جامعـــــــة الـوادي
UNIVERSITÉ D'EL OUED
كليـة الحقوق والعلوم السياسيــة
INSTITUT DE DROIT ET DE SCIENCES POLITIQUES

## عنـــــوان المذكـــــرة

# حق المطلقة الحاضنة في المسكن من خلال قانون الأسرة الجزائري

مذكـرة تخرج لنيـــل شهـــادة الماجستيـــر

تخصـص: " الأحـــــوال الشخصيـــة "

**إعداد الطـــالبـــة:**

•حداد فاطمـــــــة

**تحت إشراف الدكتـور:**

•خلف فـــــاروق

**لجنـــــة المناقشـــــة:**

1- الدكتور/ فـاروق خلف أستـــاذ محـــاضر(أ)..... رئيـسا
2- الدكتور/ بدر الدين شبل أستـــاذ محـــاضر(أ)..... مشرفـا
3- الدكتور/ ابراهيم رحماني أستاذ محاضر(أ)..... مناقـشا
4-الدكتور/ بوبكـر خلف أستـــاذ محـــاضر(أ)..... مناقـشا
5-الدكتور/ المكي الدراجي أستـاذ محـاضر(أ) ..... مناقـشا

***السنة الجامعية: 2015/2014***

# بسم الله الرحمن الرحيم

" أَسْكِنُوهُـنَّ مـِنْ حَيْثُ سَكَنتُـم مِّن وُجْدِكـُمْ وَلا تُضَـارُّوهُنَّ لِتُضَيِّقُـوا عَلَيْهِـنَّ وَإِن كُـنَّ أُولاتِ حَمْـلٍ فَأَنفِقـُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّى يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ فَـإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُـمْ فَآتُوهُـنَّ أُجُورَهُـنَّ وَأْتَمـِرُوا بَيْنَكُـم بِمَعْرُوفٍ وَإِن تَعَاسَرْتـُمْ فَسَتُرْضِـعُ لـَهُ أُخْـــرَى".

سورة الطلاق الآيــة (06)

# شكر و تقدير

الحمد لله و الصلاة و السلام على أشرف المرسلين سيدنا محمد عليه أفضل الصلاة و أزكى التسليم.

شكرا لله الذي وفقني لإنجاز هذا العمل المتواضع

أتوجه باسمى عبارات الشكر و التقدير:

إلى الأستاذ المشرف على البحث الدكتور "**خلف فاروق**"

لما بذله معي من جهد كبير خلال المراحل المختلفة من انجاز البحث, الذي أعتبر اشرافه لي تكريما و تشريفا لشخصي, فلم يبخل علي باقتراحاته الجدية و التي تصب في تحسين العمل, و ملاحظاته الموضوعية و الشكلية القيمة التي كان الهدف منها الوصول إلى بحث أكاديمي متكامل بالرغم من انشغالاته الكثيرة فجزاه الله خير الجزاء.

كما أشكر كل اعضاء لجنة المناقشة على قبولهم مناقشة هذه المذكرة, و حضورهم للمشاركة في إثرائها.

والشكر موصول لعمال مكتبة جامعة الوادي و دوريات جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية بجامعة قسنطينة.

"**والحمد لله أولا وآخرا**"

**مقـدمــة:**

لما كانت المرأة عنصرا أساسيا في المجتمع الإنساني, حازت قضيتها جانبا كبيرا من الإهتمام,و صارت من أهم مشاكل الانسانية التي يثار حولها الحديث في المجتمع المعاصر, و أصبح الجدل يحتدم أكثر عند إثارة مسألة حقوق المرأة, هذه الحقوق التي شغلت بال الباحثين من سياسين و اجتماعيين و قانونيين. و في الواقع برهن الاسلام على انه أكثر الأديان تفوقا في اعطاء المرأة حقها في جميع مراحل حياتها دون أن تطالب بها المرأة ذاتها, فرعى حقها أما و زوجة و بنتا, ولم يظلمها في شيء.

و لما شرع الزواج على سبيل الدوام و البقاء لقوله عزوجل:" وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ.", إلا أنه قد تعترض العلاقة الزوجية في بعض الأحوال أمورا تجعل الحياة الزوجية مصدر الشقاق و الخصام المستمر بين الزوجين بدل أن تكون سببا للإئتلاف و الوئام, لذا شرع الطلاق في الاسلام للتخلص من الحياة الزوجية التي لا خير في بقائها, حتى و إن كان من أبغض المباحات إلى الله تعالى لما فيه من تمزيق للأسرة و هدم أركانها.

ومن أهم و أبرز النتائج المترتبة عن الطلاق مسألة حضانة الأطفال الناتجين عن هذا الزواج , و المشاكل التي تطرحها حول مصير الأطفال, باعتبارهم همزة الوصل الوحيدة المتبقية بين الأب و الأم و ذويهم بعد الطلاق. فمن جملة ما أقره الاسلام للمرأة أنه شرع المسكن لها على الرجل سواء بصفته زوجا إذا كانت على ذمته أو بصفته مطلقا إذا كتب لعلاقتهما الزوجية أن تنفصم بالطلاق, وذلك بإسكانها فترة عدتها ثم فترة حضانتها إذا كان الزواج قد أثمر عن إنجاب أطفال, إلا أن الملاحظ في الواقع المعاش, أن المطلقة كثيرا ما تجد نفسها مشردة في الشارع هي و أولادها بعد طردها من مسكن الزوجية دون أن يكون لها مأوى تلجأ إليه, و المشاهد المروعة لهؤلاء النساء و الأطفال وهم في العراء يفترشون الأرض ومظاهر البؤس بادية على وجوههم تدعو إلى الألم و الحسرة, خاصة إذا علمنا الآثار السلبية والآفات الخطيرة التي تنجم عن هذا التشرد.

و السؤال الذي يخالج كثيرا من الضمائر, لم هذا الانتهاك الكبير لحقوق المطلقة في بلادنا مع أن قانون الأسرة مستمد من أحكام الشريعة الإسلامية التي تحمل أسمى معاني العدل و الرحمة, فلماذا هذا التناقض الحادث بين حقيقة المبادئ و القيم الإسلامية, و بين تطبيقها

على أرض الواقع؟ و بناءا على ذلك ارتأينا تناول هذا الموضوع بالدراسة بعد أن اخترنا له عنوانا متمثلا في:

**"حق المطلقة الحاضنة في المسكن من خلال**

**قانون الأسرة الجزائري."**

**أهمية الموضوع:**

يعتبر موضوع حق المطلقة الحاضنة في المسكن من الموضوعات الحيوية التي تشكل أهمية كبرى في حياتنا الإجتماعية, ذلك أنه موضوع كل اسرة و ما ينشأ فيها يوميا من خلاف و شقاق قد ينتهي بالطلاق الذي ربما استغله الرجل لسلب مطلقته بعض حقوقها, كما يستمد هذا الموضوع أهميته من أهمية المسكن في تحقيق الإستقرار الأسري و خلق علاقات اجتماعية متينة خصوصا إذا توافرت فيه شروط شرعيته, اضافة إلى كونه يتعلق بمصالح مختلفة تتعدى مصلحة الزوجين إلى مصلحة أبنائهما و أهليهما. و على ذلك يتبين أن بحث موضوع حق المطلقة في السكن بحث في الحماية القانونية التي أضفاها المشرع الجزائري و مناقشة للآراء المختلفة حول عدالة نصوصه و إنصافها للمرأة في هذا الجانب كل ذلك مراعاة للبعد الديني من جهة في نصوصه, والحداثة و تغير الأوضاع العالمية من جهة أخرى بغية اعطائها هامشا معتبرا من الحقوق.

**الإشكالية المطروحة:**

يدور موضوع البحث حول تساؤل رئيسي ملخصه يكمن في :

**ما هو الأساس القانوني للسكن المخصص لممارسة الحضانة كحق للمطلقة الحاضنة؟**

**و ماهي الآليات القانونية المقررة لضمان حقها فيه ؟**

و تتفرع عن هذا الإشكال مجموعة من التساؤلات القانونية :

ما المقصود بالمطلقة الحاضنة في القانون الجزائري؟

هل يسند المسكن للمطلقة الحاضنة تلقائيا أم ينبغي توفر شروط معينة للاستفادة منه؟

ماهي المعايير المعتمدة في اسناد أو اسقاط حق المطلقة الحاضنة في المسكن؟

ما مدى مسايرة الاجتهاد القضائي للتحولات التي أحدثها المشرع الجزائري فيما يتعلق بحق المطلقة الحاضنة في السكن؟

**أسباب اختيار الموضوع:** تعود إلى أسباب ذاتية و أخرى موضوعية تتمثل في:

**الأسباب الذاتية:**يمكن تلخيصها في:

الميل الشخصي لطرق المواضيع مثار الجدل في قانون الأسرة الجزائري رغبة في الوقوف على الحقيقة و تبيان حقيقة الخلاف الدائر حولها في ظل تطور النمط العام للحياة.خاصة و أن المرأة أقدر على فهم أحوال النساء من مثيلاتها, ومعرفة شؤونهن و أحوالهن من الرجال, إذ أنها تعيش في أجوائهن و تعلم ما يدور في جلساتهن من أحاديث, و في أفكارهن من آراء, و بذلك تتمكن من معرفة أهم النقاط التي يجب عليها أن تتوقف عندها في بحثها, لتجيب بذلك عن استفساراتهن, و تنفض غبار الجهل عنهن.

العمل بحديث النبي عليه الصلاة و السلام:" إذا مات الانسان انقطع عمله إلا من ثلاثة, إلا من صدقة جارية, أو علم ينتفع به, أو ولد صالح يدعو له." هذا الحديث كنت أضعه نصب عيني و أنا أفكر في موضوع أختاره للماجستير, فقد شجعني كثيرا على تركيز التفكير بموضوع يرتبط بحاجة المجتمع, و يكون للناس مورد انتفاع به في حياتي و بعد مماتي.

**الأسباب الموضوعية:**

نظرا لحساسية و شدة ارتباط الموضوع بحياة الطفل في الاسرة عند حصول تصدع لها بالطلاق, الذي غالبا ما يذهب ضحيته الأطفال. خاصة و أن المشرع علق معظم الأحكام المتعلقة بالحضانة من حيث اسنادها أو اسقاطها على مبدأ مصلحة المحضون و من هنا يتجلى لنا تأثر المشرع و تبنيه لهذا المبدأ ومنه تعد أحكام الحضانة أحكام اجتهادية من خلالها يظهر دور القاضي في تقدير هذه المصلحة التي اكتفى المشرع بالنص عليها دون تحديد أحكامها.

الصعوبات الجمة التي تعترض المرأة في تحصيل هذا الحق خاصة في ظل قانون الأسرة (11/84) كصعوبة اثبات ان المطلق يملك أكثر من مسكن, أو لانتشار قيم اجتماعية و ثقافية ضمن موروث التقاليد و الأعراف مخالفة لروح الشريعة و أحكام القانون خاصة في ظل ما ينادي به تعديل قانون الأسرة (09/05) كالبقاء في مسكن الزوجية حتي تنفيذ الزوج للحكم القضائي.

محاولة وضع لبنة جديدة لبعض الإقتراحات في حماية حق المطلقة الحاضنة في المسكن خاصة عند غياب وسائل فعالة في توفيره في الحالات الخاصة كإنشاء صناديق تتكفل بدفع النفقة للمطلقات الحاضنات و كذا انشاء سكنات من طرف الدولة للمطلقات الحاضنات.

**الأهداف المرجوة من البحث:**

يهدف هذا البحث إلى رسم نظرية شاملة من شأنها الإلمام بحق المطلقة الحاضنة في المسكن في قانون الأسرة الجزائري, و ما يتعلق بها من أحكام أقرها المشرع بغية تحقيق عدالة أكبر و تتمثل أهداف البحث بصفة عامة في الإجابة على التساؤلات المطروحة و يمكن حوصلتها في النقاط التالية:

بيان اهتمام الشريعة الاسلامية بالأسرة عامة و المرأة خاصة, و كيف كرست حرياتها خصوصا في مسألة استقلالها بسكنها عن الغير.

بيان مدى حرص المشرع الجزائري من خلال نصوص قانون الأسرة على حماية حق المطلقة الحاضنة في المسكن سواء في قانون الأسرة (11/84)أو تعديله بموجب (09/05), و مناقشة بعض التناقضات التي يطرحها, وذلك عن طريق ابراز المواطن التي مسها تعديل قانون الأسرة, و إلى أي مدى كان هذا التعديل مصيبا فيها سواء من حيث الشكل أو المضمون.

بيان موقف المشرع الجزائري من اهتمامه بالإبن المحضون الذي يعد ضحية هذا الانفصال, و سبب منح المطلقة الحاضنة حقها في المسكن, سواء بوضعه نصوص قانونية تنظم حق هذا الأخير أو عن طريق تجريم الأفعال الماسة بهذه الحقوق .

تقييم المعايير التي يستند لها القاضي في منح السكن للحاضنة, خاصة و أن القاضي يجد نفسه أمام وضع حرج ,فهو ملزم من جهة بالبحث عن مصلحة المحضون, و من جهة أخرى معدم من كل الوسائل التي تمكنه من البحث و التحقق من توفرها لأن كثرة القضايا و تكاثفها يجعله لا يعطي للملفات المعروضة عليه العناية اللازمة, بل يكون مقيدا بالفصل في أقرب الآجال و هذا ما قد ينعكس سلبا على مصلحة المحضون.

جمع ما ورد من اجتهاد قضائي في هذا الموضوع, مع بيان موافقته أو مخالفته للفقه الاسلامي , و كذا التعرض إلى مدى تناسبه مع نصوص قانون الأسرة و تحري مدى استقراره و تذبذبه في هذا الشأن.

**الدراسات السابقة:**

نظرا لقلة الدراسات القانونية في تناول موضوع حق المطلقة الحاضنة في المسكن من خلال قانون الأسرة الجزائري, بل إن المواضيع التي قدمت سوى مواضيع عامة غير متخصصة كموضوع الحضانة مثلا, ومن جملة الدراسات التي تحصلنا عليها و التي تصب في الموضوع ما يلي:

- بوقرة أم الخير, مسكن الزوجية, مذكرة لنيل شهادة الماجستير, فرع العقود و المسؤولية, كلية الحقوق بن عكنون.
- حميدو زكية, مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة, رسالة لنيل شهادة الدكتوراة في القانون الخاص, جامعة أبو بكر بلقايد.
- طعيبة عيسى, سكن المحضون في تشريع الأسرة و الإجتهاد القضائي,رسالة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق,فرع العقود و المسؤولية,جامعة بن يوسف بن خدة.

**صعوبات البحث:**

إن البحث في موضوع حق المطلقة الحاضنة في المسكن من خلال قانون الأسرة الجزائري, يطرح بعض الصعوبات التي يمكن أن تؤثر على العمل و يمكن اجمالها في النقاط الآتية:

- ان الباحث في مجال الأحوال الشخصية يدرك مدى قلة المراجع الحديثة والمرتبطة بالقوانين السارية المفعول, وعلى الرغم من كثرة كتب الفقه الإسلامي و تنوعها و غزارة ما فيها من معلومات, فإن ذلك لم ينعكس في بحوث علمية رائدة في مجال شرح قوانين الأحوال الشخصية, رغم استمداد أحكامها من الشريعة الإسلامية.
- ندرة الدراسات القانونية المتخصصة في موضوع السكن, واعتمادها فقط على رؤى سطحية مفرقة في الفقه و الكتب المؤلفة في مسائل الأحوال الشخصية, من دون الكشف عن الطبيعة الكاملة لهذا الحق.

- تزامن صدور القانون(01/15) المتعلق بصندوق النفقة الغذائية, مع دراستنا لحق المطلقة الحاضنة في المسكن, بدراستنا لموضوع حق المطلقة الحاضنة في المسكن و غياب الآراء القانونية المفصلة و المحللة لهذا القانون.
- التناقضات البارزة في قرارات المحكمة العليا ببعض المسائل الخاصة بسكن الحضانة.

**المنهج المتبع:**

بالرجوع لعنوان الموضوع المتمثل أساسا في حق المطلقة الحاضنة بالسكن في القانون الجزائري, و للإجابة على الاشكالية المبرزة سابقا, فإن المنهج العلمي الذي اعتمدناه هو: المنهج التحليلي لنصوص المواد القانونية التي اعتنت بهذا الحق سواء في ظل قانون الأسرة (11/84) أو تعديله سنة (09/05). مع الرجوع دائما للاجتهادات القضائية في ذلك و محاولة تحليلها و مقارنتها بما تنص عليه النصوص القانونية.

والاعتماد على هذا النسق في هذا البحث لا يجعلنا نحيد عن الغوص في ثنايا الفقه الإسلامي, ذلك أن أحكامه هي منطلق قانون الأسرة الجزائري, وبالتالي فدراستنا لحق المطلقة الحاضنة في السكن ستمر حتما على الآراء الفقهية لاستنتاج موقف المشرع الجزائري ليس من باب المقارنة بين الفقه و القانون بل بغرض استخلاص منحى المشرع الجزائري في معالجته لذلك الحق.

**المنهجية المتبعة في اعداد البحث:**

_ رجعنا إلى المصادر الأصلية و أمهات الكتب, وذلك بعرضنا لآرائهم و الأولوية في الاعتبار و الترتيب للأسبق زمنا.

_ قمنا بتهميش الآيات الواردة في البحث بذكر السورة التي وردت فيها, ثم ذكر الآية و القيام بتهميشها كلما تكررت, و عدم الاكتفاء بذكرها للمرة الأولى فقط.

_ قمنا باستخراج الأحاديث الواردة في البحث من كتب الحديث, حيث اكتفينا بذكر الحديث إذا كان الحديث في الصحيحين أو أحدهما,أما إذا كان في غيرهما خرجناه مع ذكر درجة الحديث صحة و حسنا و ضعفا ما أمكن, و ذلك بالرجوع إلى تصحيحات العلماء و ذكرهم درجة الحديث.

_ قمنا بذكر الأدلة من مصادرها الأصلية, حيث حرصنا في التأصيل الشرعي لمختلف المسائل على ذكر الأدلة من الكتاب و السنة و المعقول و من أقوال الفقهاء, و ذلك بعرضنا لآراء فقهاء المذاهب الأربعة ثم التعرض للمسألة من جانبها القانوني.

_ في تهميشنا للمصادر و المراجع نذكر اسم المؤلف, فعنوان المؤلف فاسم المحقق إذا كان المصدر محققا, ثم ذكرنا رقم الطبعة, فدار النشر ثم الجزء إذا وجد, ثم بلد النشر, و أخيرا سنة النشر, ثم الصفحة. و إذا تكرر المصدر أو المرجع في الصفحة الواحدة استعملنا في التهميش, اسم المؤلف ثم المرجع السابق ثم الصفحة, و إذا تكرر مرة ثانية استعملنا عبارة اسم المؤلف,مرجع سابق, ثم الصفحة.

_ عند تعاملنا مع النصوص القانونية الواردة في متن البحث نذكر رقمها في المتن, ثم نهمش رقم الأمر أو القانون أو المرسوم الذي تندرج ضمنه تلك النصوص و تاريخه, و ذلك في كل مرة, مع توضيح أية مادة إذا مسها التعديل أم لا.

_ أما بالنسبة لقرارات المحكمة العليا قمنا بذكر رقم الملف إذا وجد, فتاريخ القرار ثم ذكر المعلومات المتعلقة بالمرجع الذي أخذنا منه القرار.

_ بالنسبة لإعداد الفهارس, فبعد ذكر القرآن الكريم أعددنا قائمة المصادر القانونية حسب ترتيبها الزمني, ثم أدرجنا تحت قائمة الكتب و المؤلفات العامة الكتب الشرعية أولا , ثم المؤلفات العامة بترتيبها حسب الحروف الهجائية لألقاب المؤلفين,و بعدها تناولنا القواميس و المعاجم, ثم تطرقنا إلى الرسائل الجامعية, فالمقالات و الدوريات المتخصصة و أخيرا المجلات القضائية إضافة إلى المراجع الأجنبية و المقابلات.

**الخطة الإجمالية للبحث**

استدعت الإجابة على اشكالية هذا البحث و تحقيق الأهداف المرجوة من ورائه, تقسيم الموضوع إلى فصلين يحتوي كل منهما على مبحثين, يندرج ضمنهما مطلبين في كل مبحث كالآتي:

_عنونا الفصل الأول, بسكن الحضانة حق من التبعات المترتبة عن فك الرابطة الزوجية. خصصنا المبحث الأول منه لماهية المطلقة الحاضنة. و درسناه ضمن مطلبين على التوالي: تناولنا في المطلب الأول الوضع القانوني للمطلقة, و في المطلب الثاني النظام القانوني للحضانة.

أما المبحث الثاني بينا فيه أساس اقرار أحقية الحاضنة في المسكن, في مطلبين , وضحنا في المطلب الأول مفهوم السكن المخصص لممارسة الحضانة, و في المطلب الثاني الطبيعة القانونية للحق في المسكن المخصص لممارسة الحضانة.

_ أما الفصل الثاني فقد عنوناه, بالآليـات القانونيــة المقررة لضمـــان حق المطلقـة الحاضنــة في السكــن, تطرقنا في المبحث الأول إلى أساس أحقية المطلقة الحاضنة في السكن المخصص لممارسة الحضانة في مطلبين على التوالي, أفردنا المطلب الأول إلى الشروط المكرسة في استحقاق الحاضنة للسكن في ظل قانون الأسرة (11/84) المخصص لممارسة الحضانة. و المطلب الثاني تناولنا فيه الشروط المستجدة للسكن المخصص لممارسة الحضانة في ظل القانون المعدل( 09/05).

ثم ناقشنا في المبحث الثاني سلطة القاضي في تقدير اسناد أو اسقاط حق المطلقة الحاضنة في السكن المخصص لممارسة الحضانة ضمن مطلبين, أفردنا المطلب الأول لسلطة القاضي في اسناد السكن المخصص لممارسة الحضانة, ثم في المطلب الثاني لسلطة القاضي في اسقاط السكن المخصص لممارسة الحضانة.

و في الأخير أنهينا دراستنا بخاتمة عرضنا فيها مجملا للنتائج المتوصل إليها, و كذا بعض التوصيات التي ارتأينا ذكرها, ثم ملخص اجمالي وجيز للبحث.

# الخطـــــــــــــة

**الفصـــل الأول:** سكــن الحضانـــة حق من التبعـــات المترتبـــة عن فك الرابطـة الـزوجيـة.
**المبحث الأول:** ماهيـــة المطلقـــة الحاضنـــة.
**المطلب الأول:** الوضع القانونـي للمطلقـــة.
**المطلب الثاني:** النظام القانونـــي للحضانـــة.
**المبحث الثاني:** أساس اقرار أحقيـة الحاضنـة في مسكن الحضانـة.
**المطلب الأول:** المقصود بالسكن المخصص لممارسة الحضانـة.
**المطلب الثاني:** الطبيعـة القانونيـة للحق فـي السكـن المخصص لممارسـة الحضانـة.
**الفصـــل الثانـي:** الآليـات القانونيـة المقررة لضمـــان حق المطلقـة الحاضنـة في السكـن.
**المبحث الأول:** أساس أحقية المطلقة الحاضنة في السكن المخصص لممارســة الحضانـة.
**المطلب الأول:** الشروط المكرســة في استحقـــاق الحاضنـة للسكن المخصص لممارســة الحضانـــة في ظل قانون الأسـرة (11/84).
**المطلب الثاني: الشر**وط المستحدثـــة في استحقـاق الحاضنة للسكن المخصص لممارسة الحضانـة في ظل قانـون الأسـرة المعدل (09/05).
**المبحث الثاني:** سلطة القاضي في تقدير اسناد و اسقاط حق المطلقـة الحاضنة في المسكن المخصص لممارســة الحضانـــة.
**المطلب الأول:** سلطـــة القاضي في اسنـاد المسكن المخصص لممارســة الحضانـــة.
**المطلب الثاني:** سلطة القاضي في اسقـاط المسكن المخصص لممارســة الحضانـة.

# الفصـــل الأول

## سكـن الحضانــة حق من التبعـات المترتبـة عن فـك الرابطـة الزوجيـة

مهد الله عزو جـــل للزواج كمنهج مستقيم بأن هيـأ كلا من الجنسين على نحو يجعله موافقـا للآخر, ملبيا لحاجاتـه الفطرية, نفسية كانت أو عقليـة أو جسديـة, مصداقـا لقولـه تعالـى:." وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُم مِّنْ أَنفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِّتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُم مَّوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَٰلِكَ لَآيَاتٍ لِّقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ." [1]

وإذا كـان عـقد الزواج عقد رضائي بين رجل وامرأة أهدافه تكوين أسـرة أساسهـا المودة و الرحمة, فـإن الطـلاق الذي هو أبغض الحـلال عند الله هو حل لهذا العقد بعـد تبـاغض و تنـافر, بـل هو أنجح و أنجـع عـلاج لإخمـاد نار الفتنـــة بين زوجين كـانـا متحابيــن و متعاونين.[2]

ولكـن فتح المجال لإنهاء الرابطـة الزوجيـة, ينجـم عن مشكلـة شديدة الآثـار تجـاه ضحية هـذا الانفصـال, وهي مشكلـة تربيـة الأطفال ورعايــة شؤونهـم أي الحضانـة, و ممارسـة الحضانـة يقتضـــي أن يكون تحت سقف بيت ينمو في دفئـه المحضون تحت رعايــة الحاضنـــة.[3]

وعلـى ذلك فإن الدراسـة العلميــة لموضوعنـا تتطلب منـا البحث أولا و قبل كل شيء عن المفاهيـم العامـة التي يتضمنهـا لمعرفـة المقصود بالمطلقــة؟ من جهــة, والحاضنــة؟ من جهـة أخرى. ثـم نعالج المقصود بالحق في السكن؟ وهو مـا سنحاول تفصيله تباعــا في مبحثين نوضح في الأول: ماهيـة المطلقة الحاضنـــة. و في الثاني: نتناول أساس اقرار أحقية المطلقة الحاضنة في المسكن.

---

[1] سورة الروم, الآية 21

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

[3] 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

## المبحــث الأول

## ماهيـــة المطلقـــة الحاضنـــة

أضفى الشارع قدسية خاصة على عقد الزواج توجب الإلتزام بما شرعه الله من أحكام, حدد بموجبها الحقوق والواجبات بين الزوجين ووصف العقد الذي يربط بينهما بالميثاق الغليظ. لقولـــه تعالى: " وَكَيْفَ تَأْخُذُونَهُ وَقَدْ أَفْضَىٰ بَعْضُكُمْ إِلَىٰ بَعْضٍ وَأَخَذْنَ مِنكُم مِّيثَاقًا غَلِيظًا." [1]

إلا أنـه قد يعتري هذه الحيـاة الزوجيـة مشاكل متعددة سواء بسبب الزوج أو الزوجـة, أين تصبح هذه العلاقـة مصدر الشقاق المستمر بين الزوجين, لذا شرع الطـلاق حتى و إن كان من أبغض المبـاحـات لله تعالى لمـــا فيـه من تمزيـق للأسـرة و هدم أركانهـــا. وفك الرابطـة الزوجيـة بغض النظر عن الصورة التي يقع فيهـا, ينتج عنـه مجموعة من الآثار أهمهـا: يكمن في الحضانـة نظرا لارتباطهـــا بالأبنـــاء كونهـــم همـــزة الوصل الوحيـدة المتبقيـة بين الأب و الأم و ذويهـم بعـد الطـــــــلاق.[2]

وعليـه فمـا المقصود بفك الرابطـة الزوجيـة؟ وما هو النظـام القانونـي للحضانـة باعتبارها أثـر مـن آثـار فـك الرابطـة الزوجيـــة؟

سنحـاول الإجابـة على هاتـه التسـاؤلات في مطلبيـن نخصص الأول للحديث عن الوضع القانـوني للمطلقـة و الثاني للنظـام القانونـي للحضانـــة.

---

[1] سورة النساء, الآية 121

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

## المطلــب الأول

## الوضـــع القانونـــي للمطلقـــة الحاضنـــة

الأصـل في الزواج التأبيـد فبعـد انعقـاد عقد الزواج صحيحـا, تبقى الحياة الزوجية قائمة إلى حين وفـاة أحـد الزوجين أو كليهمـا, إلا إذا أنهي الزواج بسبب من الأسبـاب أثنـاء حياتهما, في حالـــة عجز الزوج عــن إصلاح زوجتــه أو عجزت الزوجــة هي الأخرى عن إصـلاح زوجهــا فيؤدي ذلك للتفريق بينهمـا, وهنـا شرع الطـلاق حسمـا للشقـاق القـائـم بينهمـــــا.[1]

**الفـــرع الأول: مفهوم فـك الرابطـــة الزوجيـــة**

نتنـــــاول في هذا الفـرع تعريف الطـلاق و دليـــل مشروعيتـــه, ثم شروط الطـلاق كالآتـــــي:

**أولا: تعريـف الطـــلاق**

**1-التعريف اللغوي للطلاق** :هو حـل القيد و الإطلاق, فالطلاق و الإطـلاق ضد الحبس و هو: التخليـة و الترك بعد اللزوم و الإمساك, ومنـه ناقـة طالق أي مرسلـــة بلا قيد. فيقال أطلقت إبلي و أطلقت أسيـري و طلقت امرأتي, فالكـل مـن الإطلاق و إنمـا اختلف اللفظ لاختلاف المعنـى.[2]

**2-التعريـف الفقهـي للطـلاق:** سنورد فيمـا يلـي تعريف الطـلاق فـي المذاهب الأربعـة:

- **المـذهب المـالكي:** يعرف الطلاق بأنـه: "صفـة حكمية ترفع حلية متعة الزوج لزوجتـه موجبا تكرارهـا مرتين, زيـادة على الأولى للتحريـم." [3]

- **المـذهب الحنفـي:** يعرف الطـلاق بأنـه: "رفع قيد النكـاح في الحال والمآل بلفظ مخصوص." فحـل الرابطـــة الزوجيـة في الحـال يكون في الطـلاق البائـن و في المـآل يكـون بعد العـدة ,أي بالطلاق الرجعـي و اللفـظ المخصوص هو: الصريـح كلفظ الطـلاق و الكنـايـة, كلفظ البـــــائن و الحـــرام و الإطـــلاق يقوم مقـام اللفظ و الكتابـــة والإشارة المفهمـــة.[4]

- **المـذهب الشافعي:** عرف الشافعيـــة الطـلاق بأنـــه:" حل عقد النكـــاح بلفظ الطـــــلاق."[5]

---

[1] الغوثي بن ملحة, قانون الأسرة على ضوء الفقه و القضاء, ط01, د, م,ج, 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 و على محمد معوض, دار الكتب العلمية, بيروت, 1994, ص 03

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

- **المـذهب الحنبلـــي:** عرف الحنابلة الطلاق بأنـــه: " حـل قيـــد النكـاح أو بعضـــه."[1]

وما يلاحظ على هذه التعاريف الفقهية التي أوردها الفقهاء أنها اختلفت من حيث الصياغة و الدقـة, لكنهـا اتفقت في كون الطلاق هو حـل للرابطـــة الزوجيـــة بين الزوجيـــن.

**3-التعريـف القانـوني للطـلاق:** كـان المشرع الجزائـري متذبذبـا بين التطـرق للتعريـف و غض النظر عنه, ففي الوقت الذي ترك التعاريف القانونيـة للفقه للخـوض فيها لم يجسد ذلك في المادة (48) من القانـــون( 11/84) إذ نص صراحـة علـى أن:" الطـلاق حـل عقـد الزواج..." ثم بين بعدها الصور التي يكون عليـها الطـلاق من إرادة منفردة أوبتراضي الزوجيـن أوبطلب من الزوجة في حدود مـــا أوردتـــه المادتـان53 و 54 من نـفس القانـــون.[2]

غير أن تعديـل قانـون الأســرة و في ذات المـــادة تراجع المشـرع الجزائـري عما أقره في السابــق, وعزف عن تبنـي تعريف قانوني للطـلاق و اكتفى بالقول: "مـع مراعـاة أحكـــام المـــادة (49) أدنـــاه, يحـــل عقد الزواج بالطـــلاق....."[3]

والأمر هنا فيه اختلاف, لأن المادة (48) المعدلـة أكدت على صور انحلال الرابطـة الزوجيـة و لم تتطرق حقيقة إلى تعريفه, و في ذلك محاولة من المشرع الجزائري للتملص من أي التزام يقع عليـه بالنص على إحـــدى التعاريف القائـل بهـا الفقه, و ترك ذلك لهذا الأخير على غرار مسائـل فقهيـة أخرى ضمنهـا في المـادة (222) من قـانون الأسرة عندمـا نص على أنـه:" كل ما لم يـرد النص عليـه في هذا القانـون يرجع فيـه إلى أحكـام الشريعـة الإسلاميـة.[4]

---

[1] 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

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

[3] الأمر رقم (02/05) المتضمن تعديل قانون الأسرة الجزائري, الصادر في27 فبراير 2005,الجريدة الرسمية, رقم 15 الصادرة بتاريخ 27 فبراير 2005, ص 21

[4] باديس ديابي, صور و آثار فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة, دار الهدى, الجزائر, 2008, ص 12

و نشير هنـا إلى أن المشـرع الجزائـري استعمل كلمـة "حل" و هي تدل على تساوي الزوجين في استعمال حق الطلاق, و بما أن العقد ينشئ التزامات متبادلـة بين الطرفين حسب مـا نصت عليـه المـادة (36) من قانـــون الأســـرة, فـإن كلمـــة حل تعني بالنسبـة للمشرع الجزائـــري زوال العقد بأثر رجعي, حيث توحي هنـا بأن الطـلاق قد يكون بـالإرادة المنفردة أو بالتراضي أو بحكم القانـون أي القضـاء, و الطـــلاق لا تكون لـه قيمة قانونية إلا إذا وقع بين يدي القاضـي و تبعـا لدعوى يرفعهـا الزوج أمـــام القضـاء مرفوعة عادة ببيـــان الأسبـــــاب.[1]

**ثانيـــا: دليـل مشروعيـــة الطـــلاق و الحكمـة منـــه**

**1-دليـل مشروعيـــة الطـلاق:** استمد الفقهـاء مشروعية الطلاق من الكتاب و السنة و الإجماع.

- **من القرآن الكريم:** نجد قوله تعالى:" الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ." [2] وقوله:" يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا الْعِـدَّةَ..." .[3]

- **من السنة النبوية:** عن عمر ابن الخطاب رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم:" طلق حفصة ثم راجعها. "[4] و قولـه عليـه الصلاة و السلام:" أبغض الحلال إلى الله تعالى الطـــلاق."[5]

- **من الإجمـــــاع:** أجمـع العلمـــاء على جـواز الطـلاق و هو واقـع منذ الصدر الأول في الإسـلام إلى هذا الزمـــان لا ينكـره أحـــد.

**2- الحكمة من مشروعية الطلاق:** من المقرر أن المولى عز وجـل شرع الزواج ليحقق مقاصـده الساميـة, ولا تتحقق هذه الأخيرة و لا تؤتي ثمراته الطيبة إلا إذا حسنت العشرة بين الزوجين, ولكن إذا مـا ساءت العشرة بين الزوجين, و تنافرت طباعهمـا و أخلاقهمـا و صار أمرهمـا على شقـاق دائم, يكون من الخيـر لهمـا ألا يتركـا يتخبطان في المشاكل.[6]

---

[1] عبد العزيز سعد, الزواج و الطلاق في قانون الأسرة, ط 02, دار البعث, الجزائر,2011 , ص 124

[2] سورة البقرة, الآيـة 229

[3] سورة الطـلاق, الآية 01

[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, د ط , ج 1, د س ن, ص650..

[5] أبو داود: سنن أبو داود ، تحقيق محمد محي الدين عبد الحميد ، كتاب الطلاق ، باب في كراهية الطلاق، رقم الحديث 2178 , المكتبة العصرية ، بيروت ،ج2 ، ص 255

[6] بدران أبو العينين بدران, الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة السننية و المذهب الجعفري و القانون, دار النهضة العربية, بيروت, ص 304

بل الخير كل الخير أن تحل الرابطـة الزوجيـــة بينهمـا, ويكـون ذلك بالطلاق حسمـا للشقاق الذي لم تجد لـه الوسائـل الإصلاحيـــة في القضـاء عليـه و إزالتـه, و علـى ذلك نلخـص الحكمـة مـن مشروعيـــة الطـلاق في الآتـــي:[1]

- انهـــاء النزاع الدائـم بيـن الزوجيـــن .
- منع الضرر الغالب المستديم كحالـة عسر الزوج و عجزه عن النفقـة.
- اعطاء فرصة حيـاة جديدة للمفارقـة, و هو ما أشارت إليـــه الآيـــة:" **وَإِن يَتَفَرَّقَا يُغْنِ اللَّهُ كُلًّا مِّن سَعَتِهِ وَكَـانَ اللَّهُ وَاسِعًـا حَكِيمًـا** ".[2]

**ثالثـــــا: شـــروط الطـــلاق**

لم يورد المشرع الجزائري أي نص خاص بشروط الطلاق, و قد أحالتنـا المادة (222) من قانـون الأسـرة الجزائري[3] إلى أحكـام الشريعـة الإسلاميـة فيما لم يرد فيه نص, وهو ما يحتم علينا الرجوع إلى الفقه في معالجة شروط الطلاق, ويعدد الفقه شروط في المطلق وكذا المطلقة و شروط أخرى في صيغـة الطـــلاق كالآتـــي:

**1-شـــروط المطلـــق:** يعد الطـلاق الفرقـة التي يملكهـا الزوج وحده, و عبارته فيها هي المعتمـدة بإرادتـه المنفردة, ولذلك يجب توافر شروط في الزوج باعتبـاره صاحب الحق في الطلاق و تتمثل:

- **أن يكون الزوج بالغـا:** ذهب جمهور الفقهاء إلى أن طلاق الصبي لا يقع و هو الصحيح, لأن الطلاق شرع حيث تكون المصلحـة في ايقاعـه, و الصبي و إن كان مميزا لا يدرك المصلحة على تمامها, ثم هو تصرف يجلب إليـه الضرر فلا يقع, فنظرا لأن الطلاق من التصرفـات التي تحتاج إلى الإدراك الكامـل, و العقل الوافـر, فهذا لا يتحقق في الصبي و إن كـــان عـاقلا لقرب عهده باللهو. [4] لقولـه عليه الصلاة: "ثلاث جدهن جد، وهزلهن جد، الطلاق و النكـاح، و الرجعـة."[5]

---

[1] بدران أبو العينين بدران, المرجع السابق, ص 304

[2] سورة النساء,الآية 129

[3] القانون رقم (11/84)المتضمن قانون الأسرة, ص924

[4] المبروك المصري,الطلاق و آثاره من قانون الأسرة الجزائرية, ط1, دار الخلدونية, الجزائر,2009, ص 195

[5] أبي داود ، المصدر السابق، كتاب الطلاق، باب في الطلاق عن الهازل، رقم الحديث 2194، ج2, ص259

– **أن يكـون الزوج عاقـلا:** فالعقل آلـة يعرف به المرء الحق من الباطل, و من الظلم أن يسـأل من لا عقل له, و من الغبن أن تصحح تصرفات غير العقلاء, و قد ذهب جمهور الفقهـاء إلى أن ناقص الأهلية و عديم الأهليـة كلاهما لا يعتد بتصرفاته, و بالتالي لا يصح طلاقه, فالأهلية تمتنع بموانع طبيعيـة في مقدمتها الصغر كما أشارنا و بموانع مرضية على رأسها الجنون و هو: اختلال في ملكة التمييز عند الإنسان, تجعله لا يقدر العواقب فهو آفة في العقل.[1]

و لمـا كـان الطلاق من التصرفـات التي تعتمد على القصد الصحيح و أنـه إذا طلق المجنـون زوجتـه أثنـاء إفاقته من الجنون, وكان إدراكه صحيحا وقع طلاقه,هنا وجب الإشارة إلى أن طلاق الغضبـان و كذا طلاق السكـران لـه أحكـام:

– فبالنسبـة لطلاق **الغضبـان:** يمكن القول أن الغضب لـه أقسـام ثلاث:

أن يكون الغضب في أول أمـره: فلا يغير عقل الغضبـان بحيث يقصد ما يقولـه و يعلمه, ولا ريب في أن الغضبـان بهذا المعنى يقع طلاقـه و تنفذ عباراتـه باتفـاق.

أن يكون الغضب فـي نهايتـه: بحيث يغير عقل صاحبـه و يجعله كالمجنون لا يقصد ما يقول ولا يعلمـه, و لا شك أن الغضبـان بهذا المعنى لا يقع طلاقـه لأنـه هو و المجنون سـواء.

أن يكون وسطـا بين الحالتيـن: بـأن يشتد و يخرج عن عادته و لكن لا يكون كالمجنون و قد اتفق الجمهور على أنه يقع به الطلاق.[2]

– أما بالنسبة لطلاق **السكـران:** وهو الذي لا يعي ما يقول و ما يفعل أثنـاء سكره, و لا يتذكر بعد صحوه من السكر ما صدر منه من قول أو فعل. فمذهب جمهور الفقهـاء قالوا أن طلاقـه واقع إذا كـان سكره بشرب محرم أو مخدر إذا تناولهـا باختيـاره من غير ضرورة و لا حاجة, لأنه لما تناول المحرم باختيـاره قد تسبب في زوال عقلـه, فيجعل كـأن عقلـه موجـودا, عقوبـة و زجرا لـه على معصيتـه. أمـا إذا تنـاول السكـر لضرورة أو مرض أو إكـراه, فسكـر ثم طلق امرأتـه فطلاقـه غير واقـــع.[3]

---

[1] محمد كمال إمام الدين, مسائل الأحول الشخصية الخاصة بالزواج و الفرقة و حقوق الأولاد, منشورات الحلبي الحقوقية, بيروت, 2003, ص 280

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

[3] بدران ابو العينين بدران, المرجع السابق, ص 313

– **أن لا يكون الزوج مكرهـا على الطلاق:** فيشترط في المطلق أن يكون لديـه قصد واختيـار في إيقـاع الطلاق و على ذلك فإنـه إذا أكره شخص الزوج على إيقـاع الطلاق بقتل أو بإتلاف عضو أو مال, ولم يكن قادرا على دفع هذا الأذى عن نفسـه بأي وسيلـة من الوسـائل المشروعة فطلق,لا يقع طلاقـه في رأي جمهور الفقهـاء لأن المكره على الطلاق, و إن أتى باللفظ المقتضـي للطـلاق إلا أنـه لا يقصد الطلاق, و إنمـا يقصد دفع الأذى عن نفسـه, وهذا من شأنـه أن يفسد الاختيـار لذلك ينتفي الحكم لانتفـاء الاختيـار. أمـا الحنفية فأقروا بأن طلاق المكره واقع و قاسوه على طلاق الهـازل, لأن الهـازل قد وقع طلاقـه مع عدم ورود القصد منه لإيقاعـه, فكمـا كان عدم الرضا من الهـازل لا تأثير لـــه في وقـوع الطـــلاق, كذلك بالنسبـة للمكـره.[1]

**2– شـروط المطلقـــة:** تكون المـرأة محلا للطـلاق بتوافر شروط فيهـا تتمثل فـــي:

– **قيـام الزوجيـة حقيقة أو حكمـا:** و يقصد بالزوجيـة حقيقة حياة زوجية تكون العشرة فيها مستمرة, و العلاقة طبيعيـة بين الزوجين, أما الزوجية القائمة حكما تعني المرأة المعتدة من طلاق رجعي أثنـاء عدتهـا, و كـذا المعتـدة من طلاق بائن بينونـة صغرى أثنـاء عدتهـا, لأن الطلاق الرجعي لا تزول بـه رابطـة الزوجيـة إلا بعـد انتهـاء العدة, وكذا المعتدة من طلاق بائن بينونـة صغرى, لأن الزواج يعتبر بعد الطلاق باقيـا حكمـا طوال مدة العدة, بدليل وجوب النفقة أثنـاء العدة, و استقرار المرأة فـي منزل الزوجية, وعدم جـواز خروجها منه حتى تنقضـي عدتهـا, إلا لعذر شرعـي و عدم حلهـا لزوج آخر, فيجب أن تكون المرأة زوجـة للمطلـق حقيقـة أو حكمـــا.[2]

–**تعيين المطلقة بالإشارة أو بالصفـة أو بالنيـة:** فالرجل قد يتزوج بواحدة و قد تتعدد زوجاته إلى أربعة و هو أقصى عدد يجمعه الرجل في زواج قائـم, فإذا طلق زوجة وهي واحدة فقد تعينت لفظا و معنـى حيث لا توجد زوجـة غيرهـا, و الخلاف يحدث عند تعدد الزوجـات و طرق التعيين في هذه الحالـة ثلاثة: الإشارة و الوصف و النيـة التي يصرح عنهـا الزوج بعد ذلك. وقد اتفق الفقهـاء على أنـه إذا عين الرجل زوجتـه المطلقـة بالإشـارة و الصفة و النيـة وقع الطلاق على المعنيـة و طلقت بالاتفـــاق.[3]

---

[1] محمد سمارة, أحكام و آثار الزوجية: شرح مقارن لقانون الأحوال الشخصية, ط 01, الدار العلمية الدولية للنشر و التوزيع, الأردن ,2002, ص 282

[2] الإمام محمد أبو زهرة, الأحوال الشخصية, دار الفكر العربي, مصر,(د.س), ص 292

[3] محمد كمال امام الدين , المرجع السابق, ص 385

أما إذا أشار إلى واحدة من زوجاته دون أن يصفها و دون أن ينوي غيرها, وقال لها أنت طالق وقع الطلاق أيضا بالاتفاق, وكذلك إذا وصفها دون إشارة و دون قصد غيرها فإنها تطلق.[1]

**3- صيغة الطلاق:** يفصم الطلاق عرى الزوجية و يتم بكل فعل مفهم أن الطلاق هو المقصود, وإضافة إلى أن صور التعبير عن إرادة الطلاق متعددة, فإن صيغه مختلفة كالآتي:

- **الطلاق المنجز:** ما قصد به ايقاع الطلاق في الحال من غير تقييد بصفة و لا بيمين, 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) و في محله( بأن تكون زوجة ).[2] فهو الذي يكون بلفظ لا يستعمل إلا في الدلالة على الطلاق, إذ عندما يتلفظ به, يفهم منه مباشرة بأن الزوج قد طلق زوجته بإستعمال الألفاظ المشتقة من الطلاق كأنت طالق وطلقتك, فاللفظ الصريح ظاهر المراد مكشوف المعنى عند السامع و نقول: صرح فلان بالأمر أي كشفه و أوضحه.[3]

-**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, و حكمه عند جمهور الفقهاء: أنه ينعقد سببا للفرقة في الحال, و لا 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 و عليها 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.[4]

-**الطلاق المعلق:** وهو ما علق فيه وقوع الطلاق على شيء إذا حصل وقع الطلاق و إلا فلا, و يشترط 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 و الشمس طالعة و إن كان على أمر معلوم لا يمكن حصول كأن يقول لها إن صعدت إلى السماء فأنت طالق, اعتبر ذلك لغوا و لا يقع الطلاق.[5]

---

[1] محمد كمال امام الدين , المرجع السابق, ص 386

[2] المبروك المصري,المرجع السابق,ص 99

[3] سعاد سطحي, أنواع الطلاق بحسب الالفاظ و مدى تأثيرها في ايقاعه, مجلة معارف, العدد10, المركز الجامعي العقيد آكلي محند أولحاج, البويرة , جوان2011, ص 164

[4] المبروك المصري, المرجع السابق,ص 161

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

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

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

***التعليق القسمي:** و هو 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, و إنما يقصد منعها من الفعل أو حملها عليه أو تأكيد الكلام,و يرى جمهور الفقهاء وقوع الطلاق المعلق سواء كان التعليق شرطيا أو قسما متى حصل المعلق عليه.[1]

**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 و كذا الآثار المترتبة عنها, و تجدر الإشارة إلى أنه قبل التطرق إلى أنواع فك الرابطة الزوجية و الإشكاليات 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 و بحكم القانون, و لا يحتاج إلى إقامة دعوى أمام القضاء للحكم بانحلاله, و تترتب عليه نفس آثار كل زواج صحيح من حيث التوارث و النسب و العدة و استحقاق مؤجل الصداق و غيرها.[3] وهو ما نص عليه المشرع في المادة (47) من قانون الأسرة:" تنحل الرابطة الزوجية بالطلاق أو الوفاة." و طالما هذا السبب لا يثير مشكلا أمام القضاء مثل بقية الطرق الأخرى لن نتناوله بالتحليل.

و باستثناء 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 و نبين 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 رقم (02/05)المتضمن قانون الأسرة, ص 21

[3] الشيخ شمس الدين , قانون الأسرة و المقترحات البديلة, ط01, شركة دار الأمة, الجزائر,2003 , ص 123

**أولا: حل الرابطــة الزوجيــة بنــاء على الإرادة المنفردة للزوج**

أوكـل المشرع مصيـر العشرة الزوجية إلـى إرادة الزوج طبقـــا لأحكـام القرآن و مقتضى السنـة, و ليـس إنكـارا لحق المرأة في الفرار من جحيم الحيـاة الزوجيـة متى فسدت العشرة بين الزوجين و كرهت البقاء معه, و إنما تماشيا مع طبع الرجل الذي يغلب عليـه الإتزان و الحكمـة و التروي, على خلاف الزوجـة التي تتأثر لأبسـط الصدمـات و تتسرع في اتخـاذ القرارات.[1]

وعلى ذلك تظهر الحكمـة في جعل الطـلاق بيد الرجـل هي الحد مـن انتشاره, فالرجل ربما يكون المتضرر الأكبر و عليـه تقع كل واجبـات الزوج و نفقـات الطلاق و بمـا أن حضانـة الأولاد من حق الأم فلا يوقعـه إلا في حـالات الضرورة القصوى.[2]

ويثبت حق الطـلاق للزوج بمجرد عقد الزواج الصحيح, إضافـة إلـى توافر شروط المطلق السالفة الذكر فيـه أي أن يكون بالغـا و عاقلا و غير مكره على التطليق.

و قد جاء قانـون الإجراءات المدنيـة والإداريـة الجديد لسنـة (09/08)[3] في الكتـاب الثـاني منـه بالإجراءات الخاصـة بكل جهـة فضائيـة, و أقر في الفصل الأول من البـاب الأول الإجراءات الخاصـة بقسم شؤون الأســرة, حيث ميز في القسم الثـالث منه بين الطلاق بالتراضي و الطلاق بنـاءا على إرادة أحد الزوجين, و تنـاول في المواد من (436 إلـى 452) من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية أحكام الطلاق بالإرادة المنفردة لأحد الزوجين, نوجزهـا في نقاط ثلاث كالآتـي:

**1- مـراحل الخصـومـــــة**

**- رفـــــع الدعوى:**

ترفـع دعوى الطلاق من أحد الزوجين أمـــام قسـم شؤون الأسرة, و يتم ذلك بتقديم عريضـة, وهذه الطريقة تظهر عادة في رغبة الزوج في طلاق زوجتـه لسبب من الأسباب الشخصيـة أو القانونيـة. و الطلاق هنا يقـع بين يدي القاضي و تبعـا لدعوى يرفعهـا أحد الزوجين على الآخر مرفقة عـادة

[1] فضيل سعد, شرح قانون الأسرة في الزواج و الطلاق, المؤسسة الوطنية للكتاب, ج01, الجزائر,1985 , ص 263

[2] الشيخ شمس الدين, المرجع السابق, ص 128

[3] القانون رقم (09/08) المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية, المؤرخ في 18 صفر 1429 الموافق ل 25 فبراير 2008, الجريدة الرسمية, العدد 21, ص 37

ببيان الأسبـاب.[1] و الملاحظ أن المشرع أحـال تطبيق المادة على النص العـام الوارد في المادة (13) من قـانون الإجراءات المدنيـة و والإداريـة[2]

مع أن طبيعـة النزاع تقتضي إدراج بيانات خاصة تضمنتها المادة (429)[3] من ذات القانون نذكر منها: جنسيـة الزوجين و تاريخ و مكان ميلادهمـا و تاريخ زواجهمـا مع إضافة عرض موجز عن الأسباب المؤدية للطلاق. كما يضيف أنه في حالـة ما إذا كان الزوج ناقـص الأهليـة يقدم الطلب باسمـه من قبل وليـه أو مقدمـه بحسب الحالـة.

- **التبليـــــغ:**

يجب على المدعي في دعوى الطلاق أن يبلـغ رسميـا المدعى عليـه بنسخـة من العريضـة عن ريـق محضـر قضائي, أما بالنسبـة للنيابـة العامـة فقد تدارك المشرع الاختلاف الذي أحدثـه تطبيق المادة (03 مكـرر) من قانـون الأسرة[4] على مستوى الجهـات القضائيـة, فأجاز تبليغ النيابة العامة عن طريق أمانـــة الضبط.[5]

- **الصلـــــح:**

تنص المـادة (49) من قانون الأسـرة[6] على أنـه:" لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح يجريها القاضي دون أن تتجاوز مدة ثلاثـة أشهر ابتداءا من تـاريخ رفع الدعوى. يتعين على القاضي تحرير محضر نبين فيـه مساعـــي و نتـائج محاولات الصلح, يوقعـه مع كـاتب الضبط و الطرفين. تسجل أحكام الطلاق وجوبـا في الحالة المدنيـة بسعي من النيابة العامة."

فالصلح في مادة شؤون الأسرة إجراء وجوبي يتم في جلسة سرية سواء تعلـق الطلاق بنـاءا على طلب من أحد الزوجين أو بالتراضي, بحيث يقوم القاضي بسماع كل زوج على انفراد ثم يسمعهمـا معـا, وسمح القانون من أجـل لم شمل الأسرة إشراك أهلي الزوجين في محاولـة الصلح , وسواء نجح القاضي أو فشل في محاولة الصلح , فإنـه يقوم بتحرير محضر بمـا توصل إليـه من نتائج, كما يمكن للقاضي منح مهلـة للزوجين للتفكير و يحدد لهمـا أجلا, و يجب أن لا تتجاوز محاولـة

---

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

[2] القانون رقم (09/08) المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية, ص 04

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

[4] الأمر رقم (02/05)المتضمن قانون الأسرة, ص 19

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

[6] الأمر رقم (02/05)المتضمن قانون الأسرة, ص 21

الصلح ثلاثـــة أشهر من تـاريخ رفع دعـوى الطلاق, و إذا لم يتوصـل القاضـي إلى الصلح بينهمـا يحيل الملف إلى الجلسـة لمناقشـة موضوع القضيـة.[1]

كما يوجد ما يسمى بالصلح من طرف الحكمين و هو مستمد من المادة (56) من قانون الأسرة,[2] التي تعود أحكامها إلى الشريعـة الإسلامية, فإذا لم يثبت أي ضرر أثناء الخصومة نتيجة غيـاب الخطأ المبرر للطـلاق, جـاز للقاضي أن يعيـن حكميـــن إثنيـــن لمحاولـة الصلح بين الزوجين حسب مقتضيـــات قانـــون الأسرة, لا سيمـا المادة (56) التي جاء نصها كالآتـي: "إذا اشتد الخصام بين الزوجين و لـــم يثبت الضرر وجب تعيين حكميـــن للتوفيق بينهمـــا, يعين القاضي حكما من أهل الزوج, و حكمـا من أهل الزوجـة, و على هذيـن الحكمين أن يقدمـا تقريرا عن مهمتهمـا في أجل شهريـن." و يطلع الحكمان القاضي بما يعترضهما من اشكالات أثناء تنفيذ المهمة, يجوز للقاضي انهاء مهام الحكميـن تلقائيا إذا ثبت له صعوبة تنفيذ المهمـة, وفي هذه الحالـــة يعيد القضيـــة إلى الجلسة و تستمر الخصومـة. أما إذا تم الصلح من طرف الحكمين, يثبت ذلك في محضر يصادق عليـــه القاضي بموجب أمر غير قـــابل لأي طعن.[3]

**2- أحكـــــــام الطـــلاق**

يتأكد القاضي من إرادة الزوج في طلب الطلاق و إذا تبيـن للقاضي أن الحيـاة الزوجيـة أصبحت مستحيلة و لا يمكن مواصلتها يكون حكم الطلاق منشأ لـه, أمـا الطلاق الناتـج عن تلفظ الزوج به قبل صدور حكم القاضي أو بسبب اتفاق الطرفين كمـا سنبين لاحقـا, فإن الحكم بالطـلاق في هذه الحالـــة يأتي تثبيتـا لأمر حصل من قبل و حكم القاضي هو الذي يعتد بـــه.[4]

اضافـة إلى أن الحكـــم بالطلاق بمجرد صدوره يسجل في سجـلات الحالة المدنية, و على هامش ميلاد الزوجين المطلقين و بعد تسجيله يسري حكـــم الطلاق.[5]

**3-الطعن في أحكـــام الطـــلاق**

جاء في مضمون المادة (452) من قانون الإجراءات المدنيـــة و الإداريـــة[6] أنـه:" لا يوقف الطعن بالنقض تنفيذ أحكـــام الطلاق المنصوص عليهـا في المادتين 450 و 451". و هو

---

[1] حسين فريجة, المرجع السابق, ص 173

[2] القانون رقم (11/84)المتضمن قانون الأسرة, ص 913

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

[4] حسين فريجة, المرجع السابق, ص 174

[5] حسين فريجة, مرجع سابق, ص 174

[6] القانون رقم (09/08) المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية, ص 38

تأكيد لقاعدة عامـة تضمنتهـا المـادة (348) من نفس القانون التي تقضي بأن ليس لطرق الطعن الغير عادية و لا لآجال ممارسته أثر موقف.

فلا يوقف الطعن بالنقض تنفيذ أحكام الطلاق المنصوص عليهما في المادتين (450 و 451), و خلافا لنص المادة (433)[1] الذي يقضي صراحة بأن أحكام الطلاق بالتراضي غير قابلـة للإستئناف, فإنه لم يذكر أن أحكـام الطلاق غير قابلـة للاستئنـاف, مما يبقي على نص المـادة (57) من قانــون الأسرة كمرجع قانون وحيد ينص على ذلك:" تكون الأحكـام الصادرة في دعاوى الطلاق و التطليق و الخلع غير قابلة للاستئناف فيما عدا جوانبها الماديـة."[2]

**ثانيـــا: حـل الرابطـة الزوجيـة بالتراضي بيـن الزوجيـن.**

ورد في المادة (48) من قانون الأسرة الجزائري أن الطلاق هو حل عقدة الزواج و يتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين, وهذا يعنـي أنــه يمكن للزوجين بنـاء على طلب أحدهمـا و موافقة الآخر أو بناء على رغتهما المشتركة في حل عقدة النكاح, و وضع حد للرابطـة الزوجيـة القائمـة بينهمـا, بـأن يتطلقا بتراضيهما ودون خصام أو نزاع.[3] و اللافت للنـظر أن الفقـه الإسلامي أوجب حـق الطلاق للزوج بالإرادة المنفردة و لا يحتـاج إلى قبـول الزوجة باعتبارهـا المحل في الطـــلاق و لكون أن الأمر هنا يتعلق بممارسة الحق الإرادي فما على الزوجـة إلا الخضوع لهذا الطـلاق.[4]

بينما التشريع الغربي و على وجه الخصوص التشريع الفرنسي, يستطيع انهـاء العلاقة الزوجيـة إلا إذا أثبت أحدهما اخلال الآخر بالتزامه, و هذا ما يعبر عنه بعض الفقهـاء الفرنسيين بالطـــلاق اللطيف أو الظريف DIVORCE GRACIEUX مقابـل الطلاق بالمنازعـة أو النزاع DIVORCE CONTENTIEUX عند عدم التراضـــي بين الزوجيـن, و لذلك نجـد أن المشرع الجزائري في هذه الحالـة من حيث كون الطلاق بالإرادة المشتركـة قد تأثر بالتشريع الفرنسي الذي يعرف هذه الصورة من صور انهـــاء العلاقـــة.[5]

---

[1] القانون رقم (09/08) المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية, ص 37

[2] عبد الرحمان بربارة, المرجع السابق, ص 338

[3] عبد العزيز سعد, الزواج و الطلاق في قانون الأسرة, ص 215

[4] عبد الفتاح تقية, قانون الأسرة مدعما بأحدث الاجتهادات القضائية و التشريعية, دراسة مقارنة, ط1, دار الكتاب الحديث, القاهرة, 2012, ص 217

[5] عبد الفتاح تقية, المرجع السابق, ص 217

وعليــه فإن صور الطلاق بالتراضـي غير موجودة في الشريعــة الإسلاميـة, و إن كان يتقارب في المفهوم مع الخلع من حيث وجود الاتفاق إلا أن ميزة الخلــع الأساسيـة هو: المقابـل المـالي الذي تفتدي بــه الزوجـــة نفسهـــا و يدفعه إلى الزوج مقـــابل طلاقهـــا.[1]

وكما أسلفنـا قد ميز قانـــون الإجراءات المدنيـــة و الإدارية بين الطلاق بناءا على الإرادة المنفردة و الطلاق بالتراضـــي, بحيث نجد المـــواد من(427 إلى 435) من قانـــــون الإجراءات المدنيـــة و الإدارية,[2] تفصل في أحكـــام الطلاق بالتراضي, الذي عرفـه المشرع بموجب المادة (427) بأنه: " إجراء يرمـــي إلى حل الرابطـة الزوجيـة بإرادة الزوجين المشـتركـــة "على عكس المـادة (48) من قانـــون الأسـرة التي لـم تعرفـــه.[3]

وقد أتى المشرع بإجراءات يتم بها الطلاق بالتراضي غير الإجراءات المتعلقة بالدعاوى العادية, وهذا يعني أنــه يمكن للزوجيـن بنـاءا على طلب أحدهمـا و موافقـة الآخر أو بنـاءا على رغبتهما المشتركـــة وضع حد للرابطـة الزوجيـة القائمة يبينهـا, و على هذا الأسـاس نص القانون على أن يتـم ذلك بتقديم عريضـة موقعـة من الزوجيـن إلى كتابة ضبط المحكمة, و يخطرهما كاتب الضبط بتـاريـخ حضورهمـا في الحـال أمـام القاضي, ويجب أن تشتمـل العريضة على هويـة الزوجـيـن و العنوان الكامـل لكل واحد منهمـا و تحتوي على عبـارات صريحـة تفيد الطـلاق بالتراضـــي.[4]

يتأكـد القاضي من طلباتهمـا واتفاقهمـــا إذا لم يكن فيـه ما يخـالف النظام العام, و يقوم بمحاولـة الصلح و يمكنـه أن يعدل من الاتفاق ليتماشى مع النظـام العـام و مصلحـة الأولاد إن وجدوا, ثم يصدر حكم يثبت فيـه المصادقة على الطلاق الرضائي بين الزوجين و هو غير قابل للاستئنـاف, إلا أن أجـل الطعن بالنقض يسري ابتداء من تـاريخ النطق بالحكـــم.[5]

**ثالثـــا: حـل الرابطة الزوجيـة بنـاء على إرادة الزوجـة.**

الأصل أن الطلاق ملك للزوج, و حق من حقوقه, و لكن قد يحدث أن تبغض المرأة زوجهـا, أو تلقى منه ما يشق عليها تحمله, و تتضرر من بقـاء الزوجيـة لأنـه لا يوفيهـا حقوقها الشرعية, إذا حدث ذلك كلـه أو بعضه, فقد جعل الإسلام للزوجة مخرجا و فتح لهـا باب الخلاص و أثبت لها

---

[1] الشيخ شمس الدين, المرجع السابق,ص 128

[2] القانون رقم (09/08) المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية, ص 36

[3] عبد الرحمان بربارة, المرجع السابق,ص 330

[4] حسين فريجة, المرجع السابق,ص 171

[5] حسين فريجة, المرجع السابق,ص 171

حق اللجوء إلى القضاء طالبة تطليقها, كما شرع لها طريقا آخر إذا كرهت زوجها وملأ 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 و هذا الافتداء هو المسمى بالخلع.[1] 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 و 54) من هذا القانون. وبناء على ما تقدم سنتناول مسألة التطليق من ناحية و الخلع من ناحية أخرى لبيان مفهوم المطلقة على ضوئهما كالآتي:

## I. التطليق:

نتعرض لمفهوم التطليق و مشروعيته, ثم الأسباب المبررة لطلب التطليق كالآتي:

### 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, و تفارق القوم أي فارق بعضهم و فارق فلان امرأته أي باينها.[2]

أما في اصطلاح الفقهاء لم يرد تعريف معين للتفريق القضائي و يمكن تعريفه:" بأن تتقدم الزوجة بطلب التطليق إلى القضاء وتثبت الضرر اللاحق بها بكل الطرق القانونية, و على القضاء التحقق من وقوع الضرر بالزوجة و ايقاع الطلاق بعد ذلك."[3]

**-التعريف القانوني للتطليق:**

بالرجوع لنصوص قانون الأسرة الجزائري, نجد أن المشرع لم يورد تعريف بخصوص التطليق, و إنما اكتفى بذكر أسبابه في المادة (53) [4],كما أن المادة (48) باستقرائها نجدها قد أعطت للطلاق و التطليق مفهوم واحد, رغم أن الأول يكون بإرادة الزوج و هو الأصل, أما الثاني فيتم بإرادة الزوجة و لأسباب معينة عن طريق القضاء. و قد عرفه الجندي بأنه:

---

[1] بدران أبو العينين بدران, المرجع السابق, ص 391

[2] الرازي زين الدين محمد بن ابي بكر بن عبد القادر, مختار الصحاح, ,(د.ط) مؤسسة الرسالة,1980, ص 209

[3] وهبة الزحيلي, الفقه الإسلامي و أدلته, (د.ط), دار الفكر, ,ج 07, الجزائر.1992, ص 509

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

التفريق بين الزوجين بمعرفـة القضـاء إذا قامت أسبـاب تبريره, فـإذا ظهر من الزوج ضرر و ثبت في حقه وجب على القاضي أن يستجيب لطلب التطليـق.[1]

ومن هنـا يمكن تعريف التطليق بأنـه منح الزوجـة حق طلب التفريق من زوجها بناء على إرادتهمـا المنفردة, طالما أنهـا متضررة من الحيـاة الزوجيـة و يفرق القاضي بينهمـا, استنـادا إلى القانـون و يكون ذلك بموجب حكـم قضائـي.

**2-دليـل مشروعيـة التطليـق:**

بالرجوع إلى كتاب الله العزيز, و سنة نبيه الكريم, نجد أن جميـع الآيـات القرآنيـة و الأحاديث التي تتحدث عن انحلال عقد الزواج لم تكن سوى عبارة "الطلاق" سواء كان طلب حل الرابطـة الزوجية بناء على رغبة الزوج, أو رغبة الزوجة أو رغبتهما معا, ومـا بوسعنا سوى استنباط بعض الآيـات و الأحـايث التي تدل ضمنيا على مشروعية التطليـق.

فمـــن القرآن الكريـم: نجد قولـه تعالـى:" ﴿...وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُوا ... " [2], وقولـه تعالـى: "...وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ..."[3].

و من السنة النبوية: قوله عليه الصلاة و السلام:" أيما إمرأة سألت زوجها طلاقا في غير ما بـأس، فحرام عليها رائحة الجنـــــــــة "[4]

**3-الأسبـاب المبـررة لطلـب التطليـق:**

يقع التطليق بحكم القاضي و ذلك بطلب من الزوجة لتمكينها من إنهـاء الرابطة الزوجيـة, جبرا عن الزوج إذا لم تفلح الوســائل الاختياريــة, وقد أورد المشرع حــالات على سبيل الحصر في المادة (53) مبررة للتطليق نوجزهـــا في نقاط ثلاث كالآتـــي:

أ) **التطليق لامتناع الزوج عن أداء واجباته الزوجية:** تقوم الحيـاة الزوجيـة على حقوق و واجبات متبادلة بين الطرفين لقوله تعالى:" وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ. "[5] ومن واجبـات الزوج تجاه زوجته نجد النفقـة و الاستمتاع و العدل عند التعـــــدد.

---

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

[2] سورة البقرة, الآية 231

[3] سورة النساء, الآية 19

[4] أبو داود, المرجع السابق ، محقق عبد الحميد ، كتاب الطلاق، باب في الخلع، رقم الحديث 2226 ، ج2، ص 268

[5] سورة البقرة, الآية 228

* **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".

و تشمل هذه النفقة الغذاء ة الكسوة و العلاج و السكن و أجرته و ما يعتبر من الضروريات في العرف و العدة طبقا لنص المادة (78) من ذات القانون,[1] فالتفريق بين الزوجين وسيلة من وسائل انحلال عقد الزواج, يختلف عن الطلاق كونه يقع بحكم من القاضي, و للتفريق أسباب كثيرة أهمها اعسار الزوج بالنفقة, ونظرا لكون الإعسار فرع من فروع النفقة متعلق بوجوبها. [2]

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

-**النفقة في اللغة:** من فعل أنفق ينفق انفاقا ونفقة, يقال: نفقت الدابة نفق نفوقا, أي ماتت, ويقال أيضا: نفقت الدابة إذا خرجت من ملك صاحبها بالبيع أو الهلاك, ونفق البيع نفاقا أي راج, والنفاق فعل المنافق و هو مخالفة الظاهر للباطن, و أنفق المال صرفه.[3]

-**النفقة في الاصطلاح:** اسم لما يصرفه الانسان على زوجته و عياله و أقاربه و مماليكه, من طعام و مسكن و كسوة و خدمة.[4]

-**النفقة في قانون الأسرة الجزائري:** من الملاحظ أن المشرع على غرار باقي قوانين الأحوال الشخصية لدول المغرب العربي لم يعرف النفقة الزوجية, و إنما تعرض لمشمولاتها, وهذا حسب المادة (78) منه:" تشمل النفقة الغذاء و الكسوة و العلاج و السكن و أجرته, وما يعتبر من الضروريات في العرف و العادة."[5] و قد أحسن الاختيار عندما لم يعرف النفقة لأن التعريفات من اختصاص الفقهاء, و إنما تعرض إلى ذكر مشتملاتها على سبيل المثال.

-**الشروط الموجبة لحق التفريق بناءا على اعسار الزوج:**

---

[1] القانون رقم (11/84)المتضمن قانون الأسرة, ص 914

[2] نور الدين ميساوي,التفريق القضائي بين الزوجين للإعسار في الفقه الاسلامي, مجلة الشريعة و الاقتصاد, العدد1,جامعة الأمير عبد القادر,قسنطينة, الجزائر, ,جوان 2012,ص 04

[3] ابن منظور, محمد بن مكرم الافريقي المصري, لسان العرب,تحقيق عبد الله علي الكبير,دار المعارف, الجزء06, القاهرة, ص 450

[4] بدران أبو العينين بدران, المرجع السابق,ص 232

[5] القانون رقم (11/84)المتضمن قانون الأسرة, ص 914

بتحليل مبسط للفقرة 01 من الـمادة(53) من قانـــون الأســـرة, نستطيـع استخلاص الشروط الواجب توافرها لقيام حق الزوجة في طلب تطليقها من زوجها رغما عنه و تتمثل فـــي:

**1/** عدم إنفاق الزوج على زوجته بامتناعه عمدا أو قصدا عن تقديم ما تحتاجه من غذاء و لبـاس و علاج و سكن و غيره من الاحتياجات الأخرى.

**2/** أن تكون الزوجة قد رفعت دعواهـا من قبل المطالبـــة بالنفقـــة وصدور حكم من المحكمـة يلزم بذلك. و لكنه امتنع عن تنفيذ هذا الحكم و أصر على عدم الإنفاق, وهذا يعني أن عدم انفاق الزوج على زوجتـــه لا يصلح وحده كأســـاس لطلب التطليق بل يجب على الزوجة أن تؤكد عدم الإنفاق عن طريق دعوى قضائية.[1]

**3/** ألا تكون الزوجـــة عالمـة بحالة إعسار الزوج وقت ابرام عقد الزواج معه فإن كانت تعلم سقط حقها في التطليق لعدم الإنفاق بسبب رضاهـــا بحالـــه, أي أن تجهل الزوجة عند ابرام العقد حالة الزوج من حيث فقره و عدم قدرته على الانفاق فإن هي علمت حالتـه الماديـــة و رضيت به فلا يحق لها بعد ذلك أن تعود و تطلب الفسخ لعدم الانفـــاق.[2]

**4/** أن الإنفاق الممتنع عن تقديمـــه للزوجـــة و التي يحق لهـــا طلب التطليق بسببه هو انفـاق مثل زوجها على مثلها, وبحسب مورد رزقه لأنه لا يجوز لهـــا أن تزعم عدم الإنفـــاق عليهـا إذا طلبت طلبات تفوق دخل زوجها و تعجزه عنها, و ذلك عملا بالمـــادة (79).[3]

أوجب المشرع بموجب هذه الشروط على القاضي عند تقدير النفقة مراعاة حـال الطرفين و ظروف المعـاش, و معنى ذلك أن حقها في طلب التطليق يسقط إذا وفر الزوج أدنى الضروريـــات من غذاء و كسوة و علاج و مسكن.[4]

وما يمكن ملاحظتـه على هذه الفقرة أنهـا لم تبين المدة التي تنتظرها الزوجة بعد الحكم لها بالنفقة, و التي يمكن بعدها تقديم طلب التطليق إلى المحكمة, إلا أنـه بالرجوع لقانون العقوبات يمكن الأخذ بمدة (02) شهرين التـي أشارت إليها المـــادة (331) منـه التي تنص على أن: " كـل من

---

[1] سعد عبد العزيز, الزواج و الطلاق في قانون الأسرة , ص 250

[2] بلقاسم شتوان, امتناع الزوج عن الانفاق, مجلة المعيار, العدد01,جامعة الأمير عبد القادر,قسنطينة, نوفمبر2001, ص 155

[3] القانون رقم (11/84)المتضمن قانون الأسرة, ص 914

[4] العربي بلحاج, المرجع السابق , ص 171

امتنـع عمدا و لمدة تتجاوز شهرين عن تقديم المبـــالغ المقررة قضاء لإعالة أسرته و عن أداء كامل قيمة النفقة المقررة عليه إلى زوجـه..."[1]

كما أن المشرع لم يفرق بين حالـة امتناع الزوج عن الإنفاق مـع قدرته على ذلك و حالة امتناعـه عن الانفاق مع عدم قدرته أو إعســـاره إضافة إلى عدم تمييزه بين الزوجـــة الغنيـة و الفقيرة. لذا لابد من اعـادة النظر في هذه المواد من أجل إعطـــاء فرصة للزوج المعسر حسن النيـة من دفع مبلغ النفقـــة حفـــاظا على الروابط الأسريـــة.[2]

* **التطليق للهجر في المضجع:** جاء قانون الأســرة الجزائري في المــادة (53) في الفقرة الثالثة منه, بأن للزوجة الحـق في طلب التطليق بسبب الهجر في المضجع فوق أربعـــة أشهر, فعد بذلك المشرع الجزائري الهجر في المضجع من الأسبـــاب التي تجيز للزوجـة أن تطلب التطليق و انهاء الرابطة الزوجية مصداقـا لقوله تعالى:" لِّلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِن نِّسَائِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَـةِ أَشْهُرٍ فَإِن فَاءُوا فَإِنَّ اللَّـهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ ".[3] فإذا استعد الزوج للهجر و أصر على ذلك حدد لـــه القاضي مدة مناسبة فإن لم يفئ طلق القاضي الزوجـــة.[4]

و نشير إلـــى أن المشرع لم يورد تعريفـــا للهجر في المضجع بـــل اكتفى بذكـــره فقط كسبب من أسبـــاب طلب التطليق يعرف الهجر لغـة بأنه: القطع و الصرم, فيقال:هجر الشيء بمعنى تركـه و أعرض عنه و يقال: هجـر الزوجة أي اعتزل عنهـــا و لم يطلقهـــا.[5]

فالهجـر في المضجع وسيلة من الوسائل التأديبيـة التي يملكهـــا الزوج في مواجهـة زوجتـه بهدف تهديدهـــا و ارجاعهـــا إلى طاعتـــه, بأن يهجر فراش الزوجية بعدم المبيت معها و في غرفة نوم الزوجية, وذلك بالإعراض عنها و عدم قربانهـا في حدود الشـرع.[6]

وقد عرفه الأستـــاذ عبد العزيز سعد:" بأن يدير الزوج ظهره لزوجتـــه في الفراش و لا يهتم بهـــا الاهتمام المطلوب منه كزوج, فلا يعتبرها زوجة موجودة بجانبه و قد يترك فراش الزوجية أو غرفـة

---

[1] القانون(23/06) المتضمن قانون العقوبات المؤرخ في:29 ذي القعدة 1427 الموافق ل20 ديسمبر 2006,المعدل و المتمم للأمر رقم(156/66) المؤرخ في 18 صفر عام 1386 الموافق ل 8 يونيو 1966, الجريدة الرسمية, العدد 84, ص 24

[2] عبد العزيز سعد, الزواج و الطلاق في قانون الأسرة, ص257

[3] سورة البقرة, الآية 226

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

[5] المنجد الأبجدي, ط06, دار المشرق, , بيروت,1988, ص 1109

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

نوم الزوجية لينام في فراش آخر أو غرفة أخرى, ويتركها عن قصد و بدون سبب شرعي لمدة تزيد عن أربعة أشهر كاملة قصد الإضرار بها و تعذيبا و تأديبا لهـــا." [1]

وباستقرائنا لنص المادة (53) الفقرة 03 منه نستنتج أنـه يشترط في الهجر للمضجع كمبرر قانوني يخول للزوجة حق طلب التطليق عدة شروط تتمثل فـي:

**1/**أن يكـون هجر الزوج لزوجته مع المبيت معهـــا في فراش الزوجية دون أن يعاملها معاملة الأزواج, وذلك بالإعراض عنها و عدم قربانهـــا.

**2/** أن يكون الهجر لمدة تزيد عن أربعـة أشهر متتاليـــة لا يقع بين الشهر و الآخر, أي اتصال بينها لكي يدل على أن الهدف من ذلك هو الإضرار والنكاية بالزوجة و ليس التأديب والإصلاح.

**3/**أن يكون الهجر ليس له ما يبرره شرعا أو قانونا, بـل عمديـا و مقصودا لذاتـــه و المسمـــى "بالهجر غير المشـــروع" الذي يتعدى حدود الحق خلافـــا "للهجر الجميل" المقصود به التأديـب.[2]

وما يمكن ملاحظته في الفقرة المذكورة أن المشرع الجزائري أغفل أمرا مهمـــا, يتمثل في كيفية اثبات الزوجـة هجر زوجها لهـا في المضجع لأكثر من أربعـة أشهر, كونـــه أمر خصوصي جدا لا يمكن لغيـــر الزوجين أن يتحدثـا عنه. وعلى ذلك تبقى المسألـــة من اختصاص القاضي الذي يقدرها معتمدا على ثلاثـــة عنـــاصر:

***العنصر المـادي:** المتمثل في الهجر الحقيقي دون سبب شرعـي مقبـــــول.

***العنصر المعنوي:** المتمثل فـي نية الإضرار بالزوجة و ليس في نية الإصلاح.

***العنصر الزمنـي:** المتمثل في مدة أربعـة أشهـر متتاليـــــة غير منقطعـة.[3]

* **التطليق لمخالفة أحكام المادة 08 من قانون الأسـرة:** من خلال نص المـــادة (53) الفقرة السادسة منها نلاحظ أن المشرع الجزائري قد أحالنـــا إلى نص المـادة (08) من قانـــون الأسرة,[4] التي تقضي بأنـــه:" يسمح بالزواج بأكثر من زوجة واحـدة في حدود الشريعـة الإسلامية متى وجد المبرر الشرعي و توفرت شروط و نية العدل. يجب على الزوج إخبـــار الزوجـة السابقـة و المرأة التي يقبل على الزواج بهـــا و أن يقدم طلب الترخيص بالزواج لرئيس المحكمـــة لمكـــان مسكن

---

[1] عبد العزيز سعد, الزواج و الطلاق في قانون الأسرة, ص 263

[2] العربي بلحاج, المرجع السابق, ص 291

[3] عبد العزيز سعد, مرجع سابق, ص 265

[4] الأمر رقم (02/05)المتضمن قانون الأسرة, ص 19

الزوجية. يمكن لرئيس المحكمة أن يرخص بالزواج الجديد إذا تـأكد من موافقتهمـــا و اثبت الزوج المبرر الشرعي و قدرته على توفير العدل و الشروط الضرورية للحيـــاة الزوجيـــة."

وما يلاحظ أنه كان على المشرع أن لا يحصر المخالفة في المـــادة (08) فقط, و إنما أيضا في المادة (08 مكرر و 08 مكرر 01) من قانون الأسرة.[1] كمـا أن سبب التطليق ينبغي أن يكون في آثار التعدد و ليس بسبب التعدد في حد ذاته, لأن معيار المطالبـة بالتطليق هو تحقق الضرر شرعا. ويبدو من خلال نصوص( المواد 08 و 08 مكرر و08 مكرر 01) مـن قانون الأسرة فإن هذا الضرر يتصور في ثلاث حالات هـي:عدم الانفـــاق أوعدم العدل بين الزوجات و المراد به العدل المادي دون القلبي و كذا اشتراطهما في عقد الزواج عدم التزوج عليها أو أن يتعـــامل في زواجه الثاني بأسلوب الغش و التدليس و عدم الاخبـــار.[2]

وبالتـــالي نستخلص من مضمون المـادة أن مخالفة أحد الأزواج لأحد الشروط الآتية للتعدد يجعل للزوجـة الحق في تقديم طلب التطليق و تتمثل الشروط في ما يلـــي:

**1/** التزام حدود الشريعـــة الإسلاميـة في شأن تعدد الزوجات, وحدود الشريعة الاقتصار على أربعة زوجات و العدل بينهن, و يقصد به التسوية بين الزوجـات في الأمور الظاهرة كالنفقـــة و المبيت و حسن المعاشرة.

**2/**عدم الإقدام على تعدد الزوجات إلا إذا وجد المبرر الشرعـــي لـــه, وهذا المبرر يقدره قاضـــي الدعوى الذي يرخص بالزواج الجديد.[3]

**3/**اخبار الزوجة السابقـــة بالعزم على تعدد الزوجات و اخبار المرأة التي يقبل على الزواج بهـا.

**4/** تقديم طلب الترخيص بالزواج مبينـا به– المبرر الشرعي للتعدد, و اخبار الزوجـة السابقـة به و كذا اعلام المرأة المراد زواجها بوجود زوجات في العصمة– إلى رئيس المحكمـــة المختصـــة.[4]

فلا شـك أن مناط التطليق في حالة عدم العدل بين الزوجـــات هو الضرر و خاصـــة المعنوي منه, الذي يصيب الزوجـة من جراء تمييز زوجة أخرى عليهـــا, ومن هنا نستنتج أن قانون الأسرة

---

[1] الأمر رقم (02/05)المتضمن قانون الأسرة, ص 20

[2] سليمان ولد خسال, الميسر في شرح قانون الأسرة الجزائري,ط01,دار طليطلة, الجزائر, 2010, ص 133

[3] سلمان نصر,سعاد سطحي,أحكام المواريث في الفقه الإسلامي. ط01, دار الفجر, ,الجزائر,2007, ص 105

[4] سلمان نصر, سعاد سطحي, المرجع السابق, ص 105

يبيح طلب التطليق للضرر المعنوي, هذه الإبـــاحـة و إن لم ينص عليها صراحـة إلا أنها تستنتج ضمنيا من بعض أسبـــاب التطليق الذي يكون الدافع هو الضرر المعنوي. [1]

**ب) التطليق لغياب الزوج أو انحرافه:** و نتكلم فيه عن التطليق بسبب غيـــاب الزوج, و الحكم عليه في جريمة ماسة بشرف الأسرة, وكذا بسبب ارتكابـــه فاحشة في نقاط ثلاث كالآتـي:

* **التطليق بسبب غياب الزوج:** غياب الزوج عن زوجتـــه نوع من أنـــواع الضرر الذي يقع بها, والمقصود بالغيبة الواردة في المادة (53) الفقرة الخامسـة من قانـــون الأسرة: هي غيبة الزوج عن زوجته بإقامته في بلد آخر غير الذي تعيش فيه, وأمـــا الغيبة عن بيت الزوجيـــة وعيشه في بيت آخر في نفس البـــلد, فهو من الأمور التي تدخل في الضرر الذي نص عليـــه المشرع في الفقرة العاشرة كمـــا سنفصله لاحقـــا.[2]

وباستقراء الفقرة الخامسة التي تنص أنـه" يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للغيبـة بعد مرور سنة بدون عذر ولا نفقـة", لابد من توفر شروط حتى يمنح للزوجة طلب تطليقها تتمثل فـــي:

**1/** أن تمضي سنة فأكثر على الغيـــاب ابتداء من يوم غيـــاب الزوج إلى يوم رفع الدعوى عليه, وهو مستمد من الفقه المالكي الذي جعل الغياب من سنـــة إلى ثلاث سنوات, خلافا للحنابلة الذي جعلوه ستة أشهـــر.

**2/** أن يكون الغيـــاب لغير عذر مقبول و دون سبب شرعي بأن يكون متعمدا إضرارهـــا وإلحاق الأذى بها, و لهذا أقر الفقه المالكـي ضرورة الإعلام و الإنذار بالعودة و إلا طلقت زوجتـه.[3]

3/ أن يكون الزوج قد غاب عن زوجته دون أن يترك لها ما لا تنفق منـه على نفسهـــا و أولادهـــا, أمـا إذا ترك لها مالا تنفق منه فلا يجوز لها طلب التطليق, ونشير هنـا إلى أن حالة الغياب بدون ترك النفقة, تخضع للسلطة التقديرية للقاضي حيث يتأكد منها بكل الوسـائل و ينظر في الأسبـاب التي دفعته إلى الغيـــاب, لذا يجب أن تتوفر هذه الشروط لكي تتمكن الزوجة من طلب التطليـق.[4]

و هنا وجب عدم الخلط بين أحكـام المـادة( 112) من قانون الأسرة,[5] المتعلقة بوضعية الغائـب و المفقود, لأن طلب التطليق استنادا للفقرة السابقة يكون بسبب معاقبة الزوج عن فعل الإضـرار

---

[1] عبد الهادي بن زيطة, تعويض الضرر المعنوي في قانون الأسرة الجزائري,ط01, دار الخلدونية,الجزائر,2007 , ص 143

[2] العربي بلحاج, المرجع السابق, ص 300

[3] سليمان ولد خسال, المرجع السابق, ص 131

[4] العربي بلحاج, مرجع سابق, ص 300

[5] القانون رقم (11/84)المتضمن قانون الأسرة, ص 917

بزوجته, بينما التطليق استنادا للمادة (112) من قانون الأسرة سببه دفع الضرر عن الزوجة, و ليس 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.[1]

***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 و يستحيل 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 و سمعتها, و يؤثر على مستقبل الزوجة و الأولاد.

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 و لا رقيب و هنا يتجلى الضرر المعنوي كذلك.[2]

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, و قد 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.[3]

**3/** أن تكون الجريمة المقترفة من شأنها المساس بشرف الأسرة و كرامتها.

**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 و الخيانة الزوجية و الإغتصاب, وعلى

---

[1] سمير معاشي, المرجع السابق, ص 205

[2] عبد الهادي بن زيطة, المرجع السابق,ص 141

[3] نصر سلمان, سعاد سطحي, المرجع السابق, ص 107

كل فإن المعيار في كل ذلك ما يسبب ضررا جسيما للزوجة و أسرتها و عائلتها , وتتحقق معه العداوة و النفور,بحيث تستحيل معها مواصلة العشرة و الحيـــاة الزوجيـة. [1]

***التطليـق بسبب ارتكـاب فاحشـة مبينـة:** تعد هذه الحالــة من الأسبــاب القانونيــة التي تخول للزوجة الحق في طلب التطليق من زوجها, طبقا للفقرة السابعـــة من المـــادة (53) من قانون الأسـرة التي تنص على أنــه:" يجوز للزوجـــة أن تطلب التطليق لارتكـــاب فاحشـة مبينـة" لذا سنحـــــاول تحديد المقصود بالفاحشـة؟

-**الفاحشـــة لغـــة:** جمع فواحش, والفحشاء: الزنى و ما يشتد قبحه من الذنوب, فنقول عن الأمر أنه فاحش إذا زاد عن الحد المعقـول.[2]

-**الفاحشـة اصطلاحـا:** هي الخطـأ المخل بالآداب, بصفة خطيرة و جسيمـة في ضوء أحكام الفقه الإسلامـي و العرف, و الضمير الاجتماعـــي.[3]

و في غياب آراء الفقهاء بهذا الشأن نستدل بما جاء في القرآن الكريم من آيـات عديدة تصور لنـــا الفاحشــة في المسائل التي تخل بالسلوك و الأنظمة العامة إخلالا كبيرا منهـــا, قوله تعالى:" وَلَا تَقْرَبُوا الزِّنَـا إِنَّهُ كَانَ فَاحِشَةً وَسَاءَ سَبِيلًا."[4] وقولـه:" وَلَا تَنكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُم مِّنَ النِّسَاءِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ إِنَّهُ كَانَ فَاحِشَةً وَمَقْتًا وَسَاءَ سَبِيلًا.[5]

و نلاحظ هنـــا أن الفقرة لم تحـدد المقصود بالفاحشـــة و نعتقد أن المقصود بهـا: فعـل الزنا ممـا يمس بالأمانة الزوجية و بكرامة الزوجة.[6] و كذا الشرك بالله, والردة أو الاعتـــــداء على قاصرة و كل فعل مخل بالآداب بصفة خطيــرة.[7]

ما يسجل على هذه الفقرة أن المشرع استعمـل عبارة فضفاضـة –فاحشة مبينة– ولم يعـط أمثـلة عـن ذلك و ترك الأمر لتقدير القاضي, الأمر الذي يجعل الأحكـام متذبذبـة بحيث قد يرى قاضي أن حالـة معينـة تشكل فاحشـة مبينـة, في حين يرى آخـر أن نفس الفعل لا يعتبر كذلك, لذا كـــان

---

[1] سليمان ولد خسال, المرجع السابق,ص 205

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

[3] العربي بلحاج. المرجع السابق, ص 305

[4] سورة الإسراء, الآية 32

[5] سورة النساء, الآية 22

[6] عبد العزيز سعد, الزواج و الطلاق في قانون الأسرة ,ص 275

[7] العربي بلحاج, مرجع سابق, ص 305

على المشرع الجزائري أن يعط تعريفا دقيقا لهذا المصطلح أو على الأقل إعطاء أمثلة عن ذلك للقياس عليها حتى تكون الأحكـــام مستقـرة. [1]

**ج) التطليق للعيوب التي تحول دون تحقيق الهدف المرجو من الزواج:** نتناول فيــه التطليق للعيوب و الشقـاق المستمر بين الزوجين و سنطرح فيه اشكاليـــة النشوز كسبب من أسبــاب فك الرابطة الزوجيــة؟ وكذا التطليق لمخالفة الشروط المتفق عليها, وأخيرا لكل ضرر معتبر شرعا:

* **التطليق للعيــوب:** اعتبارا من أن الحيـاة الزوجيـــة تبنى على التـــآلف و الود بهدف إحصان الزوجين و المحافظة على الأنساب, إلا أنه هناك ما قد يعكر صفو الحياة الزوجية و يجعلهـــا لا تحقق الأغراض بسبب وجود عيوب و أمراض تؤثر على مقـــاصد الزواج وهو ما أشارت إليه الفقرة 02 من المـادة (53), وهي العيـوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج.[2]

والتطليق للعيوب يبرره السعي و التطلع لتحقيق المقاصد الشرعيـــة من الزواج كالإحصان, و انجاب الذريــة, و تحقيق المودة و الرحمة في الأسرة انطلاقا من علاقة الزوجين ببعضهما.[3]

أقر الفقهـــاء و كذلك القانون لكـلا الزوجين معـــا الحق في طلب الطـــلاق إذا تبين وجود عيوب في أحد الزوجين من شأنهـــا أن تؤثر على الحيـــاة الزوجيـــة, وهذه العيـوب تقســم 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 الجوهريـــة للفرقـــة, و القاضي عادة لا يقضي بالطلاق إلا إذا تأكد من وجود العيب و مدى تأثيره على الحياة الزوجية, كما قد يستعين بالخبرة العلميـــة في هذا المجـــال.

-**العيوب الغير مانعة من الدخول و لكنها تؤثر على الحياة الزوجيـــة:** كالأمراض المزمنـة أو المعديـة أو المنفرة, كالجذام والبرص والجنون, ويضـاف إليـه في الوقت الحاضر مرض الايدز أو فقدان المناعـــة المكتسبة, وهذه الأمراض بلا شك تؤثر بشكـل أو بآخر على الحيـاة الزوجيـة.[4]

وبتحليلنـــا للفقرة نلاحظ أنهـا وردت مطلقـة بحيث شملت كل العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف المنشود من الزواج, بدون تحديد لنوع هذه العيوب, و قد أحسن المشرع فعـــلا لأن العيوب و الأمراض التـــي تحـول دون تحقيق الهدف من الزواج كثيرة و متنوعة ومن الصعب حصرهـــا,

---

[1] احمد نصر الجندي, المرجع السابق, ص 119

[2] عبد العزيز سعد,الزواج و الطلاق في قانون الأسرة , ص 276

[3] الهادي بن زيطة,المرجع السابق,ص 148

[4] الرشيد بن شويخ, شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل,ط01,,دار الخلدونية للنشر و التوزيع, الجزائر,2008 , ص193

فترك المجال واسعا للاجتهاد القضائي و السلطة التقديرية للقاضي على أساس معيار موضوعي في تحديد أو تفسير هذه العيوب و ذلك بتوافـــر شروط حتى يكون للزوجــة الحق في رفع دعوى التطليق على أساس العيوب وهــي:

**1/** أن يكون العيب في الزوج دون الزوجة, لأن العيوب إذا كانـــت في المرأة فلا خيار للرجل في فسخ الزواج لأنه يملك تطليقها في أي وقت شـــاء طبقا لإرادتـــه المنفردة.

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

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

**4/** أن ترفع دعوى التطليق لدى القاضي وهو الأمر القاطع للشك بأنهـا غير راضيـة بالحيـــــاة المشتركة مع زوج معيـب.

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

وبالنسبة لكيفية إثبات العيب بدعوى التطليق في القانون, فإنه يثبت بكافـة الوســـائل القانونيـة الممكنـة كشهادة الشهود أو الشهادات الطبية, كمـا يجوز للقاضي أن يأمـر بعرض الزوج المدعى عليــه علـى طبيب خبير إذا عجزت الزوجة عن إثبـــات ذلك بالوسائل الأخرى, وكان القاضي لا يستطيع الوصول لمعرفة الحقيقة بغير ذلك, ثم يصدر حكمــه بالتطليق أو برفضـــه حسب ما هو موجود بين يديه من دلائل و حجج إثباتيـــة.[4]

***التطليق للشقاق المستمر بيـن الزوجيـن:** استحدث المشرع هذه الفقرة بموجب التعديل الأخير, واعتبر الخصام المستمر بين الزوجين من الأسباب التي تجيز للزوجـة طلب التطليق من القاضي ومصطلح الشقاق يقصد به استحكام العداء و الخلاف الذي يعرض الحياة الزوجية الضياع. [5]

---

[1] العربي بلحاج, المرجع السابق, ص 282

[2] عبد العزيز سعد, الزواج و الطلاق في قانون الأسرة , ص 277

[3] فضيل سعد, شرح قانون الأسرة الجزائري في الزواج و الطلاق, المؤسسة الوطنية للكتاب,(د.ط),ج01, الجزائر, 1985,ص 279

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

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

فاستمرار الشقـاق بين الزوجين قد يخل بأهداف الرابطة الزوجية التي تقوم على أساس الرحمـة و المودة و المعاشرة الخيرة, وبالتالي فهو حق يمنح للزوجـــة تمارســـه للحفاظ على الاستقرار النفسي للزوجين و للأولاد بدلا من الاستمرار في الخلاف و الصراع, مع الإشـارة إلى أن المشرع الجزائري قد أورد هذا السبب ببند مستقل في وقت تلحقه جل التشريعـــات إلى البند العاشر من نفس المادة أي الضرر المعتبر شرعـــــا.[1]

ومصدر هذه الفقرة المستحدثة الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا, و تجسد ذلك فعليـــا في بعض القرارات منها: القرار الذي جاء فيـه: (من المستقر عليه قضاء أنه يجوز تطليق الزوجة لاستفحـال الخصام و طول مدته بين الزوجين باعتباره ضرر شرعيا. متى تبين في قضية الحال أن الزوجـــة تضررت لمـــــدة طـول الخصـام مـع الـزوج, وأن الـزوج هو المسـؤول عن الضـرر لأنـه لـم يمتثـل للقضـاء بتوفيـر سـكن منفرد للزوجة, مما يجعل الزوجة متضررة, ومحقة في طلبها التعويض, وعليه فإن قضـــاة الموضوع لمـا قضوا بتطليق الزوجة لطول الخصام, و بتظليم الزوج و تعويـض الزوجة طبقوا صحيح القانون.)[2] فالقرار يعتبر طول الخصام بين الزوجين و الثابت بموجب أحكام قضائيـــة سابقة ألزمت الزوج بتوفيـر مسكن منفرد و عدم تنفيذ ذلك, لما جعل الخصام طويل الأمد و معـه تعين اعتبار الزوجـــة متضررة جراء عدم امتثال الزوج للأحكام الصادرة, مما جعل طلبهـــا الرامي للتطليق مؤسسا, لهذا فقد حظي الاجتهـاد القضـــائي بعناية المشرع و ارتـقى لمرتبـــة القاعـدة القانونيـة إذ خصصت له المادة (53) المعدلـة الفقرة 08, وأضحت مستقلـة عن فقرة الضرر المعتبـر شرعـــا.[3]

وبمجرد رفع دعوى الطلاق يتعين على القاضي وجوبـــا تعيين حكميـن من أهل الزوجيـن بغيـة التوفيق, والإصـــلاح بينهمـا و يقدمـان تقريرهما في أجل شهريـن من تاريخ تعيينهمـــا. فإذا لم يفلح

---

[1] سميرة معاشي, المرجع السابق , ص 208

[2] المحكمة العليا, غرفة الأحوال الشخصية, ملف رقم:224655 , قرار بتاريخ:1999/06/15,ص 128,عن باديس ديابي , قانون الأسرة على ضوء الممارسة القضائية, دار الهدى, الجزائر, 2012, ص 53

[3] باديس ديابي, صور فك الرابطة الزوجية, ص 45

الحكمـــان في الإصلاح بينهمـــا بعد أن يقدما تقريرهما, وتبين أن لا فائدة ترجى من هذا الصلح قضى القاضي بالطلاق بينهمـــا وهو ما نصت عليه المـــادة 56 من قانون الأسـرة.[1]

**- النشوز كسبب من أسباب فك الرابطة الزوجيـة:**

قد يكون الخلاف و الشقاق بين الزوجين مرجعـــه نشوز الزوجة وعدم طاعتها لزوجها كما يرجع ذلك بسبب تصرف الزوجين معـا دون معرفـــة المتسبب منها فيه, و يمكن أن يكون مرجعه نشوز الزوج و كراهيته لزوجتـه فيدفعـــه ذلك بالإضرار بها, وقد عالـج القرآن الكريم هذه الحالات بأحكام خاصـة فشرع لكل حالـــة ما يناسبهـــا من العـــلاج.[2]

سنحاول بيان أحكـــام النشوز الزوجي و موقف قانون الاسرة منه بعد تحديد المقصود بالنشوز؟

**- المقصـود بالنشـوز الزوجـــي:**

**النشوز لغـــــة:** مصدر نشز, ويطلـــــق على المتن المرتفع من الأرض, و على حـواف الوادي المرتفعة و الجمـع أنشاز و نشوز, لذا سميت قطعـــة اللحم الزائدة على الجسم نشوز و قيل ذاك رجل ناشـز الجبهـة, إذا كـان مرتفع اللحم بهـا, و قلب ناشز إذا ارتفع عن مكانه من الخوف.[3]

و النشوز من النهـوض مصداقا لقوله تعالـى: " وَإِذَا قِيلَ انشُزُوا فَانشُزُوا." [4]

ونشز الرجل نشوزا: إذا كان قاعدا فنهض قائمـــا, قال تعـالى:" وَانظُرْ إِلَى الْعِظَامِ كَيْفَ نُنشِزُهَا ثُمَّ نَكْسُوهَا لَحْمًا فَلَمَّا تَبَيَّنَ لَـهُ قَالَ أَعْلَمُ أَنَّ اللَّهَ عَلَىٰ كُلِّ شَيْءٍ قَدِيرٌ "[5] أي نركب بعضها فـــوق بعض.

**النشوز في الفقـه:** تأثر معنى النشوز فقهـــا بالمعنى اللغوي, بمعنـى ارتفـاع كل من الزوجين عن صاحبه, وما يترتب على هذا الارتفاع من كراهية لصاحبه و عصيـــــان. فمعنى النشوز: معصية الزوجـة لزوجهـــا فيمـــا فرض الله عليهـــا من طاعـــة, ويكون من الزوج بمعنى رجل ناشز أي أضر بزوجته و جفاهـا.[6]

ولعـل هذا ما يفيد بأن ما يفعلـه الزوج الناشز بزوجتـــه من جفـاء و ضرب هو نـوع من التقصير بواجباتـه نحوها, بايقـــاع نوع من الضرر بزوجتـــه و لعـــل ذلك ما رآه بعض العلماء و جعل من

---

[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

[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

[6] علي محمد قاسم, نشوز الزوجة,دار الجامعة الجديدة للنشر ,مصر, 2004,ص 10

عقوبته إذا لم تتحقق الفائدة من وسائل العلاج الأخرى , بأن هذا الضرر هو من موجبات التفريق بينهما والذي سنبينه لاحقـــا.[1]

**- أحكـام النشـوز الزوجـــي:**

كمـا أسلفنـــا الحديث فإن النشوز قد يكون من الزوجـــة كما قد يكون من الزوج, وهومـا يجعلنـــا نتناوله بالتحليل وفقا لما أقرته الشريعـــة الاسلاميـــة ثم نتطرق إلى موقف قانون الأسرة منـــــه.

**أ) النشوز وفقا لأحكام الشريعة الإسلامية**

**1- نشـــوز الزوجـــــة:**

ورد الكلام عن نشوز الزوجة في قوله تعالى:' وَاللَّاتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَاهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ وَاضْرِبُوهُنَّ فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلًا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيًّـــا كَبِيرًا." [2] الخوف فـــي الآية يقصد به العلم, فيكون تقديرها و اللاتي تعلمون نشوزهن فعظوهن, وقد ذكر الفقهـاء أسبابـــا تعد المرأة بموجبها ناشزا منها: أن تخرج من بيت الزوجية بلا إذن الزوج, أو أن تسافر بغير إذنـه, أو تمتنع عن السفر أو الانتقـال معه إلى حيث يريد, أو تمنعه من وطئهـا أو الاستمتـاع بهـا أو تتطاول عليه بلسانهـا, أو تترك حقوق الله تعالى من غسل و جنابة, أو صلاة أو صيـام رمضان أو غير ذلك مما يشتمـــل على معصية الزوج والتعالـى عليـه.[3]

فـــإذا أصبح خلق المرأة على الوصف الذي ذكره الفقهاء, و الذي تعد به ناشزا في نظر الشرع سـواء ظهر ذلك منها جليـــا أو بدأت ملامحه, على الزوج أن يبادر إلى معالجة هذا الطارئ الذي يهدد كيان الأسرة قبل أن يستفحل و يتعاظـم, وبالتالي يعسر إعادة الحيـاة الزوجيـــة إلى الطمأنينة و الطاعـة و العلاج الذي وضعه الشارع في يد الزوج لاصـلاح حـــال زوجـة علاج متنوع حددتـه الآيـة الكريمـة متمثل في مراحـل ثـــلاث:[4]

**الموعظـة الحسنـة:** وذلك عن طريق تذكيرها بالله في الترغيب لما عنده من ثواب, والتخويف لمـــا لديـــه من عقاب إلى ما يتبع ذلك مما يعرفها به حسن الآداب في اجمال العشرة و الوفاء والقيـــام بحقوق الطاعـة للزوج و الاعتراف بالدرجة التي لـــــه عليهـــا.

---

[1] احمد المومني, اسماعيل أمين نواهضة, الأحوال الشخصية فقه الطلاق و الفسخ و التفريق و الخلع, ط01, دار المسيرة, عمان, 2009, ص 94

[2] سورة النساء, الآية 34

[3] على محمد علي قاسم, المرجع السابق,ص 15

[4] عبد المومني بلباقي, المرجع السابق,ص 103

**الهجر في المضجع:** و قد اختلف العلمـــاء في كيفية الهجر في تفسيره للآيـــة: " وَاهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ ." أي المراقد فلا تدخلوهن تحت اللحف, و لا تباشروهن فيكون كنايـــة عن الجمـاع. [1] وقد يصحب الهجر في المضجع هجر في الكلام فإذا وجد فلا تنبغي الزيادة على ثلاثة أيام لورود النهي عنـــــــه.

**الضرب الغير مبرح:** و المعبر عنه في الآية بقولـــه:" واضربوهـن" إذا جرب الزوج مع زوجته كل ما سبق ذكره ولم ترتدع انتقل بها إلى الوسيلـة الأخيرة من وسائـــل التأديب التي يملكهـــا و هي الضرب, وبه يحافظ على كيان الأسرة و تماسكها و هو لا شك أهون على الزوجـة و على الأسرة بكاملهـا من الفراق, فالضرب ما هو إلا وسيلـة تربويـة تأديبية يقصد به اصلاح حال الزوجة إذا ما دعت الحاجـة, مع مراعاة القيود و الضوابط الشرعيـــة.[2]

بعد عرضنـا لهذ المراحـــل نقول: إن الله عز وجل عقب عليها بقولـه:" فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلًا " أي إن تركن نشوزهن و أطعنكن, فأزيلوا عنهن التعرض لهـن بالأذى, ثم ختم الآية بقوله:" إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيًّا كَبِيرًا. " ليبيـن للأزواج بأنه إن علت أيديهم على زوجاتهم بالظلم فليعلموا أن قدرة الله عليهم أعظم من قدرتهم عليهن, وعليـه ندبهـــم لاجتنـاب ظلمهـن.[3]

**2- نشـــوز الــزوج:**

يوضـح ذلك قولـه تعالـى:" وَإِنِ امْرَأَةٌ خَافَتْ مِن بَعْلِهَا نُشُوزًا أَوْ إِعْرَاضًا فَلَا جُنَـــــاحَ عَلَيْهِمَا أَن يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًـا وَالصُّلْحُ خَيْرٌ..."[4] بينت الآيـــة ثلاث حالات لتعامـل الزوج مع زوجتـــــه نوجزها فـي الآتـي:

- **نفور الرجل عن المرأة:** و تكون في حالـــة خوف المرأة من زوجهـــا أن ينفر, أو يعرض عنها, فلهـا أن تسقط عنه حقهـا كلـه, أو بعضـه من نفقـة أو كسـوة أومبيت, ولـــه أن يقبل ذلك منها, و لا حرج عليهمـا في ذلك.[5] و مما يؤيد هذا ما ورد في الصحيحين عن عائشة قالت:" لما

---

[1] نصر سلمان, أحكام النشوز الزوجي في ضوء الكتاب و السنة و قانون الأسرة الجزائري, مجلة المعيار,العدد 27,ديسمبر قسنطينة, الجزائر, ديسمبر 2011, ص 10

[2] عبد المؤمن بلباقي, المرجع السابق,ص 107

[3] نصر سلمان, المرجع السابق,ص 338

[4] سورة النساء,الآية 128

[5] نصر سلمان,المرجع السابق,ص 340

كبرت سودة بنت زمعــة وهبت يومهـــا لعائشــة, فكان النبي عليه الصلاة والسلام يقسم لهــا بيوم سـودة".[1]

– **اتفاقه معها بأن يخيرها بين الاقامة معه أو الفراق:** خير من تمـــادي الزوج على أثـــره غيرها عليه, ومن ذلك أن رافع بن خديج رضي الله عنـــه كانـت عنده امرأة حتى إذا كبرت تزوج عليها فتات شابة, وآثر عليها الشابة فناشدته الطلاق, فطلقهـا تطليقــة, ثم أمهلهـا حتى إذا كادت تحل راجعها, ثم عاد فآثر عليها الشابة فناشدته الطلاق, فقال لها:" ما شئت انما بقيت لك تطليقـة واحـدة, فإن شئت استقررت على ما ترين من الأثرة, وان شئت فارقتك, فقالت: لا بل أستقر على الأثرة فيما آثر به عليها."[2]

و لكن يرد على ذلك بأن الأصل في التعدد العدل لا الأثرة وذلك بقولــه عز وجل: فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً."[3] فلا يترك كتـــاب الله و يؤخذ بأثر موجود في غير الصحيحيـن.

– **فراقـه لهـا:** فقد أخبر الله عزو جل أنهمـــا إذا تفرقـــا, فإن الله يغنيه عنها, ويغنيها عنه بأن يعوضه الله من هو خير له منها, و يعوضها عنه بمن هو خير لها منـــه.[4]

فإذا تجاوز الزوج الحدود كأن أســاء خلقــه نحوها بمثل ضرب أو سب أو منعها مما تستحقه عليه كالنفقة و المبيت و نحوهما من غير أن تتنــازل عن شيء له, و لم يشأ الطلاق مخالفا بذلك المبدأ الذي تقوم عليه الحياة الزوجية من امســاك بمعروف و تسريح بإحسان, فلها عندئذ أن ترفع أمرها للقاضي ليدفع عنها الظلم و الإيذاء, وحق التظلم لدى القاضي ليس قاصرا على المرأة فـقط إذ بإمكان الرجل الذي أضرت به زوجته أن يرفع دعوى ضدها, ويطلب المخالعة كي يسترد مـــا أعطاها من مهر أو جزء منــه, والأمر في ذلك يرجع إلى القاضي, و هذا نظير تطليـق زوجتـــه عليه و لو من غير رضاه إذا كانت الاســـاءة منــه.[5]

---

[1] 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 و السلام.

[2] البيهقي, أبو بكر محمد بن الحسين بن علي, السنن الكبرى, باب: الرجل يدخل على نسائه نهارا للحاجة لا ليأوي(300/7), ط01, دار المعرفة, الجزء05, السعودية, 1994.

[3] سورة النساء, الآية 03

[4] نصر سلمان,مرجع سابق,ص 341

[5] عبد المؤمن بلباقي, المرجع السابق,ص 141

**ب) موقف قانــون الأسـرة مـن النشـــوز:**

تطرق قانون الأسرة إلى مسألـــة النشوز في المــادة (55) منه,[1] حيث جاء فيها: "عند نشوز أحد الزوجين يحكـــم القاضي بالطلاق و بالتعويض للطرف المتضرر."

فالنشوز من الحالات التي يمكن أن يستند إليهــا القاضي في اصدار حكم بالطلاق, ومهمـا يكن فهو يعد من الوقائـع الموضوعية التي يتمتع قاضي الموضوع بتقييمها, ولـه سلطة مطلقة في تقدير عناصر و مكونات النشوز,على أن يعتمد فقط على أمور مستساغة اجتماعيـة ومقبولـة أخلاقيـا و قانونيا, و عليــه إذا فحص القاضي المعروض عليــه طلب الطلاق بسبب النشوز كل العناصر المقدمـة إليه من المدعي و ثبت له اقتناع سليم بنشوز المدعى عليـه 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 عليـه بالتعويض عما أصاب المدعي من أضرار مادية أو معنويــة.[2]

**-الحكــم بالطـلاق لنشـوز الزوجـــة:**

إذا رفع الزوج دعوى الطلاق لنشوز الزوجـــة, يجري القاضي طبقا لأحكام المادة (49) من قانون الأسرة,[3] جلسة الصلح التي تعـد اجراء جوهري شكلي من النظـــام العام في جميع قضايا الأحوال الشخصية, و عدم القيام بها يترتب عليه بطلان العمل القانوني كمـــا أسلفنـــا مسبقـــا, و يحاول القاضي في جلسـة الصلـح تقريب وجهات النظريين الزوجيـن, و التوفيق بينهما و محاولة اقناعهما بضرورة التفكير في مصلحة الأسرة و خاصة مصلحة الأبناء. كما يحـــاول القاضي اقناع الزوجة بالرجوع على نشوزها و بمراجعة نفسها, وفي حالـــــة فشل محاولــة المصالحـــة يجري القاضي محضرا بعدم الصلح. ويقع عبئ اثبـــات حالـــة النشوز على الزوج, فيقدم الدليل على ما يدعيه بمبررات شرعية و إلا عد طلاقا تعسفيـا, وعند اثبات الزوج طلبه للطلاق بإخلال الزوجة بالتزاماتها الزوجيـة و تعديها على حقوق زوجهـا, و أثبت نشوز الزوجة يكون الطلاق بتظليم من الزوجة.[4]

ونلاحظ هنـا أن المشرع الجزائري في قانون الأسرة الجزائري لم يبين طرق اثبات النشوز, إلا أن المعمول به من الناحيـة الواقعيـة أن القاضي يحكم بالطلاق لنشوز الزوجة إذا صدر حكم يقضي

---

[1] القانون رقم (11/84)المتضمن قانون الأسرة, ص913

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

[3] الأمر رقم (02/05) المتضمن قانون الأسرة, ص 21

[4] نصر سلمان, المرجع السابق,ص 21

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.[1]

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."[2]

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 قضاءا."[3]

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.[4]

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.[5]

---

[1] زودة عمر, طبيعة الأحكام بانهاء الرابطة الزوجية و أثر الطعن فيه, EncyclopédieEdition ,الجزائر,2003 , ص 108

[2] المحكمة العليا, غرفة الأحوال الشخصية, ملف رقم: 345125, قرار بتاريخ: 2005/10/12, نشرة القضاة, العدد 61,ج01, ص 332

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

[4] زودة عمر,المرجع السابق,ص109

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

اضافة إلى قرار آخر جاء فيه:" إن اشتراط الزوجة الأولى توفير سكن منفرد لها عن الزوجة الثانية للرجوع لا يشكل نشـــوزا."[1]

**-الحكـم بالتطليـــق لنشـوز الزوج:**

بالرجوع إلـــى الواقع المعمول به في المحاكم نجد أن قضـاة الموضوع بعد إجراء محاولـة الصلح وتحرير محضر عدم الصلح, و بعد التحقق و مناقشـة طلبـات و دفوع كل من الطرفين, يحكـــم القاضي بالتطليق لنشوز الزوج إذا صدر حكم نهائي برجوع الزوجة لمحل الزوجيـة ولم يسع الزوج لتنفيـــذ الحكـم أي لم يسع لإرجـاع زوجته عندئذ يجوز للزوجـة طلب التطليق للضررأي لنشـوء الزوج.[2] وقد صدرت في هذا الصدد العديد من القرارات أهمهـــا:

"من الثابت شرعا و فقها أنه في حالـة الخصام بين الزوجين فإن حضور الزوج لبيت أهل الزوجة و طلب رجوعهـا إلى بيت الزوجيـة مرغوب لرد كرامتها لبناء حياة زوجية صحية. ولما كان من الثابت-في قضيـة الحـال- أن قضاة المجلس لما قضوا بجعل مسؤولية الطلاق على عاتق الزوجة باعتبارها ناشزا فإنهم أخطأـوا في تفسير القـانون و الشرع لأن الزوجـة لا تعد ناشزا بـل اشترطت لرجوعها حضور الزوج إلى بيت أهلهـا كرد لكرامتهـا وهو الشرط الذي تنتفي معه حالـة النشوز بأغلبية آراء الفقهـاء فإنهم أخطأوا في تفسير القانـتون.[3]

و في قرار آخر جاء فيه: "إن المبادرة بتنفيذ حكم ارجاع الزوجة إلى البيت الزوجـي تكون وجوبا على عاتـق الـزوج."[4]

**3- التطليق لمخالفة الشروط المتفـق عليهـا في عقد الزواج:**

أجـاز المشرع بموجب المـادة(19) من قانون الأسـرة,[5] الاشتراط إما في نفس العقد أو فـــي عقد رسمي لاحق, كشرط عمل المرأة أو عدم الزواج عليها, و إذا تضمن عقد الزواج جملة من الشروط

---

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

[2] زودة عمر, المرجع السابق, ص 200

[3] المحكمة العليا, غرفة الأحوال الشخصية, ملف رقم:184055, قرار بتاريخ:1998/02/17,المجلة القضائية لسنة 1998, العدد02, ص85

[4] المحكمة العليا, غرفة الأحوال الشخصية, ملف رقم:374449, قرار بتاريخ:2006/12/13,المجلة القضائية لسنة 2007, العدد01,ص 505

[5] الأمر رقم (02/05)المتضمن قانون الأسرة, ص20

كانت الزوجـــــة قد اشترطتهـا يتوجب علـى الزوج أن يفي بهـا و يسعى لتنفيذهـا, وإذا لـم يمتثل و خالفها جاز للزوجــة إما المطالبــة بتنفيذهـا على الوجه المطلوب, و إذا لم يحصل الدخول جاز المطالبة بفسخ العقد, أما بعد الدخـول فلا يبقى أمامهـا سوى المطالبة بالتطليق إذا رأت ضرورة. [1]

بناء على الفقرة التاسعة من المادة(53) المستحدثة بموجب تعديل (02/05) التي تنص " يجوز للزوجـة أن تطلب التطليق لمخالفـة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج."و في هذا المجال تقرر فقها و قضاء جواز اشتراط الزوجة في عقد الزواج ما تشاء من الشروط التي تكون فيهـا فـائدة بشـرط أن لا تحلل حراما و لا تحرم حلالا, و أن لا تتناقض هـذه الشروط مع روح العقـد.[2]
و عليه فإنــه كما يحق للزوج أن يشترط شروطـا على الزوجة يراها ضرورية, ولا تتنافى مع أحكام قانون الأسرة, فللزوجة أيضا الحق في وضع شروط حتى تحمي نفسهـا من تعسفـات الزوج.[3]
ونظرا لصعوبة التحكم في الشروط التي لا تتنافى مع أحكام القانون من قبل ضابط الحالة المدنية, فإنه يمكن اقتراح مجموعة من الشروط على سبيـل المثال, و من الواقع المعاش, إذا ما اشترطـا الزوجان شروطـا لم تسجل لدى ضابط الحالة المدنية, أمكن اللجوء الــى قاضي شؤون الأسـرة للنظر فيها قبولا أو رفضا, وعليه فإن الاخلال بالشرط يعد سببا قانونيا موجبا للتفريق بين الزوجين بطلب من الزوجــة إذا أخل الزوج بالشرط المتفق عليـــه.[4]

4- **التطليـق لكـل ضرر معتبـر شرعـا:** نصت المـادة (53) في فقرتها العاشرة من قانون الأسرة, على حق الزوجـة في طلب التطليق لكـل ضرر معتبر شرعا من طرف الزوج. وتبعا لذلك لم يحدد المشرع نوعيـة الضرر الشرعي, و أورد عبـــارة عامـة شاملة تاركا للقاضي سلطة تقديرية و موضوعية مطلقــة و يكون الضرر معتبرا شرعـا إذا لم يوفر الزوج السكن اللائق الشرعي, أو أهمل النفقة الشرعيـــة, أو أساء معاملـة الزوجة عن طريق الإهانــة أو الضرب أو السب, و كذا في حالـــة قساوة المعاملة أو التعذيب الجسدي, أو ترك بيت الزوجــة أو التهرب من الواجبات الزوجيـة دون سبب شرعـي.[5]

---

[1] محمد باوني, عقد الزواج وآثاره, ط01, منشورات مكتبة اقرأ, الجزائر ,2009 , ص 70

[2] سميرة معاشي, المرجع السابق, ص 208

[3] 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

[4] سليمان ولد خسال, المرجع السابق,ص 135

[5] لحسين بن الشيخ آث ملويا. المنتقى في قضاء الأحوال الشخصية, ط02, دار هومة, , الجزائر, 2006, ص 334

وبالرجوع للفقرة العاشرة, واستنـادا الى المـادة (56) من قانون الأسرة نلاحظ أن شروط التطليق للضرر:

-وقـــوع ضرر من الزوج.

- كون الضرر مما لا يستطاع معه دوام العشرة الزوجية.

- عجز القاضي عن الإصلاح بين الزوجين. وهو ما نصت عليه المـادة (56) من قانـون الأسرة كما أسلفنـا الحديث مسبقـا, والجديد الذي أتت به المـادة (53 مكرر) من قانـون الأسرة, [1] أنـه: " يجوز للقاضي في حالة الحكم بالتطليق أن يحكم للمطلقـة بالتعويض عن الضرر اللاحق بهـا." 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 الدعـوى.[2]

**II. الخـلـــع:**

لما كانت الزوجـة لا تملك الطلاق, و كرهت الاستمرار في الحياة الزوجية للإضرار, أو غير ذلك من أسبـاب نفورها من زوجها, فتح الشارع لهـا بـاب الافتداء لتذليـل ما يترتب على الطـلاق من عقبات مالية بتعويض الزوج مما أنفق عليها.[3] لقوله تعالى:" وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَن تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلَّا أَن يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا وَمَن يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ" [4]

ووجد الخلـع في قانـون الأســـرة عند انتفاء الأسباب المستند عليهـا في المادة (53) لطلب التطليق, و شروطه تختلف عن هذا الأخير, و هو ما نص عليـه المشرع في المـــــادة(54) من قانون الأسرة.[5] لذا سنحاول البحث عن مفهوم الخلـع و دليل مشروعيتـه و كذا أركانـــه ثم نوضح الطبيعة القانونية للخلع كالآتـــي:

**1-تعريف الخلـــع:** نتطرق هنـا إلى تعريف الخلع من الناحية اللغويـة, والفقهية و كذا القانونيـة.

---

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

[2] أحمد نصر الجندي, المرجع السابق, ص 121

[3] عثمان التكروري, شرح قانون الأحوال الشخصية, ط 01,دار الثقافة للنشر,ج 03, الأردن ,2007 , ص 207

[4] سورة البقرة, الآية 229

[5] الأمر رقم (02/05)المتضمن قانون الأسرة, ص 22

**أ-التعريـف اللغـوي للخلـــع:** الخلـع بمعنى النزع فنقول خلع الشيء يخلعـه خلعـا و اختلعه كنزعه إلا أن في الخلع مهلة.[1] والخلع بمعنى العزل أيضا. فنقول: خلع الولي أي عزله فكأنمـا أراد ازالته عن مكانه و عزلـه عنهـــا.[2]

**ب- التعريـف الفقهـي للخلـــع:**

-**عند المالكيـــة:** عرفـــه ابن رشد بقوله:" الخلع هو بذل المرأة العوض على طلاقهـــا."[3]

-**أمـا الحنفيـــة:** عرفه السيواســي بقوله:" لإزالة ملك النكاح ببدل بلفظ الخلـع."[4]

-**أمـا الشافعيـة:** عرفه الشربيني أنه:" فرقة بين الزوجين و لو بلفظ مفاده بعوض مقصـــود راجع لجهـة الزوج."[5]

-**والحنابلـــــة:** عرفه ابن قدامة أنه:" فراق الزوجة لزوجهـا بعوض بألفـــــاظ مخصوصة."[6]

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

**ج-التعريف القانوني للخلـــع:** نصت المادة (54) من قانــون الأسـرة على فك الرابطــة الزوجيـة بالخلع و جاء فيهـا:" يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسهـا مقابل مـــالي, وإذا لم يتفق الزوجـــان على المقابل المالي للخلـع, يحكم القاضي بمـــا لا يتجاوز قيمــة صداق المثل و قت صدور الحكم." و ما يلاحظ على هذه المادة أن المشرع عرف الخلع بأنه فـك للرابطــة الزوجيـــة بطلب من الزوجة مقابل مال تقترحـه على الزوج مفتدية به نفسـه, وقد حصر المشرع مجال الخلـع في كلمة واحدة و هي المخالعة, ولم يذكر غيرها من الألفاظ. ولعل هذا راجع لكونه لم يتطرق إلـى مسألة الخلع إلا في مادة واحدة من قانون الأسـرة. دون الإشـــارة إلى أحكـــام الخلـع كشروطـــه و أركانـه, ولا طبيعتـه القانونيـــة.[7]

وقد عرفه الأستــاذ عبد العزيز سعد بأنــه: " عقد معاوضــة رضــائي و ثنــائي الأطراف شـــرع لمصلحة الزوجة غايته انهاء الحياة الزوجية بحكم قضائي بنـاء على عرض أحد الزوجين و قبــول الآخر تلبية لرغبة الزوجة مقابل مال معلوم و مقوم شرعا تدفعــه الزوجـــة فيتفقان على

---

[1] ابن منظور محمد بن مكرم الافريقي المصري, المرجع السابق ,ص 76

[2] الرازي محمد بن أبي بكر عبد القادر, المرجع السابق,ص 78

[3] أبو الوليد محمد بن احمد بن رشد القرطبي, بداية المجتهد و نهاية المقتصد, ط04, ج02, 1975,ص 50

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

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

[6] ابن قدامة موفق الدين أبو محمد عبد الله بن احمد بن محمود, المرجع السابق,ص 57

[7] عبد العزيز سعد, الزواج و الطلاق في قانون الأسرة , ص 249

نوعــه أو مقداره في جلسة الحكم أو يحدد القاضي بما لا يتجاوز مقدار صداق المثل وقت الحكـم."[1]

وهذا التعريف جاء وفقا للمادة (54) القديمة من قـــانون الأسرة (11/84)[2] التي تنص على أنــه:" يجوز للزوجـة أن تخالع نفسهـا من زوجهـا على مـال يتم الإنفاق عليـه فإن لم يتفقـا على شيء يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمـة صداق المثل وقت الحكم." و بمقارنتها مـع المادة الجديدة من قانون الأسرة (02/05),[3] نلاحظ أن المشرع الجزائري كــان يعتبر الخلع طلاق بالتراضي إذ يجب فيه موافقـة الزوج ليقع, ولكن بعد تعديل قانون الأسرة الجزائري نلاحظ أن المشرع اعتبـــــر الخلع نوعا من أنواع الفرقــة لحل عقد الزواج, ويكون بطلب من الزوجـة دون حاجـة إلى موافقـــة الزوج. ومن هنا يمكن استخلاص تعريف للخلع أنه: تفتدي الزوجة من زوجها بمـال تقدمــه لــه ليطلقهـــا بحكم قضائي سواء رضي بــه الزوج أو لـم يرض.

**2- دليـل مشروعيــة الخلــع:** ثبـت دليـل مشروعيـة الخلع في القرآن والسنة, وكذا من الاجماع.

**- القرآن الكريم:**

**قوله تعالى:**" الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَـاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَـانٍ ".و قوله:"...لَا جُنَـاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ."[4] ووجـــه الاستدلال من الآيـــة الكريمـــة: بينت الآيـــة إذا تشاقق الزوجـان و لـــم تقم المرأة بحقوق الرجل و أبغضته, ولم تقدر على معاشرته فلها أن تفتدي منه لما أعطـــاها, و لا حرج عليهـا في بذلهـا لــه ولا حرج فـي قبول ذلك منها, و عليه تحل الفدية للزوج. يأخذها مقابل أن يطلقها و إذا حل للرجل أن يأخذ ما تفتدي به نفسهـا, فيكون ليس حرامـــا على المرأة أن تبذل ذلك المـــال لأجل الخلاص.[5]

**وقولــه تعالـى:**" وَآتُوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً فَإِن طِبْنَ لَكُمْ عَن شَيْءٍ مِّنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَّرِيئًا."[6] ووجه الاستدلال من الآية أنه يحل للرجال أن يأخذوا و يأكلوا مما تطيب به نفس المرأة, من غير

---

[1] عبد العزيز سعد, المرجع السابق, ص 250

[2] القانون رقم (11/84)المتضمن قانون الأسرة, ص 913

[3] الأمر رقم (02/05)المتضمن قانون الأسرة, ص 22

[4] سورة البقرة, الآية 229

[5] محمد سمارة, المرجع السابق, ص 303

[6] سورة النساء, الآية 04

فراق, و مادام الأمر كذلك فيحل له أكل ما طابت به نفسها عوضا عن الفراق. وبالتالي دلت الآية على مشروعية الخلـــع.[1]

**-السنة النبوية:**

أخرج البخاري في صحيحه, قال:" حدثنا أبو أزهر بن جميل, حدثنا عبد الوهاب الثقفي, حدثنا خالد بن عكرمـــة عن ابن عبـاس أن امرأة ثابت ابن قيس أتت النبي- عليه الصلاة و السلام- فقالت:" يـا رسول الله ثابت ابن قيس ما أعتب عليه في خلق, ولا دين و لكني أكره الكفر في الإسلام, فقال رسول الله -عليـه الصلاة- أتردين عليه حديقتـه؟ فقالت: نعم, قـال رسول الله- عليه الصـــلاة و السلام- اقبل الحديقة و طلقها تطليقـة."[2] و الحكمة من ذلك رفع الضرر عن الزوجة وتمكينها من الخلاص من رابطـة الزوجية عندمـا يفوت الغرض المقصود من الزواج لعدم الانسجام, فكان بدل الخلع من جانب الزوجة لرغبتهـا في الخلاص من زوجية فتحت لهـا أبواب الشقـاء لذا عليهـا أن تبذل لزوجها مالا للتخلص منها طالما كان النفور منها, لأن الزوج كان قد تكلف الأعبـاء الماليـة من مهرو نفقة و إعداد منزل, و بدل الخلع من الزوجة يعوضه ذلك فالمرأة افتدت نفسها منـــه.[3] **- الإجمـــاع:**

أجمعت الأمة الإسلامية منذ عصر الصحابـــة على جواز الخلـــع, و لم يعرف لهـم مخالف في عصرهم, أخذا من الآية السابقة في سورة البقـرة.

**3- أركان الخلـع:** لم ينص قانون الأسـرة على شروط الخلـع بل أهملهـا, و اكتفى بالإشـارة إلى جواز الطلاق بالخلع بمقابل مادي يتفق عليه الزوجـان أو يحدده القاضي لا يتجاوز قيمـة صداق المثل, و لهذا سنعالج هذه الشروط اعتمادا على قواعد الفقـه العامـة, و الخلع كبـــاقي العقـــود يحتاج إلى ايجاب و قبول, و يشترط فيـــه أن يكون الزوج أهلا لإيقـاع الطلاق, والمرأة محل لـــه, و له ألفـاظ خاصة بـ, كما تتم المفارقـــة بينهمـا ببدل يأخذه الزوج لطلاق الزوجـة. و على ذلك فأركان الخلـــع أربعة: الزوج, الزوجة, البدل, الصيغة اللفظية. نفصلهـا كالآتـي:

---

[1] محمد سمارة, مرجع سابق, ص 305

[2] محمد بن اسماعيل أبو عبد الله الجعفي البخاري, الجامع الصحيح المختصر, ط 03 , دار ابن كثير, , ج05, بيروت ,1987, ص2021

[3] رمضان على السيد الشرنباصي, أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية, منشورات الحلبي الحقوقية, لبنان,2002, ص 326

**شـروط الزوج في الخلـــع:**

ويقال الخالــع لأن كل منهمـــا يخلع صاحبـــه, جاء في القاموس المحيط:" و الخالــع: كل من المتخالعين".[1] و يشترط في الزوج أن يكون عاقلا بالغا, فالخلع كالطلاق يشترط في الزوج ما يشترط في الطلاق كما أسلفنا الحديث.

**شروط الزوجة في الخلــع:**

و يقــال المختلعـــة, والخالـع, يقول الرازي:" خالعت المرأة بعلها أرادتـه على طلاقهـا ببدل منها له فهي خلع و الاسم خلعة بالضم و قد تخالع و اختلعت فهي مختلعة."[2]

ويشترط الفقـــه الاسلامي بالنسبـة للزوجـة في حالـة الخلـع أن تكون متمتعة بأهليـة التبرع التي نصت عليها المادة (203) من قانون الأسرة,[3] و نصهـا:" يشترط في الواهب أن يكون سليم العقل بالغـا تسعـة عسر سنة وغير محجور عليـه." لأن العوض المـالي في الخلع من قبيل التبرعـات فيأخذ حكمـه, رغم أن الزوجـة تفتدي نفسها مقابل هذا الدفع, وبالتالي فإن كانت الزوجـة المخالعة لا تملك حق التصرف في أموالهـا كما لو كانت صغيرة لم تملك حق المخالعة شرعـــا.[4]

ومن الناحيـة القانونيـة إن كانت الزوجـة التي خالعهـا زوجهـا على مال, لم تبلغ سن الرشد المدنـي المحدد بتسعة عشرة سنة كاملـة المنصوص عليـه في المـادة (40) من القانون المدني,[5] لم يلزمها بدل الخلع إلا إذا وافق وليهـا على ذلك, طبقا لأحكام المـــادة (83) من قانون الأسرة التي تنص على أن:" من بلغ سن الرشد تكون تصرفاته متوقفة على اجـازة الولي إذا كانت مترددة بين النفع و الضرر و في حالة النزاع يرفع الأمر للقضـــاء."[1]

---

[1] مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز آبادي, القاموس المحيط, دار الكتاب العربي, ج01, بيروت, ص 921

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

[3] القانون رقم (11/84)المتضمن قانون الأسرة, ص 923

[4] القرطبي أبو الوليد محمد بن احمد ابن رشد, المرجع السابق, ص 41

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

**شروط الصيغـة في الخلــع:**

بالرجوع إلى الفقــه نجده لم يخصص لفظـا معينا للخلع, فألفاظه تختلف باختلاف المذاهب الفقهية فمنهم من حدد ألفاظا مخصوصة كالخلع و المبــارأة و المفاداة. ومنهم من لم يقيد الخلع بلفظ بـل بكل لفظ دال على معنى الخلـع كالصلــح و الفســخ.[2]

ونشير هنـــا إلى أن المـــادة (54) من قانون الأسرة (11/84) جاءت غامضة في صياغتها فلم تحدد ما إذا كان الخلع عقدا رضائيا أم تصرفـا إراديــا من طرف الزوجـــة, ولكن بعد تعديل سنـــة (02/05) فصل المشرع في المسألـــة و أجاز صراحة للزوجـــة الخلع دون موافقـــة الزوج ,

ومـــا يلاحظ على هذه المـــادة أنهـا لم تفصل بين الرضـا و الايجـاب و القبول أي الصيغة, فكان عليه أن ينص على أن الخلع يجب أن يكون بإيجاب و قبول, و أن يحدد الألفـاظ التي يقع بهـا الخلع, فالتعديل جاء تكريسا لاجتهاد قضـاة المحكمـة العليـا, حيث أنه ابتداء من سنة 1992 استقر رأيهم على اعتبـــار الخلع حقـا من حقوق الزوجــة تمارســه دون حاجـة لموافقة الزوج و في هذا الصدد صدرت العديد من الأحكام القضائية, أهمها:( الخلع رخصة للزوجة تستعملها الزوجة لتفتدي نفسها من الزوج مقابـل مبلغ مالي تعرضه عليـه, ومن ثم فإن قضـاة الموضوع لما قضوا بتطليق الزوجة خلعا دون موافقة الزوج طبقوا صحيح القانـــون).[3]

**شروط البـدل في الخلــع:** المقصود به: العوض الذي تلتزم به الزوجـة لزوجها في مقابل طلاقها, و الخروج من الزوجيـــة, عندمـا يشتد النزاع بينهمـا, و حين تجد الزوجـة أن البقـاء مع زوجهـا قد يوقعهـا فيمـا لا يرضى الله, و البدل يمثل ركن ركين في الخلـع إذ هو الذي أعطـاه أحكامـــه, و غايره عن الطلاق, وبـه يعرف و لا يصح دونــه.[4]

---

[1] العربي بلحاج, المرجع السابق, ص 266

[2] محمد سمارة , المرجع السابق, ص 310

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

[4] بدران ابو العينين بدران, المرجع السابق, ص 396

و بالرجوع لنص المـادة (54) من قانـون الأسرة نلاحظ أن المشـرع الجزائري لم يشر إلى مقدار العوض في الخلع, كما جاء في نص الفقرة 02 من ذات المـادة على أنــه عند عدم اتفاق الزوجين على المقابـل المــالي للخلع يحكم القاضي بمـا لا يتجاوز قيمـة صداق المثل وقت صدور الحكم, فقد جعـل المشرع في هذه الفقرة حـدا لمقدار العوض في حال عدم اتفـــاق الزوجيـن عليـه بأن لا يتجاوز قيمـة صداق المثل و قت صدور الحكم, وهذا التحديد غايتــه منع الابتزاز و التعسف من قبـل الزوج على الزوجة الممنوعين شرعـــا. اضافة إلى أن المـــادة لم تبين نوع العوض في الخلع و شروطه غير أنـه جـــاء في نصـا على أن الزوجة تخالع نفسها على مقابل مالـي, فالمشرع هنا استعمل مصطلح "مــال" ليعبر عن بدل الخلـــع, و المـــال يمكن أن يكون من النقـود و الأوراق المالية المتداولـــة عينـا أو عقارا أو منقولا, و كـذا كل الأشيـاء التي يمكن تقويمهـا نقدا أو عينـا و بالتـــالي يصـح أن يكون العوض في الخلع بكل ما يصح أن يكون صداقـــا.[1]

**4-الطبيعـــة القانونيـــة للخلـــع:**

اختلف الفقهاء في نوع الفرقة الواقعة بالخلع, فإذا وقع الخلع صحيحا فهل يكون فسخـا أو طلاقـا؟ سنحـاول التطرق لنوع الفرقة بالخلع في الفقه الإسلامي ثم القانـون الجزائـري تبـاعـا.

- **نـوع الفرقـة الواقعـة بالخلـع فـي الفقـه الاسلامـي:** اختلف الفقهـاء في ذلك إلى قوليـن:

**1/ القائلون بأن الخلع طلاق وأدلتهـم:** وهو منسوب للجمهور, و استدلـوا لذلك بالآيـــة الكريمـة: " الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَن تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلَّا أَن يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَـــا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا وَمَن يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَأُولَٰئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ."[2]

فقد أورد شيخ المفسرين الطبري, سبب نزول الآيـة مصرحـا بأنهـا جاءت لتحديد عدد الطلقـات, حيث كـان الناس في الجاهليـة لا حد لطلاقهم فجاءت الآيــة لتبين للأزواج عدد الطلقات المسموح

[1] العربي بلحاج, المرجع السابق, ص 267

[2] سورة البقرة, الآية 229

بها و بما أن الخلع ورد الكلام عنه في سيـاق الحديث عن عدد الطلقـات, فلا مناص من النظر إليه على هذا الأسـاس, و كل ما هناك أن الآية بينت نوع الطلاق فيـه, و أنه يحق للزوج استرجاع ما بذل من شروط, و لم تجعله نوعا مغايرا من الفـراق.[1]

كما استدلوا على ذلك بمـا رواه البخاري في صحيحه عن ابن عبـاس أنه عليه الصلاة و السلام قـال لثابت بن قيس:" اقبل الحديقة و طلقهـا تطليقـة ". فوجـه الاستدلال من الحديث أمر الرسول عليه الصلاة و السلام لثابت يه دلالة ظاهرة على أن الخلع طلاق وليس بفسخ.[2]

**2/ القائلون بأن الخلع فسخا و أدلتهم:** و يروى هذا عن ابن عباس –رضي الله عنـه– و أحمد بن حنبـل و هـو مذهب الشافعـي القديم فهـم يرون أن الخلـع ليس بطلاق و إنما فسخ. واستدلـوا على ذلك بما روي عن ابن عبـاس أن الله تعالى ذكر الطلاق مرتـان ثم أعقبه بالخلع. فقال:" فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ. "[3] ثم ذكر الطلاق الثلاث بقولـه:" إِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ ".[4]

فلو كان الخلع طلاقـا لازداد عدد الطلقـات على ثلاث وهو لا يجوز. وقد أجيب عن ذلك بأن الآيـة لم تشهد لمذهبهم, لأن ذكر الخلع فيها يرجع إلى الطلاقين المذكورين, فإنه تعالى ذكرهمـا أولا بغير عوض, ثم ذكر ما يكون بعوض, ثم ذكر الثالثـة بعد ذلك, فلم تلزم الزيـادة على الثلاث, ويجب حمل الآية على هذا لئـلا يلزم تغيير المشروع.[5]

كما استدلوا على ذلك بالحديـث الذي أخرجـه أبو داود و الترمذي قـال:" أنبأنـا محمد بن عبد الرحيم البغدادي أنبأنـا علي بن حجر, أنبأنـا هشام بن يوسف عن معمر عن عمر و ابن مسلم عن عكرمـة عن ابن عبـاس: أن امرأة ثابت بن قيس اختلعت زوجهـا على عهد النبي عليـه الصلاة والسلام, فأمرها النبي أن تعتد بحيضـة, قال ابو عيسى الترمذي: هذا حديث حسن غريب واختلف أهل العلم في عدة المختلعـة, فقـال أكثر أهل العلم من أصحاب النبي –عليه الصلاة و السلام– و غيرهم: إن عدة المطلقة المختلعة عدة المطلقة حيض".[6]

---

[1] الطبري محمد بن جرير بن يزيد بن خالد أبو جعفر, جامع البيان عن تأويل آيات القرآن, ,(د.ط), دار الفكر,ج02, ص 469

[2] المبروك المصري, المرجع السابق, ص277

[3] سورة البقرة, الآية 229

[4] سورة البقرة, الآية 230

[5] بدران أبو العينين بدران, المرجع السابق, ص408

[6] محمد بن عيسى أبو عيسى السلمي الترمذي, الجامع الصحيح سنن الترمذي, ,(د.ط), دار احياء التراث العربي,ج03, بيروت, ص 491

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 الخلـــــع تعدد من ثابت أو هما قضيتـــان وقعتـــا لامرأتين, و يحتمل أنـــه لم يتعدد, و يلزم عليـه اضطراب الحديث و يكون محتملا, و المحتمل لا حجة فيـــه.[1]

- **نوع الفرقـة الواقعـة بالخلـع فـي قانـون الأسـرة الجزائـري:**

لـم يورد المشرع أي نص بخصوص نوع الفرقـة الواقعـة بالخلـع هي طـلاق أم فسخ ؟ إلا أنه كان واضحـا بالتنبيه للاتجاه القائل بأن الخلـع يعد طلاقـا لا فسخـــا, وذلك واضح من خلال الترتيـــب الذي جاء بـه في قانون الأسرة, فقد خص المشرع في البـاب الأول في الفصل الثالث للفسخ تحـت عنوان النكاح الفاسد و الباطـل, وذلك في المواد(32 إلى غاية 35 ) من قانون الأسرة.[2]

كمـا أنـه أورد الطلاق في البـاب الثاني تحت عنوان "انحلال الزواج", وذلك في المادة (47) التي تنص على طرق فك الرابطـة الزوجيـة, سواء بالطـلاق أو الوفـــاة, ثم تطرق في المادة (48) من قانون الأسـرة إلى النص على: " أن عقد الزواج ينحل بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجـة في حدود ما ورد في المادتين 53 و 54 من نفس القانون".

و نجد المـــــادة (54) من قانـــون الأســـرة,[3] تنص على أن الخلع كصورة من صور فك الرابطة الزوجيـــــة موجودة في خانـــة الفصل الخاص بالطلاق, وهو يؤكد التأثـر الواضح و تبني المشرع الجزائري كليـة للرأي القائل, بأن الخلـع طلاقا لا فسخـا, على اعتبـار أن الفسخ في مفهوم المشرع الجزائري وجود عيب يشوب العقد و تمثل أساســـا في اختلال أحد أركـان العقد اشتماله على مانع أو شرط يتنـــافى و مقتضياتـــه, بينما الأمر يختلف عليـه في الخلـع إذ يرد على علاقـة زوجيـة صحيحة لم يعتريها أي عارض يعيب العقد, وإنما يتعلق الأمر بظهور عناصر خارجيـة و ظروف خارجة تماما عن العقد تستهدف وجود العلاقة الزوجية فلا يمكن حل هذه الرابطة إلا بالطـــلاق.[4]

---

[1] بدران أبو العينين بدران, المرجع السابق, ص 409

[2] الأمر رقم (02/05) المتضمن قانون الأسرة, ص 21

[3] الأمر رقم (02/05) المتضمن قانون الأسرة, ص 22

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

## المطلــب الثانــي
## النظـــام القانـــونـــي للحضانـــــة

يثبت على الطفل منذ ولادته ثلاث ولايات: ولاية التربية, والولاية على النفس و الولاية على المال إن كان لـه مال, وما يهمنا ولاية التربية أو ما يسمى بالحضانة.[1]

فمن أهم الآثـــار القانونيـــة لانحلال عقد الزواج وضع الطفل عند من هو أقدر على الاهتمام به و العناية بشؤونـــه, فالأصل في الحضانـة مصلحـة الصغير التي تعد العمود الفقري لهـــــــا.[2]

ولدراسـة هذه المسألـة و غيرها من المسائل المتعلقة بالحضانة قسمت هذا المطلب إلى فرعيـــــن نتناول فيهمـــا: المقصود بالحضانـــة؟ ثـــم نتطرق لشروط أحقيـــة الأم المطلقـــة بالحضانـــــة؟.

**الفــرع الأول: مفهـــوم الحضانـــة**

نتناول في هذا الفرع تعريف الحضانة و دليـل مشروعيتها كالآتـي:

**أولا: تعريف الحضانـــة**

و نعالج فيه كل من التعريف اللغوي و الفقهي, و القانوني للحضانة كالآتي:

**1-التعريف اللغوي للحضانـة:** -بفتح الحاء وكسرها- مأخوذة من الحضـــــن وهو الجنـــــب أو الصدر, و العضدان وما بينهمـــا, يقـــال حضن الطائر بيضه إذا ضمه إلى نفسه تحت جناحـه, وحضنت الأم ولدها إذا ضمته إلى جنبها أو صدرها, وقامت بتربيته, و تسمى حينئذ حاضنتـــه.[3]

---

[1] الإمام محمد أبو زهرة, المرجع السابق, ص 404

[2] العربي بلحاج, المرجع السابق, ص 379

[3] ابن منظور محمد بن مكرم الافريقي المصري, المرجع السابق (مادة حضن),ص 661

**2-التعريف الفقهي للحضانـة:** عرف الفقهاء الحضانـة تعريفات تكاد تتفق في ألفاظها ومدلولهـا وفيما يلـي عرض لبعض هذه التعاريـف:

- **المذهب المالكي:** يعرف الحضانـة بأنهـا: "حفظ الولد في مبيتـه ومؤنـة طعامـه و لباسـه ومضجعه وتنظيف جسمه."[1]

- **المذهب الحنفـي:** الحضانة هي:" تربية الولد ممن له حق الحضانـة."[2]

- **المذهب الشافعي:** تعرف بأنها:" حفظ من لا يستقل بأموره عما يضره, و تربيته بما يصلحـه."[3]

-**المذهب الحنبلـي:** " حفظ صغير و مجنون ومعتوه عما يضرهم و تربيتهم بعمل مصالحهم."[4]

**3-التعريف القانوني للحضانـة:**

جاء في المادة (62) من قانون الأسرة [5]:" الحضانـة هي رعاية الولد و تعليمـه و القيام بتربيتـه على دين أبيه و السهر على حمايته و حفظه صحة و خلقا." و يبدو من خلال هذا التعريف مدى حرص القانـون الجزائري على ابراز مهمة الحاضن, حيث توسع في تعداد واجباته نحو المحضون. وما يلاحظ على هذا التعريـف: إرادة عازمـة أظهرهـا المشرع الجزائري تجـاه هذا العمل الخطير و أحاطه بقيود يكاد يذهب بها معنى الحضانـة عن كل تربية تهمل الجـانب الروحي و العقائدي للطفل أو تضعف فيه الجـانب العقلي لحسـاب الجـانب الجسدي أو العكس, وأراد أن يلفت انتبـاه الحاضن إلى ما هو مقدم عليـه من واجبـات نحو المحضـون.[6]

و يعلق الأستـاذ عبد العزيز سعد على التعريف:" بأن تعريف قانون الأسرة على الرغم من احتوائه على أهداف الحضانـة و أسبابهـا يعتبر أحسن تعريف[7].

ولا سيما من حيث شموليتـه لأفكار لم يشملها غيره, و من حيث إنه تعريف جمع في عموميـه كـل ما يتعلق بحاجيات الطفل الدينيـة و الصحيـة و الخلقيـة والتربويـة و الماديـة."[1]

---

[1] الشنقيطي أحمد بن احمد الحكني, المرجع السابق, الجزء04, ص 214

[2] ابن عابدين محمد أمين بن عمر أفندي,رد المختار على الدر المختار, ص 252

[3] الخطيب الشربيني,مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج, ص 425

[4] البهوتي, منصور بن يونس بن إدريس, كشاف القناع, طبعة وزراة العدل,ج05,الرياض,1430 ص 495

[5] القانون رقم (11/84)المتضمن قانون الأسرة, ص 914

[6] فضيل سعد, المرجع السابق, ص 370

[7] وهذا مقارنة بتعريف المشرعين التونسي و المغربي للحضانة, حيث جاء في مجلة الأحوال الشخصية التونسية,ط02, المطبعة الرسمية, تونس,(1982), الفصل 54,ص 16:"الحضانة حفظ الولد في مبيته و القيام بتربيته." وفي مدونة الأحوال الشخصية المغربية, ط02 مطبعة الأمنية, الرباط, ,(1962),الفصل 97,ص 30:" الحضانة حفظ الولد مما قد تضره قدر المستطاع و القيام بتربيته و مصالحه."

ومنه تعرف الحضانــة اصطلاحــا بأنهــا:" إلزام شرعي و قانوني بتدبير شؤون الطفل ورعايتــه جسميا و روحيا و علميــا ممن لـــه الحق في ذلك شرعـا." فهي تشمل النقاط الآتيـــــة:

*أنها سلطة شرعية للحاضنة على المحضون لتحقق مصلحة المحضون العاجلة و الآجلـة.

*أنها تشمل كل ما يحتاج إليه المحضون من:

-الماديات مثل المؤونة و كل ما يحفظ حياة المحضون حفظا تـامــا.

-المعنويات بتربية المحضون و الحنان الواجب لنشأته السوية و تعليمه و كل ما يحتاج إليه في حاله و مستقبله.

*أن كل هذه المعاني داخلـــة ضمن الحفاظ على الحق في الحياة الثابت شرعا و قانونـا وعقلا.

*أنها جزء أول من الولاية تقدم فيه النســـــاء على الرجال بخلاف الجزء الثاني من الولايـــــة.

*أن مدتها تحدد بالوصف, و السن تســـاعد في ذلك لهذا حصل خلاف في مدة الحضانـــــة.[2]

**ثانيـــا: دليل مشروعية الحضانة:** الأصل في ثبوت الحضانــة الكتــاب و السنـــة و الاجمـــــاع:

-**القرآن الكريـم:** قوله تعالى:" وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَن يُتِمَّ الرَّضَـاعَةَ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ لَا تُكَلَّفُ نَفْسٌ إِلَّا وُسْعَهـَا لَا تُضَـارَّ وَالِدَةٌ بِوَلَدِهَـا وَلَا مَوْلُودٌ لَّهُ بِوَلَـــدِه..."[3]

ووجه الدلالة من الآية أن الله سبحانـه طالب الأمهـات بإرضاع أولادهن, و الحضانــة من لوازم الرضاع, فدلت الآية على مشروعية الحضانة لتوافر الرحمة و الشفقة و انتزاع الولد الصغير منهـا

---

[1] عبد العزيز سعد, الزواج و الطلاق في قانون الأسرة , ص 293

[2] بوبكر لشهب, الحضانة و الرضاع بين الفقه الإسلامي و القوانين الوضعية, دراسة مقارنة, مجلة المعيار, العدد09, جامعة الأمير عبد القادر قسنطينة, الجزائر, ص 480

[3] سورة البقرة, الآية 233

اضرارا به و بها, فإذا كانت الأم هي التي تقوم بإرضاعه وهو في حضانتها فلا اشكال في هذا مـا إذا كان الإرضاع لغيرهـا فإنـه ينبغي ألا يضيع حق الأم في الحضانـة أولا يتأثـر بذلك.[1]

-**السنة النبويـة:** ما رواه عمر بن شعيب عن أبيه عن جده عبد الله بن عمرو رضي الله تعـــالى عنهن:" أن امرأة جاءت إلى رسول الله -عليه الصـــلاة – فقالـــت يا رسول الله إن ابني هذا كـان بطني لـه وعاء وثدي له سقاء و حجري له حواء, و أن أبـاه طلقني فأراد أن ينتزعه مني فقال لها رسول الله عليـه الصلاة و السلام: أنـت أحق به ما لم تتزوجـي."[2]

و وجه الدلالة في هذا الحديث تؤكد المرأة للنبي -عليه الصلاة و السلام- أن بطنها كانت وعـاء لولـدها وقت أن كان جنينا و أن حجرها وهو حضنهـا كـان يحوجه و يضمـــــه وهو صغيرو هذه صفات اختصت بها الأم. و هذه الحيثيات التي قدمتها الأم جعلت نبينا العادل يحكم لهـا بأحقيتها في حضانة ولدها إذا وقع الطلاق وتنـازع الأبوين على حضانـــة الولد و هو دليـل على مشروعية الحضانـة من السنـة النبويـة واستحقاق الأم لحضانـة ولـــــدها.[3]

- **الإجمـــاع:** أجمعت الأمة على مشروعيـــة الحضانـــة و كفالـة الأطفال الصغار كسبيل لحفظ النفس البشرية من الضيـــــــاع, فلا شك أن الطفل الذي يستقل بأمور نفســـه ضعيف محتاج إلى الرعاية والعون فوجب على الأمة أفرادا و جماعات حفظ النفس التي كرمها الله تعالى و ذلك أحد الضرورات الخمـس.[4]

**الفـرع الثانـي: شروط أحقيـة الأم المطلقـة بالحضانـة**

إذا كانت الشريعة الإسلامية قد أعطت أولوية الحضانة للمرأة, فهذا اعترافـا و تكريما لها بدورها في حماية المحضون. وهي تهدف في ذلك إلى حماية المحضون قبل الحاضن.[5]

و للحاضن دور هام في حياة الصغير, فهو القدوة و الأسوة للمحضون, لأن الصغير لبنـة طريـة يستطيع من يشرف عليها تكييفها حسب ما يريد, و لذا يكون لشخصيتـه تأثير في

---

[1] رشدي شحاتة أبو زيد, شروط ثبوت حق الحضانة في الفقه الاسلامي و الاحوال الشخصية,ط01, دار الفكر العربي,مصر,1999,ص 63

[2] أبو داود, المرجع السابق, باب من أحق بالولد, ج02,ص 292

[3] رمضان علي السيد الشرنباصي, المرجع السابق, ص 394

[4] رمضان علي السيد الشرنباصي, مرجع سابق, ص 395

[5] Abderrahman Hernane . La Hadhana dans ses rapports avec la puissance paternelle en droit algerien. Office de publication Universitaire.1996.p 54

المحضون, و قد اتفق جمهور الفقهاء على أن الأم أحق الناس حضانة إذا طلقت من أبيه سواء كانت معتــدة أو منقضية عدتهـا.[1]

والجدير بالقول أن حق الحضانـة لا يثبت للأم – ولا لغيرها من الحواضن– إلا إذا كانـــت أهلا له, و هذه الأهلية لا تتحقق إلا بتوافر جملـة من الشروط يمكن بها تحقيق الغايـة المنشـــودة من الحضانـة, وهي التربيـة السليمة و التنشئة الفاضلــة للطفل حتى يكون عنصرا فعالا في المجتمـع. وفيما يلي عرض لهذه الشروط في ظل ما ذهب إليه الفقهـاء و ما أقره المشرع الجزائري كالآتــي:

**أولا: شـروط استحقــاق الحضانــة عنـد الفقهــاء**

بالرجوع إلى أحكام الفقه نجد أن شروط استحقاق الحضانة منها ما هو متفق عليه بين الفقهـــاء و منها مـا هـو مختلف حوله و هو ما سنتطـرق إليـة فـي نقطتيـن:

**1/ الشـروط المتفـق عليهـا في استحقـاق الحضانـــة:** و تتمثـل فـي الآتـي:

– **العقـل:** اتفق جمهور الفقهاء أن من شروط الحاضنة أن تكون متمتعة بكامل قواها العقلية, فلا حضانة للصغير أو المجنون, أو المعتوه لأنهم لا يستطيعون القيام بمصالحهم, فالحضانــة نوع من الولاية و كل من المجنونة و المعتوهة تحتاج هي ذاتها إلى من يتولى أمورهــا, فلا يعقل أن يوكل إليها تدبير شؤون غيـرها. كما أن ترك الولد عند مثل هذه الحاضنة فيه الضرر عليـه, في حين أن منـاط الحضانة تحقيق مصلحـة المحضون بدفع الضرر عنه و جلب النفع لـــه.[2]

ونشير هنا إلى أن حضانة المضطرب نفسيا حكمهــا حكم حضانـة المجنون, الذي اتفق الفقهاء على أنه لا حضانـة له سواء كان ذكرا أم أنثى و سواء كان جنونه متقطعا أو مطبقا, لأن المجنون لا ولاية له على نفسه فأنى تكون له ولاية على غـــيــره.[3]

– **الأمانة على الأخـلاق:** اشترط جمهــور الفقهــاء في الحاضنـــة أن تكون مأمونـــة على تربيـة المحضون و على أخلاقه, وأدبـه, و عليه فلا حضانة للمرأة الفاسقة عندهم, لكنهم اختلفوا في مدى ما يكون به الفسق مانعا من الحضانـــــة.[1]

---

[1] محمد سمارة, المرجع السابق, ص 391

[2] عبد المطلب عبد الرزاق حمدان, الحضانة و أثرها في تنمية سلوك الأطفال في الفقه الاسلامي, دار الجامعة الجديدة, مصر, 2008, ص 34

[3] شهر الدين قالة, أحكام طلاق المضطرب نفسيا, مجلة المفكر, العدد06, جامعة باتنة, الجزائر, ص 358

*فعند الحنفيـــة: الحاضنة ان كانت فاسقة فسقـــا يلزم منه ضياع الولد عندها سقط حقهـــا في الحضانـة, وإلا فهي أحق به إلى أن يعقل الولد فسق أمه فينزع منهـا.[2]

*ووافهم المالكيـــة إلى حد كبير, حيث جـاء عنهم:" لا حضانـــة لسكير أو مشتهر بالزنـا أو اللهو الحـرام", فالفسق الذي يمنع من الحضانة هو من تعود على اقتراف الفواحش, من شرب الخمر و ارتكاب الزنا, و تكرر منه إلى حد الشهوة, وهذا عادة يكون سببا في ضيـاع المحضون.[3] كما يفهم من أقوال فقهاء الشافعية ما يفيد ذلك, حيث ورد عنهم:" لا حضانـــة لفاسق", و تكفـي العدالة الظاهرة. و معنى هذا أن من لم يكن معروفا بالفسق و مشتهرا به لا يمنع من الحضانـة.[4]

* أما الحنابلة فذهبوا إلى أن الفسق مانع من الحضانة مطلقا لأن الفاسق غير موثوق بـــه في أداء واجب الحضانة و ايفائه حقها.[5]

- **القدرة على الحضانـــة:** فلا تثبت الحضانـة للعاجزة عن ذلك لكبر سن أو مرض أو شغل, بأن كانت محترفة لا تقيم في البيت أكثر النهار والليـــل و كذا لو كانت مريضـة مرضـا يعجزها عن القيـام بمصالـح المحضون أو كانت مصابـة بمرض معد كالجذام أو البرص, يخشى انتقالـــه إلى المحضون, لأن هذا الحـق لمصلحة الطفل و تربيتـه و رعايتـــــه, على أن قدرة المحترفـــة على الحضانـة يترك أمرها لتقدير القضاء كونها مسألـة تقديريـة.[6]

- **الخلـو من زوج أجنبـي عن المحضون:** فإن كانت المـــرأة متزوجـة بأجنبـي عن الصغيـر, أو كانـت متزوجة بقريب للصغير و لكنـــه غير محرم له فلا حق لهـــا في الحضانـة. و إن كانت خاليـة من الأزواج أو متزوجة بمحرم للصغير كعمـــه فلا يسقط حقهـــا في الحضانـة, لأن الحكمـة التي من أجلهـا جعل الشارع الزواج مانعا من الحضانـة هي أن الزوج يمقت ولد زوجته من غيره و يود ألا يكون مع أمـــه, وهذا لا يتحقق إذا كـان الزوج محرمـــا للصغير لأن المحرم يعطف على الصغير كولـده و لا يتضرر من وجوده مع زوجتـــه لوجود القرابـة الباعثـة على الشفقـة.[7]

---

[1] بدران أبو العينين بدران, المرجع السابق, ص 551

[2] حاشية ابن عابدين, محمد أمين بن عمر أفندي, المرجع السابق, ص 254

[3] الدردير أبو البركات سيدي احمد, الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الامام مالك, دار المعارف,ج02, مصر, 1972,ص 758

[4] محمد بن احمد الخطيب الشربيني, مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج, ص 455

[5] ابن قدامة موفق الدين أبو محمد عبد الله بن احمد بن محمود, المرجع السابق, ص 298

[6] الإمام محمد أبو زهرة, المرجع السابق, ص 406

[7] عثمان التكروري, المرجع السابق, ص 272

2/ **الشـروط المختلف فيهـا لاستحقـاق الحضانــة:** نجد أهـم هذه الشـروط:

– **الإسلام:** لا خلاف بين الفقهاء في أن المرتد لا حضانـة له سواء كان رجلا او امرأة, لأن الردة تبيــح دم المرتد, وهو محكـوم عليـــه بالموت إن أصر على الردة بعد الاستتابــة فلا ولايــة لــه على غيره, أمــا ان كانت المرأة كتابيـة ففي حقهــا في الحضانــة رأيــان:

**الأول: للمالكيـة والحنفيــة:** لا يشترط اتحاد الدين بين الحاضن و المحضون, لأن مدار الحضانة الشفقة وهي لا تختلف باختلاف الدين, و لكن تمنع الأم الحاضنــة من تغذيـة الصغير بالمحرمات كالخمر ولحــم الخنزير, وتبقى هذه الحضانــة إلى أن يبدأ الطف يعقل و يفهــم معنى الدين, عند ذلك تسحب الحضانــة من الأم كــي لا تلقــن الصغير دينهـا, وكذلك تسحب الحضانــة منهـا إذا كانـت تحـــاول أن تلقنـــه الدين, ولو كان قبل أن يعقل الطفل الأديـــان.[1]

ومن جملـة ما احتجوا بـه مـا يلي: مـا روي عن عبد الحميد بن جعفر عن أبيه عن جده رافع بن سنان أنــه أسلم و أبت امرأتــه أن تسلم فأتت النبي فقالت: ابنتي و هي فطيم أو شبهــه.

و قال رافع: ابنتي, فقال له النبي –عليه الصلاة والسلام–: "اقعد ناحيـة" و قال لها:" اقعدي ناحية" قـال: و اقعد الصبية بينهما, ثم قال: "ادعواها" فمالت الصبية إلى أمهـا, فقال النبي عليه الصلاة:" اللهم اهدهـا", فمالت الصبية إلى أبيهـــا فأخذهـــا.[2]

**الثاني: للشافعيــة والحنابلــة:** ذهبوا إلى القول أن الاسلام شرط لثبوت الحضانـة, فليس للمطلقـة الذميـة أن تحضن ولدها المسلم إذ لا حضانــة لكافر على المسلــم.[3]

ومن جملـة ما احتجوا به: أن الحضانـة ولايـة, فلا تثبت لكافر على مسلم, كما هو الشأن في ولاية النكـاح و ولاية المــال, لأن الله عز وجل لم يجعل للكافـر ولايــة على المسلم, كمـا أن ترك الطفل المسلـم لدى أمـه الذميــة لتحضنـه قد يلحق به ضررا كبيرا, حيث لا يؤمن أن تفتنــه عن دينــه و

[1] ابن عابدين محمد أمين بن عمر أفندي, المرجع السابق, ص 253

[2] أبو داود,المرجع السابق, كتاب الطلاق, باب إذا أسلم أحد الأبوين مع من يكون الولد,ج02, ص 280

[3] الخطيب الشربيني محمد بن احمد, المرجع السابق, ص 455

تخرجه عن الاســـلام.[1] والنبي عليه الصلاة– يقول في ذلك:" كـل مولود يـولد على الفطرة, فأبـواه يهودانـه أو ينصرانـه أو يمجسانـه".[2]

**ثانيـا: شـروط استحقـاق الحضانـة عنـد المشـرع الجزائـري**

بالرجوع إلى قانون الأسرة الجزائري نلاحظ أنه لم يفرد مادة بعينها للحديث عن شروط الحضانـــة,[3] لا بشكل مفصل و لا بصورة موجزة, و إنمـا اكتفى بالإشارة فقط في الفقرة الثانية من المـادة (62) من قانون الأسرة إلى القول:" ويشترط في الحـــاضن أن يكون أهلا للقيـام بذلك." و الذي يتبين من هذه المـــــادة أن قانـــون الأسرة جمع شروط الحضانـــة في عبـارة واحـــدة هي "الأهليـة" وأغفل ذكر الأوصاف المتعلقة بها, مما يستلزم الرجوع إلى الشروط التي ذكرهـا الفقهـاء وهي: البلوغ, العقل, القدرة على صيانـة الولد صحة و خلقـا, إلى غيرهـا من الشـروط.[4]

وهذا ما يظهر جليـا من خلال بعض القرارات الصادرة عن المحكمـة العليـا:

– فيمـا يتعلق بالقدرة على الحضانـة نجد في قرار:( أنـــه من المقرر في الفقـه الإسلامي وجوب توافـر شروط الحضانة, ومن بينها القدرة على حفظ المحضون ومن ثم, فإن القضاة بتقرير ممارسة حق الحضانـــــة دون توافر هذا الشرط يعد خرقا لأحكام الفقـــه. ولمـا كان من الثابت في قضيـة الحـــال أن الحاضنـة فاقدة البصر, فهي بذلك تعد عاجزة عن القيـام بشؤون أبنائهـا, ومن ثم فإن قضـاة الاستئناف بإسنادهم حضانـــة الأولاد لهـا و هي على هذا الحـــال حادوا على الصواب, و خالفوا القواعد الفقهيـة).[5]

---

[1] عبد المطلب عبد الرزاق حمدان, المرجع السابق, ص 33

[2] أخرجه البخاري في صحيحه: كتاب الجنائز, باب ما قيل في أولاد المشركين, ج01, ص 410

[3] وهذا على عكس القانون التونسي و المغربي حيث ورد فيهما ذكر ما يشترط لأهلية الحضانة, راجع مجلة الأحول التونسية, الفصل 5(جديد),ص17,مدونة الأحوال الشخصية المغربية, الفصل98, ص30

[4] العربي بلحاج, المرجع السابق, ص 391

[5] المحكمة العليا, غرفة الأحوال الشخصية, ملف رقم:33921, قرار بتاريخ:09 /1984/07, المجلة القضائية لسنة 1989, العدد 04, ص76

– وفيمـا يخص عدم الزواج بغير قريب بالنسبــة للمحضـون, نجد قرار ينص على أنـــه:( يسقط حق الأم بزواجها بغير قريب محـــرم).[1]

اضافة إلى قرار آخر جاء فيه أنه:( من المقرر شرعا و قانونا أن اسناد الحضانــة يجب أن يراعى فيها مصلحة المحضون و القيام بتربيته على دين أبيه, و من ثم فإن القضـــاء بإسنـــاد حضانــة الصغـار إلى الأم التي تسكن في بلد أجنبي بعيد عن رقابة الأب كما هو حاصل في قضية الحال يعد قضاءا مخالفا للشرع و للقانـون).[2]

–وفيمـا يخص شرط الاسلام نجد قرار ينص على أنـه:( لا يسقط اكتساب الحاضنة جنسية أجنبية حقهـا في الحضانــة طالمــا لم تثبت ردتهــا عن الدين الاسلامــي).[3]

وخلاصة لذلك نخلص إلى أن القانون الجزائري لم يخالف الشريعــة الاسلاميــة في مسألــة شروط الحضانـة.

## المبحث الثانــي

## أسـاس اقـرار أحقيـة الحاضنــة في مسكـن الحضانــة

رتب المشرع الجزائري آثارا لممارســة الحضانــة بالنسبــة لكلا الزوجين المنفصلين, و نظرا لمـا تتطلبه الحضانـة من مجهود كبير في تربية المحضون و نشأته السوية, فهي تستلزم بالمقابل نفقــة لصالح المحضون, و كذا أجرة للحاضنة لما تبذله من مجهودات مادية و معنوية, كما أن ممارســة الحضانـــة يقتضي أن يكون تحت سقف بيت ينمـو في دفئــه المحضون تحت رعايـة الحاضنــة.

---

[1] المحكمة العليا, غرفة الأحوال الشخصية, ملف رقم: 331058, قرار بتاريخ: 2005/05/18, المجلة القضائية لسنة 2005, العدد 02, ص 383

[2] المحكمة العليا, غرفة الأحوال الشخصية, ملف رقم: 59013, قرار بتاريخ:1990/02/19. المجلة القضائية لسنة 1991, العدد 04 , ص 117

[3] المحكمة العليا, غرفة الأحوال الشخصية, ملف رقم: 457038, قرار بتاريخ:2005/09/10, المجلة القضائية لسنة 2008, العدد 02,ص 313

وعليه فما المقصود بسكن المحضون؟ و ماهي الطبيعة القانونيـــة للحق في الحضانـــة؟ سنحاول الإجابة على هاته التساؤلات في مطلبين تباعا كالآتي:

## المطلب الأول
## مفهوم سكن المحضون

ان من مستلزمات تكريم الله سبحانه وتعالى للإنسان أن جعل لنفسه حرمة لا ينبغي الاعتـــداء عليها ماديا و معنويا , فلا تستقيم حياته و لا يكون لها معنى إلا بقدر ما يستمتع به من حريـــــة, فكم من ظلم لحق الانسان و كم من ترهيب و إهدار للأرواح , يجبرها على اعتنـــاق ما لا تحبه و ترتضيه, فحرمة الشخص تقتضي أن يكون آمنا على نفسه, وبيته و أسراره, و حرية تنقلـــه, هذه مجتمعة تسمى بالحريات الشخصية, و هي تمثل أصل الحريات الأساسية, و على ذلك يعد السكن ضرورة أساسية من ضرورات المعيشة السوية, ويلبي مجموعة من الحاجات النفسية و المادية و الاجتماعية, فهو عنصر جوهري من عناصر ضمـــان الكرامـــة الإنسانيـــة لذا وجب تحديده من جميع الجوانب بتعريفه من جهة, و تحديد المواصفات الشرعيـــة لـــه.[1]

### الفـرع الأول: المقصـود بمسكن الحضانـــة

نتطرق هنا إلى تعريف المسكن من الناحية اللغوية و الاصطلاحية, و كذا القانونية كالآتي:

**أولا: التعريـف اللغوي للمسكن**

يقصد بالمسكن: مكان السكون, من الفعل سكن, يسكن, سكونـــــا ضد الحركـــة. فالمسكن هو مـــا

[1] نوال لبيض, حق المسكن في النصوص الشرعية و الدولية, دراسة مقارنة, مجلة المعيار,العدد06, جامعة الأمير عبد القادر, قسنطينة, الجزائر,2011, ص 65

يسكن إليه من أهل و مال.[1] و سكن المرأة هو المسكن الذي يسكنها الزوج اياه, يقـــال لك داري هذه سكن إذا أعاره مسكنه يسكنـــه.[2]

**ثانيا: التعريف الاصطلاحي للمسكن**

يعرف المسكن بوجه عام بأنه:" كل مكان يستخدم للسكنى بصفة دائمة أو مؤقتـــة و سواء كان لساكنه أو مستأجرا له أو يقيم فيـــه مجانـــا.[3]

فالمسكن هو:" المكان الذي يكون مشتملا على كل مـا يلزم للسكن من أثاث و فراش و مرافق و غيرهـــا ممـا تحتاج إليـــه الأســـرة و تراعى في ذلك حالـــة الزوج و الزوجة من يسار واعسار ووضعهما الاجتماعي". [4]

**ثالثا: التعريف القانونـي للمسكـن**

تفاديا لأي تأويـــل عرف المشرع الجزائري المسكن في المـادة (355) من قانون العقوبات [5]:" يعد منزلا مسكونا كل مبنى أو دار أو غرفة أو خيمة أو كشك و لو متنقلا متى كان معدا للسكن و إن لم يكن مسكونـــــا وقتذاك و كافة توابعـه مثل الأحواش و حضائر الدواجن و مخـازن الغـلال و الاسطبـلات و المبـــاني التي توجد بداخلهـا مهما كان استعمالها حتى و لو كانت محاطة بسياج خاص داخل السيـــــاج أو السوار العمومي."

فالمشرع توسع في تعريف المسكن فالبناية أو الغرفة أو الخيمة أو الكشك حتى و لو كان متنقلا سواء كانت مسكونة أو مهيأة لأن تكون مسكنا تعتبر في نظر القانـون مسكنـا لـه حرمة و تجب حمايتـه.كمـا أن توابع و ملحقـات المسكن من أحواش و حضائر و حدائق مسورة تـــــأخذ حكم المسكن و تشملهـا تلك الحرمة, و يشترط في المسكن أن يكون الانتفاع به خاصـا.[6]

وبعد تعريف المسكن يمكن القول أن **مسكـن الحضانـــة** هو:" مقر اقامـة المحضون حيث يقيم أبواه, أو حيث يقيـم أحدهمـا بعد الفرقة أو الانفصال, وما يترتب عليه الانتقال منـه و تغييره

---

[1] أحمد بن محمد بن علي الفيومي, المصباح المنير, ج01, مكتبة لبنان ناشرون, لبنان,2001 , ص 303

[2] عهد الدين محمد بن يعقوب الفيروز آبادي, القاموس المحيط,, فصل السين باب النون, ج 03, دار الجيل , بيروت, 1371, ص 297

[3] أحمد غاي, الحماية القانونية لحرمة المسكن(سلسلة الشرطة القضائية2), ط01,دار هومة, ,الجزائر,2008,ص 15

[4] محمد مصطفى شلبي, أحكام الأسرة في الاسلام ,ط04,الدار الجامعية, بيروت,1983,ص 455

[5] الأمر رقم(156/66)المتضمن قانون العقوبات, المؤرخ في 18 صفر عام 1386 الموافق ل 8 يونيو 1966, الجريدة الرسمية, العدد 49, ص 739

[6] أحمد غاي, المرجع السابق, ص 16

من نتائـج و آثـار و مدى تأثيرها على المحضون أو على كلا الأبوين أو أحدهما.[1] لقوله تعالى:
" لَا تُكَلَّفُ نَفْسٌ إِلَّا وُسْعَهَا لَا تُضَارَّ وَالِدَةٌ بِوَلَدِهَا وَلَا مَوْلُودٌ لَّهُ بِوَلَدِهِ ".[2]

**الفــرع الثانــي: المواصفـات الشرعيـة لمسكن الحضانــة**

أكد فقهاء الشريعـة الاسلاميـة كذا المشرع الجزائري علــى وجوب توفير مسكن للزوجة و هو التزام يقع على عاتق الزوج أثناء قيام العلاقة الزوجية مراعيــا في ذلك وسعــه, و يمتد هذا الالزام إلى ما بعد انقضاء العلاقـــة الزوجيـة في حالـة وجود أبنـــاء, إلا أن المشرع لم ينص على المواصفات الشرعية لمسكن الحضانـة تاركا ذلك للفقـه الذي أقر مواصفـات تتمثل فــي:

**أولا: أن يكـون مسكـن الحضانــة منـاسبـا**

يشترط في المسكن الذي يوفره الزوج المطلق بغرض الحضانـــة, أن يكون مناسبـــا للمحضـون و الحاضنة سواء, لتتمكن الحاضنـة من أدائهـا لواجباتهـا نحو محضونيهـــا على أكمل وجه, فينبغي أن يتم تزويده بكل متطلبـات المعيشة. والتناسب هنا يتلاءم و يسار الأب حيث لا يكون اختياره للمسكن بقصد الاضرار بالحاضنـة ووضعها الاجتماعـي.[3]

فيجب أن يكون المسكـن مشتملا على كــل ما يلزم من أثاث و و فراش و أواني و مرافق و غيرها مما تحتاجه الأسرة و يراعى في ذلك حالــة الزوج المــادية من يسر و عسر و وضعه الإجتماعي, و هكذا يعتبر السكن شرعيا وهو ما يستلزم واجب توفير المسكن سواء كانت الزوجيــة قائمة أو في اطار الحضانة.[4]

---

[1] محمد عليوي ناصر, الحضانة بين الشريعة و القانون, دار الثقافة للنشر و التوزيع, عمان,2010,ص 158

[2] سورة البقرة, الآية 233

[3] أم الخير بوقرة , مسكن الزوجية, مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق, فرع العقود و المسؤولية,كلية الحقوق بن عكنون, السنة الجامعية 2003-2004 ,ص118

[4] Ghaouthi Ben Malha, le droit Algérien de la famille d'office Publications, universitaire Alger, 1993, p 219.

و نشير هنا إلى أن الزوج إذا كان غنيا يمكنه توفير مسكن فخم للحاضنة ومحضونيها ,أما إذا كان متوسط الحال أو فقيرا فيكتفي بتوفير سكن يكون متواضعـــا لكنه يحتوي على كل المرافق الضرورية للعيش, وفقا للعرف و العادة, ويدخل في مناسبة المسكن ايضا المكان الذي يهيأ فيه المسكن, وعليه يلزم المطلق بتهيئة مسكن الحضانـــة في مكان الحضانة, أي في البلد الذي يقيم هو فيه و يجوز أن يهيئه في البلد الذي تقيم فيه الحاضنة الأم, شرط أن يكون هذا البلد هو الذي سبق أن عقد زواجه عليها فيه أو في مدينة قريبة من محل إقامته. أما إذا كانت الحاضنة غير الأم فلا يجوز لها أن تطلب تهيئة مسكن الحضانة في غير البلد الذي يقيم فيه المطلق إلا إذا حصل اتفاق على خلاف ذلك. [1]

**ثانيا: أن يكون مسكن الحضانة مستقلا**

يقصد بالمسكن المستقل المسكن الذي لا يشؤارك فيه آخرون مع المحضونين و الحاضنة, ويعتبر شرعا مسكن قائم بذاته و لو كانت مرافقه الأخرى مشتركه. وضرورة استقلالية مسكن الحضانة يراعى من خلالها مصلحة المحضون بحفظه صحة و خلقا, مما ينبغي عليه اسكانه في مكان آمن و بين جيران صالحين خاصة إذا كان المحضون أنثى. وعليه فإعداد مسكن الحضانة يقاس بقدر اعداد مسكن الزوجية من حيث مواصفاته الشرعية, فالأمر يتعلق بالمحضون ورعاية الأسرة في المجتمع حتى إذا كان المشرع الجزائري قد أغفل في اسكان المحضون اشتراط شرعية سكناه شأنه شأن المواصفات الشرعية المطلوبة في توفير مسكن للإقامة الزوجية.[2]

## المطلب الثاني

## الطبيعة القانونية للحق في المسكن المخصص لممارسة الحضانة

[1] محمد عزمي البكري, موسوعة الفقه و القضاء(03), دار محمود للنشر و التوزيع, القاهرة, 1996, ص781

[2] أم الخير بوقرة , مسكن الزوجية, 119

إذا كانت الحضانة سلطة شرعية تخول من له الحق فيها حفظ وتربية من لا يستقل بأمور نفسه في ذاته و طعامه و كسائه و سكنه ودفع ما يضره, إذ لا يجوز الاخلال بحق الحضانة ولا بما يتعلق بها في جانب المحضون بأي حال كونه عاجز عن رعاية نفسه.[1]

و من هنا يطرح تساؤل حول طبيعة الحق في الحضانة؟ كأصل لإعطاء تكييف قانوني لحق المحضون في السكن؟ و هو ما سنحاول الاجابة عليه في فرعين كالآتي:

**الفرع الأول: طبيعة الحق في الحضانة**

لما كانت الحضانة ولاية من الولايات الشرعية والتزام مصدره القانون ينتج عنه رعاية الطفل حتى يبلغ أشده, فقد اختلف الفقه في طبيعة الحق في الحضانة وهو ما نبينه كالآتي:

**أولا: الموقف الفقهي من طبيعة الحق في الحضانة**

**1- القول الأول: الحضانة حق لله تعالى**

ذهب رأي إلى أن الحضانة حق لله تعالى, لأنها شرعت لحفظ النفوس, و حفظها من حقوق الله تعالى, وعليه فإذا أراد الحاضن أن يسقطها فلا تسقط و لكنه يجبر عليها حينئذ مالم يكن هناك عذر شرعي يحول دون الوفاء بها, نظرا لأنها ولاية شرعية مقدرة بحكم الشارع على جهة الإلزام فلا يجوز التحلل منها إلا بإذن الشارع كسلطة الحكم و القضاء.[2]

**2- القول الثاني: الحضانة حق للمحضون**

ذهب بعض الفقهاء من الاحناف والمالكية إلى اعتبار الحضانة حق للمحضون.[3] لقوله تعالى:" وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَن يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ."[4]

---

[1] نصر فريد واصل, الولايات الخاصة الولاية على النفس و المال في الشريعة الاسلامية, ط01, دار الشروق, مصر, 2002, ص 60

[2] محمد بن يوسف اطفيش, شرح كتاب النيل و شفاء العليل, ط03, مكتبة الإرشاد,ج02, السعودية,1985,ص 26

[3] المصري المبروك, المرجع السابق, ص 506

[4] سورة البقرة, الآية 233

إذ و إن كان نص الآية قد ورد على سبيل الاخبار, إلا أنها يراد بها الأمر. و من ثم فلا يصح اسقاط الحاضنة للحضانة لأنها حق للصغير و الانسان إنمـــا يملك اسقـــاط حقه لا اسقـاط حق غيره. و إذا كان الصغير يعجز عن طلبهـا بنفسه فلوليـه سلطـــة الالزام بها شرعا من وجبت عليه و هي الأم, لأن هذا حق الولد أن يكون عند أمــه ما كان إليها محتاجـا.[1]

كمـا أنـــه من حق الصغير أن يتولاه من يقوم على تربيتـه بسبب البراءة التي ولد عليهـا, و نموه البطيء و تدرجــه في معرفـــة مـــا يدور حولـه وعجزه عن تولـي شؤون نفسه لقوله تعالى:" وَاللَّهُ أَخْرَجَكُم مِّن بُطُونِ أُمَّهَاتِكُمْ لَا تَعْلَمُونَ شَيْئًا وَجَعَلَ لَكُمُ السَّمْعَ وَالْأَبْصَارَ وَالْأَفْئِدَةَ لَعَلَّكُـمْ تَشْكُرُونَ."[2] وحضانـة الصغير تدور حول مصلحته, فإذا تحققت هذه المصلحـة وجب المصير إليهـــا بصرف النظـر عن حق الحاضنـة في الحضانـــة أو حق الأب فيهـا, لأن مصلحـة الصغير مقدمـة على مصلحتهمـا.[3]

### 3- القـول الثالث: الحضانـة حق للحاضنـــة

ذهب رأي ثالث إلى أن الحضانة حق للحاضنة, وهم أصحاب الإمام أبو حنيفة و بعض المالكية و الشافعية و الحنابلـة, وإذا كانت حقا لها فيجوز لها اسقاطها, فإذا أسقطتهـا لا تجبر عليها إلا بسبب شرعي خاص أي الضرورة حيث لا يوجد حاضن آخر يقوم مقامـه في أمور الحضانـة على وجهها الشرعي الصحيح, وعلى ذلك لا تجبر الأم على حضانة ابنها إذا تركت حقهـا فيهـا إلا إذا كانت نفقة المحضون عليها حيث ترتبط ولاية المال بالنفس و لا تسقط بالإسقاط.[4]

واستدلوا على ذلك بأن قولـه تعالى:" فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ وَأْتَمِرُوا بَيْنَكُم بِمَعْرُوفٍ وَإِن تَعَاسَرْتُمْ فَسَتُرْضِعُ لَهُ أُخْرَىٰ".[5]

---

[1] صلاح الدين جمال الدين, تنازع القوانين في مشكلات ابرام الزواج(دراسة مقارنة بالشريعة الاسلامية), دار الفكر العربي, مصر,2007,ص 362

[2] سورة النحل, الآية 45

[3] أحمد نصر الجندي, المرجع السابق, ص280

[4] نصر فريد واصل, المرجع السابق, ص 64

[5] سورة الطلاق, الآية 04

فيدل على أن الأمر في آيـــة:" وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ." للندب و ليس للوجوب أو أنهـــا محمولــة على حالة الانفـاق و عدم التعاسر لأن الاتفاق فيما يلزم طبقا لقاعدة الالزام الشرعية في العقود لأن العقد شريعــة المتعاقديـــن ويجب الوفاء به لقوله :" يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ".[1] و لأننا إذا قلنــا بإجبــار الحاضنــة على الحضانــة فعسى أن تعجز عن القيام بها و لا يكلف الله نفســـا إلا وسعهــا. إلا أن حق الحاضنــة فــي اسقــاط الحضانـــة و الامتنــاع عنهــا مقيد ذلك أن المحضون ان امتنع عن غيرها أو امتنع الغير من حضانة صارت الحضانة حقا للصغير فتخير الأم أو من عليه الحضانـــة بأجرة المثل إن علمــت.[2]

**4-القـول الرابع: الحضانــة حق مشترك للحاضن و المحضون معــا**

ذهب رأي رابع إلى القول أن الحضانـــة حق مشترك فهي من جهـة حق للأم لقولــه عليه الصلاة و السلام: " أنت أحق بـه." وحق للصغير من جهـة أخرى لاحتياجــه إلى من يرعــاه و يقوم على شؤونــه.[3] فالمحضون صـــاحب حق في أن يكون عند أمه أو في حضانـــة النســاء عمومــا على الترتيب الذي أورده الشــارع في الفترة الأولى من حياتــه, إذ النســاء أقدر على أمور الحضانــة من الرجـــال في هذه الفترة, وفي أن يكون عند أبيــه أو عند العصبات على الترتيب الوارد بالنص في فترة معينـة, لأن الرجال فيها أقدر على التعليم و التثقيف, وأخذ الغـلام بأخلاق الرجـــال, و البنت من السقوط في هوة الفساد. والحاضن صاحب حق في الحضانــة لأن الشارع جعل له ذلك بنظــام خاص سواء كان من النساء أو من العصبات, فلا يجب أن، ينازعــه فيها أحد متـى كان أهلا لهـا, و مصلحــة الحاضن في أن يربى الصغير تربيــة قويمــة وأن يسري المحضون في الطريق السوي. وهذان الحقـــان متى أمكن التوفيـق بينهمـــا وجب أن يصـــار إلى التوفيق, وإن تعارضا قدم حق الصغير لأنه أقوى الحقين و مدار الحضانــة هو نفع المحضون.[4]

ويترتب على كون الحضانة حق لكل من الحاضنة و المحضون الأحكام الآتيــة:

1/ أن الحاضنـــة أما كانت أو غيرهـــا إذا تعينت للحضانــة, بأن لم يوجد غيرها أو وجد من يليها في استحقــاق الحضانة, لكنه لم يرض بحضانــة الصغير أجبرت عليها, مراعاة لمصلحــة الصغير و حفظـــا له من الضيـــاع.

---

[1] سورة المائدة, الآية 01

[2] صلاح الدين جمال الدين, المرجع السابق, ص 365

[3] طاهري حسين, المرجع السابق, ص 153

[4] محمد عزمي البكري, المرجع السابق, ص 95

2/ أن الأب ليس له أن يأخذ الصغير من صاحبة الحق في الحضانة, و يعطيه لمن دونها إلا إذا كـان هنـــاك مبرر شرعي لأن في أخذه تفويت لحق الحاضنة, ومن المبررات أن تكون الحاضنـة الأقــل مرتبـــة متبرعـــة بالحضانـة, و لو كان ما تطلبه أجر المثل.[1]

3/ إذا أراد الأب قل الطفـــل من البلـد الذي فيـــه حاضنة الصغير لا يحق لـه ذلك لأن في نقلـه تفويت لحق الحاضنة في الحضانـة.[2]

4/ إذا رغبت الأم التي لها حق الحضانة في مصالحة الأب على اسقـاط حقهـا في الحضانـــة, وتركه عند الأب مدة حضانتهـا لــه نظير مقابـل من المــال تأخذه منــه, كان هذا الشرط باطـلا, مراعـــاة لحق الولد, لأن في ذلك تفويتـــا لحق الصغير في الحضانة و اسقاطه, و تفويتا لحق من يلي الأم فـــي الحضانـــة, وهي لا تملك اسقـــاط حق غيرهـــا.

5/ إذا خالعت الأم زوجها على أن يبقى ولدهـا المحتـاج للحضانـة عنده كـان الخلـــع صحيحـا, والشرط باطـــلا, لأن وجود الصغير عند أمـه زمن الحضانة أنفع له و هو حق لها, فلا يجوز للأم الاتفـــاق على اسقـاط حق غيرهـــا.[3]

**ثانيـا: موقـف التشريـع و الاجتهـاد القضائـي من طبيعـة الحق فـي الحضانـة**

بعد تناولنـا لآراء الفقهـــاء المختلفـــة حول طبيعـة حق الحضانـة, نتعرض لموقف المشرع و كذا الاجتهاد القضائـي من طبيعـة الحق في الحضانـة؟

**1- موقـف المشرع الجزائـري من طبيعـة الحق في الحضانـــة**

يمكن استخلاص موقف المشرع من الأحكـــام التي جـاء بهـا قانـون الأسـرة لمعالجـة مسألـــــة الحضانـة. وأول مـا نعتمد عليـه لكشف نهجه هو المادة (66) من قانون الأسرة,[4] التي نصت على أن:" يسقط حق الحاضنـــة بالتزوج بغير قريب محرم و بالتنازل ما لـم يضر مصلحـة المحضون". فهذه العبـــارة جمعت بين حقين حيث نجـد:

---

[1] بدران أبو العينين بدران, المرجع السابق, ص 544

[2] بدران أبو العينين بدران, المرجع السابق, ص 544

[3] الامام أبو زهرة, المرجع السابق,ص 411

[4] القانون رقم (11/84)المتضمن قانون الأسرة, ص914

حق الحضانـــة لأن المشرع من جهـــة, استعمل بصريح اللفظ "حق", ومن جهة أخرى سمح لهـا بالتنـازل عن حضانتها, وحق المحضون الذي اشترط عدم اضرر التنـازل بـــه.

كمـا نجد المشرع في مواد أخرى من ذات القانون, بين أن الحضانـة حق للحاضنة كالمادة (67) في الفقرة الثانيـة من قانون الأسرة,[1] التي نصت على عدم سقوط حق المرأة في ممارسـة الحضانة بسبب عملها. و المـادة (68) من قانـون الأسرة, التي جعل فيهـــا المشرع مصير ممارسـة الحضانـة متعلق بصاحبها, إذ منح حق مطالبتهـا في ظرف سنـة, اضافة للمادة (71) من ذات القانون,[2] التي أكد فيها على أن الحق في الحضانـة يعود إذا زال سبب سقوطه غير الاختياري. إلا أن تكريـس الحق الطبيعـي للأم الحاضنـة, لم يحل دون ابراز حق المحضون و الدعوة إليـه و هو ممـا يستشف من المواد: (64. 65. 66. 67. 68. 70) من قـانون الأسـرة, والتي كان المشرع في كـل مرة يضيف عبـارة مراعـاة مصلحة المحضون. وهو مـا يجعلنـا نقول أن المشرع اعتبر الحضانـة حق مشترك للحاضن و المحضون معـا.[3]

## 2- موقف القضاء الجزائري من طبيعـــة الحق في الحضانـــة

جرى تطبيق مبدأ مراعـاة مصلحـة المحضون في الحضانـة فـي القضـاء من خـلال العديد من الاجتهادات القضائية أهمهـا:

- حيث قضى المجلس الأعلـى بأن:(الحضانـة حق و واجب في آن واحـد.)[4] ويفهـم من هـذا التعبير أن المجلس اعتبر الحضانـة حق للمحضون و حق للحـاضن, إلا أنـه غلب الحق الأول على الثاني بلفظ "واجب" تـأكيدا منـه على أن حقوق المحضون أكثر وأغلب من حقوق الحاضن.

- كما قضت المحكمة العليا بأنـه:( لا يعتد بالتنازل عن الحضانـة إذا أضر بمصلحـة المحضون وأن قضـاة الموضوع عندما أسندوا حضانة الولدين لأمهمـا رغم تنازلهـا عنهـا مراعـاة لمصلحتهما

---

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

[2] القانون رقم (11/84)المتضمن قانون الأسرة, ص914

[3] عيسى طعيبية, سكن المحضون في تشرع الأسرة و الإجتهاد القضائي,رسالة لنييل شهادة الماجستير في الحقوق,فرع العقود و المسؤولية,جامعة بن يوسف بن خدة,الجزائر,السنة الجامعية 2011/2010, ص35

[4] المجلس الأعلى الجزائري, الغرفة المدنية , قرار صادر في: 12/25/ 1968,النشرة السنوية, 1968, ص 136

طبقوا صحيح القانون).[1]

– أيضا نجد قرا ينص على أن: ( تنازل الأم عن الحضانة لا يحرمها نهائيا من اعادة اسنادها لها إذا كانت مصلحة المحضون تتطلب ذلك).[2]

– وفي قرار آخر لها أقرت بأنه:( يمكن اسناد حضانة الأبناء للأم المقيمة خارج اقليم الجمهورية مراعاة لمصلحتهم).[3]

وباستقرائنا لهاته الاجتهادات القضائية, يتبين لنا أن الحضانة يراعى فيها أولا جانب المحضون, و ثانيا حق الحاضن.

**الفرع الثاني: طبيعة الحق في سكن الحضانة**

قبل التطرق لطبيعة الحق في سكن الحضانة وجب الحديث عن المقصود بالحق أولا ثم نبين طبيعة الحق في سكن الحضانة هل هو حق عيني أم شخصي؟ كالآتي:

**أولا: تحديد المقصود بالحق** سنحاول تعريفه ثم نتعرض لأهم أنواعه تباعا:

**1-تعريف الحق في اللغة:** ورد استعمال كلمة الحق في لغة العرب بمعان متعددة أهمها:

– يستعملونه تارة بمعنى:" نقيض الباطل" .و جمعه حقوق و حقائق.[4]لقوله تعالى " وَلَا تَلْبِسُوا الْحَقَّ بِالْبَاطِلِ وَتَكْتُمُوا الْحَقَّ وَأَنتُمْ تَعْلَمُونَ "[5]

---

[1] المحكمة العليا,غرفة الأحوال الشخصية, ملف رقم: 189234, قرا بتاريخ: 1998/04/21, ص175, عن باديس ديابي, قانون الأسرة على ضوء الممارسة القضائية, ص 63

[2] المحكمة العليا, غرفة الأحوال الشخصية, ملف رقم: 220470, قرار بتاريخ: 1999/04/20, ص 181, عن باديس ديابي, قانون الأسرة على ضوء الممارسة القضائية, ص 63

[3] المحكمة العليا, غرفة الأحوال الشخصية, ملف رقم: 426431, قرار بتاريخ: 2008/03/12, المجلة القضائية لسنة 2008, العدد01, ص 271

[4] ابن رشد محمد بن احمد بن محمد بن احمد القرطبي أبو الوليد, المرجع السابق, ج01, ص291

[5] سورة البقرة, الآية 42

– و يستعملونـه تـارة بمعنـى: "الثـابـت". و مـن هذا المعنى قولــه تعالـى: قَالَ الَّذِينَ حَقَّ عَلَيْهِمُ الْقَوْلُ رَبَّنَا هَٰؤُلَاءِ الَّذِينَ أَغْوَيْنَا أَغْوَيْنَاهُمْ كَمَا غَوَيْنَا تَبَرَّأْنَا إِلَيْكَ مَا كَانُوا إِيَّانَا يَعْبُدُونَ. "[1] أي صار و ثبت عليهـم.[2]

فكلمة الحق في اللغة لها معان كثيرة منها ما يختص به الانسان سواء أكان فردا أو جماعة, ومنها ما يثبت للإنسان أو عليه قبل غيره, و منها الشيء الذي لا يشك في وجوده, والظاهر أن كل ذلك يرجع إلى معنى واحد و هو الثبوت و الوجود.[3]

2– **تعريف الحق في الاصطلاح القانونـي:** حـــاول فقهـاء القانون وضع تعريف للحق, و تفرقت وجهات النظر في ذلـك:

*نجـد المذهب الشخصـــي: يعرف الحق بأنـه:" قدرة أو سلطــة إراديــة تثبت للشخص يستمدهـا من القانـون." فهو يجعل من الحق صفـة تلحق صاحبـه لهذا سمي بالمذهب الشخصي.

*كمــا نجد المذهب الموضوعي: يعرف الحق أنــه:" مصلحــة يحميهــا القانون." فالحق يشمـل:

عنصر موضوعي: وهو يتمثل في الغايــة التي تعود دائمــا على صاحب الحق.

عنصر شكلي: و هو الحماية القانونية المتمثلة في الدعوى القضائية التي يدافع بهـا صاحب الحق عن حقه.

ونظرا للانتقـادات الموجهة للمذاهب السابقـة عرف أصحـاب النظريــة الحديثة الحق بأنـه:" ميزة يمنحها القانون لشخص مــا و يحميهـا بطريقــة قانونيـة ويكون لــه بمقتضاهـا الحق في التصرف متسلطا على مال معترف له بصفته مالكـا أو مستحقا لــه."[4]

**3– أنـــواع الحـق:** تنقسم الحقوق علـى إلى حقوق سياسيـة و تكون للوطنيـن دون الأجانب كحق الانتخـاب, و حقوق مدنيـة تنشأ بين الأفراد في علاقــة بعضهم البعض أو بين الأفـراد و الدولة أو احدى مؤسساتها باعتبارها شخص من أشخاص القانون العام. وهي قسمــان:

– الحقوق العامـة: التي تثبت لكافـة الناس و يطلـق عبيها بالحريـات العامـة.

– الحقوق الخاصة: وهي قدرات قانونيـة يخولها القانون للأفراد وهي بذاتها نوعان:

---

[1] سورة القصص, الآية 63

[2] ابن منظور محمد بن مكرم الافريقي المصري, المرجع السابق, ص 144

[3] رشدي شحاتة أبو زيد, المرجع السابق, ص 84

[4] فريدة محمدي, المدخل للعلوم القانونية–نظرية الحق– المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية, الجزائر,2002,ص 05

حقوق عائلية: وهي سلطات تقرها قواعد قانون الأحوال الشخصية تأسيسا على روابط عائلية كحق الارث و انفاق الزوج على زوجته.[1]

– حقوق مالية: وهي تحقق لأصحابها مصالح يمكن تقويمها بالمال وهي أقسام ثلاث:

1/ الحقوق العينيـــة: التي ترد على شيء مادي يخول صاحبه سلة مباشرة على هذا الشيء فيكون لصاحب الحق استعماله مباشرة دون حاجة إلى تدخل شخص آخر يمكنه من استعمال حقه, فلا يوجد وسيط بين صاحب الحق و الشيء موضوع الحق. و تطلق على هذه الحقوق تسمية الحق العيني لأنها متعلقة بالعين أو الشيء المادي.[2]

2/ الحقوق المعنوية: قدرة يقرها يحميها القانون لشخص على انتاجه الفكري أو الذهني أو الأدبي أيا كان نوعه, فيكون له الاحتفاظ بنسبة ذلك الانتاج إليه و يحتكر المنفعة المالية التي تنتج من استغلاله.

3/ الحقوق الشخصية: امكانية مقررة قانونا لشخص على شخص آخر يكون ملتزما بالقيام بعمل أو امتناع عن عمل أو اعطاء شيء.[3]

## ثانيا: طبيعة الحق في سكن الحضانة

بعد تحديدنا للمقصود بالحق و عرض أنواع الحقوق على اختلافها, نقول أن حق المحضون في السكن باعتباره مقررا له قانونا يستفيد منه بموجب حكم قضائي بقرار اسناده اياه يعتبر حقا شخصيا, وليس حقا عينيا نظرا لأن هذا الأخير هو سلطة مقررة لشخص على الشيء محل الحق دون وساطة أحد. فالأب إذا كان مالكا للمسكن المخصص لممارسة الحضانة له الحق في بيعه دون اعتراض من القائم بالحضانة, وعلى هذا الأخير أن يرفع دعوى للمطالبة بسكن آخر لممارسة الحضانة أو بدل الايجار شريطة أن لا يكون البيع الهدف منه حرمان المحضون من حقه.[4]

---

[1] اسحاق ابراهيم منصور, نظريتا القانون و الحق و تطبيقاتها في القوانين الجزائرية, د.م.ج, الجزائر, 1987, ص 289

[2] محمدي فريدة, المرجع السابق, ص 18

[3] اسحاق ابراهيم منصور, المرجع السابق, ص 294

[4] عيسى طعيبة, المرجع السابق, ص 41

وقد صدر في هذا الصدد قرار عن المحكمة العليا جاء فيه: (بأن مطلقة منحت سكنا لممارسة الحضانة, فقيام الزوج بهبة هذا المسكن لوالديه بعد صدور الحكم بالطلاق يعد تهربا واحتيالا قصد حرمان الحاضنة من حقها).[1]

اضافة إلى القرار الصادر عن المجلس الأعلى و الذي فصل في أن حق المحضون في السكن هو حق شخصي إذ جاء فيه:( أن حق الاسكان لممارسة الحضانة هو شخصي و لا يمكن بأي حال من الأحوال اعتباره من الحقوق التي تنتقل مع الملكية, و على المستفيد من هذا الحق استعمال طرق التنفيذ القانونية للحصول عليه.)[2]

[1] المحكمة العليا,غرفة الأحوال الشخصية, ملف رقم:179558, قرار صادر في: 1998/03/17, المجلة القضائية لسنة 2001, عدد خاص,ص 210

[2] المحكمة العليا,غرفة الأحوال الشخصية, ملف رقم:43594, قرار صادر في: 1986/09/22 , نشرة القضاة, العدد 44, عن عيسى طعيبة, المرجع السابق, ص 41

# الفصـــــل الثاني

# الآليات القانونية المقررة لضمان حق المطلقة الحاضنة في السكن

احتلت الحضانة مكانـة بارزة في المحيط الاجتماعي و الوسط القانونـي لارتبـاط مصير مسكن الزوجيـة بها, لأنه أمام أزمة السكن الطاحنة ثارت المشكلـة حول توفير مسكن للحاضنة, والأمـر زاد تعقيدا بحيث لم تعد أسرة العائلـة تتحمل ابنتهم المطلقـة و أولادهـا وأمام هذا الوضع تعددت المنازعات حول المسكن, والتي تمثل صراع بين الزوجين بعد فك الرابطة الزوجيـة.[1]

أتى القانون في الحضانـة بتفصيل لم يأت به فيما سبق, و قد مر موضوع الحضانـة بصفـة عامـة و سكن المحضون بصفـة خاصـة بمجموعـة من المراحل المتباينـة نتيجة الظروف التي مست المجتمع الجزائري,[2] فـإذا وقع الطلاق بين الزوجيـن و بينهمـا أبناء, فإن النزاع يثور بينهما فيمن يختص بمسكن الزوجية ,و هنا يأتي دور القضاء أساسيا في التنظيم العـام للمجتمعـات الحديثة , وعلى قدر فاعلية هذا الدور تستقر الحياة في المجتمع , و يتقلص إلى حد كبير حجم الاختـلال الاجتماعي النـاشئ عن التنـازع وتداخل الحقوق وينبنـي هذا الدور على تطبيق قـوي وسديـد للتشريعات التي تحمي الحقوق و الحريات, ذلك أن وجود القوانين مشتملـة على نصوص تعالـج أصل الحق أو الإجراءات المؤدية إليه لا تكفي لبلوغـه, بل ينبغي أن يكون اعمالهـا عبر أدوات سلطويـة تتسم بالجزم, تعمـل على تحقيق العدالـة و حمايـة الحقوق العامـة والخاصـة من أي انتهـاك, وتصونهـا من العبـث.[3]

سنتطرق في هذا الفصل إلى أسـاس أحقيـة المطلقة الحاضنة في مسكن الحضانة , ثم إلى سلطة القاضي في تقدير اسنـاد و اسقاط حق المطلقـة الحاضنـة في السكن المخصص لممارسـة الحضانـة في مبحثين كالآتي:

---

[1] عيسى حداد,الحضانة بين القانون و الاجتهاد القضائي مجلة العلوم الاجتماعية و والإنسانية المركز الجامعي الشيخ العربي التبسي, تبسة , ص 336

[2] المصري مبروك, المرجع السابق, ص 518

[3] عيسى طعيبة,المرجع السابق, ص 59

## المبحث الأول

## أساس أحقية المطلقة الحاضنة في السكن المخصص لممارسة الحضانة

بعد حل الرابطة الزوجية بالطلاق تترتب آثار مادية وغير مادية على الحضانة, إذا كان هناك أبناء و بوجودهم تحدث مشاكل لا محالة بين الأبوين المنفصلين حول كيفية التكفل بهؤلاء الأبناء, ومن جملة هذه المشاكل مسألة السكن الذي يأويهم إلى غاية نهاية سن الحضانة.[1] نص القانون على شروط لا بد من توفرها لاستفادة الحاضنة من المسكن, وهو ما سنحاول التعرض له من خلال ما جاء به قانون (11/84) من شروط مكرسة في ظله, ثم نبين ما هو مستحدث في قانون (09/05) في مطلبين كالآتي:

### المطلب الأول

### الشروط المكرسة في استحقاق الحاضنة للسكن المخصص لممارسة الحضانة في ظل قانون الأسرة (11/84)

بعد التطور السريع الذي عرفه المجتمع في المجال الاقتصادي و الاجتماعي و أمام الفراغ التشريعي, وتلك الأوضاع الشاذة, من تعارض و تناقض و تضارب في الأحكام و القرارات القضائية و اضرارا بالمتقاضين ذاتهم, كان لابد أن تمتد يد المشرع إلى الإصلاح, و هذا ما تم فعلا بالقانون(11/84) المتضمن قانون الأسرة, و نتيجة للتفكك الأسري و ارتفاع نسبة الطلاق بدأ اهتمام المشرع بمسألة سكن الحضانة حيث أفرد له نصا خاصا منظما مسألة اسناد المسكن الزوجي للمطلقة التي تقررت لها حضانة الأولاد,[2] و ذلك من خلال المادة (52) في الفقرة الثانية من قانون الأسرة,[3]

[1] عيسى حداد, المرجع السابق,ص 329

[2] عيسى طعيبة, المرجع السابق, ص 24

[3] القانون رقم (11/84)المتضمن قانون الأسرة, ص913

التي جاء نصها كالآتي: " و إذا كانت حاضنة ولم يكن لها ولي يقبل ايوائها يضمن حقها في السكن مع محضونيها حسب وسع الزوج, و يستثنى من القرار بالسكن مسكنا الزوجية إذا كان وحيدا. تفقد المطلقة حقها في السكن في حالة زواجها أو ثبوت انحرافها."و من ثم فإن استحقاق السكن لممارسة الحضانة معلق على شروط واقفة ندرسها في فروع خمسة كالآتي:

**الفرع الأول: أن تكون المرأة المطلقة محكوما لها بالحضانة**

بالرجوع للفقرة السالفة الذكر من المادة(52) يتضح أن الحاضنة التي تستفيد من الحكم لها بحق البقاء في السكن, هي أم المحضون فقط دون غيرها من الحاضنات اللواتي قد يتقرر لهن الحق في الحضانة و فقا للمادة (64) من قانون الأسرة.[1] و ما يلاحظ على هذا الشرط أنه شرط موضوعي إذ لا يمكن تصور منح السكن لزوجة مطلقة بدون حضانة أولاد.[2]

و هذا ما يستشف من الفقرة الثانية:" وإذا كانت حاضنة" فهذه العبارة وردت مكملة للفقرة الأولى الخاصة بالتعويض في حالة الطلاق التعسفي حيث نصت على أنه:" إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها." فالمادة (52) من قانون الأسرة,[3] رتبت في فصل الطلاق و تكلمت عن الطلاق التعسفي في الفقرة الأولى, و خصصت الفقرات الموالية للحضانة. و المشرع يعني بها المطلقة التي تقررت لها الحضانة و المطلقة لا تكون إلا أما للمحضون. وبالتالي يستثنى من تطبيق هذا النص كل امرأة اسندت لها الحضانة و لا يسري إلا على الحاضنة الأم بموجب حكم القضاء.[4]

كما أنه بربط الفقرة (02) مع الفقرة(01) التي جاءت تنص على التعويض التعسفي فإنه يجب الإشارة إلى أن حق المطلقة الحاضنة بالبقاء في المسكن ليس لكل مطلقة حاضنة, بل هو فقط للتي طلقت بتعسف, بحيث إذا لم يكن الزوج متعسفا في طلاقه فلا حق لها في السكن, و ليس الحق هنا حقا للمحضون, بل هو حق للحاضنة, بدليل أنه ليس لكل حاضنة, بل للمطلقة فقط, وليس لكل مطلقة, بل للتي تعسف الزوج في طلاقها.[5]

---

[1] القانون رقم (11/84)المتضمن قانون الأسرة, ص 914

[2] محمد لمين لوعيل, المركز القانوني للمرأة في الأسرة الجزائري, دار هومة, الجزائر, 2004, ص 121

[3] القانون رقم (11/84)المتضمن قانون الأسرة, ص913

[4] زكية حميدو, مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة, رسالة لنيل شهادة الدكتوراة في القانون الخاص, جامعة أبو بكر بلقايد, تلمسان, السنة الجامعية 2005/2004, ص 130

[5] المصري المبروك, المرجع السابق, ص 523

و من القرارات القضائية نجد قرارا يستقر فيه القضاء على أن:(طلب الحاضنة للمسكن يحكم به في الوقت الذي يحكم فيه بالطلاق و الحضانة, و لا يتقرر للمطلقة الحاضنة هذا الحق دون اثبات وفق للمادة(52) من قانون الأسرة).[1]

اضافة للقرار الذي يقضي بأن:( طلب الحاضنة للمسكن الذي يحكم به في الوقت الذي يحكم فيه بالطلاق و الحضانة هو طلب متعلق بالأساس بمصلحة المحضون و هي التي توجه القضاء في اسناد الحضانة أو اسقاطها و بالنتيجة قبول طلب السكن لممارسة الحضانة أو رفضه".[2]

**الفرع الثاني: أن لا يكون للمطلقة ولي يقبل ايوائها**

يشترط لإقرار حق السكن للحاضنة أن لا يكون لها ولي تأوي إليه بمعنى التي تفقد وليها و ليس لها غيره يستقبلها و يؤمن لها مسكن , فإذا وجد من يضمن للحاضنة السكن مع محضونيها من أقربائها مثلا( العم , الخال) أو غيرهم , فإنها لا تكون بحاجة إلى مطلقها ليضمن لهم السكن.[3]

فالمشرع الجزائري يجبر بصفة غير مباشرة الحاضنة الأم بأن تثبت للقاضي بأن وليها يرفض ايوائها, أو أنها تفتقد لولي تلجأ إليه, و لا شك أن هذا الإجراء يتضارب مع مصلحة المحضون والمطلقة في آن واحد و لا يراعيهما بتاتا, لأن في الوقت الذي يحقق في توفر مسكن آخر للمطلقة الحاضنة أو تحاول فيه الحاضنة الأم اثبات ذلك, أين يترك المحضون و مع من؟ بل و الأكثر من ذلك, افترض المشرع استقبال الحاضنة مع محضونيها من طرف الولي قبل أن يلزم الأب على ذلك؟. [4]

---

[1] المحكمة العليا, غرفة الأحوال الشخصية, ملف رقم: 73949, قرار صادر في: 1991/04/23, المجلة القضائية لسنة 1994, العدد(01), ص 49

[2] المحكمة العليا, غرفة الأحوال الشخصية, ملف رقم 50270, قرار صادر في: 1988/11/07, المجلة القضائية لسنة 1991, العدد(03), ص 48

[3] عبد العزيز سعد, الزواج و الطلاق في قانون الأسرة ,ص 267

[4] زكية حميدو تشوار, حق المطلقة الحاضنة في السكن بين النقص التشريعي و الواقع الاجتماعي,مجلة المعيار,العدد09, جامعة الأمير عبد القادر, قسنطينة,الجزائر,2004,ص 291

غير أن تفسير المحكمة العليا للنصوص قد تغير لاحقا عندما بينت في أحد حيثيات قرارها أن اثبات فقدان الحاضنة الأم لولي يقبل ايوائها يقع على عاتق المطلق إذا قضت:( حيث أن الطاعن لم يثبت أن ولي مطلقته قد قبل ايواء ابنته المطلقة و محضنيها, الأمر الذي يجعل القرار المنتقد سليما و لم يخرق القانون, ولا المادة (52) من قانون الأسرة مما يجعل الوجه المثار غير مؤسس و يستلزم معه رفضه و تبعا لذلك رفض الطعن.)[1]

و في قرار آخر لها لم تأخذ المحكمة العليا في الاعتبار شرط الولي الذي يقبل ايواء الحاضنة, أين أيدت فيه قرار مجلس قضاء الجزائر الصادر في( 23-03-1997 ) والذي ألغى الحكم المستأنف في شقه المتعلق برفض تخصيص مسكن لممارسة الحضانة و الحكم من جديد بإلزام الأب بدفعه للحاضنة بمبلغ 4000 دج بدل أجرة المسكن, بالرغم من أن ولي الحاضنة قبل ايوائها, لأن أجرة مسكن الحضانة تعتبر عنصر من عناصر النفقة التي هي من التزامات الأب تجاه أولاده المحضونين.[2]

فالشرط المتعلق بضرورة عدم وجود ولي للمرأة يأويها و محضونيها فيه اجحاف في حق المرأة و في حق وليها, و لقد أثبتت تجربة تطبيق القضاة لهذا النص أن الولي لا يقبل ايواء المطلقة و ربما يدفع الأم إلى التنازل عن حضانة الطفل لأن الولي قد يقبل سكن وليته عنده, ولكن مع أولادها فهذا أمر صعب, بحجة أن الأبناء تحت مسؤولية المطلق, وهنا توضع المطلقة في موقف صعب و حرج في نفس الوقت, فإما أن تسكن مع أبويها و تترك الأولاد مع أبيهم وإما أن ترفض التخلي عن أولادها و بالتالي تهوم للبحث عن سقف يأويها, وهي من الأمور الصعبة في الوقت الحالي, وعلى هذا الاتجاه فإن هناك من اعتبر أن المشرع الجزائري تجاهل امكانية قبول الولي استقبال الزوجة ورفض أبنائها وهذا قفز عن الواقع المعاش. [3]

---

[1] المحكمة العليا, غرفة الأحوال الشخصية, ملف رقم 285062, قرار صادر في 2002/09/25,ملحق رقم08, عن حميدو زكية, مصلحة المحضون في القوانين المغاربية, ص 292

[2] المحكمة العليا, غرفة الأحوال الشخصية, ملف رقم: 34630, قرر صادر في:1984/04/18, ملف رقم:38095 , قرار صادر في10/07/ 1985, ,غير منشور, عن زكية حميدو تشوار: حق المطلقة الحاضنة في السكن بين النقص التشريعي و الواقع الاجتماعي, ص 293

[3] هجيرة دنوني بن الشيخ, اجحاف قانون الأسرة الجزائري بحقوق المرأة, مجلة المجلس الإسلامي الأعلى, العدد03, الجزائر, 2002,ص 490

**الفرع الثالث: تعدد المحضونين**

استوجب القانون لضمان اسكان المطلقة الحاضنة أيضا ضرورة تعدد المحضونين, فاستعمل المشرع الجزائري صيغة الجمع في المادة(52) من قانون الأسرة بالنص على أنه:" .... يضمن حقها في السكن مع محضونيها...." و باللغة الفرنسية:

" il lui est assure ainsi qu'a ses enfants , le droit au logement "

و الملاحظ على هذا الشطر أنه لم يحدد بدقة عدد المحضونين الذي تستطيع بواسطته الحاضنة الأم الاستفادة من السن لممارسة الحضانة. و نتساءل هنا: هل حضانة طفل واحد تخول لها هذا الحق ؟ فسر البعض من فقهاء القانون عبارة "محضونيها" تعني أنها حاضنة لأكثر من طفل واحد فهي جاءت بصيغة الجمع, فإن كانت حاضنة لطفل واحد فقط لا حق لها في المطالبة بسكن لممارسة الحضانة. [1]

كما أن القضاء الجزائري نفسه صنع هذه التفرقة, إذ اشترط أن يكون العدد أكثر من واحد, وقد اتخذ في هذه المسألة موقفين مختلفين:

**أولهما:** ظهر في قرارين بحيث لم يعترف فيهما بحق الايجار للزوجة إلا إذا كان لها ثلاثة أطفال فأكثر.[2]

**ثانيهما:** جاء به قرار و الذي لم يكن هو الآخر أشد حرصا على مصلحة المحضون , إذ جعل استفادة الأم الحاضنة بحق الايجار إلا إذا كانت حاضنة لأكثر من طفل واحد.[3]

وعلل موقفه هذا بالقول أن الفقرة الثانية من المادة (467) من القانون المدني[4] , التي تنص على أنه: " وفي حالة الطلاق يجوز للقاضي أن يعين من الزوجين من يمكنه أن ينتفع بحق الايجار باعتبار تكاليف هذا الزوج من أجل حضانة الأولاد خاصة."

---

[1] لحسين بن الشيخ آث ملويا, المنتقى في قضاء الأحوال الشخصية ,ص 443

[2] المحكمة العليا, غرفة الأحوال الشخصية, ملف رقم:34630, قرار صادر في 1984/04/18, ملف رقم 38095,قرار صادر في: 1985/10/07, غير منشورين عن زكية حميدو تشوار: حق المطلقة الحاضنة في السكن بين النقص التشريعي و الواقع الاجتماعي, ص 293

[3] المحكمة العليا, غرفة الأحوال الشخصية, ملف رقم 45454, قرار صادر في 1987/04/06,غير منشور, زكية حميدو تشوار: حق المطلقة الحاضنة في السكن بين النقص التشريعي و الواقع الاجتماعي, ص 293

[4] الأمر(75-58) المتضمن القانون المدني الجزائري, ص 1018

هذا الحق لا يفتح لحاضنة طفل واحد. وقد اختلف الفقه من حيث الأخذ بهذه القرارات, إذ هناك من أيد هذا الموقف بحيث أقر الأستاذ عبد العزيز سعد: على وجوب أن تكون الحاضنة حاضنة قانونا لثلاثة أولاد فما فوق لأنه إذا لم يكن محكوم لها بحضانة مثل هذا العدد من الأولاد فلا يجوز للمحكمة أن تحكم لها بضمان المسكن مع المحضونين.[1]

وهذا التفسير هو موقف غريب و مخالف للقانون, فمن أين جاء بعدد الثلاثة, فهو تفسير سطحي و غير سليم للفقرة(02) من المادة (52) لسببين هما:

– يتمثل في كون نص المادة ذكر المحضونين بصيغة الجمع, لأنه قلما تتكون الأسرة الجزائرية من طفل واحد, بل المتعارف عليه هو أن ينجب الأبوان أكثر من طفل.

– أن استعمال صيغة الجمع مفاده أن الحق في السكن يكون للزوجة سواء كانت حاضنة لطفل واحد أو عدة أطفال, و في التخاطب يقال للشخص: " هل لديك أطفال؟" و لا يقال له: " هل لديك طفل؟" فقواعد القانون جاءت عامة و مجردة و لا تتعلق بشخص واحد في المجتمع, بل بجميع الناس فالمشرع يحتاط لجميع الحالات سواء كان الأمر يتعلق بطفل واحد أو أكثر.[2]

و القول بوجهة النظر الأولى معناه انكار حق المحضون في السكن إذا كان واحدا و قبول فكرة التعدد الدائم , و هذا الأمر و إن كان مفهوما في العهود الفارطة إلا أنه أصبح لا يتماشى مع الواقع الاجتماعي الحاضر و هكذا فهذا الاتجاه ليس عملي من هذه الزاوية , بل و في الأخذ به خطر عظيم على مصالح المجتمع , خاصة و أن ظاهرة الطلاق أصبحت في الوقت الحاضر تقع بعد مرور فترة زمنية قصيرة من الزواج قد تكون سنة أو سنتين مما يجعل في كثرة الأحيان المطلقة حاضنة لطفل واحد, و تفاديا في المستقبل لهذا التضارب في الآراء نقول إن العدالة و المساواة بين الأمهات المطلقات الحاضنات, و الانسجام الذي يجب أن يتحقق بين النصوص التشريعية كل ذلك يدفع إلى القول بضرورة تعديل القانون في هذا الصدد تعديلا يقضي باستبدال العبارة التي تقول: "مع محضونيها" و السر في ذلك وجوب حماية الطفل قبل رعاية و ضمان حق الأب في السكن.[3]

---

[1] عبد العزيز سعد, الزواج و الطلاق في قانون الأسرة, ص307

[2] لحسين بن الشيخ آث ملويا, المنتقى في قضاء الأحوال الشخصية, ص 444

[3] زكية حميدو, حق المطلقة الحاضنة في السكن بين النقص التشريعي و الواقع الاجتماعي ,ص 194

ونظرا للاعتبارات و القضايا التي واجهها القضاء , تفطن القضاء و تغير مسار من سبقه, فكانت ثمرة ذلك أن فكر في تفسير يخدم مصلحة المحضون , تولد عنه موقفا مغايرا اعترف فيه بحق الأم الحاضنة بالسكن أو أجرته, و لو كان تحت حضنها طفل واحد, و تجسد ذلك في اجتهادات قضاء المحكمة العليا من ضمنها:

القرار الذي جاء فيه:( لما ثبت –في قضية الحال– أن قضاة المجلس أسسوا قرارهم على أن الطاعنة لا يحق لها المطالبة بسكن لممارسة الحضانة أو بأجرته إلا إذا كانت حاضنة لأكثر من ولدين, فإنهم بذلك قد أساءا تطبيق القانون و كان يتوجب عليهم الزام المطعون ضده بتوفير سكن للحاضنة أو بتسليم أجرته, مما يتعين معه نقض و ابطال قرارهم و بدون احالة). [1]

وفي قرار آخر صادر عن المحكمة العليا, ورد في حيثياته أن:(المادة 52 من قانون الأسرة لم تشر فقط إلى أن الحاضنة لا يحق لها المطالبة بسكن لممارسة الحضانة أو بدل ايجاره إلا إذا كانت حاضنة لأكثر من ولد, بل نصت على أن الحاضنة إذا لم يكن لها ولي يقبل ايوائها يضمن حقها في السكن مع محضونيها حسب وسع الزوج).[2]

**الفرع الرابع: قدرة الزوج على ضمان المسكن**

حتى يحكم القاضي للمطلقة بالسكن يجب عليه أيضا مراعاة حال الزوج المطلق يسرا و عسرا, لقوله تعالى:" وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَن يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ لَا تُكَلَّفُ نَفْسٌ إِلَّا وُسْعَهَا..."[3] و يعاب على المشرع الجزائري أنه كان يستعمل مصطلح: "يضمن" مع عبارة: "حسب وسع الزوج" وهما عبارتان لا تتطابقا لا من الناحية القانونية و لا من الناحية اللغوية, لأن استعمال كلمة "يضمن" معناه أن الشيء موجود و متوفر, و يغض النظر فيه عن حالة الشخص و امكانياته المادية, وذلك ما لا يستقيم مع اشتراط وسع الزوج في آن واحد.[4]

---

[1] المحكمة العليا, غرفة الأحوال الشخصية, ملف رقم: 1127, قرار صادر في:1994/11/29,المجلة القضائية, العدد01, 1994, ص 140

[2] المحكمة العليا, غرفة الأحوال الشخصية, ملف رقم: 285062, قرار صادر في:2002/09/25 عن عيسى طعيبة, المرجع السابق, ص 31

[3] سورة البقرة, الآية *233*

[4] زكية حميدو, مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة, ص 192

فالمشرع استوجب مراعاة حال الزوج المطلق المادية و الذي ساير فيه المذهب المالكي, فإذا كان الزوج ملزما بالإنفاق على زوجته حال قيام العلاقة الزوجية بينهما في حدود سعته, فمن باب أولى أن يلزم بإسكانها بمراعاة نفس الضابط بعدما أن صارت حاضنة لأولادها منه.[1]

و لقد أكدت المحكمة العليا في قرار صادر عنها في: (بأن أجرة مسكن الحضانة تعتبر عنصرا من عناصر النفقة, و منها فإنها من التزامات الأب تجاه أولاده المحضونين, إلا أن تقديرها يخضع للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع لا رقابة عليهم في ذلك.)[2]

**الفرع الخامس: أن لا يكون مسكن الزوجية وحيدا**

نصت الفقرة الثالثة من المادة (52) من قانون الأسرة,[3]على أنه:" و يستثنى من القرار بالسكن, مسكن الزوجية إذا كان وحيدا." فالمشرع أوجب عند تقرير الحق في السكن للمطلقة الحاضنة استثناء مسكن الزوجية ان كان وحيدا, أي أن يكون للزوج المطلق أكثر من مسكن واحد حتى يتسنى الاسناد, فإذا استطاعت المطلقة الحاضنة أن تثبت بأن الزوج يملك مسكنا آخر, فمن مصلحة الحاضنة و المحضونين البقاء في مسكن الزوجية و الذي ازدادوا فيه, كما تعودوا على الاقامة فيه, فما على الزوج إلا مغادرته, والانتقال إلى مسكن آخر.[4]

وقد أثار مصطلح "مسكن الزوجية" العديد من الملاحظات الشكلية و الموضوعية كالآتي:

**1**- فمن **الناحية الشكلية** نجد: أن مصطلح مسكن الزوجية مصطلح في غير محله و يمس بسلامة الفكرة القانونية للأسباب الآتية:

- أن مسكن الزوجية يطلق أثناء قيام الرابطة الزوجية, وهاته الأخيرة تضمحل بالطلاق.
- أن مسكن الزوجية يقدر حسب حال الزوج و لا يلتفت فيه إلى حال الزوجة, أما مسكن الحضانة فطبقا للمادة (72), فإنه ينظر فيه أولا إلى حالة الأولاد, ثم إلى حال الزوجة, ثم إلى حال الحاضنة حيث لا يجب اسكانها إذا كانت صاحبة مسكن.

---

[1] أم الخير بوقرة, المرجع السابق,ص 87

[2] المحكمة العليا, غرفة الأحوال الشخصية, ملف رقم: 197739, قرار صادر في: 1998/07/21, نشرة القضاة لسنة 1999, العدد 56, ص 37

[3] القانون رقم (11/84)المتضمن قانون الأسرة, ص913

[4] لحسين بن الشيخ آث ملويا, المنتقى في قضاء الأحوال الشخصية ,ص446

– أن مسكن الزوجية يتقرر للزوجة بصفتها كذلك, أما مسكن الحضانة فيتقرر للحاضنة أما كانت أم غيرهـا.[1]

– أن مسكن الزوجيـة قد يكون ملكا للزوجة أو لأقارب الزوج أو مشتركا بين الزوجين, واستنتاجا من عبـارة: "إذا كـان وحيدا" نقول أن المعنى الذي قصده المشرع من مسكن الزوجية هو مسكن المطلق, ولهذا نقترح استبدال هذا المصطلح بمسكن المطلق أو مسكن والد المحضونيـن.[2]

**2**– أمـا من **الناحيـــة الموضوعيـة** نجد:

– أن الحالـة العامـة والغالبـة ان يكـون مسكن الزوجيـة وحيـدا ولا سيمـا أن أزمـة السكن أصبحت حادة و منتشرة فـي الوطـــن.

– إذا كـان الأب مالكـــا أو مستأجـرا لمسكن الزوجيـة الوحيد, فذلك لا يمنعه من أن يوفر لأولاده أجرة مسكن آخر, و لكن الشيء المؤسف, حتى في هذه الحالـــة الأخيرة, جعل المشـــرع أمر منح القاضي ايجار السكن للحاضنـة جوازيا, و ذلك في الفقرة الثانيـة من المـــادة (467) من القـانون المدني من خلال عبـارة :"يجوز" الواردة فيها, وهذا الموقف مهمـــا كان منطقه, فإنه عرضة للنقد: كونـه ينطوي علـى الفوضـى إذ يوافق علـى تشريد الأطفال كواقعة طبيعية, كمـــا يعطي للأب الحق في البقـــاء في السكن حسب مـا يروقـــه وما يتفق و مصالحـــه الشخصية, و حتى لـو كان مسكن الزوجيـــة وحيدا, فإن المطلقـــة والأطفـــال أولى به من المطلـق الذي يمكن لـــه أن يتدبـر أمـــره.

– كما أن المشرع في المادة (57) من قانون الأسرة,[3] فتح الباب للطعن بالاستئنـــاف في الجوانب المادية للطلاق بما في ذلك النفقة, بما فيها السكن من جهـة, ومن جهـــة أخرى, أقفـل هذا البـاب بصريح العبارة. و يستثنى من القرار بالسكن: "مسكن الزوجية إذا كان وحيدا. "و بالتالي يبقى حل مشكلة سكن المطلقة و محضونيها مطروحـــــا".[4]

إن استثنـــاء مسكن الزوجيـــة من النزاع اذا كـــان وحيدا هنـاك من يراه أمرا منطقيـا إذ يجب الأخذ بعين الاعتبار واقع الأسرة الجزائريـة خاصـــة إذا كان الزوج مقيـم مع أهلـــه فهل يعقـــل أن ترمى

---

[1] زكية حميدو, مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة, ص 135

[2] محمد كمال امام الدين, المرجع السابق, ,ص 308

[3] القانون رقم (11/84)المتضمن قانون الأسرة, ص913

[4] زكية حميدو , حق المطلقة الحاضنة في السكن بين النقص التشريعي و الواقع الاجتماعي, ص 195

عائلة بأكملها و تبقى الزوجة في المسكن بحجة ممارسة الحضانـــة, و ربما هذا الاعتبـــار الذي راعاه المشرع الجزائري عندما استثنى مسكن الزوجيـــة.[1]

و الشيء الملاحظ هو أن أحكام المادة (52) عندما نصت على ضرورة اسكـان الزوجـة المطلقة مع محضونيها فهو ضمان للزوجة لكنه خالي من الحماية القانونية أو الإجرائيـة, في حالـة رفض الزوج اسكان الحاضنة و أولادها كما أنه لا حماية جزائية في حالة الاخفـاء العمدي للزوج المطلق للسكنات المملوكـة لـه, بغرض حرمان الزوجـة المطلقة مع محضونيها من هذا السكن وفقا للفقرة الثانية من المادة (52) من قانون الأسـرة .[2]

وقد قضت المحكمـــة العليـا في قرار صـادر عنهـا بأن:"( للحاضنـة الحق في البقـاء في مسكن الزوجية متى ثبت للزوج مسكنا آخر و هذا نظرا لمصلحة المحضونين, ولما كان ثابتا– في قضية الحال– أن المطعون ضدها تمارس حضانة الأولاد في المسكن المتنازع عليه منذ 11 سنة أي من تاريخ صدور الحكم بالطلاق و أن محضر اثبات حالة يثبت أن الطاعن يملك سكنـا آخـر. وعليه فإن القضاة بقضائهـم برفض دعوى الطاعن لعدم التأسيس و حق الزوجـة في البقـــاء في مسكن الزوجية نظرا لمصلحة الأولاد المحضونين الأربعة, فإنهم بقضائهم كما فعلوا طبقوا صحيح القانون متى كان كذلك استوجب رفض الطعن). [3]

و الخلاصـــة أن نص المـادة (52) من قانـون الأسرة قد خاض كثيرا فيما يتعلق بمنح المسكن للزوجة, ولعل هذه المادة هي الأكثر اجحافا في حق المرأة التي يرتبط مصيرها بمصير أولادهـا.[4] في هذه المرحلة التشريعية ذاتهـا و في حالـــــة عدم تحقق أحد هذه الشروط يسقط حق المطلقـة الحاضنـة في السكن, بمقتضى المادة (52) الفقرة الثانية و ما بعدها, إلا أن المشرع و من خلال نص المـــادة (72) من قانـون الأسرة أعطى للمحضون الحق في السكـــــن– بغض النظر عن الشروط المذكورة آنفـا– و التي نصهـا:" نفقة المحضون و سكنـاه من ماله إذا كان لـه مـال, وإلا فعلى والده أن يهيئ لـه سكنـا و ان تعذر فعليه أجرتـه."[5]

---

[1] الطيب لوح رئيس النقابة الوطنية للقضاة, اشكالية تطبيق بعض أحكام قانون الأسرة في غياب القواعد الاجرائية الخاصة بتطبيقها, مجلة المجلس الاسلامي الأعلى, العدد03, الجزائر,2000 , ص 259

[2] الطيب لوح رئيس النقابة الوطنية للقضاة, المرجع السابق, ص 259

[3] المحكمة العليا, غرفة الأحوال الشخصية, ملف رقم: 223834, قرار صادر في: 1999/06/15,المجلة القضائية لسنة 2001, ص 225

[4] هجيرة دنوني, المرجع السابق,ص 488

[5] عيسى طعيبة ,المرجع السابق,ص 30

وبالرجوع للمـادة (52) و المـادة (72) من قانون الأسرة, نلاحظ أنهما مادتان لم تعرفا انسجاما, فبالنسبة للمـادة (52) من قانـون الأسرة رتبت فـي فصل الطـلاق, وتكلمت عن الطـلاق التعسفي في فقرتها الأولى, وخصصت الفقرات الموالية للحضانـة, و من هنا, فهي تخاطب الحاضنة الأم دون سواها, في حين المادة (72) من قانون الأسرة فإنها منظمـة في موضوع الحضانـة, فهي بذلك تخاطب كل الحاضنات من ناحية, وتبدو أكثر حماية بالمقارنة مع نص المـادة الأولى بسبب الزام الأب توفير مسكن أو على الأقل أجرتـه من ناحيـة أخرى, الشيء الذي لا نجده في المـادة (52) من قانون الأسرة, وهكذا فـإن حظ حصول المحضون على حقـه في الايواء وهو فـي يد حاضنـة غير أمـه أوفر من ذلك إذا كـان مع أمه, و بالرغم من ايجابيـات المـادة (72) من قانون الأسرة إلا أن سلبياتهـا قائمـة و تتمثل فـي:

–لم تعتبر هذه المـادة السكن من مشتملات النفقة, وهذا ما يجعلها متعارضة مع المادة(78) من قانون الأسرة التي تنص على أن النفقـة تشمل: " الغذاء و الكسوة و العلاج و السكن أو أجرته."

–في حالـة عدم وجود مال للمحضون, تعرض المشرع لحل مشكل السكن أو أجرته الذي يقع على عاتق الأب, دون أن يحل مشكل باقي مشتملات النفقة, و لذلك حتى تنسجم النصوص مـع بعضها البعض, آخذين فـي الاعتبار الملاحظات السابقة, تسنى لنا قبل التعديل اقتراح الصياغـة الآتيـة: " نفقة المحضون من ماله إن كان له مال, و إلا فمن مـال والده."[1]

–ومن ثم فإن الدارس لمسألـة حق السكن للمطلقـة الحاضنـة يلاحظ التعارض بين الإطلاق و التقييد فـي المادتيـن (52 و 72) من قانـون الأسـرة (11/84), حيث نجد المـادة (52) تعلق استحقـاق حق السكن لممارسـة الحضانة على شروط واقفة, في حين نجد المادة (72) جعلت حق السكن للمحضون ولو كـان واحدا بلا اشتراط لعدد المحضونين ,كما جعلت حق السكـن للمحضون وليس حقا للمطلقة, فيحمل هذا التعارض على أن المادة (72) بحكم أنها تالية للمادة (52) تضمن تخصيص عموم المادة (52) و تقييد مطلق حكمهـا.[2]

---

[1] زكية حميدو, مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة,ص 130

[2] عبد القادر بن داود,الآثار المالية للطلاق بالنسبة للزوجة, مجلة المعيار, العدد09, جامعة الأمير عبد القادر, قسنطينة, الجزائر,2004,ص 275

وأمـــام هذه المشـاكل وغيرهـا, توجه المشرع إلـى التدخل و القيام بتعديل المادتين(52 و 72) من قانـون الأســرة, ولكن هل جاءت النصوص المعدلــة في صياغتهـا الجديدة لتكريس حق المطلقة الحاضنـة في السكن بشكل أفضل؟

## المطلب الثانـي

## الشروط المستحدثـة فـي استحقـاق الحاضنـة للسكن المخصص لممارســة الحضانــة في ظل قانـون الأسرة المعدل(09/05)

أدى الفراغ التشريعـي و القضائــي بتوجه المشرع الجزائري إلى إعـادة النظر في قـــانون الأســرة الجزائري, و ذلك بضرورة تعديل نص المادة (52) بإلغاء فقراتها الثانية و الثالثة و الرابعـة. و كذا تعديل المـــادة (72) منه,[1] و استبدالهـا بفقرتين تنص على أنـــه:" في حالــة الطلاق, يجب على الأب أن يوفر لممارســة الحضانــة, سكنا ملائما للحاضنة, وإن تعذر ذلك فعليه دفع بدل الايجار, و تبقى الحاضنة في بيت الزوجية حتى تنفيذ الأب للحكم القضائي المتعلق بالسكن." فإذا اسندت الحضانة للأم في حالة الطلاق التزم الأب– وفقا لنص المادة 72– بتوفير مسكن ملائم للحاضنة حتى تستطيع ممارسة حقهـا في أحسن الظروف تجـاه ولدهـا المحضون, وفي حالة عدم تمكنـه من ذلك ألزم بدفـع قيمـــة الايجـار لإيجـاد مسكن تقطن فيـه الوالدة و ولدهـا المحضون لتسهيل عملية الرعاية و التربية في ظروف ملائمة تصون كرامة الحاضنة و المحضون , كما حثت المادة ذاتهـــا على بقـــاء هذه الزوجة المطلقة في بيت الزوجية إلى غاية تنقيذ أحد الأمرين : إما بتوفير السكن أو دفـع أجرة كراء المسكـن.[2]

و لإمكانيـة تطبيـق المـادة (72) من قانون الأسرة بصفة سليمة, و امكانية الحكم للمطلقة الحاضنة بسكن مناسب لتقيم فيــه هي و محضونيهـا يجب أن تتوفر الشروط الآتيـة:

1/ أن يصدر حكم قضائي نهائي بطلاقها يتضمن اسنـاد حق الحضانـة إليهـا, بقطع النظـر عن كون المحضون واحد أو أكثر.[3] و هو ما تم اقراره في قرار صـادر عن المحكمـة العليـا إذ جـاء فيــه: ( إن المـادة 72 من قانون الأسرة لم تشترط وجود عدد من الأولاد المحضونين كي تستحق

---

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

[2] عنية قري, شرح قانون الأسرة المعدل– دراسة مقارنة بين الشرع و القانون–, ط01, دار طليطلة, الجزائر,2011 , ص 151

[3] عبد العزيز سعد, قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد ,ص 145

الحاضنة مسكنا لتمارس الحضانة به أو مبلغا مالي بدله, و أن الطاعن الذي ادعى أن لمطلقته وليا يقبل ايوائها هي و محضونيها كان عليه أن يثبت ما يدعيه.)[1]

2/ أن تكون الحاضنة هي المطلقة و هي أم المحضون, فلو كان من أسندت إليه حق الحضانة هو الجدة أو العمة مثلا لكان من الممكن نقل المحضون إلى مسكن الجدة أو العمة لتمارس فيه حق الحضانة و لا يحتاج الأمر إلى توفير سكن للحاضنة.

3/ أن يكون للأب مسكن ملائم يمكن أن يمنحه لمطلقته لتمارس فيه حق حضانة ولده أو أولاده, ذلك أنه إذا لم يكن له مسكن يوفره للحاضنة فإنه يجب عليه في هذه الحال أن يدفع لها ما يساوي قيمة ايجار سكن لمثل حالة زوجها و لمثلها.[2]

و باستقراء نص المادة (72) من قانون الأسرة نلاحظ أن المشرع الجزائري ألزم الأب بين ضرورة تهيئة سكن للمحضون أو بدل الإيجار, كما أوجب على الحاضنة البقاء في بيت الزوجية حتى تنفيذ الأب للحكم القضائي, وهو ما سنحاول تحليله, ثم نبين الإطار القانوني المستجد في القانون (01/15)[3] المتضمن صندوق النفقة الغذائية, ومدى تأثيره على الحق في السكن المخصص لممارسة الحضانة باعتباره من مشتملات النفقة كالآتي:

**الفرع الأول: التزام الأب بين ضرورة تهيئة سكن للمحضون أو دفع بدل الايجار**

ألزم المشرع صراحة الأب بتهيئة السكن للمحضون وإن تعذر ذلك فعليه بأجرته, و هكذا لم يترك المشرع الجزائري للزوج أي خيار فهو مجبر على أن يوفر للحاضنة سكنا لممارسة الحضانة, أو أن يدفع بدل الايجار, و لم يضعه في موضع تخيير بين الأمرين, على عكس ما كان عليه الحال في المادة (72) قبل التعديل,[4] إذ كان التزام الأب مقرونا بوجوب افتقار المحضون للمال.[5]

حيث كانت تنص: " نفقة المحضون و سكناه من ماله إذا كان له مال, وإلا فعلى والده أن يهيئ له سكنا و ان تعذر فعليه أجرته."

---

[1] المحكمة العليا, غرفة الأحوال الشخصية, ملف رقم:348956, قرار صادر في:2005/11/16,المجلة القضائية لسنة 2005, العدد 02,ص 425

[2] عبد العزيز سعد, قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد ,ص 145

[3] القانون رقم (01/15) المؤرخ في 13 ربيع الأول 1436 الموافق ل 04 يناير 2015, المتضمن انشاء صندوق النفقة, الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية, العدد (01), ص 07

[4] القانون رقم (11/84)المتضمن قانون الأسرة, ص 914

[5] سليمان ولد خسال, المرجع السابق,ص 189

فالمشرع أوجب أن يكون السكن المهيأ من قبل الأب لممارسة الحضانة ملائما للحاضنة و خفف من عبئ الأب في تنفيذ التزامه عينا, فإذا كان في اعداده لمسكن الحضانة إرهاقا له حكم عليه بأجرة المسكن.[1] وسنحاول دراسة التزام الأب بين ضرورة تهيئة المسكن أو دفعه لبدل الايجار.

**أولا: التزام الأب بتوفير المسكن الملائم للحضانة**

اشترط المشرع في المادة (72) من قانون الأسرة,[2] أن يكون السكن المخصص لممارسة الحضانة ملائما للحاضنة, وبهذه الصياغة المعيبة جعل المشرع الحق في السكن قاصرا على ملاءمته مع الحاضنة, بدلا من أن يشترط أن يكون السكن ملائما لممارسة الحضانة, لأنها لا تحصل على ذلك الحق إلا إذا كانت حاضنة.[3]

وهو ما يجعلنا نطرح عدة تساؤلات فرعية تتمثل في تحديد المقصود الذي قصده المشرع من خلال أن يكون المسكن ملائما؟ وما الضوابط التي تسمح بتقدير هذه الملائمة خاصة وأن المشرع ربط ملائمة مسكن الحضانة بالحاضنة كونها هي من تقوم بممارسة الحضانة؟

من خلال تفحصنا لنص المادة (72) من قانون الأسرة يتضح جليا أن:

– التزام الأب بتوفير المسكن الملائم غير الزامي إذ أن المشرع أقر بأنه في حالة التعذر التزم ببدل الايجار.

– أن تقدير ملائمة المسكن للحاضنة يخضع لتقدير قاضي الموضوع في حالة رفض الحاضنة المسكن المهيأ, ولابد أن يكون لهذا الرفض ما يبرره, و مصطلح الملائمة على الرغم ما يحمله من معاني إنما قصد به أن يكون المسكن مناسبا للحضانة و المحضونين وفي حدود يسر الأب و وضعه الاجتماعي , وألا يكون اختياره قصد الاضرار بالحاضنة كأن يتواجد في مكان معزول أو بناية غير صحية, و المسكن لا يكون ملائما لممارسة الحضانة إلا إذا كان مستوفيا للشروط الشرعية كأن لا يكون بعيدا عن العمران أو غير آمن أو غير مستوفي المرافق الشرعية.[4]

---

[1] أم الخير بوقرة, المرجع السابق,ص 107

[2] الأمر رقم (02/05)المتضمن قانون الأسرة, ص 22

[3] زكية حميدو , مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة,ص 141

[4] أحمد ابراهيم عطية, نفقة و حضانة الصغار أمام محكمة الأسرة, دار الفكر القانوني, مصر,2009,ص 213

وعليه كان على المشرع أن ينص على كافة التكاليف المرتبطة بالمسكن و وجوب توفير المستلزمات الضرورية للعيش فيه خاصة و أن الفقه اشترط ذلك, أما بالنسبة لاشتراط المشرع بأن يكون المسكن المعد لممارسة الحضانة ملائما للحاضنة بدلا من المحضون, فذلك راجع لأن الحاضنة هي التي لها الحق في مطالبة الأب بسكن المحضون بصفتها راعية للولد و الساهرة على حفظه و تربيته, و باعتبار أن لها صفة التقاضي في طلب تهيئة مسكن لها و للمحضون باعتباره جزء من نفقة الصغير.[1]

كما أغفلت المادة (72) الحالة التي يكون فيها للحاضنة سكن, وهنا لا يتوجب على أب المحضون توفير مسكن لممارسة الحضانة, بل أجرته.[2]

لأنه من غير المنطقي إلزام الحاضنة حتى ولو كانت أما بإعداد مسكن الحضانة بالمنقولات اللازمة و إلا أصبحت الحضانة عبئا كبيرا يؤدي إلى عزوفها عنها بشكل أو بآخر, لذا لابد من إلزام الأب بتزويد مسكن الحضانة بالمنقولات الضروري بقدر إمكانياته و بما يكفل لأبنائه العيش في المستوى اللائق بهم و بأمثالهم. [3]

**ثانيا/ التزام الأب ببدل الايجار**

جاء في نص المادة (72) من قانون الأسرة:"...يجب على الأب أن يوفر لممارسة الحضانة سكنا ملائما للحاضنة, وإن تعذر ذلك عليه دفع بدل الايجار..." فالمشرع نص على وجوب توفير مسكن أو أجرته, ولم يتكلم عما إذا كانت أجرة السكن المستقل الذي يأوي الأطفال مع أمهم, أم يتضمن النص أيضا ما لو كانت تسكن عند والديها أم يتوجب عليه دفع الأجرة أولا؟

بالنظر إلى نص المادة نجده يشير إلى أنه في حالة عجز الزوج عن توفير مسكن يتوجب عليه دفع الأجرة باستئجار مسكن لممارسة الحضانة أو بدفع بدل الايجار. و يبدو أن هذا هو الوضع الأفضل للأم خصوصا إذا لم يكن لها دخل خاص تنفق على نفسها منه, لأن توفير السكن المستقل, وإن كان يحقق منفعة للصغار فقد تكون النفقة لا تغطي مطالبهم و مطالب الزوجة المطلقة, لأن الأب غير مسؤول من الناحية القانونية على نفقتها.[4]

---

[1] عيسى طعيبة, المرجع السابق,ص 51

[2] زكية حميدو,مرجع سابق,ص 140

[3] عيسى طعيبة, مرجع سابق,ص 53

[4] الرشيد بن شويخ , شرح قانون الأسرة اجزائري المعدل,دراسة مقارنة, ط01, دار الخلدونية للنشر و التوزيع, الجزائر, 2008, ص 26

ولذلك فلابد من صياغة النص بصورة أفضل تشير إلى وجوب النفقة على الأب و كذلك توفير المسكن المستقل, فإن تعذر يكون عليه دفع بدل الايجار للحاضنة إذا قامت هي بتوفير المسكن عند عجز الزوج حتى و لو كان هذا السكن مع أبويها ما لم يضر ذلك بمصلحة المحضون.[1]

و نشير هنا إلى أن عبارة بدل الايجار المنصوص عليها في المادة (72) في الفقرة الأولى من قانون الأسرة يقصد بها أجرة المسكن فقط, و هذا التحديد غير مستساغ, لأن السكن اضافة إلى الايجار الشهري تلحق به عدة أعباء و هي:

*الرسوم و الضرائب المختلفة و التأمين عليه.

*مصاريف استهلاك المياه و الغاز و الكهرباء.

*مصاريف ترميم المنزل الخاصة بالمستأجر.

و على ذلك كان يجب على المشرع أن ينص على كافة التكاليف المرتبطة بالمسكن و وجوب توفر المستلزمات الضرورية للعيش فيه, خاصة و أن الفقهاء اشترطوا ذلك, و تبعا لذلك إذا حكم لصالح الحاضنة بالبقاء في مسكن الزوجية, فعلى الزوج أن يلتزم بما يلي:[2]

-عدم تجريد المسكن من الوسائل المساعدة للعيش و المتواجدة فيه التي تعتبر في حكم الضروري من وسائل الطبخ و الفراش, وكذا جهاز التلفزيون و الثلاجة, وكل ما يوجد بالمسكن من أفرشة.

- إذا كان مسكن الزوجية مستأجرا فعلى الأب التكفل ببدل الايجار و ليس على الحاضنة الالتزام بذلك, و كذا الأمر بخصوص المستحقات الأخرى من ضرائب و رسوم و كذا فواتير استهلاك الغاز و الكهرباء.

-القيام بالترميمات الضرورية للمسكن حتى يبقى صالحا لإيواء الحاضنة و المحضونين و أيضا تفادي كل تأثير ناتج عن الظروف الطبيعية كالبرودة و الحرارة.[3]

و ما يجب التوقف عنده عبارة:"...فعليه دفع بدل الايجار..." كونها تطرح عدة تساؤلات: ماهي المعايير المعتمدة من قبل القضاء في تحديد مبلغ الايجار؟ وهل يعد الأب طرفا في عقد الايجار المتعلق بسكن الحضانة؟ و ما هو تاريخ استحقاق بدل الايجار؟

---

[1] الرشيد بن شويخ, المرجع السابق, ص 26

[2] لحسين بن الشيخ آث ملويا, مسكن ممارسة الحضانة,مجلة دراسات قانونية, دار الخلدونية, العدد(02), الجزائر , ص 59

[3] لحسين بن الشيخ آث ملويا, المرجع السابق, ص 60

**1) معايير تقدير بدل الايجار**

استقر القضاء على أن أجرة مسكن الحضانة مسألة من مسائل الواقع, وبالتالي فهي تخضع للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع, فالقاضي عندما يطرح النزاع أمامه, عليه و في حالة التأكد من تعذر الأب على توفير سكن ملائم لممارسة الحضانة أن يحكم عليه ببدل الايجار, وأن يحدده مراعيا في ذلك جملة من الظروف حسب تقديره تتمثل في: الحالة المادية للأب و موقع السكن, اضافة إلى الأخذ بتعدد المحضونين.[1]

– بالنسبة **للحالة المادية للأب** أو ما يعرف بال**معيار المادي**, فإنه يجب أن تتناسب أجرة السكن و درجة يسار الأب, أي في حدود طاقته, و لا يجوز أن يكون تقدير أجرة مسكن الحضانة فيه إثراء للحاضنة و المحضون على حساب الوالد, حتى لا يكون سببا في الاضرار به. لقوله تعالى:" لَا تُضَارَّ وَالِدَةٌ بِوَلَدِهَا وَلَا مَوْلُودٌ لَّهُ بِوَلَدِهِ. "[2] فعلى القاضي عند تعيينه للأجر الذي يتحمله ولي المحضون أن يراعي مختلف الظروف.

– أما عن **موقع السكن** فهو الآخر عند تقدير أجرة مسكن الحضانة, يجب مراعاة ظروفا الإسكان في المكان الذي يتواجد يه مسكن الحضانة , فقد تكون الأجرة مرتفعة أو متوسطة القيمة بحسب المكان المتواجد به المسكن مثلا, المسكن المتواجد بوسط المدينة أجرته تفوق بكثير أجرة المسكن المتواجد بقرية نائية. وبناء على ذلك نجد أجرة المسكن تختلف بالنظر إلى كونه يقع في وسط المدينة , أو في القرى و الأرياف , وكذا من حيث كونه يقع في المناطق الساحلية قريبا من البحر أو في المناطق الداخلية أو الصحراوية, و الحاصل أنه يجب أن يؤخذ بعين الاعتبار عدم انعزال مسكن الحضانة , بحيث لا يحسن أن يكون منقطعا أو بعيدا عن مرافق الصحة و التعليم.[3]

– أيضا معيار **تعدد المحضونين** فهناك من يقول أن لعدد المحضونين دخل في تقدير

---

[1] أحمد ابراهيم عطية,المرجع السابق,ص 259

[2] سورة البقرة, الآية 233

[3] أم الخير بوقرة, المرجع السابق, ص 110

الأجرة الخاصة بالمسكن لأن ما يكفي لسكنى صغيرين أو ثلاثة قد لا يكفي إذا زاد عدد المحضونين عن خمسة مثلا, و ذلك مع مراعاة كل قضية على حدى.[1]

وفي حقيقة الأمر, تطرح هذه المسألة عدة اشكالات تتمثل في عبئ الأب المطلق, خصوصا إذا كان متزوجا, و منجبا من زوجة أخرى مما قد ينتهي إلى افقاره, فيعطيه الحق في تخفيض التزامه بالنفقة. غير أن ذلك لا يغير كون ايجار مسكن الحضانة إنما هو واجب على الأب المطلق باعتباره أحد عناصر نفقة أولاده عليـــه.[2]

وقد أشارت احدى الباحثات في القانون الجزائري إلى ضرورة مراعاة حال المحضونين إذا كانوا فتيات و فتيانا, مما يوجب الفصل بينهم في المضاجع, و هو ما يستدعي اعادة النظر في قيمة بدل الايجار المحكوم بها للمطلقة الخاصة, لأن كراء الحجرتين يزيد حتما عن كراء حجرة واحدة.[3]

**2) أطراف عقد الايجـــار**

عرف المشرع عقد الايجار في المادة (467) من القانون المدني المعدلة بالقانون (05/07)[4] على أنه: " عقد يمكن المؤجر بمقتضاه المستأجر من الانتفاع بشيء لمدة محددة مقابل بدل ايجار معلوم, يجوز أن يحدد بدل الايجار نقدا أو بتقديم أي عمل آخر".

و عقد الايجار لا يختلف عن غيره من العقود في الخضوع لقاعدة نسبية آثار العقد, التي يقصد بهـــا أن ابرام العقد يترتب عليه نشوء التزامات و تقابلها حقوق , وبديهي أن هذه الالتزامات و الحقوق تقع على عاتق طرفي العقد , أي المتعاقدين , غير أن اصطلاح المتعاقدين يشمل كذلك من يمثلهما فتنصرف آثار العقد إلى الخلف العام[5] و الخلف الخاص[6]. كما أن آثار العقد تؤثر

---

[1] عبد العزيز عامر, الأحول الشخصية في الشريعة الاسلامية فقا و قضاءا, ط01, دار الفكر العربي,1984, ص 388

[2] موريس صادق, قضايا النفقة و الحضانة و الطاعة,(د ط), دار الكتاب الذهبي, القاهرة,1999 , ص 114

[3] أم الخير بوقرة, مرجع سابق, ص 111

[4] الأمر (05/07) المتضمن اقانون المدني, ص 03

[5] الخلف العام: هو الذي يخلف الشحص في كل حقوقه أو خلفه فيها مع غيره بنسبة معينة.كالنصف أو الربع فهو الوارث سواء كان وحيدا أو مع غيره و الموصي له بنسبة معينة من مجموع التركة.

[6] الخلف الخاص: هو من يتلقى من سلفه ملكية شيء محدد أو حق عيني آخر عليه, أو حق شخصي كان سلفه دائنا به من قبل, فالمشتري يعتبر خلفا خاصا للبائع بالنسبة للشيء الذي اشتراه.

بطريق غير مباشر في حقوق دائني المتعاقدين , والأصل أن لا تنصرف آثار العقد إلى الغير بعد الخلف و دائني المتعاقدين وهذا هو المقصود بنسبية آثار العقد.[1]

و السؤال المطروح: من هم أطراف عقد ايجار المسكن المخصص لممارسة الحضانة؟.

- **الأب طرف في عقد الايجار.**

ان امكانية اعتبار الأب طرفا في عقد ايجار مسكن الحضانة لا تطرح إلا في حالة ما إذا التزم الأب عينا بتوفير مسكن ملائم لممارسة الحضانة, و هنا يصبح الأب طرفا أصليا في العقد دون الحاضنة و محضونيها, وتظل هذه العلاقة الايجارية المباشرة قائمة طيلة فترة الحضانة بين الأب والمؤجر, أما المحضونين و حاضنتهم ما هم إلا منتفعين بالتبعية استناد للفقرة الأولى من المادة (72) من قانون الأسرة.[2]

- **الحاضنة طرف في عقد الايجار.**

إذا حكم القاضي على الأب بمبلغ بدل الايجار, فإن الحاضنة هي التي تقوم بإعداد مسكن للحضانة بذلك المبلغ, وهنا تقوم علاقة إيجاريه بين الحاضنة و المؤجر مباشرة و تقع عليها كل الالتزامات التعاقدية, و في حالة الاخلال بها يجوز للمؤجر أن يطلب من الحاضنة بفسخ العقد و اخلاء المسكن. [3]

و هو ما نصت عليه المادة (119) من القانون المدني[4]: " في العقود الملزمة للجانبين, إذا لم يوفي أحد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد الآخر بع اعذاره المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو فسخه, مع التعويض في الحالتين إذا اقتضى الحال ذلك, و يجوز للقاضي أن يمنح للمدين أجلا حسب الظروف, كما يجوز له أن يرفض الفسخ إذا كان ما لم يوف به المدين قليل الأهمية بالنسبة إلى كامل الالتزامات."

**3) زمن استحقاق الأجرة**

لم ينص المشرع الجزائري عن زمن استحقاق أجرة بدل الايجار عن المسكن المخصص لممارسة الحضانة, إلا أنه بالرجوع إلى القضاء نجد من القرارات القضائية, التي نصت عن زمن

---

[1] محمد صبري السعدي, الواضح في شرح القانون المدني الجزائري– النظرية العامة للإلتزامات– ط04, دار الهدى, الجزائر,2007 , ص 322

[2] أم الخير بوقرة, المرجع السابق,ص 113

[3] عيسى طعيبة, المرجع السابق,ص 70

[4] الأمر(58/75)المتضمن القانون المدني, ص996

استحقاق أجرة الحضانة يكون من تاريخ صدور الحكم الفاصل بالحضانة و من ذلك نجد: القرار الصادر عن المحكمة العليا الذي جاء فيه: ( أن بدل ايجار سكن المحضون يسري من تاريخ صدور الحكم الفاصل في الحضانة.) [1]

وفي قرار آخر جاء فيه:( تسري مدة بدل الايجار من تاريخ الحكم الناطق بإسناد الحضانة.)[2] إلا أنه بالرجوع إلى الواقع, فإن الأصل أن مدة استحقاق الأجرة تسري من يوم التنفيذ واقعيا و على ذلك كان على المشرع الجزائري ضبط الآجال كونها من النظام العام.

**الفرع الثاني: بقاء الحاضنة في مسكن الزوجية**

ان من آثار فك الرابطة الزوجية بقاء المطلقة في المسكن الزوجي للاعتداد فيه, مصداقا لقوله تعالى:"...لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِن بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخْرُجْنَ إِلَّا أَن يَأْتِينَ بِفَاحِشَةٍ مُّبَيِّنَةٍ...."[3]

هذا من جهة, و القيام بواجب حضانة الأولاد من جهة أخرى, فيصبح بذلك المسكن الزوجي متمحور بين اعتباره مسكنا للعدة تعتد فيه المطلقة شرعا و قانونا, و بين اعتباره مسكنا للحضانة تقوم فيه بشؤون الحضانة. و أوجب المشرع بقاء الحاضنة في بيت الزوجية دون تعليق على أي قيد يذكر, بينما قيد خروجها منه على شرط التزام الأب بتنفيذ الحكم القاضي بالسكن.[4]

**أولا: اعتداد المطلقة في المسكن العائلي**

ألزم المشرع الزوجة المطلقة ببقائها بمسكن الزوجية لقضاء العدة ابتداء من تاريخ التصريح بالطلاق, وفي هذا المعنى ورد قوله تعالى:" و المطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء"[5] و هو نفس المعنى الوارد ذكره في المادة (58) من قانون الأسرة[6]:" تعتد المطلقة الدخول بها غير الحامل بثلاثة فروئ, واليائس من المحيض بثلاثة أشهر من تاريخ التصريح بالطلاق."

---

[1] المحكمة العليا, غرفة الأحوال الشخصية,ملف رقم:331833, قرار بتاريخ:2005/06/15,المجلة القضائية لسنة 2005, العدد01, ص 315

[2] المحكمة العليا, غرفة الأحوال الشخصية, ملف رقم: 460137, قرار بتاريخ:2009/01/14,المجلة القضائية لسنة 2008, العدد01, ص 251

[3] سورة الطلاق, الآية:01

[4] أم الخير بوقرة, المرجع السابق,ص 30

[5] سورة البقرة, الآية:228

[6] القانون رقم (11/84)المتضمن قانون الأسرة, ص913

و المقصود **بالعدة:** هي مدة مقدرة بحكم الشارع لانقضاء ما بقي من آثار الزواج أو شبهته, و ركنها حرمات تثبت عند الفرقة حتى ينقضي هذا الأجل, مثل حرمة تزوج المرأة من غير مطلقها, و حرمة خروج معتدة الطلاق الرجعي من المسكن الزوجي الذي طلقت فيه.[1]

والحكمة من وجوب العدة هي التأكد من براءة الرحم منعا لاختلاط الأنساب, و اعطاء فرصة للزوجين لمراجعة نفسيهما و اصلاح شؤونهما بعيدا عن الانفعالات التي أدت بهما إلى الطلاق, اضافة إلى أنها مهلة للحداد لمن توفي زوجها و احترام مشاعر الزوجة, و كذا مشاعر أهل الزوج.[2]

وعلى اختلاف أنواع العدة, فإن المطلقة تستحق النفقة كاملة طوال مدة العدة التي تعتدها, لأنها تعتبر شرعا و قانونا مازالت في عصمة مطلقها و أن من حقها أن تبقى في بيت الزوجية خلال مدة العدة, سواء كانت حاضنة أو غير حاضنة.[3]تطبيقا لما ورد النص عليه في المادة (61) من قانون الأسرة,[4] التي نصت على أن الزوجة المطلقة لا تخرج من المسكن العائلي, ما دامت في عدة طلاقها, إلا في حالة ارتكابها فاحشة مبينة و لها الحق في النفقة في عدة الطلاق.

و هو ما استقر عليه الاجتهاد القضائي في الكثير من القرارات أهمها: القرار الذي جاء فيه :( أن نفقة المطلقة و مسكنها أثناء العدة يقع على عاتق الزوج, ذلك أن نفقة العدة و المسكن التي منحها القرار المطعون فيه إنما المقصد منه, أن المطلقة أثناء فترة العدة تقيم في مسكن الزوجية إلى غاية انتهاء عدتها كما تنص على ذلك الشريعة الاسلامية و المادة 61 من قانون الأسرة.)[5]

---

[1] نبيل صقر, قانون الأسرة نصا و فقها تطبيقا, دار الهدى للطباعة و النشر, الجزائر, 2006, ص 223

[2] الرشيد بن شويخ, المرجع السابق,ص 224

[3] عبد العزيز سعد, قانون الأسرة في ثوبه الجديد,ص 136

[4] القانون رقم (11/84)المتضمن قانون الأسرة, ص 913

[5] المحكمة العليا, غرفة الأحوال الشخصية, ملف رقم:390091, قرار بتاريخ: 2007/04/11, المجلة القضائية لسنة 2008, العدد 01,ص 245

–وفي قرار آخر صادر عن المحكمة العليا أقرت فيه :" القضاء ببقاء الزوجة في المسكن الزوجي بعد الطلاق تنفيذا لبنود عقد الزواج قضاء سليم."[1]

فبقاء المطلقة المعتدة في بيت الزوجية هو حق لله تعالى لا يملك أي من الزوجين إبطاله, كما أنه واجب على المطلقة بغض النظر عن كونها أما أسندت لها حضانة الأولاد, إذ يحق للزوج أن يعيدها إلى مسكن الزوجية إذا خرجت منه, لأن له عليها حق الطاعة إذا كانت زوجة و له عليها حق الإقامة في المسكن إذ كانت معتدة.[2]

**ثانيا/ قيام الحاضنة بواجب الحضانة**

عملت المادة (72) من قانون الأسرة,[3] على ضمان العيش المناسب والحياة الكريمة للمحضون و حاضنته في حالة الطلاق من والده, إضافة إلى إلزام الأب بتوفير مسكن ملائم للحاضنة من أجل ممارسة الحضانة, و ان تعذر عليه ذلك دفع بدل الايجار, فإن المشرع نص في الوقت ذاته في الفقرة الثانية من نفس المادة على بقاء الحاضنة في بيت الزوجية حتي تنفيذ الأب للحكم القضائي المتعلق بالسكن, و ذلك اعترافا بمسؤولية الولد عن أولاده, و اقرار بحق الطفل في الرعاية و الحماية.[4]

و إذا كان نص المادة (72) الفقرة الثانية منه يحمل في طياته الرغبة في حماية المحضون, و تجنب عيوب النص السابق, إلا أنه لم يفلت هو الآخر من بعض الانتقادات تتمثل في :

– استعمال المشرع لمصطلح:" بيت الزوجية" ليس في محله, بل الأصح: " بيت المطلق", لأن الزوجية صفة لشخصين مرتبطين بعقدة النكاح, وهو لم يعد كذلك بعد فكها بالطلاق, كما يمكن استبدالها ببيت والد المحضون, مع أن العبارة الأصح هي بيت المطلق, لأن المادة تعالج الحضانة وهي منظمة في فصل "توابع الطلاق".

– اضافة إلى أن المشرع ألغى الفقرة الرابعة من المادة (52) من قانون الأسرة , غير أن هذا الإلغاء لا يتماشى و مصلحة المحضون, و هو ما يجعلنا نقول أن النص السابق كان أكثر

[1] المحكمة العليا, غرفة الأحوال الشخصية, ملف رقم: 253111, قرار بتاريخ: 2000/10/17, المجلة القضائية لسنة 2003, العدد 02, ص 278

[2] الإمام محمد أبو زهرة, المرجع السابق,ص 410

[3] الأمر رقم (02/05)المتضمن قانون الأسرة, ص 22

[4] العربي بختي, أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري, د,م,ج,الجزائر,2013,ص 141

وضوحا للقاعدة القائلة:" سقوط الحضانة يسقط حق الحاضنة في السكن." و لربما أن المشرع قد اعتبرها من الأمور المسلم بها.[1]

– أن الإجراء الذي استحدثه المشرع ببقاء الحاضنة حتى تنفيذ الحكم في مسكن الزوجية, هذا الإجراء و إن كان استحدث لدفع الزوج إلى تنفيذ هذا الالتزام بتوفير السكن لممارسة الحضانة, خصوصا عندما لا تجد الأم المطلقة و بعد انتهاء العدة مكانا تلجأ إليه و لو بشكل مؤقت ريثما يوفر الزوج مسكنا للحضانة.[2]

إلا أن هذا الإجراء من حيث الواقع لا يمكن تصوره, ذلك أن الفقرة الثانية من المادة (72) من قانون الأسرة, بالرغم من أنها جاءت لصالح الحاضنة, لكن من الناحية العملية نجده لم يأت بجديد من حيث:

– أن العرف المطبق في المجتمع الجزائري, يجعلنا نلاحظ بأنه قبل رفع دعوى الطلاق من طرف أحد الزوجين, فإن الزوجة تكون قد غادرت مسكن الزوجية إلى بيت أهلها مصطحبة معها الأطفال المحضونين, و بعد رفع دعوى الطلاق أو التطليق فإنه لغاية صدور الحكم بالطلاق تمر فترة زمنية تتجاوز ثلاثة أشهر و هي مدة العدة إن كان الزوج قد نطق بالطلاق بإرادته المنفردة, و بالتالي تكون الزوجة أجنبية عن الزوج بحكم الطلاق, فلا يمكن أن يطلب منها البقاء في المسكن الزوجي؟.[3]

– ثم أنه غالبا ما تكون أجرة المسكن المحكوم بها مجرد أجرة رمزية لا تكفي لاستئجار مسكن من طرف الزوجة الحاضنة, وقد تكون كافية لاستئجار مسكن غير لائق لممارسة الحضانة كأن يتواجد في مكان معزول أو بناية غير صحية, و على ذلك فإن نص الفقرة الثانية من المادة (72) من قانون الأسرة يصعب تجسيده من الناحية العملية.[4]

حيث أنه لا يمكن تصور قيام نزاع بين الزوجة و زوجها يصل إلى غاية صدور حكم الطلاق, بل إلى غاية تنفيذ الجزء من الحكم المتعلق بالمسكن, وهذا وضع يكاد يكون في حكم المستحيل,

---

[1] زكية حميدو, مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة, ص 140

[2] الرشيد بن شويخ ,المرجع السابق,ص 260

[3] لحسين بن الشيخ آث ملويا, مسكن ممارسة الحضانة, ص 62

[4] لحسين بن الشيخ آث ملويا, مسكن ممارسة الحضانة, ص 62

لأن الزوجة إما أن تكون قد خرجت أو أخرجت من بيت الزوجية , ولم يعد أحد الزوجين يطيق الجلوس أو الاقامة مع الزوج الآخر أثناء فترة قيام النزاع.[1]

وفي الأخير نقول أن إلزام المشرع الحاضنة بالبقاء ببيت الزوجية لممارسة الحضانة الهدف منه مراعاة مصلحة المحضون بالدرجة الأولى , متوخيا في ذلك كل المخاطر التي قد يتعرض لها لو أصبح في الشارع من دون مأوى, مما يتوجب امتناعها عن استعماله لأي غرض و لو كان مشروعا , و أن تتقيد بالسكن فيه دون استغلاله للحصول على ربح مالي , بل يعهد لممارسة الحضانة فقط.[2]

و حق الحاضنة في البقاء بمسكن الزوجية هو حق مؤقت معلق على شرط : فهو حق مؤقت ابتداء من اعتبار أن شغلها لمسكن الزوجية مع محضونيها مرتبط بفترة الحضانة و عدم سقوطها شرعا و قانونا, وكونه معلق على شرط باعتبار أن بقائها في بيت الزوجية متوقف على مدى تنفيذ الأب للحكم القضائي المتعلق بالسكن.[3]

**الفرع الثالث/ صندوق النفقة و تأثيره على الحق في مسكن الحضانة**

نظرا إلى أن المتضرر من عدم تسديد النفقة و أجرة المسكن هم أولا و قبل كل شيء الأبناء المحضونين, بدأت النداءات تتعالى من أجل خلق آلية جديدة, مادامت الإجراءات القانونية المعتادة قد أثبتت عدم نجاعتها في هذه المسألة, و تتمثل هذه الآلية في: "استحداث أو انشاء صندوق النفقة الغذائية" لضمان سد حاجات المحضونين و ايوائهم. و في الوقت الذي نجد فيه تشريعات عديدة تعتمد هذه الطريقة, لا سيما في فرنسا و تونس, لا نجد المشرع الجزائري يعتمدها. إذ لم يتم المصادقة على المادة (80 مكرر) من مشروع تعديل قانون الأسرة (11/84) و التي كانت قد اقترحت هذا الحل بنصها على أنه: " ينشأ طبقا للشروط و الكيفيات المحددة في التشريع المعمول به صندوق النفقة الغذائية بما فيها أجرة المسكن التي بقي تحصيلها بطرق التنفيذ القانونية دون جدوى." و المقصود بالتشريع المعمول به هنا أن يتم انشاء مثل هذه الصناديق بموجب قانون المالية.[4]و على الرغم من أن مشروع تعديل قانون الأسرة جاء بحل لهذا الاشكال و ذلك بانشاء صندوق عمومي لدفع النفقة الغذائية بما فيها أجرة المسكن, إلا أن المشرع تنازل على هذا

---

[1] عبد العزيز سعد, قانون الأسرة في ثوبه الجديد, ص 146

[2] عيسى طعيبة, المرجع السابق,ص 70

[3] عيسى طعيبة, مرجع سابق, ص 70

[4] وداد مكيو, المرجع السابق, ص 265

الطرح و بقي الأمر على حاله حتى صدور القانون(01/15) المتضمن انشاء صندوق النفقة.[1]
و قد تضمن هذا القانون (16) مادة تهدف في مجملها إلى انشاء صندوق النفقة و تحديد إجراءات الاستفادة من المستحقات المالية, وهو يعد لبنة جديدة للترسانة القانونية التي تهدف إلى حماية الأطفال القصر و المرأة المطلقة الحاضنة من خلال تخصيص مبلغ مالي لها في حالة تخلي المدين عن دفع النفقة, و قد أثار هذا الإجراء جدلا واسعا و ردود فعل متباينة ما بين مؤيد له و معارض فهناك من رأى بأنه: سيتسبب في ارتفاع حالات الطلاق و الخلع و تشتت الأسر, في حين هناك من يرى بأنه: إجراء يحمل طابعا إنسانيا من شأنه أن يحفظ حق المطلقات الحاضنات و يبعد عنهن الإهانة, مستبشرين في ذلك بنجاح هذا الإجراء في دول عربية و إسلامية شقيقة, غير أنه و في آخر المطاف, حاز هذا الإجراء على مصادقة نواب المجلس الشعبي الوطني و أعضاء مجلس الأمة بالإجماع.

و قد حددت المادة (02) من قانون صندوق النفقة المقصود بالمصطلحات التي يحويها, فعرف النفقة بأنها: "النفقة المحكوم بها وفقا لأحكام قانون الأسرة لصالح الطفل و الأطفال المحضونين بعد طلاق الوالدين. و كذلك النفقة المحكوم بها مؤقتا لصالح الطفل أو الأطفال في حالة رفع دعوى الطلاق و النفقة المحكوم بها للمرأة المطلقة".

و عرف المستحقات المالية: " بالمبلغ الذي يدفعه صندوق النفقة للدائن بها و الذي يساوي مبلغ النفقة وفقا لتعريفها المحدد." و قد نصت المادة (03) من قانون صندوق النفقة على أنه:" 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."و هو ما يجعلنا نلاحظ أن المشرع الجزائري لم يدرج أجرة المسكن ضمن النفقة المحكوم بها بل تنظمها أحكام المادة (72) من قانون الأسرة[2], وهو ما لا يتماشى مع نص المادة (78) من قانون الأسرة[3] التي تعتبر السكن و أجرته من مشتملات النفقة.

**أولا: دور الاجتهاد القضائي في اعتبار سكن الحضانة من مشتملات النفقة**

---

[1] القانون رقم (01/15)مؤرخ في 13 ربيع الأول عام 1436 الموافق 04 يناير 2015, يتضمن انشاء صندوق النفقة. الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية, العدد 01, ص 07

[2] الأمر رقم (02/05)المتضمن قانون الأسرة, ص 22

[3] القانون رقم (11/84)المتضمن قانون الأسرة, ص914

ذهبت آراء الإجتهاد القضائي في مجملها إلى اعتبار السكن من مشتملات النفقة, سواء قبل التعديل أو بعد التعديل تطبيقا لنص المادة (72) من قانون الأسرة من بينها:

–القرار الذي جاء فيه:( المبدأ أن أجرة مسكن الحضانة تعتبر من عناصر النفقة و منها فإنها من التزامات الأب تجاه أولاده المحضونين, إلا أن تقديرها يخضع للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع.)[1]

– و في قرار آخر:( المبدأ أن السكن حق للمحضون حتى ولو كان المحضون وحيدا لأنه من عناصر النفقة.)[2]

– اضافة إلى قرار آخر جاء فيه: (لا يعفى الوالد من توفير السكن أو بدل الايجار باعتبارهما من مشمولات النفقة حتى و لو كان للحاضنة سكن.)[3]

–و قرار آخر: ( المبدأ يعتبر الايجار أو سكن عنصرا من عناصر النفقة الواجب دفعها من طرف الأب للمحضون و لا يمكن أ ن يقترن منح بدل الايجار بعدد الأطفال المحضونين.)[4]

– اضافة إلى قرار آخر: (يعد السكن أو بدل الايجار من مشتملات النفقة.)[5]

فباستقرائنا لهاته الاجتهادات القضائية نجد قرارات المحكمة العليا تكرس اعتبار السكن من مشتملات النفقة و هو ما يتناقض مع القانون الجديد الخاص بصندوق النفقة, مما يجعل هذا الأخير لا يساير ما أقره القانون في نص المادة (78) من قانون الأسرة, و ما استقر عليه الإجتهاد القضائي.

**ثانيا: الحماية الجزائية للمسكن المخصص لممارسة الحضانة:**

إن عدم إلتزام الأب بتوفير السكن للمحضون لا يخضعه لجريمة اهمال الأسرة ذلك أن أحكام نص المادة (331) من قانون العقوبات, تخص عقوبة الممتنع عن أداء النفقة, و حيث أن السكن هو التزام مستقل عن النفقة, فإن العقوبة لن تلحق الممتنع عن أداء تكاليف السكن المخصص لممارسة

---

[1] المحكمة العليا, غرفة الأحوال الشخصية, ملف رقم 197739 الصادر بتاريخ: 1998/07/21, نشرة القضاة لسنة 1999, العدد 56, ص 37

[2] المحكمة العليا, غرفة الأحوال الشخصية, ملف رقم 276760 الصادر بتاريخ: 2002/03/13, المجلة القضائية لسنة 2004, العدد 01, ص 267

[3] المحكمة العليا, غرفة الأحوال الشخصية, ملف رقم 288072 الصادر بتاريخ: 2002/07/31, المجلة القضائية لسنة 2004, العدد 01, ص 278

[4] المحكمة العليا, غرفة الأحوال الشخصية, ملف رقم 254635 الصادر بتاريخ: 2002/05/08, نشرة القضاة لسنة 2006, العدد 57, ص 209

[5] المحكمة العليا, غرفة الأحوال الشخصية, ملف رقم 554808 الصادر بتاريخ: 2010/04/15, المجلة القضائية لسنة 2010, العدد 01, 241

الحضانة, و ذلك تطبيقا لمبدأ لا جريمة و لا عقوبة إلا بنص, الشيء الذي يضعف من آليات تنفيذ الالتزام بالسكن, و ذلك على خلاف الالتزام بالنفقة الذي رتب المشرع عن عدم أدائه إحالة الممتنع على جريمة إهمال الأسرة, و ذلك كضمانة أساسية للمحضون.

بالرجوع للمادة (331) في الفقرة الأولى من قانون العقوبات تنص على أنه:" يعاقب بالحبس من ستة أشهر إلى ثلاث سنوات و بغرامة من 50.000 دج إلى 300.000 دج كل من امتنع عمدا و لمدة تتجاوز الشهرين عن تقديم المبالغ المقررة قضاءا لإعالة أسرته, و عن أداء كامل قيمة النفقة المقررة عليه إلى زوجه أو أصوله أو فروعه, و ذلك رغم صدور حكم ضده بإلزامه بدفع النفقة إليهم."[1]

و على ذلك عرف مفهوم النفقة المنصوص عليها في المادة (331) من قانون العقوبات المقررة للمطلقة تطورات مثيرة في السنوات الأخيرة حيث أخذ قضاء المحكمة لعليا حيال هذه المسألة اتجاهين مختلفين:

1/ الاتجاه الأول: يحصر مجال تطبيق مفهوم النفقة بإستبعاد نفقة الاهمال و نفقة العدة المحكوم بهما لفائدة المطلقة, وهكذا قضى بأنه مادامت علاقة الزوجية انقطعت بسبب الطلاق فإن النفقة المحكوم بها لفائدة المطلقة تعتبر دينا يتعين على هذه الأخيرة تنفيذ الحكم للحصول عليه, و لا تشكل أساسا للمتابعة الجزائية, و من ثم يعرضون قرارهم للنقض قضاة الموضوع الذين أدانوا الطاعن على أساس جنحة عدم تسديد النفقة.

2/ الاتجاه الثاني: يوسع من مجال تطبيق مفهوم النفقة إلى الكسوة و السكن أو أجرته, و على هذا الأساس قضى بأنه يترتب عن عدم تسديد بدل الايجار باعتباره من مشمولات النفقة, المحكوم به لممارسة الحضانة قيام الجنحة المنصوص عليها في المادة (331) من قانون العقوبات.[2] و قد أسست المحكمة العليا قضاءها على سببين:

– نص المادة (331) من قانون العقوبات في نسختها العربية التي تتحدث عن النفقة, و ليس النفقة الغذائية.

– نص المادة (78) من قانون الأسرة,[3] تعرف النفقة على أنها تشتمل الغذاء والكسوة و العلاج و السكن و أجرته.

---

[1] القانون(23/06) المتضمن قانون العقوبات, ص 24

[2] القانون(23/06) المتضمن قانون العقوبات, ص 24

[3] القانون رقم (11/84)المتضمن قانون الأسرة, ص 914

1/ بخصوص الاتجاه الأول: نعتبر النفقة الغذائية التي يقصدها المشرع في المادة (331) من قانون العقوبات تتسع لتشمل كلا من نفقة الاهمال و نفقة العدة المقررتين للزوجة عند الحكم بالطلاق على أساس أن:[1]

-نفقة الاهمال هي دين سابق للحكم بالطلاق و المادة (80) من قانون الأسرة,[2] صريحة في هذا الشأن بنصها على أن نفقة الاهمال تستحق من تاريخ رفع الدعوى و للقاضي الحكم باستحقاقها لمدة لا تتجاوز سنة.

-للزوجة المطلقة الحق في النفقة في عدة الطلاق طبقا لنص (المادة 61) من قانون الأسرة.

2/ بخصوص الاتجاه الثاني: تتحدث المادة (331) من قانون العقوبات في نسختها بالعربية عن النفقة, و تشمل حسب ما هي معرفة في المادة (78) من قانون الأسرة, الغذاء و الكسوة و العلاج و السكن أو أجرته, و ما يعتبر من الضروريات في العرف و العادة, بينما حصر النص في نسخته بالفرنسية الدين المالي في النفقة الغذائية دون سواها. و في ظل هذا التباين يثور التساؤل حول الطبيعة القانونية للدين المالي, فهل يشمل ما نصت عليه المادة (78) من قانون الأسرة أم أنه ينحصر في الغذاء وحده؟

دأبت المحكمة العليا إلى غاية 2006 على حصر الدين المالي في النفقة الغذائية, و إذا كان ما خلصت إليه المحكمة العليا سائغا و متسقا مع ما نصت عليه المادة (331) من قانون العقوبات في صياغتها بالعربية فإنه لا يستقيم في ضوء نص المادة (331) من نفس القانون في صياغتها بالفرنسية. و إذا كان الترجيح عند اختلاف الصياغة بين نصين يكون للنص الأصلي فإن النص الأصلي في حقيقة الأمر هو النص بالفرنسية باعتبار أن المشرع نقل نص المادة (331) من قانون العقوبات من القانون الفرنسي الذي يحصر النفقة في الغذاء فقط.[3]

---

[1] أحسن بوسقيعة, قانون العقوبات في ضوء الممارسة القضائية, منشورات بيرتي,الجزائر, 2010-2011, ص134

[2] القانون رقم (11/84)المتضمن قانون الأسرة, ص915

[3] أحسن بوسقيعة, المرجع السابق, ص 134

و في الأخير نستخلص أن الحمايـــة الجزائية المقررة لا تشمل السكن, وهو ما يخالـــف مشتملات نص المادة (78) من قانون الأســـرة, التي أقرت صراحة على اعتبـــار السكن من مشتملاتها, في حين نجد نص المادة (331) من قانون العقوبات قاصرا على النفقة الغذائيـــة فقط.

## المبحث الثانـــي:

## سلطـة القاضـي فـي تقدير اسناد و اسقاط حق المطلقة الحاضنـة فـي المسكن المخصص لممارســة الحضانــة

على الرغم من أن المشرع ذكر مشتملات النفقـة في المـــادة (78) من قانون الأسرة,[1] إلا أنه أفرد السكن بنصوص خاصـــة نظرا لمـــا لهذا العنصر من أهميـة تتمثل في توفير الرعايـة المعنويـة و المادية للمحضون إذ يعتبر أســـاس قيـام الحضانـــة, كمـــا يعتبر السكـن أهم عنصر من عناصر النفقـة نظرا لارتباط بقيـة العناصر الموجودة به وجودا و عدمـــا, فالإنفـاق ليس مقصورا على مـــا ينفقـه الأب من مالـــه للمطعم و الملبس فقط, بل إن اسكـان الطفل يبعده من التشرد و الضيـــاع.[2] فإذا وقع الطـلاق بين الزوجين و ما بينهمـا أبنـــاء, فالنزاع يثـور فيمن يختص بمسكـن الزوجية, و هل معنى ذلك, أن كل مسكن زوجي قابل الاسنـاد للمطلقـة الحاضنـة مهمـا كان أم أن هنـــاك حالات لا يجوز فيها للقاضي اسنـاد ذلك المسكن لهـــا.[3]

وعلى هذا الأســـاس فإن الإتجـــاه الحديث في أغلب التشريعـات يسير نحو توسيع سلطـــة و دور القاضـي فـي تسيير الدعوى و الوصـــــول إلى العدالـــــة, بإعطائـه دورا ايجابيـا سواء من حيث الإجراءات أو من حيث المضمون, وذلك بتوسيـــــع سلطتـه التقديريـــة و هذا ما سايـــره المشرع

[1] القانون رقم (11/84)المتضمن قانون الأسرة, ص 914

[2] عيسى طعيبة, المرجع السابق, ص 78

[3] زكية حميدو, مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة,ص 143

الجزائري في مسائل الحضانـــة.[1]

وكذلك الأمر فيما يخص اسقاط حق المطلقة الحاضنة في المسكن, فطالما كان حق الحاضنة في المسكن حق مؤقت, فإن شغل الحاضنة للمسكن مقرون بهذه الحضانة, وسقوط حقها يكون بقوة القانون, لكن قد تطرأ اسبابا تكون بفعل الحاضنة, مما يؤدي إلى فقدانها الحق في السكن قبل انقضاء المدة.

وهو ما سنحاول التعرض إليه من خلال مطلبين: نتناول في الأول: سلطة القاضي في اسناد حق المطلقة الحاضنة في المسكن المخصص لممارسة الحضانة, وفي الثاني سلطته في اسقاط هذا الحق كالآتي:

## المطلب الأول:

## سلطة القاضي في اسناد المسكن المخصص لممارسة الحضانة

من المفترض أن الأب المطلق هو الذي يقع على عاتقه اسكان مطلقته إذا كانت حاضنة لأولاده ذلك لأن نفقة هؤلاء و سكناهم يلزم بها أبوهم و لا يمكنهم استيفاؤها إلا ببقائهم في مسكن الزوجية الذي كانوا يعيشون فيه جميعا قبل وقوع الفرقة , وإلا فعليه أن يهيئ لهم مسكنا بديلا عن ذلك, وتبقى مسألة اسناد مسكن الزوجية للحاضنة و محضونيها مرهونة بالصورة التي كان عليها هذا المسكن أثناء قيام العلاقة الزوجية, بحيث يكون بقاء الحاضنة و محضونيها فيه ممكنا في حالات و مستحيلا في حالات أخرى.[2] اضافة إلى ذلك فالقاضي يعتمد لإعمال سلطته التقديرية في حماية المحضون على جملة من الوسائل الاجرائية تخوله الحفاظ على مصلحة المحضون و التأكد من توافرها.

### الفرع الأول: صور مسكن الزوجية

كما أسلفنا الحديث فليس كل مسكن زوجي قابل للإسناد للمطلقة الحاضنة و على ذلك تختلف صور المسكن الزوجي المخصص لممارسة الحضانة.

#### أولا/ مسكن الزوجية مملوكا

[1] محمد عزمي البكري, المرجع السابق,ص 775

[2] وداد مكيو, مدى حق المرأة في السكن في حالتي الزواج و انحلاله, رسالة لنيل شهادة الماجستير في الشريعة و القانون, جامعة الأمير عبد القادر,قسنطينة, السنة الجامعية 2013/2012, ص 150

إذا كان مسكن الزوجية مملوكا, فإنه يجب احترام هذه الملكية بغض النظر عن المالك, فملكية هذا المسكن و الذي سبق تخصيصه للإقامة الزوجية قد تعود لأحد الزوجين أو الغير, و الأحكام تختلف في ذلك :

**1- حق ملكية المسكن الزوجي لأحد الزوجين**

إذا كان مسكن الزوجية محلا للتسليم, فإنه و نظرا لاعتبار أن أمره مرتبط ارتباطا مباشرا بقاعدة استقلال ذمم الزوجين, يعود السكن إلى الزوج الذي يكون معه سند الملكية.[1]

فبموجب المادة (37) من قانون الأسرة,[2] أورد المشرع أحكاما جديدة لم تكن موجودة من قبل, و هي أحكام تتعلق باستقلال الذمة المالية لكل واحد من الزوجين, و**المقصود بالذمة المالية:** مجموع ما للشخص و ما عليه من حقوق و واجبات مالية في الحال و الاستقبال, وهي تتألف من عنصرين:

- **عنصر ايجابي:** يتمثل في: الحقوق المالية التي تكون للشخص سواء كانت عينية كملكية أشياء أو شخصية كالديون التي تترتب لصاحبها لدى غيره من الأشخاص.

- **عنصر سلبي:** يتضمن الإلتزامات المالية التي تترتب على شخص كالتزام بمبلغ من المال أو القيام بعمل, فالذمة المالية هي أشبه ما يكون بوعاء تنصب فيه الحقوق و الالتزامات المالية التي تعود للشخص.[3]

فقد نصت المادة (37) من قانون الأسرة على أن لكل واحد من الزوجين ذمة مالية مستقلة عن الذمة المالية للزوج الآخر , ثم جاءت الفقرة الثانية منها و نصت على أنه يجوز للزوجين أن يتفقا في عقد الزواج , أو في عقد رسمي لاحق حول الأموال المشتركة بينهما, التي يكتسبانها خلال الحياة الزوجية و تحديد النسب التي تؤول لكل واحد منهما, و هي مادة تكون متشابهة لما يتضمنه التشريع الفرنسي فيما يتعلق بالأموال المشتركة بين الزوجين أثناء قيام عقد الزواج.[4]

---

[1] هجيرة دنوني, المرجع السابق,ص 153

[2] الأمر رقم (02/05) المتضمن قانون الأسرة, ص 21

[3] احمد شامي, المرجع السابق,ص 145

[4] عبد العزيز سعد, قانون الأسرة في ثوبه الجديد, ص 100

و على ذلك فإن قاعدة سند الملكية لها الدور الفاصل في عملية اسناد المسكن لزوجي وملكية المسكن إما أن تعود للزوجة و إما للزوج , و إما أن يكون ملكا مشتركا بينهما, فإذا كان المسكن الزوجي مملوكا للزوجة ملكية تامة, احتفظت به لنفسها و تكون بذلك قد ضمنت ايواء أولادها بعد طلاقها.[1]

أما إذا كان المسكن الزوجي مملوكا للزوج ملكية تامة, فللحاضنة شرعا حق المسكن و هو حق تابع لحق المحضون أو أجرته, وبالتالي فهو حق تبعي وليس أصلي ينتهي بانتهاء حقها في الحضانة.[2]

كما يمكن أن يكون المسكن قد اشترك الزوجان في ثمن شرائه و لم يكتب اسم الزوجة في العقد أو ساهمت بكثير أو قليل في ثمن الشراء, و لم تكن لها بينة سواء أكان المال الذي ساهمت به من أجرها إن كانت عاملة أم كان المال حصة من ميراثها, فعليها بالبينة إذا وقع النزاع بينها و بين مطلقها, فإن لم تستطع اثبات ذلك و حكمت المحكمة بحق ملكية المسكن للزوج فعليها أن تحتسب أمرها إلى الله هو وحده عليه العوض, و يبقى حقها في عنقه ديانة إن كانت محقة في ذلك.[3]

**2- حق ملكية المسكن الزوجي للغير**

قد يكون المسكن الزوجي الذي خصص للإقامة الزوجية مملوكا لأهل أحد الزوجين و يقيم فيه على سبيل التسامح أو الإعارة, فإذا كانت ملكية المسكن الزوجي تعود لأهل الزوج, كأب الزوج أو أمه أو أخته يستثنى من عملية الإسناد, لأن هذا النوع من السكن, يكون التصرف فيه لممارسة الحضانة لا ينسجم لا مع نصوص قانون الأسرة, ولا مع نصوص القانون المدني, ولا مع الأخلاق و العادات و التقاليد, بحيث لا يعقل أن تطلق امرأة من رجل و تبقى تمارس حضانة أولادها عند أهله, و نفس الوضع ينطبق على مسكن الزوجية إذا كان مملوكا لأهل الزوجة.[4]

**ثانيا: مسكن الزوجية مؤجرا:**

---

[1] نصر الدين ماروك, قانون الأسرة الجزائري بين النظرية و التطبيق, مجلة المجلس الاسلامي الأعلى, سنة 2000, العدد 03, ص 315

[2] بلقاسم شتوان, حق الزوجة في السكن, مجلة المعيار, العدد05,جامعة الأمير عبد القادر, قسنطينة, الجزائر, 2003, ص 82

[3] بلقاسم شتوان, المرجع السابق, ص 82

[4] نصر الدين ماروك, المرجع السابق,ص 315

إذا كان مسكن الحضانة مؤجرا, تلتزم الحاضنة بأداء أجرته و ملحقاتها إلى مالكه في المواعيد المقررة قانونا, لأنها تحصل من والد المحضون على نفقته و من بين عناصرها أجرة المسكن, كما أن حقها يتعلق بالإقامة فقط في هذا المسكن و لا علاقة لذلك بأجرته, و تعود العلاقة الإيجارية إلى أصلها بين المالك و الزوج, عند انتهاء مدة الحضانة الوجوبية .[1]

فإذا كان مسكن الزوجية مؤجرا واستمرت الحاضنة وصغار المطلق في شغله, تقوم العلاقة الإيجارية مباشرة بين الحاضنة و المؤجر خلال فترة شغلها المسكن على أن تعود هذه العلاقة بقوة القانون للمطلق المستأجر الأصلي بانتهاء فترة شغل المسكن.[2]

و على ذلك تلتزم الحاضنة بأداء أجرة المسكن و بكافة الالتزامات التي يتحملها المستأجر خلال فترة شغلها المسكن, و تحصل الحاضنة على نفقة الصغار من أبيهم و من بين عناصرها أجرة المسكن لأن الاستمرار في شغلها المسكن لا يسقط حقها في تقاضي أجرة مسكن الحضانة.[3]

**ثالثا/ مسكن الزوجية مشغولا بسبب العمل**

قد يكون المسكن الزوجي مشغولا بسبب العمل كتلك المساكن التي تعطيها الدولة لموظفيها أو تعطيها الشركات للعاملين فيها أثناء فترة عملهم كالقضاة, و المعلمين... فلا حق في البقاء بالأمكنة للأشخاص الذين كانوا يشغلونها بموجب سند تابع لعقد العمل ثم انتهى ذلك العقد, لأن في تطبيقه عليه تفويت لمصلحة جهة عمله و اضاعة للاعتبارات التي من أجلها منحت الزوج هذا المسكن, كما أن فيه اخلال بالشروط التي وضعتها جهة العمل لشغل هذا المسكن.[4]

فإذا كان المسكن الزوجي مشغولا بسبب العمل كالمساكن التي تعطيها الحكومة لبعض العاملين فيها فترة عملهم, كمديري محطات الكهرباء أو القضاة أو أعضاء هيئة التدريس بالجامعات, ففي هذه الصور يستمر المطلق بالبقاء في هذا المسكن لأنه أعطي له لاعتبار يتصل بعمله, و قصد به أن يظل هو شخصيا فيه ليكون بقرب هذا العمل , فيتيسر له أداؤه على الوجه المطلوب,

---

[1] حسن حسانين, أحكام الأسرة الاسلامية فقها و قضاءا,ط01, دار الآفاق العربية, مصر, 2001,ص 348

[2] محمد عزمي البكري, المرجع السابق,ص 973

[3] محمد عزمي البكري, المرجع السابق,ص 973

[4] حسن حسانين, المرجع السابق,ص 349

وخروجه منـــه إلى مسكن آخر يخـالف شروط شغله لهذا المسكن و يعرقل سير العمل في الجهة صاحبة هذا المسكن طوال فترة الحضانـــة , و قد تنتهي علاقـة العامل بهذه الجهـــة – قبـــــل انتهاء مدة الحضانـة – بنقله أو بانتهاء صفته الوظيفيـة أو عقد عملـه, و يكون من حق الجهـــة صاحبـــة هذا المسكن أن تشغله بعامل جديد و بالتـــالي يتعين على المطلقـــة أن تخرج من هذا المسكن بعد انقضاء عدتهـــا, و يظل المطلـق فيـه على أن يلزم بـأن يهيئ لصغـــاره و حاضنتهم مسكنـا آخر تنفيذا عينيـا.[1]

وفي تأييد هذا الرأي قيل بأنـه إذا كان مسكن المطلق مشغولا بسبب العمل سواء بالنسبـــة للعاملين بالدولة أو القطاع العام أو القطاع الخاص , فلا يثبت للحاضنـة وصغار المطلق حق الإستمـــرار في شغل المساكن بعد انتهـــاء فترة العدة, لأن هذا المسكن أعطي للمطلق لاعتبـار يتصل بعملـه ليظل به شخصيـا من أجل أن يكون على مقربة من العمل, أو لتوفير الوقت, ومن ثم فإن خروجـه من السكن لتشغلـه الحاضنـة و الصغار مما يخالف شروط الراحة و الاطمئنان له حتى يتمكن من أداء عملـه على الوجـه المطلوب, و يعرقل سير العمل في الجهة التي أعطتـه هذا المسكن فضلا عن أن علاقتـه بجهة العمل قد تنتهي قبل انتهاء مدة الحضانـة.[2]

**الفـرع الثانـي: نطـاق سلطـة القاضـي مـن خـلال قانـون الاجراءات المدنيـة و الإداريـة**

بالرغم مـن أن المشرع الجزائري ألـــزم الأب صراحة بتهيئة المسكـن للمحضـــون , و إن تعـــــذر عليه ذلك فعليه بأجرتـه طبقا للمادة (72) من قانون الأسرة,[3] و لـم يضع الأب موضوع تخيير بن الأمرين, إذ جعله ملزما بصورة أصليـة و وحيدة عن اسكـــان أبنائـــه المحضونين إلا أنه ليبيـــن المقصود بملائمة السكن للحضانة, و لم يحدد الشروط الواجب توافرها في هذا المسكن, و ما يقال على المسكن يقال على بدل الايجار أيضا إذ لم يقدم أي معيار لتقدير هذه

[1] مصطفى مجدي هرجة, الحلول العملية في مشاكل الحيازة و مسكن الزوجية, دار المطبوعات الجامعية, مصر,2003,ص 82

[2] محمد عزمي البكري, المرجع السابق, ص 976

[3] الأمر رقم (02/05)المتضمن قانون الأسرة, ص22

الأجرة و لم يحددهـا. تاركا المجال للقاضي بما له من سلطة تقديرية و ما لديه من وسائل و اجراءات قانونيـــة للسهر على حماية المحضون و حمايته من التشرد و الضياع.[1]

إذ تناول المشرع الجزائري في الكتـــاب الثاني من قانــون الإجراءات المدنية و الإدارية في الباب الثاني منه الإجراءات الخاصة بكل جهة قضائية, وفصل في الفصـــل الأول الاجراءات الخاصة بقسم شؤون الأسرة كما أشرنا مسبقا في المواد (423 إلى 499 منــه).[2]

و سنحاول بيان مدى سلطـة القاضي من خلال التعرض إلى مسألـــة الاختصـاص القضائي, ثم ندرس حالة الاستعجال أمام قسم شؤون الأسرة و أخيرا نعالج الآليات الإجرائيـــة التي يلتزم بهـــا القاضي لتحديد المكـان المخصص لممارسـة الحضانـة .

**أولا: مسألـة الاختصـاص القضـائـي**

**الاختصـاص** هو: سلطـة الحكم بمقتضى القانون في خصومة معينـة, و يقابلـه عدم الاختصاص و هو فقدان هذه السلطة. و اختصاص المحكمة يعني نصيبهـا من المنازعـــات التي يجوز لهـــا الفصل فيها. والاختصـاص نوعـــان:

-**الإختصـاص النوعـي:** و هو تحديد القضايـا التي تبـاشر بشأنها سلطـة القضـاء أي بين حدود و نصيب كل محكمـة من القضايا التي تدخل في ولايـة الجهـة التي تتبعهـا.

-**الإختصـاص الإقليمـي:** و هو نصيب كل جهـة قضائيـة, بحيث تحدد جهة القضاء الواجب رفع النزاع أمامها و تخضع المحاكم التي تتبع جهة قضـاء واحد إلى قانـون واحد من حيث تشكيلتها و تنظيمها و إجراءات التقاضي أمامهـــا.[3]

**1-الاختصـاص النـوعـي:**

حدد المشرع الاختصـاص النوعي لقسـم شؤون الأسرة في المـــادة (423) من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية,[4] بنصها على: " ينظر قسم شؤون الأسرة, على الخصوص في الدعاوى الآتيـة:

-الدعـاوى المتعلقة بالخطبة و الزواج و الرجوع إلى بيت الزوجيـة, و انحلال الرابطـة الزوجيـة و توابعها حسب الحالات و الشروط المذكورة في قانون الأســـرة,

---

[1] عيسى طعيبة, المرجع السابق, ص 88

[2] القانون رقم (09/08) المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية, ص36

[3] حسين فريجة, المرجع السابق,ص 34

[4] القانون رقم (09/08) المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية, ص36

-دعاوى النفقة و الحضانة و حق الزيارة,

-دعاوى اثبات الزواج و النسب,

-الدعاوى المتعلقة بالكفالة."

ونشير إلى أن هذه الدعاوى الخمس قد ورد ذكرها باعتبارها أهم الدعاوى التي يعرفها القضاء, لكنها لا تمثل كل الدعاوى التي يختص بها قسم شؤون الأسرة لوجود منازعات أخرى لم يرد ذكرها, كالقضايا المتعلقة بالهبات و الوصايا المتعلقة بالمنقولات و الحقوق الميراثية و غيرها.[1]

أما المادة (424) من نفس القانون فقد نصت على أنه: " يتكفل قاضي شؤون الأسرة على الخصوص بالسهر على حماية مصالح القصر." فهي أسندت لقاضي شؤون الأسرة مهام جديدة تخص حماية مصالح القاصر خاصة عند وفاة الأبوين وعدم وجود من يتولى شؤونهم, يتكفل قاضي شؤون الأسرة على الخصوص بالسهر على حماية مصالحهم.[2]

و مع ذلك يجب التمييز بين قاضي الأحداث و قاضي شؤون الأسرة , فهذا الأخير لا يتدخل إلا لحماية مصالح القصر و في حالة وفاة الوالدين أو وجود خصومة بينهما, في حين يتدخل قاضي الأحداث وفقا لقانون الاجراءات الجزائية كلما الحدث في حالة خطر قد يؤدي به إلى الانحراف الأخلاقي بغض النظر عن وجود الوالدين أم لا.

**2-الاختصاص الإقليمي:**

بالنسبة للاختصاص الاقليمي لقسم شؤون الأسرة حددته المادة (425) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية,[3] تبعا لطبيعة كل نزاع, إما في موطن المدعى عليه أز في موطن المدعي أو بناءا على اختيار الطرفين , أما القضايا التي لم يرد ذكرها فيتم الرجوع فيهل للقواعد العامة في الاختصاص, و بالنسبة لموضوع الحضانة حددته الفقرة الرابعة من المادة (426) من نفس

[1] عبد الرحمان بربارة, المرجع السابق,ص 328

[2] حسين فريجة, المرجع السابق,ص 170

[3] القانون رقم (09/08) المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية, ص36

القانون في موضوع الحضانة وحق الزيارة والرخص الإدارية المسلمة للقاصر بمكان ممارسة الحضانة.[1]

**ثانيا: الاستعجال أمام قسم شؤون الأسرة**

تماشيا مع ما تقره الشريعة الإسلامية و ما تنص عليه القوانين الداخلية والمواثيق الدولية و توصي به جمعيات حماية الطفولة وطنيا و دوليا, وما ينص عليه الإعلان العالمي لحقوق الانسان في مجال حماية الأطفال من الضياع و التشرد و الإهمال, وكل ما يمسهم صحيا و نفسيا واجتماعيا, استحدث المشرع أحكام جديدة في هذا الشأن, وما يسترعي الانتباه أن المشرع في المادة (57) مكرر من قانون الأسرة.[2]

عالج مسألة في غاية من الأهمية , تتمثل في وضع حق الحضانة ما بين اقامة دعوى الطلاق و صدور حكم بات فيها , وجعل اسنادها يكون ممكنا على سبيل التواقيت بناءا على تدابير مستعجلة يؤول الاختصاص في منحها لقاضي الأمور المستعجلة , وهو اجراء جديد لصالح الأبناء في نصوص قانون الأسرة لأن الأصل في مسألة الاختصاص تكون ضمن النصوص الإجرائية الشكلية المعروف بقواعد التنظيم القضائي و ليس النصوص الموضوعية , لكن المشرع باستحداثه لهذا النص نفهم أن هدفه هو المحافظة على هذه الفئة , لأن الحصول على هذه الحقوق أمر يتطلب السرعة و عدم التأجيل والتأخير فيها لهذا بسط هذا الإجراء ليكون في صالح الأبناء و خدمتهم في أقل وقت ممكن.[3]

ففي حالة الاستعجال و خشية الأم ابعاد ابنها عنها من طرف زوجها السابق فإنه في هذه الحالة يكرس العمل بالمادة (57) مكرر من قانون الأسرة و التي جاء فيها :" يجوز للقاضي الفصل على وجه الاستعجال بموجب أمر على عريضة في جميع التدابير المؤقتة, ولا سيما ما تعلق منها بالنفقة والحضانة و الزيارة و المسكن." فجميع التدابير المؤقتة المتعلقة بالنفقة و بحق الزيارة, و حق المطلقة الحاضنة في المسكن تأخذ التدبير الاستعجالي.[4]

---

[1] عبد الرحمان بربارة, مرجع سابق, ص 329

[2] الأمر رقم (02/05)المتضمن قانون الأسرة, ص 22

[3] عيسى حداد, المرجع السابق , ص 345

[4] تقية عبد الفتاح , المرجع السابق , ص 248

**1) التدبير المتعلق بالحضانـــة:**

إن الحكمة من إدراج موضوع الحضانة كمحل للتدابير الاستعجالية كونـه يشكل ضرورة استعجالية تقتضي تدخـل المشرع دون انتظـار الفصل في الموضوع, رعاية للمحضون الذي يصبح متأرجحـا بين الزوجين لا سيمـا إذا كان سن المحضون يستلزم رعايـة أمـه, كحالة الإرضاع أكثر توضيحا فإذا أقام أحد الزوجين دعوى الطلاق أمام محكمة شؤون الأسرة من أجل فك الرابطة الزوجية التي نتج عنها ميلاد طفل مثلا , فإن حضانته تكون محل تنازع بينهما, وبالتالي فإن الفصـل في هذا التنـازع يكون بتقدم أحد الزوجين بالدعوى الاستعجاليـة أمـام قاضي الأحـوال الشخصيـة من أجل الفصل على وجـه الاستعجال في اسناد الحضانـة لمستحقيها في هذه الفترة الممتدة من رفع دعوى الطـلاق و صدور الحكم البات.[1]

وبالتالي فإن قاضي الأمور المستعجلة يمكنـه اصدار أمر استعجالي بإسناد مؤقت لحق الحضانة إلى الأم أو الأب أو إلى غيرهمـا وفق ما تقضيه مصلحـة المحضون, و بعد انتهـاء الخصومة القضائيـة المرفوعة أمام محكمـة الموضوع لصدور حكم الطلاق, و البت في مسألـة الحضانـة نهائيـا يسقط ذلك التدبيـر التحفظـي الوقتي و يكون مستحق الحضانـة هو الشخص الذي خولـه الحكم ذلك و لو كـان غير الشخص الذي أسند إليه حق الحضانـة مسبقـا.[2]

و هو ما كرسه الاجتهـاد القضائي في العديـد من القرارات القضائيـة من بينهـا:

– ( من المقرر قانونـا أن توابع العصمة و الأشيـاء الخاصة بالزوجين و المرتبطة مباشرة بواقعة الطلاق, يجوز المطالبة بهـا و لو في مرحلـة الاستئنـاف و لا تعتبر طلبـا جديدا.)[3]

– و في قرار آخر قضى بأن: ( قاضي الاستعجـال مختص للحكم للزوجـة و الأبنـاء بنفقة قبل الفصل في الدعوى من حيث الموضوع.)[4]

وحسن المشـرع الجزائـري فعـلا حينمـا تدخـل في التعديـل الأخير لقانـون الأسـرة لتنظيم مسألـة الحضانة مؤقتا أثنـاء سير خصومة الطـلاق, و جنب المحضون معانـاة التشاحن بين الزوجين مـن

---

[1] أحمد شامي,المرجع السابق,ص 272

[2] أحمد شامي,المرجع السابق,ص 272

[3] المحكمة العليا, غرفة الأحوال الشخصية, ملف رقم: 59140, قرار بتاريخ:1999/03/19, المجلة القضائية لسنة 1991, العدد 04,ص 121

[4] المحكمة العليا, غرفة الأحوال الشخصية, ملف رقم: 333042, قرار بتاريخ: 2005/01/19, المجلة القضائية لسنة 2005, العدد 01, ص 321

أجل الظفر به, دون مراعاة لمصلحتـــه التي تقتضي الاستقرار النفسي, لا سيما و أن المحضون يستشعر غيـــاب أحد الطرفين ممـــا يؤثر عليه سلبـــا, و لجوء المشرع الجزائري إلى القضـــــاء الاستعجالي يفيد أن المستفيد من الأمر لا يؤثر على تنفيذها و لا تجوز المعارضـة فيها, وأنهـا لا تمس أصـل الحق.[1]

**2) التدبير المتعلق بالسكـــن**

لمـــا كانت اجراءات دعوى الطلاق إجراءات مطولـة و تتخللـها اجراءات محاولـة الصلح التي تأخذ وقتا غير قليل, فإن من الممكن أن تهجر الزوجـة مقر الزوجيـــة و تحتـاج إلى مسكن تأوي إليـه وحدهـا أو مع أولادهـا أثنـاء فترة طلبها للحكـم لهـا بالطـلاق أو بالتطليق, ولا سبيل إلى ذلـك إلا باللجوء إلى القضـــاء لاستصدار أمر مستعجل عل ذيل عريضـة للحصول على مثل هذا المسكن المؤقت ريثمـــا يتم الفصـل في موضوع النزاع الذي هو طلب انهـاء العلاقـة الزوجيـة لسبب من الأسبـاب القانونيـــة.[2]

فالمشرع لم يستثن الحق المؤقت في السكن و هي مسألة في غاية الأهمية, لا سيما أنه في الغالب الأعم مـا يتم القـاء الزوجة خارج البيت طوال مدة النزاع, و يفهم من المادة (57) مكرر من قانون الأسرة,[3] أن المشرع مكن الزوجـة من التقـدم أمـــام القضـاء الاستعجالـــي في فترة الخصومـة, و إجرائيـــا يتـــم الحصول على التدبير المؤقت الخاص بالحق في السكن بتقديم عريضـة مسببـة و موقعـة أمـــام قلم كتابـــة ضبط المحكمة التي توجد بدائرة اختصاصها موطن و مقر الزوجية موازاة مع دعوى الطـــلاق مبـــاشرة, و يكون دور قاضي الأمـور المستعجلـــة الفصل في هذا الطلب بعد التحقق من مبرراته, و التأكد من قيام دعوى الطلاق دون أن يتحجج بعدم الاختصاص و الملاحظ

[1] أحمد شامي, مرجع سابق, ص 273

[2] عبد العزيز سعد, قانون الأسرة في ثوبه الجديد,ص 156

[3] الأمر رقم (02/05) المتضمن قانون الأسرة, ص 22

أن الأمر الذي سيصدره يكون مؤقتا يجوز تعديله أو إلغائه متى توافرت الأسباب القاضية بذلك و نشير إلى أن أغلب الأحكام التي أصدرها القضاء الجزائري بخصوص الحق في السكن يكون منطوق الحكم فيها بالعبارة الآتية:" تمكين المدعى عليها في دعوى الطلاق أو المدعية في دعوى التطليق من حق البقاء المؤقت في السكن أو مبلغ ايجار بقيمة معينة." وبالتالي فإن استعمال مصطلح: " أو" غالبا ما يفيد التخيير, و عليه فإن المدعي يلجأ إلى حق الايجار تفاديا من تمكن المدعى عليها من البقاء في المسكن الزوجي, وهناك من يرى بأن لفظ :" أو" يفيد الترتيب وبالتالي إذا لم يتمكن المدعي توفير بيت الزوجية يجب عليه ضمان مبلغ الايجار.[1]

أما في حالة ملكيته للمسكن محل الزوجية يجب عليه ضمان مبلغ الايجار غالبا ما يتم تمكين المدعية منه, فالحكمة من تدخل المشرع عن طريق المادة (57) مكرر من قانون الأسرة, هي ضمان المأوى للمدعى عليها, التي غالبا ما تهجر مقر الزوجية أو تطرد منه فتجد نفسها مع أولادها في الشارع, و بالتالي تحتاج إلى مسكن تلجأ إليه ليأويها, و لا سبيل رآه المشرع إلى ذلك سوى اللجوء إلى القضاء الاستعجالي على نحو ما فصلناه, ريثما يتم الفصل في موضوع النزاع.[2]

**ثالثا: الآليات الإجرائية المخولة لقاضي شؤون الأسرة**

نص المشرع على مجموعة من الإجراءات لها أهمية عملية و علمية تساعد القاضي في البحث عن الحلول المناسبة للنزاع , مما يجعل من دوره في الدعوى ذو طابع ايجابي و دون اكتفائه بما يقدمه طرفي الدعوى من أدلة مع عدم الإخلال بمبدأ حياد القاضي.[3]

فالفصل في الدعوى قد يحتاج إلى اثبات وقائع قانونية لا يمكن للخصم أن يتولاها في عرائضه المكتوبة أو مرافعاته الشفوية , و هو ما يبرر حق القاضي في أن يصدر أمرا بناءا على طلب الأطراف أو أحدهم أو من تلقاء نفسه قبل الفصل في الموضوع محل اجراء التحقيق.[4]

و بموجب نص المادة (28) من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية,[5] يتضح أن للقاضي الحرية

---

[1] أحمد شامي, المرجع السابق, ص 275

[2] احمد شامي.المرجع السابق,ص 276

[3] عيسى طعيبة, المرجع السابق, ص 84

[4] محند أمقران بوبشير, قانون الإجراءات المدنية– نظرية الدعوى–, ط04,د م ج, الجزائر,2008,ص 232

[5] القانون رقم (09/08) المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية, ص 06

المطلقة في اتخـــاذ أي اجراء من اجراءات التحقيق دون التفرقـــة بين اجـــراء و آخر, ويخضع موضوع مسكن الحضانة لمجموعة من الآليات تتمثـــل في:

**1- الخبـــــرة**

عرف المشرع الخبـــرة من خـــلال الهدف المرجو من وراء الأخذ بهـــا, وفقا للمادة (125) من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية,[1] و هو توضيح واقعة مادية تقنية أو علمية محضة للقاضي, فاللجوء للخبرة لا يكون إلا في المسائـــل التي تتجـــاوز المعـــارف العلميـــة و التقنيـة للقاضي كالمحاسبة و الطب و الهندسة و لا يشمل بأي حال الأسباب القانونية.

واستنادا للمادة (126) من نفس القانون والتي نصها جاء فيه: " يجوز للقاضي من تلقاء نفسه أو بطلب مـــن أحد الخصوم تعيين خبير أو عدة خبراء من نفس التخصص أو من تخصصـــــات مختلفة." استقراءا من هذا النص تتضح السلطة التقديرية المعطاة للقاضي, والذي يستطيع من تلقاء نفسه أن يأمر بإجراء خبرة عن طريق أشخاص تتوافر لديهم الكفاءة و المؤهلات العلمية في المجالات الفنية التي لا تتوافر عند القضاة بحكم التخصص العلمي. [2]

وبموجب المـــــادة (425) في الفقرة الثانية من نفس القانون,[3] والتي جاء فيها :" و يجوز له بالإضافـــة للصلاحيـــات المخولة له في هذا القانون, أن يأمر في اطار التحقيق بتعيين مساعدة اجتماعية أو طبيب خبير أو اللجوء إلى أية مصلحة مختصة في الموضوع بغرض الاستشارة." فلقاضي شؤون الأسـرة اعتمـادا على هذا النص أن يطلب تعيين خبير مختص لدراســة حالـــة المحضون الصحية أو النفسية, على حسب كل حالة معروضة عليـــــه.[4]

و قد صدر في هذا الصدد العديد من الاجتهـادات القضائيـــة من بينها قرار المحكمة العليا الذي أقر:( بأن قضـاة الموضوع الذين أسندوا حضانـة الأبناء إلى الأب مراعاة لمصلحتهم, واعتمادا على تقرير المرشدة الاجتماعية التي تؤكد ذلك اعمـالا لسلطتهم التقديريـــة فقد طبقوا القانون.)[5]

---

[1] القانون رقم (09/08) المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية, ص13

[2] عبد الرحمان بربارة, المرجع السابق, ص 131

[3] القانون رقم (09/08) المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية, ص36

[4] عيسى طعيبة, المرجع السابق,ص 85

[5] المحكمة العليا, غرفة الأحوال الشخصية, ملف رقم 15364, قرار بتاريخ: 1997/02/18, المجلة القضائية لسنة 1997, العدد01 , ص 39

– و في قرار آخر جاء فيــه:( للقاضي أن يستعين بتقرير المساعدة الاجتماعية في حال ما إذا لم يتمكن من التحقق من مصلحة المحضون من أجل اصدار حكمــه.)[1]

– وفي قرار آخر:( يسند القاضــي الحضانــة بعد وفـاة الأبوين مستعينـا بمرشدة اجتماعيـة إلى من يستحقها حسب مصلحة المحضــون.)[2]

كما يمكـن لقاضي الأحـوال الشخصيـة تعيين خبير من أجل تحديد مدى ملائمة السكن للحضانـة, وذلك بتحديد المساحة الكاملة الحقيقيــة للسكن محل التأجير والمرافق المكونــة ومدى صلاحيتـــــه لممارسة الحضانة من جهة و أهميـة الحي و مدى بعده أو قربــه عن التجمعات الحضريــة و كذا توافر الأمن و الملحقــات الضرورية للعيش من جهـــة أخرى.

و بالاعتمـــاد على الأسس السابقــة يقدم الخبير تقريرا حول مدى مطابقــة بدل الايجـــار للقيمـــة الايجارية العادية و الحقيقية للسكن, و هذا نظرا لاختلاف الايجار باختلاف المدن و المناطق بـل و حتـى فـي الأحيـــاء ذاتهـــا. مما يترتب عنـــه وجود مشـاكل كثيرة و متعددة حول قيمــة بدل الايجــار التي نص عليهــا المشرع فــي المــادة (72) من قانون الأسرة,[3] و ترك اعمالها للقاضي الناظر في الدعوى بما له من سلطة تقديرية ووسائل إجرائيـة بالبحث عن كل عناصر التقدير التي من شأنهـا أن تحدد بإنصاف شروط الايجــار الجديد.[4]

وقد كرس الاجتهــاد القضائي هذه الأحكــام في العديد من القرارات من بينهــا:

– في قرار جاء فيــه:( متى قدم الطـــاعن أمـــام القضـــاء محضر اثبـات حالـة موقـع يوضح فيـه وجود شقة منعزلة و لائقــة لممارســة الحضانــة و خصصها للمطعون ضدهــا و ابنهــا, فكـان

[1] المحكمة العليا, غرفة الأحوال الشخصية, ملف رقم330566, قرار بتاريخ: 2005/05/18, المجلة القضائية لسنة 2005, العدد01 , ص301

[2] المحكمة العليا, غرفة الأحوال الشخصية, ملف رقم346850, قرار بتاريخ: 2006/05/17, المجلة القضائية لسنة 2007, العدد02, ص437

[3] الأمر رقم (02/05) المتضمن قانون الأسرة, ص 22

[4] عيسى طعيبة, المرجع السابق, ص 88

على قضـــاة الموضوع أن يحكموا على الطـــاعن بتخصيص هذا السكـن للحاضنـــة بدلا من أن يخيروه بتخصيص المسكن أو بدل الإيجـــار.)[1]

–و في قرار آخر:( إن الاعتمـــاد على محضر مصالـح الأمن لا يعتبر دليـلا كافيـا لحرمـــان الطاعنة من حقها في الحضانة, بل مجرد معلومات لا يمكن الاعتمـاد عليهـا و كان على قضـاة الموضوع الالتجاء إلى وسائل أخرى كسماع الشهـود أو تعييـن مرشـدة اجتماعيـة.)[2]

**2- الانتقـــال للمعاينـــة**

يعتبر الانتقال للمعاينـة وسيلـة اثبات تسمح للقاضي بالتعرف على الوقائع في مكان النزاع , فقد لا يكتفي القاضـي في بعض القضايا بما يقدمـه الخصوم من أدلـة و تقارير و ينتقل إلى عين المكـان لمعاينـة و مشـاهدة محل النزاع , و استخلاص الدليـل وفق السلطـة المخولـة لـه من قبل المشرع بإجراء المعاينـات و الانتقـال إلى الأماكـن.[3] وهو مـا نص عليـه المشرع في المـواد( 146 إلى 149) من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية,[4]فللقاضـــي من تلقـاء نفسـه, أو بنـاء على طلب الخصوم أن يأمر بانتقال المحكمة إلى المعاينة, وإذا كانت التشكيلـة جماعيـة فالقاضي المقرر هو الذي يقوم بتنفيذ المعاينـة, وعلى ذلك فالمعاينـة تسمح للمحكمة التحقق من واقعة يكون لها اعتبـار في اقتناعهـا بمـا يحكم بـه, وتصبح المعاينـة لكل ما يقع عليـه النزاع سواء كان منقولا أو عقارا, وعند الانتقال للمعاينـة يحق للمحكمـة أن تستعين بمن تراه من ذوي المعـارف التقنيـة للاستعانـة بـه , كمـا للمحكمـة أو القاضي المنتدب سمـاع من يرى سماعـه من الأشخـاص إذا رأى ضرورة لذلك كما لـه أن يسمع الخصوم أنفسهم عند الانتقال للمعاينـة.[5]

---

[1] المحكمة العليا,غرفة الأحوال الشخصية, ملف رقم 474255, قرار بتاريخ:14 /2009/01, المجلة القضائية لسنة 2009, العدد02, ص267

[2] المحكمة العليا,غرفة الأحوال الشخصية, ملف رقم 245123,قرار بتاريخ:18 /2000/07, المجلة القضائية, لسنة 2004, العدد01, ص 253

[3] محند أمقران بوبشير , المرجع السابق,ص 236

[4] القانون رقم (09/08) المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية, ص14

[5] حسين فريحة, المرجع السابق,ص 171

وعلى ذلك يمكن للقاضي الانتقال إلى المكان الذي تمارس فيه الحضانة و معرفة الظروف المحيطة بذلك الوسط الذي يعيش فيه المحضون, ومن هذه الظروف ضيق المسكن أو اتساعه, وكذا حالة الحي الذي يعيش فيه ومدى قرب السكن من المدرسة و بعده. فهذه كلها عوامل يدخلها القاضي في الحسبان عند تقريره إسناد الحضانة إلى أحد مستحقيها.[1]

فمبدأ رعاية مصلحة الطفل يلزم القاضي عند تقديره لتلك المصلحة , أن ينظر إلى سعة المنزل الذي يسكن فيه المحضون و موقعه , وقد أكدت دراسات في علم الإجتماع هذه الوجهة حيث أن المسكن الغير ملائم يلعب دورا أساسيا في السلوك المنحرف.[2]

فالعلاقة الإيجارية بين حالة المسكن و مظاهر الانحراف في:

– أن السكن المشترك أو الضيق يدفع بالطفل إلى الهروب من المنزل و التجمع في الشارع نتيجة ما يشعر به من توترات و ضغوط, و هذا ما يدفعه إلى الالتقاء مع غيره من الأحداث و إلى تكوين العصابات التي تشجع على الانحراف.

– نتيجة للازدحام الشديد في الأسرة يشترك صغار الأولاد و البنات في نفس المكان مع الكبار, و قد نهض أطباء الأمراض العقلية و النفسية ضد النوم الجماعي بسبب ما يحدثه من صدمات نفسية لدى الأطفال من جراء نومهم مع الكبار.[3]

– فالطفل الذي يترعرع في أحضان والديه محضوض برعايتهم ثم يجد نفسه بعد انفصالهما بالطلاق محروما من رعايتهما , تكتمل لديه مشاعر القلق و الخوف و التشاؤم , و يتعثر في مسيرته خاصة إذا تزوج والده بعد طلاقهما , وحاول كل منهما أن يقذف بالطفل على الآخر , فإنه ينفصل نفسيا و ماديا و قد يأخذ طريقة التشرد و الإجرام.[4]

**3- الاستماع إلى المحضون**

---

[1] عيسى طعيبة, المرجع السابق,ص 86

[2] زكية حميدو تشوار, حق المطلقة الحاضنة في السكن بين النقص التشريعي و الواقع الاجتماعي, ص300

[3] زكية حميدو تشوار, حق المطلقة الحاضنة في السكن بين النقص التشريعي و الواقع الاجتماعي, ص300

[4] ليلى ايديو, التفكك الأسري و أثره على البناء النفسي و الشخضي للطفل,مجلة العلوم الانسانية و الاجتماعية, العدد11, جامعة قاصدي مرباح, ورقلة,جوان,2013,ص 48

يمكن للقاضي أيضا أن يلجأ إلى الاستماع إلى المحضون و أفراد عائلته سواء الأب أو الأم أو أي شخص آخر يكون سماعه مفيدا لتحديد أيهما أصلح لمراعاة مصلحة المحضون. وهو ما أقره المشرع في المادة (463) من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية,[1] و التي جاء في نصها: " يتلقى القاضي في الجلسة تصريحات القاصر و تصريحات والده و أمه أو الحاضن أو أي شخص آخر يكون سماعه مفيدا , و يمكن اعفاء القاصر من الحضور. "

و ينبغي أن يخضع استماع المحضون إلى عدة شروط أهمها: أن يكون استماع المحضون جوازا بالنسبة للقاضي , و أن يكون استماعه للضرورة أمام القاضي و بمكتبه دون حضور المعنيين حتى يتجنب الانحياز الناتج عن تأثير ضار أو مناورة أو ضغط , و كما ينبغي أن يكون التخيير من بين أصحاب الحق في الحضانة المنصوص عليهم قانونا, و أن يكون الطفل ناضجا و مميزا .[2]

و القاضي هو الذي يقدر مدى قدرة تمييز المحضون , اضافة إلى ذلك أن يؤخذ رأي المحضون على سبيل الاسترشاد لأن مصلحته هي الموجه, و للقاضي السلطة التقديرية الكاملة في الأخذ برأيه أو تركه , حيث إذا كان اختياره يتماشى و مصلحته حكم له بما خير , وإلا يحكم القاضي بما يراه أصلحا للطفل و في كل ذلك يشترط أن يكون القاضي متخصصا في المسائل الأسرية التي يدخل في اطارها حق الزيارة.[3]

« L'audition du mineur concourt à sa protection parce qu'elle rappelle personne humaine, avec ses préférences et ses souffrances. qu'il est devient atteinte à sa protection et régression Mais l'audition de l'enfant donnée de trancher en du droit lorsqu'elle s'analyse en une liberté dernier ressort »[4]

فالسلطة التقديرية المعطاة لقاضي الأحوال الشخصية في تقدير مصلحة المحضون تعتبر ضمانة قضائية هامة في تكريس حق المحضون في السكن طيلة فترة امتداد الحضانة باعتبار أن

---

[1] القانون رقم (09/08) المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية, ص39

[2] زكية حميدو, مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة,ص 185

[3] زكية حميدو, مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة,ص 186

[4] C.f. Neirinck, La protection de la personne de l'enfant contre ses parents, L.G.D.J., Paris, 1984, p. 295

الإشكـــالات المتعلقــة بالحضانــة لا تثـار عند اسنادهـا أو اسقاطهـا فقط , بـــل حتى في وقت ممارستها قد تثار اشكـالات أخرى تتعلق بتوابع الحضانــة خاصـة , و أن أحكــام هذه الأخيرة هي أحكـام مؤقتـة مرتبطـة بمصلحـة المحضـون.[1]

## المطلـب الثانــي:
## سلطـة القاضي في اسقـاط المسكـن المخصص لممارسـة الحضانــة

الأصل العـام إذا تمت الفرقـة بين الزوجين و طلبت المطلقـة حق الحضانـة فيمنحهـا القانـون ذلك إذا توفرت الشروط المطلوبـــة.[2] و حق الحاضنــة في شغل مسكن الحضانــة مرهون بانتهـاء مـدة الحضانــة القانونيــة وهنـا يسقط حقهــا في السكن بقوة القانـون , لكن قد تطرأ أسبــاب تكون بفعل الحاضنة , تؤدي إلى فقدانها الحق في المسكن قبـل انقضـاء مدة الحضانــة.[3]

وبالرجوع إلى قانــون الأســرة نجد أن المشرع الجزائري تحدث عن أسبـــاب سقوط حق الحاضنـــة فـي المسكن , فنجده في قانون الأسرة (11/84) أقر في الفقرة الرابعة من المـادة (52),[4] بصريـح العبارة سقوط حق الحاضنة في المسكن في حالــة زواجهـا أو ثبوت انحرافهـا , في حين أن قانـون الأسرة المعدل (02/05) يتحدث عن أسبــاب سقوط الحضانــة بصفة عامة من المواد(66 إلى70

[1] عيسى طعيبة, المرجع السابق,ص 89

[2] عيسى حداد, المرجع السابق, ص341

[3] محمد سمارة, المرجع السابق , ص 393

[4] القانون رقم (11/84) المتضمن قانون الأسرة, ص 913

منه)[1], و لم يتكلم عن اسقاط حقها في السكن, مما يترتب معه دراسة أسباب سقوط الحق في الحضانة لإبراز حالات سقوط الحق في مسكن الحضانة. و باستقراء نصوص قانون الأسرة فيما يخص مسقطات الحضانة نجد أنها كثيرة وكان المشرع الجزائري في كل مرة يؤكد على ترك المجال مفتوح أمام القاضي وفق ما لديه من سلطة تقديرية و البحث في توفر مصلحة المحضون و الإضرار بها, و سنحاول بيان الأسباب التي تؤدي إلى سقوط الحضانة بفعل المطلقة الحاضنة و مدى تأثيرها على فقدان حقها في المسكن قبل انقضاء مدة الحضانة.

**الفرع الأول: زواج المطلقة الحاضنة بغير قريب محرم**

إذا أرادت الحاضنة الإستمرار في قيامها بواجبها نحو محضونيها والبقاء معهم في مسكن الحضانة, وجب عيها قانونا أن تمتنع عن التزوج مرة اخرى[2],فإذا طلقت المرأة و تحصلت على الحضانة جرى العرف على أن المرأة إذا فارقت زوجها و هي صغيرة السن تطمح من اعادة الزواج إذا كانت أسباب الفرقة خارجة عن إرادتها أو كانت لأسباب موضوعية إلا أنها حين يسعفها الحظ في إعادة الزواج فإنها تفقد حقها في الحضانة طبقا لما نص عليه القانون.[3]

و بالرجوع إلى قانون الأسرة نلاحظ اختلافا قبل و بعد تعديله بحيث:

– نجد المادة (52) في فقرتها الرابعة,[4] منها نص المشرع صراحة على سقوط حق الحاضنة في المسكن بزواجها ثانية, لأن حق اسكانها يكون على زوجها الجديد و يسقط على والد المحضون ,

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

[2] عبد العزيز سعد, الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري,ص 268

[3] عيسى حداد, مرجع سابق, ص 342

[4] القانون رقم (11/84)المتضمن قانون الأسرة, ص913

بحيث يجوز له أن يطلب من نفس المحكمة التي قررت السكن للحاضنة ,الحكم بإسقاط حقها في المسكن لذات العلة.[1]

– أما المادة (66) من قانون الأسرة المعدل,[2] جاء نصها: " يسقط حق الحاضنة بالتزوج بغير قريب محرم..." فهي ميزت بين ما إذا كان الزواج بمحرم لحضون أم غير محرم:

**فإذا كان محرم له** : لا يسقط حق الحاضنة في الحضانة , ولكنه يؤدي إلى سقوط حقها في السكن.

**أما إذا كان غير محرم له** : أي أجنبي عن المحضون , فهو يسقط حقها في الحضانة و بالتالي يسقط حقا في المسكن , لأن زوجها يتضرر عادة من المحضون فيشعر بالجفاء منه و هذا له تأثير سيء على نفسية المحضون.[3]

فإسقاط الحضانة عن الحاضنة بتزوجها بغير قريب محرم مرده عدم عطف هذا الزوج على ولد زوجته و انعدام الشفقة, فينشأ الطفل في جو يسوده البغض و الكراهية و بالتالي يتعقد نفسيا.[4]

كما أنه من ناحية أخرى لما كانت القوامة للزوج على المرأة, فإن هذا الولد إن ظل مع أمه رغم تزوجها, سيعيش معه, فينشأ و تنشأ معه عقد تحيل حياته المستقبلية إلى شر و نفور, فلا يكون صالحا لنفسه و لا لمجتمعه, بحيث قد يشعر الطفل بالغيرة لحاجته إلى الاستقلال بأمه, و في ذات الوقت لن يرضى زوج أمه بانشغال زوجته بطفلها كل هذا يجعل واجبات الأمومة و شاقة.[5]

و نشير إلى أن تزوج الحاضنة بغير قريب محرم للمحضون لا يؤدي إلى اسقاط حقها في الحضانة عنها بقوة القانون, بل يتم ذلك بمقتضى حكم قضائي بأن يتقدم صاحب الحق فيها بعد احترام المادة (68) من قانون الأسرة, وبعد تأكد القاضي من الشروط المذكورة في المادة (62) في الفقرة الثانية منها, والإتيان بترتيب المادة (64) من ذات القانون.[6]

هذا فيما يخص مصلحة المحضون التي تقتضي ذلك, أما إذا كانت الحاضنة هي الأم و تزوجت مع غير القريب المحرم, وكانت مصلحة المحضون تتعلق بأمه فإن الحضانة مع ذلك لا تسقط

---

[1] عبد العزيز سعد, مرجع سابق,ص 268

[2] الأمر رقم (02/05)المتضمن قانون الأسرة, ص 22

[3] سليمان ولد خسال, المرجع السابق, ص 187

[4] محمد مصطفى شلبي, المرجع السابق, 764

[5] رشدي شحاتة أبو زيد, المرجع السابق,ص 282

[6] زكية حميدو, مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة,ص 523

لغلبة مصلحة المحضون مع امه, وهنا تظهر سلطة القاضي التقديرية في البحث عن مصلحة المحضون في بقاءه مع أمه أو عدمها.[1]

كما نضيف إلى ذلك أنه هناك عوامل أخرى يقدر القاضي من خلالها ملائمة و صلاحية الحاضنة المتزوجة بغير قريب محرم للمحضون, و بقاء هذا الأخير بالرغم من ذلك كون مصلحته تقتضي ذلك و من بينها:

أن المحضون لا يقدر على الاستغناء عن حاضنته بسبب سنه كأن يكون رضيعا لا يقبل إلا ثدي حاضنته, أو في حالة صحية لا تسمح بتغيير المكان أو تغيير طرق علاجه. فقد دل القرآن الكريم على أهمية الرضاعة الطبيعية حين أمر أم موسى عليه السلام بإرضاعه ثم إلقائه في البحر, لأن الرضاعة تحدث استجابات عقلية و حسية, فتكون العاطفة في أبهى صورها في الرضاع لاستقبال كل أحاسيس و طاقات المرضعة برضيعها, تتحرك نوازع الأمومة, و لما خافت أم موسى على وحيدها, أمرها بإرضاعه لتحدث الاستجابة العقلية و الحسية لهذه النوازع بتذوقه ثمرة ثديها و تذوقها طعم الأمومة.[2]

ثم تأتي الاستجابة لأمر الله تعالى قال عزو جل:" وَأَوْحَيْنَا إِلَىٰ أُمِّ مُوسَىٰ أَنْ أَرْضِعِيهِ فَإِذَا خِفْتِ عَلَيْهِ فَأَلْقِيهِ فِي الْيَمِّ وَلَا تَخَافِي وَلَا تَحْزَنِي إِنَّا رَادُّوهُ إِلَيْكِ وَجَاعِلُوهُ مِنَ الْمُرْسَلِينَ." [3]

فالرضاعة تشكل قمة العلاقة و العاطفة في الأمومة, لكن شدة هول يوم القيامة الذي يجعل من الناس سكارى و ما هم بسكارى, يؤثر على هذه الرابطة لأنه هول أقوى لا يتصوره العقل.[4]

– أن لا يكون زواج الحاضنة مانعا منعا كليا من الاعتناء بالمحضون, بأن تنشغل بأمور زوجها و تغفل رعاية الصغير, أو أن يرفض زوجها رفضا باتا و صريحا حضانته.

–أن تكون نفقة المحضون من ماله أو من مال أبيه, حتى لا يحس زوج حاضنته بعبء تحمل نفقات المحضون, فيبغضه و ينقص من كرامته.[5]

و قد كرس الاجتهاد القضائي هذه الأحكام في العديد من القرارات من بينها:

---

[1] عبد العزيز سعد, قانون الأسرة في ثوبه الجديد,ص 141

[2] بوبكر لشهب,المرجع السابق,ص 463

[3] سورة القصص, الآية 07

[4] بوبكر لشهب,المرجع السابق,ص 463

[5] زكية حميدو, مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة,ص 541

– القرار الذي: (يشترط في المرأة الحاضنة أن تكون خالية من الزواج, أما إذا كانت متزوجة فلا حضانة لها لانشغالها عن المحضون و لذلك يستوجب نقض القرار الذي خالف هذا المبدأ و أسند حضانة البنت لجدتها لأم المتزوجة بأجنبي عن المحضون.)[1]

– و في قرار آخر: (يسقط حق الأم في الحضانة بزواجها بغير قريب محرم.)[2]

**الفرع الثاني: تنازل المطلقة الحاضنة على المحضون**

نص المشرع صراحة في قانون الأسرة (11/84)[3],على سقوط حق الحاضنة في الحضانة بالتنازل عنه ما لم يضر بمصلحة المحضون في الفقرة الثانية من المادة (66), فللحاضنة حق التنازل عن حضانتها, إلا أن المشرع قيد حق التنازل بعدم الإضرار بمصلحة المحضون, إذ يعتبر التنازل عن الحضانة أمرا لا يتفق مع واجبات الحاضن نحو المحضون خاصة إذا تعلق الأمر بالأم الحاضن, وفضلا عن ذلك فإنه لا يليق بها أن تتنازل عن حقها إذا كان ابنها في حاجة إليها, فإن كانت الحضانة كما أسلفنا حق مشترك للحاضن و المحضون, فإن التنازل عنها لا يجب أن يكون طبقا لرغبتها, بل يشترط فيه أن يكون هناك حاضن آخر تسند له الحضانة و تتوافر فيه الشروط المطلوبة مع قبوله لهذه الحضانة.[4]

وهو ما كرسه الاجتهاد القضائي في العديد من القرارات القضائية منها:

---

[1] المحكمة العليا, غرفة الأحوال الشخصية, ملف رقم 40438, قرار بتاريخ 1986/05/05, المجلة القضائية لسنة 1989, العدد02,,ص 75

[2] المحكمة العليا, غرفة الأحوال الشخصية, ملف رقم 331058, قرار بتاريخ:2005/05/18, المجلة القضائية لسنة 2005, العدد02,ص 383

[3] القانون رقم (11/84)المتضمن قانون الأسرة, ص914

[4] زكية حميدو, مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة, ص 467

قرار جاء فيه: ( من المقرر شرعا و قانونا أن تنازل الأم عن حضانة أولادها تقتضي وجود حاضن آخر يقبل منها تنازلها و له القدرة على حضانتهم فإن لم يوجد, فإن تنازلها لا يكون مقبولا و تعامل معاملة نقيض قصدها.)[1] إلا أن هذا القرار تنطوي عليه العديد من العيوب أهمها:

– أن إكراه الحاضن على الحضانة لا يخدم مصلحة المحضون, بل قد يكون التنازل أنفع له و في مصلحته, خاصة و أن الشرع أقر تنازل الحاضنة عن حقها

– أن اجبار الأم على تولي الحضانة دون استعدادها لذلك يعرض المحضون للإهمال من خلال تجاهلها لعوامل النمو السليم التي تخلفها هي و انكارها لحجات الطفل, فيكون مآله الضياع. لما كانت الحضانة حق للحاضنة, لا يمكن أن تجبر الحاضنة على الحضانة لأنه يحتمل عجزها المعنوي, لأن شفقتها كاملة على المحضون, وهي لا تصبر عنها في الأغلب إلا عن عجز, فلا معنى لإيجابها عليها لأنها محمولة عليها دون الجبر.[2]

وهكذا فإن مراعاة مبدأ مصلحة المحضون يجد ذروته حتى فيما إذا تعلق الأمر بالتنازل عن الحضانة بسبب ما يحققه من صيانة الحقوق و بسبب رعاية المصالح العليا للمجتمع, إذ أن أطفال اليوم هم جيل المستقبل.[3]

و نشير هنا إلى أن التنازل الذي سمحت به المادة (66) من قانون الأسرة,[4] يجب أن يكون بإعلان من الحاضن أمام القضاء لا مجرد أن يقرر الحاضن تنازله عن الحضانة, و ذلك حتى لا يبقى المحضون سائبا لا حامي له, و حتى يتسنى للقاضي معرفة ما إذا كان مثل هذا التنازل يضر بمصلحة المحضون, وإذا حصل ذلك لا يحكم بسقوط حق الحضانة حتى و لو طلبها غيرها مادامت مصلحة المحضون مازالت متعلقة بها.[5]

فالتنازل عن الحضانة يطرح فرضيتين :

---

[1] المحكمة العليا, غرفة الأحوال الشخصية , قرار صادر في: 1988/12/19, المجلة القضائية لسنة 1990, العدد 04, ص 72

[2] زكية حميدو, مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة , ص 477

[3] أحمد نصر الجندي, المرجع السابق, ص 568

[4] القانون رقم (11/84)المتضمن قانون الأسرة, ص 914

[5] عبد العزيز سعد, الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري,ص 301

– أن يضر التنازل بمصلحة المحضون, و في هذه الحالة يجب أن ننظر إلى تنازل الحاضنة على أساس أنها فقدت أحد شروط الحضانة, و ذلك يتجلى في عدم استعدادها ورغبتها للحضانة, و من ثم تنادي مصلحة المحضون بقبول طلب التنازل.

– أن يكون هذا التنازل ضد مصلحة المحضون, و في هذه الحالة لا مفر من تطبيق القيد الأساس وهو عدم الإضرار بمصلحة المحضون, و تكون هنا الحاضنة إذن متعينة للحضانة مما يستوجب رفض طلب التنازل إلا إذا نادت مصلحة المحضون بعد ذلك بخلاف ما قرره القاضي.[1] و هو ما كرسه الاجتهاد القضائي في العديد من القرارت الصادرة له ومن بينها: (لا يعتد بالتنازل عن الحضانة إذا أضر بمصلحة المحضون و أن قضاة الموضوع عندما أسندوا حضانة الوالدين لأمهما رغم تنازلها عنها مراعاة لمصلحتهما طبقوا صحيح القانون.)[2]

هذا بالنسبة لسقوط حق المطلقة الحاضنة في الحضانة, أما حقها في المسكن المخصص لممارسة الحضانة فالمشرع الجزائري لم ينص صراحة على سقوط حقها في السكن إلا أن الاجتهادات القضائية تكرس قاعدة مفادها: حق المطلقة الحاضنة في المسكن مستقل ولا يسقط بسقوط حقها في الحضانة و نجد من ذلك القرار الآتي:( لا يشمل تنازل الأم عن جميع حقوقها المنجرة عن حكم الطلاق حقوق المحضنين في تهيئة سكن لممارسة الحضانة أو الحصول على بدل الايجار).[3]

**الفرع الثالث: عدم أهلية المطلقة الحاضنة**

تنص المادة (67) من قانون الأسرة,[4] على أنه:" تسقط الحضانة باختلال أحد الشروط المنصوص عليها في المادة (62), و لا يمكن لعمل المرأة أن يشكل سببا من أسباب سقوط

[1] زكية حميدو, المرجع السابق, ص 478

[2] المحكمة العليا, غرفة الأحوال الشخصية, ملف رقم: 189234 قرار صادر في:1998/04/21, الاجتهاد القضائي, ص 175

[3] المحكمة العليا, غرفة الأحوال الشخصية, ملف رقم: 384529 قرار صادر في:2007/04/11, المجلة القضائية لسنة 2008, العدد 02,ص 291

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

الحق عنها في ممارسة الحضانة. غير أنه يجب في جميع الحالات مراعاة مصلحة المحضون."
فالمشرع أقر سقوط الحضانة عن الحاضن أو المحكوم له بالحضانة إذا ما ظهر عجزه عن توفير الرعاية و التربية, و افتقاره للقدرة عن تربيته على دين أبيه, وحفظ صحته و خلقه, كما أكد المشرع على أن عمل المرأة لا يمكن أن يكون سببا من أسباب سقوط حقها في ممارسة الحضانة, واحتياطيا ربطوا هذا الشرط بمصلحة المحضون.[1]

وعلى ذلك سنحاول بيان سقوط حق المطلقة الحاضنة في الحضانة بسبب الاخلال بالمادة (62) من قانون الأسرة ؟ ثم نفصل في أحكام عمل المرأة كسبب من أسباب سقوط الحضانة؟.

**أولا : مسقطات الحضانة المبنية على الإخلال بأحكام المادة (62)**

إذا وقعت الحضانة مستوفية مقوماتها و شروطها كانت صحيحة يجوز لمستحقها أن يتولاها بمجرد الحكم بها, و معنى ذلك أنه إذا توافرت في الحاضن الأهلية للقيام بالحضانة, كما سبق شرحها. فله أن يمارسها, و قد يحدث لها ما يعرقل نفذاها فيسقطها, و بالرجوع لنص المادة (67) من قانون الأسرة,[2] نستشف منها أن مناط سقوط الحق لا يمكن قيامه إلا بتنسيق المادة (62 و 67) اللتين أوجبت توافر شروط ترجع في حقيقتها إلى المحافظة على الطفل و توفير راحته.[3]

وعلى ذلك فالإخلال بواجبات الحضانة المنصوص عليها في المادة(62) من قانون الأسرة يكون في أمرين:

- فيما يتعلق بأهلية الحاضن, فقد اشترط في الحاضن السلامة العقلية و الجسدية.
- وما يتصل بالإلتزامات المتعلقة بالحضانة أي التربية و الرعاية الصحية و الخلقية.

و للمحكمة في هذه الحالة أن تأخذ بعين الاعتبار مصلحة المحضون و هذا بموجب المادة (67) من قانون الأسرة في الفقرة الثالثة منها.[4]

فالقاضي لا يقضي بتلك المسقطات إلا بعد رعاية حقوق الابن المحضون و مصالحه مستهدى في ذلك بما تطلبه الحياة المعاصرة و التطور الذي عرفه المجتمع, فمن واجب القاضي أن يوفق بين مصلحة المحضون و ضرورة الحياة المعاصرة, فهو يواكب العصر دون أن تطغى اعتبارات الحاضن على مصلحة المحضون. و من ثم اكتفت المادة (67) من قانون الأسرة بالتنصيص

---

[1] عبد العزيز سعد, قانون الأسرة في ثوبه الجديد,ص 142

[2] الأمر رقم (02/05)المتضمن قانون الأسرة, ص 22

[3] زكية حميدو , مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة, ص 390

[4] العربي بلحاج,المرجع السابق,ص 388

على القاعدة العامة الخاصة بحالات عدم تأهيل الحاضن و التي يستند عليها الحكم القاضي بإسقاط الحضانة , تاركة الأمر للتحليل و التفصيل و التأويل للسلطة التقديرية للقاضي, فهي من المسائل التي تلعب فيها سلطة القاضي دورا هاما مادام أنها تندرج في باب الوقائع, ومادام أنها تختلف باختلاف الزمان و المكان, اضافة إلى ذلك أنه لا يصلح بالمشرع أن يفصل في موضوع يخشى أن تكون أحكامه متنافية مع مصلحة المحضون إذا ما أخذنا بعين الاعتبار التطور السريع الذي عرفته و لا زالت تعرفه الاكتشافات الطبية و البيولوجية.[1]

وعلى ذلك فإن القاضي لا ينطق بإسقاط الحضانة و بالتالي اسقاط حقها في السكن إلا بعد اعتماده على الخبرة الطبية التي تثبت عجز الحاضن أو تنفيه, لأن ثبوت عدم القدرة على صيانة المحضون و رعايته بسبب الأمراض العقلية و الجسدية في زمن يستلزم و ليس ما يمنعه لا تشريعا و لا شرعا, الاستعانة بأهل المعرفة.[2] و قد صدرت في هذا الصدد العديد من القرارات أهمها:

– ( أن سقوط الحضانة عن الأم لفساد أخلاقها و سوء تصرفاتها فإنه يسقط أيضا حق أمها في ممارسة الحضانة لفقد الثقة فيهما معا, ذلك أن الأم التي لا تقدر على كبح جماح ابنتها فلا تقدر أيضا على كبح جماح المحضون و مراقبته و تربيته النظيفة.)[3]

– ( ان قضاة الاستئناف الذين أسندوا حضانة الأبناء للحاضنة الفاقدة للبصر و التي تعد عاجزة عن القيام بشؤون أبنائها خالفوا القواعد الفقهية ذلك أن المريض الأعمى, الأصم و الأخرس و المقعد لا حضانة له). [4]

**ثانيا: سقوط حق المطلقة في الحضانة بسبب عملها**

نظرا للنزاع الكبير حول عمل المرأة فإن المشرع حسم الموقف و نص في المادة (67) في الفقرة الثانية منها,[5] على أنه لا يمكن لعمل المرأة أن يشكل سببا من أسباب سقوط الحق عنها في

---

[1] جيلالي تشوار, الزواج و الطلاق تجاه الاكتشافات الحديثة للعلوم الطبية و البيولوجية, د م ج, الجزائر, 2001,ص 23

[2] زكية حميدو, مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة, ص 396

[3] المحكمة العليا, غرفة الأحوال الشخصية, ملف رقم:31997 قرار صادر في:1984/01/09, المجلة القضائية لسنة 1989, العدد 01, ص 73

[4] المحكمة العليا, غرفة الأحوال الشخصية, ملف رقم:33921 قرار صادر في: 1984/07/09, المجلة القضائية لسنة 1989, العدد04, ص 76

[5] الأمر رقم (02/05)المتضمن قانون الأسرة, ص 22

ممارسة الحضانة, مع مراعاة دائما مصلحة المحضون.[1] فالمشرع فصل في عمل المرأة الذي كان محل خلاف بين من جعله سببا لسقوط حق الحضانة, ومن جعله العكس لهذا وضع نصا صريحا بأن لا يكون عمل المرأة سببا في حرمانها من حقها في الحضانة. وذلك تشجيعا لها على مساهمتها في التنمية الاقتصادية للدولة بما تملكه من قدرة على ذلك في مجال تخصصها.[2] فالآباء أصبحوا يطالبون الزوجات الحواضن بإسقاط الحضانة عنها كلما علموا أن المطلقة أو غيرها من الحواضن لها عملا خارج البيت, وبالتالي يسقط حقها في السكن , لكن الأب أيضا مطالب بالنفقة و الخروج للعمل, فليس من الحق و العدل أن يؤخذ الولد من أمه بسبب العمل خارج البيت, فالأب ينفق على ولده لا على طليقته, لذا يحق لها واقعيا من هذا الوجه أن تعمل و تكتسب لتعيش بشرف و لا عبرة بطلب الأب اسقاط حضانة الحاضنة بسبب العمل, إلا إذا تبين للقاضي بعد خبرة اجتماعية يعينها بحكم تمهيدي أن مصلحة المحضون في خطر مادي أو معنوي, يمكن للقاضي أن يحكم بإسقاط الحضانة على أساس مصلحة المحضون.[3]

و التنصيص على عدم اعتبار عمل المرأة سببا من أسباب سقوط حق الحضانة فيه ما قد يتناقض بمصلحة المحضون في بعض الحالات, لأن حقيقة الحضانة إنما هي القيام بشؤون المحضون المتصف بالعجز, فإذا كانت الحاضنة بعيدة عنه مدة طويلة أو مستمرة ساعات من النهار أو من الليل, فكيف يتأتى لها تحقيق مصلحة المحضون. و معلوم أن حق المحضون مقدم على حق غيره عند التعارض, فحين يتعارض حق الحاضن مهما كان مع حق الطفل يقدم حق المحضون لأنه المقصود, و لذلك وجب على القاضي النظر في طبيعة عمل المرأة و النظر فيه هل يتعارض مع مصلحة المحضون أم لا ؟ و إلا فما الفرق بين حضانة أم تقضي أكثر أوقاتها بعيدا عن بيت الحضانة و بين امرأة عاجزة عن القيام بالطفل أو التي تفتقر للكفاءة المطلوبة في التربية و الرعاية و بالتالي تمنع من الحضانة.[4]

ومن هنا تظهر السلطة التقديرية للقاضي في البحث عن تقدير توفر مصلحة المحضون من عدمها, و ذلك بالنظر إلى نوع الوظيفة التي تضطلع بها الحاضنة , من حيث إذا كانت تشغلها

---

[1] سليمان ولد خسال,المرجع السابق , ص 187

[2] عيسى حداد, المرجع السابق,ص 345

[3] أحمد شامي,المرجع السابق,ص 317

[4] عبد القادر داودي, أحكام الأسرة بين الفقه و قانون الأسرة الجزائري,ص 308

كل الوقت عن المحضون, و من حيث مساهمة هذه الوظيفة في تحقيق مصلحة الطفل كأن تكون الحاضنة مدرسة و تستغل تعليمها في اعانة المحضون في دراسته و تراقب واجباته المدرسية, أو أن تكون طبيبة تدرك ما يضر بالطفل و تحفظ صحته من حيث مأكله و ملبسه إلى غير ذلك من الأمور, فمادامت الوظائف مشروعة و الحاضنة لا تتخلى عن الطفل وقتا كبيرا إلى حد فقدانه الحنان و الرعاية و التربية, و أن الحاضنة ماهرة في تدبر الشروط الأخرى أما إذا كان عملها سيهدر مصلحة المحضون و يتنافى و يتعارض مع مصلحته فإن حقها في الحضانة يسقط و يسقط معه حقها في المسكن المخصص لممارسة الحضانة, كون مصلحة المحضون و مراعاتها تمثل العمود الفقري الذي تقوم عليه أحكام الحضانة.[1]

و هو ما كرسه الاجتهاد القضائي في العديد من القرارات القضائية ومن بينها القرار الآتي:

– ( عمل الأم الحاضنة لا يوجب اسقاط حقها في حضانة أولادها مالم يتوفر الدليل الثابت على حرمان المحضون من حقه في العناية و الرعاية.)[2]

**الفرع الرابع: عدم المطالبة بالحضانة**

نصت المادة (68) من قانون الأسرة,[3] على أنه:" إذا لم يطلب من له الحق في الحضانة مدة تزيد عن سنة بدون عذر سقط حقه فيها." فمن الأسباب التي يؤدي قيامها إلى سقوط حق الحضانة إذا لم يطلب من له الحق في الحضانة, ممارسة هذا الحق تزيد عن سنة بدون عذر سقط حقه فيها, و هذا يعني أنه إذا كان الطفل موجودا في رعاية و كفالة خالته, وأن الأم لم تطلب حقها في حضانة الطفل و مضى على ذلك سنة فأكثر فإن حق الحضانة يسقط حتما.

و يسقط معه الحق في المسكن المخصص لممارسة الحضانة.[4]

وهو ما كرسه الاجتهاد القضائي في العديد من قراراته من بينها:

---

[1] زكية حميدو, مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة, ص 345

[2] المحكمة العليا, غرفة الأحوال الشخصية, ملف رقم:274207 قرار صادر في: 2002/07/03, المجلة القضائية لسنة 2004, العدد01, ص 270

[3] القانون رقم (11/84)المتضمن قانون الأسرة, ص 914

[4] عبد العزيز سعد, قانون الأسرة في ثوبه الجديد, ص 142

– (متى كـان من المقرر شرعا أن الحضانة تسقط على من كانت تجب له بمرور سنة كاملة دون المطالبة بهـا, و لما ثبت أن الجدة لأم طالبت بإسناد الحضانة لهـا بعد مضي سنة كاملـة من سبق اسنادهـا لأب ما يترتب عنـه سقوط حقهـا في الحضانـة.)[1]

– ( ان الطـاعنة عندما سلمت البنتين لأبيهما مؤقتـــا من وقت الطلاق سنة 1988 لعدم وجود سكن لها لممارسة الحضانة و لم تطالب بهما إلى سنـــة 1993 أي بعد خمس سنوات فإن طعنها استوجب الرفض اعتبارا لمصلحة المحضون.)[2]

و الملاحظ على نص المـــادة (68) من قانون الأسرة أن المشرع الجزائـــــري خرج عن القواعد العامـة, إذ أن تقادم مدة السنـة لا يطبق كلمـا وجد عذر منـع صاحب الحق فـي الحضانـــة بالمطالبـة بـه, و في نفس الوقت لـم يحدد المشرع نوعيـة هذه الأعـذار؟ وهذا راجع لعـدم امكانيـــة حصرها, تـاركا المجـال للسلطـة التقديريـة للقاضـي الـذي يسترشد في ذلك بمصلحـــة المحضون و التي لا تحتمـل زعزعـــة استقراره المعنوي و لا المـادي, كـأن يـألف المحضون حاضنـــه السابق و يتعود على مستوى عيش معتبر, ثم يـأتي الحاضن اللاحق يدعي بحقه, فللقاضي هنا دور كبير و هام في تحديد موقع و مصلحـة المحضون من خلال الشخص الأكثر قدرة على تحقيقهـا و مدى جديتـه في ممارســة الحضانـــة.[3]

وبالرجـــوع للقرارات القضائيـــة نجد الكثير من القرارات في هذا الصدد من بينهـــا:

– (من المقرر قانونا أنه في الحكم بإسناد الحضانة أو اسقاطهـا يجب مراعاة مصلحة المحضون, و متى تبين في قضية الحـال, أن الزوجـة أسندت لهـا حضانـــة أبنائهـــــا الأربعـة مع الحكم على والدهم بتوفير سكن لممارســـــة الحضانـــة و بعد مماطلـــة المطعون ضده (الأب) في عدم توفير السكن أصبح يدفع بكون الطاعنـــة لم تسع في التنفيذ(ممارسة الحضانـة) مدعيـا أنه يمـــــارس الحضانـة الفعلية, فإن القضـاة بقضائهم بإسقاط الحضانـة عن الأم طبقا لأحكام المـادة (68) من قانون الأسرة و عدم استعانتهم بمرشدة اجتماعية لمعرفة مصلحة الأولاد و عدم الاشـارة إلى جنس

---

[1] المحكمة العليا, غرفة الأحوال الشخصية, ملف رقم:33636 قرار صادر في:1984/06/25, المجلة القضائية لسنة 1989, العدد03, ص45

[2] المحكمة العليا, غرفة الأحوال الشخصية, ملف رقم:134951 قرار صادر في1996/05/21, المجلة القضائية لسنة 2007, العدد 02, ص 86

[3] زكية حميدو, مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة, ص 515

الأولاد و أعمارهم, فإنهم بقضائهم كما فعلوا أخطأوا في تطبيق القانـــون و عرضوا قرارهم للقصور في التسبيب مما يتعين نقض القرار المطعون فيـــه.)[1]

و على ذلك فإن مسألة المطالبة بالحضانة نتيجـــة منطقيـــة لتحقيق مصلحـــة المحضون, و هذه المطالبـــة تعتبر بمثابـــة عمـــل تمهيدي يتلوه التساؤل عن نوع المصلحة التي يمكن أن تراعى في هذا الصدد , و على ذلك فإن قصد المشرع من اقحـــام هذه المـــادة الإجرائيـــة في القواعـــد الموضوعية هو حماية المحضون من أيـــة زعزعـــة من جهة, و حمايـــة الحاضن و أصحاب الحق في الحضانـــة الآخرين من جهـــة أخرى, فهدف قواعد الاجراءات هو رســم طريق الاختصام أمام القضاء و حمايـة حقوق الخصوم و ضمـان تحقيق العدل.[2]

وأخيرا نشير إلى أن أحكـــام اســـاد الحضانـــة أو اسقاطها و بالتالي اسناد أو اسقاط الحق في السكن المخصص لممارسة الحضانة ,هي أحكام مؤقتة قابـــلة للتعديـــل و هو مـــا أكده المشرع في نص المادة (71) من قانـون الأسرة,[3] و التي جاء فيهـــا:" يعود الحق في الحضانـــة إذ زال سبب سقوطـــه الاختيـاري." أي أن حق الحضانـة سيعـود إذا توفر لديه السبب الذي كان ينقصه و أثبت ذلك للمحكمـــة, أما إذا كان سبب سقوط الحضانة ناتجا عن تصرفات الحاضن بناء على رغبتـه و اختيـــاره فإن حق الحضانـــة لهذه المادة لن يعود إليـه أبد سقوطـه أبدا.[4]

فإذا سقط حق الحضانـــة على من لـــه حق فيها لسبب من الأسبـــاب السالفة, ثم زال السبب الذي كان أساس السقوط فإن هذا الحق يمكن أن يعود إلى صاحبـه بعد زوال هذا السبب, و يصبح من مصلحة الحاضن الذي صدر حكم سقوط حقه في الحضانـــة أن يقدم عريضة وفقـــا للقانون إلى

---

[1] المحكمة العليا, غرفة الأحوال الشخصية, ملف رقم:222655 قرار صادر في:1999/05/18, المجلة القضائية,لسنة 2001, عدد خاص, ص 185

[2] زكية حميدو, مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة,ص 506

[3] القانون رقم (11/84) المتضمن قانون الأسرة, ص914

[4] سليمان ولد خسال,المرجع السابق, ص 188

المحكمة المختصة يطلب فيها الحكم لـه بإعادة حق الحضـانة, و عليه فقط أن يذكر مكانـه من الطفل موضوع الحضانـة, و أسبـاب سقوطها عنه, و بيانا واضحـا و صريحـا بإثبـات زوال السبب الذي كان أساس لسقوط حقـه في الحضانـة.[1]

و هو مـا كرستـه العديد من القرارات القضائيـة منهـا:

– ( ان تنـازل الأم عن الحضانـة لا يعتبر نهائي لأن حضانة الأولاد من المسائل المتعلقة بحالـة الأشخاص التي يمكن الرجوع فيهـا اعتبارا لمصلحة المحضون وفقا لأحكام المـادة (66) من قانون الأسـرة.)[2]

– ( من المقرر فقهـا و قانونـا أن المتنازلـة عن الحضانة باختيارها لا تعود إليهـا و لا يقبل منهـا طلب استرجاع الأولاد, و لما ثبت أن الطاعنـة تنازلت عن حضانتهـا باختيارهـا دون أن ترغم على ذلك, فإن قضاة الاستئناف الذين قضوا بإلغـاء الحكم المستأنف لديهـم و من جديد القضاء برجوع المطعون ضدها أن الأولاد عن تنازلهـا عن حقهـا في الحضانـة و بإسنـاد من كان منهم في حضانـة النساء إليها فإنه بقضائهم كما فعلوا خالفوا الفقـه و القانـون.)[3]

– ( لقد طبق قضاة الموضوع صحيح القانون عندمـا قضوا بحق المطعون ضدها في الحضانـة بعد ما زال سبب سقوطهـا الاختياري باعتبار أنها تزوجت بغير قريب محرم ثم طلقت منه و رفعت دعوى تطالب فيها استعادة حقها في الحضانـة.)[4]

**الفرع الخامس: امتناع المطلقة الحاضنة عن قبول السكن المخصص لممارسة الحضانة**

من خلال الواقع المعـاش نجد أن النزاع القضـائي القائم بين الزوجين لا يتوقف عند الفصل فيـه بموجب حكم نهائي حائز لقوة الشيء المقضي فيـه, بـل يمتد كذلك إلى مرحلـة تنفيذ هذا السند خصوصا عند عدم الإنفصال التام بينهما, أي عند وجود أبناء ناتجين عن العشرة الزوجيـة التـي كانت قائمـة, و يعتبر إلتزام الأب بتوفير سكن للمحضون أو بأداء بدل الإيجـار المجـال

[1] عبد العزيز سعد, قانون الأسرة في ثوبه الجديد, ص 144

[2] المحكمة العليا, غرفة الأحوال الشخصية, ملف رقم:235456 قرار صادر في: 2000/02/22,المجلة القضائية لسنة2001, العدد01, ص 280

[3] المحكمة العليا, غرفة الأحوال الشخصية, ملف رقم:53340 قرار صادر في:1989/03/27, المجلة القضائية لسنة 1990, العدد 03, ص 85

[4] المحكمة العليا, غرفة الأحوال الشخصية, ملف رقم:53340 قرار صادر في:1989/03/27, المجلة القضائية لسنة 1990, العدد 03, ص 178

الخصب لإشكالات التنفيذ باعتبار أن المشرع لم يفصل في هذا الموضوع بصفة دقيقة و استعمل مصطلحات فضفاضة تزيد من طرح هذه الإشكالات.[1]

وقبل التطرق إلى الإشكالات التي قد تثار في هذا المجال سواء من قبل الحاضنة أو من قبل الأب و أثرها, نحاول التعريف بإشكالات التنفيذ أولا :

**أولا: المقصود بإشكالات التنفيذ و إجراءاتها**

نتطرق هنا إلى تعريف الإشكال في التنفيذ ثم إجراءات تسوية الإشكال كالآتي:

**1/ تعريف الإشكال في التنفيذ**

تعتبر اشكالات التنفيذ مظهر من مظاهر الاستعجالي, و هي عبارة على منازعات و صعوبات تعيق الحكم, ويترتب على الحكم فيها أن يصبح التنفيذ جائزا أو غير جائز, صحيحا أو باطلا, و قد يبديها أحد الخصوم في مواجهة الآخر و يبديها الغير في مواجهة الخصوم ومن مميزات اشكالات التنفيذ أنها عقبات قانونية و ليست مادية.[2]

وموضوع اشكالات التنفيذ يعد من أهم المواضيع المتداولة في أروقة العدالة لاستعمالها بإفراط ملحوظ كونه الملاذ الأخير للمنفذ عليه للتهرب و لو مؤقتا من التنفيذ, و لعل ما شجع المنفذ عليهم على استعمال هذه المناورات, و هو الفراغ القانوني الذي كان يعرفه القانون(154/66) الذي تناول الإجراء في فقرة وحيدة من المادة (183) من قانون الإجراءات المدنية, و كذا ترك تقدير مطلق للقاضي في التعامل مع مختلف الأوضاع الناتجة عن التنفيذ و عدم وضوح منطوق بعض الأحكام أو اللبس الذي يكتنف البعض الآخر منها.[3]

**2/ إجراءات تسوية اشكالات التنفيذ**

أولى المشرع عناية خاصة بهذا الإجراء في قانون الإجراءات المدنية والإدارية(09/08) في الفصل الرابع من الباب الرابع من الكتاب الثالث المعنون بإجراءات تسوية اشكالات التنفيذ ابتداءا

[1] عيسى طعيبة, المرجع السابق, ص 106

[2] حسين طاهري, المرجع السابق,ص 119

[3] عبد السلام ذيب, قانون الإجراءات المدنية و الإدارية, ط03, موفم للنشر, الجزائر,2012,ص 417

من المواد:( 631 إلى 635 منه)[1] حيث تثير المادة (631) احتمال وجود اشكـال في تنفيذ السند التنفيذي أيا كان, فقررت أنه متى حدث ذلك, فإنه على المحضر القضـائي تحرير محضر يضمنه الإشكال العارض, ثم يحيل أطراف التنفيذ إلى عرض ذلك الإشكـال أمـام رئيس المحكمة التي يباشر في دائرة اختصاصهـا موضوع التنفيذ, بموجب إجراءات القضـاء المستعجل و على ذلك فالأطراف الذين لهم علاقـة بإشكالات التنفيذ هم:

-المحضر القضائي: بعد التأكـد من وجود اشكـال جدي في التنفيذ, بحيث يصعب معه مواصلة اجراءات التنفيذ مطلقا-كما سنبين لاحقا بالنسبـة للسكن المخصص لممارسـة الحضانـة- يقوم المحضر بتحرير محضر بذلك, يبين فيه مواطن الإشكـال و محاولة التغلب عليهـا, و مواقف الأطـراف في هذا الخصوص, و إثر ذلك عليـه أن يدعو الأطراف المعنيـة التوجـه إلى رئيس المحكمة التي يباشر أمامها إجراءات التنفيذ, كما عليـه أن يوضح بـأن الأمر يتعلق برفع دعوى استعجالية من قبل الطرف المستعجل في التنفيذ.

-أطراف التنفيـذ: هؤلاء ملزمون بالانصيـاع إلى ما توصل إليه المحضـر القضائـي من قرار بخصوص عدم جدوى مواصلة التنفيذ أو استحالته لأي سبب, فعليهم بالتوجـه مبـاشرة إلى رئيس المحكمة التي تتم إجراءات التنفيذ أمامهـا بغرض عرض الإشكـال العـارض بموجب دعوى استعجالية.[2]

-رئيس المحكمـة المختص بنظر الإشكـال العارض, وهو مختص بالفصل فيه وفقـا للقضايـا الاستعجالية. و قد ألغى المشرع العمل بإثارة المنازعة في التنفيذ و في رفـع الإشكـال من طرف المحضر القضائي نفسـه, ولم يوكلها إلا لأطراف التنفيذ أي المستفيد من التنفيذ أو المنفذ عليـه أو الغير, أما المحضر القضائـي فيكتفي بتحرير محضر عن الإشكـال إذا رأى ضرورة لذلك و دعوة الخصوم إلى عرضه على رئيس المحكمة مكان التنفيذ.[3]

وباستقراء نص المـادة (632) الفقرة الثانيـة من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية: نجد امكانية عرض طلب ايقاف التنفيذ من أحد الأطراف على رئيس المحكمـة, من ساعـة إلى ساعة بحضور الأطراف الأخرى و المحضر القضائي. و في حالة رفض المنفذ تحرير محضر الإشكـال المثار و عرض الطلـب على القاضي يوقف التنفيذ إلى غـاية الفصل في الإشكـال أو في وقف التنفيذ,

---

[1] القانون رقم (09/08) المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية, ص 54

[2] سائح سنقوقة, شرح قانون الإجراءات المدنية و الإدارية,ج 02,دار الهدى, الجزائر,2011,ص 840

[3] سائح سنقوقة, المرجع السابق, ص 840

ويجب على القاضي أن يفصل في ظرف (15 يومـــا) من تـــاريخ تسجيل الطلب, ونشير هنـا إلى عدم قابلية الأمر الصادر في هذا الشأن لأي طريق من طرق الطعـــن.

إضافة إلى ذلك عمل المشرع الجزائري على تحديد الآجـال القصوى لوقف التنفيذ ب (06 أشهر), و ترتيب جزاءات ردعية بتغريم طالب الإشكال لصالح الخزينة العمومية, بغرامات مدنية في حـالة عدم جدية طلب وقف التنفيذ المثار من الأطراف, ضمانـــا لفعاليـــة التنفيذ و حمايـة حقوق المنفذ عليه أيضا, و أخيرا نص المشرع في المادة(635) من قانون الإجراءات المدنيـة,[1] على منع إثـارة اشكـــال على اشكـــال من نفس الأطـــراف, و بخصوص نفس السند التنفيذي و هو ما يعزز المصداقية المطلوبة في العمل القضائي.[2]

**ثانيا: الإشكال في مسكن الحضانة**

كما أسلفنا الحديث أثقل المشرع الجزائري كـــاهل المتخاصمين بموجب المـــــادة(72) من قانون الأسرة,[3] بالرجوع في كل مرة إلى القضاء لطرح اشكالاتهم و التي تزيد من أمد النزاع, وما لهذا من آثار على تربية الأبناء و بالتـالي يطرح التساؤل حول الإشكالات التي قد تثار في هذ المجال سواء من قبل الحاضنة أو من قبل الأب؟

**1) الإشكالات التي ترفع من الحاضنـــة**

إن الإشكـــالات التي ترفع من الحاضنـــة بإعتبـــارها المنفذ ضدها هي غالبة الحصول في الواقع العملي, إذ يحق لهـــا الإعتراض على التنفيذ بغية وقفه أو منعه, و ذلك على أساس أن تنفيذ الأب للحكم القضائي المتعلق بتوفير مسكن ملائم للحاضنـــة لممارســـة الحضانـــة هو تنفيذ مخالف لما يقتضـــه مبدأ الملائمة من جهة و أن مصلحة المحضون تقتضي أن يتوفر هذا المسكن على جملة من الشروط الأساسية, و المرافق الضروريـــة حتى يصبح لائقـــا لممارســـة الحضانة تحقيقا لغاية المشرع في المادة (72) من قانون الأســـــرة.[4]

فالحاضنة عند عدم توفر الشروط الأساسية في المسكن من كهرباء و غـــــاز و ميـــاه و غيره من المرافق الضرورية الذي وفره المطلق لها من أجل ممارسة الحضانة فيه, يحق لهـا الإعتراض على

---

[1] القانون رقم (09/08) المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية, ص 54

[2] عبد السلام ذيب, المرجع السابق,ص 418

[3] الأمر رقم (02/05)المتضمن قانون الأسرة, ص 22

[4] عيسى طعيبة, المرجع السابق,ص 110

هذا التنفيذ سواء أمـــام المحضر القضائي القائم بالتنفيذ أو برفع دعوى الإشكـــــال أمام رئيس المحكمة المختصـة بمكان التنفيذ وفقا لإجراءات تسوية اشكالات التنفيذ الموضحة مسبقا, و يجب على الحاضنـــة أن تثبت و تقدم ادعاءات دعمـا لاستكمالاتهـا كمحضر اثبات حالة الذي يحرره المحضر أو تقرير الخبير بأن المسكن غير قابل لممارســة الحضانة. [1]

**2) الإشكـــــالات التي ترفع من الأب**

ألزم المشرع الجزائـــري المطلقة الحاضنة البقاء في مسكن الزوجية حتى تنفيذ الحكم الذي يقضي بأعداد مسكن الحضانة لممارسـة الحضانة, و على ذلك يسعى الأب جاهدا لتنفيذ الحكم القضائي, و بالرغم من أن الإشكالات التي تثار في هذه المسائـل ترفع في الغالب من قبل الحاضنة, إلا أنه من حق الأب طالب التنفيذ أن يرفع هو الآخر اشكـــالات في التنفيذ, فإذا رفعت الحاضنة السكن المعد من قبل الأب لممارســة الحضانـــة باعتبـــاره غير ملائم لهـا, يحق لهذا الأخير رفع اشكال للمطالبة في التنفيذ و هو ما يطلق عليه بالإشكـــال المعكوس, و هنا يجب على الأب أن يقدم ما يفيد ادعاءاته بأن السكن الذي وفره مناسب و ملائم لممارسة الحضانة.[2]

وهو ما نص عليـــه المشرع الجزائـري في المادة (584) من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية,[3] فيما يخص عرض الوفاء و الإيداع بحيث يقدم الأب عرض الوفـــاء بواسطـــة محضر قضائي في الموطن الحقيقي أو المختار للدائن, و يبلغ رسميا وفقا لأحكـــام هذا القـــانون, و قد نصت نفس المادة على معلومات يجب أن يحويها محضر العرض تتمثل في:

- اسم و لقب المدين و موطنه,
- اسم و لقب الدائن و موطنه الحقيقي أو المختار,
- وصف الشيء المعروض بحيث لا يمكن استبداله بغيره, و إن كان الشيء المعروض نقودا

يحدد مقدارها و نوعها,

- ذكر أسبـــــــاب العرض,
- رفض أو قبول الدائن للعرض,

---

[1] أعمارة طالب, مقابلة مع المحضر القضائي, مكتب المحضر القضائي بدائرة قمار لولاية الوادي,بتاريخ 2015/02/10,الساعة 10:00 صباحا

[2] عيسى طعيبة,مرجع سابق, ص 111

[3] القانون رقم (09/08) المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية, ص48

– توقيع الدائن أو الشخص المبلغ لـــه العرض, أو الإشـــارة إلى رفض التوقيع أو عدم قدرته على ذلك,

– تنبه الدائن بأنــه في حالة رفض العرض سيتم الإيداع في المكان و اليوم و الساعة المحددة في طلب العرض, وأنه سيسقط حقه في المطالبــة بــه بعد مضي سنـــة تسري من تاريخ الإيداع." و على ذلك فإنه إذا رفضت الحاضنة السكن المخصص لممارسة الحضانـــة, ورفع الإشكـال من قبل المطلق أمام المحضر القضــائي فإن هذا الأخر يحرر محضر أو ما يسمى بعرض الوفـــاء, و يرسله للحاضنة يعرض فيـــه الزوج المطلق قبول السكن الذي خصصه لممارسة الحضانة تنفيذا للحكم القضائي, فإذا أبدت الحاضنـــة امتناعها عن قبول العرض فإنه بمرور مدة سنة يسقط حقها في المطالبة بالسكن المخصص لممارســـة الحضانـــة, و إذا رفعت دعوى من جديد تطالب فيها توفير مسكن للحضانة ترفض الدعوى لسبق الفصل في الموضوع.[1]

[1] أعمارة طالب, مقابلة مع المحضر القضائي, مكتب المحضر القضائي بدائرة قمار لولاية الوادي,بتاريخ 2015/02/10,الساعة 10:00 صباحا

# الخاتمة:

نظرا لما للطلاق من خطورة على الكيان الأسري, و بالخصوص على حياة الأطفال ضحايا الطلاق, جعل الإسلام الطلاق أصلا للزوج وحده, لما يتميز به من رزانة و تقدير لنتائجه قبل الانفصال, فأعطاه الحق في انهاء الرابطة الزوجية متى شاء, كما يمكن فك الرابطة الزوجية بناءا على الإرادة المشتركة للطرفين معا, و بالمقابل لم يهمل جانب المرأة في ذلك, بل شرع لها طريقين للخلاص من هذه الرابطة بطلب منها إذا ما استحالت الحياة الزوجية بينهما, و على ذلك سار المشرع الجزائري في المادة (48) من قانون الأسرة الجزائري اضافة إلى النشوز الذي يعتبر من الحالات التي يستند عليها القاضي في اصدار حكم الطلاق استنادا على الوقائع الموضوعية .

يتم اللجوء إلي 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, و هنا لا يبقى أمامها سوى اللجوء إلى القضاء طالبة تطليقها من زوجها, وما عليها إلا اثبات ذلك بأي وسيلة من وسائل الاثبات, و تبقى السلطة التقديرية للقاضي في تكييف ذلك و قبول طلبها, ونشير هنا إلى توسع المشرع الجزائري في حالات التطليق, وهذا تبعا لسياسته التشريعية في حماية حقوق المرأة و اعطائها الوسائل القانونية التي يمكنها بواسطتها دفع الضرر عن نفسها.

أما بالنسبة للخلع يتم اللجوء إليه في حالة كره الزوجة لزوجها, و خوفا من عدم اقامة حدود الله, لتفتدي نفسها مقابل مبلغ من المال, تدفعه له كتعويض عما دفعه لها من مهر حتى لا يضار هو الآخر من تلك الفرقة, وهو لا يحتاج إلى موافقة الزوج لإنهاء الرابطة الزوجية, و الأكثر من هذا أن القاضي نفسه لا يمكنه رفض طلبها, و ليست له أي سلطة تقديرية في ذلك.

بعد الوقوف على كل العناصر الأساسية المتعلقة بموضوعي التطليق و الخلع, تبين أن المشرع الجزائري ترك الكثير من الأمور المتعلقة بهما في حالة ابهام و غموض, مما نتج عنه تذبذب الاجتهاد القضائي لهذا وجب عليه أن يتخذ أمرا حاسما بشأن هذه المسألة نظرا لخطورة الأمر المتعلق بفك الرابطة الزوجية. وذلك بتوضيح الأسباب الواردة في المادة (53) من جهة, و تحديد ضوابط للخلع تجاه الزوجة حتى لا يكون هناك استغلال لهذا النظام الإسلامي و يفتح لها المجال للتعسف.

يختلف وصف السكن بالنسبة للمرأة بحسب وصف العلاقة التي تربط المرأة بالرجل, فهو إما أن يكون مسكنا للزوجية, إذا كانت الرابطة الزوجية قائمة, بينما يصبح مسكنا للعدة أو مسكنا للحضانة إذا انحل الزواج بالطلاق أو الفسخ أو الوفاة. و أساس التفرقة هنا: مسألة مسكن الحاضنة لما له من حساسية, بالنظر إلى تعلقه بمصلحة المحضونين الذين أصبح وضعهم حرجا بعد غياب الرقابة الأبوية, مما يستلزم تعزيز التدابير الوقائية لهم.

لم يكن المشرع الجزائري واضحا في تقرير الحق في مسكن الحضانة للحاضنة, فجعله أحيانا حقا لها, و أحيانا أخرى حق للمحضون, و الأصح يقرر حق السكن للمحضون بصورة أصلية و للحاضنة بالتبعية, فلولا وجود المحضون في اطار العلاقة الزوجية المنفكة لما تسنى النص على ضمان حق الحاضنة في السكن. و هو حق مؤقت بإعتبار أن شغلها لمسكن الزوجية مع محضونيها مرتبط بفترة الحضانة, و عدم سقوطها قانونا أو شرعا.

إن الفكرة الموضوعية الصادقة لمعالجة مشكل السكن الزوجي في ظل قانون الأسرة(11/84) تبنى على شروط للزوجين, الأول تعسف الزوج في الطلاق و انعدام من يأوي المطلقة, و استثناءا المسكن الوحيد, و يسقط هذا الحق في حالة الانحراف, غير أن التعديل الجديد(02/05) جاء على سبيل الوجوب و الإلزام دون مراعاة المتسبب في الطلاق و القدرة.و بالتالي فالزوج مجبر على توفير مسكن, وإذا تعذر ذلك يلزم بدفع بدل الايجار, و تبقى الحاضنة في بيت الزوجية حتى يضع الأب المسكن تحت تصرفها.

يسند للمطلقة الحاضنة مسكن الزوجية الذي كانت تعيش فيه مع مطلقها و أولادهما قبل الفرقة, وإما أن يفرض لها بدل ايجار مسكن آخر, و تخضع فكرة الإسناد للصورة التي يكون عليها مسكن الزوجية, بأن يكون مملوكا للمطلق أو للغير أو مؤجرا, مما يجعل عملية اسناد مسكن الحضانة أمرا مستحيلا.

إذا كان المشرع الجزائري قد أقر بنص المادة (72) من قانون الأسرة, بغية حماية حق الحاضنة و المحضون من كافة الآثار الإجتماعية التي تلحق بهما بعد الطلاق, إلا أن هذا النص جاء معيبا في عدة جوانب أهمها:

– 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.

– اشتراط المشرع لمصطلح "الملائمة" يترك المجال مفتوحا للتأويلات, فلا بد من وضع نصوص مفصلة في الشروط الواجب توافرها في المسكن حتى يكون شرعيا, و مبينة للإجراءات الواجب اتباعها للكشف عن شرعية المسكن من عدمها.

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

– لم يتطرق المشرع إلى مكان ممارسة الحضانة خاصة و أن المادة (69) من قانون الأسرة, تتعلق بالانتقال خارج التراب الجزائري, ونظرا لشساعة قطر الدولة كان عليه أن يحدد المسافة التي يجب أن تفصل بين صاحب الحق في الحضانة و بين صاحب الحق في الزيارة.

– استعمال المشرع لمصطلح "بيت الزوجية" ليس في محله نظرا لأن الرابطة الزوجية قد انفكت, فقد كان عليه استعمال مصطلح البيت الذي كانت فيه الزوجية قائمة مثلا.

– لم يكن المشرع موفقا في النص على بقاء الحاضنة في بيت الزوجية حتى تنفيذ الأب للحكم القضائي المتعلق بالسكن, لكونها تطرح فكرة إمكانية الجمع بين أجنبيين, وذلك يكون عندما لا ينفذ الأب الحكم القضائي المتعلق بالسكن و مرت فترة العدة و هو أمر غير مقبول شرعا

صدور القانون(01/15) المتعلق بصندوق النفقة, و عدم اشتماله للسكن باعتباره من مشتملات النفقة و هو ما يتناقض مع المادة (78) من قانون الأسرة.

و بالرغم من التعديلات التي أدخلها قانون الأسرة المعدل(09/05) بقيت مسألة إستيفاء المطلقة الحاضنة لحقها في السكن في حاجة إلى تدابير و إجراءات لضمانها, نوجزها في مجمل التوصيات الآتية:

**انشاء سكنات للمطلقات الحاضنات من طرف الدولة**

نقترح فكرة تخصيص مجموعة من المساكن تسمى " مساكن الحضانة" و اعتبارها مساكن وظيفية, بالنظر إلى كون الحضانة وظيفة تقوم بها المطلقة, و تتم الاستفادة من هذه المساكن بأن توضع تحت تصرف القاضي, فإذا وجد نفسه مضطرا للحكم بطلاق امرأة و كانت حاضنة, و لم يكن لزوجها مسكنا آخر, و لا هي تملك مسكنا منحها القاضي مفاتيح مسكن الحضانة, شرط أن تبقى هذه المساكن محبسة على المطلقات الحاضنات, فلا تباع و لا تؤجر و لا تورث.

و على هذا يمكن للسلطات المعنية أن تنشئ هذه السكنات كإنشائها لسكنات الطلبة الجامعيين لغرض التفرغ لطلب العلم, وكذا المساكن الوظيفية التي تبنيها الشركات الكبرى حتى يتفرغ موظفيها لأداء واجبهم على أحسن ما يرام, فكذلك الحال بالنسبة للحاضنة بصفتها متفرغة لأداء وظيفة اجتماعية هي حضانة الصغار.

**ضرورة تعزيز الحماية القانونية للمطلقة الحاضنة و محضونيها**

لابد من إستحداث طرق أكثر نجاعة و فعالية في ضمان استيفاء حق المطلقة الحاضنة في السكن لها و لمحضونيها, تفاديا لتشتت أذهان القضاة في فهمها, و خطئهم في تطبيقها:

فالمشرع عليه بالإصلاح, لوضع تشريع دقيق عادل غير متحيز لا لجانب المطلق و لا لجانب المطلقة, بل يكون لمصلحة المحضون, و ذلك في إطار القيم الجزائرية الاسلامية و الابتعاد عن التقليد الأعمى للقوانين الأجنبية التي لا تليق بنا في شيء, لا من حيث الدين و لا من حيث الحضارة و العادات أو الطابع الإجتماعي.

و القاضي عليه بالإجتهاد, و التحلي بالنزاهة و لعل مهمة هذا الأخير أصعب و أدق لأنه مطالب بموجب المادة (222)من قانون الأسرة بالرجوع للشريعة الإسلامية, عند عدم وجود نص تشريعي و الحال أن نص هذه المادة تحيله إلى أحكام أخرى لتنوع مجال و مصادر الشريعة الإسلامية.

**انشاء قانون اجرائي خاص بالأحوال الشخصية**

يطلق عليه بقانون اجراءات الأحوال الشخصية ينظم منازعات الأسرة, نظرا لطبيعة و خصوصية النزاع, و حماية لحقوق المتقاضين, و تسهيلا لمهمة قاضي الأحوال الشخصية في هذا المجال, بدلا من البحث في اجراءات التقاضي المبعثرة بين طيات قانون الإجراءات المدنية و الإدارية المثقل بالقوانين.

## قـائـــمـــة المـصـادر و الـمـراجـــع:

**القـــرآن الكريـــــم.**

**I.النصوص القانونية:**

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

- القانون رقم (11/84) المتضمن قانون الأسرة الجزائري, الصادر في: 09 يونيو 1984, الجريدة الرسمية , رقم 24, الصادرة بتاريخ: 12 يونيو 1984.

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

-القانون رقم (23/06) المتضمن قانون العقوبات, المؤرخ في:29 ذي القعدة 1427 الموافق ل 20 ديسمبر 2006,المعدل و المتمم للأمر رقم (156/66) المؤرخ في: 18 صفر عام 1386 الموافق ل 8 يونيو 1966, الجريدة الرسمية, العدد 84.

-القانون رقم (09/08) المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية, المؤرخ في: 18 صفر 1429 الموافق ل 25 فبراير 2008, الجريدة الرسمية, العدد 21.

-القانون رقم (01/15) المتضمن انشاء صندوق النفقة, المؤرخ في 13 ربيع الأول 1436 الموافق ل 04 يناير 2015, الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية, العدد الأول.

-القانون رقم (57/342) المتضمن مدونة الأحوال الشخصية المغربية, المعدل و المتمم بموجب الأمر رقم: ( 03/70) المؤرخ في 12 ذي الحجة 1424 الموافق ل 03 فبراير 2004.

-الرائد الرسمي: العدد 66, الصادر بتاريخ: 17-08-1956 يتعلق بمجلة الأحوال الشخصية التونسية, نقح بالقانون رقم 47 لسنة 1993, المؤرخ في: 1993/07/12.

## II.الكتب و المؤلفات العامة:

### 1)الكتب الشرعية

1. أبو داود سليمان بن الأشعث السجستاني الأزدني, سنن أبو داود ، تحقيق محمد محي الدين عبد الحميد ، كتاب الطلاق , المكتبة العصرية ، بيروت, الجزء 02, بيروت, 1997.

**2.** ابن الهمام,الحنفي كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي, شرح فتح القدير, الطبعة 02, دار الفكر,الجزء 04 , بيروت.

**3.** ابن رشد, أبو الوليد محمد بن احمد القرطبي, بداية المجتهد و نهاية المقتصد, ط04, دار الكتاب العربية, الجزء 02, مصر, 1975.

**4.** ابن عابدين, محمد أمين بن عمر أفندي, رد المختار على الدر المختار, تحقيق عادل أحمد عبد الموجود و على محمد معوض, دار الكتب العلمية, بيروت,1994.

**5.** ابن قدامة, موفق الدين أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمود, المغني على مختصر عمر بن احمد الخرقي, , دون طبعة, مكتبة الرياض الحديثة,الجزء 07,الرياض. دون سنة النشر.

**6.** ابن ماجه: سنن ابن ماجه ، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، كتاب الطلاق , دار إحياء الكتب العربية ، دون طبعة , الجزء 01, دون سنة النشر.

**7.** البخاري, محمد بن اسماعيل بن ابراهيم بن المغيرة أبو عبد الله, الجامع الصحيح المختصر, ط 03 , دار ابن كثير, , الجزء 05, بيروت,1987.

**8.** البيهقي, أبو بكر محمد بن الحسين بن علي ,السنن الكبرى, الطبعة01, دارالمعرفة, الجزء 05, السعودية,1994.

**9.** البهوتي, منصور بن يونس بن إدريس, كشاف القناع, طبعة وزراة العدل, الجزء 05, الرياض, 1430,.

**10.** الترمذي , محمد بن عيسى أبو عيسى السلمي, الجامع الصحيح سنن الترمذي, ,(د.ط), دار احياء التراث العربي, الجزء 03, بيروت.

**11.** الخطيب الشربيني محمد بن احمد, مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج, الطبعة 01, دار المعرفة, بيروت ,1997.

**12.** الخطيب الشربيني محمد بن احمد, الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع, دون طبعة, دار الفكر,الجزء 02, بيروت.

**13.** الرازي, زين الدين محمد بن ابي بكر بن عبد القادر, مختار الصحاح, , دون طبعة, مؤسسة الرسالة,1980.

**14.** الطبري, محمد بن جرير بن يزيد بن خالد أبو جعفر, جامع البيان عن تأويل آيات القرآن, دون طبعة, دار الفكر,الجزء 02, بيروت,2000.

**15.** الدردير, أبو البركات سيدي احمد, الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الامام مالك, دار المعارف,الجزء 02, مصر, 1972.

**16.** الشنقيطي, أحمد بن أحمد الحكني, مواهب الجليل من أدلة خليل, دار إحياء التراث الإسلامي, قطر, 1989.

**17.** مسلم, أبو الحسين بن الحجاج القشيري النيسابوري, الجامع الصحيح, تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي, دار احياء التراث العربي, بيروت, دون سنة النشر.

## 2) المؤلفات العامة:

1. أبو زيد رشدي شحاتة, شروط ثبوت حق الحضانة في الفقه الاسلامي و الاحوال الشخصية, الطبعة 01, دار الفكر العربي, مصر,1999.
2. اطفيش محمد بن يوسف, شرح كتاب النيل و شفاء العليل, ط03, مكتبة الإرشاد,الجزء 02, السعودية,1985.
3. ابن القيم, إغاثة اللهفان في حكم طلاق الغضبان,دون طبعة, مكتبة القاهرة, مصر, دون سنة النشر.
4. إمام الدين محمد كمال, مسائل الأحول الشخصية الخاصة بالزواج و الفرقة و حقوق الأولاد, منشورات الحلبي الحقوقية, بيروت, 2003.
5. باوني محمد, عقد الزواج وآثاره, الطبعة 01, منشورات مكتبة اقرأ, الجزائر ,2009.
6. بختي العربي, أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري, ديوان المطبوعات الجامعية ,الجزائر,2013.
7. بدران أبو العينين بدران, الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة السننية و المذهب الجعفري و القانون, دار النهضة العربية, بيروت.
8. بربارة عبد الرحمن, شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية , الطبعة 01 , منشورات بغدادي, الجزائر,2009.
9. بلحاج العربي, الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري , الطبعة 04 , ديوان المطبوعات الجامعية, الجزائر.2005.
10. بلباقي عبد المؤمن,التفريق القضائي بين الزوجين في الفقه الاسلامي, دار الهدى, الجزائر,2010.

11. بن شويخ الرشيد, شرح قانون الأسرة اجزائري المعدل,دراسة مقارنة,ط01,دار الخلدونية للنشر والتوزيع, الجزائر,2008.

12. بن الشيخ آث ملويا لحسين. المنتقى في قضاء الأحوال الشخصية, الطبعة 02, دار هومة, , الجزائر, 2006.

13. بن ملحة الغوثي, قانون الأسرة على ضوء الفقه و القضاء, الطبعة 01, ديوان المطبوعات الجامعية, الجزائر,2008.

14. بن زيطة عبد الهادي, تعويض الضرر المعنوي في قانون الأسرة الجزائري, الطبعة 01, دار الخلدونية,الجزائر,2007.

15. بوبشير محند أمقران, قانون الإجراءات المدنية- نظرية الدعوى-, الطبعة 04, ديوان المطبوعات الجامعية, الجزائر,2008.

16. بوسقيعة أحسن, قانون العقوبات في ضوء الممارسة القضائية, منشورات بيرتي, الجزائر, 2010-2011.

17. تشوار جيلالي, الزواج و الطلاق تجاه الاكتشافات الحديثة للعلوم الطبية و البيولوجية, ديوان المطبوعات الجامعية, الجزائر, 2001.

18. تقية عبد الفتاح, قانون الأسرة مدعما بأحدث الاحتهادات القضائية و التشريعية, دراسة مقارنة, الطبعة 01, دار الكتاب الحديث, القاهرة,2012 .

19. جمال الدين صلاح الدين, تنازع القوانين في مشكلات ابرام الزواج(دراسة مقارنة بالشريعة الاسلامية), دار الفكر العربي, مصر,2007.

20. حمدان عبد المطلب عبد الرزاق, الحضانة و أثرها في تنمية سلوك الأطفال في الفقه الاسلامي, دار الجامعة الجديدة, مصر, 2008 .

21. حسانين حسن, أحكام الأسرة الاسلامية فقها و قضاءا,ط01, دار الآفاق العربية, مصر, 2001.

22. ديابي باديس, صور فك الرابطة الزوجية, دون طبعة, دار الهدى, الجزائر,2007.

23. ديابي باديس, صور و آثار فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة, دار الهدى,الجزائر,2008.

24. باديس ديابي , قانون الأسرة على ضوء الممارسة القضائية, دار الهدى, الجزائر, 2012

25. ذيب عبد السلام, قانون الإجراءات المدنية و الإدارية, الطبعة 03, موفم للنشر, الجزائر,2012.

26. زودة عمر, طبيعة الأحكام بانهاء الرابطة الزوجية و أثر الطعن فيه, Encyclopédie Edition, الجزائر,2003

27. سعد عبد العزيز, الزواج و الطلاق في قانون الأسرة, الطبعة 02, دار البعث, الجزائر,2011.

28. سعد عبد العزيز, قانون الأسرة في ثوبه الجديد, الطبعة 03, دار هومة, الجزائر,2011.
29. سعد فضيل, شرح قانون الأسرة في الزواج و الطلاق, المؤسسة الوطنية للكتاب, الجزء01, الجزائر,1985.
30. سمارة محمد, أحكام و آثار الزوجية: شرح مقارن لقانون الأحوال الشخصية, الطبعة 01, الدار العلمية الدولية للنشر و التوزيع, الأردن, 2002.
31. سنقوقة سائح, شرح قانون الإجراءات المدنية و الإدارية,الجزء 02, دار الهدى, الجزائر,2011.
32. شامي أحمد, قانون الأسرة طبقا لأحدث التعديلات- دراسة فقهية و نقدية مقارنة- دار الجامعة الجديدة, مصر,2010.
33. شلبي محمد مصطفى, أحكام الأسرة في الإسلام, دراسة مقارنة بين فقه المذاهب السنية و المذهب الجعفري و القانون, الطبعة 04, الدار الجامعية, بيروت, 1983.
34. صقر نبيل, قانون الأسرة نصا و فقها تطبيقا, دار الهدى للطباعة و النشر, الجزائر, 2006.
35. طاهري حسين, الأوسط في شرح قانون الأسرة الجزائري, الطبعة 01, دار الخلدونية ,الجزائر, 2009.
36. عامر عبد العزيز, الأحول الشخصية في الشريعة الاسلامية فقا و قضاءا, الطبعة 01, دار الفكر العربي, 1984.
37. عطية أحمد ابراهيم, نفقة و حضانة الصغار أمام محكمة الأسرة, دار الفكر القانوني, مصر,2009.
38. عليوي ناصر محمد, الحضانة بين الشريعة و القانون, دار الثقافة للنشر و التوزيع, عمان,2010.
39. غاي أحمد, الحماية القانونية لحرمة المسكن(سلسلة الشرطة القضائية2), طبعة 01, دار هومة, ,الجزائر,2008.
40. غالب عبده أحمد عيسى, فقه الطلاق, طبعة 01, دار الجيل, بيروت,1992.
41. فريجة حسين, , المبادئ الأساسية في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية, ديوان المطبوعات الجامعية, الجزائر,2010.
42. قاسم علي محمد, نشوز الزوجة, دار الجامعة الجديدة للنشر, مصر, 2004.
43. قري غنية, شرح قانون الأسرة المعدل- دراسة مقارنة بين الشرع و القانون-, الطبعة 01, دار طليطلة, الجزائر,2011.
44. الإمام محمد أبو زهرة, الأحوال الشخصية, دار الفكر العربي, مصر.
45. البكري محمد عزمي, موسوعة الفقه و القضاء(03), دار محمود للنشر و التوزيع , القاهرة, 1996.

46. التكروري عثمان, شرح قانون الأحوال الشخصية, ط 01,دار الثقافة للنشر,ج 03, الأردن, 2007.

47. الجندي أحمد نصر, موسوعة الأجوال الشخصية, دون طبعة, دار الكتب القانونية, مصر, 2006.

48. الزحيلي وهبة, الفقه الإسلامي و أدلته, دون طبعة, دار الفكر, الجزء 07, الجزائر,1992.

49. السعدي محمد صبري, الواضح في شرح القانون المدني الجزائري– النظرية العامة للإلتزامات– الطبعة 04, دار الهدي, الجزائر,2007.

50. الشرنباصي رمضان على السيد, أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية, منشورات الحلبي الحقوقية, لبنان,2002.

51. الشيخ شمس الدين , قانون الأسرة و المقترحات البديلة, الطبعة 01, شركة دار الأمة, الجزائر, 2003.

52. لوعيل محمد لمين, المركز القانوني للمرأة في الأسرة الجزائري, دار هومة, الجزائر, 2004.

53. المصري المبروك,الطلاق و آثاره من قانون الأسرة الجزائرية, ط1, دار الخلدونية, الجزائر, 2009.

54. المومني احمد, نواهضة اسماعيل أمين, الأحوال الشخصية فقه الطلاق و الفسخ و التفريق و الخلع, الطبعة 01, دار المسيرة, عمان,2009.

55. محمدي فريدة, المدخل للعلوم القانونية–نظرية الحق– المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية, الجزائر,2002.

56. منصور اسحاق ابراهيم , نظريتا القانون و الحق و تطبيقاتها في القوانين الجزائرية, ديوان المطبوعات الجامعية, الجزائر, 1987.

57. منصوري نورة, التطليق و الخلع في القانون و الشريعة الإسلامية, , دون طبعة, دار الهدى, الجزائر, 2010.

58. موريس صادق, قضايا النفقة و الحضانة و الطاعة, دون طبعة, دار الكتاب الذهبي, القاهرة, 1999.

59. نصر سلمان, سطحي سعاد,أحكام المواريث في الفقه الإسلامي. طبعة 01, دار الفجر,الجزائر, 2007.

60. واصل نصر فريد, الولايات الخاصة الولاية على النفس و المال في الشريعة الاسلامية, الطبعة 01, دار الشروق, مصر,2002.

61. ولد خسال سليمان,الميسر في شرح قانون الأسرة الجزائري, الطبعة 01, دار طليطلة, الجزائر, 2012.
62. هرجة مصطفى مجدي, الحلول العملية في مشاكل الحيازة و مسكن الزوجية, دار المطبوعات الجامعية, مصر ,2003.

## 3)القواميـس و المعاجـم:

1. ابن منظور أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم الإفريقي المصري, لسان العرب, دار صادر, مجلد10, بيروت.
2. ابن منظور أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم الافريقي المصري, لسان العرب, تحقيق عبد الله علي الكبير,دار المعارف, الجزء 06, القاهرة.
3. الفيروز آبادي مجد الدين محمد بن يعقوب, القاموس المحيط, دار الكتاب العربي, الجزء 01, بيروت.
4. الفيروز آبادي مجد الدين محمد بن يعقوب, القاموس المحيط , دار الجيل, الجزء03, بيروت, 1371.
5. الفيومي أحمد بن محمد بن علي, المصباح المنير, الجزء 01, مكتبة لبنان ناشرون, لبنان,2001
6. المنجد الأبجدي,الطبعة السادسة , دار المشرق , بيروت,1988.
7. لويس المعلوف,المنجد في اللغة و الإعلام, الطبعة 27, دار المشرق , بيروت , 1984.

## III. الرسائـل الجامعيـــة:

1. بوقرة أم الخير, مسكن الزوجية, مذكرة لنيل شهادة الماجستير, فرع العقود و المسؤولية, كلية الحقوق بن عكنون, الجزائر, السنة الجامعية2004/2003.
2. حميدو زكية, مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة, رسالة لنيل شهادة الدكتوراة في القانون الخاص, جامعة أبو بكر بلقايد,تلمسان, السنة الجامعية 2005/2004.
3. طعيبية عيسى, سكن المحضون في تشرع الأسرة و الإجتهاد القضائي,رسالة لنييل شهادة الماجستير في الحقوق,فرع العقود و المسؤولية,جامعة بن يوسف بن خدة,الجزائر,السنة الجامعية 2011/2010.
4. مكيو وداد, مدى حق المرأة في السكن في حالتي الزواج و انحلاله, رسالة لنيل شهادة الماجستير في الشريعة و القانون, جامعة الأمير عبد القادر,قسنطينة, السنة الجامعية 2013/2012.

## IV. المقالات و الدوريات المتخصصة:

1. ايديو ليلى ,التفكك الأسري و أثره على البناء النفسي و الشخضي للطفل, مجلة العلوم الانسانية و الاجتماعية, العدد11, جامعة قاصدي مرباح, ورقلة,جوان,2013.

2. بن الشيخ آث ملويا لحسين, مسكن ممارسة الحضانة,مجلة دراسات قانونية, دار الخلدونية, العدد02, الجزائر.

3. حداد عيسى,الحضانة بين القانون و الاجتهاد القضائي مجلة العلوم الاجتماعية و الإنسانية, المركز الجامعي الشيخ العربي التبسي.

4. حميدو تشوار زكية, حق المطلقة الحاضنة في السكن بين النقص التشريعي و الواقع الاجتماعي, مجلة المعيار,العدد 09, جامعة الأمير عبد القادر,قسنطينة ,2004.

5. داودي عبد القادر,الآثار المالية للطلاق بالنسبة للزوجة, مجلة المعيار, العدد09, جامعة الأمير عبد القادر, قسنطينة, 2004.

6. دنوني بن الشيخ هجيرة, اجحاف قانون الأسرة الجزائري بحقوق المرأة, مجلة المجلس الإسلامي الأعلى, العدد 03,الجزائر,2002.

7. سطحي سعاد, أنواع الطلاق بحسب الالفاظ و مدى تأثيرها في ايقاعه, مجلة معارف, العدد 10, المركز الجامعي العقيد آكلي محند أولحاج,البويرة , جوان,2011.

**8.** شتوان بلقاسم, امتناع الزوج عن الانفاق, مجلة المعيار, العدد01, جامعة الأمير عبد القادر,قسنطينة, نوفمبر,2001.

9. شتوان بلقاسم, حق الزوجة في السكن, مجلة المعيار, العدد05,جامعة الأمير عبد القادر, قسنطينة, 2003.

**10.** قالة شهر الدين, أحكام طلاق المضطرب نفسيا, مجلة المفكر, العدد06, جامعة باتنة.

11. لبيض نوال, حق المسكن في النصوص الشرعية و الدولية, دراسة مقارنة,مجلة المعيار,العدد06, جامعة الأمير عبد القادر, قسنطينة, 2011.

12. لشهب بوبكر, الحضانة و الرضاع بين الفقه الإسلامي و القوانين الوضعية,دراسة مقارنة,مجلة المعيار, العدد09, جامعة الأمير عبد القادر, قسنطينة.

13. لوح الطيب رئيس النقابة الوطنية للقضاة, اشكالية تطبيق بعض أحكام قانون الأسرة في غياب القواعد الاجرائية الخاصة بتطبيقها, مجلة المجلس الاسلامي الأعلى, العدد03,الجزائر,2000

14. ماروك نصر الدين, قانون الأسرة الجزائري بين النظرية و التطبيق, مجلة المجلس الاسلامي الأعلى, سنة 2000, العدد 03,الجزائر,2000.

15. معاشي سميرة, أحكام التطليق على ضوء التعديلات الجديدة لقانون الأسرة الجزائري, مجلة المنتدى القانوني, العدد 06, كلية الحقوق و العلوم السياسية. جامعة محمد خيضر, بسكرة,2009.

16. ميساوي نور الدين,التفريق القضائي بين الزوجين للإعسار في الفقه الاسلامي,مجلة الشريعة و الاقتصاد, العدد01, جامعة الأمير عبد القادر, قسنطينة , جوان 2012.

## 7.المجلات القضائيـــة:

المجلس الأعلى, الغرفة المدنية, النشرة السنوية 1969.

المحكمة العليا, غرفة الأحوال الشخصية, المجلة القضائية لسنة 1989, العدد الأول.

المحكمة العليا, غرفة الأحوال الشخصية, المجلة القضائية لسنة 1989, العدد الثاني.

المحكمة العليا, غرفة الأحوال الشخصية, المجلة القضائية لسنة 1989, العدد الثالث.

المحكمة العليا, غرفة الأحوال الشخصية, المجلة القضائية لسنة 1989, العدد الرابع.

المحكمة العليا, غرفة الأحوال الشخصية, المجلة القضائية لسنة 1990, العدد الثالث.

المحكمة العليا, غرفة الأحوال الشخصية, المجلة القضائية لسنة 1990, العدد الرابع.

المحكمة العليا, غرفة الأحوال الشخصية, المجلة القضائية لسنة 1991, العدد الثالث.

المحكمة العليا, غرفة الأحوال الشخصية, المجلة القضائية لسنة 1991, العدد الرابع .

المحكمة العليا, غرفة الأحوال الشخصية, المجلة القضائية لسنة 1994 ,العدد الأول.

المحكمة العليا, غرفة الأحوال الشخصية المجلة القضائية لسنة 1997, العدد الأول.

المحكمة العليا, غرفة الأحوال الشخصية, مجلة الاجتهاد القضائي لسنة 1998.

المحكمة العليا, غرفة الأحوال الشخصية , المجلة القضائية لسنة 1998,العدد الثاني.

المحكمة العليا, غرفة الأحوال الشخصية , نشرة القضاة لسنة 1999, العدد 56.

المحكمة العليا, غرفة الأحوال الشخصية ,المجلة القضائية لسنة 2001, عدد خاص

المحكمة العليا, غرفة الأحوال الشخصية ,المجلة القضائية لسنة 2001 , العدد الأول.

المحكمة العليا, غرفة الأحوال الشخصية , المجلة القضائية لسنة 2001, عدد خاص,

المحكمة العليا, غرفة الأحوال الشخصية , المجلة القضائية ملحق رقم 08.

المحكمة العليا, غرفة الأحوال الشخصية , المجلة القضائية لسنة 2003,العدد الثاني.

المحكمة العليا, غرفة الأحوال الشخصية , المجلة القضائية لسنة 2004, العدد الأول.

المحكمة العليا, غرفة الأحوال الشخصية , المجلة القضائية لسنة 2005, العدد الأول .

المحكمة العليا, غرفة الأحوال الشخصية , المجلة القضائية لسنة 2005, العدد الثاني.

المحكمة العليا, غرفة الأحوال الشخصية ,نشرة القضاة لسنة 2006, العدد 57.

المحكمة العليا, غرفة الأحوال الشخصية , نشرة القضاة العدد 61, الجزء الأول.

المحكمة العليا, غرفة الأحوال الشخصية , المجلة القضائية لسنة 2006, العدد الثاني.

المحكمة العليا, غرفة الأحوال الشخصية , المجلة القضائية لسنة 2007, العدد الأول.

المحكمة العليا, غرفة الأحوال الشخصية , المجلة القضائية لسنة 2007, العدد الثاني.

المحكمة العليا, غرفة الأحوال الشخصية , الإجتهاد القضائي لسنة 2007.

المحكمة العليا, غرفة الأحوال الشخصية ,المجلة القضائية لسنة 2008 , العدد الأول.

المحكمة العليا, غرفة الأحوال الشخصية , المجلة القضائية لسنة 2008, العدد الثاني.

المحكمة العليا, غرفة الأحوال الشخصية ,المجلة القضائية لسنة 2009, العدد الأول.

المحكمة العليا, غرفة الأحوال الشخصية , المجلة القضائية لسنة 2009, العدد الثاني.

المحكمة العليا, غرفة الأحوال الشخصية , المجلة القضائية لسنة 2010, العدد الأول.

**المراجع الأجنبية:**

1. Ben Malha Ghaouthi, le droit Algérien de la famille d'office Publications, Universitaire Alger1993.

2. Hernane Abderrahman . La Hadhana dans ses rapports avec la puissance paternelle en droit algerien. Office de publication Universitaire.1996.

3. C.F. Bey Mohamed Salah. Le droit de la famille et de la dualisme juridisme. Revue Algérienne des Sciences juridiques économiques et politiques.1997.

4. .C.F. Neirinck, La protection de la personne de l'enfant contre ses parents, L.G.D.J., Paris, 1984.

**VI.المقابلـــــة:**

الأستاذ: طالب أعمارة, مقابلة مع المحضر القضائي, مكتب المحضر القضائي بدائرة قمار لولاية الوادي, بتاريخ 2015/02/10, الساعة 10:00 صباحا.

## الفهـرس

**مقدمـــــــــــــة.**

**الفصـــل الأول: سكن الحضانة حق من التبعات المترتبة عن فك الرابطة الزوجية.....10**

**المبحـث الأول :**ماهيـــة المطلقـــة الحاضنـــــة..... 11

**المطلـب الأول:** الوضع القانوني للمطلقة الحاضنـة..... 12
**الفــرع الأول:** مفهـوم فك الرابطـــة الزوجيـة..... 12
**أولا:** تعريـف الطـــــــلاق.....12
1. التعريـف اللغـــوي للطـلاق.....12
2. التعريـف الفقهـــي للطـلاق..... 12
3. التعريـف القانـوني للطـــلاق..... 13.
**ثانيـــا:** دليـــل مشروعيـــة الطـــلاق والحكمـــة منـــه..... 14
1. دليـــل مشروعيـة للطـــلاق.....14
2. الحكمة من مشروعية للطـلاق..... 14

**ثالثـــا:** شـــــــروط الطـــــــــلاق.....15
1. شـــــروط المطلـــــــق.....15
2. شـــــروط المطلقـــــــــة .....17
3. صيغـــــة الطـــــــلاق..... 18
**الفــرع الثاني:** أنـواع فـك الرابطـــة الزوجية..... 19.
**أولا:** حل الرابطة الزوجية بنـــاء على الإرادة المنفردة للزوج..... **20**
1. مـــراحل الخصـــومـــة ..... 20
2. أحكـــام الطـــلاق..... 22
3. الطعن في أحكام الطلاق.....22
ثانيـــا: حـــل الرابطة الزوجيـة بالتراضي بيـن الزوجيـــن..... 23.
ثالثـــا: حـــل الرابطـة الزوجيـــة بنـــاء على إرادة الزوجـــة.....24
I. .التـــطـلـيـــــــــق. ..... 25
1- تعريـــف التطليـــــــق..... 25
2- دليـــل مشروعيـــة التطليـــق..... 26
3-الأسباب المبررة لطلب التطليق..... 26
أ-التطليق لإمتناع الزوج عن أداء واجباته الزوجية ..... 26
ب-التطليق لغياب الزوج أو انحرافه..... 32
ج- التطليق للعيوب التي تحول دون تحقيق الهدف المرجو من الزواج..... 35.
النشوز كسبب من الأسباب فك الرابطة الزوجية..... 38
-المقصود بالنشوز الزوجي..... 38
-أحكام النشوز الزوجي..... 39
II. الخـــلـــــــــــع..... 46
1-تعريـف الخـلـــــع..... 47

2-دليل مشروعية الخلع..... 48
3-أركـــان الخـــلـــــع..... 49
4-الطبيعة القانونية للخلع..... 52
-نوع الفرقة الواقعة بالخلع في الفقه الإسلامي..... 52
-نوع الفرقة الواقعة بالخلع في قانون الأسرة الجزائري..... 54
**المطلب الثاني: النظام القانوني للخلع..... 55**
**الفرع الأول:** مفهوم الحضانة**..... 55**
**أولا:** تعريف الحضانة..... 55
**ثانيا:** دليل مشروعية الحضانة..... 57
**الفرع الثاني:** شروط أحقية الأم المطلقة بالحضانة..... 58
**أولا**: شروط استحقاق الحضانة عند الفقهاء..... 59
**ثانيا:** شروط استحقاق الحضانة عند المشرع الجزائري..... 62

**المبحث الثاني:** أساس اقرار أحقية الحاضنة في مسكن الحضانة ..... 63
**المطلب الأول:** مفهوم سكن المحضون..... 64
**الفرع الأول:** المقصود بمسكن الحضانة..... 64
**أولا:** التعريف اللغوي للمسكن..... 64
**ثانيا:** التعريف الاصطلاحي للمسكن..... . 65
**ثالثا**: التعريف القانوني للمسكن..... 65
**الفرع الثاني:** المواصفات الشرعية لمسكن الحضانة..... 66
**أولا**: أن يكون مسكن الحضانة مناسبا..... 66
**ثانيا:** أن يكون مسكن الحضانة مستقلا..... 67
**المطلب الثاني:** الطبيعة القانونية للحق في مسكن المخصص لممارسة الحضانة..... 67
**الفرع الأول:** طبيعة الحق في الحضانة..... 68
**أولا:** الموقف الفقهي من طبيعة الحق في الحضانة ..... 68
**ثانيا:** موقف التشريع و الإجتهاد القضائي من طبيعة الحق في الحضانة ..... 71
**الفرع الثاني:** طبيعة الحق في سكن الحضانة..... 73
**أولا:** تحديد المقصود بالحق..... 73
1-تعريف الحق لغة..... . 73
2-تعري الحق في الاصطلاحي القانوني..... 74
3- أنواع الحق..... 74
**ثانيا:** طبيعة الحق في سكن الحضانة..... 75

**الفصل الثاني: الآليات القانونية المقررة لضمان حق المطلقة الحاضنة في السكن..... 76**

**المبحث الأول:** أساس أحقية المطلقة الحاضنة في السكن المخصص لممارسة الحضانة..... 77
**المطلب الأول:** الشروط المكرسة في استحقاق الحاضنة للسكن المخصص لممارسة الحضانة في ظل قانون الأسرة (11/84)..... 77
**الفرع الأول:** أن تكون المرأة المطلقة محكوما لها بالحضانة ..... 78
**الفرع الثاني:** أن لا يـكـون للمطلـقة ولي يـقبــل ايـوائــها..... 79
**الفرع الثالث**: تعدد المحضونين..... 81
**الفرع الرابع:** قدرة الزوج على ضمان مسكن الحضانة..... 83
**الفرع الخامس**: أن لا يكون مسكن الزوجية وحيدا..... 84
**المطلب الثاني:** الشروط المستحدثة في استحقاق الحاضنة للسكن المخصص لممارسة الحضانة في ظل

قانون الأسرة المعدل (02/05)..... 88
**الفرع الأول:** إلتزام الأب بين ضرورة تهيئة سكن للمحضون أو دفع بدل الايجار..... 89
**أولا:** إلتزام الأب بتوفير المسكن الملائم للحضانة..... 90
**ثانيا:** إلتزام الأب ببدل الايجار..... 91
1-معايير تقدير بدل الإيجار..... 93
2-أطراف عقد الايجار ..... 94
3-زمن استحقاق الأجرة ..... 95
**الفرع الثاني**: بقاء الحاضنة في مسكن الزوجية..... 96
**أولا:** اعتداد المطلقة في المسكن العائلي..... 96
**ثانيا**: قيام الحاضنة بواجب الحضانة..... 98
**الفرع الثالث:** صندوق النفقة و تأثيره على الحق في مسكن الحضانة..... 100
**أولا:** دور الإجتهاد القضائي في اعتبار سكن الحضانة من مشتملات النفقة..... 102
**ثانيا:** الحماية الجزائية للمسكن المخصص لممارسة الحضانة..... 103

**المبحث الثاني:** سلطة القاضي في تقدير اسناد و اسقاط حق المطلقة الحاضنة في المسكن المخصص لممارسة الحضانة..... 105
**المطلب الأول:** سلطة القاضي في اسناد المسكن المخصص لممارسة الحضانة..... 106
**الفرع الأول**: صور مسكن الزوجية..... 106
**أولا:** مسكن الزوجية مملوكا..... 106
1-حق ملكية المسكن الزوجي لأحد الزوجين..... 107
2 - حق ملكية المسكن الزوجي للغير..... 108
**ثانيا:** مسكن الزوجية مؤجرا..... 109
**ثالثا:** مسكن الزوجية مشغولا بسبب العمل..... 109
**الفرع الثاني:** نطاق سلطة القاضي من خلال قانون الإجراءات المدنية والإدارية..... 110
**أولا:** مسألة الإختصاص القضائي..... 111
1-الإختصاص النوعي..... 111
2-الإختصاص الإقليمي..... 112
**ثانيا:** الاستعجال أمام قسم شؤون الأسرة..... 113
1-التدبير المتعلق بالحضانة..... 114
2- التدبير المتعلق بالسكن..... 115
**ثالثا:** الآليات الإجرائية المخولة لقاضي الأحوال الشخصية..... 116
1-الخبرة..... 117
2-الإنتقال للمعاينة..... 119
3-الإستماع إلى المحضون..... 121
**المطلب الثاني:** سلطة القاضي في اسقاط المسكن المخصص لممارسة الحضانة..... 122
**الفرع الأول:** زواج المطلقة الحاضنة بغير قريب محرم..... 123
**الفرع الثاني**: تنازل المطلقة الحاضنة على المحضون..... 126
**الفرع الثالث**: عدم أهلية المطلقة الحاضنة..... 129
**أولا:** مسقطات الحضانة المبنية على الإخلال بأحكام المادة (62)..... 129
**ثانيا:** سقوط احق المطلقة في الحضانة بسبب عملها..... 131
**الفرع الرابع:** عدم المطالبة بالحضانة..... 132
**الفرع الخامس:** امتناع المطلقة الحاضنة عن قبول السكن المخصص لممارسة الحضانة ..... 136
**أولا:** تحديد المقصود بإشكالات التنفيذ و إجراءاتها..... 136
1-تعريف الإشكال في التنفيذ..... 136

2-إجراءات تسوية اشكالات التنفيذ..... 137
**ثانيا:** الإشكال في مسكن الحضانة..... 138
1-الإشكالات التي ترفع من الحاضنة..... 138
2-الإشكالات التي ترفع من الأب..... 139
**الخـــــاتـــمـــــة**..... 140
**قائمة المصادر و المراجع**..... 143
**الـــفـــهـــرس**..... 152
**مـــــلخـص الرســالــة**..... 156

**ملخص الرسالة:**

قد تعصف مشاكل الحياة ببناء الأسرة و تؤدي للتنافر, فتنتفي الغاية المرجوة من الزواج و حتى لا يهضم حق طرف على حساب آخر أباح الإسلام الطلاق, الذي له صور كثيرة تعتبر في ظلها المرأة مطلقة إما بالإرادة المنفردة للزوج أو بتراضي الطرفين, أو ما يسمى بالإرادة المنفردة للزوجة إما: عن طريق التطليق استناد لأي سبب من الأسباب العشر الوارد ذكرها في المادة(53) من قانون الأسرة, و يخضع قبولها هنا للسلطة التقديرية للقاضي. أو عن طريق الخلع و هو لا يحتاج لموافقة الزوج لإنهاء الرابطة, و الأكثر من هذا فالقاضي نفسه لا يمكنه رفض طلبها بل يتأكد فقط من رغبتها في الخلع و ردها للمهر, اضافة إلى النشوز الذي يمثل حالة من الحالات التي يستند عليها القاضي في اصدار حكم بالطلاق, يتمتع فيه القاضي بسلطة مطلقة في تقدير عناصره و ذلك بالرجوع إلى الوقائع الموضوعية.

و من أهم النتائج المترتبة عن فك الرابطة الزوجية نجد مصير الأطفال و من يكفلهم خاصة عندما لا تجد المطلقة مكانا يأويها مع أطفالها مما ينعكس سلبا على ممارسة الحضانة, و نظرا لأهمية دور الحاضن في حياة الصغير, يعاب على المشرع الجزائري عدم تحديده للشروط الواجب توافرها في الحاضنة, و ذلك باكتفائه بعبارة:" آهلا لذلك" فهذه المنهجية في صنع النصوص القانونية ستكون منعا للتضارب بين الأحكام و القرارات القضائية و على ذلك فإن ضبط هذه الشروط من شأنه أن يكون خطوة أساسية نحو تحديد معالم مصلحة مصلحة المحضون بسهولة.

يعتبر موضوع سكن المحضون من الدراسات الهامة و المتميزة, لأنه لا يمكن تصور القيام بواجبات الحضانة إلا بوجود مكان ملائم تتوفر فيه كل المقومات لذلك, نظرا لما له من تأثير مباشر على نفسية الطفل و سلوكه, كونه يتلقى فيه ما يلزمه من احتياجات مادية و معنوية التي تعتبر مفاتيح أساسية في انتاج الفرد.

و نشير هنا إلى أن طبيعة الحق في الحضانة حق مشترك للحاضنة و المحضون معا, كون الحاضنة جعل لها المولى ذلك بنظام خاص لا ينازعها فيه أحد متى كانت أهلا لذلك, و المحضون أيضا صاحب حق في أن يكون عند أمه إذ النساء أقدر على أمور الحضانة في هذه المرحلة, ومتى تعارضا هذين الحقين قدم حق المحضون على الحاضنة كونه أقوى الحقين.أما عن طبيعة الحق في مسكن الحضانة فهو حق شخصي و ليس حق عيني باعتباره مقررا قانونا بموجب حكم قضائي على عكس الحق العيني الذي يمثل سلطة مقررة لشحص على الشيء محل الحق دون وساطة أحد.

إزاء الأهمية القصوى لوجوب حماية المحضون من التشرد و الضياع و توفير له مستوى معيشي مقبول, تدخل المشرع من خلال تعديله لقانون الأسرة بمقتضى الأمر(02/05) بأن ألغى المادة (52) و عدل المادة (72), نظرا للتضارب و التناقض الحاصل بينهما حتى تنسجم النصوص مع بعضها البعض بغية حماية مصلحة المحضون بعد فك الرابطة الزوجية, مسايرا في ذلك الإجتهادات القضائية التي أثبتت مسايرتها للواقع الإجتماعي إذ قللت من ظاهرة تشرد الأطفال بعد الطلاق مراعاة لمصلحة المحضون.

و من خلال تعديل المشرع للمواد المتعلقة بالحضانة خاصة المادة (72) من قانون الأسرة حمل الأب بصورة أصلية مسؤولية أبناءه المحضونين بغض النظر إن كان لديهم مال, بأن يوفر له المسكن الملائم أو أن يلتزم بدفع بدل الإيجار متى تعذر عليه ذلك على أن تبقى الحاضنة في بيت الزوجية إلى غاية تنفيذ الأب للحكم القضائي المتعلق بالسكن. إلا أن هذا الإجراء من حيث الواقع لا يمكن تصوره لكون الزوجة أجنبية عن الزوج بحكم الطلاق, فلا يمكن أن يطلب منها البقاء في المسكن الزوجي. أما اشتراط المشرع ملائمة المسكن المعد لممارسة الحضانة للحاضنة بدلا من المحضون, لأن الحاضنة هي التي لها الحق في مطالبة الأب بسكن المحضون بصفتها راعية للولد و الساهرة على حفظه و تربيته, اضافة إلى أن لها صفة التقاضي في طلب تهيئة مسكن لها و للمحضون باعتباره جزء من نفقة

الصغير, وهو ما يجعلنا نستخلص أن حق المطلقة الحاضنة في مسكن الحضانة هو حق تبعي لحق المحضون الأصلي فلولاه لما اكتسبت هذا الحق, و على ذلك فإن حق الحاضنة في البقاء بمسكن الزوجية هو حق مؤقت: ابتداء من اعتبار أن شغلها لمسكن الزوجية مع محضونيها مرتبط بفترة الحضانة و عدم سقوطها شرعا و قانونا, اضافة إلى أنه حق معلق على شرط: باعتبار أن بقائها في بيت الزوجية متوقف على مدى تنفيذ الأب للحكم القضائي المتعلق بالسكن.

أما بالنسبة للإقتراح الذي ورد في المشروع التمهيدي الثاني لتعديل قانون الأسرة الخاص بإنشاء صندوق النفقة, جسده المشرع الجزائري ضمن نصوص القانون(01/15) الذي قدم حلولا أجابت عن التساؤلات المرتبطة بنفقة المحضون و حاول التقليل من حدة النزاعات القائمة بسببها, إلا أنه لم يدرج أجرة المسكن ضمن النفقة المحكوم بها بل تنظمها أحكام المادة (72) من قانون الأسرة, وهو ما لا يتماشى مع نص المادة (78) من قانون الأسرة التي تعتبر السكن و أجرته من مشتملات النفقة صراحة.

تحدث المشرع الجزائري عن أسباب سقوط الحضانة بصفة عامة, و لم يتكلم عن اسقاط حقها في السكن, و باستقراء نصوص قانون الأسرة فيما يخص مسقطات الحضانة نجد أنها كثيرة وكان المشرع الجزائري في كل مرة يؤكد على ترك المجال مفتوح أمام القاضي وفق ما لديه من سلطة تقديرية و البحث في توفر مصلحة المحضون و الإضرار بها.

وفي الختام كل ما نرجوه من المشرع الجزائري الإتيان بنصوص تحرص على استلهام مبادئ الشريعة الإسلامية, حيث تتخذ مسلكا تأصيليا من خلال تبني بعض آليات الإجتهاد المعتمدة في الإختيارات الفقهية, و العمل بمبدأ مصلحة المحضون, تبعا للحقائق الإجتماعية المعاشة. و ذلك لا يتأتى إلا بفتح هذا المجال لذوي الأفكار النيرة و الكفاءات الفقهية و القانونية قصد إمداده بمعلومات كافية لمحاولة اصلاح ما في مسائل الحضانة من نقص و تغيير بما يتناسب و التطور الواقعي الحاصل للأسرة.