جامعة زيان عاشور الجلفة

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق

تخصص أحوال شخصية

مظاهر الاستعجال في آثار الطلاق في التشريع الجزائري

مذكرة نهاية الدراسة لاستكمال متطلبات شهادة الماستر

إعداد الطالبة: ضيف الله منى

إشراف الدكتور عز الدين مسعود

لجنة المناقشة :

د أو أ علي موسى..... رئيسا

د أو أ عز الدين مسعود..... مقررا ومشرفا

د أو أ محمد شريط..... عضوا و مناقشا

الموسم الجامعي :2014/2013م

1435هـ

جامعة زيان عاشور الجلفة

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق

تخصص أحوال شخصية

مظاهر الاستعجال في آثار الطلاق في التشريع الجزائري

مذكرة نهاية الدراسة لاستكمال متطلبات شهادة الماستر

اعداد الطالبة: ضيف الله منى

إشراف الدكتور عز الدين مسعود

لجنة المناقشة :

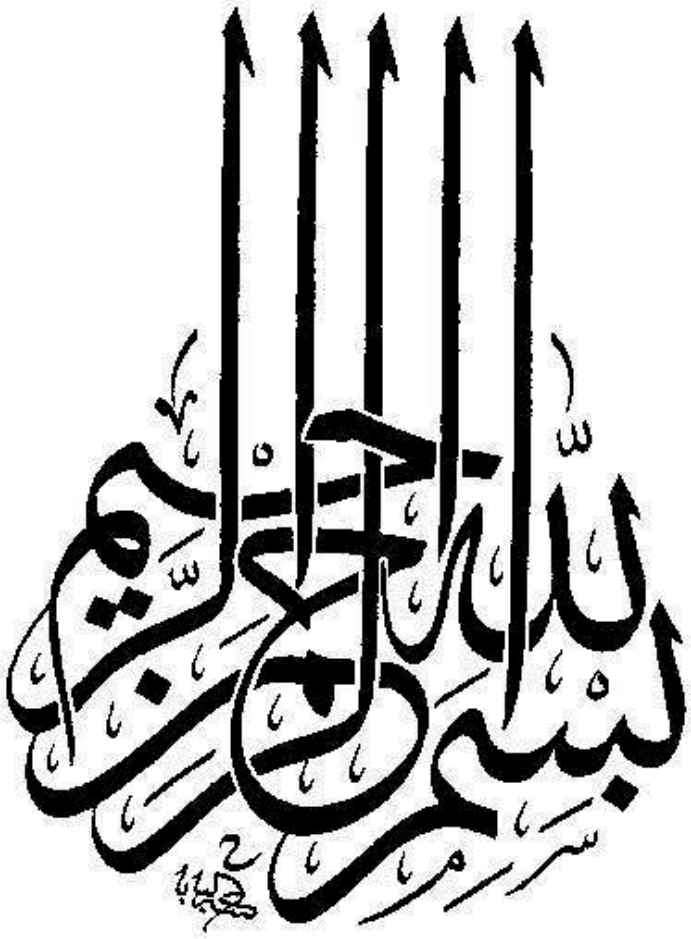
د أو أ علي موسى..... رئيسا

د أو أ عز الدين مسعود..... مقررا ومشرفا

د أو أ محمد شريط..... عضوا و مناقشا

الموسم الجامعي :2014/2013م

1435هـ


بسم الله الرحمن الرحيم

إهداء

أهدي هذا العمل

إلى أمي التي ربتني وحملتني وسهرت على رعايتي وكانت لي النور إلى هذا الطريق.

إلى روح أبي الطاهرة رحمه الله .

إلى اخواتي : خديجة ،مريم ، خضرة ،زينب ،رابح ،قويدر ،وأخص بالذكر الأخ الحنون عاشور وإلى ابنت أختي كريمة.

وأخص بالذكر زوجة أخي زوبيدة

إلي فاطمة طمار، نورة ، أمال ،نجاة ،فاطنة ،فتيحة ،خديجة ،تركية ،نصيرة أمينة،كريمة،عيشة، حفصة، زينب، فوزية، أم الخير، مباركة، نعيمة، حدة، ايمان،مريم

إلى كل الزملاء في العمل، وإلى كل من ساعدني من قريب أو بعيد.

شكر وتقدير

إن الحمد لله والشكر لله وحده

وبعد :

إلى الدكتور المشرف :عز الدين مسعود وصبره وتعاونه معنا في انجاز هذا العمل المتواضع

إلى كل الأساتذة بكلية الحقوق والعلوم الساسية

إلى بن عيشة النذير ،يوسف،حميد،ذيب محمد،توفيق

إلى حسين،الحاج ،سمير ،جيلالي،محمد،فيصل،عايد،ابراهيم،لمين،طيب،نورالدين

إلى عمال المكتبة الجامعية الذين لم يبخلو علينا بالمساعدة في انجاز هذا البحث

إلى كل الطلبة والطالبات بالكلية

إلى جميع من ساعدني من قريب أو بعيد ولو بالكلمة الطيبة

إلى كل هؤلاء أقدم شكري الجزيل والعرفان الجميل .

مقدمة

توخ لاب :

إن عقد الزواج يمكن أن يتعرض للانحلال حين تسوء فيه العشرة الزوجية ويشتد الخلاف بين الزوجين ويفقد الزواج معانيه السامية ولا يبقى علاج لهذه المعضلة سوى فك الرابطة الزوجية بإرادة الزوجين أو أحدهما (الطلاق، تطليق، الطلاق بالتراضي، الخلع) ومن المشاكل التي تثار عند انحلال الرابطة الزوجية الحضانة النفقة، النزاع في المتاع، فإن انحلال الرابطة الزوجية تترتب عليه آثار وخيمة على الزوجين والأولاد وحتى لا تصبح الحياة مستحيلة وحتى لا يهضم حق طرف على حساب الطرف الآخر أباح الإسلام الطلاق مع أنه يعتبر أبغض الحلال إلى الله وذلك لضرورة القاهرة وإلى ظروف استثنائية ملحة والتي تجعله دواء وعلاجا لتخلص من شقاء محتم قد يمتد ليشمل أفراد الأسرة جميعا فإذا لم تجدي جميع وسائل الإصلاح للتوفيق يذهب الزوجين إلى الطلاق وإلى حياة جديدة ومن أهم وأبرز النتائج المترتبة عن الطلاق عدة المرأة و مسألة حضانة الأطفال الناتجين عن هذا الزواج والمشاكل التي تطرحها حول مصير الأطفال ومن يكفلهم ؟ ومن هنا تزداد أهمية الحضانة ويعظم قدرها وكذلك من الآثار النفقة لسد رمق الحياة ومسألة النزاع في المتاع الذي هو من أهم وأخطر الآثار المادية التي ترتب مشاكل عند الطلاق في مسألة الأشياء الخاصة بالزوج وما لزوجة بحيث أن كل طرف يتمسك بحقه في أغراض بيت الزوجية .

وباعتبار أن العدل قيمة من قيم الإسلام العليا ذلك أن إقامة العدل يبعث الطمأنينة وينشر الأمن وتقوى الثقة بين الحاكم والمحكوم، ومن أهم الوسائل التي يتحقق بها القسط وتحتفظ الحقوق وتصان الدماء والأعراض والأموال هي إقامة النظام القضائي ولحسن سير العدالة يقتضي في تحقيق ادعاءات الخصوم قبل وضع حد لنزاعات المرفوعة بسبب دعوى الطلاق تتاح الفرصة الكافية للأطراف المتنازعة لتقديم الأدلة

اللازمة على سلامة ادعاءاتهم وإعداد وسائل الدفاع وبعد ما يمحص القاضي أدلتهم ويستطلع ما يتقدمون به ليبين وجه الحق بما يدعونه من حقوق بحيث إذا أصدر القاضي حكمه في النزاع كان فاصلا في أصل الحق بين الخصوم كان حكمه كاشفا لحقيقة ما يدعيه كل خصم، ولكن هذه الإجراءات المتبعة وإتمام ذلك يأخذ وقت طويل مما ينتج عنه الإضرار بمصالح الأفراد، وهذا التطويل والأخير كثيرا ما يستغله الخصوم من أجل الحيلولة دون الوصول إلى الحقيقة، الأمر الذي جعل اللجوء إلى القضاء العادي فيما يتعلق بآثار الطلاق غير مجدي أحيانا ولتفادي كل هذه المخاطر أتاح المشرع الجزائري إلى جانب القضاء العادي القضاء المستعجل، فقد ازدادت أهمية القضاء المستعجل في عصرنا نظرنا لتطور الحاصل في المجتمع وباعتبار أن آثار الطلاق لها طابع حساس تمس بشريحة ضعيفة في المجتمع الأولاد بالدرجة الأولى فهم يعتبرون ضحية من ضحايا الشقاق بين الوالدين الذي يؤدي إلى الطلاق فهم يحتاجون إلى من يحضنهم ويهتم بشؤونهم وإلى ما ينفقونه من مال على أنفسهم لسد حاجياتهم الضرورية ومسكن يأويهم طوال فترة رفع دعوى الطلاق لذلك كان لابد من اللجوء للقضاء الاستعجالي لضمان حق الطرف المتضرر، باعتباره السبيل الوحيد لضمان هذه الحقوق بصفة مؤقتة ريثما يتم الفصل في أصل النزاع الذي يضع حدا نهائيا للخصومة القائمة بين الأطراف المتنازعة .

الإشكالية وخطة البحث :

أ – **الإشكالية** : : هل تمكن قضاء المستعجل أن يجد آليات لمعالجة قضايا حضانة والنفقة ؟

هل استطاع قضاء مستعجل أن يكفل حقوق الأطراف المتنازعة في قضايا الأسرية ؟

كيف حافظ القضاء المستعجل على استقرار الأسرة ؟

ب – خطة البحث :

التقسيم : قسمنا هذا البحث إلى فصلين :

الفصل الأول : آثار فك الرابطة الزوجية

المبحث الأول : العدة كأثر لفك الرابطة الزوجية

المبحث الثاني : الحضانة

المبحث الثالث : الآثار المادية لفك الرابطة الزوجية

الفصل الثاني : مظاهر تدخل القضاء الاستعجالي في آثار الطلاق

المبحث الأول : مظاهر تدخل القضاء الاستعجالي في حماية المحضون

المبحث الثاني : حدود تدخل القاضي الاستعجالي في قضايا النفقة

المبحث الثالث : الحالات الاستعجالية المتعلقة بمسكن الحاضنة وحق الزيارة

أسباب اختيار الموضوع :

من أهم أسباب اختيار هذا الموضوع هو أهمية القضاء الاستعجالي والدور الإيجابي الذي يلعبه، فيما يتعلق بآثار فك الرابطة الزوجية، وما يوفره من حماية وقتية لحقوق الأطراف المتضررة من الطلاق باعتبار أن إجراءات الطلاق تستغرق وقتا طويل حتى يفصل في أصل النزاع، وخلال هذه الفترة فإنه بطبيعة الحال هناك زوجة والأولاد يتضررون من ذلك الشقاق الواقع بين الزوج والزوجة، فهنا يبرز دور القاضي الاستعجالي في توفير الحماية الوقتية لهده الحقوق لذا كان لابد من دراسة موضوع مظاهر الاستعجال في آثار الطلاق وتبيان فائدة الطابع الاستعجالي والدور الذي يلعبه في توفير الحماية المؤقتة إلى حين الفصل في أصل النزاع .

الأهداف :

1 دراسة آثار الطلاق ومعرفة الآراء الفقهية والتطرق من خلالها إلى نظرة المشرع الجزائري لكل أثر من آثار الطلاق.

2 إبراز دور القاضي الاستعجالي في توفير الحماية الوقتية للحقوق المتنازع فيها إلى حين الفصل في أصل النزاع

3 نظرة المشرع الجزائري إلى الاستعجال في آثار الطلاق باعتباره يمس بكيان الأسرة

منهج البحث : تقتضي طبيعة البحث أن أستخدم فيه المناهج التالية :

المنهج الإستقرائي وذلك باستقراء أقوال المفسرين والفقهاء من خلال الرجوع إلى المصادر الأصلية في معنى آثار الطلاق

المنهج التحليلي الوصفي : وذلك بتحليل المسائل المتعلقة بالموضوع ومناقشاتها كل على حدى وبعدها ترجيح الرأي .

الصعوبات والعوائق :

1 من بين الصعوبات التي وجهتها في هذا الموضوع قلة المراجع والمصادر

2 ضيق الوقت وذلك باعتبار أن الموضوع هام ويستلزم البحث المعمق في مختلف جوانبه ويأخذ وقت طويل لتمحيص المعلومات وترتيبها حسب الأولوية والأهمية.

3 كثرة الآراء في المسألة الواحدة وتشعبها، لدرجة يصعب معها معرفة الراجح منها لاعتمادها أحيانا .

الفصل الأول

آثار فك الرابطة الزوجية

الفصل الأول : آثار فك الرابطة الزوجية

تمهيد وتقييم :

إن فك الرابطة الزوجية بالطلاق ستتبعها نتائج قانونية عديدة يعبر عنها بالآثار القانونية للطلاق، وهي في معظمها واجبات تقوم في حق أحد الزوجين لصالح الطرف الآخر وهذا لفترة محددة ، ورغم فك الرابطة الزوجية بين الطرفين.وسواء كانت هذه الآثار مباشرة أو غير مباشرة فإنها تنحصر في : العدة والحضانة والنفقة والسكن والنزاع في متاع البيت ولمعرفة حقيقة كل أثر من هذه الآثار يحسن بنا أن نتحدث عن كل أثر على حدى.

وسنقسم الفصل الأول :

المبحث الأول : العدة كأثر لفك الرابطة الزوجية

المبحث الثاني : الحضانة

المبحث الثالث : الآثار المادية لفك الرابطة الزوجية

المبحث الأول: العدة كأثر لفك الربطة الزوجية

إن الحديث عن العدة كأثر ونتيجة من آثار الطلاق يقودنا إلى الحديث عن العدة وتحولاتها التي أوجبها الشرع والقانون على المطلقة وهذا ما سنتطرق إليه في المطلبين حيث سنتناول في المطلب الأول مفهوم العدة وفي المطلب الثاني سنتطرق إلى أحكام العدة ونظرة المشرع الجزائري للعدة كأثر من آثار الطلاق .

المطلب الأول : مفهوم العدة

الفرع الأول : تعريف العدة

الفرع الثاني : أنواع العدة

المطلب الثاني : أحكام العدة ونظرة المشرع الجزائري

الفرع الأول : انتقال من حال إلى حال

الفرع الثاني : حقوق وأحكام تتعلق بالعدة

الفرع الثالث : نظرة المشرع الجزائري للعدة كأثر من آثار الطلاق

المطلب الأول : مفهوم العدة

وسنتطرق إلى : أولا : تعريف العدة في الفقه الإسلامي

وثانيا تعريف العدة في القانون

أولا : تعريف العدة في الفقه :

يرتب عقد الزواج والدخول بالزوجة حقوق وواجبات ومنها عدة المرأة فهي حق وواجب ولذلك اهتم الفقهاء بتعريف العدة وأصل مشروعيتها .

العدة لغة : من العد والإحصاء ، فيقال عدد الشيء أو أحصاه إحصاءا وعده عدة[1]

والعدة في اللغة لها معنيان الأول بكسر العين وهي عدة النساء في ظروف خاصة بهن وحتى صارت عادة لهن حسب تكوينهن الذي أراده الله لهن.

فقد روى أن السيدة عائشة رضي الله عنها أنها قالت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال في المحيض { أن هذا الأمر قد كتبه الله على بنات آدم.

والعدة بضم العين يقصد بها الاستعداد للأمر والاحتياط له.[2]

تعريف العدة اصطلاحا : عرف الفقهاء العدة بتعاريف مختلفة ،يمكن حصرها فيما يلي وبعدها إعطاء التعريف الراجح.

اصطلاحا :

أما الفقهاء عرفوا العدة بقولهم : أنها الفترة التي تعقب الطلاق وتتلوه من زواج صحيح فهي مدة تتربصها المرأة عند زوال النكاح . وهي فترة تنتظر فيها الزوجة المفارقة لزوجها بحياة أو وفاة فلا تتزوج فيها حتى تنتهي هذه المدة.

وقد قال العلماء أن الحكمة من العدة هي : إعطاء الزوج فرصة ليتمكن من الرجوع إلى المطلقة، ومعرفة براءة الرحم، حتى لا تختلط الأنساب .ومشاركة أهل الزوج المتوفى في مصابهم .أما الرجل فلا عدة له، ولا يجب عليه الانتظار .[3]

ويمكن تعريف العدة بتعريف أوضح : هي مدة حددها الشارع بعد الفرقة يجب على المرأة الانتظار فيها بدون زواج حتى تنقضي المدة .

---

[1] باديس ديابي، أثار فك الرابطة الزوجية، مدعمة باجتهادات قضائية ، دار الهدى الجزائر، د ط ، 2008،ص28.

[2] احمد نصر الجندي ،شرح قانون الأسرة الجزائري ، دار الكتب القانونية ،د ط، 2009 ص،137

[3] العربي بختي ،أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة جزائري ،ديوان المطبوعات الجامعية ، د ط 2013 ص 127

ثانيا : تعريف العدة في القانون : العدة في قانون الأسرة الجزائري هي تلك المدة التي تنتظرها الزوجة عقب وقوع الفرقة، بحيث لا يجوز لها أن تتزوج قبلها، وقد نص قانون الأسرة الجزائري في المادة 30 بأنه يحرم مؤقتا من طلاق أو وفاة [1]

والإسلام شرع العدة بنصوص في القرآن الكريم حيث نجد قوله تعالى { إن عدة الشهور عند الله اثنا عشرا شهرا } [2]

وقال تعالى { والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء} [3]

ثالثا : سبب وجوب العدة

الإسلام أحرص الأديان على نجاح العلاقة الزوجية وتكون الأسرة المسلمة في كنف (المودة والرحمة والطاعة ، ذلك)أن الرباط المقدس بين الرجل والمرأة وصفه القرآن الكريم بالميثاق الغليظ ، وفشل العلاقة الزوجية تعد في الإسلام من أكبر المعضلات المتسببة في تشتيت المجتمع وتفريقه).

ولأن وقع الطلاق عظيم على كل من الزوجين ،وجبت العدة على المرأة بسببه سيما إذا كان مدخول بها ، أما إذا لم يكن هناك دخول أو خلوة صحيحة فلا عدة للمرأة .[4]

والعدة تجب بأسبابها : وهي الزواج الصحيح ،الوطء الحقيقي سواء في الزواج الصحيح أو في الزواج الفاسد أو الوطء بالشبهة ، وهي عند الأحناف الوطء وحكمها سواء خلوة صحيحة أو فاسدة أو وفاة الزوج [5]

---

[1] عبد القادر بن حرز الله ، الخلاصة في أحكام لزواج والطلاق، الجزائر ، ط 1،2007، ص327 .

[2] سورة التوبة الآية 36.

[3] سورة البقرة الآية 228.

[4] باديس ديابي ، آثار فك الرابطة الزوجية ، المرجع السابق، ص30

[5] احمد نصر الجندي ، شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق ص139

رابعا : الحكمة من مشروعية العدة

بعد التطرف لتعريف العدة كان ولابد من البحث في الحكمة من مشروعيتها ،بغية معرفة المنافع التي تنتج عنها.

حيث تعتبر العدة من الأمور التي تجلب العديد من المصالح ، الهدف منها تفخيم أمر الزواج وتعظيم أثاره لاسيما أن الأمر يتعدى إلى المحافظة على المجتمع من حيث تركيبه ونسله. وحمايته من اختلاط الأنساب.

وقد حصر الفقهاء الحكمة من العدة ومشروعيتها في النقاط منها :

– التأكد من براءة الرحم وخلوه من أي حمل منعا من اختلاط الأنساب بعضها البعض والحكمة من ذلك تكون لصالح الزوج ،الذي فارق زوجته حتى لا ينسب ولده لغيره.

– إمهال الزوجين فترة يستطيعان فيها مراجعة نفسيهما، فيمهل الزوج لمراجعة نفسه في إرجاع مطلقته وإمهال الزوجة أيضا مراجعة نفسها والمقارنة بين حياة الزوجية والبعد عن الحياة الزوجية [1]

ونستشف ذلك من خلال قوله تعالى { يأيها النبي إذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن وأحصوا العدة واتقوا الله ربكم}[2]

وقوله تعالى{ و بعولتهن أحق بردهن في ذلك إن أرادوا إصلاحا }[3]

– التنويه بتضخيم أمر الزواج ،فهو أمر لا ينتظم إلا بجمع الرجال ولا يفك إلا بانتظار طويل.

[1] باديس ديابي ،آثار فك الرابطة الزوجية ،المرجع السابق ،ص35

[2] سورة الطلاق الآية 1

[3] سورة البقرة الآية 228

الفرع الثاني : أنواع العدة

تجب العدة على المرأة ولا تجب على الرجل وقد بين الشرع أنواعها وسنذكرها كما يلي:

أولا : عدة المرأة المطلقة

تعتد المرأة التي تحيض ثلاث قروء لقوله تعالى { والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاث قروء } والمقصود بالقروء ومفردها قرء هو ثلاث حيضات أو ثلاثة طهور من ثلاث حيضات .

أما في قانون الأسرة الجزائري فقد نصت المادة 58 على أنه تعتد المطلقة المدخول بها غير الحامل بثلاثة قروء.

وعليه فإذا كانت الزوجة قد ترافعت أمام القضاء و أن المحكمة قد حكمت لها بعد ذلك بالطلاق من زوجها فـإنه يجب عليها أن تنتظر ولا تتزوج إلا بعد أن تحيض وتطهر ثلاث مرات كاملة بعد التصريح بالحكم الذي قضى بالطلاق أو بفسخ عقد الزواج .وإذا تزوجت قبل ذلك فإنها تكون قد خالفت القانون وخالفت حكم الله عز وجل وفعلت شيئا حراما .هذا إذا كان الطلاق أو التطليق قد وقع بعد الدخول بالزوجة إلى منزل الزوجية وبعد البناء وزفافها إلى بيت الزوج .[1]

ثانيا: عدة المتوفى عنها زوجها

المتوفى عنها زوجها غير الحامل ،صغيرة كانت أو كبيرة فعدتها عند الفقهاء جميعا أربعة أشهر وعشرا، رعاية لحرمة العشرة ،التي دامت بين الزوجين وسواء كانت مطلقة قبل الدخول أم بعده لعموم قوله تعالى { والذين يتوفون منكم ويذرون أزوجا يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشرا }[2]

[1] عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري ،دار هومه لطباعة لنشر ، الجزائر ،ط3 1996 ص286

[2] محمد كمال دين امام ،أحكام الأحوال الشخصية للمسلمين ،ج 2،ص167

أما في قانون الجزائري فقد نصت المادة 59 تعتد المتوفى عنها زوجها بمضي أربعة أشهر وعشرة أيام، وكذا زوجة المفقود من تاريخ صدور الحكم بفقده [1]

ثالثا :عدة الحامل

تجب بسبب الموت أو الطلاق، وتنتهي بوضع الحمل اتفاقا وذلك لقوله تعالى { و أولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن } [2]

انقضاء أجلهن ،أي يضعن حملهن ،ولأن براءة الرحم لا تحصل في الحامل كما هو واضح إلا بوضع الحمل ،فإذا كانت المرأة حاملا ،ثم طلقت أو مات عنها زوجها انتهت عدتها بوضع الحمل ،ولو بعد الوفاة بزمن قليل بدليل عن عبيدة بن عبد الله بن عتبة بن مسعود أن سبيعة بنت الحارث توفي عنها زوجها وهي حبلى ،فوضعت بعد نحو عشر ليال من وفاة زوجها ،ثم جاءت النبي صلى الله عليه وسلم فقال (انكحي وفي رواية فأفتاني بأنني قد حللت حين وضعت حملي وأمرني بالتزويج إن بدا لي)

وعلى هذا تكون عدة الحامل المتوفى عنها زوجها بوضع الحمل

وانتهاء العدة بوضع الحمل له شرطان :

- انفصال جميع حملها،أو انفصاله كله
- أن يكون الحمل منسوبا إلى صاحب العدة .[3]

رابعا : عدة اليائس أو المريضة

هناك نوع من النساء يئسن من المحيض ولم تعد أية واحدة منهن تحيض إما بسبب كبر سنها ويأسها من المحيض .وإما لوجود مرض بها يجعلها لا تحيض فإن عدة كل واحدة منهن من الطلاق لم تكن ثلاثة قروء وإنما ثلاثة أشهر كاملة ابتداء من تاريخ الحكم بالطلاق والتصريح به قانونا ، وهذا ما ورد ذكره في الآية الثالثة من سورة

---

[1] المادة59 من الأمر 02/05 المؤرخ في 2005/02/27 المعدل والمتمم للقانون رقم 11/84المؤرخ في 29جوان يتضمن قانون الأسرة الجزائري

[2] سورة الطلاق الآية 4

[3] عبد القادر بن حرز الله ،الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق ، المرجع السابق ،ص 330

الطلاق في قوله تعالى { واللائي يئسن من المحيض من نسائكم إن ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر واللائي لم يحضن }.

وجاء في الشطر الثاني من المادة 58 حيث تنص على تعتد اليائس من المحيض بثلاثة أشهر من تاريخ تصريح بالطلاق [1]

خامسا :عدة المفقود زوجها

المفقود (هو الغائب الذي لم يدر: أحي هو فيتوقع قدومه ، أم ميت أودع القبر كالذي يفقد من بين أهله ليلا أو نهارا، أو يخرج إلى الصلاة فلا يرجع، أو يفقد في الحرب أو الزلزال) فتعتد زوجته حسب حاله عند الفقهاء :

فقال الحنفية :هو حي في حق نفسه ، فلا يورث ماله،ولا تبين منه امرأته فلا تعتد زوجته حتى يتحقق موته .

أما المالكية والحنابلة : تنتظر امرأة المفقود أربع سنين ،ثم تعتد عدة وفاة أربعة أشهر وعشرة أيام .[2]

وهذا ما أخذ به قانون الأسرة في المادة 59 منه تعتد المتوفى عنها زوجها بمضي أربعة أشهر وعشرة أيام وكذا زوجة المفقود من تاريخ صدور الحكم بفقده. وعليه عندما تصدر المحكمة حكما بوفاة الزوج فإنه يجب على زوجته أن تعتد عدة المتوفى عنها زوجها، و بداية حساب العدة تكون من تاريخ التصريح بالحكم الصادر عن المحكمة[3].

[1] عبد العزيز سعد ،الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري ، المرجع السابق ،ص287

[2] عبد القادر بن حرز الله الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق ، المرجع السابق، ص 335

[3] عبد العزيز سعد ،الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري ، المرجع السابق ص287

المطلب الثاني : أحكام العدة ونظرة المشرع الجزائري

الفرع الأول : انتقال العدة من حال إلى حال

الأصل في العدة أنها إذا كانت بالأشهر،أن تتم بالأشهر،و إن كانت بالقروء أن تتم بالقروء لكن قد يطرأ أثناء العدة ما يحتم انتقالها من نوع لآخر ذلك في الحالات التالية:

1- المرأة التي ابتدأت عدتها بالحيض، فحاضت مرة واثنين،ثم ارتفع حيضها دون معرفة السبب فإن عدتها تنتقل من ثلاثة قروء إلى سنة، تسعة أشهر للبراءة من الحمل وثلاثة أشهر عدة الأياس، فإن عاد إليها الحيض خلال سنة، لزمها الانتقال مرة أخرى إليه لأن العدة بالحيض هي الأصل .

2- المرأة التي ابتدأت بالحيض، فحاضت مرة أو اثنتين ثم دخلت سن اليأس فدخولها سن اليأس يهدم ما كان من عدتها بالحيض وعليها أن تستأنف العدة بثلاثة قروء.

3-المرأة المعتدة بالحيض أو بالأشهر من طلاق رجعي ،إن مات زوجها أثناء العدة انهدمت عدتها بالأشهر أو بالقروء وتستأنف عدة جديدة عدة الوفاة أربعة أشهر وعشرا أيام، وهذا قول الجمهور، أما المعتدة من طلاق بائن فلا تستأنف العدة لانقطاع الزوجية وتبقى في عدتها. [1]

وفي قول للحنفية أنه إذا كان الطلاق البائن في مرض الموت ، فإنها تعتد بأطول الأجلين عدة طلاق أو عدة وفاة.

4- المرأة التي كانت تعتد بالأشه ر، فحاضت أثناء عدتها فإن هذا الحيض هدم ما كان من العدة وتستأنف عدة جديدة بالقروء ابتدءا من هذا القرء[2].

5- المرأة الآيسة إذا كانت تعتد بالأشهر ،ثم عاد دمها أو حملت من زوج أخر فيرى الحنفية : إن عدتها قد بطلت ، وفسد نكاحها الثاني إذا كانت قد تزوجت ، ثم عليها أن تستأنف العدة بالحيض لأن الأشهر بدل الحيض، وشرط تحقق البدل تحقق

---

[1] محمد سمارة ،أحكام وآثار الزوجية شرح مقارن لقانون الأحوال الشخصية ،دار الثقافة لنشر والتوزيع ،ط1 2008،ص 364

[2] محمد سمارة، أحكام وأثار الزوجية شرح مقارن لقانون الأحوال الشخصية ،المرجع السابق ،ص 365

الأياس في المبدل ويكون التحقق من ذلك بالعجز الدائم إلى الموت وهذا هو القول المعتمد عند الحنفية غير أن هناك قولا أخر لهم : أنها إذا رأت الدم قبل تمام الأشهر انهدمت عدة الأشهر،و عليها أن تستأنف العدة بالحيض أما إذا تمت بالأشهر تستأنف العدة والنكاح جائز وتعتد في المستقبل في زواجها الجديد بالحيض.

الفرع الثاني : حقوق وأحكام تتعلق بالعدة :

العدة مدة تتربصها المرأة المفرقة لزوجها بطلاق أو وفاة فلا تتزوج فيها حتى تنقضي هذه المدة، وتتعلق بالعدة حقوق وأحكام نتطرق إليها كالآتي :

1- ثبوت النسب في العدة ،فإذا أتت بولد في أثناء العدة ،ثبت نسبه من الزوج السابق

2- ميراثها إذا توفي أحد الزوجين في أثنائها إذا كان الطلاق رجعيا ،وأما إذا كان الطلاق بائنا ،فانه لا يرث الحي إلا إذا اعتبر الميت بإحداثه الفرقة فارا من الميراث كان يفسخ الزواج في مرض موتها ، وتموت في العدة .

3- ولا يصح أن يتزوج محرما لها ، وهي في العدة ،كما لا يصح خامسة[1].

4- لزوم المعتدة من الطلاق ،بيت الزوجية ،ولا تخرج منه لقوله تعالى {ولا تخرجوهن من بيوتهن ،ولا يخرجن إلا أن يأتين بفاحشة مبينة }

فسمى سبحانه وتعالى خروجهن فاحشة مبينة ،ولكن ذلك أن المعتدة من فرقة في الحياة تعتد من زواج صحيح ،أما إذا كانت تعتد من دخول في عقد فاسد ،فإنها تخرج من بيته .

5- الحداد على الزواج السابق، بأن لا تتزين، وذلك في العدة من وفاة بالإجماع وفي العدة من طلاق بائن عند الحنفية خلافا للشافعية.

6-عدم حلها لزوج أجنبي على ما هو مبين في المحرمات ،وعدم جواز خطبتها تعريضا لا تصريحا، وإن كانت معتدة من وفاة على ما تقدم في الخطبة . [2]

[1] محمد أبو زهرة ،الأحوال الشخصية ، دار الفكر العربي ،ص 393

[2] محمد أبو زهرة ،الأحوال الشخصية ، المرجع السابق ،ص 393

وأما المطلق ، تحل له إذا لم يكن الطلاق مكملا لثلاث ، ولم يكن ما يوجب التحريم بل أنه إذا كان الطلاق رجعي تحل له المراجعة من غير عقد.

الفرع الثالث : نظرة المشرع الجزائري للعدة كأثر من أثار الطلاق

سن المشرع الجزائري العدة كأول أثر من أثار الطلاق في الفصل الثاني من الباب الثاني المعنون ب : انحلال الزواج .

فقد اتجه المشرع الجزائري الاتجاه الغالب في الشريعة الإسلامية في تحديد عدة كل من المطلقة الحائض والمطلقة غير الحائض واليائس من المحيض وكذا عدة الحامل وعدة المتوفى عنها زوجها .[1]

وخلاصة ما سبق ذكره أن العدة هي أثر من آثار الطلاق وهي مدة تربصها المرأة المفارقة لزوجها بطلاق أو بوفاة ، والعدة أحكام تنظمها مستمدة من الشريعة الإسلامية وأهمية العدة تكمن في التأكد من خلو الرحم من الجنين ،وذلك للمحافظة الأنساب وضمان عدم اختلاطها. وكي لا ينسب الولد إلى غير الزوج .

[1] باديس ديابي ،أثار فك الرابطة الزوجية ،المرجع السابق ،ص 44

المبحث الثاني : الحضانة

إن الشريعة الإسلامية تتطرق في تعريف الحضانة ،وإبراز دورها في حياة الطفل إن لم نقل إلى الأسرة ومعالجتها من كل جوانبها كما عالجت كل ما يخص الأسرة وذلك لإبراز الدور الذي يلعبه الفرد في تكوين الأسرة ودور الأسرة في تنمية المجتمع ومحاولة الحفاظ على كيانها من خلال مظاهر المودة والرحمة والتعاون بين أفراد هذه الأسرة إذ فرض ذلك في القرآن الكريم ، كما حث الرسول صلى الله عليه وسلم على ذلك .

وعليه سنقسم هذا المبحث إلى : مطلبين

المطلب الأول : مفهوم الحضانة

المطلب الثاني : ترتيب أصحاب الحق في الحضانة.

المطلب الأول : مفهوم الحضانة

نقسم هذا المطلب إلى :

الفرع الأول : الحضانة فقها

الفرع الثاني : تعريف الحضانة في القانون

الفرع الثالث : شروط ممارسة الحضانة

سنتطرق لتعريف الفقهي والتعريف القانوني للحضانة .

لغة : مأخوذة من الحضن، وهو الجنب ، وهو الضم إلى الجنب .[1]

الفرع الأول : الحضانة فقها

(يرى السيد سابق أن الحضانة هي القيام بحفظ الصغير أو الصغيرة أو المعتوه الذي لا يستقل بأموره وتعده بما يصلحه، ووقايته مما يؤذيه ويضره ، وتربيته سميا وعقليا ونفسيا كي يقوى على النهوض بتبعات الحياة والاضطلاع بمسؤولياتها). [2]

[1] عبد القادر حرز الله ،الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق ، المرجع السابق ،ص 365

[2] السيد سابق ، فقه السنة ، دار الفكر ط1 ،ص288

هي تربية الولد الصغير لمن له حق حضانته .وهي كذلك تربته وحفظه عما يؤذيه من كل ما حوله باعتبار عديم التميز فلا يدرك ما ينفعه وما يضره. حتى يستطيع أن يستقل بشؤون نفسه

ويرى الشيخ أبو زهرة (أنه تثبت للطفل منذ ولادته ثلاث ولايات الأولى ولاية التربية و الثانية هي ولاية على النفس والثالثة هي الولاية على ماله إذا كان له مال).[1]

وعموما فإن فقهاء الشريعة يتفقون على أن الحضانة هي تربية الطفل وحفظه في كل ما يحيط بحياته والقيام على مصالحه ، فإضافة إلى الطفل الصغير نجد كل شخص لا يستقل بأموره حتى وإن كان كبيرا كالمجنون أو المعتوه وفئة المتخلفين عقليا فحتى وإن كانوا متقدمين في السن فإن عمرهم العقلي لا يتعدى السبع سنوات أو أقل

الفرع الثاني : تعريف الحضانة في القانون

عرف المشرع الجزائري الحضانة في قانون الأسرة انطلاقا من أهدافها في نص المادة 62 من هذا القانون " الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا ويشترط في الحاضن أن يكون أهلا للقيام بذلك " [2]

وعليه فإن التعريف الوارد في المادة 62 يعتبر أحسن تعريف لأنه يشمل كل ما يتعلق بحاجيات الطفل المحضون الصحية والخلقية والتربوية والمادية، حيث أن المشرع الجزائري لم يخرج إجمالا عن التعريف الفقهي للحضانة .

الفرع الثالث : شروط ممارسة الحضانة

هناك شروط خاصة وعامة في النساء والرجال ،وشروط خاصة بالرجال ، وشروط خاصة بالنساء .

[1] محمد أبو زهرة ، الأحوال الشخصية ،،المرجع السابق ،ص 404

[2] قانون الأسرة الجزائري ،المادة 62 .

أ- الشروط العامة في النساء والرجال :

1- العقل :

فلا حضانة للمجنون والمعتوه ولو كان مميزا ،لأنه عاجز عن القيام بشؤونه ورعاية نفسه فهو بحاجة لمن يرعاه .[1]

أما موقف المشرع الجزائري في هذه المسألة فإنه يرى أن الحضانة ولاية على النفس فلا تكون لغير العاقل الذي لا يقوى على شؤونه إذ هو نفسه بحاجة إلى من يرعاه و هو ما ورد في نص المادة 85 من قانون الأسرة الجزائري التي تنص : أنّه تعتبر تصرفات المجنون و المعتوه و السفيه غير نافذة إذا صدرت في حالة الجنون أو العته أو السفه .[2]

كما أنه لا فرق في الجنون سواء كان مستمرا أومتقطعا، لأن الحضانة هي رعاية المحضون و حفظ مصلحته [3]

2- البلوغ : الحضانة مهمة شاقة لا يتحمل مسؤولياتها و تبعاتها إلاّ الكبار ، بل أن وظائفها لا يقوم بها إلا هؤلاء، إذ يشترط في الحاضن البلوغ لأن الحضانة من باب الولاية و الصغير ليس من أهل الولاية .

أما استحقاق المراهقة للحضانة فلأنّها بالغة حكما إذا ادّعت البلوغ ،وهي إن ادّعت البلوغ بالعلامات كانت بالغة ما دام أن الظاهر يشهد بصدق ادّعائها ، و كون البلوغ شرط في الحاضنة ، شرط سار عليه سائر الفقهاء ، لأن الطفل محتاج إلى من يخدمه و يقوم على شؤونه ، فكيف يكون له أن يتولى شؤون غيره .[4]

3- القدرة على التربية: يقصد بالقدرة الاستطاعة على صيانة الصغير في خلقه وصحته ، إذ لا حضانة لعاجز لكبر السن أو مرض أو شغل ، فالمرأة المحترفة أو

---

[1] عبد القادر بن حرز الله ،الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق ،المرجع السابق ،ص359

[2] قانون الأسرة الجزائري ،المادة 85

[3] بلحاج العربي ،الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ،ديوان المطبوعات الجامعية ،الجزائر2005،ص 383

[4] عامر عبد العزيز ،الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية فقها وقضاءا، دار الفكر العربي ،ص235

العاملة إذا كان عملها يمنعها من تربية الصغير والعناية بأمره لا تكون لديها أهلية الحضانة ، أما إذا كان عملها لا يحول دون رعاية الصغير وتدبير شؤونه حينئذ لا يسقط حقها في الحضانة [1]

4- الأمانة على الأخلاق : (الأمانة صفة في الحاضن يكون بها أهلا لممارسة الحضانة و بيئة مصاحبة للمحضون ، تضمن حدّا أدنى من التربية السليمة للصغير) إذ تسقط الحضانة إذا ألقي بالصغير في بيئة سيئة مصاحبة له تؤثر عليه سلبا و تثير الشكوك حول سلامة تربيته ، و المناط في سقوط الحضانة مصلحة الصغير و حمايته من الضياع و صيانته من الإهمال ، حتى قال بعض الفقهاء : " إن الحاضنة لو كانت كثيرة الصلات قد استولت عليها محبة الله تعالى و خوفه حتى شغلاها عن الولد و لزم ضياعه نُزعَ منها وسقطت الحضانة عنها "[2]

5- الإسلام : شرط عند الشافعية والحنابلة فلا حضانة لكافر على مسلم ولم يشترط الحنفية والمالكية إسلام الحاضن .وهذا شرط ورد ما يشير إليه في المادة 62 من قانون الأسرة الجزائري.

وفي الإسلام لا حضانة للكافرة على الصغير .استنادا لقوله عز وجل {ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا } [3]

[1] وهبة الزحيلي ،الفقه الإسلامي وأدلته ،ج 10 ، ص 7305

[2] محمد يوسف موسى، أحكام الأحوال الشخصية ،ج 1، 1956، ص 394

[3] سورة النساء الآية 137

ب- الشروط الخاصة بالنساء :

تقديم المرأة على الرجل في حضانة الصغير قاعدة شرعية تستجيب مع واقع الحياة وتوافق تكوين المرأة والحاجات الطبيعية للصغار والأصل أن تكون الحضانة للنساء لأنهن الأحن قلبا والأكثر شفعة. [1]

فبالإضافة إلى الشروط العامة هناك شروط خاصة وهي :

1- أن تكون المرأة من محارم الصغير نسبا .كالأم والخالة والأخت والعمة والجدة فلا حضانة لغير القرابة النسبية كالأم ولأخت رضاعا لا حضانة لهم

2- أن لا تكون الحضانة زوجة لغير محرم الصغير لأن الزوج الأجنبي في الأعم الأغلب لا يعطف على الصغير

3- أن لا تقيم الحاضنة بالصغير في بيت من يبغضه ،لأن التربية السليمة لا تقوم بغذاء البدن ، بل بسلامة الروح أيضا ، ونفس الصغير تتضرر أيضا .

4- ألا تكون الأم قد امتنعت عن حضانته مجانا عند إعسار الأب ،لأن الأب إن وجد الحاضنة المتبرعة ،سقط حق الأم في الحضانة معاوضة . لأن إعسار الأب يقتضي رعاية حاله.

فإذا توافرت هذه الشروط أصبحت المرأة أهلا للحضانة .[2]

حيث نصت المادة 64 المعدلة من قانون الأسرة الأم أولى بحضانة ولدها ثم الأب، ثم الجدة لأم ثم الجدة لأب ثم الخالة ،ثم العمة ،ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون .[3]

ج- الشروط الخاصة بالرجال : يشترط في الرجل الحاضن بالإضافة إلى شرط العقل الأمانة و الاستقامة شروط خاصة بالرجال فقط وهي :

---

[1] محمد كمال الدين إمام ، أحكام الأحوال الشخصية للمسلمين دراسة تارخية وتشريعية وقضائية،ج1 ص221

[2] محمد كمال الدين إمام ،المرجع نفسه ،ص222

[3] قانون الأسرة الجزائري المادة 64 معدلة بموجب الأمر 02/05

1- أن يكون الحاضن محرما للمحضون إذا كانت أنثى، و لقد حدد الحنابلة و الحنفية سنّها بسبع سنين تفاديا أو حذرا من الخلوة بها لانتهاء المحرمية ، و إن لم تبلغ الطفلة حد الفتنة و الشهوة أعطيت له بالإنفاق ، لأنه في حالة بلوغها هذه المرحلة من الشهوة فلا يكون لابن العم حضانة ابنة عمه المشتهاة ، و أجازها الحنفية إذا لم يكن لبنت العم غير ابن العم، و إبقائها عنده بأمر من القاضي إذا كان مأمونا عليها و لا يخشى عليها الفتنة منه.[1]

2- اتحاد الدين بين الحاضن والمحضون لأن حق الرجال في الحضانة مبني على الميراث ولا توارث بين المسلم و غير المسلم، و ذلك إذا كان الولد غير مسلم و كان ذو الرحم المحرم مسلما، فليس له حق الحضانة بل حضانته إلى ذوي رحمه المحارم من أهل دينه، و إذا كان الولد مسلما و ذو رحمه غير مسلم ، فليست حضانته إليه لأنه لا توارث بينهما، إذ قد بني حق الحضانة في الرجال على الميراث [2]

المطلب الثاني : ترتيب أصحاب الحق في الحضانة

إن مصلحة المحضون هي هم الوالدين الوحيد الذي يهملونها في بعض الأحيان فالشريعة الإسلامية هدفها الوحيد هو حماية هذا الطفل المحضون والتي بها مختلف القوانين وسنتطرق في هذا المطلب ترتيب الحواضن وسقوط الحق في الحضانة

الفرع الأول : ترتيب الحواضن

أولا : ترتيب الحواضن في الفقه

- الأولى بحضانة الطفل إجمالا هي الأم مقدمة على الأب ما لم تتزوج
- جنس النساء مقدم في الحضانة على الرجال[3].
- جداته لأمه على جدته لأبيه.

---

[1] وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي وأدلته، المرجع السابق ، ص 830

[2] محمد أبو زهرة ، الأحوال الشخصية ، المرجع السابق ،ص408

[3] هواري صباح ،الحضانة دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والتشريعات العربية ، مذكرة تخرج لنيل شهادة ليسانس2003-2004 ص28

- تقدم أخواته على إخوته
- خالاته على أخواله
- عماته على أعمامه

أدلة تقديم الأم على الأب: أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لأم " أنت أحق بهم ما لم تنكحي ".

الترتيب في الحضانة :

1- الأم وإن علت ما لم تتزوج
2- الأب وإن علا
3- أم الأم و إن علت
4- أم الأب وإن علت
5- أخت الشقيقة
6- الأخت لأم وإن سفلت
7- الأخت لأب
8- الخالة الشقيقة ،ثم لأم ، ثم لأب
9- العمة الشقيقة ،ثم لأم ، ثم لأب

ويضبط كل هذا مصلحة مراعاة الطفل المحضون .[1]

ثانيا : ترتيب الحواضن في القانون الجزائري

نص المشرع الجزائري في المادة 64 المعدلة من قانون الأسرة الجزائري على أن الأم أولى بحضانة ولدها ،ثم الأب ،ثم الجدة لأم، ثم الجدة لأب، ثم الخالة ،ثم العمة ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك ،وعلى القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة .

[1] هواري صباح ،الحضانة دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والتشريعات العربية ،المرجع السابق ص28

من هذا يتجلى أن المشرع الجزائري قد أحسن عندما خول للقاضي إختيار الأصلح انطلاقا من مصلحة المحضون ،لتي ركز عليها كثيرا، وعليه فإنه يمكن للمحكمة أن تقضي بإجبار الأم على الحضانة حتى ولو كانت تنقصها بعض الشروط مثل تلك التي لا تؤثر عل ضمان مصلحة المحضون [1]

ثالثا : مدة الحضانة :

حددت المادة 65 من قانون الأسرة الجزائرية مدة حضانة الذكر ببلوغه العاشرة من عمره والأنثى ببلوغها سن الزواج ولقد أجاز القانون للقاضي أن يمد حضانة الصغير إلى سن 17سنة بشرط أن تكون الحاضنة أما لم تتزوج ثانية هذا مؤداه أن مجرد زواج الأم ثانية ولو لم يكن هذا الزواج قائما كاف لعدم مد حضانتها بالنسبة لولدها إلى سن السادسة عشر ، وهذا هو مذهب المالكية يكتب الراجح عندهم إذ يقولون : لا تعود حضانة لمن سقطت حضانتهما بالتزويج بعد الطلاق أو موت زوجها أو بعد فسخ النكاح الفاسد وهذا استثناء من القاعدة التي تقول "إذا زال المانع عاد الممنوع".

حكم القاضي بانتهاء مدة الحضانة مقيد بمصلحة المحضون عملا بالفقرة الثانية في المادة 65 من قانون الأسرة التي تنص على أن يراعى في الحكم بانتهائها مصلحة المحضون. [2]

تمديد مدة الحضانة : وللقاضي أن يمدد الحضانة وذلك بعد انتهاء مدة الحضانة ، حيث جاء في نص المادة 65 تنقضي مدة حضانة الذكر ببلوغه 10 سنوات ،والأنثى ببلوغها سن الزواج، وللقاضي أن يمدد الحضانة بالنسبة للذكر إلى 16 سنة إن كنت الحاضنة أما لم تتزوج ثانية على أن يراعى في الحكم بانتهائها مصلحة المحضون .[3]

من خلال تحليلنا لنص المادة هذه المادة نلاحظ أن المشرع الجزائري قد أورد استثناءا عن القاعدة العامة التي تقضي بإنتهاء مدة الحضانة ببلوغه العشر سنوات ،إذ نص

---

[1] هواري صباح الحضانة دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والتشريعات العربية ، المرجع السابق ص 30

[2] أحمد نصر الجندي ،شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق ،ص154

[3] قانون الأسرة المادة 65

على أنه يجوز أن، يقضي بتمديد مدة حضانته من سن العشر سنوات إلى غاية بلوغه سن السادسة عشر سنة وذلك في حالة ما انتهت المدة القانونية .

الفرع الثاني : سقوط الحضانة

سنتناول في هذا الفرع :

أولا : سقوط الحضانة في الفقه.

ثانيا : سقوط الحضانة في القانون.

أولا : سقوط الحضانة في الفقه

إذا بلغ المحضون الصغير غير المعتوه ولا المجنون ولا المعاق سن السابعة فقد ذهب أهل العلم في ذلك إلى مذاهب وفصلوا تفصيلا وفرقوا بين الصبي والصبية فيما يلي :

– إذا بلغ الغلام سن السابع ولم يكن معتوها ولا مجنونا ولا معاقا فيه مذاهب هي :

يخير بين أبويه، فمن اختاره كان معه وهو مذهب الشافعية.

وقال الإمام مالك : الأم أولى به حتى يثغر .

وقال أبو حنيفة : إذا أكل ولبس ،واستنجى بنفسه فالأب أولى .

واستدل أصحاب المذهب الأول القائلون بالتخيير، بما روى أبو هريرة رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم خير غلاما بين أبيه وأمه ،رواه الشافعي .

المذهب الثاني : وهو مذهب مالك أن الأم أحق بالغلام والجارية من غير تخيير .

المذهب الثالث : وهو مذهب أبي حنيفة أن الأم أحق بالجارية والأب أحق بالغلام

وقال ابن قدامه بعد الآثار السابقة مرجحا التخيير ولأن التقديم في الحضانة لحق الولد فيقدم من هو أشفق ،لأن حظ الولد عنده أكثر[1].

أما البنت : بعد السابعة إن لم تكن معتوه أو مجنونة ،أو معاقة ففيها مذاهب التالية :

الأحناف : تكون الجارية عند الأم والجدة لأم حتى تحيض ،وعند غيرها حتى تستغني وقيل حتى تشتهي ،وعللوا ذلك بأنها تحتاج إلى التأدب بآداب النساء وتعلم أشغالهن .

[1] صباح هواري ، الحضانة دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والتشريعات العربية ،المرجع السابق،ص 35

المالكية : تكون عند أمها حتى تتزوج ويدخل بها زوجها.
الشافعية : تخير كما يخير الغلام . [1]
الحنابلة : لهم روايتان.
المشهور منها أن حضانة البنت بعد السبع عند أبيها [2].
الذي ينبغي أن يراعى في حضانة الصغير أو المعتوه هي المصلحة، فمن ترجحت مصلحته عند أحد الوالدين وجب أن تمنح له الحضانة

ثانيا :سقوط الحضانة في القانون

لقد تحدث قانون الأسرة الجزائري على أسباب سقوط الحضانة في عدة مواد وجاءت فيما بين المواد 66-70

وأسباب سقوط حق الحضانة هي :

1 زواج الحاضنة بغير قريب محرم .أو تنازلها عنه إذا كان تنازل الحاضن عن حقه لا يؤثر على مصالح المحضون.

2 تشير المادة 67 المعدلة بأن الحق في الحضانة يسقط عن صاحبه باختلال الشروط المنصوص عليها في المادة 62 وهي عجز الحاضن عن توفير الرعاية والتربية وافتقاره على تربية دين أبيه وحفظ صحته وخلقه[3].

3 من أسباب سقوط حضانة ما نصت عليه م ادة 68 قانون أسرة إذا لم يطلب من له حق في الحضانة ممارسة هذا الحق مدة تزيد عن سنة بدون عذر سقط حقه فيها

4 إذا أراد شخص الذي صدر حكم الحضانة لصالحه أن يستوطن في بلد أجنبي خارج الوطن الجزائري فإن حق الحضانة يسقط .إلا إذا رأى القاضي أن مصلحة المحضون تتطلب أن يبقى .

[1] صباح هواري ، الحضانة دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والتشريعات العربية ،المرجع السابق،ص 35

[2] صباح هواري ،المرجع نفسه ،ص 36

[3] عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد شرح أحكام الزواج والطلاق ،ط2009،2 ص 142

5 من أسباب السقوط الحضانة هو المادة 70 قانون الأسرة أن سكن الجدة أو الخالة الحاضنة بالمحضون مع أم هذا المحضون المتزوجة بغير محرم قريب بالنسبة لطفل المحضون وهو يشكل سبب من أسباب سقوط حق الجدة والخالة في الحضانة .[1]

الفرع الثالث : عودة الحق في الحضانة بعد سقوطه.

أولا : الفقهاء من الأحناف والشافعية والحنابلة يقولون إذا أسقطت الحضانة لمانع ثم زال المانع عادت الحضانة لصاحبها ،ويشتمل على أن يكون المانع أمرا اضطراريا لا دخل لمستحقي الحضانة فيه كالمرض و كان أمرا اختيارا لمستحق الحضانة دخل فيه كالزواج والسفر ومدى هذا الرأي أن الحضانة أن الحاضنة إذا تزوجت بغير محرم[2] سقط حقها في الحضانة فإذا طلقت أومات عنها زوجها عاد حقها في استحقاق الحضانة .

فقهاء المالكية يفرقون فيقولون إذا كان المانع من استحقاق الحضانة أمرا اضطراريا لا دخل للحاضنة فيه تعود الحضانة إليها بعد زوال المانع أما إذا كان المانع اختياريا لها دخل فيه لا تعود إليها الحضانة بعد زوال المانع [3]، فإذا مرضت الحاضنة مرضا يمنعها من الحضانة، ثم شفيت من مرضها تعود للحضانة لأن المانع اضطراري ، أما إذا تزوجت برجل أجنبي وانتقلت إلى بلد بعيد عن بلد الولي وسقط حقها في الحضانة بسبب الزواج أو الانتقال ،ثم فارقها زوجها بطلاق أو وفاة لا تعود إليها بعد زوال المانع لأن سقوط الحضانة كان باختيارها فلا تكون معذورة[4].

[1] عبد العزيز سعد، قانون الأسرة في ثوبه الجديد، المرجع نفسه ، ص 143

[2] احمد نصر الجندي ، شرح قانون الأسرة الجزائري ، المرجع السابق ،ص157

[3] احمد نصر الجندي ، شرح قانون الأسرة الجزائري ، المرجع نفسه ،ص158

[4] احمد نصر الجندي ، شرح قانون الأسرة الجزائري ، المرجع السابق ،ص159

ثانيا :عودة الحق في الحضانة لمستحقيها في القانون.

لقد نصت المادة 71 من قانون الأسرة على أن " يعود الحق في الحضانة إذا زال سبب سقوطه غير الاختياري " [1]

ومع ذلك فإنه إذا كان لشخص الحق في الحضانة وسلب منه هذا الحق أو يسقط عنه لسبب من الأسباب القانونية كأن يكون غير قادر على ضمان تربية المحضون على دين أبيه أو غير قادر على رعايته وضمان حمايته ، والعناية بصحته وخلقه وتعليمه ، فإن حق الحضانة سيعود إليه إذا توفر لديه السبب الذي كان ينقصه والذي سلب منه حق الحضانة من أجله".[2]

[1] قانون الأسرة الجزائري ،المادة 71

[2] عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة ،المرجع السابق ص303

المبحث الثالث: الآثار المادية لفك الرابطة الزوجية

من بين أهم الحقوق الثابتة للولد حق النفقة وهي تعتبر كأثر من أثار المادية لفك الرابطة الزوجية وسنتناول في هذا المبحث فيما يخص المطلب الأول تعريف النفقة وذكر أنواعها ووجوبها وسنتناول في المطلب الثاني النزاع في المتاع .

المطلب الأول : النفقة

في ظل الحياة الاجتماعية وضغط الظروف الاقتصادية التي باتت تطال المجتمع الجزائري،وهروب الكثير من الأزواج من الواجب الملقاة على عاتقهم بحكم القانون والشرع فقد باتت الكثير من القضايا تؤم محاكمنا الشرعية ومنها دعاوى النفقة التي كانت في الماضي قليلة نسبيا

وتثور قضايا النفقة في حالتين :

الأولى : هي هجر الزوج لمسكن الزوجية أو نشوب خلافات بينهما يمتنع الزوج على أثرها عن الأنفاق

الثانية : هي تطليق الزوج لزوجته، سواء بإرادته المنفردة أو لاستحالة العشرة بينهما، عبر المحكمة وامتناعه عن إعطاء الزوجة حقوقها المالية والأنفاق على أبناءه منها.

وسنحاول دراسة النوع الثانية من خلال هذا المطلب .

الفرع الأول: مفهوم النفقة.

الفرع الثاني : نفقة المعتدة ونفقة الأولاد .

الفرع الأول : مفهوم النفقة.

أولا: تعريف النفقة

لغة: هي ما ينفقه الإنسان على عياله[1].

النفقة في اصطلاح الفقهاء : قصد بها الطعام والكسوة والسكن، فإذا أطلق لفظ النفقة انتظم هذه الأمور الثلاثة .[2]

---

[1] عبد القادر بن حرز الله ،الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق ،المرجع السابق ،ص 380

[2] أحمد نصر الجندي ،شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق ،ص 162

أدلة وجوب النفقة : تجب نفقة الأقارب بأدلة الأحكام الأصلية .

الأدلة من القرآن الكريم :

في كتاب الله العديد من آيات الأحكام التي توجب نفقة القريب بعضها لعبارة النص وبعضها بإشارته .

قوله تعالى {والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة، وعلى المولود رزقهن وكسوتهن بالمعروف لا تكلف نفس إلا وسعها ،ولا تضار والدة بولدها ، ولا مولود له بولده وعلى الوارث مثل ذلك }[1]

وأما من السنة فقوله صلى الله عليه وسلم في حديث حجة الوداع {اتقوا الله في النساء فإنهن عوان عندكم ، أخذتموهن بأمانة الله واستحللتم فروجهن بكلمة الله ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف }

أما المعقول : فهو أن المرأة محبوسة على الزوج بمقتضى عقد الزواج ممنوعة عن التصرف والاكتساب بتفريغها لحقه ،فكان عليه أن ينفق عليها وأولاده. لأن الغرم بالغرم[2].

ثانيا : مشتملات النفقة : وهي تشمل ما يلي :

وقد نص المشرع الجزائري في المادة 78 أن النفقة تشمل الغذاء والكسوة والعلاج والسكن أو أجرته ، وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة .[3]

ولقد أحسن المشرع الجزائري عندما نص على أنه يدخل في النفقة ما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة في إطار المستوى العام للحياة الاجتماعية في حدود طاقة الزوج لا إسراف ولا تقصير .

---

1 سورة البقرة الآية 233

[2] عبد القادر بن حرز الله ،الخلاصة في أحكام الزواج وطلاق ،المرجع السابق ،ص 382

[3] قانون الأسرة الجزائري المادة 78

وقد اتفق الفقهاء على أن نفقة القريب من ولد وولد ولد مقدرة بقدر كفاية من الخبز ولأدام والمشروب والكسوة والسكنى والرضاع إن كان رضيعا على قدر حال المنفق وعوائد البلاد،لأنها وجبت للحاجة فتقدر الحاجة بقدر الحاجة .

الفرع الثاني : نفقة المعتدة ونفقة الأولاد

أولا : نفقة المعتدة

العدة إما أن تكون من طلا ق رجعي أومن طلاق بائن أومن فرقة غير الطلاق أو من فراق بالوفاة ،وتجب النفقة في كل الأحوال في المذهب الحنفي طالما كانت العدة من زواج صحيح وتمنع النفقة في حالتين :

الحالة الأولى : الفرقة بسبب محضور من جانب الزوجة ،لأن المعصية مسقطة لنفقة وتبقى السكنى على المطلق عند الأحناف .

الحالة الثانية : عند وفاة زوجها عنها : فلا نفقة لأن العدة هنا من حق الله أما الزوج فقد انقطعت بموته عصمة الزواج .

ويرى الجمهور أن النفقة لا تثبت للمعتدة إلا في حالتين :

الحالة الأولى : حالة المعتدة من طلاق رجعي ،وهذه تثبت لها النفقة باتفاق الفقهاء .

الحالة الثانية : المعتدة الحامل وهي لها أيضا نفقة العدة بالاتفاق .

أما المرأة المطلقة طلاقا بائنا فلا نفقة لها عند الجمهور بانقطاع الزوجية .[1]

ثانيا : نفقة الأولاد

نفقة الأولاد هي نفقة الفروع والفروع عدة وسنتاول فيها المقصود بالفروع .

قال الأحناف والشافعية و الحنابلة : الفروع هم أولاد الشخص وأولاد أولاده وأن نزلوا سواء كانوا ذكورا أو إناثا قال الإمام مالك المقصود بالفروع هم الأولاد المباشرون فقط ذكورا أو إناثا[2] ،والإمام مالك قال أن المقصود بلفروع هم الأولاد المباشرون فقط ذكورا

[1] محمد كمال دين إمام ،أحكام الأحوال الشخصية للمسلمين دراسة تاريخية وتشريعية وقضائية ،المرجع السابق، ص 195.

[2] أحمد نصر الجندي ،شرح قانون الأسرة الجزائري ، المرجع السابق ، ص 164

أو إناثا ، والقانون في المادة 75 نصت على أنه تجب نفقة الولد على الأب ما لم يكن له مال فبالنسبة لذكور إلى سن الرشد والإناث إلى الدخول وتستمر في حالة ما إذا كان الولد عاجزا لآفة عقلية أو بدنية أو مزاولا للدراسة وتسقط بالاستغناء عنها .[1]

وشرط وج وب نفقة الولد على أبيه هي أن يكون الولد فقيرا بمعنى لا مال له ،وأن يكون عاجزا عن الكسب بمعنى إذا كان الولد قادرا على الكسب لا يجب له النفقة على أبيه ولو لم يكن له مال ،فتجب نفقته على أبيه متى كان قادرا على الإنفاق ليساره .

قال المالكية إن الأب إذا كان موسرا وجبت عليه نفقة أولاده المعسرين .أما إذا كان معسرا وكان قادرا على الكسب فلا يجب عليه الكسب فلا يجب عليه التكسب لينفق على أولاده المعسرين .ولو كان لأب صنعة .[2]

أما الأحناف يقولون أن الأب إذا كان موسرا ، أو قادرا على الكسب وجبت عليه نفقة أولاده ولا يسقط هذا الو

– أما نفقة البنت فتستمرعلى الأب إلى أن تتزوج ،ويدخل بها زوجها، بمعنى أن عقد الزواج وحده لا يكفي لإسقاط نفقة البنت على أبيها ،وإنما الدخول شرط ضروري [3]

ثالثا : حالات استحقاق الأم حق الرضاع

أولا : حالات استحقاق الأم حق الرضاع ومدتها

– تستحق الأم الأجرة على الرضاع بالاتفاق بعد انتهاء الزوجية والعدة ،أو في عدة الوفاة وذلك لقوله تعالى {فإن أرضعن لكم فآتوهن أجورهن }.

–تستحق الأم الأجرة في عدة الطلاق البائن في الأصح عند الحنفية لأنها كالأجنبية .وكذا عند المالكية .

[1] قانون الأسرة ، المادة 75

[2] أحمد نصر الجندي، المرجع نفسه ، ص 164

[3] أحمد نصر الجندي، شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق ، ص 165

ثانيا : مدة استحقاق الأم أجرة حق الرضاع

اتفق الفقهاء على أن مدة استحقاق الأجرة على الرضاع هي سنتان فقط فمتى أتم الطفل حولين كاملين لم يكن للمرضعة حق في المطالبة بأجرة الرضاع، لقوله تعالى { والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة } دلت الآية على أن الأب يلزم بنفقة الرضاع في مدة سنتين فقط.[1]

المطلب الثاني : النزاع حول متاع بيت الزوجية

إن وأهم وأخطر أهم أثر من آثار الطلاق وأكثرها غموضا وتعقيدا وأكثرها خصاما بين المتطالقين هو النزاع أو الخصام حول محتويات البيت وما يشتمله من أثاث ومفروشات وأدوات تكون الزوجة قد جلبتها معها يوم زفافها ولما يتحول انسجام إلى شقاق، فيقع الطلاق ثم تبدأ مرحلة الحسابات وتدابير العقاب والتردد على المحكمة وكل واحد من الزوجين يزعم أن أثاث بيت الزوجية ملكه وحقه كله أو بعضه وهنا يكون النزاع حول أثاث البيت ،ففي هذا المبحث سنحاول دراسة النقاط التالية :معنى متاع البيت وإشكالات القانونية التي تثيرها المادة 73 من قانون الأسرة وسنقسم هذا المطلب إلى ثلاث فروع :

الفرع الأول : معنى متاع البيت

الفرع الثاني: إشكالات التي تثيرها المادة 73 قانون الأسرة

الفرع الثالث : مكان حلف اليمين وكيفية أدائها

[1] عبد القادر بن حرز الله ،الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق ، المرجع السابق ،ص 392

الفرع الأول : معنى متاع البيت

– إن قانون الأسرة الجزائري لم يعرف متاع البيت تعريفا صريحا.وسنحاول تعريفها من مجموع الأفكار التي تضمنها بعض قرارات المحكمة العليا فنقول أن متاع البيت هو مجموعة الأشياء الموجودة في منزل الزوجية والمخصصة للاستعمال المشترك داخل المنزل من كلا الزوجين وباقي أفراد الأسرة مثل الأفرشة والأغطية وجهاز التلفاز والبراد والكراسي والأرائك وغيرها من الأشياء المستعملة في تجهيز قاعة الأكل وقاعة الجلوس وغرفة النوم وغيرها .[1]

الفرع الثاني: إشكالات التي تثيرها المادة 73 قانون الأسرة

تثور عدة إشكالات فيما يتعلق بإثبات الأثاث من عدمه فالمادة 73 قانون الأسرة [2] بالرجوع إلى قانون الأسرة و المادة 73 منه التي تنص على إذا وقع نزاع بين زوجين أو ورثتهما في متاع البيت و ليس لأحدهما بينة فالقول للزوجة أو ورثتها مع اليمين في المعتاد للنساء و القول للزوج أو ور ثته مع اليمين في المعتاد للرجال و المشتركات يتقسمانها مع اليمين.[3]

تثورعدة إشكالات فيما يتعلق بإثبات الأثاث من أمور نوردها فيما يلي :

1– قاعدة البينة على من على من ادعى واليمين على من أنكر: يشترط أن يكون الأثاث موجودا ومشاهدا للجميع ،ويطالب صاحب الدعوى تمكينه من أثاثه هنا ك حالتين :

أ– إما أن يدعي المدعي بوجود أثاث محل الدعوى ويقر المدعي بوجود الأثاث كما ذكره المدعى ففي هذه الحالة يحكم لصالح المدعي ويلزم المدعى بأداء المتاع للمدعي دون تطبيق الإثبات لأن الموضوع دون نزاع .

[1] عبد العزيز سعد ،قانون الأسرة في ثوبه الجديد ،المرجع السابق ،ص148

[2] باديس ديابي ،أثار فك الرابطة الزوجية ،المرجع السابق ،ص97

[3] قانون الأسرة الجزائري ، المادة 73

ب- أما إذا ادعى المدعي وجود المتاع الزوجية وأنكر المدعي عليه وجوده هنا نطبق قاعدة الإثبات البينة على من ادعى واليمين على من أنكر أي المدعى يقدم الدليل على وجود المتاع فإذا عجز عن الإثبات توجه يمين النفي للمدعى عليه ينكر بها وجود المتاع أصلا .[1]

2 – قاعدة أن يكون لأحد الزوجين البينة على المتاع :

إذا كان لأحد الزوجين البينة على أي جزء من المتاع فيقضي له لذلك سواء كان من المعتاد للرجال أو من المعتاد لنساء لأن البينة تعد دليلا كاملا يقدم على نصف الدليل .فيمكن لزوج أن يقيم دليلا لما هو معتاد لنساء كأن يملك مواد تجميل ويقدم دليلا يثبت أنه يملكها.ويعتد بسماع الشهود كإثبات لتملك المتاع، رغم إمكانية إقامة فواتير

الفرع الثالث : مكان حلف اليمين وكيفية أدائها

رغم سكوت قانون الأسرة عن مكان وكيفية أداء اليمين المنصوص عليها في المادة 73 [2]،منه فكان عليه أن يلجأ إلى تطبيق القواعد العامة على أن يقوم الخصم بحلف اليمين في الجلسة وبحضور الخصم الآخر أو بعد تبليغه بتاريخ ومكان الجلسة وأن تصدر صيغة اليمين بعبارة أحلف بالله العظيم .وأن خالف القضاة هذه النصوص فإنهم يكنون قد خرقوا إجراءات جوهرية وعرضوا أحكامهم لنقض .

[1] باديس ديابي ، أثار فك الرابطة الزوجية ، المرجع السابق ، ص 103

[2] عبد العزيز سعد ، قانون أسرة الجزائري في ثوبه الجديد ، المرجع السابق ، ص 152

خلاصة الفصل الأول:

وفي الأخير وكخلاصة لما سبق ذكره في الفصل الأول أن الطلاق يرتب آثارا قانونية تتمثل في العدة ، وهي المدة التي تتربصها المرأة المفرقة لزوجها بطلاق أو وفاة لتأكد من خلو الرحم من الجنين، ولأن وقع الطلاق عظيم على كل من الزوجين ،وجبت العدة على المرأة بسببه سيما إذا كان مدخول بها ،أما إذا لم يكن هناك دخول أو خلوة صحيحة فلا عدة للمرأة وللعدة أحكام تنظمها من حيث المدة التي تتربصها والحقوق المترتبة عنها، وكذلك الحضانة وهي تربية الصغير ورعاية الصغير والقيام بجميع شؤونه ،والنفقة من بين أهم الحقوق الثابتة للولد حق النفقة وهي تعتبر كأثر من آثار المادية لفك الرابطة الزوجية.والنزاع في متاع البيت هو أهم وأخطر أثر من آثار الطلاق وأكثرها غموضا وتعقيدا وأكثرها خصاما بين المتطالقين وهو ذلك النزاع أو الخصام حول محتويات البيت وما يشتمله من أثاث ومفروشات وأدوات تكون الزوجة قد جلبتها. ويمكن القول أن آثار الطلاق تتمثل في العدة والحضانة والنفقة والمسكن ونزاع في متاع البيت.

الفصل الثاني

مظاهر تدخل القضاء الاستعجالي في آثار الطلاق

تمهيد وتقييم :

يعتبر القضاء المستعجل مؤسسة استثنائية هدفها صيانة الحقوق المهددة بالأخطار وتوفير الحماية الوقتية للمكتسبات إلى حين الفصل في أصل دعواها، بشرط توفر عنصر الاستعجال وكذا عدم المساس بجوهر النزاع .

فمن بين الخصائص التي يتميز بها القضاء المستعجل البساطة في الإجراءات والمرونة وسرعة البت في كل ما يعرض عليه من النزاعات التي يخشى عليها فوات الوقت، وذلك بهدف حماية حقوق الأطراف حماية مؤقتة وعاجلة في انتظار الفصل في موضوع الدعوى الذي يترك أمره لمحكمة الموضوع .

وبما أن القضايا الأسرية عموما ومادة الحضانة وقضايا النفقة ومسكن الحاضنة وحق الزيارة على وجه التحديد، وما تتميز بها من أهمية كبرى نظرا للطابع الحساس لها فإن العمل القضائي الاستعجالي لم يخرج اختصاصه منها، بل كان حاضرا على مستوى جميع الحقوق المتعلقة بالحضانة والنفقة وحق الزيارة والسكن.

وعليه نقسم هذا الفصل إلى ثلاثة مباحث :

المبحث الأول : مظاهر تدخل القاضي الاستعجالي في حماية المحضون

المبحث الثاني : حدود تدخل القاضي الاستعجالي في قضايا النفقة

المبحث الثالث : التدابير الاستعجالية المتعلقة بمسكن الحاضنة وحق زيارة

المبحث الأول : مظاهر تدخل القاضي الاستعجالي في حماية المحضون

أحاط المشرع الجزائري حق الطفل في الحضانة بالعديد من الضمانات أهمها مصلحة الطفل المحضون وأوكل للقضاء مسؤولية حماية وتكريس هذه المصلحة عن طريق السلطة التقديرية للقاضي الذي يتمتع بها بمقتضى نصوص قانون الأسرة فلقد نصت المادة 57 مكرر المعدلة بموجب الأمر 05-02على إنشاء اجرءات جديدة جاء فيها أنه يجوز للقاضي أن يفصل على وجه الاستعجال بموجب أمر على عريضة في جميع التدابير المؤقتة ولاسيما ما تعلق منها بالنفقة والحضانة وحق الزيارة والمسكن . وهذه المادة مستوحاة من المادة 242 قانون المدني الفرنسي .

وعليه نقسم هذا المبحث إلى مطلبين :

المطلب الأول : مسألة الانتقال بالمحضون

المطلب الثاني : مصلحة المحضون

المطلب الأول : مسألة الانتقال بالمحضون

الفرع الأول : انتقال أحد الوالدين من البلد

جعل بعض الفقهاء إقامة أحد الوالدين في البلد شرط من شروط استحقاق الحضانة وجعل البعض الأخر إقامة الأب أو ولي المحضون شرط ا من شروط استحقاق الأم للحضانة

والانتقال والسفر من البلد إما أن يكون لسكنى والاستقرار أو لتجارة أو لنزهة أو الحج .

أولا: السفر للحاجة كالحج أو التجارة والنزهة

- إذا كان الأب هو المسافر :اتفق الفقهاء الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة والظاهرية على أنه إذا كان الأب هو المسافر سفر حاجة فإنه لا يسقط حق الأم في الحضانة مادمت هي مقيمة في البلد وذلك السفر على الولد .

- إذا كانت الأم هي المسافرة : إذا سافرت الأم سفر حاجة والأب مقيم فإنه لا يسقط حقها في الحضانة وبهذا قال المالكية والحنابلة .

إلا أن الشافعية والحنابلة في الرواية الثانية ذهبوا إلى أن الأم تسقط حضانتها في هذه المدة التي هي مسافرة فيها وتنتقل إلى الأب فإذا عادت من السفر عاد حقها في الحضانة .

ثانيا: السفر للانتقال والسكنى الدائمة

- إذا أراد الأب الانتقال من البلد لأخر للإقامة فيها[1].

الإقامة دائمة ذهب الحنفية :

أنه ليس للأب الانتقال بالولد حتى يبلغ الصغير، فلا يستحق الأب ذلك سواء كان بلد بعيد أو قريب.

[1] وفاء معتوق حمزة فراش ، آثار الطلاق المعنوية في الفقه الإسلامي، دار الثقافة لنشر والتوزيع، د ت ص 485

– أما المالكية فذهبوا إلى أن الأب يأخذ الصغير من أمه للانتقال معه وإن كان المحضون رضيعا والأم إما أن تتبعه إلى البلد الذي سيقيم فيه لتحضن ابنها وإما أن يسقط حقها في الحضانة . ووافق الشافعية والمالكية في ذلك .

أما الحنابلة فلهم روايتان : الأولى وافقوا فيها المالكية والشافعية في أن للأب الحق في انتزاع الولد من أمه لسفر والإقامة في بلد ثاني، أما الرواية الثانية فقد وافقوا الأحناف في عدم استحقاق الأم للحضانة .

– أما إذا كانت الأم هي المسافرة :

اختلف الفقهاء في استحقاق الأم للحضانة إذا أرادت السفر والانتقال من بلد إلى أخر.

– ذهب الأحناف : لها ذلك إذا كان البلد الذي تنتقل إليه وطنها على أن لا يكون دار حرب ولا يسقط حقها غي الحضانة إذا كان قد عقد عليها الزوج فيه .أما المالكية والشافعية والحنابلة فقالوا: يسقط حق الأم في الحضانة وكان البلد الذي تنتقل إليه تقصر الصلاة فيه فتنتقل الحضانة للأب لأنه يقوم بتأديب الولد وحفظ نسبه [1]

و ما نستخلصه من اختلاف الآراء بين الفقهاء في ما يخص مسألة السفر يتبين لنا أنه ليس للأب الانتقال بالولد سواء كان السفر لحاجة أو إقامة مادامت الأم مقيمة ، أما إذا كانت الأم هي المسافرة فإنها تستحق الحضانة إذا كان سفرها لحاجة ويسقط حقها إذا كان سفرها للانتقال والسكنى الدائمة في بلد بعيد أكثر من مسافة القصر.

إذ أنه يجب أن تتوفر في السفر راحة الصغير و مصلحته و صحته، فإذا كان فيه مخاطر على المحضون فلا يجوز لأي من الأبوين أو غيرهما السفر به.

و تجدر الإشارة أنّ المسألة ترجع للقاضي في تقدير ذلك إذا كان الانتقال بقصد الاستيطان دائما مراعيا مصلحة المحضون.

[1] وفاء معتوق حمزة فراش، آثار الطلاق المعنوية في الفقه الإسلامي،المرجع السابق ، ص 489

ثانيا : مسألة انتقال بالمحضون في القانون

لم ينص القانون الأسرة الجزائري صراحة على المكان الذي يجب أن تمارس فيه الحضانة ولكن الأكيد أن المشرع الجزائري لم يحبذ الانتقال بالمحضون إلى بلد أجنبي وجعلها من مسقطات الحضانة[1].

ونستشف ذلك من المادة 69 إذا أراد الشخص المكل له حق الحضانة أن يستوطن في بلد أجنبي رجع الأمر للقاضي في إثبات الحضانة له وإسقاطها عنه مع مراعاة مصلحة المحضون [2].

فالمشرع الجزائري أوحى برغبته في ممارسة الحضانة في بلد يقيم فيه أهله حتى لا ينقطع عنهم .

ولقد سارت المحكمة العليا نفس المسار عندما أسقطت الحضانة في بلد أجنبي وقد جاء في القرار :

"تسقط الحضانة بسب بعد المسافة في حالة إقامة الأم في بلد وإقامة الولد في الجزائر حيث أكد قضاة المحكمة العليا أنه وبالرجوع إلى القرار المطعون فيه يتبين أن قضاة الاستئناف أسسوا قرارهم على أحكام الشريعة الإسلامية ونصوص قانون المادة 69 قانون الأسرة حتى ولو لم تذكر هذه المادة نصا في القرار

غير أنه إذا كان الزوجان يقطنان في بلد أجنبي واحد فلا تسقط حضانته بسبب الإقامة خارج التراب الوطني.[3]

- حضانة، إقامة الوالدين ببلد أجنبي معا

---

[1] باديس ديابي ،آثار فك الرابطة الزوجية ، المرجع السابق، ص94

[2] قانون الأسرة الجزائري المادة 69

[3] باديس ديابي ،المرجع نفسه ،ص 95

متى كان من المقرر شرعا وقانونا أن الحضانة : تسند لأحد الأبوين الذي يسكن بالجزائر أبا أو أما فإن سكن الوالدين معا في بلد أجنبي يستلزم تطبيق القواعد الشرعية المعروفة في الحضانة[1] .

المطلب الثاني : مصلحة المحضون

الفرع الأول : تعريف مصلحة المحضون

أولا : تعريف المصلحة

لغة :

المصلحة لغة تعني المنفعة، فهي كل ما يبعث على الصلاح وما يتعاطاه الإنسان من الأعمال الباعثة على النفع تسمى مصلحة كطلب العلم مثلا مصلحة لأن الطلب بسب المنافع المادية والمعنوية . وكل ما كان فيه نفع سواء كان بالجلب أو التحصيل كاستحصال الفوائد و اللذائذ، أو بالدفع كاستبعاد المضار والآلام فهو جدير بأن يسمى مصلحة .

اصطلاحا :

عرف الغزالي المصلحة بأنها (عبارة في الأصل عن جلب منفعة أو دفع مضرة ولسنا نعني به ذلك ، فإن جلب منفعة و دفع المضرة مقاصد الخلق لكننا نعني بالمصلحة المحافظة على مقصود الشرع ومقصود الشرع من الخلق الخمس :وهو أن يحفظ عليهم دينهم ونفسهم وعقلهم ونسلهم ومالهم قال ما يتضمن حفظ هذه الأصول الخمسة فهو مصلحة).

وعرفها الخوارزمي : بأنها المحافظة على مقصود الشرع بدفع المفاسد عن الخلق.[2]

---

[1] نبيل صقر ،قانون الأسرة نصا وفقها وتطبيقا ، دار هومه، 2006، ص257

[2] حميدو زكية ، مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة ، جامعة تلمسان ،2004-2005 ص69

أما الشاطبي فقد عرفها فقال وأعني بالمصالح ما يرجع إلى قيام حياة الإنسان وتمام عيشه ونيله ما يقتضيه أوصافه الشهوانية والعقلية على الإطلاق حتى يكون منعما على الإطلاق.[1]

ثانيا : مراعاة قاعدة مصلحة المحضون

إن مصلحة المحضون أو الطفل قاعدة فقهية يصعب إفراغها في مادة قانونية، فهي قاعدة متعارف عليها رغم عدم تحديد محتواها، والمشرع أخذ بها دون أن يحدد لها معنا عاما ومجردا.

فقاعدة مصلحة المحضون قاعدة ذاتية أي أنها تتعلق بكل طفل على حدى ، فالقاضي ينظر إلى الظروف الخاصة بكل طفل من حيث السن والحاجيات والمحيط الذي يترعرع فيه ، كما يجب أن ننظر إلى هذه القاعدة من حيث الزمان فتطور الحياة أدى إلى تطور متطلباتها وإلى تعقيدها أيضا .

وما يمكن قوله هو أن قاعدة مصلحة الطفل قاعدة مرنة تتأقلم مع الظروف الزمنية فهي تختلف من زمان إلى آخر ومن مكان إلى آخر وخاصة من طفل إلى آخر.

ويظهر أن المشرع الجزائري قد تأثر إلى حد بقاعدة مصلحة المحضون شأنه شأن القوانين الحديثة إلا انه لم يفتح الباب على مصراعيه كما فعلت بعض التشريعات العربية ، بل جعل القاعدة أداة يرجع إليها القاضي كلما رأى في ذلك ضررا للطفل[2]

ولذلك نص في المادة 65 من قانون الأسرة على الأخذ بعين الاعتبار مصلحة المحضون في قبول أو عدم قبول طلب تمديد حضانة المحضون إذا كان ذكرا فالقاضي بذلك يعتبر الحامي الأول للطفل المحضون فإذا رأى أنه بقبوله لطلب

[1] حميدو زكية ، مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة ،المرجع السابق، ص69

[2] الحضانة في ظل قانون الأسرة الجزائري ، دفعة 12، 2001 طلبة المعهد الوطني للقضاة الجزائر، 2004 ص21

الحاضنة بتمديد حضانة طفلها ضررا له رفض ذلك الطلب ولكن وجب عليه أن يعلل سبب رفضه .

فقاعدة مصلحة المحضون كما سبق وأن ذكرنا هي قاعدة في نفس الوقت ذاتية تتعلق بكل طفل على حدى وهي كذلك قاعدة مرنة وبما أن المشرع لم يعطي تعريفا دقيقا لهذه القاعدة فهذا يفتح المجال لكل قاضي أن يعبر عن هذه القاعدة حسب قناعته الفكرية وطريقته في التربية هذا ما سهل الأمر.

وسيسهل حتما عمل القضاة، فبعدم تقيدهم بتعريف دقيق منحهم المشرع الجزائري حرية تقدير ظروف كل طفل على حدى وبحسب طريقة المعيشة وحسب المحيط الذي يمارسون فيه عملهم، فمثلا حاجيات طفل في الصحراء تختلف عنها في المناطق الشمالية، فقاعدة مصلحة المحضون تختلف من مكان إلى آخر ومن زمان إلى آخر[1].

الفرع الثاني : سلطة القاضي في تقدير مصلحة المحضون

رأينا أن المشرع الجزائري جعل قاعدة مراعاة مصلحة المحضون هي الأسمى وفوق كل اعتبار، ومهما كانت العواقب، غير أن مراعاة هذه المصلحة أعطيت للقاضي الذي له كامل الصلاحيات للوصول إلى ما هو أصلح دائما، كما أن السلطة التقديرية تختلف من قضية إلى أخرى حيث أن لكل قضية ظروفها المحيطة بها قد تؤثر في قناعة القاضي في تقدير مصلحة المحضون، ومن أمثلة ذلك ما ورد عن الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا أين اعتبر إسناد الحضانة للجدة تطبيقا صحيحا للقانون رغم دفع الطاعن بكبر سنها وأن مصلحة المحضون تقتضي بقائه مع أبيه لكون الرابطة الزوجية انفكت بالوفاة[2] .

---

[1] الحضانة في ظل قانون الأسرة الجزائري ، المرجع السابق ، ص 21

[2] www .droit .dz.com /formzhow thread.phpl=923page 2011- /2014 /04/03 10:45

وحتى يستطيع القاضي تكوين قناعته التامة وتقدير مصلحة المحضون بصفة دقيقة له في ذلك الرجوع لع دة وسائل من خلالها يقدر الاعتماد على الوثائق المقدمة من الطرفين والموازنة بينهما حتى يستطيع تكوين قناعته فيما يخص مصلحة المحضون كما للقاضي الانتقال لمعاينة المكان الذي تمارس فيه الحضانة والظروف المحيطة بذلك الوسط مثل قربه من المدرسة، وبالرغم من كل الوسائل المتاحة فإنه يصعب على قاضي الأحوال الشخصية في بعض الأحيان اختيار الحكم الصائب و كذا في حال تعدد المحضونين ويمكن إرجاع ذلك إلى السن فما يصلح لطفل رضيع لا يكون صالح لطفل صغير يبلغ 7 سنوات .[1]

وللقاضي الصلاحيات الكاملة في تقدير مصلحة المحضون ، ومثال ذلك ملف رقم 581222 بتاريخ 2010/10/14 حضانة مصلحة المحضون، تطليق

يقتضي مصلحة المحضون إسناد حضانته لأمه، بالرغم من تنازلها عنها في دعوى التطليق، بسبب الحكم على الزوج ،لارتكابه جريمة مخلة بشرف الأسرة[2].

الفرع الثالث : نفقة المحضون

– نصت المادة 78 من قانون الأسرة الجزائري في تعريفها للنفقة في مفهومها العام على:

تشمل النفقة : الغذاء والكسوة والعلاج، والسكن وأجرته، وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة[3].

و هذا معناه أن النفقة هي كل ما يحتاج إليه الإنسان لإقامة حياته من طعام و كسوة و علاج، وسكن وخدمة وكل ما يلزم بحسب العرف والعادة، وهي ما يصرفه الزوج على زوجته و أولاده و أقاربه بحسب المتعارف عليه بين الناس،و حسب وسع الزوج.

---

[1] www .droit .dz.com /formzhow thread.phpl=923page 2011- /2014 /04/03 10:45

[2] حسيني عزيزة ،الحضانة في قانون الأسرة ،جامعة بن عكنون الجزائر 2001 ص89

[3] قانون الأسرة المادة 78

و النفقة تجب للفروع على الأصول، كما تجب للأصول على الفروع حسب القدرة و الاحتياج، والأصل أن النفقة تعود إلى سببين اثنين هما : الزواج و القرابة وقد استمد المشرع الجزائري وجوب نفقة المحضون من مال أبيه ، إن لم يكن للمحضون مال،وهذا ما ذهب إليه جمهور أئمة المذاهب الأربعة في الشريعة الإسلامية ،ذلك أن الأب ملزم بالنفقة على الأولاد ، في إطار عمود النسب[1].

إذا كان للولد مال فإن نفقته تكون من ماله، فإذا لم يكن له مال فتكون على أبيه.

حيث تنص المادة 75 تجب نفقة الولد على الأب ما لم يكن له مال، فبالنسبة للذكور إلى سن الرشد ، والإناث إلى الدخول ، و تستمر في حالة ما إذا كان الولد عاجزا لآفة عقلية أو بدنية، أو مزاولا للدراسة و تسقط بالاستغناء عنها بالكسب [2].

وعليه لكي تكون نفقة الأب واجبة على ابنه يجب أن يكون الأب قادرا ، و أن يكون الابن محتاجا لها ، لكونه لا مال له أو لكونه صغير السن، أو ذا عاهة أو مزاولا لدراسة إلى أن يستغني عنها بالكسب .

الفرع الرابع : معيار استماع المحضون لتحري مصلحتها

إذا كانت مصلحة المحضون هي العمود الفقري للحضانة، فإنه ينبغي دراسة كل ما يمكن أن يساعده على تحقيقها ، ولا غرابة في محاولة إعطاء المحضون فرصة للإسهام في تحقيق مصلحته بنفسه، فالطفل إنسان يحس ويرغب ويفضل وسوف نبين موقف الفقه من مسألة تخيير المحضون لحاضنه .

[1] عامر عبد العزيز ،الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية فقها وقضاءا ،المرجع السابق ص 431

[2] قانون الأسرة المادة 75

أولا : موقف الفقه من تخيير المحضون لحاضنه :

اختلفت الآراء الفقهية حول مسألة تخيير المحضون لحاضنه .

موقف الفقه الإسلامي : (تعتبر مسألة تخيير المحضون لحاضنه قديمة العهد، وقد ظهرت مسألة تخيير المحضون في عهد الرسول الكريم .

حيث جاءت امرأة إلى الرسول صلى الله عليه وسلم فقالت " يا رسول ، إن زوجي يريد أن يذهب بابني وقد ساقني من بئر أبي عنبة ، وقد نفعني "فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم "هذا أبوك وهذه أمك .فخذ بيد أيهما شئت ، فأخذ بيد أمه "

وقد قضى بذلك عمر بن الخطاب رضي الله عنه الذي خير غلاما بين أبويه، وعلي كرم الله وجهه الذي خير صبيا بين أمه وعمه،غير أن هذه المسألة اختلف عليها الفقه وتباينت فيها الآراء .

يرى الاتجاه الأول : أنه لا اختيار للولد في هذه المسألة، وذلك أنه إذا بلغ الطفل السن التي يجب فيها أن ينزع من الأم فإنه ينزع منها ويأخذ الأب دونما خيار لصغير وحججهم في ذلك أن الصغير قاصر العقل. يميل إلى من عنده اللهو واللعب.

غير أن هناك من الفقه من قال برأي مخالف، مقتضاه أن الصبي له أن يخير بين والديه فإن اختار أحدهما كان له ذلك .وسنده في ذلك قول ما جاء عن الرسول صلى الله علي وسلم.

في حين ذهب الاتجاه الثالث إلى وجوب التفرقة بين الفتاة والصبي في هذه المسألة وأنصار هذا الرأي انقسموا إلى فريقين، فريق يقول أن الفتى إذا بلغ سبع سنين له أن يخير البقاء مع الحاضنة، أو تركه إلى أبيه أما البنت فتسلم ل لأب دون تخيير) وفريق يقول أن الأم أحق بالصغير حتى بثغر أما الصغيرة فإنها تخير[1].

والرأي الراجح بعد اختلاف الآراء فيما سبق هو رأي ابن القيم الجوزية الذي يتفق مع شيخه العلامة ابن تيمية اللذان حاولا الاهتمام بمصلحة الطفل.

[1] حميدو زكية، مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة ،ص168

حيث يرى العلامة ابن القيم الجوزية أن الأم إذا كانت تترك الولد في الكتاب وتعلمه القرآن وهو يؤثر اللعب وأبوه يمكنه من ذلك فإنها أحق به بلا تخيير وكذلك العكس أي أن الأحق به من يراعي إصلاحه في دينه وخلقه وتربيته .

أما المشرع الجزائري نص في المادة 64 التي تذكر أصحاب الحق في الحضانة وترتبهم لا تؤيد الاستماع للمحضون وأخذ رأيه في حاضنه لأن الحاضن يخت اره القاضي لا المحضون ، وقد تأكد ذلك من خ لال القرار الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 1970/10/21 عندما قضى أن سماع الأولاد المحضونين النظر في اختيارهم أحد الوالدين وجه غير سديد .

كما أنه لا يوجد نص يلزم استماع الأولاد في المسألة[1].

ثانيا: تقدير قيمة النفقة : الأصل أن ينفق الأب على ابنه المحضون دون ما حاجة إلى حكم قضائي ، لكن عند امتناع الأب عن الإنفاق يقوم لمن كانت له حضانة الولد حق المطالبة بنفقة المحضون لارتباط هذه النفقة بالحضانة، فلا يمكن للحاضنة أن تمارس حضانتها للطفل إلا بتحقق الإنفاق عليه.

و يظهر من هذه المادة أنها تحدد معايير تقدير النفقة بين الزوجين، لكن لا مانع من اعتماد هذه المادة لتحديد نفقة المحضون.[2]

[1] حميدو زكية ،مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة ، المرجع السابق ، ص 170

[2] بلحاج العربي ،الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ، ط 4،2005،ص387

المبحث الثاني : حدود تدخل القاضي الاستعجالي في قضايا النفقة

من المتفق عليه أن النفقة تعتبر من أهم القضايا المثارة في المحاكم وذلك بعد فك الرابطة الزوجية ولذلك أولى لها المشرع الجزائري اهتماما وأحاطها بالعديد من مظاهر الحماية نظرا لطابعتها المعيشية واجتماعية وهي من حقوق الأبناء على أبائهم كما جاء في نص المادة 75 من قانون الأسرة التي جاء فيها "تجب نفقة الولد على الأب ما لم يكن له مال، فبالنسبة لذكور إلى سن الرشد والإناث إلى الدخول وتستمر في حالة ما إذا كان الولد عاجزاً لآفة عقلية أو بدنية أو مزاولا للدراسة وتسقط بالاستغناء عنها بالكسب"، وهي كذلك من حقوق الأصول على الفروع بمقتضى المادة 77 من قانون الأسرة "يجب نفقة الأصول على الفروع...حسب القدرة والاحتياج ودرجة القرابة في الإرث.

وقد نص المشرع الجزائري على النفقة في المواد من 74 إلى 80 من قانون الأسرة لكنه لم يعرفها بل أشار فقط في المادة 78 من قانون الأسرة على أنها تشمل الغذاء والكسوة والعلاج والسكن أو أجرته وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة .

وباستقراء المواد المتعلقة بالنفقة نجد أن المشرع لم يشير إلى النفقة كحالة استعجال يمكن أن تطرأ، لكنه تدارك الأمر وأشار إليها في المادة 57 مكرر من قانون الأسرة.

وسنتطرق في هذا المبحث إلى :

التدابير المتعلقة بالنفقة في المطلب الأول

وإلى شروط قبول الحكم بالنفقة في المطلب الثاني .

وإلى شمول أحكام القاضية بالنفقة بالنفاذ المعجل في المطلب الثالث.

المطلب الأول : التدابير الاستعجالية المتعلقة بالنفقة

الفرع الأول : إجراءات الاستعجالية في النفقة

إذا كان من المعلوم بداهة أن إجراءات دعوى الطلاق وإجراءات محاولات الصلح ستطول وإن الزوج ة التي تكون قد لجأت إلى أهلها به النزاع أثناء مرحلة إجراءات دعوى الطلاق تحتاج إلى مال لتنفقه على نفسها وعلى أطفالها فإن حقها أن تلجأ إلى قضاء أمور المستعجلة بقصد استصدار أمر على ذيل عريضة يتضمن القضاء لها أولها وأولادها بمبلغ من المال كنفقة تشمل الغذاء والكساء وغيرها من مستلزمات الحياة حين يصدر حكم قضائي في موضوع دعوى الطلاق [1]

لذا يتعين على الزوجة طالبة النفقة أن تقدم طلبا بذلك ضمن عريضة مبررة وموقعة منها أو من محاميها إلى أمانة الضبط بالمحكمة المختصة التي يوجد سكنها بدائرة اختصاصها هذه المحكمة

وعندما يتحقق قاضي الأمور المستعجلة من جدية قيام دعوى الطلاق ومن مبررات الطلب يستطيع أن يصدر أمرا استعجاليا تجاه الزوج بأن يقدم إلى الزوجة مبلغا ماليا كالنفقة مؤقتة لها إذا طالت مدة إجراءات دعوى الطلاق ومدة إجراءات الصلح فإنه يجوز لنفس القاضي إعادة النظر في قيمة النفقة بناءا على طلب من يهمه الأمر إما بتعديلها أو بإلغائها كلما توفرت الأسباب[2]

فلقد نصت المادة 57 مكرر قانون الأسرة يجوز للقاضي الفصل على وجه الاستعجال بموجب أمر على عريضة في جميع التدابير المؤقتة و لاسيما ما تعلق منها بالنفقة والحضانة والزيارة والمسكن[3].

---

[1] عبد العزيز سعد،قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد ،المرجع سابق ،ص 156

[2] عبد العزيز سعد، المرجع نفسه ص 157

[3] قانون الأسرة المادة 57 مكرر معدلة بموجب الأمر 02/05

الفرع الثاني :النفقة المؤقتة

إن دعاوى النفقة هي من أكثر الدعاوى انتشارا في ساحة القضاء على مستوى أقسام وغرف شؤون الأسرة بمحاكمنا .

والنفقات المقصودة هنا هي النفقات الناجمة عن فك الرابطة الزوجية فهي من حقوق الزوجة المدخول بها حسب المادة 74 قانون الأسرة وهي واجبة على الزوجة سواء كان معسرا أو ميسرا، فبعد رفع دعوى الطلاق يحق لزوجة اللجوء للقضاء المستعجل لطلب النفقة المؤقتة[1] وهي من حقوق الآباء على أبنائهم حسب المادة 75 قانون الأسرة تجب نفقة الولد على الأب مالم يكن له مال ، فبالنسبة للذكور إلى سن الرشد والإناث إلى الدخول وتستمر في حالة ما إذا كان عاجز لآفة عقلية أو بدنية أو مزاولا للدراسة .[2]

وتعتبر قضايا النفقة من صميم القضاء الاستعجالي في ميدان شؤون الأسرة لأنه ذات طبيعة متميزة تتوفر على عنصر الاستعجال حتى أنها أصبحت بمجرد تقديم عريضة تتضمن طلب النفقة تعطى لها الأولوية لنظرها والفصل فيها مؤقتا[3]

وقد نص المشرع الجزائري على النفقة في المواد 74إلى 80 من قانون الأسرة لكنه لم يعرف النفقة بل أشار إليها فقط في المادة 78 من قانون الأسرة تشمل النفقة :الغذاء والكسوة والعلاج، والسكن وأجرته ،وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة [4].

وبعد استقراء هذه المواد التي تتعلق بالنفقة نجد أن المشرع لم يشر إلى النفقة كحالة من حالات الاستعجال يمكن أن تطرأ إلا أنه تدارك الأمر وأشار إليها في المادة 57 مكرر من قانون الأسرة الجزائري .

يجوز للقاضي الفصل على وجه الاستعجال بموجب أمر على عريضة في جميع التدابير المؤقتة ولاسيما ما تعلق منها بالنفقة والحضانة والزيارة والمسكن.[1]

---

[1] مذكرة تخرج من المدرسة العليا للقضاء،انحلال الزواج وأثاره ،2003-2006 ص 135

[2] قانون الأسرة المادة 75

[3] حمليل صالح ، إجراءات التقاضي في الزواج والطلاق ، رسالة دكتوراه،جامعة سيدي بلعباس ،1998 ، ص 55

[4] قانون الأسرة الجزائري المادة 78

المطلب الثاني : شروط قبول الحكم بالنفقة

الاستعجال يتحقق كلما ثبت من الملف أن الحاجة طالب النفقة ملحة لانعدام مورد أخر لرزق ولا يستطيع الانتظار دون نفقة ،أما إذا ثبت من أوراق الملف أن الزوجة طالبة النفقة لها ولأبنائها ميسورة الحال ولها من المال ما يكفي فإن الدعوى تكون قد فقدت عنصر الاستعجال .

أولا : ثبوت الحاجة الملحة لنفقة المؤقتة

إن الاستعجال شرط لازم لاختصاص القضاء المستعجل بالنظر إلى دعوى النفقة كما هو الشأن في كافة المنازعات التي يخشى عليها من فوات الوقت ويتحقق الاستعجال في دعوى النفقة المؤقتة إذا لم يقيم المدعي عليه دليل جدي على وجود مورد أ خر للمدعي يكسب منه ويرفع عنه الحاجة الملحة ، ومتى قام الدليل الجدي على وجود هذا المورد الأخر وعلى أن المدعي ليس بحاجة ملحة إلى مبلغ النفقة الذي يطالب به فإن القضاء المستعجل يقضي بعدم اختصاصه بالنظر الدعوى ، والمدعي غير مكلف بإثبات حاجته وعوزه وانعدام مورد آخر وإنما المدعي عليه هو المكلف بإثبات ثراء المدعي لأن تكليف الأخير بإثبات فقره هو تكليف بإثبات النفي وهو الأمر المستحيل قانونا. [2]

[1] قانون الأسرة الجزائري المادة 57 مكرر المعدلة بموجب الأمر 02/05

[2] محمد علي راتب ، قضاء الأمور المستعجلة ، ط 7،1985، ص 457

ثانيا :أن تكون النفقة وقتية

إن عدم المساس بأصل الحق يقتضي أن يكون الطلب منصبا على نفقة م ؤقتة بمدة معينة إلى أن يحسم في النزاع الأصلي . أما إذا كان انصب الطلب على نفقة دائمة فإن الأمر ينقلب إلى طلب موضوعي خارج اختصاص القاضي الاستعجالي.

ثالثا :أن يكون طلب النفقة بسبب جدي وغير متنازع فيه

الواقع أن دعوى النفقة الوقتية إنما ترفع لحق يدعيه المدعي ويطلب الحكم له بتلك النفقة المؤقتة خصاما منه، كأن تطلب الزوجة نفقة مؤقتة من القاضي الاستعجالي أو قاضي الموضوع إلى حين الفصل في دعوى الطلاق بمعنى إلى غاية الفصل في أصل النزاع .

وما نخلص إليه بحالة قيام الاستحقاق وتوافر شرط المذكور أنفا على القاضي أن يحكم بالنفقة لطالبها في مدى أسبوعين على الأكثر من تاريخ رفع دعوى النفقة المؤقتة تكفي حاجته الضرورية بحكم غير مسبب وواجب النفاذ فورا إلى حين الحكم النهائي.

ويجوز لزوج أن يجري مقاصة بين ما أدى من النفقة المؤقتة وبين النفقة المحكوم بها نهائيا كما أن رفع دعوى النفقة المؤقتة أمام قاضي الموضوع لا يسلب القاضي الاستعجالي اختصاصه بنظر الدعوى المستعجلة عند توافر الشروط ،ثبوت الحاجة الملحة لنفقة المؤقتة،أن تكون النفقة وقتية ،أن يكون طلب النفقة لسبب جدي وغير متنازع فيه .

وذلك حسب المادة 57 مكرر يجوز للقاضي الفصل على وجه الاستعجال بموجب أمر على عريضة في جميع التدابير المؤقتة و لاسيما ما تعلق منها بالنفقة و الحضانة والزيارة والسكن.[1]

[1] قانون الأسرة المادة 57 مكرر معدلة بموجب الأمر 02/05

المطلب الثالث : شمول الأحكام القاضية بالنفقة بالنفاذ المعجل القانوني

القاعدة العامة في تنفيذ تقضي بعدم جواز تنفيذ الأحكام القابلة للمع ارضة والاستئناف بمعنى أنه لا يجوز تنفيذ الحكم القضائي إلا إذا أصبح نهائيا وحاز قوة الشيء المقضي به غير أن المشرع الجزائري قد أورد استثناء على هذه القاعدة رعاية لبعض الحالات التي لا تقبل تأخير التنفيذ فأجاز تفيد الحكم رغم أنه لم يحز قوة الأمر المقضي فيه وهو استثناء عن القاعدة العامة يطلق عليها بالنفاذ المعجل.

والمصدر القانوني نجده في نص المادة 323 قانون الإجراءات المدنية باستثناء الأحكام الواجبة التنفيذ بقوة القانون، يؤمر بالنفاذ المعجل، رغم المعارضة والاستئناف، عند طلبه في جميع الحالات التي يحكم فيها على عقد رسمي أووعد معترف به أو حكم سابق حاز قوة الشيء المقضي به أو في مادة النفقة أو منح مسكن الزوجية لمن أسندت له الحضانة .[1]

الفرع الأول : تعريف النفاذ المعجل

النفاذ المعجل يعني تنفيذ الحكم أو الأمر قبل الأوان لتنفيذه أي قبل أن يكسب الأمر المقضي به، وهو تنفيذ غير مستقر، يتعلق مصيره بمصير الحكم أو الأمر ذاته، فيبقى إذا بقي الحكم أو الأمر، ويزول و يسقط و تسقط إجراءاته إذا ألغت جهة الطعن الحكم أو الأمر بهذا النفاذ المعجل. ولهذا يوصف بأنه مؤقت .

فقد نصت المادة 02/323 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية و التي تنص :

باستثناء الأحكام الواجبة التنفيذ بقوة القانون، يؤمر بالنفاذ المعجل رغم المعارضة أو الاستئناف عند طلبه في جميع الحالات التي يحكم فيها بناءا على عقد رسمي أو وعد معترف به أو حكم سابق حاز قوة الشيء المقضي به، أو في مادة النفقة أو منح مسكن الزوجية لمن أسندت له الحضانة[2].

---

[1] المادة323من القانون رقم 09/08المؤرخ في 25فيفري 2008 يتضمن قانون إجراءات المدنية والإدارية

[2] http://www.sci-dz.com/forum2/index.php?showtopic=11556 -2014/03/02 13:30

وهناك حالات يكون فيها موضوع الدعوى مستعجلا مما يتعين تنفيذ الأمر الصادر فيه فورا وإلا فات الغرض الذي قصده المشرع من طرح الموضوع على القضاء الاستعجالي

الفرع الثاني : حالات النفاذ المعجل بقوة القانون

الحكم المشمول بالنفاذ المعجل بقوة القانون يستمد قوته التنفيذية من نص القانون مباشرة، فالأحكام الصادرة في المواد المستعجلة هي أحكام مشمولة بالنفاذ المعجل بقوة القانون دون حاجة لنص في الحكم على تنفيذها معجلا ، ويكفي أن يذكر في بيانات الحكم أنه صادر في مادة مستعجلة .[1]

والطلب الذي يكون الغرض استصدار أمر أو باتخاذ إجراء مستعجل كالحكم بالنفقة المؤقتة وعلة هذا تعود إلى ضرورة التعجيل بحصول المحكوم له على ما يمكنه من مواجهة مطالب الحياة لسد رمقه و رمق أفراد أسرته، وهذا لطبيعة النفقة و أهميتها . دون المساس بحقوق الأطراف، أما أن يقدم إلى قاضي الأمور المستعجلة ، فيكون موضوع طلب مستقل يصدر فيه أمر مستقل يبين منه أنه صادر من القضاء المخصص لنظر المواد المستعجلة وحينئذ لا توجد شبهه في التنفيذ .

وإما أن يقدم الطلب المستعجل إلى محكمة الموضوع بطريق التبعية لدعوى الموضوعية لكي تقضي فيه المحكمة بصفة مستعجلة قبل الفصل في الموضوع وهي أحكام وقتية .[2]

والأوامر الاستعجالية كأصل عام تصدر عن قاضي الأمور المستعجلة وذلك في دعوى مستقلة ترفع إليه كلما منحه القانون الاختصاص بنظرها، وقد أعطى المشرع في القانون الجديد قضاة الموضوع وخولهم صلاحية إصدار أوامر استعجاليه.

[1] http://www.sci-dz.com/forum2/index.php?showtopic=11556 -2014/03/02 13:30

[2] www startaimes.com—07/02/2014-10:45

وذلك ما نجده بالمادة 425" يمارس رئيس قسم شؤون الأسرة الصلاحيات المخولة لقاضي الاستعجال ..." حيث أصبح بإمكانه إصدار أوامر استعجاليه عند نظره الدعاوى المرفوعة إليه "[1].

كما يجوز للقضاء الاستعجالي أن يقضي بإيقاف التنفيذ عن طريق دعوى إشكالات التنفيذ التي تدخل في اختصاص رئيس المحكمة طبقا لنص المادة 183 من قانون الإجراءات المدنية وهذا إذا تبين من المعطيات القضية أن المحكوم له بالنفقة لا يعيش لدى الحاضن أو في حالة بلوغ السن المنصوص عليها قانونا .

حيث جاء في نص المادة 183 إذا قضى الحكم بثبوت التزوير، يأمر بإزالة أو إتلاف المحرر الرسمي أو شطبه كليا أو جزئيا أو حفظه وإما بتعديله .

يسجل المنطوق على هامش العقد المزور.

يقرر القاضي إما إعادة إدراج أصل العقد الرسمي ضمن المحفوظات التي استخرج منها أو حفظه بأمانة الضبط.

يخضع الحكم الفاصل في دعوى التزوير الفرعية إلى جميع طرق الطعن.[2]

وما يمكن قوله كملخص عن النفقة المؤقتة : أنها طلب وقتي وهي ذلك الطلب الذي يوفر الحماية القانونية بشكل مؤقت بحيث لا يؤدي إلى اكتساب حق ولا إلى إهداره أي أن هذا الطلب يواجه الحاجة الملحة لطالب النفقة بإجراء وقتي وليس بإجراء موضوعي حاسم للنزاع ذلك لان القضاء المستعجل يبت بالطلب دون المساس بأصل الحق أي بقصد توفير حماية عاجلة ومؤقتة إلى حين حسم الدعوى . بمعنى آخر أن محاكم الأحوال الشخصية تبت بطلب النفقة المؤقتة دون الخوض والبحث عن مدى استحقاق الزوجة للنفقة من عدمه لان البحث في هذه المسائل يكون عند الفصل في الدعوى الأصلية.

---

[1] قانون الإجراءات المدنية والإدارية المادة 425

[2] قانون الإجراءات المدنية والإدارية المادة 183

أن وقتية طلب النفقة المؤقتة لا يعني عدم استمرار النفقة المؤقتة إلا لمدة قصيرة بل بالعكس إذ يستمر مدة قد تطول مادام القضاء لم يبت بحكم فاصل في دعوى النفقة الأصلية .

تقدير النفقة : يراعي القاضي في تقدير النفقة التوسيط ودخل الملزم بالنفقة وحال مستحقها ومستوى الأسعار والأعراف والعادات السائدة في الوسط الذي تفرض فيه النفقة .حسب المادة 79 من قانون الأسرة .

المبحث الثالث : الحالات الاستعجالية المتعلقة بمسكن الحاضنة وحق الزيارة

يعتبر كل من سكن الحاضنة وحق الزيارة من أثار المترتبة على فك الرابطة الزوجية ، حيث أن الزوجة وبعد رفعها لدعوى الطلاق فإن هذه الإجراءات حتما تستغرق وقتا طويلا للفصل فيها ففي هذه الفترة وبحكم النزاع العداوة القائمة بينها وبين زوجها ، فإنها قد لا تجد سكن تأوي فيها نفسها وأولادها ففي هذه الحالة لها الحق أن تلجأ إلى القضاء الاستعجالي لطلب سكن تمارس فيها حضانة أولادها إلى غاية الحكم في أصل النزاع وسنحاول في هذا المبحث التكلم عن مسكن الحاضنة في المطلب الأول وحق الزيارة في المطلب الثاني

وسنقسم هذا المبحث إلى :

المطلب الأول : التدابير الاستعجالية المتعلقة بمسكن الحاضنة

المطلب الثاني : حق الزيارة

المطلب الأول : التدابير الاستعجالية المتعلقة بمسكن الحاضنة

إن مناط معيشة الإنسان أن يكون له سكن يأويه و يحتمي تحت سقفه من حر الصيف و برد الشتاء، و يجد فيه الدفء و الحنان و الألفة، فالطفل يتلقى ما يلزمه من احتياجات مادية و معنوية ، من مأكل و مشرب و ملبس و غذاء لجسده و روحه و يحضن تحت سقف بيت تمارس فيه الحضانة وذلك من أجل حمايته من التشرد وتوفير الأمن والأمانة لهذا الولد الصغير باعتباره عاجزا عن حماية نفسه .

وعليه نقسم هذا المطلب إلى فروع على النحو التالي:

الفرع الأول : تعريف سكن الحاضنة

الفرع الثاني : الطبيعة القانونية لحق الحاضنة في المسكن

الفرع الثالث : دور القضاء الإستعجالي في حماية مسكن الحاضنة.

الفرع الأول : تعريف مسكن الحاضنة

إن سكن الحاضنة هو ذلك السكن المخصص للقيام بواجب الحضانة، من رعاية وتربية وحفظ الولد صحة وخلقا . ومسكن الحاضنة طبقا للقانون الجزائري هو مسكن الزوجية ومسكن الحاضنة طبقا للقانون الجزائري هو مسكن الزوجية ،أي المسكن الذي أعده الزوج للإقامة فيه مع زوجته وأولاده قبل الطلاق ،وذلك في حالة ما إذا وقع طلاق الرجل لزوجته تعسفا .ولم يكن للمطلقة الحاضنة ولي يقبل إيواءها ، وثبت وسع ملكية الزوج المطلق لأكثر من مسكن واحد حسب المادة 52 من قانون الأسرة . أما في حالة عدم توافر الشروط المنصوص عليها في المادة ، فإن مسكن الحاضنة هو المسكن البديل الذي يلزم الزوج المطلق بإعداده، أو بأداء أجرته .

وبالنسبة للقضاء الجزائري عند اطلاعنا على الأحكام القضائية أو قرارات المحكمة العليا فإن المصطلح الأكثر استعمالا هو السكن الحاضنة المخصص لممارسة الحاضنة وهو يفيد نفس معنى مسكن الحاضنة .[1]

حيث تنص المادة 72 في حالة الطلاق ، يجب على الأب أن يوفر ، للممارسة الحضانة سكنا ملائما للحضانة ، وإن تعذر ذلك فعليه دفع بدل الإيجار .

وتبقى الحاضنة في بيت الزوجية حتى تنفيذ الأب للحكم القضائي المتعلق بالسكن [2] وهذه المادة المعدلة السالفة الذكر جاءت أكثر وضوحا من سابقتها التي وإن نصت هي الأخرى على السكن لكن أسلوبها لم يكن صارما، وإن إذ جاءت على النحو التالي نفقة المحضون وسكناه من مال أبيه إذا كان له مال وإلا فعلى والده أن يهيئ له سكنا وأن تعذر فعليه أجرته .

---

[1] أسماء عيسري ، حق المطلقة الحاضنة في مسكن الزوجية وإشكالاته المثارة أمام القضاء،المعهد الوطني للقضاة الجزائر، ص21

[2] قانون الأسرة الجزائري المادة 72 المعدلة بموجب الأمر 05-02

الألفاظ والمفردات التي خطت هذه المادة جعلت القضاة يحيدون عن مسألة إلزام الزوج بتخصيص مسكن لممارسة الحضانة أو بدل الإيجار مستشهدين بكون المادة لم تحمل إلزام ا صريحا وواجبا على المعني القيام به . وذلك ما دفع بقضاة المحكمة العليا يؤكدون على ضرورة تخصيص مسكن ملائم لمزاولة الحضانة أو بدل الإيجار[1]

- المواصفات الشرعية لمسكن الحاضنة.

إن المشرع الجزائري وفقهاء الشريعة الإسلامية أكدوا على وجه التحديد وجوب توفير مسكن للزوجة وهو التزام يقع على الزوج أثناء قيام الزوجية مراعيا في ذلك وسعه ويمتد هذا الإلزام إلى ما بعد انقضاء تلك العلاقة الزوجية إذا كان لديهم أبناء وأسندت الحضانة للأم، لكن المشرع الجزائري لم يذكر المواصفات الشرعية لمسكن الحاضنة وترك ذلك للفقه ، إذ يشترط في مسكن الحاضنة أن يكون مناسبا ومستقلا لكي تستطيع الحاضنة تربية ورعاية أبنائها وحفظهم صحة وخلقا.

والمواصفات التي ينبغي توافرها هي :

- أن يكون مسكن الحاضنة مناسبا :

مناسبا للمحضون والحاضنة سواء، لتتمكن من أداء واجبها نحو محضونيها على أكمل وجه، فينبغي تزويده بكل متطلبات المعيشة من منقولات، والتناسب يتلاءم و يسار الأب، فإن كان الزوج غنيا فيمكنه توفير للحاضنة ومحضونها مسكن فخم[2].

إذا كان متوسط الحال أو فقير فيكتفي بتوفير مسكن يكون متواضعا لكنه يحوي المرافق الضرورية للعيش، كالمطبخ والحمام وفقا للعرف والعادة .[3]

- أن يكون مسكن مستقل :

[1] باديس ديابى،آثار فك الرابطة الزوجية، المرجع السابق ، ص 87

[2] أسماء عيسيو ،حق المطلقة الحاضنة في مسكن الزوجية وإشكالاته المثارة أمام القضاء، المرجع سابق ص 21

[3] أسماء عيسيو، المرجع نفسه ص 22

يقصد بالمسكن المستقل ،المسكن الذي لا يشارك فيه آخرون مع المحضون والحاضنة ويعتبر شرعا مسكن قائم بذاته ولو كانت مرافقه الأخرى مشتركة .

وضرورة استقلالية مسكن الحاضنة ،يراعي من خلالها مصلحة المحضون بحفظه صحة وخلقا ،مما ينبغي عليه إسكانه في مكان آمن وبين جيران صالحين خاصة إذا كانت أنثى وعليه فإعداد مسكن الحضانة يقاس بقدر إعداد مسكن الزوجية من حيث مواصفاته الشرعية ، فالأمر يتعلق بالمحضون ورعاية أسرة في المجتمع .[1]

والجدير أن المشرع الجزائري لم يتطرق لمواصفات مسكن الحاضنة رغم أهميتها البالغة في مراعاة مصلحة المحضون .

- المكلف بتوفير سكن الحضانة أو أجرته

لقد نصت المادة 72 من قانون الأسرة على أنّ : في حالة الطلاق، يجب على الأب أن يوفر ، للممارسة الحضانة ،سكنا ملائما للحضانة ، وإن تعذر ذلك فعليه دفع بدل الإيجار.

وتبقى الحاضنة في بيت الزوجية حتى تنفيذ الأب للحكم القضائي المتعلق بالسكن.

- و نستشف من هذه المادة أنّ توفير سكن لممارسة الحضانة لازم و لليق بها، إذ هو المجال و الإطار الذي ينشأ فيه الطفل و يرعى و يربى فيه.

و هو المكان الذي يتطلب لتحقيق مضمون الحضانة ممّا نصت عليه المادة **62** من قانون الأسرة الجزائري.

- جعلت المادة 72 من قانون الأسرة مسكن الحضانة من مال المحضون ، إن كان له مال، فإن لم يكن له مال فعلى أبيه أن يوفّر له سكنا ليُحضن فيه و إلا فإنّه الأب يُكلَّف بدفع أجرة مسكن لممارسة حضانة فيه.

ما يمكن قوله هنا هو أنّ التزام الأب المطلِّق بتوفير سكن لحضانة ابنه لا يقوم إلاّ بعد عدم وجود أب للمطلقة يقبل إيواءها مع محضونيها

[1] أسماء عيسيو ،حق المطلقة الحاضنة في مسكن الزوجية وإشكالاته المثارة أمام القضاء ،ص 23

الفرع الثاني : الطبيعة القانونية لحق الحاضنة في المسكن

هناك من الفقهاء من جعل حق السكن حق عيني ،لكن هذا الرأي يعاب عليه إذ يرى عبد الرزاق السنهوري ، عند تعريفه للحق الشخصي أن الحق الشخصي [1]أو الالتزام هو رابطة مابين شخصين دائن ومدين ، بمقتضاه يطالب الدائن المدين بإعطاء شيء أو القيام بعمل أو الامتناع عن عمل.

حيث نجد أن حق السكن هو حق شخصي ،لأن حق السكن المسند للحاضنة مقرر لها بحكم قضائي لممارسة الحضانة ، وليس حقا عينيا يقع على العقار ، بمفهوم أن الحق العيني هو سلطة يعطيها القانون لشخص على عين بالذات .[2]

- خصائص حق الحاضنة في مسكن الحاضنة

- حق الحاضنة في مسكن الحاضنة حق نسبي : معنى ذلك أن الحاضنة ملزمة باستعمال واستغلال المسكن بغرض الحاضنة فقط ، فيمنع عليها استعماله لأي غرض أخر ولو كان مشروعا فلا يجوز أن تسكن أقاربها فيه .[3]

- حق الحاضنة في المسكن حق مؤقت :شغل الحاضنة لمسكن مقرون بمدة الحضانة حيث يكون لها حق الانتفاع بالسكن للقيام بشؤون الحضانة طوال تلك الفترة .

الفرع الثالث : دور القضاء المستعجل في حماية مسكن الحضانة

جعلت المادة 72 أمر توفير مسكن المرأة الحاضنة أمرا إلزاميا حيث نصت المادة "في حالة الطلاق، يجب على الأب أن يوفر ، لممارسة الحضانة ، سكنا ملائما للحاضنة وإن تعذر فعليه دفع بدل الإيجار . "[4]

وتبقى الحاضنة في بيت الزوجية حتى تنفيذ الأب للحكم القضائي المتعلق بالمسكن ."

---

[1] أسماء عيسيو، حق المطلقة الحاضنة في مسكن الزوجية وإشكالاته المثارة أمام القضاء المرجع السابق ص 25

[2] أسماء عيسيو، المرجع نفسه، ص26

[3] أسماء عيسيو، المرجع نفسه، ص 48

[4] قانون الأسرة الجزائري المادة 72 المعدلة بموجب الأمر 05-02

فضمان مسكن للحاضنة أمر ضروري و وجوبي وهو من حالات الاستعجال التي تتطلب اتخاذ تدابير استعجالية مؤقتة وسريعة لقيام عنصر الاستعجال وهو ما أكدته المادة 57 مكرر " يجوز للقاضي الفصل على وجه الاستعجال بموجب أمر على عريضة في جميع التدابير المؤقتة ولا لاسيما ما تعلق منها بالنفقة وحق الزيارة والمسكن ." [1]

المطلب الثاني : حق الزيارة

إن إسناد الحضانة لمستحقيها والذي يكون في الغالب للأم باعتبارها الأولى بها رعاية لمصلحة المحضون ، مما يؤدي به إلى الابتعاد حتما عن الوالد ،مما يستدعي إيجاد وسيلة للمحافظة على توازن الطفل من جهة، وعدم الإضرار بالوالد من جهة أخرى وذلك بتمكينه من الزيارة ورؤية ابنه المحضون، وعليه نصت المادة 64 قانون الأسرة الجزائري على أنه "...على القاضي عند الحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة." فيتضح من هذه المادة على أن للقاضي أن يحكم بحق الزيارة لمرات معينة وفي أوقات معينة وأماكن محددة عند الحكم بإسناد الحضانة، وحق الزيارة من الحقوق التي حماها القانون نظرا لأهميتها البالغة في الرعاية الدائمة لمصلحة المحضون .

ونقسم هذا المطلب إلى فرعين :

الفرع الأول :تعريف حق الزيارة

الفرع الثاني : الإجراءات الاستعجالية لطلب حق الزيارة المؤقتة

[1] قانون الأسرة الجزائري المادة 57 مكرر ،المعدلة بموجب الأمر 05-02

الفرع الأول : تعريف حق الزيارة

أولا : حق الزيارة في الفقه

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

فالولد إذا كان في حضانة الأم، و أراد أبوه أن يراه، فإنّها لا تجبر على أن ترسله له ليراه لكنّها لا تمنعه من ذلك .

والزيارة على العادة لا تكون يومية ، بل يوما في عدد من الأيام ، لكن لا بأس أن تزور الأم ابنها أو ابنتها يوميا إن كان منزلها قريبا.

و إن كانت الأم مع الولد بمنزل زوج لها ، فإنه يجب لكي يتمكن الأب من الزيارة أن يأذن بذلك الزوج ، لأنّ هذا حقّه . فإن لم يأذن به فعلى الأم إخراج الولد إليه لكي يراه و يتفقد أحواله و يباشر شأنه .[1]

و يرى الإمام أبو زهرة أنّه : " ليس للحاضنة أن تمنع الأب من رؤية ولده ، و لا تُجبر على إرساله ، كما أنّه ليس له إن سقط حقُّ الأم في الحضانة أن يمنعها من رؤية ولدها و لا يُجبر على إرساله إليها .[2]

ثانيا : حق الزيارة في القانون.

تنص المادة 64 من قانون الأسرة الجزائري على أنّه :

" ... و على القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة ".[3]

غير أن المشرع الجزائري لم يحدد مفهوم الزيارة و لا شروطها و لا حتى الحالات التي تسقط فيها، و لم يحدد الأشخاص الذين يحق لهم طلب زيارة الأولاد المحضونين.

---

[1] عبد العزيز عامر ،الأحوال الشخصية ،المرجع السابق ،ص424

[2] محمد أبو زهرة ، الأحوال الشخصية ،المرجع السابق ،ص 411

[3] قانون الأسرة الجزائري المادة 64 ، المعدلة بموجب الأمر 05-02

و قد استقر القضاء على إعطاء حق الزيارة عن طريق القضاء الاستعجالي بصفة مؤقتة إلى أحد الوالدين الذي لا يحضن الولد و هذا راجع إلى تعسف أحدهما في استعمال حق الحضانة و منعه للطرف الأخر من رؤية أبنائه، خاصة أن قضايا الموضوع المتعلقة بالزواج و الطلاق كثيرة، و عادة ما تطول إجراءاتها و تستغرق فترة طويلة الأمر الذي يحول معه دون رؤية الأبناء.

وهو ما أكدته المادة 57 مكرر " يجوز للقاضي الفصل على وجه الاستعجال بموجب أمر على عريضة في جميع التدابير المؤقتة ولا لاسيما ما تعلق منها بالنفقة وحق الزيارة والمسكن[1].

وما نخلص إليه أن حق الزيارة هو حق الزيارة حق يتمتع به خاصة الوالدين، وفي حالة منع أحد الأولياء للأخر من رؤية أبنائه فإن هذا التصرف يؤدي إلى إحداث عقبة مادية لإزالتها لا بد من منازعة قضائية.

الفرع الثاني : إجراءات الاستعجالية لطلب حق الزيارة مؤقتة

قبل إضافة المادة 57 مكرر إلى قانون الأسرة بموجب التعديل الصادر في سنة 2005 كان قضاة المحاكم بعد أن يحكموا بالطلاق يحكمون مباشرة بحق الزيارة لزوج الأخر الذي لم تسند له الحضانة وذلك تطبيقا لنص المادة 64 من قانون الأسرة .أما اليوم وبعد هذا التعديل فقد أصبح من حق أي من مستحقي الحضانة بما فيهم الأم والأب أن يتقدم بطلب بشكل عريضة كتابية مسببة وموقعة ويودعها لدى أمانة الضبط بالمحكمة التي ستنظر في موضوع الطلاق.

فيطلب الحكم له بحقه في حضانة أحد الوالدين أو بعض أبناء الزوجين المتخاصمين بصفة استعجالية ومؤقتة .طوال الفترة الممتدة مابين رفع دعوى الطلاق من أحد الزوجين .وما بين تاريخ صدور حكم قطعي بشأن موضوع دعوى الطلاق وبشأن

[1] قانون الأسرة الجزائري المادة 57 مكرر ،المعدلة بموجب الأمر 05-02

الحضانة والزيارة وذلك تبعا للإجراءات والأوضاع المنصوص عليها في المادة 183 وما بعدها من الإجراءات المدنية.[1]

وفي هذه الحالة يجوز لقاضي الأمور المتعجلة الذي يكون عادة رئيس المحكمة بعد أن يتحقق من مبررات الطلب ودعوى الطلاق ،أن يصدر أمرا استعجاليا مؤقتا بحق الزيارة لصالح الزوج الذي لا يوجد المحضون في رعايته ولا في حضانة المؤقتة.[2]

مكان الزيارة :

يكون مكان الزيارة ذلك المكان الذي يتمتع فيه المحضون برعاية زائره ولو تطلب الأمر ساعات معدودات ولذلك لا يمكن أن مكان الزيارة يسبب حرجا لزائر لمسكن المطلقة مثلا لأنها أصبحت أجنبية عنه .

مدة الزيارة :

لم يحدد القانون المدة التي يستغرقها المستفيد من حق زيارة المحضون،لأن هذه المسألة رضائية وقد يتفق الأطراف على تحديدها زمنا ومكانا.

المشرع الجزائري لم يخص في مسألة الزيارة من حيث مدتها وعددها.

ومم استقر عليه القضاء في الجزائر أن حق الزيارة تمنح في العطل والأعياد و المناسبات الدينية والوطنية.

ومسألة العطل تحديدا يقصد بها الأسبوعية والموسمية، و بذلك جرى القضاء على ان الزائر للمحضون له الحق في الزيارة مرة كل أسبوع ، أي خلال العطلة الأسبوعية ،و أن أكثر من ذلك غير معمول به وغير متبنى من طرف القضاة .[3]

و ما تجدر الإشارة إليه في نهاية فيما يتعلق بحقّ الزيارة ، أنّ المشرع الجزائري لما أوجب على القاضي عند الحكم بالطلاق إسناد الحضانة إلى أحد الوالدين أو إلى

---

[1] عبد العزيز سعد قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد ، المرجع السابق ص 158

[2] عبد العزيز سعد، المرجع نفسه ص 159

[3] باديس ديابي ،آثار فك الرابطة الزوجية ، المرجع السابق ،ص 92

غيرهما، عليه أن يحكم بحق الزيارة من تلقاء نفسه و لو لم يطلب منه أحدهما ذلك المادة 64 من قانون الأسرة، فالمشرع الجزائري في هذا الحكم قد أخرج القاضي من دائرة القاعدة القانونية التي مفادها أنّه لا يجوز للقاضي أن يحكم بما لم يطلُبه الخصوم و كان على القانون عندما ألزم القاضي أن يحكم بحق الزيارة أن يحدد معنى الزيارة، والحالات التي يمكن للقاضي أن يقضي فيها بسقوط حق الزيارة بناء على طلب الحاضن .[1]

[1] د. بلحاج العربي ،الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ، المرجع السابق ،ص 392

خلاصة الفصل الثاني :

ومن أهم ما يمكن أن يقف عنده كل متتبع مواد القانونية هو حرص المشرع على الفصل في النزاعات الأسرية في أقرب الآجال سيما ما تعلق منها بقضايا الحضانة والنفقة وسكن وحق الزيارة .وذلك لحماية وضمان الحقوق على اعتبار أن آجال الطلاق تأخذ وقت طويل للبت فيها وهذا ما نص عليه المشرع الجزائري في فحوى المادة 57 مكرر من قانون الأسرة الجزائري .فقد جعل المشرع الجزائري قاعدة مصلحة المحضون هي الأسمى وفوق كل اعتبار بغية حماية المحضون باعتبار أنه لا يستطع أن يحمي نفسه ولا يعرف مصلحته فهو قاصر العقل .لذا كفل له المشرع الجزائري كافة حقوقه.وجعل للقاضي السلطة التقديرية في تحديد أين يمكن أن تكون مصلحة المحضون .فالتدابير الاستعجالية في آثار الطلاق من شأنها توفير الحماية المؤقتة لأطراف النزاع إلى حين الفصل في أصل النزاع.

الخاتمة

الخاتمة

قمنا في دراستنا هذه بمحاولة الإلمام بموضوع مظاهر الاستعجال في آثار الطلاق لما له من أهمية في مجال القضاء وما يمكن استنتاجه من هذا البحث هو:

أولا : النتائج

1- تأكيد الطابع الاستعجالي للقضايا المتعلقة بشؤون الأسرة بالنظر لما تنطوي عليه من حالات استعجال لا يمكن درئها بإجراءات التقاضي العادية.

2- تعدد حالات الاستعجال المتعلقة بشؤون الأسرة و عدم حصرها من قبل المشرع الجزائري في مواد صريحة خاصة مع تطور الأسرة الجزائرية و ازدياد مشاكلها لأسباب عديدة، حيث باستقراء قانون الأسرة نجد أن عدد المواد المتعلقة بحالات الاستعجال في الأسرة قليلة جد وبالنسبة لأثار الطلاق هي المادة التي أشرنا إليها في بحثنا في غياب نص صريح في قانون يمنح الاختصاص لقاضي شؤون الأسرة للفصل في الأمور المستعجلة المتعلقة بقضايا الأسرة و ترك الاختصاص للفصل فيها لرئيس المحكمة بصفته صاحب الولاية العامة في القضاء الاستعجالي، مما يجعل الحالات الاستعجالية العديدة في قضايا الأسرة تتراكم بمكتب رئاسة المحكمة وهو الشيء الذي يؤدي لا محالة إلى عرقلة السير الحسن للجهاز القضائي خاصة بحالة وجود تناقضات بين الأحكام التي يصدرها رئيس المحكمة بصفته قاضي الاستعجال وبين الأحكام التي يصدرها قاضي الموضوع المختص بشؤون الأسرة.

3- أدخل المشرع الجزائري بالتعديل الأخير لقانون الأسرة مادة جديدة و هي المادة57 مكرر التي تتحدث عن الاستعجال في الأسرة غير أن هذه المادة جاءت غامضة ولم توضح القاضي المختص بالفصل في قضايا الاستعجال هل هو قاضي شؤون الأسرة أم

رئيس المحكمة؟ كما أنها ذكرت أربعة حالات للاستعجال قد سبق لنا الإشارة لها وشرحها في بحثنا لكنها لم توضح هل هذه الحالات جاءت على سبيل الحصر أم على سبيل المثال مما أدى إلى خلق إشكالات عملية بالميدان.

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

4- الفصل في حالات الاستعجال يكون تارة بأمر على ذيل عريضة و تارة أخرى بأمر استعجال لكن يوجد هناك اختلاف بين هذين الأمرين، فالأول يعتبر من الأوامر الولائية التي لا تتسم بالضمانات التي تتسم بها الدعوة القضائية كاحترام مبدأ الوجاهية و حقوق الدفاع وتؤدي إلى حرمان المتقاضي من درجة من درجات التقاضي على عكس الأوامر الاستعجالية.

و بالنسبة لإقتراحات والتوصيات في مقابل ما سبق ذكره و المآخذ التي يجب على المشرع الجزائري في تشريعه لأحكام شؤون الأسرة أن يتداركها و يمكننا إجمالها في النقاط التالية :

ثانيا : التوصيات والمقترحات

1 – سد الغموض الذي اكتنف المادة 57 مكرر من قانون الأسرة وتحديد بدقة من هو القاضي المختص بالفصل في الأمور التي تتحدث عنها هذه المادة .

2- تحديد إجراءات الفصل في الأمور المستعجلة في الأسرة و جعل القضاة يفصلون فيها بأمر قضائي لا أمر ولائي، و هذا لما فيه فائدة للمتقاضي، و بحالة النص على الفصل في الاستعجال في الأسرة بموجب الأمر على ذيل عريضة وجب توضيح نظامها

بتحديد مواعيد لتنفيذها، ومواعيد لسقوطها و توضيح مدى إمكانية استئنافها إلى جانب تحديد القاضي المختص بالفصل في الإشكالات الناجمة عن تنفيذ تلك الأوامر و حبذا لو يكون قاضي شؤون الأسرة لأنه هو الأدرى بموضوع النزاع .

3- إسناد اختصاص الفصل في قضايا الاستعجال المتعلقة بالأسرة إلى قاضي شؤون الأسرة لا المحكمة و هذا بنص صريح بقانون الأسرة عملا بمبدأ "من يملك الكل يملك الجزء"

4- وضع قواعد إجرائية للتقاضي خاصة بشؤون الأسرة تكون منفصلة عن قانون الاجراءات المدنية،لأن قانون الأسرة مرتبط بعدة عوامل اجتماعية و اقتصادية ويتعلق بحالة الأشخاص مما يجعل ارتباطه بقانون الإجراءات المدنية يطرح عدة إشكالات، لذا وجب التفكير في قانون إجراءات شؤون الأسرة منفصل، فالمشرع الجزائري في التعديل الأخير لقانون الإجراءات المدنية حاول تدارك هذا الأمر فخصص فصلا من الباب الأول من الكتاب الثاني لذلك و عنونه بصلاحيات قسم شؤون الأسرة حيث وضع فيه قواعد إجرائية خاصة بشؤون الأسرة لكن هدا بنظرنا لا يكفي.

قائمة المصادر والمراجع

1 : قائمة المصادر والمراجع

- المصادر

القرآن الكريم :

سورالتوبة الآية 36

سورة البقرة الآية 228

سورة الطلاق الآية 1

سورة البقرة الآية 233

سورة الطلاق الآية 4

سورة النساء الآية 141

- المراجع

1- أحمد نصر الجندي، شرح قانون الأسرة، دار الكتب القانوننية، مصر، 2009. - أسماء 2- أسماء عيسيو، حق المطلقة الحاضنة في مسكن الزوجية واشكالاته المثارة أمام القضاء، المعهد الوطني للقضاة ، مذكرة نهاية التكوين، الدفعة 12،2001- 2004.

3- باديس ديابي،آثار فك الرابطة الزوجية،مدعمة باجتهادات قضائية،دار الهدى ،الجزائر بدون طبعة ،2008.

4- زكية حميدو، مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة ،جامعة تلمسان، 2005/2004.

5- السيد سابق، فقه السنة، دار الفكر العربي ،الطبعة الأولى .

6- سعد عبد العزيزعبد العزيز،الزواج والطلاق في القانون الجزائري، الطبعة الثالثة، دار هومه،الجزائر،1996.

7- سعد عبد العزيز، قانون الأسرة في ثوبه الجديد، دار هومه، الطبعة الثانية ،الجزائر 2009.

8- صباح هواري، الحضانة دراسة تشريعية مقارنة بين الشريعة الإسلامية والتشريعات العربية ،مذكرة نهاية التخرج لنيل شهادة ليسانس 2004/2003.

9- صالح حمليل ،إجراءات التقاضي في الزواج والطلاق ،رسالة دكتوراه، جامعة سيدي بلعباس ،الجزائر .

10- عامر عبد العزيز،،الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية فقها وقضاءا،دار الفكر العربي .

11- عبد القادر بن حرزالله، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق ،الجزائر، الطبعة الأولى ،2007 .

12- العربي البخيتي، أحكام الأسرة في الفقه الأسلامي وقانون الأسرة الجزائري،ديوان المطبوعات الجامعية، بدون طبعة ،2013 .

13- العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الجزائري (الزواج والطلاق) الطبعة الرابعة، ديون المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005.

14- عزيزة حسني،الحضانة في قانون الأسرة، جامعة بن عكنون ،الجزائر 2001.

15- محمد أبو زهرة ، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي ، طبعة الثالثة ،القاهرة

16- محمد سمارة،أحكام وآثار الزوجية شرح مقارن لقانون الأحوال الشخصية، دار الثقافة لنشر والتوزيع، طبعة الأولى ،2008، عمان .

17- محمد علي راتب، قضاء الأمور المستعجلة، طبعة السابعة 1985.

18- محمد كمال الدين امام ،أحكام الأحوال الشخصية للمسلمين الجزء الأول .

19- محمد كمال الدين امام، أحكام الأحوال الشخصية للمسلمبن ،الجزء الثاني .

20- محمد يوسف موسى، أحكام الأحوال الشخصية الجزء الأول،1956 .

21- نبيل صقر قانون الأسرة الجزائري، نصا وفقها وتطبيقا، دار هومه ،2006.

22- وفاء معتوق حمزة فراش، آثار الطلاق المعنوية في الفقه الإسلامي، دارالثقافة للنشر والتوزيع ،د ت

23- وهبة الزحيلي،الفقه الإسلامي وأدلته الجزء العاشر.

24- مذكرة الحضانة في ظل قانون الأسرة الجزائري،دفعة 2012،طلبة المعهد الوطني للقضاة، الجزائر ،2004.

25- مذكرة تخرج من المدرسة العليا للقضاة، انحلال الزواج وآثاره ،2003-2006.

2 – القوانين والمراسيم :

الأمر رقم 02/05 المؤرخ في 2005/02/27 المعدل والمتمم للقانون رقم 11/84المؤرخ في في 09 جوان يتضمن قانون الأسرة .

قانون رقم 09/08 المؤرخ في 25 فيبراير 2008، يتضمن قانون الإجراءت المدنية والإدارية.

3 - المواقع الإلكترونية:

1- www .droit .dz.com /formzhow thread.phpl=923page 2014-

2- http://www.sci-dz.com/forum2/index.php?showtopic=11556

3- www startaimes.com—07/02/2014

الفهرس

الفهرس

مقدمة أ

الفصل الأول:آثار فك الرابطة الزوجية 07

المبحث الأول : العدة كآثر لفك الرابطة الزوجية 08

المطلب الأول: مفهوم العدة 09

المطلب الثاني: أحكام العدة ونظرة المشرع الجزائري..... 15

المبحث الثاني: الحضانة 18

المطلب الأول : مفهوم الحضانة..... 18

المطلب الثاني: ترتيب أصحاب الحق في الحضانة..... 23

المبحث الثالث: الآثار المادية لفك الرابطة الزوجية 30

المطلب الأول: النفقة 30

المطلب الثاني: النزاع حول متاع البيت الزوجية..... 34

خلاصة الفصل الأول..... 38

الفصل الثاني: مظاهر تدخل القضاء الاستعجالي في آثار الطلاق 40

المبحث الأول: مظاهر تدخل القاضي الاستعجالي في حماية المحضون.. 41

المطلب الأول : مسألة الانتقال بالمحضون..... 42

المطلب الثاني: مصلحة المحضون..... 45

المبحث الثاني : حدود تدخل القاضي الاستعجالي في قضايا النفقة..... 52

المطلب الأول : التدابير الاستعجالية المتعلقة بالنفقة 53

المطلب الثاني : شروط قبول الحكم بالنفقة..... 55
المطلب الثالث : شمول الأحكام القاضية بالنفقة بالنفاذ المعجل 57
المبحث الثالث : الحالات الاستعجالية المتعلقة بمسكن الحاضنة وحق الزيارة..... 61
المطلب الأول : التدابير الاستعجالية المتعلقة بمسكن الحاضنة..... 61
المطلب الثاني : حق الزيارة..... 66
خلاصة :الفصل الثاني 71
الخاتمة 73
قائمة المصادر والمراجع..... 77
الفهرس 82