جامعةإبن خلدون - تيارت
كلية الحقوق و العلوم السياسية
قسم الحقوق

عنوان الأطروحة:

إشكالات توابع فك الرابطة الزوجية في التشريع الجزائري

أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه ل .م . د في شعبة الحقوق

التخصص:قانون أسرة مقارن

من إعداد الطالبة: **تحت إشراف:**

فريال بن جدي مختاريةطفياني

أمام لجنة المناقشة:

الاستاذ(ة)	الرتبة	جامعة الانتماء	الصفة
أد/ بوغرارة صالح	أستاذ التعليم العالي	جامعة تيارت	رئيسا
أ د/ طفيانيمختارية	أستاذ التعليم العالي	جامعة تيارت	مشرفا و مقررا
أد/ شامي أحمد	أستاذ التعليم العالي	جامعة تيارت	ممتحنا
د/ بطاهر أمال	أستاذ محاضر قسم أ	جامعة تيارت	ممتحنا
أد/ هنان مليكة	أستاذالتعليم العالي	مركز جامعي البيض	ممتحنا
د/بوجانيعبد الحكيم	أستاذ محاضر قسم أ	جامعة تيموشنت	ممتحنا

السنةالجامعية: 2023/ 2024

{ رَبَّنَا لَا تُؤَاخِذْنَا إِنْ نَسِينَا أَوْ أَخْطَأْنَا }

سورة البقرة/ 286

شكر و عرفان

أولا أبدأ تشكري لله عزوجل على عطائه وكرمه عليا.

ثانيا أتشكر أستاذتي الفاضلة المشرفة، الدكتورة مختارية طفياني داعية لها بدوام الصحة والعافية، والتي كانت دائما تمد لي يد العون ولم تبخل عليا بشيء.

ثالثا أتفضل بالشكر للأساتذة الأفاضل أعضاء لجنة المناقشة على تفضلهم وتكرمهم لمناقشة هذا العمل الذي ما زال يضل في حاجة إلى التقويم والتصويب.

رابعا أتوجه بشكري إلى كل الأساتذة الأفاضل من قريب ومن بعيد، كما لا يفوتني تقديم الشكر الجزيل إلى كل من شجعني أو ساعدني في إنجاز هذا البحث ولو بكلمة طيبة سواء من بعيد أو من قريب.

فريال بن جدي

الاهداء

إلى نبع الحنان إلى روحي وأغلى ما كنت أملك أمي الحبيبة رحمك الله وجعل مثواك الفردوس الأعلى والتي كنت أتمنى أن تشاركني طيلة مسار بحثي والتي كانت سندي في الحياة والتي لو لاها لما وصلت إل هنا بعد وفاتها عجزت في المواصلة وبعدها تذكرت أن كل ما كانت تتمناه هو أن أتحصل على شهادة الدكتوراه فواصلت مسيرتي من أجلها.

وإلى أبي الغالي أطال الله من عمره والذي كان سندا لي ماديا ومعنويا حفظه الله.

كما لا أنسى أن أهدي عملي هذا إلى كل من علمني حرفا طيلة مشواري الدراسي، وإلى كل أساتذتي وإلى كل إخوتي، وإلى كل زملائي وأصدقائي وأحبابي والحمد لله ربي العالمين.

قائمة المختصرات

- ج ر: الجريدة الرسمية
- ص: الصفحة
- ط: الطبعة
- ع: العدد
- ق م: قانون مدني
- ق أ: قانون الأسرة
- ق إم إ : قانون الإجراءات المدنية والإدارية
- ق م أ م: قانون مدونة الأسرة المغربية
- ق أ ش ت: قانون الأحوال الشخصية التونسية
- م م ع: مجلة المحكمة العليا

مقدمـــة

يعتبر الزواج الوسيلة التي بها يتم تكوين الأسرة وإنجاب الأولاد، وقد شرعه الله سبحانه وتعالى حفاظا على الأنساب، لقوله تعالى: «وَاللَّهُ جَعَلَ لَكُم مَّنْ أَنفُسِكُم أَزوَاجًا وَجَعَلَ لَكُم مَّن أَزواجِكُم بَنِينَ وَحَفَدَةً وَرَزَقَكُم مّنَ الطَّيّباتَ...»[1]، ويعتبر الزواج ميثاق غليظ أساسه المودة والرحمة بين الطرفين لقوله تعالى: «وَأَخَذنَ مِنكُم مِيثَاقًا غَلِيظًا»[2]إلا أنه قد يحصل تنافر وكره بين الزوجين يستحيل العشرة بينهما، وبالتالي ينتج عن ذلك فك الرابطة الزوجية بينهما من أجل تخفيف المعاناة التي يتعرض لها كلا الزوجين أو أحدهما لقوله تعالى: « وَإِن يَتَفَرَّقَا يُغْنِ اللهُ كُلاً مِّن سَعَتِهِ»[3].

إلا أننا لاحظنا كثرت حالات فك الرابطة الزوجية، حيث أصبحت المحاكم تعج بقضاياه ويكون هذا التفكك إما عن طريق إرادة الزوج المنفردة أو بإرادة الزوجة التي تطلب من القاضي التطليق أو مخالعته مقابل مبلغ مالي أو يتم عن طريق إرادة الطرفين،إضافة إلى ذلك هناك طرق أخرى لم ينص عليها المشرع في فصل الطلاق، وهي الإيلاء والظهار واللعان التي تنحل بها العلاقة الزوجية، كما وقد تنتهي العلاقة أيضا بوفاة أحد الزوجين، لكن هذه الأخيرة لا تسبب إشكالا عكس طرق إنحلال الرابطة الزوجية الأخرى التي غالبا ما تنتهي بطريقة غير ودية، فبمجرد تفكك الرابطة الزوجية ينجر عنها آثار إما مالية أو غير مالية ففيما يخص هذه الأخيرة نذكر منها الحضانة والعدة وغيرها من التوابع سنتطرق إليها بالتفصيل في بحثنا، أما عن الآثار المالية فمنها النفقة والنزاع حول متاع البيت وغيرها سوف يتم الحديث عنها أيضا في البحث، ونخص بالذكر أن هذه التوابع فيها ما هو متعلق بالمرأة المطلقة وكذا ما يتعلق بالطفل المحضون.

إلا أن ما يمكن ملاحظته هو أنحالات فك الرابطة الزوجية في تزايد مستمر ناهيك عن توابعها التي إنجرت عنها الوقوع في إشكالات عديدة عجز المشرع الجزائري عن تداركها نتيجة التغيرات الإجتماعية الحاصلة التي تجاوزت النصوص القانونية،وعلى أساس ذلك تم صياغة عنوان الدراسة على النحو التالي إشكالات توابع فك الرابطة الزوجية في التشريع الجزائري.

وكما هو معلوم لدينا فقد حاول المشرع الجزائري مواكبة التطورات الإجتماعية والتغيرات الحاصلة على الأسرة والمجتمع ككل، وهذا ما عكس على التعديل الذي جاء به الأمر 05-02 المؤرخ في

[1] سورة النحل، الاية 72.

[2] سورة النساء، الاية 21

[3] سورة النساء، الاية 130.

27 فبراير 2005 الذي مس بعض مواده، محاولا سد بعض النقائص والثغرات التي كان عليها قانون 84-11 المؤرخ في 09 يونيو 1984.

ولدينا الدستور الجزائري الذي نص[4] على حماية الأسرة والطفل في كل من المادة(72) التي نصت على: "تحظى الأسرة بحماية الدولة والمجتمع"، وكذلك المادة(77) التي تنص على: "يمارس كل واحد جميع حرياته في إطار إحترام الحق في الشرف، وستر الحياة الخاصة، وحماية الأسرة والشبيبة والطفولة".

كما للقاضي الجزائري دور فعال في معالجة معظم هاته الإشكالات وذلك من خلال مراعاة مصلحة المحضون بالدرجة الأولى، وقد جعل المشرع الجزائري النظام العام معيار أساسي لإستبعادتطبيق الأحكام الأجنبية في الجزائر،وفي هذا الصدد أصدرت الجزائر مجموعة من القوانين والتنظيمات وأبرمت العديد من الإتفاقيات والمعاهدات الدولية وكل هذا من أجل توفير حماية أكثر ومن أجل الحد من إشكالات توابع فك الرابطة الزوجية.

وعليه لابد من دراسة أهم الإشكالات الناتجة عن تطبيق النصوص القانونية في مجال توابع فك الرابطة الزوجية، وسنتطرق في ذلك إلى التوابع الغير مالية والتوابع المالية لفك الرابطة الزوجية في التشريع الجزائري، ولإثراء الدراسة كان علينا ذكر بعض التشريعات الأخرى بدلا من الإكتفاء بالتشريع الجزائري لأننا وجدنا في التشريعات الأخرى حلول ساهمت في إنقاص الإشكالات التي يثيرها الموضوع، حيث إعتمدنا عليها على سبيل المثال.

وتبرز **أهمية الموضوع** في كون أن لتوابع فك الرابطة الزوجية أهمية كبيرة لإرتباطها بمصلحة الطفل والأم المطلقة، إذ يترتب على إنحلال الزواج العديد من الآثار التي يكون للزوجين يد فيها أو في تفاقمها وخاصة على الأطفال بحيث تكون آثار نفسية وإقتصادية و إجتماعية[5]، فالحضانة بإعتبارها جزء مهم من أثار فك الرابطة الزوجية لخصوصيتها الحساسة فيما يتعلق بالطفل، فقد أعطى المشرع الجزائري حماية للطفل من خلال نصوص قانون الأسرة التي جاءت مفصلة ودقيقة وراعت جوانب الحماية الضرورية، إلا أن طابعها الخاص جعل مهمة القاضي شاقة ومتعبة وذلك من خلال الممارسات

[4] المرسوم الرئاسي رقم 96-438 المؤرخ في 26 رجب 1417 الموافق لـ 7 ديسمبر 1996 المتعلق بتعديل الدستور، المصادق عليه في إستفتاء 28 نوفمبر 1996، ج.ر، ع.76، الصادر في 8 ماي 1991، المعدل والمتمم بالقانون رقم 16-01 المؤرخ في 26 جمادى الاولى 1437 الموافق لـ 06 مارس، ج.ر، ع.14، الصادر في 27 جمادى الاولى 1437 الموافق لـ 7 مارس 2016.

[5] بلقاسم شتوان، ظاهرة الطلاق في المجتمع الجزائري (أسبابها وآثارها النفسية والاجتماعية والاقتصادية دراسة فقهية اجتماعية)، دار النشر مطلعة المنار. سطيف، الطبعة الأولى 2010، ص61

التطبيقية التي توحي إلى العديد من الإشكالات، وعليه لابد من تداركها وعلاجها حتى لا تتفاقم أكثر وتؤثر على الطفل والمجتمع، مع ضرورة توضيح مصلحة المحضون في ذلك.

ويرجع ذلك لحكمة أن المشرع الجزائري أراد التوسع في دائرة السلطة التقديرية للقاضي من أجل معالجة الإشكالات المستجدة، إلا أنه قد تفاقم الوضع والسبب في إنتشارها هو نتيجة الصعوبات التي لم تستطع غرفة الأحوال الشخصية بالمحكمة العليا تداركها.

وتتأرجح **أسباب إختيارنا للموضوع** بين الذاتية والموضوعية، إذ تكمن الدوافع الذاتية لإختيار هذا الموضوع في الرغبة الملحة لمعالجة المواضيع المتعلقة بالأحوال الشخصية ولأن الموضوع ذات الصلة بمجال تخصصي هذا من جهة، ومن جهة أخرى ميولي للإشكالات المتعلقة بالطفل لأنه يعتبر طرف ضعيف في العلاقة الأسرية وكذا جمع عناصر الموضوع لأنها تمس واقع حياة الفرد والمجتمع، وكثرة الإشكالات العملية جراء الثغرات القانونية للنصوص والبحث عن الحلول المناسبة.

أما الدوافع الموضوعية للبحث في الموضوع تكمن في الفراغ والغموض في قانون الأسرة الجزائري، والرغبة الشديدة في معالجة وإستنباط ومحاولة لإعطاء حلول للحد من الإشكالات القائمة في العلاقات الأسرية.

بينما تكمن **أهداف الموضوع** في معالجة الإشكالات المتعلقة بتوابع فك الرابطة الزوجية في معالجة موضوع حساس متعلق بالأسرة، خاصة فيما يتعلق بالطفل لأنه ضحية تفكك الأسرة إذ لا ذنب له لهذا نسعى جاهدين لتوفير الحماية له وكل ما يحتاجه فصلاحه هو صلاح مجتمعنا، وبالتالي نحقق المصلحة الخاصة والمصلحة العامة معا، كذلك توفير الحمايةللمطلقة من تعسف الزوج، كما تهدف الدراسة إلى محاولة الوقوف على إبراز ما إستجد حول الموضوع.

إلا أن هذه الدراسة ليست بالأمر الهين ذلك لصعوبتها فالخوض في غمار هذا البحث لم يخل من العراقيل والصعوبات، وما صادفنا من مشكلات خلال مرحلة تحضيره، ذلك لتشعب الموضوع وتشعب حيثياته،وغياب وضوح النصوص القانونية وغموضها مع وجود نقائص في التشريع.

تجدر الإشارة إلى أن هناك دراسات تناولت بعض جزئيات الموضوع محل الدراسة، وحاولت إستثمار النتائج العلمية لأصحابها، فعلى سبيل المثال نجد:

1 -إشكالات فك الرابطة الزوجية في ضوء القضاء الجزائري من إعداد ربيع وفاء وهي رسالة ماجستير تاريخ المناقشة 2014/2013 كلية الحقوق جامعة الجزائر1، تناول الموضوع الإشكالية التالية: ما هي أهم الإشكالات الناتجة عن تطبيق النصوص القانونية في مجال فك الرابطة الزوجية؟ وهل نصوص قانون الأسرة المنظمة لهذا المجال كافية لضمان ممارسة قضائية سليمة؟

وتم تقسيم موضوع البحث إلى بابين تناول بابه الأول دراسة أنواع الإشكالات القانونية الناتجة عن تطبيق النصوص القانونية في مجال فك الرابطة الزوجية بجانبيها الموضوعي والإجرائي، أما البابالثاني خصص لدراسة أهم الإشكالات القانونية المتعلقة بآثار فك الرابطة الزوجية في جانبيها المالي والشخصي الخاص بحضانة الأولاد، معتمدا في ذلك على المنهج الوصفي والتحليلي ومن أهم النتائج المتوصل إليها:

-يشكل الطلاق محورا هاما من محاور قانون الأسرة الجزائري وهو ظاهرة إجتماعية متشعبة من حيث الأسباب وخطيرة من حيث الآثار.

-قصور الجانب التشريعي في مجال الطلاق وعدم معالجة نصوص القانون العديد من الجوانب المتعلقة به ويتجلى هذا النقص في عدد المواد المنظمة له والتي تعتبر قليلة جدا لكي تستوعب جميع متطلبات الموضوع، أو من حيث كيفية تنظيمها والتي غلب عليها العموم والغموض.

-النقص التشريعي المسجل في موضوع الطلاق يدفع القاضي لتطبيق المادة (222) من قانون الأسرة التي من شأنها إرهاق القضاة وخلق ممارسة قضائية غير مستقرة.

-تكريس الطعن بالنقض في أحكام الطلاق لا ينطوي على أية فائدة عملية مادام أن فرضية قبول الطعن سيؤدي إلى إختلالات جوهرية بين نصوص القانون وقواعد الشريعة.

-يعتبر النزاع حول المتاع والتعويض عن الطلاق والحضانة أهم آثار الطلاق ولأكثرها عرضا على ساحة القضاء.

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

-عدم وضوح الأساس القانوني للتعويض عن الطلاق التعسفي وتبيان مواقف القضاء في تبيان ذلك.

-قيام الحضانة على أساس قاعدة مصلحة المحضون وعدم تلائم قواعد الحضانة مع الواقع الإجتماعي خصوصا في مجال النفقة والسكن.

-على النيابة العامة أن تسعى للتطبيق السليم لنصوص القانون في مجال فك الرابطة الزوجية وأن تتدخل في كل مرة لضمان التطبيق السليم لنصوص القانون وأحكام الشريعة وأن تسعى لحماية المجتمع.

2 -إشكالات إنعقادوإنحلال الزواج من إعداد بوجاني عبد الحكيم وهي رسالة ماجستير تاريخ المناقشة 2014/2013 كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة أبو بكر بلقليد تلمسان تناول موضوعه من خلال الإشكالية التالية: هل وفق المشرع في تعديلات لبعض مواد قانون الأسرة والمندرجة ضمن مسائل إنعقاد وإنحلال الزواج بما يخدم مصلحة الفرد والأسرة والمجتمع ككل؟ وقد قامبتقسيم موضوع البحث إلى بابين تناول في الباب الأول: أهم إشكالات إنعقاد الزواج وإثباته، أما الباب الثاني تخصص في دراسة أهم إشكالات إنحلال الزواج، معتمد في ذلك على المنهج التحليلي والنقدي لدراسة أهم المسائل المنصوص عليها قانونا مع إعطاء بعض الأمثلة عن بعض القوانين العربية والغربية ومن أهم النتائج التي توصل إليها بالنسبةلإنحلال الزواج:

-أما بالنسبة للتعويض عن الطلاق التعسفي فإن المادة (52) المعدلة من قانون الأسرة تحمل الكثير من الغموض والنقائص، فالتعويض عن الطلاق التعسفي في الفقه الإسلامي له أساسيته ودعائمه التشريعية تتضمن نظرية التعسف في إستعمال الحق وإيجاب المتعة للمطلقة بخلاف القانون الذي يستند على نظرية التعسف فحسب كما أن القانون لم ينص على نفقة المتعة وعليه نطلب من المشرع النص صراحة على نفقة المتعة مستقلة عن تعويض الطلاق التعسفي.

-كما أن المشرع لم يكن موفقا عند تطرقه لموضوع النزاع حول متاع بيت الزوجية وذلكبإقتصاره على المادة واحدة ووحيدة فالمادة (73) من قانون الأسرة لا تجيب عن كل الأسئلة والإستفسارات وذلك بإعطائها لبعض الحل وليس كله.

-أما فيما يتعلق بالحضانة فإن المشرع لم يعط شروط ممارسة الحضانة أهميتها اللازمة إذ لم يخص هذا الموضوع المهم إلا بفقرة جد مختصرة في المادة (62) من قانون الأسرة بقوله: "ويشترط أن يكون أهلا لذلك" فكان الأجدر على المشرع لو وضع على الأقل مادة واحدة تفصل كل الشروط لممارسة الحضانة.

-كما أن المشرع لم يوسع من مفهوم الزيارة فهو لم يحدد المدة التي يستغرقها المستفيد من حق زيارة المحضون فهل تكون يوميا أسبوعيا أم شهريا؟.

-أما بالنسبة لسكنى المطلقة الحاضنة فإن المشرع لم يكن موقفا في تعديله للفقرة 2 من المادة (72)من قانون الأسرة، عندما نص على بقاء الحاضنة في بيت الزوجية حتى تنفيذ الأب للحكم القضائي المتعلق بالسكن، فصياغة المادة جاءت مجانبة للصواب، لأنه لم يوضح الأساس الشرعي والقانوني لبقاء الحاضنة في بيت الزوجية رغم أن الطلاق في قانون الأسرة طلاق بائن.

-كما أن الزواج المختلط يعتبر فعلا من القضايا الشائكة في مجال العلاقات الأسرية، بحيث يصعب تطبيق بعض النصوص القانونية المتعلقة بالحضانة وخاصة نص المادة (62) المتعلق بالتربية على دين الأب.

-كما أن المشرع أغفل مسألة هامة كثيرا ما تثار بالنسبة للمحضونوهيإنتهاء مدة الحضانة ورفض الطفل الإنتقال إلى الجهة التي ستسند لها الحضانة بسبب تعوده على العيش مع أمه مثلا لفترة طويلة.

بعد ذكر الدراسات السابقة والنتائج التي توصلوا إليها أردنا أن نظيف عليها العديد من الإشكالات المتعلقة بتوابع فك الرابطة الزوجية سواء المالية والغير المالية مع إضافة النتائج المتوصل إليها خلال الدراسة.

بناءا على ما سبق تتحد إشكالية الدراسة إلى:**ماهي الآليات القانونية التي أعطتها التشريعات لمعالجة إشكالات توابع فك الرابطة الزوجية؟**

و يتفرع عن هذه الإشكالية تساؤلات فرعية:

-ما هي التوابع الغير المالية والمالية لفك الرابطة الزوجية في التشريع الجزائري؟

-فيما تتمثل الإشكالات المثارة حول التوابع المالية والغير مالية في التشريع الجزائري؟

- هل نصوص قانون الأسرة الجزائري كافية لضمان ممارسة قضائية سليمة؟

بالنظر إلى أهمية الموضوع فقد أردنا إتباع مناهج متمثلة في المنهج الوصفي لسرد المفاهيم والوقوف على أحكامها، وبغرض إعطاء الصورة الفعلية لتوابع فك الرابطة الزوجية، وتبيان إشكالاتها مع التطرق لموقف القضاء والمبادئ التي سار عليها الإجتهاد القضائي وعلى أساسها صدرت قرارات المحكمة

العليا، أي من خلال محاولة الربط بين الجانب النظري والتطبيقي وذلك من خلال الإسقاط العملي للإجتهاد القضائي للمحكمة العليا.

والمنهج التحليلي إنطلاقا من تحليل لنصوص قانون الأسرة الجزائري، وقد حاولنا من خلال هذا البحث أن نقوم بدراسة تحليلية لمستجدات كل ما يتعلق بتوابع فك الرابطة الزوجية وذلك من خلال رصد لأهمالإشكالات التي تطرحها دون أن نغفل دور القضاء في تفعيلها على مستوى الواقع مستدلين بأهم القرارات والأحكام القضائية في الموضوع.

تجدر الإشارة إلى أنه رغم الصعوبات التي واجهناها في إنجاز هذا البحث إلا أن الله منّ علينا بقدر من التيسير وتتمثل هذه الصعوبات في:

تحتم علينا اللجوء إلى القانونين المغربي والتونسي على سبيل المثال وليس على سبيل المقارنة، بالإضافة إلى أن الموضوع فيه جزئيات مختلفة لذا إستلزم علينا الأمر ببذل جهد أكبر في الجمع والتحليل للوصول إلى تلك الإشكالات العديدة خاصة على الصعيد العملي لذلك لجأت إلى الاجتهادات القضائية، كذلك وجدت الموضوع متشعب وحاولت حصره بقدر المستطاع.

ومن أجل دراسة هذا الموضوع والإلمام بكل جوانبه والإجابة على الإشكالات المطروحة فقد تم تقسيم البحث إلى بابين، حيث جاء الباب الأول بعنوان إشكالات التوابع الغير مالية لفك الرابطة الزوجية في التشريع الجزائري والذي من خلاله تم الحديث عن الإشكالات المتعلقة بالحضانة والولاية والكفالة في التشريع الجزائري في الفصل الأول، ثم تم التطرق إلى الإشكالات المتعلقة بحق الزيارة والسفر داخل الوطن وخارجه وإشكالات العدة والنسب في التشريع الجزائري في الفصل الثاني ، وعليه تمت دراسة كل موضوع على حدى إضافة إلى إبراز أهم الإشكالات المثارة في كل موضوع.

أما الباب الثاني فجاء بعنوان إشكالات التوابع المالية لفك الرابطة الزوجية في التشريع الجزائري حيث تم من خلاله دراسة إشكالات الحضانة في شقها المالي والولاية على مال القاصر والميراث في الفصل الأول إذ تم من خلالها إبراز أهم الإشكالات المالية التي يمكن أن تثار في هذا الجانب، بينما في الفصل الثاني تطرقت الدراسة على إشكالات النفقة بعد الطلاق ونزاع الزوجين حول متاع البيت والذمة المالية بين الزوجين والتي تضمنت أيضا أهم الإشكالات المثارة خاصة على الصعيد العملي، وأنهيت الدراسة بخاتمة تضمنت جملة من النتائج والاقتراحات.

.

الباب الأول: إشكالات التوابع الغير مالية لفك الرابطة الزوجية في التشريع الجزائري

إشكالات التوابع الغير مالية لفك الرابطة الزوجيةفي التشريع الجزائري:

بمجرد الفرقة بين الزوجين سواء عن طريق الطلاق أو الوفاة، إلا أنه بإعتبار هذه الأخيرة كطريق لفك الرابطة الزوجية لا تثير الكثير من الإشكالات مقارنة مع الطلاق، حيث تنشأ عدة آثار من بينها الأثار الغير المالية التي هي موضوع دراستنا وتتجلى في الحق في الحضانة والحق في الولاية على نفس القاصر، وموضوع الكفالة عند طلاق الزوجين،وكذلك الحق في الزيارة والسفر بالمحضون سواء داخل الوطن أو خارجه، ويوجدالعدة بالنسبة للمطلقة في شقها المعنوي والنسب بالنسبة للطفل المحضون، فكل هذه الآثار تأتي على المطلقة والطفل المحضون فلابد من توفير الحماية لهما ذلك لما يكتنف هذه الآثار الغموض والإبهام وعلى إثرها صدرت ولا تزال تصدر عدة أحكام قضائية غير سديدة، مما جعلها تطرح عدة إشكالات على الصعيد القضائي.

وقد نص المشرع الجزائري على التوابع غير المالية لفك الرابطة الزوجية ونظم أحكامها، ويمكن تقسيم هذه التوابع الغير مالية في الفصل الأول إل قسمين: الأول يتمثل في الحضانة والولاية والكفالة ويعتبرون من أهم الحقوق التي أقرتها الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية التي من شأنها حماية الطفل المحضون من التشتت بعد إنفصال الوالدين، أما الثاني منها فيتعلق بحق الزيارة والسفر الذين يعتبران جزء مهم في حياة المحضون لعدم تعرضه للحرمان الأبوي.

الفصل الأول: الإشكالات المتعلقة بالحضانة والولاية والكفالة في التشريع الجزائري

للحضانة إشكالات عديدة حيث نرى في الزواج المختلط عند إنفصال الزوجين ينجر عنه إشكالات لا تعد ولا تحصى خاصة عند إسناد الحضانة وإختلاف الدين،أما يالحديث عن الولاية على النفس وفيها يتولى الولي أمور القاصر منذ ولادته إلى بلوغه بكل ما يتعلق به ورعايته رعاية الرجل الحريص، وبعد وفاة الأب تحل محله الأم في الأمور المستعجلة، وطبعا تمنح الولاية لمن أسندت إليه الحضانة إلا أن النقص في توضيح وشرح المواد التي تنص على الولاية خاصة بعد التعديل قد خلقت العديد من الإشكالات العملية، أما فيما يخص كفالة الطفل المحضون التي تعتبر عمل تطوعي يلتزم به الكفيل إتجاه الطفل القاصر، فإشكالنا هنا هو عن مدى إستمرارية الكفالة في حالة الطلاق، أما بالنسبة للتبني فهو محرم في الدول الإسلامية إلا أنه موجود لدى بعض الدول.

المبحث الأول: الإشكالات القانونية والقضائيةالمتعلقة بالحضانة

إن موضوع الحضانة يعتبر من أهم المواضيع التي لازالت تشغل شريحة مهمة في المجتمع وخاصة المتخصصين، وقد تم تعديل نصوص قانون الأسرة سنة 2005 خاصة فيما يخص ترتيب الحاضنين الذي إنبثقت عنه جملة من الإشكالات القانونية والعملية.

المطلب الأول:مفهوم الحضانة

قبل التطرق إلى إشكالات الحضانة لابد من التطرق إلى مفهوم وأحكام الحضانة إذ هي عينها الأحكام المذكورة في كتب الفقهاء، إلا أنه مع إختلاف العصر ربما تتغير طريقة تطبيقها نظرا لما يستجد من حوادث لها طابعها المؤثر في تخريج الحكم وتكييفه ونظرا لتعدد الإجتهاد وتغيره طبقا للظروف المحيطة والملابسات الجديدة، ومن البديهي قوله أننا إذا إنطلقنا دوما في معالجة قضايانا المعاصرة من إجتهادات الفقهاء قديما فيما لا نص فيه دون مراعاة لروح العصر، ربما سنبتعد عن مقصود الشارع وننفلت عن فهم نصوصه لتغير الواقع وظهور مستجداته، ولا شك أن المتغيرات تؤثر في تطبيق أحكام الحضانة، بل هي مؤثرة في تطبيق معظم أحكام الشريعة التي لا تتخذ طبقا تعبديا أوعقديا كما هو مقرر في التأصيل للمصلحة، وفي سد الذرائع، وفي فتحها وفي العرف وفي غيرها من الأصول التشريعية مما هو معروف فيأصول الفقه[6].

الفرع الأول: تعريف الحضانة:

أولا-في اللغة معناها:مصدر حضن، ولاية على الطفل لتربيته وتدبير شؤونه، "حملت هذه الأم تبعة حضانة ولديها"، (حي) نمو جنين البيضة المخصبة بإستخدام الحرار الصناعية، تربية الطفل في مرحلة ما قبل الدراسة بهدف تنميته جسميا وعقليا وصحيا وغذائيا وفنيا وعاطفيا وإجتماعيا وغرس العادات المستحسنة فيه[7].

[6] اشرف محمود بني كنانة، التعسف في استعمال حق الحضانة، دراسات علوم الشريعة والقانون، المجلد 43، ملحق 2، 2016، جميع الحقوق محفوظة، عمادة البحث العلمي، الجامعة الاردنية، ص 846

[7] احمد مختار عمر، معجم اللغة العربية المعاصرة، مجلد الأول، ط1، 1429ه/2008م، ص 515

ثانيا-شرعا: هي حفظ الطفل والقيام بمصالحه، وقد وسع الفقهاء معنى الحضانة فعرفوها بأنها القيام على أمور من لا يستقل بأمور نفسه فيدخل في ذلك المريض المعقد والمجنون والمعتوه والمعوق ولو كان كبيرا[8].

ثالثا-قانونا: ويعرف المشرع الجزائري الحضانة في المادة (62) قانون الأسرةكالآتي: "الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا..." فالأصل في الحضانة هي القيام بخدمة المحضون من حيث نظافته وملبسه ومأكله ومشربه وتربيته على دين أبيه، ويقصد بذلك الدين الإسلامي، وكذلك السهر عليه بإبعاد الضرر عنه بالحفاظ على صحته، إذ يجب مداواته والعناية به وإبعاده من مساوئ الأخلاق وتربيته على مكارمها[9].

رابعا- مشروعية وحكم الحضانة: وعن مشروعية الحضانة إجماع الصحابة، حيث قضى أبابكر الصديق لإمرأة عمر بن الخطاب أم عاصم في محضر من الصحابة دون نكير فكان إجماعا وعلى ذلك عمل الأمة[10]، أما عن حكم الحضانة هي واجبة لأن المحضون يهلك بتركها فوجب حفظه من الهلاك[11].

الفرع الثاني: أحكام الحضانةومستجداتها المثارة

فالحضانة في الفقه الشرعي جاءت أحكامها وتكييفها وشروط إستحقاقها ودرجة حواضنها بعد مسألة التفريق بين الزوجين، لأنه عندما كانت الزوجية قائمة فالوالدان متعاونان في تربية الصغير، والقيام بشؤونه ومصالحه أيحضانته، ولكن إذا وقعت الفرقة بينهما فهنا تثار مسألة الحضانة ويظهر التساؤل: من له حق الحضانة؟[12] ، وكيف يكون ترتيب مستحقي الحضانة؟ وكم هي مدة الحضانة؟

أولا -حق الحضانة:لقدأصبح من المستقر في الفقه والقضاء أن في الحضانة حقوقا ثلاثة، حق الصغير وحق الحاضنة وحق الأب وأن هذه الحقوق مجتمعه متى أمكن التوفيق بينها وجب المصير إليه، أماإذا

[8] نسرين شريقي وكمال بوفرورة، قانون الاسرة الجزائري، سلسلة مباحث في القانون دار بلقيس للنشر، دار البيضاء الجزائر، طبعة1، اكتوبر 2013، ص 103

[9] نسرين شريقي وكمال بوفرورة ، مرجع نفسه، ص 103 - 104

[10] محمد سمارة، احكام واثار الزوجية شرح مقارن لقانون الاحوال الشخصية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 1431 هـ. 2010، ط1، 1423 هـ. 2002م، ط2، 1429 هـ. 2008م، ط3، 1431 هـ. 2010م، ص 383

[11] وهبة الرخيلي، الفقه الاسلامي وادلته، الجزء 7، دار الفكر للطباعة والنشر، دمشق،ط1، 1404 هـ. 1984م، ط 2، 1404 هـ. 1985م، ص 718

[12] نرمين ابوبكر محمد، الالتزام بضمان السلامة في عقد الحضانة، دراسة تحليلية في القانون المدني منشورات الحلبي الحقوقية، ط 1، 2014، ص 23 . ص 25

تعارضت فحق الصغير مقدم على حق الحاضنة وحق الأب وذلك رعاية للصغير لأن مدار الحضانة نفعه، إذا تعارضت الحقوق الثلاثة عند طلب الحضانة فإن هذا التعارض يكشف عن مدى حرص أصحاب حق الحضانة على نفع المحضون ورعايته، فإذا كانت الحاضنة صادقة في طلب حقها في حضانة الصغير فيجب عليها أن تعلم أن من يستعمل حقه ويباشره لا يؤجر عليه خاصة إذا كانت من العاملات اللاتي يترددن على عملهن، فإذاإستحكم الخلف بينهما وبين ولي المحضون حول حقها في الحضانة والأجر عليه، ظهر أنهالاتسعىإلى حقها وإنما تسعى إلىأن تؤجر على مباشرتها حقها، وهذا لا يكون لمصلحة المحضون وإنمالوليه والتربح على أمر هو كما نزعم حقا لها، و إذا كانت الحضانة يتقدم فيها حق الصغير على حق الحاضنة وولي الصغير، فإن أساس حق الحضانة في الحضانة هو صلة بينها وبين المحضون أو بينها وبين أم المحضون وأن هذه الصلة لا تقتضي الخلف على الحضانة ولا على أجر هذه الحضانة من أجل نفع المحضون إذا كانت تحضنه لمصلحته نفعه وكانت صادقة فيما تدعيه[13].

أ. **حق الأم الحاضنة**: إذا كانت الشريعة الإسلامية قد أعطتأولوية الحضانة للمرأة، فهذا إعترافا بدورها في حماية المحضون ويؤكد على أن الشريعة الإسلامية هدفت إلى حماية مصلحة المحضون قبل الحاضن[14]،إن الفقهاء الذين قالوا أنالأم لها حق في الحضانة جعلوا هذا يقبل السقوط بالتنازل عنه- فرسولنا صلى الله عليه و سلم قال للمرأة "أنت أحق بحضانة ولدك ما لم تتزوجي" ولما عرض أمر الحضانة على قضائنا الشرعي قضى بأن في الحضانة ثلاث حقوق – حق الصغير، وحق الأم – وحق الأب – وأن غير الأب من العصبة حكمه كحكم الأب وغير الأم من الحاضنات كالأم، وأن هذه الحقوق الثلاثة متى أمكن التوفيق بينهما وجب أن يصار إلى التوفيق نظرا لمصلحة الصغير – وإذا تعارضت فيقدم حق الصغير على غيره لأن مدار الحضانة على نفع الولد كما أنه لا يضار المولود له بولده[15].

أما في قانون الأسرة الجزائري من خلال المادة (64) منه فقد أعطت حق الحضانة للأم لأن في ذلك مصلحة الطفل وقدمتها على غيرها من الأقارب[16]، ومن ذلك نجد إجتهاد المحكمة العليا في قضية (س .

[13] احمد نصر الجندي، حضانة النساء والمجلس القومي للمراة، دار الكتب القانونية، دار شتات للنشر والبرمجيات، مصر. الامارات، مطابع شتات 2013، ص 48

[14] لوعيل محمد لمين، المركز القانوني للمراة في قانون الاسرة الجزائري، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة الثانية 2006، الصنف 5/165، ص 109

[15] احمد نصر الجندي، قوانين افسدت الاسرة في زمن المؤتمر القومي للمراة، دار الكتب القانونية، دار شتات للنشر والبرمجيلت، مصر- الامارات، مطابع شتات، 2014، ص 44

[16] العربي بغتي، احكام الاسرة في الفقه الاسلامي وقانون الاسرة الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية،12 – 2014،ص 139

ص) ضد: (م . ر) بتاريخ 1968/05/12، العدد4، ص17، نشرة القضاة 1969، وأقرت بأن "المادة (241) من قانون الإجراءات المدنية، تكتفي ببيان موجز للوقائع لكنها لا تحول دون أن يكون هذا البيان أكثر تفصيلا.

-إن الحضانة المقررة شرعا للأم بالأولية على سواها طالما أنه لم يتقرر إسقاط حقها عنها للأسباب المبينة بوضوح. فلا يجوز في هذا النطاق أن تهدم العادات قوة القانون"[17].

ب . حق المحضون: منذ لحظة ميلاد الصغير تنشأ له عدة حقوق كحق العيش وحق التربية وحق أن يقوم شخص ما على مراعاته لاسيما في بداية إرتباطه بالحياة حيث يكون غير مميز فاقد القدرة على إعالة ذاته عجز عن القيام بشؤونه وإحتياجاته لذلك ينشأ للصغير الحق في أن يتعين له من يقوم بهذه المهام فإذا تم تعيين من يقوم برعاية الصغير يمتنع عليه رفض هذا التكليف، وإن تركها أجبر عليها، و في ذلك إستقر رأي الأحناف على أن المرأة إذا إختلعت من زوجها على أن تترك وليدها عند الزواج فالخلع جائز أما الشرط فيبطل لأن الأم أحق بولدها من غيرها[18].

ج . حق الأب: وهو حقه في تعهد صغيره، فهو جزؤه لا يشاركه فيه أحد وهو ينسب إليه ويحمل إسمه، ولذلك يرعى الأب إبنه وهو في يد حاضنته، والأب أيضا يقوم بالإنفاق على صغيره – عند فقره – ويلزمه الشرع بالإنفاق ويجبره عليه إذا إمتنع[19].

فحضانة الصغير هي تربيته والقيام بجميع شؤونه في سن معينة ممن له الحق في ذلك من أقاربه، قال الفقهاء: إن الحضانة حق للحاضن وقيل حق للمحضون والذي عليه العمل أن الحضانة حقوقا ثلاث: حق المحضون وحق الحاضنة وحق الأب، فإذا أمكن التوفيق بينها ثبتت كلها، وإن تعارضت قدم حق الصغير، بدون إلتفات إلى حق الأب أو الحاضنة لأن حق الصغير في الرعاية أقوى من حقيهما فيقدم دائما، ولذلك ينصح الفقهاء القاضي أن يتدبر الأمر ويقدر الوقائع وأن يكون بصيرا بطبائع الخصوم ذا

[17] المحكمة العليا، غرفة الاحوال الشخصية، 1968/05/12، ملف رقم غير موجود، نشرة القضاة 1969، العدد 4، ص 17، انظر، جمال سايس،الاجتهاد الجزائري في مادة الاحوال الشخصية، (قرارات المحكمة العليا، مسرد ألفبائي للكلمات الدالة)، منشورات كليك، الجزء 1، ط الاولى، 2013، ص 49

[18] ممدوح عزمي المحامي، احكام الحضانة بين الفقه والقضاء،- الحقوق التي تنظمها الحضانة-فترة الحضانة-شروط الابقاء بعد سن الحضانة-نشوز الزوجة واثره على الحضانة- شروط الحضانة- شروط الحاضنة من النساء-اصحاب الحق في الحضانة-اجرة الحضانة- سكن الحضانة-الانتقال بالصغير-حقوقا لمحضون على حاضنته-حق الرؤية-انتهاء فترةالحضانة-دعوى الضم وقواعد اقامتها- جزاء عدم تسليم الصغير المحكوم بضمه- المبادئ والاحكام-الدعوى المترتبة على الحضانة،دار الفكر الجامعي ،30 شارع سوتير- الاسكندرية، ص9

[19] احمد نصر الجندي، الحضانة والنفقات في الشرع والقانون، دار الكتب القانونية مصر المحلة الكبرى، 2004، ص 13

خبرة بالحوادث وحكمة في تطبيقها حتى لا يضيع الولد بين الأب و الحاضنة[20]، كما نجد الدكتور عبد الكريم زيدان يرى عدم إجبار من له حق الحضانة على الحاضنة إلا إذا تعينت عليه لعدم وجود من يحضنه غيره، وهذا لا يعني أن الحضانة حق للحاضن وليس للمحضون، فقد رجح أن الحضانة حق للمحضون وإنما لم يقل بإجبارها وإن كانت الحضانة حقا عليها للمحضون، لأن إمتناعها من الحضانة إما لعجزها عنها، وإما لرغبتها عنها، وفي الحالتين لا يحصل مقصود الحضانة وهو مصلحة المحضون، لأن في حالة عجزها يمنعها من القيام بمتطلبات الحضانة فلا تحصل مصلحة المحضون، وفي حالة عدم رغبتها في الحضانة مع قدرتها عليها فإنها تكسل ولا تقوم بأعمال الحضانة، فتفوت مصلحة المحضون فلم يكن في إجبارها فائدة، ولكن إذا تعينت الحضانة عليها لعدم وجود غيرها، فلا سبيل إلا إجبارها على الحضانة فهذا الإجبار خير من ترك المحضون بلا حاضن[21].

فحكم الحضانة هي حق للصغير ولقرابته لأجل حفظه ورعايته وهي واجبة على الأمهات لأن الأصل فيها الإناث – وأولهن الأم – لمزيد شفقتهن و صبرهن وحنانهن كما تجب على الأولياء العصبات[22]، حيث يرى جانب من الفقه الحنفي والبعض من الشافعية أن الحضانة حق للأم الحاضنة والمحضون، فإن وجد من يقوم بها لا تجبر الأم عليها، وحق المحضون أقوى، لأن مصلحته مقدمة على مصلحة حاضنيه ويجب العمل بما هو أنفع وأصلح له، وهو المعمول عليه، وبهذا تكون الحضانة واجبة كفاية، ولكن إذا تعينت ليس لها الإمتناع عن الحضانة ولا حق لها في إسقاطها، لذا فإن إسقاط الزوجة حقها في الحضانة عند المخالعة مردود، فالمخالعة واقعة والشرط باطل، لأنه مضيعة لحق المحضون، فإذا أسقطت الحاضنة حقها بقي حق المحضون لأن حق الحاضنة لا يقوم على أساس التفريط بحق المحضون الذي هو أقوى الحقين[23].

[20] احمد نصر الجندي، الاحوال الشخصية في الاسلام، دار المعارف، 119 1 تورنيش النيل - القاهرةاهداءات 2001، مطابع دار المعرف، ص 68 . 69

[21] عبد الكريم زيدان، المفصل في احكام المراة والبيت المسلم في الشريعة الاسلامية، مؤسسة الرسالة الطباعة والنشر والتوزيع، الجزء العاشر، ط1، 1413 هـ . 1993 م، ص 56 . 57

[22] محمد الحسن مصطفى البغا، وقت الحضانة ورؤية الطفل (الارادة)، مجلة جامعة دمشق، المجلد الثامن عشر، العدد الاول 2002، تاريخ ورود البحث الى مجلة جامعة دمشق 2000/08/23، ص 03

[23] نقل عن سليمان نشوان زكى، الحضانة وشروط ممارستها. دراسة مقارنة . مجلة الرافدين للحقوق، العدد 59، 2013، كلية الحقوق، جامعة الموصل، الصفحات[99 . 59]، ص 70

ثانيا - ترتيب المستحقين في الحضانة:

كان المشرع في النص الأصلي للمادة(64)من قانون الأسرة ينص على أنه:"الأم أولى بحضانة ولدها ثم أمها ثم الخالة ثم الأب ثم أم الأب ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك، وعلى القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة"، غير أن التعديل الذي أدخله المشرع على هذه المادة مراعيا في ذلك التطور الإجتماعي الجزائري أصبح الترتيب على النحو التالي: الأم، الأب، الجدةلأم، الجدة لأب، الخالة، العمة، ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في ذلك[24].

ما يمكن ملاحظته أن المشرع الجزائري قد حدد مراتب الحاضنين وترك سلطة تقديرية واسعة للقاضي لإختيار الأصلح للقيام بشؤون المحضون، ذلك أن الحضانة وإن كانت تعتبر حقا للأشخاص المذكورين أعلاه حسب الترتيب الوارد في القانون، فإن هذا الترتيب ليس إلزاميا للمحكمة وليس من النظام العام، بل للقاضي إسناد الحضانة بالنظر إلى مصلحة المحضون دون مراعاة الترتيب الوارد في المادة (64) قانون أسرة جزائري، فإذا تنازع في حضانة الطفل أمه وخالته وأباه وجدته، فللقاضي أن يحكم للأب دون غيره بحضانة أبنائه إذا وجد أن يحقق الرعاية الخلقية والتربية، وهذا ما يتجلى في أحكام المحاكم وقرارات المحكمة العليا، حيث ذهب مجلس قضاء المدية إلى إلغاء حكم المحكمة الذي قضى بإسناد حضانة الطفل إلى أبيه على أساس أنه يزاول دراسة بمدرسة قريبة من سكن الوالد، وحتى لا يقع له إرتباك في الدراسة، إلا أن غرفة الأحوال الشخصية رأت أن هذا الترتيب غير مقنع، ومصلحة الطفل تقتضي أن يكون عند والدته إلى غاية إثبات العكس[25].

وقد أقرت المحكمة العليا مبادئ حول ترتيب مستحقي الحضانة حيث أكدت على جعل الأم هي الأولى بحضانة الولد، لكن في الأخير ربطت الترتيب بشرط مراعاة مصلحة المحضون، وهذا وفق ما نصت عليه المادة (64)من قانون الأسرة ويكون تقدير هذه المصلحة من قبل القضاة حيث أكدت إجتهادات المحكمة العليا على العديد من المبادئ والتي منها: ضرورة توضيح مصلحة المحضون عند منح الحضانة بالمخالفة لترتيب الحاضنين، حيث أكدت المحكمة العليا على ضرورة تبيان مصلحة المحضون عند إسناد الحضانة لمن يكون في مرتبة متأخرة عن مرتبة الأم، وفي ذلك نجد قرار المحكمة العليا رقم 24

[24] تشوار الجيلالي، محاضرات في قانون الاسرة الجزائري، جزء الاحوال الشخصية، جامعة تلمسان، ص 60

[25] كريمة محروق، إشكالات تقدير مصلحة المحضون بين احكام القضاء ونصوص القانون، مداخلة في ملتقى وطني: اشكالات توابع الحضانة في القانون الجزائري، المنعقد يومي: 10 . 11 ماي 2017 ، بكلية الحقوق، جامعة 20 اوت، سكيكدة، ص25

3323 بتاريخ 2005/02/13[26]، قضية (ب-ك) ضد (ز-خ) ومن معها، حيث جاء فيه:"أن تأييد الحكم الذي أسند حضانة الولد للجدة دون مراعاة مصلحة المحضون ودون مناقشة الدفوع التي أثارتها الطاعن حول الحالة النفسية للولد و التقرير الذي أعدته المساعدة الإجتماعية يعتبر قصورا في التسبيب"[27]،

كذلك مبدأ آخر يتمثل في منح الحضانة للأقدر على رعاية المحضون في حالة مرضه وهو ما أكدته المحكمة العليا في قرارها رقم 4353 بتاريخ 1989/07/13 [28]قضية (ب،ع)ضد (أ،ف) حيث جاء فيه :"... أن قضاة المجلس لما قضوا بتأييد الحكم القاضي بإسقاط حضانة البنت عن أمها لتنازلها عنها وإسنادها لأبيها رغم أن الشهادات الطبية تثبت أن البنت مريضة مرضا يحتاج إلى رعاية الأم أكثر من رعاية الأب، فببقائها كما فعلوا خرقوا الأحكام الشرعية الخاصة بالحضانة ومتى كان كذلك إستوجب نقض القرار المطعون فيه حيث أنه إذا ثبتت الشهادة الطبية أن البنت مريضة مرضا وتحتاج إلى رعاية أكثر والذي يوفر هذه العناية الأم فقط ولذلك وحسب المادة(66)من قانون الأسرة التي تنص:"يسقط حق الحضانة بالتزويج بغير قريب وبالتنازل ما لم يضر بمصلحة المحضون"، حيث أن التنازل من الأم عن الحضانة يضر بمصلحة المحضون لأن الأب يخرج لمزاولة مهامه ولذلك يتعين نقض القرار[29]، كذلك نجد عمل المرأة لا يسقط الحضانة ما لم يضر بمصلحة المحضون.

أمافي مسألة إنتقال الحضانة من الأم إلى الأب مباشرة من خلال المادة (64)والتي نصت على أن : "الأم أولى بحضانة ولدها ثم الأب .. مع مراعاة مصلحة المحضون في ذلك" حيث يفهم من هذا كله أن المشرع قد إحتفظ في ترتيب الحاضنين بشرط مراعاة مصلحة المحضون في جميع الأحوال وهذا يعني أن من شأنها أن تغير ترتيب حقوق الحاضنين بحيث يمكن أن يمنح حق الحضانة للخالة وهي في المرتبة الخامسة إذا طلبتها وكان من شأنها ضمان مصلحة المحضون[30].

[26] نشرة القضاة، عدد 59، 2006، ص 236

[27] ياسين علال، تقدير مصلحة المحضون في اجتهاد المحكمة العليا، مداخلة الملتقى الوطني اشكالات توابع الحضانة في القانون الجزائري، المنعقد يومي 10.11 ماي 2017، كلية الحقوق، جامعة 20 اوت 1955، سكيكدة، ص 115.

[28] المجلة القضائية، عدد 1، 1992، ص 45

[29] ياسين علال، تقدير مصلحة المحضون في اجتهاد المحكمة العليا، مرجع سابق، ص 116

[30] محفوظ بن الصغير، قضايا الطلاق في الاجتهاد الفقهي وقانون الاسرة الجزائري المعدل بالامر 05 – 02، دار الوعي للنشر والتوزيع حي محمد برانسي – قطعة 85 – رويبة – الجزائر، الطبعة الثانية 1436 هـ – 2015 م، ص 303

كما أسند المشرع إلى ما قضت به المحكمة العليا في قرارها المؤرخ في 1997/2/18 أنه : "من المستقر عليه قضاء أن الحضانة تمنح حسب مصلحة المحضون، ولما كان ثابتا في قضية الحال أن الحضانة أسندت إلى الأب مراعاة لمصلحة المحضون وإعتمادا لسلطتهم التقديرية فقد طبقوا القانون، مما يستوجب رفض الطعن"[31]، وقد يكون المشرع قد أسند فيما ذهب إليه من جعل إنتقال الحضانة من الأم مباشرة إلى الأب ربما ما ورد في فقه الحنابلة، حيث جاء في المغني "ولا يشاركها – أي الأم في الحضانة – في القرب إلا أبوه وليس له مثل شفقتها، ولا يتولى الحضانة بنفسه، وإنما يدفعه إلى إمرأته، وأمه أولى به من إمرأة أبيه"[32]، ومنه نجد مبدأ آخر من إجتهادات المحكمة العليا في قرار رقم غير موجود المؤرخ في 1968/12/25، نشرة القضاة 169، العدد 4، ص 23، قضية (س . ت) ضد (ك . م)، جاءفيه:"الحضانة حق وواجب في آن واحد على الأخص ما يتعلق منه برعاية الأطفال والحفاظ عليهم، وإن الأم التي تتخلى عن أولادها بغير عذر يسقط عنها حقها في حضانتهم

ومن ثم فإن الحكم وقد أثبت أن الأم أهملت أولادها منذ وفاة والدهم الحاصلة في سنة 1957، وأنهم أقاموا عند جدتهم لأبيهم التي هيأت لهم الرعاية و التربية وذلك بعد الإطلاع على الشهادات المقدمة وعلى نتائج التحقيق الذي أجرى في هذا الشأن ثم إستخلص ما أثبته أنه من المصلحة ترك الأولاد عند جدتهم يكون قد أصاب وجه الحق في تطبيق القانون"[33].

وما يمكن ملاحظته أيضا هو أن المادة (64) من قانون الأسرة شملت فئة ثالثة من مستحقي الحضانة وذلك بقولها: "...ثم الأقربون درجة..." دون ذكرهم أو تحديدهم، ومن ثم نلجأ إلى نص المادة (222) من قانون الأسرة التي تحيلنا إلى قواعد الشريعة الإسلامية وذلك في حالة غموض أو غياب نص ما في أمر محدد، وبالرجوع إلى كتب الفقه نجد الآراء تختلف في تحديد هؤلاء الأشخاص[34].

[31] محفوظ بن صغير، الاجتهاد القضائي في الفقه الاسلامي وتطبيقاته في قانون الاسرة الجزائري، بحث مقدم لنيل شهادة دكتوراه العلم في العلوم السياسية، كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الاسلامية، جامعة الحاج لخضر- باتنة، 1429 هـ – 1430 هـ ، 2008 م . 2009 م، ص 678

[32] لشهب انيسة، الاشكالات المثارة بشان مستحقي الحضانة، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية،مجلد،07، العدد 1، 2018/05/24، ص 285 - 286.

[33] المحكمة العليا، غرفة الاحوال الشخصية، 1968/12/25، ملف رقم: غير موجود، نشرة القضاة، 1969، العدد 4، ص: 23، انظر، جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في مادة الاحوال الشخصية، الجزء 1، المرجع السابق، ص 53

[34] لشهب أنيسة، الاشكالات المثارة بشان مستحقي الحضانة، مرجع سابق، ص 284

ثالثا-مدة الحضانة: الفقهاء وهم يبينوا مدة الحضانة وضعوا قاعدة عامة هي أن الحضانة شرعت لمصلحة المحضون، وعلى أساس هذه القاعدة تتحدد مدتها بقدر حاجته- أي المحضون- إليها تحقيقا لمصلحته، وتنتهي هذه المدة بإنتهاء حاجته إلى الحضانة- ويكون ذلك بإستغناء المحضون عن حاضنته، وذلك بقضاء شؤونه بنفسه وهذه المدة قدر الأحناف لها سبع سنين للصغير وقيل عندهم بتسع سنين، والصغيرة إلى أنتبلغ بالحيض أو السن، وحد الشهوة عند الأحناف إحدى عشرة سنة، وعند الشافعية تنتهي الحضانة في الصغير بالتمييز، والتمييز يصدق على الذكر والأنثى- وسن التمييز عندهم غالبا سبع سنين أو ثمان، إلا أن الحكم عندهم مداره التمييز وليس السن، وعند الحنابلة - كما يقول إبن قدامه في المغنى"أن الغلام إذا بلغ سبعا وليس بمعتوه خير بين أبويه إذا تنازعا فيه فمن إختاره منها فهو أولى به، ومن المعلوم أنه يخير بين أبويه بعد إنتهاء مدة الحضانة - وهي تنتهي ببلوغ سبع سنين، وإذا بلغت الجارية سبع سنين فالأب أحق بها[35] -

لأن الغرض من الحضانة الحفظ والحفظ للجارية بعد بلوغها السبع في الكون عند أبيها لأنها تحتاج إلى الحفظ والأب أولى بتلك فإن الأم تحتاج إلى من يصونها ويحفظها، ولأن الصغيرة إذا بلغت السبع قاربت الصلاحية للتزويج، والمالكية في مدة الحضانة قال وأن حضانة الذكر للبلوغ - وتسقط الحضانة عن الأم - وحضانة الأنثى حتى يدخل بها الزوج - ولهم في ذلك قواعد وضوابط، والظاهرية عندهم حضانة الصغير والصغيرة إلى البلوغ بالعلامات والحيض في الأنثى،وأظافوا شرط التمييز وصحة الجسم، والزيدية عندهم حضانة الصبي حتى يستغنى عن الحضانة بأن يأكل ويشرب ويلبس بنفسه فإذا تحقق لديه ذلك إنتهت مدة حضانته ويكون الأب أولى به - ولذلك لم يحددوا سنا معينة، لإستغناء المحضون عن الحضانة، أما حضانة الأنثى فالأم بها إلى البلوغ الذي يستدل عليه بالعلامات - فلم يكن للبلوغ في الأنثى سنامعينة، الجعفرية يقولون الأم أحق بالولد مدة الرضاع وهي حولان ذكرا كان أو أنثى، فإذا فصل بينهما فالأب أحق بالولد والأم أحق بالأنثى حتى تبلغ سبع سنين وقيل تسعا، وقيل الأم أحق بها ما لم تتزوج، والأول هو الأظهر- أي بلوغ الصغيرة سبع سنين ثم يكون الأب أحق بها[36].

ويشترط في تمديد مدة الحضانة أن يكون طالب التمديد هو الأم نفسها وألا تكون متزوجة ثانية، وأن يكون طلب تمديد الحضانة خلال سنة من نهاية العشر سنوات فإذا إنقضت المدة دون أن يكون للأم

[35] لشهب انيسة، الاشكالات المثارة بشان مستحقي الحضانة، المرجع نفسه، ص 284

[36] احمد نصر الجندي، قوانين افسدت الاسرة في زمن المؤتمر القومي للمراة، مرجع سابق، ص 75. 76

عذر في تأخرها سقط حقها في المطالبة بالتمديد[37]، وقد نص المشرع الجزائري في المادة (2/65) من قانون الأسرة على مدة إنقضاء مدة الحضانة، وتمديدها يتوقف على مراعاة مصلحة المحضون من المادة نفسها (2/65) وهو ما سلكته المحكمة العليا[38]،

في القرار المؤرخ في 10/24/ 1995[39] :"أن لقضاة الموضوع الحق في تمديد الحضانة بالنسبة للذكر إلى سن السادسة عشر إذا كانت الحاضنة لم تتزوج ثانية مع مراعاة مصلحة المحضون دون أن يكونو قد خرقوا المادة (65)من قانون الأسرة، وجاء في القرار المؤرخ في 1989/3/13[40]"من المقرر شرعا وقانونا أن الأم أولى بحضانة ولدها ولو كانت كافرة، إلا إذا خيف على دينه وأن حضانة الذكر للبلوغ وحضانة الأنثى حتى سن الزواج ومن ثم فإن القضاء بخلاف هذا المبدأ يعد خرقا للأحكام الشرعية والقانونية ولما كان قضاة الإستئناف - في قضة الحال– قضوا بتعديل الحكم المستأنف لديهم بخصوص حضانة الأولاد الثلاثة، ومن جديد إسنادها إلى الأب، فإنهم بقضائهم كما فعلوا أصابوا بخصوص الولدين، بإعتبار أنهما أصبحا يافعين، إلا أنهم أخطأوا بخصوص البنت خارقين بذلك أحكام الشريعة الإسلامية والمادة(64) من قانون الأسرة ومتى كان كذلك إستوجب نقض القرار جزئيا فيما يخص حضانة البنت دون إحالة[41].

لا يجوز لمن كانت الحضانة له أن يتعسف[42]في إبقاء المحضون في يده بعد إنتهاء مدة الحضانة، فيطالب بالمحضون بعد ذلك، ويجب أن يخضع للراجح من أقوال الفقهاء في إنتهاء الحضانة في بلده ومنطقته وبالمعمول به من قوانين الأحوال الشخصية في البلاد التي تجري فيها أحكام مثل هذه

[37] بشيري عبد الرحمن، راضية عيمور، سلطة القاضي في تقدير حق الحضانة والزيارة واشكالات التنفيذ في التشريع الجزائري، مجلة العلوم القانونية والاجتماعية، المجلد السادس، العدد 2، سنة جوان 2021، جامعة زيان عاشور، الجلفة، الجزائر، ص 870

[38] الصادق عبد القادر، رقاني عبد المالك، مصلحة المحضون كضابط لاسناد الحضانة للمراة العاملة دراسة مدعمة باحكام وقرارات القضاة لبعض الدول العربية، مجلة الدراسات حول فعلية القاعدة القانونية، المجلد 04، العدد 2، 2020،ص ص 189.208، ص 200

[39] ملف رقم 123889: نشرة القضاة، العدد 52، 1997، ص 111

[40] ملف رقم 52221: المجلة القضائية، العدد الاول، 1993، ص 48

[41] محفوظ بن صغير، الاجتهاد القضائي في الفقه الاسلامي وتطبيقاته في قانون الاسرة الجزائري، مرجع سابق، ص669

[42] تعريف التعسف إصطلاحا: لم ترد لفظة التعسف في استعمالات الفقهاء حيث انها مصطلح جاءنا من فقهاء القانون الغربي وهي تقارب كلمة(إساءة) في لغتنا، ويقصد بهذا النوع من الاساءة استعمال الحق بطريقة غير مشروعة وهذا ما اصطلح عليه مؤخرا بـ "التعسف"(تهميش:اشرف محمود بني كنانة، التعسف في استعمال حق الحضانة، دراسات علوم الشريعة والقانون، جميع الحقوق محفوظة، مجلد 43، ملحق 2، 2016، عمادة البحث العلمي، الجامعة الاردنية، ص 834

القوانين، وهذا وقد إختلف الفقهاء في إنتهاء مدة الحضانة ففرق بعضهم بين الذكر والأنثى في ذلك وبعضهم فرق بين بلوغ المحضون سبع سنين أو عدم بلوغه ذلك السن[43]،

ومن الناحية العملية، فإذا كانت المادة (65) من قانون الأسرة تنص: "تنقضي مدة الحضانة للذكر ببلوغه 10 سنوات والأنثى ببلوغها سن الزواج" تجدر الملاحظة أن مسألة سيران القانون من حيث الزمان وإن كان لا يتصور أن تطرح ما تعلق بالذكور، لأنه حتى تلك الأحكام التي صدرت بيوم قبل تعديل القانون، وكان الطفل المحكوم بشأن حضانته حديث العهد بالولادة فأنه قد إنقضت حضانته بمرور 10 سنوات، إلا ما تعلق في الحالات التي تم تمديد الحضانة فيها بموجب حكم قضائي إلى 16 سنة، لكن الإشكال لا يزال مطروح ويبقى لسنوات قادمة إلى غاية إنقضاء الحضانة بالنسبة للإناث، لأنه لو تصورنا أن حكم قضى بشأن حضانة بنت حديث العهد بالولادة قبل التعديل، فإن هاته البنت من سنة 2005 لم تنقضي حضانتها بعد ولن تنقضي حتى بلوغها سن الزواج أي 18 سنة، فالمسألة تبقى مطروحة كأقصى تقدير 18 سنة من صدور القانون أي إلى غاية سنة 2023[44].

وقد أجاز المشرع الجزائري للحاضنة التنازل عن الحضانة ولكن قيد هذا التنازل بعدم الإضرار بالمحضون فإذا تنازلت الأم عن طفلها الرضيع لفائدة الأب فهنا لا يمكن للمحكمة أن تستجيب لها لأنه يضر بمصلحة المحضون، و هذا رجحته لأمه بالرغم من تنازلها عنها في دعوى التطليق بسبب الحكم على الزوج لإرتكابه جريمة مخلة بشرف الأسرة[45]،

إلا أن المشرع لم يوضح الحالات التي يكون فيها هذا التنازل مما يعني الإستناد إلى ما قرره فقهاء الإسلام في هذا الصدد إذ ينبغي لإحداث هذا الأثر أن يكون التنازل غير مضر بمصلحة المحضون وأن يأتي هذا التنازل من قبل مستحقي الحضانة من حيث الموضوع والشكل وفقا لأحكام القانون، لذلك فإن الحضانة حتى وإن كانت حقا للحاضنة فإن التنازل عنها لا يجب أن يكون طبقا لرغبتها فقط بل يشترط في هذا التنازل أن يكون هناك حاضن آخر تسند له الحضانة وتتوفر فيه الشروط المطلوبة مع قبوله لهذه الحضانة، حيث قضى المجلس الأعلى في أحد قراراته بأن: "من المقرر شرعا وقانونا أن

[43] اشرف محمود بني كنانة، التعسف في استعمال حق الحضانة، مرجع نفسه، ص 840

[44] لشهب انيسة، الاشكالات المثارة بشان مستحقي الحضانة، مرجع سابق، ص 289

[45] الصادق عبد القادر، رقاني عبد المالك، مصلحة المحضون كضابط لاسناد الحضانة للمراة العاملة دراسة مدعمة باحكام وقرارات القضاة لبعض الدول العربية، مرجع سابق، ص 200

تنازل الأم عن حضانة أولادها تقتضي وجود حاضن آخر يقبل منها التنازل وله القدرة على حضانتهم، فإن لم يوجد فإن تنازلها لا يكون مقبولا وتعامل معاملة نقيض قصدها..."[46].

وفي قرار آخر رقم 51894 المؤرخ في 1988/12/19، المجلة القضائية 1990، العدد 4، ص70، في قضية: (أ .ر) ضد (ص.ح)، حيث من المقرر شرعا وقانونا أن تنازل الأم عن حضانة أولادها يقتضي وجود حاضن آخر يقبل منها تنازلها وله القدرة على حضانتهم - فإن لم يوجد فإن تنازلها لا يكون مقبول وتعامل معاملة نقيض قصدها ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا لأحكام الحضانة

ولما كان من الثابت – في قضية الحال – أن المطعون ضدها حكم لها بمقتضى حكم الطلاق بالحضانة بناء على طلبها ولأجل ذلك منحت السكن الزوجي لتحضن فيه الأولاد، فإن قضاة المجلس الذين قضوا بإسقاط حضانة الأولاد عن أمهم بناء على طلبها وإلزام الأب بأخذهم وهو ليس حاضنا مباشرا بل يحضن بغيره من النساء (زوجة ثانية) التي ليست أكثر حنانا من أمهم فإنهم بقضائهم كما فعلوا خالفوا أحكام الحضانة. ومتى كان كذلك إستوجب نقض القرار المطعون فيه[47].

المطلب الثاني:الإشكالات القانونية والقضائية للحضانة

إن من توابع فك الرابطة الزوجية آثار على نفسية الطفل تتمثل في حرمانهم من الحنان الأسري التي بيّنها علماء النفس والإجتماع بقولهم: "إن غياب أحد الوالدين بالطلاق أو الوفاة يحدث فراغا رهيبا في نفسية الأطفال وذلك بالشعور بالحزن والألم وخاصة حين يكون السبب في إحداث ذلك شقاق الوالدينالمستمر والعنف الذي ينطبع في أذهان الأطفال والذي ينتهي بالطلاق الذي يجعل من الأبناء ينقسمون على ذاتهم بين الأبوين وخاصة الأم التي لها الحق في حضانتهم ورعايتهم شرعا و قانونا، فتستأثر بهذا الحق وقد تتعسف فيه، كما أن الأب يحاول أن يستأثر بهم وينتقم من أمهم ليشفي غليله منها[48].

[46] لمين لعريط، الضوابط الشرعية والقانونية لاسناد الحضانة، دراسة مقارنة بين الفقه الاسلامي وقانون الاسرة الجزائري، مجلة جامعة الامير عبد القادر للعلوم الاسلامية، قسنطينة، الجزائر، المجلد34، العدد 03، 2020، ص ص[451.408]، ص 439

[47] المحكمة العليا، غرفة الاحوال الشخصية، 1988/12/2119، ملف رقم 51894، المجلة القضائية، 1990، العدد 4، 70 انظر، سايس جمال، الاجتهاد الجزائري في مادة الاحوال الشخصية، الجزء 1، المرجع السابق، ص 430

[48] بلقاسم شتوان، ظاهرة الطلاق في المجتمع الجزائري (اسبابها و اثارها النفسية و الاجتماعية و الاقتصادية دراسة فقهية اجتماعية، مرجع سابق، ص 61

إلا أن المشرع الجزائري حسم الأمر ووضع عقوبة لكل من الوالدين إذا أهملا الأولاد وهو ما تسمى بجريمة الإهمال المعنوي للأولاد وهذه الجنحة منصوص عليها في المادة (3/333) من قانون العقوبات إذ ورد فيها: "يعاقب بالحبس من شهرين إلى سنة وبغرامة من 500 دج إلى 5000 دج ... أحد الوالدين الذي يعرض صحة أولاده أو واحدا أو أكثر منهم أو يعرض أمنهم أو خلقهم لخطر جسيم بأن يسيء معاملتهم أو أن يكون مثلا سيئا لهم للإعتياد على السكر أو سوء السلوك أو بأن يهمل رعايتهم أو لا يقوم بالإشراف الضروري عليهم وذلك سواء كان قد قضى بإسقاط سلطته الأبوية عليهم أو لم يقضي بإسقاطها"[49].

وبالرغم من ذلك وعليه لابد من توفير الحماية الكافية للطفل المحضون خاصة وللمطلقة عامة والحد من الإشكالات ودور القاضي في تحديد الطرف الحاضن إسنادا وإسقاطا وذلك من خلال مراعاة مصلحة المحضون بالدرجة الأولى.

الفرع الأول: الإشكالات المتعلقة بتحديد الطرف الحاضن إسنادا و إسقاطا

في شروط الحضانة نجد أن قانون أسرة الجزائري إكتفى بالقول أنه يشترط في الحاضن أن يكون أهلا للحضانة، وهو قول كما نرى عام ومبهم ولا يدل على إشتراط أي شرط بشكل واضح وصريح، على عكس مجلة الأحوال الشخصية التونسية التي إشترطت بصراحة في المادة(34) وما بعدها أن يكون الحاضن أمينا قادرا على القيام بشؤون الطفل، سالما من الأمراض المعدية ويكون من دين أب المحضون[50]،وبالرجوع إلى الإجتهاد القضائي نجد قرار رقم 33921 المؤرخ في 1984/07/09، المجلة القضائية 1989، العدد 4، ص 76، في قضية: (ح.ح) ضد: (ح.ر)، حيث من المقرر في الفقه الإسلامي وجوب توافر شروط الحضانة ومن بينها القدرة على حفظ المحضون ومن ثم فإن القضاء بتقرير ممارسة حق الحضانة دون توافر هذا الشرط يعد خرقا لقواعد الفقه الإسلامي

[49] بن يكن عبد المجيد، جريمة الاهمال العائلي في الفقه الاسلامي والتشريع الجزائري، دراسة مقارنة، مجلة الدراسات القانونية والسياسية، المجلد الخامس، العدد 1، جانفي 2019، مجلة دولية دورية محكمة متخصصة في مجال العلوم القانونية والسياسية، جامعة عمار ثليجيبالاغواط، الجزائر، تاريخ النشر 2019/1/5، ص 118 . 119

[50] عبد العزيز سعد، قانون الاسرة الجزائري في ثوبه الجديد احكام الزواج والطلاق بعد التعديل، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع- الجزائر، سلسلة تبسيط القوانين 4، الطبعة الثالثة المعدلة 2018، ص 154

ولما كان الثابت – في قضية الحال – أن الحاضنة فاقدة البصر، وهي بذلك تعد عاجزة عن القيام بشؤون أبنائها، ومن ثم فإن قضاة الإستئناف بإسنادهم حضانة الأولاد لها وهي على هذا الحال، حادوا عن الصواب وخالفوا القواعد الفقهية.

ومتى كان كذلك إستوجب نقض وإبطال القرار المطعون فيه تأسيسا على الوجه المثار من الطاعن بمخالفة هذا المبدأ[51].

ونجد على سبيل المثال المحكمة الباتة في القانون المغربي فيما يخص إنهاء الرابطة الزوجية تقضي تلقائيا بتحديد الطرف الذي أسندت له الحضانة وهكذا فإذا كان الأصل في ذلك هو أن تسند للأم على إعتبار أنها أقدر على رعاية المحضون فإنه يمكن العدول عن هذا المبدأ متى إنعدم شرط من شروط الحضانة لدى الأم أو نتيجة تخليها عنها، ومع ذلك فالمشرع قدر وهو يضع النظرية العامة للحضانة أن المهم هو التنشئة الحسنة والنظامية للمحضون، فقرر تبعا لذلك ضابطا عاما ومعيار مرشدا في إعمال قواعد الحضانة وهو وجوب مراعاة المصلحة الفضلى للطفل، ومن ثم يكون التساؤل المطروح هل يمكن أن تحيد المحكمة عن الضوابط الناظمة للحضانة وتسندها لطرف إختل فيه أحد الشروط التشريعية المستوجبة فيها مراعاة لمصلحة المحضون أم لا يمكن ذلك؟[52].

إلا أننا نجد أن القضاء الجزائري قد قال كلمته في هذا الخصوص، إذ أسقط القضاء الحضانة عن الأم لأن المحيط الذي يعيش فيه المحضون غير مأمون على أخلاقه، وهذا ما قضت به المحكمة العليا في قرار لها جاء فيه (أن عدم إبصار الأم مانع لها من حضانة الأولاد الأربعة لعجزها عن القيام بشؤونهم وفي مراقبتهم والسهر على تربيتهم وحمايتهم من الوقوع في زلات مشينة كتلك التي قام بها أخ المطلقة الذي هتك عرض أختهم من أبيهم خاصة وأن بين المحضونين بنتين إن تركت حضانتهما لأمهما فلا يؤمن عليهما)[53].

كما ونتساءل متى يطلب إبقاء المحضون في يد حاضنته؟ يكون طلب إبقاء المحضون في يد حاضنته بعد بلوغ المحضون أقصى سن حضانة النساء(خمسة عشر سنة) بعدها يخير القاضي الصغير أو

[51] المحكمة العليا، غرفة الاحوال الشخصية، 1984/07/09، ملف رقم: 33921، المجلة القضائية، 1989، العدد 4، ص: 76، انظر، سايس جمال، الاجتهاد الجزائري في مادة الاحوال الشخصية، الجزء 1، مرجع سابق، ص 304

[52] جوهر وفاء، الاشكالات العملية للحضانة على ضوء العمل القضائي، المجلة المغربية للاقتصاد والقانون المقارن، عدد 55، 2016، الصفحات [166 . 143]، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة القاضي عياض، ص 145

[53] نقلا عن سليمان نشوان زكى، الحضانة وشروط ممارستها . دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص 88

الصغيرة وقبله لا يكون المحضون قد إستغنى بعد عن خدمة النساء، ويضحى إبداء هذا الطلب قبل بلوغ هذه السن سابقا لأوانه، وطلب إبقاء المحضون في يد الحاضنة إما أن تطلبه الحاضنة بدعوى مستقلة ترفع أمام المحكمة المختصة تطلب فيها إبقاء الصغير في حضانتها وعدم ضمه إلى أبيه أو أقرب عاصب له لوجود مصلحة المحضون في ذلك، وإما أن تتمهل حتى يطلب الأب أو أقرب عاصب ضم المحضون إليه لبلوغه سن حضانة النساء، فتطلب رفض دعواه إستنادا إلى وجود مصلحة للمحضون في إبقائه في يدها[54].

أما بالحديث في إتفاقية الزوجين حول حضانة الأطفال في حالة الطلاق بالتراضي وجدنا أن قانون الأسرة لم يورد نص بذلك ولكن بالرجوع إلى القضاء جاء في قرار للمجلس الأعلى بتاريخ 30 ديسمبر 1985مايلي: "حيث أنه يتبين من مراجعة القرار المطعون فيه دراسة أوراق ملف الدعوى أن الطلاق الذي وقع من الطرفين بمقتضى الحكم الصادر بينهما بتاريخ 21نوفمبر1976 كان بإتفاقهما على أن تتنازل الأم عن حضانة إبنها عبد الكريم الذي أسندت حضانته إلى أبيه وصرف حضانة البنت دليلة إلى أمها على نفقة أبيها، وحيث أن هذا العقد القضائي يعد بمثابة إلتزام أبرم بين الزوجين يجب تنفيذه طبقا لما إشتمل عليه... وحيث أن قضاة الإستئناف لما ألفوا الحكم المحال فيما يتعلق بالحضانة وأسسوا قراراهم على تعديل الإتفاق القضائي ورغم تنازل الأم عن الحضانة وترك إبنها لأبيه قد تجاهلوا المبدأ القانوني العقد شريعة المتعاقدين وأسسوا بأسباب خاطئة القاعدة الفقهية في الحضانة على أن يراعى في الحكم مصلحة المحضون عارضين بذلك قراراهم للنقض"[55]،

يفهم من هذا القرار أن المجلس ذهب إلى إلزامية الأخذ بالإتفاق المبرم بين الزوجين فلا يجوز المساس به، إلا أنه بالرجوع إلى قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد نجد أنه ينص في المادة(431)منه على أنه:"... ينظر القاضي مع الزوجين أو كلائهما في الإتفاق وله أن يلغي ويعدل في شروطه، إذا كانت تتعارض مع مصلحة الأولاد أو خالفت النظام العام"، من خلالما سبق يمكن القول أن مسألة الحضانة

[54] احمد ابراهيم عطية، نفقة وحضانة الصغار امام محكمة الاسرة في ضوء احدث التعديلات التشريعية بالقانون 4 لسنة 2005 واحكام محكمة النقض والدستورية، دار الفكر القانوني للنشر والتوزيع، طبعة 1، 2008، ص 146 . 147

[55] المجلس الاعلى، غ.ق.خ، 1985/12/30، ملف رقم 37789، غير منشور، مقتبس عن حميدو زكية، مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للاسرة...، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة ابو بكر بلقايد، تلمسان، 2005، ص 488

يمكن أن تكون محل إتفاق في حالة الطلاق بالتراضي، إلا أن هذا الإتفاق يبقى متوقفا على مصلحة الأطفال فإن كان في مصلحتهم يؤخذ به، أما إذا كان العكس فللقاضي إلغاء الإتفاق أو تعديله[56].

فصل في بقاء المحضون عند الأم في فترة النزاع القضائي إلا إذا رأت المحكمة خلاف ذلك نظرا لطول فترة التقاضي فإن الأولى أن يبقى المحضون عند أمه في هذه الفترة حتى يصدر الحكم القضائي من المحكمة بتحديد الحاضن، وهذه مسألة مهمة قد يستغلها بعض الآباء في الإضرار بالمحضون الكيد لأمه، فيأخذ المحضون عنده ويحرمه من أمه ويماطل في حضور الجلسات ويتغيب حتى تمر السنة والسنتان[57].

وبالحديث عن حالة تسليم المحضون لحاضنه وهي الحالة التي يكون فيها الأولاد عند أبيهم بعد حكم الطلاق فيقضي الحكم بتسليمهم لأمهم والإشكال الذي يواجه المحضر القضائي هنا هو ببساطة عدم ذهاب الأولاد مع أمهم فيثيرون حالة من الصراخ والبكاء التي تمنع المحضر القضائي من القيام بمهامه، ويمنع قانونا عن المحضر القضائي تسليمهم بالقوة لأمهم أولا لعدم وجود نص قانوني ينظم ويشرح الحالة وثانيا مراعاة لحالة الأولاد وسنهم، كما أن الإشكال يشتد أكثر في الإجراء الذي يجب على المحضر القضائي القيام به فلا يمكنه تحرير محضر إمتناع ضد الزوج المطلق لأنه من الناحية القانونية قد إلتزم بالتكليف ولا يمكنه أيضا طلب تسخير القوة العمومية من أجل التنفيذ بالقوة على الأولاد، والحل القانوني هو قيام المحضر القضائي بتحرير محضر معاينة للحالة يصف فيه بدقة الوضعية والمشاكل التي واجهته في تنفيذ الحكم ويسلم منه نسخه للمعنيين، وغالبا ما يتدخل السيد وكيل الجمهورية في حل مثل هذه المسائل وديا بطبيعة الحال وبلقاءات مع الأب والأم المطلقين لحل المسألة بشكل هادئ[58].

يثور الإشكال بخصوص مسألة سقوط الحضانة بقوة القانون فالجدير بالذكر أن المشرع الجزائري لم يحدد موقفه من إسقاط الحضانة عن صاحبتها حيث أنه تارة جعل من قاعدة إسقاط الحضانة بسبب تزويجها بغير قريب محرم آمرة، وتارة أخرى جعل منها قاعدة جوازية عندما قضى أن زواج

---

[56] بوكايس سمية، المساواة بين الجنسين في قانون الاسرة الجزائري في ضوء اتفاقية القضاء على جميع اشكال التميز ضد المراة،رسالةماجسير قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ابوبكربلقايد تلمسان، 2013 . 2014 ، ص 144

[57] علي بن يحيى بابكر، قضايا الطلاق والحضانة والنفقة والزيارة ، مكتبة القانون والاقتصاد، الرياض، الطبعة الثالثة، 1439 هـ/ 2018، ص55

[58] دوالي عبد اللطيف، اشكالات تسليم المحضون وحق الزيارة في قانون الاسرة الجزائري، ملتقى وطني: اشكالات توابع الحضانة في القانون الجزائري،المنعقد يومي: 10 . 11 2017، كلية الحقوق، جامعة 20 اوت 1955، سكيكدة، ص 50، غير منشور

الحاضنة الذي يسقط حقها في الحضانة لا يعتبر قاعدة مطلقة ويجب أن تخفف أمام متطلبات مصلحة الطفل التي يجب أن تقدم على كل إعتبار آخر، وقد نجد أن المحضون يسكن مع زوجة الأب وتعامله معاملة سيئة، وهذا أمر يعرفه العام والخاص في الواقع الإجتماعي، والعكس صحيح قد نجد أن زوج الأم يحن على الطفل ويقدم له الرعاية، وبهذا لم يصب المشرع الجزائري في نص المادة (68) من قانون الأسرة بإقراره أن الحضانة تسقط عنها بمجرد زواجها بغير قريب محرم وكان من الأفضل لو كان النص على النحو التالي: "يجوز إسقاط الحضانة عن الحاضنة بالزواج إذا دخل بها زوجها، ما لم يقدر القاضي خلاف ذلك حسب ما تقتضيه مصلحة المحضون"[59]،

حيث نجد في قرار رقم 31997 المؤرخ في 1984/01/09، المجلة القضائية 1989، العدد1، ص73، في قضية: فريق (ن) ضد فريق (م)، جاء فيها: متى كان من المقرر شرعا أن سقوط حق الحضانة عن الأم لفساد أخلاقها وسوء تصرفاتها فإنه يسقط أيضا حق أمها في ممارسة الحضانة لفقد الثقة فيهما معاوللحكم بخلاف هذا المبدأ، إستوجب نقض القرار الذي قضى بإسناد حضانة الأولاد لجدتهما لأم بعد إسقاط هذا الحق عن الأم لفساد أخلاقها وإقرارها بإتخاذ وسائل غير شريفة لترغم زوجها على طلاقها[60]،حيث نجد في القانون التونسيلم يتضمن حالة إسترداد الحاضنة لحقها على الأطفال إذا طلقت من زواجها بغير قريب محرم[61]،

أما في القانون المغربي فمن المستجدات التي جاءت بها مدونة الأسرة تقليص حالات سقوط الحضانة إلى حد معقول فزواج الأم الحاضنة أو حصول عذر للأم لا يؤدي بصفة آلية إلى سقوط حقها في الحضانة إذ لابد من مراعاة مصلحة المحضون، وخاصة إذا كان صغيرا لم يتجاوز سبع سنوات، أوكان من المحتمل أن يلحقه ضرر من فراق أمه، أوإذا كانت بالمحضون علة أوعاهة تجعل حضانة الصغير مستعصية على غير الأم (المادة 175)[62]، وإذا سقط الحق في الحضانة لعذر سواء كان

[59] بوزينة امحمدي، الاشكالات التي يثيرها تنازع القوانين في مسائل الحضانة: دراسة نقارنة على ضوء التشريعات العربية والاجتهاد القضائي بالجزائر، المجلة الجزائرية للحقوق والعلوم السياسية، مجلد 3، عدد 5، جوان 2018،معهد العلوم القانونية والادارية، المركز الجامعي احمد بن يحي الونشريسي، تيسمسيلت، الصفحات[265 . 236]، ص 258

[60] المحكمة العليا، غرفة الاحوال الشخصية، 1984/01/09، ملف رقم 31997، المجلة القضائية، 1989، العدد 1، ص: 73، انظر، سايس جمال، الاجتهاد الجزائري في مادة الاحوال الشخصية، الجزء 1، المرجع السابق، ص 208

[61] أحسين بن الشيخ اث ملويا، المنتقى في قضايا الاحوال الشخصية، الجزء الاول، طبعة الثالثة، 2011، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع . الجزائر، 2011،ص 461

[62] المادة 175 من مدونة الاسرة المغربية: عدم فقدان المراة الحضانة عند زواجها مرة اخرى في حال توفر احد الشروط الاربعة التالية: ان يكون عمر الطفل سبع سنوات او اقل، او اذا كان انفصال الطفل عن الام يلحق الضرر بالطفل، او يعاني الطفل من مرض او اعاقة

إضطرابياأوإختياريا فإن الحضانة تعود بعد زوال ذلك العذر (المادة 170)التي تنص: "تعود الحضانة لمستحها إذا إرتفع عنه العذر الذي منعه منها..."[63].

ونرى في إجتهاد المحكمة العليا أن في سقوط الحضانة بعد مرور سنة دون المطالبة بها نجد قرار المحكمة العليا رقم 33636 المؤرخ في 1984/06/25، المجلة القضائية 1989، العدد 3، ص 45، في قضية: (ت.ط) ضد: (خ.م)، حيث متى كان من المقرر شرعا أن الحضانة تسقط على من كانت تجب له بمرور سنة كاملة دون المطالبة بها، وكان من المقرر قانونا كذلك أن القرار الذي لا تكون أسبابه كافية لمواجهة من قدم من أدلة وأبدى من طلبات ودفوع في الدعوى، فإن هذا القرار يكون مشوبا بالقصور في التسبيب ومخالفا لأحكام الشريعة الإسلامية في مقتضياته

إذا كان الثابت – في قضية الحال أن – الجدة لأم طالبت بإسناد الحضانة لها بعد مضي سنة كاملة من سبق إسنادها للأب مما يترتب عنه سقوط حقها في الحضانة فضلا عن كونها تسكن مع إبنتها أم البنت المحضونة فإن قضاة الإستئناف بعدم ردهم على الدفوع التي تمسك بها الطاعن وخاصة فيما يتعلق بتاريخ القيام رغم أن القيام القضائي جرى على أنه لا يقبل الطلب الذي يقدم بعد عام من تاريخ الفصل في الحضانة وبعدم ردهم أيضا على دفع الأب الطاعن المتعلق بسكن الجدة مع إبنتها– أم البنت المحضونة– يشكل قصورا واضحا في التعليل، ومتى كان كذلك إستوجب نقض القرار المطعون فيه تأسيسا على الوجه المثار في الطاعن في هذا الشأن[64].

وهناك إشكال وجوب مراعاة المصلحة الفضلىللمحضون في إعمال أحكام الحضانة وقد نصت المادة (186) من المدونة المغربية على أنه: "تراعي المحكمة مصلحة المحضون في تطبيق مواد هذا الباب"، ومن ثم يكون من اللازم على المحكمة وهي تطبق مقتضيات الحضانة إسنادا وإسقاطا أن تراعي في ذلك ماهو ضروري لتأمين حياة كريمة وسعيدة للطفل حيث تجعل مصلحة المحضون فوق كل الإعتبارت الأخرى، وهكذا فإذا كان من الثابت أن زواج الأم الحاضنة يسقط حضانتها ما عدا في الإستثناءاتالمقررة بمقتضى المادة(175) من مدونة الأسرة فإن ما يجب الإنتباه إليه والتركيز عليه بقوة

تجعل رعاية الطفل من قبل اي شخص اخر غير الام امرا مستحيلا، او اذا الشخص الذي تزوجته المراة هو الوصي القانوني على الطفل او لديه قرابة مع الطفل، اوان الام هي الوصي القانوني على الطفل.

[63] المملكة المغربية، دليل عملي لمدونة الاسرة، منشورات جمعية نشر المعلومة القانونية والقضائية ياسلة الشروح والدلائل، العدد 1، 2004، مطبعة فضالة، ص 12 . 13

[64] المحكمة العليا، غرفة الاحوال الشخصية، 1984/06/25، ملف رقم: 33636، المجلة القضائية، 1989، العدد 3، ص: 45، انظر، سايس جمال، الاجتهاد الجزائري في مادة الاحوال الشخصية، الجزء 1، المرجع السابق، ص 281

هو أن المحكمة وهي تعمل هذه المقتضيات عليها أن تتقيد بالضابط العام في الحضانة وهو مصلحة المحضون، وبالتالي فزواج الحاضنة وإن كان يرتب مبدأ عام جزاء سقوط الحضانة فإنه يجب العدول عن هذا الجزاء وعدم إعماله متى كان من شأن تطبيقه المساس بالمصلحة الفضلى للمحضون[65].

في حين نجد القانون المغربي وسع من حالات سقوط الحضانة وهذا إلى جانب الحالات التي نصت عليها مدونة الأسرة أفرز العمل القضائي حالات أخرى نذكر بعضها كالآتي: - خرق الإتفاقية المتضمنة لشروط الحضانة، جاء في قرار المجلس الأعلى – سابقا- عدد 446 بتاريخ 2005/09/28 في ملف شرعي عدد 2004/1/611 "ثبوت إمتناع الحاضنة عن تنفيذ مضمون الإتفاقية، خرق إرادة الأطراف.. شرط فاسخ وهو سقوط حقها في الحضانة"، - إقامة الحضانة خارج المغرب والمحضون داخله، جاء في قرار المجلس الأعلى– سابقا- عدد 88 بتاريخ 2006/2/28 في ملف شرعي عدد 2005/2/389 "الحضانة هي حفظ الولد مما قد يضره قدر المستطاع والقيام بتربيته و رعاية مصالحه، ولمن ثبت للمحكمة أن الحاضنة تعيش خارج المغرب والمحضونة تعيش داخل لمغرب وأنها غير حاضنة لها فعليا، يكون طلب إسقاط الحضانة عنها مبررا"[66]،

كذلك الإمتناع عن تنفيذ حكم القاضي بإسناد الحضانة أو إسقاطها يشكل جنحة ما عقب عليها، غير أن الإشكال المطروح يرتبط بتحديد مفهوم الحكم النهائي، ذلك أنه في بعض الأحيان تمتنع الزوجة الحاضنة عن تنفيذ الحكم القاضي بإسقاط الحضانة، فتقوم النيابة العامة بتسطير المتابعة في حق الحضانة بناء على مقتضيات الفصل(477) من القانون الجنائي المغربي، وأثناء محاكمتها تدفع بعدم قبول المتابعة لكونها سابقة للأوان على إعتبار أن القرار القاضي بإسقاط الحضانة مطعون فيه بالنقض ولم يصبح بعد نهائيا قابلا للتنفيذ وذلك بناء على الفصل (361) من ق.م.م[67]،

وعليه يثار إشكال حول مفهوم نهاية الحكم وهو ما يوجب علينا إستحضار مقتضيات الفصل (361) من ق .م.م، الذي ينص على أن الطعن بالنقض لا يوقف كمبدأ عام إلا في الإستثناءات المحددة تشريعيا ومنها قضايا الأحوال الشخصية ومن ثم فسياق التحليل يفرض علينا أن نحدد هل إسقاط الحضانة تدخل في عموم لفظ الأحوال الشخصية التي ترتب على الطعن بالنقض أثر الوقف التلقائي

[65] جوهر وفاء، الاشكالات العملية للحضانة على ضوء العمل القضائي، المرجع السابق، ص 145 . 146

[66] نقلا عن، عبد الالاه المحبوب، المنهاج في شرح مدونة الاسرة، دار الافاق المغربية للنشر والتوزيع، الدار البيضاء، مطبعة الامنية – الرباط، رقم التهميش 398، ص 258

[67] نقلا عن، جوهر وفاء، الاشكالات العملية للحضانة على ضوء العمل القضائي، مرجع سابق، ص 162

لإجراءات التنفيذ أم لا تدخل ومن ثم يخضع التنفيذ للقاعدة العامة التي ترتب على الطعن بالنقض الأثر الموقف لإجراءات التنفيذ[68]،

في حين نجد إجتهاد المحكمة العليا في قرار رقم 32594، المؤرخ في 1984/04/02، المجلة القضائية 1989، العدد1، ص77، في قضية: (ب.ن) ضد: (ب.ع)، أنه متى كان من المقرر شرعا أن حضانة الأبناء تستند إلى أمهم ولا يسقط عنها هذا الحق إلا بموجب مبرر شرعي، كما أنه لا يجوز تجزئة الحضانة إلا لنفس السبب، فإن القضاء بما يخالف أحكام هذا المبدأ يعد خرقا لأحكام الشريعة الإسلامية وقواعد القانون الوضعييستوجب النقض القرار الذي قضى بخلاف هذا المبدأ بتجزئة الحضانة بين الأم والجدة لأب متى أسس حكمه على إسناد الحضانة للجدة كان بناء على رغبة الأبناء في البقاء معها ورفضهم الإلتحاق بأمهم[69].

ونظرا لمتطلبات الأسرة وغلاء المعيشة التي دفعت بالمرأة المطلقة للعمل كي تعيل أسرتها، لعدم كفاية مقدار النفقة الممنوح لها ولأطفالها والذي في الغالب لا يكفي حتى لأجرة كراء البيت، ومن هنا أصبح عمل المرأة مقبول إذ لا يؤدي عملها إلى إسقاط حضانة أبنائها، إلا أنه بالرجوع إلى الفقه الإسلامي نجد الفقهاء قديما وحديثا إتفقوا على أن المرأة التي تعمل خارج بيتها ويؤدي خروجها المتكرر إلى الإضرار بالمحضون، فإن هذا يفقدها حقها في حضانة الصغير، وإختلفوا في صور العمل التي لا تؤدي إلى فقد حق الحضانة: فقد نص الحنفية على أن عمل المرأة إذا لم يؤثر على المحضون بأن كانت مدة خروجها قصيرة فإن هذا لا يفقدها حقها في الحضانة، بخلاف ما لو كانت مدة خروجها طويلة كما لو كانت قابلة أو غاسلة[70]، وذهبت مجموعة من الفقهاء المعاصرين إلى عمل في ضوء قدرتها على تربية المحضون ورعايته، فإذا تمكنت من التوفيق بين الأمرين بإنابة غيرها عنها في الحضانة، فيبقى حقها في الحضانة قائما[71].

---

[68] جوهر وفاء، الاشكالات العملية للحضانة على ضوء العمل القضائي، المرجع نفسه، ص 162 . 163

[69] المحكمة العليا، غرفة الاحوال الشخصية، 1984/04/02، ملف رقم: 32594، المجلة القضائية، 1989، العدد1، ص:77، انظر، سايس جمال، الاجتهاد الجزائري في مادة الاحوال الشخصية، الجزء 1، المرجع السابق، ص 210 - 211

[70] محمد امين ابن عابدين، ت (1252 ه)، حاشية رد المحتار على الدار المختار، القاهرة، مصطفى البابي الحلبي، الطبعة 2، الجزء 3، 1386 ه. 1966 م، ص 557

[71] وممن قال بهذا الرأي الاستاذ محمد شلبي، والدكتور عبد الرحمن الصابوني إلا أنه دعا إلى منح القاضي صلاحيات واسعة في تقدير قدرة الحاضنة على حضانتها للصغير ومدى تأثير العمل عليها. يراجع: محمد مصطفى شلبي، أحكام الاسرة في الاسلام، بيروت، دار النهضة العربية، ص 744/ عبد الرحمن الصابوني، شرح قانون الاحوال الشخصية السوري، حلب، منشورات جامعة حلب، الجزء 2،الطبعة الخامسة، المطبعة الجديدة، دمشق، 1978 . 1979 م، 1398 . 1399 ه، ص 232 و ما بعدها

كما يرى الشيخ محمد أبو زهرة –رحمه الله- إلى رأي قريب من رأي الحنفية السابق فقال إن المرأة التي تخرج من بيتها معظم النهار لا تستطيع القيام بتربية محضونها وعليه تفقد حقها في الحضانة، إلا أنه ذهب إلى أن تقدير الإستطاعة يرجع فيه إلى القاضي[72].

أمابالرجوع إلى نص المادة (2/67) من قانون الأسرة الجزائري نجدها تقول: "... ولا يمكن لعمل المرأة أن يشكل سببا من أسباب سقوط الحق عنها في ممارسة الحضانة، غير أنه يجب في جميع الحالات مراعاة مصلحة المحضون"، ونصت المادة (19) من ذات القانون بقولها: "للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق كل الشروط التي يريانها ضرورية ولاسيما شرط عمل المرأة"، ونظرا للنزاع الكبير حول عمل المرأة فان المشرع الجزائري في التعديل الجديد قد حسم الموقف، ففي التنصيص الجديد أكد على عدم إعتبار عمل المرأة سببا من أسباب سقوط حق الحضانة، لكن قد يتناقض عملها ومصلحة المحضون في بعض الحالات، لأن حقيقة الحضانة إنما هي القيام بشؤون المحضون المتصف بالعجز، فإذا كانت الحاضنة بعيدة عنه مدة طويلة أومستمرة لساعات من النهار أو من الليل فكيف يتأتى لها تحقيق مصلحة المحضون؟، ومعلوم أن حق المحضون مقدم على حق غيره عند التعارض، ولذلك وجب على القاضي النظر في طبيعة عمل المرأة، وكذا النظر في مدى تعارضه مع مصلحة الطفل وإلا فما الفرق بين الحاضنة التي تقضي أكثر أوقاتها بعيدا عن بيت الحضانة وبين إمرأة عاجزة عن القيام بالطفل كونها تمنع من الحضانة أو التي تفتقر للكفاءة المطلوبة في التربية و الرعاية[73].

فقد قررت المحكمة العليا في أحد قراراتها بأن "عمل الحاضنة لا يوجب إسقاط حقها في حضانة ولدها ما لم يتوفر الدليل الصحيح على أن العمل يحرم المحضون من حقه في العناية والتربية[74]"، وهناك قرار آخر للمحكمة العليا جاء فيه: "من المستقر عليه قضاء أن عمل المرأة لا يعتبر من مسقطات الحضانة، ومن ثم فإن إسقاط حضانة الولدين عن الطاعنة بإعتبارها عاملة أخطئوا في تطبيق القانون وعرضوا قرارهم للقصور في التسبيب وإنعدام الأساس القانوني مما يستوجب نقض القرار المطعون فيه[75]"،

وإعتبر الدكتور العربي بلحاج أن الزوجة المحترفة أو الموظفة التي تشغل بعمل يقتضي خروجها من البيت ومنعها زوجها عن العمل فلم تستجب لا نفقة لها على زوجها في حالة عدم إشتراط المرأة العمل خارج البيت حين العقد وأمام غياب النص القانوني الصريح في مثل هذه الحالة يبقى المشكل مطروحا

[72] محمد ابو زهرة، الاحوال الشخصية، دار الفكر العربي ومطبعة السعادة، الطبعة 3، 1377 هـ. 1957 م، القاهرة،ص 475 . 476

[73] عبد القادر داودي، الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية، دراسة شرعية قانونية مقارنة، الطبعة 1، دار البصائر حسين داي، الجزائر، ص 219 . 220

[74] المحكمة العليا، غرفة الاحوال الشخصية، 2002/7/3، ملف رقم 274207، المجلة القضائية 2004، العدد 1، ص 263، انظر، جمال سايس، الاجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية، الجزائر، منشورات كليك، الطبعة 1، الجزء 3، 2013، ص 1232

[75] المحكمة العليا، غرفة الاحوال الشخصية، 2000/7/18، ملف رقم 245156، اجتهاد قضائي 2001، عدد خاص، ص 188، انظر، جمال سايس الاجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية، الجزائر، منشورات كليك، ط 1، جزء 2، 2013، ص 1078

وإن كان ممكنا إشترط خروج المرأة للعمل قبل إبرام العقد طبقا للمادة (19)، إلا أنه كما يقول الدكتور العربي بلحاج الإشتراط في التوظيف يجب أن يكون طبقا للمادة (39) وهو وجوب طاعة الزوج أي بعبارة أخرى عند إعتراض الزوج عن خروجها للعمل وعدم إمتثالها لذلك تصبح ناشزا[76].

إلا أنه من خلال نص المادة (67) المعدلة وقرارات القضاء الجزائري نجدهما يهدفان إلى التأكيد على أن عمل المرأة لا يؤدي إلى سقوط الحضانة، وذلك تماشيا مع تطور المجتمع، وبالتالي نجد المشرع الجزائري قد حسم الأمر بالنسبة لعمل المرأة، وقد سار القضاء في نفس الإتجاه لأن عملها لا يضر بمصلحة المحضون.

كما ويثار إشكال يتعلق بالتنازل عن الحضانة والرجوع فيه والإشكال هنا يتمحور حول ما إذا كان يحق التنازل عن الحضانة من طرف مستحقها أم ليس له ذلك، وحقيقة هذا الإشكال تأتي من تحديد طبيعة الحضانة هل هي حق للحاضن أم واجب عليه، بمعنى آخر إنه يلزم التمييز بين حق الحاضنة وبين الحق في الحضانة وهذه المقاربة هي التي تنسجم وروح مدونة الأسرة والمرجعية المستمدة من الفقه الإسلامي ومجموع النصوص المنظمة للمسألة في المواثيق الدولية، وعليه فإذا كان الأمر حقا للمحضون فإنه لا يجوز للحاضن التنازل عن الحضانة، لأن تنازله سيكون منصبا على حق لاصفة له في التصرف فيه، ومن ثم فإنه لا ينتج أي أثر ولا يحتج به في مواجهة التنازل، وبالمقابل فإنه متى إعتبرنا أن الأمر يتعلق بحق للحاضن فإنه يجوز له أن يتنازل عنه وتنازله ملزم له إعمالا للقاعدة العامة القائلة بأن من إلتزم بشيء لزمه[77]،

فما العمل ؟ إن كانت الأم التي سنجبرها على الحضانة بسبب إمتناع غيرها من الحاضنين أولعدم توفر الشروط القانونية للحاضنة كأن تتزوج بغير ذي محرم، أو أن تسكن بمكان بعيد عن مكان الأب،أو تسكن خارج التراب الوطني؟ إن مبدأ مراعاة مصلحة المحضون تجب في مثل هذه الحالة على المحكمة أن تقضي بإجبار الأم على الحضانة حتى ولو كانت تنقصها بعض شروط الحضانة، أما إذا أردنا البحث عن حل لمشكلة تخلي من له الحق في الحضانة عن هذا الحق خارج نصوص قانون الأسرة، نجد أنه حقيقة أصدر المشرع قانون يتعلق بحماية الطفل، وهو القانون رقم (15- 12)[78]والذي عرفه من خلال المادة (2) منه الطفل في خطر وقد نصت الفقرة الثانية منه على بعض الحالات التي تعرض الطفل للخطر من بينها: "فقدان الطفل لوالديه وبقائه دون سند عائلي، بحيث يشكل هذا الظرف من أهم

[76] عمار مانع، المراة العاملة في المنظومة التشريعية الجزائرية،مجلة العلوم الانسانية، العدد 29، جامعة المسيلة، 2008، ص 154 ، 155

[77] جوهر وفاء، الاشكالات العملية للحضانة على ضوء العمل القضائي، مرجع سابق، ص 150 . 151

[78] لشهب انيسة، الاشكالات المثارة بشان مستحقي الحضانة، مرجع سابق، ص 293

العوامل التي تؤدي إلى الإنحراف وهي الوضعية التي تقتضي التدخل العاجل لقاضي الأحداث المختص، كذلك تعرض الطفل للإهمال أوالتشرد...,"[79]،

وعليه إذا حاولنا إسقاط النص القانوني السابق الذكر على حالة الطفل الذي تخلى أصحاب الحق في حضانته عنه، يمكن أن نقول أنه يعتبر في حالة خطر، هذا إذا سلمنا أن حالة الفقدان التي نص عليها المشرع تشمل تخلي والدي الطفل عن حضانته[80]، بالرجوع إلى المادة (32) من قانون 12/15 التي تنص: "يختص قاضي الأحداث لمحل إقامة الطفل المعرض للخطر أو مسكنه أو محل إقامة أو مسكن ممثله وكذلك قاضي الأحداث للمكان الذي وجد به الطفل في حالة عدم وجود هؤلاء بالنظر في العريضة التي ترفع إليه من الطفل أو..."[81]، فمن خلال هذا النص يتبين لنا أن القانون منح صلاحية حماية الطفل في خطر لقاضي الأحداث لكن في الحالة التي تكون قضية الحضانة معروضة أمام قاضي شؤون الأسرة فكيف سيكون التصدي لها لحماية الطفل المحضون؟[82]، ونصت المادة (36) من قانون 12/15 على "يمكن لقاضي الأحداث أن يأمر بوضع الطفل بصفة مؤقتة:

. مراكز متخصصة في حماية الأطفال في خطر

. مصلحة مكلفة بمساعدة الطفولة

. مراكز أو مؤسسة إستشفائية إذا كان الطفل في حاجة إلى تكفل صحي ونفسي"[83].

وقد نصت المادة (40) على أوامر تتمثل في:

- إبقاء الطفل في أسرته

[79] قانون 12/15 المتعلق بحماية الطفل المؤرخ في 2015/07/15، جريدة رسمية، عدد 39 المؤرخة في 19 جويلية 2015، نقلا عن، منصور فؤاد، الضمانات القانونية لحماية الطفل في خطر والطفل الضحية على ضوء قانون حماية الطفل الجزائري 12/15، مجلة صوت القانون، المجلد السابع، العدد 2، نوفمبر 2020، ص 1106

[80] لشهب انيسة، الاشكالات المثارة بشان مستحي الحضانة، المرجع السابق، ص 293

[81] قانون 12/15 المتعلق بحماية الطفل المؤرخ في 2015/07/15، جريدة رسمية، عدد 39 المؤرخة في 19 جويلية 2015، انظر، منصور فؤاد، الضمانات القانونية لحماية الطفل في خطر والطفل الضحية على ضوء قانون حماية الطفل الجزائري 12/15، مرجع سابق، ص 1114

[82] نقلا عن لشهب انيسة، الاشكالات المثارة بشأن مستحقي الحضانة، مرجع سابق، ص 294

[83] قانون 12/15 المتعلق بحماية الطفل المؤرخ في 2015/07/15، جريدة رسمية، عدد 39 المؤرخة في 19 جويلية 2015، نقلا عن مسعود راضية، التدابير المتخذة بشان الطفل في حالة خطر(وفق القانون 12/15 المتعلق بحماية الطفل)، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، المجلد 07، العدد 2، سنة 2018، ص 135

- تسليم الطفل لوالدته أو والده الذي يمارس الحضانة ما لم تكن سقطت عليه بحكم
- تسليم الطفل إلى أحد أقاربه
- تسليم الطفل إلى شخص أو عائلة جديرين بالثقة[84]، لكن فيما يتعلق بتسليم الطفل إلى أحد أقاربه فهذا الحل لا ينسجم مع الطرح الذي قدمناه أي الإشكال القائم على أساس تخلي من له الحق في الحضانة عن المطالبة بهذا الحق وبالتالي ما دام أنهم تخلو عنه أما قاضي شؤون الأسرة فلا يوجد في النص القانوني ما يوحي أن قاضي الأحداث قادر على إلزامهم بقبول الطفل أمامه، أما عن الحل المتعلق بتسليمه إلى شخص أو عائلة جديرين بالثقة فالنص القانوني في حد ذاته يقر بضرورة توافر شروط في الأشخاص والعائلات الجديرة بالثقة وأن هذه المسألة سوف تحدد عن طريق التنظيم، وفي إنتظار التنظيم يبقى المشكل قائما[85].

أما عن نص المادة (41) من نفس القانون التي يأمر فيها بوضع الطفل إما في:

- مركز متخصص في حماية الأطفال في خطر؛
- بمصلحة مكافة بمساعدة الطفولة[86].

فهذه المادة وإن كانت حلا للمحضونالمتخلى عن حضانته وتشكل نوعا من الحماية لكنها لا تعتبر بدلا للأسرة[87].

الفرع الثاني: إشكالات الحضانة بعد الطلاق في الزواج المختلط

عندما يتفاقم ويشتد الخلاف بين أطراف الزواج المختلط تأتي حالة الطلاق وتأتي بعده مشاكل الحق في الحضانة، ومشاكل تدخل السفارات الأجنبية، حيث سينشأ أثر ذلك النزاع الحاد بين الزوجين المطلقين حول من منهما يحق له التمسك بالأولاد ويطالب بحق الحضانة، ومن منهما يكفيه حق الزيارة، وهو ما يؤدي بالزوج غالبا إلى تهريب الأولاد من المهجر إلى الوطن الأصلي وهو أيضا ما يؤدي إلى

[84] قانون 12/15 المتعلق بحماية الطفل المؤرخ في 2015/07/15، جريدة رسمية، عدد 39 المؤرخة في 19 جويلية 2015،نقلا عن مسعود راضية، التدابير المتخذة بشأن الطفل في حالة خطر، مرجع نفسه، ص 136

[85] لشهب انيسة، الاشكالات المثارة بشأن مستحقي الحضانة، مرجع سابق، ص 295

[86] قانون 12/15 المتعلق بحماية الطفل المؤرخ في 2015/07/15، جريدة رسمية، عدد 39 المؤرخة في 19 جويلية 2015، نقلا عن منصور فؤاد، الضمانات القانونية لحماية الطفل في خطروالطفل الضحية على ضوء قانون حماية الطفل الجزائري 12/15، مرجع سابق، ص 1120

[87] لشهب أنيسة، الاشكالات المثارة بشأن مستحقي الحضانة، مرجع سابق، ص 296

لجوء الزوجة الأجنبية إلى القضاء وإلى سفارة وطنها الأصلي بغرض إسترداد أولادها الذين يحملون جنسية بلد سفارتها ومعاقبة مطلقها الأجنبي[88].

حيث أن آثار إنحلال الزواج تخضع هي كذلك إلى القانون الجزائري إذا كان أحد الزوجين جزائريا وقت إنعقاد الزواج، وعلى هذا الأساس فإن الحضانة تخضع للقانون الجزائري، إذ لم تميز المحكمة بحكمها هذا بين مجال تطبيق المادة (2/12) والمادة (13) من القانون المدني[89]، وقد وسع القضاء الفرنسي بتطبيق القانون الفرنسي بشأن مشكلات الحضانة بين الأجانب المقيمين بفرنسا، والتدابير التحفظية للحضانة قد أخضعها لقانون القاضي، أما الإجراءات الموضوعيةالخاصة بالحضانة فتخضع دائما للقانون الذي يسري عليها[90]،إن المادة (2/12)[91] تطرح عمليا بعض الإشكالات، فإختيار المشرع الجزائري يعتبر إختيار تعسفي، ما دام القانون الوطني للزوج ليس بقانون محايد، وما دمنا أمام زوجين من جنسيتين مختلفتين، هو من الصعب تفسير إختيار قانون على حساب قانون آخر، كما أن إختيار القانون الوطني يعتبر إلى حد ما متعارضا مع مبدأ المساواة بين الجنسين وهو المبدأ المعترف به في النظام الجزائري كالدستور مثلا[92].

إن الزواج المختلط بين الجزائريين والأجنبيات غالبا ما تكون فرنسيات هو الذي يؤدي إلى إنحلال الرابطة الزوجية إلى طرح الإشكال المتعلق بالحضانة، مبدئيا فإن الحضانة تمنح للأم الأجنبية(مثلا الفرنسية) وذلك طبقا للمادة (64) من قانون الأسرة الجزائري هل هناك تناقض بين المادتين (64) و(13)[93][94]؟ إن المادة (64) هي التي تطبق على أساس الخاص (قانون الأسرة) يقيد العام (القانون

[88] عبد العزيز سعد، قانون الاسرة الجزائري في ثوبه الجديد، المرجع السابق، ص 194

[89] عليوشقربوع، القانون الواجب التطبيق على انحلال الرابطة والانفصال الجسماني في القاتون الدولي الخاص الجزائري، (تنازع القوانين)، ملتقى وطني حول تنازع القوانين في مجال الاحوال الشخصية، يومي 23 و24 افريل 2014، المجلة الاكادمية للبحث القانوني، عدد خاص، 2015، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمن ميرة بجاية، ص 165

[90] دربة أمين، تنازع القوانين في مجال الزواج وانحلاله بين القانون الجزائري والقوانين المقارنة، دفاتر السياسية والقانون، العدد 04، جانفي 2011، ص 247

[91] المادة 12 فقرة 2 من القانون المدني: ويسري على انحلال الزواج والانفصال الجسماني القانون الوطني الذي ينتمي اليه الزوج وقت رفع الدعوى.

[92] عليوشقربوع كمال، القانون الدولي الخاص الجزائري(تنازع القوانين)، دار هومه للطباعة النشر والتوزيع . الجزائر، الجزء الاول، الطبعة الثالثة 2011، ص 233

[93] المادة 64 من قانون الاسرة: الام اولى بحضانة ولدها، ثم الاب، ثم الجدة لام، ثم الجدة لاب، ثم الخالة، ثم العمة، ثم الاقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك، وعلى القاضي عندما يحكم باسناد الحضانة ان يحكم بحق الزيارة.

[94] المادة 13 من القانون المدني: يسري القانون الجزائري وحده في الاحوال المنصوص عليها في المادتين 11 و12 اذا كان احد الزوجين جزائريا وقت انعقاد الزواج، الا فيما يخص اهلية الزواج.

المدني)، غير أنه إذا كانت الأم أجنبية تقيم بالخارج فإن القاضي الجزائري يسحب منها الحضانة بسبب أن الولد يجب أن تتم تربيته على دين أبيه[95]،

وقد نظرت المحكمة العليا في مسألة تتعلق بطلاق بين جزائرية وإيطالي، إذ المحكمة قد طبقت المادة (12)فقرة (2) من القانون المدني الجزائري، التي تؤدي إلى تطبيق القانون الإيطالي وهو قانون الزوج، قدمت الزوجة طعنا طالبت فيه بنقض الحكم الصادر بتاريخ 1996/07/14 عن محكمة بئر مراد رايس، نظرا لمخافة تطبيق القانون من قبل المحكمة الإبتدائية، أثارت المحكمة العليا تلقائيا الوجه المأخوذ من مخالفة المادتين (12) و(13) من القانون المدني، وجاء في حيثيات قرار المحكمة العليا ما يأتي: "حيث أن الطاعنة لها الجنسية الجزائرية ما دام لم يصدر بشأنها مرسوم نزع جنسيتها الأصلية بعد حصولها على الجنسية الإيطالية"حيث أنه كان على القاضي الأول تطبيق القانون الجزائري وفقا للمادة (13) من القانون المدني عوض القانون الإيطالي كما هو وارد في الحكم المطعون فيه ولما كان ذلك يكون قد خالف القانون وأخطأ في تطبيقه ما يتعين نقضه"[96].

وعليه برز إتجاه حديث يطالب بتكريس فكرة الحل الوظيفي لتطبيق القانون الذي يحقق مصلحة المحضون، وإن كان هذا المصطلح واسعا وفضفاضا يختلف من مكان لآخر ومن زمان لآخر كما ويختلف من محضون لآخر، فما قد يعتبره القاضي الفرنسي يقرر مصلحة المحضون لا يعتبره القاضي الجزائري من مصلحته، فالأسس التي تتحدد وفقا لها مصلحة المحضون مختلفة في الدولتين، إذ بينما يعتد القاضي الفرنسي بالمصلحة المادية، ويعتد القاضي الجزائري في الوضع الغالب بالمصلحة الروحية، وعليه فإن تضارب الآراء حول المقصود بمصلحة المحضون دفع الفقه الغربي إلى قرار حق إستماع الطفل بينما أكد البعض الآخر على وجوب إبقاء الطفل بعيدا عن الجهات القضائية لاسيما أنه لا يمكن له أن يفرض إرادته على الحواضن القانونيين ولا على القاضي، وكحل وسط إتجه الرأي الثالث إلى وجوب إستماع الطفل في بحث إجتماعي بمعرفة أخصائيين كالطبيب النفسي والمرشدة الإجتماعية، على أن يبقى للقاضي السلطة التقديرية في الأخذ بما يقرره البحث، وهو ما كرسه المشرع

[95] عليوشقربوع، القانون الواجب التطبيق على انحلال الرابطة والانفصال الجسماني في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 164

[96] نقلا عن عليوشقربوع كمال، القانون الدولي الخاص الجزائري، مرجع سابق، ص239 - 238

الجزائري في المادة(425)[97] من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائرية وما طبقه القضاء التونسي[98]،

نصت المجلة التونسية للقانون الدولي الخاص في الفصل (50) بقولها: "تخضع الحضانة للقانون الذي وقع بمقتضاه حل الرابطة الزوجية أوالقانون الشخصي للطفل أوقانون مقره، ويطبق القاضي القانون الأفضل للطفل"، ويفهم من المجلة التونسية للقانون الدولي الخاص على أن الحضانة هي من آثار إنحلال الزواج وبالتالي تخضع للقانون الذي يحكم إنحلال الزواج ويعتبر هذا الحل كضابط إسناد أصلي، وفي حالة عدمه يطبق القاضي القانون الشخصي للطفل أوموطنه مع منح القاضي مجالا لتطبيق القانون الأفضل للطفل[99]،

أما القانون الجزائري فلم ينص على قاعدة إسناد خاصة بالحضانة في الزواج المختلط بل إكتفى بإدراجها كأثر من آثار فك الرابطة الزوجية بحيث يطبق عليها قانون جنسية الأب وقت رفع الدعوى حسب نص المادة (02/12)، وإستثناء المادة (13) إذا كان أحد الزوجين وقت إنعقاد الزواج يملك جنسية جزائرية، إلا أن القضاء الجزائري أعطى أهمية كبيرة على المستوى الداخلي لمعالجة تنازع القوانين في مسألة الحضانة تبين ذلك من خلال الحلول التي إستقرت عليها إجتهادات المحكمة العليا محاولة أن تراعي خصوصية المجتمع الجزائري، والحكم بالحضانة وفقا للقواعد التي تقرر وجوب الحرص على مصلحة المحضون وتربيته على دين أبيه، إلا أن هذا غير كاف من الناحية الواقعية المعاشة ذلك أن، معظم القواعد المستند إليها في هذا المجال هي إجتهادات قضائية[100].

ورغم الإيجابيات الواردة يبقى نص المادة (13) من القانون المدني محل إنتقادات نذكر منها:

أ- عدم تناسب الظرف الزمني للمادة

[97] المادة 425 من قانون الاجراءات المدنية و الادارية: يمارس رئيس قسم شؤون الاسرة الصلاحيات المخولة لقاضي الاساعجال، و يجوز له بالاضافة للصلاحيات المخولة له في هذا القانون، ان يامر في اطار التحقيق بتعيين مساعدة اجتماعية او طبيب خبير او اللجوء الة اية مصلحة مختصة في الموضوع بغرض الاستشارة...

[98] اشوي عماد، تنازع القوانين في الحضانة، دراسة مقارنة، المجلة الاكادمية للبحث القانوني، عدد خاص 2015، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمن ميرة – بجاية، ص 226 . 227

[99] دربة امين، تنازع القوانين في مجال الزواج وانحلاله بين القانون الجزائري والقوانين المقارنة، مرجع سابق، ص 248

[100] صادق نادية، (صامد، ابتسام، بوزينة، امنة امحمد/ مشارك، مشرف، عارض)، اشكالات تنازع القوانين في الحضانة بين التشريعات العربية والاجتهاد القضائي، مجلة جيل البحث العلمي، العدد 32، العام الخامس، يوليو 2018، الصفحات[119.123]، ص122

ب- لقد حددت المادة(13) مجال تطبيق القانون الجزائري في مجال زمني محدد وهو أن يكون الشخص جزائري وقت إنعقاد الزواج، وينتج عن هذا الموقف بعض الحالات التي يكون فيها القانون الجزائري ليس هو القانون الملائم لحكم القضية المعروفة على القاضي الجزائري، فلوتصورنا أن جزائريا تزوج بفرنسية وإكتسب الجزائري الجنسية الفرنسية مع تنازله عن الجنسية الجزائرية، وبعد مدة من الزمن قرر الزوجين فك الرابطة الزوجية وتم عرض النزاع على القاضي الجزائري،

فبالرجوع إلى نص المادة (13) فإن القانون الواجب التطبيق هو القانون الجزائري، كون أن الزوج كان جزائريا وقت إنعقاد الزواج، إلا أن الزوج الذي كان جزائريا تنازل عن جنسيته وإكتسب جنسية بلد آخر، خاصة إذا إستقر الزوجين في بلد آخر عدا الجزائر فكيف يمكن تطبيق القانون الجزائري على زوجين غير جزائريين وقت عرض النزاع على القاضي؟[101]،

إذ تجب الإشارة إلى أن تبني المشرع الجزائري الإستثناء الوارد في المادة (13) من قانون المدني يشوبه ثغرة قانونية لأن العلاقة الدولية الخاصة قد لا يطبق بشأنها القانون الجزائري لا حسب الأصل العام الوارد في المادة (12) من القانون المدني الجزائري، ولا حسب الإستثناء الوارد في المادة (13) من القانون المدني الجزائري، مثال ذلك تونسية تزوجت بمغربي توطنا في الجزائر، خلقت طفلا من هذا الزواج ثم تجنست بالجنسية الجزائرية، وثار نزاع حول الحضانة بعد الطلاق، وبذلك لن يطبق القانون الجزائري لأن الأصل أن يطبق قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى، ولن يتم تطبيق الإستثناء لأن الزوجة لم تكن جزائرية وقت إنعقاد الزواج، وكان من الأفضل وضع ضابط القانون الشخصي للطفل لأنه يكسب الجنسية الجزائرية من الأم ويعتبر جزائريا بحكم المادة (17) من قانون الجنسية الجزائرية[102]،

وقد يواجه تطبيق قاعدة القانون الشخصي للزوج في مسائل الحضانة التي تعرف محدودية فعلى سبيل المثال: أب أجنبي طلب طبقا لقانونه الشخصي مساعدة تربوية لأن سلوك القاصر مضرا بمستقبله وأخلاقه عرضة للخطر، الإجراءات المتبعة لإخضاع الطفل إلى المساعدة التربوية يطبق

[101] عثمان بلال، دراسة نص المادة 13 من القانون المدني، ملتقى وطني حول تنازع القوانين في مجال الاحوال الشخصية،يومي 23و24 افريل 2014، عدد خاص 2015، المجلة الاكادمية للبحث القانوني، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمن ميرة بجاية، ص 188.189

[102] بوزينة امنة امحمدي، الاشكالات التي يثيرها تنازع القوانين في مسائل الحضانة: دراسة مقارنة على ضوء التشريعات العربية والاجتهاد القضائي بالجزائر، مرجع سابق، ص 261

بشأنها قانون القاضي، كما يجوز للقاضي إتخاذ فيما يخص القاصر بعض التدابير تحت الحراسة المؤقتة ومراعاة لمصلحة القاصر، يمكن للقاضي الجزائري أن يأمر بكل تدبير مؤقت له علاقة بممارسة الولاية على النفس، ولو كانت العلاقة تتضمن أطراف أجنبية، كما يجوز له أن يسند مؤقتل حضانة القاصر بموجب أمر إستعجالي لأحد الأبوين[103].

إلا أن المشرع الجزائري نجده حدد ضابط الإسناد الخاص بإنحلال الزواج خلافا للقوانين العربية، ففي مصر على سبيل المثال، هناك فرق بين الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج التي تخضع لقانون جنسية الزوج وقت صدور الطلاق، وباقي الطرق الأخرى لإنهاء الرابطة الزوجية التي تخضع لقانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى، ويثير هذا الضابط جنسية الزوج وقت رفع الدعوى عدة إشكالات قانونية وهو ما يؤثر سلبا على العلاقة الخاصة ذات البعد الدولي ويمكن حصرها فيما يلي:

- الإخلال بمبدأ المساواة بين الرجل والمرأة، هذه المساواة المكرسة دستوريا، وإعطاء الأفضلية شيء لجنسية الزوج على جنسية الزوجة في المادة (2/12) من القانون المدني الجزائري، هذا إن دل على إنما يدل على عدم تكريس المشرع لمبدأ المساواة.
- إن إخضاع إنحلال الزواج لقانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى، من شأنه أن يجعل الرابطة الزوجية تنفك وتنحل وفقا لقانون لا تخضع له الزوجة، وليس بإمكانها معرفة هذا القانون وقت إنعقاد الزواج، وهذا ما يؤدي إلى مفاجأة الزوجة وبتأثر مركز المرأة فيكون أكثر إضرارا بمصالحها.
- كذلك ينجر على إعمال ضابط جنسية الزوج وقت رفع الدعوى، خضوع إنحلال الزواج لقانون قد لا يكون معروفا للزوجين وقت إنعقاد الزواج و لم يكن داخلا في توقعات أي منهما، فقد يغير الزوج جنسيته بعد الزواج وتكتسب جنسية جديدة ويسمح له القانون الجديد بحل الرابطة الزوجية في حين أن قانون الجنسية الذي كان يتمتع به وقت إنعقاد الزواج كان لا يسمح بحل الرابطة الزوجية[104].

وقد تم إبرام إتفاقية 12جوان 1988 المتعلقة بوضع أطفال الأزواج الجزائريين والفرنسيين في حالة فك الرابطة الزوجية، غير أن الأحكام القضائية عند صدورها من المحاكم الجزائرية أوالفرنسية قد

[103] بوزينة امنة امحمدي، المرجع نفسه، ص 261 . 262

[104] امحمدي بوزينة امنة، محاضرات قواعد الاسناد في الاحوال الشخصية، مطبوعة محاضرات لطلبة السنة الثانية ماستر تخصص قانون الاسرة، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة حسيبة بن بوعلي . الشلف، 2019. 2020، ص 18. 19

تؤدي إلى حدوث مشاكل في التنفيذ لإختلاف مضمون فكرة النظام العام بين الدولتين ومن بين المشاكل التي قد نصادفها هي إسناد الحضانة من طرف القاضي الفرنسي إلى الأم لكونها أولى بحضانة الطفل من الغير وهذا على أساس أن تتم الحضانة في فرنسا، لكن السؤال الذي يطرح نفسه في هذا الإطار مفاده هل يمكن للأم الفرنسية ممارسة الحضانة على النحو المحدد في المادة (62) من قانون الأسرة الجزائري وهذا لتربية الولد على دين أبيه خاصة إذا كانت غير مسلمة؟، يتضح عند تصفحنا لبنود الإتفاقية أنه لا يوجد فيها نصوص للإجابة على هذه الإشكالية وهذا قد يؤدي إلى تنازع في الإختصاص أو إلى عدم المصادقة على تنفيذ الحكم الأجنبي لتعارضه مع النظام العام[105]،

فإستعمال المفهوم الجزائري المتعلق بفكرة النظام العام في مسائل الحضانة يمنح للقاضي السلطة التقديرية في إستعمال هذه الفكرة لإستبعاد تطبيق القانون الأجنبي الذي لا يحقق مصلحة الطفل المحضون، مثلا كأن تسند الحضانة لأم ليست على دين الأب أو لسوء أخلاقها، أو لإقامتها في بلد أجنبي فقد جاء في إحدى قرارات المحكمة العليا الجزائرية غرفة شؤون الأسرة أن إسناد الحضانة يجب أن تراعي فيها مصلحة المحضون والقيام بتربيته على دين أبيه، وعليه فإن إسناد حضانة الصغار إلى أم تسكن في بلد أجنبي، بعيدا عن رقابة الأب يعد أمرا مخالفا للنظام العام، نشير هنا إلى أن القانون المستبعد بموجب إكمال فكرة النظام العام سيطبق في مكانه القانون الجزائري وهذا ما نصت عليه المادة (24) من القانون المدني الجزائري[106]،

وفي قرار آخر رقم: 52207 المؤرخ في 1989/01/02، المجلة القضائية 1990، العدد4، ص74، في قضية: (ف.م) ضد: (ص.ع)، نجد من المقرر قضاء في مسألة الحضانة أنه وفي حالة وجود أحد الأبوين في دولة أجنبية غير مسلمة، وتخاصما على الأولاد بالجزائر، فإن من يوجد بها يكون أحق بهم ولو كانت الأم غير مسلمة، ومن المقرر قانونا أن الأحكام والقرارات الصادرة من الجهات القضائية الأجنبية التي تصطدم وتخالف النظام العام الجزائري لا يجوز تنفيذها، ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بمخالفة القانون غير مبرر يستوجب رفضه

[105] صادق نادية،(صامد، ابتسام، بوزينة، امنة امحمد/ م مشارك، مشرف، عارض)، اشكالات تنازع القوانين في الحضانة بين التشريعات العربية والاجتهاد القضائي، مرجع سابق، ص 242

[106] عبد النور احمد، دور النظام العام الدولي في حماية الطفل في القانون الدولي الخاص الجزائري . الحضانة مثلا . social science & journal,route educational العدد 6، جوان 2019، ص 634 . 635

لما كان من الثابت– في قضية الحال– أن الطاعنة طالبت إعطاء الصيغة التنفيذية للحكم والقرار الأجنبيين اللذين أسندا حضانة البنتين إلى أمهما، فإن قضاة الإستئناف بتأييدهم الحكم المستأنف لديهم القاضي برفض طلب الطاعنة الرامي إلى وضع الصيغة التنفيذية للحكم والقرار الأجنبيين لكون بقاء البنتيين بفرنسا يغير من إعتقادهما ويبعدهما عن دينهما و عادات قومهما، فضلا عن أن الأب له الحق للرقابة وبعدهما عنه يحرمه من هذا الحق، فإنهم بقضائعم كما فعلوا طبقوا صحيح القانون[107].

كما أن هذه الإتفاقية تستبعد من التطبيق حالة ما إذا كان أحد الزوجين جزائريا أو فرنسيا والزوج الآخر من جنسية أخرى، أو إذا كان الزوجين فرنسيين مقيمان بالجزائر أو جزائريين مقيمان في فرنسا، فهؤلاء يبقون خاضعين للإتفاقية القضائية المبرمة في سنة 1964 التي تنص على إمكانية تنفيذ الأحكام الأجنبية وهذا ما ينطبق في حالة ما إذا كان الأطفال مزدوجي الجنسية (نسبا ومكان الميلاد)، فالجزائرية التي تتزوج بفرنسي يعتبر زواجها مختلطا، لكن هذه العلاقة تطرح إشكالا في القانون الوضعي الجزائري، ذلك لأن زواج الجزائرية المسلمة بغير مسلم ممنوع شرعا وقانونا طبقا لنص المادة (30) من قانون الأسرة الجزائري[108]،

هناك حالة أخرى تثيرها هذه الإتفاقية هو مدى إمكانية تطبيقها على الحالة التي يكون فيها كلا والدي الطفل متمتعا بجنسيتين جزائرية وفرنسية في نفس الوقت، وهنا نكون أمام حلين إثنين إما أن نطبق الإتفاقية على إعتبار أن الأب يحمل جنسية أصلية جزائرية والأم من جنسية أصلية فرنسية بغض النظر عن الجنسية الأخرى المكتسبة، أو لا نطبق الإتفاقية في هذه الحالة بإعتبارالزوجين من جنسية فرنسية[109]، كما قد تتعارض هذه الإتفاقية مع النظام العام الجزائري، لأن الأحكام القضائية عند صدورها سواء من المحاكم الجزائرية أو المحاكم الفرنسية تتصادم مع الواقع إذ تؤدي إلى حدوث مشاكل في التنفيذ خاصة في حالة إسناد الحضانة إلى الأم الفرنسية، لكونها أولى بحضانة الطفل،

[107] المحكمة العليا، غرفة الاحوال الشخصية، 1989/01/02، ملف رقم: 52207، المجلة القضائية، 1990، العدد4، ص: 74، انظر، سايس جمال، الاجتهاد الجزائري في مادة الاحوال الشخصية، الجزء 1، المرجع السابق، ص 433

[108] نقلا عن غالي كحلة، الاشكالات القانونية التي تعترض الحضانة بعد الطلاق في الزواج المختلط، مجلة القانون، المركز الجامعي احمد زبانة بغليزان، معهد العلوم القانونية والادارية، العدد 6، ديسمبر 2017، تاريخ النشر 2018/08/3، الصفحات[175. 146]، ص 153 . 154

[109] نقلا عن غالي كحلة، المرجع نفسه، ص 154

وتمارس الحضانة في فرنسا نظرا لتمسك القاضي الفرنسي بتطبيق قواعد قانونه الخاص لجنسية المدعية[110].

والملاحظ أن الإتفاقيات الثنائية الموقعة مع عدد من الدول الأوروبية لا تشير بدورها إلى مسألة إختلاف ديانة الوالدين وأثرهما في الحضانة وهو ما قد يثير إشكالات عملية عند إدارة تطبيق مقتضيات المادة (173) من مدونة الأسرة المتعلقة بشروط إستحقاق الحضانة ومنها الرعاية الدينية[111].

إن إختلاف الديانة بين الزوجين يثير إشكالات يمكن حصرها في صعوبة تطبيق شرط تربية الإبن على دين أبيه، إذ نجد تأثير الأم الأجنبية غير المسلمة يفوق كثيرا تأثير البلد الأجنبي غير الإسلامي، وبالتالي حتى وإن مارست الحضانة داخل التراب الوطني، فإنها قادرة على تثبيت مبادئها وعقيدتها في إبنها وهي حريصة على تنشئته على دينها، وبالتالي فشرط الإقامة بالجزائر لممارسة الحضانة لا يعتبر كافيا لتربية الإبن على دين أبيه[112].

فقد يكون الوالدين من جنسية مختلفة ولكنهما مسلمين وأسندت الحضانة للأم، ثم إرتدت عن الإسلام أو قد تكون الأم كتابية والأب مسلم ثم إرتد عن الإسلام[113]، فإن الحاضنة إن إرتدت عن دينها فإن ذلك يسقط عنها الحق في الحضانة وإلى هذا ذهب فقهاء الشافعية و الحنفية رغم أن الشريعة الإسلامية تجيز زواج المسلم من الكتابية، ومن زاوية واقعية ولكثرة الزواج المختلط في السنين الأخيرة تثور إشكالات في الحضانة إذا كانت المرأة كتابية وتنازل الزوج عن الحضانة فهل تعطي لها الحضانة في مثل هذه الحالة ؟ وإلا يعد الزوج بهذا التصرف إرتكبمخالفة،لأن قانون الأسرة الجزائري لم يتطرق إلى هذه الظاهرة ولم ينظمها[114]،إلا أنه إذا كان المرتد رجلا فلا يكون أهلا للحضانة لأنه مستحق للقتل، وبالتالي لا يمكنه القيام بهذه المهمة، أما إذا كانت المرتدة هي إمرأة وكانت الحضانة من حقها سقطت

[110] نقلا عن غالي كحلة، المرجع نفسه، ص 156

[111] نقلا عن بوعصيبة عبد القادر، حق الحضانة واشكالات التطبيق في المهجر، اشغال الندوة الدولية: تطبيق مدونة الاسرة في المهجر، مجلة محكمة، ابريل 2010، مختبر البحث في قانون الاسرة والهجرة، كلية العلوم القانونية والاجتماعية بوجدة . المغرب، ص 387 . 388

[112] شبايكي نزهة، عجة الجيلالي، تاثير اختلاف ديانة الزوجين في اسناد حضانة الابناء، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، المجلد 58، العدد 1، سنة2021، صص[243.260]، ص252

[113] شبايكي نزهة، عجة الجيلالي، تاثير اختلاف ديانة الزوجين في اسناد حضانة الابناء، المرجع نفسه، ص 255

[114] لوعيل محمد لمين، المركز القانوني للمراة في قانون الاسرة الجزائري، مرجع سابق ، ص 117 . 118

عنها، والسبب في ذلك أن الحضانة نوع من الولاية، والمرتدة لا دين لها ولا ولاية لها على المحضون المسلم، كما أنها تحبس عقوبة لها على ردتها، وهذا ما يجعلها غير قادرة على الحضانة[115].

بينما يثار إشكال القانون الواجب التطبيق على الحضانة خاصة في حالة الزواج المختلط ومراد هذا أن القانون المغربي وعلى غرار تشريعات العديد من الدول لا يتضمن أي قاعدة إسناد صريحة تحدد كيفية حل هذا الإشكال القانوني بإستثناء ما نصت عليه المادة(09)من ظهير الوضعية المدنية للفرنسيين والأجانب، حيث أشارت إلى القانون الواجب التطبيق على الطلاق والفصل الجسماني الشيء الذي ترتب عنه إختلاف آراء الفقه والقضاء في هذا الموضوع بين من يقوم بإخضاع الحضانة للقانون المطبق على آثار الزواج و الطلاق ومن يقوم بإسناد الحضانة وفق القانون المطبق على آثار النسب أو الأصلح للطفل، وبالرجوع إلى مدونة الأسرة يتضح جليا أنها أخذت بإسناد الأصلح للطفل حيث نصت المادة(186) من المدونة على أنه تراعي المحكمة مصلحة المحضون في تطبيق مواد هذا الباب[116]،

وإن كان حسب إعتقادنا يمكن للمشرع المغربي أن يسلك إتجاه المشرع التونسي، وإن كانت هذه الأحكام تطرح بعض الإشكلات على صعيد الروابط الدولية الخاصة بالجالية المغربية المقيمة بأوروبا نظرا لتباين الحاصل بين تلك الأحكام والمعايير السائدة في دولة الإقامة التي تعتمد على عنصر مصلحة الطفل في منح حق الحضانة، علما أن المشرع المغربي في مدونة الأسرة قد إعتبر أنه عندما يكون أحد أطراف النزاع مغربيا سواء كان الأم أو الأب أو الطفل المحضون فإن القانون الواجب التطبيق يقتصر فقط على القانون المغربي، وهو ما أكدت عليه المادة الثانية من مدونة الأسرة، تسري أحكام هذه المدونة على جميع المغاربى ولو كانو حاملين لجنسية أخرى، العلاقات التي يكون فيها أحد الطرفين مغربيا، ولإيجاد حلول عملية المشاكل القانونية المرتبطة بالحضانة والنقل غير المشروع عمل المغرب على إبرام إتفاقية لاهاي الخاصة بالحضانة[117]،

[115] شبايكي نزهة، عجة الجيلالي، تاثير اختلاف ديانة الزوجين في اسناد حضانة الابناء، مرجع سابق، ص 256

[116] نقلا عبد الاله المحبوب، المنهاج في شرح مدونة الاسرة، مرجع سابق،ص 257

[117] يونس الحكيم،مركز الطفل المحضون في القانون الدولي الخاص المغربي، مقال منشور بالمجلة المغربية للدراسات القانونية والاقتصادية، العدد 3 . 2017 (ص55الىص67)، ص 5 . 6

نجد إتفاقية لاهاي المنعقدة بتاريخ 05 أكتوبر1961[118] المتعلقة بحماية القصر تنادي بإخضاع منازعات الحضانة لقانون موطن الإقامة المعتاد للطفل على أساس أن ذلك المكان هو الذي تتركز فيه حياة الطفل وعلاقته بالغير لأن فلسفة إتفاقية لاهاي جاءت تعتني بشخص الطفل أكثر من شخص الحاضن، وبالرجوع إلى المشرع الجزائري نجده قد وضع نصوص تحكم كل المسائل المتعلقة بالإشكالات التي تثيرها منازعات الحضانة أمام القضاء وخصوصا المواد (9) و(12) و(13) و(21) و(24) من القانون المدني الجزائري بصفة عامة وخص القانون الواجب التطبيق على الحضانة بصفة خاصة بالمادتين (2/12) و(13) من نفس القانون[119].

وجاء في قرار لمحكمة الإستئناف بخريبكة، أيدى حكما قضى بإسقاط حضانة الأم عن بنتها التي لم تبلغ بعد ثلاث سنوات وإسنادها للأب مع النفاذ المعجل وتحميلها الصائر، وعللت المحكمة قرارها بأن الطاعنة أودعت البنت في مؤسسة بالديار الإيطالية حسب الثابت من وثائق الملف وأن من شأن ذلك المساس بتربيتها الدينية التي تعتبر شرطا لإستحقاقالحضانة عملا بالمادة (173) [120]من مدونة الأسرة ومن جهة فإن كون البنت صغيرة وعمرها ثلاث سنوات لا يمنع من إسقاط الحضانة عنها لأن هذا المانع مرتبط بالحالة التي تتزوج فيها الحاضنة حيث لا تسقط حضانتها إلا ببلوغ المحضون السبع سنوات، بينما في نازلة الحال فإن الحاضنة أخلت بشروط الحضانة وخصوصا الرعاية الدينية مما كانت معه أسباب الإستئناف غير مؤثرة في الحكم الذي خالف الصواب ولزم تأييده، بالنظر إلى ما حكمت به محكمة خريبكة في إعتقادنا فيه خرق لقاعدة "مراعاة المصلحة الفضلى للطفل" وذلك بحرمان الطفل من أمه في مرحلة يبقى وجودها معه الأفضل والأصلح له دون أي شك[121].

وبالتالي نجد أنفسنا أمام إشكال يكون معه الحل هو تنازل الأب عن حضانته للطفل في السنوات الأولى من عمره لأمه والإقتصار على تتبع أموره وتقوية صلته به، كما سيكون الحال لو لم يتم هذا الإنفصال والحد من الحقد والرغبة في الإنتقام التي تتولد غالبا بين المنفصلين بعد الطلاق ويكون

[118] Starislas Lecuyer: Appréciation critique du droit intenationel privé conventionnel, LGDJ paris 2007 p 350

[119] بوزينة امنة امحمدي، الاشكالات التي يثيرها تنازع القوانين في مسائل الحضانة، مرجع سابق، ص 243

[120] المادة 173 من مدونة الاسرة المغربية تنص: شروط الحاضن: - الرشد القانوني لغير الابوين، -الاستقامة و الامانة، -القدرة على تربية المحضون وصيانته ورعايته دينا وصحة وخلقا وعلى مراقبة تمدرسه، .....

[121] عائشة أوفقير، حليمة انبيري، عبلا اولعربي، الاشكالات الفقهية والقانونية والقضائية للحضانة شروطا واستحقاقا وسقوطا، ماستر الاسرة في القانون المغربي والمقارن، الفوج الاول، الفصل الاول، المادة الولادة ونتائجها، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، 2015 . 2016، ص 11 . 12

ضحيتها الأطفال، وإلا فيبقى القضاء الفاصل في النزاع و ترجيح مصلحة المحضون حسب ظروف كل حالة[122].

كما إستقر القضاء الجزائري في مسألة الحضانة على أنه: "في حالة وجود أحد الوالدين في دولة غير مسلمة وتخاصما على الأولاد في الجزائر، فإن من يوجد بها أحق بهم ولو كانت الأم غير مسلمة وأن من المقرر قانونا أن الأحكام والقرارات الصادرة من الجهات القضائية الأجنبية التي تصطدم وتخالف النظام العام الجزائري لا يجوز تنفيذها، وإذا رجعنا إلى نص المادة (12) من قانون المدني الجزائري في فقرتها الثانية نجدها قد أخضعت إنحلال الزواج إلى قانون جنسية الزوج وهذا وقت رفع الدعوى، في حين أن الأمر تعقد عند الرجوع إلى نص المادة (13) من قانون المدني الجزائري أين جعل القانون الجزائري وحده يطبق على إنحلال الزواج متى كان أحد الزوجين جزائريا عند إبرامه، بمعنى أنه ربطها بحالة وحيدة وهو عرض النزاع أمام القاضي الجزائري، لكن لو عرض أمام جهة قضائية أجنبية فإنه لا يطبق القانون الجزائري، خاصة إذا كانت هذه القاعدة موجودة في التشريع الأجنبي، وهذا ما يجعل تطبيق القانون الجزائري مستحيل التطبيق من طرف قاضي أجنبي خاصة إذا كانت الأم أجنبية وأسندت لها الحضانة مما يؤدي بطبيعة الحال إلى عدم تربية الولد عاى دين أبيه، كما نص على ذلك القانون الجزائري، مع العلم أن المبدأ السائد في القضاء الجزائري هو أنه لا يجوز أن تسند حضانة أبناء الوالد المسلم إلى الأم غير المسلمة المقيمة في بلد أجنبي، ومهما تكن الإشكالات التي تعترض سبيل القضاة، فإن عليهم دائما إصدار أحكام وإلا عد ذلك إنكار للعدالة وعلى القضاة أن يراعوا في أحكامهم عند إسناد الحضانة أوإسقاطها مصلحة المحضون[123].

إن أغلبية الدول التي تأخذ بالنظام اللاتيني ومنها فرنسا وألمانيا وإيطاليا، وجميع الدول العربية ومنها الجزائر التي تخضع علاقات الأحوال الشخصية ومنها مسائل الحضانة لقانون الجنسية، ويقوم هذا الإتجاه مبررات منها أن قانون الجنسية قانون الوسط الإجتماعي للشخص الذي يعكس أخلاقه و عاداته وثقافته وقيمته لأنه القانون الأقرب للشخص من أي قانون آخر، فضلا عن أن الشخص واحد لا يتعدد ولا يتغير ولا ينعدم مما يعني أن حالة الشخص لا تتغير بتغير مكان إقامته أو موطنه، إضافة

[122] عائشة اوفقير، حليمة انبيري، عبلا اولعربي، الاشكالات الفقهية والقانونية والقضائية للحضانة شروطا واستحقاقا وسقوطا، مرجع نفسه، ص 12

[123] بن عصمان نسرين ايناس، مصلحة الطفل في قانون الاسرة الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في قانون الاسرة المقارن، كلية الحقوق، جامعة ابي بكر بلقايد تلمسان، 2008 . 2009، ص 162 . 163

إلى أن الجنسية رابطة تمتاز بالإستقرار نظرا لصعوبة تغييرها وسهولة إثباتها لأنها تقوم علة وثائق مادية، إلا أن هذه الإعتبارت والمبررات لم تسلم من الإنتقادات، لأن قاضي النزاع قد يواجه عدة صعوبات بخصوص تطبيق قانون الجنسية وهي يتمثل بتعدد الجنسية، إنعدامها وتغيرها، إضافة لكون أن إختيار قانون الزوج وقت رفع الدعوى يمس مبدأ المساواة بين الزوجين[124].

وإذا كان التنازع بين جنسيتين أجنبيتين فأكثر ليس من بينهما جنسية دولة القاضي فعليه أن يبحث عن الجنسية الفعلية، من خلال عدة معايير كاللغة التي يتكلم بها الشخص، المكان الذي يمارس فيه وظيفته خاصة، أو له منصب أو وظيفة في دولة معينة، البلد الذي أدى فيه واجب الخدمة الوطنية، ويلاحظ أن هذا الحل كرسته إتفاقية لاهاي في المادة (05)، وهو نفس التوجه الذي تبناه المشرع الجزائري من خلال الفقرة الأولى من المادة (22) من القانون المدني الجزائري بتحديد الجنسية الفعلية من بين الجنسيات التي يتمتع بها الشخص الذي يعتبر مسألة واقع لذلك فهي لا تخضع لرقابة المحكمة العليا بالجزائر[125]،

في حين يختلف الحل عندما توجه جنسية القاضي بين الجنسيات المتنازعة فإنه لا يعتد بغيرها مهما كانت علاقة الشخص بالدول الأخرى التي يحمل جنسيتها فعلى القاضي تطبيق قانونه، وقد تبنى المشرع الجزائري هذا الحل من خلال الفقرة الثانية من المادة (22) من القانون المدني الجزائري: "غير أن القانون الجزائري هو الذي يطبق إذا كانت للشخص في وقت واحد بالنسبة إلى الجزائر الجنسية الجزائرية[126].

أما بالنسبة لعديم الجنسية جاء في الفقرة الثالثة من المادة (22) قانون مدني: "وفي حالة إنعدام الجنسية يطبق القاضي قانون الموطن أو قانون محل الإقامة"، وهذا حتى يسهل على القاضي الجزائري تحديد القانون الواجب التطبيق في حالة ما إذا عرض عليه نزاع من شخص عديم الجنسية، وهذا ما

[124] نقلا عن غالي كحلة، الاشكالات القانونية التي تعترض الحضانة بعد الطلاق في الزواج المختلط، مرجع سابق، ص 167 . 168

[125] أمحمدي بوزينة آمنة، اشكالات تنازع القوانين حول حضانة الاطفال في اطار الزواج المختلط دراسة مقارنة . مجلة الاجتهاد القضائي، المجلد 12، العدد 02، العدد التسلسلي20، اكتوبر 2019، مخبر اثر الاجتهاد القضائي على حركة التشريع، جامعة محمد خيضر بسكرة، الصفحات[175 . 198]، ص182

[126] أمحمد بوزينة آمنة، اشكالات تنازع القوانين حول حضانة الاطفال في اطار الزواج المختلط ت . دراسة مقارنة، المرجع نفسه، ص 183 . 184

ذهبت إليه المادة (12) من معاهدة نيويورك المنعقدة في 1934/09/28 المتعلقة بمركز عديمي الجنسية والتي صادقت عليها الجزائر في 1964/06/08[127]،

وفي حالة تغيير الجنسية(التنازع المتحرك) نجدفي حالة تغيير ضابط الإسناد (التنازع المتحرك) القاعدة العامة خضوع الحضانة لقانون جنسية الزوج تثير إشكالات متعددة في حالة تغيير ضابط الإسناد (التنازع المتحرك) في الفترة المتراوحة بين إيداع عريضة الدعوى وصدور الحكم، والقاضي يجد نفسه بين قاعدتي إسناد، لكن يمكن الإستناد على إجتهاد قضائي لمحكمة النقض الفرنسية مؤرخ في 1966/03/21 الذي إعتبرالإختصاص الدولي للمحاكم الفرنسية لا يقوم على الحقوق الناشئة عن التنازع لكن على جنسية الأطراف[128]،

فإن الإشكال يطرح بالنسبة للزوجة بسبب تغيير جنسية الزوج أو تغيير القانون الداخلي، حيث يمكن للزوج أن يغير جنسيته ما بين وقت الزواج ووقت رفع الدعوى، فإن إخضاع إنحلال الزواج لقانون الزوج وقت رفع الدعوى من شأنه أن يجعل رابطة الزوجية تنحل وفقا لقانون لا تخضع له الزوجة ولم يكن في وسعها التبصر به وقت إنعقاد الزواج يؤدي ذلك إلى مفاجأة الزوجة فيكون أكثر إضرارا بمصالحها[129]، فكان من العدل والإنصاف أن يعتد المشرع بجنسية الزوج وقت إنعقاد الزواج بوصفه القانون المعلوم لكل من الطرفين، ولتفادي هذا الإشكال جاء القانون التونسي بحل يحفظ المساواة بين الزوجين فوضع ثلاث قواعد إسناد:

- القانون الوطني المشترك للزوجين وقت رفع الدعوى
- في غياب ذلك، قانون آخر موطن مشترك
- وفي الأخير قانون القاضي[130].

وفي حالة الإسناد لقانون بلد تتعدد فيه الشرائع في مسائل الحضانة قد تعترض القاضي صعوبة لتطبيق قانون الجنسية في حالة ما إذا أحيل الحكم إلى قانون دولة تتعدد فيها شرائع الأحوال الشخصية، سواء كان تعددا إقليميا كما هو الحال في الولايات المتحدة الأمريكية وسويسرا، فهنا يتولى

[127] نقلا عن عنام سلمى، معالجة التشريع الجزائري لاشكالات انحلال الزواج المختلط، مجلة دراسات وابحاث، المجلة العربية في العلوم الانسانية والاجتماعية، مجلد 12، عدد3، جويلية2020، السنة الثانية عشر، ص 71

[128] نقلا عن بوزينة امنة محمدي، الاشكالات التي يثيرها تنازع القوانين في مسائل الحضانة، مرجع سابق، ص 261

[129] عليوشقربوع كمال، القانون الدولي الخاص الجزائري، مرجع سابق، ص 233

[130] عليوشقربوع كمال، المرجع نفسه، ص 234

التشريع الداخلي للدولة التي أسندت الحكم إلى قانون جنسيتها حل هذه المشكلة فيحيل إلى القانون الواجب التطبيق، وتسمى هذه بالإحالة الداخلية أو التفويض، وقد أخذ بها معهد القانون الدولي في دورته المنعقدة في سنة 1880، كما أخذ بها المشرع الجزائري في المادة (23) من القانون المدني الجزائري، أي أن الحل الذي أخذ به المشرع الجزائري في هذه الحالة هو ترك القانون الأجنبي المختص في تحديد القانون الواجب تطبيق الشريعة الإقليمية أو الطائفية[131].

ويمكن أن تثير مسألة الحضانة في إطار الزواج المختلط إشكالات إختطافالمحضونينحيثأصبحت مشكلة الإختطاف الدولي للأطفال من أكثر المشاكل التي تثير إهتمام المختصين في القانون الدولي الخاص في الآونة الأخيرة، فقد وجدت عدة إتفاقيات دولية تعالج ظاهرة الإختطاف الدولي للطفل ومنها إتفاقية لاهاي في 1980[132].

والصورة الواقعية التي تتخذها هذه المشكلة تتلخص في قيام أحد الزوجين بعد إنفصاله بالطلاق عن الزوج الآخر، وبناء على ما يكون قد تقرر له من حق زيارة أو إستضافة طفله الذي عهد بحضانته إلى الزوج الآخر فيقوم بتغيير محل إقامة هذا الطفل وعدم السماح بعودته إلى حضانة الزوج المقرر بالحضانة لمصلحته، لاسيما أن هذا النوع من الإختطاف قد يكون دافعه إنتقاميا وهو الذي يكون بعد الطلاق في حالة الزواج المختلط أو حتى بالنسبة لأبناء الوطن الواحد وبالرجوع إلى نص المادة(328) من قانون العقوبات الجزائري نجدها نصت على ما يلي: "يعاقب بالحبس من شهر إلى سنة وبغرامة من 500 إلى 5000 دج الأب أو الأم أو أي شخص آخر لا يقوم بتسليم قاصر قضي في شأن حضانته بحكم مشمول بالنفاذ المعجل أو بحكم نهائي إلى من له الحق في المطالبة به، وكذلك كل من خطفه ممن وكلت إليه حضانته أو من الأماكن التي وضعه فيها أو بعده عنه أو عن تلك الأماكن أو حمل الغير على خطفه أوإبعاده حتى ولو وقع ذلك بغير تحايل أو عنف وتزداد عقوبة الحبس إلى ثلاث سنوات إذا كانت قد أسقطت السلطة الأبوية عن الجاني"، و تجدر الإشارة إليه أن هذه الصورة تشكل واحدة من تلك الجرائم الواقعة على نظام الأسرة، وأن فرض عقوبة على مقترفها يعتبر أداة فعالة و وسيلة لضمان المحافظة على مصداقية أحكام القضاء وعلى تنفيذها، وهي في نفس الوقت الأداة اللازمة لضمان مصلحة المحضون ضمن إطار إحترام القانون، وأن نص المادة(328) من قانون العقوبات الجزائري

[131] نقلا عن أمحمدي بوزينة امنة، اشكالات تنازع القوانين حول حضانة الاطفال في اطار الزواج المختلط، مرجع سابق، ص 185 . 186

[132] اتفاقية لاهاي 1989 المؤرخة في 1980/10/25 الخاصة بالجوانب المدنية للاختطاف الدولي للطفل، المملكة المغربية، وزارة العدل والحريات، مديرية الشؤون المدنية، ترجمة من اعداد السلطة المركزية المغربية.

أصلها المادة (357)من قانون العقوبات الفرنسي القديم التي نشأت بموجب قانون 5 ديسمبر1901 ثم وسع بموجب قانون 23 مارس 1928 والتي تقابلها المادة(292) قانون العقوبات المدني[133]،

والتي أضيف عليها: "عندما يتخذ قرار بشأن حضانة قاصر بعد أخذ أمر محكمة مؤقت أو نهائي أثناء أو بعد إنفصال قانوني أو إجراءات الطلاق، حيث في الظروف المذكورة في قوانين 24 يوليو 1989 و19 أبريل 1898، الأب أو الأم الذي لا يمثل القاصر بالنسبة للذين لهم الحق في المطالبة بها بدون غش أو إنتهاك، إذا تم خطفه أو إبعاده من الذين تم منحهم ثقة الحضانة سيتم معاقبتهم السجن من شهر إلى سنة وبغرامة (16 فهرنهايت) إلى خمسة آلاف فرنك (5000 فرنك)، إذا الجاني تم التبليغ عنه لم يعد في متناول السلطة الأبوية يمكن رفع السجن إلى مدة تصل إلى ثلاث سنوات"[134]،

كما وضع المشرع الفرنسي ظرفا مشددا آخر وهو الإحتفاظ بالطفل لمدة تفوق 5 أيام، بدون أن يكون للذين لهم الحق في تسليم الطفل علم بمكان وجوده، أو إذا إحتفظ بالطفل خارج إقليم الجمهورية طبقا للمادة (9/227)ومن المناسب الإستفادة من هذا التجديد التشريعي، وكذلك نصت المادة(6/227) عقوبات فرنسي على عقوبة منع الزيارة لمن له الحق في المطالبة بالطفل بالحبس بما لا يقل عن ستة أشهر و بغرامة 7500 أورو[135].

فصورة الخطف بالإمتناع عن تسليم طفل إلى حاضنته في التشريع الجزائري يقصد بها إمتناع شخص مهما كانت صفته تسليم الطفل القاصر إلى حاضنته الذي أسند الحكم القضائي النهائي أو المؤقت الحضانة له وفق منطوق المادة(328) من قانون العقوبات، ولا تقوم هذه الجريمة بهذه الصورة إذا لم يتوفر الركن المعنوي لدى المتهم[136]،

وتطرح مسألة القصد الجنائي عدة إشكالات عملية فيما يخص تمسك الممتنع عن تسليم الطفل بأن الطفل هو الذي يرفض الإلتحاق بحاضنته، وإن لم يقرر القانون حلا لهذا الإشكال فإن القضاء الجزائري تعرض لهذه المسألة، ففي حكم صادر عن محكمة سيدي عيش قضى ببراءة أم كانت تابعتها

---

[133] نقلا عن حمو بن إبراهيم فخار، الحماية الجنائية للطفل في التشريع الجزائري والقانون المقارن، رسالة لنيل دكتوراه علوم في الحقوق تخصص قانون جنائي ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة محمد خيضر ، بسكرة ، 2014 . 2015 ، ص 153 . 154

[134] Emile loubert, article 357 du code pénal , fait à paris, le 5 décembre 1901, jornalofficiale, des établissement français de l'océanie, n°30, 24 juillet 1902, 51° année, page 2

[135] حمو بن إبراهيم فخار ،الحماية الجنائية للطفل في التشريع الجزائري والقانون المقارن، المرجع السابق، ص 160

[136] احمد دليبة، جريمة خطف الأطفال القصر، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقوانين الجنائية لدول المغرب العربي . الجزائر. تونس . المغرب، مذكرة مقدمة لنيل درجة الماجستير في الشريعة والقانون، كلية العلوم السياسية ، جامعة باتنة 1، 1437 هـ . 1438 هـ ، 2016 م . 2017 م، ص 32

النيابة العامة بجنحة عدم تسليم أولادها إلى مطلقها بعد أن قضي له بحضانتهم، فلما ثبت أنها لم ترفض التسليم، ولكن الأولاد هم الذين رفضوالإلتحاق بأبيهم حكمت المحكمة ببرائتها[137].

أما صور الخطف بالإمتناع عن تسليم طفل لمن له الحق برعايته في القانون التونسي نجد أن بعض المطلقين يعمدون عند ممارستهم لحقهم في الزيارة إلى عدم إحضار المحضون للزوج الحاضن، أو أن يعمد إلى عدم تسليم المحضون للطرف الآخروهذا ما دفع بالمشرع التونسي إلى إصدار القانون عدد 22 لسنة 1962م والمؤرخ في 24 ماي 1962م والمتعلق بإحداث "جريمة عدم إحضار محضون"، أكد في فصله الوحيد على أنه: "في صورة حكم وقتي أو بات بالحضانة فإن الأب أو الأم أو كل شخص آخر لا يحضر المحضون لمن له الحق في طلب إحضاره أو يتعمد ولو بدون حيلة أو قوة إختطاف ذلك المحضون وإختلاسه أو يكلف من يتولى إختطافه أوإختلاسه من أيدي من هم في حضانتهم أو من المكان الذي وضعوه به، يعاقب بالسجن ثلاثة أشهر إلى عام و بخطية من أربعة وعشرون دينارا (24 د) إلى مائتين وأربعين دينارا (240 د) أو بإحدى العقوبتين فقط"[138]،

إذن فجنحة عدم إحضار المحضون تقوم من جانب الأم أو الأب المسند له الحضانة وبمقتضى حكم قضائي، سواء بتعمده عدم تسليم المحضون، أوكذلك برفضه تمكين غير الحاضن من الوالدين من حق الزيارة، فيصدر في حقه حكم جزائي، لكن " لوكيل الجمهورية عرض الصلح بالوساطة في المادة الجزائية على الطرفين قبل إثارة الدعوى العمومية، أما من تلقاء نفسه أو بطلب من المشتكي بهاومن المتضرر أو من محامي أحدهما وذلك في مادة المخالفات والجنح .... وبالقانون عدد 22 لسنة 1962م المؤرخ في 24 ماي 1962م المتعلق بجريمة عدم إحضار محضون[139].

أما فيما يخص القانون المغربيفقدنص على هذه الصورة الفصل (477)من قانون الجنائي المغربي، حيث لا شك أن كل من لطرفين يرغب في إصطحاب أبنائه ليعيشوا معه عند إنحلال الرابطة الزوجية غير أن المشرع المغربي نظم الحضانة بكل تفاصيلها، حيث أسند الحضانة للأم ثم للأب ثم لأم الأم، طبقا لمقتضيات المادة(170)[140]من مدونة الأسرة، وبذلك وجب على الأطراف الخضوع لمقتضيات الحكم الصادر بشأن الحضانة طبقا لأحكام القانون وأن أي إخلال بهذا الحكم يعرض صاحبه

[137] حسينة شرون، جريمة الامتناع عن تسليم طفل الى حاضنته، العدد السابع، مخبر اثر الاجتهاد القضائي على حركة التشريع، جامعة محمد خيضر – بسكرة، ص 27

[138] ثريا بن سعد، أثار الطلاق بين الشريعة والقانون والواقع المجتمعي " تونس أنموذجا "، سلسلة اطاريح 2، مجمع الأطرش للكتاب المختص، تونس 2009، المغاربية للطباعة والإشهار، ص 109- 110

[139] ثريا بنسعد، المرجع نفسه، ص 110

[140] المادة 170 من مدونة الأسرة تنص على:"تعود الحضانة لمستحقها إذا ارتفع عنه العذر الذي منعه منها يمكن للمحكمة أن تعيد النظر في الحضانة إذا كان ذلك في مصلحة المحضون"

للعقاب، فقد جاءت المادة(179)[141]من مدونة الأسرة بمجموعة من القيود على الحاضن الذي يرغب في المغادرة رفقة المحضون إلى الخارج[142].

المبحث الثاني:إشكالات الولاية و كفالة الطفل بعد الطلاق في التشريع الجزائري

لقد أولت القوانين حماية خاصة بالقاصر من خلال تربيته وحمايته ورعاية شؤونه، فالولاية على نفس القاصر تتمثل على عنصرين هما ولاية التربية وولاية التزويج، فولاية تربية المحضون تتمثل في العناية بكل ما له علاقة بشخص القاصر وهي ولاية خاصة بحكم أنها بمجرد إهمال القاصر ووعد صلاح ولي النفس أو عدم وجود الرقابة على المحضون يؤدي إلى ظاهرة التشرد وتزايد الأحداث الجانحين.

المطلب الأول: إشكالات الولاية على نفس القاصر في التشريع الجزائري

تشكل عن الولاية على نفس القاصر في التشريع الجزائري والتي نقصد بها الولاية في شقها المعنوي إشكالات عديدة سنتطرق إليها في بحثنا ولكن قبل ذلك لابد من التطرق إلى مفهوم الولاية وأحكامها.

الفرع الأول: أحكام الولاية على نفس القاصر

أولا- تعريف الولاية لغة: (ولي)// الحِطّة و الإمارة و السلطان[143]، أما الولاية في الإصطلاح الفقهي: فتكون من النسب والقرب كولاية الأبوة، كما هي تنفيذ الأمر على الغير شاء أم أبى، فتمنح لصاحبها بهذا المفهوم القدرة على مباشرة التصرف بالشيء محل الولاية تصرفا نافذا، وتكون على نفس الطفل الذي لا يستقل بأموره، وهي لتربيته وتدبير شؤونه بما يصلحه، و لبعد به عن كل ما يضر به أو يؤثر في سلوكه، وتكون هذه السلطة الشرعية على نفس القاصر أو على ماله[144]، والمختار في تعريف الولاية أن

[141] المادة 179 من مدونة الاسرة المغربية تنص: يمكن للنحكمة بناء على طلب من النيابة العامة، او النائب الشرعي للمحضون، ان تضمن في قرار اسناد الحضانة، او في قرار لاحق، منع السفر بالمحضون الى خارج المغرب، دون موافقة النائب الشرعي.
تتولى النيابة العامة تبليغ الجهات المختصة مقرر المنع، قصد اتخاذ الاجراءات اللازمة لضمان تنفيذ ذلك.
في حالة رفض الموافقة على السفر بالمحضون خارج المغرب، يمكن اللجوء الى قاضي المستعجلات لاستصدار اذن بذلك.

[142] احمد دليبة، جريمة خطف الأطفال القصر، المرجع سابق، ص 45

[143]لويس معلوف، المنجد الابجدي، الطبعة السادسة، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، دار المشرق،ص1165

[144] العربي بغتي، احكام الاسرة في الفقه الاسلامي وقانون الاسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 187

يقال: الولاية سلطة شرعية تُجعل لمن يثبت له حق النظر فيما فيه حظ للمولى عليه، سواء أكان ذلك في نفسه أو ماله أوفيهما معا[145].

ثانيا- تعريف الولاية على النفس: هي القيام والإشراف على مصالح المولى عليه فيما يختص بنفسه منذ ولادته حتى بلوغه وتزويج ويدخل في نطاقها ثلاثة أنواع:

أ –ولاية الحفظ والرعاية: تبدأ منذ ولادة المولى عليه حتى بلوغه سن التمييز وهي ما تسمى بالحضانة.

ب–ولاية التربية والتأديب والتهذيب: تبدأ بعد بلوغه سن التمييز وإستغنائه عن خدمة النساء حتى البلوغ، وهي ما تسمى بولاية الضم والصيانة أو الكفالة، تزول هذه الولاية إذا بلغ المولى عليه عاقلا إذا كان ذكرا، وبالتزويج إذا كان أنثى.

ج– ولاية التزويج: تثبت للولي بناء على القدرة الشرعية التي أناطها الشارع إليه في التزويج من في ولايته[146].

ثالثا - تعريف الولاية على نفس القاصر: إن الولاية على القاصر تعني القيام على أمره وتلبية حاجاته وتربيته بإعتباره الطرف الضعيف في الأسرة، غير قادر على تربية أموره بنفسه مما يجعله بحاجة لولي يتولى ذلك بدلا عنه وهو ما يتحقق في الوالدين بالدرجة الأولى وعند غيابهما يلحق بمن يحل مقامهما[147].

رابعا - أحكام الولاية:من الناحية الموضوعية واردة في قانون الأسرة في المواد (81) ومن (87) إلى (91)، أما من الناحية الإجرائية فقد تعرض لأحكامها القانون 09/08 المؤرخ في 2008/02/25 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، بالنسبة لمسألة الولاية على نفس القاصر فقد بين المشرع في هذا الخصوص الإجراءات الواجب إتباعها من خلال المواد (453) وما يليها من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وذلك عبر مراحل بدء بإيداع عريضة ثم دور القاضي في تقرير بعض الإجراءات قبل الفصل

[145] محمد بن عبد العزيز النُعَيْ، الولاية على المال، فهرسة مكتبة الملك فهد الوطنية اثناء النشر، الرياض 1432، حقوق الطبع محفوظة الطبعة الاولى 1433 هـ 2012 م،www.al ukahnetK، ص 47

[146] موسوس جميلة، الولاية على مال القاصر في القانون الجزائري والفقه الاسلامي، مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون، فرع العقود والمسؤولية، كلية الحقوق والعلوم التجارية، جامعة امحمد بوقرة بومرداس، 2005 . 2006، ص 15

[147] مانع سلمى، د زواوي عباس، اختصاصات قاضي شؤون الاسرة طبقا لاحكام قانون الاجراءات المدنية والادارية ، مجلة الاجتهاد القضائي، العدد السادس عشر-مارس 2018، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة – الجزائر، ص 63

في الدعوى لينتهي ببيان الأحكام المرتبطة بالأمر الفاصل في الدعوى وكل ذلك خلال آجال معقولة/ كما أجاز المشرع للقاضي إلغاء التدابير المتعلقة بممارسة الولاية[148].

وقد إتجه قانون الأسرة الجزائري في أمر الولاية إلى ما ذهب إليه الفقهاء تقريبا، ونصت المادة (87)على تعيين الوالد وليا على أولاده القصر في حياته، أما بعد موته أو غيابه غيبة منقطعة لا يعلم مكانه ولا حياته ولا موته فإن والدتهم هي التي تحل محله (يكون الأب وليا على أولاده القصر، وبعد وفاته تحل الأم محله قانونا، وفي حالة غياب الأب أو حصول مانع له تحل الأم محله في القيام بالأمور المستعجلة المتعلقة بالأولاد، وفي حالة الطلاق يمنح القاضي الولاية لمن أسندت له حضانة الأولاد)، والملاحظ هنا أن القانون قدم الأم على غيرها في الولاية على الأولاد في القيام بالمسائل المستعجلة، بخلاف الشريعة التي قدمت الجد إلا أنها لم تذكر الشروط التي ينبغي أن تستوفيها للقيام بهذه المسؤولية[149].

إن المواد الخاصة بالولاية على نفس القاصر تبين لنا أن المشرع بالنظر لما تتطلبه حماية مصلحة القاصر من طبيعة إستعجالية لحل النزاعات الخاصة فقد أجاز للقاضي مراقبة الولاية من تلقاء نفسه أو من خلال النظر في تقديم طلب إنهاء ممارسة الولاية على القاصر أو سحبها المؤقت من أحد الوالدين المقدم من ممثل النيابة العامة أو من قبل كل من يهبه الأمر بدعوى إستعجالية أمام محكمة مقر ممارسة الولاية[150].

الفرع الثاني: إشكالات الولايةعلى نفس القاصر

بالرجوع الى نص المادة(87)المعدل لم يحدد المشرع ما إذا كانت الولاية التي تمنح للحاضن هي ولاية على المال أم ولاية على النفس أم كليهما، فإذا كانت ولاية على المال فقط فإنه لا إشكال يطرح، أما إذا كانت ولاية على النفس أو بنوعيها فهنا يطرح إشكالات، لأنه بمنح المشرع للمرأة الولاية على القاصر يكون قد خرق أحكام الشريعة المتعلقة بالولاية، فكيف تتولى المرأة زواج محضونها؟، حيث أنه يشترط في الولاية شرعا الذكورة، إذ أنه لا تثبت ولاية الزواج للأنثى لأن المرأة لا يثبت لها ولاية على نفسها فعلى غيرها أولى، والأكثر من ذلك فإنه قانونا وشرعا يمكن للرجل التزوج بالكتابية فإنه يمكن إسناد

[148] بشير محمد، الولاية على القاصر وإجراءات حمايته في التشريع الجزائري مقارنا، اطروحة لنيل شهادة دكتوراه "ل. م. د"تخصص القانون الإجرائي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة وهران 02، 2017 . 2018، ص 04

[149] العربي بغتي، احكام الاسرة في الفقه الاسلامي و قانون الاسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 190

[150] مانع سلمى، د زواوي عباس، اختصاصات قاضي شؤون الاسرة طبقا لاحكام قانون الاجراءات المدنية والادارية ، مرجع سابق، ص 63

الحضانة لها ومن ثم تصبح ولي على الطفل مسلم يعلو عليها بإسلامه، فالإسلام شرط سواء في الولاية بصفة عامة أو ولاية الزواج، وذلك لقوله تعالى : "ولن يجعل الله للكافرين على المسلمين سبيلا"، والجدير بالذكر أن القضاء كذلك يكرس العمل بالمادة(87)من قانون الأسرة ويمنح الحق للمرأة الولاية على محضونها، حيث جاء في قرار المحكمة العليا بتاريخ 2009/01/14[151] ما يلي: "أن قضاة الإستئناف وعندما قضوا بإسناد حضانة الطفل "ع" لأمه (الطاعنة) دون منحها الولاية عليه يكونون قد خالفوا أحكام المادة(87)من قانون الأسرة في فقرتها الأخيرة، الأمر الذي يستوجب نقض القرار المطعون فيه[152].

إذ يعتبر الكثير حق الأب في توقيع الشهادات الإدارية بمثابة عائق للمرأة في ممارسة حقها في الحضانة، إلا أنه في إعتقادنا وسيلة ضرورية قررت لمصلحة الطفل لإبقائه في إتصال دائم مع والده، ولكن تستطيع الحاضنة إذا تعسف الأب في إستعمال هذا الحق أو أهمل أولاده للجوء إلى القاضي ليصدر لها حكما يخول لها توقيع كل شهادة إدارية تتعلق بالطفل لكن داخل التراب الوطني فقط، يمكن التأكيد على أن المستفيد الأول بالحضانة في القانون الجزائري هي الأم، أما الأب فهو محمل بمسؤوليات وواجبات يجب أن يؤديها في مقابل التمتع بحقه في الزيارة[153]، وهنا نجد أن قانون الأسرة الجديد أعطى صلاحيات للأم في الولاية على أبنائها، وهذا حتى يسهل لها تسيير الأمور المستعجلة الخاصة بأطفالها سواء في حالة غياب الأب في حال قيام الزوجية، أو إذا كانت تقوم على حضانتهم في حالة وفاة الزوج أو طلاقها منه[154].

حيث أكدالمشرع في المادة(87)من قانون الأسرة فيما يتعلق بالولاية عما يلي:"... وفي حالة الطلاق يمنح القاضي الولاية لمن أسندت له حضانة الأولاد"، فالواقع أبرز التعديل حول هذه النقطة عدة إشكالات عملية فيما يتعلق تطبيق هذه المادة، سيما إذا كانت المطلقة المستفيدة من إعفاء شرط سن الزواج مازالت لم تبلغ سن الرشد القانوني، فكيف الحال بالنسبة للدعاوى التي تباشرها بصفتها صاحبة الصفة الإجرائية عن محضونيها القصر ما دامت لها الولاية بقوة القانون كونها حاضنة، وهي ليست

[151] المحكمة العليا، غرفة الاحوال الشخصية، 2009/01/14، ملف رقم: 476515، المجلة القضائية، 2009، عدد 01،نقلا عن بوكايس سمية، مرجع سابق، ص 149

[152] بوكايس سمية، نفس المرجع، ص 148 . 149

[153] طالبي سرور، حماية حقوق المراة في التشريعات الجزائري مقارنة مع اتفاقية حقوق الانسان . الظروف العادية، شهادة ماجستير فرع قانون دولي والعلاقات الدولية، كلية الحقوق، بن عكنون، جامعة الجزائر،1999-2000، ص 79 . 80

[154] وحياني جيلالي، مظاهر المساواة بين الزوجين في قانون الاسرة الجزائري على ضوء الاتفاقيات الدولية، مذكرة ماجستير قانون اسرة، كلية الحقوق، جامعة ابي بكر بلقايد- تلمسان،ص 108

بالغة سن الرشد بعد، من هنا نقول أن المشرع الجزائري الذي حاول أن يعالج إشكالا عمليا متمثلا في بقاء ولاية الأب على الطفل المحضون ولاية شاملة رغم تواجده مع أمه في إطار الحضانة وما سبب ذلك من معاناة للحاضنة في التعامل مع صاحب الولاية الذي عادة ما يكون المطلق وذلك كان مجسدا في المادة (63)من قانون الأسرة قبل التعديل غير أن هذه المادة ألغيت بموجب التعديل الجديد ويكفي للزوجة أن تكون حاضنة حتى تسند لها الولاية بقوة القانون وتمارس في ذلك كافة الآثار المنجرة عنها دون اللجوء الى طلب الإذن، لكن المعالجة خلقت إشكالا عمليا آخرا يتمثل في سؤال كيف نولي قاصرا على قاصر؟ الواضح أن المشرع أخذ بالمعيار القائل بالبلوغ حكما أي أن علامات البلوغ كافية للقول بترشيد الحاضن حتى ولو كان ناقص الأهلية دونما الإلتفات إلى موضوع الصفة الإجرائية في مباشرة الدعوى المملوكة قانونا للمحضون، والذي يبقى إشكالا قانونيا لم يتم الفصل فيه بعد[155].

حيث جاء في حيثيات قرار المحكمة العليا بتاريخ 2009/01/14 [156] "أن المادة (87) من قانون الأسرة تنص على أنه في حالة الطلاق يمنح القاضي الولاية لمن أسندت له حضانة الأولاد، وكانت الطاعنة قد إلتمست أمام المحكمة حضانة إبنها ومنحها الولاية عليه، إلا أن الحكم المستأنف رفض هذا الطلب، وجاء في تسبيبه أن الولاية تمنح للأم فقط عند وفاة الأب أو غيابه أو حصول مانع، وأن القرار المطعون فيه حذا حذو الحكم المستأنف وجاء في تسبيبه أن الولاية تكون للأب مادام هو على قيد الحياة، ولم يثبت حصول مانع له، وهذا مخالف للمادة(87)من قانون الأسرة في فقرتها الأخيرة الشيء الذي يجعل القرار المنتقد معرض للنقض والإبطال"فصل القاضي في الولاية وإسنادها للحاضنة يجنب هذه الأخيرة جميع الإشكالات التي يمكن أن تثور بمناسبة حاجة المحضون لمن يمثله أمام الجهات القضائية والإدارية[157].

-إن لفظ الأبوية تشمل في اللغة الأب والأم، والأدلة على ذلك كثيرة، كما في قوله صلى الله عليه وسلم "كل مولود يولد على الفطرة، فأبواه يهودانه أو ينصرانه أو يمحسانه" لذلك قد يثور السؤال عما إذا كان المقصود هو ممارسة هذه السلطة أو الولاية من قبل الأب ومن قبل الأم بعد إنفصالهما، أم أن الأمر يتعلق بممارسة الأب للولاية أو لهذه السلطة أثناء حضانة الأم للأولاد؟ وما إذا كان للأب ولاية

[155] باديس دياني، صور واثار فك الرابطة الزوجية في قانون الاسرة، مرجع سابق، ص 129 – 130

[156] المحكمة العليا، غرفة الاحوال الشخصية، 2009/01/14، العدد 01، قسم الوثائق، ص 266 و267، انظر كدار حسين، دليل القاضي والمتقاضي والدفاع في اثار فك الرابطة الزوجية (المشكل و الحل و الاقتراح)، سلسلة شؤون الاسرة، الموجز رقم 01، مطبعة السلام، بسكرة، ط 2017، ص 41

[157] كدار حسين، المرجع نفسه، ص 41-42

أصلا في هذه الحالة طالما أن القانون ينص صراحة أنها تنتقل إلى الأم في حال الحكم لها بالحضانة؟،وهل بالمادة(87)إشكالية بالنسبة للأب فيما يخص الولاية الممارسة أثناء حضانة الأم للأولاد؟[158].

طرح إعتبار الأم وليا حال وفاة الأب أو فقد أهليته أو غيبته إشكالات حقيقية في تكريس هذا المفهوم دلالة وأثرا على الصعيد الواقعي، وذلك لوجود رواسب عرفية وأحكام متجذرة تحظر الإعتراف للمرأة بحقها، وتعتبر مشاركة الأم للأب في الولاية نقصا لمفهوم القوامة وتسوية فيما لا تجوز التسوية فيه، ويعزى هذا الأمر في مجمله إلى عوامل ثلاثة رئيسية تتمثل فيما يلي:

1 . عدم التعرف بهذا المكتسب التشريعي خاصة أمام الدراسات العامة،

2 . إستحكام قواعد عرفية ومناهضتها للقواعد القانونية والتي لا تكون ملزمة خلافا للمفترض سوى بصفة نظرية،

3 . عدم إحتواء القاعدة القانونية الناصة على المكتسب على جزاء رادع حال المخالفة، أن هذه العوامل السابقة كفيلة يجعل أي مكتسب في عداد المكتسبات الشكلية التي تبقى حبيسة النصوص القانونية، إن إقرار ولاية الأم بنص قانوني واضح حاسم إستجابة لمطالب فقهية وحقوقية ونضالات لم يرفع الإشكالات العملية حول فهم معنى ولاية الأم وهكذا يلاحظ: أن بعض الإدارات العامة لا تعترف بولاية الأم المقررة بقوة القانون، وتشترط صدور حكم قضائي تقريري بذلك في مخالفة واضحة لأحكام القانون الصريحة الواجبة الإذعان ونقض تام لهذا المكتسب وهذا الأمر يكون ضحيته إبتداء وإنتهاء القاصر، أن المحاكم لا تستجيب لذلك ولا تصدر أحكام تقريرية بالولاية الأصلية لأن هذا الأمر يعد تحصيل حاصل وجار بقوة القانون، ولا يحتاج في ذلك إلى حكم قضائي لعدم وجود منازعة في ذلك، وإلا فما جدوى إقرار بعض المكتسبات في قاعدة قانونية آمرة واجبة النفاذ، أن بعض الأمهات تجد

[158] معمر قوادري محمد، ممارسة السلطة الابوية في فترة ممارسة الام للحضانة واشكالية المادة 87 من قانون الاسرة، مداخلة اليوم الدراسي "سلطة القاضي في تقدير مصلحة المحضون"، نظرات في قانون الاسرة الجزائري، 2009/11/11، كلية العلوم القانونية والادارية، جامعة حسيبة بن بوعلي- الشلف، ص 02

نفسها مضطرة إلى إستصدار قرار ولائي بالولاية للإستظهار به أمام الإدارات العامة والخاصة كدليل إثباتي على كونهن وليات[159].

وقد أثيرت بعض الإشكالات على مستوى الواقع في القانون المغربي تتعلق بولاية الأم خاصة في الحالة التي يتوفى فيها الأب أو يفقد أهليته حيث تصطدم بالعقليات التي ما زالت متشبثة بالأعراف والثقافة السائدة خاصة على مستوى الإدارات العمومية والقطاع الخاص، حيث تتم مطالبة الأم بالإدلاء بما يفيد ولايتها، ومما يعقد الأمور أن القضاء يرفض طلبها بهذا الخصوص بعلة أن النيابة الشرعية حق لها مقرر بقوة القانون ولا يحتاج إلى حكم قضائي، مما يدخلها في دوامة قد تضطر معها إلى إستنجاز إشهاد العدلي أوالبحث عن أي إثبات للإقناع، أن هذا النوع من الصعوبات يؤثر سلبا على الحقوق المالية للقاصرين ويمس حتى بالنص نفسه من حيث كونه يعطله عمليا ويعوق تفعيله، ولو تمت مواكبة النص بحملات توعية بالمقتضيات القانونية الجديدة لأمكن تجنب هذا النوع من الصعوبات على الأقل، ومن جانب آخر فإن الولاية المؤقتة المخولة للأم في حالة وجود الأب تطرح مجموعة من الإشكالات خاصة في الحالة التي تكون فيها العلاقة الزوجية منفصلة إذ أنه لا يحق لها إتخاذ أي قرار عند رعايتها لأبنائها المحضونين دون موافقة الأب، بحيث أنها تضطر إلى الرجوع إلى الأب في أبسط الوثائق الإدارية وحتى ولو كان هذا الأب لا يضطلع بواجباته تجاه أبنائه، ولئن كان المشرع قد منحها في هذه الحالات إمكانية القيام بالمصالح المستعجلة لصالح أبنائها فإنه قيدها بموافقة الأب أو قاضي المستعجلات مع إلزامها بإثبات عنصر الإستعجال[160].

أما في جزائر فقد طرحت مسألة إعتبار الأم وليا حال وفاة الأب أو فقده أهليته أو غيبته إشكالات حقيقية في تكريس هذا المفهوم، دلالة وأثر على الصعيد الواقعي إذ يترتب إعتبار الأم وليا بتخويلها جميع سلطات الولي الشخصي عدا ما تستثنيه القوانين مع لزوم خضوع الولي بصفة عامة لمراقبة القاضي، وأن في قرار ولاية الأم بنص قانوني واضح حاسم إستجابة لمطالب فقهية وحقوقية والإشكالات العملية حول فهم أن بعض الإدارات لا تعرف بولاية الأم الجارية بقوة القانون، وتشترط

[159] بلجراف سامية، اسناد الولاية الاصلية على مال القصر الى الام في قانون الاسرة الجزائري"المقاصد والتحديات"، ملتقى وطني: اشكالات توابع الحضانة في القانون الجزائري، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة 20 أوت 1955 بسكيكدة، ص 186، غير منشور

[160] مدونة الاسرة بين النص والتطبيق من خلال العمل القضائي لمحكمة النقض، الجمعية الديمقراطية لنساء المغرب، هيئة استشارية معتمدة لدى المجلس الاقتصادي والاجتماعي للامم المتحدة، يناير 2019، ص 76 – 77، الموقع الالكتروني:https:learningpartnershio.org

صدور حكم قضائي تقريري بذلك فيه مجافاة واضحة لأحكام القانون الصريحة الواجبة الإذعان ونقض تام لهذا المكتسب والمتأثر هو القاصر[161].

إن الأساس القانوني الذي تقوم عليه مسؤولية متولي الرقابة هو صدور الخطأ في الرقابة والرعاية، وهذا الخطأ لا يكلف المضرور إثباته وبل هو خطأ يفترضه القانون إفتراضا قابلا لإثبات العكس ذلك أن قيام مسؤولية من هو قائما بالرعاية بسيطة على أن متولي الرقابة قد أخطأ في الرقابة، وقد يتسع إفتراض الخطأ حتى يصل إلى إفتراض أن متولي الرقابة قد أساء تربية الشخص المعهود إليه رقابته على أن القانون قد أقام قرينة الخطأ المفترض في العلاقة بين المضرور وبين متولي الرقابة، كما أن العلاقة السببية بين الخطأ والضرر هي الأخرى مفترضة فلا يكلف المضرور بإثبات الخطأ، ولا العلاقة السببية فالقانون يفترض قيام هذين الركنين تأسيسا على وجود ركن الضرر[162]، وإنقسم شراح القانون المدني في الجواب على مسألة متولي الرقابة في حالة الطلاق إلى فريقين:

الفريق الأول: يرى أن الأب طالما بقي على قيد الحياة فهو مسؤول عن تصرفات أولاده القصر طبقا لما تمليه السلطة الأبوية، وأن تقرير حق الزيارة له كاف للقيام واجب الرقابة، والفريق الثاني: يرى أن الرقابة الفعلية التي يشترطها القانون غير متوافرة في حالة الطلاق أو الغياب، فتنتقل الرقابة إلى الأم ليس بصفتها ولية وإنما بصفتها متولية الرقابة طبقا للمادة(134)من قانون المدني على إعتبار أن تقرير دون ذلك يجافي العقل و المنطق، لم يكن بالوسع إيجاد مخرج قانوني لهذا الإشكال الذي يطرح بشدة لاسيما وأمام إرتفاع ظاهرة الطلاق، وكذا ظاهرة تخلي الأب فكثير من الأحيان عن مسؤولياته إتجاه أسرته،وكذا الصعوبة التي يلاقيها الشخص المضرور والقضاة في كثير من الأحيان في تحديد المسؤول المدني، لذلك جاء تعديل المادة(134)من القانون المدني وإلغاء المادة(135) منه بمقتضى القانون 05-02 التي أقرت مسؤولية الأب عن أفعال أولاده القصر، ومن بعد وفاته تحل الأم محله بل و تحل الأم محله في الأمور الإستعجالية حال غيابه، وقد أحدث هذا التعديل هزة عنيفة في قواعد الولاية في القانون الجزائري، حيث أعطيت للقاضي سلطة منح الولاية لمن أسند إليه الحضانة[163].

---

[161] امال رواق، التكييف القانوني لسلطة الحاضن بين الولاية والحضانة، ملتقى وطني: اشكالات توابع الحضانة في القانون الجزائري، المنعقد يومي:10 . 11 ماي 2017، كلية الحقوق، جامعة 20 اوت 1955، سكيكدة، ص 142- 143، غير منشور

[162] امال رواق، التكييف القانوني لسلطة الحاضن بين الولاية والحضانة، المرجع نفسه، ص 141

[163] كيفاجي الضيف، مسؤولية الولي عن افعال اولاده القصر بين القانون المدني وقانون الاسرة، مداخلة الملتقى الوطني: اشكالات توابع الحضانة في القانون الجزائريالمنعقد يومي: 10. 11 ماي 2017، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة 20 اوت 1955 – سكيكدة، ص 123 . 124

في القانون الجزائري فقد أخذت تصرفات القاصر المميز الدائرة بين النفع والضرر حكما مزدوجا فهي قابلة للإبطال في التقنين المدني، وفقا للمادة (2/101) [164] وموقوفة على إجازة الولي في تقنين الأسرة طبقا للمادة (83)[165] فما هو الحكم الواجب الإعتداد به؟[166].

فالمشرع الجزائري لم يحدد الأشخاص الخاضعين للرقابة وإنما إكتفى بإناطة الرقابة على الشخص إما لقصره أو لحالته العقلية أو الجسمية على سبيل الحصر وهي الحالات التي تجعل الشخص في حاجة إلى رقابة الغير، فمتى ألحق الخاضع للرقابة ضرارا للغير بفعله الغير مشروع تقوم مسؤولية متولي الرقابة عليه والعمل الغير مشروع يجب أن يقع من الشخص الخاضع للرقابة لا أن يقع عليه، أما إذا وقع عليه فليست هناك مسؤولية مفترضة، فمسؤولية متولي الرقابة لا تقوم إلا إذا وقع العمل غير المشروع من الخاضع للرقابة فإذا كان هذا الأخير هو المضرور سواء أصيب بالضرر من فعل أجنبي أو من فعل نفسه فلا تقوم مسؤولية متولي الرقابة[167].

كما أنه لم يحدد المشرع الجزائري سن القاصر الذي يخضع إلى الرقابة كما فعل القانون المدني المصري، وإنما ذكر حالة الرقابة بسبب القصر بدون تحديد وبالتالي فإن حكم المادة يطول كل شخص لم يبلغ سن الرشد كما حددته المادة (40) من قانون المدني الجزائري بـ 19 سنة كاملة، لكن بالرجوع إلى أحكام قانون الأسرة، فإن مدة الحضانة بالنسبة للذكر [168].

إن دراسة مسؤولية الحاضن في التشريع الجزائري يكفل القانون للطفل الحماية من خلال تخصيصه بنصوص مستقلة تنص على جزاء الإخلال بأحكام الحضانة قد يكون مدنيا مرتبطا بشكل رئيسي على المسؤولية المدنية، ويحاول المشرع التوفيق بين الشريعة العامة والقانون المستمد منها من أجل الخروج

[164] المادة 101 فقرة 2 من القانون المدني تنص على: ويبدا سيران هذه المدة في حالة نفقص الاهلية من اليوم الذي يزول فيه هذا السبب، وفي حالة الغلط او التدليس من اليوم الذي يكشف فيه، وفي حالة الاكراه من يوم انقطاعه، غير انه لا يجوز التمسك بحق الابطال لغلط او تدليس او اكراه اذا انقضت عشر(10) سنوات من وقت تمام العقد.

[165] المادة 83 من قانون الاسرة تنص: من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد طبقا للمادة(43) من القانون المدني تكون تصرفاته نافذة اذا كانت نافعة له، وباطلة اذا كانت ضارة به وتتوقف على اجازة الولي او الوصي فيما اذا كانت مترددة بين النفع والضرر، وفي حالة النزاع يرفع الامر للقضاء.

[166] موسوس جميلة، الولاية على مال القاصر في القانون الجزائري والفقه الاسلامي، مرجع سابق، ص 04

[167] سناء عماري، التطبيقات القضائية للحضانة واشكالاتها في قانون الاسرة الجزائري، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص تخصص احوال شخصية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الشهيد حمه لخضر الوادي، 2014 . 2015، ص 154 . 165. 166

[168] سناء عماري، المرجع نفسه،ص 163

من حالة التناقض بين أحكام القانون بالجمع بين المادة(134)[169]قانون مدني والمادة(87)قانون أسرة، بحكم الأب لا يمارس أي نوع من أنواع الرقابة على أبناءه طيلة مدة الحضانة، وبالتالي لا وجود لأي مبرر لمساءلة الأب عن الأضرار التي يقترفها إبنه تجاه الغير، لأن هذه المسؤولية مرتبطة أساسا بالرقابة وليست الولاية، وبذلك تكون المسألة للأم بإعتبار مسؤولية الرقابة على الطفل ومما يؤكد إتجاه نية المشرع إلى هذا المنحى إلغاء المشرع لنص المادة(135)من القانون المدني وإلغاؤه لنص المادة(63)من قانون الأسرة التي كانت تمنع الأم الحاضنة حتى من توقيع شهادة إدارية لإبنها إلا بعد أخذ إذن القاضي في حالة إهمال الأب أوغيابه، ويلاحظ على المشرع وإن أعطى للحاضن سلطات إلا أنه في المقابل أثقل كاهله بالمسؤولية مقارنة بالطرف الآخر الذي إختصر دوره في المجال المادي فقط دون أي مراعاة للجانب المعنوي المتعلق بالأب من الرعاية ولتوجيه حتى ينمو نموا متوازنا[170].

ويتجلىإهتمام المشرع بالقاصر في المجال الطبي عن طريق إحترام إرادته من طرف الطبيب إزاء الأعمال الطبية التي يخضع لها القاصر، ويثار الإشكال في هذا الصدد عن مدى حق الطبيب في مباشرة التدخل الطبي دون الحصول على رضاء القاصر أو وليه الشرعي؟ للإجابة على هذا الإشكال ميز القانون بين طبيعة التدخل الطبي وخطورته، فإذا كان بسيطا لا ينطوي على جانب من الخطورة فهنا يكتفي الطبيب برضا أحدهما أما إذا كان التدخل الطبي غاية في الخطورة فإنه يتعين على الطبيب الحصول على رضا الوالدين معا وعند الإستعجال يرفع الأمر إلى قاضي شؤون الأسرة ليكون دوره تحكيميا ويسعى إلى الإصلاح بينهما وإن تعذر ذلك يعين خبيرا ليبين لهما المزايا والعيوب بخصوص المسألة ويتوصل هكذا إلى التوفيق بينهما بشأن القاصر[171]،

ولكن هل بإمكان القاصر رفض علاج وافق عليه الوالدين؟ تنص في هذا الصدد المادة (54) من مدونة أخلاقيات الطب في الجزائر على "يجب على الطبيب أو جراح الأسنان المدعو للإعتناء بقاصر أو شخص معوق إذا لاحظ معاملة قاسية أو غير إنسانية أو حرمان أن يبلغ بذلك السلطات المختصة"، ويطرح

[169] المادة 134 قانون مدني: كل من يجب عليه قانونا او اتفاقا رقابة شخص في حاجة الى الرقابة بسبب قصره او بسبب حالته العقلية او الجسمية، يكون ملزما بتعويض الضرر الذي يحدثه ذلك الشخص للغير بفعله الضار.
و يستطيع المكلف بالرقابة ان يتخلص من المسؤولية اذا اثبت انه قام بواجب الرقابة او اثبت ان الضرر كان لابد من حدوثه ولو قام بهذا الواجب بما ينبغي من العناية.

[170] امال رواق، التكييف القانوني لسلطة الحاضن بين الولاية و الحضانة، ملتقى وطني :اشكالات توابع الحضانة، مرجع سابق، ص 140

[171] بشير محمد، الولاية على القاصر واجراءات حمايته في التشريع الجزائري مقارنا، مرجع سابق، ص 61. 62

إشكال آخر في حالة الوالدين المطلقين فما الحكم إذا رفض أحدهما العلاج؟ هنا يجب مراعاة مصلحة المحضون بخصوص هذه المسألة وفي حال التنازع يرفع الأمر إلى القاضي[172].

مكن المشرع الجزائري للقاضي في شؤون الإجراءات المدنية والإدارية عند قيامه بمراقبة الولاية أن يقوم بجملة من الإجراءات تمثلت في:

- سماع الأب و الأم و سماع كل شخص آخر يرى فائدة في سماعه
- سماع القاصر ما لم يكن سنه أو حالته لا تسمح بذلك
- الأمر بإجراء تحقيق إجتماعي أو فحص طبي أو نفساني أو عقلي

على أن يقوم القاضي بعد مباشرته لهذه الإجراءات ذات الطابع التحقيقي بالفصل في الدعوى الإستعجالية المرفوعة أمامه بموجب أمر إستعجالي يبلغ تبليغا رسميا من قبل الخصم المثير لحالة الإستعجال في أجل لا يتعدى 30يوما من تاريخ النطق به ليتمكن خصوم النيابة العامة من إستئنافه خلال 15 يوما من تبليغه ليتم الفصل فيه في غرفة المشورة في آجال معقولة[173]،

لكن الإشكال هنا هو ما المقصود بالفصل في غرفة المشورة؟ ها أن الجلسة السرية والحكم علنيا؟، فهذا هو الغموض الذي أثارته هذه القاعدة القانونية ولم يحدد المشرع المقصود بهذه الفرقة وبإستقراء بقية المواد المتعلقة بإجراءات الولاية تقول أن الأساس تقديم الطلبات الخاصة بالولاية يكون طبقا للقواعد المقررة للافع الدعاوي الإستعجالية أمام المحكمة مقر ممارسة الولاية، ويفصل فيها غلرفة المشورة بعد سماع ممثل النيابة العامة ومحامي الخصوم في ملاحظاتهم عند الإقتضاء، على أن للقاضي أثناء النظر في الدعوى المذكورة الحرية في جمع كل المعلومات التي يراها مفيدة حول أوضاع عائلة القاصر وسلوك الأبوين مع مراعاة مصلحة المحضون في سبيل الأمر بكل تدبير مؤقت لها علاقة بممارسة الولاية[174].

في القانون الطبي الجزائري يثير إشكالات فيما يتعلق بالأهلية، ذلك أنه في كثير من التدخلات الطبية التي تنطوي على خطورة جدية إشترط فيها التشريع موافقة الممثل الشرعي لهذا المريض كالمادة (154) من قانون 05/85 وفي نصوص أخرى منها مدونات أخلاقيات الطب ويشترط التشريع أهلية المريض في

[172] بشير محمد، المرجع نفسه، ص 62 . 63

[173] مانع سلمى، زواوي عباس، اختصاصات قاضي شؤون الاسرة طبقا لاحكام قانون الاجراءات المدنية والادارية، مرجع سابق، ص 64

[174] مانع سلمى، زواوي عباس، المرجع نفسه، ص 64

كل تدخل طبي، مما يجعل الأطباء عرضة للمساءلة عن تقديم العلاج لمن لم تكتمل أهليته بعد، سواء أكان ناقصها أم فاقدها، بل أن التشريع أعطى لناقصي الأهلية الحق في إبرام التصرفات القانونية ولم يمكن المريض القاصر من هذا الأمر مع أن الأمر يتعلق بصحته أي المحافظة على الأبدان فقدم المال على جانب الصحة مخالفا بذلك توجه الفقه الإسلامي، لذا نأمل أن يتدارك المشرع النقص الذي يعتري النصوص القانونية في المجال الطبي، بإرساء منظومة صحية منسجمة تجمع النصوص المتفرقة في هذا الخصوص، ويمكن القاصر من إبداء رأيه والإعتداد برضاه في التدخلات الطبية التي تجرى لمصلحته على إعتبار أنها مسألة تعنيه هو بالدرجة الأولى، كما يتعين على المشرع أن يتدخل بنصوص في إطار الولاية على القاصر غير المميز ويقيد النيابة القانونية بمصلحة الطفل الصحية ويلزم إشراكه في القرارات التي تعني سلامته الجسدية متى كان قادرا على ذلك توازيا مع الإتفاقيات الدولية التي تكرس هذه الحماية[175].

إن إشكالات الولاية على النفس في القانون الدولي الخاص خاصة في الزواج المختلط جاءت من خلال تبني المشرع الجزائري الإستثناء الوارد في المادة (13) من القانون المدني الجزائري لأنه تشوبه ثغرة قانونية ، لأن العلاقة الدولية الخاصة قد لا يطبق بشأنها القانون الجزائري لا حساب الأصل العام الوارد في نص المادة (12) قانون مدني، ولا حساب الإستثناء الوارد في المادة (13) قانون مدني، مثال ذلك تونسية تزوجت بمغربي توطنا في الجزائر، خلفت طفلا من هذا الزواج ثم تجنست بالجنسية الجزائرية، وثار نزاع حول الحضانة بعد الطلاق، وبذلك لن يطبق القانون الجزائري لأن الأصل أن يطبق قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى ولن يتم تطبيق الإستثناء لأن الزوجة لم تكن جزائرية وقت إنعقاد الزواج وكان من الأفضل وضع ضابط القانون الشخصي للطفل لأنه يكتسب الجنسية الجزائرية من الأم و يعتبر جزائريا بحكم المادة (17) من قانون الجنسية الجزائري، ضف إلى ذلك القاعدة العامة [خضوع الحضانة لقانون جنسية الزوج] تثير إشكالات عديدة في حالة تغيير ضابط الإسناد (التنازع المتحرك) في الفترة المتراوحة بين إيداع عريضة الدعوى وصدور الحكم، القاضي يجد نفسه بين قاعدتي إسناد، لكن يمكن الإسناد على إجتهاد قضائي لمحكمة النقض الفرنسية مؤرخ في

[175] بشير محمد، الولاية على القاصر واجراءات حمايته في التشريع الجزائري مقارنا، مرجع سابق، ص 66 . 67

1966/03/21 الذي إعتبر "الإختصاص الدولي للمحاكم الفرنسية لا يقوم على الحقوق الناشئة عن التنازع، لكن على جنسية الأطراف"[176].

قاعدة قانون الشخصي للزوج في مسائل الحضانة تعرف محدودية، فعلى سبيل المثال، أب أجنبي طلب طبقا لقانونه الشخصي مساعدة تربوية لأن سلوك القاصر مضرا بمستقبله وأخلاقه عرضة للخطر، الإجراءات المتبعة لإخضاع الطفل إلى المساعدة التربوية يطبق بشأنها قانون القاضي، كما يجوز للقاضي إتخاذ فيما يخص القاصر بعض التدابير تحت الحراسة المؤقتة، ومراعاة لمصلحة القاضي يمكن القاضي الجزائري أن يأمر بكل تدبير مؤقت له علاقة بممارسة الولاية على النفس، ولو كانت العلاقة تتضمن أطراف أجنبية كما يجوز له أن يسند مؤقتا حضانة القاصر بموجب أمر إستعجالي لأحد الأبوين، ولإفتقارالقضاء الجزائري لإجتهاد في هذه المسألة عثرنا على إجتهاد محكمة النقض الفرنسية في باريس مؤرخ في 20 فيفري 1964 يتعلق بمطالبة أب جزائري لإبنته القاصر من نفس الجنسية عهدت حضانتها مؤقتا للزوجين، طبقا للمواد (375) وما بعدها من القانون المدني الفرنسي المتعلقة بتدابير المساعدة التربوية الخاصة بالأطفال القصر الأجانب الموجودين في فرنسا وتمسك الأب بإختصاص القانون الجزائري فيما يخص السلطة الأبوية [177].

المطلب الثاني: إشكالات الكفالة للطفل المكفول بعد الطلاق

لقد حرمت الشريعة الإسلامية التبني بعدما كان معمول به في الجاهلية قبل الإسلام، إلا أن لهذا التحريم بديلا وذلك لحماية شريحة في المجتمع التي كانت ضحية تصرفات سلبية والتي نتج عنها أطفال مجهولي النسب و اللقطاء، وهذا البديل يتمثل في نظام الكفالة.

الفرع الأول: تعريف الكفالة

أ - **لغة**:تعني الضم، ضم ذمة الكفيل إلى ذمة الأصيل في المطالبة[178].

---

[176] نقلا عن خوادجية سميحة، تنازع القوانين في مسائل الولاية على القاصر، ملتقى وطني حول تنازع القوانين في مجال الاحوال الشخصية، يومي: 23 و24 افريل 2014، المجلة الاكادمية للبحث القانوني، عدد خاص، 15، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية، ص 236

[177] نقلا عن خوادجية سميحة، تنازع القوانين في مسائل الولاية على القاصر، المرجع نفسه، ص 236 . 237

[178] علي بن محمد السيد الشريف الجرجاني، معجم التعريفات، تحقيق محمد صديق المنشاوي، دار الفضيلة، القاهرة، دون سنة النشر، ص 155

ب - **إصطلاحا:** لا تختلف الكفالة في الإصطلاح عن معناها في اللغة وقدإختلف الفقهاء في إعطاء معنى واحد للكفالة فمنهم من أطلق عليها لفظ الضمان ومنهم من فرق بين الضمان والكفالة[179].

ج - **قانونا**: الكفالة بمفهوم قانون الأسرة هي عبارة عن إلتزام على وجه التبرع بالقيام بلود قاصر من نفقة وتربية ورعاية، قيام الأب بإبنه وتتم بعقد شرعي وعلى هذا المنوال فالكفالة هي عبارة عن إلتزام تطوعي للتكفل برعاية طفل قاصر وتربيته و حمايته بنفس الطريقة التي يتعامل بها الأب مع إبنه[180].

تمنح الكفالة بناء على طلب المعني وتكون سواء أمام القاضي المختص أو الموثق والشيء الملاحظ أن الكفالة وسيلة لحل بعض المشاكل اليومية داخل المجتمع، لاسيما في الجزائر في مرحلة العشرية السوداء التي مرت بها الجزائر بداية من التسعينات وأحكام الكفالة كان لها أثر إيجابي في تلك الحقبة وحتى في الوقت الحالي والتي تزايدت فيها الإساءات و الإنتهاكات لحقوق الأطفال، إذ فتحت الباب أمام عدة عائلات بالتكفل بأبناء يتامى أو مجهولي النسب، أو تولي أمر الأطفال الذين عجز أبائهم عن تنشئته ورعايته لظروف إقتصادية، هذا من جهة ومن جهة أخرى كذلك فتحت الباب للأسر التي ترغب في الإنجاب ولكن لسبب ما لم يرزقهم الله بذلك فكانت أحكام الكفالة بمثابة المفتاح القانوني لحل مثل هذه المشاكلوهوطريق لحماية الأطفال المساءة معاملتهم بجعل الكفالة مخرج لهذه الإساءة[181]،

غير أن موقف المشرع الجزائري من نظام الكفالة: إعتبرها إرادي شخصي يقوم به الكافل الذي يجب أن يكون رجلا وفق ما نصت عليه المادة(116)من قانون الأسرة الجزائري: "الكفالة إلتزام على وجه التبرع بالقيام بولد قاصر من نفقة وتربية ورعاية قيام الأب بإبنه وتتم بعقد شرعي"، فلقد جاء هذا النص مبهما وغامضا معتبر الكفالة إلتزام يصدر عن رجل فقط وكان الطفل أن يكفل طفلا وحده؟ وإن كان متزوجا فما وظيفة زوجته وما دورها؟ والكفالةإلتزام شخصي يصدر عنه دونها، فما طبيعة الرعاية التي أراد المشرع توفيرها للطفل بهذه الطريقة؟ إن الإجابة على هذه الأسئلة يتطلب إعادة النظر

[179] سعاد توفيق سليمان ابو مشايخ، عقد الكفالة المدنية والاثار المترتبة عليه، دراسة مقارنة بين مجلة الاحكام العدلية والقانون المدني المصري، قدمت هذه الاطروحة استكمالا لمتطلبات درجة الماجستير في القانون الخاص بكلية الدراسات العليا في جامعة النجاح الوطنية في نابلس، فلسطين، ص 8

[180] برياح زكرياء، قراءة في احكام الكفالة في ظل قانون الاسرة الجزائري على ضوء قانون كفالة الاطفال المهملين في المغرب، مجلة البحوث القانونية والسياسية، العدد الحادي عشر، ديسمبر 2018، مجلة دولية محكمة تصدرها جامعة د/ مولاي طاهر بسعيدة. الجزائر، ص 515

[181] ذبيح هشام، احكام الطلاق والتطليق واثر قانون الاسرة فيها على حماية الابناء، مجلة الاستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، المجلد الاول، العدد التاسع، مارس 2018، ص 237

في هذا النص، وإعادة صياغته بطريقة تجعل من الكفالة رعاية أسرية بديلة يوفرها الزوجان للطفل، إلا أنه لا يعني أن المشرع الجزائري يمنع التكفل بالطفل المحروم من شخص منفرد وفق ما نصت عليه المادة(67)من قانون الحالة المدنية، فقد إعترف هذا النص لكل شخص إلتقط طفلا يحق التكفل به إذا رغب في ذلك دون تمييز بين كونه رجلا أو إمراة متزوج أو غير متزوج مخالفا بذلك المادة(116) من قانون الأسرة، مما يؤكد أن موقف المشرع الجزائري من الكفالة وفق النصوص المذكورة جاء غامضا وغير منسجم مما يوجب تعديله[182].

وما يلاحظ على نص المادة (116) من قانون الأسرة أنه أوجب المشرع في الكفالة رضا من له أبوان والنص الفرنسي على le consentement de l'enfant، أي رضا الطفل الذي له أبوان ولكن الأصح هو رضا الأبوان إذا كان له لأنه لا يعقل الأخذ بإرادة من ليس له إرادة بقوة القانون[183].

كما يمكن للكافل أن يطلب التخلي على الكفالة إذا طرأ طارئ يجعله غير قادر على التكفل بالطفل ماديا ومعنويا ويقيم أمام الجهة القضائية التي منحت له الكفالة، وتكون الجهة القضائية التي منحت له الكفالة مختصة حتى ولو كانت الكفالة صادرة عن موثق، وهذا بعد تقديم النيابة العامة لملاحضاتها وإلتماساتها ويصدر القاضي حكما بالإشهاد للكافل بالتخلي عن الكفالة أو بإنهائها بطلب من الكافل، ويقوم بإسناد كفالة الطفل إلى أي شخص يختاره يعينه مقدما له، أو بالإرجاع الطفل إلى أبيه وأمه في حالة وجودهما، وعند الإقتضاء إلى المؤسسة المختصة في رعاية الأطفال[184].

الفرع الثاني:إشكالات الكفالة

في أحكام الكفالة تخول للكافل الولاية على النفس والمال ومن الإشكالات التي تثور بهذا الصدد هو مدى إمكانية إستمرار الكفالة في حالة الطلاق؟ حيث إن مثل هذه الحالة غير منصوص عليها في قانون الأسرة رغم أنها جد ضرورية في تنشئة القاصر المكفول وتحقق الغرض المطلوب من الكفالة، مع العلم أن رضا طالب الكفالة أي الزوج فقط لا يعني دائما موافقة الزوجة، ولهذا ومن أجل المصلحة الفضلى

[182] علال امال، التبني والكفالة دراسة مقارنة بين الشريعة الاسلامية والقانون الوضعي، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة ابي بكر بلقايد تلمسان، 2008 . 2009، ص 62 . 63

[183] العيش فضيل، قانون الاسرة مدعم باجتهادات قضاء المحكمة العليا على تعديلات 2005، ديوان المطبوعات الجامعية 2، 2007، الطبعة الثانية، بن عكنون، الجزائر، ص 91

[184] احسين بن شيخ ايث ملويا، المرشد في قانون الاسرة مدعما باجتهاد المجلس الاعلى والمحكمة العليا من سنة 1982 الى سنة 2014، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2014، ص 344

للطفل فإنه من المفروض أن تكون الموافقة صريحة وبحضور الزوجين، أمام القاضي أثناء التحقيق ويتم سماعهما وتحرير محضر لكي يعرفا قيمة هذه المسؤولية، وعليه فإنه كان على المشرع تدارك مثل هذا الشرط والتنصيص عليه في قانون الأسرة، لأنه عمليا أغلب المحاكم لا تراعي تحرير محضر الموافقة للزوجين أمام القاضي إذ يكفي إحضار شاهدين فقط وحضور الأطراف[185]،

إذ يكون الزوج هو الكافل والمسؤول عن الطفل بمقتضى عقد الكفالة، وفي هذه الحالة فإن القاضي المطروح عليه النزاع يلتزم بإسناد حضانة المكفول إلى الزوج الكافل لأن الزوجة لا تتمتع بأية صفة قانونية تربطها بهذا الطفل كون الزوجة هي الأَوْلى بالتكفل به، وهذا يبين التمييز بين الوالدين الكافلين، فبالرغم من وجود نفس الرابطة العاطفية إلا أنه ليس لهما نفس الحقوق بدون الوثيقة التي تثبت ذلك(عقد الكفالة)، وهذا يجعل عقد الكفالة مشابها لعقد الملكية، حيث يكون الطفل المكفول بمثابة العقار والمنقول، لابد من توفير سند رسمي لإثبات تملكه أو صفته القانونية للتقاضي، وهذا ما يجعلنا نتساءل إن كان المشرع الجزائري وضع الطفل المكفول في نفس الإطار القانوني للشيء محل العقد، ومثال ذلك الرجوع إلى عيوب الرضا، كالغلط الجوهري في عقد الكفالة[186]،

كأن يقوم الكافل عند إبرامه لعقد الكفالة يقوم بطفل ذكر أي . ذكر يعطى له من ولديه . غير أنه يكتشف أنها أنثى فهل يعد ذلك جوهري وهل يمكن أن يرجعها؟[187]وإنطلاقا من هذا يكون من الضروري أن يضع المشرع الجزائري نصوص قانونية تخول للقاضي الذي ينظر في دعوى الطلاق الإختصاص القانوني للنظر في طلب إحالة كفالة الطفل، دون المساس بمبدأ عدم التناقض بين الأحكام القضائية طالما أن الزوجة الكافلة قد عبرت صراحة عن إرادتها في التكفل بالطفل، مما يعطيها مركزا قانونيا خاصا يوفر لها الصفة القانونية لتقديم هذا الطلب تحت نظر قاضي شؤون الأسرة في إطار مراعاة مصلحة الطفل المكفول[188].

[185] بلجراف سامية، اسناد الولاية الاصلية على مال القصر الى الام في قانون الاسرة الجزائري " المقاصد والتحديات" المرجع السابق، ص 187

[186] شمام منيرة، حيدرة محمد، الاشكالات القانونية المتعلقة بكفالة الطفل في قانون الاسرة والقضاء الجزائري، مجلة دفاتر، مخبر حقوق الطفل، المجلد التاسع، العدد الاول،2018، ص 161

[187] بوعشة عقيلة، الكفالة في قانون الاسرة والشريعة الاسلامية، مذكرة لنيل شهادة التكوين ، مديرية التربصات، وزارة العدل الوطني للقضاء، 2001 . 2004، ص 11

[188] شمام منيرة، حيدرة محمد، الاشكالات القانونية المتعلقة بكفالة الطفل في قانون الاسرة والقضاء الجزائري، مرجع سابق، ص 162

بالرجوع إلى المادة (40) من قانون الأسرة فإنه بالرغم من أن الطفل المكفول يحمل لقب الكافل إلا أنه لا يستفيد مما يرتبه النسب من آثار كالميراث مثلا، ولهذا نلاحظ أن هذا المرسوم جاء غامضا لما أكد على مطابقة لقب الولد المكفول بلقب الكافل دون بيان كيفية المطابقة وما إذا كانت تقتصر على حمل اللقب أو تتعداه إلى أن تحمل شهادة ميلاد المكفول لقب وإسم الكافل، لكن الظاهر أن الغموض هذا كان متعمدا حتى لا يصطدم المرسوم بمعارضة في التطبيق وبإنتقادات مختلفة و بإعتباره يفتح المجال لترتيب عملية التبني[189].

ثابر المشرع الجزائري على محاربة فكرة تحريف وتزييف الأنساب، إذ أنه لا يمكن إلحاق أي طفل سواء كان معلوم الأب أو مجهول النسب، أو كان إبن الزنا إلى نسب الغير ولو أبدى رضاه بذلك، لأن في ذلك يعتبر تعديا على الألقاب الغير وأكد القضاء الجزائري في عدة مناسبات متعلقة بحالات التبني على هذا الموقف، إذ أصدرت المحكمة العليا في العديد من قراراتها على إلغاء التبني وإبطال أية وثيقة تتضمن هذه الحالة، سواء كانت صادرة عن جهات رسمية وطنية أو عن جهات رسمية أجنبية وذلك بسبب مخالفتها للنظام العام الجزائري، والمادة (46) من قانون الأسرة الجزائري نصت صراحة على تحريم التبني إذ يفهم من هذه المادة أنه لا يمكن للأفراد إبرام عقد التبني ولا يجوز للقاضي أو الموثق إبرامه والإذن به إذ أن هذه المادة جاءت على إطلاقها إذ أن حتى الأجانب المقيمين على الإقليم الجزائري والذين يسمح لهم قانونهم الداخلي بالتبني غير جائز لهم المطالبة بذلك أمام القاضي الجزائري[190]،

ولكن هذه القاعدة أصبحت نسبية وهذا على إثر تعديل القانون بالمقتضى القانون 05/07 الصادر بتاريخ 2007/05/13 وإضافة المادة (13 مكرر1) إذ أصبح القاضي الجزائري يأذن بالتبني وبيوم التبني لكن بشروط وأن هذه الشروط واردة ضمنيا في نص المادة (13 مكرر1) لكونها وردت في الفصل الثاني المتعلقة بتنازع القوانين من حيث المكان، فهي قواعد إسناد تبين القانون الواجب التطبيق من قبل القاضي الداخلي، عندما يكون أحد أطراف النزاع أو طرفي نزاع أجنبي على الإقليم الجزائري إذ أن مضمونها نص على أن صحة إنعقاد التبني يخضع إلى قانون جنسية من كل طالب التبني والمتبني وقت إجراءه، فالقاضي الداخلي يأذن بالتبني حسب ما يسمح به القانون جنسية الأطراف، فإن كان قانون

[189] سلامي دليلة، حماية الطفل في قانون الاسرة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون خاص، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر بن يوسف بن خدة، 2007 . 2008، ص 74

[190] الساجي علام، اشكالية التبني والكفالة في المجتمع الجزائري . مقارنة انتروبولوجية، مجلة الحقوق والعلوم الانسانية، مجلد 10، عدد 4، ديسمبر 2017، جامعة زيان عاشور بالجلفة، الصفحات [292 . 273]، ص 282

جنسية الأطراف لا يسمح بالتبني فإن القاضي يرفض طلب التبني، وعليه فإن هذه المادة تطرح عدة إحتمالات أمام القاضي الداخلي الجزائري[191]،

حيث يسري على العلاقة بين الأصول والفروع قانون جنسية الطرفين الأب والأم والإبن وكذا الكافل والمكفول، ونفس الأحكام تسري على التبني، وهذا ما أكدته المادة (13 مكرر1) بالنص: "يسري على صحة الكفالة قانون جنسية كل من الكفيل والمكفول وقت إجرائها، ويسري على آثارها قانون جنسية الكفيل. وتطبق نفس الأحكام على التبني"[192].

وطبقا للمادة (125) من قانون الأسرة فإن التخلي عن الكفالة يتم أمام الجهة التي أقرت الكفالة، وأن يكون بعلم النيابة العامة، وبالتالي فإن الزوج الجزائري المتزوج من زوجة فرنسية والذي كفل طفل أمام القضاء الجزائري وأراد حضانة هذا الطفل بعد طلاقه بفرنسا، وبالمقابل تحاول زوجته هي الأخرى الإحتفاظ بهذا الطفل وحضانته، وهنا نجد أن الإجراءات التي إتخذتها الحكومة الجزائرية في ميدان الكفالة تثير عدة تساؤلات حول ما إذا كانت أحكام الإتفاقية تشمل الطفل المكفول، من جهة أخرى يرى بعض الفقهاء الفرنسيين أن الموقف الجزائري المتبني بخصوص الأطفال الطبعيين أو المتبنيين غير معقول لكونه يقلص من مجال تطبيق الإتفاقية الجزائرية الفرنسية 1988[193].

وقد أغفل المشرع الجزائري حق زيارة الطفل المكفول في حالة الطلاق بين الزوج الكافل وزوجته، فالقاضي لا يخول هذا الحق لأحد الزوجين الذي ليس بإسمه عقد الكفالة، لإنعدام صفته القانونية تجاه الطفل المكفول، فالقانون الجزائري واضح، فقط صاحب السلطة الأبوية الذي يمكن الحصول على حق الزيارة مع أن هذا ما يؤثر على التوازن النفسي للطفل المكفول، ولهذا فإن من المناسب أن يراعي المشرع هذا الجانب العاطفي للطفل المكفول، وأن يضع نصا قانونيا يخول للقاضي الذي ينظر في دعوى الطلاق، الإختصاص القانوني للفصل في حق الزيارة للزوج الكافل الذي عبر عن إرادته صراحة في الحفاظ على الرابطة العاطفية التي توفر له الصفة القانونية في طلب تثبيت إسمه على عقد الكفالة إلى جانب الكافل تحت تقدير قاضي شؤون الأسرة، مراعيا مصلحة الطفل المكفول، حيث يمكنه من جهة الحصول على حق زيارة لمن كان بالنسبة إليه بمثابة الأب أو الأم، ومن جهة أخرى

[191] الساجي علام، المرجع نفسه، ص 282

[192] سعيد بوعلي و نسرين سريقي، تحت اشراف مولود ديدان، القانون الدولي الخاص الجزائري (تنازع القوانين الجنسية)، سلسلة مباحث في القانون، دار بلقيس الدار البيضاء الجزائر، طبعة اكتوبر 2021، ص 52

[193] نقلا عن غالي كحلة، الاشكالات القانونية التي تعترض الحضانة بعد الطلاق في الزواج المختلط، مرجع سابق، ص 152 . 153

يمكن لقاضي شؤون الأسرة الحكم عليه بالنفقة بكل أنواعها طبقا للمادة (78) من قانون الأسرة الجزائري محترما بذلك المساواة بين الطفل المكفول والطفل الشرعي[194].

وتجب الإشارة إلى مسألة مهمة أغفلها المشرع في قانون الصحة رقم 85- 05 يتعلق الأمر بحالة المريض القاصر يتيم الأبوين أو مجهول الأبوين فيؤخذ هنا برضا الكافل مع إعطاء الطبيب المعالج سلطته التقديرية والعلة في هذا مراعاة مصلحة المريض القاصر[195].

[194] شمام منيرة، حيدرة محمد، الاشكالات القانونية المتعلقة بكفالة الطفل في قانون الاسرة والقضاء الجزائري، مرجع سابق، ص 162 . 163

[195] بشير محمد، الولاية على القاصر واجراءات حمايته في التشريع الجزائري مقارنا، المرجع السابق، ص 64

الفصل الثاني: الإشكالات المتعلقة بحق الزيارة والسفرداخل الوطن وخارجه وإشكالات العدة والنسب في التشريع الجزائري

إن حق الزيارة من المواضيع التي لم تحض بالعناية الكافية بالرغم من أن أساسها مرتبط بالطفل وإكتفى بقاعدة إسناد خاصة وترك السلطة التقديرية للقاضي، ويرجع سبب أغلب الإشكالات هو الفرقة بين الزوجين والصراع القائم بينهما حول من له حق زيارة المحضون وتنظيمها وضمان تنفيذه مراعيا في ذلك مصلحة المحضون.

المبحث الأول: إشكالات حق الزيارة والسفر داخل الوطن وخارجه

بعدطلاق الزوجين نجدهما أمام إشكالات عديدة حول حق الزيارة ذلك لوجود حساسية بينهم ووجود فراغ قانوني حول تنظيم الزيارة وذلك لربط المشرع حق الزيارة بحق الحضانة، فكيف نظم المشرع الجزائري حق الزيارة؟، وكما يعتبر السفر من أهم المواضيع المتعلقة بشؤون الأسرة حيث يسلط الضوء على أحد الحاضنين بالمحضون وما يمكن أن يخلفه هذا الإنتقال من إشكالات عديدة عجز المشرع الجزائري تداركها داخليا وخارجيا.

المطلب الأول: إشكالات حق الزيارة

من خلال الواقع المعاش نجد الأبوين لا يحسنون إستخدام حق الزيارة بسبب الخلاف بينهما بعد الطلاق مما يثير هذا الاستخدام السيئ إشكالات عملية عديدة بالرغم من تصدي القضاء الجزائري لحلها، ذلك لعدم تنظيم حق الزيارة والقانون لم يحدد أوقات ومواعيدها ولا مكانها، تاركا كل هذا للسلطة التقديرية للقاضي مما تصعب عليه الأمر مراعيا في ذلك العرف والعادة ومصلحة المحضون.

الفرع الأول: إشكالات الزيارة داخل الوطن

فمسألة الزيارةداخلة في عموم نصوص الكتاب والسنة الدالة على بر الوالدين وصلة الرحم فلا يحق لأحد الأبوينأن ينقطع الولد من زيارة والده أو والدته، فإذا حكم القاضي بحضانة الأولاد لأمهم فإن من حق أبيهم أن يزوره أولاده وأن يراهم وأن يجتمع بهم ومهما حصل بين الزوجين فإن هذا لا يبرر أن ينقطع الأولاد عن أبيهم ويحرم الأب من رؤية أولاده، فمن حرم من زيارة أولاده ورؤيتهم أن يتقدم

بدعوى زيارة إلى المحكمة حتى لو كان ذلك قبل الطلاق، فلو نشزت المرأة وبقيت عند أهلها مع أولادها فإنه يجوز لزوجها أن يتقدم بدعوى يطلب فيها تحديد وقت لزيارة أولاده وبالعكس، فيحضر الطرفان لدى القاضي ويسمع القاضي منهما ثم ينظر الوقت المناسب للزيارة وتختلف الأحوال من أسرة إلى أسرة[196].

وبسبب الإشكالات التي تثيرها الزيارة وتصدي القضاء لحلها لوحظ وجود تشويه كبير في بعض الأحيان لمفهوم الزيارة ويظهر ذلك بالخصوص في إجتهادات المحكمة العليا حين تصديها لبعض الأحكام التي لا تتفق مع المعاني التي شرعت لأجلها الزيارة، وبالتالي فإن الإشكالات التي تثيرها الزيارة قد تعود بالأساس إلى غموض مفهومها سواء بالنسبة للقاضي أو حتى المشرع ومن باب أولى الطرفين المتنازعين[197]،

فلم يعرف المشرع مفهوم زيارة المحضون كما أنه لم يحدد غايته أو أساسه بل ألزم القاضي عند الحكم بالحضانة أن يحكم بحق الزيارة طبقا لأحكام المادة (64)[198] من قانون الأسرة، ومن خلال نص هذه المادة يظهر الإرتباط الوثيق الواضح بين حقي الحضانة والزيارة التي لم ينظمها المشرع تاركا المجال مفتوحا أمام إجتهاد القاضي طبقا للمادة (222) من قانون الأسرة، هذا ولمزيد من الوقوف على معنى زيارة المحضون وجب التعرض إلى مصطلحين مجاورين من ذلك الإستصحاب والإقامة أو المبيت، ولئن كانت الزيارة تعني في مفهومها العام واللغوي مجرد النظر والإلتقاء فإن الإستصحاب يعد الطريقة التي يستطيع من خلالها غير الحاضن أخذ المحضون من المكان الذي يوجد فيه مع حاضنه بشرط إرجاعه، في حين تعني الإقامة أخذه للعيش معه فترة من الزمن تكون خاصة أيام العطل المدرسية[199]،

ونلاحظ أن تنظيم زيارة الطفل الرضيع تختلف عن زيارة المحضون الذي هو في سن الدراسة، لأن إحتياجات المحضون الرضيع تختلف إختلافا كبيرا عن إحتياجات المحضون الذي هو في سن الدراسة،

---

[196] علي بن يحيى بابكر ، قضايا الطلاق والحضانة و النفقة والزيارة ، مرجع سابق، ص 85

[197] محمد بوصيدة، مفهوم حق الزيارة وعلاقته بالحضانة، ملتقى وطني: اشكالات توابع الحضانةفي القانون الجزائري، المنعقد يومي: 10 . 11 ماي 2017،كلية الحقوق، جامعة 20 اوت 1955، سكيكدة، ص 190

[198] المادة 64 قانون الاسرة تنص: الام اولى بحضانة ولدها، ثم الاب، ثم الجدة لام، ثم الجدة لاب، ثم الخالة، ثم العمة، ثم الاقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك، وعلى القاضي عندما يحكم باسناد الحضانة ان يحكم بحق الزيارة.

[199] طعيبة عيسى، تشوار جيلالي، حق زيارة المحضون وضمانات اقراره وتنفيذه على ضوء قانون الاسرة والاجتهاد القضائي، مجلة الحقوق والعلوم الانسانية،مجلد 11، عدد1، مجلة محكمة في مارس 2018، جامعة زيان عاشور بالجلفة، ص 322

وتنظيم زيارة الأب المقيم خارج كل دولة من دول المغرب العربي الكبير سواء كانت الجزائر أو المغرب أو تونس[200].

وإذا كان المشرع المغربي قد نظم زيارة المحضون من خلال المواد من(180) إلى (186)من مدونة الأسرة، حيث أعطى الطرف غير الحاضن حق زيارة المحضون وإستزارته وصلة الرحم به، وذلك مراعاة لمصلحته وحقه في صلة الرحم بوالديه معا[201]، حيث جاء في المادة(180)من مدونة الأسرة "إذا إستجدت ظروف أصبح معها تنظيم الزيارة المقررة بإتفاق الأبوين أو بالمقرر القضائي ضارا بأحد الطرفين أو بالمحضون / أمكن طلب مراجعته وتعديله بما يلائم ما حدث من ظروف"بمعنى" أن قرارات تنظيم الزيارة مرتبطة بالظروف التي صدرت فيها، ولذلك إذا تغيرت هذه الظروف وحدث ما من شأنه أن يضر بالمحضون أو أحد الأبوين أمكن للمتضرر المطالبة بمراجعة نظام الزيارة بما يتلائم والظروف الجديدة"، ويجدر التنبيه إلى أن تعديل زيارة وإستزارة المحضون رهين بحصول الضرر للمحضون أو لذويه أو للحاضن نفسه[202]،

وإذا إستجدتظروف أصبح معها تنظيم الزيارة المقررة بإتفاق الأبوين أو بالمقرر القضائي ضارا بأحد الطرفين أو بالمحضون، أمكن طلب مراجعته وتعديله بما يلائم ما حدث من ظروف المادة(183)[203]التي تقر أنه: "إذا إستجدت ظروف أصبح معها تنظيم الزيارة بإتفاق الأبوين أو بالمقرر القضائي ضارا بأحد الطرفين أو بالمحضون، أمكن طلب مراجعته وتعديله بما يلائم ما حدث من ظروف"، فقد تطرأ ظروف ومستجدات تضر بأحد الطرفين أو بالمحضون إذا بقيت زيارة هذا الأخير وفق ما إتفق عليه سابقا أو وفق ما حددته المحكمة، مما يستدعي مراجعة تنظيم الزيارة بالشكل الذي يتلائم مع الظروف المستجدة، كأن يتزامن وقت الزيارة مع وقت دراسة المحضون أو ممارسته لهوايته، مما يستدعي تغيير الوقت المحدد للزيارة، أو أن تنتقل الحاضنة بالمحضون من مكان إلى آخر، مما يستدعي تغيير مكان الزيارة[204]،

[200] مجلة القانون والعلوم السياسية، العدد الثامن، جوان 2018، الموافق لرمضان 1439، معهد الحقوق و العلوم السياسية بالمركز الجامعي صالحي احمد بالنعامة، المجلد الرابع، العدد 02، الرقم التسلسلي 08، ص 170

[201] عيسى كتب،القضاء الاستعجالي في المجال الاسري، قضايا الاسرة: اشكالات راهنة ومقاربات متعددة، سلسلة دراسات وابحاث، العدد 6، الجزء الثاني، ص 69

[202] احمد اباش، الاسرة بين الجمود والحداثة، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الاولى 2011، ص 415

[203] نقلا عن عبد الالاه المحبوب، المنهاج في شرح مدونة الاسرة، مرجع سابق، ص 256

[204] حموش عبد الرحمن، شروط استحقاق الحضانة واسباب سقوطها، دراسة في ضوء مدونة الاسرة والعمل القضائي المغربي، منشورات مجلة الحقوق، سلسلة المعارف القانونية والقضائية، مجلة محكمة الاصدار 32، 2016، ص 106

ويمكن أن تتخذ المحكمة ما تراه مناسبا من إجراءات بما في ذلك تعديل نظام الزيارة وإسقاط حق الحضانة في حالة الإخلال أو التحايل في تنفيذ الإتفاق أو المقرر المنظم للزيارة المادة(184)، في حالة إذا توفي أحد والدي المحضون يحل محله أبواه في حق الزيارة المنظمة بالأحكام السابقة المادة (185)[205]، حيث يتم الإتفاق على تنظيم زيارة المحضون وإبلاغه للمحكمة لتسجيله في مقرر إسناد الحضانة، وفي حالة عدم الإتفاق فإن المحكمة تحدد أوقات الزيارة ومكانها لتفادي النزاع الذي قد يحصل بسبب ذلك مراعية الظروف والملاسبات المحيطة بالأطراف، يمكن لمن يعنيه الأمر أن يطلب من المحكمة مراجعة نظام الزيارة كلما طرأت ظروف جديدة[206].

ورغم ما يتطلبه هذا الموضوع من سرعة في البت لم يسند الإختصاص لرئيس المحكمة بصفته قاضيا للمستعجلات للبت في النزاعات المتعلقة بصلة الرحم بنص خاص، لكن الممارسات القضائية كرست إتجاها صريحا يعتبر هذه الحالات متصفة بعنصر الإستعجال التي تقتضي تدخل قاضي المستعجلات للأمر بتسليم الطفل للأم أو للأب ليتمكن من صلة الرحم والتواصل الأسري، إلا أنه لم تتضمن شرط عدم المساس بجوهر الحق وهو كما نعلم شرط أساسي لتدخل القضاء المستعجل في صورته التقليدية، مما يقتضي طرح التساؤل عن سبب عدم إلتفاف القاضي إلى هذا الشرط، خصوصا أمام ما يبدو من ظاهرها أنها جاءت حاسمة ومنهية لموضوع النزاع المتمثل في الإتصال وزيارة المحضون من طرف من له الحق في ذلك، وهكذا فإن برغم عدم وجود نص خاص– في مدونة الأسرة- يستند الإختصاص لرئيس المحكمة بصفته قاضيا للمستعجلات في النزاعات المتعلقة بصلة الرحم وأن تدخل قاضي المستعجلات لا يخرج عن نطاق القواعد العامة المضمنة في المادة(149)[207] من قانون المسطرة المدنية فإن الممارسة القضائية في هذا الصدد أفرزت لنا توجها تجاوز هذا الإطار العام إلى قضاء إستعجالي أسري متخصص يحتاج لا محالة إلى تأطير تشريعي خاص[208].

في حين نجد المشرع الجزائري لم ينظم حق الزيارة تنظيما كافيا حيث فتح المجال لعديد من الإشكالات خاصة وأن مادة وحيدة فقط نظمت هذا الحق بالتوازي مع حق الحضانة، فترك الأمر مفتوح لإجتهاد القضاة أمرا غير صائب نظرا لأن محل الإعتبار هنا هو مصلحة المحضون والتي كان الأجدر أن تكون

[205] نقلا عن عبد الاله المحبوب، المنهاج في شرح مدونة الاسرة، مرجع سابق، ص 256

[206] مساطر القضاء الاسري، المملكة المغربية ، وزارة العدل والحريات، ص 24

[207] المادة 149 من المسطرة المدنية: يختص رئيس المحكمة الابتدائية وحده بالبت بصفته قاضيا للمستعجلات كلما توفر عنصر الاستعجال في الصعوبات المتعلقة بتنفيذ حكم او سند قابل للتنفيذ ....

[208] عيسى كتب، القضاء الاستعجالي في المجال الاسري، مرجع سابق، ص 69 . 70

موحدة لأنها تختلف بإختلاف البلد أو بإختلاف الزمان داخل البلد الواحد بل تختلف من محكمة إلى أخرى، المهم فإن هذه الإشكالات تظهر بدايتها مع الأشخاص المخولين حق الزيارة فمن هم؟[209]

يمكن القول أن تعديل 2005 الذي منح حق الحضانة إلى الأب بعد الأم وقبل أم الأم وأم الأب وأخت الأم وأخت الأب، لم يحالفه التوفيق ذلك أن الحاضن مطلوب منه إمضاء وقت طويل برعاية المحضون، لاسيما من حيث إرضاعه وتنظيفه وتوفير حاجياته ومنحه الدفء و الحنان، والأب خاصة الذي يعمل لا يستطيع ذلك ولم يخلق له، وغير مؤهل للحضانة وغير قادر على توفير حاجات المحضون الرضيع أو بالغ سن الفطام، لذلك كان يجب على المشرعين الجزائريين منح الأسبقية في الحضانة إلى النساء دون الرجال بإعتبار أن الحضانة حق لمن يلد، ولمن أهلته القدرة الإلهية لذلك وكان يمكن أن يكتفي القانون بإسناد حق الولاية وحق الزيارة للمطلق[210].

كما يذهب بعض الفقه إلى أن المشرع الجزائري حينما ألزم القاضي وفقا لنص المادة(64)من قانون الأسرة يقضي بحق الزيارة من تلقاء نفسه وبدون أي طلب من أي أحد قد فاته أن منح حق الزيارة دون طلب ودون رقابة مسبقة من القاضي يمكن أن تنتج عنه عواقب سيئة ومضرة بالمحضون وذلك عندما يتجاوز الوالد المحكوم له بالزيارة حدود اللياقة ويصر على أخذ المحضون معه وإصطحابه إلى أماكن غير أخلاقية، فقد يخل من له الحق بالزيارة بمضمون الحق دون رقابة عليه، ثانيا: عدم الإلتزام بتنفيذ الحكم القاضي بالزيارة: يثير الحكم القاضي بالزيارة عمليا مشكلة تنفيذه حيث نكون أمام فرضيتين:

- إمتناع الحاضن عن تنفيذ حكم الزيارة حيث يمتنع عن تسليم المحضون لمن له الحق في زيارته،

- إمتناع المحكوم له بحق الزيارة عند مباشرة هذا الحق من رد المحضون إلى حاضنته بعد إنتهاء موعدها وفي كلا الفرضيتين لم يتناول قانون الأسرة هاتين الإشكاليتين، الأمر الذي ترك لتدخل القاضي الجزائي[211]،

[209] بوزيتونة لينة، حق زيارة المحضون في قانون الاسرة الجزائري، دراسة بين القانون والواقع، المجلة الاكادمية للبحوث القانونية والسياسية، المجلد الثالث، العدد 2، سبتمبر 2019، مجلة دورية علمية محكمة متخصصة في مجال العلوم القانونية والسياسية ، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عمار ثليجي، ص 289

[210] عبد العزيز سعد، قانون الاسرة الجزائري في ثوبه الجديد احكام الزواج والطلاق بعد التعديل، مرجع سابق، ص 158

[211] ثابت دنيازاد، الحماية الجزائية لتوابع الحضانة في التشريع الجزائري، مداخلة الملتقى الوطني: اشكالات توابع الحضانة في التشريع الجزائري المنعقد في 10 . 11. 2017 بجامعة 20 اوت 1955 بسكيكدة، ص 66. 67 .68 ، غير منشور

فإذا إمتنع المحكوم عليه في الزيارة أو الرؤية من التنفيط بتمكين الطرف الآخر منها حسب المعتاد مما هو منصوص عليه في الحكم وتكرر ذلك منه، فللمنفذ له طلب نقل الحضانة إليه إذا كان من أهل الإستحقاق لها، والمحكمة تنظر في ذلك بناء على طلبه، ولها نقل الحضانة له على أن يصدر بذلك حكم مستوفي للإجراءات لأن الحاضن الذي إمتنع عن تنفيذ حكم الزيارة و الرؤية صار مضارا للطرف الآخر بالإمتناع عن تنفيذ الحكم، فإنتقلت الحضانة عنه، والضرر في الشريعة ممنوع وإذا وقع فهو مرفوع لقوله تعالى: "لا تضار والدة بولدها و لا مولود له بولده" [البقرة:233]، ولقوله صلى الله عليه وسلم "لا ضرر ولا ضرار"، كما أن الفقهاء قد نصوا بأن من إمتنع عن الحضور لمجلس الحكم مجروح العدالة، والممتنع عن التنفيذ مثله، بل أولى لتعين الحق عليه[212]،

في حين نجد قرار المحكمة العليا المؤرخ بتاريخ 1969/05/14، في نشرة القضاة 1970، أكتوبر/ديسمبر، ص 48، في قضية: السيدة (ك . ل) ضد (ك . أ)، حيث جاء المبدأ: لا يسقط الحق في الحضانة إلا لأسباب معينة شرعا ليست من تبنتها عدم تسليم الحاضن الوالد المحضون على وجه الزيارة المقررة إلى أبيه أو غيره ممن يهمهم الأمر[213].

كمايثير أوقات زيارة المحضون هي الأخرى عدة إشكالات سواء من حيث المدة أو عدد المرات خاصة وأن المشرع لم ينص فيما إذا كانت يوميا، أسبوعيا، شهريا لساعة أو أكثر...، فالمشرع أعطى للقاضي سلطة تقديرية واسعة في مجال تحديد المدة وعدد المرات هذه السلطة التقديرية تبنى بالأساس على مصلحة المحضون،وبالتالي فالقاضي في إعماله للسلطة التقديرية سيختلف الأمر من قضية إلى أخرى تبعا لإختلاف سن المحضون وتبعا كذلك لإختلاف الزمان والمكان، فهذه القاعدة إذن قاعدة ذاتية تتعلقة بكل محضون على حدى تبعا للظروف المحيطة به[214]،

وقد إستقر القضاء على أوقات الزيارة من خلال مراعاة العرف أو العادة حيث جرت العادة على أن يحكم القاضي بحق الزيارة في أيام العطل الأسبوعية وكذا الأعياد الدينية و لوطنية ومذا في أيام العطل المدرسية إذا كان المحضون في دور التعليم، و قد حددتها المحكمة العليا بمرة في الأسبوع على

[212] عبد الله بن محمد بن سعد آل خنين، تنفيذ احكام الحضانة والزيارة، ندوة اثر متغيرات العصر في احكام الحضانة، التي ينظمها المجمع الفقهي الاسلامي بالرابطة بالتعاون مع كلية الشريعة والدراسات الاسلامية بجامعة ام القرى عام1437 ه، كلية الشريعة والدراسات الاسلامية، جامعة ام القرى . مكة المكرمة، ص 29

[213] المحكمة العليا، غرفة الاحوال الشخصية، 1969/05/14، ملف رقم غير موجود، نشرة القضاة، 1970، اكتوبر/ديسمبر، ص: 48، أنظر، جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في مادة الاحوال الشخصية، الجزء 1، المرجع السابق، ص 67

[214] بوزيتونة لينة، حق زيارة المحضون في قانون الاسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 290

الأقل في إحدى القرارات الصادرة التي جاء فيها: "متى أوجبت أحكام المادة (64) من قانون الأسرة على أن القاضي حينما يقضي بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة فإنه من الواجب أن يكون ترتيب هذا الحق ترتيبا مرنا وفقا لما تقتضيه حالة الصغار، فمن حق الأب أن يرى أبناؤه على الأقل مرة في الأسبوع ليتعهدهم بما يحتاجون إليه والتعاطف معهم، ومن ثم فإن القرار المطعون فيه القاضي بترتيب حق الزيارة إلا مرتين كل شهر يكون قد خرق القانون، ومتى كان ذلك إستوجب نقض القرار المطعون فيه"[215]،

ويعتبر هذا القرار كمرجع تبنته المحكمة العليا يوجه القضاة في المحاكم والمجالس و يظهر أن هناك عدة أحكام لم تخرج عن قرار المحكمة العليا السالفة الذكر، منها ما حكمت به محكمة تلمسان بأنه: "... يبقى للأم حق الزيارة كل خميس و جمعة وفي الأعياد الدينية والوطنية إبتداء من الساعة التاسعة صباحا إلى غاية السادسة مساء..."، وأما عن أن محكمة سيدي بلعباس قضت بإسناد حضانة الطفل لأمه و لأبيه حق زيارته مرة واحدة كل شهر..." لذلك يعاب على هذه الأحكام أنها جعلت الزيارة مرة كل شهر، وهي مدة طويلة، تضر بمصلحة المحضون لذلك يجب على المحاكم تكريس ما تبنته المحكمة العليا من حق الزيارة مرة في الأسبوع على أن تكون من التاسعة إلى السادسة مساء، أي أن الزيارة كأصل مقررة في النهار على أن يعود المحضون لحاضنه في الليل[216].

هناك إشكال يتمثل عندما يستعمل الأب حقه في الزيارة بإعتبار أن الحضانة تمنح في الغالب الأعم للأم بإعتبارها الأولى برعاية المحضون نجد أن بعض الأمهات يقمن بدافع الإنتقام من الزوج بمنع المحضون من رؤية الولي، فيصبح إستخدام المحضون كوسيلة إنتقام إيذاء متبادل بين الزوجين، فالأم تحرم الأب من رؤية المحضون والأب يحاول أن يضم المحضون إلى حضانته وبالتالي يعيش المحضون تجربة نفسية قاسية تترك في وجدانه إنطباع سيء عن الجو الأسري والعلاقات الزوجية فيحدث تمزق عاطفي للمحضون فضلا عن فقده الشعور بالأمن نتيجة الإضرابات والتفريق الذي حل بالأسرة، فهنا لابد من خلق رقابة جدية على هذا الأمر واقعيا، لأن القيام بهذا الأسلوب راجع إلى عدم وجود ثقافة

[215] بن عامر يزيد، زيارة المحضون على ضوء الاجتهاد القضائي الجزائري، مجلة دائرة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، مخبر المؤسسات الدستورية والنظم السياسية، العدد السادس، جانفي 2019، ص 161

[216] بن عامر يزيد، المرجع نفسه، ص 162 . 163

ووعي بأن العلاقة الزوجية إنتهت ولابد أن تبقى علاقة طيبة من أجل المحضون وألا يصبح الطفل المحضون ضحية سوء الوعي[217].

وما يمكن ملاحظته هو أن القانون شحيح أمام حق الزيارة حيث لم يحدد مكان ممارسة حق الزيارة، أن يكون ذلك في المنزل الذي يقيم فيه المحضون أم في أي مكان آخر، تاركا ذلك للسلطة التقديرية للقاضي الذي يراعي في ذلك العرف و العادة ومصلحة المحضون، وحسنا ما فعل بعدم تضييقه كما هو واسع، ثانيا أن القانون لم يحدد زمن الزيارة ومواعيدها، وترك ذلك للسلطة التقديرية للقاضي أيضا كما هو الحال في مكان الزيارة، ويشار في الأخير بأن حق زيارة المحضون من الحقوق التي حماها القانون نظرا لأهميته البالغة، فرتب عقوبات جزائية لمن يخل بهذا الحق ويعبث به حسب ما نصت عليه المادة(328)من قانون العقوبات[218]،

فبالرجوع إلى قانون العقوبات الجزائري نجده ينص فقط على الحضانة غير أنه بالرجوع إلى الإجتهاد القضائي وجدنا أن المحكمة العليا تساوي حق الزيارة مع حق الحضانة، حيث ذهبت في إحدى قراراتها إلى أن "عدم تمكين الأم من زيارة إبنها يؤدي إلى ترتيب المسؤولية الجزائية، وهو نفس ما ذهب إليه القضاء الفرنسي، كما أن شراح قانون العقوبات الجزائري يرون أن عبارة الحضانة تأخذ مذلولا واسعا يشمل حق الزيارة، وعلى الرغم من ذلك فإن التجريم يحتاج دائما إلى وضوح و تفصيل يزيل كل غموض، فعلى لمشرع الجزائري أن يضيف إلى نص المادة(328)[219]عقوبات حق الزيارة لكي يرفع كل إلتباسأو نقص[220]،

أما في حالة الإمتناع عن تنفيذ الحكم المقرر لحق الزيارة و المقصود هنا هو محاولة الحاضن بكل الطرق منع الزوج من ممارسة حقه في زيارة إبنه المحضون خلال الأوقات المحددة في الحكم القضائي بعد الشروع في تنفيذه، وقيام المحضر القضائي بتحرير محضر إمتناع عن التنفيذ وبذلك تتكون جنحة

---

[217] بوزيتونة لينة، حق زيارة المحضون في قانون الاسرة الجزائري، المرجع سابق، ص 291

[218] عبد الرحيم مقداش، انحلال الرابطة الزوجية بين الفقه الاسلامي وقانون الاسرة الجزائري(دراسة مقارنة)، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2013/12/19، ص 126. 127

[219] المادة 328 قانون العقوبات الجزائري: يعاقب بالحبس من شهر الى سنة وبغرامة من 500 الى 5000 دينار الاب او الام او اي شخص اخر لا يقوم بتسليم قاصر قضي في شان حضانته بحكم مشمول بالنفاذ المعجل او بحكم نهائي الى من له الحق في النطالبة به وكذلك كل من خطفه ممن وكلت اليه حضانته او من الاماكن التي وضعه فيها او ابعده عنه او عن تلك الاماكن او حمل الغير على خطفه او ابعاده حتى ولو وقع ذلك بغير تحايل او عنف.

و تزاد عقوبة الحبس الى ثلاث سنوات اذا كانت قد اسقطت السلطة الابوية عن الجاني.

[220] حسينة شرون، جريمة الامتناع عن تسليم طفل الى حاضنته، مجلة الاجتهاد القضائي، مرجع سابق، ص 26 - 27

عدم تسليم طفل الفعل المنصوص والمعاقب عليه بموجب المادة(327)[221] قانون العقوبات، وتجدر الإشارة هنا أنه في كلتا الجريمتين المذكورتين في الحالتين الأولى و الثانية يتم تحريك الدعوى العمومية بناء على شكوى عادية بناء على شكوى مصحوبة بإستدعاء مباشر طبقا للمادة (337مكرر)[222]طبقا للمادة (337مكرر) قانون الإجراءات الجزائية[223].

فزيارة المحضون الرضيع تكون داخل بيت الحاضنة بشروط ما دامت أصبحت أجنبية عنه، حيث أنه في قرار للمحكمة العليا بهذا الشأن قضى بأنه: "متى حان وقت زيارة صاحب الحق بالزيارة لولده فإنه لا يصح قانونا أن ينتقل الزوج إلى بيت زوجته المطلقة نظرا لأنها أصبحت أجنبية عنه بعد الطلاق، لكن متى كان المحضون غير رضيع فالمكان يرجع للسلطة التقديرية للقاضي"، والإشكال الذي يثار هو أننا نصطدم مع الواقع الذي نجد فيه أن أب المحضون أعاد الزواج مرة أخرى، وهذا حقه الشرعي لكن مصلحة المحضون قد تتعارض مع هذا الرضيع نظرا لأن أغلب المشاكل تبدأ من هنا، فالإشكال هنا أن القانون لما لم يحددها ندخل مع المحضون في مشاكل نفسية[224]،

و في قرار آخر رقم 79891 المؤرخ في 1990/04/30، المجلة القضائية 1992، العدد1، ص 55، في قضية: (ف.ف) ضد: (ب.ت) نجد "من المستقر عليه فقها وقضاءا أن حق الشخص لا يقيد إلا بما قيده به القانون فزيارة الأم أو الأب لولدها حق لكل منهما وعلى من كان عنده الولد أن يسهل على الأخر إستعماله على النحو الذي يراه بدون تضييق أو تقيد أو مراقبة فالشرع القانون لا يبني الأشياء على التخوف بل على الحق وحده، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا للقانون ولما كان

---

[221] المادة 327 قانون عقوبات: كل من لم يسلم طفلا موضوعا تحت رعايته الى الاشخاص الذين لهم الحق في المطالبة به يعاقب بالحبس من سنتين الى خمس سنوات.

[222] عبد الغني طرايش، الاخلال بالاحكام المتعلقة بالحضانة والنفقة والزيارة والسكن (تدخل القضاء الجزائي و مراعاة مصلحة المحضون)، مداخلة في اليوم الدراسي الخاص بسلطة القاضي في تقدير مصلحة المحضون، كلية العلوم القانونية والادارية، جامعة حسيبة بن بوعلي بالشلف، ص 04

[223] المادة 337 مكرر قانون الاجراءات الجزائية: يمكن المدعى المدني ان يكلف المتهم مباشرة بالحضور امام المحكمة في الحالات الاتية:

- ترك الاسرة،
- عدم تسليم الطفل،
- انتهاك حرمة المنزل،
- القذف،
- اصدار صك بدون رصيد،

وفي الحالات الاخرى، ينبغي الحصول على ترخيص النيابة العامة للقيام بالتكليف المباشر بالحضور.....

[224] قرار رقم 214290 الصادر بتاريخ 1998/12/15، عدد خاص، ص194، انظر، بوزيتونة لينة، حق زيارة المحضون في قانون الاسرة الجزائري، مرجع سابق،ص 294

من الثابت– في قضية الحال– أن المجلس القضائي لما قضى بزيارة الأم لإبنتيها بشرط أن لا تكون الزيارة خارج مقر سكن الزوج فبقضائه كما فعل تجاوز إختصاصه وقيد حرية الأشخاص وخالف القانون والشرع، ومتى كان كذلك إستوجب نقض القرار المطعون فيه"[225].

وإذا كان ما إتجه إليه قانون الأسرة الجزائري فإن الملاحظ عليه هو أنه لم يعط للقاضيو لا توجيه في طرق حق الزيارة وكيفية ممارستها، بل أنه لم يشر إطلاقا في المادة السالفة الذكر إلى مصلحة المحضون، ولكن من زاوية المقارنة نلاحظ أنه صادق لاحقا على الإتفاقية بين الجزائر وفرنسا في 1988 التي تشير إلى مصلحة المحضون وخصوص في المواد(1)،(4)،(6)،(12)منها، فالمشرع قد منح للقاضي حرية واسعة يكشف بموجبها على الأصلح والأنسب للمحضون، فسكوت المشرع حول تحديد مدة الزيارة دفعت بالقضاء إلى الإجتهاد، وقد حددتها المحكمة العليا بمرة في كل أسبوع على الأقل[226]،

وهذا من خلال قرار رقم 59784 المؤرخ في 16/ 04 /1990، المجلة القضائية 1991، العدد 4، ص 126، في قضية: (ق. ط) ضد: (ب.ل.ف)، حيث متى أوجبت أحكام المادة (64) من قانون الأسرة على أن القاضي حينما يقضي بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة، فإنه من الواجب أن يكون ترتيب هذا الحق ترتيبا مرنا وفقا لما تقتضيه حالة الصغار فمن حق الأب أن يرى أبناءه على الأقل مرة في كل أسبوع لتعهدهم بما يحتاجون إليه والتعاطف معهم، ومن ثم فإن القرار المطعون فيه القاضي بترتيب حق وزيارة الأب مرتين كل شهر يكون قد خرق القانون، ومتى كان كذلك إستوجب نقض القرار المطعون فيه[227]،

فالإشكال هنا أن المرخص له بالزيارة سوف يجد معاناة كبيرة طيلة هذه المدة المحكوم بها لأنه لما لا نحدد مدة الزيارة بطريقة قانونية ونجعلها تقف على مجرد سويعات سوف يمل هذا الشخص هنا الأكيد أن سن المحضون يلعب دورا كبيرا في مدة الزيارة وعددها إذ نطرح تساؤل حول أنه هل تتغير مدة وعدد مرات الزيارة تبعا لتغير سن المحضون؟، الإجابة أنه بإعمال السلطة التقديرية ومنهم من يباعد بين زيارة هذه المدة، وللشخص المخول له حق الزيارة أن يرفع دعوى تعديل مواقيت الزيارة،

[225] المحكمة العليا، غرفة الاحوال الشخصية، 1990/04/30، ملف رقم: 79891، المجلة القضائية، 1992، العدد1، ص:55، انظر، سايس جمال، الاجتهاد الجزائري في مادة الاحوال الشخصية (قرارات المحكمة العليا . مسرد الفبائي للكلمات الدالة)، الجزء 2، مرجع سابق، ص 571

[226] بن عصمان نسرين ايناس، مصلحة الطفل في قانون الاسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 123. 124

[227] المحكمة العليا، غرفة الاحوال الشخصية، 1990/04/16، ملف رقم: 59784، المجلة القضائية، 1991، العدد 4، ص:126، انظر، سايس جمال، الاجتهاد الجزائري في مادة الاحوال الشخصية (قرارات المحكمة العليا . مسرد الفبائي للكلمات الدالة)،جزء2، مرجع سابق، ص 549

فهنا لابد من الأخذ في الحسبان أن زيادة سن المحضون تذهب نحو بلوغ سن الرشد هذا السن الخطير مما يتوجب أن تزيد مدة الزيارة من أجل تكثيف الرقابة عليه[228].

ومن الإشكالات المتعلقة بتنفيذ حق الزيارة وهو أحد مشتملات حكم الطلاق أيضا أين يقع على المطلقة واجب تسليم الأولاد لأبيهم إنتثالا لحق الزيارة تحت طائلة المتابعة الجزائية، وهنا لا يتطلب الأمر من الزوج المطلق الإستعانة بمحضر قضائي من أجل القيام بحق الزيارة إلا في حالة عدم تسليمهم من طرف الزوجة المطلقة، ولإثبات ذلك من طرف الزوج المطلق لابد عليه الإستعانة بمحضر قضائي من أجل إثبات الواقعة، والإشكال الذي يثور هنا هو أن حق الزيارة غالبا ما يكون في أيام العطل وعليه يتعين من المطلق إحضار أمر قضائي لأن المسألة متعلقة بالعمل خارج أوقات العمل و هذا قبل يوم العطلة، و المطلقة تلتزم بطبيعة الحال لأن الأمر متعلق بمتابعة قضائية، إلا أنها تعاود الكرة في حالة عدم وجود أمر، ويبقى الحال كما هو عليه وما ينجر عليه من إرهاق للمطلق ناهيك عن عدم ذهاب الأولاد مع أبيهم وهذا بإيعاز من أمهم، وهو ما يتسبب في حدوث نزاعات بين المطلقين تمتد أحيانا إلى الأطفال[229].

كذلك أنه في كثير من الأحيان تتمادى أم المحضون إلى تغيير العنوان وبالتالي يثور الإشكال حول عدم وجود نص صارم في هذا المجال يمنع أم المحضون من القيام بهذا الأمر حيث أن الواقع العملي كثيرا ما يشهد على أنه توجد حالات أين تقوم الأم بتغيير العنوان أو عدم فتح الباب، وبالتالي لما يقوم أب المحضون بالتنفيذ يتصادف ذلك مع عطلة نهاية الأسبوع أو عيد وطني أو مناسبة دينية فلما يلجأ صاحب الحق إلى تحرير محضر الإمتناع يكون المحضر في عطلة وكذلك وكيل الجمهورية، أما مصالح الشرطة فترفض اللجوء إلى التنفيذ لأنها تعمل تحت سلطة وكيل الجمهورية، وبالتالي ندخل في دوامة نهايتها عدم رؤية المحضون، وبالتالي قد يقوم أب المحضون بمقاضاة أم المحضون وبالتالي ندخل في الشق الجزائي، فهذا الضرر يصيب بالدرجة الأولى المحضون ثم أب المحضون[230].

ويطرح إشكال آخر حول مبيت المحضون عند غير الحاضن، هذا الحق الذي لم ينص المشرع الجزائري عليه، حيث لم ينص فيما إذا كان بإستطاعة المحضون المبيت عند صاحب حق الزيارة، لكن الأمر يستشف من أيام العطل التي يقضيها عنده إذ أنه من غير المنطقي في حال ذهاب المحضون عند

[228] بوزيتونة لينة، حق زيارة المحضون في قانون الاسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 291 . 292

[229] دوالي عبد اللطيف، اشكالات تسليم المحضون وحق الزيارة في قانون الاسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 51 . 52

[230] بوزيتونة لينة، حق زيارة المحضون في قانون الاسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 292

أبيه مثلا في حال كانت الحاضنة عند الأم ولا يبيت عنده خاصة في أيام العطل، والإشكال الذي يحدث هو أنه متى كان صاحب الزيارة أي مستضيف المحضون متزوج وهو الأمر الذي يؤدي بصفة مباشرة إلى نفور المحضون من المستضيف، والإشكال الذي يحدث كذلك في حال رفض غير الحاضن مبيت المحضون[231].

وما يمكن ملاحضته في القانون المغربي أن المشرع المغربي أكد على الحق الممنوح لغير الحاضن من الأبوين في زيارته وذلك طبقا للمادة (180) من مدونة الأسرة التي نصت حرفيا على أنه لغير الحاضن من الأبوين حق الزيارة وإستزارة المحضون والملاحظ هنا أن محاكم المملكة تعمد إلى تحديد صلة الرحم بين غير الحاضن والمحضون في يوم الأحد من كل أسبوع من التاسعة صباحا إلى السادسة مساء، وفي اليوم الثاني من كل عيد ديني والنصف الثاني من العطلة المدرسية وهذا التحديد هو الذي نراه في الجزء الغالب من الأحكام التي أتيحت لنا فرص الإطلاع عليها، غير أن إعتماد هذا التحديد وفق شكل نمطي من شأنه أن يجعل عملية تنفيذ الحكم بصلة الرحم مرهقة، وقد يتعذر على الحاضن الوفاء بها، علما أن كل إخلال من شأنه أن يرتب آثارا خطيرة تصل إلى درجة إسقاط الحضانة لذلك نعتقد أنه يتعين التقيد بضابط مصلحة المحضون عند التحديد القضائي لوقت صلة الرحم، ولبيان هذه الإشكالية نسوق حالة حاضنة تقطن بإيطاليا حيث يدرس المحضون هناك، ومع ذلك فإن محكمة الموضوع لم تول إهتماما بهذه النقطة وحددت وقت صلة الرحم بالشكل النمطي المذكور وهو يوم الأحد من كل أسبوع من التاسعة صباحا إلى السادسة مساء، فكيف للحاضنة أن تحضر أبناءها من خارج الوطن لصلة الرحم كل أسبوع، ووجه المشقة في التنفيذ على النحو الذي لا يراعي مصلحة المحضون هو العنصر الذي إستند إليه في النقض لنقض قرار محكمة الإستئناف بخريبكة[232]،

وقد وفر المشرع مؤيدات جنائية لحماية الحق في صلة الرحم، حيث نص في الفصل (476)من القانون الجنائي المغربي على ما يلي: "من كان مكلفا برعاية الطفل وإمتنع من تقديمه إلى شخص له الحق في المطالبة به، يعاقب بالحبس من شهر إلى سنة"، فهذا النص يضمن حق غير الحاضن من الأبوين في صلة الرحم مع المحضون، وتكمن وجه الخطورة هنا في أن عدم إحترام هذا المقتضى من طرف الحاضن من شأنه أن يدخله إلى دائرة السلوك المجرم، ولا يعفيه من العقوبة كونه أبا أو أما للمحضون، بل أكثر من ذلك فإن هذا الإمتناع قد يعتمد كسبب لإسقاط الحضانة عن الطرف

[231] بوزيتونة لينة، مرجع نفسه، ص 294 . 295

[232] جوهر وفاء، الاشكالات العملية للحضانة على ضوء العمل القضائي، مرجع سابق، ص 147

الحاضن وذلك وفق المكنة المنصوص عليها في المادة (184) من مدونة الأسرة التي تعطي للمحكمة صلاحية إسقاط الحضانة حالة الإخلال بالمقتضيات المنظمة لصلة الرحم[233].

الفرع الثاني: إشكلاتالزيارة في حالة الزواج المختلط

بالرجوع إلى المواد من (09)إلى(24)من القانون المدني المنظمة لأحكام تنازع القوانين من حيث المكان نجد أن المشرع الجزائري لم يخصّ لا حق الزيارة ولا الحضانة بأي نص قانوني ينظم تنازع القوانين فيها، هذا من جهة، ومن جهة أخرى ونظرا لكون عقد الزواج المختلط بين جزائريين وفرنسيين أمر شائعا فقد أدّى هذا الواقع بالجزائر وفرنسا إلى المصادقة على إتفاقية مشتركة في محاولة لتنظيم حق زيارة الأطفال المولودين لزواج مختلط بين طرفين جزائري وفرنسي غير أن المتمعن في هذه الإتفاقية يلاحظ معاناتها من عدة نقائص وطرحها لعدة إشكالات خاصة حال تطبيقها القضائي[234]، ومما جاء في الإتفاقية أنه في حالة عدم الإمتنثال لنص هذه المادة، هناك عقوبات تتمثل في:

-إذا لم يتم رد الطفل الذي أخذ إلى البلد الآخر إلى الولي الحاضن عند إنهاء فترة الزيارة فيما بين البلدين التي حددتها السلطة القضائية المختصة حسب المادة (08) من الإتفاقية.

-لا يمكن رفض الإعتراف بالتدابير القضائية القابلة للتنفيذ المتضمنة حق الزيارة فيما بين حدود بلديهما ولا رفض تنفيذها الفوري وهذا رغم أي حكم صادر أو دعوى مباشرة فيما يخص حضانة الطفل.

-تطبق أحكام الفقرة الأولى من هذه المادة، إذا تم نقل الطفل خارج الفترات التي حددتها السلطة القضائية المختصة[235].

ونلاحظ أنه رغم معالجة الإتفاقية الثنائية لمشكلة الزيارة، إلا أنه في بعض الأحيان قد يحدث عند ممارسة أحد الوالدين حق الزيارة، فلا يرد الطفل المحضون إلى الوالد الحاضن، ورغم ما أشارت إليه الإتفاقية في المادة (11) منها من حلول إلا أنها تبقى قاصرة لأنه حتى وإن قام الوالد الحاضن بعرض المسألة على وكيل الجمهورية الذي يقع في دائرة إختصاصه مكان ممارسة الحضانة، أين يقوم هذا

[233] جوهر وفاء، المرجع نفسه، ص 161

[234] نور هدى بولمش، تنازع القوانين في الزيارة كاثر من اثار الزواج المختلط الجزائري الفرنسي، مجلة الحقوق والعلوم الانسانية، مجلد 11، عدد 2، مجلة محكمة جوان 2018، الصفحات [166 .145]، ص 151

[235] نقلا عن بوزينة آمنة آمحمدي، الاشكالات التي يثيرها تنازع القوانين في مسائل الحضانة: دراسة مقارنة على ضوء التشريعات العربية والاجتهاد القضائي بالجزائر، مرجع سابق، ص 242

الأخير بدون تأخير بإستعمال القوة العمومية من أجل التنفيذ الإجباري، لإرجاع الطفل إلى البلد الذي غادره، إلا أنه من الناحية العملية لا تستجيب سلطات الدولة الأخرى بسبب عدم قبول تلقي وتنفيذ الأوامر من دولة أخرى، فإن كل ذلك يبقى مجرد حبر على ورق لا لشيء، إلا بعد قبول تلقي الأوامر من دول أخرى وتنفيذها، وهو الأمر الذي يؤدي إلى عدم تنفيذ الإنابة القضائية الدولية[236].

إن الحديث عن القانون الواجب التطبيق على الزيارة لا يكون إلا بطريق إسقاط أحكام تنازع القوانين في الحضانة عليها بإعتبار حق المحضون له في زيارة المحضون ورؤيته متفرعا عن الحضانة، وبالتالي فهما يشتركان في القانون المختص بمنازعاتها الداخلية منها والدولية، وبالنسبة للقانون الواجب التطبيق على الحضانة فإن فيه خلاف بين الشراح القانون لإختلافهم في تكييفها، والذي ينجر عنه بالضرورة تغيّر قاعدة الإسناد ومن ثم القانون الذي يحكمها، إلا أنه على المشرع الجزائري الأخذ بالرأي القائل بإعتبار الحضانة من آثار إنحلال عقد الزواج[237].

إن في حماية حق الزيارة في المرسوم 144-88 نجد نص المادة (1/07) على أنه: "يتعرض الوالد الحاضن للمتابعة الجزائية الخاصة بعدم تسليم الأطفال التي تنص وتعاقب عليها التشريعات الجزائية في كلتا الدولتين عندما يرفض ممارسة حق الزيارة فعلا داخل حدود أحد البلدين أو فيما بين حدودهما الذي منح بمقتضى حكم قضائي للوالد الآخر"[238]،

وبالرجوع إلى أحكام قانون العقوبات يتبين أن التبعات الجزائية التي تتحدث عنها المادة (07) أعلاه نصت عليها المادة (328) قانون عقوبات، ولا يكون التعسف في إستعمال الحضانة وعرقلة حق الزيارة كذلك بمنع الزيارة والرؤية عن مستحقها كليا فحسب، بل يدخل ضمن ذلك أيضا مماطلة الحاضن في تنفيذ الحكم أو إصراره على أماكن وأوقات لا تناسب الزيارة وإضرارا بالطرف الآخر، وتجدر الإشارة إلى أن حق الزيارة يمكن كذلك أن يتم إستعماله بتعسف، ويكون ذلك حسب ما يفهم من نص المادة (08/01) من المرسوم 144-88 عند عدم إعادة الطفل فعليا بعد إنتهاء الزيارة، غير أن الملاحظ أن المادة لم تنص في هذه الحالة على التبعات التي يتعرض لها صاحب حق الزيارة[239]،

---

[236] نقلا عن غالي كحلة، الاشكالات القانونية التي تعترض الحضانة بعد الطلاق في الزواج المختلط، مرجع سابق، ص 157

[237] نور هدى بولمش، تنازع القوانين في الزيارة كاثر من اثار الزواج المختلط الجزائري الفرنسي، المرجع السابق، ص 152

[238] مرسوم رقم 144-88 مؤرخ في 12 ذي الحجة 1448هـ الموافق لـ26 يوليو1988 يتضمن المصادقة علىالاتفاقية بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة الجمهورية الفرنسية تتعلق باطفال الازواج المختلطين الجزائريين والفرنسيين في حالة الانفصال، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، الاربعاء 13 ذو الحجة 1408 هـ، حرر بالجزائر، ص 1098

[239] نور هدى بولمش، تنازع القوانين في الزيارة كأثر من اثار الزواج المختلط الجزائري الفرنسي، مرجع سابق، ص 155 . 156

ويبقى الإشكال الأساسي الذي يطرح من الناحية العملية بخصوص الزيارة والإستزارة هو مسألة تنفيذ الحكم بالزيارة، إذ في الغالب لا يتم إحترام مكان وزمان الزيارة من طرف الحاضن، كما أن الأمر يزداد تعقيدا في الحالة التي يكون فيها محل إقامة الأب غير محل إقامة الحاضن، فعندما تحدد المحكمة الزيارة في كل يوم أحد ثم يحدث أن يغير الأب محل إقامته بحيث لم يعد مقيما في نفس المدينة التي تقيم فيها الحاضنة، فيتقدم بطلب تعديل المقرر المنظم للزيارة ليجعلها أربع مرات متتالية كل شهر بدل يوم الأحد من كل أسبوع و ذلك على أساس عدم تمكنه من الإنتقال أسبوعيا إلى محل إقامة المحضون من أجل إستلامه، لكن هذا الطلب في غير مصلحة المحضون خصوصا إذا كان مازال في سن الحضانة إذ يكون في حاجة ماسة إلى رعاية أمه وحتى و إن تجاوز سن الحضانة فمتابعة الدراسة لا تسمح له بالإنتقال من محل سكناه عدا أيام الآحاد والعطل[240].

إنطلاقا من ضرورة إلتزام الدول الأطراف في الإتفاقية بعدم الفصل التعسفي بين الطفل ووالديه، فقد أشارت المادة(11)منالإتفاقية إلى ضرورة أن تتخذ الدول الإجراءات والتدابير اللازمة لمواجهة المشاكل الناجمة عن الطلاق في الزواج المختلط كما نصت على ضرورة إلتزام الدول الأطراف بمنع إحتجاز وإختطاف الأطفال في الخارج من أحد الوالدين أو من طرف ثالث، والتصدي لهذه الظاهرة عن طريق إتفاقية ثنائية أو متعددة الأطراف أو الإنضمام إلى إتفاقيات قائمة، كما أن معاناة الطفولة الناتجة عن إنفصال الوالدين في الزواج المختلط تتفاوت تبعا للإختلاف الدينية والثقافية بين الأبوين، بالإضافة إلى الصراع الحاد والمستمر بينهما نتيجة رغبة كل منهما الاستئثار بحضانة الطفل والإشراف على تربيته كل هذا أدى إلى تفاقم مشكلة خطف الأطفال على المستوى الدولي، ولقد أدّت المشاكل التي برزت في بداية الثمانينات بتزايد الطلاق في الزواج المختلط بين الجزائريين والفرنسيات، إلى إبرام إتفاقية ثنائية بين البلدين لأجل تحقيق أفضل حماية للأطفال الأزواج المختلطين[241]، وتحديد ضمانات لممارسة حق الحضانة وزيارة المحضون وحرية تنقله بين البلدين، إذ تسيطر عليها فكرة مصلحة المحضون وحماية القصر دون إهتمام لشروط الحاضن التي جاءت بها القوانين الداخلية، ومن المبادئ التي أقرت بها

[240] المعتصم بالله ابتسام، زيارة المحضون واستزارته، أي اشكاليات؟ مجلة محكمة، العدد 2، يوليو 2017، ص 236

[241] زهية رابطي، الحماية القانونية للطفل عند الطلاق في اتفاقية حقوق الطفل وقانون الاسرة الجزائري، مذكرة من اجل الحصول على شهادة الماجستيرفي الحقوق، كلية الحقوق، جامعة الجزائر – بن يوسف بن خدة، 2007 . 2008، ص 66

الإتفاقية: تنظيم حق الزيارة من طرف البلدين حسب المادة الثانية، وضع نظام فعال لتسهيل حق الزيارة وتفادي مشكلة إختطاف الأطفال من قبل أبائهم أو أمهاتهم إستجابة لرعايتهم وحمايتهم[242].

إن إعلان حالة الطوارئ الصحية بالبلاد وما نتج عنها من تباعد إجتماعي من شأنه أن يؤدي إلى تعطيل زيارة المحضون من قبل حاضنه ولو نسبيا، فماهو الأساس القانوني لذلك؟ نجد مصلحة المحضون هي أساس تعطيل حق الزيارة في ظل الأوضاع التي تعيشها مختلف دول العالم، حيث أدى تفشي فيروس كورونا إلى عرقلة الحياة العامة، وإيقاف أغلب الأنشطة، حيث تم إعلان حالة الطوارئ الصحية فلا يجادل أحد في أن الإستمرار في تنفيذ الحكم القضائي الذي يسمح بزيارة المحضون من قبل غير الحاضن من الأبوين ينطوي على خطر يهدد سلامة المحضون، وهذا الأمر بالإضافة إلى أن منطق الحال يرفضه، فإن له مؤيدات قانونية على مستوى الإتفاقيات الدولية وكذلك القانون الداخلي حيث هيمنة مصطلح "المصلحة الفضلى للطفل" الذي كان له دور في تعطيل بعض النصوص القانونية المتعلقة بالحضانة حتى في الأوضاع العادية[243]،

وكانت التداعيات إلى التفكير السليم في الطريقة المثلى التي يمكن فيها للأبوين زيارة المحضون إذا كانت المسافة داخل التراب الوطني، ووجود أزمة التنقل و حفاظا على رعاية مصلحة المحضون من تنقل الفيروس إليه، يمكن طرح حل جديد، ففي حالة وجود إتفاق الأبوين أو حكم قضائي يقضي بزيارة المحضون، فيمكن مشاهدة المحضون من خلال وسائل الإتصال عن بعد، كالواتساب دون السفر إليه في المكان المتواجد فيه حفاظا لمصلحته[244]،

وقد أكدت منظمة الصحة العالمية (w h o) منذ ظهور وباء فيروس كورونا المستجد أن البحوث تشير إلى إحتمالات إصابة الأطفال والمراهقين بعدوى كوفيد . 19 . وإمكانية نشرهم للعدوى لا تختلف عن الفئات العمرية الأخرى، لذلك إعتبرت أنهم هم أيضا ملزمون بإتباع نفس الإرشادات عن الحجر الصحي، والعزل الذاتي إذا تعرضوا لخطر الإصابة بالعدوى، أو إذا ظهرت عليهم أعراضها، ومن المهم

[242] خوادجية سميحة، تنازع القوانين في مسائل الولاية على القصر،المجلة الاكادمية للبحث القانوني، عدد خاص، 2015، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمن ميرة بجاية، ص 239

[243] حسن بوزياني، الحق في زيارة المحضون واشكالاته القانونية ايبان حالة طوارئ الصحي،https://www.marocdroit.com، لثلاثاء 28 ابريل 2020، وقت الزيارة 31 جويلية 2021، 19:03

[244] عبد الحميد بوفي، زيارة المحضون بين المبرر القانوني ومستجد كوفيد19، مجلة القانون والأعمال الدولية، مختبر البحث: قانون الأعمال، 18 مايو 2020، جامعة الحسن الاول، Www.droitetentreprise.comK ، وقت الزيارة، 31 جويلية 2021

بشكل خاص أن يتجنبوا مخالطة كبار السن والأشخاص الآخرين الأكثر عرضة للإصابة بالمضاعفات الوخيمة لهذا المرض كمرضى السكري[245].

ونظرا لعدم وجود نص قانوني صريح في التشريع الجزائري ينظم هذه الأزمة الصحية غير المسبوقة، بإستثناء نص المادة (66) من دستور 1996 المعدل سنة 2016 والتي بموجبها يتعين على الدولة تحمل مسؤولية حماية مواطنيها، والحيلولة دون إنتشار هذا الفيروس وذلك من خلال التكفل بالوقاية منه ومكافحته لكونه من الأمراض المعدية، فقد أصدرت الحكومة الجزائرية عدة مراسيم تنفيذية إبتداء من 21 مارس 2020 تضمنت جملة من التدابير الوقائية اللازمة للحد من إنتشار هذه الجائحة[246]، ومن تلك التدابير نجد ما جاء في المادة الثانية من المرسوم التنفيذي أن: "تطبق التدابير موضوع هذا المرسوم على مستوى كافة التراب الوطني لمدة أربعة (14) يوما، ويمكن الإقتضاء رفع هذه التدابير أو تمديدها حسب نفس الأشكال"، كذلك فرض التباعد الإجتماعي الذي نصت عليه المادة الأولى من المرسوم التنفيذي على: "تحديد تدابير التباعد الإجتماعي الموجهة للوقاية من إنتشار فيروس كورونا ومكافحته من خلال الحد من الإحتكاك الجسدي بين المواطنين في الفضاءات العمومية وأماكن العمل"، وغيرها من التدابير الوقائية التي أشار إليها المرسوم التنفيذي رقم 20- 69 المؤرخ في 21 مارس 2020 والمتعلق بتدابير الوقاية من إنتشار وباء كورونا (كوفيد 19) ومكافحته[247].

إن لممارسة حق الإتصال في الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية إجراءات قضائية خاصة لأولئك الذين يسعون لإقامة أو ممارسة حقوق الإتصال عبر الحدود بناء على الإتفاق الجزائري الفرنسي بتاريخ 21 يونيو/حزيران 1988 يضمن الزوجان المنفصلان الممارسة الفعالة لحقوق الزيارة ضمن الحدود الداخلية أي القرارات تتخذها المحاكم و الأحكام الصادرة بشأن حقوق حضانة الأطفال تمنح الحق في الزيارة للوالد الآخر، يمكن العثور على القوانين التنظيمية المعمول بها للإعتراف بأمر إتصال أجنبي ضمن أحكام و قواعد تنازع القوانين في مجال القانون المدني وتنطبق أحكام القانون المدني فقط عندما لا تنص على خلاف ذلك إتفاقية دولية معمول بها في الجزائر (أنظر المادة (9) من القانون المدني)، المحاكم الجزائرية فقط في السلطة المختصة للإعتراف بالأحكام الأجنبية (أنظر المادة

[245] صبرينة تاوريرت، دليلة فركوس، تاثير انتشار فيروس كورونا covid 19 على تنفيذ احكام زيارة المحضون، مجلة الاجتهاد القضائي، المجلد 13، عدد خاص (العدد التسلسلي 25)، جانفي 2021، مخبر اثر الاجتهاد القضائي على حركة التشريع، جامعة محمد خيضر بسكرة، [ص:ص: 357 . 378]، ص 364

[246] صبرينة تاوريرت، دليلة فركوس، المرجع نفسه، ص 364 . 365

[247] سهايلية سماح، الاجراءات الوقائية للتصدي لفيروس كورونا في الجزائر، مجلة الرسالة للدراسات والبحوث الانسانية، المجلد 05، العدد 03، اكتوبر 2020، [ص:ص:26 .37]، ص 32

(607) من (CIFA)، الإستثناءات التي يمكن الإستناد إليها في عدم الإعتراف بأمر إتصال أجنبي هي في حالة الوالدين المثليين والوالدين بالتبني في الجزائر، ينظر إلى كلتا العلاقتين على أنهما مخالفتان للنظام العام وللقيم الأخلاقية السائدة في المجتمع[248].

وتفعيلا لهذا المستجد التشريعي بفرض الحجر الصحي وغيره من التدابير الوقائية، وعملا بأحكام قانون حماية الطفل وحفاظا على حياة وصحة الأطفال المحضونين، وتحقيقا لمصلحتهم أصدر النائب العام "السيد ع . م. جباري" على مستوى مجلس قضاء سطيف تعليمة كتابية بتاريخ 2020/05/19 كلف من خلالها السيد مندوب المحضرين القضائيين بدائرة إختصاص مجلس قضاء سطيف بتنفيذ هذه التعليمة وتبليغها لجميع باقي المحضرين القضائيين وقد تضمنت تعليق تسليم الأطفال - وليس تعليق تنفيذ حكم الزيارة كليا – الذين هم محل زيارة وفقا لأحكام قضائية لفائدة الزائر، والإكتفاء بحق الرؤية دون الإصطحاب أو المبيت لضمان حماية المحضونين وعدم مغادرتهم محل السكن إلى حين مستجدات أفضل[249].

أما عن نطاق القضايا المتعلقة بالإتصال الذي ينبغي على السلطات المركزية توفير خدماتها فيها ينبغي على السلطة المركزية توفير خدماتها في جميع الحالات التي تكون حقوق الإتصال للآباء والأمهات وأطفالهم موضع خلاف، ويشمل ذلك الحالات التي يسعى فيها والد أجنبي إلى إستصدار أمر إتصال، وذلك الحالات التي يكون هدف الطلب المقدم إعطاء النفاذ لأمر إتصال قائم وصادر في الخارج، وفي سياق الإختطاف الفعلي أو المزعوم فإن هذا يتضمن الحالات التي يسعى فيها مقدم الطلب إلى الحصول على أمر مؤقت في إنتضار قرار بشأن عودة الطفل وكذلك الحالات التي يطلب فيها وضع ترتيبات للإتصال (بواسطة الوالد المختطف على سبيل المثال) في الدولة التي أعيد إليها الطفل أو إذا رفضت العودة ففي الدولة التي أخذ إليها الطفل[250].

وقد كان لبعض المحاكم الرأي بأن المادة (21) من إتفاقية 1980 تسري فقط على حقوق الإتصال المقررة ولا تسري على الحالات التي يطلب فيها من المحكمة تقرير حقوق الإتصال لأول مرة،

[248] جيانلوكاب . بارولين، حل النزاعات الاسرية عبر الحدود، دراسة "صور عامة عن الوضع الراهن في منطقة الجوار الجنوبي ودراسة مقارنة للاوضاع القطرية في مجال حل النزاعات الاسرية عبر الحدود"، مشروع ممول من الاتحاد الاوروبي، مشروع يوروميج العدالة الثالث، الية سياسية الجوار الاوروبي، ص 71

[249] صبرينة تاوريرت، دليلة فركوس، تاثير انتشار فيروس كورونا covid 19 على تنفيذ احكام زيارة المحضون، مرجع سابق، ص 365

[250] مؤتمر لاهاي للقانون الدولي الخاص، الاتصال عبر الحدود بالنسبة للاطفال مبادئ عامة و دليل الممارسة السليمة، النشر لمؤسسة قانون الاسرة، طبعة للنشر لشركة جوردان للنشر المحدودة، لمؤتمر لاهاي للقانون الدولي الخاص، المكتب الدائم لاهاي، هولندا، 2008، ص 22

لكن هذه النظرة المحدودة لنطاق المادة (21) ليست مقبولة في ضوء الهدف الرئيسي والأهم وهو إعطاء قوة النفاذ لحق الطفل الإحتفاظبالإتصال بكل والديه، وينشأ واجب إحترام حق الطفل سواء أصدرت المحكمة أو لم تصدر الأمر بالإتصال، وعلى نفس المنوال كان الرأي في بعض الدول أن المادة (21) لا تغطي طلبات الإتصال المؤقتة المقدمة في أثناء الإنتظار لقرار بشأن العودة، وهذا مرة أخرى لا يتسق مع المبدأ الأساسي بالمحافظة على الإتصال للوالد(ة) المتروك في أثناء ما قد يكون أحيانا إجراءات قانونية مطولة يحمل معه خطر إلحاق مزيد الضرر بالطفل وتغريبه عن الوالد(ة) المتروك، في كثير من الأحيان تصدر أوامر الإتصال في سياق قرار بعدم عودة الطفل، ولكن من الممكن أن تنشأ عن ذلك مشاكل وصعوبات معينة للوالد(ة) "المختطف" عندما يحاول هو أو هي وضع نظام للإتصال بالطفل بعد عودته، وفي هذه الظروف قد يكون مقدم طلب الإتصال في بعض الأحيان الراعي الأساسي للطفل ومن الممكن أن يترتب على فقد الإتصال أضرار واضحة بالطفل، إذن فإنه لفي غاية الأهمية أن تتعهد السلطات المركزية في الدولة التي أعيد إليها الطفل بعد خفض مستوى الإلتزام أو الخدمة المعهودة به على أساس أن الوالد(ة) الذي يسعى للحصول على الإتصال هو الوالد(ة) "المختطف"[251].

المطلب الثاني: إشكالات الحق في السفر بالمحضونداخل الوطن و خارجه

بعد طلاق الزوجين تثور إشكالات بينهما حول السفر بالمحضون، مما دفع بالتشريعات الوطنية والدولية على وضع حد لهذا الإجراء من خلال وضع تدابير حمائية هدفها مراعاة مصلحة المحضون، ونجد السفر غير المشروع عبر الحدود من أكبر المواضيع التي نواجهها إذ يمكن أن يخلف هذا الانتقال الغير مشروع أضرارا للمحضون، وبالتالي ظهور عدة إشكالات خاصة على الصعيد العملي، مما دفع بالتشريعات الوطنية والدولية إلى المحاولة لإتخاذ تدابير حمائية من أجل المحافظة على مصلحة المحضون، وقد إستدللنا في بحثنا بدراسة هذه الظاهرة من خلال بيان الحماية التي وفرها التشريع للمحضون سواء الوطنية أو الدولية ومعرفة التشريعات الأخرى كالمغربية والتونسية على سبيل المثال والتي ساهمت في الحد من تلك الظاهرة وإيجاد حلول لمواجهتها والحد من إنتشارها وقبل التطرق لذلك لابد من التطرق أولا إلى مفهوم السفر.

الفرع الأول:مفهوم السفر بالمحضون

أولا-تعريف السفر:

[251] مؤتمر لاهاي للقانون الدولي الخاص، الاتصال عبر الحدود بالنسبة للاطفال ، المرجع نفسه، ص 22

أ. **لغة: السفر**: ج أسفار: قطع المسافة، الوقت الذي بعيد غياب الشمس[252].

ب . **شرعا**: هو الخروج على قصد مسيرة ثلاث أيام و لياليها، فما فوقها يسير الإبل و مشى الأقدام[253].

ج **إصطلاحا**: فهو "خروج عن محل الإقامة بقصد مسيرة ثلاث أيام بسير وسط من ذلك المحل"، وقال الزركشي الشافعي: السفر قسمان: طويل وقصير، فالطويل مرحلتان والقصير ما دون ذلك وضبطه اللغوي في فتاويه بأن "يفارق البلد إلى موضع لو كان مقيما لم تلزمه الجمعة، لعدم سماعه النداء، وضبطه غيره يميل، والأشبه الرجوع فيه إلى العرف، كما أشار إليه الرافعي في باب الوديعة"، ونحن مع هذا الرأي الأخير الذي يفصل الرجوع في تحديد معنى السفر إلى العرف فالحياة في تطور مستمر، وما كان يعده الناس قديما سفرا، قد لا نعده نحن في- عصر الطائرات و السيارات –سوى مسافة قصيرة نقطعها كل يوم في الغدوة والروحة، ومن الثابت: إعتبار العرف أحد الأدلة التي يركن إليها ويعتمد عليها عند كثير من العلماء[254].

د . **أنواع السفر بالمحضون**:

1 - السفر نقلة: من تنقل أي تحول "نقل لغة": يعني تحويل الشيء من موضع إلى موضع، نقله ينقله نقلا، فإنتقل، والنقلة: الإسم من غنتقال القوم من موضع إلى موضع، و النقيل: ضرب من السير وهو المداومة عليه، ويقال إنتقل سار سيرا سريعا، وعليه يمكن القول أن السفر نقلة هو الذي يقصد منه المسافر الإستقرار في المكان الذي يسافر إليه ويقصده والإقامة فيه بتحوله من مكانه مكان إقامة الأصلي بدلا من وطنه الأصلي، وسواء أكانت المسافة قصيرة أم طويلة على إختلاف بين المذاهب في تحديدها، ولهذا النوع من أنواع السفر أحكام فيما يتعلق بالحضانة تختلف عن النوع الثاني.

2 - السفر المؤقت (سفر الحاجة): بعد الإطلاع على ما جاء في كتب الفقه القديمة والحديثة فإنه يمكن إستخلاص المقصود بالسفر المؤقت أو سفر الحاجة (بغض النظر إن كانت هذه الحاجة هي الزيارة أم تجارة أم نزهة أو علاج)، هو: السفر الذي يغدو فيه المسافر ويروح أي مسافر ويعود ويكون

[252] لويس معلوف، المنجد الابجدي، مرجع سابق، ص 551

[253] علي بن محمد السيد الشريف الجرجاني، معجم التعريفات، مرجع سابق، ص 103

[254] السبيعي ابراهيم عبد الله البدوي، المنع من السفر كعقوبة تعزيرية في الشريعة الاسلامية والقانون الكويتي في العصر الحديث، مجلة الشريعة و الدراسات الاسلامية، مجلد 22، عدد 71، ديسمبر. ذو القعدة 2007، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، ص 213 . 214

سفره لتحقيق حاجة له من دون أن تتوفر لديه نية الإستقرار في ذلك المكان إنما العودة لمكانه بعد إنجازها[255].

ثانيا-حق المحضون في السفر: لقد كفلت الشريعة الإسلامية حرية السفر لكل فرد من أفراد الرعية كبيرا كان أو صغيرا وذلك بأن ينتقل بين أرجاء الدولة أو خارج أراضيها بحرية تامة دون أن يحول بينه حائل، أو يقف في طريقه حاجز، بشرط ألا يخالف تعاليم الإسلام وآدابه العامة، فحق السفر يتقيد في ذاته بكونه مشروعا وغايته بعدم تعارضه مع مصلحة أخرى ترجح عليه، لأن في إستعمال صاحب المصلحة المرجوحة لحقه في هذه الحالة مفسدة خارجة عن مقصود الشارع، إذ قصد الشارع إعتبار الراجح و هدر المرجوح، فإذا ترتب على سفر الولد المحضون مفسدة كفوات دينه وعقيدته، منع المحضون من السفر سواء كان الولد المحضون مع والديه أو أحدهما، وذلك لأن مراعاة حفظ الدين أولى من مصلحة السفر، وكذلك لا يجوز سفر الولد المحضون مع والديه أو أحدهما إذا ظهر مرض معد أو إنتشر وباء في المنطقة كتفشي وباء كورونا[256].

وذلك بالتحفظ على المحضون بأن يجعله القاضي عند مرضي من أقاربه أو غيرهم يقوم بحضانته أثناء إجراءات الدعوى، ويكون ذلك متى قامت دلائل على محاولة المدعى عليه إخفاءه أو إيداءه وكذا إذا إقتضى الحال منع المحضون من السفر أثناء إجراءات الدعوى أو التنفيذ خشية السفر به خارج البلاد، فإنه يمنع متى قامت دلائل تؤيد الطلب، كأن يكون الطفل ممن يحمل جواز سفر بيد المدعى عليه، أو مضموما لجواز سفر المدعى عليه، وإنما يتم التحفظ على المحضون خشية إخفائه أو المنع من السفر متى طلب المدعي ذلك، وأمر به القاضي، والتحفظ على المحضون ومنعه من السفر عمل إستصلاحي يقتضيه حفظ الحقوق، وعدم تمكين المضار والمتحايل من العبث بها[257].

الفرع الثاني: إشكالات السفر بالمحضون داخل و خارج الوطن:

أولا: إشكالات الإنتقالبالمحضون داخل الوطن

[255] حاتم، ناديا خير الدين عزيز السيد، اثر السفر بالمحضون على حق الام في الاحتفاظ بالحضانة، دراسة فقهية وقانونية مقارنة، مجلة الرافدين للحقوق، عدد 62، 2018، كلية الحقوق، جامعة الموصل، ص 75

[256] عادل موسى عوض، حق المحضون على الحاضن وحق النفقة دراسة فقهية، ندوة اثر متغيرات العصر في احكام الحضانة التي ينظمها المجمع الفقهي الاسلامي بالرابطة بالتعاون مع كلية الشريعة والدراسات الاسلامية بجامعة ام القرى، 1432هـ، ص 45 . 46

[257] عبد الله بن محمد بن سعد آل خنين، تنفيذ احكام الحضانة والزيارة، مرجع سابق، ص 31

أممارسة الحضانة داخل التراب الوطني: للفقه الإسلامي عدة أراء بشأن إسقاط الحضانة بسبب الإنتقالبالمحضون، وأعطى للمسألة إفتراضات وصورا قيدها بشروط وميز بين الحاضنة الأم وغيرها من الحاضنات والحاضنات الأخريات وولي المحضون، فبينما يرى فريق منهم رأيا خاصا في معنى السفر، يرى غيره رأيا يناقضه كل التناقض، مما حدا بكثير من الفقهاء إلى تمييز دراستها بالتضارب البيّن هذا ففي رأي المالكية أن الحضانة تسقط بسفر الحاضنة سفر نقلة و إنقطاع إلى مكان بعيد، والذي قدره بستة برود فأكثر، وأما الحنفية فرقوا بين الحاضنة الأم وغير الأم، فإذا سافرت الحاضنة الأم إلى بلد بعيد لا يستطيع فيه الأب زيارة ولده في نهار يرجع فيه إلى بيته ويبيت فيه سقطت الحضانة عنها،وأما غير الأم فتسقط حضانتها بمجرد الإنتقال، هذا ومن الفقهاء كالحنابلة من يرى بإسقاط الحضانة بالسفر لبلد يبعد بمقدار مسافة القصر فأكثر، ومنهم كالشافعية من يرى بإسقاط الحضانة بالسفر لمكان مخوف أو بقصد النقلة سواء أكان طويلا أو قصيرا[258]،

إن فقهاءنا حين وضعو قيود السفر أمام الأم تجاه المحضون يمكن القول بأنها تغيرت و تطورت، فصعوبة الإنتقال من بلد لآخر داخل القطر أصبحت أسهل بكثير مما كانت عليه وما عليه بعض الفقهاء من أن عادات أهل القرية تختلف عن عادات أهل المدن أو عادة أهل كل مدينة تخالف عادة مدينة أخرى أمر فيه نظر في الوقت الحاضر، هذا بالإضافة إلى عدم وجود نصوص صريحة في موضوع أولوية الحضانة وإنتقالها بين الحاضنين[259]،

حيث إختلف الفقهاء في المسافة التي يستطيع الحاضن أن ينتقل بالمحضون إليها فقد قدرها الحنبلية بالمسافة القصيرة التي يستطيع الأب رؤية أولاده، والإشراف عليهم وقدرها الحنفية بأن يكون بإستطاعة الأب زيارة ولده، والعودة قبل الليل، ويرى المالكية أنها فيها دون ستة برد وقيل هي مسافة بريدين، فإذا سافر كل من الولي أو الحاضنة دون ستة برد، فلها الحضانة، وإن كان أكثر سقطت الحضانة، فيقال للأم عند ذلك، إما أن تلحقي بولدكأو تسلميه، فإن لحقت فلا تسقط حضانتها وإلا أخذ الولد منها وإن كان رضيعا وحددها الشافعية بما دون مسافة القصر[260].

---

[258] حميدو زكية، مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للاسرة، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة ابوبكر بلقايد تلمسان، 2004 . 2005، ص 555 . 556

[259] المصري مبروك، الطلاق وآثاره من قانون الاسرة الجزائري، دراسة فقهية مقارنة، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2010، ص 516 . 517

[260] محمد سمارة، احكام واثار الزوجية، شرح مقارن لقانون الاحوال الشخصية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ط1، 2002/ . 1423 هـ، ط2، 2008، 1429 هـ، ط 3، 2010 م . 1431 هـ،المملكة الاردنية الهاشمية، ص 402 . 403

وحاصل الأمر عند الفقهاء هو رعاية مصلحة الصغير و ماذكره الحنفية يختلف من عصر إلى عصر، وكذلك الأمر بالنسبة لما ذكره الشافعية والحنابلة، وإذا كان الأمر كذلك فإن الأستاذ محمود علي السطاوي يميل إلى أن يكون من صلاحية القاضي، وأن تراعى التشريعات في بلد إسلامي هذه المصلحة[261]، وقد رجح الفقهاء حق التأديب والتعليم والحفظ الذي للأب على حق الحضانة الذي للأم عند تعارض الحقين كما في حال السفر، فقد ذكر الحنفية وجوب تسليم الصغير الذي إستغنى عن خدمة النساء بعد سن التمييز لأبيه جبرا، وقال الشافعية والحنابلة بأن يخير الغلام بين أبويه، فإن إختار أمه كان عندها ليلا لحضانته وعند أبيه نهارا لرعايته، فإذا كانت المسافة طويلة فقد ضاع حق الصغير في إشراف أبيه عليه وحق الأب في تأديب وحفظ ولده، إن حضانة الطفل بتعهده من حيث المأكل والملبس والمنام يمكن تأمينها بغير الأم، فأي إمرأة مستأجرة لذلك تقوم بهذه المهمة، أما رعاية و حفظ الصغير وتهذيبه، فهو محتاج إليها حتى البلوغ وأحيانا إلى ما بعد البلوغ بزمن، وفي المسافة البعيدة يفقد هذا الحق و بذلك ضياع الولد، لأنه من المعلوم أن الصغير لا يكون منضبط السلوك سليم التوجيه إلا إذا كان يشعر بسلطة الأب عليه [262].

وإذا إنتقلنا إلى القضاء الجزائري لوجدنا القرارات الصادرة عن المجلس الأعلى في هذا الموضوع يشوبها الفصاحة أحيانا آخذة في ذلك بعين الإعتبار التطور الذي عرفته الإنسانية في مجال النقل ومن ثم رعاية مصلحة الطفل والتردد أحيانا أخرى، إذ هي لازالت متمسكة ببعض الأحكام الفقهية التي أصبحت لا تتماشى والحقائق الإجتماعية الجزائرية المعاشة حالا، وتطبيقا للفكرة الأولى قضى المجلس الأعلى في قراره الصادر في 09 أكتوبر 1968 بأن: "من المقرر شرعا بأن بعد المسافة بين الحاضنة وصاحب حق الزيارة والرقابة لا يعد مبررا موجبا لسقوط حق الحضانة عن الأم ولا يمنع إستعمال حق الزيارة،[263]

وفي قرار آخر أكد نفس المجلس في قراره الصادر في 18نوفمبر1970 بأنه: "من المقرر شرعا بأن بعد المسافة بين الحاضنة وصاحب حق الزيارة والرقابة بمسافة البرد الستة المقررة عن الفقهاء الأقدميين لا يمنع إستعمال ذلك الحق بفضل الوسائل الحديثة للمواصلات والنقل، وهكذا يتضح لنا أن هذا المبدأ يتماشى مع حماية حقوق الطفل ورعاية مصالحه، ذلك أن الأخذ بعين الإعتبار ما توصلت إليه

[261] محمود علي السطاوي، شرح قانون الاحوال الشخصية، دار الفكر ، ناشرون و موزعون، ط 3، 2010 م . 1431 ه، ص 373

[262] محمد سمارة، احكام واثار الزوجية،مرجع سابق، ص 403

[263] المجلس اعلى، غ.ق.خ، 1968/10/09، نشرة القضاة، 1969، عدد 2، ص 38، انظر، حميدو زكية،مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للاسرة، المرجع السابق، ص557

وسائل النقل الحديثة يمنح للقاضي سلطة أوسع عند تقديره لمصلحة الطفل كما يضع الأفراد في موضع التطور بحكم تصرفاتهم وهو تطور إيجابي، غير أنه لما كان المجلس لا يقف بقضائه موقف الصمود فقد أخذ يعمل على التردد و التراجع عما توصل إليه في السابق[264]،

وقد ظهر ذلك في قرارين لاحقين يتمسكه بستة برد، فقرر في قراره الصادر في 25يناير1982 بأنه: "لا يقبل الرد الذي يثير نقص الأساس القانوني والقصور في التسبيب على القرار الذي طبق أحكام الشريعة الإسلامية فيما يخص سفر الحاضنة بمحضونها عن بلد الولي، على أن المقرر في المذهب أن لا تتجاوز المسافة ستة برد و في تفسير خليل: "وإذا سافرت الحاضنة عن بلد الولي، فله نزع المحضون منها، ومسافة السفر ستة برد على الأقل"، وكذلك من قراراته في هذا الإتجاه ما قضت فيه بأن: "من المستقر عليه فقها و قضاء أن بعد المسافة بين الحاضنة وصاحب حق الزيارة على الأطفال المحضونين لا يكون أكثر من ستة برد، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خطأ في تطبيق القانون، ولما كان من الثابت في قضية الحال أن المسافة الفاصلة بين الحاضنة وولي المحضون تزيد عن ألف كيلومتر، فإن قضاة المجلس بإسنادهم حضانة الولدين إلى أمهم يكونوا قد أخطئوا في تطبيق القانون، ومتى كان كذلك إستوجب نقض القرار المطعون فيه[265]،

فيعاب على هذا الموقف أنه لا يحقق في وضعه الراهن في بلدنا الغرض المقصود منه تماما مما يجعله محلا للنقد، ومن ثم فالنقد الأول الذي لا نغفله هو أن قضاءنا جاء بوحدة قياس لا يعمل بها في وطننا، ولذلك كان عليه أن يحدد هذه المسافة بالكيلومتر لا بالبريد ثم أنه كيف له أن يحكم بهذه القاعدة في وقت عزمت وسائل النقل تطورا أكبر من الوقت الذي صدرت فيه القرارات المذكورة ثم أن القضاء الذي سبقه لم يأخذ بها! ولهذا وذاك فنحن نقدر موقف المجلس الأعلى الجزائري الأخير ونستحسن موقفه الأول، إذ أن هذا الأخير ذهب كما قلنا مع تطور الزمان، لأن القول بإبعاد المحضون كما ذهب إليه الفقهاء و الذي كان يتماشى وزمانهم و الذي يؤدي إلى إسقاط الحضانة مطلقا لم يعد اليوم، إذ أن السفر بالسير على الأقدام مناط القرب والبعد"، رأي مهجور لكون أن السفر على الأقدام قد قل كثيرا داخل نفس المدينة وحتى داخل نفس القرية لحله وسيلة السيارة، وكما أن القول بأبعاد المحضون مسافة ستة برد، وإن كان أكثر تخفيفا من الإتجاه الأول يبقى مسألة نسبية لأن مسافة ستة برد التي حددها الفقه المالكي والتي قدرها البعض بـ 133كم، والبعض الآخر 120كلم، وآخرون بـ

[264] المجلس اعلى، غ.ق.خ، 1970/11/18، نشرة القضاة، 1972، عدد 1، ص 67، انظر، حميدو زكية، المرجع نفسه، ص557

[265] المجلس الاعلى، غ.أ.ش، 011982/22، ملف رقم 26693، نشرة القضاة، 1982، عدد خاص، ص 251، انظر، حميدو زكية، المرجع نفسه، ص 557

126كلم تعد مسافة طويلة مقارنة مع وسائل النقل التي كانت مستعملة ومتوفرة آنذاك ولذلك فقاعدة ستة برد أن صح تطبيقها في ذلك الزمان بسبب المشقة التي كان يعاني منها الأب أو الولي في سبيل زيارة المحضون، لم تعد صالحة في زماننا هذا خاصة وأن الإنتقال من مدينة إلى أخرى داخل القطر أصبح سهلا بكثير مما كان عليه[266].

ب . موجبات إسقاط الحضانة بسبب الإنتقال داخل التراب الوطني: فقانونالأسرة الجزائري في مادته(69)نجد فرض على القضاء مراعاة مصلحة المحضون في إثبات الحضانة أو إسقاطها إذا أراد الشخص الموكول له حق الحضانة أن يستوطن في بلد أجنبي و في هذا الصدد جاء في قرار المحكمة العليا أن "شرط الإقامة بالمحضون بالجزائر لا يقرره القاضي تلقائيا بل بناء على طلب ممن له مصلحة في ذلك، كما أن إثبات الحضانة أو إسقاطها عن الشخص الموكول له إذا أراد أن يستوطن بالمحضون في بلد أجنبي يستدعي طلب ذلك من الحاضن و مراعاة مصلحة المحضون ذاته[267]،

وإذا إنتقلت الحاضنة بالمحضون من مكان الحضانة إلى بلد آخر في غير الحالات الجائزة شرعا، فلا يترتب على ذلك إبطال حقها في الحضانة أو سقوط حقها في أجر الحضانة، بل تظل الحضانة قائمة مع تقاضيها أجر الحضانة رغم حدوث المخالفة فقد وضع الفقهاء شروطا معينة للحضانة وليس من بين هذه الشروط إقامة الحاضنة بالمحضون جزاء على إنتقالها من مسكن الحضانة وإنتقال الحاضنة إلى خارج مكان الحضانة ليس فيه ضياعا لحق الصغير، لأن عدم النقلة حق للأب ولذلك فهو يملك إسقاطه، غير أنه يكون للأب أو أقرب عاصب منع الحاضنة من السفر بالمحضون أو إرجاع الصغير إلى بلد الحضانة، وتكون وسيلته في ذلك رفع دعوى بطلب ذلك أمام المحكمة المختصة، ويكون الحكم من حيث تنفيذه داخلا تحت عموم نص المادة (69) من القانون رقم 1 سنة 2000، وقبلها المادة (349) من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية الملغاة، وينفذ على الحاضنة قهرا و في حالة الحكم بإرجاع الصغير إلى بلد الحضانة و جوع الحاضنة مع الصغير فإنه يسلم لها لتحضنه فيه وإن لم تعد يكون للأب حق إستلامه حتى لا يترك ضائعا[268]،

---

[266] حميدو زكية، المرجع نفسه، ص 558 . 559

[267] نقلا عن ادريس الفاخوري، السفر بالمحضون أية حماية ؟ ، دراسة في ظل قوانين الأسرة لبلدان المغرب العربي ، مركز إدريس الفاخوري للدراسات والأبحاث في العلوم القانونية، وجدة ، 14 يوليوز 2017، ص 5

[268] احمد ابراهيم عطية، نفقة وحضانة الصغار امام محكمة الاسرة في ضوء احدث التعديلات التشريعية بالقانون 4 لسنة 2005 واحكام محكمة النقض والدستورية، مرجع سابق، ص 140

فمسألة سقوط الحضانة بسبب سفر المرأة فإنه وفقا لما ذهب إليه المشرع الجزائري، إذا أراد الشخص الذي صدر حكم الحضانة لصالحه أن يستوطن في بلد أجنبي فإن حقه في الحضانة يسقط إلا إذا رأى القاضي أن مصلحة المحضون تتطلب أن يبقى مع حاضنه، أما إنتقال الحاضن بالمحضون داخل الوطن ولو بعدت المسافة فلا يسقط حق الحاضن في الحضانة، وعلى هذا لم يفرق المشرع في الإستيطان خارج الوطن بين الحاضن والحاضنة بقدر ما راعى مصلحة المحضون التي يرجع تقديرها إلى القاضي[269].

لم ينص قانون الأسرة الجزائري صراحة على المكان الذي يجب أن تمارس فيه الحضانة ولكن الأكيد أن المشرع الجزائري لا يحبذ الإنتقالبالمحضون إلى بلد أجنبي وجعلها من مسقطات الحضانة إذا حكم القاضي بذلك[270]، ويستشف ذلك من خلال نص المادة (69) من قانون الأسرة على أنه: "إذا أراد الشخص الموكل له حق الحضانة أن يستوطن في بلد أجنبي رجع الأمر للقاضي في إثبات الحضانة له أو إسقاطها عنه مع مراعاة مصلحة المحضون"، ومؤدى هذا أن ثبوت الحق في الحضانة في حالة سفر المحضون سفر نقلة -كما يقول المالكية - متروك أمر تقديره لقاضي الدعوى مع مراعاة مصلحة المحضون[271]، وقد سارت المحكمة العليا على نفس المسار عندما أسقطت الحضانة عن الأم التي تقطن بلدا أجنبيا وقد جاء في قرار: [تسقط الحضانة بسبب بعد المسافة في حالة إقامة الأم وإقامة الوالد في الجزائر]، في معرض تأسيسه أكد قضاة المحكمة العليا أنه وبالرجوع إلى القرار المطعون فيه يتبين أن قضاة الإستئناف أسسوا قرارهم على أحكام الشريعة الإسلامية ونصوص القانون في المادة (69) من قانون الأسرة، حتى ولو لم تذكر هذه المادة نص في القرار، فإن معناها يستنتج من الأسباب وذلك كون رعاية الأب والحاضنة لا تمكن الأب للقيام بمسؤوليته خاصة وأن الحاضنة تقيم في بلد أجنبي، مما يفقد الأب حق الزيارة والمراقبة وهذا يؤدي إلى حرمانهم من العطف والحنان على الأبناء المحضونين[272]،

إذ لا يجوز للأب الإنتقال بالصغير في فترة الحضانة إلى بلد آخر ولو كان قريبا إلا بإذن حاضنته، سواء كانت هذه الحاضنة زوجة أو مطلقة أو كانت إمرأة أخرى، لأن في هذا الإنتقال تفويت لحق الحاضنة في حضانتها وحق الولد في عطفها وحنانها، فإذا زالت أهلية الحاضنة ولم توجد له حاضنة أخرى، فإنه

[269] محفوظ بن صغير، قضايا الطلاق في الاجتهاد الفقهي وقانون الاسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 293 . 294

[270] باديس ديابي، صور واثار فك الرابطة الزوجية في قانون الاسرة، مرجع سابق، ص 161

[271] محفوظ بن الصغير، قضايا الطلاق في الاجتهاد الفقهي وقانون الاسرة الجزائري المعدل بالامر 02/05، مرجع سابق، ص 293

[272] سعادي لعلى، الزواج وانحلاله في قانون الاسرة الجزائري، اطروحة دكتوراه علوم في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1 بن يوسف بن خدة، 2014 . 2015، ص 470

يجوز للأب أن ينتقل بالولد إلى بلد آخر، كما يجوز ذلك لمن يقوم مقامه في ولاية أم الولد حتى تعود للحاضنة أهليتها للحضانة[273]، وأما غير الأم من الحاضنات فليس لها الإنتقال بالولد من محل حضانته إلا بإذن أبيه مطلقا والحكمة في هذا مراعاة مصلحة الصغير بالجمع بين حضانته بواسطة أمه و قريباته المحارم وبين إشراف أبيه حتى لا تضار والدة بولدها ولا مولود له بولده و لا يحرم صغير من شفقة حاضنته ورعاية أبيه[274].

والقول بعدم جواز الإنتقال بالصغير إلى مكان بعيد إنما هو خاص بالمطلقة والأب فقط فقد جاء في إبن عابدين جزء 2 في باب الحضانة "سُئِل العلامة مثلا التركماني في حضانة أمه له جد لأب يريد منع أمه من السفر به من بلدها التي تزوجت فيها إلى بلد أخرى، فهل لجده منعها؟ فأجاب بأن الواقع في كتب المذهب متونا وشروحا تقييد المسألة بالمطلقة والأب، ولم نر من أجراها في غيرها، ومفاده أن الجد ليس له منعها"[275]،

أما عنحكم إنتقال المتوفى عنها زوجها بالولد: قال الحبر الرملى ما نصه: والظاهر أن المتوفى عنها زوجها كالمطلقة في ذلك وهو عدم جواز إنتقالها بالولد فلا تملك ذلك بلا إذن الأولياء لقيامهم مقام الأب، أما عن إنتقال غير الأم من الحاضنات فليس لها أن تنتقل بالولد من محل حضانته إلا بإذن أبيه وذلك لعدم العقد بينهما لأن العقد على الزوجة في وطنها دليل ظاهر شرعا وعرفا على الرضا بإقامتها بالولد فيه، وأما غيرها من الحاضنات فليس كذلك[276].

وتنص المادة (178) من مدونة الأسرة المغربي: "لا تسقط الحضانة بإنتقال الحاضنة أو النائب الشرعي للإقامة من مكان لآخر داخل المغرب إلا إذا ثبت للمحكمة ما يوجب السقوط، مراعاة لمصلحة المحضون والظروف الخاصة بالأب أو النائب الشرعي والمسافة التي تفصل المحضون عن نائبه الشرعي"، يتضح من خلال هذه المادة أن إنتقال الحاضنة أو النائب الشرعي للإقامة من مكان لآخر داخل المغرب لا يسقط الحضانة إلا في حالة ثبوت ما يوجب السقوط و هذا الأمر مخالف للشريعة

[273] احمد ابراهيم عطية، نفقة حضانة الصغار امام محكمة الاسرة في ضوء احدث التعديلات التشريعية بالقانون 4 لسنة 2005 واحكام محكمة النقض والدستورية،مرجع سابق، ص 144 . 145

[274] عبد الوهاب خلاف، احكام الاحوال الشخصية في الشريعة الاسلامية على وفق مذهب ابي حنيفة وما عليه العمل بالمحاكم، دار القلم للنشر والتوزيع، الكويت، ط 2، 1410 هـ، 1990 م، ص 200

[275] احمد نصر الجندى، الحضانة والنفقات في الشرع والقانون، مرجع سابق، ص 70

[276] رشدى شحاتة ابوزيد، رؤية المحضون في الفقه الاسلامي و قانون الاحوال الشخصية، دراسة مقارنة، مكتبة الوفاء القانونية، الطبعة الاولى، 2011م، ص 217

الإسلامية وللمذهب المالكي الذي ينص على أن سفر الحاضنة بالمحضون يسقط حضانتها لحرمان الأب من زيارة أبنائه وإرهاقه في ممارسة حقه في الزيارة والمراقبة والتوجيه[277]،

ونجد أيضا نص المادة (179) من المدونة التي تنص: "يمكن للمحكمة بناء على طلب من النيابة العامة أو النائب الشرعي للمحضونأن تضمن في قرار إسناد الحضانة، أو في قرار لاحق منع السفر بالمحضون إلى خارج المغرب، دون موافقة نائبه الشرعي تتولى النيابة العامة تبليغ الجهات المختصة مقرر المنع، قصد إتخاذ الإجراءات اللازمة لضمان تنفيذ ذلك في حالة رفض الموافقة على السفر بالمحضون خارج المغرب يمكن اللجوء إلى قاضي المستعجلات لإصدار إذن بذلك، لا يستجاب لهذا الطلب إلا بعد التأكد من الصفة العرضية للسفر، ومن عودة المحضون إلى المغرب"، فبخلاف الإنتقالبالمحضون داخل المغرب فإن إنتقال المحضون خارج المغرب يشكل عائقا أمام أبيه في الإشراف والتوجيه وممارسة حق الزيارة، لهذا نجد المشرع نص في المادة (179) من المدونة على أحكام هذا السفر فهناك حالة السفر المؤقت وحالة الإستقرار، ففي حالة السفر المؤقت بالمحضون إلى الخارج لابد للمحضون من موافقة نائبه الشرعي فالمادة (179) تشل قيدا على الأم الحاضنة التي تريد أن تسافر بالمحضون خارج المغرب، كما يمكن للنيابة العامة أن ترفع دعوى تلتمس فيها منع السفر بالمحضون فتقوم النيابة العامة بتبليغ مقرر المنع إلى شرطة الحدود بالموانئ و المطارات لإتخاذ الإجراءات اللازمة، كما يمكن للأب اللجوء إلى قاضي الإستعجالات لمنع السفر بالمحضون في حالة الإستعجال القصوى وفق المادة (149) ق.م.م، لكن قد تكون هناك ضرورة تستدعي السفر بالمحضون خارج التراب الوطني فيرفض النائب الشرعي منح الموافقة على ذلك، فهنا يمكن للحاضنة اللجوء بدورها للسفر، أما في حالة الإستقرار فإن هذا الطلب لا يستجاب له من طرف القضاء الأسري و القضاء الإستعجالي[278]،

ومن بين ما ذهب إليه قضاء الموضوع في تقديره لضمانات العودة بالمحضون إلى أرض الوطن أن: "عمل الحاضنة كطبيبة وأدائها بصفة منتظمة للضرائب يجعل ضمانات السفر والعودة بالمحضون لأرض الوطن قائمة وهو ما يبرر الترخيص لها من طرف قاضي المستعجلات للسفر بالمحضون خارج التراب الوطني"، وتجدر الإشارة في الأخير وحسب ما جاء في حكم إبتدائي، إلى أن الطلب المتعلق بالسفر بالمحضون خارج المغرب هو من إختصاص قضاة الموضوع حسب الفقرة الأولى من المادة (179) من

[277] فوزي أكريم، الحضانة والنفقة وفق مدونة الاسرة، طنجة، 2019، ص 7

[278] فوزي أكريم، الحضانة والنفقة وفق مدونة الاسرة، المرجع نفسه، ص 07

مدونة الأسرة ولا ينعقد الإختصاص لقاضي المستعجلات إلا في طلب الموافقة على سفر المحضونخارج المغرب بصفة مؤقتة وعرضية[279].

ثانيا: إشكالات سفر المحضون خارج الوطن

إنمن مسقطات الحضانة الإنتقالبالمحضون إلى بلد أجنبي تطبيقا للمادة (61)[280] من قانون الأسرة الجزائري وعليه تكون الحاضنة ملزمة بالبقاء مع المحضون داخل بلد أبيه حماية لمصلحته تطبيقا لنص المادة (62)[281] قانون أسرة جزائري، كل إخلال بما ورد في هذه المواد يؤدي إلى إسقاط الحضانة تطبيقا لنص المادة (67فقرة 1)[282]قانون أسرة جزائري، وذلك ما أكد عليه المجلس الأعلى في القرار المبدئي الذي قضى: "في حالة وجود أحد الزوجين في دولة أجنبية غير مسلمة وتخاصما على الأولاد بالجزائر فإن من يوجد منهما بها يكون أحق بهم، ولو كانت الأم غير مسلمة ويتأكد كل هذا إذا كان الأبوين مسلمين، وكل حكم أجنبي يتعارض مع هذا المبدأ ينظر إليه من هذه الزاوية ويحول بينه وبين تنفيذه"، وإستنادا لهذا القرار رفض المجلس طلب الصيغة التنفيذية للحكم الأجنبي المستدل بمقتضاه حضانة البنتين لأمهما المقيمة بفرنسا، ذلك أن بقاء البنتين بفرنسا يغير من إعتقادهما ويبعدهما عن دينهما وعادات قومهما ويمس بقواعد النظام العام، فضلا عن ذلك فالأب له الحق في الرقابة وإبعادهما عنه يحرمه من هذا الحق، ومن ثم النعي عن القرار بما ورد في السبب غير معقول، وبعبارة أخرى قرر المجلس أن الحضانة لابد أن تمنح للوالد المتواجد في البلد المسلم ولو كان غير مسلم[283]،

وقد أكدت على ذلك المحكمة العليا في أدى قراراتها إذ قضت أنه: "من المقرر شرعا وقانونا أن إسناد الحضانة يجب أن تراع فيها مصلحة المحضون والقيام بتربيته على دين أبيه، ومن ثم فإن القضاء بإسناد حضانة الصغار إلى الأم التي تسكن في بلد أجنبي بعيدا عن رقابة الأب كما هو حاصل في قضية الحال يعد قضاء مخالف للشرع والقانون ويستوجب نقض القرار المطعون فيه، وقد أكدت على ذلك ذات المحكمة في قرار آخر لها، إذ قضت: "أن من أسباب سقوط الحضانة عن الأم و إسنادها إلى الأب وفقا لأحكام الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة، إقامة الأم بفرنسا وإقامة الأب بالجزائر الأمر الذي

[279] محمد الحاتمي، تطبيقات محاكم الموضوع للقواعد القانونية المستجدة في قضايا الاسرة ورقابة محكمة النقض عليها، ص 427

[280] المادة 61 من قانون الاسرة: لا تخرج الزوجة المطلقة ولا المتوفى عنها زوجها من السكن العائلي ما دامت في عدة طلاقه او وفاة زوجا الا في حالة الفاحشة المبينةولها الحق في النفقة في عدة الطلاق.

[281] المادة 62 قانون اسرة: الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين ابيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا. ويشترط في الحاضن ان يكون اهلا للقيام بذلك.

[282] المادة 67 قانون اسرة: تسقط الحضانة باخلال احد الشروط المنصوص عليها في المادة 62 اعلاه.

[283] نقلا عن اشوي عماد، تنازع القوانين في الحضانة، دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص 225 . 226

يتعذر معه إشراف الأب على أولاده المقيمين مع أمهم وكذا حقه في الزيارة لبعد المسافة، إنطلاقا من هذه الأحكام يتضح أن المقصود بالإستيطان بالبلد الأجنبي هو الإقامة المستمرة والدائمة بنية الاستقرا، وعليه فإن السفر إلى بلد أجنبي لقضاء عطلة أو ممارسة التجارة لا يخضع لذات الأحكام، كما أن الاستيطان ببلد أجنبي لا تشمل البلدان العربية التي تدين بالإسلام والتي لا يخشى فيها على ديانة وعادات وتقاليد المحضون، وإن كانت هذه المسألة نسبية تخضع للسلطة التقديرية للقاضي الذي يتعين عليه مراعاة مصلح المحضون[284]،

وفي جميع الحالات يجب أن يتوفر في السفر راحة الطفل وصحته فإن كان في السفر بعض المخاطر على صحة الطفل المحضون فلا يجوز لأي الأبوين الإنتقال به[285]، وقد حث الأستاذ كدار حسين على ضرورة النص في تعديل قانون الأسرة أن منح الولاية للحاضنة يخول لها الحق بإصطحاب المطلقة الحاضنة لأولادها أثناء سفرها للخارج، وضمهم إلى جواز سفرها، وذلك دون إذن من الأب على أن تلتزم الأم الحاضنة من تمكين الأب من الزيارة وفقا لطلبها تعديل أوقات الزيارة بما يتماشى وسفرها للخارج لأن حرية السفر والتنقل مكفولة للجميع بإعتبارها من الحقوق الشخصية اللصيقة بحرية الإنسان وقد أقرتها جميع المواثيق الدولية للقانون الدولي لحقوق الإنسان التي تمت المصادقة عليه من قبل الجزائر[286].

أ: إنتقال المحضون خارج الوطن في القانون الجزائري: مسطرة السفر بالمحضون خارج التراب الوطني عالجها المشرع الجزائري في المادة(69)من قانون الأسرة الذي جاء فيه: "إذا أراد الشخص الموكول له حق الحضانة أن يستوطن في بلد أجنبي رجع الأمر للقاضي في إثبات الحضانة له أو إسقاطها عنه، مع مراعاة مصلحة المحضون"، فالمشرع الجزائري وضع قدم المساواة في الحكم جميع الحاضنين على إختلاف مراتبهم من المحضون حسب ما إتضح من دلالة النص وهذا ما لم يقل به أحد من فقهاء المذاهب الأربعة، وبهذا فإن السفر بالمحضون سواء صدر من الأم الحاضنة أو من الأب الحاضن فهما معا يخضعان لنفس الحكم الوارد في المادة(69)، غير أن ما يلاحظ هو أن المشرع الجزائري قد أفرد نص قانوني خاص بالسفر بالمحضون خارج الجزائر إلا أنه لم يفصل في الموضوع، لكن ميزته مع ذلك أنه ترك للقاضي السلطة التقديرية في إثبات الحضانة أو إسقاطها مع مراعاة مصلحة المحضون[287].

[284] نقلا عناشوي عماد، المرجع نفسه، ص 226

[285] عبد الرحمن الصابوني، شرح قانون الاحوال الشخصية السوري، الطلاق واثاره، مرجع سابق، ص 262

[286] كدار حسين، دليل القاضي والمتقاضي والدفاع في اثار فك الرابطة الزوجية، مرجع سابق، ص 95

[287] إدريس الفاخوري، السفر بالمحضون أية حماية ؟ ، دراسة في ظل قوانين الأسرة لبلدان المغرب العربي ، مرجع سابق، ص 8

وعليه فالمشرع لا يحبذ الإنتقالبالمحضون إلى بلد أجنبي وأوحى برغبته في ممارسة الحضانة في بلد يقيم فيه أهل المحضون حتى لا ينقطع عنه أبيه وأمه أما إذا ما غيرت الحاضنة موطنها وإنتقلتبالمحضون فهذا يؤدي إلى تدخل القاضي لإسقاط الحضانة عنها من عدمها آخذا بعين الإعتبار مصلحة المحضون لإستحالة ممارسة الأب حقه في الرقابة[288]،

فالحاضنة ملزمة بالبقاء مع المحضون داخل بلد أبيه وهذا بقصد حماية مصلحة المحضون الذي يجب أن يربى على دين أبيه وإذا رغبت الحاضنة الاستيطان في بلد أجنبي فلا بد لها من الحصول على رخصة من القاضي الذي يحكم بتثبيت الحضانة إذا كان في ذلك مصلحة للمحضون أو إسقاطها وحرمان المرأة من هذا الحق إذا كانت هذه الإقامة تضر بالمحضون وهذا ما جسدته المادة (69) من قانون الأسرة، وتبناه القضاء الجزائري في إجتهاد المحكمة العليا إذ إعتبرت المحكمة العليا إقامة الأم بالخارج سببا من أسباب سقوط الحضانة عنها وإسنادها للأب لأنه يتعذر على الأب الإشراف على أبنائه المقيمين مع الحاضنة بالخارج وكذا حق الزيارة وذلك لبعد المسافة، ونتساءل إلا بعد هذا الشرط المتعلق بطلب الإذن من القضاء مساس بحرية التنقل المضمونة دستوريا؟ ففي هذه الحالة أصبح حق الحضانة ممنوح للمرأة عائقا لحرية التنقل وهو الشرط الذي لم يستوجبه المشرع عندما تكون الحضانة عند الأب[289]،

إنطلاقا من هذه الأحكام يتضح أن المقصود بالاستيطان بالبلد الأجنبي هو الإقامة المستمرة والدائمة بنية الاستقرار، وعليه فإن السفر إلى بلد أجنبي لقضاء عطلةأو ممارسة التجارة لا يخضع لذات الأحكام، كما أن الإستيطان ببلد أجنبي لا تشمل البلدان العربية التي تدين بالإسلام والتي لا يخشى فيها على ديانة وعادات وتقاليد المحضون، وإن كانت هذه المسألة نسبية تخضع للسلطة التقديرية للقاضي الذي يتعين عليه مراعاة مصلحة المحضون[290].

وأمام هذه الملاحظات الأولية يحق لنا أن نتساءل عن التفسير الذي يجب أن تكتسبه عبارة: البلد الأجنبي "الواردة في المادة(69)من قانون الأسرة، هل يقصد بها المشرع الجزائري كل بلد غير الجزائر، يستوي في ذلك أن يكون مسلما أو غير مسلم، لأن البلد المسلم غير الجزائر هو بلد أجنبي طبقا للتقسيم الحدودي؟، برجوعنا إلى القضاء الجزائري تقدم هذا الأخير بتفسير لهذه العبارة بصورة غير مباشرة وضمنية في قرار للمجلس الأعلى المؤرخ في 2 يناير 1989[291]،

---

[288] سناء عماري، التطبيقات القضائية للحضانة وإشكالاتها في قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 42

[289] لوعيل محمد لمين، المركز القانوني للمرأة في قانون الأسرة الجزائري، بحث لنيل شهادة الماجستير، فرع عقود ومسؤولية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجزائر بن عكنون، 2001 . 2002، ص 78. 79

[290] اشوي عماد، تنازع القوانين في الحضانة ، دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص 226

[291] المجلس الاعلى، غ.أ.ش، 1989/01/02، ملف رقم 52207، المجلة القضائية، 1990، عدد 4، ص 74، انظر، حميدو زكية، مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة، مرجع سابق، ص 567 . 568

حيث قضى بمقتضاه بأنه: "من المقرر قضاء في مسألة الحضانة أنه وفي حالة وجود أحد الأبوين في دولة أجنبية غير مسلمة ... " مما يدعو إلى الفهم أن الإنتقال و الإستيطان في بلد مسلم لا يعد مسقطا للحضانة، كما أن الأحكام المنشورة التي بحوزتنا تعالج الإنتقال إلى فرنسا وهو بلد أجنبي غير مسلم، فضلا عن أن المادة(62فقرة أولى)[292] من قانون الأسرةهي وثيقة الصلة بالمادة(69) من ذات القانون وبمعنى أن هذه الأخيرة لاشك أن من أهداف تقنينها هو تأكيد الفقرة الأولى من المادة(62)المذكورة أي الحرص على تربية الطفل على دين أبيه وعليه فالرقابة التي لا يريد المشرع أن يلفت منها الولد هي تلك المنصبة على دين المحضون لا محالة[293]،

أما الملاحظة الثانية على نص المادة السالفة الذكر هو أنها قد فرقت بطريقة ضمنية بين ممارسة الحضانة داخل التراب الوطني وبين ممارستها خارج التراب الوطني لكنه إكتفى فقط بحالة ممارستها خارج التراب الوطني وهذا السكوت والقصور في التشريع الجزائري يدعونا إلى تأويله من خلال إحتمالين إثنين: الأول يدفعنا إلى القول بأن سكوت القانون عن تنظيم هذه المسألة سببه هو تركها للقضاء ومن ثم فقد أعطاه واسع النظر في تطبيق المادة (222)من قانون الأسرة والثاني يعتبر أن المسألة مفروغ منها ولا تعتبر من مسقطات الحضانة ما دامت تمارس داخل الوطن، وبالتالي فهي لا تؤثر على الحق في الزيارة، وما دام أن الإفتراض وحده لا يكفي، فيتعين سد الفراغ القانوني بوجود إجتهاد يوصلنا إلى ترجيح لإحدى هاتين الفرضيتين[294]،

ومع ذلك فإن هذا التفسير غير الصائب لتلك المادة لم يعمر طويلا، فقد وجدت ظروف دفعت القضاء الجزائري إلى أن يتراجع عن موقفه ويحل محله موقف آخر من مقتضاه جعل إسناد الحضانة في هذه الحالة مرهونا بطلب من له مصلحة في ذلك مع التأكيد على أن شرط الإقامة بالمحضون في الجزائر لا يقرره القاضي تلقائيا، مما يدلنا على أن شرط الإقامة بالجزائر لممارسة الحضانة ليست قاعدة آمرة يلزم القاضي بتطبيقها وأن الحاضن إذا أراد الانتقال بالمحضون إلى بلد أجنبي عليه طلب الإذن من المراقبهذا الأخير يتمثل في القاضي[295]،

وبالرغم من ذلك نجد أن المشرع الجزائري قد رخص بالخروج بالمحضون خارج التراب الوطني قصد العلاج: قرار المحكمة العليا الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية بتاريخ 2000/11/21 فصلا في الطعن رقم 249196 (منشور بالمجلة القضائية ، العدد 1/2004، الصفحة 256) وقد جاء فيه: "المبدأ: يعتبر منح رخصة الخروج بالمحضون قصد العلاج خارج التراب الوطني من توابع الطلاق ويجب على القاضي

[292] المادة 62 ف1 : "الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة و خلقا"، من قانون رقم 84. 11 مؤرخ في 9 يونيو 1984 يتضمن قانون الاسرة، معدل ومتمم بالامر رقم 05. 02 المؤرخ في 27 فبراير 2005، ص 32

[293] حميدو زكية، مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة، مرجع سابق، ص 567 . 568

[294] ربيع وفاء، إشكالات فك الرابطة الزوجية في ضوء القضاء الجزائري، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2013 . 2014، ص 113

[295] حميدو زكية، مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للاسرة، المرجع السابق ، ص 572 . 573

الفصل فيه وعدم التصريح بعدم الاختصاص" وجاء في حيثيات القرار أن الأبوين يقيمان في سويسرا وأن معارضة الأب نقل المحضون لهذا البلد قصد العلاج لا يقوم على أي أساس مصلحي أو قانوني[296].

وقد إتخذت المديرية العامة للأمن الوطني إجراءات لخروج القصر من التراب الوطني إذ أن تنقل الأشخاص عبر الحدود حق يكلفه القانون، طبقا لأحكام المادة(44)من الدستور الجزائري التي تنص على ما يلي: "يحق لكل مواطن يتمتع بحقوقه المدنية والسياسية بأن يختار بحرية موطن إقامته ولن ينتقل عبر التراب الوطني"

حق الدخول إلى التراب الوطني و الخروج منه مضمون له

غير أن الأطفال القصر الذين تقل أعمارهم عن 19 سنة، يخضعون لتنظيمات خاصة تقضي بإلزامية تقديمهم لرخصة أبوية للخروج من التراب الوطني، وذلك لعدم أهليتهم وبالتالي من مسؤولية الدولة الجزائرية حمايتهم من كل أنواع الجرائم ضف إلى ذلك ضمان مسؤولية وصاية الوالدين على أبنائهم القصر

1 – خروج الطفل القاصر (سنه أقل من 19) مصحوبا بأحد والديه (الأب و الأم): الوثائق الإثباتية الواجب إظهارها أثناء خروج الأطفال القصر عبر المراكز الحدودية : - جواز سفر فردي للطفل القاصر قيد الصلاحية، - عند الإقتضاء، تسجيله في جواز سفر أحد الأبوين (الأب و الأم)،- وثيقة تثبت صلة قرابة (دفتر العائلي)، غير أنه لا يسمح للطفل من مغادرة التراب الوطني إذا كان قد أستصدر احد والديه أمرا قضائيا من إحدى الجهات القضائية المختصة ، يقضي بمنعه من السفر إلى الخارج تقوم النيابة العامة فور صدور الأمر القاضي بمنع الطفل القاصر من مغادرة التراب الوطني، بإخطار مصالح الشرطة القضائية الواقعة ضمن دائرة الاختصاص التي تتخذ بدورها الإجراءات اللازمة لمنع الطفل من السفر إلى الخارج[297].

أما عن إنتقال المحضون خارج الوطن في القانون المغربي هذه الفلسفة التي عالج بها المشرع الجزائري موضوعه لم يتأثر بها المشرع المغربي لاحقا برمتها إذ إتفقا في وجوب الحصول على إذن للسفر بالمحضون ولكن على خلاف قانون الأسرة منحت المدونة للنائب الشرعي حق الإعتراض المسبق أو اللاحق على السفر بالمحضون، إذ له حق مراقبة تنقل المحضون خارج المغرب وليس للقاضي يد في ذلك حسب الفقرة الأولى من المادة (179)من المدونة، بل عزز المشرع رغبة النائب الشرعي في المنع بالسفر بالمحضون بضمان تنفيذ ذلك عن طريق تبليغ النيابة العامة الجهات المختصة بهذا المنع، ومما لا ريب فيه أن السفر هنا يتعلق بالإنتقال من أجل الإستيطان أي الإقامة الدائمة والمستمرة بنية

[296] المحكمة العليا، عرفة الاحوال الشخصية، 200/11/21، ملف رقم 249196، المجلة القضائية، العدد 1/2004، ص 256، انظر، نجيمي جمال، قانون الأسرة الجزائري دليل القاضي والمحامي مادة بمادة على ضوء أحكام الشريعة الإسلامية والاجتهاد القضائي، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2016، ص 178

[297] المديرية العامة للأمن الوطني، إجراءات خروج القصر من التراب الوطني، خلية الاتصال والصحافة، 2015

الإستقرار وعليه وترتيبا لهذا الشرط فإن السفر خارج الوطن إلى بلد أجنبي من أجل قضاء عطلة أو للعلاج لا يخضع لحكم المادة(69)من قانون الأسرة، ولا للمادة(17)فقرتها الرابعة من المدونة التي يفهم منها أن الصفة العرضية للسفر المحضون يستجاب لها قاضي المستعجلات إذا تأكد من عودة المحضون إلى المغرب بعد أن رفض النائب الشرعي منح موافقته على سفر المحضون، وقد سبق النص التشريعي المغربي الجديد القضاء وهو يطبق النص في ثوبه القديم (الفصل107) إذ قرر المجلس الأعلى المغربي في 29 مارس 1973 على أن "الحكم الذي لم يبين فيه مصلحة نقل المحضون يكون ناقص التعليل ويوازي إنعدامه .. "[298]،

فبخلاف الإنتقال داخل المغرب الذي يسمح بسهولة الإتصالبالمحضون فإن الإنتقال خارج المغرب قد يقطع الصلة بين المحضون وأبيه أو نائبه الشرعي، لذلك فإن مدونة الأسرة في المادة(179) منها نصت على أنه: "يمكن للمحكمة بناء على طلب من النيابة العامة، أو النائب الشرعي للمحضون أن تضمن في قرار إسناد الحضانة، أو في قرار لاحق منع السفر بالمحضون إلى خارج المغرب، دون موافقة نائبه الشرعي تتولى النيابة العامة تبليغ الجهات المختصة مقرر المنع، قصد إتخاذ الإجراءات اللازمة لضمان تنفيذ ذلك، في حالة رفض الموافقة على السفر بالمحضون خارج المغرب يمكن اللجوء إلى قاضي المستعجلات لإستصدار إذن بذلك لا يستجاب لهذا الطلب إلا بعد التأكد من الصفة العرضية للسفر، ومن عودة المحضون إلى المغرب"، هذا النص يشكل قيدا على الحاضنة التي تريد الإنتقال بالمحضون خارج الوطن، حيث للنيابة العامة أو لأب المحضونأو عموما النائب الشرعي أن يطلب من المحكمة أن تنص في مقرر إسناد الحضانة إلى الأم أو مقرر لا حق عليه، أنه ليس للحاضنة أن تنتقل بالمحضون في هذا الإطار إلا بعد حصولها على موافقة مسبقة من نائبه الشرعي، ومتى رفض هذا النائب الشرعي سفر المحضون صحبة أمه خارج الوطن أو كان غائبا لا يعرف له مكان يمكن الإتصال به فيه، وكانت هناك ظروف خاصة تحتم ذلك السفر سمح المشرع بطلب ذلك الإذن من قاضي الأمور المستعجلة بشروط: أن يتوفر عنصر الإستعجال، أن يتأكد القاضي من الصفة العرضية للسفر وبالتالي من عودة المحضون إلى بلده في المستقبل القريب، أما بالنسبة للإستقراربالمحضون نهائيا بالخارج، حيث يستحيل على الأب مراقبة إبنه والإتصال به فقد إعتبره المجلس الأعلى من أسباب سقوط الحضانة، لكن ومع ذلك إذا إقتضت مصلحة المحضون وظروف حالة إستقراره بالخارج يمكن السماح له بالعيش خارج الوطن[299].

[298] نقلا عن حميدو زكية، مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة، المرجع السابق، ص 567

[299] عيسى كتب، القضاء ألاستعجالي في المجال الأسري، مرجع سابق، ص 67 . 68

يمكن للحاضن السفر بالمحضون إلى الخارج إذا وافق نائبه الشرعي، وفي حالة رفضه يمكن تقديم طلب إلى قاضي المستعجلات، الذي له الصلاحية لإصدار إذن بذلك بعد التأكد من الصفة العرضية للسفر ومن عودة المحضون إلى المغرب[300]،

وبالنسبة لإنتقال المحضون خارج الوطن في القانون التونسيفالمشرع التونسي نصوصه جاءت عامة ولم يفرق بين السفر داخل التراب الوطني أو خارجه وإنما إتخذ معيار آخر وهو عسر وتعذر المراقبة، وهنا تبقى للقضاء سلطته التقديرية في السماح بالسفر أو بمنعه[301]، كما يمكن إسقاط الحضانة للإخلال بمتطلبات الولاية وصعوبة ممارسة صلاحيتها، وتتجلى هذه الصورة بالخصوص في سفر الحاضنة بالمحضون سفر نقلة ولمسافة بعيدة عن مكان إقامة الولي، وهذا متفق عليه، وقد جاء الفصل (61) من مجلة الأحوال الشخصية موافقا لذلك حيث إقتضى أنه: "إذا سافرت الحاضنة سفر نقلة لمسافة يعسر معها على الولي القيام بواجباته نحو منظوره سقطت حضانته"، ذلك أنه من الواجب أن يكون الولي بمكان قريب من المحضون حتى يتمكن من زيارته والإشراف على تربيته وكل ما يلزم لتحقيق غايات مؤسسة الولاية[302].

ومادام أن السفر بالمحضون إلى الخارج قد يحصل أحيانا حتى من قبل من له حق الزيارة الشيء الذي يشكل في حد ذاته صعوبة قانونية ويطرح العديد من الإشكالات على الساحة الدولية والتي يكون ضحيتها الأول والأخير الطفل، الشيء الذي لفت أنظار المجتمع الدولي إليها ومحاولة التصدي لها بالإتفاقيات الدولية لعجز التشريعات الداخلية للدول التي تجرم هذه الفعل عن معالجتها لإستحالة متابعة الشخص فوق تراب الدولة، هذه الظاهرة أطلق عليها إسم النقل غير المشروع للأطفال والذي يشكل إخلالا بحق الزيارة، لكن إذا كان حق الزيارة لا يثير أي إشكالات كبرى إذا تعلق الأمر بأبوين من جنسية واحدة فإنه في إطار الروابط الدولية الخاصة يأخذ طابعا دوليا ويعتبر من قبيل المنازعات الدولية الأكثر حدة وتعقيدا، إذ غالبا ما يعمد الشخص المحروم من حق الحضانة إلى نقل الطفل عبر الحدود الدولية، فالنقل غير المشروع للأطفال الذي يعتبر من بين المنازعات التي تنشأ في إطار الروابط الدولية الخاصة، والذي قد يحول الصراع العائلي إلى صراع بين نظامين قانونيين لدولتين مختلفتين، الشيء الذي سيكون له لا محالة تأثير كبير على وضعية الطفل وحقه في الإبقاء على روابطه و إتصالاته المباشرة مع أبويه، فوعيا بمختلف هذه الأضرار تم بذل جملة من الجهود من قبل المجتمع الدولي والتي

[300] مساطر قضاء الاسرة، التصميم والاخراج الفني: نداكومديزاين، مطبعة البيضاوى، اكتوبر 2012 ، ص24

[301] إدريس الفاخوري، السفر بالمحضون أية حماية ؟، المرجع السابق، ص 8

[302] ثريا بن سعد، أثار الطلاق بين الشريعة والقانون والواقع المجتمعي " تونس أنموذجا "، مرجع سابق، ص 105 . 106

إنتهت بوضع إطار قانوني للتصدي لهذه الظاهرة ويظهر ذلك أساسا في مجموعة من الإتفاقيات الدولية(المتعددة والثنائية) التي أبرمت منذ بداية الثمانينات من القرن الماضي[303].

ب . النقل غير المشروع ودورالإتفاقيات في حل مشكلة النقل غير المشروع عبر الحدود

النقل غير المشروعهو نقل الطفل من محل إقامته الإعتيادية إلى دولة أخرى خرقا لحقوق الحضانة الممارسة فعليا على هذا الطفل والتي ينص عليها قانون الدولة التي كان يستقر بها الطفل بشكل إعتيادي قبل نقله والتي كانت تمارس فعليا وقت النقل أو قبله من قبل الشخص الحاضن أو أية مؤسسة أو هيئة حيث لا يمكن للحاضن أن يدعي خرق حقه في الحضانة وهو لم يكن يمارسها وقت النقل، وإن كان أمر إثبات ممارسة السلطة الفعلية لحق الحضانة على الطفل يرجع للسلطة التقديرية للقضاء خرقا لحكم قضائي وإداري، أو أي إتفاق بين الأبوين أو بمقتضى قانوني قابلا للتنفيذ فوق تراب الدولة الطالبة وصدر قبل نقل الطفل المحضون[304].

فالنقل غير المشروع أو إحتجاز المحضون عبر الحدودفي الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية: يعتبر النقل أو إحتجاز الطفل فعل غير مشروع عندما يتم خرق حقوق الحضانة الممنوحة إلى شخص إما بصورة مشتركة أو منفردة، وأيضا عندما كانت تمارس في الواقع تلك الحقوق عند وقت النقلأو الإحتجاز، أما بصورة مشتركة أو فردية وأيضا عندما كان لتلك الحقوق أن تمارس أو كانت ممارسة بالفعل عندما تم ذلك النقل أو الإحتجاز للطفل (انظر المادة 3 (1) الفقرات(أ) و (ب) من إتفاقية لاهاي 1980)، أن فعل النقل غير المشروع يعاقب عليه قانون العقوبات الجزائري (انظر المواد 327 و328 من قانون العقوبات)،

ففي المملكة المغربية: المحكمة هي التي تقرر مشروعية أو عدم مشروعية النقل أو الاحتجاز للأطفال ولا يعتبر إحتجاز الطفل جريمة جنائية، إذا كان الزواج لا يزال قائما – المحاكم لا تتدخل في مثل هذه الحالة، إذا كان الطفل يبلغ من العمر أقل من 24 شهرا، ويمكن للمحاكم إتخاذ قرارات تنفيذية لإعادة الطفل إلى الأم و إصدار وثائق سفر للطفل للسفر مع الأم أن الإحتجاز غير المشروع بعد فعل جنائي أو جريمة مستقلة، أما في الجمهورية التونسية: يعتبر النقل أو الإحتجاز للطفل فعل غير مشروع بموجب القانون التونسي عندما يكون قد خرق حقوق الحضانة الممنوحة إلى شخص، مؤسسة أو هيئة أخرى، إما بصورة مشتركة أو منفردة (المادة 3 (1) (أ)، إتفاقية لاهاي 1980، وعندما كان له الحق أن يمارس بالفعل أما بصورة مشتركة أو منفردة في وقت النقل أو الإحتجاز إذا كان له أن يمارس ذلك لو لم تقع تلك الأحداث (المادة 3(1) (ب)، إتفاقية لاهاي 1980) (أنظر التعليقان على القانون رقم 62 – 22 بتاريخ 24 مايو1962 القائمة على جريمة عدم تقديم الأطفال)، تحت مادة واحدة، عندما تتقرر

[303] ادريس الفاخوري، السفر بالمحضون أية حماية؟، المرجع السابق، ص 8 . 9

[304] يونس الحكيم، مركز الطفل المحضون في القانون الدولي الخاص المغربي، مرجع سابق، ص 13 . 14

الحضانة لقاصر، بأمر من المحكمة – مؤقت أو دائم–الأب أو الأم أو أي أحد لا يقدم القاصر لأولئك الذين لهم الحق في المطالبة أو حتى عن طريق الإحتيال أو إستخدام العنف، نقل أو التسبب بنقل أو صرف أو تحويل إنتباه أولئك الذين أوكلت لهم الرعاية أو الأماكن التي وضع فيها يعاقب بالسجن لمدة تتراوح ما بين ثلاثة أشهر وسنة واحدة وبدفع غرامة من 24 إلى 240 دينار أو بإحدى هاتين العقوبتين[305]،

بالنسبة لمنع النقل غير المشروعنجد الولايات القضائية ذات التشريعات الخاصة المتعلقة بنقل أو إحتجاز الأطفال بصورة غير مشروعة (الجزائر، المغرب، تونس) تميل إلى أن تكون الوحيدة التي لديها نظام عام لمنع النقل غير المشروع أو الإحتجاز أو على الأقل تبسيط إمكانية تحديد مكان الطفل في مثل هذه الحالات، في الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية: ليس هناك إطار قانوني بديل لتفعيل الإتفاقيات المعنية بالإتصال عبر لحدود، لا توجد طرق بديلة منصوص عليها لتجنب عمليات النقل غير المشروع أو الإحتجاز في النزاعات عبر الحدود، ولكن إذا كان أحد الوالدين يشتبه بجدية في الوالد الآخر يمكن له أو لها طلب إتخاذ جميع التدابير القانونية من السلطات لمنع نقل أو إحتجاز غير شرعي للطفل، في المملكة المغربية: لا يوجد إطار قانوني بديل لتفعيل الإتفاقيات المعنية بالإتصال عبر الحدود، تشمل الطرق البديلة لتفادي عمليات النقل غير المشروع أو الإحتجاز في النزاعات عبر الحدود الآتي: إيداع جواز السفر(جوازات سفر) الطفل لدى السلطات، وجواز سفر المختطف المزعوم لتودع لدى السلطات مع وضع الطفل مؤقتا في مؤسسة للرعاية، في الجمهورية التونسية: ليس هناك إطار قانوني بديل لتفعيل الإتفاقيات المعنية بالإتصال عبر الحدود، الطرق البديلة لتفادي عمليات النقل غير المشروع أو الإحتجاز في النزاعات عبر الحدود تشمل الآتي: إيداع جواز السفر (جوازات سفر) الطفل لدى السلطات، وجواز سفر المختطف المزعوم لتودع لدى السلطات، الحصول على أوامر لمنع نقل الطفل، إصدار تنبيهات لسلطات الحدود أو الموانئ الطلب من المختطف المزعوم دفع مبلغ مالي أو وديعة ووضع الطفل مؤقتا في مؤسسو من مؤسسات الرعاية[306]،

أما عن عواقب النقل غير المشروع وإحتجاز المحضون: في الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية: يعتبر النقل أو الإحتجاز غير المشروع للطفل بمعرفة أحد الوالدين الجزائريين جريمة جنائية وتخضع لتدابير مالية، والتي تتضمن دفع تعويض مالي و السجن (أنظر المواد 327 و328 من القانون الجنائي)، في المملكة المغربية: يعتبر نقل الطفل من قبل أحد الوالدين المغربيين جريمة جنائية وتخضع لتدابير مالية والتي تشمل دفع تعويض مالي والسجن (أنظر المواد 477 منقانون العقوبات)[307]، أما في

[305] نقلا عن جيانلوكاب ،. بارولين ن حل النزاعات الأسرية عبر الحدود، دراسة "صور عامة عن الوضع الراهن في منطقة الجوار الجنوبي ودراسة مقارنة للأوضاع القطرية في مجال حل النزاعات الأسرية عبر الحدود "، مرجع سابق، ص 82 . 83

[306] جيانلوكاب . بارولين ن، المرجع نفسه، ص 89 . 90

[307] المادة 477: "إذا صدر حكم قضائي بالحضانة وكان نهائيا أو نافذا بصفة مؤقتة، فان الأب أو الأم أو أي شخص يمتنع عن تقديم القاصر إلى من له الحق في الولية بذلك، وكذلك إذا اختطفه أو غرر به، ولو دون تدليس أو عنف أو حمل غيره على التغرير به أو

الجمهورية التونسية: يعتبر النقل غير المشروع للطفل من قبل أحد الوالدين التونسيين جريمة جنائية تخضع لتدابير مالية، تشمل دفع تعويض مالي والسجن (أنظر القانون رقم 62 – 22 / 1962)[308].

فالجزائر تعرف نسب مهمة للجالية الجزائرية بالخارج خاصة أوروبا لذا بادرت إلى إبرام إتفاقيات ثنائية كما هو الحال بالنسبة للإتفاقيات الجزائرية الفرنسية رغبة منهما في تدعيم التعاون القضائي وهي إتفاقية بشأن أطفال الزواج المختلطين الجزائريين والفرنسيين في حالة الإنفصال، فهذه الإتفاقية تسيطر عليها حماية الطفل بالدرجة الأولى دون الإهتمام بشروط الحاضن خلافا للقانون الداخلي فوعيا من البلدان بأن مصلحة الطفل تتطلب أن تكون لديه إمكانية المحافظة على علاقات هادئة ومنتظمة مع والديه الذين هما في حالة الإنفصال، حيثما توجد إقامتهما، وبالإطلاع على نصوص هذه الإتفاقية فقد أعطت هي أيضا الصلاحية للأم بتسليم الطفل لمن له الحق في حضانته أو زيارته للسلطات المركزية وكذا القضائية[309].

فأضحت القوانين الوطنية المتعلقة بحماية حقوق الطفل، غير ذات جدوى للتصدي لظاهرة النقل غير المشروع بما فيها القوانين الجنائية وذلك عن طريق تحرير أمور دولية، للبحث عن الشخص الذي قام بعملية النقل غير المشروع للأطفال وإعتقاله على أساس جريمة خطف القاصرين، إلا أن هذا الإجراء لا يحقق نتائج مرضية خاصة إذا تمكن الخطف من الحصول على حضانة الطفل في الدولة المطلوبة إضافة إلى وجود مبدأ إقليمية القانون الجنائي ومبدأ عدم تسليم المواطنين لهذا فإعتماد القوانين الجنائية كحل لهذه الظاهرة يبقى محدودا جدا، لهذا أصبحت الإتفاقيات الدولية السبيل الوحيد لخلق جو من التعاون بين السلطات القضائية والإدارية للدول المعنية كفيل بإيجاد حلول لمواجهة النقل غير المشروع للأطفال، وبالإضافة إلى إتفاقية لاهاي لحماية القاصرين لسنة 1992، نجد إتفاقية لاهاي الصادرة بتاريخ 25 أكتوبر 1980 بشأن المظاهر المدنية للإختطاف الدولي للأطفال، والتي ركزت على المصلحة العليا للطفل وذلك من خلال حمايته دوليا من تداعيات النقل غير المشروع، فوضعت

اختطافه ممن عهد إليه بحضانته أو من المكان الذي وضعه فيه، فانه يعاقب بالحبس من شهر إلى سنة وغرامة من مائة وعشرين إلى ألف درهم" فإذا كان مرتكب الجريمة قد حرم من الولاية الأبوية على القاصر، فان الحبس يمكن أن يصل إلى ثلاث سنوات (من قانون العقوبات الجزائري) من قانون العقوبات المغربي

[308] جيانلوكاب . بارولين ن حل النزاعات الأسرية عبر الحدود، المرجع سابق، ص 95 . 96

[309] ادريس الفاخوري، السفر بالمحضون أية حماية؟، المرجع السابق، ص 9

ميكانيزمات للتعاون وضمان الحفاظ على الروابط والصلات بين الطفل وأبويه بشكل يحقق للحاضن الحق في ممارسة الحضانة مع تمكين الطرف الآخر في نفس الوقت من حقه في ممارسة حق الزيارة[310]،

وفي إطار التدابير التي أخذتها الدولة لمكافحة نقل الأطفال إلى الخارج وعدم عودتهم بصورة غير مشروعة ينص قانون العقوبات في المادة (268) منه على معاقبة كل من أبعد طفلا حديث الولادة عمن له سلطة شرعية أو أخفاه أو أبدله بآخر أو نسبه زورا إلى غير والديه بالحبس مدة لا تتجاوز 3 سنوات والغرامةالتي لا تزيد عاى 10 آلاف ريال أو بإحدى العقوبتين[311].

فإذا كانت للإتفاقيات دور كبير في حل مختلف المشاكل المتعلقة بالروابط العائلية الدولية ومنها مشكل النقل غير المشروع للأطفال، فإن للإتفاقيات المتعددة الأطراف أهمية لا يستهان بها للتصدي لهذه الظاهرة ويأتي على رأسها إتفاقية لاهاي 25أكتوبر1980 المتعلقة بالجوانب المدنية للإختطاف الدولي للأطفال،هذه الأخيرة التي جاءت بمجموعة من المكانيزمات للتعاون وضمان الحفاظ على الروابط الشخصية للطفل بأبوية، فهدفها هو حماية الأطفال ضد الآثار السلبية للنقل غير المشروع، فإتفاقية لاهاي 25 أكتوبر1980 كرست بشكل واضح مبدأ جوهريا وهو مبدأ تقديم مصلحة الطفل على ما عداها من المصالح، وهو ما تفرض الإتفاقية أنه يتحقق عبر إبقائه في البيئة التي إعتادها وألفها، وإبعاده عن النزاعات القانونية بين والديه، وإنجاز المهام التي تؤكد عليها هذه الإتفاقية رهين بضرورة توفر سلطة مركزية في كل دولة متعاقدة من أجل التعاون لضمان الإعادة الفورية للطفل وإلى جانب هذه السلطات المركزية لم تهمل الإتفاقية ما للسلطات القضائية من دور أيضا في هذا المجال، وعلى الرغم من المقتضيات المهمة التي أتت بها الإتفاقية إلا أن بعض العوائققد تقف حائلا دون تطبيقها من بينها ما يرجع للإطار الجغرافي لهذه الاتفاقية إذ أن دائرة تطبيقها تبقى نسبية بالنظر إلى قلة الدول الموقعة عليها خاصة الدول الإسلامية[312].

ونجدللإتفاقيات الثنائية دور للحد من ظاهرة النقل غير المشروع للمحضون عبر الحدود، حيث نجد في المغربوبخصوص الإتفاقيتين الأخيرتين (المغربية الفرنسية و المغربية الاسبانية) فقد جاءتا ببعض المقتضيات التي ترمي إلى تحقيق التعاون بين السلطات المركزية والسلطات القضائية، وذلك من أجل تحقيق الإرجاع الفوري للطفل المنقول نقلا غير مشروع لأحد أبويه المخول له حق حضانته فالسلطات

[310] يونس الحكيم، مركز الطفل المحضون في القانون الدولي الخاص المغربي، مرجع سابق، ص 61 . 62

[311] اتفاقية حقوق الطفل، لجنة حقوق الطفل، النظر في التقارير المقدمة من الدول الاطراف بموجب المادة 44 من الاتفاقية، التقارير الدولية الثانية من الدول الاطراف المقرر تقديمها عام 2002، قطر، 10 كانون الثاني، يناير 2008، الامم المتحدة، ص 44

[312] نقلا عن ادريس الفاخوري، السفر بالمحضون أية حماية، المرجع السابق، ص 10

المركزية تقوم بأدوار ودية، إذ تتعاون على البحث فوق ترابها عن مكان إقامة الطفل الذي وقع نقله إليها، مع إتخاذ كل تدبير من شأنه أن يساعد على التسليم الإداري، وفي حالة الإستعجال تأمر بإتخاذ كل تدبير مؤقت يظهر مفيدا لحماية الطفل من أخطار جديدة، وعند فشل السلطات المركزية في تحقيق أهدافها هاته، يبدأ دور السلطات القضائية لتلك الدول بالقيام بتسريع الإجراءات الكفيلة لحماية الطفل و الأمر بتسليم هذا الأخير بشكل فوري إلى من له الحق في حضانته[313]،

وفي تونسأيضا أبرمت إتفاقية مع فرنسا تتعلق بالتعاون القضائي في مادة الحضانة وحق الزيارة و النفقة والتي ترمي من خلال مقتضياتها إلى وضع حلول للمشاكل الأسرية التي قد تتعرض لها إحدى الدولتين كمشكل السفر بالمحضون[314]،

أما في الجزائرفبخصوصالقوانين المقارنة نجد أن الجزائر مثلها مثل المغرب تعرف نسب مهمة للجالية الجزائرية بالخارج خاصة أوروبا، لذا بادرت هي أيضا إلى إبرام إتفاقية ثنائية كما هو الحال بالنسبة للإتفاقية الجزائرية الفرنسية رغبة منها في تدعيم التعاون القضائي، وهي إتفاقية بشأن أطفال الأزواج المختلطين الجزائريين والفرنسيين في حالة الإنفصال، فهذه الإتفاقية تسيطر عليها حماية الطفل بالدرجة الأولى دون الإهتمام بشروط الحاضن خلافا للقانون الداخلي، فوعيا من البلدين بأن مصلحة الطفل تتطلب أن تكون لديه إمكانية المحافظة على علاقات هادئة ومنتظمة مع والديه الذين هما في حالة الإنفصال حيثما توجد إقامتهما، وبالإطلاع على نصوص هذه الإتفاقية فقد أعطت هي أيضا الصلاحية للأم بتسليم الطفل لمن له الحق في حضانته أو زيارته للسلطات المركزية و كذا القضائية[315]،

وإذا كان للإتفاقيات الثنائية دور كبير في حل مختلف المشاكل المتعلقة بالروابط العائلية الدولية ومنها مشكل النقل غير المشروع للأطفال، فإن للإتفاقيات المتعددة الأطراف أهمية لا يستهان بها للتصدي لهذه الظاهرة ويأتي على رأسها إتفاقية لاهاي 25 أكتوبر 1980 المتعلقة بالجوانب المدنية للإختطاف الدولي للأطفال و إتفاقية حقوق الطفل لسنة 1989[316].

[313] نقلا عن الفاخوري إدريس،النقل غير المشروع للأطفال في الروابط الدولية الخاصة، منشورات مجلة الحقوق، سلسلة المعارف القانونية والقضائية، عدد 32، 2016، دار المنظومة جميع الحقوق محفوظة 2020، ص 16

[314] نقلا عن الفاخوري إدريس، النقل غير المشروع للأطفال في الروابط الدولية الخاصة، نفس المرجع، ص 19

[315] نقلا عن الفاخوري إدريس، المرجع نفسه، ص 18 . 19

[316] الفاخوري إدريس، المرجع نفسه، ص 19

في إتفاقية لاهاي 1980 نجد المادة(3)من إتفاقية لاها 1980 تنص: "يعتبر نقل الطفل أو احتجازه غير مشروع في الحالات التالية:(ا)- إذا كان في ذلك إنتهاك لحقوق الحضانة الممنوحة لشخص أو مؤسسة أو هيئة ما، سواء بشكل مشترك أو فردي و التي ينص عليها قانون الدولة التي كان الطفل مقيما فيها بصفة إعتيادية مباشرة قبل نقله أو إحتجازه،(ب) – إذا كانت هذه الحقوق قد مورست فعلا وقت النقل أو الإحتجاز سواء بشكل مشترك أو فردي أو كانت ستمارس لو لم يحدث نقل الطفل أو إحتجازه

قد تمنح حقوق الحضانة المذكورة أعلاه في الفقرة (أ) على وجه الخصوص بموجب قانون أو بناء على قرار قضائي أو إداري أو إتفاق ذو أثر قانوني بموجب قانون الدولة المعنية، كما تنص المادة(12)من الإتفاقية: إذا كان طفل قد نقل أو أحتجز بطريقة غير مشروعة حسب ما ورد في المادة(3)، وإذا كانت الفترة المنقضية بين تاريخ النقل أو الإحتجاز غير المشروع و تاريخ بدء الإجراءات بواسطة السلطة القضائية أو الإدارية التابعة للدولة المتعاقدة التي يوجد بها نقل عن عام واحد، فيجب على السلطة المعنية إصدار أمر فوري بإعادة الطفل، تصدر السلطة القضائية أو الإدارية أيضا أمرا بإعادة الطفل حتى إذا كانت الإجراءات قد بدأت بعد إنقضاء مدة السنة الواحدة المشار إليها في الفقرة السابقة إلا إذا قدمت البراهين على أن الطفل مستقر في بيئته الجديدة، يحق للسلطة القضائية أو الإدارية التابعة للدولة المقدم إليها الطلب، إذا توفر لديها ما يدعو للإعتقاد بأن الطفل قد نقل إلى دولة أخرى، إستئناف الإجراءات أو رفض النظر في طلب إعادة الطفل[317].

أما عن إتفاقية لاهاي1996: ففي الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية لم يتم التوقيع بعد على إتفاقية لاهاي لعام 1996 (الإتفاقية الصادرة بتاريخ 19 تشرين الأول 1996 بشأن الإختصاص والقانون الواجب التنفيذ والإعتراف والتعاون في مجال مسؤولية الوالدين (الأولياء) والتدابير لحماية الأطفال، أما في المملكة المغربية تم التوقيع على إتفاقية لاهاي 1996 (الإتفاقية الصادرة بتاريخ 19 تشرين الأول 1996 بشأن الإختصاص والقانون الواجب التنفيذ والإعتراف والتعاون في مجال مسؤولية الوالدين (الأولياء) والمصادق عليها بالمرسوم الملكي في 22 يناير/كانون الثاني 2003، أما في الجمهورية التونسية لم يتم التوقيع على إتفاقية لاهاي لعام 1996 (الإتفاقية الصادرة بتاريخ 19تشرين الأول1996 بشأن الاختصاص والقانون الواجب التنفيذ والاعتراف والتعاون في مجال مسؤولية الوالدين (الأولياء)[318]، لتجد الدول الأطراف في إتفاقية لاهاي1980 التي لم توقع أو تصدق على أو تنظم إلى إتفاقية لاهاي لعام 1996 حتى الآن، ما يشجعها على الوضع بعين الإعتبار ما تتضمنه الإتفاقية من ميزات في توفير إطار للإختصاص وكذلك للإعتراف بقرارات الإتصال وتنفيذها، وبالتالي تكون تكميلية لإتفاقية 1980، على أية حال فمن الواجب على الدول الأطراف في إتفاقية 1980ومن

[317] اتفاقية لاهاي المتعلقة بالجوانب المدنية للاختطاف الدولي للأطفال 25 أكتوبر 1980، المملكة المغربية، وزارة العدل والحريات، مديرية الشؤون المدنية، ترجمة من إعداد السلطة المركزية المغربية

[318] نقلا عن جيانلوكاب . بارولين ن حل النزاعات الأسرية عبر الحدود، مرجع سابق، ص 80

الضروري لأداء العملي للمادة21[319] منها، الإشهار عن الظروف التي ستقوم فيها سلطاتها بممارسة إختصاصها في إتخاذ وتحديد قرارات الإتصال وبالإعتراف والتنفيذ للقرارات المتعلقة بالإتصال الصادرة في الدول الأطراف الأخرى، إضافة إلى ذلك فلتجد الدول التي ليست أطرافا في إتفاقية لاهاي لعام1980 ما يشجعها على الأخذ بعين الإعتبار ما تتيحه إتفاقية لاهاي لعام1996من ميزات في توفير الإطار الأساسي للتعاون القانوني بين الدول[320].

فإتفاقية لاهاي رقم 1 لحماية الطفل لعام1996 لديها القدرة على أن تصبح وسيلة يتم التصديق عليها وإستخدامها على نطاق واسع، تتناول مجموعة واسعة جدا من قضايا حماية الطفل الدولية، وذلك فإن إتساع نطاق الإتفاقية يتضمن أنها ذات صلة عالمية، علاوة على ذلك، تستجيب الإتفاقية لحاجة حقيقية دالة وعالمية لإطار دولي أفضل فيما يتعلق بالقضايا العابرة للحدود لحماية الطفل، ويتواصل العمل الدائم لمكتب مؤتمر لاهاي للقانون الدولي الخاص للكشف عن أوضاع الأطفال المستضعفين و التي يمكن تخفيفها بتطبيق إتفاقية عام1996[321]،

بالإضافة إلى ذلك تتبع هذه الإتفاقية الحدث الأخير لعام 1980و1993 لإتفاقية لاهاي 2 للأطفال من حيث أنها تجمع بين الإطار القانوني الدولي وآليات التعاون، كما أن إدراج هياكل التعاون ضمن الإتفاقية أمر بالغ الأهمية للإتفاقية لتحقيق أهدافها، مثل هذه الهياكل تعزز تبادل المعلومات بشكل أفضل وحدود المساعدة المتبادلة وضمان ذلك عبر مجموعة متنوعة من الدول، وأن الآليات المعمول بها في وضعية مناسبة لتمكين القواعد القانونية من أن تكون عملية بشكل كامل[322].

ونجدإتفاقية حقوق الطفل لسنة1989: فقد نصت في المادة (11)منها على ضرورة إتخاذ الدول الأطراف إجراءات مكافحة نقل الأطفال إلى الخارج وعدم عودتهم بصورة غير مشروعة من خلال إبرام إتفاقيات ثنائية أو متعددة الأطراف أو الإنضمام إلى إتفاقيات قائمة، وهدف هذه المادة هو مكافحة خطف الأطفال سواء كان ذلك عن طريق أحد الوالدين بعد إنفصالهما بسبب إنحلال عقد الزواج أو

[319] المادة21 من انفاقية لاهاي 1980:"يمكن تقديم طلب اتخاذ الترتيبات اللازمة لتنظيم الممارسة الفعلية لحقوق الزيارة والاتصال أو ضمانها، وذلك أدى السلطات المركزية التابعة للدول المتعاقدة بنفس طريقة تقديم إعادة الطفل
تلتزم السلطات المركزية وفق واجبات التعاون المنصوص عليها في المادة 7 بتعزيز ممارسة حقوق الزيارة والاتصال في جو هادئ وضمان توفير الشروط التي تستوجبها ممارسة هذه الحقوق
تتخذ السلطات المركزية الخطوات الأزمة . بقدر الإمكان . لإزالة كافة العقبات التي تقف في طريق ممارسة هذه الحقوق
تباشر السلطات المركزية أو تساعد في الإجراءات القضائية، سواء بصورة مباشرة أو عبر وسطاء بهدف تنظيم هذه الحقوق أو حمايتها، وضمان احترام الشروط التي تستوجبها ممارسة هذه الحقوق

[320] مؤتمر لاهاي للقانون الدولي الخاص، الاتصال عبر الحدود بالنسبة للأطفال مبادئ عامة ودليل الممارسة السليمة، مرجع سابق، ص أ

[321] Hague conference on private international law, practical handbook on the operation of the 1996 Hague child protection convention, page13

[322] Hague conference on private international law, practicalhandbook on the operation of the 1996 Hague child protectionconvention, page 13 المرجع نفسه

كان الاختطاف عن طريق أي شخص آخر كما في أحوال خطف الطفل لإستغلاله والمتاجرة به، هذا إلى جانب المادة(35)من إتفاقية حقوق الطفل والتي نصت وأكدت على نفس المقتضيات الواردة في المادة (11)والتي جاء فيها: "تتخذ الدول الأطراف جميع التدابير الملائمة الوطنية والثنائية والمتعددة الأطراف لمنع إختطاف"[323].

كماهناك إشكالا آخر يطرح على صعيد إنتقال الحاضنة بالمحضون خارج المغرب، فقد جاء في المادة (179) من مدونة الأسرة ما يلي: "يمكن للمحكمة بناء على طلب من النيابة العامة، أو النائب الشرعي للمحضون، أن تضمن في قرار إسناد الحضانة، أو في قرار لاحق منع السفر بالمحضون إلى خارج المغرب، دون موافقة نائبه الشرعي، وتتولى النيابة العامة تبليغ الجهات المختصة مقرر المنع قصد إتخاذ الإجراءات الازمة لضمان تنفيذ ذلك، في حالة رفض الموافقة على السفر بالمحضون خارج المغرب يمكن اللجوء إلى قاضي المستعجلات لإستصدار إذن بذلك، ولا يستجاب لهذا الطلب إلا بعد التأكد من الصفة العرضية للسفر، ومن عودة المحضون إلى المغرب"، فإنتقال المحضون إلى خارج المغرب ومكوثه هناك مدة قد تطول أو تقصر يجعل زيارته من طرف النائب الشرعي من الصعوبة بما كان إذ يبدو منطقيا التساؤل عما إذا كان الولي يستطيع ممارسة حقه في زيارة المحضون، في ظل عدم توفره على الإمكانيات المادية اللازمة لسفره خارج أرض الوطن؟، فكيف يمكن أن نتصور قيام الولي بمراقبة أحوال المحضون في الوقت الذي يستطيع السفر إليه من أجل زيارته إذ أن المراقبة أصبحت تتطلب من الولي الحضور المستمر إلى جانب الصغير من خلال زيارته، حيث يتعين عليه مراقبة سيره الدراسي و قيامه بواجباته اليومية و الذهاب إلى المدرسة والرجوع منها وكيفية قضاء أوقات فراغه وغيرها من الأمور[324].

في القانون السوداني قانون رقم (91) للأحوال الشخصية المادة (120) : "لا يجوز للولي أبا كان أو غيره أن يسافر بالمحضون في مدة الحضانة إلا بإذن حاضنته"[325]؟.

ولمواجهة حالات إختطاف الأطفال الناجمة عن إنفصال العلاقة الزوجية وما يترتب عنها من مشاكل وصعوبات قانونية ونفسية للحاضن والمحضون تضمنت الإتفاقيات الثنائية العديد من المقتضيات القانونية التي تعالج هذا الأمر، والتي تهدف على الخصوص ضمان الرجوع الفوري للطفل الذي تم نقله أو الإحتفاظ به بطريقة غير مشروعة، وقد إستثنت هذه الإتفاقيات بعض الحالات التي يسمح فيها للسلطات القضائية في الدولة المطلوبة التي تم نقل الطفل إليها أن تمتنع عن الإرجاع وهي كالتالي:

. كون الحاضن وقت الخرق المثار لم يكن يمارس الحضانة فعليا أو بحسن نية .

[323] الفاخوري إدريس، النقل غير المشروع للأطفال في الروابط الدولية الخاصة، مرجع سابق، ص 21

[324] المعتصم بالله ابتسام، زيارة المحضون واستزارته، أي اشكالات؟، مرجع سابق، ص 236 . 237. 238

[325] نقلا عن نسيبة الحسن محمود علي، الحضانة واثرها في تربية الطفل على ضوء الفقه الاسلامي، بحث مقدم لنيل درجة الدكتوراه في الدراسات الاسلامية، كلية الاداب قسم الدراسات الاسلامية، جامعة الخرطوم، 2006 م، ص 80

. كون إرجاع الطفل إلى الحاضن قد يعرض صحته أو سلامته للضرر .

. إذا تم الإحتجاج بمقرر قضائي قضى بالحضانة قبل نقل الطفل، وكان يقبل التنفيذ فوق تراب الدولة المطلوبة[326].

المبحث الثاني: إشكالات العدة والنسب بعد الطلاق والوفاةفي التشريع الجزائري

قد تحدث الفقه الإسلامي عن العدة في كثير من النصوص وكذا في قانون الأسرة بإعتبارها موضوع يرتبط بالزوجة المطلقة أدت إلى وجود آثارمعنوية، والتي من خلالها تعتد الزوجة بعد الطلاق أوالوفاة وتكون بالقروء أو بالأشهر حسب حال كل زوجة، وبالرغم من أن نصوص قانون الأسرة مستوحاة منالشريعة الإسلامية، إلا أن هذا لا يعني أنه لا توجد نقائص خاصة بعد التعديل مما أدت إلى نشوء عدة إشكالات، أما فيما يخص نسب الطفل المحضون فقد تطرقنا إليه لتفادي الخلط بين الأنساب وكذلك لابد من حمايته تجنبا للفساد وإنتشار المحرمات، فقد سهر المشرع الجزائري على ضمان حق الطفل وعمل على تنظيم حق النسب على أن أساس النسب هو إثباته، حيث سعت الشريعة الإسلامية نحو إثباته من خلال طرق الإثبات التي تتمثل في الإقرار والبينة والقيافة والقرعة، وبالتالي نجد المشرع الجزائري إنتهج ثلاث طرق الأولى في إثبات النسب، وبالرغم من ذلك وجدنا أيضا عدة إشكالات تتمحور حول النسب بعد الطلاق أو الوفاة لابد من تداركها.

المطلب الأول: إشكالات العدة في التشريع الجزائري

حيث نجد نصوص تخالف الشرع ونصوص تتناقض بعضها البعض، خاصة عند تداخل العدة وفي تحديد أقل وأقصى مدة الحمل والمعاشرة في زمن العدة، والخلط الحاصل في موضوع الرجعة وكذا تاريخ إبتداء وإنتهاء العدة، ذلك أن الحساب يختلف بين الأشهر القمرية والميلادية، وغير ذلك من الإشكالات التي سنعالجها، وقبل التطرق لها لابد من التطرق أولا إلى مفهومها.

الفرعالأول: مفهوم العدة

أولا: تعريف العدة

[326] بوعصيبة عبد القادر، حق الحضانة واشكالات التطبيق في المهجر، اشغال الندوة الدولية: تطبيق مدونة الاسرة في المهجر، مختبر البحث في قانون الاسرة والهجرة، مجلة محكمة ابريل 2010، كلية العلوم القانونية والاجتماعية بوجدة، المغرب، ص 390

أ . **لغة:** عدة المرأة المطلقة أقراؤها والحاملة وضع حملها والمتوفى عنها زوجها أربعة أشهر وعشرا أو بعد الأجلين[327].

ب . **العدة شرعا:** هي تربص يلزم المرأة عند زوال النكاح وشبهتهالمتأكد بالدخول أو ما يقوم مقامه من الخلوة والموت، ويدخل في شبهته النكاح الفاسد والوطء بشبهة، وتثبت العدة في النكاح الصحيح بالخلوة ولو كانت فاسدة إحتياطيا، ومعنى ذلك أنالمرأة لا يحل لها أن تتزوج بغيرزوجهاالأول حتى تنقضي العدة التي حددها الشارع لها[328].

ثانيا: أقسام العدة

أ. معتدة من طلاق: هي المرأة التي وقع الطلاق عليها سواء كان طلاقا بائنا أو رجعيا

ب . معتدة من وفاة: هي المرأة التي توفي عنها زوجها

ج . معتدة من مفارقة بغير طلاق: هي المرأة التي وقع زواجها فاسدا أو فيه شبهة

د . معتدة المفقود: هي المرأة التي غاب عنها زوجها و لا تعلم أيعود هو أم لا يعود[329].

ثالثا: أنواع العدة

أ. **العدة بالأشهر**: وهنا نميز بين عدة الوفاة وعدة المرأة التي لا تحيض أي التي لم تر الحيض قط أو اليائس من الحيض، فأما عدة الوفاة في هذا النوع تخص المرأة المتوفى عنها زوجها غير الحامل، وهذه العدة يطلق عليها العدة بالأشهر الصلية وهي أربعة اشهر وعشر أيام، سواء تم الدخول أو لم يتم في حالة كون العقد صحيحا، أما إذا كان العقد فاسدا أو تم الدخول بها ثم مات الزوج قبل المفارقة فإنها تعتد عدة الوفاة لأن هذه الخيرة خاصة بالمتوفى عنها زوجها في عقد صحيح[330].

---

[327] احمد رضا، معجم متن اللغة، موسوعة لغوية حديثة، المجلد الرابع، دار مكتبة الحياة، بيروت، 1379 هـ . 1960 م، ص44

[328] محمد عزمي البكري،الاحوال الشخصية . الطلاق . اسباب التطليق . الخلع . العدة،موسوعة الفقه والقضاء (ع) جزء 4،دار محمود للنشر والتوزيع،9 شارع سامي البارودي – باب الخلق، 2000 ، ص 510

[329] احمد نصر الجندى، احكام العدة عند النساء، دار الكتب القانونية، مطابع شتات، المحلة الكبرى . السبع بنات 57 ش رشدى، 2005، ص 11

[330] رابح لعراجي، حقوق المعتمدة وواجباتها في التشريع الجزائري، مجلة المنار للبحوث والدراسات القانونية والسياسية، العدد الخامس، جوان 2018، مجلة دورية علمية محكمة متخصصة في مجال العلوم القانونية والسياسية تصدر عن كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة فارس بالمدية، ص 252

ب . **العدة بالقروء**: تعتد بالحيض المفارقة بطلاق أو فسخ شريطة أن لا تكون حاملا ولا متوفى عنها زوجها وتكون لنوعين من النساء:

(أ) المرأة التي تحيض فعلا، فلا تكون صغيرة ولا يائسة و لا في سن الحيض ولكن لا يأتيها، أو كانت تحيض وإرتفع حيضها بسبب ما، والإعتداد بالقروء هو الأصل ولا يصار إلى الأشهر إلا عند تعذر العدة بالحيض وقد ثبتت هذه العدة بقوله تعالى: "والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء"،

(ب) وتعتد بالقروء المتوفى عنها زوجها من زواج فاسد أو وطء بشبهة، إذا كانت من ذوات الحيض لأن الزواج غير صحيح فيلزمها عدة إستباء ثلاثة قروء، فإذا كانت المرأة ممن ذكرنا فإن عدتها تكون ثلاثة قروء عند جمهور الفقهاء، غير أن الفقهاء إختلفوا في معنى القرء لأنه من الألفاظ المشتركة التي تطلق على الطهر وتطلق على الحيض، وقد تمنينا لو بين قانون الأسرة المقصود من القرء لأنه يؤثر في حساب العدة والخطأ في حساب العدة يؤدي إلى الوقوع في المحضور[331].

ج . **العدة بوضع الحمل**: إذا كانت الزوجة حاملا فعدتها وضع حملها، ودليل ذلك قوله تعالى:"وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن"، فإذا توفي الزوج و زوجته حامل، ووضعت بعد وفاته بيوم واحد فقد إنتهت عدتها ولا تعتد عدة الوفاة، أما من حاضت حيضة أو حيضتين ثم إرتفع الدم عنها لمرض أو لغيره وإمتد طهرها و لم تبلغ سن اليأس وتسمى ممتدة الطهر، فعدتها سنة كاملة من يوم الطلاق وفق ما ذهب إليه المشرع السوري أخذا من مذهب المالكية الذين قالوا: من تأخر حيضها بلا سبب أو بسبب مرض ألمَّ بها قبل الطلاق أو بعده فإنقطع حيضها ولم تبلغ سن الياس فعليها أن تتربص تسعة أشهر من يوم الطلاق ثم تعتد بثلاثة أشهر أخرى[332]، فعدة المتوفى عنها زوجها ليست تعبدا محضا كونها تجب على غير المدخول بها، بل فيها عدة المقاصد الأخرى وفي ذلك يقول إبن القيم: "وأما عدة الوفاة فتجب بالموت، سواء دخل بها أو لم يدخل، فإن الموت لما كان إنتهاء العقد وإنقضاءهإستقرت به الأحكام[333].

[331] بن شويخ الرشيد، شرح قانون الاسرة الجزائري المعدل دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، دار الخلدونية للنشر والتوزيع القبة القديمة الجزائر ، الطبعة الاولى 1429 هـ – 2008 م، ص 224

[332] عبد الرحمان الصابوني، شرح قانون الاحوال الشخصية السوري، الطلاق واثاره، مرجع سابق، ص 126 – 127

[333] ابراهيم خياري، مقاصد احكام العدة واثرها في حكم استبراء المعتدة عن طريق الكشف الطبي، مجلة المعيار، المجلد الحادي عشر، العدد 2، جوان 2020، مجلة علمية محكمة تصدر عن المركز الجامعي احمد بن يحي الونشريسي . تيسمسيلت . الجزائر، ص 51

د . عدة من إستمر نزول الدم عليها:إذابدأتالمرأة عدتها بالحيض وإستمر نزول الدم عليها فإن كانت لها عادة معروفة لأيام حيضها وطهرها إتبعت عادتها فتنتهي عدتها بمضي مدة كافية لثلاث حيضات بحسب عادتها المعروفة، أماإذا لم تكن لها عادة معروفة أو كانت ونسيتها ففي المذهب الحنفي قولان:

الأول– تعتد بسبعة أشهر، وذلك بأن يقدر لكل حيضة أقصى مدتها وهي عشرة أيام فتكون مدة الثلاث حيضات ثلاثين يوما ويقدر لها ثلاث أطهار على أن تكون مدة كل طهر شهرين إحتياطيا فتصير المدة المقدرة للأطهار ستة أشهر تضاف إلى مدة الحيض، فيكون المجموع تسعة أشهر،

الثاني – تلحق بغير ذوات الإقراء فتعتد بثلاثة أشهر لأن الغالب في أحوالالنساء رؤية القرء مرة في كل شهر، وهذا القول هو الأقوى من وجهة النظر وقد إختارته لجنة الأحوال الشخصية وإن كان بعض الفقهاء قال أن الفتوى على القولالأول[334].

وهنا نتسائلما المقصود بالطهر الحكمي؟: الحيض الصحيح عند المرأة لابد أن يعقبه طهر صحيح – كما أن الحيض الصحيح لابد أن يسبقه طهر صحيح، فأجل العدة عبارة عن حيض وطهر معا من أجل ذلك وضع الأحناف تقديرا للطهر فقالوا أقله خمسة عشر يوما– بمعنى أن يقف نزول الدم على المرأة مدة خمسة عشر يوما كاملة على الأقل، فإذا كانت المدة أقل من خمسة عشر يوما لا يكون الإنقطاع طهرا صحيحا، ويكون الدم المتوالي النزول على المرأة في حكم الحيض أو الإستحاضة، لأن الطهر كان دون مدته فيكون طهرا فاسدا، والفاسد هنا لا تتعلق به أحكام الطهر الصحيح شرعا، فالمرأة التي رأت دم الحيض يوما ورأت بعده أربعة عشر يوما طهرا ويوما بعدها رأت دما– فإن حيضة هذه المرأة عشرة أيام من أول يوم رأت فيه الدم ولو دخلت فيها تسعة أيام في الأربعة عشر يوما التي لم تر فيها الدم[335].

و . عدة زوجة المفقود: بمجرد فقده . لا يعتبر ميتا تعتد زوجته، وإنما تكون عدتها بعد حكم القاضي بوفاته، وموته في هذه الحال يكون موتا حكميا، تعتد بعده زوجته عدة الوفاة من تاريخ الحكم بوفاته، وتقسم تركته على ورثته الموجودين وقت الحكم[336].

[334] احمد فراج حسين، احكام الاسرة في الاسلام – الطلاق وحقوق الاولاد ونفقة الاقارب، دار الجامعة الجديدة للنشر، منشاة المعارف بالاسكندرية، 1418 هـ . 1991 م، ص 180 . 181

[335] احمد نصر الجندى، اسئلة من محاكم الاسرة والاجابة عليها، دار الكتب القانونية، دار شتات للنشر والبرمجيات، مصر – الامارات، مطابع شتات، 2013، ص 152

[336] احمد نصر الجندي، عدة النساء عقب الفراق او الطلاق، دار الكتب القانونية مصر المحلةالكبرى . السبع بنات . 24 ش عدلى يكن، 2005، ص 172

رابعا:إنتقال العدة وتحولها: والمقصود هنا هو أن يطرأ على العدة طارئ يغير كيفية أدائها، وتتحول إلى كيفية أخرى شرعا، فيحدث أن يطلق الزوج زوجته طلاقا رجعيا ومن ثم يموت وهي لا زالت في عدتها فهل تعتد عدة الطلاق أم تنتقل إلى عدة الوفاة؟ فإنها سواء كانت العدة بالإقراء أو بالأشهر فعلى الزوجة والحالة هذه إستئناف عدة الوفاة أربعة أشهر وعشرة أيام بلا خلاف بين الفقهاء في ذلك، كون المطلقة رجعيا زوجة للمتوفي حكما يلحقها طلاقه وينالها ميراثه[337].

غير أنهنجدإنتقال العدة من الأشهر إلى الإقراء مثلا الصغيرة التي لا تحيض أو البالغ التي لم تحض بعد، فإن طلقت وبدأت عدتها بالأشهر وفي إثنائها رأت الدم فتستأنف عدتها بالإقراء، لأن الشهور في حقها بدل عن الإقراء، والقدرة على المبدل قبل حصول المقصود بالبدل يبطل حكم البدل كالقدرة على الوضوء في حق المتيمم، فإذا حاضت فقد ثبتت القدرة على المبدل وهو الحيض فيبطل حكم الأشهر، وكذلك من ظنت أنها آيسة فبدأت العدة بالأشهر ثم رأت الدم، وهل يحسب ما قبل الحيض قرء على الأول بأن القرء هو الأطهار أو لا؟ [338]، أما تحول العدة من نوع إلىآخر فإذا كانت الفرقة طلاقا بائنا أو فسخا فلا تتحول عدتها إذا توفي مطلقها خلال العدة، بل تكمل المرأة عدة الطلاق أو التفريق الفسخ وبحسب الأصول[339].

أماإذا كانت عدة المرأة بثلاثة أشهر إما لصغرها أولأنها لم تر الدم أصلا، أو لبلوغها سن اليأس، ثم رأت دم الحيض قبل أن تنتهي الأشهر الثلاثة وجب عليها أنتستأنف عدة جديدة بثلاث حيضات ولو كانت قد قضت أكثر العدة بالأشهر لأن الإعتدادبالأشهر وجب عليها لأنها ليست من ذوات الحيض فكانت الأشهر الثلاثة بدلا عن الحيضات وقد وجد الأصل قبل أن يتم المقصود بالبدل فيسقط إعتبارالبدل،أماإذا لم تحض إلا بعد إنتهاء ثلاثة الأشهر فإن عدتها تكون قد إنقضتبإنقضاء ثلاثة الأشهر ولا يجب عليها إستئناف عدة جديدة[340].

خامسا: مبدأ العدة:العدةإماأن تكون من طلاق أو فسخ أو موت أو نكاح فاسد وفيما يلي بيان لكل حالة:

---

[337] عبد القادر ابراهيم علي، احمد محمود عبد دعيبل، وجيز الاحوال الشخصية في القانون العراقي والشريعة الاسلامية، دراسة قانونية فقهية قضائية مع مقارنة ببعض التشريعات العربية معززة بقرارات محكمة التمييز الاتحادية، الجزء الثاني الطلاق والتفريق واثارهما، الطبعة الثانية منقحة، 2018م 1439 هـ، ص 375 . 376

[338] مصري مبروك، الطلاق واثاره من قانون الاسرة الجزائرية، مرجع سابق، ص 414

[339] عبد القادر ابراهيم علي، احمد محمود عبد دعيبل، وجيز الاحوال الشخصية في القانون العراقي والشريعة الاسلامية، مرجع سابق، ص 376

[340] محمد عزمي البكري، الاحوال الشخصية . الطلاق – اسباب التطليق – الخلع – العدة، مرجع سابق، ص 528

أ . مبدأ العدة من الطلاق والفسخ: إذا كان النكاح صحيحا وحصلت الفرقة سواء كانت بطلاق أو فسخ، فإن العدة تبدأ منذ الفرقة سواء علمت الزوجة بالفرقة أو لأن السبب وجوب العدة الطلاق أو الوفاة، فيعد إبتداؤها من وقت وجوب السبب فإذا مضت المدة إنقضت العدة وهذا ما قال به الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة، ويكون إبتداء العدة في الطلاق المبهم من وقت البيان ولو شهد بطلاقها شاهدان ثم بعد أيام عدلا، فالعدة من وقت الشهادة لا القضاء بخلاف ما لو أقر بطلاقها منذ زمان فالفتوى عند الحنفية أنها من وقت الإقرار مطلقا نفيا لتهمه – المواضعة – وزجرا له حيث كتم طلاقها، وإن أقر الزوج بأنه طلق زوجته منذ زمان فإن كذبته المرأةأو قالت لا أدرى، فإن العدة تجب من وقت الإقرار، وتحسب لها عليه النفقة والسكنى ولا يحل له أن يتزوج بأختها ولا أربع سواها حتى تنقضي عدتها، وإن صدقته فعليها العدة من وقت الطلاق ولا يجب لها نفقة العدة ولا السكنى لأنها صدقته ولو أن المرأة أخبرها ثقة أن زوجها الغائب مات أو طلقها ثلاثا، أو كان غير ثقة وأتاها بكتاب من زوجها بالطلاق ولا ترى أنه كتابه أم لا إلاأن أكبر رأيها أنه حق فلا بأس أن تعتد وتتزوج[341].

ب . مبدأ العدة من موت الزوج: في الزواج الصحيح تكون واقعة الوفاة موجبة للعدة سواء تم الدخول أو لم يتم، أما في عقد الزواج الفاسد لا يوجد نوع خاص من العدة بالوفاة، وقد جاءت المادة (59) من قانون الأسرة الجزائري وأكدت ذلك خلال مصطلح "متوفى عنها زوجها"، حيث جاء ذلك شاملا للمدخول بها[342]، أما إذا مات الزوج وترك زوجته حائلا غير حامل فإن عدتها تكون أربعة أشهر وعشرة أيام، سواء كانت مسلمية أو ذمية، صغيرة أو كبيرة، مدخولا بها أو غير مدخول بها[343].

ج . مبدأ العدة من النكاح الفاسد[344]: لا تجب فيه العدة عند المفارقة قبل الدخول ولا يعتد بالخلوة المجردة فيه وهذا لوجود نكاح فاسد، هذا حسب رأي الشافعية، أما المالكية فيرون وجوب العدة بالخلوة بعد الزواج الفاسد، أما العدة فتجب في الزواج الفاسد عند المفارقة بعد الدخول الحقيقي،

---

[341] ليلى حسن محمد الزويعي، احكام العدة في الشريعة الاسلامية، الوراق للنشر والتوزيع عمان، مؤسسة الوراق 2006، الطبعة الثانية 2007، ص 41 - 42

[342] رابح لعراجي، حقوق المعتدة وواجباتها في التشريع الجزائري، مرجع سابق، ص 250

[343] حبيبة رحايبي، اجازة عدة الوفاة، قراءة قانونية فقهية في ضوء الحكم الشرعي من خروج المراة اثناء عدتها، مجلة الإحياء، المجلد 21، العدد 28، جانفي 2021، الصفحات [427 . 452]، ص 431

[344] تعريف النكاح الفاسد: هو كل عقد وجد فيه الإيجاب والقبول، ولكنه فقد شرطا من شروطه الأساسية الواردة في المادة (09) مكرر من قانون الأسرة كأن يكون العقد من دون ولي في حالة وجوبه أو صداق أو كان يشمل مانع من موانع الزواج الشرعية أو عدم توافر أهلية الزوجين (تهميش: العربي بلحاج،الوجيز في شرح قانون الاسرة الجزائري [مقدمة . الخطبة . الزواج . الطلاق . الميراث . الوصية]، الجزء الاول [الزواج و الطلاق]، ط 4، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005، ص 148

فالأحناف يوجبون العدة بشرط الدخول أو ما يحل محل الدخول وهو الخلوة الصحيحة في النكاح الصحيح دون النكاح الفاسد[345].

سادسا: عدة الفرقة بين الزوجين: وكل فرقة بين زوجين فعدتها عدة الطلاق سواء كانت بخلع أو لعان أو رضاع أو فسخ بعيب أو إعسار أو إعتاق أو إختلاف دين أو غيره، قال جمهور العلماء أن عدة الملاعنة عدة طلاقلأنها مفارقة في الحياة فأشبهت المطلقة، وقد خالف إبن عباس فقال: عدة الملاعنة تسعة أشهر، قال جمهور العلماء أن عدة المختلعة عدة المطلقة منهم مالك والشافعي، وقد خالف عثمان بن عفان وإبن عمر وإبن عباس وقالوا: بأن عدة المختلعة حيضة واحدة وروي ذلك عن أحمد وإستدلوا بما يلي: أن إمراة ثابت بن قيس إختلعت منه فجعل النبي صلى الله عليه وسلم عدتها حيضة، وغيرها من الأدلة[346].

أ: عدة الموطوءة بشبهة والموطوءة في نكاح فاسد والمزني بها: فعدة الموطوءة بشبهة والموطوءة في نكاح فاسد: عدتها كعدة المطلقة، بهذا قال الشافعي لأن في وطء الشبهة[347] والنكاح الفاسد شغل للرحم، ولحقوق النسب، كالوطء في النكاح الصحيح فكان مثاه فيما تحصل به البراءة، أما المزني بها فقد إختلفت الآراء حولها عن أبي بكر وعمر وعلي رضي الله عنهم: لا عدة عليها و هو قول الشافعي وأصحاب الرأي لأن العدة لحفظ النسب ولا يلحقه نسب، عن مالك ورواية عن أحمد أنها تستبرأ بحيضة، عن الرواية المعتمدة عن أحمد تعتبر كالموطوءة بشبهة في العدة تعتد بثلاث حيضات ووجهة نظره: أنه وطء يقتضي شغل الرحم فوجبت العدة منه كوطء الشبهة، وأما وجوبها كعدة المطلقة فلأنها حرة فوجب إستبراؤها بعدة كاملة كالموطوءة بشبهة[348].

ب: عدة المطلقة التي خلا بها زوجها من غير دخول: إذا ثبت أن الزوج إختلى بالمرأة المطلقة قبل الدخول، فيرى جمهور الفقهاء أنه يجب عليها أن تعتد كما لو كان دخل بها، وإستدلوا على ذلك بأدلة

[345] رابح لعراجي، حقوق المعتدة وواجباتها في التشريع الجزائري، المرجع السابق، ص 250

[346] احمد علي جرادات، الوسيط في شرح قانون الاحوال الشخصية الجديد الزواج والطلاق، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان الاردن، الطبعة الاولى 2012 م – 1433 هـ، الطبعة الثانية 2016 م – 1437 هـ، ص 298

[347] تعريف وطء الشبهة: هي ما يشبه الثابت وليس بثابت و نكاح الشبهة هو نكاح يقع خطأ بسبب غلط يقع فيه الشخص وهو من الأحداث القليلة الوقوع في أيامنا هذه (تهميش: محمود طه، الحماية الجنائية للطفل المجني عليه، اكاديمية نايف العربية للعلوم الامنية، الرياض، 1999، ص 62

[348] احمد علي جرادات، الوسيط في شرح قانون الاحوال الشخصية الجديد الزواج والطلاق، مرجع سابق، ص 299

منها ما رواه الإمام أحمد والأثرم بإسنادهما، عن زرارة بن أوفى قال: "قضى الخلفاء الراشدون المهديون أن من أغلق بابا، أو أرخى سترا، فقد وجب المهر، ووجبت العدة"[349].

الفرع الثاني: إشكلات العدة

نجد في تداخل العدة قد تجب على المرأة أكثر من عدة لأسباب مختلفة فهل يدخل ما بقي من العدة الأولى في العدة الثانية؟ وصورة المسألة أنه قد يجب على المرأة عدة من طلاق بائن فإذا وطئها زوجها أو غيره في أثناء عدتها وطء بشبهة فقد وجب عليها عدة لوطء الشبهة، ويلاحظ أن العدتان قد تكونان لرجل واحد أو لرجلين وقد تكونان من جنس واحد هو الإقراء أو من جنسين كالإقراء والأشهر، وقد ذهب الحنفية إلى القول بتداخل العدتين سواء كانتا لرجل أو لرجلين وسواء كانتا من جنس واحد أم من جنسين مختلفين[350]، لأن المقصود من العدة براءة الرحم وقد حصلت وذهب الشافعية والمالكية والحنابلة إلى القول بتداخل العدتين إن كانتا من شخص واحد ومن جنس واحد، فمن طلق زوجته بائنا ثم وطئها في العدة جهلا كون الطلاق بائنا فإن العدتين بالإقراء أو بالأشهر تتداخلان فتدخل العدة الأولى في الثانية بمعنى أنها تبتدئ عدة جديدة للوطء في العدة ويدخل فيها ما بقي من عدة الطلاق، وإن كانت العدتان لرجل واحد ومن جنسين بأن طلقها وهي غير حامل فبدأت العدة بالإقراء ثم وطئها في أثناء العدة فحملت منه من الوطء الثاني فقد وجبت عليها عدة بوضع الحمل فإن العدتين تنقضيان بوضع الحمل، وإن كانت العدتان لرجلين بأنها طلقت زوجها ثم وطئها آخر في العدة وطء شبهة أو بنكاح فاسد فلا تداخل بين العدتين، وإنما تعتد لكل منها وتقدم عدة الطلاق فإذا إنتهتإعتدت لوطء الشبهة[351].

بالنسبة لأقصى مدة الحمل عشرة أشهر فقد رأينا إختلاف الفقهاء في أقصى مدة الحمل من تسعة أشهر كما يقول إبن حزم إلى سنتين، أربع، فخمس، فسبع، بل إلى وقت غير معلوم، وهذه الأقوال كلها مبنية على إجتهادات على أساس الخبرة وما وجد في الواقع، ورأينا أن الشيعة هم الذين حددوا مدة الحمل بعشرة شهور، بل بين التسعة إلى العشرة، وقلنا أن الفيصل في هذه القضية هو الطبيب الشرعي مع مراعاة الحالات النادرة التي يمكن أن تقع، ورجحنا ما يراه إبن عبد الحكيم الفقيه المالكي،

[349] خالد صلاح، وجوب العدة بالخلوة الصحيحة، موقع اليوم السابع، القاهرة 04:17، الإثنين 24 . 01 .
https://mawdoo3.com2022،، دخول يوم 26 جانفي 2022، ساعة 00:45

[350] محمود علي السطاوي، قانون الاحوال الشخصية، مرجع سابق، ص 346

[351] محمود علي السطاوي، قانون الاحوال الشخصية، المرجع نفسه، ص 346

إلا أن أقصى مدة الحمل هي سنة، مع تأكيدنا على ضرورة إستشارة الطبيب الشرعي، فعلى المقنن الجزائري أن يعيد النظر في هذا ليرفقه بإصلاح عاجل[352]،

ولم تتطرق المادة (60)[353] من قانون الأسرة لأقل مدة الحمل وإقتصرت على أقصاها وذلك لذكرها في المادة (42)[354] من نفس القانون محددة إياها بستة أشهر تماشيا وتوافقا مع ما هو موجود في الشريعة الإسلامية[355]، كما أن موافقة قانون الأسرة لما ذهب إليه الطب الحديث من أن مدة الحمل لا تزيد عن عشرة أشهر غير آخذ بما ورد من إجتهاداتفي الفقه الإسلامي إذ هناك من حددها بسنتين وهناك من حددها بأربع، وآخر بخمس والحق أن هذه الأقوال ينقضها الطب الحديث و يصنفها ضمن ما يعرف بالحمل الكاذب وهنا نقول نعم لما ذهب إليه قانون الأسرة الجزائري من تحديد مدة الحمل بعشرة أشهر[356]،

وهذا حتى يسد الباب أمام الفساد والفواحش التي تنخر المجتمع في كيانه وخليته الأساسية المتمثلة في الأسرة، إذ قد تأتي إمرأة مضت على وفاة زوجها أو طلاقها ثلاث أو أربع سنين و تدعي أنها حامل ممن توفي عنها، أو طلقها فهنا تجد الباب موصدا أمامها وتعرف أنها لا تصدق في دعواها وأنها ستتهم بالزنا فلا تتجرأ على إرتكاب الفاحشة[357].

أما في الحديث عن المعاشرة في زمن العدة إذا كانت العدة عدة طلاق بائن، فإن المعتدة أجنبية على صاحب العدة فلا تلزمه نفقتها إلا إذا كانت حاملا، ولا يلحقها طلاقه ولا ظهاره ولا يحل له الإستمتاع بها، أما إذا العدة عدة طلاق رجعي فقد إختلف الفقهاء فيما يجوز وما لا يجوز من معاشرة الزوج لها، وخلافهم في هذا مبني على ما تحصل به الرجعة، هل تحصل بالقول فقط أم تحصل بالفعل كالوطء ومتعلقاته؟، وهل لابد من نية مع هذا الفعل أم تحصل بالوطء بلا نية؟، فذهب الحنفية و الحنابلة إلى أن المرأة في عدة الطلاق الرجعي كالزوجة، تتزين لزوجها وتتشوق له–أي تضع الزينة على وجهها– وقال المرادي في الأنصاف: "و يباح لزوجها وطؤها والخلوة والسفر بها ولها أن تتشوف له"، وهذا المذهب عليه أكثر الأصحاب وقال صاحب مطالب أولى النهى: "لكن لا قسم لها، صرّح به الموفق

[352] المصري مبروك، الطلاق واثاره من قانون الاسرة الجزائرية، مرجع سابق ، ص 422

[353] المادة 60 قانون اسرة: عدة الحامل وضع حملها، واقصى مدة الحمل عشر (10) اشهر من تاريخ الطلاق او الوفاة.

[354] المادة 42 من قانون الاسرة: اقل مدة الحمل ستة اشهر واقصاها عشرة(10) اشهر.

[355] سعاد سطحي، احكام العدة في الفقه الاسلامي، دراسة مقارنة مع قانون الاسرة الجزائري، ص 179

[356] سعاد سطحي، المرجع نفسه، ص 179

[357] سعاد سطحي، المرجع نفسه، ص 180

وغيره"، قال صاحب كتاب الهداية من الحنفية: "المطلقة الرجعية تتشوف وتتزين لأنها حلال للزوج، إذ النكاح قائم بينهما ثم الرجعة مستحبة والتزين حامل له عليها فيكون مشروعا، مقصده المراجعة لأنها ربما تكون متجردة فيقع بصره على موضع يبصر به مراجعتها ثم يطلقها فتطول العدة عليها، وواضح من كلامه أن مذهبهم جواز معاشرة الزوج زوجته في عدتها الرجعية بالوطء وغيره ويصير بالوطء أو النظر إلى فرجها بشهوة مراجعتها، نوى الرجعة أو لم ينويها[358]،

أما المالكية فقد قال العلامة خليل بن إسحاق في مختصره: "الرجعة كالزوجة، إلا في تحريم الإستمتاع والدخول عليها والأكل معها"، أما الشافعية: فقد ذهب بعضهم إلى إستحباب تزيينها إلى ما يدعو الزوج لمراجعتها إن كانت ترجو رجعته[359]،ونظرا للخلط الحاصل في قانون الأسرة الجزائري في موضوع الرجعة فإنه من اللازم تبيان ما خالف فيه القانون أحكام الفقه الإسلامي المتفق عليه في حالة ربط فترة الرجعة بفترة الصلح وهو الخلل الجوهري في المسألة بحيث صرح قانون الأسرة الجزائري أن للزوج أن يراجع مطلقته أثناء محاولة الصلح، سواء كان الطلاق رجعيا أو بائنا بينونة صغرى، وسواء إنتهت العدة أم لم تنتهي، فما دامت فترة الصلح باقية والتي حددها قانون الأسرة بثلاث أشهر، فلزوج حق المراجعة بلا عقد جديد إضافة إلى ذلك لم يأتي في قانون الأسرة الجزائري ما يدل على جواز مراجعة غير المخول بها إلا بعقد جديد، فشرط الرجعة إذن هو بقاء فترة الصلح، فإذا حكم القاضي بالطلاق فليس للزوج حق المراجعة ولو كان الطلاق رجعيا ولم تنته العدة مع العلم أنه قد أجمع أهل العلم أن للزوج مراجعة زوجته ما دامت في عدة طلاق رجعي بدون عقد ولا مهر جديدين[360]،

وأجمعوا كذلك بأنه ليس للرجل مراجعة مطلقته البائن منه بينونة صغرى ولو في عدتها إلا بعقد ومهر جديدين كالتطليق بسبب العيب بحيث يقع بائنا مباشرة بعد الحكم به، وبذلك يكون القانون قد خالف بصورة واضحة أحكام الفقه الإسلامي في مسألة الرجعة وهو بهذه المخالفة إما يحرم الزوج من حق أثبته له الشرع الحنيف في حالة ما إذا حكم القاضي بالطلاق قبل مضي العدة في الطلاق الرجعي، وقد يصل الأمر إلى تحريم ماهو حلال أو تحليل ماهو حرام، فإذا أراد الزوج مراجعة مطلقته الرجعية في عدتها بعد حكم القاضي بالطلاق، تكون المرأة بحكم الشرع زوجته أما بحكم القانون

[358] جعفر محتبي عيسى المهل، العدة والاحكام المترتبة عليها في القران الكريم، مجلة اداب النيلين، مجلد 3، عدد 4، ديسمبر 2018، كلية الاداب، جامعة النيلين، الصفحات [72 . 51]، ص 64

[359] جعفر محتبى عيسى المهل، المرجع نفسه، ص 64

[360] عبد الرحيم مقداش، انحلال الرابطة الزوجية بين الفقه الاسلامي وقانون الاسرة الجزائري(دراسة مقارنة)، مرجع سابق، ص 92 . 93

فليست كذلك فالقانون بذلك قد حرم حلالا، وإذا راجع الرجل مطلقته أثناء فترة الصلح وقد إنتهت عدتها الشرعية فإن الرجعة صحيحة قانونا وهي غير صحيحة شرعا، فيكون بذلك قد أحل حراما[361].

فالإشكال المطروح على مستوى التشريع الجزائري حول العدة يتلخص في عدة النص على الطلاق الرجعي، فقانون الأسرة لم يتحدث عن الطلاق الرجعي ولم يتبناه من حيث مفهومه وأثاره وإكتفى بالطلاق البائن بينونة صغرى والطلاق البائن بينونة كبرى، إلا أن المشرع الجزائري حاول أن يتحدث في المادة(50)[362]عن الطلاق الرجعي وحاول تصنيفه وتمييزه عن الطلاق البائن من حيث أثاره بمراجعة الزوجة دون عقد جديد خلافا للطلاق الصادر بحكم، لكن ما حاول المشرع تفسيره والنص عليه أوقعه في تناقض وعدم وضوح فيما يتعلق بالطلاق وأنواعه، فمن جهة يؤكد أن الطلاق لا يثبت إلا بحكم، معنى ذلك أنه لا يمكن الحديث عن فك الرابطة الزوجية بين الزوجين إلا إذا نطق القاضي بشكل قطعي نهائي غير قابل للطعن فيه بالاستئناف[363]،

وبمفهوم المخالفة يمكن القول أنه إذا لم يتم النطق بحكم الطلاق بمعنى ذلك الزوجية قائمة بين الزوجين ومنتجة لكافة آثارها الشرعية والقانونية، ثم أن محاولة المشرع النص على الطلاق الرجعي بالشكل الذي جاء به في المادة(50) من قانون الأسرة تصطدم مع النص القانوني الوارد في المادة(58)[364]من نفس القانون حينما إعتبر أن عدة المطلقة تبدأ من يوم التصريح بالطلاق، وعدم الأخذ بالمدة السابقة للتصريح بالطلاق يعني بشكل واضح أن المشرع الجزائري لم ينص على الطلاق الرجعي ولا على الآثار المنجرة عنه رغم حرصه شكليا على ذلك، وإنقضاء العدة بالنسبة للمطلقة الحامل، فإن عدتها تنقضي بوضع الحمل، وإذا كانت العدة بالأشهر فإنها تحتسب من وقت الفرقة أو الوفاة حتى تستكمل ثلاثة أشهر أو أربعة أشهر وعشرا، وإذا كانت بالحيض فإنها تنقضي بثلاث حيضات[365].

وطبعا فقد نص قانون الأسرة في المادة(58)على نوعين من العدة أي القروء أو اليائس من الحيض كما نص على حسابهما من تاريخ التصريح بالطلاق وهو أمر غير معقول لأن صدور الطلاق وخصوصا إذا

[361] عبد الرحيم مقداش، المرجع نفسه، ص 93

[362] المادة 50 من قانون الاسرة: من راجع زوجته اثناء محاولة الصلح لا يحتاج الى عقد جديد ومن راجعها بعد صدور الحكم بالطلاق يحتاج الى عقد جديد.

[363] باديس ديابي، صور واثار فك الرابطة الزوجية في قانون الاسرة، مرجع سابق، ص 120

[364] المادة 58 من قانون الاسرة : تعتد المطلقة المدخول بها غير الحامل بثلاث قروء، و اليائس من الحيض بثلاث اشهر من تاريخ التصريح بالطلاق.

[365] باديس ديابي،صور واثار فك الرابطة الزوجية في قانون الاسرة، مرجع سابق، ص 121

كان خارج دائرة المحكمة يكون في وقت سابق على التصريح به، أما إذا أوقعه القاضي فلا يحتاج إلى تصريح وإنما تحسب العدة من تاريخ الحكم، أما إذا أوقعه الزوج ليس أمام المحكمة، فحساب العدة يكون من تاريخ التلفظ به وهذا بإتفاق الفقهاء علما أن القانون لا يعتد في حقيقة الأمر إلا بصدور حكم بالطلاق فلا يثبت إلا بحكم[366].

فإن إبتداء العدة من تاريخ التصريح بالطلاق هذا لا يصح أبدا، لأن الفقهاء أجمعوا على أن إبتداء العدة يكون من تاريخ وقوع الطلاق متى تيقن ذلك وكان الزوج حاضرا و علمت به المرأة، وإنما إختلفوا في الغائب أو المطلق الذي يخفى على زوجته الطلاق، حيث قال بعض الفقهاء تبدأ العدة من وقت الإقرار نفيا لتهمة المواضعة، وقال بعضهم في حالة الغيبة أن العدة تبدأ من وقت العلم بموجبها (الوفاة أو الطلاق) لأنها عبادة ولابد من النية فيها، ولم يقل أحد أن العدة تبدأ من تاريخ التصريح بها، والذي يبدو لي أن هذا الحكم مربوط بوقوع الطلاق نفسه، لأن القانون لا يعتد بالطلاق إلا بعد الحكم به، ولا يحكم بها إلا بعد مدة معينة– محاولة الإصلاح فإذا فشل في الإصلاح حكم بالطلاق– ومدة الإصلاح قد تصل إلى ثلاثة أشهر كما ينص عليها القانون[367]،

و معنى هذا أن بعض النساء في نظر القانون تبدأ العدة بعد أن تنتهي، مع علمها بوقت وقوع الطلاق، وهذا الحكم غريب جدا، لأنه فضلا عن مخالفته للشرع لا يحقق أدنى مصلحة لأي من الزوجين، وفي نظر الشرع الإسلامي لا يتعدى دور القاضي أن يكون موثقا للطلاق بعد وقوعه، حفاظا للحقوق، إما أن يحاول الصلح بعد وقوع الطلاق صحيحا، وأن هذا لا يكون إلا محاولة للرجعة إن كان الطلاق رجعيا مع إلزامه لتوثيق هذا الطلاق، الذي قد وقع حتى لو نجح القاضي في الإصلاح بين الزوجين وراجعها، إما أن يقع الطلاق صحيحا ويحاول القاضي الصلح وإذا توصل إلى الإصلاح، لا يوثق هذا الطلاق، فهذا لا يتصور إلا إذا قلنا أن الطلاق بيد القاضي لا غير، وهذا ما يفهم من المادتين(49 و58)من هذا القانون، وعليه فلابد من إعادة النظر في المادتين خاصة، وصياغتهما صياغة توافق الفقه الإسلامي ولو قولا شاذا فيه[368].

[366] بن شويخ الرشيد، شرح قانون الاسرة الجزائري المعدل، مرجع سابق، ص 25

[367] المصري مبروك، الطلاق واثاره من قانون الاسرة الجزائرية، مرجع سابق، ص 422 . 423

[368] المصري مبروك، مرجع نفسه، ص 423

الإشكال الذي يطرح ما حكم الطلاق إذا صدر حكم يقضي بفك الرابطة الزوجية دون أن تكون فترة العدة قد إنتهت؟، يبدو أن حل هذه المسألة نصت عليه المادة(49)[369]من قانون الأسرة أنه لا يثبت الطلاق إلا بحكم، وجاء في قرار المحكمة العليا بتاريخ2000/02/22 "من المقرر قانونا أنه بعد صدور الحكم بالطلاق، فإن المراجعة لا تتم إلا بعقد جديد ومتى تبين– من قضية الحال– أن الزوجة المطلقة بسبب الضرر الحاصل من طرف الزوج طبقا للمادة(06/53)من قانون الأسرة، فإن قضاة الموضوع بقضائهم بطلاق طبقو صحيح القانون وفي هذه الحالة تكون مراجعة الزوجة بعقد جديد ومتى كذلك إستوجب رفض الطعن"[370].

فنجد المشرع الجزائري أهمل أثر إنتهاء العدة الشرعية وصيرورة الطلاق من رجعي إلى بائن وعليه فما الفائدة من إجراء الصلح إذا تبين للقاضي– عند مساءلة المطلق– أن العدة الشرعية قد إنتهت؟، ذلك أن المشرع لم يبين بداية الأشهر الثلاثة للصلح ونهايتها ، فهل تبدأ من تاريخ تلفظ الزوج بالطلاق أم من تاريخ رفع الدعوى؟، وبما أنه لا وجود للطلاق في نظر المشرع الجزائري إلا إذا صدر به حكم قضائي وفقا لنص المادة (49) من قانون الأسرة، فإن الثلاثة أشهر تسري إبتداء من تاريخ تلفظ الزوج بالطلاق شرعا، إذا كان قد نطق به قبل عرض النزاع على المحكمة، فإن العدة تبتدأ من تاريخ الحكم، لأنه يمثل تاريخ النطق بالطلاق فعلا[371].

ماهو الحكم إذا وقع نزاع بين الزوجين حول إنقضاء العدة بالحيض؟ سبب السؤال أن زوجا قال لزوجته راجعتك – وهي من ذوات الحيض – فردت عليه قائلة إنقضت عدتي – و ليس لك عليّ رجعة، الأصل أن الزوج الذي طلق زوجته رجعيا له أن يراجعها خلال أجل عدتها – ولكن قد يراجع الزوج زوجته ويثور الخلاف بينهما حول إنقضاء العدة، - إذا راجع الزوج زوجته مدعيا قيام أجل العدة – أي أن مراجعته لها خلال أجل عدتها – وأقرت الزوجية ذلك تمت الرجعة صحيحة، - إذا راجع الزوج زوجته مدعيا بقاء العدة – وخالفته المرأة مدعية إنقضاء عدتها – في هذه الحالة ننظر

[369] المادة 49 من قانون الاسرة: لا يثبت الطلاق الا بحكم بعد عدة محاولات صلح يجريها القاضي دون ان تتجاوز مدته ثلاثة (3) اشهر ابتداء من تاريخ رفع الدعوى.
يتعين على القاضي تحرير محضر يبين مساعي ونتائج محاولات الصلح، يوقعه مع كاتب الضبط والطرفين.
تسجيل احكام الطلاق وجوبا في الحالة المدنية بسعي من النيابة العامة.

[370] رقم القرار 239349، القضية: (ز م) ضد (و أ)، المجلة القضائية 2001، عدد خاص، ص 107، انظر، كدار حسين، دليل القاضي والمتقاضي والدفاع في اثار فك الرابطة الزوجية (المشكل والحل والاقتراح)،مرجع سابق، ص 7-8

[371] سعاد لعلى، الزواج وانحلاله في قانون الاسرة الجزائري، دراسة مقارنة، اطروحة دكتوراه علوم في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1. بن يوسف بن خدة، 2014 . 2015، ص 401

تاريخ الطلاق والوقت الذي حصل فيه الخلاف بين المطلق ومطلقته – فإن كان ثلاثة أشهر أو أكثر كان القول قول المرأة بيقين – وإن كان الوقت أقل من ثلاثة أشهر كان القول قول الرجل، - إذا راجع الزوج زوجته التي عدتها بالحيض فإدعت إنقضاء عدتها بالحيض وإدعى الزوج عدم إنقضائها وأن له الرجعة، في هذه الحالة تصدق المرأة بشرط أن تحلف يمينا على صحة ما تدعيه، وتخرج من العدة إن كانت المدة تحتمله، والمدة هنا حسب اللأرجح عند الأحناف هي ستون يوما، تصدق فيها المرأة فيما تدعيه إن حلفت اليمين[372].

ويلاحظ أن قانون الأسرة لم يحدد بعض المسائل الهامة في الموضوع وهي: - لم يبين طريقة حساب المدة المذكورة في الآيتين بالأشهر القمرية أم بالميلادية وبدون شك فإن الحساب يختلف بينهما، والأشهر القمرية تعتمد رؤية القمر وهي إما 29 أو 30 يوما، أما الأشهر الميلادية فهي إما 30 أو 31 ما عدا شهر فيفري فهو 28 يوما، وبالتالي سيختلف الحساب وقد يؤدي إلى الوقوع في المحضور بل قد تضيع الحقوق، - لم يبين طريقة حساب لمدة في حالة الوفاة هل هي من تاريخ الوفاة أم من تاريخ العلم بالوفاة، سواء كانت وفاة طبيعية أو وفاة حكمية، غير أن المادة(59)أشار فيها يتعلق بالمفقود إلى إحتسابها من تاريخ صدور الحكم بفقده، وهو أمر غير مقبول لأن الحكم بالفقدان يكون بعد مرور سنة على فقدانه على الأقل، وأما الحكم بوفاته فلا يكون إلا بعد مرور أربع سنوات من تاريخ الفقدان إذا كانت ظروف الفقدان ترجح الوفاة، وهذا كله إستنادا للمادتين(109)و(113)من قانون الأسرة[373].

- ما يؤخذ على قانون الأسرة الجزائري هو عدم إعتبار عدة التي لم تر الدم بعد، ولعله تركها بناء على ما يحكم به من عدم تزويج الصغيرة، إلا أن عدم االحيض لا يختص بالتي لم تبلغ فقط، وإنما يعم كل إمرأة لم تحض بعد، ولا يمنع من أن تكون بالغة السن القانوني لتزويج البنات وهذه غفلة ينبغي التنبه إليها، -لم يبين المقصود من القرء، أهو الحيض؟ أم الطهر؟والإحالة إلى أحكام الشريعة الإسلامية في هذا لا تحل الإشكال نظرا لإحتلاف الفقهاء في هذا، مع صعوبة تبين الراجح من الأقوال لتكافؤ الأدلة، ومعلوم أن المدة التي تمكثها ذات القرء إذا قلنا أن القرء هو الحيض، ففي الأولى طهر ثم حيض، ثم طهر ثم حيض، ثم طهر وإبتداء الحيضة الثالثة تنقضي عدتها[374]،

[372] احمد نصر الجندى، اسئلة من محاكم الاسرة والاجابة عليها، مرجع سابق، ص 156 - 157

[373] بن شويخ الرشيد، شرح قانون الاسرة الجزائري المعدل، مرجع سابق، ص 226

[374] المصري مبروك، الطلاق واثاره من قانون الاسرة الجزائرية، مرجع سابق، ص 421

أما الثانية فطهر، ثم حيض، ثم طهر ثم حيض، ثم طهر وهل تنقضي عدتها تماما بالطهر من الحيضة الثالثة، أم لا تنقضي إلا بعد أن تغتسل؟ إذن فمعنى هذا أن السكوت عن معنى القرء مؤداه إلى تضارب الأحكام القضائية وفتح المنازعات، فقد يعزم على مراجعتها في الحيضة الثالثة، آخذا بأن القرء هو الحيض، وقد ترفض الرجعة بدعوى، أن عدتها قد إنتهت آخذا بأن القرء هو الطهر، وكل منهما يدعي حقا، يوافقه الشرع فيه، وكان على المقنن أن يرفع هذا الإشكال بكلمة واحدة وهي النص على معنى القرء أهو الحيض أو الطهر وهذا ما ندعو إليه المقنن الجزائري لحسم المسألة[375].

المطلب الثاني: إشكالات الحق فيالنسب بعد الطلاق والوفاة

يعتبر النسب من أهم النتائج المترتبة على الزواج والطلاق معا، وقد إهتم الإسلام بالنسب إهتماما كبيرا ويتجلى في ذلك في أنه يعتبر من الضروريات الخمس التي جاء للمحافظة عليها وتدور قواعده على ضبط أحكامها وذلك من أجل طهارته، وتفادي إختلاطه وأيضا لضمان حق الطفل في أن يكون له نسب ينسب إليه و تحصن به ضدة معرة الإنتساب إلى الزنا، ويرجع إهتمام المشرع بالنسب إلى منع إختلاط الأنساب وحفظها من الفساد و الإضطراب.

فالنسب الشرعي الذي يتبع فيه الولد أباه في القانون والدين، أما النسب الغير شرعي فلا يترتب عليه شيء من ذلك إطلاقا، والأساس في النسب هو إثباته، فإن كان الميلاد واقعة فإن النسب إثبات، وإن كان المولود موجود فإن النسب إنتماء، ومن هذا المنطلق نتطرق إلى تعريف النسب.

الفرع الأول:مفهوم النسب وأحكامه

أولا تعريف النسب:

أ . **تعريف النسب لغة:**يقصد بالنسب واحد الأنساب، ورجل (نسابة) أي عالم بالأنساب[376].

ب . **تعريف النسب إصطلاحا**: فلا يذكر الفقهاء تعريفا خاصا بالنسب، إذ المقصود به معناه اللغوي وهو علاقة الإبن بأبيه وأمه، من حيث تحديدهما، أي أنه من ماء فلان ومولود من رحم فلانة، فإذا

[375] المصري مبروك، مرجع نفسه، ص 422

[376] محمد بن ابي بكر بن عبد القادر الرازي، مختار الصحاح، مكتبة لبنان، بدون سنة النشر، ص 273

تحدد الأبوان بنيت على أساس هذا التحديد أحكام النسب كحرمة الزواج ووجوب النفقة ونحو ذلك[377].

ج . **تعريف النسب قانونا**: لم يتعرض المشرع الجزائري لتعريف النسب بالرغم من تنظيمه له من خلال مواد قانون الأسرة (من 40 إلى 47)، إلا أنه نجد نص المادة (43) من قانون الأسرة تنص على أن: "الطفل ينسب إلى أبيه إذا ولد في غضون الأشهر العشر التي تعقب تاريخ إنفصال الأب عن الزوجة أو تاريخ وفاته"[378]، فالنسب لم يحدد بتعريف جامع غير أنه لا يخرج عن معناه اللغوي فهو رباط الدم الذي يربط الإنسان بأصوله وفروعه وحواشيه، وقد حدد المشرع الجزائري في القانون المدني المقصود بقرابة النسب بأنها الصلة القائمة بين الأشخاص الذين يجمعهم أصل مشترك[379]، حيث تنص المادة (32) من القانون المدني على: "تتكون الأسرة من ذوي قرباه ويعتبر من ذوي القربى كل من يجمعهم أصل واحد"[380].

د . **قواعد ثبوت النسب**: لأن النسب من أهم الأمور التي تمس شخصية الإنسان وتؤثر فيه، فقد إحتاطت الشريعة السمحاء لإثباته بأدنى دليل وسارت على التشديد في نفيه فلا ينتفي إلا بأقوى الأدلة، ولقد عدد الفقهاء لثبوت النسب منذ العصور الأولى للإسلام أمورا عدة هي: الفراش و الإقرار والبينة والقيافة والقرعة، وقد أخذ المشرع الجزائري بالثلاث الأولى وهي موضع إتفاق بين الفقهاء ونعني الفراش والإقرار والبينة، إذ نصت المادة (40) من قانون الأسرة الجزائري على أنه: "يثبت النسب بالزواج الصحيح أو بالإقرار والبينة، أو بكل زواج تم فسخه بعد الدخول"[381]، طبقا للمواد (32 . 33 . 34) من هذا القانون، ويجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية الحديثة لإثبات النسب، ونرى ثبوت النسب عند قيام الرابطة الزوجية من خلال:

---

[377] احمد محمد سعيد السعدي، اثبات النسب ونفيه بالبصمة الوراثية . دراسة فقهية مقارنة .– şarkıyatılmıAraştırmalarDergısı, fatıh ünıversıtesıİLahıyatFakültesı, kasım 2014,xıı: sayı 9633 – ISSM :1308 – www.e-srkıyat.com ص 53

[378] نص التحفضات والإعلانات المقدمة من الجزائر فيما يخص إتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المراة، جامعة منيسونا، مكتبة حقوق الانسان، الاصل بالفرنسية، 12 ايار امايو 1996

[379] فضيل سعد، شرح قانون الأسرة الجزائري في الزواج والطلاق، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1986، الجزء الاول، ص 210

[380] المادة 32 من القانون المدني المعدل والمتمم بالامر 07 / 05 المؤرخ في 13 مايو 2007، الصادر بالجريدة الرسمية رقم 31

[381] بوسطلة شهرزاد، ثبوت النسب بين القواعد الشرعية والبصمة الوراثية، دفاتر السياسة والقانون، العدد الاول، جانفي 2009، ص 209

1 - ثبوت النسب بالفراش: يثبت النسب دون إشتراط دليل أو إعتراف لقوله: "الولد للفراش...." متفق عليه، ويشترط فيه ما يلي: (مضمون المادتين 41 و42 من قانون الأسرة الجزائري)[382]،ويثبت النسب بالفراش الصحيح بمراعاة الشروط الآتية:

-ألا يكون الزوج صغيرا، بحيث لا يتصور عادة أن يكون الحمل منه، لأن الصغير ليس أهلا لأن تحمل زوجته منه فلا تعتبر زوجته فراشا يثبت به النسب

- أن يثبت التلاقي بين الزوجين من حين العقد لأنه لا يتصور عادة أن يكون الحمل من زوج ثبت عدم التلاقي بينه و بين زوجته[383].

- أن يولد الولد بعد ستة أشهر من وقت الزواج في رأي الحنفية، ومن إمكان الوطء بعد الزواج في رأي الجمهور، فإن ولد لأقل من الحد الأدنى لمدة الحمل وهي ستة أشهر، لا يثبت نسبه من الزوج إتفاقا، وكان دليلا على أن الحمل به حدث قبل الإفتراش، إلا إذا إدعاه الزوج ويحمل إدعاؤه على أن المرأة حملت به قبل العقد عليها، إما بناء على عقد آخر وإما بناء على عقد فاسد، أو وطء بشبهة مراعاة لمصلحة الولد، وستر الأعراض بقدر الإمكان[384].

- ألا يمضي على فراق الزوج زوجته أقصى مدة الحمل، ومدة الحمل هي بين أقل وأقصى وأن أقل مدة الحمل ستة أشهر وأقصاها عشرة أشهر طبقا لنص المادة (42) من قانون الأسرة الجزائري، وقد إستند في ذلك لقوله تعالى: "وحمله وفصاله ثلاثون شهرا" (الآية 15 من سورة الأحقاف)[385].

ويرى أصحاب المذاهب الثلاثة مالك والشافعي وأحمد أن العقد الصحيح سبب لثبوت النسب إذا كان الدخول ممكنا، فإذا أثبت أنه غير ممكن أو أنهما لا يتلاقيا ولم يكن في الإمكان تلاقيهما فإن النسب لا يثبت، ويرى إبن تيمية وإبن القيم أنه لابد لثبوت النسب من الدخول الحقيقي، أما الحنفية فلا

[382] خلف فاروق، احكام اثبات النسب في التشريع الجزائري ما بين الاطار القانوني والتطبيق القضائي، مجلة الدراسات القانونية والسياسية، العدد 4، جوان 2016، مجلة دولية دورية محكمة متخصصة في مجال العلوم القانونية والسياسية تصدر عن كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عمار ثليجيبالاغواط، ص 92

[383] رمضان علي السيد الشرنباصي، وجابر عبد الهادي سالم الشافعي، احكام الاسرة الخاصة بالزواج والفرقة وحقوق الاولاد في الفقه الاسلامي والقانون والقضاء، دراسة لقوانين الاحوال الشخصية، دار المطبوعة الجامعية، طبعة 2020، كلية الحقوق، الاسكندرية، ص 453

[384] عبد الرحمن رداد، نوري حدادي، إثبات النسب ونفيه بين الشريعة والمستجدات الطبية - مقارنة تشريعية – الملتقى الدولي التاسع، قضايا الاسرة المسلمة المعاصرة في ضوء اصول ومقاصد الشريعة الاسلامية، ص 401

[385] بلشير يعقوب، حق الطفل غير الشرعي في معرفة والديه عن طريق البصمة الوراثية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في قانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة وهران، 2012 . 2013، ص 25

يشترطون ذلك، فيقولون متى جاء بالولد بعد العقد الصحيح إتمام ستة أشهر فأكثر ثبت النسب سواء ثبت التلاقي بينهما أم لا لأن التلاقي ممكن عقلا والإمكان العقلي كاف لثبوت النسب عندهم محافظة على الولد من الضياع[386].

ونرى أنه إذا تم إثبات نسب الولد بالفراش لا يحتاج إلى إقرار أو بينة لأن الزوجة هي مع زوجها بعقد صحيح يملك وحدة حق الإستمتاع بها، وحرم عليها أن تمكن غيره من الإستمتاع إذ الأصل في الإنسان الأمانة والإستقامة، وهذا ما ينسجم مع ما نصت عليه المادة(36) قانون الأسرة: "يجب على الزوجين المحافظة على الروابط الزوجية وواجبات الحياة المشتركة"[387]، ولكن في الميدان العملي فإن الإستمتاع الذي شرع لأغراض معينة بينها الشرع الإسلامي قد يعترضه ما يحول دون تحقيق أهدافه الشرعية، فقد تكون الزوجة كارهة لزوجها الأمر الذي يؤدي بها إلى إقامة علاقة مع غيره، فالمشكلة الأساسية تتمثل في ثبوت النسب عند حمل هذه المرأة هل من زوجها؟ أم أنه إبن زنا؟ أي من رجل آخر خاصة وأنالإكتشافات الحديثة للعلوم الطبية والبيولوجية أصبحت تلعب دورا مهما في تحديد نسب الطفل، الأمر الذي جعل المشرع الجزائري يدرج الطرق العلمية كوسيلة لإثبات نسب متى كانت العلاقة شرعية ضمن نص المادة (40) قانون الأسرة الجزائري وهذا تماشيا مع التطور العلمي لوسائل الإثبات[388].

2 - **ثبوت النسب بالإقرار**: أجمع الفقهاء على أن الرجل إذا قال: هذا الطفل إبني وليس للطفل نسب معروف ينسب إليه، أن نسبه يثبت بالإقرار، إلا أن المرأة إذا قالت هذا إبني لم يقبل إلا ببينة فهي ليست بمنزلة الرجل، كما أجمع الفقهاء على أنه لو رجل بالغ قال لرجل بالغ آخر هذا إبني وأقر له البالغ ولا نسب للمقر به معروف فهو إبنه، إن جاز أن يولد لمثله مثله[389]، ويشترط الحنفية في الإقرارلإنتاج أثره توافر شروط المقروفي المقر له، وهذه الشروط هي: الأهلية و تتحق بالبلوغ و العقل والرضا، وأن يكون المقر له بالنسب مجهول النسب، وأن لا يصرح المقر أن المقر له ولده من زنا، وإمكانية أن يولد المقر له بالنسب للمقر بالنسب طبقا للعادة، وأن يصدق المقر له المقر على إقراره لو

[386] رمضان علي السيد الشرنباصي، وجابر عبد الهادي سالم الشافعي، احكام الاسرة الخاصة بالزواج والفرقة وحقوق الاولاد في الفقه الاسلامي والقانون والقضاء، المرجع سابق، ص 453

[387] يوسغات علي هاشم، احكام النسب في التشريع الجزائري، اطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ابو بكر بلقايد، تلمسان، 2014 . 2015، ص 37

[388] يوسغات علي هاشم، المرجع نفسه، ص 37

[389] حاتم صبحي محمد الأرناؤوطي، منازعات الأسرة الاسلامية، دراسة فقهية تطبيقية، رسالة للحصول على درجة الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق الدراسات العليا، قسم الشريعة الاسلامي، جامعة طانطا، 1437 هـ . 2016 م، ص 897

كان أهلا لذلك، وأن لا يكون الإقرار مجرد حمل النسب على غير المقر، وأن لا ينازع المقر مقر آخر بالنسب[390].

وإذا كان الإقرار يتضمن حمل النسب على غير المقر كشرط لإنصرف الإقرار إليه - المقر– فيشترط أن يكون من سيلحق به النسب ميتا، فإن كان حيا فهو الأحق بإلحاق النسب بنفسه دون غيره، وإن كان الإقرار يتضمن حمل النسب على غير المقر -بعد وفاته – فيشترط أن يصدر الإقرار من جميع الورثة كونه سيؤثر بالضرورة في أنصبتهم من الإرث[391].

3 - ثبوت النسب بالبينة:ويقصد المشرع بالبينة الشهادة الأخذ برأي جمهور الفقهاء والبينة أقوى من الإقرار في إثبات النسب، وهي عادة ما تكون مطلوبة في حالة الإنكار من الزوج أو من الآخرين فلو إدعت المرأة أمومة طفل من زوجها وأنكر ذلك كان عليها أن تأتي بالبينة كذلك لو تنازع إثنان نسب ولد مجهول النسب وإدعى كل منهما أنه ولده، فيثبت لمن يقيم البينة على من يقر بالنسب[392].

4 - ثبوت النسب بالقيافة: القيافة علم يبحث عن كيفية الإستدلال بهيئات أعضاء الشخصين على المشاركة والإتحاد في النسب والولادة وسائر أحوالهما[393]، إلا أن دليل القيافة لم يعد له وجود الآن و ذلك لتقدم العلوم البيولوجية في مجال فحص الدم الإنساني بما يكشف عن إثباته أيضا وبطريقة لا تقبل الشك، وسمي هذا الإكتشاف بصمة الأصابع وعلميا بصمة الحمض النووي DNA[394].

5 - ثبوت النسب بالقرعة: هي طريقة تعمل لتعيين ذات أو نصيب من بين أمثاله إذا لم يمكن تعيين بحجة، وسميت بالقرعة لأنهم كانوا يجرون القرعة بالسهام على عدد المتقارعين، وعليها علامات يصطلحون على المراد بها ثم إستعملوها أيضا بقطع رقاع صغيرة مستوية يكتب في كل رقعة لقب إصطلاحي للقطعة المنقسم عليها أو أسماء المقترعين، وتطلى تلك الرقاع بالطين في شكل بندقات

[390] حاتم صبحي محمد الأرناؤوطي، منازعات الأسرة الاسلامية، دراسة فقهية تطبيقية، مرجع نفسه، ص 897

[391] حاتم صبحي محمد الأرناؤوطي، مرجع نفسه، ص 897

[392] خلف فاروق، احكام إثبات النسب في التشريع الجزائري ما بين الاطار القانوني والتطبيق القضائي، مرجع سابق، ص 96

[393] علال برزوق امال، احكام النسب بين القانون الجزائري والقانون الفرنسي، دراسة مقارنة، اطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ابي بكر بلقايد، تلمسان، ص 65

[394] تهاني معيض عويد، احكام النسب واثاره في الشريعة الاسلامية وما عليه العمل في القانون الكويتي "دراسة مقارنة"، مجلد 37، العدد 129، الصفحات [178 . 141]، ص 154

متساوية، ويجفف طينها ثم توضع في وعاء يسترها، ثم يدخل كل واحد يده ويخرج نصيبه، فمن خرجت الرقعة المراد معه فقد أصابته القرعة[395].

6 – ثبوت النسب بالزواج الفاسد: حيث نرى أن المشرع الجزائري إعتبر العقد فاسد إذا إكتشف سبب الفساد فيه قبل الدخول بالزوجة فالعقد فاسد يفسخ ولا تستحق الزوجة من الصداق شيئا، ولكن الأمر يختلف في أن المشرع إعتبر أن إكتشاف سبب الفساد بعد الدخول وزفاف الزوجة إلى منزل الزوجية يقتضي الإستمرار في العقد رغم فساده، ويثبت به النسب مع حرمة المصاهرة ووجوب العدة، إعمالا لقاعدة إحياء الولد، لهذا يقال أنه لا فرق بين الزواج الفاسد والزواج الصحيح من حيث ثبوت النسب فكلاهما فيه إلحاق الولد بأبيه متى تم وضعه بعد ستة أشهر فأكثر من تاريخ العقد مع إمكانية الإتصال بين الزوجين[396].

7 - ثبوت النسب بالطرق العلمية الحديثة: ونرى بموجب الأمر (05 /02) إستحدث الفقرة 2 من المادة (40) التي جاء فيها: "ويجوز للقاضي اللجوء للطرق العلمية لإثبات النسب" إلا أن هذه الفقرة إكتفت بالإشارة إلى جواز اللجوء إلى الطرق العلمية في إثبات النسب دون تحديد المقصود منها أو حصر صورها وبالتالي فإطلاق العنان للقاضي في إثبات النسب بهذه الطريقة من شأنه أن يفتح الباب على مصرعيه لإختلاف قضائي حول هذه الطرق[397].

7 - ثبوت النسب بالتلقيح الإصطناعي: إن التلقيح الإصطناعي مهما كانت صوره فهو يعالج الكثير من المشاكل الزوجية بسبب عدم قدرة أحد الزوجين أو هما معا على الإنجاب فهو يسد ثغرة إنهيار العديد من الأسر التي هي النواة الأساسية للمجتمع[398]، فالتلقيح الإصطناعي هو إجراء عملية التلقيح بين حيوان الرجل المنوي وبيضة المرأة من غير الطريق المعهود وهو نوعان التلقيح الإصطناعي الداخلي والتلقيح الإصطناعي الخارجي[399]، فالتلقيح الإصطناعي الداخلي يحصل داخل الجسم عن طريق عملية نقل الحيوان المنوي للرجل بعد تركيزه وإزالة الشوائب عنه ووضعه في الموقع المناسب داخل مهبل المرأة أو رحمها حتى تلتقي النطفة إلتقاء طبيعي بالبويضة وهي وسيلة للتغلب على عوامل عنق الرحم

[395] علال برزوق امال، احكام النسب بين القانون الجزائري والقانون الفرنسي، دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص 78 . 79

[396] علال برزوق امال، مرجع نفسه، ص 115 . 116

[397] خلف فاروق، احكام اثبات النسب في التشريع الجزائري ما بين الاطار القانوني والتطبيق القضائي، مرجع سابق، ص 98

[398] سكيريفة محمد الطيب، التلقيح الاصطناعي بين القانون الوضعي والفقه الاسلامي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ابو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2016 . 2017، ص 09

[399] عيسى معيزة، الحمل إرثه أحكامه وصوره المعاصرة بين الشريعة والقانون، مذكرة ماجستير، كلية العلوم الاسلامية، جامعة الجزائر، 2005 . 2006، ص 110

والمناعة المسببة للعقم بما في ذلك نذرة الحيوانات المنوية ونسبة النجاح تبلغ 30%، أما عن التلقيح الخارجي هو الذي يتم فيه تلقيح البويضة الملقحة إلى رحم المرأة أو إمرأة أخرى[400].

حيث عرفت الجزائر عمليات التلقيح الإصطناعي في سنوات التسعينات على يد الدكتور "فتوكي" الذي أجرى عدة عمليات بطريق التلقيح الإصطناعيالداخلي للأزواج دون اللجوء لوسيلة الأم البديلة، كما لم تعرف بلادنا إجراء أية عملية لزرع الغدد والأعضاء التناسلية واللجوء لوسيلة الإستنساخ البشري الإنجابي[401]، لكن يطرح التساؤل فيما إذا كان رحم الزوجة غير قادر على الحمل فهل يجوز إستبدال رحم إمرأة أخرى لهذا الغرض؟ هذا ما جعل المسلم محتار بين ما يقدمه العلم من تجارب حديثة تحتوي ضمانات على ما يتم تجريبه ليلجأ للتساؤل عن الفتوى التي تقدم له حفاظا على حرمة دينه وعرضه، إلا أن المشرع الجزائري في مادة قانون الأسرة وضع نصوص قانونية تحدد شروط تبني تقنية التلقيح الإصطناعي وتمنع كل من الإستنساخ البشري والأمومة البديلة، لكنه أغفل عن الجزاء عند مخالفة هذه النصوص ولم يتحدث عن إستئجار رحم الزوجة الثانية.

أ: موقف الشريعة من إستئجار الرحم

لقد فرق الفقهاء بين خمس حالات لإستئجار الأرحام للحكم على كل حالة على حدى وبالرغم من ذلك فقد إختلف الفقهاء في الحكم على بعض الحالات فتباينت بين مؤيد و معارض، قبل التعرض لحكم كل حالة يجب أن نذكرها على سبيل التذكير، فالحالة الأولى تتلخص في تلقيح بويضة الزوجة بنطفة الزوج وإعادة زرعها في رحم أجنبية، الحالة الثانية: تلقيح بويضة الزوجة بنطفة الزوج وإعادة زرعها في رحم الزوجة الثانية، الحالة الثالثة: تلقيح بويضة الزوجة بنطفة أجنبي وإعادة زرعها في رحم أجنبية، الحالة الرابعة: تلقيح بويضة أجنبية بنطفة الزوج وإعادة زرعها في رحم أجنبية، الحالة الخامسة: تلقيح بويضة أجنبية بنطفة أجنبي وإعادة زرعها في رحم أجنبية سواء كانت صاحبة البويضة أم امرأة أخرى، وإجمع الفقهاء على تحريم الحالة الثالثة والرابعة والخامسة تحريما مطلقا وذلك لاختلاط الأنساب وضياع معاني الأمومة والأبوة كما إعتبر الفقهاء أن استعمال مني أو بويضة

[400] مجذوب نوال، إشكالات إثبات نسب المولود بالتلقيح الاصطناعي على ضوء قانون الاسرة الجزائري،مجلة جيل الابحاث القانونية المهمة، مركز جيل البحث العلمي، العدد 15، جوان 2017، ص

[401] بغدالي الجيلالي، الوسائل العلمية الحديثة المساعدة على الانجاب في قانون الاسرة الجزائري، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر1، 2013 . 2014، ص 03

أجانب زنا تحت مسميات جديدة، أما الحالتين الأولى والثانية أثارت نقاشا بين الفقهاء وإختلاف في الحكم عليهما[402]،

حيث يوجد فريق المؤيدون والمعارضون ونربموقف الفقهاء المؤيدين لإستئجار الرحم إذ أن المنهج الإسلامي حث على التداويوهو أمر مرغوب لديه وتتناسب مرغوبيته ومحبوبيته تناسب طرديا مع الانجازات التي يحققها للجسد وللنفس معا فهو مباح أولا وواجب ثانيا، فالتداوي الذي يتوقف عليه حياة الإنسان أو تتوقف عليه القدرة على أداء المسؤولية يكون واجبا والواجب يكون مباحا، وأشارت الآيات القرآنية إلى إمكانية العلاج في جميع الأمراض ويدخل في ذلك علاج العقم، قال الله تعالى في كتابه الكريم "... يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر ..." البقرة الآية 185، وعلى أساس ما تقدم فإن التداوي من العقم أمر مرغوب في الشريعة الإسلامية لا بل يصل الأمر إلى درجة الوجوب إذا ترتب مشقة كبيرة بسبب بقاء العقم، لاسيما إذا كان العقم سببا لتعاسة الحياة الزوجية أو إنفصال الزوجين بالطلاق أو كان سببا لسوء الظن بالله تعالى أو عدم الإعتراف بنعمته، أو كان سببا لأمراض نفسية تترك أثارها على الفرد والمجتمع[403].

أما عنموقف المعارضين لإستئجارالرحمقالوا بمنع هذه الصورة لما يندرج تحتها من مشاكل ولإحتمال أن تحمل الزوجة الأخرى ويتم تلقيح بويضتها هي إذا لم يمنه عنها زوجها، وفي هذه الحالة لا تعلم من هي الأم ولذلك عدل المجمع الفقهي عن قرارله حيث كان قد أجاز هذه الصورة في دورته السابقة 1404هـ بشرط الحيطة الكاملة في عدم إختلاط النطف وأن لا يتم ذلك إلا عند قيام الحاجة، فألغى هذا القرار في دورته الثامنة 1405هـ وذلك لأن الزوجة الأخرى التي زرعت فيها بويضة الزوجة الأولى قد تحمل قبل إنسداد رحمها على حمل اللقيحة من معاشرة الزوج لها في فترة متقاربة مع زرع اللقيحة ثم تلد توأما ولا يعلم ولد اللقيحة من ولد معاشرة الزوج، كما لا تعلم أم ولد اللقيحة التي أخذت منها البويضة من أم ولد معاشرة الزوج كما قد تموت علقة أو مضغة أحد الحملين ولا تسقط إلا مع ولادة الحمل الآخر الذي لا يعلم أيضا أهو ولد اللقيحة أم حمل معاشرة الزوج ويوجب ذلك إختلاط الأنساب[404]،

[402] خاطر خيرة، استئجار الارحام بين القانون والشريعة الاسلامية، جامعة الدكتور مولاي الطاهر، سعيدة، ص 180- 181

[403] . زهراء حسين إبراهيم، إجارة الأرحام في ضوء القانون اللبناني والقانون المقارن، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية والإدارية، 2017، ص 59

[404] احمد بن محمد بن ادريس الحلي، التقرير الفقهي، مركز ابن ادريس الحلي للدراسات الفقهية، العدد الاول / شتاء 1428 هـ . 2007 م، ص ---35- 37

فالأثر المترتب على تأجير الرحم من هذه الناحية هو القول "بأنه يحرم من تأجير الرحم ما يحرم من الرضاع" فيصبح عندئذ المولود محرما على المرأة المستأجرة كالأم الرضاعية و على أولادها، كما يحرم على زوج المستأجرة الزواج بالمولود على فرض أنها أنثى ولو سلمنا بأن هذا كله يمكن ضبطه فكيف سيضبطها لو أجرت هذه المرأة رحمها لأكثر من أسرة وتوفيت ثم حدث مستقبلا تزاوج بين أبناء هذه الأسر أليس في هذا مخالفة لمقاصد الشرع الذي يحرص على نقاء النسب و صيانته من التدليس والتزييف والضياع[405].

ب:موقف التشريع الجزائري من إستئجار الرحم:

نجد المادة (45) مكرر من الأمر رقم 05 . 02 المؤرخ في 27 فبراير2005، يجوز للزوجين اللجوء إلى التلقيح الإصطناعي، ويخضع التقديم الإصطناعي للشروط الآتية:

. أن يكون الزواج شرعيا

. أن يكون التلقيح برضا الزوجين وأثناء حياتهما

. أن يتم بمني الزوج و بويضة رحم الزوجة دون غيرهما

. لا يجوز اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي باستعمال الأم البديلة[406]،

فكان المشرع الجزائري من خلال تعديل قانون الأسرة بالأمر 02/05 لسنة 2005 واضحا في رفضه التام لمسألة تأجير الأرحام حيث تنص المادة (45)مكرر من الأمر 02/05 في الفقرة الثانية منها أنه: "لا يجوز اللجوء إلى التلقيح الصناعي باستعمال الأم البديلة" ورغم أننا نعتقد بأن هذا الرفض يبدو منطقيا جدا نظرا لحداثة هاته التقنية على الساحة الفقهية الجزائرية ونظرا لمخافة ما ترتبه من أثار فيما بعد، إلا أننا نؤمن تماما بأن المشرع سيراجع تدريجيا رفضه لكل هاته التقنيات، فبالإضافة إلى أن المشرع الجزائري وبعد رفضه لهاته الوسيلة فإنه لم يقررأي جزاء على مخالفة أحكام المادة (45)مكرر المتعلقة بالقيام بهاته العمليات، فإننا نعتقد بأن هذا الرفض جاء عاما والمقصود منه هو رفض التلقيح الإصطناعيبإستعمال الأم البديلة في حالة ما إذا كانت هاته الأم البديلة غريبة عن العلاقة

[405] كريمة عبود جبر، إستئجار الارحام والاثار المترتبة عليه، مجلة ابحاث كلية التربية الاساسية/ المجلد 09، العدد 03، كلية التربية الاساسية، جامعة الموصل، 2009/10/28، 2010/2/18، ص 250

[406] بلحاج العربي، الزواج والطلاق في التقنين الاسرة معلقا عليها باحكام النقض التي قررتها المحكمة العليا في اجتهاداتها القضائية الكبرى، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، افريل 2018، ص 182

الزوجية، أما إذا كانت طرفا في العلاقة الزوجية كان تكون زوجة ثانية لنفس الزوج، فالأمر يختلف تماما ويدعونا للتأمل خاصة إذا كان الرضا من أطراف العلاقة صريح لإجراء العملية[407]،

كذلك بالرغم من أن المشروع التمهيدي لقانون يتعلق بالصحة 2017 نص في المادة (456)على معاقبة الإستعانة بالأم البديلة بقوله "يعاقب كل من يخالف المنع المنصوص عليه في أحكام المادة (393) من هذا القانون المتعلق بالتبرع والبيع وكل شكل من المعاملات بخصوص مواد الجسم البشري بالحبس من 10 سنوات إلى 20 سنة و بغرامة من 1000,000 دج إلى 2000,000 دج"، غير أن هذه التقنية قد تأخذ حكم التبني المحرم شرعا وقانونا فقد جاء قانون العقوبات بمواد تحمي الطفل من الخطر في المواد(310[408] و320[409] و321[410]) ق ع[411].

ثانيا: النسب بعد الطلاق أو الوفاة:

أ. إثبات النسب: إذا حصل الطلاق بين الزوجين فإما أن يكون قبل الدخول أو الخلوة أو بعد ذلك، فإن كان الطلاق قبل الدخول أو الخلوة ثم أتت الزوجة بولد، فإن نسبه ثابت من الزوج إذا أتت به

---

[407] النحوي سليمان، التلقيح الصناعي في القانون الجزائري والشريعة الاسلامية والقانون المقارن، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2010.2011، ص 186

[408] المادة 310 قانون عقوبات: يعاقب بالحبس من شهرين الى ثلاث سنوات وبغرلمة من 500 الى 10000دج او باحدى هاتين العقوبتين كل من حرض على الاجهاض ولو لم يؤدي تحريضه الى نتيجة ما و ذلك بان:

- القى خطبا في اماكن او اجتماعات عمومية،

- او باع او طرح للبيع او قدم ولو في غير علانية او عرض او الصق او وزع في الطريق العمومي او في الاماكن العمومية او وزع في المنازل كتبا او كتابات او مطبوعات او اعلانات او ملصقات او رسوما او صورا رمزية او سلم شيئا من ذلك مغلفا بشرائط موضوعا في ظروف مغلقة او مفتوحة الى البريد ا والى أي عامل توزيع او نقل،

- او قام بالدعاية في العيادات الطبية الحقيقية او المزعومة.

[409] المادة 320 قانون عقوبات: يعاقب بالحبس من شهرين الى ستة اشهر وبغرامة من 500 الى 200000 دينار:

- كل من حرض ابوين او احدهما على التخلي عن طفلهما المولود او الذي سيولد وذلك بنية الحصول على فائدة.

- كل من تحصل من ابوين او من احدهما على عقد يتعهدان بمقتضاه بالتخلي عن طفلهما الي سيولد او شرع في ذلك وكل من حاز مثل هذا العقد او استعمله وشرع في استعماله.

- كل من قدم وساطته للحصول على طفل بنية التوصل الى فائدة او شرع في ذلك.

[410] المادة 321 قانون عقوبات: يعاقب بالسجن المؤقت من خمس (5) سنوات الى عشر(10) سنوات وبغرامة من 500000دج الى 1000000دج، كل من نقل عمدا طفلا، او اخفاه، او استبدل طفلا اخر ب هاو قدمه على انه ولد لامراة لم تضع، وذلك في ظروف من شانها ان يتعذر التحقق من شخصيته.

واذا لم يثبت ان الطفل قد ولد حيا، فتكون العقوبة الحبس من سنة (1) الى شهرين (2) وبغرامة من 10000دج الى 20000دج.

غير انه اذا قدم فعلا الولد على انه ولد امراة لام تضع حملا، بعد تسليم اختياري او اهمال من والديه، فيعاقب بالحبس من سنة (1) الى خمس سنوات و بغرامة من 100000دج الى 500000دج.....

[411] سكيريفة محمد الطيب، التلقيح الاصطناعي بين القانون الوضعي والفقه الاسلامي، المرجع السابق، ص 80

قبل مضي ستة أشهر من تاريخ الطلاق، للتيقن أنها حملت به قبل الفرقة، فإن أتت به بعد مضي ستة أشهر من تاريخ الطلاق، لم يثبت من الزوج لعدم تيقن حصول الحمل قبل المفارقة، فإذا حصل الطلاق بعد الدخول أو الخلوة سواء كان الطلاق رجعيا أو بائنا أو كانت المفارقة بسبب الوفاة، فإن نسب الولد يثبت من الزوج إذا أتت به الزوجة قبل مضي أقصى مدة الحمل من يوم الطلاق أو الوفاة، أما بعد مضي هذه لمدة من يوم الطلاق أو الوفاة لم يثبت نسب الولد من الزوج المطلق أو المتوفى، وهو مذهب الجمهور[412]،

وقد نصت المادة (43) قانون أسرة على ما يلي: "ينسب الولد لأبيه إذا وضع الحمل خلال 10 أشهر من تاريخ الإنفصال أو الوفاة"، إن القانون قد نص على المبدأ الأساسي في إعتماده الحد الأقصى للحمل فبمجرد الطلاق أو الوفاة تحسب مدة 10 أشهر لإحتمال الحمل قبل الطلاق أو الوفاة إلا أن القانون لم يحتط لبعض المسائل التي تفرض نفسها مما قد يؤدي إلى ثبوت النسب، فإذا تبين للزوج على سبيل المثال بأن الزوجة غادرت بيت الزوجية ولم تعد إليه مدة من الزمن بأن إعتبرت ناشزا قانونا وبناء عليه حكم القاضي بالطلاق فإن النص القانوني يسمح بثبوت النسب بعد 10 أشهر من تاريخ الطلاق بل قد يكون الزوج طلقها قبل الحكم فإعتماد مدة عشرة أشهر لا يستقيم، وقد يثبت بأن الزوج كان مسافرا مثلا مدة 6 أشهر وتوفي في الخارج ثم وضعت الزوجة حملها في الشهر الثامن بعد الوفاة[413].

فنص المادة (43)يقضي بثبوت النسب لأن الوضع جاء في ميعاده القانوني بعد الوفاة، في حين أن الواقع يكذب ذلك فستة أشهر مضافا إليها ثمانية أشهر يصبح العدد 14 شهرا وهو أمر غير مقبول، زيادة على أن الزوج قد يطلق زوجته قبل الدخول بها وبالتالي فإن الحمل لا ينسب إليه لعدم الدخول في حين أن النص القانوني لم يشر إلى هذه الحالة ونقترح على المشرع إضافة فقرة ثانية لنص المادة(43) ونصها "لا يثبت النسب إذا كان الطلاق قبل الدخول أو تبين عدم التلاقي حقيقة بين الزوجين لمدة تزيد عن عشرة أشهر قبل الطلاقأو الوفاة"، كما أن النسب يثبت في حالة بطلان الزواج لمانع إكتشف بعد الزواج رغم التفريق بينهما تطبيقا للمادة(34) قانون أسرة[414].

[412] مداح عيسى، احكام الابوة في الفقه الاسلامي، مذكرة مقدمة لنيل درجة الماجستير في العلوم الاسلامية، جامعة الجزائر 1، كلية العلوم الاسلامية، 2011 . 2012، ص 7

[413] بن شويخ الرشيد، شرح قانون الاسرة الجزائري المعدل، دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، مرجع سابق، ص 233

[414] بن شويخ الرشيد، المرجع نفسه، ص 234

ومن قرارات المحكمة العليا نجد م. ع،غ.أ.ش، 05/19/1998[415]، ملف رقم 193825، ا.ق.غ.أ.ش، عدد خاص، ص73 . من المقرر قانونا أنه يثبت الولد لأبيه متى كان الزواج شرعيا، ومن المقرر أيضا أنه يثبت الولد لأبيه متى كان الزواج شرعيا، ومن المقرر أيضا، أنه ينسب الولد لأبيه، إذا وضع الحمل خلال عشرة أشهر من تاريخ الإنفصال أو الوفاة، وأن عدة الحامل وضع حملها وأقصى مدة الحمل عشرة (10) أشهر من تاريخ الطلاق أو الوفاة، ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بمخالفة القانون ليس في محله[416].

ب .**مدة الحمل بعد الطلاق**: وتسمى أقصى مدة الحمل وتفيد في معرفة مدة الحمل القصوى في إثبات نسب ولد المعتدة من طلاق أو وفاة، وإبن المفقود والغائب أو المفترق عنها بسبب الزواج الفاسد، هذه المسألة لم يرد فيها نص غير ما روي عن آمنا عائشة بنت الصديق رضي الله عنهما أنها قالت: "ما تزيد المرأة في الحمل على سنتين قدر ما يتحول ظل عمود المغزل"، ولذلك جاءت آراء الفقهاء متباينة ومختلفة: فذهب الحنفية إلى أن أقصى مدة الحمل سنتين، ويرى الشافعية والحنابلة أن غالب مدة الحمل تسعة أشهر وأكثره أربع سنوات، والمشهور عند المالكية خمس سنين[417]،

وذهب محمد بن عبد الله بن عبد الحكم إلى أن أقصى مدة الحمل سنة قمرية وهو مذهب الظاهرية أيضا، وإن كانت "الحقيقة أن مجمل الآراء إعتمد فيها الفقهاء على روايات النساء، فقد جعلوا العرف والعادة معتمدهم حيث لا نص فهذه المرأة تدعي أنها حملت ثلاث سنين بإبنها، والأخرى تدعي أن جارتها فلانة حملت بأولادها مدة الأربع سنوات وغيرها مما رواه الفقهاء في كتبهم"، فإنها لم تكن قطعا السبب في تعددت وتنوع الآراء وإنما يعود ذلك إلى ما علموه من قصد الشريعة إلى الستر على الأعراض، والتضييق ما أمكن على الإتهام بالزنا، والواقع أن هذه الأقوال أكثرها منفد طبيا، إذ لم يعد أحد يجهل وقد ثبت علميا أن أقصى مدة الحمل تسعة أشهر كاملة يضاف لها أسبوعان للإحتياط، أي 280 يوما، ولا يمكن للجنين بعدها أن يبقى في الرحم حيا ما يدفع الأطباء عادة إلى إجراء العمليات القيصرية لإخراجه[418]،

---

[415] المحكمة العليا، غرفة الاحوال الشخصية، 1998/05/19، ملف رقم 193825، ا.ق.غ.ا.ش، عدد خاص، ص 73، انظر، بلحاج العربي، الزواج والطلاق في تقنين الاسرة معلقا عليه باحكام النقض التي قررتها المحكمة العليا في اجتهاداتها القضائية الكبرى، مرجع سابق، ص 311

[416] بلحاج العربي، مرجع نفسه، ص 311

[417] احمد اباش، الاسرة بين الجمود والحداثة، مرجع سابق، ص 373

[418] احمد اباش، مرجع نفسه، ص 374

حيث نجد في قرار المحكمة العليا رقم 35992 المؤرخ في 1985/03/11، المجلة القضائية، 1989، العدد1، ص:86، في قضية: (ق.ف) ضد: (ن.م)، أنه يستوجب النقض القرار الذي قضى بإبطال إثبات نسب المولود، إذا ما إعتمد على أن المدعية كانت في حالة حيض أثناء طلاقها ذلك أن هذا التبرير ليس شرعيا على عدم الحمل[419].

ثالثا: ثبوت نسب ولد المطلقة قبل الدخول: المطلقة قبل الدخول إما أن تكون ولادتها لأقل من ستة أشهر من وقت الطلاق أو لأكثر، فإن كانت ولادتها لأقل من ستة أشهر من وقت الطلاق فلا يثبت نسب ولدها من زوجها المطلق، وإن كانت ولادتها لتمام ستة أشهر من تاريخ طلاقها فلا يثبت نسبه منه، لأن الطلاق قبل الدخول والخلوة لا يثبت به النسب إلا إذا ثبت يقينا أن الحمل حصل قبل الفرقة، وولادتها لأقل من ستة أشهر من وقت الطلاق لا يثبت به اليقين بأنها حملت قبل الفرقة، بإعتبار أنها أقل مدة للحمل، وبحكم أن الزوج لم يدخل بزوجته وحملت منه قبل أن تطلق منه وتعتبر الولادة دليل على أن الطلاق كان قبل الدخول لا بعده، ولذلك لا يجب لها جميع المهر[420]، وإذا جاءت به لتمام ستة أشهر فأكثر فإنه لا يحصل اليقين بحدوث الحمل قبل الفرقة لأنه يحتمل أن تكون حملت من مطلقها، ومتى وجد الإحتمال فلا يثبت النسب، لما ذكرنا من أن المطلقة قبل الدخول والخلوة يشترط في ثبوت نسب ولدها أن يحصل اليقين بأنه منه، إلا إذا إدعاه ولم يصرح بأنه من الزنا، ويحمل على أنه إتصل بها بناء على شبهة إحتياطا في الأنساب وستر الأعراض، ومثال ذلك إذا تزوج رجل إمراة في غرة شهر صفر ثم طلقها في ربيع الآخر أي بعد شهرين وولدت في رمضان (أقل من ستة أشهر)، فإن نسب الولد يثبت لأنه ولد لأقل من ستة أشهر من وقت الطلاق[421].

رابعا: ثبوت نسب ولد المطلقة بعد الدخول:(طلاق رجعي، طلاق بائن)

أ. ثبوت النسب خلال العدة: يثبت نسب الولد من أبيه إذا مات الأب والطفل جنين في بطن أمه، وكذلك إذا طلق الزوج زوجته فولدت له ولدا أثناء العدة أو بعد إنتهائها خلال فترة الحمل، أن الزوجة المطلقة أو المتوفى عنها زوجها بعد الدخول إذا جاءت بولد خلال مدة الحمل شرعا أي خلال أقصى مدة الحمل إعتبارا من يوم الطلاق أو الوفاة فإن نسب الولد يثبت من الزوج، وبالولادة تنتهي عدة

[419] المحكمة العليا، غرفة الاحوال الشخصية، 1985/03/11، ملف رقم 35992، المجلة القضائية، 1989، العدد1، ص:86، انظر، سايس جمال، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، الجزء 1، مرجع سابق، ص 217

[420] طفيانيمختارية، اثبات النسب في تقنين الاسرة الجزائري والفقه الاسلامي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق والعلوم التجارية، جامعة "امحمد بوقرة" بومرداس، ص 51

[421] طفيانيمختارية، المرجع نفسه، ص 52

الزوجة المتوفى عنها زوجها كما تنتهي عدة المطلقة سواء أكان الطلاق رجعيا أم بائنا ويحمل الأمر على أن الحمل وقع أثناء قيام الحياة الزوجية قبل الطلاق أو الوفاة، أما إذا جاءت بالولد بعد مضي أكثر مدة الحمل إعتبارا من تاريخ الطلاق أو الوفاة فلا يثبت نسب الولد إذا كان الطلاق بائنا أو كانت الفرقة أثر الوفاة لأن الشارع حدد مدة معينة لأقصى فترة الحمل فإذا جاء الولد بعدها فلا يثبت نسبه، إلا أنه في مثل هذه الحالة يثبت نسبه إذا أقر به الأب في الطلاق البائن أو أقر به الورثة إثر وفاة الأب و يعتبر النسب حينئذ بالإقرار لا بالزواج[422].

ب . **ثبوت النسب بعد إنقضاءالعدة**:ماذا لو أتت المرأة بعد إنقضاء العدة بأن أقرت بالإنقضاء وكان هذا الإقرار في مدة تحتمل ذلك بأن تكون المدة قبل الإقرار إما يوما أو 39 يوما، إذا أتت بالولد لأقل من ستة أشهر من وقت الإقرار يثبت نسبه، إذا أتت بالولد لستة أشهر فصاعدا من تاريخ الإقرار لا يثبت نسبه، فأقل مدة الحمل ستة أشهر فمجيء الولد بعد ستة أشهر أو أكثر من وقت الإقرار معناه أن الحمل حدث بعد الإقرار فلا يلزم المطلق ولا يثبت نسبه منه، وعلى هذا الرأي الحنفية والحنابلة وقال به إبن سريج[423]، أما الإمام مالك والشافعي: فالمعتدة بالقروء إذا أقرت بإنقضاء عدتها ثم أتت بولد لستة أشهر فصاعدا بعد إنقضاء العدة يلحق نسبه به ما لم تتزوج أو يبلغ 4 سنين، والدكتورة عبلة عبد العزيز عامر ترجح الرأي القائل بعدم ثبوت النسب لو أتت المطلقة بالولد لستة أشهر فصاعدا من وقت الإقرار بإنقضاء العدة... حيث أن إنقضاء العدة أمر يعلم من جهة المرأة نفسها، وقررت ذلك فألزمت نفسها به وبهذا الإنقضاء إنفصلت العلاقة الزوجية ولم يعد الفراش قائما خلافا مع حالة بقاء الزوجية أو العدة[424].

ج . **ثبوت نسب الولد بعد طلاق بائن**: يشترط لثبوت نسب ولد المطلقة لأبيه أن يوضع في مدة عشرة أشهر من تاريخ الطلاق في الإنفصال الفعلي بين الزوجين وهذا ما أكدته المادة(43) من قانون الأسرة، وتبعا لذاك فلا يثبت نسب ولد المطلقة إذا ولد بعد مضي أقصى مدة الحمل إعتبارا من تاريخ الإنفصال إلا إذا أقر به الزوج المطلق وهي الحالة الوحيدة التي يثبت بها النسب ولكن بالإقرار وليس

[422] عبد الرحمن الصابوني، شرح قانون الاحوال الشخصية السوري، الجزء الثاني، مرجع سابق، ص 172

[423] عبلة عبد العزيز عامر، النسب فقها وقضاء، دار النهضة العربية 22 شارع عبد الخالق ثروت، القاهرة، 2011، ص 35

[424] عبلة عبد العزيز عامر، المرجع نفسه، ص 37

بالزواج، ولكن إذا إفترضنا أن المعتدة من طلاق بائن تزوجت وولدت لأقل من عشرة أشهر منذ بانت من طلاقها وأقل من ستة أشهر منذ تزوجت بغيره فالولد في هذه الحالة ينسب للزوج المطلق[425]،

وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 1998/05/19[426] حيث جاء فيه: "من المقرر شرعا أن الزواج في العدة باطل، ومن المقرر قانونا أن أقل مدة الحمل ستة أشهر وأقصاها عشرة أشهر، ومتى تبين في قضية الحال أن الزواج وقع على إمرأة ما زالت في عدة الحمل وأن الحمل وضع بعد أربع أشهر من تاريخ الزواج الثاني، وأن قضاة الموضوع بقضائهم بإعتبار الطاعنة بنت الزوج الثاني إعتمادا على قاعدة "الولد للفراش" مع أن الزواج الثاني باطل شرعا فإنهم بقضائهم كما فعلوا خالفوا القانون وخرقوا أحكام الشريعة الإسلامية، غير أنه إذا أتى الولد لأكثر من أقصى مدة الحمل من وقت البينونة ولستة أشهر منذ تزوجت فإن النسب يثبت لإحتمال علوق الحمل منه، أما إذا جاءت بالولد لأكثر من أقصى مدة الحمل من تاريخ الإنفصال الحقيقي من المطلق ولأقل من ستة أشهر من تاريخ الزواج بالرجل الثاني فإنه لا يلزم أحدهما، لكن الإشكال يظهر فيما ولد المولود لأقل من أقصى مدة الحمل من تاريخ الإنفصال الحقيقي ولستة أشهر من تاريخ الزواج الثاني فيمكن أن يكون من الزوج الأول كما يمكن أن يكون من الزوج الثاني وفي هذه الحالة يمكن اللجوء إلى الطرق العلمية لكشف حقيقة النسب إلى أي من الزوجين ينسب هذا الولد[427].

ويثبت نسب ولد المطلقة بائنا إذا به لأقل من سنة من وقت الطلاق ونسب ولد المتوفى عنها زوجها إذا أتت به لأقل من سنة من وقت الوفاة، ويثبت ولد المطلقة رجعيا في أي وقت أتت به من وقت الطلاق ما لم تقر بإنقضاء العدة والعمل بهذه الأحكام مع شيوع فساد الذمم وسوء الأخلاق أدى إلى الجرأة على إدعاء نسب أولاد شرعيين تقدمت بذلك شكاوى عديدة، ولما كان رأي الفقهاء في ثبوت النسب مبنيا على رأيهم في أقصى مدة الحمل ولم يبين أغلبهم رأيه ذلك إلا على إخبار بعض النساء بأن الحمل مكث كذا سنين والبعض الآخر كأبي حنيفة بني رأيه في ذلك على أثر ورد عن السيدة عائشة يتضمن أن أقصى مدة الحمل سنتان [428]، ولي في أقصى مدة الحمل كتاب ولا سنة فلم تر الوزارة مانعة من

[425] صالح بوغرارة، حقوق الاولاد في النسب والحضانة على ضوء التعديلات الجديدة في قانون الاسرة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، 2006 . 2007، ص 31

[426] المحكمة العليا، غرفة الاحوال الشخصية، 1998/05/19، انظر. صالح بوغرارة، حقوق الاولاد في النسب والحضانة على ضوء التعديلات الجديدة في قانون الاسرة، المرجع نفسه، ص 32

[427] صالح بوغرارة، المرجع نفسه، ص 32

[428] نادية حسن ابوسكينه، و ا م د منال عبد الرحمن خضر، العلاقات والمشكلات الاسرية، دار الفكر ناشرون وموزعون، الطبعة الاولى، 1432 هـ . 2011 م، ص 242 . 243

أخذ رأي الأطباء في المدة التي يمكثها الحمل فأفاد الطبيب الشرعي بأنه يرى أنه عند التشريع يعتبر أقصى مدة الحمل 365 يوما حتى يشمل جميع الأحوال النادرة، وبما أنه يجوز شرعا لولي الأمر أن يمنع قضاءه من سماع بعض الدعاوي التي يشاع فيها التزوير والإحتيال و دعوى نسب الوالد بعد مضي سنة من تاريخ الطلاق بين الزوجين أو وفاة الزوج وكذا دعوى نسب ولد من زوج لم يتلاق مع زوجته في وقت ما ظاهر فيها الإحتيال والتزوير[429].

د . **ثبوت نسب ولد المتوفى عنها زوجها**: نصت المادة (43)من قانون الأسرة على أن الولد ينسب إلى أبيه إذا وضع الحمل خلال عشرة أشهر من تاريخ الإنفصال أو الوفاة وأكدت المادة(60)من نفس القانون على نفس المدة من تاريخ الوفاة بنصها على أن: "أقصى مدة الحمل عشرة أشهر من تاريخ الطلاق أو الوفاة" و عليه فإن النسب يثبت للمتوفى إذا أتت أرملته بولد بين تاريخ الوفاة وبين أقصى مدة الحمل لإحتمال أن الحمل كان قائما وقت الوفاة، وتبعا لذلك يكون الفراش قائما وقت الوطء فيثبت النسب إحتياطا لمصلحة الولد ولا يثبت نسبه لو جاءت به لأكثر من عشرة أشهر كاملة لأنه أصبح متيقنا حصول الحمل بعد الوفاة، وفي هذه الحالة إذا حصل وأن نسبته الزوجة إلى الزوج المتوفى دون علم الورثة و سجل على لقب الزوج خفية، فإن من حق أي شخص به مصلحة في أن يطعن في هذا النسب، وأن يرفع دعوى أمام القضاء يطالب فيها إلغاء ما تم تسجيله، وفي هذه الحالة يمكن اللجوء إلى الطرق العلمية إذا تعنتت الزوجة في أن الولد من الزوج المتوفي[430].

خامسا: ثبوت النسب بعد الفرقة من زواج فاسد:

حيث أنه إذا حصلت الفرقة بالتراضي أو بالتفريق من القاضي بعد الدخول في عقد الزواج الفاسد يثبت نسب المولود إذا جاءت به قبل مضي أقصى مدة الحمل من تاريخ الفرقة وبشرط أن يكون لستة أشهر على الأقل في تاريخ الدخول، ولا خلاف بين الفقهاء في أن أقصى مدة الحمل تحسب من تاريخ التفريق بين الزوجين، وإلى هذا ذهب المشرع الجزائري في المادة (43) من قانون الأسرة: "يثبت نسب الولد لأبيه إذا وضع خلال 10 أشهر من تاريخ الإنفصال أو الوفاة"[431].

وعليه يثبت نسب الولد لمن تأتي به لأقل من عشرة أشهر من تاريخ الإنفصال وسبب ثبوت النسب في هذه الحالة أنه لم يتيقن من حصول العلوق بعد الفرقة إذ المدة تحتمل حصوله قبل الفرقة لأن

[429] نادية حسن ابوسكينه، و ا م د منال عبد الرحمن خضر، العلاقات والمشكلات الاسرية، مرجع نفسه، ص 243

[430] صالح بوغرارة، حقوق الاولاد في النسب والحضانة على ضوء التعديلات الجديدة في قانون الاسرة، مرجع سابق، ص 32 . 33

[431] علال برزوق امال، احكام النسب بين القانون الجزائري والقانون الفرنسي، دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص 120

أقصى مدة الحمل عشرة أشهر فيثبت النسب إحتياطا للولد، وإن أتت به لأكثر من عشرة أشهر من تاريخ الإنفصال لا يثبت النسب وأساس عدم الثبوت في هذه الحالة أنه أصبح متيقنا أن العلوق حصل بعد الفرقة لأانه أتى لأكثر من أقصى مدة الحمل من تاريخ الإنفصال، فلا يثبت بنسب الولد من الزوج لإحتمال أن يكون الولد من غير زوج أمه الشرعي، إلا إذا إدعاه ولم يصرح بأنه إبن زنا[432].

الفرع الثاني: إشكالات النسب

إن مضمون نص المادة (43) بعد التدقيق فيه جيدا نلاحظ أنه يثير بعض التساؤلات، وذلك أن المشرع لم يميز في مسألة الإنفصال بين المطلقة رجعيا والمطلقة طلاقا بائنا، وبالرغم من أن الفقهاء قد فرقوا بينهما، كذلك لم يتطرق إلى حكم نسب ولد المطلقة قبل الدخول، كما أن المدة المحددة في نص المادة (43) يختلف ميعاد حسابها بين ما إذا كان الطلاق قد تلفظ به الزوج حيث يبدأ حساب المدة من هذا التاريخ، أم أنه يبدأ من تاريخ صدور الحكم بالطلاق، وإذا رجعنا إلى نص المادة (49) من قانون الأسرة نلاحظ أن العبرة تكون بتاريخ الحكم بالطلاق، وهذا ما يؤدي إلى الوقوع في التناقض وإهدار حق الطفل في ثبوت نسبه لأبيه، بالرغم من أن مضمون نص المادة (43) يشير إلى ثبوت النسب حال العدة، وهذه الأخيرة الحكمة منها التأكد من براءة الرحم منعا لإختلاط الأنساب كما هي فرصة لكلا الزوجين لمراجعة نفسيتهما وإصلاح شؤونهما إذا كانت العدة نتيجة طلاق رجعي[433]،

وقد تقصر أو تطول مدة الحمل في بعض الأحيان حسب الحالة الصحية للحامل أو الجنين، لكن إذا أخذنا ما هو معمول به قانونا حيث يثبت الطلاق من تاريخ التصريح به بموجب حكم قضائي، وإلى هذا التاريخ يكون الطلاق قد وقع ووعيت جملة من الإجراءات لا تقل مدتها عن ثلاثة أشهر، ومنه إذا أخذنا بعين الإعتبار العشر أشهر التي نص عليها المشرع الجزائري التي إذا وضع الحمل فيها نسب لزوج الحامل، تكون المدة الحقيقية المقابلة للشهر العاشر (إعتبار الطلاق الفعلي) لا تقل عن 13 شهرا، ومن الناحية الواقعية العملية هل تصل مدة الحمل إلى 13 شهرا؟ وهل من المنطلق أن ينسب لرجل مولود طلق أمه قبل 13 شهرا؟ وهو ما يؤدي إلى تحليل الحرام وتحريم الحلال وضياع حقوق ثابتة شرعا، حيث بنسبه هذا يكون من أصحاب الورثة، كما يعد أخا لأولاد أبيه السابقين وتعتبر إخوته من المحرمات تحريما أبديا، مع الأخذ بعين الإعتبار ما يحرم بالمصاهرة والنسب وغيرها من الإشكالات التي يمكن أن يثيرها هذا الموضوع، ما يتعين على المشرع الجزائري التدخل لتعديل أحكام قانون

[432] علال برزوق امال، مرجع نفسه، ص 120

[433] سلامي دليلة، حماية الطفل في قانون الاسرة، مرجع سابق، ص 13

الأسرةالمخالفة لأحكام الشرع والدين، خاصة ما يتعلق بثبوت الطلاق حيث يتعين عليه الأخذ بعين الإعتبار تاريخ وقوعه فعلا[434].

أولا . إشكالات إثبات النسب في الزواج المختلط:

في القانون الواجب التطبيق لإثبات النسب الشرعي حيث رأينا أنه يقصد بالبنوة الشرعية نسبة الولد لأبويه نتيجة لعقد زواجهما الصحيح شرعا طبقا للمادة (41) قانون أسرة جزائري، شرط ميلاد الولد بين أقل مدة الحمل (6 أشهر) وأقصاها (10 أشهر) طبقا للمادة(42) قانون أسرة، وعدم نفيه بالطرق الشرعية كاللعان مثلا، ولما كانت هذه المسألة تتعلق بحالة الشخص فإنها تعد من الأحوال الشخصية، ومن ثم يغلب أن يحكمها القانون الشخصي لواحد من أطرافها، الولد المراد الإنتساب إليه أو الولد المراد إثبات نسبه، وهو ما تختلف فيه التشريعات إختلافا كبيرا، وتزداد صعوبته كلما كان أطراف النزاع من جنسيات أو ديانات مختلفة، أو كلما غيرو جنسيتهم فيما بين يوم الحمل أو الولادة ويوم رفع دعوى البنوة أو الأبوة، إختلفت التشريعات في تنظيم هذه المسألة إختلافا جوهريا إذ ذهب الإتجاه الأول (تشيكوسلوفاكية وبولونيا وألمانيا) بترجيح إخضاع البنوة الشرعية لقانون جنسية الإبنبإعتبار أن البنوة صفة في الشخص وتشكل جزء من حالته، بالتالي ينبغي تطبيق قانون جنسيته، بينما يرى المشرع النمساوي تطبيق القانون الأصلح للإبنبإعتباره الطرف الضعيف في العلاقة، في حين يأخذ القانون الفرنسي بقانون جنسية الأم وقت ميلاد الطفل، وفي حالة عدم معرفة الأم فيسري قانون جنسية الطفل على أن يبقى الإتجاه الغالب مائل إلى تطبيق قانون جنسية الشخص المطلوب الإنتساب إليه[435]،

أما المشرع الجزائري فبعدما كان ملتزما الصمت إزاء مسألة النسب، فإنه حسم ذلك صراحة بنص المادة (13 مكرر) قانون مدني، التي تقتضي: "يسري على النسب والإعتراف به وإنكاره قانون جنسية الأب وقت ميلاد الطفل.

[434] أكلي نعيمة، في اشكالات الطلاق الكاشف بين احكام الشريعة الاسلامية وقانون الاسرة الجزائري، مجلة دراسات وابحاث، المجلة العربية في العلوم الانسانية والاجتماعية، مجلد 12، عدد 3، جويلية 2020، السنة الثانية عشر، ص 176

[435] أيت مولة ذهبية، اشكالات اثبات النسب في الزواج المختلط الباطل، ملتقى وطني حول تنازع القوانين في مجال الاحوال الشخصية، يومي 23 و24 افريل 2014، المجلة الاكادمية للبحث القانوني، عدد خاص، 2015، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمن ميرة . بجاية، ص 202 . 203

وفي حالة وفاة الأب قبل ميلاد الطفل يطبق قانون جنسية الأب وقت الوفاة"، ويرجع تفضيل المشرع الجزائري لقانون جنسية الأب على قانون جنسية الأم إلى الدور المعترف للرجل في الدول العربية، كما يصعب تصور تطبيق الجامع لقانوني الأبوين، ومتى تبين أن القانون الجزائري هو الواجب التطبيق على النسب إستنادا إلى المادة (13 مكرر) سالفة الذكر فإن المواد من (40) إلى (46) من قانون الأسرة الجزائري هي التي تنظم هذه المسألة[436].

ونرى أثر بطلان الزواج المختلط على طبيعة نسب الأولاد أن المبدأ الذي سار عليه المشرع الجزائري يثبت النسب حتى من الزواج غير الصحيح مهما كانت جسامة الخلل وفقا لقرينة الولد للفراش، التي تقضي أن الولد يلد على فراش الزوجية ينسب للزوج، حتى وإن كان الزواج باطلا طبقا لنص المادة(40)قانون أسرة عملا بالشريعة، التي تسعى لمحاربة إختلاط الأنساب وزواج المحارم وشيوع الفاحشة، وقد توسع المشرع في فرص إثبات النسب وضيق من فرص إنكاره، فقد أجمع الفقه على إعتبار مثل هذا الزواج الوهمي صحيح وقائم في الواقع من لحظة إنعقاده حتى لحظة الحكم ببطلانه، وبالتالي فإن جميع ما ترتب عن هذا الزواج خلال هذه الفترة من آثار ومراكز قانونية تبقى قائمة وصحيحة سواء كانت شخصية أو مالية، وكذلك بالنسبة لثمار هذا الزواج من أولاد إذ يعتبرون شرعيين، لكن ورغم ذلك إذا كان البطلان واضحا قبل الدخول، وكان الطرفين مكلفين وثبت علمهما أوأحدهما بالتحريم وسببو أن زواجهما ممنوع قانونا وتعمدا الدخول كان بمنزلة الزنى وجب الحد فيه[437].

ثانيا - نسب المولود بالتلقيح الإصطناعي في حالة إنتهاء الرابطة الزوجية بالوفاة:

قد يحدث وتنتهي الرابطة الزوجية بصورة طبيعية عن طريق الوفاة، ومن ثم فإن الإشكالات المرتبطة بإثبات نسب المولود بالتلقيح الإصطناعي في حالة الوفاة بُعد مزدوج، يتعلق الأول بإثبات النسب في حالة وفاة صاحب السائل النووي وبعد التلقيح مباشرة، وإنكار الورثة للمولود بالتلقيح الإصطناعي ومن ثم حرمانه من تركة أبيه، في حين يتجلى الإشكال الثاني في تلقيح الزوجة بمني زوجها المجمد في بنوك المني بعد وفاة زوجها إحياء لذكراه أو لأي سبب آخر، وإذا كانت الفرضية الأولى جد متوقعة في المجتمع الجزائري فإن الفرضية الثانية تستبعد من واقع الأسر الجزائرية من منطلق أن بنوك المني لا

[436] ايت مولة ذهبية، اشكالات اثبات النسب في الزواج المختلط الباطل، المرجع نفسه، ص 203

[437] ايت مولة ذهبية، اشكالات اثبات النسب في الزواج المختلط الباطل شرعا بين التشريع و عوائق التطبيق، المجلة الاكادمية للبحث القانوني، عدد خاص 2015، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمن ميرة – بجاية، ص 200 . 2001

تعرف إنتشار واسعا في الجزائر[438]، ولو أن مراكز التلقيح في الجزائر تترك بويضات فائضة بهدف إعادة زرعها في حالة عدم نتاج التلقيح أو في حالة إجهاض الحمل بعد زرع اللقيحة، غير أنه وبإعتبار أن الفرضية الأولى ترد في المجتمع الجزائري فإنه تثور إشكالات عديدة تتمثل في: بتطويع نص المادة (40) مكرر ليشمل إثبات ونفي النسب تأسيسا على فكرة كونه نص غير جنائي، هل يكفي أن ينفي ورثة الزوج أن زوجة مورثهم قد أنجبت مولودها خارج المدة القانونية المقررة لإسناد النسب بعد وفاة الزوج؟ أم أنهم مضطرين لإثبات أن عملية التلقيح الإصطناعي تمت بعد وفاة مورثهم أي في غيابه بما يخالف الفقرة الثانية من نص المادة (45 مكرر) من قانون الأسرة الجزائري؟[439]،

وعموما وحتى في ظل غياب المعيار الذي بموجبه يبني الورثة إقرارهم أو نفيهم للمولود بالتلقيح الإصطناعي ونفي نسبه لمورثهم، فإنه بإقرارهم بنسب المولود فإنه ينسب إلى مورثهم ويكون له الحصة الشرعية في تركة أبيه، إلا أنه متى نفى الورثة المولود بالتلقيح الإصطناعي فإنه يكون في حجم مجهول النسب أو إبن الزنا، ولو أن جانب من الفقه إعتبر أن مرور السنة التي تحتسب من تاريخ وفاة المورث، تفتح واسع السلطة والتقدير للورثة بين نفي أو إقرار نسب المولود بالتلقيح الإصطناعي الذي يفترض أنه ثمرة التلقيح الإصطناعي الذي تم بين زوجة مورثهم ومورثهم، وهي كلها إشكالات قانونية تستدعي إعادة النظر في المنظومة القانونية وعصرنتها حتى تواكب مثل هذه التحديات المطروحة، كما يطرح ذات الإشكال في حالة إنتهاء الرابطة الزوجية بالطلاق[440].

يثور الإشكال عند البحث عن نسب المولود بالتلقيح الإصطناعي في حالة الطلاق في حالة ميلاد الطفل بعد مرور سنة من فك الرابطة الزوجية، والأصل أنه بميلاد المولود بعد مرور أكثر من ستة أشهر تحتسب من تاريخ الطلاق فإن إقرار أو نفي النسب مرهون على إرادة وإقرار الزوج السابق أي الأب المفترض، فإذا أقر الأب المفترض أو الزوج السابق النسب وألحق المولود بالتلقيح الإصطناعي إليه، فإنه ينسب إليه في هذه الحالة ويعد إقرار الأب في حكم الإقرار بالولد مجهول النسب، غير أن هذا الإقرار مرهون على عدم زواج المطلقة بزوج ثاني بعد طلاقها غير أنه ينفي الزوج المطلق لنسب المولود، فإنه لا يثبت للمولود بالتلقيح الإصطناعي أي نسب يذكر، ولا يعتد في هذه الحالة بالملف الطبي الذي

[438] مجدوب نوال، اشكالات نسب المولود بالتلقيح الاصطناعي على ضوء قانون الاسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 25

[439] مجدوب نوال، المرجع نفسه، ص 26

[440] مجدوب نوال، مرجع نفسه، ص 25 . 26

تضمن الموافقة القبلية للزوج (المطلق) على إجراء التلقيح، إذ أن البعد الزمني أخذ مجراه وأصبح كفيلا بإسقاط كل القرائن[441].

1. إثبات نسب إستئجار الرحم

بما أن هناك طرق يجب توضيحها ويتم على ضوئها تحديد النسب فقد إتفق العلماء على ثلاث طرق يثبت النسب من خلالها قال إبن القيم رحمه الله:"وجهات ثبوت النسب أربعة: الفراش والاستلحاق والبينة والقيافة، فالثلاثة الأولى متفق عليه "و أما الطريقة الرابعة و هي القيافة فمختلف فيها حيث أن نسب الطفل الناتج عن تأجير الأرحام محل شك كبير لما يعتريه من شبهة وإختلاط للمياه[442]،

ونظرا للتطورات الحديثة في شتى المجالات العلمية صار علم فسيولوجيا التخصيب الصناعي يكشف في كل يوم عن وجه جديد مختلف عن سابقه وكانت نقطة البداية في مجال الإنجاب الصناعي بظهور فرع جديد من فروع التخصيب الصناعي يسمى بالرحم المستأجر أو الرحم المستعار أو رحم الظئر و الأم الحمالة أو الأم البديلة كما أصطلح عليها المشرع الجزائري، فصارت المرأة تبيع و تشتري في رحمها بمقابل وبدون مقابل و إنتشرت ظاهرة تأجير الأرحام والتي بموجبها تقوم المرأة بحمل بويضة مخصبة لزوجين أما لكسب مقابل ماديأو لإشباع رغبة في الأمومة حرمت منها وتسليم المولود لصاحبي البويضة بعد عملية الإنجاب، فالحديث عن تأجير الأرحام هو حديث يحدوا بنا إلى طرق الإنجاب الشائعة في عصر الجاهلية أين كان شائعا أن تلد المرأة أما عن طريق نكاح الرهط أو نكاح القيافة أو نكاح الإستبياض، وتعود الأسباب الصحية التي قد تدفع بصاحبة البويضة للبحث عن رحم تستأجره أو تستعيره إلى ما يلي: . إستئصال رحم صاحبة البويضة في سن مبكرة بسبب أمراض مسرطنة أو أي تجهيض أو إجهاض خطير ومتكرر أو نزيف حاد وأي سبب آخر، . أورام الرحم وإصابته بالتشوهات، . الإجهاض المتكرر وولادة أجنة متوفية لأكثر من مرتين، . تلف الرحم بعد تعرضه لعديد المحاولات من أجل التخصيب ألمخبري دون نجاحها، فإذن تقنية الأمومة البديلة وتأجير الأرحام عرفت نوعا من

[441] مجدوب نوال، مرجع نفسه، ص 26 . 27

[442] على بن مشبب بن عبد الله البكري، استئجار الارحام دراسة تاصيلية مقارنة، رسالة ماجستير، كلية الدراسات العليا، جامعة نايف العربية للعلوم الامنية، الرياض، 1432 هـ/ 2011 م، ص 75

الاحتدام التشريعي إذ أجازتها تشريعات بعض الدول بدون أي شرط أو قيد في حين أجازت تشريعات أخرى لكن بشروط في الوقت الذي منعته تشريعات أخرى منعا جامعا دون أية شروط لإجازته[443]،

وتظهر الآراء المتعددة والمتناقضة بشأن ثبوت نسب المولود من تقنية تأجيرالرحم مدى تعقيد المسألة وخطورتها فليس من السهولة حسم نسب المولود مع وجود الطرق المعروفة في الشريعة لثبوت النسب[444].

أ موقف الشريعة الإسلامية من نسب إستئجار الرحم

إختلف العلماء والباحثون في نسب المولود الناتج عن إستئجار الرحم إلى أي الأبوين ينسب؟ هل إلى الأب صاحب الماء أم إلى الأب صاحب الفراش، إن كانت صاحبة الرحم ذات الزوج؟ و من جهة الأمومة هل ينسب إلى الأم صاحبة البويضة أم إلى الأم صاحبة الرحم ؟

فنلاحظ نسب إسئجار الرحم من جهة الأب حيث ذهب فريق من العلماء والباحثين المختصين في الموضوع إلى أن الطفل ينسب إلى أبويه اللذين جاءت اللقيحة منهما والمتكونة من ماء الرجل وبويضة المرأة وبينهما عقد زواج صحيح، والرسول صلى الله عليه وسلم يقول "الولد للفراش وللعاهر الحجر" فشرط إثبات النسب ظاهر وواضح[445].

فنسب المولود لزوج صاحبة الرحم أنه يعامل معاملة أولاد الزنا فإن كانت المبتدعة بالحمل ذات زوج نسب إلى زوجها إلا أن ينفيه اللعان، وإن كانت غير متزوجة بقي بلا نسب أبوي لقوله تعالى "نساؤكم حرث لكم" فكل ما تحمل به المرأة ذات الزوج بأي طريقة فإنه ينسب إلى زوجها لكونه نما على حرثه وقد ولد على فراشه و لأن نكاحه لها هو مما يزيد في نمو الولد في بطنها، ودليلهم في ذلك حديث "الولد للفراش وللعاهر الحجر"، وهذا الحديث نص في الحكم في هذه القضية وهي قاعدة عامة كلية شرعية من قواعد الشرع يحفظ به حرمة النكاح وطريق اللحاق بالنسب جوازا وعدما، فمتى حملت إمرأة ذات زوج بالتلقيح الصناعي أوالشتل أو الزنا أو الغصب وغيرها فإن حملها يعتبر للزوج ولزوجته التي حملت

[443] مجدوب نوال، اشكالات اثبات نسب المولود بالتلقيح الاصطناعي على ضوء قانون الاسرة الجزائري، مرجع سابق، ص

[444] عقيل فاضل الدهان، رائد صيوان المالكي، المشاكل القانونية والشرعية لعقود اجارة الارحام، بحث منشور في مجلة كلية الحقوق، جامعة النهرين، المجلد 14، العدد 4، سنة ايلول 2012، ص 30

[445] ادريس اجويلل، استئجار الارحام في العلاقة الزوجية بين مقاصد الشرع واحكام القانون المقارن، الملتقى الدولي الثاني: المستجدات الفقهية في احكام الاسرة، 16/15 صفر 1440 هـ / 24و 25 اكتوبر 2018 م، كلية الحقوق، جامعة مولاي اسماعيل، مكناس، ص 358-359

به ووضعته ولا علاقة للغاصب أو الزاني أو المأخوذ منه المني أو صاحب البويضة والجدير بالذكر أن هناك رأي يميل إلى عدم إلحاق طفل رحم المستأجر بأي من الرجلين (زوج المستأجرة أو زوج صاحبة البويضة) ويثبت نسبه من أمه فقط[446] .

أما عن نسب المولود لزوج صاحبة البويضة أن صاحبة الرحم المستأجر تعتبر مثل الأم من الرضاع وبه قال أغلب الباحثين المعاصرين وإستدلوا بذلك على ما يلي: أن المرأة صاحبة الرحم لا تعطي الطفل سوى الغذاء دون الخصائص الوراثية، حيث أن البويضة المخصبة خارج الرحم لا تتأثر عند نقلها إلى رحم الزوجة الثانية بالعوامل الوراثية للأخيرة، عدم إختلاط الأنساب في هذه العملية مضمون، لقد إهتم القران الكريم بالعوامل البيولوجية والوراثية كأساس لثبوت النسب لأنه ورد فيه أن أصل الإنسان هو النطفة التي ذكرت في القران في إثني عشر موضعا، يتكون الجنين من البويضة المنقولة من الأم الحقيقية التي تحمل جميع الخصائص الوراثية التي أودعت في رحمها وإنتقلت إلى الجنين لأن أصل الإنسان الجيني يرجع للوالدين الذين شاركا بخلاياهما الجنسية، أما الأم التي حملت فتعتبر حاضنة للجنين وتكون في حكم الأم من الرضاعة[447].

ونلاحظ أيضانسب المولود من جهة الأم أن الحمل والإنجاب بالتلقيح الصناعي عامة وتأجير الأرحام أو الرحم البديل خاصة أو ما يسمى بالرحم الظئر تثور وبغض النظر عن الإباحة أو الحظر مسألة إشكالية تحديد نسب الطفل المولود لجهة الأم وليس فقط وكما مر بنا سابقا تحديد نسبه من أبيه وهل ينسب في هذه الحالة إلى المرأة صاحبة البويضة التي تنشأ وتكون منه؟ أو ينسب للمرأة صاحبة الرحم الحاضن لهذه البويضة بعد تخصيبها خاصة ونحن في هذه المسألة تكون أمام إمرأتين، إمرأة قدمت البويضة غير قادرة على الحمل والولادة لأسباب صحية و إمرأة صاحبة رحم مستعار تحمل وتلد بعد أخذ البويضة من الأولى وتخصيبها خارج الرحم بماء زوجها ثم تزرع هذه اللقيحة في رحم المرأة الأخرى .. وهنا صار من الممكن أن تكون المرأة التي تحمل بالطفل وتلده ليست هي صاحبة البويضة الملقحة أي ليست هي أمه البيولوجية، وفي ظل هذا الإفتراض الذي لم يتوقعه واضعو أحكام النسب ثار

[446] شابحة اعمر سعيد، اثر استئجار الارحام على ثبوت النسب، دراسة فقهية قانونية، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، 03/ 03/ 2018، 15/ 05/ 2018، 2018/10/17، المجلد 11 العدد 2، ص 12

[447] بغدالي الجيلالي، الوسائل العلمية الحديثة المساعدة على الانجاب في قانون الاسرة الجزائري - دراسة مقارنة - المرجع السابق، ص 87

التساؤل والخلاف حول ثبوت نسب الطفل المولود لجهة الأم فقد شارك . إن صح التعبير. في إنتاج المولود إمرأتان: أحدهما قدمت البويضة المخصبة والأخرى حملتها في رحمها ووضعتها[448].

فبالنسبة لنسب الأم صاحبة الرحم يرى أصحاب القول أن الأم هي صاحبة الرحم والتي تكون الجنين في أحشائها ثم تعبت في ولادته وهو ما ذهب إليه الشيخ بدر المتولي، عبد الباسط، والدكتور زكريا البري، والشيخ علي الطنطاوي[449]، وهو قول كثير من الباحثين وإستدلوا على ذلك بما يأتي: الآيات القرآنية الكريمة التي دلت بصريح النص أن الأم هي التي تحمل وتلد وأن يتم التخليق في بطنها فهي الأم فمن هذه الآيات قول الله تعالى: "والله أخرجكم من بطون أمهاتكم لا تعلمون شيئا" وقوله تعالى "ووصينا الإنسان بوالديه حملته أمه وهنا على وهن" وقوله تعالى "ووصينا الإنسان بوالديه إحسانا حملته أمه كرها ووضعته كرها، فبين الله تعالى في الآية الأولى أن التي ولدت وخرجت منها الجنين هي التي تسمى أما، وفي الآية الثانية أن التي تحمل الجنين هي التي تسمى أما حقيقية وينسب لها والآية الثالثة أن التي تحمل الولد كرها وتضعه كرها هي أمه[450].

أما بالنسبة لنسب الأم صاحبة البويضة يذهب هذا الرأي إلى أن نسب المولود يكون للأم صاحبة البويضة فقط وإحتج أنصار هذا الرأي بالآتي: أثبت العلم أن الجنين بعد زراعته في رحم الأم المستعارة فإنه أشبه ما يكون بطفل تغذى من غير أمه، أن إختلاط الأنساب غير موجود فالعلم أثبت أن الطفل يتكون من إلتقاءالحيمن بالبويضة للزوجين ولا أثر لرحم الأم البديلة سوى في تغذية الجنين وحمايته إلى أن يكتمل ولا أثر لذلك على تكوين الجنين من الناحية البيولوجية وأن السجل الوراثي للجنين جاء من صاحبي البويضة والحيمن[451]،

كما أن ميثاق الأسرة في الإسلام نص في باب الأحوال الشخصية منه في المادة الرابعة بعد المائة والخاصة بالنسب على ما يلي: للطفل الحق في الإنتساب إلى أبيه وأمه الشرعيين، وتحرم بناء على ذلك الممارسات التي تشكك في إنتساب الطفل إلى أبويه كإستئجار الأرحام ونحوه، وتتبع في ثبوت النسب

[448] مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، العدد الاول، السنة السابعة، 2015، ص 131

[449] ياسر عبد الحميد، جاد الله النجار، التلقيح الصناعي من متطور الفقه الاسلامي، دراسة فقهية مقارنة، مجلة كلية الشريعة والقانون تفهنا –دقهلية، مجلد 18، العدد1، 29 فبراير/ شباط 2016، جامعة الازهر، كلية الشريعة والقانون تفهنا الاشرف، ص 425

[450] كريمة عبود جبر،استئجار الارحام والاثار المترتبة عليه، مرجع سابق، ص 256

[451] عقيل فاضل الدهان، رائد صيوان المالكي، المشاكل القانونية والشرعية لعقود اجارة الارحام، مرجع سابق، ص 29

أحكام الشريعة الإسلامية، كل هذا حرص وعناية من الإسلام بالطفل أن ينشأ نشأة كريمة سليمة خالية من كل ما قد يسيء إليه ويمس عرضه[452].

ب –موقفالتشريع الجزائري من نسب إستئجار الرحم

لم ينظم هذه الوسيلة بقانون خاص و لم يتطرق لها في قانون الأسرة ولا في قانون حماية الصحة وترقيتها، وبإستقراء نصوص قانون الأسرة الجزائري نجد المشرع الجزائري رتب ثبوت النسب بالزواج الشرعي وإمكانية الإتصال بين الزوجين وتم الوضع في مدة الحمل القانونية المحصورة بين 6 أشهر و10 أشهر، وفي هذه الوسيلة فإن الرابطة الزوجية موجودة والولادة تمت في مدة الحمل القانونية ففي هذه الحالة ينسب الولد لأبويه بإعتبارهما صاحبي المني والبويضة[453].

بالنسبة لنسب الولد من الأب: أجمع العلماء على إثبات النسب من جهة الأب بالفراش لقوله صلى الله عليه وسلم "الولد للفراش وللعاهر الحجر" وهذا ما ذهب إليه المشرع الجزائري طبقا للمادة (40) من قانون الأسرة الجزائري التي تنص على أن "يثبت النسب بالزواج الصحيح أو بالإقرار أو البينة أو بنكاح الشبهة ..يجوز اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب" فنص المادة صريح في أن طفل التلقيح الإصطناعي يثبت لزوج صاحب النطفة وذلك بموجب ثلاث ضمانات وهي وجود عقد زواج شرعي وأن يتم التلقيح برضا الزوجين وثالثا أن يتم التلقيح بمني الزوج إضافة إلى ذلك المواد (45، 41،42،43) من قانونالأسرة تفترض الإتصال بين الزوجين وإلحاق نسب الطفل لأبيه، وعليه فإن إجراءات عملية التلقيح الاصطناعي بواسطة شخص غير الزوج من شأنه المساس بأحكام النسب الشرعي وبالتالي نكون أمام نوعين من جهة الأبوة: أبوة طبيعية قانونية ترجع للزوج وهو أب الطفل قانونا، وأبوة بيولوجية تعود للرجل المتبرع، الأمر سيدفع حتما بالزوج لرفع دعوى إنكار نسب الطفل الذي أتى عن طريق التلقيح الإصطناعي بغير نطفته[454].

بالنسبة لنسب الولد من الأم في قانون الأسرة الجزائري لم يتعرض لتحديد النسب (البنوة) من جهة الأم أي لا يوجد نص قانوني يحسم النزاع بين الأم الحقيقة والأم البيولوجية، وبالتالي الأم الحقيقة هي من حملته في رحمها تسعة أشهر وعانت من الأم الوضع و ليست المتبرعة بالبيضة التي تخلق منها، رأى

[452] علي بن مشبب بن عبد الله البكري، استئجار الارحام – دراسة تاصيلية مقارنة - مرجع سابق، ص 87

[453] بغدالي الجيلالي، الوسائل العلمية الحديثة المساعدة على الانجاب في قانون الاسرة الجزائري – دراسة مقارنة -، المرجع السابق، ص 132

[454] شابحة اعمر سعيد، اثر استئجار الارحام على ثبوت النسب، - دراسة فقهية قانونية-، مرجع سابق، ص 16

البعض أن المشرع الجزائري ربط الأمومة بالوضع إستنباطا من نص المادة من قانون العقوبات "يعاقب بالسجن من خمس سنوات إلى عشر سنوات كل من نقل عمدا طفلا أو أخفاه، أو إستبدل طفلا آخر على أنه ولد لإمرأة لم تضع و ذلك في ظروف من شأنها أن يتعذر التحقق من شخصيته" التي تدل على أن الأم هي من تضع الولد فمن أراد إخفاء هذه الحقيقة بنسب الطفل إلى إمرأة أخرى ولو كانت صاحبة البويضة يعتبر العقل جريمة يعاقب عليها" لذا كان المستقر فقها وقضاء أن النسب يثبت لأم بواقعة الولادة في حد ذاتها سواء كان الحمل من طريق شرعي أو غير شرعي كالزنا والإغتصاب، فبمجرد أن تلد الوالدة وليدها فإن أمومتها تثبت له ويثبت للمولود تبعا لذلك أصول النسب وفروعه من جهة الأم، أما في قانون العقوبات فمن الشبهات التي أثارتها إجارة الرحم هي مشابهتها بالزنا وبالتالي تطبق عقوبتها على حالة الإستعانة بالأم البديلة؟ أو هل يسعها الجنايات أو الجنح التي من شأنها الحيلولة دون التحقق من شخصية الطفل من الجرائم الواقعة على الأسرة؟، رأى البعض إمكانية تطبيق قانون العقوبات على إجارة الرحم من خلال تطبيق نص المادة(339) [455]قانون عقوبات جزائري، ويرى البعض الآخر أن المشرع لم ينص صراحة على هذه الجريمة ونكون بصدد مبدأ الشرعية لا جريمة إلا بنص، وأمام هذا الفراغ قد يجعل الجزائر مع تزايد عدد مركز التخصيص الطبي حقلا لإجارة الأرحام من طرف الأوروبيين هروبا من البلدان الأصلية التي تجرم هذه الأفعال[456].

الرأي الراجح: يبدو لي صعوبة تحديد الأم الحقيقية التي ينسب لها الولد، فإذا كانت الأم البيولوجية نهمل الدور الكبير الذي تقوم به المرأة الحامل وإجحاف غير مبرر في حقها وإذا إعتبرنا الأم الحقيقية المرأة الحامل نكون أمام عملية تزوير في النسب الطفل البيولوجي والمشكل الأكبر يطرح لما يولد الطفل مشوها وترفض الأم البيولوجية تسلمه وإن كان لابد من تحديد الأم الحقيقية فإني أرجح أن تكون المرأة البيولوجية التي قدمت البويضة لأن العلم الحديث يرى أن المرأة الحامل لا تؤثر في التركيبة الوراثية للجنين، فهي بمثابة الأم الحاضنة ولا يمكن إعتبارها كالأم من الرضاع لأن الإرضاع عمل مشروع له ما يؤكده من القرآن الكريم و السنة النبوية الشريفة، ودرء للشبه يحرم على المولود

[455] المادة 339 قانون عقوبات: يقضي بالحبس من سنة الى سنتين على كل امراة متزوجة ثبت ارتكابها جريمة الزنا.
وتطبق العقوبة ذاتها على كل من ارتكب جريمة الزنا مع امراة يعلم انها متزوجة.
ويعاقب الزوج الذي يرتكب جريمة الزنا بالحبس من سنة الى سنتين وتطبق العقوبة ذاتها على شريكته.
ولا تتخذ الاجراءات الا بناء على شكوى الزوج المضرور، وان صفح ها الاخير يضع حدا لكل متابعة.

[456] شابحة اعمر سعيد،اثر استئجار الارحام على ثبوت النسب، - دراسة فقهية قانونية-، نفس المرجع السابق، ص 17

الزواج من المرأة المؤجرة التي أنجبته[457]، فإذا قامت الأم البديلة بتأجير رحمها لأكثر من أسرة فالإختلاط في النسب مفترض ولما كانت الأسرة هي اللبنة الأولى لبناء المجتمع يتأثر بصلاحها فينمو ويزدهر ويتقهقر بتكسر أوأصرها فخوفا من هذه النتيجة الأخيرة حظر المشرع الجزائري الإنجاب بطريق الأم البديلة لما فيه من تهديد لوحدة وإستقرار الأسرة، ويعتبر الإنجاب بطريق تأجير الأرحام منبعا للإنشقاق والظلم في كل مناحي الحياة لما ينتج عنه من شكوك في النسب وخلط بين الأبوة والأمومة الشرعية والبيولوجية وتزعزع الثقة بين الآباء والأبناء يشكل أكبر إشكالات الحمل البديل، فإيجاد الأسرة المتماسكة بالثقة بين أفرادها مقصد شرعي[458].

[457] بغدالي الجيلالي، الوسائل العلمية الحديثة المساعدة على الانجاب في قانون الاسرة الجزائري – دراسة مقارنة -، المرجع السابق، ص 88

[458] بلعباس امال، بن عزيزة حنان، التكييف القانوني لعملية تاجير الرحم، مجلة الدراسات والبحوث القانونية، العدد الرابع، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ابو بكر بلقايد تلمسان، ص 204

الباب الثاني: إشكالات التوابع المالية لفك الرابطة الزوجية في التشريع الجزائري

إشكالات التوابع المالية لفك الرابطة الزوجية

بعد التطرق للآثار الغير المالية لفك الرابطة الزوجية يقابلها الأثار المالية والتي سنتطرق إليها في الباب الثاني، والتي يكون فيها الطرف المتضرر المحضون بالدرجة الأولى والمرأة المطلقة بالدرجة الثانية، وكل هذه التوابع المالية تثير العديد من الإشكالات سنعالجها كالتالي:

الفصل الأول: إشكالات الحضانة في شقها المالي والولاية على مال القاصر والحق في الميراث

بالرغم من الحماية التي وفرها الفقه الإسلامي والقانون الجزائري فيما يخص التوابع المالية لفك الرابطة الزوجية، إلا أنها تعرضت إلى إشكالات عديدة نتيجة لتعارض الفقه والقانون، وكذا الفراغ القانوني وخاصة عند التطبيق، وسنتعرض في ذلك إلى إشكالات التبرع بالحضانة والرضاع(المبحث الأول)، وكذا إلى الولاية على مال القاصر والميراث(المبحث الثاني).

المبحث الأول: إشكالات التبرع بالحضانة و الرضاع

إن حضانة ورضاعة الصغير واجب على الأم في حال الزوجية قائمة، أما في حالة الإنفصال فلها حق الأجر في كليهما يلتزم بهما الأب بالنفقة على الطفل المحضون مراعيا في ذلك عسره ويسره، كما قد توجد من محارم المحضون من تتبرع بحضانته بأجر أقل، ويرجع سبب الإشكالات هنا هو عدم وجود نص يعالج حكم المتبرعة بالحضانة، أما فيما يخص الحق في الرضاع والذي لم ينص على تعريفه في قانون الأسرة لجأنا إليه على سبيل المثال إلى المدونة المغربية لأنها الوحيدة التي نصت على تعريفه.

المطلب الأول: التبرع بالحضانة

إذا أبت أم الولد أن تحضنه إلا بأجر ووجدت من محارمه من هي أقل لحضانته كجدته لأبيه أو عمته تتبرع بحضانته فإن كان الأجر مستحقا على الصغير في ماله إن كان له مال ونفقته بأنواعها واجبة فيه فإنه يسلم للمتبرعة لأن في هذا صيانة ماله من غير أضرار به لأن المتبرعة بحضانته ليست أجنبية عنه بل هي من محارمه، وإن لم يكن للصغير مال وكان أجر حضانته مستحقا على الأب فإن كان الأب موسرا لا يعطي للمتبرعة بل يبقى عند أمه ويجبر الأب على دفع أجرتها لأن حضانة الأم أصلح للولد من

حضانة غيرها لوفور شفقتها ولا ضرر على الأب لأنه موسر، وإن كان معسرا يعطى للمتبرعة لأن في إلزامه بالأجر مع إعساره أضرار به ولا تقتضيه ضرورة مع وجود المتبرعة من المحارم[459].

فإذا إمتنعت الأم عن حضانة ولدها مجانا ووجدت متبرعة من محارم الولد المراد حضانته والمتبرعة أهل للحضانة، فالحكم حسب الحالات المختلفة التي نذكرها:

الفرع الأول: الحالات المختلف في الحكم بالمتبرعة

الحالة الأولى: إذا كان الولد وأبوه فقيرين، فيقال للأم إما أن تحضنيه مجانا بدون أجر وإما أن تسلميه للمتبرعة لتقوم هي بحضانته مجانا.

الحالة الثانية: إذا كان الأب موسرا والولد فقيرا، فالحكم في هذه الحالة أن يسلم الولد للأم وتحضنه بأجر المثل، لأن في حضانتها نفعا له ولا ضرر على الأب فيدفع أجر المثل ليساره.

الحالة الثالثة: إذا كان الأب فقيرا والولد غنيا أو كان الأب غنيا والولد غنيا، فعند الإمام أبي حنيفة تخير الأم بين إمساك الولد وحضانته مجانا، وبين تسليمه للمتبرعة التي هي أهل للحضانة، لأن الأجرة في هاتين الحالتين تجب في مال الصغير المحضون وحفاظا على مال الصغير يجري هذا الحكم[460].

أما إذا كانت المتبرعة بالحضانة أجنبية عن المحضون أو بحكم الأجنبية بأن لا تكون من محارمه فإن الولد يدفع إلى أمه تحضنه بأجر المثل ولو من مال الولد المحضون إذا كان له مال، ولا يدفع إلى الأجنبية المتبرعة بحضانته مجانا وإلا فمن مال أبيه، وإذا لم توجد المتبرعة في الحضانة وإذا لم يكن للولد مال والأب معسر وأبت أمه حضانته إلا بأجرة، فإن الأم تحضنه وتقدر لها أجرة يدفعها لها من يلي الأب في نفقة الولد ويؤديها على أنها دين على الأب يأخذها منه إذا أيسر، أما إذا كان الأب فقيرا عاجزا عن الكسب فإنه لا يجب عليه شيء فتكون أجرة الحضانة واجبة الأداء عن من يليه في الإنفاق، وغير الأم من الحاضنات كالأم فيما قررناه بشأن التبرع بالحضانة في الحالات المختلفة وفي حالة عدم وجود المتبرع بها[461].

---

[459] عبد الوهاب خلاف، احكام الاحوال الشخصية في الشريعة الاسلامية على وفق مذهب ابي حنيفة وما عليه العمل بالمحاكم، دار القلم للنشر والتوزيع، طبعة ثانية، 1410 هـ. 1990 م، ص 198

[460] عبد الكريم زيدان، المفصل في احكام المراة والبيت المسلم في الشريعة الاسلامية، مؤسسسة الرسالة، الجزء العاشر، طباعة النشر والتوزيع، ط 1، 1413 هـ. 1993 م، ص 59

[461] عبد الكريم زيدان، المرجع نفسه، ص 59. 60

الفرع الثاني: إشكالات التبرع بالحضانة:

من إشكالات التبرع بالحضانة هو أنه لا يوجد نص في قوانين الأحوال الشخصية القائمة يعالج حكم المتبرعة بالحضانة، فإنه يتعين العودة إلى أرجح الأقوال من مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان[462]، مستدلين بذلك بالمادة(390) من مذهب أبي حنيفة في كتاب الأحكام الشرعية لمحمد قدري باشا(1821م 1886م) ويشمل على عدد (647) مادة تلتزم بها المحاكم فيما لم يرد فيه نص صريح قوانين الأحوال الشخصية[463].

ولدينا حماية مال القاصر يطرح إشكال في موضوع أجرة الحضانة في حالة ما إذا وجدت متبرعة بالحضانة هل نفضل الجانب الشخصي أم المالي للقاصر؟ الفقه الإسلامي تكلم عن هذا الأمر ووضع مجموعة من الحلول وهي: إذا كانت المتبرعة لا تستحق الحضانة وكان للقاصر مال، فإن المتبرعة تقدم على مستحقة الحضانة سواء كان الأب موسرا أو معسرا، لأن القاصر إذا كان له مال فإن أجرة الحضانة تكون من ماله، وما دام وجدت متبرعة يعطى لها المحضون حفاظا على ماله، وإذا كانت المتبرعة من أهل الحضانة ولم يكن للقاصر مال وكان الأب معسرا أعطي للمتبرعة والسبب هو أن إلزام الأب بالأجرة مع وجود المتبرعة فيه إضرار كبير بالأب وذلك لقوله تعالى: "لا تضار والدة بولدها ولا مولود له بولده"[464].

كذلك إذا كانت المتبرعة من أهل الحضانة ولم يكن للصغير مال وكان أبوه موسرا، قدمت صاحبة الحق في الحضانة على المتبرعة لأنها أكثر شفقة عليه، كما أن الأب لن يتضرر من هذه الأجرة بسبب

---

[462] التبرع بحضانة الصغير أو بإرضاعه... هل ينزع حق الام فيهما، مركز الراية للدراسات القانونية، نشر بتاريخ 07/16 /2020، تاريخ الزيارة 22/ 02/ 2022، Https://alrayacls.com

[463] تنص المادة 390 على:" إذا أبت أم الولد ذكرا كان أو أنثى حضانته مجانا، ولم يكن له مال، وكان ابوه معسرا، ولم توجد متبرعة من محارمه، تجبر الام على حضانته وتكون اجرتها دينا لى ابيه، فاذا وجدت متبرعة اهل للحضانة من محارم الطفل، فان كان الاب موسرا ولا مال للصغير فالام وان طلبت اجرة احق من المتبرعة، وان كان الاب معسرا وللصبي مال او لا تخير الام بين امساكه مجانا ودفعه للمتبرعة، فان لم تختر امساكه مجانا ينزع منها، ويسلم للمتبرعة، ولاتمنعها من رؤيته وتعهده كما تقدم في مادة 370، وكذلك الحكم ان كان الاب موسرا وللصبي مال، فان كانت المتبرعة اجنبية فلا يدفع اليها الصبي بل يسلم لامه باجرة المثل،ولو من مال الصغير" تهميش محمد قدري باشا، الاحكام الشرعية في الاحوال الشخصية على مذهب ابي حنيفة النعمان، دار ابن حزم، ط 1، 1428هـ - 2007م، الجفان والجابي للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت –لبنان، ص 126-127

[464] بوجاني عبد الحكيم، [مؤلفين صورية، السيدة غربيم (مشارك)]، الحماية القانونية للقاصر في عناصر النفقة، منشورات مجلة دفاتر قانونية . سلسلة دفاتر اسرية . عدد 2، مجلة محكمة يوليو 2017، الصفحات [229 . 207]، ص 223

يسره، وأما إذا كانت المتبرعة ليست من أهل الحضانة، فإن الأم أو غيرها من لهم الحق في الحضانة تقدم على المتبرعة ولو طلبت أجرا على الحضانة لأن إعطاء الصغير القاصر للأم فيه مصلحة له بإعتبارها أشفق من المتبرعة وأحن عليه، والمحافظة على مصالح القاصر الشخصية أولى من المحافظة على مصالحه المالية، بالإضافة لهذا هناك أجرة شبيهة في أحكامها بأجرة الحضانة وهي أجرة الرضاع[465].

المطلب الثاني: الرضاع و إشكالاته

قبل الحديث عن الإشكالات التي تعترض حق الرضاع لابد من التطرق أولا إلى مفهوم الرضاع أي تعريفه وشروطه ومعرفة بنوك الحليب التي من خلالها يتم إرضاع الأولاد.

الفرع الأول:مفهوم الرضاع

أولا –الرضاعلغة: رضع (المرضاع) في القرآن جمع (مرضع) إسم فاعلة من (الإرضاع)، وفي قوله: فإن جاؤوا بمراضيع أو فطم، جمع إسم مفعول منه وفطم جمع فطيم وهو نظير عقيم وعقم كما ذكر[466].

ثانيا-الرضاع شرعا: مص ثدي آدمية ولو بكرا أو ميتة أو آيسة في وقت مخصوص وهو حولان ونصف، وإختلف[467]الفقهاء في الرضاع هل هو حق للأم أو حق عليها؟[468].

ثالثا- الرضاع قانونا: في قانون الأسرة لم ينص على تعريف الرضعة من جهة ولم يميز بين الرضاع بواسطة الثدي أو إناء[469]، أما بالعودة إلى النصوص القانونية في الدول المغربية، نجد أن المدونة المغربية هي الوحيدة التي نصت في المادة (54 فقرة 4)[470] على الرضاعة التي إعتبرتها من الحقوق الواجبة على الأم عند الإستطاعة، حيث يفهم من ذلك إسقاط أجرة الرضاع بعدم الإستطاعة، إلا أن المشرع المغربي في هذا الصدد سكت ولم يوضح طريقة تقدير أجرة الرضاع مما يعني أنه ترك المسألة

---

[465] بوجاني عبد الحكيم، المرجع نفسه، ص 224

[466] الالهام اللغوي ابي الفتح ناصر الدين المطرزي، المغرب في ترتيب العرب، مكتبة اسامة بن زيد، حلب . سورية، ط 1، 1399 هـ . 1979 م، ص 332

[467] رئيس المجلة: سليماني ميلود، مدير المجلة: خلواتي صحراوي، رئيس التحرير: عماري نور الدين، مجلة القانون والعلوم السياسية، المجلد الرابع، العدد 02، الرقم التسلسلي08، جوان 2018، الموافق لرمضان1439، معهد الحقوق والعلوم السياسية بالمركز الجامعي صالحي احمد بالنعامة، ص 162

[468] احمد علي جرادات، الوسيط في شرح قانون الاحوال الشخصية الجديد الزواج والطلاق، مرجع سابق، ص 330

[469] فاسي عبد الله، الرضاع واثره على حرمة الزواج، دفاتر السياسة والقانون، العدد الخامس عشر، جوان 2016، ص 597

[470] المادة 54 فقرة 4 من مدونة الاسرة المغربية تنص: ارضاع الام لاولادها عند الاستطاعة.

للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع، ما لم يوجد إتفاق بين الأم الحاضنة والأب، وهذا وقد ساير المشرع التونسي المشرع المغربي ملمحا في مجلة الأحوال الشخصية عن أجرة الرضاع من خلال المادة (48) اللتي نصت على: "على الأب أن يقوم بشؤون الإرضاع بما يقتضيه العرف والعادة إذا تعذر على الأم إرضاع الولد"[471].

أ - **شروط المرضعة**: ليس كل من صدر منه اللبن يدخل في حكم المرضعة، بل بشرط هي: أن تكون آدمية أنثى، واضحة الأنوثة، فلا يصح أن تكون خنثى فإن كانت خنثى واضحة الأنوثة إعتد الرضاع عنها، وإن كانت خنثى مشكلا، فإنه يحتكم إلى النساء أن شهدن أنه لبن إمرأةإعتد به، وإن شهدن العكس لإعتداء به، كما لا يعتد بلبن ثار من رجل لأنه لبن شاذ لم يتولد من ولادة، أما لبن الدواب فلا أثر له على الرضاعة، طالما أن الشرع خص رضاع الآدمية فقط بقوله تعالى: "وأمهاتكم الاتي أرضعتكم وأخواتكم من الرضاعة"، ولا يصح أن تكون الدابة أما[472].

وقد أحال المشرع الجزائري بقية التفاصيل والشروط في موضوع الرضاع على الفقه الإسلامي وذلك من خلال نص المادة (222) من قانون الأسرة، خاصة وأنه أغفل هذه المسألة ولم يشر إليها بنصوص صريحة وواضحة تتناولها من جميع جوانبها، سواء على مستوى قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر رقم 05/ 02 أم القانون رقم 12/15 المتعلق بحماية الطفل، بل أنه عمل على إلغاء المادة (39) من القانون رقم 11/84 المتضمن قانون الأسرة والتي جعلت من الرضاع أحد واجبات الزوجة في الوقت الذي كان من الواجب عليه أن يولي هذه المسألة إهتماما خاصا مادامت حقا لصيقا بالطفل منذ إنفصاله عن رحم أمه، فكان عليه أن يحرم إمتناع الأم عن إرضاع أولادها إذا كان ذلك دون سبب جدي[473].

كذلك لابد من التطرق إلى تعريف بنوك الحليب: وهي مؤسسات تقوم بعملية جمع اللبن من أمهات متبرعات يتبرعن مما في أثدائهن من اللبن، لكونه فائضا عن حاجة أطفالهن، أو يكون الطفل قد توفي وبقي اللبن في الثدي فيؤخذ بطريقة معقمة من المتبرعة، ويحفظ في قوارير معقمة بعد تعقيمه مرة أخرى في بنوك الحليب، وقد يحفظ الحليب لوحده أو بعد خلطه مع غيره، ولا يجفف بل يبقى على

[471] منصوري المبروك، الاثار المادية والمعنوية للحضانة في قوانين الاسرة المغربية . دراسة تحليلية مقارنة . مجلة القانون والعلوم السياسية، المجلد 4، العدد 2، الرقم التسلسلي 08، جوان 2018، الموفق رمضان 1439 هـ ، ص 162

[472] حاج عبد الحفيظ نسرين، حق الرضاعة من بنوك الحليب البشري بين الشريعة الاسلامية والقانون، مجلة الاستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، المجلد 5، العدد 02، 2020، الصفحات [317 . 332]، نشرت في 31 / 01/ 2021، ص 320 . 321

[473] وجدي صليحة، حماية حق الطفل في الرضاع بين الفقه الاسلامي وقانون الاسرة، المعيار، العدد السادس عشر، ديسمبر 2016، ص76.

هيئته السائلة حتى لا يفقد ماله من مضادات الأجسام التي توجد في الحليب الإنساني، ولا يوجد مثليها في حليب الحيوانات مثل الأبقار والأغنام[474].

ب - حق الطفل في الرضاع:

هل تجبر الأم على الإرضاع؟: إذا كانت الأم مطلقة فلا تجبر على الإرضاع لأن الإرضاع كالنفقةونفقة الصغير على أبيه لقوله تعالى:"و على المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف" فإختصاصالإبن بأبيه ونسبته إليه يعني أنه هو الذي ينفق عليه لأن من آثار ثبوت النسب النفقة، فإذا رفضت الأم المطلقة إرضاع ولدها فلا إجبار بل على الأب إستئجار مرضع له، على أنه يستثنى من ذلك بعض الحالات تجبر فيها الأم على الإرضاع: - إذا إمتنع الطفل عن قبول ثدي غير ثدي أمه ففي مثل هذه الحالة تجبر الأم على إرضاعه حفظا لحياته وكذلك إذا إمتنع عن تناول المستحضرات الطبية الحديثة لتغذية الأطفال فلا مناص حينئذ من إلزام الأم بإرضاع طفلها، وهذا الأمر ضروري لمصلحة الصغير في بقاء وجوده فإن ثبت أن لبن الأم يضره مثلا نزع الطفل منها وسلم لإمرأة أخرى ترضعه مجانا أو بالأجرة لأن حق الطفل في الحياة في هذه الحالة مقدم على حق الأم بالإرضاع، - وكذلك تجبر المطلقة على إرضاع صغيرها إذا لم يكن للصغير ولا للأب مال يستطيع به إستئجار مرضع ولم يوجد من تتبرع بذلك فيتعين على الأم أن تقوم بإرضاع ولدها للضرورة[475]،

فبعد الفرقة بين الزوجين لا يكون الرضاع مستحقا على الأم لا دينا –بالكسر- ولا دينا –بالفتح- ثم إن النفقة بعد الفطام على الأب لا يشاركه فيها أحد بإعتبار أن الولد جزء منه والإنفاق عليه كالإنفاق على نفسه فكذلك قبل الفطام تكون مؤمنة الرضاع عليه[476].

الفرع الثاني: إشكالات الرضاع

فيما يخص أن قانون الأسرة لم يميز الرضاع بواسطة الثدي أو إناء فما موقف الفقه من الرضاع من غير الثدي؟ فضابط الرضعة من غير الثدي لو أخذ الرضيع لبنا من ثدي إمرأة في وعاء فشربه فما يكون القدر من اللبن المعتبر رضعة كاملة للتمكن من حساب عدد الرضعات؟ لو حلب اللبن من ثدي إمرأة دفعة واحدة ثم قسم على خمس مقادير، وأوجر الرضيع أو أسقط على خمس مرات، أو حدث

[474] حاج عبد الحفيظ نسرين، حق الرضاعة من بنوك الحليب البشري بين الشريعة الاسلامية والقانون، مرجع سابق، ص 323

[475] عبد الرحمن الصابوني، شرح قانون الاحوال الشخصية السوري، الجزء الثاني، مرجع سابق، ص 201

[476] عبد الحي احمد، احكام الحضانة في الفقه الاسلامي: دراسة مقارنة، مجلة كلية الشريعة والقانون باسيوط، عدد 12، مجلد 1، مجلة محكمة 2000، كلية الشريعة والقانون باسيوط، جامعة الازهر، الصفحات [178 . 10]، ص 152

العكس، بأن حلب اللبن من ثدي إمرأة على خمس مرات ووضعه الرضيع دفعة واحدة من إناء، أيعتبر هذا رضعة واحدة أم خمس رضعات؟[477].

الأصل هو إعتبار الصورتين رضعة واحدة فقط، مراعاة لصورة إنفصال اللبن من المرضعة مرة واحدة في الصورة الأولى، ووصول اللبن على جوف الرضيع مرة واحدة في الصورة الثانية، في حين إعتبر البعض هاتين الفرضيتين في حكم خمس رضعات تنزيلا منهم للإناء منزلة الثدي في الأولى، وإلى حالة الإنفصال من الثدي في الحالة الثانية، أما لو حلب اللبن من أثداء خمس مرضعات في إناء واحد وأوجر الرضيع دفعة واحدة، فإنه يعتبر رضعة واحدة من كل إمرأة هذا ما يمارس عمليا من خلال نشاط بنوك اللبن[478].

أما عن موقف الفقه الإسلامي من بنوك الحليب فيرى أن فكرة بنوك الحليب لا إشكال فيها، وإنما الإختلاف يكمن في أثر الإستفادة من هذه البنوك، فجوهر الخلاف ومنشؤه فيما يترتب على عملية الإرتضاع من لبن البنوك من آثاره، فقد يحدث أن يتزوج شاب أخته من الرضاع وهو لا يدري أنه رضع معها من هذا اللبن و الأكثر من ذلك أنه لا يدري من النساء شارك بلبن لبنها في بنك الحليب[479]، فإن جمع اللبن من مرضعات متعددات وخلطه ثم إعطاءه رضيعا يؤدي إلى معرفة من من النساء، أرضعن من الأطفال والرسول صلى الله عليه وسلم يقول: "يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب"[480]، وقد إختلف الفقهاء في ذلك ففيهم من هو مؤيد وفيهم من هو معارض لهذه الفكرة.

في هذا الشأن فإن مجلس مجمع الفقه الإسلامي المنعقد بمكة المكرمة في ديسمبر 1985 قد فصل في هذه المسألة بما يلي:

- إن الإسلام يعتبر الرضاع لحمة كلحمة النسب، يحرم ما يحرم بالنسب، هذا بالإجماع
- من مقاصد الشريعة الإسلامية المحافظة على النسب، وبنوك اللبن مؤدية إلى الإختلاط أو الريبة، لأجل ذلك تقرر: منع إنشاء بنوك الأمهات في العالم الإسلامي، وحرمة الرضاع منها،

[477] فاسي عبد الله، الرضاع واثره على حرمة الزواج، مرجع سابق، ص 597

[478] فاسي عبد الله، المرجع نفسه، ص 597

[479] حاج عبد الحفيظ نسرين، حق الرضاعة من بنوك الحليب البشري بين الشريعة الاسلامية والقانون، مرجع سابق، ص 325

[480] فاسي عبد الله، الرضاع واثره على حرمة الزواج، المرجع سابق، ص 598

وعليه فإنه لا يمكن لأي مشرع يستمد نصوصه من الشريعة الإسلامية أن يتعارض مع هذا القرار المجمع عليه[481].

عند دراسة قانون الأسرة لمسألة الرضاع نجد أنه لم يخصص للرضاع فصلا خاصا، بل أدرجه في الفصل الخاص بموانع الزواج حيث نجد أن المادة(27)منه نصت على أنه (يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب)، وهذا تمشيا مع أحكام الشرع الحنيف،وهذا ما جاء به في المادة(377)[482] أما المادة(28)منه فقد حددت درجة القرابة بالرضاع فجاء فيها أنه (يعد الطفل الرضيع وحده دون إخوته وأخواته ولدا للمرضعة و زوجها، وأخا لجميع أولادها ويسري التحريم عليه وعلى فروعه، دون التطرق إلى تعريف الحليب الذي تحصل به القرابة، لكن عندما ننتقل إلى المادة(29)من القانون نفسه نجد أنها تحدد فترة الرضاع والمقدار الذي يحصل به التحريم :(لا يحرم الرضاع إلا إذا حصل قبل الفطام أو في الحولين سواء كان اللبن قليلا أو كثيرا)، وهذا الرأي يوافق ما ذهب إليه علماء المالكية والحنفية[483]،

فقانون الأسرة تعرض كسائر القوانين إلى الموانع الشرعية عملا بالكتاب والسنة ومنها المحرمات بالرضاع، حيث جمع في مسألة عدد الرضعات المحرمة بين أقوال المذاهب الأربعة، وفي شأن المحرمات بالمصاهرة رضاعا، لم يتعرض إليها المشرع عملا بقول إبن تيمية الذي لا يعتبر المصاهرة عن طريق الرضاع سبب لحرمة لزواج بخلاف ما جاء به المشرع السوري والمغربي عملا بقول جمهور الفقهاء[484]،

وقد إشترطت المادة (23) من قانون الأسرة على وجوب خلو كلا الزوجين من الموانع الشرعية المؤبدة والمؤقتة فضلا عن إعتبار هذا الشرط من شروط الزواج الواردة بنص المادة (09مكرر)[485]من نفس القانون، ويقصد بذلك القرابة نسبا ورضاعا ومصاهرة، أشار المشرع إلى المحرمات بالقرابة في نص

---

[481] نقلا عن فاسي عبد الله، المرجع نفسه، ص 598 . 599

[482] المادة(377):" يرحم بالرضاع ما يحرم بالنسب والمصاهرة...."، تهميش: محمد قدري باشا، الاحكام الشرعية في الاحوال الشخصية على مذهب ابي حنيفة النعمان، مرجع سابق، ص 122

[483] العربي بغتي، احكام الاسرة في الفقه الاسلامي وقانون الاسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 146

[484] حاج عبد الحفيظ نسرين، حق الرضاعة من بنوك الحليب البشري بين الشريعة الاسلامية والقانون، مرجع سابق، ص 330

[485] المادة 09 مكرر من قانون الاسرة: يجب ان تتوفر في عقد الزواج الشروط الاتية:

- اهلية الزواج
- الصداق،
- الولي،
- الشاهدان،
- انعدام الموانع الشرعية للزواج.

المادة (27)[486] من نفس القانون، غير أن الملفت للنظر أن المشرع إقتصر على المحرمات بالرضاع عملا بالحديث الشريف، قد نقل الحديث بحرفية نصه إلى المادة (27) هذا بخلاف غيره من القوانين، فهل غياب عبارة "مصاهرة" يعني جواز زواج الرجل بزوجة الأب أو زوجة الإبن من الرضاع أو زواج أم الزوجة أو إبنتها من الرضاع؟[487]لاأعتقد أن المشرع قصد بإسقاطه للعبارة جواز الزواج بهذا النوع من المحرمات وإنما يكون قد أخذ في حرمة المصاهرة بظاهر النص القرآني: "وأمهات نسائكم" سواء أكانت الأمهات من النسب أو من الرضاعة، وفي قوله تعالى أيضا:"ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء إلا ما قد سلف" ليقصد – توقعا مني – بالآباء آباء النسب وآباء الرضاعة، طالما أنه أشار في المادة (28) إلى: "يعد الطفل الرضيع وحده دون إخوته ولد للمرضعة وزوجها، وأخا لجميع أولادها، ويسري التحريم عليه وعلى فروعه"، فإعتبر زوج المرضعة أبا للرضيع من الرضاعة، رغم هذا كان مستحسنا أن يشير إلى ذلك كما أشارت إليه بعض القوانين، وذلك من أجل سد باب الإجتهاد فيما ورد فيه نص[488].

الفرع الثالث: أجرة الحضانة وأجرة الرضاع وإشكالاتهما

من المقرر فقها أن نفقة المحضون تشمل كذلك أجرة الحضانة وأجرة الرضاع، فهي تشبه النفقة لأنها تستحق من أموال القاصر بحس الأصل وفي نفس الوقت تشبه الأجر لأنها تدفع للقائمة بالعمل نظير ما تقوم به[489].

أولا: أجرة الحضانة وإشكالاتها

الحضانة وهي تربية الصغير وملاحظته ليست إلا عملا من الأعمال تقوم به الحاضنة لحساب والد المحضون، وهذا العمل لا يختلف بإختلاف الحاضنات متى قام الدليل على صلاحية الحاضنة الثابتة للحضانة، ولذلك يقابل هذا العمل أجر يلزم به من تجب عليه نفقة الصغير، وأجرة الحضانة – غير أجرة الرضاع – لأنها جزاء إحتباس الحاضنة لأجل الصغير ومصالحه، ولذلك فيها معنى المؤونة وتجب بمجرد القيام بالعمل الذي هو مطلق الحضانة، وإستحقاق الأم أجر حضانة يفرق فيه بين فترتين: الأولى هي فترة قيام الزوجية بين الأم الحاضنة ووالد المحضون في هذه الفترة لا تستحق الأم أجرة

[486] المادة 27 من قانون الاسرة : يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب.

[487] فاسي عبد الله، الرضاع واثره على حرمة الزواج، مرجع سابق، ص 599

[488] فاسي عبد الله، مرجع نفسه، ص 599

[489] بوجاني عبد الحكيم، (مؤلفين اخرين: صورية، السيدة غربيم)، الحماية القانونية للقاصر في عناصر النفقة، المرجع السابق، ص 220

حضانة صغيرها لوجوب الحضانة عليها ديانة أو حكما في أثناء العدة فإذا كانت الأم حاضنة لصغيرها في أثناء عدتها من أبيه فإنها لا تستحق أجر حضانة وقد قضى بأن أجرة الحضانة ليست أجرة محضة بل هي أجرة فيها معنى المؤونة، الثانية هي فترة ما بعد الطلاق وإنقضاء العدة، في هذه الفترة تستحق الأم الحاضنة أجرة حضانة صغيرها في مقابل قيامها بالحضانة، وإحتسابها نفسها لها ما دام المحضون في يدها فالمقرر شرعا أن أم الصغير تستحق أجرة حضانته بعد الطلاق من تاريخ إنقضاء عدتها[490].

ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية والشافعية والحنابلة إلى أن الحاضنة تستحق أجرة على حضانتها للصغير، وإذا كانت الحاضنة للصغير الأم وكانت في عصمة الزوج أي المحضون فإنها لا تأخذ أجرة على حضانتها، لأن لأجرة الحضانة شبه بالأجرة وشبه بالنفقة، أما شبه الأجرة فإنها تأخذها مقابل ما تقدمه من خدمة الصغير، وأما شبه النفقة فيها فهو أن أجرة الحضانة من جملة النفقة الواجبة للمحضون على أبيه، فإن ما تأخذه يعتبر من قبيل النفقة، والأم التي لازالت في عصمة زوج أب المحضون تجب نفقتها عليه بالزوجية فلا تستحق أجرة على الحضانة حتى لا تجمع بين نفقتين[491]،

وأما الأم المعتدة من طلاق رجعي فلا تستحق أجرة على الحضانة زمن العدة عند الحنفية لأن لها النفقة على الزوج، والمطلقة طلاقا بائنا لا تستحق أجرة على الحضانة في إحدى الروايتين عن أبي حنيفة لإستحقاقها النفقة زمن العدة على المطلق، وفي الرواية الثانية تستحق أجرة الحضانة لأنها بالنسبة لأب المحضون كالأجنبية فكما أن الأجنبية تستحق أجرة الحضانة وتستحق النفقة على من تجب عليه نفقتها فتجمع بينهما فكذلك المطلقة طلاقا بائنا[492]، فأجرة الحضانة كسائر الأجور لا تستحق إلا بالعقد أو قضاء القاضي وعليه فإن إستحقاق الأجرة إنما يكون من تاريخ الإتفاق، فإن لم يكن فلا تستحق الأجرة من وقت قيامها بالحضانة بعد إنقضاء العدة من غير توقف على تراض أو قضاء، وقيل تستحق الأجرة من يوم الإتفاق أو القضاء[493].

فأجرة الحضانة هي أمر ضروري ليس فقط بالنسبة للحاضنة بل أيضا للمحضون لأن حصول الحاضنة على مقابل ما تقدمه فيه تحفيز على القيام بهذه المهمة على أحسن وجه، فإن عدم الوفاء

[490] احمد نصر الجندي، الحضانة والنفقات في الشرع و القانون، مرجع سابق، ص 54 – 55 – 56

[491] محمود علي السطاوي، شرح قانون الاحوال الشخصية، مرجع سابق، ص 379

[492] محمود علي السطاوي، مرجع نفسه، ص 379

[493] الكيلاني، سري اسماعيل سليم زيد، حق المطلقة في حضانة ولدها في الشريعة والقانون، مؤتة للبحوث والدراسات، سلسلة العلوم الانسانية والاجتماعية، مجلد 24، عدد 5، مجلة محكمة 2009، جامعة مؤتة، ص 311

بهذا المقابل المادي خاصة إذا كان الشخص في حاجة إليه قد يدفعه إلى الإحجام عن هذا العمل، وفي هذا ضرر بالمحضون، والحضانة قررت لنفع المحضون لا لضرره[494].

وتتمثل **إشكالات أجرة الحضانة** من خلال أنه:لم يعالج المشرع الجزائري أجرة الحضانة بخلاف المشرعين التونسي والمغربي اللذين نصا عليها في المادتين(65)من المجلة الأحوال الشخصية التونسية أمر 13 أوت 1956 المتعلق بإصدار مجلة الأحوال الشخصية، و(167)فقرة ثانية من المدونةالأسرة المغربيةالقانون رقم 03-70 بمثابة مدونة الأسرة بالرباط في 12 من ذي الحجة 1424 (فبراير 2004) حيث نصت الأولى على أن: "لا تأخذ الحاضنة أجرة إلا على خدمة شؤون المحضون من طبخ وغسل وثياب ونحو ذلك بحسب العرف" والثانية "لا تستحق الأم أجرة الحضانة في حال قيام العلاقة الزوجية أو في العدة من طلاق رجعي"، إن سكوت المشرع الجزائري عن هذه المسألة لن يقف حجرة عثرة، وإنما تطبيقا للنصوص القانونية التي تحيلنا إلى الفقه الإسلامي بمقتضى المادة(222) قانون الأسرة هو العلاج لسد هذه العثرة والعون لفهم نصي المجلة والمدونة[495]،

حيث نجد أن الماكية لا يعطون أجرة الحضانة سواء أكانت أماّ أم لا، وسواء كان الزوج قائما أم لا، لكن الحنفية أوجبوا هذه الأجرة مادام أن الزوجية ليست قائمة ومادام أنها غير معتدّة من طلاق رجعي أو بائن فهي في هذه الفترة تستحق النفقة من والد الطفل، غير أنه في حالة ما إذا كانت الحاضنة غير الأم، فإنها تستحق الأجرة عن حضانتها للصغير بصورة مطلقة ما لم تكن متبرعة، ما عدا المالكية حيث لا تستحق الحاضنة الأجرة عندهم[496]،

ولعل المشرع الجزائري ذهب إلى ما قال به المالكية بأنه ليس للحاضنة أجرة الحضانة وخالف الجمهور الذين قالوا بإستحقاقها وكان من الأفضل لو ربط القانون إستحقاق أجرة الحضانة من عدمه بمصلحة المحضون من حيث قدرة الحاضنة على الإنفاق عليه من عدم قدرتها على ذلك[497]، وكنا نحبذ لو إتبع المشرع رأي الجمهور (خلافا للمالكية) وهذا يجعل للحاضنة أجرا مقابل قيامها بالحضانة، هذا لأن الله تعالى أعطى المرضعة أجرة الرضاع بنص القرآن من جهة، ومن جهة أخرى فقد قررت الشريعة

[494] بن عصمان نسرين ايناس، مصلحة الطفل في قانون الاسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 120

[495] نقلا عن، حميدو زكية، مصلحة المحضون في التشريعات المغاربية، مرجع سابق، ص 125

[496] بن كعبة عمارية، النفقة المستحقة للطفل المحضون وللمطلقة الحاضنة في قانون الاسرة الجزائري، مجلة صوت القانون، المجلد السادس، العدد 01، افريل 2019، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ابوبكربلقايد تلمسان، ص 47

[497] عبد الرحيم مقداش، انحلال الرابطة الزوجية بين الفقه الاسلامي وقانون الاسرة الجزائري .دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص 128

الإسلامية قاعدة "من حبسته وجبت عليه نفقته" والحاضنة محبوسة لأجل حضانة ولده فوجب عليه نفقتها، هذا وقد ألغى المشرع هذا النص بموجب التعديل فزاد المسألة[498].

ذلك أن رأي المالكية لا يعطون أجرة للحاضنة سواء كانت أما أم لا، وسواء كان الزواج قائما أم لا، لكن الحنفية أوجبوا هذه الأجرة مادام أن الزوجية ليست قائمة وما دام أنها غير معتدة من طلاق رجعي أو بائن، لأنها في هذه الفترة تستحق النفقة من الولد الطفل، لكن في حالة ما إذا كانت الحاضنة غير الأم فإنها تستحق الأجرة عن حضانتها للصغير بصورة مطلقة ما لم تكن متبرعة، ما عدا عند المالكية التي تستحق الحاضنة الأجرة عندهم، ومن ثم كان من المستحسن لو أن المشرع الجزائري حسم الأمر في أجرة الحضانة حتى نتفادى هذا الإختلاف[499].

ثانيا: إشكالات أجرة الرضاع:

أما عن أجرة الرضاع مثلها مثل أجرة الحضانة لم يتكلم عليها المشرع الجزائري، وإن كان ينص عليها قبل التعديل بصورة وجيزة في المادة (39) قبل إلغائها من قانون الأسرة بقولها: "يجب على الزوجة... إرضاع الأولاد عند الإستطاعة وتربيتهم"، كما أن القرارات المنشورة للمحكمة العليا لم تتعرض لها، بل إكتفت بالإشارة إلى مدة الرضاع[500] في قرار لها بتاريخ 1991/04/23، حيث جاءت فيه على أن: "من المقرر شرعا أن مدة الرضاعة الكاملة هي عامين فقط، ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه لإنعدام الأساس القانوني غير وجيه يستوجب رفضه"[501].

فهل تستحق الأم نفقة على الإرضاع؟،إذا كانت الزوجة معتدة من طلاق بائن فقد إختلف فقهاء الحنفية في وجوب نفقة الرضاع للزوجة خلال فترة هذه العدة على روايتين، أحدهما توجب الأجرة لأن المعتدة في طلاق بائن لنقطعت علاقتها بالزوج و الرواية الثانية تقول بأن الطلاق البائن وإن كان يقطع الزواج ولكن تبقى بعض آثاره ومنها النفقة وبما أن الزوجة تستحق النفقة أثناء العدة فلا تستحق نفقة الإرضاع وهذا هو الرأي الراجح في المذهب الحنفين،أما إذا إنقطعت العدة فتستحق الأم حينئذ نفقة الرضاع كسائر المرضعات بل هي أولى من غيرها نظرا لوفور شفقتها وحنانها على طفلها، وهنا نثير

[498] سعادي لعلى، الزواج وانحلاله في قانون الاسرة الجزائري: دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص 448

[499] بوجاني عبد الحكيم، [مؤلفين صورية، السيدة غربيم (مشارك)]، الحماية القانونية للقاصر في عناصر النفقة، مرجع سابق، ص 221

[500] بن كعبة عمارية، النفقة المستحقة للطفل المحضون وللمطلقة الحاضنة في قانون الاسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 48

[501] المحكمة العليا، غرفة الاحوال الشخصية، 1991/04/23، ملف رقم: 71727، م.ق، 1993، العدد 2، ص 47، نقلا عن بن كعبة عمارية، المرجع نفسه، ص 48

سؤالا فيما لو تقدمت إحدى قريبات الطفل أو إمرأة أجنبية عنه متبرعة بإرضاعه أو طلبت مبلغا أقل مما ترضعه به أمه، هل يسلم الطفل للمتبرعة لإرضاعه أو لمن رضيت بالأجر القليل أم تحتفظ به أمه لأحقيتها بإرضاعه؟[502].

هناكإمرأة غير الأم تتقدم لإرضاع الولد والأم تنازعها فما هو الحكم؟، الأم أحق بإرضاع ولدها – من أي إمرأة أجنبية – بعد إنقضاء العدة – هذه قاعدة أصلية – ما لم يكن هناك طلب أجرة مقدم منها، وكانت هذه الأجرة فيها زيادة عما تطلبه المرضعة الأجنبية- في هذه الحالة لا تكون الأم الأحق بالإرضاع – بمعنى أنها لا تفضل على المرضعة الأجنبية، ويكون التفضيل مرجعه ظروف الأب المتفق والمحضون، وظروف الأم والحاضنة الأخرى، الأم يجوز لها أخذ أجرة إرضاع ولدها بعد إنقضاء عدتها، وسبب ذلك أن النكاح قد زال وصارت كالأجنبية، ووجوب الإرضاع على الأم و الزوجية قائمة بين الأبوين هو المانع لها من أخذ أجرة إرضاع – وهو بعينة موجود بعد إنقضاء العدة، فليست كالأجنبية في هذا الخصوص ولكن وجوب الإرضاع عليها قد سقط عنها و صارت كالأجنبية ، مؤدى هذا أن الوجوب على الأم مقيد بإيجاب رزقها على الأب بقوله تعالى:" وعلى المولود له رزقهن" ففي حال الزوجية و العدة هو – أي المولود له – قائم برزقها، وفيما بعد العدة لا يقوم بشيء فتقوم الأجرة على الإرضاع مقامه، والأم أحق لأنها أشفق فكان النظر للصبي يقتضي الدفع إليها لتقوم هي بالارضاع لكن إذا إلتمست زيادة في الأجر لم يجبر الزوج عليها دفعا للضرر عنه – لا يضار والد بولده – أي بإلزامه لها بأكثر من أجرة الأجنبية، إن طلبت الأم أجر إرضاع أزيد من الأجنبية في هذه الحالة لا يجبر الأب حتى لا يضار، فتفضل الأجنبية التي تطلب أجرا أقل من أجر الأم، المرضعة الأجنبية إذا رضيت بإرضاع الولد مجانا أو بأقل من أجر المثل، والأم تطلب أجر المثل، فإن الأجنبية تكون أحق منها بالإرضاع ولكن ترضع عند الأم [503].

فمن الديون الواجبة في ذمة الزوج للمطلقة أجرة الرضاع، إذا هي طلبت ذلك وكل ما ثبت في ذمة الزوج لزوجته من حقوق مالية فشأنها شأن سائر الديون الثابتة في الذمة من حيث اليسر والعسر، لعموم قوله تعالى: "وإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسره" [البقرة 280][504].

كما لا ندري ما قصده المشرع من عدم إدراج الرضاعة ضمن نصوص الأمر02/05 حيث أنه إقتصر فقط على ذكر الواجبات المشتركة بين الزوجين وذلك في المادة (36)[505] منه ولم يبين واجبات الزوجة

[502] عبد الرحمن الصابوني، شرح قانون الاحوال الشخصية السوري، الجزء الثاني، مرجع سابق، ص 204

[503] احمد نصرالجندي، اسئلة من محاكم الاسرة والاجابة عليها، مرجع سابق، ص 180 . 181

[504] الحمود ابراهيم بن ناصر،الحقوق الشرعية للمطلقة، مجلة الجمعية الفقهية السعودية، جامعة الامام محمد بن سعود الاسلامية، الجمعية الفقهية السعودية، العدد 15، مجلة محكمة جمادى الاول 2013، الصفحات[355 . 301]، ص 330

إتجاه زوجها وهذا لا يعني أن الأم ليس من واجبها إرضاع أولادها فلو عدنا إلى أحكام الشريعة الإسلامية طبقا لما نصت عليه المادة(222) من قانون الأسرة الجزائري نجد فقهاء المذاهب الإسلامية تتفق على أن الرضاع واجب على الأم ديانة أي أنها تسأل أمام الله و تأثم يوم الدين إذا إمتنعت عن إرضاع ولدها دون عذر زوجة كانت أم مطلقة[506]،

إلا أنه تستحق الأم الأجرة على الرضاع بالإتفاق بعد إنتهاء الزوجية و العدة أو في عدة الوفاة لقوله تعالى: "فإن أرضعن لكم فأتوهن أجورهن"، فهي واردة في المطلقات ولأنه لا نفقة للأم بعد الزوجية وفي عدة الوفاة، كما تستحق في عدة الطلاق البائن حتى لو كانت حاملا ولها النفقة، لأن كلا من النفقة وأجرة الرضاع واجب بدليل خاص، فوجوب أحدهما لا يمنع وجوب الآخر، لأنها صارت كالأجنبية في الطلاق البائن، وأن مدة إستحقاق الأجرة على الرضاع هي سنتان فقط فمتى أتم الطفل حولين كاملين لم يكن للمرضع الحق في المطالبة بأجرة الرضاع لقوله تعالى: "والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة"، فدلت هذه الآية على أن الأب ملزم بنفقة الرضاع في هذه المدة، وهذه الأجرة لا تعد نفقة حتى تسقط بما تسقط به النفقات، فلا تسقط بموت الأب، بل تجب للأم في تركته وتشارك غرماءه فإن لم يكن للرضيع أب وجبت الأجرة على من يلي الأب في وجوب الإنفاق عليه[507].

المبحث الثاني:إشكالاتالولاية على مال القاصر ونفقة الطفل المكفول وإشكالات الميراث

إن الولاية على مال القاصر تعتبر من الأثار المادية لفك الرابطة الزوجية والتي من خلالها لابد من توفير حماية كافية للطفل المحضون حفاظا على مصلحته الفضلى وسنتطرق إليها في بحدثنا، ثم نتطرق إلى

---

[505] المادة 36 من قانون الاسرة: يجب على الزوجين:
- المحافظة على الروابط الزوجية ووجبات الحياة المشتركة،
- المعاشرة بالمعروف، وتبادل الاحترام والمودة الرحنة،
- التعاون على مصلحة الاسرة ورعاية الاولاد وحسن تربيتهم،
- التشاور في تسيير شؤون الاسرة وتباعد الولادات،
- حسن معاملة كل منهما لابوي الاخر واقاربه واحترامهم وزيارتهم،
- المحافظة على روابط القرابة والتعامل مع الوالدين والاقربين بالحسنى والمعروف،
- زيارة كل منهما لابويه واقاربه واستضافتهم بالمعروف.

[506] سلامي دليلة، حماية الطفل في قانون الاسرة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر بن يوسف بن مخدة، 2007 . 2008، ص 35

[507] عبد القادر المبروك عون سالم، الطلاق واثره على الحياة الزوجية، مجلة العلوم الشرعية والقانونية، جامعة المرقب، كلية القانون بالخمس، العدد 2، مجلة محكمة2015، الصفحات [47 . 7]، ص 36 . 37

نفقة الطفل المكفول التي أيضا يعتبر جزء مهم ولابد من مراعاة وتوفير حماية للطفل المكفول بإعتباره جزء من المجتمع، وكذلك سنتطرق إلى إشكالات الميراث وذلك فيما يخص ميراث الحمل وميراث المطلقة.

المطلب الأول: الولاية على مال القاصر ونفقة الطفل المكفول

إن الفقه الإسلامي قد حرص على حماية أموال القاصر وكذلك المشرع الجزائري أعطى حماية وذلك من خلال إعطاء الولاية على المال للأم في حالة عدم وجود الأب ثم الجد ثم الوصي وسنتطرق إلى إشكالات الولاية على مال القاصر بداية بمفاهيم عنها، أما فيما يخص نفقة الطفل المكفول فهناك غياب في النص القانوني الذي يلزم الأب الكفيل بدفع نفقة الطفل المكفول في حالة تهربه منها، لهذا تعرضنا للإشكال إذ أن المشرع الجزائري لم يحدد إذا كان للطفل المكفول نفقة.

الفرع الأول: مفهوم الولاية على المال

أولا - تعريف الولاية على المال: تشمل كل ما يتصل بأموال المولى عليه، فيقوم الولي بالإشراف على رعايتها بإستغلالها والمتاجرة فيها بالأوجه المشروعة، وحفظها وصيانتها من التلف والضياع، ويتولى الولي مباشرة تلك التصرفات بإسم ولحساب الخاضع للولاية[508].

أ -وتنقسم الولايةإلى:

1 -**الولاية الأصلية**: هي الولاية المستمدة من الشارع مباشرة من غير إنابة أحد وتسمى أيضا بالولاية الذاتية لأنها تثبت للشخص بإعتبار ذاته ولا يستمدها من الغير وتتمثل في ولاية الأب والجد وهي لازمة لا تقبل الإسقاط ولا التنازل عنها، لأنها شرعية إذ الشارع هو الذي فرض لهما التصرف إبتداء لكمال شفقتهما لهذا لو عزلا أنفسهما لم ينعزلا،

[508] موسوس جميلة، الولاية على مال القاصر في القانون الجزائري والفقه الاسلامي، مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون، فرع العقود والمسؤولية، كلية الحقوق والعلوم التجارية، جامعة امحمد بوقرة بومرداس، 2005 . 2006، ص 15

2 . **الولاية النيابية**: تسمى أيضا بالولاية المكتسبة، وهي الولاية المستمدة من الغير بإقرار الشارع من الوصي والوكيل وهذه الولاية يكتسبها صاحبها من الغير نيابة عنه سواء أكان الغير وليا خاصا كالأب والجد أو عامل كالقاضي، فإن وصي كل منهما أو وكيلهما يقوم مقام الأصيل في الولاية وتكون قابلة للإسقاط أو التنازل، والولاية النيابية لا تقوم إلا عند غياب الولاية الأصلية فالأولى أصل والثانية فرع عنها[509].

ب -**متى تبدأ الولاية على مال الصغير**؟ تبدأ منذ ولادته، ولا تثبت عليه ولاية قبل ذلك عند أكثر الفقهاء، والقول بثبوت الولاية والوصاية على مال الجنين أظهر لأن عدم جواز ذلك فيه ضرر بمصلحته وضرر بالمال أيضا، لأنه ربما طال مكثه في بطن أمه وترك أمواله بلا حصر وتأجير وقبض وتنمية وحفظ ضرر، والإسلام لا يجيز الضرر[510].

ثانيا: إشكالات الولاية على مال القاصر

إن الفصل بين القانونين الواجب تطبيقهما على نظامي الحضانة والولاية على المال لا يخدم مصلحة القاصرإذفي القانون الموضوعي الجزائري نجد المادة(87) من قانون الأسرة الجزائري في حالة الطلاق يمنح القاضي الولاية لمن أسندت له حضانة الأولاد بمعنى آخر إستجماع حق الحضانة وحق الولاية على المال معا، وبذلك إذا وقع نزاع حول الحضانة والولاية على المال أمام القضاء الجزائري بين أم جزائرية إكتسبتها بعد الزواج وزوج أجنبي، القاضي الجزائري كقاعدة عامة يطبق المادة(12)قانون مدني جزائري المتضمنة تطبيق القانون الذي ينتمي إليه الزوج وقت رفع الدعوى بإعتبار الأم إكتسبت الجنسية الجزائرية بعد إنعقاد الزواج، ويطبق بشأن الولاية على المال القانون الجزائري، لأن القاصر إكتسب الجنسية الجزائرية من جهة الأم تطبيقا لقانون الجنسية الجزائرية، ولتفادي ذلك يمكن القاضي الجزائري إستبعاد القانون الأجنبي إذا كان مخالفا للنظام العام الجزائري لأنه لا يخدم مصلحة القاصر، كأن يكون الزوج مسلما لكن قانون جنسيته يخالف مبادئ الشريعة الإسلامية فيما يخص الولاية[511].

---

[509] موسوس جميلة، المرجع نفسه، ص 16

[510] محمد بن عبد العزيز النُمَيْ، الولاية على المال، فهرسة مكتبة الملك فهد الوطنية اثناء النشر، الرياض 1432 هـ ، حقوق الطبع محفوظة، الطبعة الاولى، 1433 هـ - 2012 م، اهداء من شبكة الالوكة netwww.alukah

[511] خوادجية سميحة، تنازع القوانين في مسائل الولاية على القاصر، مرجع سابق، ص 245 . 246

وتنص المادة (15) من القانون المدني الجزائري على مايلي: "يسري على الشروط الموضوعية الخاصة بالولاية والوصاية والقوامة وغيرها من النظم المقررة لحماية القصر وعديمي الأهلية والغائبين قانون الشخص الذي تجب حمايته"، وتقضي الفقرة الثانية من ذات المادة: "غير أنه يطبق القانون الجزائري بالنسبة للتدابير المستعجلة إذا كان القصر عديمو الأهلية والغائبون موجودين في الجزائر، وقت إتخاذ هذه التدابير، أو تعلقت بأموالهم الموجودة في الجزائر"، من خلال هذه المادة يتبين أن إصطلاح الولاية الواردة في القانون الجزائري يشمل الولاية على المال فحسب[512]،

وقد نص قانون الإجراءات المدنية والإدارية على ما يسمى بدعوى المحاسبة وهي حسب النص تخص الحالات التي تأمر في المحكمة بتقديم حسابات لتصفية حسابات أموال القاصر، وواضح من خلال نصوص القانون أن الأمر يتعلق في حالة التنازع بين القاصر الذي رشد أو النائب الشرعي الجديد والوصي الذي إنتهت مهامه حيث لم يرد في النص ذكر لغير الأوصياء، على الرغم من أن المادة (590)[513] من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية تضمنت مبدأ عاما ولكن المادة (599) [514] من نفس القانون حيث تكلمت عن الإختصاص المحلي لدعاوى المحاسبة ذكرت الأوصياء دون غيرهم وبينت بقية المواد طريقة الحساب وكيفية الفصل في الخصومة وطرق الطعن في الحكم[515]،

وفي حالة إكتشاف تقصير من النائب الشرعي سواء الولي أو الوصي أو المقدم فإن للقاضي المختص إتخاذ كافة الإجراءات الإستعجالية التي يراها مناسبة وذلك بموجب أوامر ولائية تحمل الطابع المؤقت لهذه الأوامر سببه أن القاضي لابد له خلال مدة قصيرة أن يقرر إما إنهاء مهام النائب الشرعي وتعيين غيره أو إلغاء أمره الولائي إذا رأى أنه لم يعد له داع دون أن ننسى النتيجة المنطقية حال ثبوت وقوع

[512] خوادجية سميحة، المرجع نفسه، ص 241

[513] المادة 590 من قانون الاجراءات المدنية والادارية: اذا امرت اية جهة قضائية بتقديم حساب لتصفية حسابات اموال القاصر او حسابات اموال الشركات المدنية، يمكنها ندب قاض وتحديد اجل لتقديم الحساب.
يقون القاضي المنتدب بتحرير محضر عن اعماله.

[514] المادة 599 من قانون الاجراءات المدنية والادارية: تكون مخاصمة المحاسبين المنتدبين بمعرفة القضاة امام الجهة القضائية التي انتدبتهم، وتكون مخاصمة الاوصياء امام الجهة القضائية التي قدم اليها طلب تعيين الوصي، وتكون مخاصمة بقية المحاسبين امام الجهة القضائية التي يوجد في دائرة اختصاصها موطنهم.

[515] قديري محمد توفيق، حماية الذمة المالية للقاصر في القانون الجزائري، مجلة المفكر، العدد الرابع عشر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة، ص 490

ضرر باموال القاصر نتيجة التقصير الحاصل في أعمال النيابة الشرعية حيث يكون الولي أو الوصي أو المقدم ملزما بتعويض الضرر الحاصل بسبب تقصيره في أعمال النيابة[516].

ففي مسائل الولاية على المال لا توجد أحكاما أو قرارات تقضي في هذا الإتجاه، لكن يمكننا تصور حالات خاصة مع تطور القانون الدولي الخاص المقارن، على سبيل المثال عرض نزاع حول إسقاط الولاية أمام القاضي الجزائري، وتبين للقاضي أن إستحقاق الولاية على المال ناتجة عن زواج شخصين أجنبيين من نفس الجنس، والشخص المخول له الولاية حسب القانون الأجنبي لا يعد القاصر من نسله، والقاضي في هذه الحالة يستبعد القانون الأجنبي المختص لتعارضه مع النظام العام الجزائري[517].

في إجراءات الولاية على أموال القاصر يؤول الإختصاص القانوني إلى المحكمة التي يوجد في دائرة إختصاصها مكان ممارسة الولاية ويسهر الولي على حماية أموال القاصر عناية الرجل الحريص ويكون مسؤول عن أي تقصير ويمكن لقاضي التدخل في أي وقت تلقائيا أو بناء على طلب النيابة العامة، أو أي شخص يعينه أمر القاصر لمراقبة سير أمواله، إن كل أموال القاصر لاسيما ذات القيمة الكبيرة تخضع إلى رقابة القاضي و يجب الحصول على ترخيص من القاضي في بعض التصرفات(إذن مكتوب) حماية لأمواله[518].

حيثأن المنازعات الخاصة بالولاية على أموال القاصر ترفع أمام قاضي شؤون الأسرة وفي حالةالإستعجال يفصل في الدعوى وفقا للإجراءات الإستعجالية، كما يمكن أن ترفع المنازعات المتعلقة بحسابات الولاية من قبل القاصر بعد بلوغه سن الرشد أو ترشيده أمام قاضي شؤون الأسرة، حيث تدور المنازعات الخاصة بالولاية على أموال القاصر حول حسابات الولاية و إدارتها[519].

إن قاعدة الشخص القاصر التي تجب حمايته يشملها إستثناءات:

الإستثناء الأول: قرر المشرع الجزائري في مسألة الولاية على المال إستثناءا، إذ الإختصاص للقانون الجزائري، إذا تعلق الأمر بتدبير إستعجالي وكان القاصر أو عديمي الأهلية موجود في الجزائر وقت إتخاذ

[516] قديري محمد توفيق، المرجع نفسه، ص 490

[517] خوادجية سميحة، تنازع القوانين في مسائل الولاية على القاصر، المرجع السابق، ص 250 . 251

[518] سعيداني عبد الحفيظ، مداخلة بعنوان: الاجراءات الجديدة الخاصة بقسم شؤون الاسرة على ضوء قانون الاجراءات المدنية والادارية الجديدة رقم 09/08 المؤرخ في 25 فيفري 2008، محكمة ايليزي، مجلس قضاء ايليزي، 25 مارس 2009، ص 212

[519] مانع سلمى، زوواي عباس، اختصاصات قاضي شؤون الاسرة طبقا لاحكام قانون الاجراءات المدنية والادارية، مرجع سابق، ص 66

هذه التدابير، ويمكن تصور حالة وفاة الأبوين في حادث بالجزائر، فيعين القاضي بصفة إستعجالية وطبقا للقانون الجزائري قيما بصفة مؤقتة يتولى إدارة شؤؤنه المالية في حدود سلطاته،

أما الأستثناء الثاني: يطبق القاضي الجزائري، إذا تعلق النزاع بأموال موجودة في الجزائر[520].

ومن النتائج المترتبة على تطبيق هذا الإستثناء أن الذي يمارس الحضانة يمكنه أن لا يمارس الولاية حسب القانون الجزائري، وبالتالي وجود إزدواجية في الولايتين مما يترتب عليه إضعاف السلطة الأبوية في حالة عدم ممارسة الولايتين في آن واحد، وخضوع الولاية على المال للقانون الجزائري، يثير إشكالات متعددة في حالة تبعثر أموال القاصر في بلدان مختلفة، إذ عمليا يجب تعيين قيم في كل جهة قضائية تقع في دائرة إختصاصها الأموال، والقيم عليه أن يخضع للقانون المحلي، والأموال هي الأخرى تخضع للنظام القانوني المحلي[521].

أما الإستثناء الثالث: يمكن تصور حالة عقد طرفين أحدهما أجنبي الجنسية، تصرفا ماليا في الجزائر وتبين أن الطرف الأجنبي ناقص الأهلية حسب قانون دولته، وكامل الأهلية حسب القانون الجزائري، وحصل تنازع بينهما حول التصرف المالي أمام القاضي، فإن هذا االأخير سيطبق الإستثناء الوارد في المادة (10)[522] من القانون المدني الجزائري، بمعنى آخر لا يؤخذ القاضي بقانون جنسية الأجنبي، فالمعاملة تعد صحيحة وهو كامل الأهلية بشرط أن المعاملة نتج أثرها في الجزائر ونقص الأهلية فيه خفاء لا يسهل تبينه على الطرف الآخر[523].

إن حقوق الأبناء المالية تتعرض للإهدار بفعل إستحكام بيروقراطية إدارية مقتية، توجب إثبات الأم لولايتها رغم كونها ولاية مقررة بقوة القانون، فلا يحصلون على المورد المالي المستحق لفائدتهم إلا بعد زمن معتبر وإجراءات مضنية رغم حاجاتهم للعدالة على وجه الإستعجال بعد وفاة الأب المعيل، إن هذا الأمر يحتاج إلى حملات تحسيسية وإلى إبلاغ الإدارات المختلفة بضرورة تفعيل النصوص وتسهيل العمل بها، وترتيب الأثر اللازم له دون إشتراطإستصدار قرار ولائي بالولاية، شرط الإدلاء بما يدل على وفاة

[520] خوادجية سميحة، تنازع القوانين في مسائل الولاية على القاصر، مرجع سابق، ص 243

[521] خوادجية سميحة، المرجع نفسه، ص 243 . 244

[522] المادة (10): "يسري على الحالة المدنية للاشخاص واهليتهم قانون الدولة التي ينتمون اليها بجنسيتهم.

ومع ذلك ففي التصرفات المالية التي تعقد في الجزائر وتنتج اثارها فيها، إذا كان احد الطرفين اجنبيا ناقص الاهلية يرجع الى سبب فيه خفاء لا يسهل تبينه على الطرف الاخر، فان هذا السبب لا يؤثر في اهليته وفي صحة المعاملة.[المادة 10 ف1 و2 من القانون المدني المعدل لى غاية 13 فبراير 2007 مدعم بالاجتهاد القضائي، طبعة 5، برتي للنشر2017 . 2018، جميع الحقوق محفوظة، ص 3 . 4

[523] خوادجية سميحة، تنازع القوانين في مسائل الولاية على القاصر، المرجع سابق، ص 244

الأب أو فقد أهليته أو غيبته غيبة إنقطاع أو عدم وجوده أصلا، إن ذلك يظهر أن إقرار المكتسبات في النص القانوني، لا يكفي ما لم تصاحبه حملة تحسيسية أو يقترن بآليات تنفيذية لتجد المكتسبات طريقها إلى النفاذ بسلاسة ودون إشكالات فلا مانع من تعديل النص القانوني في ضوء التطبيقات العملية والتي تظهر نقائص النص، فيحقق دوره في تنظيم الوقائع الذي يفترض أنه شرع من أجلها تنظيما محكما لا يجعلها عرضة للإهواء والتأويلات[524].

كما نلاحظ على نص المادة (90)[525] من قانون الاسرةأنه لا يمكن تطبيقها ذلك أن ظاهرة النص توحي بتطبيقه في حالة تعارض مصالح الطرفين عند تسيير الولي لأموال القاصر، وعليه نميل في هذه الحالة إلى دعوة المشرع إلى إضافة مادة تعالج هذه الحالة في باب النفقة، بأن يتم فيها النص على أنه في حالة تقرير إسقاط الحضانة على الحاضن من غير الأب، أو في حالة سقوطها ببلوغ السن المقررة قانونا، فإن حق المطالبة بنفقة الطفل يثبت لوكيل الجمهورية، بإعتبار القاضي ولي من لا ولي له و قياسا على حكم المادة (3/460)[526] من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي تمنح قاضي شؤون الأسرة أو ممثل النيابة العامة حق المطالبة بتعديل أي تدبير مؤقت يتعلق بالولاية والحضانة على القاصر، أو للمفوّض الوطني لحماية الطفولة طبقا للقانون 15-12 المتعلق بحماية الطفل[527].

الفرع الثاني: إشكالات نفقة الطفل المكفول

طبقا للمادة (116) من قانون الأسرة الجزائري فإن عقد الكفالة تتم بعقد شرعي بإسم الأب وطبقا لذلك فإنه عند الطلاق فإن نفقة الطفل المكفول هي من الإلتزامات التي يتقيد بها الأب، غير أنه من الملاحظ أنه لا يوجد نص قانوني يلزم الأب الكفيل بدفع نفقة الطفل المكفول في حالة تهربه منها، إذ أنه في حالة طلاق الوالدين فإن حضانة الطفل المكفول تمنح للأب الكفيل طالما أن الكفالة قد تمت بإسمه، ولهذا كان من المفروض على قاضي الأحوال الشخصية عند الحكم بإنفصال الزوجين يجب بإسم مصلحة الطفل الفضلى إسناد حضانة الطفل للأم و يمنح للأب الكفيل حق الزيارة و واجب دفع

[524] بلجرف سامية، اسناد الولاية الاصلية على مال القصر الى الام في قانون الاسرة الجزائري، المرجع السابق، -ص 186

[525] المادة 90 من قانون الاسرة: اذا تعارضت مصالح الولي ومصالح القاصر يعين القاضي متصرفا خاصا تلقائيا او بناء على طلب من له مصلحة.

[526] المادة 460 فقرة 3 من قانون الاجراءات المدنية والادارية: يمكن ان يكون هذا الاجراء موضوع تعديل، اذا تطلبت مصلحة القاصر ذلك اما تلقائيا من القاضي او بناء على طلب الولي او القاصر المميز او ممثل النيابة العامة او كل شخص اخر تتوفر فيه الصفة لحماية القاصر.

[527] قرماشكاتية، نحو ضمان افضل لحق المحضون في النفقة، مجلة الندوة للدراسات القانونية، العدد السادس والعشرون، 2019، ص 101 . 100

نفقة الطفل و هذا قد يحمي حق الطفل الكفيل في تحصيل نفقته من أبيه في حالة تهرب هذا الأخير من دفع نفقة الطفل[528]،

إلا أنه نجد في قرار المحكمة العليا المؤرخ في 1971/03/10، بنشرة القضاة 1972، العدد2، ص 46، في قضية: (م. م) ضد السيدة (م. م)، أن حق الرجوع بنفقة المكفول لا يثبت للكافل إلا على من وجبت عليه تلك النفقة وبشرط أن يكون تحفظ بذلك الحق عند إلتزامه بالكفالة[529].

فالإشكال يطرح عندما يكون الأبوين الكافلين منفصلين بالطلاق فأي منهما سيكفل هذا الطفل ويحتضنه لديه، فإذا إفترضنا أنها الزوجة وقياسا على حضانة الإبن الشرعي نقول بأنه لا يمكن للزوجة الكافلة أن تحضن هذا الطفل ولا يلزم الأب الكافل بمنح نفقته لها وهذا ما فصلت فيه المحكمة العليا في قرار صادر بتاريخ 2011/03/10 بقولها: "لا تسري آثار الطلاق من حضانة ونفقة على الطفل المكفول الذي يعيشمع مطلقة الزوج الكافل"، لكن الأمر الذي ربما تناساه المشرع الجزائري عند وضعه لصندوق النفقة أنه لم يخصص مبلغ مالي للأطفال اليتامى المكفولين وخصوصا أن الطفل المكفول هو من الفئة الهشة التي هي بحاجة لهذا الصندوق أكثر من الإبن العادي الشرعي[530].

فالمشرع الجزائري لم يحدد إذا كان للطفل الكفيل الحق في النفقة لأنها مقررة فقط على الطفل المولود من زواج صحيح، إلا أنه في قضية حكمت فيها المحكمة العليا بما يلي: "إعتبار الكفيل ولي الطفل المكفول، يجب عليه الحفاظ على الطفل المكفول و تعليمه وحمايته، على أن يكون ذلك طالما أن الكفيل لم يتخلى عنه"، وبالفعل فإن الكفيل مطلوب منه أن يحافظ على المكفول في النفقة بعد طلاق الزوجين الكافلين غير مؤكد حقا، ومع ذلك إذا تم إثبات الكفالة بإسم الزوج، يمكن للطفل المكلف أن يطالب بعد الطلاق بالحق في النفقة بموجب قانون الكفالة كدائن لهذا الإلتزام[531]،

أي يمكن للطفل المكفول أن يطلب بلا منازع من الكفيل أداء إلتزامات النفقة الخاصة به وفقا للمادة (116) من قانون الأسرة، إنها مسألة تتعلق بعلاقة المدينين مع دائنيهم وحول هذا الموضوع كتبت لحلو خير: "قانون الأسرة لا يتوخى فرضية طلاق الزوجين المستفدين من الكفالة لأنه لا يتوقع مصير الطفل

---

[528] زهية رابطي، الحماية القانونية للطفل عند الطلاق، مرجع سابق، ص 78 . 79

[529] المحكمة العليا، غرفة الاحوال الشخصية، 1971/03/10، ملف رقم: غير موجود، نشرة القضاة، 1972، العدد 2، ص: 46، انظر، جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في مادة الاحوال الشخصية، الجزء 1، المرجع السابق، ص 95

[530] المحكمة العليا، غ.ا.ش، 2011/03/10، ملف رقم 13481، م.م.ع. 2012، العدد 1، ص 290- 293، نقلا عن بن كعبة عمارية، النفقة المستحقة للطفل المحضون، المرجع السابق، ص 57 . 58

[531] Yamina houhou, these: la kafala en droit algerien et ses effets en droit francais, prec p 167

بالتبني وتنظيم علاقته مع الأسرة المضيفة بعد فسخ زواج الكفيل، يجب أن يسترشد القضاة في قرارهم بأحكام المادة (116) [532]من قانون الأسرة المضيفة بعد فسخ زواج الكفيل، يجب أن يسترشد القضاة في قرارهم بأحكام المادة (116) من قانون الأسرة بموجب نظام الكفالة المتمثل في رعاية القاصر"[533]، ويظهر الإشكال أكثر عندما يتم إثبات الكفالةبإسم الزوجة لأنه ليس من الواضح أن الطفل بموجب القانون الجزائري يمكنه المطالبة بنفقة من الكفيل، فحرمان الكفيل من حضانة المحضون لا ينهي واجب النفقة عليه[534].

وهذا خلافا للمشرع المغربي الذي نص في المادة(26)من ظهير13يونيو2002 على: "إذا إنفصلت عرى الزوجية بين الزوجين الكافلين أصدرالقاضي المكلف بشؤون القاصرين بناء على طلب الزوج أو الزوجة أو من النيابة أو تلقائيا أمرا إما بإستمرار الكفالة لأحدهما أو بإتخاذ ما يراه مناسبا من إجراءات" فإما أن يستمر أحد الزوجين في التكفل به، وإذا كانت الزوجة هي الكافلة فإنها تتحمل نفقته وحدها كما تتحمل باقي الإلتزاماتلأن المطلق الكافل يكون قد أنهى الكفالة بإرادته أو يتخذ القاضي الإجراءات التي يراها مناسبة بما فيها إصدار أمر بإنهاء كفالة الزوجين المنفصلين معا، وإسنادها إلى غيرهما مما يجعل المكفول في حالة عدم إسقرار دائمة[535].

كما تجدر الإشارة إلى أحكام الكفالة تخول للكافل الولاية على النفس والمال ومن الإشكالات التي تثور بهذا الصدد هو مدى إمكانية إستمرار الكفالة في حالة الطلاق؟ حيث أن مثل هذه الحالة غير منصوص عليها في قانون الأسرة رغم أنها جّد ضرورية في تنشئة القاصر المكفول وتحقق الغرض المطلوب من الكفالة، مع العلم أن رضا طالب الكفالة أي الزوج فقط لا يعني دائما موافقة الزوجة، ولهذا ومن أجل المصلحة الفضلى للطفل فإنه من المفروض أن تكون الموافقة صريحة وبحضور الزوجين أمام القاضي أثناء التحقيق ويتم سماعهما وتحرير محضر لكي يعرف قيمة هذه المسؤولية، وعليه فإنه كان على المشرع تدارك مثل هذا الشرط والتنصيص عليه في قانون الأسرة لأنه عمليا أغلب المحاكم لا تراعي تحرير محضر الموافقة للزوجين أمام القاضي إذ يكفي إحضار شاهدين فقط وحضور

[532] المادة 116 من قانون الاسرة: الكفالة التزام على وجه التبرع بالقيام بولد قاصر من نفقة وتربية ورعاية قيام الاب بابنهوتتم بعقد شرعي.

[533]Yamina houhou, these: la kafala en droit algerien et ses effets en droit francais, المرجع السابق، prec p 167

[534]Yamina houhou, these: la kafala en droit algerien et ses effets en droit francais, prec p 167 ، المرجع نفسه

[535]بلجراف سامية، اسناد الولاية الاصلية على مال القصر الى الام في قانون الاسرة الجزائري "المقاصد والتحديات"، مرجع سابق، ص 188 . 187

الأطراف، كذلك نلاحظ أن المشرع الجزائري لم يتناول حالة ما إذا إنتهت الرابطة الزوجية لأي سبب من الأسباب[536].

المطلب الثاني: إشكالات الحق في الميراث (ميراث الحمل وميراث الزوجة)

قبل التطرق إلى إشكالات الميراث لابد من التطرق أولا إلى مفاهيمه لتسهيل فهمه نظرا لتعقيداته، فالميراث لغة لمعنى (ورث) تركة الميت، ج مواريث[537]،وهو أن الطريقة التي تكتسب فيها صفات الفئة1 خصائص صفات فئة أخرى داخل التسلسل الهرمي، يطلق على قدرة فئة ما على إشتقاق خصائص وخصائص من فئة أخرى إسم الميراث[538].

أما عن تعريف التركة قانونا نجد أن قانون الأسرة الجزائري لم يعرف التركة ولا مشتملاتها من أموال وحقوق كحق الإرتفاق والخيارات بأنواعها وحتى لما تناول الحقوق المتعلقة بالتركة أخر ذكرها إلى المادة (180)[539] قانون الأسرة الجزائري، وكان من الأحرى أن ينص على مادة تبين فيها ماهية التركة ومشتملاتها مباشرة بعد أسباب الإرث وشروطه ثم يتبعها بالمادة التي نصت على الحقوق المتعلقة بالتركة (180) قانون الأسرة الجزائري، في حين يلاحظ أن مدونة الأسرة المغربية وفق آخر التعديلات مع النصوص التطبيقية (2019) جاء في المادة (321): "أن التركة مجموعة ما يتركه الميت من المال أو حقوق مالية"[540].

ومن إشكالات أسباب الإرث نجد الزوجية، وهي العلاقة التي تنشأ بين الرجل والمرأة بسبب عقد الزواج الصحيح المستوفي لركنه و شروطه الشرعية والقانونية المحددة في المادتين (9) و(9 مكرر) من قانون

---

[536] بلجراف سامية، مرجع نفسه، ص 187

[537] جبران مسعود، الرائد، معجم لغوي عصري رتبت مفرداته وفقا لحروفها الاولى، ط سابعة، طبعة جديدة، دار العلم للملايين، أذار مارس 1992، ص 783

[538], international jornal of reccent technology and engineering (IJRTE), volume 8, Issue le November 2019, page 1991 Mehul patel,R.D.Modi,SM.pillai, inheritance and its in object oriented programming using C

[539] المادة 180 من قانون الاسرة: يؤخذ من التركة حسب الترتيب الاتي:

- مصاريف التجهيز، والدفن بالقدر المشروع،
- الديون الثابة في ذمة المتوفي،
- الوصية.

فاذا لم يوجد ذوو فروض او عصبة الت التركة الى ذوي الارحام، فان لم يوجدوا، الت الى الخزينة العامة.

[540] حميد زلافى، جوانب الفراغ التشريعي في احكام الميراث من خلال قانون الاسرة الجزائري . دراسة مقارنة . مجلة الشهاب، المجلد 07، العدد 2، 2011، معهد العلوم الاسلامية، جامعة الوادي، الجزائر، نشر: 2021/07/15، الصفحات [175 . 192]، ص 177

الأسرة الجزائري، ولو لم يقع البناء بالزوجة (م 130)[541] قانون الأسرة الجزائري، وسواء كانت الزوجية قائمة حقيقة أو حكما بأن كانت المرأة في العدة من الطلاق الرجعي بالإجماع أما لو وقعت الوفاة في العدة من الطلاق البائن فلا توارث بين الزوجين، لزوال الزوجية الموجبة للتوارث، ما عدا حالة طلاق الفرار، وعلى بعض الروايات ترثه مطلقا من غير تحديد الأجل[542]،

أما في النكاح الفاسد والباطل فلا توارث فيه قبل الدخول وبعده بالإتفاق، وهو ما يجري العمل به قضاء، رغم غموض مصطلح الزوجية الوارد في المادة (126)[543] من قانون الأسرة الذي كان من المفروض على المشرع تفصيله بقوله مثلا: "سببي الميراث القرابة والزوجية الصحيحة"، حتى لا يتوهم دخول غيره من الأنكحة، كنكاح الشبهة ولا حاجة حينئذ لإضافة حتى المادة (131): "إذا ثبت بطلان النكاح فلا توارث بين الزوجين"، وحينها فصل المشرع في مسألة توارث الزوجين في المادة (132) أثار غموضا وتناقضا أشد من الإبهام الوارد في المادة (126) حيث نص: "إذا توفي أحد الزوجين قبل صدور الحكم بالطلاق أو كانت الوفاة في عدة لطلاق إستحق الحي منهما الإرث"[544].

ونلاحظ على المادة إطلاق عبارة "في عدة الطلاق" من غير تعيين لنوع الطلاق أهو الرجعي أم البائن، كذلك إثباته حق التوارث بين الزوجين في حالة وفاة أحدهما في مراحل سير دعوى الطلاق أمام المحكمة طالما لم يصدر القاضي الطلاق، إلا أن هذا الحكم أيضا ليس على إطلاقه، بل يصح في وجه واحد، وهو كون الزوجة مازالت في عدتها من الطلاق الرجعي فقط (المتلفظ به خارج مجلس القضاء)، أما لو صدر الحكم بالطلاق بعد إنتهاء العدة فلا عبرة بالتصحيح بالطلاق من عدمه، لأن المرأة أجنبية حينئذ عن هذا الرجل من الزاوية الشرعية فلا توارث بينهما ولأن حساب العدة شرعا يبتدئ من حين التلفظ بالطلاق من طرف الزوج، لا من حين صدور حكم الطلاق من القاضي (قانونا)[545].

وفي غالب الأحوال فإن قضايا فك الرابطة الزوجية في قسم شؤون الأسرة بالمحاكم لا يتم الفصل فيها إلا بمرور شهور تتجاوز بكثير أقراء المرأة، ويبقى لكل من له مصلحة كورثة الهالك حق مباشرة دعوى قضائية لإخراج الطرف المدعي للزوجة من التركة، بشرط إثبات إنقضاء الزوجية بين المورث والمدعي بكل الوسائل المعتمد بها قانونا، والنص المقترح كبديل لمتن المادة (132) هو:

[541] المادة 130 من قانون الاسرة: يوجد النكاح التوارث بين الزوجين ولو لم يقع بناء.

[542] إقروفة زبيدة، اشكالات الميراث في قانون الاسرة، مجلة صوت القانون، مجلد 4، عدد 3، ص 3

[543] المادة 126 قانون الاسرة: اسباب الارث: القرابة، والزوجية.

[544] إقروفة زبيدة، اشكالات الميراث في قانون الاسرة، المرجع سابق، ص 3

[545] إقروفة زبيدة، المرجع نفسه، ص 4

أ -" إذا طلق الزوج زوجته في الصحة، ترثه ويرثها بشرطين:

-أن يكون الطلاق رجعيا، سواء صدر بشأنه حكم أو لم يصدر.

-أن يكون الموت قبل إنقضاء العدة.

ب –إذا طلق الزوج زوجته في مرض الموت ترثه مطلقا".[546]

كنا قد رأينا القصور الموجود في منظومة التشريع الجزائري في مجال الأسرة، ولا عيب في إعادة النظر فيها، والمقترح أيضا هو عقد ملتقيات متخصصة يدعى إليها أهل الإختصاص لإثراء منظومة مدونة الفقه الإسلامي، وحتى و لو أخذ ببعض الآراء المرجوحة[547].

أما عن **إشكالات شروط الإرث** فسنتطرق إليها في إشكالات ميراث الحمل.

الفرع الأول: إشكالات ميراث الحمل

إن ميراث المولود كون الوارث حيا وقت موت مورثه شرط من شروط إستحقاق الميراث، سواء حياة حقيقية أو حياة حكمية، فكذلك حياة الجنين في بطن أمه شرط أيضا، فإذا توفي شخص عن جنين ورثه هذا الجنين، متى ثبت وجوده وقت موت المورث ثبوتا شرعيا، ولو كان هذا الجنين وقت موت المورث في مبدأ تكونه لم تدب فيه الحياة، فإذا ولد حيا حياة مستقرة، كأن يصرخ أو يعطس أو يمص الثدي كان له نصيب ميراثي في مورثه، وهذا بإجماع الفقهاء، في المادة (331)من مدونة الأسرة نصت "لا يستحق الإرث إلا إذا ثبتت حياة المولد بصراخ أو رضاع و نحوهما"[548]، فنصيب الولد يحفظ من قبل أبواه، أو من قبل وليه أو وصيه إلى غاية بلوغه سن الرشد والطفل قد يرث بالفرض كما قد يرث بالتعصيب، وتفاصيل مسائل الميراث موضحة في القانون إبتداءا من المادة (126) إلى غاية المادة (183) من قانون الأسرة[549].

[546] إقروفة زبيدة، المرجع نفسه، ص 4

[547] عماد بن عامر، تحديات الاسرة الجزائرية بين الشريعة الاسلامية وقانون الاسرة الجزائري،مشكل الميراث أنموذجا، الأسباب والآثار والحلول . مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية،المجلد 4، عدد 2، المركز الجامعي لتامنغست، الجزائر، معهد الحقوق، سداسية محكمة، عدد 08، جوان 2015، قسم الدراسات القانونية والشرعية، الصفحات [121 . 110]، ص 118

[548] احمد نصر الجندي، شرح قانون مدونة الاسرة المغربية، دار الكتب القانونية، دار شتات للنشر والبرمجيات، 2010، ص 390 – 391

[549] سلامي دليلة، حماية الطفل في قانون الاسرة، مرجع سابق، ص 88

فموقف الفقه الإسلامي من إرث الجنين من عدمه حيث نجد الأحناف يعتبر أن الجناية لا ترتكب إلا في حق الحي لذا وجب فرض أنه حيا وما دام كذلك فإنه يرث أثناء هذه الفترة أي فترة وجوده في بطن أمه، لذا قالوا بحياته أثناء موت مورثه وبالتالي له ميزاته حتى تصير الأحكام على نسق واحد، أما الصحابيان ربيعة بن عبد الرحمن والليث بن سعد، فإنهما يمنعان ميراثه والميراث عنه ويقولان بأنه الغرة أصلا هي حق لأمه وهي التي تملكها إذ أن سقوطه من بطن أمه يعد بمثابة سقوط أحد أجزائها وما دامت الجريمة عليها وحدها فالجزاء لها وحدها أيضا، أما المذهب المالكي فقالوا إنما يملك الغرة أبواه إن كان على قيد الحياة يتقسماها للذكر مثل حظ الأنثيين إن كانت الأم وحدها وكان الأب ميتا فإنها تكون الأم وحدها أما بالنسبة للمشرع فقد أخذ بالموت الحقيقي والموت الحكمي، ولم يأخذ بالموت التقديري هذا ما نصت عليه المادة (27)من التقنين بنصها (يستحق الإرث لموت المورث حقيقة أو باعتباره ميتا بحكم القاضي)فقد أخذ المشرع برأي ربيعة بن عبد الرحمن والليث بن سعد والذي قال بتوريثه والإرث منه[550].

ففي ميراث الحمل يرى أهل العلم أن يعامل الورثة الموجودون بالأضر من وجوده من عدمه وذكورته وأنوثته وإنفراده...، ويوقف المشكوك فيه إلى وضع الحمل أو بين أن لا حمل، فمن يحجب ولو ببعض التقادير لا يعطى شيئا، ومن لم يختلف نصيبه بكل تقدير يعطاه كاملا، ومن يختلف نصيبه وهو مقدر أعطى الأقل ومن إختلف نصيبه وهو غير مقدم فلا يعطى شيء[551].

أما في قانون الأسرة لم يخرج المشرع عما جاءت به الشريعة الإسلامية، فهم لم يفرقوا بين الصغير والكبير في حق كل منهما في التركة، فالشخص بمجرد أن يلد حيا يأخذ حقه كاملا في الميراث ولا يقتصر الأمر على الرجال فقط، وإنما كذلك بالنسبة للفئة المستضعفة من النساء والأطفال، فمنح للطفل نصيبا من الميراث بمقتضى الشرع والقانون سواء كان ذكرا أو أنثى، كما أن نصيب الأولاد يفوق نصيب الأبوين بالرغم من أنهما في درجة واحدة من القرابة، ذلك أن حاجة الأولاد أكثر فكان العطاء لهم أكثر، ونصيب الولد يحفظ من قبل أبواه أو من قبل وليه أو وصيه إلى غاية بلوغه سن الرشد، والطفل قد يرث بالفرض كما قد يرث بالتعصيب[552].

[550] بن عيشوش فاطمة، الحقوق الزوجية بين احكام تشريع الاسرة والاجتهاد القضائي، رسالة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2011. 2012، ص 70 . 71

[551] علال طحطاح، ميراث الحمل في الفقه الاسلامي وتقنين الاسرة الجزائري، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، العدد الخامس عشر، ص 112

[552] سلامي دليلة، حماية الطفل في قانون الاسرة، مرجع سابق، ص 87 . 88

فنظام الإرث يخضع لأساس المفاضلة في الإرث وهو الحاجة، حيث جعل الله نصيب إبن المتوفى أكثر من نصيب أبيه، لأن الإبن في حاجة إلى المال بخلاف أب المتوفى فهو قد إستدبر الحياة ولم يعد بحاجة إلى المال إلا بالقدر الذي يحفظ شيخوخته، كما جعل نصيب الولد ضعف الأنثى، لأن حاجته للمال ومسؤولياته وتبعاته أكبر[553].

ولم يأخذ قانون الأسرة الجزائري بمذهب الإمام مالك القاضي بإنتظار توزيع التركة في كل الأحوال إلى أن يأتي الجنين إلى الدنيا، بل تم العمل بمذهب الجمهور بتوزيع التركة دون تأخير إذا كان الحمل يحجب غيره حجب نقصان لهذا نصت المادة(173)على أنه(يوقف من التركة للحمل الأكثر من حظ إبن واحد أو بنت واحدة، إذا كان الحمل يشارك الورثة أو يحجبهم حجب نقصان، فإن كان يحجبهم حجب حرمان يوقف الكل ولا تقسم التركة إلى أن تضع الحامل حملها)، والجملة الأخيرة تأخذ بمذهب الإمام مالك رضي الله عنه، أما المادة(174) فقد تناولت مسألة إدعاء الحمل بالحسم الطي فجاء فيها:(إذا إدعت المرأة الحمل و كذبها الورثة، تعرض على أهل المعرفة[554] مع مراعاة المادة (43)[555] من هذا القانون.

إن إستحقاق الميراث يثبت للوارث بمجرد وفاة المورث وليس وقت إفتتاح التركة كما أشارت إليه المادة (128) قانون الأسرة الجزائري لأنه قد تكون مدة طويلة بين إفتتاح التركة ووقت الوفاة فتضيع حقوق الورثة[556]،

بينما تنص المادة(128)من قانون الأسرة على أنه: "يشترط لإستحقاق الإرث أن يكون الوارث حيا أو حملا وقت إفتتاح التركة مع ثبوت سبب الإرث وعدم وجود مانع من الإرث"، كما تنص المادة(134) من قانون الأسرة أنه: "لا يرث الحمل إلا إذا ولد حيا، ويعتبر حيا إذا إستهل صارخا أو بدت منه علامة ظاهرة بالحياة"، ومن خلال نص المادتين نلاحظ أنه حتى يثبت حق الحمل في الميراث يجب توفر الشروط التالية: ثبوت وجود الحمل حيا وهذا يعني أن يكون الحمل موجودا في بطن أمه أو خارجه كأطفال الأنابيب وقت وفاة المورث، وكيفية معرفة ذلك تتم بولادته حيا في مدة الحمل المحددة في

[553] يوسف بن شيخ، اثر التطورات الطبية والبيولوجية على نظام الاثبات في الاحوال الشخصية، دراسة مقارنة بين الفقه الاسلامي والقانون المقارن، رسالة مقدمة لنيل دكتوراه علوم في العلوم الاسلامية تخصص شريعة وقانون، كلية العلوم الانسانية والعلوم الاسلامية، قسم العلوم الاسلامية، جامعة وهران احمد بن بلة، 1436/ 1437 هـ، الموافق 2015 / 2016 م، ص 66

[554] العربي بختي، احكام الفقه الاسلامي وقانون الاسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 253

[555] المادة 43 من قانون الاسرة: ينسب الولد لابيه اذا وضع الحمل خلال عشرة (10) اشهر من تاريخ الانفصال او الوفاة.

[556] حميد زلافى، جوانب الفراغ التشريعي في احكام الميراث من خلال قانون الاسرة الجزائري . دراسة مقارنة . ، مرجع سابق، ص 178

المادة(42)من قانون الأسرة بستة أشهر كحد أدنى وعشرة أشهر كحد أقصى،فولادة الحمل حيا هذا يعني أن ينفصل الجنين من بطن أمه وهو حيا حتى يثبت له الحق في التملك وتعرف حياة الجنين بظهور إمارة من إمارات الحياة كالصراخ أو العطس[557].

وقد تباينت إجتهادات الفقهاء في كيفية توريث الحمل بالنظر لجهالة الجنس والعدد وحياته أو موته، فمنهم من يعمل إحتمال التعدد فيحفظ النصيب الأكثر من حظ ذكرين أو أنثيين، وأربعة في قول أبي حنيفة، ومنهم من يوقف نصيب غلام ويؤخذ ضمين من الورثة وهو رأي أبو يوسف، وإختلفت الرواية عن الشافعي بين وقف التركة كلها لغاية ولادة الحمل وبين القول بتعدد الحمل، ومنهم من يعتمد على معيار الجنس، فيفترض الحمل مرة ذكرا وأخرى أنثى كالمالكية، وإن كان المشهور من مذهب المالكية تأجيل القسمة لغاية وضع الحمل، وعلى رأيهم صاغ المشرع الجزائري المادة (173)[558] من قانون الأسرة، وهو إختيار يطرح عدة إشكالات عملية كحالة ولادة توأمين أنثويين حيث فرضهما الثلثين، (ولا يطرح الإشكال حالة كون التوأمين ذكرين أو ذكر أو أنثى، لأن التوريث في الحالتين يكون بالتعصيب ولا يتغير النصيب، إنما الإختلاف فقط في التوزيع ففي حالة توأمين ذكرين الحصة تقسم مناصفة، وفي حالة توأمين ذكر وأنثى الحصة تقسم وفق قاعدة للذكر مثل حظ الأنثيين)[559].

والملاحظ أن تقنين الأسرة الجزائري نص على وقف نصيب للحمل على أساس أنه واحد، لكنه أغفل النص على ضرورة وجود كفيل للورثة الذين تنقص أنصبتهم بتعدد الحمل[560]، فالحصص المستحقة للورثة في تلك الفريضة تتغير بالنقصان لإرتفاع حصة التوأمين، وبالمقابل النصيب الذي أوقف للتوأمين يقل عن حصتهما، فإذا تم توزيعه حسب المادة (173) قانون الأسرة بإعتماد معيار الذكورة والأنوثة، وتم إعطاء الورثة أو بعضهم حصصهم الكاملة إذا كانت ثابتة على الوضعين، وأعطيت الأنصبة الدنيا لمن يتأثر نصيبه على الفرضين الذكورة والأنوثة، ثم ولد الحمل توأمين أنثويين تعين إسترجاع أجزاء من أنصبة الورثة لتكملة حصة التوأمين إلى الثلثين، وهنا يثار التساؤل كيف يتم

[557] سلامي دليلة، حماية الطفل في قانون الاسرة، مرجع سابق، ص 88

[558] المادة 173 من قانون الاسرة: يوقف من التركة للحمل الاكثر من حظ ابن واحد او بنت واحدة اذا كان الحمل يشارك الورثة او يحجبهم حجب نقصان، فان كان يحجبهم حجب حرمان يوقف الكل ولا تقسم التركة الى ان تضع الحامل حملها.

[559] إقروفة زبيدة، إشكالات الميراث في قانون الأسرة، مرجع سابق، ص 12 . 13

[560] علال طحطاح، ميراث الحمل في الفقه الاسلامي وتقنين الاسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 111

إسترجاع تلك الزيادة من أيدي الورثة سواء كانت قائمة أو تم التصرف فيها أو هلاكها؟ وكيف يتم إثبات ذلك؟[561]،

وهو السؤال الذي لا نجد له جوابا في مواد قانون الأسرة، ما دام المشرع الجزائري قد إتجه نحو إعتبار معيار الذكورة والأنوثة في توريث الحمل وليس معيار التعدد، ولتفادي مثل هذه الأوضاع والمنازعات بين الورثة و(إن كانت نادرة) يظهر أن الإختيار الفقهي الأقرب للصواب هو مذهب القائلين بحل فرائض الحمل على معيار التعدد (توأمين أنثويين) حيث يعامل الورثة بالنقصان ويحفظ الأوفر للحمل من غير حاجة لمطالبتهم لاحقا بإسترجاع الفائض غير المستحق لهم، أو على معيار الجنس (الذكورة والأنوثة) حيث يتوجب أخذ كفالة من بقية الورثة إحتياطا لتعدد الحمل، وإن كان الحل الأخير مرجوح بالنظر لداعي إستعجال القسمة قبل وضع الحمل وهو الحاجة والعوز فلا يعقل أن يجمع لعوزهم مطالبتهم بدفع مبلغ الكفالة[562].

ونعتقد أنه يجب النص على ذلك في أقرب تعديل لتقنين الأسرة، ومع غياب النص الصريح نرى أنه يجب تطبيق الحكم إستنادا لنص المادة (222) من تقنين الأسرة التي تستوجب الرجوع لأحكام الشريعة الإسلامية فيما لا نص فيه، إذن يلزم القاضي أو الموثق حسب حالة الورثة الذين ينقص نصيبهم بسبب الحمل أن يقدمو كفيلا يضمن إرجاعهم الفارق وإلا لا يتم منحهم نصيبهم، ونرى أن الحل بالنسبة لنصيب من يمتنع أو يتعذر عليه تقديم كفيل أن يعين له حارس قضائي إلى حين ولادة الحمل، وفقا للإجراءات القانونية المقررة لذلك[563].

إلا أنه يمكن إقتراح عرض الحامل على الخبرة قبل إستخراج الفريضة، إذ تبين لنا من طريقة توريث الحمل أن عدم معرفة جنس الحمل وعدده يجعل تقسيم التركة بصفة نهائية أمرا عويصا، ما يعتبر خطرا على مصلحة الحمل بعد الولادة إذ قد يصعب له إسترداد المبالغ الزائدة التي قبضها الورثة الآخرون، خدمة للعدالة هل يمكن تسخير التقدم العلمي والتكنولوجي قصد تقسيم التركة نهائيا رغم كون الجنين في بطن أمه؟ في هذا الصدد يمكن البحث في وسيلتين علميتين: تصوير أعضاء الجنين،

[561] إقروفة زبيدة، إشكالات الميراث في قانون الأسرة، مرجع سابق، ص 13

[562] إقروفة زبيدة، المرجع نفسه، ص 13

[563] علال طحطاح، ميراث الحمل في الفقه الاسلامي وتقنين الاسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 112

ودراسة النظام الكروموزومي للجنين[564]، وهذا ما نصت عليه المادة (174)[565] من قانون الأسرة ونصت صراحة على إمكانية اللجوء إلى الخبرة الطبية في منازعة الحمل بين المرأة الحامل والورثة.

إلا أنه يعتبر تقسيم التركة في حياة المورث عن طريق الهبة حلا للمشاكل المترتبة عن قسمة الميراث بعد وفاة المورث ونجد بعض المسلمين في عصرنا عمدوا إلى هذه الطريقة تفاديا للنزاعات بين الورثة، وعليه فإن المورث (أبا كان أو أما أو غيرهما) يهب لورثته الأحياء بقدر النصيب الشرعي لكل واحد منهم على مذهب بعض الفقهاء الذين يرون وجوب العدل بين الأبناء في الهبة، والعدل يتحقق عندهم بقسمة الهبة على وفق أنصبة الميراث، ومما يعكر على قسمة الميراث حال حياة المورث حدوث طارئ ميلاد ورثة جدد، أو وفاة بعض الورثة ممن فرض لهم وبالتالي تختل أنصبة الميراث[566].

الفرع الثاني: إشكالات ميراث الزوجة في حالة الطلاق والوفاة

ترث الزوجة الربع (4/1) من تركة زوجها، في حالة عدم وجود فرع وارث مذكر أو مؤنث منها أو من غيرها، وفي حالة التعدد يشتركن به ويقسم بينهن بالتساوي، وترث الزوجة الثمن (8/1) من تركة زوجها في حالة وجود فرع وارث مذكر أو مؤنث منها أو من غيرها، وفي حالة التعدد يشتركن به ويقسم بينهن بالتساوي، ودليل الميراث في هاتين الحالتين قوله تعالى: "ولهن الربع مما تركتم إن لم يكن لكم ولد فإن كان لكم ولد فلهن الثمن مما تركتم من بعد وصية توصون بها أو دين"الاية 12 من سورة النساء[567].

المشرع الجزائري أعطى للزوجين حقا في حالة وفاة أحد الزوجين بعد الطلاق وهو الحق في الميراث، إلا أن إستحقاق الزوجين للميراث يشترط فيه شروط نصت عليها المادة(132) من قانون الأسرة بقولها: "إذا توفي أحد الزوجين قبل صدور الحكم بالطلاق أو كانت الوفاة في عدة الطلاق إستحق الحي منهما الإرث" وما يفهم من هذا النص هو أنه لا يمكن التوارث بين الزوجين إلا في حالتين: الوفاة قبل صدور

[564] اعمر يحياوي، ميراث الحمل في ضوء التطور العلمي والتكنولوجي، المجلة النقدية، المجلد 7، عدد 1، الصفحات [320 . 314]، ص 317

[565] المادة 174 من قانون الاسرة: اذا ادعت المراة الحمل وكذبها الورثة تعرض على اهل المعرفة مع مراعاة احكام المادة 43 من هذا القانون.

[566] عماد بن عامر، تحديات الاسرة بين الشريعة الاسلامية وقانون الاسرة، مشكل الميراث أنموذجا .الاسباب والاثار و الحلول، مرجع سابق، ص 118 . 119

[567] ايمن احمد محمد نعيرات، الذمة المالية للمراة في الفقه الاسلامي، اطروحة قدمت استكمالا لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في الفقه والتشريع بكلية الدراسات العليا في جامعة النجاح الوطنية في نابلس – فلسطين 2009، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، ص 161 . 162

الحكم بالطلاق أو الوفاة قبل إنتهاء فترة العدة، فالمطلقة إذا مات زوجها في عدتها ترثه كغيرها من الزوجات فلها نصيبها الذي فرضه الله لها ولا يجوز النقص منه أو المساومة عليه[568]،

إلا أنه من خلال تحليلنا لنص المادة(132) نجدها تثير إشكالات عديدة نظرا لعدم دقتها فإذا كانت الوفاة قبل صدور الحكم بالطلاق إذ أنه مادام أن الطلاق وفقا لنص المادة (49) لا يثبت إلا بحكم وما دام أن حكم الطلاق لم يصدر بعد فإن كل من الزوجين الحق في الميراث مادام أن حكم الطلاق لم يصدر بعد، إلا أن ذلك لا ينسجم مع مبادئ الفقه الإسلامي إذ العدة في الفقه الإسلامي تبدأ من تاريخ التلفظ بالطلاق وأن رفع دعوى الطلاق قد لا تكون إلا بعد إنتهاء العدة الشرعية[569] وبالتالي قد تنقضي العدة ولم يفصل القاضي بعد في القضية.

حيث نجد ما ورد في المادتين (50) و(58) من قانون الأسرة يخالف مضمون المادة (132) ويؤكد أن الحكم بفك الرابطة الزوجية يؤدي إلى البينونة ولو كان الطلاق لأول مرة وكأن المشرع يعتبر أن المرأة المطلقة ترث من زوجها وزوجها يرثها ولو كان الطلاق بائنا ما دامت الوفاة وقعت في العدة في الحالات التي تبدأ فيها العدة من تاريخ حكم القاضي بفك الرابطة الزوجية ويعتبر فيها الطلاق بائنا رغم العدة[570]،

فمن خلال تحليلنا لنص المادة (132) نجد أنه لا ينسجم مع مبادئ الشريعة الإسلامية إذ بصدور حكم الطلاق فهو حكم نهائي تنتهي بموجبه العلاقة الزوجية وأصبح عقد الزواج منتهي وهنا يكون سبب الميراث سبب الزوجة غير موجود وعليه فإنه لا ميراث بين الزوجين بعد صدور الحكم بالطلاق مما يحتم إعادة النظر في نص المادة وضرورة توحيد موضوع الطلاق مع موضوع الميراث، وإخضاع النصوص القانونية للمبادئ الشرعية بل الأكثر من ذلك إذا كان الطلاق مكمل للثلاث فإنه لا توارث بين الزوجين على الإطلاق إذ تصبح الزوجة من المحرمات مؤقتا فكيف يكون لها نصيب في الميراث الأمر

[568] بوكايس سمية، المساواة بين الجنسين في قانون الاسرة الجزائري في ضوء اتفاقية القضاء على جميع اشكال التمييز ضد المراة، مرجع سابق، 2013، ص 165

[569] خليل عمرو، ميراث المراة المطلقة وفقا لقانون الاسرة، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، العدد الخامس، مجلد 3، عدد1، 2013، الصفحات[213.202]، ص 211

[570] محمد توفيق قديري، احكام شروط التوارث بين الزوجين في ضوء الفقه الاسلامي وقانون الاسرة الجزائري، مجلة الاجتهاد القضائي، المجلد 12، العدد 01 (العدد التسلسلي21)، مارس 2020، مخبر اثر الاجتهاد القضائي على حركة التشريع، جامعة محمد خيضر بسكرة، الصفحات [263 . 278]، ص 272

الذي يدعو فعلا إلى إعادة النظر في نص المادة (132)، إلا أنه يمكن تطبيقها في حالة واحدة هي الطلاق في مرض الموت[571].

إلا أن إزدواجية العدة التي تثير إشكالات عملية بإعتبار أحد الزوجين وارثا للآخر قانونا لا شرعا تطبيقا لنص المادة (132) قانون الأسرة، وهو ما يؤدي إلى إستحقاق الحي منهما لحقوق دون وجه شرعي، في حين حرمان أشخاص أخرى (أصحاب الفروض) على الأقل من نسبة حقوقهم الثابة شرعا[572]، فنصيب الزوجة في تركة زوجها لا يكون إلا بطريق الفرض((ولهن الربع مما تركتم إن لم يكن لكم ولد فإن كان لكم ولد فلهّن الثمن.....))هذا النص أعطى الزوجة في الميراث حالتين: الأولى: ترث الربع فرضا في تركة زوجها إذا لم يكن له ولد – ذكرا أو أنثى – من الزوجة أو من غيرها، الثانية: ترث الثمن فرضا في تركة زوجها إذا كان له فرع وارث من الزوجة أو من غيرها ذكرا كان أو أنثى، يلاحظ أن الفرع الذي يغير نصيب الزوجة من الربع إلى الثمن في تركة زوجها هو الفرع صاحب الفرض أو العصبة، ويلاحظ أيضا أن الربع أو الثمن هو ميراث الزوجة الواحدة أو الزوجات إذا تعددت[573]، فإذا طلقت الزوجة طلاقا رجعيا، فإنها ترث من زوجها إذا مات وهي في العدة سواء طلقها في حال صحته، أم في حال مرضه، وهو يرثها إذا ماتت قبله وهي في العدة وهذا بإتفاق الأئمة الأربعة[574].

فمن ضمن الحقوق المتبادلة بين طرفي العلاقة الزوجية حق التوارث بينهما، فمن الأسباب التي جعلها رب العباد أساس للميراث نجد الزوجية حيث نصت المادة (329)من مدونة الأسرة على مايلي: "أسباب الإرث كالزوجة والقرابة أسباب شرعية لا تكتسب بالإلتزام ولا بوصية..."، فلا يمكن لأحد الزوجين أن يحرم الزوج الآخر من هذا الحق الشرعي المخول له من رب العباد إلا في الحالات المحصورة التي يسقط فيها هذا الحق،[575] فمتى يتهم الزوج بقصد حرمان زوجته من الميراث ومتى لا يتهم بذلك؟ يكون الزوج متهما بقصد حرمانها من الميراث فيما يلي: إذا طلق زوجته ثلاثا في مرض موته المخوف إبتداء من غير سؤالها، وإذا سألته الزوجة أن يطلقها طلاقا رجعيا فطلقها طلاقا بائنا، وإذا علق طلاق زوجته بالثلاث على ما لا غناء لها عنه شرعا أو طبعا، وذلك بأن يقول لها إذا صليت الفرائض فأنت طالق ثلاثا، أو

[571] خليل عمرو، ميراث المراة المطلقة وفقا لقانون الاسرة، المرجع السابق، ص 212

[572] أكلي نعيمة، في اشكالات الطلاق الكاشف بين احكام الشريعة الاسلامية وقانون الاسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 177

[573] احمد نصر الجندي، شرح قانون مدونة الاسرة المغربية، مرجع سابق، ص 402 - 403

[574] السلمي، فهد بن عبد الله بن علي، حق المطلقة في الميراث والنفقة، مجلة الدراسات العربية، جامعة المانيا، كلية دار العلوم، العدد 26، مجلد 3، مجلة محكمة في يونيو 2012، ص 1314

[575] محمد قاسمي، الحقوق والواجبات المتبادلة بين الزوجين قراءة في المادة 51 وما يليها من مدونة الاسرة، مجلة الفقه والقانون، العدد الرابع والسبعون، دجنبر 2018، ر د مد 0615 ت 2336، ص 102

قال لها إذا أكلت أو نمت فأنت طالق، كذلك أن يقر في مرضه المخوف أنه أبانها في صحته أو قذفها في صحته ولاعنها في مرضه والمراد وجود التهمة لا حقيقة القصد[576].

ويكون الزوج غير متهم بقصد حرمانها من الميراث فيما يلي: أن تسأله الزوجة أن يخالعها وهو في مرض موته المخوف فيخالعها بناء على طلبها، وأن تسأله الطلاق الثلاث فيطلقها بناء على طلبها، أن يعلق الطلاق البائن على فعل شيء لها منه بد وذلك بأن يقول لها إذا حمرت وجهك فأنت طالق بالثلاث ففعلته عالمة بالتعليق، وإذا طلق الزوج المسلم زوجته الذمية، أو الأمة في مرض موته المخوف طلاقا بائنا ثم أسلمت الذمية وعتقت الأمة، كذلك أن يعلق الطلاق البائن على شرط في الصحة فيوجد ذلك الشرط في مرض موته المخوف[577].

فمن بين أسباب إنحلال الرابطة الزوجية الطلاق وبوقوع هذا الأخير تنتهي العلاقة الزوجية ويمنع الزوجين من حق التوارث بينهما، إلا أن في بعض الأحيان يعطل هذا المنع وترد إستثناءات أو ما يعبر عنه بإشكالات الطلاق، وهي عبارة عن أنواع من الطلاق فتجيز التوارث بين الزوجين أحيانا وتمنعه أخرى[578](الطلاق الرجعي، الطلاق البائن، الطلاق العرفي (غير مثبت بحكم)، طلاق مريض مرض الموت) ففي الطلاق البائن بينونة صغرى يمنع التوارث إذا مات أحدهما أثناء العدة لإنتهاء سبب الإرث وهو الزوجية إلا إذا كان الطلاق في مرض موت الزوج بقصد الفرار من ميراثها فإنه ترثه إذا مات قبل إنقضائها[579]،

لكن ما مصير حق المطلقة في الإرث إذا طلقها طلاقا بائنا وتوفي بعد الطلاق فهل ترثه أم لا؟، لقد سكت المشرع الجزائري عن هذه الحالة مما يستوجب الرجوع إلى الفقه الإسلامي والقضاء الجزائري، فبالنسبة للفقه الإسلامي نجد إختلافا بين المذاهب الفقهية على قولين: فالقول الأول أنها ترث وهو مذهب الأئمة الثلاثة أبو حنيفة، مالك، والشافعي في القديم، ولكن إختلفوا في المدة التي ترث من خلالها ولا ترث بعدها أي هل ترثه في فترة العدة فقط أو حتى بعد إنقضائها؟، فالمالكية ذهبوا إلى أنها ترثه سواء في العدة أو بعد إنقضائها تزوجت بآخر بعده أو لم تتزوج، أما الحنفية والشافعية في القديم

[576] السلمي، فهد بن عبد الله بن علي، حق المطلقة في الميراث والنفقة، مرجع سابق، ص 1319

[577] السلمي، فهد بن عبد الله بم علي، المرجع نفسه، ص 1319

[578] فوزي خوازم، التوارث بين الزوجين واشكالاته في قانون الاسرة الجزائري، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الشهيد حمه لخضر – الوادي، 2014 . 2015، ص106

[579] نادية حسن ابوسكينه ومنال عبد الرحمن خضر، العلاقات والمشكلات الاسرية، دار الفكر ناشرون وموزعون، الطبعة الاولى 2011 – 1432 هـ، ص 202

فقالوا أنها ترثه ما دامت في العدة، فإذا إنقضت العدة لم ترث منه، وبالنسبة لمذهب الحنابلة فقالوا أنها ترثه في العدة وبعدها ما لم تتزوج أو ترتد، أما القول الثاني هو أنها لا ترث منه مطلقا أي لا يتوارثان وهو ما أخذ به الشافعي في الجديد، وما أخذ به كذلك إبن حزم في الظاهري والراجح هو أن المرأة ترث لوجود قصد الإضرار من الحرمان، ذلك أن عدم توريثها مخالف لما هو إجماع من الصحابة، إلا أن الميراث في هذه الحالة يكون بشروط وهي أن يكون الطلاق بائن بعد الدخول فلو كان قبله فلا عدة عليها، وأن تكون الزوجة أهلا للميراث، ويجب ألا تكون الزوجة راضية عن الطلاق لأن رضاها بالفرقة تنفي مظلة فراره من الميراث فضلا عن وجوب ألا يكون الزوج مكرها على الطلاق[580].

وبالرجوع إلى إلقضاء الجزائري نجد موقف المشرع الجزائري من طلاق المريض مرض الموت: لم يتعرض المشرع الجزائري إلى طلاق مريض مرض الموت ولكن بالرجوع إلى الشريعة الإسلامية طبقا للمادة(222)قانون أسرة، حيث يرى الجمهور أن من طلق زوجته في مرض الموت فالطلاق نافذ ويثبت لها الميراث، حيث يرى الجمهور أن من طلق زوجته في مرض الموت فالطلاق ينفذ ويثبت لها الميراث، وهو الإتجاه الذي سارت عليه المحكمة العليا في أحد قراراتها إذ يعتبر الفقهاء الزوجة التي طلقها زوجها ومات و هي في عدتها أن تعتد لأبعد الأجلين وتستحق مثابها في الميراث وتعتبر وكأنها مازالت زوجة حتى ولو كان الطلاق صحيحا، وأما إذا طلقها وهو مريض مرض الموت، ولو كان طلاقا بائنا ومات أثناء عدتها وثبت أنه قصد حرمانها من الميراث، فإنها تعتد بأطول الأجلين الطلاق والوفاة فقد أعتبر الزواج قائما حكما وقت الوفاة في حق الميراث فقط لقيام الدليل على ثبوته على خلاف القواعد وهو معاملة الزوج بنقيض مقصوده[581].

حكم طلاق المريض مرض الموت: له أحكام منها أنه لا يصح تبرعه إلا من ثلث التركة ومنها نفاذ طلاقه وإرث إمرأته منه إذا مات وهي في العدة إذ قال الجمهور الحنفية و المالكية والحنابلة أنها ترثه وقال الشافعي في الجديد لا ترثه وقال الظاهرية طلاق المريض كطلاق الصحيح ولا فرق فإذا مات أو ماتت فلا توارث بينهما بعد الطلاق الثلاث ولا بعد تمام العدة في الطلاق الرجعي، وقد إستند الشافعي على أن المرأة المطلقة في عدة الطلاق البائن لا ترث من زوجها الذي طلقها بإنقطاع أثار الزوجية بالطلاق البائن، والميراث بعد زوال سببه بخلاف المطلق في عدة طلاق رجعي، فإنها ترث بالإتفاق لبقاء آثار الزوجية، وقد إستدل الجمهور بالأثر والمعقول لكن إختلفوا في وقت الإرث، فقال الحنفية أنها ترث إذا

[580] بوكايس سمية، المساواة بين الجنسين في قانون الاسرة الجزائري في ضوء اتفاقية القضاء على جميع اشكال التمييز ضد المراة، مرجع سابق، ص 165 . 166 . 167

[581] فوزي خوازم، التوارث بين الزوجين واشكالاته في قانون الاسرة الجزائري،مرجع سابق، ص 124

مات وهي في العدة من هذا الطلاق البائن، لبقاء بعض أحكام الزواج فيبقى حق إرثها منه فإن مات بعد إنقضاء العدة فلا ميراث لها لأنه لم يبق بينهما علاقة وصارت أجنبية، وقال المالكية أنها ترث وإن إنقضت عدتها وتزوجت والمشهور عند أحمد أنها ترثه في العدة وبعدها ما لم تتزوج، والمرأة لا تكون زوجة لإثنين شرعا والتوارث من حكم النكاح فلا يجوز إجتماعه مع نكاح آخر[582].

كما كشف الخبير والأستاذ القانون في جامعة الجزائر "نور الدين لمطاعي" أن بعض المواد المتعلقة بالطلاق في قانون الأسرة الجزائري يكتنفها الغموض والإبهام إذ نجد في المادة(132) من الأحكام العامة لقانون الأسرة التي تنص على أنه إذا توفي أحد الزوجين قبل صدور الحكم بالطلاق أو كانت الوفاة في عدة الطلاق إستحق الحي منهما الإرث يجب إعادة صياغتها لأنها تتناقض نفسها كون الحكم قد يصدر بعد أشهر عديدة من مضي العدة، ويقترح أن تعوض كلمة (أو) ب (و) حتى تصبح المادة سليمة أي أن يحق الميراث قبل صدور الحكم وكانت الوفاة قبل إنقضاء العدة[583].

وقد إقترح الدكتور نور الدين لمطاعي حلا لهذا الإضطراب الحاصل في المادة (132) من قانون الأسرة وذلك بإعادة صياغتها بحيث تصبح كما يلي:

(إذا توفي أحد الزوجين قبل صدور الحكم بالطلاق وكانت الوفاة في عدة الطلاق الرجعي إستحق الحي منها الإرث.

وكذلك الحال إذا توفي أحدهما بعد صدور الحكم بالطلاق وكانت الوفاة في عدة الطلاق الرجعي)

ويرى الدكتور لمطاعي نور الدين أن الصياغة الجديدة للمادة (132) ستؤدي إلى ضمان حق الوارث في فترة عدة الطلاق الرجعي، حيث يواجه في الفقرة الأولى إحتمالإنقضاء عدة الطلاق الرجعي قبل صدور الحكم بالطلاق ومن خلال الفقرة الثانية يواجه إحتمال صدور الحكم بالطلاق قبل إنقضاء عدة الطلاق الرجعي، إلا أن الدكتور محمد توفيق قديري يوجز لنا الفقرتين في فقرة واحدة كالآتي: (إذا توفي أحد الزوجين في عدة الطلاق الرجعي إستحق الحي منهما الإرث بغض النظر عن تاريخ الحكم بالطلاق)[584].

---

[582] خليل ايمان، مداخلة تحت عنوان: من اشكالات الطلاق في قانون الاسرة، مداخلة اليوم الدراسي"قانون الاسرة الجزائري الواقع والافاق"، يوم 27 فبرير 2017، معهد الحقوق والعلوم السياسية، المركز الجامعي مغنية، ص 54 . 55

[583] صابر بليدي، ثغرات تكتنف قانون الاسرة في الجزائر، نصوص قائمة فتحت ابواب التعسف في الطلاق ترك المجال للتاويل يؤدي الى احكام غير سليمة، العرب 21، اسرة، الخميس 2015/03/26، السنة 37، العدد 9868، ص 132 . 133

[584] محمد توفيق قديري، احكام شروط التوارث بين الزوجين في ضوء الفقه الاسلامي وقانون الاسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 272

إن الحديث عن المساواة بين الرجل والمرأة يدفعنا للحديث عن مسألة المساواة في الميراث، الذي ركز عليه مشروع القانون المعدل لمجلة الأحول الشخصية بإعتباره نظام مالي يتعارض مع مبدأ المساواة يستوجب إلغاؤه وإعادة صياغته على قواعد تكرس المساواة بين الرجل والمرأة، والجدير بالذكر أن كل المسائل المقترحة التي سبق تفصيل فيها بقيت حبر على ورق بحيث لم يتم عرضها على البرلمان، عكس مشروع قانون التساوي في الإرث الذي تم إيداعه لدى الأمانة العامة لمجلس النواب التونسي من أجل تمريره والمصادقة عليه، والذي تبنى فيه المشرع التونسي نظاما جديدا لتقسيم التركة (الميراث) بإعتماد على قاعدة للذكر مثل حظ الأنثى عوض لذكر مثل حظ الأنثيين التي أقرتها مجلة الأحوال الشخصية، بحيث نص المشرع على تقسيم التركة على أساس تكافؤ الأنصبة بين الذكر والأنثى في حالات بعينها، غير أنه أفرد إستثناء على مبدأ التساوي المقرر، بأن منح حق الإختيار للمورث أثناء حياته بتحرير وصية تقيد تطبيق قواعد الميراث المنصوص عليها في مجلة الأحوال الشخصية الحالية[585].

وقد نصت الآية الكريمة أن للذكر مثل حظ الأنثيين، ومقصد الشريعة الإسلامية في ذلك أن الرجل يقوم ويكلف بالنفقة على زوجته وأولاده، ومن ثم فإن النقص لا يفيد النظرة الدونية للمرأة، بل أن ذلك يرجع مسألة التوازن بين الرجل والمرأة تبعا للمسؤوليات الإجتماعية و الإقتصادية، ومن ثم فإن هذا المفهوم في الإسلام لا يتناقض مع مفهوم مبدأ المساواة في حد ذاته بل هو مفهوم يدعم هذا المبدأ[586]، فنظام الإرث في الإسلام ومسألة نصيب الرجل والمرأة يتعلق بالعدل بين الذكور والإناث مع العلم أن القرآن الكريم قد نص في حالات أخرى على المساواة بين الذكور والإناث كما في حالة الأم و الأب في إرثهما من ولدهما فيما إذا كان لولدهما أولاد ذكور، وكما في حالة الأخت والأخ لأم في إرثهما من أخيها إذا لم يكن له أصل من الذكور ولا فرع وارث[587].

الفرع الثالث: تحديد القانون الذي يخضع له الميراث

[585] محمد امين بلعرج، عولمة القانون وتاثيره على احكام الاسرة "مجلة الاحوال الشخصية التونسية نموذجا"، ملتقى وطني حول الاستقرار الاسري من خلال الاتفاقيات الدولية والتشريعات الوطنية، الثلاثاء 17 مارس 2020، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة غرداية قسم الحقوق، يوم السبت 12 ديسمبر 2020، ص 18 . 19

[586] عبد القادر حوبه، التشريع الاسري بين مضمون قانون الاسرة الجزائري واتفاقيات القانون الدولي لحقوق الانسان، الملتقى الدولي الثاني: المستجدات الفقهية في احكام الاسرة، 15 و 16 صفر 1440 هـ/ 24 و25 اكتوبر 2018، معهد العلوم الاسلامية، جامعة الوادي، ص 795

[587] عبد القادر حوبه، المرجع نفسه، ص 795

بإعتبار أن الميراث في الجزائر يعتبر متصلا بالأسرة إذ أنه ينظم إنتقال مال المتوفي إلى ورثته من أقربائه، كما أن قانون الأسرة هو الذي تولى بيان أحكامه فقد أخضعه المشرع إلى قانون جنسية المتوفي[588]، حسب ما جاء في المادة (16) من القانون المدني[589].

ولما كانت المواريث مستمدة في القانون الجزائري من الشريعة الإسلامية فإن القانون الأجنبي المختص قد يستبعد بإسم النظام العام كلما كان تطبيقه يترتب عنه مساس بالشعور العام عند عدم التقيد بأحكامها، وعليه فإن القانون الأجنبي الذي يقرر حق الإرث لولد الزنا يجب أن يستبعد، كذلك يجب أن يستبعد القانون الأجنبي المختص إلا لأحكام الشريعة الإسلامية[590].

وإستبعاد القانون الأجنبي كلما كان المورث مسلما يجعل في الحقيقة من الصفة الإسلامية في شخص المورث ضابطا للإسناد مما يهدم قاعدة الإسناد الواردة في المادة (16) من القانون المدني والتي تخضع الميراث لقانون جنسية المتوفى وقت الوفاة[591].

لكن الإشكال الذي يطرح نفسه في هذا الصدد يتمحور حول مدى إختصاص هذا القانون خاصة وأن الأمر يتعلق بمزيج من المسائل المرتبطة بالشخص إرتباطا وثيقا، ومسائل أخرى ذات صلة بالأموال محل الإرث، أو أحد التصرفات النافذة بعد الوفاة، فهناك مسائل يمكن إدراجها تحت ولاية قانون الجنسية كالمسائل المتعلقة بالميراث (أركان الإرث، أسباب الإرث...) والمسائل المتعلقة بالوصية وسائر التصرفات النافذة بعد الوفاة (كمدى حرية الموصي في الإيصاء، أثار الوصية...)، لكن هناك مسائل مستبعدة من مجال إعمال ضابط الجنسية ويسحب الإختصاص من قانون جنسية المورث أو الموصي وقت الوفاة، ويمنح لقوانين أخرى أكثر تلاؤما لحكم بعض المسائل الخاصة بالنزاعات الإرثية والإيصائية ذات العنصر الأجنبي، كتدخل قانون موقع التدخل القانون الشخصي للورثة أو الموصى لهم، وتدخل قانون القاضي كذلك[592].

---

[588] اعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص (تنازع القوانين)، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، الجزء الاول، الطبعة الثانية عشر ،2011، ص 269

[589] المادة 16 قانون مدني: يسري على الميراث والوصية وسائر التصرفات التي تنفذ بعد الموت قانون جنسية الهالك او الموصي او من صدر منه التصرف وقت موته.

[590] اعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص، المرجع سابق، ص 273

[591] اعراب بلقاسم، مرجع نفسه، ص 274

[592] موري سفيان، اشكالية الاختلاف حول ضابط الاسناد في الاحوال الشخصية وامكانية تحقيق التوفيق، ملتقى وطني حول تنازع القوانين في مجال الاحوال الشخصية، يومي 23-24افريل 2014، المجلة الاكاديمية للبحث القانوني، عدد خاص، 2015، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمن ميرة . بجاية ،. ص 28

فالمشرع الجزائري كرس مبدأ إستبعاد القانون الأجنبي وإحلال القانون الوطني محله وفق المادة(24)[593] من القانون المدني في صورتين هما في حالة مخالفة النظام العام والآداب العامة، والحالة الثانية هي الغش نحو القانون[594].

ونلاحظ على قانون الأسرة الجزائري في أحكام الميراث وجود نقائص في نصوصه من ذلك أنه أهمل مانعا من موانع الإرث، وهو الإختلاف في الدين، وإن كان يحسب لهذا القانون مرونته في المادة (222)، حيث جعلت للقاضي حرية الرجوع إلى مدونة الفقه الإسلامي، ولكن يبقى الإشكال في إنتقاء الحكم المناسب للقضية، فنجد أن أغلب القضاة إذا عرضت لهم مسألة توارث المختلفين في الدين، يرجعون إلى مذهب الجمهور في المسألة وهو منع التوارث بينهما مطلقا، وقد كان هذا سببا في ردة بعض ضعاف النفوس من المسلمين، لما منعوا من ميراث قرابتهم غير المسلمين، خصوصا إذا كانت التركة معتبرة، وقد تمررت هذه المسألة في كثير من المحاكم الجزائرية، وعرضت على بعض المجالس العلمية في الولايات، وفي بعض الأحيان يطلب القاضي من صاحب الدعوى أن يأتيه بفتوى مكتوبة من جهة رسمية، حتى تكون مستندة في الحكم، مما يؤكد على ضرورة معالجة هذا النقص في المدونة القانونية[595].

.

[593] المادة 24 من قانون المدني: لا يجوز تطبيق القانون الاجنبي بموجب النصوص السابقة اذا كان مخالفا للنظام العام او الاداب العامة في الجزائر، او ثبت له الاختصاص بواسطة الغش نحو القانون.
يطبق القانون الجزائري محل القانون الاجنبي المخالف للنظام العام او الاداب العامة.

[594] اقروفةزوبيدة، القانون الواجب التطبيق على منازعات الميراث، ملتقى وطني حول تنازع القوانين في مجال الاحوال الشخصية، يومي 23 -24 افريل 2014، المجلة الاكاديمية للبحث القانوني، عدد خاص، 2015، كلية الحقوق والعلوم السياسية، ص 277

[595] عماد بن عامر، تحديات الاسرة الجزائرية بين الشريعة الاسلامية وقانون الاسرة الجزائري "مشكل الميراث أنموذجا". الاسباب والاثار والحلول . مرجع سابق، ص 115 . 116

الفصل الثاني: إشكالات النفقة بعد الطلاق ونزاع الزوجين حول متاع البيت والذمة المالية بين الزوجين

تتجسد هذه التوابع المالية في النفقة بأنواعها والتعويض عن الطلاق التعسفي والمتعة وغيرها، بالإضافة إلى الخلاف الذي يطرأ بين الزوجين حول متاع البيت الذي يعتبر أكثر تعقيدا وكذا الذمة المالية بينهما وسنتطرق إلى أهم الإشكالات التي تثيرها هذه التوابع.

المبحث الأول: إشكالات النفقة بعد الطلاق

قبل التطرق إلى إشكالات النفقة لابد من التطرق أولا إلى تعريف النفقة، فالنفقة لغة هي نفق ينفق: نفقا هو نافق، ونفق المال نفق الزاد . متاع نافق .[596]، أي هي من نفق نفاق الشيء نفذ وقل والبيع راج ورغب منه السوق قامت وراجت تجارتها ونفق الشيء نفذ ونفي وقل، مأخوذة من الإنفاق وهو في الأصل الإخراج والنفاذ ولا الإنفاق إلا في الخير، أي ما ينفق على عياله وهي في ألصل الدراهم من الأموال[597]،

أما النفقة إصطلاحا في الفقه الإسلامي: نجد مذهب الحنفية عرفها بأنها: "الإدرار على الشيء بما به بقاؤه" ومعناها الإنفاق على الإنسان من زوجة وأولاد وأقارب، وكل من تلزم نفقته، بما فيه المحافظة على سلامته وحياته، كما عرفها على أنها تشمل الطعام والكسوة والسكن، أما مذهب المالكية فقد عرفها بعدة تعريفات من بينها: "هي القوت وإدام و كسوة ومسكن بالعادة"، أما الشافعية عرفوها بأنها: "إن الإنفاق هو الإخراج، ولا يستعمل إلا في خير"، ومذهب الحنابلة يعرف على أنها: "هي كِفَايةُ من يَمُونُهُ، خُبْزًا وأُدامًا، وكِسْوَةً وتَوابِعُهاَ"[598]،

فشرعا النفقة هي إسم لما يصرفه الإنسان على من يعوله من زوجته وأولاده وأقاربه[599] .

---

[596] احمد مختار عمر، معجم اللغة العربية المعاصرة، مرجع سابق، ص 2260

[597] محمود عروبة جميل، الحضانة والنفقة في الموصل اواخر العهد العثماني من خلال سجلات المحكمة الشرعية، مجلة دراسات موصلية، جامعة الموصل . مركز دراسات الموصل . العدد 51، مجلة محكمة 2019، الصفحات [64 . 45]، ص 47

[598] قتال جمال، نفقة المطلقة كاثر من اثار فك الرابطة الزوجية، مجلة الدراسات القانونية والسياسية، المجلد 6، العدد 1، جانفي 2020، مجلة دولية دورية علمية محكمة متخصصة في مجال العلوم القانونية والسياسية، جامعة عمار ثليجيبالاغواط، الجزائر، تاريخ النشر 15/ 1/ 2020، ص 86

[599] احمد حماد عبد الله عبد الرحيم، النمش عبد الرحمن محمد يوسف، ابكر علي عبد المجيد احمد، النفقة الزوجية في الشريعة الاسلامية وقانون الاحوال الشخصية السوداني لسنة 1991 م للمسلمين . دراسة مقارنة. المجلة الاكادمية للبحوث القانونية والسياسية،

أما النفقة قانونا: المشرع الجزائري كغيره من التشريعات العربية الأخرى لم يعرف النفقة وإنما إكتفى بذكر أنواعها حيث نص ضمن المادة (78) من قانون الأسرة: "تشمل النفقة الغذاء والكسوة والعلاج والسكن وأجرته، وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة"[600]، والنفقة المترتبة عن فك الرابطة الزوجية هي الإلتزام بتقديم العون المادي بعد حل الرابطة الزوجية بالطلاق على عاتق الزوج الذي كان سببا في حصوله ولمصلحة الزوج الآخر الذي كان في مصلحته، فهي تعويضا له، كما يمكن تعريفها بأنها إلتزام مالي تقدره وتفرضه المحكمة على عاتق الزوج يدفعه لطليقته، مدة من الزمن[601].

المطلب الأول: نفقة الطفل المحضون ونفقة الأقارب

سنتطرق في دراستنا أولا لنفقة الطفل المحضون التي يثور فيها إشكالات خاصة عند مماطلة المطلقين، والذي يدفع الثمن هنا هم الأبناء لتعلقها بالمال اللازم لمعاشهم وهنا لابد من إبراز إشكالات نفقة الطفل المحضون وبيان مدى توفير المشرع الحماية له.

الفرع الأول: إشكالات نفقة الطفل المحضون

إن البعد الإلزامي في أحكام الطفل أمر واضح يتعدى إطار النصح والإرشاد، فلا يترك هذا الكائن الضعيف للجانب الخير في الإنسان دونما وازع من السلطان يضبط حركة التعامل معه ويميز الواجب من المعروف والعدل من الإحسان، فلا يتخلى القضاء عن فرض النفقة إذا وقع الإنفصال بين الزوجين[602]، كذلكإذا هربت المطلقة بولد من زوجها أو هربت به غيرها، فإن نفقة الولد تسقط إذا لم يعلم موضعها مدة هروبها، فإن علم الزوج وقدر على ردها لم تسقط[603].

فبخصوص نفقة المحضون، فإن إهمال المشرع الجزائري واضحا عندما حصر حقه في النفقة في الضروريات بموجب المادة (78) قانون الأسرة الجزائري، وهذا على عكس إتجاه الشريعة الإسلامية والمتمثل في تلبية كل حاجاته ورفض التضحية بأي منها دون مبرر على أن ينتقل واجب إشباعها في

العدد الثاني، مجلة دورية علمية محكمة متخصصة في مجال العلوم القانونية والسياسية تصدر عن كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عمار ثليجيبالاغواط، ص 87

[600] قتال جمال، نفقة المطلقة كاثر من اثار فك الرابطة الزوجية، مرجع سابق، ص 86

[601] قتال جمال، المرجع نفسه، ص 87

[602] عز الدين كيحل، الحماية الجنائية للطفولة في الشريعة الاسلامية، مجلة الاجتهاد القضائي، العدد السابع، جامعة محمد خيضر، بسكرة، مخبر اثر الاجتهاد القضائي على حركة التشريع، ص 34

[603] الحبيب بن طاهر، الفقه المالكي وادلته،(الخلع، الطلاق، الرجعة، الايلاء، الظهار، العدة، الرضاع، النفقة، الحضانة، المواريث)، مؤسسة المعارف للطباعة والنشربيروت-لبنان- الجزء الرابع، الطبعة الثانية 1426 هـ ، 2005 م، ص 226

حالة عجز والد الطفل إلى أقاربه ثم الدولة، فالمشرع ركز على ظروف المنفق الفقير وجعل من وضعه المالي المقياس لتحديد النفقة التي بموجبها يضمن للطفل الغذاء والكسوة والعلاج والسكن، وما يعد من الضروريات في العرف والعادة، وليس وفق متطلبات العصر، وكأن هدفه من تنظيم حق الطفل في النفقة ضمان عدم موته جوعا أو بردا!![604].

حيث ورد في نص المادة (75) قانون أسرة على أن نفقة الأب على أبنائه واجبة وتستمر في حالة ما إذا كان الولد عاجزا لآفة عقلية أو بدنية أو مزاولا للدراسة إلى ما بعد السن المقررة قانونا، غير أنه تسقط بالإستغناء عنها بالكسب، إن هذه الفقرة إن كان فيها من الإيجابيات ما يحمي حقوق ذوي الإحتياجات الخاصة ويشجع الطفل على التعلم والتمدرس إلا أنه يطرح إشكالين هامين هما:

-ما المقصود أولا بمزاولة الدراسة، أتدخل الأطوار الجامعية في هذا الباب، والتعليم المهني، ومن ثمة ألا تسقط نفقة الأب على الإبن إن بلغ أكثر من 19 سنة إن كان متمدرسا غير مكتب؟

-هل أن الإعانة التي تمنحها الدولة لذوي الإحتياجات الخاصة تدخل في إطار القدرة على الكسب وبذلك تكون مبررا لسقوط نفقة الأب على أبنائه، على بساط هذه الإعانة؟

إن الأحكام الشرعية في هذه المسألة تعد أكثر دقة و وضوحا فهي توجب نفقة الإبن على الأب إذا بلغ مجنونا أو أعمى وتستمر نفقته على الأب ولو كان يغيب أحيانا ويفيق أخرى لأنه صدق عليه أنه بلغ مجنونا، كما تستمر نفقته على العاجز عن الكسب إلى أن تزول عنه تلك العاهة[605].

وتجب نفقة الوالدين على الأولاد الموسرين إذا كان الأبوان معسران وعاجزان عن الكسب، ويجب على الولد إعفاف أبيه أي تزويجه، إن لم تكن له زوجة تكون نفقتهما بالقدر الذي يكفيهما وعلى ما يحتاجانه من خدم، وإذا لم يكن في المقدور نفقتهما معا، تقدر نفقة في الأم و في حالة تزويجها لا تسقط نفقتها سواء بفقير أو بغني إفتقر، وإنما تنتقل نفقة إبنهاإليها دون زوجها لأن نفقة زوجها تجب على أولاده وعلى أقاربه، وهو ما نصت عليه المادة (77) من قانون الأسرة: "تجب نفقة الأصول على الفروع، والفروع على الأصول حسب القدرة واللإحتياج ودرجة القرابة والإرث"[606].

---

[604] بن عصمان نسرين ايناس، مصلحة الطفل في قانون الاسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 119

[605] قرماشكاتية، نحو ضمان افضل لحق المحضون في النفقة، مرجع سابق، ص 101

[606] طرطاق نورية، اشكالات نفقة المحضون ودور صندوق النفقة في التشريع الجزائري، المجلة الجزائرية للحقوق والعلوم السياسية، العدد الثالث، جوان 2017،ص 54

وقد نصت المادة (76) من قانون الأسرة بوضوح على أنه في حالة عجز الأب عن القيام بواجب النفقة على أولاده فإن هذا الواجب ينتقل إلى الأم إذا كانت قادرة ولها دخل كاف من وظيفة أو إرث، لكن المشرع لم يوضح فيما إذا كانت هذه النفقة أثناء الزواج أو بعد الطلاق، وفي رأينا أن هذه النفقة تكون أثناء الزواج حيث يمكن للأم أن تنفق على أولادها خلال هاته الفترة بحكم أن الرابطة الزوجية لازالت قائمة، أما بعد الطلاق فإنه تجب نفقة الأبناء على أبيهم ولو كان هذا الأخير عاجزا حيث سيفسر القاضي هذا العجز على أنه إمتناع منه فهنا يحق للمطلقة ولإبنهاإستحقاق النفقة من صندوق النفقة على سبيل الإستدانة ثم ترجع الدولة على الأب فيما بعد لإسترجاع هذا المبلغ وهذا طبقا لنص المادة (09)[607] من قانون صندوق النفقة[608]،

لكن وفق مفهوم المادة (77) من قانون الاسرة فإن هذا الواجب ينتقل في هذه الحالة إلى الأصول - الأجداد- بحسب القدرة والإحتياج و درجة القرابة في الإرث، وقد وافق المشرع رأي جمهور الفقهاء القائلين بوجوب نفقة أولاد الإبن وإن نزلوا على الأجداد، مخالفا بذلك رأي الإمام مالك الذي لا يرى وجوبها على الجد، السؤال الذي يفرض نفسه هنا: هل يتولى الأب من تلقاء نفسه النفقة على إبنه المحضون؟ أم يحتاج إلى حكم قضائي؟، وكيف يتم تقدير هذه النفقة؟ ويتولى تقديرها؟، للإجابة على هذه الأسئلة أقول كما قال فقهاء الشريعة الإسلامية، وفقهاء القانون، وشراح قانون الأسرة[609].

إن الأصل العام أن ينفق الأب على إبنه المحضون من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم قضائي، لكن وبسبب مشاكل الطلاق بين الزوجين وما ينجر عنه في الغالب من الشحناء والبغضاء والكراهية بين المطلقين، قد يمتنع بعض الآباء عن الإنفاق على أبنائهم المحضونين، الأمر الذي يدفع الأم المطلقة إن كانت هي الحاضنة، أو أي حاضنة أخرى إلى رفع دعوى للمطالبة بنفقة المحضون، لإرتباط هذه النفقة بالحضانة، إذ لا يمكن لأي حاضنة أن تمارس حضانتها للطفل إلا بتحقق الإنفاق عليه، وبعد رفع هذه

[607] المادة 9 من قانون 15-01 المتعلق بصندوق النفقة: يتولى امين الخزينة للولاية تحصيل المستحقات المالية لصالح صندوق النفقة من المدينين بالنفقة، بناء على امر بالايراد تصدره المصالح المختصة وفقا للاحكام المنصوص عليها في التشريع المعمول به.

[608] بن كعبة عمارية، النفقة المستحقة للطفل المحضون وللمطلقة الحاضنة في قانون الاسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 52

[609] جمال ديب، اعسار الاباء بالنفقة على الاولاد المحضونين في الفقة الاسلامي وقانون الاسرة الجزائري، مداخلة ملتقى وطني: اشكالات توابع الحضانة في القانون الجزائري يومي 10 . 11 ماي 2017، كلية الحقوق، جامعة سكيكدة،غير منشور ص 14

الدعوى يتولى القاضي تقدير هذه النفقة بمقتضى حكم قضائي يراعي فيه حال الطرفين و ظروف المعاش[610]،

حيث نجد الطفل الواحد يحتاج شهريا بين (3000 و5000دج) وعلى أقصى تقدير، وفي حالات نادرة جدا (6000 دج) نفقة غذائية، ويتضح كل ذلك من خلال جل الأحكام القضائية بالنفقة الصادرة عن أقسام وغرف شؤون الأسرة بالمحاكم والمجالس، وسندهم في ذلك العرف والعادة القضائية متجاهلين القواعد الشرعية والقانونية في تقديرها، وغير مراعين لحالة الأب المكلف بها ولا حالة الطفل المستفيد منها[611].

رغم أن المشرع الفرنسي لم ينص في المادة (2/357) قانون عقوبات القديم على الأصهار، إلا أن القضاء مدّ هذه الحماية إلى الأصهار من الدرجة الأولى، تطبيقا للمادة(206) قانون مدني، وهكذا وضعت محكمة النقض القانوني المدني والجنائي في نفس الخط، ولكن رغم هذا التفسير التوسعي للقانون الجنائي وإستقرار القضاء على هذا الحل، إلا أن المشرع لم يأخذ به في قانون العقوبات الجديد، حيث لم تمد المادة(3/227) هذه الحماية إلى الأصهار، مما ترك علامة إستفهام كبيرة، لا يكفي وجود هذا الإلتزامبالنفقة، بل لابد أن يصدر بذلك حكم نافذ، ويبلغ للجاني الذي يتمرد على تنفيذه[612].

وقد جاء الأستاذ عبد العزيز سعد في كتابه بوجوب النفقة على الدولة، بقوله: "إذا كنا قد علمنا أن نفقة الزوجة واجبة على زوجها وأن نفقة الإبن الذي لا مال له واجبة على الأب، ونفقة الأب المعوز واجبة على إبنه بحكم الشرع و القانون وأن هناك حالات كثيرة ومتنوعة نجد فيها مواطنا ما فقيرا معوزا وعاجزا تماما عن الكسب لا دخل له من أية جهة، وليس له من أقاربه وأهله من يقدر على الإنفاق عليه أو يجب عليه ذلك، فمن يتولى رعاية المواطن العاجز والإنفاق عليه وحفظه من مهانة التشرد؟ إن القاعدة العامة المتفق عليها في الشريعة الإسلامية هي تكافل المسلمين وتعاونهم وأخذ حق

[610] جمال الديب، نفقة الاب على الولد المحضون في الفقه الاسلامي و قانون الاسرة الجزائري، مجلة افاق علمية، المجلد 11، العدد 02، سنة 2019، رقم العدد التسلسلي 18، ص 23

[611] عيسى لعقبي، محمد خليفي، نظام نفقة المحضون بين الإشكالات العملية والحلول القانونية في التشريع الجزائري، مجلة العلوم القانونية والسياسية، مجلد 11، العدد 03، ديسمبر 2020، الصفحات [276 . 289]، ص 282

[612] نقلا عن لنكار محمود، الحماية الجنائية للاسرة دراسة مقارنة، رسالة لنيل شهادة دكتوراه العلوم فرع قانون جنائي، كلية الحقوق، جامعة منتوري قسنطينة، 2010، ص 212

الفقير من مال الغني، وأنه إذا لم يكن للمعسر الفقير العاجز عن الكسب أقرباء موسرين أغنياء يتحملون واجب الإنفاق عليه فإن نفقته تكون من بيت المال أو ما نسميه اليوم (خزينة الدولة)[613].

إن تطبيق نص المادة (80)[614] بحرفيته يقتضي أن تستحق النفقة لفترة سابقة على تاريخ رفع الدعوى أقصاها سنة، وفي ذلك جور في حق الأبناء، لذلك نعتقد أنه وبحكم وجوب نفقة الأب على الأبناء منذ الميلاد كان يتعين على المشرع كما فصل في أحكام نفقة الزوجة والأبناء في المادتين (74)[615] و(75)[616] على التوالي، كان يتعين عليه أن يفصل في حكميهما بتقرير نفقة المطلقة في المادة (80) ونفقة الأبناء بتقرير إستحقاقها من تاريخ الميلاد، درءا للحالات التي لا ترفع فيها دعوى الطلاق إلا بعد سنوات من الخلاف، فيرد نص المادة (80) بالصيغة التالية: "تستحق النفقة من تاريخ رفع الدعوى و للقاضي أن يحكم بإستحقاقها بناء على بينة لمدة لا تتجاوز سنة قبل رفع الدعوى، ما لم يثبت بالنسبة للأبناء أحقيتها قبل هذا التاريخ"[617].

كما يلاحظ عمليا أنه إن كان المشرع يجيز تقديم طلب مراجعة النفقة بعد مضي سنة من الحكم بها، تقديرا لتغير الظروف وإزدياد حاجيات المحضون مع كبر سنه، إلا أن المبالغ المحكوم بها قضاء لا تكفي حاجيات الطفل المحضون من مأكل وملبس ومشرب وعلاج وتمدرس، وعليه يتعين مراجعة هذه المبالغ بما يتناسب ومتطلبات الطفل[618].

وبما أن الوضعية المادية للزوج قد تكون غير قادرة إذ قد تتغير من فترة لأخرى، فليس هناك ما يمنع الزوجان من طلب إعادة النظر في التقدير، وذلك بعد مرور سنة كما جاء في المادة (192) من مدونة الأسرة: "لا يقبل طلب الزيادة في النفقة المتفق عليها أو المقررة قضائيا أو التخفيض منها، قبل مضي

[613] بلقاسم شتوان، نفقة الاقارب والزوجة، دراسة مقارنة في ضوء المذاهب الفقهية والقوانين الوضعية، دار الفكر والقانون للنشر والتوزيع، ط 1، 2010، ص 108

[614] المادة 80 من قانون الأسرة تنص: "تستحق النفقة من تاريخ رفع الدعوى وللقاضي أن يحكم بإستحقاقها بناء على بينة لمدة لا تتجاوز سنة قبل رفع الدعوى"، من الامر رقم 05 . 02 المؤرخ في 27 فبراير سنة 2005، برتي للنشر، الطبعة التاسعة، ص 41

[615] المادة 74 قانون اسرة: تجب نفقة الزوجة على زوجها بالدخول بها او دعوتها اليه ببينة مع مراعاة احكام المواد 788 و79 و80 من هذا القانون.

[616] المادة 75 من قانون اسرة: تجب نفقة الولد على الاب ما لم يكن له مال، فبالنسبة للذكور الى سن الرشد والاناث الى الدخول وتستمر في حالة ما اذا كان الولد عاجزا بافة عقلية او بدنية او مزاولا للدراسة وتسقط بالاستغناء عنها بالكسب.

[617] قرماشكاتية، نحو ضمان أفضل لحق المحضون في النفقة، مرجع سابق، ص 100

[618] قرماشكاتية، المرجع نفسه، ص 100

سنة، إلا في ظروف إستثنائية" هذه الظروف التي تدخل ضمن السلطة التقديرية للمحكمة التي تنظر في النزاع[619].

ويختلف وجوب النفقة على الأبناء في كونهم صغارا أو كبارا، فنفقة الصغار واجبة على الأب دون خلاف ولا يشارك الأب بنفقة إبنه الصغير أحدا، لأن للأب على الصغير ولاية ومؤونة ولذا فتجب عليه صدقة فطره فإختص بلزوم نفقته، كما لا يشاركه أحد في نفقة أبويه أو نفقة زوجته أو في مؤونة رضاع ولده، أما إذا كان للصغير مال فنفقته في ماله، فإن كان المال غائبا أنفق الأب ورجع مال عند إحضاره إذا كان قد أشهد عند الإنفاق أنه إنما أنفق ليكون دينا في مال الصغير ثم أن الولد جزء من الأب، فتكون نفقته عليه كنفقته على نفسه وإذا إمتنع الأب من الإنفاق على أولاده الصغار فإنه يحبس بخلاف سائر الديون لأنه بالمنع يكون قاصدا إتلاف الصغير كما لو إعتدا عليه بالسيف فيستحق العقوبة عن ذلك[620]،

فإن أهم إشكال يمكن أن يرتبط به خاصة من الناحية العملية هو عدم تسديد المدين بالنفقة وكيف سيكون مصير الطفل المحضون في هذه الحالة:

عدم تنفيذ الحكم بالنفقة: يرتبط الإشكال الأساسي بالحق في النفقة بإمتناع المدين بالنفقة عن أداء النفقة أو ثبوت إعساره أو عدم وجود موطن له، فكيف يتم تنفيذ الحكم المتعلق بها في هذه الحالة؟، إكتفى المشرع الجزائري بموجب الأحكام الخاصة الواردة في قانون الأسرة بالنص على الإلتزام الملقى على عاتق الأب بوجوب الإنفاق على أولاده بعد الطلاق دون أن يبيّن الجزاء المترتب على الإخلال بهذا الإلتزام في مواجهة الطفل المحضون، لكن الجدير بالذكر أن المشرع نص بموجب أحكام المادة(76) من قانون الأسرة، على أن الحق في النفقة كإلتزام قانوني ينتقل للأم في حالة عجز الأب عن النفقة وكأنه لم يعالج بقية الحالات الأخرى وترك أمر تنفيذها إلى القضاء الجزائي[621]،

[619] مسرة فؤاد، اشكالات النفقة بين القانون والممارسة، مجلة المنارة للدراسات القانونية والادارية، عدد 22، محكمة 2018، الصفحات [50 . 41]، ص 43

[620] محمد سمارة، احكام واثار الزوجية شرح مقارن لقانون الاحوال الشخصية، دار الثقافة للنشر والتوزيع المملكة الاردنية الهاشمية سمارة عمان (1431 هـ . 2010 م) ، ط 1، 2002 م . 1423 هـ . ط 2، 2008 م . 1429 هـ . ط 3، 2010هـ . 1431 م،ص 418

[621] ثابت دنيا زاد، الحماية الجزائية لتوابع الحضانة في التشريع الجزائري، مرجع سابق، ص 58

وحيث نجدرغم أن المدونة المغربية حاولت توفير الحماية للأولاد الذين يستحقون النفقة عن طريق تجريم مجرد التوقف عن أداء النفقة الواجبة لمدة أقصاها شهر دون عذر مشروع المادة (202)[622]، فإن ما يلاحظ على هذه المادة التي لا تطبق من الناحية العملية، إذ المحاكم تنتظر إستكمال شروط الفصل (480)من القانون الجنائي التي تجرم إهمال الأسرة، فإن إستقراء أحكامها يؤدي بنا إلى إيراد الملاحظات التالية: - أن المادة جرمت التوقف عن دفع النفقة المستحقة للأبناء لمدة أقصاها شهر دون إنتظار صدور الحكم القضائي القابل لتنفيذ وسلوك مسطرة التنفيذ المنصوص عليها في قانون المسطرة المدنية ووجود الإنذار وهذا ما يطرح إشكالات أمام جهاز النيابة العامة و القضاء الزجري في حالات غير واضحة التوقف فيها عن النفقة خاصة في حالة النزاع والإدعاء بالإنفاق، والمشرع نص على وجوب أن يكون التوقف عن الدفع دون عذر مشروع يطرح إشكالات في تبيان ما يعتبر عذرا مبررا للتوقف من عدمه خاصة وأن المشرع علق على وجوده أو إنتقائه أحكام زجرية[623].

إن أثر التقادم في سقوط النفقة هي إحدى أهم المسائل في نفقة الأولاد بعد الفرقة، حيث قد يمضي عدة أشهر لم يدفع من تجب عليه النفقة للأولاد نفقتهم بسبب طول فترة التقاضي، أو قبل التقاضي نتيجة الشحناء والخصومة بين الزوجين، فما هو موقف الفقهاء إذا ترك الإنفاق الواجب مدة؟ يرى فقهاء الحنابلة أن (من ترك الإنفاق الواجب مدة لم يلزمه عوضه) أطلقه الأكثر وجزم به في الفصول لأن نفقة القريب وجبت لدفع الحاجة وإحياء النفس وقد حصل ذلك في الماضي بدونها وذكر جماعة (إلا إن فرضها حاكم)، لأنها تأكدت بفرضه كنفقة الزوجة (أو إستدان بإذنه) قال في المحرر وأما نفقة أقاربه فلا تلزمه لما مضى و إن فرضت إلا أن يستدين عليه بإذن الحاكم (لكن لو غاب زوج فإستدانت لها ولأولادها الصغار رجعت بما إستدانته)[624].

وقد أورد المشرع في المادة (190) [625]من مدونة الأسرة النص على مقتضيات يظهر منها رغبة المشرع في إنهاء الكثير من مظاهر الممارسة العملية السائدة والتي يطغى عليها التأخر في الفصل في قضايا النفقة

---

[622] المادة 202 من مدونة الاسرة المغربية: كل توقف ممن تجب عليه نفقة الاولاد عن الاداء لمدة اقصاها شهر دون عر تطبق عليه احكام اهمال الاسرة.

[623] محمد الادرسي، قراءة في المدونة:المستجدات والثغرات، مجلة الملحق القضائي، العدد 44، 2011، ص 139 - 140

[624] عبد الله بن حمد بن ناصر الغطيمل، نفقة الاولاد بعد الفرقة بين الفقه المسطور والواقع المنظور (دراسة شرعية)، ندوة أثر متغيرات العصر في احكام الحضانة، رابط العالم الاسلامي، المجمع الفقهي الاسلامي، ص 44

[625] المادة 190 من مدونة الاسرة المغربية: تعتمد المحكمة في تقدير النفقة على تصريحات الطرفين وحجيهما، مراعية احكام المادتين 85 و189 اعلاه، و لها ان تستعين بالخبراء في ذلك.
يتعين البت في القضايا المتعلقة بالنفقة في اجل اقصاه شهر واحد.

في الكثير من الأحيان، مع أن موضوع النفقة لا يستحمل التأخر لإرتباطه بالمعيش اليومي، فنص على وجوب البت في قضايا النفقة في أجل أقصاه شهر واحد، وهذا الأجل هو عبارة عن أجل تحفيزي قصد منه الإسراع بإصدار حكم النفقة بالرغم من صعوبة إحترام ذلك الأجل، وهذه الإستحالة الواضحة من خلال الأحكام القضائية المتعلقة بالنفقة يكون سببا فيها[626].

بالإضافة إلى النيابة العامة التي أصبحت طرفا أصليا بموجب التعديل الجديد للأمر رقم: 02/05 تضمن في نص المادة (03 مكرر) من قانون الأسرة: "تعد النيابة العامة طرفا أصليا في جميع القضايا الرامية إلى تطبيق أحكام هذا القانون"، وقد أحدث هذا النص إشكالات كبيرة عند تطبيقه في الميدان القضائي، وأدى بالبعض إلى مطابقة الخصوم بتكليف النيابة العامة بالحضور عن طريق المحضر القضائي، تحت طائلة عدم قبول الدعوى شكلا[627].

إلا أنه من المفيد القول أن من آثار الإتفاقية الدولية لحقوق الطفل هو جعل تحصيل نفقة الطفل إلتزاما دوليا، أي مسؤولية من مسؤوليات الدولة أمام غيرها من الدول المكونة للمجتمع الدولي حيث يقع على عاتق الدول الأطراف في الإتفاقية حسب نص الفقرة (4) من المادة(27)إتخاذ التدابير اللازمة لتحصيل نفقة الطفل المالية من والديه أو من غيرهما ممن يكون مسؤولا عن رعاية شؤون الطفل وسواء وجد هذا الشخص المسؤول داخل الدولة الطرف أو في الخارج، بحيث يجب أن تتخذ الدولة الإجراءات المناسبة كإبرام إتفاقيات مع غيرها من الدول في هذا الصدد وذلك من أجل ضمان تحصيل نفقة الطفل المالية مع غيرها من الدول، وفي هذا ضمان لإعمال حق الطفل في الحصول على ما يحتاجه من غذاء وكساء وسكن، وتمتعه بمستوى معيشي لائق بطفولته و إنسانيته ومسؤولية الدولة تصل إذا إلى حد تحصيل النفقة من الأب الغائب وهذا يحتم على الدولة إبرام إتفاقيات ثنائية أو الإنضمام إلى الإتفاقيات المتعددة الأطراف[628].

وفي هذا الإطار فقد إنضمت الجزائر إلى الإتفاقية الدولية المتعلقة بتحصيل مبالغ النفقة في البلاد الأجنبية والموقع عليه في 20يونيو سنة 1956 بنيويورك وذلك رغبة منها في حل المشكل الذي يعترض الأشخاص في مجال تحصيل النفقة، حيث جاء في مقدمة الإتفاقية أن متابعة دعاوى النفقة أو تنفيذ

[626] مسرة فؤاد، اشكالات النفقة بين القانون والممارسة، المرجع السابق، ص 44

[627] سعادي لعلى، الزواج وانحلاله في قانون الاسرة الجزائري . دراسة مقارنة. مرجع سابق، ص 476

[628] نقلا عن، زهية رابطي، الحماية القانونية للطفل عند الطلاق، المرجع السابق، ص 86

القرارات الخاصة بها في البلاد الأجنبية تنشأ عنها صعوبات بالغة من قانونية وتطبيقية ولذلك فقد تقرر النص على الوسائل التي تمكن من حل هذه المشاكل وتدليل هذه الصعوبات[629].

فطبقا للمادة الأولى فإنه يمكن القول أن الهدف الأساسي للإتفاقية هو التسهيل للشخص الدائن الموجود في تراب أحد الطرفين المتعاقدين تحصيل مبالغ النفقة التي يدعى بها على الشخص المدين والمولود في نطاق محاكم الطرف المتعاقد الآخر إذ تمنح الفقرة الأولى من المادة الثالثة الحق للدائن أن يطلب من السلطة المرسلة للدولة الموجودة فيها والمعنية من قبل الأطراف المتعاقدة لأجل منح مبالغ النفقة من طرف المدين، وعلى هذا فإنه يمكن القول أنه في حالة وجود من تجب عليه نفقة الطفل خارج الأراضي الجزائرية طبقا لمبادئ الإتفاقية فإن أحكام نفقة الطفل تكون نافذة في الدول الأطراف دون الحاجة لإعطائها الصيغة التنفيذية وهذا يعتبر ضمان لحماية الدولة لتحصيل نفقة الطفل على جميع المستويات[630].

الفرع الثاني: إشكالات نفقة الأقارب

يعد الإلتزام بالنفقة فيما بين الأقارب، أقارب النسب أو أقارب الدم، وأقارب المصاهرة أو الزواج من مسائل الحالة والأسرة، وهذا التكييف يبدو منطقيا بإعتبار أن الإلتزام بالنفقة هو نتيجة مباشرة لوجود صلة القرابة أو صلة المصاهرة، ونفقة الأقارب والأصهار تخضع بهذا التكييف للقانون الوطني للشخص، أي لقانون الدولة التي ينتمي إليها الشخص بجنسيته، فالمستحق لنفقة الأقارب إما أن يكون من فروع الملتزم بالنفقة أي أولاده وإن نزلوا، أو من أصوله أي أبويه وإن علوا، أو من حواشيه أي أقربائه الذين يتفرعون من أبويه أو أجداده وتتعدد القوانين التي تطبق على هذه النفقة وتثار مشكلة تنازع القوانين إذا تطرق إلى رابطة القرابة عنصرا أجنبيا، وطرح التساؤل عن القانون الذي يجب تطبيقه بالنسبة لنفقة الأقارب؟[631]،

بما أن النفقة بين الأقارب أثر من آثار النسب، فتعتبر من الحقوق العائلية ومسألة من مسائل الأحوال الشخصية التي يحكمها قانون الجنسية إذا كان المدين والدائن بها من جنسية دولة واحدة، اما إذا لم يكونا من جنسية دولة واحدة، فقد إختلفت الآراء حول القانون الواجب تطبيقه عليها، فهناك من يرى

---

[629] نقلا عن زهية رابطي، المرجع نفسه، ص 86

[630] نقلا عن زهية رابطي، مرجع نفسه، ص 87

[631] محمد السيد خليل ابراهيم، تنازع القوانين في مسالة النفقة، مجلة الرافدين للحقوق، جامعة الموصل، كلية الحقوق، عدد 40، مجلة محكمة 2009، المجلد 11، الصفحات[116 . 73]، ص 89

لزوم تطبيق قانون الدائن بالنفقة لأن الغاية منها في حماية مستحقها وهذه الحماية لا تتحقق إلا بقانون الشخصي الذي يطالب بها، وبحسب رأي آخر يحكمها قانون القاضي لعدم وجود سبب معقول لترجيح قانون المدين أو الدائن بها، وبحسب رأي آخر يحكمها قانون المدين بها[632]، وقد نصت القوانين المقارنة على خضوع نفقة الأقارب لقانون المدين بها، فنص القانون المدني المصري في المادة (15) على أن "يسري على الإلتزام بالنفقة فيما بين الأقارب قانون المدين بها"، وورد مثل هذا النص في القانون المدني السوري في المادة (16)، والمادة (15) من القانون المدني الليبي، والمادة (14) من القانون المدني الجزائري...[633]، والتي تنص على: "يطبق القانون الوطني على الإلتزام بالنفقة بين الأقارب للمدين بها"، وعليه يكون المشرع الجزائري قد إستثنى من هذه المادة النفقة الوقتية والتي تخضع لقانون القاضي، وهي النفقة التي يحكم بها القاضي كتدبير مؤقت مستعجل ريثما يفصل في دعوى الموضوع[634].

نص المشرع الجزائري على حكم نفقة الأقارب بأنواعها بأن بيّن حكم هذه النفقات وهو الوجوب بينما لم يرتب أي جزاء قانوني جراء المخالفة على ذلك في قانون الأسرة، عملا بفكرة تسهيل الإطلاع على الخطأ والجزاء المترتب عليه في نفس القانون، خاصة فيما يتعلق بإهمال نفقة الوالدين ولاسيما الأم، ومن أجل ذلك ينبغي التفكير مليا في إضافة فقرات للمواد محل المعالجة لنفقة الأقارب لتحمل مزيد من المسؤوليات، حيث أنه وبمناقشة منطقية فإن "الوجوب" يقتضي حتما ضرورة التنفيذ والتقيد، ومن ثم فإن التهاون عن أداء هذه النفقات سيؤدي حتما لوقوع ضرر، والضرر كما هو معروف يزال ويجبر، فالمخالف لنص وجوب النفقة يعتبر مخطئا ومسببا لضرر الشخص المستحق للنفقة وعليه التعويض، وفق نص قانوني يضاف إلى مواد قانون الأسرة الجزائري دون الإحالة إلى قانون العقوبات[635].

فكان من المنطقي أن تتم معالجة هذا الضرر في إطار المسؤولية التقصيرية، إكمالا لنص المادة (124) من القانون المدني الجزائري التي تربط بين وقوع الضرر ووجوب التعويض عن الضرر، حيث نصت

---

[632] غالب علي الداودي وحسن محمد الهداوي، القانون الذي يحكم النفقة، المرجع الإلكتروني للمعلوماتية، 1:55 صباحا، تاريخ 04/10/ 2021، تاريخ الزيارة: 24/ 02/ 2022، https://almerja.com

[633] نقلا عن، محمد السيد خليل ابراهيم، تنازع القوانين في مسالة النفقة، المرجع سابق، ص 92

[634] نقلا عن، سعيد بوعلي ونسرين شريقي، تحت اشراف مولود ديدان، القانون الدولي الخاص الجزائري (تنازع القوانين)، مرجع سابق، ص 53

[635] عادل عيساوي، الحقوق المالية للمراة في قانون الاسرة الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، قانون شؤون الاسرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة العربي بن مهيدي . ام البواقي . مدرسة الدكتوراه: دراسات قانونية، 2010 . 2011، ص 78

المادة على أنه: "كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه، ويسبب ضررا للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض"[636].

وبالرجوع إلى المواد المعالجة لنفقة الأقارب نلاحظ أن المشرع الجزائري لم يرتب بدائل مادية من أجل إعطاء من يستحق النفقة في حالة تخلف المكلف بأدائها سواء لعجز منه، ومن هذا المنطلق نقترح أن يتم إنشاء جهاز مالي خاص أو كما أصطلحت عليه بعض الدول العربية "الصندوق" ويعنى هذا الجهاز بتوزيع المبالغ المالية المرصودة للنفقة بعد إصدار أصحابها لأحكام من الجهات القضائية المختصة حتى إذا تطلب الأمر بطريقة إستعجالية، حيث يتولى هذا الجهاز تسديد المبالغ المستحقة للأطراف التي صدرت في صالحها الأحكام، وبعدها يتم تطبيق غرامات تهديدية في حق المدينين بها، على أن يتولى تسيير هذا الجهاز وزارة العدل وتحت إشراف وزارة المالية ممثلة في مصالح الضرائب ووزارة التضامن الوطني، فيصبح الشخص المقصر في أداء هذه النفقات مسؤولا جبائيا أمام الدولة لا أمام الأشخاص وهو الأمر الذي يردعه للإمتثال لها وإلا ترتبت عليه عقوبات مالية إضافية بطبيق غرامات أخرى[637]،

حيث وضع المشرع الجزائري عقوبات أصلية وتكميلية على كل من إمتنع عن تسديد النفقة وذلك من خلال نص المادة (331) من قانون العقوبات الجزائري التي نصت على: "يعاقب بالحبس من ستة(6) أشهر إلى ثلاث(3) سنوات وبغرامة مالية من 50,000 إلى 300,000 دج كل من إمتنع عمدا ولمدة تتجاوز الشهرين عن تقديم المبالغ المقررة قضاء لإعالة أسرته..."[638]،

أما عن العقوبات التكميلية فقد حددتها المادة(332) من قانون العقوبات الجزائري التي تنص: "ويجوز الحكم علاوة على ذلك، على كل من قضي عليه بإحدى الجنح المنصوص عليها في المادين (330 و331) بالحرمان من الحقوق الواردة في المادة (4) من هذا القانون، من سنة على الأقل إلى 5 سنوات على الأكثر" وبالرجوع لنص المادة (14) من قانون العقوبات الجزائري نجدها تنص "يجوز للمحكمة على قضائها في جنحة، وفي الحالات التي يحددها القانون تحظر على المحكوم عليه ممارسة حق أو أكثر من الحقوق الوظيفية المذكورة في المادة (9 مكرر1) وذلك لمدة تزيد عن 5 سنوات"، وما يميز هذا النوع من

[636] عادل عيساوي، المرجع نفسه، ص 78

[637] عادل عيساوي، المرجع نفسه، ص 78 . 79

[638] رغيوات مصطفى، جريمة عدم تسديد النفقة في قانون العقوبات الجزائري، مخبر الجرائم العابرة للحدود، كلية الحقوق والعلوم السياسية، المركز الجامعي صالحي احمد بالنعامة، ص 298

العقوبات المقررة في نص المادة (332) من قانون العقوبات الجزائري أنها جوازية بالنسبة للقاضي، يجوز له تقدير ضرورة الحكم بها أو الإمتناع عن ذلك[639].

المطلب الثاني: إشكالات نفقة المطلقة (التعويض عن الطلاق التعسفي، المتعة، نفقة العدة، نفقة الإهمال، السكن وأجرته) وإشكالات صندوق النفقة

تعاني المرأة المطلقة بعدم تمكنها من الحصول على مستحقاتها المادية والقانونية حتى ولو إستطاعت أن تنالها عن طريق القضاء غالبا، غير أن البعض منهن لا يستطعن إسترداد كل مستحقاتهن وذلك لإتلاف أو إخفاء أو سرقة حقوقهن من طرف الأزواج المطلقين، أو حدوث بعض التغيير فيها كالمنقولات، أو معاملتهن بالمطل والمراوغة من طرف الزوج المطلق وعدم دفع المستحقات لهن، ولهذا يؤكد عدم قدرة المرأة المطلقة على الحصول على مستحقاتها بعد الطلاق بسهولة فتزداد معاناتها النفسية بضياع مستحقها المادي[640].

الفرع الأول: نفقة المطلقة

من الناحية الشرعية أجمع الفقهاء المسلمون على أن الخلع طلاق بائن ومنه شرعا إذا قضى بالخلع سقطت النفقة إلا إذا كانت المطلقة حاملا فتثبت النفقة لحملها لأن المطلقة طلاقا بائنا لا تجب لها نفقة وهي غير حامل، لكن من الناحية القانونية بما أن المشرع الجزائري أورد أحكاما عامة بالطلاق بأنواعه الأربعة فتفرض نفقتها على مختلعها، وهو إشكال آخر يعارض أحكام و مبادئ الشريعة الإسلامية[641].

وأما عن نفقة المطلقة التي تدعي الحمل فقد إختلف الفقهاء في ذلك منهم من يقولون تجب النفقة ومنهم من يقولون لا نفقة لها، والرأي الراجح والله أعلم أنه لابد من التأكد من وجود الحمل، لأن الله سبحانه وتعالى أوجب النفقة للحامل، فإذا ثبت حملها وجبت لها النفقة من حيث الطلاق، وترجع عليه فيما مضى قبل التبين، لأنه قد تبين إستحقاقها بثبوت الحمل، والجهل به قبل ثبوته لا يسقط الحق كالحق الضائع المجهول، ولم يكن هناك مدة لثبوته والعلم الحديث يكشف وجود الحمل في

---

[639] رغيوات مصطفى، المرجع نفسه، ص 298 . 299

[640] بلقاسم تشوان، ظاهرة الطلاق في المجتمع الجزائري (اسبابها و اثارها النفسية و الاجتماعية و الاقتصادية دراسة فقهية اجتماعية)، مرجع سابق، ص 85 . 86

[641] أكلي نعيمة، في اشكالات الطلاق الكاشف بين احكام الشريعة الاسلامية وقانون الاسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 177

شهره الأول أو بعده بأيام قلائل، وعليه فلم يكن هناك كبير مضرة عليها فمتى قررت طبيبة أو طبيب أنها حامل، وجب نفقتها على مطلقها كل يوم، ويدفع لها نفقة ما مضى دفعة واحدة، لأنه حق قد إستحق و وجب لها عليه فكان عليه دفعه دفعة واحدة، ولو إتفقنا على دفعة مدة شهر أو أقل أو أكثر جاز ذلك و الله أعلم[642] حيث نجد بشأنها قرار-م.ع،غ.أ.ش،1999/06/15ملف رقم 222674،ا.ق.غ.أ.ش، عدد خاص،ص 88،م.ق1999، عدد1،ص126 –أن عدم التصريح بالحمل عند الحكم بالطلاق لا يعد حجة إتجاه المطلقة لحرمانها من نفقة الحمل، لإستحالة أو صعوبة إكتشافه في الشهرين الأولين له[643].

وقد إختلف الفقهاء في النفقة حال فسخ النكاح[644] بين الزوجين على النحو التالي: يرى الحنفية أن الفسخ إن كان بسبب من الزوج سواء كان بأمر محظور أو غير محظور إستحقت الزوجة النفقة بأنواعها، لأن إمتناع بقاء الحياة الزوجية جاء من جهة الزوجة وكذلك إذا كان الفسخ بسبب جهة الزوجة بأمر مباح كإرضاعها زوجته الصغيرة فإنها تستحق النفقة حيث لم ترتكب ما يسقطها بعد وجوبها، أما إذا كان الفسخ بسبب محظور من جهتها كردتها مثلا والعياد بالله تعالى، فلا تستحق نفقتها كالناشز، ولكنها في هذه الحالة تستحق السكنى لأن القرار في منزل الزوجية حينئذ حق للشارع فلا يسقط بمعصيتها[645].

ويذهب المالكية والحنابلة والشافعية إلى أن المرأة إذا بانت بفسخ وكانت حاملا فلها النفقة والسكنى مطلقا، لأنها مشغولة بالحمل الذي هو من آثار الزواج ولعموم قوله تعالى: "وإن كن أولات حمل فأنفقوا عليهن حتى يضعن حملهن"، وإذا كانت غير حامل فلا نفقة لها، لأن فيه إنقطاع لكل أثر يتعلق

---

[642] الاسمري سعد بن علي عبد الله، الحقوق المالية للمطلقة البائن، دراسة فقهية مقارنة، مجلة جامعة الملك خالد للعلوم الشرعية والدراسات الاسلامية، مجلد 23، عدد 1، مجلة محكمة 2015، الصفحات [459 . 373]، ص 417

[643] المحكمة العليا، غرفة الاحوال الشخصية، 1999/06/15، ملف رقم 222674، عدد خاص، ص 88، انظر، بلحاج العربي،الزواج والطلاق في تقنين الاسرة معلقا عليه باحكام النقض التي قررتها المحكمة العليا في اجتهاداتها القضائية الكبرى،مرجع سابق، ص 311

[644] تعريف الفسخ: هو حل الرابطة العقدية بسبب عدم تنفيذ أحد المتعاقدين لإلتزامه رغم قيام العقد صحيحا ومستوفيا جميع شروط أركانه (المادة 1/119 قانون مدني جزائري)، التهميش: بوكرزازة احمد، الابطال والفسخ دراسة مقارنة بين النظامين في القانون المدني الجزائري، مجلة العلوم الانسانية، المجلد 32، عدد 3، سبتمبر 2012، تاريخ القبول: 2021/05/23، الصفحات [535 . 550]، ص 538

[645] محمد يعقوب طالب عبيدي، احكام النفقة الزوجية في الشريعة الاسلامية، سلسلة رسائل جامعية(21)، دار الهدى النبوي، دار الفضيلة، حقوق الطبع محفوظة، 1425 هـ . 2004 م، مصر. المنصورة، الرياض محمد، ص 145

بالنكاح وفسخ للحياة الزوجية بكاملها، وأما السكنى فالمالكية والشافعية يرون وجوبه لها، والحنابلة لهم فيه روايتان أشهرها لا سكنى لها، والرواية الثانية تجعل لها السكنى[646].

وتعتبر مصاريف النفاس وفقا للعرف من مشتملات النفقة وفقا للمادة(78) من قانون الأسرة، ولا إشكال في المطالبة بنفقة النفاسإذا وضعت الزوجة حملها قبل قيد عريضة إفتتاح دعوى فك الرابطة الزوجية أو أثناء سير الدعوى، والإشكال يطرح بعد وضع المطلقة لحملها بعد صدور حكم الطلاق، فبخصوص هذه الحالة يعتقد البعض من الآباء أن وضع المطلقة لحملها بعد صدور حكم بالطلاق تعفيه من التكفل بنفقة وضع الحمل[647].

والحل في هذه المسألة ما جاء في قرار المحكمة العليا بتاريخ2009/02/11 "تعتبر مصاريف وضع الحمل نفقة إضافية يتحملها الزوج طالما الوضع ناجم عن العلاقة الزوجية أي أن أثر نفقة وضع الحمل هي إمتداد للأثر الناجم عن العلاقة الزوجية قبل إنحلالها[648]، وقال الله تعالى: "وإن كن أولات حمل"(الاية 6 من سورة الطلاق) لا يعني إختصاص النفقة بالحمل بل لإزالة إشكال كان عسى أن يقع، فإن مدة الحمل تطول عادة فكان يشكل أنها تستوجب النفقة بسبب العدة في مدة الحمل وإن طالت، فأزال الله تعالى هذا الإشكال بقوله "حتى يضعن حملهن"(الاية 6 من سورة الطلاق)[649].

إلا أن المشرع وضع عقوبة فيما يخص نفقة إهمال المرأة الحامل وهذه جريمة منصوص عليها في نص المادة (330) من قانون العقوبات الجزائري وهي عقوبة أصلية والمتمثلة في العقوبة السالبة للحرية وهي الحبس من شهرين إلى سنة، بالإضافة إلى غرامة مالية تتراوح ما بين 25,000 إلى 100,000 دج وذلك حسب ما ورد في نص المادة (2/330)، ويجوز الحكم على المتهم بعقوبة تكميلية وذلك بالحرمان من الحقوق الوطنية الواردة في نص المادة (14) قانون العقوبات من سنة على الأقل إلى 5 سنوات على الأكثر[650].

أما عن موقف مدونة الأسرة المغربية من شروط وجوب نفقة الزوجة: تنص المادة (194) من مدونة الأسرة المغربية على أنه: "تجب نفقة الزوجة على زوجها بمجرد البناء، وكذلك إذا دعته للبناء بعد أن

---

[646] محمد يعقوب طالب عبيدي، المرجع نفسه، ص 145 . 146

[647] كدار حسين، دليل القاضي والمتقاضي والدفاع في اثار فك الرابطة الزوجية (المشكل والحل والاقتراح)، مرجع سابق، ص38

[648] مجلة المحكمة العليا، لعام 2008، العدد 02، ص 317، نقلا عن كدار حسين،مرجع نفسه، ص38 - 39.

[649] هوساوي سلمى بنت محمد بن صالح، الاحكام المتعلقة بنفقة الزوجة والمطلقة، حولية كلية اللغة العربية بالزقازيق، مجلة محكمة 2015، مجلد 01، عدد 35، كلية اللغة العربية بالزقازيق، جامعة الازهر، الصفحات [696 . 613]، ص 663

[650] بن يكن عبد المجيد، جريمة الاهمال العائلي في الفقه الاسلامي والتشريع الجزائري، مرجع سابق، ص 116

يكون قد عقد عليها"[651]، وقد جعل المشرع المغربي قضايا النفقة لوحدها من إختصاص القضاء الفردي دون قضايا واجب السكن وأجرة الحضانة التي يرجع فيها الإختصاص لهيئة جماعية، رغم الإرتباط المكين بين تلك القضايا والتشابه بينها في الغاية والإجراءات، فلا تفهم غاية المشرع وراء التمييز بين هذه القضايا رغم الإرتباط الظاهر الموجود بينها، إذ الغالب أن تقدم هذه الطلبات جملة واحدة، ومظنة بت القاضي المنفرد في قضايا النفقة متمثلة في تحقيق النجاعة نظرا لطابعها المعيشي متحققة فيها أيضا فلا معنى للتفريق بينها، ولأجله جرى العمل القضائي على بت قاض منفرد في قضايا الحضانة وواجب السكن متى قدمت بمعية طلب النفقة دون إحالة القضية برمتها على القضاء الجماعي[652]،

كما توجبه مقتضيات الفصل الرابع من ظهير التنظيم القضائي، محكمين في ذلك الغايات والمقاصد التي إبتغاها المشرع من وراء إسناده البت في قضايا النفقة لقاض منفرد، ولأن أغلب طلبات النفقة تكون مرفقة بطلبات متعلقة بأجرة الحضانة فالتمسك الحرفي بمقتضيات الفصل المذكور يؤدي حتما إلى إحالة أغلب القضايا على القضاء الجماعي تمسكا بقراءة ظاهرية تهدر النجاعة وتفرغ النص القانوني من مضمونه المراد، فلا يقع تخفيف الأعباء عن القضاء الجماعي ليتفرغ لقضايا أهم وأعقد كما تغياه المشرع، وهو أمر ينبغي التفطن له من قبل المقنن المغربي ليعهد بهذه القضايا إلى القاضي المنفرد أسوة بقضايا النفقة تنظيما لواقع مكرس[653].

كما أن كثرة القضايا وتزاحم الجلسات لاتترك للقاضي الهامش الزمني المعتبر ليُوَفِّيَ كل قضية حقها إستقراء وإستنباطا وتمحيصا وأبحاثا حتى يصدر حكما مروى فيه، فيزاوج بين الحقيقة الواقعية والقضائية شفعا وهما أعز ما يدرك، ومن الصعوبات الإجرائية العملية أيضا عدم تأتي تبليغ الخازن العام للمملكة في دعاوى إقتطاع مبالغ النفقة من المنبع إلا بعد إنصرام أجل طويل، إذ تطول المسطرة لهذا الداعي المسطري اللازم طالما أن عدم إدخاله في دعوى الإقتطاع يجعل تنفيذ الحكم محالا، الأمر الذي يحمل القاضي على إنذار الطالبين بوجوب إدخاله تحت طائلة عدم قبول الدعوى، ومن الصعوبات أيضا عدم تأتي توصل المطلوب في دعوى النفقة لغيبته أو كونه مقيما خارج البلاد أو

[651] رتيبة عياش، احكام نفقة الزوجة بين الشريعة والقانون، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق، جامعة الجزائر. يوسف بن مخدة، 2006 . 2007، ص 12

[652] عادل حاميدي، الدليل الفقهي والقضائي للقاضي والمحامي في المنازعات الاسرية، مطبعة المعارف الجديدة/ الرباط، ط 1، 1437هـ - 2016 م، ص 534

[653] عادل حاميدي، الدليل الفقهي والقضائي للقاضي والمحامي في المنازعات الاسرية، المرجع نفسه، ص 525

تعمده التواري عن الأنظار فيصار إلى إجراءات القيم المعقدة والطويلة، وكذا صعوبة تسويد محضر الإمتناع في مواجهة الزوج أو الأب الممتنع عن الإنفاق بمقتضى حكم واجب النفاذ[654].

أما عن موقف مجلة الأحوال الشخصية التونسية: لا يوجد في المجلة نص في مسألة شروط وجوب نفقة الزوجة، أما مشروع القانون العربي الموحد للأحوال الشخصية فقد نص في مادته (52)/(أ) "تجب نفقة الزوجة على زوجها من حين العقد الصحيح"[655].

كما أن عدم النفقة المقرة إلى المراجعة والتقييم عند حدوث تغيرات على وضع الزوج الإقتصادي أو التغيرات التي تطرأ على الأسرة كمرض أحد الأبناء مثلا[656]، فتطبيق الفعلي للتعديلات ليس بالأمر السهل فالنفقة التي أقرها قانون الأسرة للمطلقة وأطفالها بالجزائر لا تتناسب تماما مع المعطيات الاقتصادية بالبلاد، فهي مبلغ ضئيل يضاف إليه مبلغ الكراء ويقدر تقريبا بـ 4000دج مع ما تشهده الأسعار بالبلاد من إرتفاع يوما بعد يوم، فالقانون رغم كل التعديلات المدخلة لا يخدم المرأة كثيرا، وبالتالي ينعكس تطبيقه سلبا على الأطفال وبالنظر لإرتفاع حالات الطلاق المسجلة في الجزائر والتي تسير في الخط الأحمر فإن آلاف الأزواج مهددون بالحبس بسبب النفقة، ورغم عدم وجود إحصاءات دقيقة حول هذا لأنه في كثير من الأحيان يخرج المطلق من الحبس فور تسديد النفقة، إلا أن ما يفوق 10 آلاف زوج وجدوا أنفسهم مهددين بالسجن والواقع أن المتهربين من دفعها يفوق بكثير، لذلك أقر المشرع الجزائري القانون رقم 01/15 المؤرخ في 4 يناير2015 والمتضمن إنشاء صندوق النفقة[657].

فيما يخص جريمة اللإمتناع عن دفع النفقة: أوجب المشرع حماية للحق المقرر للزوجة في النفقة بموجب المواد (74) وما بعدها من قانون اللأسرة وتبعه بحماية جزائية عندما خصص المادة(331) من قانون العقوبات لمعاقبة الزوج في حالة إمتناعه عن قيامه بواجب الإنفاق على زوجته عندما يقرر القانون ويحكم به القضاء مشكلا بذلك جريمة الإمتناع عن تسديد نفقة مقررة قضاء، حيث نصت على: "يعاقب بالحبس من ستة أشهر إلى ثلاث سنوات وبغرامة من 50 ألف دج إلى 300 ألف دج كل من إمتنع عمدا ولمدة تتجاوز الشهرين عن تقديم المبالغ المقررة قضاء لإعالة أسرته وعن أ داء كامل

---

[654] عادل حاميدي، المرجع نفسه، ص 539 . 540

[655] رتيبة عياش، احكام نفقة الزوجة بين الشريعة والقانون، مرجع سابق، ص 12

[656] البرديسي، مرضية محمد، نفقة المطلقة والمهجورة وابنائهن في المجتمع السعودي التحديات والحلول، مجلة دراسات في الخدمة الاجتماعية والعلوم الانسانية، جامعة حلوان، المجلد/ العدد ع 34، ج 2، 2013، كلية الخدمة الاجتماعية، جامعة الملك سعود الرياض – المملكة العربية السعودية، ص 426

[657] حيفري، نسيمة امال، نفقة المحضون في ظل التعديلات المستحدثة في قانون الاسرة الجزائري، مجلة دراسات وابحاث، المجلة العربية في العلوم الانسانية والاجتماعية، العدد 27 جوان 2017، السنة التاسعة، دار المنظومة، ص 207

قيمة النفقة المقررة عليه إلى زوجه أو أصوله أو فروعه، وذلك رغم صدور حكم ضده بإلتزامه بدفع نفقة إليهم"[658].

ويعد من مشتملات النفقة، مستحقات الماء والغاز والكهرباء ويشكل عدم تسديدها قيام جنحة عدم تسديد النفقة، إن المحكمة العليا بعد الإستماع إلى المستشار المقرر في تلاوة تقريره المكتوب وإلى المحامي العام في تقديم طلباته المكتوبة، فصلا في الطعن بالنقض المرفوع بتاريخ 2014/01/02 من طرف النائب العام ضد القرار الصادر في2013/12/26 عن الغرفة الجزائية لدى مجلس قضاء سطيف القاضي حضوريا في الشكل: قبول الإستئناف وفي الموضوع: تأييد الحكم المستأنف، بعد الإستئناف الذي كان قد رفعه وكيل الجمهورية والضحية ضد الحكم الصادر عن محكمة سطيف القسم الجزائي المؤرخ في 2013/09/25 الذي قضى ببراءة المتهم وعدم الإختصاص في الدعوى المدنية، من أجل إرتكابه جنحة عدم تسديد النفقة طبقا للمادة(331)من قانون العقوبات[659]،

حيث أن النيابة العامة معفاة من دفع الرسوم القضائية، حيث أنه تدعيما لطعنه أودع النائب العام مذكرة ضمنها الأوجه التالية: الوجه الوحيد: والمأخوذ من إنعدام أو قصور في الأسباب
المادة(4/500)من قانون الإجرءات الجزائية، مفاده" أن القرار المطعون فيه لم يناقش العناصر المعتمدة من قاضي الدرجة الأولى للتصريح ببراءة المتهم ولم يحلل الوقائع ومدى توافر أركانها مما يجعل القرار مشوب بقصور في التسبيب، حيث أن المطعون ضده (م. ب) هو غير ممثل أمام المحكمة العليا رغم تبليغه بنسخة من مذكرة الطعن، حيث أن النائب العام لدى المحكمة العليا تقدم بإلتماسات كتابية يهدف من خلالها إلى نقض و إبطال القرار المطعون فيه[660]، وحيث أنه بالرجوع إلى القرار المنتقد يتضح أنه لم يناقش الأعباء والقرائن التي قدمتها جهة المتابعة ومن بينها أنه إعتبر خطأ أن مستحقات الغاز والماء والكهرباء ليست من مستحقات النفقة خلافا لما نصت عليه المادة (78)من قانون الأسرة وبالتالي فقد جاء قاصر التسبيب مستوجبا للنقض والإبطال، وحيث أن المصاريف القضائية تقع على عاتق الخزينة، فلهذه الأسباب تقضي المحكمة العليا: نقض وإبطال القرار المطعون فيه و إحالة

[658] ساوس خيرة، الحماية الجزائية للرابطة االزوجية في القانون الجزائري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بشار(الجزائر)، ص 6

[659] مجلة المحكمة العليا، قسم الوثائق والدراسات القانونية والقضائية، العدد:02، سنة 2016، طبع الديوان الوطني للاشغال التربوية والتمهين، ص 415 . 416

[660] مجلة المحكمة العليا، قسم الوثائق و لدراسات القانونية والقضائية، مرجع نفسه، ص 416

الدعوى على نفس المجلس بتشكيلة أخرى للفصل فيها من جديد طبقا للقانون، وبتحميل المصاريف القضائية على عاتق الخزينة[661].

إن دليل إثبات الإمتناع في جريمة عدم تسديد النفقة حيث إفترض المشرع بنص المادة (331) من قانون العقوبات والتي تقضي بأنه "ويفترض أن عدم الدفع متعمدا ما لم يثبت العكس ولا يعتبر الإعسار الناتج عن الإعتماد على سوء السلوك أو الكسل أو السكر عذرا مقبولا من المدين في أي حال من الأحوال"، على أن الإمتناع عن دفع النفقة المحكوم بها للزوج أو الزوجة أو للأصول أو الفروع أنه إمتناع متعمد وبالتالي يقع على المتهم إثبات عكس ذلك وليس على النيابة العامة إثبات توفر عنصر هذا العمد بخلاف حالة ترك الأسرة وهو نفس توجه المشرع المغربي، إذ نص بالمادة (480) من م،ج،م بأنه "ويفترض أن عدم الدفع عمدي ما لم يثبت العكس ولا يعتبر الإعسار الناتج عن الإعتياد على سوء السلوك أو السكر عذرا مقبولا" وإثبات العمد ضمن التشريع التونسي بإعتباره واقعة قانونية يتم بكل الوسائل دون حصر، كأن يثبت الدائن أو النيابة العمومية بأن المدين على علم بوجود الحكم المدني القاضي بالنفقة أو بحرية الطلاق، ولكنه إمتنع عن التسديد بالرغم من مقدرته على الدفع، وهذا خلافا للقواعد العامة للإثبات في قانون الإجراءات الجزائية الجزائري التي توجب على ممثل النيابة العامة إثبات عناصر الفعل المجرم[662].

إن عبء الإثبات في جريمة عدم دفع النفقةحيثيحكم مسألة عبء الإثبات ضمن جريمة عدم النفقة مسألتان/ الأولى أن سوء النية مفترض في المدين الذي إمتنع عن الأداء في حين أن مسألة الثانية يحكمها أن عنصر العمد غير مفترض وتحمل بالتالي المدعي عبء إثباته، فضمن المسألة الأولى تنطلق فكرة قرينة سوء النية المفترضة في المدين الذي وبالرغم من إعلامه بالحكم لم يقم بالتسديد بعد مرور الأجل المحدد ضمن جميع التشريعات المغاربية وإنطلاقا من ذلك فإنه يثبت إمتناع المدين بمجرد إنتهاء الأجل المقرر لتحقيق الإمتناع، ويصبح محل مسألة جزائية طبقا لاحكام المتابعة الجزائية، مما يتأكد معه أن عبء الإثبات يقع على عاتق المدين الذي عليه أن يؤكد حسن نيته، ويبين أن إمتناعه عن عدم تسديد النفقة الغذائية غير عمدي وهو نفس ما أكده المشرع التونسي، وجعل لأجل نفي المسؤولية الجزائية عن الممتنع بمستحق النفقة، أو جراية الطلاق، وإنما لأسباب منعته من ذلك وبذلك يصبح عبء الإثبات محمول على المدين المتهم بجريمة الفصل (53) مكرر، ولكن هذا الحل وإن

[661] مجلة المحكمة العليا، مرجع نفسه، ص 417

[662] بوزيان عبد الباقي، الحماية الجزائية للرابطة الاسرية في القوانين المغاربية، اطروحة دكتوراه في العلوم قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ابوبكربلقايد .تلمسان، 2015 . 2016، ص 261

كان يخدم مصلحة الدائن فإنه بالمقابل يثقل كاهل المدين ويحمله عبء إثبات حسن نواياه وقد يثبت ذلك أو يفشل في إثباته، لذلك وجب النظر في المسألة الثانية والتي تقوم على مبدأين قانونين إثنين: أولهما يحكم المادة المدنية بمقولة أن "الأصل في كل إنسان الإستقامة وسلامة النية، حيث يثبت خلاف ذلك" وعليه فالبينة على من إدعى، أما ثانيهما فإنه يحكم المادة الجزائية حيث أن المتهم بريء إلى أن تثبت إدانته بصفة قانونية، ومن هذا المنطلق فإن عبء الإثبات محمول على النيابة العمومية أو الدائن القائم على مسؤوليته الخاصة، بإعتبارهما الطرف المدعي في القضية ويأخذ هذا الحكم غالبية التشريعات المغاربية ضمن جريمة عدم دفع النفقة[663].

وهناك إشكال آخر يتمثل عندما يكون الملزم بالنفقة معسرا وإمتنع عن أداء النفقة، فهل في هذه الحالة تطبق عليه أحكام إهمال الأسرة؟ فمن الناحية العملية نجد أنه بمجرد ما يصدر الحكم على الملزم بالنفقة ويتم تبليغه إليه و تحرير محضر الإمتناع عن الأداء في حقه ومحضر عدم وجود ما يحجز، يتم إخضاع الملزم بالنفقة لمسطرة إهمال الأسرة، وذلك على الرغم من تصريحه أنه معسر ولي في إستطاعته الإنفاق، لكن القضاء بطبيعة الحال يأخذ بعين الإعتبار عجز الملزم بالنفقة ويقدرون هذه الأخيرة بمبالغ هزلية تتلائم وضعية الإقتصاد[664].

هناك إشكال آخر في حالة إذا كان المدين يؤدي النفقة بإنتظام ثم توقف عن أدائها، يثار التساؤل حول ما إذا كان من اللازم أن تكون مهلة الشهرين متصلة، أو أنه من الجائز أن تكون متقطعة؟ وهي مسألة أيضا غير واضحة من الناحية القانونية، نظرا لإلتزام المشرع الجزائري الصمت حيال هذه المسألة بحيث إكتفى في المادة (331) بعبارة (... ولمدة تجاوز الشهرين ...) وإزاء ذلك يرى بعض الفقهاء أن مهلة الشهرين المطلوبة لا يشترط فيها أن تكون متواصلة ولا متقطعة ففي كلتا الحالتين تقوم الجريمة[665].

---

[663] بوزيان عبد الباقي، الحماية الجزائية للرابطة الاسرية في القوانين المغاربية، المرجع نفسه، ص 269 . 270

[664] النفقة وفق مدونة الاسرة المغربية، موقع دروس القانون، بوابتك للمعرفة القانونية، coursDroit Arab.com، ص 24

[665] كمال الدين عمراني، الاطار القانوني لجريمة عدم تسديد نفقة واجبة بحكم قضائي، دراسة في اطار التشريع الجزائري والمقارن والشريعة الاسلامية، مجلة الدراسات الحقوقية، مخبر حماية حقوق الانسان بين النصوص الدولية والنصوص الوطنية وواقعها في الجزائر، العدد 7، مجلة محكمة جوان 2017، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة سعيدة الدكتور مولاي الطاهر، الصفحات [84 . 64]، ص 79

بالنسبة للنفقة المؤقتة لا تفرض إلا بناء على طلب الزوجة أو من له الولاية على نفس الصغار فالقضاء لا يحكم بما لم يطلب منه[666]، أما في القانون المغربي ونظرا للطابع الإستعجالي لقضايا النفقة فإن القانون أعطى إمكانية القضاء بنفقة مؤقتة ريثما يصدر حكم في الموضوع دفعا لضرر طول إجراءات التقاضي والعمل القضائي كان مختلفا بخصوص الجهة الموكل إليها إختصاص القضاء بها، فالبعض أعطى هذه الصلاحية لقضاة الموضوع والبعض أسندها للقضاء الإستعجالي، والذي نراه أن القضاء بالنفقة المؤقتة إمكانية مقررة لقضاء الموضوع سواء منها المحاكم الإبتدائية أو محاكم الإستئناف وقد يترادى للوهلة الأولى صعوبة تصور هذه الإمكانية أمام محاكم الإستئناف بعلة أن الحكم المستأنف هو سند تنفيذي يمكن إعتماده لمباشرة التنفيذ وتحصيل النفقة بدل اللجوء الى هذه الإمكانية، لكن قد يكون الحكم المستأنف رفض طلب النفقة و بمناسبة نشر النزاع أمامها يمكن تفعيل هذه الإمكانية ولا يمكن الإعتداد بقاعدة حظر تقديم الطلبات الجديدة في الرحلة الإستئنافية، لأن الأمر لا يتعلق بطلب جديد، وإنما هو تعجيل جزء من القدر المتوقع صدور الحكم بشأنه[667]،

وقد حدد مشرع مدونة الأسرة أجلا أقصاه شهر للبت في دعوى النفقة حسب المستفاد من الفقرة الثانية من المادة (190)من مدونة الأسرة والتي جاء فيها: "يتعين البت في القضايا المتعلقة بالنفقة في أجل أقصاه شهر واحد" وهذا الأجل يسري بداهة إبتداء من تاريخ تقديم الطلب بين يدي المحكمة، ومعلوم أن لضرب الآجال عللا وغايات قانونية وإلا غدت نصوص القانون لغوا وهرطقة، فلا معنى إذن لأن نعتبر أجل الشهر المذكور أجلا تنظيميا مُعْلِما غير ملزم، أو أجلا تحفيزيا يستنهض الهمم، إذ أن همم القضاة مستنهضة دائما بحكم رسالتهم السامية المتمثلة في تحقيق الأمن القضائي، كيف لا وهم يفصلون في أعراض الناس ودمائهم وأموالهم، ثم أن لضرب الآجال معاني وحكما وأثارا قانونية تسمو عن مجرد التحفيز وغيره من المعاني الأدبية، فالأجال إن حددت فهي واجبة المراعاة في سائر الأحوال[668].

وبالنسبة إلى سريان المدة فالقاعدة تكون من يوم التبليغ إلا أن الإشكال يثور حول المقصود بالتبليغ فهل يقصد به الإجراء الأولي الذي يقوم به المحضر القضائي في إطار التبليغ الرسمي للأحكام القضائية طبقا للمادة (406) ومايليها من قانون الإجراءات المدنية والإدارية؟ أم يقصد به الإجراء الذي يقوم به

---

[666] محمد عزمي البكري، الاحوال الشخصية، (طاعة الزوجة، الاعتراض على اندار الطاعة، النفقة الزوجية، منازعات السفر على الخارج، نفقة العدة، الحبس في دين النفقة وجريمة الهجر العائلة، الحجز على الاجور والمرتبات وفاء الدين النفقة وفاء بنك ناصر لديون النفقة)، دار محمود للنشر والتوزيع، 9 شارع سامي البارودي، موسوعة الفقه والقضاء، جزء2، ص 393

[667] حاسن عود، النفقة على ضوء مدونة الاسرة ضوابط التقدير القضائي واسس الحماية القانونية، مجلة الحقوق المغربية، ابحاث ودراسات، ص 143 . 144

[668] عادل حاميدي ، الدليل الفقهي و القضائي للقاضي والمحامي في المنازعات الاسرية ،المرجع سابق، ص 542

المحضر القضائي في إطار التنفيذ للأحكام القضائية طبقا للمادة (612) من القانون نفسه، وهو الإجراء الذي يهدف إلى التبليغ الرسمي للحكم الممهور بالصيغة التنفيذية، وتكليف المنفذ عليه وإلزامه بالوفاء بما تضمنه الحكم في أجل 15 يوما من هذا التبليغ؟ وما دام أن الأمر غير واضح وغير مفصول فيه من الناحية القانونية فالمسألة تعود للفقه وللقضاء بالدرجة الأولى، فبالنسبة للفقه يميل الأستاذ بوسقيعة إلى الإحتمال الثاني لاسيما أن الأمر يتعلق بعدم تنفيذ حكم قضائي، وتبعا لذلك يبدأ حساب مهلة الشهرين إعتبارا من تاريخ إنقضاء مهلة 15 يوما المحددة في التكليف بالوفاء[669].

ولا يكون الحكم طبعا قابلا للتنفيذ إلا بعد تبليغه رسميا طبقا للمادة (406)[670] من قانون الإجراءات المدنية والإدارية مع الإشارة إلى ما جاء في المادة (609) [671]من القانون السابق الذكر، غير أن الأحكام المشمولة بالنفاذ المعجل والأوامر الإستعجالية تكون قابلة للتنفيذ رغم المعارضة والإستئناف، أما بالنسبة للقضاء وفيما يتعلق ببدأ سريان مدة الشهرين فإن القضاء الجزائري يتبع نفس الإتجاه السابق الذكر[672].

---

[669] كمال الدين عمراني، الاطار القانوني لجريمة عدم تسيد نفقة واجبة بحكم قضائي، دراسة في إطار التشريع الجزائري والمقارن والشريعة الاسلامية، مرجع سابق، ص 77 . 78

[670] المادة 406 من قانون الاجراءات المدنية والادارية: يقصد بالتبليغ الرسمي، التبليغ الذي يتم بموجب محضر يعده المحضر القضائي.
يمكن ان يتعلق التبليغ الرسمي بعقد قضائي او عقد غير قضائي او امر او حكم او قرار.
يجوز التبليغ الرسمي للعقود القضائية وغير القضائية والسندلت التنفيذية، بتسليم نسخة منها الى المطلوب تبليغه اينما وجد، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك.
يقوم المحصر القضائي بالتبليغ الرسمي بناء على طلب تالشخص المعني او ممثله القانوني او الاتفاقي، و يحرر بشانه محضرا في عدد من النسخ مساو لعدد الاشخاص الذين يتم تبليغهم رسميا.
لا يعد التبليغ الرسمي ولو بدون تخفظ قبولا بالحكم.
يكون التبليغ الرسمي صحيحا الى الشخص الذي يقيم في الخارج اذا تم في الموطن الذي اختاره في الجزائر.

[671] المادة 609 من قانون الاجراءات المدنية والادارية: الاحكام والقرارات القضائية لا تكون قابلة للتنفيذ، الا بعد انقضاء اجال المعارضة او الاستئناف، وتقديم شهادة بذلك من امانة ضبط الجهة القضائية المعنية، تتضمن تاريخ التبليغ الرسمي للحكم او القرار الى المحكوم عليه، وتثبت عدم حصول معارضة او استئناف.
في حالات الطعن بالنقض الموقف للتنفيذ تطلب شهادة عدم الطعن بالنقض.
غير ان الاحكام المشمولة بالنفاذ النعجل والاوامر الاستعجالية تكون قابلة للتنفيذ رغم المعارضة او الاستئناف.

[672] كمال الدين عمراني، الاطار القانوني لجريمة عدم تسيد نفقة واجبة بحكم قضائي، دراسة في إطار التشريع الجزائري والمقارن والشريعة الاسلامية، مرجع سابق، ص 78

وما يمكن ملاحظته في القانون التونسي هو أن الواجبات والحقوق المالية بصورة عامة، ونفقة الزوجة وحقها في التعويض عن ضرر الطلاق بصورة خاصة، تتسم باللامساواة بين الرجل والمرأة وذلك عكس الواجبات والحقوق الشخصية[673].

لقد حاول القضاء سد الفراغ التشريعي فيما يخص الإثبات في دعوى النفقة عن طريق الإجتهاد والبحث عن الحل المناسب في قواعد الشريعة الإسلامية، ومواقف الفقه الإسلامي، بإعتبارهما المصدرين الأساسيين لمدونة الأسرة، إن نظرة الفقه الإسلامي لإثبات نفقة الزوجة تختلف من حالة إلى أخرى، فالإثبات أثناء قيام العلاقة الزوجية هو غير الإثبات بعد الطلاق، وإن كان الإثبات في هذه الحالة الأخيرة لم يعد يطرح إشكالا بعد دخول مدونة الأسرة حيز التطبيق، ذلك أن أسباب هذا الإشكال كان يرتبط بمدى علم الزوجة بالطلاق، والذي كان يتم أمام العدول ودون علم الزوجة في بعض الأحيان، الأمر الذي تعتبر مع مدونة الأسرة التي جعلت الطلاق خاضع لإذن المحكمة و التي تحرص على ضرورة حضور الزوجة وإعلامها بذلك عن طريق التبليغ الشخصي[674].

تضطر الكثير من السيدات إلى الإستعانة بمحام مرارا وتكرارا من أجل دفع الزوج وإجباره على دفع النفقة لأبنائه ونادرا ما يتم ذلك، لأن الزوج الذي يكون قد أعاد بناء حياته مع زوجة أخرى وأولاد آخرين ويتحجج بعض الرجال عادة بالمسؤوليات الجديدة الملقاة على عاتقهم وبعدم قدرتهم على دفع ما عليهم من النفقة لأبنائهم، وقد تمضي أشهر عديدة قبل أن تتمكن المرأة بحكم المحكمة من إجبار طليقها على دفع مقابل الكراء والنفقة لأبنائه، وقد لا تتوصل إلى ذلك أبدا، وفي حالة إذا تمكنت من ذلك تكون قد أنفقت أكثر من المبلغ الذي سيدفعه الطليق كمصاريف المحامين والمحكمة[675].

لم ينص المشرع الجزائري صراحة في قانون الأسرة على مسألة وقتإعتبار نفقة الزوجة دينا في ذمة الزوج، غير أنه أحالنا في المادة (222) منه إلى أحكام الشريعة الإسلامية، وإختلف فقهاء الشريعة الإسلامية في وقت إعتبار نفقة الزوجة دينا في ذمة الزوج[676]، حيث يرى بعض جمهور الفقهاء أن النفقة واجبة، فهي دين في ذمة الزوج، لا تسقط عنه إلا بأدائها أو إبراء الزوجة لذمة الزوج منها أو

[673] العيادي سامي، الحقوق المالية للزوجة والمطلقة: تكريس للتمييز الايجابي للمراة من خلال بعض التطبيقات القضائية في مادتي النفقة والتعويض عن ضرر الطلاق، حولية فقه القضاء التونسي، العدد 04، مجلة محكمة 2018، كلية الحقوق بصفاقس، مدرسة الدكتوراه، الصفحات [164 . 145]، ص 148

[674] النفقة وفق مدونة الاسرة المغربية، المرجع السابق، ص 25 . 26

[675] حيفري، نسيمة امال، نفقة المحضون في ظل التعديلات المستحدثة في قانون الاسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 207

[676] مشوات حليمة، حق الزوجة في النفقة في قانون الاسرة الجزائري مقارنا، بحث لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة وهران، 1433 هـ . 1434 هـ ، 2012 . 2013 م، ص 161

بالوفاة، فهو دين ممتاز يثبت وقت الإمتناع عن الإنفاق، ويأتي بعد مصاريف الجنازة ولا يجوز الصلح بشأنه.... في حين أن الحنفية يرون أنها تكون دينا بعد بموجب حكم، فهي مشروعة للكفاية ولا تكون دينا بلا قضاء.[677]

ولم يتعرض المشرع الجزائري صراحة في قانون الأسرة لمسألة التعجيل بدين النفقة الزوجية، إلا أنه أحالنا إلى المادة (222) منه لأحكام الشريعة الإسلامية، وإختلف فقهاء الشريعة الإسلامية في إسترداد الزوج أو ورثته النفقة التي عجلها لزوجته بعد حدوث ما يوجب سقوطها عنه كنشوز الزوجة أو موت أحد الزوجين[678].

حيث يرى المالكية والشافعية والحنابلة والجعفرية ومحمد بن الحسن الشيباني إلى أن للزوج أو لورثته إسترداد ما عجله لزوجته من النفقة مقدار نفقة المدة الباقية، فإن كانت قائمة أخذها، وإن كانت مستهلكة أخذ مثلها إن كانت مثلية، وقيمتها إن كانت قيمية لأن النفقة عوض وجزاء إحتباس الزوجة في المدة، وبعد النشوز أو الموت فات الإحتباس فلا حق لها فيه وعليها رده، أما عن رأي أبو حنيفة وأبو يوسف أنه ليس للزوج أو ورثته إسترداد شيئا من النفقة المعجلة سواء كانت قائمة أو مستهلكة، لأن النفقة و إن كانت واجبة جزاء الإحتباس إلا أن فيها شبها بالصلة والهبة، والزوجية من موانع الرجوع في الهبة[679]، إلا أن الرأي الراجح فهو بطبيعة الحال الرأي الأول لأن النفقة عوض وليست صلة أو هبة.

ونرى أن المشرع أعطى حماية مدنية لدين النفقة فضلا عن الأموال التي تنص القوانين الخاصة على عدم جواز الحجز عليها، لايجوز الحجز على الأموال الآتية: النفقات المحكوم بها قضائيا إذا كانت قيمتها لاتتجاوز (2/3) الأجر الوطني الأدنى المضمون، وقد أضفى المشرع الجزائري صفة الحماية القانونية على دين النفقة ذلك أن دين النفقة لا يسقط ولو لم يتم الإتفاق على النفقة بين الزوجين[680].

ولنفقة المطلقة أنواع تتمثل في التعويض عن الطلاق التعسفي والمتعة ونفقة العدة ونفقة الإهمال، والسكن وأجرته، سنتطرق إليهم على التوالي:

أولا: التعويض عن الطلاق التعسفي

---

[677] بن قوية سامية، دراسة تحليلية للاليات المقررة لحماية الاسرة في التشريع الجزائري: صندوق النفقة نموذجا، المجلة الدولية للبحوث القانونية والسياسية، المجلد 03، العدد 03، ديسمبر 2019، الصفحات [07 . 30]، ص 18

[678] مشوات حليمة، حق الزوجة في النفقة في قانون الاسرة الجزائري مقارنا، مرجع سابق، ص 166

[679] مشوات حليمة، المرجع نفسه، ص 166 . 167

[680] بن قوية سامية، دراسة تحليلية للاليات المقررة لحماية الاسرة في التشريع الجزائري: صندوق النفقة نموذجا، مرجع سابق، ص 18

أ – تعريف التعويض لغة:(ع و ض)، مص عوّض، قيمة من المال تدفع إلى العامل أو الموظف عند صرفه من عمله، أو تدفع أغطية لنفقات إنتقال أو نحوها[681]، أما إصطلاحا: لم يكن شائعا ومعروفا عند فقهاء القدامى، فعند النظر في كتب الفقهاء نجد أنهم لم يستعملوا لفظ التعويض وإنما إستعملوا لفظ الضمان، فتعريفات الضمان صرحت بمعنى التعويض وذكرت سببه تلميحا، وهو حدوث الضرر والهلاك، فلا يكون التعويض في الشريعة إلا بمقابل الإتلاف والذي نستنتجه من ذلك أن التعويض هو العوض الذي يستحقه المضرور جبرا لضرره، والضمان هو الإلتزام بالتعويض[682].

ب - أما قانونا: نجد المادة (48)[683] من قانون الأسرة الجزائري المعدلة لم تعط التعريف الحقيقي للطلاق وإنما أكدت على إحدى حالات إنهاء الرابطة الزوجية وهو الطلاق، ولعل سبب ذلك محاولة من المشرع الجزائري للتملص من أي إلتزام قد يقع على عاتقه لتبنيه لإحدى التعريفات الفقهية وترك ذلك للفقه على غرار مسائل فقهية أخرى ضمنها في المادة (222) قانون الأسرة الجزائري[684]،

وعليه فمن الناحية القانونية نجد أن جل التشريعات المقارنة لم تضع تعريفا للطلاق التعسفي، ولكنها أوردت بعض المعايير والأسس التي يقوم عليها، ونصت في موادها القانونية على شروط تحقق الطلاق التعسفي وكيفية التعويض عنه في حالة ثبوت تعسف الزوج في الطلاق، وهو ما تبناه المشرع الجزائري من خلال نص المادة (52) من قانون الأسرة بقولها: "إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها"[685]،

أما عن تعريف التعسف فقد تطرق المشرع الجزائري إليه في المادة (124) مكرر من القانون المدني، غير أنه لم يعرف صراحة وإنما نص على الحالات التي يشكل فيها إستعمال الحق تعسفا، فنزج بين

---

[681] جبران مسعود، الرائد، مرجع سابق، ص 223

[682] رحاب الرحيمي، الاضرار بالمطلقة والتعويض عنه (دراسة تاصيلية مقارنة)، دار النهضة العربية 32 شارع عبد الخالق ثروت القاهرة، الطبعة الاولى، 1437 هـ – 2016 م، ص 102 – 103 – 104 – 105 فقبب

[683] المادة 48 من قانون الاسرة: مع مراعاة احكام المادة 49 ادناه، يحل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بارادة الزوج او بتراضي الزوجين او بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين 53 و54من هذا القانون.

[684] عبد العزيز سمية، متعة الطلاق وعلاقتها بالتعويض عن الطلاق التعسفي في الشريعة الاسلامية وقانون الاسرة الجزائري، مجلة معارف (مجلة علمية محكمة)، قسم: العلوم القانونية، السنة الثامنة، العدد 16، جوان 2014، الصفحات [135 . 99]، ص 115

[685] قويدري محمد، مفهوم الطلاق التعسفي، المرجع الالكتروني للمعلوماتية، 01:47 صباحا، تاريخ 04/25/ 2019، تاريخ الزيارة 02/22/ 2022، Https://almerja.net

الفقه القانوني والفقه الإسلامي، حيث لم يقف عند نية الإضرار بالغير فحسب ونص على ضوابط ثلاثة تشكل كلا من المعيارين الموضوعي والمادي[686].

وعليه فإذا حدث وأن طلق الزوج زوجته بغير سبب مشروع أو حاجة تدعو إليه كان متعسفا في إستعمال حقه وقرينة على قصده إيذاء زوجته، ولذلك فقد فرض عليه القانون في هذه الحالة بالتعويض للزوجة عن الضرر الذي أصابها جراء ذلك، وهذا ما يطلق عليه بالتعويض عن الطلاق التعسفي[687].

ج - **طبيعته**: إن التعويض المقرر لصالح الزوجة بمناسبة إيقاع الطلاق، لا يخضع للقواعد العامة المنوه عنها في المادة(124)من القانون المدني، من هنا نقول أن الحق المخول للزوج في إيقاع الطلاق يختلف عن نظرية الحق في القانون المدني، إذ أنه من طبيعة خاصة ومن مصدر آخر متمثل في العصمة الزوجية المستمدة أساسا من الشريعة الإسلامية، وأن تعويض الزوجة في حال الطلاق لا ينطلق من المادتين (41)و(124)من القانون المدني وإنما مصدره مسؤولية الزوج في الطلاق كونه صاحب العصمة الزوجية[688]،

وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارلها جاء فيه ما يلي: "أن الحكم بالتعويض عن الضرر طبقا لقواعد المسؤولية التقصيرية لا يمكن أن يشمله التعويض عن الطلاق"، وجاء في تأكيده أن التعويض والنفقة المحكوم بهما هي ناتجة عن مدى تحمل الزوج مسؤولية الطلاق وتقدير نفقة الإهمال، وهذه المبالغ لا تدخل في تعويض الأضرار الناتجة عن التعسف الذي يكون بنية إلحاق الضرر بالغير، غير أنه تجدر الإشارة إلى أن الطاعنة إذا كان قد لحقها ضرر ناتج عن المسؤولية التقصيرية طبقا للمادة(124)من القانون المدني، فعليها أن تثبت الضرر المذكور في دعوى مستقلة وتطلب التعويض مقابل ذلك، وعليه فإن الأوجه المذكورة تكون غير مؤسسة، الأمر الذي يتعين معه رفض الطعن[689]،

---

[686] تواتي نورة، تعسف الزوج في الطلاق واثره في قانون الجزائري والشريعة الاسلامية، مجلة القانون والعلوم السياسية، المجلد 07، العدد 02، 2021، تاريخ القبول: 2021/08/28، الصفحات [325 . 342]، ص 332

[687] عبد العزيز سمية، متعة الطلاق وعلاقتها بالتعويض عن الطلاق التعسفي في الشريعة الاسلامية وقانون الاسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 115

[688] باديس ديابي، صور واثار فك الرابطة الزوجية في قانون الاسرة، مرجع سابق، ص 86

[689] قرار المحكمة العليا، 2000/02/22، رقم الملف 235367، المجلة القضائية، ص 275، انظر، باديس ديابي، مرجع نفسه، ص 86 - 87

وقد وردت تطبيقات عدة لهذه النظرية في القانون المدني، وقوانين أخرى من بينها قانون الأسرة الذي أوجب التعويض في حالة العدول عن الخطبة المادة (05فقرة2)[690]، والطلاق التعسفي في المادة (52)[691]، وعليه فإن أساس التعسف في الطلاق يمكن إسناده إلى تلك القواعد والأصول التي وضعتها الشريعة الإسلامية وتبناها القانون المدني الجزائري، فأي تصرف يكون الغرض منه إحدى الحالات المذكورة في المادة (41) نكون أمام تعسف في إستعمال حق الطلاق، وبالمعنى الجديد أدرجت النظرية تحت عنوان الخطأ، على إعتبار التعسف خطأ، يترتب عليه التعويض طبقا للمادة (124) من ذات القانون[692].

أما عن التعويض في حالة الطلاق بالإرادة المنفردة: فيكون الزوج متعسفا إذا طلق زوجته في حالتين الطلاق دون مبرر شرعي والطلاق في مرض الموت، ...

الطلاق دون مبرر شرعي:إن سكوت المشرع عن تبيان الحالات والأسباب التي يكون فيها الزوج المطلق بإرادته المنفردة متعسفا يفرض على القاضي البحث عن مدى كفاية الأسباب التي قدمها الزوج لتبرير حاجته إلى طلاق وتقدير ما إذا كانت هذه الأسباب معقولة، وعليه إذا ثبت للقاضي أن طلب الطلاق تعسفي وغير شرعي فإن عليه تطبيق نص المادة (52) قانون أسرة[693].

وهذا وقد ثبت عن المحكمة العليا أنه من المقرر شرعا وقانونا إذا كان طلاق الزوج غير مبرر فللمطلقة الحق في النفقة والتعويض وسائر توابع العصمة وأن الطلاق غير المبرر صور من صور الطلاق التعسفي، ويمكن القول أن إلزام الزوج بتبرير طلاقه إضافة إلى تنافيه مع المذهب القائل بإباحة الطلاق حتى وإن كان من غير سبب جدي إنطلاقا من أصالة الزوج وإستئثاره به، ينظر إليه من عدة أوجه، فإن كان يرفع عن طلاق صفة التعسف ويعفي الزوج من التعويض، فإنه قد يدفع به إلى البحث عن الأسباب وتقديم مبررات لا أساس لها هربا من الغرم المالي، أو البوح بأسرار الأسرة في جلسات المحاكم[694].

---

[690] المادة 05 فقرة 2 من قانون الاسرة: اذا ترتب عن العدول عن الخطبة ضرر مادي او معنوي لاحد الطرفين جاز الحكم له بالتعويض.

[691] المادة 52 من قانون الاسرة: اذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر الاحق بها.

[692] حمليل صالح، المتعة والتعويض على الطلاق التعسفي، مجلة القانون والمجتمع، مجلد 1، العدد 1، مجلة محكمة، افريل ربيع الثاني 2013، 1جوان، الصفحات [70 . 53]،ص 64 . 65

[693] تواتي نورة، تعسف الزوج في الطلاق واثره في قانون الجزائري والشريعة الاسلامية، مرجع سابق، ص 334

[694] نقلا عن تواتي نورة، المرجع نفسه، ص 334

نجد في الطلاق مرض الموت والذي هو كل من غاب حاله الهلاك بمرض أو غيره، له حكم مرض الموت، ويسمى طلاق الفار أو الفرار لفراره من إرث زوجته فيرد عليه قصده وترث منه[695]، إذ يعتبر الطلاق في مرض الموت أحد صور الطلاق التعسفي غير أن المشرع الجزائري لم يتعرض له لامن حيث حكمه ولا من حيث آثاره وإكتفى بالنص في المادة (132) من قانون الأسرة: "إذا توفي أحد الزوجين قبل صدور الحكم بالطلاقأو كانت الوفاة في عدة الطلاق إستحق الحي منها الإرث" دون أن يفرق بين عدة الطلاق الرجعي والبائن[696].

أما التعويض في حالة التطليق: يمكن للقاضي أن يحكم للزوجة بالتعويض في حالة التطليق إذا أصابها ضرر، وهذا حسب المادة (53 مكرر) من قانون الأسرة، ويقع على الزوجة التي رفعت دعوى التطليق عبئ إثبات الضرر الذي لحقها من زوجها والذي يجعلها غير قادرة على الإستمرار في العلاقة الزوجية معه، وعلى إثره يحكم القاضي لها بالتعويض ومعيار الضرر هنا هو معيار شخصي، وأن مهمة القاضي في التفريق بين الفعل الضار وغير الضار مهمة صعبة، وبإعتبار أن الضرر مسالة موضوعية فإنه يجوز إثباته بكل الوسائل القانونية أو الشرعية ويخضع في تقدير مدى صحته وحجيته لقاضي شؤون الأسرة[697].

أما عن التعويض في حالة نشوز الزوجين: بالرجوع إلى الفقه الإسلامي نجد أن فقهاءه تحدثوا عن النشوز وكيفية علاجه كما قرره القرآن الكريم، ولم بأقل الفقه بالتعويض للطرف المتضرر من النشوز سوى بحقه في الطلاق، بينما نص المشرع الجزائري على إمكانية التعويض للطرف المتضرر من النشوز زوجا كان أو زوجة غير أنه لم يعرف كما قلنا النشوز فجاء هذا اللفظ عاما مطلقا غير مقيد مما خول لقاضي شؤون الأسرة سلطة تقديرية البحث في حالات النشوز وشروط إستحقاق التعويض عن الضرر الناجم عنه وكذا تقدير قيمة التعويض، أما المدونة المغربية أعطت للزوجة الحق في التطليق للضرر وهذا يعني دخول النشوز ضمنها وحرم الزوج من إمكانية الحصول على التعويض في هذه

[695] عبد القادر المبروك عون سالم، الطلاق واثره على الحياة الزوجية، مرجع سابق، ص 37

[696] تواتي نورة، تعسف الزوج في الطلاق و اثره في قانون الجزائري والشريعة الاسلامية، مرجع سابق، 334

[697] حواس فتحية، السلطة التقديرية للقاضي في قضايا الاسرة، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، ص 382

الحالة وأصبح طلاقه مبررا شرعا، أما الفصل(31)من المجلة التونسية للأحوال الشخصية فنجد أنه جاء بصيغة العموم حيث قررت التعويض للطرف المتضرر الزوج و الزوجة سواء[698].

أما في قانون الأسرة الجزائري نصت(55)على أنه: "عند نشوز أحد الزوجين يحكم القاضي بالطلاق وبالتعويض للطرف المتضرر"، لم يتعرض قانون الأسرة إلى معنى النشوز بل إكتفى بالنص في المادة(55) على إمكانية الطلاق والتعويض للنشوز وما يفهم من المادة أن النشوز قد يكون من الزوجة كما قد يكون من الزوج، وبالرجوع إلى القضاء فإن عدم رجوع الزوجة لبيت الزوجية بعد الحكم به يعد نشوزا [699] ،

وذلك حسب قرار للمحكمة العليا بتاريخ 2005/10/12 والذي يقضي: "أن نشوز الزوجة يثبت إذا صدر ضدها حكم بالرجوع، نهائي حائز لقوة الشيء المقضي فيه ويبلغ لها بطريقة قانونية ورفضت الإمتثال له بشكل صريح"[700].

أما نشوز الزوج يمكن أن يكون إذا لم يوفر سكنا منفردا للزوجة، وإنطلاقا من نص المادة(55) فإن نشوز الزوج يعطي للزوجة الحق في طلب التطليق مع التعويض متى لحق بها الضرر، وبذلك فإن المشرع لم يكتف بالنص على حق الزوجة في التعويض للضرر اللاحق بها من الزوج عن التطليق وعن الطلاق التعسفي بل أضاف للأسباب السابقة نشوز الزوج كسبب مستقل للتطليق وكذا التعويض، فهل في ذلك مساواة بين الزوجين؟بالرجوع لنفس المادة(55) نجد أن المشرع منح كذلك الزوج الطلاق لنشوز الزوجة مع التعويض عن الضرر، الأمر الذي يجعلنا نقول أن المشرع قد أخذ بمبدأ المساواة بين الزوجين في الحق في التعويض[701].

أما عن إشكالات التعويض عن الطلاق التعسفي فتتمثل في:

---

[698] اسمهان عفيف، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الاسرة في التعويض عن الضرر، مذكرة لنيل شهادة ماجستير تخصص قانون شؤون الاسرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة العربي بن مهيدي – ام البواقي، 1431 هـ. 1432 هـ، 2010 م. 2011 م، ص 96. 97

[699] بوكايس سمية، المساواة بين الجنسين في قانون الاسرة الجزائري في ضوء اتفاقية القضاء على جميع اشكال التمييز ضد المراة، مرجع سابق، ص 162. 163

[700] المحكمة العليا، غ.ا.ش، 2005/10/12، ملف رقم 345125، مشرة القضاة، 2006، عدد 61، ص 332، انظر جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في مادة الاحوال الشخصية، الجزء 3، المرجع السابق، ص 1380

[701] بوكايس سمية، المساواة بين الجنسين في ضوء اتفاقية القضاء على جميع اشكال التمييز ضد المراة، مرجع سابق، ص 163

-أثار موضوع تعويض المطلقة جدلا بين فقهاء الشريعة الإسلامية، فمنهم من يرى عدم جوازه لأن الرجل إستعمل حقا مشروعا له، لذا فلا يمكن إلزامه بالتعويض عن عمل مشروع قام به، ومنهم من يذهب خلاف ذلك وهم الفقهاء المحدثون حيث يرون أن التعويض جائز عندما يطلق الزوج زوجته دونما سبب مبرر، ويقولون للزوجة حق في التعويض عندما يكون الزوج متعسفا، وقوانين الدول الإسلامية تأخذ الآن بهذا الرأي[702]،

وتنص المادة(52) من قانون الأسرة على مايلي: "إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها"، وعليه إذا كان الطلاق بيد الرجل في الشرع و القانون فإنه لابد من سبب أو حجة شرعية تدعو إليه، فلو طلق الزوج زوجته من غير داع مشروع أو سبب معقول وأن الزوجة سيصيبها بذلك ضرر جاز للقاضي أن يحكم لها على مطلقها بحسب حالة و درجة تعسفه وفقا لسلطته التقديرية بتعويض عادل[703]،

إلا أن المادة (52)المعدلة من قانون الأسرة بصياغتها العامة تحمل الكثير من الغموض، فقد كثرت التأويلات بشأنها وحول أساسها خاصة، فالمشرع يبدو أنه لم ينص على معايير هذا الطلاق التعسفي وحتى اللجنة التي قامت بوضع مشروع التعديل لم توضح ذلك في شرحها للمواد[704]، وبالتالي ففكرة التعسف في إستعمال الحق من المسائل الخلافية التي دار بشأنها جدل فقهي كبير فمنهم من أخذ بها ومنهم من أنكرها بحجة التناقض، إذ كيف للقانون أن يمنح شخصا ما حقا معينا وبعد ذلك يطالب منه التعويض بحجة تعسفه في إستعماله مع أنه إستعمل حق مخول له قانونا [705].

فلثبوت التعويض وفقا للمادة (52) وجب توافر شرطين مهمين، هما ثبوت التعسف، وأن يترتب عن التعسف ضرر بالزوجة، إضافة إلى شرط ثالث لم تنص عليه المادة الأخيرة وهو شرط عدم رضا المطلقة، والذي نصت عليه بعض التشريعات التي تأخذ بنظام التعويض[706].

أما عن ثبوت التعسف فهو يصعب إثبات التعسف في جانب الزوج، على الرغم من وجود ضرر على المطلقة والقضاء الجزائري لم يعالج المشكلة، على الرغم من وجود نزاعات عديدة في هذا المجال، أعني

---

[702] رحاب الرحيمي، الاضرار بالمطلقة والتعويض عنه (دراسة تاصيلية مقارنة)، مرجع سابق، ص 129

[703] بوجاني عبد الحكيم، اشكالات انعقاد وانحلال الزواج، مذكرة ماجستير في القانون الخاص معمق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ابو بكر بلقايد- تلمسان، 2013 . 2014،ص 208

[704] بوجاني عبد الحكيم، المرجع نفسه، ص 209

[705] ربيع وفاء، اشكالات فك الرابطة الزوجية في ضوء القضاء الجزائري، مرجع سابق، ص 63

[706] حمليل صالح، المتعة والتعويض عن الطلاق التعسفي، مرجع سابق، ص 66

لم يعط معايير واضحة للتعسف كما تفعل سائر الإجتهادات القضائية المقارنة، إلا أن هناك بعض المواقف التي قضت فيها المحكمة العليا بوجود التعسف، كحالة عدم سعي الزوج إلى إرجاع زوجته، كما يمكن إعطاء بعض الصور التي قد يعتبر الزوج فيها متعسفا في طلاقه، كالطلاق أثناء الحيض، وطلاق الثلاث بلفظ واحد، طلاق الهازل والغضبان، والطلاق في مرض الموت، وهي كلها صور لحالات تعسفية، تنطلق من قصد ونية سيئة مرادها الإضرار بالزوجة[707].

وقد تناول المشرع الجزائري من خلال نصوص القانون المدني، فكرة التعسف في إستعمال الحق وجعلها نظرية مستقلة عن نظام المسؤولية التقصيرية بموجب نص المادة (41) منه قبل أن يلغيها، ويدرجها ضمن هذا النظام من خلال المادة (124مكرر) من القانون المدني،وعلى هذا فإن إسقاط نظرية التعسف في إستعمال الحق الواردة في المادة (124مكرر) من القانون المدني على حق الطلاق، نلاحظ أن تحديد التكييف السليم للطلاق على أنه تعسفي من عدمه من طرف القاضي يوجب عليه إسقاط هذه المعايير الواردة في القواعد العامة على واقعة الطلاق[708]، والتي تقوم على أساسين أحدهما شخصي يتمثل في النية أو الباعث وثانيهما موضوعي وهو الموازنة بين الحقوق و الظروف التي أحاطت بإستعمال الحق، فالمعيار هو ضمان حالة التوازن طبقا للقاعدة الشرعية: "لا ضرر ولا ضرار"، وهذا حتى لا تحس المرأة المطلقة أن هناك إجحافا في حقها وأن مصيرها لعبة في يد الرجل يتصرف فيه كيفما يشاء[709].

وإذا كانت هذه المعايير المحددة لمجال تطبيق نظرية التعسف في إستعمال الحق المعمول بها في أغلبية التشريعات والمطبقة في مجال الطلاق، إلا أن الإعتقاد الغالب هو أن وجود ضابط دقيقا ومعيار محدد أمر مستحيل ما يجعل مسألة تقدير ذلك جد صعبة بالنسبة للقضاة حتى ولو طبقنا عليها معايير التعسف المحددة في القانون المدني والسبب راجع إلى صعوبة إثبات هذه الصور أمام القضاء[710].

إن الإجتهادات القضائية المتعلقة بالتعويض بإعتباره مبدأ أساسي في الطلاق التعسفي نجده في هذا الصدد ما ذهب إليه التشريع القضائي التونسي والذي قسم الطلاق إلى ثلاث أنواع" طلاق بالتراضي، طلاق للضرر، وطلاق بإرادة أحد الزوجين"، غير أن ما تجدر الإشارة إليه أن المشرع التونسي إنفرد

[707] حمليل صالح، المرجع نفسه، ص 66

[708] ربيع وفاء، اشكالات فك الرابطة الزوجية في ضوء القضاء الجزائري، المرجع سابق،ص 64

[709] بوجاني عبد الحكيم، اشكالات انعقاد وانحلال الزواج، مرجع سابق، ص 209

[710] ربيع وفاء، اشكالات فك الرابطة الزوجية في ضوء القضاء الجزائري ، مرجع سابق، ص 65

بتقسيم طلاق الضرر الذي يرتب عنه تعويضا، وإعتبر أن التعسف مفترض في الشخص الذي يطلب هو الطلاق بينما الشخص المتضرر بطلب التطليق على أساس الضرر الذي لحق به[711]،

ومنه أيضا أن التعسف في الطلاق يكون عندما يحصل سوء تفاهم بين الزوجين و يؤدي إلى نشوز الزوجة، وتتطلب المواقف وما أن يعرض الأمر على الجهة القضائية حتى تقرر الزوجة التنازل عن موقفها وتتشبث بالعودة الى الحياة الزوجية ولكن رغم ذلك يتمادى الزوج في موقفه فيكون موقفه إذن متناقضا لقوله تعالى: "فإن أطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلا"، فيصبح في هذه الحالة تعسفا في إستعمال الحق والذي شرع علاجا لما صعب علاجه بالطرق الأخرى، وعليه فقد حكم القضاء الجزائري بأن حق الطلاق مخول في الشريعة الإسلامية للزوج ولا يترتب على إستعماله من الأحكام سوى إستحقاق الزوجة المطلقة لمؤخر صداقها ونفقة عدتها التي يراعي في تقديرها حالة المطلق المالية، غير أنه إذا كان الطلاق لغير سبب مشروع و يدعو إليه وجب على المطلق المتعسف التعويض لما لحق الزوجة المطلقة من أضرار بسبب هذا الطلاق[712].

جاء في قوانينا يعطي الحق للقاضي أن يفرض لها على مطلقها بالتعويض بنسبة التعسف ودرجته، وهذا مبدأ جديد في قوانينا ومستنده - فيما يظن- أن الله أوجب لبعض المطلقات متعة- وهي مثل ثيابها عند خروجها من بيتها ويجوز أن يقدر ذلك بدراهم- كما رغب في إعطاء المتعة لبعض المطلقات الآخر بحيث لا تخلو مطلقة من متعة تأخذها من الزوج، وليس للمتعة كما قال الفقهاء حد معين ولا لباس معين، وإنما تقدر بحسب عرف البلد وتعامل الناس، لأن القران الكريم قيدها "بالمعروف" وهذا مما يختلف فيه الناس بين بلد و بلد، وبين زمن وزمن، وبين إمرأة وأخرى، فإستند قانونا إلى هذا المبدأ الشرعي فأجاز للقاضي أن يحكم على المطلق بتعويض يتناسب مع ظلمه للمرأة وتعسفه في طلاقها[713]،

وهذا تشريع جميل لاريب من شأنه أن يخفف عن المطلقة ألم الطلاق، ولكننا نأخذ على هذا القانون أنه إشترط أن لا يزيد التعويض عن نفقة سنة لأمثالها فوق نفقة العدة فنحن نرى أن لا يقيد ذلك بنفقة سنة، فمادام الزوج ظالما متعسفا، وما دامت الزوجة مظلومة فلم لا يلوم بالإنفاق عليها حتى تتزوج إن كانت في سن قابل للزواج، أو حتى تلقى وجه ربها إن كانت عجوز شارفت على وداع الحياة؟

---

[711] عبد الفتاح تقية، الطلاق بين احكام تشريع الاسرة و الاجتهاد القضائي، رسالة لنيل شهادة دكتوراه الدولة في القانون، كلية الحقوق، جامعة الجزائر. بن عكنون، 2006 . 2007، ص 66 . 67

[712] عبد الفتاح تقية، الطلاق بين احكام تشريع الاسرة والاجتهاد القضائي، المرجع نفسه، ص 67

[713] الشيخ مصطفى السباعي، المراة بين الفقه والقانون، التوزيع في المملكة العربية السعودية للنشر والتوزيع، الطبعة الاولى لدار الوراق، الطبعة السابعة، 1420 هـ – 1999 م، ص 117

والشريعة الإسلامية في عدالتها تأبى أن تترك مثل هذه المرأة العجوز تعاني آلام البؤس حتى تلقى وجه ربها بعد أن أمضت زهرة شبابها مع زوج لم يكن عنده من الوفاء ما يحفظ لها كرامتها في آخريات أيامها[714].

ويثور إشكال آخر وهو ما مدى إستحقاق المطلقة قبل البناء للتعويض عن طلاقها؟ من المقرر شرعا وقانونا أن المطلقة قبل البناء تستحق نصف المهر، فهل يسمى هذا المهر تعويضا عندما يمنحه القاضي في حكمه؟، المشرع الجزائري لم يشر في قانون الأسرة إلى الحقوق المطلقة بصفة عامة، وبما أن التعويض هو جبر للضرر الحاصل للمطلقة فإنه لا يعقل أن يأخذ نفس تسمية المهر ذلك أن المهر هو حق شرعي للزوجة[715]،

وبالرجوع إلى قرارات المحكمة العليا وجدنا القرار الصادر بتاريخ 1996/04/23 والذي جاء فيه "... و لما ثبت في قضية الحال – أن القضية تتعلق بزواج تام الأركان إلا أن الزوج تأخر عن الدخول بزوجته لمدة 5 سنوات فإنه بذلك يعتبر تعسفا في حقها ويبرر التعويض الممنوح له..."[716]، وبالتالي نحن نرى أن المطلقة قبل البناء زيادة على نصف مهرها لها الحق في الحصول على تعويض عن الأضرار التي قد تصيبها من جراء هذا الطلاق، وتجدر الإشارة إلى أن المطلقة تحرم من التعويض إذا كان الطلاق بتنظيمها، فإذا تأكد القاضي أنها هي المسببة في الطلاق بتصرفها وإذا تبين له نشوزها فإنها تحرم من التعويض[717].

كذلك إذا كان الطلاق بواسطة الخلع فإنها لا تستحق أي تعويض، وهناك حالات تحرم فيها المرأة من التعويض وعلاوة على ذلك تلزم بدفع التعويض لزوجها في حالة الطلاق، ذلك إذا ثبت نشوزها كان من حق الرجل المطالبة بالتعويض عما أصابه من ضرر [718]وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 1993/04/27 والذي جاء فيه: "متى كان من المقرر قانونا أن يحكم القاضي بالطلاق وبالتعويض للطرف المتضرر عند نشوز أحد الزوجين فإن القضاء بغير ذلك يعد خرقا للقانون، ومن تم فإن عدم

---

[714] الشيخ مصطفى السباعي، المرجع نفسه، ص 117

[715] شمروكمحمد، محمود مراد، غربي عدلان، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الاسرة في الزواج وانحلاله، مذكرة التخرج لنيل اجازة المدرسة العليا للقضاء، المدرسة العليا للقضاء، وزارة العدل، الدفعة السادسة عشر، 2005 . 2008، ص 37

[716] المحكمة العليا، غرفة الاحوال الشخصية، قرار صادر بتاريخ 1996/04/23، ملف رقم 135435، المجلة القضائية 1998، العدد 1، ص 129

[717] شمروكمحمد، محمود مراد، غربي عدلان، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الاسرة في الزواج وانحلاله، مذكرة التخرج لنيل اجازة المدرسة العليا للقضاء، المدرسة العليا للقضاء، وزارة العدل، الدفعة السادسة عشر، 2005 . 2008، ص 37

[718] شمروك محمد، محمود مراد، غربي عدلان، المرجع نفسه، ص 37

وجود أي سبب واضح يجعل من الزوجة في قضية الحال تلجأ إلى طلب التطليق بعد نشوزها فإن ذلك يعد سببا كافيا لإعتبار الزوج متضررا من هذا الطلاق وعليه فإن قضاة الموضوع قد أخطأوا حين قرروا أن الضرر والتعويض عنه يكون للزوجة وحدها مما يستوجب نقض قرارهم"[719].

إلا أن ما يثور الإشكال هنا هو إشكالية خطأ القاضي في تقدير تعويض المطلقة إذ لا تستحق المطلقة التعويض إلا إذا أثبتت مسؤولية الزوج عن الطلاق وقد قضت المحكمة العليا في 1986/1/27 أنه: "من المقرر شرعا وقضاء أن المتعة تمنح للزوجة مقابل الضرر الناتج لها من طلاق غير مبرر ويسقط بتحملها جزء من المسؤولية فيه ولما كان الثابت في قضية الحال أن القرار المطعون فيه قضى بإسناد الظلم إلى الزوجين معا فلا سبيل لتعويض أحدهما ومنح المتعة للزوجة، ومتى كان كذلك إستوجب نقض القرار جزئيا فيما يخص المتعة"، فالقضاء بالتعويض وفقا لإجتهاد المحكمة العليا يستلزم إذن تحمل الزوج كافة المسؤولية، أي أن دوافع الطلاق كانت كلها من جانبه فإذا كان جانب من المسؤولية يقع على عاتق الزوجة فقدت حقها في التعويض، فالضرر وفقا لهذا القرار ثابتا إذا كان الطلاق غير مبرر ولا داعي لإثبات الزوجة تضررها من هذا الطلاق[720].

ومن جهة أخرى فإنه يتعين إعادة النظر في مفهوم التعويض عن الطلاق التعسفي المحكوم به للمطلقة بإعتباره نفقة وليس تعويضا حتى يكون مشمولا بالمتابعة الجزائية عند إمتناع المطلق عن دفعه وليس إعتباره دينا مدنيا شأنه شأن الديون المدنية التي لا يرتب عن عدم الوفاء بها أي متابعة جزائية ويصبح في حالة إمتناع المكلف عن الوفاء به مرتكبا لجنحة عدم تسديد النفقة[721] للفعل المنصوص عليه بالمادة (331) من قانون العقوبات[722].

---

[719] المحكمة العليا، غرفة الاحوال الشخصية، 1993/04/27، ملف رقم: 909047، الموسوعة القضائية لسنة 2000، انظر، شمروك محمد، محمود مراد، غربي عدلان، المرجع نفسه، ص 37

[720] المحكمة العليا، غرفة الاحوال الشخصية، 1986/1/27، ملف رقم 39731، عدد 1، ص 61، انظر، مسعودة نعيمة الياس، التعويض عن الضرر في بعض مسائل الزواج والطلاق، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ابي بكر بلقايد – تلمسان، 2009 ت 2010، ص 283

[721] مبروك بن زيوش، نفقة المطلقة والاولاد في ظل القانون رقم 01/15 المتضمن انشاء الصندوق الخاص بها، مجلة الباحث للدراسات الاكاديمية، العدد الخامس، مارس 2015، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة سطيف 2، ص 217

[722] المادة 331 من قانون العقوبات: يعاقب بالحبس من ستة (6) اشهر الى (3) سنوات وبغرامة من 50000دج الى 300000دج كل من امتنع عمدا، ولمدة تتجاوز الشهرين عن تقديم المبالغ المقررة قضاء لاعالة اسرته، وعن اداء كامل قيمة النفقة المقررة عليه الى زوجه او اصوله او فروعه، وذلك رغم صدور حكم ضده بالزامه بدفع نفقة اليهم.

ويفترض ان عدم الدفع العمدي ما لم يثبت العكس، ولا يعتبر الاعسار الناتج عن الاعتياد على سوء السلوك او الكسل او السكر عذرا مقبولا من المدين في اية حالة من الاحوال.

ثانيا: مفهوم متعة المطلقة

أ –المتعة لغة وإصلاحا وقانونا:

1-في اللغة: و(متعة) الطلاق من ذلك و(متعت) المطلقة بكذا إذا أعطيتها إياه لأنها تنتفع به و(تتمتع) به، و(المتعة) إسم التمتع ومنه (متعة) الطلاق و(نكاح المتعة) هو المؤقت في العقد وقال في العباب كان الرجل يشارط المرأة شرطا على شيْ إلى أجل معلوم ويعطيها ذلك فيستحل بذلك فرجها ثم يخلي سبيلها من غير تزويج ولاطلاق، وقيل في قوله تعالى: "فما إستمتعتم به منّهن فآتوهن أجورهن" المراد (نكاح المتعة) والآية محكمة، والجمهور على تحريم (نكاح المتعة) وقالوا معنى قوله "فما إستمتعتم" فما نكحتم على الشريطة التي في قوله تعالى "أن تبتغوا بأموالكم محصنين غير مسافحين" أي عاقدين النكاح[723].

2 -إصطلاحا: هي ما يجب للمطلقة جبرا وترفيها وتخفيفا لما يصيبها من أسف وحسرة، ووحشة بسبب إستعمال الرجل حق الطلاق الذي منحه الله إياه على سبيل الإستثناء وحرمها إياه،قال تعالى: "وللمطلقات متاع بالمعروف حقا على المتقين"[724].

وقد كان القضاء – بحكم القانون – يطبق أرجح الأقوال في مذهب أبي حنيفة لخلو قوانين الأحوال الشخصية من نص يحكم إستحقاق الزوجة للمتعة، والمتعة – مال يعطيه الزوج لمطلقته زيادة على الصداق – بقصد تطييب نفسها وتعويضها عن الألم الذي لحقها بسبب الفراق، وحكم هذه المتعة فيه خلاف بين الفقهاء: - قال الأحناف أن المتعة لا تجب إلا للمفوضة – إذا طلقت قبل الدخول والخلوة، فإن أعطاها المطلق هذه المتعة فقدإنتهى الأمر، وإذا لم يعطها ورفعت الأمر إلى القضاء، قضى القاضي على الزوج المطلق بالمتعة، أما إذا كانت المطلقة غير مفوضة فيستحب لها المتعة - ولا تجب، وقال فقهاء المالكية- أن المتعة مستحبة لكل مطلقة لأن الله عزوجل قال "حقا على المتقين" وقال "حقا على المحسنين"[725]،

دون الاخلال بتطبيق احكام المواد 37 و40 و329 من قانون الاجراءات الجزائية، تختص ايضا بالحكم في الجنح المذكورة في هذا المادة، محكمة موطن او محل اقامة الشخص المقرر له قبض النفقة او المنتفع بالمعونة.

ويضع صفح الضحية بعد دفع المبالغ المستحقة حدا للمتابعة الجزائية.

[723] احمد بن محمد بن علي الغيومي المقري، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، دار المعارف . القاهرة، المجلد 1، ط 2، ص 562

[724] المصري مبروك، الطلاق واثاره من قانون الاسرة الجزائرية، دراسة فقهية مقارنة، مرجع سابق،ص 225

[725] احمد نصر الجندى، مسائل الاحوال الشخصية بعد مؤتمرات القاهرة للسكان، دار الكتب القانونية، دار شتات للنشر والبرمجيات، مصر-المحله الكبرى، 2008، ص 339 . 340

فالأمر مقيد بالتقوى والإحسان، والواجبات لا تقييد بهما، لأنها تخص المتقين والمحسنين دون غيرهم، وفقهاء الشافعية يقولون أن المتعة واجبة لكل مطلقة يستوى عندهم أن يكون الطلاق قبل الدخول أم بعده، وعندهم إستثناء هو المطلقة قبل الدخول التي سمى لها مهر، فهذه لا تجب لها متعة حتى لو خلال الزوج بها خلوة صحيحة، ثم طلقها قبل الدخول بها – والواجب هنا نصف المهر المسمى، وإذا لم يكن في النكاح تسمية وجبت المتعة[726].

حيث نجد قرار المحكمة العليا المؤرخ في 1971/02/10، نشرة القضاة 1972، العدد2، ص66، في قضية (م. م) ضد السيدة (م.م)، أن نفقة المتعة واجبة على المطلق يحكم بها القاضي لو لم تطلب المطلقة[727]، فسبب وجوب المتعة هو الطلاق المستبد به من الزوج والحكمة من تشريعها هي جبر خاطر المطلقة من إساءة إستعمال الزوج لحقه في الطلاق، وتقدر المتعة بنفقة سنتين على الأقل ويجوز أن تفرض المتعة لمدة أكبر من ذلك حسب حالة المطلقة المالية والإجتماعية وظروف الطلاق ومدة الزوجية[728].

إلا أنه لم يرد نص صريح في تحديد مقدار متعة المطلقة ولا نوعها، فإختلف في ذلك: - فذهب الشافعية إلى أنه يعتبر في تقدير القاضي للمتعة حال الزوجين كليهما، وأنه يستحب أن لا تنقص المتعة عن ثلاثين درهما، ويسن أن لا تبلغ نصف مهر المثل، ومحل ذلك إذا فرض الحاكم المتعة، أما إذا إتفق عليها الزوجان فلا يشترط عدم مجاوزتها مهر المثل، وذهب الحنفية إلى أن المتعة درع وخمار وملحفة لا تزيد على نصف مهر المثل، وقال المالكية والحنابلة أن المتعة معتبرة بحال الزوج المطلق يسرا وإعسارا إليه[729].

3- قانونا: أما عن القانون الجزائري فلم يتحدث عن المتعة ولم يتناولها بالتنظيم في نصوصه، وحتى القوانين العربية التي نصت على المتعة لم تضع لها تعريف، وهذا راجع لكون السلطة التشريعة ليس

[726] احمد نصر الجندى، المرجع نفسه، ص 340 – 341

[727] المحكمة العليا، غرفة الاحوال الشخصية، 1971/02/10، ملف رقم غير موجود، نشرة القضاة 1972، العدد 2، ص 66، انظر، جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في مادة الاحوال الشخصية، الجزء 1، المرجع السابق، ص 109

[728] إيهاب محمود يسن، النفقة ما بين سؤال و جواب، موقع رجل مصر، www.egypt.man.net، ص 12

[729] احمد اباش، الاسرة بين الجمود والحداثة، مرجع سابق، ص 344

من مهامها تعريف المصطلحات التي نستعملها إلا في نطاق ضيق يعرف بالتفسير التشريعي، وهذا لا يكون إلا في بعض الأحيان عندما يكون المصطلح غامض أو يحتمل عدة معانٍ[730].

ب -**المتعة للمطلقة بعد الدخول**: لما كان الأصل في تشريع المتعة هو جبر خاطر المطلقة وكانت مواساتها من المروءة التي تطلبها الشريعة الإسلامية وكان من أسس تقديرها قول الله تعالى: "ومتعوهن على الموسع قدره وعلى المقتر قدره" [الآية 226 من سورة البقرة]، وكان إيجاب المتعة هو مذهب الشافعي الجديد حيث أوجبها للمطلقة بعد الدخول إن لم تكن الفرقة منها أو بسببها وهو قول لأحمد إختاره بن تيمية، كما أن إيجابها مذهب أهل الظاهر وهو قول لمالك أيضا (المذهب الشييرازي فقه شافعي ج2ص68 – 67 والمحلى لإبن حزم ج 10 ص 249 – 245) [731].

-ما يمكن ملاحظته أن المتعة ليست تعويضا عن الضرر وإنما هي واجب معنوي وأخلاقي على المتقين وعلى المحسنين بعد الدخول وبعد الطلاق الذي لا يتعسف فيه الزوج، ولا يترتب عليه ضرر مباشر للمطلقة، لكن إذا ثبت تعسف الزوج في ممارسة حقه في الطلاق وثبت أنه قد ألحق ضررا بالمطلقة فإن ذلك الضرر سيكون موجبا للتعويض قضاء[732]، كما أن المفارقة بسبب الوفاة لا تستحق المتعة، لأن المتعة إنما شرعت للمطلقات، والنصوص القرآنية التي شرعت بها المتعة، إنما نصت على المطلقات ولم تتناول غيرهن، ولأن المتوفى عنها زوجها تستحق الميراث[733].

أما عن المتعة في القانون المغربي فنجد أن المشرع المغربي إحتفظ بالطابع الجزائي للمتعة وذلك بالنص في المادة (84) من المدونة على أن مستحقات الزوجة تشمل الصداق المؤخر إن وجد ونفقة العدة، والمتعة التي يراعى في تقديرها فترة الزواج (كعنصر جديد في تقدير المتعة)، والوضعية المالية للزوج(دون الوضعية المالية للزوجة) وأسباب الطلاق ومدى تعسف الزوج في توقيعه، فكلما تقدم الزوج بطلب يرمي إلى إنهاء رابطة الزواج فإن القاضي يبحث في أسبابه فإذا ثبت لديه أنه أمام صورة من صور الطلاق التعسفي فإنه يراعي عند تقديره لمتعة الزوجة الأضرار المادية والمعنوية اللاحقة بها ولحماية حق الزوجة في المتعة ألزم المشرع الزوج بإيداع مستحقات الزوجة داخل أجل ثلاثين يوما

[730] عبد النور عيساوي، حق المطلقة في المتعة بين الشريعة الاسلامية والقانون الوضعي، مجلة القانون، العدد 04، مجلة محكمة، ديسمبر 2014، المركز الجامعي احمد زبانة بغليزان، معهد العلوم القانونية والادارية، الصفحات [194 . 155]، ص 16

[731] نادية حسن ابوسكينه ومنال عبد الرحمن خضر ، العلاقات والمشكلات الاسرية ، مرجع سابق ، ص 253

[732] عبد العزيز سعد، قانون الاسرة الجزائري في ثوبه الجديد احكام الزواج والطلاق بعد التعديل، مرجع سابق، ص 172

[733] الكبيسي احمد عبد الرزاق، متعة المطلقة في الفقه الاسلامي، مجلة الحكمة، العدد 28، مارس 2004، ص 237

حسب المادة (83)من مدونة الأسرة تحت طائلة إعتباره متراجعا عن رغبته في الطلاق حسب المادة (86)من مدونة الأسرة[734]،

فقد حدث في مصر أن تزوج رجل إمرأة بغرض الإستيلاء على إرثها وبعد أن تم له ذلك طلقها ليتزوج كاتبة لديه، وحين تأكد للمحكمة من الهدف من الزواج الأول تم الحكم لفائدة الزوجة بمتعة في شكل إيراد عمري، جبرا لخاطرها، وضمان سبل عيشها خاصة وأنها بقيت دون معيل، غير أن تطبيق ذلك في المغرب يبقى أمرا مستبعدا، إذ من غير المنطقي أن يبقى الشخص مدينا طيلة حياته، خاصة مع غياب النص القانوني، وبالمقابل يكون من الواجب على المحكمة مراعاة الضرر الذي قد تحدثه الزوجة لزوجها المطلق، من قبيل قيامه بممارسات لا أخلاقية، أو غير ذلك مما قد يعكر صفو العلاقة الزوجية متى كان أحد هذه الوقائع هو الدافع إلى إنحلال الرابطة الزوجية[735].

لكن بالنسبة للقانون الجزائري يلاحظ أن المشرع الجزائري لن ينص على المتعة إطلاقا في قانون الأسرة، لكن بالرجوع إلى قرارات المحكمة العليا نجدها متعارضة فمنها من جعلت المتعة و التعويض إسمين لشيء واحد فلا يقضى بمبلغ يسمى تعويضا و بمبلغ آخر يسمى متعة، وفي قرارات أخرى جعلت التعويض والمتعة كإستحقاقين مختلفين نتيجة الطلاق التعسفي، وإذا كان مجال إستعمال مصطلح المتعة في الشريعة الإسلامية أضيق منه بكثير مما هو عليه مصطلح التعويض في القوانين الوضعية، فإنه يمكن إعتبار التعويض المقرر للمطلقة بموجب نص المادة (52) يغطي الأمرين، أي يمكن إعتباره جبرا لخاطر الزوجة، عما أصابها من ضرر بسبب الطلاق كما هو مقرر في المتعة شرعا بحكم أن مجال إستعمالها أضيق من مجال إستعمال التعويض، غير أنه ينبغي على القضاء مراعاة عدة جوانب عند تقدير مبلغ هذا التعويض منها الضرر اللاحق بالمطلقة وظروفها الإجتماعية، مدة أو عمر الزواج، أضف إلى ذلك كون هذا التعويض يعد من ناحية أخرى بمثابة الرادع الذي يثني الزوج عن التعسف في إستعمال حقه الشرعي في توقيع الطلاق[736].

---

[734] حفيظة توتة، متعة طالبة التطليق للشقاق بين النص التشريعي والعمل القضائي، شبكة العلوم الجنائية MAROCPENAL، ص 548

[735] تزاوي فتح الله، حق المطلقة في المتعة بين التشريع والتطليق، دراسة مقارنة، مجلة المنارة للدراسات القانونية والادارية، العدد 17، مجلة محكمة، فبراير 2017، الصفحات[230 . 223]، ص 226

[736] وحياني جيلالي، حماية حقوق المراة في قانون الاسرة الجزائري على ضوء الاتفاقيات الدولية، اطروحة لنيل شهادة دكتوراه علوم تخصص قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم قانون خاص، جامعة ابي بكر بلقايد .تلمسان . الجزائر، 1439 . 1440 هـ/ 2018 . 2019 م، ص 253

وقد وضع الفقهاء ضابطا كليا لبيان الحالات التي لا تستحق فيها المطلقة متعة الطلاق فقالوا: "إن كانت الفرقة من قبل الزوج فلها المتعة، وإن كانت الفرقة من قبل الزوجة فلا تستحق المتعة، وهذا ما عليه عامة الفقهاء، قال الكاساني: "فكل فرقة جاءت من قبل الزوج قبل الدخول في نكاح لا تسمية فيه، فنوجب المتعة، لأنها توجب نصف المسمى في نكاح فيه تسمية، والمتعة عوض عنه كردة الزوج وإباية الإسلام، [وكذا الفرقة بالإيلاء واللعان والجب واللعنة]، وكل فرقة جاءت من قبل المرأة، فلا متعة لها، لأنه لا يجب بها المهر أصلا، فلا تجب بها المتعة"[737].

ج - إشكالات المتعة:

أوجب الإسلام الصداق والمتعة وهي تعويض لجبر إيحاش الطلاق ولا ريب أن المرأة يلحقها الكثير من الأذى يوقع الطلاق عليها، وقد يقعد بها ذلك عن الزواج في المستقبل، لأن الناس غالبا ما ينصرفون عن المطلقة، وقد يكون ما أخذته من الصداق قد إستهلك، فلا يبقى لها ما تستعين به لصيانة نفسها وحفظ كرامتها، إلا ما يدفع إليها من المال بإسم المتعة[738]، ولما كان الحديث عن إستحقاق المطلقة لمتعة الطلاق يشترك فيه الحديث عن إستحقاق الزوجة المطلقة لنصف المهر بل إن القرآن الكريم ذكر الحالتين في موضوع واحد في سورة البقرة، كان لابد من بيان الحالات التي تستحق فيها المطلقة نصف المهر حتى يزول الإلتباس بين الحالتين، وبيان ذلك أن الزوجة المطلقة تستحق نصف المهر فيما إذا كانت في حالة عقد صحيح وسمي المهر تسمية صحيحة وحصل الفراق بطريقة بأن طلقها الزوج قبل الدخول والخلوة الصحيحة بسبب منه، وبأن فارقها أو فرق القاضي بينهما أيضا بسبب منه قبل الدخول كالإيلاء أو اللعان أو لعنة الزوج أو ردته[739]،

وبهذا يظهر الفرق بين إستحقاق الزوجة للمتعة أو نصف المهر كما يأتي:

- المتعة قد تكون قبل الدخول والخلوة الصحيحة وبعده، ولكنها قبل الدخول يشترط فيها ألا يكون قد سمي المهر، أو سمي تسمية فاسدة.

---

[737] الربيع وليد بن خالد، متعة الطلاق في الفقه الاسلامي و قانون الاحوال الشخصية الكويتي، دراسة مقارنة، مجلة الحقوق، العدد 2،مجلد 39 محكمة، 2015، ص 283

[738] الصالح محمد بن احمد بن صالح، متعة الطلاق في الفقه الاسلامي، مجلة اضواء الشريعة، العدد 09، جامعة الامام محمد بن سعود الاسلامية، كلية الشريعة، مجلة محكمة 1978، ص 55

[739] بني فضل عبد الحميد راجح عبد الحميد كردي، متعة الطلاق بين الفقه وقوانين الاحوال الشخصية: عرض ونقد، مجلة الجامعة العربية الامريكية للبحوث،المجلد 2، العدد 01، الجامعة العربية الامريكية .عمادة البحث العلمي . مجلة محكمة مارس 2016، ص 72 . 73

- نصف المهر لا يكون إلا قبل الدخول والخلوة الصحيحة فقط، وشرطه أن يكون قد سمي المهر تسمية صحيحة علما أنهما يتفقان في أن سبب إستحقاق الزوجة في كل منهما بسبب الزوج أي تكون الفرقة بسبب الزوج[740].

ففي مسألة المتعة كلام كثير وآراء مختلفة يستنتج منها أن المتعة لا تكون واجبة للتي تطلق قبل الدخول وقد فرض لها الصداق، فيكفيها نصف الصداق المقرر لها شرعا، وأما المطلقة بعد الدخول فتجب لها المتعة ديانة لا قضاء وذلك تبعا لمدى إحسان مطلقها وتقواه، وأما إذا وقع الطلاق بعد الدخول لمن سمي لها صداق فالمتعة مستحبة و غير واجبة، كما أن المتعة في حد ذاتها غير مقدرة القيمة ولا محددة النوع وهي غير واجبة ولا مستحبة بالنسبة للمطلقة التي تمارس حق الخلع أو التطليق، أو يفسخ عقد زواجها لسبب من أسباب الفسخ الشرعية أو القانونية[741].

ونجد المشرع الجزائري إستعمل لفظ التعويض عن الطلاق التعسفي إلا أنه في بعض القرارات كان القاضي يحكم بالمتعة وليس بالتعويض، وعليه فالقانون الجزائري أخذ بمبدأ التعسف في إيقاع حق الطلاق ورتب جزاء على الزوج إن تعسف في إستعمال هذا الحق[742]، إلا أن الفقه الإسلامي قد حسم الأمر حينما قرر أن التعويض يكون للمرأة سواء تعسف الزوج في الطلاق أو لم يتعسف، وهذا التعويض هو مايسمى في الفقه الإسلامي (المتعة) تدفع للمطلقة جبرا لخاطرها لما حل بها من حزن وأسى جراء الطلاق الذي أوقعه الزوج، على خلاف بين العلماء في هذا التعويض أهو على سبيل الوجوب؟ وهذا أصح الآراء وأرجحها أم هو على سبيل الندب و الإستحباب؟، وهكذا فقد ألزم الفقه الإسلامي المطلق بدفع غرامة مالية (متعة) للمطلقة ينجب ربها خاطرها و لم يحدد ذلك بتعسف أو غيره، وإنما ربط الحكم بعلة إذا وجدت وجد الحكم معها وهي كما ترجح لدينا (طلاق إستبد به الزوج فتغم المرأة به وتتأذى)[743]،

وإذا ربطنا التعويض للضرر اللاحق بالمطلقة بالتعسف فإن القاضي قد يدرك التعسف وقد لا يدركه، ذلك لأن الطلاق أساسا ينبني على أسرار خفية فكيف يتبينها القاضي؟ومؤدى هذا إلى إضطراب الأحكام

---

[740] بني فضل عبد الحميد راجح عبد الحميد كردي، المرجع نفسه، ص 73

[741] عبد العزيز سعد، قانون الاسرة الجزائري في ثوبه الجديد احكام الزواج والطلاق بعد التعديل ، مرجع سابق، ص 173

[742] حايد فريدة، بين المتعة والتعويض في القوانين الوضعية والشريعة الاسلامية، مجلة دراسات وابحاث، المجلة العربية في العلوم الانسانية والاجتماعية، مجلد10، عدد 3 سبتمبر 2018 السنة العاشرة، العدد 32، مجلة محكمة سبتمبر 2018، جامعة الجلفة، الصفحات [352 . 334]، ص 342

[743] مصري مبروك، الطلاق واثاره من قانون الاسرة الجزائرية،مرجع سابق، ص 235

القضائية وتضاربها، فتارة يحكم على متعسف بالتعويض وأخرى لا يحكم عليه، بل قد يحكم على غير متعسف بالتعويض ولا يحكم على متعسف بالتعويض، مع أن العلاج الحقيقي والسالم من الإضطراب والتضارب موجود في أحكام الفقه الاسلامي، فلماذا هذا الخلط إذن؟ لأنه كما قال على حسب الله: (ويقترحبعض المفكرين أن يكون للمرأة على الزوج تعويض إذا أساء إستعمال حقه في الطلاق ليفكر في عاقبة أمره قبل أن يقدم على تطليق إمرأته، والشريعة العادلة أرفق بالمرأة وأرحم وأسبق إلى ما فكروا فيه فقد أوجبت لها هذا التعويض بإسم المتعة - أي الترفيه وتخفيف الآلام -سواء أساء الرجل في إستعمال حقه أم أحسن لأن في إستقلاله بالطلاق إساءة لها وإيحاشا على كل حال؟)[744].

-وهذا ما نقترحه على المقنن الجزائري، ونضيف إلى هذا إزالة التعسف والتعويض وإبداله با(المتعة) حتى تكون الفائدة أعم، لأن الأخذ بالمتعة وأحكامها محقق للمصلحة، ولم يخرج من دائرة الفقه الإسلامي، بل هو القول الصحيح شرعا على ما تبين لنا لصحة أدلته ورجحانه و الله أعلم[745].

وهناك إشكال تمثل في هل تتقادم المتعة؟ إذ تجب المتعة للمطلقة "عند من يجوز ذلك" أو لورثتها من رأس ماله تشارك فيها غرماء التركة، ولكنإذا جهل الزوج أو الزوجة المتعة حتى مضت أعوام فما الحكم؟؟، قال القرطبي: من جهل المتعة حتى مضت أعوام فليدفع إليها وإن تزوجت و إلى ورثتها وإن ماتت" رواه إبن المواز عن إبن القاسم[746].

بقي المشرع الجزائري صامتا حول توضيح المسألة بشكل يوحد العمل القضائي، فبين من يعطي للمطلقة التعويض عن الطلاق التعسفي ونفقة المتعة ونفقة العدة وبين من يعتبر المتعة تعويضا عن الطلاق التعسفي فيه نوع من ضربة حظ وأكيد أن من يحكم لها بالمتعة والعدة والتعويض أفضل بكثير ممن يحكم لها بالتعويض ونفقة العدة فحسب، ويظل تدخل المشرع الجزائري ضروريا في هذا الموضوع على غرار المواضيع السابقة حتى نكون أمام قانون مكتوب متوازن وليس أمام إجتهاد قضائي مضطرب وغير منسجم[747]، فلم يحسم القضاء في الجزائر هذه المسألة وإختلطت عليه الأمور ولم يتبن موقفا واحدا، ولعل إجتهاده تطبيقا للمادة(222)من قانون الأسرة جعلت المسألة دون نسق واحد وإجتهاد موحد[748]، ذلك أن القضاة في الواقع العملي التطبيقي نجدهم وفي أغلب الأحيان يحكمون

[744] مصري مبروك، مرجع نفسه، ص 235 – 236

[745] مصري مبروك، مرجع نفسه، ص 238

[746] احمد فتحي بهندسي، نفقة المتعة بين الشريعة والقانون، دار الشروق . القاهرة، الطبعة الاولى، 1408 هـ. 1988 م، ص 67

[747] باديس ديابي، صور واثار فك الرابطة الزوجية في قانون الاسرة، مرجع سابق، ص 177

[748] باديس ديابي، مرجع نفسه، ص 101

للمطلقة بمبلغ من المال ويلزمون الزوج بدفعه لها بسبب الطلاق التعسفي تحت تسميات مختلفة فمرة يصفون هذا المبلغ المحكوم به بالمتعة ومرة يصفونه بالتعويض، وذلك لما له علاقة إرتباط أو تفريق في نظرهم بين عبارتي المتعة والتعويض، هذه الأخيرة التي شاع إستعمالها في مجال التعويض عن الطلاق التعسفي[749].

أما في القانون المغربي لم تكن أحقية الزوجة طالبة التطبيق في الحصول على المتعة تطرح أي إشكال، فإن صدور قرار المجلس الأعلى (محكمة النقض حاليا) عدد433 بتاريخ21 سبتمبر2010 في ملف عدد 2009/1/2/623 قلب هذا المسار بكيفية يمكن القول أنها غير مسبوقة في مسار العمل القضائي بالمغرب، فقد جاء في هذا القرار: "لا تستحق المطلقة المتعة بل التعويض عند ثبوت مسؤولية الزوج عن الفراق"، فالمتعة لا يحكم بها حسب القرار إلا في حالة الطلاق أو التطليق الذي يتم بناء على طلب الزوج أما في حالة التطليق للشقاق بناء على طلب الزوجة فإنه لا يحكم لها بالمتعة، وإنما يحكم لها بالتعويض بعد أن تثبت مسؤولية الزوج عن الفراق[750]، فهذا القرار أحدث من عدم قاعدة لم يأت بها المشرع مفادها أن الزوجة التي تطالب بالتطليق للشقاق لا تستحق ما يترتب عن التطليق بصريح نصوص قانونية من مستحقات وخاصة منها المتعة، بل أنه عاكس إرادة المشرع، وحتى إرادة واضع الدستور إذ أنه فرض تمييزا بين الرجل والمرأة فخالف بذلك مقتضيات ديباجة الدستور إذ أنه فرض تمييزا بين الرجل والمرأة فخالف بذلك مقتضيات ديباجة الدستور، والفصل التاسع عشر منه وأن محاكم الموضوع إضطرت إلى مجاراة هذا القرار في توجهه مخافة أن تتعرض أحكامها للنقض والإلغاء من لدن أعلى جهاز قضائي هكذا تحول القرار المذكور إلى "إجتهاد قضائي" موجه طوعا أو كرها لمحاكم الموضوع رغم أنه لم يصدر عن غرفتين مجتمعتين أو عن مجموع الغرف[751].

ومن الإشكالات القانونية في القانون المغربي التي أثارت إختلاف القضاء بخصوص المتعة هو تحديد الحد الفاصل بينها وبين التعويض عن الضرر، ذلك أن المشرع إحتفظ بالطابع الجزائي "التعويض للمتعة" من خلال المادة (84)من مدونة الأسرة عندما إعتبر أسباب الطلاق ومدى تعسف الزوج في توقيعه من المعايير المعتمدة في تحديد مقدار المتعة، ونتساؤل هل المتعة تستغرق التعويض عن الضرر وتشمله، أو يجب أن تحدد إستقلالا عن التعويض عن الضرر؟ وما جعل هذا التساؤل أكثر إلحاحا

[749] عبد العزيز سمية، متعة الطلاق وعلاقتها بالتعويض عن الطلاق التعسفي في الشريعة الاسلامية وقانون الاسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 126

[750] نقلا عن، مدونة الاسرة بين النص والتطبيق من خلال العمل القضائي لمحكمة النقض، مرجع سابق، ص 59 . 60

[751] مدونة الاسرة بين النص والتطبيق من خلال العمل القضائي لمحكمة النقض، المرجع نفسه، ص 60

هوما جاء على لسان وزير الأوقاف والشؤون الإسلامية جوابا على الإقتراح الرامي إلى التعبير بالتعويض بدلا من عبارة المتعة بعبارة التعويض يغني عنه كون عبارة التعبير بالمتعة لفظ قرآني، ويفيد تعويض المطلقة و هو فضل عبارة تكريم بالنسبة للمرأة من كلمة التعويض"[752].

وعلى ضوء ما تقدم من مقارنة فإنه لا يمكن القول بتاتا بأن التعويض الذي نصت عليه المادة(52)من قانون الأسرة الجزائري هو المتعة نفسها التي شرعها الله عزّوجل للمطلقات، أما التعويض المذكور في المادة (53) مكرر وفي المادة(55) من قانون الأسرة فهو متعلق بالمتعة جزما لأن الأول يكون لمن تطلب التطليق والثاني يكون في حالة النشوز وقد يحكم به الزوجة كما قد يحكم به الزوج، ولعل هذا ما يؤكد أن المشرع الجزائري أغفل مسألة المتعة أو إستبدلها بالتعويض عن الضرر ولو راعى القانون جميع أحكام المتعة خصوصا في ما تعلق بالمادة(52)، أكان إجتهادا متميزا وحسنا بحيث يضاف إلى المتعة التي أوجبها الله عزّوجل بالقرآن، ذلك التعويض الذي يكون في حالات خاصة يقدرها القاضي بسبب الضرر مع وجوب التفصيل في أمرين: الأول فيما تعلق بمفهوم التعسف و الثاني في تحديد الضرر[753].

وهناك إشكال آخر تمثل في: هل تغني المتعة عن التعويض في الطلاق التعسفي؟: إختلف الفقهاء في هذه المسألة على قولين: القول الأول: ذهب جمع من الفقهاء المعاصرين إلى أن المتعة تغني عن التعويض المفروض لها في القانون، بل إنها الصورة الحقيقية للتعويض عن الضرر الواقع بالطلاق وهي تحقق المقصود من التعويض بصورة أشد وأقوى و تحفظ للمرأة كرامتها التي قد تمس قبل الحكم بالتعويض، ومن هؤلاء الفقهاء نجد محمد الزحبلي الذي قال: "إن الإعراض عن متعة الطلاق وعدم معرفة النساء لها وعدم الإلتزام بها في المجتمع، وعدم تطبيقها في القضاء، كل ذلك وغيره سوغ للناس المطالبة بالتعويض عن الطلاق، مع أن القران الكريم قد بيّن ذلك قبل أربعة عشر قرنا، ثم حذر منه الإمام النووي رحمه الله قبل سبعمائة سنة من هذا الإعراض والإغفال عن هذا الحق"، أما القول الثاني: نلاحظ أن المشرع الجزائري من خلال قانون الأسرة لسنة 1984 المعدل والمتتم بالأمر

[752] حفيظة توتة، متعة طالبة التطليق للشقاق بين النص التشريعي والعمل القضائي، مرجع سابق، ص 550

[753] عبد الرحيم مقداش، انحلال الرابطة الزوجية بين الفقه الاسلامي وقانون الاسرة الجزائري، رسالة ماجستير قانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري- تيزي وزو، 2013/12/19، ص 149

الرئاسي 02/05 ومن خلال المادة (52)منه إستعمل لفظ التعويض عن الطلاق التعسفي إلا أنه وجدت بعض القرارات القضائية حكمت للمطلقة بنفقة المتعة[754].

وفي قرارات أخرى مصطلح الطلاق التعسفي أو حكم بهما معا في قرار واحد، فكيف يمكن أن يحكم القضاء بهما في آن واحد؟ إن المتعة المستحقة للزوجة إنما لجبر خاطرها نتيجة الطلاق ولا تضرر الزوجة من الطلاق إلا إذا كان خلاف رغبتها، فإن هي رضيت به فلا حق لها في المتعة وكذلك الحال لو طلبت هي فراق زوجها، وبذلك فإن المتعة تشترك مع التعويض في مدلول واحد وذلك أنه في حالة الطلاق التعسفي فإن المتعة تتحول إلى تعويض يجبر الضرر الذي يحصل للزوجة نتيجة هذا الطلاق التعسفي، وهذا ما يعني إختصاص قاضي الحكم بإجبار الزوج على دفع مبلغ مالي معين نقدا إلى مطلقته، تعويضا عما أصابها من ضرر كل ما كان الطلاق تعسفيا[755]،

مع العلم أن مدلول كلمة متعة أضيق مما هي عليه كلمة تعويض في القوانين الوضعية، وذلك أن الأولى مخصصة لجبر خاطر الزوجة المطلقة ويراعي في تقديرها الحالة الإقتصادية لكل من المطلق والمطلقة، وليس لأدناها ولاأقصاها حد معين وبإعتبار أن الثانية يجوز إستعمالها لجبر أي ضرر عن أي فعل غير مشروع، ويراعي القاضي في تقديرها مقدار الخسارة وفوات الكسب ولا يجوز أن يحكم بما يتجاوز مقدار الضرر أو بما يقل عنه، وهنا نجد أنفسنا أمام تساؤل هام وهو هل بالإمكان الجمع بين المتعة والتعويض في آن واحد؟[756]،

ففي إطار تطبيق المادة(52)قانون أسرة تعارض الإجتهاد القضائي للمحكمة العليا بين قرارات جعلت التعويض والمتعة إسمين لشيء واحد فلا يقضي بمبلغ يسمى تعويضا وبمبلغ آخر يسمى متعة، وقرارات أخرى جعلت من حقوق المطلقة التعويض والمتعة كإستحقاقين مختلفين نتيجة الطلاق التعسفي لمن أراد زوجها فراقها تغليبا لرأي الشافعية، وخلافا لتناقضات المحكمة العليا بين القول أن المتعة والتعويض شيء واحد والقول أن التعويض يختلف عن المتعة، فإن الصحيح هو أن المتعة تختلف عن التعويض ذلك بأن المتعة تستحق للزوجة شرعا دائما حسب وسع الزوج و أساس إستحقاقها الشرع من الكتاب والسنة وإجماع الأمة مع الإختلاف بين القول بوجودها و الندب إليها، أما التعويض فمصدره القانون لا الشرع على أساس نظرية التعسف إستعمال الحق التي قنن المشرع الجزائري

---

[754] بومبعي عبد اللطيف، التعويض عن الضرر في الطلاق التعسفي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الشهيد حمه لخضر بالوادي، 2014 .2015، ص 77

[755] بومبعي عبد اللطيف، مرجع نفسه، ص 77 . 78 . 79

[756] بومبعي عبد اللطيف، مرجع نفسه، ص 79

أحكامها في المادة (41) من الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 1975/09/26 المضمن القانون المدني المتمم والمعدل[757].

ثالثا- نفقة المعتدة: المعتدة ما دامت في العدة فهي محتسبة لحق زوجها لا يحل لها أن تتزوج بغيره حتى تنقضي عدتها ولهذا تجب لها على مطلقها النفقة بأنواعها الثلاث من طعام وكسوة وسكنى ويراعى فيها ما روعي في نفقة الزوجة فتقدر بحسب حال الزوج يسارا أو إعسارا و حال الأسعار غلاء ورخص، ويشترط لإستحقاقها أن لا يفوت إحتباسها بسبب من قبلها كأن تخرج من مسكن العدة بغير عذر يبيح لها ترك الإقامة فيه وتعتبر دينا صحيحا للمطلقة التي تستحقها من تاريخ الطلاق فلا تسقط إلا بالأداء أو الإبراء ولا تتوقف على القضاء بها أو التراضي عليها[758].

وقد أوجب المشرع نفقة العدة بموجب المادة (61)بقوله "ولها الحق في النفقة في عدةالطلاق"، وقد قرر الفقه الإسلامي حق النفقة في العدة بموجب القاعدة الشرعية التالية: "من حبس لأجل غيره وجبت نفقته عليه"، وإستنادا على هذه القاعدة نظر الفقه الإسلامي في حبس المعتدات أثناء العدة فوجدوا أن بعضا منهن حبس لحق الزوج فأوجبوا النفقة عليه، وبعضا منهن لم يكن حبسه لحق الزوج فلم يوجب عليه نفقتهن[759]،

وعليه فنفقة العدة تجب على ثلاث أنواع من النساء وهم: النوع الأول: كل إمرأة فارقها زوجها بغير وفاة بعد زواج صحيح شرعي بسبب من عنده، سواء أكانت الفرقة بالطلاق أم كانت بالفسخ وسواء أكان سبب الفسخ مشروعا كإختياره نفسه بعد البلوغ أم لم يكن مشروعا كإرتداده و فعله بأحد أصولها أو فروعها ما يوجب حرمة المصاهرة، النوع الثاني: كل إمرأة كان سبب إفتراقها عن زوجها من جهتها ولكنه مع ذلك سبب غيره محظور شرعا كأن تختار نفسها بالبلوغ أو لنقصان مهرها عن مهر أمثالها، النوع الثالث: كل إمرأة طلقها القاضي على زوجها بعد طلبها ذلك منه بموجب المادة(53)من قانون الأسرة[760].

---

[757] بن داواد عبد القادر، الاثار المالية للطلاق بالنسبة للزوجة في قانون الاسرة الجزائري الاشكاليات وحلها، جامعة وهران، المعيار العدد التاسع، 1425 هـ/ 2004 م، ص 255 . 256

[758] عبد الوهاب خلاف، احكام الاحوال الشخصية في الشريعة الاسلامية على وفق مذهب ابي حنيفة وما عليه العمل بالمحاكم، دار العلم للنشر والتوزيع، طبعة ثانية، 1410هـ . 1990 م، ص 174

[759] عبد الفتاح تقية، الطلاق بين احكام تشريع الاسرة، مرجع سابق، ص 193

[760] عبد الفتاح تقية، مرجع نفسه، ص 194

وتجب نفقة العدة إذا كانت الفرقة من زواج صحيح و كانت بطلان من الزوج ومن القاضي، بسبب من الزوج، وكانت الفرقة فسخا وكان الفسخ من قبل الزوج، أو كان من قبل الزوجة، ولكن لا معصية فيه كأن تختار نفسها بخيار اللأفاقة بعد الدخول بها، ولا تجب النفقة في أحوال ثلاث: إذا كانت العدة من دخول فاسد أو من وطء بشبهة، إذا كانت المعتدة من وفاة لأن النفقة تجب على الزوج وقدمات الزوج فلا يكون هنالك من تجب عليه النفقة، إذا كانت الفرقة بسبب فسخ كان بمعصية الزوجة[761].

ولا تخلو المعتدات من ثلاث حالات وهي كآتي:

1 . الرجعية: وهي التي طلقها زوجها في نكاح صحيح على غير عوض بعد الدخول أو الخلوة دوم ما يملك من العدد، فنفقتها كنفقة الزوجة لقوله تعالى: "وبعولتهن أحق بودهن في ذلك إن أرادوا إصلاحا"(البقرة 228)، فسمى الله المطلقين بعولة فالمطلقات الرجعيات في حكم الزوجة،

2 . المتوفى عنها زوجها: وهيلانفقة لها ولاسكنى ولو كانت حاملا لإنتقال المال إلى زوجها

3 . البائن بفسخ أو طلاق: البائن بفسخ هي التي فسخت نكاحها لعيب في الزوج أو لفوات شرط وهي بائن بينونة صغرى، والبائن بطلاق هي من طلقت بعوض وهذه بائن بينونة صغرى، أو طلقها بآخر ما يملك من العدد، وهذه بائن بينونة كبرى، فالبائن بفسخ أو طلاق السكنة دون النفقة إلا أن تكون حاملا فلها السكنى دون النفقة إلا أن تكون حاملا فلها السكنى والنفقة، لقوله تعالى: " وإن كن أولا حمل فأنفقوا عليهن حتى يضعن حملهن" (الطلاق 6)، ولأنها تحمل للمفارق جنينا يجب عليه أن ينفق عليه ولا طريق للإنفاق على الجنين إلا بالإنفاق على أمه والنفقة للحمل لا لها وهذا مرجوح والراجح حديث فامطة بنت قيس "لاسكنى ولا نفقة"[762].

فعدة الحامل هنا لا تثير أية إشكالات بإعتبارها تنتهي بالوضع، على عكس المطلقة غير الحامل بإعتبار عدتها تبدأ من تاريخ ثبوت الطلاق بحكم قضائي فقد يبدأ سيران مدة العدة القانونية بعد إنتهاء العدة الدينية، وبالتالي بأي وجه حق فرض المشرع الجزائري النفقة طيلة هذه المدة على الزوج الطليق؟ ما يستدعي على المشرع تدارك الوضع، كما أنه من الناحية الشرعية أجمع الفقهاء المسلمون على أن الخلع طلاق بائن، ومنه شرعا إذا قضى بالخلع سقطت النفقة إلا إذا كانت المطلقة حاملا فتثبت

[761] عبد العزيز عامر، الاحوال الشخصية في الشريعة الاسلامية فقها وقضاء،"الزواج"، دار الفكر العربي، ط اولى، مطابع الدجوى، عابدين . القاهرة، 1404هـ ، 1984م، ص 370، 371

[762] محمد بن عبد العزيز العقيل، فقه الاسرة، مركز التنمية الاسرية، دبلوم الارشاد الاسري المعتمد بمركز التدريب وخدمة المجتمع بكلية المعلمين بجامعة الملك فيصل، جمعية الرقي الاحساء، حقيبة تدريبية اكادمية، 1429هـ. 2008م، ص 61

النفقة لحملها، لأن المطلقة طلاقا بائنا لا تجب لها النفقة وهي غير حامل، لكن من الناحية القانونية بما أن المشرع الجزائري أورد أحكاما عامة بالطلاق بأنواعه الأربعة فتفرض نفقتها على مختلعها، وهو إشكال آخر يعارض أحكام ومبادئ الشريعة الإسلامية[763].

فنفقة العدة في الفرقة من نكاح فاسد لا نفقة لهاإذا كانت حائلا إذ لا تستحق المعتدة من نكاح فاسد نفقة ولا سكنى لأن حال العدة معتبر بحال النكاح، ولا سكنى ولا نفقة في النكاح الفاسد فكذا في العدة منه، وهذا إذا كانت المرأة حائلا أي غير حامل، أما الحامل لها النفقة فإن كانت المعتدة من نكاح فاسد حاملا فلها النفقة لأن نسب الحق لاحق به – أي بالوطئ– والنفقة الحقيقية هي للحمل وإن كانت المرأة هي التي تقبضها[764].

ومن أبرز إشكالات نفقة العدة:

نجد القضاء إهتمإهتماماخاصا بما تعلق بالعدة من حيث مبدأ مواعيدها وآجالها حين يفصلون في منح المطلقة لنفقة العدة وذلك لأن الإشكال يطرح نفسه بحدة في هذا الخصوص وهو أن هناك من النساء من يعتدن ب 3 أشهر، وأخريات من تعتدن عدة وضع الحمل وهي فترة قد تكون قصيرة أقل من ثلاثة أشهر كما قد تكون طويلة فقد تصل إلى 08 أو 09 أشهر و قد تكون عدة طلاق، ثم تتحول إلى عدة وفاة،وعليه فإن ما يستوجب من الجهة القضائية المختصة في هذه الحالة أن تدرس هذه الوضعية حالة بحالة مما يتطلب منها أن تأخذ بعين الإعتبار بعض الأمور الأساسية لهذه الحالات[765]، فإذا كانت الزوجة حاملا وقت الطلاق فإنه بالإعتماد على شهادة طبية يمكن أن تعرف الفترة المتبقية لوضع الحمل والتي هي فترة للعدة، مما يتطلب بضرورة السلطة التقديرية للقضاة تقدير النفقة المستحقة لتلك الفترة ذلك لأنه ليس من العدل أن تلزم المطلقة الحامل بأن تعتد إلى غاية وضع حملها في حين أن المطلق لا يلزم بالإنفاق عليها خلال تلك الفترة علما بأن القانون يمنحها حق البقاء في مسكن الزوجية إلى غاية إنقضاء عدتها ولا تحرم من ذلك إلا في حالة إرتكابها الفاحشة مبينة، وهذا ما نصت عليه المادة(61) من قانون الأسرة[766]، فعدة الحامل لا تثير أية إشكالات بإعتبارها تنتهي بالوضع بحكم قضائي، وكما أشرنا إليه سابقا قد يبدأ سيران مدة العدة القانونية بعد إنتهاء العدة الدينية،

[763] أكلي نعيمة، في اشكالات الطلاق الكاشف بين احكام الشريعة الاسلامية وقانون الاسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 177

[764] عبد الكريم زيدان، المفصل في احكام المراة والبيت المسلم في الشريعة الاسلامية، الجزء التاسع، مؤسسة الرسالة بيروت، ط 1، 1412 هـ . 1993 م، ص 247 . 248

[765] عبد الفتاح تقية، الطلاق بين احكام تشريع الاسرة، مرجع سابق، ص 212

[766] عبد الفتاح تقية، مرجع نفسه، ص 212

بالتالي بأي وجه حق فرض المشرع الجزائري النفقة طيلة هذه المدة على الزوج المطلق؟ ما يستدعي على المشرع تدارك الوضع[767].

ويثورإشكال آخر يتمثل في مسألة إعتبارنفقةالعدةمن النظام العام، هل يجوز للقاضي القضاء بها عند عدم طلبها من المتقاضي الدفاع؟ مبدئيا عند فصل القاضي في نفقة العدة دون طلبها من المتقاضي أو دفاعه نصطدم مع مبدأ أن القاضي لا يقضي بما لم يطلبه الخصوم، ومبدأ تحديد الطلب القضائي المتمثل في مبلغ لنقود إلا أننا نرى أن الحل الأنسب يتمثل أن على القاضي أن يحكم بحفظ حق الزوجة في نفقة العدة، كما يثور الإشكال كذلك بخصوص تنازل الزوجة عن نفقة العدة في الطلاق بالتراضي، فإن الحل أشارت إليه المادة(431) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الفقرة الثانية "... ينظر مع الزوجين أو وكلائهما في إتفاق، وله أن يلغي أو يعدل في شروطه إذا كانت تتعارض مع مصلحة الأولاد أو خالفت النظام العام"، وعليه على القاضي أن يلغي إتفاق الطرفين بتنازل الزوجة على نفقة العدة لأنهما خالفا النظام العام[768].

وعليه فإن ما تجدر الملاحظة إليه في هذا الصدد هو أن الأحكام القضائية الصادرة من مختلف الجهات القضائية أين نلاحظ فيها أن قضائنا فيما يتعلق بالفصل في نفقة العدة فإن أحكامهم لا يبينون ولا يوحون فيها فترة العدة المقررة شرعا و قانونا ومنه أيضا المبلغ المحكوم به هو نفسه تقريبا لكل المطلقات مما يتطلب لفت الإنتباه له في هذا الصدد وهو عدم التمييز في الأحكام القضائية بين فئات النساء المقررة لهن العدة بأصالة الأحكام الشرعية للعدة، وعليه فإن هذا الأمر لا يقبله المنطق ولا يستقر له الإنصاف فالتي تعتد به 03 قروء ليست كالتي تعتد عدة وضع الحمل، والتي تكون عدتها قصيرة ليست كالتي عدتها طويلة، ذلك أن صاحبة العدة الطويلة قد تصل إلى09أشهر؟، ومنه أيضا الملاحظات على الأحكام القضائية وهو أن القاضي لا يشير في حكمه على تنازل المرأة على حقها في نفقة العدة حيث أن كثيرا من النساء اللواتي يقدمن على الطلاق بالتراضي نجد القاضي في هذه الحالة يهمل جانب هذه النفقة إذ يكتفي فقط بالإشهاد للطرفين على إتفاقهما على الطلاق، دون الإشارة إلى التنازل عن هذا الحق في الحكم[769].

رابعا :نفقة الإهمال

[767] أكلي نعيمة، في اشكالات الطلاق الكاشف بين احكام الشريعة الاسلامية وقانون الاسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 177

[768] كدار حسين، دليل القاضي و المتقاضي والدفاع في اثار فك الرابطة الزوجية (المشكل والحل والاقتراح)، مرجع سابق، ص 4-5

[769] عبد الفتاح تقية، الطلاق بين احكام تشريع الاسرة، المرجع سابق ، ص 212 . 213

أ -**تعريف الإهمال لغة**: أهمل (إهمالا) الشيء طرحه جانبا ولم يستعمله أو لم يقم به، عمدا أو نسيانا وسهوا "أهمل واجباته"[770]، أما إصطلاحا فيعرف الفقهاء على أنه: عدم الإنضباط، عدم التقيد، والإلتزام وهو اللامبالاة وقلة الإعتناء[771].

فنفقة الإهمال: هي تلك النفقة الواجبة للزوجة نتيجة إهمال الزوج خلال الفترة التي تسبق الحكم بالطلاق[772]، فنفقة الإهمال شرعا: عند جمهور الفقهاء: فقد ذهب كل من المالكية والشافعية والحنابلة في إحدى الروايتين إلى القول بأن نفقة الزوجة تصير دينا في ذمة الزوج من وقت وجوبه وإمتناع الزوج عن أدائها وإستدل الجمهور بقوله تعالى: "وعلى المولود له رزقهن و كسوتهن بالمعروف"، أما عن الحنفية والحنابلة في الرواية الأخرى أنه لا يحق للزوجة أن ترجع على زوجها بما تجمد لها من النفقة لعدم ثبوته دينا في الذمة عليه، وإستدل الحنفية على ما ذهبوا إليه أن النفقة تعتبر في واقع الأمر صلة، وإن كان لها شبه بالأعواض من بعض الوجوه، كإحصان الزوجين وحفظ النسب تكون صلة، وإعتبرها عوضا من بعض الوجوه لأنها مقابل الإستماع والإحتباس من الزوج[773].

أما قانونا: هي إعمال الإهمال التي تمس حقوق الزوجة المادية متمثلة في حقها في النفقة، إذ هذه الأخيرة حق للزوجة يقع على عاتق زوجها، وهي توفير ما تحتاج إليه من طعام ومسكن وخدمة ودواء وكساء، ونصت المادة (74) من قانون الأسرة الجزائري على ما يلي: "تجب نفقة الزوجة بالدخول بها أو دعوتها إليه ببينة مع مراعاة أحكام المواد (78) و(79) و(80) من هذا القانون، وعليه إتفق قانون الأسرة الجزائري مع الشريعة الإسلامية في كون النفقة حق للزوجة على زوجها حتى وإن كانت غنية، وتستحق النفقة بالدخول بها بناءا على عقد صحيح أو بدعوة الزوج إلى الدخول ببينة[774].

وعليه فموقف الإجتهاد القضائي من نفقة الإهمال نجد المحكمة العليا أصدرت في هذا الصدد ما تعلق بسقوط النفقة عن الزوجة قرارا جاء فيه: "متى كان من المقرر شرعا أن سقوط النفقة عن الزوجة لا يكون إلا بعد ثبوت أنها بلغت بالحكم النهائي القاضي برجوعها لمحل الزوجية وبعد ثبوت إمتناعها عن

---

[770] جبران مسعود، الرائد الصغير، معجم ابجدي للمبتدئين، دار العلم للملايين، ط 1، أيار (مايو) 1982، مؤسسة ثقافية للتاليف والترجمة والنشر، بيروت .لبنان، ص 106 . 107

[771] حميدودملة،جرائم اهمال الزوجة في التشريع الجزائري، مجلة القانون والعلوم السياسية، المجلد الرابع، العدد 02، الرقم التسلسلي:08، جوان 2018 الموافق لـ 8 رمضان 1439، ص 719

[772] مسعودي رشيد، النظام المالي بين الزوجين في التشريع الجزائري، دراسة مقارنة، اطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون، كلية الحقوق، جامعة ابو بكر بلقايد تلمسان، 2005 . 2006 ص 74

[773] مسعودي رشيد، المرجع نفسه، ص 74 . 75

[774] حميد ودملة، جرائم اهمال الزوجة في التشريع الجزائري، مرجع سابق، ص 721 . 722

تنفيذ هذا الحكم مما يجعلها ناشزا عن طاعة زوجها ومن ثم فإن النعي عن القرار المطعون فيه بالخطأ في تطبيق الشريعة الإسلامية في غير محله و يستوجب النقض"، .. وعليه فإن النشوز يجب أن يكون ثابتا حتى تحرم المرأة من حقها في نفقة الإهمال، ومما تجدر ملاحظته في هذا الصدد هو أن على الجهة القضائية المختصة عند تقديرها للنفقة عليها أن تأخذ بعين الإعتبار الراتب الشهري للزوج، ومداخله وكذلك ظروف معاشه وإعساره من يسره[775].

ب -إشكالات نفقة الإهمال:

والإشكال الذي يطرح بخصوص نفقة الإهمال هو تاريخ سريانها من تاريخ رفع الدعوى أو سنة قبل رفع الدعوى؟ الحل في هذه المسألة أن تاريخ سريان نفقة الإهمال مرتبط بالإثبات والإعفاء من الإثبات، فتعفى الزوجة من إثبات الإهمال إذا كانت مطالبتها بالنفقة من تاريخ رفع الدعوى والمبرر في ذلك أن المشرع الجزائري بموجب المادة(80) من قانون الأسرة أعفى الزوجة من اللإثبات عند سريان نفقة الإهمال من تاريخ رفع الدعوى لتوفر قرينة قانونية بموجب المادة(80)من قانون الأسرة أن وجود نزاع بين الزوجة وزوجها قرينة أن هذا الأخير لا ينفق على زوجته من تاريخ قيد عريضة إفتتاح الدعوى، أما إن كانت مطالبة الزوجة بالنفقة لمدة قد تصل إلى سنة قبل رفع الدعوى فهنا تكون الزوجة ملزمة بالإثبات، فإن أقامت الدليل حكم لها بنفقة إهمال لمدة تتجاوز سنة قبل رفع الدعوى، أما إن لم تقم الدليل فلا يجوز رفض طلبها الرامي لنفقة الإهمال، بل لابد أن يحكم لها بنفقة إهمال تسري من تاريخ الدعوى تحرم الزوجة الناشز والتي ثبت نشوزها بحكم قضائي من نفقة الاهمال[776]،

وجاء في قرار المحكمة العليا بتاريخ 2008/11/12 "....حيث طالما أن الطاعن يقر من خلال وقائع القضية بأن زوجته كانت خارج بيت الزوجية منذ 2004/06/28 نتيجة للنزاع الذي نشب بينهما، فإنه يبقى أمام هذه الحالة ملزما بالإنفاق عليها، لكونها ما زالت في عصمته وتبقى هي محقة في أن ينفق عليها زوجها(الطاعن) طالما لا وجود لحكم نشوزها كما برر ذلك قضاة الموضوع وهو تبرير سليم، الأمر الذي يستوجب رفض الوجه لعدم قانونيته وتبعا لذلك رفض الطعن"[777].

خامسا: حق السكنى وأجرته

[775] عبد الفتاح تقية، الطلاق بين احكام تشريع الاسرة والاجتهاد القضائي، مرجع سابق، ص 213

[776] كدار حسين، دليل القاضي والمتقاضي والدفاع في اثار فك الرابطة الزوجية (المشكل والحل والاقتراح)، مرجع سابق، ص 37

[777] مجلة المحكمة العليا، 2008، العدد 02، ص 317، انظر، كدار حسين، مرجع نفسه، ص 37 . 38

قبل التطرق إلى إشكالات السكن لا بد من التطرق أولا إلى تعريفه، فالمسكن لغة: مصدر (السكن) الدار فيها: إذا أقام، وإسم معنى الإسكان كالرقبى بمعنى الأرقاب وهي في قولهم: داري لك سُكنى، في محل النصب على الحال، على معنى (مُسْكَنَةٌ أو مسكونا فيها)[778].

أما التعريف الشرعي: لم يعط غالبية الفقهاء المسلمين معنى معينا للمسكن، ولم يضعوا تعريفا محددا لمسكن الزوجية، بل إكتفوا بوضع عدة شروط ومواصفات أكدوا على ضرورة توافرها بمسكن الزوجية، بخلاف الحنفية الذين عرفوا السكنى على أنها: "المكث في مكان على سبيل الإستقرار والدوام"[779].

وبالنسبة لتعريف الإصطلاحي: هو المكان الذي يكون مشتملا على كل ما يلزم للسكن من أثاث وفرش وآنية ومرافق وغيرها مما تحتاج إليه الأسر"، وعرف أيضا بأنه: "المسكن الذي يؤمن راحة الزوجة بأن يكون خاص بها لا يشاركها فيه أحد ويكون مشتملا على المرافق الضرورية وكل ما يلزم، ويكون مستورا بحيث تؤمن الزوجة على نفسها ومالها وعرضها، ويتناسب مع حالة الزوج الإجتماعية[780].

أما القانوني: فقد عرف المشرع الجزائري المسكن في المادة (355) من قانون العقوبات: "يعد كل منزلا مسكونا بعد كل مبنى أو دار أو غرفة أو خيمة أو كشك ولو منتقل متى كان معدا للسكن وإن لم يكن مسكونا وقت ذلك وكافة توابع مثل الأحواش وحظائر الدواجن ومخازن الغلال والإسطبلات ولمباني التي تؤجر بداخلها مهما كان إستعمالها حتى ولو كانت محاطة بسياج خاص داخل السياج أو السور العمومي"[781]،

وعليه فإن هذا التعريف تضمن جريمة إنتهاك حرمة السكن والذي توسع في مفهوم المسكن ليشمل ليس فقط المكان المسكون بل المكان المعد للسكن، بينما القانونين المدني والأسرة فلم يتضمنا أي تعريف للسكن.

---

[778] ابي الفتح ناصر الدين المطرزي، الإلهام اللغوي، المغرب في ترتيب المعرب، مرجع سابق، ص 406

[779] سامية بلحبيب، امال حبار، مسكن المطلقة الحاضنة، دراسة مقارنة بين الفقه الاسلامي وقانون الاسرة الجزائري، مجلة الاجتهاد القضائي، المجلد 13، عدد خاص(العدد التسلسلي 25)، جانفي 2021[صص: 799 . 814]، مخبر اثر الاجتهاد القضائي على حركة التشريع، جامعة محمد خيضر بسكرة، ص 801

[780] سامية بلحبيب، امال حبار، مسكن المطلقة الحاضنة، دراسة مقارنة بين الفقه الاسلامي وقانون الاسرة الجزائري، المرجع نفسه، ص 801

[781] المادة 355 من الامر 66/ 156، المؤرخ في 18 صفر عام 1386 هـ الموافق ل 20 يونيو 1966، يتضمن قانون العقوبات الجزائري المعدل والمتمم

إن المشرع لا يعرف المسكن الزوجي إلا أنني عثرت على تعريف في نص المادة (5) من الإتفاقية الجزائرية الفرنسية المتعلقة بأبناء الزواج المختلط حيث عرفته على أنه مكان الحياة العائلية المشتركة بنصها: "يقصد بالجهة القضائية المختصة في هذه الإتفاقية الجهة القضائية التي يوجد بدائرة إختصاصها المسكن الزوجي، بإعتبار مكان الحياة العائلية المشتركة"، ويؤكد الدكتور تقية عبد الفتاح هذا التعريف، حيث إعتبر المسكن الزوجي المكان المخصص لإقامة الزوجين وأولادهما حال قيام الرابطة الزوجية بغرض جمع شمل الأسرة وحفظ إستمرارها[782].

فمسكن المطلقة المقصود به هو المكان الذي كان يقيم فيه الزوجان وأولادهم إقامة معتادة وقت الطلاق، وهو المسكن المعتاد للمطلق والمطلقة قبل الإنفصال ما كان يسمى قبل الطلاق بمسكن الزوجية سواء كان منزلا أو جزء من المنزل[783].

إن فقهاء المالكية عند حديثهم عن السكنى في نطاق الزواج يدرجونها ضمن النفقة، أما حين الطلاق فيعبرون عنها بما يفهم منها كونها مستقلة نحو: "يجب للمطلقة النفقة والسكنى مع إختلاف في نوع الطلاق" أي التمييز بين البائن و الرجعي، وبين المتوفى عنها، وذلك مرده إلى إنحلال العصمة التي تجمع الزوجين والتي توجب إقرار الحقوق و الواجبات وبيانها لكي لا يشكل الأمر على أي مكلف مستحق[784].

أما عن حق السكنى للمتوفى عنها زوجها فقد إختلف الفقهاء، حيث ذهب الحنفية إلى أنها لا سكن لها، أما المالكية أقروا لها السكن لكن بشروط، أما الشافعية فمنهم من قال لا سكنى لها ومنهم من قال لها السكنى، أما الحنابلة فلهم ثلاث روايات فالأولى لا سكن لها، أما الثانية فأقروا للمعتدة عن وفاة بالسكنى إذا كانت حامل، أما الثالثةفأقروا لها السكنى حاملا كانت أم حائلا، ففي الزواج الفاسد المعتدة لا يثبت لها الحق في السكنى[785].

أ: إشكالات السكنى

[782] سعادي لعلى، الزواج وانحلاله في قانون الاسرة الجزائري، دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص 453

[783] بن عيشوشفاطمة،الحقوق الزوجية بين احكام تشريع الاسرة والاجتهاد القضائي، مرجع سابق، ص 60

[784] القسطاسي، يوسف، سكنى المطلقة ونفقتها في المذهب المالكي ومدونة الاسرة المغربية، مجلة المنبر القانوني، عدد 6، مجلة محكمة، ابريل 2014، ص 199

[785] رابح لعراجي، حقوق المعتدة وواجباتها في التشريع الجزائري، مرجع سابق، ص 254

لعل الإشكال الكبير هنا هو ما يتعلق بحق الإسكان للزوجة خاصة ما إذا كانت حاضنة ولم يكن للزوج سكن آخر يمكن أن يوفره للمرأة الحاضنة، فهل يترك لها مسكن الزوجية؟، وهل يذهب للبحث عن سكن آخر إنطلاقا من الحفاظ على مصلحة المحضونين؟[786].

حيث نصت المادة(72)من قانون الأسرة 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"، حيث يتضح من خلال هذا النص أن المشرع قد كفل للحاضنة المطلقة الحق في السكن حتى ولو كانت حاضنة لإبن واحد أو بنت واحدة على خلاف ما ورد النص عليه في المادة(52)قبل تعديلها من خلال عبارة "مع محضونيها"، والذي يفهم منها أن شرط إستحقاق السكن أن تكون حاضنة لأكثر من واحد، كما يظهر أيضا أن المشرع قد أغفل عمدا النص على أسباب سقوط حق المطلقة الحاضنة في المسكن أو بدل إيجاره دون أي مبرر، وذلك عكس ما نصت عليه الفقرة الأخيرة من المادة(52)قبل تعديلها: "تفقد المطلقة حقها في السكن في حال زواجها أو ثبوت إنحرافها" كما أنه لم يبيّن الحكم في حالة ما إذا كانت الفرقة خلعا أو تطليقا، ولم يكن للرجل يد في إيقاع الطلاق وكذا الحكم عند الفرقة باللعان[787].

وبناء على ما تقدم تنطلق ملاحظتنا على نص المادة (72)من قانون الأسرة الجزائري من سؤال محوري ما مصير الزوج المطلق بعد أن تبقى الحاضنة والطفل المحضون في المسكن الزوجي؟، بالنظر لنص المادة (72) نجد أنها لم تراع الظروف الإجتماعية والإقتصادية التي يعيشها أغلب المطلقين الذين يجدون أنفسهم بدون مأوى، وهذا ما يتعارض مع إلتزام الموضوعية والفهم العميق للواقع الإجتماعي الجزائري ويزداد المشكل حدة في الحالة التي يكون المسكن الزوجي يشغله والدي المطلق أو أن المطلق هو الذي يجب أن يكون خارج المسكن الزوجي، هذا ما يفرض رؤية تتجاوز الدائرة الضيقة التي تعتمد على قراءة النص القانوني دون الأخذ بعين الإعتبار المعطيات الإجتماعية مما يستدعي لزوما إخضاع القواعد التي تحكم وتؤطر العلاقة الأسرية إلى نوع من المرونة الواقعية في التعامل معها، قصد ضمان توزيع عادل للإلتزاماتالإقتصادية بين الزوجين بعد إنهاء العلاقة الزوجية حماية لمصالحهما، وأيضا مصالح الأطفال المحضونين الذين يتأثرون أكثر من غيرهم، فإستحضار المعطيات الإجتماعية داخل

[786] لوعيل محمد لمين، المركز القانوني للمراة في قانون الاسرة الجزائري، بحث لنيل شهادة الماجستير فرع عقود ومسؤولية، كلية الحقوق والعلوم الادارية، جامعة الجزائر. بن عكنون، 2001 . 2002، ص 81

[787] محفوظ بن صغير، الاجتهاد القضائي في الفقه الاسلامي وتطبيقاته في قانون الاسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 681 . 682

العلاقة الأسرية أصبح عاملا حاسما ومتحكما في جل النزاعات القضائية، لاسيما أن القاضي أمام مؤسسة أصبحت أكثر تعقيدا أمام تداخل القواعد القانونية[788].

في النص القديم كان السكن وأجرته حقا للولد إلا أن بعد التعديل تجاهل المحضون وإهتم بالحاضنة أو بالأصح بالمرأة المطلقة، على إعتبار أنها مهضومة الحقوق ولابد من حمايتها، ويتأكد ذلك عندما إشترط أن يكون السكن ملائما للحاضنة، مع الإشارة أن الكلام عن ملائمة المسكن للحاضنة مسألة نسبية وذاتية أيضا، والسؤال المطروح متى يكون السكن ملائما للحاضنة؟ وهل يجب أن يكون مطابقا لمسكن الزوجية سابقا من حيث عدد الغرف و الموقع...؟ كيف يقدر القاضي هذه الملائمة؟

إن وضع مثل هذا الشرط ما هو إلا تشدد من المشرع، والأصل أن المسكن يجب أن يكون لائقا لممارسة الحضانة، كما جاء في النص باللغة الفرنسية: un lodgement decent، فالنص باللغة الفرنسية لا يقيد لياقة المسكن بالحاضنة بل هي مرتبطة بصلاحية المكان لممارسة وظيفة التربية والرعاية للحضانة فالمسألة موضوعية[789].

تتعرض الحاضنة للعديد من محاولات التحايل وإنتزاع حقها الشرعي في التمتع بالسكن مع أطفالها، من خلال عدة طرق قد يعمد لها الزوج لسلبها هذا الحق أثناء الشروع في إجراءات الطلاق أو بعدها، ولمحاولة الإحاطة بسلبيات هذه الممارسات والحد من تداعياتها على الزوجة وخاصة المحضون، أقر المشرع الجزائري من خلال نص المادة (57) مكرر من قانون الأسرة المتعلق بسكن الحاضنة رفقة محضونيها،حيث يجعل من السكن مسألة إستعجالية وأكد عليه على الرغم من أنه يدخل في مشتملات النفقة[790].

وبما أن الأصل في المحضون هو أن يسكن مع والديه إلا أن المشكل يطرح عند إنحلال الرابطة الزوجية حيث يحدد القاضي مبلغ النفقة والحضانة وكذا أجرة السكن، لكن المشرع إعتبر تكاليف سكن المحضون منفصلة من حيث تقديرها عن بقية التكاليف، وعلى هذا الأساس فإنه ملزم بأن تحدده المحكمة وأن يؤدي المبلغ الذي تحدده المحكمة حيث تقدره حسب يسر أو عسر الأب وظروفه

---

[788] كريمة محروق، الحماية القانونية للاسرةمابين ضوابط النصوص واجتهادات القضاء، رسالة مقدمة لنيل درجة دكتوراه العلوم في القانون، كلية الحقوق، جامعة الاخوة منتوري . قسنطينة، 2014 . 2015،ص129

[789] سعادي لعلى، الزواج وانحلاله في قانون الاسرة الجزائري: دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص 454

[790] رواق امال، تطبيقات القضاء الاستعجالي في قانون الاسرة الجزائري، مجلة التراث، عدد 19، مجلة محكمة سبتمبر 2015، مخبر جمع دراسة و تحقيق مخطوطات المنطقة وغيرها، جامعة زيان عاشور بالجلفة، الصفحات [250 . 240]، ص 245

الإجتماعية، لذلك إعتبر المشرع الجزائري تكاليف سكن المحضون مستقلة في تقديرها عن النفقة وأجرة الحضانة وغيرهما، وألزم الأب بأن يهيء لأولاده محلا لسكناهم أو أن يؤدي المبلغ الذي تقدره المحكمة لإيجاره[791]، وهو المبدأ الذي أقرته المحكمة العليا في قرارلها رقم 288072المؤرخ في 2002/07/31، المجلة القضائية، 2004، العدد1، ص278، في قضية (ح.ط.ع.ق) ضد: (بن.إ.ص) أنه لا يعفى الأب من توفير السكن أو دفع بدل الإيجار بإعتبارهما من مشتملات النفقة حتى ولو كان للحاضنة سكن[792].

والملاحظ أن المشرع قد منح الحق في المسكن للحاضنة فقط، أي جاء النص على صيغة المؤنث دون لفظ المذكر، مما يستلزم إبعاد الحاضنين من الرجال فما الغاية من ذلك؟، وهل أن الحاضنة هنا قصد بها الأم المطلقة فقط أو غيرها من أقربائها أو أقرباء الأب؟ ، إن النص في المادة (72) على مصطلح الحاضنة يقصد به الأم المطلقة دون غيرها وهو ما يفهم من قوله: "في حالة الطلاق يجب على الأب ..." وكذلك في الفقرة (02) من نفس المادة: " وتبقى الحاضنة في بيت الزوجية..."، وعليه فإن جعل المشرع للحاضنة الحق في المسكن دون غيرها من الحواضن غرضه حماية حق المرأة المطلقة بالدرجة الأولى وكذا حق الطفل في المسكن مع أمه بالدرجة الثانية، وما يثبت ذلك هو ما جاء في التقرير الدوري للجزائر حيث نص على مايلي: "... وتمنح المحاكم المدنية الجزائري في الغالبية الكبرى من حالات حضانة الطفل أو الأطفال للأم وتبعا لذلك فإن الأب مطالب وفقا للأحكام الجديدة بتوفير مسكن لائق أو عوضا عن ذلك بدفع منحة سكن تسمح بتغطية تكاليف إيجار مسكن لكي تتمكن الأم من ممارسة حق الحضانة المسندة إليها في ظروف مقبولة..."[793]،

فإذا كان المشرع قد أوجد الحل لمشكلة المطلقة الحاضن، فهل فكر في الرجل؟، بمعنى هل تعامل المشرع الجزائري مع هذه المشكلة على أساس المواطن الجزائري أم على أساس المرأة الجزائرية؟ إن إيجاد حل لمشكلة ما لا يكون له معنى إذا تولدت عنه مشاكل أخرى لا تقل حدة عن الأولى، وهكذا لم يترك المشرع الجزائري للزوج أي خيار فهو مجبر أن لا يطلق أو أن يوفر لها السكن أو أن يدفع بدل الإيجار ولا يهم إن كان فقيرا معدما أو لا يملك إلا سكنه، وعليه كان على المشرع أن يستعين بالنيابة

[791] نسيمة امال حيقري، نفقة المحضون في ظل التعديلات المستحدثة في قانون الاسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 206

[792] المحكمة العليا، غرفة الاحوال الشخصية، 2002/07/31، ملف رقم 288072، المجلة القضائية، 2004، العدد 1، ص 278، انظر، جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في مادة الاحوال الشخصية (قرارات المحكمة العليا . مسرد ألفبائي للكلمات الدالة)، الجزء الثالث، منشورات كليك، الطبعة 1، 2013، ص 1239

[793] بوكايس سمية، المساواة بين الجنسين في قانون الاسرة الجزائري في ضوء اتفاقية القضاء على جميع اشكال التمييز ضد المراة، مرجع سابق، ص 155 . 156

العامة كطرف أصلي كما نصت على ذلك المادة (03 مكرر)[794] من الأمر 02/05 التي ستتحرى بما تملك من آليات قانونية ومادية وتبحث عن حقيقة ذلك الشخص، فإن كان يملك فعلا أكثر من سكن أو تسمح قدراته المادية بدفع بدل الإيجار ألزمه القاضي عندها بتوفير السكن للمطلقة الحاضن، أما إذا تبين أن الرجل في عسر ولا تسمح ظروفه المادية بفعل شيء عفى عنه وحتى لا تضيع حق المرأة في مثل هذا الحال، هنا فقط تتدخل الدولة بتوفير السكن لهذه المطلقة الحاضن[795].

فبالرغم من أن المشرع الجزائري نص على دور وكيل الجمهورية في قضايا الأسرة وإعتباره طرفا أصليا فيه، إلا أن كيفيات هذا الدور والنصوص والمراسيم التي توضح ذلك تبقى قاصرة وناقصة، ومع ذلك فإننا نعتقد أن قاضي شؤون الأسرة إذا قام بتكليف وكيل الجمهورية بالبحث عن سلوك وسيرة الزوجين المتنازعين على أساس أن النيابة العامة تمثل جانب المجتمع وإستنادا إلى نص المادة (03 مكرر) من الأمر 02/05 فإن تقرير وكيل الجمهورية من شأنه الإسهام في مساعدة القاضي عندما يقدر مصلحة المحضون من عدمه[796].

غير أن المادة (72) قانون أسرة جزائري المعدلة لم تسلم من النقد الموجه لها بشأن الفقرة الثانية، فالمشرع الجزائري لم يكن موفقا في هذه الفقرة عندما نص على بقاء الحاضنة في بيت الزوجية حتى تنفيذ الأب للحكم القضائي المتعلق بالسكن/ وذلك لعدة إعتبارات أهمها:

- إن المشرع حصر الحاضنة في الأم المطلقة إلا أن هذا غير صحيح فقد تكون الحاضنة أما أو خالة أو أي حاضنة أخرى
- نعلم أن الطلاق في قانون الأسرة الجزائري أي أن المطلقة تصبح أجنبية عن مطلقها فكيف يمكن لها أن تقيم في بيت صار أجنبيا عنها، لذلك فإن المشرع الجزائري بصياغته لهذه المادة

[794] المادة 03 مكرر من قانون الاسرة: تعد النيابة العامة طرفا اصليا في جميع القضايا الرامية الى تطبيق احكام هذا القانون.

[795] قنفود رمضان، جوانب قانونية لمسألة سكن الحاضن، مداخلة اليوم الدراسي: سلطة القاضي في تقدير مصلحة المحضون. نظرات في قانون الاسرة الجزائري، 2009/11/11، كلية العلوم القانونية والادارية، جامعة حسيبة بن بوعلي بالشلف، ص 02 . 03

[796] سليمان ولدخسال، آليات القاضي في تقدير مصلحة المحضون، مداخلة اليوم الدراسي الخاص بسلطة القاضي في تقدير مصلحة المحضون،يوم 2009/11/11، كلية العلوم القانونية و الإدارية، جامعة حسيبة بن بوعلي بالشلف، ص 04

لم يكن موفقا لأنها تحمل الكثير من الغموض و عدم الدقة،[797] وأنه بذلك يسمح تطبيق هذه المادة (72) بهذه الطريقة إلى تحليل ما حرمه الله[798].

إن عدم النص على خروج الحاضنة من مسكن الزوجية أمر ما كان ينبغي إغفاله من جانب المشرع و إن فسره البعض على أنه وقع بعمد منه دون تبيان الغاية من وراء ذلك، وما دامت الحضانة ذاتها قد تسقط لأي سبب من الأسباب المقررة قانونا، فإنه يستتبعها حتما ووجوبا خروج الحاضنة من مسكن الزوجية[799].

حيث أن بقاء المطلقة في مسكن الزوجية بعد الطلاق يثير إشكالا لأنها أصبحت أجنبية عنه ولا يجوز لها البقاء معه، فطبقا للشريعة فإن المطلقة عليها ترك السكن العائلي بعد إنتهاء عدتها، وفي حالة أن الأب لم ينفذ الحكم القضائي القاضي بالسكن وقد إنتهت العدة فإنه لا يجوز لها شرعا ولا قانونا البقاء مع الزوج في بيت الزوجية فالمشكل هنا هو ربط المشرع خروج المرأة من بيت الزوجية مع تنفيذ الزوج للحكم القضائي بالسكن عليه ما هو غرض المشرع من ذلك؟، الملاحظ أن نية المشرع من إبقاء المرأة بمسكن الزوجية إلى حين توفير السكن هو من ناحية تنفيذ المرأة لعدتها الشرعية والقانونية بعد الطلاق، ومن ناحية أخرى وهو الراجح حماية المطلقة وكذا أطفالها من التشرد و الضياع بتوفير مسكن مؤقت إلى حين إيجاد الزوج للمسكن أو دفع بدل الإيجار[800]، إذ (لا يمكن تصور بقاء المطلقة في بيت مطلقها بعد صدور حكم الطلاق إذ أصبحت أجنبية عليه)، فالمشرع بموقفه هذا ضرب بالقيم والعادات عرض الحائط، كما يجب ألا ننسى أن عامة الجزائريين ليست لهم مساكن مستقلة، ففي الغالب يسكن الزوجان مع أهل الزوج في بيت العائلة، صغيرا كان أو كبيرا، فهل يعقل أن تبقى المطلقة شاغلة لغرفة الزوجية بعد تفكك هذه الرابطة؟[801].

[797] بن عصمان نسرين ايناس، مصلحة الطفل في قانون الاسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 121

[798] بن عيسى لخضر، حقوق المراة بين قانون الاسرة الجزائري والاتفاقيات الدولية لحقوق الانسان، بحث مقدم لنيل شهادة الماجستير حقوق الانسان، كلية الحقوق، جامعة وهران . السانية ،. 2008 . 2009، ص 106

[799] بوقرة ام خير، حق المحضون في اجرة مسكن الحضانة بين النص والتطبيق، مجلة العلوم الانسانية، سلسلة 19، عدد 01، مجلة محكمة 2019، جامعة محمد خيضر بسكرة، الصفحات [86 . 68]، ص 77

[800] بوكايس سمية، المساواة بين الجنسين في قانون الاسرة الجزائري في ضوء اتفاقية القضاء على جميع اشكال التميز ضد المراة، مرجع سابق، ص 156

[801] سعادي لعلى، الزواج وانحلاله في قانون الاسرة الجزائري: دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص 456

حل هذه الإشكالية يكمن في تقدير الدكتور محفوظ بن صغير أولا: في سرعة الفصل في قضايا الحضانة على وجه الإستعجال وهذا ما إستدركه المشرع من خلال نص المادة(57مكرر)[802]، ثانيا: إذا ثبت للقاضي أن الحاضنة لا مأوى لها إطلاقا فهنا تقدم مصلحة المحضون وتبقى الحاضنة في بيت مطلقها إلى غاية تنفيذ الأب للحكم القضائي المتعلق بالسكن أما إن كان لها مسكن خاص أو أهل تأوي إليهم فإنها تمكث في بيتها أو في بيت أهلها و تستحق بدل الإيجار منذ إنتهاء عدتها وخروجها من بيت مطلقها إلى غالية تنفيذ الأب الحكم القضائي هذا إذا تعذر عليه توفير سكن ملائم للحاضنة قبل تنفيذه للحكم القضائي، فكان الأولى بالمشرع أن يجعل بدل الإيجار مقدما على توفير السكن للحاضنة لأنه يكون في مقدور المطلق توفيره لها حال صدور الحكم بإيجابه[803]،

ومن جهة أخرى لم ينص القانون عن المدة التي تستحق فيها الحاضنة مسكنا للحضانة أو بدل الإيجار، فهل يبقى لها هذا الحق لو تزوجت بقريب محرم للمحضون؟ علما أن المادة (52) من النص القديم قبل تعديل قانون الأسرة كانت تشير إلى هذا الأمر، وعلى إثر ما تقدم فإنه من الأفضل على المشرع الجزائري تعديل ما ورد في الفقرة الثانية من المادة (72) المتعلقة ببقاء الحاضنة في بيت الزوجية حتى تنفيذ الأب للحكم القضائي المتعلق بالسكن حتى تتماشى مع الواقع وألا تخالف الشرع[804].

إن الأصل أو مبدئيا تسند الحضانة إلى الأم لأنها أولى برعاية ولدها، ولكن الإشكال المطروح في الحياة العملية هو أنه قد لا تسند الحضانة إلى الأم بل تستند إلى أم الأم أو الخالة أو أم الأب،... فهل يكون لهذه الحاضنة الحق في السكن أم لا؟ يمكننا القول أنه إذا أسندت الحضانة للأب فهو أولى بإعداد المسكن لممارسة الحضانة باعتباره ملزما قانونا وشرعا بالنفقة على أبناءه، لكن إذا أسندت الحضانة لغيره فالوضع يختلف إذ أننا عند دراسة النص نفهم أن الحاضنة التي تستفيد من الحكم لها بحق البقاء في المسكن هي أم المحضون دون سواها من الحاضنات اللواتي قد يتقرر لهن الحق في الحضانة، وفقا للترتيب الشرعي الوارد في المادة(64) قانون أسرة، وهذا ما نستشفه من الفقرة الثانية: "إذا كانت حاضنة..." هذه العبارة وردت مكملة للفقرة الأولى الخاصة بالتعويض في حالة الطلاق التعسفي والمشرع يعني بها المطلقة التي تقررت لها الحاضنة والمطلقة لاتكون إلا أما للمحضون، وبالتالي يستثنى

[802] المادة 57 مكرر من قانون الاسرة: يجوز للقاضي الفصل على وجه الاستعجال بموجب امر على عريضة في جميع التدابير المؤقتة ولاسيما ما تعلق منها بالنفقة والحضانة والزيارة والسكن.

[803] محفوظ بن الصغير، قضايا الطلاق في الاجتهاد الفقهي وقانون الاسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 316 – 317

[804] عبد الرحيم مقداش، انحلال الرابطة الزوجية بين الفقه الاسلامي وقانون الاسرة الجزائري .دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص 129

من تطبيق هذا النص كل إمرأة أسندت لها الحضانة ولا يسري إلا على الحاضنة الأم بموجب حكم القضاء[805]،

والإشكال المطروح هل إذا كانت الحضانة لغير الأم فهل الأب يلتزم بتأمين السكن بنفس الطريقة التي يلتزم بها إتجاه الأم؟ الإجابة بنعم، لأن المسكن من مستلزمات الحضانة فلا تمارس إلا فيه لكن ما نلاحظ هو أن بقاء الحاضنة غير الأم في المسكن الزوجي غير متوقع، ثم إن نص المادة (64) لا يسمح بإنتقال الحضانة لغير الأم مع وجوب الأب، فالأب يرتب مباشرة بعد الأم في ترتيب الحواضن، وحضانة الأب لا تسقط لنفس أسباب سقوطها عن الأم، حيث أن إحتمال فقد الأب للحضانة يكون لغيابه، كأن يكون مسجونا مثلا أو لعدم قدرته كأن يكون مصاب بمرض يعجزه[806].

وفي ظل هذه الدائرة المستديرة تبقى المطلقة و أولادها ضحية فكم من مطلقة حكم لها بالسكن وهي في الشارع تنازع السلطات لإستئجارها وكم من أولاد مشردين لا يعترف بهم القانون بأي شكل من الأشكال، فكثرة النصوص القانونية وتعديلها بين الحين و الآخر لم يستفيد منه لا الرجل الذي يزعم أن القانون في صالح المرأة، ولا المرأة التي لم تسلم من نظرة المجتمع القاسية وهذا بشهادة الكثير منهن، حيث تبقى مسألة الحاضنة معلقة إلى حين فصل السلطات المعنية فيها على أساس الإلزام والرقابة و هذا من أجل حماية المحضونين وتوفير لهم معيشة ملائمة[807].

بينما يرى القانون التونسي بما أن الزوجين أصبحا في خلاف فإن الحياة الزوجية قد تكون أصبحت أمرا مستحيلا بينهما وعلى ذلك الأساس يكون من الأحسن التفريق بين الزوجين في السكنى، وهذا التفريق يأذن به القاضي وهو له أثر وأن كل من الزوجين أصبح في حل من واجب المساكنة إلا أنه لا يعني أنه أصبح في حل واجب الوفاء والإخلاص أي أن عليه ألا يتصل جنسيا بغير قرينه ما دام الحكم بالطلاق لم يصبح نهائي والتفريق في السكنى يعني عادة الإذن للزوجة بمغادرة محل الزوجية وكثيرا ما ترجع إلى محل أهلها لكن من الممكن بصورة إستثنائية أن يأذن قاضي الأسرة للزوج بأن يغادر محل

[805] مقراني جمال، اشكالات حق الحاضنة في السكن وسلطة القاضي في تقدير ذلك، مداخلة الملتقى الوطني : اشكالات توابع الحضانة، سكيكدة، يومي 12/12 ماي 2017، كلية الحقوق، جامعة 20 اوت 1955، سكيكدة،ص 87

[806] سعادي لعلى، الزواج وانحلاله في قانون الاسرة الجزائري، دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص 458

[807] سامية بلحبيب، امال حبار، مسكن المطلقة الحاضنة، دراسة مقارنة بين الفقه الاسلامي وقانون الاسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 809. 810

الزوجية ولربما كان ذلك الحل الملائم لا بالنسبة للزوجة فقط بل وكذلك بالنسبة للأبناء الذين يواصلون العيش في نفس المناخ الذي إعتادوه[808]،

حيث جعل المشرع التونسي في الفصل(50) منه المسكن عنصرا من عناصر النفقة بقولها: "تشمل النفقة الطعام والكسوة والمسكن والتعليم، وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة"، وبخصوص المسكن فرق المشرع في الفصل (56)من القانون بين حالتين: الحالة الأولى: أن يكون للحاضنة مسكن، وحينذاك لا يلزم الأب بإيجاد مسكن لها، كما تكون مصاريف شؤون المحضون من ماله إن كان له مال وإلا فمن مال أبيه، أما الحالة الثانية: أن لا يكون للحاضنة مسكن، فعلى الأب أنذاك إسكانها مع المحضون، وذلك بتركها في مسكن الزوجية أو أن يوفر لها سكنا آخر لممارسة الحضانة[809]،

غير أن هذا النص شهد تنقيحا هاما بموجب قانون 4 مارس2008، ويتمثل في إضافة ست فقرات دون أن يقع تنقيح فقرته الأولى، ولقد تعرضت الفقرات المستحدثة إلى حماية حق الحاضنة في المسكن عندما يكون الأب ملزما بإسكانها مع المحضون وذلك بإقرار حق البقاء لها في مسكنه، أو بإلزام الأب بمواصلة دفع معينات كراء المسكن إن كانت الحاضنة تشغله أو أخيرا، بأداء منحة سكن، كما بينت كيفية مراجعة الفرع المتعلق بسكنى الحاضنة[810].

أما في القانون المغربي نجده نص عل السكنى في المادة (168) من مدونة الأسرة المغربية: -تعتبر تكاليف سكنى المحضون مستقلة في تقديرها عن النفقة وأجرة الحضانة وغيرهما، - يجب على الأب أن يهيئ لأولاده محلا لسكناهم، أو أن يؤدي المبلغ الذي تقدره المحكمة لكرائه، مراعيا في ذلك أحكام المادة (191)بعده، -لا يفرغ المحضون من بيت الزوجية إلا بعد تنفيذ الأب للحكم الخاص بسكنى المحضون، - على المحكمة أن تحدد في حكمها الإجراءات الكفيلة بضمان إستمرار تنفيذ هذا الحكم من قبل الأب المحكوم عليه[811]، وإذا بقي المحضون وحاضنه(أمه) في بيت الزوجية بعد أن غادره الأب بعد الإنفصال الأمر الذي يثير الكثير من المشاكل للحاضنة في مواجهة صاحب البيت، حيث يعتبرها محتلة له دون سند قانوني وقد ترفض مغادرته بعد إنتهاء العدة، الأمر الذي يجعل مالك البيت يطالب بالإفراغ و

---

[808] ساسي بن حليمة، قانون الاحوال الشخصية، محاضرات في القانون المدني، كلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس، جامعة تونس المنار، ص76

[809] احسين بن شيخ اث ملويا، المنتقى في قضاء الاحوال الشخصية، مرجع سابق، ص 446

[810] الرقيق نعمان، سكنى الحاضنة بين ضروريات الواقع ومقتضيات الحداثة، مجلة بحوث ودراسات قانونية، عدد 7، مجلة محكمة، 2012، ص 361

[811] احمد نصر الجندي، شرح قانون مدونة الاسرة المغربية، مرجع سابق، ص224

المسألة هنا تصطدم بصعوبات تتمثل في أن الزوجة تريد الإبقاء على البيت لحضانة أبنائها وستر نفسها، لأنه من الصعب عليها إيجاد سكن، وهي بذلك تعتبر محتلة للبيت[812]،

والقضاء المغربي عند النظر إلى الموضوع تطبيقا لأحكام مدونة الأحوال الشخصية الملغاة لم يستقر على رأي، فهناك قرارات متضاربة في الموضوع فإذا إعتبرت محتلة لبيت الزوجية فإن الأمر يثير مشاكل إجتماعية جمة عندما يقذفها خارج البيت هي وأبنائها، وعلى إعتبار أن الطلاق يأتي بعد محاولات صلح كثيرة و لا يلجأ إليه الزوج إلا بعد إستنفاذ جميع سبل الصلح، بل أن الزوجة قد تكون هي السبب، فإذا أخذت السكنى تكون قد ألزمت الموقف بأخذها السكن الذي هو في ملكية مطلقها بعدما يكون قد قضى ردحا من الزمن في الكد والتعب من أجل شراء هذا البيت ثم يقذف به في الشارع، هل يلجأ لكراء منزل آخر بنصف مرتبه بينما ديون البيت الأول لازالت تلاحقه؟ إذن إن الأمر في غاية الصعوبة مما يجعل بعض الفقه يذهب إلى ضرورة وضع نص تشريعي خاص أو الحسم في الأمر أمام القاضي، ولهذا جاءت هذه المادة لتقرر عدم إفراغ المحضون من بيت الزوجية إلا بعد تنفيذ الأب الحكم الخاص بسكنى المحضون[813]،

فمن المعلوم أن الأم الحاضنة تترتب عليها مجموعة من الواجبات والإلتزامات التي يتحمل بها الأب المكلف بنفقة إبنهالمحضون و الإشراف على تربيته ومراقبة أحواله، فالعنصر الذي يثير إشكالات و صعوبات دقيقة يتعلق بمحل السكنى الذي يتعين تخصيصه للمحضون وحاضنته تبعا لذلك بمعنى أن السؤال الذي يطرح نفسه بحدة يدور حول ما إذا كان عنصر السكن يدخل ضمن مشمولات الحضانة أم لا؟[814]

يقول أحمد زوكاغي في هذا الصدد: أن مدونة الأسرة قد تعرضت لمسألة السكن في مقتضيات المادة(168)بصورة واضحة لا لبس فيها حيث أعتبرت تكاليف سكنى المحضون مستقلة في تقديرها عن النفقة وأجرة الحضانة وأن الأب عليه الإلتزام بضرورة تهيء مسكن لأولاده أو أن يؤدي المبلغ الذي تقدره المحكمة حسب سلطتها التقديرية لكرائه وأنه لا يفرغ المحضون من بيت الزوجية إلا بعد تنفيذ الأب الحكم الخاص بسكنى الحاضنة، ولقد أعطى المشرع المغربي للزوجة المطلقة حق البقاء ساكنة بعد الطلاق مع المحضون أي إذا كان لها ولد و لم يمكنها الأب من السكنأو مقابله، فلا مسوغ للحكم

[812] سعادي لعلى، الزواج وانحلاله في قانون الاسرة الجزائري، دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص 463

[813] سعادي لعلى، المرجع نفسه، ص 463

[814] امينة ايت حسين، الاساس القانوني لسكنى المطلقة الحاضنة في التشريع المغربي والتشريعات المقارنة وموقف الاجتهاد القضائي منه، مقال منشور في شبكة العلوم الجنائية، MAROC PENAL، ص 196

عليها بالإفراغ بعلة الإحتلال بدون سند لكونها مستفيدة من الإعتمار بالتبعية لا بصفتها مطلقة فحسب وإنما بصفتها حاضنة له وفي هذا الإطار جاءت المادة(54)من القانون الكراء الجديد(12-67) والتي يستفاد من مضمونها على أنه يمكن في حالة طلاق الزوجين أن يستمر مفعول الكراء لفائدة الأم الحاضنة و أطفالها بنفس الشروط التعاقدية التي كانت تربط مطلقها مع المكري[815]،

فقد كان بقاء المطلقة في المحل المكتري الذي تقطنه مع مطلقها بعد إنفصال للعلاقة الزوجية وإنقضاء المدة، يعتبر بمثابة إحتلال بدون سند ولا قانون خصوصا إذا قام الزوج بفسخ عقد الكراء حيث يكفي اللجوء إلى قاضي المستعجلات ليضع حدا للإحتلال ويقضي بإفراغها غير أن المشرع أحسن صنعا حين إستحضر البعد الإنساني وذلك بالسماح للمطلقة الحاضنة ضمن الفئات التي يمكن أن يستمر مفعول الكراء لفائدتها فالمشرع يتحدث فقط عن إمكانية إستمرار مفعول الكراء لفائدة المطلقة لكن بشروط هي أن يتم الطلاق وأن تكون المطلقة خاضعة لأطفالها، أما المطلقة غير الحاضنة فلا تستفيد من هذه الإمكانية لأن الغاية من هذه المكانة هي حماية الأم الحاضنة من عناء البحث عن محل آخر للكراء مع إستفادتها من مميزات الكراء القديم الرابط بين مطلقها وبين المكري[816].

فقد حاول المشرع المغربي من خلال المادة (168) إيجاد حلول و وضع حد للعديد من المشاكل التي ترتبط بموضوع سكنى المحضون والتي لم يستقر القضاء فيها على رأي موحد، كالحالة التي تبقى فيها الحاضنة مع محضونها في بيت الزوجية الذي يعود لزوجها المفارق لها مما يؤدي بهذا الأخير إلى المطالبة بإفراغها من البيت على أساس إنتهاء علاقة الزوجية وبالتالي إحتلالها له بدون أساس قانوني، فبعدما لم تكن النصوص التشريعية في ظل مدونة الأحوال الشخصية تعطي حلا عمليا يمثل هذه المسألة فضلا على أن القضاء لم يستقر على رأي موحد حسمت هذه المادة الموضوع وقررت عدم إفراغ المحضون من بيت الزوجية إلا بعد تنفيذ الأب الحكم الخاص بسكنى المحضون[817].

الأصل أن مسكن الحضانة هو مسكن الزوجية، وإلا يلزم الزوج بتهيئة مسكن مستقل مناسب بشرط أن يكون في ذات البلد الذي كانت تقيم فيه الحاضنة أو بلد الزوجة أو البلد الذي تعمل به إذا كانت من ذوات الحرفة ويراعى أن يكون قريب من مكان إقامة الأب بحيث يمكنه الأب من رؤية إبنه دون

[815] امينة ايت حسين، الاساس القانوني لسكنى المطلقة الحاضنة في التشريع المغربي والتشريعات المقارنة وموقف الاجتهاد القضائي منه، مرجع نفسه، ص 196 . 197

[816] امينة ايت حسين، مرجع نفسه، ص 197

[817] حسين امينة ايت، الاساس القانوني لسكنى المطلقة الحاضنة في التشريع المغربي، المجلة المغربية للدراسات القانونية والقضائية، عدد 11, 12، مجلة محكمة 2016، الصفحات [73 . 46]، ص 67

مشقة ومتابعة أحواله، فإذا أقام المطلق دعوى إستبدال مسكن الزوجية كمسكن حضانة بتهيئة مسكن مستقل مناسب فإن إرتضت الحاضنة هذا الإستبدال يجب على القاضي إعمال رضائها بالإستبدال، وإن رفضت لابد أن يكون لهذا الرفض ما يبرره كأن يكون مسكن الحاضنة مهيأ بعيد عن العمران أو غير آمن أو غير مستوفى المرافق الشرعية أو في غير البلد الذي كانت تقيم فيه، ويقع على عاتق المطلق إثبات أن المسكن المهيأ للحضانة مناسب ومستوفى المرافق الشرعية ويقع على الحاضنة أن تنفي ذلك سواء بطريق الطلب أو الدفع، ولا يغير من ذلك أن يكون مسكن الزوجية الذي أقامت فيه الحاضنة مع الصغار بعد الطلاق غير مستوفى للمرافق الشرعية، إذ يشترط في مسكن الحضانة المهيأ أن يكون مسكن مستوفى للشروط الشرعية[818].

فالأصل أن مسكن الزوجية يهيء من طرف الزوج لذا يجب توعية الزوجة بضرورة الإحتفاظ بالفواتير والوصولات التي تمنكها من إثبات ما إقتنته أثناء الحياة الزوجية وأن النزاع إذا لم يكن بينها وبين زوجها قد يكون مع ورثته[819]، فإذا كان الأب ملزما بتوفير مسكن ملائم للمحضون عملا بالمادة (2/72) من قانون الأسرة، فالمفروض أن يراعي ضابط "الملائمة" في حال الحكم بأجرة مسكن الحضانة، ذلك أن المحضون هو صاحب الحق الأصيل في مسكن الحضانة، فمن الصواب أن يقضي له بالمسكن الملائم أو بأجرة مسكن ملائمة، أليس هو أحق بذلك؟ كما أنه ما قد يكون ملائما له قد لا يكون كذلك بالنسبة للحاضنة، وأن مصلحته مقدمة على مصلحة الحاضنة[820].

ومن أبرز إشكالات السكنى: نجد الإشكال يثور بخصوص إمكانية القضاء بمسكن لممارسة الحضانة فقط دون بدل الإيجار أو العكس، ونكون بصدد هذه الإمكانية في حالة إتفاق الطرفين أو في حالة تضمن الملف على ظروف موضوعية تحول دون القضاء بالسكن أو بدل الإيجار في نفس الوقت؟ نحن نرى أن مناقشة هذه المسألة في جلسة الصلح كفيلة لتفادي الإشكالات المستقبلية فيما يتعلق بتنفيذ الشق المتعلق بالسكن لممارسة الحضانة أو بدل إيجار، وبحث قاضي شؤون الأسرة في مسألة تعذر الإلتزام بأحدهما دون الآخر، لأن هذه هي الغاية التي جاء بها المشرع الجزائري في نص المادة(72)قانون

[818] احمد ابراهيم عطية، نفقة وحضانة الصغار امام محكمة الاسرة في ضوء احدث التعديلات التشريعية بالقانون 4 لسنة 2005 واحكام محكمة النقض والدستورية، دار الفكر القانوني للنشر والتوزيع، ط 1، 2008، ص 213

[819] بن عائشة لخضر، اثبات الحقوق المالية للزوجين، دراسة مقارنة نقدية تحليلية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق، جامعة ابو بكر بلقايد ت تلمسان، 2011 . 2012، ص 107

[820] بوقرة ام الخير، حق المحضون في اجرة مسكن الحضانة بين النص والتطبيق، مرجع سابق، ص 77

الأسرة يتضمن منطوق الحكم بالإلتزام القابل للتنفيذ بأمر من القاضي والذي لا يخضع لأي خيار من المنفذ ضده[821].

وأكدت المحكمة العليا هذه المسألة في قرارها الصادر بتاريخ 2009/01/14 جاء في حيثياته "... حيث متى قدم الطاعن أمام قضاة المجلس محضر إثبات حالة محرر بتاريخ 2006/01/23 ممضي من طرف المحضر القضائي الأستاذ ... يوضح فيه بوجود شقة منعزلة عن عائلة الطاعن متكونة من ثلاثة غرف لها مدخل منفرد عن العائلة خصصها للمطعون ضدها وإبنها، فكان على قضاة الموضوع أن يحكموا على الطاعن بتخصيص هذا السكن للحاضنة لممارسة الحضانة بدلا أن يخيروه بتخصيص المسكن أو بدل الإيجار، ولما جاء قضائهم مخالفا لذلك فإنهم يكونون أساءوا التطبيق السليم لأحكام المادة(72) من قانون الأسرة مما يتعين نقض القرار جزئيا فيما يتعلق ببدل الإيجار"[822].

كما يثور الإشكال بخصوص ميعاد سريان توفير السكن لممارسة الحضانة أو بدل الإيجار، فهناك من يرى أن سريانهما يسري من تاريخ النطق بالحكم أو تاريخ صيرورة الحكم نهائيا، والحل ما جاء به قرار المحكمة العليا بتاريخ 2009/01/14 "تسري مدة الإيجار من تاريخ الحكم الناطق بإسناد الحضانة"[823].

كما يثور الإشكال في مكان توفير المسكن لممارسة الحضانة، فيكون إلتماس الزوجة أن يكون مسكن ممارسة الحضانة بالقرب من أهلها وإلتماس الزوج أن يكون بالقرب منه فما هو الحل؟ الحل جاءت به المادة (424) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي تنص: "يتكفل قاضي شؤون الأسرة على الخصوص بالسهر على حماية مصالح القصر"، وعليه يكون مسكن ممارسة الحضانة بالقرب من أهل الزوجة لمصلحة القاصر وحالة الضعف للحاضنة و المحضون وحاجة الأم الحاضنة و المحضون للحماية، وتأخذ بعين الإعتبار الحماية لأن هذه الأخيرة تكون يومية ودائمة، بدخول أهل الحاضنة لمسكن ممارسة الحضانة وتفقدهم للحاضنة وأبنائها[824].

-كما يثور الإشكال عند إنقضاء الحضانة وإستمرار النفقة للأبناء وبلوغهم سن الرشد هل من حقهم المطالبة ببدل الإيجار باعتباره من مشتملات النفقة أو لا؟، في قرار صادر من المحكمة العليا بتاريخ 2009/07/08 جاء في حيثياته "...حيث أن القرار المنتقد فعلا خالف القانون، وأساء تطبيقه ذلك لأن

---

[821] كدار حسين، دليل القاضي و المتقاضي والدفاع في اثار فك الرابطة الزوجية (المشكل والحل والاقتراح)،مرجع سابق، ص 58

[822] مجلة المحكمة العليا، 2006/1/23، العدد 2، ص 269، انظر، كدار حسين، المرجع نفسه، ص 58 . 59

[823] مجلة المحكمة العليا، 2009/1/14، العدد 1، قسم الوثائق، ص 251، انظر كدار حسين/ نفس المرجع، ص 60 - 61

[824] كدار حسين، المرجع نفسه، ص61

المطعون ضدها هما بنتين للطاعن لم يتزوجا بعد وليس لهما دخلا و يواصلان دراستهما لذلك أقاما دعوى ضد والدهما الطاعن، طالبتا الحكم عليه بتسليمهما بدل إيجار كي تتمكنا من إستئجار مسكن لتقيما به، وأن قضاة الموضوع بمجلس قضاء البليدة ألزموا الطاعن (الأب) بأن يسلم بدل إيجار للمطعون ضدهما قدره ستة آلاف دينار جزائري شهريا إبتداء من تنفيذ القرار المنتقد، لكن حيث أن بدل الإيجار حق منحه المشرع للمطلقة الحاضنة طبقا لأحكام المادة (72)من قانون الأسرة، وبالتالي فالمطعون ضدهما ليس لهما الحق في المطالبة –ببدل الإيجار- بل لهما الحق في المطالبة من والدهما - الإنفاق عليهما - وفق أحكام المادة(75)من قانون الأسرة إذا توفرت شروطها فيهما ولما قضى قضاة الموضوع بمجلس قضاء البليدة في قرارهم المنتقد خلافا لما أشير إليه أعلاه فإن قضائهم جاء مخالفا للقانون (المادة 72) من قانون الأسرة المعدلة مما يجعله عرضة للنقض والإبطال"[825].

إن نصوص تشريع الأسرة المتعلقة بالمسكن جاءت صياغتها عامة دون قيد ولم تلغ من الوجود القانوني نص المادة(2/467) قانون مدني جزائري التي كانت تخول للقاضي الذي صرح بالطلاق بإعطاء السكن الزوجي للزوج الذي أسندت إليه حضانة الأولاد بنصها: "وفي حالة الطلاق يجوز للقاضي أن يعين من الزوجين من يمكنه أن ينتفع بحق الإيجار بإعتبار تكاليف هذا الزوج من أجل حضانة الأولاد خاصة"، وفي حالة ما إذا كان المسكن مستأجر لدى ديوان الترقية والتسيير العقاري فإن المادة(02/12)من المرسوم 147/76 المؤرخ في 1976/10/27 المتضمن تنظيم العلاقات بين المؤجر والمستأجر لمحل معد للسكن وتابع لمكاتب الترقية والتسيير العقاري، نصت أنه في حالة الطلاق يؤول حق الإيجار وحق البقاء بالعين المؤجرة للزوج المعني قبل القاضي طبقا لأحكام المادة(2/467) قانون مدني[826].

إن الإشكالات التي ترفع من الحاضنة بإعتبارها المنفذ ضدها هي غالبة الحصول في الواقع العملي، إذ يحق لها الإعتراض على التنفيذ بغية وقفه أو منعه وذلك على أساس تنفيذ الأب للحكم القضائي المتعلق بتوفير مسكن ملائم لممارسة الحضانة هو تنفيذ مخالف لما يقتضيه مبدأ الملائمة من جهة و أن

[825] مجلة المحكمة العليا، 2009، العدد 02، ص 308 و309، انظر، كدار حسين، مرجع نفسه، ص 64

[826] عيسى طعيبة، سكن المحضون في تشريع الاسرة والاجتهاد القضائي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في لحقوق، كلية الحقوق، جامعة الجزائر- بن يوسف بن خدة، 2010 . 2011 ، ص 6. 7

مصلحة المحضون تقتضي أن يتوفر هذا السكن على جملة من الشروط الأساسية، والمرافق الضرورية حتى يصبح لائقا لممارسة الحضانة تحقيقا لغاية المشرع في المادة(72)من قانون الأسرة[827].

فالحاضنة عند عدم توفر الشروط الأساسية في المسكن من كهرباء وغاز ومياه وغيره من المرافق الضرورية الذي وفره المطلق لها من أجل ممارسة الحضانة فيه، يحق لها الإعتراض على هذا التنفيذ سواء أمام المحضر القضائي القائم بالتنفيذ أو برفع دعوى الإشكال أمام رئيس المحكمة المختصة بمكان التنفيذ وفقا لإجراءات تسوية إشكالات التنفيذ، ويجب على الحاضنة أن تثبت و تقدم إدعاءات دعما لإستكمالاتها كمحضر إثبات حالة الذي يحرره المحضر أو تقرير الخبير بأن المسكن غير قابل لممارسة الحضانة[828].

أما الإشكالات التي ترفع من الأب نجد منها إلزام المشرع الجزائري المطلقة الحاضنة البقاء في مسكن الزوجية حتى تنفيذ الحكم الذي يقضي بإعداد مسكن الحضانة لممارسة الحضانة، وعلى ذلك يسعى الأب جاهدا لتنفيذ الحكم القضائي، وبالرغم من أن الإشكالات التي تثار في هذه المسائل ترفع في الغالب من قبل الحاضنة، إلا أنه من حق الأب طالب التنفيذ أن يرفع هو الآخر إشكالات في التنفيذ، فإذا رفعت الحاضنة السكن المعد من قبل الأب لممارسة الحضانة بإعتباره غير ملائم لها، يحق لهذا الأخير رفع إشكال للمطالبة في التنفيذ وهو ما يطلق عليه بالإشكال المعكوس، وهنا يجب على الأب أن يقدم ما يفيد إدعاءاته بأن السكن الذي وفره مناسب وملائم لممارسة الحضانة[829].

فيما يخص عرض الوفاء والإيداع بحيث يقدم الأب عرض الوفاء بواسطة محضر قضائي في الموطن الحقيقي أو المختار للدائن، ويبلغ رسميا وفقا لأحكام هذا القانون، وعلى ذلك فإنه إذا رفضت الحاضنة السكن المخصص لممارسة الحضانة، ورفع الإشكال من قبل المطلق أمام المحضر القضائي فإن هذا الأخير يحرر محضر أو ما يسمى بعرض الوفاء، ويرسله للحاضنة يعرض فيه الزوج المطلق قبول السكن الذي خصصه لممارسة الحضانة تنفيذا للحكم القضائي، فإذا أبدت الحاضنة إمتناعها عن قبول العرض فإنه بمرور مدة سنة يسقط حقها في المطالبة بالسكن المخصص لممارسة الحضانة، وإذا

[827] فاطمة حداد، حق المطلقة الحاضنة في المسكن من خلال قانون الاسرة الجزائري، دراسة مقارنة، المجلة الاكاديمية للبحوث القانونية والسياسية، العدد الثاني، مجلة دورية علمية محكمة في مجال العلوم القانونية والسياسية تصدر عن كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عمار ثليجيبالاغواط، ص 206 . 207

[828] فاطمة حداد، حق المطلقة الحاضنة في المسكن من خلال قانون الاسرة الجزائري، المرجع نفسه، ص 207

[829] فاطمة حداد، مرجع نفسه، ص 207 . 208

رفعت دعوى من جديد تطالب فيها توفير مسكن للحضانة ترفض الدعوى لسبق الفصل في الموضوع[830].

هناك إشكال آخر يتعرض له القانون الجزائري تمثل في هل أن تمديد الحضانة بعد إنتهائها يمنح الحاضنة الحق في الإستمرار في شغل مسكن والد المحضون أو المطالبة بأجرته؟، رأى جانب من الفقه المقارن أنه في هذه الحالة لا يجوز لها الإستمرار في شغل المسكن، وقانون الأسرة لا يمنح ذلك صراحة ما دام تمديد الحضانة يخضع لشروط وأنها تنتهي بمدة معينة فإذن لها الحق في أن تستمر في شغل المسكن أو المطالبة بأجرته ما دامت الحاجة قائمة ومصلحة المحضون تنادي بذلك فالوجوب مستمر[831].

ب: إشكالات مسكن العدة: يقصد به منزل الزوجية الذي كانت تعيش فيه الزوجة قبل الفرقة، فليس للزوجة إن طلقت أن تخرج منه حتى تنقضي عدتها لأن المشرع الجزائري أوجب نفقة العدة بموجب المادة (61)، وعليه فقد قرر الفقه الإسلامي حق النفقة للعدة تطبيقا للقاعدة الشرعية "من حبس من أجل غيره وجبت عليه نفقته" وعليهنتسائل هل كل معتدة تستحق النفقة بما في ذلك السكن؟ هناك فئتان: الفئة التي لا تجب عليها النفقة: النوع الأول كل زوجة توفي عنها زوجها فلا مجال للحديث عن النفقة في حال وفاة الزوج لإستحالة تحقق ذلك، النوع الثاني كل إمرأةإعتدت بسبب الفرقة حصلت من جهتها وهي محصورة شرعا، النوع الثالث كل إمرأة فارقها زوجها بعد أن كان يعاشرها بعقد غير صحيح مثل المفارقة بعد زواج فاسد أو الموطوءة بشبهة والسبب في عدم إيجاد نفقتها بما في ذلك السكن لأن النفقة تجب إذا كان الإحتباس جائز أما إذا كان غير جائز شرعا فالنفقة غير جائزة[832]،

الفئة الثانية تتمثل في النوع الأول: كل إمرأة فارقها زوجها بغير وفاة، بعقد صحيح سواء كانت الفئة بالطلاق أو فسخ وجبت نفقتها، النوع الثاني: كل إمرأة كان سبب فراقها من طرف الزوج بسبب غير محظور كأن تختار نفسها البلوغ، النوع الثالث: كل إمرأة طلقها القاضي على زوجها طبقا لنص المادة (53)من تقنين الأسرة هل تجب للمطلقة طلاقا رجعيا النفقة بما في ذلك نفقة السكنى؟ يتفق الفقه المذاهب الأربعة على حق المطلقة طلاقا رجعيا في النفقة بكل مشمولاتها من سكنى وكسوى وعلاج

[830] فاطمة حداد، مرجع نفسه، ص 208 – 209

[831] حفصية دونه، احكام النفقة ومتاع البيت كاثر من اثار الطلاق في قانون الاسرة الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في العلوم القانونية والادارية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الشهيد حمه لخضر الوادي، 2014 . 2015، ص 201

[832] بن عيشوش فاطمة، الحقوق الزوجية بين احكام تشريع الاسرة والاجتهاد القضائي، مرجع سابق، ص 61

لكون الرابطة الزوجية لا تزال قائمة بعد الطلاق الرجعي ومازال حق الإحتباس قائما وهذه الحالة تطبق عليها حكم المادة(61)من تقنين الأسرة[833].

وقد جاء الحق في سكن المعتدة عموما والمعتدة من خلاف قانون الأسرة مسايرا لأحكام الشريعة الإسلامية فالقرآن فرض حق المعتدة في سكن بيت الزوجية مدة عدتها ونهى عن إخراجها منه، وكذا عن خروجها إلا في حالة إتيانها بفاحشة مبينة، إلا أنه و رغم أن السكن هو من حقوق المرأة المعتدة من طلاق، فإن الواقع في المجتمع الجزائري نادرا ما تعتد المطلقة ببيت الزوجية بل الغالب والمتعارف عليه هو مغادرتها له بمجرد حدوث الطلاق إن لم تكن غادرته قبل ذلك بسبب حدوث نزاع كي لا تعود إليه بعده[834].

والملاحظ أن مسألة سكن المعتدة أن المشرع لم يساير الشريعة في منع التضييق على المعتدة لإرغامها على الخروج من بيت الزوجية بطرق غير مباشرة أثناء مدة عدتها[835]، فقد يثار بشأن سكنى المعتدة مجموعة من الإشكالات من ذلك الحالة التي يكون فيها بيت الزوجية مكترى ويقع حل الرابطة الزوجية، فيكون وجود الزوجة بالعين المكتراة وإستمرارها في إعتمارها مستندا لصفتها السابقة كزوجة للمكتري، أما والحالة أن علة تواجدها بالعين المذكورة قد إنتهت وإنتفت، فذلك يدفع إلى التساؤل فيما إن كان حقها في السكنى بالعين المؤجرة يستمر أم ينتهي لمجرد حل الرابطة الزوجية؟[836].

فالمشرع المغربي لا يعطي إجابات صريحة وواضحة عن التساؤل المذكور، ذلك أنه بالرجوع للفصل (18) من ظهير 25 غشت 1999 نجده ينص على ما يلي: "يستمر مفعول العقد بدون تحديد المدة لصالح المكتري كان العقد محدد المدة أم لا، وذلك إذا لم يقع إشعار بالإفراغ أو لم يقع تصحيحه، يستمر مفعوله أيضا في حالة وفاة المكتري: بالنسبة للأماكن المعدة للسكنى لفائدة زوج الهالك أو لفروعه أو أصوله الذي كانوا تحت كفالته بصفة قانونية ويعيشون معه فعليا عند وفات، ..."
فالفصل يتيح إمكانية إستمرار عقد الكراء لفائدة المكتري حتى ولو كان هذا العقد محدد المدة وإنتهت في حالة عدم إحترام الشكليات المنصوص عليها قانونا والمتمثلة أساسا في عدم توجيه الإشعار بالإفراغ أو عدم تصحيح هذا الإشعار، مما يجعل إنتهاء عقد الكراء حسب هذه الحالة غير متخلف عنه إفراغ

---

[833] بن عيشوش فاطمة، مرجع نفسه، ص 62

[834] وحياني جيلالي، حماية حقوق المراة في قانون الاسرة الجزائري على ضوء الاتفاقيات الدولية، مرجع سابق، ص 268 . 269

[835] وحياني جيلالي، مرجع نفسه، ص 269

[836] تزاوي فتح الله، الحماية المقررة لسكنى المطلقة، دراسة مقارنة، مجلة المنارة للدراسات القانونية والادارية، عدد 18، مجلة محكمة، ماي 2017، الصفحات [172 . 167]، ص 168 . 169

المكتري من العين المؤجرة وتسليمها للمكري وإنما ينشأ عن ذلك الحق في التمسك بالبقاء فيه بحكم القانون[837].

غير أن مقتضيات الفصل لم تتعرض للإمتداد القانوني لعقد الكراء لصالح المطلقة، ويمكن التمييز هنا بين المطلقة المعتدة وغير المعتدة إذ لا مجال للقول بإفراغ المطلقة المعتدة مصداقا لقوله عزوجل: "لا تخرجوهن من بيوتهن و لا يخرجن إلا أن يأتين بفاحشة مبينة" خلاف ما هو عليه الأمر بالنسبة للمطلقة غير المعتدة أو المنتهية عدتها والتي تفقد حقها في الإستفادة من الإمتداد السكنى لعقد الكراء بإعتبار العلاقة الزوجية بينها و بين زوجها منتهية حقيقة وحكما[838].

هناك إشكال حول هل المعتدة من وفاة لها الحق في السكن؟ إختلف الفقهاء في ذلك على رأيين:الأول: ذهب الحنفية والشافعية في قول وبه قال الحنابلة إلى نفي وجوب السكنى للمتوفى عنها مطلقا فيها إذا كانت حائلا، أما إذا كانت حاملا فعند الحنابلة روايتان، ومن أدلتهم أن المسكن سيصبح نصيبا في التركة فليس لها أن تأخذ أكثر من نصيبها[839].

الثاني: وذهب الماكية والأظهر عند الشافعية إلى وجوب السكنى للمتوفى عنها زوجها مطلقا وبهذا قال الحنابلة في الرواية الثانية فيما لو كانت حاملا، ومن أدلتهم قوله صلى الله عليه وسلم لفريعة بنت مالك: "أمكثي في بيتك حتى يبلغ الكتاب أجله، قالت: فإعتددت فيه أربعة أشهر و عشرا"، والأرجح القول الثاني لقوة الأدلة[840].

وتسقط سكنى المعتدة من وفاة أو طلاق إذا سكنت غيره بلا عذر، فلا يلزم الزوج أجرة ما إنتقلت إليه وذلك لأنها لما تركت ما كان واجبا لها من غير عذر فلا يلزمه عوض عند عدولها عنه[841].

بينما المرأة المعتدة من طلاق رجعي في القانون المغربي تجب لها النفقة بجميع مشتملاتها ومنها السكنى - وهذا بإتفاق الفقهاء- يستوي في ذلك أن تكون حاملا أو حائلا – أي غير حامل – لأن هذه المعتدة الرجعية تعتبر زوجة حكما ما دامت في عدتها، غير أن المادة(196) من نفقة المعتدة رجعيا بمعنى أنه لا

---

[837] تزاوي فتح الله، المرجع نفسه، ص 169

[838] تزاوي فتح الله، نفسه، ص 169

[839] سعاد قصعة، الحقوق المالية للزوجة في الفقه الاسلامي وقانون الاسرة الجزائري، كلية الشريعة والاقتصاد، جامعة الامير عبد القادر للعلوم الاسلامية. قسنطينة، ص 294

[840] سعاد قصعة، المرجع نفسه، ص 294

[841] الحبيب بن طاهر، الفقه المالكي وادلته، مرجع سابق ص 225. 226

حق لها السكنى إذا خرجت من بيت عدتها دون موافقة زوجها أو دون عذر مقبول، يلاحظ هنا أن سبب سقوط - السكنى - دون باقي مستحقات النفقة هو الإنتقال من بيت الزوجية دون رضاء من الزواج خلال أجل العدة وكذلك الخروج دون عذر مقبول، هذا مع ملاحظة أن سقوط حق المطلقة رجعيا في السكنى خلال أجل عدتها إذا إنتقلت من بيت العدة دون إذن زوجها - هو حكم القانون - و لذلك يكفي المطلق رجعيا أن يثبت ذلك أمام القاضي ليكون سقوط حق السكنى من اليوم الذي يثبته المطلق بمعنى أن هذه الواقعة لا تحتاج إلى حكم ينشئها[842].

ج: إشكالات أجرة السكنأو(بدل الإيجار)

نشير هنا إلى أن عبارة بدل الإيجار المنصوص عليها في المادة(72)في الفقرة الأولى من قانون الأسرة يقصد بها أجرة المسكن فقط، وهذا التحديد غير مستساغ لأن السكن إضافة إلى الإيجار الشهري تلحق به عدة أعباء وهي: الرسوم والضرائب المختلفة والتأمين عليه، مصاريف إستهلاك المياه والغاز والكهرباء، مصاريف ترميم المنزل الخاصة بالمستأجر، وعلى ذلك كان يجب على المشرع أن ينص على كافة التكاليف المرتبطة بالمسكن ووجوب توفر المستلزمات الضرورية للعيش فيه، خاصة وأن الفقهاء إشترطوا ذلك وتبعا لذلك إذا حكم لصالح الحاضنة بالبقاء في مسكن الزوجية فعلى الزوج أن يلتزم بما يلي: - عدم تجريد المسكن من الوسائل المساعدة للعيش والمتواجدة فيه التي تعتبر في حكم الضروري من وسائل الطبخ والفراش وكذا جهاز التلفزيون والثلاجة، وكل ما يوجد بالمسكن من أفرشة[843]، إذا كان مسكن الزوجية مستأجرا فعلى الأب التكفل ببدل الإيجار وليس على الحاضنة الإلتزام بذلك، وكذا الأمر بخصوص المستحقات الأخرى من ضرائب ورسوم وكذا فواتير إستهلاك الغاز والكهرباء، القيام بالترميمات الضرورية للمسكن حتى يبقى صالحا لإيواء الحاضنة والمحضونين وأيضا تفادي كل تأثير ناتج عن الظروف الطبيعية كالبرودة والحرارة، وما يجب التوقف عنده عبارة: "... فعليه بدل الإيجار..." كونها تطرح عدة تساؤلات: ما هي المعايير المعتمدة من قبل القضاء في تحديد مبلغ الإيجار؟، وهل يعد الأب طرفا في عقد الإيجار المتعلق بسكن الحضانة؟ وماهو تاريخ إستحقاق بدل الإيجار؟[844].

[842] احمد نصر الجندي، شرح قانون مدونة الاسرة المغربية، مرجع سابق، ص 248 – 249

[843] فاطمة حداد، حق المطلقة الحاضنة في المسكن من خلال قانون الاسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 142 . 143

[844] فاطمة حداد، مرجعنفسه،ص 1143

نجد موقف الفقه قدإختلف آراءهم حول إستحقاق الحاضنة لأجرة مسكن الحضانة، على أساس التمييز بين ما إذا لم يكن للحاضنة مسكن و ما إذا كان لها مسكن فتستحق الحاضنة أجرة مسكن الحضانة إذا لم يكن لها مسكن، أما إذا كانت حائزة لسكن ما فتلزم بحضانة الولد فيه ويسكن تبعا لها فلا تستحق أجرة السكن، رأي فقهاء المذهب المالكي: لم يفرقوا بين الحاضنة التي لها مسكن وتلك التي ليس لها مسكن وأجمع جمهورهم على أن سكنى الصغير على والده أو من عليه نفقته إلا الرضيع مدة الرضاعة، فقال البعض أنه لا سكنى له على أبيه فيكون سكناه على من يكون عندها[845]،

فأجرة مسكن الحضانة الذي يحضن فيه الولد تجب على من تلزمه نفقته إلا الرضيع مدة الرضاعة، فقال البعض أنه لا سكنى له على أبيه فيكون سكناه على من يكون عنده، فأجرة مسكن الحضانة الذي يحضن فيه الولد تجب على من تلزمه نفقته، لأن هذا متعلق بالنفقة على الولد، فلزم من يقوم بالإنفاق عليه، هذا فيما يتعلق بمسكن المحضون، وإن كان للحاضنة مسكن تحضن فيه الصغير و يعين القاضي القدر من الأجرة الذي يتحمله ولي المحضون وهو في هذا يراعي مختلف الظروف و يحقق العدالة ما أمكن، ويجب أن يأخذ بعين الإعتبار بأن الحاضنة لا تتحمل شيئا في المسكن الخاص بالولد لم تكن تتحمله لو لم يكن الولد معها[846].

أيضا معيار تعدد المحضونين فهناك من يقول أن لعدد المحضونين دخل في تقدير الأجر الخاصة بالمسكن لأن ما يكفي لسكنى صغيرين أو ثلاثة قد لا يكفي إذا زاد عدد المحضونين عن خمسة مثلا، وذلك مع مراعاة كل قضية على حدى، وفي حقيقة الأمر تطرح هذه المسألة عدة إشكالات تتمثل في عبئ الأب المطلق، خصوصا إذا كان متزوجا ومنجبا من زوجة أخرى مما قد ينتهي إلى إفقاره، فيعطيه الحق في تخفيض إلتزامه بالنفقة، غير أن ذلك لا يغير كون إيجار مسكن الحضانة إنما هو واجب على الأب المطلق بإعتباره أحد عناصر نفقة أولاده عليه[847].

والإشكال في دفع بدل الإيجار ليس من تاريخ سيرانه أو التنفيذ، وإنما عدم دفعه للحاضنة لعدم قدرة المنفق أو عسره، وهذا ما هو موجود في الواقع المعاش، كذلك بقاء الحاضنة في المسكن الوحيد للزوج

[845] عيسيو اسماء، حق المطلقة الحاضنة في مسكن الزوجية واشكالاته المثارة امام القضاء، مذكرة نهاية التكوين، المعهد الوطني للقضاء مديرية التربصات، دفعة الثانية عشر، 2001 . 2004، ص 41

[846] عيسيو اسماء، مرجع نفسه، ص 41 . 42

[847] فاطمة حداد، حق المطلقة الحاضنة في المسكن من خلال قانون الاسرة الجزائري،مرجع سابق، ص 145

حتى تنفيذ الزوج للحكم القاضي بالمسكن أو بدل الإيجار ليس حلا للمشكلة لأن بمجرد إنتهاء العدة تصبح المطلقة أجنبية عن الزوج، ولا يجوز لها السكن في بيت واحد معه[848].

وتثير مسألة بدل الإيجار مشكلة أخرى عندما يحكم بها القاضي مع إمتلاك الحاضنة سكنا فيتساءل أب المحضون عن سبب إرهاق ذمته المالية بمبلغ إضافي يمكن للحاضنة أن تستغني عنه ولكل منها عذره، حيث كثرت هذه الحالة خاصة في ظل إنتشار السكنات الفردية التي تمنحها الدولة بمختلف الصيغ[849].

ونجد موقف الإجتهاد القضائي من السكن المنفرد الذي قرر الإجتهاد القضائي الجزائري بأن السكن المنفرد للزوجة حق مقرر شرعا ويعد تطبيقا للأحكام الشريعة الإسلامية تطبيقا صحيحا في هذا المجال، وليس على الزوج أن يمتنع من تحقيقها لها، سيما إذا ظهر سوء تفاهم في علاقتهما مع أهله، كما هو في واقعنا المعاش فالسكن حق ثابت للمرأة شرعا لا يمكن إبعاده لأي سبب من الأسباب وهذا ما أكده الإجتهاد القضائي من خلال قرارات المحكمة العليا في هذا الصدد[850].

والأمر نفسه بالنسبة للحاضنة التي تسكن مع أهلها رغم أن المشرع الجزائري ألزم القاضي في المادة (79) من تقنين الأسرة، بمراعاة ظروف كل من الحاضنة وأب المحضون، ونعتقد أن الحل قد جاء في قول إبن عابدين في هذه المسألة: "والحاصل أن الأوجه لزوم أجرة السكن على من لزمه نفقة المحضون، فإن السكن من النفقة لكن هذا إذا لم يكن لها مسكن، أما لو كان لها مسكن يمكنها أن تحضن فيه الولد ويسكن تبعا لها، فلا تجب الأجرة لعدم إحتياجه إليه"، وهذا رأي سديد يمكن أن ينهي هذا الإشكال كونه الأرفق بالطرفين[851].

[848] غضبان مبروكة، حماية المطلقة الحاضنة في مسكن ممارسة الحضانة من خلال القضاء الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، ص 418

[849] عيسى لعقبي، محمد خليفي، نظام نفقة المحضون بين الإشكالات العملية والحلول القانونية في التشريع الجزائري، مرجع سابق، ص 284

[850] عبد الفتاح تقية، الطلاق بين احكام تشريع الاسرة والاجتهاد القضائي، مرجع سابق، ص 213

[851] عيسى العقبي، محمد خليفي، نظام نفقة المحضون من الاشكالات العملية والحلول القانونية في التشريع الجزائري، مرجع سابق، ص 284

أما في قانون التونسي: حيث جاء في قرار لمحكمة التعقيب التونسية: "... إذا لم يكن للحاضنة سكنى فمن حقها مطالبة والد المحضون به و يعتبر حقا مستقلا عن السكنى المشمولة في النفقة الواردة بها الفصل (50) من مجلة الأحوال الشخصية عملا بمقتضيات الفصل(56) من نفس المجلة"[852].

نلاحظ أن هذا المبدأ: "الحكم ببدل إيجار سكن ممارسة الحضانة مقيد بممارستها في الجزائرلا يكون الأب ملزما بتوفير السكن أو بدل الإيجار، متى كانت الحاضنة مقيمة خارج التراب الوطني"، أنه يناقض في إعتقادنا الحكم الذي جاءت به المادة (69) من قانون الأسرة والتي منحت القاضي السلطة التقديرية في إسناد الحضانة للشخص الموكول له ممارستها متى أراد أن يستوطن في بلد أجنبي، على أن يراعي في ذلك مصلحة المحضون، فكيف يجيز القانون ممارسة الحضانة في بلد أجنبي، في حين يحرم قضاء شؤون الأسرة المحضون من حقه في أجرة مسكن الحضانة؟[853].

وقد ذهب بعض القضاة إلى تفضيل اللجوء للقاضي الأمور المستعجلة فيما يتعلق الرجوع إلى مسكن الزوجية أو العدة أو الحضانة بموجب أمر إستعجالي لأنه في هذه المسألة لابد من وجود منازعة قضائية خاصة أن هناك عقبات مادية تعترض حق البقاء في المسكن الزوجي، وإن صدور أمر ولائي غير وجيه يتعين العدول عنه، حتى يتمكن الأفراد من إبداء دفوعهم و تمكينهم من ممارسة حق الدفاع[854].

لو كانت الحضانة في بيت الحاضنة وطلبت الأجرة ووجدت متبرعة، فهل يكلف الصغير، أو الأب أجرة السكن مع وجود متبرعة؟، إذا كانت هذه الحاضنة أما فقد يأتي هنا خلاف أبي حنيفة وصاحبه في وجوب أجرة الحضانة مع وجوب متبرعة، وهو هل يراعى المحافظة على المال و يعطى للمتبرعة أو يراعى الشفقة والحنان فيعطى للأم؟، أما إذا لم تكن أما فالظاهر إعطاؤه للمتبرعة دون تحفظ والله أعلم[855].

إن إلزام الأب بأجرة مسكن الحضانة جاء دون النص صراحة على أسباب سقوط الحق في هذه الأجرة، ما يوجب الرجوع إلى المادة (76) من قانون الأسرة، ذلك لأنها أوجبت إنفاق الولد على ولده الذكر إلى أن يبلغ سن الرشد والأنثى إلى أن يتم الدخول بها، ويستثنى من ذلك العاجز بسبب آفة

---

[852] كتاب مغربي، الدليل الفقهي، ص 598

[853] بوقرة ام الخير، حق المحضون في اجرة مسكن الحضانة بين النص والتطبيق، مرجع سابق، ص 75

[854] كريمة محروق، الحماية القانونية للاسرة ما بين ضوابط النصوص واجتهادات القضاء، مرجع سابق، ص 132

[855] محمود مجيد سعود كبيسي، حقوق المحضون على الحاضن ونفقته، ندوة اثر متغيرات العصر في احكام الحضانة، التي ينظمها المجمع الفقهي الاسلامي بالرابطة بالتعاون مع كلية الشريعة والدراسات الاسلامية بجامعة ام القرى عام 1437هـ ، كلية الشريعة والدراسات الاسلامية، جامعة ام القرى . مكة المكرمة، ص 34

عقلية أو لأنه يزاول الدراسة على أن تسقط بالإستغناء عنها بالكسب[856]، كما أن الحكم بأجرة مسكن الحضانة دون إلزام الأب بتزويد المسكن الذي سيتحمل عبء إيجاره بمستلزمات العيش فيه، ينتابه في إعتقادنا شيء من القصور، كيف لا وهي تعتبر من الضروريات بحسب العرف والعادة؟ وأنه لا يعقل إلزام الحاضنة بها وإلا كانت عبئا عليها[857].

كما نلاحظ أن جل القوانين لم تنظم قانون خاص يتناول تنظيم حق السكنى للمطلقة وإكتفت بما شرعته في قوانين أحوالها الشخصية بإعتبارهذا الحق ضمن أهم النفقات التي تستحقها المعتدة، على غرار المشرع العراقي الذي أقر على قانون الزوجة المطلقة في السكن رقم77لسنة 1983 حيث أعطى للزوجة المطلقة الحق في البقاء ساكنة في مسكن الزوجية لمدة ثلاث سنوات وبدون بدل إن كان السكن مملوكا للزوج أو لحلول محل الزوج في عقد الإيجار إن كان السكن مستأجرا لكنه لم يجعل هذا الحق مطلقا بل قيده بعدة شروط[858] وهي:

-أن لا تؤجر الزوجة الدار أو الشقة كلا أو جزءا

-يشترط لكي تتمتع المطلقة بحق السكنى في دار الزوجية أن تكون ساكنة مع مطلقها بصورة مستقلة قبل الطلاق فإذا ثبت أنها كانت تسكن مع أهل زوجها المطلق في الدار، أو الشقة فلا تستحق السكنى، وإذاإستحصلت الزوجة على حكم بالنفقة لها ولأولادها فلا يجبر الزوج على إسكان زوجته في داره بل يحق لها المطالبة بزيادة النفقة إن كان لها مقتضى:

-عدم الإضرار بمسكن الزوجية

-لكي تتمتع المطلقة بحق السكنى يجب أن لا تسكن معها في مسكن الزوجية أي شخص عدا من كانوا تحت حضانتها بإستثناء من هذا الشرط أجازت (فـ2من م2) من قانون حق الزوجة المطلقة في السكنى للمطلقة أن تسكن معها أحد محارمها بشرط أن لا توجد أنثى تجاوزت سن الحضانة بين من يعيلهم الزوج ومن يقيمون معها في الدار أو الشقة[859].

---

[856] بوقرة ام الخير، حق المحضون في اجرة مسكن الحضانة بين النص والتطبيق، مرجع سابق، ص 83

[857] بوقرة ام الخير، المرجع نفسه، ص 77

[858] الخفاجي، انغام محمود شاكر، حق السكنى للزوجة المطلقة، مجلة العلوم الانسانية، مجلد 26، عدد 1، مجلة محكمة آذار 2019، كلية التربية للعلوم الانسانية، جامعة بابل، الصفحات [279 . 262]، ص 272

[859] الخفاجي، انغام محمود شاكر، حق السكنى للزوجة المطلقة، المرجع نفسه، ص 272 . 273

إن لحق السكنى في القانون التونسي له حماية جنائية حيث نجد من بين الجرائم التي أحدثها المشرع بالفصل(56 مكرر)[860] من مجلة الاحوال الشخصية التونسية الذي اضيف بالقانون عدد 20 لسنة 2008 نجد جريمتين تحميان حق الطفل في السكن مع الحاضنة وهما: جريمة التسبب في إخراج الحاضنة من المحل المحكوم بإسكانها ومحضونها به وذلك إما بتعمده فسخ عقد الكراء بالتراضي مع المكري أو عدم أداء معينات الكراء الحالة عليه، وكذلك جريمة عدم أداء منحة سكن في صورة الحكم على الزوج بها وتعكس هذه الإضافة الحاصلة بموجب قانون 4مارس2008 لجوء المشرع من جديد إلى إدراج أحكام جزائية صلب المجلة لضمان نجاعة أحكامها نظرا للطابع الردعي الذي تتسم به، وهو ما يبرز أن أحكام العائلة لا تقتصر على الجانب المدني فقط بل تتجاوزه إلى الأحكام الجزائية فضلا عن الأحكام الإجرائية[861].

وما يعاب على المشرع الجزائري في تعديله للمادة (72) من قانون الأسرة الجزائري عدم إقراره لحماية جزائية لحق الحاضنة و المحضون في المسكن إذا ما إمتنع الأب عن تنفيذ الحكم القضائي القاضي بحقهم في المسكن، هذا ما تداركه المشرع التونسي في الفصل (56 مكرر)[862].

وتجدر الإشارة أن المشرع الجزائري لم يواجه حالة ما إذا عمد الأب بيع مسكن الحضانة دافعا أنه لم يقصد حرمانها من حق البقاءأوإمتناعه عن دفع مبلغ النفقة، هذا ما نبه إليه الأستاذ فضيل العيش بقوله: "إن التطبيقات القضائية حديثة في هذا التعديل، ولم يعالج المشكل بطريقة سليمة، ويخلق إشكالات مادية وموضوعية لإستحالة توفير هذه الشروط بكل سهولة، مما يجعل روح تطبيق هذه المادة غير ملائمة وتخلق مشاكل متفرعة من إمتناع و إهمال والدخول في متاهات إجرائية ولا يحد من الطلاق بل تزيد في تفاقمها وتضخيمها والعزوف عن الزوج وإنجاب الأطفال"[863].

---

[860] الفصل 56 مكرر من مجلة الاحوال الشخصية التونسية الذي اضيف بقانون عدد 20 لسنة 2008 تنص: يعاقب بالسجن من ثلاث اشهر الى عام و بخطية من مائة دينار الى الف دينار كل من يتعمد التفويت بعوض او دونه في محل سكنى الزم الاب باسكان الحاضنة ومحضونها به او رهنه دون التنصيص بسند التفويت او الرهن على حق البقاء المقرر للحاضنة ومحضونها قاصدا حرمانهما من هذا الحق.

ويعاقب الاب بنفس العقوبات المقررة بالفقرة المتقدمة اذا تسبب في اخراج الحاضنة من المحل المحكوم باسكانها ومحضونها به وذلك إما بتعمده مسخ عقد الكراء بالتراضي مع المكري او عدم اداء معيبات الكراء الحالة عليه وفي صورة الحكم عليه بمنحة سكن، قضائه شهرا دون دفع ما حكم عليه بادائه.....

[861] الرقيق نعمان، سكنى الحاضنة بين ضروريات الواقع ومقتضيات الحداثة، مرجع سابق، ص 371 . 372

[862] كريمة محروق، الحماية القانونية للاسرة ما بين ضوابط النصوص واجتهادات القضاء، مرجع سابق، ص131

[863] كريمة محروق، مرجع نفسه، ص131 . 132

الفرع الثاني: إشكالات صندوق النفقة

أولا: التعريف القانوني لصندوق النفقة: لم يتطرق المشرع الجزائري في القانون رقم 01/15 الصادر بتاريخ 04 جانفي2015 المتضمن إنشاء صندوق النفقة إلى تعريف الصندوق إلا أنه بإستقراء نصوص المواد (1[864] - 2[865] -3[866]) من نفس القانون حاولنا تعريفه بأنه: "صندوق إحتياطي يتولى تنفيذ مستحقات نفقة الطفل المحضون والمرأة المطلقة المحكوم بها قضائيا بعد تعذر التنفيذ الكلي أو الجزئي للحكم القضائي الملزم بالنفقة بسبب إمتناع المدين بها عن الدفع أو عجزه عن ذلك أو لعدم معرفة محل إقامته"[867].

يتمحور دور صندوق النفقة في دفع النفقات لمستحقيها والحلول محلّهم كدائن تجاه المكلف بدفع النفقة ويكون ذلك في صورة تعذر التنفيذ الكلي أو الجزئي للأمر أو الحكم القضائي المشتمل على مقدار النفقة بسبب إمتناع المدين عن الدفع أو عجزه أو بسبب تعذر معرفة محل إقامته، وبالمقابل يحرص الصندوق على تحصيل الأموال المدفوعة للمستفيدين بالنفقة، حيث يتولى الأمين الولائي للخزينة

[864] المادة 1 من قانون رقم 01/15 المتعلق بصندوق النفقة: يهدف هذا القانون الى انشاء صندوق النفقة وتحديد اجراءات الاستفادة من مستحقاته المالية.

[865] المادة 2 من قانون 01/15 المتعلق بصندوق النفقة: يقصد، في مفهوم هذا القانون، بالمصطلحات الاتية:

-النفقة: النفقة المحكوم بها وفقا لاحكام قانون الاسرة لصالح الطفل او الاطفال المحضونين بعد طلاق الوالدين.

وكذلك النفقة المحكوم بها مؤقتا لصالح الطفل او الاطفال في حالة رفع دعوى الطلاق والنفقة المحكوم بها للمراة المطلقة.

-المستحقات المالية: المبلغ الذي يدفعه صندوق النفقة للدائن بها والذي يساوي مبلغ النفقة وفقا لتعريفها المحدد اعلاه.

-المستفيد او الدائن بالنفقة: الطفل او الاطفال المحضونين ممثلين من قبل المراة الحاضنة في مفهوم قانون الاسرة، وكذلك المراة المطلقة المحكوم لها بالنفقة.

-المدين بالنفقة: والد الطفل او الاطفال المحضونين او الزوج السابق،

- سقوط حق الاستفادة من المستحقات المالية: سقوط الحق في الحضانة او انقضاؤها طبقا لاحكام قانون الاسرة او ثبوت دفع النفقة من قبل المدين بها،

المصالح المختصة: المصالح الولائية المكلفة بالنشاط الاجتماعي التابعة للوزارة المكلفة بالتضامن الوطني،

-القاضي المختص: القاضي رئيس قسم شؤون الاسرة المختص اقليميا.

[866] المادة 3 من قانون 01/15 المتعلق بصندوق النفقة: يتم دفع المستحقات المالية للمستفيد، اذا تعذر التنفيذ الكلي او الجزئي للام راو الحكم القضائي المحدد لمبلغ النفقة، بسبب امتناع المدين بها عن الدفع او عجزه عن ذلك او لعدم معرفة محل اقامته.

يثبت تعذر التنفيذ بموجب نحضر يحرره محضر قضائي.

[867] بوشنتوف بوزيان، صندوق النفقة كوسيلة لتفعيل تنفيذ احكام النفقة الصادرة في مسائل شؤون الاسرة: قراءة في نصوص القانون رقم 01/15 الصادر بتاريخ 04 يناير 2015، مجلة الامير عبد القادر للعلوم الاسلامية، المجلد 33، عدد 1، محكمة ماي 2019، جامعة الامير عبد القادر للعلوم الاسلامية، ص 316 . 317

تحصيل المستحقات المالية لصالح صندوق النفقة، بموجب أمر بالإيراد تصدره المصالح المختصة وفقا للأحكام المنصوص عليها في التشريع[868].

ثانيا: الفئات المستفيدة من صندوق النفقة: حدد القانون 01/15 في مادته الثانية:

الأبناء: الإبن الذي يحكم لصالحه بنفقة غذائية مؤقتة أثناء رفع دعوى طلاق بناء على إهمال عائلي قائم، والإبن المحضون: وهو الولد الذي يكون موضوع رعاية وتربية وحفظ أحد الحاضنين المنصوص عليهم بالمادة (64) من قانون الأسرة، بعد إنفصال أبويه بفرقة طلاق، وقد إشترط القانون 01/15 في مادته الثانية أن تكون الحاضنة مسندة إلى إمرأة مِؤهلة وفق أحكام قانون الأسرة.

المرأة المطلقة: يمكن تصور أن يكون المستفيد الثاني من صندوق النفقة في شخص كل زوجة صدر لفائدتها حكم بات بإستحقاق نفقة زوجية في ذمة زوجها السابق، سواء أكانت نفقة إهمال عائلي بناء على رفع دعوى طلاق أم كانت نفقة عدة على طلاق قائم فعلا (المادة 61من قانون الأسرة)[869].

ثالثا: دراسة نقدية للفئات المستفيدة من صندوق النفقة الجزائري على ضوء بعض التشريعات: بالرجوع الى بعض التشريعات العربية في هذا الصدد نجد أن القانون المغربي رقم 10/41 والمتعلق بتحديد شروط مساطر الإستفادة من صندوق التكافل العائلي بالمغرب، حدد الفئات المستفيدة من المستحقات المالية لهذا الصندوق بموجب المادة الثانية منه والتي تقضي: "يستفيد من المخصصات المالية للصندوق، إذا تأخر تنفيذ المقرر القضائي المحدد للنفقة أو لعسر المحكوم عليه أو غيابه أو عدم العثور عليه، وبعد ثبوت حالة عوز الأم: الأم المعوزة المطلقة، مستحقو النفقة من الأطفال بعد إنحلال ميثاق الزوجية"، ومن خلال هذا النص يتبين على المشرع المغربي حصر الفئات المستفيدة من هذا القانون في الأم المعوزة المطلقة وأطفالها بعد إنحلال ميثاق الزوجية[870]،

وقد أحدث صندوق التكافل العائلي بمقتضى الظهير الشريف رقم: 191 _10 _1 و تاريخ 13 دجنبر 2010 بتنفيذ القانون رقم: 41 _10 المتعلق بتحديد شروط ومساطر الإستفادة من صندوق التكافل

---

[868] عادل عيساوي، صندوق النفقة بين النص والتطبيق، مجلة الحقوق والعلوم الانسانية، مجلد 10، عدد 3، مجلة محكمة سبتمبر2017، جامعة زيان عاشور بالجلفة، ص 361

[869] عبد الفتاح حمادي، احكام صندوق النفقة المستحدث في التشريع الجزائري، دراسة مقارنة، مجلة الحقيقة، العدد 42، تاريخ قبول نشر المقال 19 / 02 / 2018، جامعة مسيلة، ص 181

[870] زهرة بن عبد القادر، صندوق النفقة للمطلقة الحاضنة، مداخلة لملتقى وطني: اشكالات توابع الحضانة في قانون الاسرة الجزائري، المنعقد يوم 10 . 11 /2017/05، بكلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة 20 اوت 1955، سكيكدة، ص 154

العائلي، وذلك في خصم طفرة تشريعية شهدها المغرب والغاية تحقيق الإعالة حلولا محل الملزم في حالات معينة، في نطاق مسؤولية الدولة عن الأمن الإقتصادي لرعاياها، حيث يعد الصندوق ضامنا إحتياطيا يكفل لطالبات النفقة الأداء الفوري و الدوري حال إعسار الملزم أو عُدمه أو غيبته، أو حتى تكملة الواجب المحكوم به حال الإعسار الجزئي للملزم، وهو أمر يفضي بالبداهة وبالتبع إلى الرفع من مبالغ النفقة المحكوم بها قضاء لوجود ضامن إحتياطي يكفل الأداء عند اللزوم، وهو أمر قد يوجد حلا لمشكلة التحديد الزهيد لمبالغ النفقة التي باتت عرفا قضائيا شائعا، مع تخويل الصندوق المذكور مكنة الرجوع على الزوج أو الأب حال يسره بعد عدمه أو إعساره، أو ثبوت تحايله، أو حال أوبته بعد غيبته أو حتى الرجوع على الزوجين حال ثبوت تواطئهما[871].

لكن يعاب على المشرع قصره الإستفادة على فئة وحيدة متمثلة في أبناء الأم المطلقة دون فئات أخرى، محتاجة أيضا كالأم المطلقة والمطلقة المعوزة غير الأم والأبوان، والزوجة والأبناء خلال قيام العلاقة الزوجية، والملتزم لفائدته بالنفقة، فالمشرع أقصى فئات عديدة محتاجة إلى الإعانة والإعالة، كما يعاب عليه أيضا زيادة المخصصات المالية والتي لا تزيد عن مبلغ 350 درهم لكل واحد من الأبناء على ألا تزيد المخصصات من مبلغ 1050درهم متى زاد الأبناء المستفيدون عن ثلاثة، وهذا الأمر مرّده إلى إكراهات إقتصادية حيث أن مالية الدولة العامة لا تسمح بتوسيع دائرة المستفيدين أو الزيادة في قيمة المباغ المخصصة، فإقتضى الأمر سلوك مسلك التدرج[872].

وبهذا النهج يكون المشرع المغربي قد سلك منوال قرينه التونسي الذي أقر من خلال الفصل الثاني من قانون 5يوليوز1993 المتعلق بصندوق النفقة وجراية الطلاق أن اللإستفادة من خدمات الصندوق تكون فقط للمطلقات وأولادهن الصادرة لفائدتهم أحكام باتة تتعلق بالنفقة أو بجراية الطلاق، وتعذر تنفيذها لتلدد المدين[873].

كماإنتهج المشرع التونسي نهج نظيره الجزائري بالنص على حق النساء المطلقات المحكوم لهن بالنفقة في الإستفادة من المخصصات المالية لهذا الصندوق رفقة أبنائهن وذلك بالنص في المادة(02) من القانون 65 لسنة1993 المؤرخ في 1993/07/05 والمتعلق بإحداث صندوق ضمان النفقة وجراية الطلاق على: "يمكن للمطلقات وأولادهن الصادرة لفائدتهن أحكام باتة متعلقة بالنفقة وبجراية الطلاق

[871] عادل حاميدي، الدليل الفقهي والقضائي للقاضي و المحامي في المنازعات الاسرية، المرجع سابق، ص 536

[872] عادل حاميدي، المرجع نفسه، ص 538

[873] لشقار محمد، صندوق التكافل العائلي، منشورات مجلة القضاء المدني، سلسلة دراسات وابحاث، عدد 6، مجلة محكمة 2014، ص 144

وتعذر تنفيذها...أن يتقدموا لصندوق النفقة وجراية الطلاق بطلب للحصول على المبالغ المستحقة"[874]

.

المشرع المغربي ربط الإستفادة من أحكام صندوق التكافل العائلي بشرط "الأمومة" وهو ما من شأنه أن يثير إشكالية في حالة كون الحاضنة إمرأة غير الأم، على خلاف نظيره الجزائري الذي إستعمل مصطلح "المرأة الحاضنة" وأبعد بذلك كل لبس أو نقاش يمكن أن يثار في حال كون الحاضنة شخص آخر غير الأم[875].

وبهذا نجد أن المشرع الجزائري قد سلك طريق المشرع المغربي (القانون 41/10 المتعلق بصندوق التكافل العائلي المغربي) والمشرع التونسي (قانون رقم 5يوليو1993 المتعلق بصندوق النفقة وجراية الطلاق التونسي)، في تحديد المستفدين من المستحقات المالية لصندوق النفقة وهم النساء الحاضنات والمطلقات وأولادهن الصادرة لفائدتهم أحكام باتة تتعلق بالنفقة دون إستفادة الأرامل والأيتام من هذا المشروع والشيء نفسه بالنسبة للأولاد وهم تحت رعاية أمهم في حالة غياب الأب أو إهماله لعائلته أو في حالة حدوث له مانع[876].

رابعا: إجراءات الإستفادة من صندوق النفقة:

تقديم الملف إلى القاضي المختص: يقدم طلب الإستفادة من المستحقات المالية إلى القاضي المختص، مرفقا بملف يتضمن الوثائق التي تحدد بموجب قرار مشترك بين وزير العدل، حافظ الأختام والوزير المكلف بالمالية والوزير المكلف بالتضامن الوطني، حيث يتضمن هذا الملف الوثائق التالية:

-طلب الإستفادة وفقا للنموذج المعد قانونا

-نسخة من الحكم القضائي بالطلاق ونسخة من الأمر أو الحكم الذي أسند الحضانة ومنح النفقة إذا لم يتضمن حكم الطلاق ذلك.

-محضر إثبات تعذر التنفيذ الكلي أو الجزئي للأمر أو الحكم القضائي المحدد لمبلغ النفقة، بسبب إمتناع المدين بها عن الدفع أو عجزه عن ذلك .

---

[874] زهرة عبد القادر،صندوق النفقة للمطلقة الحاضنة، مرجع سابق، ص 155

[875] زهرة عبد القادر، المرجع نفسه، ص 155

[876] دبابش عبد الرؤوف، صندوق النفقة وعلاقته بالإستقرار الاسري، مجلة المفكر، مجلة محكمة، عدد 14، جانفي 2017، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة، ص 108

-صك بريدي أو بنكي للمستفيد مشطبا عليه[877].

خامسا: أبرز إشكالات صندوق النفقة:

أ. إشكالات الإطار القانوني لصندوق النفقة:

يهدف صندوق النفقة إلى:

-تمكين المرأة المطلقة والمرأة الحاضنة والأطفال المحضونين من الإستفادة من مبلغ النفقة الذي يدفعه الصندوق.

-حماية الحقوق الأساسية للطفل في حالة طلاق والديه، وضمان العيش الكريم له ولحاضنه.

كما نتسائل في هذه النقطة لنذكر المشرع الجزائري بأنه دائما بقصد التعويض المادي، ولا يولي للتعويض المعنوي أهمية، فالأطفال هم أول ضحايا الطلاق، فمن يعوضهم عن أهم عوامل الإستقرار المادية والمعنوية في الوسط العائلي، ويغير هذا التكاثف المادي والمعنوي ينشأ لدينا إختلال في التوازن الأسري، وبإنتاج إضطراب في تنشئة الطفل و بالتالي من يأتي لنا برجال الغد لبلادنا؟[878]

الإشكال الذي يثيره صندوق النفقة هو أنه لم يحدد الحد الأدنى لمبلغ النفقة المستحقة للأطفال المعنية فهي تبقى سلطة تقديرية لقاضي شؤون الأسرة، فكان على المشرع عند تنظيمه لأحكام صندوق النفقة أن يتدارك هذا الأمر وينظمه[879].

إلا أنه نصت المادة(03) من صندوق النفقة على أنه: "يتم دفع المستحقات المالية للمستفيد، إذا تعذر التنفيذ الكلي أو الجزئي للأمر أو الحكم القضائي المحدد لمبلغ النفقة، بسبب إمتناع المدين بها عن الدفع أو عجزه عن ذلك أو لعدم معرفة محل إقامته، يثبت تعذر التنفيذ بموجب محضر يحرره محضر قضائي"، وهو ما يجعلنا نلاحظ أن المشرع الجزائري لم يدرج أجرة المسكن ضمن النفقة

[877] بن عومر محمد الصالح، صندوق النفقة كالية قانونية لضمان تسديد النفقة، مجلة القانون والمجتمع، عدد 8، مجلة محكمة ديسمبر 2016، ص 113 . 114

[878] تخنوني اسماء، إشكالات صندوق النفقة للمراة المطلقة الحاضنة في التشريع الجزائري: دراسة تحليلية وفقا لاحداث التشريعات الوطنية، دفاتر السياسة والقانون، عدد 19، محكمة جوان 2018، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، الصفحات [594 . 585]، ص 588

[879] بن كعبة عمارية، النفقة المستحقة للطفل المحضون، المرجع السابق، ص 59

المحكوم بها بل تنظمها أحكام المادة (72) من قانون الأسرة، وهو ما لا يتماشى مع نص المادة (78)من قانون الأسرة التي تعتبر السكن وأجرته من مشتملات النفقة[880].

ومن خلال نصوص القانون رقم 01/15 المتضمن صندوق النفقة لم نجد ما يشير صراحة إلى الحالات التي يتولى فيها الصندوق دفع النفقة لهؤلاء الدائنين؟ بعكس ما وجدناه في القانون التونسي بحيث حد المشرع التونسي الحالات التي يمكن للدائن بالنفقة أن يلجأ إلى تدخل صندوق النفقة وجراية الطلاق، وهذه الحالة هي عند التلدد من طرف المدين بالنفقة وذلك ما جاء في نص الفصل الثاني من القانون المتضمن إنشاء صندوق النفقة وجراية الطلاق التونسي الذي نص على ما يلي: "يمكن للمطلقات وأولادهن الصادر لفائدتهم أحكام باتة متعلقة بالنفقة أو جراية الطلاق وتعذر تنفيذها لتلدد المدين أن يقدموا لصندوق ضمان النفقة وجراية الطلاق بمطلب للحصول على المبالغ المستحقة ويثبت تلدد المدين إذا تعلقت به قضية إهمال عيال طبقا لمقتضيات الفصل (53) من مجلة الأحوال الشخصية..."[881]،

ويقصد بالتلدد في هذه الفقرة هو إمتناع المدين عمدا عن أداء النفقة المحكوم بها لفائدة المطلقة والأبناء، وإستمر هذا الإمتناع مدة شهر كامل بحيث بعد تلك المدة يخول للدائن بالنفقة أن يتابع المدين في القضاء الجزائي، ولا يستطيع الدائن بالنفقة الإستفادة من تدخل الصندوق إلا بعد إثباته لحالة تلدد المدين بالنفقة، وقد وضع القانون التونسي اللآليات التي تثبت بها الدائن ذلك، وهي إرفاق طلب تدخل الصندوق بشهادة تقديم شكوى إهمال العيال[882].

إن صندوق النفقة بحسب نص المادة (02) من قانون صندوق النفقة لا يستفيد منه كل مستحقي النفقة من الأبناء ولو تضمنهم نفس الحكم بل يضمن نفقة الأطفال منهم فقط، وهذا بدوره يثير عدة إشكالات من أهمها الصعوبة الإجرائية في تجزيء الحكم القضائي والتنفيذ على المدين بالنفقة، هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى نلاحظ أن هذا النص حوى إجحاف بخصوص باقي الأبناء من غير الأطفال خاصة منهم العاجزين عن الكسب بسبب الدراسة أو الإعاقة[883].

---

[880] فاطمة حداد، حق المطلقة الحاضنة في المسكن من خلال قانون الاسرة الجزائري،مرجع سابق، ص 156

[881] مباركة عمامرة، الحماية الجزائية لحق النفقة للطفل في القانون الجزائري، مجلة البحوث والدراسات، العدد 24، صيف 2017، ص 201

[882] مباركة عمامرة، المرجع نفسه، ص 201

[883] بوشنتوف بوزيان، صندوق النفقة كوسيلة لتفعيل تنفيذ احكام النفقة الصادر في مسائل شؤون الاسرة: قراءة في نصوص القانون رقم 01/15 الصادر بتاريخ 04 يناير 2015، المرجع السابق، 332 . 333

فقدحصر قانون صندوق النفقة بنص (الفقرة 3 من المادة 2) نفقة الصندوق على (الطفل أو الأطفال المحضونين ممثلين من قبل المرأة الحاضنة في مفهوم قانون الأسرة، وكذلك المرأة المطلقة المحكوم لها بالنفقة) وهذا النص من شأنه إثارة الملاحظات التالية:

نلاحظ أن المشرع حصر القانون بإستخدام عبارة المرأة المطلقة يعني أن هذه الأخيرة وحدها معنية بإستيفاء هذا الحق، وبالتالي في حال بلوغ المحضونين سن الرشد لا يمكنه اللجوء إلى هذا الصندوق كون أن المشرع أقصاه بإستخدام عبارة المرأة المطلقة[884].

ونلاحظ أن المشرع إستعمل لفظ الأطفال بدل لفظ الأبناء ولفظ الأبناء أعم من لفظ الأطفال، لأنه في حال حصر النفقة على الأطفال فقط دون بقية الأبناء يكون المشرع قد إستثنى كل إبن تجاوز سن 18 سنة سواء كان ذكرا أم أنثى، ذلك لأن المشرع سبق له وأن تناول تعريف الطفل بنص المادة (02)من قانون حماية الطفل بنصها: "يقصد في مفهوم هذا القانون.....(الطفل كل شخص لم يبلغ 18سنة كاملة)[885].

حيث نعلم أن سن الحضانة بالنسبة للذكر تنتهي ببلوغه سن 10 سنوات ويمكن أن تستمر الحضانة إلى 16 سنة إذا كانت الحاضنة أما لم تتزوج ثانية، ففي هذه الحالة مثلا بعد بلوغ الذكر سن 16سنة تنتهي الحضانة وبالتالي لا يمكن للأم مباشرة المطالبة بمبلغ النفقة في مواجهة الصندوق كونها لن تعد حاضنة، وبالتالي ليست لها الصفة لمباشرة الطلب، وفي المقابل لا يمكن للطفل ذو 16 سنة مباشرة الطلب بنفسه كونه قاصرا ولا يملك أهلية التقاضي فمن يحمي حق هذا الطفل في إستيفاء حقوقه المالية قبل بلوغه سن الرشد القانوني للحصول على أهلية التقاضي وهي 19 سنة؟ [886].

فالأولاد المستفدون من الصندوق تكون إستفادتهم قاصرة على مرحلة حضانته، هذا على عكس التشريع التونسي والمغربي الذي يأخذ بسن الإكتفاء عن النفقة، وهو ما يعني أنهم لا يستفيدون من مخصصات هذا الصندوق، متى إنقضت حضانتهم وتنتهي هذه الحضانة تطبيقا لنص المادة (65) من قانون الأسرة ببلوغهم سن العاشرة بالنسبة للولد وبلوغ أهلية الزواج بالنسبة للبنت المحضونة وهو ما يعني أنهم يصبحون بلا إستفادة من موارد هذا الصندوق بعد إنقضاء حضانتهم، فهل هذا يعني أنهم

[884] نسيمة امال حيقري، نفقة المحضون في ظل التعديلات المستحدثة في قانون الاسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 10

[885] بوشنتوف بوزيان، صندوق النفقة كوسيلة لتفعيل تنفيذ احكام النفقة الصادر في مسائل شؤون الاسرة: قراءة في نصوص القانون رقم 01/15 الصادر بتاريخ 04 يناير 2015، المرجع السابق، ص 332

[886] نسيمة امال حيقري، نفقة المحضون في ظل التعديلات المستحدثة في قانون الاسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 10

بعد سقوط حضانتهم غير جديرين بالإستفادة من الصندوق حتى ولو ثبت عوزهم وإحتياجهم وأنهم مازالوا غير قادرين في الإستغناء عن النفقة؟[887].

من خلال إستقراء نص الفقرة (03) نلاحظ أن المشرع رغم أنه هدف من خلال صندوق النفقة إلى فرض حماية إجتماعية للأسرة إلا أنه حرم الأب المعوز والفقير كما حرم الأطفال الأيتام والأرملة من حماية الصندوق، فهل لأن الصندوق يعول في موارده على إستفاء الديون فقط وبالتالي يحتاج إلى مدين –الزوج والمطلق – وهو ما لا يتوافر لدى اليتيم و الأرملة، لذات السبب ندعو المشرع بأن تشمل نفقة الصندوق كل من يحتاج حماية إجتماعية خاصة الأرامل والأطفال اليتامى[888].

إضافة إلى ذلك لا يكون الحكم بالنفقة بالضرورة ناتج عن حكم بالطلاق فقد يصدر حكم بالنفقة المؤقتة لفائدة الزوجة وأبنائها قبل صدور حكم بالرجوع أو حكم الطلاق وبإعتبار في هذه الحالة لا يوجد حكم بالطلاق، فبالتالي الزوجة التي لديها حكم مؤقت بالنفقة غير معنية بالإستفادة بهذا القانون، لذلك على المشرع إستعمال عبارة كل من يملك حكما بالنفقة دون تحديد مطلقة أو غيرها[889].

ويجدر التساؤل أيضا بشأن حالتي بطلان عقد الزواج أو إنحلال رابطته بالفسخ فهل يكون للأبناء الناجمين عن العقد الباطل أو الفاسد الأحقية في الإستفادة من المنح التضامنية التي يقدمها الصندوق أم لا؟ والإجابة عن هذا الإشكال تقتضي الإحاطة علما بمعنى البطلان والفساد و من ثم تحديد أثرهما على إستحقاقالإستفادة من القانون 01/15 من عدمه[890]وعليه فبالنسبة للمقصود بالبطلان الذي عرفه الحنفية (العقد غير المشروع بأصله ولا بوصفه)[891]،أما الفساد فمفهومه هو ما حصل في وصف من أوصافه بأن كان في شرط خارجه عن ماهيته وأركانه، كعدم حضور الشاهدين، أو تكون المرأة

[887] حداد فاطمة، اشكالات حماية المحضون في ظل القانون 15 . 01 المتضمن انشاء صندوق النفقة . دراسة مقارنة. مرجع سابق، ص 330

[888] بوشنتوف بوزيان، صندوق النفقة كوسيلة لتفعيل تنفيذ احكام النفقة الصادر في مسائل شؤون الاسرة: قراءة في نصوص القانون رقم 01/15 الصادر بتاريخ 04 يناير 2015، المرجع سابق، ص 333

[889] نسيمة امال حيقري، نفقة المحضون في ظل التعديلات المستحدثة في قانون الاسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 10

[890] عبد الفتاح حمادي، احكام صندوق النفقة المستحدث في التشريع الجزائري، دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص 182

[891] ابو القاسم بن الزين، عقد الزواج المقترن بالشرط الفاسد بين الفسخ والتصحيح . دراسة مقارنة . مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، تخصص" الاحوال الشخصية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة الشهيد حمه لخضر. الوادي، 2014 . 2015، ص 103

محرمة على من تزوجها بشرط عدم علمهما وقت العقد بالحرمة[892]، كما هو منصوص عليه في نص المادة (33) من قانون الأسرة "يبطل الزواج إذا إختل ركن الرضا

إذا تم الزواج بدون شاهدين أو صداق أو ولي في حالة وجوبه، يفسخ قبل الدخول و لا صداق فيه، ويثبت بعد الدخول بصداق المثل[893].

بيد أن حصر فئة المستفيدين في فئة المطلقات وأبنائهم فقط مسألة منتقدة إجتماعيا ذلك أنه إذا كانت الغاية من إنشاء الصندوق تضامنية بحتة، فإن الفئات التي لأقصاها هذا المشروع من هو أحوج إلى العون والدعم الإجتماعي من نظيرتها كالأيتام، والأرامل، وزوجات المفقودين، والأسر التي هي في وضع إهمال أو تدخل من طرف الآباء والأبناء الناجمين عن زواج عرفي لم يتسن إثباته... وكان الأولى بالمشرع الجزائري أن يوسع دائرة الأحقية في دعم صندوق النفقة حتى يعطي لهذا المشروع الطموح مصداقية أقوى في نهوضه بقيم العدالة الإجتماعية وتكريسه لمادئ التضامن والتعاون[894].

ب -حالات الإستفادة من المستحقات المالية للصندوق:

- تعذر التنفيذ لإمتناع المنفذ عليه عن تسديد النفقة: لقد حددت المادة (03) من قانون 01/15 الحالة الأولى التي توجب حق الإستفادة من صندوق النفقة بنصها: "يتم دفع المستحقات المالية للمستفيد إذا تعذر التنفيذ الكلي أو الجزئي للأمر أو الحكم القضائي المحدد لمبلغ النفقة، بسبب إمتناع المدين به..."[895]
- تعذر التنفيذ لعجز المدين عن تسديد النفقة: في حالة عجز الأب تجب نفقة الأولاد على الأم إذا كانت قادرة على ذلك" وهنا يثور إشكال مفاده هل يمكن تصور أن تكون الأم هي المدين أمام صندوق النفقة ما دامت موسرة مع عجز الأب عجزا جديا وشرعيا عن الإنفاق؟، والجواب على هذا الإشكال متضمن بالمادة الثانية من قانون صندوق النفقة والتي حصرت المدين بالنفقة كونه الزوج السابق أو والد الطفل المحضون و عليه يمكن الخلوص إلى نتيجة مؤداها أن أحقية الأم في نيل المخصصات المالية الممنوحة من طرف الصندوق لها أو محضونيها متوقف

[892] عبد الرؤوف دبابش، ثبوت النسب في الأنكحة الفاسدة والباطلة في الشريعة و قانون الاسرة الجزائري، مجلة الإجتهاد القضائي، العدد 7، مخبر اثر الاجتهاد القضائي على حركة التشريع، جامعة محمد خيضر ببسكرة، ص 71

[893] المادة (33) من قانون الاسرة في ضوء الممارسة القضائية بالامر رقم 05 . 02 المؤرخ في 27 فبراير 2005، ص 21

[894] عبد الفتاح حمادى، احكام صندوق النفقة المستحدث في التشريع الجزائري . دراسة مقارنة. مرجع سابق، ص 184

[895] دبابش عبد الرؤوف، صندوق النفقة وعلاقته بالاستقرار الاسري، مرجع سابق، ص 108

على شرط إضافي متضمن بالمادة (76) من قانون الأسرة[896]، والتي توجب على القاضي بحث في حال الأم يسارا أو إعسارا، والتحقق من ظروف معاشها، للحكم في إسناد أو إعفاء ذمتها من مسؤولية الإنفاق الواجب على الأبناء قبل إعطائها صكا بالإستفادة من إعانة الصندوق، فالمسألة التحقق منسوطة بالسلطة التقديرية للقاضي الذي يلزمه بحث الحال والظروف المعيشية لكل من الأب والأم والإجتهاد في تقدير مدى تحقق العوز والإحتياج أو ثبوت الغنى واليسار وهذا مدرك . ولا شك . صعب الوهاء في غياب معايير ومحددات قانونية تضبط هذا الإجتهاد وتأصل نتائجه[897]،

- إستحالة التنفيذ لعدم العثور على المنفذ عليه

أما عن حالات سقوط الحق في الإستفادة فقد حدد حالات لا يمكن لصندوق النفقة تغطيتها كما هو الأمر بالنسبة لحالتي سقوط الحق في الحضانة عن الحاضنة وإنتهاء الحضانة، إضافة إلى يسر الطفل المحضون وإلتزام المدين بالنفقة أي أب المحضون بدفع مبالغ النفقة المحكوم بها، فهناك إذا أربعة حالات حددها المشرع الجزائري ينتهي الصندوق بموجبها من أدائه لمبالغ النفقة منها ماهو منصوص عليه في قانون الأسرة الجزائري ومنها ما هو منصوص عليه في قانون صندوق النفقة الجديد وتتمثل في حالة سقوط حق الحاضنة في الحضانة، وحالة إنتهاء الحضانة، وحالة الطفل الميسور ماديا، وحالة إلتزام المدين بدفع النفقة المحكوم بها قضائيا[898].

ج -إشكالات الإطار الإجرائي للإستفادة من صندوق النفقة:

المشرع الجزائري لم يحدد المدة التي يتعين إنتظارها لتقديم طلب الإستفادةإبتداء من صدور الحكم المحدد للنفقة في حين يحدد نظيره المغربي أجل شهرين من تاريخ تقديم طلب تنفيذ المقر القضائي المحدد للنفقة إذ يخول القانون للمستفيد أن يتقدم بهذا الطلب بعد إنصرام أجل شهرين من تاريخ تقديم طلب تنفيذ المقر القضائي المحدد للنفقة، إن ما يمكن أن يسجل على هذا الإجراء الذي ألزم القانون الجزائري المطلقة بإتخاذه للحصول على النفقة، أنه ينطوي على ثغرة قانونية يمكن أن تجعل البت في طلبها من القاضي المختص من خلال خمسة أيام صعب إن لم نقل مستحيل، إذ أن المصالح الإدارية لقاضي شؤون الأسرة تعمد إلى إستقبال الملفات من المعنيين كما ورد في القانون، دون التأشير

[896] عبد الفتاح حمادى، احكام صندوق النفقة المستحدث في التشريع الجزائري . دراسة مقارنة. مرجع سابق، ص 188

[897] عبد الفتاح حمادى، مرجع نفسه، ص 189

[898] ياسين محمد بوزوينة، صندوق النفقة كالية لحماية المراة الحاضنة المطلقة، مجلة منازعات الاعمال، مجلة شهرية محكمة متخصصة في العلوم القانونية، العدد 28، دجنبر 2017، ص 106 . 107

عليها بالإستلام لعدم تحريك أجال الفصل في الملف، وبذلك يقع الفصل فيها ضمن سلطاتها التقديرية، التي تجعل صدور الأمر بالموافقة على تسديد النفقة يأخذ وقتا أكبر مما هو محدد قانونا[899].

لقد راعى القانون رقم 15-01 المؤرخ في 4 يناير 2015 المتضمن إنشاء صندوق النفقة الطابع الإستعجالي للنفقة لذلك نص على أن يبت قاضي شؤون الأسرة في الطلب المقدم له في أجل أقصاه خمسة(5) أيام من تاريخ إخطاره بأمر ولائي غير قابل لأي طعن، فالمادة (4) تنص: "إذا كان الطلب المنصوص عليه في هذا القرار يشمل نفقة المرأة المطلقة ونفقة الطفل أو الأطفال المحضونين من طرفها، يقدم ملف واحد للإستفادة من المستحقات المالية لصندوق النفقة"[900]،

ونلاحظ على المادة (04) منه والتي ألزم المشرع من خلالها المرأة المطلقة الممثلة للأطفال المحضونين باللجوء إلى قاضي شؤون الأسرة عند تقديمها لطلب الإستفادة من مستحقات صندوق النفقة، وهذا ما يعتبر إجراء جد بيروقراطي يؤدي إلى تعطيل حقوق الطفل أو الأطفال المحضونين في الإستفادة من مستحقاتهم، حيث كان بإمكان المشرع الإكتفاء بإلزام الدائن بالنفقة بتقديم محضر إمتناع عن دفع النفقة، محرر من قبل المحضر القضائي، ثم التوجه إلى المصالح الإدارية للنشاط الإجتماعي على مستوى الولاية، للحصول على المستحقات المالية مباشرة[901]،

وهو الأسلوب الذي إعتمده المشرع في حالة توقف المدين عن تنفيد الحكم القضائي الذي يلزمه بالنفقة بعد شروعه فيه، حيث يكفي في هذه الوضعية بنص المادة (3/06) قانون صندوق النفقة الجزائري إثبات الوضع القائم بموجب محضر يحرره محضر قضائي حتى تقوم مصالح النشاط الإجتماعي بصرف النفقة المستحقة وهو ما يطرح الإشكال حول إلزام المرأة اللجوء إلى قاضي شؤون الأسرة إذا إمتنع المدين عن الدفع منذ البداية وإعفائها من ذلك إذا قام بالدفع ثم توقف؟[902]

---

[899] عبد الحكيم بوجاني، الاشكالات المثارة حول انشاء صندوق النفقة المستحدث بالقانون رقم 15/ 01، المجلة الجزائرية للحقوق والعلوم السياسية، العدد4، ديسمبر2017، معهد العلوم القانونية والادارية، المركز الجامعي احمد بن يحي الونشريسي تيسمسيلت، الجزائر، الرقم الدولي الموحد للدورية "ردمد"issn:2507 7635 /ص 395

[900] جريدة رسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 35، 11 رمضان عام 1436 هـ، 28 يونيو سنة 2015 م، قرار وزاري مشترك مؤرخ في اول رمضان عام 1436 الموافق 18 يونيو سنة 2015 يحدد الوثائق التي يتشكل منها ملف طلب الاستفادة من المستحقات المالية لصندوق النفقة

[901] عثمان حويذق، ومحمد لمين مجرالي، صندوق النفقة كالية لحماية حقوق الطفل المحضون بين المكاسب والنقائص، مجلة الشباب، عدد 05 (ربيع الاول 1438 هـ / ديسمبر 2016 م)، معهد العلوم الاسلامية، جامعة الوادي، ص 215

[902] عبد الحكيم بوجاني، الاشكالات المثارة حول انشاء صندوق النفقة المستحدث بالقانون رقم 01/15، مرجع سابق، ص 395

وبالتالي حتى ولو سلمنا بضرورة أن يمر طلب الإستفادة من مستحقات صندوق النفقة على القضاء، فإن إلزام المشرع للقاضي المختص في البت في هذا الطلب في أجل خمسة أيام، يعتبر في الواقع العملي أمر شبه مستحيل وذلك على إعتبار أن المصالح الإدارية التابعة لقاضي شؤون الأسرة تعمد على إستقبال طلبات الإستفادة من المعنيين دون التأشير عليها بالإستلام، لأن القانون لا يشترط ذلك، وهذا ما يطلب بالضرورة عدم تحريك آجال الفصل في الطلبات، وبالتالي يقع الفصل فيها ضمن سلطتها التقديرية، وهو ما يجعل صدور الأمر بالموافقة على تسديد النفقة يأخذ وقت أكثر مما هو محدد في القانون وهذا ما يتعارض مع حق إستفادة الأطفال في النفقة في الآجال المعقولة[903].

إن الإشكال يبرز بوضوح أن إجراءات الحصول على أمر قضائي كشرط للحصول على النفقة المستحقة ما هي إلا مضيعة للوقت، وإضافة عبء لجهاز العدالة ليس إلا، بالإضافة إلى ذلك فغنه في حالة رفض طلب الإستفادة فإنه لا يحق، والحالة هذه للمستفيد بالطعن في ذلك الأمر الولائي بأي طريقة من طرق الطعن، لأنه يعد نهائيا، وهذا حسب ما نصت عليه المادة (12) من قانون صندوق النفقة[904].

في حين نجد أن المشرع التونسي منح للمستفيدين الطعن في قرارات الصندوق القومي للضمان الإجتماعي، أمام المحاكم الإدارية وفق منهج سلم التظلم الإداري بإعتبار أن المحكمة الإدارية مؤسسة عمومية وقراراتها تعتبر إدارية، لذا كان من الأجدر أن يمنح المشرع الجزائري لفائدة من صدر في حقهم قرارات لا تخول لهم الإستفادة بأن يطعنوا في هذه القرارات على غرار القانون التونسي، حتى تتحقق فلسفة إحداث الصندوق وإبعاد الوقوع في تهميش أي طرف قد يكون في أمس الحاجة من الإستفادة[905].

وبعد فصل القاضي المختص في طلب الإستفادة من صندوق النفقة لصالح المرأة الحاضنة نيابة عن الأطفال المحضونين بموجب أمر ولائي، وقيام أمانة الضبط بتبليغ هذا الأمر إلى كل من المدين والدائن بالنفقة والمصالح المختصة، تتولى هذه الأخيرة ممثلة في مديرية النشاط الإجتماعي على مستوى الولاية التابعة لوزارة التضامن الوطني والأسرة وقضايا المرأة مهمة تسديد مبالغ النفقة المحددة قضاء في أجل أقصاه خمسة وعشرون(25) يوما يبدأ سريانها من تاريخ تبليغها بالأمر الولائي الصادر عن القاضي المختص الذي يفصل في طلب الإستفادة من صندوق النفقة مع العلم أن المشرع الجزائري

[903] عثمان حويذق ومحمد لمين مجرالي، صندوق النفقة كالية لحماية حقوق الطفل المحضون بين المكاسب والنقائص، المرجع السابق، ص 216

[904] عبد الحكيم بوجاني، الاشكالات المثارة حول انشاء صندوق النفقة المستحدث بالقانونن رقم 01/15، مرجع سابق، ص 395

[905] عبد الحكيم بوجاني، مرجع نفسه، ص 395

إعتبر وزير التضامن الوطني هو الآمر الرئيسي بالصرف بينما إعتبر مدير النشاط الإجتماعي على مستوى الولاية هو الآمر الثانوي بالصرف، هذا في حالة التنفيذ العادي للأمر الولائي القاضي بالإستفادة من صندوق النفقة أما في حالة ما إذا إعترض تنفيذ هذا الأمر أي إشكال، فإن المشرع الجزائري ألزم قاضي شؤون الأسرة بالفصل في هذا الإشكال بموجب أمر ولائي في أجل أقصاه ثلاثة(03) أيام يبدأ إحتسابها من تاريخ إخطاره به[906]،

هذا من جهة ومن جهة أخرى فإنه في حالة حدوث أي تغير يمس الحالة الإجتماعية أو القانونية للمستفيد و/أو المدين بالنفقة، يجب على القاضي المختص أن يدرس مدى تأثير هذا التغير على إستحقاق النفقة مع العلم بأنه يتعين على المستفيد و/أو الدائن بالنفقة إعلامه به خلال مدة أقصاها عشر(10) أيام من تاريخ حصوله، ثم بعد ذلك يفصل فيه بموجب أمر ولائي غير قابل لأي طعن على أن تتكفل أمانة الضبط تبعا لذلك بتبليغ هذا الأمر إلى كل من المدين والدائن بالنفقة، والمصالح الولائية المكلفة بالنشاط الإجتماعي في أجل أقصاه ثمان وأربعون(48) ساعة إبتداء من تاريخ صدوره، وبعد إتمام كل الإجراءات القانونية وتسوية كل الإشكالات التي قد تعترض تنفيذ الأمر الولائي القاضي بأحقية الحاضنة في الإستفادة من صندوق النفقة نيابة عن طفلها أو أطفالها المحضونين، فإنه يتعين على المصالح المختصة بموجب القانون الإستمرار في دفع المبالغ المستحقة للمستفيذ شهريا إلى غاية سقوط حقه فيها[907].

لقد أغفل المشرع حال إصداره للأمر 01/15 أمرا مهما عندما نص على أن مديرية النشاط الإجتماعي ملزمة بدفع مستحقات النفقة للمستفيدة خلال 25 يوما تبدأ من يوم تبليغها بالأمر القضائي الصادر عن قاضي شؤون الأسرة هو تنظيم آليات قانونية لتجسيد هذا المبدأ حيث أن مخالفة المصالح الإدارية المختصة لآجال الدفع لا يترتب عليه أي أثر قانوني أو مسؤولية على المتسبب في ذلك ومن ثم أكاد أجزم أن حصول المرأة المستفيدة على مستحقات النفقة لن يكون ضمن الآجال المنصوص عليها في القانون بل قد تأخذ وقتا أكبر من ذلك بكثير خاصة في ظل تقيد مديرية النشاط الإجتماعي

[906] عامر نجيم، حماية حق الطفل المحضون في النفقة وفقا للقانون رقم (01/15)، مداخلة يوم دراسي: قانون الاسرة الجزائري الواقع والافاق "يوم 27 فبراير 2017، معهد الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، المركز الجامعي مغنية، ص 40 . 41

[907] عامر نجيم، المرجع نفسه، ص 41

بالإجراءات المنصوص عليها في قانون المحاسبة العمومية والرقابة السابقة على النفقات العمومية قبل إصدارها لأمر الصرف[908].

د -في آجال الفصل في طلب الإستفادة من مستحقات صندوق النفقة:

قد تعترض الإستفادة من المستحقات المالية إشكالات، وأول إشكال نطرحه بهذا الصدد وقبل الولوج إلى طرق الفصل فيه، أن المشرع لم يبين طبيعة الإشكال ولأي مرحلة ينتمي هذا الإشكال ويقدم الإشكال؟، ومهما كانت طبيعة الإشكال أو من قدمه فإن قاضي شؤون الأسرة ملزم بالفصل في أجل أقصاه ثلاثة (03) أيام من تاريخ إخطاره به، ومن هذه الإشكالات/ حالة توقف المدين بالنفقة بعد شروع فيه، إذ يأمر القاضي المصالح الولائية المكلفة بالنشاط الإجتماعي المختصة بدفع مبلغ النفقة

/ يدرس القاضي التغيير في الحالة الإجتماعية أو الحالة القانونية للمستفيد أو المدين بالنفقة الذي يبلغ إليه في أجل أقصاه (10) عشرة أيام من حصوله، ويفصل فيه بأمر ولائي غير قابل لأي طعن، يتم تبليغه عن طريق أمانة الضبط إلى المدين أو الدائن بالنفقة والمصالح الولائية المكلفة بالنشاط الإجتماعي في أجل (48) ساعة من تاريخ صدوره.

/في حالة مراجعة مبلغ النفقة يبلغ القاضي المختص عن طريق أمانة الضبط، المصالح الولائية المكلفة بالنشاط الإجتماعي بالحكم أو القرار في أجل (48) ساعة من صدوره[909].

و -كيفيات دفع المستحقات للمستفيد:

قد تثار صعوبات بشأن سريان العمل بصندوق النفقة الجزائري تتجلى في تزاحم الطلبات بشأن الأحقية في إستحقاق النفقة ما بين الأبناء و الزوجة المطلقة، فبالرجوع إلى القانون 01/15 المتعلق بإنشاء صندوق النفقة فلم ينص المشرع صراحة على تحديد المستحق للإستفادة في هذه الحالة، علما أنه على مستوى أحكام النفقة نجد العديد منها يتضمن الأطفال، كما أنه بالرجوع إلى المادة (02) من نفس القانون فقد حددت الفئات المستحقة للإستفادة من الصندوق في الزوجة المطلقة ومستحقو النفقة من الأطفال، فمن يا ترى سيستفيد بالأولوية وهو ما تفطن له القانون البحريني المتعلق بصندوق النفقة لسنة 2005 حيث نص على أن تكون الأولوية للزوجة أو المطلقة ثم نفقة الأولاد،

[908] نسيمة امال حيقري، نفقة المحضون في ظل التعديلات المستحدثة في قانون الاسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 10 . 11

[909] تخنوني اسماء، اشكالات صندوق النفقة للمراة المطلقة الحاضنة في التشريع الجزائري: دراسة تحليلية وفقا لاحداث التشريعات الوطنية، المرجع السابق، ص 591

فهذا التحديد جاء واضحا، وكان من الأجدر أن يعمل المشرع الجزائري على إقرار هذا التحديد لأنه سيغني أثناء التطبيق عن مجموعة من المشاكل[910].

ي -المصالح المختصة بصرف المستحقات المالية:

في هذا الخصوص صدر المرسوم التنفيذي رقم 107/15 الذي يحدد كيفيات تسيير حساب التخصيص الخاص رقم 142- 302 الذي عنوانه "صندوق النفقة" فبموجب المادة (02) منه يفتح حساب التخصيص الخاص رقم 142- 302 في كتابات الخزينة، بحيث يكون الوزير المكلف بالتضامن الوطني الآمر بالصرف الرئيسي لهذا الحساب، وذلك وفق نظرية التفويض المعروفة في القانون الإداري، وعليه فإن مديرية النشاط الإجتماعي والتضامن لكل ولاية هي المصلحة المختصة بصرف المستحقات المالية للطفل أو المرأة المطلقة[911].

لكن السؤال الذي يطرح نفسه في هذا المقام من أين لمديرية النشاط الإجتماعيو التضامن لكل ولاية بهاته الأموال لصرفها في هذا الخصوص؟ خاصة و الجزائر اليوم تعرف أزمة مالية حادة بسبب إنخفاض أسعار النفط في ظل إرتفاع رهيب لمعدلات الطلاق بالجزائر، وللإجابة على هذا الإشكال نرجع للمرسوم 107/15 الذي يحدد مداخيل صندوق النفقة من مخصصات ميزانية الدولة، ومبالغ النفقة التي يتم تحصيلها من المدينين بها، ومن الرسوم الجبائية أو شبه الجبائية و التي تنشأ بموجب القانون، وكذا الهبات والوصايا، ثم من كل الموارد الأخرى، فيتجلى لنا أن المشرع عدد مداخيل هذا الصندوق حتى يتسنى للمصالح المختصة تغطية كافة هاته المستحقات، وإن كان الفصل المخصص من قبل ميزانية الدولة هو الجزء الأساسيمن هاته المداخيل، أما مبالغ النفقة التي يتم تحصيلها من المدينين بها فيتم تحصيلها بواسطة أمين الخزينة للولاية بناء على أمر بالإيراد تصدره مديرية النشاط الإجتماعي والتضامن للولاية[912].

ومن الإشكالات التي يمكن إثارتها تلك التي تتعلق بسبل تحصيل وإسترجاع المخصصات المالية الخاصة بالصندوق حيث تتلخص وظيفة هذا الصندوق في دفع النفقة لمن حكم له بها من المطلقات وأطفالهن من جهة، وفي إسترجاع المبالغ المدفوعة من المدينين المحكوم عليهم بها من جهة أخرى، فبموجب نص المادة (09) من قانون صندوق النفقة الجزائري يتولى أمين الخزينة بالولاية إسترجاع وتحصيل

---

[910] عبد الحكيم بوجاني، الاشكالات المثارة حول انشاء صندوق النفقة المستحدث بالقانون رقم 15 /01، مرجع سابق، ص 396

[911] بن عومر محمد الصالح، صندوق النفقة كالية قانونية لضمان تسديد النفقة، المرجع السابق، ص 114 . 115

[912] بن عومر محمد الصالح، المرجع نفسه، ص 114 . 115

المخصصات المالية للصندوق والمتمثلة في الديون من المدينين بالنفقة بناء على أمر بالإيراد من المصالح المختصة[913].

وعليه فإذا كانت شروط تحصيل ديون الصندوق لا تثير أي إشكال إذا تعلق الأمر بموظف أو أجير أو متقاعد، حيث يتم اللجوء إلى الإقتطاع من الراتب الشهري وفاء لدين بذمة المعني لصالح الصندوق، فإن الأمر قد يكون مستحيلا كما تعلق الأمر ببعض الأزواج الذين لديهم القدرة على التهرب من الأداء، أو هم في حالة عسر يصعب عليهم معها الأداء كما أن هناك أزواجا على إستعداداللإعتقال لعدم قدرتهم على الوفاء أو قصد الإضرار بالزوجة المطلقة، أما في حالة ما إذا وافته المنية فإن مبالغ النفقة تصبح دينا على التركة، وكحل لهذا الإشكال المذكور نقترح بالنسبة لزوج المطلقة الذي لا يعمل ولديه القدرة على ممارسة أي نشاط، فإنه بعد الحكم عليه بالنفقة يصبح ملزما من طرف الدولة على العمل للنفع العام وفي أعمال تخدم المجتمع، مقابل النفقة التي يدفعها صندوق النفقة لأبنائه[914].

كما أنه يوجد إشكال آخر يتعلق بإسترجاع المخصصات المالية من الصندوق غير المستحقة، حيث ألزم المشرع من خلال المادة (14) في فقرتها الثانية من قانون 01/15 كل من تسلم من الصندوق مخصصات مالية دون وجه حق بإسترجاعها، غير أنه لم يحدد لحالة الإمتناع عقوبة معينة، حيث يبقى أمر مطالبة المطلقة بإسترجاع الأموال التي صرفت لصالحها بدون وجه حق، أمر غير مجدي، الأمر الذي يستدعي تعديل مقتضيات هذه المادة، بشكل يضمن حماية المخصصات المالية للصندوق وهذا رغم محاولة المشرع من خلال هذا النص، معالجة مسألة تحايل على الصندوق، الذي قد يلجأ إليه الزوجان أو الأبناء من أجل تحصيل نفقة غير مستحقة من الصندوق، كأن يتم الطلاق صوريا قصد الإستفادة من الصندوق، أو كأن يلجأ الأطفال إلى الإدلاء بوثائق تثبت إستمرارية حقهم في الإستفادة من المخصصات المالية للصندوق، رغم إنتفاء وسقوط ما تثبته الوثائق، وعليه يتضح أن موارد الصندوق على إختلافها، لا يمكن التعويل عليها في تمويل الصندوق نظرا لما يعتري شروط إستيفائها من إختلالات تهدد مالية الصندوق بالإفلاس في جانب مهم من موارده الأمر الذي يتطلب تدخل المشرع لوضع ضمانات قانونية كفيلة بتحصيل هذه الموارد[915].

[913] عبد الحكيم بوجاني، الاشكالات المثارة حول انشاء صندوق النفقة المستحدث بالقانون رقم 15 / 01، مرجع سابق، ص 397

[914] عبد الحكيم بوجاني، المرجع نفسه، ص 397

[915] عبد الحكيم بوجاني، المرجع نفسه، ص 397

ما مدى أحقية الأبناء من أم أو أب أجنبي في الإستفادة من الصندوق؟ رجوعا للفصل (32) من مدونة الأحوال الشخصية التونسية نجده أكد على أحقية المطلقة التونسية من زوجي أجنبي والمطلقة الأجنبية من زوج تونسي في الإستفادة من الصندوق على حد سواء بشرط الإقامة في تونس، أما بالنسبة للأبناء يكفي أن يكون أحد الوالدين تونسيا ليتمتع الأبناء بخدمات الصندوق[916]، الذي يواصل صرف نفقاتهم إلى حين إستحقاق شرط سقوطها عنهم، وعليه و بالرجوع للنص المغربي لا نجد ما يمنع من إستفادة الفئات التي تحدثنا عنها من صندوق التكافل العائلي إذا تحقق شرط الإقامة بالمغرب سواء تعلق الأمر بالأزواج أو الأبناء[917].

حيث نلاحظ على نص المادة (02) من القانون رقم 01/15 أن المشرع الجزائري لم يتعرض إلى جنسية المستفيد من الصندوق فهل تستفيد منه أيضا المطلقة الجزائرية الجنسية المقيمة بالجزائر وكان مطلقها أجنبيا وهل يستفيد منه أيضا الأولاد الذي يكون أحد والديهما جزائريا وحصل طلاق بينهما؟ والمشرع الجزائري لم يبين من خلال ما إشتملت عليه المادة (02) من القانون 01/15 حق إستفادة هؤلاء وإننا نرى بأنه لا مانع من أن تشمل الإستفادة من هذا الصندوق هؤلاء أيضا بغض النظر عن جنسية والديهما المختلفة بشرط أن يكونوا مقيمين بالجزائر[918].

المبحث الثاني: إشكالات النزاع حول متاع البيت وحول الذمة المالية بين الزوجين

قبل التطرق إلى الإشكالات لابد من التطرق إلى مفهوم كل من متاع البيت والذمة المالية بين الزوجين، ومن ثم سنتطرق إلى أبرز الإشكالات التي تثيرها.

المطلب الأول: النزاع حول متاع البيت

إن من أكثر الحالات المعروضة على القضاء الجزائري هو النزاع حول متاع البيت لغموضه وتعقيده ولاكتفاء المشرع الجزائري بتنظيم مادة وحيدة غير شاملة كل ما يتعلق بالنزاع حول المتاع، وبالتالي يضطر القاضي هنا إلى الرجوع إلى العرف، وبالرغم من ذلك فهذه المسألة أثارت إشكالا كبيرا عجز القضاة على تداركها.

---

[916] حداد فاطمة، اشكالات حماية المحضون في ظل القانون 01/15 المتضمن انشاء صندوق النفقة، دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص 328

[917] لشقار محمد، صندوق التكافل العائلي، مرجع سابق، ص 145

[918] مبروك بن زيوش، نفقة المطلقة والاولاد في ظل القانون رقم 15 – 01 المتضمن انشاء الصندوق الخاص بها، مرجع سابق، ص 220

الفرع الأول: مفهوم متاع البيت

أولا-تعريف متاع البيت:

أ - لغة كل ما ينتفع به كالطعام والبز وأثاث البيت وأصل (المتاع) ما يُتَبَلَّغُ به من الزاد وهو إسم من (مَتَعْتُه) بالتثقيل إذا أعطيته ذلك والجمع (أمتعة)[919]

وهو ما ينتفع به في بيت الزوجية من فراش وأدوات منزلية، فهو كل ما يمكن أن يتم الإنتفاع به في بيت الزوجية من فراش وآثاث وأدوات منزلية ويستوي في ذلك أن يكون مما يخص الرجال أو مما يخص النساء أو مما يخص النساء والرجال على حد سواء[920].

ب -أما إصطلاحا: هو ما يجب على الزوج أن يوفره لزوجته من نتاع البيت أو هو ما يجب على الزوج لزوجته في البيت، ويتمثل ذلك في آلات أكل وشرب و طبخ وغيرها...[921].

ج -وأما قانونا: لم يعرف قانون الأسرة متاع البيت غير أنه أشار في نص المادة (73) من القانون إلى أنواع المتاع، فهناك من المتاع ما هو خاص بالنساء، وآخر خاص بالرجال، ومنه ما هو مشترك بينهما، وصنف المشرع بذلك ثلاث معايير أساسية يستند عليها القاضي للفصل في النزاع محددا متاع النساء ومتاع الرجال والمشترك بينهما، فالمسألة تخضع لتقدير القاضي منطلقا من معطيات العرف وعادات الناس[922]، ولهذا لجأنا إلى تعريف الفقه حيث نجد محمد الأزهر في كتابه شرح مدونة الأسرة المغربية يعرف متاع البيت بقوله: "المراد ما ينتفع به في بيت الزوجية ويشمل الجهاز وغيره من أثاث البيت والأدوات المنزلية وغيرها"[923].

يشتد الخصام بين الزوجين في حالة الطلاق حول أثاث البيت وفي الغالب لا يكون هناك بيان أو دليل قاطع يثبت ملكية الطرفين، وعليه فالمسألة هنا مسألة إثبات والتي تؤول إلى مبدأ القاعدة العامة في

---

[919] احمد بن محمد علي الغيومي المقري، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، مرجع سابق، ص 562

[920] حسيني عزيزة، النزاع حول متاع البيت قراءة في نص المادة 73 من قانون الاسرة وتطبيقاته القضائية، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، المجلد 58، العدد 01، سنة 2021، تاريخ النشر: مارس 2021، الصفحات [129 . 148]، ص 131

[921] حفصية دونه، احكام النفقة ومتاع البيت كاثر من اثار الطلاق في قانون الاسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 40

[922] حسيني عزيزة، النزاع حول متاع البيت قراءة في نص المادة 73 من قانون الاسرة وتطبيقاته القضائية، المرجع السابق، ص 130

[923] حفصية دونه، احكام النفقة ومتاع البيت كاثر من اثار الطلاق في قانون الاسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 40

القانون المدني وهي المادة (323) من القانون المدني وما بعدها، وفي الفقه الإسلامي والتي توضح أن البيّنة على من إدعى واليمين على من أنكر، فإن إستطاعت الزوجة أن تقدم للمحكمة أي دليل يثبت وجود أمتعتها ببيت الزوجية فالقول قولها، إلا إذا إدعى لها المطلق فهنا عليه تأدية اليمين لوضع حد للنزاع ومنه في هذا الصدد قد أكدت هذا المعنى المادة (73)من قانون الأسرة الجزائري[924].

الفرع الثاني: إشكالات النزاع حول متاع البيت

إذا إختلف الزوجان في أثاث البيت الذي يسكنانه فإدعى الزوج أنه له وإدعت الزوجة أنه لها، فمن حيث أن كلاهما مدع فمن أقام البيّنة قضى له سواء كان الإختلاف حين قيام الزوجية أو بعد حصول فرقة، وسواء كان البيت الذي يسكنان فيه ملكا لأحدهما أم مستأجرا، وسواء شهد الظاهر لمن أقام البينة أم خالفه لأنه بيّنته أثبتت دعواه، وإن كان لكل منهما بيّنة ورجحت بيّنة من يثبت خلاف الظاهر لأن البيّنات كما قدمنا لإثبات خلاف الظاهر، والظاهر هنا هو صلاحية الشيء المتنازع فيه لأيهما فإن كان يصلح له خاصة كثيابه الخصوصية أو أدوات الرسم لمهندس أو العيادة لطبيب وجدت بينهما، وإن كان يصلح لهما كالبساط والأواني فلا مرجح لإحدى البيّنتين والقول قول الزوج بيمينه لأن يده على البيت وما فيه ظاهر يشهد له بلا معارض، وإن لم يكن لواحد منهما بيّنة فالقول لمن يشهد له الظاهر بيمينه فما يصلح للرجال خاصة القول فيه للزوج بيمينه وما يصلح للنساء خاصة القول فيه للزوجة بينهما وهذا بالإتفاق بين الإمام وصاحبيه[925].

ففي حالة فك الرابطة الزوجية لابد من قسمة المتاع المشترك بينهما، وبما أن لا توجد أحكام خاصة بقسمة الأشياء المشتركة بين الزوجين تطبق أحكام قسمة المال الشائع طبقا للمادة (72) وما يليها من القانون المدني الجزائري، غير أنه وبالرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية فيما يخص النزاع الذي يثور بين الزوجين حول أثاث البيت خاصة إذا تم إكتسابه خلال الزواج وبإشتراك الزوجين، كأن يتنازعان على ملكية زربية مثلا، حيث يدعي الزوج شراء الصوف من ماله، وتدعي الزوجة أنها نسجت الزربية من هذه الصوف، فإذا إعترفا معا أن الزوج هو الذي إشترى الصوف، فالزربية للزوج و ليس للزوجة أجرة عملها، وإن إدعى كل واحد منهما أن الصوف صوفه دون تقديم دليل يثبت إدعاءه، فالقول

[924] عبد الفتاح تقية، الطلاق بين احكام تشريع الاسرة، مرجع سابق، ص 202

[925] عبد الوهاب خلاف، احكام الاحوال الشخصية في الشريعة الاسلامية على وفق مذهب ابي حنيفة وما عليه العمل بالمحاكم، دار القلم للنشر والتوزيع، ط 2، 1410 هـ. 1990 م، ص 103 . 104

للرجل بيمينه لأن المذهب المالكي يقدم قول الزوج مع يمينه ولم يقل بالقسمة حسب جمهور الفقهاء[926].

وفي إطار الصياغة المقترحة للمادة(73)[927] من قانون الأسرة الجزائري وذلك بإدراج فقرة جديدة "يحق للزوجين الإتفاق على جعل ملكية متاع البيت مشترك بينهما بغض النظر عن مصدرها ويلحق هذا الإتفاق بعقد الزواج طبقا لأحكام المادة(37) من هذا القانون ويكون ملزما للزوجين ويعمل بموجبه في حالة حدوث نزاع بينهما على ملكية متاع البيت"، وإستنادا لهذا الإتفاق المبرم بين الزوجين حول الملكية المشتركة لمتاع البيت، فيشتركان في دفع الديون المترتبة في ذمتها لبائع الأثاث كل بقدر حصته طبقا لأحكام المادة(713)من القانون المدني الجزائري التي تنص على أنه "إذا ملك إثنانأو أكثر شيئا وكانت حصة كل منهم غير مقررة فهم شركاء على الشيوع وتعتبر الحصص متساوية إذا لم يقم دليل على ذلك"[928].

كما وقدنتسائلعنكيف تعامل القضاء مع النزاع في متاع البيت؟ في ذلك إجتهادات مختلفة للمحكمة العليا: لقد ورد في حكم لها: "من المقرر قانونا أن الناكل على اليمين ومتى تبين – في قضية الحال– أن المطعون ضدها قد وجه لها القاضي الأول تأدية اليمين طبقا لأحكام المادة (73)من قانون الأسرة على تركها أثاثها ومصوغها في بيت الزوجية غير أنها إمتنعت عن تأديتها وعليه فإن القرار المنتقد لما سمح للمطعون ضدها بتأدية اليمين التي وجهت لها سابقا ونكلت عنها، أخطأ في تطبيق القانون، "ومتى كان كذلك إستوجب نقض القرار جزئيا فيما يخص الأثاث والمصوغ"[929].

وفي قضية، كان للمحكمة العليا الحكم التالي: "أن الإكتفاء بتوجيه اليمين قبل معرفة وجود أو عدم وجود محل النزاع المدعى به يعتبر بمثابة إنعدام التسبيب وخرق واضح لقواعد الإثبات"، ومتى تبين – من قضية الحال– أن الطاعن قد أنكر وجود المتاع والمصوغ لديه وطلب إقامة البينة على دعواها

---

[926] مسعودي رشيد، النظام المالي للزوجين في التشريع الجزائري، اطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون، كلية الحقوق، جامعة ابو بكر بلقايد تلمسان، 2005 . 2006، ص 319 . 320

[927] المادة 37 من قانون الاسرة: إذا وقع نزاع بين الزوجين او ورثتهما في متاع البيت وليس لاحدهما بينة فالقول للزوجة او ورثتهما مع اليمين في المعتاد للنساء والقول للزوج او ورثته مع اليمين في المعتاد للرجال.
والمشتركات بينهما يقتسمانها مع اليمين.

[928] مسعودي رشيد، النظام المالي للزوجين في التشريع الجزائري، المرجع سابق، ص 346

[929] قرار في 1992/04/14، ملف رقم 81850، – المجلة القضائية – العدد الخاص بإجتهاد الأحوال الشخصية – 2001 – ص 230، أنظر، الغوثي بن ملحة، قانون الاسرة على ضوء الفقه والقضاء، ديوان المطبوعات الجامعية 1 – 2005 ، الساحة المركزية بن عكنون – الجزائر طبعة اولى ، ص 125 - 126

وإلتمسالإستماع إلى شهادة إبن المطعون ضدها، فإن قضاة الموضوع لما لم يستجيبوا على طلب الطاعن وبادروا بتوجيه اليمين المتممة للمطعون ضدها دون التأكد من وجود المصوغ، فإنهم عرضوا قرارهم للقصور في التسبيب وخرقوا قواعد الاثبات،"ومتى كان كذلك إستوجب نقض القرار المطعون فيه جزئيا فيما يخص الأثاث والمصوغ "[930].

ملاحظة في هذه القضية وقع قضاة الموضوع في الخلط بين اليمين المتممة واليمين الحاسمة، وفي النزاع في متاع البيت، فاليمين التي توجه إلى الزوجين هي يمين حاسمة، وقد أكدت المحكمة العليا على طبيعة نفس اليمين بحيث ورد في حكم لها: "من المقرر قانونا أن الدفع المتعلق بعدم تأدية اليمين بشأن الأثاث لا يعتبر طلبا جديدا بل هو دفع يثار في أي درجة من درجات التقاضي"، "ومن ثم فإن القرار المنتقد عندما أعتبر توجيه اليمين التي أثارها الطاعن طلبا جديدا يكون قد أخطأ في تطبيق القانون"، "مما يستوجب نقض القرار جزئيا يتعلق بالأثاث"، (ملف رقم 109595– قرار في 1994/07/11- المجلة القضائية – العدد الخاص بإجتهاد غرفة الأحوال الشخصية والمواريث – 2001 – ص 236 ")[931].

كما ونلاحظ في المادة (73) لا تجيب عن كل الأسئلة والإستفسارات التي يطرحها النزاع بصفة جدية، وذلك بإعطائها لبعض الحل وليس كله وترك باب الإجتهاد مفتوحا خلق ممارسة قضائية ليست سليمة وجعلت من الشارحين والمفسرين يثيرون الموضوع تحت تسمية الإشكاليات التي تثيرها المادة (73) من قانون الأسرة، فكان على المشرع أن يتدخل بأكثر من مادة لإعطاء جميع الحلول التي يمكن أن يثيرها النزاع ولا يكفي التعليل بأن ما لم ينص عليه نعود فيه إلى القواعد الشرعية لأن هذه الأخيرة ليست واضحة عند الكثير من القانونيين[932].

ومن الإشكالات التي أصبح يثيرها تطبيق المادة (73) قانون الأسرة الجزائري هو أن مستلزمات متاع البيت قد شهدت تطورا واضحا بحيث أصبحت الزوجة تساهم بقدر كبير في إعداد بيت الزوجية من أموالها الخاصة مما أدى إلى إختلاط مال الزوجين وعليه يجب إعادة صياغة المادة (73) قانون الأسرة الجزائري بتحديد المدلول القانوني لبعض المصطلحات كالصداق والجهاز ومتاع البيت، وجعلها أكثر

[930] قرار في 1992/10/27، ملف رقم 86097– المجلة القضائية – العدد الخاص باجتهاد غرفة الاحوال الشخصية و المواريث –2001 – ص 233، انظر، الغوثي بن ملحة، المرجع نفسه، ص 126 - 127

[931] قرار في 1994/07/11، ملف رقم 109595- المجلة القضائية – العدد الخاص بإجتهاد غرفة الأحوال الشخصية والمواريث – 2001 – ص 236، انظر، الغوثي بن ملحة، المرجع نفسه، ص 127

[932] باديس ديابي، صور واثار فك الرابطة الزوجية في قانون الاسرة، مرجع سابق، ص 177

وضوحا، وإقترح البعض تعديل المادة (73) قانون الأسرة الجزائري وبيان الإجراءات الواجب إتباعها في أداء اليمين ومكان أداء اليمين حتى لوضع حدّ للإشكالات المطروحة حاليا في مجال الإجراءات الخاصة بأداء اليمين، حيث هناك من القضاة من يصدر حكما قبل الفصل في الموضوع بوصف أنه حكم تمهيدي، وبالتالي صعوبة التمييز بين ما يصلح للرجال وما يصلح للنساء، وعليه لابد من اللجوء إلى وسائل أخرى وإستحداث آليات جديدة تتماشى مع تطورات المجتمع ومن ذلك نشر ثقافة الكتابة والتوثيق والحفاظ على فاتورات الشراء[933].

ونلاحظ من المادة أن المشرع الجزائري لم يختر المصطلح الصحيح لطرفي النزاع، فالحديث عن الأثاث كأثر من آثر الطلاق يجعل من الزوجية منفكة، وبالتالي يسقط عن المرأة المطلقة مصطلح "الزوجة"، كما يسقط عن الرجل المطلق مصطلح " الزوج "، فالمادة(73) من قانون الأسرة ومنذ البدأ نقول أنها لم تتطرق إلى عديد الإشكاليات القانونية الموجودة في الواقع العملي وأن الإجتهاد القضائي فصل في ذلك على نحو يغطي الفراغ الموجود، فإن الأصل أن يتطرق القانون للمسألة بشكل مفصل وواضح[934].

كما أن الإشكال قد يثار في حالة إدعاء المطلقة أن متاعها موجود ببيت الزوجية، ولم ينكر المطلق المتاع لكنه إدعى أنها أخذت المتاع معها، ففي هذه الحالة يتم تطبيق القاعدة العامة للإثبات، حيث يصبح المطلق مدعي بأنها أخذت المتاع معها وهي مدعى عليها، فعلى المطلق أن يثبت ما يدعيه ويحكم له، وإذا لم يقدم دليلا توجه يمين النفي للمطلقة بأنها لم تأخذ المتاع ويحكم لها[935].

إن ما يتطلبه بالضرورة سلطة الجهة القضائية المختصة أن تتحرى كل التحري عندما يريد أن يوجه اليمين إلى أحد المتخاصمين سواء كانت يمينا متممة أو حاسمة، خلافا لليمين التي يوجهها القانون والتي يتعين على القاضي أن يوجهها مباشرة إلى من تجب عليه ولذلك يمكن القول بأن تجهيز منزل الزوجية هو من واجبات الزوج وحده، وليس من حقه أن يطلب من الزوجة أن تساهم في تجهيز بيت الزوجية بالمال الذي دفعه لها كصداق لكون أن الصداق هو ملك لها وحدها، شرعا وقانونا وتتصرف فيه كما تشاء وتريد ولا أحد يلزمها بتجهيز منزل الزوجية ومنه أيضا إشكال آخر يطرح نفسه

[933] وحياني جيلالي، حماية حقوق المراة في قانون الاسرة الجزائري على ضوء الاتفاقيات الدولية، مرجع سابق، ص 300 . 3001

[934] باديس ديابي، صور واثار فك الرابطة الزوجية في قانون الاسرة، مرجع سابق، ص 164

[935] عادل عيساوي، الحقوق المالية للمراة في قانون الاسرة الجزائري، مرجع سابق، ص243

في الجانب العملي وهو مكان أداء اليمين فهل تؤدى بالمحكمة أمام القاضي الذي يفصل في النزاع أم تؤدى أمام محضر قضائي في مكتبه أم تؤدى في المسجد؟[936]،

حيث لم ينص قانون الأسرة الجزائري على زمان أو مكان تأدية اليمين وبالرجوع إلى المادة (191) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية فقد نصت على أن زمان ومكان تأدية اليمين يحدد من طرف القاضي وكذا الصيغة الخاصة بها والجزاء المترتب على الكذب أثناء أدائها[937].

إن مسألة اليمين في حد ذاتها مسألة مرتبطة بالتربية الأخلاقية داخل الأسرة و مدى قوة الوازع الديني عند الفرد الواحد، فمكان أدائها لا يؤثر شيئا إذا كان الفرد خلوا من جوانب الإرتباط، وعليه فمن المستحسن أن تؤدى أمام القضاء الذي يأمر بأدائها، ومنه أيضا ما يتعلق بمسألة تحديد الطرف الذي يوجه إليه اليمين فإن كثيرا من القضاة يخطئون في تحديد الطرف الذي توجه إليه اليمين حيث في كثير من القضايا المتعلقة بهذا المجال يكون النزاع حول الأمتعة الخاصة بالزوجة وتوجه اليمين للزوج وهذا خطأ شائع ذلك أنه عندما يتعلق الأمر بأثاث وأغراض ما يصلح عادة للنساء فإنها تسلم للزوجة بعد توجيه اليمين لها وليس للزوج، ومنه أيضا ما تعلق بالشخص الموجهة له اليمين يستحسن تحديد شروط له ومنها العقل السليم ليست له سوابق عدلية و يفضل أن يكون اليمين بوضع اليد على المصحف الشريف عظمة لفعل اليمين[938]،

لكن المادة (193) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية حددت مكان تأدية مكان أدائها حيث نصت على: "تؤدى اليمين من قبل الخصم الذي وجهت له شخصيا بالجلسة أو في المكان الذي يحدده القاضي، وإذا برر إستحالة التنقل يمكنه أداءها إما أمام قاض منتدب لهذا الغرض، ينتقل إلى مكان تواجده بحضور أمين الضبط وإما أمام المحكمة الموجودة بدائرة إختصاصها محل إقامته"، ويمكن إستنتاج أن هذه التفاصيل تخص اليمين بصفة عامة، ولكن بالرجوع إلى إجتهادات المحكمة العليا فيما يخص مكان تأدية اليمين الخاصة بمتاع البيت نجدها نصت على المسجد وجوبا، فإنه من المتعيّن عند القضاء بأداء اليمين تحديد مكان أدائها بالمسجد وكذلك تحديد الصيغة والأشياء المؤداة، وعند عدم التحديد فإنه من المتعدر مراقبة تطبيق القانون من طرف المجلس الأعلى[939].

---

[936] عبد الفتاح تقية، الطلاق بين احكام تشريع الاسرة، مرجع سابق، ص 203

[937] عادل عيساوي، الحقوق المالية للمراة في قانون الاسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 244

[938] عبد الفتاح تقية، الطلاق بين احكام تشريع الاسرة، مرجع سابق، ص 203

[939] عادل عيساوي، الحقوق المالية للمراة في قانون الاسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 244 . 245

بالرجوع إلى نصوص قانون الأسرة الجزائري نجد أن المشرع الجزائري لم يتعرض إلى مسألة إثبات وجود المتاع عند إنعدام الدليل أو البينة، وتطبيقا لنص المادة (222) من قانون الأسرة الجزائري فإنه يتوجب على القاضي الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية وقواعدها، إن وسيلة الإثبات التي يملكها القاضي في هذه الحال لفض النزاع حول وجود المتاع المتنازع عليه بين الزوجين هي اليمين، فهذه الأخيرة هي الفيصل في مثل هذا النزاع، واليمين المقصودة هنا هي اليمين الحاسمة التي تحسم النزاع، فيطلب أحد الزوجين المدعي من القاضي توجيه اليمين إلى الطرف الآخر المدعى عليه، فإذا حلف هذا الأخير بعدم وجود المتاع المتنازع عليه ربح الدعوى[940]، وتوجه اليمين الحاسمة من أحد الزوجين إلى الآخر فيمتنع المدعى عليه الزوج الآخر عن أدائها ولا يقوم بردها، فيعد ناكلا عنها، فيحكم القاضي لموجهها كل من وجهت إليه اليمين فنكل عنها خسر دعواه حسب نص المادة (347) قانون مدني جزائري وهو الحكم الذي جسده المجلس الأعلى في قرار صادر بتاريخ 1977/01/26 (قرار غير منشور) والمحكمة العليا في قرارها الصادر في 1992/04/14 رقم 81850[941]،

هذا فيما يخص النكول عن اليمين الحاسمة، أما فيما يخص النكول عن اليمين المتممة، فيكون في العادة يستتبع خسارة المدعي لدعواه وهو الأمر الذي أقرته المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 1992/04/14 تحت رقم 81850 والقاضي بأنه: "من المقر قانونا أن الناكل عن اليمين خاسر دعواه ومتى تبين . في قضية الحال - أن المطعون ضدها قد وجه لها القاضي الأول تأدية اليمين طبقا لأحكام المادة (73) قانون الأسرة الجزائري، على تركها أثاثها و مصوغها في بيت الزوجية غير أنها إمتنعت عن تأديتها، وعليه فإن القرار المنتقد لما سمح للمطعون ضدها بتأدية اليمين التي وجهت لها سابقا ونكلت عنها أخطأ في تطبيق القانون"[942].

وبالتالي فاليمين المنصوص عليها في المادة (73) هي اليمين المتممة التي يوجهها القاضي لكلا الطرفين أو ورثتهما فيما يدعيانه و ليس لهم بينة على ذلك وكل من أنكل خسر دعواه.

---

[940] عيادة لحسين، دور القاضي في حماية الاسرة في النزاعات المالية بين الزوجين، مجلة الاكادمية للدراسات الاجتماعية والانسانية، عدد 20 ، جوان 2018، قسم العلوم الاقتصادية والقانونية، الصفحات [173 . 182]، ص 176

[941] نقلا عن، عبد السلام عبد القادر، النزاع حول متاع البيت بين النص التشريعي والاجتهاد القضائي، مجلة الاحياء، العدد 1، الرقم التسلسلي للعدد 5، كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الاسلامية. باتنة . 1423 هـ، 2002 م، ص 270

[942] المحكمة العليا، غرفة الاحوال الشخصية، 1992/4/14، ملف رقم 81850، المجلة القضائية، العدد الخاص، 2001، ص 236، انظر، عبد السلام عبد القادر، النزاع حول متاع البيت بين النص التشريعي والاجتهاد القضائي، المرجع نفسه، ص278 - 279

أما ما تعلق بحالة وفاة أحد الزوجين المتخاصمين أثناء سير الخصومة، فإنه من حق الورثة المطالبة بالأثاث الخاص بالطرف المتوفى كما أنه من حق الطرف الباقي على قيد الحياة أن يطالب بالأثاث المملوك له، وذلك بأن يرفع دعوى ضد الورثة وهنا في هذه الحالة بما أن إمكانية اللجوء إلى اليمين غير واردة فإن الفصل في القضية يتوقف على شهادة الشهود إن وجدوا، وهذا ما إستقرت عليه المحكمة العليا في قرارها الذي جاء فيه ما يلي: "أن الزوج إذا توفي أثناء سير الخصومة فرفعت دعوى أخرى ضد أمه وزوجته الثانية لطلب إسترجاع الأمتعة والمصوغ، أنكرتا، قضاة الإستئناف أصابوا عندما إعتمدوا على شهادة الشهود بتسليم الأمتعة لها"[943].

بينما لم يتعرض القانونين التونسي ولا المغربي لحالة الخلاف بين الزوجين بشأن وجود المتاع من عدمه، وتطبق في ذلك القواعد العامة المنصوص عليها في الفقه وعلى الأخص قاعدة "البينة على المدعي واليمين على من أنكر"[944]، ففي القانون المغربي نصت المادة(34)من المدونة حقوق كل من الزوجين في حالة النزاع حول متاع بيت الزوجية ونصت على ما يلي: "كل ما أتت به الزوجة من جهاز وشوار يعتبر ملكا لها إذا وقع نزاع في باقي الأمتعة، فالفصل فيه يخضع للقواعد العامة للإثبات، غير أنه إذا لم يكن لدى أي منهما بيّنة فالقول للزوج بيمينه في المعتاد للرجال وللزوجة بيمينها في المعتاد للنساء، أما المعتاد للرجال والنساء معا فيحلف كل منهما ويقتسمانه ما لم يرفض أحدهما اليمين ويحلف الآخر فيحكم له"، وهذا نجد المشرع المغربي أخذ بما ذهب إليه الفقه في المعتاد للرجال والنساء حيث على القاضي أن يقتضي الأعراف المستقرة عند النزاع فيما يخص ما تستأثر به المرأة والرجل، وفيما إعتادت التقاليد إحضاره من طرف أحدهما خصوصا ما إعتادت المرأة الإتيان به من جهاز وشوار[945]،

وعند النزاع فإن الإحتكام إلى القواعد العامة للإثبات في بعض الأحيان لإنعدام هذه الوسائل أما إذا كان ذلك قد ضمن في عقد الزواج فإن هذه الوثيقة تعتبر أهم وسيلة إثباتية، وفي غياب البيّنة فإنهما يحلفان معا، حيث يحلف الرجل فيما يخص مستلزمات عمله و طبيعة وظيفته أو صنعته، وتحلف الزوجة بيمينها فيما يخص متاع النساء كالملابس وما يخص عملها أو وظيفتها إن كانت تشتغل، أما المعتاد للرجال والنساء والذي يصعب معرفتهما من حيث التملك والإستعمال فيحلف كل منهما

[943] عبد الفتاح تقية، الطلاق بين احكام تشريع الاسرة، مرجع سابق، ص 203 . 204 . 205

[944] احسين بن الشيخ اث ملويا، المنتقى في قضاء الاحوال الشخصية، مرجع سابق، ص 592

[945] عبد الاله المحبوب، المنهاج في شرح مدونة الاسرة، مرجع سابق، ص 88

ويقتسمانه ما لم يرفض أحدهما اليمين ويحلف الآخر فيحكم له، لأن رفض الأول يعد كأنه إقرار منه بملكية الطرف الآخر للأشياء المتنازع حولها[946].

أما عن إشكالات الإثبات في دعوى متاع البيت في الفقه الاسلامي فالمالكية يرى أن أي من الزوجين أقام بيّنة قضى له بها سواء كان الإختلاف قبل الدخول أو بعده، حال قيام الزوجية أو بعد الإفتراق أيا كان نوعه، وسواء كان البيت للزوج أو للزوجة، غير أنهم إختلفوا عنها فيما لو أقام كل منهما بيّنة فإنه يقضي بأعدل البيّنتين، فإن تساوى رجل بسبب من أسباب الترجيح فإن تكافئتا سقطتا ورجح في ذلك ظاهر آخر وهو ما يعرف الشيء للرجال أو للنساء أو لهما، أما إن لم يكن لأحدهما بيّنة أو سقطتا، فجميع ما كان معتاد للنساء قضي به للمرأة مع اليمين وما كان معتاد للرجال قضي به للزوج مع اليمين، أما ما يصلح لهما معا فالقول للزوج مع اليمين لأن يده هي المغلبة على يد الزوجة، وإذا مات أحد الزوجين ينزل ورثته منزلته ولا يختلف الحكم وإن أقام الرجل البيّنة على شراء ما هو معتاد للنساء كالحلي مثلا، حلف مع بيّنة أنه إشتراه لنفسه، وكذلك الحكم بالنسبة للمرأة[947]،

أما عند الحنفية يرى إذا لم تكن هناك بيّنة فإن ما يصلح للرجال فهو للزوج مع اليمين وما يصلح للزوجة فقط فو لها مع اليمين، أما ما يصلح للزوجين فقد إختلف فيه الرأي فقال زفران ما يصلح للزوج و الزوجة هنا يكون مناصفة لأن قيام الزوجية مثبت لديهما معا على كل ما في البيت واليد في دليل الملكية الظاهرة فيكون المتاع لهما ما لم ترجح دعوى أحدهما بين واو بظاهر آخر يشهد له، في حين قال أبو يوسف ان القول قولهما فيما جرى العرف على أن تدخل به الآن العرف قد جرى على أن المرأة لا تدخل بيت زوجها إلا بجهاز يليق بها فكان الظاهر شاهدا لها، أما ما زاد عن ذلك فالقول قول الرجل لأن يده عليه، فالظاهر بالنسبة لهذا الزائد شاهد له، والذي قيل في كون النزاع بين الزوجين يقال في حالة كونه بين ورثتهما أو بين ورثة الزوجة مع الزوج أما إذا كان الخلاف بين ورثة الزوج مع الزوجة في المتاع الذي يصلح للرجال والنساء، فإن القول في هذا الأمر عند أبي حنيفة هو قول الزوجة لا قول الورثة الزوج، لأن الظاهر شاهد لها إذ هي الواضعة اليد على محل النزاع فيكون القول لها مع اليمين[948].

المطلب الثاني: الذمة المالية بين الزوجين:

[946] عبد الاله المحبوب، مرجع نفسه، ص 89

[947] نقلا عن، حفصية دونه، احكام النفقة و متاع البيت كاثر من اثار الطلاق في قانون الاسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 73 . 74

[948] حفصية دونه، مرجع نفسه، ص 74 . 75

لما كان التعايش بين الزوجين يحدث آثار مالية كان من واجب التشريع الجزائري أن يخصص جزء من فصوله لتنظيم هذه الآثار خاصة منها المتعلقة بالأموال المشتركة بين الزوجين لما يثير هذا الإشتراك إشكالات عديدة، فالثروة المتحصل عليها من عمل الزوجين معا غالبا ما تكون بإسم الزوج وحده لإعتبارات إجتماعية وثقافية، ونتيجة للمتطلبات الإجتماعية الجديدة فقد أدخلت تغيرات على قانون الأسرة الجزائري، فعند إنتهاء العلاقة الزوجية يأخذ كل واحد ممتلكاته وهنا يقع عبئ إثبات الممتلكات.

حيث نجد أن التعديل الجديد قد أعطى حماية وفي نفس الوقت خلق نزاعات عديدة، ذلك أن الأنظمة المالية بين الزوجين تعتبر من أعقد القضايا بسبب نشأتها الغير سليمة ودون إتخاذ الإجراءات اللازمة لتنظيمها ودون فهم مبدأ استقلال الذمة المالية بشكل صحيح، حيث لم تعرف الشريعة الإسلامية إلا نظاما ماليا واحدا ينظم العلاقة المالية بين الزوجين وهو نظام فصل الأموال بين الزوجين، أي استقلال كل زوج بماله الخاص، وكذلك النظام المالي في الفقه الإسلامي فيما يتعلق بالمهر والنفقة والمتعة للزوجة في ظل النظام الخاص بعقد الزواج وأثاره[949]، وقبل التطرق إلى الإشكالات لابد من تعريف المصطلحات التالية:

الفرع الأول: تعريف الذمة المالية بين الزوجين:

لم يتطرقالمشرع الجزائري إلى تعريف الذمة المالية وإكتفى بالنص فقط في النصوص القانونية المادة (1/37) من قانون الأسرة الجزائري: "لكل واحد من الزوجين ذمة مالية مستقلة عن ذمة الآخر"[950]، لهذا لجأنا إلى التعريف الفقهي حيث نجد أن الذمة في إصطلاح الفقهاء هي وصف يصير به المكلف أهلا للإلتزام واللزوم[951]، وقد إختلف الفقهاء المسلمين حول طبيعة الذمة المالية في فريقين هما: الأول وهو الذي إعتبر المالية وصفا شرعيا وإختلف في إعتبارها هي الأهلية شيء واحد، وذهب رأي من هذا الفريق إلى عدم التمييز بينها وبين أهلية الوجوب، وعليه تكون الذمة المالية وصفا إعتباريا مقدر وجوده في الإنسان يجعله أهلا للوجوب له وعليه، وذهب رأي آخر إلى التفرقة بين الذمة المالية والأهلية حيث

[949] خليفة علي الكعبي، نظام الاشتراك المالي بين الزوجين وتكييفه الشرعي، دار النفائس للنشر والتوزيع ، الأردن، 1430 هـ. 2010م، ص 234

[950] جوادي شمس الدين، يخلف مسعود، استقلالية الذمة المالية للزوجة في التشريع الجزائري بين تكريس قانون الاسرة وحماية قانون العقوبات، مجلة آفاق علمية، المجلد 13، العدد 2، سنة 2021، تاريخ النشر: 2021/04/30، الصفحات [519 534]، ص 523

[951] جيدل كريمة، الذمة المالية للزوجين قراءة في نص المادة 37 من قانون الاسرة، مجلة المعيار، مجلد 6، العدد 2، الصفحات [182 . 175]، ص 175

قالوا: إن أهلية الوجوب هي صلاحية الشخص لوجوب الحقوق له وعليه، وأما الذمة فهي محل هذه الحقوق وتلك الإلتزامات[952]، أما الفريق الثاني إعتبر أصحاب هذا الرأي أن الذمة المالية ذاتا وإعترف بعض الأصوليين بالوجوب الحقيقي للذمة المالية، فيما أنكر فريق منهم هذا الوجود وإعتبروه أمرا زائدا لا معنى له[953].

أما عن تعريف النظام المالي للزوجين: المقصود به بلسان الدكتور العربي بلحاج هو مجموعة الأحكام التي تنظم العلاقات المالية بين الزوجين خلال مدة الزواج وبعده[954]، فللنظام المالي للزوجين صور تتمثل أولها في نظام إنفصال الأموال بين الزوجين ونقصد به إحتفاظ كل من الزوجين بملكية أمواله وإلتزامه لوحده بالوفاء بالديون المستحقة بذمته للغير مع إلتزام الزوج وحده بالإنفاق الزوجي، ويتكون هذا النظام من ثلاث عناصر هي الأموال الخاصة بكل من الزوجين، والديون الخاصة المستحقة بذمة كل من الزوجين لوحده، والمسؤولية عن الإنفاق الزوجي[955]،

وثانيهما هو نظام الإشتراك المالي للزوجين أو ما يسمى "بالتنظيم الإتفاقي" هو الصورة الثانية للنظام المالي للزوجين، ونقصد به مجموعة القواعد والأحكام التي إختارها الزوجان وإتفقا عليهما بإرادتهما بوصفها نظاما ماليا يحكم حياتهما الزوجية، وهذا التنظيم الإتفاقي للنظام المالي للزوجين أو مشارطة الزوج يكون واجب التطبيق بين الزوجين في حالة واحدة فقط، وهي إذا ما أعلن الزوجان صراحة أن حياتهما الزوجية تخضع لنظام مالي مختار ومتفق عليه من قبلهما بموجب مشارطة زواج، أولهما إذا أعلن الزوجان صراحة أن حياتهما الزوجية تخضع للتنظيم القانوني للنظام المالي للزوجين، وثانيهما إذا لم يتفق الزوجان ولم يصرحا بأن نظاما ماليا معينا يحكم حياتهما الزوجية[956].

الفرع الثاني: الإشكالات التي يمكن أن تثار بشأن الأموال

[952] جوادي شمس الدين، يخلف مسعود، استقلالية الذمة المالية للزوجة في التشريع الجزائري بين تكريس قانون الاسرة وحماية قانون العقوبات، مرجع سابق، ص 523

[953] جوادي شمس الدين، المرجع نفسه، ص 523

[954] بلحاج العربي، ملاحظات نقدية بشان النظام المالي للزوجين في ضوء قانون الاسرة الجزائري الجديد, les cahiers ladren, volum 3, numero 1, page 23-63, ص23

[955] رعد مقداد محمود الحمداني، تنازع القوانين في النظام المالي للزوجين، دار الكتب القانونية، دار شتات للنشر والبرمجيات، مصر 2010، ص 32

[956] رعد مقداد محمود الحمداني، مرجع نفسه، ص 37 . 38

تثير ملكية الأموال بين الرجل والمرأة أحيانا نزاعات وخاصة عند فك الرابطة الزوجية فهناك أموال سهل تقديم البيّنة بشأنها وهناك أموال لا يعرف مصدرها قد تؤدي إلى منازعات خطيرة بين الزوجين وهي عادة ذات إستعمال مشترك بين الزوجين أو إختلطت أثناء الحياة الزوجية بأموال الزوج الخاصة به، ولعلاج هذه الخلافات تبنى المشرع الجزائري في ذلك قاعدة معتمدا في ذلك قول من شهد له الظاهر بيمينه فما يكون صالحا لإستعمال الرجل فهو للرجل وما يكون صالحا لإستعمال المرأة كالحلي والزينة، فالقول فيه للزوجة مع يمينها، وقد نصت المادة (73)من قانون الأسرة على أنه في حالة النزاع حول متاع البيت....." ومهما يكن فإن المشرع الجزائري رغم موقفه المتقدم فيما يخص الإعتراف بحرية المرأة في التصرف في أموالها، إلا أن هناك فراغ قانوني فيما يخص النزاعات حول الأموال المشتركة التي تنشأ أثناء قيام الرابطة الزوجية خاصة إذا كانت المرأة عاملة تساهم في الأعباء الزوجية وبعد فك الرابطة الزوجية يستولي الزوج على كل الممتلكات، وبالتالي فقد أصبح من الضروري تدخل المشرع لمعالجة هذه الوضعية التي تنعكس على المرأة سلبا وتفقدها الحماية القانونية الكاملة في مجال الأموال[957]،

وعليه نجد قرار المحكمة العليا رقم 189245 المؤرخ في 1998/04/21، إجتهاد قضائي، 2001، عدد خاص، ص 242، في قضية: (ن.ل) ضد: (ب.خ)، حيث من المقرر قانونا أن المشتركات بين الزوجين في الأمتعة يتقسمانها مع اليمين

ومتى تبين – في قضية الحال – أن القرار المنتقد لما أيد الحكم القاضي على الطاعنة بأداء اليمين بشأن الأمتعة بإستثناء جهاز التلفزة و المقياس الذهبي والراديو لأنها لم تقدم بشأنها أي دليل رغم أنها تعتبر من الأمتعة المشتركة قد خالف أحكام المادة (2/73) قانون الأسرة. ومما يستوجب نقض القرار المطعون فيه جزئيا[958].

ولعل أهم ما يعيق إثبات الحقوق المتنازع عليها بين الزوجين يرجع في الأصل إلى طبيعة عقد الزواج، أي تلك الرابطة المقدسة التي لا تقوم على الحسابات الضيقة والمصالح المادية، ولذلك نرى كل طرف يساهم بأمواله الخاصة في ممتلكات الأسرة من غير أن يمسك وثائق أو عقود تثبت ذلك، بسبب الميثاق

[957] لوعيل محمد لمين، المركز القانوني للمراة في قانون الاسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 109 . 110

[958] المحكمة العليا، غرفة الاحوال الشخصية، 1998/04/21، ملف رقم 189245، اجتهاد قضائي، 2001، عدد خاص، ص 242، انظر، سايس جمال، الاجتهاد الجزائري في مادة الاحوال الشخصية (قرارات المحكمة العليا – مسرد الفبائي للكلمات الدالة)، الجزء الثالث، مرجع سابق، ص 1120. 1121

القائم بين أفراد الأسرة الذي يمنعه من الأدلة الكتابية المثبتة لحقوقه والواقع أن عدم الإعداد المسبق للحجج المكتوبة لا يعتبر مشكلا في حد ذاته ما دامت الحياة الزوجية يسودها الوئام والألفة[959]،

أما إذا تعكر صفو الأسرة وإشتد النزاع بين الزوجين ووجد كل طرف أمام المحكمة يطالب بفك الرابطة الزوجية وما يترتب عنها من حقوق وبخاصة الحقوق المالية التي أصبحت في وقتنا الحاضر لا تشمل الصداق والنفقة، وإنما تتسع إلى ممتلكات أخرى كالعقارات والسيارات....وغيرها، وقد يدعي الزوج أنه لا نصيب للزوجة في أموال الأسرة وأن كل ما في البيت ملك له دون أن يقدم أحدهما دليلا كتابيا أمام القضاء على إدعائه بسبب المانع الأدبي الذي يحول دون الحصول على السند، هذا ويراعى أن تقدير قيام المانع هنا يرجع فيه إلى القاضي ولكن يتعين عليه أن يسبب تقديره كما يراعى أنه لما كان تقدير المانع من الأمور الموضوعية فإنه لا يصبح التمسك به لأول مرة أمام المحكمة العليا، بالإضافة إلى المانع الأدبي فإن الزوجة نادرا ما تلجأ إلى مقاضاة زوجها لضمان حقها مهما إشتدت حاجتها وحتى إن فعلت فإنها عادة تختار الطريق المدني دون الجنائي[960].

ونجد في القانون المغربي أنه في الحالة التي لا يوجد فيها إتفاق بين الزوجين و تقوم المحكمة بإعمال سلطتها التقديرية في إعمال قواعد الإثبات بدأت تطرح بعض الإشكالات خاصة وأن بعض المحاكم تطبق النص تطبيقا حرفيا و تتشدد في بعض الأحيان من حيث إعطاء الأولوية لوسائل الإثبات وجودا و عدما، الشيء الذي يترتب عنه في الغالب هدر حقوق النساء المعنيات اللواتي غالبا ما يعوزهن الإثبات، وقد أصدر المجلس الأعلى (محكمة النقض حاليا) قرارا حاسما من حيث التفسير الذي تعطيه لمضمون الفقرة الأخيرة من المادة(49)، أوضحت فيه المقصود من منهما هو أن الرجوع إلى وسائل الإثبات العامة يقترن بمراعاة عمل كل واحد من الزوجين وما قدمه من مجهودات أو تحمله من أعباء بصرف النظر عما قد تحمله الرسوم العقارية من بيانات[961].

أولا: النظام المالي بين الزوجين في التشريع الجزائري

إن الأنظمة المالية بين الزوجين تعتبر من أعقد القضايا بسبب نشأتها التي تكون غير سليمة ودون إتخاذ الإجراءات اللازمة لتنظيمها ودون فهم مبدأ إستقلال الذمة المالية بشكل صحيح، حيث لم تعرف الشريعة الإسلامية إلا نظاما ماليا واحدا ينظم العلاقة المالية بين الزوجين وهو نظام إنفصال

[959] حفصية دونه، احكام النفقة ومتاع البيت كاثر من اثار الطلاق في قانون الاسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 71

[960] حفصية دونه، مرجع نفسه، ص 72

[961] مدونة الاسرة بين النص والتطبيق من خلال العمل القضائي لمحكمة النقض، مرجع سابق، ص 70

الأموال بين الزوجين، أي إستقلال كل زوج بماله الخاص وكذلك النظام المالي المعروف في الفقه الإسلامي فيما يتعلق بالمهر والنفقة والمتعة للزوجة في ظل النظام الخاص بعقد الزواج وأثاره[962]،

كما لم يناقش الفقهاء المسلمون بصورة مباشرة مفهوم النظام المالي للزوجين، ذلك أن الزواج وفق الشريعة الإسلامية لا يؤدي إلى المساس بالذمة المالية الخاصة بكل من الزوجين، إذ يبقى كل منهما محتفظا بملكيته الكاملة لأمواله دون أن يكون للزوج الآخر أية سلطة عليها ويبقى كل منهما ملتزما بالوفاء بديونه دون أن يكون لدائن أحد الزوجين مطالبة الزوج الآخر بالوفاء بالدين، كما يكون الزوج وحده هو المسؤول عن الإنفاق الزوجي، كما يذهب غالبية الفقه العربي إلى أن التشريعات العربية الخاصة بالأسرة والأحوال الشخصية المستمدة من الشريعة الإسلامية لا تعرف النظام المالي للزوجين بالمفهوم المعروف لدى الفقه الغربي و كذلك الحال لدى الطوائف غير المسلمة في البلاد العربية، وهو في ذات الوقت يقر بوجود أثار مالية تترتب على الزواج وفق الشريعة الإسلامية أي أن الفقه العربي يقر بوجود أثار مالية للزواج ولكنه يتحرج أن يسميها النظام المالي للزوجين، ويتفق الباحث مع الرأي الفقهي الذي يذهب إلى أن الشريعة الإسلامية والتشريعات العربية المستمدة منها تعرف النظام المالي للزوجين[963].

أ - نظام إستقلال الذمة المالية بين الزوجين والإستثناء الوارد عليها في التشريع الجزائري

1: الذمة المالية في قانون الأسرة الجزائري: من القوانين العربية التي تعرضت أيضا لموضوع الذمة المالية قانون الأسرة الجزائري في نص المادة (37)منه، وقد جاء التعليق على هذه المادة من قبل أحد الباحثين فقال: "وقد إعترف المشرع الجزائري بدوره في قانون الأسرة بمبدأ إستقلال الذمة المالية للمرأة عن طريق تجسيده لفكرة حرية المرأة بالتصرف في أموالها، إذ في نص المادة(38) على أن للزوجة الحق في حرية التصرف في مالها ولم يعلق هذه الحرية على قيد أو شرط[964] وهذه الذمة المالية التي تملكها المرأة فإنها في الشريعة لا تتنازل عنها بالزواج، فأموالها تبقى مضمونة لها وتمتلك حق التصرف فيها بحرية وتستثمرها وتنميها، ويجوز لها أن تبيع لزوجها وتشتري منه كأجنبيين في الأملاك، حسب مصلحتها كما يجوز على الغير تنفيذ وصيتها بدون تدخل الزوج ولا إذنه، وكذلك الشأن في الهبة إذا

[962] خليفة علي الكعبي، نظام الاشتراك المالي بين الزوجين وتكييفه الشرعي، دار النفائس للنشر والتوزيع، الاردن، 1430 هـ - 2010 م، ص 234

[963] رعد مقداد محمود الحمداني، تنازع القوانين في النظام المالي للزوجين، مرجع سابق، ص 21 -22

[964] خيفة علي الكعبي، نظام الاشتراك المالي بين الزوجين وتكييفه الشرعي، المرجع السابق، ص 44 - 45

كانت أقل من ثلث مالها، وليس لها الرجوع فيها متى قبضت ووقعت صحيحة، وليس للزوج التعرض لها[965].

إلا أن مبدأ حرية المرأة في التصرف في أموالها قد يطرح عدة إشكالات خاصة كون المرأة المالكة زوجة فهل الحرية تعني إبعاد سلطة الزوج عليها إطلاقا في مجال الأموال، وألا يتنافى هذا المبدأ إعتبار الزوج رئيس العائلة؟ ذهب الفقه الإسلامي إلى إعتبار أن حرية المرأة التصرف في أموالها ليست مطلقة، فقد وضع فقهاء المالكية بعض القيود على هذه الحرية، فناقشوا فكرة هبة الزوجة لأموالها ووضعوا قاعدة وجوب التضييق من حرية المرأة بحيث أن الهبة إذا تجاوزت ثلث أموال المرأة يمكن للزوج أن يتدخل ويمنع تلك الهبة، وهناك من إعتبر هبة الزوجة البالغة الرشيدة في حالة صحتها هي هبة صحيحة حتى وإن وهبت مالها كله لمن شاءت دون إذن زوجها، وذهب الليث بن سعد من فقهاء الشريعة إلى أن تبرعات الزوجة ومنها الهبة موقوفة على إذن زوجها إستنادا لقوله صلى الله عليه وسلم: "لا يجوز لإمرأة عطية إلا بإذن زوجها" لكن الجمهور من الفقهاء قالوا أن للزوجة أن يمنعها من ذلك[966].

2 : الإستثناء الوارد على نظام الإستقلال المالي بين الزوجين: إن الذمة المالية تعتبر من بين العناصر الجوهرية في العلاقة بين الزوجين، فالمشرع لم يفرض هنا أي نظام مالي للزوجين، بل أقر صراحة أن لكل واحد من الزوجين ذمة مالية مستقلة عن الآخر، فالمرأة لها كامل الحق في التملك والإنفراد بذمتها المالية التي تبقى مخصصة لمعاملاتها المالية وهي في ذلك تعتبر مستقلة بذاتها غير تابعة أو مكملة لذمة الزوج، إلا أن إستقلال الذمم المالية للزوجين لا ينفي وجود التداخل بين أموالهما، فالحياة المشتركة لا تقوم دون أن يساهم كل واحد منهما بموارده المالية لذلك من أهم المسائل مشاركة الزوجة زوجها في الإنفاق، إذا كان لها مداخيل خاصة على الرغم من أن المشرع يوجب النفقة على عاتق الزوج لكن هذا لا يمنع الإستثمار المشترك للأموال الخاصة بالزوجين، أما بالنسبة لمصير الأموال المشتركة فالمشرع تطرق لذلك من خلال أحكام المادة(37)في فقرتها الثانية بقولها: "غير أنه يجوز للزوجين أن يتفقا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق حول الأموال المشتركة بينهما التي يكتسبانها خلال الحياة الزوجية وتحديد النسب التي تؤول إلى كل واحد منهما" فالملاحظ هنا أن المشرع إشترط الرسمية لمصير الأموال المشتركة سواء عند إبرام عقد الزواج أو من خلال عقد رسمي لاحق أمام الموثق، كما أنه لم يقيد إرادة الطرفين بمحتوى معين للعقد ولابأجل معين، بل يمكنهما الإتفاق أثناء إبرام عقد الزواج أو

[965] العربي بختي، احكام الاسرة في الفقه الاسلامي وقانون الاسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 68 - 69

[966] لوعيل محمد لمين، المركز القانوني للمراة في قانون الاسرة الجزائري، المرجع سابق، ص 113- 114

بعده مباشرة أو حتى بعد مدة معينة تكون أوضاعهما تغيرت كحصول الزوجة على وظيفة أو على إرث، وبالرجوع إلى أحكام المادة(19)من نفس القانون التي تجير للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق كل الشروط التي يريانها ضرورية بشرط أن لا تتنافى هذه الشروط مع مقتضيات عقد الزواج نجد أن إمكانية الإتفاق المالي بينهما ما هو إلا حالة تطبيقية[967] .

ب -موقف المشرع الجزائري من النظم المالية للزوجين قبل وبعد التعديل التشريعي

1: موقف المشرع قبل التعديل التشريعي:

وفقا للمبدأ العام أن النظام المالي السائد في القوانين الغربية يعد مجهولا في النظام العربي الإسلامي بل أن أثار عقد الزواج لدى غالبية التشريعات العربية الإسلامية في ظل أحكام الشريعة الإسلامية هي أثار شخصية ممزوجة بطابع مالي، ولهذا سوف نتعرض لهذا الجانب المالي وفق منظور المشرع الجزائري من خلال قانون الأسرة رقم 11/84 المؤرخ في 9 يونيو 1984 والمتمثل فيما يلي: حق النفقة الزوجية وقد أجمع الفقهاء المسلمون منذ القديم أن نفقة الزوجة واجبة مبدئيا على زوجها سواء كان موسرا أو معسرا، طالما الزوجة في عصمته وما دام عقد الزواج قائما ولم ينحل لقوله تعالى: "لينفق ذو سعة من سعته ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما أتاه الله لا يكلف الله نفسا إلا ما أتاها"، وهذا الوجوب تبنته القوانين العربية الإسلامية ومن بينهم المشرع الجزائري من خلال المادة (37)ف (1): "يجب على الزوج نحو زوجته: النفقة الشرعية حسب وسعه إلا إذا ثبت نشوزها، والنفقة الزوجية واجبة سواء كانت الزوجة مسلمة أو كتابية أو كانت غنية أو فقيرة وتشمل الغذاء والكسوة والسكن ... الخ[968] ،

[967] شامي احمد وبن شنوف فيروز، استقلال الذمة المالية للزوجة كالية لتكريس مبدا المساواة بين الزوجين في التشريع الجزائري، مداخلة في ملتقى دولي بعنوان المساواة بين الجنسين بين مقتضيات العدالة ومتطلبات الجندر، يومي 23 و24 اكتوبر 2019، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة 20 اوت 1955، سكيكدة، ص 9 - 10

[968] زلاسي بشرى، نظام الاموال بين الزوجين واشكالية القانون الواجب التطبيق في ظل التشريع الجزائري قبل وبعد التعديل، المجلة الاكادمية للبحث القانوني، عدد خاص، 2015، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية، ص 143

كما وضع الفقهاء المسلمين شروطا لوجوبها ومنها أن يكون عقد الزواج صحيحا وهذا ما أخذ به المشرع الجزائري الذي أوجب النفقة على الزوجة المدخول بها، وأن تكون الزوجة صالحة لتحقيق أغراض الزوجية وواجباتها ودون ذلك يسقط حقها في النفقة، أما الزوجة العاملة إذا أذن لها زوجها أو تزوجها عالما بعملها فلا يسقط حقها في النفقة، وإمتناع الزوج عن النفقة يمكن الزوجة من طلب التطليق ما لم تكن عالمة بإعساره وقت الزواج وهذا وفقا لنص المادة (53) من قانون الأسرة، كما قد يتابع الزوج بجريمة الإمتناع عن تقديم النفقة إذا كانت مقررة بحكم قضائي وهذا ما نصت عليه المادة (331) من قانون العقوبات الجزائري[969]،

وعن تقديم النفقة يتبين أن الشريعة الإسلامية لم تحدد مقدارها لهذا فإنها تقدر بقدر كفاية الزوجة وظروف وأعباء الزوج ودخله وهذا بنص المادة(79) من قانون الأسرة وإستثناء عن الأصل ألزم المشرع الزوجة بالنفقة على أولادها إذا كان الزوج عاجزا وكانت هي قادرة على ذلك وهذا ما نصت عليه المادتين(76[970]) و(36[971]) من قانون الأسرة و هذا يعد رأي الإمام أبو حنيفة مستدلا على ذلك بقوله تعالى: "وإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة" وهذا خلافا للدول الغربية التي تلزمها بالاشتراك مع زوجها في النفقة الأسرية سواء كان الزوج معسرا أو موسرا عاجزا أو قادرا على ذلك، وأما عن حق المهر(الصداق): هو الحق المالي الذي يجب على الرجل لإمرأته بالعقد عليها أو الدول بها كرمز لرغبته في الإقتران بها في حياة شريفة دائمة، وخلو عقد الزواج من المهر لا يؤثر في صحته وهذا ما ذهب إليه جمهور الفقهاء المسلمين في قوله تعالى: "لا جناح عليكم إن طلقتم النساء ما لم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة" وهذا ما نص عليه المشرع الجزائري في قانون الأسرة، المادة(9) ويبقى المهر رمزا لإكرام الزوجة وليس ثمنا مقابل رضائها[972]،

أما عن حق الزوجة في التصرف في مالها: كما سبق القول وفقا لأحكام الشريعة الإسلامية لا يرتب عقد الزواج أثارا مالية لأن المبدأ هو إستقلالية الذمة المالية للزوجين، خلافا للدول الغربية التي تكون فيها ذمة الزوجين مشتركة فيما بينهما، إن نظام الإنفصال المالي السائد في غالبية المجتمعات الإسلامية

---

[969] زلاسي بشرى، المرجع نفسه، ص 143

[970] المادة 76 من قانون الاسرة: في حالة عجز الاب تجب نفقة الاولاد على الام اذا كانت قادرة على ذلك.

[971] المادة 36 قانون الاسرة: يجب على الزوجين:

المحافظة على الروابط الزوجية وواجبات الحياة المشتركة،

-التعاون على مصلحة الاسرة ورعاية الاولاد وحسن تربيتهم، .....

[972] زلاسي بشرى، نظام الاموال بين الزوجين واشكالية القانون الواجب التطبيق في ظل التشريع الجزائري قبل وبعد التعديل، مرجع سابق، ص 144

يمنح لكل زوج الحرية الكاملة في تسيير والتصرف في ماله، وهذا ما أكد عليه جمهور الفقهاء المسلمين بإستثناء الإمام مالك فيما يخص منعه للزوجة بإجراء بعض التصرفات المالية إلا بإذن زوجها مستدلا بحديث الرسول صلى الله عليه وسلم: "تنكح المرأة لأربعة لمالها ولحسبها و لجمالها ولدينها فأظفر بذات الدين تربت يداك"، فالزوجة في الشريعة الإسلامية تتميز بتبعيتها لزوجها من الناحية الشخصية واستقلاليتها من الناحية المالية، فإذا كان لها ما تحصلت عليه قبل الزواج أو بعده، فهو ملكا لها ولا يجوز للزوج أن يتصرف فيه إلا بموافقتها لقوله تعالى: "للرجال نصيب مما إكتسبوا وللنساء نصيب مما إكتسبن"، وبإعتبار الزوج رئيس الأسرة يبقى مبدئيا يتكفل بكل شؤونها دون إشتراط الزوجة في ذلك إلا برضاها[973].

2: موقف المشرع بعد التعديل التشريعي: نظرا لتطور العلاقات المالية داخل المجتمع العربي المسلم والذي سببه بالخصوص عمل المرأة مما أدى إلى إختلاط أموال الزوجين نتيجة مشاركة الزوجة زوجها في مصاريف وأعباء العائلة لمواجهة متطلبات الحياة والظروف الإقتصادية الحالية سعيا للمحافظة على مصلحة الأسرة وهذا ما دفع بالمشرع الجزائري وبعض التشريعات العربية الإسلامية من خلال تعديله لقانون الأسرة إن سمح للزوجين الإنفاق على ما يملكانه من أموال مشتركة بينهما بعد الزواج وذلك إما في وثيقة عقد الزواج أو في عقد رسمي آخر مستقل والذي قد يكون في إطار عقد مدني بدليل المادة (416)قانون مدني، أو عقد تجاري بدليل المواد من(30 إلى77)قانون تجاري حتى يكون هناك دليل كتابي يحمي به الزوجين أموالهما مستقبلا في حالة وقوع نزاع بينهما أو حتى مع الغير[974]،

وهذه الإجازة في الإشتراك المالي بين الزوجين أكدت عليها المادة (37) ف (3) قانون الأسرة معدلة والتي جاء نصها كما يلي: "لكل واحد من الزوجين ذمة مالية مستقلة عن ذمة الآخر، غير أنه يجوز للزوجين أن يتفقا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق حول الأموال المشتركة بينهما التي يكتسبانها خلال الحياة الزوجية وتحديد النسب التي تؤول إلى كل واحد منهما"، وإذا ما حاولنا التعقيب على هذه المادة وما جاءت به من جديد، لوجدنا أن المشرع أصبح يعمل بنظامين ماليين في علاقة الزوجين ألا وهما: نظام الإستقلال المالي (إستقلال الذمة المالية للزوجين)، نظام الإشتراك المالي، أما عن نظام الإستقلال المالي أي مبدأ "إستقلال الذمة المالية للزوجين" ما زال المشرع متمسكا به ويعتبر وفقا لأحكام الشريعة

[973] زلاسي بشرى، مرجع نفسه، ص 144

[974] زلاسي بشرى، المرجع نفسه، ص 145

الإسلامية هو الأصل، حيث يبقى الزواج لا تأثير له على أموال الزوجين التي تكتسب سواء قبل أو بعد الزواج، فكل زوج له حرية إدارة أمواله والتصرف فيها مع بقاء الزوج ملزما قانونا وشرعا بواجب النفقة على الأسرة بإستثناء الحالات التي نص عليها المشرع[975]،

أما نظام الإشتراكالمالي يعد نظاما شبيها بنظام الإشتراك المخفض السائد في القانون الفرنسي والذي نص عليه المشرع الجزائري مستدلا في ذلك برأي جمهور الحنابلة من خلال المادة (19) [976]قانون أسرة، لأن الأصل في الشروط عند الحنابلة هي الإباحة، إلا في حالة وجود حكم في القانون يمنع ذلك وهذا الموقف أكده القضاء الجزائري إلى جانب ذلك ترى الأستاذة "هجيرة دنوني" أنه يوجد شبه نظام مالي للزوجين في الإسلام له مميزاته وخصائصه يختلف عن غيره من النظم المالية الغربية، و إمكانية لجوء الزوجان لهذا النظام والذي يمثل إتحاد لذمة الزوجين المالية اللاحقة للزوج، يعد إستثناء عن الأصل وهو إنفصال الذمة المالية للزوجين لأن الواقع المعيشي قد يفرض مثل هذا النوع من الإشتراك المالي الذي كان يعد مجهولا ومخالفا للنظام العام في مجتمعنا[977].

ثانيا: إشكالات النظم المالية بين الزوجين في التشريع الجزائري

أ: الحقوق المالية الناجمة عن الرابطة الزوجية :

يترتب عن نشوء الرابطة الزوجية حقوق مالية للزوجة تقع على عاتق الزوج وتنمي الذمة المالية للزوجة إيجابا وهذه الحقوق المالية تتولد عن الحقفي المهر والحق في النفقة، والقاعدة أن المهر هو ملك للمرأة تتصرف فيه كما تشاء ولا يحق للزوج في مطالبته لها بأثاث أو مفروش أو لباس عوضا عن الصداق الذي أصدقه إياها، أن مشكل إمتلاك المرأة للمهر وتسلمها له أصبحت مسألة معقدة ما دامت لا تذكر في عقد الزواج وقد تتم بعد إبرام عقد الزواج فالمهر شرع للمرأة لتتمتع به وبفوائده ولها أن تطالب زوجها أمام القضاء في حالة إمتناعه عن دفع المهر المعجل أو المؤجل طبقا لإجراءات التقاضي العادية بل أنه بإمكانها الحجز حتى على ممتلكاته، لكن نرى أن القانون من حيث الإجراءات لم يحمي المهر حماية كافية خاصة المهر المؤجل الذي يمكن إدراجه ضمن الديون الممتازة وذو أولوية في التحصيل وهذا وقت فك الرابطة الزوجية بتعسف الزوج وإمتناع عن تقديم المهر المؤجل ومن زاوية

[975] زلاسي بشرى، المرجع نفسه، ص 145 - 146

[976] المادة 19 قانون الاسرة: للزوجين ان يشترطا في عقد الزواج او في عقد رسمي لاحق كل الشروط التي يريانها ضرورية، ولاسيما شرط عدم تعدد الزوجات وعمل المراة، ما لم تتناف هذه الشروط مع احكام هذا القانون.

[977] زلاسي بشرى، المرجع سابق، ص 145، 146

واقعية يمكن استعمال المهر كوسيلة لحماية المرأة من تعسف الرجل وخاصة في حالة ما إذا كان المهر مؤجلا بإدراج ضمن المنظومة القانونية تقسيم تقديم المهر على فترتين مهر معجل بإمكان الزوج تديمه على الحال ومؤجل ذو قيمة عالية تحتمي به المرأة في حالة تعسف زوجها معها وربما تتنازل عنه إذا عوملت بالمعروف والحسنى من قبل الزوج[978].

أما عن حق النفقة إذا كانت مقررة شرعا كأثر من أثار فك الرابطة الزوجية فهو مقرر لها مقابل إحتباسها وتكاليف من أموال الرجل حتى وإن كانت الزوجة غنية، غير أن الإشكال قد يثور بالنسبة للمرأة التي تخرج للعمل فهل يسقط حقها في هذه الحالة لإنعدام عنصر الإحتباس؟ يرى البعض أنه من غير العدل أن يكلف الزوج بالنفقة على زوجة تعمل وتجني الأموال قد تجعلها في غنى عن نفقته، فعنصر الإحتباس غير موجود بالنسبة لوجوب النفقة كما أن المرأة تعد مخالفة للقاعدة المعروفة "أن لا تخرج المرأة إلا بإذن زوجها" إن قانون الأسرة الجزائري لم ينص على هذه الحالة فهل يسقط حق المرأة في النفقة؟، وأما غياب النص القانوني الصريح في مثل هذه الحالة يبقى المشكل مطروحا وإن كان ممكنا إشتراط خروج المرأة للعمل قبل إبرام العقد طبقا للمادة(19)، وإذا كانت المادة(37)قد جعلت واجب النفقة على الزوج حتى يثبت نشوزها فهناك من إنتقد هذا المبدأ وإعتبرهأنه سلاح ذو حدين في يد الرجل، فهو من جهة يجعل المرأة ضعيفة إقتصاديا تحت حماية الرجل، ومن جهة أخرى يعمق الفرق الجنسي بين الرجل والمرأة في وسط العائلة، فهذا المبدأ يدين المجتمع العصري الذي يفتح أسواق الشغل للمرأة وأن كل محاولة للمرأة للبحث عن الشغل سيعمل على إضعاف سلطة الرجل في ما يتعلق بالإحتباس، وتبقى المرأة تتمتع بحق النفقة ولو وقعت فرقة أو فسخا وكان من قبل الرجل[979].

1 : الأموال التي تتلقاها المرأة عن طريق الهبة والوصية:

يحق للمرأة أن تتلقى أموال عن طريق الوصية والهبة وتصبح هذه الأموال ملكا لها تدخل في ذمتها المالية، حيث نجد أن هذه الأموال تثير إشكالات عديد، إذ أن الأموال بين الرجل والمرأة أحيانا تثير نزاعات وخاصة عند فك الرابطة الزوجية، فهناك أموال سهل تقديم البينة بشأنها وهناك أموال لا يعرف مصدرها قد تؤدي إلى منازعات خطيرة بين الزوجين وهي عادة ذات إستعمال مشترك بين الزوجين أو إختلطت أثناء الحياة الزوجية بأموال الزوج الخاصة به، ولعلاج هذه الخلافات تبنى المشرع الجزائري في ذلك قاعدة معتمدا في ذلك قول من شهد له الظاهر بيمينه، فما يكون صالحا لإستعمال

[978] لوعيل محمد لمين، المركز القانوني للمراة في قانون الاسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 131، 133 ، 135 ، 136

[979] لوعيل محمد لمين، المرجع نفسه، ص 137- 138- 139

الرجل فهو للرجل وما يكون صالحا لاستعمال المرأة كالحلي والزينة فالقول فيه للزوجة مع يمينها، ومهما يكن فإن المشرع الجزائري رغم موقفه المتقدم فيما يخص الإعتراف بحرية المرأة في التصرف في أمواله، إلا أن هناك فراغ قانوني فيما يخص النزاعات حول الأموال المشتركة التي تنشأ أثناء قيام الرابطة الزوجية خاصة إذا كانت المرأة عاملة تساهم في الأعباء الزوجية وبعد فك الرابطة الزوجية يستولي الزوج على كل الممتلكات وعليه كما تقول الدكتورة هجيرة دنوني:"لم يبق أي معنى لحرية الزوجة في التصرف في مالها فهل من سبيل إلى تعديل حقوق الزوج على ضوء الدور الجديد الذي تلعبه المرأة ويثقل كاهلها"[980].

فإن أكثر المنازعات تنشأ بسبب عدم إلتزام حدود الله وعن حكم الردع في الخلافات بسبب الإعتداء على أموال الطرف الآخر، فإن الزوجة من حقها إذا إعتدى زوجها على أموالها أو منقولاتها وكان ذلك سببا في إستحالة العشرة بينهما أن تطلب التطليق للضرر وللقاضي الحكم في مدى صدق الإدعاء وثبوت الضرر[981].

2: إثبات الحقوق المالية المشتركة للزوجين:

فقد تساهم الزوجة الغنية أو العاملة في بناء بيت الزوجية وتجهيزه وتأثيثه، وقد يكون ذلك من مهرها وقبل إنتقالها إلى بيت الزوجية كما قد تشارك في ثروة الأسرة من منقولات وعقارات هذا يؤثر على الإستقلالية المالية للزوجة من جهة، ويثير مشكل إثبات هذه الحقوق في حالة النزاع من جهة أخرى[982]،

ونظرا لإمكانية إختلاط أموال الزوجين فعليا أثناء الحياة الزوجة، وإستشكال الأمر عليها مستقبلا في تحديد حقوق كل طرف في هذه الأموال،مما يؤدي إلى النزاع، أقر المشرع وسيلة الإثبات المهيأة وهي الكتابة الرسمية، والكتابة كوسيلة إثبات الحقوق الزوجين في الأموال المشتركةفالكتابة الرسمية من أهم وسائل الإثبات إذ لا يمكن الطعن فيها إلا بالتزوير، يقدم للقضاء في حال النزاع وهذه الكتابةتكون

[980] لوعيل محمد لمين، المرجع نفسه، ص 152، 161، 162

[981] نادية حسن ابو سكينه، و ا.م .د منال عبد الرحمن خضر، العلاقات والمشكلات الاسرية، مرجع سابق، ص 194

[982] بوزيان عبد الباقي، الحماية الجنائية للرابطة الاسرية في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في العلوم الجنائية وعلم الاجرام، كلية الحقوق، جامعة ابو بكر بلقايد ، تلمسان، سنة 2009- 2010، ص 65

عن طريق إتفاق بين الزوجين، يدرج في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق بحسب نص المادة (37) ف(2)من قانون الأسرة كما يتم تحديد النسب التي تؤول إلى كل واحد من الزوجين في هذه الأموال التي تكتسب أثناء الحياة الزوجية، وهو في رأينا عقد شركة هما الشريكين فيها ورأس المال هو الأموال المكتسبة أثناء قيام هذه الرابطة، لكن الإشكال الذي يطرح هو في حال عدم وجود هذا الإتفاق وتوثيق حقوق كل زوج في المال المشترك، ثم وقع نزاع بين الزوجين هل يمكن اللجوء إلى وسائل الإثبات الأخرى غير الكتابة؟

لم تنص عليها المادة (37) وإكتفت بالكتابة فقط، عدم لجوء الزوجين إلى الكتابة بإعتبار الزواج رابطة مقدسة لا تقوم على الحسابات الضيقة والمصالح المادية وهو مانع أدبي، لذلك فإن كل زوج ساهم بأمواله الخاصة في ممتلكات الأسرة من غير أن يمسك عقودا أو وثائق تثبت ذلك، يمكنه اللجوء إلى وسائل الإثبات الأخرى، وفي هذا الخصوص تنص المادة(336)من القانون المدني الجزائري: "يجوز الإثبات بالشهود أيضا فيما كان يجب إثباته بالكتابة إذا وجد مانع أدبي أو مادي يحول دون الحصول على دليل كتابي"[983].

إن ظاهرة عمل الزوجة إجتاحت الدول العربية الإسلامية وأصبحت تفرض نفسها بقوة لهذا لا بد من وجود قواعد وأحكام تضبط مدى مساهمة الزوجة في أموال العائلة[984]، الأصل العام في التشريع الجزائري هو إلتزام الزوج بالإنفاق، لكن من خلال نص المادة (3/36)التي توجب على الزوجين التعاون على مصلحة الأسرة ورعاية الأولاد وحسن تربيتهم، رغم عمومية هذا النص إلا أنه يفرض على الزوجين واجب مراعاة تربية الأولاد والقيام بشؤون الأسرة وما تقتضيه من متطلبات مادية ومعنوية، ونص المادة (76) التي توجب على الأم نفقة أولادها إذا كانت قادرة على ذلك، بعد التمعن في النصين معا يمكن القول أن المشرع الجزائري قد أشار إلى مساهمة الزوجة في الإنفاق لكن ليس بصورة إلزامية إلا في حالة عجز الزوج في ذلك وكانت قادرة على الإنفاق أي أن لها مال أو راتب بالنسبة للزوجة العاملة[985].

إلا أنه يجب أن يفكر المشرع الجزائري فيما تعتمد الشرائع الحديثة في هذا الميدان فيما يخص المرأة التي لا تكتسب المال والماكثة في البيت تكفيها مساهمتها المنزلية وبين التي تكتسبه فتلتزم بالنفقة بمقدار

[983] بوزيان عبد الباقي، المرجع نفسه، ص 81، 83

[984] مسعودي رشيد، النظام المالي للزوجين في الشريع الجزائري، مرجع سابق، ص 239

[985] مسعودي رشيد، مرجع نفسه،ص 260

إكتسابها، ولحسم النزاع في مدى مساهمة الزوجة في الأعباء والتكاليف العائلية يجب تحديد ذلك في عقد الزواج بأن تستمر في وظيفتها وأن راتبها يكون بين زوجها وبين أهلها مناصفة مثلا طبقا للمادة (19) من قانون الأسرة الجزائري التي تنص على أنه: "للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق كل الشروط التي يريانها ضرورية ... ما لم تتناف هذه الشروط مع أحكام هذا القانون"، من غير المنطقي أن تترك الحرية المطلقة للزوجة تتصرف في راتبها لتبذره كما تشاء وتنفقه على وسائل الزينة والتبرج ويترك الزوج ملزما بالإنفاق عليها من المرتب أو المال الذي يكتسبه بعرقه وقد لا يفي بكل حاجات أسرته[986].

بالنسبة للقانون الفرنسي نجد بالنسبة لنظام الإشتراك في حال النزاع بين الزوجين أو الطلاق فإن الأموال المشتركة تكون مقاسمة بينهما، وهذا في رأينا سيكون إجحافا في حق أحدهما حيث أنه لا يحدد النسبة الحقيقية لحقوق كل زوج في هذه الأموال، إذ من الممكن أن يكون أحد الزوجين ساهم بنسبة أكبر في نماء هذه الأموال وكذا إدارتها،أما بالنسبة لنظام الإستقلال المالي للزوجين فإننا نقع في نفس الإشكالات التي تطرحها التشريعات الجديدة التي تحاول إستحداث وسائل لإثبات الحقوق المالية للزوجين في الأموال المشتركة لهما في الجزائر، كما أن بعض الفقه يرى أن النظام المالي المعمول به في فرنسا، نظام معقد إذ يطرح عدة إشكالات في إدارة أموال الزوجين و سلطات كل زوج في التصرف في هذه الأموال وتحمل تبعات الديون المترتبة عنها[987].

وتجدر الإشارة إلى أن المشرع الجزائري لم يلتفت كذلك إلى الآثار المترتبة عن الإخلال بهذا النظام المالي للزوجين ولم يفرد نصوصا قانونية بعينها تعالج مثل هذه الإشكالات، الشيء الذي قد يتسبب في مشاكل جمة قد تكون الزوجة ضحية لها، حيث لا توجد آلية علمية في قانون الأسرة الجزائري يكون بمقتضاها للزوجة القدرة على المطالبة بحقوقها في حالة ما إذا تعدى الزوج على الأموال المشتركة بينهما، ولعل أخطر ما في الذمة المالية المشتركة أن الزوج يمكنه أن يغامر بأمواله وأموال زوجته فيتسبب في إفلاسها خاصة إذا علمنا أن الزوج هو الذي يتولى عادة استثمار أموال الأسرة بمفرده، وحتى إذا ما شاركته زوجته فغالبا ما تكون له الكلمة العليا بحكم العادة ووالواقع فيكون هو المستفيد الأكبر إذ يتصرف في مالها كما يشاء وتتحمل معه عبء ذلك دون أن تشاء وإذا كان المؤيدون لنظام إتحاد الذمم يبررونه بكونه يمكن المرأة من حق إقتسام ثروة الزوج وأخذ نصيبها من الممتلكات فإن

[986] مسعودي رشيد، مرجع نفسه،ص 260- 261

[987] بن عائشة لخضر، إثبات الحقوق المالية للزوجين، مرجع سابق، ص 86 . 87

هذا الطرح يبقى الأحيان ضربا من الأحلام والأوهام إذ أن الزوج بدهائه وحيله يستطيع قبل الطلاق أن ينجو بثروته فلا ينوب الزوجة إلا نصيبها من الضرائب والأعباء دون أن ننسى الأعراف الجائرة المتجدرة في مجتمعاتنا والتي تكتم أنفاس القوارير والتي تتطلب عقودا من النضال لتقويمها[988].

ففي حقيقة الأمر المشرع لم يأت بشيء جديد سوى أنه إعترف بأن هناك فعلا إشتراك في الأموال بين الزوجين فالحياة المشتركة للزوجين أثبتت تداخل الأموال بينهما وبالأخص عندما يكون للزوجة موارد مالية وجعل هذا الاشتراك ألإتفاقي يتم تنظيمه في عقد الزواج أو يتخذ له عقد آخر رسمي، أي حث على جعل الإشتراك يتم بشكل مكتوب وذلك صونا لحقوق الزوجين وحدا للنزاع والخلاف بينهما فكلما كانت الأمور متفق عليها من قبل كانت حياة الزوجين يسودها التفاهم والتعاون وقلت النزاعات التي غالبا تقضي إلى فك الرابطة الزوجية[989].

إلا أن هذا العقد المالي لا يحمي إلا مصالح الزوجة الغنية التي لها أموال وثورة تديرها وتستثمرها وليس مصالح الزوجة الفقيرة التي ليس لها إلا قوة عملها للبيع، ذلك أن إنعدامالإدخار سيؤدي حتما إلى إضعافه، بل إذا أخذنا بعين الإعتبار عدد الزوجات في الجزائر اللائي يملكن ثروة يدرنها أمكن القول أن هذا العقد لا يهم إلا فئة قليلة من الزوجات والعبرة بالحالات العامة المتمثلة في الدخول المتدنية والمتوسطة، لذلك فهذا العقد سوف لا يحظى في وسطهم بقبول حسن لأنه سيكون تنظيما لواقع إجتماعي لا تحياه هذه الفئات من المواطنين[990].

ب: موقف الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري من القانون الواجب التطبيق على النظام المالي للزوجين

1: موقف الفقه الإسلامي: مما لا خلاف عليه في الفقه الإسلامي أن الزوجين إذا كانا مسلمين تطبق عليهما أحكام الشريعة الإسلامية فيما يتعلق بمسائل أحوالهما الشخصية ومنها ذمتها المالية، كونها الشريعة التي يدين بها الزوجان، والمقرر في هذه الشريعة هو إنفصال الذمة المالية للزوجين وعدم تأثرها بالزواج فلكل منهما كامل الحرية والأهلية في إدارة أمواله وإستغلالها والتصرف بها دون قيد أو

[988] فضلة حفيظة، نظام انفصال الذمة المالية للزوجين في الشريعة الاسلامية وقانون الاسرة الجزائري، مداخلة قدمت في ملتقى وطني حول: الذمة المالية بين الزوجين في التشريع الجزائري والمقارن، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد الصديق بن يحي، جيجل، 2015 -2016، ص 15- 16

[989] قيدوم بوزياني ايمان، نظام الاموال المشتركة بين الزوجين في قانون الاسرة، مذكرة ماجستير في القانون، كلية الحقوق، جامعة بن يوسف بن مخدة، الجزائر1، 2013 - 2014، ص 50

[990] كريمة محروق، احكام النظام المالي للزوجين على ضوء التشريع . دراسة مقارنة . منشورات الفا للوثائق، ط 1، 2019، ص 72

توقف على موافقة الزوج الآخر، وكذلك الحال إذا تزوج رجل مسلم من إمرأة كتابية إذ يصار إلى تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية فيا يتعلق بذمتهما المالية كونها الشريعة التي يدين بها الزوج، أما إذا تزوج رجل من أهل الكتاب بإمرأة كذلك، وتم النكاح وفق ما يدينون به من شريعة، ثم أسلما كلاهما أو أسلم الزوج فقط، فإن فقهاء المسلمين من الحنفية، والشافعية، والمالكية، والحنابلة، والزيدية ذهبوا إلى تطبيق الشريعة الإسلامية على أثار الزواج وذلك بأثر فوري من حين الإسلام[991]،

وقد إختلف الفقه القانوني الحديث في تحديد الأسلوب الذي إتبعه الفقه الإسلامي في فض التنازع الذي ينشأ بين الشريعة الإسلامية وغيرها من الشرائع، فبينما ذهب البعض إلى أن الفقه الإسلامي قد إعتمد أسلوب القواعد الموضوعية في قانون القاضي المسلم لفض هذا التنازع ولم يستعمل قواعد الإسناد في هذا الصدد، نجد أن جانبا آخر من الفقه يرى أن ما يقع من تنازع بين الشريعة الإسلامية وغيرها من الشرائع إنما يفرض إتباعا لأسلوب توزيع الإختصاص الشريعي بين مختلف الدول _ قواعد الإسناد _ وفق مبدأ الإختصاص القاصر لقانون القاضي المسلم، وفي هذا الصدد فإننا نعتقد أن كلا الأسلوبين يؤديان إلى نتيجة واحدة وهي تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية بوصفها قانون القاضي المسلم لفض ما قد ينشأ من تنازع بين الشريعة الإسلامية وغيرها من الشرائع[992].

أما في وقتنا المعاصر وفي ظل الوضع الدولي الراهن، فإن إنقسام الدولة الإسلامية إلى عدة دول وإتجاه المشرعين فيها إلى النزعة الوطنية في فض تنازع القوانين فضلا عن تعدد الضوابط والمعايير المعتمدة لتحديد القانون الواجب التطبيق على النزاع ذي الطابع الدولي، وكذلك وجود مسلمين متجنسين بجنسيات أجنبية وخضوعهم لقوانين جنسياتهم الأجنبية، كل هذه عوامل تعرقل تطبيق ما قال به الفقهاء المسلمون، والحق بإعتقادناأنه يجب الرجوع إلى فقه الإسلامي والإستعانة به في وضع قواعد تنازع القوانين بما يتلاءم مع الوضع الدولي المعاصر وتعدد الدول التي تدين بالشريعة الإسلامية ووجود مسلمين كثر بجنسيات أجنبية، خاصة وأن للقانون الدولي الخاص مكانا في كتب الفقه الإسلامي فضلا عن صدور عدة كتب حديثة في تخصص القانون الدولي الخاص الإسلامي[993].

إلا أن التشريعات العربية وبالخصوص التشريع الجزائري الذي هو محل دراستنا يجد صعوبة في تطبيق أقوال الفقهاء المسلمين حرفيا على الوضع الدولي المعاصر.

---

[991] رعد مقداد محمود الحمداني، تنازع القوانين في النظام المالي للزوجين، المرجع السابق، ص 107 - 108

[992] رعد مقداد محمود الحمداني، المرجع نفسه، ص 108 - 109

[993] رعد مقداد محمود الحمداني، المرجع نفسه، ص 110 - 111

2 : موقف التشريع الجزائري من النظام المالي بين الزوجين: قد كان المشرع الجزائري يقر بمبدأ حرية تصرف الزوجة في مالها و يتبنى مبدأ الإستقلالية وإنفصال الأموال، إلا أن النتائج العملية برهنت عكس ذلك بحيث ظهر بما يسمى بإستقلالية قانونية وإتحاد فعلي لذمم الزوجين، مما جعل المشرع الجزائري يعدل نص المادة (37) من قانون الأسرة الجزائري والتي أجازت للزوجين أن يتفقا في عقد الزواج نفسه أو في عقد رسمي لاحق بشان الأموال المشتركة التي يكتسبانها أثناء الحياة الزوجية والنسب التي يملكها كل زوج، ويقصد بالنظام المالي للزوجين مجموعة القواعد القانونية أو المتفق عليها بين الزوجين، والتي من مقتضياتها بيان حقوق وواجبات كل منهما من حيث ملكية أموالهما وإيرادات هذه الأموال وإدارتها والإنتفاع بها، ومن حيث الديون التي تتم قبل الزواج وأثناءه وبعد إنحلال عقدته، وتسوية حقوق كل من الزوجين بعد إنتهاء الزوجية[994].

أما المشرع الجزائري على غرار غالبية التشريعات العربية فقد أخضع الآثار المالية للزواج المختلط إلى ذات القانون الساري على الآثار الشخصية، قاعدة وإستثناء، وذلك في نص المادة(12)من القانون المدني المعدلة بنصها على ما يلي: "يسري قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت إنعقاد الزواج على الآثار الشخصية والمالية التي يرتبها عقد الزواج"، وفي نص المادة(13)من القانون المدني الجزائري يقرر الإستثناء الوارد على نص المادة(12)، والملاحظ هو أن المشرع الجزائري لم يفرق بين القانون الواجب التطبيق على الآثار المالية والقانون الواجب التطبيق على الآثار الشخصية، عكس النظم الغربية إذ أخضعها لقانون جنسية الزوج وقت إنعقاد الزواج وإستثناء للقانون الجزائري وحده، إذا كان أحد الزوجين جزائريا وقت إنعقاد الزواج، وهو أمر منتقد لأنه يجمّد العلاقة الزوجية و يتجاهل أثارها عبر الزمن كما أنه يفضل قانون على حساب آخر[995].

ويرجع أساس هذه الفكرة إلى مبدأ سلطان الإرادة و تطبيق قاعدة العقد شريعة المتعاقدين، غير أن هذا المبدأ على إطلاقه قد يشكل أكبر مهددا لعقد الزواج المختلط في الدول التي تعتمد نظام الإشتراك، ذلك أن الإتفاقية التعاقدية غالبا ما تكون تنصب على فكرة الإنفصال في الذمة المالية بحسب القاعدة العامة في القانون الجزائري، بمعنى أنه يطبق قاعدة الإنفصال الذمة المالية ضمن عقد زواج مختلط يخضع في تسجيله ضمن دائرة المصالح الأجنبية الفرنسية مثلا، وهو ما يشكل

[994] رحاويامينة، الزواج المختلط في القانون الدولي الخاص، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الدولي الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ابي بكر بلقايد، تلمسان، سنة 2010 -2011، ص 48 . 49

[995] رحاوي امينة، الزواج المختلط في القانون الدولي الخاص، مرجع نفسه، ص 54

بالنسبة للقانون الفرنسي شرط منافي للعقد قد يستبعد لأنه يتعارض و النظام العام في فرنسا، لذلك تم تعديل القانون المدني الفرنسي وأقر نظام الإنفصال المالي[996].

وقد أخذ التشريع المغربي بالقانون الشخصي وأسند النظام المالي للزوجين للقانون الوطني للزوج ولعل الغاية من ذلك هو ضمان الأمن القانوني للرابطة القانونية بين الزوجين ما دام أنه لم يجعل لحالة تغيير جنسية الزوجين معا أو أحدهما أي تأثير على النظام المالي للزوجين، فضلا عن أن الإرتباط بالقانون الوطني عموما يوفر الإستفادة من مزايا عددية وعلى رأسها الثبات و الإستقرار القانوني، إلا أنه بالرغم من ذلك يثير الإسناد المذكور مجموعة من المشاكل سواء في حالة إبرام العقد أو في حالة عدم إبرامه[997].

ونلاحظ من خلال أحكام المادة (37) من قانون الأسرة والواقع يوجد فراغ أو حلقة مفقودة لابد من البحث عنها، وذلك لأنه يصعب على الأزواج البسطاء الإستفادة منها، ولم يتبين لهم كيفية تحديد الحصص التي تؤول لكل واحد منهما فالمشرع لم يبين طبيعة العقد ولا شروطه ولا حدود التعاقد التي يخضع لها الزوجان، وهنا تتوقف فعالية الإتفاق على ما يقترحه الموظف العمومي وما يحرره من بنود[998]، فقد أصبح من الضروري تدخل المشرع لمعالجة هذه الوضعيات التي تنعكس على المرأة سلبا وتفقدها الحماية القانونية الكاملة في مجال الأموال[999]،لهذا يجب إعادة النظر في معالجة نصوص قانون الأسرة المعدلة لسنة 2005 لما ترك لنا ثغرات قانونية أدت إلى نشوء إشكالات قانونية خاصة في الجانب العملي.

لم يحدد المشرع المقصود من الأموال المشتركة مما يطرح إشكالا في ضوابط تحديدها في حالة نشوب نزاع، ففي حالة غياب مثل هذا المحرر بين الزوجين، هل يمكن الإدعاء أمام القضاء بوجود الأموال المشتركة؟ ومن ثم ما هي القواعد التي يستند لها القضاء في تقسيم الأموال المشتركة؟ ومن ثم ما هي القواعد التي يستند لها القضاء في تقسيم الأموال المشتركة بين الزوجين؟، هل نرجع لأحكام الشريعة

---

[996] قسوري فهيمة، يزيد عربي باي، عقد الزواج المختلط واشكالات النظام المالي للزوجين في التشريع الجزائري، مجلة ابحاث قانونية وسياسية، العدد السابع، ديسمبر 2018، ص 50

[997] منصوري ياسين، القانون الواجب التطبيق على النظام المالي للزواج، دراسة في القانون الدولي الخاص المغربي، مجلة المنارة للدراسات القانونية والادارية، عدد 19، مجلة محكمة، يونيو 2017، الصفحات [143 . 134]، ص 134 . 135

[998] مكي خالدية، المراة نصف المجتمع من المساواة النظرية الى المساواة الجوهرية، مجلة العلوم القانونية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الوادي، المجلد 10، العدد01، افريل 2019، ص 1572- 1573

[999] لوعيل محمد لمين، المركز القانوني للمراة في قانون الاسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 163

الإسلامية تطبيقا لنص المادة (222) من قانون الأسرة؟ أم أن الإنفاق يخضع للقواعد العامة للإثبات المقررة في القانون المدني والتي تربط الإثبات بقية التصرف المادة (333)؟[1000].

تحديد طبيعة الأموال المكتسبة بين الزوجين خارج البيت وذلك إذا كان المتاع المعتاد للرجال والنساء معا غير موجود في بيت الزوجية كأن يتقدم أحد الزوجين بقائمة من الأمتعة ويقابله الآخر بالنفي والإنكار ففي هذه الحال لا يمكن تطبيق نص المادة (73) من قانون الأسرة الجزائري لأنها متعلقة بإثبات حق الملكية على الشيء الموجود وليس للإثبات وجود الشيء ذاته، تطبق في هذه الحال القاعدة العامة للإثبات في القانون "البينة على من إدعى واليمين على من أنكر" وإستبعاد تطبيق نص المادة (73) من قانون الأسرة الجزائري في جميع الحالات[1001].

حيث أن الهدف من تحديد الأموال المشتركة في إتفاق مكتوب بين الزوجين هو إثبات الأموال المشتركة بينهما، ويجري بنا القول أن المشرع لم ينص على عدم جواز إثبات الأموال المشتركة بغير محرر رسمي، وعليه فإنه في ظل غياب مثل هذا الإتفاق أعتقد أنه من الأفضل أن تمكن كلا من الزوجين بإثبات حقه من الأموال المشتركة بينهما، بغض النظر عن نوع المال و عن قيمته، لأن تطبيق القواعد العامة في الإثبات المقررة في القانون المدني يحول دون حماية الطرف المتضرر من الرابطة الزوجية[1002].

وعليه نستنتج بأنه أمام إستحالة تطبيق نص المادة (73) من قانون الأسرة على متاع المشترك بين الزوج و الزوجة والموجود خارج بيت الزوجية بإعتباره ملكية مشتركة بين الزوجين وأمام إنعدام نص قانوني من نصوص القانون المدني الجزائري تنظم هذه الحالة (أي الملكية المشتركة بين الزوجين خارج بيت الزوجي)، فإنه تطبق الأحكام العامة للملكية الشائعة، وبالتالي فإن طبيعة الموال المكتسبة بين الزوجين خارج بيت الزوجية هي أموال شائعة سواء أكتسبت هذه الأموال عن طريق أسباب كسب الملكية المعروفة في القانون المدني الجزائري أو الأسباب الخاصة في قانون الأسرة الجزائري كأن يدفع الزوج لزوجته جزء من داره في صداقها[1003].

وقد يحدث أن يتشاركا الزوجان في ملكية أموال دون تحديد نصيب كل من الزوجين في هذه الأموال خارج بيت الزوجية كشرائهما مثلا مصنعا أو محل تجاري فعند حدوث خلاف بين الزوجين الذي قد

[1000] جيدل كريمة، الذمة المالية للزوجين قراءة في نص المادة 37 قانون الاسرة، المرجع السابق، ص 179

[1001] عيادة لحسين، دور القاضي في حماية الاسرة في النزاعات المالية بين الزوجين، المرجع السابق، ص 178

[1002] جيدل كريمة، الذمة المالية للزوجين قراءة في نص المادة 37 قانون الاسرة، المرجع السابق، ص 179

[1003] عيادة لحسين، دور القاضي في حماية الاسرة في النزاعات المالية بين الزوجين، مرجع سابق، ص 178

يصل إلى حد فك الرابطة الزوجية بينهما، هذه الأخيرة التي من أهم ما قد يترتب عليها مطالبة كلا الزوجين بحقوقهما المالية في الأموال المكتسبة بينهما خارج بيت الزوجية أمام القضاء بعد تعذر إتفاقهما على كيفية تقسيم هذه الأموال، فيتدخل القضاء لحماية كلا الطرفين وبالتالي حماية الأسرة ككل لقسمة هذه الأموال، فكيف يقوم القاضي بقسمة الأموال المكتسبة بين الزوجين خارج بيت الزوجية؟[1004].

كيفية تقسيم القاضي لهذه الأموالفبإعتبار أن الأموال المكتسبة بين الزوجين خارج بيت الزوجية هي أموال شائعة كما سبق بيانه لاسيما في إدارة هذا النوع من الأموال، فإذا كان الأصل هو أن يتولى الشركاء مجتمعين إدارة المال الشائع فلا ينفرد أحد بإدارته، لأن في ذلك إعتداء على حقوق باقي الشركاء لكن يمكن الإنفاق على ما يخالف هذا المبدأ وهذا ما نصت عليه المادة (715) [1005]من القانون المدني الجزائري، إلا أن الإشكال المطروح هنا هو أنه إذا تعذر إتفاق الزوجين على قسمة هذا المال الشائع بينهما و رفعه هذا الأمر أمام القضاء فكيف يقوم القاضي بتقسيم هذه الأموال؟ هنا يتم عن طريق القسمة العينية فيختص كل شريك بنصيبه المفرز، كما يتم التقسيم عن طريق التصفية وذلك في حالة عدم قابلية المال الشائع للقسمة العينية أو أن هذه القسمة تحدث نقص كبير في قيمة هذا المال[1006].

والإجابة على كل التساؤلات السابقة فإن إثبات آثاث المشتركات يتم عن طريق توجيه اليمين وقد نظم القانون المدني اليمين في الفصل الخامس المواد من (343) إلى(350) غير أنه من الأحسن أن يرجع في تحديدها للقواعد العامة للإثبات إعمالا لأحكام الشريعة الإسلامية وقياسا على ذلك، إذا تبين من شهادة الشهود والقرائن الأخرى منها وضعية الزوجة وعملها يحدد القاضي نسبتها من الأموال المشتركة كالثلث أو النصف وغير ذلك[1007].

ومن الناحية النظرية فإن تطبيق هذا الإتفاق في الإشتراك يستدعي القيام بجرد لمتلكات الزوجين، وتعيين خبير من المحكمة بتقويم المال موضوع المشاركة، وإذا تبين أن المدعية مشاركة في أموال

[1004] عيادة لحسين، مرجع نفسه، ص 178

[1005] المادة 715 قانون مدني: تكون ادارة المال الشائع من حق الشركاء مجتمعين ما لم يوجد اتفاق يخالف ذلك.

[1006] عيادة لحسين، المرجع السابق ، ص 179

[1007] جيدل كريمة، الذمة المالية للزوجين قراءة في نص المادة 37 قانون الاسرة، المرجع السابق، ص 180

الزوجين مع المدعي عليه سواء كان المال عقارا أو منقولا وبعد تقرير الخبرة تقضي المحكمة بنسبتها من الأموال المشتركة[1008].

وبالحديث عن حق المرأة في إستحقاق المال المشترك بين الزوجين نجد أن من الحقوق المالية التي تستحقها المرأة من زوجهاهو المال المسمى بالمال المشترك أو المال المكتسب من قبل الزوجين، حيث يحق للمرأة أن تأخذ من مال زوجها بالتصنيف أي نصف المال، أو أقل من ذلك أو أكثر بحسب مساهمتها في تحصيل هذا المال وتنميته خلال الفترة الزوجية، وتستحق المرأة هذا النوع من المال إذا حصل الفراق بسبب الموت أو الطلاق، أو إذا أراد الزوج أن يتزوج بزوجة أخرى، ولقد إعترف قانون الأحوال الشخصية في ماليزيا بهذا المال وتم تطبيقه في المحاكم الشرعية بحيث ثبتت شرعية هذا المال من خلال الفتاوى الشرعية في جميع الولايات في البلد، فأي إمرأة طلقت أو مات عنها زوجها أو أراد زوجها أن يتزوج بثانية، فلها أن تطالب بحقها المالي تحت المسمى "المال المشترك بين الزوجين" بمقدار نصف المال المتحصل خلال الفترة الزوجية أو أقل من ذلك حسب قرار المحكمة وبناء على مقدار مساهمتها في هذا المال[1009].

لكن المشرع الجزائري لم يشر إلى حق الزوجة في مقابل عملها كما نادى به جل المهتمين بقضايا الأسرة، فما هو الأساس القانوني الذي تعتمد عليه الزوجة في طلب حقها فيما ساهمت به من مكتسبات خلال الحياة الزوجية؟، يمكن للزوجة الرجوع إلى القواعد العامة والإعتماد على نظرية الإثراء لا سبب لإسترداد ما أثرى به زوجها على حسابها، وعليها فقط إثبات قيام الأركان التي تقوم عليها دعوى الإثراء بلا سبب وهي حصول الإثراء للزوج، والإفتقار للزوجة و العلاقة السببية بينهما، فإذا تحقق ذلك إستحقت تعويضا عن النفع الذي قدمته لزوجها[1010].

في حالة عدم رغبة أحد الزوجين في مطالبة حقه المالي المسمى بالمال المشترك بينهما عن طريق المحكمة، هنا يلجأ الطرفين إلى المبدأ الذي أرشدنا إليه الإسلام لحل النزاع في تقسيم هذا المال ألا وهو "الصلح"، وقد ورد دليل الصلح في القرآن الكريم وهو قوله تعالى: "وإن إمرأة خافت من بعلها نشوزا أو إعراضا فلا جناح عليهما أن يصلح بينهما والصلح خير"، وبناء على هذه الطريقة يمكن للزوجان أن يتصالحا عن طريق الإعتراف بالملكية أو تسليم الملكية لأحدهما أو تقييم الملكية بالقيمة ويتم توزيع

[1008] جيدل كريمة، المرجع نفسه، ص 180

[1009] معلمين محمد شهيد، شرعية المال المشترك بين الزوجين في الفقه الاسلامي والقانون الماليزي، مجلة الشريعة والقانون بماليزيا، عدد 3، 2016، ص 5

[1010] عويس بوعلام، حماية الاسرة من النزاعات المالية بين الزوجين، حوليات جامعة الجزائر 1، الجزء الرابع، العدد 31، ص 270

هذه القيمة للزوجين على حسب الموافقة بينهما، ويمكن أن يتم هذا الإتفاق عن طريق الصلح خارج المحكمة أو أمام موظف قسم الصلح في إدارة الشؤون الدينية المحلية ثم يتم للمصادقة عليه في المحكمة، وهكذا يكون حل النزاع في مطالبة المال المشترك عن طريق المنهج الإسلامي الأصيل وهو الصلح[1011].

لكن هذا الحل قد ينجر عنه إشكال في حالة إختلاف أحوال الناس، فهم يختلفون في الصفات والأخلاق والسلوك فقد يكون هذا الحل ناجحا لأناس وفاشلا للبعض الآخر، لذا لا ملجأ آخر إلا عن طريق المحكمة بعد مطالبة أحد الزوجين بتقسيم المال المشترك.

بالنسبة للمشرع الجزائري فلم ينص على إقتسام الزوجين الممتلكات المحصلة خلال الحياة الزوجية ولا على نصيب كل زوج منها، ولتدارك هذا الفراغ التشريعي يمكن للمشرع إذا ما إختار هذا الإتجاه أن يعتمد معايير ومؤشرات لتقدير نصيب كل زوج في الممتلكات، وتتمثل في مراعاة عمل كل واحد من الزوجين والجهد الذي بذله والأعباء التي تحملها لتنمية أموال الأسرة وهي قرائن بسيطة يمكن إثبات خلافها، حيث لا يمكن أن يحكم للزوج بنصيب في ثروة الزوج حتى ولو كانت موظفة أو صاحبة عمل مأجور، ما لم تثبت مشاركتها الفعلية في تكوين تلك الثروة، ولا يمكن الحكم بإطلاق بإقتسام الزوجين الممتلكات مناصفة لأن ذلك لا يراعي حقوق الأشخاص الآخرين الذين ساهموا في تكوين ثروة أحد الزوجين كالإخوة والأبناء[1012].

إن المشرع الجزائري لم يلتفت إلى الآثار المترتبة عن الإخلال بهذا النظام المالي للزوجين ولم يفرد نصوص قانونية بعينها تعالج مثل هذه الإشكالات الشيء الذي قد يسبب في مشاكل جمة قد تكون الزوجة ضحية لها، حيث لا توجد آلية عملية في قانون الأسرة الجزائري يكون بمقتضاها للزوجة القدرة على المطالبة بحقوقها في حالة ما إذا تعدّى الزوج على الأموال المشتركة بينهما[1013]، فقد جاء التطرق للملكية المشتركة في العقارات في القانون المدني الجزائري بموجب نص المادة (749) التي تتضمن حقوق وواجبات الشركاء في الملكية بشكل عام - وليس تحديدا بين الزوجين -، "لكل شريك في الملكية الحق في أن يتمتع بالأجزاء الخاصة التابعة لحصته كما له أن يستعمل وينتفع بحرية بالأجزاء الخاصة والمشتركة بشرط أن لا يمس بحقوق الشركاء الآخرين في الملكية أو يلحق ضررا بما أعدّ له

[1011] معلمين محمد شهيد، شرعية المال المشترك بين الزوجين في الفقه الاسلامي والقانون الماليزي، المرجع السابق، ص 11- 12

[1012] عويس بوعلام، حماية الاسرة من النزاعات المالية بين الزوجين، مرجع سابق، ص 271 . 272

[1013] عادل عيساوي، الحقوق المالية للمراة في قانون الاسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 195

العقار"، يفهم من عدم نص المشرع الجزائري على تبعات تجاوز السلطة المقررة في الملكية المشتركة بالرجوع إلى الحيثيات المتفق عليها بين الزوجين في عقد الزواج أو في العقد الرسمي اللاحق المنصوص عليه في المادة (37) من قانون الأسرة الجزائري وبالتالي إعمال مبدأ "العقد شريعة المتعاقدين"[1014].

ج -أهم الفوارق بين التشريعين الجزائري والمغربي والتونسي فيما يخص النظام المالي بين الزوجين

1 - المشرع الجزائري ذكر أن الإتفاق يمكن أن يكون في عقد الزواج، أما في التشريع المغربي فنص على أنه يجب أن يكون في ورقة مستقلة عن عقد الزواج، وهذا له أهمية لأن الشروط المقترنة بعقد الزواج بنظر الشريعة الإسلامية ممكن أن تؤثر في صحة الزواج فتبطله، وخاصة ما كان منها مخالفا لمقاصد تشريع الزواج فتحاشى المشرع المغربي أن يجعل هذا الإتفاق متضمنا في عقد الزواج،

2 - بيّن المشرع المغربي المقصود من هذا الإتفاقو هوإستثمار الأموال وتوزيعها وهذا ما لم يوجد في التشريع الجزائري،

3 -ترك المشرع الجزائري الحرية للزوجين في أن يحددا في هذا الإتفاق ما يشاءان من النسب التي تؤول إليهما أي عند تقسيم ما أسماه بـ"الأموال المشتركة"، ولم يذكر مرجعية لهذا التحديد ولعله التوافق بينهما كما هو ظاهر، بينما أشار التشريع المغربي إلى مراعاة عمل كل ولحد من الزوجين وما قدمه عند تحديد حقوق الطرفين[1015].

حالة عدم وجود إتفاق بشأن تدبير الأموال المكتسبة للزوجين:

يثار الإشكال عندما لا يفرغ الإتفاق في شكل مكتوب مما يؤدي إلى المساس بالحقوق و ضياعها، ومن هذا المنطلق نجد المادة (49) في فقرتها الأخيرة تطرح عدة إشكالات تتمثل في:

- عدم تحديد المقصود بالقواعد العامة للإثبات، لذلك نعود لنص المادة (400) من مدونة الأسرة المغربية على إعتبار أن المذهب المالكي مصدرا تكميليا لنص المدونة، حيث يرى أن القواعد المنصوص عليها للإثبات هي القواعد المنصوص عليها في الفقه الإسلامي،

[1014] عادل عيساوي، المرجع نفسه، ص 195

[1015] احمد شامي، وبن جنوف فيروز، استقلال الذمة المالية للزوجة كالية لتكريس مبدا المساواة بين الزوجين في التشريع الجزائري "دراسة مقارنة"، مرجع سابق، ص 13

-عدم تحديد طبيعة ونطاق العناصر التي يعتمد عليها القاضي لترتيب حقوق الزوجين والمتمثلة في عمل كل واحد من الزوجين، وما قدمه من مجهودات لتنمية أموال الأسرة ما تحمله من أعباء لتنمية أموال الأسرة،

في حالة المنازعة أو الإدعاء بشأن كل أو بعض الأموال المنشأة خلال فترة الحياة الزوجية فإن ذلك يستوجب إثبات الإدعاء الذي نشأت وتكونت بواسطته الأموال المدعى بشأنها أي أن يتم إثبات العمل ونوعه ومردوديته ومدى مساهمته في تكوين هذه الثروة وإثبات ما تم تقديمه من مجهوداتت لتكوين الأموال الأسرة وإثبات ما تحمله من أعباء لتنمية هذه الأموال[1016].

أما نظام الإشتراك في الأملاك في القانون التونسي هو نظام إختياري يخول للزوجين اللجوء إلى التخيير إما نظام الإشتراك في الأملاك كما أقره القانون رقم91المؤرخ في9نوفبر1998، أو نظام الفصل في الأموال الموروث عن الفقه الإسلامي والمكرس من طرف مجلة الأحوال الشخصية (الفصل24)، وإذا صرح الزوجان بأنهما يختاران نظام الإشتراك في الأملاك فإنهما يخضعان لأحكام هذا القانون إلا أنه يحق لهما الإتفاق على توسيع نطاق الإشتراك بينهما بشرط التنصيص على ذلك صراحة في العقد، غير أنه لا يمكن أن يؤدي إختيار نظام الإشتراك في الأملاك إلى المساس بقواعد الإرث، كما أن المهر لا يدخل في الأملاك المشتركة بل يبقى خاصا بالزوجة، ولا يصح التوكيل على الزواج إذا تضمن صراحة رأي الموكل في مسألة الإشتراك من عدمه[1017].

ونجد المشرع التونسي أدخل بخلاف باقي قوانين الأسرة لدول المغرب العربي نظرية النظام المالي للزوجين وبالتالي نظم العلاقات المالية بينهما في حالة إختيار نظام الإشتراك في الأملاك فالعلاقات المالية بين الزوجين جاءت منظمة بدقة في هذا القانون بخلاف ما عليه الأمر في كل من القانونين المغربي والجزائري، ويرجع سبب ذلك إلى إقتباس القانون التونسي رقم94المؤرخ في9نوفمبر1998 من نظام الإشتراك في الأموال كما هو مكرس في القانون المدني الفرنسي (المواد من 1400إلى1491) والذي يخضع له كل من الزوجين تلقائيا في غياب إختيار نظام مالي معين قبل إبرام الزواج[1018].

[1016] سعيدة شيبوط، نظام استقلال الذمة المالية للزوجين و اثره بحق الكد والسعاية، دراسة تفصيلية للمادة (49) من مدونة الاسرة المغربية، مجلة العلوم القانونية والسياسية، المجلد 10، العدد 03، ديسمبر 2019، الصفحات [390 . 405]، ص 400

[1017] محمد الشافعي، نظام الاموال بين الزوجين في القانون التونسي (نموذج للقانون المغربي)، دار المنظومة، جميع الحقوق محفوظة، العدد 5، مجلة محكمة 2020، ص 18

[1018] محمد الشافعي، نظام الاموال بين الزوجين في القانون التونسي (نموذج للقانون المغربي)، المرجع نفسه، ص 24 . 25

إلا أن لنظام الإشتراك المالي بين الزوجين يطرح إشكالا في حالة إذا كان الإتفاق غير كتابي في الوقت الذي يشب النزاع بين الزوجين حيث يؤدي إلى غياب الإشهاد أو الإتفاق الموثق بين الزوجين وبالتالي ضياع مجموعة من االحقوق، الشيء الذي يجعل القضاء في الكثير من الأحيان يجنح إلى رفض العديد من الدعاوى لغياب الإثبات بالمرة أو لصعوبة الرضوخ لوسيلة معينة دون سواها[1019]،

ولمقاربة هذا النوع من الإشكال حاولنا الإجابة عنه من خلال: إشكالية توثيق عقد الإشتراك المالي، حيث نلاحظ أن هذا الإشكال يزيد إستفحالا أمام التناقض الصارخ بين الواقع المتغير والنصوص الجامدة مما يطرح مسألة مدى مواكبة المشرع المغربي للتغيرات بشكل يجعله في صلب التطورات إحقاقا للحق وتماشيا مع روح العصر، وهذا ما جعل المشرع في الفصل (34) من مدونة الأسرة ينص على أن: "كل ما أتت به الزوجة من جهاز وشوار يعتبر ملكا لها، إذا وقع نزاع في باقي الأمتعة فالفصل فيه يخضع للقواعد العامة للإثبات، غير أنه إذا لم يكن لدى أي منهما بينة فالقول للزوج بيمينه في المعتاد للرجال، وللزوجة بيمينها في المعتاد للنساء، أما المعتاد للرجال والنساء معا فيحلف كل منهما ويقتسمانه مالم يرفض أحدهما اليمين ويحلف الآخر فيحكم له"[1020].

فنظام الإشتراك المالي يقتصر فقط على العقارات المكتسبة بعد تاريخ الزواج والمعدةللإسغلال العائلي، مما يعني أن المنقولات (كالسيارة، أو الأثاث...) لا تدخل ضمن المال المشترك ولو تم إكتسابها بعد الزواج، كما أنه من جهة أخرى لا تعتبر مشتركة العقارات غير المعدة للإستعمال العائلي (كالعقار المعد للإستعمال المهني لأحد الزوجين)، ولا تعتبر أيضا مالا مشتركا العقارات المكتسبة بعد الزواج ولكن بدون مقابل (كأن يكون العقار مكتسبا بإرث أو هبة، أو وصية ولو كان مخصص لإستعمال العائلة)[1021].

إلا أن الإشكالات التي يطرحها إثبات المنقولات والعقارات غير المحفظة التي تجد سندها في أحكام الفقه المالكي، فإنه يتبادر إلينا أيضا التساؤل عن الحل بالنسبة للعقارات المحفظة والسيارات وغيرها من الأموال التي يعتد فيها أساسا بالتسجيل، والتي يكون طرفي العلاقة الزوجية قد ساهم في شرائها إلى جانب الزوج الآخر، لكنها للأسف سجلت بإسم أحد الزوجين فقط دون الآخر إحتراما للعشرة والثقة المتبادلة بين الأزواج، هنا نتسائل هل يعتبر تسجيل الممتلكات في إسم أحد الزوجين حجة نهائية على أنها في ملك الزوجة أو الزوج وحده، أم هذه الحجية قابلة للإثبات العكس؟ إن الإجابة على هذا

[1019] مختاري اكرام، الاشتراك المالي بين الزوجين وإشكالات تطبيقه، المجلة المغربية للدراسات والاستشارات القانونية، عدد 7، مجلة محكمة 2017، الصفحات [53 . 27]، ص 37

[1020] مختاري اكرام، المرجع نفسه، ص 38

[1021] محمد الشافعي، نظام الاموال بين الزوجين في القانون التونسي (نموذج للقانون المغربي)، مرجع سابق، ص 20

الإشكال لا يتم إلا من خلال الرجوع إلى القواعد العامة المضمنة في قانون الإلتزامات والعقود وعلى الخصوص الفصل (489) منه حيث لا يجوز إثبات ما تقدم بالبينة الشرعية بل لابد من دليل كتابي، الشيء الذي يؤكد أن القواعد العامة للإثبات لا يمكن أبدا أن تساعد على منح المدعي حقا لما يسجل كتابة، إذا كانت هذه الممتلكات عقارات سواء كانت هذه العقارات محفظة حيث تمنع قاعدة تطهير الصك العقاري من المساس بملكية الشخص المسجل عليه العقار لأن ما سجل بالصك العقاري لا يمكن الطعن فيه إلا بإدعاء الزور والتدليس، كما أن ثبوت الزور أو التدليس في هذه الحالة لا يرتب إلا الحق في التعويض دون المساس بملكية العقار[1022].

إن النظام المالي للزوجين في التشريع الجزائري قائم على إستقلال الذمم بين الزوجين إلا أن المشرع قدّر أن هذا المبدأ لا يمكنه أن ينسجم تمام الإنسجام مع الوضع الحالي للأسرة الجزائرية، والتي يقوم الزوجان داخلها بالإشتراك في كل الأعباء العائلية، وإدارة شؤونها وإتخاذ القرارات المتعلقة بإدارة الأملاك الخاصة بكل منهما مع وضع كل مواردهما المادية والمعنوية من أجل رعاية مصالح الأسرة والحفاظ على الروابط الزوجية، هذا ما دفع المشرع إلى التخفيف من حدّة الفصل الجامد بين أموال الزوجين، إذ بعدما أكّد على الأصل وهو إستقلال كل زوج بذمته المالية أقرّ إمكانية دمج أموالهما عن طريق الإنفاق على إستثمارها وتوزيعها (المادة37 من قانون الأسرة) ومن بين المآخذ على نظام فصل الأموال أن المتعامل والمتعاقد مع أحد الزوجين قد يعتقد أنه يتصرف في ماله وثروته حتى إذا ما جاء ليستوفي ديونه إكتشف أن الزوج المتعامل مع ذمته سلبية وأنه ليس هو المالك الحقيقي لتلك الأموال بل هي ملك للزوج الآخر، وبالتالي لا يستطيع التنفيذ على الزوج المتعامل معه، وفي ذلك خطر على الدائنين ويعرض حقوقهم للضياع[1023].

أما عن أحكام السكن المشترك في حالة ما إذا كانت الزوجة حاضنة يكون لها حق البقاء في السكن العائلي إذا كان ملكا للزوج، فمن باب أولى أن يكون لها هذا الحق في حالة الملكية المشتركة بينهما، ويسقط ذلك الحق بأسباب سقوط الحضانة فتخضع القسمة حينئذ إلى أحكام قسمة الملكية الشائعة في القانون المدني، أما إذا كانت الزوجة غير حاضنة تتم القسمة بين الزوجين للسكن العائلي المشترك طبقا لأحكام قسمة الملكية الشائعة، وتطبق في ذلك أحكام الشفعة بإعتباره عقارا، وهو ما

[1022] مختاري اكرام، الاشتراك المالي بين الزوجين وإشكالات تطبيقه، المرجع السابق، ص 42

[1023] عويس بوعلام، حماية الاسرة من النزاعات المالية بين الزوجين، مرجع سابق، ص 265 . 266 . 267

ذهب إليه الفقه المالكي بأنه إذا دفع الزوج لزوجته جزء من داره في صداقها أو دفعته الزوجة لزوجها في الخلع فيجب الشفعة، لم يشاركهما بقيمة ذلك الجزء المدفوع صداقا أو خلعا[1024].

كما أن محاولة تنظيم أحكام الديون المشتركة بين الزوجين للسكن العائلي نجد أنه عند التطرق إلى محاولة تنظيم أحكام السكن العائلي المشترك بين الزوجين، وذلك بتمليكها معا السكن الإجتماعي، فمنح السكن إلى أحد الزوجين بمفرده، كما هو معمول به في النظام الجزائري طبقا لإستقلالية الذمة المالية للزوجين، سيؤدي حتما إلى حرمان الزوج الآخر من ذلك، فإذا قامت الدولة بتمليك السكن الإجتماعي للزوجين معا، أو إتفق الزوجان على جعل ملكية السكن مشتركة بينهما، فيشتركان في دفع الديون المترتبة عن تنازل الدولة على ذلك السكن، ويتحملان بصورة مشتركة في دفع الديون المترتبة على ذلك طبقا لأحكام المادة(719) من القانون المدني الجزائري[1025].

وعلى ذلك يجب إضافة نص قانوني جديد بقانون الأسرة ينظم الديون المشتركة بين الزوجين و ذلك بالشكل التالي:

1-تعدد الديون لشراء الأثاث التي يتفق الزوجان على جعلها مملوكة ملكية مشتركة

أ- ديون شراء الأثاث التي يتفق الزوجان على جعلها مملوكة ملكية مشتركة

ب- ديون الانفاق الزوجي بنسبة ما تساهم به الزوجة

ت- ديون شراء السكن العائلي المشترك بينهما

ث- ما يتفق عليه الزوجان على أنها ديونا مشتركة و مستحقة عليهما معا

2 -يعد الزوجان متضامنين في الوفاء بهذه الديون وتسري عليهما في هذه الحالة نصوص القانون المدني المتعلقة بالكفالة والتضامن بين المدنين

3 -يتحمل الزوجان معا تبعية التنفيذ الجبري على أموالهما المشتركة والأموال الخاصة بكل منهما بسبب إمتناعهما عن الوفاء بالديون المشتركة المستحقة عليهما، وتسري عليهما في هذه الحالة نصوص قانون الإجراءات المدنية[1026].

[1024] حفصية دونه، احكام النفقة ومتاع البيت كاثر من اثار الطلاق في قانون الاسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 80 . 81

[1025] مسعودي رشيد، النظام المالي للزوجين في التشريع الجزائري،المرجع السابق، ص 347

[1026] مسعودي رشيد، المرجع نفسه، ص 347 . 348

محاولة تنظيم أحكام السكن العائلي المشترك بين الزوجين: إن الدولة تمنح لأفراد المجتمع سكنات إجتماعية للأسر الجزائرية، لكن ما يلاحظ على هذه السكنات أن قرارات الإستفادة تحرر بإسم الزوج، ففي حالة التنازل أو البيع يكون هذا الحق للزوج وحده، وذلك شيء منطقي لأن القانون الجزائري يأخذ بنظام إنفصال الأموال كنظام مالي للزوجين، الأمر الذي يترتب عليه إستقلالية ملكية الزوج وحده لهذا السكن العائلي، وكان على المشرع أن يجعل هذا السكن من حق الأسرة جميعا وليس من حق الزوج فقط، حتى يوفر نوع من الحماية للأولاد من التشرد بعد الطلاق، وعلى ذلك يجب على المشرع صياغة نصوص جديدة يحرص من خلالها على منح السكنات الإجتماعية للزوجين معا، ويشترط عليهما أنه في حالة التنازل أو البيع يكون تمليكها للزوجين بصورة مشتركة[1027].

لهذا يجب على المشرع صياغة نصوص جديدة يحرص من خلالها على منح السكنات الإجتماعية للزوجين معا، ويشترط عليهما أنه في حالة التنازل أو البيع، يكون تمليكها للزوجين بصورة مشتركة في دار واحدة، والمحافظة على أموال الأسرة والتمسك والتضامن الأسري[1028]، وبما أن المرأة لا يمكنها أن تستفيذ من السكن الإجتماعي فيجب على الدولة مراعاة ذلك بإعطائها حق الإستفادة مع الزوج وبالتالي من حقها الإشتراك معه في السكن.

أما عن إشكالات الإثبات في ديون الزوجية المشتركة فلا يوجد نص في القانون المدني الجزائري ينظم الديون المشتركة المترتبة في ذمة الزوجين بالمفهوم الغربي، لأن المشرع الجزائري أخذ بنظام الفصل بين أموال الزوجين كأصل عام غير أن وجود مثل هذه الديون تفرض نفسها على الأسرة الجزائرية بسبب الواقع والحياة المشتركة التي تعيشها الأسرة الحديثة، بالإضافة إلى أن هناك إشارة إلى وجود ديون مشتركة بين الزوجين كالديون المترتبة عن فرض الضريبة أو الديون المترتبة عن شركة التضامن في القانون التجاري، أو الديون المتفق عليها بين الزوجين[1029].

.

[1027] بن عائشة لخضر، اثبات الحقوق المالية للزوجين، دراسة مقارنة نقدية تحليلية، مرجع سابق، ص 77

[1028] مسعودي رشيد، النظام المالي للزوجين في التشريع الجزائري، مرجع سابق، ص 321 . 322

[1029] بن عائشة لخضر، اثبات الحقوق المالية للزوجين، مرجع سابق، ص90 . 91

الخاتمـة

ختاما لما توصلنا إليه وعلى غرار ما تطرقنا إليه في بحثنا وذلك من خلال محاولاتنا لعرضنا المتواضع كشف العديد من الإشكالات التي تثيرها توابع فك الرابطة الزوجية، ونعلم أن للطلاق آثار على نفسية الأولاد حيث يتعرضون إلى الإهمال المعنوي الذي يسبب مشاكل نفسية وصحية على الطفل، إلا أن المشرع الجزائري قد تصدى لهذه الجريمة ووضع عقوبة لها وذلك حماية للطفل المحضون، إلا أنه لابد من الحرص على قوانين صارمة تخدم مصلحة الطفل المحضون إذ به يتم صلاح المجتمع.

والإشكالات التي تعرضنا إليها نجدها أكثر صعوبة من الناحية العملية ذلك أن الحضانة تخضع لمبدأ (مراعاة مصلحة المحضون) وهذا المبدأ متروك لقاضي الموضوع الذي له كامل الصلاحية، إلا أن هذه السلطة تختلف نسبة تقديرها من قضية إلى أخرى وحسب الظروف والأحوال، وعلى الرغم من ذلك فالقاضي يجد صعوبة في إختيار الحكم الصائب والأحق مما يتعين على المحكمة العليا اللجوء إلى توحيد الإجتهاد القضائي في المسائل المتعلقة بمصلحة المحضون.

أهم النتائج:

وقد توصلنا من خلال بحثنا إلى أهم النتائج التالية:

ففيما يخص قاعدة الإسناد الخاصة بالحضانة هنا لابد من وضعها للقاضي السلطة التقديرية في تطبيق القانون لإعطاء حماية كافية للطفل المحضون بإعتباره الطرف الأشد ضرارا في العلاقة بين الزوجين، كذلك لابد من إخضاع هذه السلطة في المنازعات الخاصة بالحضانة ذات العنصر الأجنبي إلى رقابة المحكمة العليا لها.

فعند إسناد الحضانة تكون للأم مباشرة في حين يمكن العدول عن هذا المبدأ متى إنعدم شرط من شروط الحضانة لدى الأم أو نتيجة تخليها عنها، فالأساس لدى المشرع هو التنشأة السليمة للمحضون، ونلاحظ في قانون الأسرة الجزائري أنه إكتفى في شروط الحضانة بالأهلية، أي أن يكون أهلا للحضانة وهذا الشرط لا يكفي، إلا أن القضاء الجزائري قد حسم الأمر مراعيا في ذلك مصلحة المحضون.

وبناء على تجدد أحكام الحضانة مع كل حدث لابد من تجديد النظر في مواد قانون الأسرة الجزائري وإجراءات المحاكم المتعلقة بالحضانة، ووضع القيود التي تناسب كل عصر لتحقيق مصالح المحضون في ضوء مستجدات العصر، ذلك وكما رأينا سابقا أن السلطة التقديرية للقاضي تخضع لقاعدة مصلحة المحضون حيث تعتبر قاعدة فقهية يصعب صبها في مادة قانونية، فهي متعارف عليها رغم عدم تحديد محتواها فهي قاعدة مرنة تتأقلم مع الأزمنة والأمكنة وخاصة من طفل إلى آخر.

لاحظنا فيما يخص حضانة الطفل في حالة الطلاق بالتراضي أن المشرع الجزائري لم ينص على ذلك إلا أن القضاء الجزائري تدخل وجاء بقرار أن الإتفاق القضائي يعد بمثابة إلتزام أبرم بين الطرفين

يجب تنفيذه، إلا أنه بالرجوع إلى قانون الإجراءات المدنية والإدارية يمكن للقاضي أن يلغي ويعدل خاصة إذا كانت معارضة للنظام العام ولمصلحة المحضون.

كما ونجد في حالة تسليم الطفل المحضون أثناء فترة النزاع نشوء إشكالات عديدة خاصة فيما يخص بعمل المحضر القضائي الذي يجد صعوبة كبيرة للقيام بمهامه إذ يمكن على المحضر القضائي تسليم الطفل المحضون بالقوة وذلك لعدم وجود نص وبالتالي كان على المشرع الجزائري أن يضع نص قانوني ينظم و يشرح الحالة تجنبا للوقوع في الإشكالات العملية.

أما بالنسبة لقرار إسقاط الحضانة بالزواج بغير قريب محرم كان من الأفضل على المشرع الجزائري الإعمال بمصلحة المحضون في ذلك، ونجدأن المشرع الجزائري قدإكتفى في تعديله إلى الإشارة أن عمل المرأة الذي إعتبره حقا لها لا يمكن أن يكون سببا لسقوط الحضانة، غير أنه يجب في جميع الحالات مراعاة مصلحة المحضون، وقد ترك هذه الجزئية دون معالجة كونها من النقاط الحساسة التي كانت أمل الباحثين والنقاد والدارسين في موضوع الحضانة، ورأينا أن الحضانة تسند للأم إلا أنه يمكن العدول عن ذلك مراعاة لمصلحة المحضون.

أما فيما يخص إشكالات الحضانة بعد الزواج المختلط عند الطلاق، فإنه يثور الإشكال بين الطرفين حول من منهما يحق له حضانة الصغير وزيارته و بالتالي يلجأ أحد الطرفين إلى الطرق الغير مشروعة لهذا تثور عدة إشكالات عملية يصعب حلها، وقد خضع المشرع الجزائري لنص المادة (2/12) والتي بدورها تطرح بعض الإشكالات العملية أيضا، وهنا يكون المشرع الجزائري قد أخطأ في إختيار القانون الواجب تطبيقه، وعليه إتجه المشرع إلى الأخذ بفكرة الحل الوظيفي لتطبيق القانون إلا أنه نتيجة هذا الحل الذي يكون تطبيقه واسع إختلفت فيه الآراء مما دفع بالفقه الغربي إلى إتخاذ قرار حق إستماع الطفل، لكن بعضهم أصر على إستبعاد الطفل عن الجهات القضائية، وكحل وسط هو إستماع الطفل في بحث إجتماعي، وقد لاحظنا أن المشرع الجزائري قد أولى إهتمامه من الناحية الداخلية أكثر منه من الناحية الخارجية لمعالجة تنازع القوانين لذا لابد من توسيع هذا النطاق والإهتمام به على المستوى الخارجي، ذلك أنه لاحضنا من خلال دراستنا لتنازع القوانين في الحضانة أن معظم التشريعات لم تضع قاعدة إسناد خاصة بالحضانة تاركة ذلك للإجتهاد القضائي، مما أدى إلى تناقض في الأحكام القضائية، كما وقد تم إبرام الإتفاقية المتعلقة بوضع أطفال الأزواج الجزائريين والفرنسيين إلا أنها تعرضت هي الأخرى إلى عدة إشكالات عملية خاصة من خلال إختلاف الديانة، وفيما يخص تعدد الجنسيات فيطبق القانون الجنسية الفعلية، وبالنسبة لمسألة إختطاف الأطفال المحضونين وكما لاحظنا هو عدم قدرة القوانين الوطنية وحتى الجنائية على توفير حماية كافية للمحضون مما دفع بالمشرع إلى إبرام إتفاقيات دولية كسبيل لإيجاد حلول مناسبة لمواجهة هذه الظاهرة، ذلك لما توصلنا إليه أن الإتفاقيات الثنائية لها أهمية كبيرة في حل مشاكل النقل غير المشروع للمحضون فإن الإنضمام إلى الإتفاقيات المتعددة الأطراف وخاصة إتفاقية لاهاي هي وسيلة تزيد في حماية المحضون

وهذا ما يبرر سعي التشريعات على توفير حماية أكثر للمحضون ومراعاة مصلحته، إذ كما رأينا أن المشرع المغربي هو الذي تفطن في بدل مجهوده للحد من إستفحالظاهرة النقل غير المشروع للمحضون، إلا أن ما يمكن ملاحظته أيضا هو أن هذه الظاهرة في تزايد مستمر مما يدفعنا إلى إتخاذ إجراءات من بينها المطالبة بتفعيل تلك القوانين والإتفاقيات على أرض الواقع تجنبا لتكرار تلك الجرائم بحيث تشمل جميع الدول، فلابد من المشرع الجزائري تدارك هذا الأمر والحرص على إيقافه وذلك بوضع المزيد من القوانين التي تعاقب هذا الفعل الجرمي.

وخلاصة القول أن مهما وفرت التشريعات من حماية للمحضون إلا أنها غير كافية نظرا لعدم وجود التطبيق الفعلي لتلك القوانين والإتفاقيات فمهما حاولنا جاهدين لتوفير مصلحة المحضون إلا أن تلك الظاهرة ما زالت تتفاقم لذا لابد من تطبيق الإتفاقيات على أرض الواقع لأنه لا جدوى من إبرامها دون تنفيذها.

وبالنسبة لدراستنا الولاية على نفس القاصر وماله نجد أن المشرع الجزائري لم يحدد في نص المادة (87) من قانون الأسرة عن ما إذا كانت ولاية على نفس أو ولاية على مال أو كلاهما معا، فكان على المشرع أن يحدد ذلك تجنبا لغموض النص الذي من خلالها يثير إشكالات عملية، ولاحظنا أيضا أن شرط الولاية هو الذكورة لكن في حين تولي الأم الولاية هنا يختل الشرط ونصبح في دائرة إختلال الشرط لكن المشرع تدارك الأمر ووضع قيود، أما فيما يخص الزواج المختلط فهنا لاحظنا أن المادة (13) من القانون المدني تحتوي على ثغرة قانونية، إلا أن القاضي الجزائري قد لجأ في بعض القضايا إلى الإجتهاد الفرنسي ولهذا كان لابد من وضع قانون أدق يعالج هذا الموقف، كما أن الولاية على مال القاصر عرفت نوع من الغموض وأن بها نقص وجاءت أحكامها مخالفة للشريعة الإسلامية بالرغم من التعديلات التي طرأت مؤخرا على أحكام الولاية وبالتالي ضرورة تفعيل النصوص وتسهيل العمل بها، أي يتم ذلك عن طريق تعديل النصوص القانونية في ضوء التطبيقات العملية التي نجد فيها نقائص في النص.

يتعرض الطفل المكفول بعد إنفصال العلاقة الزوجية إلى إشكال تمثل في إستمرارية الكفالة بعد الطلاق، لأن هذه الحالة غير منصوص عليها في قانون الأسرة ولهذا نطالب من المشرع الجزائري أن ينص بقانون خاص بالمكفول، بإعتبار الطفل المكفول ضحية هذا المجتمع فهو يحتاج إلى رعاية وحماية أكبر، وفيما يخص التبني فمن خلال دراستنا وجدنا أن قانون الأسرة الجزائري قد نص صراحة على تحريم التبني، لكن في إثر تعديل القانون 05/07 الصادر بتاريخ 2007/05/13، وإضافة المادة (13 مكرر1) أصبح التبني يؤخذ به لكن بشروط واردة في نص المادة (13 مكرر1) لكونها وردت في الفصل الثاني المتعلقة بتنازع القوانين من حيث المكان، لكن هذا يجعلنا نقع في مخالفة الشريعة التي حرمت التبني، كما وقد أغفل المشرع الجزائري حق زيارة الطفل المكفول في حالة الطلاق لذا لابد على المشرع الجزائري أن ينص على ذلك لمراعاة مصلحة الطفل المكفول والمساواة بينه وبين الطفل الشرعي، أما

عن نفقة الطفل المكفول هي الأخرى وجدنا فيها بعض الإشكالات ذلك لعدم وجود نص قانوني يلزم الأب الكفيل بدفع نفقة الطفل المكفول في حالة تهربه منها لذا كان على المشرع الجزائري النص على الدفع بنفقة الطفل المكفول وهذا حرصا على مصلحته وحمايته.

ونلاحظ أن المسبب في إشكالات الزيارة هو المشرع حيث عالج حق الزيارة في مادة وحيدة وهي المادة (64)من قانون الأسرة الجزائري وعليه إعادة النظر فيها فمن خلال التشريعات المقارنة نجد المشرع المغربي الذي نظم حق الزيارة في مدونة الأسرة في سبعة مواد من المادة(180)إلى المادة(186).

كما ونلاحظ أن المشرع الجزائري لم يتطرق إلى تنظيم مكان وأوقات ومدة الزيارة، وكذا عدم التطرق لقانون جنسية الطفل وهذا تحقيقا لمصلحته لابد من التطرق إليها، أي لابد من تعديل زيارة وإستزارة المحضون خاصة لما يحدث له من ضرر أو لأحد الطرفين، وبالتالي لابد من مراجعة تنظيم الزيارة بما يلائم مع الظروف المستجدة، كما يجب على المشرع الجزائري أن يخص لحق الزيارة بنصوص قانونية تنظم تنازع القوانين فيها.

ولمعالجة إشكالات الزواج المختلط المتعلق بسفر المحضون وذلك بالمصادقة على الإتفاقية الثنائية والدولية إلا أنه نجد إشكال من الناحية التطبيقية .

كذلك ما يجب المطالبة به هو أنه على المشرع الجزائري أن ينظم بشكل مفصل أحكام السفر بالمحضون سواء داخل الوطن أو خارجه بمعنى ضرورة إعادة النظر في مختلف الأحكام المتعلقة بانتقال المحضون عبر الحدود من أجل ضمان عدم تعرضه للخطر وهذا لما يلعب إستقرار الطفل دورا هاما في المجتمع.

وتجدر الإشارة أن تطبيق القانون الدولي الخاص شهد إشكاليات في معالجة النقل غير المشروع للطفل بسبب تطبيق مبدأ السيادة وإتجاهالجهات القضائية المختصة الإعتراض على الأحكام الأجنبية المتعلقة بالحضانة بإسم النظام العام الذي يحمي مصلحة الطفل[1030].

ومن خلال دراستنا لإشكالات العدة نلاحظ أن زمن تحديد العدة كان مختصر في مواد محددة، ولم يحدد بدئ سيران العدة وترك ذلك للفقه الذي لم يكن متوافق مع القانون، حيث أن الزوج المتلفظ بالطلاق دون صدور حكم الطلاق يعتبر طلاق عرفي، ولا يترتب عليه أثار قانونية، بالإضافة إلى التعارض في حساب العدة حيث نجد إختلاف من خلال طبيعة الطلاق، إذ أن العدة الشرعية تبدأ من يوم التلفظ بالطلاق، أما العدة القانونية فتبدأ من يوم صدور الحكم بالطلاق، وبالتالي يحدث إشكال حول طبيعة الطلاق البائن أو الرجعي، إذ عند إنتهاء العدة الشرعية ولم تنقضي العدة القانونية وراجع الزوج زوجته فإننا نكون أمام طلاق بائن في الشرع، وأمام طلاق رجعي في القانون.

[1030] خوادجية سميحة، تنازع القوانين في مسائل الولاية على القاصر، مرجع سابق، ص240

كما ونلاحظ أن للطفل الحق في ثبوت نسبه إلا أن النصوص القانونية تثير العديد من الإشكالات وذلك لغموضها ونقصها فلابد من تداركها للحد منها، كنا يوجد إشكالات مرتبطة بإثبات نسب المولود بالتلقيح الإصطناعي في حالة الوفاة والطلاق لابد من إعادة النظر في المنظومة القانونية وعصرنتها، وفيما يخص إثبات النسب في الزواج المختلط كان المشرع الجزائري ملتزما الصمت إلا أنه حسم الأمر في المادة (13) مكرر قانون مدني.

وكما لاحضنا في بحثنا أن التبرع بالحضانة في حالة الإنفصال بين الزوجين يكون بأجر وقد أثارت إشكالات ذلك لعدم وجود نص في قانون الأسرة يعالج حكم المتبرعة بالحضانة لذا نطالب بوضع قوانين خاصة وقائمة تعالج هذا الموضوع لتجنب الإشكالات ولتجنب اللجوء إلى أقوال المذاهب، أما بالحديث عن الرضاع فقد إشترط في المرضعة أن تكون آدمية أنثى واضحة الأنوثة وأحال بقية الشروط إلى الفقه الإسلامي، وبالتالي لابد من التطرق إلى هذه المسألة وينص عليها في نصوص صريحة وواضحة، كذلك فيما يخص بنوك الحليب فيحرم من الرضاع ما يحرم من النسب، أما عن أجرة الحضانة وأجرة الرضاع لم يعالجها المشرع الجزائري وبالتالي الأفضل أن ينص عليها بنصوص خاصة تجنبا للإشكالات القائمة.

وفيما يخص إشكالات الميراث نلاحظ أنه إذا إنتهت العدة الشرعية ولم تنتهي العدة القانونية هنا نجد الزوجة ترث قانونا والعكس لذا لابد بل من الضروري توافق النصوص المتعلقة بالميراث مع نصوص الطلاق مع مراعاة الشريعة الإسلامية في ذلك، والتفصيل في مصطلح "الزوجية" الوارد في نص المادة (126) من قانون الأسرة حتى لا يكون هناك دخول غيره من الأنكحة كنكاح الشبهة مثلا.

كذلك نستنتج أنه لابد من إعادة النظر في المنظومة التشريعية الجزائرية في مجال الأسرة، حيث نجد في نص المادة (132) من قانون الأسرة أنه لا يمكن التوارث بين الزوجين إلا في حالتي الوفاة قبل صدور الحكم بالطلاق أو الوفاة قبل إنتهاء فترة العدة، وهنا قد تنقضي العدة ولم يفصل القاضي بعد في القضية وبالتالي يجب الحث على الإستعجال في مثل هذه القضايا تجنبا للوقوع في الإشكالات.

ونستنتج أيضا أن هناك إشكالات الطلاق والتي هي عبارة عن أنواع من الطلاق تجيز التوارث بين الزوجين وأحيانا تمنعه، إذ هناك إستثناءات كمريض مرض الموت إلا أن المشرع الجزائري قد سكت في حالة الطلاق البائن وتوفي الزوج بعد الطلاق مما أدى للرجوع إلى الشريعة الإسلامية، إلا أننا وجدنا إختلاف حول أقوال المذاهب الفقهية لذا كان من الضروري النص عليه في قانون الأسرة الجزائري، وكذلك إعادة صياغة نص المادة (132) من قانون الأسرة الجزائري بما يناسب ذلك و كما تحدثنا عنه في بحثنا وذلك لضمان حق الوارث في فترة عدة الطلاق الرجعي.

كما ونستنتج أن المشرع الجزائري قد كرس مبدأ إستبعاد القانون الأجنبي و العمل بالقانون الوطني وفقا للمادة (24) من القانون المدني وذلك في حالة مخالفة النظام العام والآداب العامة والغش نحو

القانون، فقانون الأسرة في أحكام الميراث جاء ناقصا في نصوصه مما يجعل مهمة القاضي صعبة جدا في تحديد الحكم المناسب للقضية لذا نطالب بالتوسيع في نصوص القانون الخاصة بأحكام الميراث.

تعتبر النفقة الجانب المادي المهم للطفل المحضون وللمرأة المطلقة وهي حق لهما، وتعتبر مسألة الإنفاق من المسائل المهمة التي إهتم بها المشرع الجزائري لما يحقق المصلحة الفضلى للطفل ويحفظه من المجتمع، إلا أنه لاحظنا إهمال المشرع الجزائري حيث حصر حق المحضون في النفقة على عكس الشريعة الإسلامية وكان على المشرع أن يوسع لا أن يحصر لأن حق النفقة واجب، وقد واجهنا العديد من الإشكالات ذلك من خلال إمتناع بعض الآباء عن الإنفاق على أولادهم المحضونين، حيث في حالة عجز الأب تنتقل النفقة إلى الأم لكن لم يتحدث عن الجزاء الذي يترتب في حالة عدم التسديد، لذا يجب النص على ذلك في قانون الأسرة الجزائري لمنع الوقوع في الإشكالات القانونية.

أما بالنسبة للنيابة العامة التي أصبحت طرفا أصليا في العلاقة قد أدى ذلك إلى نشوء إشكالات في التطبيق القضائي لذا لابد من تدارك ذلك ومن الأحسن عدم تدخلها في العلاقة، كما و يجب مراجعة مبالغ النفقة بما يتناسب ومتطلبات الطفل المحضون وحسب متغيرات العصر تجنبا لإهدار حق الطفل.

بالنسبة لنفقة الأقارب نستنتج أن المشرع الجزائري لم يرتب بدائل مادية من أجل إعطاء من يستحق النفقة في حالة عدم التسديد وبالتالي نقترح إنشاء جهاز مالي خاص.

ولدينا مسألة دفع النفقة بتقطع فهذه المسألة غير واضحة في القانون ذلك لإلتزام المشرع الصمت ولم يبين إذا كانت مهلة دفع النفقة على تواصل أو تقطع، ولتجنب ذلك يجب إيضاح المسألة في نص المادة بدقة، أما عن مسألة وقت إعتبارنفقة الزوجة دينا في ذمة الزوج وكذلك مسألة تعجيل دين النفقة الزوجية فلابد من المشرع الجزائري أن ينص على ذلك في قانون الأسرة الجزائري.

وللتعويض عن الطلاق التعسفي والمتعة أيضا قد أثارا إشكالات عديدة علمية و عملية نتيجة للخلاف الذي ما زال قائما بينهما على المستوى الفقهي والقانوني والقضائي، إلا أنه نستنتج أن المتعة والتعويض عن الطلاق التعسفي حق للمطلقة فمن تستحق التعويض فهي تستحق المتعة والعكس صحيح، وبالرغم ما عليه لابد من تدارك الأمر والعمل على إعطاء مفاهيم دقيقة تجنبا للإشكالات القائمة بينهما.

رأينا أن العدة القانونية تبدأ سيرانها بعد إنتهاء العدة الدينية وبالتالي لابد من تدارك هذا الوضع لتجنب الخلط والوقوع في الإشكال، كما يجب على القاضي إلغاء الإتفاق بين الطرفين في حالة الطلاق بالتراضي حول تنازل الزوجة عن نفقة العدة لأنها مخالفة للنظام العام.

ومن الملاحظ عند دراستنا أن الإجتهاد القضائي فيما يتعلق بالفصل في نفقة العدة لا يبينون فترة العدة المقررة شرعا وقانونا، وحتى المبلغ يكون نفسه مما ينبغي علينا أن نطالب بالنظر في هذه المسألة

وذلك من خلال عدم التمييز في الأحكام القضائية بين مجموعة النساء المقرر لهن العدة شرعا، أما عن نفقة الإهمال هنا يجب الفصل في تاريخ سريان نفقة الإهمال.

نعلم أن في حالة الطلاق لابد من الأب أن يوفر للطفل المحضون سكنا لممارسة الحضانة وإن تعذر عليه ذلك فعليه بدفع بدل الإيجار، كما وبإمكان الزوجة البقاء في مسكن الزوجية لغاية صدور الحكم بذلك، إلا أنه واجهنا إشكالات عديدة فيما يخص هذا الأمر وهو مصير الزوج المطلق عند بقاء المطلقة في مسكن الزوجية، إذ هنا مخالف للشرع لأنها أصبحت أجنبية عنه إلا أن المشرع الجزائري نص على بقائها في نص المادة (72) من قانون الأسرة لذا نطالب بتغيير الصياغة لما فيها من تأثير على ذلك، فيجب تدارك هذا الموقف وهذا من خلال مراعاة الظروف الإجتماعية و الإقتصادية.

ومع ذلك نستنتج أن المشرع الجزائري قد أعطى حماية للمرأة المطلقة بالدرجة الأولى والطفل المحضون بالدرجة الثانية في الحق بالسكن، إلا أنه لم يفكر بحق الرجل في ذلك، في حين تعرضت المادة (72) من قانون الأسرة للعديد من الإنتقادات ذلك أن المشرع الجزائري حصر الحضانة في الأم المطلقة فقط بينما يمكن أن تكون الحاضنة من غير الأم لذا نطالب أيضا في توسيع معنى نص المادة كحل لهذا الإشكال.

وقدإستنتجنا أيضا إثارة إشكال في حالة تمديد الحضانة بعد إنتهائها إذ وجدنا إختلاف بين الفقه المقارن وقانون الأسرة الجزائري، لكن كان المشرع صائبا في حكمه حين أذن بإستمرار شغل المسكن أو أجرته حفاظا على الأبناء من التشرد.

أما فيما يخص أجرة السكن أو بدل الإيجار فلابد من إعادة صياغة نص المادة (1/72) وذلك من خلال النص على كافة التكاليف المرتبطة بالسكن ووجوب توفر المستلزمات الضرورية للعيش فيه لأن أجرة السكن وحدها لا تفي بالغرض، وبما أن السكن هو حق ثابت للمرأة شرعا لا يمكن إبعاده لأي سبب من الأسباب، ويجب على المشرع الجزائري أن يعمل على تنظيم قانون خاص ينظم الحق في السكن وإقرار الحماية الجنائية لحق الحاضنة والمحضون في السكن في حالة إمتناع المطلق عن تنفيذ الحكم القضائي مع تدارك الموضوع في حالة بيع الأب للسكن.

نعلم أن صندوق النفقة هو آلية قانونية مستحدثة يعمل على حماية المرأة المطلقة والطفل المحضون، وقد تم إنشاءه لتحقيق الإستقرار الأسري والسكينة في المجتمع ولحل الجانب المادي لأثر الطلاق، حيث ينوب صندوق النفقة عن المدين بالنفقة في حالات عديدة و ليس كبديل على النفقة الواجبة عن المطلق.

إلا أنه أثار عدة إشكالات على الصعيد العملي ذلك أنه لم يحدد الحد الأدنى لمبلغ النفقة لذا لابد من تدارك ذلك، كما ونلاحظ عند دراستنا أن صندوق النفقة لم يشير صراحة على الحالات التي يتولى فيها دفع النفقة لهؤلاء الدائنين، كما أنه لا يستفيد منه كل مستحقي النفقة من الأبناء ويضمن نفقة

الأطفال فقط وبالتالي كان من المفروض أن ينص على ذوي الإحتياجات الخاصة والعاجزين و الأطفال اليتامى، كما ونلاحظ في نص المادة تحديد إسمالمطلقة و كان من المفروض إستعمال عبارة كل من يملك حكما بالنفقة.

كما نلاحظ من خلال أحكام المادة (37) من قانون الأسرة والواقع الذي نعيش فيه أن هناك فراغ أو حلقة مفقودة لابد من البحث عنها، إذ لم يتبين لهم كيفية تحديد الحصص التي تؤول لكل واحد منهما، فالمشرع لم يبين طبيعة العقد ولا شروطه ولا حدود التعاقد التي يخضع لهما الزوجان، وهنا تتوقف فعالية الإتفاق على ما يقترحه الموظف العمومي وما يحرره من بنوك، فقد أصبح من الضروري التدخل لمعالجة هذه الوضعيات التي تنعكس على المرأة سلبا وتفقدها الحماية القانونية الكاملة في مجال الأموال.

من خلال دراستنا للنظم المالية للزوجية نجد أن المشرع الجزائري إعتمد على نظام الإنفصال المالي بين الزوجين كقاعدة، وكإستثناءإعتمد على مبدأ الإشتراك المالي، إلا أنه أثار إشكال وعليه يستوجب وضع قاعدة إستناد لكي تطبق على هذا المبدأ وهذا في ظل الفراغ القانوني من أجل التقليل من إشكالات النظام المالي في الزواج المختلط.

الإقتراحات:

وفي ختام الدراسة أو أن أضمن بحثي بمجموعة من الإقتراحات:

- أطالب بتعديل قانون الأسرة الجزائري، وكذلك تعديل الصياغة وليس الصياغة فقط بل إعادة النظر في بعض مواده لعدم دستوريتها، ذلك لما ترك لنا قانون الأسرة المعدل لسنة 2005 من ثغرات قانونية أدت إلى نشوء إشكالات قانونية خاصة في الجانب العملي.
- لابد من إعادة النظر في مسائل الحضانة وتجديدها والنظر في إجراءات المحاكم المتعلقة بها.
- وضع قيود وشروط تناسب كل عصر وذلك من أجل تحقيق الصالح العام للمحضون وبشكل دقيق في ضوء مستجدات العصر.
- أن تكون قرارات قاضي شؤون الأسرة مشمولة بالنفاذ المعجل بدلا من تدابير الإستعجال المنصوص عليها في المادة (57 مكرر) خاصة فيما يخص السكن، النفقة، الزيارة، الولاية.
- على المشرع الجزائري الحد من هذه الإشكالات مع الأخذ بعين الإعتبار بمصلحة الأسرة ككل وليس مصلحة المحضون فقط بل لابد أن تتعدى ذلك.

- إضافة مصاريف التمدرس في نص المادة(78) قانون أسرة جزائري، مع ضرورة إحداث صندوق وطني يتكفل بدفع نفقة الحاضنة المعسرة مع رجوع الدولة عن المدين بها.
- ضرورة توحيد سن سقوط الحضانة بسن الرشد بالنسبة للذكر والأنثى لرفع التمييز بينهما وإنسجام نص المادتين(07) و(65)من قانون الأسرة.
- عدم إسقاط حضانة الأم عند زواجها وترك الأمر للسلطة التقديرية للقاضي حسب مصلحة المحضون.
- تخصيص أماكن مناسبة لزيارة أحد الأبوين للطفل المحضون في حالة عدم الإتفاق.
- وضع عقوبات لحق الزيارة.
- التوصية بوضع أحكام تنظم الزواج المختلط وذلك لكثرة الزواج بالأجانب فلابد من تنظيم محكم لتجنب الإشكالات خاصة بعد طلاق الزوجين أو في حالة الوفاة .
- على المشرع الجزائري أن يتابع الطفل المحضون وذلك عن طريق القيام بزيارات فجائية وذلك لمعرفة وضعه الحالي والتأكد من توفير كل إحتياجاته ومتطلباته.
- توسيع دور النيابة العامة التي تعتبر طرف أصيل في العلاقة وذلك من خلال القيام بتحري عن سلوك الوالدين قبل إسناد الحضانة إليهم ، والكشف عن كل ممتلكات الوالدين لمعرفة ظروف كل طرف.
- تخصيص مواد مستقلة فيما يخص المتعة والتعويض عن الطلاق التعسفي وذلك للتمييز بينهما لإزالة كل غموض يقع عليهما.
- العمل على المحافظة على أموال القاصر وذلك بإنشاء هيئات تختص بأموال القاصر.
- تحديد مدة إستحقاق الحاضنة للسكن أو بدل الإيجار.
- تعديل صياغة نص المادة (02) من قانون صندوق النفقة بوضع لفظ الأبناء بدل من الأطفال.
- المطالبة بأن تشمل نفقة الصندوق الأرامل والأطفال اليتامى.

ملخص البحث باللغة العربية:

لقد كثرت في المجتمع الجزائري حالات فك الرابطة الزوجية وأصبحت المحاكم مليئة بقضاياه ولكن الإشكال لا يقع فقط في تلك الحالات بل يتعدى ذلك إلى توابعها التي من شأنها التأثير على العلاقات الأسرية خصوصا إذا كان هناك أطفال نتيجة الزواج، ولعل من أهم هذه التوابع نجد الحضانة لأن

الأمر يتعلق بالشخص الضعيف فلا بد من تدخل القانون لحمايته بالرغم من أن النصوص القانونية جاءت مفصلة ودقيقة وراعت جميع جوانب الحماية الضرورية إلا أن طابعها الخاص جعل مهمة القاضي شاقة ومتعبة وذلك من خلال الممارسات التطبيقية التي توحي بوجود العديد من الإشكالات القانونية المتعلقة بها خصوصا إشكالات إسناد الحضانة في الزواج المختلط خاصة في حالة إختلاف ديانة الزوجين المنفصلين وكذلك الآثار المترتبة على إسناد الحضانة لأحد الزوجين المنفصلين و إشكال تنفيذ الأحكام والقرارات المتعلقة بالحضانة.

كذلك لدينا مسألة النزاع حول متاع البيت الذي هو من أكثر الحالات المعروضة على القضاء لغموضه وتعقيده لإكتفاء المشرع الجزائري بتنظيمه في مادة واحدة هي(73)من قانون الأسرة الجزائري حيث جاءت بإشكالات عديدة والسبب راجع إلى كيفية الإثبات والقواعد المقررة لذلك، وهناك إشكال حول صداق الزوجة هل هو حق لها تتصرف فيه كما تشاء أو هو جزء من متاع البيت،وهنا لا يوجد للقاضي نص يعتمد عليه في إجراءات الدعوى أو يساعده على معرفة الحقيقة وهنا ليس أمامه إلا الرجوع إلى أحكام العرف.

ولدينا الذمة المالية بين الزوجين التي تتم من خلال إتفاقهما في عقد الزواج أو بعقد رسمي لاحق حول إستقلالية ذمتهم المالية فيما يخص الأموال المكتسبة وتحديد النسب لكل واحد منهما، إلا أن التعديل الجديد قد أعطى حماية وفي نفس الوقت أثار نزاعات بينها مثلا من خلال وقوع الزوجة ضحية جشع الزوج.

وبالحديث عن النفقة لدينا نفقة المحضون التي هي من أهم القضايا التي تشغل المحاكم والقضاة خصوصا إذا تمت المماطلة من قبل الزوجين المنفصلين ولا شك أن من يدفع الثمن هم الأبناء، أما بالنسبة للعدة فقد تحدث التشريع الإسلامي عنها في كثير من النصوص وكذا في قانون الأسرة الجزائري المعدل بالأمر 02/05 المؤرخ في 27 فيفري 2005 بإعتبار العدة موضوع حساس يرتبط بواقع الأسرة أدت إلى وجود أثار معنوية ومادية وإشكالات عديدة.

وبالرغم من أن النصوص القانونية مستوحاة من الشريعة الإسلامية إلا أن هذا لا يعني أنه لا توجد نقائص خاصة بعد التعديل حيث نجد نصوص تخالف الشرع ونصوص تتناقض بعضها البعض،إضافة إلى ما جاء به القانون 09/08 المتعلق بقانون الإجراءات المدنية والإدارية من تعديلات فيما يخص قضايا الأسرة، ومن الملاحظ أن قانون09/08 جاء موضحا للقانون المعدل والمتمم بالأمر 02/05 بأكثر شرح وتفصيل مع إضافة بعد التعديلات التي كشفت عدة عيوب وطرحت عدة إشكالات على الصعيد القضائي.

الكلمات الدالة: إشكالات، الحضانة، النفقة، متاع البيت، الزيارة، السكن.

ملخص البحث باللغة الفرنسية:

Résumé en français des sujets:

Il abondait dans le mariage et la société algérienne tribunaux d'affaires de décodeur complet de son cas, mais pas les formes que dans ces cas, mais aussi les accessoires qui auraient une incidence sur les relations familiales, surtout s'il existe des enfants issus du mariage, et peut-être le plus important de ces disciples trouve pépinière il Doit intervenir pour protéger l'enfant, bien que le détaillé des textes juridiques et minutes et a pris toutes les protections nécessaires à moins que votre personnage faire une tâche redoutable le juge et fatigué par les pratiques appliquées qui suggèrent l'existence de nombreuses manigances juridiques particulièrement problématique attribution Pépinière de mariages mixtes, notamment dans le cas d'une religion différente séparés des époux ainsi que les implications de confier la garde au conjoint séparé et formes d'exécution des jugements et des décisions relatives à la garde.

Eh bien, nous avons un sujet de litige sur les biens de la maison qui est plus d'affaires devant la justice à l'ambiguïté et la complexité de la suffisance de législateur algérien organisé en un seul article est 73 du code de la famille algérien d'où il est venu nombreux énigmes et raison voir comment preuve et les règles établies,Et notre patrimoine entre époux par contrat de mariage ou d'un contrat formel plus tard sur l'indépendance de l'affaire financière pour l'argent gagné et déterminer les proportions pour chacun d'eux, mais le nouvel amendement a été donné protection en même temps, les effets de ces conflits par le biais de la femme victime c Gens du mari.

Mots clés : manigances ، garde ،pensionalimentaire ، visite maison ، bagages ، hébergement.

ملخص البحث باللغة الإنجليزية :

Topic summary in English:

He abounded in Algerian society and marriagedecoder cases courts full of his cases but not shapesonly in those cases but alsoaccessoriesthatwould impact on familyrelationships, especially if there are children of the marriage, and perhaps the most important of these disciples find nursery there Must intervene to protect the child, although the detailedlegaltexts and minutes and took all necessary protections unlessyourcharactermake a dauntingtask the judge and tired by the applied practices whichsuggest the existence of manylegalshenanigansespeciallyproblematic attribution Nursery in mixed marriages, especially in the case of different religion separatedspouses as well as the implications of entrustingcustody to the separatedspouse and forms of execution of judgements and decisionsrelating to custody.

Well we have a matter of dispute on the goods of the House which is of more cases before the judiciary for ambiguity and complexity of Algerian legislator sufficiency organized in one article is 73 of the Algerian family code where it came many conundrums and reason see how evidence and established rules,And our patrimony between spouses through marriage agreement or a formal contract later on the independence of financial deal for the money earned and determine the proportions for each of them, but the new amendment has been given protection at the same time, the effects of such conflicts through the wife victim c People of the husband.

Key words: shenanigans, custody, alimony, visitation house, baggage, lodging

قائمة المصادر والمراجع

أولا: قائمة المصادر

1-القرآن الكريم

2-النصوص القانونية والتنظيمية

أ -النصوص القانونية الجزائرية:

1- دستور 1996 الصادر بنوجب مرسوم رئاسي رقم 96 – 438 المؤرخ في 26 رجب 141è الموافق لـ 7 ديسمبر 199- المتعلق بتعديل الدستور، المصادق عليه في إستفتاء 28 نوفمبر 199-، ج.ر، ع.76، الصادر في 8 ماي 1991، المعدل والمتمم بالقانون رقم 16-01 المؤرخ في 26 جمادى الاولى عام1437 الموافق لـ 0-مارس2016، ج.ر ع.14، الصادر في 27 جمادى الاولى 1437 الموافق لـ 7مارس2016.

2- مرسوم رقم 144-88 مؤرخ في 12ذي الحجة 1448ه الموافق لـ 26 يوليو 1988 يتضمن المصادقة على الإتفاقية بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة الجمهورية الفرنسية تتعلق بأطفال الأزواج المختلطين الجزائريين والفرنسيين في حالة الإنفصال، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، الاربعاء 13 ذو الحجة 1408ه حرر بالجزائر في 12 ذي الحجة 1408ه، الموافق 26 يوليو 1988..

3- القانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 رمضان 1404 الموافق لـ 9 يونيو 1984 المتضمن قانون الاسرة، ج.ر، ع.24، الصادر في 12 يونيو 1984، المعدل والمتمم بالامر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005، ج.ر، ع.15.

4- القانون رقم 07-05 المؤرخ في 25 ربيع الثاني 1428 الموافق لـ 13 ماي 2007، يعدل و يتمم الامر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق لـ 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني، ج.ر، ع.31، الصادر في 13 ماي 2007.

5- القانون رقم 08-09 المؤرخ في 18 صفر 1429 الموافق لـ 25 فبراير 2008 المتضمن قانون الاجراءات المدنية والادارية، ج.ر، ع.21 ، الصادر في 23 ابريل 2008.

6- قانون رقم 15-19 مؤرخ في 18 ربيع الاول عام 1437 الموافق لـ 30 ديسمبر 2015، يعدل و يتمم الامر رقم 66 – 156 المؤرخ في 18 صفر عام 1386 الموافق لـ 8 يونيو 1966 و المتضمن قانون العقوبات.

7- قانون رقم 01/15 مؤرخ في 18 ربيع الاول 1436هـ، الموافق لـ 04 يناير 2015 يتضمن إنشاء صندوق النفقة.

8- قانون 12/15 المتعلق بحماية الطفل المؤرخ في 2015/07/15، جريدة رسمية، عدد 39، المؤرخة في 19 جويلية 2015.

ب - الإتفاقيات:

1- إتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المراة الصادر بتاريخ 18 ديسمبر 1979، والمصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم 96- 51 المؤرخ في 2 رمضان 1416 الموافق لـ 22 يناير 1996 المتضمن انضمام الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية مع التحفظ الى اتفاقية القضاء على جميع اشكال التمييز ضد المراة لسنة 1979، ج.ر، ع .6، الصادر في 24 يناير 1996.

2- اتفاقية لاهاي المتعلقة بالجوانب المدنية للاختطاف الدولي للاطفال، 25 اكتوبر 1980، المملكة المغربية، وزارة العدل والحريات، مديرية الشؤون المدنية، ترجمة من اعداد السلطة المركزية المغربية

3- مؤتمر لاهاي للقانون الدولي الخاص، الإتصال عبر الحدود بالنسبة للأطفال مبادئ عامة ودليل الممارسة السليمة، النشر لمؤسسة ق أ، طبعة للنشر لشركة جوردان للنشر المحددة، لمؤتمر لاهاي للقانون الدولي الخاص، المكتب الدائم لاهاي، هولندا، 2008.

4- إتفاقية حقوق الطفل، لجنة حقوق الطفل – النظر في التقارير المقدمة من الدول الاطراف بموجب المادة 44 من الإتفاقية، التقارير الدولية الثانية من الدول الاطراف المقرر تقديمها عام 2002، قطر، 10 كانون الثاني يناير 2008، الامم المتحدة.

ت – المجلات القضائية لاجتهادات المحكمة العليا:

1 - المجلة القضائية، عدد 1، 1992

2 - المجلة القضائية العدد 1، 1993

3- نشرة القضاة عدد 52، 1997

4- نشرة القضاة، عدد 59، 20063

ج - النصوص القانونية الأجنبية:

1-الأمر المؤرخ في 06 محرم 1376 هـ الموافق لـ 13 اوت 1956م، المتضمن مجلة الأحوال الشخصية التونسية المعدل والمتمم.

2- مجلة الاحوال الشخصية التونسية الذي اضيف بقانون عدد 20 لسنة 2008 المؤرخ في 04 مارس 2008.

2- ظهير شريف رقم 22-04- 1 صادر في 12 ذي الحجة 1424 (3 فبراير2004) بتنفيذ القانون رقم 70/03 بمثابة مدونة الاسرة المغربية 2004.

قانون المسطرة المدنية في القانون المغربي المملكة المغربية ظهير شريف رقم 447 لسنة 1974 بتاريخ 1974/9/30، بشان المصادقة على نصاق المسطرة المدنية.

3- المعاجم

1- أحمد بن محمد بن علي الغيومي المقري، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، دار المعارف – القاهرة – المجلد 1، ط 2.

2-أحمد رضا، معجم متن اللغة، موسوعة لغوية حديثة، المجلد الرابع، دار مكتبة الحياة، بيروت، 1379هـ - 1960م.

3-أحمد مختار عمر، معجم اللغة العربية المعاصرة، المجلد 1، طبعة 1، 1429 هـ . 2008 م، القاهرة، عالم الكتب، نشر وتوزيع وطباعة.

4- ابي الفتح ناصر الدين المطرزي،الإلهام اللغوي، المغرب في ترتيب المعرب، مكتبة أسامة بن زيد، حلب . سورية، ط 1، 1399هـ - 1979م.

5- جبران مسعود، الرائد، معجم لغوي عصري رتبت مفرداته وفقا لحروفها الاولى، طبعة سابعة، طبعة جديدة، دار العلم للملايين، أذار مارس 1992.

6-جيران مسعود، الرائد الصغير، معجم ابجدي للمبتدئين، دار العلم للملايين، ط1، أيار (مايو) 1982، مؤسسة ثقافية للتأليف والترجمة والنشر، بيروت – لبنان.

7-علي بن محمد السيد الشريف الجرجاني، معجم التعريفات، تحقيق محمد صديق المنشاوي، دار الفضيلة، القاهرة، دون سنة النشر.

8-محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي، مختار الصحاح، مكتبة لبنان، بدون سنة النشر

9- لويس معلوف، المنجد الابجدي، طبعة سادسة، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، دار المشرق.

ثانيا:المراجع باللغة العربية

أ – المراجع العامة:

1- أحسن بن الشيخ آيت ملويا، المرشد في قانون الاسرة مدعما بإجتهاد المجلس الأعلى والمحكمة العليا من سنة 1982 إلى سنة 2014، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2014.

2- أحسين بن الشيخ آيث ملويا، المنتقى في قضايا الأحوال الشخصية، جزء الاول، ط 3، 2011، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع – الجزائر.

3- أحمد أباش، الأسرة بين الجمود والحداثة، منشورات الحلبي الحقوقية، ط 1، 2011.

4- أحمد علي جرادات الوسيط في شرح قانون الحوال الشخصية الجديد الزواج والطلاق، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان الاردن، ط 1، 2012 م – 1433 هـ، ط 2، 2016 م – 1437 هـ.

5- أحمد فراج حسين، أحكام الأسرة في الإسلام – الطلاق وحقوق الأولاد ونفقة الأقارب –، دار الجامعة الجديدة للنشر، منشاة المعارف بالاسكندرية، 1418 هـ – 1991م.

6- أحمد نصر الجندي، أحكام العدة عند النساء، دار الكتب القانونية، مطابع شتات، المجلة الكبرى، السبع بنات 57 ش رشدى، 2005.

7- أحمد نصر الجندي، أسئلة من محاكم الأسرة والإجابة عليها، دار الكتب القانونية، دار شتات للنشر والبرمجيات، مصر- الامارات، مطابع شتات 2013.

8- أحمد نصر الجندي، الأحوال الشخصية في الإسلام، دار المعارف، 1119 تورنسين– النيل، القاهرة، اهداءات 2001، مطابع دار المعرفة.

9- أحمد نصر الجندي، شرح قانون الأسرة المغربية، دار الكتب القانونية، دار شتات للنشر والبرمجيات.

10- أحمد نصر الجندي، قوانين أفسدت الأسرة في زمن المؤتمر القومي للمرأة، دار الكتب القانونية، دار شتات للنشر والبرمجيات، مصر – الامارات، مطالع شتات، 2014.

11- أحمد نصر الجندي، مسائل الأحوال الشخصية بعد مؤتمرات القاهرة للسكان، دار الكتب القانونية دار شتات للنشر و البرمجيات– مصر – المجلة الكبرى، 2008.

12- أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص (تنازع القوانين)، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، الجزء الاول، ط 12، 2011.

13- الشيخ مصطفى السباعي، المرأة بين الفقه والقانون، التوزيع في المملكة العربية السعودية للنشر والتوزيع، ط1 لدار الوراق، ط7، 1420 – 1999م.

14- العربي بختي، أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، 12، 2014.

15- العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الاسرة الجزائري (مقدمة – الخطبة – الزواج – الطلاق – الميراث – الوصية)، الجزء الأول (الزواج والطلاق)، ط 4، ديوان المطبوعات الجامعية –الجزائر، 2005.

16- العيش فضيل، قانون الاسرة مدعم بإجتهادات قضاء المحكمة العليا على تعديلات 2005، ديوان المطبوعات الجامعية 2، 2007، ط 2، بن عكنون، الجزائر.

17- الغوطي بن ملحة، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، ديوان المطبوعات الجامعية 1، 2005، الساحة المركزية بن عكنون – الجزائر، ط 1.

18- بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل – دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية – دار الخلدونية للنشر والتوزيع القبة القديمة الجزائر، ط 1، 1429 هـ - 2008 م.

19- جمال سايس، الإجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية (قرارات المحكمة مسردة ألفبائي للكلمات الدالة)، الجزء الأول، منشورات كليك، ط 1، 2013.

20- جمال سايس، الإجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية (قرارات المحكمة مسردة ألفبائي للكلمات الدالة)، الجزء الثاني، منشورات كليك، ط 1، 2013.

21- جمال سايس، الإجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية (قرارات المحكمة مسردة ألفبائي للكلمات الدالة)، الجزء الثالث، منشورات كليك، ط 1، 2013.

22- رمضان علي السيد الشرنباصي، وجابر عبد الهادي سالم الشافعي، احكام الاسرة الخاصة بالزواج والفرقة وحقوق الاولاد في الفقه الاسلامي والقانون والقضاء، دراسة لقوانين الاحوال الشخصية، دار المطبوعة الجامعية، ط 2020، كلية الحقوق، الاسكندرية.

23- عادل حاميدي، الدليل الفقهي والقضائي للقاضي والمحامي في المنازعات الاسرية، مطبعة المعارف الجديدة/ الرباط، ط 1،1437 هـ - 2016م.

24- عبد الإلاه المحبوب، المنهاج في شرح مدونة الأسرة، دار الافاق المغربية للنشر والتوزيع، الدار البيضاء، مطبعة الامنية – الرباط -

25- عبد الرحمن الصابوني، شرح قانون الأحوال الشخصية السوري: الطلاق وآثاره، الجزء2، الطبعة الخامسة، او الطبعة الجديدة، دمشق، 1978 – 1979 م، 1398 – 1399 هـ، حلب: منشورات جامعة حلب.

26- عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، احكام الزواج والطلاق بعد التعديل، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع – الجزائر – سلسلة تبسيط القانون 4، ط 3، معدلة 2018.

27- عبد العزيز عامر، الاحوال الشخصية في الشريعة الاسلامية فقها وقضاء "الزواج"، دار الفكر العربي، ط1 ، مطابع الدجوى، عابدين، القاهرة، 1404 هـ - 1984م.

28- عبد القادر ابراهيم علي، احمد محمود عبجدعيبل، وجيز الاحوال الشخصية في القانون العراقي والشريعة الاسلامية، دراسة قانونية فقهية قضائية مقارنة ببعض التشريعات العربية معززة بقرارات محكمة التمييز الاتحادية، الجزء 2، الطلاق والتفريق واثارهما، ط 2 منقحة، 2018 م – 1439هـ.

29- عبد القادر داودي، الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية دراسة شرعية قانونية مقارنة، ط 1، دار البصائر حسيت داي – جزائر.

30- عبد الوهاب خلاف، أحكام الاحوال الشخصية في الشريعة الاسلامية وفق مذهب أبي حنيفة وما عليه العمل بالمحاكم، دار القلم للنشر والتوزيع، الكويت، ط 2، 1410 هـ – 1990م.

31- فضيل سعد، شرح قانون الأسرة الجزائري في الزواج والطلاق، المؤسسة الوطنية لكتاب – الجزائر، 1986، جزء 1.

32- محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي ومطبعة السعادة، القاهرة، ط 3، 1377 هـ -1957 م.

33-محمد أمين إبن عابدين، ت (1252 هـ)، حاشية رد المحتار على الدار المختار، مصطفى البابي الحلبي، ط2، جزء 3، 1386 هـ – 1966 م.

34- محمد سمارة، أحكام وآثار الزوجية شرح مقارن لقانون الأحوال الشخصية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 1431 هـ -2010 م، ط 1، 1423 هـ - 2002 م، ط 2، 1429 هـ - 2008 م، ط 3، 1431 هـ،2010م، المملكة الاردنية الهاشمية.

35- محمد قدري باشا، الاحكام الشرعية في الاحوال الشخصية على مذهب ابي حنيفة النعمان، دار ابن حزم، ط1، 1428هـ - 2007م، الجفان والجابي للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت - لبنان، ص 127-126

36- محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، دار النهظة العربية – بيروت.

37- محمود علي السطاوي، شرح قانون الأحوال الشخصية، دار الفكر، ناشرون وموزعون، ط 3، 2010م - 1431هـ.

38- نادية حسن أبو سكينه، ومنال عبد الرحمن خضر، العلاقات والمشكلات الأسرية، دار الفكر ناشرون وموزعون، ط 1، 1432 هـ – 2011م.

39- نجيمي جمال، قانون الأسرة الجزائري دليل القاضي و المحامي مادة بمادة على ضوء أحكام الشريعة الإسلامية والإجتهاد القضائي، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2016.

40- نسرين شريفي وكمالبوفرورة، قانون الأسرة الجزائري، سلسلة مباحث في القانون، دار بلقيس للنشر، دار البيضاء الجزائر، ط 1، اكتوبر 2013.

41- وهبة الرخيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، الجزء 7، دار الفكر للطباعة والنشر، دمشق، ط 1، 1404هـ - 1984، ط 2، 1404 هـ - 1985م.

ب – المراجع الخاصة:

1-أحمد إبراهيم عطية، نفقة وحضانة الصغار أمام محكمة الأسرة في ضوء أحدث التعديلات 5 . التشريعية بالقانون 4 لسنة 2005 وأحكام محكمة النقض والدستورية، دار الفكر القانوني للنشر والتوزيع، ط 1، 2008.

2- أحمد فتحي بهندسي، نفقة المتعة بين الشريعة والقانون، دار الشروق، القاهرة، ط 1، 1408هـ– 1988م.

3- أحمد نصر الجندي، الحضانة والنفقات في الشرع والقانون، دار الكتب القانونية، مصر، المجلة الكبرى، 2004.

4- أحمد نصر الجندي، حضانة النساء والمجلس القومي للمراة، دار الكتب القانونية، دار شتات للنشر والبرمجيات، مصر، الامارات، مطابع شتات، 2013.

5- أحمد نصر الجندي، عدة النساء عقد الفراق أو الطلاق، دار الكتب القانونية، مصر المجلة الكبرى، السبع بنات، 24 ش عدلى يكن، 2005.

6- الحبيب بن طاهر، الفقه المالكي وأدلته،(الخلع، الطلاق، الرجعة، الإلاء، الظهار، العدة، الرضاع، النفقة، الحضانة، المواريث)، مؤسسة المعارف للطباعة والنشر – بيروت، لبنان، الجزء 4، ط 2، 1426هـ - 2005م.

7- المصري مبروك، الطلاق وآثاره من قانون الأسرة الجزائري - دراسة فقهية مقارنة -، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2010.

8- بلحاج العربي، الزواج والطلاق في تقنين الأسرة معلقا عليه بأحكام النقض التي قررتها المحكمة العليا في إجتهاداتها القضائية الكبرى، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع – الجزائر، افريل 2018.

9- بلقاسم شتوان، ظاهرة الطلاق في المجتمع الجزائري (أسبابها وآثارها النفسية والإجتماعية والإقتصادية دراسة فقهية إجتماعية)، دار النشر مطلعة المنار، سطيف، الطبعة الاولى.

10- بلقاسم شتوان، نفقة الأقارب والزوجة . دراسة مقارنة في ضوء المذاهب الفقهية والقوانين الوضعية، دار الفكر والقانون للنشر والتوزيع، ط 1، 2010.

11- ثريا بن سعد، أثار الطلاق بين الشريعة والقانون والواقع المجتمعي "تونس نموذجا"، سلسلة اطاريح 2، مجمع الاطرش للكتاب المختص، تونس 2009، المغاربية للطباعة والاشهار.

12- خليفة علي الكعبي، نظام الاشتراك المالي بين الزوجين وتكييفه الشرعي، دار النفائس للنشر والتوزيع، الاردن، 1430 هـ - 2010 م.

13- رحاب الرحيمي، الاضرار بالمطلقة والتعويض عنه (دراسة تأصيلية مقارنة)، دار النهضة العربية 32 شارع عبد الخالق ثروت القاهرة، ط 1، 1437 هـ – 2016م

14- رشدشحاثة ابو زيد، رؤية المحضون في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية – دراسة مقارنة، مكتبة الوفاء القانونية، ط 1، 2011.

15- رعد مقداد محمود الحمداني، تنازع القوانين في النظام المالي للزوجين، دار الكتب القانونية، دار شتات للنشر والبرمجيات– مصر، 2010.

16- سعيد بوعلي، نسرين شريقى، تحت إشراف مولود ديدان، القانون الدولي الخاص الجزائري (تنازع القوانين الجنسية)، سلسلة مباحث في القانون، دار بلقيس، دار البيضاء . الجزائر، طبعة أكتوبر 2021.

17- عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية، مؤسسة الرسالة الطباعة والنشر والتوزيع، جزء العاشر، ط 1، 1413 هـ – 1993م.

18- عبلة عبد العزيز عامر، النسب فقها وقضاء، دار النهضة العربية 22 شارع عبد الخالق ثروت، القاهرة، 2011.

19- علي بن يحي بابكر، قضايا الطلاق والحضانة والنفقة والزيارة، مكتبة القانون والاقتصاد الرياض، ط 3، 1439 هـ – 2018م.

20- عليوشقربوع، القانون الدولي الخاص الجزائري (تنازع القوانين)، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع ت الجزائر، جزء 1، ط 3، 2011.

21- كدار حسين، دليل القاضي والمتقاضي والدفاع في آثار فك الرابطة الزوجية (المشكل والحل والاقتراح)، سلسلة شؤون الاسرة، الموجز رقم 01، مطبعة السلام، بسكرة، ط 2017.

22- كريمة محروق، أحكام النظام المالي للزوجين على ضوء التشريع دراسة مقارنة، منشورات الفا للوثائق، ط 1، 2019.

23- لوعيل محمد لمين، المركز القانوني للمرأة في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، ط 2، 2006، صنف 5/165.

24- ليلى حسن محمد الزويعي، أحكام العدة في الشريعة الإسلامية، الوراق للنشر والتوزيع عمان مؤسسة الوراق، 2006، ط 2، 2007.

25- محفوظ بن صغير، قضايا الطلاق في الإجتهاد الفقهي وقانون الاسرة الجزائري المعدل بالامر05 /02، دار الوعي للنشر والتوزيع حي محمد برانسي – قطعة 85 – رويبة – الجزائر، ط 2، 1436 – 2015.

26- محمد بن عبد العزيز النُمّيْ، الولاية على المال، فهرسة مكتبة الملك فهد الوطنية اثناء النشر، الرياض 1432، حقوق الطبع محفوظة، ط 1، 1433 هـ - 2012م.

27- محمد عزمي البكري، الأحوال الشخصية – الطلاق – أسباب التطليق – الخلع – العدة، موسوعة الفقه والقضاء(ع)، جزء 4، دار محمود للنشر والتوزيع، 9، شارع سامي البارودي، باب الخلق، 2000.

28- محمد عزمي البكري، الاحوال الشخصية (طاعة الزوجة، الاعتراض على إنذار الطاعة، النفقة الزوجية، منازعات السفر على الخارج، نفقة العدة، الحبس في دين النفقة وجريمة الهجر العائلة، الحجز على الاجور والمرتبات، وفاء الدين النفقة، وفاء بنك ناصر لديون النفقة)، دار محمود للنشر والتوزيع، 9 شارع سامي البارودي، موسوعة الفقه والقضاء، جزء 2.

29- محمد يعقوب طالب عبيدي، أحكام النفقة الزوجية في الشريعة الإسلامية، سلسلة رسائل جامعية (21)، دار الهدى النبوي، دار الفضيلة، حقوق الطبع محفوظة، 1425هـ – 2004م، مصر – المنصورة، الرياض محمد.

30- ممدوح عزمي المحامي، أحكام الحضانة بين الفقه والقضاء– الحقوق التي تنظمها الحضانة – فترة الحضانة – شروط الابقاء بعد سن الحضانة – نشوز الزوجة واثره على الحضانة – شروط الحضانة – شروط الحضانة من النساء – اصحاب الحق في الحضانة – اجرة الحضانة – سكن الحضانة – الانتقال بالصغير – حقوق المحضون على حاضنته – حق الرؤية –انتهاء فترة الحضانة – دعوى الضم و قواعد اقامتها – جزاء عدم تسليم الصغير المحكوم بضمه – المبادئ و الاحكام – الدعوى المترتبة على الحضانة، دار الفكر الجامعي، 30 شارع سوتير، الاسكندرية.

31- نرمين أبو بكر محمد، الإلتزام بضمان السلامة في عقد الحضانة دراسة تحليلية في القانون المدني، منشورات الحلبي الحقوقية، ط 1، 2014.

ثالثا/ الأطروحات والرسائل الجامعية:

1 -أحمد دليبة، جريمة خطف الأطفال القصر، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقوانين الجنائية لدول المغرب العربي، الجزائر. تونس . المغرب، مذكرة مقدمة لنيل درجة الماجستير في الشريعة والقانون، كلية العلوم السياسية، جامعة باتنة، 1437 هـ - 1438هـ، 2016 - 2017.

2 - أبو القاسم بن الزين، عقد الزواج المقترن بالشرط الفاسد بين الفسخ والتصحيح . دراسة مقارنة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، تخصص الاحوال الشخصية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة الشهيد حمه لخضر الوادي، 2014 - 2015.

3 - أسمهان عفيف، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في التعويض عن الضرر، مذكرة لنيل شهادة ماجستير تخصص شؤون الاسرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة العربي بن مهيدي، ام البواقي، 1431 هـ، 2010 م-2011م.

4 - النحوي سليمان، التلقيح الصناعي في القانون الجزائري والشريعة الاسلامية وقانون المقارن، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2010 - 2011.

5 - أيمن أحمد محمد نعيرات، الذمة المالية للمرأة في الفقه الإسلامي، اطروحة قدمت استكمالا لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في الفقه والتشريع، بكلية الدراسات العليا في جامعة النجاح الوطنية في نابلس – فلسطين 2009.

6 - بشير محمد، الولاية على القاصر وإجراءات حمايته في التشريع الجزائري مقارنا، اطروحة لنيل شهادة دكتوراه" ل م د" تخصص القانون الاجرائي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة وهران 02، 2017 - 2018.

7 - بغدالي الجيلالي، الوسائل العلمية الحديثة المساعدة على الانجاب في قانون الاسرة الجزائري، دراسة مقارنة، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر1، 2013 - 2014.

8 - بلشير يعقوب، حق الطفل غير الشرعي في معرفة والديه عن طريق البصمة الوراثية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة وهران، 2012 - 2013.

10 -بن عائشة لخضر، إثبات الحقوق المالية للزوجين، دراسة مقارنة نقدية تحليلية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق، جامعة ابو بكر بلقايد تلمسان، 2011 - 2012.

11 - بن عصمان نسرين إيناس، مصلحة الطفل في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في قانون الاسرة مقارن، كلية الحقوق، جامعة ابي بكر بلقايد تلمسان، 2008 - 2009.

12 -بن عيسى لحضر، حقوق المرأة بين قانون الأسرة الجزائري والإتفاقيات الدولية لحقوق الإنسان، بحث مقدم لنيل شهادة الماجستير حقوق الانسان، كلية الحقوق، جامعة وهران، السانية، 2008 - 2009.

13- بن عيشوش فاطمة، الحقوق الزوجية بين أحكام تشريع الأسرة و الإجتهاد القضائي، رسالة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2011 - 2012.

14- بوجاني عبد الحكيم، إشكالات إنعقاد وإنحلال الزواج، مذكرة ماجستير في قانون خاص معمق،كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ابو بكر بلقايد تلمسان، 2013 - 2014.

15- بوزيان عبد الباقي، الحماية الجزائية للرابطة الاسرية في القوانين المغاربية، اطروحة دكتوراه في العلوم قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ابوبكر بلقايد تلمسان، 2015 - 2016.

16 - بوزيان عبد الباقي، الحماية الجنائية للرابطة الاسرية في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في العلوم الجنائية وعلم الاجرام، كلية الحقوق، جامعة ابو بكر بلقايد– تلمسان، 2009 - 2010.

17- بوعشة عقيلة، الكفالة في قانون الاسرة والشريعة الاسلامية، مذكرة لنيل شهادة التكوين مديرية التربصات، وزارة العدل الوطني للقضاء، 2001 - 2004 .

18- بوكايس سمية، المساواة بين الجنسين في قانون الأسرة الجزائري في ضوء إتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، رسالة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ابوبكربلقايد تلمسان، 2013 - 2014.

19- بومبعي عبد اللطيف، التعويض عن الضرر في الطلاق التعسفي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الشهيد حمه لخضر الوادي، 2014 - 2015.

20 - حاتم صبحي محمد الارناؤوطي، منازعات الاسرة الاسلامية، دراسة فقهية تطبيقية، رسالة للحصول على درجة الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق الدراسات العليا، قسم الشريعة الاسلامية، جامعة طانطا، 1437 هـ - 2015 م.

21 - حفصية دونه، أحكام النفقة ومتاع البيت كأثر من آثار الطلاق في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في العلوم القانونية والادارية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الشهيد حمه لخضر الوادي، 2014 - 2015.

22- حمو بن إبراهيم فخار، الحماية الجنائية للطفل في التشريع الجزائري والقانون المقارن، رسالة لنيل دكتوراه علوم في الحقوق تخصص قانون جنائي، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة، 2014 - 2015.

23- حميدو زكية، مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة ابو بكر بلقايد تلمسان، 2004 - 2005.

24- خاطر خيرة، استئجار الارحام بين القانون والشريعة الاسلامية، جامعة الدكتور مولاي الطاهر، سعيدة.

25- ربيع وفاء، إشكالات فك الرابطة الزوجية في ضوء القضاء الجزائري، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2013 – 2014.

26- رتيبة عياش، أحكام نفقة الزوجة بين الشريعة والقانون، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، يوسف بن مخدة، 2006 - 2007.

27- رحاوي أمينة، الزواج المختلط في القانون الدولي الخاص، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الدولي الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ابي بكر بلقايد، تلمسان، سنة 2010 -2011

28 - زهراء حسين ابراهيم، اجارة الارحام في ضوء القانون اللبناني والقانون المقارن، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في قانون الاعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية والادارية، 2017.

29- زهية رابطي، الحماية القانونية للطفل عند الطلاق في إتفاقية حقوق الطفل وقانون الاسرة الجزائري، مذكرة من اجل الحصول على شهادة ماجستير في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة الجزائر- بن يوسف بن خدة، 2007 -2008 .

30- ساوس خيرة، الحماية الجزائية للرابطة الزوجية في قانون الاسرة الجزائري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بشار - الجزائر.

31 - سعاد توفيق سليمان ابو مشايخ، عقد الكفالة المدنية والاثار المترتبة عليه، دراسة مقارنة بين مجلة الاحكام العدلية والقانون المدني المصري، قدمت هذه الاطروحة استكمالا لمتطلبات درجة الماجستير في القانون الخاص، كلية الدراسات العليا في جامعة النجاح الوطنية في نابلس، فسنطينة.

32 - سعاد سطحي، أحكام العدة في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة مع قانون الاسرة الجزائري.

33 - سعاد قصعة، الحقوق المالية للزوجة في الفقه الاسلامي و قانون الاسرة الجزائري، كلية الشريعة والاقتصاد، جامعة الامير عبد القادر للعلوم الاسلامية – قسنطينة.

34-سعاد لعلى، الزواج وإنحلاله في قانون الأسرة الجزائري، دراسة مقارنة، اطروحة دكتوراه علوم في قانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، بن يوسف بن خدة، 2014 - 2015.

35- سيكريفة محمد الطيب، التلقيح الاصطناعي بين القانون الوضعي والفقه الاسلامي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ابو بكر بلقايد تلمسان، الجزائر، 2016 -2017.

36- سلامي دليلة، حماية الطفل في قانون الاسرة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون فرع قانون الخاص، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر، بن يوسف بن خدة، 2006 -2007 .

37-سناء عماري، التطبيقات القضائية للحضانة وإشكالاتها في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص تخصص احوال شخصية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الشهيد حمه لخضر الوادي، 2014 - 2015.

38- شمروك محمد، محمود مراد، غربي عدلان، السلطة التقديرية لقاضي شؤون السرة في الزواج وإنحلاله، مذكرة التخرج لنيل اجازة المدرسة العليا للقضاء، المدرسة العليا للقضاء، وزارة العدل، الدفعة 16، 2015 - 2006.

39- صالح بوغرارة، حقوق الاولاد في النسب والحضانة على ضوء التعديلات الجديدة في قانون الاسرة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، 2006 - 2007.

40- طالبي سرور، حماية حقوق المرأة في التشريعات الجزائرية مقارنة مع إتفاقيةحقوق الإنسان . الظروف العادية، شهادة ماجستير فرع قانون دولي والعلاقات الدولية، كلية الحقوق، بن عكنون، جامعة الجزائر، 1999 - 2000.

41- طفيانيمختارية، إثبات النسب في تقنين الأسرة الجزائري والفقه الإسلامي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق والعلوم التجارية، جامعة امحمد بوقرة، بومرداس.

42-عادل عيساوي، الحقوق المالية للمرأة في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة لنيل شهادة ماجسير قانون شؤون الاسرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة العربي بن مهيدي، ام البواقي، دراسات قانونية، 2010 - 2011.

43- عائشة أوفقير، حليمة انيبيري، عبلا أولعربي، الإشكالات الفقهية والقانونية والقضائية للحضانة شروطا وإستحقاقا وسقوطا، ماستر الاسرة في القانون المغربي والمقارن، الفوج 1، الفصل 1، المادة الولادة ونتائجها، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، 2015- 2016.

44- عبد الفتاح تقية، الطلاق بين أحكام تشريع والإجتهاد القضائي، رسالة لنيل شهادة دكتوراه الدولة في القانون، كلية الحقوق، جامعة الجزائر بن عكنون، 2006 - 2007.

45-عبد الرحيم مقداش، إنحلال الرابطة الزوجية بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، انحلال الرابطة الزوجية بين الفقه الاسلامي وقانون الاسرة الجزائري (دراسة مقارنة)، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2013/12/19.

46- علال امال، التبني والكفالة، دراسة مقارنة بين الشريعة الاسلامية والقانون الوضعي، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة ابي بكر بلقايد تلمسان، 2008 - 2009.

47- علال برزوق امال، احكام النسب بين القانون الجزائري والقانون الفرنسي، دراسة مقارنة، اطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ابي بكر بلقايد تلمسان.

48- علي بن مشبب عبد الله البكري، استئجار الارحام - دراسةتاصيلية مقارنة-، رسالة ماجستير، كلية الدراسات العليا، جامعة نايف العربية للعلوم الامنية، الرياض، 1432هـ - 2011م.

49- عيسى طعيبة، سكن المحضون في تشريع الأسرة الإجتماع القضائي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، جامعة الجزائر، بن يوسف بن خدة، 2010 - 2011.

50- عيسى معيزة، الحمل ارثه احكامه وصوره المعاصرة بين الشريعة و القانون، مذكرة ماجستير، كلية العلوم الاسلامية، جامعة الجزائر، 2005 - 2006.

51- عيسيو أسماء، حق المطلقة الحاضنة في مسكن الزوجية وإشكالاته المثارة أمام القضاء، مذكرة نهاية التكوين، المعهد الوطني للقضاء مديرية التربصات، دفعة 12، 2001 - 2004.

52- فوزي خوازم، التوارث بين الزوجين و إشكالاته في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة حمه لخضر- الوادي، 2014 - 2015.

53-قيدومبوزياني ايمان، نظام الأموال المشتركة بين الزوجين في قانون الأسرة،مذكرة ماجستير في القانون، كلية الحقوق، جامعة بن يوسف بن مخدة، الجزائر1، 2013 - 2014

54- كريمة محروق، الحماية القانونية للأسرة ما بين ضوابط النصوص وإجتهادات القضاء، رسالة مقدمة لنيل درجة دكتوراه العلوم في القانون، كلية الحقوق، جامعة الاخوة منتوري– قسنطينة، 2014 - 2015.

55 - كفاجي الضيف، مسؤولية الولي عن افعال اولاده القصر بين القانون المدني وقانون الاسرة الجزائري، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير في قانون الخاص، تخصص احوال شخصية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الشهيد حمه لخضر الوادي، 2014 - 2015.

56 - لنكار محمود، الحماية الجنائية للأسرة . دراسة مقارنة، رسالة لنيل شهادة دكتوراه العلوم فرع قانون جنائي، كلية الحقوق، جامعة منتوري– قسنطينة، 2010.

57- لوعيل محمد لمين، المركز القانوني للمراة في فانون الاسرة الجزائري، بحث لنيل شهادة الماجستير فرع عقود ومسؤولية، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة الجزائر، بن عكنون، 2001- 2002.

58 - محفوظ بن صغير، الإجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري، بحث مقدم لنيل شهادة الدكتوراه العلم في العلوم السياسية، كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الاسلامية، جامعة الحاج لخضر باتنة، 1429 هـ - 2008م - 2009 م.

59- محمد بن عبد العزيز العقيل، فقه الاسرة، مركز التنمية الاسرية، دبلوم الارشاد الاسري المعتمد بمركز التدريب وخدمة المجتمع، كلية المعلمين بجامعة الملك فيصل، جمعية الرقي الاحساء، حقيبة تدريبية، 1429 هـ - 2008م.

60-مداح عيسى، أحكام الأبوة في الفقه الإسلامي، مذكرة مقدمة لنيل درجة الماجستير في العلوم الاسلامية، جامعة الجزائر 1، كلية العلوم الاسلامية، 2011 - 2012.

61- مسعودة نعيمة إلياس، التعويض عن الضرر في بعض مسائل الزواج والطلاق، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ابي بكر بلقايد– تلمسان، 2009.

62- مسعودي رشيد، النظام المالي بين الزوجين في التشريع . دراسة مقارنة، اطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون، كلية الحقوق، جامعة ابو بكر بلقايد- تلمسان، 2005 - 2006.

63- مشوات حليمة، حق الزوجة في النفقة في قانون الاسرة الجزائري مقارنا، بحث لنيل هادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة وهران، 1433 هـ- 1434 هـ، 2012 - 2013م.

64- موسوس جميلة، الولاية على مال القاصر في القانون الجزائري والفقه الإسلامي، مذكرة لنيل درجة ماجستير في القانون، فرع العقود والمسؤولية، كلية الحقوق والعلوم التجارية، جامعة امحمد بوقرة، بومرداس، 2005 - 2006.

65- نسيبة الحسن محمود علي، الحضانة وأثرها في تربية الطفل على ضوء الفقه الإسلامي، بحث مقدم لنيل درجة الدكتوراه في الدراسات الاسلامية، كلية الاداب، قسم الدراسات الاسلامية، جامعة الخرطوم، 2006م.

66- وحياني جيلالي، حماية حقوق المرأة في قانون الأسرة الجزائري على ضوء الإتفاقيات الدولية، مذكرة ماجستير قانون الاسرة، كلية الحقوق، جامعة ابي بكر بلقايد– تلمسان.

67- وحياني جيلالي، مظاهر المساواة بين الزوجين في قانون الأسرة الجزائري على ضوء الإتفاقيات الدولية، مذكرة ماجستير قانون اسرة، كلية الحقوق، جامعة ابي بكر بلقايد– تلمسان.

68 -يوسغات علي هاشم، احكام النسب في التشريع الجزائري، اطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في قانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ابو بكر بلقايد تلمسان، 2014 - 2015.

69- يوسف بن شيخ، اثر التطورات الطبية و البيولوجية على نظام الإثبات في الأحوال الشخصية، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون المقارن، رسالة مقدمة لنيل دكتوراه علوم في العلوم

الاسلامية تخصص شريعة و قانون، كلية العلوم الانسانية و العلوم الاسلامية، قسم العلوم الاسلامية، جامعة وهران احمد بن بلة، 1436 هـ -1437 هـ الموافق 2015 - 2016.

رابعا/ المقالاتالعلمية:

1- إبراهيم خياري، مقاصد أحكام العدة وأثرها في حكم إستبراء المعتدة عن طريق الكشف الطبي، مجلة المعيار، المجلد 11، العدد 2، جوان 2020، مجلة علمية محكمة تصدر عن المركز الجامعي احمد بن يحي الونشريسي، تيسيمسيلت، الجزائر.

2- أحمد بن محمد بن ادريس الحلي، التقرير الفقهي، مركز ابن ادريس الحلي للدراسات الفقهية، العدد الاول/شتاء 1428 هـ - 2007م.

3- أحمد حماد عبد الله عبد الرحيم، النمش عبد الرحمن محمد يوسف، ابكر علي عبد المجيد احمد، النفقة الزوجية في الشريعة الاسلامية وقانون الاحوال الشخصية السوداني لسنة1991م للمسلمين، دراسة مقارنة، المجلة الاكامدية للبحوث القانونية والسياسية، العدد الثاني، مجلة دورية علمية محكمة متخصصة في مجال العلوم القانونية والسياسية تصدر عن كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عمار ثليجيبالاغواط.

4- أحمد محمد سعيد السعدي، إثبات النسب ونفيه بالبصمة الوراثية –دراسة فقهية مقارنة – şarkıyatılmıAraştırmalarDergısı – www.e-srkıyat.com – ISSM :1308 – 9633 sayı :xıı,kasım .2014,fatıh ünıversıtesıİLahıyatFakültesı,

5- إدريس الفاخوري، السفر بالمحضون أية حماية؟، دراسة في ظل قوانين الأسرة لبلدان المغرب العربي، مركز ادريس الفاخوري للدراسات والابحاث في العلوم القانونية، وجدة 14 يوليو 2017.

6- أشرف محمود بني كنانة، التعسف في إستعمال حق الحضانة، دراسات علوم الشريعة والقانون، المجلد 43، ملحق 2، 2016، عمادة البحث العلمي، الجامعة الاردنية.

7- إشوي عماد، تنازع القوانين في الحضانة، دراسة مقارنة، المجلة الاكادمية للبحث القانوني، عدد خاص، 2015، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمن – ميرة، بجاية.

8- أعمر يحياوي، ميراث الحمل في ضوء التطور العلمي و التكنولوجي، المجلة النقدية، المجلد 7، عدد 1.

9- إقروفة زبيدة، إشكالات الميراث في قانون الأسرة، مجلة صوت القانون، مجلد 4، عدد 3.

10- أكلي نعيمة، إشكالات الطلاق الكاشف بين أحكام الشريعة الاسلامية وقانون الأسرة الجزائري، مجلة دراسات وابحاث، المجلة العربية في العلوم الاسلامية والاجتماعية، مجلد12، عدد3، جويلية 2020، السنة الثانية عشر.

11- أمحمدي بوزينة، إشكالات تنازع القوانين حول حضانة الأطفال في غطار الزواج المختلط، دراسة مقارنة، مجلة الاجتهاد القضائي، المجلد 12، العدد02، العدد التسلسلي 20، اكتوبر 2019، مخبر اثر الاجتهاد القضائي على حركة التشريع، جامعة محمد خيضر بسكرة.

12- أمينة آيت حسين، الأساس القانوني لسكنى المطلقة الحاضنة في التشريع المغربي والتشريعات المقارنة وموقف الإجتهاد القضائي منه، مقال منشور في شبكة العلوم الجنائية، maroc penal.

13- الأسمري سعد بن علي عبد الله، الحقوق المالية للمطلقة البائن . دراسة فقهية مقارنة، مجلة الملك خالد للعلوم الشرعية والدراسات الاسلامية، مجلد 23، عدد 1، مجلة محكمة 2015.

14- البرديسي، مرضية محمد، نفقة المطلقة و المهجورة وابنائهن في المجتمع السعودي التحديات والحلول، مجلة دراسات في الخدمة الاجتماعية والعلوم الانسانية، جامعة حلوان، المجلد/العدد ع 34، ج2، 2013، كلية الخدمة الاجتماعية، جامعة الملك سعود الرياض، المملكة العربية السعودية.

15- الخفاجي، انفاع محمود شاكر، حق السكنى للزوجة المطلقة، مجلة العلوم الانسانية، مجلد 26، العدد 1، مجلة محكمة انذار2019، كلية التربية للعلوم الانسانية، جامعة بابل.

16- الربيع وليد بن خالد، متعة الطلاق في الفقه الاسلامي وقانون الاحوال الشخصية الكويتي . دراسة مقارنة، مجلة الحقوق، العدد 2، مجلد 39، محكمة 2015.

17- الفاخوري ادريس، النقل غير المشروع للاطفال في الروابط الدولية الخاصة، منشورات مجلة الحقوق، سلسلة المعارف القانونية والقضائية، عدد 32، 2016، دار المنظومة جميع الحقوق محفوظة، 2020.

18- الرقيق نعمان، سكنى الحاضنة بين ضروريات الواقع ومقتضيات الحداثة، سكنى الحاضنة بين ضروريات الواقع ومقتضيات الحداثة، مجلة بحوث ودراسات قانونية، عدد 7، مجلة محكمة، 2012.

19- الساجي علام، إشكالية التبني والكفالة في المجتمع الجزائري – مقارنة أنتروبولوجية -، مجلة الحقوق والعلوم الانسانية، مجلد 10، عدد 4، ديسمبر 2017، جامعة زيان عاشور بالجلفة.

20- السبيعي إبراهيم عبد الله البديوي، المنع من السفر كعقوبة تعزيرية في الشريعة الإسلامية والقانون الكويتي في العصر الحديث، مجلة الشريعة والدراسات الاسلامية، مجلد22، عدد71، ديسمبر ذو القعدة، 2007، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت.

21- السلمى، فهد بن عبد الله بن على، حق المطلقة في الميراث والنفقة، مجلة الدراسات العربية، جامعة المانيا، كلية دار العلوم، العدد 26، مجلد 3، مجلة محكمة في يونيو 2012.

22- الصادق عبد القادر، رقاني عبد المالك، مصلحة المحضون كضابط لإسناد الحضانة للمرأة العاملة دراسة مدعمة بأحكام وقرارات القضاة لبعض الدول العربية، مجلة الدراسات حول فعلية القاعدة القانونية، مجلد 4، عدد 2، 2020.

23- الصالح محمد بن أحمد بن صالح، متعة الطلاق في الفقه الاسلامي، مجلة اضواء الشريعة، عدد 09، جامعة الامام محمد بن سعود الاسلامية، كلية الشريعة، مجلة محكمة 1978.

24- العيادي سامي، الحقوق المالية للزوجة والمطلقة: تكريس التمييز الايجابي للمرأة من خلال بعض التطبيقات القضائية في مادتي النفقة والتعويض عن ضرر الطلاق، حولية فقه القضاء التونسي، العدد 04، مجلة محكمة 2018، كلية الحقوق بصفاقس، مدرسة الدكتوراه.

25- القسطاسي، يوسف، سكنى المطلقة ونفقتها في المذهب المالكي ومدونة الأسرة المغربية، مجلة المنبر القانوني، عدد 6، مجلة محكمة، ابريل 2014.

26- الكبيسي أحمد عبد الرزاق، متعة المطلقة في الفقه الإسلامي، مجلة الحكمة، العدد 28، مارس 2004.

27- الكيلاني، سري إسماعيل سليم زيد، حق المطلقة في حضانة ولدها في الشريعة والقانون، مؤتة للبحوث والدراسات، سلسلة العلوم الانسانية والاجتماعية، مجلد 21، عدد 5، مجلة محكمة 2009،جامعة مؤتة.

28- المديرية العامة للأمن الوطني، إجراءات خروج القصر من التراب الوطنية، خلية الاتصال والصحافة 2015.

29- المعتصم بالله إبتسام، زيارة المحضون وإستزارته، أي إشكالات؟مجلة محكمة، العدد 02، يوليو 2017.

30- المملكة المغربية، دليل عملي لمدونة الأسرة، منشورات جمعية نشر المعلومة القانونية والقضائيةياسلة الشروح والدلائل، العدد 1، 2004، مطبعة فضالة.

31- آية مولود ذهبية، إشكالات إثبات النسب في الزواج الباطل شرعا بين التشريع وعوائق التطبيق، المجلة الاكادمية للبحث القانوني، عدد خاص 2015، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية.

32- برياح زكرياء، قراءة في احكام الكفالة في ظل قانون الاسرة الجزائري على ضوء قانون كفالة الاطفال المهملين في المغرب، مجلة البحوث القانونية والسياسية، العدد 11، ديسمبر 2018، مجلة دولية محكمة تصدرها جامعة د/مولاي طاهر بسعيدة – الجزائر.

33- بشيري عبد الرحمن، راضية عيمور، سلطة القاضي في تقدير حق الحضانة والزيارة وإشكالات التنفيذ في التشريع الجزائري، مجلة العلوم العلوم القانونية والاجتماعية، المجلد 6، عدد 2، جوان 2021، جلفة.

34- بلحاج العربي، ملاحظات نقدية بشأن النظام المالي للزوجين في ضوء قانون الأسرة الجزائري، ملاحضات نقدية بشان النظام المالي للزوجين في ضوء قانون الاسرة الجزائري، عدد 3.

35- بلعباس امال، بن عزيزة حنان، التكييف القانوني لعملية تاجير الرحم، مجلة الدراسات والبحوث القانونية، العدد 4، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ابو بكر بلقايد تلمسان.

36- بن داود عبد القادر، الاثار المالية للطلاق بالنسبة للزوجة في قانون الاسرة الجزائري الاشكالات وحلها، المعيار، العدد 9، جامعة وهران، 1425ه/2004م.

37- بن عامر يزيد، زيارة المحضون على ضوء الإجتهاد القضائي الجزائري، مجلة دائرة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، مخبر المؤسسات الدستورية والنظم السياسية، العدد 6، جانفي 2019.

38-بن عومر محمد الصالح، صندوق النفقة كآلية قانونية لضمان تسديد النفقة، مجلة القانون والمجتمع، عدد 8، مجلة محكمة، ديسمبر 2016.

39-بن قوية سامة، دراسة تحليلية للآليات المقررة لحماية الأسرة في التشريع الجزائري، صندوق النفقة نموذجا، المجلة الدولية للبحوث القانونية والسياسية، المجلد 03، العدد 03، ديسمبر 2019.

40- بن كعبة عمارية، النفقة المستحقة للطفل المحضون وللمطلقة الحاضنة في قانون الأسرة الجزائري، مجلة صوت القانون، مجلد6، العدد01، افريل2019، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ابو بكر بلقايد تلمسان.

41- بني فضل عبد الحميد راجح عبد الحميد كردي، متعة الطلاق بين الفقه وقوانين الاحوال الشخصية، عرض ونقد، مجلة الجامعة العربية الامريكية للبحوث، المجلد2، العدد1، الجامعة العربية الامريكية، عمادة البحث العلمي، مجلة محكمة، مارس 2016.

42-بن يكن عبد المجيد، جريمة الإهمال العائلي في الفقه الاسلامي والتشريع الجزائري، دراسة مقارنة، مجلة الدراسات القانونية والسياسية، جامعة عمار ثليجي الاغواط، 2019/01/5.

43- بوجاني عبد الحكيم، (مؤلفين: صورية، السيدة غربيم: مشارك)، الحماية القانونية للقاصر في عناصر النفقة، منشورات مجلة دفاتر قانونية، سلسلة دفاتر اسرية، عدد 2، مجلة محكمة، يوليو 2017.

44- بوسطلة شهرزاد، ثبوت النسب بين القواعد الشرعية والبصمة الوراثية، دفاتر السياسة و القانون، العدد 1، جانفي 2009.

45- بوزينة أمحمدي، الإشكالات التي يثيرها تنازع القوانين في مسائل الحضانة، دراسة مقارنة على ضوء التشريعات العربية و الإجتهاد القضائي بالجزائر، المجلة الجزائرية للحقوق والعلوم السياسية، مجلد3، عدد5،جوان2018، معهد العلوم القانونية والادارية، مركز الجامعي احمد بن يحي الونشريسي، تسيمسيلت.

46- بوزيتونة لينة، حق زيارة المحضون في قانون الاسرة الجزائري، دراسة بين القانون و الواقع، المجلة الاكادمية للبحوث القانونية و السياسية، المجلد 3، العدد 2، سبتمبر 2019، مجلة دورية علمية محكمة متخصصة في مجال العلوم القانونية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عمار ثليجي.

47- بوشنتوف بوزيان، صندوق النفقة كوسيلة لتفعيل تنفيذ احكام النفقة الصادرة في مسائل شؤون الاسرة: قراءة في نصوص القانون رقم 01/15 الصادر بتاريخ 04 يناير 2015، مجلة الامير عبد القادر للعلوم الاسلامية، المجلد 33، عدد 1، محكمة ماي 2019، جامعة الامير عبد القادر للعلوم الاسلامية.

48- بوقرة أم الخير، حق المحضون في أجرة مسكن الحضانة بين النص والتطبيق، مجلة العلوم الانسانية، سلسلة 19، عدد 01، مجلة محكمة 2019، جامعة محمد خيضر – بسكرة.

49- بوكرزازة أحمد، الابطال والفسخ، دراسة مقارنة بين النظامين في القانون المدني الجزائري، مجلة العلوم الانسانية، المجلد 32، عدد 33، سبتمبر 2012، تاريخ القبول: 2021/05/23.

50- تخنوني أسماء، إشكالات صندوق النفقة للمرأة النطلقة الحاضنة في التشريع الجزائري، دراسة تحليلية وفقا لأحداث التشريعات الوطنية، دفاتر السياسة والقانون، العدد 19، محكمة جوان 2018، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، كلية الحقوق والعلوم السياسية.

51- تزاوي فتح الله، الحماية المقررة لسكنى المطلقة . دراسة مقارنة، مجلة المنارة للدراسات القانونية والادارية، العدد 17، مجلة محكمة، فبراير 2017.

52-تزاوي فتح الله، حق المطلقة في المتعة بين التشريع و التطليق . دراسة مقارنة، مجلة المنارة للدراسات القانونية والادارية، العدد 17، مجلة محكمة، فبراير 2017، الصفحات [230 - 223]

53-تواتي نورة، تعسف الزوج في الطلاق وأثره في القانون الجزائري والشريعة الإسلامية، مجلة القانون والعلوم السياسية، المجلد 07، العدد 02، 2021.

54- تهاني معيض عويد، احكام النسب و اثاره في الشريعة الاسلامية و ما عليه العمل في القانون الكويتي، دراسة مقارنة، مجلد 37، عدد 129 ل[الصفحات 178 – 141].

55- جعفر محتبي عيسى المهل، العدة والأحكام المترتبة عليها في القران الكريم، مجلة اداب النيلين، مجلد 3، عدد 4، ديسمبر 2018، كلية الاداب جامعة النيلين.

56- جمال الديب، نفقة الاب على الولد المحضون في الفقه الاسلامي وقانون الأسرة الجزائري، مجلة افاق علمية، المجلد 11، العدد 02، 2019، رقم العدد التسلسلي 18.

57- جوادي شمس الدين، يخلف مسعود، إستقلالية الذمة المالية للزوجة في التشريع الجزائري بين تكريس قانون الأسرة وحماية قانون العقوبات، مجلة افاق علمية، المجلد 13، العدد 2، 2021، تاريخ النشر: 2021/04/30.

58- جوهر وفاء، الإشكالات العملية للحضانة على ضوء العمل القضائي، المجلة المغربية للاقتصاد والقانون المقارن، عدد 55، 2016، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة القاضي عياض.

59- جيانلوكاب، بارولين، حل النزاعات الاسرية عبر الحدود، دراسة "صور عامة عن الوضع الراهن في منطقة الجوار الجنوبي ودراسة مقارنة للاوضاع القطرية في مجال النزاعات الاسرية عبر الحدود" مشروع ممول من الاتحاد الاوروبي.

60- جيدل كريمة، الذمة المالية للزوجين قراءة في نص المادة 37 من قانون الأسرة، مجلة المعيار، مجلد 6، العدد 2.

71- جيفري نسيمة امال، نفقة المحضون في ظل التعديلات المستحدثة في قانون الاسرة الجزائري، مجلة الدراسات وابحاث، المجلة العربية في العلوم الانسانية والاجتماعية، العدد 27 جوان 2017، السنة 4، دار النظومة.

72- حاتم ناديا خير الدين عزيز السيد، أثر السفر بالمحضون على حق الأم في الإحتفاظ بالحضانة دراسة فقهية وقانونية مقارنة، مجلة الرافدين للحقوق، عدد 62، 2018، كلية الحقوق، جامعة الموصل.

73- حاج عبد الحفيظ نسرين، حق الرضاعة من بنوك الحليب البشري بين الشريعة الإسلامية والقانون، مجلة الاستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، المجلد 5، العدد 2، 2020، الصفحات [317 - 332]، نشرت في 2021/01/31.

74- حاسن عود، النفقة على ضوء مدونة الاسرة ضوابط التقدير القضائي وأسس الحماية القانونية، مجلة الحقوق المغربية، ابحاث دراسات.

75-حايد فريدة، بين المتعة و التعويض في القوانين الوضعية والشريعة الإسلامية، مجلة دراسات وابحاث، المجلة العربية في العلوم الانسانية والاجتماعية، مجلد 10، عدد 3، سبتمبر 2018، السنة العاشرة، العدد 32، مجلة سيتمبر 2018، جامعة الجلفة.

76- حبيبة رحايبي، اجازة عدة الوفاة: قراءة قانونية فقهية في ضوء الحكم الشرعي من خروج المرأة أثناء عدتها، مجلة الإحياء، المجلد 21، العدد 28، جانفي 2021.

77- حسين أمينة آيت، الأساس القانوني لسكنى المطلقة الحاضنة في التشريع المغربي، المجلة المغربية للدراسات القانونية والقضائية، عدد 12، 11، مجلة محكمة، 2016.

78- حسينة شرون، جريمة الإمتناع عن تسليم طفل إلى حاضنته، العدد 7، مخبر اثر الاجتهاد القضائي على حركة التشريع، جامعة محمد خيضر ت بسكرة.

79- حسيني عزيزة، النزاع حول متاع البيت قراءة في نص المادة 73 من قانون الأسرة وتطبيقاته القضائية، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، المجلد 58، العدد01، 2021، تاريخ النشر: مارس 2021.

80- حل النزاعات الأسرية عبر الحدود، مشروع ممول من الاتحاد الاوروبي – مشروعبوروميج العدالة الثالث

81- حمليل صالح، المتعة والتعويض عن الطلاق التعسفي، مجلة القانون والمجتمع، مجلد1، العدد1، مجلة محكمة، افريل ربيع الثاني، 2013، 1 جوان، الصفحات [70 - 53]

82- حموش عبد الرحمن، شروط استحقاق الحضانة واسباب سقوطها، دراسة في ضوء مدونة الاسرة والعمل القضائي المغربي، منشورات مجلة الحقوق، سلسلة المعارف القانونية والقضائية، مجلة محكمة الاصدار 32، 2016.

83- حميد زلافى، جوانب الفراغ التشريعي في أحكام الميراث من خلال قانون الاسرة الجزائري . دراسة مقارنة، مجلة الشهاب، المجلد07، العدد 2، 2011، معهد العلوم الاسلامية، جامعة الوادي، الجزائر، نشر: 2021/07/15.

84- حميد ودملة، جرائم إهمال الزوجة في التشريع الجزائري، المجلد الرابع، العدد 02، الرقم التسلسلي 08، جوان 2018، الموافق 8 رمضان 1439.

85- حواس فتحية، السلطة التقديرية للقاضي في قضايا الاسرة، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية.

86- حيفري، نسيمة امال، نفقة المحضون في ظل التعديلات المستحدثة في قانون الاسرة الجزائري، مجلة دراسات وابحاث، المجلة العربية في العلوم الانسانية والاجتماعية، العدد 27، جوان 2017، سنة تاسعة، دار المنظومة.

87- خلف فاروق احكام اثبات النسب في التشريع الجزائري ما بين الاطار القانوني والتطبيق القضائي، مجلة الدراسات القانونية والسياسية، العدد 4، جوان 2016.

88- خليل عمرو، ميراث المرأة المطلقة وفقا لقانون الأسرة، مجاة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، العدد الخامس، مجلد 3، عدد 1، 2013.

89- خوادجية سميحة، تنازع القوانين في مسائل الولاية على القصر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، مجلة الاكادمية للبحث القانوني، عدد خاص 2015، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية.

90- دبابش عبد الرؤوف، صندوق النفقة وعلاقتهبالإستقرار الأسري، مجلة المفكر، مجلة محكمة، عدد 14، جانفي 2017، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر – بسكرة.

91- دربة أمين، تنازع القوانين في مجال الزواج وإنحلاله بين القانون الجزائري والقوانين المقارنة، دفاتر السياسة والقانون، العدد 04، جانفي 2011.

92-ذبيح هشام، احكام الطلاق والتطليق واثر قانون الاسرة فيها على حماية الابناء، مجلة الاستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، المجلد الاول، العدد 9، مارس 2018.

93- رابح لعراجي، حقوق المعتدة وواجباتها في التشريع الجزائري، مجلة المنار للبحوث والدراسات القانونية، العدد5، جوان 2018، مجلة دورية علمية محكمة متخصصة في مجال العلوم القانونية والسياسية تصدر عن كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة فارس بالمدية.

94- رئيس المجلة سليماني ميلود، مدير المجلة: خلواني صحراوي، رئيس التحرير عماري نور الدين، مجلة القانون والعلوم السياسية، المجلد4، العدد2، الرقم التسلسلي08، جوان2018، الموافق لرمضان 1439، معهد الحقوق والعلوم السياسية بالمركز الجامعي صالحي احمد بالنعامة.

95- رغيوات مصطفى، جريمة عدم تسديد النفقة في قانون العقوبات الجزائري، مخبر الجرائم العابرة للحدود، كلية الحقوق والعلوم السياسية، المركز الجامعي صالحي احمد بالنعامة.

96- رواق أمال، تطبيقات القضاء الإستعجالي في قانون الأسرة الجزائري، مجلة التراث، عدد19، مجلة محكمة، سبتمبر2015، مخبر جمع دراسة و تحقيق مخطوطات المنطقة وغيرها، جامعة زيان عاشور – الجلفة.

97- زلاسي بشرى، نظام الأموال بين الزوجين وإشكالية القانون الواجب التطبيق في ظل التشريع الجزائري قبل وبعد التعديل، المجلة الاكادمية للبحث القانوني، عدد خاص2015، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمن ميرة – بجاية.

98- سامية بلحبيب، أمال حبار، مسكن المطلقة الحاضنة، دراسة مقارنة بين الفقه الاسلامي وقانون الأسرة الجزائري، مجلة الاجتهاد القضائي، المجلد13، عدد خاص (العدد التسلسلي25)، جانفي2021، مخبر اثر الاجتهاد القضائي على حركة التشريع، جامعة محمد خيضر– بسكرة.

99- سعيدة شيبوط، نظام إستقلال الذمة المالية للزوجين وتاثيره بحق الكد والسعاية، دراسة تفصيلية للمادة 49 من مدونة الأسرة المغربية، مجلة العلوم القانونية والسياسية، مجلد10، عدد03، ديسمبر 2019.

100- سليمان نشوان زكى، الحضانة وشروط ممارستها . دراسة مقارنة، مجلة الرافدين للحقوق، العدد 59، 2013، جامعة الموصل الصفحات [99 - 59].

101- سهايلية سماح، الإجراءات الوقائية للتصدي لفيروس كورونا في الجزائر، مجلة الرسالة للدراسات والبحوث الانسانية، المجلد 05، العدد ×3، اكتوبر 2020.

102- شابحة اعمر سعيد، اثر استئجار الارحام على ثبوت النسب، دراسة فقهية قانونية، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، 03/ 03/ 2018، 2018/05/15، 2018/10/17، المجلد 11، العدد 2.

103- شبايكي نزهة، عجة الجيلالي، إختلاف ديانة الزوجين في إسناد حضانة الأبناء، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، المجلد 58، العدد 1، سنة 2021، ص [243 - 260].

104- شمام منيرة، حيدرة محمد، الاشكالات القانونية المتعلقة بكفالة الطفل في قانون الاسرة والقضاء الجزائري، مجلة دفاتر، مخبر حقوق الطفل، المجلد 7، العدد 1، 2018.

105-صابر بليدي، ثغرات تكتنف قانون الاسرة في الجزائر، نصوص قائمة فتحت أبواب التعسف في الطلاق ترك المجال للتأويل يؤدي إلى أحكام غير سليمة، العرب 21، اسرة، الخميس 26/ 03/ 2015، السنة 37، العدد 68 98.

106- صادق نادية (صامد، ابتسام، بوزينة، آمنة محمد/ مشارك، مشرف، عارض)، إشكالات تنازع القوانين في الحضانة بين التشريعات العربية والاجتهاد القضائي، مجلة جيل البحث العلمي، العدد32، العام الخامس، يوليو 2018.

107- صبرينة تاوريرت، فركوس دليلة، تأثير إنتشار فيروس كورونا covid 19 على تنفيذ أحكام زيارة المحضون، مجلة الاجتهاد القضائي، المجلد13، عدد خاص جانفي2021، عدد تسلسلي25، مخبر اثر الاجتهاد القضائي على حركة التريع، جامعة محمد خيضر بسكرة.

108- طرطاق نورية، إشكالات نفقة المحضون ودور صندوق النفقة في التشريع الجزائري، المجلة الجزائرية للحقوق والعلوم السياسية، العدد 3، جوان 2017.

109-طعيبة عيسى، تشوار جيلالي، حق زيارة المحضون وضمانات إقراره وتنفيذه على ضوء قانون الأسرة والإجتهاد القضائي، مجلة الحقوق والعلوم الانسانية، مجلد11، عدد1، مجلة محكمة في مارس 2018، جامعة زيان عاشور بالجلفة.

110- عادل عيساوي، صندوق النفقة بين النص والتطبيق، مجلة الحقوق والعلوم الانسانية، مجلد 10، عدد 3، مجلة محكمة، سبتمبر 2017، جامعة زيان عاشور – الجلفة.

111- عبد الحكيم بوجاني، الإشكالات المثارة حول إنشاء صندوق النفقة المستحدث بالقانون رقم 01/15، المجلة الجزائرية للحقوق والعلوم السياسية، العدد 4، ديسمبر 2017، معهد العلوم القانونية والادارية، المركز الجامعي احمد بن يحي الونشريسي، تيسيمسيلت، الجزائر.

112-عبد الحميد بوفي، زيارة المحضون بين المبرر القانوني ومستجد كوفيد19، مجلة القانون والاعمال الدولية، مختبر البحث: قانون الاعمال، 18مايو2020، جامعة الحسن الاول، وقت زيارة 31جويلية 2021، www.droitetentreprise.comk

113- عبد الحي أحمد، أحكام الحضانة في الفقه الإسلامي -دراسة مقارنة -، مجلة كلية الشريعة والقانونباسيوط، عدد 12، مجلد 1، مجلة محكمة 2000، كلية الشريعة والقانون باسيوط، جامعة الازهر.

114-عبد العزيز سمية، متعة الطلاق وعلاقتها بالتعويض عن الطلاق التعسفي في الشريعة الإسلامية وقانون الاسرة الجزائري، مجلة معارف (مجلة علمية محكمة)، قسم العلوم القانونية، السنة الثامنة، العدد 16، جوان 2014.

115- عبد الفتاح حمادي، احكام صندوق النفقة المستحدث في التشريع الجزائري . دراسة مقارنة، مجلة الحقيقة، العدد 42، تاريخ قبول النشر المقال: 2018/02/19، جامعة المسيلة.

116- عبد القادر المبروك عون سالم، الطلاق وأثره على الحياة الزوجية، مجلة العلوم الشرعية والقانونية، جامعة المرقب، كلية القانون بالخمس، العدد 2، مجلة محكمة 2015.

117- عبد النور أحمد، دور النظام العام الدولي في حماية الطفل في القانون الدولي الخاص الجزائري، الحضانة مثلا، العدد 06، جوان 2019،journal, route educational & social science.

118- عبد النور عيساوي، حق المطلقة في المتعة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، مجلة القانون، العدد 04، مجلة محكمة، ديسمبر 2014، المركز الجامعي احمد زبانة بغليزان، معهد العلوم القانونية والادارية.

119- عبد الرؤوف دبابش، ثبوت النسب في الأنكحة الفاسدة والباطلة في الشريعة و قانون الأسرة الجزائري، مجلة الاجتهاد القضائي، العدد7، مخبر أثر الاجتهاد القضائي على حركة التريع، جامعة محمد خيضر– بسكرة.

120- عبد السلام عبد القادر، النزاع حول متاع البيت بين النص التشريعي والإجتهاد القضائي، مجلة الاحياء، العدد 5، كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الاسلامية، باتنة، 1423هـ - 2002م.

121- عثمان حويذق ومحمد أمين مجرالي، صندوق النفقة كآلية لحماية حقوق الطفل بين المكاسب والنقائص، مجلة الشباب، عدد 05، (ربيع الاول 1438 هـ/ ديسمبر 2016)، معهد العلوم الاسلامية، جامعة الوادي.

122- عز الدين كيحل، الحماية الجنائية للطفولة في الشريعة الإسلامية، مجلة الاجتهاد القضائي، العدد7، جامعة محمد خيضر ببسكرة، مخبر اثر الاجتهاد القضائي على حركة التشريع.

123- عقيل فاضل الدهان، رائد صيوان المالكي، المشاكل القانونية والشرعية لعقود اجارة الارحام، بحث منشور في مجلة كلية الحقوق، جامعة النهرين، المجلد 14، العدد 4، سنة ايلول 2012.

124- علال طحطاح، ميراث الحمل في الفقه الإسلامي وتقنين الأسرة الجزائري، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، العدد 15.

125- عماد بن عامر، تحديات الأسرة الجزائرية بين الشريعة الإسلاميةوقانون الأسرة الجزائري، مشكل الميراث أنموذجا– الأسباب والآثار والحلول، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، المجلد 4، عدد2، المركز الجامعي لتامنغست، الجزائر، معهد الحقوق، سداسية محكمة، عدد08، جوان2015، قسم الدراسات القانونية و الشرعية.

126- عمار مانع، المرأة العاملة في المنظومة التشريعية الجزائرية، مجلة العلوم الانسانية، العدد29، جامعة المسيلة، 2008.

127- عنام سلمى، معالجة التشريع الجزائري لإشكالات إنحلال الزواج المختلط، مجلة دراسات وابحاث، المجلة العربية في العلوم الانسانية والاجتماعية، مجلد 12، عدد3، جويلية 2020، سنة 12.

128- عويس بوعلام، حماية الأسرة من النزاعات المالية بين الزوجين، حوليات جامعة الجزائر1، الجزء 4، العدد 31.

129- عيادة لحسين، دور القاضي في حماية الأسرة في النزاعات المالية بين الزوجين، مجلة الاكادمية للدراسات الاجتماعية والانسانية، عدد 2، جوان 2018، قسم العلوم الاقتصادية والقانونية.

130- عيسى العقبي، محمد خليفي، نظام نفقة المحضون بين الإشكالات العملية والحلول القانونية في التشريع الجزائري، مجلة العلوم القانونية والسياسية، مجلد11، العدد 03، ديسمبر 2020.

131- عيسى كتب، القضاء الاستعجالي في المجال الاسري، قضايا الاسرة: اشكالات راهنة و مقاربات متعددة، سلسلة دراسات وابحاث، العدد6، جزء 02.

132-غالي كحلة، الإشكالات القانونية التي تعترض الحضانة بعد الطلاق في الزواج المختلط، مجلة القانون، المركز الجامعي احمد زبانة بغليزان، معهد العلوم القانونية والادارية، العدد06، ديسمبر2017، 2018/8/3.

133- غضبان مبروكة، حماية المطلقة الحاضنة في مسكن ممارسة الحضانة من خلال القضاء الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية.

134- فاسي عبد الله، الرضاع واثره على حرمة الزواج، دفاتر السياسة والقانون، العدد الخامس عشر، جوان 2016.

135- فاطمة حداد، حق المطلقة الحاضنة في المسكن من خلال قانون الاسرة الجزائري، دراسة مقارنة، المجلة الاكادمية للبحوث القانونية والسياسية، العدد 2، مجلة دورية علمية محكمة في مجال العلوم القانونية والسياسية، تصدر عن كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عمار ثليجيبالاغواط.

136- فوزي أكريم، الحضانة والنفقة وفق مدونة الأسرة، طنجة 2019.

137- قتال جمال، نفقة المطلقة كاثر من اثار الرابطة الزوجية، مجلة الدراسات القانونية والسياسية، المجلد6 ، العدد1، جانفي 2020، مجلة دولية دورية علمية محكمة متخصصة في مجال العلوم القانونية والسياسية، جامعة عمار ثليجيبالاغواط، الجزائر، تاريخ النشر: 2020/01/15.

138- قديري محمد توفيق، حماية الذمة المالية للقاصر في القانون الجزائري، مجلة الفكر، العدد 14، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة.

139- قرماشكاتية، نحو ضمان أفضل لحق المحضون في الفقه، مجلة الندوة للدراسات القانونية، العدد 26، 2019.

140- قسوري فهمية، يزيد علربي باي، عقد الزواج المختلط وإشكالات النظام المالي للزوجين في التشريع الجزائري، مجلة ابحاث قانونية وسياسية، العدد 7، ديسمبر 2018.

141- كريمة عبود جبر، استئجار الارحام والاثار المترتبة عليه، مجلة ابحاث كلية التربية الاساسية، المجلد 09، العدد 03، كلية التربية الاسلامية، جامعة الموصل، 2009/10/28، 2010/2/18.

142- كمال الدين عمراني، الاطار القانوني لجريمة عدم تسديد نفقة واجبة بحكم قضائي، دراسة في إطار التشريع الجزائري والمقارن والتشريع الاسلامي، مجلة الدراسات الحقوقية، مخبر حماية حقوق الانسان بين النصوص الدولية والنصوص القانونية وواقعها في الجزائر، العدد7، مجلة محكمة جوان 2017، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة سعيدة الدكتور مولاي طاهر.

143- لشقار محمد، صندوق التكافل العائلي، منشورات مجلة القضاء المدني، سلسلة دراسات وابحاث، عدد6، مجلة محكمة، 2014.

144- لشهب أنيسة، الإشكالات المثارة بشأن مستحقي الحضانة، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، العدد 13.

145- لمين لعريط، الضوابط الشرعية والقانونية لإسناد الحضانة، دراسة مقارنة بين الفقه الاسلامي وقانون الأسرة الجزائري، مجلة جامعة الامير عبد القادر للعلوم الاسلامية، قسنطينة، مجلد3، 2020.

146-مانع سلمى، زواوي عباس، إختصاصات قاضي شؤون الأسرة طبقا لأحكام قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مجلة الاجتهاد القضائي، العدد16، مارس2018، كلية الحقوق والعلوم السياسية،

جامعة الاجتهاد القضائي، العدد16، مارس 2018، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة – الجزائر.

147- مباركة عمامرة، الحماية الجزائية لحق النفقة للطفل في القانون الجزائري، مجلة البحوث والدراسات، العدد 24، صيف 2017.

148- مبروك بن رايوش، نفقة المطلقة والاولاد في ظل القانون رقم 01/15 المتضمن انشاء الصندوق الخاص بها، مجلة الباحث للدراسات الاكادمية، العدد5، مارس 2015، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة سطيف2.

149- مجدوب نوال، إشكالات نسب المولود بالتلقيح الإصطناعي على ضوء قانون الأسرة الجزائري، مجلة جيل الابحاث القانونية المهمة، مركز جيل البحث القانوني، العدد 15، جوان 2017.

150-مجلة القانون والعلوم السياسية العدد الثامن، جوان 2018، الموافق لرمضان 1439، معهد الحقوق والعلوم السياسية بالمركز الجامعي صالحي احمد بالنعامة، مجلد 4، العدد 02.

151- مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، العدد الاول، السنة الرابعة، 2015.

152- مجلة المحكمة العليا، قسم الوثائق والدراسات القانونية والقضائية، العدد02، سنة 2016، طبع الديوان الوطني للاشغال التربوية و التمهين.

153-محمد الإدريسي، قراءة في المدونة، المستجدات والثغرات، مجلة الملحق القضائي، العدد 44، 2011

154-محمد الحاتمي، تطبيقات محاكم الموضوع للقواعد القانونية المستجدة في قضايا الأسرة ورقابة محكمة النقض عليها.

155- محمد الحسن مصطفى البغاء، وقت الحضانة ورؤية الطفل (الإرادة)، مجلة جامعة دمشق، المجلد الثامن عشر، العدد الاول، 2002.

156-محمد السيد خليل إبراهيم، تنازع القوانين في مسألة النفقة، مجلة الرافدين للحقوق، جامعة الموصل، كلية الحقوق، عدد 40، مجلة محكمة 2009، المجلد 11.

157- محمد الشافعي، نظام الاموال بين الزوجين في القانون التونسي (نموذج للقانون المغربي)، دار المنظومة، العدد 5، مجلة محكمة، 2020.

- محمد بن عبد العزيز النمي، الولاية على المال، فهرسة مكتبة الملك فهد الوطنية اثناء النشر، الرياض 1432 ه، حقوق الطبع محفوظة، ط 1، 1433 ه - 2012م.

158- محمد توفيق قديري، أحكام شروط التوارث بين الزوجين في ضوء الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، مجلة الاجتهاد القضائي، المجلد12، العدد1 (العدد التسلسلي21)، مارس2020، مخبر اثر الاجتهاد القضائي على حركة التشريع، جامعة محمد خيضر بسكرة.

159-محمد قاسمي، الحقوق والواجبات المتبادلة بين الزوجين قراءة في المادة 51 وما يليها من مدونة الأسرة، مجلة الفقه و القانون، العدد 74، دجنبر 2018.

160- محمود طه، الحماية الجنائية للطفل المجني عليه، اكادمية نايف العربية للعلوم الامنية، الرياض 1999.

161- محمود علروبة جميل، الحضانة و النفقة في الموصل اواخر العهد العثماني من خلال سجلات النحكمة الشرعية، مجلة الدراسات موصلية، جامعة الموصل، مركز دراسات الموصل، العدد51، مجلة محكمة 2019.

-مختاري أكرم، الاشتراك المالي بين الزوجين وإشكالات تطبيقه، المجلة المغربية للدراسات والاستشارات القانونية، عدد7، مجلة محكمة، 2017.

162-مدونة الأسرة بين النص والتطبيق من خلال العدل القضائي لمحكمة النقض، الجمعية الديمقراطية لنساء المغرب، هيئة استشارية معتمدة لدى المجلس الاقتصادي والاجتماعي للامم المتحدة يناير 2019.

163- مساطر القضاء الاسري، المملكة المغربية

164- مساطر قضاء الأسرة، التصميم والإخراج الفني منداكومديزاين، مطبعة البيضاوي، اكتوبر 2012.

165- مسرة فؤاد، إشكالات النفقة بين القانون والممارسة، مجلة المنارة للدراسات القانونية والادارية، عدد 22، محكمة 2018.

166- مسعود راضية، التدابير المتخذة بشأن الطفل في حالة خطر (وفق قانون 12/15) المتعلق بحماية الطفل، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، مجلد 07، العدد 2، 2018.

167- معلمين محمد شهيد، شرعية المال المشترك بين الزوجين في الفقه الإسلامي والقانون الماليزي، مجلة الشريعة و القانون بماليزيا، عدد 3، 2016.

168- مكي خالدية، المرأة نصف المجتمع من المساواة النظرية إلى المساواة الجوهرية، مجلة العلوم القانونية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الوادي، المجلد 10، العدد01، افريل 2019.

169- منصور فؤاج، الضمانات القانونية لحماية الطفل في خطر (وفق قانون 12/15) المتعلق حماية الطفل الجزائري 15/ 12، مجلة صوت القانون، مجلد 7، عدد 2، نوفمبر 2020.

170- منصوري المبروك، الآثار المالية والمعنوية للحضانة في قوانين السرة المغربية، دراسة تحليلية مقارنة، مجلة القانون والعلوم السياسية، المجلد4، العدد2، الرقم التسلسلي08، جوان 2018 الموافق رمضان 1439هـ.

171-منصوري ياسين، القانون الواجب التطبيق على النظام المالي للزواج - دراسة في القانون الدولي الخاص المغربي -، مجلة المنارة للدراسات القانونية والادارية، عدد 19، مجلة محكمة، يونيو 2017.

172- نص التحفضات والاعلانات المقدمة من الجزائر فيما يخص اتفاقية القضاء على جميع اشكال التمييز ضد المراة، جامعة منيسونا، مكتبة حقوق الانسان، الاصل بالفرنسية، 12 ايار امايو 1996.

173- نور هدى بولمش، تنازع القوانين في الزيارة كأثر من آثار الزواج المختلط الجزائري الفرنسي، مجلة الحقوق والعلوم الانسانية، مجلد 11، عدد 2، مجلة محكمة جوان 2018.

174- وجدي صليحة، حماية حق الطفل في الرضاع بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة، المعيار، العدد 16، ديسمبر 2016.

175- هوساوي سلمى بنت محمد بن صالح، الاحكام المتعلقة بنفقة الزوجة والمطلقة حولية كلية اللغة العربية بالزقازيق، مجلة محكمة 2015، مجلد 01، عدد 35، كلية اللغة العربية بالزقازيق، جامعة الازهر.

176- ياسر عبد الحميد، جاد الله النجار، التلقيح الصناعي من منظور الفقه الاسلامي، دراسة فقهية مقارنة، مجلة كلية الشريعة والقانون تفهنا – دقلهية، مجلد 18، العدد 1، 22 فبراير/ شباط 2016، جامعة الازهر، كلية الشريعة والقانون تفهنا الاشرف.

177- ياسين محمد بوزينة، صندوق النفقة كآلية لحماية المرأة الحاضنة المطلقة

178- يونس الحكيم، مركز الطفل المحضون في القانون الدولي الخاص المغربي، مقال منشور بالمجلة المغربية للدراسات القانونية والاقتصادية، العدد 03، 2017.

خامسا/ الملتقيات العلمية:

1- ادريس اجويلل، إستئجار الارحام في العلاقة الزوجية بين مقاصد الشرع واحكام القانون المقارن، الملتقى الدولي الثاني: المستجدات الفقهية في احكلمالاسرة،ى 16/15 صفر 1440 هـ، يومي: 20 و 2 اكتوبر 2018، كلية الحقوق، جامعة مولاي اسماعيل، مكناس.

2- أقروفةزوبيدة، القانون الواجب التطبيق على منازعات الميراث، ماتقى وطني حول تنازع القوانين في مجال الاحوال الشخصية، يومي 23 - 24 افريل 2014، المجلة الاكادمية للبحث القانوني، عدد خاص، 2015، كلية الحقوق والعلوم السياسية.

3- آمال رواق، التكييف القانوني لسلطة الحاضن بين الولاية والحضانة، ملتقى وطني: اشكالات توابع الحضانة في القانون الجزائري، يومي: 10- 11 ماي 2017، كلية الحقوق، جامعة 20 اوت 1955، سكيكدة.

4- أيت مولة ذهبية، إشكالات إثبات النسب في الزواج الباطل، ملتقى وطني حول تنازع القوانين في مجال الاحوال الشخصية، يومي: 23- 24 افريل 2014، المجلةالاكادمية للبحث القانوني، عدد خاص 2015، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية.

5- بلجراف سامية، إسناد الولاية الأصلية على مال القصر إلى الأم في قانون الأسرة الجزائري "المقاصد والتحديات"، ملتقى وطني: اشكالات توابع الحضانة في القانون الجزائري، يومي 10 - 11 ماي 2017، كلية الحقوق العلوم السياسية، جامعة 20 اوت 1955، سكيكدة.

6- ثابت دنيازاد، الحماية الجزائية لتوابع الحضانة في التشريع الجزائري، مداخلة الملتقى الوطني: اشكالات توابع الحضانة في القاون الجزائري، المنعقد يومي 2017/11/10، كلية الحقوق، جامعة 20 اوت 1955 – سكيكدة.

7- جمال ديب، إعسار الآباء بالنفقة على الأولاد المحضونين في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، مداخلة ملتقى وطني: اشكالات الحضانة في القانون الجزائري المنعقد يومي: 10 و11 ماي 2017، كلية الحقوق، جامعة 20 اوت 1955، سكيكدة.

8- خوادجية سميحة، تنازع القوانين في مسائل الولاية على القصر، ملتقى وطني حول تنازع القوانين في مجال الاحوال الشخصية، يومي: 23 و24افريل 2014، المجلة الاكادمية للبحث القانوني، عدد خاص15، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية.

9- دوالي عبد اللطيف، إشكالات تسليم المحضون وحق الزيارة في قانون الأسرة الجزائري، ملتقى وطني: اشكالات توابع الحضانة في القانون الجزائري المنعقد يومي: 10 و11 ماي 2017، كلية الحقوق، جامعة 20 اوت 1955، سكيكدة.

10- زهرة بن عبد القادر، صندوق النفقة للمطلقة الحاضنة، مداخلة الملتقى الوطني: اشكالات توابع الحضانة في قانون الجزائري، يومي: 11 و12 ماي 2017، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة 20 اوت 1955، سكيكدة.

11- سعيداني عبد الحفيظ، مداخلة بعنوان: الاجراءات الجديدة الخاصة بقسم شؤون الاسرة على ضوء قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديدة رقم 09/08، المؤرخ في 25 فيفري 2008، محكمة اليزي، 25 مارس 2009.

12- شامي أحمد، بن شنوف فيروز، إستقلال الذمة المالية للزوجة كآلية لتكريس مبدأ المساواة بين الزوجين في التشريع الجزائري، مداخلة الملتقى دولي: المساواة بين الجنسين بين الزوجين بين مقتضيات

العدالة ومتطلباتالجندر، يومي: 23 و24 اكتوبر2019، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة 20 اوت 1955، سكيكدة.

13- عامر نجيم، حماية حق الطفل المحضون في النفقة وفقا للقانون رقم 01/15، مداخلة يوم دراسي: قانون الاسرة الجزائري، الواقع والافاق، يومي 27 فبراير 2017، معهد الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، المركز الجامعي مغنية.

14- عبد الرحمن رداد، نوري حدادي، اثبات النسب و نفيه بين الشريعة والمستجدات الطبية مقارنة تشريعية، الملتقى الدولي التاسع: قضايا الاسرة المسلمة المعاصرة في ضوء اصول مقاصد الشريعة الاسلامية.

15 - عبد الغني طرايش، الإخلال بالأحكام المتعلقة بالحضانة والنفقة والزيارة والسكن (تدخل القضاء الجزائي ومراعاة مصلحة المحضون)، مداخلة في اليوم الدراسي الخاص بسلطة القاضي في تقدير مصلحة المحضون، كلية العلوم القانونية والادارية، جامعة حسيبة بن بوعلي – الشلف.

16- عبد القادر حوبه، التشريع الأسري بين مضمون قانون الأسرة الجزائري وإتفاقية القانون الدولي لحقوق الإنسان، ملتقى دولي ثاني: المستجدات الفقهية في احكام الاسرة، يومي: 15 و 16 صفر 1440 هـ/ 24 و25 اكتوبر 2018، معهد العلوم الاسلامية، جامعة الوادي.

17- عثمان بلال، دراسة نص المادة 13 من القانون المدني، ملتقى وطني حول تنازع القوانين في مجال الاحوال الشخصية، يومي 23-24 افريل 2014، عدد خاص 2015، المجلة الاكادمية للبحث القانوني، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمن – ميرة، بجاية.

18- عليوشقربوع، القانون الواجب التطبيق على إنحلال الرابطة والإنفصال الجسماني في قانون الدولي الخاص الجزائري (تنازع القوانين)، ملتقى وطني حول تنازع القوانين في مجال الاحوال الشخصية، يومي: 24 افريل 2014، المجلة الاكادمية للبحث القانوني، عدد خاص، 2015، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمن – ميرة، بجاية.

19- فضلة حفيظة، نظام إنفصال الذمة المالية للزوجين في الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري، مداخلة في ملتقى وطني حول: الذمة المالية بين الزوجين في التشريع الجزائري و المقارن، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد الصديق بن يحيا، جيجل، 2015 - 2016.

20- كريمة محروق، إشكالات تقدير مصلحة المحضون بين أحكام القضاء ونصوص القانون، مداخلة في ملتقى وطني: اشكالات توابع الحضانة في القانون الجزائري المنعقد يومي 10- 11 ماي 2017، كلية الحقوق، جامعة 20 اوت 1955، سكيكدة.

21- كيفاجي الضيف، مسؤولية الولي عن أفعال أولاده القصر بين القانون المدني وقانون الأسرة، مداخلة الملتقى الوطني : اشكالات توابع الحضانة في القانون الجزائريالمنعقد يومي: 10. 11 ماي 2017، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة 20 اوت 1955 – سكيكدة.

22- محمد أمين بلعرج، عولمة القانون وتاثيره على أحكام الأسرة، مجلة الأحوال الشخصية التونسية "نموذجا"، ملتقى وطني حول الاستقرار الاسري من خلال الاتفاقيات الدولية والتشريعات الوطنية، الثلاثاء 17 مارس 2020، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة غرداية، قسم الحقوق، يوم السبت 12 ديسمبر 2020.

23-محمد بوصيدة، مفهوم حق الزيارة وعلاقته بالحضانة، ملتقى وطني: اشكالات توابع الحضانة في القانون الجزائري، المنعقد يومي 2017/11/10، كلية الحقوق، جامعة 20 اوت 1955 – سكيكدة.

24- مقراني جمال، إشكالات حق الحاضنة في السكن وسلطة القاضي في تقدير ذلك، مداخلة الملتقى الوطني: اشكالات توابع الحضانة في قانون الجزائري، يومي: 11و12 ماي 2017، جامعة 20 اوت 1955 – سكيكدة.

25- موري سفيان، إشكالية الإختلاف حول ضابط الإسناد في الأحوال الشخصية وإمكانية تحقيق التوفيق، ملتقى وطني حول تنازع القوانين في مجال الاحوال الشخصية، يومي: 23 - 24 افريل 2014، المجلة الاكاديميةللبحث القانوني، عدد خاص 2015، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمن ميرة – بجاية.

26- ياسين علال، تقدير مصلحة المحضون في إجتهاد المحكمة العليا، مداخلة الملتقى الوطني: اشكالات توابع الحضانة في القانون الجزائري المنعقد يومي: 10 و11 ماي 2017، كلية الحقوق، جامعة 20 اوت 1955، سكيكدة.

سادسا/ الندواتالعلمية:

1- بوعصيبة عبد القادر، حق الحضانة وإشكالات التطبيق في المهجر، اشغال الندوة الدولية، تطبيق مدونة الاسرة في المهجر، مختبر البحث في قانون الاسرة والهجرة، مجلة محكمة ابريل، 2010، كلية العلوم القانونية والاجتماعية بوجدة، المغرب.

2- عادل موسى عوض، حق المحضون على الحاضن وحق النفقة – دراسة فقهية –، ندوة اثر متغيرات العصر في احكام الحضانة التي ينظمها المجمع الفقهي الاسلامي بالرابطة بالتعاون مع كلية الشريعة والدراسات الاسلامية بجامعة ام القرى، 1432هـ.

3- عبد الله بن محمد بن سعد آلا خنين، تنفيذ أحكام الحضانة والزيارة، ندوة اثر متغيرات العصر في احكام الحضانة التي ينظمها المجمع الفقهي الاسلامي بالرابطة بالتعاون مع كلية الشريعة والدراسات الاسلامية بجامعة ام القرى عام 1437هـ.

4- عبد الله بن محمد بن ناصر الفظيمل، نفقة الاولاد بعد الفرقة بين الفقه المسطور والواقع المنظور (دراسة شرعية)،ندوة اثر متغيرات العصر في احكام الحضانة التي ينظمها المجمع الفقهي الاسلامي بالرابطة بالتعاون مع كلية الشريعة والدراسات الاسلامية بجامعة ام القرى عام 1437هـ.

5- محمود مجيد سعود كبيسي، حقوق المحضون على الحاضن ونفقته، ندوة اثر متغيرات العصر في احكام الحضانة التي ينظمها المجمع الفقهي الاسلامي بالرابطة بالتعاون مع كلية الشريعة والدراسات الاسلامية، بجامعة ام القرى عام 1437هـ.

سابعا/ الأيام الدراسية:

1- خليل ايمان، مداخلة تحت عنوان: من اشكالات الطلاق في قانون الاسرة، مداخلة اليوم الدراسي "قانون الاسرة الجزائري الواقع والافاق"، يومي27 فبريير2017، معهد الحقوق والعلوم السياسية، المركز الجامعي مغنية.

2- سليمان ولد خسال، آليات القاضي في تقدير مصلحة المحضون، مداخلة اليوم الدراسي: الخاص بسلطة القاضي في تقدير مصلحة المحضون، يومي: 2009/11/11، كلية العلوم القانونية والادارية، جامعة حسيبة بن بوعلي – الشلف.

3- عامر نجيم، حماية حق الطفل المحضون في النفقة وفقا للقانون رقم 01/15، مداخلة يوم دراسي: قانون الاسرة الجزائري "الواقع والافاق"، يوم 27 فبراير 2017، معهد الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، النركز الجامعي مغنية.

4- قنفود رمضان، جوانب قانونية لمسألة سكن الحاضن، مداخلة اليوم الدراسي: سلسلة القاضي في تقرير مصلحة المحضون، نظرات في قانون الاسرة الجزائري، 2009/11/11، كلية العلوم القانونية والادارية، جامعة حسيبة بن بوعلي – الشلف

5- معمر قوادري محمد، ممارسة السلطة الابوية في فترة ممارسة الام للحضانة واشكالية المادة (87) من قانون الاسرة، مداخلة اليوم الدراسي: "سلطة القاضي في تقدير مصلحة المحضون"، نظرات في قانون الاسرة الجزائري، 2009/11/11، كلية العلوم القانونية والادارية، جامعة حسيبة بن بوعلي – الشلف.

ثامنا/ المواقع الإلكترونية:

1- التبرع بحضانة الصغير او بارضاعه ... هل ينزع حق الام فيهما، مركز الراية للدراسات القانونية، نشر بتاريخ 2020/07/16، تاريخ الزيارة 2022/02/22، https://alrayacls.cim..

2- النفقة وفق مدونة الاسرة المغربية، موقع دروس القانون، بوابنك للمعرفة القانونية.

3- ايهاب محمود يسن، النفقة ما بين سؤال وجواب، موقع رجل مصر، www.egypt,man.net

4- حفيظة توتة، متعة طالبة التطليق للشقاق بين النص التشريعي والعمل القضائي، شبكة العلوم الجنائية، maroc penal.

5- حسن بوزياني، الحق في زيارة المحضون وإشكالاته القانونية ليبان حالة الطوارئ الصحي، الثلاثاء 28 ابريل 2020، زيارة 31 جويلية 2021، 19:03، https:LLwww.marocdroit

6- خالد صلاح، وجوب العدة بالخلوة الصحيحة، موقع اليوم السابع، القاهرة 17:04، الاثنين:01.24، 2022، دخول يوم 26 جانفي 2022، ساعة 00:45، https:LLmawdoo 3.com

7- غالب علي الداودي، وحسن محمد الهداوي، القانون الذي يحكم النفقة، المرجع الالكتروني للمعلومات: 1:55 صباحا، تاريخ 2021/04/10، تاريخ الزيارة: 2022/02/24.

8- قويدري محمد، مفهوم الطلاق التعسفي، المرجع الالكتروني للمعلوماتية، 01:47 صباحا، تاريخ 2019/04/25، تاريخ الزيارة: 2022/02/22.

تاسعا/ المحاضرات:

1- أمحمدي بوزينة آمنة، محاضرت قواعد الإسناد في الأحوال الشخصية، مطبوعة محاضرات لطبعة السنة الثانية ماسترتخصص قانون الاسرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة حسيبة بن بوعلي الشلف، 2019 - 2020.

2- تشوار الجلالي، محاضرات في قانون الاسرة الجزائري . جزء الأحوال الشخصية .

3- ساسي بن حليمة، قانون الأحوال الشخصية، محاضرات في القانون المدني، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تونس، جامعة تونس المنار.

عاشرا/المراجع الأجنبية:

A. Specialreferences:

1 /Yamina houhou, these; la kafala en droit algerien et ses effects en droit francais

2 / Mehul patel, R.D. Modi, SM.pillalai, inheritance and its in object orienteat programming using c

3/Hague conference in private international law, practical handbook on the operation of the 1996 haguehild protection convention, page 13

4/Emile loubert, Article 357 du code penal, fait a paris, le 5 decembre 1901, jornalofficiale, des etablissementsfrancais de l'Océanie, n°30, 24 juillet 1902, 51°année, page 2

4/Starislas Lecuyer: Appréciation critique du droit intenationel privé conventionnel, LGDJ paris 2007

الفهرس

الاهداء

التشكرات

المقدمة.....1

الباب الأول: إشكالات التوابع الغير مالية لفك الرابطة الزوجية في التشريع الجزائري

الفصل الأول: الإشكالات المتعلقة بالحضانة والولاية والكفالة في التشريع الجزائري

المبحث الأول: الإشكالات القانونية والقضائية المتعلقة بالحضانة.....9

المطلب الأول: مفهوم الحضانة.....9

الفرع الأول: تعريف الحضانة.....9

الفرع الثاني: أحكام الحضانة و مستجداتها المثارة.....10

المطلب الثاني: إشكالات الحضانة.....20

الفرع الأول: الإشكالات المتعلقة بتحديد الطرف الحاضن إسنادا وإسقاطا.....21

الفرع الثاني: إشكالات الحضانة بعد الطلاق في الزواج المختلط.....32

المبحث الثاني: إشكالات الولاية وكفالة الطفل بعد الطلاق في التشريع الجزائري.....48

المطلب الأول: إشكالات الولاية على نفس القاصر في التشريع الجزائري.....48

الفرع الأول: أحكام الولاية على نفس القاصر.....48

الفرع الثاني: إشكالات الولاية من الناحية الموضوعية.....50

المطلب الثاني: الكفالة للطفل المكفول بعد الطلاق.....60

الفرع الأول: تعريف الكفالة.....60

الفرع الثاني: إشكالات الكفالة.....62

الفصل الثاني: الإشكالات المتعلقة بحق الزيارة والسفر داخل الوطن وخارجه و إشكالات العدة والنسب في التشريع الجزائري

المبحث الأول: إشكالات حق الزيارة والسفر داخل الوطن وخارجه.....66

المطلب الأول: إشكالات حق الزيارة 66

الفرع الأول: إشكالات الزيارة داخل الوطن.....66

الفرع الثاني: إشكالات الزيارة في الزواج المختلط.....77

المطلب الثاني: إشكالات الحق في السفر بالمحضون داخل الوطن وخارجه.....84

الفرع الأول: مفهوم السفر بالمحضون.....84

الفرع الثاني: إشكالات السفر بالمحضون داخل وخارج الوطن.....86

المبحث الثاني: إشكالات العدة والنسب بعد الطلاق والوفاة في التشريع الجزائري.....107

المطلب الأول: إشكالات العدة في التشريع الجزائري.....108

الفرع الأول: مفهوم العدة.....108

الفرع الثاني: إشكالات العدة.....114

المطلب الثاني: إشكالات الحق في النسب بعد الطلاق والوفاة.....121

الفرع الأول: مفهوم النسب وأحكامه.....122

الفرع الثاني: إشكالات النسب.....137

الباب الثاني: إشكالات التوابع المالية لفك الرابطة الزوجية

الفصل الأول: إشكالات الحضانة في شقها المالي و الولاية على مال القاصر والميراث

المبحث الأول: إشكالات التبرع بالحضانة والرضاع.....147

المطلب الأول: التبرع بالحضانةوإشكالاته.....147

الفرع الأول:الحالات المختلف في الحكم بالمتبرعة..... 148

الفرع الثاني: إشكالات التبرع بالحضانة..... 149

المطلب الثاني: الرضاع وإشكالاته.....150

الفرع الأول: مفهوم الرضاع.....150

الفرع الثاني: إشكالات الرضاع.....152

الفرع الثالث: أجرة الحضانة أجرة الرضاع وإشكالاتهما.....153

المبحث الثاني: إشكالات الولاية على مال القاصر ونفقة المكفول وإشكالات الميراث.....160

المطلب الأول: الولاية على مال القاصر ونفقة الطفل المكفول.....161

الفرع الأول: مفهوم الولاية على مال القاصر.....161

الفرع الثاني: إشكالات نفقة الطفل المكفول.....166

المطلب الثاني: إشكالات الحق في الميراث (ميراث الحمل وميراث الزوجة).....168

الفرع الأول: إشكالات ميراث الحمل.....170

الفرع الثاني: إشكالات ميراث الزوجة في حالة الطلاق والوفاة.....175

الفرع الثالث: تحديد القانون الذي يخضع له الميراث.....181

الفصل الثاني: إشكالات النفقة بعد الطلاق ونزاع الزوجين حول متاع البيت والذمة المالية بين الزوجين

المبحث الأول: إشكالات النفقة بعد الطلاق.....184

المطلب الأول: نفقة الطفل المحضون ونفقة الأقارب.....185

الفرع الأول: إشكالات نفقة الطفل المحضون.....185

الفرع الثاني: إشكالات نفقة الأقارب.....193

المطلب الثاني: إشكالات نفقة المطلقة (التعويض عن الطلاق التعسفي، المتعة، نفقة العدة، نفقة الإهمال، السكن وأجرته) وإشكالات صندوق النفقة.....195

الفرع الأول: نفقة المطلقة.....196

الفرع الثاني: إشكالات صندوق النفقة.....256

المبحث الثاني: إشكالات النزاع حول متاع البيت وحول الذمة المالية بين الزوجين.....272

المطلب الأول: النزاع حول متاع البيت.....272

الفرع الأول: مفهوم متاع البيت.....273

الفرع الثاني: إشكالات النزاع حول متاع البيت.....274

المطلب الثاني: الذمة المالية بين الزوجين.....281

الفرع الأول: تعريف الذمة المالية بين الزوجين.....282

الفرع الثاني: الإشكالات التي يمكن أن تثار بشأن الأموال.....283

الخاتمة:.....309

قائمة المراجع:.....321