الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي و البحث العلمي

جامعة د. الطاهر مولاي سعيدة

كلية الحقوق و العلوم السياسية

قسم الحقوق

الأوامر على العرائض في قضايا شؤون الأسرة

مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماستر

التخصص قانون الأسرة

من إعداد الطالبة:

- علام سعدية

تحت إشراف الأستاذ:

- عثماني عبد الرحمان

لجنة المناقشة:

الأستاذة: إلياس نعيمة..... رئيسًا

الأستاذ:عثماني عبد الرحمان.....مشرفًا و مقررًا

الأستاذ: بومدين أحمد..... عضواً مناقشاً

الأستاذة: عمارة فتيحة..... عضواً مناقشاً

السنة الجامعية: 2015-2016

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي و البحث العلمي

جامعة د. الطاهر مولاي سعيدة

كلية الحقوق و العلوم السياسية

قسم الحقوق

الأوامر على العرائض قي قضايا شؤون الأسرة

مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماستر

التخصص قانون الأسرة

من إعداد الطالبة:

- علام سعدية

تحت إشراف الأستاذ:

- عتماني عبد الرحمان

لجنة المناقشة:

الأستاذة: إلياس مسعودة ..... رئيسًا

الدكتور:عتماني عبد الرحمان.....مشرفًا و مقررًا

الأستاذ: بومدين أحمد..... عضواً مناقشاً

الأستاذة: عمارة فتيحة..... عضواً مناقشاً

السنة الجامعية: 2015-2016

تشكرات

نحمدك اللهم يا من ملأت قلوب أوليائك بمحبتك و معرفتك وانطلقت ألسنتهم بجواهر الحكم و ألهمتهم ينابيع العلم فهم في رياض معرفتك سابحون و من فيض ذاتك القدسية مستمدون.

و نصلي و نسلم على سيدنا محمد مولانا رسول الله منبع الهداية و العلوم و أخرج الناس من الجهل و الظلال إلى نور العلم و المعرفة و الإيمان و على اله و صحبه الأطهار و صفوة أمته الأبرار

و بعد....

بمناسبة إنهاء هذا العمل المتواضع أتقدم بالشكر الجزيل إلى الأستاذ عثماني عبد الرحمن الذي لم يبخل علي بالنصح و الإرشاد من أجل إنجاز هذا الموضوع و إلى الاستاذة إلياس نعيمة التي لم تبخل علي بالمساعدة .

كما أتقدم بالشكر الخاص إلى من ساعدني في كتابة هذه المذكرة أمال ،و مخطارية التي ساندتني و مازالت على ذلك .

إلى كل هؤلاء أقدم خلاصة جزء من رحلتي العلمية .

و في الأخير فإن أخطأنا فمن أنفسنا و الشيطان ،و إن أصبنا و وفقنا فمن الله عزوجل و الحمد لله الذي جعل الكمال له وحده دون سواه .

إهداء

إلى والدي العزيزين أهدي لكما ثمرة جهدكما و أرجو أن أكون قد حققت و لو جزءا بسيطا من حلمكما.

إلى جميع اخوتي و أفراد عائلتي .

إلى زوجي العزيز و ابنتاي الغاليتين جمانة و الكتكوتة صارة .

إلى أساتذتي الذين لم يبخلوا علي بمعرفتهم و لسعة صدورهم و صبرهم و خاصة الأستاذ المشرف على هذا الموضوع أستاذ عثماني .

إلى زملائي الذين جمعني بهم درب العلم و المعرفة.

إلى صديقتي الغالية هند.

- **ق.م.ع** :قرار المحكمة العليا.

- **غ.أ.ش.م** :غرفة الأحوال الشخصية و المواريث.

- **م.م.ع** :مجلة المحكمة العليا .

- **ن.ق** : نشرة القضاة .

- **م.ق** : المجلة القضائية .

- **إ.ق.غ.أ.ش.ع.خ** : الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية عدد خاص .

- **د.ط** :دون طبعة .

- **د.س.ن** : دون سنة نشر.

- **ص**: صفحة.

مقدمة

يتمتع القاضي بالعديد من السلطات التي يستمدها من طبيعة وظيفته، فهو يملك سلطـــة القضاء أي إصدار أحكام قضائية في نزاعات بعد إتباع إجراءات تحقيـق وافية، كما يملك السلطة الولائيـة و هي سلطة إصدار أوامر ملزمة بناءا على طلب الخصم و في غير وجاهية الخصم الأخر، و يتمتع كذلك إذا كان رئيس جهة قضائية بسلطة الإدارة حيث يصدر أوامر و قرارات إدارية مثل: أمر توزيع المهـام على القضاة و أمر استخلاف قاضي بآخر، و يجمع الفقـه على أن نظـام الأوامر على العرائـض هو الشكل الذي يمارس من خلاله القاضي سلطته الولائية.

و عليه فإنّ الأمر على العريضة أمر ولائي، يصـدره القاضي بناءا على طلب الخصم دون مرافعـة و دون دفوع و دون ردود الخصم الآخر و دون حتى تكليفه بالحضور.وهو يصدر بصيغ مختلفة حسب الحالة ،فأحيانا يكون بصيغة الأمر وأحيانا أخرى بصيغة الإذن و في أخرى بصيغة الترخيص... .

ويلجأ الأشخاص إلى نظام الأوامر على العرائض سواء كان ثمة نزاع قائم بالفعل أو كان النزاع على وشك الحصول أو كان قد وقع و انتهى بل و حتى في حالة عدم طرح نزاع أو احتمال طرحه.

وقد تناول المشرع الجزائري الأوامر على العرائض في عدة تشريعات مختلفة نذكر منها على سبيل المثال أمر تخصيص عقارات المدين لضمان أصل الدين و مصاريف الدائن الذي له حكم قضائي صادر في أصل الدعوى و حائز لقوة الشئ المقضي به طبقا للمادة 937 من القانون المدني[1] و أوامر اتخاذ التدابير المؤقتة بخصوص النفقة ،الحضانة ،الزيارة و المسكن طبقا للمادة 57 مكرر من قانون الأسرة.[2]

لكنه حدد المبادئ الأساسية لنظام الأوامر على العرائض و خصها بتعريف و شرح وافي لإجراءات طلبها و الفصل و الطعن فيها في القسم الرابع من الفصل الخامس من الباب الثامن من الكتاب

[1]- الأمر 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني المعدل و المتمم،الجريدة الرسمية ،العدد 78 ،المؤرخة في 30 سبتمبر 1975.

[2] - قانون رقم 11/84 المؤرخ في 09 يونيو 1984 يتضمن قانون الأسرة معدل و متمم بالأمر 02/05 المؤرخ في 27 فبراير 2005.

الأول من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية[1]، فعرفها في الفقرة الأولى من المادة 310 بما يلي:"الأمر على عريضة أمر مؤقت يصدر دون حضور الخصم ،ما لم ينص القانون على ذلك ." وبذلك فهو يصدر في أحوال معينة استثنائية نص عليها المشرع مخالف فيها القواعد الأساسية في اللجوء إلى القضاء، بحيث أجاز للخصم تقديم طلبه أمام القاضي المختص صاحب الولاية في غيبة خصمه غير أن هذا الاستثناء يشكو بدوره من استثناء يعود به إلى الأصل ،و هو ما نص عليه المشرع بعبارة " ما لم ينص القانون على خلاف ذلك"بمعنى أن هناك بعض الأوامر على عرائض استوجب فيها المشرع احترام مبدأ الوجاهية في التقاضي كما هو الحال في الأمر على العريضة بتسليم نسخة تنفيذية ثانية طبقا للمادة 603 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، إذ يشترط المشرع استدعاء جميع الأطراف استدعاءا صحيحا بسعي من الطالب للحضور أمام رئيس الجهة القضائية المختصة لإبداء ملاحظاتهم التي يجب أن تدون في محضر يرفق مع أصل الأمر الذي يصدره .

و تعد الأوامر على العرائض هي النهج المثالي و الشكل النموذجي لأعمال الحماية القضائية الولائية التي تتضمن نظرا لنزاع و فصل لها وذلك لما لهذه الأوامر من أهمية كبيرة في الميدان العملي إذ تهدف إلى حماية القانون ضد الخطر الناجم عن التأخير في فعاليته ة تتم هذه الحماية بعمل سريع مستعجل و ينشأ عن هذا العمل حالة مؤقتة يكون من شأنها المحافظـــة على المصـلحة التي يحتمل أن يحميها القضاء و يقيها من الخطر وعليه فإن الهدف المتوخى من إصدار الأوامر على العرائض هو الحماية الوقتية التي تتمثل في اتخـاذ تدبير عملي وقائي يمنـع وقـوع الضرر النهائي الذي لا يمكن إزالتــه بعـد وقوعه و يحقق بذلك حماية مؤقتة للحق.

كما تعد شؤون الأسرة من بين أهم المسائل التي تعرضت لنظام الأوامر على عرائض في العديد من موادها و التي هي محل الدراسـة في هذا البحث و نجد أنه يدخل ضمنها المســائل المتعلقة

[1]. – قانون رقم 09/08 المؤرخ في 18 صفر 1429 الموافق ل25 فبراير 2008 يتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية .

بالحـــالة و الأهلية و حماية عديمي الأهلية و ناقصيها و أثار انحلال الزواج و الولاية على النفس و الكفالة و الميراث...

بالنسبة للاختصاص القضائي في هذه المسائل أوردت المادة 423 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية تعدادا لأهم المسائل الداخلة في اختصاص فرع شؤون الأسرة، و لكن هذا التعداد غير وارد على سبيل الحصر بل جاء على سبيل المثال و عليه يختص نفس الفرع أيضا في المسائل الأخرى غير المذكورة في النص.

إن الصعوبات التي اعترضت البحث تتمثل في ندرة الدراسات التي تناولت الموضوع و الإشارات القليلة إليه في المراجع العامة، وعدم تناول كافة أحكامه، وكذلك صعوبة الوصول إلى الاجتهادات القضائية غير المنشورة التي قد تجيب عن أي من التساؤلات المطروحة.

و نظرا لخصوصية هذا البحث، الذي يتناول أحد أهم المسائل الأسرية ألا وهي الأوامر على عرائض في قضايا شؤون الأسرة، باعتبار أنه موضوع إجرائي و اجتماعي في العديد من جوانبه، فقد تم الاعتماد على المنهج التحليلي من خلال تحليل أهم النصوص المتعلقة بهذا الموضوع لتبيان أهم الإجراءات المتبعة لإصدار أي أمر.

فكل عمل يتميز بطبيعة خاصة به، لأنه يخضع لنظام قانوني يختلف عن النظام القانوني الذي يخضع له العمل الأخر ، ولدقة التفرقة بين مختلف الأعمال التي يطلع بها القاضي يثار التساؤل في كل مرة ما نوع العمل الذي يقوم به القاضي لان كل عمل يترتب على تكييفه نتائج معينة تختلف عن الأخرى وعليه نطرح الإشكالات التالية:

ما هي الطبيعة القانونية للأوامر على العرائض و ما هي آثارها القانونية ؟فهل تعد إعمالا لسلطة القاضي الولائية أم هي إعمالا لسلطة القضاء؟ و ماهي الطبيعة القانونية لهذه السلطة؟و كيف عالج المشرع الجزائري نظام الأوامر على العرائض عامة و في قضايا شؤون الأسرة خاصة؟

وللإجابة عن هذه الإشكالات ارتأيت أن أقسم هذا الموضوع إلى فصلين :

الفصل الأول نتعرض فيه لماهية الأوامر على العرائض و طبيعتها القانونية و آثارها و كيفية تنفيذ هذه الأوامر.

و في الفصل الثاني خصصت الدراسة للأوامر على العرائض في قضايا شؤون الأسرة و التي نص عليها المشرع في المادة 57 مكرر من الأمر 02/05 و في مواد متفرقة من نفس القانون التي تعد محل الدراسة.

الفصل الأول:

ماهية الأوامر على عرائض

إنّ الأعمال الأساسية للقضاة هي الأعمال ذات الطّبيعة القضائية البحتة، وقد لا تنحصر في هذا النوع من الأعمال، إذ فضلا عن هذه الأعمال فإنّ القضاة يمارسون أعمالا ذات طبيعة ولائية، فهي لا تعتبر أعمالا أساسية للقضاة لأنّها لا تدخل في وظيفتهم العاديّة[1]، فمصدر سلطة القاضي في ممارستها هو ولايته العامة باعتباره واحد من الحكام ،أو ولاة الأمر الذّين يملكون توجيه الناس و السيطرة عليهم تحقيقا لما فيه من مصلحتهم و مصلحة المجتمع الذي ينتمون إليه ومن هنا كانت تسمية هذه الأعمال بالأعمال الولائيّة التفضيلية(أو الرجائيّة)[2] ، فهي أعمال تستند إلى ولاية القاضي.

المبحث الأول : مفهوم الأوامر على عرائض.

تعتبر الأوامر على عرائض أهم صور الوظيفة الولائية و شكلها النّموذجي حتى أطلق عليها البعض اسم الأوامر الولائية[3]، و لمعرفة ماهية الأمر على عريضة و تحديد طبيعته القانونية قسمنا هذا المبحث إلى مطلبين هما كالأتي:

المطلب الأول :يتعرض إلى تعريف الأوامر على العرائض.

المطلب الثاني :ناقشت فيه التكييف القانوني للأوامر على العرائض.

1-محمد السيد التحيوي ، أوامر الأداء وفقا لقانون المرافعات المدنية والتجارية ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ،2003 ، ص7 .

2- نبيل إسماعيل عمر ، الأوامر على عرائض ونظامها القانوني في المرافعات المدنية والتجارية ، دار الجامعية الجديدة ، الإسكندرية،2000،ص9.

3 -نبيل إسماعيل عمر، نفس المرجع ،ص10.

المطلب الأول : تعريف الأوامر على عرائض.

يقوم رئيس المحكمة بإصدار أوامر على العرائض بناءا على طلب مكتوب يقدم إليه و هذه الأوامر كثيرة و متنوعة و عليه:

ما هي الأوامر على العرائض؟ وما هي خصائصها ؟

الفرع الأول : الأمر على عريضة وخصائصه.

لم يعرف المشرع الجزائري الأوامر على العرائض تاركا المجال في ذلك إلى الفقه ولكن حدد حالات وإجراءات إصدارها، و لقد اختلف الفقه في إعطاء تعريف للأوامر على العرائض،إلا أنهم قد أجمعوا على وحدة خصائصها.

أولا : معنى الأوامر على عرائض:

تعرف الأوامر على عرائض على أنّها: " عبارة عن قرار ولائي يصدر من رئيس الجهة القضائية المختصة على ذيل العريضة التّي يقدمها العارض دون مناقشة حضورية"[1].

وعرّفت أيضا بأنّها: نوع من الأوامر التي يصدرها القضاة بناءا على طلب الخصم من غير مرافعة ودون تكليف الطرف الآخر بالحضور و في غيبته، و تعتبر سندات تنفيذية".[2]

نظام الأوامر على العرائض باعتباره نظـــاما إجرائيا يهدف إلى غايـــات غير تلك التّي تهدف إليها الدعوى القضائية فهدف نظام الأوامر على العرائض هو إيجاد شكل سهل خالي من الإجراءات التي تفترض وجود نزاع ، وتلك التي تفترض وجود خصم ،و وجود إعلان و جلسات حضورية ، وإثبات

[1] –بوبشير محند امقران، قانون الإجراءات المدنية. نظرية الدعوى نظرية الخصومة الإجراءات الاستثنائية ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر،1998،ص396.

[2] – محمد حسنين،طرق التنفيذ في قانون الإجراءات المدنية الجزائرية ، الطبعة الثانية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر ، 1990، ص 65.

و مناقشة و إصدار الحـكم، و تسبيب و إعلان هذا الحكم في جلسة علنية ،كل ذلك يـــؤدّي إلى القول بأنّ: هدف نظام الأوامر على العرائض هو تيسير السبيل أمام الأفراد للحصول على أوامر قضائية وقتية لحماية مراكزهم القانونية.[1]

ثانيا: خصائص الأمر على العريضة:

تجدر الإشارة على أنّ المشرع الجزائري في الأمر رقم66 -154 المؤرخ في 08 يونيو سنة 1966 المتضمّن قانون الإجراءات المدنية لم يتعرض إلى نظام الأوامر على العرائض في قسم خاص إلا أنّه بموجب القانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فبراير سنة 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية تعرض في قسم خاص للأوامر على عرائض من المادة 310 إلى غاية المادة 312 وسوف نتعرض لذلك في المبحث الثاني تحت عنوان النظام القانوني للأوامر على العرائض .حيث أن المشرع في القانون 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية نص صراحة على مميزات وخصائص الأمر على العريضة ويظهر ذلك من خلال استقراء المادة 310 منه والمتمثلة في:

أ / الأوامر على العرائض لا تمس بأصل الحق:

إنّ الأوامر الصادرة عن القاضي لا تمس بأصل الحق بحيث يتعين عليه أن لا يتطرق إليه ، والأمر على عريضة لا يتضمن تقريرا قضائيا في ذلك ولا يوجد فيه فصلا قضائيا ، يزيل التجهيل ويقمع الشك ولا يتضمّن حسما للنزاع في أصل الحق، وهذا الحق أو المركز الموضوعي لم يمس ولم يفصل فيه، ولم يحدث فيه أي تقرير قضائي أي لا يوجد قضاء قطعي في الموضوع المتنازع عليه والسبب في ذلك يرجع لانتفاء النزاع بالنسبة للأوامر على العرائض.[2]

[1] -محمد حسنين، نفس المرجع ، ص65.

[2] -نبيل إسماعيل عمر ، المرجع السابق ، ص 136.

ب / الأوامر على العرائض أوامر مؤقتة:

فهي تدابير وقتية و للقاضي مصدر الأمر التراجع عن موقفه ، و هذا عن طريق تعديل الأمر أو إصدار أمر جديد مخالف للأمر السّـابق ،والقاضي في هذه الحالة يمارس سلطته الولائيّة ، فهـو لا يقضي ولا يصدر حكما قضائيا وإنّما يصدر أمرا ولائيّا لا يقيده، ويستطيع العدول عنـه متى رأى أنّ المصلحة من الأمر السابق انتهت ولم تعد قائمة أو طرأت وقائع جديدة ،أو صدر الأمـر الأول بناءا على خطأ في التقدير أو خطأ في الواقع أو القانون، أو بتغير الظروف على وجه العموم ،كما تعتبر الأوامر على العرائض مجرد تدابير أو إجراءات تحفظيّة لا تكسب حقا و لا تهدره .

الفرع الثاني : السلطة القضائية والسلطة الولائية التي يتمتع بها ا لقاضي:

وعليه سوف نتعرض لفكرة عامة عن سلطة الأمر المخولة للقاضي بحكم وضيفته، وثانيا السلطة الولائية :

أولا :السلطة القضائية التي يتمتع بها القاضي:

من الثّابت أنّ العمل القضائي هو نتاج الوظيفة القضائيّة ، و أنّ هذه الوظيفة وجدت لممارسة السلطة القضائية. وبالتالي يكون العمل القضائي هو أثر من آثار استخدام السلطة القضائية، و بمعنى آخر فإنّ تفهم ماهية السّلطة القضائية يقتضي فهم جيّد للمصطلحات التالية :السلطة التي يتمتع بها القاضي في القضاء أي سلطة القضاء ثم الوظيفة القضائية ثم العمل القضائي ، ذلك لأن سلطة القضاء يمارسها القاضي عندما يباشر وظيفته القضائية و ينتج عن هذه الممارسة العمل القضائي[1].
وللوظيفة القضائية دور قانوني بحيث يتمثل في إزالة ما يعترض أعمال القانون من عقبات،و الوظيفة القضائية تنحصر في حماية النظام القانوني فهي لا تتدخل إلا إذا طرأ عارض قانوني أدى إلى عدم فعّالية القاعدة القانونية، وهي تتدخل في حدود هذا العارض، بهدف إزالته دون البحث عن محاولة

[1] -نبيل إسماعيل عمر، نفس المرجع، ص من 9 إلى ص12.

علاج أسبابه، وهذه الأسباب قد تكون ذاتية أو موضوعية، ذات صبغة اقتصادية أو اجتماعية أو خلقية أو نفسية، مما يمكن أن يشكل محلا لبحث في علم الاجتماع القانوني، وفي كلمة واحدة فإن وظيفة القضاء في المجتمع تهدف فقط إلى إزالة العوارض التي تعترض التطبيق التلقائي للقاعدة القانونية، و يترتب على ذلك إعطاء هذه القاعدة كامل فعاليتها.

وإذا ما تركنا جانبا مفهوم الوظيفة القضائية بهذا التحديد و انتقلنا إلى البحث عن جوهر سلطة القضاء، نجد أن القضاء ركن في قانونية النظام و أنّه لا قانون بلا قاضي، وهذا يعني حسب رأي فقهاء القانون أنّ سلطة القضاء يقصد بها سلطة إزالة عوارض النظام القانوني التي تؤدي إلى عدم فعاليته، بحيث يصير عاجزا عن تحقيق أهدافه، و هذه السلطة تتولى السهر على كفالة فعالية القواعد القانونية، لأنّ المشرع حين يصنع القواعد لا يتصورها و لا ينشئها إلا بقصد جعلها فعّالة أي صالحة لإشباع المصلحة التي يحميها ، وهذا الإشباع يتم في الأصل عن طريق النشاط الأصيل للأفراد، و عند حصول عارض يحول دون ذلك يتولى القاضي أعمال سلطته القضائية لإزالة هذا العارض و التوصل إلى إعطاء القاعدة القانونية فعاليتها النموذجية .[1]

ومثال يوضح ذلك : كأن يصيب سائق سيارة أحد المارة ، القاعدة القانونية في هذا الصدد أن كل خطأ يسبب ضرر للغير يلزم مرتكبه بالتعويض. فعالية هذه القاعدة تتمثل في تعويض المضرور من طرف المتسبب في إحداث الضرر، و إذا تم ذلك تلقائيا يقال أن القانون قد تحققت فعاليته عن طريق النشاط الأصيل للمخاطبين بأحكام[2] ،ومع ذلك قد يمتنع محدث الضرر عن جبر الضرر و الانصياع لحكم القانون، و نظرا لعدم جواز القصاص الخاص، فلابد من اللجوء إلى القضاء لإعادة الفعالية للقاعدة التي أهدرت لأنّه دون اللجوء للقضاء لا تتحقق فعالية القانون،و يظهر ذلك بوضوح عند عجز القاعدة القانونية أن تحقق نفسها بنفسها، و عند طرح النزاع عن طريق المطابقة بين الواقع

[1] -نبيل إسماعيل عمر ، نفس المرجع ، ص17.

[2] -نبيل إسماعيل عمر نفس المرجع ، ص18.

و القانون، وعن طريق إزالة العارض الذي حال دون حدوث المطابقة تلقائيا ، و هكذا يحل القانون مشكلة عدم فعاليته بواسطة القضاء.و بناءا على ذلك فسلطة القضاء هي دالّة على فعالية القانون عند تخلف هذه الفعالية بواسطة النشاط الأصيل للأفراد، نتيجة وجود عارض أدّى إلى عدم الفعالية هذه، أي أنّ جوهر سلطة القضاء هو إعطاء أو إعادة إعطاء الفعالية للقاعدة القانونية ، ويتم ذلك عن طريق نشاط القاضي الذي يتكون من العديد من العمليات و المراحل الذهنية المعقدة، و الذي يعتمد على العديد من العناصر الواقعية و القانونية التي تمر بعمليات التقدير القضائي و التكييف القانوني، إلى أن ينتهي القاضي في ذلك بإزالة العارض الذي اعترض فعالية القانون، ويتم تقرير ذلك بالعمل القضائي الذي يصدره القاضي ، فهذه هي سلطة القضاء التي يتمتع بها القاضي، وهي تمارس من خلال الوظيفة القضائية للدولة و يتم ترجمتها في العمل القضائي الصادر بتقرير فعالية القاعدة القانونية.

وعليه نطرح التساؤل التالي :

ما مفهوم العمل القضائي ؟وما مفهوم العمل الولائي؟

هذا ما سنجيب عليه من خلال النقاط التالية:

1- تعريف العمل القضائي:

يعدّ العمل القضائي من أدق المسائل و اعقدها ، وقد اختلف الفقه حول تعريفه اختلافا شديدا ، وما يزال الخلاف قائما حتى اليوم بين الفقه و القضاء، وبالرغم من اختلاف الآراء و تعددها فهي لا تخرج عن أحد الاتجاهات الثلاثة التي أتناولها في المعايير التالية:

أ/ المعيار الشكلي:

يعرف العمل القضائي بالاستناد إلى المعيار الشكلي إلى ضرورة التميز بين الهيئات القضائية و الهيئات الإدارية ، ومن ثم بين العمل القضائي و العمل الإداري ، استنادا إلى المعيار الشكلي، فالنظر إلى صفة العضو أو الهيئة التي تقوم بالعمل و الإجراءات و الأشكال المتبعة أمامها، والاهتمام بالعلامات الشكل التي تدل على صفة الهيئة (قضائية أو إدارية) كاستقلال الهيئة و عدم تبعيتها الرئاسية.[1]

و قد وصف هذا المعيار بأنّه عضوي على أساس أنّه يقوم بتحديد العضو، أي ذلك الجزء من جهاز الدولة التي يصدر عندها العمل ، فان كان هذا العضو قضائيا كان عمله قضائي وان كان تنفيذيا كان العمل تنفيذي أو إداري ، ولم يسلم هذا المعيار من النقد بل تعرض للكثير من المآخذ و الانتقادات ، مما دفع جانبا من الفقه الفرنسي إلى البحث عن معايير بديلة له بسبب إهمال المعيار العضوي للطبيعة الذاتية للعمل القانوني[2].

كما أنّ الأخذ بهذا المعيار في تعريف العمل القضائي على أساس الاستقلالية و عدم التبعية ، فإنّ هناك هيئات إدارية أخرى تتمتع بالاستقلالية و لا تخضع في عملها إلى أيّة سلطة رئاسية ،و مع ذلك لا تقوم بأعمال قد تقوم بأعمال قضائية مثل لجان الامتحانات ، كما أن نفس السلطة – رغم استقلالها –لا تدخل في وظيفتها الأصلية ، مثل الجهات الإدارية ذات الاختصاص القضائي، كما أنّ المحاكم هي الأخرى كثيرا ما تقوم بأعمال إدارية ، كتحديد مواعيد الجلسات و توزيع القضايا على الأقسام المختلفة، فهذه الأعمال لا تعد أعمالا قضائية رغم صدورها من هيئة قضائية، و لذلك لا يصلح هذا المعيار لتعريف العمل القضائي لعدم دقته، ولا يعترف هذا المعيار بالصفة

[1] –بدر خان عبد الحكيم إبراهيم ، معايير تعريف العمل القضائي من جهة القانون العام ، ديوان المطبوعات الجامعية ، بدون سنة نشر ، الجزائر ، ص15.

[2] – بدر خان عبد الحكيم إبراهيم : نفس المرجع ، ص47.

القضائية لعمل ما ، بمجرد أنّ التصرف منصب على مسألة قانونية متنازع عليها أو غير متنازع عليها وإنّما يلزم لكي يضفي عليه هذه الصفة أن يصدر من هيئة لها وضع خاص، و إجراءات محددة تحكم نشاطها إجراءات معينة، فقواعد تنظيم الهيئة القضائية بما تكفله للقضاء من حرية و استقلال تبرر القيمة المميزة لقراراتها ، ما أن انطواء الأشكال و الإجراءات التي تؤدي بها هذه القرارات على الضمانات التي تكفل إظهار الحقيقة و تؤمن الحياد مما يقتضي الثقة بها.

إذا كان المعيار العضوي أو الشكلي يتمتع بمزايا عديدة مؤهلة، كي يصبح معيارا جديرا يؤخذ به في مجال التمييز بين الأعمال القانونية عموما ، والتمييز بين الحكم القضائي و القرار الإداري خصوصا ،فقد اتضح لنا مما سبق عرضه الصعوبات النظرية و العملية التي حالت دون أن يصادف هذا المعيار النجاح التام في مجال العمل، وانتقد المعيار من الناحية العملية على أساسين: أولهما أنّ المحاكم لا تقتصر في نشاطها على إصدار الأعمال القضائية بل أنّ جزءا من أعمالها توصف بأنّها أعمالا ولائية ليست لها صفة الأحكام .

ويميل البعض إلى تعريف العمل القضائي بأنّه ذلك العمل الذي يتميز ببعض الإجراءات و الأشكال الخارجية التي تكفل له الفعالية اللازمة لترتيب قوة الحقيقة القانونية، ويرى هذا الاتجاه أنّه يمكن للحكم القضائي أنّ يختلط – من الناحية الموضوعية –بالعمل التشريعي من ناحية و بالعمل القضائي من ناحية أخرى، فإذا خلق القاضي حلّا جديدا غير موجود في مصادر القانون فعمله هذا يعد من قبيل العمل التشريعي، أمّا إذا اقتصر القاضي على تطبيق القانون فيعد عمله من قبيل الأعمال الإدارية، و الذي يسمح لنا بالتمييز بين العمل القضائي و العمل الإداري هو المعيار الشكلي، فإذا كان القضاء يهدف إلى تطبيق القانون فهو لا يختلف في هذه الحالة عن الإدارة ، ولكن طريقة تقرير القانون هي التي تميز العمل القضائي عن الإداري إذ يتطلب العمل القضائي إتباع الأشكال التي تكفل له الفعالية، فيصدر وهو خال من أي تحكم مما يبعث فيه الثقة.

و العمل القضائي لا يختلف عن العمل الإداري إلا من حيث اختلاف الهيئة التي تقوم به و الأشكال التي تخضع لها.

لقد واجه هذا الاتجاه اعتراضا كبير من طرف الفقهاء، وذلك لعدم اعتماده كمعيار وحيد لتمييز العمل القضائي عن غيره من الأعمال القانونية الأخرى ،على أساس أنّ المظاهر و الأشكال الإجرائية لا يستقل بها العمل القضائي وحده بل هناك أعمال إدارية أخرى تصدر وفق الإجراءات و الأشكال الإجرائية ، كالقرارات الإدارية التأديبية وقرارات نزع الملكية للمنفعة العامة، و من ناحية أخرى تلتزم الإدارة بإتباع الأوضاع الشكلية في جلسات المزايدات كما تراعي العلنية في المزايـدات و المنـاقصات و المسابقات العامة.

و الملاحظ أيضا في هذا الشأن أنّ المبادئ الإجرائية التي تسير عليها المحاكم ترد عليها استثناءات كثيرة، فالمحكمة قد لا تلتزم بعلنية الجلسات بل أنّ الجلسة قد تكون سرية في حالات معينة و بخصوص موضوعات محددة هذا من جهة و من جهة أخرى فقد اعتبر القضاء الإداري في كل من فرنسا و مصر التسبيب من الضمانات الأساسية لجميع القرارات التي تمس الحرية، وإن لم ينص المشرع عليه صراحة ،فالموظف الإداري غالبا ما يفصل في المسائل المعروضة عليه بقرارات مسببة ، لأنّ القانون قد يلزمه بذلك في بعض الحالات ، كما أنّ هناك أعمالا قضائية و مع ذلك تصدر في غير هذه الإجراءات كأوامر الأداء وتلك التي تصدر في غيبة الخصوم ، لذلك عزف الفقه عن الأخذ بالمعايير الشكلية و دعا جانب منه إلى البحث في طبيعة العمل القضائي ذاته[1].

ب/ المعيار المادي أو الموضوعي:

الأمر المسلم به أنّ للمعيار الشكلي أهمية كبيرة في التمييز بين الأعمال القانونية وعلى الأخص فيما يتعلق بالتمييز بين الحكم القضائي و القرار الإداري، إلا أنّه لم يكن معيارا كافيا و حاسما في

[1] –بدر خان عبد الحكيم إبراهيم، المرجع السابق، من ص48 إلى ص 55.

مجال التمييز بين العملين المتقدمين (القرار القضائي والقرار الإداري)، غير أنّ ما تعرض له هذا المعيار من انتقادات نظرية و منطقية و ما واجهه من مصاعب في التطبيق العملي، حال دون نجاحه أو الاعتماد عليه كليا ،لذلك اتجه التفكير صوب دراسة العمل القانوني ذاته وما يولده من أثار قانونية بصرف النظر عن السلطة التي أصدرته ، لكن اختلفت هذه الاتجاهات فيما بينها، فيرى البعض منهم أنّ تحديد العمل القضائي يجب أن ينطلق من العناصر المكونة له، ويؤكد أنّ العمل القضائي عمل مركب ينطوي على حل المسالة القانونية التي تعرض على القاضي فيقوم هذا بتقرير مخالفة القانون التي يدعيها الفرد أمامه، و العمل القضائي حسب هذه النظرية :عبارة عن عملية ذهنية مبناها المنطق الذي يتكون من العناصر التالية[1] :

**** الادعاء:***

يرى دوجي أنّ العناصر التي تكون العمل القضائي لوحدها إذ أنّ هذا العمل يفترض وجود ادعاء بمخالفة القانون prétention ولا يهم من أي جهة يأتي الادعاء كما لا يهم شخص المدعي فقد يكون فردا عاديا أو موظفا عاما ،و أحيانا يتدخل القاضي من تلقاء نفسه حين يظهر له وجود مخالفة قانونية يجب عليه إزالتها لمصلحة النظام العام و لتحقيق العدالة في المجتمع ، و ينصب الادعاء على وجود عمل أو مركز مخالف للقانون، و هذا الاعتداء الذي وقع على النظام القانوني هي نقطة البداية في العمل القضائي والمتمثل في طرح مسألة قانونية يثيرها الادعاء ويطلب من القاضي حلها. ويأتي بعد ذلك فحص هذا الادعاء والتعرف على الوقائع لغرض الوصول إلى النتيجة المتمثلة في تقرير الحق وإسناده لصاحبه، وهذه العملية تخضع أساسا للمنطق والقاعدة القانونية والوقائع التي تثبت لدى الموظف العام المختص (القاضي) وهنا القاضي يتحقق ويتأكد فيما إذا كان الادعاء بمخالفة القانون قائما على أساس صحيح من الوقائع و القانون من عدمه . والتأكد فيما إذا كان العمل أو المركز

[1] –بدر خان عبد الحكيم إبراهيم، نفس المرجع ، ص91 .

المدعى بمخالفته للقانون مخالف للقانون فعلا أم لا، و يتعين بعد ذلك أن يرتب النتائج التي يحتمها حل المسألة القانونية المعروضة أمامه(التقرير).

* ***التقرير أو المعاينة***:

تتكون القاعدة القانونية من عنصرين : العنصر المفترض وعنصر الأثر.

يتكون العنصر المفترض من مجموع العناصر المكونة لنموذج ما، فإذا حدث نزاع بين الأفراد بشأن إعمال القاعدة القانونية فيقوم الثاني بإجراء عملية التطابق بين مجموعة العناصر الواقعية من جـهة، وبين مفترض القاعدة القانونية، الذي هو عبارة عن النموذج التشريعي الموجود داخل مفترض القاعدة القانونية من جهة أخرى، فإذا وجد أنّ هناك تطابقا كاملا بين مجموع الوقائع وبين مفترض القاعدة القانونية فيكون بهذا قد عمل التكييف القانوني وينتهي بذلك إلى الحل، ويطلق عليه التقرير أو المعاينة، عندئذ يقوم القاضي بالتحقيق من الإدعاء المعروض عليه لإثبات مدى مطابقته للقـانون أو مخالفته بإعطاء الحل، ويؤكد أنّ الحل الذي يصل إليه القاضي يتمتع بقوة الحقيقة القانونية .

* ***القرار :***

يقرر دوجي أنّه لو توقفت الوظيفة عند حل المسألة القانونية، فلن تكون وظيفة ذات طابـع قانوني، لأنها لا تتضمن في هذه الحالة أعمالا قانونية ، فمهمة القاضي تنطوي على إجراء آخر بعد أن يحل المسألة القانونية .

هذا الإجراء هو القرار:و هو عبارة عن عمل قانوني شرطي أو ذاتي يهدف إلى تحقيق الحل الذي انتهى إليه القاضي و يتحدد به، فالقرار حسب رأيه هو عبارة عن عمل إداري يخرج الحل القانوني إلى حيز الوجود و يأتي مضمون القرار كنتيجة منطقية و حتمية للتقرير، و هنا تبدأ إرادة القاضي في الظهور بوضوح إذ يقرن بقرار يصدره مرتبا النتائج التي توصل إليها في المرحلة التي سبقت إصدار القرار(التقرير)، و هكذا و طبقا لرأي الفقيه(دوجي) فإنّ الذي يكون العملية القضائية هو القرار

الذي يقضي بإعادة القانون إلى الحالة التي يجب أن يكون عليها هذا النظام، وهو قرار خاص بتقرير خاص يجب أن يكون عليه النظام القانوني ، وعلى هذا الأساس فإنّ العمل القضائي الذي يكتفي بالتقرير لا يكون عملا قانونيا لأنّه لا يعد أن يكون رأي أو اقتراح أو وجهة نظر غير ملزم، و إنما يصبح العمل كذلك بفضل القرار، و إذا كان القرار بهذه الحالة يعد عنصرا ضروريا إلا أنّه لا يعد عنصرا أصليا أو أساسيا في العمل القضائي، يستند في ذلك على أساس : الارتباط المنطقي بين التقرير و القرار.

وينبغي أن نلاحظ أنّه، إذا كان دوجي قد أعطى الأولوية للتقرير في العمل القضائي، و قلص من دور القرار إلى ما هو ثانوي و تبعي، فإنّه يرى مع ذالك أنّ القرار لا يندمج في العمل القضائي فحسب و إنّما يكون عنصرا ضروريا له ،و سبق أن ذكرنا أنّ ما يميز العمل القضائي هو أنّ القاضي ليس حرا في اتخاذ هذا القرار أو ذاك، بل إنه مرتبط بالمنطق، و يجب أن يكون القرار الذي يتخذه هو النتيجة الضرورية و المنطقية للحل الذي قرره للمسألة القانونية.

و إذا كان الأمر كذلك، فإنّ التقرير لا يحدث بنفسه أي تعديل في النظام القانوني، لأنّه يقتصر على الإجابة بكل ما يتعلق بالادعاء المرفوع أمام القاضي، فالقرار هو وحده الذي يستطيع أن يترك أثار في النظام القانوني.و يظهر تطبيق القاعدة القانونية على حالة محددة تبرز في شكل القرار.
و يرى دوجي أنّ العمل القضائي – بحسب أصله –يقتصر على التقرير أي على المعاينة أمّا القرار فهو عمل إداري [1].والدليل على أنّه ينشىء مركزا قانونيا جديدا أو حقا جديدا ، كالحق في التعويض وهذا الحق ينشأ مباشرة عن القرار الذي يعد عملا إداريا، كما سبق ذكره و لكنه يتحول إلى عمل قضائي عندما يندمج في التقرير[2].

[1]–بدر خان عبد الحكيم إبراهيم، نفس المرجع ، ص93.

[2] –إبراهيم نجيب سعد ، القانون القضائي الخاص ، منشأة المعارف الإسكندرية الجزء الأول ، ب س ن ، ص88.

غير أنّ هذه النظرية ،و إن كان يرجع إليها الفضل في لفت الانتباه إلى أهميّة البحث في العناصر الأساسية التي يتكون منها العمل القانوني، كما يؤكد عليه الفقه، إلا أنّ الحل الذي أتت به عسير المنال، إذ يصعب تحديد مقومات العمل القانوني بهذه الطريقة الذهنية المحددة .

ج/ ***المعيار المختلط*** :تتناول تعريف العمل القضائي نظريتان:

الأولى تعرف بالنظرية الموضوعية والثانية تعرف بالنظرية الشكلية.

النظرية الأولى تعرف العمل القضائي بتحليله إلى عناصره الأولية، وهي عنصران:
-المعاينة أو التقرير : ويقصد به إدخال وقائع النزاع في الغرض الخاص بإحدى القواعد القانونية.
-القرار : ويقصد به تطبيق الحل الموجود في هذه القاعدة على أساس أنّ كل قاعدة قانونية تتكون من الغرض والأثر ، و يقصد بذلك إدخال مجموع الوقائع محل النزاع في أحد فروض القواعد القانونية. والقرار يعني تطبيق الحل أو الأمر الموجود في هذه القاعدة على النزاع المعروض على القاضي.
ويؤكد أصحاب هذا الرّأي أنّه لا يمكن الاستغناء على الجانب الشكلي في تعريف العمل القضائي، و الاعتماد فقط على المعيار الموضوعي و تبعا لذلك يجب أن يتضمن تعريف العمل القضائي كلا فالمعيار الشكلي هو الذي يؤدي إلى الكشف عن المظهر الخارجي للعمل القضائي، وإهمال هذا الجانب يؤدي إلى الاستغناء على الجانب الإجرائي ، على اعتبار أنّ العمل القضائي يقتضي أن يتم في إطار الإجراءات التي تكفل للخصوم ضمانات خاصة ، فتحمي طرفي الخصومة من تعسف أحد الأطراف.

في حين أنّ المعيار الموضوعي يشكل جوهر العمل القضائي فلم تنشأ الوظيفة القضائية إلا لحل النزاع الذي يقع بين الأفراد في المجتمع ، وهذا ما يفسر القاعدة العامة التي تقتضي بأن الدعوى القضائية لا تقبل ما لم يكن لصاحبها مصلحة وهي لا تقوم إلا إذا وقع اعتداء على الحق أو المركز القانوني، و حسم النزاع هو الذي يبرر حجية الشيء المقضي به و تهدف الحجية إلى منع عرض النزاع على

القضاء مرة ثانية، مما يؤدي إلى ضمان الاستقرار .

و عليه فهذا المعيار الذي يذهب إلى جمع المعيار الشكلي و الموضوعي هو واجب الإتباع ، و يكون تعريف العمل القضائي حسب الفقهاء إلى النحو التالي" هو الذي تقوم به هيئة مستقلة بهدف حسم النزاع المعروض عليها طبقا للشكل المقرر قانونا."

ثانيا : السلطة الولائية التي يتمتع بها القاضي:

سنتناول نظرية الأعمال الولائية ، والتي تعتبر الأوامر على العرائض أحد تطبيقاتها ،ونتناول ماهية و جوهر سلطة القاضي الولائية في ذاتها.

فمن الفقهاء من يرى أنّ فكرة القضاء الولائي ترجع إلى القانون الروماني الذي كان يعتبر أنّ العمل الولائي هو عمل ذو طبيعة توثيقية[1]،ثم ظهر تعبير القضاء الولائي في ظل القانون الكنسي و كان يقصد به الدلالة على السلطات الروحية .شبه الروحية التي يمارسها رجال الدّين على الأفراد مما ميزه على قضاء المنازعات، وإبان القرون الوسطى صار التوثيق في فرنسا وايطاليا من اختصاص الموثقين وتشكلت فكرة القضاء الولائي بأنّه النشاط الذي يباشره القاضي دون وجود نزاع أو خصومة بمعنى أنّ هذا القضاء يتم في مواجهة شخص أو أشخاص متفقين فيما بينهم[2].

وذهب البعض الآخر من الفقه إلى القول أنّ هناك حالات تقتضي الضرورة فيها الالتجاء إلى القاضي[3] ، لا لحسم نزاع قائم وإنّما لاتخاذ تدابير معينة. و قد يستهدف من هذه التدابير المحافظة على الحق أو على ضماناته و منها ما قد يقصد إلى تأكيد الحق أو إقراره سواء كان ثمة نزاع قائم بالفعل أو كان النزاع على وشك الحصول بل حتى ولو لم يكن هناك نزاع أو احتمال لقيام نزاع في جميع هذه الحالات يلجأ الأشخاص لاتخاذ هذه التدابير [4] ، وسبب اللجوء إلى القضاء يرجع إلى

[1] –أحمد أبو الوفا ، أصول المحاكمات المدنية ، الدار الجامعية ، بيروت1983،ص663.

[2] –نبيل إسماعيل عمر، نفس المرجع ، ص22.

[3] –عبد المنعم الشرقاوي وعبد الباسط جميعي ، شرح قانون المرافعات الجديد ، دار الجامعية ، بيروت،1976،ص386.

[4] –نبيل إسماعيل عمر ، المرجع السابق ، ص22.

أنّ الأفراد محرومين بأمر المشرع من اتخاذهم بأنفسهم وللحصول على هذه التدابير منح المشرع سلطة الأمر بهذه التدابير بناء على طلب الأفراد لأنّ إلزام الأفراد بالانتظار حتى الفصل النهائي في المنازعات من النّاحية الموضوعية قد يعرض حقوقهم للضيّاع أو يفقدهم ضمانات حقوقهم ولا شك أنّ هذه المبررات هي التي أدت إلى منح القضاء سلطة اتخاذ هذه التدابير، كما أنّ هذه المبررات عينها هي التي أدت بالسّماح للأفراد باللجوء إلى القضاء لطلب تدابير وقتية لحماية الحقوق [1].وجمهور الشُراح متفق على أنّ القضاء هو المختص بإصدار الأوامر القضائية التي تسمح للأفراد باتخاذ التدابير الوقتية الملائمة، ولكن الخلاف ينصب على تحديد سلطة القاضي التي يستند إليها في إصدار هذه الأوامر ، هل هي سلطته القضائية ؟

يجتمع الفقه على أنّ القاضي في إصداره لهذه الأوامر التي تهدف إلى اتخاذ تدابير وقتية لا يستند على سلطته القضائية، لأنّ القضاء هو حسم للمنازعة وهنا لا توجد منازعة بناء على ذلك يتفق الفقه على أنّ هذه السلطة هي السلطة الولائية وهى من طبيعة السلطة القضائية لأنّها تهدف إلى المحافظة على وضع معين ، أي أنّ السلطة الولائية يعترف بها المشرع على أساس أنّ هناك مراكز قانونية معينة قد يصادفها عقبات، أو تتعطل فعاليتها ومع ذلك فالمشرع جعل عدم جواز حل هذه المشاكل عن طريق الإرادة الذاتية لأصحاب الشأن ،بل لابد من صدور أمر بذلك من القاضي إعمالا لسلطته الولائية.

لقد سبق و أن عرفنا أنّ القاضي يتمتع بالسلطة الولائية إضافة إلى اختصاصه الأصيل المنبثق من وظيفته القضائية.أي له سلطة إصدار أوامر ملزمة ، وذلك من خلال عريضة تقدم إليه ، يبين فيها طالب استصدار الأمر طلباته و يرفق بها المستندات المؤيدة لها و ينظرها القاضي دون دعوة الشخص المطلوب صدور الأمر في مواجهته للحضور أمامه لأن الأصل أن الأعمال الولائية تتضمن نزاعا، ولا تنطوي على خصام.

[1] –نبيل إسماعيل عمر، نفس المرجع ، ص22.

1- تعريف العمل الولائي:

لتعريف العمل الولائي يجب البحث عن المعيار الذي يمكن على ضوئه تعريف العمل الولائي.

أ/ المعيار الشكلي :

يرى جانب من الفقه أنّ العمل الذي يقوم به القاضي يعتبر عملا ولائيا إذا صدر بناءا على العريضة و دون تكليف الخصم بالحضور، إنّ هذا المعيار لا يصلح لتعريف العمل الولائي و كذا تميزه عن العمل القضائي ذلك أنّ صدور الأمر في شكل أمر على عريضة لا يتوقف على الأعمال الولائية وحدها فهناك أعمال قضائية تصدر بناءا على أمر على عريضة كأمر الأداء ، كما أن تكليف الخصم بالحضور لا يعتبر معيارا لتحديد طبيعة العمل الولائي ،فقد يشترط في بعض الأحيان لإصدار العمل الولائي أن يعلن الطرف الآخر كما هو الشأن بالنسبة لتسليم النسخة التنفيذية الثانية في حالة ضياع النسخة التنفيذية الأولى طبقا لنص المادة 603 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية القانون رقم 08-09. كما أنّ الأعمال الولائية التي تصدر بناءا على عريضة تعد نوعا من الأعمال الولائية و لكنها لا تستغرق كل الأعمال الولائية ، إن المعيار الشكلي معيار قاصر في تعريف العمل الولائي . بحيث يغفل الجانب الجوهري له .و طبيعته الذاتية و يستعين بالعنصر الخارجي.

ب /معيار العمل المنشئ: اتجه بعض الفقه إلى تعريف العمل الولائي على أنّه:" عمل منشئ، يرمي إلى إنشاء مراكز قانونية جديدة فهو دائما ذو أثر منشئ بينما العمل القضائي محله رابطة قانونية سابقة[1] .

إذ أنّ إرادة الأفراد وحدها لا تستطيع تكوين مراكز قانونية إلّا بتدخل الدولة، و لذلك تكون الإرادة عاجزة عن تحقيق هذا الأثر إلا بمشاركة الدولة بنشاطها إلى جانب الأفراد أصحاب المصلحة في إنشاء مراكز قانونية وعمل الدولة هنا عمل ولائي".

[1] -فتحي والي ، نظرية البطلان في قانون المرافعات ، منشأ المعارف بالإسكندرية ، ط سنة 1959 ، ص30.

لا يمكن الاعتماد على هذه النظرية لإعطاء تعريف شامل للعمل الولائي بحيث أنّه ليست كل الأعمال الولائية تهدف إلى إنشاء مراكز قانونية جديدة بل هناك أعمالا تقريرية ،مثل: الأمر بتسجيل عقد الزواج، كما أنّ هناك من الأعمال القضائية ، ما يعتبر من قبيل الأعمال المنشئة ، مثل الحكم بشهر الإفلاس أو بفسخ العقد و حل الشركة و هي أحكام ،كما يؤكد نفس الفقه على أنّها أحكام منشئة ،وعلى هذا لا يمكن الاعتماد على هذا المعيار وحده لتعريف العمل الولائي.

ج /معيار طبيعة العقبة:

يعتنق اتجاه من الفقه و القضاء فكرة عدم وجود النزاع، فيرى أنّ العمل الولائي هو الذي يصدر من القاضي دون أن يكون هناك نزاع بين الطرفين [1] ، ذلك أننا نجد أنّ القاضي في العمل الولائي لا يتدخل إلاّ لإزالة العقبة القانونية التي وضعها المشرع أمّا إرادة الأفراد ، فهو لا يواجه نزاعا ناشئا عن تطبيق القاعدة القانونية . بحيث أنّ إرادة الأفراد في هذه الحالة قد تم تجريدها بواسطة القانون ذاته وليس من صلاحيتها إحداث أثار قانونية معينة . و ربط توليد هذه الآثار أو كمال فعاليتها بضرورة صدور أمر من القاضي بناءا على سلطة أخرى غير سلطة القضاء و هي السلطة الولائية. رغم أنّ المبدأ في القوانين الحديثة هو سلطان الإرادة الحرة ، أي صلاحية هذه الإرادة بذاتها لتوليد كافة الآثار المرغوبة ، و إبرام كافة التصرفات في نطاق القانون و الشريعة إلّا أنّ المشرع لاعتبارات يراها تجرد الإرادة الفردية من هذه الصلاحية. فالقاضي في إطار وظيفته الولائية يتدخل لإزالة العقبة القانونية التي وضعها المشرع والتي شلت إرادة الأفراد و جعلتها غير قادرة على إنتاج الأثر القانوني. فالملكية تتمتع بالحماية القانونية، و تتمثل هذه الحماية في الاحترام الكلي لهذه الملكية و عدم الاعتداء عليها و هذا هو التطبيق التلقائي للقاعدة القانونية.

[1] -نبيل إسماعيل عمر ، المرجع السابق، ص21.

غير أنّه قد يقع اعتداء على حق الملكية و هذا الاعتداء يشكل العقبة المادية ، الأمر الذي ينشئ الحاجة إلى إزالتها ، و بما أنّ الفرد محضور عليه أن يأخذ حقه بيده ، ولا يستطيع أن يتدخل بنفسه لإزالة هذه العقبة، لأنّ الدّولة هي التي تتدخل لإزالتها . و عمل الدولة هنا عمل قضائي في حين أنّ النشاط الذي يضطلع به القاضي في إطار وظيفته الولائية إذ يقوم بإزالة العقبة القانونية التي وضعها المشرع و التي قيدت إرادة الأفراد و جعلتها غير قادرة على إنتاج الأثر القانوني ، بل لابد من صدور أمر بذلك من القاضي أعمالا بوظيفته الولائية للحصول على تدابير [1] بناءا على طلب الأفراد ، لأنّ إلزام الأفراد بالانتظار حتى الفصل النهائي في منازعات من النّاحية الموضوعية قد يعرض حقوقهم للضياع أو يفقدهم ضمانات حقوقهم، مثال ذلك حجز ما للمدين لدى الغير أو الحجز التحفظي و غيرها من التدابير المؤقتة،و للتمييز بين العمل الولائي و العمل القضائي يجب أن ينصب المعيار على طبيعة العقبة ، فإذا كانت من خلق الأفراد و نشأت عن عدم فعالية القاعدة القانونية في الحياة الاجتماعية فإنّ العمل الذي يهدف إلى إزالتها عمل قضائي .بينما إذا كانت العقبة ليست من خلق الأفراد و غير ناجمة عن عدم فعالية القاعدة القانونية ، و إنما كانت من خلق المشرع نفسه ، حيث تعتبر الإرادة عاجزة عن ترتيب الأثر القانوني فهنا لابد من اللجوء إلى القضاء لإزالتها ، لأن العمل الذي يهدف إلى إزالة هذه العقبة هو عمل ولائي، و عليه نخلص إلى تعريف العمل الولائي الذي يهدف إلى إعادة الفعالية للإرادة بسبب وجود العقبة القانونية، و حتى يمكن للإرادة أن تنطلق من جديد لترتيب الأثر القانوني فلابد أن يزيل القاضي هذه العقبة من أمامه.

[1] -نبيل إسماعيل عمر ، نفس المرجع ، ص20.

2/ تقسيم الأعمال الولائية :

رغم صعوبة حصر الأعمال الولائية نظرا لتعددها و تنوعها ،إلا أنّ أغلب الفقه يتفق على تقسيم الأعمال الولائية إلى ثلاثة أصول و هي كالأتي:

ا/أعمال التوثيق و التصديق:

حيث ينصب عمل القاضي على إثبات ما تم أمامه من تصرف أو إجراء، أو يكون عمله تصديقا على تصرف تم خارج مجلس القضاء ثم يتم عرضه عليه ليفحصه لمعرفة مدى مطابقته للقانون. مثل التصديق على العقود التوثيقية[1] ،على أنّه في حالة ما إذا أراد شخص أن يعرض أحدها على السلطات الأجنبية فإنّه يتعين عليه عرضها أمام رئيس المحكمة ،التي توجد بدائرتها مكتب الموثق للتصديق عليها ما لم توجد اتفاقيات دولية تنص على خلاف ذلك.

ب / الإذن و الإجازة:

تشمل الأعمال الرامية إلى إزالة عائق يحول بين صاحب الشّأن، فيمنعه من اتخاذ إجراء أو إبرام تصرف فيلجأ إلى القضاء ليصرح له بذلك ، كترخيص ببيع أموال قاصر، الإعفاء من شرط السّن في الزواج طبقا لما يقضي به قانون الأسرة ، الترشيد لممارسة التجارة... .

ج/ أعمال الرقابة و الضبط:

و يشمل الأعمال التي يقوم بها القاضي و التي تهدف إلى مراقبة بعض التصرفات أو ضبط المسائل للأمر الذي يؤدي إلى التحقيق من سلامتها و مطابقتها للقانون مثل: مراقبة الأوصياء و الأولياء لضمان حماية ناقص الأهلية و عديمها.

[1] -أنظر المادة 20 من قانون التوثيق.

ولا تندرج أعمال الإدارة القضائية ضمن الأعمال الولائية تلك الأعمال الخاصة بتنظيم العمل داخل المحكمة ، كضبط الجلسات ، و توزيع القضايا على الجدول ، و الإشراف على الموظفين...الخ.

ثالثا: تحديد الطبيعة القانونية للسلطة الولائية:

ثار جدل كبير بين الفقهاء حول تحديد الطبيعة القانونية للسلطة الولائية للقضاء في إصدار الأمر على عريضة، فبعض الفقهاء يرى أنّها ذات طبيعة إدارية محضة وبعض الفقه يرى أنها من طبيعة قضائية محضة، وفريق ثالث يرى أنها من طبيعة مختلطة ونعالج هذا المطلب في ثلاث نقاط أساسية:

1/ أعمال الحماية القضائية الولائية هي ذات طبيعة قضائية:

إنّ الفريق القائل بهذا الرأي يرى أنّه لا يوجد خلاف جوهري بين أعمال الحماية القضائية الولائية للحقوق والأعمال القضائية ، فهي كلها أعمال قضائية كأساس عام ، ولا يمكن أن يوصف القاضي عند إصداره الأمر على عريضة بالموظف الإداري الذي يباشر تسيير الإدارة و الذي يصدر الأوامر الإدارية لتسييرها[1].

أضف إلى هذا أنّ هناك قواسم مشتركة بين الأعمال القضائية والسلطة الولائية للقاضي في إصدار الأوامر على العرائض ،فهذه القواسم هي خضوع السلطة الولائية و الأعمال القضائية للقواعد العامة التي تنظم النشاط القضائي للمحاكم.

2/ السلطة الولائية للقاضي في إصدار الأوامر على عرائض ذات طبيعة إدارية.

يعتقد جانب من الفقه المدافع عن هذه النظرية أنّ القاضي ما هو إلاّ موظف من موظفي الدولة العامين يتخذ من التدابير الإدارية ما يتلاءم مع وظيفته، باعتباره قاضيا يتمتع بالاستقلال و الحيدة والحصانة ، وتلك التدابير التي تتجسد في شكل الأوامر على العرائض فهي في حقيقتها وطبيعتها

[1] -نبيل إسماعيل عمر ، المرجع السابق ، ص58.

أعمال إدارية ،لا تخضع للنظام القانوني الذي تخضع له الأعمال القضائية ، وإنّما تخضع للنظام القانوني الذي تخضع له الأعمال الإدارية ، وحجة هذا الفريق من الفقهاء أنّ أعمال السلطة الولائية لا تخضع لطرق الطعن التي تخضع لها الأحكام القضائية،ولا تتمتع بالحجية التي تتمتع بها الأحكام القضائية ،كما أنّه يجوز رفع الدعوى الأصلية بطلب بطلان الأوامر على العرائض ، ولم يسلم هذا الرأي من النقد بمقولة " أنّ حينما يصدر الأمر على العريضة لا يتوخى تحقيق مصلحة عامة كما تتوخاها القرارات الإدارية المحضة، كما أنّ القاضي حينما يصدر الأوامر على العرائض لا ينصاع إلى أمر إداري أعلى وإنّما يخضع للقانون مباشرة وفق ما يمليه عليه ضميره و وحي القانون.

3 / أعمال الحماية القضائية الولائية ذات طبيعة قانونية مختلطة:

يرى هذا الفريق من الفقهاء أنّ أعمال الحماية القضائية الولائية ذات طبيعة مختلطة [1]. فهي ليست أعمالا إدارية محضة ولا هي أعمالا قضائية خالصة فهي مزيج من الإدارة والقضاء. فهي ليست قضائية محضة لأنّ القاضي لا يصدر بشأنها أحكاما قضائية ، كما أنّها ليست أعمالا إدارية محضة، كالأعمال التي يباشرها رجال الإدارة التابعين للسلطة التنفيذية ، فطبيعتها لا تماثل الطبيعة القضائية البحتة،و لا الطبيعة الإدارية البحتة فهي مزيج بينهما. بل لها مكانة مميزة إلى جانب العمل القضائي والعمل الإداري.

المطلب الثاني : التكييف القانوني للأوامر على عرائض.

إنّ إجماع الفقه منعقد على القول بأن سلطة القاضي الولائية، يتم ممارستها في شكل الأوامر الصادرة على عرائض ، و للتوصل إلى إعطاء و إثبات ذلك ما يراه الفقهاء ضرورة معالجة مجموعة من

[1] –محمود السيد التحيوي ، نفس المرجع ،من ص45 إلى ص48.

العناصر و على ضوء هذه المعالجة يكون من السهل تحديد هذه الطبيعة و بناءا على ذلك نقوم بمعالجة الحاجة الملجئة إلى نظام الأوامر على عرائض و أهدافه[1] ، فيما يلي:

الفرع الأول : الهدف ودوافع اللجوء إلى نظام الأوامر على العرائض:

سبق القول في العديد من المرات أنّه في حالات معينة يرغب الأفراد التوصل إلى تحقيق أهداف و أثار قانونية معيّنة ، وفي هذه الحالات يقرر المشرع أنّ الإرادة الفردية غير صالحة بذاتها لتوليد هذه الآثار لذلك نحاول عرض الدوافع التي تؤدي بالأفراد إلى اللجوء إلى إصدار الأوامر على العرائض و الهدف من نظام الأوامر على العرائض.

أولا :دوافع اللجوء إلى استصدار الأمر على العريضة :

بتعبير آخر الحاجة الملجئة إلى نظام الأوامر على عرائض وذلك من خلال عرضها وتلخيصه فيمايلي:

1/ افتراض تشريعي بعجز أو عدم فعالية الإرادة الفردية في إنتاج آثار قانونية معينة:

ويقصد بذلك أنّ الإرادة الفردية غير صالحة بذاتها لتوليد هذه الآثار ،أي أنّ المشرع يصنع بنفسه عقبة قانونية تحول دون الإرادة الفردية وإنتاج هذه الآثار ، ويقال في هذه الحالة أنّ الإرادة الخاصة بالأفراد تكون غير فعالة بذاتها في إنتاج هذه الآثار ، و يشترط المشرع ضرورة اللجوء إلى القاضي من أجل الحصول على أمر قضائي يترتب عليه توليد الآثار المطلوبة لتعين خبير ،أو مصفي أو تعين حارس قضائي وكذلك إصدار أمر ولائي يحدد لهم المهام ، ويتعين على هؤلاء الالتزام بها ،أو عزلهم أو استبدالهم بغيرهم ، ومن بين الأعمال الولائية أيضا أعمال الإذن والإجازة التي تتلخص في الإذن بالقيام بعمل قانوني معين ،لا يستطيع المأذون له القيام بها دون موافقة القضاء ، أو إجازة هذا العمل بعد القيام به مثال ذلك الإذن للوصي بالقيام بتصرف قانوني نيابة عن القاصر، أو الإذن بالحجز التحفظي ، وغيرها من الأعمال.

[1] -نبيل إسماعيل عمر ، المرجع السابق ، ص46.

2 /استلزام و ضرورة اللجوء إلى القضاء للحصول على أمر قضائي يولد هذا الأثر:

و يعني ذلك أنّه في جميع الحالات السابقة يتوقف إنتاج الأثر القانوني المطلوب على صدور الأمر من القاضي، لعدم إمكان حدوث هذا الأثر بمعزل عن هذا الأمر و اعتمادا على الإرادة الفردية .لأنّ القانون هو الذي قرر عدم فعالية الإرادة الفردية في هذا الصدد، و من هنا يكون إجبار الأفراد على ضرورة اللجوء إلى القضاء بالرغم من انعدام المنازعة، للحصول على هذا الأمر لأنّه قد يكون المركز القانوني المولد للحاجة إلى اللجوء إلى القاضي لاستعمال سلطته الولاية وهو النزاع المحتمل قيامه بين الدائن و المدين و يتطلب الآمر استصدار قرارا قضائيا يتوقع الحجر التحفظي على أموال المدين.

3/ يجب النظر في آن واحد إلى المركز القانوني الكلي الذي يراد اتخاذ الإجراء المطلوب: و

يتم بعد ذلك تقرير محتوى الطلب من طرف القاضي الذي يقوم بعملية التقدير على محوري الواقع و القانون. و يفهم من ذلك بالرغم من عدم إطلاق الحرية للإرادة الفردية في إنتاج الآثار المطلوبة إلاّ أنّ المشرع جعل للأفراد الحق في التقدم إلى القضاء بهدف استصدار أمرا قضائيا يولد هذه الآثار. أي أنّ المشرع أعطى للأفراد حقا مراقبا بواسطة القضاء[1] ، ورقابة القضاء ضرورية ، فهذه الرقابة لا تتعلق بالعمل القضائي الذي يقوم به القاضي أي الفصل في مركز قانوني متنازع عليه فهذا المركز لا وجود له، وإنّما تتعلق هذه الرقابة بملائمة ، الإجراء المطلوب اتخاذه و ما يتولد عنه من أثار للمركز القانوني العام بحيث يتولى القاضي عملية تقدير الملائمة بالنسبة للواقع و بالنسبة للقانون ، و بالتالي يستطيع القاضي أن يأمر آو لا يأمر باتخاذ الإجراء المطلوب.

[1] -نبيل إسماعيل عمر ،نفس المرجع ، ص46.

الهدف من نظام الأوامر على عرائض:

هناك ثلاث مستويات من الأفكار يجب استعراضها لمعرفة الهدف من نظام الأوامر على العرائض، فهناك هدف ذاتي أو شخصي يهم طالب استصدار الآمر، و هناك هدف عام غير شخصي يهم الصالح العام و هناك هدف نظام الأوامر على العرائض في ذاته.

أولا : الهدف الذاتي الذي يهم طالب الأمر على عريضة :

يهدف بذلك إلى الحصول على أمر من طرف القاضي يتيح له إمكانية اتخاذ الإجراء الوقتي أو التحفظي الذي يسعى إليه مثال الدائن الذي يرى مدنيه يتصرف في أمواله بشكل يؤدى إلى إضعاف الضّمان العام لدائنه ،و رفع دعوى قضائية للمطالبة بحقه قد تتخذ فترة من الزمن مما يؤدي إلى إضعاف الذمة المالية لدينه، لذلك للدائن وسيلة هامة للحفاظ على الضمان العام لمدينه و هي وسيلة الحجز التحفظي فله بناء على ذلك أن يلجأ – دون أن يكون هناك نزاع قائم بالفعل – إلى القاضي مستعملا نظام الأوامر على عرائض ليحصل على أمر بتوقيع الحجز التحفظي ، وبناء على ذلك فنظام الأوامر على عرائض يهدف إلى تحقيق مصلحة خاصة للطالب تعجز إرادته الخاصة عن تحقيقها.

ثانيا : الهدف العام وغير الشخصي الذي يهدف إليه نظام الأوامر على عرائض [1]:

ويقصد به أنّ المشرع في حالات معنية وضع أمام الأفراد عقبات قانونية تحول دون إمكانية تحقيق أثار معينة بالإرادة الفردية ،ويستلزم في مثل هذه الحالات ضرورة اللجوء إلى القضاء حتى و لو لم يوجد نزاع ،والمشرع في صناعته لهذه العقبات يضع في اعتباره العديد من المصالح الجديرة بالحماية فقد تتعلق هذه المصالح بالذمة المالية للأشخاص ،أو بحالتهم القانونية ، أو بالحجوز التحفظية ، وقد رأى المشرع

[1] –نبيل إسماعيل عمر ، نفس المرجع ، ص52.

أن هذه المصالح يجب أن لا تترك لعبث الإرادة الخاصة التي قد لا تكون منزهة، بل يجب أن تخضع لإشراف ورقابة القضاء و من جهة أخرى أنّ هذا النظام لا يهدف إلى إهدار الحق أو إكساب حق.

ثالثا: هدف نظام الأوامر على عرائض في ذاته :

نظام الأوامر على عرائض من حيث هو نظام إجرائي يعتبر شكلا إجرائيا للعمل القضائي الصادر من القاضي بناء على سلطته الولائية ،أي أنّ نظام الأوامر على عرائض هو الشكل الإجرائي الواجب إتباعه، في الأحوال التي لا يوجد فيها نزاع يراد حسمه ، وإنّما تشتد الحاجة إلى ضرورة اتخاذ مجرد تدابير وقتية يعجز الفرد عن اتخاذها بالإرادة المنفردة و إذا استعمل إجراءات الأوامر على عرائض فهو بذلك يهدف إلى الحصول على أمر ولائي بناء على سلطة القاضي الولائية ، ونظام الأوامر على العرائض باعتباره نظاما إجرائيا يهدف إلى إيجاد شكلا إجرائيا يتميز بالمغايرة عن الشكل الإجرائي للدعوى القضائية [1] ، و يهدف إلى غايات غير تلك التي تهدف إليها هذه الدعوى ،فهدف هذا النظام هو إيجاد شكل سهل خالي من الإجراءات التي تفترض وجود نزاع وتلك التي تفترض وجود خصم و وجود تبليغ ،وجلسات حضورية و مناقشة و إصدار حكم و تسبيبه و النطق بالحكم ، و كل ذلك يؤدي بنا إلى القول بأن هدف نظام الأوامر على العرائض هو تيسير السبيل أمام الأفراد للحصول على أوامر ولائية وقتية لحماية مراكزهم القانونية [2].

الفرع الثاني: علاقة نظام الأوامر على العرائض بالقضاء الإستعجالي.

هناك تشابه بين القضاء الإستعجالي و نظام الأوامر على عرائض في نوع الحماية المطلوبة عن طريق القضاء الوقتي و عن طريق الأوامر على عرائض ، فهي حماية وقتية فالقضاء الإستعجالي يرمي إلى الحكم باتخاذ إجراء مؤقت و هذا التأقيت يفهم على معنيين:

[1] –احمد المليجي ، موسوعة المرافعات العملية ، الأوامر الولائية وفقا لنصوص قانون المرافعات معلقا عليها بأراء الفقه، دار النهضة العربية، بيروت 1991،ص 116.

[2] –نبيل إسماعيل عمر ، المرجع السابق، ص52.

الأول تأقيت زمني للحكم الإستعجالي بناءا على أنّ المركز الذي يقرره هذا الحكم قابل للتغيير. الثاني : تأقيت يرجع إلى الوظيفة المؤقتة للأحكام الوقتية لأن المركز الذي ينشأ عن الحكم الوقتي مصيره الزوال نتيجة صدور حكم في الموضوع. أما الأمر على عريضة فهو يرمي إلى اتخاذ إجراء أو تدبير وقتي أو تحفظي و هذا الأمر شأنه شأن الحكم الوقتي لا يكسب حقا أو يهدره ، ومصيره مؤقت تأقيتا زمنيا لأنّ المركز الناشئ عن الأمر على عريضة، بطبيعته الزوال بناءا على صدور الحكم الحاسم للنزاع، و الخلاف بين نظام الأوامر على عرائض وبين القضاء الإستعجالي يرجع إلى الشكل الذي يتم فيه صدور كلا منهما، فالقضاء الإستعجالي يباشر كقاعدة عامة في شكل حكم يصدر في إجراءات عادية أمام قاضي الأمور المستعجلة كما أنّ المشرع ينص على صدور القرار أو الحكم في شكل أمر ومن جهة أخرى فإنّ أساس السلطة التي يتمتع بها القاضي في الحالتين تختلف ، ففي القضاء الوقتي يستخدم القاضي سلطته القضائية ليحسم نزاعا مؤقتا أو ليأمر باتخاذ إجراء وقتي بحيث لا يمس بأصل الحق، أما في نظام الأوامر على عرائض فالقاضي يستند على سلطته الولائية للأمر باتخاذ تدابير تحفظية ، و يختلف نظام القضاء الوقتي أيضا عن نظام الأوامر على العرائض من ناحية الدور الذي يؤديه كلا منهما، فالقضاء الوقتي يواجه عارضا قانونيا وهو خطر الاستعجال و هو عبارة عن احتمال فوات فرصة الحماية القانونية عند تأخيرها ، الأمر الذي يهدد نفاذ النظام القانوني و هذا يعني أن القضاء الإستعجالي يرمي إلى تحقيق غاية قانونية بحتة وهي حماية القانون أو الحقوق من خطر يهددها، أما دور الأمر على العرائض فهو يرمي إلى اتخاذ مجرد تدابير وقتية لا تستطيع الإرادة الفردية اتخاذها دون إذن القضاء الذي يتأكد من شرعيتها وملائمتها ، إنّ صاحب المصلحة في طلب الأمر يسعى للحصول على نوع معين من أنواع الحماية القضائية الوقتية للحقوق، وهذه الحماية الوقتية يحصل عليها الطلب، عن طريق القضاء الإستعجالي بواسطة دعوى قضائية عادية، التي يشترط لقبولها توفر الشروط العامة لقبول الدعوى القضائية العادية[1]، ويترتب عليها كافة أثار الدعوى القضائية

[1] -نبيل إسماعيل عمر ،نفس المرجع ،ص53.

كمبدأ الوجاهية بين الخصوم واحترام حق الدفاع وغيرها من الآثار ، بخلاف الأمر على عريضة لا يشترط معين في العريضة بل أن تكون معللة.

المبحث الثاني : النظام القانوني للأوامر على عرائض و أثارها القانونية.

إنّ القاضي المختص بإصدار الأوامر على عرائض غير مقيد بأي قيد عند إصدارها ، لأنه و عند إصداره لها فهو يمارس سلطته الولائية ، و التي تتميز بتمتع القاضي في ممارستها بقدر كبير من حرية التقدير ، إنّ قبوله لطلب استصدار الأمر على عريضة يتوقف على ظروف هذا الطلب ، الذي يختلف من طلب إلى آخر ، حيث أنّ المشرع الجزائري لم يضع أيّة قيود على سلطة القاضي في تقدير قبول طلبات استصدار الأوامر على عرائض ، كما أنّه ليس للقاضي المختص بإصدار الأوامر على العرائض أن يقبل طلب استصدار الأمر على عريضة ، إلاّ إذا كان هناك احتمال لوجود الحق أو المركز القانوني، بفرض وجوده[1] ، و أن يكون المطلوب هو تدبير أو إجراء لا يمس الموضوع ، و أن يقتضي تحقيق الهدف من التدابير أو الإجراء المطلوب صدوره ،عدم قيام أية مواجهة بين الخصوم في الإجراءات و على القاضي أن يبحث من تلقاء نفسه عن هذه الشروط ،فإن وجدها متوافرة تطرق إلى ما هو مطلوب منه ، أما إذا لم تتوافر هذه الشروط فإن القاضي يرفض إصدار الأمر على عريضة، و في حالة رفضه لا ينشأ عليه أي اثر قانوني ، و يرجع ذلك إلى أنّ الوظيفة الأصلية للقاضي هي العمل القضائي ، أما الوظيفة الولائية ، فهي الاستثناء عن القاعدة العامة ،ولا يمكن اتخاذها إلا بنص صريح ، والأوامر على العرائض تعتبر الصورة النموذجية لهذه الوظيفة ، و عليه يقتضي ذلك تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين:

المطلب الأول :النظام القانوني للأوامر على عرائض.

المطلب الثاني :الآثار القانونية للأوامر على عرائض.

[1] –شرفي عبد الرحمان، مذكرة التخرج لنيل إجازة التخرج المدرسة العليا للقضاء ، 2003–2004،الدفعة14 ،ص 123.

و ذلك على النحو التالي:

المطلب الأول : النظام القانوني للأوامر على العرائض.

يقوم رئيس المحكمة بإصدار الأوامر على العرائض بناءا على طلب مكتوب يقدم إليه وهذه الأوامر كثيرة و متنوعة.في نصوص قانونية متفرقة و عليه سنعالج هذا على ضوء الأمر رقم 154.66 المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية القديم ثم (الأمر رقم 09/08)الجديد.

الفرع الأول: الأوامر على العرائض في ظل قانون الإجراءات المدنية (الأمر 154.66) :

إنّ المشّرع الجزائري في الأمر66-154 المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية لم يحدد تحديدا لازما الحالات التي يجب فيها إصدار الأوامر على العرائض ،كما في بعض التشريعات المقارنة كالتشريع المصري (قانون أول يونيو 1992 الذي عدل قانون1968)[1] والتشريع الفرنسي، وعالج المشرع الجزائري الأوامر على العرائض في قانون الإجراءات المدنية ، تحت باب تدابير الاستعجال[2] ، وقد منح ولاية إصدار هذه الأوامر إلى رئيس المحكمة أو رئيس المجلس أو رئيس الغرفة الإدارية حسب الأحوال أو من ينوبهم عند الضرورة، أي نائب رئيس المحكمة أو نائب رئيس المجلس، إنّ حالات الأوامر على العرائض منصوص عليها في القانون بصيغ مختلفة ،أحيانا بصيغة الإذن وأحيانا بصيغة الترخيص و أحيانا أخرى بصيغة الأمر... [3] .و إن كانت تختلف من حيث النوع و الغاية ، فكلها تخضع لنفس الإجراءات عند الاستصدار، و نظرا لأن الأوامر على العرائض تعرف تطبيقات متباينة من جهة قضائية لأخرى، ولا يوجد منهج موحد، ولا حتى اجتهاد قضائي يضبط

[1] -محمود السيد التحيوي ، المرجع السابق ،ص19.

[2] -المادة472 و 473 من القانون رقم09/08المؤرخ في 18صفر1429 الموافق ل25 فبراير 2008 المتضمن قانون الاجراءات المدنية و الادارية.

[3] -بداوي علي ، صلاحيات رئيس المحكمة في إصدار الأوامر على العرائض ، محاضرة ألقيت على الطلبة بالمدرسة العليا للقضاء، الجزائر، سنة2006-2007.

أهم هذه الأوامر فنحاول في هذا العرض معرفة أنواع وحالات الأوامر على العرائض. غير أنّه يمكن تصنيفها إلى الأصناف الأساسية الآتية:

الصنف الأول: يلجأ إليه بغرض اتخاذ الإجراءات أو التدابير السابقة على قيام النزاع .

الصنف الثاني: يلجأ إليه بغرض اتخاذ التدابير أو الإجراءات الضرورية أثناء سير النزاع .

الصنف الثالث: يلجأ إليه بغرض اتخاذ التدابير أو الإجراءات التي تستوجب بعد انتهاء النزاع وهناك صنف آخر غير مرتبط بأي نزاع قضائي مثل الأوامر على العرائض المتعلقة بتصحيح و تعديل و وثائق الحالة المدنية. و الصنف الثاني يتعلق بالأوامر على العرائض السابقة على قيام النزاع و هذا الصنف من الأوامر، يلجأ إليه بهدف اتخاذ الإجراءات أو التدابير التحفظية المؤقتة ،و هي بدورها متنوعة بتنوع المواضيع والنصوص القانونية التي تناولتها ، وسنتناول الأوامر الأكثر شيوعا في العمل القضائي.

ومن بين الحالات نستعرض ما يلي:

أولا :أشارت المادة 172 من قانون الإجراءات المدنية إلى حالتين يتم فيها إصدار الأمر على عريضة، وهما حالة الإنذار، وإثبات الحالة . وهذه الأخيرة تعنى إثبات واقعة متغيرة المعالم مع مرور الزمن يكون من شأنها أن تؤدى إلى نزاع في المستقبل و في حالة الخوف من ضياع معالم هذه الواقعة، إذا انتظر الخصم حتى يعرض النزاع على القضاء[1] .

-الحالة الأولى : حينما تكون الوقائع المطلوب إثباتها وقائع مادية بحتة فإن ذالك لا يحتاج إلى أمر سابق من القضاء ، وإنما يلجأ المعنى بالأمر مباشر إلى المحضر القضائي للقيـام بالإجراء المطلوب ، و في حالة رفض هذا الأخير لذالك فإن الأمر يعرض إلى رئيس المحكمة ومثال ذالك طلب إثبات الأضرار التي وقعت، و طلب المؤجر مباشرة بعد مغادرة المستأجر للعين المؤجرة، وذالك تمهيدا لرفع

[1] -نبيل إسماعيل عمر : المرجع السابق ، ص136.

دعوى التعويض[1] ، وكذا طلب صاحب العمل إثبات حالة البناء الذي تم تسليمه، تمهيدا لرفع دعوى قضائية ضد المقاول ليطلب منه استكمال البناء وفق بنود العقد ،و تعويضه عن الأضرار التي لحقت به من جراء التأخر في الانجاز.

–الحالة الثانية :حينما تكون الوقائع المطلوب إثباتها ليست وقائع مادية بحتة فإن الطلب يقدم في شكل عريضة إلى رئيس الجهة القضائية مباشرة.

ثانيا **:الأمر بالتخصيص:**

أي تخصيص الدائن لعقار أو عقارات مملوكة لمدينه،و أمر التخصيص نصت عليه المادة 1/941 و التي جاء فيها أنّه على الدائن الذي يريد أخذ تخصيص عقارات مدينه أن يقدم عريضته بذلك إلى رئيس المحكمة التي تقع في دائرتها العقارات التي يريد التخصيص بها.

ثالثا **:الحجز التحفظي :**

تناول المشرع الجزائري في المادة 345 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية السابق الحجز التحفظي على أنه لا يصدر إلا في حالة الضرورة و يستصدر الأمر في ذيل العريضة، غير أنّ المشرع لم يحدد الطلب المقدم من الدائن و لا صيغته لكن العمل القضائي استقر على أنّه إذا أراد الدائن استصداره أن يقدم عريضة مكتوبة إلى رئيس المحكمة التي يوجد بها موطن المدين أو الأموال المراد حجزها في حالة الحجز على المنقول أو محكمة مقر المجلس في حالة الحجز العقاري طبق للمادة 08 الفقرة الأخيرة من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية و تتضمن العريضة اسم ولقب و مهنة و موطن الدائن الحاجز ، و اسم ولقب وموطن المدين المحجوز عليه ثم عرض موجز لسبب الدين و السندات التي تبرر وجود الدين إن وجد فان لم تكن موجودة فالمقدار التقريبي للدين الذي من أجله صرح بالحجز و

[1] –شرفي عبد الرحمن ، المرجع السابق ، ص114.

أخيرا يلتمس الحاجز في آخر عريضته من رئيس المحكمة أن يمنحه أمر بتوقيع الحجز التحفظي على الأموال المراد حجزها ثم يوقع الدائن على هذه العريضة.

رابعا : حجز ما للمدين لدى الغير:

إنّه في حالة إذا لم يكن للدائن سند رسمي يجوز استصدار حجز ما للمدين لدى الغير بأمر من القاضي في ذيل طلب الحجز و في حالة وجود أي أشكال يرجع إلى القاضي طبقا لنص المادة 356 من قانون الإجراءات المدنية . فالمحضر القضائي يبلغ الحاجز و المحجوز لديه بالحضور أمام رئيس المحكمة بتاريخ معين و يقدم المحجوز لديه ما عنده من مبالغ مالية ،و إن كانت المبالغ المالية موجودة أصدر رئيس المحكمة أمر بتخصيص الدين و يأمر المحجوز لديه الذي قد يكون البنك أو مؤسسة مالية أو شخص طبيعي بتسليم المبلغ المحجوز لصالح الدائن الحاجز وليس للمحضر القضائي [1].و إذا كانت المبالغ المالية غير موجودة أمر بصرف الطرفين لما يريانه مناسبا.

خامسا : الأمر على عريضة بتسليم نسخة من حكم التحكيم ممهور بالصيغة التنفيذية :

نصت المادة 453 من قانون الإجراءات المدنية السابق على : " أحكام المحكمين و من ضمنها الأحكام التمهيدية لا يجوز تنفيذها إلا بأمر يصدره رئيس الجهة القضائية بذيل أو بهامش الحكم و يتضمن الحكم الإذن للكاتب بتسليم نسخة رسمية ممهورة بالصيغة التنفيذية".

[1] –بدوي علي ، محاضرة بعنوان إجراءات الحجز ، دورة تكوينية لرؤساء المحاكم من24/28مارس2007،الجزائر.

سادسا : **تسليم نسخة ثانية للنسخة التنفيذية:**

تسلم هذه النسخة في حالة ضياع النسخة التنفيذية الأولى قبل التنفيذ من قبل من صدر الحكم لصالحه وهذا عمل ينص المادة 322 قانون الإجراءات المدنية السابق والتي جاء فيها أنّه لا يجوز تسليم نسخة تنفيذية ثانية إلا بموجب أمر على عريضة[1] .

سابعا : **تعيين خبير أخر :**

يكون ذلك متى رفض الخبير الأول القيام بالعمل الذي كلف به أو حصل له مانع أو تراخي في أداء مهامه و ذلك عملا بالمادة 51-01 من قانون الإجراءات المدنية يجوز استبداله بغيره بموجب أمر يصدره رئيس المحكمة في ذيل طلب العريضة.

ثامنا : **إصدار أوامر التقدير :**

يشمل تقدير مصاريف الدعوى و الرسوم القضائية إذا لم تحدد بموجب الحكم الصادر فيها و ذلك طبقا للمادة266 قانون الإجراءات المدنية االسابق و التي تتضمن أتعاب المحامين و أتعاب الخبراء مصاريف الخبرة المترجم. وفي حالة ما إذا عين القاضي خبيرا في قضية ما، أو بناءا على طلب أحد الخصوم، فلا يمكن للخبير أن يتلقى أتعابه من أحدهما، وإنّما تحدد و تقدر أتعابه و كذا المصاريف التي كلفته بأمر على عريضة، تقدم من الخبير إلى رئيس المحكمة أو رئيس القسم أو رئيس الغرفة، حسب الأحوال، وتجدر الإشارة أنّ أتعاب الخبراء قابلة للاعتراض عليها من طرف هذا الأخير في ظرف ثلاثة أيام من تاريخ تبليغه.

الأوامر على العرائض التي ترمي إلى تحديد إعانة مالية للمفلس وعائلته، أو السماح له بالعمل في الشركة التي تم شهر إفلاسها،وهي الحالة المنصوص عليها في المادة 242 من القانون التجاري ، التي

[1] -مزعزع موسى ، العمل القضائي و الولائي لرئيس المحكمة ، مذكرة التخرج لنيل إجازة التخرج المدرسة العليا للقضاء ، الدفعة السابعة عشر 2009/2006،ص47.

تسمح للمفلس تقديم طلب إلى القاضي لتقدير دخل يضمن معيشة عائلته التي هي تحت الكفالة، وتقدير هذا الدخل متروك للسلطة التقديرية للقاضي الذي يراعي فيه حاجة المعني من جهة، المداخيل المحصلة من النشاط الممارس من جهة أخرى، هذه الحالات وغيرها كثيرة ويلجأ فيها إلى الأوامر على العرائض قبل نشوب النزاع بين الأطراف. أو أثناء سير النزاع كما سبق توضيحه أو بعد انتهاء النزاع.

أولا : شكل و إجراءات تقديم العريضة:

لم يحدّد قانون الإجراءات المدنية شكلا معين و لا حتى البيانات التي تتضمنها العريضة ، كما هو الحال بالنسبة لبعض التشريعات الأجنبية كالتشريع المصري مثلا، فقانون المرافعات المدنية و التجارية في المادة 194 منه، بحيث تلزم المستصدر للأمر على عريضة أن يقدم عريضته مصحوبا بنسخة منها إلى القاضي الآمر [1] ، ولا يشترط أن تكون عريضة الطلب مقدمة من المحامي ،بل يجوز أن تقدم تلك العريضة من شخص عادي ، أما التشريع الجزائري في قانون الإجراءات المدنية فلم يشترط أي صيغة معينة أو شكلا خاصا تقدم به العريضة إلى القاضي الآمر، و كما يؤخذ من المادة 172، فإنّه بإمكان القاضي المختص أن يصدر أمره على عريضة على الشكل الذي يراه مناسبا دون الإخلال بالقانون، و سوف نستعرض ما هو جاري به العمل وما هو متداول في الجهات القضائية ، فلكي يصدر الأمر على عريضة لابد من توافر شروط معينة سواء تتعلق بالاستجابة إلى الطلب أو بعدم الاستجابة إليه.

1/ شروط قبول إصدار الأمر:

-احتمال وجود حق أو مركز قانوني و هنا يتحقق رئيس المحكمة من أن طالب الأمر هو صاحب هذا الحق أو المركز القانوني الذي تحميه قواعد القانون الموضوعية بصورة مجردة[2]

[1] -نبيل إسماعيل عمر ، المرجع السابق ، ص 115.

[2] -شرفي عبد الرحمن ، المرجع السابق ، ص45.

-أن يتأكد رئيس المحكمة من أن المطلوب هو تدبير وقتي أو إجراء تفظي.

- وجود خطر أو احتمال وقوع خطر على هذا الحق أو المركز القانوني.

- أن يتأكد من أن تحقق الهدف من الإجراء المطلوب صدوره و لا يقتضي مواجهة أي انعدام خصومة، و لكي يصدر الأمر على عريضة يتعين تحديد شكلي و محتوى هذه الأخيرة لاستصداره و كيفية تسجيله.

2/عريضة من نسختين متطابقتين :

ويقصد بالتطابق أن تكون البيانات الواردة بكل نسخة متطابقة تمام المطابقة للنسخة الأخرى بمعنى ضرورة التطابق الحرفي للكلمات في النسخة من نسخ العريضة و يتم ذلك بوجود الصياغة و العلة في اشتراط هذا التطابق ترجع إلى أن القاضي يؤشر على النسخة الأصلية التي يتم حفظها مع أصول العقود [1] ، و يجب أن تحمل كل نسخة من العريضة اسم و لقب و صفة صاحبها مع تحديد موطنه الحقيقي أو المختار و تشمل أيضا عرضا موجزا عن وقائع الطلب والأسانيد و تختم بطلب محدد بدقة ، فمثلا تعيين خبير، طلب إجراء محضر قضائي...الخ ، كما يجب أن يؤرخ و توقع من المعني بالأمر أو وكيله الخاص أو ممثله القانوني حجز تحفظي، طلب تعيين.

3/ مرفقات العريضة:

أ / تقديم الإيصال الدّال على سداد الرسوم القضائية لإنشاء حالة الإعفاء القانوني مثل : المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري أو حالة الاستفادة من قرار المساعدة القضائية

ب / المستندات المؤيدة للأمر المراد استصداره : يجب على طالب استصدار الأمر على عريضة أن

[1] -نبيل إسماعيل عمر ، المرجع السابق ، ص49.

يقدم مع صحيفة الأمر كافة المستندات المؤيدة لما يراد استصداره من أمر على عريضة ، و هذه المستندات يقدمها الطالب وهي واجبة التقديم في ذات اللحظة التي تقدم فيها العريض.

ثانيا : سلطة القاضي في إصدار الأمر على العريضة.

إن طلبات إصدار الأوامر تقدم إلى رئيس المحكمة أو من يقوم مقامه عند غيبته أو من يندب لذالك من قضاة المحكمة ،هذا إن كان الطلب مستقلا،أما إذا كان طلب استصدار الأمر على عريضة مرتبطا ومشتقا من دعوى موضوعية منظورة أمام قاضي الموضوع ، فإن طلب إصدار الأمر يقدم إلى قاضي الدعوى الموضوعية تحقيقا لمبدأ(قاضي الأصل هو قاضي الفرع)مع ملاحظة أن الاختصاص بإصدار الأوامر ينعقد دائما لقاضي فرد،وليس لمحكمة بكامل هيئتها.تقديم العريضة إلى رئيس الجهة القضائية المختص نوعيا و محليا و بناءا على سلطة القاضي الولائية التي تتمتع بها في إصدار الأوامر على عرائض ، التي تبني على مجموعة الوقائع المقدمة إليه بواسطة الطالب مع ما يعززها من مستندات مؤيدة يصدر القاضي أمرا إما باستجابة الطلب أو أمر برفضه علما أنّه غير مقيد بميعاد الرد طبقا لقانون الإجراءات المدنية الأمر (154-66 السابق).

حالة الاستجابة للطلب :

عندما يكون الطلب مؤسسا على نص قانوني و مدعما بالوثائق و يهدف إلى اتخاذ إجراء وقائي لا يمس بحق الدفاع سواء قبل نشوء النزاع أو أثناء أو بعد انتهائه يصدر فيه رئيس المحكمة أمرا يحدد فيه بدقة ووضوح الإجراء المطلوب دون تسبيب و دون سماع أقوال الأطراف أي صاحب الطلب و الصادر ضده الأمر ، فبعض الأوامر يجب أن تصدر في غفلة من الخصم و يجب أن يباغت بها مثل حالة الحـجوز كالحجز التحفظي آو التنفيذي حتى لا يمكن تهريب الأمـوال[1] ، و الاستجابة للطلب لا تعني الاستجابة إلى الصياغة الحرفية التي يحررها صاحب الطلب بل يجب

[1] -مزعزع موسى ،نفس المرجع ، من ص49 إلى ص54.

على القاضي أن يصيغ الأمر بالصياغة القانونية المناسبة للإجراء المطلوب إما على نفس العريضة أو بورقة مستقلة ترفق مع أصل العريضة و يوقع الأمر على نسخته النسخة الأولى تبقى محفوظة مع أصول العقود القضائية المختلفة بأمانة الضبط و النسخة الثانية تسلم للمعني أو من له مصلحة في ذلك ، إن الأوامر على عرائض قابلة للتنفيذ فور صدورها إما أثناء مباشرة التبليغ في حالات التي يتطلب فيها التبليغ كحالة الحجز وإما بالتنفيذ مباشرة كحالة المعاينة و عند حصول صعوبة أو أشكال في التنفيذ يرجع إلى رئيس الجهة القضائية الذي اصدر الأمر طبقا للمادة172قانون الإجراءات المدنية.

حالة رفض الطلب:

عندما يكون الأمر غير مبرر أساسا لا بنص قانوني ولا بالوثائق كأن يكون الإجراء المطلوب مثلا يمس بحقوق الأطراف مثل : طلب رفع الحجز بآمر على عريضة أو طلب اعتراض على بيع عقار بأمر على عريضة أو طلب إجراء دراسة قضائية أو يكون الطلب منصبا على أصل الحق المتنازع عليه فانه لا يستجاب للطلب و يوجب القانون على رئيس الجهة القضائية سواء كان رئيس المحكمة أو رئيس المجلس حسب الحالة بإصدار أمر بالرفض مسببا و على نسختين .

النسخة الأولى تحفظ مع أصول العقود المختلفة بأمانة ضبط المحكمة و النسخة الثانية تسلم للمعني إن طلبها.[1]

كما تجدر الإشارة إلى أن الأوامر على عرائض تعتبر عقود قضائية تخضع لرسم ثابت محدد في قانون المالية ومن ثمة فهي تقيد في فهرس العقود المختلفة بأمانة الضبط كباقي العقود الأخرى مع حفظ الأصول و الرسم المدفوع يبقى من حقوق الخزينة يدفع عند عملية التسجيل.

[1] –مزعزع موسى ، نفس المرجع ، ص55.

ثالثا: طرق وإجراءات التظلم في الأوامر على عرائض :

لقد وضح المشرع في المادة172-02 من قانون الإجراءات المدنية القديم، إجراء التظلم في الأوامر على عرائض إذ لم يتم الاستجابة إلى الطلب، ولم يبين للخصم في حالة الاستجابة إلي الأمر طريقة الطعن فيه ، و عليه فالأوامر على عرائض هي أوامر ولائية وليست أحكاما قضائية ومن ثمة فهي كأصل عام لا تخضع لطرق الطعن الخاصة بالأحكام القضائية المعارضة و الاستئناف وإنما تخضع لطريق التظلم[1]، وما يؤكد هذا الاتجاه المادة 944 من القانون المدني التي تنص على أنه في حالة التظلم على أمر التخصيص الذي يصدره رئيس المحكمة على عريضة حيث نصت على انه يجوز للمدين أن يتظلم من الأمر الصادر بالتخصيص ، و التظلم عادة يقدم من طرف الشخص الصادر ضده الأمر أي الخصم و قد يكون من صاحب الطلب عندما لا يستجاب إلى طلبه وهي حالة الأمر بالرفض.

فالأصل العام لأحكام التظلم من الأعمال الولائية يكون من الطرفين أي صاحب الطلب أو الخصم، ويتم ذلك بتقديم عريضة أمام الرئيس مصدر الأمر للعدول عن أمره السابق بالإلغاء، أو بإصدار أمر مخالف، إما برفع دعوى أمام قاضي الاستعجال لطلب إلغاء الأمر المتظلم منه، غير أن المشرع أوجد حد عن هذا الأصل[2] ، و نص صراحة على جواز استئناف الأمر بالرفض بالنسبة لصاحب الطلب و لم ينص على حق الخصم في ذلك عند الاستجابة إلى الطلب، على اعتبار أنّ الأوامر على عرائض يلجا إليها بغرض اتخاذ إجراءات تحفظية مؤقتة لا تمس بحقوق الأفراد، حينئذ عندما لا يستجيب رئيس المحكمة إلى الطلب ينبغي عليه إصدار أمر بالرفض مسببا حتى يتمكن صاحبه من معرفة سبب الرفض، و عندئذ يمكن لصاحب الطلب إما بتقديم

[1] -إن نظام التظلم جاء به الأمر 66-154 المتعلق بقانون الإجراءات المدنية أما بالنسبة لقانون 08-09 جاء بإجراء جديد المتمثل في الاستئناف.

[2] -الفقرة02 من المادة 172قانون الإجراءات المدنية .

تظلم إلى رئيس الجهة القضائية أو استئناف الأمر أمام الغرفة الإستعجالية ، إذا كان الأمر بالرفض صادر عن رئيس المحكمة ، ما عدا في حالتي الأمر المتعلق بإثبات الحالة أو الإنذار فهما غير قابلان للاستئناف[1]

لكن الأسئلة التي تطرح في حالة استئناف أمر بالرفض من صاحب الطلب هي:

ما هي أجال الاستئناف ؟ وهل تسري الآجال من تاريخ صدور الأمر أم من تاريخ تسليمه للمعني أم من تاريخ التبليغ وهو أصلا لا يبلغ؟ أم الآجال تبقى مفتوحة؟

إذا بلغ أمر الرفض فانه تسري عليه أحكام المادة 190قانون الإجراءات المدنية و هي مدة 15 يوم باعتبار أن الأوامر على عرائض هي تدابير استعجاليه و بالتالي تسري عليها آجال الأوامر الاستعجالية.

غير أن المحكمة العليا في إحدى قراراتها الصادرة عن الغرفة المدنية [2] قررت خلاف ذلك و صرحت بأنّ قضاة الموضوع لما صرحوا بقبول استئناف الأمر على عريضة القاضي برفض توقيع الحجز ما للمدين لدى الغير فإنهم خالفوا الأصول العامة في الإجراءات، وذلك في قضية كانت

[1] -شرفي عبد الرحمان، المرجع السابق ، ص.46.

[2] -قرار رقم 776-131 المؤرخ في 1996/03/06 المجلة القضائية لسنة 1996 عدد 01 ص 92 والتي تتلخص وقائعها في ما يلي: تحصلت الشركة الوطنية(ب.م)على حكم صدر في 1984/04/12من محكمة الجزائر مؤيد بقرار من مجلس قضاء الجزائر صدر في1987/02/03.

قضى على الشركة الوطنية(ب م)بدفع مبلغ 110089960 فرنك فرنسي أو ما يعادله بالدينار إلى المطعون ضدها الشركة الفرنسية.

تقدمت المطعون ضدها بعريضة إلى رئيس محكمة عين الدفلة لأجل استصدار أمر على عريضة للإجراء حجز ما للمدين لدى الغير حساب الطاعنة المفتوح في البنك الوطني الجزائري وفي1993/02/08 أصدر رئيس المحكمة أمرا برفض توقيع حجز ما للمدين لدى الغير.

استأنفت المطعون ضدها أمر بالرفض ،فانتهى الاستئناف إلى صدور قرار مؤرخ في 1993/11/07 قضى بقبول الاستئناف وإلغاء الأمر المستأنف والقضاء من جديد بتوقيع الحجز لدى البنك بعد الطعن بالنقض صدر القرار المذكور أعلاه وجاء في حيثياته ما يلي: من الأصول العامة في الإجراءات أنه لا يجوز الاستئناف إلى إلا في الأحكام الفاصلة في المنازعة القضائية ،أما الطعن في الأمر على عريضة فلا يتم إلا بالتظلم أمام نفس الجهة القضائية التي صدر عنها باعتباره من ضمن الأعمال الولائية لما ثبت أن قضاة الموضوع صرحوا بقبول الاستئناف الأمر على عريضة القاضي برفض توقيع الحجز فإنهم يكونوا قد خرقوا الأصول العامة للإجراءات.

مطروحة بين الشركة الوطنية(ب.م) و الشركة الفرنسية، إن موقف المحكمة العليا في الشق المتعلق بعدم جواز استئناف الأمر على عريضة جاء مخالف لنص صريح في قانون الإجراءات المدنية الفقرة الثانية من المادة 172 التي تنص صراحة على إن الأمر بالرفض قابل للاستئناف و ذلك في فيما عدا مادتي إثبات الحالة والإنذار[1].

إن قانون الإجراءات المدنية غير فصيح في هذا الشأن بخصوص التظلم في الأوامر على ذيل العريضة، إلا أن قضاء المحكمة العليا في قرارها المؤرخ في 2003/31/24 ملف رقم 311822 فهرس رقم 928 قد أورد وجوب رفع التظلم أمام قاضي الموضوع ،على عكس ما هو موجود في القانون المقارن الذي يجيز رفعه إلى نفس القاضي الآمر.

الفرع الثاني : النظام القانوني للأوامر على عرائض في ظل القانون الجديد (09-08) المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية:

إن القانون رقم 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية عالج نظام الأوامر على العرائض في قسم خاص تحت عنوان الأمر على عرائض من الفصل الخامس منه تحت عنوان الأحكام الأخرى ، والمشرع الفرنسي(من المادة 493 إلى المادة 497 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية) ، وسنعالج نظام الأمر على عريضة من خلال نصوص قانونية خاصة وصريحة (المادة 310 إلى غاية المادة 312 منه[2]) ، بحيث تبين هذه النصوص القانونية خصائص و مميزات الأمر على عريضة و إجراءات وشكل تقديم العريضة و كيفية الطعن فيها كما تعرض أيضا لفكرة أو قاعدة سقوط الحق وعليه يمكننا القول أن المشرع الجزائري أحسن ما فعل عندما نص صراحة على الأوامر على العرائض كبا قي التشريعات الأخرى ،كالتشريع المصري والفرنسي، وهذا ما سنتعرض له بالتفصيل وفق النصوص القانونية من خلال هذا المطلب.

[1] – قرار رقم2748 المؤرخ في2001/11/06 المجلة القضائية لسنة2001 عدد02،ص 226.

[2] – مزعزع موسى ، المرجع السابق ،ص46.

أولا :خصائص و مميزات الأمر على عريضة:

تنص المادة 310 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية أن" الأمر على عريضة أمر مؤقت ، يصدر دون حضور الخصم ما لم ينص القانون على خلاف ذلك " يفهم من النص المذكور أن للأوامر على عرائض ميزتين أساسيتين تتمثل في:

أ / الأمر على عريضة أمر مؤقت :

إن هذه الخاصية التي نص عليها المشرع الجزائري هي خاصية تتماشى مع طبيعة ودور الأوامر على عرائض الذي يقتصر على مجرد اتخاذ تدابير وقتية لا تستطيع الإرادة الفردية اتخاذها دون إذن القضاء الذي يتأكد من شرعيتها و ملائمتها[1]، كما أن طبيعة الحماية المطلوبة هي حماية وقتية لا تؤدي إلى اكتساب أو إهدار حق موضوعي.

ويقصد بالتأقيت قيام الأمر على وقائع متغير ومتحرك من لحظة لأخرى،لأنه يصدر في نطاق مستقل عن نطاق المنازعة ذاتها ولا يؤدي إلى إنهائها ولا يقضي على الخصومة ، ولا يسفر عن تقرير الحق و إسناده لصاحبه فهو وسيلة لاتخاذ تدبير إجراء لهدف المحافظة على الحق أو الكشف عنه دون المساس بأصل الحق ودون التأثير في جوهره [2] ، باعتبار أن تقديم طلبا لاستصدار أمر على عريضة يترتب عليه أثار بنسبة للحق الموضوعي الذي يصدر الأمر على عريضة بهدف توفير تدبير أو إجراء لحمايته وذلك في الأحوال التي يؤدى فيها الأمر على عريضة هده الوظيفة ،وحتى إذا صدر الأمر على عريضة لصالح طالب استصداره فإن هذا لا يعني أن القاضي قد فصل في حكم بأصل الحق فهدا الحق لم ينازع فيه احد.

[1] – محمود السيد التحيوي ، المرجع السابق ، ص 38.

[2] – محمود السيد التحيوي ،نفس المرجع ، ص38 .

ب /صدور الأمر على عريضة في غيبة الخصم:

الأمر على عريضة يصدر في غيبة الشخص الذي يراد استصدار الأمر في مواجهته ودون السماع له أو منحه حق الدفاع عن نفسه أو تقديم مطالبه ، وذلك لأن الإجراءات في الأوامر على عرائض تتخذ في غيبة الأشخاص ،وفي غير مواجهتهم[1]، فانعدام المواجهة بين الأطراف في إجراءات إصدار الأوامر على عرائض قد يحقق الهدف من صدورها في بعض الأحيان ،كما في حالة الأمر بتوقيع الحجز التحفظي ، إذ يرمي الدائن بالحصول عليه إلى مباغتة المدين بتوقيع الحجز على أمواله قبل أن يقوم بتهريبها،و القانون الجديد سمح للقاضي الآمر أن يستمع إلى مقدم العريضة قبل إصدار أمره ويفهم منه بعض الأمور الغامضة ،و الاستماع إلى مقدم العريضة وشرحه لمطالبه أمام القاضي الآمر لا يجعل الأمر وجاهيا طالما أن من يراد صدور الأمر ضده لم يعلن ولم يستمع إليه، وما يمكن ملاحظته في المادة 310 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية أن المشرع استعمل مصطلح الخصم و ذلك بعبارة " دون حضور الخصم " في حين أن الأمر الصادر لا يترتب عليه نشأة خصومة قضائية فكان على المشرع أن يستعمل مصطلح الشخص الصادر ضده الأمر لأن الأمر على عريضة يصدر بعيدا عن أي نزاع و دون وجود أي خصم ، حيث يصدر قبل أن تثور المنازعة ، حتى وان صدر الأمر على عريضة أثناء منازعة قائمة، فانه يصدر في نطاق آخر مستقل عن نطاق المنازعة ذاتها.

ثانيا : شكل العريضة المقدمة للقاضي:

إن إجراءات إصدار الأوامر على العرائض و شكلها تخضع لنفس الإجراءات الساري العمل بها في الميدان القضائي ، و قد سبق لنا و أن تطرقنا إليها في الفرع الأول من المبحث الثاني لذلك نحاول في هذا الصدد شرح المادة 311 من قانون الإجراءات الإدارية و المدنية ، التي تلزم

[1] –هناك حالات يستدعى فيها الشخص الصادر ضده الأمر كما هو الحال بالنسبة للنسخة التنفيذية الثانية طبقا للمادة603 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، وهذا ما أكدته المادة 310 بقولها ما لم ينص القانون على خلاف ذالك.

الشخص طالب استصدار الأمر بتحرير عريضته من نسختين متطابقتين ،و يجب أن يذكر في العريضة وقـائع الطلب و أسانيده و موطنه المختار للطالب ، ويجب أن تشفع بالوثائق و المستندات المؤيدة لها .

وفي حالة ما إذا كانت العريضة مقدمة في شكل خصومة قائمة يجب ذكر المحكمة المعروضة أمامها الخصومة ، ويجب تقديم هذه المستندات لحظة تقديم العريضة لان القاضي الأمر يقوم بتكوين عقيدته من واقع ما يقدم من أدلة و مستندات كما يقدم أيضا الإيصال الدال على سداد الرسوم القضائية.

- **مضمون العريضة:**

لقد نص المشرع الجزائري في المادة 311 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية على انه يجب أن تكون العريضة معللة و يفهم من ذلك انه يجب أن تشتمل عريضة الأمر على ذكر الوقائع التي يتمسك بها طالب إصدار الأمر والتي يكون من شانها التوصل إلى استصدار الأمر على عريضة[1]. كما يجب أن تتضمن العريضة أسانيد هذه الوقائع أي أسبابها القانونية التي تبرر أحقية طالب الأمر فيما يطلب ، و هذه الوقائع بأسبابها تعتبر هي سبب الإجراء المطلوب اتخاذه بوسيلة الأمر على عريضة ،لان هذا الأمر في نهاية الأمر هو طلب قضائي ، و بما انه كذلك فانه يتكون من عناصر ثلاثة[2]: الأول عنصر شخصي وهو طالب الأمر و المطلوب استصدار الأمر ضده بما لهم من صفات إجرائية و موضوعية، و العنصر الثاني هو موضوع الأمر الذي يتمثل في القرار المراد استصداره ،و المحل الذي يرد عليه هذا القرار ، أما العنصر الثالث و هو سبب الادعاء و السبب هو مجموعة الوقائع المولدة للحق المدعى به و المطلوب حمايته قضائيا، و بطبيعة الحال هذه الوقائع تؤيدها حجج قانونية و واقعية،هذه الحجج هي مجرد وسائل تدعيم لهذه الوقائع، ترجح لدى

[1] – نبيل إسماعيل عمر ، المرجع السابق ، ص119.

[2] – نبيل إسماعيل عمر ، نفس المرجع ، ص120.

القاضي أحقية الطالب فيما يطلب ، مما يبرر حقه على إصدار الأمر المطلوب ، كما يجب العناية بتدعيم كل ذلك بالمستندات المؤيدة لها، لأن الأصل أن القاضي يصدر أمره في غياب الخصم المراد استصدار الأمر في مواجهته ، و كما تجدر الإشارة أن القاضي له كامل السلطة إعمالا لسلطته الولائية على الأمر المطروح عليه فله تقدير ملائمة أو عدم ملائمة إصدار الأمر على عريضة حتى و لو توافرت جميع مقومات إصدار هذا الأمر.

ثالثا : سلطة القاضي في إصدار الأمر.

إنّ للقاضي مطلق السلطة التقديرية في إصدار أو عدم إصدار الأمر المطلوب، و لذلك سنتعرض إلى حالة الاستجابة للطلب وفي الحالة العكسية أيضا إي حالة عدم الاستجابة للطلب.

أ / حالة الاستجابة للطلب :

تنص المادة 312 على أنّه في حالة الاستجابة إلى الطلب يمكن الرجوع إلى القاضي الذي اصدر الأمر للتراجع عنه أو تعديله، و يفهم من نص المادة أن القاضي المختص بإصدار الأمر على عريضة لا يتحرك من تلقاء نفسه و لا يمسك بزمام المبادرة فليس له نشاط ذاتيا أو ايجابيا وانما لابد من الالتجاء إليه لكي يمارس سلطته الولائية، وهو يكون ملزما بالإجابة على الطلب المقدم إليه سواء بالرفض أو بالقبول و إلا اعتبر مرتكبا لجريمة إنكار العدالة[1] ، ولكن ليس معنى ذلك أنّ القاضي المختص بإصدار الأوامر على عرائض و عندما يستعمل سلطته الولائية في إصداره لها أنّه يملك مطلق السلطة التقديرية لأنّ ذلك يتعارض مع الأساس الذي تبنى عليه فكرة السلطة الولائية للقاضي بصفة عامة فهذه السلطة يتمتع بها القاضي إلى جانب العديد من السلطات التي تخول له بحكم طبيعة وظيفته، غير أنّ القاضي المختص بإصدار الأوامر على عرائض في ممارسته لسلطته الولائية عند إصداره لها، يلتزم باحترام القانون ،و يراعي الشروط المتطلبة قانونا لإصدارها ووفقا لما

[1] – محمود السيد التحيوي ، المرجع السابق ، ص 62.

يمليه عليه ضميره [1] ، وكما سبق و ذكره أن الاستجابة للطلب المعني لا يعني الاستجابة الحرفية التي يحررها صاحب الطلب بل يمكن للقاضي أن يصيغ الأمر بالصياغة القانونية [2] ، إن الأوامر على عرائض قابلة للتنفيذ فور صدورها بناءا على النسخة الأصلية كما يمكن أن يكون الأمر على عريضة محلا للمرافعة من جانب القاضي الذي أصدره بهدف تصحيحه من الأخطاء المادية أو الرجوع عنه أو تعديله و ذلك طبقا للمادة 312 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية وذلك وفقا لنظام الأوامر على عرائض.

ب/ حالة عدم الاستجابة للطلب:

تنص المادة 312-02 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية على أنه " وفي حالة عدم الاستجابة إلى الطلب يكون الأمر بالرفض قابلا للاستئناف أمام رئيس المجلس القضائي ، و بناءا على ذلك فطالب الأمر على عريضة إذا ما تقدم إلى القاضي المختص مطالبا إياه بإصدار أمر على عريضة في مسالة معينة ، وقدر القاضي أحقيته في ذلك واستجاب إلى طلبه فهنا تنعدم مصلحته في الطعن بالاستئناف في الأمر الصادر، و إذا لم يستجيب القاضي لمطلبه ، فهنا تتحقق المصلحة و صفة الطالب في استئناف الأمر على عريضة. ومن جهة أخرى و طبقا لنص المادة 312 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية فإنها تمنح الحق بالاستئناف إلا لطالبه أي الشخص طالب الأمر و ذلك في حالة رفض استصدار الطلب، كما يخول له القانون أن يلجأ للقاضي الآمر،في حالة وجود أخطاء مادية أو أي غموض يشوب الأمر،وذالك من أجل تعديل الأمر أو إلغاءه ،إذا تحققت الشروط المطلوبة ، كما تجدر الإشارة أن فكرة جواز المراجعة تعني عدم استنفاذ القاضي سلطته وقوته الولائية بمجرد صدوره الأمر، بل تبقى تلك السلطة نافذة ومستمرة

[1] – نبيل إسماعيل عمر، المرجع السابق ، ص121.

[2] –محمد ابراهيمي ، الوجيز في الإجراءات المدنية(الدعوى القضائية دعاوى الحيازة نشاط القاضي الاختصاص الخصومة القضائية القضاء الوقتي الأحكام طرق الطعن التحكيم) ،ديوان المطبوعات الجامعة ، الجزء الأول ، الجزائر 2000 ، ص 96.

في إصدار الأمر و تعديله، ويكون الرجوع إليه بمقتضى عريضة تكميلية، يبين فيها الشخص الذي يطلب مراجعة الأمر على عريضة المراد تصحيحه أو تفسيره أو إكماله، ويجب أن يبن وجه الخطأ فيه، ويصدر القاضي في خصوص هذا الطلب وذلك وفقا لنظام الأوامر على عرائض، ويقوم بالتأشير على نسخة العريضة السابقة بما يفيد ذلك. وهذا ما جاءت المادة 312 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية في فقرتها الأولى(في حالة الاستجابة إلى الطلب، يمكن الرجوع إلى القاضي الذي أصدر الأمر للتراجع عنه أو تعديل) في حين أن الشخص الصادر ضده الأمر، لا يملك الحق في الاستئناف بل يبقى له حسب رأي اللجوء إلى القضاء لمخاصمة صاحب الأمر عن طريق دعوى قضائية عادية أمام القاضي مصدر الأمر طبقا للقواعد العامة.

نلاحظ أن المشرع في قانون الإجراءات المدنية والإدارية ألزم القاضي بتسبيب أمره سواء كان بالرفض أو الموافقة وإلا كان باطلا، لأنّ أمره يعتبر كحكم قضائي، والأحكام يجب تسبيبها وإلا كانت باطلة، و يقصد بالأسباب ذكر الوقائع والنصوص القانونية التي تحكم تلك الوقائع، وهذا ما يؤكد إلى ذهبنا إليه أن المشرع الجزائري اعتبر الأوامر على عرائض من قبيل الأعمال القضائية التي تحمي الحقوق و المراكز القانونية، ولذلك أوجب القانون المذكور على القاضي أن يسبب أمره على العريضة [1].

رابعا: الطعن في الأمر على عريضة:

إنّ المشرع الجزائري في القانون الجديد لم يساير التشريعات العربية (مصر و لبنان...)،التي جعلت التظلم طريق من الطرق الطعن[2] ،وذلك تماشيا مع النظام القانوني للأوامر على عرائض، فالمشرع الجزائري جعل الاستئناف طريقا للطعن في حالة عدم الاستجابة للطلب، وذلك طبقا

[1] – الفقرة الثانية من المادة 311 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، إذ تنص صراحة على أنه يجب أن يكون الأمر على عريضة مسببا.

[2] – – مزعزع موسى ، المرجع السابق، ص 51 .

للمادة 312 في فقرتها الثانية، وبذلك يمكن القول أن المشرع الجزائري اعتبر الأمر على عريضة عمل قضائي مادام يجوز فيه الاستئناف، كالتشريع الفرنسي الذي يعطي الحق لصاحب الطلب أو للغير في حالة الرفض أن يستأنفه في ظرف 15 يوما تحسب من تاريخ إصدار الأمر[1]، و بتقرير المشرع الجزائري استئناف الأمر على عريضة ، استطاع أن يزيل بعض التساؤلات السابقة التي كانت محل إشكال و هي : آجال الاستئناف و طريقة حسابها و هذا ما سنتعرض إليه بموجب نصوص قانونية.

أجال الاستئناف : إن الإشكال الذي كان مطروحا في نص المادة 172 في القانون االسابق ليس لها معنى في القانون الجديد الذي حدّد آجال الاستئناف و كيفية حسابها، بحيث جعل مدّة الاستئناف في الأمر بالرفض ب :15 يوما يبدأ سريانها من تاريخ إصدار الأمر بالرفض و يكون ذلك أمام رئيس المجلس القضائي و يجب على رئيس المجلس القضائي أن يفصل في هذا الاستئناف في اقرب الآجال و ذلك طبقا للمادة 312 منه.[2]

خامسا: حالات إصدار الأوامر على عرائض:

أشارت المادة 311 من قانون الإجراءات المدنية الجديدة على نفس الحالات المذكورة سابقا في المادة172 من الأمر66-154 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والتي سبق لنا شرحها ، و ما جاء به المشرع في المادة 311 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، وهو يمكن إجراء استجواب في موضوع لا يمس بحقوق الأطراف بناءا على أمر على عريضة، وفي كل الحالات المذكورة و هي إثبات موضوع لا يمس بحقوق الأطراف بناءا على أمر على عريضة، وفي كل الحالات المذكورة و هي إثبات حالة أو توجيه إنذار أو إجراء استجواب تقدم العريضة إلى رئيس

[1] -مزعزع موسى ،نفس المرجع ، ص 52-53.

[2] - مزعزع موسى ،نفس المرجع ، ص53.

الجهة القضائية المختصة ليفصل فيها خلال اجل أقصاه ثلاثة أيام من تاريخ إيداع الطلب و سنحاول ذكر الحالات السابقة و ذكر نصوصها القانونية، وذلك وفق التعديل الجديد.

أ / الحجز التحفظي:

المادة 649 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية تنص على أنّ الحجز التحفظي يتم بناءا على أمر على عريضة يقدم من رئيس المحكمة التي يوجد في دائرة اختصاصها موطن المدين أو الأموال المراد حجزها و يلزم رئيس المحكمة بالفصل في الطلب خلال اجل5 أيام من تاريخ إيداع العريضة لدى أمانة ضبط المحكمة، و يقيد أمر بالحجز التحفظي على العقارات بالمحافظة العقارية التي يوجد بدائرة اختصاصها العقار خلال اجل 15 يوم من تاريخ صدوره طبقا للمادة 652 من قانون الإجراءات الإدارية و المدنية.

ب / حجز ما للمدين لدى الغير [1]:

المادة 667 يجوز للدائن الذي يملك سند تنفيذي أن يحجز حجزا تنفيذيا على ما يكون لمدينه من أموال منقولة مادية كانت أو أسهم أو حصص أرباح في شركات أو السندات المالية أو الديون وحتى لو لم يحل اجل استحقاقها بموجب أمر على عريضة من طرف رئيس المحكمة ،وأما في حالة إن لم يكن سند تنفيذي بيد الدائن ولكن له مستندات ظاهرة يجوز له أن يحجز حجزا تحفظيا على مل يكون لمدينه لدى الغير من الأموال المشار إليها في المادة 667 وذلك طبقا لنص المادة 668 منه[2].

[1] – مزعزع موسى ،نفس المرجع ، ص46.

[2] – مزعزع موسى ،نفس المرجع ، ص47.

ج / الأمر على عريضة بتسلم نسخة تنفيذية ثانية:

المادة 603 الأصل لا تسلم إلا نسخة تنفيذية واحدة لكل من له صفة أو مصلحة في ذلك غير انه في حالة ضياع هذه النسخة يمكن الحصول على نسخة ثانية بموجب أمر على عريضة من طرف رئيس الجهة القضائية بتوفر جملة من الشروط و هي:

-تقديم عريضة معللة.

-استدعاء جميع الأطراف لإبداء ملاحظتهم التي يجب أن تدون في محضر يرفق مع أصل الأمر الذي يستصدره.

-و يجب أن يكون الأمر مسببا.

-تعيين خبير أخر:نص المادة 51 يتبناها نص المادة 132 من قانون إجراءات المدنية و الإدارية.

- حالة الترخيص و الترشيد المادة : 479من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية يمنح الترخيص المسبق المنصوص عليه قانونا المتعلق ببعض التصرفات الولي من قبل قاضي شؤون الأسرة بموجب أمر على عريضة .

- طلب رفع سقوط الأجل : المادة 922 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية أنّه في حالة فوات اجل الطعن بسبب قوة قاهرة أو وقوع حادث أدى إلى عرقلة السير العادي يقدم طلب رفع السقوط إلى رئيس الجهة القضائية المعروض أمامها النزاع يفصل فيه بموجب أمر عريضة وعلى العموم فهناك حالات عديدة و متفرقة في نصوص قانونية مختلفة بحيث استطاع المشرع أن يبين حالات إصدار الأوامر على عرائض بموجب نصوص واضحة لا تدع غموض في إصدارها تماشيا مع طبيعة الأوامر على عرائض.

وما يمكن ملاحظته أيضا في قانون الإجراءات المدنية والإدارية حدد الحالات التي يجب فيها إصدار الأوامر على العرائض ،كما هو الحال بالنسبة للتشريع المصري والفرنسي [1].

المطلب الثاني : تنفيذ الأوامر على عرائض وأثارها القانونية.

لجوء الأفراد إلى القضاء عن طريق وسيلة الدعوى القضائية بهدف الحصول على آمر من طرف القاضي،إزالة عقبة قانونية وضعها المشرع أمامهم ،نتيجة عدم قدرتهم على إحداث أثر قانوني و بناءا على ذلك فإن نظام الأوامر على عرائض يهدف إلى تحقيق مصلحة خاصة للطالب تعجز إدارته عن تحقيقها[2] .

الفرع الأول : تنفيذ الأوامر على عرائض .

إذا اصدر القاضي أمرا بناءا على طلب والأسانيد المقدمة والمحتج بها ،وبعد تسبيب هذا الأمر في اجل ثلاثة أيام من تاريخ تقديم الطلب(حسب المادة 312 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية) ، تحفظ النسخة الثانية من الأمر ضمن أصول الأحكام بأمانة ضبط الجهة القضائية سواء كانت المحكمة أو المجلس ، وتسلم النسخة الأولى لصاحب الطلب ليباشر التنفيذ[3] ، و باعتبار أن الأمر على عريضة هو سند من بين السندات التنفيذية التي أتى بها المشرع في قانون الإجراءات المدنية، فإنه يخضع لمقدمات التنفيذ الذي يخضع له كل سند تنفيذي عقب استخراج نسخة من الأمر على عريضة الموقعة من طرف القاضي.

[1] – مزعزع موسى ،نفس المرجع ، ص48.

[2] – سلام حمزة ، الأوامر على العرائض في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، دار هومة ، الجزائر ، الطبعة الثانية 2013 . ص72.

[3] – سلام حمزة ،نفس المرجع ، ص 73.

- **سقوط الحق:**

يسقط الأمر على عريضة في حالة عدم تنفيذه في أجل معين ، وبما أن الأوامر على عرائض تتضمن صاحب الطلب(طبقا للمادة 312 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية) ، و المشرع الجزائري جعل هذه المدة تقدر ب 03 أشهر ،فإذا لم ينفذ هذا الأمر خلال هذه المدة يسقط ولا يرتب أي أثر(المادة311 قانون الإجراءات المدنية و الإدارية)، وذلك لأن وجه خصمه في أي وقت يشاء، مع احتمال تغير الظروف الداعية إلى إصداره وزوال الحاجة الملجئة إليه، و إذا كان الحكم الغيابي الذي يصدره القضاء بعد تحقيق يبطل ويعتبر كان لم يكن إذا لم يعلن إلى المحكوم عليه ،فأحرى بالأمر على العريضة أن يسقط من باب أولى إذا لم يقدم للتنفيذ[1] ، وسقوط الأمر لعدم تنفيذه لا يمنع من استصدار أمر جديد[2].

الفرع الثاني :الآثار الإجرائية و الموضوعية التي تترتب على استعمال نظام الأوامر على عرائض.

حتى يمكن لنا فهم الآثار المترتبة عن الأوامر على عرائض يجب أن تقسيمها إلى آثار الإجرائية و آثار الموضوعية:

أولا : الآثار الإجرائية التي تترتب عن استعمال نظام الأوامر على عرائض :

يمكن استخلاص الآثار الإجرائية في النقاط التالية:

1/ إن اختصاص القاضي بالأوامر على عرائض هو اختصاص نوعي متعلق بالنظام العام فإذا قدر القاضي أنه غير مختص بإصدار الأمر على عريضة فعلية من تلقاء نفسه أن يحكم بعدم الاختصاص.

[1] – أحمد أبو الوفا ، المرجع السابق ، ص160.

[2] – سلام حمزة ، المرجع السابق ، ص74.

2/ تحدد ولاية القاضي في إصدار الأمر، بتحديد مجموع الوقائع الأساسية التي يؤسس الطالب عليها طلبه في العريضة المقدمة.

3/ نظام تبادل العرائض و الاطلاع على المستندات لا يعرفه نظام الأوامر على العرائض فالمشرع استبعد مبدأ المواجهة طبقا للمادة 310 من القانون 08-09 المتعلق بقانون الإجـراءات المدنيـة و الإدارية التي تنص على أن الأمر على عريضة أمر مؤقت ، يصدر دون حضور الخصم ، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك، لأن الهدف من هذا النظام هو مفاجأة الطرف الصادر ضده الأمر، وبالتالي فجميع المسائل الخاصة بإعلان الأوراق القضائية لا يعمل بها نطاق نظام الأوامر .

4/ قواعد الحضور و الغياب الذي تعرفه القواعد العامة في الخصومة المدنية المتعلقة بالمحاكمة لا تجد مجالا لأعمالها في نطاق نظام الأوامر على عرائض[1]، مثال ذلك : قاعدة الشطب ، أو نظام التأجيل، أو قاعدة التكليف الخصم الغائب ....

5/ لا يترتب على تقديم العريضة أن يكتسب طالب صفة المدعي، ولا أن يكتسب المطلوب إصدار الأمر ضده صفة المدعى عليه بما تتضمنه هذه المراكز القانونية من حقوق و أعباء مختلف.[2]

6/ لا يترتب على تقديم العريضة للقاضي توليد خصومة قضائية لأنّ الخصومة القضائية هي عبارة عن مجموعة من الأعمال الإجرائية المتتابعة زمنيا بهدف تهيئة وسط إجرائي ملائم لإصدار الحكم الحاسم للنزاع، والأصل أن هذه الخصومة يتم انعقادها بمجرد تكليف الخصم و تبليغه تبليغا صحيحا وبما أن نظام الأوامر على عرائض لا يفترض عدم وجود نزاع يراد حسمه، كما انه يفترض عدم إعلان الخصم المطلوب إصدار الأمر ضده فالنتيجة المنطقية هي انه لا يتولد عن تقديم صحيفة الأمر على

[1] – نبيل إسماعيل عمر ، المرجع نفسه ، ص51.

[2] – محمود السيد التحيوي: المرجع السابق ، ص21.

عريضة أية خصومة قضائية ، وبالتالي فان جميع القواعد العامة التي تحكم الخصومة القضائية المدنية لا تجد مجالا لأعمالها بصدد نظام الأوامر على عرائض[1].

كما أن هناك بعض المبادئ الإجرائية التي يجب إحرامها في الدعوى القضائية ،لا تطبق ولا تجد مجالا لتطبيقها في طلبات استصدار الأوامر على عرائض، فلا يطبق الدفع بعدم القبول طلب الأمر على عريضة ،كما لا تطبق أسباب انقطاع الخصومة، ولا تقادمها، كما لا يوجد نظام التدخل أو الاختصام المعمول بهما في الخصومة القضائية، كما أن القاضي لا يتقيد بقواعد الإثبات المقررة قانونا لأنّه يصدر أمرا على اعتبار الملائمة فقط وليس لحسم النزاع ، وإذا رأى القاضي مصدر الأمر دفعا ، أو حالة من الحالات التي تتعلق بالنظام العام فإنه يثيرها من تلقاء نفسه ويرفض إصدار الأمر على عريضة[2] .

ثانيا : الآثار الموضوعية المترتبة على صدور الأمر على عريضة.

1 / يقصد بالآثار الموضوعية تلك التي تحدث في المركز القانوني الموضوعي المتنازع عليه و الحاصل ادعاء بالنسبة له أمام القضاء ، حيازة الحكم الفاصل في النزاع على حجية الشيء المقضي به و من ثمة تقرير و تقوية الحقوق وغير ذلك من الآثار الموضوعية التي تعرفها القواعد العامة في أثار الأحكام القضائية أما الأمر على عريضة عند تقديمها لا يترتب عليها أية أثار بالنسبة للحق الموضوعي لأن الهدف من استصدار الأمر هو توفير تدبير وقتي لحمايته ، و مثال ذلك المطالبة بإصدار أمر على عريضة بتعيين حارس على الأموال فهذا الأمر لا تأثير له على هذه الحقوق الواردة على هذه الأموال. ومن جهة أخرى فالقاضي في بحثه لملائمة و شرعية إصدار الأمر على عريضة لا يطبق قواعد القانون الموضوعي الحاكمة لأصل الحق، لان ذلك لم يطلب منه، و لأن الوقائع المقدمة له بهدف إصدار الأمر لا تسمح له بذلك ، و بما أن الأمر صادر على عريضة يحتوي على قرار ولائي قضائي يسمح

[1] – نبيل إسماعيل عمر ، المرجع السابق ، ص 50 .

[2] – أحمد أبو الوفا ، المرجع السابق ، ص665.

للصادر لصالحه الأمر باتخاذ التدبير الوقتي أو التحفيظي فهو لا يحوز حجية الشيء المقضي فيه، ولا يؤدي إلى اكتساب الحق أو إهداره[1].

2 /الأمر على عريضة لا يترتب عليه خروج الأمر من القاضي ،فهذا يعد أمر منطقي لكون الأمر لا يحوز على حجية الشيء المقضي فيه، فإذا تبين للقاضي وقائع جديدة فيمكن له أن يعدل على أمره الأول ، أو يقوم بتغييره أو تكملته ، وقد نص القانون صراحة في بعض المواد على جواز الرجوع إلى نفس القاضي لطلب تعديل أمره أو النظر فيما قد يثار من إشكالات بشأنه مثل المواد 346-356 من قانون الإجراءات المدنية الأمر 154/66، خلافا للأحكام فبمجرد صدور الحكم تستنفذ المحكمة ولايتها بالنسبة للنزاع فلا يجوز للقاضي العدول عما قضى به كما لا يجوز له تعديل ذلك الحكم أو إحداث إضافة إليه.

و الخلاصة في هذا الشأن هي أن القاعدة العامة في الآثار الموضوعية للأمر على عريضة هي أنّه لا يولد أية أثار تمس الحقوق الموضوعية أو المراكز القانونية الموضوعية.ولهذا فإن حجية الأوامر على العرائض تختلف حسب المسألة التي صدر بشأنها الأمر فإن كانت طبيعتها وقتية قابلة للتغيير بتغير الظروف المتعلقة بها ، كان الأمر الصادر في هذه المسألة بدوره وقتيا قابلا للتغير إذا ما تغيرت الظروف التي صدرت في طلبها ، وبقي الأمر على حاله ما بقيت تلك الظروف على حالها ، ومثال ذالك قد يصدر القاضي أمرا بخصوص تحديد المصاريف القضائية إذا تعذر تحديدها قبل صدور الحكم النهائي حينئذ يكون هذا الأمر مكملا للحكم الموضوعي المنهي للخصومة أي امتدت هذه النهاية إلى تقدير المصاريف القضائية مما يحول دون المساس بها أو العودة إلى مناقشتها وتكتسب بالتالي قوة الأمر المقضي به كما لو كانت قد تضمنها ذاته .وإذا صدر الأمر وكان وقتيا ظلت له حجيته ما

[1] – نبيل إسماعيل عمر ، المرجع السابق ، ص55 .

بقيت الظروف على حالها و من ثم يمتنع القاضي الآمر المساس به سواء بالإلغاء أو التعديل التزاما بعدم تسلطه على ما يصدره من أوامر إلا بناء على تظلم يرفع إليه بالإجراءات المعتادة[1].

[1] – محمودي فاطمة ، الطبيعة القانونية للأوامر على العرائض وأثارها القانونية ، رسالة ماجستير ، جامعة وهران 2001 ، ص112.

الفصل الثاني:

إسقاطات نظام الأوامر على العرائض على قضايا شؤون الأسرة

يتضمن قانون الأسرة النص على العديد من الأوامر على العرائض تتنوع مجالاتها من الزواج إلى أثار الطلاق وصولا إلى الولاية على أموال القصر. [1]

حيث منح المشرع الجزائري لقاضي شؤون الأسرة صلاحية إصدار الأوامر على العرائض بموجب المادة 57 مكرر من قانون الأسرة و المادة 479 قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.

المبحث الأول: التدابير المؤقتة المنصوص عليها في المادة 57 مكرر.

تنص المادة 57 من قانون الأسرة على انه:"يجوز للقاضي الفصل على وجه الاستعجال بموجب أمر على عريضة في جميع التدابير المؤقتة و لاسيما ما تعلق منها بالنفقة و الحضانة و الزيارة و المسكن ".

استحدث المشرع الجزائري هذه المادة بموجب التعديل الذي أورده على قانون الأسرة ،بموجب الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير سنة 2005 و أدرجها ضمن المواد المتعلقة بالطلاق،وبالرغم من ذلك يمكن اعتبارها التأسيس القانوني لاختصاص القاضي في الفصل في التدابير المؤقتة بموجب أمر على عريضة.

وإن كان المشرع لم يحدد المقصود بالقاضي هنا،هل هو رئيس الجهة القضائية أو قاضي شؤون الأسرة؟ و إن كانت هناك عدة قرائن تفيد بان المقصود بالقاضي هو قاضي الموضوع أي قاضي شؤون الأسرة و ذلك لورود النص ضمن قانون الأسرة و لعدم استعمال المشرع صيغة رئيس الجهة القضائية التي اعتاد على إطلاقها حينما يتعلق الأمر برئيس المحكمة أو رئيس المجلس القضائي.

[1] – سلام حمزة ،الأوامر على العرائض في القوانين الخاصة،الجزء الرابع،دار هومة،الجزائر،2015،ص42.

غير أن إصدار المشرع لقانون الإجراءات المدنية و الإدارية و خصوصا المادة 425 منه قد حلت هذا الإشكال، بمنحها لقاضي شؤون الأسرة اختصاص الفصل في الأمور الاستعجالية و التدابير المؤقتة [1].

المطلب الأول :الأمر على عريضة المتضمن منح حق النفقة المؤقتة.

يعد قاضي شؤون الأسرة هو الذي يفصل طبقا لإجراءات القضايا المستعجلة في أي تدبير مؤقت مثل النفقة (سواء تعلقت بالزوجة أو بالأولاد أو بالأصول و غيرهم من الأقارب و المكفولين ...)، وهذا بموجب أمر على ذيل عريضة من المدعي. ويكون الأمر الصادر مشمولا بالنفاذ المعجل بقوة القانون طبقا للمادة 311 /2 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية [2].

الفرع الأول :تعريف النفقة:

إن المقصود بالنفقة هي ما يصرفه الإنسان على زوجته و عياله و أقاربه من طعام و كسوة و مسكن و خدمة، فالمراد بالنفقة الزوجية هي ما تحتاج إليه الزوجة لمعيشتها و كل ما يلزمها من فراش و غطاء وغطاء و أدوات منزلية بحسب المتعارف عليه بين الناس.

ونفقة الزوجة واجبة على الزوج، تعد حكم من أحكام عقد الزواج الصحيح و حقا من الحقوق الثابتة بمقتضى العقد ولذلك تجب و لو كانت الزوجة غنية .سواء كانت متحدة في العقيدة مع الزوج أو مختلفة، لأن سبب الوجوب هو العقد الصحيح، والزوج ملزم بهذه النفقة سواء كان موسر له مال كاف للإنفاق أو كان معسرا ،و مصدر الإلزام بالنفقة:الكتاب ،السنة ،القانون.

[1] – حيتالة معمر ،"إختصاص قاضي شؤون الأسرة بإصدار الأوامر في مادة الإستعجال –عرض لبعض الأحكام الجديدية الواردة في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية "،الدفاع ،وهران ،2013، ص 153.

[2] – لحسين شيخ آت ملويا ، المرشد في قانون الأسرة ،دار هومة ،الجزائر 2015-2016 ، ص196.

من الكتاب:

قال الله تعالى: « وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ... »[1] فقد اوجب إليه نفقة الوالدات و هن الزوجات على المولود له و هو الزوج الذي ينسب إليه الولد.

و قوله جل شأنه: « لِيُنفِقْ ذُو سَعَةٍ مِنْ سَعَتِهِ وَمَنْ قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ لا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْساً إِلاَّ مَا آتَاهَا سَيَجْعَلُ اللَّهُ بَعْدَ عُسْرٍ يُسْراً »[2] .

وقوله تعالى: « أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنتُمْ مِنْ وُجْدِكُمْ وَلا تُضَارُّوهُنَّ لِتُضَيِّقُوا عَلَيْهِنَّ وَإِنْ كُنَّ أُولاتِ حَمْلٍ فَأَنْفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّى يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ... »[3] .

فقد أوجبت هذه الآيات الإنفاق على المطلقات خلال فترة العدة و إذا كانت نفقة المطلقة واجبة علة من طلقها فمن باب أولى أنّ نفقة الزوجة واجبة على من تزوجها.

ومن السنة الشريفة :

مما جاء في قوله–صل الله عليه و سلم– في حجة الوداع :"و اتقوا الله في نسائكم فإنهن عوان عندكم أخذتموهن بأمـانة الله و استحللتم فروجهن بكلمة الله لكم عليهن ألا يوطئن فراشكم احد تكرهونه و لهن عليكم رزقهن و كسوتهن بالمعروف"[4]

وروي في حديث آخر أن رجلا جاء إلى النبي –صل الله عليه و سلم– فقال ما حق المرأة على زوجها فقال –صل الله عليه و سلم–:"يطعمها إذا طعم ،و يكسوها إذا اكتسى ،ولا يهجرها إلا في البيت، ولا يضربها ولا يقبح"

---

[1]. سورة البقرة، الآية 233.

[2]. سورة الطلاق، الآية 7.

[3]. سورة الطلاق، الآية 6.

[4]. سبل الإسلام،ج3 ، ص 218.

و في البخاري و مسلم أن هند بنت عتبة زوج أبي سفيان قالت :يا رسول الله أنّ أبا سفيان رجل شحيح لا يعطيني من النفقة ما يكفيني و يكفي ولدي إلا ما أخذه من ماله بغير علمه،فقال لها رسول الله :"خذي من ماله ما يكفيك و ولدك بالمعروف"[1]

أما قانونا:

فقد نص المشرع الجزائري في قانون الأسرة:"تجب نفقة الزوجة على زوجها بالدخول بها أو دعوتها إليه ببينة مع مراعاة أحكام المواد :78،79،80 من هذا القانون " [2]

وعليه فتجب نفقة الزوجة على زوجها سواء كانت عاملة أو غير عاملة إذا قبل زوجها عملها خارج البيت،و تستحق النفقة بالدخول أو دعوتها إليه مع إثبات ذلك،و سبب استحقاق النفقة بالدخول هو أن الزوجة أصبحت محتسبة لمصلحة الزوج.[3]

و النفقة تشمل الطعام و الكسوة و السكن،و نفقة الزوجة الواجبة لها على زوجها تتناول كل ما تتوقف عليه كفايتها،و هذا عامل شخصي بحت[4].

كما تجب أيضا نفقة الأولاد حتى و إن كان الزواج باطلا،و العبرة في ذلك أن نسب الولد يثبت بالزواج الباطل فكذلك النفقة.

---

[1] - نيل الأوتار ،للشوكاني ،ص 340.

[2] - المادة 74 من قانون الأسرة الجزائري.

[3] - حيث طالما أن الطاعن يقرر من خلال وقائع القضية بأن زوجته كانت خارج بيت الزوجة منذ 28 جوان 2004 نتيجة للنزاع الذي نشب بينهما،فإنه يبقى أمام هذه الحالة ملزما بالإنفاق عليها،لكونها مازالت في عصمته،و تبقى محقة في أن ينفق عليها زوجها (الطاعن) طالما لا وجود لحكم نشوزها كما برر ذلك قضاة الموضوع،الأمر الذي يستوجب رفض الوجه لعدم قانونيته و تبعا لذلك رفض الطعن (ق.م.ع.غ.أ.ش بتاريخ 1 نوفمبر 2008 ملف (رقم 466390.م.ع.ع عد 02 لسنة 2008.ص 319،320

[4] - السعيد مصطفى السعيد ،مدى استعمال حقوق الزوجية و ما تتقيد به في الشريعة الإسلامية و القانون المصري الحديث،مصر،ص209.

النفقة واجبة على الأب لصالح أولاده من الذكور و الإناث و هذا بسبب قصرهم ،أي عدم بلوغهم سن الرشد القانوني و هو تسع عشر سنة ميلادية كاملة، و تسقط النفقة بالاستغناء عنها بالكسب، بمعنى إذا كان الولد ممارسا لعمل يكسبه مالا يكفيه لمعيشته ذكرا كان أو أنثى فلا نفقة له

و تستمر النفقة في حالة العجز عن الكسب بما يجاوز سن الرشد، إذا كان الولد ذكرا أو أنثى مصابا بآفة عقلية أو بدنية تمنعه من الكسب أو مزاولة الدراسة.[1] وكذا بالنسبة للأنثى إذا لم يتزوج و يتم الدخول بها ،أما إذا كانت قد استغنت عن النفقة بالكسب فان نفقتها تسقط.

مع الإشارة بأن الولد ذكرا أو أنثى و لو كان قاصرا إذا كان له مال يكفيه لمعيشته فانه لا نفقة للأب عليه [2] .

الأصل أن الزوجة لا يسقط حقها في النفقة بغض النظر عن حالة الزوج سواء كان موسرا أو معسرا حسب سعته و مقدرته لكن قد تتوافر أسباب لسقوط النفقة على الزوجة منها:

-إذا ثبت بطلان عقد الزواج أو إفساده.

-النشوز و هو خروج الزوجة و تمردها عن طاعة زوجها لأنّ النشوز يفوت حق الزوج في الاحتباس، و النشوز المسقط لحق النفقة لا يكون إلا بحكم قضائي ،كما يعد الامتناع عن الرجوع إلى بيت الزوجية بعد الحكم عليها فهذا يعد نشوزا منها ما لم يكن سبب عدم الرجوع راجع إلى الزوج إذا أصر

[1]- ق.م.ع.غ.أ.ش.م بتاريخ 17 فيفري 1998 ملف رقم179126،إ.ق.غ.أ.ش.ع.خ سنة2001 ص199:حيث أن المنحة منحة المعوق حركيا و عقليا التي تمنحها مصلحة الحماية الاجتماعية بمقدار 2500دج شهريا التي يأخذها الولد لا تعتبر كسبا بل هي مجرد إعانة لا تغطي حاجياته و لذلك فإنها لا تعفي الطاعن من الإنفاق على إبنه،و عليه فالوجه غير مؤسس الأمر الذي يتعين معه رفض الطعن.

[2] – المادة75 قانون الأسرة :"تجب نفقة الولد على الأب ما لم يكن له مال ،فالبنسة للذكور إلى سن الرشد و الإناث إلى الدخول، وتستمر في حالة ما إذا كان الولد عاجزا لافة عقلية أو بدنية أو مزاولا للدراسة و تسقط بالإستغناء عنها بالكسب.

الحكم على الزوجة بالرجوع إلى البيت الزوجية مستقلا أثاثا و معاشا ،إذا لم يوفر الزوج هذا السكن و امتنعت الزوجة عن الرجوع لا يعد نشوزا لأن السبب خارج عن إرادتها.

الفرع الثاني :سلطة القاضي في منح حق النفقة المؤقتة:

النفقة المقصودة هنا هي النفقة الناجمة عن فك الرابطة الزوجية، و التي تعتبر من الآثار المترتبة عنها، فهي الأكثر انتشارا في ساحة القضاء على مستوى أقسام و غرف شؤون الأسرة بمحاكمنا.

ففي حالة امتناع الزوج عن النفقة لفترة طويلة من الزمن خاصة في وجود خلاف بينهما تعبيرا ضمنيا منه عن إرادته في فك الرابطة الزوجية فإنه يحق للزوجة رفع دعوى نفقة مؤقتة أمام القضاء المستعجل و تطلب الحكم عليه بالإنفاق عليها . وهي من حقوق الأبناء على آبائهم.

وتعتبر هذه القضايا من صميم القضاء الإستعجالي في ميدان شؤون الأسرة ،حيث يصدر القاضي بصددها أمرا على عريضة لأنها ذات طبيعة متميزة فهي قضية مستعجلة لا تحتمل الإنتظار إلى حين الفصل في الموضوع لأنها غالبا ما ترفع بطريقة تبعية أثناء النظر في النزاع القائم بين الأطراف [1] .

كما يشترط أن يكون هذا الأمر غير ماس بأصل الحق ،و في حالة يقتضي فيها قيام حاجة المدعي الملحة إلى هذه المبالغ لانعدام مورد آخر للرزق ،وأما عدم المساس بأصل الحق فيقتضي أن تكون النفقة وقتية لا دائمة .و أن يكون حق المدعي و السبب الذي يبني عليه طلبه غير متنازع فيه جديا.

و قد صدر قرار عن المحكمة العليا بتاريخ 19 جانفي 2005 عن غرفة الأحوال الشخصية بالمحكمة العليا،التي قضت :"بأن قاضي الاستعجال مختص بالحكم للزوجة و الأولاد بنفقة قبل الفصل في

[1] – حمليل صالح،إجراءات التقاضي في الزواج و الطلاق،رسالة دكتوراه، غير منشور،كلية الحقوق ، جامعة الجيلالي ليابس،سيدي بلعباس،1998،ص55.

الدعوى من حيث الموضوع.[1] وحتى يصدر القاضي أمرا على عريضة يجب توفر عنصر الاستعجال بشروطه التالية:

1-ثبوت الحاجة الملحة لنفقة مؤقتة:

إن الاستعجال شرط لازم لاختصاص قاضي الأحوال الشخصية بنظر دعوى نفقة مؤقتة، و يتحقق الاستعجال إذا لم يقم المدعي عليه دليل جدي على وجود مورد آخر للمدعي يكسب منه و يرفع عنه الحاجة الملحة، ومتى قام الدليل الجدي على هذا المورد الآخر و على أن المدعي ليس به حاجة ملحة إلى مبلغ النفقة فان القاضي بعدم اختصاصه بنظر الدعوى.

2-أن تكون النفقة وقتية:

ذلك أن عدم المساس بأصل الحق يقتضي أن يكون الطلب منصبا على نفقة موقوتة بمدة معينة إلى أن يحسم في النزاع الأصلي ،أما إذا نصب الطلب على نفقة دائمة فان الأمر ينقلب إلى طلب موضوعي محض إذ يصبح صورة من صور الالتزام بوفاء و هو خارج عن اختصاص قاضي الاستعجال.

3-أن يكون طلب النفقة غير متنازع فيه و جدي:

إذا ظهر للقاضي أن الحق الذي يدعيه المدعي غير مذكور أو كانت المنازعة في شأنه غير قائمة على سند من الجد و يظهر له أيضا من ظروف الحال أن هذا الحق يحتمل التقدير المؤقت للنفقة و أنه ليس ثمة مانع قانوني من الوفاء فإنه يقضي بأمر على عريضة بالنفقة المؤقتة إذا توافر الاستعجال، فإذا كان المدعي عليه ينكر وجود أصل الحق عليه كأن ينكر الأب بنوة أطفاله المطالبين بالنفقة أو ينكر العلاقة الزوجية، عندئذ يتعين على القاضي أن يفحص هذا النزاع من مظاهر المستندات فإذا اتضح أنه يقوم على أساس من الجد قضى بعدم اختصاصه بنظر الدعوى،أما إذا تبين للقاضي أنه لا يستند إلى سند

[1]- مجلة المحكمة العليا 2005 عدد1 ص321.

جدي فإنه يقضي في الدعوى،و عليه يصدر القاضي أمرا بالنفقة المؤقتة لطالبها في مدى أسبوعين على الأكثر من تاريخ رفع الدعوى واجب النفاذ فورا إلى حين الحكم النهائي بالنفقة.

المطلب الثاني: الحضانة المؤقتة.

يحتاج الولد سواء كان ذكرا أو أنثى قبل بلوغه رعاية خاصة إلى جانب تربيته و المحافظة عليه و هو ما يعرف بالحضانة.

الفرع الأول: تعريف الحضانة:

الحضانة لغة هي ضم الشيء إلى الحضن و هي جانب الشيء أي عمقه .[1]

و اصطلاحا هي القيام بتربية الطفل الذي لا يستقل بشؤون نفسه في سن معينة ممن له الحق في ذلك من محارمه[2].

و أما قانونا فقد عرفها المشرع الجزائري طبقا لأحكام المادة 62 من قانون الأسرة بقولها:"الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة و خلقا، ويشترط في الحاضن أن يكون أهلا للقيام بذلك".

انطلاقا من هذا التعريف يمكن القول أن الحضانة بوصفها رعاية للولد يستوي في استحقاقها كونه عاجز عن القيام بشؤونه سواء كانت نتيجة زواج باطل أو صحيح ،و إن كان الحكم ببطلان الزواج ينهي الرابطة الزوجية في الحال،إلا أنه لا يقطع تلك العلاقة القائمة بين الأولاد و الأزواج خاصة عند ثبوت نسبه،و بما أن الحضانة هي تدبير لشؤون الولد و السهر على تربيته يشترط على القائم بها أن

[1] - فضيل سعد ،الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري،الزواج و الطلاق،جزء 1- طبعة 1986 المؤسسة الوطنية للكتاب،الجزائر، ص369.

[2] - محمد محي الدين عبد الحميد، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية،الجزء الأول، ص393.

يكون كامل الأهلية ، و هذا ما اشترطته المادة 62 من قانون الأسرة الجزائري بقولها :"و يشترط في الحاضن أن يكون أهلا للقيام بذلك".

فمن الثابت أن الأولوية في إسناد الحضانة للأم إذا اقتضت مصلحة المحضون ذلك،حيث يشترط في الحاضن القدرة على ذلك ،و على ذلك يجب أن يكون بالغا و عاقلا و حسن السلوك ، و قادرا على تربية المحضون و صيانته و السلامة من كل مرض أو إعاقة يحولان دون اصطناعه بالواجب ، و للقاضي معاينة توفر تلك الشروط عند النطق بحكم الحضانة، و هي في الغالب ما ينبهه إلى ذلك الطرف الآخر في الدعوى[1] .

كما أن النص الجديد أوجد ترتيبا جديدا لمستحقي الحضانة، بأن جعل الأب في المرتبة الثانية بعد الأم مباشرة و بعده تأتي كل من الجدة لأم ثم الجدة لأب ثم الخالة ثم العمة [2] .

مع الإشارة بأن هذا الترتيب ليس ملزما للقاضي الذي باستطاعته أن يعين الحاضن دون مراعاة ذلك الترتيب،و هذا مراعاة لمصلحة المحضون، و ذلك أن تلك المصلحة هي المعيار المعتمد في اختيار الحاضن.

و إذا حكم القاضي بالحضانة فإنه يحكم بحق الزيارة للطرف الأخر و يحدد أيام الزيارة في منطوق حكمه و كذا الساعات المسموح فيها بذلك و كذا مكان ممارسة ذلك الحق.

و يشترط كذلك أن تربي الحاضنة المحضون على دين أبيه دون اشتراط إسلامها لصحة الزواج من الكتابيات لكن إذا كانت الحاضنة تعيش بالخارج فإن هذا يعد سبب من أسباب سقوط الحضانة.

---

[1] لحسين بن شيخ آت ملويا، المرجع السابق، ص202.

قرار المجلس الأعلى ،غ.أ.ش بتاريخ 09 يناير 1984 ملف رقم 31997،م.ق غدد 01 سنة 1989–ص75 القاضي بإسقاط حضانة الحاضنة لفساد أخلاقها و سوء تصرفها يسقط حق اهها حق(الجدة لأم) في الحضانة،لأن الأم التي لا تقدر على كبح جماح إبنتها لا تقدر أيضا على كبح جماح المحضون و مراقبته و تربيته النظيفة ، وعليه فلا الأم تستحق الحضانة و لا أمها كذلك من ناحية الشرع لفقدان الثقة و الأمانة فيهما معا.

[2] – المادة 64 من قانون الأسرة.

و هذا ما قضت به المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 21 جانفي 1995 .إن إقامة الأم بالخارج سبب من أسباب سقوط الحضانة ، و إسنادها للأب لأنه يتعذر على الأب الإشراف على أبنائه المقيمين مع الحاضنة بالخارج و كذا حق الزيارة و هذا لبعد المسافة[1].

لكن يجب أن نشير بأن المسافة لم تعد في وقتنا الحالي بمثابة عائق في التنقل من مكان إلى آخر نتيجة لتطور وسائل النقل و المواصلات الحديثة، و هذا كذلك يدفعنا إلى القول بأنه يجب مراعاة ظروف الأب من جهة، و إمكانيته المادية من جهة أخرى ، و هذا أيضا لا يعفيه من حقه و واجبه المتمثل في رقابته و توجيهه لابنه و ضرورة الإطلاع المستمر بمستجدات هذا الأخير ، و لاسيما إذا كان الولد يتربى في دولة غير مسلمة مما يؤدي إلى تنشأة الولد على نمط مخالف لتقاليدنا و أعرافنا و في حالة تنازع الأبوين على أحقية ممارسة الحضانة و كان أحدهما مقيم بالخارج و الثاني مقيم بالجزائر فإنها تسند للثاني و لو كان غير مسلم، لأن الولد إذا تربى في وطنه فهذا يدفعه إلى الاحتكاك أكثر بأهله و هذا ما قضت به المحكمة العليا في قرارها بتاريخ 02-01-1989 :"من المقرر قضاءا أنه في حالة وجود أحد الأبوين في دولة أجنبية غير مسلمة و تخاصم على الأولاد بالجزائر فإن من يوجد بها أحق بهم و لو كانت الأم غير مسلمة..."[2].

الفرع الثاني :منح حق الحضانة المؤقتة.

إن منح الحضانة يختص به مبدئيا قاضي الموضوع و هذا قبل النطق بالطلاق أو توابعه أو حتى بعد الطلاق فقد يتطلب تدهور حالة الأطفال تدخل من القاضي لحمايتهم .[3]

فقد يقع مثل حالة حجز الطفل رضيع من طرف أبيه و رفض هذا الأخير تسليمه لامه أثناء دعوة الطلاق أو بالعكس فقد يتعرض الأطفال الموجودين تحت حضانة أمهم للإهمال أو الجوع أو سوء

[1] – المحكمة العليا ، غ أ ش 21-11-1995 ،ن ق 1997 عدد 52.

[2] – بلحاج العربي،الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري،جزء1،ديوان المطبوعات الجامعية ص102.

[3] – محمد إبراهيمي ،القضاء المستعجل –الجزء الثاني–ديوان المطبوعات الجامعية 2006،ص122.

المعاملة، ففي هذه الحالات فإن ضرورة اتخاذ تدابير مستعجلة لحماية المحضونين من الأذى يجعل من الضروري اللجوء إلى قاضي الموضوع أو قاضي الأمور المستعجلة(قاضي شؤون الأسرة) لإصدار أمر على ذيل عريضة يعطي الحضانة لرافع الدعوى فعنصر الاستعجال يجب أن يكون قائما يجعل مسألة الحضانة أمرا مستعجلا،أي ترفع دعوى أمام القضاء الداعي موضوعها قائم على نزاع حول حضانة الصغير،وخوفا من إطالة النـزاع و مصلحة الصغير جاز لنفس المحكمة أن تصدر أمرا على العريضة مفاده إسناد الحضانة مؤقتا أي من يراه أهلا لها في انتظار حسم موضوع النزاع من طرف قاضي الموضوع وفقا للمادة 57 مكرر من قانون الأسرة.

و يرى الدكتور محمد إبراهيمي و تأييدا لما هو مقرر في قانون الأسرة الجزائري أن شرط الاستعجال في قضايا الحضانة يجب ربطه دوما بمصلحة المحضون و هو معيار جد مناسب لاختصاص قاضي الأمور المستعجلة الذي يقدر الظروف و يتخذ أفضل السبل لاختصاص قاضي الأمور المستعجلة الذي يقدر الظروف و يتخذ أفضل السبل و أصلحها للحفاظ على مصلحة المحضون.

و هناك تطبيقات قضائية صادرة عن رئيس محكمة تغنيف بتاريخ 09-11-2008 تحت رقم 889/08 بناءا على المادة 57 مكرر من قانون الأسرة الجزائري و الذي يقضي بإسناد الحضانة المؤقتة للبنتين (ج.س) و (ج.أ) لوالدتهما (ع.ر) إلى حين الفصل النهائي في الدعوى المطروحة أمام قسم شؤون الأسرة.

هذا عكس ما كان قبل تعديل الأمر 09/08 المتعلق بقانون الإجراءات المدنية و الإدارية حيث كان يصدر أمر استعجالي صادر عن رئيس المحكمة،و مثال ذلك :أمر استعجالي صادر عن رئيس محكمة باتنة بتاريخ 25-02-1994 تحت رقم 182/94 يقضي بإسناد الحضانة المؤقتة للبنت (ت.م) لجدتها لأب.

نلاحظ أن قاضي محكمة باتنة قضى في طلب الحضانة المؤقتة بموجب أمر استعجالي في حين أن قاضي محكمة تغنيف قضى فيه بموجب أمر على عريضة و هذا بناءا على المادة 57 مكرر من قانون الأسرة و التي أدخلت في التعديل الأخير لقانون الأسرة هذه المادة،و التي تعتبر أمر إسناد الحضانة المؤقتة هو من حالات الاستعجال التي يجب الفصل فيها على وجه السرعة و هذا بموجب أمر على عريضة بدلا من أمر استعجالي كما كان ساري به العمل قبل تعديل الأسرة سنة 2005.

المطلب الثالث: الأمر على عريضة المتضمن حق الزيارة المؤقتة.

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

الفرع الأول :حق الزيارة كأثر من أثار الطلاق .

لقد نص المشرع الجزائري على حق الزيارة في الشطر الثاني من المادة 64 من قانون الأسرة عند حكمه بفك الرابطة الزوجية يحكم أولا بإسناد الحضانة إلى صاحبها سواء أكانت الأم أم غيرها لكن غالبا ما تكون الأم باعتبارها الأولى رعاية لمصلحة المحضون ،بعدها يحكم تلقائيا بحق الزيارة للطرف الآخر حتى و لو لم يطلب منه ذلك فإذا احكم مثلا بإسناد الحضانة إلى الأم يحكم تلقائيا بحق الزيارة للأب لتمكينه من رؤية ابنه المحضون المبعد عنه ، و تكون الزيارة لأوقات محددة و بأماكن معينة في نفس الحكم.

غير أن المشرع الجزائري لم يحدد مفهوم الزيارة ولا شروطها و لا حتى الحالات التي تسقط فيها، كما أنه لم يحدد الأشخاص الذين يحق لهم طلب زيارة المحضون، فهل هي حق ممنوح للوالدين فقط دون غيرهما كالجد و الأعمام مثلا ؟[1]

[1] – فضيل العيش ،شرح وجيز لقانون الأسرة الجديدة،طبعة 2008-2007 ،ص 63

قد استقر القضاء على إعطاء حق الزيارة عن طريق القضاء الاستعجالي بصفة مؤقتة إلى أحد الوالدين الذي لا يحضن الولد ، و هذا راجع إلى تعسف أحدهما في استعمال حق الحضانة و منعه للطرف الآخر من رؤية أبنائه.

الفرع الثاني: الأمر على عريضة المتضمن حق الزيارة المؤقتة.

فحق الزيارة حق يتمتع به خاصة الوالدين، و في حالة منع أحد الأولياء للأخر من رؤية أبنائه فإن هذا التصرف يؤدي إلى إحداث عقبة مادية لإزالتها لابد من منازعة قضائية،أي أن طلب الزيارة هو طلب يرفع من أحد الوالدين إلى القضاء الاستعجالي لتمكينه من رؤية و زيارة أبنائه ريثما يفصل قاضي الموضوع نهائيا النزاع المرفوع أمامه، و هو المبدأ الذي تبناه معظم القضاة في محاكمنا خاصة مع الغموض الوارد في نص المادة 57 مكرر من قانون الأسرة التي لم تبين من هو القاضي المختص بإصدار الأمر على ذيل عريضة في قضايا الزيارة المؤقتة، و قد قررت المحكمة العليا هذا المبدأ في أحد قراراتها.

و قد أقرت المحكمة العليا في احد قراراتها:

أولوية الأم و الأب لربط صلة الرحم من أولويات الاستعجال إذا نشأ نزاع بين الطرفين و نتج عنه انتشال حق الزيارة و طرح الأمر على العدالة في شكل طلب مستعجل فالرفض لعلة أنه غير مستعجل هو خطأ في تصنيف الأمور المستعجلة وقد ذهبت المحكمة العليا إلى أبعد من ذلك و أكدت بأنه يجوز إصدار أمر مستعجل فيما يخص الزيارة حيث جاء قرارها المؤرخ في 30-04-1990 صادر في ملف رقم 79891 عن غرفة الأحوال الشخصية .[1]

[1] - – المحكمة العليا قرار مؤرخ في 30-04-1990 ملف رقم 79891 غ.أ.ش.م ،م.ق ،عدد 1992 /01 :أقرت على انه"إذا كان غياب الولد عن أمه يؤتى به عن طريق أمر إستعجالي أو عن طريق أمر من وكيل الجمهورية فكيف يرفض طلبها بمقولة عدم الاختصاص في تحديد مكان الزيارة الذي لا علاقة له بالحضانة بل هو مجرد إجراء يرمي إلى تمكين الأم من رؤية ولدها لزمن محدد ثم يرجع الولد لحاضنه ".

المطلب الرابع :الأمر على عريضة المتضمن منح حق المسكن لممارسة حق الحضانة المؤقتة.

إن الزوج ملزم بتوفير سكن ملائم لزوجته و أولاده و هذا يدخل ضمن النفقة الواجبة عليه اتجاه عائلته،فالسكن ضرورة أساسية من ضرورات المعيشة الصحية السوية ،وهو سكينة الأسرة و استقرارها و مكان راحة أفرادها و الملجأ من تعب الحياة و كدها ، و الطفل يتلقى ما يلزمه من احتياجات مادية و معنوية داخله،فالسكن هو عنصر جوهري من عناصر ضمان الكرامة الإنسانية.

الفرع الأول: تعريف المسكن:

يقصد بالمسكن المكان الثابت و المخصص بصفة دائمة للسكن ، و يعرفه الأستاذ بن رقية بن يوسف أنه ذلك المحل الذي يستعمل في النهار و الليل للسكن و الاستراحة أو الاستحمام و هو المأوى بصفة عامة.

إن للمرأة قانون حق البقاء و الرجوع في الأمكنة غير أن الواقع العملي خاصة الأعراف التي لها قوة القانون بالتقريب ببلادنا تدفع المرأة إلى ترك المسكن الزوجي بمجرد الطلاق و قبل انقضاء العدة بل حتى المطلقة الحاضنة تطرد من المسكن مع محضونها .[1]

فقد تبنى المشرع الجزائري مبدأ عدم خروج الزوجة في فترة عدتها من طلاق أو وفاة من المسكن الزوجي و ذلك في نص المادة 61 من قانون الأسرة :"لا تخرج الزوجة المطلقة أو المتوفى عنها زوجها من المسكن العائلي ما دامت في عدة طلاقها أو وفاة زوجها إلا في حالة الفاحشة المبينة و لها الحق في النفقة في عدة الطلاق".

[1] – مقال الدكتور طيب لوح ،إشكالية تطبيق بعض أحكام قانون الأسرة في غياب الحماية القانونية الجزائية و الإجرائية،العدد 3 سنة 2000 ،ص261.

الفرع الثاني: حق المسكن لممارسة حق الحضانة المؤقتة.

لقد أقر المشرع الجزائري في التعديل الأخير لقانون الأسرة بموجب الأمر رقم 02-05 في محال أيلولة المسكن الزوجي بحالة فك الرابطة الزوجية عملا بالمادة 72 من قانون الأسرة فإنه في حالة الطلاق على الأب أن يوفر لممارسة الحضانة سكنا ملائما للحضانة و إن تعذر ذلك وجب عليه دفع بدل الإيجار.

فضمان مسكن للحاضنة أمر ضروري و هو من حالات الاستعجال التي تتطلب اتخاذ تدابير مؤقتة وسريعة وهو ما أكدته المادة 57 من قانون الأسرة و الأمر الصادر في هذه الحالة هو أمر على ذيل عريضة.

المبحث الثاني: الأوامر على العرائض في مجالات مختلفة.

لم تنحصر الأوامر على العرائض في شؤون الأسر فقط على التدابير المؤقتة المنصوص عليها في المادة 57 مكرر من قانون الأسرة بل تعدتها إلى أوامر أخرى.

المطلب الأول: الأمر على عريضة المتضمن الترخيص بتعدد الزوجات.

لقد نال موضوع التعدد قسطا كبيرا من اهتمام المشرع الجزائري من خلال التطرق إليه في أكثر من موضع في قانون الأسرة الجزائري، مسايرا بذلك اتجاه حركة التقنين في التشريعات العربية الحديثة إلى استخلاص بعض القواعد التي تنظم الأسرة ،و إصدار تشريع بها.

الفرع الأول:الأساس القانوني.

يجد هذا الأمر على عريضة أساسه في نص المادة 8 فقرة 03 من قانون الأسرة [1] ،فالمشرع الجزائري قد أقر مبدأ تعدد الزوجات عملا بأحكام الشريعة الإسلامية التي تبيح التعدد بشرط ألا يزيد على أربع ، و أن يلتزم الزوج بالعدل و يستطيع النفقة على زوجاته بعددهن.

و نظرا للضغوط الكبيرة الممارسة من قبل المطالبين بالمساواة بين الرجل و المرأة بالإضافة للظواهر السلبية الناجمة عن غياب الوازع الديني و التربية الإسلامية الصحيحة لمن يقدم على التعدد،بحيث في أغلب حالات التعدد يتم الاهتمام بشؤون الزوجة الثانية و أبنائها في مقابل إهمال الزوجة الأولى و أبنائها أو العكس ،لذلك كان إلزاما على المشرع التدخل بإضافة شروط أخرى لم تأتي بها الشريعة الإسلامية ،وذلك في آخر تعديل طال قانون الأسرة بموجب الأمر رقم 02/05 المؤرخ في 27 فبراير

[1] – تنص المادة 08 قانون الأسرة"يسمح الزواج بأكثر من زوجة واحدة في حدود الشريعة الإسلامية متى وجد المبرر الشرعي و توفرت شروط و نية العدل يجب على الزوج إخبار الزوجة السابقة و المرأة التي يقبل على الزواج بها أن يقدم طلب الترخيص بالزواج إلى رئيس المحكمة لمسكن الزوجية يمكن رئيس المحكمة أن يرخص بالزواج الجديد إذا تأكد من موافقتها و أثبت الزوج المبرر الشرعي و قدرته على توفير العدل و الشروط الضرورية للحياة الزوجية".

2005، بإضافة شرط أعلام الزوجة الأولى بالرغبة في التعدد و منحها حق التطليق للضرر إذا لم يتم احترام هذا الشرط ،و أهم إضافة تتمثل في جعل المسألة برمتها مرتبطة بالحصول على ترخيص من رئيس المحكمة،و ذلك عن طريق الحصول على أمر على عريضة .

لا يعد المشرع الجزائري سباقا في العمل على تقييد مسألة تعدد الزوجات و إنما يعد متأخرا بعض الشيء مقارنة مع أغلب التشريعات العربية التي تحت نفس الضغوط، كانت مدفوعة إلى إيجاد حل وسط دون الخروج عن أحكام الشريعة الإسلامية بشكل تام.

فباستثناء المشرع التونسي الذي كان حاسما في توجهه نحو منع التعدد منذ البداية، وتجعل من فعل من يقوم بالتعدد فعلا مجرما تصل عقوبته السجن[1] ،بينما التشريعات في الدول العربية الأخرى لجأت إلى تقييده، ففي المغرب حاولت مدونة الأحوال الشخصية الجديدة الصادرة بتاريخ 02 فبراير 2004 بموجب القانون رقم 70/03 التقييد أكثر ما يمكن ،فنص الفصل 40 على منع التعدد في حالة وجود تخوف من عدم العدل بين الزوجات ،كما يمنع التعدد في حالة وجود شرط من الزوجة بعدم التزوج عليها .

يظهر جليا من هذه المادة أن القاعدة في القانون المغربي هي منع التعدد و الاستثناء إمكانية التعدد،كما ينص الفصل 41 على وجوب توفر شرطين في الطالب ،وهما :

-إثبات المبرر الشرعي.

-إثبات الطالب توفره على الموارد الكافية في إعالة الأسرتين.

وأهم ما جاءت به المدونة الجديدة يتمثل في الحقوق التي منحت للزوجة المراد الزواج عليها و تضمنتها الفصول 43،44،45 و هي على النحو التالي :

[1]- سلام حمزة ،المرجع السابق ،ص45.

-الحق في الإعلام

-الحق في تقديم أوجه الدفاع بحيث تتم مناقشة الطلب في غرفة المشورة بحضور الطرفين

-الحق في المطالبة بالتطليق :فإذا ثبت للمحكمة من خلال المناقشات تعذر استمرار الحياة الزوجية، وأصرت الزوجة المراد التزوج عليها على المطالبة بالتطليق فإن المحكمة تقوم بتحديد مبلغ من المال يكون كافيا لاستيفاء كافة حقوق الزوجة و أولادها.

بينما المشرع الجزائري فهو على غرار العديد من التشريعات العربية قيد من حق التعدد و قد جاءت صيغة المادة 8 ملمة بكل الشروط و يمكن حصرها فيما يلي :

1-أن يكون التعدد في حدود الشريعة الإسلامية، أي عدم تجاوز عدد أربع زوجات و عدم الجمع بين المرأة و أختها أو عمتها أو خالتها من النسب أو الرضاع .

2-أن يوجد مبرر شرعي للتعدد و هنا يلاحظ أن المشرع لم يبين ما المقصود بالمبرر الشرعي و تركه لتقدير القاضي ،و هو ما يجعل الشرط من دون أية أهمية [1]كون موضوعه غير وارد في القانون و لا يوجد له أساس في الشريعة الإسلامية التي تعد من أهم مصادر قانون الأسرة .

3-قيام الزوج بإعلام الزوجة السابقة و زوجته اللاحقة برغبته في التعدد.[2]

4-الحصول على موافقة الزوجة الأولى و السابقة على التعدد و ذلك في حالة ما إذا كان هنالك شرط ضمن عقد الزواج يمنع الزوج من التعدد، وهو ما يستفاد من نص المادة 19 من قانون الأسرة.

5-الحصول على موافقة الزوجة المراد الزواج بها كزوجة ثانية و هي مسألة مكملة لحق الإعلام.

[1] - سلام حمزة، نفس المرجع، ص 49.

[2] -كما أن اجتهاد المحكمة العليا في قرارها بتاريخ 19-01-2005 أصر على رضا الزوجة بالتعدد بقولها :"لا يكفي لرفض دعوى التطليق من أجل الضرر ،علم الزوجة بزواج زوجها من إمرة أخرى، ويجب إثبات رضاها بهذا الزواج".

6-توفر شروط أو نية العدل ،تتمثل شروط العدل في المقدرة على التعدد سواء كانت مالية أم غيرها و بالنسبة لنية العدل فهي مسألة باطنية يستحيل على رئيس المحكمة إدراكها و إنما بإمكانه تقديم مدى استعداد الزوج للعدل بين زوجته في حال تحصل على الرخصة

7-أن يحصل الزوج الراغب في التعدد على ترخيص من رئيس المحكمة، و يكمن الهدف من ذلك في ضمان توفر الشرط الذي من أجله أقر الله تعالى تعدد الزوجات ، و شرط حماية الزوجات من ظلم زوج غير عادل، و يكون ذلك بأن يبحث رئيس المحكمة المعروض عليه الطلب ،عن مدى قدرة الزوج على تحقيق العدل بين الزوجات ، وإذا كان من الصعب جعله شرط قانوني لكون العدل في المقام الأول أمر معنوي لا يمكن التحقق منه إلا بالممارسة، فإن رئيس المحكمة يستطيع الاقتراب من مسالة العدل بالتدخل لبحث قدرة الزوج على الإنفاق على أكثر من زوجة و بهذا تكون القدرة على النفقة هي المقاس الذي يعتمده رئيس المحكمة في منح الإذن بالتعدد أو منعه.

الفرع الثاني: شروط قبول طلب الإذن بتعدد الزوجات.

يمكن تقسيم هذه الشروط إلى شروط شكلية و أخرى موضوعية:

1- ***الشروط الشكلية:***

يقدم الطلب في شكل عريضة من نسختين ،يبين فيها الطلب بوضوح مع عرض لفر الشروط التالية:

-تثبت الصفة في تقديم الطلب للزوج الراغب في التعدد

-يؤول الاختصاص إلى رئيس المحكمة الكائن بدائرة اختصاصها موطن مسكن الزوجية.

-ويطرح تعيين المشرع لمسكن الزوجية لتحديد الاختصاص الإقليمي العديد من الإشكالات في حالة ما إذا كان الطالب متزوجا بامرأتين أو بثلاثة و يريد الزواج بالثالثة أو الرابعة و كان لكل واحد من

زوجاته السابقات مسكن منفرد بها في مكان مختلف ،فما هو المسكن الذي يؤخذ بعين الاعتبار في هاته الحالة، فكان من الأفضل على المشرع أن ينص على موطن الطالب لتجنب الإشكالات [1].

2-الشروط الموضوعية :

-إثبات أن الطالب له القدرة للإنفاق على الزوجة الأولى و الزوجة الثانية أو الثالثة أو الرابعة حسب الحالة،وذلك بتقديم ما يثبت أن له من الموارد المالية ما سيمكنه من ذلك.

-عدم وجود شرط ضمن عقد الزواج يمنع الزوج من التعدد ،عملا بأحكام المادة 19 من قانون الأسرة و ما لم تحضر الزوجة الأولى و تعبر صراحة على موافقتها على التعدد رغم وجود الشرط المانع له صلب عقد الزواج.

-استدعاء الزوجة الأولى و الثانية و الثالثة حسب الحالة لحضور من أجل ضمان حقها في الإعلام الوارد النص عليه صلب الفقرة 02 من المادة 08 السالفة الذكر.

-حضور المرأة التي يقل الطالب الزواج بها أمام رئيس المحكمة لضمان حقها هي الأخرى في الإعلام ، و التأكد من موافقتها على التعدد.

-تقديم الزوج المبرر الشرعي الذي دفعه للرغبة في التعدد ، وهي مسألة يستحيل حصرها و تخضع برمتها للسلطة التقديرية لرئيس المحكمة المعروض عليه الطلب.

المطلب الثاني :الأمر على عريضة المتضمن الترخيص للقصر بالزواج.

كانت المادة 7 من قانون الأسرة قبل تعديلها تنص على ما يلي :"تكتمل أهلية الرجل في الزواج بتمام 21 سنة ،و المرأة بتمام 18 سنة ،و للقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة او ضرورة "

[1]- سلام حمزة، المرجع السابق، ص51.

و نجد بأن النص الجديد قام بالتوحيد بين الرجل و المرأة بخصوص الأهلية و هي بلوغ 19 سنة كامل و التي أصبحت مطابقة للأهلية المدنية المنصوص عليها في المادة 40 من القانون المدني.

الفرع الأول: تعريف القاصر.

القاصر لغة :بكسر الصاد من قصر عن الشئ إذا تركته عجز ،أو عجز عنه و لم يستطعه، و هو العاجز عن التصرف السليم [1].

أما شرعا :فقد أجمع فقهاء الشريعة الإسلامية على أن مرحلة الطفولة تبدأ من لحظة تكوين الجنين في رحم أمه لقوله تعالى :"...في الأرحام ما نشاء إلى اجل مسمى ثم نخرجكم أطفالا "[2].

حيث جعلت الشريعة الإسلامية من بلوغ الحلم أية لنهاية مرحلة الطفولة،و علامات البلوغ عند الذكور هي الاحتلام و الإحبال ،و أما علامات البلوغ عند الإناث فهي الحيض و الاحتلام و الحبل، و إذا لم تظهر علامات البلوغ الطبيعي على الطفل ، فقد اجمع الفقهاء على تحديد سن معينة كنهاية لمرحلة الطفولة ،فيقدر هذا البلوغ الطبيعي ببلوغ 15 سنة عند جمهور الفقهاء.

و عليه يعرف الطفل في الفقه الإسلامي كما يلي :"الإنسان منذ لحظة صيرورته جنينا في رحم أمه حتى البلوغ ،فإذا لم تظهر عليه علامات البلوغ يظل الإنسان طفلا حتى بلوغه سن 15 عاما حسب رأي جمهور الفقهاء المسلمين"[3].

---

[1] - قديري سوسن،الكفالة على ضوء قانون الأسرة الجزائري ،مذكرة ماستر في القانون الدولي و حقوق الإنسان ،جامعة محمد خيضر،بسكرة 2014-2015، ص13.

[2] – سورة الحج الأية :5.

[3] - بن عصمان نسرين إيناس ،مصلحة الطفل في قانون الأسرة الجزائري،مذكرة ماجستار في قانون الأسرة المقارن ،جامعة أبي بكر بلقايد،تلمسان 2008-209 ، ص16.

المدلول القانوني للطفل القاصر :

جاء في نص المادة 40 من لقانون المدني الجزائري [1] تحديد معنى القاصر :"كل شخص بلغ سن الرشد متمتعا بقواه العقلية ،و لم يحجر عليه يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية،وسن الرشد تسع عشر سنة كاملة " وذلك لان حياة الفرد تنقسم إلى مرحلتين الأولى يكون فيها قاصرا و الثانية يكون فيها راشدا ،تبعا للتقدم الجسماني و العقلي للإنسان .

وعليه فمفهوم القاصر في القانون المدني إشتمل مما قصده المشرع في المادة 07 من قانون الأسرة الجزائري حيث ركز المشرع في قانون الأسرة الجزائري على الطفل القاصر مستبعدا المحجور عليهم لعلته أو جنون أو سفه.

الفرع الثاني :منح القاضي الترخيص للقاصر بالزواج.

قبل التطرق إلى الشروط يجب معرفة ما هو الزواج؟

فبالرجوع إلى المادة 04 من قانون الأسرة الجزائري نجده استعمل كلمة زواج و النكاح، حيث تنص على :"الزواج هو عقد رضائي يتم بين رجل و امرأة على الوجه الشرعي من أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة و الرحمة و التعاون و إحصان الزوجين و المحافظة على الأنساب "

الزواج شرعا هو عقد يفيد حل استماع كل من الزوجين بالآخر على الوجه المشروع [2]،وعليه فالسن القانوني للزواج هو 19 سنة كاملة ،وهذا ما نصت عليه المادة 7 من قانون الأسرة الجزائري :"تكتمل أهلية الرجل و المرأة بتمام 19 سنة ،و للقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة،

[1] - الأمر 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني المعدل و المتمم،الجريدة الرسمية العدد 78 المؤرخة في 30سبتمبر1975.

[2] -أحمد فراج حسين، أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية،الدار الجامعية 1988،ص16.

ومتى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج يكتسب الزوج أهلية التقاضي فيما يتعلق بآثار عقد الزواج من حقوق و التزامات ".

لتكوين الملف لابد من طرح الوثائق التالية:

- طلب مكتوب من ولي الأنثى أو الذكر المؤرخ و موقع منه.

- شهادة ميلاد المعني(ة) بالإعفاء.

- طابع جبائي .

- شهادة طبية تثبت أهلية القاصر للزواج فيزيولوجيا.

المطلب الثالث:الترخيص للقاصر المميز في التصرف في بعض أمواله.

يعتبر السماح للقاصر بالتصرف في أمواله قبل بلوغه السن القانونية المتمثلة في 19 سنة طبقا للمدة 40 قانون المدني ،وسيلة تساهم في تدريبه و تعليمه من الناحية التطبيقية .فمادام أن المشرع قد سمح بترشيد القاصر بالزواج طبقا للمادة 7 قانون الأسرة،فمن باب أولى أن يكون هناك ترشيد في المال.

الفرع الأول:المقدم.

المقدم هو الشخص المعين من طرف المحكمة لتولي الولاية على أموال القاصر عديم الأهلية أو ناقصها في إحدى الحالات التالية:

1- إذا لم يوجد ولي شرعي للقاصر.

2- إذا سحبت الولاية الشرعية من الولي مؤقتا أو بصفة نهائية.

3- إذا لم يقبل القاضي الوصي المعين من طرف الولي لعدم توافر الشروط المقررة قانونا .[1]

الفرع الثاني: ترشيد القاصر في قانون الأسرة للتصرف في بعض أمواله.

تنص المادة 84 من قانون الأسرة على أنه :"للقاضي أن يأذن لمن يبلغ سن التمييز في التصرف جزئيا أو كليا في أمواله ،بناء على طلب من له مصلحة ،وله الرجوع في الإذن إذا ثبت لديه ما يبرر ذلك".

من خلال النص ،يتضح أنه يجوز للقاضي ان يأذن للقاصر الذي يبلغ سن التمييز و هو 13 سنة أن يتصرف في أمواله الخاصة بناءا على طلب من له مصلحة ،وهو ما يسمى بالترشيد.

و طبقا لنص هذه المادة،لا يمكن أن يستفيد القاصر من الأذن بالتصرف في أمواله كلها أو جزء منها إلا وفق الشروط التالية:

1- يجب أن يبلغ القاصر سن لتمييز و هو 13 سنة ، فالشخص ببلوغه هذه السن بحسب المادة 84 قانون الأسرة يصبح له القدرة على حسن التصرف و الإدارة ،لكونه يفهم معنى التصرفات من بيع و شراء و إيجار... .

2- أن يقدم الإذن للقاصر بالتصرف أمام قاضي شؤون الأسرة، و من طرف كل شخص له مصلحة في تصرف القاصر بأمواله ،والذي يكون إما وليه أو وصيه باعتبارهم أصحاب الشأن في رعاية القاصر و رعاية أمواله .[2]

3- أن تظهر في القاصر علامات القدرة و حسن التصرف ،ويرجع تقدير ذلك إلى القاضي بحيث يقوم هذ الأخير بإجراء تحقيق كامل حتى يتأكد من قدرة و استعداد القاصر لمباشرة تلك التصرفات، لأنه ليس كل شخص بالغ سن التمييز قادرا على تحمل ما يتحمله الشخص البالغ.

[1] - الطيب زروتي،الكامل في العرائض القضائية في شؤون الأسرة ،الجزائر2010،ص222.

[2] - الغوثي بن ملحة، قانون الأسرة على ضوء الفقه و القضاء، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر 2005،ص 20

ويقتصر هذا الإذن على التصرفات الدائرة بين النفع و الضرر ،ولا بإذن القاضي بها إلا إذا تأكد من كون ذلك التصرف لا يضر بناقص الأهلية، و إذا ثبت للقاضي بأن التصرف يضر بمصلحة القاصر فإنه باستطاعته التراجع عن الإذن ،ويكون ذلك بناءا على من له مصلحة أو بناءا على طلب النيابة العامة أو أحد أقارب القاصر الذي يتفطن لتواطأ الولي أو الوصي مع الغير أو سوء نيته أو رغبته في الاستحواذ على أموال القاصر المميز، و تكمن سلطة قاضي الأحوال الشخصية في إصدار الأمر على عريضة بالتصرف في بعض أموال القاصر المميز.

المطلب الرابع: الولاية على أموال القاصر.

نظم المشرع الجزائري الولاية في الفصل الثاني من الكتاب الثاني من قانون الأسرة الجزائري في المواد من 87 إلى 91 منه، و فيما يلي نتعرض إلى تعريف الولاية ثم إلى الولاية على أموال القاصر.

الفرع الأول: تعريف الولاية:

عرفت الولاية بأنها قدرة الشخص على إنشاء التصرف الصحيح النافذ على نفسه أو ماله أو على نفس الغير أو ماله.

كما عرفت الولاية على القاصر:هي إشراف الراشد على شؤون القاصر الشخصية و المالية،وعليه فإن الولاية نوعان :

أ- ولاية على النفس :تسمى ولاية تربية و الحفظ و تثبت للولد منذ ولادته حي ، وجعل الله سبحانه و تعالى ولاية تربية الصغير و حفظه لمن هو أشفق عليه و هما الأبوان ،وزرع الأعباء عليهما كل فيما يصلح له و يتناسب مع طبيعته. و ولاية النفس تشمل تسميات فرعية : الحضانة و الكفالة و هي أشمل لأنها تعد ولاية التربية و الحفظ.

ب- الولاية على المال: تثبت بقوة القانون مباشرة ،فهي ولاية مفوضة بحكم صلة الدم و القرابة، ويتفرغ عن ذلك عدم جواز التنحي عن الولاية إلا بإذن المحكمة.

أما التعريف القانوني للولاية فهو كما يلي :

جاء في تنظيمها في الفصل الثاني من الكتاب الثاني من قانون الأسرة الجزائري في المواد من 87 إلى 91 منه ، حيث نصت المادة 87 منه :"يكون الأب وليا على أولاده القصر ،وبعد وفاته تحل الأم محله قانونا ،وفي حالة غياب الأب أو حصول مانع له تحل الأم محله في القيام بالأمور المستعجلة المتعلقة بالأولاد ".

فالولاية تثبت بقوة القانون مباشرة دون تدخل المحكمة ،فهي ولاية مفوضة بحكم صلة الدم الوثيقة من القرابة مباشرة فالولاية تثبت للأب أو الأم على أولادها الشرعيين [1] في حالة قيام العلاقة الزوجية.

أما في حالة انقضاء العلاقة الزوجية فتحل الأم محل الأب في حالة ما إذا توفي الأب و تتولى الولاية على أولادها القصر و هذا بقوة القانون و دون حاجة إلى استصدار حكم قضائي.

لكن بسبب الطلاق فتسند الولاية لمن أسندت له حضانة الأولاد[2].

الفرع الثاني: الولاية على أموال القاصر.

جاء في نص المادة 88 قانون الأسرة ما يلي:"على الولي أن يتصرف في أموال القاصر تصرف الرجل الحريص، ويكون مسؤولا طبقا لمقتضيات القانون العام.

ويجب أن يتحصل على ترخيص من القاضي بالنسبة للتصرفات التالية:

1- بيع العقار وقسمه و رهنه و إجراء المصالحة.

[1] - محمد صالح الصديق،نظام الأسرة في الإسلام.د.ط ،دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع،الجزائر 196،ص238.

[2] - لحسين بن شيخ ات ملويا، المرجع السابق،ص299.

2- بيع المنقولات ذات الأهمية الخاصة.

3- استثمار أموال القاصر بالإقراض ،أو المساهمة في شركة.

4- إيجار عقار القاصر لمدة تزيد عن ثلاث سنوات أو تمتد لأكثر من سنة بعد بلوغه سن الرشد."

بالنسبة لأعمال الإدارة أو التصرفات البسيطة ،يقوم الولي بالتصرف في أموال القاصر تصرف الرجل الحريص أي كأنه يتصرف في ماله بم يحقق مصلحة القاصر و لا يضر به،وإن ارتكب خطأ أو غش أو تدليس.

فإن مسؤوليته تقوم طبقا لمقتضيات المسؤولية المدنية و الجزائية.[1]

غير أنه يجب الحصول على ترخيص قضائي و المتمثل في أمر على عريضة من قاضي شؤون الأسرة عملا بالمادة 479 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية حيث جاء موحدا لتطبيق النصوص القانونية و منسجما مع دور فرع شؤون الأسرة على مستوى التنظيم.

غير أنه و من الأفضل تسهيلا لتنفيذ الإجراء المذكور في الحالات السابقة و ربحا للوقت تعيين محضر قضائي يتولى تنفيذ الأمر السابق[2].

كما يجوز أيضا تحديد نوع التصرف بدقة في حكمه و كذا المال المنصب عليه عقارا أو منقولا، والتأكد من كونه في مصلحة القاصر.

و قد أقرت المحكمة العليا في قرارها الصادر في 19 ديسمبر 1988 عن غرفة الأحوال الشخصية "من المقرر قانونا أن تقسيم عقار القاصر من التصرفات القانونية التي يستأذن فيها الولي القاضي .

[1]- لحسين بن شيخ ات ملويا،نفس المرجع، ص304.

[2]- الطيب زروتي، المرجع السابق، ص224.

و من المقرر أيضا أن للقاضي أن يقرر من تلقاء نفسه عدم وجود إذن برفع الدعوى متى كان ذلك لازما.

و من ثم فإن القضاء بما يخالف هذين المبدأين يعد خطأ في تطبيق القانون،ولما كان من الثابت في قضية الحال أن الطاعنة لم تستأذن المحكمة في تقسيم عقار القاصر و في رفع الدعوى و أن قضاة المجلس بتأييدهم الحكم القاضي بصحة تلك الإجراءات خرقوا القانون " .[1]

تنتهي وظيفة الولي بصفة طبيعية إذا مات ،أو في حالة موت القاصر أو من هو تحت الولاية كما تنتهي بعجزه عن ممارسة وظيفته ،كأن يصاب بعاهة أو مرض مزمن بمنعه من مباشرة مهامه، و قد تنتهي بصدور حكم بإسقاط الولاية عنه بسبب ارتكابه جريمة مصحوبة بعقوبة تبعية أو تكميلية تتمثل في الحظر عليه في أن يكون وليا ،وكذا عندما يصدر حكم بالحجز عليه لسبب ما "قد يكون الحجز قانونيا.[2]

و طبقا لنص المادة 91 من قانون الأسرة الجزائري تنتهي وظيفة الولي :

1-بعجزه .

2- بموته.

3- بالحجز عليه قضائيا أو قانونيا.

4-بإسقاط الولاية عنه.

[1] – المجلة القضائية ، غ.أ.ش.م بتاريخ 19 ديسمبر 1988 ملف رقم 51282 سنة 1991 عدد 2 ص63.

[2] – بلحاج العربي،الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري "الزواج و الطلاق"الجزء الثاني ،الطبعة الثالثة،ديوان المطبوعات الجامعية ،الجزائر 2004،ص202.

المطلب الخامس: الكفالة.

نظم المشرع الجزائري الكفالة بمقتضى أحكام المواد من 116 إلى 125 من قانون الأسرة و هو بذلك يتماشى مع أحكام الشريعة الإسلامية باعتبارها مصدرا أساسيا لقانون الأسرة حيث استبعد نظام التبني طبقا للمادة 46 من قانون الأسرة الجزائري.

الفرع الأول: تعريف الكفالة:

التعريف اللغوي للكفالة :

مما ورد في لسان العرب لابن منظور في فصل الكاف و تحديدا في معنى "كفل" ما يلي:

1- تكفلت بالشئ معناه قد ألزمته نفسي و أزلت عنه الضيعة و الذهاب و هو مأخوذ من "كفل "بالكسر و الكفل ما يحفظ الراكب من خلفه.

.....والكافل ،كفله،يكفله إياه و في التنزيل العزيز:"و كفلها زكريا" فالمعنى ضمنها إياه حتى تكفل بحضانتها ...

و الكافل القائم بأمر اليتيم المربي له و هو من الكفيل الضامن، والضمير له ، و لغيره راجع على الكافل من ذوي أرحامه و أنسابه أو كان أجنبيا لغيره تكفل به.

2- و كفل المال بالمال أي ضمنه،...[1]

وعليه انطلاقا مما جاء في التعريف اللغوي فإن للكفالة معنيان معنى ينصرف إلى كفالة العاجز و معنى ينصرف إلى كفالة المال و ما يعنينا هـ المعنى الأول لان المعنى الثاني إطاره هو النظرية العامة للالتزام في

[1] – إبن منظور ،لسان العرب،طبعة جديدة محققة و مشكلة شكلا كاملا و مذيلة بفهارس مفصلة،دار المعارف ، القاهرة ،(ب.س.ن)، ص3906-3905.

القانون المدني في مجال التأمينات العينية و الشخصية.[1]

التعريف القانوني للكفالة :

جاء في تعريف الكفالة في نص المادة 116 من قانون الأسرة الجزائري :"الكفالة هي التزام على وجه التبرع بالقيام بولد قاصر من نفقة و تربية و رعاية ،قيام الأب بابنته ، وتتم بعقد شرعي".

كما يمكن تعريف كفالة الأولاد وفق معنيين:

المعنى الأول : مرحلة ضم الصغار بعد انتهاء مرحلة الحضانة، هذا الضم يكون لمن له الولاية على النفس الغرض منها :تحقيق مصلحة الأولاد و القيام بشؤونهم ،وإكمال تربيتهم .[2]

أما المعنى الثاني:فهو آخر من الكفالة و هو كفالة اليتيم، أي من فقد أباه قبل البلوغ.

وعليه تعتبر الكفالة التزاما تطوعيا من أجل رعاية طفل قاصر فقد رعاية والديه سواء مكان معلوم أو مجهول النسب، و تربيته و حمايته، فالكفالة إذن تعتبر إحدى صور الرعاية البديلة لتي تعترف بها الشريعة الإسلامية و عليه يترتب على ذلك :

-الكفالة تضع الطفل المكفول في مرتبة الابن الشرعي بنفس الطريقة التي يتعامل بها الأب مع ابنه،والذي يترتب عليه حقوق و التزامات متبادلة محددة وفقا للأحكام التي تحكم علاقة الأب بابنه مع مراعاة حدود الشريعة الإسلامية و عليه :

-الكفالة تحمي الحقوق الميراثية و تمنع التعدي على حقوق التركة إذ لا يحقق للمكفول الميراث.

[1] – المادة 644 من قانون المدني المعدل و المتمم بالقانون رقم 05/07 المؤرخ في 13 ماي 2005.

[2] – أحمد نصر الجندي ،شرح قانون الأسرة المصري ،ب–ط،دار شتات للنشر و البرمجيات،مصر 2009،ص196–197.

– الكفالة تحافظ و تحمي الأنساب ،إذ المكفول يبقى أجنبيا عن الأسرة المكفولة[1].

انطلاقا مما سبق تتفق التعريفات و نلخص في الأخير إلى أن الكفالة هي الالتزام الشخصي للكافل برعاية الطفل القاصر معلوم أو مجهول النسب و القيام على الشؤون المالية و الشخصية له،و الرعاية تكون من قبل أسرة غير أسرته النووية سواء كانت من أقاربه أو غريبة عنه،وهي عبارة عن نظام قانوني محدد في قانون الأسرة[2].

الفرع الثاني:الأمر بالكفالة.

لم ينظم المشرع الجزائري في قانون الأسرة إجراءات الكفالة و لم يوضح نص المادة 117 من قانون الأسرة فيما إذا كانت الكفالة تتم بموجب أمر ولائي صادر عن رئيس المحكمة أو حكم صادر عن قاضي الأحوال الشخصية إلا أنه بالرجوع إلى قانون الإجراءات المدنية و الإدارية في المادة 492 منه:"يقدم طلب الكفالة بعرضة من طالب الكفالة أمام قاضي شؤون الأسرة بمحكمة مقر موطن الطالب".

ودور القاضي هنا ، يتصل فقط بالوظيفة الولائية لم يحصل أمامه نزاع ولا مرافعة و مهمة القاضي تنصب أساسا على التحقق من توفر الشروط المطلوبة قانونا في مقدم طلب الكفالة ثم يصدر أمر بإسناد الكفالة لطالبها و هذا الأمر يكون أمر ولائي. [3]

---

[1] - علال أمال،التبني و الكفالة،دراسة مقارنة بين الشريعة و القانون الوضعي ،مذكرة ماجستير في قانون الأسرة ،كلية الحقوق ،جامعة ابي بكر بلقايد 2008-2009 ،ص33.

[2] - المصحف علي الهادي أكوات ،رعاية الطفل المحروم " الأسس الإجتماعية و النفسية البديلة للطفولة" الطبعة الأولى ،مركز الإنماء العربي،د.ب.ن،1989 ،ص23-27.

[3] – المادة 493 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية :"يفصل القاضي في طلب الكفالة بأمر ولائي".

المطلب السادس :الأوامر على العرائض المنصوص عليها في المادتين 182من قانون الأسرة و499 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.

بقراءة نص المادتين 182 و 88 من قانون الأسرة نلاحظ أن المشرع الجزائري قد أعطى أهمية كبيرة لبعض الحالات و أولاها بإجراءات خاصة و مستعجلة و خاصة منها القابلة للضياع كحالة وضع الأختام و رفعها ،وحالة إيداع النقود و الأشياء ذات القيمة و منازعات الميراث و سنتطرق الى هذه الحالات في الفروع التالية:

الفرع الأول: حالة وضع الأختام و رفعها.

إن وضع الأختام و رفعها من الإجراءات التحفظية الوقتية التي يلجأ إليها للمحافظة على الأموال و المستندات خشية تبديدها أو التصرف فيها ، ومن الأحوال التي تبرر وضع الأختام حسب ما استقر عليه الفقه و القضاء و هي :

*حالة الوفاة.

*حالة الفقدان أو الغياب.

*حالة الحجر .

*حالة الطلاق و انفصال الزوجين .

أولا :حالة الوفاة

تنص المادة 182 من قانون الأسرة على أنه يختص قاضي الأمور المستعجلة بالحكم بوضع الأختام أو رفعها على المحلات الموجودة فيها أموال و سندات الشخص المتوفي خاصة إذا كان بين الورثة قاصر باعتبار ذلك من المسائل المستعجلة التي يخشى عليها فوات الوقت.

و يصدر قاضي شؤون الأسرة حكمه بشكل أمر على عريضة و هذا في حالة عدم وجود منازعة في ذلك ،كالورثة و الموصى إليهم و من له حقوق على التركة كالدائنون ، أو بناءا على طلب الأشخاص الذين كانوا يقيمون مع المتوفي ،أو الذين كانوا في خدمته ، أو بطلب من النيابة العامة ،إذا غاب الزوج أو غاب الورثة كلهم أو بعضهم أو كان المتوفي لم يترك وارثا معروف أو كان أمينا على الودائع ، ومنه فإن لكل ذي مصلحة الحق في طلب وضع الأختام على أموال تركة المتوفي ،ويستجيب قاضي الأمور المستعجلة له إذا تحقق شرطي اختصاصه و هما الاستعجال وعدم المساس بأصل الحق.

فكما يختص قاضي شؤون الأسرة في الأمور المستعجلة بوضع الأختام على التركة فإنه يختص أيضا برفعها عند زوال الدواعي التي أدت إلى وضعها ،لكن عليه أن يتحقق من زوال تلك الأسباب التي أدت إلى وضعها عند زوال تلك الأسباب التي أدت إلى وضعها ،و كذلك أن يقضي برفعها مؤقتا إذا إستدعى الامر ذلك ليتمكن ذو الشأن من الإطلاع على المستندات الخاصة بالمتوفي و إعادة وضع الأختام مرة أخرى باعتبار أن ذلك من المسائل الوقتية المستعجلة التي لا تمس بأصل الحق.

ثانيا :حالة المفقود و الغائب.

لقد عرفت المادة 109 من قانون الأسرة المفقود :"هو الشخص الذي لا يعرف مكانه و لا يعرف حياته أو موته" ولا يعتبر مفقودا إلا بحكم ،أما الغائب فقد عرفه المشرع الجزائري في المادة 110 من قانون الأسرة بأنه :"هو الذي منعته الظروف القاهرة من الرجوع إلى محل إقامته ،وإدارة شؤونه بنفسه .....و تسبب غيابه في ضرر للغير و يعتبر كالمفقود".

ويصدر الحكم بالفقدان أو الغيبة أو يموت المفقود بناءا على طلب أحد الورثة أو ممن له مصلحة أو النيابة العامة استنادا لنص المادة 114 قانون الأسرة[1].

[1] – تنص المادة 114 قانون الأسرة:"يصدر الحكم بفقدان أو موت المفقود بناءا على طلب أحد الورثة أو من له مصلحة أو النيابة العامة".

ويختص قاضي شؤون الأسرة في الأمور على ذيل عريضة بوضع الأختام أو رفعها على محلات المختفي أو الغائب و ذلك بناءا على طلب ممن له شأن في ذلك بوضع الأختام على المستندات و الأوراق المملوكة للغائب أو المفقود حتى لو انقضت سنة كاملة على غيبته (المادة 110 قانون الأسرة) و ذلك محافظة عليها من الضياع حتى تحكم محكمة شؤون الأسرة بتعيين مقدم يدير أموال المفقود.

ثالثا: حالة الحجر.

لقد أورد المشرع الجزائري الحجر في قانون الأسرة و هذا بالفصل الخامس و يحكمه المواد من 101 إلى 108 من قانون الأسرة.

حيث عرفت المادة 101من قانون الأسرة الحجر بقولها:"من بلغ سن الرشد و هو مجنون أو معتوه أو سيفه، أو طرأت عليه أحدى هذه الحالات المذكورة بعد رشده بحجر عليه" و عليه فقد يحجر على الشخص و يمنع من التصرف في أمواله و ذلك لعارض يصيبه في عقله أو في تدبيره .[1]

و عليه يمكن لقاضي شؤون الأسرة أن يصدر أمر بوضع الأختام على محلات المحجور عليه أو المتخذ بشأنه إجراءات الحجر بناءا على طلب أحد أقاربه أو من له مصلحة أو من النيابة العامة.

رابعا:حالة الطلاق.

يقوم القاضي بالأمر بوضع الأختام على المحلات الموجود بها الأموال المشتركة للزوجين إذا قامت دعوى بينهما بالطلاق ،كما يحق له الحكم برفعها كليا أو جزئيا إذا رأى لزوما لذلك لأن الزواج بالجزائر لا يرتب اندماج أموال الزوجين.

[1] – فضيل العيش ،المرجع السابق ،ص87.

الفرع الثاني:إيداع النقود و الأشياء ذات القيمة.

يعتبر إيداع النقود و الأشياء ذات القيمة من الإجراءات التحفظية الوقتية التي يلجأ إليها للمحافظة عليها، و هو ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 182 من قانون الأسرة و في حالة عدم وجود ولي أو وصي يجوز لمن له مصلحة أو للنيابة العامة أن يتقدم إلى المحكمة بطلب تصفية التركة و بتعيين مقدم ، و لرئيس المحكمة أن يقرر وضع الأختام و إيداع النقود و الأشياء ذات القيمة و أن يفصل فيها ".

و يتم هذا الإجراء عن طريق دعوى إستعجالية يرفعها كل من له مصلحة أو من النيابة العامة ،و يصدر بشأنها أمر و تودع الأشياء ذات القيمة و النقود الخاصة بالخزينة العامة بسبب الخوف من تغير العملة.

الفرع الثالث:حالة منازعات الميراث (تصفية التركة و توزيعها)

قد ينشأ نزاع بين الورثة بخصوص التصرف في التركة و توزيعها ،ففي هذه الحالة يختص قاضي الأمور المستعجلة تعيين خبير لإثبات حالة الأموال المتنازع عليها و وجردها، وتحديد قيمتها و طبيعتها ، لكن بعد انتهاء عملية الجرد التركة يتم تسليم الأشياء إلى من يتفق عليه ذوي الشأن ، ويعين القاضي ذلك الخبير إلى حين الفصل في قسمة التركة من طرف محكمة الموضوع .[1]

و نظرا لتعلق منازعات لميراث بصفة عامة لحالة الأشخاص ،فقد نص المشرع الجزائري في المادة 238 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية على أنه:"ليس للطعن بالنقص أمام المحكمة العليا أثر موقف إلا في الحالات التالية :

-إذا تعلق الأمر بحالة الأشخاص.

[1]- محمد إبراهيمي ،المرجع السابق ،ص125.

-في حالة وقوف دعوى تزوير فرعية ."

وعليه فإن هذه المنازعات لها أثر موقف في تنفيذ الأحكام و القرارات عن طريق القضاء الاستعجالي إذا عرض الأمر للتنفيذ ، ولقاضي الاستعجال أن يستمد اختصاصه من هذا النص فيما يخص وقف التنفيذ وذلك إلى حين الفصل النهائي في النزاع.

خاتمة

قمنا في دراستنا هذه بمحاولة الإلمام بالأوامر على العرائض بصفة عامة و الأوامر على العرائض في قضايا شؤون الأسرة خاصة .

وهكذا فإنّ نظام الاوامر على العرائض الذي يهدف الى تبسيط و الاسراع في بعض الاجراءات يعد استثناءا عن مبدأ الوجاهية و منح الخصم فرصة لتحضير دفاعه و الاطلاع على ما لدى خصمه من وثائق و أدلة ،وهذه من الحقوق الاساسية التي يقوم عليها نظام التقاضي لذلك يجب قصره فقط على الحالات التي ينص عليها القانون صراحة .

والحماية التي يقدمها الأمر على عريضة هي حماية وقتية ،ذلك أن الأمر على عريضة يهدف إلى اتخاذ إجراء وقتي أو تحفظي و هذا الأمر شأنه شأن الحكم الوقتي لا يكسب الحق و لا يهدره و مصيره مؤقتا تأقيتا زمنيا و وظيفيا ،كما ان المركز الذي ينشؤه الأمر على عريضة قابل للتغيير ،لأنه معرض للزوال بعد صدور الحكم الحاسم للنزاع ،فالأمر على عريضة واجب النفاذ معجلا بقوة القانون و مهره بالصيغة التنفيذية، و لذلك يمثل أحد الاستثناءات الواردة على القاعدة العامة في تنفيذ السندات التنفيذية المنصوص عليها بموجب المادة 601 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية : " لا يجوز التنفيذ في غير الاحوال المستثناة بنص في القانون،إلا بموجب نسخة من السند التنفيذي ممهورة بالصيغة التنفيذية ..."

و بما أن المشرع لم يعفي صراحة تنفيذ الأمر على العريضة من مقدمات التنفيذ المستوجبة بأحكام المادة 612 من قانون الاجراءات المـدنية و الاداريـة ،و المتمثلة في التبليغ الرسمي للسنـد التنفيـذي و تكليف المنفذ عليه بالوفاء بما تضمنه السند التنفيذي ،مع ضرورة احترامها إذن مع عدم مراعاة مهلة 15 يوما المنصوص عليها في المادة سالفة الذكر نظرا للطبيعة الاستعجالية للأمر على العريضة كما رأينا .

وتجدر الاشارة إلى انه إذا لم ينفذ الامر الصادر على العريضة في ظرف ثلاثة (03) أشهر كاملة (بمفهوم المادة 311 من قانون الاجراءات المدنية و الإدارية) من تاريخ صدوره ،يسقط الحق و لا يرتب أي اثر ، وذلك لأنه امر ولائي ،بعضها يتخذ تدابير تحفظية وقتية لا غير و لا يصلح أن يبقى سلاحا مسلطا في وجه الخصم مع احتمال تغير الظروف التي استعدت اصدار و زوال الحاجة اليه .

و سقوط الامر على عريضة على هذا النحو ، لا يمنع من استصدار أمر جديد بعد هذا الأجل .

كذلك أنّه يمكن الفصل في قضايا الاستعجال بأمر على ذيل عريضة لكن لم تبين لنا هل يمكن استئناف هده الأوامر أم لا ،و ما هي الجهة المستأنف أمامها إن كان ذلك جائزا ،كذلك لم تبين ميعادا لسقوط هذا الأمر مما دفعنا للرجوع إلى القواعد العامة للأوامر على ذيل عريضة.

و لسد الغموض الذي اكتنف المادة 57 مكرر من قانون الأسرة وتحديد بدقة من هو القاضي المختص بالفصل في الأمور التي تتحدث عنها هذه المادة ،و بحالة النص على الفصل في الاستعجال في الأسرة بموجب الأمر على ذيل عريضة وجب توضيح نظامها بتحديد مواعيد لتنفيذها، ومواعيد لسقوطها و توضيح مدى إمكانية استئنافها إلى جانب تحديد القاضي المختص بالفصل في الإشكالات الناجمة عن تنفيذ تلك الأوامر و حبذا لو يكون قاضي شؤون الأسرة لأنه هو الأدرى بموضوع النزاع. و هذا بنص صريح بقانون الأسرة عملا بمبدأ " من يملك الكل يملك الجزء"،

وضع قواعد إجرائية للتقاضي خاصة بشؤون الأسرة بعيدة عن قانون الاجراءات المدنية و الادارية لأنّ قانون الأسرة مرتبط بعدة عوامل اجتماعية و اقتصادية و يتعلق بحالة الاشخاص مما يجعل ارتباطه بقانون الاجراءات المدنية يطرح عدة إشكالات بالرغم من أنّ المشرع تدارك هذا النقص في التعديل الأخير من قانون الاجراءات المدنية و الادارية في الباب الاول من الكتاب الثاني تحت عنوان صلاحيات قاضي شؤون الأسرة، غير أنّ ذلك لا يكفي.

قائمة

المصادر والمراجع

أولا: المصادر

1-القرآن الكريم.

2-السنة النبوية الشريفة.

3-قانون الأسرة الجزائري الصادر بموجب قانون رقم 84،11 المؤرخ في 09 جويلية 1984 المعدل و المتمم بموجب الأمر 05/02 المؤرخ في 27/02/2005.

ثانيا: المراجع

أ/المراجع العامة:

1-أحمد فراج حسين،أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية، الدار الجامعية،بيروت،1988.

2-احمد مليحي،موسوعة المرافعات العلمية الأوامر الولائية وفقا لنصوص قانون المرافعات معلقا عليها باراء الفقه و احكام القضاء،دار النهضة العربية ،بيروت، 1991.

3-أحمد أبو الوفا ،أصول المحاكمات المدنية ،الدار الجامعية،بيروت،1983.

4- الغوثي بن ملحة ،القانون القضائي الجزائري،الديوان الوطني للأشغال التربوية،طبعة 02،سنة2000.

5- الغوثي بن ملحة ،القضاء المستعجل و تطبيقاته،الطبعة الأولى ،الديوان الوطني للأشغال التربوية الجزائر.

6-الطيب زروتي،تحرير العرائض و الأوراق شبه القضائية ،مطبعة الكاهنة،الجزائر،2000.

7-بوبشير محند أمقران ،قانون الإجراءات المدنية"نظرية الدعوى-نظرية الخصومة- الإجراءات الإستثنائية،ديوان المطبوعات الجامعية،الجزائر،الطبعة الأولى لسنة 1998.

8-بدر خان عبد الحكيم إبراهيم ،معايير تعريف العمل القضائي من جهة القانون العام،ديوان المطبوعات الجامعية،بدون سنة نشر،الجزائر.

9- بلحاج العربي،الوجيز في شرح قانون الأسرة،الجزء الأول ،ديوان المطبوعات الجامعية 2002،الجزائر.

10-بوبشير محند أمقران قانون الإجراءات المدنية ،ديوان المطبوعات الجامعية ،الجزائر 2001.

11- طاهري حسين ،قضاء الاستعجال فقها و قضاءا ،دار الخلدونية ،2005.

12-محمد حسنين،طرق التنفيذ في قانون الاجراءات المدنية الجزائري،الطبعة الثانية،ديوان المطبوعات الجامعية ،الجزائر ،1990.

13- محمد إبراهيمي ،الوجيز في الإجراءات المدنية (الدعوى القضائية ،دعاوى الحيازة، نشاط القاضي ، الإختصاص ،الخصومة القضائية ،القضاء الوقتي ،الاحكام،طرق الطعن، التحكيم)، ديوان المطبوعات الجامعية،الجزء الأول،الجزائر،2002.

14-محمود السيد التحيوي ،اوامر الأداء وفقا لقانون المرافعات المدنية و التجارية،دار الفكر الجامعي،الإسكندرية ،2003.

15-محمد علي راتب و محمد نصر الدين كامل و محمد فاروق راتب،قضاء الأمور المستعجلة،الطبعة السابعة،الجزء الأول سنة 1985.

16-محمد إبراهمي، القضاء المستعجل فقها و قضاءا، دار الخلدونية ،2005.

17-محمد إبراهيمي ،الوجيز في الإجراءات المدنية (الدعوى القضائية نشاط القاضي الاختصاص،الخصومة القضائية –القضاء الوقتي –الأحكام –التحكيم)،ديوان المطبوعات الجامعية ،الجزائر، الجزء الأول ،طبعة 2002 و الجزء الثاني طبعة 2003.

18- مصطفى مجدي هرجة،أحكام و أراء في القضاء المستعجل ،دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية ،طبعة 1989.

19-محمد عبد اللطيف ،القضاء المستعجل، طبعة رابعة.

20- محمود نعمان ،موجز المدخل للقانون النظرية العامة للقانون و النظرية العامة للحق،دار النهضة،طبعة 1975.

21-نبيل إسماعيل عمر،الأوامر على العرائض و نظامها القانوني في قانون المرافعات المدنية و التجارية، منشأة المعارف، الإسكندرية2003.

22-نجيب سعد، القانون القضائي الخاص، منشأ المعارف، الإسكندرية، الجزء الأول .

23-لحسين بن شيخ آث ملويا،المرشد في قانون الأسرة،دار هومة،الجزائر،2014.

24-سلام حمزة ،الأوامر على العرائض في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ،دار هومة، الجزائر – الطبعة الثانية 2013.

25،عبد المنعم الشرقاوي و عبد الباسط جميعي، شرح قانون المرافعات الجديد، الدار الجامعية، بيروت طبعة 1976.

26-عبد الحكيم فراج ،الحراسة القضائية ،الطبعة الثانية.

27-عبد العزيز سعد، الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري، دار البعث الجزائر، سنة 1990.

28- فضيل لعيش، شرح وجيز لقانون الأسرة الجديد، طبعة 2007/2008.

29-فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، طبعة 1980.

30-فتحي والي، نظرية البطلان في قانون المرافعات، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1959 .

ب/المراجع المتخصصة:

1-الطيب زروتي،الكامل في العرائض القضائية،الجزء الأول(العرائض القضائية في شؤون الأسرة)،الجزائر،2010.

2-سلام حمزة ،الأوامر على العرائض في القوانين الخاصة،الجزء الرابع ،الجزائر،2015.

ج/الرسائل العلمية:

1-إنحلال الزواج و أثاره، مذكرة تخرج من المدرسة العليا للقضاء، سنة 2003،2006.

2-الإستعجال في الأحوال الشخصية، مذكرة تخرج من المدرسة العليا للقضاء سنة .1994.

3-حمليل صالح، إجراءات التقاضي في الزواج و الطلاق،رسالة دكتوراه تحت إشراف الدكتور تشوار الجيلالي ،جامعة الجيلالي ليابس،سيدي بلعباس،سنة 1998.

4-محمودي فاطمة،الطبيعة القانونية للأوامر على العرائض و أثراها القانونية ،رسالة الماجستير،جامعة وهران ،السنة الدراسية 2001،2002.

5-مزعزع موسى، العمل القضائي و الولائي لرئيس المحكمة، مذكرة التخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، الدفعة السابعة عشر 2006،2009.

6-شرفي عبد الرحمان ، مذكرة تخرج من المدرسة العليا للقضاء، سنة 2003،2006.

7-شرفي عبد الرحمان،رئيس المحكمة،مذكرة التخرج لنيل إجازة التخرج،المدرسة العليا للقضاء، الدفعة الرابع عشر،2006/2003.

د/المجلات و المقالات

1-الدفاع، مجلة دورية تصدر عن منظمة المحامين وهران العدد الأول السنة القضائية 2013.

2-بداوي علي،صلاحيات رئيس المحكمة في إصدار الأوامر على العرائض، محاضرة ألقيت على الطلبة بالمدرسة العليا للقضاء، الجزائر، سنة 2006،2007.

3-بدوي علي، محاضرة بعنوان إجراءات الحجز، دورة تكوينية ارؤساء المحاكم من 24/28 مارس 2007، الجزائر.

4-وزارة العدل، الندوة الوطنية للقضاء الاستعجالي، مديرية الشؤون المدنية، سنة 1995.

5-وزارة العدل،مرشد المتعامل مع القضاء،الديوان الوطني للأشغال التربية،سنة 1997.

6-الجريدة الرسمية الصادرة ب 23 أفريل 2008 عدد 21.

7-المجلة القضائية ،الصادرة عن المحكمة العليا لسنة 1989 عدد 02.

8-المجلة القضائية ،الصادرة عن المحكمة العليا لسنة 1992 عدد01.

9- المجلة القضائية ،الصادرة عن المحكمة العليا لسنة 2000 عدد01.

10-المجلة القضائية ،الصادرة عن المحكمة العليا لسنة 2005 عدد01.

11-المجلة القضائية ،الصادرة عن المحكمة العليا لسنة 2005 عدد02.

12-الجريدة الرسمية رقم 43 الصادرة بتاريخ 22 جوان2005.

13-مقال الدكتور الطيب لوح "إشكالية تطبيق بعض أحكام قانون الأسرة في غياب الحماية القانونية الجزائية و الإجرائية،المجلس الإسلامي الأعلى،العدد 3 سنة 2000.

14-محاضرات أيت عباس عيش فتيحة ،رئيس محمكة منصورة مجلس القضاء برج بوعريريج تحت عنوان اختصاصات رئيس المحكمة،2006.

15-محاضرات بكرلاص صبرينة،رئيس محكمة بومرداس ،التعديلات الواردة على قانون الأسرة ،سنة 2008.

هـ/القوانين و الأوامر:

1-الأمر 154/66 المؤرخ في :18 صفر 1386 الموافق لـ : 08 جوان 1966 المتضمن قانون الإجراءات المدنية.

2- القانون رقم 58/75 المؤرخ في: 20 رمضان 1395 الموافق لـ26/ 1997/09 المتضمن القانون المدني المعدل و المتمم بالقانون رقم 10/05 المؤرخ في: 2005/6/20.

3-القانون التجاري ، الصادر بموجب الأمر رقم :59/75 بتاريخ 1975/09/26 المعدل والمتمم بموجب الأمر رقم 27/96 المؤرخ 1998/12/09.

4-قانون رقم 08/09 المؤرخ في 25 فيفري 2008 و المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.

قائمة الملاحق

ملحق رقم 01

ختم المحامي

محكمة : .....
فرع : شؤون الأسرة
مكتب : رئيس الفرع

أمر على ذيل عريضة بنفقة مؤقتة

لفائدة : ..... الساكنة .....
قائما في حقها الأستاذ ..... طالبة
ضد : ..... الساكن..... مطلوب

ليطب للسيد رئيس فرع شؤون الأسرة

إن العارضة زوجة للمطلوب ولها معه ولديدن قاصرين هما (..... البالغ من العمر ..... و ..... البالغ من العمر .....)

ونظرا للخلاف بين الطرفين فان العارضة توجد رفقة ابنيها في بيت أهلها منذ تاريخ ..... .

وحيث أن هناك دعوى مرفوعة أمام محكمة المكان موضوعها ..... مسجلة تحت رقم ..... ومقرر لها جلسة .....

وحيث أن العارضة ليس لديها موارد مالية للإنفاق على ابنيها القاصرين.

ونظرا لكون الأب ملزم قانونا بالإنفاق على العارضة وابنيه القاصرين.

وحيث أن الفصل في النزاع المطروح أمام المحكمة في الموضوع يتطلب وقتا طويلا.

وعملا بالمادة 57 مكرر من قانون الأسرة تلتمس العارضة الأمر بنفقة مؤقتة بمبلغ ..... شهريا لها ولكل واحد من ولديها من تاريخ .....إلى غاية الفصل نهائيا في دعوى الموضوع بين الطرفين.

عن العارضة / محاميها

لـهـذا الـسـبـب

– إلزام المطلوب بنفقة مؤقتة قدرها ..... شهريا لكل واحد من العارضة وابنيها ..... و ..... تسري من تاريخ ..... إلى غاية الفصل نهائيا في موضوع النزاع بين الطرفين.

أمـــــر :

نحن ..... رئيس فرع شؤون الأسرة بمحكمة .....

بناءا على العريضة المقدمة من العارضة والأسباب الواردة فيها والوثائق المرفقة بها.

وبعد الاطلاع على المادة 57 مكرر من قانون الأسرة.

نأمر ..... (اسم المطلوب أي الأب) بدفع نفقة مؤقتة قدرها ..... شهريا لكل واحد من الطالبة (الزوجة) وابنيها (..... و.....)

وتسري من تاريخ ..... إلى غاية الفصل نهائيا في النزاع المطروح على العدالة بين الطرفين.

نقول هذا وفي حالة الصعوبة يرجع إلينا.

حرر بمكتبنا يوم ..... الرئيس

ملحق رقم 02

ختم المحامي

محكمة : .....
فرع : شؤون الأسرة
مكتب : السيد القاضي رئيس الفرع

أمـــر على ذيـــل عريضـــة بتحديـــد
وقـــت الزيـارة مؤقتـــا

في حق : ..... الساكن .....
ممثلا بالأستاذ ..... طالب
ضد : ..... الساكنة في ..... مطلوبة

ليطب للسيد رئيس فرع شؤون الأسرة

حيث أن العارض زوج للمطلوبة.

ونظرا لحصول خلاف بين الطرفين فقد ذهبت إلى مسكن أهلها بنية عدم العودة وطلب حل الرابطة الزوجية. وأخذت معها الطفل ..... البالغ من العمر .....

وحيث أن هناك دعوى في الموضوع رفعت أمام محكمة المكان..... تتعلق بـ ..... مسجلة تحت رقم ..... محدد لها جلسة .....

وحيث أن من حق العارض رؤية ابنه والاطلاع على شؤونه وحالته خلال فترة التقاضي ريثما يتم الفصل في موضوع النزاع والذي سوف يستغرق وقتا طويلا.

وعملا بأحكام المادة 57 مكرر من قانون الأسرة يلتمس العارض تحديد وقت الزيارة لابنه بصفة مؤقتة.

لهـذا الســبب

– أمر المطلوبة بتسليم الطفل ..... إلى العارض (الأب) على سبيل الزيارة خلال يومي الثلاثاء والجمعة من الساعة 13:00 إلى 18:00 وذلك إلى غاية الفصل النهائي في الموضوع.

عن العارض / المحامي

أمـــــر :

نحن ..... رئيس فرع شؤون الأسرة بمحكمة .....

بعد الاطلاع على العريضة المقدمة والأسباب الواردة بها والوثائق المرفقة بها

وطبقا للمادة 57 من قانون الأسرة.

نأمر المسماة ..... بتسليم الطفل ..... إلى أبيه على سبيل الزيارة كل يومي جمعة وثلاثاء من الساعة 13:00 إلى غاية الساعة 18:00.

نقول هذا وفي حالة الصعوبة يرجع إلينا.

حرر بمكتبنا يوم ..... رئيس فرع شؤون الأسرة

ملحق رقم 03

محكمة : .....
فرع : شؤون الأسرة
مكتب : رئيس الفرع

ختم المحامي

أمر على ذيل عريضة
بتعيين مقدم

ليطب للسيد رئيس فرع شؤون الأسرة

يتشرف الموكل الساكن ..... بصفته (ذكر درجة القرابة بين الطالب والشخص طلب له تعيين مقدم له) المسمى ..... أن يعرض عليكم ما يلي:

حيث أن المسمى طفل قاصر يتيم الأبوين.

وحرصا على الحفاظ على أمواله وحمايتها فانه يتوجب تعيين مقدم لتولي شؤون والنيابة على أمواله.

طبقا للمادة 81 من قانون الأسرة و المواد 469 إلى 471 من ق إ م إ.

ويطلب أن العارض يقبل التكفل والقيام بشؤون القاصر المعني لا سيما أنه ابن عمه (مثلا) ويعرفه جيدا محتلكاته ومعروف باستقامته وحسن التصرف.

لهذا السبب

يلتمس العارض تعيينه مقدما على القاصر ..... وإلا اختيار شخص آخر وتولي هذه المهمة.

عن العارض / وكيله
الأستاذ .....

بعد الاطلاع على العريضة المقدمة والأسباب الواردة فيها والوثائق المرفقة بها.

وعملا بالمادتين 81 و 99 من قانون الأسرة والمادة 471 من ق إ م إ.

نعين المسمى ..... مقدما لإدارة أموال القاصر ..... ورعاية مصالحه المالية.

نقول هذا و في حالة الصعوبة يرجع إلينا.

حرر يوم ..... رئيس فرع شؤون الأسرة

ختم المحامي

محكمة : .....
فرع : شؤون الأسرة
مكتب : رئيس الفرع

ملحق رقم 04

أمـــر على ذيل عريضة للترخيص ببيع
عقار قاصر

إلى السيد رئيس فرع شؤون الأسرة

تتشرف العارضة ..... الساكنة ..... بصفتها الولية الشرعية لابنها القاصر ..... أن تعرض عليكم ما يلي:

حيث أن الابن القاصر مصاب بمرض..... كما يتبين من الملف الطبي المرفق.

وحيث أن كل محاولات علاجه بالوطن لم تنجح، وأنه حسب أطباء مختصين يجب نقله على جناح السرعة للعلاج في الخارج وإلا فإن حالته سوف تتدهور أكثر مما يعرضه لخطر الموت.

وحيث أن العارضة عاطلة عن العمل وليس لها إمكانيات مادية تسمح بتحمل نفقات العلاج بالخارج والباهظة جدا.

وحيث أن الابن القاصر يملك عقارا ورثه عن أبيه يتمثل في ..... وثمنه بيعه يكفي لتغطية مصاريف علاجه في الخارج.

وطبقا لأحكام المواد 88، 89 من قانون الأسرة، والمادة 479 من ق إ م إ، تلتمس العارضة الترخيص لها ببيع عقار القاصر الواقع في ..... والمتمثل في ..... وذلك من أجل تغطية مصاريف علاجه بالخارج.

حرر في يوم..... بـ..... الولية الشرعية / .....

أمـــــــر:

نحن ..... رئيس فرع شؤون الأسرة لمحكمة .....

بعد الاطلاع على العريضة المقدمة والأسباب الواردة فيها والوثائق المرفقة بها

وطبقا لأحكام المواد 88، 89 من قانون الأسرة، والمادة 479 من ق إ م إ.

نرخص للطالبة ..... بإعتبارها الولي الشرعي، ببيع عقار الطفل القا
..... الواقع في..... والمتمثل في ..... وذلك عن طريق المزاد العا
ونعين الأستاذ ..... المحضر القضائي للإشراف على البيع.

نقول هذا وفي حالة الصعوبة يرجع إلينا.

حرر بمكتبنا يوم ..... رئيس فرع شؤون الأسرة

ختم المحامي

محكمة : .....
فرع : شؤون الأسرة
مكتب : رئيس الفرع

ملحق رقم 05

أمـــر على ذيل عريضة بطلب
الترخيص بالزواج

ليطب للسيد رئيس فرع شؤون الأسرة بالمحكمة الموقرة

يتشرف العارض ..... الساكن ..... بصفته الولي الشرعي لابنته القاصرة ..... البالغة من العمر ..... ممثلا من طرف وكيله الأستاذ .....

أن يلتمس منكم الترخيص بالزواج وذلك بالإعفاء من شرط السن بالنسبة للبنت القاصرة المذكورة أعلاه موضحا لكم ما يلي:

حيث أن العارض هو الولي الشرعي للبنت القاصرة .....

وحيث أن القاصرة مؤهلة طبيا للزواج بالنظر لحالتها الصحية ومن مصلحتها الزواج بدلا من المكوث في بيت أهلها بعد أن انقطعت عن الدراسة.

وحيث أنه تقدم لخطبتها المسمى ..... المولود بتاريخ ..... وهو قريب لها.

وحيث أن البنت قابلة بالزواج به.

وعملا بأحكام المادة 7 من قانون الأسرة والمواد 424، 426 فقرة 7 من ق إ م إ.

لهذا الســـبـب

يلتمس العارض الترخيص بالزواج والإعفاء من شرط السن للبنت القاصرة ..... للزواج مع المدعو .....

عن الطالب / محاميه
الأستاذ.....

أمـــر :

نحن ..... رئيس فرع شؤون الأسرة بمحكمة .....

بناءا على العريضة المقدمة والأسباب الواردة فيها.

وبعد الاطلاع على الوثائق المرفقة بها.

وعملا بالمادة 7 فقرة 1 من قانون الأسرة، والمادتان 424، 426 فقرة 7 ق إ م إ.

نرخص للبنت القاصرة ..... بالزواج مع المدعو .....

نقول هذا وفي حالة الصعوبة يرجع إلينا.

حرر بمكتبنا يوم ..... رئيس فرع شؤون الأسرة

ختم المحامي

محكمة : .....
فرع : شؤون الأسرة
مكتب : رئيس الفرع

ملحق رقم 06

أمـــر على عريضة لترشيد قاصر
لممارسة التجارة

السيد رئيس فرع شؤون الأسرة

يتشرف العارض ..... الساكن ..... بصفته الولي الشرعي لابنه القاصر ..... البالغ من العمر ..... ممثلا بواسطة محاميه الأستاذ ..... أن يعرض ما يلي :

حيث أن الإبن القاصر ..... يملك محلا تجاريا واقعا في شارع ..... رقم ..... بمدينة ..... ورثه عن أمه، كما ورث أيضا أموالا نقدية معتبرة.

ونظرا لسنه (18 سنة).

وحيث أنه بإمكانه أن يمارس التجارة ويستغل بنفسه أمواله الخاصة في هذا النشاط.

وعملا بأحكام المادتين 5 و6 من الأمر 75-59 المتضمن القانون التجاري.

وطبقا للمادتين 426 فقرة 9 و480 من ق إ م إ والمادة 84 من قانون الأسرة.

لـــهـذا الســـبب

يلتمس العارض ترشيد الابن القاصر لممارسة التجارة.

عن العارض / و كيله

أمـــــــر:

نحن ..... رئيس فرع شؤون الأسرة لمحكمة .....

بناء على العريضة المقدمة والأسباب الواردة فيها.

وبعد الاطلاع على الوثائق المرفقة بها

وعملا بالمواد 5 و6 من أمر 75-59 المتضمن القانون التجاري والمواد 426 فقرة 9 و 480 من ق إ م إ والمادة 84 من قانون الأسرة.

نأذن للقاصر في التصرف في أمواله وذلك عن طريق مزاولة التجارة.

نقول هذا وفي حالة الصعوبة يرجع إلينا.

حرر بمكتبنا يوم ..... رئيس فرع شؤون الأسرة

الفهرس

رقم الصفحة

تشكرات

إهداء

مختصرات

مقدمة 02

الفصل الأول:ماهية الأوامر على العرائض 07

المبحث الأول:مفهوم الأوامر على العرائض..... 07

المطلب الأول:تعريف الأوامر على عرائض..... 08

الفرع الأول:معنى الأمر على عريضة و خصائصها..... 08

الفرع الثاني:السلطة القضائية و السلطة الولائية التي يتمتع بها القاضي..... 10

أولا:السلطة القضائية..... 10

ثانيا:السلطة الولائية..... 20

ثالثا:تحديد الطبيعة القانونية للسلطة الولائية..... 26

المطلب الثاني:التكييف القانوني للأوامر على عرائض..... 27

الفرع الأول: الهدف و دوافع اللجوء إلى نظام الأوامر على عرائض..... 28

الفرع الثاني:علاقة نظام الأوامر على عرائض بالقضاء الاستعجالي..... 31

المبحث الثاني:النظام القانوني للأوامر على عرائض وآثارها القانونية..... 33

المطلب الأول:النظام القانوني للأوامر على عرائض..... 34

الفرع الأول:الأوامر على عرائض في ظل قانون الإجراءات المدنية(الأمر 154.66)..... 34

أولا:شكل وإجراءات تقديم العريضة..... 39

ثانيا:سلطة القاضي في إصدار الأمر على عريضة..... 41

ثالثا:طرق و إجراءات التظلم في الأوامر على العرائض..... 43

الفرع الثاني:النظام القانوني للأوامر على العرائض في ظل القانون الجديد(08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية)..... 45

أولا:خصائص و مميزات الأمر على عريضة..... 46

ثانيا:شكل العريضة المقدمة للقاضي..... 47

ثالثا:سلطة القاضي في إجراء الأمر..... 49
رابعا:الطعن في أمر على عريضة..... 51
خامسا:حالات إصدار الأوامر على عرائض..... 52
المطلب الثاني:تنفيذ الأوامر على عرائض و آثارها..... 55
الفرع الأول:تنفيذ الأوامر على عرائض..... 55
الفرع الثاني:الآثار الإجرائية و الموضوعية التي تترتب على استعمال نظام الأوامر على عرائض..... 56

الفصل الثاني:إسقاطات نظام الأوامر على عرائض على قضايا شؤون الأسرة. 62
المبحث الأول:التدابير المؤقتة المنصوص عليها في المادة 57مكرر من قانون الأسرة. 62
المطلب الأول:الأمر على عريضة المتضمن منح حق النفقة المؤقتة 63
الفرع الأول:تعريف النفقة..... 63
الفرع الثاني:سلطة القاضي في منح حق النفقة المؤقتة..... 67
المطلب الثاني:الحضانة المؤقتة..... 69
الفرع الأول:تعريف الحضانة..... 69
الفرع الثاني:منح حق الحضانة المؤقتة..... 71
المطلب الثالث:الأمر على عريضة المتضمن حق الزيارة المؤقتة..... 73
الفرع الأول:حق الزيارة كأثر من آثار الطلاق..... 73
الفرع الثاني:الأمر على عريضة المتضمن من حق الزيارة المؤقتة..... 74
المطلب الرابع:الأمر على عريضة المتضمن منح حق المسكن لممارسة حق الحضانة المؤقتة.... 75
الفرع الأول:تعريف المسكن..... 75
الفرع الثاني:حق المسكن لممارسة حق الحضانة..... 76
المبحث الثاني:الأوامر على العرائض في مجالات مختلفة في قانون الأسرة..... 77
المطلب الأول:الأمر على عريضة المتضمن الترخيص بتعدد الزوجات..... 77
الفرع الأول:الأساس القانوني..... 77
الفرع الثاني:شروط قبول طلب الإذن بتعدد الزوجات..... 80
المطلب الثاني:الأمر على عريضة المتضمن الترخيص للقاصر بالزواج..... 81
الفرع الأول:تعريف القاصر..... 81

الفرع الثاني:منح القاضي الترخيص للقاصر بالزواج..... 83
المطلب الثالث:الترخيص للقاصر المميز في التصرف ببعض أمواله 84
الفرع الأول :المقدم..... 84
الفرع الثاني:ترشيد القاصر في قانون الأسرة للتصرف في بعض أمواله..... 85
المطلب الرابع:الولاية على أموال القاصر..... 86
الفرع الأول: تعريف الولاية..... 86
الفرع الثاني:الولاية على أموال القاصر..... 87
المطلب الخامس:الكفالة..... 90
الفرع الأول : تعريف الكفالة..... 90
الفرع الثاني : الأمر بالكفالة..... 92
المطلب السادس:الأوامر على عرائض المنصوص عليها في المادتين 182 من قانون الأسرة و 499 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية..... 93
الفرع الأول:حالة وضع الختام و رفعها..... 93
الفرع الثاني:إيداع النقود و الأشياء ذات القيمة..... 96
الفرع الثالث:حالة منازعات الميراث..... 96
خاتمة 99
قائمة المصادر و المراجع 102
قائمة الملاحق 109
الفهرس 116