

جامعة زيان عاشور - الجلفة
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق

تعديلات قانون الأسرة الجزائري
" إنحلال الرابطة الزوجية أنموذجا "
- دراسة تحليلية تقويمية -

مذكرة ضمن متطلبات نيل شهادة الماستر حقوق
تخصص: أحوال شخصية

إشراف الأستاذ:
د/ مسعود هلاي

إعداد الطالب:
عبد العزيز نافي

لجنة المناقشة:

- 1- أ/ بورزق أحمد رئيسا.
- 2- د/ مسعود هلاي مقرا.
- 3- أ/ حمزة أحمد مناقشا.

الموسم الجامعي: 2017/2018م - 1438 / 1439 هـ

تمهيد

ساوى قانون الأسرة الجزائري الجديد بعد تعديله والذي منح للزوج حق الطلاق وهو حق إرادي يمكن إستعماله في أي وقت وفي مقابل ذلك أعطى للزوجة حق التقدّم إلى القضاء بطلب من أجل تطليقها من زوجها الذي أضر بها ولكن بقيود تضمنتها المادة 53 ق.أ، كما منحها أيضا حق مخالعة نفسها من زوجها على مال تدفعه له (المادة 54 ق.أ) ، ولذلك سنتطرق في هذا الفصل إلى: الطلاق بطلب من الزوجة وهو ما يسمى بالتطليق في مبحث أول والطلاق بواسطة الخلع في مبحث ثان.

في ذلك كان الإهتمام بتعزيز آليات التوفيق و الوساطة، و هذا عن طريق التحكيم الذي يلجأ له القاضي في محاولة لتحقيق الصلح، بعد هذه الخطوة وبما أن سير دعوى الطلاق إذا ما تمسك بها الطرفين أو أحدهما قد تستغرق مدة طويلة، كانت المبادرة بإتخاذ إجراءات من القاضي بطلب الطرفين، أو تلقائيا بصفة مؤقتة و التي تتعلق بمسكن الزوجية، النفقة، وحضانة الأولاد .

وقد تجسد المعنى الشرعي للصلح و التحكيم في قوله تعالى : ﴿ وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا ۗ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا ﴾ (1)

أما المعنى القانوني فيمكن إستخلاصه من المادة 49 ق أ المتعلقة بإجراء الصلح أما إجراء التحكيم فتم التنصيص عليه بموجب المادة 56 ق أ " : إذا أشدت الخصام بين الزوجين ولم يثبت الضرر وجب تعيين حكّمين للتوفيق بينهما."

(1)- الآية 34 من سورة النساء

المبحث الأول: التعديلات المتعلقة بالتطليق

الأصل أن الطلاق ملك للزوج دون الزوجة ، غير أنه يمكن للزوجة في الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري إذا لم تجد سعادتها في الحياة الزوجية أن ترفع الأمر للقاضي ليفرق بينها وبين زوجها، وهو ما يسمى بالتطليق، ويتم ذلك بحكم قضائي بناء على طلب الزوجة أو استنادا على مانص عليه القانون على سبيل الحصر.

فقد أوردت المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري أسباب طلب الزوجة التطليق على سبيل الحصر وهي: عدم الإنفاق، العيوب، الهجر، الحكم على الزوج عن جريمة فيها مساس بشرف الأسرة تستحيل معها مواصلة العشرة والحياة، الغيبة، مخالفة الأحكام الواردة في المادة 8 من قانون الأسرة، ارتكاب فاحشة مبينة، الشقاق المستمر بين الزوجين، مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج، كل ضرر معتبر شرعاً، وسنتناول ما جاء به المشرع من تعديلات بهذا الخصوص.

المطلب الأول : التطليق

لم يعرف المشرع الجزائري التطليق ولكنه نص على الأسباب القانونية للتطليق في المادة 53 من قانون الأسرة ومنح الزوجة فيها حق طلب التطليق من زوجها بناء على إرادتها المنفردة إذا توفر لها سبب من هذه الأسباب. وسنتطرق إلى ماهية التطليق

الفرع الأول: تعريف التطليق:

إذا كان المشرع قد أعطى للزوج حق طلب الطلاق في أي وقت ومتى شاء دون أن يقيد طلبه بقيد معين لأن العصمة الزوجية بيده فإنه بالنسبة للزوجة التي تريد طلب التطليق فقد قيدها بحالات معينة ورد النص عليها في المادة 53 من قانون الأسرة. ويقصد بالتطليق إنهاء العلاقة الزوجية بحكم من القضاء ويتم بناء على طلب الزوجة لأمر نص عليه القانون كإضرار أحد الزوجين بالآخر، أو مرض أو تعذر استمرار الحياة الزوجية بينهما⁽¹⁾.

(1)- سعادي لعلی - الزواج وإنحلاله في قانون الأسرة الجزائري- دراسة مقارنة- أطروحة دكتوراه علوم في القانون الخاص ص 297/298-2014/2015.

وقد أراد المشرع حماية المرأة من زوجها إذا ظلمها وأساء عشرتها فجعل من حقها اللجوء ورفع أمرها إلى القضاء ليطلقها بحيث عليها أن تؤسس طلبها على حالة من الحالات الواردة على سبيل الحصر في المادة السالفة الذكر وإلا قبل طلبها بالرفض.⁽¹⁾

في مذهب أبي حنيفة فلم يكن يملك القاضي إلا الطلاق لعيب في الزوج وقصر العيوب الموجبة للطلاق على العيوب التناسلية وهي الجب والخصاء والعنة وزاد محمد الجنون والجنام والبرص⁽¹⁾.

أما الإمامين مالك وأحمد فقد توسعوا في ذلك بحيث إقتيس ولي الأمر في مصر من المرأة فكان التفريق لعدم الإنفاق، والتفريق للعيوب المستحكمة من غير تقييد بعدد معين والتفريق للضرر وللغياب وللسجن.⁽²⁾

وما نلاحظه أنه لم يقيم فقهاء الشريعة الإسلامية ولا الفقه القانوني بإعطاء تعريف شامل ودقيق للتطبيق وإنما كل ما قاموا به هو الإشارة إلى الحالات أو الأسباب التي على إثرها يمكن للزوجة طلب التطبيق ويكون ذلك أمام القاضي الذي يثبتته بحكم.

وقد صدر عن المحكمة العليا قرار بتاريخ 1984/12/03 جاء فيه " من المقرر شرعا أن الطلاق هو حق للرجل صاحب العصمة وأنه لا يجوز للقاضي أن يحل محله في إصداره، أما التطبيق فهو حق للمرأة المتضررة وترفع أمرها للقاضي الذي يطلقها ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا لأحكام الشريعة الإسلامية ".⁽³⁾

إن المحكمة العليا أرادت أن تعرّف التطبيق من خلال هذا القرار إلا أنّها لم تعطيه تعريفا شاملا ودقيقا بحيث أنّها لم تبين المقصود بالمرأة المتضررة أو كان على الأقل أن تعطي أمثلة عن ذلك.

الفرع الثاني: الطبيعة القانونية للتطبيق

بعدما تطرقنا لمفهوم التطبيق في الفرع السابق فيمكن أن نعطي نظرة ولو مختصرة عن طبيعته القانونية والذي يمكن أن نعتبره رخصة استثنائية منحها المشرع للقاضي، وممارسة هذه الرخصة مقيدة بعدة قيود وشروط وهي كلها خاضعة للسلطة التقديرية للقضاء.⁽⁴⁾

(1) ابن عابدين: رد المحتار، 674/3 السرخسي ، المبسوط 6 / 187.

(2) فتاوى ابن تيمية، المجلد 37 ، ص، 156.

(3) المحكمة العليا قرار بتاريخ 1984/12/03 ملف رقم 35026 .م.ق 89 عدد 4 ص 86.

(4) عبد الفتاح تقيّة: مباحث في قانون الأسرة الجزائري ، منشورات ثالة ، دط، 1999 ، ص 242 .

لأن المركز القانوني الناشئ عن عقد الزواج قد ينقضي بناء على واقعة تتمسك بها الزوجة أمام القضاء وإثبات هذه الواقعة ينشأ للزوجة حق إرادي في إنهاء هذا المركز أي بمعنى أن هذه الفرقة تدخل تحت نظام الفسخ، حيث يرى الأحناف أن كل فرقة من جانب الزوج ولا يمكن أن تكون من جانب المرأة فهي طلاق كالفرقة بسبب الإيلاء، أما الفرقة التي تكون من قبل الزوجة ولا يمكن أن تكون من جانب الزوج فهي فسخ كالفرقة بسبب عدم كفاءة الزوج لزوجته أما بالنسبة للشافعية والحنابلة فقد ذهبوا إلى القول بأن الفرق التي تقع من الزوج أو نائبه تعتبر طلاقاً أما ما عدا ذلك فتعتبر فسحاً.

بينما ذهب المالكية إلى أن الفرق بين الطلاق والفسخ يكمن في السبب الذي أدى إلى الفرقة فإن كانت فرقة من زواج صحيح وسواء كانت من الزوج أو من قبل الزوجة أو من طرف القاضي عدت طلاقاً وأما إن كانت غير راجعة لأحدهما فتعتبر فسحاً.

فما يمكن استخلاصه أنّ كل المذاهب اتفقت على أنّ الفرقة تنقسم إلى طلاق وفسخ ولكن اختلفت فيما يدخل في الطلاق وفيما يدخل في الفسخ لأنها لم تعتمد على معيار دقيق ومنضبط. بحيث يرى المالكية بأنّ الفرقة الناتجة عن الإعسار بالنفقة طلاق رجعي ولا يمكن للزوج إعادة الزوجة إلى عصمته إلا إذا ملك ما ينفقه عليها وإلا فلا تصح الرجعة. وقال ابن الجوزي: الطلاق بالإعسار بالنفقة رجعي. (1)

وقال الشافعية والحنابلة أن الفرقة فسخ لا طلاق لأن الطلاق يكون من فعل الزوج مباشرة أو توكيل منه.

والثمرّة المستخلصة من هذا الإختلاف فعلى القول بأن الفرقة للإعسار طلاق رجعي، فإنها تحسب على الزوج من عدد طلاقاته التي يملكها، فلو افترضنا أن الزوج طلق زوجته مرتين قبل تطليق القاضي لها فلا يمكنه إرجاعها في هذه الحالة إلا بعد أن تتزوج غيره لأن الطلاق أصبح بائناً بينونة كبرى (2).

وعلى القول الثاني القائل بأن الفرقة للإعسار فسخ لا طلاق فإن الفرقة هنا لا تدخل في عداد طلاقات الزوج إلا أنّه لا سبيل له إليها إلا بعقد جديد ورضاء جديد.

(1) بن الجوزي، القوانين الفقهية، مكتبة الشركة الجزائرية، مرازقة، الجزائر، ص 221.

(2) عبد المؤمن بلباقي: التفريق القضائي بين الزوجين في الفقه الإسلامي شركة دار الهدى، د ط 2000 ص 96

وبالنسبة للمشرع الجزائري فقد أخذ بالمذهب المالكي معتبرا بأن الفرقة للإعسار طلاق وليس فسخ وهذا ما يستشف من المادة 48 ق.أ بحيث جعل الفرقة التي تقع بطلب من الزوجة طلاقا. أمّا بالنسبة للتفريق بالعيوب فقد ذهب المالكية والحنفية إلى اعتبار أن التفريق بالعيوب يقع طلاقا بائنا لا فسحا لك أن الفرقة تكون إما من الزوج أو بسبب منه ولم يوجبها فساد عقد فكانت طلاقا أمّا الشافعية والحنابلة فقد ذهبوا إلى اعتبار أن الفرقة للعيوب فسخ لكونه يقع من طرف القاضي ولو تلفظ بالطلاق ظاهرا لأنه ما فعل ذلك إلا بأمر من القاضي وهو مما يخضع للاجتهاد فكان فسحا لا طلاقا وبالرجوع إلى قانون الأسرة لا نجد بيبين فيما إذا كان التطلاق هو عبارة عن فسخ أم طلاق وإنما نص على حالات على سبيل الحصر في المادة 53 ق.أ وترك أمر تقديرها للقاضي بحيث إذا رأى بأنه فعلا تتوفر حالة من هذه الحالات فما عليه إلا الحكم بالتطلاق لأن القاضي في هذه الحالة يكون له دور إيجابي فهو الذي يقوم بالتقرير ما إذا أخل الزوج بالتزاماته وبفضل هذا التقرير ينشأ حق إرادي للزوجة في إنهاء العلاقة الزوجية والحكم الذي يصدر بتطلاق الزوجة هو حكم منشئ. ومن هنا نستخلص بأن الفرقة التي يكون مصدرها المباشر هو الحكم القضائي فهي تدرج تحت نظام الفسخ كالحكم بالتطلاق وحسب رأي الشخصي فإنه يمكن تكييف التطلاق على أنه حق مقيد لأن المشرع قد منح للزوجة حق اللجوء إلى القضاء في أي وقت من أجل طلب التطلاق لكن قيده بقيود نص عليها على سبيل الحصر في المادة السالفة الذكر أي بمعنى يجب على الزوجة وعند رفعها لدعوى التطلاق أن تثبت سبب ذلك وإلا رفضت دعواها لأن القاضي هو الذي يقدر ما إذا كان طلبها مؤسس أم لا. (1).

(1) - عزيزية يوسف، مذكرة التخرج لنيل شهادة الماجستير، المعهد الوطني للقضاء 2003-2004، ص 15

المطلب الثاني : أسباب التطليق

الفرع الأول :مخالفة الشروط المتفق عليها في العقد

إن المادة 19 من قانون الأسرة قبل التعديل الأخير كانت تنص على ما يلي:
"للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج كل الشروط التي يريانها ما لم تتناف مع هذا القانون."دون الخوض في ماهية هذه الشروط من حيث موافقتها أو عدم موافقتها للقانون ومدى شرعيتها بالنظر إلى قواعد الفقه الإسلامي، وبما أن المشرع لم يضع معايير دقيقة للحكم على هذه الشروط، فإن الأمر أصبح مهمة القاضي الذي إذا رأى أن هذه الشروط لا تتعارض مع أحكام قانون الأسرة ولا تتنافى مع طبيعة الزواج، فإنّه في حالة مخالفة أحدهما لها فإنّه تطبيقا للقواعد العامة يجوز لأحدهما المطالبة بفسخ العقد لعدم التزام الطرف الآخر بشروطه لأن العقد شريعة المتعاقدين، وما عليه إلاّ الحكم بالتطليق.

بمناسبة الحديث عن الشروط الواردة في عقد الزواج وعن معايير التفريق بين الموافق منها والمخالف لطبيعة هذا العقد، فإنّه من أحسن ما قرأت في تشريعات الأحوال الشخصية العربية-والذي أثرت كتابته في متن البحث -ما ذهب إليه المشرع السوري في تحديده لمعايير دقيقة للتفرقة بين الشروط الملزمة للزوج والتي تفسخ عقد الزواج في حالة عدم الالتزام بها ولكنها لا تلزم الزوج، والشروط التي تلزمه. وهذا ما ذهب إليه المشرع السوري في المادة 14 من قانون الأحوال الشخصية (1).

1-تنص المادة 14 من قانون الأحوال الشخصية السوري على ما يلي :

-إذا قيد عقد الزواج بشرط ينافي مقاصده ويلتزم فيه ما هو محظور شرعا كان الشرط باطلا والعقد صحيحا.

-وإذا قيد بشرط يلتزم للمرأة مصلحة غير محظورة شرعا ولا تمس بحقوق غيرها ولا تقيد حرية

الزوج في أعماله الخاصة المشروعة كان الشرط صحيحا ملزما.

-وإذا اشترطت المرأة في عقد النكاح ما يقيد حرية الزوج في أعماله الخاصة أو يمس حقوق غيرها

كان الاشتراط صحيحا ولكنه ليس بملزم للزوج، فإذا لم يف الزوج به فللزوجة المشتربة طلب فسخ النكاح"، نقلا عن محمد

إبراهيم الكويفي، مرجع سابق، ص22

عاد المشرع الجزائري مرة أخرى للتأكيد على هذه الشروط، بحيث إذا لم يذكرها الزوجان أو أحدهما في عقد الزواج فإنه بإمكانه أن يشترطها في عقد رسمي لاحق، وفقا للمادة 19 المعدلة بالأمر 02-05 حيث جاء فيها ما يلي " للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق كل الشروط التي يريانها ضرورية، لاسيما شرط عدم تعدد الزوجات وعمل المرأة، ما لم تتنافى هذه الشروط مع أحكام هذا القانون."

لقد نصت المادة السابقة على بعض الاشتراطات الهامة والتي تتمسك بها الزوجة عامة وهي عدم التعدد والعمل الوظيفي. ولكن ما يلاحظ في هذا الموضوع أن المشرع الجزائري رغم نصه على حلّ جديد للاشتراط بعد إبرام عقد الزواج وذلك في عقد رسمي لاحق، إلا أنه لم يذكره في المادة 53 ، حيث نص في الفقرة 5 منها على " مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج ". فهل في حالة مخالفة الشروط الواردة في العقد الرسمي اللاحق يتمسك القاضي بحرفية النص ولا يأخذ بها، أم أنه سيفسر القانون وفق الإرادة الفعلية للمشرع والتي ترمي إلى تطبيق الشروط الواردة في عقد الزواج وفي العقد الرسمي اللاحق، وإلا ما الداعي من هذا التعديل أصلا.(1) إذا رأى القاضي فسخ عقد الزواج، وهو عقد سابق، لعدم التزام الزوج بشرط اتفق عليه وزوجته في عقد لاحق، فما مدى صحة هذا الفسخ؟

لعلّ الإجابة عن هذا التساؤل ستكمن مستقبلا في الاجتهاد القضائي الذي سيقدر الأخذ بعين الاعتبار الشروط الواردة في العقد الرسمي اللاحق(2).

(1) - باديس ذيابي، مرجع سابق، ص 53 .

(2) - عزيزية يوسف، مذكرة التخرج لنيل شهادة الماجستير، مرجع سابق ، ص 30.

الفرع الثاني : التطليق للشقاق

نتطرق في هذا الجزء وبصفة مستقلة للتطليق للشقاق مباشرة بعد التطرق للتطليق للضرر، لأنّ جلّ الفقهاء وكذلك تشريعات الأحوال الشخصية العربية تحدثوا عن الضرر والشقاق في آن واحد ولكن على التوالي. لكننا فصلنا بينهما لأن معالجة التطليق للضرر تكون بعد ثبوته من طرف الزوج اتجاه الزوجة، وللقاضي بعدها التفريق إذا طلبت الزوجة ذلك. أما التطليق للشقاق فإجراءاته خاصة لأن الضرر لم يثبت والخصام والنزاع متواصلان بين الزوجين.

يكون الشقاق من الزوجين أو من أحدهما دون معرفة من المسيء منهما. ومصدر مصطلح الشقاق مستمد من قول الله تعالى " وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَأَبْعُثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا " 1. وجاءت هذه الآية بعد الآية التي أشارت إلى نشوز الزوجة وكيفية معالجته وذلك في قوله تعالى "...:وَاللَّاتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَاهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ وَاضْرِبُوهُنَّ فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلًا" 2.

أشار النص القرآني إلى اللجوء إلى الإصلاح في حالة نشوز الزوج كذلك - سبق الإشارة إليه - وذلك في الآية 128 من نفس السورة. فالله تعالى حدد نشوز الزوجة ونشوز الزوج وكيفية التعامل معهما، أما الشقاق فلا يعرف من المسيء منهما، فوجب تعيين الحكّمين لإصلاح الوضع، هل أخذ المشرع الجزائري بالشقاق كأحد أسباب طلب التطليق قبل وبعد تعديل 2005 وهل تتبع نفس خطوات وإجراءات التحكيم التي وجدنا تفصيلها في آراء الفقهاء وقوانين الأحوال الشخصية العربية؟

1-الآية 35 من سورة النساء.

2-الآية 34 من سورة النساء.

1- موقف قانون الأسرة الجزائري من التطلاق للشقاق قبل تعديل 2005

أشار المشرع الجزائري إلى التطلاق للشقاق بين الزوجين قبل تعديل 2005 ولكن بعبارة أخرى، حيث نصت المادة 56 منه على ما يلي: "إذا اشتد الخصام بين الزوجين ولم يثبت الضرر وجب تعيين حكّمين للتوفيق بينهما".

يظهر من نص هذه الفقرة أن المشرع الجزائري أخذ بفكرة الشقاق واتفق في ذلك مع الشريعات الأخرى، كما أنه اتفق مع المشرع السوري والإماراتي... في المساواة بين الزوج والزوجة في حق طلب التطلاق للضرر والخضوع لإجراءات التحكيم في حالة عدم ثبوت الضرر وتواصل الخصام. والدليل على ذلك هو أن المشرع الجزائري جاء بعبارة "إذا اشتد الخصام بين الزوجين"، ولأن هذه المادة جاءت بعد المادة 55 والتي أشارت إلى حق كل من الزوجين في طلب التفريق عند نشوز أحدهما. والمادتان جاءتا منفصلتان عن المادة 53 الخاصة بطلب التطلاق من طرف الزوجة فقط.

2- موقف قانون الأسرة الجزائري من التطلاق للشقاق بعد تعديل 2005

أما بعد تعديل 2005 فقد نص المشرع الجزائري على الشقاق المستمر بين الزوجين كسبب من أسباب التطلاق الخاصة بالزوجة دون أن يلغي أو حتى يعدل المادة 56. فهل هذا يعني أن اشتداد الخصام لا يؤدي بالضرورة إلى الحكم بالتطلاق سواء بالنسبة للزوج الذي يملك حق الطلاق أو بالنسبة للزوجة التي يملك القاضي في حقها سلطة تقدير الضرر لتطبيقها من زوجها، وبالتالي أكد المشرع حق الزوجة في الحكم لها بالتطلاق إذا طال الخصام واشتد وعجز الحكمان عن الصلح. أم أن إضافة هذه الفقرة كانت لمجرد إظهار نية المشرع الجزائري في تكريس حق الزوجة في فك الرابطة الزوجية بإرادتها وإبراز ذلك جليا وكان هذا هو الهدف في تلك الفترة بالذات.

إذا رجعنا إلى المادة 56 من قانون الأسرة فإننا نفهم ضمنا أن اشتداد الخصام هو، سبب من أسباب التطلاق لأنها جاءت بعد الحديث عن الطلاق في المواد من 47 إلى 52 ثم التطلاق في المادة 53 والخلع في المادة 54 ثم التطلاق للنشوز في المادة 55 وبالتالي

التطليق لطول الخصام في الماد 56 سواء قصد المشرع ذلك بالنسبة للزوجين أو لا فالمهم هو إشارته إلى الشقاق المستمر بين الزوجين في المادة 53 كسبب موجب لطلب التطليق من طرف الزوجة.

3- التحكيم وإجراءاته في قانون الأسرة الجزائري

هل وضع المشرع الجزائري أحكاما خاصة وشروطا للجوء إلى التحكيم، أم أنه أمر اختياري للقاضي ويخضع لسلطته التقديرية؟

أ - اللجوء إلى التحكيم

إذا طبقنا القاعدة العامة للتطليق للشقاق بين الزوجين والذي أخذ من الفقه الإسلامي فإننا نلاحظ أن اللجوء إلى التحكيم لا يتم إلا إذا ثبت الشقاق. والدعوى لا تكيف على أنها دعوى شقاق إلا إذا لم يثبت الضرر من طرف المدعى عليه (وهو الزوج في هذه الحالة)، لأنه إذا ثبت الضرر من الزوج فإن ذلك يستوجب إزالته من طرف القاضي بإجابة دعوى الزوجة وعدم الاستمرار في الصلح عن طريق الحكيم. أما إذا لم يثبت الضرر فهنا القاضي لا يطلق مباشرة وإنما يلتجئ إلى الحكيم بعد أن يكون قد حاول الصلح بين الزوجين وفشل في ذلك كما فشل في معرفة من المسيء منهما. فاللجوء إلى الحكيم خطوة مكتملة لما قام به القاضي من محاولات صلح وفشله في ذلك. هنا يأتي الحكمان ليحاولا الإصلاح فإن فشلا حاولا معرفة من المتسبب في الضرر وإلا فعلى القاضي التطليق في حالة استمرار الشقاق والخلاف. ما سبق هو الأصل في اللجوء إلى التحكيم، فهل هذا هو ما نص عليه المشرع الجزائري في قانون الأسرة؟

لقد أشار المشرع إلى التحكيم في مادة واحدة ووحيدة وهي المادة . 56 أما بالنسبة للفقرة الجديدة التي أضافها المشرع في المادة 53 والتي جاءت بالنص على حق الزوجة في طلب التطليق للشقاق المستمر بينها وبين زوجها، فإنه لا يوجد فيها أي إشارة إلى ضرورة تعيين الحكيم بصفة خاصة، لأنه وبالرجوع إلى كل قوانين الأحوال الشخصية العربية قيد الدراسة نجد أن الحكمان يعينان في حالة الشقاق ودون ثبوت الضرر. والذي يؤكد أن تعيين الحكيم ليس خاصا بدعوى الشقاق في قانون الأسرة الجزائري هو مايلي:

1- والتي تشير إلى الحكمين كانت موجودة في المادة 56 من القانون 84-11، أما حق الزوجة في رفع دعوى التطليق للشقاق فقد جاء في تعديل 2005 .

2- كأن المشرع الجزائري عندما تحدث عن مواصلة الخصام واستمراره مع عدم ثبوت الضرر، قصد كل حالات دعاوى التطليق للضرر التي سبقت المادة سواء الخاصة بالزوجة فقط (في المادة 53 أو الخاصة بالزوجين مع المادة 55) أي إذا لم يثبت الضرر الذي تدعيه الزوجة أو حتى الزوج وما زالت مصرة على التطليق يعين القاضي الحكمين.

3- لكن لو افترضنا ما سبق، أي أن الحكمين يعينان في كل دعاوى التطليق للضرر إذا لم يثبت هذا الأخير، وفي حالة استمرار الخصام، ما هو معيار استمرار الخصام؟

- هل يعتبر عدم ثبوت الضرر وفشل القاضي في الصلح وإصرار الزوجة على التطليق أثناء سير الدعوى استمرارا للخصام؟

- أم أن القاضي إذا لم يثبت الضرر أو حتى حاول الصلح ولم ينجح في ذلك رفض الدعوى، وبعدها إذا تكرر رفع الدعوى اعتبر ذلك استمرارا في الخصام، وبالتالي حرك القاضي إجراء التحكيم. إذا أخذنا بالافتراض الأول فإنه كان على المشرع أن يشير مباشرة إلى إمكانية لجوء الزوجة إلى دعوى الشقاق في حالة عدم ثبوت الضرر الذي ادعته، وهذا ما ذهب إليه المشرع المغربي 1 .

وإذا أخذنا بالافتراض الثاني فكان على المشرع الجزائري أن يسلك مسلك المشرع المصري الذي تقادى هذا الغموض وأشار مباشرة إلى حالة تكرار الشكوى 2 ، والذي يعد معيارا لاستمرار الخصام وبالتالي اللجوء إلى التحكيم والحكم بالتطليق في حالة فشل الإصلاح. في الأخير بقي التساؤل هل يلجأ القاضي مباشرة إلى الحكمين إذا رفعت الزوجة دعوى تطليق للشقاق المستمر بينها وبين زوجها؟

إذا طبقنا نظرية التطليق للشقاق فإن القاضي لا محالة مجبر على ذلك لأن الشقاق ليس كغيره من صور الضرر الأخرى مثل عدم الإنفاق والغيبة والهجر، إنما الشقاق قد يثبت لكن من المفروض على القاضي أن يحاول معرفة من المتسبب فيه، هل هو الزوج أو الزوجة . ونرجع لنقول أن هذا الكلام جاء في آراء الفقهاء وقوانين الأحوال الشخصية العربية الأخرى.

1-المادة 100 من مدونة الأسرة المغربية.

2-المادة 6 من القانون رقم 25 لسنة 1929 م المعدل بالقانون رقم 100 لسنة 1985 م.

أما المشرع الجزائري فلم يشر إلى ذلك. وبالنظر إلى أسباب التطليق الواردة في المادة 53 فإن إثبات الزوجة لوجود الشقاق كاف للحكم لها بالتطليق، كإثبات عدم الإنفاق أو العيب بل إثبات الشقاق أسهل بكثير من إثبات الصور الأخرى من الضرر وهذا ما توحى إليه المادة 53 أما عن وجوب اللجوء إلى التحكيم، فقد أشار المشرع الجزائري في المادة 56 من قانون الأسرة على حالة وجوب التحكيم حيث جاء في فقرتها الأولى ما يلي: "إذا اشتد الخصام بين الزوجين ولم يثبت الضرر وجب تعيين حكّمين للتوفيق بينهما."

من جهة أخرى نص المشرع الجزائري في المادة 446 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على ما يلي: "إذا لم يثبت أي ضرر أثناء الخصومة جاز للقاضي أن يعين حكّمين اثنين لمحاولة الصلح بينهما حسب مقتضيات قانون الأسرة¹"

إذا لاحظنا المادتين السابقتين وجدنا تباين في حكم اللجوء إلى التحكيم، حيث جاءت في المادة 56 من قانون الأسرة عبارة "وجب تعيين حكّمين"، وهذا يعني أن القاضي عندما يلاحظ تواصل الخصام يجب عليه اللجوء إلى التحكيم. أما ما جاء في المادة 446 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية فقد أشار إلى عبارة مغايرة تماما وهي "جاز للقاضي أن يعين حكّمين اثنين"، وهذا يعني عدم الوجوب، لأن الوجوب ينفي السلطة التقديرية للقاضي، أما الجواز فيثبتها ويجعل اللجوء إلى التحكيم خاضع لتقدير القاضي.

للتوفيق بين النصين نقول أن الأصل هو قانون الأسرة لأن القانون الثاني قانون إجرائي وحتى نص المادة 446 نص على ذلك بحيث أشار في نهاية المادة إلى " حسب مقتضيات قانون الأسرة"، أما عن الجانب العملي فإن القضاة ميدانيا يلجؤون إلى التحكيم اختياريا، أي أن الأمر يخضع للسلطة التقديرية لهم. وإذا تتبعنا هذا المنطق فإننا نصل إلى نتيجة مهمة وهي أن القاضي قد لا يلجأ إلى التحكيم حتى في دعوى الشقاق لأنه لا يوجد أي نص صريح يلزمه بذلك. وهذا ما يبقي الغموض مستمرا على الأقل أمام غياب اجتهادات المحكمة العليا، أو على الأقل عدم تمكننا من الحصول عليها والتي ربما تحسم الأمر.

(1)- قانون رقم 08-09 المتعلق بالإجراءات المدنية والإدارية

ب - إجراءات التحكيم

لم يتعرض المشرع الجزائري في قانون الأسرة إلى التحكيم وإجراءاته إلا في المادة 56 وهذا عكس ما ذهب إليه الفقهاء باختلاف مذاهبهم وما ذهبت إليه قوانين الأحوال الشخصية لكل من مصر وسوريا والمغرب والعراق والإمارات العربية المتحدة وغيرهم، حيث فصلوا في حالات اللجوء إلى التحكيم وإجراءاته وفي شروط الحكمين ومهمتهما ومن له صلاحية الحكم بالتطليق بعد فشل محاولات الصلح، والآثار المادية له والتي تختلف باختلاف المتسبب في الشقاق. نصت المادة 56 فقرة 2 من قانون الأسرة على ما يلي "يعين القاضي الحكمين حكما من أهل الزوج وحكما من أهل الزوجة وعلى هذين الحكمين أن يقدموا تقريرا عن مهمتهما في أجل شهرين." أما ما جاء في قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري إضافة إلى المادة 446 فيتمثل فيما يلي:

-المادة" : 447 يطلع الحكمان القاضي بما يعترضهما من إشكالات أثناء تنفيذ المهمة."

-المادة" : 448 إذا تم الصلح من طرف الحكمين، يثبت ذلك في محضر يصادق عليه القاضي بموجب أمر غير قابل لأي طعن."

-المادة" : 449 يجوز للقاضي إنهاء مهام الحكمين تلقائيا إذا تبيّن له صعوبة تنفيذ المهمة، وفي هذه الحالة يعيد القضية إلى الجلسة وتستمر الخصومة."

هذه هي المواد التي بينت إجراءات التحكيم في القانون الجزائري، ومن خلال التمعن فيها ومقارنتها بغيرها مما جاء في قوانين الأحوال الشخصية العربية، نلاحظ ما يلي:

1-تطرق المشرع الجزائري إلى شروط الحكمين من حيث تعيينهما من أهل الزوجين أو من الأجنبي، حيث حسم الأمر ونص على وجوب تعيينهما من أهل الزوجين، أي حكما من أهل الزوج وحكما من أهل الزوجة، دون الإشارة إلى إمكانية تعذر ذلك وإعطاء البديل، وهذا ما نص عليه قانون الأسرة في المادة 56 الفقرة 2

2-تطرق المشرع الجزائري إلى إطلاع القاضي على ما توصل إليه الحكمان دون تفصيل في نتيجة التحكيم وفي حالة الفشل في الإصلاح وما إذا كان سبب الشقاق يعود إلى الزوج أو الزوجة أو أنّهما لم يستطيعا معرفة المتسبب فيه، وهذا عكس ما ذهبت إليه آراء الفقهاء وبعض تشريعات الدول العربية والتي تحكم بالتطليق لكن باختلاف التبعات المادية فيما إذا كان المتسبب في الشقاق الزوج أو الزوجة.

3- كما يلاحظ أن محضر الصلح الذي يقدمه الحكمان للقاضي ليست له ذات الحجية التي منحها المشرع الجزائري لمحضر الصلح الذي يشرف عليه القاضي (1)، لأنه يخضع لمصادقة القاضي بموجب أمر مثله مثل المحضر الذي يحرره الوسيط (2). أما المحضر الأول فلا يحتاج إلى مصادقة ليصبح سنداً تنفيذياً (3).

4- أهم نقطة يمكن ملاحظتها في قضية التحكيم هي أن المشرع أعطى سلطة محددة للحكمين، وهي محاولة الإصلاح فقط، فإن نجحاً في ذلك أثبتاه في محضر يصادق عليه القاضي، أما إذا فشل فيحيلان القضية من جديد إلى القاضي. وليس من اختصاصهما إطلاقاً الحكم بالتطليق لأن هذا من مهمة القاضي. ولكن حتى هذه النقطة الأخيرة لم يشر إليها المشرع الجزائري، أي أنه لا توجد أية إشارة إلى أنالقاضي في حالة فشل الحكمان يحكم بالتطليق وهذا الأمر لم تأت به المادة 56 من قانون الأسرة ولا مواد قانون الإجراءات المدنية والإدارية، رغم أن هذا كان واضحاً وجلياً في آراء الفقهاء وقوانين الأحوال الشخصية العربية. كما أن المشرع الجزائري، وبما أنه لم يتحدث عن الحكم بالتطليق في هذه النقطة بالذات فإنه كذلك لم يحدد ضمن مهمة الحكمين محاولة معرفة من المتسبب في الشقاق لكي يتمكن القاضي من الأخذ به أثناء حكمه بالتطليق أو حتى أثناء رفضه لدعوى التطليق.

(1) - وهذا وفقاً للمادتين 443 و 993 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية ومحتواهما كالآتي:

-المادة: 443 يثبت الصلح بين الزوجين بموجب محضر، يحرر في الحال من أمين الضبط تحت إشراف القاضي. يوقع المحضر من طرف القاضي وأمين الضبط والزوجين ويودع بأمانة الضبط. يعد محضر الصلح سنداً تنفيذياً.

في حالة عدم الصلح أو تخلف أحد الزوجين بالرغم من مهلة التفكير الممنوحة له، يشرع في مناقشة موضوع الدعوى.

-المادة: 993 يعد محضر الصلح سنداً تنفيذياً بمجرد إيداعه بأمانة الضبط.

(2) - وذلك عملاً بالمادة 1004 من قانون الإجراءات المدنية والتي تنص على ما يلي: "يقوم القاضي

بالمصادقة على محضر الاتفاق بموجب أمر غير قابل لأي طعن، ويعد محضر الاتفاق سنداً تنفيذياً."

(3) -بربارة عبد الرحمن، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الطبعة 2، منشورات بغدادي، ص339 الجزائر، 2009

خلاصة القول فيما يخص ما إذا كان للقاضي سلطة التطلاق وفقا للمادة 56 أو لا فإن إضافة الشقاق في المادة 53 كسبب موجب للتطلاق يعني أنه إذا ثبت للقاضي الشقاق والخلاف المستمر بين الزوجين فما عليه إلا التطلاق لأن المادة واضحة، ومثلما هو الأمر بالنسبة لأسباب الأخرى. فإذا ثبت مثلا العيب في الزوج حكم القاضي بالتطلاق وكذلك الأمر إذا ثبت هجره للزوجة وكذلك عدم الإنفاق بالشروط المنصوص عليها، ونفس الأمر إذا ثبت الشقاق.

أما المادة 56 فإنها لا تشير إلى التطلاق في حالة استمرار الخصام ، فالقاضي يحاول الإصلاح ويعين الحكيم وقد لا يحكم بالتطلاق حتى وإن فشل الحكمان في مهمتهما خاصة إذا كان المتسبب في الشقاق هو الزوجة¹

في الأخير نرى أن اتجاه المشرع الجزائري نحو تكريس حق الزوجة في فك الرابطة الزوجية أكثر فأكثر جعله يضيف هذه الفقرة وغيرها في المادة 53 من قانون الأسرة. وقد تكون نية المشرع تصب نحو تمكين المرأة من وسيلة أسهل لفك الرابطة الزوجية، لأن اللجوء إلى دعوى الشقاق أسهل من غيرها (1) ، كما أنها أحسن من اللجوء إلى الخلع بعد العجز عن إثبات الضرر والذي تتنازل فيه الزوجة عن مهرها، ولعل ما ذهب إليه المشرع المغربي أحسن دليل على ذلك.

كما أن إضافة فقرة الشقاق في المادة 53 معناها أن القاضي إذا ثبت لديه الشقاق والخلاف فما عليه إلا أن يحكم بالتطلاق لأن المادة واضحة.

(1)--فالخلاف والشقاق يحدثان غالبا دون قصد الإضرار بل ولأسباب قد تكون تافهة، بل أن الخلاف قد يحدث غالبا لعدم التكافؤ بكل أنواعه وعدم التطابق في التفكير وطريقة حل المشاكل أو طريقة النظر إلى الأشياء، كما قد يكون سببه عدم الانسجام العاطفي أو الحسي.

المبحث الثاني: التعديلات المتعلقة بالخلع

ستقتصر دراستنا في هذا المبحث على أحكام الخلع.

المطلب الأول: المقصود بالخلع

الفرع الأول: تعريفه

المشرع الجزائري لم يتطرق إلى تعريف الخلع إلا أنه نص عليه في المادة 54 من ق.أ بقوله: " يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل مالي. إن لم يتفق الزوجان على المقابل المالي للخلع ، يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم . " ولذلك يستوجب علينا الرجوع إلى مبادئ الفقه الإسلامي طبقاً لأحكام المادة 222 ق.أ بحيث يعرف الخلع في الشريعة الإسلامية بأنه " إزالة عقدة النكاح المتوقعة على قبولها بلفظ الخلع أو في ما معناه ". كما عرفه خليل في مختصره بأنه " الطلاق بعوض " (1) ، وقد عرفه الفقهاء بأنه فراق الرجل زوجته ببذل يحصل له ويرون أنه لا بد في الخلع أن يكون بلفظ الخلع أو بلفظ مشتق منه أو لفظ يؤدي معناه مثل المبراة و الفدية (2) ، كما قد عرفه ابن حزم الظاهري بأنه " هو الافتداء إذا كرهت المرأة زوجها، فتخاف أن لا توفيه حقه أو خافت أن يبغضها فلا يوفيهها حقه، فلها أن تفتدى منه ويطلقها إن رضي هو وإلا لم يجبر هو وإلا أجبرت هي، وإنما يجوز بتراضيها " ، وقد عرفه الفقهاء المسلمون بأنه عبارة عن عقد اتفاقي وثنائي الأطراف ينعقد عادة بعرض من الزوجة لمبلغ من المال المعلوم المتقوم شرعاً مقابل طلاقها وقبول صريح من الزوج لهذا العرض وللطلاق ويمكن أن يكون بعرض من الزوج وقبول من الزوجة (3) كما يمكن أن نعطيه تعريف أدق وأشمل فنقول بأنه عقد معاوضة رضائي وثنائي الأطراف شرعاً لمصلحة الزوجة والهدف منه إنهاء الحياة الزوجية بحكم قضائي، بناء على عرض أحد الزوجين وقبول الآخر تلبية لرغبة الزوجة مقابل مبلغ مالي تدفعه له بحيث يتفقان على نوعه أو مقداره في جلسة الحكم وإن لم يتفقا على ذلك فإن المشرع خول للقاضي حق التدخل لتقديره بحيث لا يتجاوز في كل الأحوال مقدار صداق المثل وقت الحكم (4).

(1) عزيزية يوسف، مذكرة التخرج لنيل شهادة الماجستير، المعهد الوطني للقضاء 2003-2004، ص 22

(2) عبد الرحمان الصابوني: مدى حرية الزوجين في الطلاق.

(3) الشيخ أحمد محمد عساف: الأحكام الفقهية في المذاهب الإسلامية الأربعة المعاملات ص 374.

(4) عبد العزيز سعد: الزواج والطلاق في قانون الأسرة ص 216.

وقد وردت أحكام الخلع في القرآن والسنة النبوية وانعقد الإجماع على ذلك، وما يجدر ذكره أن الآية التي جاءت بأحكام الطلاق هي الآية نفسها التي جاءت بأحكام الخلع، قال الله تعالى: " الطلاق مرتان فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان ولا يحل لكم أن تأخذوا مما آتيتموهن شيئاً إلا أن يخافا ألا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به، تلك حدود الله فلا تعتدوها ومن يتعد حدود الله فأولئك هم الظالمون " (1)

فيفهم من هذه الآية أن الله سبحانه وتعالى حرّم على الزوج أن يأخذ المال من زوجته إلا أنه استثنى من ذلك حالة واحدة هي إذا ما خشي الزوجان عدم إقامة حدود الله فيما بينهما كبغض المرأة لزوجها أو سوء سلوكها، ففي هذه الحالة يجوز للزوج أن يأخذ من زوجته ما لا ليطلقها ويسمى هذا بالخلع كما جاءت السنة النبوية بتطبيقه وشرح مجمله. وفي السنة النبوية الشريفة فإن أول خلع في الإسلام هو ما كان من جميلة بنت سهل تزوجت ثابت بن قيس وقد جاءت إلى رسول الله - صلى الله عليه وسلم - فقالت يا رسول الله، لا أنا ولا ثابت ولا ما أعطاني وسألته أن يطلقها على حديقته التي أصدقها إياها فقال: خذ الحديقة وطلقها تطليقة.

وفي الإجماع: فقد ذكر الإمام القرطبي في شرح الحديث فقال: " فيقال أنها كانت تبغضه أشد البغض، وكان يحبها أشد الحب، ففرق بينهما الرسول - صلى الله عليه وسلم - بطريق الخلع فكان أول خلع في الإسلام. وقد صدر في هذا الشأن عن المحكمة العليا عدّة قرارات تعرف الخلع منها القرار المؤرخ في 82/02/08 جاء فيه " أن الخلع عقد يتوقف على إيجاب وقبول الطرفين " (2)، وأيضاً " إن الخلع يعتبر عقدا رضائياً فلا يجوز للقاضي أن يحكم به من تلقاء نفسه " (3)، وكذلك " الخلع رخصة للزوجة تستعملها لخدمة نفسها من الزوج مقابل مبلغ مالي تعرضه عليه " (4).

كما عرّفه الأستاذ الغوتي بن ملحة بأنّه " عقد اتفاقي يستلزم عرض الزوج وقبول الزوجة "، وأن الخلع في الحالة التي يكون فيها بالتراضي يعتبر عملاً قانونياً يتكون من عنصرين عنصر العرض وعنصر القبول، وعرّفه الدكتور محمد أبو زهرة بأنه عقد ينعقد بإيجاب وقبول. (5)

(1) سورة البقرة الآية 229.

(2) المحكمة العليا قرار بتاريخ 82/02/08 - نشرة القضاء (1982) ص 258.

(3) المحكمة العليا قرار بتاريخ 84/06/11 ملف رقم 33652 (غير منشور).

(4) المحكمة العليا قرار بتاريخ 99/03/16 ملف رقم 216239 م.ق عدد خاص ص 138

(5) مذكرة التخرج لنيل شهادة الماجستير، عزيزية يوسف، المعهد الوطني للقضاء 2003-2004، ص 23

من خلال كل ما تقدّم يمكن أن أستخلص تعريف شخصي للخلع في كونه أنه عقد بين طرفين تلتزم بموجبه الزوجة بدفع مبلغ مالي إلى الزوج مقابل فديتها منه.

الفرع الثاني: طبيعته القانونية:

لم يتعرض المشرع الجزائري لمسألة الخلع بالتفصيل ولا لطبيعته القانونية تاركاً هذه الأمور لمبادئ الفقه الإسلامي التي تعتبر المصدر التفسيري له تطبيقاً لنص المادة 222 ق.أ فالخلع في رأي الفقه يعد من المعاوضات لأنه ينعقد بإيجاب وقبول ولكن الاعتبار فيه يختلف بالنسبة للرجل والمرأة ولذلك فالتكييف القانوني له هو كالطلاق على مال فيعتبر يمينا في جانب الزوج لأنه علق طلاقها على شرط قبولها المال ويعتبر معاوضة من جانب المرأة لأنه شبه بالتبرعات بحيث تدفع له مبلغ من المال في مقابل افتداء نفسها من رابطة زوجية أصبحت لا تطبقها (1). وتجدر بنا الإشارة إلى أنه وقبل التطرق إلى شرح كونه يمينا أو معاوضة أن نفرق بين مفهومين كثيرا ما يتم الخلط بينهما وهما الخلع والطلاق بالتراضي.

فالخلع يشبه الطلاق بالتراضي إلا أنهما يختلفان في كون أن الأول يكون طلاق رضائي مقابل مال تدفعه الزوجة إلى زوجها أي هو طلاق بعوض أو طلاق على مال في حين أن الثاني يتم بموافقة الزوجين ولكن بدون مقابل.

أولاً: الخلع يمينا من جانب الزوج:

(أ) - فإذا كان الإيجاب صادرا عن الزوج كأن يقول لزوجته خالعتك على ألف دينار فسكتت ولم تقم بالرد فلا يجوز له الرجوع فيه مادامت لم تقم من المجلس، أما إذا قام هو من المجلس لا يبطل الإيجاب لأنه إذا كان لا يبطل برجوعه الصريح فأولى ألا يبطل بقيامه من المجلس ولكن يبطل بقيامها هي من غير رد أو قبول لأن المعاوضات والعقود المالية عامة تبطل إذا تفرقت المجالس بعد الإيجاب والقبول (2)

وفي حالة ما إذا كانت غائبة فإنها تتقيد بمجلس علمها فعند قيامها من المجلس قبل القبول بطل الإيجاب ولم يعد لها الحق في القبول لأن ذلك حكم العقود المالية، أما إذا كان الإيجاب

(1) د. بلحاج العربي: المرجع السابق ص 263.

(2) الإمام محمد أبو زهرة: المرجع السابق ص 330.

صادرا من طرفها كأن تقول لزوجها لك مائة دينار إن طلقتي فلا يمكن لها الرجوع عن إيجابها قبل قبوله وإذا قامت من مجلسها أو قام هو بطل الإيجاب.

(ب)- يحق للزوج أن يعلق إيجابه على شرط أو يضيفه إلى زمن المستقبل كأن يقول لها خالعتك على مائة إن قبل أبوك لأن التعليق يجوز على أمر آخر ولكن لا يجوز لها أن تعلق إيجابها على أمر من الأمور.

(ج)- لا يجوز للرجل أن يشترط الخيار لنفسه في الخلع لأنه تعليق وخيار الشرط أي حق الفسخ إنما يدخل في العقود لا في الإسقاطات.

وفي هذا السياق قضت المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 12-03-1999 بقولها "ليس الخلع في القانون إلا طلاقا صادرا عن إرادة الزوج المنفردة يحصل مقابل أداء الزوجة له تعويضا يقدر باتفاق الطرفين وعرض الزوج الخلع لا يخولها أي حق ولا أثر على إبقاء روابط الزوجية إذا لم يرض الزوج به ولا يمكن اعتباره كطلب مقدّم إلى القضاة ويكون عليهم الفصل فيه" (1).

ثانيا: الخلع معاوضة من جانب الزوجة

فالأحناف يعتبرون الخلع معاوضة إذا كان من جانب الزوجة وذلك لأنها تعطي للزوج مالا مقابل طلاقها وهذه هي المعاوضة بين الطرفين يتم وفق إيجاب وقبول فأحدهما يدفع مالا والآخر يعطيه عن ذلك افتداء النفس، وحتى يمكن اعتبار الخلع معاوضة من جانب الزوجة فلا بد أن يتم قبولها في مجلس الإيجاب بحيث أنه إذا كانت غائبة عن مجلس الإيجاب فيعتبر قبولها في مجلس علمها بالإيجاب وعلى إثر ذلك فإذا أوجبت الزوجة الخلع ابتداء ثم قامت من المجلس أو قام الزوج قبل قبوله بطل الإيجاب (2). فما دام الخلع من المعاوضات من قبل الزوجة فلا يجوز أن يعلق على شرط أو يضاف إلى زمن مستقبل. وقد اختلف الفقهاء في تكييف الخلع فهل هو فسخ أم طلاق فمنهم من ذهب إلى اعتباره فسخا وتبعا لذلك يعد معاوضة في حين البعض الآخر يعتبره طلاقا فهو معاوضة فيه شبه تعليق فيعتبر معاوضة لأنه يأخذ منها بدلا في مقابل طلاقها وشبه تعليق لأنه يتوقف على أخذ المال (3).

(1) المحكمة العليا: الغرفة المدنية قرار بتاريخ 12/03/1999 - مجلة الأحكام المجموعة الأولى الجزء الأول ص 170-171

(2) زودة عمر: طبيعة الأحكام بإنهاء الرابطة الزوجية وأثر الطعن فيها ص 58.

(3) زودة عمر: نفس المرجع السابق ص 59.

ثالثا: الخلع فسخا أم طلاقا

هناك اختلاف حول هذه المسألة فهناك من يعتبر أن الخلع فسخ ومنهم أحمد وداود وابن عباس وعثمان وهم صحابة الرسول (ص) واستندوا في ذلك إلى قوله تعالى: " فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدِ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ" فلو افترضنا بأن الافتداء يقصد به الطلاق لا زادوا عدد الطلقات على ثلاث.

وما يدل أيضا على أنه فسخ هو أن النبي (ص) أمر ثابت بن قيس أن يطلق امرأته في الخلع تطليقة و مع هذا أمرها أن تعتد بحيضة وهذا صريح في أنه فسخ.

أما الذين اعتبروا بأن الخلع طلاقا فإنه روي عن عثمان وعلي وعبد الله بن مسعود وعن جماعة من التابعين أن الخلع يعد طلاقا وفي ذلك قال الأئمة أبو حنيفة ومالك والشافعي وهذا الحكم مؤكد سواء كان الخلع على مال أم كان يغير ذلك لأن الله شرع الخلع كي تملك الزوجة نفسها وهذا ما يتعارض مع الطلاق الرجعي.

وأدلة الخلع على أنه طلاق حديث الرسول (ص) بن قيس " ردي عليه حديقته " ، ومفهوم الرد هو المفارقة والتخلية يقع بها الطلاق.

وأساس الاختلاف يكمن في الاعتداء بالطلاق فمن رأى بأنه طلاق احتسبه طلاقه بائنة ومن رأى أنه فسخ لم يحتسبه.

أما موقف المشرع الجزائري بالنسبة لهذه المسألة فلم يتطرق إليها على الإطلاق لكن يمكن أن نستخلص بأنه اعتبر الخلع طلاقا على أساس أنه أورده تحت باب انحلال الزواج في الفصل الخاص بالطلاق لأنه لو كان يقصد به الفسخ لما ذكره في الفصل الخاص بالفسخ⁽¹⁾.

ضف إلى ذلك أن الفسخ يكون في حالة وجود عيب يشوب العقد كاختلال أحد أركانه بينما لو نظرنا إلى الخلع فهو يرد على علاقة زواج شرعية لم يعترها أي عارض يعيب العقد ومن ثم يرد عليه الطلاق وليس الفسخ.

وقد صدر في هذا الشأن قرار عن المحكمة العليا بتاريخ 1999/02/05 يؤكد ذلك بقوله " لا يلحق الطلاق إلا التي عقد عليها بنكاح صحيح ".⁽¹⁾

(1) - عزيزية يوسف ، مرجع سابق ، ص 26.

المطلب الثاني : الأحكام القانونية للخلع

حيث أنه بصدر التعديل الجديد لقانون الأسرة بالأمر 05-02 المؤرخ في 27-02-2005 حيث نص هذا الأمر من خلال المادة 54 على أنه "يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل مالي إذا لم يتفق الزوجان على المقابل المالي للخلع يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم".

كما عرفت المادة 48 الطلاق أنه "حل لعقد الزواج يتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين، أو بطلب من الزوجة، في حدود ما ورد في المادتين 53 و 54 من هذا القانون. ومن خلال المادتين السالفتي الذكر، يتضح أن المشرع الجزائري أجاز للزوجة أن تلجأ إلى طلب الخلع في حالة كرهها للزوج، لأن الخلع شرع للكره، عكس التطلاق الذي شرع لرفع الضرر.

أولاً: أسباب الخلع

إذا كان الخلع من بين الطرق الشرعية التي تمنح للزوجة حق إنهاء الرابطة الزوجية وفق الآليات المذكورة آنفاً، وأنتقت أسباب التطلاق والطلاق، بأن تعسف الزوج في إبقاءه للزوجة ظلماً وعدواناً. وإستنباطاً يمكن اختصار أسباب الخلع فيما يلي:

1- إذا كرهت الزوجة زوجها، دون أن يبادلها الكره، وترفض عشرته دون أن يرفض عشرتها، فتكون منه ناشز إن بقيت معه، ستضطر لعصيان زوجها ومخالفة أحكام عقد الزواج وما يرتبه من حقوق وواجبات: (1).

2 - إذا انتقت أسباب التطلاق المنصوص عليها في المادة 53 المعدلة بالأمر 05-02 المؤرخ في 27/02/2005 والتي هي 10 أسباب على سبيل الحصر لا على سبيل المثال، وإذا كانت الزوجة فارة من زوجها تحت تأثير واحد من هذه الأسباب، فإنها تطلب التطلاق دون الخلع، لأن التطلاق بدون مقابل، في حين أن الخلع بمقابل مالي تقدمه للزوج، ويمكن هنا إيراد مثالا (1) عن أول خلع في الإسلام، فقد روي عن ابن عباس أن امرأة ثابت بن قيس أتت النبي فقالت: يا رسول الله إني لا أعتب عليه في خلق ولا دين، ولكنني أكره الكفر في الإسلام، فقال أنردين عليه حديقته؟ قالت: نعم، قال إقبل الحديقة وطلقها تطليقه.

(1)- باديس ديباني، مرجع سابق، ص 84.

من خلال هذا المثال يتضح أن المرأة عمدت إلى الخلع عندما انتفت كل مبررات الطلاق والتطليق، فلم تر منه ما تعتمد عليه لفراقه، ولم تفعل ما يدعو لطلاقها، فالحل الوحيد والأجدر لمثل هذه الحالات هو الخلع.

3- إذا أبقينا في نزاع الخلع الذي يتم باتفاق الطرفين فقد نزيد الطين بله، وقد يتعسف أحد الطرفين ولا يوافق، وإذا تكون حرية موافقة الزوجين على الخلع وبالا وليس حلا. ودفع بالمشرع الجزائري لإرساء أصول المساواة بين الزوجين من خلال الأمر 02-05 فقد أباح خلع الزوجة دون موافقة زوجها شريطة أن يرى القاضي المبرر الذي يتكيف مع نوع الفرقة هاته. غير أن الخلع كطريق للفرقة يعتبر رضا الزوجين لا يتوقف على حكم حاكم وهذا هو القول الغالب في الفقه الإسلامي.⁽¹⁾

ثانيا : الخلع من خلال القانون 02-05.

تعد هذه المرحلة التي أراد المشرع من خلالها تحديد الإطار الحقيقي للخلع، بحيث إعتبره حقاً للمرأة تتمتع به بصفة مطلقة، فكما يملك الرجل حق فك الرابطة الزوجية بإرادته المنفردة تملك الزوجة حق حلها بواسطة الخلع موازاة، حيث نص المشرع في المادة 54 المعدلة بالأمر 02-05 "يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل مالي." ورغم تدخل المشرع الجزائري في التعديل الأخير، ليجعل من الخلع حقاً أصيلاً للزوجة، إلا أننا نرى أن مادة واحدة حول الموضوع أمراً ليس كافياً، كونها صورة لها من الحساسية ما يجعلها مهمة للغاية، لأن الأمر متعلق بحق المرأة الإرادي والمنفرد في إيقاع الطلاق مقابل ما تدفعه الزوجة.⁽²⁾

(1)- باديس ديباني، مرجع سابق، ص 84.

(2)- أحمد لعور- نبيل صقر، الدليل القانوني للأسرة، موسوعة الفكر القانوني، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، طبعة

2007، ص 70.

إن قانون الأسرة الجزائري نص على مشروعية الخلع، ويتجلى ذلك بشكل واضح أ من خلال المادة 54 من القانون 84-11 وكذلك الأمر 05-02 المؤرخ في 27-02-2005 وأكد على قانونيته، مثبتاً ما سبق من أحكام قضائية حكمت بالخلع، على أنه كما نصت المادة 48 من الأمر 05-02 "الطلاق حل لعقد الزواج يتم بإرادة الزوج، بتراضي الزوجين، أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين 53 و 54 من هذا القانون."

من هذا النص القانوني، يمكن اعتبار أن التكليف القانوني للخلع وانطلاقاً كالطلاق على مال، رغم الاختلاف الشرعي في المسألة، فهو يُعتبر يميناً في جانب الزوج، لأنه علق طلاق الزوجة على شرط قبول المال، ويعتبر معاوضة لها شبيهه بالتبرع، من جانب الزوجة التي تدفع له مبلغاً من المال، في مقابل تخليص نفسها من رابطة الزوجية، وسلطان زوجها، التي أصبحت لا تطيق الحياة المشتركة معه.

وعليه لا يجوز للزوج أن يظلم زوجته لتدفع له مبلغاً من المال لقاء طلاقها، أو تبرئته من مؤخر صداقها، كما يفعل بعض الجهلة في عصرنا الحاضر طمعاً في أموال زوجاتهم كما يؤخذ على المشرع الجزائري، تأثره الواضح بالمذهب الظاهري، في اعتباره الخلع حقاً أصيلاً للزوجة، يقابل الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج، يُمكنها من اللجوء إليه في أي وقت شاءت، إذا ما تبين لها أن مواصلة العشرة مستحيلة.

إن صدور الأمر 05-02 والمتضمن قانون الأسرة الحالي وما يحتويه من نصوص، فإنه يتضمن النصوص الموضوعية دون الإجرائية التي تقتضيه من حيث الشكل، إذ أن قانون الأسرة باعتباره قانوناً خاصاً كان لازماً أن يتضمن قانون إجرائي خاص به، وهذا ما حققه المشرع الجزائري في آخر تعديل له الصادر بالقانون 08-09 المتضمن الإجراءات المدنية والإدارية، وهذا تسهيل للقاضي والمتقاضي ومدى كيفية التقاضي التي يجب مراعاته والمتضمنة حماية المصالح القانونية للأطراف المتخاصمة، وهذا وأنه في غياب قانون إجرائي خاص بالأسرة، مما يدفع بالمتخاصمين باللجوء إلى قانون الإجراءات المدنية المنظم لبعض من الإجراءات الخاصة بمنازعات الأسرة. (1)

(1) - مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص يوسفات علي هاشم " الخلع والطلاق بالتراضي في التشريع الجزائري"، فرع قانون الأسرة، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان 2008-2009، ص44.

ب- الموقف القانوني

نلاحظ أن المشرع الجزائري في قانون الأسرة رقم 84-11 لم يتعرض لمسألة الخلع على أنه يمين أم معاوضة كما أورده الفقهاء في كون الخلع يعد يميناً من جانب الزوج لأنه يرتبط بالطلاق، ويعد معاوضة من جانب الزوجة، لأن المسألة متعلقة بالتعويض، حيث اكتفى في المادة 54 من قانون الأسرة بالقول: "يجوز للزوجة أن تخالغ نفسها من زوجها على مال يتم الاتفاق عليه". مما جعل بعض الشراح أن يأخذوا برأي ألا خلع دون إرادة الزوج، وحاولوا شرح المادة 54 على أساس أن الخلع عقد وبالتالي تبنا ما جاء في تفصيل الخلع كيمين من جانب الزوج، ومعاوضة من جانب الزوجة، وفي هذا يقول الدكتور بلحاج العربي "إذا اتفق الزوج مع زوجته أن تدفع له مبلغاً من المال لقاء طلاقها فقبلت وتم ذلك بإيجاب وقبول سمي هذا مخالعة ومن هنا فإن التكييف القانوني للخلع كالطلاق على المال، يعتبر يميناً من جانب الزوج لأنه علق طلاقها على شرط قبولها المال، ويعتبر معاوضة لها شبيهه بالتبرع من جانب الزوجة التي تدفع له مبلغاً من المال .

ولعل الدوافع وراء هذا التفسير هو غموض النص القانوني الذي لم يحسم في مسألة التكييف كونه اكتفى بالقول أنه في حال التراجع على مال بدل الخلع حكم القاضي بما لا يتجاوز صدق المثل وقت الحكم.

ولكن المشرع الجزائري فصل في أمر التكييف الفقهي للخلع في التعديل الأخير لقانون الأسرة بموجب الأمر 05-02 حينما عدلت المادة 54 منه ونصت على أنه يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالغ نفسها بمقابل مالي .وفي ذلك تأثر واضح بالمذهب المالكي في اعتبار الخلع حق أصيل للزوجة، وهو ما قضت به المحكمة العليا في حكمها بتاريخ 21-07-1999 :
"من المقرر قانوناً أنه يجوز للزوجة أن تخالغ نفسها من زوجها على مال يتم الاتفاق عليه، فإن لم يتفق على شيء يحكم القاضي بما لا يتجاوز صدق المثل وقت الحكم .إن المادة 54 من قانون الأسرة تسمح للزوجة بمخالعة نفسها من زوجها على مال دون تحديد نوعه كما يتفق الطرفان على نوع المال وقدره وفي حالة عدم اتفاقهما يتدخل القاضي لتحديده على ألا يتجاوز ذلك قيمة صدق المثل وقت الحكم دون الالتفات إلى عدم قبول الزوج بالخلع الذي تطلبه الزوجة، لأن ذلك يفتح باب الابتزاز والتعسف الممنوعين شرعاً .وعليه فإن قضاة الموضوع في قضية المال .لما قضا بتطبيق الزوجة خلغاً دون موافقة الزوج طبقوا صحيح القانون .

الفصل الثاني

التعديلات المتعلقة بأثار انحلال الزواج

المبحث الأول- التعديلات المتعلقة بالحضانة

المبحث الثاني - التعديلات المتعلقة بالسكن والاجراءات الاستعجالية

المبحث الأول: الحضانة

المطلب الأول: المقصود بالحضانة وشروطها:

يعتبر الحق في الحضانة من أهم الحقوق التي أقرتها الشريعة والقوانين الوضعية للطفل. فالطفل بحاجة ماسة إلى من يرعاه ويقوم بأمره، وبكل ما يحفظ حياته ويحقق مصالحه. وتعتبر الأم أولى بالحضانة يليها بعد ذلك قرابتها من النساء وصولاً إلى الأب . وهو ما أخذ به المشرع الجزائري في المادة 64 قبل تعديلها والتي كانت تنص على أن " الأم أولى بحضانة ولدها، ثم أمها ثم الخالة ثم الأب ثم أم الأب، ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك، وعلى القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة " غير أن المشرع غير ترتيب الحواضن بالقانون المعدل بموجب الأمر رقم 05- 02 فأصبحت المادة 64 تنص على " الأم أولى بحضانة ولدها، ثم الأب، ثم الجدة لأم، ثم الجدة لأب، ثم الخالة، ثم العمّة، ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك."

فهل المشرع الجزائري بإحداث هذا التغيير في ترتيب الحواضن قد خالف أحكام الشريعة الإسلامية لمصلحة المحضون؟ وما الهدف الذي توخاه من إحداث هذا التغيير بإعطاء الأولوية للأب في حضانة الصغير على الجدة للأم والخالة، علماً بأن الأب في هذه المرحلة من حياة الطفل لا يستطيع أن يقوم بنفسه بمهام الحضانة. ومن الأحكام الجديدة التي نص عليها التعديل هي مسألة عمل المطلقة الحاضنة، وهل عمل المطلقة يؤثر على حقها في الحضانة؟ وهو ما سنحاول تفصيله من خلال الفروع الآتية :

(1)- سعد فضيل، المرجع السابق، ص 325 .

(2)- شامي أحمد، المرجع السابق، ص300.

(3)-شامي أحمد، المرجع نفسه، ص301 .

الفرع الأول: تعريف الحضانة:

أولاً- تعريف الحضانة

1- لغة: الحضانة مأخوذة من الحضن وهو الجنب ما دون الإبط إلى الكشح، أو الصدر والعضدان وما بينهما، يقال: حضن الشيء إذا ضمه إليه وجعله في حضنه، ومنه حضن الطائر بيضه أي ضمه تحت جناحيه، وحضنت المرأة ولدها ضمته إليها.

2-إصطلاحاً:

لقد وردت عدة تعاريف فقهية للحضانة تكاد تتفق في ألفاظها ومدلولها فقد :

عرفها الحنفية بأنها تربية الولد ممن له حق الحضانة.

وعرفها المالكية بقولهم: الحضانة هي حضن الولد في مبيته ومؤنة طعامه ولباسه ومضجعه وتنظيف جسمه ومما يؤخذ على هذا التعريف إهماله الجانب الروحي للمحضور .

وعرفها الشافعية على أنها حفظ من لا يستقل بأموره عما يضره وتربيته بما يصلحه مما يؤخذ على هذا التعريف أنه غير مانع، ذلك أن وصف المحضون بقولهم (من لا يستقل بأموره) غير دقيق، فقد يدخل فيه المرضى الذين يعجزون عن تولي أمورهم بأنفسهم، ومن المعلوم أن رعاية هؤلاء لا تعتبر حضانة.

وعرفها الحنابلة بأنها حفظ صغير ومجنون ومعتوه عما يضرهم وتربيتهم بعمل مصالحهم.

إن التعاريف الفقهية كلها تصب في قالب واحد وهو رعاية الصغير والتكفل به صحياً واجتماعياً وتربوياً وأخلاقياً.

(1)- الشربيني، مغني المحتاج . ص 490.

(2)- البهوتي، كشاف القناع .ص495.

(3)- الأزهر محمد . أحكام الزواج . مطبعة دار النشر المغربية، الدار البيضاء، ط 1- 2002 .ص55

3- تعريف الحضانة في قانون الأسرة الجزائري:

جاء في المادة 62 ق.أ.ج بأن الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا.

وعلى كل حال فإن تعريف قانون الأسرة الجزائري على الرغم من احتواءه على أهداف الحضانة وأسبابها يعتبر أحسن تعريف لاسيما من حيث شموليته لأفكار لم يشملها غيره. ومن حيث أنه تعريف جمع في عموميته كل ما يتعلق بحاجيات الطفل الدينية والصحية والخلقية والتربوية والمادية. وبناء على ذلك فإنه يتعين على المحكمة عندما تقرر الحكم بالطلاق أو انحلال عقد الزواج لسبب من الأسباب، وتفصل في حق الحضانة أن تراعي كل هذه العناصر التي تضمنها التعريف، وأن تراعي تبعا لذلك حاجيات المحضون ومصالحته الحقيقية التي يجب أن تتوفر له طيلة مدة احتياجه إلى من يحضنه ويرعى شؤونه

الفرع الثاني : مشروعية الحضانة

1- دليل مشروعيتها :

الحضانة واجبة شرعا إذ لا سبيل لحفظ المحضون من الهلاك و إلا فهي من قبيل حفظ النفس الذي أوجبه الله عز وجل ، "وهذا الوجوب يكون كفايا " إذا تعدد المستحقون للحضانة، أما إذا وجد حاضن واحد فقط فهي فرض عين عليه وثبتت مشروعية الحضانة التي أعطت الأولوية لحضانة الصغير إلى الأم من السنة والإجماع:

من السنة :

فقد قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم في حضانة الصبي حيث جاءته امرأة فقالت يا رسول الله إن ابني هذا كان بطني له وعاء وثديي له سقاء وحجري له حواء وإن أباه طلقني وأراد أن يترعه مني فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم " أنت أحق به ما لم تنكحي "

(1)- سعد عبد العزيز . الزواج والطلاق . دار هومه . ط 3 . 1996 . ص . 293 .

(2)- محمد جمعة عبد الله، الكواكب الدرية في فقه المالكية. ج. 2 . ص 297 مكتبة الكليات الأزهرية. القاهرة. ط 1983 .

من الإجماع:

يروى أن عمر بن الخطاب كان قد طلق امرأته من الأنصار بعد أن أعقب منها ولده عاصما فرآه في الطريق وأخذه فذهبت جدته أم أمه وراءه، وتنازعا بين يدي أبي بكر الصديق فأعطاهما إياه، وقال لعمر الفاروق "ريحها ومسها ومسحها وريقها خير له من الشهد عندك وإذا كانت الحضانة حقا للأم دون الأب، فقد اقتضى القياس أن يكون للنساء أولا دون الرجال، واقتضى أن تكون قرابة الأم مقدمة على قرابة الأب .

2-حكمتها:

إن قدرة الفرد على تحمل أعباء الحياة والاضطلاع بمسؤولياته، منوطة بنشأته السوية في الصغر، ولا يمكن للطفل أن ينشأ سويا إلا إذا وجد من يحوطه برعايته ويعتني بتربيته عقليا وروحيا وبدنيا، ويمده بالحنان والعطف اللذين يعدان غذاءً روحيا له وهذه هي مهمة الحاضن له

-
- (1)- أخرجه أبي داود في سننه . كتاب الطلاق . باب من أحق بالولد.ج.2. ص 292 واللفظ له. وأحمد في مسنده. ج 2 . ص. 603 والحاكم في المستدرک.كتاب الطلاق. باب حضانة الولد والمرأة المطلقة ما لم تتكح.ج. 2 .ص. 573 وصححه وقال الألباني حسن).صحيح سنن أبي داود
- (2)-مصنف عبد الرزاق وأخرجه مالك في الموطأ .كتابك الوصية، باب ما جاء في المؤنث والرجال ومن أحق نصب الرأية بالولد، حديث 2 ،
- (3)- الإمام محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، ص406

الفرع الثالث: شروط الحضانة

إن قانون الأسرة الجزائري على عكس ما جاء في المادة 137 من القانون السوري، والفصل 58 من القانون التونسي، والفصل 98 من القانون المغربي -لم يفرد فصلاً محدداً؛ ولا مادة معينة من مواده للحديث بشكل واضح متميز عن الشروط التي يجب توفرها في الشخص الذي يمكن أن تسند إليه المحكمة حق حضانة الطفل الصغير. واكتفى بعد أن أشار في المادة 62 إلى تعريف الحضانة بأنها: "رعاية الولد وتعليمه، والقيام بتربيته على دين أبيه، والسهر على حمايته، وحفظه صحة وخلقاً، ويشترط في الحاضن أن يكون أهلاً لذلك أي أن يكون قادراً مادياً وقانونياً على توفير هذه الأمور لمصلحة المحضون، مما يحفزنا على التوجه مباشرة إلى الاستتجاد بالقواعد العامة التي تضمنها قانون الأسرة نفسه في هذا الميدان، وإلى القواعد التي تضمنتها اجتهادات الأئمة والفقهاء المسلمين في مجال شروط الحضانة. وعليه فإنه بإمكاننا استناداً إلى ذلك وإلى نص المادة 222 من قانون الأسرة أن نقول بأنه يشترط في الشخص الذي ستسند إليه الحضانة ذكرًا كان أو أنثى أن تتوفر فيه الشروط الأساسية التالية:

أ- الشروط العامة:

أولاً: العقل

ذلك لأن الحضانة ولاية، وغير العاقل يحتاج إلى رعاية، فكيف يتولى شؤون غيره (المادة 81) فلا حضانة لمجنون أو مجنونة؛ لأنهما في حاجة إلى من يرعى شؤونهما (المادة 42 من قانون الأسرة الجزائري)، ولا فرق في الجنون، سواء كان متصلاً مستمراً أم كان متقطعاً، فكلاهما يعد من موانع الحضانة، ذلك أن ترك المحضون لدى الحاضن المجنون ولو جنوناً متقطعاً يحمل الضرر الكبير للمحضون، على اعتبار أن الهدف من الحضانة هو توفير الحماية. ويتساوى المجنون مع المعتوه، لأنه يأخذ صورة الفاقد للقدرة على تدبير شؤونه، وإضافة إلى العقل اشترط المالكية الرشد، وقالوا ألا حضانة عندهم لسفيه مبذر؛ كي لا يتلف مال المحضون، أو ينفق عليه من ماله ما لا يليق (1).

(1) - الزواج وانحلاله في قانون الأسرة الجزائري، أطروحة دكتوراه علوم في القانون الخاص، سعادي لعل، جامعة الجزائر 1 بن يوسف بن خدة، 2014-2015، ص 400.

وقد أكد المشرع الجزائري على شرط العقل ونص على أن الحضانة هي ولاية على النفس، طبقاً لما ورد في المادة- 87 المعدلة -والتي نصت في فقرتها الأخيرة على " :وفي حالة الطلاق يمنح القاضي الولاية لمن أسندت له حضانة الأولاد."

فالحضانة حسب المادة هي ولاية عن النفس لمن أسندت إليه الحضانة، وإن تصرفات القانون والمعتوه والسفيه غير نافذة إذا صدرت في حالة الجنون أو العته أو السفه، طبقاً لما أكدت عليه المادة 85 من قانون الأسرة⁽¹⁾ .

ثانياً : البلوغ

الحضانة مهمة كبيرة وصعبة وشاقة فلا يتحمل مسؤوليتها وتبعاتها إلا الكبار وليس المراهقين، فالصغير ولو كان مميزاً يبقى بحاجة إلى من يتولى أمره، وبالتالي فليس بمقدوره أن يتولى شؤون غيره، فلا حضانة للصغير المميز لأنه عاجز عن رعاية شؤون نفسه ولكن التفرقة هنا بين البالغ بلوغاً طبيعياً من حيث السن والعلاقات المميزة لذلك، وبين البالغ بلوغاً حكماً، كأن تدعي المراهقة مثلاً البلوغ وتظهر علامة ذلك من هيئتها الجسمية، فالبعض ذهب بالقول أنها بالغة مادام الظاهر يشهد على ذلك ويصدق ادعاءها، والمشرع الجزائري سار على هذا المنوال في تعديله الأخير 05-02 المؤرخ في 27 فيفري 2005 ، فالمادة السابقة نصت على ما يلي :

"تكتمل أهلية الرجل والمرأة في الزواج بتمام 19 سنة"، والمادة 40 من القانون المدني:

"وللقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة، متى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج."

فالمشرع الجزائري أجاز أن يكون الزوجان ناقصي الأهلية بمفهوم القانون المدني، رغم أنه عمل على ترشيدهما فيما يتعلق بالزواج وأثره، أو بالطلاق وما ينجم عنهما⁽²⁾.
لكن ترشيد الزوج القاصر وجعله في حكم كامل الأهلية لا تتعدى أهليته ذلك أثر الزواج وانحلاله، ولا يمكن تصور أهلية الزوج القاصر كاملة لصالح من يحضنهم⁽³⁾.

(1)-بلحاج العربي، المرجع السابق، ج 1، ص 383 .

(2)-ذيابي باديس، صور وأثار فك الرابطة الزوجية- في قانون الأسرة، الجزائر: دار الهدى، 2012، ص 128 .

(3) بلحاج العربي، المرجع السابق، ج 1، ص 383 .، ذيابي باديس، المرجع السابق، ص 129 .

لكن المشرع الجزائري أكد في المادة 87 من قانون الأسرة وفيما يتعلق بالولاية ما يلي: "وفي حالة الطلاق يمنح القانون الولاية لمن أسندت له حضانة الأولاد." فالواقع أبرز التعديل حول هذه النقطة عدة إشكالات عملية فيما يتعلق بتطبيق هذه المادة، لا سيما إذا كانت المطلقة المستفيدة من إعفاء شرط سن الزواج مازالت لم تبلغ بعد سن الرشد القانوني، فكيف الحال بالنسبة للدعاوى التي تباشرها بصفتها صاحبة الصفة الإجرائية عن محضونها القصر ما دامت لها الولاية بقوة القانون كونها حاضنة، وهي ليست بالغة سن الرشد بعد.

من هنا نقول أن المشرع الجزائري الذي حاول أن يعالج إشكالا عملياً متمثلاً في بقاء ولاية الأب على الطفل المحضون ولاية شاملة رغم تواجده مع أمه في إطار الحضانة، وما سبب ذلك من معاناة الحاضنة في التعامل مع صاحب الولاية الذي عادة ما يكون المطلق، وذلك ما كان مجسداً في المادة 63 من قانون الأسرة قبل التعديل والتي كانت تنص على ما يلي: "في حالة إهمال العائلة من طرف الأب أو فقدانه يجوز للقاضي قبل أن يصدر حكمه أن يسمح للأب ببناءً على طلبها بتوقيع كل شهادة إدارية ذات طابع مدرسي أو اجتماعي تتعلق بحالة الطفل داخل التراب الجزائري." غير أن هذه المادة ألغيت بموجب التعديل الجديد، ويكفي للزوجة أن تكون حاضنة حتى تسند لها الولاية بقوة القانون، وتمارس بذلك كافة الآثار المنجزة عنها دون اللجوء إلى طلب الإذن. لكن المعالجة خلقت إشكالا عملياً آخر يتمثل في سؤال؛ كيف نولي قاصراً على قاصر! ؟

بالمثال العملي المذكور سابقاً.

الواضح أن المشرع أخذ بالمعيار القائل بالبلوغ حكماً؛ أي أن علامات البلوغ كافية للقول بترشيد الحاضن حتى ولو كان ناقص الأهلية، دونما الالتفات إلى موضوع الصفة الإجرائية في مباشرة الدعوى المملوكة قانوناً للمحضون، والذي يبقى إشكالا قانونياً لم يتم الفصل فيه بعد.

ثالثاً: القدرة:

لا حضانة لمن عجز عن القيام بذلك لكبر في السن أو مرض، ذلك أن من شروط ممارسة الحضانة القدرة على أدائها والاستطاعة على رعاية الطفل المحضون صحياً وخلقياً واجتماعياً⁽¹⁾ ويرى غالبية الفقهاء أنه لا حضانة لكفيفة أو ضعيفة البصر، ولا لمریضة مرضاً معدياً.

(1)- ابن النجيم، الأشباه والنظائر، ط 2، دمشق: دار الفكر، 1999 ص 373 .

أو مرضًا يقف بينها وبين المحضون حائلًا عن القيام بشؤونه، ولا المتقدمة في السن، ولا لغير المكترثة لشؤون بيتها وأبنائها؛ فقد ورد عن الحنفية قولهم: "إن الأعمى متى أمكنه حفظ المحضون كان أهلاً للحضانة، وإن لم يمكنه ذلك فلا يكون أهلاً لها وقال المالكية": يشترط في الحاضن القدرة على القيام بشأن المحضون، فلا حضانة لمسنة أقعدها السن عن القيام بشأن المحضون إلا أن يكون عندها من يحضن، ومثل الكبر العمى والصمم والخرس والمرض والإقعاد⁽¹⁾.

أما الشافعية فقد فرقوا بين من يتولى الحضانة بنفسه، وبين من يشرف عليها فقط، فقال الرملي: "ويشترط أيضًا سلامة الحاضنة من ألم مشغل كفالج أو مؤثر في عسر الحركة في حق من يباشرها بنفسه، دون من يدبر الأمر ويباشره غيره. وقال الحنابلة": ألا حضانة لعاجز عنها كأعمى "

ومن الفقهاء أيضًا من يعتبر أن عمل المحترفة أو العاملة إذا كان عملها يمنعها من تربية الصغير فلا حضانة لها⁽²⁾، غير أن القضاء الجزائري سار خلاف هذا المبدأ، وأكد في عديد قرارات المحكمة العليا أن عمل الأم الحاضنة لا يوجب إسقاط حقها في حضانة أولادها، ويكاد الأمر يكون مطلقًا دونما ورود أي استثناء، والقائل أساسًا أنه إذا كان العمل يمنعها عن تربية صغيرها فيسقط عنها حق الحضانة، ذلك ما أكدته قرار المحكمة العليا المؤرخ في 2000/07/18 تحت رقم 245156، والذي جاء فيه ما يلي: "من المستقر عليه قضاء أن عمل المرأة لا يعتبر من مسقطات الحضانة، ومن ثم فإن قضاة المجلس بقضائهم بإلغاء الحكم المستأنف والقضاء من جديد بإسقاط حضانة الولدين عن الطاعنة باعتبارها عاملة أخطأوا في تطبيق القانون وعرضوا قرارهم للقصور في التسبيب وانعدام الأساس القانوني، مما يستوجب نقض القرار المطعون فيه. وجاء في تأسيسه لهذه النتيجة أن اجتهاد المحكمة العليا استقر على أن العمل لا يعتبر مسقطًا للحضانة. واضح وجلي أن القرار المذكور سابقًا وضع المبدأ. وهو أن عمل المرأة الحاضنة غير مسقط للحضانة، ولم يرد عليه أي استثناء بشأن طبيعة هذا العمل وزمانه ومكانه في إمكانية فقدان المرأة العاملة لحقها في ممارسة الحضانة.

(1) - الدردير، الشرح الكبير على حاشية الدسوقي، ج. ص 528 .

(2) - الرملي، اية المحتاج، ج 7، ص 230 .

وهذا ما يختلف جذرياً عن رأي الفقهاء الذين قالوا ألا حضانة للمرأة المحترفة أو العاملة إذا كانت هذه الحرفة أو العمل يحول دون رعاية المحضون وتدبير شؤونهم. غير أن المحكمة العليا استدركت ذلك في قرار آخر لاحق للأول وقالت بالاستثناء المتمثل في قيام الدليل الثابت على حرمان المحضون من حقه في العناية والرعاية، إذ جاء القرار المؤرخ في 2002/07/05 تحت رقم 274207 يتضمن ما يلي : (عمل الأم الحاضنة لا يوجب إسقاط حقه في حضانة أولادها ما لم يتوفر الدليل الثابت على حرمان المحضون من حقه في العناية والرعاية).

رابعا: الأمانة

أعظم صفة ينبغي على الحاضن الاتصاف بها هي الأمانة، يجب أن يكون أمينا على المحضون من أجل تربيته تربية حسنة بعيدا عن كل انحراف من شأنه أن يعرض أخلاق المحضون للخطر والضياع.

واشترط جمهور الفقهاء في الحضانة أن تكون مأمونة على تربية المحضون وعلى أخلاقه وأدبه وعليه فلا حضانة للمرأة الفاسقة عندهم⁽¹⁾. لكنهم اختلفوا في مدى ما يكون به الفسق مانعا من الحضانة فذهب الحنفية إلى أن الفسق الذي يمنع من الحضانة هو ما يلزم منه ضياع الولد⁽²⁾ ورافقهم المالكية إلى حد كبير، حيث جاء عنهم : لا حضانة لسكير أو مشتهر بالزنا أو اللهو الحرام ومعنى هذا أن الفاسق الذي يمنع عندهم من الحضانة هو من تعود على اقتراف الفواحش، من شرب الخمر وارتكاب الزنا، وتكررت منه إلى حد الشهرة، وهذا عادة ما يكون سببا في ضياع الطفل المحضون.

كما يفهم من بعض أقوال فقهاء الشافعية ما يفيد ذلك، حيث ورد عنهم : لا حضانة لفاسق وتكفي العدالة الظاهرة وهذا ما لم يحدث نزاع يطعن في أهليته للحضانة قبل تسليمه الولد. فإن وقع النزاع احتاج إلى إثبات عدالته لدى القاضي⁽³⁾ ومعنى هذا أن من لم يكن معروفاً بالفسق ومشتهراً به لا يمنع من الحضانة. أما الحنابلة فذهبوا إلى أن الفسق مانع من الحضانة مطلقاً.

(1)- ذيابي باديس، المرجع السابق، ص132

(2)- ابن عابدين، رد المحتار، حاشية ابن عابدين 254

(3)- قبيلي مليكة، حقوق المطلقة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، ص205

لأن الفاسق غير موثوق به في أداء واجب الحضانة وإيفائه حقها وعليه فالفاسق أو السكير أو الزاني أو اللاهي باللهو الحرام سواء كان امرأة أو رجلا تسقط عند الحضانة، وعلى ذلك سار القضاء الجزائري الذي شدد فيمن تثبت عليهم أخلاق سيئة وهم من أجل ذلك بإسقاط حقهم في الحضانة خوفا على تربية سيئة ومنحرفة للمحضون.

من بين عديد القرارات التي خاضت في هذا المجال نجد ذلك القرار المؤرخ في 30-09-1997 تحت رقم 171684 والذي جاء فيه ما يلي : (من المقرر شرعا وقانونا أن جريمة الزنا من أهم المسقطات للحضانة مع مراعاة مصلحة المحضون)⁽¹⁾.

ومتى تبين في قضية الحال أن قضاة الموضوع لما قضوا بإسناد حضانة الأبناء الثلاثة للأم المحكوم عليها من أجل جريمة الزنا، فإن بقضائهم كما فعلوا خالفوا القانون وخاصة أحكام المادة 62 ق.أ. ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار جزئيا فيما يخص حضانة الأولاد الثلاثة وفي معرض تأسيسه أكد قرار المحكمة العليا أن المادة 62 ((ق.أ.ج)) قد عرفت الحضانة بأنها رعاية المحضون من تربية و تعليم ، والسهر على حمايته و حفظه صحة و خلقا ،كما اشترطت هذه المادة في فقرتها الأخيرة على أن يكون الحاضن أهلا للقيام بهذه العناصر السابقة الذكر وأضاف القرار أن جريمة الزنا من أهم مسقطات الحضانة شرعا وقانونا إلا بالنسبة للولد الصغير الذي لا يستطيع الإستغناء عن أمه. فالقرار إذن اعتبر أن جريمة الزنا تعتبر من أهم المسقطات لحق الحضانة في ممارسة الحضانة. لكن استطرد القرار وخص المبدأ باستثناء عام أولى له أهمية قصوى وهو مصلحة المحضون، لأن هذه المصلحة إن توافرت في بقاء الصغير مع الأم الزانية، فإن ذلك يقف حائلا أن تحرم هذه المرأة من حقها في حضانة ولدها، إذا ثبت أن الإستغناء عنها في هذه المرحلة بالذات يعد ضربا من المحال وفي قرار آخر اعتبر القضاء الجزائري أن الحضانة تسقط عن الجدة لأم بعد إسقاطها عن الأم لكون الجدة لا تستطيع كبح جماح ابنتها لفساد أخلاقها، وخلص إلى أنه لا الأم تستحق الحضانة ولا أمها كذلك لفقدان الثقة والأمانة فيهما معا⁽²⁾.

(1)- قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ بتاريخ 30-09-1997 تحت رقم 171684.

(2)- سعد عبد العزيز ، الزواج والطلاق، ص-295-296 .

خامسا: الإسلام

اختلف الفقهاء بشأن الإسلام كشرط من شروط ممارسة الحضانة:

فالشافعية والحنابلة يرون أن الإسلام شرط لممارسة الحضانة، فلا إسناد للحضانة عندهم لغير المسلمة لأن الحضانة ولاية، ويؤكدون أن الولاية للكافر على المسلم لا تجوز مستشهدين بقوله تعالى: ((ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا)) (1) واعتبروا الحضانة ولاية وهي شبيهة بولاية الزواج والمال، ويخشى على المحضون في دينه إن هو نشأ نشأة الكفار والنصارى، وذلك أعظم ضرر يلحق بالمحضونى (2) حيث لا يؤمن أن تفتته أمه الذمية عن دينه وتخرجه عن الإسلام، فالكافرة عادة ما تحرص على أن تربي ولدها على دينها وتتشبهه على الكفر وهذا ما يجعل عودته إلى الإسلام بعد ذلك غاية في الصعوبة، والنبي صلى الله عليه وسلم يقول ((كل مولود يولد على الفطرة فأبواه يهودانه أو ينصرانه أو يمجسانه)) (3).
وذهب الحنفية والمالكية في المشهور أن الحضانة تثبت للذمية على ولدها المسلم، إذ لا يشترط في حضانة الأم أن تكون مسلمة.

قالوا: إن الحضانة مبنية على أساس الشفقة، وهي متوفرة لدى الأم الذمية، إذ الشفقة لا تختلف باختلاف الدين.

إلا أن أصحاب هذا المذهب اختلفوا حول المدة التي يبناها الولد المحضون عند أمه الذمية. فقال الحنفية: يبقى عندها إلى السن التي يعقل فيها الأديان وهي السابعة، فإن خيف عليه أن يألف الكفر بأن لوحظ أنها بدأت تعوده على دينها، كأخذه إلى معابد الكفار، نزع منها ولو لم يعقل ديناً، وكذا لو علم أنها تسقيه الخمر وتطعمه المحرمات .
وقال المالكية: يبقى الطفل عند أمه إلى غاية انتهاء فترة الحضانة المقررة شرعاً، فإن خيف أن تعوده على المحرمات، كأن تسقيه خمرًا مثلاً، جعلت تحت رقابة أحد المسلمين وأضاف الأحناف بالنسبة لغير المسلمة، وهو أن لا تكون مرتدة، لأن المرتدة عندهم تستحق الحبس حتى تتوب وتعود للإسلام أو تموت في الحبس، فلا تتاح لها الفرصة في حضانة الطفل، فإن تابت وعادت عاد لها حق الحضانة.

(1)- سورة النساء الآية 141 .

(2)- نياحي باديس، المرجع السابق، ص134

(3)- أخرجه مالك في الموطأ، كتاب الجنائز باب جامع الجنائز، حديث رقم (646) ، ص . 118 أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الجنائز، ومسلم في صحيحه، كتاب القدر ، باب 410/52، ما قيل في أولاد المشركين.

أما المشرع الجزائري فقد سائر المذهب المالكي في اتجاهه القائل بأن الإسلام ليس شرطاً لممارسة الحضانة، لكون هذه الأخيرة لا تتعدى حد الرضاع وخدمة المحضون، ودليل ذلك ما ورد في المادة 62 من قانون الأسرة التي نصت على ما يلي " الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه، والقيام بتربيته على دين أبيه، والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقاً".
فعبارة' القيام بتربيته على دين أبيه "تعني بمفهوم المخالفة أن الزوج الذي يجب أن يكون مسلماً يمكن أن يتزوج بامرأة غير مسلمة، وأن هذه الأخيرة في حال وجود أبناء يجب عليها أن تربي الأبناء على دين أبيهم- وهو الإسلام -ولا يمكن تصور الأمر معكوساً، وقد أكدت المحكمة العليا هذا الاتجاه في عدة قرارات منها القرار المؤرخ في 13 مارس 1989م تحت رقم 52221، والذي جاء فيه ما يلي : "من المقرر شرعاً وقانوناً أن الأم أولى بحضانة ولدها ولو كانت كافرة، إلا إذا خيف على دينه، وأن حضانة الذكر حتى البلوغ وحضانة الأنثى حتى سن الزواج، ومن ثم فإن القضاء بخلاف هذا المبدأ يعد خرقاً للأحكام الشرعية والقانونية، ولما كان قضاء الاستئناف-في قضية الحال - قضاوا بتعديل الحكم المستأنف لديهم بخصوص حضانة الأولاد الثلاثة، ومن جديد إسنادها إلى الأب فإنهم بقضائهم كما فعلوا أصابوا بخصوص الولدين باعتبار أنهما أصحبا يافعين، إلا أنهم أخطأوا بخصوص البنت، خارقين بذلك أحكام الشريعة الإسلامية والمادة 64 من قانون الأسرة.
ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار جزئياً فيما يخص حضانة البنت دون إحالة".

ب- الشروط المتعلقة بالنساء :

إضافة إلى الشروط العامة التي ينبغي توفرها في المرأة حتى تسند لها الحضانة، والمتمثلة في العقل والبلوغ والأمانة في الأخلاق والقدرة على التربية، نجد أن فقهاء الشريعة الإسلامية خصو بعض الشروط جانب النساء حتى تعطى لهن الحضانة، ونوردها فيما يلي:

1- ألا تكون متزوجة بأجنبي عن الصغير أو بقريب غير محرم منه:

أراء الفقهاء في هذا الشرط لم تكن واحدة:

فالأئمة الأربعة :مالك والشافعي وأبو حنيفة وأحمد بن حنبل قالوا أن الحضانة تسقط

(1)- الزواج وانحلاله في قانون الأسرة الجزائري، أطروحة دكتوراه علوم في القانون الخاص، سعادي لعل، جامعة الجزائر 1 بن يوسف بن خدة ، 2014-2015. ص 419.

بالتزوج مطلقاً سواء كان المحضون ذكراً أو أنثى، لإنشغالها عن الصغير بحقوق الزوج، ورضا الزوج لا يؤثر في استحقاق الحضانة فقد يرجع فيتضرر الولد (1) . واستدلوا بما روى أبو هريرة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال ((الأم أحق بولدها ما لم تتزوج)) ، فالحديث جعل للأم حق الحضانة لصغيرها ما لم تتزوج، وعلى ذلك سار كبار الصحابة. لأنه إن تزوجت الحاضنة بأجنبي عن المحضون فقد لا يعطف عليه ولا يمكّنها هي من رعايته والسهر على حمايته والتكفل بشؤونه، وقد لا يجد المحضون الجو الملائم ولا الظروف المناسب لحضن قريته صحياً وأخلاقياً واجتماعياً.

وعلى مستوى التشريع في الجزائر فإن المادة 66 من قانون الأسرة نصت على أنه (يسقط حق الحاضنة بالتزوج بغير قريب محرم، ما لم يضر بمصلحة المحضون). فالمبدأ العام سار وفق ما توصل إليه الفقهاء في كون زواج الحاضنة بغير قريب محرم للصغير يسقط عنها حق ممارسة الحضانة، لكن المشرع أرفد في نفس المادة إستثناء يتعلق بمصلحة المحضون، فإذا ما كانت مصلحة المحضون مع أمه حتى ولو تزوجت بغير قريب محرم، فإن الحضانة تزل من نصيب الحاضنة مراعاة لمصلحة المحضون.

2- أن تقيم الحاضنة في بيت لا يبغضه المحضون:

معظم الفقهاء يعتبرون أن سكن الحاضنة مع ما يبغضه الصغير يعرضه للأذى والهلاك، فشرط السكن الملائم واللائق ضروري لكي يتربى الطفل في بيئة تحفظ له الاستقامة الضرورية على مستوى دراسته أو صحته أو خلقه. ذلك ما نوه إليه المشرع الجزائري في مادته (72 ق.أ) عندما نص على أنه (في حالة الطلاق يجب على الأب أن يوفر لممارسة الحضانة سكناً ملائماً للحاضنة، وإن تعذر ذلك فعليه ببديل الإيجار).

وتنص المادة 70 من نفس القانون على أنه تسقط حضانة الجدة أو الخالة إذا سكنت بمحضونها مع أم المحضون المتزوجة بغير قريب محرم. والملاحظ أن لفظ الأم في المادة 72 وما جاءت به المادة 70 تفسر تكريساً لمصلحة المحضون قصد تربية سوية بعيداً عن كل مآمن، شأنه التأثير سلباً على أخلاقه ومستقبله (1).

(1)- الزواج وإنحلاله، مرجع سابق، ص 434

3- ألا تكون قد امتنعت عن حضانتها مجاناً والأب معسراً:

امتناع الأم عن تربية الطفل المحضون مجاناً عند إفسار الأب يعد مسقطاً لحقها في الحضانة، فعدم الامتناع يبقى شرطاً من شروط الحضانة، فإذا كان الأب معسراً لا يستطيع دفع أجرة الحضانة وقبلت قريبة أخرى تربية الطفل مجاناً، سقط حق الأولى في الحضانة (1).

ج- الشروط المتعلقة بالرجال:

زيادة عن الشروط المشتركة المتمثلة في العقل والأمانة والاستقامة؛ فإن الفقهاء أضافوا للرجل الحاضن شروطاً خاصة به، يتعلق الشرط الأول في أن يكون الحاضن محرماً للمحضون إذا كانت أنثى، والثاني يخص اتحاد الدين بين الحاضن والمحضون.

1- أن يكون محرماً للمحضون إذا كانت أنثى:

أجمع الفقهاء على أن الحاضنة للأنثى ينبغي أن يكون محرماً لها. وقال الأحناف والحنابلة أن سن المحضونة لا ينبغي أن يتعدى سبع (7) سنين تفادياً أو حذراً من الخلوة؛ لانتهاء المحرمة. وفي حالة عدم بلوغ الطفلة حد الشهوة فلا مانع من حضانتها، لأنه في حال البلوغ لا يكون لإبن العم حضانة ابنة عمه البالغة، غير أن الحنفية أجازوا حضانة ابن العم لبنت عمه إذا لم يكن لها أحد.

2- اتحاد الدين بين الحاضن والمحضون:

المبدأ في حضانة الرجال مبني على الميراث؛ إذ لا توارث بين المسلم وغير المسلم، وذلك إذا كان المحضون غير مسلم، وكان ذو الرحم مسلماً، فليس له حق الحضانة؛ بل حضانتها إلى ذوي رحمه من أهل دينه.

وإذا كان المحضون مسلماً وذا رحم دون ذلك؛ فلا حضانة إليه؛ لأنه لا توارث بينهما (2).

(1)- ذيابي باديس، المرجع السابق، ص 139 .

(2)- ذيابي باديس، المرجع السابق، ص 140 .

المطلب الثاني : أحكام الحضانة

الفرع الأول : ترتيب الحواضن

أ- في قانون الأسرة رقم 84-11

لقد أعطى قانون الأسرة رقم 84-11 بموجب المادة 64 الحق في حضانة الولد لأمه بقولها ((الأم أولى بحضانة ولدها)) إدراكاً من المشرع بأن مصلحة المحضون لا تتحقق إلا عند أمه، ومن ثم إذا انصرفت لها.....، فلا تؤخذ منها إلا بموجب مسقط شرعي، أو ثبوت عدم قدرتها على تربيته والإعتناء به، فالأم أشفق الناس على طفلها، وأرفقهم به، وأكثرهم صبراً على تحمل مشاق العناية به، وإذا كانت الأم هي أحق الناس بحضانة طفلها أو صغيرها ثابت ومحل إجماع بين الفقهاء ؛ فإن المختلف بين نص المادة 64 من القانون 84-11 وبين النص المعدل بأمر 05-02، هو فيمن يلي الأم في الحضانة هل هو الأب كما ذكر المشرع الجزائري بعد التعديل رقم 05-02 المادة 64 ؟ أم هو قرابة الأم من النساء ؟

نجد ترتيب الحواضن كما يلي : بالرجوع إلى نص المادة 64 من القانون 84-11 ((الأم أولى بحضانة ولدها ثم أمها ثم الخالة ثم الأب ثم أم الأب ثم الأقربون درجة، مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك، وعلى القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة)).

باستقراء هذا النص نجد أن المشرع الجزائري رتب أصحاب الحق في الحضانة ترتيباً لا يمكن للقاضي أن يتجاوزه إلا للضرورة، وهو ما كرسه قضاء المحكمة العليا في عدة مناسبات، منها ذلك القرار الصادر بتاريخ: 1993/041/02 والذي جاء فيه:

((متى كان من المقرر شرعاً أن حضانة البناء تسند إلى أمهم، ولا يسقط عنها هذا الحق إلا بموجب شرعي، كما أنه لا يجوز تجزئة الحضانة غلا لنفس السبب، فإن القضاء بما يخالف أحكام هذا المبدأ يعد خرقاً لأحكام الشريعة الإسلامية وقواعد القانون الوضعي)) (1).

(1)-ملف رقم 32594 :، المجلة القضائية، 1989 ، عدد 1 ، ص 04، المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ: 1989-02-04.

إن القاضي وفقاً للنص سالف الذكر يحكم بإسناد الحضانة لأم الأم إذا طلبتها وتنازلت عنها الأم، أو سقط حقها في ذلك بمبرر شرعي كالزواج من زوج أجنبي عن المحضون، فالجدة هي الأم و إن علت ثم تليها الخالة ، لقول الرسول صلى الله عليه وسلم((الخالة بمنزلة الأم))

ب- في قانون الأسرة المعدل بموجب الأمر رقم 02-05

خالف المشرع الجزائري في تعديله لقانون الترتيب الذي كان قد وضعه لأصحاب الحق في الحضانة بعد الأم، ولذا بمقتضى المادة 64 من قانون الأسرة المعدل بالأمر رقم: 02-05 بقولها ((الأم أولى بحضانة ولدها ثم الأب، ثم الجدة لأم، ثم الجدة لأب، ثم الخالة، ثم العمّة، ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك، وعلى القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة)).⁽¹⁾

من خلال هذه المادة يتضح أن المشرع الجزائري أبقى على حق الحضانة للأم، وقدم الأب على الجدة لأم والخالة في استحقاقه لحضانة ابنه، هذا التغيير الذي يطرح السؤال التالي: هل المشرع الجزائري خالف في ذلك أحكام الشريعة؟

وبمعنى آخر: هل الشريعة أوجبت تقديم أم الأم وبعدها الخالة على الأب؟ أم أن المسألة محل خلاف؟ والفيصل فيها هو حكم القاضي وفقاً لمصلحة المحضون.

بالرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية نجد أن ترتيب أصحاب الحق في الحضانة بعد الأم من المسائل التي لم يتحقق لها الإجماع. ومن ثم فإن المشرع الجزائري في تعديله الأخير لقانون الأسرة يكون قد أخذ في هذه المسألة بالرأي الذي يقدم الأب على سائر النسوة بعد الأم.⁽²⁾

(1)-شامي أحمد، قانون الأسرة الجزائري طبقاً لأحدث التعديلات، ص304 .

(2)- عرض الأسباب: من خلال التعديل بعد إعادة النظر في ترتيب الحق في ممارسة الحضانة عن طريق تقديم الأب على الجدة والخالة في إسناد الحضانة على اعتبار أن الأب أولى منهم، وأكثر حرصاً على رعاية أبنائه.

الفرع الثاني :عمل المطلقة الحاضنة في مواجهة مصلحة المحضون والعمل المانع من الحضانة

تنص المادة 67 من قانون الأسرة وهي فقرة أضافها التعديل الأخير على ما يلي:
((ولا يمكن لعمل المرأة أن يشكل سبباً من أسباب سقوط الحق عنها في ممارسة الحضانة، غير أنه يجب في جميع الحالات مراعاة مصلحة المحضون)).
وبالرجوع لنص المادة 67 من قانون الأسرة رقم 84-11
((تسقط الحضانة باختلال أحد الشروط المرعية شرعاً في المادة 62 أعلاه، غير أنه يجب مراعاة مصلحة المحضون في الحكم المتعلق بالفقرة أعلاه)).
من هذه المادة نرى أن الحضانة قد تسقط لاختلال أحد الشروط المنصوص عليها في المادة 62 من قانون الأسرة؛ أي الإخلال بواجبات الحضانة سواء تعلقت بأهلية الحاضن، العقل، الأمانة، القدرة... إلخ، أم اتصلت بالالتزامات المتعلقة بالحضانة أي التربية والرعاية الصحية والخلقية، ويمكن للمحكمة أن تحكم بسقوط حقه في هذه الحضانة، إذا ما طلب منها أحد المستحقين من إحدى الدرجات الأخرى الحضانة، ولكن يجب على المحكمة عند تطبيق أحكام هذه المادة أن تبقى دائماً تراعي مصلحة المحضون في حالة بقاءه مع حاضنته الأولى وبين الفوائد التي يمكن أن تعود عليه في حالة إسقاط حق حضانته على هذا الحاضن وإسنادها إلى غيره، لكن قد يصعب على القاضي تقدير هذه المصلحة كونها شيئاً معنوياً لا يمكن إثباتها بسهولة، مما قد يوقع القاضي في التناصب عند تقديرها، فهناك أسباب قد يدفع بها من له مصلحة من بينها - في طلب إسقاط الحضانة عن الحاضن وهي غير منصوص عليها في القانون 84-11.، سقوط الحضانة عن الحاضن بسبب عمل المرأة الحاضنة، فالاجتهادات القضائية اعتبرت عمل المرأة ليس سبباً لإسقاط الحضانة عنها (1) ، رغم عدم وجود النص القانوني، ونظراً لوجود هذا الفراغ القانوني وحساسية هذا الموضوع، ولأن مصلحة المحضون هي من النظام العام، فتدخل المشرع وأعطى إجابة صريحة عن عمل المرأة من خلال المادة 67 المعدلة في (ق.أ.ج) من خلال التعديل الأخير بموجب الأمر رقم 05-02 التي جاء فيها: ((تسقط الحضانة باختلال أحد الشروط المرعية شرعاً في المادة 62 أعلاه، ولا يمكن لعمل المرأة أن يشكل سبباً من أسباب سقوط الحق عنها في ممارسة الحضانة، غير أنه يجب في جميع الحالات مراعاة مصلحة المحضون)).

(1)- الزواج وإنحلاله ،مرجع سابق ،ص 441

ما نراه أن الفقرة الأولى من هذه المادة واضحة، لا تحتاج إلى تعليق، ولا إلى شرح، أكثر مما أسلفناه، لكن الفقرة الثانية هي التي تثير جدلاً لا محتدماً ونقاشاً ساخناً، تقتضي الوقوف عندها وعرض دواعيها. والواقع أن أحكام الفقرة الثانية تتعلق بحالة أصبحت ظاهرة هي وليدة الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا. وذلك لأن الآباء أصبحوا يطالبون الزوجات الحواضن بإسقاط الحضانة عنهن كلما علموا أن المطلقة أو غيرها من الحواضن لها عمل خارج البيت، ولكن الأب أيضاً مطالب بالنفقة والخروج للعمل، فليس من الحق والعدل أن يأخذ الولد من أمه بسبب العمل خارج البيت، فالأب لا يؤدي للحاضنة أجره الحضانة في التشريع الجزائري، رغم ثبوت هذا الحق شرعاً عند جميع المذاهب الفقهية. وإذا كانت الحاضنة هي المطلقة فالأب ينفق على ولده لا على طليقته، إذن فيحق لها واقعياً من هذا الوجه أن تعمل وتكتسب لتعيش بشرف، ولا عبرة حينئذ بطلب الأب إسقاط حضانة الحاضنة بسبب العمل؛ إلا إذا تبين للقاضي بعد خبرة اجتماعية فردية وجماعية يعينها بحكم تمهيدي أن مصلحة المحضون في خطر مادي أو معنوي، أو أنه مهمل، هنا، وهذا ما تطرقت إليه المحكمة العليا في قراراتها.

الفرع الثالث : مدة الحضانة

تنص المادة 65 من قانون الأسرة على ما يلي: ((تقتضي مدة حضانة الذكر ببلوغه 10 سنوات، والأنثى ببلوغها سن الزواج، وللقاضي أن يمدد الحضانة بالنسبة للذكر إلى 16 سنة إذا كانت الحاضنة أمًا لم تتزوج ثانية، على أن يراعي في الحكم بانتهائها مصلحة المحضون)) طبقاً لهذا النص تختلف مدة حضانة الذكر عن مدة حضانة الأنثى، فبين أولاً مدة حضانة الذكر، وثانياً مدة حضانة الأنثى.

أ- مدة حضانة الذكر:

تبدأ حضانة الذكر منذ ولادته، وتمتد إلى غاية أن يبلغ 10 سنوات كاملة؛ وعندها ينتهي حق حضانته عن أسننت له الحضانة، ويحق للأب أن يضم إليه ابنه، حسب المشرع لا يمكن للابن في مرحلة حضانته الأولى أن يستغني عن خدمة الحاضنة إلا بعد بلوغه سن العاشرة. وقد سبقت الإشارة إلى أن سن انتهاء حضانة الذكر في الشريعة عند من حددها بالسن هي سبع سنين قمرية عند البعض، وتسع سنين قمرية عند البعض الآخر، وهي أقصى سن تمدد لانتهاء الحضانة عند فقهاء الشريعة.

(1)- الزواج وإنحلاله، مرجع سابق، ص 444

والمشرع في قانون الأسرة تجاوزها بسنة، بل وأكثر لأن الحساب عنده بالسنوات الشمسية، مما يجعل مدة الحضانة تطول عندنا، ويتأخر حق الأب في ضم ابنه إليه، وقد ينجر عن ذلك مشاكل؛ إذ يفقد الابن لرقابة أبيه ويتربى على سهولة طبع الأم؛ إذ بلوغه سبع أو تسع سنوات يحتاج الابن إلى تأديب الرجال وتعلم صنائع تنفعه في حياته، ولا يتأتى هذا إلا مع الأب. حيث أن هذه السن متأخرة نوعاً ما؛ فالولد يمكن أن يأكل ويشرب وحده ويتطهر ويلبس وحده، ويعتني بنفسه وبنظافته وحده، كل هذا قبل بلوغه سن العاشرة، وإن كانت هذه الأمور الحياتية تختلف من ابن لآخر في المرحلة الثانية من الحضانة التي تنتهي ببلوغ الطفل سن الرشد، وتتضمن التربية والرعاية والاعتناء بالطفل، بالتعليم والتأديب وتدريب المحضون على صنعة تنفعه في حياته، هذا وقد سمح المشرع الجزائري للحاضنة إذا كانت أمًا للمحضون وغير متروجة بتمديد فترة الحضانة إلى أن، يبلغ المحضون الذكر 16 سنة (1).

ب- مدة حضانة الأنثى

تبدأ مدة حضانة الأنثى بالولادة وتنتهي ببلوغها سن الزواج، وسن الزواج بعد التعديل طبقاً للمادة 7 من قانون الأسرة هي 19 سنة كاملة، وبلوغ البنت هذه السن تنتهي حضانتها، ولم يبين المشرع الجزائري مصير البنت بعدها؛ هل تبقى مع أمها أم تضم إلى أبيها، لكن يفهم ضمناً أن انتهاء الحضانة يعني حق الأب في ضم ابنته إليه. أما جمهور الفقهاء فحددوا مدة انتهاء الحضانة ببلوغها المحيض، ومنهم من حددها بزواجها ودخول زوجها، كما ذهب إليه المالكية. ولهذا فإن الأنثى بعد انتهاء حضانتها إما بالمحيض فتنقل إلى أبيها، وإما بالزواج فتنقل إلى بيت زوجها، في كلتا الحالتين ستكون في حوزة رجل. (2)

(1) - إنحلال الزواج وأثاره، مرجع سابق، ص 463 .

(2) - غناي زكية، المرجع السابق، ص 263 .

المبحث الثاني : المسكن والتدابير الإستعجالية المتعلقة بأثار الطلاق.

المطلب الأول : مسكن الحضانة في قانون الأسرة.

الفرع الأول : من خلال القانون 84-11

خصص قانون الأسرة قبل تعديله مادتين تتعلقان بسكن المحضون هما المادة 52 والمادة 72، وهما نصان غير منسجمين ، حيث أن المادة 52 كانت تمنح المسكن للأم الحاضنة بشرط ألا تجد من أقاربها من يقبل إيواها، فإذا كان للحاضنة أب وقبل استقبالها في بيته بعد طلاقها مع أطفالها سقط الالتزام بتأمين المسكن أو بدل إيجاره عن طليقها، ولن يكون المسكن الزوجي محل نزاع إذا كان وحيداً (1).

إن المشرع استعمل صيغة الجمع للإشارة إلى الطفل المحضون، فاعتبر أن عدم وجود ولي يقبل إيواء المطلقة مع محضونها؛ شرط لإلزام الأب بتأمين مسكن أو أجرته، وقد درج القضاء على أن الشرط يقتضي أن يكون للحاضنة أكثر من محضونين أي ثلاثة فما فوق ، لتتدخل المحكمة العليا موضحة المسألة في أكثر من قرار، على أن الحاضنة تستحق مسكناً لممارسة الحضانة إذا توفرت فيها الشروط مهما كان عدد الأطفال المحضونين، حتى ولو كان طفلاً واحداً يكفي أن تكون حاضنته هو (2).

(1)- حسيني عزيزة، مصلحة الطفل، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، بن عكون، جامعة الجزائر 1 -، سنة 2014 ، ص 157.

(2)- تشوار حميدو زكية، الحضانة، ص 131 .

الفرع الثاني : من خلال القانون 05-02

عمد المشرع الجزائري من خلال الأمر 05-02 المعدل والمتمم ، المؤرخ في 27-02-2005 إلى إلغاء الفقرة الثانية من المادة 52 وتعديل المادة 72 ليأتي بحكم جديد مفاده أنه ((في حالة الطلاق يجب على الأب أن يوفر لممارسة الحضانة سكناً ملائماً للحاضنة، وإن تعذر ذلك فعليه دفع بدل الإيجار، وتبقى الحاضنة في بيت الزوجية حتى ينفذ الأب الحكم القضائي المتعلق بالسكن)).

إن النص المعدل يثير عدة ملاحظات مجملتها فيما يلي:

إن المشرع الجزائري لا يعرف المسكن الزوجي، إلا أنه هناك تعريف في نص المادة 5 من الاتفاقية الجزائرية الفرنسية المتعلقة بأبناء الزواج المختلط، حيث عرفته على أنه مكان الحياة العائلية المشتركة بنصها : "يقصد بالجهة القضائية المختصة في هذه الاتفاقية، الجهة القضائية التي يوجد بدائرة اختصاصها المسكن الزوجي، باعتباره مكان الحياة العائلية المشتركة" (1)، ويؤكد الدكتور تقيّة عبد الفتاح هذا التعريف، حيث اعتبر المسكن الزوجي المكان

المخصص لإقامة الزوجين وأولادهما حال قيام الرابطة الزوجية بغرض جمع شمل الأسرة وحفظ الاتجاه ولا يوجد أي اجتهاد للمحكمة العليا يقضي بذلك منذ تاريخ صدور قانون الأسرة. وحيث أن النص الواجب التطبيق في موضوع توفير سكن لممارسة الحضانة به للحاضنة أو أجرته هو المادة 72 من قانون الأسرة التي لا تشير مطلقاً إلى عدد المحضونين، المحكمة العليا، قرار رقم : 276760 بتاريخ 13-03-2002، عدد 01، جاء فيه ((حيث أن القرار المطعون فيه لم يخالف ولم يخرق المادتين 52 و 72 من قانون الأسرة؛ ذلك لكون الحاضنة تستحق أن يوفر لها أب المحضون سكناً لكي تمارس فيه الحضانة، وعند تعذر ذلك عليه أن يسلم لها بدل إيجار عوضاً عنه، وحيث أن اجتهاد المحكمة العليا استقر على كون الحاضنة تستحق مسكناً لممارسة الحضانة أو بدل إيجار مقابل عنه عند تعذر توفره مهما كان عدد الأولاد ، فمسكن الزوجية هو المكان الذي تستقر فيه العائلة، وتمارس فيه كل الالتزامات التي تقتضيها علاقة الزوجية والأبوة والبنوة)).

(1)- حسيني عزيزة، المرجع السابق، ص 180 .

(2)- إنحلال الزواج وأثاره، مرجع سابق، ص 465 .

حاد النص على القاعدة الفقهية المعمول بها في المادة 75 ، ومفادها أن نفقة المحضون وسكناه من ماله إن كان له مال، وعلى والده أن يهيئ له سكنًا إذا كان الطفل فقيرًا، وإن تعذر فعليه أجرته، فلم يعد سكن ممارسة الحضانة يخضع لشروط النفقة عامة، وإن كان نص المادة 78 ، يعتبر السكن من مشتقات النفقة. في النص القديم كان السكن أو أجرته حقًا للولد إلا أن التعديل تجاهل المحضون واهتم بالحاضنة، أو بالأصح بالمرأة المطلقة، على اعتبار أنها مهضومة الحقوق ولا بد من حمايتها، ويتأكد ذلك عندما اشترط أن يكون السكن ملائمًا للحاضنة، مع الإشارة أن الكلام عن ملاءمة المسكن للحاضنة مسألة نسبية وذاتية أيضًا، والسؤال المطروح متى يكون السكن ملائمًا للحاضنة؟ وهل يجب أن يكون مطابقًا لمسكن الزوجية سابقًا من حيث عدد الغرف والموقع...؟ كيف يقدر القاضي هذه الملاءمة؟ إن وضع مثل هذا الشرط ما هو إلا تشدد من المشرع، والأصل أن المسكن يجب أن يكون لائقًا لممارسة الحضانة⁽¹⁾.

إن عدم ملائمة المسكن ادعاءً تتقدم به الحاضنة (الطليقة) وبالتالي يقع عليها عبء إثبات عدم لياقة المسكن لها، مثلما استتدت إليه الحاضنة أمام مجلس قضاء البلدية بعدم لياقة المسكن الذي خصصه لها طليقتها لممارسة الحضانة بالأربعاء بني موسى، لكونه يمس استقرار المحضونين؛ حيث ألفوا العيش بالقلعة؛ أين ولدوا وتربوا ويزاولون دراستهم، وقد اعتبرت المحكمة العليا هذا السبب وجيهًا، لأن في الأمر مساس بمصلحة المحضونين، مما يستوجب نقض القرار ، كما ليس لقضاة الموضوع أن يعرضوا الخيار بين بدل الإيجار والمسكن، إذا أعد الأب مسكنًا لائقًا ، فلياقة المسكن مسألة موضوع ومعياريها مصلحة الطفل.

في القرار نلاحظ أن الوالد أعد سكنًا لائقًا، غير أن المسكن لا تتحقق فيه مصلحة الأطفال المحضونين؛ لأن عامل استقرارهم النفسي غير متوفر، وقد بينت أن مصلحة الطفل أحد معياريها هو استقرار الطفل، فتخلف هذا الاستقرار تتخلف معه المصلحة،

تشدد المشرع أيضًا حينما قرر ببقاء المطلقة الحاضنة في بيت مطلقها الذي كان مسكنًا زوجيًا لها، إلى أن ينفذ الأب الذي قضى بمنحها سكنًا لممارسة الحضانة، ولنا أن نتصور الجو الذي يترتب على وجود المطلق وطليقته في نفس المسكن من شقاق وتناحر⁽²⁾.

(1)-تقية عبد الفتاح، الطلاق بين أحكام تشريع الأسرة والاجتهاد القضائي، دكتوراه، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، 2006

ص. 382.

(2)-إنحلال الزواج وأثاره، مرجع سابق، ص 455 .

في غنى عنه، دون إهمال أن وجودهما (المطلقين) تحت سقف واحد غير مشروع ، بحكم أنهما أصبحا غريبين عن بعضهما البعض بعد طلاقهما، بل أن المحكمة العليا كانت تتشدد في المسألة حتى ولو كان المسكن مكوناً من طابقين، فليس للحاضنة أن تتفرد بطابق ما دام مدخل البيت واحداً، علماً أن نص المادة 72 ليس فيه ما يدل على وجوب مغادرة المطلِّق لبيت الزوجية تاريخاً المكان لطليقتة والأطفال.

إن المشرع بموقفه هذا ضرب بالقيم والعادات عرض الحائط، كما يجب ألا ننسى أن عامة الجزائريين ليست لهم مساكن مستقلة؛ ففي الغالب يسكن الزوجان مع أهل الزوج في بيت العائلة، صغيراً كان أو كبيراً، فهل يعقل أن تبقى المطلقة شاغلة لغرفة الزوجية بعد تفكك هذه الرابطة الزوجية؟⁽¹⁾.

إن أحقية المسكن هو للولد على أبيه وليس حق للحاضنة كما يبدو من النص المعدل، فالحاضنة تحتاج للمسكن حتى تؤدي وظيفة الحضانة، فلو لا الحضانة لما كان لها أن تطالب به، بينما النص المعدل غض البصر عن الطفل ومصالحته واهتم بالمرأة المطلقة وكأن في المسألة تصحيحاً لما ورد في النص الملغى ورد لاعتبار المرأة زوجة، إن المسكن الزوجي الذي كان مستثنى من التراجع في نص المادة 52 أصبح بموجب المادة 72 المعدلة محل اعتبار، حيث أن المطلقة الحاضنة لا تغادر المسكن الزوجي إلا إذا هيا لها طليقتها مسكناً ملائماً سبق ذكره، أو أن يمنحها بدلاً للإيجار، والملاحظ أن الزوج ليس مكلفاً بأن يستأجر مسكناً للحاضنة، بل يمكن لها أن تأخذ الحاضنة بدل الإيجار دون أن تستأجر كأن تكون مالكة لمسكن، أو أن أهلها يرضون بقاءها مع أولادها عندهم، وليست ملزمة بأن تثبت أنها أجرت فعلاً . إن مسألة المسكن سجل بين المطلق وطلبيته تغذيه أزمة السكن، وأن المشرع حسم هذا السجال لصالح المرأة تحت الضغوطات التي مارستها الجمعيات النسوية متجاهلاً تماماً السبب في تأمين السكن من عدمه، وهو أن هناك طفلاً محضوناً يجب أن تراعى مصالحته⁽²⁾.

(1)-إنحلال الزواج وأثاره، مرجع سابق، ص 458 .

(2)- تقيّة عبد الفتاح، الطلاق بين أحكام تشريع الأسرة والاجتهاد القضائي، دكتوراه، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، 2006

والحقيقة أن حل مثل هذه المشكلة لا يكون بتغليب كفة طرف على حساب طرف آخر، فإذا كان المشرع في قانون 1984 يتجاهل وجود المرأة، وفي الحقيقة هو يتجاهل وجود الطفل فيغلب مصلحة الأب على كل مصلحة أخرى، فإنه في تعديل 2005 تجاهل الطفل وأباه ليغلب كفة المرأة ومصحتها(1).

والسؤال المطروح هل إذا كانت الحضانة لغير الأم فهل الأب يلتزم بتأمين السكن بنفس الطريقة التي يلتزم بها إتجاه الأم؟، الإجابة نعم؛ لأن المسكن من مستلزمات الحضانة، فلا تمارس إلا فيه، لكن ما نلاحظه هو أن بقاء الحاضنة لغير الأم في المسكن الزوجي غير متوقع، ثم إن نص المادة 64 لا يسمح بانتقال الحضانة لغير الأم مع وجود الأب، فالأب يرتب مباشرة بعد ام في ترتيب الحواضن، وحضانة الأب لا تسقط لنفس أسباب سقوطها عن الأم، حيث أن احتمال فقد الأب للحضانة يكون لغيابه، كأن يكون سجيناً مثلاً أو لعدم قدرته كأن يكون مصاباً بمرض يعجزه.

إن التعديل الوارد على نص المادة 72 سيدفع بالزوج الأب إلى توخي الحذر والحيطه في علاقته بزوجه حتى لا يكون مصير زواجه الفشل، ومن ثم الطلاق، فيضطر إلى تأمين المسكن أو أجرته مع بقاء الأم الحاضنة في المسكن إلى أن يؤمن لها مسكناً ملائماً، أما إذا استحالت العشرة فإن الزوج سيعمل جاهداً على أن تكون الحضانة من نصيبه، ذلك أن الحضانة أصبحت امتيازاً، فتقادياً أيضاً للدخول في متاهة تأمين السكن وأجرته، وفي خضم ذلك لا أحد يهتم بالطفل ومصحته، بل تصبح هذه المصلحة آخر ما يمكن أن يهتم به الجميع ! وترى الدكتورة حسيني عزيزة أن هذا التعديل سيدفع بالكثير من الرجال إلى التعسف ورفض الطلاق إلى أن تطلب الزوجة خلع نفسها متنازلة عن كل شيء بما فيها حضانة الأولاد أو على الأقل سكنها مع محضونيتها هروباً من عشرة مستحيلة.(2)

(1)-إنحلال الزواج وأثاره،مرجع سابق ،ص 462 .

(2)- حسيني عزيزة، المرجع السابق، ص 210 .

المطلب الثاني : التدابير الإستعجالية المتعلقة بآثار إنحلال الزواج.

الفرع الأول : طبيعة أحكام فك الرابطة الزوجية والتدابير الاستعجالية المتعلقة بها

بما أن الطلاق حل استثنائي لرفع الضرر اللاحق بأحد الزوجين، وأنه في الشريعة والقانون يكون بعصمة الزوج، ولكن الإشكال الذي يطرح كيف يتم الكشف عنه والاحتجاج به في مواجهة الغير؟ وهو الأمر الذي قد يطول الفصل فيه؛ مما يجعل آثار الخصومة على الزوجين والأولاد وخيمة تستوجب تدخل المشرع لمعالجتها، خصوصاً منها حقوق الأولاد من النفقة والحضانة والزيارة، قبل صدور حكم نهائي في الطلاق وسيرورته نافذاً، وهو ما عالجه المشرع في التعديل الأخير بموجب الأمر رقم 05/ 02 باستحداثه للمادة 57 مكرر المتعلقة بالتدابير الاستعجالية المؤقتة بموجب أمر على ذيل عريضة لرفع الضرر 1292

وترتيباً على ذلك تقتضي منهجية البحث التعرف أولاً على هذه التدابير بهدف الوقوف على مبررات هذا التعديل وحالات وشروط اللجوء إليها ل يتم بعدها التعرض لتحديد طبيعة أحكام فك الرابطة من حيث بيان طبيعتها وحجيتها ومدى توفيق المشرع في تنظيم ذلك 1293

1- التدابير الاستعجالية في دعاوى فك الرابطة الزوجية:

لم ينص قانون الأسرة رقم 84-11 على الإجراءات والتدابير الاستعجالية المتعلقة بمسائل النفقة وحضانة الأولاد والسكن، وهو الأمر الذي تسبب في ظهور مشاكل اجتماعية ساهمت في المطالبة بتعديل هذا القانون، خاصة منها مسألة تشرد الأولاد وإهمالهم من غير نفقة ولا سكن قبل الفصل في دعوى الطلاق في ظل طول إجراءات التقاضي في مواد الطلاق التي قد تصل إلى سنة مما يطرح إشكالية ما مصير حقوق الأولاد المادية والمعنوية قبل الفصل في دعوى الطلاق أو التطلق أو الخلع؟ ومن هنا تدخل المشرع في التعديل الأخير لحل هذه الإشكالية رعاية لحقوق الأولاد من خلال تلك التدابير الاستعجالية التي تعطي لقاضي الأحوال الشخصية إمكانية الفصل على وجه السرعة بموجب أمر على عريضة بموجب نص المادة 57 مكرر من قانون الأسرة المعدل 05-02 . حيث على أنه " يجوز للقاضي الفصل على وجه الاستعجال بموجب أمر على عريضة في جميع التدابير المؤقتة ولا سيما ما تعلق منها بالنفقة والحضانة والزيارة والمسكن".

(1)- شامي أحمد، المرجع السابق، ص. 273- 267 .

(2)- إنحلال الزواج وآثاره، مرجع سابق، ص 505 .

2-تعريف التدابير الاستعجالية:

هي تلك الإجراءات والتدابير المؤقتة ، والمتعلقة بقضايا لا تحتتمل البطء والتأخير في الفصل لتعلقها بحقوق شخصية لا تقبل التنازل أو الإهمال، وهي في مجال الزواج والطلاق كثيرة، يهمنها ما تعلق بمصلحة الأولاد من نفقة وحضانة وسكن وزيارة واستقرار نفسي (1). فإذا وقع الخصام بين الزوجين وطال أمده واستعصى حله ولم تفلح معه محاولات الصلح كان الأولاد عرضة للضياح والإهمال وضحايا طول إجراءات التقاضي، وهنا تبرز أهمية التدابير الاستعجالية في التخفيف من آلام الأولاد على الأقل في الجوانب المادية، وتجدر الإشارة إلى أن قانون رقم 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية الجزائري الجديد قد تضمن نصوصاً خاصة؛ بحيث أحدث قسمًا استعجاليًا خاصًا بقضايا شؤون الأسرة، وذلك من خلال المادة 425 على أنه: "يمارس رئيس قسم شؤون الأسرة الصلاحيات المخولة لقاضي الاستعجال." وتتص المادة 444 من نفس القانون على أنه: "يمكن للقاضي أن يأخذ بعين الاعتبار ما اتفق عليه الزوجان عند الأمر بالتدابير المؤقتة." حيث كان قبل تعديل قانون الإجراءات المدنية رئيس المحكمة هو الذي يقوم بإصدار التدابير الاستعجالية. وهو ما يستفاد من نص المادة 310 من قانون الإجراءات المدنية رقم 08-09 بقولها "الأمر على عريضة أمر مؤقت، يصدر دون حضور الخصم ما لم ينص القانون على خلاف ذلك." بالرجوع إلى القواعد العامة في مواد الاستعجال نجد أنها تشترط ثلاثة شروط في التدابير الاستعجالية وهي:

1- ألا تمس أصل الحق.

2- وأن تكون ذات طابع مؤقت وتحفظي.

3- ألا تشرع إلا في حالة استعجال أي المسائل التي تستدعي البت الفوري فيها، واستعجال

بالنظر إلى ظرفه ومحلّه نوعان:

أ - استعجال عادي

ب - واستعجال من ساعة إلى ساعة بموجب أمر على مسودة.

(1) - إنحلال الزواج وأثاره، مرجع سابق، ص 510 .

الفرع الثاني: مبررات استحداث التدابير الاستعجالية في دعاوى الطلاق:

جدير بالإشارة أن بعض هذه التدابير كان موجودًا في ظل قانون الإجراءات المدنية القديم لسنة 1966 م بموجب المادة 172 في فقرتها الأولى المتعلقة بحق الزيارة والنفقة، وكذا المادة 40 منه المتعلقة بالنفقة⁽¹⁾، غير أن جديد المادة 57 مكرر من قانون الأسرة المعدل بموجب الأمر رقم 02-05 هو إضافة صلاحية الفصل المؤقت للقاضي في مسألة الحضانة والنفقة والزيارة والمسكن على سبيل التخصيص وكل مسألة أخرى يمكن أن تهم طرفي النزاع، مما يحتاج إلى السرعة وعدم التأخير كالفصل بالأشياء الخاصة بالزوجة من الألبسة والحلي وغيرها مما يعد ضروريًا. وبالرجوع إلى أسباب هذا التعديل التي عرضت قبل المصادقة على القانون المعدل نجدها مؤسسة على أن مسائل الأسرة لا تقبل التأخير؛ بل تقتضي السرعة في الفصل لتعلقها بالضروريات وعدم تشتت المحضونين في الشوارع تحت طائلة التسول، فضلا عن الآثار النفسية خاصة إذا رفض الولي إيواء الزوجة ومن معها، ومن هنا كان المشرع الجزائري موفقًا بالنص على حق الزوج أو الزوجة أو غيرها في أن يلجأ إلى المحكمة فورًا لرفع دعوى مستعجلة يطلب فيها من قاضي الأحوال الشخصية بصفته قاضي الأمور المستعجلة الحكم بالتدبير المؤقت المطلوب، ريثما يفصل في موضوع النزاع. ومن هنا فإن التدابير الاستعجالية لها طابع الفصل في أقرب الاجال لإجراء التحقيق أو التدبير المؤقت على أن لا يمس أصل الحق، كما أنه يتصف بكونه معجل النفاذ طبقًا للمادة 303 من قانون الإجراءات المدنية الجديد رقم 08-09.

الفرع الثالث: حالات وشروط اللجوء إلى التدابير الاستعجالية:

من خلال تحليل المادة 57 مكرر المعدلة بموجب الأمر رقم 02-05 والتي خولت لقاضي الأحوال الشخصية إمكانية الفصل على وجه السرعة، وبموجب أمر على عريضة في التدابير المؤقتة، نلاحظ أنها ذكرت هذه الإجراءات على سبيل المثال لا على سبيل الحصر، رغم ما يلاحظ على صياغتها من تخصيص التدابير التي تتعلق بالنفقة والحضانة والزيارة والمسكن، وهو ما يرجع ربما إلى أهميتها وعدم قابليتها للتأخير⁽²⁾.

(1)- قانون الإجراءات المدنية، وهي المادة 40 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد رقم 08-09

(2) - شامي أحمد، المرجع السابق، ص 277، و278.

ولكن رغم هذا التخصيص فإن المشرع في المادة 57 مكرر صرح بإمكانية وجواز الفصل على وجه الاستعجال في جميع الإجراءات المؤقتة، وهو ما يستدعي تفصيل كل تدبير مستعجل على حدة⁽¹⁾.

1- التدابير المتعلقة بالنفقة:

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 والتي تعتبر من الآثار المترتبة عنها، فهي من حقوق الزوجة على زوجها طبقا لنص المادة 74 من قانون الأسرة ونعني بالزوجة هنا الزوجة المدخول بها لأن الزوجة المعقود عليها وغير مدخول بها لا نفقة لها إلا إذا تم العقد بصفة رسمية وصحيحة، أي أن نفقة الزوجة واجبة على الزوج سواء كان معسرا أو ميسرا ما دام عقد الزواج قائما، وبحالة امتناع هذا الأخير عن دفعها ولمدة طويلة من الزمن خاصة بحالة وجود خلاف بينهما تعبيراً منه ضمناً عن إرادته في فك الرابطة الزوجية فإنه يحق للزوجة رفع دعوى النفقة المؤقتة أمام القضاء المستعجل وتطلب الحكم عليه بالإنفاق عليها. وهي من حقوق الأبناء على آبائهم كما جاء في نص المادة 75 من قانون الأسرة التي جاء فيها "تجب نفقة الولد على الأب ما لم يكن له مال، فبالنسبة للذكور إلى سن الرشد والإناث إلى الدخول وتستمر في حالة ما إذا كان الولد عاجزا لآفة عقلية أو بدنية أو مزاولا للدراسة وتسقط بالإستغناء عنها بالكسب"، وهي كذلك من حقوق الأصول على الفروع بمقتضى المادة 77 من قانون الأسرة" يجب نفقة الأصول على الفروع...حسب القدرة والإحتياج ودرجة القرابة في الإرث."

ودعاوى النفقة متعددة وتختلف باختلاف نوع المطلوب وأهمها، دعوى النفقة الزوجية، دعوى نفقة العدة، دعوى نفقة الأولاد.

وتعتبر كل هذه القضايا من صميم القضاء الإستعجالي في ميدان شؤون الأسرة لأنها ذات طبيعة مميزة تتوفر على عنصر الإستعجال حتى أنها أصبحت بمجرد تقديم عريضة تتضمن طلب النفقة تعطى لها الأولوية لنظرها والفصل فيها مؤقتا، وغالبا ما ترفع بطريقة تبعية حين النظر في النزاع القائم بين الأطراف⁽²⁾.

(1)- شامي أحمد، المرجع السابق، ص 509 .

(2)- إنحلال الزواج وأثاره ، مرجع سابق، ص 509 .

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.

لكن بالموازاة نجد مشرعنا قد اهتم بهذا الموضوع وأورده من قبل في نص المادة 40 من قانون الإجراءات المدنية التي تنص على "يؤمر بالتنفيذ المعجل رغم المعارضة أو الاستئناف في جميع الأحوال التي يحكم فيها بموجب سند رسمي أو وعد معترف به أو حكم سابق قضائي، أو في قضايا النفقة" مما يفيد بطريقة غير مباشرة أن للنفقات مركزا قانونيا مميزا بحيث أصبحت قضايا النفقات الوقتية من خلال تسميتها مرتبطة إرتباطا وثيقا بالقضاء المستعجل فيكون تنفيذ الأوامر الصادرة بصددها معجلا رغم كل معارضة أو استئناف، على أن هذه الأوامر حجية قضائية مؤقتة لأنها قائمة على ظروف متغيرة دون أن تستند إلى أسباب تتعلق بأصل الحق، فمثلا لو صدر أمر مستعجل أثناء نظر دعوى موضوعية بتقرير نفقة مؤقتة لزوجة بحالة إهمال بسبب جدية دعواها و وضوح الأسباب التي استندت عليها وسبب حاجتها العاجلة إلى النفقة ثم قدم الزوج بعد ذلك ما يكاد يثبت أنه قد برأ ذمته من دين النفقة فإن الأمر الأول بتقدير النفقة لا يمنع من استصدار امر آخر يوقف وقعها.

وإعطاء صبغة النفاذ المعجل لأوامر النفقة يعني أنها من حالات الاستعجال، وأنه لقاضي الموضوع ان يفصل في طلب النفقة عن الطلب الأصلي للدعوى وهذا أصلح لمستحق النفقة. والإستعجال في قضايا النفقة يتحقق كلما ثبت من الملف أن حاجة طالب النفقة ملحة لانعدام مورد آخر للرزق ولا يستطيع الانتظار دون إنفاق أما إذا تبين من أوراق الملف أن الزوجة طالبة النفقة لها أو لأبنائها فإن الدعوى تكون قد فقدت شرط الاستعجال.

كما يشترط أن يكون الأمر غير ماس بأصل الحق أي أن تكون النفقة وقتية لا دائمة وأن يكون الحق المدعي به والسبب الذي يبني عليه طلب غير متنازع فيه جديا، سواء كان التراجع منصبا على وجود الحق أو على حلول أجل أدائه.

(1)- إنحلال الزواج وأثاره، مرجع سابق، ص 511 .

2-التدابير المتعلقة بالحضانة:

تعتبر الحضانة من تبعات فك الرابطة الزوجية، وقد عرفتها المادة 62 من (ق. أ. ج) بأنها: "رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه، والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا". في حين أن الفقه يعرفها بأنها "القيام على شؤون الطفل وكفالاته بغرض المحافظة على بدنه وعقله ودينه، وحمايته من عوامل الانحراف وطوارئ الانحلال لما يمكنه من أن يكون فردًا صالحًا داخل مجتمعه؛ مما يقتضي وضعه تحت أيدي مؤهلة لمثل هذه الواجبات، وأن يكون لهم الحق في ذلك وفقا لقواعد الشريعة الإسلامية والقانون، وعليه فإنه يتعين على المحكمة عندما تقرر الحكم بالطلاق لأي سبب أن تفصل في حق الحضانة وأن تراعي كل العناصر المذكورة في نص المادة 62 من قانون الأسرة، وأن تراعي تبعا لذلك حاجيات المحضون ومصالحته الحقيقية التي يجب أن تتوفر له طيلة مدة حضانتها ممن يرعى شؤونها⁽¹⁾.

إن منح حق ممارسة الحضانة يختص به مبدئيًا قاضي الموضوع، وهذا قبل النطق بالطلاق أو توابعه، أو حتى بعد الطلاق، فقد يتطلب تدهور حالة الأطفال تدخل القاضي لحمايتهم. فقد يقع مثل حالة حجز طفل رضيع من طرف أبيه، ورفض هذا الأخير تسليمه لأمه أثناء دعوى الطلاق، أو بالعكس فقد يتعرض الأطفال الموجودين تحت حضانة أمهم للإهمال أو الجوع أو سوء المعاملة، ففي هذه الحالات فإن ضرورة اتخاذ تدابير مستعجلة لحماية المحضونين من الأذى يجعل من الضروري اللجوء إلى قاضي الموضوع أو قاضي الأمور المستعجلة لاستصدار أمر على عريضة، يعطي الحضانة لرافع الدعوى، فعنصر الاستعجال يجعل من مسألة الحضانة أمرًا مستعجل لا يختص به القضاء المستعجل، أي ترفع دعوى إلى القضاء العادي موضوعها قائم على نزاع حول حضانة صغير، وخوفًا من إطالة التراع ومصصلحة الصغير جاز لنفس المحكمة أن تصدر أمرًا مفاده إسناد الحضانة مؤقتًا إلى من يراه أهلا لها، في انتظار حسم موضوع التراع من طرف قاضي الموضوع وفقًا للمادة 57 مكرر من قانون الأسرة. ويرى الدكتور محمد إبراهيم وتأييدًا لما هو مقرر في قانون الأسرة الجزائري أن شرط الاستعجال في قضايا الحضانة يجب ربطه دومًا بمصلحة المحضون وهو معيار جد مناسب في رأينا. لاختصاص قاضي الأمور المستعجلة الذي يقدر الظروف ويتخذ أفضل السبل وأصلحها للحفاظ على مصلحة المحضون⁽²⁾.

(1)- إنحلال الزواج وأثاره، مرجع سابق، ص 510 .

(2)- شريفي خليصة، الاستعجال في شؤون الأسرة، المرجع السابق، ص 28-30 .

3-التدابير المتعلقة بحق الزيارة:

لقد نص المشرع الجزائري على حق الزيارة في الشطر الثاني من المادة 64 من قانون الأسرة على أنه "على القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة". وهذا يعني أن القاضي عند حكمه بفك الرابطة الزوجية يحكم أولاً بإسناد الحضانة إلى صاحبها، سواء أكانت الأم، أم غيرها، لكن غالباً تكون الأم باعتبارها الأولى رعاية لمصلحة المحضون، بعدها يحكم تلقائياً بحق الزيارة للطرف الآخر، حتى ولو لم يطلب منه ذلك، فإذا حكم مثلاً بإسناد الحضانة إلى الأم يحكم تلقائياً بحق الزيارة للأب، لتمكينه من رؤية ابنه المحضون المبعد عنه، وتكون الزيارة لأوقات محددة، وبأماكن معينة، في نفس الحكم⁽¹⁾.

غير أن المشرع الجزائري لم يحدد مفهوم الزيارة ولا شروطها، ولا حتى الحالات التي تسقط فيها، كما أنه لم يحدد الأشخاص الذين يحق لهم طلب زيارة المحضون، فهل هي حق ممنوح للوالدين فقط دون غيرها كالجد والأعمام مثلاً؟ وقد استقر القضاء على إعطاء حق الزيارة عن طريق القضاء الاستعجالي بصفة مؤقتة إلى أحد الوالدين الذي لا يحضن الولد، وهذا راجع إلى تعسف أحدهما في استعمال حق الحضانة، ومنعه للطرف الآخر من رؤية أبنائه، خاصة أن قضايا الموضوع المتعلقة بالزواج والطلاق كثيرة، وعادة ما تطول إجراءاتها، وتستغرق فترة طويلة؛ الأمر الذي يحول معه دون رؤية الأبناء.

جرى العمل في محاكمنا في قضايا الزيارة المؤقتة أن يفصل فيها قاضي الاستعجال، وذلك على بناء على طلب زيارة مؤقتة يرفع أمامه بمقتضى عريضة إفتتاحية وفقاً لأحكام المادة 12 من "ق إ م"، وتثو بشأنه منازعة قضائية وبعد تأكد القاضي من صحة الادعاءات واستتباط عنصر الاستعجال من وقائع القضية، فإنه يصدر أمراً استعجالياً بحق الزيارة المؤقتة إلى حين الفصل في أصل النزاع، وهو ما جرى به العمل بمحكمة عين تموشنت التابعة لمجلس قضاء سيدي بلعباس باعتبار أمر الزيارة المؤقتة ليس أمر ولائي؛ وإنما هو أمر قضائي يدخل في اختصاص رئيس المحكمة. في حين أن بعض المحاكم سلكت طريقاً آخر⁽²⁾.

(1)- شريفي خليصة، الاستعجال في شؤون الأسرة، المرجع السابق، ص 33-34

(2)- إنحلال الزواج وأثاره، مرجع سابق، ص 513

حيث يفصل في قضايا الزيارة المؤقتة قاضي الموضوع، وهو قاضي شؤون الأسرة، وهذا عملاً بنص المادة 57 مكرر من قانون الأسرة، التي جاء بها المشرع في التعديل الأخير بموجب الأمر رقم 02-05 المؤرخ في 27-02-2005 المعدل والمتمم لقانون الأسرة الجزائري؛ حيث يصدر هذا الأخير أمراً على ذيل عريضة بناء على طلب المدعي طالب الزيارة المؤقتة، وهو ماجرى به العمل بالمحاكم منذ 2005 م، وسوف نعرض بعض التطبيقات القضائية في هذا الخصوص والصادرة عن المحاكم السالفة الذكر، بعدها نحاول المقارنة بين الأمرين المتعلقين بحق الزيارة المؤقتة. لدينا الأمر الصادر عن محكمة عين تموشنت التابعة لمجلس قضاء سيدي بلعباس بتاريخ 2008/02/13 تحت رقم 13-08 والقاضي بمنح المدعو (ب.ع) زيارة ابنه، وذلك كل يوم خميس ابتداءً من الساعة 10 صباحاً إلى غاية الساعة 11 مساءً مع إرجاعه وتسليمه لأمه عند نهاية كل زيارة.

باستقراء هذا الأمر؛ نجد أنه يصدر عن رئيس المحكمة بصفته قاضي الاستعجال وصاحب الولاية العامة للقضاء الاستعجالي؛ أي أن القاضي هاهنا يستند إلى المواد 183: و ما بعدها من قانون الإجراءات المدنية التي تعطي له الاختصاص للفصل في قضايا الاستعجال. فحق الزيارة حق يتمتع به خاصة الوالدين، وفي حالة منع أحد الأولياء للآخر من رؤية أبنائه فإن هذا التصرف يؤدي إلى إحداث عقبة مادية، ولإزالتها لا بد من منازعة قضائية، أي أنطلب الزيارة المؤقتة هو طلب يرفع من قبل أحد الوالدين إلى القضاء الاستعجالي لتمكينه من رؤية وزيارة أبنائه الموجودين لدى الزوج الآخر، ريثما يفصل قاضي الموضوع نهائياً في التراع المرفوع أمامه، وهو المبدأ الذي تبناه معظم القضاة في محاكمنا؛ خاصة مع الغموض الوارد في نص المادة 57 مكرر التي لم تبين من هو القاضي المختص بإصدار الأمر على ذيل عريضة في قضايا الزيارة المؤقتة، وقد قررت المحكمة العليا هذا المبدأ في أحد قراراتها. وقد أقرت المحكمة العليا في أحد قراراتها ((أولوية الأم والأب لربط صلة الرحم من أولويات الاستعجال، إذا نشأ نزاع بين الطرفين، ونتج عنه إشكال حق الزيارة وطرح الأمر على العداية في شكل طلب مستعجل، فالرفض لعله أنه غير مستعجل هو خطأ في تصنيف الأمور المستعجلة)). وقد ذهبت المحكمة العليا إلى أبعد من ذلك، وأكدت بأنه يجوز إصدار أمر استعجالي فيما يخص الزيارة؛ حيث جاء قرارها المؤرخ في 30-04-1990 عن غرفة الأحوال الشخصية في الملف رقم 79891 المنشور بالمجلة القضائية بالعدد رقم 1 :

(1)- قرار المحكمة العليا، ملف رقم 79891، بتاريخ 30-4-1990، المجلة القضائية رقم 1.

على أنه إذا كان غياب الولد عن أمه يؤتى به عن طريق أمر استعجالي أو عن طريق أمر من وكيل الجمهورية، فكيف يرفض طلبها بمقولة عدم الاختصاص في تحديد مكان الزيارة الذي لا علاقة له بالحضانة؛ بل هو مجرد إجراء يرمي إلى تمكين الأم من رؤية ولدها لزمان محدد ثم يرجع الولد لحاضنه .

4- التدابير المتعلقة بالسكن:

إضافة إلى ما قلناه بخصوص آثار الطلاق المتعلقة بحق النفقة وحق الحضانة وحق الزيارة الذين تدخل بشأنهم المشرع ويمكن أحد الزوجين خلال الخصومة القضائية لدعوى الطلاق من اللجوء إلى القضاء الاستعجالي لاستصدار أمر يقضي لدعوى الطلاق ما، لم يستثن الحق المؤقت في السكن وهي مسألة في غاية الأهمية لا سيما أن الغالب الأعم ما يتم إلقاء الزوجة خارج البيت طوال مدة النزاع، وبالتالي فإن المادة 57 مكرر نصت بأن لقاضي الأمور المستعجلة أن يفصل على وجه الاستعجال بموجب أمر على عريضة في التدبير المؤقت المتعلق بالسكن. ويفهم من هذا النص أن المشرع مكن الزوجة من التقدم أمام القضاء الاستعجالي في فترة الخصومة القضائية من أجل طلب البقاء في مسكن الزوجية أو تمكينها من نفقة الإيجار إلى غاية البت النهائي في الموضوع. وإجراءً يتم الحصول على التدبير المؤقت الخاص بالحق في السكن بتقديم عريضة مسببة وموقعة أمام كتابة ضبط المحكمة التي توجد بدائرة اختصاصها موطن ومقر الزوجية موازاة مع دعوى الطلاق مباشرة، ويكون دور قاضي الأمور المستعجلة الفصل في هذا الطلب بعد التحقق من مبرراته، والتأكد من قيام دعوى الطلاق دون أن يتحجج بعدم الاختصاص، والملاحظ أن الأمر الذي سيصدره يكون مؤقتاً يجوز تعديله أو إلغائه متى توفرت الأسباب القاضية بذلك (1).

ونشير إلى أن أغلب الأحكام التي أصدرها القضاء الجزائري بخصوص الحق في السكن يكون منطوق الحكم فيها بالعبارة التالية: "تمكين المدعى عليها في دعوى الطلاق أو المدعية في دعوى التظليق من حق البقاء المؤقت في السكن أو مبلغ إيجار بقيمة معينة(2)".

(1)- شريفي خليصة . الاستعجال في شؤون الأسرة .مرجع سابق.ص 128 .

(2)- إنحلال الزواج وأثاره، مرجع سابق، ص 515 .

وبالتالي فإن استعمال (أو) غالبًا ما يفيد التخيير، وعليه فإن المدعي يلجأ إلى حق الإيجار تقاضيًا من تمكين المدعى عليها من البقاء في المسكن الزوجي، وهناك من يرى بأن لفظ(أو) يفيد الترتيب، وبالتالي إذا لم يتمكن المدعي من توفير بيت الزوجية يجب عليه ضمان مبلغ الإيجار.

تجدر الإشارة إلى أن الإشكالات التي تثار بخصوص المنع المؤقت للحق في السكن عن طريق التدابير الاستعجالية أغلبها تتمثل بتمسك حامل الأمر (الزوجة المطلقة) بحقها في البقاء على اعتبار أنها تحوز قرينة قضائية بذلك⁽¹⁾.

إن الحكمة من تدخل المشرع الجزائري عن طريق المادة 57 مكرر من قانون الأسرة المعدل هي ضمان المأوى للمدعى عليها التي غالبًا ما تهجر مقر الزوجية أو تطرد منه فتجد نفسها مع أولادها في الشارع، وبالتالي تحتاج لمسكن تلجأ إليه ليأويها، ولا سبيل رآه المشرع إلى ذلك سوى اللجوء للقضاء الاستعجالي على نحو ما فصلناه، ريثما يتم الفصل في موضوع التراجع. ومن هنا يتضح لنا أن القانون الجزائري نص على اتخاذ التدابير الاستعجالية قبل الفصل في دعوى الطلاق وصدور الحكم في ذلك، كما اتفقا على تنفيذ هذه التدابير فورًا ولا مجال لتأخيرها، حيث تنص المادة 70 من قانون رقم 01 لسنة 2000 على أنه: "يجوز للنيابة العامة متى عرضت عليها المنازعة بشأن حضانة الصغير في سن حضانة النساء، أو طلبت حضانتته مؤقتًا لمن يرجح الحكم لها بذلك، أن تصدر بعد إجراء التحقيق المناسب قرارًا مسبقًا بتسليم الصغير إلى من تتحقق مصلحته معه، ويصدر قرار من رئيس النيابة على الأقل، ويكون واجب التنفيذ فورًا إلى حين صدور الحكم من المحكمة المختصة في موضوع حضانة الصغير" وفي الأخير يمكن القول بأن القانون الجزائري قد خول مهمة إصدار التدابير الاستعجالية لقاضي الأحوال الشخصية، بخلاف القانون المصري الذي أعطى هذه المهمة لنيابة شؤون الأسرة⁽²⁾.

(1)- شامي أحمد، المرجع السابق، ص 284 و. 285 .

(2)- إنحلال الزواج وأثاره، مرجع سابق، ص 216 .

خاتمة:

تتضمن خاتمة هذا البحث أهم وأبرز النتائج المتوصل إليها والمتبوعة بمجموعة من الإقتراحات وذلك فيما يأتي:

- 1- إن أبرز ما إتسم به قانون الأسرة رقم 05-02 الصادر بتاريخ 27-02-2005، المعدل والمتمم للقانون 84-11 لسنة 1984، هو توجهه إلى تحقيق المساواة بين الرجل والمرأة، وإلى تعزيز دور المرأة في المجتمع وتقوية مركزها القانوني، من خلال نصه على المساواة المطلقة بين المرأة والرجل.
- 2- كما أن المشرع من خلال ها التعديل حدد أسباب التطلق وحصرها في عشرة أسباب، بخلاف القانون السابق 84-11، حيث كانت سبعة أسباب 'فأضاف أهم سببين وهما الشقاق المستمر ومخالفة الشروط المتفق عليها في العقد، كما أوجب التعويض عن الضرر اللاحق بالمطلقة نتيجة الطلاق التعسفي(المادة 52 و 53 مكرر) ويبقى البند الأخير من المادة 53 والتي تتكلم عن الضرر المعتبر شرعا، يفتح الباب واسعا أمام ما يمكن للقاضي تقدير على أنه ضرر يستوجب من خلاله إيقاع التطلق .
- 3- منحه المرأة الحق في الخلع دون موافقة الزوج وفقا للمادة 54 ق أ. بخلاف القانون السابق والذي كان فيه موافقة الزوج أمر أساسي وإلا لا يتحقق الطلاق عن طريق الخلع دونه.
- 4- كما أن المشرع جعل الأحكام الصادرة في كل من دعاوى الطلاق والتطلق والخلع غير قابلة للإستئناف، وإستثناءه الحضانة التي تقبل الإستئناف وذلك طبقا للمادة 57.
- 5- أبرز المشرع على أن عمل الحاضنة لا يشكل سببا من أسباب سقوط حقها في الحضانة وفقا للمادة 67 فقرة 2، حيث لم يتطرق لها في السابق ولا سيما من خلال القانون 84-11 لسنة 1984، وكان سببا من أسباب سقوط الحضانة إذا ما أثيرت.
- 5- راجع المشرع من خلال التعديل الأخير ل(ق.أ) 02-05 في مسألة ترتيب الحواضن، وجعل المساواة بين الزوجين عندما أعاد ترتيب مستحقي الحضانة فجعل مرتبة الأب بين الأم والجدة بعدما كان متأخرا في المرتبة وفقا للقانون 84-11، وإلزامه الأب بالنفقة وتوفير السكن اللائق (للحاضنة والمحضون) المادتين 64 و 72 (ق.أ.ج) .

(1)- شامي أحمد، المرجع السابق، ص 297-299 .

6- إهتمام المشرع الجزائري بشؤون الأسرة وذلك من خلال تفعيل دور النيابة العامة وجعلها طرفا أصليا في قضايا شؤون الأسرة(المادة3 مكرر)، رغم أن المادة تم ذكرها في باب الزواج إلا أن المشرع من خلال التعديل وإضافة هاته المادة الجديدة وبهاته الصيغة والتي تضمنت جميع أحكام قانون الأسرة ولاسيما في إنحلال الزواج والآثار التي يترتبها.

7- كما وضع المشرع الجزائري من خلال تعديله للمادة 49 'ما كان غامضا وغير جلي فيما تعلق بالصلح حيث أصبح الصلح خلال عدة محاولات بدل محاولة واحدة و لمدة ثلاثة أشهر من تاريخ رفع الدعوى ' حيث هاته الأخيرة كانت غير محددة من حيث العلم بتاريخ سريانها.

الإقتراحات :

- 1- إن ما يعاب على المشرع الجزائري هو اعتماده على التلفيق بين مختلف المذاهب الفقهية في الشريعة الإسلامية، ومحاولة إرضاء الاتجاهات العلمانية من الجمعيات النسوية التي أصبحت تطالب بالتسوية في الإرث بين الرجل والمرأة والاعتراف بالتبني وإلغاء نظام تعدد الزوجات وإلغاء الطلاق وأخيرا إلغاء العدة. ومن صور التلفيق في مواد قانون الأسرة ما نصت عليه المادة 53 فقرة 5 التي تنص على ((الغيبة بعد مرور سنة بدون عذر ولا نفقة))، حيث أنه أخذ من مذهب الامام مالك وأخذ من رأي الإمام أحمد من جانب العذر.
- 2- نص المشرع على لفظ (فاحشة مبينة في المادة 53 فقرة 7 والمادة 61) فلفظ الفاحشة غامض لا يعرف معناه حتى علماء التفسير فهل يعقل أن ينص المشرع على صيغة غير مفهومة وهي مستوحاة من التقاليد الغربية الذين لا يبررون التطليق إلا بسببين هما الخيانة أو الهجر.
- 3- إعادة صياغة نص المادة 47 بحيث يضاف الفسخ كأحد الأسباب التي ينحل بشأنها الزواج

فهرس المصادر والمراجع

القرآن الكريم

القرآن الكريم برواية ورش.

أولاً : كتب الحديث

1- الألباني محد ناصر الدين ،صحيح سنن النسائي،مكتبة المعارف للنشر والتوزيع ،الرياض
المملكة العربية السعودية ،الطبعة الأولى 1998.

2- الصنعاني محمد بن إسماعيل الأمير، سبل السلام الموصلة لشرع بلوغ المرام من أدلة
الأحكام ، دار ابن الجوزي للطباعة والنشر والتوزيع - المملكة العربية السعودية ، الطبعة
الثانية 1421 هـ .

ثانياً :كتب الفقه الإسلامي

أ/ الفقه الحنفي :

1- بن مازة ، برهان الدين البخاري الحنفي ، المحيط البرهاني في الفقه النعماني ، دار الكتب
العلمية ، بيروت - لبنان، الطبعة الأولى 2004.

2-الكاساني علاء الدين أبو بكر بن مسعود ، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، دار الكتب
العلمية ،بيروت - لبنان ، الطبعة الأولى 2003.

ب/ الفقه المالكي

1- ابن جزى، القوانين الفقهية، مكتبة الشركة الجزائرية مرازقة، الجزائر .

2 -ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دار المعرفة، بيروت .

3- الإمام مالك، المدونة الكبرى برواية سحنون، دار الكتب العلمية، بيروت، ط4. 1994.
الخطاب، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، دار الفكر، بيروت، ط03-1999 .

ج/الفقه الشافعي:

1-الرافعي، الشرح الكبير، دار الكتب العلمية، بيروت، ط 01-1997 .

2-الرملي، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، دار الكتب العلمية، بيروت، 1993 م.

3-الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، دار المعرفة، بيروت، ط 1 1997.

ث/الفقه الحنبلي:

- 1- ابن تيمية، الفتاوى الكبرى، تحقيق محمد عبد القادر عطاء، دار الكتب العلمية، بيروت، ط01. 1987.
- 2- ابن قدامة، المغني، دار عالم الكتب للطباعة، السعودية، ط03- 1997.
- 3- ابن قيم الجوزية، إعلام الموقعين عن رب العالمين، دار الجيل، بيروت، د.ت.
- 4- ابن قيم الجوزية، زاد الميعاد في هدي خير العباد، تحقيق شعيب الأرنؤوط، مؤسسة الرسالة، ط7،، بيروت، 1985 م.
- 5- البهوتي منصور، كشف القناع على متن الإقناع، تحقيق هل مصلي هل، بيروت، دار الفكر، 1402 هـ. بيروت، 1988 م.

د- / كتب الأحوال الشخصية:

- 1- أبو زهرة محمد، الأحوال الشخصية، القاهرة، دار الفكر العربي.
- 2- أبو زهرة محمد، محاضرات في عقد الزواج، القاهرة، دار الفكر العربي.
- 3- الأزهر محمد، شرح مدونة الأسرة، الدار البيضاء، المغرب، دار النشر المغربية، 2011م.
- 4- إقروفة زبيدة، الإكتشافات الطبية والبيولوجية وأثرها على النسب، دراسة فقهية قانونية، تيزي وزو، الجزائر، دار الأمل للطباعة والنشر والتوزيع، 2012 م.
- 5- إقروفة زبيدة، التلقيح الاصطناعي، عين مليلة، الجزائر، دار الهدى، 2010 م.
- 6- إمام محمد كمال الدين، أحكام الأسرة الخاصة بالفرقة بين الزوجين وحقوق الأولاد، دار الجامعة الجديدة، 2007 م.
- 7- إمام محمد كمال الدين، في الصياغة التشريعية، دراسة لبعض أحكام الأسرة في ضوء منهجية التقنين، مصر، دار المطبوعات الجامعية، 1997 م.
- 8- برجوي خالد، إشكالية الأصالة والمعاصرة في تقنين الأحوال الشخصية بالمغرب، ط1،، الرباط، دار القلم، 2003 م.
- 9- البرزنجي الطيب، والعدلي شاعر غني، عمليات أطفال الأنابيب والاستنساخ البشري في منظور الشريعة الإسلامية، بغداد، مؤسسة الرسالة، 2000 م.

- 10- بلحاج العربي، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد، الأردن ، دار الثقافة، 2012م.
- 11- بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، ط 1999 م.
- 12- بلحاج العربي، قانون الأسرة مع تعديلات الأمر 02-05 - ومعلقا عليه بمبادئ المحكمة العليا، ط3 .، ديوان المطبوعات الجامعية، 2007 م.
- ذ/المذكرات والرسائل الجامعية:
- 1- سعادي لعلی أطروحة دكتوراه علوم في القانون الخاص، جامعة الجزائر 1 بن يوسف بن خدة 2014-2015 .
- 3- حسيني عزيزة، مصلحة الطفل، أطروحة دكتوراه علوم في الحقوق، فرع القانون الخاص، الجزائر، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 2013-2014.
- 4- عبدو أحمد، التفريق بين الزوجين للضرر والشقاق في الفقه الإسلامي والقانون، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه في القانون الخاص، البليلة، كلية الحقوق، جامعة سعد دحلب 2010-2011 .
- 5- عزيزية يوسف ،مذكرة التخرج لنيل شهادة الماجستير ،المعهد الوطني للقضاء 2003-2004 .
- 6- شامي أحمد، قانون الأسرة الجزائري طبقا لأحدث التعديلات، دراسة فقهية ونقدية مقارنة، ماجستير في الحقوق، كلية الحقوق، الإسكندرية، جامعة الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة، 2010 م.
- 7- دليلة حميرش ،تطور قانون الأسرة في ظل التشريع الجزائري. دراسة سوسيوقانونية لقانون الأسرة المعدل و المتمم 2005 مذكرة مقدمة لنيل شهادة ماجستير في علم إجتماع القانوني،جامعة الحاج لخضر ،باتنة ،2013-2014 .
- 8- سعادي لعلی، الزواج وانحلاله في قانون الأسرة الجزائري، أطروحة دكتوراه علوم في القانون الخاص، جامعة الجزائر ،بن يوسف بن خدة ،2014-2015.

و- / التشريعات و القوانين

- 1- القانون 84-11 المؤرخ في 09 جوان 1984 م, المعدل والمتمم بالقانون رقم 09-05 المؤرخ في 04 ماي 2005 م, المتضمن الموافقة على الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27-02-2005 المتضمن قانون الأسرة الجزائري, الجريدة الرسمية : العدد 43 لسنة 2005م.
- 2- القانون رقم 342-57 لسنة 1957 م, المعدل والمتمم بالقانون رقم 22041-04 لسنة 2004 المتضمن مدونة الأسرة المغربية, الجريدة الرسمية : العدد 51884 لسنة 2004 م .