسرة و قواعد نظرها والأحكام الصادرة بشأنها والظعن عليها - كـ

أو أعطى الشيء الذي ادعى به عليك ويقال له قضاء الإلزام وقضاء الاستحقاق.

والقسم الثاني: هو منع القاضي المدعي عن المنازعة بكلام كقوله ليس لك حق أو أنت ممنوع عن المنازعة ويقال لهذا قضاء الترك¹.

و عرفه الدكتور محمد نعيم ياسين بأنه: "فصل الخصومة بقول أو فعل يصدر عن القاضي ومن في حكمه بطريق الإلزام"².

(ب): تعريف الحكم القضائي في القانون الوضعي: أما شراح القانون فيطلقون لفظ الحكم بصفة عامة على كل قرار يصدر من المحكمة في خصومة قضائية"، ومن أشهر التعاريف عندهم تعريف الدكتور أحمد أبو الوفا الذي يعرفه بأنه: "القرار الصادر من محكمة مشكلة تشكيلا صحيحا، ومختصة أو صارت مختصة بعدم الاعتراض على اختصاصها في الوقت المناسب، في خصومه رفعت إليها وفق قواعد المرافعات، سواء أكان صادرا في موضوع الخصومة أو في شق منها أو في مسألة متفرعة عنها"³.

ومن خلال التمعن في التعاريف القانونية للحكم القضائي يمكن اختصار تعريف الحكم القضائي في العبارات الآتية: "قرار صادر في منازعة، حاسم للتزاع فيها أو في شق منها، وفق إجراءات معينة".

بعد المقارنة بين التعاريف الفقهية و التعاريف القانونية للحكم القضائي نلاحظ أن الحكم عند شراح القانون لا يشترط فيه أن يقطع الخصومة و يحسم التزاع فقد يكون في شق منه أو في مسألة متفرعة عنه، بخلاف فقهاء الشريعة الإسلامية فلا يعتبر حكما عندهم إلا ما كان فاصلا في الخصومة من الناحية الموضوعية و حاسما للتزاع فيها⁴.

¹ - لجنة مكونة من عدة علماء وفقهاء في الخلافة العثمانية، مجلة الأحكام العدلية، تحقيق نجيب هواري، ص365.

² - د. محمد نعيم ياسين، نظرية الدعوى، ص643.

³ - د. أحمد أبو الوفا، نظرية الأحكام في قانون المرافعات، الطبعة الثانية سنة 1977، ص35.

⁴ - د. محمد نعيم ياسين، المرجع السابق، ص644-645.



الفرع الثاني: شروط الحكم القضائي

أولاً- شروط الحكم القضائي في الفقه الإسلامي: يشترط فقهاء الشريعة الإسلامية لصحة الحكم شروطاً نعملها في الآتي:

1. أن يصدر الحكم بناءً على مطالبته المدعي بالحكم على خصمه: لأن القاضي لا يمكنه أن يجبر أحداً للحكم إذا لم يطلب ذلك، فالتناس مخيرون بالمطالبة بحقوقهم أو تركها و ليس للقاضي التدخل في ذلك إلا إذا رفعت إليه الدعوى و طلب منه أن يفصل فيها، و قد جاء في كتاب الكافي لابن قدامة-رحمه الله- "و لا يحكم به إلا بمطالبة المدعي، لأن الحكم حق له، فلم يجز استيفاءه بغير إذنه، فإذا طالبه حكم له"¹، إلا أن المطالبة القضائية ليست شرطاً فيما يصدره القاضي من أحكام تتعلق بحقوق الله، حيث أن تحصيلها واجب عليه، فلو شهد شاهدان لدى القاضي أن فلاناً طلق زوجته ثلاثاً و أنه لا زال يعاشرها يحكم القاضي بالطلاق و يفرق بينهما و يكون حكمه صحيح، إلا أن بعض الفقهاء استثنوا من شرط سبق المطالبة القضائية- الدعوى- الحكم الفعلي لأن المحكوم به ليس مدعياً به أو ليس مطلوباً من أحد، كما لو زوج القاضي الصغير الذي ليس له ولي، أو باع مال اليتيم أو قسم عقاره².

2. أن يصدر الحكم بصيغة جازمة ملزمة: فيجب أن يكون الحكم بصيغة جازمة لإلزام النزاع و قطع الخصام، و يجب أن يكون بصيغة الإلزام لإلزام المحكوم عليه به، و هذا ما يميز القضاء عن الإفتاء.

3. أن يستند الحكم القضائي على وسيلة من وسائل الإثبات الشرعية: و هذا يقتضي أن لا يكون مخالفاً لنص قرآني أو سنة نبوية أو إجماع أو القياس الجلي فحكم القاضي الذي يخالف أحكام الشريعة الإسلامية واجب نقضه باتفاق أئمة المسلمين³، لأن

¹ - ابن قدامة، الكافي في فقه الإمام أحمد، دار الكتب العلمية، الطبعة: الأولى، 1414 هـ - 1994 م، ص237/4.

² - ابن عابدين، الحاشية، 353/5، علي حيدر درر الحكام في شرح مجلة الأحكام، 666/4.

³ - النووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين، المكتب الإسلامي، بيروت- دمشق- عمان، الطبعة: الثالثة، 1412 هـ /

1991م، 53/10، الشيرازي، التنبيه في الفقه الشافعي، عالم الكتب، بدون رقم طبعة وتاريخ نشر، ص257.



«الباب الثاني» ————— إجراءات رفع دعوى شؤون الأسرة و تداول نظرها والأحكام الصادرة بشأنها والطقن عليها - كـ.

القاضي مكلف بالحكم بما أنزل الله و رسوله و لا اجتهاد في مورد النص يقول الله تعالى: ﴿وَأَنِ احْكُم بَيْنَهُم بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَاءَهُمْ﴾¹.

4. أن يكون الحكم واضحا: فلا بد من تعيين المحكوم به و تعيين المحكوم له و المحكوم

عليه بصورة واضحة ترفع أي احتمال أو اشتباه،² فإذا لم يكن كذلك لم يكن رافعا للخلاف بين المتنازعين وبالتالي لا يمكن تنفيذه.³

و قد أضاف بعض الفقهاء شروطاً أخرى لصحة الحكم القضائي فاشتراط الأحناف حضور الخصوم لأنهم لا يجيزون القضاء على الغائب⁴، واشتراط الملكية لصحة الحكم أن يسبقه إعدار من القاضي إلى من توجه عليه الحكم باستقاء حجته، و أنه ليس عنده ما يسقط موجب الحكم⁵، إلا أننا فضلنا التفصيل في أهم الشروط المتفق عليها بين الفقهاء و اكتفينا بذكر الشروط الأخرى.

ثانياً- شروط الحكم القضائي في القانون الجزائري

كباقي النظم الوضعية الأخرى اشترط المشرع الجزائري شروطا كثيرة في الحكم القضائي منها ما تعلق بإجراءات إصداره و النطق به، -مثل ضرورة التداول السري بين أعضاء هيئة الحكم الذين سمعوا المرافعة، و شرط النطق بالحكم في جلسة علنية، وهذه الشروط سبق تناولها تفصيلا-، ومنها ما تعلق بوثيقة الحكم حيث ألزم المشرع الجهة الفاصلة في الدعوى أن تضمنها بيانات جوهرية لا يمكن إغفالها، فمادام أن الحكم القضائي وثيقة رسمية فيتعين أن يكون مكتوبا في الشكل المقرر له⁶، شأنه شأن أية ورقة من الأوراق الرسمية لذا يجب أن تتوافر في وثيقة الحكم بيانات جوهرية، يترتب على تخلفها - بحسب الأصل - بطلانه، وهذه البيانات ورد

1 - سورة المائدة الآية: 49.

2 - د عبد الرحمن ابراهيم عبد العزيز الحميصي، القضاء و نظامه في الكتاب و السنة، ص 650.

3 - ابن فرحون، تبصرة الحكام، 1/125، محمد نعيم ياسين نظرية الدعوى ، ص 650.

4 - بابن نجيم، البحر الرائق، 7/18. العين، البناية شرح الهداية، 9/36.

5 - محمد بن أحمد بن محمد عيش، فتح العلي المالك في الفتوى على مذهب الإمام مالك، دار المعرفة، 2/295.

6 - د. غوثي بن ملح، القانون القضائي الجزائري، ص 356.



«الباب الثاني» ————— إجراءات رفع دعوى شؤون الأسرة و تداول نظرها والأحكام الصادرة بشأنها والطقن عليها - كـ

النص عليها في المواد 275-276-277-278 على التوالي، في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، حيث قررت هذه المواد أنه يجب أن يتضمن الحكم ديباجة تصدر باسم الشعب أي عبارة "الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، و أن يصدر باسم الشعب الجزائري"¹، كما يجب أن يُبيِّنَ في الحكم المحكمة التي أصدرته وتاريخ إصداره، وأسماء القضاة الذين سمعوا المرافعة واشتركوا في الحكم وحضروا تلاوته و ذكر صفتهم، وعضو النيابة الذي أبدى رأيه في القضية إن كان، و اسم و لقب أمين الضبط الذي حضر مع تشكيلة الحكم، وأسماء الخصوم وألقابهم ومواطن إقامة كل منهم، وذكر أسماء المحامين و ألقابهم و أي شخص قام بتمثيل أو مساعدة الخصوم²، كما يجب أن يشمل الحكم على عرض مجمل لوقائع الدعوى، ثم طلبات الخصوم، وخلاصة موجزة لدفعهم ودفاعهم الجوهرية و الرد على الطلبات و الأوجه المثارة، ثم تذكر بعد ذلك أسباب الحكم و منطوقه، ثم توقيع رئيس الجلسة و أمين الضبط و القاضي المقرر عند الاقتضاء. لذا يجب ذكر بعض أهم البيانات على النحو التالي:

5. يجب أن يشمل الحكم ديباجة: و الديباجة هي مقدمته و الجزء الأول منه، و هي

عبارة عن مجموعة من البيانات يتعين لسلامة الحكم أن يصدر مشتتملا عليها، و تشمل الديباجة عبارة-الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، باسم الشعب الجزائري- و يدخل بعض شراح القانون في ديباجة الحكم ذكر الجهة القضائية التي أصدرت الحكم وتاريخ إصداره، وأسماء القضاة الذين سمعوا المرافعة واشتركوا في الحكم وحضروا

1 - المادة 275 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية: "يجب أن يشمل الحكم تحت طائلة البطلان، العبارة الآتية:" الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، باسم الشعب الجزائري".

2 - المادة 276 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية: "يجب أن يتضمن الحكم البيانات الآتية:

1. الجهة القضائية التي أصدرته.
2. أسماء وألقاب و صفا القضاة الذين تداولوا في القضية.
3. تاريخ النطق بالحكم.
4. اسم و لقب ممثل النيابة العامة عند الاقتضاء.
5. اسم و لقب أمين الضبط الذي حضر مع تشكيلة الحكم.
6. أسماء وألقاب الخصوم وموطن كل منهم، وفي حالة الشخص المعنوي تذكر طبيعته و تسميته ومقره الاجتماعي و صفة ممثله القانوني أو الاتفاقي.
7. أسماء و ألقاب المحامين أو أي شخص قام بتمثيل أو مساعد الخصوم.
8. الإشارة إلى عبارة النطق بالحكم في جلسة علنية.



«الباب الثاني» ————— إجراءات رفع دعوى شؤون الأسرة و تداول نظرها والأحكام الصادرة بشأنها والطقن عليها - كـ.

تلاوة منطوقه و ذكر صفاتهم، وذكر اسم ولقب ممثل النيابة العامة، و اسم و لقب أمين الضبط الذي حضر مع تشكيلة الحكم وتاريخ الحكم، والملاحظ من خلال نص المادة 275 أن المشرع رتب البطلان صراحة في حالة إغفال عبارة " الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، باسم الشعب الجزائري"، ولم يرتبه في حالة إغفال البيانات الأخرى، لأن النص على هذا البيان تضمنه الدستور صراحة في نص المادة 141 بنصها " يصدر القضاء أحكامه باسم الشعب " فإذا لم يصدر الحكم باسم الشعب، فإنه يفقد شكله كحكم لأن صدوره باسم الشعب يوضح أن القوة العامة من وراء من أصدره وتستوجب تنفيذه، وهذه القاعدة من النظام العام، ومن ثم يتعين على القاضي ألا يعتد من تلقاء نفسه بالحكم الذي لا يصدر باسم الشعب إذ يعد معدوما في هذه الحالة¹.

6. يجب أن يشمل الحكم أسماء الخصوم والمحامين الممثلين عنهم ومحال إقامتهم: وهو بيان ضروري وجوهري من بيانات وثيقة الحكم، وذلك حتى لا يكون هناك شك في تحديد شخصية كل منهم، لذلك يجب أن يذكر في نسخة الحكم أسماء الخصوم والمحامين الممثلين عنهم، ومواطنهم².

7. يجب أن يشتمل الحكم على أسبابه ((تسبيب الحكم)): ومعنى تسبيب الحكم ما تسوقه المحكمة من أدلة واقعية وحجج قانونية لحكمها³، أي ذكر الأدلة الواقعية والحجج القانونية والنصوص المطبقة⁴ التي استند عليها القضاة في إصدار الحكم، و تسبيب الأحكام من الأمور الجوهرية و الضرورية التي تلزم القضاة بتطبيق القانون والتزام الحياد هذا من جهة، ومن جهة أخرى تمكين الجهات القضائية الأعلى درجة

¹ - د. أحمد أبو الوفا، التعليق على نصوص قانون المرافعات، الطبعة الثانية سنة 1975، 568/1.

² - ينظر نص الفقرتين 6 و7 من المادة 276 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية وإدارية.

³ - أ. إبراهيم مصطفى وأحمد حسن الزيات وحامد عبد القادر ومحمد علي النجار: المعجم الوسيط، 8/ 413.

⁴ - المادة 277 الفقرة الأولى من قانون الإجراءات المدنية: " لا يجوز النطق بالحكم إلا بعد تسبيبه، ويجب أن يسبب الحكم من حيث الوقائع والقانون، و أن يشار إلى النصوص المطبقة.



«الباب الثاني» ————— إجراءات رفع دعوى شؤون الأسرة و تداول نظرها والأحكام الصادرة بشأنها والطقن عليها - كـ.

من الرقابة على تطبيق القانون.

8. يجب أن يشمل الحكم على عرض موجز لوقائع القضية و طلبات الخصوم و ادعاءاتهم ووسائل دفاعهم، و أن يبين في الحكم الرد و مناقشة الطلبات و الدفع، و خلاصة ما استندوا إليه من أدلة و حجج قانونية كما يتضمن بيانا للمسائل المعروضة للفصل فيها و تذكر كذلك مختلف الإجراءات المتخذة و المراحل التي مرت بها القضية و خلاصة ما وصلت إليه دون أن يبين القضاة موقفهم منها¹.

9. يجب أن يذكر في الحكم أنه صدر في جلسة علنية، و يرد ذكر ذلك في ديباجة وثيقة الحكم، على النحو التالي على سبيل المثال بالجلسة العلنية المنعقدة بقاعة الجلسات بالمحكمة، و يذكر في منطوق كذلك على النحو التالي حكمت المحكمة أو قرر المجلس علنياً، وهذا الإجراء في رأينا غير ضروري لأنه يفترض دائماً أن الحكم صدر بناء على إجراءات صحيحة، لذلك فإذا لم يذكر في الحكم أنه صدر في جلسة علنية، فإنه يفترض صدوره على هذا النحو، طالما لم ينص في الحكم على صدوره في جلسة غير علنية.

10. يجب أن تتضمن وثيقة الحكم، التاريخ الذي صدر فيه الحكم، و المقصود بتاريخ إصدار الحكم، هو تاريخ النطق به²، و ذكر التاريخ لا يكون إلا بذكر اليوم، و الشهر، و السنة، التي تم فيها، و يعتبر هذا البيان من أهم البيانات و ذلك لمعرفة بدأ ميعاد الطعن في الأحكام، و لتحديد الوقت الذي تسري فيه حجية الأمر المقضي³.

11. يجب أن يوقع الحكم من رئيس الجلسة و كاتب ضبط الجلسة: تنص المادة 278

¹ - الفقرة الثانية من المادة 277 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية: "... يجب أيضاً أن يستعرض بإيجاز، وقائع القضية و طلبات و إدعاءات الخصوم و وسائل دفاعهم، و يجب أن يرد على كل الطلبات و الأوجه المثارة، و يتضمن ما قضى به في شكل منطوق".

² - المادة 274 قانون الإجراءات المدنية والإدارية: "تاريخ الحكم هو تاريخ النطق به".

³ - د. فتحي و الي، مبادئ قانون القضاء المدني، الطبعة الثانية سنة 1975، ص 540.



«الباب الثاني» ————— إجراءات رفع دعوى شؤون الأسرة و تداول نظرها والأحكام الصادرة بشأنها والطقن عليها - كـ

من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية على أن يوقع على أصل الحكم¹، الرئيس و أمين الضبط و القاضي المقرر عند الاقتضاء و يحفظ في ملف الدعوى، و في حال تعذر توقيع الرئيس أو أمين الضبط يعين رئيس الجهة القضائية قاض آخر أو أمينا آخر بموجب أمر ليقوم بذلك بدلا عنه².

و إضافة للبيانات الجوهرية الإلزامية تتضمن وثيقة الحكم بيانات أخرى إضافية مثل رقم الدعوى التي صدر فيها الحكم و رقم فهرسها و التي يرد ذكرها دائما في ديباجة الحكم، وهذه البيانات لا يترتب أبدا على إغفالها تعيب الحكم أو بطلانه لأن بطلان أي عمل إجرائي لعييب شكلي يفترض نقص أو خطأ عنصر شكلي تطلبه القانون.

— ملاحظة: إذا تخلف بيان من البيانات السابقة في وثيقة الحكم لا يؤدي إلى بطلان إلا إذا ثبت من خلال ملف القضية أو من سجل الجلسات أن هذا البيان أغفل في القضية برمتها، ومثال ذلك إذا أُغفلَ ذكر أن الحكم صدر في جلسة علنية ثم تبين من محضر الجلسة أنه تم النطق بالحكم في جلسة علنية، فإغفال هذا البيان في الحكم لا يؤدي إلى بطلانه³.

المطلب الثاني

أنواع الحكم القضائي وأثاره في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري.

الفرع الأول

أنواع الحكم القضائي في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

تتعدد أنواع الأحكام القضائية و يختلف بعضها عن البعض الآخر في كل من الفقه الإسلامي

و القانون الجزائري، لذلك سوف أتحدث عنها على النحو التالي:

¹ - هناك نوعين من نسخ الأحكام "نسخة الحكم الأصلية و نسخة الحكم العادية": نسخة الحكم الأصلية هي أصل الحكم وهي الورقة الرسمية التي تبقى دائما في ملف الدعوى مصونة في محفوظات المحكمة ليتمكن الرجوع إليها وقت الحاجة، أما صورة الحكم العادية فهي الورقة المتضمنة صورة نسخة الحكم الأصلية، و يقوم بتحريرها كاتب الضبط و بعد تحريرها يوقع عليها بما يفيد مطابقتها للأصل، و لا يوقع على هذه الصورة رئيس الجلسة. ينظر الأستاذ محمد العشماوي والدكتور عبد الوهاب العشماوي: قواعد المرافعات في التشريع المصري والمقارن. الجزء الثاني سنة 1958 ص 673.

² - المادة 279 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية: "إذا تعذر التوقيع على أصل الحكم من طرف القاضي الذي أصدره أو أمين الضبط يعين رئيس الجهة القضائية المعنية بموجب أمر، قاضيا آخر أو أمين ضبط آخر ليقوم بذلك بدله.

³ - نص المادة 283 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية: "لا يترتب على إغفال أو عدم صحة أحد البيانات المقررة لصحة الحكم بطلانه، إذا ثبت من وثائق ملف القضية أو من سجل الجلسات أنه تم فعلا مراعاة القواعد القانونية".



أولا/ أنواع الحكم القضائي في الفقه الإسلامي

قسم الفقهاء المسلمون الأحكام القضائية إلى أنواع عديدة تختلف باختلاف أساس التقسيم أو المعيار الذي تركز عليه، فقسم الحكم عندهم باعتبار ألفاظ الحكم المتداولة إلى الحكم بالصحة و الحكم بالموجب، وقسم من حيث ما يدل عليه إلى حكم قولي و حكم فعلي، وقسم من حيث مقصود القاضي من الحكم إلى حكم قصدي و حكم ضمني، و قسم من حيث استحقاق المدعي للمدعى به إلى حكم بالاستحقاق و حكم بالترك، وفيما يلي تفصيل ذلك:

أ: الحكم بالصحة و الحكم بالموجب:

- الحكم بالصحة¹: وهو الحكم بصحة في المحكوم به، وهذا النوع من الأحكام يرد على التصرفات من عقود وغيرها²، و قال المالكية والشافعية أنه أقوى أنواع الحكم إطلاقا³، لأنه يدل على توفر جميع شروطه من أهلية التصرف وصحة صيغته و كونه تصرفا في محله.

- الحكم بالموجب: "وهو الحكم بالآثار المترتبة على التصرف على من صدر منه التصرف بموجب ذلك التصرف"⁴ وجاء في كتاب الفتاوى الفقهية الكبرى "وأما في موجب الشيء (بفتح الجيم) فهو عبارة عن الأثر المترتب على ذلك الشيء وحينئذ فالحكم بالموجب هو إظهار المتولي قضاؤه بأمر ثبت عنده أو بالإلزام بما يترتب على ذلك الأمر منه على الوجه المعتبر عنده في ذلك شرعا"⁵، وبخلاف الحكم بالصحة يشترط في الحكم بالموجب شرطان فقط: أهلية التصرف وصحة الصيغة، لذلك كان الحكم بالصحة أعلى رتبة من الحكم بالموجب لأنه لا يشترط فيه

1 - جاء في تبصرة الحكام لابن فرحون: الحكم بالصحة عبارة عن قضاء من له ذلك في أمر قابل لقضائه ثبت عنده وجوده بشرائطه الممكن ثبوتهما، أن ذلك الأمر صدر من أهله في محله على الوجه المعتبر عنده، ينظر ابن فرحون، تبصرة الحكام، 1/116.

2 - د. عبد الرحمن ابراهيم عبد العزيز الحميضي، القضاء ونظامه في الكتاب والسنة، ص 635.

3 - د. محمد نعيم ياسين، نظرية الدعوى، ص 660.

4 - د. عبد الرحمن ابراهيم عبد العزيز الحميضي، القضاء ونظامه في الكتاب والسنة، ص 635 و 636.

5 - بن حجر الهيتمي، الفتاوى الفقهية الكبرى، جمعها: تلميذ ابن حجر الهيتمي، الشيخ عبد القادر بن أحمد بن علي الفاكهي المكي، المكتبة الإسلامية، 2/198-199.



«الباب الثاني» ————— إجرائيات رفع دعوى شؤون الأسرة و تداول نظرها والأحكام الصادرة بشأنها والطقن عليها - كـ.

ثبوت الملك، لأنه قد يعسر إثبات الملك¹.

ب)-:الحكم القولي والحكم الفعلي:

-الحكم القولي: وهو الحكم الذي يصدر بقول القاضي الملزم بعد نظر الدعوى كقوله:

ألزمت أو قضيت بكذا أو ثبت عندي، أو أي قول يدل على الترك كمنعت المدعي من التعرض للمدعى عليه، فلا يشترط لفظ معين و إنما يجب أن تكون صيغة الحكم ملزمة وهذا النوع من الأحكام يشترط لصحته سبق الدعوى².

-الحكم الفعلي: فهو ما دل عليه فعل القاضي في حدود اختصاصه القضائي كما لو زوج القاضي الصغير الذي ليس له ولي أو باع مال اليتيم أو قسم عقاره أو اشترى مالا لليتيم³، ففعل القاضي في ذلك حكم، والفرق بين الحكم القولي والفعلي، الأول يحتاج إلى دعوى صحيحة تسبقه، و الثاني لا يحتاج.

ج)-الحكم القصدي والحكم الضمني:

- الحكم القصدي: وهو الذي يكون مضمونه منصبا على الحق المدعى به والمطلوب الحكم فيه⁴، وذلك كما ادعت زوجة مؤخر صداقها بعد إثباتها ذلك بعقد الزواج الرسمي، فحكم القاضي لها بمؤخر صداقها، فيكون الحكم الصادر من القاضي حكما قصديا، لأنه انصب على الحق المدعى به مباشرة⁵.

- الحكم الضمني: "وهو الحكم الذي يكون المحكوم فيه غير مقصود، بل هو داخل ضمن المدعى المحكوم به قصدا"⁶، فهو ليس مرادا من إصدار الحكم بالقصد الأول، و إنما هو حكم

¹ - ابن فرحون، تبصرة الحكام، 1/119 وجاء فيه: "وإنما جاز الحكم بالموجب مع عدم ثبوت الملك؛ لأنه قد يعسر إثبات الملك"، وذكر كذلك: "ولا ينقض (الحكم بالموجب) إلا أن يتبين عدم الملك، فيكون نقضه كنقض الحكم بالصحة".

² - ابن قدامة، الكافي في فقه الامام أحمد، 4/237.

³ - علي حيدر، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام، 4/666.

⁴ - د. محمد نعيم ياسين، نظرية الدعوى، ص 665.

⁵ - د. محمد مصطفى الزحيلي، أصول المحاكمات الشرعية والمدنية، مطبعة دار الكتاب دمشق، ص 249.

⁶ - د. محمد نعيم ياسين، المرجع السابق، ص 665.



«الباب الثاني» ————— إجراءات رفع دعوى شؤون الأسرة و تداول نظرها والأحكام الصادرة بشأنها والطقن عليها - كـ.

يستنبط من الحكم الصريح بطريق التتبع و اللزوم، كما إذا شهد على الخصم بحق و ذكر اسمه و اسم أبيه و جده وقضى بذلك الحق كان قضاء بنسبه ضمنا و إن لم يكن في حادثة النسب، فكان الحكم بالحق حكما قصدياً، وكان الحكم بثبوت النسب حكما ضمناً¹.

د- الحكم بالاستحقاق و الحكم بالترك:

- **الحكم بالاستحقاق:** وهو إلزام القاضي المحكوم به على المحكوم عليه²، أي أن يحكم القاضي بالحق المدعى به للمدعي بعد ثبوته و يلزم به المدعى عليه، ويسمى حكم الإلزام أو الاستحقاق لأن القاضي يلزم المدعى عليه بما أقر به أو أثبتته المدعي³.

- **الحكم بالترك:** هو منع القاضي المدعي عن المنازعة⁴، كقوله ليس لك حق و أنت ممنوع من المنازعة مع المدعى عليه، و مثاله أن يدعي الزوج دعوى الطاعة على زوجته و ثبت لدى القاضي أن ذمته لازالت مشغولة بتابع المهر المعجل، فإن القاضي يحكم في هذه الحالة برد دعوى المدعي لانشغال الذمة في حق من حقوق الزوجة وهي غير ملزمة بالطاعة إلا بعد براءته ذمته من حقها، فيكون هذا الحكم مانعاً للمدعي.

و يمكن التفريق ببساطة بين الحكم بالاستحقاق و الحكم بالترك، بأنه في الحكم بالاستحقاق يظهر للقاضي أن المدعي محقا في دعواه، أما في قضاء الترك يفشل المدعي في إثبات دعواه فيقضي القاضي ضده بالترك المنازعة، إلا أن الفرق الجوهرى بين قضاء الاستحقاق وقضاء الترك يكمن في أن المقضي عليه في قضاء الاستحقاق لا يكون مقضيا له أبداً في تلك الحادثة، لأن قضاء الاستحقاق يعد حجة على المدعى عليه و غيره فلا يقبل القاضي نظر الخصومة مجدداً، أما في قضاء الترك فيمكن للمدعي إعادة رفع الدعوى و يمكن للقاضي

¹ -د. إيمان فؤاد عبد المنعم أحمد، تعارض الدعاوى والأحكام، رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق، سنة 2012، ص250، د. محمد نعيم ياسين، المرجع السابق، ص665. د. محمد مصطفى الزحيلي، المرجع السابق، ص249.

² - لجنة مكونة من عدة علماء وفقهاء في الخلافة العثمانية، مجلة الأحكام العدلية، تحقيق نجيب هوايني، ص365، المادة رقم 1786.

³ - علي حيدر، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام، 4/574.

⁴ - لجنة مكونة من عدة علماء وفقهاء في الخلافة العثمانية، مجلة الأحكام العدلية، تحقيق نجيب هوايني، ص365، المادة رقم 1786.



كـ «الباب الثاني» ————— إجراءات رفع دعوى شؤون الأسرة و تداول نظرها والأحكام الصادرة بشأنها والطعن عليها - كـ.

أن يقضي له إذا أثبت دعواه بالبينة في تلك الحادثة¹.

ثانياً: أنواع الحكم القضائي في القانون الجزائري

الحكم القضائي في القانون الجزائري والقوانين الأخرى ليس نوعاً واحداً، وإنما تتعدد أنواعه وتختلف من زوايا و نواح متعددة، فيقسم من ناحية قابليته للطعن إلى حكم ابتدائي وحكم نهائي وحكم بات، و يقسم من ناحية حسمه للتزاع إلى حكم قطعي و حكم غير قطعي، و يقسم من حيث صدوره في غيبة المدعى عليه أو حضوره إلى حكم حضوري و حكم غيبي، و يقسم من ناحية تأثيره على الحق أو مركزه من الحماية التي انتهى إليها إلى حكم مقرر للحق و حكم منسحق له، و هناك تقسيمات أخرى كثيرة - لا يتسع المجال لذكرها-، و فيما يلي ذكر أهم هذه التقسيمات:

أ) الحكم الابتدائي و الحكم النهائي و الحكم البات: يكون الحكم ابتدائياً إذا صدر من أول درجة و كان يقبل الطعن بالاستئناف²، أما الحكم النهائي فلا يقبل الطعن بالاستئناف³، ويستوي أن يصدر انتهائياً من أول درجة، أو يصير كذلك لفوات ميعاد الطعن فيه بالاستئناف دون حصول الطعن، أو يصدر من محكمة الدرجة الثانية لعدم قابليته قانوناً للاستئناف، و يكون الحكم باتاً إذا لم يقبل الطعن فيه بأي طريق من طرق الطعن سواء كانت طرق طعن عادية- المعارضة و الاستئناف- أو طرق الطعن غير العادية - النقض و التماس إعادة النظر-، وتظهر أهمية التفرقة بين الأحكام الابتدائية والنهائية في صلاحية الحكم لإجراء التنفيذ الجبري، لأن الحكم الابتدائي غير قابل لمباشرة إجراءات التنفيذ و ذلك لاحتتمال إغائه من محكمة الدرجة الثانية بخلاف الحكم النهائي فهو حكم قابل للتنفيذ حتى ولو طعن فيه عن طريق النقض، لأنه كأصل عام الطعن بالنقض لا يوقف التنفيذ، وهذه القواعد تسري على مسائل شؤون الأسرة وغيرها من المسائل ذات الطابع المدني العادي، إلا أن المشرع جعل من أحكام فك الرابطة -

1 - الحموي، أحمد بن محمد مكي، غمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر، دار الكتب العلمية، الطبعة: الأولى، 1405هـ - 1985م، 330/2.

2 - د. الغوثي بن ملحمة، القانون القضائي الجزائري، ص353، د. أحمد أبو الوفا، نظرية الأحكام في قانون المرافعات، ص370.

3 - د. الغوثي بن ملحمة، المرجع السابق، ص353، د. أحمد أبو الوفا، المرجع السابق، ص370.



«الباب الثاني» ————— إجراءات رفع دعوى شؤون الأسرة و تولاها نظرها والأحكام الصادرة بشأنها والظعن عليها - كـ.

طلاق و تطليق و خلع- أحكاما ابتدائية نهائية -رغم صدورها من محكمة الدرجة الابتدائية- أي لا تقبل الطعن فيها إلا عن طريق النقض، وهذا ما نصت عليه المادة 57 من قانون الأسرة" تكون الأحكام الصادرة في دعوى الطلاق والتطليق و الخلع غير قابلة للاستئناف فيما عدا جوانبها المادية".

ب):الحكم القطعي و الحكم غير القطعي: يكون الحكم قطعيا عندما يحسم النزاع في جملته كالحكم بإجابة طلبات المدعي أو برفضها،¹ مثل أحكام فك الرابطة الزوجية بين الزوجين، أو إثبات النسب أو الحكم برفض دعوى التطليق كل هذه أحكام قطعت النزاع، وقد يكون الحكم قطعيا ولو كان حاسما فقط في جزء من النزاع، أو في مسألة متفرعة عنه فيكون قطعيا بالنسبة لها كالحكم الصادر برفض الدفع بعدم الاختصاص.

ويكون الحكم غير القطعي إذا لم يحسم النزاع كالحكم الصادر في مسألة وقتية،² كتحديد نفقة مؤقتة للأولاد قبل الفصل في دعوى فك الرابطة أو دعوى الرجوع المطروحة أمام القضاء من أحد الأبوين أو الحكم بحضانة مؤقتة، أو تعيين حارس قضائي، و الأحكام غير القطعية تعتبر أحكاما صادرة قبل الفصل في الموضوع، و يمكن أن تكون أحكاما تحضيرية³ كالحكم القاضي بندب خبير (طبيب مختص) لفحص الزوج في حالة رفع دعوى تطليق للعبث من الزوجة، أو الحكم بتعيين طبيب مختص في الأمراض العقلية لفحص المدعى عليه في دعوى الحجر، أو الحكم بإجراء تحليل البصمة الوراثية في قضايا النسب وبالتالي فحكم القاضي ليس حاسما للنزاع بل هدف القاضي من الحكم التحضيري هو التأكد من ادعاءات المدعي، كما يمكن أن تكون الأحكام غير القطعية أحكاما تمهيدية⁴ كالحكم بندب خبير لتقدير التعويض في حالة اقتناع القاضي بمسؤولية المدعي عليه.

1 - د. الغوثي بن ملح، القانون القضائي الجزائري، ص353، المستشار أنور طلبة، الطعن بالاستئناف و إلتماس إعادة النظر، المكتب الجامعي الحديث، الاسكندرية، ص5. المستشار أنور طلبة، المرجع السابق، نفس الموضوع.

2 - د. الغوثي بن ملح، المرجع السابق، ص353.

3 - الحكم التحضيري: هو الحكم الذي يصدره القاضي أثناء سير الخصومة يقضي من خلاله باتخاذ إجراء معين دون أن يكشف عن وجهة نظره بشأن النزاع و في الغالب يكون قبل تكون القاضي موقف من النزاع.

4 - الحكم التمهيدي: هو الحكم الذي يصدره القاضي أثناء سير الخصومة يقضي من خلاله باتخاذ إجراء معين و يستشف منه الاتجاه الذي يميل إليه رأي المحكمة في موضوع النزاع المطروح.



«الباب الثاني» ————— إجراءات رفع دعوى شؤون الأسرة و تداول نظرها والأحكام الصادرة بشأنها والطقن عليها - كـ

ج- الحكم الحضورى و الحكم الغيابى و الحكم الاعتبارى حضورى: يصدر الحكم حضوريا فى حق المدعى والمدعى عليه فى حالة حضورهما شخصا أو ممثلين بوكالاتهم أو محاميهم أثناء الخصومة أو تقدموا بمذكرات دفاع فيها¹، و يعتبر الحكم حضوريا بالنسبة للمدعى فى جميع الأحوال إذا امتنع عن حضور الجلسات دون مرور مشروع²، أما الحكم الغيابى فيصدر فى منازعة لم يحضرها المدعى عليه أو وكيله أو محاميه، رغم صحة تكليفه بالحضور³، ويكون الحكم اعتبارى حضورى فى حق المدعى عليه فى حالة تخلفه عن الحضور أو وكيله أو محاميه رغم تكليفه بالحضور شخصا، و الملاحظ أن المشرع ميز بين الحكم الصادر فى غيبة المدعى عليه فى حالة تبليغه الشخصى⁴ و الحكم الصادر فى حالة تبليغه فى الوطن، فإذا تم تبليغ المدعى عليه شخصا وتخلف عن الحضور أو تخلف وكيله أو محاميه يفصل القاضى فى موضوع الدعوى بحكم اعتبارى حضورى و الحكم المعتبر حضوريا لا يحق فيه الطعن عن طريق المعارضة بل يُطعن فيه عن طريق الاستئناف لأنه فى مثابة الحكم الحضورى، وتظهر أهمية التفرقة بين الحكم الحضورى و الحكم الغيابى بالنسبة للطعن بالمعارضة، فالمعارضة لا تجوز إلا فى الحكم الغيابى.

د- الحكم المقرر و الحكم المنشئ: يكون الحكم مقررا " كاشفا" إذا قضى بوجود حقا أو مركزا كان موجودا من قبل صدوره، كالحكم بصحة أو بطلان عقد أما، و الحكم المقرر أو الكاشف هو الأصل فى الأحكام القضائية، لأن الحكم القضائى كقاعدة عامة لا ينشئ حقا غير موجود و إنما يقطع النزاع حول حق قائم و موجود قبل صدور الحكم، ويكون الحكم- استثناء- منشئا إذا أنشأ حقا أو مركزا قانونيا لم يكن موجودا قبل صدوره، ومن تطبيقات الحكم المقرر فى مسائل شؤون الأسرة الحكم بالطلاق فى الدعوى المرفوعة من الزوج أو الحكم

1 - المادة 288 قانون الإجراءات المدنية والإدارية: " يكون الحكم حضوريا إذا حضر الخصوم شخصا أو ممثلين بوكالاتهم أو محاميهم أثناء الخصومة أو قدموا مذكرات و لم يبدوا ملاحظات شفوية".

2 - المادة 290 قانون الإجراءات المدنية والإدارية: " إذا لم يحضر المدعى دون سبب مشروع، جاز للمدعى عليه طلب الفصل فى موضوع الدعوى، ويكون الحكم فى هذه الحالة حضوريا".

3 - المادة 292 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية: " إذا لم يحضر المدعى عليه أو وكيله أو محاميه، رغم صحة التكليف بالحضور، يفصل القاضى غيابيا".

4 - المادة 293 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية: " إذا تخلف المدعى عليه بالحضور شخصا أو وكيله أو محاميه عن الحضور، يفصل بحكم اعتبارى حضورى".



كـ «الباب الثاني» ————— إجراءات رفع دعوى شؤون الأسرة و توابعها والأحكام الصادرة بشأنها والطقن عليها - كـ.

بالطلاق بالتراضي، فإذا طلب الزوج فك الرابطة الزوجية بصفته مالك العصمة الزوجية، فإن له الحق في إنشاء الطلاق بإرادته المنفردة، ودور القاضي في حالة الرفع إليه ما يكون إلا مسجلا لإرادة الزوج، وليس له الحق في رفض هذه الرغبة وهذه الإرادة سواء كانت مبررة أو غير مبررة، لأن عدم استناد الزوج في طلبه على الأسباب الجدية التي تبرر طلبه لا يمنعه من إيقاع الطلاق بل يكون معيار لتحديد مسؤوليه الزوج الناتجة عنه، طبقا لنص المادة 52 من قانون الأسرة، فيكون بذلك حكم القاضي مقررا وكاشفا لطلاق وليس منشأ له، وهذا ما يؤيده اجتهاد المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 1984/06/25 في الملف رقم 33715 (أن الطلاق هو حق للرجل صاحب العصمة، وأنه لا يجوز للقاضي أن يحل محله في إصداره، أما التطبيق فهو حق للمرأة المتضررة وترفع أمرها للقاضي الذي يطلقها، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا للأحكام الشرعية الإسلامية)¹، ومن أمثلة الحكم المنشئ في مسائل الأسرة أحكام التطلق، لأن التفريق بين الزوجين من الأمور التي تحتاج إلى الاجتهاد والنظر من قبل القاضي، هذا الأخير له سلطة تقديرية واسعة في تقدير الضرر اللاحق بالزوجة، والذي لا يسوغ له إذا طلبت الزوجة التطلق أن يحكم لها بذلك إلا إذا أثبت الضرر الذي لحقها من بعلمها، وما يدعم ذلك كلمة العدد لاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية بالمحكمة العليا، التي ألقاها السيد الهاشمي هويدي رئيس الغرفة :

(أنه إذا كانت العصمة في يد الزوج فإن ذلك لا يمنع الزوجة من الحصول على طلب التطلق الذي ترفعه إلى القضاء في حدود ما جاءت به المادة 53 من قانون الأسرة، والقاضي هو الذي ينشئ الطلاق نيابة عن الزوجة في حالة إثباتها لدعواها بشأن الحالة أو الحالات التي تدعيها، وعلى القاضي أن يقضي بالطلاق لا بالتطلق في حالة ثبوت دعوى التطلق، ومعنى هذا أن الزوجة لها الحق في أن تحصل على الطلاق عن طريق القضاء في حدود المادة المشار إليها، وعليه فالطلاق للزوج والتطلق للزوجة والواقع عمليا أن التطلق هو طلاق لكن شرط أن يعرض على القضاء للحكم بصحة السبب الذي بني عليه التطلق)، وبالتالي فاحكم القاضي بالتفريق بين الزوجين هو حكم منشئ لفك الرابطة الزوجية وليس كاشفا لها ما دام أن العصمة بيد الزوج لا بيد الزوجة.

1 - المجلة القضائية لسنة 1989، عدد 3، الصفحة 73، في الملف رقم 33715.



الفرع الثاني: آثار الحكم القضائي في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

إن هدف المدعي من رفعه للدعوى القضائية لا يتوقف عند حصوله على حكم قضائي يكرس حقه فقط بل ما يبتغيه فعلا هو احترام الحكم وتنفيذه، لذلك حازت الأحكام القضائية في كل من الشريعة الإسلامية و القانون الوضعي على حجية الأمر المقضي، ومؤدى ذلك أنه يجب تنفيذ الأحكام القضائية و إمضاؤها وعدم جواز إعادة البحث فيما قضت به و اعتبار الحكم حجة فيما فصل فيه، لكن ما رأي فقهاء الشريعة الإسلامية فيما لو صدر حكم القاضي مخالفا للحقيقة والواقع فهل يغير حكم القاضي صفة الشيء من حرام إلى حلال أو العكس؟.

وما آثار الحكم القضائي في مسائل شؤون الأسرة في القانون الجزائري؟

سنجيب على هذين التساؤلين على النحو التالي:

أولا-/ أثر الحكم القضائي في تحليل المحكوم به أو تحريمه في الفقه الإسلامي:

اختلف فقهاء الشريعة في المسألة على قولين:

القول الأول: " حكم القاضي يحل الحرام و يحرم الحلال أي ينفذ ظاهرا و باطنا"

و هو قول الإمام أبي حنيفة¹ وبعض المالكية² وبعض الحنابلة³ حيث قالوا بأن حكم القاضي ينفذ ظاهرا و باطنا حتى ولو كان الباطن مخالفاً للظاهر، ولو كان ذلك بشهادة زور أو بينة خاطئة أو إقرار غير حقيقي أو يمين كاذبة، لكن بشرط أن تكون الدعوى بسبب معين كالنكاح والبيع والإجارة، فعلى هذا القول لو أن رجلا شهد شهادة زور على أجنبية أنها زوجة لرجل أجنبي ليست له بزوجة فحكم القاضي بمقتضى هذه الشهادة فإنها تحل له بمقتضى هذا الحكم ويجوز له وطؤها و تأمر المرأة بتسليم نفسها إليه و لها جميع الحقوق الشرعية المترتبة على عقد الزواج، ويكون حكم القاضي بمثابة عقد الزواج، و يأخذ نفس الحكم لو شهد شاهد

1 - ابن عابدين، الحاشية، 405/5، السرخسي، المبسوط، 180/16، النووي، المنهاج شرح صحيح مسلم بن الحجاج (شرح النووي)، دار إحياء التراث العربي - بيروت، الطبعة: الثانية، 1392 هـ، 6/12، الموسوعة الفقهية الكويتية، 338/23.

2 - ابن فرحو، تبصرة الحكام، 84/1.

3 - المرادوي، الإنصاف، 312/11.



«الباب الثاني» ————— إجرائيات رفع دعوى شؤون الأسرة و تداول نظرها والأحكام الصادرة بشأنها والطقن عليها - كـ.

زور عند القاضي على طلاق امرأة فحكم القاضي بالطلاق طلقت من زوجها بقضائه، وجاز لها أن تتزوج من آخر، كما يجوز أن يتزوجها من شهد بطلاقها زورا.

وقد اشترط أبو حنيفة شرطين لنفاذ القضاء في الدعاوى ظاهرا و باطنا هما:

1. قابلية المحل للحكم الذي قضى به القاضي، وذلك لأن عدم قابلية المحل للحكم يؤدي إلى عدم نفاذ الحكم باطنا، مثل ذلك إدعاء رجل أنه تزوج امرأة وشهد شاهدان بذلك زورا و بهتاناً، فحكم القاضي بصحة عقد الزواج رغم علمه بأن هذه المرأة محرمة على هذا الرجل بسبب قيام أحد أسباب التحريم بها كما لو كانت أخته في الرضاعة أو زوجة آخر، فمثل هذا الحكم غير نافذ باطنا لأن المحل لا يقبل إنشاء العقد عليه¹.

2. عدم علم القاضي بكذب المدعي و شهود زور، لأنه لو علم بذلك لما نفذ الحكم أصلا لا ظاهرا ولا باطنا².

أدلة أصحاب القول الأول:

استدل أصحاب هذا القول بالآتي:

— بما روي عن الإمام علي بن أبي طالب أن رجلا ادعى على امرأة نكاحا بين يدي علي عليه السلام وأقام شاهدين فقضى علي عليه السلام بالنكاح بينهما فقالت المرأة إن لم يكن بدا يا أمير المؤمنين فزوجني منه فإنه لا نكاح بيننا فقال علي شاهداك زوجاك³.

فدل الأثر على أن النكاح ثبت بحكمه، و أفاد النفاذ في الظاهر والباطن، و قد كان تحصينا لها من الزنا و قضاء منه بشاهدي زور⁴. و قد ردّ المخالفون أن الخبر و إن صح، لا حجة لهم فيه، لأنه أضاف التزويج إلى الشاهدين، لا إلى حكمه، و لم يجبهها إلى التزويج⁵.

1 - ابن عابدين، الحاشية، 406/5، الكاساني، بدائع الصنائع، 15/7، علي قراة، الأصول القضائية في المرافعات الشرعية، الطبعة الثانية، 1344هـ-1925م، مطبعة دار النهضة بمصر، ص307.

2 - د. محمد نعيم ياسين، نظرية الدعوى، ص677 و678.

3 - السرخسي، المبسوط، 182/16.

4 - ابن عابدين، الحاشية، 406/5، د. محمد نعيم ياسين، نظرية الدعوى، ص680.

5 - البهوتي، كشاف القناع، 358/6.



﴿الباب الثاني﴾ ————— إجرائيات رفع وعوى شؤون الأسرة و تداول نظرها والأحكام الصادرة بشأنها واللعن عليها - كـ

- استدلووا بالقياس على اللعان¹، بقولهم قد ثبت أن النبي ﷺ قد فرق بين المتلاعنين مع أنه يعلم يقينا أن أحدهما كاذب، والحكم بالتفريق بينهما ينفذ ظاهرا وباطنا وتحرم على الزوج و يحل لها الزواج من غيره، و إن دل هذا الأمر على شيء إنما يدل على أن حكم القاضي يمتد إلى تغيير الوصف الشرعي فيحل ما كان حراما قبل الحكم و يحرم ما كان حلالا قبل الحكم.

و قد ردّ المخالفون أنه لا يصح القياس على اللعان من عدة أوجه:

1. - اللعان عقوبة توقع على المتلاعنين ليعلم الكافة أن أحدهما كاذب و حانث في إيمانه، أما حكم القاضي ليس بعقوبة.

2. حكم اللعان ثابت بنص القرآن، وعليه فهو أصل لا يقاس عليه².

وبالتالي فلا يصح أن يقاس حكم القاضي المخالف للحقيقة على اللعان.

القول الثاني: (حكم القاضي لا يحل حراما للمحكوم له ولا يجرم حلالا) وذهب إليه جمهور الفقهاء من مالكية³ و شافعية⁴ و حنابلة⁵ و هو قول الأوزاعي وإسحاق وأبو ثور⁶ وابن

1 - اللعان: هو أن يُلاعن الرجل زوجته، فيشهد أربع شهادات أنها زانية، وفي الخامسة يقول: إن لعنة الله عليه إن كان كاذبًا، وتقوم هي أيضًا فتشهد أربع شهادات بالله أنه كاذب فيما رماها به من الزنا، وفي الخامسة تقول: فعليها غضب الله إن كان من الصادقين، وبعد هذا يفرق القاضي بينهما فرقة مؤبدة لا تعود إليه.

2 - الشوكاني، نيل الأوطار، تحقيق عصام الدين الصباطي، دار الحديث، مصر، الطبعة: الأولى، 1413هـ - 1993م، 322/8.

3 - الباجي، المنتقى شرح الموطأ، مطبعة السعادة - بجوار محافظة مصر، الطبعة: الأولى، 1332 هـ، 5/186، الدسوقي، الحاشية، 4 / 156، الخرشي، شرح مختصر خليل للخرشي، 166/7، الصاوي، بلغة السالك لأقرب المسالك المعروف بحاشية الصاوي على الشرح الصغير، 4/223.

4 - الأنصاري، أسنى المطالب في شرح روض الطالب، دار الكتاب الإسلامي، بدون طبعة وبدون تاريخ، 4/305، الهيثمي، تحفة المحتاج في شرح المنهاج، المكتبة التجارية الكبرى بمصر لصاحبها مصطفى محمد، بدون طبعة، نشر سنة 1357 هـ - 1983 م، 10/145.

5 - البهوتي، كشف القناع، 6/358، الريحاني، مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى، المكتب الإسلامي، الطبعة: الثانية، 1415 هـ - 1994 م، 6/533.

6 - الموسوعة الفقهية الكويتية، 33/337.



﴿الباب الثاني﴾ ————— إجمالات رفع وعوى شؤون الأسرة و قولها ونظرها والأحكام الصادرة بشأنها والطقن عليها - كـ

وابن حزم الظاهري¹ وداود ومحمد وأبو يوسف وزفر من الحنفية²، وجاء في أقوالهم أن قضاء القاضي المستوفي لشروطه، لا يزيل الشيء عن صفته، بمعنى أن حكم القاضي لا يجل ما كان حراماً قبل الحكم ولا يحرم ما كان حلالاً قبل الحكم وأن الحكم يقتصر أثره على الظاهر، فإذا صدر حكم القاضي مخالفاً للحقيقة وكان المحكوم له يعلم في باطن الأمر وحقيقته أن ما حكم له به القاضي ليس من حقه؛ فعليه أن يرفضه ولا يأخذه أبداً؛ لأنه إذا أخذه أخذ قطعة من النار، والأساس في هذا أن الحاكم إنما يحكم بما ظهر، أي: بما ظهر له بناء على البيّنات والقرائن، أو الوقائع المعروضة أمامه، فهو يحكم بما ظهر، فلو حكم بشهادة شاهدين ظاهرهما العدالة لم يحصل بحكمه الحل باطناً، سواء أكان المحكوم به مالا أم غيره، وعليه يرى جمهور الفقهاء لو أن رجلاً ادعى على امرأة أنها زوجته وأنكرت ذلك فأحضر شاهدي زور فقضى القاضي له بثبوت الزواج فلا يجل للمحكوم له الاستمتاع بالمرأة، وعليها الامتناع ما أمكن، فإن أكرهت فلا إثم عليها، والإثم عليه³.

أدلة جمهور الفقهاء:

أستدل جمهور الفقهاء على قولهم بالقرءان الكريم والسنة النبوية والإجماع:

1. استدلواهم من القرءان الكريم: استدلوا بقوله تعالى: ﴿وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ وَتُدْلُوا بِهَا إِلَى الْحُكَّامِ لِتَأْكُلُوا فَرِيقًا مِّنْ أَمْوَالِ النَّاسِ بِالْإِثْمِ وَأَنْتُمْ تَعْلَمُونَ﴾⁴، قال ابن عباس - رضي الله عنهما - هذا في الرجل يكون عليه مال وليس عليه فيه بينة فيجحد المال ويخاصم إلى الحكّام وهو يعرف أن الحق عليه وهو يعلم أنه آثم آكل الحرام⁵ قال ابن كثير في تفسير الآية بعد أن ذكر حديث أم سلمة، - الذي سيأتي ذكره عند الاستدلال من السنة - فدلّت هذه الآية الكريمة وهذا الحديث على أن حكم الحاكم لا يغير الشيء في نفس الأمر فلا

1 - ابن حزم، المحلى، 516/8.

2 - الموسوعة الفقهية الكويتية، 33/337.

3 - ابن جزى الكلبي، القوانين الفقهية، ص 196، الدسوقي، الحاشية، 4 / 156.

4 - سورة البقرة الآية: 188.

5 - بن كثير، تفسير القرآن العظيم المعروف بتفسير ابن كثير، تحقيق محمد حسين شمس الدين، دار الكتب العلمية، منشورات محمد علي بيضون - بيروت، الطبعة: الأولى - 1419 هـ، 1/ ص 384.



«الباب الثاني» ————— إجماعات رفع وعوى شؤون الأسرة و تداول نظرها والأحكام الصادرة بشأنها والطنع عليها - كـ.

يجل في نفس الأمر حراما هو حرام ولا يحرم حلالا هو حلال ، وإنما هو ملزم في الظاهر فان طابق في نفس الأمر فذاك وإلا فللحاكم أجره وعلى المختار وزره¹.

2. استدلالهم من السنة النبوية: استدلوها بما روي عن أم سلمة² أن رسول الله - ﷺ - قال «إنما أنا بشر وإنكم تختصمون إلي ولعل بعضكم أن يكون ألحن بحجته من بعض فأقضي له على نحو ما أسمع منه فمن قضيت له بشيء من حق أخيه فلا يأخذ منه شيئا فإنما أقطع له قطعة من النار»³.

ووجه الدلالة من الحديث الشريف: أن حكم الحاكم لا يجل به للمحكوم له ما حكم له به على غيره إذا كان ما ادعاه باطلا في نفس الأمر، وما أقامه من الشهادة كاذبا، و أما الحاكم فيجوز له الحكم بما ظهر له و الإلزام به، وجاء في كتاب شرح النووي " قوله ﷺ «فإنما أقطع له به قطعة من النار» معناه إن قضيت له بظاهر يخالف الباطن فهو حرام يؤول به إلى النار"⁴، و قال الإمام الشافعي - رحمه الله تعالى - : " وفي هذا الحديث دلالة على أن الأئمة إنما كلفوا القضاء على الظاهر لقول رسول الله ﷺ فمن قضيت له بشيء من حق أخيه فأخبر ﷺ أن قد يكون هذا في الباطن محرما على من قضى له به وأباح القضاء على الظاهر، وقال: ودلالة على أن قضاء الإمام لا يجل حراما ولا يحرم حلالا لقوله «فمن قضيت له بشيء من حق أخيه فلا يأخذه»⁵.

الإجماع: استدلوها على ما ذهبوا إليه بقول ابن المنذر: " وأجمعوا على أشياء مما يحكم بها الحاكم في الظاهر حرام على المقضي له به، مما يعلم أن ذلك حرام عليه من ذلك: أن يحكم له

1 - بن كثير، تفسير ابن كثير، 1/ ص225.

2 - سبق التعريف بها.

3 - سبق تخرجه.

4 - النووي، المنهاج شرح صحيح مسلم بن الحجاج (شرح النووي)، دار إحياء التراث العربي - بيروت، الطبعة: الثانية، 1392 هـ، 6/12.

5 - الشافعي، كتاب الأم، 6/ 215.



«الباب الثاني» ————— إجراءات رفع دعوى شؤون الأسرة و تولاها نظرها والأحكام الصادرة بشأنها والطعن عليها - كـ

بالمال، ويجزم أنه مملوك، ويحكم له بالقيود على من يعلم أنه بريء مما حكم عليه، بينات ثبتت في الظاهر"¹.

الترجيح: من خلال ما تقدم من أقوال و أدلة، يتبين أن قول جمهور الفقهاء هو القول الراجح وذلك لأنه يستند على الدليل القوي من الكتاب و السنة، هو الأقرب إلى روح الشريعة والغاية من القضاء، وفي المقابل نجد أن أدلة أصحاب القول الثاني ضعيفة و لم يستندوا على أي دليل من الكتاب أو السنة أو الإجماع، هذا من جهة، ومن جهة أخرى أن ما ذهب إليه أصحاب القول الثاني من التفرقة بين قضايا الدماء والأموال، وقضايا العقود والفسوخ - كالنكاح والطلاق والعتاق- غير صحيح لأنه لا فرق بين هذا وذاك، فإذا كان حكم القاضي بشهادة الزور في الأموال لا يجلها، فكذلك يجب أن يكون الحكم في العقود، بل الفروج أولى بالاحتياط من الأموال.

ثانيا: آثار الحكم القضائي في مسائل شؤون الأسرة في القانون الجزائري

إذا صدر الحكم القضائي مستوفيا للشروط والإجراءات الواجب توفرها فيه فإنه كأصل عام ينهي الخصومة بين الخصوم ويقرر حقوقا أو ينشئها، لكن أهم أثر قانوني يترتب عن الحكم القضائي هو حيازته لحجية الأمر المحكوم به، فلا يجوز للمحكمة التي أصدرت الحكم أو لأية محكمة أخرى أن تنظر فيما قضى به الحكم، وهذا ما يسمى في النظم الوضعية بحجية الأمر المحكوم به، و تعتبر حجية الأحكام القضائية من بين أهم الأسس التي تبناها المشرع الجزائري في قانون الإجراءات المدنية و ذلك إيمانا منه بأنها أهم ركائز استقرار الحقوق و احترام الأحكام القضائية، و تقريرا لهذا المبدأ أعطى المشرع لكل خصم رفعت ضده دعوى سبق الفصل فيها أن يدفع بعدم قبولها في أية مرحلة كانت عليها الدعوى، واهتماما منه بحصانة الأحكام القضائية جعل المشرع هذا الدفع من النظام العام يثيره القاضي من تلقاء نفسه، وهذا هو الأصل و القاعدة العامة في الأحكام القضائية عامة، لكن الأحكام القضائية الصادرة في مسائل الأسرة تختلف عن باقي الأحكام لأنها مرتبطة بمسائل دائمة التغير و التبديل فغالبا تسقط الأحكام

1 - ابن المنذر، الإجماع، تحقيق فؤاد عبد المنعم أحمد، دار المسلم للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى 1425هـ/ 2004م، 65/1.



«الباب الثاني» ————— إجراءات رفع دعوى شؤون الأسرة و تداول نظرها والأحكام الصادرة بشأنها والطقن عليها - كـ

القضائية لتغير دواعيها و الظروف التي صدرت فيها، فما مدى حجية الأحكام في مسائل الأسرة؟.

للإجابة على هذا التساؤل سأحاول دراسة حجية الأحكام القضائية في بعض مسائل الأسرة و سوف أقتصر في ضرب المثال على المسائل المبنية على شروط و معايير غير مستقرة مثل النفقة والحضانة:

الراجح عند شرح القانون أن معظم الأحكام الصادرة في دعاوى شؤون الأسرة ذات حجية مؤقتة، فجميع الأحكام الصادرة في دعاوى النفقات أيا كان نوعها - نفقة الأولاد أو الزوجة أو الأصول- والأحكام الصادرة في دعاوى الحضانة مثل دعاوى إسقاط الحضانة و إسنادها، هي أحكام ذات حجية مؤقتة لأنها مما يقبل التغيير و التبديل ويرد عليها الزيادة والنقصان بسبب تغير الظروف، كما يرد عليها الإسقاط بسبب تغير دواعيها، غير أن حجيتها المؤقتة تظل قائمة و باقية طالما أن دواعي فرض النفقة أو الحضانة مازالت قائمة، فقد يلزم القاضي الأب أو الزوج بالإنفاق على أولاده القصر أو على زوجته، ثم يطرأ طارئ على الأب أو الزوج فيعجز حتى على الإنفاق عن نفسه، فيتحول واجب النفقة قانونا على الابن الصحيح القادر و قد تجب نفقة الأبناء على الزوجة في حالة قدرتها على الإنفاق أو العمل، كما قد ينفصل الزوج عن زوجته فيسقط واجب الإنفاق عنه، وقد يبلغ الصغير سن الكسب فيسقط عن أبيه واجب إنفاقه.

وفي دعاوى الحضانة مثلا، نجد أن المشرع الجزائري في قانون الأسرة ربط إسناد حضانة المحضون بتوفر شروط معينة في الحاضن و جعل المعيار المعول عليه في إسقاط الحضانة وإسنادها هو معيار مصلحة المحضون وهو معيار متغير بتغير الظروف فإذا استمرت هذه المصلحة باهتمام الحاضن بالصغير و رعايته استمرت الأحكام بما لها من حجية مؤقتة، أما إذا لم تتحقق مصلحة الصغير مع الحاضن كفقدان القدرة أو تغير أخلاقه أو زواجه جاز لمن له الحق في الحضانة أن يطلب إسقاط الحضانة عن الحاضن و إسنادها إليه، ولا يمكن بطبيعة الحال أن يدفع المدعى عليه بحجية الأحكام القضائية.

وبالتالي فأحكام شؤون الأسرة ذات حجية مؤقتة وتبقى تتمتع بهذه الحجية مادامت



كـ «الباب الثاني» ————— إجراءات رفع دعوى شؤون الأسرة و تداول نظرها والأحكام الصادرة بشأنها والطعن عليها - كـ.

أسباب الحكم متوفرة، أما إذا تغيرت الظروف التي أدت إلى صدور الحكم أو تخلفت الشروط أو الأسباب التي دعت إليه، يستطيع المحكوم عليه أن يرفع الدعوى القضائية مرة أخرى أمام نفس الجهة القضائية و بنفس الأطراف ولا يستطيع الطرف الأخر أن يحتج بحجية الحكم القضائي - أي بسق الفصل فيها - لأن مسائل شؤون الأسرة من الأمور التي تتمتع بحجية مؤقتة.

خلاصة البحث: من خلال دراسة الأحكام القضائية يتبين أنه لا تعارض بين الشريعة الإسلامية و القانون الجزائري في الأحكام و الأصول العامة، فرغم أن المشرع الجزائري اهتم بالجانب الشكلي في إصدار الحكم القضائي و شروطه إلا أنه بذلك لم يحد عن الأصول العامة التي وضعتها الشريعة الإسلامية للحكم القضائي، كما أنه من خلال دراسة جزئية آثار الحكم القضائي رأينا أن الشريعة و القانون الجزائري كلاهما متّعوا الحكم القضائي بحجية الأمر المقضي ومؤداها أنه يجب تنفيذ الأحكام القضائية و إمضاؤها وعدم جواز إعادة البحث فيما قضت به و اعتبار الحكم حجة فيما فصل فيه، و لعل هذا المبدأ يعتبر من أهم المبادئ التي كرسها الشريعة الإسلامية و القوانين الوضعية، لأن هدف المدعي من رفعه للدعوى القضائية لا يتوقف عند حصوله على حكم قضائي يكرس حقه فقط بل ما يبتغيه فعلا هو احترام الحكم وتنفيذه وهذا ما تحوله قاعدة حصانة الأحكام القضائية وتمتعها بالحجية.

المبحث الثاني

طرق الطعن في الأحكام الصادرة في دعاوى شؤون الأسرة في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري.

إن الحكم القضائي ما هو إلا عمل بشري، قد يكون من أصدره على صواب وقد يكون على خطأ، ومن هنا وجب إحاطة إصدار هذا الحكم بمجموعة من الضمانات التي تجنب الأفراد والمجتمع ما قد يشوب الأحكام القضائية من أخطاء، ومن بين أهم الضمانات التي تكفل الحد من الأخطاء التي قد تشوب الأحكام القضائية، ما تقرره التشريعات المختلفة من طرق للطعن السبيل الذي يتم من خلاله عرض الدعوى مرة أخرى على محكمة أعلى درجة، مشكلة من قضاة أكثر خبرة وأحيانا أكثر عددا، ويهدف تقرير هذه الضمانة إلى إتاحة الفرصة لتلافي ما قد



﴿الباب الثاني﴾ ————— (إجراءات رفع دعوى شؤون الأسرة و تداول نظرها والأحكام الصادرة بشأنها والطعن عليها) - كـ.

يشوب الحكم الابتدائي من أخطاء موضوعية أو قانونية، من أجل الوصول إلى تحقيق الخصومة العادلة، و نظرا لأهمية الطعن في الأحكام القضائية فضلنا تناول دراستها في مبحث مستقل يضم المطالبين التاليين:

المطلب الأول

طرق الطعن على الأحكام القضائية في الفقه الإسلامي

قبل التطرق لدراسة مسألة الطعن على الأحكام القضائية في الفقه الإسلامي و الخوض في أقوال الفقهاء المسلمين بخصوصه يكون من الأنسب أن نتعرض أولا لمفهوم الطعن في الحكم القضائي ويكون ذلك كله من خلال الفرعين التاليين:

الفرع الأول: تعريف الطعن في الأحكام القضائية

أولاً/- تعريف طرق الطعن لغة : جاء في كتاب العين: " طَعَنَ فلانٌ على فلان طعنا في أمره وقوله إذا أدخَلَ عليه العيبَ. و طعن فيه وقع فيه عند غيره"¹، كما جاء في كتاب معجم مقاييس اللغة: " الطاء و العين و النون أصل صحيح مطرد، و هو النخس في الشيء بما ينفذه"²، و بالتالي فالطعن في الحكم القضائي لغة هو إظهار العيب فيه.

ثانياً/- تعريف طرق الطعن في الاصطلاح: مصطلح "الطعن" هو مصطلح قانوني محض³، فلم يُستعمل لفظ الطعن في كتب فقهاء الشريعة الإسلامية بل المشهور عند الفقهاء استعمال لفظ "النقض" للدلالة على الطعن على الأحكام القضائية، و رغم أن فقهاء الشريعة الإسلامية تناولوا الحكم القضائي و تنفيذه باستفاضة إلا أنه لم يرد في كتبهم تعريف لنقض الأحكام القضائية حيث اكتفوا بتحديد شروط النقض و حالاته، لكن من خلال استقراء عبارات الفقهاء بخصوص النقض نجد أنه يراد به عندهم : أن الحكم لم يصح من أصله مما يستوجب الإلغاء

1 - الفراهيدي، العين، دار ومكتبة الهلال، 15/2.

2 - ابن فارس معجم مقاييس اللغة، مرجع سابق، ج 3، 412.

3 - أ. أحمد رباح، المعارضة في الأحكام الغياية في الفقه الإسلامي و القانون الوضعي (دراسة مقارنة)، مكتبة إقرأ- قسنطينة- الجزائر، ص 71.



«الباب الثاني» ————— إجراءات رفع دعوى شؤون الأسرة و تداول نظرها والأحكام الصادرة بشأنها والطعن عليها - كـ.

وقد يستعمل عندهم كلفظ مرادف للبطلان¹.

أما شرح القانون فقد عرفوا الطعن بتعريفات متعددة اجتمعت في معنى واحد هو : هو حق أطراف الدعوى في طلب مراجعة الحكم القضائي أمام القضاء المختص، و على هذا الأساس عرفه بعض شراح القانون المصري بأنه : "مكنة مراجعة الحكم القضائي الصادر، والتظلم منه بإحدى طرق الطعن التي قررها القانون، و يترتب على استعمال هذه المكنة إما إعادة النظر في الدعوى الصادر فيها الحكم كلية، و إما الاقتصار على تصحيح ما شاب هذا الحكم من عيوب²."

ومن خلال هذا التعريف يتبين أن القانون وضع طرقا معينة للطعن في الأحكام القضائية وحددها على سبيل الحصر بمقتضاها يتمكن الخصوم من التظلم من الأحكام الصادرة عليهم بقصد إعادة النظر فيما قضت به، أو بقصد إلغائها بسبب بطلانها أو بطلان الإجراءات التي بنيت عليها مع إلغائها.

الفرع الثاني: الطعن على الأحكام القضائية في الفقه الإسلامي

تقتضي دراسة هذه الجزئية تناول المسألتين التاليتين:

أولا/ - موقف الفقه الإسلامي من نقض أحكام القضاء:

اتفق الفقهاء على أن القاضي إذا كان معتمدا في حكمه على دليل قطعي من نص قرآني أو سنة نبوية أو قياس جلي فلا ينقض حكمه مطلقا، كما اتفقوا على عدم جواز نقض الحكم إذا صدر غير معتمد على دليل قطعي و لا يخالف دليلا قطعيا و إنما يدور في مجال الاجتهاد و الأدلة الظنية، فلا يجوز عند عامة الفقهاء نقض الحكم المجتهد فيه بحكم آخر لأن الحكم السابق و الحكم اللاحق اعتمدا على الإجتهد و لا مرجح لاجتهاد على اجتهاد و لا مسوغ لتقدير

1 - الشريبي، مغني المحتاج، 6/362.

2 - عبد المنعم، سليمان، أصول الإجراءات الجزائية، مرجع سابق، ص626، ثروت، جلال و عبد المنعم سليمان، أصول المحاكمات الجزائية، مرجع سابق، ص574.



﴿الباب الثاني﴾ ————— إجماعاً رفع دعوى شؤون الأسرة و قولاً ونظراً والأحكام الصادرة بشأنها والطعن عليها - كـ.

رأي على رأي آخر¹ تطبيقاً للقاعدة الفقهية " الاجتهاد لا ينقض بمثله"².

كما اتفق جمهور الفقهاء من حنفية و مالكية و شافعية على نقض الحكم إذا خالف دليلاً قطعياً من كتاب أو سنة أو إجماع أو القياس الجلي، أما الحنابلة فيرون أن الحكم لا ينقض إلا إذا خالف النص أو الإجماع ولا ينقض لمخالفته القياس.

و النصوص الدالة على هذه المعاني كثيرة منها مايلي:

فقد ورد في كتاب الهداية: "وإذا رفع إلى القاضي حكم حاكم أمضاه إلا أن يخالف الكتاب أو السنة أو الإجماع بأن يكون قولاً لا دليل عليه"³.

وجاء في كتاب النوادر والزيادات للقيرواني⁴: "قال ابن الماجشون⁵ في معنى قول مالك: لا ينقض قضاء القاضي بما اختلف فيه، فأما ما فيه سنة قائمة عن النبي عليه السلام، فليفسخ الحكم فيه بخلافها"⁶.

1 - محمد الزنجلي، فقه الدعوى، ص 349.

2 - ابن رستم باز، شرح المجلة، ص 22.

3 - المرغيناني، الهداية في شرح بداية المبتدي، دار احياء التراث العربي - بيروت - لبنان، 107/3.

4 - هو عبد الله بن (أبي زيد) عبد الرحمن النفزي، القيرواني، المالكي (أبو محمد) فقيه، مفسر، مشارك في بعض العلوم، ولد بالقيروان، وتوفي في شعبان، من تصانيفه، كتاب النوادر والزيادات في نحو المائة جزءاً، مختصر المدونة، كتاب الرسالة، اعجاز القرآن، والتفسير. عمر كحالة، معجم المؤلفين، مكتبة المثنى - بيروت، دار إحياء التراث العربي بيروت، باب العين، 72/6.

5 - هو ابن عبد الملك بن عبد العزيز بن أبي سلمة كنيته أبو مروان واسم أبي سلمة ميمون. كان فقيهاً فصيحاً، قال مصعب: عبد الملك مفتي أهل المدينة في زمانه. وكان ضريح البصر، ويقال عمي آخر عمره. وبيته بيت علم وخير بيت بالمدينة، وجاهد عبد الله يروي عن ابن عمر وغيره، وكانت وفاة عبد الملك سنة اثني عشرة. وقيل أربع عشرة ومائتين، وهو ابن بضع وستين سنة. ينظر في ترجمته: القاضي عياض، ترتيب المدارك وتقريب المسالك، مطبعة فضالة - المحمدية، المغرب، الطبعة الأولى، 136/3.

6 - القيرواني، النوادر والزيادات على ما في المدونة من غيرها من الأمهات، دار الغرب الإسلامي، بيروت، الطبعة: الأولى، 1999 م، 90/8.



﴿الباب الثاني﴾ ————— إجماعات رفع وعوى شؤون الأسرة و تداول نظرها والأحكام الصادرة بشأنها والظعن عليها - كـ.

وقد ورد في كتاب تبصرة الحكام لابن فرحون¹: " فأما العالم العدل فلا يتعرض لأحكامه بوجه إلا على وجه التجويز لها إن عرض فيها عارض بوجه خصومة فأما على وجه الكشف لها والتعقب فلا، وإن سأله الخصم ذلك إلا أن يظهر له خطأ، وهذا فيما جهل حاله من أحكامه هل وافق الحق أو خالفه؟ فهذا الوجه هو الذي نفى عنه الكشف والتعقب، فإن ظهر له خطأ بين لم يختلف فيه وثبت ذلك عنده فيرده ويفسخه عن المحكوم به عليه، وقد يذكر القاضي في حكمه الوجه الذي بنى عليه حكمه، فيوجد مخالفا لنص أو إجماع فيوجب فسخه"².

وجاء في كتاب الأم للشافعي: " وليس على القاضي أن يتعقب حكم من كان قبله فإن تظلم محكوم عليه قبله نظر فيما تظلم فيه فإن وجده قضى عليه بما وصفت في المسألة الأولى من خلاف كتاب أو سنة أو إجماع أو قياس فهذا خطأ يرده عليه لا يسعه غيره"³.

وقد ورد في المغني ما نصه " وجملة ذلك أن الحاكم إذا رفعت إليه قضية قد قضى بها حاكم سواه فبان له خطؤه أو بان له خطأ نفسه نظرت فإن كان الخطأ لمخالفة نص كتاب أو سنة أو إجماع نقض حكمه"⁴.

ومما سبق من عرض لأقوال الفقهاء حول نقض الحكم في الفقه الإسلامي، تبين أن الأصل والقاعدة العامة عند فقهاء المسلمين أن الأحكام القضائية صحيحة لا تنقض إلا إذا خالفت دليلا قطعيا من كتاب أو سنة أو إجماع أو قياس جلي، و بالتالي فنقض أحكام القضاء في الشريعة الإسلامية هو بمثابة الاستثناء من الأصل ولا يحدث إلا لأسباب و موجبات محددة و

1 - هو: إبراهيم بن علي بن محمد، ابن فرحون، برهان الدين اليعمرى: عالم بحاث، ولد ونشأ ومات في المدينة، وهو مغربي الأصل، نسبته إلى يعمر بن مالك، من عدنان، رحل إلى مصر والقدس والشام سنة 792 هـ، وتولى القضاء بالمدينة سنة 793 ثم أصيب بالفالج في شقه الأيسر، فمات بعلته عن نحو 70 عاما، وهو من شيوخ المالكية، له (الديباج المذهب - ط) في تراجم أعيان المذهب المالكي، و (تبصرة الحكام في أصول الأفضية ومناهج الأحكام - ط) و (درة الغواص في محاضرة الخواص - خ) و (طبقات علماء الغرب - خ) و (تسهيل المهمات - خ) في شرح جامع الأمهات لابن الحاجب، فقه، بنظر في ترجمته: الزركلي، الأعلام، 52/1.

2 - ابن فرحون، تبصرة الحكام، 82/1.

3 - الشافعي، الأم، 220/6.

4 - ابن قدامة، المغني، 50/10.



«الباب الثاني» ————— إجراءات رفع دعوى شؤون الأسرة و تداول نظرها والأحكام الصادرة بشأنها والطعن عليها - كـ.

مضبوطة، كما يتبين من خلال أقوال الفقهاء أن الحكم إذا ظهر فيه الخطأ قد ينقض من القاضي الذي أصدره و لو لم يرفع إليه طلب النقض من الخصوم، ومرد ذلك أن القاضي الإسلامي ملزم بتتبع الخطأ في أحكامه ونقضها، كما يمكن نقض الحكم من غيره من القضاة.

ثانياً/- عرض بعض النصوص الفقهية الدالة على العمل بطرق الطعن القانونية في الفقه

الإسلامي:

إذا كان القانون الوضعي قد تبني مبدأ تعدد درجات التقاضي بنصوص صريحة و جوز الطعن في الأحكام القضائية و حدد على سبيل الحصر طرقاً لا يجوز الطعن في الأحكام القضائية إلا من خلالها وقسم هذه الطرق إلى طرق عادية وهي المعارضة و الاستئناف، و غير عادية و هي التماس إعادة النظر و النقض، فإن الفقه الإسلامي رغم أنه لم يطلق هذه التسميات و التقسيمات على الطعون الموجهة ضد أحكام القضاء إلا أن قواعده لا تنافي هذه الطرق و هذه التقسيمات¹، فإذا أمعنا النظر في بعض النصوص و الآراء المبعثرة في كتب الفقه فس نجد حتماً تطبيقات لهذه الطرق لذا سنورد بعض هذه النصوص على النحو التالي:

أ)- بعض النصوص الفقهية التي تثبت العمل بالمعارضة في الفقه الإسلامي: النصوص

الدالة على العمل بالطعن عن طريق المعارضة كثيرة في كتب الفقه الإسلامي منها ما يلي:

كما جاء في كتاب حاشية الدسوقي على الشرح الكبير: " فإن أراد المحكوم عليه الطعن بعد الحكم فإن كان قد سلم البيئة الشاهدة عليه المحكوم بشهادتها فلا يقبل طعنه وإن كان لم يسلمها وكان عدم طعنه لعدم وجود بيئة تطعن أو نسيها، أو كانت غائبة فله الطعن بعد الحكم إن وجد من يشهد بذلك وينقض الحكم وكذا يقال إذا أمهله، ثم حكم عليه"².

وجاء كذلك في كتاب جواهر العقود للأسيوطي: " وإن كانت الدعوى على صبي أو مجنون وكان للمدعي بيئة وجب على الحاكم سماعها والحكم بها بعد يمين المدعي، فإن الجواب متعذر من جهتهما، فجاز القضاء عليهما بالبيئة مع اليمين كالعائب، ويبقى القاضي الحجة في

1 - الشحات ابراهيم محمد منصور، الضوابط التي تحكم فتوى المفتي و قضاء القاضي في الفقه الاسلامي (بحث فقهي مقارن)، رسالة دكتوراه مقدمة لكلية الشريعة و القانون، جامعة الأزهر، ص 298.

2 - الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، دار الفكر، بدون طبعة وبدون تاريخ، 148/4.



«الباب الثاني» ————— إجمالات رفع وعوى شؤون الأسرة و توابع نظرها والأحكام الصادرة بشأنها والظعن عليها - كـ

الحكم على الغائب والصبي والمجنون، فإذا حضر الغائب وبلغ الصبي وأفانق المجنون وأقام البينة على جرح الشهود عند الشهادة أو الإبراء أو القضاء نقض الحكم¹.

و لعل في هذه النصوص دلالة واضحة على جواز نقض الحكم عن طريق المعارضة في الفقه الإسلامي.

ب)- بعض النصوص الفقهية التي تثبت العمل بالطعن عن طريق الاستئناف في الفقه الإسلامي:

جاء في مسند الإمام أحمد: "..... عن علي، قال: بعثني رسول الله ﷺ إلى اليمن، فانتبهنا إلى قوم قد بنوا زبية للأسد، فبينما هم كذلك يتدافعون إذ سقط رجل، فتعلق بآخر، ثم تعلق رجل بآخر، حتى صاروا فيها أربعة، فجرحهم الأسد، فانتدب له رجل بحربة فقتله، وماتوا من جراحتهم كلهم، فقام أولياء الأول إلى أولياء الآخر، فأخرجوا السلاح ليقتلوا، فأتاهم علي ﷺ على تفيئة ذلك، فقال: تريدون أن تقاتلوا ورسول الله ﷺ حي؟ إني أقضي بينكم قضاء إن رضيتم فهو القضاء، وإلا حجز بعضكم عن بعض حتى تأتوا النبي ﷺ فيكون هو الذي يقضي بينكم، فمن عدا بعد ذلك فلا حق له، اجمعوا من قبائل الذين حضروا البئر ربع الدية، وثلاث الدية ونصف الدية والدية كاملة، فلأول الربع، لأنه هلك من فوقه، وللثاني ثلث الدية، وللثالث نصف الدية فأبوا، أن يرضوا، فأتوا النبي ﷺ وهو عند مقام إبراهيم، فقصوا عليه القصة، فقال: "أنا أقضي بينكم" واحتج، فقال: رجل من القوم: إن عليا قضى فينا، فقصوا عليه القصة، فأجازه رسول الله ﷺ².

كما جاء في كتاب معين للحكام للطرابلسي: "قال بعض العلماء: لا يجوز للقاضي أن ينظر في أفضية غيره، وقيل: فإن قام عنده قائم وقال: هذا الكتاب القاضي قد حكم فيه بجور بين قال: أرى أن ينظر فيه، فإن تبين له أنه حكم بجور ووجد في القضاء مفسداً مثل أن يقضي

1 - الأسيوطي، جواهر العقود ومعين القضاة والموقعين والشهود، تحقيق مسعد عبد الحميد محمد السعدي، دار الكتب العلمية بيروت - لبنان، الطبعة: الأولى، 1417 هـ - 1996 م، 288/2.

2 - رواه أحمد في مسنده، باب مسند علي بن أبي طالب، تحقيق شعيب الأرنؤوط - عادل مرشد، وآخرون، مؤسسة الرسالة، الطبعة: الأولى، 1421 هـ - 2001 م، الحديث رقم 2، 15/573.



«الباب الثاني» ————— (إجراءات رفع دعوى شؤون الأسرة و تداول نظرها والأحكام الصادرة بشأنها والظعن عليها - كـ).

بشهادة نصراني أو مثل أن يبطل المهر من غير بينة ولا إقرار أو بعدم تأجيل العينين وما أشبه ذلك، فأرى أن يفسخه" ¹.

وبناء على النصوص السابقة يتبين أن الطعن في الأحكام القضائية عن طريق الاستئناف كان معروفاً عند الفقهاء و كان معمولاً في النظام القضائي الإسلامي، و في الحديث الذي رواه الإمام أحمد في مسنده عن الإمام علي عليه السلام " حديث الزبية" دلالة على مشروعية الطعن عن طريق الاستئناف في الشريعة الإسلامية.

(ج)- بعض النصوص الفقهية التي تثبت العمل بالطعن عن طريق النقض في الفقه الإسلامي

إذا كان المقصود من نقض الحكم في القانون الوضعي هو مطالبة الخصم بتقويم الاعوجاج القانوني في الحكم المطعون أمام جهة أعلى و لأسباب قانونية محددة، فإن المقصود من نقض الحكم في الفقه الإسلامي هو إبطاله وإلغاؤه لمخالفته النص أو الإجماع أو القياس الجلي، و قد يصدر نقض الحكم في الشريعة الإسلامية من القاضي الذي أصدر الحكم أو من غيره.

وقد وردت نصوص فقهية كثيرة تدل على نقض الحكم القضائي في الفقه الإسلامي منها ما يلي:

جاء في كتاب روضة الطالبين: "فلو حكم بما يخالف النص أو الإجماع أو القياس الجلي، فهو باطل، حتى لو قضى على رجل من أهل العدل بضمأن ما أتلف في الحرب عليهم، لم ينفذ قضاؤه" ².

و قال الزركشي في كتابه المنشور في القواعد الفقهية: "مدار نقض الحكم على تبين الخطأ، والخطأ إما في اجتهاد الحاكم في الحكم الشرعي حيث تبين النص أو الإجماع أو القياس الجلي بخلافه، ويكون الحكم مرتباً على سبب صحيح، وإما في السبب حيث يكون الحكم مرتباً

1 - الطرابلسي، معين الأحكام فيما يتردد بين الخصمين من الأحكام، دار الفكر، بدون طبعة وبدون تاريخ، ص30.

2 - النووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين، المكتب الإسلامي، بيروت- دمشق- عمان، الطبعة: الثالثة، 1412هـ / 1991م، 53/10.



﴿الباب الثاني﴾ ————— (إجراءات رفع دعوى شؤون الأسرة و تداول نظرها والأحكام الصادرة بشأنها والطعن عليها - كـ).

على سبب باطل، كشهادة الزور¹.

وجاء في كتاب التنبية في الفقه الشافعي : " وإن حكم الحاكم بحكم فوجد النص أو الإجماع أو القياس الجلي يخالفه نقض حكمه² .

من خلال النصوص السابقة نجد أن الشريعة الإسلامية اعتمدت نقض أحكام القضاء كطريق من طرق الطعن، إلا أن الخلاف الموجود بين نقض الأحكام القضائية في الشريعة الإسلامية وطريق الطعن بالنقض في القانون الوضعي يتلخص في النقاط التالية:

- الغرض من نقض الحكم في الشريعة الإسلامية هو إلغاؤه بسبب بطلانه لمخالفة النص أو الإجماع أو القياس الجلي، أما الغرض من الطعن بالنقض في القانون الوضعي فهو إعادة النظر في الحكم لمخالفته وجه من الأوجه القانونية أو الشكلية التي تطلبها القانون.

- يتم نقض الحكم في الشريعة الإسلامية إما من القاضي الذي أصدر الحكم أو غيره من القضاة، أما الطعن في الحكم في القانون الوضعي فلا يكون إلا أمام جهة عليا - ليست درجة من درجات التقاضي - فلا يمكن طرح الطعن أمام نفس المحكمة التي أصدرت الحكم و لا يكون أمام محكمة ثان درجة (محاكم الاستئناف).

(د)- بعض النصوص الفقهية التي تثبت العمل بالطعن عن طريق التماس إعادة النظر في

الفقه الإسلامي

الطعن بالتماس إعادة النظر في القانون الوضعي يوجه ضد الحكم النهائي أمام نفس الجهة القضائية التي أصدرته إذا كان قد بني على شهادة شهود أو وثائق ثبت بعد الحكم أنها مزورة، أو ظهرت أوراق حاسمة في الدعوى كانت محتجزة عمدا لدى أحد الخصوم بعد أن أصبح الحكم الحائز لقوة الشيء المقضي به.

وبعد بيان أهم خصائص التماس إعادة النظر في القانون الوضعي سأحاول البحث في كتب الفقه للوقوف على ما يطابق هذه الصورة من صور الطعن في الفقه الإسلامي:

1 - الزركشي، المنشور في القواعد الفقهية، وزارة الأوقاف الكويتية، الطبعة: الثانية، 1405هـ - 1985م، 69/2.

2 - الشيرازي، التنبية في الفقه الشافعي، عالم الكتب، بدون رقم طبعة وتاريخ نشر، ص257.



﴿الباب الثاني﴾ ————— إجمالات رفع وعوى شؤون الأسرة و تداول نظرها والأحكام الصادرة بشأنها والطعن عليها - كـ

جاء في كتاب حاشية الدسوقي: " ..ينقض الحكم إن ثبت بعد الحكم كذبهم (أي الشهود) إن أمكن، وذلك قبل الاستيفاء، فإن لم يثبت الكذب إلا بعد الاستيفاء لم يبق إلا غرم الشهود الدية أو المال، ولا يتأتى نقض الحكم"¹.

وجاء في كتاب المغني لابن قدامة: " فيجب نقض الحكم لفوات العدالة (أي في الشهود)، كما يجب نقضه لفوات الإسلام؛ ولأن الفسق معنى لو ثبت عند الحاكم قبل الحكم منعه، فإذا شهد شاهدان أنه كان موجودا (أي الفسق) حالة الحكم، وجب نقض الحكم، كالكفر والرق في العقوبات"².

وجاء فيه كذلك: " ومتى علم أن الشاهدين شهدا بالزور، تبين أن الحكم كان باطلا، ولزم نقضه، لأننا تبينا كذبهما فيما شهدا به، وبطلان ما حكم به؛ فإن كان المحكوم به مالا، رد إلى صاحبه، وإن كان إتلافا، فعلى الشاهدين ضمانه؛ لأنهما سبب إتلافه، إلا أن يثبت ذلك بإقرارهما على أنفسهما من غير موافقة المحكوم له، فيكون ذلك رجوعا منهما عن شهادتهما، وقد بينا حكم ذلك"³.

و جاء في كتاب كشاف القناع: " (وإن بان بعد الحكم أن الشاهدين كافران أو فاسقان نقض) حكمه لأن شرطه كون الشاهد مسلما عدلا ولم يوجد (فينقضه الإمام أو غيره) لفساده لكن تقدم حيث قلنا ينقض فالناقض له حاكمه إن كان (ورجع) المحكوم عليه (بالمال أو ببدله) على المحكوم له لأن الحكم قد نقض فيجب أن يرجع الحق إلى مستحقه"⁴.

و من خلال سرد النصوص السابقة يتبين أن الشريعة الإسلامية اعتمدت التماس إعادة النظر كطريق من طرق الطعن فمتى تبين أن الحكم بني على شهادة زور أو شهادة كافر أو فاسق وجب نقضه و عدم نفاذه.

وعليه: بعد عرض النصوص الفقهية بخصوص طرق الطعن تبين أن الشريعة الإسلامية

1 - الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، دار الفكر، بدون طبعة وبدون تاريخ، 206/4.

2 - ابن قدامة، المغني، 230/10.

3 - ابن قدامة، نفس المرجع، 234/10.

4 - البهوتي، كشاف القناع عن متن الإقناع، 446/6.



«الباب الثاني» ————— إجراءات رفع دعوى شؤون الأسرة و تداول نظرها والأحكام الصادرة بشأنها والظعن عليها - كـ.

عرفت شتى طرق الطعون المستجدة في القانون الوضعي سواء كانت عادية كالمعارضة أو الاستئناف، أو غير عادية كالظعن بالنقض و التماس إعادة النظر.

المطلب الثاني طرق الطعن في القانون الجزائري

طرق الطعن في القانون الوضعي هي وسائل حددها القانون على سبيل الحصر بمقتضاها يتمكن الخصوم من التظلم من الأحكام الصادرة في حقهم بقصد إعادة النظر فيما قضت به، أو بقصد إلغائها بسبب بطلانها أو بطلان الإجراءات التي بنيت عليها مع إلغائها، و قد قسمها شراح القانون إلى نوعين: طرق طعن عادية و تضم المعارضة و الاستئناف، و طرق طعن غير عادية و تضم الطعن بالنقض و التماس إعادة النظر.

لهذا سنقسم هذا المطلب إلى فرعين بحيث سنتناول في الفرع الأول طرق الطعن العادية ثم نتناول في الفرع الثاني طرق الطعن غير العادية.

الفرع الأول: طرق الطعن العادية

يقصد بطرق الطعن العادية تلك الطعون التي لم يشترط المشرع فيها أسبابا معينة للطعن حيث يجوز بناؤها على أي سبب من الأسباب سواء تعلقت بصحة الحكم من الناحية الشكلية أو بعدم عدالته من الناحية الموضوعية، و يترتب على هذه الخاصية أن محكمة الطعن تكون لها ذات الصلاحية المقررة للمحكمة التي أصدرت الحكم المطعون عليه في بحث النزاع و الحكم فيه¹، و طرق الطعن العادية طريقتان (المعارضة و الاستئناف)، ففي الطعن عن طريق المعارضة يطرح الطعن على نفس المحكمة التي أصدرت الحكم المطعون فيه لصدوره في غيبة المحكوم عليه، أما في الاستئناف فيطرح النزاع أمام محكمة أعلى درجة من المحكمة التي أصدرت الحكم المطعون فيه، و عليه سنتناول بالدراسة أولا الطعن بالمعارضة ثم نتعرض لدراسة أحكام الطعن بالاستئناف، و يكون ذلك على النحو التالي:

¹ نبيل إسماعيل عمر ، أصول المرافعات المدنية و التجارية ، منشأة المعارف بالإسكندرية ، الطبعة الأولى .1986. ص1205.



أولا: الطعن عن طريق المعارضة

المعارضة: طريق طعن عادي لا يكون إلا في الأحكام الغيابية بمقتضاه يعاد نظر الدعوى أمام الجهة القضائية نفسها التي أصدرت الحكم في غياب الخصم¹، والغاية من المعارضة تمكين الخصم المحكوم عليه غيابيا من الدفاع عن نفسه و مواجهة خصمه بكل وسائل الدفاع، و قد نص المشرع الجزائري على أحكام المعارضة في نصوص المواد **327، 328، 329، 330، 331**، حيث بين المشرع من خلال هذه النصوص نطاق الطعن بالمعارضة و ميعاده و إجراءاته و آثاره.

أ/- نطاق الطعن بالمعارضة: من خلال نص المادة **327** من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية يتبين أن المشرع جواز المعارضة في كل حكم أو قرار يصدر في غيبة الخصم²، وبالتالي تجوز المعارضة في كل حكم غيابي سواء أكان صادرا من محكمة ابتدائية -ويستوي في ذلك أكان حكما ابتدائيا أو انتهائيا-، أو كان صادرا من جهة استئنافية، بشرط ألا يعتبره القانون بمثابة الحكم الحضورى و ألا يكون مشمولاً بالنفاذ المعجل، و هذه القاعدة عامة تسري على جميع الأحكام بما فيها الأحكام الصادرة في دعاوى شؤون الأسرة، إلا أن هذه القاعدة تثير بعض الإشكالات القانونية والشرعية في بعض مسائل شؤون الأسرة، من أهمها مسألة جواز الطعن بالمعارضة في أحكام الطلاق المرفوعة من الزوج بإرادته المنفردة، و التي تثير الإشكالات التالية:

تناقض أحكام العدة مع قاعدة جواز الطعن بالمعارضة في أحكام الطلاق: إذا تقدم الزوج بدعوى الطلاق و لم تحضر الزوجة جلسات الصلح أو لم تحضر جلسات نظر الدعوى، فغالبا ما يؤجل القاضي نظر القضية أملا منه في حضور المدعى عليها الأمر الذي قد يطيل أمد التقاضي فتنتهي مدة العدة الشرعية التي من المفروض أن تحتسب في الشريعة الإسلامية من تصريح الزوج بالطلاق، و قد تنتهي العدة بعد صدور الحكم بالطلاق و قبل الطعن بالمعارضة أو قد تنتهي أثناء نظر الدعوى المطعون فيها بالمعارضة، و بانتهاء العدة الشرعية يصير الطلاق بائنا

¹ د. محمد شتا أبو سعد، المعارضة في الاحكام الجنائية (تعليق فقهي و قضائي)، دار الجامعة الجديدة، ص4.

² - د. محمد شتا أبو سعد، المرجع السابق، ص24.



﴿الباب الثاني﴾ ————— إجراءات رفع دعوى شؤون الأسرة و تداول نظرها والأحكام الصادرة بشأنها والطعن عليها - كـ.

بينونة صغرى من الناحية الشرعية ولا يستطيع المطلق فيه مراجعة طليقته إلا برضاها و بمهر و عقد جديدين، و بالتالي إذا أعطيت الزوجة التي انتهت عدتها حق معارضة الحكم بالطلاق ففي كل الأحوال إذا صدر حكم يقضي استمرار العلاقة الزوجية يكون هذا مخالفاً لأحكام الشريعة الإسلامية.

غياب المبرر الجدي من معارضة أحكام الطلاق: نعلم أنه إذا طلب الزوج فك الرابطة الزوجية بصفته مالك العصمة الزوجية، فإن له الحق في إنشاء الطلاق بإرادته المنفردة، ودور القاضي في حالة الرفع إليه ما يكون إلا مسجلاً لإرادة الزوج، وليس له الحق في رفض هذه الرغبة وهذه الإرادة سواء كانت مبررة أو غير مبررة، وبالتالي فإعطاء الزوجة الغائبة حق الطعن بالمعارضة يكون دون جدوى لأن الزوجة و القاضي لا يملكان أي سلطة على الزوج في إجباره على الاستمرار في العلاقة الزوجية و بالتالي لا يكون حق الزوجة في الطعن بالمعارضة إلا إجراءً شكلياً ليس له أي أثر في موضوع الدعوى.

وعليه نناشد المشرع الجزائري بضرورة التصريح بعدم قابلية أحكام الطلاق المرفوعة من الزوج بإرادته المنفردة للطعن فيها بالمعارضة و الاستئناف.

ب/- ميعاد الطعن بالمعارضة و إجراءاته: يقصد بميعاد الطعن الأجل الذي بانقضائه يسقط الحق في الطعن في الحكم، و الأصل أنه يجوز الطعن في الحكم فور صدوره دون توقف على إعلانة لكي يتحقق علم المحكوم عليه بالحكم ويمكن الاحتجاج عليه بالميعاد و يترتب على عدم مراعاة مواعيد الطعن سقوط الحق في الطعن و تقضي المحكمة بالسقوط من تلقاء نفسها، و هذه القاعدة تسري على جميع طرق الطعن¹.

أما بالنسبة لميعاد الطعن بالمعارضة فطبقاً لنص المادة 329 قانون الإجراءات المدنية و الإدارية نجد أن المشرع قد حدده بشهر واحد يسري ابتداءً من تاريخ التبليغ الرسمي للحكم أو القرار الغيابي، و ترفع المعارضة حسب نص المادة 330 - من نفس القانون- بتكليف بالحضور من المعارض للمعارض ضده أمام المحكمة التي أصدرت الحكم الغيابي، و يتعين أن تراعى في

¹ - د عبد الحميد الشواربي، مواعيد الإجراءات القضائية في التشريعات المختلفة، منشأة المعارف، الاسكندرية، ص58.



«الباب الثاني» ————— إجراءات رفع دعوى شؤون الأسرة و تداول نظرها والأحكام الصادرة بشأنها والطعن عليها - كـ.

صحيفة الطعن نفس الأوضاع المقررة لصحيفة افتتاح الدعوى و قد اشترط المشرع أن ترفق عريضة الطعن بالمعارضة بنسخة من الحكم المعارض فيه و إلا وقع الطعن تحت طائلة البطلان¹.

وبعد قيد عريضة المعارضة و تحديد تاريخ الجلسة يتوجب على المعارض أن يقوم بإجراءات تكليف الخصم بالحضور للجلسة، و بحلول تاريخ الجلسة يجب على المعارض حضور الجلسة شخصيا أو عن طريق وكيله القانوني أو محاميه و قد جرى العمل أمام جهات التقاضي الجزائية أنه إذا تخلف المدعى عن حضور الجلسة الأولى المحددة لنظر المعارضة يقضي القاضي باعتبار المعارضة كأن لم تكن، و سبب ذلك أن القضاء يعتبر تخلف المعارض عن الحضور يدل على عدم جدية طعنه فيكون غير جدير بتحقيق موضوع المعارضة و الفصل فيه، أما إذا تخلف المعارض عليه عن حضور جلسات و صدر حكم في المعارضة فلا تجوز له المعارضة فيه².

ت/- آثار الطعن بالمعارضة: يترتب على الطعن في الحكم بإحد طريقي الطعن العاديين - المعارضة و الاستئناف- وقف تنفيذ الحكم وهذا ما نص المشرع عليه بنص المادة 323 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية بنصها: "يوقف تنفيذ الحكم خلال أجل الطعن العادي كما يوقف بسبب ممارسته"، و قد استثنى المشرع من هذه القاعدة الأحكام المشمولة بالنفاذ المعجل³.

ثانيا/-: الطعن عن طريق الاستئناف

الاستئناف طريق طعن عادي يوجه ضد الأحكام الابتدائية الصادرة من محكمة أول درجة بمقتضاه يعرض الخصم الخصومة كلها أو بعضها على محكمة الدرجة الثانية بقصد التوصل إلى

¹ - المادة 330 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية: "ترفع المعارضة حسب الأشكال المقررة لعريضة افتتاح الدعوى يجب أن يتم التبليغ الرسمي للعريضة إلى كل أطراف الخصومة.

يجب أن تكون العريضة المقدمة أمام الجهة القضائية مرفقة، تحت طائلة عدم القبول شكلا، بنسخة من الحكم المطعون فيه.

² - المادة 331 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية: يكون الحكم الصادر في المعارضة حضوريا في مواجهة جميع الخصوم، وهو غير قابل للمعارضة من جديد".

³ - المادة 323 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية: "يوقف تنفيذ الحكم خلال أجل الطعن العادي كما يوقف بسبب ممارسته".



«الباب الثاني» ————— إجراءات رفع دعوى شؤون الأسرة و تداول نظرها والأحكام الصادرة بشأنها والطعن عليها - كـ

إلغاء الحكم أو تعديله¹، و قد نص المشرع الجزائري على أحكامه في نصوص المواد من **332** حتى نص المادة **347** من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، حيث بين المشرع من خلال هذه النصوص نطاق الطعن بالاستئناف و ميعاده و إجراءاته و آثاره.

أ/- نطاق الطعن بالاستئناف: القاعد العامة أن جميع الأحكام التي تصدر من المحكمة الابتدائية سواء صدرت من قسم شؤون الأسرة أو من غيره من الأقسام يجوز استئنافها أمام المجلس القضائي، لكن المشرع خرج على هذه القاعدة بالنسبة للأحكام التي تفصل في جزء من موضوع النزاع أو التي تأمر بإجراء من إجراءات التحقيق أو تدبير مؤقت بحيث جعلها غير قابلة للاستئناف إلا مع الحكم الفاصل في أصل الدعوى برمتها² أما الأحكام الصادرة قبل الفصل في الموضوع (الأحكام التحضيرية و التمهيدية) فلم يجعلها المشرع قابلة للاستئناف مستقلة عن الحكم في الموضوع وبالتالي إذا أصدر قاضي شؤون الأسرة حكما بتعيين خبير لا يستطيع من صدر ضده الحكم الطعن فيه قبل صدور حكم في موضوع الدعوى، حيث يستأنف الحكم الصادر قبل الفصل و الحكم الفاصل في موضوع الدعوى في عريضة استئنافية واحدة³.

كما خرج المشرع في مواد شؤون الأسرة عن القاعدة العامة بالنسبة لأحكام الطلاق و التطليق و الخلع⁴ و أحكام الطلاق بالتراضي⁵ حيث جعلها غير قابلة للاستئناف ولعل المشرع الجزائري سلك هذا المسلك لكي يتفادى الخروج الفاضح عن أحكام الشريعة الإسلامية، لأنه

¹ - نص المادة 331 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية: "يكون الحكم الصادر في المعارضة حضوريا في مواجهة جميع الخصوم، وهو غير قابل للمعارضة من جديد".

² - المادة 334 من قانون الإجراءات المدنية: "الأحكام الفاصلة في جزء من موضوع النزاع أو التي تأمر بالقيام بإجراء من إجراءات التحقيق أو تدبير مؤقت، لا تقبل الاستئناف إلا مع الحكم الفاصل في أصل الدعوى برمتها، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك.

يتم الاستئناف في الحكم الصادر قبل الفصل في الموضوع و الحكم الفاصل في موضوع الدعوى بموجب نفس عريضة الاستئناف.

يترتب على عدم قبول استئناف الحكم الفاصل في موضوع الدعوى، عدم قبول استئناف الحكم الصادر قبل الفصل في الموضوع.

³ - ينظر نص المادة 334 قانون إجراءات مدنية و الإدارية.

⁴ - المادة 57 قانون أسرة " على أن الأحكام الطلاق والتطليق والخلع غير قابلة للاستئناف فيما عدا جوانبها المادية".

⁵ - ينظر نص المادة 433 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.



كـ «الباب الثاني» ————— إجراءات رفع دعوى شؤون الأسرة و توابعها نظرها والأحكام الصادرة بشأنها والطعن عليها - كـ

لو جوز استئناف أحكام الطلاق و التطبيق و الخلع لخرج على الكثير من أحكامها التي تنظم أحكام العلاقة الزوجية و أحكام فضها، مثل أحكام العدة و أحكام الطلاق البائن و الرجعي، وقد جاءت قرارات المحكمة العليا مؤكدة دائما لما قرره المشرع بنص المادة 57 من قانون الأسرة حيث قضت في قرارها رقم 79858 الصادر بتاريخ 1991/11/26 بأنه: متى كان مقررا أن الأحكام بالطلاق غير قابلة للاستئناف ما عدا في جوانبها المادية فإن قضاة المجلس في قضية الحال بإلغائهم للحكم المستأنف لديهم القاضي بالطلاق خالفوا القواعد الجوهرية للإجراءات¹.

ب/- ميعاد الاستئناف و إجراءاته: نصت المادة 336 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية أنه "يحدد أجل الطعن بالاستئناف بشهر واحد ابتداء من تاريخ التبليغ الرسمي للحكم إلى الشخص ذاته، ويمدد أجل الاستئناف إلى شهرين إذا تم التبليغ الرسمي في موطنه الحقيقي أو المختار، لا يسري أجل الاستئناف في الأحكام الغيابية إلا بعد انقضاء أجل المعارضة" الملاحظ من خلال النص أن المشرع ميز بين ميعاد الاستئناف في حالة التبليغ الشخصي و حالة التبليغ في الموطن حيث حدد ميعاد الاستئناف بشهر واحد في حالة التبليغ الشخصي أما في حالة التبليغ في الموطن فقد حدد المشرع ميعاد الاستئناف بشهرين، وفي كلتا الحالتين يبدأ سريان ميعاد الطعن بالاستئناف من تاريخ التبليغ، أما في حالة الحكم الغيابي فلا يبدأ سريان الطعن بالاستئناف إلا بعد انقضاء أجل المعارضة.

و يرفع الاستئناف بموجب عريضة استئنافية مرفقة بنسخة مطابقة لأصل الحكم المطعون فيه تحت طائلة عدم القبول شكلا²، تقدم إلى جهة الاستئناف أو تقدم إلى المحكمة التي أصدرت الحكم المستأنف فيه³، حيث يقوم أمين الضبط المختص بتقييد الاستئناف في سجل خاص مرقم ومؤشر عليه من قبل رئيس المجلس القضائي⁴ لتسجل فيه كل الطعون بالاستئناف التي رفعت من المحاكم التابعة للمجلس، حيث يدون فيه رقم كل استئناف تبعا لترتيبه في السجل وأسماء

¹ - قرار المحكمة العليا رقم 79858 الصادر بتاريخ 1991/11/26، المحلة القضائية لسنة 1993، العدد الثالث، ص 86.

² - المادة 541 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية: "يجب إرفاق عريضة الاستئناف، تحت طائلة عدم قبولها شكلا، بنسخة مطابقة لأصل الحكم المستأنف".

³ - تسجيل الاستئناف أمام المحكمة الابتدائية التي أصدرت الحكم هو إجراء غير مفعّل عمليا أمام المحاكم المدنية، إلا أن المشرع جوز بصريح المادة 539 فقرة 02.

⁴ - المادة 539 فقرة 03 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية: "... مع مراعاة أحكام المادة 17 من هذا القانون، تقيّد عريضة الاستئناف حالا في سجل خاص، مرقم و مؤشر عليه من قبل رئيس المجلس القضائي، تبعا لترتيب ورودها مع بيان أسماء و ألقاب الخصوم و رقم القضية و تاريخ أول جلسة".



«الباب الثاني» ————— إجراءات رفع دعوى شؤون الأسرة و تداول نظرها والأحكام الصادرة بشأنها والطعن عليها - كـ

وألقاب الخصوم وتاريخ أول جلسة، ثم يقوم الكاتب كذلك بتدوين نفس الرقم و نفس التاريخ على نسخ العريضة الاستئنافية ثم يسلمها للمستأنف بغرض تبليغها للخصوم¹ على أن يحترم أمين الضبط أجل التبليغ المحدد بعشرين يوما على الأقل بين تاريخ تسليم التكليف و التاريخ المحدد لأول جلسة²، ثم يقوم كاتب الضبط بفتح ملف يضع فيه نسخة من الحكم المستأنف فيه و العريضة الاستئنافية، ويحيل الملف بعد علم رئيس المجلس³ إلى غرفة شؤون الأسرة بالمجلس حيث يقوم كاتب ضبط غرفة شؤون الأسرة بتسجيل الاستئناف بسجل خاص بالجلسات وبعدها يقوم بإخطار المحكمة الابتدائية -التي أصدرت الحكم- بالاستئناف حيث تقوم برفع الملف بكامله إلى محكمة الدرجة الثانية و بعد وصول الملف إلى الغرفة يقوم كاتب ضبط بوضعه في ملف الاستئناف، حيث يقوم رئيس الغرفة بإعداد جدول القضايا لكل جلسة، ويأمر بتبليغ نسخة منه إلى ممثل النيابة العامة كما يأمر بتعليق نسخة أو أكثر في المكان المخصص للإعلانات و بمدخل قاعة الجلسات⁴، وفي الغالب تعلق نسخة منه في قاعة جلوس المحامين، ثم يقوم رئيس الغرفة بتعين مستشار مقرر في القضية الذي يقدم تقريره قبل تاريخ انعقاد أول جلسة حيث يودع بملف الاستئناف و يمكن الخصوم من الاطلاع عليه و إبداء ملاحظاتهم بخصوصه، و يجب أن يتضمن التقرير الوقائع والإجراءات و الأوجه المثارة و المسائل القانونية المعروضة للفصل فيها

¹ - الفقرة 02 المادة 16 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية: "تقيد العريضة حالا في سجل خاص تبعا لترتيب ورودها، مع بيان أسماء وألقاب الخصوم و رقم القضية وتاريخ أول جلسة.

يسجل أمين الضبط رقم القضية وتاريخ أول جلسة على نسخ العريضة الافتتاحية، ويسلمها للمدعي بغرض تبليغها رسميا للخصوم".

² - المادة 539 قانون الإجراءات المدنية والإدارية: يرفع الاستئناف بعريضة تودع بأمانة ضبط المجلس القضائي الذي صدر الحكم المستأنف في دائرة اختصاصه.

و يجوز أن يسجل الاستئناف بأمانة ضبط المحكمة التي أصدرت الحكم في سجل خاص. مع مراعاة أحكام المادة 17 من هذا القانون، تقيد عريضة الاستئناف حالا في سجل خاص، مرقم و مؤشر عليه من قبل رئيس المجلس القضائي، تبعا لترتيب ورودها مع بيان أسماء و ألقاب الخصوم و رقم القضية و تاريخ أول جلسة.

يسجل أمين الضبط رقم القضية و تاريخ أول جلسة على نسخ عريضة الاستئناف، و تبلغ رسميا من قبل المستأنف للمستأنف عليه.

يجب مراعاة أجل عشرين يوما على الأقل بين تاريخ تسليم التكليف بالحضور و التاريخ المحدد لأول جلسة.

³ - المادة 543 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية: "يتولى رئيس المجلس القضائي توزيع الملفات على الغرف".

⁴ - المادة 546 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية: "يحدد رئيس الغرفة جدول القضايا لكل جلسة، و يأمر رئيس أمانة الضبط بتعليق نسخة منه بمدخل قاعة الجلسات و إبلاغه إلى ممثل النيابة العامة. ويتم إبلاغه إلى ممثل النيابة العامة.



«الباب الثاني» ————— إجراءات رفع دعوى شؤون الأسرة و تداول نظرها والأحكام الصادرة بشأنها والطعن عليها - كـ.

و يتضمن الطلبات الختامية للخصوم¹، ويودع التقرير قبل انعقاد جلسات المرافعات بثمانية أيام على الأقل²، وبحلول أجل أول جلسة إذا تبين للمستشار المقرر عدم قبول الاستئناف تدرج القضية في أقرب جلسة لسماع الخصوم في ملاحظاتهم و الفصل فيها فوراً عند الاقتضاء، و في الحالات الأخرى يفتح باب تبادل العرائض و الوثائق، و بانتهاء المرافعات يدخل رئيس الغرفة القضية في المداولة و يحدد تاريخ النطق بالقرار، و بعد التداول في الملف و بحلول أجل النطق بالقرار يتلو رئيس الغرفة منطوق القرار في جلسة علنية و بحضور قضاة التشكيلة الذين تداولوا في القضية³.

وجوب تمثيل الخصوم بمحامي أمام محكمة الدرجة الثانية بعد الطعن بالاستئناف:

جعل المشرع الجزائري بنص المادة 538 من قانون الإجراءات المدنية⁴ تمثيل الخصوم بمحامي وجوباً أمام المجلس القضائي وعليه لا يمكن للخصوم كأصل عام التراجع أو إبداء ملاحظات أو دفوع بأنفسهم أو عن طريق موكلهم -من غير المحامين- في الخصومة الاستئنافية و إلا وقع استئنافهم تحت طائلة عدم القبول، إلا أن المشرع خرج عن هذه القاعدة بالنسبة لمسائل شؤون الأسرة حيث جعل التمثيل بمحامي جوازياً في خصومة شؤون الأسرة الاستئنافية⁵ ولعل المشرع بهذا النص راعى خصوصية دعاوى شؤون الأسرة وظروف الأطراف فأراد التيسير على الخصوم وهذا الموقف يجب أن يحسب للمشرع و لا يحسب عليه، لأن

¹ - المادة 545 قانون الإجراءات المدنية و الإدارية: "يتضمن تقرير المستشار المقرر الوقائع و الإجراءات و الأوجه المثارة و المسائل القانونية المعروضة للفصل فيها و يتضمن الطلبات الختامية للخصوم".

² - المادة 546 قانون الإجراءات المدنية و الإدارية: "يودع تقرير المستشار المقرر الوقائع و الإجراءات و الأوجه المثارة و المسائل القانونية المعروضة للفصل فيها و يتضمن الطلبات الختامية للخصوم".

³ - المادة 550 قانون الإجراءات المدنية و الإدارية: "يقتصر النطق بالقرار على تلاوة منطوقه في جلسة علنية بحضور قضاة التشكيلة الذين تداولوا في القضية".

⁴ - نص المادة 538 فقرة 01 قانون الإجراءات المدنية و الإدارية: "تمثيل الخصوم أمام المجلس القضائي من طرف محامي وجوباً تحت طائلة عدم قبول الاستئناف، ما لم ينص هذا القانون على خلاف ذلك"

⁵ - نص المادة 538 فقرة 02 قانون الإجراءات المدنية و الإدارية: "...لا يكون تمثيل الأطراف بمحام وجوباً في مادة شؤون الأسرة و المادة الاجتماعية بالنسبة للعمال.

تعفى الدولة و الولاية و البلدية و المؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية من التمثيل الوجوبي بمحام"



«الباب الثاني» ————— إجرائيات رفع دعوى شؤون الأسرة و تداعير نظرها والأحكام الصادرة بشأنها والطعن عليها - كـ.

إجبارية التمثيل بمحام في قضايا شؤون الأسرة قد يكون عائقا من عوائق التقاضي على درجتين ويؤدي إلى العزوف عن ممارسة هذا الحق، خاصة و أن معظم القضايا لا يتجاوز التعويض فيها إن وجد مصاريف التقاضي كما أن معظمها ترفع لحماية القصر و لا ترجع على رافعها بأي فائدة مادية مثل قضايا الحضانة والنفقة و الوصاية و الحجر.. الخ.

ج/- حق النيابة في استئناف أحكام شؤون الأسرة:

ويشمل الجزئيتين التاليتين:

— مدى أحقية النيابة العامة في استئناف أحكام شؤون الأسرة في الأحكام و الأوامر التي لم يرد بشأنها نص صريح بالاستئناف:

رغم أن المشرع في نص المادة 03 مكرر من قانون الأسرة جعل من النيابة طرفا أصيلا في جميع قضايا شؤون الأسرة، الأمر الذي يفهم ضمنا منه أن للنيابة العامة نفس حقوق الطرف الأصلي بما فيها حق الطعن عن طريق الاستئناف، إلا أن المشرع عند تناوله للأحكام العامة للاستئناف لم يصرح بحق النيابة العامة في الطعن عن طريق الاستئناف خاصة و أنه حدد صراحة بنص المادة 335 من قانون الإجراءات المدنية من لهم الحق في الاستئناف، الأمر الذي يوجد نوعا من الغموض حول حق النيابة العامة في استئناف الأحكام الصادرة عن قسم شؤون الأسرة، فهل نستطيع القول أنه يحق للنيابة العامة استئناف جميع الأحكام الصادرة باعتبارها طرفا أصيلا في جميع قضايا شؤون الأسرة مستنديين في ذلك على نص المادة 3 مكرر من قانون الأسرة، أم يمكن القول أن النيابة العامة ليس لها حق الطعن عن طريق الاستئناف مستنديين في ذلك على صراحة نص المادة 335 التي حددت أصحاب الحق في الاستئناف على سبيل الحصر ونقول أنه " لا اجتهاد مع وجود نص صريح"؟.

نرى أنه للخروج من هذا الخلاف الذي قد يكون عقيما و يؤدي إلى تعطيل الإجراءات، أن يصرح المشرع إما بحق النيابة العامة في استئناف جميع أحكام شؤون الأسرة أو يصرح بخلاف ذلك لتفادي الخلط والغموض.



كـ «الباب الثاني» ————— إجراءات رفع دعوى شؤون الأسرة و تداول نظرها والأحكام الصادرة بشأنها والظعن عليها - كـ.

– الأحكام و الأوامر التي صرح المشرع للنيابة العامة بجواز استئنافها في مسائل شؤون

الأسرة:

خرج المشرع الجزائري عن القاعدة العامة و نص على حق النيابة في الطعن على الأوامر الصادرة من قسم شؤون الأسرة و هي ما يلي:

أ- الأوامر الاستعجالية الصادرة في مواد إسقاط الولاية أو الحد منها أو وقفها أو ردها، قد صرح المشرع على ذلك بنص المادة **1456**¹ وقد أعطى هذا الحق صراحة لنيابة العامة باعتبارها ممثلة للقصر الذين أوجب القانون عليها حمايتهم.

ب- الأوامر الصادرة عن قاضي شؤون الأسرة و التي تقضي بافتتاح أو تعديل أو رفع التقديم عن البالغين ناقصي الأهلية وهذا ما صرح به المشرع بنص المادة **488** من قانون الإجراءات المدنية والإدارية

ج- **أثر الاستئناف:** نصت المادة **339** من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه " تفصل جهة الاستئناف من جديد من حيث الوقائع و القانون"، كما نصت المادة **340** من نفس القانون على أنه: " ينقل الاستئناف إلى المجلس القضائي مقتضيات الحكم التي يشير إليها هذا الاستئناف صراحة أو ضمنا أو المقتضيات الأخرى المرتبطة بها، ويمكن أن يقتصر الاستئناف على بعض مقتضيات الحكم،.. يتم نقل الخصومة برمتها عندما يهدف الاستئناف إلى إلغاء الحكم أو إذا كان موضوع النزاع غير قابل للتجزئة"، وبالتالي يترتب على رفع الاستئناف صحيحا، نقل الدعوى إلى محكمة الدرجة الثانية أي نقل موضوع النزاع برتمته إلى محكمة الاستئناف لتنظره من جديد أو تنظر جزءا منه إن كان قابلا للانقسام و ينتقل الموضوع إلى المحكمة الإستئنافية بكافة أسانيد القانونية و أدلته الواقعية و لهذا كان للمستأنف عليه أن يتمسك بكل أوجه دفاعه التي أبداها أمام محكمة أول درجة دون أن يكلف برفع استئناف فرعي، و على ذلك تكون سلطة محكمة الدرجة الثانية على الاستئناف كسلطة محكمة الدرجة

¹ - المادة **456** قانون الإجراءات المدنية والإدارية: " يكون الأمر قابلا للاستئناف:

1- من قبل الخصوم في أجل خمسة عشر **15** يوما من تاريخ التبليغ الرسمي،

2- من قبل النيابة العامة خلال نفس المدة ابتداء من تاريخ النطق بالأمر".



«الباب الثاني» ————— إجراءات رفع دعوى شؤون الأسرة و توابعها والأحكام الصادرة بشأنها والطعن عليها - كـ

الأولى على الدعوى فهي تبحت وقائع الدعوى و تتخذ ما تراه من إجراءات الإثبات و تقدير الوقائع مما قدم إليها من مستندات و من واقع دفاع الخصوم ثم تطبق أخيرا القاعدة القانونية التي تراها صحيحة على وقائع الدعوى¹، إلا أن المشرع بخصوص هذه القاعدة سحب من محكمة الدرجة الثانية صلاحية الفصل في الطلبات الجديدة وهذا ما صرح به من خلال نص المادة 341 من نفس القانون بنصها: " لا تقبل طلبات جديدة في الاستئناف..." و معنى هذا النص أن محكمة الاستئناف لا يمكنها التعرض لما لم يكن معروضا على محكمة أول درجة و تبرير ذلك أن في تقديم الطلبات الجديدة أمام محكمة الاستئناف خروجاً على قاعدة ثنائية درجات التقاضي وبالتالي فلو جاز المشرع لمحكمة الدرجة الثانية الفصل في هذه الطلبات الجديدة لخرج عن مبدأ تعدد درجات التقاضي و يكون بذلك قد خرج عن مبدأ المساواة بين الخصوم لحرمان الخصم الآخر من حق الطعن بالاستئناف في حال الفصل في الطلبات الجديدة أمام آخر درجة من درجات التقاضي، وقاعدة عدم الفصل في الطلبات الجديدة تتعلق بالنظام العام فلا يجوز الاتفاق على مخالفتها و يجوز الدفع بها في أية حالة تكون عليها الدعوى.

الفرع الثالث: ررق الطعن غير العادية وإجراءاتها.

يقصد بطرق الطعن غير العادية تلك الطعون التي اشترط المشرع فيها أسباباً معينة للطعن حيث لا يجوز رفعها إلا إذا تحقق في الحكم المطعون فيه سبب من هذه الأسباب، و يترتب على هذه الخاصية أن المحكمة التي يوجه إليها الطعن لا تكون لها ذات الصلاحية المقررة للمحكمة التي أصدرت الحكم المطعون عليه في بحث النزاع و الحكم فيه² بل سلطتها في نظر الطعن تقتصر على الأوجه التي يثيرها الطعن، وطرق الطعن غير العادية في القانون الجزائري ثلاثة طرق (الطعن بالنقض، التماس إعادة النظر، اعتراض الغير الخارج عن الخصومة)، وعليه سنتناول بالدراسة أولاً أحكام الطعن بالنقض ثم نتعرض ثانياً لدراسة أحكام الطعن عن طريق اعتراض الغير الخارج عن الخصومة، وفي الأخير نتناول دراسة أحكام طعن التماس إعادة النظر ويكون ذلك على النحو التالي:

¹- د. محمد أبو الوفا، المرجع السابق، ص 689 . المستشار أنور طلبة، الطعن بالاستئناف و التماس إعادة النظر المكتب الجامعي الحديث، ص 09.

²- نبيل إسماعيل عمر ، أصول المرافعات المدنية و التجارية ، منشأة المعارف بالإسكندري ، الطبعة الأولى . 1986. ص 1205.



«الباب الثاني» ————— إجراءات رفع دعوى شؤون الأسرة و تداول نظرها والأحكام الصادرة بشأنها والطقن عليها - كـ.

أولا/ - الطعن بالنقض: الطعن بالنقض هو طريق من الطرق غير العادية، يهدف إلى عرض الحكم أو القرار المطعون فيه على المحكمة العليا¹ بقصد نقضه لمخالفته أحكام القانون²، و لا يقصد بذلك نقل النزاع الذي صدر فيه الحكم برمته إلى المحكمة العليا لتفصل فيه من جديد و إنما يقتصر دورها على البحث في موافقة الحكم المطعون فيه للقانون أو خروجه عليه، وقد نص المشرع الجزائي على أحكام الطعن بالنقض بنصوص المواد من 394 إلى نص المادة 379 و نصوص المواد من 557 إلى نص المادة 583 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية حيث فصل في أسبابه و إجراءاته وميعاده وآثاره لذا سوف نحاول تناول هذه الأحكام من خلال الآتي:

أ/ - نطاق الطعن عن طريق النقض: يوجه الطعن بالنقض ضد الأحكام التالية:

- الأحكام الانتهائية الفاصلة في موضوع النزاع و الصادرة عن المحاكم الابتدائية مثل الأحكام الصادرة من أقسام شؤون الأسرة و القاضية بالطلاق و الخلع و التطبيق³ و الطلاق بالتراضي⁴.

- الأحكام الفاصلة في موضوع النزاع و الصادرة عن المحاكم الابتدائية بعد أن أصبحت نهائية بفوات ميعاد الطرق العادية من استئناف ومعارضة - في حال الحكم الغيابي -.

- القرارات الفاصلة في موضوع النزاع والصادرة عن آخر درجة (المجالس القضائية)⁵.

- الأحكام والقرارات الصادرة في آخر درجة، والتي تنتهي الخصومة بالفصل في إحدى الدفوع الشككية أو بعد القبول أو أي دفع عارض⁶.

¹ - المحكمة العليا هي قمة التنظيم القضائي في سلم ترتيب المحاكم القضائية و لا تعتبر درجة من درجات القضاة حيث يقتصر دورها على مراقبة القواعد القانونية السليمة، وهي بهذه الصفة تدافع عن مصلحتين: المصلحة العامة التي تتأذى في حسن تطبيق القانون والمصلحة الخاصة لأطراف النزاع.

² - ينظر نصي المادتين 358 و 359 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

³ - المادة 57 قانون أسرة " الأحكام الطلاق والتطبيق والخلع غير قابلة للاستئناف فيما عدا جوانبها المادية".

⁴ - المادة 433 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية: "أحكام الطلاق بالتراضي غير قابلة للاستئناف".

⁵ - المادة 349 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية: "تكون قابلة للطعن بالنقض، الأحكام و القرارات الفاصلة في موضوع النزاع و الصادرة في آخر درجة من المحاكم و المجالس القضائية".

⁶ - المادة 350 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية: تكون قابلة للطعن بالنقض، الأحكام و القرارات الصادرة في آخر درجة، و التي تنهي الخصومة بالفصل في أحد الدفوع الشككية أو بعدم القبول أو أي دفع عارض آخر.



«الباب الثاني» ————— إجراءات رفع دعوى شؤون الأسرة و توابع نظرها والأحكام الصادرة بشأنها والطعن عليها - كـ.

ب/- أوجه الطعن بالنقض: اشترط المشرع الجزائري لكي يكون الحكم قابلا للطعن فيه بالنقض أمام المحكمة العليا أن يبنى على وجه واحد أو أكثر من الأوجه المنصوص عليها في المادة 358 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية¹، و أوجه النقض هي أسباب حددها المشرع على سبيل الحصر لا يجوز الخروج عليها أو الاجتهاد فيها أو القياس عليها، و على المحكمة العليا عند نظر الطعن أن تتقيد بالأوجه القانونية إلا أن المشرع سمح لها أن تثير من تلقاء نفسها إثارة وجه أو عدة أوجه للنقض و لو لم يثرها الخصم².

ج/- ميعاد الطعن بالنقض: من خلال نص المادة 354 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية نجد أن المشرع في تحديده لميعاد الطعن بالنقض ميز بين حالتين، حالة التبليغ الشخصي وحالة التبليغ في الموطن، حيث حدد ميعاد الطعن في حالة التبليغ الشخصي بشهرين تسري من تاريخ التبليغ الرسمي للحكم، أما في حالة التبليغ في الموطن فقد حدد ميعاد الطعن بثلاثة أشهر تسري من تاريخ التبليغ الرسمي للحكم، أما في حالة الأحكام و القرارات الغيابية فلا يسري هذا الأجل إلا بعد انتهاء الأجل المقرر للمعارضة³.

¹ - المادة 358 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية: لا يبنى الطعن بالنقض إلا على وجه واحد أو أكثر من الأوجه الآتية:

1- مخالفة قاعدة جوهرية في الإجراءات/2 إغفال الأشكال الجوهرية للإجراءات، /3 عدم الإختصاص،/4 تجاوز السلطة/5 مخالفة القانون الداخلي/6مخالفة القانون الأجنبي المتعلق بقانون الأسرة./7مخالفة الاتفاقيات الدولية/8/انعدام الأساس القانوني،/9 انعدام التسبب، /10قصور التسبب/11 تناقص التسبب مع المنطوق،/12 تحريف المضمون الواضح و الدقيق لوثيقة معتمدة في الحكم أو القرار،/13تناقض أحكام أو قرارات صادرة في آخر درجة، عندما تكون حجية الشيء المقضي فيه قد أثبتت بدون جدوى، و في هذه الحالة يوجه الطعن بالنقض ضد آخر حكم أو قرار من حيث التاريخ، و إذا تأكد هذا التناقض، يفصل بتأكيد الحكم أو القرار الأول/14 تناقض أحكام غير قابلة للطعن العادي. في هذه الحالة يكون الطعن بالنقض مقبولا، و لو كان أحد الأحكام موضوع طعن بالنقض سابق انتهى بالرفض. و في هذه الحالة يرفع الطعن بالنقض حتى بعد فوات الأجل المنصوص عليه في المادة 354 أعلاه، و يجب توجيهه ضد الحكمين، و إذا تأكد التناقض، تقضي المحكمة العليا بإلغاء أحد الحكمين أو الحكمين معا/15 وجود مقتضيات متناقضة ضمن منطوق الحكم أو القرار/16 الحكم بما لم يطلب أو بأكثر مما طلب،/17/السهو عن الفصل في أحد الطلبات الأصلية/18 إذا لم يدافع عن ناقصي الأهلية.

² - المادة 360 قانون الإجراءات المدنية والادارية: "يجوز للمحكمة العليا أن تثير من تلقاء نفسها وجه أو عدة أوجه للنقض.

³ - المادة 355 قانون الإجراءات المدنية و الإدارية: لا يسري أجل الطعن بالنقض في الأحكام و القرارات الغيابية، إلا بعد انقضاء الأجل المقرر للمعارضة".



كـ «الباب الثاني» ————— إجراءات رفع دعوى شؤون الأسرة و تداول نظرها والأحكام الصادرة بشأنها والظعن عليها - كـ.

ح- إجراءات الطعن بالنقض: يرفع الطعن بالنقض وفقا لما تقضي به المادة 560 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بتصريح أو بموجب عريضة مكتوبة موقعة ومختومة من محام معتمد لدى المحكمة العليا تحت طائلة عدم قبولها شكلا¹، تقدم إما أمام أمانة ضبط المحكمة العليا أو تقدم أمام المجلس القضائي الذي أصدر الحكم المطعون فيه تيسيرا على ذوي الشأن²، حيث يقوم أمين الضبط الرئيسي بتقييد الطعن بالنقض في سجل خاص بقيد الطعون بالنقض تسجل فيه التصريحات أو عرائض الطعون بالنقض ويجب أن يكون السجل مرقما ومؤشرا عليه من قبل الرئيس الأول للمحكمة العليا (سجل المحكمة العليا) أو رئيس المجلس القضائي (سجل المجلس القضائي)³ وهذا السجل موضوع خصيصا لتسجل فيه تصريحات أو عرائض الطعون بالنقض حسب تاريخ وصولها، وفي حالة التصريح بالطعن دون تقديم عريضة الطعن يقوم أمين الضبط الرئيسي أو المفوض بإعداد محضر يدون عليه اسم و لقب وموطن كل من الطاعن والمطعون عليه، وتاريخ وطبيعة القرار المطعون فيه ثم يوقع المحضر من القوائم بالتصريح أو محاميه، كما يوقع عليه أمين الضبط الذي قام بإعداده، ثم يسلم أمين الضبط نسخا من محضر التصريح بغرض تبليغ المطعون ضده بالطعن شريطة أن يكون ذلك-التبليغ- خلال أجل شهر من تاريخ التصريح بالطعن، ثم بعد ذلك يتوجب على الطاعن خلال أجل شهرين على الأكثر بإيداع عريضة بأمانة ضبط المحكمة العليا (إذا قام بالتصريح بالطعن أمامها)، أو بأمانة ضبط المجلس في (حالة التصريح بالطعن أمامها)⁴ على أن يعرض الطاعن في عريضته أوجه الطعن التي

¹ - المادة 567: "يجب أن تحمل عريضة الطعن بالنقض و تحت طائلة عدم قبولها شكلا تلقائيا، التوقيع الخطي و ختم محام معتمد لدى المحكمة العليا و عنوانه المهني".

² - المادة 560 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية: "يرفع الطعن بالنقض بتصريح أو بعريضة أمام أمانة ضبط المحكمة العليا يرفع الطعن بالنقض بتصريح أو بعريضة أمام أمانة ضبط المحكمة العليا. يجوز أيضا أن يرفع الطعن بالنقض بتصريح أو بعريضة أمام أمانة ضبط المجلس القضائي الذي صدر في دائرة اختصاص الحكم موضوع الطعن".

³ - المادة 561 قانون الإجراءات المدنية و الإدارية : "يمسك بأمانة ضبط المحكمة العليا و بأمانة ضبط المجالس القضائية سجل يسمى "سجل قيد الطعون بالنقض"، تسجل فيه تصريحات أو عرائض الطعون بالنقض حسب تاريخ وصولها. يكون هذا السجل موضوعا تحت مسؤولية أمين الضبط الرئيسي، مرقما و موقعا من طرف الرئيس الأول للمحكمة العليا، أو رئيس المجلس القضائي، حسب الحالة، الذي يراقب مسكه دوريا".

⁴ - الفقرة 02 المادة 16 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية: "تقيد العريضة حالا في سجل خاص تبعا لترتيب ورودها، مع بيان أسماء وألقاب الخصوم و رقم القضية وتاريخ أول جلسة".



«الباب الثاني» ————— إجراءات رفع دعوى شؤون الأسرة و توابعها والأحكام الصادرة بشأنها والظعن عليها - كـ

يثيرها تحت طائلة عدم قبول الطعن بالنقض شكلا، ثم يتوجب عليه بعد إيداع العريضة أن يبلغها رسميا المطعون ضده خلال أجل شهر يسري من تاريخ الإيداع، ويجب أن تتضمن عريضة الطعن تحت عدم قبولها تلقائيا إضافة للبيانات العادية، تاريخ وطبيعة القرار المطعون فيه، وعرضا عن أوجه الطعن المؤسس عليها الطعن بالنقض، ويجب أن ترفق تحت طائلة عدم القبول نسخة مطابقة لأصل القرار أو الحكم المطعون فيه و نسخة من الحكم المستأنف فيه إن كان الحكم المطعون فيه قرارا صادرا عن الدرجة الثانية، كما يجب إرفاق العريضة بجميع الوثائق المشار إليها في المرفقات، و يجب أن ترفق العريضة بوصل دفع الرسم القضائي و محاضر التبليغ الرسمي للتصريح أو عريضة الطعن للمطعون ضده¹.

وبعد تبليغ عريضة الطعن للمطعون ضده يتوجب عليه أن يقدم مذكرة جوابية موقعة من محامي معتمد لدى المحكمة العليا يرد فيها على أوجه الطعن يقوم بإيداعها أمام أمين الضبط الرئيسي (المحكمة العليا/ المجلس القضائي) في أجل أقصاه شهرين يسري من تاريخ التبليغ الرسمي لعريضة الطعن، وبعد انتهاء الأجل المحدد للأطراف لإيداع مذكراتهم يقوم أمين ضبط المحكمة العليا بإحالة ملف الطعن بالنقض على الغرفة المعنية، حيث يعين رئيس الغرفة مستشارا مقررًا يكلفه بإعداد تقرير كتابي حيث يقوم المستشار بإرسال الملف إلى النيابة العامة لتقديم طلباتها الكتابية حول أوجه الطعن، كما يمكن للمستشار المقرر أن يسمح للطاعن أن يرد على جواب المطعون ضده إذا رأى ضرورة لذلك و يمكنه طلب أي وثيقة يراها ضرورية للفصل في الطعن، و عندما تصبح القضية مهياًة للفصل فيها يودع تقريره الكتابي و يصدر أمرا بإبلاغ النيابة العامة التي لها أجل شهر من تاريخ استلام الأمر لتقديم طلباتها في الملف، و بعد انقضاء

يسجل أمين الضبط رقم القضية وتاريخ أول جلسة على نسخ العريضة الافتتاحية، ويسلمها للمدعي بغرض تبليغها رسميا للخصوم".

1 - المادة 566 قانون الإجراءات المدنية و الإدارية: " يجب إرفاق عريضة الطعن بالنقض تحت طائلة عدم قبول الطعن شكلا تلقائيا، بالوثائق الآتية:

- 1- نسخة مطابقة لأصل القرار أو الحكم محل الطعن، مرفقة بمحاضر التبليغ الرسمي إن وجدت.
- 2- نسخة من الحكم المؤيد أو الملغى بالقرار محل الطعن،
- 3- الوثائق المشار إليها في مرفقات عريضة الطعن،
- 4- وصل دفع الرسم القضائي لدى أمين الضبط الرئيسي لدى المحكمة العليا أو المجلس القضائي،
- 5- نسخة من محاضر التبليغ الرسمي للتصريح و/أو لعريض الطعن بالنقض إلى المطعون ضده.



«الباب الثاني» ————— إجراءات رفع دعوى شؤون الأسرة و تداول نظرها والأحكام الصادرة بشأنها والطعن عليها - كـ

الأجل يرجع الملف إلى المستشار المقرر للجدولة، حيث يقوم رئيس الغرفة بإعداد جدول القضايا لكل جلسة¹، ويأمر بتبليغ نسخة منه إلى ممثل النيابة العامة، ويبلغ الخصوم و محاموهم بالجلسة عن طريق إشعار قبل خمسة عشر يوما من تاريخ انعقاد الجلسة، وتعد جلسات المحكمة العليا علانية في الأصل وبحضور ممثل عن النيابة العامة، و أثناء الجلسة يمكن لمحامي الخصوم من إبداء ملاحظات شفوية خلال الجلسة شريطة أن يتقدموا قبل ذلك بطلب لرئيس التشكيلة قبل ثلاثة أيام على الأقل من انعقاد الجلسة²، وبحلول أجل أول جلسة إذا تبين لرئيس التشكيلة عدم قبول الطعن تدرج القضية في أقرب جلسة لسماع ملاحظات الخصوم و يقدم المستشار المقرر تقريرا وجزيا عن الإجراءات، ويتم سماع الطلبات الشفوية للنيابة العامة، وبعد ذلك يصرح رئيس التشكيلة بعدم قبول الطعن، و في الحالات الأخرى يمكن للمحكمة العليا نقض الحكم أو القرار المطعون فيه كليا أو جزئيا إذا كان قابلا للانفصال عن الأجزاء الأخرى، وبعد نقض الحكم أو القرار تحيل المحكمة العليا القضية أمام الجهة التي أصدرت الحكم أو القرار بتشكيلة جديدة أو تحيله إلى جهة أخرى من نفس النوع والدرجة وبذلك يعود الأطراف إلى الحالة التي كانوا عليها قبل صدور الحكم أو القرار المطعون فيه فيما يخص أوجه الطعن المقبولة، كما يمكن للمحكمة العليا نقض القرار دون إحالة في حالة ما إذا كان قرارها لا يترك من النزاع ما يتطلب الحكم فيه، كما لها نقض الحكم أو القرار دون إحالة وتفصل في النزاع نهائيا³.

¹ - المادة 261 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية: "يحدد رئيس القسم أو التشكيلة جدول القضايا لكل جلسة، ويتم إبلاغه إلى ممثل النيابة العامة، ويعلق في المكان المعين لذلك".

² - المادة 575 قانون الإجراءات المدنية والإدارية: "تعد جلسات علنية ما لم تقرر المحكمة العليا خلاف ذلك، إذا رأيت أن في العلنية ما يخل بالنظام العام".

³ - المادة 365 قانون الإجراءات المدنية والإدارية: "إذا كان قرار المحكمة العليا، فيما فصل فيه من نقاط قانونية، لا يترك من النزاع ما يتطلب الحكم فيه، فإن النقص يكون بدون إحالة".

يجوز كذلك النقص بدون إحالة، و الفصل في النزاع نهائيا، عندما يكون قضاة الموضوع قد عاينوا و قدروا الوقائع بكيفية تسمح للمحكمة العليا أن تطبق القاعدة القانونية الملائمة.

يجوز للمحكمة العليا، أن تمدد النقص بدون إحالة إلى أحكام سابقة للحكم أو القرار المطعون فيه، إذا ترتب على نقضهما إلغاء تلك الأحكام بالتبعية

في هذه الحالات، تفصل المحكمة العليا بتحديد من يتحمل المصاريف القضائية المترتبة على مراحل الخصومة أمام قضاة الموضوع .

و يكون قرار المحكمة العليا قابلا للتنفيذ.



«الباب الثاني» ————— إجراءات رفع دعوى شؤون الأسرة و تداول نظرها والأحكام الصادرة بشأنها والطعن عليها - كـ.

وفي حالة نقض الحكم أو القرار من المحكمة العليا و إحالته على الجهة القضائية التي أصدرت الحكم أو القرار بتشكيكة جديدة أو في حالة إحالته إلى جهة أخرى من نفس النوع والدرجة، عندها يتعين على الطاعن إيداع عريضة مكتملة الشروط و الأشكال أمام هذه الجهة في أجل أقصاه شهرين يسري من تاريخ تبليغه شخصيا بقرار المحكمة العليا و في حالة تبليغه في الموطن يمدد هذا الأجل إلى ثلاثة أشهر، وبعد إعادة السير في الدعوى بعد الطعن لا يجوز تدخل الغير أمام جهة الإحالة أما بالنسبة للأطراف الذين كانوا خصوما قبل النقض و لم يكونوا خصوما في الطعن فيجوز لجهة الإحالة أن تأمر باستدعائهم كما يمكنهم التدخل الاختياري إذا ترتب على نقض الحكم أو القرار مساس بحقوقهم، و بانتهاء مرحلة تبادل العرائض و المرافعات تفصل جهة الإحالة من جديد في القضية باستثناء المسائل غير المشمولة بالنقض¹، و تصدر حكمها بنفس الشروط و الإجراءات العامة لاستصدار الأحكام القضائية و النطق بها.

ثانيا/ - اعتراض الغير الخارج عن الخصومة

اعتراض الغير الخارج عن الخصومة: هو طريق من طرق الطعن غير العادية بمقتضاه يطلب من لم يكن طرفا في الخصومة مراجعة أو إلغاء الحكم أو القرار أو الأمر الاستعجالي الذي يمس بحقوقه أو يضر بمصلحته، و بالتالي فهذا الطعن خوله المشرع لكل من له مصلحة في مراجعة الحكم

أو إلغائه و لم يكن خصما أو ممثلا في الخصومة، و القواعد التي تحكم الطعن عن طريق اعتراض الغير الخارج عن الخصومة هي قواعد عامة يمكن إعمالها في جميع الدعاوى ذات الطبيعة المدنية بما فيها قضايا شؤون الأسرة، فقد يعترض أحد الورثة في حال الحكم بتقسيم الميراث دون

¹ - المادة 374 قانون الإجراءات المدنية و الإدارية: "تفصل جهة الإحالة من جديد في القضية، من حيث الوقائع، و

من حيث القانون، باستثناء المسائل غير المشمولة بالنقض

يجب على جهة الإحالة أن تطبق قرار الإحالة فيما يتعلق بالمسائل القانونية التي فصلت فيها المحكمة العليا.

إذا لم تمثل جهة الإحالة لقرار المحكمة العليا الفاصل في مسألة قانونية، يجوز لهذه الأخيرة، و بمناسبة النظر في الطعن بالنقض الثاني، البت في موضوع التراجع.

يجب على المحكمة العليا، أن تفصل من حيث الوقائع و القانون عند النظر في طعن ثالث بالنقض. و بكون قرارها هذا قابلا للتنفيذ.



«الباب الثاني» ————— إجراءات رفع دعوى شؤون الأسرة و توابعها والأحكام الصادرة بشأنها والطعن عليها - كـ.

إدخاله في الخصومة وقد تعترض الجدة في قضايا الحضانة في حال إسقاط الأب عن الأم الحاضنة لسبب من الأسباب وقد نجد له تطبيقات مختلفة في قضايا إلحاق النسب وإثباته، واعتراض الغير الخارج عن الخصومة تبناه المشرع بنصوص المواد من 380 إلى 389 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية وبين أحكامه بشيء من التفصيل و سنحاول استقراء هذه النصوص من خلال الجزئيات التالية:

أ/- نطاق اعتراض الغير الخارج عن الخصومة: يوجه اعتراض الغير الخارج عن الخصومة ضد جميع الأحكام الفاصلة في أصل النزاع سواء كانت هذه الأحكام صادرة عن محكمة أول درجة أو محكمة ثان درجة (المحكمة الاستئنافية) كما يوجه الاعتراض أيضا ضد الأوامر الاستعجالية وإن كانت هذه الأوامر تقبل التنفيذ المعجل.

ب/- ميعاد تقديم اعتراض الغير الخارج عن الخصومة: بالرجوع إلى نص المادة 384 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية نجد أنها ميزت بين حالتين في تحديد ميعاد الاعتراض:

الحالة الأولى: حالة عدم تبليغ الحكم للغير (من له حق الاعتراض) وهي الحالة العادية فحدد المشرع فيها ميعاد الاعتراض بخمسة عشر سنة تبدأ من صدور الحكم أو القرار أو الأمر.

الحالة الثانية: حالة تبليغ الحكم للغير - أي الشخص الذي له حق في الاعتراض - فقد حدد ميعاد الطعن بشهرين تبدأ من تاريخ التبليغ على أن يشار في محضر التبليغ إلى حق ممارسة الاعتراض و الأجل المضروب له.

أما عن إجراءات رفعه فيقدم الاعتراض أمام نفس الجهة التي أصدرت الحكم أو القرار أو الأمر المطعون فيه ويجوز الفصل فيه من طرف نفس القضاة، كما يتقدم بنفس الإجراءات و الأشكال المقررة لرفع أي دعوى قضائية، إلا أنه يجب على رافع الاعتراض أن يدفع مبلغ كفالة لا يقل عن 20.000 دج عشرين ألف دينار لدى أمانة ضبط الجهة التي وجه لها الطعن يثبتها بتقديم وصل يرفق بعريضة الطعن¹، كما أنه يجب على المعارض في حالة ما إذا كان الحكم غير قابل للتجزئة أن

¹ - المادة 385 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية: "يرفع اعتراض الغير الخارج عن الخصومة وفقا للأشكال المقررة لرفع الدعوى، و يقدم أمام الجهة القضائية التي أصدرت الحكم أو القرار أو الأمر المطعون فيه، و يجوز الفصل فيه من طرف نفس القضاة. لا يقبل اعتراض الغير الخارج عن الخصومة، ما لم يكن مصحوبا بوصل ثبت ايداع مبلغ لدى أمانة الضبط، يساوي الحد الأقصى من الغرامة المنصوص عليها في المادة 388 أدناه".



«الباب الثاني» ————— إجراءات رفع دعوى شؤون الأسرة و تداول نظرها والأحكام الصادرة بشأنها والطعن عليها - كـ

يقوم تحت طائلة عدم القبول باستدعاء جميع أطراف الخصومة¹.

ج/- أثر الطعن باعتراض الغير الخارج عن الخصومة: الأصل العام أنه لا يترتب عن تقديم اعتراض الخارج عن الخصومة أي أثر موقف بالنسبة للحكم المعترض عليه فيبقى الحكم قابلاً للتنفيذ، إلا أن المشرع خرج عن هذه القاعدة و أعطى للقاضي الاستعجال الحق في وقف تنفيذ الحكم أو القرار أو الأمر المطعون فيه وهذا ما صرحت به المادة 386 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية².

سلطة القاضي في الحكم في الاعتراض و آثاره: قصر المشرع رقابة القاضي في حالة الطعن باعتراض الغير الخارج عن الخصومة على جوانب الحكم أو القرار أو الأمر التي تخص المعترض، حيث يجوز للقاضي إلغاء أو تعديل مقتضيات الحكم أو القرار أو الأمر التي تضر بالمعترض، بحيث لا يحق للقاضي تعديل أو إلغاء الجوانب الأخرى التي تم الفصل فيها و لا تمس إلا الخصوم أنفسهم إلا في حالة عدم قابلية الموضوع للتجزئة³.

أما بخصوص آثار الحكم باعتراض الغير الخارج عن الخصومة فقد ميز المشرع بين حالتين:

- الحالة الأولى: حالة قبول القاضي الطعن شكلاً و قضى في موضوعه بطلبات المعترض أي قضى لصالح المعترض بتعديل الحكم أو إلغائه، في هذه الحالة احتفظ المشرع لكل خصم في الدعوى بأن يطعن فيه بكل طرق الطعن المقررة للأحكام القضائية⁴.

1 - المادة 382 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية: "إذا كان الحكم أو القرار أو الأمر صادراً في موضوع غير قابل للتجزئة، لا يكون اعتراض الغير الخارج عن الخصومة مقبولاً، إلا إذا تم استدعاء جميع أطراف الخصومة".

2 - المادة 386 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية: يجوز للقاضي الاستعجال أن يوقف تنفيذ الحكم أو القرار أو الأمر المطعون فيه، باعتراض الغير الخارج عن الخصومة حسب الأشكال المقررة في مادة الاستعجال".

3- المادة 387 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية: "إذا قبل القاضي اعتراض الغير الخارج عن الخصومة على الحكم أو القرار أو الأمر، يجب أن يقتصر في قضاؤه على إلغاء أو تعديل مقتضيات الحكم أو القرار أو الأمر، التي اعترض عليها الغير و الضارة به، و يحتفظ الحكم أو القرار أو الأمر المعترض فيه بآثاره إزاء الخصوم الأصليين، حتى فيما يتعلق بمقتضياته المبطله، ما عدا في حالة عدم قابلية الموضوع للتجزئة المنصوص عليها في المادة 382 أعلاه".

4 - المادة 389 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية: "يجوز الطعن في الحكم أو القرار أو الأمر الصادر في اعتراض الغير الخارج عن الخصومة بنفس طرق الطعن المقررة للأحكام".



«الباب الثاني» ————— إجراءات رفع دعوى شؤون الأسرة و تداول نظرها والأحكام الصادرة بشأنها والطعن عليها - كـ

- **الحالة الثانية:** حالة رفض القاضي للطعن، في هذه الحالة يجب على القاضي أن يصرح في حكمه بعدم استرداد مبلغ الكفالة المنصوص عليه بنص المادة **386** و المنوه عنه سابقا، كما يجوز المشرع للقاضي الحكم على المعارض بغرامة مدنية من عشرة آلاف دينار جزائري إلى عشرين ألف دينار جزائري ، كما أعطى المشرع للخصوم الحق في المطالبة بالتعويض في حال لحقهم ضرر من الاعتراض، وكل هذه الأحكام لا تمنع المعارض من الطعن في الحكم بكل طرق الطعن المقررة قانونا.

ثالثا/- التماس إعادة النظر

- **التماس إعادة النظر** هو طريق من طرق الطعن غير العادية بمقتضاه يمكن للخصم الذي صدر ضده أمر استعجالي أو حكم أو قرار وكان فاصلا في موضوع النزاع و حائزا لقوة الشيء المقضي به أن يطلب من المحكمة التي أصدرته الرجوع فيه لسبب من الأسباب التي حددها القانون على سبيل الحصر¹.

أ/- **نطاق التماس إعادة النظر:** لا يجوز التماس إعادة النظر إلا في الأحكام النهائية الحائزة لقوة الشيء المقضي به، ويستوي في ذلك أكانت صادرة من المحكمة الابتدائية وكانت انتهائية بصريح القانون أو أصبحت نهائية بفوات ميعاد الطرق العادية من استئناف ومعارضة -في حال الحكم الغيابي-، أو كانت صادرة من محاكم الدرجة الثانية عند استئنافها لأحكام محاكم الدرجة الأولى (القرارات الصادرة من المجلس القضائي).

كما يجوز المشرع الطعن بالالتماس في الأحكام المستعجلة النهائية إذا توافر فيها سبب من أسباب الالتماس المنصوص عليها في المادة **393** من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

ب/- **ميعاد الطعن بالتماس إعادة النظر و إجراءاته:** من خلال نص المادة **393** من قانون الإجراءات المدنية والإدارية نجد أن المشرع قد حدد ميعاد الطعن بالتماس إعادة النظر بشهرين تسري من تاريخ إثبات تزوير شهادة الشاهد، أو ثبوت التزوير، أو تاريخ اكتشاف

¹ - ينظر نصوص المواد 390 و391 و392 و393 و394 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.



كـ «الباب الثاني» ————— إجراءات رفع دعوى شؤون الأسرة و تداول نظرها والأحكام الصادرة بشأنها والطعن عليها - كـ.

وثيقة محتجزة¹، و يرفع الطعن إلى نفس المحكمة التي أصدرت الحكم المطعون فيه بنفس الإجراءات و الأشكال المقررة لرفع أي دعوى قضائية²، إلا أنه يجب على رافع الاعتراض أن يدفع مبلغ كفالة لا يقل عن 20.000 دج لدى أمانة ضبط الجهة التي وجه لها الطعن يثبتها بتقديم وصل يرفق بعريضة الطعن³.

ج/- أوجه الطعن بالتماس إعادة النظر: حدد المشرع الجزائري بنص المادة 392 قانون الإجراءات المدنية والإدارية أسباب الطعن بالتماس إعادة النظر على سبيل الحصر حيث لا يجوز الطعن إلا إذا تحقق سبب من هذه الأسباب⁴، وهي :

- حالة ما إذا بني الحكم أو القرار أو الأمر على شهادة الشهود، أو على وثائق اعترف بتزويرها أو ثبت قضائيا تزويرها بعد صدور ذلك الحكم أو القرار أو الأمر وحيازته قوة الشيء المقضي به.

- حالة ما إذا اكتشفت بعد صدور الحكم أو القرار أو الأمر الحائز لقوة الشيء المقضي به، أوراق حاسمة في الدعوى، كانت محتجزة عمدا لدى أحد الخصوم.

ح/- أثر الطعن بالتماس إعادة النظر: كقاعدة عامة لا يترتب على مجرد رفع الطعن وقف تنفيذ الحكم المطعون فيه، إلا أنه يحق لطاعن في حال ما إذا كان في تنفيذ الحكم لحاق ضرر به يتعذر تداركه في حالة تمام التنفيذ، أن يتقدم بطلب وقف تنفيذ الحكم لقاضي الاستعجال حسب الأشكال المقررة في مادة الاستعجال.

¹ - نص المادة 393 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية: "يرفع التماس إعادة النظر في أجل شهرين(2)، يبدأ سريانه من تاريخ ثبوت تزوير شهادة الشاهد، أو ثبوت التزوير، أو تاريخ اكتشاف الوثيقة المحتجزة".

² - المادة 394 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية: "يرفع التماس إعادة النظر أمام الجهة القضائية التي أصدرت الحكم أو القرار أو الأمر الملتمس فيه وفقا للأشكال المقررة لرفع الدعوى، بعد استدعاء كل الخصوم قانونا".

³ - الماد 397 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية: "يجوز للقاضي الحكم على الملتمس الذي خسرت الدعوى بغرامة مدنية من عشرة آلاف دينار 10.000 دج إلى عشرين ألف دينار 20.000 دج، دون الإخلال بالتعويضات التي قد يطالب بها.

و في هذه الحالة تطبق أحكام الفقرة الثانية من المادة 388 أعلاه".

⁴ - د.ع الحميد الشواربي، مواعيد الإجراءات القضائية، ص 66.



كـ «الباب الثاني» ————— إجراءات رفع دعوى شؤون الأسرة و توابعها نظرها والأحكام الصادرة بشأنها والظعن عليها - كـ.

- أما إذا صدر الحكم بالتماس إعادة النظر يقضي برفض الطعن يجب على القاضي أن يصرح في حكمه بعدم استرداد مبلغ الكفالة المنصوص عليه بنص المادة 393 و المنوه عنه سابقا، كما جاز المشرع للقاضي الحكم على المعارض بغرامة مدنية من عشرة آلاف دينار جزائري إلى عشرين ألف دينار جزائري¹، وقد أعطى المشرع للخصوم الحق في المطالبة بالتعويض في حال لحقهم ضرر من الطعن أو وقف التنفيذ، وفي كل الأحوال إذا تم الفصل في موضوع الالتماس لا يجوز تقديم التماس إعادة النظر فيه من جديد.

خلاصة المبحث: بخصوص الطعن على أحكام القضاء تبين مما تقدم أن فقهاء الشريعة الإسلامية رغم أنهم متفقون على جواز نقض الحكم القضائي إذا خالف دليل قطعي من كتاب أو سنة أو إجماع أو القياس الجلي، إلا أنهم لم يضعوا طرق محددة للطعن في أحكام القضاء، إلا أنه في المقابل ذلك وجدنا أن المشرع الجزائري حدد وسائل على سبيل الحصر للطعن في أحكام القضاء وقد قسم شراح القانون هذه الوسائل إلى طرق طعن عادية و تضم المعارضة و الاستئناف، و طرق طعن غير عادية و تضم الطعن بالنقض و التماس إعادة النظر و تدخل الغير الخارج عن الخصومة، إلا أنه بعد استقراء بعض النصوص الفقهية تبين أن الشريعة الإسلامية عرفت شتى طرق الطعن المستحقة في القانون الوضعي سواء كانت عادية كالمعارضة أو الاستئناف، أو غير عادية كالطعن بالنقض و التماس إعادة النظر.

مقارنة بين الشريعة و القانون

من خلال دراسة الفصل الثاني الذي تناولنا من خلاله الأحكام الصادرة في دعوى شؤون الأسرة و الطعن عليها في الفقه الإسلامي و القانون الجزائري، لاحظنا أن نصوص القانون الجزائري لا تتعارض مع أحكام الشريعة و قواعدهما العامة، إلا أن اهتمام القانون الجزائري بشكليات التقاضي و إجراءاته أوجد بعض الاختلاف في أوجه النظر بين الشريعة الإسلامية و القانون الجزائري في الجزئيات التي تناولناها بالمبحث، ففي جزئية أقسام الأحكام القضائية

¹ - المادة 397 قانون الإجراءات المدنية و الإدارية: "يجوز للقاضي الحكم على الملتزم الذي خسر الدعوى بغرامة مدنية من عشرة آلاف دينار 10.000 دج إلى عشرين ألف دينار 20.000 دج، دون الإخلال بالتعويضات التي قد يطالب بها. و في هذه الحالة تطبق أحكام الفقرة الثانية من المادة 388 أعلاه.



«الباب الثاني» ————— إجراءات رفع دعوى شؤون الأسرة و توابع نظرها والأحكام الصادرة بشأنها والطعن عليها -

وجدنا أن الفقهاء المسلمون يقسمون الأحكام القضائية إلى أنواع عديدة تختلف باختلاف أساس التقسيم أو المعيار الذي تركز عليه، فقسم الحكم عندهم باعتبار ألفاظ الحكم المتداولة إلى الحكم بالصححة و الحكم بالموجب، وقسم من حيث ما يدل عليه إلى حكم قولي و حكم فعلي، وقسم من حيث مقصود القاضي من الحكم إلى حكم قصدي و حكم ضمني، و قسم من حيث استحقاق المدعي للمدعى به إلى حكم بالاستحقاق و حكم بالترك، أما المشرع الجزائري فلم يقسم الحكم على أساس ألفاضه أو مضمونه كما فعلت الشريعة بل قسم الحكم على أساس معايير شكلية و إجرائية فقسم الحكم القضائي من ناحية قابليته للطعن إلى حكم ابتدائي و حكم نهائي و حكم بات، و قسمه من ناحية حسمه للتزاع إلى حكم قطعي و حكم غير قطعي، وقسمه من ناحية صدوره في غيبة المدعى عليه أو حضوره إلى حكم حضوري و حكم غيابي، و قسمه من ناحية تأثيره على الحق أو مركزه من الحماية التي انتهى إليها إلى حكم مقرر للحق و حكم منشئ له.

كما رأينا من خلال دراسة آثار الأحكام القضائية أن كل من الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري كلاهما متّوعا الحكم القضائي بحجية الأمر المقضي ومؤداها أنه يجب تنفيذ الأحكام القضائية و إمضاؤها وعدم جواز إعادة البحث فيما قضت به و اعتبار الحكم حجة فيما فصل فيه، و لعل هذا المبدأ يعتبر من أهم المبادئ التي كرسها الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، لأن هدف المدعي من رفعه للدعوى القضائية لا يتوقف عند حصوله على حكم قضائي يكرس حقه فقط بل ما يبتغيه فعلا هو احترام الحكم وتنفيذه وهذا ما تحوله قاعدة حصانة الأحكام القضائية وتمتعها بالحجية، أما بخصوص مسائل شؤون الأسرة فرأينا أن الأحكام فيها ذات حجية مؤقتة، لأن معظم مسائلها دائمة التغيير و التبديل ويرد عليها الزيادة والنقصان بسبب تغير الظروف، كما يرد عليها الإسقاط بسبب تغير دواعيها، غير أن حجيتها المؤقتة تظل قائمة و باقية طالما أن دواعي الحكم مازالت قائمة.

أما بخصوص الطعن على أحكام القضاء تبين مما تقدم أن فقهاء الشريعة الإسلامية رغم أنهم متفقون على جواز نقض الحكم القضائي إذا خالف دليل قطعي من كتاب أو سنة أو إجماع أو القياس الجلي، إلا أنهم لم يضعوا طرق محددة للطعن في أحكام القضاء، إلا أنه في المقابل ذلك وجدنا أن المشرع الجزائري حدد وسائل على سبيل الحصر للطعن في أحكام



﴿الباب الثاني﴾ ————— إجراءات رفع دعوى شؤون الأسرة و توابعها والأحكام الصادرة بشأنها والطعن عليها - كـهـ.

القضاء وقد قسم شراح القانون هذه الوسائل إلى طرق طعن عادية و تضم المعارضة والاستئناف، و طرق طعن غير عادية وتضم الطعن بالنقض و التماس إعادة النظر وتدخّل الغير الخارج عن الخصومة، إلا أنه بعد استقراء بعض النصوص الفقهية تبين أن الشريعة الإسلامية عرفت شتى طرق الطعن المستجدة في القانون الوضعي سواء كانت عادية كالمعارضة أو الاستئناف، أو غير عادية كالطعن بالنقض و التماس إعادة النظر.



جامعة الأمير عبد القادر العظم الإسلامي

الخطبة

الخاتمة

الحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات وبعد.

في ختام الدراسة ولكي تكون شاملة قدر الإمكان يجب تسجيل جملة من النتائج والتوصيات التي توصلت إليها من خلال البحث:

(أ) - النتائج

من خلال عرض قواعد التقاضي في الفقه الإسلامي و التشريع الإسلامي يمكننا تسجيل

النتائج التالية:

- هناك اختلاف واضح في وظيفة القاضي و استقلاله بين الشريعة الإسلامية و القانون الجزائري، فبينما أعطت الشريعة الإسلامية للقاضي فعليا استقلال تام في قضاؤه و إصدار أحكامه و أتاحت له حرية واسعة في الاجتهاد بغية الوصول إلى الحكم العادل في الدعوى، نجد أن القانون الجزائري ضيق من صلاحيات القاضي بحيث جعلها تقتصر على تطبيق القانون فحسب، ولعل هذا الأمر يقتل في القاضي روح الاجتهاد و المبادرة فيكون ذلك عائقا في تحقيق العدالة التي تعتبر أهم مقصد من مقاصد نصب القضاء.
- رغم أن المشرع الجزائري تبني صراحة مبدأ استقلال السلطة القضائية منذ سن دستور 1989 إلا أنه كرس تبعية القضاء فعليا للسلطة التنفيذية في نصوص القانون العضوي رقم 04 /11 المتضمن القانون الأساسي للقضاء والقانون العضوي رقم 04 /12 المتضمن القانون الأساسي للمجلس الأعلى للقضاء.
- رغم أن المشرع الجزائري وافق الشريعة في تبني جميع و سائل الإثبات الشرعية المتفق عليها بين الفقهاء إلا أنه خالفها في بعض النقاط منها ما يأتي:
- لم يحدد المشرع الجزائري نصاب الشهادة، وإنما أجاز شهادة الواحد واعتبرها حجة كاملة، وبينة تامة و لم يفرق بين شاهد وآخر، وإنما ترك الأمر للقاضي في قبوله



الشهادة، ومدى القناعة التي يكونها منها سواء كانت من شاهد واحد أو أكثر، أي أن القضاة ينظرون إلى الكيف لا إلى الكم، وعملا بهذا المبدأ يصبح أن يعول القاضي على شهادة الفرد وينبذ شهادة الجماعة حسبما يوحى إليه ضميره، وتبعاً للمؤثرات الخاصة التي يستخلصها من وقائع الحال.

- ورغم أن المشرع اعتمد تحليل البصمة (ADN) كدليل مهم في إثبات النسب لما تتمتع به من مزايا في مجال الإثبات إلا أن ما يعاب على المشرع في هذا المجال أنه أفرد نص عام يجيز به استعمال البصمة ولم يحدد كفاءات إجراءاتها ولا شروطها ولا ضوابطها.

- خلافاً لأحكام الشريعة التي بسطت التقاضي وإجراءاته أحاط المشرع الجزائي الدعوى القضائية بكثير من الإجراءات والشروط الشكلية التي قد تؤدي في بعض الأحيان إلى إعاقة الحق في التقاضي.
- من خلال استقراء النصوص المتعلقة بإجراءات التقاضي نجد أن المشرع رغم أنه أعطى للنيابة العامة صفة الخصم الأصيل في دعوى شؤون الأسرة إلا أن النيابة العامة لا تتعامل مع هذه القضايا بهذه الصفة حتى أنها في الكثير من قضايا شؤون الأسرة لا تبذل أي جهد في حماية الأسرة والحد من نزاعاتها وتكتفي في معظم القضايا بإجراءات روتينية اعتادتها في قضايا المدنية الأخرى.
- ومن خلال دراسة جزئية الحكم في دعوى شؤون الأسرة و الطعن عليها تبين أن المشرع جاز المعارضة في كل حكم أو قرار يصدر في غيبة الخصم، إلا أن هذه القاعدة تثير بعض الإشكالات القانونية والشرعية في بعض مسائل شؤون الأسرة، من أهمها مسألة جواز الطعن بالمعارضة في أحكام الطلاق المرفوعة من الزوج بإرادته المنفردة، فإعمال هذه القاعدة سيؤدي حتماً إلى تناقض أحكام العدة مع قاعدة جواز الطعن بالمعارضة في أحكام الطلاق، كما أن إعطاء الزوجة حق الطعن بالمعارضة يكون دون جدوى بعد الحكم بالطلاق.

(ب) - التوصيات:

بعد عرض أهم نتائج البحث أتوجه بالتوصيات التالية:

- يجب على المشرع الجزائري أن يجسد استقلالية القاضي فعليا في وظيفته و إصدار أحكامه و أن يعطيه سلطة و حرية أكبر عند فصله في الخصومة، حتى يستطيع أن يتوصل إلى حكم عادل في الدعوى، و لا يكون ذلك إلا بعد إلغاء النصوص التي تجسد صراحة انتهاكا واضحا لمبدئي الفصل بين السلطات و استقلال القضاء، مع التوصية بإعطاء مطلق الصلاحية للمجلس الأعلى للقضاء في تنظيم مرفق القضاء.
- يجب على المشرع الجزائري أن يتحفظ كل التحفظ في حالات اللجوء إلى استعمال البصمة الوراثية و يمنع اللجوء إليها في الحالات التي تتوفر فيها الأدلة الشرعية، و يجب عليه أن يشدد الرقابة على أي مؤسسة أو هيئة متخصصة بذلك لضمان صحة و سلامة نتائج التحاليل كتوفير الأجهزة و المواد الكيميائية اللازمة، كما يجب أن تجرى التحاليل تحت إشراف و مراقبة المختصين و الخبراء في هذا المجال و يجب أن يشترط أن تكون المخابر التي تجرى فيها عملية الفحص تابعة للدولة درءا لأي تلاعب في النتائج، فتختلط الأنساب و يضيع أهم مقصد من مقاصد الشريعة الإسلامية.
- يجب على المشرع الجزائري إعادة النظر في قانون الرسوم القضائية و نص صراحة على إعفاء جملة من دعاوى شؤون الأسرة من شرط تسديد الرسوم القضائية "مثل دعاوى النفقات و دعاوى الولاية على نفس و المال و دعاوى الكفالة و دعاوى الحجر" خاصة و أن الجزائر في وضع مادي مريح يسمح لها بالاستغناء عن مثل هذه الرسوم حتى لا تكون المصاريف القضائية في مثل هذه القضايا تمثل عبئ على المواطن يؤدي به إلى العدول عن التقاضي.
- يجب أن تعطى النيابة العامة الصلاحيات الإيجابية في قضايا شؤون الأسرة، و أن تفتح أبوابها أمام تلقي البلاغات الرسمية و غير الرسمية من المواطنين و جمعيات المجتمع المدني المهتمة بشؤون الأسرة و الطفل، حتى تؤمن لنفسها مصدر معلومات تستطيع من خلاله أن تلعب الدور المنوط بها، و يمكن يدخل في دورها الإيجابي كذلك



توظيف مساعدين للنيابة من أخصائيين اجتماعيين توكل إليهم مهمة تحري مصلحة الأسر و محاولة الحد من نزاعاتها سواء أثناء سير الدعوى القضائية أو بعد الفصل فيها.

وفي الأخير واعتبارا لما سبق، يمكننا القول، انه رغم موافقة القانون الجزائري الشريعة الإسلامية في كثير من قواعد التقاضي في مسائل شؤون الأسرة، إلا أنه يبقى على عاتق المشرع الجزائري بذل أكبر جهد من أجل تبسيط الإجراءات و توفير الجو المناسب للتقاضي، كما ينبغي على القضاء الجزائري التماشي مع النصوص الحديثة و التخلص من بعض القواعد الإجرائية التقليدية التي لا يزال يلتزم بها حتى بعد تعديل قانون الأسرة وقانون الإجراءات المدنية، والتي تبقى بمثابة الحائل أمام تحقيق هدف المشرع من مشروع إصلاح العدالة.

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

قسم الفهارس

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

الفهارس

1. فهرس الآيات القرآنية
2. فهرس الأحاديث النبوية
3. فهرس آثار الصحابة
4. فهرس الأعلام
5. قائمة المصادر والمراجع
6. فهرس الموضوعات

جامعة الأمير
العلوم الإسلامية

فهرس الأيات القرآنية

الصفحة	السورة	رقمها	الآية
02	البقرة	127	﴿إِذْ يَرْفَعُ إِبْرَاهِيمُ الْقَوَاعِدَ مِنَ الْبَيْتِ وَإِسْمَاعِيلُ رَبَّنَا تَقَبَّلْ مِنَّا إِنَّكَ أَنْتَ السَّمِيعُ الْعَلِيمُ﴾
198		128	﴿وَبَعُولَتَيْنِ بِرِجَالٍ لَّيْسَ لَكُنَّ عَنْهُنَّ ذِكْرٌ لَّو كُنَّ عَدُوًّا مُّبِينًا﴾ اصلاحاً
135		143	﴿وَكَذَلِكَ جَعَلْنَاكُمْ أُمَّةً وَسَطًا﴾
124		185	﴿فَمَنْ شَهِدَ مِنْكُمُ الشَّهْرَ فَلْيَصُمْهُ﴾
372		188	﴿وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ وَتُدْلُوا بِهَا إِلَى الْحُكَّامِ لِتَأْكُلُوا فَرِيقًا مِّنْ أَمْوَالِ النَّاسِ بِالْإِثْمِ وَأَنْتُمْ تَعْلَمُونَ﴾
-194-192 199-197		229	﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكَ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ﴾
-199-192 237		229	﴿فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ﴾
243-39		233	﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ﴾
-203-195 209		236	﴿لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ﴾
-205-157 -326		237	﴿وَإِنْ طَلَقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنَصْفُ مَا فَرَضْتُمْ إِلَّا أَنْ يَعْفُونَ أَوْ يَعْفُوَ الَّذِي بِيَدِهِ عُقْدَةُ النِّكَاحِ﴾
-205-204		241	﴿وَالْمُطَلَّقاتِ مَتَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ﴾

209-208			
9		200	﴿فَإِذَا قَضَيْتُمْ مَنَاسِكَكُمْ فَاذْكُرُوا اللَّهَ كَذِكْرِكُمْ آبَاءَكُمْ أَوْ أَشَدَّ ذِكْرًا﴾
146-120		282	﴿يٰۤاَيُّهَا الَّذِيْنَ اٰمَنُوْا اِذَا تَدٰىنْتُمْ بِيَدِيْنَ اِلٰى اَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوْهُ وَلْيَكْتُب بَيْنَكُمْ كَاتِبٌ بِالْعَدْلِ وَلَا يَأْب كَاتِبٌ اَنْ يَّكْتُبَ كَمَا عَلَّمَهُ اللّٰهُ فَلْيَكْتُبْ وَلْيُمْلِلِ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ وَلْيَتَّقِ اللّٰهَ رَبَّهُ وَلَا يَبْخَسْ مِنْهُ شَيْئًا﴾
-127-126 -131-128 -136-134 143		282	﴿وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِّجَالِكُمْ فَاِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَاَتَانِ﴾
139-136		282	﴿مِمَّن تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ﴾
127		283	﴿وَلَا تَكْتُمُوا الشَّهَادَةَ وَمَنْ يَكْتُمْهَا فَاِنَّهٗ اٰثِمٌ قَلْبُهٗ وَاللّٰهُ بِمَا تَعْمَلُوْنَ عَلِيْمٌ﴾
-210-193 -245-211 246		286	﴿لَا يَكْلَفُ اللّٰهُ نَفْسًا اِلَّا وُسْعَهَا﴾
151	آل عمران	77	﴿اِنَّ الَّذِيْنَ يَشْتَرُوْنَ بِعَهْدِ اللّٰهِ وَاِيْمَانِهِمْ ثَمَنًا قَلِيْلًا اَوْلٰٓئِكَ لَا خَلٰقَ لَهُمْ فِي الْاٰخِرَةِ وَلَا يُكَلِّمُهُمُ اللّٰهُ وَلَا يَنْظُرُ اِلَيْهِمْ يَوْمَ الْقِيٰمَةِ وَلَا يَزَكِّيْهِمْ وَلَهُمْ عَذَابٌ اَلِيْمٌ﴾
26		104	﴿وَلَتَكُنَّ مِنْكُمْ اُمَّةٌ يَدْعُوْنَ اِلٰى الْخَيْرِ وَيَأْمُرُوْنَ بِالْمَعْرُوْفِ وَيَنْهَوْنَ عَنِ الْمُنْكَرِ وَاُولٰٓئِكَ هُمُ الْمُفْلِحُوْنَ﴾

155	النساء	04	﴿وَأَتُوا النِّسَاءَ صِدْقَاتِهِنَّ نَحْلَةً﴾
36		12	﴿فَهُمْ شُرَكَاءُ فِي الثُّلُثِ﴾
156		21-20	﴿وَإِنْ أَرَدْتُمْ اسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَكَانَ زَوْجٍ ، وَآتَيْتُمْ إِحْدَاهُنَّ قِنطَارًا فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا. أَتَأْخُذُونَهُ بِهَتَانَا وَإِنَّمَا بَيْنُنَا وَكَيْفٍ تَأْخُذُونَهُ وَقَدْ أَفْضَى بَعْضُكُمْ إِلَى بَعْضٍ ، وَأَخَذْنَاهُ مِنْكُمْ مِيثَاقًا غَلِيظًا﴾.
155		24	﴿فَمَا اسْتَمْتَعْتُمْ بِهِ مِنْهُنَّ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ فَرِيضَةً﴾
340-18		35	﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنْ اللَّهُ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا﴾
293-13		58	﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَى أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ﴾
62-21		59	﴿فَإِنْ تَنَازَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ إِنْ كُنْتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ ذَلِكَ خَيْرٌ وَأَحْسَنُ تَأْوِيلًا﴾
13		65	﴿فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّىٰ يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لَا يَجِدُوا فِي أَنفُسِهِمْ حَرَجًا مِّمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُوا تَسْلِيمًا﴾
4		78	﴿فَمَا لَهُؤُلَاءِ الْقَوْمِ لَا يَكَادُونَ يَفْقَهُونَ حَدِيثًا﴾
13		105	﴿إِنَّا أَنْزَلْنَا إِلَيْكَ الْكِتَابَ بِالْحَقِّ لِتَحْكُمَ بَيْنَ النَّاسِ بِمَا أَرَاكَ اللَّهُ وَلَا تَكُنْ لِلْخَائِنِينَ خَصِيمًا﴾
337		128	﴿وَإِنْ امْرَأَةٌ خَافَتْ مِنْ بَعْلِهَا نُشُوزًا أَوْ إِعْرَاضًا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًا وَالصُّلْحُ خَيْرٌ وَأُحْضِرَتِ الْأَنْفُسُ الشُّحَّ وَإِنْ تُحْسِنُوا وَتَتَّقُوا فَإِنَّ

			اللَّهُ كَانَ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرًا ﴿١٣٥﴾
-143-135 294		135	﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ شُهَدَاءَ لِلَّهِ وَلَوْ عَلَىٰ أَنفُسِكُمْ أَوِ الْوَالِدِينَ وَالْأَقْرَبِينَ﴾
294-53	المائدة	8	﴿وَلَا يَجْرِمَنَّكُمْ شَنَاٰنُ قَوْمٍ عَلَىٰ أَلَّا تَعْدِلُوا اعْدِلُوا هُوَ أَقْرَبُ لِلتَّقْوَىٰ﴾
53-29		48	﴿وَأَنزَلْنَا إِلَيْكَ الْكِتَابَ بِالْحَقِّ مُصَدِّقًا لِّمَا بَيْنَ يَدَيْهِ مِنَ الْكِتَابِ وَمُهَيِّمًا عَلَيْهِ فَاحْكُم بَيْنَهُم بِمَا أَنزَلَ اللَّهُ وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَاءَهُمْ﴾
357-53		49	﴿وَأَنِ احْكُم بَيْنَهُم بِمَا أَنزَلَ اللَّهُ وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَاءَهُمْ وَاحْذَرْهُمْ أَنْ يَفْتِنُوكَ عَنْ بَعْضِ مَا أَنزَلَ اللَّهُ إِلَيْكَ فَإِنْ تَوَلَّوْا فَاعْلَمْ أَنَّمَا يُرِيدُ اللَّهُ أَنْ يُصِيبَهُمْ بِبَعْضِ ذُنُوبِهِمْ وَإِنَّ كَثِيرًا مِّنَ النَّاسِ لَفَاسِقُونَ﴾
137	الأنعام	150	﴿قُلْ هَلَمْ شَهِدَاءُكُمْ الَّذِينَ يَشْهَدُونَ أَنَّ اللَّهَ حَرَّمَ هَذَا فَإِنْ شَهِدُوا فَلَا تَشْهَدْ مَعَهُمْ﴾
3	الأعراف	179	﴿لَهُمْ قُلُوبٌ لَا يَفْقَهُونَ بِهَا﴾
167-163-	الأنفال	25	﴿وَاتَّقُوا فِتْنَةً لَا تُصِيبَنَّ الَّذِينَ ظَلَمُوا مِنْكُمْ خَاصَّةً وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ شَدِيدُ الْعِقَابِ﴾
4	التوبة	122	﴿فَلَوْلَا نَفَرَ مِن كُلِّ فِرْقَةٍ مِّنْهُمْ طَائِفَةٌ لِّيَتَفَقَّهُوا فِي الدِّينِ﴾
80	يونس		﴿وَآخِرُ دَعْوَاهُمْ أَنِ الْحَمْدُ لِلَّهِ رَبِّ الْعَالَمِينَ﴾
9		17	﴿ثُمَّ اقْضُوا إِلَيَّ وَلَا تُنظِرُون﴾
7	هود	73	﴿رَحِمْتُ اللَّهَ وَبَرَكَاتُهُ عَلَيْكُمْ أَهْلَ الْبَيْتِ إِنَّهُ حَمِيدٌ مَّجِيدٌ﴾
4		91	﴿قَالُوا يَا شُعَيْبُ مَا نَفَقَهُ كَثِيرًا مِّمَّا تَقُولُ﴾

294	النحل	90	﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ وَالْإِحْسَانِ وَإِيتَاءِ ذِي الْقُرْبَىٰ وَيَنْهَىٰ عَنِ الْفَحْشَاءِ وَالْمُنْكَرِ وَالْبَغْيِ يَعِظُكُمْ لَعَلَّكُمْ تَذَكَّرُونَ﴾
9	الاسراء	23	﴿وَقَضَىٰ رَبُّكَ أَلَّا تَعْبُدُوا إِلَّا إِيَّاهُ﴾
223	الكهف	49	﴿وَلَا يَظْلِمُ رَبُّكَ أَحَدًا﴾
20	الأنبياء	7	﴿فَاسْأَلُوا أَهْلَ الذِّكْرِ إِنْ كُنْتُمْ لَا تَعْلَمُونَ﴾
125	النور	8	﴿وَيَذَرُهَا عَنِهَا الْعَذَابَ أَنْ تَشْهَدَ أَرْبَعَ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الْكَاذِبِينَ﴾
13		51	﴿إِنَّمَا كَانَ قَوْلَ الْمُؤْمِنِينَ إِذَا دُعُوا إِلَى اللَّهِ وَرَسُولِهِ لِيَحْكُمَ بَيْنَهُمْ أَنْ يَقُولُوا سَمِعْنَا وَأَطَعْنَا وَأُولَٰئِكَ هُمُ الْمُفْلِحُونَ﴾
2		60	﴿وَالْقَوَاعِدُ مِنَ النِّسَاءِ اللَّاتِي لَا يَرْجُونَ نِكَاحًا﴾
7	الشعراء	170	﴿فَنَجِّينَاهُ وَأَهْلَهُ أَجْمَعِينَ﴾
26	لقمان	17	﴿يَا بُنَيَّ أَقِمِ الصَّلَاةَ وَأْمُرْ بِالْمَعْرُوفِ وَانْهَ عَنِ الْمُنْكَرِ وَاصْبِرْ عَلَىٰ مَا أَصَابَكَ إِنَّ ذَٰلِكَ مِنْ عَزْمِ الْأُمُورِ﴾
208	الأحزاب	28	﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ قُلْ لَأَزْوَاجِكُمْ إِن كُنْتُمْ تُرِيدُونَ الْحَيَاةَ الدُّنْيَا وَزِينَتَهَا فَتَعَالَيْنَ أُمَتِّعَنَّ وَأُسْرِّحَنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا﴾
80	يس	57	﴿لَهُمْ فِيهَا فَاكِهَةٌ وَلَهُمْ مِمَّا يَدْعُونَ﴾
13	ص	26	﴿يَا دَاوُدُ إِنَّا جَعَلْنَاكَ خَلِيفَةً فِي الْأَرْضِ فَاحْكُم بَيْنَ النَّاسِ بِالْحَقِّ وَلَا تَتَّبِعِ الْهَوَىٰ فَيُضِلَّكَ عَنْ سَبِيلِ اللَّهِ﴾
10	فصلت	12	﴿فَقَضَاهُنَّ سَبْعَ سَمَاوَاتٍ فِي يَوْمَيْنِ﴾

323		34	﴿و لا تستوي الحسنة ولا السيئة ادفع بالتي هي أحسن فإذا الذي بينك وبينه عداوة كأنه ولي حميم﴾
5	الجاثية	18	﴿ثُمَّ جَعَلْنَاكَ عَلَىٰ شَرِيحَةٍ مِّنَ الْأَمْرِ فَاتَّبِعْهَا وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَاءَ الَّذِينَ لَا يَعْلَمُونَ﴾
38	الأحقاف	15	﴿وَحَمَلُهُ وَفِصَالُهُ ثَلَاثُونَ شَهْرًا﴾
98	الفتح	26	﴿وَأَلْزَمَهُمْ كَلِمَةَ التَّقْوَىٰ وَكَانُوا أَحَقُّ بِهَا وَأَهْلَهَا﴾
7	الحجرات	13	﴿يَا أَيُّهَا النَّاسُ إِنَّا خَلَقْنَاكُمْ مِّن ذَكَرٍ وَأُنْثَىٰ وَجَعَلْنَاكُمْ شُعُوبًا وَقَبَائِلَ لِتَعَارَفُوا إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِنْدَ اللَّهِ أَتْقَاكُمْ إِنَّ اللَّهَ عَلِيمٌ خَبِيرٌ﴾
294-61	الحديد	25	﴿قَدْ أَرْسَلْنَا رُسُلَنَا بِالْبَيِّنَاتِ وَأَنْزَلْنَا مَعَهُمُ الْكِتَابَ وَالْمِيزَانَ لِيَقُومَ النَّاسُ بِالْقِسْطِ وَأَنْزَلْنَا الْحَدِيدَ فِيهِ بَأْسٌ شَدِيدٌ وَمَنَافِعُ لِلنَّاسِ﴾
-214-193 216	الطلاق	01	﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا الْعِدَّةَ﴾
24		03	﴿وَيَرْزُقُهُ مِنْ حَيْثُ لَا يَحْتَسِبُ﴾
-128-126 138-134		02	﴿وَأَشْهِدُوا ذَوِي عَدْلٍ مِّنكُمْ وَأَقِيمُوا الشَّهَادَةَ لِلَّهِ﴾
-214-213 216		6	﴿وَإِنْ كُنَّ أُولَاتٍ حَمَلٍ فَأَنْفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّىٰ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾
80	الملك	27	﴿وَقِيلَ هَذَا الَّذِي كُنْتُمْ بِهِ تَدَّعُونَ﴾
40	القيامة	36	﴿أَيَحْسَبُ الْإِنْسَانُ أَنْ يُتْرَكَ سُدًى﴾

فهرس الأحاديث النبوية

الصفحة	الحديث
373-102-32-30-14	«إنما أنا بشر...»
303-278-30-14	«إن الله سيهدي»
15	«إذا قُضِيَ القاضي»
15	«لا حسد إلا في اثنتين...»
23	«أسق يا زبير...»
30	«من ابتلي...»
34-31	«أما إذا.. فقوموا فاذهبوا..»
245-31	«خذي ما يكفيك...»
214-32	«ليس لك نفقة»،
32	«تلك امرأة يغشاها أصحابي...»
239-237-32	«إقبل الحديقة وطلقها تطليقة»
-239-237-234-33	«أتريدين أن ترجعي إلى رفاعة...»
33	«أنت أحق به ما لم تتزوجي»
53	«من أعان على خصومة بظلم، فقد باء بغضب من الله عز وجل»

53	«من أعان على خصومة بظلم لم يزل في سخط الله حتى يترع»
119	«ما حق امرئ مسلم له...»
119	«إن أول من جحد آدم عليه السلام..»
125	«من حلف على يمين..»
128	«أن رسول الله ﷺ أجاز شهادة أهل الكتاب.....»
132	« لا تجوز شهادة خصم ولا ظنين »
105-149-	«ألك بينه؟»
131	«المسلمون عدول...»
133	« لا تجوز شهادة الوالد لولده...»
135	« لا شهادة لجار المغنم ولا الدافع المغرم»
135	«أمرت أن أقاتل الناس...»
148	«لو يعطى الناس بدعواهم»
151	«ولكن البينة على المدعي و اليمين على من أنكر»
119	«ما حق امرئ مسلم له...»
119	«إن أول من جحد آدم عليه السلام..»

125	«من حلف على يمين..»
128	«أن رسول الله ﷺ أجاز شهادة أهل الكتاب.....»
132	« لا تجوز شهادة خصم ولا ظنين »
-149-105	«ألك بينه؟»
131	«المسلمون عدول....»
133	« لا تجوز شهادة الوالد لولده... »
135	« لا شهادة لجار المغنم ولا الدافع المغرم»
135	«أمرت أن أقاتل الناس....»
148	«لو يعطى الناس بدعواهم»
151	«ولكن البينة على المدعي و اليمين على من أنكر»
119	«ما حق امرئ مسلم له....»
119	«إن أول من جحد آدم عليه السلام..»
125	«من حلف على يمين..»
128	«أن رسول الله ﷺ أجاز شهادة أهل الكتاب.....»
132	« لا تجوز شهادة خصم ولا ظنين »
-149-105	«ألك بينه؟»

131	«المسلمون عدول ...»
133	«لا تجوز شهادة الوالد لولده ...»
135	«لا شهادة لجار المغنم ولا الدافع المغرم»
135	«أمرت أن أقاتل الناس ...»
148	«لو يعطى الناس بدعواهم»
151	«ولكن البينة على المدعي و اليمين على من أنكر»
176	«أصبت وأحسنت»
176	« اقض بينهما يا عقبة»،
170-177	«فإن اجتهدت فأصبت القضاء»
196	« يا عبادي إني حرمت الظلم .. »
222-196	«لا ضرر ولا ضرار»
212	« لا نفقة لك إلا أن تكوني حاملا»
219	«خذي عليك ثيابك، ولم يأخذ مما آتاها شيئا»
242	«دينار أنفقته في سبيل الله ودينار أنفقته في رقة»
169	« علمهم الشرائع واقض بينهم»
196	«أيما امرأة سألت زوجها الطلاق»

197	«إن إبليس يضع عرشه على الماء ..»
295	«إنما أهلك الذين من ..»
295	«من ابتلي بالقضاء...»
320	«لا حرج عليك أن تطعميهم بالمعروف»
327	«هذا الذي تزعمين ما تزعمين، فوالله، لهما أشبه به من الغراب بالغراب»

فهرس آثار الصحابة

الصفحة	الأثر
34	" إنما أنا متبع ولست بمبتدع"
35	" إنما لك من ماله ما يكفيك.... "
35	" ارض بما رضي الله به،"
35	" أيما امرأة تزوجت..... "
37	" لا أدري هل أنا في شيء منها على الحق "
39	" ما بال الصداق وبيت المال؟ . "
40	" لها الصداق بما استحلت منها .. "
40	" أيها الناس ردوا الجهالات إلى سنة "
40	" ..وليس لأحد أن يفتي في المسجد وعلي حاضر "
40	" أن أضرب الرجل حدا في السر، وأضرب المرأة حدا في العلانية "
40	" لقد هدم الإسلام ما كان قبله والمرأة عندك على واحدة "
40	" أما علمت أن الله حط المرأة عن الرجل في ميراثها فكذلك كان لبنها دون لبنه "

54	"لا إمرة لك عليه"
62	نص رسالة الخليفة عمر بن الخطاب — رضي الله عنه — إلى قاضيه أبي موسى الأشعري
127	"إنا كنا ستة غلما نتغاطس فغرق منا غلام"
127	"شهادة الصبيان جائزة"
207	"لكل مطلقة متعة، إلا التي لم يدخل بها وقد فرض لها"
208	"المتعة أرفعها خادم ثم نفقة"
220	لا ترد الحرة عن عيب
221	"إذا وجد الرجل بامرأته شيئاً.....".
296	لا أبقاني الله بأرض ليس فيها أبو الحسن
319	"إذا سمعت حجة الآخر بان لك القضاء"
327	"لتأتين بالبينة أو لأرضخن رأسك بالحجارة"

فهرس الأعلام

الصفحات	صاحب الترجمة
	﴿الألف﴾
23.....	أبو إدريس الخولاني
80.....	الأزهري
	﴿الباء﴾
103.....	البساطي
234.....	البخاري
	﴿التاء﴾
103.....	ابن تيمية
	﴿الثاء﴾

32.....	ثابت بن قيس بن الشماس
316.....	الثوري
﴿الحاء﴾	
38	ابن حزم
46.....	أبو حنيفة
128.....	حسن البصري
﴿الحاء﴾	
22	ابن خلدون
103.....	الخطاب
176.....	حذيفة بن جميل بن جابر العبسي
﴿الراء﴾	
21.....	ابن رشد
45.....	هارون الرشيد
﴿السين﴾	
34.....	سعيد بن المسيب
﴿الشين﴾	
170.....	ابن أبي شيبه
40	شريح
65.....	الشعبي
.299.....	الشافعي

﴿العين﴾

11.....	ابن عرفة.....
11.....	ابن عبد السلام.....
.33.....	عبد الرحمن بن الزبير.....
32	عروة ابن الزبير.....
33.....	عمرو بن العاص.....
43.....	عمر بن عبد العزيز.....
43	ابن عتر.....
234.....	عكرمة.....
29.....	عتاب ابن أسيد.....
234.....	ابن عباس.....
235.....	العسقلاني.....
29.....	عقبة بن عامر.....
30.....	عتاب ابن أسيد.....
﴿الفاء﴾	
98.....	ابن فرحون.....
﴿القاف﴾	
20.....	القرافي.....
39	القرطي.....
103.....	قاضي زادة.....
116.....	ابن القيم.....
.203.....	ابن القاسم.....
379.....	القيرواني.....

﴿اللام﴾	
203.....	أبو ليلى
205.....	الليث بن سعيد
﴿الميم﴾	
17	ابن مسعود
25.....	الماوردي
42.....	معاوية بن أبي سفيان .
61.....	أبو موسى الأشعري غير معرف
29.....	معقل بن يسار المزني
54	المأمون
103.....	المازري
103.....	مطرف
243.....	ابن المنذر
379.....	الماحشون
315.....	الماوردي
﴿الهاء﴾	
14	أبو هريرة
﴿الياء﴾	
45.....	أبو يوسف
300.....	يحيى بن يعمر

فهرس المصادر والمراجع

1. القرآن الكرم برودة حفص -جل من أنزله-.

أولا: كتب التفسفر.

2. ابن العربف، القاضف محمد بن عبد الله أبو بكر، أحكام القرآن، دار الكتب العلمفة، بفروت - لبنان، الطبعة: الثالثة، 1424 هـ - 2003 م.
3. ابن عطفة، المخرر الوجفز فف تفسير الكتاب العزفز "تفسفر ابن عطفة"، دار الكتب العلمفة - بفروت الطبعة: الأولى - 1422 هـ.
4. ابن كثر، تفسير القرآن العظفم المعروف بتفسفر ابن كثر، تفقفق محمد حسين شمس الدين، دار الكتب العلمفة، منشورات محمد عفف بفضون - بفروت، الطبعة: الأولى - 1419 هـ.
5. الجصاص، أحمد بن عفف أبو بكر الرازف، أحكام القرآن، تفقفق محمد صادق القمحاو، دار إففاء التراث العربف - بفروت، طبعة 1405 هـ.
6. الرّازف، فخر الدين، مفاتفح الغفب "التفسفر الكفر"، دار إففاء التراث العربف - بفروت، الطبعة: الثالثة - 1420 هـ.
7. الراغب الأصفهانف، المفردات فف غرّفب القرآن، تفقفق صفوان الداودف، دار القلم بدمشق، 1412 هـ.
8. السفوطف، جلال الدين، تفسير الجلالفن، دار الحدفث - القاهرة الطبعة الأولى.
9. الطبرف، أبو جعفر، جامع البفان فف تأوفل القرآن، (تفسفر الطبرف)، مؤسسه الرسالة، الطبعة: الأولى، 1420 هـ - 2000 م.
10. القرطف، شمس الدين، الجامع لأحكام القرآن، دار الكتب المصرفة - القاهرة الطبعة: الثانية، 1384 هـ - 1964 م.

ثانفا: الكتب الحدفث وعلومه:

11. ابن حجر العسقلانف، ففتح البارف، دار المعرفة - بفروت، 1379.

12. ابن عبد البر، الاستذكار، دار الكتب العلمية - بيروت، الطبعة الأولى سنة 1421هـ - 2000م.
13. ابن ماجه أبو عبد الله محمد، سنن ابن ماجه، محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء الكتب العربية - فيصل عيسى البابي الحلبي، بدون طبعة وبدون تاريخ نشر.
14. أبو بكر البزار، البحر الزخار، مكتبة العلوم والحكم - المدينة المنورة الطبعة الأولى، 2009م.
15. أبو بكر بن أبي شيبة، مصنف ابن أبي شيبة، مكتبة الرشد - الرياض الطبعة، الأولى سنة 1409.
16. أبو داود، السنن الكبرى، تحقيق محمد محيي الدين عبد الحميد، المكتبة العصرية، صيدا - بيروت، بدون طبعة و بدون تاريخ النشر .
17. أحمد بن حنبل، المسند، مؤسسة الرسالة الطبعة: الأولى، 1421 هـ - 2001م.
18. البخاري، محمد بن إسماعيل أبو عبدالله البخاري الجعفي، صحيح البخاري، دار طوق النجاة، الطبعة: الأولى، 1422هـ،
19. البغوي، شرح السنة، المكتب الإسلامي - دمشق، بيروت، الطبعة: الثانية، 1403هـ - 1983م.
20. البيهقي، السنن الكبرى، مطبعة مجلس دائرة المعارف، حيدر آباد، الهند 1355هـ.
21. الترميذي، السنن، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي - مصر الطبعة: الثانية، 1395 هـ - 1975 م
22. الحاكم، أبو عبد الله، المستدرک، مصطفى عبد القادر عطا، ط دار الكتب العلمية الأولى ط سنة 1411هـ، 1990م
23. الدارقطني، سنن الدارقطني، حققه وضبط نصه وعلق عليه: شعيب الارنؤوط، حسن عبد المنعم شلبي، عبدط اللطيف حرز الله، أحمد برهوم، مؤسسة الرسالة، بيروت - لبنان، الطبعة: الأولى، 1424 هـ - 2004 م.
24. الشوكاني، نيل الأوطار، تحقيق عصام الدين الصباطي، دار الحديث، مصر، الطبعة: الأولى، 1413هـ - 1993م. و

25. **الصنعاني**، محمد بن إسماعيل الأمير اليماني، سبل السلام شرح بلوغ المرام من أدلة الأحكام، ج4 ص163، دار الحديث، القاهرة، 1425هـ - 2004م.
26. **النسائي**، السنن الكبرى، حققه وخرج أحاديثه: حسن عبد المنعم شلبي، مؤسسة الرسالة - بيروت، الطبعة: الأولى، 1421 هـ - 2001 م، وقال الترمذي: هذا حديث حسن.
27. **علاء الدين المتقي الهندي**، كتر العمال في سنن الأقوال والأفعال، مؤسسة الرسالة، الطبعة الخامسة، 1401هـ / 1981م.
28. **مالك ابن أنس**، موطأ الإمام مالك، رواية يحيى الليثي، دار الكتب العلمية بيروت.
29. **محمد ناصر الدين الألباني**، إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل، المكتب الإسلامي - بيروت الطبعة: الثانية 1405 هـ - 1985م.
30. **مسلم**، بن الحجاج أبو الحسن القشيري النيسابوري، صحيح مسلم، دار إحياء التراث العربي - بيروت.
31. **نبيل سعد الدين سليم جرّار**، الإيماء إلى زوائد الأمالي والأجزاء، أضواء السلف، الطبعة: الأولى، 1428 هـ - 2007 م.
32. **يحيى بن الحسين الشجري**، المرشد بالله، ترتيب الأمالي الخميسية للشجري، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، الطبعة: الأولى، 1422 هـ - 2001 م.

ثالثاً: كتب اللغة :

33. **ابن سيده**، أبو الحسن علي بن إسماعيل بن سيده المرسي، المحكم والمحيط الأعظم، دار الكتب العلمية - بيروت، الطبعة: الأولى، 1421 هـ - 2000 م.
34. **ابن منظور**، لسان العرب، دار صادر - بيروت، الطبعة: الثالثة - 1414 هـ.
35. **أحمد مرتضى الزبيدي**، معجم مقاييس اللغة، دار الفكر، 1399 هـ - 1979م.
36. **الأزهري**، أبو منصور، الزاهر في غريب ألفاظ الشافعي، مسعد عبد الحميد السعدني، دار الطلائع.
37. **الأزهري**، أبو منصور، تهذيب اللغة، تحقيق محمد عوض مرعب، دار إحياء التراث العربي - بيروت، الطبعة: الأولى، 2001م.

38. التهانوي، كشاف اصطلاحات الفنون، مكتبة لبنان ناشرون - بيروت، الطبعة: الأولى - 1996م.
39. الحَمِيدِي، بن أبي نصر، تفسير غريب ما في الصحيحين البخاري ومسلم، تحقيق الدكتورة زبيدة محمد سعيد عبد العزيز، مكتبة السنة - القاهرة - مصر، الطبعة: الأولى، 1415 - 1995.
40. الرازي، مختار الصحاح، المكتبة العصرية - الدار النموذجية، بيروت - صيدا، الطبعة: الخامسة، 1420هـ / 1999م.د.
41. الرازي، مختار الصحاح، تحقيق يوسف الشيخ محمد، المكتبة العصرية - الدار النموذجية، بيروت - صيدا، الطبعة الخامسة، 1420هـ / 1999م.
42. الزمخشري، أبو القاسم، أساس البلاغة، مطبعة المدني - القاهرة - 1991.
43. الفارابي، الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية، دار العلم للملايين - بيروت، الطبعة 1407هـ - 1987م.
44. الفراهيدي، العين، تحقيق د مهدي المخزومي، د إبراهيم السامرائي، دار ومكتبة الهلال.
45. الفيروزآبادي، القاموس المحيط، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت - لبنان، الطبعة: الثامنة، 1426هـ - 2005م.
46. الفيومي، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، المكتبة العلمية - بيروت، المكتبة العلمية - بيروت.
47. المعجم الوسيط، مجمع اللغة العربيّة، دار الدعوة، بدون طبعة وبدون تاريخ نشر.
48. بن فارس، معجم مقاييس اللغة، دار الفكر، 1399هـ - 1979م.
49. د. أحمد مختار عبد الحميد عمر، معجم اللغة العربية المعاصرة، الطبعة: الأولى، 1429هـ - 2008م.

رابعا: كتب أصول الفقه

50. ابن الهمام كمال الدين، فتح القدير، دار الفكر، بدون طبعة وبدون تاريخ.
51. ابن عبد السلام، قواعد الأحكام في مصالح الأنام، مكتبة الكليات الأزهرية - القاهرة، طبعة: جديدة مضبوطة منقحة، 1414هـ - 1991م.

52. أحمد محمد عثمان الزرقا، شرح القواعد الفقهية، دار القلم، دمشق/ سوريا ، ط2، 1409هـ - 1989م.
53. التفتازاني، شرح التلويح على التوضيح، مكتبة صبيح بمصر ، بدون طبعة و تاريخ.
54. الحموي، أحمد بن محمد مكي، غمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر، دار الكتب العلمية، الطبعة: الأولى، 1405هـ - 1985م.
55. الزركشي، المنشور في القواعد الفقهية، وزارة الأوقاف الكويتية، الطبعة: الثانية، 1405هـ - 1985م.
56. السيوطي، جلال الدين، الأشباه و النظائر، دار الكتب العلمية، الطبعة: الأولى، 1411هـ - 1990م،
57. القرافي، الفروق، عالم الكتب بيروت لبنان، بدون طبعة وبدون تاريخ.
58. عياض السلمي، أصول الفقه الذي لا يسع الفقيه جهله، دار التدمرية، الرياض - المملكة العربية السعودية، الطبعة: الأولى، 1426هـ - 2005م.

خامسا: كتب التراجم والسير والتاريخ

59. ابن السبكي، طبقات الشافعية ، مطبعة عيسى الحلبي، 1384هـ،
60. ابن الصلاح، طبقات الفقهاء الشافعية، دار البشائر الإسلامية - بيروت، الطبعة: الأولى، 1992م.
61. ابن العماد الحنبلي، عبد الحي بن أحمد بن محمد ابن العماد العكري، شذرات الذهب في أخبار من ذهب، دار ابن كثير، دمشق - بيروت، الطبعة: الأولى، 1406هـ - 1986م.
62. ابن القيم، أعلام الموقعين، مطبعة السعادة مصر، الطبعة الأولى 1374هـ-1955.
63. ابن حجر العسقلاني، الدرر الكامنة في أعيان المائة الثامنة ، مجلس دائرة المعارف العثمانية - صيدر اباد/ الهند.
64. ابن حجر العسقلاني، تقريب التهذيب، دار الرشيد - سوريا، الطبعة: الأولى، 1406هـ - 1986، 563/1.
65. ابن حجر العسقلاني، تهذيب التهذيب، مطبعة دائرة المعارف النظامية، الهند، الطبعة الأولى، 1326هـ.

66. ابن خلكان، وفيات الأعيان وأنباء أبناء الزمان، دار صادر - بيروت.
67. ابن سعد، الطبقات الكبرى، دار صادر - بيروت، الطبعة: الأولى، 1968 م.
68. ابن عبد البر، الاستيعاب في معرفة الأصحاب، دار الجيل، بيروت، الطبعة: الأولى، 1412 هـ - 1992 م.
69. ابن فرحون، الديباج المذهب في معرفة أعيان علماء المذهب، دار التراث للطبع والنشر، القاهرة.
70. ابن فهد، لحظ الألاحظ بذييل طبقات الحفاظ، دار الكتب العلمية، الطبعة: الأولى 1419 هـ - 1998 م، 127/1،
71. ابن مفلح، المقصد الأرشد في ذكر أصحاب الإمام أحمد، تحقيق عبد الرحمان العثيمين، مكتبة الرشد بالرياض، ط1، 1990.
72. ابن منده محمد بن إسحاق، معرفة الصحابة لابن منده، مطبوعات جامعة الإمارات العربية المتحدة، الطبعة: الأولى، 1426 هـ - 2005 م.
73. ابن هشام، السيرة النبوية، المكتبة التوفيقية.
74. أبو عمر بن محمد بن يوسف الكندي، الولاية والقضاء، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، الطبعة: الأولى، 1424 هـ - 2003 م.
75. إسماعيل باشا الباباني، إيضاح المكنون في الذيل على كشف الظنون، دار إحياء التراث العربي، بيروت - لبنان.
76. الذهبي، شمس الدين، تذكرة الحفاظ، دار الكتب العلمية بيروت-لبنان، الطبعة: الأولى، 1419 هـ - 1998 م.
77. الذهبي، شمس الدين، سير أعلام النبلاء، دار الحديث - القاهرة، الطبعة: 1427 هـ - 2006 م.
78. الذهبي، طبقات الحفاظ، دار الكتب العلمية بيروت-لبنان، الطبعة: الأولى، 1419 هـ - 1998 م (520/1).
79. الربيعي، مولد العلماء ووفياتهم، تحقيق عبد الله سليمان الحمد، نشر دار العاصمة، ط 1.
80. الزركلي، الأعلام، دار العلم للملايين، الطبعة: الخامسة عشر - أيار / مايو 2002 م.

81. السيوطي، بغية الوعاة في طبقات اللغويين والنحاة، المكتبة العصرية - لبنان / صيدا.
82. السيوطي، تاريخ الخلفاء، مكتبة نزار مصطفى الباز، الطبعة الأولى: 1425هـ - 2004م.
83. الشيخ عنونوس. تاريخ القضاء في الإسلام، المطبعة المصرية الأهلية الحديثة بالقاهرة، مكتبة الحرم الملكي، طبعة سنة 1352هـ - 1943.
84. الشيرازي، طبقات الفقهاء، دار الرائد العربي، بيروت - لبنان، الطبعة: الأولى، 1970.
85. القاضي عياض، ترتيب المدارك، مطبعة فضالة - المحمدية، المغرب الطبعة: الأولى
86. النووي، تهذيب الأسماء، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، بدون طبعة و تاريخ .
87. بن الجوزي، المنتظم في تاريخ الأمم والملوك، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة: الأولى، 1412 هـ - 1992 م.
88. د أحمد شلبي، موسوعة النظم و الحضارة الإسلامية، تاريخ التشريع الإسلامي وتاريخ النظم القضائية في الإسلام، مكتبة النهضة المصرية، بدون طبعة.
89. عبد البر، الاستيعاب، دار الجيل، بيروت، الطبعة: الأولى، 1412 هـ - 1992 م 1920/4
90. عبد الرحمن بن خلدون، مقدمة ابن خلدون، تحقيق د/ محمد عبد الجواد، طبعة دار الكتب العلمية بيروت، 1993م.
91. -وكيع الضبي، أبو بكر، أخبار القضاة، المكتبة التجارية الكبرى، بشارع محمد علي بمصر لصاحبها: مصطفى محمد، الطبعة: الأولى، 1366هـ = 1947م.

سادسا: كتب الفقه :

أ- كتب الفقه الحنفي

92. ابن الشحنة، لسان الحكام في معرفة الأحكام، البابي الحلبي - القاهرة، الطبعة: الثانية، 1393 - 1973.
93. ابن عابدين، رد المختار على الدر المختار (حاشية ابن العابدين)، دار الفكر-بيروت، الطبعة: الثانية، 1412هـ - 1992م.

94. ابن مازة، المحيط البرهاني في الفقه النعماني، تحقيق، عبد الكريم سامي الجندي، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، الطبعة: الأولى، 1424 هـ - 2004 م.
95. ابن نجيم، البحر الرائق، دار الكتاب الإسلامي، الطبعة: الثانية - بدون تاريخ.
96. ابن نجيم، البحر الرائق، دار الكتاب الإسلامي، الطبعة: الثانية - بدون تاريخ.
97. أبو بكر الخصاصف، شرح أدب القاضي، مطبعة الإرشاد، بغداد 1977 م.
98. الزبيدي، الجوهرة النيرة، المطبعة الخيرية، الطبعة الأولى سنة 1322 هـ.
99. الزيلعي، تبين الحقائق في شرح كتر الدقائق - مطابع الفاروق الحديثة للطباعة والنشر - الطبعة
100. السرخسي، المبسوط، دار المعرفة - بيروت، بدون طبعة، 1414 هـ - 1993 م.
101. السمرقندي، تحفة الفقهاء، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان الطبعة: الثانية، 1414 هـ - 1994 م. 625/3،
102. العيني، البناية في شرح الهداية، دار الكتب العلمية - بيروت، لبنان، الطبعة: الأولى، 1420 هـ - 2000 م
103. الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، لعلاء الدين أبي بكر الكاساني الحنفي، طبعة دار الكتب العلمية ببيروت، الطبعة: الثانية، 1406 هـ - 1986 م.
104. المرغيناني، الهداية في شرح بداية المبتدي، دار إحياء التراث العربي - بيروت - لبنان، بدون طبعة.
105. المولى (محمد بن فرامرز)، درر الحكام، دار إحياء الكتب العربية، بدون طبعة وبدون تاريخ.
106. عبد الرحمن بن محمد شينخي زاده، مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، دار إحياء التراث العربي، بدون طبعة وبدون تاريخ نشر.
107. عبد الغني الميداني، اللباب في شرح الكتاب، المكتبة العلمية، بيروت - لبنان.
108. مجلة الأحكام العدلية، معدة من لجنة مكونة من عدة علماء وفقهاء في الخلافة العثمانية، المحقق نجيب هواوييني.

(ب) - كتب الفقه المالكي

109. ابن جزري الكلبي، القوانين الفقهية، دار الكتاب العربي، بيروت، الطبعة الأولى، سنة 1404-1984م.
110. ابن رشد الحفيد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دار الحديث - القاهرة، نشر سنة 1425هـ - 2004.
111. ابن رشد، البيان والتحصيل، دار الغرب الإسلامي، بيروت - لبنان الطبعة: الثانية، 1408 هـ - 1988 م.
112. ابن عسكرو، ارشاد السالك إلى أشرف المسالك في فقه الإمام مالك، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، مصر، الطبعة الثالثة.
113. الخرشي، شرح الخرشي على مختصر خليل، دار الصادر بيروت، بدون طبعة وتاريخ.
114. الدردير، الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي، دار الفكر، بدون طبعة وبدون تاريخ.
115. الشيخ أحمد الصاوي، بلغة السالك لأقرب المسالك، دار المعارف الطبعة، بدون طبعة وبدون تاريخ .
116. الشيخ محمد عlish، شرح منح الجليل على مختصر العلامة خليل، -دار الفكر لطباعة والنشر لبنان الطبعة الأولى سنة 1984 .
117. الصاوي، حاشية الصاوي على الشرح الصغير، دار المعارف، بدون طبعة وبدون تاريخ، 209/4 .
118. النفراوي، الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني، دار الفكر، تاريخ النشر: 1415هـ - 1995م.
119. محمد بن يوسف المواق، التاج والإكليل ، - طبع دار الفكر - بيروت - ت الطبعة 1398هـ .
120. محمد عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، دار الفكر، بدون طبعة وبدون تاريخ.
121. القيرواني، التّوادر والزيادات على ما في المدوّنة من غيرها من الأُمّهات، دار الغرب الإسلامي، بيروت، الطبعة: الأولى، 1999 م.
122. الرّعيني، مواهب الجليل، دار الفكر، الطبعة: الثالثة، 1412هـ - 1992م.

123. مالك، المدونة، دار الكتب العلمية الطبعة: الأولى، 1415هـ - 1994م.
124. العبدري، محمد بن يوسف، التاج الإكليل، دار الفكر، بيروت، ط2، 1398هـ.
125. القرافي، الذخيرة، دار الغرب الإسلامي - بيروت الطبعة: الأولى، 1994م.

ج- كتب الفقه الشافعي

126. ابن السبكي، طبقات الشافعية، مطبعة عيسى الحلبي، 1384هـ.
127. أبو يحيى زكريا الأنصاري، أسنى المطالب في شرح روض الطالب، بدون طبعة وبدون تاريخ.
128. البُجَيْرَمِيُّ، تحفة الحبيب على شرح الخطيب، دار الفكر، بدون طبعة، تاريخ النشر: 1415هـ - 1995م.
129. الخطيب الشربيني، الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع، المحقق: مكتب البحوث والدراسات - دار الفكر، دار الفكر - بيروت.
130. الخطيب الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، دار الكتب العلمية، الطبعة: الأولى، 1415هـ.
131. الدمياطي، إعانة الطالبين، دار الفكر، بيروت، الطبعة الأولى، 1418هـ - 1997م.
132. الرافعي، عبد الكريم بن محمد، العزيز شرح الوجيز (الشرح الكبير للرافعي)، دار الفكر، بدون طبعة و بدون تاريخ نشر.
133. الرملي، نهاية المحتاج، دار الفكر، بيروت، طبعة - 1404هـ/1984م.
134. الشافعي، الأم، دار المعرفة - بيروت بدون طبعة، 1410هـ/1990م.
135. الشافعي، الرسالة، مكتبته الحلبي، مصر، الطبعة: الأولى، 1358هـ/1940م.
136. الشيرازي، أبو اسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف، المهذب في فقه الإمام الشافعي، دار الكتب العلمية، بدون طبعة وبدون تاريخ.
137. الشيرازي، التنبيه في الفقه الشافعي، عالم الكتب، بدون رقم طبعة وبدون تاريخ.
138. الماوردي، الحاوي الكبير، تحقيق الشيخ علي محمد معوض - الشيخ عادل أحمد عبد الموجود، الطبعة: الأولى، 1419هـ - 1999م.
139. النووي، المجموع شرح المذهب، دار الفكر، بدون طبعة وبدون تاريخ نشر.

140. النووي، روضة الطالبين، المكتب الإسلامي، بيروت - دمشق - عمان الطبعة: الثالثة، 1412هـ / 1991م.

141. الهيثمي، تحفة المحتاج، المكتبة التجارية الكبرى بمصر لصاحبها مصطفى محمد، بدون طبعة، نشر سنة: 1357 هـ - 1983 م.

142. زكريا الأنصاري، فتح الوهاب بشرح منهج الطلاب، دار الفكر للطباعة والنشر، الطبعة: 1414هـ / 1994م.

(د) - كتب الفقه الحنبلي

143. ابن ضويان، منار السبيل في شرح الدليل، المكتب الإسلامي، الطبعة: السابعة 1409 هـ - 1989م.

144. ابن مفلح، المبدع في شرح المقنع، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان الطبعة: الأولى، 1418 هـ - 1997 م

145. ابن يوسف، مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى، المكتب الإسلامي الطبعة: الثانية، 1415 هـ - 1994م.

146. البهوتي، الروض المربع شرح زاد المستنقع، : دار المؤيد - مؤسسة الرسالة، بدون طبعة و بدون تاريخ .

147. البهوتي، دقائق أولي النهى لشرح المنتهى المعروف بشرح منتهى الإرادات، عالم الكتب، الطبعة: الأولى، 1414 هـ - 1993م.

148. البهوتي، كشاف القناع عن متن الإقناع، دار الكتب العلمية، بدون طبعة و بدون تاريخ.

149. الخرقى، متن الخرقى على مذهب أبي عبد الله أحمد بن حنبل الشيباني، دار الصحابة للتراث، الطبعة: 1413 هـ - 1993م.

150. الريحاني، مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى، المكتب الإسلامي، الطبعة: الثانية، 1415 هـ - 1994م.

151. الزركشي، شمس الدين محمد، شرح الزركشي، دار العبيكان، الطبعة: الأولى، 1413 هـ - 1993 م.

152. المرادوي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، دار إحياء التراث العربي، الطبعة: الثانية - بدون تاريخ.
153. المقدسي، الإقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل، دار المعرفة بيروت - لبنان، بدون طبعة و بدون تاريخ.
154. المقدسي، العدة شرح العمدة، دار الحديث، القاهرة، بدون طبعة، تاريخ النشر: 1424هـ - 2003م.
155. المقدسي، دليل الطالب لنيل المطالب، دار طيبة للنشر والتوزيع، الرياض، الطبعة: الأولى، 1425هـ / 2004م.
156. بن قدامة المقدسي، المغني، مكتبة القاهرة، بدون طبعة، 1388هـ - 1968م.
157. بن قدامة المقدسي، الكافي في فقه الإمام أحمد، دار الكتب العلمية، الطبعة: الأولى، 1414هـ - 1994م.
158. عبد الرحمن بن قاسم، حاشية الروض المربع شرح زاد المستقنع، (بدون ناشر)، الطبعة: الأولى - 1397هـ.

سابعاً: كتب فقه المذاهب الأخرى والسياسة الشرعية:

159. ابن القيم، الطرق الحكمية مكتبة دار البيان، بدون طبعة وبدون تاريخ، ص173.
160. ابن فرحون، تبصرة الحكام، مكتبة الكليات الأزهرية الطبعة: الأولى، 1406هـ - 1986م.
161. أبو عبد الله، محمد بن أحمد بن محمد الفاسي، الإتيقان والإحكام في شرح تحفة الحكام المعروف بشرح ميارة، دار المعرفة، بدون طبعة و بدون تاريخ نشر.
162. أحمد الحصري علم القضاء، مكتبة الكليات الأزهرية القاهرة 1977.
163. الإمام أبو عبد الله بن فرج المالكي القرطبي، أفضية رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم، دار الكتاب العربي - بيروت، بدون طبعة، عام النشر: 1426هـ.
164. التُّسُولِي، البهجة شرح التحفة، دار الكتب العلمية - لبنان / بيروت، الطبعة: الأولى، 1418هـ - 1998م.

165. الخزاعي، على بن محمد، تخريج الدلالات السمعية على ما كان في عهد رسول الله من الحرف والصنائع والعمالات الشرعية، تحقيق د. إحسان عباس، دار الغرب الإسلامي - بيروت، الطبعة: الثانية، 1419 هـ -
166. القاضي أبو يعلى، الأحكام السلطانية، دار الكتب العلمية - بيروت، لبنان، الطبعة: الثانية، 1421 هـ - 2000 م.
167. القرافي، الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام و تصرفات القاضي والإمام، المكتب الثقافي للنشر والتوزيع الطبعة الأولى 1989م .
168. الماوردي، الأحكام السلطانية، دار الحديث - القاهرة.
169. الماوردي، الأحكام السلطانية، ط الحلبي.
170. بن حزم الظاهري، المحلى بالآثار، دار الفكر - بيروت، بدون طبعة وبدون تاريخ.
171. د/ محمد رضا الأغبش، السياسة القضائية في عهد عمر بن الخطاب وصلتها بواقعنا المعاصر، ط 1417، مطبعة جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية بالرياض.
172. علاء الدين الطرابلسي، معين الحكام، دار الفكر الطبعة: بدون طبعة وبدون تاريخ.
173. علي حيدر، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام، دار الجيل، الطبعة: الأولى، 1411 هـ - 1991 م.
174. محمد بن يوسف اطفيش، شرح كتاب النيل والشفاء العليل - طبعة 1405 هـ - 1985 م مكتبة الإرشاد.
175. محمود بن إسماعيل (الخَيْرِيّ)، الدرّة الغراء في نصيحة السلاطين والقضاة والأمراء، مكتبة نزار مصطفى الباز - الرياض، بدون طبعة.

ثامنا : كتب الفقه العام والكتب الحديثة في الفقه الإسلامي

176. ابن المنذر، الإجماع، دار المسلم للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى 1425 هـ / 2004 م -
177. الإمام الغزالي - إحياء علوم الدين، المطبعة اليمية بالقاهرة، 2 / 226.
178. البغوي، كتاب السير من التهذيب، الجامعة الإسلامية بالمدينة المنورة، الطبعة: السنة (34) - العدد، 1422 هـ -

179. الدكتور محمد جمال الدين عواد، نظام القضاء في الإسلام، دار الهدى للطباعة والقاهرة طبعة 1399هـ - 1979م.
180. الزحيلي محمد، وسائل الاثبات في الشريعة الإسلامية و في المعاملات المدنية والأحوال الشخصية، مكتبة المؤيد، دمشق سوريا، الطبعة الثانية، 1414هـ.
181. الشيخ ابن تيمية، مجموع الفتاوى، الطبعة الأولى: 1423 هـ / 2003 م.
182. الشيخ علي قراعة، الأصول القضائية، دار النهضة العربية الطبعة الثانية 1344هـ / 1925.
183. الشيخ محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، الطبعة الثانية، بدون سنة نشر.
184. الطحاوي، مختصر اختلاف العلماء، دار البشائر الإسلامية - بيروت، الطبعة: الثانية، 1417
185. القاضي ناصر جبر القرم، دور القضاء الشرعي في إصلاح الأسرة، دار الثقافة للنشر والتوزيع.
186. المستشار عبد الحميد أحمد سليمان، الحكومة والقضاء في الإسلام، مطابع سجل العرب نشر مكتبة التراث الإسلامي القاهرة.
187. المستشار، عبد الحميد أحمد سليمان، الحكومة والقضاء في الإسلام، مكتب التراث الإسلامي، القاهرة، بدون رقم طبعة و بدون تاريخ نشر.
188. الموسوعة الفقهية الكويتية، صادرة عن وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية - الكويت، الطبعة الثانية، دارالسلاسل - الكويت، الطبعة الثانية للوزارة
189. النظام القضائي، الكتاب منشور على موقع وزارة الأوقاف السعودية بدون بيانات.
190. حسين بن عودة العوايشة، الموسوعة الفقهية الميسرة في فقه الكتاب والسنة المطهرة، المكتبة الإسلامية (عمان - الأردن)، دار ابن حزم (بيروت - لبنان)، الطبعة: الأولى، من 1423 - 1429 هـ، 5/ص318 و ص319.
191. د اسماعيل إبراهيم البدوي، نظام القضاء الإسلامي، دار الفكر الجامعي، ط2012.
192. د. حسن علي إبراهيم حسن، النظم الإسلامية، مطبعة السنة المحمدية، القاهرة، الطبعة الثالثة، سنة 1962م، نشر مكتبة النهضة المصرية.
193. د. طلحة بن محمد بن عبد الرحمن غوث، الإدعاء العام وأحكامه في الفقه والنظام، بدون طبعة، دار كنوز اشبيليا.

194. د. عبد الحلیم منصور، السلطة القضائية في الإسلام، دار الفكر الجامعي، طبعة 2010.
195. د. عبد الرحمن ابراهيم عبد العزيز، القضاء و نظامه في الكتاب و السنة، طبعة جامعة أم القرى، الطبعة الأولى، 1989.
196. د. عبد الكريم زيدان، نظام القضاء في الشريعة الإسلامية، مؤسسة الرسالة، الطبعة الثانية.
197. د. فوزية عبد الستار، القضاء في الإسلام، دار الكتب المصرية، ط 2009.
198. د. محمد علي محبوب، أحكام الأسرة في التشريع الإسلامي، شركة الإعلانات الشرقية - بدون طبعة وبدون تاريخ نشر.
199. د. أحمد مليحي، النظام القضائي الإسلامي، دار التوفيق النموذجية للطباعة والجمع الآلي، الناشر مكتبة وهبة.
200. د. حامد أبو طالب. التنظيم القضائي الإسلامي، مطبعة السعادة، القاهرة، الطبعة الثانية، سنة 1402هـ .
201. د. عبد الرحمن ابراهيم عبد العزيز الحميضي، القضاء و نظامه في الكتاب و السنة، الطبعة الأولى سنة 1409هـ / 1984 م ، جامعة أم القرى.
202. د. محمد سلام مدكور، القضاء في الإسلام، دار النهضة العربية، بدون رقم طبعة و تاريخ نشر.
203. د. محمد سليمان الأشقر، أحكام الزواج في ضوء الكتاب و السنة - دار ابن باديس الجزائر.
204. د. محمد نعيم ياسين، نظرية الدعوى بين الشريعة الإسلامية وقانون المرافعات المدنية و تجارية، دار عالم الكتب، 1423هـ - 2003م.
205. د. ناصر بن محمد بن مشري الغامدي، الإختصاص القضائي في الفقه الإسلامي مع بيان التطبيق الجاري في المملكة العربية السعودية، مكتبة الرشد، الرياض، ط/ 1420هـ.
206. د. نصر فريد - السلطة القضائية و نظام القضاء في الإسلام ، ط/ الأمانة، مصر، الطبعة الثانية، 1403هـ - 1983م.
207. د. نصر فريد واصل ، نظرية الدعوى و الإثبات في الفقه الإسلامي، الطبعة الأولى سنة 1422هـ / 2002 م دار الشروق.
208. د. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي و ادلته ، دار الفكر - سورية - دمشق، الطبعة الرابعة.

209. سيد سابق، فقه السنة، دار الكتاب العربي، بيروت - لبنان، الطبعة: الثالثة، 1397 هـ - 1977 م
210. عبد الرحمن الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، تحقيق كمال الجمل وآخرين ط1 سنة 1419 هـ-1999م، مكتبة الإيمان، المنصورة.
211. عبد الوهاب خلاف، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، دار القلم، الكويت، ط2، 1410 - 1990م
212. على قراعة، الأصول القضائية في المرافعات الشرعية، مطبعة دار النهضة بمصر، الطبعة الثانية، 1344 هـ-1925م.
213. مجموعة من المؤلفين، الفتاوى الهندية، دار الفكر، الطبعة: الثانية، 1310 هـ .
214. محمد إبراهيم البدارين، الدعوى بين الفقه والقانون، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ط2007.
215. محمد بن إبراهيم بن عبد الله التويجري، موسوعة الفقه الإسلامي، بيت الأفكار الدولية، الطبعة: الأولى، 1430 هـ - 2009 م.
216. محمد رأفت عثمان، النظام القضائي في الفقه الإسلامي، دار البيان، الطبعة: الثانية، 1415 هـ-1994م.

ثامنا: المراجع القانونية:

217. - د، أحمد خليفة الشرقاوي أحمد، نظرية الاختصاص في الفقه الإسلامي والقانون الإجرائي المدني، دار الفكر الجامعي، الطبعة الأولى، سنة 2013.
218. أ. أحمد رباح، المعارضة في الأحكام الغيابية في الفقه الإسلامي و القانون الوضعي (دراسة مقارنة)، مكتبة إقرأ - قسنطينة - الجزائر، بدون طبعة وبدون تاريخ نشر.
219. أ. خالد شهاب، نظرية الدفوع في قانون المرافعات، مركز الأبحاث و الدراسات القانونية. ط. الثانية. سنة 1998م.
220. المستشار أنور طلبة، الطعن بالاستئناف و إلتماس إعادة النظر، المكتب الجامعي الحديث، الاسكندرية

221. المستشار، عبد العزيز سعد، الزواج و الطلاق في قانون الأسرة، دار البعث - قسنطينة - الطبعة الثانية سنة 1989.
222. أنور طلبة ، طرق أدلة الإثبات في المواد المدنية و التجارية و الأحوال الشخصية ، دار الفكر العربي ، 1987 .
223. خالد بن عبد الرحمن المفدى، إجراءات جلسات المحاكمة في النظام السعودي والقانون المصري.
224. د فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، دار النهضة العربية 1993 م .
225. د. أنور سلطان ، قواعد الإثبات في المواد المدنية و التجارية " دراسة في القانون المصري و اللبناني " ، الدار الجامعية للطباعة و النشر ، بيروت 1984.
226. د أحمد خليل، مبدأ المواجهة و دوره في التنفيذ الجبري، دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية، 1999.
227. د وجدي راغب، مبادئ القضاء المدني، دار الفكر الغربي 1987.
228. د. أحمد أبو الوفا، نظرية الدفع في قانون المرافعات ، منشأة المعارف الإسكندرية، ط6 سنة 1980م.
229. -د. أشرف عبد الرزاق ويح، موقع البصم الوراثية من وسائل النسب الشرعية، دار النهضة العربية.
230. د. أنور سلطان، مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني، منشورات الجامعة الأردنية، عمان- الطبعة الأولى، 1987م.
231. د. بربارة عبد الرحمان ، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، طبعة ثانية مزيده سنة 2009 ، منشورات بغداددي ، الجزائر.
232. د. بلحاج العربي ، قانون الأسرة (مبادئ الاجتهاد القضائي وفقا لقرارات المحكمة العليا) ديوان المطبوعات الجامعية.
233. د. بلحاج العربي،الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، ط5، 2007.
234. د. بوبشير محمد أمقران، قانون الإجراءات المدنية، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الثالثة، بدون سنة نشر.

235. د. بوعلام بن حمودة، الممارسة الديمقراطية بين النظرية والواقع، دار الأمة، الجزائر، الطبعة الثانية، 1999.
236. د. حامد محمد أبو طالب، التنظيم القضائي، مطبعة السعادة، القاهرة، ط2 سنة 1402هـ.
237. د. رمزي سيف : الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، الطبعة السابعة سنة 1967.
238. د. عبد الحكم فودة، ضوابط الاختصاص القضائي، منشأة المعارف، الإسكندرية، ط1954م.
239. د. عبد الحميد الشواربي، مواعيد الإجراءات القضائية في التشريعات المختلفة، منشأة المعارف، الاسكندرية.
240. د. عبد المنعم الشرقاوي، الوجيز في قانون المرافعات، طبعة مكتبة النهضة المصرية، القاهرة، سنة 1954.
241. د. عبد الناصر توفيق العطار، الأسرة وقانون الأحوال الشخصية رقم 100 لسنة 1975 - طبعة 1985، المطبعة العربية الحديثة القاهرة.
242. د. فتحي والي، نظرية البطلان في قانون المرافعات، الطبعة الأولى، سنة 1959.
243. د. محمد شتا أبو سعد، المعارضة في الاحكام الجنائية (تعليق فقهي و قضائي)، دار الجامعة الجديدة
244. د. محمود السيد التحوي، حضور صاحب الصفة الإجرائية في الدعوى القضائية، المكتبة القانونية، طبعة 2003.
245. د. محمود السيد التحوي، إجراءات رفع الدعوى القضائية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، طبعة 2003.
246. د. محمود نجيب حسني، شرح قانون الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، طبعة ثانية، سنة 1988.
247. د. ناهد العجوز، دعوى التطبيق و الخلع، منشأة المعارف بالإسكندرية، الطبعة الأولى، سنة 2001.
248. د. نبيل إسماعيل عمر ، أصول المرافعات المدنية و التجارية ، منشأة المعارف بالإسكندرية ، الطبعة الأولى 1986.

249. د. نبيل عمر، الوسيط في التنفيذ الجبري للأحكام وغيرها من السندات التنفيذية، دار الجامعة الجديدة، 2000، ص 195.
250. د. هاشم، محمود محمد، إجراءات التقاضي والتنفيذ، عمادة شؤون المكتبات، جامعة الملك سعود، الرياض، الطبعة الأولى، 1409هـ.
251. د. أحمد السيد صاوي، الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية و التجارية، دار النهضة العربية. القاهرة. ط 1981م.
252. د. أحمد مسلم، أصول المرافعات، دار الفكر العربي، القاهرة سنة 1968.
253. د. إدريس العلوي العبدلاوي، نظرية العقد- مطبعة النجاح الجديدة - الدار البيضاء - 1996.
254. د. بو بشير محمد أمقران، قانون الإجراءات المدنية : نظرية الدعوى - نظرية الخصومة - الإجراءات الاستثنائية ، الطبعة الثالثة ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر.
255. د. بوبشير منحد أمقران، النظام القضائي الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، الطبعة الثالثة، سنة 2003.
256. د. رمضان جمال كامل، بطلان صحيفة الدعوى، مكتبة الألفي القانونية، الطبعة الثالثة، 1997.
257. د. سعود بن سعد آل دريب، التنظيم القضائي السعودي في المملكة العربية السعودية في ضوء الشريعة الإسلامية ونظام السلطة القضائية، ط 1 سنة 1403هـ.
258. د. عبد الباسط جمعي، نظرية الاختصاص في قانون المرافعات الجديد وتعديلاته، ط، دار الفكر العربي، ط سنة 1975م.
259. د. عبد الحميد أبو هيف، المرافعات المدنية والتجارية، مطبعة الإعتماد، القاهرة سنة 1340هـ، 1921م .
260. د. عبد الرحمن عبد العزيز القاسم، القضاء والتقاضى والتنفيذ، مطبعة السعادة بمصر 1403هـ - 1982م
261. د. عمار بوضياف، القضاء الإداري في الجزائر، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، 2008.
262. د. محمد كامل عبيد، استقلال القضاء، دراسة مقارنة، القاهرة، سنة 1991.

263. د. محمود السيد التحيوي، إجراءات رفع الدعوى القضائية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، طبعة 2003.
264. د. محمود السيد التحيوي، الصفة غير العادية و آثارها في رفع الدعوى القضائية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية 2003.
265. د. مفلح عواد القضاء، أصول المحاكمات المدنية و التنظيم القضائي في الأردن.
266. د. ميلود ذبيح، الفصل بين السلطات في التجربة الدستورية الجزائرية، عين مليلة، دار الهدى، 2007.
267. د. نزيه محمد صادق المدهدي، المدخل لدراسة القانون، الجزء الأول نظرية القانون، دار النهضة العربية، طبعة 2002.
268. د/ عبد العزيز رمضان سمك، الفرق بين الزوجين في الفقه الإسلامي والقانون المصري، دار الثقافة العربية، القاهرة، 1993.
269. عبد العزيز رمضان سمك، أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي والقانون المصري، دار النهضة العربية، القاهرة، 2007.
270. عبد الله بن عبد العزيز العجلان: الأهلية ونظرية الحق في الشريعة الإسلامية - مؤسسة الممتاز للطباعة - 1996 - .
271. عدنان القوتلي، الوجيز في الحقوق المدنية - الجزء الأول، مطبعة الجامعة السورية - دمشق - 1957 - الطبعة الثالثة .
272. عمر، نبيل اسماعيل، إعلان الأوراق القضائية، منشأة المعارف، الإسكندرية، د ط، 1981.
273. محمد علي سويلم، شرح قانون محكمة الأسرة، دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية 2005.
274. هلالى سعد الدين مسعد، البصمة الوراثية وعلائقها الشرعية، دراسة فقهية مقارنة، مجلس النشر العلمي جامعة الكويت، ط، 2001.

تاسعا: الرسائل العلمية

275. د. صحراوي حبيب خلواتي، تحقيق مخطوطة مختصر النهاية والتمام في معرفة الوثائق والأحكام المعروف بمختصر المتبوية تأليف الإمام أبي عبد الله محمد بن هارون الكناني التونسي المتوفى سنة 750هـ، رسالة دكتوراه مقدمة لكلية الشريعة، جامعة بيروت الإسلامية، سنة 2007.
276. د. حسن أحمد على الحمادي، حجية الحكم القضائي في الشريعة الإسلامية، رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية حقوق الاسكندرية، ص 290.
277. - أ. خالد بن عبد الرحمن المفدى، إجراءات جلسات المحاكمة في النظام السعودي والقانون المصري، رسالة ماجستير مقدمة إلى قسم العدالة الجنائية، كلية الدراسات العليا، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، سنة 2006.
278. د. محمد حجازي، نظام الإثبات في أحكام الأسرة (دراسة فقهية قانونية مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون المصري الجزائري)، رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق جامعة الإسكندرية، سنة 2007.
279. أ. سعوداوي صديق، استقلال السلطة القضائية بعد 1989، رسالة ماجستير مقدمة لجامعة سعد دحلب البليدة الجزائر، سنة 172، 2007.
280. أ. بن عومر محمد الصالح، مذكرة ماجستير، القضاء الاستعجالي في شؤون الأسرة، مقدمة لمعهد الحقوق بالمركز الجامعي ببيشار سنة 2007.
281. الباحث. عادل محمد جبر أحمد شريف، حماية القاضي و ضمانات نزاهته دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي و قانون المرافعات المدنية، رسالة ماجستير، مقدمة لكلية الشريعة والقانون بجامعة الأزهر بطنطا، سنة 2002.
282. د. الشحات ابراهيم محمد منصور، الضوابط التي تحكم فتوى المفتي و قضاء القاضي في الفقه الاسلامي (بحث فقهي مقارنة)، رسالة دكتوراه مقدمة لكلية الشريعة و القانون، جامعة الأزهر.
283. د. ايمان فؤاد عبد المنعم أحمد، تعارض الدعاوى والأحكام، رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق، سنة 2012.

284. د. إبراهيم إبراهيم الغماز، الشهادة كدليل إثبات في المواد الجنائية، رسالة دكتوراه عالم الكتب القاهرة 1981م.
285. - د. شوكت عرسان عليان، السلطة القضائية في الإسلام، رسالة دكتوراه، مقدمة لجامعة الأزهر 1972.

عاشرا: المجالات الدورية والأبحاث:

286. أبحاث مؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون، جامعة الإمارات.
287. الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية (عدد خاص) قسم الوثائق للمحكمة العليا - طباعة الديوان الوطني للأشغال التربوية لسنة 2001.
288. المجلة القضائية - لسنة 1992 - العدد 2، اصدرت قسم الوثائق بوزارة العدل، الجزائر.
289. المجلة القضائية لسنة 1991 - العدد 04، اصدرت قسم الوثائق بوزارة العدل، الجزائر.
290. الندوة العلمية حول الوراثة والهندسة الوراثية والجينوم البشري والعلاج الجيني، المنعقدة بالكويت بالفترة ما بين 23-25-جمادى الثانية 1419.
291. جريدة الحوار المتمدن العدد 3144 الصادر في 2010/10/04 على الرابط <http://www.ahewar.org>.
292. دراسة مقدمة إلى برنامج إدارة الحكم في العالم العربي التابع لبرنامج الأمم المتحدة الإنمائي من الدكتور عادل عمر شريف، بعنوان استقلال القضاء في العالم العربي.
293. مجلة الحقوق، تصدر عن مجلس النشر العلمي بجامعة الكويت، السنة الثامنة عشر، العدد الرابع، ديسمبر 1994.
- مجلة الدراسات القانونية، تصدر عن كلية الحقوق جامعة بيروت، العدد الخامس، سنة 2000، ملاحظة: نشر بها مقال واحد لدكتور أحمد خليل، موسوم بعنوان خصوصيات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية المتعلقة بالولاية على النفس وفقا للقانون المصري رقم (1) لسنة 2000.
294. مجلة المحاماة الشرعية، السنة الأولى، العدد الثالث، رجب 1348.

295. مجلة المحكمة العليا - العدد الثاني - السنة 2004 اصدارات قسم الوثائق بوزارة العدل، الجزائر.
296. مجلة المحكمة العليا - العدد الثاني - السنة 2005، اصدارات قسم الوثائق بوزارة العدل، الجزائر.
297. مجلة المنتدى القانوني ، دورية تصدر عن قسم الكفاءة المهنية للمحاماة جامعة محمد خيضر بسكرة - الجزائر ، العدد الرابع / جوان 2007 .
298. محاضرة القاضي حميدي محمد أمين، في إطار شرح أحكام قانون الإجراءات المدنية والإدارية : شروط رفع الدعوى وآجالها وتقديم المستندات ، محكمة عين الدفلى ، مجلس قضاء الشلف ، 2008 - 2009م.
299. نشرة القضاة - لسنة 1972 عدد 1 - قسم الوثائق، وزارة العدل، الجزائر.
300. الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لسنة 1948.
301. المؤتمر السابع للأمم المتحدة، سنة 1985 (مبادئ أساسية بشأن استقلالية السلطة القضائية).
- إحدى عشر: مراسيم وقوانين:**
302. الدستور الجزائري. (دستور 1996 المعدل و المتمم لسنة 2008).
303. القانون رقم 09/08 مؤرخ في 18 صفر 1429 الموافق ل 25 فبراير 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.
304. الأمر رقم 02/05 المؤرخ في 27 فبراير 2005 المعدل و المتمم للقانون رقم 11/84 المؤرخ في 09 رمضان 1404 الموافق لـ 09 جوان 1987 المتضمن قانون الأسرة.
305. الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق ل 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني معدل و متمم.
306. القانون رقم 89-22 المؤرخ في 14 جمادى الثانية عام 1410 الموافق 12 ديسمبر سنة 1989 و المتعلق بصلاحيات المحكمة العليا وتنظيمها و سيرها، المعدل و المتمم.
307. - الأمر رقم 70-20 مؤرخ في 13 ذي الحجة عام 1389 الموافق ل 19 فبراير 1970 المتعلق بالحالة المدنية الجزائري..
308. القانون المصري رقم رقم 1 لسنة 2000 الخاص بتنظيم إجراءات التقاضي في الأحوال الشخصية.

- فهرس الموضوعات -

الموضوع//	الصفحة //
مقدمة.....	أ.....
إشكالية الدراسة:	ج.....
أهمية دراسة الموضوع :	ج.....
الدراسات السابقة:	د.....
مصاعب الدراسة:	و.....
منهج الدراسة	ز.....
خطة البحث:	ح.....
الفصل تمهيدي القضاء و أحكامه عامة	1.....
المبحث الأول: مقدمات عامة عن قواعد التقاضي في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري.....	2.....
المطلب الأول: التعريف بمصطلحات عنوان الدراسة.....	2.....
الفرع الأول: تعريف قواعد التقاضي.....	2.....
أولاً/- تعريف القواعد.....	2.....
ثانياً/- تعريف التقاضي.....	3.....
الفرع الثاني: تعريف الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري.....	3.....
أولاً/- تعريف الفقه الإسلامي.....	3.....
ثانياً/- تعريف التشريع الجزائري.....	4.....
الفرع الثالث : تعريف قضايا الأسرة.....	6.....
أولاً/- معنى الأسرة	6.....
ثانياً/- قضايا الأسرة.....	8.....
المطلب الثاني: تعريف القضاء ومدى مشروعيته وحكمه في الفقه الإسلامي.....	8.....
الفرع الأول: تعريف القضاء في اللغة وفي الاصطلاح الفقهي والقانوني.....	9.....
أولاً/- تعريف القضاء لغة:.....	9.....
ثانياً/- تعريف القضاء اصطلاحاً.....	10.....
الفرع الثاني: مشروعية القضاء في الفقه الإسلامي.....	13.....
أولاً/- دليل مشروعيته من القرآن الكريم.....	13.....
ثانياً/- دليل مشروعية القضاء من السنة النبوية.....	14.....
ثالثاً/- دليل مشروعية القضاء من الإجماع.....	14.....

14	رابعاً/ - دليل مشروعية القضاء من المعقول.....
16	الفرع الثالث: حكم تولي القضاء في الفقه الإسلامي.....
17	المطلب الثالث: التمييز بين ولاية القضاء وما يشبهها من الولايات الأخرى.....
17	الفرع الأول: التمييز بين ولاية القضاء وولاية التحكيم.....
20	الفرع الثاني: التمييز بين ولاية القضاء وولاية الإفتاء.....
22	الفرع الثالث: التمييز بين ولاية القضاء وولاية المظالم.....
25	الفرع الرابع: التمييز بين ولاية القضاء وولاية الحسبة.....
27	المبحث الثاني: التطور التاريخي لنظام القضائي الإسلامي.....
28	المطلب الأول: القضاء في عهد الرسول والخلفاء الراشدين.....
28	الفرع الأول: القضاء في عهد الرسول ﷺ.....
34	الفرع الثاني: القضاء في عهد الخلفاء الراشدين.....
34	أولاً/ - القضاء في عهد أبي بكر ﷺ:.....
35	ثانياً/ - القضاء في عهد عمر بن الخطاب ﷺ:.....
38	ثالثاً/ - القضاء في عهد عثمان بن عفان ﷺ:.....
39	رابعاً/ - القضاء في عهد علي بن أبي طالب ﷺ:.....
42	المطلب الثاني القضاء بعد الخلافة الراشدة.....
42	الفرع الأول: تاريخ القضاء في العصر الأموي و العباسي و العثماني.....
43	أولاً/ - القضاء في العصر الأموي.....
44	ثانياً/ - القضاء في العصر العباسي :.....
46	ثالثاً/ - القضاء في العصر العثماني:.....
48	الفرع الثاني: تطور التنظيم القضائي في الجزائر.....
48	أولاً/ لمحة تاريخية عن تطور التنظيم القضائي في الجزائر.....
49	ثانياً/ - هيكل القضاء الجزائري:.....
51	المبحث الثالث: استقلال القضاء في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري.....
	لمطلب الأول: مفهوم استقلال القضاء و مكانته كمبدأ في الفقه الإسلامي و القانون الجزائري
52
52	الفرع الأول: مفهوم استقلال القضاء.....
52	الفرع الثاني: مكانة مبدأ استقلال القضاء في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي.....
52	أولاً/ - مكانة مبدأ استقلال القضاء في الفقه الإسلامي.....

ثانيا/ - مكانة مبدأ استقلال القضاء في المواثيق الدولية والداستير الجزائرية و ضمانات تجسيده	57
المطلب الثاني: حقيقة استقلال القضاء كسلطة في النظام الإسلامي و آليات تجسيده في القانون الجزائري ومدى كفايتها	59
الفرع الأول: حقيقة استقلال القضاء في النظام الإسلامي	59
أولا/ - تطور استقلالية القضاء كسلطة في النظام الإسلامي	60
ثانيا/ - حدود الفصل بين السلطات في الشريعة الإسلامية	61
الفرع الثاني: ضمانات تجسيد استقلالية القضاء كسلطة في الجزائر ومدى كفايتها	64
أولا/ - ضمانات تجسيد استقلالية السلطة القضائية في القانون الجزائري	64
ثانيا/ - مظاهر تبعية القضاء في الجزائر للسلطة التنفيذية	70
مقارنة بين الشريعة و القانون	74
الباب الأول: الدعوى القضائية وقواعد الاختصاص القضائي في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري	77
الفصل الأول: الدعوى القضائية و وسائل إثباتها في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي	78
المبحث الأول: مفهوم الدعوى القضائية وأركانها و أطرافها وشروطها في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري	79
المطلب الأول: تعريف الدعوى القضائية	79
الفرع الأول: تعريف الدعوى لغة	79
الفرع الثاني: التعريف الاصطلاحي للدعوى	81
أولا/ - : تعريف الدعوى في اصطلاح فقهاء الشريعة:	81
ثانيا/ - تعريف الدعوى في الاصطلاح القانوني:	85
المطلب الثاني: أركان الدعوى القضائية وشروط قبولها في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري	87
الفرع الأول: أركان الدعوى القضائية في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري	87
الفرع الثاني: شروط الدعوى في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري	96
أولا: شروط الدعوى في الفقه الإسلامي	96
ثانيا/ - شروط قبول الدعوى في القانون الجزائري	109

المبحث الثاني: وسائل إثبات الدعوى القضائية في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

115.....	
117.....	المطلب الأول الإثبات بالكتابة.....
118.....	الفرع الأول: معنى الكتابة لغة واصطلاحا.....
118.....	الفرع الثاني: مشروعية الإثبات بالكتابة.....
119.....	الفرع الثالث: أهم تطبيقات الإثبات بالكتابة في مسائل الأسرة في القانون الجزائري.....
119.....	أولا/ - توثيق عقد الزواج في القانون الجزائري.....
121.....	ثانيا/ - إثبات الطلاق في القانون الجزائري.....
122.....	المطلب الثاني: الإثبات بالشهادة.....
122.....	الفرع الأول: تعريف الشهادة لغة واصطلاحا.....
124.....	الفرع الثاني: مشروعية الشهادة وحكم أدائها.....
125.....	الفرع الثالث: شروط الشهادة.....
	الفرع الثالث: أهم تطبيقات الإثبات بالشهادة في مسائل الأسرة في القانون
136.....	الجزائري.....
139.....	المطلب الثالث: الإثبات بالإقرار.....
139.....	الفرع الأول: تعريف الإقرار لغة واصطلاحا.....
140.....	الفرع الثاني: مشروعية الإقرار وأركانه.....
143.....	الفرع الثاني: تطبيقات الإثبات بالإقرار في بعض دعاوى شؤون الأسرة.....
	المطلب الثالث: اليمين كوسيلة إثبات في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري وبعض تطبيقاتها في
147.....	دعاوى شؤون الأسرة.....
147.....	الفرع الأول: تعريف اليمين.....
148.....	الفرع الثاني: مشروعية اليمين وشروطها.....
151.....	الفرع الثالث: تطبيقات الإثبات باليمين في بعض دعاوى شؤون الأسرة.....
157.....	المطلب الرابع: الإثبات بالخبرة الفنية والمعاينة في مسائل شؤون الأسرة.....
157.....	الفرع الأول: إثبات مسائل الأسرة بالخبرة الفنية.....
163.....	مقارنة بين الشريعة والقانون.....
	الفصل الثاني: اختصاص المحاكم في دعاوى شؤون الأسرة في الفقه الإسلامي والقانون
166.....	الجزائري.....
167.....	المبحث الأول: ماهية الاختصاص القضائي.....

167.....	المطلب الأول تعريف الاختصاص القضائي
167.....	الفرع الأول: تعريف الاختصاص لغة
167.....	الفرع الثاني: تعريف الاختصاص القضائي اصطلاحا
169.....	المطلب الثاني: مشروعية تحديد الاختصاص وأهميته
169.....	الفرع الأول: مشروعية تحديد الاختصاص
	المبحث الثاني: الاختصاص النوعي للمحاكم في الفقه الإسلامي والقانون
171.....	الجزائري
	المطلب الأول: تعريف الاختصاص النوعي ومعايير تحديده في الفقه الإسلامي والقانون
172.....	الوضعي
171.....	الفرع الأول: تعريف الاختصاص النوعي
172.....	الفرع الثاني: معايير تحديد الاختصاص النوعي
172.....	أولاً/ - معيار نوع الدعوى
174.....	ثانياً/ - معيار قيمة الدعوى
176.....	ثالثاً/ - معيار أشخاص الدعوى
	المطلب الثاني: الاختصاص النوعي للمحاكم في دعاوى شؤون الأسرة في القانون
178.....	الجزائري
179.....	الفرع الأول: الاختصاص النوعي العادي لقسم شؤون الأسرة
180.....	أولاً/ - أحكام الخطبة في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري
191.....	ثانياً/ - أحكام الطلاق في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري
	ثالثاً/ - التفريق القضائي بين الزوجين في الفقه الإسلامي والقانون
217.....	الجزائري
232.....	رابعاً/ - الخلع في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري
241.....	خامساً/ - أحكام نفقة الأولاد في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري
	الفرع الثاني: الصلاحيات الإستعجالية لرئيس قسم شؤون الأسرة في القانون
248.....	الجزائري
249.....	أولاً/ - صلاحيات رئيس قسم شؤون الأسرة بصفته قاضي استعجال
254.....	ثانياً/ - صلاحيات رئيس قسم شؤون الأسرة بإصدار الأوامر على العرائض
	المبحث الثاني الاختصاص المكاني - الإقليمي - للمحاكم في الفقه الإسلامي والقانون
259.....	الجزائري

259.....	المطلب الأول :معنى الاختصاص المكاني لغة واصطلاحا
260.....	المطلب الثاني :الاختصاص المكاني للمحاكم في دعاوى شؤون الأسرة واثر مخالفته في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري
260.....	الفرع الأول: موطن الخصم كمعيار لتحديد اختصاص محكمة شؤون الأسرة محليا في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري
263.....	الفرع الثاني: تطبيقات معيار موطن الخصم في تحديد الاختصاص المحلي في دعاوى شؤون الأسرة في القانون الجزائري
264.....	الفرع الثاني: أثر مخالفة قواعد الاختصاص المحلي في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري
267.....	مقارنة بين الشريعة والقانون
273.....	الباب الثاني:إجراءات رفع دعوى شؤون الأسرة ونظرها والأحكام الصادرة بشأنها والطعن عليها في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري
274.....	الفصل الأول: إجراءات اتصال و سير دعاوى شؤون الأسرة في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري
275.....	المبحث الأول إجراءات اتصال المحكمة بالدعوى في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري
276.....	المطلب الأول اتصال دعوى شؤون الأسرة بالقضاء في الفقه الإسلامي
276.....	الفرع الأول: طريقة عرض دعوى شؤون الأسرة على القاضي في الفقه الإسلامي
277.....	الفرع الأول: دعوة المدعى عليه لسماح الدعوى في الفقه الإسلامي
279.....	المطلب الثاني اتصال دعوى شؤون الأسرة بالقضاء في القانون الجزائري
280.....	الفرع الأول: عريضة دعوى شؤون الأسرة وبياناتها الإلزامية
285.....	الفرع الثاني: قيد دعوى شؤون الأسرة
287.....	الفرع الثالث: تبليغ الخصم بالدعوى
292.....	المبحث الثاني إجراءات سير دعاوى شؤون الأسرة في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري
292.....	المطلب الأول المبادئ الأساسية التي تحكم جلسات قضاء شؤون الأسرة في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري
293.....	الفرع الأول:مبدأ المساواة بين المتقاضين في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري
298.....	الفرع الثاني:مبدأ علانية جلسات التقاضي في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

الفرع الثالث: مبدأ حصول الإجراءات في مواجهة الخصوم في الفقه الإسلامي و القانون	
الجزائري.....	302
الفرع الرابع: مبدأ حرية الدفاع في الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري.....	306
المطلب الثاني سير خصومة شؤون الأسرة في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري.....	310
الفرع الأول: جلسة شؤون الأسرة تشكيلها وإدارتها في الفقه الإسلامي و القانون	
الجزائري.....	310
أولاً: جلسة شؤون الأسرة تشكيلها وإدارتها في الفقه الإسلامي.....	310
ثانياً: جلسة شؤون الأسرة تشكيلها وإدارتها في القانون الجزائري.....	312
ثالثاً: إدارة الجلسة(طريقة تسيير خصومة شؤون الأسرة).....	314
الفرع الأول: أثر غياب أحد الخصمين عن دعوى شؤون الأسرة في الفقه الإسلامي والقانون	
الجزائري.....	315
أولاً: أثر غياب المدعى والمدعى عليه على الدعوى في الفقه الإسلامي:.....	315
ثانياً/- حكم القضاء في غيبة المدعى عليه:.....	316
ثانياً: أثر غياب المدعى والمدعى عليه على دعوى شؤون الأسرة في القانون الجزائري:.....	321
الفرع الثالث: دفع دعوى شؤون الأسرة في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري.....	323
أولاً/- معنى الدفع.....	324
ثانياً: أنواع الدفع.....	325
الفرع الثالث: خصوصية سير إجراءات دعاوى فك الرابطة الزوجية.....	338
أولاً/- محاولة الصلح بين الزوجين.....	338
ثانياً/- اللجوء إلى التحكيم.....	340
المطلب الثالث: إصدار الأحكام في دعاوى شؤون الأسرة في الفقه الإسلامي والقانون	
الجزائري.....	344
الفرع الأول: المداولة.....	343
ثانياً/- مدى التزام القاضي بمشاورة أهل الفقه والعلماء قبل إصداره الحكم في الفقه	
الإسلامي:.....	344
ثالثاً)- المداولة في القانون الجزائري:.....	346
الفرع الثاني: النطق بالحكم.....	348
مقارنة بين الشريعة و القانون.....	350

الفصل الثاني الأحكام الصادرة في دعاوى شؤون الأسرة والظعن عليها في الفقه الإسلامي	
والقانون الجزائري.....	353
المبحث الأول: الأحكام الصادرة في دعاوى شؤون الأسرة في الفقه الإسلامي والقانون	
الجزائري.....	354
المطلب الأول تعريف الحكم القضائي وشروطه.....	354
الفرع الأول: تعريف الحكم القضائي.....	354
أولا/ - تعريف الحكم القضائي لغة:.....	354
ثانيا/ - تعريف الحكم القضائي في الاصطلاح.....	354
الفرع الثاني: شروط الحكم القضائي.....	356
أولا/ - شروط الحكم القضائي في الفقه الإسلامي.....	356
ثانيا/ - شروط الحكم القضائي في القانون الجزائري.....	357
المطلب الثاني أنواع الحكم القضائي و آثاره في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري.....	361
الفرع الأول أنواع الحكم القضائي في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري.....	361
أولا/ أنواع الحكم القضائي في الفقه الإسلامي.....	362
ثانيا: أنواع الحكم القضائي في القانون الجزائري.....	365
الفرع الثاني: آثار الحكم القضائي في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري.....	369
أولا/ - أثر الحكم القضائي في تحليل المحكوم به أو تحريمه في الفقه الإسلامي.....:369	
ثانيا: آثار الحكم القضائي في مسائل شؤون الأسرة في القانون	
الجزائري.....	375
المبحث الثاني: طرق الطعن في الأحكام الصادرة في دعاوى شؤون الأسرة في الفقه الإسلامي	
والقانون الجزائري.....	376
المطلب الأول طرق الطعن على الأحكام القضائية في الفقه الإسلامي.....	377
الفرع الأول: تعريف الطعن في الأحكام القضائية.....	377
الفرع الثاني: الطعن على الأحكام القضائية في الفقه الإسلامي.....	378
أولا/ - موقف الفقه الإسلامي من نقض أحكام القضاء:.....	379
ثانيا/ - عرض بعض النصوص الفقهية الدالة على العمل بطرق الطعن القانونية في الفقه	
الإسلامي.....	381
المطلب الثاني: طرق الطعن في القانون الجزائري.....	386
الفرع الأول: طرق الطعن العادية.....	386

387.....	أولا: الطعن عن طريق المعارضة.....
389.....	ثانيا/ - : الطعن عن طريق الاستئناف.....
396.....	الفرع الثالث: طرق الطعن غير العادية و إجراءاتها.....
:397.....	أولا/ - الطعن بالنقض.....
402.....	ثانيا/ - اعتراض الغير الخارج عن الخصومة.....
405.....	ثالثا/ - التماس إعادة النظر.....
407.....	مقارنة بين الشريعة و القانون.....
411.....	الخاتمة.....
416.....	فهرس الآيات القرآنية.....
423.....	فهرس الأحاديث النبوية.....
427.....	فهرس آثار الصحابة.....
428.....	فهرس الأعلام.....
432.....	قائمة المصادر والمراجع.....
455.....	فهرس الموضوعات.....

ملخص البحث

بعد أن أظهر الله رسوله ونصر به دينه ومكّنه في الأرض أقام دولة الإسلام على أحكام الشريعة الإسلامية، فكانت دستورا عاما يحتكم إليه المسلمون في كل كبيرة وصغيرة، ومن عظمة هذه الشريعة الحكيمة التي تصلح لكل زمان ومكان أن استمرت حتى بعد اتساع الدولة الإسلامية وانتقال الخلافة فيها من منطقة إلى أخرى إلا أنه بعد سقوط الدولة العثمانية و انقسام الأمة بكاملها إلى دويلات ضعيفة متفرقة سعت الدول الاستعمارية لطمس هويتها الإسلامية فأحلت محل أحكام الشريعة قوانين وضعية تحكمت من خلالها في جميع نواحي الحياة المختلفة في هذه البلدان بما فيها النظام القضائي.

والجزائر كباقي البلاد الإسلامية قد اعتمدت قبل استعمارها على أحكام الشريعة الإسلامية في تنظيم قضائها وحل ومعالجة جميع المنازعات والمسائل المتعلقة بنواحي الحياة المختلفة، فكان مصدر الأحوال الشخصية أحكام الكتاب والسنة واجتهاد القضاة وكتب الفقه المتنوعة، غير أنه ابتداء من سنة **1830** عمد المشرع الفرنسي عن طريق سلسلة من القوانين التدخل في قانون الأسرة الإسلامي وغيره من القوانين، الأمر الذي أدى إلى تقليص دور القاضي الشرعي في مختلف النزاعات، وبعد الاستقلال استمر القضاء المتعلق بالأسرة في الجزائر وفق قواعد النظام الفرنسي وذلك سدا للفراغ التشريعي والقانوني، حتى قام المشرع الجزائري بحركة تشريعية واسعة النطاق بهدف القضاء على التبعية القانونية، وقد أحسن المشرع الجزائري صنعا عندما اعتبر الشريعة الإسلامية مصدرا أصيلا لمسائل الأحوال الشخصية، لكن المشرع بعد التعديل لم يعتمد أسلوب المحاكم الشرعية للفصل في مسائل الأحوال الشخصية كما كان الحال عليه قبل الاستعمار، بل وحد نظام القضاء وأصبحت المحاكم الوطنية العادية هي المختصة بنظر هذا النوع من القضايا كغيرها من معاملات الناس في المجتمع، وذلك طبقا للنظام القضائي الحديث الذي يأخذ بمبدأ التقاضي على درجات متعددة، فأصبحت دعاوى الأسرة تنظرها أكثر من درجة من درجات التقاضي تبدأ من المحاكم الابتدائية حتى المحكمة العليا، ما لم يكن هناك نص خاص يقصر التقاضي على درجة واحدة في إحدى هذه المسائل، إلا أنه في الآونة الأخيرة عرفت بلادنا حركة إصلاح متنامية ومتكاملة الخطى في مختلف المجالات، السياسية والاقتصادية والاجتماعية، كان من أهمها مشروع إصلاح العدالة الذي صحبته حملة تشريعية واسعة شملت مختلف فروع القانون كان من بينها تعديل قانون الأسرة سنة 2005 وتعديل قانون الإجراءات المدنية الذي أصبح ساري المفعول في 23 فيفري 2008، هذا الأخير الذي ميز

خصومة الأحوال الشخصية عن باقي الخصومات بعدما كانت جميع الخصومات المدنية تخضع لإجراءات موحدة، بحيث رسم للقاضي وللمتقاضي طرق سير دعوى الأحوال الشخصية من البداية إلى النهاية، سواء ما يتعلق بتحديد تاريخ نظر الدعوى، وكيفية تقديم دعوى الخصوم، وإجراءات جلسات المحكمة وإدارتها، وكيفية صدور الأحكام من الهيئات القضائية و الطعن فيها، وصولاً إلى تنفيذ الأحكام القضائية.

ومن هنا فقد حاولت من خلال بحثي هذا عرض ما تضمنته أحكام الشريعة الغراء في الجانب القضائي، من ثروة متنوعة من الأصول والقواعد التي تحقق مقاصد البشر من حفظ حقوقهم ورفع مظالمهم وإنصاف مظلومهم وقضاء حاجاتهم، وعرض ما ورد من قواعد ونصوص في القانون الجزائري بخصوص قضاء شؤون الأسرة مع محاولة استقراء وتقوم هذه القواعد و النصوص بما جاءت به الشريعة الإسلامية من قواعد و أحكام.

وقد قسمت هذا البحث إلى باين وفصل تمهيدي حيث شملت الدراسة في الفصل التمهيدي مقدمات عامة عن قواعد التقاضي و التطور التاريخي للنظام القضائي، و استقلال القضاء في الفقه الإسلامي وقانون الجزائري.

أما في الباب الأول فقد تناولت بالدراسة الدعوى القضائية وقواعد الاختصاص القضائي في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري، حيث تطرقت فيه لمفهوم الدعوى القضائية وأركانها وأطرافها وشروطها ووسائل إثباتها وتناولت بشيء من التفصيل قواعد الاختصاص القضائي، أما الباب الثاني فقد حاولت من خلاله بحث الجوانب العملية و التطبيقية للتقاضي حيث تناولت إجراءات رفع دعوى شؤون الأسرة ونظرها والأحكام الصادرة بشأنها والطعن عليها، فبينت من خلاله طريقة عرض الدعوى في القضاء الإسلامي والقانون الجزائري، و كيفية نظر الدعوى و المبادئ التي تحكمها و كيفية الحكم فيها و وصولاً إلى صدور حكم فيها و الطعن عليه وطرقه، وفي ختام الدراسة خلصت إلى خاتمة سجلت من خلالها أهم نتائج وتوصيات البحث.

Le résumé:

Après qu'allah eut désigné et envoyé ses messagers et établi sa religion (l'islam) sur terre et après qu'il eut instauré l'islam comme la religion divine sur les bases de la charia islamique la quelle devant la constitution générale à laquelle se réfèrent tous les musulmans que régissant la société musulmane dans tous les domaines.

Après la chute de l'empire ottoman qui a vu naître de petits états tombés entre la main d'une nouvelle puissance coloniale qui a cherché à effacer l'identité islamique et à remplacer les lois et les règlements issus de la charia y compris le système judiciaire

L'Algérie, comme d'autres nations musulmanes a adopté la charia dans l'organisation de ses tribunaux afin de résoudre et régler tous les problèmes relatifs aux aspects de la vie, la charia fut une source de disposition relative au statut du coran et de la sunna et les réflexions des juges et les lois de jurisprudence.

Mais à partir de 1830, le législateur colonial français a entrepris de minimiser le rôle du juge musulman dans les aspects juridiques de la société autochtone même après l'indépendance, la société algérienne a continué de régler ses problèmes au vu des lois et des règlements de la république française, au vu du vide juridique, le législateur algérien a éliminé la dépendance juridique a comblé les vides juridiques inhérents au règlement de la famille et du code de la famille afin de mettre fin à l'indépendance coloniale.

Dans ce sens le législateur algérien a bien fait de considérer la charia comme moyen irréversible de gérer la vie communautaire des Algériens.

Et ainsi le législateur après l'amendement n'a pas adopté pu adopter ce système de justice et les tribunaux nationaux ont été compétents sur ce type de cas comme toutes les autres faites par les gens de la communauté. ainsi le système est devenu spécialisé dans ce type d'affaire comme celles qui prennent en charge le comportement des personnes dans la société et ce en fonction de l'organisation judiciaire nouvelle, politique, sociale, économique, il a jugé à la fin du code de la famille en 2005 .

Ce dernier a caractérisé les différents personnels après qui furent tous les différents civils assujettis à des examens unifiés.

Des sortes que les deux parties aient connu les voies d'appel du début jusqu'à la fin; concernant la fixation de la date d'examen et la procédure de présentation de l'affaire, conflit.

Ainsi, j'ai essayé à travers ce modeste travail, d'établir ce que comporte les droits législatifs dans le domaine judiciaire, selon la disposition de la loi algérienne sur les affaires de la famille avec une tentative d'extrapolation et d'évaluer ces règles de l'apport de tendes dans la loi islamiques.

Cette recherche a été subdivisée en deux parties et une interdiction présentant des règles de contentieux et de l'évaluation historique du système judiciaire et son indépendance dans la jurisprudence islamique et le droit algérien.

Le 1^{er} prendra trait de l'étude de la plainte et les règles de compétence dans la jurisprudence islamique et la loi algérienne qui a évoqué.

Des procédures poursuivies la famille et de l'examen et des jugements et les mettre au défi comme l'a démontré à travers la présentation de l'affaire dans la magistrature les

musulmane et loi algérienne et la façon de considérer le cas et les principes qui régissaient et comment la gouvernance et l'accès à un verdict et ses manière contestée, a l'issue de la fin de l'étude a conclu enregistrée à partir de laquelle les conclusion et les recommandation de la recherche les plus importants.

الأستاذ
عبد القادر للعوم الإسلامية

Abstract:

After that God showed His Messenger. and the victory by his religion, and enabled him to land established state of Islam to the provisions of the Islamic Sharia, it was a constitution -of the Muslims in every things and the greatness of this Law, the wise fit every time and place that continued even after the expansion of the Islamic state and the transfer of succession from one area to another. But after the fall of the Ottoman state and the entire nation split into small weak sporadic colonial powers sought to obliterate the Islamic identity and replace Sharia laws and controlled the situation in which all the different aspects of life in these countries. including the judicial system was under the colonial law.

Algeria. like other Muslim countries have adopted before the colonization . the Sharia in the organization of its courts resolve and deal with all disputes and issues relating to aspects of different life .it was a source of personal status provisions of the Quran and Sunnah and diligence of judges and jurisprudence books varied , but at the beginning of 1830 deliberately French legislator through a series of laws to interfere in Islamic family law and other laws, which led to a reduction of the role of Shariah judge in the various conflicts . and after independence continued elimination of the family in Algeria, according to the rules of the French system and the laws of the vacuum legislative and legal , even the Algerian legislature movement eliminate dependency legal , but the Algerian legislature would do well when considering Sharia source integral to matters of personal status , but the legislator after the amendment was not adopted style Sharia courts to adjudicate matters of personal status , as was the case before colonization , but the whole justice system and the courts have been regular national in jurisdiction over this type of case, like any other transactions people in the community . according to

the judicial system, which takes the principle of litigation on multiple degrees, making claims of the family heard by more than one degree of litigation starting from the lower courts until the Supreme Court. Unless there is a special provision shortening the litigation to one degree in one of these issues, but it has recently defined our country's reform movement is growing and integrated paced in various fields, political, economic and social, was the most important project justice reform that accompanied the campaign legislative and wide. Including various branches of the law was, including amendment of the law family in 2005 and amend the Code of Civil Procedure. Which became effective 23 February 2008, the latter that has characterized the rivalry of personal status for the rest of the discounts after it was all discounts civil subject to standard procedures, so as to draw the judge and litigant ways of functioning suit personal status from start to finish, both with regard to fixing the date of the hearing, and how to make a suit litigants, court hearings and procedures. Management, and determines how the verdicts of the judiciary and how to challenge them, to the implementation of judicial decisions.

Here we tried through this research to show the contents of Sharia glue in the judicial side * the wealth of variety of assets and rules that achieve the purposes of humans to save their rights and raise their grievances and redress the weak person in the case and spend their needs, and show that. According to the rules and provisions of the Algerian law concerning spend Affairs family with an attempt to extrapolate and evaluate these rules and brought him texts including Islamic law and the provisions of the rules.

This research has been divided into two parts and an introductory chapter where the study included in the introductory chapter introductions general rules of litigation and the historical

development of the judicial system, and the independence of the judiciary in the Islamic jurisprudence and Algerian law.

In the first section we dealt with studying the lawsuit and the rules of the jurisdiction in Islamic jurisprudence and Algerian law, which touched the concept of the lawsuit and its corners and edges and conditions and means recognized and dealt with in some detail the rules of jurisdiction, Part II has tried from which they discussed practical aspects and Applied

litigation where dealt with procedures sue family Affairs and its consideration and judgments on them and challenge them, as demonstrated through the presentation of the case in the Muslim Judicial and Algerian law. and how to consider the case and principles that governed and how governance and access to a verdict where and challenged him and his ways - At the end of this study we make conclusion in which we gave some results and a particular recommendation.