جامعة الشهيد زيان عاشور –الجلفة–

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق

الإشكالات النظرية والعملية في قانون الأسرة الجزائري

"انحلال الرابطة الزوجية وأثارها أنموذجا"

مذكرة ضمن متطلبات

نيل شهادة الماستر حقوق تخصص أحوال شخصية

إعداد الطالب:

بركة أحمد

دومي محمد

إشراف الأستاذ:

هلالي مسعود

لجنة المناقشة والتحكيم:

1– أ فتيحة قريقر ..... رئيسا.

2– أ د هلالي مسعود ..... مقررا.

3– أ المسعود عينة ..... مناقشا.

السنة الجامعية: 1439/1438هـ -2018/2017م

"لَيسَ العِلمُ مَا حُفِظ،
إنَّمَا العِلمُ مَا نَفَع"

الإمام الشافعي " رحمة الله عليه".

شكر وتقدير

الحمد لله رب العالمين حمدا طيبا مباركا فيه

الحمد لله الذي وفقني لإنجاز هذا العمل

لك الحمد ربي كما ينبغي لجلال وجهك وعظيم سلطانك.

نتقدم بجزيل الشكر للأستاذ الدكتور

"هلالي مسعود"

لقبوله الإشراف على عملنا وتفانيه في توجيهنا طيلة المشوار

فكان النور الذي أضاء لنا الطريق

ولم يبخل علينا لا بالمعلومة ولا بالجهد ولا بالوقت

كما نتقدم بالشكر لجميع أساتذة ماستر أحوال شخصية

الذي تعبوا في تدريسنا

والى كل أساتذة كلية الحقوق وكل حامل لشعلة العلم

ونشكر كل من ساعدنا ودعمنا في إنجاز هذه

المذكرة من بعيد أو قريب.

الاهداء

إلى أغلى من في الوجود رموز الوفاء والجود والدي الكريمين

إلى "أمي" نبع الحنان وطريق الجنان

إلى "أبي" مصدر الأمان وعنوان الوفاء

إلى الأحباء على القلب "إخوتي وأخواتي"

إلى رفيقة الدرب وشريكة الحياة "زوجتي الغالية"

إلى صديقي وأخي ورفيق دربي طوال مشواري الدراسي دومي محمد

إلى أعز الأصدقاء: ناصر، كنزي، عبد الرشيد، بلال.

إلى الزملاء الأعزاء: بوزيدي، كيشان، سلماني، دياح، مسعود.

أهدي لكم هذا العمل المتواضع.

بركة أحمد

الاهداء

أهدي هذا العمل المتواضع إلى كل من

الوالدين العزيزين سندي ودعمي في هذه الحياة

إلى الأحباء إخوتي وأخواتي

إلى زوجتي الغالية

إلى الصديق والأخ ورفيق درب الدراسة بركة أحمد

إلى جميع الأهل والأصدقاء.

إلى زملائي الأعزاء في قسم ماستر أحوال شخصية.

دومي محمد

مقدمة

مقدمة:

الحمد لله رب العالمين، نحمده على النعم والسراء، ونستعينه على البأس والضراء، ونشهد أن لا اله الا الله وحده لا شريك له، له الملك وله الحمد، وهو على كل شئ قدير، ونشهد أن سيدنا وحبيبنا وشفيعنا محمدا عبد الله ورسوله، وصفيه من خلقه وحبيبه، وخاتم أنبيائه عليه أفضل الصلاة وأزكى التسليم، وعلى أله وأصحابه ومن سار على نهجه وتمسك بسنته واقتدى بهديه واتبعهم باحسان الى يوم الدين.

حرصت الشريعة الاسلامية على إبراز أهمية الأسرة التي تعتبر النواة الأساسية لبناء المجتمعات، وسعت الى ضمان استقرارها واستمرارها فحددت طريق بنائها الأمثل ووضعت كافة الأطر والأساليب لتحقيق ذلك، فشرعت الزواج وجعلته أساس بناء الأسرة واعتبرته عقدا أبديا مبنيا على الرحمة والمودة.

ورغم أن غاية الزواج هي الاستمرار والدوام، الا أن نظرة الشريعة الاسلامية الواقعية جعلتها تأخذ بعين الاعتبار ما قد يحدث من مشاكل وصعوبات تحول دون تحقيق ذلك، فأجاز الشارع الحكيم حل الرابطة الزوجية وجعله حقا أصيلا للزوج، وكفل للزوجة حقها في انهائها اذا تسبب لها بضرر معنوي أو مادي.

هذا التنظيم الاسلامي المتميز للأسرة بصفة عامة ولانحلال الرابطة الزوجية بصفة خاصة، هو ما اعتمده المشرع الجزائري في تنظيمه لموضوع انحلال الرابطة الزوجية في قانون الأسرة الذي حددت نصوصه حالاتها وبينت طبيعتها وكيفية نشأتها ونهايتها وآثارها.

لكن هذا التنظيم القانوني لم يرق لمستوى أهمية الموضوع باعتباره ظاهرة اجتماعية خطيرة ترتبط بأحكام تمس عقيدة الفرد، ويتضح هذا من جملة النقائص والثغرات التي فرضت نفسها على المستوى التطبيقي.

وذلك راجع الى قلة النصوص القانونية بالمقارنة لطبيعة الطلاق الخاصة وتشعباته، وأيضا لغموض صياغتها واحتمالها أكثر من تأويل وبالتالي تضارب الأحكام في القضايا ذات الموضوع الواحد، وكذا سكوته عن عديد المسائل المرتبطة بموضوع الطلاق وتركها بدون حل.

هذا الضعف أفرز مجموعة سلبيات يتحمل تبعاتها جميع أفراد المجتمع، وشكل عبئا كبيرا على القضاء فأصبح اضافة الى دوره الأساسي بتطبيق القانون والفصل في النزاعات،

مطالب بالبحث بين الآراء الفقهية المتشعبة لسد النقص وتفسير الغموض، فبرز تناقض بين نصوص القانون ومبادئ الشريعة الاسلامية التي قد تضع الأفراد في مركز حساس وصعب، كما أنه صعب من مهمة المحضرين القضائيين عند تنفيذ الأحكام القضائية الصادرة عنها لوجود اختلال بين النص والحكم وتنفيذه، وهو ما يمكن وصفه **بالاشكالات النظرية والعملية في قانون الأسرة الجزائري "انحلال الرابطة الزوجية واثارها أنموذجا"**.

أولا: اشكالية موضوع المذكرة

وانطلاقا من كون تطبيق نصوص قانون الأسرة الخاصة بالطلاق وتنفيذ أحكامه القضائية تعتريه إشكالات ناتجة عن الاختلال بين النص والتطبيق والتنفيذ نطرح الإشكالية التالية:

ما هي الإشكالات الناجمة عن ضبط القواعد القانونية المنظمة لانحلال الرابطة الزوجية؟ وما مدى انعكاسها وآثارها الجلية في قانون الأسرة الجزائري؟

ثانيا: أهمية موضوع المذكرة

وتظهر أهمية الموضوع لطرحه لمسألة مدى تلاؤم النصوص القانونية مع المبادئ الشرعية، الأمر الذي أفرز جدلا وخلافا فقهيا وتضاربا قضائيا في مسائل مثل الصلح والرجعة والعدة الشرعية والطعن في أحكام الطلاق، مما يجعل تنفيذ هذه الأحكام على أرض الواقع يطرح صعوبات وعراقيل تتطلب معالجتها بأحكام قضائية أخرى.

ثالثا: أسباب اختيار موضوع المذكرة

وما دفعنا الى اختيار دراسة موضوع الاشكالات النظرية والعملية في قانون الأسرة الجزائري "انحلال الرابطة الزوجية واثارها أنموذجا"، هو رغبتنا الشديدة في الوقوف على أسباب انتشار الطلاق في بلدنا بنسبة كبيرة والجدل القائم حول قانون الأسرة وما طرأ عليه من تعديلات خاصة في مسألة الطلاق.

كما أنه موضوع يكتسي بجدية كبيرة وأهمية بالغة، ويتميز عن غيره بكونه لم يتعرض للدراسة والبحث من قبل، خصوصا من ناحية التنفيذ فلا توجد دراسات كاملة الا جزئيات متناثرة في مقالات ومداخلات وندوات.

رابعا: أهداف البحث

ودراستنا لهذا الموضوع تهدف لابراز جوانب النقص والغموض في قانون الأسرة الجزائري، وكيفية تعامل القضاء معها، ووصولا لعملية تنفيذ الأحكام القضائية، بالوقوف على أهم الاشكالات الناتجة عن تطبيق نصوص قانون الأسرة الموضوعية والاجرائية وتلك المتضمنة لأثار الطلاق، وبيان أهم اشكالات تنفيذ الأحكام القضائية الصادرة عنها سواء كانت قبل أو بعد الطلاق.

خامسا: منهج البحث

اعتمدت على المنهج التحليلي الوصفي لأن موضوع الدراسة تناوله الفقه والقانون وسنقوم بتحليل النصوص القانونية والاجتهادات القضائية الجزائرية، كما اعتمدنا المنهج المقارن بمقارنة النصوص القانونية مع الشريعة كونه مستمد منها.

سادسا: الدراسات السابقة

يمكن القول أن موضوع دراستنا جديد ولم يسبق تناوله، ففيما قمنا به من بحث لم نجد دراسات سابقة للموضوع، وخاصة من جانب التنفيذ فلم نجد سوى بعض المقالات والمداخلات في ملتقيات وأيام دراسية، عالجت اشكالات تنفيذ الأحكام القضائية في مادة الطلاق.

سابعا: صعوبات البحث

من الصعوبات التي واجهتنا أثناء قيامنا بهذه الدراسة أن موضوع دراستنا من الجانب النظري مترامي الأطراف فيما تعلق بجانبه المفاهيمي وتشعباته وجزئياته الكثيرة، الأمر الذي أوقعنا في اشكالية ضرورة الالتزام بعدد صفحات المذكرة ومحاولة اختيار الجزئيات المهمة وتلخيصها بأقصى قدر ممكن مما قد يخل بالمعنى، ومن جهة أخرى فإنه من الجانب التنفيذي فالموضوع لا يزال قيد البحث وأغلب جزئياته متناثرة ولا توجد دراسة متخصصة له.

ثامنا: هندسة الدراسة

وللاجابة على اشكالية دراستنا قمنا باتباع الخطة الأتية:

الفصل الأول: وقد تناولنا فيها الاشكالات النظرية لانحلال الرابطة الزوجية وذلك في مبحثين:

المبحث الأول: عرضنا في ثناياه إشكالات الأحكام الموضوعية لانحلال الرابطة الزوجية.

المبحث الثاني: خصّصناه لبيان إشكالات الأحكام الاجرائية لانحلال الرابطة الزوجية.

الفصل الثاني: و ضمناه آثار انحلال الرابطة الزوجية واشكالاته العمليةوذلك في مبحثين:

المبحث الأول: عرضنا فيه إشكالات آثار انحلال الرابطة الزوجية.

المبحث الثاني: خصّصناه لبيان الإشكالات العملية لانحلال الرابطة الزوجية.

الخاتمة: وضمّناها أهمّ نتائج البحث المستخلصة من الدراسة، إلى جانب جملة الاقتراحات المتوصل إليها لحل الإشكالات التي يطرحها موضوع دراستنا.

تاسعا: قائمة المختصرات

ق أج: قانون الأسرة الجزائري.

ق إ م إ: قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

ق م: القانون المدني.

ق ع ج: قانون العقوبات الجزائري.

م ق: المجلة القضائية.

ع: العدد.

ع خ: عدد خاص

ط: طبعة.

ص: صفحة.

م ع: المحكمة العليا.

غ أ ش: غرفة الأحوال الشخصية.

غ أ ش م: غرفة الأحوال الشخصية والمواريث.

الفصل الأول:

الإشكالات النظرية لانحلال الرابطة الزوجية في قانون الأسرة الجزائري.

الفصل الأول: الإشكالات النظرية لانحلال الرابطة الزوجية في قانون الأسرة الجزائري.

قانون الأسرة الجزائري في مجمله قانون موضوعي ينظم الحقوق من حيث طبيعتها ونشأتها وغيرها من الجوانب الموضوعية، وبالتالي فان نصوصه المتعلقة بانحلال الرابطة الزوجية تكتسي هذا الطابع الموضوعي فهي تفصل في صور انحلال الرابطة الزوجية وطبيعتها القانونية وشروطها وضوابطها، كما أنه يحتوي أيضا بعض النصوص ذات الطابع الاجرائيكاجراء الصلح وعملية الطعن في الأحكام القضائية، وعليه سنتناول من خلال المبحثين الآتيين:

المبحث الأول: إشكالات الأحكام الموضوعية لانحلال الرابطة الزوجية.

المبحث الثاني: إشكالات الأحكام الإجرائية لانحلال الرابطة الزوجية.

المبحث الأول: إشكالات الأحكام الموضوعية لانحلال الرابطة الزوجية

اهتم المشرع الجزائري بالشق الموضوعي لانحلال الرابطة الزوجية في ق أج 02/05[1]، وخصها بمجموعة نصوص قانونية مستمدة من الشريعة الإسلامية في أغلبها، إلا أن هذه النصوص طرحت عدة إشكالات نتيجة غياب بعض المواد وغموض صياغة مواد أخرى، سنتناولها بالدراسة مبرزين أهم الإشكالات الناتجة عن الأحكام الموضوعية للطلاق سواء الواقع بإرادة الزوج المنفردة، أو بطلب من الزوجة.

المطلب الأول: الطلاق بإرادة الزوج المنفردة.

دلت نصوص القرآن والسنة والاجماع على أن الطلاق حق للرجل صاحب العصمة لما يتمتع به من قدرة على ضبط النفس والعواطف، وتماشيا مع طبعه الذي يغلب عليه الاتزان والحكمة والتروي لأنه خشن الإحساس بطيء التأثر وصبور في مواجهة المصاعب، فكان من المفترض فيه أن لايستعمله الا للضرورة[2]، فالطلاق خلاص من علاقة مستحيلة الدوام، ولأنه يمس رابطة مقدسة بالحل فهو تصرف خطير، كان لابد من تحديد ضوابطه وأحكامه الشرعية وتبيان شروطه وكيفياته.

فالمشرع نص على مبدأ الطلاق بإرادة الزوج في المادة 48 من ق أج التي تنص:" **مع مراعاة المادة 49 أدناه، يحل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بارادة الزوج أو بتراضي الزوجين، أو بطلب من الزوجة في حدود ما هو وارد في المادة 53 و54**"، ووضعه تحت إشراف القضاء بنص المادة 49 ق أ:"**لا يثبت الطلاق الا بحكم بعد عدة محاولات صلح يجريها القاضي دون ان تتجاوز 03 أشهر**"، لتفادي ما يكون من المتنازعين من تجاحد

1) قانون الأسرة الجزائري الصادر بموجب القانون رقم 11/84 المؤرخ في 29 جوان 1984، المعدل بموجب الأمر 02/05 المؤرخ في 27 فيفري 2005.

2) صورية لعمارة محمد، إشكالات قانون الأسرة الجزائري بين التشريع الساري والتعديلات المقترحة، المدرسة العليا للقضاء، الجزائر، دفعة13، لسنة 2005/2004، ص 138.

ونكران[1]، هذا الشرط طرح اِشكاليات تتعلق بطبيعة إرادة الزوج المنفردة في اِيقاع الطلاق واِثباتها قضائيا.

الفرع الأول: طبيعة ارادة الزوج في الطلاق:

تكييف ارادة الزوج في ايقاع الطلاق بين الحرية والتقييد بحكم قضائي، اشكال قانوني يتمثل في كيفية وقوع الطلاق؟ ومدى اعتراف القانون بطلاق الزوج دونااللجوء للقضاء.

انقسم فقهاء القانون في ذلك الى قولين، فيرى الغالبية أن الطلاق من الحقوق الارادية يملكه الزوج وله أن يستعمله بحرية، الا أن المشرع اشترط افراغه في شكل قانوني حدده في نص المادة 49 من ق أج: بتقديم عريضة مكتوبة الى القضاء يعبر فيها الزوج عن رغبته في الطلاق، ثماجراء محاولة الصلح لمحاولة اقناع الزوج بالتراجع عن طلبه، وان لم تنجح يعلن الزوج عن ارادته في الطلاق، فينشأ الطلاق بحكم القاضي فتغيير المراكز القانونية[2].

وهذا يعنى أن المشرع اعتمد مبدأ تقييد حرية الزوج في الطلاق بوضع شروط لصحة وقوعه، فالطلاق بارادة الزوج وحدها لا يحدث أي أثر ويعتبر لغوا ولا اعتبار له من الناحية القانونية، ما لم يقع بالشكل المحدد قانونا باستصدار حكم قضائي، وبذلك يكون المشرع الجزائري تبنى المذهب الشكلي[3]، فالطلاق قانونيا لا يقع الا لدى المحكمة باشراف قضائي[4]، فيقع الطلاق ابتداءا من تاريخ النطق بالحكم ولو طالت اجراءات التقاضي، فيصبح لدينا طلاق

---

1) عبد الفتاح تقية، الطلاق بين أحكام تشريع الأسرة والاجتهاد القضائي، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، السنة الجامعية 2006/2005، ص 334.

2) عمر زودة، طبيعة الأحكام بإنهاء الرابطة الزوجية وأثر الطعن فيها، مذكرة ماجستير، فرع القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، السنة الجامعية 2000-2001، ص 102.

3) وقد اِنقسم فقهاء الشريعة في طبيعة حق الزوج في الطلاق من حيث الحرية الى مذهبين، مذهب حر يرى أن الله مكن الزوج من حق الطلاق بإرادته وله حرية التصرف فيه مادام أنه لن يخالف المقصد الشرعي لطلاق واِلا فإنه آثم شرعا،ومذهب شكلي اشترط الاشهاد لصحة وقوع الطلاق، ودليلهم قوله تعالى: ﴿... وَأَشْهِدُوا ذَوَيْ عَدْلٍ مِّنكُمْ وَأَقِيمُوا الشَّهَادَةَ لِلَّهِ ...﴾، {سورة الطلاق، الأية 02}، فاتفقوا على أن أمر الشهادة وجوبي في الطلاق، فلا يصح الطلاق الا بشاهدي عدل يسمعان صيغة الطلاق، واِعتبروا أن الرجل الذي يطلق ولا يشهد على طلاقه ثم يشهد يعتبر طلاقه الأول لغو.ينظر، أحمد شامي، قانون الأسرة الجزائري طبقا لأحدث التعديلات، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2010، ص 291 وما بعدها.

4) العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ج01 (الزواج والطلاق)، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر،2002، ص 239.

بارادة القاضي وليس بارادة الزوج[1]، في حين أن الشرع جعل ايقاع الطلاق للزوج وحده دون غيره الا بتوكيل أو تفويض[2].

أما أصحاب القول الثاني فيرون أن المشرع في نص المادة 49 من ق أج اِستعمل عبارة:" **لا يثبت الطلاق الا بحكم**" وتعني أن الطلاق الذي يوقعه الزوج يقع بمجرد تلفظه بالطلاق، ولا سلطة للقضاء عليه سوى اثبات هذه الواقعة بحكم، فالمشرع اشترط الحكم لاثبات ايقاع الزوج للطلاق وعمل القاضي ليس سوى اشهاد على ذلك، ويكون الحكم الصادر بشأنه كاشف للطلاق الذي أوقعه الزوج[3]، وهو ما يدل عليه استعماله لمصطلح "الإثبات" وليس مصطلح "الوقوع"، الذي يعني أن الحكم الصادر بشأنه حكم منشئ[4].

هذا الجدل الذي طرحه تفسير المادة 49 من ق أج يدفعنا للتساؤل حول مدى اعتداد القاضي بطلاق الزوج الذي لا يقع أمامه، أم أنه لا يعترف الا بالطلاق الواقع أمامه؟

من خلال قرارات المحكمة العليا والتي نذكر منها:" ... أنه ثبت حقا من الرجوع الى القرار المطعون فيه أن القضاة خرقوا قواعد الشريعة الاسلامية في الطلاق، وذلك أن الطلاق هو بعصمة الزوج وإذا صرح به فإنه يلزمه وما على القاضي الا اثبات ذلك بحكم ..."[5].

نلاحظ استقرار موقفها على المبادئ الشرعية التي يعتبر أن العصمة الزوجية بيد الزوج، ومبدأ الزامية الطلاق للزوج إذا تلفظ به، واعتبار المبدأ القائل بأن الطلاق لا يثبت الا أمام المحكمة مخالفا لمبادئ الشريعة الاسلامية.

ومن خلال ما سبق نقول إن سبب هذا الإختلاف راجع الى صياغة المادة السالفة الذكر التي احتملت أكثر من تفسير عند قراءتها: (لا يُثبت) أو (لا يُثَّبت)، فالأولى تعني أن حكم

---

1) نور الدين لمطاعي، عدة الطلاق الرجعي وآثارها على تنفيذ الأحكام القضائية، ط02، دار فسيلة، الجزائر، 2006، ص 49.

2) التفويض هو تمليك الزوج زوجته حق تطليق نفسها أو تمليك غيرها هذا الحق بلفظ يفيده، وهذه الألفاظ ثلاث إن كان موجها للزوجة مثل: طلقي نفسك، أمرك بيدك، واِختاري، أما إن كان موجها لشخص آخر فيصح فيه أن يقول له لك أن تطلق زوجتي إن شئت، فهذا تفويض له لأنه علقه على مشيئته، صورية لعمارة محمد، المرجع السابق، ص 140.

3) الرشيد بن شويخ، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، دار الخلدونية، الجزائر، ط 01، 2008، ص 180-181.

4) نور الدين لمطاعي، المرجع السابق، ص 49-50.

5) م ع (المجلس الأعلى سابقا)، غ أ ش، ملف رقم 35322 بتاريخ 1984/12/17، م ق، ع 04، 1989، ص 91.

الطلاق كاشف لمركز قانوني وشرعي موجود فعلا فتثبته، أما الثانية فمعناها أن الحكم الصادر حكم منشئ للطلاق أي لا طلاق الا أمام القاضي[1].

وعليه يجب اعادة صياغة نص المادة بما يتماشى والشرع الذي أعطى حق الطلاق للرجل بارادته المنفردة وطلاقه واقع ويحسب عليه من غير الحضور الى القاضي، فاعتبار أن الطلاق لا يقع الا أمام القاضي وبعد اجراء محاولة الصلح في الشرع غير موجود وهو اشتراط في شرع الله تعالى بغير ما شرط، فلم يرد عن الرسول صلى الله عليه وسلم ولا صحابتة ولا السلف ما يدل على أنهم كانوا لا يوقعون الطلاق الا أمام القاضي، فقد كان الرجل منهم يوقع طلاق زوجته في أي مكان فيقع، ولا ينتظر التحكيم ثم ايقاعه أمام القاضي[2].

الفرع الثاني: اثبات طلاق الزوج أمام القضاء

اثبات الطلاق بموجب حكم قضائي هو جانب تنظيمي لحفظ الحقوق من الضياع، وليست تقييدا لإرادة الزوج، وذلك لمحاولة حل ما نزع بين الزوجين من خلال اجراء الصلح، تقليلا من الظاهرة المتفشية في مجتمنا، لذلك ينبغي على القاضي عند تعامله مع موضوع الطلاق الحرص على أن يكون حكمه منسجما مع جميع المبادئ الشرعية، فيميز بين حالة الطلاق العرفي، وبين حالة الطلاق الواقع أمامه.

أولا: حالة الطلاق العرفي

هي الحالة الأكثر وقوعا لأنها تجسيدا لمبدأ الارادة المنفردة للزوج في ايقاع الطلاق دون قيد، وهي الحالة التي يطلق فيها الزوج زوجته بارادته المنفردة وتنقضي فترة العدة الشرعية، ثم يرفع دعوى أمام القضاء لإستصدار حكم يثبت الطلاق، فمسألة الإثبات تطرح عدة اشكالات تتمثل في اثبات طلاق واقع من زواج عرفي، واثبات طلاق متنازع في وقوعه.

1) الرشيد بن شويخ، المرجع السابق، ص 180-181.

2) مبروك المصري، الطلاق وآثاره من قانون الأسرة الجزائري، دار هومة، الجزائر، 2001، ص 200.

01: وقوع طلاق عرفي من زواج عرفي:

فيتم أولا اثبات الزواج، ثم تأتي مسألة اثبات الطلاق التي لم ينص المشرع عليها بنص صريح، الا أن القضاء استقر على الاقرار بالطلاق العرفي، اعمالا لمبدأ الزامية الطلاق بالنسبة للزوج إذا تلفظ به، فيثبت بحكم قضائي بموجب دعوى قضائية ترفع من جانب أحد الزوجين أو ورثتهما، ويتم تقييده في سجل الحالة المدنية، وذلك وفقا لمبادئ وأحكام الشرع والقانون، ويكون اثبات الطلاق بأثر رجعي أي من تاريخ وقوع الطلاق الحقيقي[1].

02: التنازع في وقوع طلاق عرفي

قد يتنازع الزوجان أو ورثتهما حول التاريخ الحقيقي لوقوع الطلاق أو على وجوده من عدمه، ومع غياب النص القانوني يرجح استعمال القاضي لسلطته في البحث والتحري المخولة له قانونا[2]، واتخاذ الإجراءات اللازمة مثل اجراء سماع الشهود الذين حضروا طلاق الزوج لزوجته ممن تتوفر فيهم جميع الشروط القانونية المتعلقة بالشهادة، واذا استلزم الأمر اجراء تحقيق معمق للتوصل الى التاريخ الحقيقي لوقوع الطلاق، لضمان سريان الأحكام الشرعية القاضية بوقوع الطلاق وترتيبه آثاره بمجرد تصريح الزوج به، وهو ما جاء في قرار المحكمة العليا:"...لما كانت الشريعة الإسلامية تخول اثبات تصريح الزوج بالطلاق بواسطة سماع الشهود الذين حضروا وسمعوا بذلك من نفس الزوج أو بواسطة شهادة مستفيضة، فانه على القضاة أن يجروا تحقيقا لسماع الشهود الذين علموا بالطلاق وليس لهم في ذلك الا أن يوافقوا على صحة طلاق أثبت أمامهم ..."[3].

ويتعين على المشرع تجنبا لمثل هذه الاشكالات، أن يرتب عقوبات لكل مطلق لا يوثق طلاقه، لما في ذلك من حفظ للحقوق الشرعية وتسهيل أدائها عند المطالبة بها، فلايضيع الوقت وجهد القاضي بتحمله مشقة البحث والتحري عن تاريخ وقوع الطلاق الحقيقي، وهو

---

1) عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، ط03، دار هومة، الجزائر، 1996، ص 372.

2) بموجب نص المادة 540 ق إ م إ التي تنص:" يتأكد القاضي من إرادة الزوج في طلب الطلاق ويأمر بإتخاذ كافة الإجراءات التي يراها لازمة في ذلك"، مجموعة الوسائل القانونية الممنوحة للقاضي لها طابع اجرائي، غير أننا استخدمناها خدمة للموضوع لإيجاد حل للنزاع، فكان من الضروري تناولها في الجانب الموضوعي.

3) م ع، غ أ ش، ملف رقم 35026 بتاريخ 1984/12/03، م ق، ع 04، 1989، ص 89.

مطلب لا يخالف الشرع ومستمد من مبدأ توثيق ما يكون محل اِنكار أو اِدعاء أو لبس[1]، كما هو معمول به في عدة تشريعات عربية فرضت عقوبات لكل مطلق لا يسجل طلاقه خلال مدة محددة[2].

ثانيا: حالة الطلاق الواقع أمام القضاء

رفع الزوج دعوى الطلاق دون أن يصرح بطلاقه، أي أن العلاقة الزوجية قائمة وباقية شرعا وقانونا، في هذه الحالة يجب على القاضي التأكد من عدم تصريح الزوج بطلاقه بما له من صلاحيات البحث والتحري، فإذا تأكد من ذلك سعى للحفاظ على علاقة قائمة، فإذا نجح في التوفيق بينهما أعتبر ذلك تراجعا من الزوج عن طلب الطلاق، فيحرر القاضي محضرا بنجاح اجراء الصلح، وتنتهي الدعوى بدون حكم قضائي لأن واقعة الطلاق غير موجودة ليتم اثباتها، أما إذا لم ينجح اجراء الصلح فمعناه أن الزوج صرح بطلاقه ويعتبر تاريخ تصريحه تاريخ سريان الأحكام الشرعية المتعلقة بالعدة والرجوع[3].

كما تجدر الاشارة الى أنه سواء وقع الطلاق عرفيا أو أمام القاضي، فانه يتطلب متابعة وحرص شديد لجميع وقائعه، بتدوين جميع الطلقات لمعرفة عدد الطلقات لتحتسب على الزوج مستقبلا لأنها تحدد طبيعة العلاقة بين الزوجين مستقبلا وأساس لتقرير كافة الحقوق، محافظةعلى أحكام الله تعالى وعدم تعديها[4]، مع تضمين الحكم القضائي المثبت للطلاق اشارة الى تاريخ التصريح بالطلاق الحقيقي ليتم حساب وبداية سريان جميع الأثار الشرعية.

---

1) المصري مبروك، المرجع السابق، ص 425

2) مثال ذلك المادة 101 من قانون الأحوال الشخصية الأردني رقم 82 لسنة 2001 المعدل للقانون رقم 61 لسنة 1976، والتي تنص:" على الزوج أن يسجل طلاقه أمام القاضي، وإذا طلق زوجته خارج المحكمة ولم يسجله فعليه أن ينظر المحكمة الشرعية لتسجيل الطلاق خلال 15 يوم وكل من تخلف عن ذلك يعاقب بالعقوبة المنصوص عليها في قانون العقوبات الأردني، ... والعقوبة المقررة في هذه الحالة هي المنصوص عليها في المادة 281 من قانون العقوبات الأردني والمتمثلة في الحبس مدة لا تزيد عن شهر واحد او بغرامة لا تزيد عن 15 دينار".

كما أخذ المشرع المصري بهذا المبدأ من خلال نص المادة 5 مكرر من القانون رقم 100 لسنة 1985 والتي جاء فيها:" على المطلق أن يوثق اِشهار طلاقه لدى الموثق خلال 30 يوم من اِيقاع الطلاقّ.

3) نور الدين لمطاعي، المرجع السابق، ص 107.

4) المصري مبروك، المرجع السابق، ص 551.

المطلب الثاني: الطلاق بإرادة الزوجة.

نص المشرع الجزائري على حق الزوجة في فك الرابطة الزوجية بنصين قانونين في المادة 53 و54 ق أج بصياغة عامة وغامضة طرحت عدة اشكالات منها ما تعلق بطبيعة حق الزوجة في الطلاق، وبين تلك الناتجة عند الفصل في طلب الزوجة أمام القضاء.

الفرع الأول: طبيعة ارادة الزوجة في طلب الطلاق

يتمثل حق الزوجة في فك الرابطة الزوجية في طلب التطليق والخلع، ونظمهما المشرع بقواعد موضوعية تبين طبيعتهما وحالات ممارستهما، وعليه فسندرس طبيعة حقها في طلب التطليق، ثم طبيعة حقها في طلب الخلع.

أولا: طبيعة حق الزوجة في طلب التطليق

لان أساس الاسلام هو المساواة والعدل، جعل للمرأة سبيلا للخروج من حياة زوجية لا تطاق لتضررها أو كرهها لزوجها، وفق شروط وضوابط لتحقيق الغاية التي شرع من أجلها ومنعا لانتشار وتفشي الطلاق، ويقوم حقها في طلب التطليق على أسباب موضوعية حددتها المادة 53 من ق أج التي يجب عليها اثباتها أمام القاضي ليقدر قبول طلبها أو رفضه، فالتطليق يمثل رخصة منحها القانون للزوجة إذا توافرت حالة من الحالات التي نصت عليها المادة 53 من ق أج.

01: حالة عدم الانفاق (1/53):

انطلاقا من أن النفقة تجب على الزوج، أجاز القانون التفريق لعدم الانفاق[1]، وفق شروط تتمثل في عدم إنفاق الزوج على زوجته عمدا وقصدا، وصدور حكم قضائي بوجوبها وعدم امتثال الزوج بتنفيذه، وعدم علم الزوجة بحالة اعساره وقت ابرام العقد، فاذا أثبت الزوج علم الزوجة بإعساره وقت الزواج سقط حقها في طلب التطليق.

---

1) اختلف الفقهاء في التطليق لعدم الانفاق، فيرى الحنفية بأنه لا يجوز التفريق لعدم الإنفاق في حالة العجز أو الامتناع، أما الائمة الثلاثة(مالك،أحمد،الشافعي) فقد أجازو التفريق لعدم الإنفاق مع اختلافهم في التفاصيل، وربط ابن قيم الجوزية المسألة بالتغرير من عدمه. ينظر، محمد كمال الدين امام، أحكام الأسرة، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2007، ص 78 وما يليها.

الأخذ بهذا الحكم على اطلاقه يطرح اشكالا في الحالة التي تقبل الزوجة بالزوج لما له من شهادات علمية تؤهله لنيل وظيفة ثم لا يجد، وخصوصا في بلدنا الذي يعاني أزمة بطالة كبيرة، فإعمال النص القانوني يجعل الزوج فيحكم المعسر مع علم الزوجة بذلك، وعليه لن تستطيع المطالبة بالتطليق رغم تضررها ماديا، فكان ينبغي على المشرع أن يعدل في النص بطريقة تجعله يطبق بصورة مرنة تجمع ما بين المبدأ والاستثناء وخصوصا إذا تبين تقاعس الزوج عن طلب الرزق[1].

كما أن القانون لم يحدد المدة التي تنتظرها الزوجة بعد الحكم بالنفقة من أجل المطالبة بالتطليق، فإعتمد رجال القانون المدة المحددة في نص المادة 331 من قانون العقوبات الجزائري[2]، وهو ما يتجلى في اِحدى قرارات المحكمة العليا التي جاء فيها:"... متى كان من المقرر فقها وقضاء في أحكام الشريعة الاسلامية أن عدم الإنفاق على الزوجة لمدة تزيد عن شهرين متتابعين يكون مبررا لطلبها التطليق..."[3].

02: حالة العيوب(02/53):

ومفادها اِكتشاف الزوجة بعد الزواج أمراض تعيق تحقيق أهداف العلاقة الزوجية، والمشرع لم يحدد أنواع العيوب بل وضع لهاضابطا"**هو تحول هذه العيوب دون تحقيق الهدف من الزواج**"، لتتسع لجميع أنواع العيوب التي لا يمكن حصرها في نوع واحد، الا أنه يلاحظ من ظاهر العبارة حصر العيوب في تلك التناسلية والمعدية، مع أن هنالك عيوب أخرى تتنافى مع القيمة السامية للزواج مثل الإعاقة والعيوب الوراثية.

كما لم يبين المشرع ان كان الزوج يمهل للعلاج وما المدة المحددة لذلك؟، والمعمول به قضائيا هو امهال الزوج مدة سنة للعلاج وبقاء زوجته بجانبه، فاذا شفي انتهت الدعوى، وإذا لم

1) الرشيد بن شويخ، المرجع السابق، ص 189-190.

2) تنص:" يعاقب بالحبس من 06 أشهر الى 03 سنوات وبغرامة من 500 الى 5000 دج كل من امتنع عمدا ولمدة تتجاوز شهرين من تقديم لمبالغ المقررة قضاء باعالةأسرته وعن أداء كامل قيمة النفقة المقررة عليه الى زوجته أو أصوله أو فروعه رغم صدور حكم ضده بالزامه بدفع النفقة إليهم"، ينظر العربي بلحاج، المرجع السابق، ص 272، عبد العزيز سعد، المرجع السابق، 260.

3) م ع (المجلس الأعلى سابقا)، غ أ ش، ملف رقم 34791 بتاريخ 1984/11/19، م ق، ع 03، 1989، ص 76.

يشفى بانقضاء المدة حكم القاضي للزوجة بالتطليق، كما أغفل المشرع حالة علم الزوجة بالعيوب قبل الزواج وبالتالي سقوط حقها من عدمه[1].

وعليه يجب عدم حصر العيوب في تلك التي لا تحقق المقصد الشرعي من الزواج، وادراج كل عيب من شأنه أن يخل بالعلاقة الزوجية حتى ولو لم يكن جنسيا، كما يجب التفرقة بين العيوب التييمكن الشفاء منها فيحدد فترة للعلاج، وبين التي لا تعالج فيوجب تطليق الزوجة مباشرة إذا طلبت ذلك، ويجب ادراج شرط العلم بهذه العيوب قبل الزواج وتحديد مدة زمنية إذا لم ترفع خلالها الزوجة دعواها أعتبر رضا منها وسقط حقها في التطليق.

03: حالة الهجر في المضجع (03/53):

الهجر أسلوب شرعي لتأديب الزوجة اذا فشل الوعظ والإرشاد لقوله تعالى:﴿...وَاللَّاتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَاهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ ...﴾[2].

والهجر الذي قصده المشرع ليس الواقع بغرض التأديب، وانما الهجر الذي يكون بغرض الاضرار بالزوجة ودون مبرر شرعي، وبالتالي فحق الزوجة في التطليق للهجر مرهون بتوفر شروط تتمثل في اِعراض زوجها وعدم قربه لها مع مبيته معها في فراش واحد، وأن يكون عمديا ولا يوجد ما يبرره شرعا، وأن تتجاوز مدته 04 أشهر متتالية.

هذه الشروط توحي بأن المشرع يقصد الإيلاء "القسم على عدم الإقتراب من الزوجة اضرارا بها"، أي أنه عند مناقشة حق الزوجة في طلب التطليق بسبب هجر الزوج لها في المضجع كان في ذهنه أحكام الايلاء والظهار[3]، وعليه ينبغي النص على الإيلاء صراحة حتى لا يختلط مع الهجر في المضجع بغرض التأديب.

1) الرشيد بن شويخ، المرجع السابق، ص 194.

2) سورة النساء: الآية 34.

3) عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 264.

وتجدر الإشارة أنه من الصعب جدا إثبات واقعة الهجر لمدة 04 أشهر متتالية عند التنازع حول وجوده من عدمه أو حول مدته، واثبات نية الهجر العمدي قصد الإنتقام، فإذا عجزت الزوجة عن اثبات كل هذه العناصر فكيف للقاضي أن يحكم بتطليق الزوجة في غياب الدليل[1].

04: حالة الحكم على الزوج بجريمة فيها مساس بشرف الأسرة وتستحيل معها مواصلة الحياة الزوجية (04/53):

وتتحقق هذه الحالة بشروط تتمثل فيصدور حكم قضائي يدين الزوج حائز لقوة الشئ المقضي فيه ولم يعد يقبل أي طريق من طرق الطعن العادية والغير عادية، وأن تكون الجريمة المعاقب عليها ماسة بشرف الأسرة.

ونشير في البداية الى أن العديد من الفقهاء أجازوا للزوجة أن تطلب التطلق لغياب زوجها من جراء حبسه أو سجنه لأنهما قد يضران بها معنويا وماديا وخصوصا إذا طالت المدة وان ترك لها مالا تنفق منه[2].

ويلاحظ كذلك أن المشرع لم يحدد نوع الجرائم ولو مثالا، ووضع ضابط لا يحتوي جميع الحالات يتمثل في"**استحالة مواصلة العشرة الزوجية بسبب هذه الجريمة**"، فيمكن لزوجات أن تعتبرن السرقة جريمة قبيحة تستحيل معها الحياة الزوجية، وتعتبرها أخريات عادية، ولقناعة القاضي دور كبير في هذا، فيرى عكس ما ترى الزوجة فيرفض طلبها، كما أن المشرع لم يحدد مدة العقوبة المقيدة للحرية التي يمكن من خلالها رفع دعوى التطليق في هذه الحالة[3].

05: حالة الغيبة (05/53):

حالة غيبة الزوج مدة سنة كاملة بدون عذر أو نفقة[4]، ويشترط لتحققها أن يغيب الزوج مدة سنة فأكثر وبدون عذر شرعي، كأن يغيب في إطار الخدمة العامة أو طلبا للكسب وعدم

1) صورية لعمارة محمد، المرجع السابق، ص 149.

2) الرشيد بن شويخ، المرجع السابق، ص 198.

3) المرجع نفسه، ص 199.

4) اختلف الفقهاء في جوازه، فيرى الحنفية والشافعية أنه ليس سببا للتفريق بين الزوجين سواء كان الغياب بعذر أو دونه، وأما المالكية والحنابلة فيرون أنه سبب للتفريق مع اختلافهم في التفاصيل. ينظر كمال الدين امام، المرجع السابق، ص 102 وما يليها.

ترك نفقة للزوجة، ونشير هنا أنه ما كان ينبغي على المشرع ربط الغياب بعدم الانفاق، لأن الضرر حاصل بمجرد غياب الزوج ولو ترك لها مالا تنفق منه[1].

كما أنه كان ينبغي النص بوجوب اعذار الزوج المعروف مكانه واعلامه ومنحه أجلا للعودة، فان لم يعد بانقضاء المدة حكم بالتطليق، وذلك للتقليل من حلات التطليق للغيبة.

06: حالة التعدد مخالفة لاحكام المادة 08 (06/53):

تعتبر هذه الحالة كأثر أو جزاء لمخالفة القيود القانونية الواردة على نظام تعدد الزوجات، من حيث وجوب اعلام الزوجة الأولى، فإذا تزوج ولم يعلمها جاز لها طلب التطليق، ولم يبين المشرع كيفية اثبات علم الزوجتين السابقة واللاحقة من عدمه، كأن يكون التبليغ برسالة موصى عليها أو بمحضر قضائي، فيكون علم الزوجة مثبت قانونا ولايمكن انكاره[2].

كما أن اثبات واقعة زواج الزوج الثاني صعب، لأن الأزواج عند زواجهم الثاني غالبا ما يتزوجون عرفيا دون ترخيص من المحكمة، وما يزيد الأمر صعوبة هو اقامة الزوج في مكان تجهله الزوجة فلا يمكن معاينته.

07: حالة اِرتكاب الزوج فاحشة مبينة (07/53):

مصطلح الفاحشة الذي استعمله المشرع مبهم وغامض، والاعتقاد السائد هو أن المقصود بها ينصرف الى الخيانة الزوجية أو الجرائم الأخلاقية، كما أن المشرع لم يتحدث عن النتائج المترتبة عن هذا الفعل وهل يستلزم الأمر صدور حكم ادانة أم يكفي اكتشاف المرأة ذلك، خصوصا أنها مطالبة بالاثبات لدى القضاء[3].

وعليه إذا ثبت للقاضي سواءا بشهادة أربعة شهود أو بمحضر من جهة مختصة أن الزوج قد ارتكب فاحشة أن يحكم للزوجة بالتطليق.

---

1) الرشيد بن شويخ، المرجع السابق، ص 201.

2) صورية لعمارة محمد، المرجع السابق، ص 157.

3) الرشيد بن شويخ، المرجع السابق، ص 205.

08: حالة الشقاق المستمر بين الزوجين (08/53):

الشقاق هو الخلاف والعداوة والنزاع بين الزوجين بحيث تتحول الحياة الزوجية إلى جحيم لا يطاق، بحيث يكون الطلاق هو الحل، وحسن فعل المشرع بنصه على حالة الشقاق المستمر بين الزوجين كسبب من أسباب التطليق، وتجدر الإشارة الى أن اثبات هذه الحالة صعب، وقد تؤدي الى التفريق بين الزوجين بناءا على ادعاءات كاذبة من الزوجة للتطليق من الزوج[1].

وحسب المادة 56 ق أ ج[2] فانه بمجرد رفع دعوى الطلاق يتعين وجوبا تعيين حكمين من أهل الزوجين بغية التوفيق والاصلاح بينهما ويقدمان تقريرهما في أجل شهرين من تاريخ تعيينهما، فاذا تبين أن الحكمان لم يفلحا في مسعاهما قضى القاضي بالطلاق، والملاحظ أن المشرع لم يفصل فيما تعلق بندب الحكمين ودور تقريرهما في اثبات وجود الشقاق وحجية تقريرهما بالنسبة للقاضي[3].

09: حالة مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج (09/53):

في اتفاق الزوجان على شروط في عقد الزواج الشرعي أو المدني، بحيث يكون كل منهما ملزم بتنفيذها واحترامها، ويلاحظ من هذه الفقرة أن المشرع أضفى على عقد الزواج الأحكام المتعلقة بالعقد المدني، الأمر الذي يستلزم تطبيق خصائص العقد المدني على عقد الزواج بحذافيره، فعند اخلال أحد الزوجين بالتزاماته المتفق عليها في العقد فإن له الحق في طلب فسخ عقد الزواج لا طلب التطليق، وبذلك سيشترط الزوجين ما يريدانه وهو ما يتنافى مع أحكام الشريعة الاسلامية كاشتراط تأقيت عقد الزواج، عدم الإنفاق أو عدم الانجاب[4].

---

1) صورية لعمارة محمد، المرجع السابق، ص 158.

2) التي تنص:" إذا اشتد الخصام بين الزوجين ولم يثبت الضرر وجب تعيين حكمين للتوفيق بينهما. يعين القاضي الحكمين حكما من أهل الزوج وحكما من أهل الزوجة وعلى هذين الحكمين أن يقدما تقريرا عن مهمتهما في أجل شهرين".

3) الرشيد بن شويخ، المرجع السابق، ص 205-206.

4) صورية لعمارة محمد، المرجع السابق، ص 159.

10: حالة الضرر المعتبر شرعا (10/53):

الضرر هو الأذى الذي يسببه الزوج لزوجته فلا تستقيم معه الحياة الزوجية كضربها ضربا غير لائق، أو شتمها شتما مهينا، أو لا يقوم بالواجبات الشرعية المقررة نحوها[1].

يلاحظ أن المشرع استعمل عبارة عامة وشاملة لجميع الحالات الأخرى فكان يجدر عليه الاستغناء عنها، فعبارة التطليق للضرر مصطلح عام يجعله قادر على استيعاب جميع حالات التطليق الأخرى[2]، بدلا من الإكثار في أسباب التطليق الذي يؤدي لمضاعفة حالات الطلاق، وليس علاجا بقدر ما هو خلق لمشاكل أسرية أخرى[3].

مما سبق ذكره يلاحظ على حالات التطليق الواردة في المادة 53 من ق أ ج مايلي:

*تصنيف جميع حالات التطليق ضمن الطلاق البائن لصدور حكم قضائي فيها تطبيقا للمادة 50 ق أ ج، مع أنه يمكن مثلا تصنيف التطليق لعدم الانفاق رجعيا، فيراجع الزوج زوجته خلال فترة العدة إذا تحسنت حالته المادية[4].

*أن المادة 53 من ق أ مرنة وغير دقيقة وعباراتها غامضة، ما يجعل مهمة القاضي صعبة وشاقة لتفسيرها وايجاد حلول لثغراتها، بالبحث في غير تخصصه بين الإختلافات الفقهية، مما ينتج عنه تضارب الأحكام القضائية ذات الموضوع الواحد.

الفرع الثاني: طبيعة ارادة الزوجة في طلب الخلع

تعتبر مسألة تحديد الطبيعة القانونية لحق الزوجة في طلب الخلع، من أكثر المسائل جدلا على الساحة القانونية حتى بعد وضوح النص القانوني بموجب تعديل قانون الأسرة الجزائري.

الخلع[5]هو حل عقدة الزوجية بلفظ الخلع أو ما في معناه، مقابل عوض تلتزم به الزوجة بكل لفظ يدل على ذلك[1]، والأصل في هذا النوع من الطلاق قوله تعالى: ﴿... وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَن

---

1) المرجع نفسه، ص 153.

2) العربي بلحاج، المرجع السابق، ص 306.

3) زكية تشوار حميدو، مدى حماية الأسرة عبر أحكام التطليق، مقال منشور بمجلة العلوم االقانونية والإدارية والسياسية، جامعة تلمسان، رقم 10، 2010، ص 129.

4) الرشيد بن شويخ، المرجع السابق، ص 192.

5) لغة هو التجريد والإزالة، وخلع الشيء يخلعه خلعا وإختلعه أي نزعه، وخلع النعل والثوب والرّداء يخلعه: جرّده. وأنخلع الرجل من ماله صدقة أي أخرج منه جميعه وتصدق به وتعرّى منه كما يعرى الإنسان إذا خلع ثوبه. وخلع امرأته خُلعا بالضم خلاعا فاختلعت، وخالعته

تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلَّا أَن يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّـهِ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّـهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ ...﴾[2]، حيث أجاز الله تعالى للمرأة طلب الخلع بعذر، بعد أن تكون أدت كامل واجباتها اتجاه زوجها، الا أن ضررها منه أدى لبغضها له فلا تستطيع مواصلة معاشرته[3]، فلها الإفتداء منه بما أعطاها ولا حرج عليهما.

وأول خلع في الإسلام هو ما كان من جميلة زوجة ثابت بن قيس، فيما روي عن ابن عباس حيث أتت الرسول صلى الله عليه وسلم فقالت: يا رسول الله ثابت بن قيس ما أعتب عليه في خلق ولا دين ولكني أكره الكفر في الإسلام، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم:" أتردين عليه حديقته"، قالت: نعم، قال رسول صلى الله عليه وسلم:"اقبل الحديقة وطلقها تطليقة"[4].

أدرج المشرع الخلع ضمن صور الطلاق من خلال المادة 48 ق أ ج، متبنيا موقف الجمهور بأن الخلع هو طلاق بائن، وحسم الجدل حول اعتباره طلاقا أم فسخا[5]، كما يتجلى التكييف القانوني لحق الزوجة في طلب الخلع في نص المادة 54 من ق أ ج[6]، بحيث جعله المشرع حقا أصيلا للزوجة وأنهى الجدل حول مبدأ الرضائية، فتستعمله بحرية ولا تتقيد برضا الزوج، وقد أنصف المشرع الزوجة بإعطائها حق المطالبة بالخلع والتعبير عن ارادتها بانهاء العلاقة الزوجية دون مبررات شرعية، فتكون بذلك حرة في اختيار شريك حياة آخر بدل أن تستمر في معاشرة زوج لا تطيقه وتفادى تكوين أسرة ملؤها الكره والتنافر وما له من تأثير سلبي

أزالها من نفسه على بدل منها له فهي خالع ومختلعة، لسان العرب، لابن منظور، ج 01 ا، مؤسسة الأعلمي للمطبوعات، بيروت، 2005، ص 114.

1) شرعا: هناك إختلاف بين المذاهب في تعريف الخلع حيث عرفه الحنفية أنه:" ازالة ملك النكاح المتوقفة عل قبول المرأة بلفظ الخلع أو ما في معناه، وعرفه المالكية:" هو طلاق بعوض، وعرفه الشافعية بأنه:" اللفظ الدال على الفراق بين الزوجين بعوض، وعرفه الحنابلة بأنه:" فراق الزوج امرأته بعوض يأخذه الزوج من امرأته أو غيرها بألفاظ مخصوصة"، ينظر في هذا، عبد الرحمن الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، دار ابن حزم، بيروت، لبنان، 2010، ص 1023-1026.

2) سورة البقرة: الأية 229.

3) عبد الرحمن الجزيري، المرجع السابق، ص 1027.

4) محمد بن اسماعيل البخاري، صحيح البخاري، كتاب الطلاق، دار بن الهيثم، القاهرة، ط 01، الحديث رقم 5273، 2004، ص 638.

5) السيد سابق، فقه السنة، الجزء 02، الفتح الاعلامي العربي، القاهرة، بدون سنة نشر، ص 197-198.

6):" يجوز للزوجة دون موافقة زوجها أن تخالع نفسها من زوجها بمقابل مالي، إذا لم يتفق الزوجان على المقابل المالي للخلع يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم".

على الأولاد، كما أنه رادع لتعنت الزوج وتعسفه في امساك زوجة لا تطيقه سواء كان بدافع انتقاما أو بدافع لمحبة غير المتبادلة[1].

لكن معالجة المشرع لمسألة الخلع يعتريها القصور، فلم ينص على الشروط أو الضوابط الواجب توافرها لصحة الخلع، ولم يتناول طرفي الخلع وبدل الخلع ولا شروط المختلعة، ولم يميز بين خلع الصغيرة وغير المميزة والمحجور عليها والمريضة مرض الموت، مع أنه كان ينبغي أن يخصص موادا أخرى اضافة للمادة 54 لكي تجيب على جميع الاستفهامات التي تثار في الموضوع[2]، وسكوته يعني أنه أحال كل هذه المسائل لأحكام الشريعة الإسلامية طبقا لنص للمادة 222 ق أ ج، التي بدورها تطرح اشكالا يتمثل في غموض عبارة "أحكام الشريعة الإسلامية"، فيؤولها كل قاضي حسب قناعاته واتجاهاته المذهبية، والأراء الفقهية كثيرة ومختلفة باختلاف المذاهب وحتنفي المذهب الواحد[3].

كما أن نص المادة يطرح اشكالا أخر يتعلق بتحديد المشرع لمقابل الخلع عند عدم اتفاق الزوجان بصداق المثل وقت الحكم بالخلع، فعند تطبيقه يلاحظ الأتي:

– تزداد المهور غلاءا بمرور الزمن، فيتعمد الزوج الإختلاف مع زوجته عن مقابل الخلع، ليحكم القاضي بصداق المثل وقت صدور الحكم، الذي قد يفوق قيمة المهر الحقيقي الذي قدمه الزوج للزوجة فتضرر الزوجة جراء ذلك ماديا.

– حكم القاضي بصداق المثل ويكون أقل من مقدار المهر الحقيقي، وهي الحالة التي يكون فيها الزوج غنيا ويمهر زوجته أشياء ثمينة، فتتعمد الزوجة الإختلاف مع الزوج ليحكم القاضي بمهر المثل وقت صدور الحكم، فيكون الضرر لاحق بالزوج[4].

ينبغي على المشرع تعديل هذا الجزء من المادة بجعل الضابط هو مقدار المهر الحقيقي، واعطاء الزوج حق الإثبات بكافة الطرق المقررة لذلك، حماية للزوجين ومنعهما من التحايل في نفس الوقت.

---

1) صورية لعمارة محمد، المرجع السابق، ص 174.

2) تناول المشرع المغربي مسألة الخلع في مجموعة مواد قانونية (من المادة 115 الى المادة 120) من مدونة الأحكام الشخصية المغربية، حيث نص في المادة 18 على " كل ما صح الإلتزام به شرعا، صلح أن يكون بدلا للخلع، ولا مغالاة".

3) عبد الفتاح تقية، الإشكالات القانونية بين النظرية والتطبيق في قانون 84-11(تشريع الأسرة الجزائري)، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، ج 41، رقم 02،2003، ص 90.

4) الرشيد بن شويخ، المرجع السابق، ص 211-212.

المبحث الثاني: إشكالات الأحكام الإجرائية لانحلال الرابطة الزوجية.

تضمن قانون الأسرة الجزائري بعض الأحكام الاجرائية المرتبطة بموضوع الطلاق، ويتعلق الأمر باجراء الصلح والطعن في أحكام الطلاق، الذين أثارا عدة اشكالات من حيث تأثيرهما على بعض الأحكام والمبادئ الشرعية المرتبطة بالنظام العام، ومدى تلاؤمهما مع الواقع العملي للقاضي من حيث كيفيات تطبيقها.

المطلب الأول: إجراء الصلح

يعتبر اجراء الصلح في قضايا الطلاق ذو أهمية كبيرة في درء الخصومات الواردة على العلاقة الزوجية التي منحها الشرع والقانون نوعا من القداسة فجعل الصلح مسعى لتوفير الحماية لها من الانحلال، الا أن طريقة تناوله نتج عنه عدة اشكالات من حيث مدى اِلزاميته والجزاء المترتب على مخالفته، ومن حيث علاقته بحق ايقاع الطلاق وحق الرجعة.

الفرع الأول: الزامية اجراء الصلح

اجراء الصلح في قضايا الطلاق ضروري لكونه حماية لعلاقة أحاطها الاسلام بكل أنواع الرعاية والضمان، فأقر المشرع مبدأ الصلح في مسائل الطلاق بموجب المادة 49 من ق أج التي تعتبر الأساس القانوني لهذا الاجراء، فجعل جلساته متكررة وليست جلسة واحدة.

والملاحظ أن المادة المذكورة غير واضحة ودقيقة من حيث اِلزاميتها التي لا تستفاد من النص اِلا بطريق الدلالة[1]، ما جعل المشرع في المادة 439 ق إ م إ[2] يحاول تدارك النقص المسجل بالنص صراحة على مبدأ الزامية اجراء الصلح.

والملاحظ أن تطبيق المادة 49 عرف تباين في الأخذ بمبدأ اِجبارية الصلح من عدمه، فالأخذ بالصلح كإجراء جوهري في مادة الطلاق لأن مسائله تدخل ضمن حالة الأشخاص التي تعتبر من قبيل مسائل النظام العام، بحيث لا يصح العمل القانوني من دونه ولا الاتفاق على مخالفته أو حتى رفض القيام به من طرف الزوجين أو القاضي، وترتيب البطلان كجزاء لعدم

1) العربي بلحاج، المرجع السابق، ص 285.

2) والتي جاء فيها:" محاولات الصلح وجوبية وتتم في جلسة سرية"، خصص المشرع الجزائري مجموعة من النصوص القانونية المحددة لشروط وكيفيات واِجراءات الصلح بموجب قإم إ من القسم المخصص لشؤون الأسرة وعددها 11 مادة.

اِحترام هذا الإجراء[1]، يطرح اشكالا يتعلق بعودة المطلقين الى حالتهما الأولى قبل صدور الحكم كزوجين مع أنهما صارا أجنبيان على بعضهما، لأن الطلاق قد وقع ورتب أثاره بانقضاء فترة العدة، مما يدفعنا للقول بأن اجراء الصلح اجراء شكلي غير ملزم ولا يرتب تخلفه البطلان[2]، فالطلاق يقع شرعا بمجرد تلفظ الزوج به وينتج أثاره من تاريخ تلفظه، الأمر الذي لا يمكن تجاهله لمجرد عدم اجراء الصلح بين الزوجين، وهذا هو الراجح لأن ارادة الزوج في الطلاق لا تخضع لأي قيد قانوني[3].

والأرجح أن الصلح اجراء شكلي الغرض منه الوعظ والإرشاد وتطبيقه يختلف حسب نوع الطلاق، وتختلف الزاميته حسب وضع المطلقين، فاذا كان الزوج لم يصرح بطلاقه فلا مانع من محاولة الصلح بين الزوجين وفض النزاع كي لا يقع الطلاق، ويعتبر هذا واجب قضائي تحتمه المصلحة، أما إذا وقع الطلاق ولم تنتهي العدة الرجعية، يكون اجراء الصلح من أجل الرجعة بدون مهر ولا عقد جديدين، أما في حالة انتهاء العدة فالطلاق بائن، ويكون اجراء الصلح بهدف الرجوع بعقد ومهر جديدين[4].

وعليه فاجراء الصلح لا يجب أن يكون لمجرد استيفاء شكل قانوني، بل لابد من الجدية في اقتراح الحلول وتبسيط الخلاف، فهو عمل ديني وانساني يرتبط بمصير علاقة زوجية ومستقبل أولاد، يتطلب جهد ودراية بالأحكام الشرعية، كما هو سائد في بعض التشريعات

---

1) " ... بالرجوع الى القرار موضوع الطعن يتجلى بأنه جاء مخالفا للقانون خصوصا المادة 49 ق أ التي أغفل القرار المنتقد تطبيقها بطريقة سليمة وذلك بمصادقته على الحكم القاضي بالطلاق بدون قيامه باجراء محاولة الصلح، وأن المادة 49 من ق أ تنص صراحة:" لا يثبت الطلاق الا بحكم بعد محاولات الصلح"، فالقيام باجراء محاولة الصلح بين الطرفين قبل الحكم بالطلاق هو اِجراء أوجبه القانون ويعد من النظام العام، وإغفال القرار المنتقد القيام بهذا الإجراء القانوني يعتبر خطأ في تطبيقه ومخالفا له الأمر الذي يستوجب نقضه."،قرارمع، غ أ ش م، ملف رقم 75142 بتاريخ 1991/06/18، م ق، ع 01، 1993، ص 65.

2) " ... محاولة الصلح لا تعتبر شكلا جوهريا للحكم بالطلاق اِنما محاولة الصلح المذكورة بالمادة 49 من ق أج ما هي الا موعظة مما يجعل الوجه غير مؤسس"، قرار م ع، غ أ ش م، ملف رقم 21685 بتاريخ 1998/02/16، م ق، ع خ بالأحوال الشخصية، 2001، ص 10-103.

3) ينظر موقف القضاء من الطلاق العرفي صفحة 7 و8 من المذكرة والذي أخذ بمبدأ حرية الزوج في ايقاع الطلاق.

4) مبروك المصري، المرجع السابق، ص 200.

العربية[1]، التي أنشأت محاكم خاصة بقضايا الأسرة وقضاة متخصصون قانونيا وشرعيا، ومنحها الوقت اللازم لكل قضية.

كما لابد من وجود قانون إجرائي خاص يحدد طرق الصلح وكيفياته، للوصول الى الإصلاح الحقيقي بين الزوجين، لأنه صعب التحقيق نظرا لكثرة القضايا ومحدودية الجهاز القضائي، بالإضافة لكون القاضي لا يمكنه اجراء محاولات الصلح الا لمدة زمنية محدودة يستطيع فيها القيام بالمطلوب للوصول الى حلول للنزاع بما يملك من حجة واقناع[2].

الفرع الثاني: علاقته باستعمال حقي الطلاق والرجعة

أولا: علاقته باستعمال حق الطلاق

عرف تطبيق نص المادة 49 اشكالا من ناحية العلاقة بين اجراء الصلح وحكم الطلاق، هل يرتب البطلان على حكم الطلاق الذي لا يراعي اجراء الصلح، أمأنه لا يؤثر عليه، فما هي طبيعة العلاقة بين اجراء الصلح والحكم المثبت للطلاق؟

الراجح بأن اجراء الصلح لا تأثير له على الطلاق أو الحكم المثبت للطلاق، فالطلاق يقع خارج المحكمة ولا يمكن تجاهل وقوعه، فلا علاقة لوجوده واثباته بالصلح، أي أن اجراء محاولة الصلح قبل تثبيت الطلاق بموجب حكم قضائي لا يعد من اجراءات الطلاق، فقصد المشرع هو أن يقوم القاضي بالسعي الى اقناع الزوج باستعمال حق الرجعة طالما الفرصة سانحة قبل أن يثبت الطلاق بحكم كاشف، فالدعوى حين ترفع نكون أمام حالة طلاق تام وواقع فعلا، ومدة 03 أشهر إنما هي لمحاولة الصلح بين الزوجين"[3].

---

1) ومثال ذلك ما تبنته بعض التشريعات مثل مصر، حيث تم إنشاء محاكم خاصة للنظر في المسائل المتعلقة بالأسرة بموجب القانون 10 لسنة 2004 الصادر في 2004/03/17 والذي جاء في مادته الأولى:" تنشأ بدائرة إختصاص كل محكمة جزئية محكمة للأسرة وتنشأ في دائرة إختصاص كل محكمة من محاكم الإستئناف دوائر إستئنافية متخصصة للنظر في طعون الإستئناف التي ترفع إليها في الأحوال التي يجريها القانون عن الأحكام والقرارات الصادرة من محاكم الأسرة".

2) عبد الفتاح تقية، الطلاق بين تشريع الأسرة والإجتهاد القضائي، المرجع السابق، ص 475.

3) نور الدين لمطاعي، عدة الطلاق الرجعي وأثارها على تنفيذ الاحكام القضائية، المرجع السابق، ص 138-139.

ثانيا: علاقته باستعمال حق الرجعة

استعمال الزوج حق مراجعة زوجته أهم أثر لاجراء محاولة الصلح، فالزوج إذا طلق زوجته طلاقا رجعيا له كل الحق أن يراجعها بلا مهر ولا عقد جديدين وبدون رضاها لقوله تعالى:﴿...وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَٰلِكَ إِنْ أَرَادُوا إِصْلَاحًا...﴾[1]، فالمراجعة خلال العدة وسيلة للتدارك في حالة الشعور بالندم على ما تلفظ به من طلاق وهي حق خالص للزوج.

نظم المشرع مسألة الرجوع بنص وحيد في المادة 50 من ق أ:" **من راجع زوجته أثناء محاولة الصلح لا يحتاج الى عقد جديد ومن راجعها بعد صدور الحكم بالطلاق يحتاج الى عقد جديد**"، ويلاحظ ربط المشرع حق الرجعة باجراء الصلح أي أنه لا يعتد بالرجوع الا اذا وقع أثناء القيام باجراء الصلح وقبل صدور الحكم بالطلاق، وهذا لا يتطابق مع ضوابط الشريعة الاسلامية المتمثلة في وجود الطلاق وعدم انقضاء عدة الطلاق الرجعي والثلاث طلقات، كما أنه لا يراعي حالات كثيرة لوقوع الطلاق، فقد يرفع الزوج دعوى طلاق دون أن يصرح بطلاقه ثم يندم ويتراجع، فهل يطبق حكم المادة 50 مع أنه لا يوجد طلاق[2].

ان استعمال الزوج لحق الرجعة في الشرع مرتبط بالوصف الشرعي للطلاق، بحيث يكون الطلاق رجعيا وعدة الطلاق لم تنتهي بعد، أما ما نص عليه المشرع فله حالة واحدة للتطبيق وهي تطابق مدة الصلح وعدة الطلاق الرجعي، بحيث يطلق الزوج زوجته بنفس التاريخ الذي يرفع فيه دعوى الطلاق[3].

أما الحالات الأخرى فتطبيق المادة يضع المطلقين في اشكال، حيث أنها أجازت للزوج مراجعة مطلقته أثناء اِجراء محاولة الصلح المحددة قانونا بـ 03 أشهر فما دامت قائمة يثبت للزوج حق المراجعة، سواء كان الطلاق رجعيا أم بائنا وسواء انتهت العدة أم لم تنته، وسينتج عنه أحكام تحرم الحلال تارة وتحلل الحرام تارة أخرى[4]، ويتجلى ذلك في الحالات التالية:

---

1) سورة البقرة: الأية 228.

2) صورية لعمارة محمد، المرجع السابق، ص 21.

3) نور الدين لمطاعي، عدة الطلاق الرجعي وأثارها على تنفيذ الأحكام القضائية، المرجع السابق، ص 223.

4) مبروك المصري، المرجع السابق، ص 445.

1-ايقاع الزوج طلاقه في وقت يسبق تاريخ رفعه للدعوى أكثر من 03 أشهر وتكون مدة العدة الشرعية للرجوع انتهت، وبتطبيق نص المادة 50 يمكنهما الرجوع مع أن هذا الحق قد انقضى شرعا[1]، وإذا امتنعت الزوجة عن الرجوع أعتبرت ناشزا وتتحمل مسؤولية الطلاق، ناهيك عن كل الأثار المترتبة مثل النسب والميراث وغيرها، وهذا غير جائز شرعا.

2-تطليق الزوج لزوجته ورفع الدعوى في نفس اليوم، وبعد شهر يصدر حكم الطلاق، فتصبح الرجعة غير ممكنة قانونيا[2] الا بعقد ومهر جديدين، مع أن العدة الرجعية باق شهران لانقضائها، فيحرم الزوجان من حقهما في الرجوع مع أن ذلك جائز شرعا.

وعليه فالمشرع نظم حالة واحدة في مسألة الرجوع، تتمثل في رفع الأزواج دعواهم في نفس اليوم الذي يصرحون بطلاقهم، ولا تصدر أحكام الطلاق الابعد عدة محاولات صلح طوال 03 أشهر المنصوص عليها قانونا، وتجاهل الحالات التي يصرح فيها الزوج بطلاقه ولايرفع الدعوى الا بعد أشهر، وحالات اصدار حكم الطلاق قبل نهاية مدة 03 أشهر.

من الأفضل أن يعيد المشرع صياغة نص المادة على نحو يتطابق فيها مع قواعد الشريعة ويربط الرجوع بالعدة الشرعية في الطلاق الرجعي لتجنب الاشكالات.

المطلب الثاني: الطعن في أحكام الطلاق

تعترض القضاة والمتقاضين صعوبات حول مدى ملاءمة طرق الطعن المحددة قانونا مع الطبيعة الخاصة لحكم الطلاق، وكذا تأثيره على بعض جوانب العلاقة الزوجية.

الفرع الأول: مدى قابلية أحكام الطلاق لطرق الطعن

وضع المشرع لجميع أنواع الطلاق قاعدة اجرائية صريحة تجعلها غير قابلة للاستئناف ما عدا في جوانبها المادية، التي تصلح للتطبيق على بعضها ولا تصلح لأخرى، كما لم يبين وضع أحكام الطلاق اتجاه طرق الطعن التيلم ترد في قانون الأسرة، ما طرح اشكالية ضرورة تلاؤم كل حكم طلاق مع طرق الطعن سواء كانت عادية أو غير عادية.

---

1) مبروك المصري، المرجع السابق، ص 199.

2) نور الدين لمطاعي، عدة الطلاق الرجعي وأثارها على تنفيذ الأحكام القضائية، المرجع السابق، ص 230.

أولا: طرق الطعن العادية

يمثل الطعن وسيلة قانونية للمتقاضين للتظلم من حكم أو قرار أمام الجهة المصدرة أو أمام جهة تعلوها، وتنقسم طرق الطعن العادية الى نوعين:

01: الطعن بطريق المعارضة

المعارضة هي الطعن في الأحكام الغيابية، حيث يجوز لكل من صدر حكم في غيبته أن يتقدم الى نفس الجهة المصدرة للحكم أو القرار، وذلك لسحبه واعادة النظر من جديد.

لم يتناول المشرع مسألة الطعن بطريق المعارضة في أحكام الطلاق، فنص المادة 57 من ق أ تطرح اشكالا قانونيا بالنسبة للأحكام الغيابية، فهل سكوته يعني جواز الطعن فيها بالمعارضة أم أنه يعني عدم جواز الطعن فيها؟

القاعدة العامة الواردة في ق إ م إ "**إن جميع الأحكام والقرارات الغيابية تكون قابلة للمعارضة أمام نفس الجهة القضائية التي أصدرتها ما لم ينص القانون على خلاف ذلك**"، يفهم منها جواز الطعن في أحكام الطلاق الغيابية بطريق المعارضة ويعاد الفصل فيها مجددا من جانب الوقائع والقانون[1].

لكن الطعن بالمعارضة يثير اشكالا يتمثل في كونها تجعل الحكم المطعون فيه كأنه لم يكن، الأمر الذي يتعارض مع الطبيعة الخاصة للطلاق الذي يرتب أثارا تتصل اِتصالا وثيقا بالعقيدة: كالعدة والنسب وغيرها، فوقوع الطلاق لا يمكن اعتباره كأنه لم يكن وبالتالي اعتبار المطلقان زوجان من جديد بسبب المعارضة التي تلغي حكم الطلاق، وعليه لا فائدة من المعارضة بما أنها لن تغير الوضع، ولهذا على المشرع التدخل لتدارك النقص القانوني[2].

---

1) يلاحظ أن القضاء الجزائري أخذ بالمعارضة كطريق من طرق الطعن في فك الرابطة الزوجية، منها القرار رقم 128556 غ أ ش م بم ع، حيث انتهى بالنقض في الحكم الصادر عن المحكمة الذي قضى بقبول المعارضة شكلا وفي الموضوع، بتأييد الحكم المعارض فيه والقاضي نهائيا بفك الرابطة الزوجية"، مذكور في مرجع، عمرزودة، طبيعة الأحكام بإنهاء الرابطة الزوجية وأثر الطعن فيها، المرجع السابق، ص 131.

2) خليل عمرو، الطعن في الأحكام الصادرة بالطلاق، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، جامعة البليدة، كلية الحقوق، ع 01، سنة 2011، ص 207.

02: الطعن بطريق الإستئناف

الأصل أن التقاضي على درجتين، حيث يعرض النزاع أمام الدرجة الأولى ويطعن بالإستئناف في الحكم الإبتدائي أمام الدرجة الثانية، لكن المشرع قرر في المادة 57 أن الحكم الصادر في مادة الطلاق نهائي غير قابل للإستئناف الا في الأمور المادية[1]، وهو ما يتوافق مع الطلاق بارادة الزوج المنفردة فعبثا يطعن فيه بطريق الإستئناف[2]، فذلك سيطيل الإجراءات ويضيع الوقت ولا فائدة ترجى منه[3].

لكن هذا المبدأ الذي وضعه المشرع يطرح اشكالات في حالة التطليق المادة 53، حيث أن صدور حكم التطليق يتوقف على ارادة القاضي، بعدالتحقيق ومطابقة الوقائع مع النص القانوني، وموازنة بين طلبات الزوجة وسلطته التقديرية التي يفترض أن تكون خاضعة للرقابة فيكون الحكم الصادر قابلا للإستئناف[4].

إن عدم جواز الإستئناف في التطليق يحرم المتقاضين من درجة من درجات التقاضي، ويحول دون تصحيح الأخطاء القانونية التي قد يرتكبها القاضي من جانب الوقائع والقانون، وذلك سيعود بنتائج سلبية على الزوجة لأن التطليق مبني على قيود وشروط وخاضع لإشراف القاضي الذي قد يتشدد في طلب الزوجة، فعلى المشرع أن يأخذ بعين الإعتبار التباين الواضح بين أنواع الطلاق، فالتطليق وجد لرفع الضرر عن الزوجة وتطبيق نظام التقاضي على درجتين من أسباب تحقيق ذلك[5].

***ما مصير الدعوى المرفوضة لعدم التأسيس وهل يمسها نفس الحكم أم لا؟**

لا يوجد نص قانوني يتحدث عن الدعوى المرفوضة لعدم التأسيس، غير أن ظاهر المادة 57 يوحي بعدم جواز الطعن بالإستئناف في أحكام الطلاق والتطليق والخلع الفاصلة في الموضوع فقط، أما الأحكام التي قضت برفض الدعوى فإنه يجوز اِستئنافها، لأن اِخضاع

1) عمر زودة، طبيعة الأحكام بإنهاء الرابطة الزوجية وأثر الطعن فيها، المرجع السابق، ص 134.

2) عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 317.

3) عبد الفتاح تقية، أحكام تشريع الأسرة والاجتهاد القضائي، المرجع السابق، ص 404.

4) عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 197.

5) عبد الفتاح تقية، الطلاق بين أحكام تشريع الأسرة والإجتهاد القضائي، المرجع السابق، ص 497.

الدعاوى المرفوضة لهذا الحكم سيضع المتقاضين في مأزق، فإعتبارها غير قابلة للإستئناف يجعل المجالس تقضي بعدم اختصاصها، وبالتالي سيبقى المتقاضين يتخبطون حول كيفية اِستئناف الدعوى.

ثانيا: طرق الطعن الغير عادية

تتمثل في الطعن بالنقض واِلتماس اعادة النظر في الأحكام والقرارت، وهو الطريق الوحيد قانونا للطعن في أحكام الطلاق، لكنه يثير عدة اِشكالات عند التطبيق سنفصل فيها في الفرع التالي.

الفرع الثاني: الأثار المترتبة على الطعن في أحكام الطلاق

01/أثر الطعن على تنفيذ حكم الطلاق

المقصود بتنفيذ حكم الطلاق هو قيده في سجلات الحالة المدنية بحيث يؤشر على هامش شهادة ميلاد الطرفين وعلى عقد زواجهما بالطلاق، لأن عقد الزواج عقد رسمي يتم أمام ضابط الحالة المدنية، ويجب التأشير على ذلك أمام نفس الجهة، وبذلك يكون للحكم حجية أمام الجميع بحيث ينتهي المركز القانوني كزوجين ويتحول الى مطلقين[1].

القاعدة العامة في الإجراءات أنه يتم تنفيذ الأحكام والقرارات فور صدورها ولا يكون للطعن فيها أي أثر موقف للتنفيذ، ولكن هل هذا ينطبق على أحكام الطلاق؟

بالرجوع لقانون إ م إ بإعتباره المرجع الأساسي للتقاضي، نجده تضمن حكمين مختلفين، ورد الأول في القسم الخاص بالطعن بالنقض، في المادة 361 مايلي:" لا يترتب على الطعن بالنقض وقف تنفيذ القرار، ما عدا في المواد المتعلقة بحالة الأشخاص أو أهليتهم وفي دعوى التزوير"، أي أن الطعن بالنقض لا يوقف تنفيذ الحكم أو القرار كأصل عام، أما الإستثناء ما تعلق بحالة الأشخاص، وبإعتبار أحكام الطلاق تندرج ضمن هذه الأخيرة، فهي اِستثناءا على

1) عبد الفتاح تقية، الطلاق بين أحكام تشريع الأسرة والإجتهاد القضائي، المرجع السابق، ص 508.

الأصل العام[1]، وعليه فإن تنفيذ أحكام الطلاق بالتأشير على شهادة ميلاد الطرفين لا يبدأ الا من تاريخ تبليغ الحكم وإنقضاء أجل الطعن بالنقض وإحضار شهادة عدم الطعن[2].

وورد الحكم الثاني في القسم الخاص بإجراءات التقاضي في شؤون الأسرة[3] في المادة 435 من ق إ م إ:" لا يوقف الطعن بالنقض تنفيذ أحكام الطلاق المنصوص عليها في المادتين 450 و 451 أعلاه"، فما أثر الطعن بالنقض على تنفيذ حكم الطلاق؟

بما أن المادتين السابقتين من القسم الخاص لشؤون الأسرة وجب العمل بهما، فقد تضمنت المادتين 450 و 451 من ق إ م إ إستثناء عن الأصل العام، فيكون المشرع قد راع أهمية الزواج والطلاق لينسجم ويتلاءم مع المبادئ والأحكام الشرعية التي هي من النظام العام (العدة والميراث) فتنفيذها فور صدورها أمر ضروري دون تراخ الى زمن أخر.

وبالتالي تنفذ فور صدورها وعلى النيابة العامة بحكم مركزها الأصلي في قضايا شؤون الأسرة والمسؤولة على تنفيذ أحكام الطلاق أن تحرص على تطبيق القانون.

02/أثار الطعن على الحقوق الزوجية

يثير الطعن بالنقض إذا ألغى الحكم المطعون فيه إختلالات واضحة بين أحكام الشريعة ونصوص القانون[4]، فيما تعلق بزواج المطلقة من جديد، أو وفاة أحد الزوجين.

أ/ أثر الطعن بالنقض على زواج المطلقة

إذا رفض الطعن بالنقض فلا إشكال[5]، أما إذا قبل الطعن، ستتعقد المسألة إذا كانت المطلقة قد تزوجت من جديد بعد صدور الحكم بالطلاق.

---

1) إعتبرت م ع أن تطليق الزوجة من زوجها يدخل ضمن حالة الأشخاص التي فرض القانون قبل الفصل فيها إبلاغ ملفها للنيابة العامة، ينظر القرار 40962 بتاريخ 1986/06/02، نشرة القضاة، ع 44.

2) عمر زودة، أثار الطعن في الأحكام الصادرة بفك الرابطة الزوجية وتنفيذها، المرجع السابق، ص 67.

3) إستحدث المشرع الجزائري بموجب القانونرقم 09/08 المؤرخ في 2008/02/25 المتضمن ق إ م إ قسما خاصا بإجراءات التقاضي في شؤون الأسرة.

4) هنالك عدة قرارات للمحكمة العليا ألغت الحكم المطعون فيه، منها ما ذكر سابقا عند الحديث عن الزامية القيام باجراء الصلح من طرف القاضي، ينظر في ذلك الصفحة 18 وما يليها من المذكرة.

5) هنالك عدة قرارات للمحكمة العليا رفضت الطعن بالنقض منها القرار الصادر بتاريخ 199/06/15 والقرار الصادر بتاريخ 1998/11/08 الإجتهاد القضائي غ أ ش، ع خ، 2001، ص 122-129.

الطعن بالنقض ليس له أثر موقف للتنفيذ، فيجوز للزوجة أن تتزوج مجددا إذا اِنتهت عدتها الشرعية والتي غالبا ما تنتهي حتى قبل بداية سريان ميعاد الطعن بالنقض المحدد بشهرين من تاريخ التبليغ[1]، فشرعا زواجها صحيح لأنه بإنقضاء العدة تنقضى الزوجية، غير أن قبول الطعن واِلغاء أو ابطال الحكم المطعون فيه ينهي المركز القانوني كمطلقين، ويعيدهما الى حالة الزوجية، وقد يطلب الزوج حقه بمراجعة زوجته وهي أجنبية عليه، ثم ما مصير الزواج الجديد؟

القول أن الزواج باطل تعدي على حدود الله، لما للمسألة من أبعاد أخرى، وكيف يمكنها التنازع في موضوع الطلاق وهي زوجة لأخر، فقد يصل الأمر الى متابعتها جزائيا، ودليل ذلك قرار المحكمة العليا:"...يعتبر زنا حالة الزوجة التي لم تنتظر الفصل في القضية المنشورة بينها وبين زوجها والتي تزوجت مع شخص أخر بالفاتحة، غير أن صفح الزوج عن زوجته الملاحقة بتهمة الزنا يضع حد لكل متابعة ..."[2].

فكيف للقانون اِعتماد وسيلة قانونية تعيد المطلقين لزوجين فتضعهما في مركز خطير.

ب/ أثر الطعن بالنقض على حق التوارث

إذا ألغى الطعن بالنقض الحكم وتوفي أحد الزوجين سيرث الحي منهما المتوفي، ذلك أن الأطراف سيعودان كزوجين وبالتالي يتوارثان حسب نص المادة 162 من ق أج:" أسباب الميراث القرابة والزوجية"، ورغم أن هذا غير جائز شرعا لإنتهاء العدة واِنعدام الزوجية الا بعقد ومهر جديدين، مما يظهر عدم اِنسجام القواعد الإجرائية مع القواعد الموضوعية[3].

*** ما هدف المشرع من تقرير الطعن بالنقض في أحكام الطلاق؟**

بإعتبار الطعن بالنقض آلية رقابة قضائية مقررة للتطبيق السليم لنصوص القانون، فدور المحكمة العليا الأصيل هو مراقبة القانون ومدى تطبيقه من طرف قضاة الموضوع، غير أنه

---

1) هنالك العديد من الأزواج من يطلق زوجته ولا يلجأ للمحكمة لإثباته الا بعد فترة طويلة، وفي الغالب ما تنتهي الزوجية بينهما بإنتهاء فترة العدة حتى قبل اللجوء الى القضاء، ينظر في ذلك ما سبق في هذه المذكرة، عند الحديث عن اثبات الطلاق أمام الجهات القضائية المختصة.

2) م ع، الغرفة الجزائية، ملف رقم 271 بتاريخ 1986/05/13، غير منشور، مذكور في مرجع، العربي بلحاج، قانون الاسرة الجزائري مدعما بالإجتهاد القضائي ومعلقا عليه بمبادئ م ع، ط 03، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2007، ص 232.

3) عمر زودة، طبيعة الأحكام بإنهاء الرابطة الزوجية وأثر الطعن فيها، المرجع السابق، ص 144.

يجب مراعاة الطابع الخاص لقضايا الطلاق والمصالح المحمية لأن الطعن بالنقض مبني على أوجه محددة على سبيل الحصر[1]، وهذه الأوجه لا تنطبق مع أحكام الطلاق ولاسيما الواقع بارادة الزوج المنفردة والذي أساسه العصمة الزوجية فهو غير قابل لأي طريق من طرق الطعن بما فيها الطعن بالنقض، ولذلك بات واجبا تدخل المشرع لجعل أحكام الطلاق الواقع بارادة الزوج المنفردة غير قابل لأي طريق من طرق الطعن مع اِمكانية الإبقاء على الطعن بالإستئناف في أحكام التطليق وضمن حالات خاصة تكون مسبقا.

1) حدد ق إ م إ أوجه الطعن بالنقض من خلال المادة 358، المتمثلة في 18 حالة محددة على سبيل الحصر ولا يجوز أن يستند على غيرها، وتتمثل هذه الحالات في: مخالفة قاعدة جوهرية في الإجراءات؛ اِغفال الأشكال الجوهرية للإجراءات، عدم الإختصاص، تجاوز السلطة، مخالفة القانون الداخلي، مخالفة القانون الأجنبي المتعلق بقانون الأسرة، مخالفة الإتفاقيات الدولية، انعدام الأساس القانوني، اِنعدام التسبيب، تناقض التسبيب مع المنطوق، تحريف المضمون الواضح والدقيق لوثيقة معتمدة في الحكم أو القرار، تناقض أحكام أو قرارات صادرة في أخر درجة، عندما تكون حجية الشئ المقضي فيه قد أثيرت بدون جدوى وفي هذه الحالة يوجه الطعن بالنقض ضد أخر حكم أو قرار من حيث التاريخ واِذا تأكد هذا التناقض يفصل بتأكيد الحكم أو القرار الأول، تناقض أحكام غير قابلة للطعن العادي، وجود مقتضيات متناقضة ضمن منطوق الحكم أو القرار، الحكم بما لم يطلب أو بأكثر مما طلب، السهو عن الفصل في أحد الطلبات الأصلية، إذا لم يدافع عن ناقصي الأهلية .

الفصل الثانـي:

آثار انحلال الرابطة الزوجية وإشكالاته العملية في قانون الأسرة الجزائري.

الفصل الثاني: آثار انحلال الرابطة الزوجية واشكالاته العملية في قانون الأسرة الجزائري.

تعد أثار انحلال الرابطة الزوجية قسما مهما من أقسام الطلاق، فهي امتداد لحالات الطلاق ولا تقل أهمية عنها، فالقاضي مجبر عند فصله في قضايا الطلاق على التصدي لما ينجر عنه من أثار تتعلق بجوانب مهمة تخص حالة المطلقين المالية وما تعلق بالحضانة.

كما أن الأحكام القضائية القاضية بانحلال الرابطة الزوجية تعتبر من أهم السندات التنفيذية، فبدون تنفيذها تنعدم الفائدة منها، والجانب التنفيذي لهذه الأحكام يصطدم في بعض الأحيان باشكالات ناتجة عن الاختلال بين النصوص القانونية والأحكام القضائية الصادرة قبل أو بعد الحكم بالطلاق، ويتعلق الأمر بمسألة الرجوع ونفقة الاهمال والنشوز، وكذا التعويضات المالية وما تعلق بالحضانة.

وعليه فاننا سنتناول ماسبق كالأتي:

المبحث الأول: إشكالات آثار انحلال الرابطة الزوجية.

المبحث الثاني: الإشكالات العملية لانحلال الرابطة الزوجية.

المبحث الأول: إشكالات آثار انحلال الرابطة الزوجية.

أثار فك الرابطة الزوجية ترتبط بمواضيع شكلت حالات تنازع في قضاء شؤون الأسرة وخلاف فقهي وقانوني، سواء تعلقت بالآثار المالية أو غير المالية.

المطلب الأول: إشكالات الآثار المالية لإنحلال الرابطة الزوجية.

تنحصر دراسة الأثار المالية في أثرين مهمين، ويتعلق الأمر بالتعويض عن الطلاق التعسفي، والتنازع في متاع البيت.

الفرع الأول: التعويض عن الطلاق التعسفي.

ترتبط فكرة التعويض عن الطلاق التعسفي بشرطين أساسين، يتمثل الأول فيضرورة قيام حالة التعسف ووجود الأساس والسند القانوني أو الشرعي لتقرير التعويض، فماهي كيفية تقدير حالة التعسف التي تمثل سبب وجود التعويض، وما هوأساس تحديد التعويض.

أولا: تقدير حالة التعسف في الطلاق

ان فكرة التعسف في استعمال الحق مسألة خلافية هنالك من أخذ بها وهناك من أنكرها بحجة التناقض، اذ كيف يطلب التعويض من شخص استعمل حقا خول له قانونا بحجة تعسفه في استعماله[1]، فالأصل أن الطلاق حق مباح للرجل يوقعه بحرية، ولكن حريته تنتهي عند بداية حرية الأخرين، فالرجل المتمادي في استعمال حقه يجب عليه تعويض الضرر اللاحق بمن طلقها تعسفا، فالطلاق كباقي الحقوق يمكن التعسف فيه، ما يؤكد أن نظرية التعسف في استعمال الحق تطبق على حق الطلاق[2].

وضع الشرع عدة ضوابط تنظم اِستعمال الحق، وأهمها أن يتطابق الإستعمال مع المقصد الشرعي لقاعدة المصالح، وتعتبر هذه الضوابط معايير لإستعمال الحق فتظهر إذا كان الشخص متعسفا أم لا، فتحدد ماهية التصرف وترتيب الجزاء المناسب، فصاحب الحق قد يتصرف وفق غاية مشروعة أو غير ذلك، والكشف عن قصده ونيته صعب، ولهذا يعول على المعايير في اثبات الوقائع[3]، فوجودها ضروري لتكون الأحكام ثابتة في الوقائع ذات الظروف المتشابهة، وهذا سيؤدي الى استقرار القضاء لأنها أساس التطبيق العملي.

---

1) عبد الفتاح تقية، الطلاق بين تشريع الأسرة والإجتهاد القضائي، المرجع السابق، ص 106.

2) محفوظ بن الصغير، المرجع السابق، ص86.

3) محفوظ بن الصغير، المرجع السابق، ص83 وما يليها.

تناول المشرع في نصوص ق م، فكرة التعسف في استعمال الحق، وجعلها نظرية مستقلة عن نظام المسؤولية التقصيرية بموجب نص المادة 124 مكرر ق م، جاءت صياغة المادة عامة لتتسع لجميع الحقوق ومنها حق الزوج في الطلاق كذلك، ومنه يجب على القاضيِ اسقاط معايير نظرية التعسف على حق الطلاق بتكييفه للطلاق ان كان تعسفيا أو لا.

رغم وجود هذه المعايير الا أن مسألة تقديرها صعبة للقاضي لصعوبة اثباتها، واصطدام الإثبات بحقيقة الطلاق شرعا وقانونا بكونه حق أصيل للزوج ومصدره العصمة الزوجية، فالزوج لا يجبر بتسبيب طلاقه لزوجته، والطلاق بلا سبب مشروع تعسف يستلزم التعويض، والمعمول به قضائيا في مسائل الطلاق هو الضرر المفترض ولو لم يثبت، فيفترض في طلاق الزوج اضراره بزوجته وتعسفه حتى يثبت عكس ذلك، بتقديم التبريرات والأسباب لإقناع القاضي بأنه غير متعسف في طلاقه ويتجنب التعويض، والملاحظ عمليا لجوء الأزواج لحيلة قانونية تجنبا للتعويض وهي طلب رجوع الزوجة، فإذا رفضت بسبب تضررها المعنوي، يصدر حكم الطلاق بتظليم الزوجة ولا تعويض عليه، فيتوجب عند تقدير حالة التعسف في الطلاق ليس البحث في وجود السبب الشرعي الدافع للطلاق فقط بل يجب البحث في صحتة أيضا[1].

فالقاضي قادر على تقصي صحة إدعاءات الجانبين بما له من سلطات البحث والتحري ليكون التعويض مشروعا، لأنه قد يستند الزوج في طلاقه لسبب مشروع ولا يبوح به حفاظا على أسرار الأسرة والإستقرار النفسي للأولاد، فيجبر على دفع مبلغ التعويض لإصراره على الطلاق وخلو عريضته من سبب اِستعمال حقه، وقد يسعى الزوج للتبرير بأسباب لا صحة لها هربا من التعويض مع أن الزوجة متضررة من الطلاق[2].

وباعتبار التعويض عن الطلاق التعسفي جانب مالي مهم من جوانب الطلاق، واِنطلاقا من النزعة المادية لمجتمعنا في وقتنا الراهن وضعف الوازع الديني لدى الأفراد، وجب تفعيل سلطة القاضي في البحث عن جدية ومشروعية الأسباب وصحتها، ليحقق التعويض المقصد الشرعي منه وهو جبر ضرر الطرف المضرور.

1) عبد الفتاح تقية، الطلاق بين أحكام تشريع الأسرة والإجتهاد القضائي، المرجع السابق، ص 172.

2) المرجع نفسه، ص 173.

ثانيا: أساس التعويض عن الطلاق التعسفي

بعد تكييف الطلاق بأنه تعسفي والحكم للمطلقة بالتعويض، يجب أن يستند التعويض في وجوده على أساس يحدد مشروعيته، وهو محل خلاف فقهي وقانوني لغموض وقصر النص القانوني ووجود نظام المتعة في الشرع الشبيه بالتعويض عن الطلاق التعسفي، فظهرت اشكالية العلاقة بين المتعة والتعويض عن الطلاق التعسفي، وهل هما شئ واحد أم أنهما مختلفان؟

يقوم حق الزوجة في التعويض شرعا على أساس المتعة[1] كتعويض جراء الطلاق، وجاء قانون الأسرة الجزائري خاليا من مصطلح المتعة واِكتفى بذكر التعويض عن الطلاق التعسفي[2]، وتطبيقا للمادة 52 ق أ تعارضت قرارات المحكمة العليا فمنها من جعل التعويض والمتعة إسمين لشئ واحد[3]، وأخرى جعلتهما شيئين مختلفين[4]، والسبب راجع الى غموض المادة التي لم تحدد الأساس الذي يعتمد عليه القاضي لفرض التعويض للمطلقة وبالتالي رجوعه لقواعد الشريعة، ما جعل الأمور دون نسق واِجتهاد موحد[5].

والراجح هو أن التعويض والمتعة يختلفان من أوجه عدة، فالمتعة تستحق شرعا للمطلقة حسب وسع الزوج يسرا وعسرا، وأساس استحقاقها هو كتاب الله وسنة النبي صلى الله عليه وسلم واِجماع الأمة مع الإختلاف بين قائل بوجوبها والندب اليها[6]، أما التعويض فمصدره القانون على أساس نظرية التعسف في اِستعمال الحق التي قنن المشرع أحكامها في المادة 124 مكرر ق م، ويشتركان في مدلول واحد وهو اختصاص القاضي بالحكم بإجبار الزوج على دفع المال الى

---

1) المتعة **لغة:** مشتقة من التمتع والإستمتاع؛ والمتاع في الأصل كل شئ ينتفع به ويتزود به، ويأتي الفناء عليه في الدنيا، ومتعة المرأة وصلت به بعد الطلاق، بن منظور، المرجع السابق، ص 533.

*أما اصطلاحا: فتعرف بأنها المال الذي تمتع به الزوجة تعويضا لها عن فراق زوجها من ثياب أو مال أو عوض، محمد الزحيلي، التعويض المالي عن الطلاق، دار المكتبي، دمشق، سوريا، ط 01، 1998، ص 81.

2) العربي بلحاج، المرجع السابق، ص 233.

3) ينظر قرار م ع، غ أ ش م، ملف 35912 بتاريخ 1985/04/08، م ق، ع 01، 1989، ص 89.

4) ينظر قرار م ع، غ أ ش م، ملف 41560 بتاريخ 1986/04/07، م ق، ع 02، 1989، ص 69.

5) باديس ديابي، صور وأثار فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2008، ص 24.

6) وقع اِختلاف كالتالي: فذهب الحنفية والحنابلة والشافعية الى أن المتعة المشار اليها في القران الكريم على نوعين متعة يقضى بها ومتعة لا يقضى بها، وذهب الإمام مالك، الى أن المتعة مستحبة لكل مطلقة وليس واجبة، أما الشافعية والإمامية ورواية عن أحمد فيرون المتعة واجبة لكل مطلقة مهما كان محلها من البناء والتسمية، وهو ما ذهب اليه الظاهرية كذلك، في أن المتعة واجبة على المطلق، سواء كان طلاقه قبل الدخول أو بعده، وسواء أكان فرض لها مهرا أم لا، فتكون المتعة واجبة لكل مطلقة من تطييب وتخفيف من ألام الفراق للزوجة المطلقة. ينظر، محمد الزحيلي، المرجع السابق، ص 83 وما يليها.

مطلقته تعويضا لها، فيكون بذلك مجال استعمال كلمة المتعة شرعا أضيق بكثير مما هي عليه كلمة تعويض في القوانين الوضعية[1]، ولذلك يتعين على المشرع أن يوضح طبيعة التعويض المحدد في القانون من خلال نص المادة 52 هل هو على سبيل المتعة أم على سبيل التعسف.

فإذا اعتبرنا أن التعويض هو عبارة عن متعة على سبيل الإستحباب للمطلقة، فقد ينطوي على ظلم للمطلقة بحيث سيدفع لها مبلغ من المال حسب وسع الزوج قد لا يكون مناسبا مع حجم الضرر اللاحق بها، فيكون التعويض أنفع لها لجبر الضرر، أما إذا ربطنا التعويض بالتعسف، فإن القاضي قد يدرك التعسف وقد لا يدركه، ذلك لأن الطلاق أساسا مبني على أسباب خفية يصعب اِدراكها[2]، وبالتالي إذا لم يتوصل القاضي لتعسف الزوج سيضيع حق المطلقة في التعويض.

ومن هنا بات من المهم جدا وجود نص قانوني يكرس حق المطلقة في المتعة جبرا للإيحاش النفسي وألمها عن فراق زوجها ويكون هذا المبلغ مراعيا لوضع الزوج تطييبا لخاطرها، مع امكانية تعويضها جراء التعسف إذا ثبت تضررها ماديا من الطلاق.

الفرع الثاني: متاع البيت

تناول المشرع النزاع حول متاع البيت بنص وحيد في المادة 73 من ق أج، والذي حمل اشكالات تتمثل في كيفية الاثبات والقواعد الوسائل القانونية المقررة لذلك.

أولا: مجال تطبيق القاعدة القانونية

يشكل متاع البيت الجانب المادي الأخر للعلاقة الزوجية، وذلك أن اقتناء متاع المنزل من مفروشات وأثاث وأدوات منزلية بات الشغل الشاغل لكل الأزواج، وقد تناوله الفقه وربطه بعدة مصطلحات مشابهة مثل الجهاز والأثاث والصداق، كما درسوا الإختلاف في متاع البيت والمسكن ولهم فيه تفصيل كثير[3].

1) عبد الفتاح تقية، الطلاق بين أحكام تشريع الأسرة والإجتهاد القضائي، المرجع السابق، ص 256.

2) مبروك المصري، المرجع السابق، ص 235.

3) عبد الرحمان الجزيري، الفقه على المذاهب الاربعة، ج 04، دار الكتب العلمية، لبنان، 1988، ص 555.

فقد عرف الجهاز بأنه:" الأثاث الذي تعده الزوجة لها وأهلها ليكون معها في البيت[1]، ونشير الى أن كل من الزوج والزوجة يساهمان في اعداد بيت الزوجية وهذا حسب عرف هذه البلاد التي يقيمان بها، فمسألة تجهيز بيت الزوجية تتأثر كثيرا بالعرف الجاري الذي يختلف بإختلاف المكان والزمان، وكذا التقدم والتطور الحضاري للأزواج على اِختلاف البلدان.

والملاحظ أن كل من مصطلح المتاع والجهاز والأثاث يختلف كل منهم على الأخر[2]، وإن كانوا يتفقون في بعض العناصر، وهو ما دفع المشرع الى عدم تبني تعريف واضح لمتاع البيت واِكتفى بتناول حالة التنازع حول المتاع بنص المادة 73 ق أ[3].

ان أول ما يلاحظ ورود المادة في الفصل الثاني المتعلق بآثار الطلاق، وعليه فان المقصود هنا هو التنازع بين المطلقين حول أثاث البيت الزوجي ثم حدوث الوفاة أثناء التنازع بينهما، ولا يتصور منه اِنحلال الرابطة الزوجية بالوفاة، كما أن اعتماد المشرع على مصطلح "الزوج"و"الزوجة" في تحديد طرفي النزاع غير موفق لأن الحديث عن المتاع كأثر من أثار الطلاق يجعل الزوجية منفكة وبالتالي سقوط مصطلح "الزوجية"عن الطرفين[4].

وقد تبنى المشرع قاعدة عقلانية في الإثبات لحل النزاع الحاصل بين الزوجين، وتتمثل هذه القاعدة في ملكية المتاع حسب الصلاحية[5]، بحيث إذا لم يكن لأحد المتنازعين بينة على دعواه، فالقول لمن يشهد له بذلك حسب الصلاحية؛ أي ما يصلح عادة للرجال كأدوات الصيد والنجارة تتصرف ملكيته للزوج مع يمينه والعكس فيما يصلح للنساء عادة كالحلي وأدوات الخياطة وما شابه ذلك فانه يحكم للزوجة به مع يمينها.

---

1) محمدالزحيلي، المرجع السابق، ص 108.

2) لذلك نجد أن مصطلح متاع أشمل من كلمة أثاث، وهذه الاخير أعم وأشمل من كلمة جهاز؛ فالمتاع هو كل ما يتمتع به وينتفع به فيشمل جميع نعم الله سبحانه وتعالى من حيوانات وأموال وأثاث البيت وغيرها، أما الأثاث فهو اِسم لجميع الأدوات والأواني التي تستخدم في الدار كالفرش وغيرها، أما الجهاز فهو ما يتجهز به الشخص كجهاز الميت أو العروس.

3) جاءفيها:"إذا وقع النزاع بين الزوجين أو ورثتهما في متاع البيت وليس لأحدهما بينة فالقول قول الزوجة مع يمينها في المعتاد للنساء والقول للزوج مع يمينه في المعتاد للرجال والمشتركات بينهما يتقسمانها مع اليمينّ".

4) باديس ديابي، المرجع السابق، ص 96.

5) اختلف الفقهاء بشأن تنازع الزوجين حول ملكية المتاع ولم يكن لأحدهما بينة، فذهب الشافعي وأحد قولي مالكوالإمام زفر من الحنفية، الى أنه في حالة التنازع بين الزوجين حكم بالظاهر بغض النظر عن صلاحية الإستعمال، ذلك أن أساس التفرقة والفصل يكون بالبحث عن صاحب اليد في الظاهر على الشئ، وذهب الحنفية والمالكية والحنابلة والجعفرية الى أن معيار الفصل في حالة التنازع وغياب الدليل هو الصلاحية ومعيار ذلك هو العرف، فأدوات الصناعة وثياب الرجال للرجل مع يمينه، والحلي للمرأة مع يمينها، ينظر، عبد الرحمن الجزيري، المرجع السابق، ص 907- 908.

غير أن هذه القاعدة تثير اشكال قانوني من حيث مجال تطبيقها وتحديد حالات التنازع التي تتسع لها، فمجال تطبيقها ينحصر في المتاع الموجود فعلا الذي لا ينكر أي واحد منهما وجوده، ولا يملك أي منهما بينة تثبت ملكيته له، أما غير ذلك فإنها تخرج عن تطبيق هذا النص، لذلك يجب على القاضي عند فصله في النزاع وقبل تطبيق النص أن يحدد بدقة طبيعة النزاع، وتوافر شروط تتمثل في كون النزاع قائم حول ملكية متاع البيت الزوجي؛ والمتاع المتنازع حوله موجود فعلا ولا ينكره أي منهما؛ وأن لا يحوز أي منهما على بينة، لأن الوقوف على هذه الشروط هو الأساس الذي تبنى عليه القاعدة المطبقة في الإثبات ومن شأنه تفادي الكثير من الإشكالات التي قد تثار حول هذا الموضوع، فقد تدعي الزوجة وجود طقم من الذهب، فإذا أقر الزوج بوجوده فعلا يكون ملزما بأدائه للمطلقة، أما إذا أنكر وجوده فلابد من تطبيق القاعدة العامة في الإثبات" **البينة على من اِدعى واليمين على من أنكر**"، ويكون الإثبات بكافة الوسائل[1]، سواء كانت أدلة كتابية أو شفوية أو أية قرينة قوية كفواتير الشراء وغيرها، ولا يمكن أن نطبق نص المادة73 من ق أ.

أما إذا كان الزوجان متفقان حول وجود المتاع ولم ينكر أحدهما ذلك وينصب الخلاف على من تعود له ملكية هذه الأمتعة وينعدم الدليل للطرفين، ففي هذه الحالة نكون بصدد تطبيق المادة 73 من ق أ فيكون للمرأة أو ورثتها مع اليمين المعتاد للنساء، والقول للرجل أو ورثته في المعتاد للرجال مع اليمين والمشتركات يقتسمانها مع اليمين[2].

ثانيا: الوسائل القانونية لتطبيق قاعدة التنازع

تحتاج القاعدة القانونية المطبقة في حالة التنازع بين الزوجين أو ورثتهما حول متاع البيت الزوجي الى وسائل لتطبيقها السليم، وقد حددتها المادة 73 بوسيلتين يعتمد عليهما القاضي، وتتعلق الأولى بتقدير صلاحية المتاع موضوع النزاع، ووسيلة الإثبات المتمثلة في اليمين.

1/ تقدير صلاحية المتاع موضوع النزاع

ان تحديد صلاحية المتاع هو الأساس الذي تتبني عليه قاعدة الإثبات للوصول لحل النزاع، لأنه سيحدد الشخص الذي ستطبق عليه اليمين، والمعروف أن المتاع يكون موجودا في بيت الزوجية ويقوم النزاع على ملكيته، وهذا المتاع يختلف نوعه وجنسه ووصفه فقد يكون أفرشة أو أمتعة أو أدوات منزلية ومصوغات وغيرها، وعلى القاضي أن يحدد بكل دقة اذا كان المتاع يصلح

1) باديس ديابي، المرجع السابق، ص 97.

2) المرجع نفسه، ص 103.

للإستعمال النسائي أم الرجالي قبل الإنتقال لمرحلة تأدية اليمين، فإذا كان المتاع مما يصلح للإستعمال الرجالي فالقول للرجل مع يمينه، أما اذا كان مما يصلح للإستعمال النسائي فالقول للمرأة مع يمينها.

*معيار تقدير صلاحية المتاع

اِستخدم المشرع عبارة " المعتاد" ما يدل أن ضابط تحديد صلاحية المتاع هو العرف السائد، فما دل العرف على صلاحيته للرجال هو للرجل، واِذا كان يدل على أنه نسائي، فمتى دل العرف أن متاع البيت في الأصل للنساء كان القول لهن ونفس الشئ للرجال.

غير أن الإحتكام الى العرف سيتطلب توسيع السلطة التقديرية للقاضي في تحكيم العرف، فالمسألة تزداد تعقيدا مع التطورات الاجتماعية الراهنة وصعوبة الفصل بين الأشياء المعتادة للنساء أو الرجال، واختلاف الأعراف وتغيرها حسب الزمان والمكان، لذلك يجب أن يكون القاضي مسايرا لجميع هذه الإختلافات والتطورات لكي تتسم أحكامه بالعدالة.

أما تحديد المشتركات وكيفية تقديرها من القاضي على اعتبار أن النص القانوني قرر اِقتسام الأشياء المشتركة بينهما مع اليمين، فيلاحظ أن القضاء يطبق النص القانوني من حيث أن الأشياء المشتركة يتم اقتسامها مع اليمين[1]، ومن جهة أخرى يلاحظ أن المحكمة العليا تبنت موقفا أخر واِعتبرت أن جميع أمتعة البيت المخصصة للإستعمال الثنائي بين الزوجين؛ كالأفرشة والتلفاز والأغطية يعتبر ملكا للزوج ما لم تقدم الزوجة الدليل على عكس ذلك [2]، وهنا نتساءل عن أساس تقرير هذا المبدأ من طرف قضاة القانون هل هو العرف السائد في المنطقة الذي كان يلزم الزوج بالقيام بتجهيز البيت الزوجي بهذا النوع من الأمتعة؟

غير أنه لا يجب أن يؤخذ هذا القرار على اطلاقه ويعتمد عليه كمبدأ لتقرير أحكام قضائية مستقبلا خاصة لصعوبة تقرير معيار صلاحية الاستعمال في الوقت الراهن.

وعليه فالمتاع المتواجد في بيت الزوجية كأجهزة والتلفزيون والثلاجة والأفرشة لا يمكن أن ينسب بصفة تلقائية للزوج، لأن التطورات الإجتماعية تثبت عكس ذلك تماما، بإحصاء ألاف النساء العاملات اللاتي قد يتحملن تجهيز البيت بجميع المستلزمات، وهو ما يجعل حدة القرار في

1) قرار م ع، غ أ ش م، ملف رقم 277411 بتاريخ 2004/07/13، م ق، ع 02، 2004، ص 259.

2) ينظر قرار م ع، غ أ ش م، ملف رقم 52212 بتاريخ 1989/01/16، م ق، ع 02، سنة 1993.

تزايد مستمر[1]، فتحديد ما هو معتاد للنساء أو الرجال أو كيفية تقييم المشتركات فكرة معيارية مرنة وتختلف من قاضي لأخر، وعلى القاضي تفعيل سلطته التقديرية وتحكيم العرف بالنظر الى جميع التطورات الحاصلة في المجتمع، فالقاضي ابن بيئته وهو مجبور أن يتحرى ما يجري فيها من عادات وأعراف.

2/ أداء اليمين القانونية:

اليمين هو اتخاذ الله تعالى شاهدا على صحة ما يقوله الحالف أو على صحة ما يقوله الطرف الأخر، وهو طريق غير عادي من طرق الاثبات، يلجأ اليه الخصم عندما يعوزه الدليل فيحتكم الى ضمير خصمه بتوجيه اليمين اليه[2].

اعتبر المشرع اليمين أساس الاثبات الذي يبنى عليه الحكم في حالة النزاع، وتقريرها كمبدأ للاثبات حمل العديد من النقائص، بحيث لم يبين طبيعتها أو شكلها أو حتى كيفية أدائها، ولم يتطرق الى كل ما يحتمله تطبيقها من اِحتمالات.

فلم يحدد القانون طبيعتها القانونية "يمين متممة" أم "يمين حاسمة"، فاليمين الحاسمة هي التي يؤديها الخصم بتوجيه من خصمه من أجل حسم النزاع وصحة الإدعاء، ويكون حكم القاضي موقوف على تأدية نفس اليمين أو نكولها، وقد تناولها القانون في المادة 343 ق م[3]على أنها حق خاص بالخصم، وليس للقاضي أن يطلب أو يأمر باليمين الحاسمة.

أما اليمين المتممة فتناولها القانون في المادة 348 ق م[4]فيوجهها القاضي في حالتين اِما أن يكون الدليل كاملا فتتممه أو عند اِنعدام الدليل[5].

وعليه فاليمين المحددة بنص المادة 73 ليست اليمين الحاسمة لأنها لا توجه من قبل الخصم، وهي أقرب الى اليمين المتممة لكونها توجه من قبل القاضي في حالة اِنعدام أو عدم كفاية الدليل، الا أنها من حيث طبيعتها القانونية يمين من نوع خاص أفردها المشرع بنص قانوني

1) باديس ديابي، المرجع السابق، ص 107.

2) الغوثي بن ملحة، طرق وقواعد الاثبات ومباشرتها في النظام القانوني الجزائري، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 2001، ص 84.

3) جاء فيها:" يجوز لكل من الخصمين أن يوجه اليمين الحاسمة للخصم الاخر".

4) تنص" للقاضي أن يوجه اليمين تلقائيا الى أي من الخصمين ليبني عليها حكمه في موضوع الدعوى أو فيما يحكم به".

5) الغوثي بن ملحة، المرجع السابق، ص 93.

صريح لدرء النزاعات المطروحة أمام القضاء وتوجه مباشرة للشخص الذي تجب عليه[1]، فهي بذلك تميل الى اليمين المتممة، وهو ما تؤكده قرارات المحكمة العليا[2].

ومن حيث كيفية أدائها فالقانون لم يبين الطريقة والشكل الذي تؤدي به اليمين، ولم يورد صيغة معينة لأدائها غير أن الطابع الديني لليمين يجعلها تتم وفقا لما هو مقرر في الدين، كما أن مكان تأديتها اشكال حقيقي، ولذلك وأمام هذا السكوت نجد أن القضاة اِتجهوا اِتجاهات متباينة ومختلفة فمنهم من قرر الزام الزوج أو الزوجة بحلف اليمين مساء يوم الجمعة لقداستها بعد صلاة العصر بالمسجد وتحت اشراف المُحضر وأمين الضبط، وغالبا ما يصدر مثل هذا الحكم خالي من الإشارة على حضور الخصم ومن صيغة اليمين وأحيانا يخلو من الإشارة الى حضور القاضي الذي قضى بها.

لذلك كان يجدر بالمشرع تنظيم هذا الجانب، باعتبار أن اليمين هي أساس المادة 73 ويفصل في طبيعتها، ويحدد شكلها وكيفية ومكان أدائها، والنص على ضرورة الإشارة لجميع هذه الجزئيات في الحكم، فيحسم الإختلاف فيها ويضبطها بقواعد حاسمة لا تحتمل التأويل، لأن اليمين واِن كانت ذات بعد ديني تجعل الناس يصدقون من يؤديها، الا أن وقتنا الراهن ضعف فيه الوازع الديني وسيطرت الماديات فقد يحلف ألاف المرات كذبا[3].

1) عبد الفتاح تقية، الطلاق بين أحكام تشريع الأسرة والإجتهاد القضائي، المرجع السابق، ص 203.

2) ينظر قرار م ع، غ أ ش م، ملف رقم 134417 بتاريخ 1996/07/09، م ق، ع 02، سنة 1999،ص 72.

3) عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 313.

المطلب الثاني: إشكالات الآثار غير المالية لإنحلال الرابطة الزوجية.

فصل القانون في موضوع الحضانة مراعيا لجميع جوانب الحماية اللازمة للطفل، غير أن طابعها الخاص جعل مهمة القاضي شاقة ومتعبة، لتعلقها بشخص ضعيف تدخل القانون لحمايته ووضعه في كنف الشخص الأقدر على توفير الجو المناسب لنموه وتطوره، وكذا توفير كافة الشروط والعناصر اللازمة لممارستها، وبرغم وفرة النصوص القانونية الا أن تطبيقها يوحي بوجود العديد من الإشكالات تتعلق بإسنادها وإنتهائها، أو بممارستها.

الفرع الأول: إسناد الحضانة وسقوطها.

أول تطبيق للحضانة هو اسنادها، ولذلك فإن الأحكام المنظمة له تشكل المرجع الأساسي للقاضي لتقدير مستحقي الحضانة، وترتبط أساسا بفكرة مرنة ومعيارية ليس من السهل تقديرها تتمثل في قاعدة مراعاة مصلحة المحضون عند اسناد الحضانة، أو عند القضاء بسقوطها عن مستحقيها

أولا: الأحكام القانونية المتعلقة باسناد الحضانة

يواجه القاضي في مسألة اسناد الحضانة نزاعا حقيقيا بين مستحقيها، فيحدد صاحب الحق منهم تبعا لمعيار مصلحة المحضون، الأمر الذي يطرح عدة اشكالات، ولبيان ذلك سنتناول القواعد العامة لإسناد الحضانة، ثم دور القاضي في دعوى الإسناد.

1-القواعد العامة لاسناد الحضانة

عرّف المشرع الحضانة[1] في نص المادة 62 ق أ ج[2] فهي القيام بتربية الطفل ورعاية شؤونه وتدبير طعامه وملبسه وتنظيفه ونومه وتعليمه حتى بلوغ سن معينة ممن له الحق في ذلك، ويكون قد تماشى مع التعاريف الفقهية[3]، الا أنه فضل لفظ "الولد" عن لفظ "الصغير"، وربما يرجع ذلك

1) لغة: مصدر حضنت الصغير حضانة، أي تحملت مؤونته وتربيته، مأخوذة من الحضن وهو الجنب، ينظر عبد الرحمن الجزيري، المرجع السابق، ص 1134.

2) بأنها:" الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا ويشترط في الحاضن أن يكون أهلا للقيام بذلك"،

3) عرفهاالفقهاء تعريفات مختلفة، ولكنها متقاربة تدور كلها حول حفظ الصغير ورعاية شؤونه، ويمكن إجمالها بالتعريف التالي: حفظ الصغير مما يضره بقدر المستطاع، والقيام بتربيته ومصالحه، من تنظيف واطعام وما يلزم راحته، ينظر، عبد الرحمن الجزيري، المرجع السابق، ص 1134.

لإجازته لتمديد الحضانة الى سن 16 سنة للذكور والأنثى ببلوغها سن الزواج في المادة 65 ق أ[1]، ويبدوا أن تعريف المشرع جامع وشامل، فقد احتوى أهداف وأسباب الحضانة وكل ما يتعلق بحاجيات الطفل الدينية والصحية والخلقية والتربوية والمادية.

ومنه يتعين على القاضي عند الفصل في حق الحضانة مراعاة كل العناصر المذكورة في المادة 62، وأن يراعي تبعا لذلك حاجيات المحضون ومصلحته الحقيقية التي يجب أن تتوافر له طيلة مدة حضانته، فعملية اسناد الحضانة تعني تقدير القاضي للشخص الأقدر على تحمل هذه المسؤولية الذي تتوافر فيه مجموعة من الإعتبارات والشروط ليكون الأقدر على رعاية الولد، وعليه فإنها مسألة ليست بالهينة لأن المشمول بالحماية هو الطفل، لذا يجب البحث والتحري عن الأقدر على توفيرها[2].

وتعد دعوى اسناد الحضانة الأكثر تنازعا أمام القضاء، فكثيرا ما يتنازع الزوجين أو أصحاب الحق في الحضانة للحصول عليها، ما يجعل مهمة القاضي دقيقة ومعقدة، ويطالب بالأولاد اِما بصفة تبعية مرفقا بدعوى فك الرابطة الزوجية (طلاق، تطليق، خلع) لأنها من أثار الطلاق، ويفصل القاضي فيها عند الحكم بالطلاق، ويمكن طلب الحضانة في شكل عريضة افتتاحية وفقا للشروط والأشكال المقررة في ق إ م إ، أو في شكل أمر على عريضة بحيث أجاز القانون أن يتم الفصل على وجه الإستعجال بموجب أمر على عريضة في جميع التدابير المؤقتة لاسيما منها المتعلقة بالنفقة والحضانة والزيارة والمسكن، ويؤول الإختصاص في اصدارها لقاضي شؤون الأسرة بحسب المادة 425 من ق إ م إ التي تنص:" **يمارس رئيس قسم شؤون الأسرة الصلاحيات المخولة لقاضي الاستعجال**"، وهي من المستجدات التي جاء بها قانون إ م إ والذي خول لرئيس قسم شؤون الاسرة وعلى غرار غيره من رؤساء الأقسام مهمة الفصل في مسائل الاستعجال بدلا من رئيس المحكمة وحسنا فعل المشرع في هذا، لأنه غالبا ما تستمر دعوى الطلاق لأشهر، فيجب تقرير مصير المحضون بصفة مؤقتة لحمايته الى غاية صدور حكم في الموضوع، وبالتالي فرئيس القسم أكثر دراية بالقضية وظروف الطفل ما يمكنه من اصدار أمر يتماشى مع مصلحته[3].

1) باديس ديابي، المرجع السابق، ص 124.

2) عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 293.

3) باديس ديابي، المرجع السابق، ص 150 وما يليها.

واسناد الحضانة يفترض تحديد الأشخاص المستحقين لها، فلا يعقل اسنادها لشخص ليس له الحق فيها، حيث حددهم المشرع في نص المادة 64 ق أ[1]، وعليه فأصحاب الحق في الحضانة قانونا هم الأم والأب الجدتين لأم ثم لأب فالخالة فالعمة ثم الأقربون درجة.

اتفق الفقهاء على أن الأم هي الأولى بحضانة ولدها ما لم تتزوج بغير قريب محرم للمحضون، لأن درجتها ممتازة ولا ينازعها أحد فيها لعظم دورها في تربيتهم وتنشئتهم صحيا واِجتماعيا وأخلاقيا، لهذا قدمت الأم رعاية لمصلحة المحضون الطفل[2].

جاءت مرتبة الأب بعد الأم مباشرة، لأن مسؤوليته في توفير الرعاية المناسبة لأولاده تتضاعف بالنسبة له أكثر من غيره، وبعد الأم والأب تأتي الجدتين لأم ثم لأب فالخالة ثم العمة، مرة من جهة الأم ومرة من جهة الأب الى غاية الوصول الى الأقربون درجة.

لكنه لم يحدد المقصود بالأقربون درجة خاصة وأن القرابة ودرجاتها فيها تفصيل وخلاف فقهي، وهو ما يجعل سلطة القاضي هي السائدة في تحديدها، وحسن فعل المشرع بتركه مهمة اختيار الأصلح من الأقرباء للمحضون، فلا يمكن حصر كل الأقارب في مادة قانونية، فيرجع الأمر لسلطة القاضي لاختيار القريب الذي يتحقق معه مصلحة المحضون[3].

2-دور القاضي في دعوى الإسناد:

دور القاضي ايجابي في دعوى اسناد الحضانة بتحديد مستحقها بما يملكه من سلطات لمواجهة النزاع الحاصل فيها، أو التصدي لإشكالية عدم المطالبة بها من طرف مستحقيها.

أ/النزاع حول الحضانة:

ترتيب مستحقي الحضانة الذي وضعه المشرع ليس ملزما للقاضي، بل يتوجب عليه مراعاة مصلحة المحضون وان خالف الترتيب القانوني، فيسندها لمن تتوفر فيه الشروط اللازمة للرعاية لتحقيق مصلحة المحضون[4].

---

1)"الأم أولى بحضانة ولدها ثم الأب ثم الجدة لأم ثم الجدة لأب ثم الخالة ثم العمة ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون".

2) باديس ديابي، المرجع السابق، ص 69.

3) زكية تشوار حميدو، مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة(دراسة مقارنة)، أطروحة دكتوراه، جامعة تلمسان، كلية الحقوق، 2004-2005، ص 370.

4) بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص 254.

فالمشرع رهن مسألة اسناد حضانة الطفل بتوافر مصلحته، وبذلك وسع من دور القاضي وأعطاه مجال أوسع من التقيد بالنصوص القانونية الى حد البحث عن مصلحة المحضون.

غير أن هذه القاعدة تصعب مهمة القاضي لإرتباطها بوقائع وظروف تختلف من حالة لأخرى، ومن جهة أخرى فهي مرنة وسهلة التطور والتغير، فمصلحة الطفل تختلف من وقت لأخر، فما يصلح له في الحاضر قد لا يصلح في المستقبل، ولكن رغم عدم وضع تعريف يضبط هذه القاعدة الا أنها تتميز بخصائص تنفرد، فهي ذاتية وشخصية أي أنها تتعلق بكل طفل على حدا، فالقاضي ينظر لحالة كل طفل بما يخصه ويحدد مصلحته، فما يصلح لطفل حديث العهد بالولادة لا يصلح بالضرورة لابن السادسة من العمر؛ كما أنها ليست قاعدة ثابتة بل هي قابلة للتغير، فما كان يصلح للمحضون سابقا لا يصلح له في وقت أخر[1]، ولأجل توفير الحماية والمصلحة الكافية جعل القانون مصلحة الطفل فوق كل اعتبار، ولذلك منح القاضي آليات تساعده في تحقيق ذلك ومن بينها؛ اجراء الخبرة المادة 126 ق إ م إ[2]، بالاستعانة بالمتخصصين لتقدير هذه المصلحة باعتماده على تقاريرهم "المرشد الإجتماعي" أو "المختصين النفسانيين"؛ واجراء المعاينات والإنتقال للأماكن المادة 146 من ق إ م إ[3]، ما يمكنه من أخذ صورة ميدانية على وضع المحضون وما يعيشه ليستطيع بناء حكمه عليها، واجراء سماع الشهود المادة 150 من ق إ م إ[4].

غير أن هذه الأليات لا تحقق الهدف منها ليس لعدم نجاعتها من الناحية القانونية، بل لعدم قدرة القاضي على القيام بها كلها نظرا للكم الهائل من القضايا وازدحام المحاكم في وقتنا مما يقف عائقا أمام تطبيق هذه النصوص، وبالتالي فتفعيل هذه الأليات مرهون بتوفير الوقت الكافي لتحري الأصلح بإنشاء محاكم خاصة بالأسرة يديرها قضاة متخصصون لهم الدراية الكافية والوقت اللازم لتحري ذلك.

---

1) صالح بوغرارة، أحكام النسب والحضانة على ضوء التعديلات الأخيرة لقانون الأسرة، مذكرة ماجستير، جامعة الجزائر، كلية الحقوق،2007/2006، ص 104.

2) تنص على أنه:" يجوز للقاضي من تلقاء نفسه أو بطلب من أحد الخصوم تعيين خبير أو عدة خبراء من نفس التخصص أو من تخصصات مختلفة".

3) تنص على أنه:" يجوز للقاضي من تلقاء نفسه أو بطلب من الخصوم القيام باجراء معاينات أو تقييمات أو تقديرات أو إعادة تمثيليات الوقائع التي يراها ضرورية مع الإنتقال لعين المكان".

4) تنص على أنه:" يجوز الأمر بسماع الشهود حول الوقائع التي تكون بطبيعتها قابلة للاثبات بشهادة الشهود ويكون التحقيق فيها جائزا"

ب/ عدم المطالبة بالحضانة:

إذا تنازع مستحقوا الحضانة فيفترض بداهة اسنادها لمن تتحقق معه مصلحة المحضون، لكن السؤال الذي يطرح عند التطبيق هو حالة عدم المطالبة بالحضانة من طرف مستحقيها، فكيف سيكون حكم القاضي هنا؟

هذا المشكل غالبا ما يحدث بدافع الإنتقام، فترفض الزوجة حضانة ولدها لدفع الزوج على مراجعتها أو بضغط من أهلها[1]، رغم الحماية الممنوحة للمطلقة الحاضنة وحقها المقرر في النفقة والسكن[2]، تبقى كثير منهن رهينة العرف السائد، فما الحل لهذا الإشكال؟

اِما أن يتصرف القاضي من تلقاء نفسه ويسندها لمستحقها تطبيقا لمصلحة المحضون حتى ولو كان ذلك بمثابة الحكم بأكثر ما يطلبه الخصوم[3]، واِما أن القاضي لا يتصدى مطلقا لمسألة الحضانة مادام لم يطالب بها أحد ولنا ان نتصور وضع الطفل المحضون في هذه الحالة وكيف سيكون مآله خلال هذه الفترة، وبالرجوع الى الحضانة من حيث كونها حق للأم لها أن تتنازل عنه، وبالموازاة فهي حق للطفل المحضون ويجوز اِجبارها على حضانته فاذا كانت الحضانة حق للصغير فإن الأم تجبر عليها اذا تعينت لها، مادام الطفل بحاجة اليها ولا يوجد غيرها كي لا يضيع حقه في التربية والتأديب[4].

فتقدير مصلحة المحضون المكرسة قانونا، تفترض ضرورة تدخل القاضي على اجبار الأم على الحضانة ولو كانت تنقصها بعض الشروط التي قد لا تؤثر على مصلحة الطفل، أو اجبار من يليها درجة ممن تتوفر فيهم الشروط[5] لتحقيق مصلحة المحضون عند اسنادها ومنعا لتعنت الأباء، واضافة نص قانوني صريح يتضمن الإشارة لحالة عدم المطالبة بالحضانة من طرف مستحقيها بحكم القاضي اجباريا لمن تتحقق معه مصلحة المحضون، كما أن دور النيابة العامة كطرف أصلي في قضايا الأسرة أهمية كبيرة في تحقيق ذلك، من خلال تقديم طلبات باسناد الحضانة لمن تتوفر فيه شروط استحقاقها.

---

1) عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 295.

2) سيتم التفصيل في هذه العناصر لاحقا عند الحديث عن الجانب الخاص بممارسة الحضانة.

3) يعتبر الحكم بأكثر مما يطلبه الخصوم ضمن الحالات 18 التي يبنى عليها الطعن بالنقض.

4) محفوظ بن صغير، المرجع السابق، ص 284.

5) عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 295.

ثانيا: الأحكام القانونية المتعلقة بسقوط الحضانة

قاعدة مصلحة المحضون تتميز بمرونة تجعل وضع المحضون قابل للتغير، كأن تستجد ظروف تجعله في وضع يهدد أمنه وسلامته الجسدية والنفسية، لذلك جعل القانون حق الحضانة قابلا للسقوط كلما كانت مصلحة المحضون في خطر، وحالات السقوط تنطوي على بعض الثغرات في حالات السقوط المقررة في شكل تنازل، وفي حالات السقوط العامة.

1/ سقوط في شكل تنازل:

ان سقوط الحق في الحضانة لا يتم بصفة ألية بمجرد توفر حالة منصوص عليها قانونا، فلابد من اللجوء الى القاضي لتقدير مدى توفر الشروط المسقطة للحضانة من عدمها، استنادا الى قاعدة مراعاة مصلحة المحضون، وقد تناول القانون مجموعة من حالات السقوط تكتسي طابع التنازع وتتمثل الحالات التالية:

أ/ زواج الأم بغير قريب محرم:

هي حالة تضمنتها المادة 66 من ق أ:" **يسقط الحضانة بالتزوج بغير قريب محرم**"، هذا المبدأ مستمد من الفقه الإسلامي الذي اِعتبر زواج الحاضنة بغير قريب محرم للصغير يسقط حقها في ممارسة الحضانة[1]، أي أن المتزوجة بأجنبي لا يمكنها من العناية به فلا يجد العطف والرحمة ولا الظروف التي تنمي ملكاته ومواهبه، أما إذا تزوجت بقريب محرم للصغير مثل عمه فحضانتها لا تسقط لأنه من مستحقي الحضانة وله صلة بالطفل وقرابة تجعله يشفق عليه ويرعى حقه فيتم بينهما التعاون على كفالته[2].

ويلاحظ أن النص لم يحدد التكييف المناسب لزواج الأم بأجنبي، من حيث أنه تنازل رضائي عن الحضانة أو تنازل اِجباري؟، وهذا ضروري لتحديد مدى قيام حق الأم في العودة بالمطالبة بالحضانة إذا زال سبب السقوط بطلاقها أو وفاة زوجها.

ذهب جانب من القضاء، لعدم جواز مطالبة الأم بالحضانة لكونها اِختارت الزواج بأجنبي، فيعد ذلك تنازلا صريحا ورضائيا عن حقها، وعليه فان اسناد الحضانة اليها يعتبر مخالفا للقانون[3]،

---

1) وأساس هذا ما رواه عبد الله بن عمرو:" أن اِمرأة قالت: يارسول الله، ان ابني هذا كان بطني له وعاء، وحجري له حواء وثديي له سقاء وزعم أبوه أنه ينزعه مني، فقال صلى الله عليه وسلم :" أنت أحق بهم مالم تنكحي" ، ينظر: السيد سابق، المرجع السابق، ص 220– 221.

2) السيد سابق، المرجع السابق، ص 221.

3) ينظر قرار م ع ملف رقم 102886 بتاريخ 1994/04/19، نشرة القضاة، ع 51، ص 92.

وذهب جانب أخر الى أن زواجها تنازل غير اِختياري ولها أن تعود للمطالبة بها[1]، ولكن تبقى مصلحة المحضون هي أساس تحديد مدى قيام حقها بإسترجاع الحضانة.

ب/ التنازل:

نصت عليه المادة 66 م ق أ:" **وبالتنازل ما لم يضر بمصلحة المحضون**"، وأساس قابلية حق الحضانة للتنازل كونه من الحقوق، فيجوز لصاحبها التنازل عليها، والتنازل الإختياري عن الحضانة من المسقطات التي لا تجيز طلب استرجاعها مستقبلا[2]، ولكن إذا اقتضت مصلحة المحضون فيجوز اعادة اسنادها لمن تنازل عليها[3].

احتوى النص القانوني قيدا يتعلق بمصلحة المحضون، أي أن التنازل عن الحضانة يجب ألا يتعارض مع مصلحة المحضون، فلا يعتد بأي تنازل تختل معه مصلحة المحضون، وقد استقر القضاء على هذا المبدأ[4]، فقاعدة مصلحة المحضون تسموا على كل تنازل، فيجوز اجبار مستحق الحضانة على ممارستها كلما اقتضت المصلحة ذلك.

2/ الحالات العامة للسقوط:

تضمن القانون أسباب تسقط الحضانة، حملت استفهامات وتتعلق هذه الأسباب:

أ/ مرور سنة دون المطالبة بالحضانة: وضع المشرع قيد زمني على مستحق الحضانة والا سقط حقه فيها، أورده في نص المادة 68:" إذا لم يطلب من له الحق في الحضانة مدة تزيد عن سنة بدون عذر سقط حقه فيها"، بحيث إذا لم يقم بالمطالبة بالحضانة قضائيا سقط حقه الا إذا قدم عذرا يعفيه من ذلك، لكن المشرع لم يبين إذا كانت حالة السقوط هذه تكون بقوة القانون وبمجرد مرور سنة، أم أن القاضي من يقرر ذلك؟

في هذا الصدد هناك من يرى أن حق الحاضن يسقط بقوة القانون وليس للقاضي الا تقرير هذا السقوط بموجب حكم[5]، وهناك من ذهب الى أن القاضي هو من يقدر إن كان التأخير يعني التنازل عنها أو لا، فالعذر الذي وضعه المشرع لا يقدره الا القاضي[6].

---

1) ينظر قرار م ع، غ أ ش م، ملف رقم 201336 بتاريخ 1998/07/21، 1990، ع خ، ص 178.

2) ينظر قرار م ع، غ أ ش ، ملف رقم 189234 بتاريخ 1998/04/21، م ق، 2001، عخ، ص 175.

3) ينظر قرار م ع، غ أ ش م، ملف رقم 220470 بتاريخ 1998/07/21، م ق ، عخ، ص 181.

4) ينظر قرار م ع، غ أ ش م، ملف رقم 44858 بتاريخ 1987/12/27، م ق، 1990، ع 04، ص 50.

5) عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 301.

6) زكية حميدو تشوار، مصلحة المحضون في القوانين المغاربية، المرجع السابق، ص 507.

ويلاحظ أن المشرع لم يحدد تاريخ بداية سريان هذه المدة المحددة قانونا للسقوط، ما يحيل المسألة الى نص المادة 222 ق أ والتي تحيل القاضي الى قواعد الشريعة الإسلامية، فنجد أن القضاء جعل بداية سريان مدة السنة من تاريخ ثبوت اِستحقاق الحضانة أي من تاريخ فصل القاضي في مسألة الحضانة[1] متأثرا بالمذهب المالكي.

ويلاحظ أيضا أن المشرع لم يوضح طبيعة الأعذار وأنواعها ولم يورد مثالها، ما ترك للقاضي سلطة كبيرة في تقدير وجود العذر بما يتماشى مع مصلحة المحضون، لكن يمكن أن تختل مصلحة المحضون بسبب مطالبة مستحق الحضانة برجوعها له واسقاطها عمن يملكها لأنه أثبت عذرا مقبولا فتسند اليه الحضانة وتنتزع من الحاضن السابق الذي يكون المحضون قد ألفه وتعود عليه، وذلك يهدد الإستقرار النفسي للمحضون، وعليه فإن اسقاط الحضانة واسنادها لشخص أخر لا يتم الا بعد التأكد من أن لا ضرر سيلحق بالمحضون.

* سقوط الحضانة عن الجدة أو الخالة:

نصت عليه المادة 70:" **تسقط حضانة الجدة أو الخالة إذا سكنت بمحضونيها مع أم المحضون المتزوجة بغير قريب محرم**"، وعليه يسقط حق الخالة والجدة في الحضانة إذا كانت تقيم بشكل دائم بالمحضون مع أمه المتزوجة بشخص غير محرم للمحضون، فيجوز لمن ستنتقل اليه الحضانة أن يطالب قضائيا بسقوط الحضانة واسنادها اليه[2]، ونرجح أن المشرع أسقط الحضانة بسبب المساكنة لنفس سبب اِسقاطه لحق الأم لزواجها بأجنبي لحماية المحضون من الإقامة معه لأنها ستعرضه للأذى.

ب/ سقوط الحضانة بسبب اِختلال أحد شروطها:

خص المشرع موضوع تحديد شروط الحضانة الواجب توافرها في الحاضن بشكل عام بفقرة واحدة جد مختصرة في المادة 62 بقوله:" **ويشترط في الحاضن أن يكون أهلا للقيام بذلك**"، والأهلية المقصودة هنا هي القدرة على تربية المحضون والقيام بشؤونه، ويشترط في الحاضن توافر صفات معينة تتحقق بها أهليته، واذا اِختلت واحدة منها سقط حقه فيها واِنتقل الى من يليه[3]، مع

---

1) جاء في القرار الصادر بتاريخ 1984/07/09:"...ان الإجتهاد القضائي جرى على أنه لا يقبل الطلب الذي يقدم بعد عام من تاريخ الفصل في الحضانة ..."، ينظر زكية حميدو تشوار، مصلحة المحضون في القوانين المغاربية، المرجع السابق، ص 513.

2) عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 302.

3) باديس ديابي، المرجع السابق، ص 54.

مراعاة مصلحة المحضون، وتطبيقا لهذا فان كل سبب صحي أو خلقي يتعارض مع القدرة على القيام بشؤون المحضون يسقط الحضانة عن مستحقها، وعدم تحديد المشرع ولو مثالا لهذه الشروط للاعتداد بها كمسقطات للحضانة في حالة غيابها، يجعل للقاضي سلطة واسعة في تقرير ذلك، مع مراعاة مصلحة المحضون قبل اِصدار حكم السقوط[1].

الفرع الثاني: ممارسة الحضانة

تتطلب الحضانة توفر عناصر مادية ومعنوية لضمان الجو المناسب لممارستها.

أولا: العناصر المادية لممارسة الحضانة

تتمثل العناصر المادية لممارسة الحضانة في عنصرين أساسين لتحقيق المصلحة المادية للطفل المحضون، ويتعلق الأمر بحق المحضون في النفقة، وحقه في السكن.

1/ حق المحضون في النفقة:

حضانة الطفل مظهر من مظاهر العناية والإهتمام بالطفولة، وتحقيقها يكون بتوفر عناصر مادية من تغذية وكسوة وعلاج وكل نفقة تتطلبها معيشة المحضون، فالنفقة تجب بثلاث أسباب وهي: الزوجية، الملك والقرابة، ونفقة الأقارب تكون على الأباء لأبنائهم، وعلى الزوج لزوجته، وهي واجبة بكتاب الله وسنة رسوله صلى الله عليه وسلم، وسبب وجوب نفقة الصغار أن الفرع جزء من أصله، فكما يجب أن ينفق على نفسه فيجب أن ينفق على جزئه إذا كان محتاجا، وتبعا لذلك تجب نفقة الأصل على فرعه[2]، فالأب ملزم بالنفقة في اِطار عمود النسب.

عالج المشرع هذا الجانب بنص المادة 75 ق أ[3]، فالأصل أن نفقة الطفل تكون من ماله[4]، فيسديد جميع احتياجاته المادية من ماله الخاص، لكن إذا كان بلا مال فنفقتة تجب على الأب ويتحمل جميع نفقات المحضون.

لكن إذا كان المحضون بلا مال، والأب عاجز عن الإنفاق من سينفق على المحضون؟

اتجه غالبية فقهاء القانون والقضاء لتطبيق المادة 76 من ق أ التي تنص:" **في حالة عجز الأب تجب نفقة الأولاد على الأم إذا كانت قادرة على ذلك**"، بحيث ينتقل الطابع الوجوبي للإنفاق

1) عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 301.

2) احمد شامي، المرجع السابق، ص 319.

3) :" تجب نفقة الولد على الأب ما لم يكن له مال، فبالنسبة للذكور الى سن الرشد والإناث الى الدخول وتستمر في حالة ما إذا كان الولد عاجزا لفئة عقلية أو بدنية أو مزاولا للدراسة، وتسقط عنها بالكسب"،

4) كأن يكون الطفل المحضون وارثا وأن يكون موهوبا أو موصى له بأموال من الأقارب.

الى الأم الميسورة الحال فتتحمل التبعات المادية للمحضون، ويسقط عن الأب الذي ثبت عجزه بعدم قدرته على تحصيل الكسب بسبب المرض أو الإعاقة، فلا يمكن أن تطبق في حالة تقاعسه عن الكسب[1].

لكن ماذا لو ثبت عجز كل من الوالدين عن الإنفاق، فهل يلزم بها الأقارب حسب القدرة والاحتياج وحسب درجة القرابة تطبيقا للمادة 77 ق أ؟، وإذا افترضنا تطبيقها فالظروف الاجتماعية الراهنة ستصطدم بها لا محالة، فلا يمكن اجبار أحد الأقارب بها وهو بالكاد ينفق على أهله، فيكون هو الأخر في حكم المعسر.

والملاحظ أن المطلقات والمحضونين يبقون لسنوات دون نفقة رغم حصولهم على أحكام قضائية تلزم الاب بدفعها، ومع ذلك فإنه يفضل تنفيذ الحكم الجزائي ولا يقوم بتسديد مبلغ النفقة، وهل سيبقى المحضون بدون نفقة طوال فترة حضانته ومن سيتولى ذلك؟

وسبب هذا هو عدم نجاعة الأليات المقررة لتنفيذ هذه الأحكام، فالقضاء يكتفي باصدار الحكم القاضي بوجوب النفقة دون وجود متابعة حقيقية أو ضمانات للتنفيذ.

لذلك يجب ضبط المسألة بحلول ذات فعالية لمساعدة الحاضنات على التكيف الاجتماعي والنفسي، بتقديم الدعم المادي للمطلقات الحاضنات وذلك باستحداث صندوق اجتماعي للنفقة يقوم بمساعدة المطلقات على تحصيل النفقة، حيث ينحصر دوره بمهمتين أساسيتين: تأدية مبالغ النفقة المستحقة للمطلقة والأولاد؛ ثم العودة على الزوج لتحصيل المبالغ المدفوعة وفق اجراءات محددة مسبقا لذلك، وهو ما جسده المشرع الجزائري بموجب القانون 01/15 المؤرخ في 04 يناير 2015 المتضمن انشاء صندوق النفقة، حيث حدد طبيعة النفقة التي يضمنها الصندوق وهي النفقة المحكوم بها وفقا لأحكام ق أج لصالح المحضون بعد طلاق الوالدين وكذلك النفقة المحكوم بها مؤقتا لصالح المحضون في حالة رفع دعوى الطلاق والنفقة المحكوم بها للمرأة المطلقة.

2/ حق المحضون في السكن:

وهو العنصر المادي الثاني لممارسة الحضانة وقد تم النص عليه بموجب المادة 72 من ق أ[2]، ويلاحظ أن المشرع خصص مادة قانونية منفردة لهذا الحق وفصله عن حقه في النفقة، مع أنه

---

1) باديس ذيابي، المرجع السابق، ص 154.

2):" في حالة الطلاق يجب على الأب أن يوفر لممارسة الحضانة، سكنا ملائما للحاضنة، وان تعذر ذلك فعليه دفع بدل الايجار وتبقى الحاضنة في بيت الزوجية حتى تنفيذ الأب للحكم القضائي المتعلق بالسكن".

جعل السكن من مشتملات النفقة في المادة 78 من ق أ[1]، حيث ألزم المشرع الأب صراحة بضرورة تخصيص مسكن لممارسة الحضانة بالنسبة لأولاده وهو ما يستشف من عبارة: "يجب على الأب"[2].

والحقيقة أن المادة 72 السالفة الذكر حملت بعض الثغرات في العديد من جوانبها، وأولها استعمال المشرع لعبارة "ببقاء المطلقة ببيت الزوجية"، فلا يمكن أن ينطبق على حالة الطلاق والراجح هو بقائها في بيت المطلق لأن الزوجية قد زالت بالطلاق، كما أن المشرع لم يبين الأساس الشرعي والقانوني لبقاء المطلقة في بيت الزوجية، باعتبار أنه جعل حق المحضون في السكن مرتبط بالطلاق أي اِنتهاء الرابطة الزوجية، وعليه كيف لها أن تبقى في مسكن شخص أصبح أجنبيا عنها وتقيم معه[3]، وهذا أمر حرمه الله وسينجر عنه تنافر وصراع داخل بيت المطلق وتفقد الأسرة اِحترامها أمام الأولاد[4]، اضافة لذلك فهذا لا ينسجم مع الأعراف والعادات السائدة لأنه غالبا وبمجرد وجود خصومة طلاق تنتقل الزوجة مباشرة للإقامة في بيت أهلها وليس معروفا بقاء المرأة بعد طلاقها في بيت مطلقها ورفضها الخروج منه، فلا يمكن تصور قيام نزاع بين الزوجين الى غاية صدور الحكم بالطلاق والزوجة ما زالت في بيت الزوجية، وهو أمر في حكم المستحيل لأن الزوجة اِما أن تكون خرجت أو تم اِخراجها من بيت الزوجية[5].

كما أن صياغة المادة بربطها بقاء الحاضنة بمسكن الزوجية قصدت الأم فقط، مع أنها قد تكون غيرها كالجدة أو الخالة أو العمة.

كما خص المشرع ملاءمة المسكن بالحاضنة وليس بالمحضون باستعماله عبارة "ملائما للحاضنة"، فما هدف هذا الربط إذا الغرض من توفير المسكن هو الحفاظ على المحضون.

وأخيرا تطرح اشكالية تلاؤم نصوص القانون مع واقعنا الإجتماعي وأزمات البطالة والسكن التي ستحول دون تطبيق نص المادة، ذلك أن مسكن الزوجية قد يكون ملكا للزوج فاذا لم يستطع توفير بدل الايجار سيكون من حق الأولاد وعلى الزوج أن يخرج حتى ولو لم يكن له مكان أخر

---

1) والتي تنص:" تشمل النفقة: الغذاء والكسوة والعلاج والسكن او اجرته، وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة".

2) باديس ديابي، المرجع السابق، ص 87.

3) المرجع نفسه، ص 89.

4) زكية حميدو تشوار، مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للاسرة، ص 141.

5) أحمد شامي، المرجع السابق، ص 330.

يذهب اليه، أو يكون بيت الزوجية غير موجود أصلا بأن يكون ملكا لوالد الزوج أو أمه، وليس للزوج ما يدفعه كبدل ايجار، فما هو السبيل لممارسة الحضانة؟

ثانيا: العناصر المعنوية لممارسة الحضانة

يتمثل العنصر المعنوي لممارسة الحضانة في الحق في الزيارة، وقد أغفل القانون ضبطه بقواعد وأسس تنظمه ولم يحدد اِطاره العام، وعليه فسندرس ضوابط استعمال هذا الحق، ثم نتطرق لاشكالية الإنتقال بالمحضون وتأثيرها على حق الزيارة.

1/ ضوابط ممارسة حق الزيارة:

غالبا ما يحاول الحاضن الإستئثار بالولد وابعاده عن الأخر، مما يجعل المحضون محور للتنازع الأمر الذي ينعكس عليه سلبا[1]، ولتفادي هذا ولتضييق الهوة التي يعيشها المحضون، جاء تنظيم العلاقة التي تربط الأولاد المحضونين بوالديهم وأقاربهم بعد الطلاق، فنظم المشرع هذا الجانب تحت تسمية "الزيارة" ولم يحدد الغاية التي شرع من أجلها حق الزيارة[2]، ويتضح أنها لتوفير ما يحتاجه المحضون معنويا من تربية وتعليم وتوجيهه ومعاينته، ولشد الروابط الأسرية وصلة الرحم، كما حق الأب في مراقبة ظروف معيشة المحضون.

تطرق المشرع لحق الزيارة عند تنظيمه لأصحاب الحق في ممارسة الحضانة بفقرة وحيدة من المادة 64 من ق أ:" وعلى القاضي عند الحكم باسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة".

ويتضح من نص المادة، أن القانون أوجب على القاضي إذا حكم باسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة من تلقاء نفسه لمرات معينة وفي أوقات محددة حتى ولو لم يطلب منه ذلك، وما يفهم من عبارة "على القاضي" أن أسلوب المادة جاء على سبيل الوجوب[3]، وبذلك يكون القانون قد خرج عن القاعدة القانونية التي لا تجيز الحكم بما لا يطلبه الخصوم.

غير أن هذا الحكم فيه مضرة بالمحضون، فالحكم بالزيارة دون طلب صاحبها ودون مراقبة مدى أحقيته بها سينجر عنه اختلال مصلحة المحضون، ويتنافى مع المقصد السامي من تقرير هذا الحق، فالأب وغيره ممن له حق الزيارة قد يكون معروفا بانحلاله وسوء خلقه، فكيف يسمح له

---

1) الرشيد بن شويخ، المرجع السابق، ص 258.

2)جاء في المذكرة التوضيحية للقانون الكويتي بخصوص المادة 196 التي تنص على حق الرؤية منه بالقول:" أملا في التعاطف والتألف الأسري وصلة الأرحام وحتى لا يبقى أي شوائب ترسب في نفسية المحضون".

3) باديس ديابي، المرجع السابق، ص 90.

بزيارة المحضون وأخذه معه الى أماكن لا تليق به؟[1]، كم أن المشرع سكت كذلك عن تنظيم كيفيات ممارسته وعن ضوابطه، فالزيارة بما تحمل من معاني القربة والتآلف الأسري قد تخرج عن هدفها لأن الطفل سيكون أرضية ملائمة لتنمية الأحقاد ووسيلة ناجعة للانتقام بين المطلقين، وعليهينبغي على المشرع تنظيم هذا الحق لتحقيق مصلحة المحضون وتوفير الحماية القانونية له من هذه المظاهر السلبية.

ويبدوا أن المشرع أعطى للقاضي سلطة تنظيم هذا الحق بتحديد مكان ممارسته وأوقاته، وأغفل حالة تنظيم الزيارة باتفاق بين صاحب حق الزيارة والحاضن، فيتفقان على المدة والزمان والمكان، فيكون الأمر مبني على التراضي من أجل الطفل وان كانا متفارقين، ثم إذا تعذر اتفاقهما يتدخل القاضي وينظمه بما يتماشى مع مصلحة المحضون.

فحق الزيارة يمس الحياة الخاصة وحرية التنقل المحمية دستوريا، فيتوجب على الحاضن وصاحب حق الزيارة تنظيم وقتهما[2]، ويلاحظ أن القضاء لعب دورا كبيرا في تنظيم حق الزيارة بمحاولاته لايجاد حلول تتماشى مع مصلحة المحضون، فمن حيث المدة كرس القضاء أن حق الزيارة يكون مرة في الأسبوع على الأقل[3].

أما بالنسبة لمكان ممارستها، فاجتهد القضاء في تحديدها بما يتلاءم ومصلحة المحضون مراعيا العادات والأعراف الجارية في استعمال هذا الحق دفعا للضرر[4].

2/ أثر الانتقال بالمحضون على حق الزيارة

تناول المشرع مسألة الانتقال بالمحضون في نص المادة 69 من ق أج[5]، اذ يتفرع عن الالتزام بالحضانة، ثبوت حق الأب أو من ينوب عنه بزيارة المحضون باعتباره حقا طبيعيا له وأمرا ضروريا لمتابعته، وكثيرا ما تنشأ منازعات بشأن تقييد حركة الحاضن بسبب هذا الحق فيما يعرف بتقييد السفر بالمحضون، فهل يملك الحاضن الحق بالسفر بالمحضون الى دولة أجنبية، ما يعوق الأب أو غيره من رعاية أبنائه[6].

---

1) عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 297.

2) زكية حميدو تشوار، مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للاسرة، المرجع السابق، ص198.

3) ينظر قرار م ع، غ أ ش م، ملف 59784 بتاريخ 1990/04/16، م ق، 1991، ع 04، ص 126.

4) ينظر قرار م ع، غ أ ش م، ملف 79891 بتاريخ 1990/04/30، م ق، 1992، ع 01، ص 55.

5): " إذا اراد الشخص الموكول له الحق في الحضانة ان يستوطن في بلد أجنبي رجع الامر للقاضي في اثبات الحضانة له او اسقاطها عنه مع مراعاة مصلحة المحضون".

6) محفوظ بن صغير، المرجع السابق، ص 293- 294.

وفي هذا الشأن الزم المشرع صاحب الحق في الحضانة الرجوع اللقاضي الذي له كامل السلطة التقديرية في اثبات حق مواصلة ممارسة الحضانة خارج التراب الوطني او بسقوطها.

ويلاحظ أن المشرع في نص المادة 69 استعمل عبارة "**البلد الأجنبي**" التي تفسر بكل دولة غير الجزائر سواء مسلمة أم لا، لكن القضاء فسرها على أنها البلد الأجنبي الغير المسلم[1]، وأساس هذا الموقف الحفاظ على العقيدة الاسلامية وخوفا من ضياع الطفل دينيا، فكان يجدر بالمشرع استعمال عبارة **البلد الأجنبي الغير مسلم**، لضرورة الوضوح في نصوص القانون لخلق ممارسة قضائية مستقرة، كما يلاحظ ايضا أنه فرق بطريقة ضمنية بين ممارسة الحضانة داخل الوطن وخارجه، لكنه اكتفى فقط بحالة ممارستها خارج الوطن، وهذا السكوت يؤول لإحتمالين: اما أنه ترك المسألة للقضاء ومن ثم فقد أعطاه واسع النظر في تطبيق المادة 222 من ق أ ج، أو أنه اعتبر المسألة مفروغ منها وليست من مسقطات الحضانة مادامت تمارس داخل الوطن[2]، وبالتالي فهي لا تؤثر على الحق في الزيارة، والافتراض لا يكفي فيجب سد الفراغ القانوني بوجود اجتهاد يرجح أحد التأويلين ويجيب على السؤال: هل الإنتقال بالمحضون داخل الوطن يؤثر على ممارسة الحق في الزيارة، وبالتالي اعتباره من مسقطات الحضانة؟

لم يتطرق المشرع لحكم الإنتقال بالمحضون داخل الوطن، رغم أن الفقه الاسلامي تطرق لها ولحكمها وحدد المسافة التي يستطيع الحاضن أن ينتقل بالمحضون[3]، وحاول الإجتهاد القضائي سد النقص التشريعي، الا أنه تبنى اتجاهين مختلفين، فذهب اتجاه الى أن بعد المسافة بين الحاضنة وصاحب حق الزيارة لا يعد من مسقطات الحضانة ولا يمنع من استعمال حق الزيارة[4]، أما الاتجاه الأخر فأسقط الحضانة عن الأم بسبب الإنتقال بالمحضون داخل الوطن متمسكا بمسافة ستة برود الواردة في الفقه المالكي[5].

---

1) ينظر قرار م ع، غ أ ش م، ملف رقم 52207، م ق، 1990، ع 04، ص 74.

2) زكية حميدو تشوار، مصلحة المحضون في القوانين المغاربية، المرجع السابق، ص 555.

3) فذهب الحنفية الى ان لا تكون المسافة المنتقل اليها بعيدة عن بلدة اقامة ابوه، بحيث يمكن ان يزور ولده ويرجع في يومه، وحددها المالكية بأقل من ستة برود، فيجوز لها ان تستوطن فيها ولا يسقط حقها في الحضانة، والبريد هو اربعة فراسخ، والفرسخ ثلاثة اميال، المجموع 73 ميل، اما الحنبلية والشافعية فقد حددوها بمسافة القصر. ينظر، عبد الرحمن الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، قسم الأحوال الشخصية، الجزء 04، دار ابن حزم، بيروت، لبنان، 2010، ص 1137-1138.

4) ينظر قرار م ع، غرفة القانون الخاص، ملف رقم بتاريخ 1968/10/09، نشرة القضاة، ع 02، 1969، ص 38.

5) ينظر قرار م ع، غ أ ش م، ملف رقم 43594، م ق، 1992، ع 04، ص 41.

وهذا الموقف لا يجب أن يؤخذ على اطلاقه، فوقتنا الراهن تطورت فيه وسائل النقل[1]، كما أن مسؤولية الأباء في توفير الرعاية المادية والمعنوية لا يقف أمامها أي حاجز ولو كان بعد المسافة.

1) زكية حميدو تشوار، مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة، المرجع السابق، ص 558.

المبحث الثاني: الاشكالات العملية لانحلال الرابطة الزوجية.

يتم الفصل في الخصومات القضائية بصدور أحكام حائزة لقوة الشيء المقضي فيه، لتأتي مرحلة التنفيذ التي يفترض أن تتم بشكل عادي، الا أن تنفيذ بعض أحكام الطلاق تطرح اشكالاتتحول دون تجسيدها على أرض الواقع، ويرجع ذلك لسكوت القاضي في الحكم القضائي عن تفاصيل مهمة كان ينبغي الاشارة اليها بسبب النقص أو الغموض التشريعي، وتتعلق هذه الاشكالات في تنفيذ الأحكام القضائية سواء قبل أو بعد انحلال الرابطة الزوجية ومن أهمها حكم الرجوع إلى بيت الزوجية وما ينجر عنها من آثار، وأحكام التعويضات المالية.

المطلب الأول: إشكالات عملية قبل انحلال الرابطة الزوجية.

غالبا ما تنتهي دعوى الطلاق بعد اجراء الصلح وبطلب من الزوج بحكم يلزم الزوجة بالرجوع إلى بيت زوجها، فينص الحكم على إلزام الزوجة بالرجوع الى بيت الزوجية، وعلى وجوب دفع الزوج للزوجة نفقة تبدأ غالبا من تاريخ خروجها من بيت الزوجية الى غاية رجوعها الفعلي، كما ينص في بعض الأحيان على إلزام الزوج بتوفير مسكن منفصل أثاثا ومعاشا أي منفصل عن بيت أهله، وهذا درءا للمشاكل التي يتسبب فيها أهل الزوج.

هذه أهم النقاط التي يتضمنها حكم الرجوع غالبا، والتي تطرح اشكالات بمناسبة تنفيذها، وعليه سنتناول اشكالات تنفيذ حكم الرجوع إلى بيت الزوجية وإشكالات تنفيذ حكم نفقة الإهمال وحالة النشوز.

الفرع الأول: أهم إشكالات تنفيذ حكم الرجعة إلى بيت الزوجية

يلجأ الزوجان إلى القضاء من أجل وضع حد للنزاع بينهما، وقد يحكم برجوع الزوجة إلى بيت زوجها، وذلك بعد قيام الزوج بإجراءاته اللازمة، وهنا يتوجب على الزوجة تنفيذ حكم الرجعة فاذا رفضت تتغير الإجراءات والدعوى المرفوعة وتصبح ضدها، وعليه سنتناول في هذا المبحث الاشكالات التي تثور بمناسبة تنفيذ حكم رجوع الزوجة لبيت الزوجية.

أولا: إشكالات تنفيذ حكم الرجعة إلى بيت الزوجية الأصلي

سنتطرق أولا لإجراءات تنفيذ حكم الرجوع إلى بيت الزوجية الأصلي، ثم الحالات التي تثور عند إلزام الزوجة بالرجوع إلى بيت الزوجية الأصلي.

01/ إجراءات تنفيذ حكم الرجوع إلى بيت الزوجية الأصلي

أ/ مفهوم الرجوع إلى بيت الزوجية

لم يحدد ق أجمفهوم الرجوع إلى بيت الزوجية، ما نتج عنه ثغرات قانونية استغلها الطرفان للتملص من الإلزام، ومفهوم الرجوع إلى بيت الزوجية يعني "عودة الزوجة إلى بيت زوجها الذي كانت تسكنه رفقته قبل مغادرتها له، والإقامة فيه وممارسة كافة حقوقها وواجباتها المعتادة"[1]، أي أنه يجب عليها السكن مع زوجها كالمعتاد، ولا يعد رجوعا ذهابها صباحا ثم عودتها مساءا إلى بيت أهلها، أو رجوعها لبيت آخر يملكه الزوج غير الذي يسكنه الزوج[2]، فهنا تكون الزوجة لم تلتزم بمضمون الحكم القضائي.

ب/ إجراءات إلزام الزوجة بالرجوع إلى بيت الزوجية

بعد صدور حكم رجوع الزوجة إلى بيت الزوجية، ويمهر بالصيغة التنفيذية ليصبح قابلا للتنفيذ، يحرر المُحضر بطلب من الزوج محاضر خاصة بالتنفيذ طبقا لأحكام المواد 611-612-613 من ق إ م إ[3]وهي محضر التكليف بالوفاء(الإلزام) ومحضر تسليم التكليف بالوفاء ومحضر تبليغ السند التنفيذي، ويبلغها للزوجة طبقا لأحكام المواد 411 – 412 من ق إ م إ [4]ولها مهلة 15 يوما من تاريخ التبليغ الرسمي للتكليف لتنفيذ مضمون الحكم والرجوع إلى بيت الزوجية، وبعد انتهاء الأجل المقرر أو قبل انتهائه يُثبت المُحضر حالة الرجوع من خلال إجراء معاينة ميدانية لبيت الزوجية، وتثبيت حالة تواجدها به رفقة زوجها، فلا يكتفي المُحضِر بمجرد قولها له أنها ستعود لبيت الزوجية[5].

---

1) لم ينظم ق أج مسألة الرجوع إلى بيت الزوجية، إنما يستخلصها القاضي من واجبات الزوجة المنصوص عليها في المادة 36 ق أ، وتبعا لذلك له أن يلزم الزوجة بالرجوع إلى بيت زوجها إن هي لم يكن لها سبب جدي في الخروج منه.

2) فواز لجلط،" إشكالات تنفيذ الأحكام القضائية في مادة شؤون الأسرة"، مداخلة مقدمة ضمن فعاليات الملتقى الوطني الذي نظمته كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة يحي فارس بالمدية، الموسوم بعنوان: حماية الأسرة في التشريع الجزائري، يومي 05/04 نوفمبر 2015، المدية، ص 3.

3) قانون رقم 08-09 المؤرخ في 2008/02/25 ، المتضمن ق إ م إ ، ج ر ع 21، بتاريخ 2008/04/23 .

4) تتعلق بالتبليغ الشخصي والإجراءات الواجب اتباعها في حالة عدم مخاطبة المعني شخصيا .

5) فواز لجلط ،المرجع السابق ، ص 4 .

02/الحالات التي تثور عند إلزام الزوجة بالرجوع إلى بيت الزوجية الأصلي

غالبا ما تعترض عملية تنفيذ أحكام الرجوع إلى بيت الزوجية إشكالات تحول دون إتمام العملية على أحسن وجه، ويرجع ذلك لغياب النص القانوني وغموض الحكم القضائي محل التنفيذ، ومن أهم هذه الإشكالات نذكر:

أ/ حالة عدم النص صراحة على أن يكون الرجوع بسعي من الزوج:

عدم نص منطوق الحكم صراحة على أن يكون"**الرجوع بسعي من الزوج**"، ورغم أن القانون لم ينص عليها إلا أن بعض الأحكام القضائية تنص على ذلك، وهنالك أحكام عديدة تخلوا من هذا المصطلح مما يحدث إشكالا في تنفيذ الحكم القضائي، بحيث يتمسك الزوج بحرفية منطوق الحكم اذا لم ينص صراحة على أن يكون إرجاع الزوجة بسعي منه، فهو اما أن لا يقوم بطلب التنفيذ وان قام بطلبه لا يسعى لإعادة زوجته بالانتقال رفقة المُحضر بعد انتهاء أجل التكليف (15 يوم) من أجل إحضار زوجته، والمعروف أن عزة نفس الزوجة تمنعها من العودة دون سعي زوجها لذلك، بالاضافة لأهلها وما تفرضه الأعراف والعادات في مثل هذه المسائل في بعض المناطق، فعدم سعي الزوج وعدم عودة الزوجة يؤدي إلى عدم تنفيذ الحكم القضائي، فيطالب الزوج بعد انتهاء الأجل من المُحضر تحرير محضر امتناع عن التنفيذ ضد الزوجة، وترد الزوجة بأنها ممتثلة للحكم والزوج هو من لم يسعى في إعادتها وأنها لا يمكنها العودة من تلقاء نفسها وهو تفرضه العادة والعرف، وتنفيذ الحكم لابد أن ينتهي إما بمحضر تنفيذ أو محضر عدم تنفيذ أو اشكال في التنفيذ، وحل هذا الاشكال بسيط في يتمثل في النص صراحة في الحكم القضائي على أن إلزام الزوجة بالرجوع لابد أن يكون بسعي من الزوج، فإن هو لم يسعى عد مقصرا ومتخليا عن التنفيذ، ولا يلحق الزوجة أي ضرر نتيجة عدم تنفيذ الحكم.

ب/حالة تحايل الزوج أو الزوجة في تنفيذ الالزام بالرجوع إلى بيت الزوجية

قد يتحايل كل من الزوج اوالزوجة على تنفيذ الحكم، فالزوج غالبا ما يلجأإلى طلب إلزام الزوجة بالرجوع إلى بيت الزوجية ليتجنب الحكم عليه بالتعويض عن الطلاق التعسفي في حالة تمسكه بالطلاق، ثم يقوم بالتضييق عليها لتطلب الخلع، أما الزوجة وحتى لا تعد ناشزا ومخلة

بواجباتها الأسرية ومن ثم تحملها المسؤولية، فتقبل الرجوع إلى بيت الزوجية وبمجرد تثبيت واقعة رجوعها تعود إلى بيتها، وهذه الحالة سنتناولها فيما سيأتي[1].

ثانيا: إشكالات تنفيذ حكم الرجعة إلى بيت زوجية منفصل

المقصود بالبيت المستقل أثاثا ومعاشا في لغة التنفيذ هو البيت الذي لا تربطه صلة مع بيت آخر، فيكون مستقل المدخل والبهو ووسائل العيش كالمطبخ والحمام ... إلخ[2]، ويقضي به القاضي بطلب من الزوجة، وهذا درءا للشقاق المستمر بين الزوجين والذي غالباما يكون سببه أهل الزوج، فيقدر القاضي أنه الحل للمحافظة على الأسرة واستمراريتها.

01/إجراءات تنفيذ الحكم المتضمن توفير مسكن مستقل أثاثا ومعاشا

تأخذ إجراءاتتنفيذ حكم توفير مسكن مستقل أثاثا ومعاشا نفس إجراءات تنفيذ حكم رجوع الزوجة إلى بيت الزوجية من حيث المحاضر والتكليف والأجل، وبعد انتهاء الأجل المخصص للتكليف بالوفاء (15 يوم) ينتقل المُحضر رفقة الزوج من أجل معاينة المسكن المستقل أثاثا ومعاشا، الذي يجب ان تتوافر فيه كل مستلزمات الحياة، فلا يعقل توفير مسكن مستقل وهو لا يصلح للعيش، كما أنه يجب أن يكون مستقلا عن أي مسكن آخر فلا يشترك مع مسكن آخر في جزء ضروري للعيش كالمدخل والبهو والحمام وغيرها، ولا ينسحب الأمر هنا على الأجزاء المشتركة بحكم البناء كالجدران أو السقف أو مدخل العمارة.

وبعد التأكد من توفير المسكن المستقل وتوافره على الشروط المطلوبة، يتم عرضه على الزوجة من أجل الانتقال إليه والسكن فيه، بمعاينة من المُحضر الذي يحرر محضر بذلك يبين فيه التزام الزوج بمضمون الحكم[3].

ويلاحظ أن قانون الأسرة الجزائري لم يبين الشروط الواجب توفرها في البيت المستقل أثاثا ومعاشا، وحتى الأحكام القضائيةلا تتضمنها، ما يؤدي أحيانا لإشكالات عملية أثناء تنفيذ الحكم.

---

1) فواز لجلط، المرجع السابق، ص 5.

2) المرجع نفسه، ص 5.

3) المادة 12 من القانون رقم 06-03 المؤرخ في 2006/02/20 المتضمن مهنة المحضر القضائي.

02/ الإشكالات التي تثور عند تنفيذ الحكم المتضمن بيت منفصل أثاثا ومعاشا

بعد معاينة المسكن المستقل الذي ألزم الزوج بتوفيره للزوجة، وعرضه عليها قد ترفضه لأسباب ترى أنها جدية ويرى الزوج أنها أسباب واهية وغير مؤسسة، ومثال ذلك قيام الزوج بإحداث مدخل آخر في مسكن العائلة الأول وبناء جدار يفصله لقسمين فيخصص جزء منه كمسكن لتنفيذ الالتزام، فتطلب الزوجة من المُحضر تحرير محضر يتضمن أن المسكن الذي وفره الزوج ليس مستقلا لأنه يمكنها سماع الساكنين في المسكن المجاور لها وأن الحال بقي كما كان ولم يتغير شيء، وأن أسباب طلب البيت المستقل ما زالت قائمة، ويطلب الزوج أيضا تحرير محضر رفض الزوجة للمسكن رغم توفيره بالمواصفات المطلوبة[1].

يقف المُحضر حائرا لإنعدام النص القانوني الذي يحدد الشروط الواجب توفرها في المسكن المستقل، كما أن الأحكام القضائية لا تنص على الشروط والمواصفات المطلوبة فيه، وأمام طلب الزوجين تحرير محضر الامتناع لكل منهما فيلجأ المُحضر إلى تحرير محضر يصف فيه الحالة بدقة، فيصف المسكن ويذكر أسباب رفض الزوجة له ويسلم نسخة منه لكل طرف، فيعودان للمحكمة لتفصل في المسألة بأكثر دقة ووضوح.

والحال نفسه أيضا في حال توفير مسكن غير لائق للعيش، إماأن يكون المسكن المستقل لا يحتوي على ضروريات العيش اللازمة المتعارف على أنها أساسية للعيش ولا يمكن السكن في غيابها كالكهرباء والنوافذ وغيرها، فيحرر المُحضر محضر بعدم التنفيذ بالنسبة للزوج لتوفيره مسكن غير لائق باتفاق العرف والعادة، أو يحرر محضر عدم قبول المسكن من طرف الزوجة رغم كونه لائق للعيش، وإذا صعب تحديد اللائق من غير اللائق حرر المُحضر محضرا يصف فيه المسكن بدقة ويسلم منه نسخة للمعنيين ليعودا إلى المحكمة وتفصل في هذه المسألة.

الفرع الثاني: إشكالات تنفيذ حكم نفقة الإهمال وحكم رجعة الزوجة الناشز

نفقة الإهمال مما يشتمله حكم الرجوع، فيلزم الزوج بدفع النفقة للزوجة خلال المدة التي قضتها خارجه، وتكون للزوجة وللأولاد أيضا في حالة وجودهم، فهي عبارة عن التزام الزوج بتوفير المأكل والمشرب والملبس والمسكن باعتباره المكلف بذلك شرعا وقانونا، فتعتبر وفاءا بدين على رقبته لأنه لم يقم به بسبب غياب الزوجة.

1) فواز لجلط، المرجع السابق، ص 7.

أولا: إشكالات تنفيذ نفقة الإهمال في حكم الرجعة

سنتناول أولا المقصود بنفقة الإهمال، ثم تاريخ استحقاقها وسقوطها، والإجراءات اللازمة في تنفيذ حكم نفقة الإهمال.

01/ المقصود بنفقة الإهمال

عادة ما يمتنع الزوج عن الإنفاق على زوجته قبل الحكم بالطلاق، فتلجأ للمطالبة بحقها في نفقة الإهمال، فما هي نفقة الإهمال؟ وما هو تاريخ إستحقاقها؟ وما هي حالات سقوطها؟

نص المشرع على وجوب نفقة الزوج على زوجته في المادة 74ق أج بقوله: "تجب نفقة الزوجة على زوجها بالدخول بها أو دعوته إليه ببينة مع مراعاة أحكام المواد 78 و49 و80 من هذا القانون"، فحق النفقة من حقوق المطلقة حتى تنقضي عدتها وتسمى بنفقة العدة، أما نفقتها قبل الحكم بالطلاق فتسمى نفقة الإهمال، فغالبا ما تغادر الزوجة أو الزوج مسكن الزوجية وتبقى مدة زمنية في بيت أهلها دون أن ينفق عليها الزوج، فترفع الزوجة دعوى نفقة الإهمال لعدم إنفاقه عليها تلك المدة.

02/ تاريخ استحقاق نفقة الإهمال وسقوطها

أ/ تاريخ استحقاق نفقة الاهمال

من خلال قراءة نص المادة 80 من ق أج[1]يتبين أن النفقة تستحق كمبدأ عام ابتداءا من تاريخ رفع الدعوى القضائية بطلبها، واستثناءا يجوز للقاضي أن يحكم بها بأثر رجعي لمدة لا تتجاوز سنة قبل رفع الدعوى إذا قدمت الزوجة أدلة مقنعة.

جاء نص المادة 80 غامضا فليس واضحا أي دعوى قصدها المشرع في الحكم بالنفقة، هل هي دعوى الطلاق أم دعوى المطالبة بالنفقة المترتبة على الطلاق؟ فالملاحظ أنه غالبا ما يتمسك الزوج بالطلاق وتتمسك الزوجة بالرجوع فلا تطالب بأي حق، مما يجعلها بعد الحكم بالطلاق تقوم برفع دعوى أخرى للمطالبة بحقوقها المترتبة عن الطلاق[2].

---

1) تنص المادة 80 ق أج:" تستحق النفقة من تاريخ رفع الدعوى وللقاضي أن يحكم باستحقاقها بناء على بينة لمدة لا تتجاوز سنة قبل رفع الدعوى".

2) فواز لجلط،"إشكالات تنفيذ الأحكام القضائية في مادة شؤون الأسرة"، مداخلة مقدمة ضمن فعاليات الملتقى الوطني الذي نظمته كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة يحي فارس بالمدية، الموسوم بعنوان: حماية الأسرة في التشريع الجزائري، يومي 05/04 نوفمبر 2015، المدية، ص 3.

*قانون رقم 08-09 المؤرخ في 2008/02/25، المتضمن ق إ م إ، ج ر ع 21، بتاريخ 2008/04/23، ص 107 .

هذا الغموض أدى إلى الخلط وعدم التمييز بين الدعويين، فالحقيقة أن النفقة من واجبات الزوج على زوجته أثناء قيام العلاقة الزوجية، وبالتالي فإنه بمجرد صدور الحكم بالطلاق بين الطرفين فإنه لا مجال للحديث عن النفقة إلا ما تعلق بنفقة العدة فقط، وعليه فإن الدعوى التي قصدها المشرع في النص هي دعوى الطلاق، ولكن كان الأجدر والأحسن بالمشرع لقطع اللبس أن يعدل المادة 80 ق أج"[1].

ب/ سقوط الحق في استحقاق نفقة الإهمال

نفقة الزوجة واجبة على زوجها مادامت الرابطة الزوجية قائمة حتى ولو وجد نزاع بينهما، الا في حالة نشوز الزوجة، فالمشرع أوجب على الزوج نفقتها إلا إذا ثبت نشوزها، فلا يعقل أن يلزم الزوج بالإنفاق عليها وقد خرجت عن طاعته مخلة بواجباتها الزوجية، كون هذه الإلتزامات ناشئة عن عقد الزواج وهو عقد مدني كجميع العقود، وعدم تنفيذ أحدهما إلتزاماته يترتب عليه الدفع بعدم التنفيذ من الطرف الآخر.

فلا تحرم الزوجة من نفقة الإهمال إلا في حالة نشوزها الثابت بمحضر عدم الإمتثال لحكم الرجوع إلى بيت الزوجية، جاء في احدى قرارات المحكمة العليا:" إن سقوط النفقة عن الزوجة لا يكون إلا بعد ثبوت أنها بُلّغت بالحكم النهائي القاضي برجوعها لمحل الزوجية وبعد ثبوت إمتناعها عن تنفيذ الحكم مما يجعلها ناشزا عن طاعة زوجها وأن الزوجة التي طلبت الحكم لها بالرجوع إلى محل مستقل عن أهل الزوج وحكم لها بما طالبت فإنها لا تعد ناشزا مادام لم يثبت نشوزها ولذلك فإن نفقتها تظل مستمرة ومستحقة لها"[2].

03/ إجراءات تنفيذ النفقة في حكم الرجوع

أ/ تقدير نفقة الإهمال

يحكم القاضي غالبا بنفقة للزوجة ولأولادها عند حكمه برجوع الزوجة إلى بيت الزوجية، وهي نفقة لا يرتبط دفعها للزوجة بشرط عودتها الى بيت الزوجية، كما أنه لا يمكن للزوجة الاحتجاج بعدم دفع النفقة كسبب لرفض العودة إلى بيت الزوجية، وتقدير النفقة مسألة موضوعية خاضعة لسلطة القاضي التقديرية، وغالب أحكام نفقة الإهمال لاتخرج في تقديرها عن مبلغ أربعمائة ألف دج شهرياً، وبالنظر لما تشمله النفقة فإنه مبلغ زهيد، كما أنه في حالة وجود 4 أولاد أو أكثر مع

1) عبد الفتاح تقية، الطلاق بين أحكام تشريع الأسرة والاجتهاد القضائي، المرجع السابق، ص 124.

2) قرار صادر عن م ع، ملف رقم 33762، الصادر بتاريخ 1984/07/09، م ق ع 04.

الزوجة فإن مجموع المبلغ بالنسبة لزوج مدخوله عشرون ألف دج هو مبلغ فوق طاقته، وبما أن النفقة المحكوم بها في الحكم محل التنفيذ دَيْن على الزوج، ويجب دفعها للزوجة والا عد الزوج مرتكبا لجنحة عدم دفع النفقة، فيتابع قضائيا وقد يحكم بالحبس[1].

ب/ إجراءات تنفيذها

تنفيذ النفقة المحكوم بها في حكم رجوع الزوجة لا يتم منفصلا، وإنما بنفس محضر تكليف الزوج بتوفير مسكن مستقل، وقبل تكليف الزوج بدفعها يجب على المُحضر حساب مقدارها بناءا على المدة التي حددها القاضي، فقد يكون حسابها من تاريخ رفع الدعوى أو من تاريخ صدور الحكمأو يعين تاريخ يبدأ منه حسابها، ويكون لها أجل تنتهي فيه ينص الحكم صراحة عليه، وغالبا ما يكون رجوعها إلى بيت الزوجية.

بعد عملية حساب قيمة النفقة يكلف الزوج بدفعها وفقا لأحكام ق إج م إ السالفة الذكر، في أجل 15 يوم من تاريخ تبليغه رسميا، وتنتهي العملية بحالتين: إما أن يمتثل الزوج للحكم ويدفع النفقة في حساب المُحضر لدى الخزينة العمومية، ليقوم المُحضر بدفعها إلى الزوجة بواسطة شيك، وإما أن يمتنع عن دفعها فيحرر المُحضر محضر امتناع عن دفع النفقة ضد الزوج ويسلم الزوجة نسخة منه للقيام بالإجراءات القانونية اللازمة[2].

04/الإشكالات المتعلقة بتنفيذ حكم نفقة الإهمال

أ/ حالة عدم تحديد المدة

وهي حالة صدور حكم قضائي لا يتضمن المدة التي يحتسب من خلالها قيمة النفقة، أو يتضمن الحكم أجل بدايتها ويغفل تاريخ توقفها أو العكس، وهذا سهو من القاضي لا يمكن للمُحضر أن يحل محله في تدارك هذا الخطأ، وما على المُحضر سوى تحرير محضر إشكال في التنفيذ وتسليم المعني بالأمر نسخة منه لتصحيح الخطأ الوارد في الحكم وحل الإشكال.

كما يمكن أن يمس السهو مقدار النفقة فيصدر الحكم دون أن يحدد مقدار النفقة، وهنا أيضا لا يمكن للمُحضر أن يقدر قيمة النفقة ولو قياسا على حالة مشابهة وفي نفس الوقت، لأنها مسألة

1) فواز لجلط، المرجع السابق، ص 8.

2) المرجع نفسه، ص 9.

تقديرية يختص بها القاضي ولا يمكن لأحد أن يحل محله فيها، ويتخذ نفس الإجراء من طرف المُحضر بتحرير محضر إشكال في المسألة[1].

ب/ اشتراط الزوج دفعها بعد رجوع الزوجة واشتراط الزوجة الرجوع بعد دفعها

حيث يشترط الزوجلدفع النفقة رجوع الزوجة، وتشترط الزوجة للرجوع دفع الزوج النفقة، وهذا غير قانونيلأن الأمرين منفصلين تماما ولا علاقة لهم ببعضهم البعض، وهذه الحالة كثيرة الوقوع وتدل على أن الشقاق بين الزوجين لا يزال قائما، فيقوم المُحضر بتحرير محضر امتناع ضد الزوجين لامتناعهما عن تنفيذ مضمون الحكم كلٌ فيما يخصه.

ج/الإتفاق على إسقاطها

وهي حالة كثيرة الوقوع لكون الزوجين بصدد فتح صفحة جديدة، فلا تتمسك الزوجة بالمطالبة بالنفقة ويتفقان على إسقاطها، والملاحظ أن قانون الأسرة الجزائري لم يتناول هذه الحالة ولا يمكن للمُحضر تدوين اتفاقهما ضمن محضر التنفيذ، فتلجأ الزوجة إلى التصريح أمام المُحضر بأنها قبضت مبلغ النفقة من زوجها، فيُدَون المُحضر هذا التصريح ضمن محضر التنفيذ، وغالبا ما تحتفظ الزوجة بمحضر الامتناع ولا تمارس حقها في طلبه بالطرق القانونية الأخرى.

ثالثا: اشكالات تنفيذ حكم رجعة الزوجة الناشز

مسألة نشوز الزوجة تختلف إجراءاتها عن المسائل الأخرى، لذلك سنتطرق لتعريف النشوز في قانون الأسرة الجزائري، ولمسألة سقوط النفقة عن الزوجة الناشز.

01/ النشوز في قانون الأسرة الجزائري

تطرق المشرع لمسألة النشوز[2]في المادة 55 ق أ" عند نشوز أحد الزوجين يحكم القاضي بالطلاق وبالتعويض للطرف المتضرر"، وعليه فالنشوز يكون من الزوجة أو الزوج[3] أو منهما معا، فنشوز الزوجين هو كراهيتهما لبعضهما وهو ما يسمى بالشقاق.

---

1) فواز لجلط، المرجع السابق، ص 9.

2) لغة: نشز والجمع أنشاز ونشوز، النَشْزُ هو المكان المرتفع من الأرض، ويقال تل ناشز أي مرتفع، وقلب ناشز: إذا ارتفع من مكانه من الخوف، ينظر لسان العرب لابن منظور، ج5، المرجع السابق، ص 417-418.

*اصطلاحا: المرأة الناشزة هي المرتفعة على زوجها، التاركة لأمره، المعرضة عنه، المبغضة له، أي تنشز عن زوجها فتنفر عنه، بحيث لا تطيعه إذا دعاها للفراش أو تخرج من المنزل بغير إذنه، ونحو ذلك مما فيه امتناع عما يجب عليها من طاعته.

3) وتعد الزوجة ناشزا إذا قامت باتيان الأفعال التالية: خروجها بدون إذن الزوج؛ السماح بدخول الغير لبيت الزوجية بدون اذن زوجها؛ إيذاء الزوجة زوجها؛ وامتناعها عن السفر مع زوجها، وتعد ايضا ناشزا إذا امتنعت عن المعاشرة الزوجية؛ وعن القيام بالأعمال المنزلية، ويتحقق

وعليه درج العمل القضائي على عدم اعتبار أحد الزوجين ناشزا الا إذا كان أحدهما خارج بيت الزوجية وطلب منه الرجوع والقيام بواجباته الزوجية وامتنع عن ذلك، فيتم اثبات رفض تنفيذ حكم الرجوع بمحضر قضائي، أما النشوز الواقع داخل بيت الزوجية فيصعب اثباته[1].

كما ذهب القضاء الى عدم اعتبار الزوجة ناشزا لامتناعها عن الرجوع بسبب طلبها سكنا مستقلا[2]، أو كان السبب تضررها لعدم إنفاق الزوج عليها مادامت في عصمته[3].

وقد يكون سبب امتناع الزوجة عن الرجوع لمحل الزوجية هو عدم رغبة الزوج في ارجاعها أو تماطله في التنفيذ، فصدور حكم رجوع الزوجة لا يعني أن تبادر هي بالرجوع بل يكون رجوعها بسعي من الزوج حفظا لكرامتها وعزتها ولحقوق المرأة عموما[4].

ومن جهة أخرى إن مطالبة الزوجة بالرجوع إلى محل مستقل وبعيد عن أهل زوجها هو طلب مشروع وحق لها، والزوج ملزم بأن يستجيب لطلبها، فإذا لم يستجب وادعى نشوزها فهو غير ثابت في حقها[5].

وانطلاقا من القرارت السابقة يتضح أنه لابد على القاضي من التحقق والبحث عن سبب امتناع الزوجة عن الرجوع، وعدم اعتبارها ناشزا بمجرد امتناعها عن الرجوع.

02/سقوط النفقة على الزوجة الناشز

يعتبر نشوز الزوجة سببا مسقطا لحقها في النفقة الشرعية لتفويتها حق الاحتباس على زوجها دون مبرر شرعي، وقد أخذ المشرع باجماع الفقهاءعلى أن الناشز لا نفقة لها، وهذا منطقي لأنه لا يمكن أن يلتزم الزوج بالإنفاق على زوجته وهي خارجة عن طاعته وعاصية لأوامره، لأن الشرع جعل الحقوق الزوجية متقابلة فالزوج ملزم بالإنفاق عليها، وهي ملزمة بطاعته[6].

النشوز بمجرد تخلي الزوج عن زوجته باهمالها من الناحية المادية والمعنوية سواء بقي في البيت أو خرج منه. ينظر، الرشيد بن شويخ، المرجع السابق، ص 215.

1) المرجع نفسه، ص214- 215.

2) ينظر قرار م ع، ملف رقم 33762، بتاريخ 09/07/1984، م قع 4، لسنة 1989، ص 119.

3) "المبدأ- إن عدم اثبات نشوز الطاعنة واضح من خلال تسبيب القرار وأنه عدم رجوع الزوجة إلى البيت الزوجي كان بسبب تضررها لعدم الإنفاق فإن القضاء لها بالتعويض والنفقة ونفقة الإيجار هو تطبيق صحيح القانون"، قرار م ع، ملف رقم 253794، بتاريخ 2001/01/23 (غير منشور).

4) ينظر قرارم ع، ملف رقم 184055، بتاريخ 1998/02/17، م قع 2، لسنة 1998، ص 85.

5) "إن النشوز يثبت بمحضر امتناع الزوجة عن الرجوع، وفي قضية الحال يختلف لأن الزوج لم يهيء مسكن منفرد للزوجة بعيدا عن أهله بسبب المشاكل وبالتالي فإن النشوز غير ثابت في حق الزوجة" ، قرار م ع، ملف رقم 256663، بتاريخ 2001/01/23 (غير منشور).

6) السيد سابق، المرجع السابق، ص 110.

غير أن نفقة العدة تبقى للزوجة الناشز ويحكم بها القاضيويلتزم بها الزوج حتى في حالة نشوز الزوجة، لأنها من آثار الطلاق الشرعية إتجاه الزوجة المطلقة مهما كان نوع الطلاق[1]، كما تحتفظ المطلقة للنشوز بكافة حقوقها الشرعية الأخرى كالحضانة وحق المسكن لممارستها، ولا يبقى للزوج سوى حق زيارة الأولاد[2].

03/ إشكالات تنفيذ حكم رجعة الزوجة الناشز

حيث يتحايل الزوج والزوجة على تنفيذ الحكم، فالزوج هروبا من الحكم عليه بالتعويض عن الطلاق التعسفي إذا تمسك بالطلاق، فيلجأ لطلب رجوع الزوجة إلى بيت الزوجية ومن ثم التضييق عليها حتى تطلب الخلع، وبالنسبة للزوجة حتى لا تعد ناشز ومتخلية عن واجباتها تجاه أسرتها فتتحمل المسؤولية، تلجأ إلى قبول الرجوع وبمجرد تثبيت واقعة رجوعها تعود إلى بيت أهلها، وتعود القضية من جديد إلى دواليب المحكمة وبنفس الأسباب[3].

لم يتضمن قانون الأسرة الجزائري حلا لهذا المشكل، خاصة وأن تحايل الزوجين داخل المنزل مما يصعب إثباته، فتعاد القضية إلى المحكمة ويعاد الفصل فيها ويبقى نفس المشكل إلا أن يكتفي الخصمان من التحايل فيتم الفصل بفك الرابطة الزوجية.

نرى أن يتحمل الزوج تبعة التحايل بما أنه القيم على أهله وباعتبار أن الزوجة الطرف الضعيف، مع مراعاة عدم المغالاة في قيمة التعويض عن الطلاق التعسفي.

المطلب الثاني: إشكالات تنفيذ الأحكام القضائية بعد فك الرابطة الزوجية

يترتب عن الطلاق مجموعة من الآثار، آثار مالية وتتمثل في الحقوق المالية للمطلقة من تعويضات وتسليم الأثاث والمصوغات الذهبية، وآثار غير مالية وتتمثل في حضانة الأولاد إذا وجدوا، لذا سنتناول في هذا المطلب الاشكالات المتعلقة بالأمور المالية ثم غير المالية.

---

1) المرجع نفسه، ص 118-119.

2) وقد أثار فقهاء الشريعة مسألة تراجع الزوجة عن نشوزها، وقالوا بأنه إذا سقطت نفقة الزوجة لنشوزها ثم تراجعت عن نشوزها والزوج حاضر عادت نفقتها لزوال السبب المسقط عنها، أما إذا كان الزوج غائبا لم تعد نفقتها حسب رأي الشافعية والحنابلة لعدم تحقق التسليم والتسلم، أما الحنفية قالوا بأنه تعود نفقتها بعد عدولها عن النشوز ولو في غيبة الزوج فإذا رجعت المرأة عن نشوزها وعادت لبيت زوجها تعود إليها النفقة من تاريخ رجوعها إلى بيت زوجها وعلمه بهذا الرجوع، عبد الرحمن الجزيري، المرجع السابق، ص 1123.

3) فواز لجلط، المرجع السابق، ص 4.

الفرع الأول: الإشكالات المتعلقة بالأمور المالية

يشتمل حكم الطلاق مجموعة أحكام تبين حقوق المطلقين فيما يخص الأمور المشتركة كالأولاد، ولا يكون قابلا للتنفيذ الا إذا أمهر بالصيغة التنفيذية وفقا لأحكام ق ام ا، وتنفيذه يتم وفقا للاجراءات السابقة التي رأيناها مع تنفيذ حكم الرجوع، مع اختلاف من حيث تحديد الطبيعة القانونية لكل تعويض على حدا، سنحاول التركيز على أهم الإشكالات في هذا المجال والحلول التي يقوم بها المُحضر في غياب النص القانوني لهذه المسائل.

أولا: الإشكالات التي تثور عند تنفيذ حكم التعويض المالي

أهم التعويضات المالية في مسائل الأسرة والتي تثير إشكالات في تنفيذها هي التعويض عن الطلاق التعسفي، والمقابل المالي في الخلع.

01/ التعويض عن الطلاق التعسفي

إن مصطلح الطلاق التعسفي مصطلح جديد لم يرد في كتب الفقهاء القدامى[1]، ويعني الخروج بالطلاق عن الحكمة التي اقتضت تشريعه ومخالفة قصد الشارع[2]، أي أن يكون الطلاق بسبب يبرره وليس من أجل إيذاءالزوجة.

وقد حكم القضاء بأن حق الطلاق مخول شرعا للزوج، ولايترتب عليه سوى إستحقاق المطلقة لمؤخر صداقها ونفقة عدتها التي تقدر حسب حالة المطلق المالية، غير أنه إذا كان الطلاق لغير سبب مشروع يدعوا اليه وجب على المطلق المتعسف التعويض لما لحق الزوجة المطلقة من أضرار بسبب هذا الطلاق[3]، وعليه ستناول أهم الإشكالات التي تعترض تنفيذ حكم التعويض عن الطلاق التعسفي.

*امتناع الزوج عن دفع قيمة التعويض عن الطلاق التعسفي ودفع النفقة

وهي حالة تحايل الزوج في تنفيذ الحكم محل التنفيذ، وهذا بدفع قيمة النفقة وبدل الإيجار إن لم يوفر مسكنا لممارسة الحضانة، ويمتنع عن دفع قيمة التعويض عن الطلاق التعسفي، ويرجع

1) محفوظ بن صغير، قضايا الطلاق في الاجتهاد القضائي وقانون الأسرة الجزائري، دار الوعي، الجزائر، 2012، ص 85.

2) محفوظ بن صغير، المرجع السابق، ص 83.

3) العربي بلحاج، المرجع السابق، ص 233.

ذلك لكون النفقة مشمولة بحماية جزائية بنص المادة 331 من ق ع[1]، مما يعرضه للمتابعة الجزائية قد تؤدي به إلى الحبس، فيطلب الزوج المطلق من المُحضرأن يعتبر المبلغ الذي دفعه ثمنا للنفقة وليس تعويضا عن الطلاق التعسفي، ليتجنب المتابعة الجزائية لعدم دفع للنفقة، أما مبلغ التعويض عن الطلاق التعسفي فيخضع للأحكام العامة للمطالبة بالديون العادية المثمثلة في الحجز على المنقول والعقار.

وهذا الأمر لا يجوز من الناحية القانونية، لأن المُحضر لا يستطيع تخصيص المبلغ الذي دفعه المطلق للنفقة، لأنه يقوم بحساب كل مبالغ التعويض المذكورة في الحكم ثم يكلف بها المطلق وأي مبلغ يدفعه يعتبر مطروح من المبلغ الإجمالي، وبهذا يكون المطلق قد سدد جزءا من المبلغ الإجمالي، فيثور هنا إشكال حول المَحضر هل يحرر مَحضر امتناع أو مَحْضر تنفيذ جزئي، فالمحضرين يختلفان من حيث المتابعة الجزائية، فمحضر امتناع يؤدي مباشرة إلى المتابعة الجزائية، أما محضر التنفيذ الجزئي فلا يؤدي إلى ذلك[2].

في ظل غياب النص القانوني وأمام خطورة محضر الإمتناع بالنسبة للزوج المطلق، وباعتباره لم يمتنع كلية عن تنفيذ الحكم، يحرر المُحضر مَحضر تنفيذ جزئي ويسلم منه نسخة للمعنيين للقيام بالإجراءات القانونية اللازمة، وهذا الأمر ليس في صالح الزوجة المطلقة لأن محضر الامتناع يخدمها أكثر، لكن يبقى للقاضي واسع النظر في تقدير ما إذا كان المَحضر المحرر كافيا للقيام بالمتابعة الجزائية أم لا.

02/ التعويض عن الخلع

يشتمل حكم الخلع على مقابل الخلع الذي تكون قد اتفقت الزوجة مع طليقها على مقداره أو حدده القاضي لعدم اتفاقهما، وغالبا ما تثور اشكالات عند تنفيذه بامتناع الزوجة عن دفع مقابل الخلع، وكذلك في خالة طلب المقاصة بين قيمة الخلع والنفقة.

أ/امتناع الزوجة عن دفع قيمة الخلع

يصدر حكم الطلاق بطلب الزوجة عن طريق الخلع متضمنا تعويض الزوج المخلوع بمقدار مالي، وهذا دون المساس بحقوق الزوجة التي مارست حقها في الخلع، فيقدر لها أيضا نفقة العدة

1) تنص المادة 331 من ق ع ج على أنه " يعاقب بالحبس من 06 أشهر إلى 03 سنوات وبغرامة من 50.000 دج إلى 300.000 دج كل من امتنع عمدا ولمدة تتجاوز الشهرين عن تقديم المبالغ المقررة قضاء لإعالة أسرته وعن أداء كامل قيمة النفقة المقررة عليه ...".

2) فواز لجلط، المرجع السابق، ص 12.

ونفقة الإهمال، ويتم تنفيذ حكم الخلع بتكليف المطلقين بمضمون الحكم، فتكلف الزوجة بدفع قيمة الخلع ويكلف الزوج بدفع قيمة النفقة، وهذا في أجل 15 يوما من تاريخ التكليف وفقا لأحكام ق إ م إ[1]، والإشكال الذي يثور أثناء عملية تنفيذ حكم الخلع هو رفض المطلقة دفع قيمة الخلع، فيمتنع المطلق عن دفع قيمة النفقة معاملة بالمثل، فيحرر المُحضر محضر امتناع عن التنفيذ ضدهما، فيتابع المطلق بجريمة عدم دفع النفقة، ولا تتابع المطلقة لاعتبار دينها مدني يخضع للإجراءات العادية في التحصيل[2].

ب/طلب المقاصة بين قيمة الخلع والنفقة

والإشكال الذي يثور أثناء عملية تنفيذ حكم الخلع هو طلب المطلقين من المُحضر القيام بالمقاصة بين قيمة التعويض عن الخلع وقيمة النفقة، مع أنه قانونيا ووفقا للقواعد العامة يمكن ذلك، إلا أن طبيعة دين المطلقة هو نفقة فلا يمكن القيام بمقاصة بين الدينين، والإجراء المعمول به لدى المُحضرين هو تكليف المُطَلَقَيْن معاً ثم تحصيل قيمة الخلع وقيمة النفقة ثم دفعها لكل حقه وفقا للإجراءات القانونية، رغم أنه في بعض الحالات يمكن القيام بمقاصة بين قيمة نفقة العدة وقيمة الخلع على اعتبار أن نفقة العدة حق خالص للمطلقة دون تطبيقه على نفقة الأولاد في حالة وجودهم.

ثانيا: الإشكالات التي تثور عند تنفيذ حكم تسليم الأثاث والمصوغ الذهبي

يتضمن حكم الطلاق غالبا إلزام الزوج المطلق بتسليم الأثاث والمسوغ الذهبي وفقا لقائمة مدونة ضمن منطوق الحكم محل التنفيذ، ويواجه أيضا المُحضر بعض الإشكالات القانونية والمادية في تنفيذ مضمون الحكم[3].

01/ إشكالات تسليم الأثاث

يقوم المُحضر بتكليف المطلق بقائمة الأثاث ضمن محضر التكليف ومنحه الأجل القانوني، وبعد انتهاء الأجل يتنقل عادة المُحضر رفقة المطلقة إلى مكان تواجد الأثاث من أجل تسليمه للمعنية، وتحضر للتعرف على أثاثها فالمسألة متعلقة بأشياء مثلية.

---

1) ينظر المواد 612-613-614 ق إ م إ.

2) فواز لجلط، المرجع السابق، ص 13.

3) ينظر نص المادة 73 ق أ ج.

والإشكال الذي يثور هنا هو إما عدم وجود الأثاث أو وجوده لكنه غير مطابق لما في الحكم أو لوصف المعنية، ففي حالة عدم وجوده يحرر محضر عدم وجود الأثاث المدون في الحكم أو وجود بعضه فقط ويسلم للمعنية من أجل القيام بالإجراءات القانونية اللازمة، أما في حالة وجود الأثاث كما نص عليه الحكم لكنه غير مطابق لما تريده المطلقة، أي نفس الاسم لكن ليس الأثاث المطلوب، فترفض استلامه لعدم مطابقته لأثاثها، وهناك حالة أخرى يكون الأثاث موجودا لكنه قديم أو متسخ أومستعمل، فتُقر المطلقة بأنه أثاثها لكنه قديم أو متسخ فترفض استلامه، وتطلب من المُحضر تحرير محضر امتناع، ويطلب المطلق أيضا تحرير محضر تنفيذ لأنه وفى بالتزامه، ومنطقيا طلب الاثنين مؤسس لأن المطلقة لا يمكنها استلام أثاث قديم أو متسخ، والمطلق أيضا ليس مسؤول عن الأثاث طيلة فترة التقاضي التي قد تأخذ سنة وأكثر، وأمام غياب النص يتم تحرير محضر يدون فيه تصريحات الطرفين ويصف الحالة وصفا دقيقا فيه ويسلمه للمعنيين[1].

02/إشكالات تسليم المصوغات الذهبية

نادرا ما يتضمن حكم الطلاق تسليم مصوغات ذهبية لأنه غالباما تأخذه المطلقة عند خروجها من بيت الزوجية لخفة وزنه وغلاء ثمنه، وإلزام المطلق بتسليم المصوغات من الحالات النادرة التي يحكم القاضي بها، وأهم إشكال يعترض تنفيذ هذا الإلزام هو مطابقة المصوغ الذهبي، أي عدم تزييفه وإحضار مصوغ آخر مشابه لكنه مقلد وغير ذهبي.

والمسألة هنا تقنية تحتاج أهل الخبرة، فلا يمكن للمُحضر اعتبار المصوغ المسلم من طرف المطلق مصوغ ذهبي ثم يتبين أنه غير ذلك فيتحمل المُحضر المسؤولية، خاصة حين تكون قيمة المصوغ الذهبي محل التنفيذ باهضة الثمن، كما أنه لا يمكنه الاستعانة بخبير من تلقاء نفسه لان القانون لا يخوله فعل ذلك، ثم مصاريف الخبير من يتحملها.

وأمام انعدام النص القانوني لمثل هذه الحالة يلجأ المُحضر إلى عرض المصوغ على المطلقة، فإن تعرفت عليه وأقرت بأنه المذكور في الحكم دَوَن ذلك في محضر مع إمضائها وبصمتها على تصريحها، وإن لم تتعرف عليه وصرحت بأنه ليس هو حرر محضرا بالواقعة وسلمه للأطراف من اجل اتخاذ التدابير القانونية اللازمة، كما يلجأ بعض المُحضرين لتسليم المصوغ إلى المطلقة دون وصفه بالمصوغ الذهبي، وإنما باستعمال مصطلح "معدن أصفر" تفاديا لمشكل عدم مطابقته للذهب وبالتالي تحمل المسؤولية، وحل المسألة هذه بسيط جدا، فيكفي أن

1) فواز لجلط، المرجع السابق، ص 15-16.

ينص القاضي في نفس الحكم على أنه "في حالة نزاع في مطابقة المصوغ يعين خبير يفصل في ذلك"، وتفادي العودة إلى المحاكم من جديد [1].

الفرع الثاني: الإشكالات المتعلقة بالأمور غير المالية

الحضانة حق وواجب في نفس الوقت، فهي حق للمحضون وحق للحاضن، وواجب على الحاضن الذي أسندت إليه مهمة الحضانة، وتثور عدة إشكالات عند تنفيذ حكم اسناد الحضانة والآثار المترتبة عليه من حق زيارة وسكن لممارسة الحضانة.

أولا: الإشكالات التي تثور عند تنفيذ حكم تسليم المحضون

تسليم المحضون إلى حاضنه المقرر قانونا أحدأهم الأمور التي يتضمنها حكم الطلاق، ويتم تنفيذه مع الحكم محل التنفيذ فلا يخصص له تنفيذ مستقل، ويمنح المطلق الأجل القانوني مع مراعاة حالات الإستعجال التي يأمر بها القاضي خاصة في حالات تسليم المحضون أين يسقط الأجل القانوني، وهذا بطبيعة الحال مراعاة لخصوصية المحضون ومصلحته التي تقتضي التعجيل في تدابير تسليمه إلى حاضنه[2]، سنتناول بالدراسة حالتين: حالة تمسك الأولاد بالبقاء مع الأب وحالة تنفيذ حكم حق الزيارة.

01/إشكال تمسك الأولاد بالبقاء مع الأب

هي حالة كون الأولاد عند أبيهم، ويقضي حكم الطلاق بتسليمهم لأمهم، فيثور إشكال عدم ذهاب الأولاد مما يمنع تنفيذ الحكم، فالقانون لم ينظم مثل هذه الحالة ولا يمكن تسليمهم باالقوة مراعاة لحالة الأولاد وسنهم، ويتعقد الأمر أكثر من ناحية الإجراء الذي يجب على المُحضر اتخاذه، فلا يمكنه تحرير محضر امتناع ضد الزوج المطلق لأنه قد التزم بالتكليف، ولا يمكنه طلب تسخير القوة العمومية من أجل التنفيذ بالقوة على الأولاد، والحل القانوني هو تحرير محضر معاينة للحالة يصف بدقة الوضعية والمشاكل التي واجهت تنفيذ الحكم ويسلم منه نسخة للمعنيين،

1) فواز لجلط، المرجع السابق، ص 16.

2) عبد اللطيف والي، " حق الطفل في الحضانة «، مداخلة ملتقى وطني، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة يحي فارس بالمدية، الموسوم بعنوان: حماية الأسرة في التشريع الجزائري، يومي 05/04 نوفمبر 2015، المدية، ص 6.

وغالبا ما يتدخل السيد وكيل الجمهورية في حل مثل هذه المسائل وديا بطبيعة الحال وبلقاءات مع الأب والأم المطلقين لحل المسألة بشكل هادئ[1].

02/حق الزيارة:

إسناد الحضانة لمستحقيها يكون في الغالب الأعم للأم، باعتبارها الأولى بها ورعاية لمصلحة المحضون، مما يؤدي به حتما الابتعاد عن الوالد، مما يستدعي إيجاد وسيلة للمحافظة على توازن الطفل وعدم الإضرار بالوالد بتمكينه من الزيارة.

وأقر المشرع حق الزيارة في قانون الأسرة الجزائري في نص المادة 2/64 :"على القاضي عندما يقضي بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة"، يتضح أنه يجب على القاضي عند إصداره لحكم اسناد حق الحضانة لأحد مستحقيها يشير فيها إلى تاريخ انتهائها بعبارة "إلى غاية انتهائها شرعا"، كما يقضي في نفس الحكم على حق الزيارة، وهو حق لكلا الوالدين فللأب حق زيارة ولده إذا كان في حضانة أمه أو غيرها من النساء، ولا يجوز لها أن تمنعه من رؤيته، كما للأم أيضا حق زيارة ولدها إذا أسندت الحضانة للأب ولا يجوز له أن يمنعها من رؤية ولدها[2]، وادراج المشرع لحق الزيارة في نفس المادة المرتبة لأصحاب حق الحضانة، يدل على أن كل المذكورين في المادة لهم حق الزيارة ولا تقتصر على الأب أو الأم فقط[3].

*إشكال استغلال الأم لعدم استصدار الأمر القضائي بسبب العطلة

يقع على المطلقة واجب تسليم الأولاد لأبيهم امتثالا لحق الزيارة تحت طائلة المتابعة الجزائية، ولا يتطلب الأمر من المطلق الاستعانة بمُحضر للقيام بحق الزيارة إلا في حالة عدم تسليمهم من طرف المطلقة، ولإثبات ذلك لابد من الاستعانة بمُحضر لإثبات الواقعة، والإشكال أن حق الزيارة غالبا ما يكون في أيام العطل، وعليه يتعين على المطلق إحضار أمر قضائي لأن المسألة متعلقة بالعمل خارج أوقات العمل وهذا قبل يوم العطلة، والمطلقة تلتزم لأن الأمر متعلق بمتابعة قضائية، إلا أنها تعاود الكرة في حالة عدم وجود أمر ويبقى الحال هكذا، مما يرهق

1) ينظر المواد 62-و72 ق أج.

2) عبد اللطيف والي، المرجع السابق، ص 5.

3) ينظر قرار م ع، غ أ ش، ملف رقم 189181، الصادر بتاريخ 21/ 1998/04، م ق، 2001، عخ، ص 192.

المطلق وينجر عنه عدم ذهاب الأولاد مع أبيهم بإيعاز من أمهم، وهو ما يتسبب في حدوث نزاعات بين المطلقين تمتد أحيانا إلى الأطفال[1].

ثانيا: الإشكالات التي تثور عند تنفيذ حكم مسكن ممارسة الحضانة

المسكن المخصص لممارسة الحضانة يشتمله حكم الطلاق بين زوجين أثمرت علاقتهم الزوجية أولادا، فالمسكن مخصص للأولاد تمارس فيه أمهم حق حضانتهم تماشيا مع مصلحتهم، والمسألة لها تفصيلها وأسبابها وتأصيلها، إنما ما يهمنا نحن هو الإشكالات التي تحدث أثناء عملية تنفيذ الحكم المتضمن توفير مسكن لممارسة الحضانة[2].

نص المشرع على حق المحضون في السكن في المادة 72 ق أج[3]، ويتضح أنه يجب على الأب توفير مسكن لممارسة الحضانة وإن تعذر عليه ذلك فعليه أن يدفع بدل الإيجار أو مصاريف الكراء، ويجب أن يكون المسكن لائق لممارسة الحضانة والمقصود هنا توفره على الضروريات التي يجب أن تكون في المنزل من ماء وكهرباء، وقد ساير القضاء ما نص عليه المشرع في مسألة حق المحضون في السكن[4]، ويتضح أن السكن هو لمصلحة المحضون ويجب التمسك به وعدم التنازل[5].

وأهم إشكال في تنفيذ هذا الإلزام هو عدم تحديد المشرع الشروط التي يجب توافرها في مسكن ممارسة الحضانة، كما أن منطوق الحكم يذكر فيه مصطلح "مسكن ملائم لممارسة الحضانة"، مما ينتج عنه إشكالين رئيسيين هما:

-أن يكون المسكن غير لائق لممارسة الحضانة، فغالبا ما يلجأ المطلق لتوفير مسكن غير لائق بخس الثمن ويعرضه على المُحضر، فيلجأ المُحضر في غياب النص وضبابية الحكم محل التنفيذ إلى تحكيم العرف والعادة، أي اعتبار المسكن الذي يتوفر على الماء والكهرباء والغاز ومؤمن من حيث الأبواب والنوافذ والجدران مسكن لائق لممارسة الحضانة، إلا أن الحاضنة قد ترفضه لعدم وجود البلاط أو المطبخ أو لغير ذلك، فتطلب تحرير محضر بأن المسكن الموفر

---

1) فواز لجلط، المرجع السابق، ص 14-15.

2) المرجع نفسه، ص 16.

3) على أنه: "في حالة الطلاق يجب على الأب أن يوفر لممارسة الحضانة سكنا ملائما للحاضنة، وإن تعذر ذلك فعليه دفع بدل الإيجار وتبقى الحاضنة في بيت الزوجية حتى تنفيذ الأب للحكم القضائي المتعلق بالسكن".

4) ينظر قرار م ع، غ أ ش، ملف رقم 223834، بتاريخ 1999/06/15، م ق، 2001، عخ، ص 225.

5) ينظر قرار محكمة التعقيب، 1960/07/18، قرار مدني، مجلة القضاء والتشريع، 1960، ع 08، ص 53.

لممارسة الحضانة غير لائق ولا يصلح لممارسة الحضانة، ويطلب المطلق أيضا تحرير محضر بتوفير المسكن، والحل هنا ينتهي غالبا بتحرير مَحضر معاينة للمسكن وإن اقتضى الأمر إرفاق صور فوتوغرافية له، وتدوين رفض الحاضنة للمسكن مع ذكر أسباب ذلك، وتعاد القضية إلى المحكمة مرة أخرى.

-أن يكون المسكن بعيد عن أهل المطلقة، يلجأ المطلق للتضييق على المطلقة لتتنازل على المسكن فيسقط حقها في بدل الإيجار، وذلك بتوفير مسكن بعيد عن أهلها وخارج منطقتهم، فتضطر لعدم قبوله فتكون بذلك متخلية حقها، لكن يمكنها رفع دعوى ضد طليقها لابطال المسكن الذي وفره وإلزامه بتوفير مسكن قريب من أهلها، ورغم أنه حل لهذا الإشكال إلا أنه يثقل كاهل المطلقة بالدعاوى القضائية ومصاريفها، فمن الأحسن لو يتضمن الحكم ابتداء ضرورة قرب المسكن المخصص لممارسة الحضانة لأهل المطلقة تفاديا لإرهاقها وحفاظا على حقوق المحضونين[1].

1) فواز لجلط، المرجع السابق، ص 17-18.

خاتمة

المذكرة

خاتمة

ختاما لدراستنا هذا الذي تناولنا فيه الإشكالات النظرية والعملية في قانون الأسرة الجزائري "انحلال الرابطة الزوجية أنموذجا"، والتي تعتبر من أهم محاور قانون الأسرة وأساس غالبية النزاعات الأسرية المطروحة على ساحة القضاء، بحيث تنقسم هذه الإشكالات إلى إشكالات نظرية جراء تطبيق النصوص القانونية أو عند غيابها أو غموض صياغتها إلى إشكالات موضوعية وإشكالات إجرائية وإشكالات متعلقة بآثار الطلاق، وإشكالات عملية تتمثل في إشكالات تنفيذ أحكام قضايا الطلاق سواء كانت قبل انحلال الرابطة الزوجية أو بعدها، حيث اتجه هدف دراستنا لهذا الموضوع هو الوقوفعلىالأسباب التي خلفت هذه الإشكالات وأدت إلى وقوعها.

وعلى ضوء ما تم دراسته بخصوص هذا الموضوع خلصنا إلى مجموعة من النتائج التي نوجزها في النقاط التالية:

01/ الجانب التشريعي في مجال الطلاق قاصر، لم تعالج نصوصه عديد من المسائل المتعلقة به، ويتجلى هذا القصور في قلة المواد المنظمة له التي تستوعب جميع متطلبات الموضوع، والتي غلب عليها العموم والغموض.

02/ ايقاع الطلاق بارادة الزوج المنفردة ارادة حرة ولا تخضع لأي قيد قانوني، حسب ما هو معمول به قضائيا، لذلك يتعين على القاضي عند اثباته للطلاق بموجب حكم أن يفرق بين الطلاق الواقع قبل التقاضي وبين الواقع أمامه، فعملية اثبات الطلاق قضائيا تفترض التمييز بين تاريخ وقوع الطلاق بين الزوجين.

03/ يجب اثبات الطلاق العرفي بموجب حكم قضائي وبأثر رجعي من التاريخ الحقيقي لوقوعه.

04/ يقوم حق الزوجة في طلب التطليق على أسباب مادية محددة في قانون الأسرة.

05/ وسع القانون من حالات التطليق المذكورة في المادة 53 ق أج، مع أنه بالإمكان إدراجها ضمن حالة وحيدة وهي التطليق للضرر.

06/ غالبية حالات التطليق الواردة في قانون الأسرة يكتنفها الغموض والإجمال في كيفيات تطبيقها.

07/ تكييف الخلع على أنه حق شخصي أصيل للزوجة تكييف مخالف لما اتفق عليه جمهور الفقهاء على أن الخلع عقد رضائي لا يتم إلا بإيجاب وقبول الطرفين.

08/ صياغة المادة 54 ق أج جردت القاضي من كل سلطة للنظر في موضوع الخلع، إلا في حالة التنازع حول مقدار الخلع.

09/ قصور التشريع في مجال الطلاق يحيل القاضي لتطبيق نص المادة 222 ق أ ج التي حتما سترهق القاضي وتتسبب في أحكام قضائية متضاربة وقضاء غير مستقر.

10/ يتمتع قاضي شؤون الأسرة بسلطة واسعة في إعادة تكييف الوقائع من خلال صلاحياته في تعديل طلب الزوجة من خلع إلى تطليق إذا توافرت الحالات الموجبة لذلك.

11/ تضمن قانون الأسرة الجزائري بعض الأحكام الإجرائية مثل تلك المتعلقة بالصلح والطعن في أحكام الطلاق.

12/ تطبيق إجراء الصلح أثار خلافا كبيرا حول طابعه الإلزامي، واستقر القضاء على أنه إجراء شكلي الغرض منه الوعظ والإرشاد.

13/ ربط المشرع في المادة 50 ق أج بين إجراء الصلح واستعمال حق الرجعة ولم يراعي فترة العدة الشرعية، ما أنتج حالات مخالفة لقواعد الشريعة الإسلامية والنظام العام.

14/ وضع المشرع قاعدة إجرائية صريحة وهي عدم جواز الطعن بطريق الاستئناف في جميع أحكام الطلاق.

15/ تكريس الطعن بالنقض في أحكام الطلاق لا ينطوي على أية فائدة عملية مادام أن فرضية قبول الطعن سيؤدي إلى اختلالات جوهرية بين القانون والشرع.

16/ يعتبر النزاع حول المتاع والتعويض عن الطلاق والحضانة أهم أثار الطلاق وأكثرها عرضا على ساحة القضاء.

17/ عدم دقة القانون في معالجة الآثار المالية للطلاق خاصة في إبراز أساس التعويض وكيفية تطبيق قاعدة النزاع حول المتاع ما انعكس على موقف القضاء.

18/ عدم وضوح الأساس القانوني للتعويض التعسفي وتباين مواقف القضاء في تبيان ذلك.

19/ قيام الحضانة على أساس قاعدة مصلحة المحضون وعدم تلاؤم قواعد الحضانة مع الواقع الاجتماعي خصوصا في مجال النفقة والسكن.

20/ يقوم قاضي شؤون الأسرة في دعاوى الطلاق بإصدار عدة أحكام قضائية منها ما يكون قبل حكم بالطلاق وأخرى يشتملها حكم الطلاق.

20/ تعترض عملية تنفيذ حكم الرجوع إلى بيت الزوجية الأصلي إشكالات تتمثل في عدم النص صراحة في الحكم على أن يكون الرجوع بسعي من الزوج، وتحايل الزوجين في تنفيذ الالتزام.

21/ يحول دون تنفيذ حكم الرجعة إلى بيت زوجية منفصل أثاثا معاشا إشكالات تتمثل في غياب النص القانوني الذي يحدد الشروط الواجب توفرها في البيت المستقل لاعتباره لائقا أو غير لائق وعدم تطرق الحكم إليها.

22/ تثور إشكالات عند تنفيذ نفقة الإهمال في حكم الرجعة تتمثل في عدم تحديد المدة التي ينبغي حساب قيمة النفقة من خلالها؛ واشتراط الزوج دفعها بعد رجوع الزوجة واشتراط الزوجة الرجوع بعد دفعها؛ الاتفاق على إسقاطها علما أن قانون الأسرة لم يتناول هذه الحالة.

23/ تنفيذ حكم رجعة الزوجة الناشز يعترضه إشكال تحايل كل من الزوجين على تنفيذ حكم الرجعة داخل المنزل مما يصعب إثباته.

24/ تثور إشكالات عند تنفيذ حكم التعويض المالي، بامتناع الزوجة عن دفع قيمة الخلع؛ طلب المقاصة بين قيمة الخلع والنفقة.

25/ تنفيذ حكم تسليم الأثاث والمصوغ الذهبي يعترضه اشكال عدم وجود الأثاث أو وجوده لكن غير مطابق إما للحكم أو لوصف المعنية؛ أما أهم إشكال عند تسليم المصوغ الذهبي هو مطابقته أي عدم تزييفه وهذه المسألة تقنية تحتاج إلى أهل الخبرة ولا يوجد نص قانوني ينظم هذه الحالة.

26/ عند تنفيذ حكم تسليم المحضون يثور أهم إشكالين هما تمسك الأولاد بالبقاء مع الأب، واشكال استغلال الأم لعدم استصدار الأمر القضائي بسبب العطلة.

27/ تنفيذ حكم مسكن ممارسة الحضانة يعترضه إشكال المسكن غير اللائق لممارسة الحضانة، واشكال بعد المسكن عن أهل المطلقة.

الى جانب هذه النتائج المتوصل اليها نقترح جملة التوصيات الآتية:

01/ ينبغي على المشرع تدارك الاختلالات بين النص القانوني والحكم القضائي والتنفيذ الميداني الناتجة عن الثغرات والفراغات القانونية، ويتطلب هذا تكاتف الجهود بين المؤسسات والأفراد، من خلال تعديل قانون الأسرة في تعديلاته المقبلة.

02/ اعادة صياغة المادة 49 ق أ ج بطرقة واضحة تبين طبيعة ارادة الزوج في الطلاق، وتنص صراحة أن طلاق العاقل البالغ الغير مكره يقع شرعا وقانونا ويرتب أثاره من ذلك التاريخ.

03/ أن يخصص القانون نصوصا اضافية أخرى توضخ موقف القانون من عديد المسائل الخلافية خاصة المتعلقة بعلاقة المتعة بالتعويض عن الطلاق التعسفي.

04/ انشاء محاكم متخصصة في شؤون الأسرة يديرها قضاة متخصصون وعلى قدر من الدراية بالأحكام والمبادئ الشرعية.

05/ النص صراحة على عدم قابلية أحكام الطلاق الواقع بارادة الزوج لاي طريق من طرق الطعن العادية والغير العادية، مع امكانية تكريس الطعن بالاستئناف في مجال التطليق وضمن حالات محددة مسبقا بنص القانون.

06/ وتوصية للباحثين في المستقبل في موضوع بحثي هذا أن اشكالات تنفيذ الأحكام في مسائل الأسرة موضوع واسع ومهم، ويتطلب الدراسة والبحث فيه، ومازال يحتاج للضبط والتنظيم بالنظر لأهميته ومساسه باستقرار الأبناء في حياتهم وكرامة المرأة في المجتمع.

قائمة المصادر

والمراجع

قائمة المصادر والمراجع

- القرآن الكريم.

أولا: الكتب

01/ أحمد شامي، قانون الأسرة الجزائري طبقا لأحدث التعديلات، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2010.

02/ باديس ديابي، صور وأثار فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2008.

03/ الرشيد بن شويخ، شرح قانون الأسرة المعدل، ط 01، دار الخلدونية، الجزائر، 2008.

04/ السيد سابق، فقه السنة،الفتح الاعلامي العربي، القاهرة، بدون سنة نشر.

05/عبد الرحمن الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، دار ابن حزم، بيروت، 2010.

06/عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، ط03، دار هومة، الجزائر، 1996.

07/ العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر،2002.

08/ العربي بلحاج، قانون الأسرة مدعما بالاجتهاد القضائي ومعلقا عليه بمبادئ المحكمة العليا، ط 03، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2007.

09/ الغوثي بن ملحة، طرق وقواعد الإثبات ومباشرتها في النظام القانوني الجزائري، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 2001.

10/مبروك المصري، الطلاق وآثاره من قانون الأسرة الجزائري، دار هومة، الجزائر، 2001.

11/ محمد بن اسماعيلالبخاري، صحيح البخاري، كتاب الطلاق، دار بن الهيثم، القاهرة، مصر، ط 01، 2004.

12/ محمد الزحيلي، التعويض المالي عن الطلاق، دار المكتبي، دمشق، سوريا، 1998.

13/ محمد كمال الدين امام، أحكام الأسرة، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2007.

14/ محفوظ بن صغير، قضايا الطلاق في الاجتهاد القضائي وقانون الأسرة الجزائري، دار الوعي، الجزائر، 2012.
15/ بن منظور، لسان العرب، مؤسسة الأعلمي للمطبوعات، بيروت، 2005.
16/نور الدين لمطاعي، عدة الطلاق الرجعي وآثارها على تنفيذ الأحكام القضائية، ط02، دار فسيلة، الجزائر، 2006.

ثانيا: المذكرات والرسائل العلمية

18/ زكية تشوار حميدو، مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة (دراسة مقارنة)، أطروحة دكتوراه، جامعة تلمسان، كلية الحقوق، 2004-2005.
19/ صالح بوغرارة، أحكام النسب والحضانة على ضوء التعديلات الأخيرة لقانون الأسرة، مذكرة ماجستير، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، 2007/2006.
20/ صورية لعمارة محمد، إشكالات قانون الأسرة الجزائري بين التشريع الساري والتعديلات المقترحة، المدرسة العليا للقضاء، الجزائر، دفعة13، لسنة 2005/2004.
21/ عبد الفتاح تقية، الطلاق بين أحكام تشريع الأسرة والاجتهاد القضائي، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، السنة الجامعية 2006/2005.
22/عمر زودة، طبيعة الأحكام بإنهاء الرابطة الزوجية وأثر الطعن فيها، مذكرة ماجستير، فرع القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، السنة الجامعية 2000-2001.

ثالثا: المجلات والمداخلات العلمية

23/ خليل عمرو، الطعن في الأحكام الصادرة بالطلاق، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، جامعة البليدة، كلية الحقوق، العدد 01، سنة 2011.
24/ زكية تشوار حميدو، مدى حماية الأسرة عبر أحكام التطليق، مقال منشور بمجلة العلوم االقانونية والإدارية والسياسية، جامعة تلمسان، رقم 10، 2010.
25/ عبد الفتاح تقية، الإشكالات القانونية بين النظرية والتطبيق في تشريع الأسرة الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، ج 41، رقم 02،2003.

26/ عبد اللطيف والي، "حق الطفل في الحضانة"، مداخلة مقدمة ضمن فعاليات الملتقى الوطني الذي نظمته كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة يحي فارس بالمدية، الموسوم بعنوان: حماية الأسرة في التشريع الجزائري، يومي 05/04 نوفمبر 2015، المدية.

27/فواز لجلط،" إشكالات تنفيذ الأحكام القضائية في مادة شؤون الأسرة"، مداخلة مقدمة ضمن فعاليات الملتقى الوطني الذينظمته كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة يحي فارس بالمدية، الموسوم بعنوان: حماية الأسرة في التشريع الجزائري، يومي 04/ 05 نوفمبر 2015، المدية.

رابعا: المجلات القضائية

28/ المجلة القضائية، العدد 01، 1989.

29/ المجلة القضائية، العدد 02، 1989.

30/ المجلة القضائية، العدد 03، 1989.

31/ المجلة القضائية، العدد 04، 1989.

32/ الإجتهاد القضائي، 1990، عدد خاص.

33/ المجلة القضائية، 1990، عدد 04.

34/ المجلة القضائية، 1991، العدد 04.

35/ المجلة القضائية، 1992، العدد 01.

36/ المجلة القضائية، 1992، العدد 04.

37/ المجلة القضائية، العدد 01، 1993.

38/ المجلة القضائية عدد 02، لسنة 1998.

39/ المجلة القضائية، 2001، عدد خاص.

40/ المجلة القضائية، العدد 02، 2004.

41/ مجلة القضاء والتشريع، عدد 08، 1960.

42/ نشرة القضاة، العدد 44.

43/ نشرة القضاة، عدد 51.

44/ نشرة القضاة، العدد 02، 1969.

خامسا: النصوص القانونية

45/ القانون رقم 11/84 المؤرخ في 29 جوان 1984، المتضمن قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم بالأمر 02/05 المؤرخ في 27 فيفري 2005، الجريدة الرسمية عدد 15 المؤرخة في 27 فيفري 2005.

46/ القانون 10/05 المؤرخ في 20 جوان 2005 المعدل والمتمم للأمر 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني، الجريدة الرسمية عدد 44 المؤرخة في 26 جوان 2005.

47/ القانون رقم 03/06 المؤرخ في 2006/02/20 المتضمن مهنة المحضر القضائي، الجريدة الرسمية عدد 14 المؤرخة في 08 مارس 2006.

48/ قانون رقم 09/08 المؤرخ في 2008/02/25، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الجريدة الرسمية عدد 21 المؤرخة في 23 أفريل 2008.

49/ قانون رقم 02/16 المؤرخ في 19 جوان 2016 يتمم الأمر رقم 156/66 المؤرخ في 08 جوان 1966 المعدل والمتمموالمتضمن قانون العقوبات الجزائري، الجريدة الرسمية عدد 37 المؤرخة في 22 جوان 2016.

فهرس

الموضوعات

المواضيع	الصفحة
مقدمة.....	
الفصل الأول: الإشكالات النظرية لانحلال الرابطة الزوجية في قانون الأسرة الجزائري.....	2
المبحث الأول: إشكالات الأحكام الموضوعية لانحلال الرابطة الزوجية.....	3
المطلب الأول: الطلاق بإرادة الزوج المنفردة.....	3
الفرع الأول: طبيعة إرادة الزوج في الطلاق.....	4
الفرع الثاني: إثبات طلاق الزوج أمام القضاء.....	6
المطلب الثاني: الطلاق بإرادة الزوجة.....	9
الفرع الأول: طبيعة حق الزوجة في طلب التطليق.....	9
الفرع الثاني: طبيعة إرادة الزوجة في طلب الخلع.....	15
المبحث الثاني: إشكالات الأحكام الإجرائية لانحلال الرابطة الزوجية.....	18
المطلب الأول: إجراء الصلح.....	18
الفرع الأول: إلزامية إجراء الصلح.....	18
الفرع الثاني: علاقته بحقي الطلاق والرجعة.....	20
المطلب الثاني: الطعن في أحكام الطلاق.....	22
الفرع الأول: مدى قابلية أحكام الطلاق لطرق الطعن.....	22
الفرع الثاني: الآثار المترتبة على الطعن في أحكام الطلاق.....	25
الفصل الثاني: آثار انحلال الرابطة الزوجية وإشكالاته العملية في قانون الأسرة الجزائري...	30
المبحث الأول: إشكالات آثار اِنحلال الرابطة الزوجية.....	31
المطلب الأول: إشكالات الآثار المالية لانحلال الرابطة الزوجية.....	31
الفرع الأول: التعويض عن الطلاق التعسفي.....	31
الفرع الثاني: متاع البيت.....	34
المطلب الثاني: إشكالات الآثار غير المالية لانحلال الرابطة الزوجية.....	40
الفرع الأول: إسناد الحضانة وسقوطها.....	40
الفرع الثاني: ممارسة الحضانة.....	48
المبحث الثاني: الإشكالات العملية لانحلال الرابطة الزوجية.....	55
المطلب الأول: إشكالات عملية قبل انحلال الرابطة الزوجية.....	55

الفرع الأول: أهم إشكالات تنفيذ حكم الرجعة إلى بيت الزوجية.....	55
الفرع الثاني: إشكالات تنفيذ حكم نفقة الإهمال وحكم رجعة الزوجة الناشز.....	59
المطلب الثاني: إشكالات تنفيذ الأحكام القضائية بعد فك الرابطة الزوجية.....	65
الفرع الأول: الإشكالات المتعلقة بالأمور المالية.....	66
الفرع الثاني: الإشكالات المتعلقة بالأمور غير المالية.....	70
خاتمة.....	75
قائمة المصادر والمراجع.....	80
فهرس الموضوعات.....	85

هذا البحث عبارة عن دراسة تحليلية ومقارنة لقانون الأسرة الجزائري مع التشريع الإسلامي في مسألة انحلال الرابطة الزوجية تحديدا، فالنصوص القانونية لم تستوعب ظاهرة الطلاق بما يكفل مواجهتها والتقليل منها، ما شكل عبئا على القاضي ببحثه في الفقه لسد النقص وتفسير الغموض، ومن جهة اخرى وجود بعض النصوص القانونية لا تتلاءم مع الأحكام الشرعية في مسائل مثل الصلح والرجعة والعدة الشرعية والطعن في أحكام الطلاق، الأمر الذي أدى لبروز جدل وخلاف فقهي وصدور أحكام قضائية متضاربة، مما يجعل تنفيذ الأحكام القضائية الصادرة في مسائل الطلاق أمر صعب وقد يستلزم صدور أحكام أخرى، ويرجع ذلك لوجود اختلال بين النص والحكم والتنفيذ.