مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية ISSN: 2335-1039
المجلد: 10 العدد: 02 السنة 2021 ص17 -39

تاريخ الإرسال: 2021/05/01 تاريخ القبول: 2021/05/21

تفعيل دور القاضي الأسري في حماية الأسرة بين الصلاحيات والمعوقات

Activating the role of the family judge in protecting the family between powers and obstacle

نزار كريمة*[1]

[1] جامعة جيلالي اليابس، سيدي بلعباس، الجزائر،

karimanizar7419@gmail.com

الملخص:

أراد المشرع الجزائري من خلال تعديله لقانوني الأسرة والإجراءات المدنية والإدارية أن يقوم قضاء شؤون الأسرة بدوره على أكمل وجه في التطبيق السليم لمقتضيات قانون الأسرة، حيث خول له سلطة تقديرية واسعة يتأتى من خلالها مراعاة ظروف كل قضية على حدة، وتحقيق العدل بين كافة أفراد الأسرة والحرص على المصالحة بينهم ليعتبر القاضي حكما يمكنه إصلاح ذات البين وبتر كل أسباب الخلاف بين الزوجين وتقصي مصلحة الطفل ومراعاة حقوقه بالإسراع في البت في كل ما يحقق ذلك.

ورغبة من المشرع الجزائري في تفعيل دور القضاء في حماية الأسرة ارتأى توسيع الدور المنوط بالنيابة في هذا النوع من القضايا، لذلك سنكشف من خلال هذه الورقة البحثية مدى توفيق المشرع الجزائري في تحقيق ما أراده ، مع الوقوف عند العقبات التي يمكن أن تعترض قاضي شؤون الأسرة في بلوغ ذلك، وكيف السبيل إلى تجاوزها للوصول به لممارسة صلاحياته بشكل أكثر فعالية.

الكلمات المفتاحية: الأسرة، الطفل، القاضي، الصلح، الحماية.

*المؤلف المرسل

Abstract:
The Algerian legislator, through amending the family law and civil and administrative procedures, wanted the family affairs judiciary to play its role fully in the proper implementation of the requirements of the family law, as it has been empowered with wide discretionary power through which to take into account the circumstances of each case separately, and to achieve justice among all family members To reconcile between them so that the judge considers an arbitrator who can reconcile the differences between the spouses, investigate the interests of the child, take into account his rights, and expedite the decision on everything that achieves this, Desiring the Algerian legislator to activate the role of the judiciary in protecting the family, he decided to expand the role assigned to the prosecution in this type of case. That is, through this research paper, we will reveal the extent of the success of the Algerian legislator in achieving what he wants, while standing at the obstacles that may be encountered by the family affairs judge in Achieving this, and how to overcome it in order for him exercise his powers.
Keywords: Family, child, judge, reconciliation, protection.

مقدمة:

الأسرة هي أساس التكوين الاجتماعي لأي مجتمع، لذلك وضعت الشريعة الإسلامية نظاما ملائما لتكوين هذه المؤسسة، وذلك بالزواج ومنها نهلت عديد التشريعات الوضعية العربية حيث قننت قواعد قيام الرابطة الزوجية وحرصت على وضع الآليات اللازمة للمحافظة عليها، وحفظ حقوق الزوجين والحرص على المصالحة بينهما ورعاية حقوق الأبناء سواء خلال قيام الرابطة الزوجية أو حتى بعد انحلالها.

لذلك نجد قانون الأسرة يحتل مكانه هامة بين فروع القانون نظرا لارتباطه الوثيق بالمجتمع حيث يتوقف إصلاح هذا الأخير على إصلاح أحوال الأسرة وإرساء قواعد أساسية لاستقرارها وحمايتها عن طريق العلاقات الأسرية في إطار قانوني يحقق العدل والإنصاف والكرامة الإنسانية لكل مكوناتها.

ولتحقيق هذه الأهداف السامية جعل هذا التشريع للقضاء دورا أساسيا في معالجة قضايا الأسرة وطوقه بمسؤولية كبيرة، مما استوجب إنشاء قضاء الأسرة كقضاء متخصص بمقتضى القانون 84-11 المعدل والمتمم بالأمر 05_02 الصادر في 27_02_2005 المتضمن قانون الأسرة، والقانون رقم 08 /09 المؤرخ في 25-02- 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مع الإشارة إلى الاختصاص النوعي لهذا القضاء باعتباره من النظام العام، ويأتي دور النيابة العامة وتفعيله في قانون الأسرة من أهم المستجدات التي ترمي إلى حماية الأسرة، إذ نصت المادة 03 مكرر منه على اعتبار النيابة العامة طرفا أصليا في جميع القضايا الرامية إلى تطبيق هذا القانون.

هذا كله بغرض السعي إلى تحقيق حماية شاملة للأسرة الجزائرية والذي يتأتى حسب اعتقاده من خلال تفعيل دور القضاء في حماية العلاقة الزوجية والطفل، فهل وفق المشرع فعلا في ذلك؟ وهل يمكن للقاضي أن يحقق ما أراده له المشرع في ظل الصلاحيات المخولة له قانونا؟

هذا ما سنكشف عنه من خلال أثر التعديل على دور القاضي في المحافظة على العلاقة الزوجية، وصلاحيات قاضي شؤون الأسرة في حماية الطفل.

1. حقيقة تفعيل دور القاضي في المحافظة على العلاقة الزوجية:

طرق المشرع عديد الأبواب في قانون الأسرة التي أراد فيها من القاضي أن يكون حريصا على المصالحة بين الزوجين وبتر أسباب الخلاف بينهما ومن ثم الوصول إلى حياة زوجية مستقرة، وسنحاول الوقوف عند أهم المحطات التي مسها التعديل، ومن ثم نرى إن كان القاضي قد استطاع أن يكون عونا للمشرع فعلا في تحقيق ما رغب فيه من سد الذرائع المؤدية إلى تفكيك الأسرة وعلى وجه الخصوص الرابطة الزوجية.

1.1 سلطة القاضي في كبح عشوائية تعدد الزوجات ودوره في الصلح:

من الأحكام التي تدخل بها المشرع الجزائري لحماية العلاقة الزوجية والحرص على عدم تفككها، والتي رأى فيها أنها تنطوي على إجحاف في حق الزوجة، تلك المقررة

لتعدد الزوجات وذلك محاولة منه للوقوف موقفا وسطا بين المرجعية الدينية والدولية، حيث أن التعدد من المسائل التي يسمح بها الإسلام للرجل مقيدا إياه بشرط العدل بين زوجاته.

ومن ناحية أخرى هناك الاتفاقيات الدولية التي صادقت عليها الجزائر لاسيما تلك المناهضة لجميع أشكال التمييز ضد المرأة، والمعروفة باتفاقية سيداو التي اعتمدت وعرضت للتوقيع والتصديق والانضمام بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 34-180 المؤرخ في 18-12-1979 ودخلت حيز التنفيذ في 03-09-1981، وتوصف بأنّها وثيقة حقوقية دولية للنّساء فقط دون الرّجال[1]، صادقت عليها الجزائر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 51-96 المؤرخ في 22-01-1996، الجريدة الرسمية وقم 06، وقد تحفظت على بعض نصوصها وهي المواد 02، 2/09 ، 4/15، 16 و 29.

فهل وفق المشرع في وضع القاضي في إطاره الصحيح الذي يمكنه فعلا من ضبط عشوائية التعدد ومن ثم المحافظة على الرابطة الزوجية من التفكك؟

وفي إطار الآليات التي وضعها المشرع لحماية العلاقة الزوجية أنه تبنى الصلح، وسعيا منه لدعم هذا الأخير تدخل عند تعديله لقانون الأسرة في 2005 وكذا قانون الإجراءات المدنية ليعزز من دور القاضي فيه.

1.1.1. دور القاضي في كبح عشوائية التعدد:

أقرت الشريعة الإسلامية تعدد الزوجات في حدود ما تسمح به وفقا لما جاء في كتاب الله، إذ يقول عز وجل: ﴿**وَءَاتُوا الْيَتَامَى أَمْوَالَهُمْ، وَلاَ تَتَبَدَّلُوا الْخَبِيثَ بِالطَّيِّبِ، وَلاَ تَأْكُلُوا أَمْوَالَهُمْ إِلَى أَمْوَالِكُمْ إِنَّهُ كَانَ حُوبًا كَبِيرًا، وَإِنْ خِفْتُمْ أَلاَّ تُقْسِطُوا فِي الْيَتَامَى فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُم مِّنَ النِّسَاءِ مَثْنَى وَثُلاَثَ وَرُبَاعَ، فَإِنْ خِفْتُمْ أَلاَّ تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتَ أَيْمَانُكُمْ، ذَلِكَ أَدْنَى أَلاَّ تَعُولُوا**﴾[2].

وهو نظام يبيح للرجل أن يضم إلى عصمته أربع زوجات فأقل، ليس بينهن قرابة محرمة، وحرم عليه بالتالي الزواج بالخامسة، حتى يطلق إحدى زوجاته الأربع أو تموت عنه، ومنه يحرم عليه أن يجمع في عصمته أكثر من أربع زوجات في وقت

واحد، إذ أن في الأربع كفاية، وفي الزيادة عليها، تفويت الذي شرعه الله لصالح الحياة الزوجية[3].

ولم تترك الشريعة الإسلامية تعدد الزوجات للممارسة العشوائية وإنما قيدته بشروط شرعية أولها عدم الزيادة عن العدد المسموح به شرعا، وأهمها العدل بين الزوجات، وهو العدل في الإنفاق، والمبيت، مع شرط القدرة على الإنفاق لقوله عليه الصلاة والسلام: ﴿**يا معشر الشباب من استطاع منكم الباءة فليتزوج...**﴾[4] والباءة مؤنة النكاح[5].

وقد ساير المشرع الجزائري مسلك الشريعة الإسلامية في نظام التعدد بأن تبناه عند صدور أول قانون للأسرة بموجب القانون رقم 11/84 المؤرخ في 1984/06/09، وقيده بوجود المبرر الشرعي وتوفر شروط ونية العدل، وعلم الزوجتين السابقة واللاحقة، ثم تدخل في 27- 02- 2005 بموجب الأمر 02/05 أين جعل من القاضي رقيبا على من يتعامل مع التعدد باستهتار ولامسؤولية إذ ضيق دائرته، بتقييده بحصول الزوج على ترخيص من قاضي شؤون الأسرة، حيث يكون هذا الأخير مرهونا بتوفر جملة من الشروط التي جاءت في المادة 08 من قانون الأسرة والتي نصها كما يلي: "يسمح بالزواج بأكثر من زوجة واحدة في حدود الشريعة الإسلامية متى وجد المبرر الشرعي وتوفرت شروط ونية العدل،وفي هذه الحالة يجب على الزوج إخبار كل من الزوجة أو الزوجات السابقة، والمرأة التي يرغب في الزواج بها وأن يقدم طلب الترخيص بالزواج إلى رئيس المحكمة لمكان مسكن الزوجية، ويمكن لرئيس المحكمة أن يرخص بالزواج الجديد إذا تأكد من موافقتهن أو موافقتهما وأثبت الزوج المبرر الشرعي وقدرته على توفير العدل والشروط الضرورية للحياة الزوجية".

ولعل ما يستفاد من هذا النص أن المشرع أراد من القاضي أن يكون رقيبا على نظام التعدد وحريصا على عدم تعسف الزوج في استعمال هذا الحق، ومن ثم حماية الزوجة من ظلمه وضمان استقرار العلاقة الزوجية ومن ثم الأسرة.

ولم يقف المشرع عند نص المادة 08 السالف ذكرها وإنما حاول أن يكرس هذه الحماية من خلال سنّه لنصين آخرين ويتعلق الأمر بالمادة 08 مكرر التي تنص على

أنه: " في حالة التدليس، يجوز لكل زوجة رفع دعوى قضائية ضد الزوج للمطالبة بالتطليق"، والمادة 08 مكرر1 التي تقضي بأنه: " يفسخ الزواج الجديد قبل الدخول إذا لم يستصدر الزوج ترخيصا من القاضي وفقا للشروط المنصوص عليها في المادة 8 أعلاه".

من هنا يتضح لنا بأن المشرع الجزائري جعل من قاضي شؤون الأسرة رقيبا على العلاقة الزوجية في حال تعددها، بأن أعطاه السلطة في منح الترخيص بالتعدد من عدمه.

لكن السؤال الذي يطرح نفسه هنا، هو هل آتى تفعيل المشرع لدور القاضي في التعدد ثماره، بأن استطاع أن يرفع الظلم عن الزوجة ويضبط تعسف الأزواج في ذلك؟ لاسيما وأن التعديلات التي أدخلها على نظام التعدد لاقت استحسانا كبيرا لدى الزوجات والمرأة عموما، حيث بدا للكثير أن المشرع ضيق الخناق على الزوج متى أراد أن يعدد زوجاته، وذلك بسن جملة من الضوابط والشروط لابد أن تتوفر فيه لتكلل برخصة من قاضي شؤون الأسرة في إطار سلطته الولائية، وذلك عملا بأحكام المادة 8 من قانون الأسرة المشار إليها أعلاه.

كما خول لقاضي شؤون الأسرة هذا الاختصاص بموجب قانون الإجراءات المدنية والإدارية رقم رقم 08 /09 الصادر بتاريخ 25_02_ 2008، وذلك بموجب المادة 426 منه بعد أن كان ينعقد لرئيس المحكمة سابقا، مع ذلك نجد قاضي شؤون الأسرة نفسه مجبرا على قبول الزواج اللاحق رغم ضربه بعرض الحائط تلك الضوابط التي وضعها في الأصل لحماية الزوجة من تعسف الزوج في استعمال حقه في التعدد، وذلك لأن المشرع نفسه أوجد ما يعطل هذه الحماية بسنه لنص المادة 08 مكرر 01 من قانون الأسرة، التي قيدت فسخ الزواج الجديد بكونه قبل الدخول، بمفهوم المخالفة متى دخل الزوج المعدد بالزوجة اللاحقة كان ذلك بمثابة إجازة لهذا الزواج رغم عدم التقيد بالضوابط القانونية.

معنى ذلك أن القاضي مجبر على تثبيت الزواج الجديد حتى في حالة عدم استصدار الرخصة متى تم الدخول بالزوجة اللاحقة، وهذا عائق وضعه المشرع نفسه أمام

القاضي ليحول دون تحقيق الهدف المنشود من التعديل وهو تفعيل دور القاضي في حماية الزوجة وبالتبعية العلاقة الزوجية.

وفي كثير من الأحيان ينتج عن هذا الزواج المعدد دون ترخيص وبتحايل من الزوج على القانون وتدليسه على زوجته، لجوء الزوجة السابقة إلى طلب التطليق، لاسيما وأن المشرع هو من يقر بحقها في ذلك حسب ما جاء في المادة في 08 مكرر من قانون الأسرة، ومن ثم هدم العلاقة الزوجية بدلا من حمايتها، دون أن نتغاضى عما ينتج عن هذا التطليق من آثار تنعكس بالدرجة الأولى على الأبناء.

بالتالي ما يبدو للكثيرين ممن يثمنون تدخل المشرع لتفعيل دور القاضي في كبح فوضى التعدد إنجازا عظيما، بأن جعله بيده، وهو من يرخص له حال التزام الزوج الذي يرغب في التعدد، هو في الحقيقة غير ذلك لأن المشرع ذاته هو من عطل هذا الدور بوضع ثغرات قانونية تمكن المتحايلين من تجاوز رقابة القاضي على تعدد الزوجات.

2.1.1 تكثيف محاولات الصلح لتفعيل دور القاضي في الصلح القاضي في الصلح:

الأصل في العلاقة الزوجية أن تحل خلافاتها بين الزوجين داخل بيت الزوجية، لأن تعدي المشاكل العائلية حدود الإطار الزوجي من شأنه أن يؤدي إلى تفاقم الأزمة بينهما، إلا أن الخلاف قد يتعاظم ويتعذر إصلاحه داخل الأسرة بحيث تخرج الأمور عن نصابها ويستلزم الأمر تدخل سلطة لفض النزاع، وإصلاح ذات البين، وهو ما قرره المشرع في قانون الأسرة بتبنيه للصلح.

والصلح هو عقد ينهي به الطرفان نزاعا قائما أو محتملا وذلك من خلال التنازل المتبادل لكلا الطرفيـــــن عن إدعاءاته[6] ، وهو مشروع بالكتاب والسنة والإجماع مصداقا لقوله تعالى: " **وَإِنِ امْرَأَةٌ خَافَتْ مِن بَعْلِهَا نُشُوزًا أَوْ إِعْرَاضًا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَن يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًا وَالصُّلْحُ خَيْرٌ**..."[7].

وقد تبنى المشرع الجزائري في قانون الأسرة الصلح كإجراء قضائي أولي إلزامي لابد من القيام به من طرف القاضي، بغرض إصلاح ذات البين وقطع الطريق أمام الطلاق بأنواعه، ومن حرص المشرع على تفعيل دور القاضي في الصلح عدل المادة

49 من قانون الأسرة بأن كثف محاولاته التي يقوم بها بهدف حماية العلاقة الزوجية من الانحلال ليرفعها من محاولة واحدة إلى عدة محاولات، وهذا نصها: "لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح يجريها القاضي دون أن تتجاوز مدته ثلاثة (3) أشهر ابتداء من تاريخ رفع الدعوى.

يتعين على القاضي تحرير محضر يبين مساعي ونتائج محاولات الصلح يوقعه مع كاتب الضبط والطرفين....".

ولعل ما يؤكد على إلزامية الصلح أيضا هو ما جاء في المادة 439 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بنصها: "محاولات الصلح وجوبية وتتم في جلسة سرية"، كما يضيف في المادة 442 من ذات القانون أنه: " يمكن للقاضي منح الزوجين مهلة تفكير لإجراء محاولة صلح جديدة كما يجوز له اتخاذ ما يراه لازما من التدابير المؤقتة بموجب أمر غير قابل لأي طعن ..."، ونشير إلى أن المشرع الجزائري عالج هذا الإجراء الذي اعتبره جوهريا في قانون الإجراءات المدنية والإدارية في المواد من 439 إلى 445.

هذا التدخل التشريعي إن دلّ على شيء إنما يدل على رغبة المشرع في تفعيل دور القاضي في الصلح عن طريق تكثيف محاولاته وتخصيص جملة من النصوص له في قانون الإجراءات المدنية والإدارية من أجل تسهيل مهمة القاضي فيه، كل ذلك بغرض تحقيق الهدف المنشود من الصلح، وهو الحد من تفشي ظاهرة الطلاق، ومن ثم حماية العلاقة الزوجية والأسرة، لكن السؤال المطروح في هذا المقام هو هل حقق المشرع فعلا مبتغاه بتعزيز دور القاضي في الصلح؟

الحقيقة أنّ واقع العمل القضائي لا يعكس الاهتمام التشريعي الذي أولاه المشرع الجزائري للصلح، إذ نجد القاضي يقوم به كإجراء شكلي روتيني لا بد منه حتى لا يعرض حكمه للطعن فيه بالنقض دون السعي فعلا إلى إصلاح ذات البين، كما أنه نادرا ما يلجا إلى عدة محاولات صلح ليكون بذلك غير مراع لظروف كل قضية على حدة، وإنما يتعامل مع جميع دعاوى الطلاق بالشكل ذاته علما أن هذه الأخيرة شخصية

بالدرجة الأولى، ومن ثم لا بد من البحث والتدقيق خلال محاولات الصلح التي كثفها المشرع بغرض تفعيل دور القاضي في إصلاح ذات البين وبتر أسباب الخلاف.

وقد يكون ذلك عائدا إلى جملة من المعوقات، حيث يجمع القاضي في عمله بين النظر في القضايا ومهمة الصلح، مما يؤثر سلبا على مردوديته وهو بصدد إجراء محاولة الصلح، إذ يصعب على القاضي في ممارسته العملية اليومية تقمص شخصية مصلح اجتماعي وقاضي في الوقت ذاته[8].

ومما يعوق تفعيل دور القاضي في الصلح أيضا ارتفاع عدد الملفات المدرجة في جلسات الصلح، الأمر الذي يؤدي إلى عدم قدرته على التحكم فيها وعدم توفير الجو الملائم لطرح نزاعها ومنحها الوقت الكافي لإجراء الصلح والبحث في مكامن الخلل في العلاقة الزوجية واقتراح حلول فعالة لإصلاحها، بل على العكس من ذلك أضحى القضاء ينظر لجلسة الصلح بأنها عبء كبير يرهق كاهله ويهدر الوقت والجهد دون جدوى[9]، مما يدفع بالقاضي إلى التعامل مع جميع القضايا بطريقة آلية ليحيد بذلك عن دوره الذي أراده له المشرع في الصلح.

2.1 إقحام النيابة العامة كطرف أصلي في قضايا الأسرة:

تعتبر النيابة العامة الهيئة التي أوكل لها المشرع مهمة السهر على تطبيق القانون والدفاع عن المصلحة العامة، وتتولى رفع الدعوى المرتبطة باسم المجتمع ولمصلحته في الحدود التي وضعها القانون، وقد جعلها المشرع سلطة الإدعاء العام التي تقوم بوظيفة الاتهام للحفاظ على التطبيق السليم والصارم للقانون، وهو ما كرسه المشرع الجزائري من خلال نص المادة 29 من قانون الإجراءات الجزائية بقولها: "تباشر النيابة العامة الدعوى العمومية باسم المجتمع وتطالب بتطبيق القانون...".

وكاستثناء من ذلك تمارس النيابة العامة مهامها في بعض القضايا المدنية على وجهين، إما كطرف منضم أو إضافي، وعلى اعتبار أن الأسرة نواة المجتمع، إن صلحت صلح المجتمع أكمل وإن فسدت فسد، وإدراكا من المشرع لهذه العلاقة الجدلية بين الأسرة والمجتمع سعى عند تعديله لقانون الأسرة إلى تعزيز حماية الأسرة من خلال تعزيز دورها كهيئة ساهرة على حماية النظام العام في مجال شؤون الأسرة،

حيث تم تخويلها أدوار مهمة في سائر القضايا المتعلقة بهذا المجال، وذلك بغرض الحفاظ على كيانها واستقرارها.

فكيف يتجسد دور النيابة في هذه القضايا على اعتبار أنها طرف أصلي فيها؟، وما قصد المشرع الجزائري عندما اعتبرها كذلك في دعاوى الأسرة، وما هي المبررات العملية لذلك؟ والأهم من كل هذا، هل يخدم حضور النيابة في قضايا شؤون الأسرة المجتمع فعلا بالحرص على عدم التحايل على القانون؟ أم أن حضورها شكلي فيه إهدار للوقت والمال معا؟

للإجابة على جملة الإشكالات هاته نقول أنه خلافا للدور الأصيل للنيابة العامة في تحريك ومباشرة الدعوى العمومية أمام القضاء الجزائي، فقد منحها المشرع الجزائري حق التدخل في الدعوى المدنية بهدف حماية النظام العام، ويتم هذا التدخل إما بصفتها خصم في الدعوى كمدعية أو مدعى عليها أي طرف أصلي، أو بصفتها متدخلة في خصومة قائمة من أجل إبداء الرأي بما يحقق سلامة تطبيق القانون فتكون طرفا منضما حسب ما نصت عليه المادة 256 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية كالآتي: "يمكن لممثل النيابة العامة أن يكون مدعيا كطرف أصلي أو يتدخل كطرف منضم".

وبالرجوع إلى أحكام قانون الأسرة الجزائري المعدل بالأمر رقم 02/05 نجده قد نص على إجراء إلزامي جديد يخص القضايا الرامية إلى تطبيق قانون الأسرة، وهو وجوب أن تكون النيابة طرفا أصليا حسب ما جاء في المادة 03 مكرر منه التي تنص على أنه: " تعد النيابة طرفا أصليا في جميع القضايا الرامية إلى تطبيق أحكام هذا القانون".، إلاّ أن التطبيق العملي لهذا النص واجه اختلافا وتناقضا كبيرين من حيث تبليغ النيابة من طرف الخصوم، ومن حيث كونه عبئا على المتقاضي، دون أن تؤدي الغرض المنشود في كونها طرفا أصليا من حيث الحرص على التطبيق السليم والصارم للقانون.

هذا ويرى البعض ومن بينهم الأستاذ عمر زودة، أنه رغم الانتقادات الشديدة التي وجهت للمشرع من حيث اعتبار النيابة طرفا أصليا بموجب تعديل قانون الأسرة،

إلاّ أنها لا تهدف من خلال ذلك إلى تحقيق مصالح خاصة، أو منافع ذاتية، بل تعمل على تطبيق القانون تطبيقا سليما، وهذا يفيد حسب رأيه في إرجاع الحقوق إلى أصحابها باعتبارها ممثلة للحق العام[10].

لكن الواقع غير ذلك، حيث أن حضور النيابة في قضايا الأسرة عموما حضور شكلي ومكلف للمتقاضين، وللدولة، ويهدر طاقة وكلاء الجمهورية دون فائدة، ودون التحقق خاصة من صحة إدعاءات أطراف الدعوى لاسيما في حالة إثبات الزواج وإلحاق النسب في الحقبة الزمنية الحالية، أي بعد أن أصبح المجتمع يعي ضرورة وفائدة تسجيل الزواج لدى الموظف المختص بذلك، والذي يعكس في مجمله وجود خلفيات وراءه.

وإذا كان البعض يرى –كما سبق عرضه– أن في اعتبار النيابة طرفا أصليا من شأنه العمل على تطبيق القانون تطبيقا سليما، فنحن نقول هل يتحقق ذلك باكتفاء وكلاء الجمهورية بالمطالبة بتطبيق القانون.

وعلى الرغم من أن دور وكيل الجمهورية في جلسات شؤون الأسرة لا يزيد عن المطالبة بتطبيق القانون، فإنهم مجبرون على حضور جلسات عديد القضايا يوميا يلتزمون فيها الصمت، وهذا على الرغم من أن عدد وكلاء الجمهورية في المحاكم الجزائرية لا يلبي حاجة الأقسام الجزائية، كما أن واقع العمل القضائي يدل على أن حضور وكيل الجمهورية شكلي، ولا يجنى منه سوى تضييع الوقت والمال.

بهذا نقول أنه إن كان يفهم من قراءة نص المادة 03 مكرر من قانون الأسرة أن المبرر العملي لاعتبار النيابة طرفا أصليا في قضايا الأسرة هو الحرص على عدم خرق القانون وتطبيقه تطبيقا سليما، فإن الواقع يعكس نقيض ذلك، بل يلاحظ أن الهدف المسطر من خلال تعديل قانون الأسرة لمّا نص على أن تكون النيابة طرفا أصليا في النزاع، هو تمكين هذه الأخيرة من تنفيذ الحكم، وليس الاعتراض أو الموافقة الذين قد ينجما عن الممارسة الفعلية لدورها كطرف رئيسي في النزاع ومن ثم تقصّي الحقيقة من عدمها، لاسيما وأن التحايل على القانون يحدث يوميا أمام دور القضاء من خلال إثبات زيجات لم تبرم أصلا أو وقعت لتصحيح أوضاع غير سوية.

2. صلاحيات قاضي شؤون الأسرة في حماية الطفل:

حرص المشرع الجزائري على توفير حماية للأطفال أثناء قيام الرابطة الزوجية ومن أهم ذلك حماية نسب الطفل ثبوتا ونفيا، كما تولى أيضا وضع الوسائل اللازمة لحمايتهم في حال انحلال هذه الرابطة، فلا يجب أن يكون ذلك سببا في تشرد الأبناء، وضياع مصالحهم، ومن أجل ذلك عدل عديد النصوص القانونية التي تخص حماية المحضون، ومن ذلك ما تعلق بترتيب أصحاب الحق في الحضانة والنفقة، وسكن المحضون وغيرها مما يخدم مصلحته، ولضمان تفعيل هذه الحماية تدخل لجعل القاضي رقيبا على ذلك بأن منحه من الصلاحيات التي رأى فيها أنها تعزز دوره فيها.

1.2 دور القاضي في حماية نسب الطفل:

يعتبر النسب من المسائل ذات الأهمية البالغة التي حرصت الشريعة الإسلامية على اختلاف مصادرها على صيانتها من الضياع بأن أثبتته بكل دليل وفي المقابل تشددت في نفيه فلا ينتفي إلا باللعان[11] وهو رابطة سامية وصلة عظيمة أحاطها الإسلام بسياج منيع نظرا لما يترتب عليها من محارم وحقوق أهمها الميراث.

ولقد سار المشرع الجزائري على الدرب الذي سارت عليه جل التشريعات العربية من حيث طرق إثبات النسب ونفيه، مستمدا إياها من أحكام الشريعة الإسلامية باعتبار أحكام قانون الأسرة مستمدة في مجملها منها، حيث أشار إلى طرق إثباته أمام القضاء، والتي منها ما تعتبر وسائل منشئة على غرار الفراش أو ما يتعارف عليه بالزواج الصحيح وما يلحق به من نكاح فاسد ودخول بشبهة، ومنها ما يعد طرقا كاشفة كالإقرار والبينة، وهو ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 40 من قانون الأسرة التي تقضي بأنه:" يثبت النسب بالزواج الصحيح أو بالإقرار أو بالبينة أو بنكاح الشبهة أو بكل زواج تم فسخه بعد الدخول طبقا للمواد 32 و33 و34 من هذا القانون...".

ولقد كان من بين الاكتشافات العصرية الحديثة، ما شاع في الآونة الأخيرة وعرف بالحمض النووي أو البصمة الوراثية، التي أحدثت ضجة كبيرة بين وسائل الإعلام على مستوى العالم، حيث غير هذا الاكتشاف العجيب بعضا من مجريات الأنظمة

التشريعية والقضائية في الدول العربية، الأمر الذي تسارعت من أجله الندوات والمؤتمرات العلمية لدراسة هذه النازلة العصرية الحديثة[12].

وقد عرفت البصمة الوراثية في اللّغة بأنها، العلامة أو الأثر الذي ينتقل من الآباء إلى الأبناء، أو من الأصول إلى الفروع، وفق قوانين محددة يمكن تعلمها[13].

كما تم تعريفها من الناحية الاصطلاحية بأنها "البنية الجينية –نسبة إلى الجينات أي المورثات– التفصيلية التي تدل على هوية كل شخص بعينه، وهي وسيلة لا تكاد تخطئ في التحقق من الوالدية البيولوجية والتحقق من الشخصية وإثباتها، ولاسيما في مجال الطب الشرعي، وهي ترقى إلى مستوى القرائن القوية التي يأخذ بها أكثر الفقهاء –في غير قضايا الحدود الشرعية– وتمثل تطورا في مجال القيافة التي يذهب إليها جمهور الفقهاء في إثبات النسب المتنازع فيه"[14].

كما أنها وسيلة تمتاز بالدقة لتسهيل مهمة الطب الشرعي والتحقق من الشخصية ومعرفة الصفات المميزة للشخص، ويمكن أخذها من الدم، أو البول أو المني أو جذر الشعر، العظم، السائل الأمينوسي للجنين، خلية البويضة المخصبة، أو خلية الجسم [15].

بالتالي فهي نتيجة علمية تمتاز بالدقة العالية، التي لا تدع مجالا للظن أو الشك، وإن الاعتماد عليها يؤدي بالضرورة إلى إثبات أو نفي الرابطة الأبوية متى توفرت شروطها العلمية الفنية[16].

ولا شك أن البصمة الوراثية تعد من أهم المستجدات العصرية في علم الأحياء الحديث من حيث تطور وسائل تطبيقها في المجالات التي يمكن فيها الاستفادة منها، وأصبحت من الحقائق المهمة في هذا العصر في مجال إثبات ونفي النسب باعتباره مجالا من المجالات التي استفادت من هذه التقنية على غرار الإثبات الجنائي، وإثبات الجنسية، وتحقيق الهوية وغيرها من المجالات التي طرقتها البصمة الوراثية[17].

ولقد اهتمت الأوساط العلمية في العالم العربي بهذا الحدث، لكن معظم اهتمامها منبعث من كيفية اللحاق بهذه التقنية وامتلاك أسبابها، والاستفادة من تطبيقاتها، وانجازاتها العلمية، والقليل منها فقط هو الذي يحاول البحث في آثارها الاجتماعية والثقافية، ويسعى لوضع إطار أخلاقي وقانوني يضبطها، بل نجد أن معظم التشريعات العربية

تعيش حالة من الجمود التشريعي في مواجهة تطور هائل ومستمر للعلوم البيولوجية، وآثارها في جوانب مختلفة، بينما المفترض أن تستأثر بجهود تشترك فيها جميع التخصصات العلمية والفقهية، والاجتماعية من أجل تقليص الفجوة إن لم نقل سدها كلية في هذا الباب[18].

ومع اكتشاف هذه التقنية، كان على المشرع الجزائري أن يتماشى وهذا التطور العلمي، ويلحق بركب من سبقوه من المشرعين في تبنيها كقرينة قاطعة في إثبات ونفي النسب، الأمر الذي دفع به إلى إدراج فقرة ثانية في المادة 40 من قانون الأسرة عند تعديلها نص فيها على أنه: "... يجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية في إثبات النسب"، وهو الأمر الذي اعتبره البعض قفزة نوعية تبناها المشرع الجزائري مواكبة للتطور العلمي في مجال النسب.

لكننا نقول أن تدخله بهذه الفقرة، كان تدخلا محتشما، إن لم نقل تدخلا عشوائيا، إذ يبدو أنه أراد مسايرة التطور العلمي على غرار التشريعات العربية الأخرى لا أكثر ولا أقل، إلا أنها كانت مسايرة من أجل المسايرة.

وبالتالي كان عليه أن يتدخل صراحة بتبني تقنية البصمة الوراثية كدليل يمكن اللجوء إليه في إثبات ونفي النسب، لاسيما في بعض الحالات كالتنازع حول النسب ويبين موقفه من إثبات نسب ابن الزنا بالبصمة الوراثية بالنص صراحة بعدم جواز ذلك إلا في حالة جرائم الاغتصاب التي يكون فيها الكشف عن البصمة الوراثية للطفل الدليل الوحيد الذي سيكشف عن الجاني دون أن يكون القصد من ذلك تثبيت هذا النسب، ثم إن اللّعان كطريق شرعي وحيد لنفي النسب الأصل فيه أنه يقوم على الشك، لا على اليقين، ومن ثم فإن الاكتفاء به في نفي النسب في ظل وجود البصمة الوراثية، فيه ظلم للولد، وضياع أنساب ثابتة، الأمر الذي يعكس أبعاد استبعاد المشرع الجزائري للبصمة الوراثية في نفي النسب بطريق غير مباشر، كونه تعامل مع هذا الموضوع بلامبالاة واضحة.

بناء على ما سبق يمكننا القول بأن المشرع لم يكن دقيقا في صياغته للفقرة 2 من المادة 40 من قانون الأسرة، الأمر الذي يترتب عليه إعمال القاضي لسلطته التقديرية

الواسعة باعتبار أن اللجوء إلى الطرق العلمية جوازي، أضف إلى ذلك أن العلم أفرز طرق علمية عدة في مجال إثبات النسب، منها ما هو ظني على غرار تحليل الزمر الدموية ومنها ما هو قطعي ونقصد بذلك فحص الحمض النووي، كما أن المشرع سكت عن الحالات التي يكون فيها اعتماد الوسائل العلمية وجوبيا، وتلك التي يكون فيها جوازيا وهل يأمر القاضي بهذا الإجراء من تلقاء نفسه أم بطلب من الخصوم؟

لذلك نقول أن هذه السلطة التقديرية الواسعة التي منحها المشرع لقاضي شؤون الأسرة في إثبات النسب قد لا تخدم مصلحة الطفل، لأنها تصطدم بالصياغة غير السليمة لنص المادة 40 من قانون الأسرة التي تعتبر عائقا أمام القاضي، حيث تجعله يتفادى تطبيق هذا النص قدر الإمكان، وحتى إن أراد تطبيقه فقد يلجأ إلى طرق غير قطعية دون أن يكون حكمه معرضا للطعن فيه بالنقض، كما قد لا يلجأ إلى الطرق العلمية أصلا إذا تعلق الأمر بنفي النسب لأن المشرع الجزائري لم يعطه الصلاحية للأمر بإجرائها فيما يتعلق بذلك ليكتفي بإجراء اللعان، هذا في حال إذا لم يكن الأب قد فوت على نفسه أجل رفع دعوى اللعان وفقا لما تقرره الشريعة الإسلامية وهو ما يؤكده اجتهاد المحكمة العليا، حيث جاء في أحد قرارتها أنه: " من المقرر شرعا أن دعوى اللعان لا تقبل إذا أخرت ولو ليوم واحد بعد علم الزوج بالحمل أو الوضع أو رؤية الزنا"[19] ليكون الطفل هو الخاسر الوحيد في هذه الحال.

أمام كل هذه المعيقات لتفعيل دور القاضي في حماية نسب الطفل وجب إعادة التدخل لصياغة المادة 40 بالشكل الذي يجعل من القاضي حاميا للطفل فيما يتعلق بنسبه وفقا لما تم التنبيه إليه أعلاه، لاسيما وأن قانون الإجراءات المدنية والإدارية يؤكد في مادته 424 على أن قاضي شؤون الأسرة يتكفل على الخصوص بالسهر على حماية مصالح القصر.

2.2 تفعيل دور القاضي في حماية مصلحة المحضون:

تعتبر الحضانة من أهم الآثار المرتبة حال وقوع الفرقة بين الزوجين على اختلاف أنواعها، أي سواء تعلق الأمر بالطلاق بالإرادة المنفردة أو التطليق، أو الخلع أو الطلاق بالتراضي.

وهي أكثر المسائل جدية من بين المسائل المطروحة على قاضي شؤون الأسرة، إذ متى تم فك الرابطة الزوجية كان لزاما على القاضي تقرير مصير الأطفال، وتحديد الكنف الذي فيه سيعيشون مراعيا في كل ما يتخذه مصلحة المحضون، مع الأخذ بعين الاعتبار أن والدهم مجبر على دفع النفقة من تاريخ رفع دعوى الطلاق، وفي حال إقامتهم مع والدهم تسري من تاريخ التحاقهم بوالدتهم الحاضنة[20]

وتعرف الحضانة على أنها تربية الصغير ورعايته والقيام بجميع أموره كإطعامه وإلباسه ونظافته ووقايته مما يعرضه للضرر والهلاك، وسببها عجزه في أول حياته على القيام بأمور نفسه، وعدم إدراكه لما ينفعه وما يضره[21]، كما تعرف بأنها القيام بتربية الصغير ورعاية شؤونه وتدبير طعامه وملبسه ونومه وتعليمه إلى سن معينة ممن له الحق في تربيته وحفظه شرعا.[22]

وقد نظمها المشرع الجزائري في المواد من المادة 62 إلى المادة 72من قانون الأسرة، وقد عرفتها المادة 62 منه كالآتي: "الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا، ويشرط في الحاضن أن يكون أهلا للقيام بذلك".

باستقراء هذا النص نخلص إلى أن المشرع إضافة إلى تربية الطفل ورعايته صحة وخلقا حرص على تربيته على دين أبيه، مما يطرح فرضية كون الأم غير مسلمة، فما الذي يضمن تربيتها له على دين أبيه، لذلك وضع المشرع مصلحة المحضون كمعيار أساسي لمعالجة القضايا المتعلقة بالحضانة، بالتالي فإن نصوصها لا تعد من النظام العام، كما أن القاضي يبسط سلطته فيها لأن تقدير مصلحة المحضون تبقى من اختصاصه.

وقد أسند المشرع الجزائري للقضاء دور تفعيل مقتضيات قانون الأسرة وجعلها تتلاءم مع الأهداف المتوخّاة منه، فقد فرض قانون الأسرة رقابة المحكمة كلما تعلق الأمر بمصلحة المحضون، سواء عند الطلاق أو بعده، ولقد تعددت النصوص التشريعية التي تؤكد هذا الأمر، حيث يستشف ذلك من خلال عبارة "مع مراعاة مصلحة المحضون".

ومن ذلك ما يتعلق بانتهاء مدة الحضانة التي قررها المشرع ببلوغ الذكر 10 سنوات وبلوغ الأنثى سن الزواج، وهو ما ورد في المادة 65 من قانون الأسرة كما يلي: " تنقضي مدة حضانة الذكر ببلوغه 10 سنوات والأنثى ببلوغها سن الزواج، وللقاضي أن يمدد الحضانة بالنسبة للذكر إلى 16 سنة إذا كانت الحاضنة أما لم تتزوج ثانية، على أن يراعى في الحكم بانتهائها مصلحة المحضون".

فمصلحة المحضون مقرر تقديرها هنا للقاضي، إذ له أن يخالف مضمون النص طالما تعارض ذلك مع مصلحة المحضون، فله السلطة التقديرية الكاملة في ذلك، فمتى قدّر القاضي أن من مصلحة المحضون بقاؤه مع أمه، رغم بلوغه سن انتهاء الحضانة، لا يجوز للأب التمسك بما جاء في النص القانوني، لأن هذا الأخير ليس من النظام العام.

ومن النصوص التي يستدل بها أيضا على دور القاضي في حماية مصلحة المحضون من خلال سلطته التقديرية، والتي منحه إياها المشرع، ما تعلق بالتنازل عن الحضانة الذي يعد من مسقطات الحضانة، حيث نصت المادة 66 من قانون الأسرة على أنه: " تسقط الحضانة بالتزوج بغير قريب محرم أو بالتنازل ما لم يضر بمصلحة المحضون"، وهو ما تؤكده المحكمة العليا في أحد قراراتها الذي جاء فيه:" من المقرر قانونا أنه لا يعتد بالتنازل عن الحضانة إذا أضر بمصلحة المحضون"[23]

ومن هنا لا يمكن التنازل عن الحضانة طالما كان ذلك يضر بمصلحة المحضون، فقرار من أسندت له الحضانة بالتنازل عنها لا يملكه وحده، وإنما يخضع لرقابة القاضي، كون الأمر هنا لا يتعلق بحق من حقوق الحاضن، وإنما بحق المحضون.

ومن مظاهر حرص المشرع على تفعيل دور قاضي شؤون الأسرة في حماية الطفل عموما ما جاء في المادة 424 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي تنص على أنه:" يتكفل قاضي شؤون الأسرة على الخصوص بالسهر على حماية مصالح القصر"، كما أنه تدخل بالمادة 425 من ذات القانون، والتي خول فيها قاضي شؤون الأسرة صلاحيات قاضي الأمور المستعجلة، بعد أن كانت هذه الأخيرة مخولة لرئيس المحكمة قبل تعديل قانوني الأسرة والإجراءات المدنية والإدارية، حيث جاء مضمونها

كالآتي:" يمارس رئيس قسم شؤون الأسرة الصلاحيات المخولة لقاضي الاستعجال، ويجوز له بالإضافة للصلاحيات المخولة له في هذا القانون، أن يأمر في إطار التحقيق بتعيين مساعدة اجتماعية أو طبيب خبير أو اللجوء إلى أية مصلحة مختصة في الموضوع بغرض الاستشارة.

ينتهي التحقيق بتحرير تقرير يتضمن المعاينات التي قام بها المحقق والحلول لمقترحة. يطلع القاضي الأطراف على التقرير ويحدد لهم أجلا لتقديم طلب إجراء تحقيق مضاد. يمكن اللجوء إلى الاستشارة في أي وقت وحتى أثناء إجراءات الصلح".

يستخلص من هذا النص أن المشرع الجزائري سعى إلى تفعيل دور قاضي شؤون الأسرة بشكل جدي، وهي نقطة تحتسب له، ذلك أن قاضي شؤون الأسرة يكون أدرى من رئيس المحكمة بهذه المواضيع التي يفترض فيه أنه اكتسب فيها من الخبرة والتجربة ما يعينه على اتخاذ ما يخدم مصلحة المحضون من تدابير، كما أن هذا النص جاء تماشيا مع ما جاء في المادة 57 مكرر من قانون الأسرة ، وهي مادة مستحدثة بموجب تعديل قانون الأسرة بموجب الأمر 05-02 المؤرخ في 27-02- 2005 والتي تنص على أنه:" يجوز للقاضي الفصل على وجه الاستعجال بموجب أمر على عريضة في جميع التدابير المؤقتة ولاسيما ما تعلق منها بالنفقة والحضانة والزيارة والمسكن.".

ولعل ما يشد الانتباه في المادة 425 السالف عرض مضمونها، أن المشرع أعطى لقاضي شؤون الأسرة من الصلاحيات والسلطة في الاستعانة بالخبرة، وأن يأمر في إطار التحقيق بتعيين مساعدة اجتماعية لتقرير الحضانة لصاحبها مراعاة لمصلحة المحضون، كما يمكن للقاضي وفقا لهذا النص سماع أي شخص من أفراد العائلة حول الظروف الاجتماعية للعائلة التي يعيش في كنفها الطفل المحضون، وله أيضا إجراء تحقيق اجتماعي واتخاذ التدابير الضرورية المؤقتة لحماية مصلحة القاصر، ومن ذلك إسناد الحضانة مؤقتا إلى أحد الأبوين أو إلى شخص آخر يكون أهلا لممارسة الحضانة وفق الترتيب المشار إليه في المادة 64 من قانون الأسرة.

وإدراكا منه بأن مصلحة المحضون لا يتأكد منها إلا المحكمة الكائن بدائرتها مكان ممارسة الحضانة فإن دعاوى هذه الأخيرة وما يرتبط بها من حق الزيارة والرخص الإدارية المتعلقة بالمحضون تختص بها محكمة مكان ممارسة الحضانة طبقا لما جاء في المادة 426 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية[24] وقد جاء نصها كما يلي:" تكون المحكمة مختصة إقليميا: ... 4- في موضوع الحضانة وحق الزيارة والرخص الإدارية المسلمة للقاصر المحضون بمكان ممارسة الحضانة ...".

هذا وإن كان تبين من خلال ما سبق أن المشرع الجزائري جعل من مصلحة المحضون معيارا لأي حكم أو قرار قضائي مع ذلك ينبغي أن نشير إلى أنه لم ينص على حظر أي اتفاق في الطلاق يمس بمصلحة الطفل على غرار تنازل الأم عن نفقة المحضون مقابل موافقة الأب على الطلاق بالتراضي، لاسيما في حال كانت الأم غير عاملة.

.خاتمة:

في ختام هذه الورقة البحثية نقول أن المشرع الجزائري سعى من خلال تدخلاته التشريعية إلى تفعيل دور قاضي شؤون الأسرة لحماية العلاقة الزوجية والطفل إلا أن تدخلاته لم تكن جميعها تخدم الأسرة والطفل حقيقة ولقد أيقنا ذلك من خلال النتائج المتوصل إليها والمتمثلة في ما يلي:

- جعل المشرع من القاضي رقيبا على من يتعاملون مع التعدد بعشوائية، مقيدا هذا الأخير برخصة من القاضي متى تحقق من وجود الضوابط التي سنها المشرع.
- عطل المشرع دور القاضي الذي أراده فيما يخص جعله حريصا على عدم تعسف الزوج في التعدد عن طريق وضع ثغرات قانونية تمكن المتحايلين من تجاوز رقابة القاضي,
- كثف المشرع الجزائري محاولات الصلح التي يقوم بها القاضي عند تعديله للمادة 49 من قانون الأسرة، رغبة منه في تفعيل دور القاضي في الصلح للحد من تفشي ظاهرة الطلاق، ومن ثم حماية العلاقة الزوجية.

– واقع العمل القضائي لا يعكس الاهتمام التشريعي الذي أولاه المشرع الجزائري للصلح، كون القاضي يقوم به كإجراء روتيني شكلي، دون السعي فعلا إلى إصلاح ذات البين.

– جمع القاضي في عمله بين النظر في قضايا الطلاق ومهمة الصلح وتراكم الملفات يشكل عائقا أمام تفعيل دوره في الصلح.

– حول المشرع الجزائري النيابة العامة من طرف منضم إلى طرف أصلي في جميع قضايا الأسرة بدافع تفعيل دورها في هذا النوع من المنازعات.

– حقيقة العمل القضائي أثبتت أن حضور النيابة في قضايا الأسرة، حضور شكلي مكلف للمتقاضين والدولة دون فائدة.

_ تدخل المشرع الجزائري بتعديله للمادة 40 من قانون الأسرة وإضافة فقرة يجيز فيها القاضي اللجوء إلى الطرق العلمية تعزيزا منه لدور القاضي في إثبات النسب.

–تدخل المشرع الجزائري فيما يخص الطرق العلمية لم يكن دقيقا، مما يفسح المجال للقاضي لإعمال سلطته التقديرية بالشكل الذي لا يخدم مصلحة الطفل.

_ خول المشرع من خلال قانوني الأسرة والإجراءات المدنية والإدارية قاضي شؤون الأسرة جميع الصلاحيات التي من شأنها حماية مصلحة الطفل المحضون، وهو تدخل يستحق التثمين.

–عدم نص المشرع صراحة على حظر كل اتفاق يمس بمصلحة المحضون.

وبناء على هذه النتائج نقدم الاقتراحات الآتي':

– ضرورة إلغاء نص المادة 08 مكرر1 من قانون الأسرة التي تعطل الدور الذي لأراده المشرع للقاضي في الرقابة على نظام التعدد.

– تخصيص قضاة مكلفين بمهمة الصلح دون الفصل في دعوى الطلاق، مع إخضاعهم لدورات تكوينية تعزز كفاءتهم في الصلح.

– وجوب تفعيل دور النيابة العامة في قضايا الأسرة بما يخدم مصلحة الأسرة والطفل، لاسيما التحقيق في قضايا إثبات الزواج والحضانة.

– إعادة صياغة المادة 40 من قانون الأسرة بالشكل الذي يبين فيه الحالات التي يجوز للقاضي اللجوء فيها إلى الطرق العلمية والتي يجب فيها ذلك، وكذا الحالات التي يحظر فيها، مع ضرورة استخدامها في إثبات النسب.

– وجوب النص صراحة على حظر كل اتفاق في الطلاق بالتراضي يمس بمصلحة المحضون لاسيما التنازل عن نفقة المحضون.

الهوامش والمراجع المعتمدة

1 نهى القاطرجي، قراءة إسلامية في اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة CEDAW، دراسة حالة لبنان، بحث مقدم لمؤتمر" أحكام الأسرة بين الشريعة الإسلامية والاتفاقيات الدولية، جامعة طنطا، مصر، 07–09 أكتوبر 2008.

2– سورة النساء، الآيتان 2 و3.

3– جمال الضمراني، الولاية والشهادة في النكاح وحكم الزواج العرفي، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، 2007،، ص.234.

4 أحمد بن الحسين بن علي بن موسى أبو بكر البيهقي، السنن الكبرى،ج.7، ط.1994، مكتبة دار الباز،مكة المكرمة، ص.78.

5– وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج7، الأحوال الشخصية ، ط.4، 1997، دار الفكر، دمشق ، ص.168.

6 بن هبري عبد الحكيم، أحكام الصلح في شؤون الأسرة، دار هومة للطباعة والنشر، 2018، ص. 17.

7 – سورة النساء، الآية 128.

8 إدريس الفاخوري، واقع الصلح في العمل القضائي الأسري، مقال منشور في 11–07– 2017 على موقع مركز إدريس الفاخوري للدراسات والأبحاث في العلوم القانونية، وجدة https://cieersjo.com

9 ادريس الفاخوري، المرجع السابق.

10 عمر زودة، دور النيابة العامة في ظل المادة 3 مكرر من قانون الأسرة، مجلة المحكمة العليان العدد 2، 2005، ص. 35.
11 بوسطلة شهرزاد، ثبوت النسب بين القواعد الشرعية والبصمة الوراثية، مجلة دفاتر السياسة والقانون، العدد الأول، جانفي 2009، ص. 225.
12- خليفة علي الكعبي، البصمة الوراثية وأثرها على الأحكام الفقهية، ماجستير، جامعة الإسكندرية، 2004، ص.3.
13-. سعد الدين مسعد هلالي، البصمة الوراثية وعلائقها الشرعية، دراسة فقهية مقارنة، ط.2001، دار النهضة العربية.، ص.25.
14- أعمال ندوة الوراثة والهندسة الوراثية والجينوم البشري والعلاج الجيني –رؤية إسلامية- المنعقدة في الكويت في الفترة من 13 إلى 15 أكتوبر 1998، ج2، منشورات المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية، الكويت، ط.2000، ص.1050.
15- د.وجدي عبد الفتاح سواحل، ثورة الهندسة الوراثية، ط.1، 1999، مؤسسة الكويت للتقدم العلمي، ص.122.
16- عامر العيد، حق ابن المغتصبة في النسب بين الشريعة والقانون والحقيقة العلمية، مجلة دفاتر السياسة والقانون، المجلد 13 العدد 1 (2021) ص.232.
17 أحمد حسام طه تمام ، الجينات الوراثية و الإثبات الجنائي ، مجلة البحوث القانونية و الاقتصادية ، جامعة المنوفية، العدد 23، السنة 12، أفريل 2003، ص.513
18- ناصر عبد الله الميمان، البصمة الوراثية وحكم استخدامها في مجال الطب الشرعي والنسب، مجلة الشريعة والقانون، العدد 18، جوان 2003، ص.168.
19 المحكمة العليا، غرفة الاحوال الشخصية، 25-02-1985، ملف رقم 35934، الجلة القضائية، 1990، عدد 1، ص. 83.
20 مزيان محمد، دعاوى الحضانة وموقف القضاء الجزائري، مجلة مخبر حقوق الطفل، المجلد 2 العدد 1، ص. 72.
21 عبد الفتاح ابراهيم بهنسي، أحكام الأسرة فقها وقضاء، مكتبة الإشعاع القانونية، ص.165.

22 زكي الدين شعبان ، الأحكام الشرعية للأحوال الشخصية، الطبعة الأولى، مطبعة دار التأليف، ص. 213.

23 قرار المحكمة العليا، ملف رقم 32829، 09-07- 1984، المجلة القضائية العدد 1، 1999.

24 مزيان محمد، المرجع السابق، ص. 71.