الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة محمد بوضياف -المسيلة

كلية الحقـــوق والعلـــــوم السياسية

قسم:الحقوق

رقم: .....

ميدان: الحقـــوق والعلـــــوم السياسية

فرع: قانون أسرة

تخصص: قانون أسرة

مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماستر أكاديمـــي

إعداد الطالب: لعدوي بلقاسم

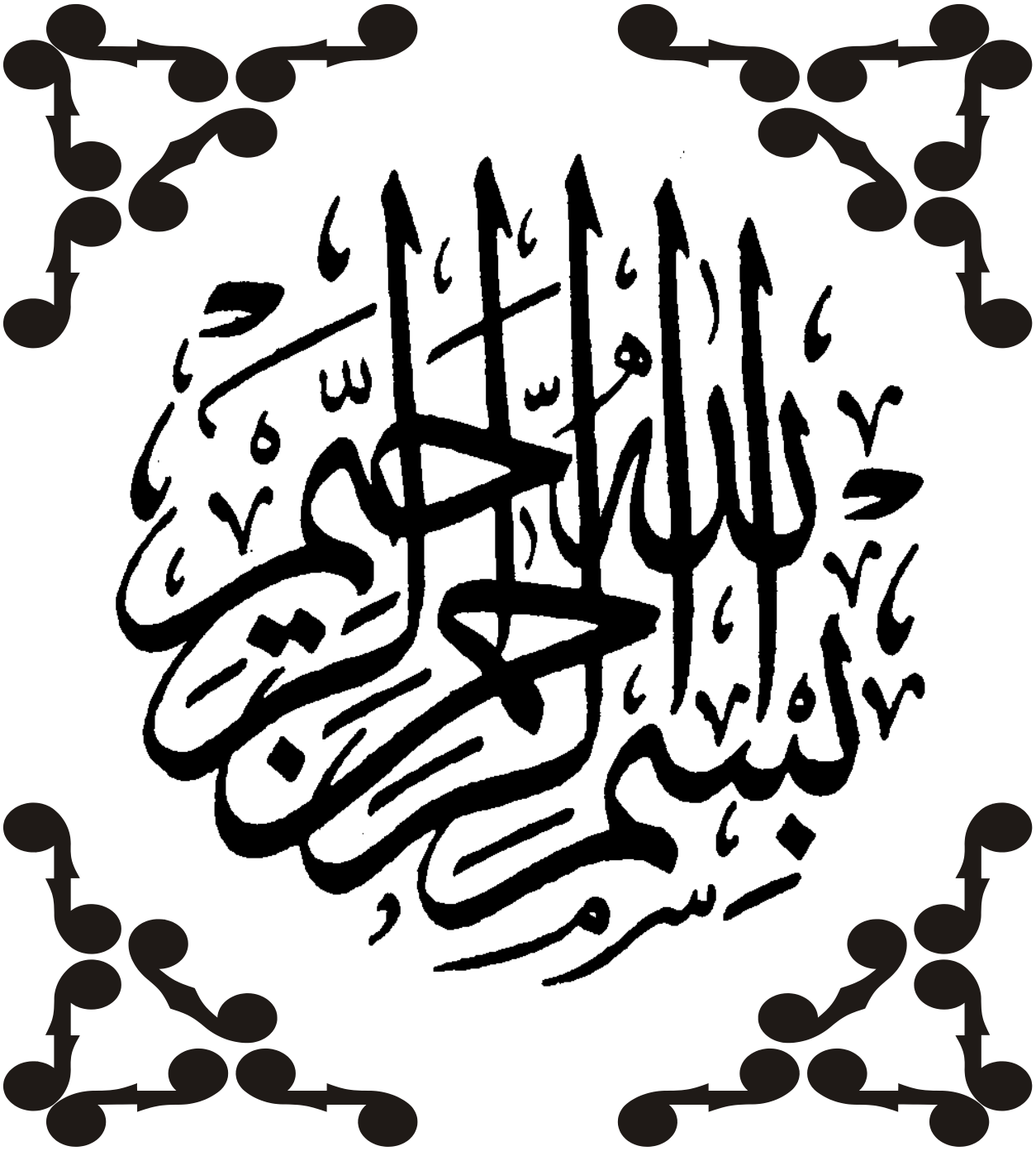
تحت عنوان

حق المطلقة الحاضنة في السكن واشكالات تطبيقها أمام القضاء

لجنة المناقشة:

د/ بلموهوب محمد الطاهر	**جامعة المسيلة**	**رئيسا**
د/ مقروف محمد	**جامعة المسيلة**	**مشرفا ومقررا**
د/ بن حميدوش نور الدين	**جامعة المسيلة**	**مناقشا**

السنة الجامعية: 2019/2018


بسم الله الرحمن الرحيم

شكر وتقدير

أتقدم بالشكر الجزيل إلى السيد المشرف الأستاذ: محمد مقروف

على المجهودات التي بذلها معي طيلة إنجازي لهذه المذكرة.

كما أتقدم بالشكر الجزيل إلى السادة أساتذة لجنة المناقشة.

إهداء:

أهدي هذا العمل المتواضع إلى الأم الكريمة التي أدعوا من الله أن يطيل في عمرها.

وإلى روح الوالد الكريم الذي أسأل الله عزوجل أن يتغمد روحه الطيبة

وأتقدم بأحر التهاني إلى الزوجة العزيزة

وإلى أولادي الأعزاء: "نور الدين، محمد الأمين، إيناس، ياسر

راجيا من الله عزوجل أن يوفقهم في حياتهم العلمية والعملية.

مقدمة :

جعل الله عز وجل الزواج علاقة مقدسة بين الرجل والمرأة لتكوين أسرة أساسها الود والاحترام المتبادل بينها وخير دليل على ذلك قوله تعالى :" ومن آيَاتِهِ أن خلق لكم من أنفسكم أزواجا لتسكنوا إليها وجعل بينكم مودة ورحمة ان في ذلك لآيات لقوم يتفكرون " سورة الروم حتى سمي بالميثاق الغليظ الذي يحافظ على هذه الرابطة الزوجية المقدسة والتي بدورها تساهم في بناء المجتمع عن طريق تكوين أسرة التي هي كيانه ونواته الأساسية حيث أحاطها بكل ما من شأنه أن يضمن أو يحافظ على هذه الرابطة القوية بهدف تنشئة أبناء صالحين يعودون بالنفع على هذا المجتمع وذلك بتوفير الحماية القانونية والدينية لهم.

الا أنه قد يصطدم هذا الكيان أو هاته الخلية الأساسية بجملة من المشاكل التي من شأنها أن تؤثر على دوام هذه المحبة أو استمرار العلاقة الزوجية في نطاقها الصحيح ،وبالتالي يحدث الشقاق والنزاع بينهما مما يجعل استحالة العيش مع بعضهما تحت سقف واحد ولتجنب حدوث أي خلافات أو نزاعات بينهما قد تؤثر سلبا على هؤلاء الأبناء شرع الله عز وجل الطلاق وجعله كأخر حل يلجأ إليه الزوجين وذلك في قوله تعالى :" الطلاق مرتان فإمساك بمعروف او تسريح بإحسان " وفي قوله صلى الله عليه وسلم : " ان أبغض الحلال عند الله الطلاق ...." لما قد يترتب عن فك الرابطة الزوجية من اهمال للأبناء سواء أكان ذلك في الحضانة أو النفقة أو التربية إلى أخر هذه الواجبات.

حيث يترتب هنا أثر من أثار فك الرابطة الزوجية وهو السكن الذي تمارس فيه المطلقة الحاضنة حضانة أبنائها.

حيث ألزم الشرع والقانون الزوج بتوفير السكن اللائق للمرأة المطلقة لممارسة حضانة أبنائها أو توفير بدل الإيجار وهذا ما أشار إليه المشرع الجزائري في المادة 72ق أ.

أولا: أسباب اختيار الموضوع

-من أهم الأسباب التي أدت إلى دراسة الموضوع ما يلي:

-لأن موضوع مسكن الحضانة له الاتصال شديد بموضوع حقوق الطفل، الذي يكون ضحية في مسألة الطلاق

-يعتبر كذلك من الموضوعات الحيوية التي تشكل أهمية كبرى في حياتنا الاجتماعية ذلك أنه موضوع كل أسرة وما ينشأ فيها يوميا من خلاف وشقاق، قد ينتهي بالطلاق.

-موضوع مسكن الحضانة ذو بعد تطبيقي عملي لكونه يكون سببا لكثير من النزاعات القضائية في ظل الظروف التي يمر بها المجتمع الجزائري من أزمة البطالة والسكن

ثانيا: إشكالية البحث

إلى أي مدى وفق المشرع في ضمان حق الحاضنة في السكن؟

وماهي إشكالات تطبيقها أمام القضاء؟

ثالثا: أهداف الدراسة

جاءت هذه الدراسة إلى تحقيق جملة من أهداف موضحة فيمايلي :

-الإجابة عن إشكاليات الدراسة المطروحة

-بيان موقف المشرع الجزائري من اهتمامه للابن المحضون الذي يعد ضحية هذا الانفصال

-ابراز حرص المشرع الجزائري من خلال نصوص القانون الأسرة على حماية حق المطلقة الحاضنة في المسكن سواء أكان ذلك في القانون (11/84) أو تعديله بموجب (09/05)

-ابراز الثغرات القانونية والنقائص التي تحتاج إلى تكميل من طرف المشرع الجزائري

-بيان الجانب القضائي في موضوع مسكن الحضانة من خلال الدعاوي القضائية والأحكام الصادرة فيها والإشكالات المثارة عند تنفيذها

رابعا: صعوبات الدراسة

-من أهم الصعوبات التي اعترضت البحث هي شح وندرة الدراسات التي تناولت هذا الموضوع ومنحه حيز وجيز في المراجع العامة بالإضافة إلى صعوبة الوصول إلى الاجتهادات القضائية غير المنشورة التي من شأنها أن تساهم في الإجابة عن أي من التساؤلات المطروحة.

خامسا: منهج البحث

بالنظر إلى الإشكالية المطروحة وإلي عنوان الموضوع الممثل في حق المطلقة الحاضنة في السكن فإن المنهج التحليلي هو المتبع في مثل هذه المواضيع وذلك لتحليل النصوص القانونية وتحليل التساؤلات المطروحة بهدف تقريب الفهم.

سادسا: الخطة العامة للبحث

الفصل الأول: الأطر والمفاهيم العامة لحق المطلقة الحاضنة في السكن

المبحث الأول: ماهية المطلقة الحاضنة

المبحث الثاني: مفهوم مسكن الحضانة

الفصل الثاني: أهم الإشكالات والضمانات القضائية لحق الحاضنة في السكن

المبحث الأول: دعاوي الحضانة المتعلقة بالسكن

المبحث الثاني: الحكم الصادر في دعاوي الحضانة المتعلقة بالسكن

الفصل الأول: الأطر العامة لحق المطلق الحاضنة في السكن.

المبحث الأول ماهية المطلقة الحاضنة

المطلب الأول: من هي المطلقة في نظر الفقه والقانون.

المطلب الثاني: ماهية الحضانة

المبحث الثاني: مفهوم مسكن الحضانة.

المطلب الأول: تعريف مسكن الحضانة.

المطلب الثاني: الأحكام المتعلقة بمسكن الحضانة.

الفصل الأول: الأطر العامة لحق المطلقة الحاضنة في السكن.

إذا كان عقد الزواج عقد رضائي بين رجل وامرأة أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة فإن الطلاق الذي هو أبغض الحلال عند الله هو حل لهذا العقد بعد تباغض وتنافر، بل هو أنجح وأنجع علاج لإخماد نار الفتنة بين زوجين كانا متحابين ومتعاونين.[1]

ولكن فتح المجال لإنهاء الرابطة الزوجية، ينجم عن مشكلة شديدة الآثار تجاه ضحية هذا الانفصال، وهي مشكلة تربية الأطفال ورعاية شؤونهم أي الحضانة، وممارسة الحضانة يقتضي أن يكون تحت سقف بيت ينمو في دفه المحضون تحت رعاية الحاضنة.[2]

المبحث الأول: ماهية المطلقة الحاضنة

أضفى الشارع قدسية خاصة على عقد الزواج توجب الالتزام بما شرعه الله من أحكام، حدد بموجبها الحقوق والواجبات بين الزوجين ووصف العقد الذي يربط بينهما بالميثاق الغليظ، لقوله تعالى: "**وَكَيْفَ تَأْخُذُونَهُ وَقَدْ أَفْضَى بَعْضُكُمْ إِلَى بَعْضٍ وَأَخَذْنَ مِنْكُمْ مِيثَاقاً غَلِيظاً**"[3] إلا أنه قد يعتري هذه الحياة الزوجية مشاكل متعددة سواء بسبب الزوج أو الزوجة، أين تصبح هذه العلاقة مصدر الشقاق المستمر بين الزوجين، لذا شرع الطلاق حتى و إن كان من أبغض المباحات لله تعالى لما فيه من تمزيق للأسرة و هدم أركانها. وفك الرابطة الزوجية بغض النظر عن الصورة التي يقع فيها. ينتج عنه مجموعة من الآثار أهمها: يكمن في الحضانة نظرا لارتباطها بالأبناء كونهم همزة الوصل الوحيدة المتبقية بين الأب والأم وذويهم بعد وعليه فما المقصود بفك الرابطة الزوجية؟ وما هو النظام القانوني للحضانة باعتبارها أثر من آثار في الرابطة الزوجية؟[4]

سنحاول الإجابة على هاته التساؤلات في مطلبين نخصص الأول للحديث عن الوضع القانوني للمطلقة والثاني للنظام القانوني للحضانة.

---

[1] عبد العزيز سعد، قانون الأسرة في ثوبه الجديد،ط3،دار هومة، الجزائر،2011،ص 136

[2] محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، دراسة مقارنة بين فقه المذاهب السنية و المذهب الجعفري و القانون، ط04، الدار الجامعية بيروت، 1983، ص 492

[3] سورة النساء ، الآية 21.

[4] عبدة غالب أحمد عيسى، فقه الطلاق، ط 01، دار الجيل، بيروت،1992، ص 11

المطلب الأول: من هي المطلقة في نظر الفقه والقانون.

الأصل في الزواج التأبيد فبعد انعقاد عقد الزواج صحيحا. تبقى الحياة الزوجية قائمة إلى حين وفاة أحد الزوجين أو كليهما. إلا إذا أنهي الزواج بسبب من الأسباب أثناء حياتهما، في حالة عجز الزوج عن إصلاح زوجته أو عجزت الزوجة هي الأخرى عن إصلاح زوجها فيؤدي ذلك للتفريق بينهما، وهنا شرع الطلاق حسما للشقاق القائم بينهما.[1]

الفرع الأول: مفهوم فك الرابطة الزوجية.

نتناول في هذا الفرع تعريف الطلاق ودليل مشروعيته، ثم شروط الطلاق كالآتي

أولا: تعريف الطلاق

1-التعريف اللغوي للطلاق: هو حل القيد والإطلاق، فالطلاق والإطلاق ضد الحبس وهو: التخلية والترك بعد اللزوم والإمساك، ومنه ناقة طالق أي مرسلة بلا قيد. فيقال أطلقت إبلي وأطلقت أسيري وطلقت امرأتي، فالكل من الإطلاق وإنما اختلف اللفظ لاختلاف المعنى.[2]

2-التعريف الفقهي للطلاق: سنورد فيما يلي تعريف الطلاق في المذاهب الأربعة:

- **المذهب المالكي:** يعرف الطلاق بأنه: "صفة حكمية ترفع حلية متعة الزوج لزوجته موجبا تكرارها مرتين، زيادة على الأولى للتحريم[3]

- **المذهب الحنفي:** يعرف الطلاق بأنه: "رفع قيد النكاح في الحال والمال بلفظ مخصوص." فحل الرابطة الزوجية في الحال يكون في الطلاق البائن وفي المال يكون بعد العدة أي بالطلاق الرجعي واللفظ المخصوص هو: الصريح كلفظ الطلاق والكناية، كلفظ البائن والحرام والإطلاق يقوم مقام اللفظ والكتابة والإشارة المفهمة.[4]

---

[1]الغوثي بن ملحة، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، ط1، د، موج، الجزائر ،2008، ص 89

[2]ابن منظور محمد بن مكرم الإفريقي المصري، لسان العرب، دار صادر، مجلد10، بيروت، ص 229

[3]الشنقيطي أحمد بن أحمد الحكني، مواهب الجليل من أدلة خليل، دار إحياء التراث الإسلامي، قطر، 1989، ص 04

[4]ابن عابدين، محمد أمين بن عمر أفندي، رد المختار على الدر المختار، تحقيق عادل أحمد عبد الموجود وعلى محمد معوض، دار الكتب العلمية، بيروت، 1994، ص 03

- **المذهب الشافعي:** عرف الشافعية الطلاق بأنه:" حل عقد النكاح بلفظ الطلاق."[1]

- **المذهب الحنبلي:** عرف الحنابلة الطلاق بأنه: " حل قيد النكاح أو بعضه."[2]

وما يلاحظ على هذه التعاريف الفقهية التي أوردها الفقهاء أنها اختلفت من حيث الصياغة والدقة، لكنها اتفقت في كون الطلاق هو حل للرابطة الزوجية بين الزوجين.

3-التعريف القانوني للطلاق: كان المشرع الجزائري متذبذبا بين التطرق للتعريف وغض النظر عنه، ففي الوقت الذي ترك التعاريف القانونية للفقه للخوض فيها لم يجسد ذلك في المادة (48) من القانون (11 / 84) إذ نص صراحة على أن:" الطلاق حل عقد الزواج..." ثم بين بعدها الصور التي يكون عليها الطلاق من إرادة منفردة أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة في حدود ما أوردته المادتان 53 و 54 من نفس القانون.[3]

غير أن تعديل قانون الأسرة وفي ذات المادة تراجع المشرع الجزائري عما أقره في السابق، وعزف عن تبني تعريف قانوني للطلاق واكتفى بالقول: "مع مراعاة أحكام المادة (49) أدناه يحل عقد الزواج بالطلاق..."[4]

والأمر هنا فيه اختلاف، لأن المادة (48) المعدلة أكدت على صور انحلال الرابطة الزوجية ولم تتطرق حقيقة إلى تعريفه، وفي ذلك محاولة من المشرع الجزائري للتملص من أي التزام يقع عليه بالنص على إحدى التعاريف القائل بها الفقه وترك ذلك لهذا الأخير

---

[1]الخطيب الشربيني محمد بن احمد، مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، ط 01، دار المعرفة، بيروت ،1997 ،ص 03

[2]ابن قدامة موفق الدين أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمود، المغني على مختصر عمر بن احمد الخرقي، (د.ط)، مكتبة الرياض الحديثة،ج 07، الرياض، ص 306

[3]القانون رقم (11 / 84) المتضمن قانون الأسرة الجزائري، الصادر في 09 يونيو 1984، الجريدة الرسمية، رقم 24 الصادرة بتاريخ 12 يونيو 1984، ص912

[4]الأمر رقم (05-02) المتضمن تعديل قانون الأسرة الجزائري، الصادر في 27 فبراير 2005، الجريدة الرسمية رقم 15 الصادرة بتاريخ 27 فبراير 2005، ص 21

على غرار مسائل فقهية أخرى ضمنها في المادة (222) من قانون الأسرة عندما نص على أنه: " كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية.[1]

ونشير هنا إلى أن المشرع الجزائري استعمل كلمة "حل" وهي تدل على تساوي الزوجين في استعمال حق الطلاق، وبما أن العقد ينشئ التزامات متبادلة بين الطرفين حسب ما نصت عليه المادة (36) من قانون الأسرة، فإن كلمة حل تعني بالنسبة للمشرع الجزائري زوال العقد بأثر رجعي، حيث توحي هنا بأن الطلاق قد يكون بالإرادة المنفردة أو بالتراضي أو بحكم القانون أي القضاء والطلاق لا تكون له قيمة قانونية إلا إذا وقع بين يدي القاضي وتبعا لدعوي يرفعها الزوج أمام القضاء مرفوعة عادة ببيان الأسباب.[2]

ثانيا: دليل مشروعية الطلاق والحكمة منه.

1-**دليل مشروعية الطلاق:** استمد الفقهاء مشروعية الطلاق من الكتاب والسنة والإجماع.

- من القرآن الكريم: نجد قوله تعالى:" **الطَّلاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ** "[3] وقوله:" **يا أيها النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمْ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا الْعِدَّةَ** ".[4]

- **من السنة النبوية:** عن عمر ابن الخطاب رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم:" طلق حفصة ثم راجعها".[5] وقوله عليه الصلاة والسلام:" أبغض الحلال إلى الله تعالى الطلاق".[6]

- **من الإجماع:** أجمع العلماء على جواز الطلاق وهو واقع منذ الصدر الأول في الإسلام إلى هذا الزمان لا ينكره أحد.

---

[1]باديس ديابي، صور وآثار فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة، دار الهدى، الجزائر، 2008، ص12.

[2]عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة، ط 02، دار البعث، الجزائر،2011، ص 124

[3]سورة البقرة الآية 229

[4]سورة الطلاق، الآية 01

[5]ابن ماجه: سنن ابن ماجه، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، كتاب الطلاق، باب حدثنا سويد بن سعيد، رقم الحديث 2016، دار إحياء الكتب العربية، دط، ج 1، دس ن، ص 650.

[6]5 أبو داود: سنن أبو داود، تحقيق محمد محي الدين عبد الحميد، كتاب الطلاق، باب في كراهية الطلاق، رقم الحديث 2178، المكتبة العصرية، بيروت، ج 2، ص 255

2-**الحكمة من مشروعية الطلاق:** من المقرر أن المولى عز وجل شرع الزواج ليحقق مقاصده السامية، ولا تتحقق هذه الأخيرة ولا تؤتي ثمراته الطيبة إلا إذا حسنت العشرة بين الزوجين.

ولكن إذا ما ساءت العشرة بين الزوجين، وتنافرت طباعهما وأخلاقهما وصار أمرهما على شقاق دائم، يكون من الخير لهما ألا يتركا يتخبطان في المشاكل.[1]

بل الخير كل الخير أن تحل الرابطة الزوجية بينهما، ويكون ذلك بالطلاق حسما للشقاق الذي لم تجد له الوسائل الإصلاحية في القضاء عليه وإزالته. وعلى ذلك نلخص الحكمة من مشروعية الطلاق في الآتي: [2]

- انهاء النزاع الدائم بين الزوجين.

- منع الضرر الغالب المستديم كحالة عسر الزوج وعجزه عن النفقة.

- اعطاء فرصة حياة جديدة للمفارقة، وهو ما أشارت إليه الآية:" **وَلَنْ تَسْتَطِيعُوا أَنْ تَعْدِلُوا بَيْنَ النِّسَاءِ وَلَوْ حَرَصْتُمْ فَلا تَمِيلُوا كُلَّ الْمَيْلِ فَتَذَرُوهَا كَالْمُعَلَّقَةِ وَإِنْ تُصْلِحُوا وَتَتَّقُوا فَإِنَّ اللَّهَ كَانَ غَفُوراً رَحِيماً** ".[3]

ثالثا: شروط الطلاق.

لم يورد المشرع الجزائري[4] أي نص خاص بشروط الطلاق، وقد أحالتنا المادة (222) من قانون الأسرة الجزائرية إلى أحكام الشريعة الإسلامية فيما لم يرد فيه نص، وهو ما يحتم علينا الرجوع إلى الفقه في معالجة شروط الطلاق، ويعدد الفقه شروط في المطلق وكذا المطلقة وشروط أخرى في صيغة الطلاق كالآتي:

---

[1] بدران أبو العينين بدران، الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة السنية والمذهب الجعفري والقانون، دار النهضة العربية، بيروت، ص 304

[2] ابدران أبو العينين بدران، المرجع السابق، ص 304

[3] سورة النساء، الآية 129.

[4] القانون رقم (11/84) المتضمن قانون الأسرة، ص 924

1-شروط المطلق: يعد الطلاق الفرقة التي يملكها الزوج وحده، وعبارته فيها هي المعتمدة بإرادته المنفردة، ولذلك يجب توافر شروط في الزوج باعتباره صاحب الحق في الطلاق وتتمثل:

- **أن يكون الزوج بالغا:** ذهب جمهور الفقهاء إلى أن طلاق الصبي لا يقع وهو الصحيح، لأن الطلاق شرع حيث تكون المصلحة في ايقاعه، والصبي وإن كان مميزا لا يدرك المصلحة على تمامها، ثم هو تصرف يجلب إليه الضرر فلا يقع، فنظرا لأن الطلاق من التصرفات التي تحتاج إلى الإدراك الكامل، والعقل الوافر فهذا لا يتحقق في الصبي وإن كان عاقلا لقرب عهده باللهو.[1]

لقوله عليه الصلاة: "ثلاث جدهن جد وهزلهن جد، الطلاق والنكاح، والرجعة".[2]

- **أن يكون الزوج عاقلا:** فالعقل آلة يعرف به المرء الحق من الباطل، ومن الظلم أن يسأل من لا عقل له، ومن الغبن أن تصحح تصرفات غير العقلاء، وقد ذهب جمهور الفقهاء إلى أن ناقص الأهلية وعديم الأهلية كلاهما لا يعتد بتصرفاته، وبالتالي لا يصح طلاقه، فالأهلية تمتنع بموانع طبيعية في مقدمتها الصغر كما أشارنا وبموانع مرضية على رأسها الجنون وهو: اختلال في ملكة التمييز عند الإنسان، تجعله لا يقدر العواقب فهو آفة في العقل.[3]

ولما كان الطلاق من التصرفات التي تعتمد على القصد الصحيح و أنه إذا طلق المجنون زوجته أثناء إفاقته من الجنون، وكان إدراكه صحيحا وقع طلاقه، هنا وجب الإشارة إلى أن طلاق الغضبان و كذا طلاق السكران له أحكام:

- فبالنسبة الطلاق الغضبان: يمكن القول أن الغضب له أقسام ثلاث: أن يكون الغضب في أول أمره: فلا يغير عقل الغضبان بحيث يقصد ما يقوله و يعلمه، ولا ريب في أن

---

[1] المبروك المصري الطلاق وآثاره من قانون الأسرة الجزائرية، ط1، دار الخلدونية، الجزائر، 2009، ص 195

[2] أبي داود، المصدر السابق، كتاب الطلاق، باب في الطلاق عن الهازل، رقم الحديث 2194، ج2، ص 259

[3] محمد كمال إمام الدين، مسائل الأحول الشخصية الخاصة بالزواج والفرقة وحقوق الأولاد، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2003، ص 280

الغضبان بهذا المعنى يقع طلاقه وتنفذ عباراته باتفاق. أن يكون الغضب في نهايته: بحيث يغير عقل صاحبه ويجعله كالمجنون لا يقصد ما يقول ولا يعلمه، ولا شك أن الغضبان بهذا المعنى لا يقع طلاقه لأنه هو والمجنون سواء. أن يكون وسطا بين الحالتين: بأن يشتد ويخرج عن عادته ولكن لا يكون كالمجنون وقد اتفق الجمهور على أنه يقع به الطلاق.[1]

– **أما بالنسبة لطلاق السكران:** وهو الذي لا يعي ما يقول وما يفعل أثناء سكره، ولا يتذكر بعد صحوه من السكر ما صدر منه من قول أو فعل. فمذهب جمهور الفقهاء قالوا أن طلاقه واقع إذا كان سكره بشرب محرم أو مخدر إذا تناولها باختياره من غير ضرورة ولا حاجة، لأنه لما تناول المحرم باختياره قد تسبب في زوال عقله، فيجعل كأن عقله موجود عقوبة وزجرا له على معصيته. أما إذا تناول السكر لضرورة أو مرض أو إكراه، فسكر ثم طلق امرأته فطلاقه غير واقع.[2]

– **أن لا يكون الزوج مكرها على الطلاق:** فيشترط في المطلق أن يكون لديه قصد واختيار في إيقاع الطلاق و على ذلك فإنه إذا أكره شخص الزوج على إيقاع الطلاق بقتل أو بإتلاف عضو أو مال.

ولم يكن قادرا على دفع هذا الأذى عن نفسه بأي وسيلة من الوسائل المشروعة فطلق ولا يقع طلاقه في رأي جمهور الفقهاء لأن المكره على الطلاق، وإن أتي باللفظ المقتضي للطلاق إلا أنه لا يقصد الطلاق، وإنما يقصد دفع الأذى عن نفسه، وهذا من شأنه أن يفسد الاختيار لذلك ينتفي الحكم لانتفاء الاختيار. أما الحنفية فأقروا بأن طلاق المكره واقع وقاسوه على طلاق الهازل، لأن الهازل قد وقع طلاقه مع عدم ورود القصد منه لإيقاعه، فكما كان عدم الرضا من الهازل لا تأثير له في وقوع الطلاق، كذلك بالنسبة للمكره.[3]

2– شروط المطلقة: تكون المرأة محلا للطلاق بتوافر شروط فيها تتمثل في:

---

[1]ابن القيم، إغاثة اللهفان في حكم طلاق الغضبان، (د.ط)، مكتبة القاهرة، (د. س) ص 19

[2]بدران أبو العينين بدران، المرجع السابق، ص 313

[3]امحمد سمارة، أحكام وآثار الزوجية: شرح مقارن لقانون الأحوال الشخصية، ط 01، الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع، الأردن ،2002، ص 282

– **قيام الزوجية حقيقة أو حكما:** و يقصد بالزوجية حقيقة حياة زوجية تكون العشرة فيها مستمرة، والعلاقة طبيعية بين الزوجين، أما الزوجية القائمة حكما تعني المرأة المعتدة من طلاق رجعي أثناء عدتها، وكذا المعتدة من طلاق بائن بينونة صغرى أثناء عدتها، لأن الطلاق الرجعي لا تزول به رابطة الزوجية إلا بعد انتهاء العدة، وكذا المعتدة من طلاق بائن بينونة صغرى، لأن الزواج يعتبر بعد الطلاق باقيا حكما طوال مدة العدة، بدليل وجوب النفقة أثناء العدة، و استقرار المرأة في منزل الزوجية، وعدم جواز خروجها منه حتى تنقضي عدتها، إلا لعذر شرعي و عدم حلها الزوج آخر، فيجب أن تكون المرأة زوجة المطلق حقيقة أو حكما.[1]

تعيين المطلقة بالإشارة أو بالصفة أو بالنية: فالرجل قد يتزوج بواحدة وقد تتعدد زوجاته إلى أربعة وهو أقصى عدد يجمعه الرجل في زواج قائم، فإذا طلق زوجة وهي واحدة فقد تعينت لفظا ومعنى حيث لا توجد زوجة غيرها، والخلاف يحدث عند تعدد الزوجات وطرق التعيين في هذه الحالة ثلاثة: الإشارة والوصف والنية التي يصرح عنها الزوج بعد ذلك. وقد اتفق الفقهاء على أنه إذا عين الرجل زوجته المطلقة بالإشارة والصفة والنية وقع الطلاق على المعنية وطلقت بالاتفاق.[2] أما إذا أشار إلى واحدة من زوجاته دون أن يصفها ودون أن ينوي غيرها، وقال لها أنت طالق وقع الطلاق أيضا بالاتفاق، وكذلك إذا وصفها دون إشارة ودون قصد غيرها فإنها تطلق.[3]

3–**صيغة الطلاق:** يفصم الطلاق عرى الزوجية ويتم بكل فعل مفهم أن الطلاق هو المقصود، واضافة إلى أن صور التعبير عن إرادة الطلاق متعددة، فإن صيغة مختلفة كالاتي:

– **الطلاق المنجز:** ما قصد به ايقاع الطلاق في الحال من غير تقييد بصفة كقوله أنت طالق أو طلقتك. وحكمه يقع في الحال متى تلفظ به قاصدا له. إذا كان صادرا من أهله بأن يكون زوجا بالغا مدركا غير مكره) وفي محله (بأن تكون زوجة)[4]. فهو الذي يكون

---

[1] الإمام محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، مصر، (دس)، ص 292

[2] محمد كمال أمام الدين، المرجع السابق، ص 385

[3] محمد كمال أمام الدين، المرجع السابق، ص 386

[4] المبروك المصري المرجع السابق، ص 99

بلفظ لا يستعمل إلا في الدلالة على الطلاق. إذ عندما يتلفظ به، يفهم منه مباشرة بأن الزوج قد طلق زوجته باستعمال الألفاظ المشتقة من الطلاق كأنت طالق وطلقتك، فاللفظ الصريح ظاهر المراد مكشوف المعنى عند السامـــع ونقول: صـــــرح فلان بالأمر أي كشفه وأوضحه.[1]

– الطلاق المضاف: وهو ما اقترنت صيغه بوقت يقصد وقوع الطلاق فيه، كقوله أنت طالق غدا أو في أول الشهر، بحيث يربط ايقاع الطلاق بهذا الزمن المعين، وحكمه عند جمهور الفقهاء: أنه ينعقد سببا للفرقة في الحال، ولا يقع به الطلاق إلا عند حلول أجله، فإذا قال لها أنت طالق آخر الشهر، فلا تطلق حتى ينتهي الشهر، وهي قبل ذلك زوجة لها كل حقوق الزوجة وعليها كل الواجبات، في حين أقر المالكية أنه إذا أضاف طلاقه إلى زمن مستقبل كأن قال لها أنت طالق بعد سنة طلقت للحال منجزا كذلك إذا أضافه إلى زمن ماضي قاصدا الإنشاء.[2]

– الطلاق المعلق: وهو ما علق فيه وقوع الطلاق على شيء إذا حصل وقع الطلاق وإلا فلا ويشترط لصحة تعليق وقوع الطلاق ما يلي:

أن يكون التعليق على أمر معدوم يمكن حصوله، فإذا علق على أمر موجود فعلا اعتبر منجزا كأن يقول لها إذا طلعت الشمس فأنت طالق والشمس طالعة وإن كان على أمر معلوم لا يمكن حصول كأن يقول لها إن صعدت إلى السماء فأنت طالق، اعتبر ذلك لغوا ولا يقع الطلاق.[3]

أن تكون المرأة عند التعليق وعند حصول المعلق عليه محلا للتطليق، فتكون في عصمته وغير حائض أو نفساء أو في طهر مسها فيه عند من يرون عدم وقوع الطلاق البدعي، وهو نوعان:

---

[1]سعاد سطحي، أنواع الطلاق بحسب الالفاظ و مدى تأثيرها في ايقاعه، مجلة معارف، العدد10، المركز الجامعي العقيد أكلي محند أولحاج، البويرة ، جوان 2011، ص 164

[2]المبروك المصري، المرجع السابق ص 161

[3]حسين طاهري، الأوسط في شرح قانون الأسرة الجزائري، ط1، دار الخلدونية، ،الجزائر، 2009، ص 99

* **التعليق الشرطي:** وهو ما قصد الزوج ايقاع الطلاق عند حصول المعلق عليه كأن يقول لزوجته إن أعطيتني مائة دينار فأنت طالق.

* **التعليق القسمي:** وهو الذي يقصد به قصد من القسم كالحمل عن الفعل أو الترك، كأن يقول لزوجته إن خرجت فأنت طالق وهو لا يقصد وقوع الطلاق إذا حصل المعلق عليه،[1] وإنما يقصد منعها من الفعل أو حملها عليه أو تأكيد الكلام ويرى جمهور الفقهاء وقوع الطلاق المعلق سواء كان التعليق شرطيا أو قسما متى حصل المعلق عليه. الفرع الثاني: أنواع فك الرابطة الزوجية باستقراء نص المادة (48) من قانون الأسرة[2]، نجد أن المشرع الجزائري نظم حالات انحلال الرابطة الزوجية على هدى الشريعة الإسلامية وكذا الآثار المترتبة عنها، وتجدر الإشارة إلى أنه قبل التطرق إلى أنواع فك الرابطة الزوجية والإشكاليات التي تثيرها، يتعين ذكر أول سبب من أسباب فك الرابطة الزوجية وهو وفاة أحد الزوجين فإذا توفي الزوج أو الزوجة فإن عقد الزواج القائم بينهما سيحل تلقائيا من نفسه وبحكم القانون.

ولا يحتاج إلى إقامة دعوى أمام القضاء للحكم بانحلاله، وتترتب عليه نفس آثار كل زواج صحيح من حيث التوارث والنسب والعدة واستحقاق مؤجل الصداق وغيرها.[3] وهو ما نص عليه المشرع في المادة (47) من قانون الأسرة:" تنحل الرابطة الزوجية بالطلاق أو الوفاة." وطالما هذا السبب لا يثير مشكلا أمام القضاء مثل بقية الطرق الأخرى لن نتناوله بالتحليل.

وباستثناء هذا السبب فإن الطريقة الرئيسية لانحلال الرابطة الزوجية هي طريقة الانحلال بالألفاظ المخصوصة المؤدية للطلاق لكون أن الانحلال له صور يقصد بها إظهار رغبة الزوج في طلاق زوجته أي بإرادته المنفردة أو بالرغبة عن طريق التراضي بينهما أو بواسطة الإرادة المنفردة للزوجة. هو ما سنحاول تفصيله ونبين في كل مرة متى تعد المرأة مطلقة في ظل كل نوع من أنواع فك الرابطة الزوجية كالآتي:

---

[1] حسين طاهري، المرجع السابق، ص 99

[2] الأمر رقم02-05 المتضمن قانون الأسرة، ص 21

[3] الشيخ شمس الدين، قانون الأسرة والمقترحات البديلة، ط01، شركة دار الأمة، الجزائر،2003، ص123

أولا: حل الرابطة الزوجية بناء على الإرادة المنفردة للزوج: أوكل المشرع مصير العشرة الزوجية إلى إرادة الزوج طبقا لأحكام القرآن ومقتضى السنة، وليس إنكارا لحق المرأة في الفرار من جحيم الحياة الزوجية متي فسدت العشرة بين الزوجين وكرهت البقاء معه، وإنما تماشيا مع طبع الرجل الذي يغلب عليه الاتزان والحكمة والتروي، على خلاف الزوجة التي تتأثر لأبسط الصدمات وتتسرع في اتخاذ القرارات.[1]

وعلى ذلك تظهر الحكمة في جعل الطلاق بيد الرجل في الحد من انتشاره، فالرجل ربما يكون المتضرر الأكبر وعليه تقع كل واجبات الزوج ونفقات الطلاق وبما أن حضانة الأولاد من حق الأم فلا يوقعه إلا في حالات الضرورة القصوى.[2]

ويثبت حق الطلاق للزوج بمجرد عقد الزواج الصحيح، إضافة إلى توافر شروط المطلق السالفة الذكر فيه أي أن يكون بالغا وعاقلا وغير مكره على التطليق. وقد جاء قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد لسنة 08-09[3] في الكتاب الثاني منه بالإجراءات الخاصة بكل جهة فضائية، وأقر في الفصل الأول من الباب الأول الإجراءات الخاصة بقسم شؤون الأسرة، حيث ميز في القسم الثالث منه بين الطلاق بالتراضي والطلاق بناءا على إرادة أحد الزوجين، وتناول في المواد من (436 إلى 452) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية أحكام الطلاق بالإرادة المنفردة لأحد الزوجين، نوجزها في نقاط ثلاث كالآتي:

1-**مراحل الخصومة – رفع الدعوى:** ترفع دعوى الطلاق من أحد الزوجين أمام قسم شؤون الأسرة، ويتم ذلك بتقديم عريضة. وهذه الطريقة تظهر عادة في رغبة الزوج في طلاق زوجته

---

[1] فضيل سعد، شرح قانون الأسرة في الزواج والطلاق، المؤسسة الوطنية للكتاب، ج 01، الجزائر ،1985، ص 263

[2] – الشيخ شمس الدين، المرجع السابق، ص 128

[3] القانون رقم 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المؤرخ في 18 صفر 1429 الموافق لـ 25 فبراير 2008، الجريدة الرسمية، العدد 21، ص 37

لسبب من الأسباب الشخصية أو القانونية. والطلاق هنا يقع بين يدي القاضي وتبعا لدعوى يرفعها أحد الزوجين على الآخر مرفقة عادة ببيان الأسباب.[1]

والملاحظ أن المشرع أحال تطبيق المادة على النص العام الوارد في المادة (13) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية[2]

مع أن طبيعة النزاع تقتضي إدراج بيانات خاصة تضمنتها المادة (429)[3] من ذات القانون نذكر منها: جنسية الزوجين وتاريخ ومكان ميلادهما وتاريخ زواجهما مع إضافة عرض موجز عن الأسباب المؤدية للطلاق. كما يضيف أنه في حالة ما إذا كان الزوج ناقص الأهلية يقدم الطلب باسمه من قبل وليه أو مقدمه بحسب الحالة. – **التبليغ:** يجب على المدعي في دعوى الطلاق أن يبلغ رسميا المدعى عليه بنسخة من العريضة عن طريق محضر قضائي، أما بالنسبة للنيابة العامة فقد تدارك المشرع الاختلاف الذي أحدثه تطبيق المادة (03 مكرر) من قانون الأسرة[4] على مستوى الجهات القضائية، فأجاز تبليغ النيابة العامة عن طريق أمانة الضبط.[5]

– **الصلح:** تنص المادة (49) من قانون الأسرة[6] على أنه:" لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح يجريها القاضي دون أن تتجاوز مدة ثلاثة أشهر ابتداءا من تاريخ رفع الدعوى. يتعين على القاضي تحرير محضر نبين فيه مساعي ونتائج محاولات الصلح، يوقعه مع كاتب الضبط والطرفين. تسجل أحكام الطلاق وجوبا في الحالة المدنية يسعي من النيابة العامة."

---

[1]حسين فريجة، المبادئ الأساسية في قانون الإجراءات المدنية والإدارية. (د. م. ج)، الجزائر،2010 ، ص 172

[2]القانون رقم 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ص 04

[3]القانون رقم 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ص 37.

[4]الأمر رقم 05-02 المتضمن قانون الأسرة، ص 19.

[5]عبد الرحمن بربارة، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ط01 منشورات بغدادي، الجزائر، 2009، ص 334

[6]الأمر رقم 05-02 المتضمن قانون الأسرة، ص 21

فالصلح في مادة شؤون الأسرة إجراء وجوبي يتم في جلسة سرية سواء تعلق الطلاق بناءا على طلب من أحد الزوجين أو بالتراضي، بحيث يقوم القاضي بسماع كل زوج على انفراد ثم يسمعهما معا، وسمح القانون من أجل لم شمل الأسرة إشراك أهلي الزوجين في محاولة الصلح، وسواء نجح القاضي أو فشل في محاولة الصلح ، فإنه يقوم بتحرير محضر بما توصل إليه من نتائج و كما يمكن للقاضي منح مهلة للزوجين للتفكير و يحدد لهما أجلا، و يجب أن لا تتجاوز محاولة الصلح ثلاثة أشهر من تاريخ رفع دعوى الطلاق، وإذا لم يتوصل القاضي إلى الصلح بينهما يحيل الملف إلى الجلسة لمناقشة موضوع القضية.[1]

كما يوجد ما يسمى بالصلح من طرف الحكمين و هو مستمد من المادة (56) من قانون الأسرة،[2] التي تعود أحكامها إلى الشريعة الإسلامية، فإذا لم يثبت أي ضرر أثناء الخصومة نتيجة غياب الخطأ المبرر للطلاق، جاز للقاضي أن يعين حكمين إثنين لمحاولة الصلح بين الزوجين حسب مقتضيات قانون الأسرة، لا سيما المادة (56) التي جاء نصها كالآتي: "إذا اشتد الخصام بين الزوجين ولم يثبت الضرر وجب تعيين حكمين للتوفيق بينهما، يعين القاضي حكما من أهل الزوج، و حكما من أهل الزوجة، و على هذين الحكمين أن يقدما تقريرا عن مهمتهما في أجل شهرين." ويطلع الحكمان القاضي بما يعترضهما من اشكالات أثناء تنفيذ المهمة، يجوز للقاضي انهاء مهام الحكمين تلقائيا إذا ثبت له صعوبة تنفيذ المهمة، وفي هذه الحالة يعيد القضية إلى الجلسة وتستمر الخصومة. أما إذا تم الصلح من طرف الحكمين، يثبت ذلك في محضر يصادق عليه القاضي بموجب أمر غير قابل لأي طعن.[3]

2-أحكام الطلاق يتأكد القاضي من إرادة الزوج في طلب الطلاق وإذا تبين للقاضي أن الحياة الزوجية أصبحت مستحيلة ولا يمكن مواصلتها يكون حكم الطلاق منشأ له، أما الطلاق الناتج عن تلفظ الزوج به قبل صدور حكم القاضي أو بسبب اتفاق الطرفين كما ستبين لاحقا، فإن الحكم بالطلاق في هذه الحالة يأتي تثبيتا لأمر حصل من قبل وحكم

---

[1] حسين فريجة، المرجع السابق، ص 173.

[2] القانون رقم (84-11) المتضمن قانون الأسرة، ص 913

[3] عبد الرحمان بربارة، المرجع السابق ، ص 338

القاضي هو الذي يعتد به.[1] اضافة إلى أن الحكم بالطلاق بمجرد صدوره يسجل في سجلات الحالة المدنية، وعلى هامش ميلاد الزوجين المطلقين وبعد تسجيله يسري حكم الطلاق.[2]

3-الطعن في أحكام الطلاق جاء في مضمون المادة (452) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية أنه:" لا يوقف الطعن بالنقض تنفيذ أحكام الطلاق المنصوص عليها في المادتين 450 و 451". وهو تأكيد لقاعدة عامة تضمنتها المادة (348) من نفس القانون التي تقضي بأن ليس لطرق الطعن الغير عادية ولا لآجال ممارسته أثر موقف. فلا يوقف الطعن بالنقض تنفيذ أحكام الطلاق المنصوص عليهما في المادتين (450 و 451) وخلافا لنص المادة (433)[3]، الذي يقضي صراحة بأن أحكام الطلاق بالتراضي غير قابلة للاستئناف، فإنه لم يذكر أن أحكام الطلاق غير قابلة للاستئناف، مما يبقي على نص المادة (57) من قانون الأسرة كمرجع قانون وحيد ينص على ذلك: "تكون الأحكام الصادرة في دعاوى الطلاق والتطليق والخلع غير قابلة للاستئناف فيما عدا جوانبها المادية".[4]

ثانيا: حل الرابطة الزوجية بالتراضي بين الزوجين.

ورد في المادة (48) من قانون الأسرة الجزائري أن الطلاق هو حل عقدة الزواج ويتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين، وهذا يعني أنه يمكن للزوجين بناء على طلب أحدهما وموافقة الآخر أو بناء على رغبتهما المشتركة في حل عقدة النكاح، ووضع حد للرابطة الزوجية القائمة بينهما بأن يتطلقا بتراضيهما ودون خصام أو نزاع.[5] واللافت للنظر أن الفقه الإسلامي أوجب حق الطلاق للزوج بالإرادة المنفردة ولا يحتاج إلى قبول الزوجة باعتبارها المحل في الطلاق ولكون أن الأمر هنا يتعلق بممارسة الحق الإرادي فما على الزوجة إلا الخضوع لهذا الطلاق.[6]

---

[1] حسين فريجة، المرجع السابق، ص 174

[2] القانون رقم (08-09) المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، ص 38

[3] القانون رقم (08-09) المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، ص 37

[4] عبد الرحمان بربارة، المرجع السابق، ص 338

[5] عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة، ص 215

[6] عبد الفتاح تقية، قانون الأسرة مدعما بأحدث الاجتهادات القضائية والتشريعية، دراسة مقارنة، ط1، دار الكتاب الحديث، القاهرة، 2012، ص 217

بينما التشريع الغربي وعلى وجه الخصوص التشريع الفرنسي ويستطيع انهاء العلاقة الزوجية إلا إذا أثبت أحدهما اخلال الآخر بالتزامه، وهذا ما يعبر عنه بعض الفقهاء الفرنسيين بالطلاق اللطيف أو الظريف DIVORCE GRACIEUX مقابل الطلاق بالمنازعة أو النزاعDIVORCE CONTENTIEUX عند عدم التراضي بين الزوجين، ولذلك نجد أن المشرع الجزائري في هذه الحالة من حيث كون الطلاق بالإرادة المشتركة قد تأثر بالتشريع الفرنسي الذي يعرف هذه الصورة من صور انهاء العلاقة.[1]

وعليه فإن صور الطلاق بالتراضي غير موجودة في الشريعة الإسلامية، وإن كان يتقارب في المفهوم مع الخلع من حيث وجود الاتفاق إلا أن ميزة الخلع الأساسية هو: المقابل المالي الذي تفتدي به الزوجة نفسها ويدفعه إلى الزوج مقابل طلاقها.[2]

وكما أسلفنا قد ميز قانون الإجراءات المدنية والإدارية بين الطلاق بناءا على الإرادة المنفردة والطلاق بالتراضي، بحيث نجد المواد من (427 إلى 435) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية،[3] تفصل في أحكام الطلاق بالتراضي، الذي عرفه المشرع بموجب المادة (427) بأنه: "إجراء يرمي إلى حل الرابطة الزوجية بإرادة الزوجين المشتركة "على عكس المادة (48) من قانون الأسرة التي لم تعرفه".[4]

وقد أتي المشرع بإجراءات يتم بها الطلاق بالتراضي غير الإجراءات المتعلقة بالدعاوى العادية وهذا يعني أنه يمكن للزوجين بناءا على طلب أحدهما وموافقة الآخر أو بناءا على رغبتهما المشتركة وضع حد للرابطة الزوجية القائمة يبينها، وعلى هذا الأساس نص القانون على أن يتم ذلك بتقديم عريضة موقعة من الزوجين إلى كتابة ضبط المحكمة، ويخطرهما كاتب الضبط بتاريخ حضورهما في الحال أمام القاضي، ويجب أن تشتمل العريضة على هوية الزوجين والعنوان الكامل لكل واحد منهما وتحتوي على عبارات صريحة تفيد الطلاق بالتراضي.[5]

---

[1] عبد الفتاح تقية، المرجع السابق، ص 217

[2] – الشيخ شمس الدين، المرجع السابق.ص 128

[3] القانون رقم (08-09) المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ص36.

[4] عبد الرحمان بربارة، المرجع السابق ، ص 330

[5] حسين فريجة، المرجع السابق ، ص 171

يتأكد القاضي من طلباتهما واتفاقهما إذا لم يكن فيه ما يخالف النظام العام، ويقوم بمحاولة الصلح ويمكنه أن يعدل من الاتفاق ليتماشى مع النظام العام ومصلحة الأولاد إن وجدوار ثم يصدر حكم يثبت فيه المصادقة على الطلاق الرضائي بين الزوجين وهو غير قابل للاستئناف، إلا أن أجل الطعن بالنقض يسري ابتداء من تاريخ النطق بالحكم.[1]

ثالثا: حل الرابطة الزوجية بناء على إرادة الزوجة.

الأصل أن الطلاق ملك للزوج، وحق من حقوقه، ولكن قد يحدث أن تبغض المرأة زوجها، أو تلقى منه ما يشق عليها تحمله، وتتضرر من بقاء الزوجية لأنه لا يوفيها حقوقها الشرعية، إذا حدث ذلك كله أو بعضه، فقد جعل الإسلام للزوجة مخرجا وفتح لها باب الخلاص وأثبت لها حق اللجوء إلى القضاء طالبة تطليقها، كما شرع لها طريقا آخر إذا كرهت زوجها وملا البغض قلبها، ووجدت أن حياتها معه لا تجد فيها راحتها فجعل لها أن تفتدي نفسها بمال تدفعه له تعويضا عما دفعه إليها حتى لا يضار هو الآخر وهذا الاقتداء هو المسمى بالخلع.[2] وقد أشار المشرع الجزائري في المادة (48) من قانون الأسرة للزوجة الحق في طلب حل عقد الزواج بالطلاق من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين (53 و54) من هذا القانون. وبناء على ما تقدم سنتناول مسألة التطليق من ناحية والخلع من ناحية أخرى لبيان مفهوم المطلقة على ضوئهما كالآتي:

التطليق: نتعرض لمفهوم التطليق ومشروعيته، ثم الأسباب المبررة لطلب التطليق كالآت

1-**تعريف التطليق:** نتطرق لتعريف التطليق من الناحية الفقهية ثم القانونية، أما اللغوية فهو نفسه تعريف الطلاق.

- **التعريف الفقهي للتطليق:** ورد مصطلح التطليق عند الفقهاء بالتفريق القضائي، وهو في اللغة: الفرقة ومصدره الإفتراق وفارق الشيء مفارقة أي باينه، وتفارق القوم أي فارق بعضهم وفارق فلان امرأته أي باينها.[3]

---

[1] حسين فريجة، المرجع السابق ،ص 171

[2] بدران أبو العينين بدران، المرجع السابق، ص 391

[3] الرازي زين الدين محمد بن أبي بكر بن عبد القادر مختار الصحاح، (د.ط) مؤسسة الرسالة، 1980، ص 209

أما في اصطلاح الفقهاء لم يرد تعريف معين للتفريق القضائي ويمكن تعريفه: "بأن تتقدم الزوجة بطلب التطليق إلى القضاء وتثبت الضرر اللاحق بها بكل الطرق القانونية، وعلى القضاء التحقق من وقوع الضرر بالزوجة وايقاع الطلاق بعد ذلك".[1]

- التعريف القانوني للتطليق:

بالرجوع لنصوص قانون الأسرة الجزائري، نجد أن المشرع لم يورد تعريف بخصوص التطليق، وإنما اكتفى بذكر أسبابه في المادة (53)[2]، كما أن المادة (48) باستقرائها نجدها قد أعطت للطلاق والتطليق مفهوم واحد، رغم أن الأول يكون بإرادة الزوج وهو الأصل. أما الثاني فيتم بإرادة الزوجة ولأسباب معينة عن طريق القضاء.

وقد عرفه الجندي بأنه: التفريق بين الزوجين بمعرفة القضاء إذا قامت أسباب تبريره، فإذا ظهر من الزوج ضرر وثبت في حقه وجب على القاضي أن يستجيب لطلب التطليق.[3]

ومن هنا يمكن تعريف التطليق بأنه منح الزوجة حق طلب التفريق من زوجها بناء على إرادتهما المنفردة، طالما أنها متضررة من الحياة الزوجية ويفرق القاضي بينهما، استنادا إلى القانون ويكون ذلك بموجب حكم قضائي.

2-دليل مشروعية التطليق: بالرجوع إلى كتاب الله العزيز، وسنة نبيه الكريم، نجد أن جميع الآيات القرآنية والأحاديث التي تتحدث عن انحلال عقد الزواج لم تكن سوى عبارة "الطلاق" سواء كان طلب حل الرابطة الزوجية بناء على رغبة الزوج أو رغبة الزوجة أو رغبتهما معا، وما بوسعنا سوى استنباط بعض الآيات والأحايث التي تدل ضمنيا على مشروعية التطليق.

فمن القرآن الكريم: نجد قوله تعالى:" **وَلا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَاراً لِتَعْتَدُوا** "[4]

وقوله تعالى: " **وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ** ".[5]

---

[1]وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، (د.ط)، دار الفكر، ج 07، الجزائر .1992، ص 509

[2]الأمر رقم 05-02 المتضمن قانون الأسرة، ص 21

[3]أحمد نصر الجندي، موسوعة الأحوال الشخصية. (د.ط)، دار الكتب القانونية، مصر،2006، ص 301

[4]سورة البقرة الآية 231

[5]سورة النساء، الآية 19

ومن السنة النبوية: قوله عليه الصلاة والسلام:" **أيما إمرأة سألت زوجها طلاقا في غير ما بأس، فحرام عليها رائحة الجنة**".[1]

3-**الأسباب المبررة لطلب التطليق:** يقع التطليق بحكم القاضي وذلك بطلب من الزوجة لتمكينها من إنهاء الرابطة الزوجية جبرا عن الزوج إذا لم تفلح الوسائل الاختيارية، وقد أورد المشرع حالات على سبيل الحصر في المادة (53) مبررة للتطليق نوجزها في نقاط ثلاث كالآتي:

أ) التطليق لامتناع الزوج عن أداء واجباته الزوجية: تقوم الحياة الزوجية على حقوق وواجبات متبادلة بين الطرفين لقوله تعالى:" وله مثل الذي عليهن بالمعروف "[2] ومن واجبات الزوج تجاه زوجته نجد النفقة والاستمتاع والعدل عند التعدد.

*** التطليق لعدم الانفاق على الزوجة:** نص المشرع في المادة (53) في الفقرة الأولى من قانون الأسرة على أنه:" يجوز للزوجة أن تطلب التطليق في حالة عدم الإنفاق عليها بعد صدور الحكم بوجوبها ما لم تكن عالمة بإعساره".[3]

وتشمل هذه النفقة الغذاء ة الكسوة والعلاج والسكن وأجرته وما يعتبر من الضروريات في العرف والعدة طبقا لنص المادة (78) من ذات القانون. فالتفريق بين الزوجين وسيلة من وسائل انحلال عقد الزواج، يختلف عن الطلاق كونه يقع بحكم من القاضي، وللتفريق أسباب كثيرة أهمها اعسار الزوج بالنفقة، ونظرا لكون الإعسار فرع من فروع النفقة متعلق بوجوبها. [4]

سنوضح مفهوم النفقة أولا ثم نتناول الشروط الموجبة لحق التفريق بناءا على اعسار الزوج بالنفقة كالآتي:

---

[1]أبو داود، المرجع السابق ، محقق عبد الحميد ، كتاب الطلاق، باب في الخلع، رقم الحديث 2226، ج2، ص 5

[2]سورة البقرة، الآية 228

[3]القانون رقم (84-11) المتضمن قانون الأسرة، ص 914

[4]نور الدين ميساوي التفريق القضائي بين الزوجين للإعسار في الفقه الاسلامي، مجلة الشريعة و الاقتصاد، العدد 1،جامعة الأمير عبد القادر قسنطينة، الجزائر، ،جوان 2012 ، ص 04

– **النفقة في اللغة:** من فعل أنفق ينفق إنفاقا ونفقة. يقال: نفقت الدابة نفق نفوقا، أي ماتت، ويقال أيضا: نفقت الدابة إذا خرجت من ملك صاحبها بالبيع أو الهلاك، ونفق البيع نفاقا أي راجر والنفاق فعل المنافق وهو مخالفة الظاهر للباطن، أنفق المال صرفه.[1]

– **النفقة في الاصطلاح:** اسم لما يصرفه الانسان على زوجته وعياله وأقاربه ومماليكه، من طعام ومسكن وكسوة وخدمة.[2]

– النفقة في قانون الأسرة الجزائري: من الملاحظ أن المشرع على غرار باقي قوانين الأحوال الشخصية لدول المغرب العربي لم يعرف النفقة الزوجية، وإنما تعرض لمشمولاتها. وهذا حسب المادة (78) منه:" تشمل النفقة الغذاء والكسوة والعلاج والسكن وأجرته، وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة." [3]

وقد أحسن الاختيار عندما لم يعرف النفقة لأن التعريفات من اختصاص الفقهاء، وإنما تعرض إلى ذكر مشتملاتها على سبيل المثال.

– الشروط الموجبة لحق التفريق بناءا على اعسار الزوج: بتحليل مبسط للفقرة 01 من المادة (53) من قانون الأسرة، نستطيع استخلاص الشروط الواجب توافرها لقيام حق الزوجة في طلب تطليقها من زوجها رغما عنه وتتمثل في:

1/ عدم إنفاق الزوج على زوجته بامتناعه عمدا أو قصدا عن تقديم ما تحتاجه من غذاء ولباس وعلاج وسكن وغيره من الاحتياجات الأخرى.

2/ أن تكون الزوجة قد رفعت دعواها من قبل المطالبة بالنفقة وصدور حكم من المحكمة يلزم بذلك. ولكنه امتنع عن تنفيذ هذا الحكم وأصر على عدم الإنفاق، وهذا يعني أن عدم إنفاق الزوج على زوجته لا يصلح وحده كأساس لطلب التطليق بل يجب على الزوجة أن تؤكد عدم الإنفاق عن طريق دعوى قضائية.[4]

---

[1]ابن منظور، محمد بن مكرم الأفريقي المصري، لسان العرب ، تحقيق عبد الله علي الكبير دار المعارف، الجزء 06، القاهرة ص 450

[2]بدران أبو العينين بدران، المرجع السابق ، ص 232

[3]القانون رقم (84-11) المتضمن قانون الأسرة، ص 914

[4]اسعد عبد العزيز، الزواج والطلاق في قانون الأسرة، ص 250

3/ ألا تكون الزوجة عالمة بحالة إعسار الزوج وقت ابرام عقد الزواج معه فإن كانت تعلم سقط حقها في التطليق لعدم الإنفاق بسبب رضاها بحاله، أي أن تجهل الزوجة عند إبرام العقد حالة الزوج من حيث فقره وعدم قدرته على الانفاق فإن هي علمت حالته المادية ورضيت به فلا يحق لها بعد ذلك أن تعود وتطلب الفسخ لعدم الانفاق.[1]

4/ أن الإنفاق الممتنع عن تقديمه للزوجة والتي يحق لها طلب التطليق بسببه هو إنفاق مثل زوجها على مثلها، وبحسب مورد رزقه لأنه لا يجوز لها أن تزعم عدم الإنفاق عليها إذا طلبت طلبات تفوق دخل زوجها وتعجزه عنها، وذلك عملا بالمادة (79).[2] أوجب المشرع بموجب هذه الشروط على القاضي عند تقدير النفقة مراعاة حال الطرفين وظروف المعاش ومعنى ذلك أن حقها في طلب التطليق يسقط إذا وفر الزوج أدنى الضروريات من غذاء وكسوة وعلاج ومسكن.[3]

وما يمكن ملاحظته على هذه الفقرة أنها لم تبين المدة التي تنتظرها الزوجة بعد الحكم لها بالنفقة، والتي يمكن بعدها تقديم طلب التطليق إلى المحكمة، إلا أنه بالرجوع لقانون العقوبات يمكن الأخذ بمدة (02) شهرين التي أشارت إليها المادة (331) منه التي تنص على أن: "كل من امتنع عمدا ولمدة تتجاوز شهرين عن تقديم المبالغ المقررة قضاء لإعالة أسرته وعن أداء كامل قيمة النفقة المقررة عليه إلى زوجه...

كما أن المشرع لم يفرق بين حالة امتناع الزوج عن الإنفاق مع قدرته على ذلك وحالة امتناعه عن الانفاق مع عدم قدرته أو إعساره إضافة إلى عدم تمييزه بين الزوجة[4]

---

[1] بلقاسم شتوان، امتناع الزوج عن الأنفاق، مجلة المعيار، العدد 01، جامعة الأمير عبد القادر قسنطينة، نوفمبر 2001، ص155.

[2] القانون رقم (87-11) المتضمن قانون الأسرة، ص 914

[3] العربي بلحاج، المرجع السابق ، ص 171

[4] القانون 06-23 المتضمن قانون العقوبات المؤرخ في :29 ذي القعدة 1427 الموافق لـ 20 ديسمبر 2006، المعدل و المتمم للأمر رقم 66-156 المؤرخ في 18 صفر عام 1386 الموافق لـ 8 يونيو 1966، الجريدة الرسمية، العدد 84، ص24.

الغنية والفقيرة. لذا لابد من اعادة النظر في هذه المواد من أجل إعطاء فرصة للزوج المعسر حسن النية من دفع مبلغ النفقة حفاظا على الروابط الأسرية.[1]

* التطليق للهجر في المضجع: جاء قانون الأسرة الجزائري في المادة (53) في الفقرة الثالثة منه، بأن للزوجة الحق في طلب التطليق بسبب الهجر في المضجع فوق أربعة أشهر، فعد بذلك المشرع الجزائري الهجر في المضجع من الأسباب التي تجيز للزوجة أن تطلب التطليق وانهاء الرابطة الزوجية مصداقا لقوله تعالى:" **لِلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ فَإِنْ فَاءُوا فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ** ".[2] فإذا استعد الزوج للهجر وأصر على ذلك حدد له القاضي مدة مناسبة فإن لم يفئ طلق القاضي الزوجة.[3]

ونشير إلى أن المشرع لم يورد تعريفا للهجر في المضجع بل اكتفى بذكره فقط كسبب من أسباب طلب التطليق يعرف الهجر لغة بأنه: القطع والصرم، فيقال: هجر الشيء بمعنى تركه وأعرض عنه ويقال: هجر الزوجة أي اعتزل عنها ولم يطلقها.[4] فالهجر في المضجع وسيلة من الوسائل التأديبية التي يملكها الزوج في مواجهة زوجته بهدف تهديدها ارجاعها إلى طاعته، بأن يهجر فراش الزوجية بعدم المبيت معها وفي غرفة نوم الزوجية، وذلك بالإعراض عنها وعدم قربانها في حدود الشرع.[5]

وقد عرفه الأستاذ عبد العزيز سعد:" بأن يدير الزوج ظهره لزوجته في الفراش ولا يهتم بها الاهتمام المطلوب منه كزوج، فلا يعتبرها زوجة موجودة بجانبه وقد يترك فراش الزوجية أو غرفة نوم الزوجية لينام في فراش آخر أو غرفة أخرى. ويتركها عن قصد وبدون سبب شرعي لمدة تزيد عن أربعة أشهر كاملة قصد الإضرار بها وتعذيبا وتأديبا لها.[6]

---

[1] عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة، ص257

[3] سورة البقرة الآية 226

[4] الغوثي بن ملحة، المرجع السابق، ص 105

[5] سميرة معاشي، أحكام التطليق على ضوء التعديلات الجديدة لقانون الأسرة الجزائري، مجلة المنتدى القانوني، العدد 06، كلية الحقوق والعلوم السياسية. جامعة محمد خيضر بسكرة،2009، ص 203

[6] عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة، ص 263

1/وباستقرائنا لنص المادة (53) الفقرة 03 منه نستنتج أنه يشترط في الهجر للمضجع كمبرر قانوني يخول للزوجة حق طلب التطليق عدة شروط تتمثل في: الأن يكون هجر الزوج لزوجته مع المبيت معها في فراش الزوجية دون أن يعاملها معاملة الأزواج، وذلك بالإعراض عنها وعدم قربانها.

2/ أن يكون الهجر لمدة تزيد عن أربعة أشهر متتالية لا يقع بين الشهر والآخر، أي اتصال بينها لكي يدل على أن الهدف من ذلك هو الإضرار والنكاية بالزوجة وليس التأديب والإصلاح.

3/أن يكون الهجر ليس له ما يبرره شرعا أو قانونا، بل عمديا ومقصودا لذاته والمسمى "بالهجر غير المشروع" الذي يتعدى حدود الحق خلافا لهجر الجميل" المقـصود به التأديب.[1]

وما يمكن ملاحظته في الفقرة المذكورة أن المشرع الجزائري أغفل أمرا مهما، يتمثل في كيفية اثبات الزوجة هجر زوجها لها في المضجع لأكثر من أربعة أشهر، كونه أمر خصوصي جدا لا يمكن لغير الزوجين أن يتحدثا عنه. وعلى ذلك تبقى المسألة من اختصاص القاضي الذي يقدرها معتمدا على ثلاثة عناصر:

* العنصر المادي: المتمثل في الهجر الحقيقي دون سبب شرعي مقب ول.
* العنصر المعنوي: المتمثل في نية الإضرار بالزوجة وليس في نية الإصلاح.
* العنصر الزمني: المتمثل في مدة أربعة أشهر متتالية غير منقطعة.[2]

* التطليق لمخالفة أحكام المادة 08 من قانون الأسرة: من خلال نص المادة (53) الفقرة السادسة منها نلاحظ أن المشرع الجزائري قد أحالنا إلى نص المادة (08) من قانون الأسرة[3]، التي تقضي بأنه:" يسمح بالزواج بأكثر من زوجة واحدة في حدود الشريعة الإسلامية متى وجد المبرر الشرعي وتوفرت شروط ونية العدل. يجب على الزوج إخبار الزوجة السابقة والمرأة التي يقبل على الزواج بها وأن يقدم طلب الترخيص بالزواج لرئيس المحكمة لمكان مسكن الزوجية. يمكن لرئيس المحكمة أن يرخص بالزواج الجديد إذا تأكد

[1] العربي بلحاج المرجع السابق، ص 291
[2] عبد العزيز سعد، مرجع سابق، ص 265
[3] الأمر رقم (05-02) المتضمن قانون الأسرة، ص 19

من موافقتهما واثبت الزوج المبرر الشرعي وقدرته على توفير العدل والشروط الضرورية للحياة الزوجية."

وما يلاحظ أنه كان على المشرع أن لا يحصر المخالفة في المادة (08) فقطر و إنما أيضا في المادة (08 مكرر و 08 مكرر 01) من قانون الأسرة. كما أن سبب التطليق ينبغي أن يكون في آثار التعدد وليس بسبب التعدد في حد ذاته، لأن معيار المطالبة بالتطليق هو تحقق الضرر شرعا. ويبدو من خلال نصوص (المواد 08 و08 مكرر و08 مكرر 01) من قانون الأسرة فإن هذا الضرر يتصور في ثلاث حالات هي: عدم الانفاق أو عدم العدل بين الزوجات والمراد به العدل المادي دون القلبي وكذا اشتراطهما في عقد الزواج عدم التزوج عليها أو أن يتعامل في زواجه الثاني بأسلوب الغش والتدليس وعدم الاخبار.[1] وبالتالي نستخلص من مضمون المادة أن مخالفة أحد الأزواج لأحد الشروط الآتية للتعدد يجعل للزوجة الحق في تقديم طلب التطليق وتتمثل الشروط فيما يلي:

1/ التزام حدود الشريعة الإسلامية في شأن تعدد الزوجات، وحدود الشريعة الاقتصار على أربعة زوجات والعدل بينهن. ويقصد به التسوية بين الزوجات في الأمور الظاهرة كالنفقة والمبيت وحسن المعاشرة.

2/عدم الإقدام على تعدد الزوجات إلا إذا وجد المبرر الشرعي له، وهذا المبرر يقدره قاضي الدعوي الذي يرخص بالزواج الجديد.[2]

3/ اخبار الزوجة السابقة بالعزم على تعدد الزوجات واخبار المرأة التي يقبل على الزواج بها.

[1] الأمر رقم (05-02) المتضمن قانون الأسرة، ص 20.

[2] سليمان ولد خسال، الميسر في شرح قانون الأسرة الجزائري، ط1،دار طليطلة، الجزائر، 2010، ص 133

4/ تقديم طلب الترخيص بالزواج مبينا به المبرر الشرعي للتعدد، و اخبار الزوجة السابقة به و كذا اعلام المرأة المراد زواجها بوجود زوجات في العصمة – إلى رئيس المحكمة المختصة.[1]

فلا شك أن مناط التطليق في حالة عدم العدل بين الزوجات هو الضرر وخاصة المعنوي منه، الذي يصيب الزوجة من جراء تمييز زوجة أخرى عليها، ومن هنا نستنتج أن قانون الأسرة يبيح طلب التطليق للضرر المعنوي، هذه الإباحة وإن لم ينص عليها صراحة إلا أنها تستنتج ضمنيا من بعض أسباب التطليق الذي يكون الدافع هو الضرر المعنوي.[2]

ب) التطليق لغياب الزوج أو انحرافه: ونتكلم فيه عن التطليق بسبب غياب الزوج، والحكم عليه في جريمة ماسة بشرف الأسرة، وكذا بسبب ارتكابه فاحشة في نقاط ثلاث كالآتي:

* التطليق بسبب غياب الزوج: غياب الزوج عن زوجته نوع من أنواع الضرر الذي يقع بهار والمقصود بالغيبة الواردة في المادة (53) الفقرة الخامسة من قانون الأسرة: هي غيبة الزوج عن زوجته بإقامته في بلد آخر غير الذي تعيش فيه.[3]

وأما الغيبة عن بيت الزوجية وعيشه في بيت أخر في نفس البلد، فهو من الأمور التي تدخل في الضرر الذي نص عليه المشرع في الفقرة العاشرة كما سنفصله لاحقا.[4]

وباستقراء الفقرة الخامسة التي تنص أنه يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للغيبة بعد مرور سنة بدون عذر ولا نفقة"، لابد من توفر شروط حتى يمنح للزوجة طلب تطليقها تتمثل في:
1/ أن تمضي سنة فأكثر على الغياب ابتداء من يوم غياب الزوج إلى يوم رفع الدعوى عليه، وهو مستمد من الفقه المالكي الذي جعل الغياب من سنة إلى ثلاث سنوات، خلافا للحنابلة الذي جعلوه ستة أشهر.

---

[1] سلمان نصر سعاد سطحي ،أحكام المواريث في الفقه الإسلامي، ط01، دار الفجر، والجزائر،2007، ص 105

[2] عبد الهادي بن زيطة، تعويض الضرر المعنوي في قانون الأسرة الجزائري ،ط 01، دار الخلدونية الجزائر،2007 ، ص 143

[3] العربي بلحاج، المرجع السابق، ص 300

[4] سليمان ولد خسال، المرجع السابق، ص 131

2/ أن يكون الغياب لغير عذر مقبول ودون سبب شرعي بأن يكون متعمدا إضرارها وإلحاق الأذى بها، ولهذا أقر الفقه المالكي ضرورة الإعلام والإنذار بالعودة وإلا طلقت زوجته.[1]

3/ أن يكون الزوج قد غاب عن زوجته دون أن يترك لها ما لا تنفق منه على نفسها وأولادها أما إذا ترك لها مالا تنفق منه فلا يجوز لها طلب التطليق، ونشير هنا إلى أن حالة الغياب بدون ترك النفقة، تخضع للسلطة التقديرية للقاضي حيث يتأكد منها بكل الوسائل وينظر في الأسباب التي دفعته إلى الغياب، لذا يجب أن تتوفر هذه الشروط لكي تتمكن الزوجة من طلب التطليق. [2]

وهنا وجب عدم الخلط بين أحكام المادة (112) من قانون الأسرة والمتعلقة بوضعية الغائب والمفقود، لأن طلب التطليق استنادا للفقرة السابقة يكون بسبب معاقبة الزوج عن فعل الإضرار بزوجته، بينما التطليق استنادا للمادة (112) من قانون الأسرة سببه دفع الضرر عن الزوجة وليس حمايتها من الإضرار بها. كما تقتضي الحالة الأولى أن يكون الزوج معلوم الوجود، في حين أن الحالة الثانية تفترض أن لا يعرف مكانه إن كان حيا أو ميتا.[3]

* التطليق بسبب الحكم على الزوج في جريمة: أقر المشرع هذه الحالة في المادة (53) الفقرة 04) من قانون الأسرة، حيث نص على أنه:" يجوز للزوجة أن تطلب التطليق من زوجها في حالة الحكم عليه عن جريمة فيها مساس بشرف الأسرة ويستحيل معها مواصلة العشرة و الحياة الزوجية و يتجلى وجه الضرر في هذا السبب المتنوع للتطليق من ناحيتين:
1-تتجلى في الضرر المعنوي الذي يخلفه الحكم على الزوج من آثار ماسة بشرف الأسرة وسمعتها، ويؤثر على مستقبل الزوجة والأولاد.

2-الضرر المادي المتمثل في استحالة الحياة الزوجية، لأن جريمة بهذا الشأن لا تقل عقوبتها عن الحبس. وهو ما سبب غيابه عن أسرته التي تبقى بدون عائل ولا رقيب وهنا

---

[1] العربي بلحاج، مرجع سابق، ص 300

[2] القانون رقم (84-11) المتضمن قانون الأسرة، ص 917

[3] سمير معاشي، المرجع السابق، ص 205

يتجلى الضرر المعنوي كذلك.[1] وباستقرائنا لهذا النص، نستنتج شروط لابد من توافرها في التطليق للحكم بعقوبة تتمثل في:

1/ أن يكون الزوج قد ارتكب جريمة من جرائم القانون العام أو غيرها، وقد صدر ضده حكم حائز قوة الشيء المقضي فيه.

2/ أن تكون هذه العقوبة مقيدة للحرية، أي تتضمن عقوبة بدنية بالسجن أو الحبس، أما إذا كانت العقوبة بالحبس مع وقف التنفيذ أو الوضع تحت الحراسة أو الحكم بالغرامة فقط أو كانت العقوبة متصلة بالحياة التجارية كعقوبة الإفلاس فإنه لا يجوز للزوجة أن تطلب التطليق.[2]

3/ أن تكون الجريمة المقترفة من شأنها المساس بشرف الأسرة وكرامتها.

4/ أن تكون الجريمة قرينة على استحالة العشرة الزوجية بما وصلت إليه من كراهية، ويبدو أن نوع الجريمة التي تؤثر على مستقبل علاقة الأسرة ليست على درجة واحدة، فالأمر يختلف من أسرة إلى أخرى.

إلا أن الغالب تلك الجرائم المتعلقة بالشرف والخيانة الزوجية والاغتصاب، وعلى كل فإن المعيار في كل ذلك ما يسبب ضررا جسيما للزوجة وأسرتها وعائلتها، وتتحقق معه العداوة والنفور حيث تستحيل معها مواصلة العشرة والحياة الزوجية.[3]

* التطليق بسبب ارتكاب فاحشة مبينة: تعد هذه الحالة من الأسباب القانونية التي تخول للزوجة الحق في طلب التطليق من زوجها، طبقا للفقرة السابعة من المادة (53) من قانون الأسرة التي تنص على أنه:" يجوز للزوجة أن تطلب التطليق لارتكاب فاحشة مبينة" لذا سنحاول تحديد المقصود بالفاحشة؟

– **الفاحشة لغة:** جمع فواحش، والفحشاء: الزنى وما يشتد قبحه من الذنوب، فنقول عن الأمر أنه فاحش إذا زاد عن الحد المعقول.[4]

---

[1] عبد الهادي بن زيطة، المرجع السابق ،ص 141

[2] نصر سلمان، سعاد سطحي، المرجع السابق، ص 107

[3] سليمان ولد خسال، المرجع السابق ، ص 205

[4] لويس المعلوف، المنجد في اللغة و الإعلام، ط27، دار المشرق، ، بيروت، 1984، ص 570

– **الفاحشة اصطلاحا:** هي الخطأ المخل بالآداب، بصفة خطيرة وجسيمة في ضوء أحكام الفقه الإسلامي والعرف، والضمير الاجتماعي.[1] وفي غياب آراء الفقهاء بهذا الشأن نستدل بما جاء في القرآن الكريم من آيات عديدة تصور لنا الفاحشة في المسائل التي تخل بالسلوك والأنظمة العامة إخلالا كبيرا منها قوله تعالى:" **وَلا تَقْرَبُوا الزِّنَى إِنَّهُ كَانَ فَاحِشَةً وَسَاءَ سَبِيلاً**".[2] وقوله: "**وَلا تَنكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِنْ النِّسَاءِ إِلاَّ مَا قَدْ سَلَفَ إِنَّهُ كَانَ فَاحِشَةً وَمَقْتاً وَسَاءَ سَبِيلاً**".[3]

ونلاحظ هنا أن الفقرة لم تحدد المقصود بالفاحشة ونعتقد أن المقصود بها: فعل الزنا مما يمس بالأمانة الزوجية وبكرامة الزوجة. وكذا الشرك بالله، والردة أو الاعتداء على قاصرة وكل فعل مخل بالآداب بصفة خطيرة.[4]

ما يسجل على هذه الفقرة أن المشرع استعمل عبارة فضفاضة فاحشة مبينة–ولم يعط أمثلة عن ذلك وترك الأمر لتقدير القاضي، الأمر الذي يجعل الأحكام متذبذبة بحيث قد يرى قاضي أن حالة معينة تشكل فاحشة مبينة، في حين يرى آخر أن نفس الفعل لا يعتبر كذلك، لذا كان على المشرع الجزائري أن يعط تعريفا دقيقا لهذا المصطلح أو على الأقل إعطاء أمثلة عن ذلك للقياس عليها حتى تكون الأحكام مستقرة.[5]

ج) التطليق للعيوب التي تحول دون تحقيق الهدف المرجو من الزواج: نتناول فيه التطليق للعيوب والشقاق المستمر بين الزوجين وسنطرح فيه اشكالية النشوز كسبب من أسباب فك الرابطة الزوجية؟ وكذا التطليق لمخالفة الشروط المتفق عليها، وأخيرا لكل ضرر معتبر شرعا:

* التطليق للعيوب: اعتبارا من أن الحياة الزوجية تبني على التالف والود بهدف إحصان الزوجين والمحافظة على الأنساب، إلا أنه هناك ما قد يعكر صفو الحياة الزوجية ويجعلها

---

[1] العربي بلحاج. المرجع السابق، ص 305

[2] سورة الإسراء، الآية 32

[3] سورة النساء ، الآية 22

[4] عبد العزيز سعد، الزواج و الطلاق في قانون الأسرة ،ص 275 " العربي بلحاج، مرجع سابق، ص 305

[5] احمد نصر الجندي، المرجع السابق، ص 119

لا تحقق الأغراض بسبب وجود عيوب وأمراض تؤثر على مقاصد الزواج وهو ما أشارت إليه الفقرة 02 من المادة (53)، وهي العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج.[1]

والتطليق للعيوب يبرره السعي والتطلع لتحقيق المقاصد الشرعية من الزواج كالإحصان، وانجاب الذرية، وتحقيق المودة والرحمة في الأسرة انطلاقا من علاقة الزوجين ببعضهما.[2]

أقر الفقهاء وكذلك القانون لكلا الزوجين معا الحق في طلب الطلاق إذا تبين وجود عيوب في أحد الزوجين من شأنها أن تؤثر على الحياة الزوجية، وهذه العيوب تقسم إلى:

– العيوب الجنسية المانعة من الدخول: و سواء تحققت في الرجل أو المرأة فمن حق كل طرف أن يطلب الطلاق بسبب تلك العيوب، لأنها تعد من الأسباب الجوهرية للفرقة، و القاضي عادة لا يقضي بالطلاق إلا إذا تأكد من وجود العيب و مدى تأثيره على الحياة الزوجية، كما قد يستعين بالخبرة العلمية في هذا المجال.

– العيوب الغير مانعة من الدخول ولكنها تؤثر على الحياة الزوجية: كالأمراض المزمنة أو المعدية أو المنفرة، كالجذام والبرص والجنون، ويضاف إليه في الوقت الحاضر مرض الايدز أو فقدان المناعة المكتسبة، وهذه الأمراض بلا شك تؤثر بشكل أو بآخر على الحياة الزوجية.[3]

وبتحليلنا للفقرة نلاحظ أنها وردت مطلقة بحيث شملت كل العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف المنشود من الزواج، بدون تحديد لنوع هذه العيوب، وقد أحسن المشرع فعلا لأن العيوب والأمراض التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج كثيرة ومتنوعة ومن الصعب حصرها.

---

[1] عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة، ص 276

[2] الهادي بن زيطة، المرجع السابق، ص 148

[3] الرشيد بن شويخ، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، ط 01، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2008 ، ص 193

فترك المجال واسعا للاجتهاد القضائي والسلطة التقديرية للقاضي على أساس معيار موضوعي في تحديد أو تفسير هذه العيوب وذلك بتوافر شروط حتى يكون للزوجة الحق في رفع دعوى التطليق على أساس العيوب وهي:

1/ أن يكون العيب في الزوج دون الزوجة، لأن العيوب إذا كانت في المرأة فلا خيار للرجل في فسخ الزواج لأنه يملك تطليقها في أي وقت شاء طبقا لإرادته المنفردة.

2/ أن يكون العيب المتصل بالزوج من العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج فتمنع من الاستمتاع الجنسي وكذا الأمراض الضارة التي تعكر الحياة الزوجية.[1]

3/ كما يجب أن يكون العيب ناتج عن مرض مستمر دائم لا يتوقع شفاؤه، كالجب والعنة، أما إذا كان من الأمراض التي يمكن شفاؤه منها خلال أجل يراه الأطباء معقولا، فعلى المحكمة أن تمنحه أجلا لمواصلة العلاج.[2]

4/ أن ترفع دعوى التطليق لدى القاضي وهو الأمر القاطع للشك بأنها غير راضية بالحياة المشتركة مع زوج معيب.

5/ أن يتأكد القاضي من وجود ما تدعيه بخبرة الخبراء أو الأطباء وبأي وسيلة أخرى كالإقرار.[3]

وبالنسبة لكيفية إثبات العيب بدعوى التطليق في القانون، فإنه يثبت بكافة الوسائل القانونية الممكنة كشهادة الشهود أو الشهادات الطبية، كما يجوز للقاضي أن يأمر بعرض الزوج المدعى عليه على طبيب خبير إذا عجزت الزوجة عن إثبات ذلك بالوسائل الأخرى، وكان القاضي لا يستطيع الوصول لمعرفة الحقيقة بغير ذلك، ثم يصدر حكمه بالتطليق أو برفضه حسب ما هو موجود بين يديه من دلائل وحجج إثباتية[4]

---

[1] العربي بلحاج، المرجع السابق، ص 282

[2] فضيل سعد، شرح قانون الأسرة الجزائري في الزواج والطلاق، المؤسسة الوطنية للكتاب، (د.ط)، ج 01، الجزائر، 1985، ص 279

[3] عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة، ص 277

[4] نورة منصوري، التطليق و الخلع في القانون و الشريعة الإسلامية، ،(د.ط)، دار الهدى، الجزائر، 2010 ،ص 53

* **التطليق للشقاق المستمر بين الزوجين:** استحدث المشرع هذه الفقرة بموجب التعديل الأخير واعتبر الخصام المستمر بين الزوجين من الأسباب التي تجيز للزوجة طلب التطليق من القاضي ومصطلح الشقاق يقصد به استحكام العداء والخلاف الذي يعرض الحياة الزوجية الضياع. [1]

فاستمرار الشقاق بين الزوجين قد يخل بأهداف الرابطة الزوجية التي تقوم على أساس الرحمة والمودة والمعاشرة الخيرة، وبالتالي فهو حق يمنح للزوجة تمارسه للحفاظ على الاستقرار النفسي للزوجين وللأولاد بدلا من الاستمرار في الخلاف والصراع مع الإشارة إلى أن المشرع الجزائري قد أورد هذا السبب ببند مستقل في وقت تلحقه جل التشريعات إلى البند العاشر من نفس المادة أي الضرر المعتبر شرعا.[2]

ومصدر هذه الفقرة المستحدثة الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا، وتجسد ذلك فعليا في بعض القرارات منها: القرار الذي جاء فيه: (من المستقر عليه قضاء أنه يجوز تطليق الزوجة لاستفحال الخصام وطول مدته بين الزوجين باعتباره ضرر شرعيا. متى تبين في قضية الحال أن الزوجة تضررت لمدة طول الخصام مع الزوج، وأن الزوج هو المسؤول عن الضرر لأنه لم يمتثل للقضاء بتوفير سكن منفرد للزوجة، مما يجعل الزوجة متضررة. ومحقة في طلبها التعويض، وعليه فإن قضاة الموضوع لما قضوا بتطليق الزوجة لطول الخصام، وبتظليم الزوج وتعويض الزوجة طبقوا صحيح القانون.[3] فالقرار يعتبر طول الخصام بين الزوجين والثابت بموجب أحكام قضائية سابقة ألزمت الزوج بتوفير مسكن منفرد وعدم تنفيذ ذلك لما جعل الخصام طويل الأمد ومعه تعين اعتبار الزوجة متضررة جراء عدم امتثال الزوج للأحكام الصادرة، مما جعل طلبها الرامي للتطليق مؤسسا، لهذا فقد حظي الاجتهاد القضائي بعناية المشرع وارتقى المرتبة القاعدة القانونية إذ خصصت له المادة (53) المعدلة الفقرة 08، وأضحت مستقلة عن فقرة الضرر المعتبر شرعا.[4]

---

[1] باديس ديابي، صور فك الرابطة الزوجية، (د ط)، دار الهدى، الجزائر،2007،ص 44

[2] سميرة معاشي، المرجع السابق، ص 208

[3] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم: 224655 ، قرار بتاريخ: 1999/06/199915، ص الأسرة على ضوء الممارسة القضائية، دار الهدى، الجزائر، 2012، ص 53

[4] باديس ديابي، صور فك الرابطة الزوجية، ص 45

وبمجرد رفع دعوى الطلاق يتعين على القاضي وجوبا تعيين حكمين من أهل الزوجين بغية التوفيق، والإصلاح بينهما ويقدمان تقريرهما في أجل شهرين من تاريخ تعيينهما. فإذا لم يفلح الحكمان في الإصلاح بينهما بعد أن يقدما تقريرهما، وتبين أن لا فائدة ترجى من هذا الصلح قضى القاضي بالطلاق بينهما وهو ما نصت عليه المادة 56 من قانون الأسرة.[1]

– النشوز كسبب من أسباب فى الرابطة الزوجية: قد يكون الخلاف والشقاق بين الزوجين مرجعه نشوز الزوجة وعدم طاعتها لزوجها كما يرجع ذلك بسبب تصرف الزوجين معا دون معرفة المتسبب منها فيه، ويمكن أن يكون مرجعه نشوز الزوج وكراهيته لزوجته فيدفعه ذلك بالإضرار بها، وقد عالج القرآن الكريم هذه الحالات بأحكام خاصة فشرع لكل حالة ما يناسبها من العلاج.[2]

سنحاول بيان أحكام النشوز الزوجي وموقف قانون الاسرة منه بعد تحديد المقصود بالنشوز؟

– المقصود بالنشوز الزوجي:

النشوز لغة: مصدر نشز، ويطلق على المتن المرتفع من الأرض، وعلى حواف الوادي المرتفعة والجمع أنشاز ونشوز، لذا سميت قطعة اللحم الزائدة على الجسم نشوز وقيل ذاك رجل ناشز الجبهة. إذا كان مرتفع اللحم بهار وقلب ناشز إذا ارتفع عن مكانه من الخوف.[3] النشوز من النهوض مصداقا لقوله تعالى: " **وَإِذَا قِيلَ انشُزُوا فَانشُزُوا** "[4]ونشز الرجل نشوزا: إذا كان قاعدا فنهض قائما، قال تعالى:" **وَانظُرْ إِلَى الْعِظَامِ كَيْفَ نُنشِزُهَا** "[5] أي نركب بعضها فوق بعض. النشوز في الفقه: تأثر معنى النشوز فقها بالمعنى اللغوي، بمعنى ارتفاع كل من الزوجين عن صاحبه، وما يترتب على هذا الارتفاع من كراهية لصاحبه وعصيان.

---

[1]الغوثي بن ملحة، المرجع السابق، ص 109

[2]عبد المؤمن بلباقي، التفريق القضائي بين الزوجين في الفقه الاسلامي، دار الهدى، الجزائر،2010، ص 99 [2]

[3]ابن منظور، أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم الإفريقي المصري، المرجع السابق، ج 06، ص 418

[4]سورة المجادلة الآية 11

[5]سورة البقرة، الآية 259

فمعنى النشوز: معصية الزوجة لزوجها فيما فرض الله عليها من طاعة، ويكون من الزوج بمعنى رجل ناشز أي أضر بزوجته وجفاها.[1]

ولعل هذا ما يفيد بأن ما يفعله الزوج الناشز بزوجته من جفاء وضرب هو نوع من التقصير بواجباته نحوها، بإيقاع نوع من الضرر بزوجته ولعل ذلك ما رآه بعض العلماء وجعل من عقوبته إذا لم تتحقق الفائدة من وسائل العلاج الأخرى، بأن هذا الضرر هو من موجبات التفريق بينهما والذي ستبينه لاحقا.[2]

- أحكام النشوز الزوجين:

كما أسلفنا الحديث فإن النشوز قد يكون من الزوجة كما قد يكون من الزوج، وهو ما يجعلنا نتناوله بالتحليل وفقا لما أقرته الشريعة الاسلامية ثم نتطرق إلى موقف قانون الأسرة منه.

أ) النشوز وفقا لأحكام الشريعة الإسلامية:

1-نشوز الزوجة:

ورد الكلام عن نشوز الزوجة في قوله تعالى:" **وَاللاَّتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَاهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ وَاضْرِبُوهُنَّ فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلاً إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيّاً كَبِيراً** "[3] الخوف في الآية يقصد به العلم، فيكون تقديرها و اللاتي تعلمون نشوزهن فعظوهن، وقد ذكر الفقهاء أسبابا تعد المرأة بموجبها ناشزا منها : أن تخرج من بيت الزوجية بلا إذن الزوج، أو أن تسافر بغير إذنه أو تمتنع عن السفر أو الانتقال معه إلى حيث يريد، أو تمنعه من وطئها أو الاستمتاع بها أو تتطاول عليه بلسانها، أو تترك حقوق الله تعالى من غسل و جنابة، أو صلاة أو صيام رمضان أو غير ذلك مما يشتمل على معصية الزوج والتعالى عليه.[4]

---

[1] علي محمد قاسم، نشوز الزوجة، دار الجامعة الجديدة للنشر ،مصر، 2004،ص 10

[2] احمد المومني، اسماعيل أمين نواهضة، الأحوال الشخصية فقه الطلاق و الغسخ و التفريق و الخلع، ط01، دار المسيرة، عمان، 2009، ص 94

[3] سورة النساء، الآية 34.

[4] على محمد علي قاسم، المرجع السابق، ص 15.

فإذا أصبح خلق المرأة على الوصف الذي ذكره الفقهاء، والذي تعد به ناشزا في نظر الشرع سواء ظهر ذلك منها جليا أو بدأت ملامحه، على الزوج أن يبادر إلى معالجة هذا الطارئ الذي يهدد كيان الأسرة قبل أن يستفحل ويتعاظم، وبالتالي يعسر إعادة الحياة الزوجية إلى الطمأنينة والطاعة والعلاج الذي وضعه الشارع في يد الزوج لإصلاح حال زوجة علاج متنوع حددته الآية الكريمة متمثل في مراحل ثلاث:[1]

الموعظة الحسنة: وذلك عن طريق تذكيرها بالله في الترغيب لما عنده من ثواب، والتخويف لما لديه من عقاب إلى ما يتبع ذلك مما يعرفها به حسن الآداب في اجمال العشرة والوفاء والقيام بحقوق الطاعة للزوج والاعتراف بالدرجة التي له عليها.

الهجر في المضجع: وقد اختلف العلماء في كيفية الهجر في تفسيره للآية: " **واهجروهن في المضاجع**." أي المراقد فلا تدخلوهن تحت اللحف، ولا تباشروهن فيكون كناية عن الجماع.[2]وقد يصحب الهجر في المضجع هجر في الكلام فإذا وجد فلا تنبغي الزيادة على ثلاثة أيام لورود النهي عنه.

الضرب الغير مبرح: والمعبر عنه في الآية بقوله:" **واضربوهن**" إذا جرب الزوج مع زوجته كل ما سبق ذكره ولم ترتدع انتقل بها إلى الوسيلة الأخيرة من وسائل التأديب التي يملكها وهي الضرب، وبه يحافظ على كيان الأسرة وتماسكها وهو لا شك أهون على الزوجة وعلى الأسرة بكاملها من الفراق، فالضرب ما هو إلا وسيلة تربوية تأديبية يقصد به اصلاح حال الزوجة إذا ما دعت الحاجة، مع مراعاة القيود والضوابط الشرعية.[3]

بعد عرضنا لهذ المراحل نقول: إن الله عز وجل عقب، أي إن تركن نشوزهن وأطعنكن، فأزيلوا عنهن التعرض لهن بالأذى ليبين للأزواج بأنه إن علت أيديهم على زوجاتهم بالظلم فليعلموا أن قدرة الله عليهم أعظم من قدرتهم عليهن، وعليه ندبهم لاجتناب ظلمهن.[4]

---

[1]عبد المومني بلباقي، المرجع السابق، ص 103.

[2]نصر سلمان، أحكام النشوز الزوجي في ضوء الكتاب والسنة وقانون الأسرة الجزائري، مجلة المعيار العدد 27، ديسمبر قسنطينة، الجزائر، ديسمبر 2011، ص 10

[3]عبد المؤمن بلباقي، المرجع السابق، ص 107

[4]نصر سلمان، المرجع السابق، ص 338

2-نشوز الزوج:

يوضح ذلك قوله تعالى:" **وَإِنْ امْرَأَةٌ خَافَتْ مِنْ بَعْلِهَا نُشُوزاً أَوْ إِعْرَاضاً** "[1] بينت الآية ثلاث حالات التعامل الزوج مع زوجته نوجزها في الآتي:

- **نفور الرجل عن المرأة:** وتكون في حالة خوف المرأة من زوجها أن ينفر، أو يعرض عنها، فلها أن تسقط عنه حقها كله، أو بعضه من نفقة أو كسوة أو مبيت، وله أن يقبل ذلك منها، ولا حرج عليهما في ذلك.[2] ومما يؤيد هذا ما ورد في الصحيحين عن عائشة قالت:" لما كبرت سودة بنت زمعة وهبت يومها لعائشة، فكان النبي عليه الصلاة والسلام يقسم لها بيوم سودة".[3]

- **اتفاقه معها بأن يخيرها بين الاقامة معه أو الفراق:** خير من تمادي الزوج على أثره غيرها عليه، ومن ذلك أن رافع بن خديج رضي الله عنه كانت عنده امرأة حتى إذا كبرت تزوج عليها فتات شابة، وأثر عليها الشابة فناشدته الطلاق، فطلقها تطليقة، ثم أمهلها حتى إذا كادت تحل راجعها، ثم عاد فأثر عليها الشابة فناشدته الطلاق، فقال لها :" ما شئت انما بقيت لك تطليقة واحدة، فإن شئت استقررت على ما ترين من الأثرة، وان شئت فارقتك، فقالت: لا بل أستقر على الأثرة فيما اثر به عليها.[4]

و لكن يرد على ذلك بأن الأصل في التعدد العدل لا الأثرة وذلك بقوله عز وجل: "**فَإِنْ خِفْتُمْ أَلاَّ تَعْدِلُوا** "[5] فلا يترك كتاب الله ويؤخذ بأثر موجود في غير الصحيحين.

---

[1]سورة النساء الآية 128

[2]نصر سلمان، المرجع السابق، ص 340

[3]هي زوجة النبي عليه الصلاة من بني عبد شمس أسلمت قديما و بايعت و هاجرت للحبشة الهجرة 02 مع زوجها يقال له السكران بن عمر،فلما قدما مكة توفي زوجها، و قيل مات و هو بالحبشة، فلما حلت من عدتها تزوجها الرسول عليه الصلاة والسلام.

[4]البيهقي، أبو بكر محمد بن الحسين بن علي، السنن الكبرى، باب: الرجل يدخل على نسائه نهارا للحاجة لا ليأوي (300/7)، ط01، دار المعرفة، الجزء 05، السعودية، 1994.

[5]سورة النساء ، الآية 03

– **فراقه لها:** فقد أخبر الله عزو جل أنهما إذا تفرقا، فإن الله يغنيه عنها، ويغنيها عنه بأن يعوضه الله من هو خير له منها، ويعوضها عنه بمن هو خير لها منه.[1]

فإذا تجاوز الزوج الحدود كأن أساء خلقه نحوها بمثل ضرب أو سب أو منعها مما تستحقه عليه كالنفقة و المبيت و نحوهما من غير أن تتنازل عن شيء له، و لم يشأ الطلاق مخالفا بذلك المبدأ الذي تقوم عليه الحياة الزوجية من امساك بمعروف و تسريح بإحسان، فلها عندئذ أن ترفع أمرها للقاضي ليدفع عنها الظلم و الإيذاء ، وحق التظلم لدى القاضي ليس قاصرا على المرأة فقط إذ بإمكان الرجل الذي أضرت به زوجته أن يرفع دعوى ضدها، ويطلب المخالعة كي يسترد ما أعطاها من مهر أو جزء منه، والأمر في ذلك يرجع إلى القاضي، و هذا نظير تطليق زوجته عليه و لو من غير رضاه إذا كانت الاساءة منه.[2]

ب) موقف قانون الأسرة من النشوز:

تطرق قانون الأسرة إلى مسألة النشوز في المادة (55)[3] منه، حيث جاء فيها: "عند نشوز أحد الزوجين يحكم القاضي بالطلاق وبالتعويض للطرف المتضرر."

فالنشوز من الحالات التي يمكن أن يستند إليها القاضي في اصدار حكم بالطلاق. ومهما يكن فهو يعد من الوقائع الموضوعية التي يتمتع قاضي الموضوع بتقييمها، وله سلطة مطلقة في تقدير عناصر و مكونات النشوز وعلى أن يعتمد فقط على أمور مستساغة اجتماعية ومقبولة أخلاقيا و قانونيا، و عليه إذا فحص القاضي المعروض عليه طلب الطلاق بسبب النشوز كل العناصر المقدمة إليه من المدعي و ثبت له اقتناع سليم بنشوز المدعى عليه فإن له أن يحكم بالطلاق بين الزوجين، و إذا ثبت أن المحكوم له متضررا من هذا الطلاق فللقاضي أن يضمن حكمه بالطلاق الحكم أيضا على المدعى عليه بالتعويض عما أصاب المدعي من أضرار مادية أو معنوية.[4]

– **الحكم بالطلاق لنشوز الزوجة:**

---

[1] نصر سلمان ، مرجع سابق ص 341

[2] عبد المؤمن بلباقي، المرجع السابق ، ص 141

[3] القانون رقم (11/84) المتضمن قانون الأسرة، ص 913

[4] عبد العزيز سعد الزواج و الطلاق في قانون الأسرة ص 127

إذا رفع الزوج دعوى الطلاق لنشوز الزوجة ، يجري القاضي طبقا لأحكام المادة (49) من قانون الأسرة[1]، جلسة الصلح التي تعد اجراء جوهري شكلي من النظام العام في جميع قضايا الأحوال الشخصية، و عدم القيام بها يترتب عليه بطلان العمل القانوني كما أسلفنا مسبقا، و يحاول القاضي في جلسة الصلح تقريب وجهات النظر بين الزوجين، و التوفيق بينهما و محاولة اقناعهما بضرورة التفكير في مصلحة الأسرة و خاصة مصلحة الأبناء. كما يحاول القاضي اقناع الزوجة بالرجوع على نشوزها و بمراجعة نفسها، وفي حالة فشل محاولة المصالحة يجري القاضي محضرا بعدم الصلح. ويقع عبئ اثبات حالة النشوز على الزوج، فيقدم الدليل على ما يدعيه بمبررات شرعية و إلا عد طلاقا تعسفيا، وعند اثبات الزوج طلبه للطلاق بإخلال الزوجة بالتزاماتها الزوجية و تعديها على حقوق زوجها، و أثبت نشوز الزوجة يكون الطلاق بتظليم من الزوجة.[2]

ونلاحظ هنا أن المشرع الجزائري في قانون الأسرة الجزائري لم يبين طرق اثبات النشوز. إلا أن المعمول به من الناحية الواقعية أن القاضي يحكم بالطلاق لنشوز الزوجة إذا صدر حكم يقضي برجوع الزوجة إلى محل الزوجية، فإذ امتنعت عن الرجوع يحرر المحرر القضائي محضر امتناع عن الرجوع ثم يبادر الزوج بطلب الطلاق لنشوز لزوجة بناء على هذا المحضر الذي يعتبر الدليل على النشوز وعلى القاضي أن يتأكد من صحة المحضر بأنه مستوفي لشروطه القانونية وأن الزوج قد سعى لإرجاع زوجته لمحل الزوجية إلا أنها امتنعت.[3]

وهذا ما قررته المحكمة العليا في احدى قراراتها: " إن نشوز الزوجة يثبت إذا صدر ضدها حكم بالرجوع نهائي حائز لقوة الشيء المقضي فيه و بلغ لها بطريقة قانونية و رفضت الامتثال له بشكل صريح".[4]

---

[1]الأمر رقم (02/05) المتضمن قانون الأسرة، ص 21 .

[2]نصر سلمان، المرجع السابق ، ص 21.

[3]ازودة عمر، طبيعة الأحكام بانهاء الرابطة الزوجية و أثر الطعن فيه، EncyclopedieEdition ،الجزائر،2003 ، ص 108

[4]المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم: 345125، قرار بتاريخ: 2005/10/12، نشرة القضاة، العدد 61رج 01، ص 332

اضافة إلى قرار آخر يقضي بأنه:" لا نشوز إلا بعد تنفيذ الحكم القاضي بالرجوع و اعطاء مهلة للمحكوم عليها للانصياع له اختياريا مع مراعاة الاجراءات المعمول بها قضاء".[1]

غير أن حالة نشوز الزوجة هي واقعة مادية يمكن اثباتها بكافة الوسائل، و ينبغي أن لا ينطبق النشوز على الزوجة بصفة آلية كما هو معمول به في الواقع بمجرد امتناع الزوجة عن الرجوع تعتبر ناشزا لأن في ذلك مساس بحقوق المرأة، بل لا بد على القاضي أن يتحقق و يبحث عن سبب امتناع الزوجة عن الرجوع لمحل الزوجية وليس بمجرد امتناعها عن الرجوع تعد ناشزا.[2]

وقد صدرت العديد من القرارات القضائية في هذا الصدد: "من المقرر شرعا أنه ليست كل زوجة رغبت عن الرجوع لزوجها تعتبر ناشزا نشوزا تحرم من أجله من حقوقها الواجبة لها شرعا طلاقه لها. ومن المقرر أيضا أن النشوز لا يعمل به شرعا إلا إذا وفر الزوج لزوجته كل مطالبها المحكوم لها بها. "ولما كان من الثابت في قضية الحال – أن الزوج لم يقم بواجب الاسكان المنفرد عن الضرة لزوجته الطاعنة الذي تضمنته الحكم الصادر لصالحها فإن قضاة المجلس الذين اعتبروها ممتنعة عن الرجوع و مؤاخذاتها بحرمانها من حقوقها الواجبة لها شرعا يكونون بقضائهم كما فصلوا خرقوا القواعد الشرعية.[3]

اضافة إلى قرار آخر جاء فيه:" إن اشتراط الزوجة الأولى توفير سكن منفرد لها عن الزوجة الثانية للرجوع لا يشكل نشوزا".[4]

– **الحكم بالتطليق لنشوز الزوج:** بالرجوع إلى الواقع المعمول به في المحاكم نجد أن قضاة الموضوع بعد إجراء محاولة الصلح وتحرير محضر عدم الصلح، و بعد التحقق و مناقشة

---

[1]المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم:476387. قرار بتاريخ: 2009/01/14،المجلة القضائية لسنة 2009، العدد 01، ص 261

[2]زودة عمر المرجع السابق، ص 109

[3]المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم :45311، قرار بتاريخ: 1987/03/09، المجلة القضائية لسنة 1990 العدد 03، ص 61

[4]المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم: 364855، قرار بتاريخ:2006/07/12 ، المجلة القضائية لسنة 2006، العدد 02 ،ص469

طلبات و دفوع كل من الطرفين. يحكم القاضي بالتطليق لنشوز الزوج إذا صدر حكم نهائي برجوع الزوجة لمحل الزوجية ولم يسع الزوج التنفيذ الحكم أي لم يسع لإرجاع زوجته عندئذ يجوز للزوجة طلب التطليق للضررأي لنشوء الزوج.[1] وقد صدرت في هذا الصدد العديد من القرارات أهمها: "من الثابت شرعا و فقها أنه في حالة الخصام بين الزوجين فإن حضور الزوج لبيت أهل الزوجة و طلب رجوعها إلى بيت الزوجية مرغوب لرد كرامتها لبناء حياة زوجية صحية. ولما كان من الثابت في قضية الحال – أن قضاة المجلس لما قضوا بجعل مسؤولية الطلاق على عاتق الزوجة باعتبارها ناشزا فإنهم أخطأوا في تفسير القانون و الشرع لأن الزوجة لا تعد ناشزا بل اشترطت لرجوعها حضور الزوج إلى بيت أهلها كرد لكرامتها وهو الشرط الذي تنتفي معه حالة النشوز بأغلبية آراء الفقهاء فإنهم أخطأوا في تفسير القانتون.[2]

وفي قرار آخر جاء فيه: "إن المبادرة بتنفيذ حكم ارجاع الزوجة إلى البيت الزوجي تكون وجوبا على عاتق الزوج".[3]

3- التطليق لمخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج:

أجاز المشرع بموجب المادة (19) من قانون الأسرة،[4] الاشتراط إما في نفس العقد أو في عقد رسمي لاحق، كشرط عمل المرأة أو عدم الزواج عليها ، و إذا تضمن عقد الزواج جملة من الشروط كانت الزوجة قد اشترطتها يتوجب على الزوج أن يفي بها و يسعى لتنفيذها، وإذا لم يمتثل و خالفها جاز للزوجة إما المطالبة بتنفيذها على الوجه المطلوب، و إذا لم يحصل الدخول جاز المطالبة بفسخ العقد، أما بعد الدخول فلا يبقى أمامها سوى المطالبة بالتطليق إذا رأت ضرورة.[5]

---

[1] زودة عمر، المرجع السابق، ص 200

[2] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم: 184055، قرار بتاريخ: 1998/02/17، المجلة القضائية لسنة 1998، العدد 02، ص 85

[3] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم: 374449، قرار بتاريخ: 2006/12/13 المجلة القضائية لسنة 2007، العدد 01،ص 505

[4] الأمر رقم (02/05) المتضمن قانون الأسرة، ص 20

[5] محمد باوني، عقد الزواج وآثاره، ط1، منشورات مكتبة اقرأ، الجزائر ،2009 ، ص 70

بناء على الفقرة التاسعة من المادة (53) المستحدثة بموجب تعديل (02/05) التي تنص " يجوز للزوجة أن تطلب التطليق لمخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج. "وفي هذا المجال تقرر فقها وقضاء جواز اشتراط الزوجة في عقد الزواج ما تشاء من الشروط التي تكون فيها فائدة بشرط أن لا تحلل حراما ولا تحرم حلالا، وأن لا تتناقض هذه الشروط مع روح العقد.[1]

وعليه فإنه كما يحق للزوج أن يشترط شروطا على الزوجة يراها ضرورية، ولا تتنافى مع أحكام قانون الأسرة، فللزوجة أيضا الحق في وضع شروط حتى تحمي نفسها من تعسفات الزوج.[2] ونظرا لصعوبة التحكم في الشروط التي لا تتنافى مع أحكام القانون من قبل ضابط الحالة المدنية فإنه يمكن اقتراح مجموعة من الشروط على سبيل المثال، و من الواقع المعاش إذا ما اشترطا الزوجان شروطا لم تسجل لدى ضابط الحالة المدنية، أمكن اللجوء الى قاضي شؤون الأسرة للنظر فيها قبولا أو رفضا، وعليه فإن الإخلال بالشرط يعد سببا قانونيا موجبا للتفريق بين الزوجين بطلب من الزوجة إذا أخل الزوج بالشرط المتفق عليه.[3]

4- التطليق لكل ضرر معتبر شرعا:

نصت المادة (53) في فقرتها العاشرة من قانون الأسرة على حق الزوجة في طلب التطليق لكل ضرر معتبر شرعا من طرف الزوج. وتبعا لذلك لم يحدد المشرع نوعية الضرر الشرعي ، و أورد عبارة عامة شاملة تاركا للقاضي سلطة تقديرية و موضوعية مطلقة و يكون الضرر معتبرا شرعا إذا لم يوفر الزوج السكن اللائق الشرعي، أو أهمل النفقة الشرعية، أو أساء معاملة الزوجة عن طريق الإهانة أو الضرب أو السب، و كذا في حالة قساوة

---

[1] سميرة معاشي، المرجع السابق، ص 208

[2] C.F. Mohamed Salah Bey. Le droit de la famille et de la dualisme juridisme. Revue Algériennedes Sciences juridiques économiques et politiques.1997.p 240

[3] سليمان ولد خسال، المرجع السابق ص 135

المعاملة أو التعذيب الجسدي ، أو ترك بيت الزوجة أو التهرب من الواجبات الزوجية دون سبب شرعي.[1]

بالرجوع للفقرة العاشرة، واستنادا الى المادة (56) من قانون الأسرة نلاحظ أن شروط التطليق للضرر:

–وقوع ضرر من الزوج.

– كون الضرر مما لا يستطاع معه دوام العشرة الزوجية.

– عجز القاضي عن الإصلاح بين الزوجين. وهو ما نصت عليه المادة (56)[2] من قانون الأسرة كما أسلفنا الحديث مسبقا والجديد الذي أتت به المادة (53 مكرر) من قانون الأسرة، أنه: "يجوز للقاضي في حالة الحكم بالتطليق أن يحكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها." فالتطليق للضرر تطليق يقع من القاضي على الزوج إذا ثبت الضرر يقع جبرا عليه جزاء لمخالفته المعاشرة بالمعروف ويبقى تعويض الزوجة من تقدير القاضي الناظر في الدعوى.[3]

الخلع: لما كانت الزوجة لا تملك الطلاق، و كرهت الاستمرار في الحياة الزوجية للإضرار، أو غير ذلك من أسباب نفورها من زوجها، فتح الشارع لها باب الاقتداء لتذليل ما يترتب على الطلاق من عقبات مالية بتعويض الزوج مما أنفق عليها.[4] لقوله تعالى:" ولا يحل لكم أن تأخذوا ما آتيموه شيئا إلا أن يخافا ألا يقيما خود الله فإن خفتم ألا يقيما خدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدث به ترك خدود الله فلا تعتدوها ومن يتعد حدود الله فأوليك هم الظالمون" [5]

---

[1]الحسين بن الشيخ أث ملويا. المنتقي في قضاء الأحوال الشخصية، ط02، دار هومة، ، الجزائر، 2006، ص 334

[2]الأمر رقم 05–02 المتضمن قانون الأسرة، ص 22

[3]أحم عثمان التكروري، شرح قانون الأحوال الشخصية، ط 01، دار الثقافة للنشر.ج 03، الأردن ،2007 ، ص 4

[4]نصر الجندي، المرجع السابق، ص 121

[5]سورة البقرة الآية 229

ووجد الخلع في قانون الأسرة عند انتفاء الأسباب المستند عليها في المادة (53) لطلب التطليق، و شروطه تختلف عن هذا الأخير، و هو ما نص عليه المشرع في المادة (54) من قانون الأسرة.[1] لذا سنحاول البحث عن مفهوم الخلع ودليل مشروعيته وكذا أركانه ثم نوضح الطبيعة القانونية للخلع كالآتي

1-تعريف الخلع:

نتطرق هنا إلى تعريف الخلع من الناحية اللغوية والفقهية وكذا القانونية.

أ- **التعريف اللغوي للخلع:** الخلع بمعنى النزع فنقول خلع الشيء يخلعه خلعا و اختلعه كنزعه إلا أن في الخلع مهلة.[2] والخلع بمعنى العزل أيضا. فنقول: خلع الولي أي عزله فكأنما أراد ازالته عن مكانه و عزله عنها.[3]

ب- التعريف الفقهي للخلع:

عند المالكية: عرفه ابن رشد بقوله:" الخلع هو بذل المرأة العوض على طلاقها".[4]

أما الحنفية: عرفه السيواسي بقوله:" لإزالة ملك النكاح ببدل بلفظ الخلع".[5]

أما الشافعية: عرفه الشربيني أنه:" فرقة بين الزوجين و لو بلفظ مفاده بعوض مقصود راجع لجهة الزوج".[6]

والحنابلة: عرفه ابن قدامة أنه:" فراق الزوجة لزوجها بعوض بألفاظ مخصوصة.[7]

---

[1]الأمر رقم (02/05) المتضمن قانون الأسرة، ص 22

[2]ابن منظور محمد بن مكرم الأفريقي المصري، المرجع السابق، ص 76. 3 4 5 الشربيني محمد الخطيب، الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع، (د.ط)، دار الفكر ج02، بيروت. ص 434

[3]الرازي محمد بن أبي بكر عبد القادر، المرجع السابق، ص 78

[4]أبو الوليد محمد بن احمد بن رشد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ط04، ج02، 1975، ص 50

[5]محمد بن عبد الواحد السيواسي، شرح فتح القدير، ط02، دار الفكر ج 04 ، بيروت ، ص 210

[6]الشربيني محمد الخطيب، الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع، (د.ط)، دار الفكر ج02، بيروت. ص 434

[7] ابن قدامة موفق الدين أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمود، المرجع السابق ،ص 57

فكل التعاريف تفيد بأن الخلع هو:" بذل المرأة عوضا لزوجها مقابل الفرقة بينهما."

ج- التعريف القانوني للخلع: نصت المادة (54) من قانون الأسرة على فك الرابطة الزوجية بالخلع و جاء فيها: " يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها مقابل مالي، وإذا لم يتفق الزوجان على المقابل المالي للخلع، يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم." و ما يلاحظ على هذه المادة أن المشرع عرف الخلع بأنه فك للرابطة الزوجية بطلب من الزوجة مقابل مال تقترحه على الزوج مفتدية به نفسه، وقد حصر المشرع مجال الخلع في كلمة واحدة و هي المخالعة، ولم يذكر غيرها من الألفاظ. ولعل هذا راجع لكونه لم يتطرق إلى مسألة الخلع إلا في مادة واحدة من قانون الأسرة. دون الإشارة إلى أحكام الخلع كشروطه و أركانه، ولا طبيعته القانونية.[1]

وقد عرفه الأستاذ عبد العزيز سعد بأنه: " عقد معاوضة رضائي و ثنائي الأطراف شرع المصلحة الزوجة غايته انهاء الحياة الزوجية بحكم قضائي بناء على عرض أحد الزوجين و قبول الآخر تلبية لرغبة الزوجة مقابل مال معلوم و مقوم شرعا تدفعه الزوجة فيتفقان على نوعه أو مقداره في جلسة الحكم أو يحدد القاضي بما لا يتجاوز مقدار صداق المثل وقت الحكم".[2]

وهذا التعريف جاء وفقا للمادة (54) القديمة من قانون الأسرة (11/84)[3] التي تنص على أنه:" يجوز للزوجة أن تخالع نفسها من زوجها على مال يتم الإنفاق عليه فإن لم يتفقا على شيء يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت الحكم." و بمقارنتها مع المادة الجديدة من قانون الأسرة (05-02)[4]، نلاحظ أن المشرع الجزائري كان يعتبر الخلع طلاق بالتراضي إذ يجب فيه موافقة الزوج ليقع، ولكن بعد تعديل قانون الأسرة الجزائري نلاحظ أن المشرع اعتبر الخلع نوعا من أنواع الفرقة لحل عقد الزواج، ويكون بطلب من الزوجة دون حاجة إلى موافقة الزوج. ومن هنا يمكن استخلاص تعريف للخلع

---

[1] عبد العزيز سعد، الزواج و الطلاق في قانون الأسرة ، ص 249

[2] عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 250

[3] القانون رقم (11/84) المتضمن قانون الأسرة، ص 913

[4] الأمر رقم (02/05) المتضمن قانون الأسرة، ص 22

أنه: تفتدي الزوجة من زوجها بمال تقدمه له ليطلقها بحكم قضائي سواء رضي به الزوج أو لم يرض.

2-دليل مشروعية الخلع: ثبت دليل مشروعية الخلع في القرآن والسنة، وكذا من الإجماع.

- **القرآن الكريم: قوله تعالى:**" الطلاق مرتان فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان ".

وقوله: " **فَلا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ** "[1]. ووجه الاستدلال من الآية الكريمة: بينت الآية إذا تشاقق الزوجان ولم تقم المرأة بحقوق الرجل وأبغضته، ولم تقدر على معاشرته فلها أن تفتدي منه لما أعطاها، ولا حرج عليها في بذلها له ولا حرج في قبول ذلك منها، وعليه تحل الفدية للزوج. يأخذها مقابل أن يطلقها وإذا حل للرجل أن يأخذ ما تفتدي به نفسها، فيكون ليس حراما على المرأة أن تبذل ذلك المال لأجل الخلاص.[2]

وقوله تعالى:" **وَآتُوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً فَإِنْ طِبْنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِنْهُ نَفْساً فَكُلُوهُ هَنِيئاً مَرِيئاً** ".[3] ووجه الاستدلال من الآية أنه يحل للرجال أن يأخذوا و يأكلوا مما تطيب به نفس المرأة، من غير فراق، و مادام الأمر كذلك فيحل له أكل ما طابت به نفسها عوضا عن الفراق. وبالتالي دلت الآية على مشروعية الخلع.[4]

-**السنة النبوية:** أخرج البخاري في صحيحه، قال : حدثنا أبو أزهر بن جميل، حدثنا عبد الوهاب الثقفي ، حدثنا خالد بن عكرمة عن ابن عباس أن امرأة ثابت ابن قيس أتت النبي عليه الصلاة و السلام – فقالت:" يا رسول الله ثابت ابن قيس ما أعتب عليه في خلق، ولا دين و لكني أكره الكفر في الإسلام، فقال رسول الله –عليه الصلاة أتردين عليه حديقته؟ فقالت: نعم، قال رسول الله – عليه الصلاة و السلام – اقبل الحديقة و طلقها تطليقة.[5]

و الحكمة من ذلك رفع الضرر عن الزوجة وتمكينها من الخلاص من رابطة الزوجية عندما يفوت الغرض المقصود من الزواج لعدم الانسجام، فكان بدل الخلع من جانب الزوجة

---

[1]سورة البقرة الآية 229

[2]محمد سمارة، المرجع السابق، ص 303

[3]سورة النساء ، الآية 4

[4]محمد سمارة، مرجع سابق، ص 305

[5]محمد بن اسماعيل أبو عبد الله الجعفي البخاري، الجامع الصحيح المختصر. ط 03 ، دار ابن كثير، ج05، بيروت ،1987 ص 2021

لرغبتها في الخلاص من زوجية فتحت لها أبواب الشقاء لذا عليها أن تبذل لزوجها مالا للتخلص منها طالما كان النفور منها، لأن الزوج كان قد تكلف الأعباء المالية من مهرو نفقة و إعداد منزل، و بدل الخلع من الزوجة يعوضه ذلك فالمرأة افتدت نفسها منه.[1]

– **الإجماع:** أجمعت الأمة الإسلامية منذ عصر الصحابة على جواز الخلع، و لم يعرف لهم مخالف في عصرهم، أخذا من الآية السابقة في سورة البقرة.

3– أركان الخلع: لم ينص قانون الأسرة على شروط الخلع بل أهملها، و اكتفى بالإشارة إلى جواز الطلاق بالخلع بمقابل مادي يتفق عليه الزوجان أو يحدده القاضي لا يتجاوز قيمة صداق المثل، و لهذا سنعالج هذه الشروط اعتمادا على قواعد الفقه العامة و الخلع كباقي العقود يحتاج إلى ايجاب و قبول، و يشترط فيه أن يكون الزوج أهلا لإيقاع الطلاق، والمرأة محل له وله ألفاظ خاصة بر كما تتم المفارقة بينهما ببدل يأخذه الزوج لطلاق الزوجة. وعلى ذلك فأركان الخلع أربعة: الزوج، الزوجة، البدل، الصيغة اللفظية. نفصلها كالآتي:

شروط الزوج في الخلع:

ويقال الخالع لأن كل منهما يخلع صاحبه، جاء في القاموس المحيط:" و الخالع: كل من المتخالعين"[2]. أو يشترط في الزوج أن يكون عاقلا بالغا فالخلع كالطلاق يشترط في الزوج ما يشترط في الطلاق كما أسلفنا الحديث.

شروط الزوجة في الخلع:

ويقال المختلعة، والخالع ، يقول الرازي:" خالعت المرأة بعلها أرادته على طلاقها ببدل منها له فهي خلع و الاسم خلعة بالضم وقد تخالع و اختلعت فهي مختلعة.[3] ويشترط الفقه الاسلامي بالنسبة للزوجة في حالة الخلع أن تكون متمتعة بأهلية التبرع التي نصت عليها

---

[1]رمضان على السيد الشرنباصي. أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان،2002، ص 326

[2]امجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز آبادي، القاموس المحيطي دار الكتاب العربي، ج 01، بيروت، ص 921

[3]الرازي زين الدين محمد بن أبي بكر عبد القادر: المرجع السابق، ص 78

المادة (203) من قانون الأسرة [1]و نصها: " يشترط في الواهب أن يكون سليم العقل بالغا تسعة عسر سنة وغير محجور عليه." لأن العوض المالي في الخلع من قبيل التبرعات فيأخذ حكمه، رغم أن الزوجة تفتدي نفسها مقابل هذا الدفع، وبالتالي فإن كانت الزوجة المخالعة لا تملك حق التصرف في أموالها كما لو كانت صغيرة لم تملك حق المخالعة شرعا.[2]

ومن الناحية القانونية إن كانت الزوجة التي خالعها زوجها على مال، لم تبلغ سن الرشد المدني المحدد بتسعة عشرة سنة كاملة المنصوص عليه في المادة (40) من القانون المدني[3] لم يلزمها بدل الخلع إلا إذا وافق وليها على ذلك، طبقا لأحكام المادة (83) من قانون الأسرة التي تنص على أن:" من بلغ سن الرشد تكون تصرفاته متوقفة على اجازة الولي إذا كانت مترددة بين النفع والضرر و في حالة النزاع يرفع الأمر للقضاء[4].

شروط الصيغة في الخلع: بالرجوع إلى الفقه نجده لم يخصص لفظا معينا للخلع، فألفاظه تختلف باختلاف المذاهب الفقهية فمنهم من حدد ألفاظا مخصوصة كالخلع و المبارأة والمفاداة. ومنهم من لم يقيد الخلع بلفظ بل بكل لفظ دال على معنى الخلع كالصلح والفسخ.[5]

ونشير هنا إلى أن المادة (54) من قانون الأسرة (11/84) جاءت غامضة في صياغتها فلم تحدد ما إذا كان الخلع عقدا رضائيا أم تصرفا إراديا من طرف الزوجة، ولكن بعد تعديل سنة (02/05) فصل المشرع في المسألة و أجاز صراحة للزوجة الخلع دون موافقة الزوج، وما يلاحظ على هذه المادة أنها لم تفصل بين الرضا و الايجاب و القبول أي الصيغة، فكان عليه أن ينص على أن الخلع يجب أن يكون بإيجاب و قبول، و أن يحدد الألفاظ التي يقع بها الخلع، فالتعديل جاء تكريسا لاجتهاد قضاة المحكمة العليا، حيث

---

[1]القانون رقم (11/84) المتضمن قانون الأسرة، ص 923

[2]القرطبي أبو الوليد محمد بن احمد ابن رشد، المرجع السابق، ص 41

[3]الأمر (58/75) المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق لـ 1975/09/26 المتضمن القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم بموجب الأمر (05/07) المؤرخ في 25 ربيع الثاني 1428 الموافق ل 13 ماي 2007، الجريدة الرسمية، العدد 78، ص 992.

[4]العربي بلحاج، المرجع السابق، ص 266

[5]محمد سمارة ، المرجع السابق، ص 310

أنه ابتداء من سنة 1992 استقر رأيهم على اعتبار الخلع حقا من حقوق الزوجة تمارسه دون حاجة لموافقة الزوج و في هذا الصدد صدرت العديد من الأحكام القضائية، أهمها: الخلع رخصة للزوجة تستعملها الزوجة لتفتدي نفسها من الزوج مقابل مبلغ مالي تعرضه عليه، ومن ثم فإن قضاة الموضوع لما قضوا بتطليق الزوجة خلعا دون موافقة الزوج طبقوا صحيح القانون).[1]

شروط البدل في الخلع: المقصود به: العرض الذي تلتزم به الزوجة لزوجها في مقابل طلاقها ، و الخروج من الزوجية، عندما يشتد النزاع بينهما، و حين تجد الزوجة أن البقاء مع زوجها قد يوقعها فيما لا يرضى الله، و البدل يمثل ركن ركين في الخلع إذ هو الذي أعطاه أحكامه، و غايره عن الطلاق، وبه يعرف ولا يصح دونه.[2]

وبالرجوع لنص المادة (54) من قانون الأسرة نلاحظ أن المشرع الجزائري لم يشر إلى مقدار العوض في الخلع، كما جاء في نص الفقرة 02 من ذات المادة على أنه عند عدم اتفاق الزوجينعلى المقابل المالي للخلع يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم فقد جعل المشرع في هذه الفقرة حدا لمقدار العوض في حال عدم اتفاق الزوجين عليه بأن لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم. وهذا التحديد غايته منع الابتزاز والتعسف من قبل الزوج على الزوجة الممنوعين شرعا. اضافة إلى أن المادة لم تبين نوع العوض في الخلع و شروطه غير أنه جاء في نصا على أن الزوجة تخالع نفسها على مقابل مالي، فالمشرع هنا استعمل مصطلح المال" ليعبر عن بدل الخلع، و المال يمكن أن يكون من النقود و الأوراق المالية المتداولة عينا أو عقارا أو منقولا، وكذا كل الأشياء التي يمكن تقويمها نقدا أو عينا و بالتالي يصح أن يكون العوض في الخلع بكل ما يصح أن يكون صداقا.[3]

---

[1] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الأحوال الشخصية، ملف رقم :216239 بتاريخ: 1999/03/16 ، المجلة القضائية عدد خاص 2001، ص 138

[2] بدران أبو العينين بدران، المرجع السابق، ص 396

[3] العربي بلحاج، المرجع السابق، ص 267

4-الطبيعة القانونية للخلع: اختلف الفقهاء في نوع الفرقة الواقعة بالخلع، فإذا وقع الخلع صحيحا فهل يكون فسخا أو طلاقا؟ سنحاول التطرق لنوع الفرقة بالخلع في الفقه الإسلامي ثم القانون الجزائري تباعا.

- **نوع الفرقة الواقعة بالخلع في الفقه الاسلامي:** اختلف الفقهاء في ذلك إلى قولين:

1/ **القائلون بأن الخلع طلاق وأدلتهم:** وهو منسوب للجمهور، واستدلوا لذلك بالآية الكريمة: " الطلاق مرتان فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان ولا يحل لكم أن تأخذوا ما آتيتموهن شيئا إلا أن يخافا ألا يقيما حدود الل فإن خفتم ألا يقيما خدود اللبن فلا جناح عليهما فيما افتدت به تلك حدود الليل فلا تعتدوها ومن يتعد حدود الله أوليك هم الظالمون.[1] فقد أورد شيخ المفسرين الطبري، سبب نزول الآية مصرحا بأنها جاءت لتحديد عدد الطلقات، حيث كان الناس في الجاهلية لا حد لطلاقهم فجاءت الآية لتبين للأزواج عدد الطلقات المسموح بها وبما أن الخلع ورد الكلام عنه في سياق الحديث عن عدد الطلقات، فلا مناص من النظر إليه على هذا الأساس، وكل ما هناك أن الآية بينت نوع الطلاق فيه، وأنه يحق للزوج استرجاع ما بذل من شروط ولم تجعله نوعا مغايرا من الفراق.[2]

كما استدلوا على ذلك بما رواه البخاري في صحيحه عن ابن عباس أنه عليه الصلاة والسلام قال الثابت بن قيس:" اقبل الحديقة وطلقها تطليقة ". فوجه الاستدلال من الحديث أمر الرسول عليه الصلاة والسلام لثابت يه دلالة ظاهرة على أن الخلع طلاق وليس بفسخ.[3]

2/ القائلون بأن الخلع فسخا وأدلتهم: ويروى هذا عن ابن عباس رضي الله عنه-وأحمد بن حنبل وهو مذهب الشافعي القديم فهم يرون أن الخلع ليس بطلاق وإنما فسخ. واستدلوا على ذلك بما روي عن ابن عباس أن الله تعالى ذكر الطلاق مرتان ثم أعقبه بالخلع. فقال:" **فلا جناح عليهما فيما افتدت به**"[4]. ثم ذكر الطلاق الثلاث بقوله:" **إن طلقها فلا تحل له**".[5]

---

[1]سورة البقرة الآية 229

[2]الطبري محمد بن جرير بن يزيد بن خالد أبو جعفر، جامع البيان عن تأويل آيات القرآن، ،(د،ط)، دار الفكر وج02، ص 469 المبروك المصري، المرجع السابق، ص 277

[3] المبروك المصري، المرجع السابق، ص 277

[4]سورة البقرة، الآية 229

[5]سورة البقرة، الآية 230

فلو كان الخلع طلاقا لأزداد عدد الطلقات على ثلاث وهو لا يجوز. وقد أجيب عن ذلك بأن الآية لم تشهد لمذهبهم ، لأن ذكر الخلع فيها يرجع إلى الطلاقين المذكورين، فإنه تعالى ذكرهما أولا بغير عوض، ثم ذكر ما يكون بعوض. ثم ذكر الثالثة بعد ذلك، فلم تلزم الزيادة على الثلاث، ويجب حمل الآية على هذا لئلا يلزم تغيير المشروع.[1]

كما استدلوا على ذلك بالحديث الذي أخرجه أبو داود و الترمذي قال:" أنبأنا محمد بن عبد الرحيم البغدادي أنبأنا علي بن حجر، أنبأنا هشام بن يوسف عن معمر عن عمر و ابن مسلم عن عكرمة عن ابن عباس: أن امرأة ثابت بن قيس اختلعت زوجها على عهد النبي عليه الصلاة والسلام ، فأمرها النبي أن تعتد بحيضة، قال أبو عيسى الترمذي: هذا حديث حسن غريب واختلف أهل العلم في عدة المختلعة، فقال أكثر أهل العلم من أصحاب النبي –عليه الصلاة و السلام– و غيرهم: إن عدة المطلقة المختلعة عدة المطلقة حيض".[2]

فوجه الدلالة أنه لو كان الخلع طلاقا أوجب عليها العدة، و لما لم يوجب عليها العدة دل على أنه فسخ و ليس بطلاق و قد رد على هذا: بأن الحديث يحتمل أن يكون الخلع تعدد من ثابت أو هما قضيت ان وقعتا لامرأتين، و يحتمل أنه لم يتعدد، و يلزم عليه اضطراب الحديث و يكون محتملا والمحتمل لا حجة فيه.[3]

– نوع الفرقة الواقعة بالخلع في قانون الأسرة الجزائري:

لم يورد المشرع أي نص بخصوص نوع الفرقة الواقعة بالخلع هي طلاق أم فسخ ؟ إلا أنه كان واضحا بالتنبيه للاتجاه القائل بأن الخلع يعد طلاقا لا فسخا، وذلك واضح من خلال الترتيب الذي جاء به في قانون الأسرة، فقد خص المشرع في الباب الأول في الفصل الثالث للفسخ تحت عنوان النكاح الفاسد و الباطل، وذلك في المواد (32 إلى غاية 35) من قانون الأسرة.[4]

---

[1]بدران أبو العينين بدران، المرجع السابق، ص 408

[2]محمد بن عيسى أبو عيسى السلمي الترمذي، الجامع الصحيح سنن الترمذي، ،(د.ط)، دار احياء التراث العربي ، ج 03، بيروت، ص 491

[3]بدران أبو العينين بدران، المرجع السابق، ص 409

[4]الأمر رقم (02/05) المتضمن قانون الأسرة، ص 21 .

كما أنه أورد الطلاق في الباب الثاني تحت عنوان "انحلال الزواج"، وذلك في المادة (47) التي تنص على طرق فك الرابطة الزوجية، سواء بالطلاق أو الوفاة، ثم تطرق في المادة (48) من قانون الأسرة إلى النص على: " أن عقد الزواج ينحل بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين 53 و 54 من نفس القانون".

و نجد المادة (54) من قانون الأسرة [1]تنص على أن الخلع كصورة من صور فك الرابطة الزوجية موجودة في خانة الفصل الخاص بالطلاق، وهو يؤكد التأثر الواضح و تبني المشرع الجزائري كلية للرأي القائل بأن الخلع طلاقا لا فسخا على اعتبار أن الفسخ في مفهوم المشرع الجزائري وجود عيب يشوب العقد و تمثل أساسا في اختلال أحد أركان العقد اشتماله على مانع أو شرط يتنافي و مقتضياته، بينما الأمر يختلف عليه في الخلع إذ يرد على علاقة زوجية صحيحة لم يعتريها أي عارض يعيب العقد، وإنما يتعلق الأمر بظهور عناصر خارجية و ظروف خارجة تماما عن العقد تستهدف وجود العلاقة الزوجية فلا يمكن حل هذه الرابطة إلا بالطلاق.[2]

المبحث الثاني: مفهوم مسكن الحضانة.

تتجلى إيجابيات التعديل الوارد على تشريع الأسرة في وضع حد نهائي للتناقض الصارخ بين المادتين 52 (ق.أ.ج) التي كانت تقرر للحاضنة الحق في البقاء في مسكن الزوجية متى وقع طلاقهما بتعسف من الروج، معلقا على جملة من الشروط القانونية، وبين المادة 72من (ق.أ.ج) التي كانت تلزم الأب صراحة بتهيئة المسكن للمحضونين.

وإن تعذر عليه ذلك التزم بأجرة المسكن، وجعل هذا الالتزام مقرونا بوجوب افتقار المحضون للمال، وذلك بإلغاء الفقرة الثانية وما بعدها من المادة 52 من (ق.أ. ج)).[3]

---

[1]الأمر رقم (02/05) المتضمن قانون الأسرة، ص 22 .

[2]أحمد شامي، قانون الأسرة طبقا لأحدث التعديلات – دراسة فقهية و نقدية مقارنة – دار الجامعة الجديدة، مصر،2010 ص 222 .

[3]طعيبة عيسى، سكن المحضون في تشريع الأسرة والاجتهاد القضائي، مذكرة من أجل الحصول على شهادة الماجستير في الحقوق، فرع: العقود والمسؤولية، جامعة الجزائر – بن يوسف بن خدة– كلية الحقوق، 2010–2011، ص.6

مما ينبني عليه إلغاء حق المطلقة الحاضنة في البقاء في مسكن الزوجية أين حسم فيها المشرع الجزائري مسألة تخصيص مسكن ملائم لممارسة الحضانة وذلك وفقا لنص المادة 72 من (ق.أ.ج)[1].

لذا ومن خلال هذا المبحث ستبرز كل من التعريف المتعلق بمسكن الحضانة (المطلب الأول) كما سنتطرق إلى الأحكام المتعلقة بمسكن الحضانة (المطلب الثاني).

المطلب الأول: تعريف مسكن الحضانة.

الضمان حماية الأطفال وتوفير لهم مستوى معيشي بعد الطلاق ألزم المشرع الأب بتوفير مسكن لممارسة الحضانة، فالمسكن يعتبر ضرورة أساسية من ضرورات المعيشة الصحية السوية لذا وجب علينا إعطاء تعريف المسكن الحضانة لغة (الفرع الأول)، ثم تعريفه اصطلاح (الفرع الثاني).

الفرع الأول: تعريف مسكن الحضانة لغة:

سكن سكونا: قر، وسكنته تسكينا، وسكن داره، وأسكنه غيره والاسم: السكن، محركة، والسكنى، كبشري. والمسكن، وتكسر كافه: المنزل، والسكن أهل الدار، والسكينة بالكسر مشددة: الطمأنينة.[2]

الفرع الثاني: تعريف مسكن الحضانة اصطلاحا

لقي تعريف مسكن الحضانة العديد من التعريفات عند أغلب الفقهاء، غير أن مفهوم المسكن مفهوم نسبي يختلف باختلاف الزمان والمكان، بمعنى أن ما يعد عند أهل البادية والصحراء مسكن لا يكون عند غيرهم من أهل المدن، وعليه يكفي أن يكون ساكن البيت مالكا الحق الانتفاع أو مستأجرا أو مستعيرا أو حائزا حيازة عرضية ترتكز على أسباب ظاهرة مشروعة.

وبوجه عام يعرف المسكن بأنه كل مكان مسور يستخدم للسكني بصفة دائمة أو مؤقتة وسواء كان ملكا لساكنه أو مستأجر له أو مقيما فيه مجانا.[3]

---

[1] ديابي باديس، مرجع سابق، ص.87.

[2] محمد الدين الفيروز آبادي، مرجع سابق، ص. 787

[3] طعيبة عيسى، مرجع سابق، ص.9.

المطلب الثاني: الأحكام المتعلقة بمسكن الحضانة.

من أهم الآثار المترتبة عن فك الرابطة الزوجية الحق في الحضانة، وبالتبعية الحق في المطالبة بمسكن ملائم لممارسة الحضانة.

وعليه سيتم التطرق في هذا المطلب إلى دراسة الأحكام المتعلقة بمسكن الحضانة، والتي استنتجناها من الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري (الفرع الأول) ، ثم نقوم بدراسة شروط تمتع المطلقة الحاضنة بالحق في مسكن الحضانة (الفرع الثاني)، وأخيرا موجبات سقوط الحق في مسكن الحضانة (الفرع الثالث).

الفرع الأول: موقف الفقه الإسلامي والقانون الجزائري من مسكن الحضانة.

يتجلى موقف كل من الفقه الإسلامي والقانون الجزائري من مسألة مسكن الحضانة كالآتي:

أولا- موقف الفقه الإسلامي من مسكن الحضانة

تعتبر الشريعة الإسلامية المصدر الأصلي في معظم نصوص قانون الأسرة، ومنه سيتم في بادئ الأمر البحث في الشريعة الإسلامية عن أحقية وعدم أحقية المحضون في المسكن وذلك ضمن أراء مختلفة ومن بينها:

(أ) رأي الفقه المالكي:

اختلفت آراء الفقه المالكي بين تلك التي تقر بأن سكن المحضون من ماله الخاص إن كان له مال، وبين تلك التي تقر بأن سكن المحضون والحاضنة في مال من عليه نفقة الولد بغض النظر عن امتلاك الحاضنة لمسكن أم لا[1].

(ب) رأي الفقه الحنفي:

الفقه الحنفي رجح رأيه في أن نفقة السكنى واجبة على الأب إذا لم يكن للحاضنة مسكن يمكن من خلالها أن تقوم بحق ممارسة الحضانة، لأن وجوب توفير المسكن ليس

[1]طعيبة عيسى، مرجع سابق، ص.ص. 24-25.

مبنيا على وجوب الأجر على الحضانة بل وجوب النفقة على الولد، ولأن هذه الأخيرة تكون واجبة على الأب.[1]

(ج) رأي الفقه الشافعي والحنبلي:

اتفق فقهاء الشافعية والحنابلة على حق الصغير في المسكن وذلك يكون على عاتق أبيه إن كان موسرا، فكما تجب عليه أجرة الرضاع وأجرة الحضانة، فهو في هذه الحالة مجبر أيضا على توفير مسكن أو إعداده، إذا لم يكن للأم مسكن مملوك لها تحضن فيه الصغير.

ثانيا: موقف القانون الجزائري من مسكن الحضانة

إن موضوع الحضانة بصفة عامة ومسكن الحضانة بصفة خاصة مر بمجموعة من المراحل المتباينة نتيجة تطور الظروف التي مست المجتمع الجزائري ومن هذه المراحل نجد:

(1) مرحلة انعدام النص التشريعي:

تعد الشريعة الإسلامية المصدر الوحيد للنصوص التشريعية كما هو معروف غير أنه وفي ظل الاستعمار الفرنسي تم استبعاد تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية على الجزائريين وإخضاعهم إلى القوانين الفرنسية.

غير أنه وبعد الاستقلال بقي الأمر على حاله أين تم استنباط بعض الأحكام من الشريعة الإسلامية وأخرى من القوانين التي وضعها المستعمر وأخرى من الأعراف، فبذلك تعددت القواعد المطبقة بتعدد هذه المصادر.

إن ما يمكننا قوله في هذه المرحلة وإن كان هناك خلاف بين الزوجين وأمكن إصلاحه، فإن الاهتمام التشريعي لم يكن منصبا على مسكن الحضانة والسبب في ذلك أن الزواج والطلاق كانا يتمان عرفية، وبهذا لم يعرض على القضاء مثل هذا النوع من النزعات[2].

---

[1] طعيبة عيسى، مرجع سابق، ص.25.

[2] طعيبة عيسى، مرجع سابق، ص.25.

(ب) مرحلة توفر النص:

إن الأمر لم يستقر على ما كان عليه بعد الاستقلال، إذ أنه وبتطور المجتمع بدأ الأمر يتغير وبدأ المشرع يولي اهتمام لمسألة مسكن الحضانة، أين أفرد له نص خاص ضمن المنظومة التشريعية وهو ما تم النص عليه ضمن المادة 2/467 من (ق.م. ج). أين ألزم فيه القاضي في حالة الطلاق أن يعين من الزوجين من يمكنه الانتفاع بالعين المؤجرة باعتبار هذه الأخيرة من ضرورات حماية الأولاد، وذلك من أجل حضانتهم خاصة، فالقاضي إذا فصل في قضية الطلاق والحضانة استوجب عليه تعين من ينتفع من الزوجين بالعين المؤجرة مرجحا في ذلك مصلحة المحضون باعتبار مصلحة المحضون الأولى بالرعاية.[1]

(ت) مرحلة الاهتمام بالمسكن:

بدأ اهتمام المشرع الجزائري بمسألة مسكن الحضانة نتيجة لارتفاع نسبة الطلاق، حيث أفرد له نصوصا خاصة منظمة لمسألة إسناد مسكن الحضانة للمطلقة التي تقررت لها الحضانة وذلك من خلال المواد المنصوص عليها في قانون رقم 84-11 مؤرخ في 9 جوان سنة 1984 المتضمن قانون الأسرة. أين ألزم فيه المشرع الأب بالدرجة الأولى بتوفير مسكن ملائم لممارسة الحضانة في حالة إسناد الحضانة إلى المطلقة.[2]

(ث) مرحلة إعطاء الأولوية لحق المحضون في السكن:

بعد إدخال قانون رقم 84-11 مؤرخ في 9 جوان سنة 1984 المتضمن قانون الأسرة حيز التنفيذ، ظهرت فيه عدة نقائص، خاصة تلك المتعلقة بالجانب الموضوعي للحضانة نظرا الحساسية وشدة ارتباطه بحياة الطفل في الأسرة.

وأمام هذا النقص التشريعي والاجتهادات القضائية، فرض على المشرع وجوب إعادة النظر في قانون الأسرة، وذلك بضرورة تعديل نص المادة 52 منه التي كانت تنص على ما يلي:

---

[1] أمر رقم 75-58، يتضمن القانون المدني، معدل ومتمم، مرجع سابق.

[2] عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد (شرح أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل)، ط.4، دار هومة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2013، ص.145.

إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها. وإذا كانت حاضنة ولم يكن لها ولي يقبل إيواءها، يضمن حقها في السكن مع محضونيها حسب وسع الزوج. ويستثنى من القرار بالسكني، مسكن الزوجية إذا كان وحيدا. تفقد المطلقة حقها في السكن في حالة زواجها أو ثبوت انحرافها".

وكذا تعديل المادة 72 منه والتي تنص على " في حالة الطلاق يجب على الأب أن يوفر لممارسة الحضانة سكنا ملائما للحاضنة، وإن تعذر فعليه دفع بدل الإيجار".

وهذا نظرا للتضارب والتناقض الحاصل بينهما، وذلك بغية حماية مصلحة الأطفال بعد الطلاق، وعليه تم إلغاء الفقرة الثانية وما بعدها من نص المادة 52 من (ق.أ. ج)، وكذا تعديل نص المادة 72 من (ق.أ. ج) وذلك بإضافة الفقرة الثانية وذلك بموجب أمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فيفري 2005.[1]

الفرع الثاني: شروط تمتع المطلقة الحاضنة بالحق في مسكن الحضانة

إن عملية إسناد مسكن للحاضنة بغرض قيامها بواجب الحضانة فيه لا تتم إلا بتوافر جملة من الشروط أوجبها المشرع الجزائري في إطار ضمان حق السكن للمطلقة.

وعليه سيتم إبراز هذه الشروط ضمن نقاط مختلفة منها ما هو متعلق بشروط مشترطة قبل التعديل ومنها ما هو مشترط بعد التعديل. أولا: شروط استحقاق مسكن الحضانة قبل التعديل نجد من بين هذه الشروط ما يلي:

(أ) أن يحكم للمطلقة بالحضانة:

إن ما استقر عليه القضاء على أن طلب الحاضنة للمسكن يحكم به في الوقت الذي يحكم فيه بالطلاق والحضانة، ولا يتقرر للمطلقة الحاضنة هذا الحق دون إثبات.[2]

ويعتبر هذا الشرط موضوعي إذ لا يمكن تصور منح المسكن الزوجة مطلقة بدون حضانة إذ الحكمة بممارسة الحضانة، فطلب الحاضنة للمسكن يكون في الوقت الذي يحكم فيه بالطلاق والحضانة، وهو طلب متعلق بمصلحة المحضون والتي على أساسها يحكم القاضي بإسناد الحضانة أو إسقاطها، وبالنتيجة فإذا وجد القاضي جميع الشروط مجتمعة

[1] أمر رقم 05-02، يتضمن تعديل قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق.

[2] لوعيل محمد أمين، مرجع سابق، ص.121.

فيحكم تلقائيا بحق مسكن الحضانة من عدمه، ويعود الاختصاص فيه للمحكمة الناظرة في الأحوال الشخصية.[1]

(ب) أن لا يكون لها ولي تأوي إليه:

بالرجوع إلى نص المادة 77 من (ق.أ. ج) التي تنص على أن تجب نفقة الأصول على الفروع، والفروع على الأصول حسب القدرة والاحتياج، ودرجة القرابة في الإرث"[2]، ومنه يفهم من نص المادة أن المشرع ألزم نفقة الأصول على الفروع مما يعني أن الولي مجبر على استقبال وليته كونها من فروعه، ولكن هذا الشرط يعد من الشروط المجحفة بحق المرأة المطلقة لأن الواقع يشهد أن من الأولياء من يرفض إسكان المطلقة، مما يدفع بالمرأة إلى التشرد هي وأولادها أو ما يدفع بها إلى التنازل عن حقها في حضانة أولادها في حالة ما إذا قبل بها وليها دون أولادها.

وعليه فإن المطلقة التي لها ولي يرفض إيوائها تأخذ نفس حكم من ليس لديها ولي، وعليه يحق لها الاستفادة من حق الحصول على مسكن لممارسة الحضانة. [3]

(ت) أن يراعي في المسكن حالة الزوج:

يعتبر هذا الشرط من الشروط التي تدخل ضمن السلطة التقديرية للقاضي وفقا لنص المادة 79 من (ق.أ. ج) والتي تنص على أنه "يراعي القاضي في تقدير النفقة حال الطرفين وظروف المعاش ولا يراجع تقديره قبل مضي سنة من الحكم"[4].

وعليه فإن تقدير النفقة في القانون الجزائري يخضع للسلطة التقديرية للقاضي المختص، على حسب حال الطرفين اعتبارا من يوم الطلب [5]، وهذا ما يستدل أيضاً من قوله تعالى:

---

[1]طعيبة عيسى، مرجع سابق، ص.27.

[2]قانون رقم 84-11، يتضمن قانون الأسرة الجزائري، معدل ومتمم، مرجع سابق.

[3]صلاح الدين زيدان، حقوق المطلقة المالية (دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستر في الفقه وأصوله، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، قسنطينة، 2005-2006، ص.257.

[4]قانون رقم 84-11، يتضمن قانون الأسرة الجزائري، معدل ومتمم، مرجع سابق.

[5]بلحاج العربي، أبحاث ومذكرات في القانون والفقه الإسلامي، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1996، ص.138

"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 "[1]. كما أن هذا الشرط قابل لإثبات العكس فالبينة على من ادعى واليمين على من أنكر ومن المقرر قانونا أن النفقة تستحق من تاريخ رفع الدعوى وللقاضي أن يحكم باستحقاقها بناء على بينة لمدة لا تتجاوز سنة قبل رفع الدعوى وهذا طبقا لنص المادة 80 من (ق.أ.ج).

(ث) أن يكون للمطلق أكثر من مسكن

من المستقر عليه أن مسكن حضانة الصغير من نفقته على أبيه، كما أن عليه سكن حاضنته، فالمنصوص عليه شرعا أن من لها إمساك الولد وليس لها مسكن مع الولد يكون على الأب سكناها وسكني الولد، فالسكنى واجبة لكل من الحاضنة والمحضون للحاجة وما دامت الحاجة قائمة فالوجوب على الأب يكون قائما أيضا.[2]

وبالرجوع إلى نص المادة 52 من (ق.أ.ج) قبل التعديل نجد أنها نصت على شروط تمتع المطلقة الحاضنة بمسكن الحضانة واستثنت منه مسكن الزوجية إن كان وحيدا، وعليه ووفقا لهذه المادة فإن المشرع أورد شرط وجود أكثر من مسكن لضمان إسكان المطلقة الحاضنة). [3]

إذا أنه في حالة ما إذا كان الزوج أكثر من مسكن فإنه يقوم بتسليم المسكن للحاضنة من أجل ممارسة الحضانة وفي حالة ما إذا كان الأب مالكا أو مستأجرا لمسكن وحيد، فإن ذلك لا يمنعه من أن يوفر لأولاده أجرة مسكن أخر لأن ذلك من الالتزامات التي تقع على الأب في حالة عدم وجود مال للمحضون.

وكما سبق الإشارة إليه فإن المشرع الجزائري ضمن القانون المدني منح للقاضي إمكانية إسناد حق الإيجار للزوجة المطلقة الحاضنة وذلك في نص المادة 2/467.

---

[1] سورة الطلاق، الآية 7.

[2] أحمد نصر الجندي، مرجع سابق، ص.223.

[3] عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد (شرح أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل)، مرجع سابق، ص.146.

وهذا ما أكده القرار الصادر عن المجلس الأعلى حيث قضى بأنه إذا كانت أحكام المادة 467 من (ق.م. ج) التي تخول للقاضي الذي يصرح بالطلاق إعطاء السكن الزوجية للزوج الذي أسندت إليه حضانة الأولاد أخذت في اعتبارها أن السكن المذكور مؤجر وأن تأجيره باسم أحدهما. أما إذا كان باسم غيرهما فإنه ليس لأحدهما أن يستفيد منه تحت ظل نص هذه المادة، ولما كان القرار المطعون فيه قد قضي بمنح السكن المؤجر باسم أم الزوج، لزوجة المطلقة فإنه بهذا القضاء قد خرق أحكام المبدأ المتقدم".[1]

من خلال ما سبق توصل القضاء إلى أنه إذا كان المسكن الزوجي مؤجر، بأن استأجره الزوج للإقامة فيه مع زوجته وأولاده حال قيام الرابطة الزوجية، تسنت القاضي عملية إسناده طبقا النص المادة 2/467 من (ق.م. ج) السالفة الذكر للزوج الذي أسندت له حضانة الأولاد، أما إذا كان مؤجرا باسم غيرهما فإنه ليس لأحد أن يستفيد منه تحت ظل نص هذه المادة.

ومن الاجتهادات القضائية الواردة في هذا الطرح ما قضت به المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 15جوان 1999 بأن: " للحاضنة الحق في البقاء في مسكن الزوجية متى ثبت للزوج مسكن آخر وهذا نظرا لمصلحة المحضونين، ولما كان ثابت– في قضية الحال – أن المطعون ضدها تمارس حضانة الأولاد في المسكن المتنازع عليه منذ 11 سنة أي من تاريخ صدور الحكم بالطلاق وأن محضر إثبات حالة يثبت أن الطاعن يملك سكنا أخر وعليه فإن القضاة بقضائهم برفض دعوى الطاعن لعدم التأسيس وحق المحضونين الأربعة، فإنهم بقضائهم كما فعلوا طبقوا القانون تطبيقا صحيحا ومتى كان ذلك يستوجب رفض الطعن ".[2]

ثانيا: شروط استحقاق مسكن الحضانة بعد التعديل:

بعد أن قمنا بدراسة الشروط المشترطة قبل التعديل، سيتم دراسة الشروط المشترطة بعد التعديل، ومن بين هذه الشروط أن تكون المرأة حاضنة وهذا ما يفهم من الفقرة الثانية

---

[1] طعيبة عيسى، مرجع سابق، ص.132.

[2] قرار م. ع، غ.أ.ش. ملف رقم 223834، مؤرخ في 15 جوان 1999، مجلة قضائية ، عدد خاص، 2001، ص.225. نقلا عن طعيبة عيسى، مرجع سابق، ص.33.

من المادة 72 من (ق.أ. ج) والتي تنص ...سكن ملائم للحاضنة ..."[1]. ويشترط أيضا وجود الطلاق بين الزوجين وبالرجوع إلى نص المادة 2 / 52 من (ق.أ. ج) نلاحظ أنه اشتمل على عبارة "محضونيها" أين فهم بعض الفقهاء هذا المفهوم خطأ حيث أن المقصود حسبهم بعبارة "محضونيها" التعدد.

وبعد التطور السريع الذي عرفه المجتمع ونتيجة للتفكك الأسري وارتفاع نسبة الطلاق تفطن القضاء لضرورة تغيير مسار من سبقه، أين أقر وأعترف بحق الأم الحاضنة في السكن أو أجرته ولو كان تحت حضنها طفل واحد، وهذا ما قضت به المحكمة العليا في قرارها المؤرخ في 29 نوفمبر 1994 الذي جاء فيه: "لما ثبت من قضية الحال أن قضاة المجلس أسسوا قرارهم

على أن الطاعنة لا يحق لها المطالبة بسكن لممارسة الحضانة أو بأجرته، إلا إذا كانت حاضنة الأكثر من ولدين، وبهذا فإن قضاة المجلس أساؤوا تطبيق القانون وكان يتوجب عليهم إلزام المطعون ضده بتوفير سكن للحاضنة أو بتسليم أجرته، مما يتعين معه نقض وإبطال قرارهم وبدون إحالة".[2]

وعليه فللمطلقة الحاضنة الحق في الاستفادة من مسكن لممارسة الحضانة حتى وإن كان لديها ولد واحد أو أولاد متعددين، فهي في أمس الحاجة لمكان ومسكن تمارس فيه حضانة ابنها أو أبنائها لأن هذا الحق مقرر لمصلحة المحضون، لرعايته وحفظه وبالتالي من المفروض أن تستفيد المطلقة التي تكون حاضنة لثلاثة أطفال أو لطفل واحد.

الفرع الثالث: حالات سقوط الحق في المسكن.

يبدو أن المشرع أغفل عمدا النص على أسباب سقوط حق المطلقة الحاضنة في المسكن أو بدل الإيجار وذلك عكس ما نصت عليه الفقرة الأخيرة من المادة 52 قبل التعديل، إذ يمكن القول بأن الحق في اكتساب مسكن ملائم لممارسة الحضانة هو من الحقوق التبعية، إذ أن هذا الحق ينبع في الأصل من الحق في إسناد الحضانة، وعليه فإن

---

[1] أمر رقم 05-02، يتضمن تعديل قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق.

[2] عبد المطلب عبد الرزاق حمدان، الحضانة و أثرها في تنمية سلوك الأطفال في الفقه الإسلامي، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2008، ص.ص.81-82.

الأمور التي تسقط الحق في الحضانة فإنها بدورها تسقط الحق في المسكن ومن هذه المسقطات، نجد كما سبق الإشارة إليه أن حق الحاضنة مرهون بانتهاء مدة الحضانة، وينبني عليه سقوط الحق في المسكن متى انقضت هذه المدة، والقول هذا الحق ليس بإطلاقه.[1]

فقد تطرأ أسباب تكون دون شك بفعل الحاضنة ومن هذه الأسباب ما تم النص عليه في نص المادة 52 من (ق.أ. ج) قبل التعديل وذلك في الفقرة الأخيرة منها ومن هذه المسقطات زواج الحاضنة بغير ذي رحم محرم منه، وعليه فإن الحاضنة في هذه الحالة قد أمسكت المحضون عند أجنبي عنه، مما قد يؤدي إلى تعرض الطفل النظرات القسوة والبغض والأذى، إذ ممكن أن لا يعطف عليه، بعكس ما إذا تم زواجها بذي رحم محرم منه فإن ذلك لا يسقط الحق في مسكن الحضانة.[2]

ومن الاجتهادات القضائية التي تقر بهذا النوع من المسقطات ما أكده القضاء الجزائري في إحدى قراراته أين أقر بأن الحاضنة يجب أن تكون خالية من الزواج، أما إذا كانت متزوجة فلا حضانة لها لانشغالها عن المحضون وهذا يعد سبب من الأسباب المسقطة للحق في مسكن الحضانة وبالتبعية للحق في المسكن.[3]

ومن مسقطات الحق في مسكن الحضانة أيضا نجد ثبوت انحراف المطلقة الحاضنة خلقيا، فبمجرد ثبوت انحراف الحاضنة خلقيا فإن حقها في المسكن يسقط وذلك مراعاة لمصلحة المحضون، لأن انحراف الحاضنة يمكن أن يضر بالمحضون نفسيا وخلقيا، وهذا ما أكدته المحكمة العليا في إحدى قراراتها أين ثبت أنه: "من المقرر شرعا وقانونا أن جريمة الزنا من أهم المسقطات للحضانة مع مراعاة مصلحة المحضون، ومتى تبين – في قضية الحال – أن قضاة الموضوع لما قضوا بإسناد حضانة الأبناء الثلاثة للأم المحكوم عليها

---

[1]قرار م.ع، ع.أ.ش. ملف رقم 112705، مؤرخ بتاريخ 1994/11/29 ، (قضية: خ.ح ضد: ب.و)، مجلة قضائية، عدد 1، سنة 1995، ص.140.

[2]محمد أبو زهرة، مرجع سابق، ص.408.

[3]قرار، م. ع، غ.أ.ش. قرار رقم 404118، مؤرخ في 5 ماي 1986، مجلة قضائية، عدد 2، صادر سنة 1989، ص.75.

من أجل جريمة الزنا، فإنهم بقضائهم كما فعلوا خالفوا القانون وخاصة أحكام المادة 62 من (ق.أ.ج)، ومتى كان ذلك استوجب نقض القرار جزئيا فيما يخص حضانة الأولاد الثلاثة".[1]

وبيانا لما سبق يمكن لأب المحضون لهذا السبب، أن يطلب من المحكمة التي ضمنت السكن للمطلقة الحاضنة مع محضونيها، الحكم بسقوط حقها فيه وذلك يكون بالتبعية لسقوط حقها في حضانة أولادها.[2]

وما يمكن استخلاصه في ختام هذا الفصل أنه لاكتساب الحق في حضانة الأولاد بعد فك الرابطة الزوجية، يجب أن يشتمل على مجموعة من الشروط التي يجب أن تتوفر في الحاضنة التي تتولى رعاية المحضون وحفظه من أية آفة اجتماعية، ولبلوغ هذه الغاية ألزم المشرع الأب في حالة فك الرابطة الزوجية بتوفير مسكن ملائم لممارسة الحضانة، هذا ما تم النص عليه في المادة 72 من (ق.أ.ج) وفي حالة تعذر عليه ذلك فهو ملزم بالتنفيذ النقدي أي ملزم بدفع بدل الإيجار.

---

[1] قرار، م.ع، غ.أ.ش. قرار رقم 171684، مؤرخ في 30 سبتمبر 1997، (قضية: بس . ج ،ضد: ز. ف.)، اجتهاد قضائي غ.أ.ش، مجلة قضائية، عدد خاص، سنة 2001، ص.169.

[2] بوقرة أم الخير، مسكن الزوجية، مذكرة من أجل نيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، فرع: عقود ومسؤولية، جامعة الجزائر، كلية الحقوق بن عكنون، 2011-2012، ص.ص.127-128.

الفصل الثاني ـــــ دعاوى الحضانة المتعلقة بالسكن

المبحث الأول: دعاوى الحضانة المتعلقة بالسكن

المطلب الأول: أنواع دعاوى الحضانة المتعلقة بالسكن.

المطلب الثاني: إجراءات رفع دعاوى الحضانة المتصلة بالسكن.

المطلب الثالث: دور النيابة العامة في دعاوى الحضانة المتعلقة بالسكن

المطلب الرابع: استحداث صندوق النفقة

المبحث الثاني: الحكم الصادر في دعاوى الحضانة المتعلقة بالسكن.

المطلب الأول: في الحكم القضائي في حد ذاته.

المطلب الثاني: الطعن في الأحكام الصادرة في دعاوى الحضانة المتعلقة بالسكن.

المطلب الثالث: إشكالات تنفيذ الأحكام الصادرة في الدعاوى المتعلقة بسكن الحضانة.

المبحث الأول: دعاوى الحضانة المتعلقة بالسكن

يترتب عن وقوع الطلاق –بغض النظر عن الصورة التي يقع فيها–مجموعة من الأثار القانونية أهمها ما تعلق بأحكام الحضانة نظرا لارتباطها بحقوق الأبناء، إذ بمجرد فك الرابطة الزوجية يكون لزاما على القاضي الفصل في مصير الأبناء ومن سيتولى حضانتهم وأين ستمارس هذه الحضانة، مراعيا دائما في حكمه مصلحة المحضون والسهر على حمايته، وفي هذا ينص المشرع في المادة 424 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه: "يتكفل قاضي شؤون الأسرة على الخصوص بالسهر على حماية مصالح القصر"...[1]

ولقد قررت المحكمة العليا في قرارها الصادر في 2 ديسمبر 1980 بأن الحكم في السكن يحكم به في الوقت الذي يحكم بالطلاق والحضانة[2]، وأن مفعول هذا الحق هو من تاريخ رفع الدعوى إلى يوم انتهاء مدة الحضانة.[3]

إن قانون الأسرة تضمن القواعد الأساسية التي تنظم بناء هيكل الأسرة دون أن يتضمن الإجراءات والقواعد اللازمة لتطبيقه، وبما أن قانون الأسرة قانون خاص كان من الأفضل أن يشمل هو نفسه على نصوص خاصة توضح الإجراءات بدل النص عليها في قانون الإجراءات المدنية والإدارية.[4]

إن دعاوى مسكن الحضانة هي أحد أهم أنواع الدعاوى الخاصة بالحضانة (مطلب أول) هي تخضع لإجراءات وشروط خاصة منصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية والإدارية مطلب ثان) ومن الضروري بمكان الحديث عن دور النيابة العامة في هذه الدعاوى (مطلب ثالث) وأخيرا لا بد من الحديث عن صندوق النفقة الذي استحدثه المشرع والذي سيكون له دور كبير في الحد من هذه الدعاوي (مطلب رابع).

---

[1] عيسي طعيبة، المرجع السابق، ص 90.

[2] قرار المحكمة العليا بتاريخ 1980/12/02، ملف رقم 24148 نشرة القضاة 1981 ص 83.

[3] قرار المحكمة العليا بتاريخ 5-5-1986 ، ملف رقم 41473.

[4] عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 323.

المطلب الأول: أنواع دعاوى الحضانة المتعلقة بالسكن.

إن دعاوى الحضانة هي من الدعاوى المدنية، فتكون مستقلة بذاتها، أو دعوى تبعية تثار تبعا لدعوى الطلاق، ويقع الفصل فيها مع الفصل في دعوى الطلاق بحكم واحد، أما الدعاوى المتعلقة بسكن الحضانة فتكون دعوى تبعية، إما بالطلاق أو بإسناد الحضانة أو بتمديدها أو إسقاطها.

الفرع الأول: دعوى توفير السكن الملائم للحاضنة أثناء سير دعوى الطلاق

إن الفصل في مسألة الحضانة في حالة الطلاق سيكون فصلا في دعوى تبعية، وأن قاضي شؤون الأسرة هو المختص بالنظر في الدعوى، وهذا ما نصت عليه المادة 1/423 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية[1]، والتي جاء فيها: "ينظر قسم شؤون الأسرة على الخصوص في الدعاوى التالية: الدعاوى المتعلقة بالخطبة والزواج والرجوع إلى بيت الزوجية وانحلال الرابطة الزوجية وتوابعها حسب الحالات والشروط المذكورة في قانون الأسرة".

وقد استقر الاجتهاد القضائي على أن الحق في السكن يحكم فيه في الوقت الذي يحكم فيه بالطلاق والحضانة[2]، وبالتالي فإنه أثناء سير دعوى الطلاق يجوز للمطلقة الحاضنة أن تطلب بإسناد الحضانة لها وتوفير مسكن مناسب لممارسة الحضانة أو بدفع قيمة بدل الإيجار.

الفرع الثاني: دعوى تمديد الانتفاع بمسكن الحضانة أثناء النظر في دعوى تمديد الحضانة

حسب ما جاء في نص المادة 65 من ق. أ فإنه: "تقضي مدة حضانة الذكر ببلوغه عشر سنوات والأنثى سن الزواج وللقاضي أن يمدد الحضانة بالنسبة للذكر إلى ستة عشر سنة إذا كانت الحاضنة أما ولم تتزوج ثانية على أن يراعي الحكم بانتهائها مصلحة المحضونين".

وتطبيقا لذلك قضت المحكمة العليا أن القضاة الموضوع الحق في تمديد الحضانة للذكر إلى سن 16 إذا كانت الحاضنة لم تتزوج ثانية مع مراعاة مصلحة المحضونين دون أن

---

[1] القانون رقم 08-09 المؤرخ في 18 صفر 1429 هـ الموافق لـ 25 فبراير 2008.

[2] ملف رقم 24148 قرار بتاريخ 1980/12/02 المجلة القضائية 1981 ص 83.

يكونوا قد خرقوا المادة 65 من قانون الأسرة[1]، فالمشرع هنا أكد على إمكانية تمديد سن الحضانة بشرط عدم زواج الحاضنة التي هي الأم فقط–إذا اقتضت مصلحة المحضون ذلك.[2]

إن تمديد الحضانة يخضع لشروط وأنها تنتهي بمدة معينة، إذن لها أن تستمر في شغل مسكن الحضانة أو المطالبة بأجرته مادامت الحاجة قائمة ومصلحة المحضون تنادي بذلك فالوجوب مستمر، وبالتالي تقوم الحاضنة التي لم تتزوج ثانية برفع دعوى للمطالبة بتمديد الحضانة وتمديد الانتفاع بمسكن الحضانة أمام المحكمة التي يوجد الطفل المحضون في نطاق اختصاصها حسب نص المادة 426 فقرة 4 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ذلك أن المحكمة التي يؤول إليها الاختصاص محليا في دعاوى الحضانة هي التي يقع في دائرة اختصاصها مكان ممارسة الحضانة.[3]

الفرع الثالث: دعوى المطالبة بأجر المسكن.

بالاطلاع على قرارات المحكمة العليا الصادرة في دعاوى الحضانة بصفة عامة يمكن استخلاص مجموعة من القواعد التي رسمتها هذه المحكمة الدعوى المطالبة بأجر المسكن كالتالي:

1–يمكن المطالبة ببدل الإيجار المعتبر من مشتملات النفقة المستحقة للمحضون في أي وقت، ولا يمكن التمسك بخصوصه بحجية الشيء المقضي فيه.[4]

2–الحكم ببدل إيجار سكن ممارسة الحضانة مقيد بممارستها في الجزائر، حيث (...) يتبين أن قضاة المجلس قضوا بإلزام الطاعن بتوفير المسكن لممارسة الحضانة وفي حالة التعذر يكون ملزما بدفع بدل الإيجار بالدينار الجزائري، والحال وأن الأب كان ملزما بتوفير السكن

---

[1]قرار بتاريخ 1995/1/24 ، ملف رقم: 123889، مذكور في: قمراوي عز الدين ونيل صقر، قانون الأسرة نصا وتطبيقا، دار الهدى، عين مليلة، 2008، ص 127.

[2]اغنية قري، شرح قانون الأسرة، دراسة مقارنة بين الشرع والقانون، دار طليطلة، الجزائر، 2011، ص 150.

[3]الغوثي بن ملحة، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط1، 2005، ص 104.

[4]قرار بتاريخ 2009/01/14، ملف رقم 481857، قضية (ب.أ) ضد (م.ح)، المجلة القضائية للمحكمة العليا لسنة 2009، العدد 2، ص 292

الملائم لممارسة الحضانة أو دفع بدل الإيجار وفقا لنص المادتين 72 و78 من قانون الأسرة فإن ذلك مقيد بأن تمارس الحضانة في الجزائر لا في الخارج، ومتى كانت الحضانة بفرنسا فإن الأب لا يكون ملزما لا بتوفير السكن ولا ببدل الحاضنة تمارس الإيجار.[1]

3-تسري مدة بدل الإيجار من تاريخ الحكم الناطق بإسناد الحضانة.[2]

4-من المقرر أن علاقة الإيجار لا تثبت إلا بموجب عقد مكتوب أو إيصالات إيجار، لذلك فإن المحكمة العليا وصفت حكم المحكمة وكذا المجلس بقضائهما للمطلقة ببدل إيجار دون تقديمها لأي دليل بالخطأ الفادح في تطبيق القانون.[3]

5-توفير سكن ملائم للأم للممارسة الحضانة يحول دون مطالبتها ببدل الإيجار "وحيث أن المادة 72 من قانون الأسرة تنص بأنه في حالة الطلاق يجب على الأب أن يوفر لممارسة الحضانة سكنا ملائما للحاضنة وأن تعذر ذلك فعليه دفع بدل الإيجار.

وحيث أنه لذلك يجب على قضاة المجلس التطرق إلى عرض الطاعن فيما يخص سكن ممارسة الحضانة، لأن الإلزام الأول الواقع على الطاعن المطلق هو توفير سكن لممارسة الحضانة وفي حالة تعذر ذلك عليه ينتقل الإلزام إلى بدل الإيجار ولا يحكم إلا بواحد منهما وليس بالخيار".[4]

ويستخلص مما سبق أن الالتزام بدفع بدل الإيجار ليس التزاما تخييريا، بل هو يأتي في الدرجة الثانية بعد توفير مسكن ملائم للحضانة، فالمشرع أراد التأكيد على أهمية المسكن بالنسبة للحضانة، فلا يمكن للأب أن يتذرع بأي سبب للتخلص من واجب توفير المسكن، وعليه فإذا لم يكن لديه مسكن ثان غير مسكن الزوجية لممارسة الحضانة فإنه يلتزم بدفع بدل الإيجار، وهذا كله تحقيقا لمصلحة المحضون.

---

[1] قرار بتاريخ 2011/05/12 ، ملف رقم 622754، قضية (م.ع) ضد (ق .ن)، المجلة القضائية للمحكمة العليا لسنة 2012، العدد 1، ص 304

[2] قرار المحكمة العليا بتاريخ 2009/01/14 ، ملف رقم 460137، قضية (ت.م) ضد (ت.ح)، المجلة القضائية للمحكمة العليا لسنة 2009، العدد1، ص 251.

[3] قرار المحكمة العليا بتاريخ 2009/01/14 ، ملف رقم 460137 السابق ذكره.

[4] قرار المحكمة العليا بتاريخ 2010/09/16، ملف رقم 566381، قضية (م.ك) ضد (ز.ح)، المجلة القضائية للمحكمة العليا لسنة 2010، العدد 2، ص 268.

الفرع الرابع: دعوى استبدال مسكن الحضانة بمسكن آخر

تستطيع الحاضنة أن تقوم برفع دعوى ضد الأب للمطالبة باستبدال مسكن الحضانة بمسكن آخر مناسبا وملائما للسكن خاصة إذا كان السكن الحالي لا يتوفر على المستلزمات الضرورية للعيش، وهذا ما يتسق ونص المادة 72 ق.أ. ويمكن المطالبة بذلك مراعاة لمصلحة المحضونين، إذ جاء في قرار المحكمة العليا :"حيث متى ثبت لقضاة الموضوع بمجلس قضاء البليدة أن المحضونين يقيمون بالقليعة حيث ولدوا وترعرعوا وبها يزالون دراستهم وأن زعزعتهم منها من شأنه المساس باستقرارهم لأن العوامل والمعطيات السابقة هي التي تحقق مصلحة المحضونين التي أخذوها بعين الاعتبار ومن ثم صرفوا النظر عن مسكن الأربعاء بني موسى تبعا لما سبق ذكره وأخذوا ببدل الإيجار وفق ما توجبه المادتان 72 و 78 من قانون الأسرة بمبلغ قدره ستة آلاف دينار ليتناسب مع مستوى الأسعار (الإيجارات المعمول بها في المنطقة والذين هم أدى بها وبتقديرها ومن ثم يكون ما ينعيه الطاعن بهذين الوجهين غير قائم على أساس يتعين رفضهما وتبعا لذلك رفض الطعن).[1]

من خلال هذا القرار يتضح أن مصلحة المحضونين الذين يقيمون بالقليعة ويزاولون دراستهم فيها تعتبر أساسا لرفع الدعوى من أجل الحصول على مسكن في تلك المنطقة وليس في منطقة أخرى، وعليه فإن المطالبة باستبدال مسكن الحضانة إذا كان ذلك في مصلحة المحضون هو أمر ممكن ممارسته أمام القضاء من خلال دعوى خاصة ترفعها الحاضنة لهذا الغرض.

الفرع الخامس: دعوى استرداد الأب لمسكن الحضانة ووقف سداد بدل الإيجار.

تتقضي مدة حضانة الأنثى ببلوغها سن الزواج، وقد جاء في قرار للمحكمة العليا في هذا الصدد بأنه تتقضي حضانة البنت بقوة القانون ببلوغها سن الزواج دون اللجوء إلى القضاء لإسقاطها.[2]

---

[1]قرار المحكمة العليا بتاريخ 2009/01/14 ، ملف رقم 477191، قضية (زمس) ضد (ط.ف)، المجلة القضائية للمحكمة العليا لسنة 2009، العدد2، ص 275.

[2]ملف رقم 347914 قرار بتاريخ 2006/01/04 المجلة القضائية لسنة 2006 العدد 1 ص 449.

أما بالنسبة للذكر فببلوغه 16 سنة في حالة ما إذا تم تمديد الحضانة المادة 65 ق.أ، وبانتهاء مدة الحضانة فإنه ينتهي الانتفاع بمسكن الحضانة، وبالتالي يقوم الأب برفع دعوى للمطالبة باسترداد مسكن الحضانة، أو في حالة ما إذا سقط حق الحضانة عن الحاضنة فإنه يسقط حق السكن بالتبعية، أما إذا كان الأب يدفع قيمة بدل الإيجار فإنه يتوقف عن سداد بدل الإيجار، وكذلك يحق للأب استرداد مسكن الحضانة في الحالات التالية:

1-ببلوغ الصغير أقصى سن الحضانة المنصوص عليها في المادة 65 ق.أ.

2-سقوط حق الحاضنة في الحضانة لأي سبب.

3-قيام المطلق بتهيئه مسكن بديل مناسبة.[1]

وعليه فإنه بانتهاء مدة الحضانة القانونية فإنه ينتهي الانتفاع بمسكن الحضانة، ومن ثمة فلا يجوز للمحضون نفسه سواء كان ذكرا أو أنثى أن يطالب بمسكن مستقل، وهذا ما جاء في قرارات المحكمة العليا، حيث جاء في قرار بتاريخ 2009/07/08 أنه: "لا يحق للبنت حتى بعد انتهاء الحضانة المطالبة ببدل الإيجار... وبالتالي فالمطعون ضدهما ليس لهما الحق في المطالبة ببدل الإيجار بل لهما الحق في المطالبة من والدهما الإنفاق عليهما"[2]، وجاء في قرار آخر بتاريخ 2009/12/10 أنه:" لا يحق للبنت بعد انتهاء سن الحضانة مطالبة والدها بسكن منفرد"[3]، ومن باب أولى فلا يحق للحاضنة المطالبة بالسكن أو ببدل الإيجار بعد انتهاء مدة الحضانة وإنما يجب عليها إخلاء المسكن المخصص للحضانة.

المطلب الثاني: إجراءات رفع دعاوى الحضانة المتصلة بالسكن.

إن قانون الأسرة رغم معالجته للمسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية والقواعد الأساسية المنظمة للأسرة وأحكامها إلا أنه لم يتطرق إلى الإجراءات الواجب اتباعها وبذلك يستوجب

---

[1]-محمد فتح الله حسين، مسكن الحضانة ومسكن الزوجية، مركز ألمظ لنشر وتوزيع الكتب القانونية، مصر، 2013 ص59.

[2]قرار المحكمة العليا بتاريخ: 2009/07/08، ملف رقم 506369، قضية (ر.ع) ضد (ر.م ومن معها)، المجلة القضائية للمحكمة العليا لسنة 2009، العدد2، ص 30.

[3]قرار المحكمة العليا بتاريخ: 2009/12/10 ، ملف رقم 535329، قضية (س.ح) ضد (س.ع)، المجلة القضائية للمحكمة العليا لسنة 2010، العدد 1، ص 235.

الرجوع إلى قانون الإجراءات المدنية لمعرفة إجراءات رفع الدعوى وشروط قبولها وكذلك تبليغها وسيرها وما يتعلق بالدعوى الاستعجالية.

الفرع الأول: شروط قبول دعاوى الحضانة المتصلة بالسكن.

تنص المادة 13 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه: "لا يجوز لأي شخص التقاضي ما لم تكن له صفة وله مصلحة قائمة أو محتملة يقرها القانون. يثير القاضي تلقائيا انعدام الصفة في المدعي أو المدعى عليه"، وبالنظر إلى هذه المادة فإن شروط قبول الدعوى هي الصفة والمصلحة، ونعني بالصفة أن يكون للمدعي صفة المطالبة بالحق، كأن يكون صاحب الحق أو نائبا عنه بأن يكون وكيلا عنه أو وصيا أو بصفة عامة ممثله القانوني[1].

وبالرجوع إلى نص المادة 72 ق . أ فيجب أن يتوفر في الحاضنة الصفة، بمعنى أن تكون هي أم المحضون، وفي هذه الحالة يجب أن يكون هناك حكم قضائي بإسناد الحضانة لها وكذلك نسخة من عقد الزواج.

إن الصفة من النظام العام يثيرها القاضي من تلقاء نفسه، وفي حالة انعدام الصفة يؤدي ذلك إلى عدم قبول الدعوى شكلا، كما يشترط أيضا في المدعي رافع الدعوى الذي يتقدم إلى المحكمة أن تكون له مصلحة، بمعنى أن له فائدة يراد تحقيقها من وراء رفع الدعوى، أو هي الفائدة العملية المشروعة التي يراد تحقيقها بالالتجاء إلى القضاء، وينبغي أن تكون قائمة.[2]

وبتعبير آخر فالمصلحة هي المنفعة التي يحققها صاحب المطالبة القضائية وقت اللجوء إلى القضاء، هذه المنفعة تشكل الدافع وراء الدعوى والهدف من تحريكها، فلا دعوى من دون مصلحة.[3]

إن المصلحة تختلف بحسب نوع الدعوى، سواء كانت دعوى المطالبة بتوفير السكن أو تمديد الانتفاع به أو المطالبة بأجرة السكن أو استبداله، أو أخيرا دعوى الأب الرامية إلى إنهاء الانتفاع بالسكن أو دفع بدل الإيجار.

---

[1]طاهري حسين، الوسيط في شرح الإجراءات المدنية، دار ريحانة، الجزائر، ص 29.

[2]طاهري حسين، المرجع السابق، ص 30

[3]بربارة عبد الرحمن، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، دار بغدادي للطباعة والنشر، 2009، ص38.

الفرع الثاني: قيد العريضة الافتتاحية للدعوى

ترفع الدعوى بواسطة طلب مكتوب يتقدم به المدعي إلى المحكمة، فيقوم الطالب بتحرير عريضة افتتاحية بنفسه أو عن طريق وكيله بموجب وكالة توثيقية خاصة قصد عرض وقائع قضيته وتحديد طلباته للمحكمة، وتودع أمام قسم شؤون الأسرة بالمحكمة المختصة إقليميا، وهي التي تقع بمكان ممارسة الحضانة أو مكان تواجد أهل الحاضنة[1]، كما يجب أن تحتوي على البيانات اللازمة المنصوص عليها في المادة 14 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي جاءت كالتالي: "ترفع الدعوى أمام المحكمة بعريضة مكتوبة موقعة ومؤرخة تودع بأمانة الضبط من قبل المدعي أو وكيله أو محاميه بعدد من النسخ يساوي عدد الأطراف".

كما يمكن رفع الدعوى بواسطة تصريح شرفي أمام المحكمة، وهنا يتولى كاتب الضبط أو أحد أعوان مكتب الضبط تحرير محضر بتصريح المدعي الذي يوقع عليه أو يذكر فيه أنه لا يمكنه التوقيع، ويصبح هذا المحضر وثيقة رسمية تقوم مقام العريضة المكتوبة.[2]

الفرع الثالث: تبليغ الدعوى وسيرها.

يقوم أمين الضبط بالمحكمة بتسجيل العريضة في السجل المخصص لتسجيل الدعاوى بتاريخ إيداعها ويعطيها رقما يميزها عن غيرها من الدعاوى المماثلة لها، ثم يقوم المدعي من الزوجين بتبليغ النسخة الثانية من العريضة إلى الزوج المدعى عليه وذلك بواسطة المحضر القضائي الموجود مكتبه بدائرة اختصاص المحكمة المختصة والمرفوعة أمامها الدعوى، حيث يجب على هذا الأخير أن يحرر محضرا بتكليف المدعى عليه بالحضور إلى الجلسة المعنية، وذلك كله وفقا للأوضاع والأشكال المنصوص عليها في المادتين 13 و22 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.[3]

يلاحظ أن عدم تكليف المدعى عليه بالحضور إلى الجلسة المحددة في التاريخ المعين، وعدم تبليغه نسخة من العريضة لإعداد دفاعه ولتمكينه من الرد عليها يجعل الدعوى كأن لم ترفع، وأن الخصومة لم تنعقد ولا يجوز للقاضي في مثل هذه الحال أن يستند إلى نص الفقرة

---

[1]قرار المحكمة العليا بتاريخ 2010/11/11 ، ملف رقم 581700، قضية (ك. ع) ضد (ب.ع)، المجلة القضائية للمحكمة العليا لسنة 2011، العدد 1، ص 252

[2]أحمد شامي، المرجع السابق، ص 276.

[3]عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، دار هومة 2007، ص 117.

الثانية من المادة 35 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية ويصدر حكما في غياب المدعى عليه، واذا فعل ذلك دون إثبات أن المدعى عليه قد تم تكليفه بالحضور وفقا للقانون، وأنه قد بلغ تبليغا صحيحا، وتغيب دون عذر مقبول، فإن حكمه الغيابي سيكون مخالفا للقانون ومعرضا حتما للإلغاء.[1]

الفرع الرابع: الدعوى الاستعجالية.

إن الدعوى الاستعجالية هي دعوى مؤقتة يرمي المدعي من ورائها إلى الحصول على إجراء مؤقت، وحالة الاستعجال تحول دون المرور بالإجراءات العادية لرفع الدعوى لأنه لو تم إتباع الإجراءات العادية أدى إلى وقوع خطر[2]، وإجرائيا يتم الحصول على التدبير المؤقت الخاص بالحق في السكن بتقديم عريضة مسببة وموقعة أمام قلم كتابة ضبط المحكمة التي توجد بدائرة اختصاصها موطن ومقر الزوجة.[3]

ولم ينص قانون الأسرة قبل تعديل 2005 على الإجراءات والتدابير الاستعجالية المتعلقة بمسائل النفقة وحضانة الأولاد والسكن، إلا أنه بالتعديل الأخير القانون الأسرة رقم05-02 أعطي لقاضي الأحوال الشخصية إمكانية الفصل على وجه السرعة بموجب أمر على عريضة بموجب نص المادة 57 مكرر، حيث جاءت كما يلي: "يجوز للقاضي الفصل على وجه عريضة في جميع التدابير المؤقتة ولاسيما ما تعلق بالنفقة الاستعجال بموجب أمر على والحضانة والزيارة والسكن".

لقد تضمن هذا النص في قانون الأسرة قاعدة إجرائية هامة مفادها أنه يجوز لرئيس المحكمة الفصل على وجه السرعة بموجب أمر على عريضة في جميع الإجراءات والتدابير الاستعجالية المؤقتة بعد أن كانت هذه الإجراءات تخضع في تنظيمها لما هو منصوص عليه في قانون الإجراءات المدنية ولاسيما المواد 172 و 183 منه.

ففي ظل القانون القديم يكون للزوجة التي تنتظر فصل المحكمة في دعوى الطلاق أن ترفع دعوى مستعجلة بموجب المادة 183 من قانون الإجراءات المدنية لتطلب من رئيس المحكمة بصفته قاضي الأمور المستعجلة أن يأمر بإسناد حضانة الأطفال إليها بصفة مؤقتة،

---

[1] عبد العزيز سعد، نفس المرجع، ص 118.

[2] ياسين غانم، القضاء المستعجل ومشاكله العملية في الوطن العربي دراسة مقارنة. 2003، ص 30.

[3] أحمد شامي، قانون الأسرة الجزائري، دار الجامعة الجديدة، مصر، ص 285.

وأن يخصص لكل واحد منهم نفقة مؤقتة، ريثما تفصل المحكمة في حكم الطلاق، وهذه الإجراءات أصبحت وفقا لنص المادة 57 مكرر من قانون الأسرة يأمر بها رئيس المحكمة على وجه السرعة بموجب أمر على عريضة دون حاجة إلى دعوى استعجالية".[1]

إذن وبالرجوع إلى القرارات القضائية الصادرة قبل تعديل 2005 فقاضي الأمور المستعجلة يكون هو المختص بالفصل في الدعاوى الاستعجالية الخاصة بالحضانة والسكن تطبيقا لنصوص قانون الإجراءات المدنية، حيث جاء في قرار بتاريخ 2005/01/19 بأن قاضي الاستعجال مختص للحكم للزوجة والأبناء بالنفقة والحضانة والزيارة والسكن قبل الفصل في الدعوى من حيث الموضوع.[2]

إن مسألة السكن هي مسألة في غاية الأهمية خاصة أنه في الغالب الأعم يتم إلقاء الزوجة خارج البيت طوال مدة النزاع الخاص بالطلاق، وهذا ما دفع المشرع من خلال المادة 57 مكرر ق.أ بأن يمنح قاضي الأمور المستعجلة الحق بأن يفصل على وجه الاستعجال بموجب أمر على عريضة في التدابير المؤقت المتعلق بالمسكن.

وقاضي الأمور المستعجلة هنا هو رئيس قسم شؤون الأسرة نفسه تطبيقا لنص المادة 425 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي جاء فيها: "يمارس رئيس قسم شؤون الأسرة الصلاحيات المخولة لقاضي الاستعجال...".

إن تدخل المشرع الجزائري عن طريق المادة 57 مكرر من قانون الأسرة من أجل ضمان المأوى للمرأة المطلقة التي من المحتمل أن تصبح حاضنة والتي غالبا ما تطرد من مقر الزوجية فتجد نفسها مع أولادها في الشارع وبالتالي تحتاج إلى مسكن تلجأ إليه ليأويها، لذلك كان لابد من اللجوء إلى القضاء الاستعجالي ريثما يتم الفصل في موضوع النزاع.

---

[1]-مرمول موسى، دروس في مقياس قانون الأسرة الجزائري على ضوء التعديلات المدخلة عليه بموجب الأمر التشريعي 05-02 الصادر بتاريخ 2005/02/27، مطبوعة موجهة لطلبة السنة الرابعة حقوق، كلية الحقوق، جامعة قسنطينة، بدون تاريخ، ص 101 .

[2]قرار المحكمة العليا بتاريخ 2005/01/19 ، ملف رقم 333042، المجلة القضائية لسنة 2005، العدد 1، ص 321.

المطلب الثالث: دور النيابة العامة في دعاوى الحضانة المتعلقة بالسكن

تنص المادة 03 مكرر من قانون الأسرة المعدل على ما يلي: تعد النيابة العامة طرفا أصليا في جميع القضايا الرامية إلى تطبيق أحكام هذا القانون"، كما تنص المادة 260 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه: "يجب إبلاغ النيابة العامة عشرة (10) أيام على الأقل قبل تاريخ الجلسة بالقضايا الآتية: ....،الحالة المدنية، –حماية ناقصي الأهلية ..."

وبناء عليه فدور النيابة العامة محدد بهذا الإطار أي بما جاء في المادة 03 مكرر من قانون الأسرة (فرع أول) وكذا بالمادة 260 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية (فرع ثان)

الفرع الأول: دور النيابة العامة حسب قانون الأسرة.

لقد كان قانون الأسرة قبل تعديله سنة 2005 بمنح النيابة العامة صلاحيات التدخل في عدد من القضايا، ويعطيها دورا في إجراءات الدعوى المواد 99، 144، 182 ...)، ومعنى ذلك أن النيابة العامة كانت تشكل في تلك القضايا طرفا احتياطيا، وليس طرفا أصليا أو متدخلا، ذلك أن من خصائص الطرف الأصلي أن يكون شريكا في الدعوى منذ بدايتها إلى أن يصدر حكم قطعي ونهائي بشأنها[1]، أما الطرف الاحتياطي فلا يتدخل في الدعوى ولا يقدم طلباته إلا إذا ثبت أن الطرف الأصلي غير موجود، أو لم يقم بتقديم طلباته أو ما يسمح له القانون به.

إن أهم الحقوق المترتبة على كون النيابة العامة طرفا أصليا وجوب تبليغها بنسخة من عريضة افتتاح الدعوى، وتكليفها بالحضور إلى الجلسة بواسطة المحضر القضائي المكلف بالتبليغ، وقيامها بتقديم مذكرات جوابية، وكذلك حقها في الطعن بالاستئناف والنقض في الحكم الصادر، إلا أن الفقه لا يرى موجبا لذلك، وأن النص غامض وبحاجة إلى توضيح.[2]

إلا أنه وبعد تعديل قانون الأسرة بموجب الأمر رقم 05-02 تم استحداث المادة 03 مكرر والتي تنص على أنه:" تعد النيابة العامة طرفا أصليا في جميع الدعاوى الراية إلى تطبيق هذا القانون"، وبالرجوع إلى الاجتهادات الصادرة من المحكمة العليا في هذا الموضوع

[1] عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، المرجع السابق، ص 181.

[2] عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري الجديد، مرجع سابق، ص183.

فهي تؤكد أن إطلاع النيابة العامة على قضايا الأحوال الشخصية وجوبيا باعتبارها طرفا أصليا في الدعوى.[1]

ووفقا لهذا القرار وغيره من القرارات التي تؤكد هذا المعنى فإن كون النيابة العامة طرفا أصليا لا يترتب عليه سوى وجوب إبلاغها بالقضايا، وهذا يجعلها في الحقيقة طرفا منضما وليس طرفا أصليا، وأن المادة 3 مكرر تنطبق فقط على الحالات التي تكون فيها النيابة العامة هي التي رفعت الدعوى، مثل حالة رفعها لدعوى الحجر تطبيقا للمادة 102 من قانون الأسرة، أي أن النيابة العامة في شؤون الأسرة في الحقيقة هي طرف منضم وفقا التعريف الوارد في المادة 259 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية وليس طرفا أصليا وفقا للمادة 258 من نفس القانون.

الفرع الثاني: دور النيابة العامة حسب قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

طبقا لنص المادة 257 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية فإنه: "تتدخل النيابة العامة تلقائيا في القضايا التي يحددها القانون أو للدفاع عن النظام العام"، حيث تعتبر الأحكام التشريعية المنظمة للأسرة[2] من النظام العام حسب الفقه والقضاء، إذ جاء في قرار المحكمة العليا بتاريخ 1981/03/09 "من المقرر قانونا بأن إطلاع النيابة العامة على القضايا المتعلقة بحالة الأشخاص من القواعد القانونية الجوهرية المتعلقة بالنظام العام التي أوجبتها المادة 141 من ق.إ.م[3]"، فاعتبار النيابة العامة طرفا أصليا في النزاعات العائلية كممثلة للحق العام يرجع إلى اعتبار قضايا الأسرة من النظام العام، وأنه لا بد من حمايتها والسهر على ضمان استقرارها، حيث يكون للنيابة العامة مهمة السهر على التطبيق السليم للقانون من خلال إبداء رأيها ووجهة نظرها في جميع القضايا الرامية إلى تطبيق قانون الأسرة ومنها قضايا الحضانة والسكن.[4]

---

[1]قرار المحكمة العليا بتاريخ 2006/10/11، ملف رقم 401317، المجلة القضائية لسنة 2007، العدد 2، ص480.

[2]عبد الرحمان بربارة، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، منشورات بغدادي، الجزائر، ط2، 2009، ص 195.

[3]حميدو زكية، المرجع السابق، ص 479.

[4]مرمول موسى، المرجع السابق، ص 91.

إن المادة 141 من قانون الإجراءات المدنية قد حل محلها المادة 260 التي جاءت كما يلي:" يجب إبلاغ النيابة العامة عشرة (10) أيام على الأقل قبل تاريخ الجلسة بالقضايا الآتية:

1- تنازع الاختصاص بين القضاة؛
2- رد القضاة؛
3- الحالة المدنية؛
4- حماية ناقصي الأهلية"...

واعتبارا أن قضايا الحضانة المتصلة بالسكن هي قضايا تتصل بحماية ناقصي الأهلية على أساس أن المحضونين بحاجة إلى حماية نتيجة حالة القصر التي هم عليها، فإن النيابة العامة تكون طرفا منضما ويجب إبلاغها بقضايا الحضانة والسكن عشرة أيام قبل تاريخ الجلسة.

إن المادة 260 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية تنص على النيابة العامة، وهي تنطبق على وكيل الجمهورية على مستوى المحكمة كما تنطبق على النائب العام لدى المجلس القضائي، مما يجعل النيابة العامة في الحقيقة طرفا منضما سواء على مستوى الدرجة الأولى للتقاضي أو على مستوى درجة الاستئناف.

المطلب الرابع: استحداث صندوق النفقة

لقد استحدث المشرع الجزائري صندوقا خاصا أطلق عليه صندوق النفقة، وذلك بموجب القانون رقم 15-01 المؤرخ في 04 يناير 2015 يتضمن إنشاء صندوق النفقة[1]، وذلك بعد أن كان مزمعا أن يكون في إطار تعديل قانون الأسرة، وقد جاء القانون مكونا من أربع فصول: أحكام عامة، إجراءات الاستفادة من المستحقات المالية، أحكام مالية، وأحكام نهائية.

حيث جاء في المادة 10 من هذا القانون: "يفتح في كتابات الخزينة حساب تخصيص خاص رقمه 142-302 وعنوانه "صندوق النفقة"

[1]قانون رقم 15-01 مؤرخ في 13 ربيع الأول عام 1436 هـ الموافق 4 يناير 2015، جريدة رسمية عدد 1 مؤرخة في 16 ربيع الأول عام 1436 هـ الموافق 7 يناير 2015، ص 7

وطبقا للفقرة الثالثة من نفس المادة فإنه يكون الوزير المكلف بالتضامن الوطني الأمر الرئيسي بصرف هذا الحساب الذي يسير في كتابات أمين الخزينة الرئيسي وأمناء خزائن الولايات".

أما عن إيرادات هذا الصندوق فهي حسب ما جاء في الفقرة الثانية من المادة 10 كمايلي:

- مخصصات ميزانية الدولة.
- مبالغ النفقة التي يتم تحصيلها من المدينين بها.
- رسوم جبائية أو شبة جبائية، تنشأ وفقا للتشريع المعمول به لفائدة صندوق النفقة،
- الهبات والوصايا،
- كل الموارد الأخرى.

أما بالنسبة لطريقة الاستفادة من صندوق النفقة هي تكون حسب المادة 4 من القانون عن طريق طلب قضائي، مرفق بملف يتضمن مجموعة من الوثائق أحيل بشأنها إلى قرار مشترك بين وزير العدل حافظ الأختام والوزير المكلف بالمالية والوزير المكلف بالتضامن الوطني، وهو القرار الذي لم يصدر بعد.

-وطبقا للمادة 5 من القانون "يبت القاضي المختص في الطلب بموجب أمر ولائي، في أجل أقصاه (5) أيام من تاريخ تلقيه الطلب" إقليميا إن القاضي المختص المذكور هو القاضي رئيس قسم شؤون الأسرة المختص حسب ما جاء في المادة 2 من القانون.

أما عن آجال صرف المستحقات فقد جاءت المادة 6 من القانون تنص على أنه: "تتولى المصالح المختصة الأمر بصرف المستحقات المالية للمستفيد في أجل أقصاه خمسة وعشرون (25) يوما من تاريخ تبلغ الأمر المنصوص عليه في الفقرة الأولى من المادة 5 من هذا القانون لاسيما عن طريق تحويل بنكي أو بريدي.

كما جاءت الفقرة الثانية من المادة 6 لتنص على أنه: "تستمر المصالح المختصة في صرف المستحقات المالية للمستفيد شهريا، إلى حين سقوط حقه في الاستفادة منها".

وبالنسبة للأسباب التي بموجبها يمكن لمن له المصلحة اللجوء إلى الصندوق فقد حددتها المادة 3 من القانون، وذلك كالتالي: "يتم دفع المستحقات المالية للمستفيد إذا تعذر التنفيذ الكلي أو الجزئي للأمر أو الحكم القضائي المحدد لمبلغ النفقة بسبب امتناع المدين بها عن

الدفع أو عجزه عن ذلك أو لعدم معرفة محل إقامته. يثبت تعذر التنفيذ بموجب محضر يحرره محضر قضائي".

إن هذا النص يحدد النفقة المستحقة وهي النفقة المحكوم بها عن طريق أمر أو حكم قضائي، وهذا يعني أن الصندوق يتكفل بدفع مبالغ النفقة المحكوم بها بدلا من المدين بها على أن يتم الرجوع عليه بعد ذلك من طرف الصندوق، وهذا ما جاء في المادة 9 من القانون كالتالي: "يتولى أمين الخزينة للولاية تحصيل المستحقات المالية لصالح صندوق النفقة من المدينين بالنفقة، بناء على أمر بالإيراد تصدره المصالح المختصة وفقا للأحكام المنصوص عليها في التشريع المعمول به.

أخيرا، إن هذا الصندوق جاء خصيصا لحل مشاكل الأطفال المحضونين، والدليل على ذلك أن المستفيد الأول والذي يلجأ إلى طلبة الاستفادة منه حسبما جاء واضحا وصريحا في المادة من القانون والتي حددت مصطلح المستفيد أو الدائن بالنفقة وأنه يشمل الطفل أو الأطفال المحضونين ممثلين من قبل المرأة الحاضنة في مفهوم قانون الأسرة، وكذلك المرأة المطلقة المحكوم لها بالنفقة".

تجدر الإشارة أن المشروع التمهيدي الذي كان مقترحا لتعديل القانون الأسرة قد كان أكثر صراحة بالحديث عن أجرة السكن، حيث تم اقتراح مادة برقم 80 مكرر كما يلي: "دون الإخلال بالتشريع المعمول به يمكن دفع كل نفقة غذائية بما فيها أجرة السكن المحدد بموجب حكم قضائي نهائي تعذر تحصيلها الكلي أو الجزئي بالطرق القانونية من قبل الصندوق.."[1]، إلا أن التطبيق العملي هو الذي سيكشف ما إذا كان صندوق النفقة سيتستجيب للطلبات الرامية إلى دفع المستحقات الخاصة بأجرة السكن أم لا.

[1]مرمول موسى، المرجع السابق، ص92.

المبحث الثاني: الحكم الصادر في دعاوى الحضانة المتعلقة بالسكن.

إن الإجراءات القضائية لرفع الدعاوى المتصلة بالسكن كنوع من دعاوى الحضانة تتوج بالحكم القضائي الفاصل في الموضوع أو التدبير المؤقت بالنسبة الدعاوى المستعجلة (المطلب الأول)، ومن ثمة يأتي الحق في الطعن في الحكم سواء كان طعنا عاديا أم غير عادي المطلب الثاني) وأخيرا يأتي التنفيذ وما يحمله من إشكالات (المطلب الثالث)

المطلب الأول: في الحكم القضائي في حد ذاته.

إن الحكم في دعاوى الحضانة قدر يصدر مع حكم الطلاق ذاته (فرع أول) كما يمكن أن يصدر بصورة مستقلة في حال ما إذا تم إغفال ذلك من طرف القاضي ورفعت دعوى مستقلة (فرع ثان)

الفرع الأول: الحكم القضائي الفاصل في السكن مع حكم الطلاق

إن الحكم الصادر في دعاوى الحضانة المتعلقة بالسكن قد يكون مع حكم الطلاق نفسه، كما يمكن أن يصدر بناء على وجود دعوى مستقلة.

والشروط المطلوبة عند إصدار الأحكام القضائية هي نفسها المعروفة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، فلا بد من أن يكون الحكم مسببا، والتسبيب هو بيان ما أقنع القاضي بما حكم به، وجعله يتجه في حكمه ذلك الاتجاه الذي اطمأن إليه[1]، فالأسباب تشمل الأسانيد والأدلة والواقعية التي يبن عليها الحكم.

وبناء على ما سبق فحكم الطلاق بعد أن يتضمن موضوعه الأساسي الذي هو الحكم بتفريق الزوجين بطلقة بائنة، يتطرق بعدها إلى ما يفرض للزوجة المطلقة من نفقة إهمال ونفقة العدة والسكن إن اقتضى الأمر–ويعين من تسند له الحضانة، مع تحديد نفقة المحضون، ومنح السكن للحاضن من أجل ممارسة الحضانة، أو في حال عدم توافر السكن تقدير أجرة المسكن، وما يتبع ذلك أيضا من تنظيم حق الزيارة، والفصل في النزاع حول المتاع طبقا للمادة 73 من قانون الأسرة.[2]

[1]الغوثي بن ملحة، المرجع السابق، ص 120.

[2]الغوثي بن ملحة، المرجع نفسه، نفس الصفحة

الفرع الثاني: الحكم القضائي الفاصل في السكن بصفة مستقلة

أما في حالة إغفال القاضي لمسألة السكن وعدم إثارتها في نفس حكم الطلاق فإنه يمكن للمطلقة في هذه الحالة استئناف حكم الطلاق القاضي لها بإسناد الحضانة أمام غرفة الأحوال الشخصية بالمجلس المختص والمطالبة بمراجعة الحكم وذلك بتوفير سكن ملائم الممارسة الحضانة أو ببدل الإيجار طبقا لنص 332 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

ولقد استقر الاجتهاد القضائي على أنه: "لا يجوز طلب الانتفاع بالمسكن لأول مرة أمام المحكمة العليا"[1]، وبالتالي فمن حق الحاضنة أن تطالب قضائيا الأب أمام المجلس بالسكن أو ببدل الإيجار ولو كان الطلب لأول مرة، وفي حالة فوات ميعاد الطعن بالاستئناف في الحكم وصيروة الحكم حائزا لقوة الشيء المقضي به ترفع الحاضنة الأم دعوى مستقلة ضد الأب المطالبته بتوفير مسكن ملائم لممارسة حضانة أبنائها أو تقديم بدل إيجار طبقا لنص المادة 72 من قانون الأسرة، ويكون الحكم فيها صادرا في أول درجة.

المطلب الثاني: الطعن في الأحكام الصادرة في دعاوى الحضانة المتعلقة بالسكن.

إن الطعون في الأحكام المدنية بصفة عامة تقبل الاستئناف تطبيقا لمبدأ التقاضي على درجتين إلا ما استثناه القانون بنص صريح طبقا للمادة 6 من قانون الإجراءات المدنية، وينطبق هذا على الأحكام الصادرة بشأن الحضانة والسكن (فرع أول) ويثار التساؤل بالنسبة القابلية هذه الأحكام للطعن بالنقض تطبيقا للمادة 349 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية فرع ثان)

الفرع الأول: استئناف الأحكام الصادرة في دعاوى الحضانة المتعلقة بالسكن.

نصت المادة 57 من قانون الأسرة على أن: "تكون الأحكام الصادرة في دعاوى الطلاق والتطليق والخلع غير قابلة للاستئناف فيما عدا جوانبها المادية. تكون الأحكام المتعلقة بالحضانة قابلة للاستئناف".

[1]قرار المحكمة العليا بتاريخ 1986/05/05 ، ملف رقم 41652، مذكور في: بلحاج العربي، قانون الأسرة مبادئ الاجتهاد القضائي وفقا لقرارات المحكمة العليا، مرجع سابق، ص 136.

أما بخصوص الأوامر على ذيل العرائض التي جاءت في المادة 57 مكرر فهي أوامر ولائية، وبالتالي فهي غير قابلة للطعن فيها لا بالمعارضة ولا بالاستئناف.[1]

وعليه فإذا كان الحكم الصادر في مسكن الحضانة متصلا بالحكم الصادر في الطلاق، فإنه خلافا لمبدأ الأثر الناقل للاستئناف أي نقل الاستئناف للنزاع أمام المجلس القضائي، فإن سلطة هذا الأخير في نظر خصومة الاستئناف تتحدد بحدود الطعن المقدم من حيث الموضوع و من حيث الأشخاص، والمقصود بذلك هو أن الطعن بالاستئناف يكون شاملا لجزء من الحكم فقط، وهو الجزء الخاص بالحضانة أو بالسكن، فهذا الجزء المستأنف هو الذي يقوم المجلس بإعادة دراسته دون الجزء الغير مستأنف الذي يحوز قوة الشيء المقضي فيهم.[2]

وبخصوص الحضانة فإن عدم مطالبة الأم بالحضانة خلال الاستئناف ومطالبتها فقط بالنفقة لم يمنع المحكمة العليا من اعتبار الحضانة متضمنة في النفقة، حيث جاء في قرارها بتاريخ 1982/ 02 / 08 أنه: "من المقرر فقها وقضاء أن طلب الأم نفقة ابنتها الصغيرة في المرحلة الاستئنافية دون أن تطالب بحضانتها وسكوت الأب المطلق عن إثارة موضوع الحضانة فيعد الطلب الأول متضمنا للطلب الثاني والحكم به لا يعتبر حكما بدون طلب.[3]

الفرع الثاني: الطعن بالنقض في الأحكام الصادرة في دعاوى الحضانة المتعلقة بالسكن.

لا شك أن الأحكام الصادرة في دعاوى الحضانة هي أحكام قابلة للطعن فيها بالنقض بما أنها قابلة للطعن فيها بالاستئناف، ذلك أن الطعن بالنقض يشمل الأحكام القضائية الصادرة في كل الخصومات القضائية، إما مباشرة إذا صدرت نهائية، أو بطريق استئنافها وصدور قرارات نهائية في خصوماتها الاستئنافية.[4]

---

[1] مرمول موسى، المرجع السابق، ص 102.

[2] مزاري صالح، طرق الطعن العادية في الأحكام المدنية، مذكرة تخرج المعهد الوطني للقضاء، 2001-2004، ص 43

[3] قرار المحكمة العليا بتاريخ1982/02/08، ملف رقم 26748، نشرة القضاة، سنة 1982، عدد خاص، ص 262.

[4] بشير سهام، الطعن بالنقض أمام المحكمة العليا، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، 2005، ص 4.

إن أساس الطعن بالنقض يتمثل في المادة 349 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي تنص على أنه: "تكون قابلة للطعن بالنقض، الأحكام والقرارات الفاصلة في موضوع النزاع والصادرة في آخر درجة عن المحاكم والمجالس القضائية".

وللطعن بالنقض أهميته من حيث أنه يمتد إلى مناقشة الأسباب التي بني عليها الحكم الفاصل في النزاع الخاص بالسكن أو الحضانة، حيث ينقض الحكم إذا انطوى مثلا على عيب القصور في التسبيب أو انعدام التسبيب حسب أوجه الطعن المذكورة في المادة 358 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

وتطبيقا لذلك ورد في أحد قرارات المحكمة العليا أنه: "وحيث من جهة أخرى فإن القاعدة القضائية الجاري بها العمل تقتضي بأن النفقات والتعويضات تقدر على حساب حالة المنفق المادية والاجتماعية، وحيث أن قضاة المجلس لم يذكروا في حيثيات قرارهم السبب الذي اعتمدوا عليه في تقدير المبالغ المالية الممنوحة للمستأنفة وولديها، وحيث نظرا لما جاء في الوجه الثاني يتعين القضاء بنقض القرار جزئيا فيما يخص الحضانة، النفقة والتعويض".[1]

كما جاء في قرار آخر: "عن الوجه المثار تلقائيا والمأخوذ من قصور الأسباب والخطأ في تطبيق المادة 68 من قانون الأسرة".

حيث أن القضاء بإسقاط حضانة الأولاد عن أمهم الحاضنة لا يستقيم مع حصول الطاعنة على أحكام بحضانتها لأبنائها الأربعة مع الحكم على والدهم بتوفير سكن لممارسة حضانتهم ... إضافة إلى أن القضاة لم يشيروا إلى جنس الأولاد وإلى أعمارهم ولم يستعينوا بمرشدة اجتماعية تعينهم على معرفة مصلحتهم الأمر الذي يتعين معه نقض القرار".[2]

---

[1] قرار المحكمة العليا بتاريخ: 1982/09/22 ، ملف رقم 43594، المجلة القضائية لسنة 1992، عدد 4، ص 41.

[2] قرار المحكمة العليا بتاريخ: 1999/05/18 ، ملف رقم 222655، المجلة القضائية، 2001، عدد خاص باجتهادات غرفة الأحوال الشخصية، ص 185.

المطلب الثالث: إشكالات تنفيذ الأحكام الصادرة في الدعاوى المتعلقة بسكن الحضانة.

لقد جاء النص على إشكالات التنفيذ في قانون الإجراءات المدنية والإدارية في المواد من 631 إلى 635، وعليه وجب الحديث أولا عن مفهوم إشكالات التنفيذ (فرع أول) ثم عن إجراءات رفع الدعاي الخاصة بإشكالات التنفيذ (فرع ثان) ثم أخيرا إلى بعض الأمثلة الخاصة بإشكالات التنفيذ المتعلقة بالأحكام الصادرة في الحضانة والسكن (فرع ثالث).

الفرع الأول: مفهوم إشكالات التنفيذ.

إن إشكالات التنفيذ هي الدعاوى التي ترفع إلى القضاء ويطلب فيها الحكم بإجراء وقتي هو الاستمرار في التنفيذ مؤقتا أو وقفه مؤقتا إلى حين الفصل في موضوع المنازعة، وعرف الفقه إشكالات التنفيذ بأنها: "عوارض قانونية تعترض التنفيذ، وتتضمن إدعاءات أمام القضاء تتعلق بالتنفيذ، بحيث لو صحت الأسرة فيه إيجابا أو سلبا، إذ يترتب على الحكم في الإشكال أن يكون التنفيذ جائزا أو غير جائز، صحيحا أو باطلا، يمكن الاستمرار فيه أو يجب وقفه أو الحد منه"[1]

فهي منازعات قانونية تقوم على نزاع قضائي تطرح من خلالها دعوى قضائية على الجهة القضائية المختصة للفصل فيها بحكم قضائي بعد سماع أطراف الخصومة ويكون هذا الحكم قابلا للطعن فيها.[2]

وتبعا لذلك لا يعد من إشكالات التنفيذ الوقتية تلك العقبات المادية التي يضعها المحكوم عليه كغلق الأبواب، أو منع التنفيذ عن طريق استعمال القوة المادية، فتلك العقبات تذلل عن طريق القوة العمومية.[3]

إن الإشكال الوقتي أو الإشكال في التنفيذ يرمي إلى الاعتراض على إجراءات تنفيذ الأحكام القضائية التي لا تنسجم مع أحكام القانون دون أن تمس حجيتها القانونية، ولذلك فهو من أنواع الدعاوى الاستعجالية.

---

[1]فريدة بن يونس، تنفيذ الأحكام الجنائية، رسالة دكتوراه، جامعة محمد خيضر بسكرة، 2013، ص 228.

[2]عمر زودة، الإشكال في تنفيذ قرار قضائي إداري والجهة القضائية المختصة بالفصل فيه، تعليق على القرار رقم 9934 الصادر بتاريخ 2002/11/05 عن مجلس الدولة، الغرفة الخامسة، مجلة مجلس الدولة، السنة2003، العدد 4، ص 172

[3]عمر زودة، نفس المرجع، نفس الصفحة.

الفرع الثاني: إجراءات رفع دعوى إشكال التنفيذ.

من جهة، ولأن الأمر يتعلق بدعوى فهي تخضع للأحكام العامة للدعاوى من حيث شروط قبولها الموضوعية والشكلية.

إن إشكالات التنفيذ ترفع بإحدى وسيلتين:

– إما بعريضة افتتاحية طبقا لما تقضي به القواعد العامة لوقف تنفيذ الحكم؛

– أو ترفع أمام المحضر القضائي، فيقوم هذا الأخير بتحرير محضر الإشكال العارض، ويقوم هذا المحضر مقام العريضة الافتتاحية.

وبالرجوع إلى أحكام المادة 631 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية فهي تنص على أنه في حالة وجود إشكال في تنفيذ أحد السندات التنفيذية المنصوص عليها في هذا القانون، يحرر المحضر القضائي محضرا عن الإشكال، ويدعو الخصوم لعرض الإشكال على رئيس المحكمة التي يباشر في دائرة اختصاصها التنفيذ عن طريق الاستعجال"

أما الطريقة الأولى فتكون في حالة رفض المحضر القضائي تحرير محضر الإشكال، حيث تنص الفقرة الثانية من المادة 632 :"في حالة رفض المحضر القضائي تحرير محضر الإشكال الذي يثيره أحد الأطراف يجوز لأحدهم تقديم طلب وقف التنفيذ إلى رئيس المحكمة عن طريق دعوى استعجالية من ساعة إلى ساعة وتكليف المحضر القضائي وباقي الأطراف بالحضور أمام الرئيس.

وحسب نص المادة 633 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية[1]: يتعين على رئيس المحكمة أن يفصل في دعوى الإشكال أو في طلب وقف التنفيذ في أجل أقصاه خمسة عشر يوما من تاريخ رفع الدعوى بأمر مسبب غير قابل لأي طعن.

وفي حالة قبول دعوى الإشكال أو طلب وقف التنفيذ تنص المادة 634 من ذات القانون على أنه يأمر الرئيس بوقف التنفيذ لمدة محددة لا تتجاوز ستة (6) أشهر ابتداء من تاريخ رفع الدعوى.

---

[1]قانون رقم 08-09 المؤرخ في 18 صفر 1429 هـ الموافق ل 25 فبراير 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج.ر عدد 21، مؤرخة يوم الأربعاء 17 ربيع الثاني 1429 هـ الموافق ل 23 أفريل 2008، ص 3.

الفرع الثالث: بعض الأمثلة لإشكالات تنفيذ أحكام الحضانة والسكن.

إن إشكالات التنفيذ الخاصة بأحكام الحضانة وبالخصوص تلك المتعلقة بالسكن في الميدان العلمي كثيرة جدا، يمكن الإشارة إلى بعضها فيما يلي:

– كثيرا ما يثار أثناء تنفيذ الأحكام القضائية الخاصة بالسكن إشكال العقود المؤقتة، حيث يصادف المحضر القضائي عقود إيجار مؤقتة لا تفي بكل مدة الحضانة مما يؤدي إلى رفع إشكال تنفيذ بخصوصه.

– من جهة أخرى فإن السكن الذي استفادت منه الحاضنة قد يكون من غير عقد إيجار رسمي.

– كذلك يثار في المجال العملي أن المسكن الذي تستفيد منه الحاضنة لا يكون بموطنها (إشكال خاص بالموطن).

– كما أن تعبير المشرع بـ" مسكن ملائم للحاضنة" يطرح إشكالات فيما يخص حالات بعض المساكن التي لا يمكن تقرير ما إذا كانت ملائمة أم لا ويعود لرئيس المحكمة الفصل فيه حسب سلطته التقديرية.

– وأخيرا، يمكن الإشارة كذلك إلى حالة عقود الإيجار التي تكون باسم الأب وليس باسم الحاضنة أو باسم المحضون.

كل هذه الإشكالات تثار أمام القضاء الاستعجالي، غير أن المواعيد التي نص عليها القانون هي مواعيد طويلة جدا[1]، إذ أن مدة ستة أشهر هي في غير مصلحة المحضون الذي يبقى من غير مسكن، وعليه فالمشرع مدعو للتقليص في هذه المدة بحيث لا تتجاوز شهرا واحدا.

[1] انظر المادة 633 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

خاتمة

خاتمة:

إن الطلاق له تأثير سلبي على الحياة الأسرية وخاصة على حياة الأطفال ضحايا هذه الظاهرة.

حيث يعتبر الطلاق وسيلة من وسائل فك الرابطة الزوجية بناءا على الإرادة المشتركة للطرفين معا إلا أنه لم يهمل جانب المرأة في ذلك وشرع طريقتين للتخلص من هذه الرابطة بطلب منها إذا ما استحالت الحياة الزوجية بينهما، وعلى ذلك سار المشرع الجزائري في المادة (48) من قانون الأسرة الجزائري إضافة إلى النشوز الذي يعتبر من الحالات التي يستند عليها القاضي في اصدار حكم الطلق استنادا على الوقائع الموضوعية.

-ويتم اللجوء الى التطليق في حالة توفر سبب من الأسباب العشر الواردة في نص المادة (53) من قانون الأسرة والتي جعل فيها الضرر معيارا لفك الرابطة الزوجية بطلب من الزوجة.

-أما بالنسبة للخلع يتم اللجوء إليه في حالة كره الزوجة لزوجها وخوفا من عدم إقامة حدود الله لتفتدي نفسها مقابل مبلغ من المال، وتدفعه له كتعويض عما دفعه لها من مهر حتى لا يضار هو الأخر من تلك الفرقة وهو لا يحتاج الى موافقة الزوج لفك الرابطة الزوجية.

-من خلال الوقوف على كل هذا أي التطبيق والخلع تبين أن المشرع الجزائري ترك الكثير من الأمور مبهمة وغامضة وخاصة ما تعلق بالأسباب الواردة في المادة (53) من جهة وما تعلق بالخلع بتحديد ضوابط اتجاه الزوجة في حال اللجوء إليه.

-أما بالنسبة لمسكن الحضانة لم يكن المشرع الجزائري واضحا في تقرير الحق في مسكن الحضانة للحاضنة فجعله أحيانا حقا لها و أحيانا أخرى حق للمحضون ، والاصح أن يقر حق السكن للمحضون بصورة أصلية وللحاضنة بالتبعية فلولا وجود المحضون لما قام مشكل السكن للمطلقة .

-اشتراط المشرع بأن يكون السكن ملائما للحاضنة في غير محله نظرا لكون الحضانة حق مقرر صراحة للمحضون كان على المشرع أن يشترط أن يكون السكن ملائم لممارسة الحضانة

-لم يحدد المشرع المعايير التي يستند إليها القاضي أثناء الحكم ببدل الايجار والمميز اعتبرها مسألة من مسائل الواقع كما لم يبين هل تدخل المستلزمات الضرورية للسكن ضمن بدل الابجار أم أن الأب ملزم فقط بمبلغ الإيجار

-لم يوفق المشرع الجزائري في النص على بقاء الحاضنة في بيت الزوجية حتى تنفيذ الأب للحكم القضائي المتعلق بالسكن يمكن أن تطرح فكرة الجمع بين أجنبين وخاصة بعد تماطل الأب في تنفيذ الحكم القضائي وانتهاء فترة العدة وهو أمر غير مقبولا شرعا.

-ان الإشكالية التي تعترض تنفيذ الأحكام القضائية الخاصة بسكن الحضانة تؤكد وجود خلل في صياغة النصوص القانونية وعدم كفايته .

وانطلاقا من هذه النتائج التي خلصت إليها الدراسة يمكن في النهاية رصد توصية عامة بضرورة تعديل الاحكام الخاصة بمسكن الحاضنة لتفادي إشكالات التنفيذ أولا ، ولرعاية مصلحة المحضون التي يؤكد عليها المشرع

-على المشرع الجزائري ان يتدارك اغفاله أو اهماله لموضوع مسكن الحضانة حيث تطرق اليه في مادة قانونية وحيدة وهي 72 ق أ حيث كان عليه أن يتناوله في اكثر من مادة قانونية مع اكثر وضوح

-أخيرا إن عدم قدرة الأب على توفير السكن أو دفع بدل لإيجار هو امر واقع بسبب أزمة السكن والبطالة وعلى ذلك فإن الصندوق الذي تم إنشاؤه أيضا يجب أن يعدل لفائدة الأباء الذين يعجزون عن دفع بدل الايجار نظرا للغموض الذي يكتنف نص القانون المنظم لهذا الصندوق

- كذلك بالنظر إلى المستجدات والتطورات في السنوات الأخيرة خاصة ما تعلق بجانب الأسرة كان لزاما على المشرع الجزائري أن يقوم بتعديل قانون الأسرة باستحداث مواد ونصوص قانونية تواكب هذا التطور الحاصل.

قائمة المصادر والمراجع

قائمة المصادر والمراجع

-القرآن الكريم.

-السنة النبوية الشريفة.

قائمة المراجع:

1-ابن القيم، إغاثة اللهفان في حكم طلاق الغضبان، (د.ط)، مكتبة القاهرة، (د. س).

2-ابن عابدين، محمد أمين بن عمر أفندي، رد المختار على الدر المختار، تحقيق عادل أحمد عبد الموجود وعلى محمد معوض، دار الكتب العلمية، بيروت، 1994.

3-ابن قدامة موفق الدين أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمود، المغني على مختصر عمر بن احمد الخرقي، (د.ط)، مكتبة الرياض الحديثة،ج 07، الرياض.

4-ابن ماجه: سنن ابن ماجه، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، كتاب الطلاق، باب حدثنا سويد بن سعيد، رقم الحديث 2016، دار إحياء الكتب العربية، دط، ج 1، دس ن.

5-الشربيني محمد الخطيب، الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع، (د.ط)، دار الفكر ج02، بيروت.

6-ابن منظور محمد بن مكرم الإفريقي المصري، لسان العرب، دار صادر، مجلد10، بيروت.

7-ابن منظور، محمد بن مكرم الأفريقي المصري، لسان العرب ، تحقيق عبد الله علي الكبير دار المعارف، الجزء 06، القاهرة .

8-أبو الوليد محمد بن احمد بن رشد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ط04، ج02، 1975.

9-أبو داود: سنن أبو داود، تحقيق محمد محي الدين عبد الحميد، كتاب الطلاق، باب في كراهية الطلاق، رقم الحديث 2178، المكتبة العصرية، بيروت، ج 2.

10- أحم عثمان التكروري، شرح قانون الأحوال الشخصية، ط 01، دار الثقافة للنشر .ج 03، الأردن ،2007 .

11- احمد المومني، اسماعيل أمين نواهضة، الأحوال الشخصية فقه الطلاق و الغسخ و التفريق و الخلع، ط01، دار المسيرة، عمان، 2009.

12- أحمد شامي، قانون الأسرة طبقا لأحدث التعديلات – دراسة فقهية و نقدية مقارنة – دار الجامعة الجديدة، مصر،2010 .

13- أحمد نصر الجندي، موسوعة الأحوال الشخصية. (د.ط)، دار الكتب القانونية، مصر،2006.

14- ازودة عمر، طبيعة الأحكام بانهاء الرابطة الزوجية وأثر الطعن فيه، الجزائر ،2003 .

15- اسعد عبد العزيز، الزواج والطلاق في قانون الأسرة.

16- الإمام محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، مصر، (دس).

17- امجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز آبادي، القاموس المحيطي دار الكتاب العربي، ج 01، بيروت.

18- امحمد سمارة، أحكام وآثار الزوجية: شرح مقارن لقانون الأحوال الشخصية، ط 01، الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع، الأردن ،2002.

19- باديس ديابي، صور وآثار فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة، دار الهدى، الجزائر، 2008.

20- بدران أبو العينين بدران، الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة السنية والمذهب الجعفري والقانون، دار النهضة العربية، بيروت.

21- بربارة عبد الرحمن، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، دار بغدادي للطباعة والنشر، 2009.

22- بشير سهام، الطعن بالنقض أمام المحكمة العليا، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، 2005.

23- بلحاج العربي، أبحاث ومذكرات في القانون والفقه الإسلامي، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1996.

24- البيهقي، أبو بكر محمد بن الحسين بن علي، السنن الكبرى، باب: الرجل يدخل على نسائه نهارا للحاجة لا ليأوي (300/7)، ط01، دار المعرفة، الجزء 05، السعودية، 1994.

25- الحسين بن الشيخ أث ملويا. المنتقي في قضاء الأحوال الشخصية، ط02، دار هومة، ، الجزائر، 2006.

26- حسين طاهري، الأوسط في شرح قانون الأسرة الجزائري، ط1، دار الخلدونية، ،الجزائر، 2009.

27- حسين فريجة، المبادئ الأساسية في قانون الإجراءات المدنية والإدارية. (د. م. ج)، الجزائر،2010 .

28- الخطيب الشربيني محمد بن احمد، مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، ط 01، دار المعرفة، بيروت ،1997 .

29- الرازي زين الدين محمد بن أبي بكر بن عبد القادر مختار الصحاح، (د.ط) مؤسسة الرسالة، 1980.

30- الرشيد بن شويخ، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، ط 01، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر ،2008 .

31- رمضان على السيد الشرنباصي. أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان،2002.

32- سعاد سطحي، أنواع الطلاق بحسب الالفاظ و مدى تأثيرها في ايقاعه، مجلة معارف، العدد10، المركز الجامعي العقيد أكلي محند أولحاج، البويرة ، جوان 2011.

33- سلمان نصر سعاد سطحي ،أحكام المواريث في الفقه الإسلامي، ط01، دار الفجر، والجزائر،2007.

34- سليمان ولد خسال، الميسر في شرح قانون الأسرة الجزائري، ط1،دار طليطلة، الجزائر، 2010.

35- الشربيني محمد الخطيب، الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع، (د.ط)، دار الفكر ج02، بيروت.

36- الشنقيطي أحمد بن أحمد الحكني، مواهب الجليل من أدلة خليل، دار إحياء التراث الإسلامي، قطر، 1989.

37- الشيخ شمس الدين، قانون الأسرة والمقترحات البديلة، ط01، شركة دار الأمة، الجزائر،2003.

38- طاهري حسين، الوسيط في شرح الإجراءات المدنية، دار ريحانة، الجزائر.

39- الطبري محمد بن جرير بن يزيد بن خالد أبو جعفر، جامع البيان عن تأويل آيات القرآن، ،(د،ط)، دار الفكر وج02، ص 469 المبروك المصري.

40- عبد الرحمان بربارة، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، منشورات بغدادي، الجزائر، ط2، 2009.

41- عبد الرحمن بربارة، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ط01 منشورات بغدادي، الجزائر، 2009.

42- عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة، ط 02، دار البعث، الجزائر،2011.

43- عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد (شرح أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل)، ط.4، دار هومة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2013.

44- عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، دار هومة 2007.

45- عبد الفتاح تقية، قانون الأسرة مدعما بأحدث الاجتهادات القضائية والتشريعية، دراسة مقارنة، ط1، دار الكتاب الحديث، القاهرة، 2012.

46- عبد المطلب عبد الرزاق حمدان، الحضانة و أثرها في تنمية سلوك الأطفال في الفقه الإسلامي، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2008.

47- عبد المؤمن بلباقي، التفريق القضائي بين الزوجين في الفقه الاسلامي، دار الهدى، الجزائر،2010.

48- عبد الهادي بن زيطة، تعويض الضرر المعنوي في قانون الأسرة الجزائري ،ط 01، دار الخلدونية الجزائر،2007 .

49- عبدة غالب أحمد عيسى، فقه الطلاق، ط 01، دار الجيل، بيروت،1992.

50- علي محمد قاسم، نشوز الزوجة، دار الجامعة الجديدة للنشر ،مصر، 2004.

51- غنية قري، شرح قانون الأسرة، دراسة مقارنة بين الشرع والقانون، دار طليطلة، الجزائر، 2011.

52- الغوثي بن ملحة، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط1، 2005.

53- الغوثي بن ملحة، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، ط1، د، موج، الجزائر ،2008.

54- فريدة بن يونس، تنفيذ الأحكام الجنائية، رسالة دكتوراه، جامعة محمد خيضر بسكرة، 2013.

55- فضيل سعد، شرح قانون الأسرة في الزواج والطلاق، المؤسسة الوطنية للكتاب، ج 01، الجزائر ،1985.

56- لويس المعلوف، المنجد في اللغة والإعلام، ط27، دار المشرق، ، بيروت، 1984.

57- المبروك المصري الطلاق وآثاره من قانون الأسرة الجزائرية، ط1، دار الخلدونية، الجزائر،2009.

58- محمد باوني، عقد الزواج وآثاره، ط1، منشورات مكتبة اقرأ، الجزائر ،2009 .

59- محمد بن اسماعيل أبو عبد الله الجعفي البخاري، الجامع الصحيح المختصر. ط 03 ، دار ابن كثير، ج05، بيروت ،1987 .

60- محمد بن عبد الواحد السيواسي، شرح فتح القدير، ط02، دار الفكر ج 04 ، بيروت .

61- محمد بن عيسى أبو عيسى السلمي الترمذي، الجامع الصحيح سنن الترمذي، ،(د.ط)، دار احياء التراث العربي ، ج 03، بيروت.

62- محمد فتح الله حسين، مسكن الحضانة ومسكن الزوجية، مركز ألمظ لنشر وتوزيع الكتب القانونية، مصر، 2013.

63- محمد كمال إمام الدين، مسائل الأحول الشخصية الخاصة بالزواج والفرقة وحقوق الأولاد، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2003.

64- محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، دراسة مقارنة بين فقه المذاهب السنية و المذهب الجعفري والقانون، ط04، الدار الجامعية بيروت، 1983.

65- نورة منصوري، التطليق والخلع في القانون والشريعة الإسلامية، ،(د.ط)، دار الهدى، الجزائر، 2010 .

66- هي زوجة النبي عليه الصلاة من بني عبد شمس أسلمت قديما وبايعت وهاجرت للحبشة الهجرة 02 مع زوجها يقال له السكران بن عمر، فلما قدما مكة توفي زوجها، وقيل مات وهو بالحبشة، فلما حلت من عدتها تزوجها الرسول عليه الصلاة والسلام.

67- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، (د.ط)، دار الفكر، ج 07، الجزائر 1992.

68- ياسين غانم، القضاء المستعجل ومشاكله العملية في الوطن العربي دراسة مقارنة. 2003.

الرسائل الجامعية :

1- بوقرة أم الخير، مسكن الزوجية، مذكرة من أجل نيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، فرع: عقود ومسؤولية، جامعة الجزائر، كلية الحقوق بن عكنون، 2011-2012.

2-صلاح الدين زيدان، حقوق المطلقة المالية (دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستر في الفقه وأصوله، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، قسنطينة، 2005-2006.

3-طعيبة عيسى، سكن المحضون في تشريع الأسرة والاجتهاد القضائي، مذكرة من أجل الحصول على شهادة الماجستير في الحقوق، فرع: العقود والمسؤولية، جامعة الجزائر – بن يوسف بن خدة- كلية الحقوق، 2010-2011.

4-مرمول موسى، دروس في مقياس قانون الأسرة الجزائري على ضوء التعديلات المدخلة عليه بموجب الأمر التشريعي 05-02 الصادر بتاريخ 2005/02/27، مطبوعة موجهة لطلبة السنة الرابعة حقوق، كلية الحقوق، جامعة قسنطينة، د ت.

5-مزاري صالح، طرق الطعن العادية في الأحكام المدنية، مذكرة تخرج المعهد الوطني للقضاء، 2001-2004.

القوانين والمراسيم :

1-الأمر (58/75) المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق لـ 1975/09/26 المتضمن القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم بموجب الأمر (05/07) المؤرخ في 25 ربيع الثاني 1428 الموافق ل 13 ماي 2007، الجريدة الرسمية، العدد 78.

2-الأمر رقم (05-02) المتضمن تعديل قانون الأسرة الجزائري، الصادر في 27 فبراير 2005، الجريدة الرسمية رقم 15 الصادرة بتاريخ 27 فبراير 2005.

3-الأمر رقم02-05 المتضمن قانون الأسرة.

4-الأمر رقم 05-02 المتضمن قانون الأسرة.

5-الأمر رقم 05-02 المتضمن قانون الأسرة.

6-الأمر رقم (05-02) المتضمن قانون الأسرة.

7-الأمر رقم (05-02) المتضمن قانون الأسرة.

8-الأمر رقم (02/05) المتضمن قانون الأسرة.

9-الأمر رقم (02/05) المتضمن قانون الأسرة.

10- الأمر رقم 05-02 المتضمن قانون الأسرة.

11- الأمر رقم (02/05) المتضمن قانون الأسرة.

12- الأمر رقم (02/05) المتضمن قانون الأسرة.

13- الأمر رقم (02/05) المتضمن قانون الأسرة.
14- الأمر رقم (02/05) المتضمن قانون الأسرة.
15- الأمر رقم 05-02 المتضمن قانون الأسرة.
16- القانون رقم (11 / 84) المتضمن قانون الأسرة الجزائري، الصادر في 09 يونيو 1984، الجريدة الرسمية، رقم 24 الصادرة بتاريخ 12 يونيو 1984.
17- القانون رقم (84-11) المتضمن قانون الأسرة.
18- القانون رقم (84-11) المتضمن قانون الأسرة.
19- القانون رقم (84-11) المتضمن قانون الأسرة.
20- القانون رقم (84-11) المتضمن قانون الأسرة.
21- القانون رقم (11/84) المتضمن قانون الأسرة.
22- القانون رقم (11/84) المتضمن قانون الأسرة.
23- القانون رقم (11/84) المتضمن قانون الأسرة.
24- القانون رقم (11/84) المتضمن قانون الأسرة.
25- القانون رقم (87-11) المتضمن قانون الأسرة.
26- قانون رقم 08-09 المؤرخ في 18 صفر 1429 هـ الموافق ل 25 فبراير 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج.ر عدد 21، مؤرخة يوم الأربعاء 17 ربيع الثاني 1429 هـ الموافق ل 23 أفريل 2008.
27- قانون رقم 15-01 مؤرخ في 13 ربيع الأول عام 1436 هـ الموافق 4 يناير 2015، جريدة رسمية عدد 1 مؤرخة في 16 ربيع الأول عام 1436 هـ الموافق 7 يناير 2015.
28- القانون 06-23 المتضمن قانون العقوبات المؤرخ في :29 ذي القعدة 1427 الموافق لـ 20 ديسمبر 2006، المعدل و المتمم للأمر رقم 66-156 المؤرخ في 18 صفر عام 1386 الموافق لـ 8 يونيو 1966، الجريدة الرسمية، العدد 84.
29- القانون رقم 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المؤرخ في 18 صفر 1429 الموافق لـ 25 فبراير 2008، الجريدة الرسمية، العدد 21.
30- القانون رقم 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

31- القانون رقم 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.
32- القانون رقم (08-09) المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.
33- القانون رقم (08-09) المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.
34- القانون رقم (08-09) المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.
35- القانون رقم 08-09 المؤرخ في 18 صفر 1429 هـ الموافق لـ 25 فبراير 2008.
36- قرار المحكمة العليا بتاريخ1982/02/08، ملف رقم 26748، نشرة القضاة، سنة 1982، عدد خاص.

المجلات :

1- بلقاسم شتوان، امتناع الزوج عن الأنفاق، مجلة المعيار، العدد 01، جامعة الأمير عبد القادر قسنطينة، نوفمبر 2001.
2-سميرة معاشي، أحكام التطليق على ضوء التعديلات الجديدة لقانون الأسرة الجزائري، مجلة المنتدى القانوني، العدد 06، كلية الحقوق والعلوم السياسية. جامعة محمد خيضر بسكرة،2009.
3-عمر زودة، الإشكال في تنفيذ قرار قضائي إداري والجهة القضائية المختصة بالفصل فيه، تعليق على القرار رقم 9934 الصادر بتاريخ 2002/11/05 عن مجلس الدولة، الغرفة الخامسة، مجلة مجلس الدولة، السنة2003، العدد 4.
4-المحكمة العليا، غرفة الأحوال الأحوال الشخصية، ملف رقم :216239 بتاريخ: 1999/03/16 ، المجلة القضائية عدد خاص 2001.
5-المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم :45311، قرار بتاريخ: 1987/03/09، المجلة القضائية لسنة 1990 العدد 03.
6-المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم: 184055، قرار بتاريخ: 1998/02/17، المجلة القضائية لسنة 1998، العدد 02.
7-المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم: 364855، قرار بتاريخ:2006/07/12 ، المجلة القضائية لسنة 2006، العدد 02 .

8-المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم: 374449، قرار بتاريخ: 2006/12/13 المجلة القضائية لسنة 2007، العدد 01.

9-المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم:476387. قرار بتاريخ: 2009/01/14،المجلة القضائية لسنة 2009، العدد 01.

10- نصر سلمان، أحكام النشوز الزوجي في ضوء الكتاب والسنة وقانون الأسرة الجزائري، مجلة المعيار العدد 27، ديسمبر قسنطينة، الجزائر، ديسمبر 2011.

11- نور الدين ميساوي التفريق القضائي بين الزوجين للإعسار في الفقه الاسلامي، مجلة الشريعة والاقتصاد، العدد 1،جامعة الأمير عبد القادر قسنطينة، الجزائر، جوان 2012 .،

المراجع باللغة الأجنبية :

1- C.F. Mohamed Salah Bey. Le droit de la famille et de la dualisme juridisme. Revue Algériennedes Sciences juridiques économiques et politiques.1997.

فهرس المحتويات:

العنوان	الصفحة
شكر وتقدير	
إهداء	
فهرس المحتويات	
مقدمة	**3-1**
الفصل الأول: الأطر العامة لحق المطلق الحاضنة في السكن.	**5**
المبحث الأول ماهية المطلقة الحاضنة	**5**
المطلب الأول: من هي المطلقة في نظر الفقه والقانون.	**16**
المطلب الثاني: ماهية الحضانة	**18**
المبحث الثاني: مفهوم مسكن الحضانة.	**53**
المطلب الأول: تعريف مسكن الحضانة.	**54**
المطلب الثاني: الأحكام المتعلقة بمسكن الحضانة.	**55**
الفصل الثاني: دعاوى الحضانة المتعلقة بالسكن	**66**
المبحث الأول: دعاوى الحضانة المتعلقة بالسكن	**66**
المطلب الأول: أنواع دعاوى الحضانة المتعلقة بالسكن.	**67**
المطلب الثاني: إجراءات رفع دعاوى الحضانة المتصلة بالسكن.	**71**
المطلب الثالث: دور النيابة العامة في دعاوى الحضانة المتعلقة بالسكن	**76**
المطلب الرابع: استحداث صندوق النفقة	**76**
المبحث الثاني: الحكم الصادر في دعاوى الحضانة المتعلقة بالسكن.	**81**
المطلب الأول: في الحكم القضائي في حد ذاته.	**81**
المطلب الثاني: الطعن في الأحكام الصادرة في دعاوى الحضانة المتعلقة بالسكن.	**82**
المطلب الثالث: إشكالات تنفيذ الأحكام الصادرة في الدعاوى المتعلقة بسكن الحضانة.	**85**
خاتمة	**90**
قائمة المراجع	**93**

تم بحمد الله

ملخص الدراسة:

بالنظر إلى الدراسة السابقة نجد أن السكن أو بالأحرى مسكن المطلقة الحاضنة يعتبر عائق أمام الزوج خاصة إذا كان معسر الحال، وبين ذاك وذاك يبقى الأبناء هم الضحية أمام هذا الوضع، إلا أنه تطرح عدة إشكالات أمام القضاء في إثبات مدى ملاءمة هذا السكن وتوفره على الشروط الأساسية وهذا ما نجده في المادة 72 من قانون الأسرة، حيث جاءت مبهمة وغامضة في تفسير معنى كلمة ملاءمة مما جعل المجال مفتوح أمام القاضي وسلطته التقديرية، وكذلك شح القوانين والدراسات القانونية في هذا المجال رغم كونه العصب الرئيسي في الحياة الاجتماعية.

الكلمات المفتاحية: مسكن الحاضنة، المحضون، الطلاق.

Résumé de l’étude :

À la lumière de l'étude précédente, il a été constaté que le logement, ou plutôt le logement de la femme divorcée, était considéré comme un obstacle pour le mari, en particulier s'il était difficile de le faire, et entre cela et que les enfants restaient la victime dans cette situation, mais il est difficile pour les tribunaux de prouver l'adéquation de ce logement et sa disponibilité aux conditions de base. C’est ce que nous trouvons à l’article 72 du Code de la famille, où il est vague et ambigu dans l’interprétation du sens d’un mot approprié, qui a ouvert le champ au juge et à son pouvoir discrétionnaire, ainsi que l’absence de lois et d’études juridiques dans ce domaine, bien qu’il soit le nerf de la vie sociale.

Mots-clés: condominium, crèche, divorce.