

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

الجامعة الإفريقية العقيد أحمد دراية - أدرار -

كلية الحقوق والعلوم السياسية

الآثار المالية للطلاق في قانون الأسرة الجزائري

مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص الأساسي

تحت إشراف:

- أ. د. المصري مبروك.

من إعداد الطالبة:

- بوخادة سمية.

أعضاء لجنة المناقشة:

رئيساً	جامعة أدرار	أستاذ محاضر أ	د. حمليل صالح
مشرفاً ومقرراً	جامعة أدرار	أستاذ التعليم العالي	أ. د. المصري مبروك
مناقشاً	جامعة بشار	أستاذ محاضر أ	د. دغيش أحمد
مناقشاً	جامعة أدرار	أستاذ محاضر أ	د. كيحل كمال
مناقشاً	جامعة أدرار	أستاذ محاضر ب	د. باخويا دريس

السنة الجامعية 2013 - 2014

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

رَبَّنَا لَا تُؤَاخِذْنَا إِن نَّسِينَا أَوْ

أَخْطَأْنَا .

سورة البقرة - الآية رقم 286.

إهداء

أهدي ثمرة جهدي إلى من أوصى بهما ربي خيرا وقال فيهما:

﴿وَالَّذِينَ إِخْسَانًا﴾ سورة البقرة- الآية رقم 83.

إلى أغلى وأعز نساء الكون على قلبي

إلى التي من تحت أقدامها الجنة

إليك أمي.

إلى رجل غير الرجال، إلى سر وجودي

إلى من أنار درب حياتي إلى الغالي على قلبي

إليك أبي.

إلى إخواني شركائي في أحزاني ومسرتي

إلى كل من ذكرهم قلبي ونساهم قلبي.

سمية بوحادة

شكر وتقدير

لقد جاء في قول النبي صلى الله عليه وسلم:

"من لا يشكر الناس لا يشكر الله".

فأتقدم بالشكر في المقام الأول للمولى عز وجل الذي منى علي بفضله

والشكر موصول أيضا إلى كل من تعلمت على يده قسطا من العلم

وأخص بالذكر

الأستاذ الدكتور ————— * مبروك المصري *

الذي تفضل بالإشراف على إعداد هذه الرسالة

فكان خير معين وموجه ومرشد لي

من أجل إنجازها.

قائمة المختصرات:

إ. ق. غ. أ. ش: الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية.

ج: الجزء.

ج. ر. م. أ. ه: الجريدة الرسمية للمملكة الأردنية الهاشمية.

ج. ر. ج. إ. م: الجريدة الرسمية للجمهورية الإسلامية الموريتانية.

ج. ر. ج. ج: الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية.

ج. ر. م. م: الجريدة الرسمية للمملكة المغربية.

ر. ر. ج. ت: الرائد الرسمي للجمهورية التونسية.

س: السنة.

ص: الصفحة.

ط: الطبعة.

ع: العدد.

غ. أ. ش: غرفة الأحوال الشخصية، المحكمة العليا.

غ. ج. م: غرفة الجناح والمخالفات، المحكمة العليا.

ف: الفقرة.

ق. أ: قانون الأسرة الجزائري.

ق. إ. م. إ: قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري.

ق. ع: قانون العقوبات الجزائري.

ق. م: قانون المدني الجزائري.

م. أ: مدونة الأسرة المغربية.

م. أ. ش: مجلة الأحوال الشخصية التونسية.

م. أ. ش. م: مدونة الأحوال الشخصية الموريتانية.

مج: المجلد.

م. ق: المجلة القضائية.

م. ع: المحكمة العليا.

ن. ق: النشرة القضائية.

م. م. ع: مجلة المحكمة العليا.

المقدمة

يعتبر عقد الزواج من أقدس الروابط التي عرفها الإنسان منذ الأزل وكرمه المولى عز وجل بها حين جعلها آية من آياته حيث قال: ﴿وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ﴾ سورة الروم- الآية 21، كما وصفه أيضا بالميثاق الغليظ في قوله تعالى: ﴿وَكَيْفَ تَأْخُذُونَهُ وَقَدْ أَفْضَى بَعْضُهُمْ إِلَى بَعْضٍ وَآخُذَانِ مِنْكُمْ مِيثَاقًا غَلِيظًا﴾ سورة النساء- الآية 21، ليكون بذلك أول الحريصين على وجود علاقة زوجية ظاهرها المحبة وباطنها المودة والرحمة، قوامها الألفة والتعاون وحسن المعاشرة من أجل الاستمرارية والأبدية.

غير أنه بتعاقب المجتمعات واختلاف بنياتها الفكرية وتطور وقع الحياة بمختلف مناحيها خاصة الاجتماعية منها، قد لا تتحقق هذه المقاصد السامية من الزواج، فيصبح الميثاق الغليظ الذي كان مصدرا للمودة والرحمة، ميثاقا هشاً رهيفا مصدرا للشقاء مما يجعل الحياة الزوجية ضنكا، الأمر الذي يحتم ضرورة اللجوء إلى الطلاق الذي جعل منه هو الآخر سبحانه وتعالى مخرجا تصان به النفس البشرية، وتعز به الكرامة الإنسانية حين شرعه باللفظ والقلم في كتابه عز وجل في مواضع كثيرة من بينها قوله تعالى: ﴿وَإِنْ حَزَبُوا الطَّلَاقَ فَإِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ﴾ سورة البقرة- الآية 227، وقوله أيضا: ﴿لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَكُمْ تَمَسُّوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً﴾ سورة البقرة- الآية 236، وأيضا ما جاء في قوله تعالى: ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانٍ فَإِمْسَاكَ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ﴾ سورة البقرة- الآية 229.

كما جاء النص عليه كذلك في سنة الرسول صلى الله عليه وسلم حيث قال فيه: "أبغض الحلال إلى الله تعالى الطلاق"¹.

وهو الأمر الذي لم تسكت عنه أغلب التشريعات الوضعية خاصة العربية منها في إجازتها الطلاق و إباحتها له من خلال قوانينها الشخصية، بما فيها المشرع الجزائري بموجب

¹ أخرجه أبي داود في سننه، كتاب: الطلاق، باب: كراهية الطلاق، الحديث رقم: 2178، أبي داود سليمان ابن الأشعث السجستاني الأزدي، سنن أبي داود، (تحقيق: محمد محي الدين عبد الحميد)، ج 2، المكتبة العصرية، لبنان، (بدون سنة الطبع)، ص 255.

نص المادة 47 من القانون الأسرة " تنحل الرابطة الزوجية بالطلاق أو الوفاة"¹؛ أيضا نظيره المغربي بموجب المادة 71 من مدونة الأسرة "ينحل عقد الزواج بالوفاة أو الفسخ أو الطلاق أو التطلق أو الخلع"²؛ والمشرع التونسي كذلك بمقتضى الفصل 29 من مجلة الأحوال الشخصية "الطلاق هو حل عقد الزواج"³؛ والمشرع الموريتاني هو الآخر في المادة 82 من مدونة الأحوال الشخصية والتي تقضي بأنه "ينقضي الزواج بموت أحد الزوجين أو بمبادرة أحدهما طبقا لمقتضيات المواد 28 و 29 و 83 إلى 110 من هذه المدونة"⁴.

كل هذا ولم تكتفي هذه القوانين بتشريع الطلاق إذ جاءت مساندة للشريعة الإسلامية في ترتيبها عنه جملة من الآثار تتبعه وتأتي بعده، فضلا عن الآثار الاجتماعية والنفسية... إلخ، والتي خصص لها المشرع الجزائري فصلا كاملا من خلال قانون الأسرة وهو الفصل الثاني الذي جاء تحت عنوان "آثار الطلاق"، و التي تتعدد ما بين آثار معنوية أبرزها العدة وأخرى مالية أو مادية، وقد اختارت الباحثة هذه الأخيرة لتكون محلا لموضوع البحث.

- أهمية الموضوع.

إن لهذا الموضوع من الأهمية ما يجعل منه يؤدي إلى تحقيق وفرض نوع من العدالة

¹ وهو القانون رقم 11/84 المؤرخ في 09 رمضان 1404هـ الموافق لـ 09 يونيو 1984، المتضمن قانون الأسرة، (ج. ر. ج. ج المؤرخة في 12 رمضان 1404هـ، ع 24، ص 910) المعدل والمتمم بالأمر رقم 02/05 المؤرخ في 18 محرم 1624هـ الموافق لـ 27 فبراير 2005 (ج. ر. ج. ج. ج المؤرخة في 18 محرم 1426هـ الموافق لـ 27 فبراير 2005، ع 15، ص 18).

² القانون رقم 03/70 بمثابة مدون الأسرة (ج. ر. م. م. م المؤرخة في 14 ذو الحجة 1424هـ الموافق لـ 5 فبراير 2004، ع 5184، ص 418) الصادر بمقتضى الظهير الشريف رقم 01/04/22 الصادر في 12 من ذي الحجة 1424هـ الموافق لـ 3 فبراير 2004، المعدل بالقانون رقم 09-08 الصادر بتنفيذ الظهير الشريف رقم 103-10-1 المؤرخ في 03 شعبان 1431هـ الموافق لـ 16 يوليو 2010 (ج. ر. م. م. م المؤرخة في 13 شعبان 1431هـ الموافق لـ 26 يوليو 2010، ع 5859، ص 3837).

³ الأمر 13/56 المؤرخ في 6 محرم 1376هـ الموافق لـ 13 أوت 1956 المتعلق بإصدار مجلة الأحوال الشخصية، (ر. ر. ج. ت ل 1956، ع 66، س 100، ص 1530 وما بعدها)، المنقح بالقانون عدد 1993/74 المؤرخ في 12 جويلية 1993، (ر. ر. ج. ت ل 1993، ع 53، س 136، ص 1004 وما بعدها).

⁴ القانون رقم 052/01 المؤرخ بتاريخ 19 يوليو 2001 المتضمن مدونة الأحوال الشخصية، (ج. ر. ج. إ. م ل 2001، ع 1004، ص 361 وما بعدها).

الاجتماعية في حق النساء المطلقات وأولادهن، بعد الظلم والحرمان والتشرد الذي يتعرضن له بعد الطلاق، وذلك لما يعمل عليه ويحققه من بيان وإبراز للآثار المالية والحقوق المادية التي تثبت لهاتين الفئتين من المجتمع قانونا وشرعا بموجب الطلاق.

- أهداف الموضوع.

من بين الأهداف التي يهدف إلى تحقيقها من خلال معالجة موضوع "الآثار المالية للطلاق في قانون الأسرة الجزائري":

1) نشر نوع من الثقافة ولفت انتباه القارئ خاصة النساء المطلقات إلى وجود مثل هذه الحقوق التي قد تضمن لهن وحتى لأولادهن العيش الكريم.

2) إبراز أهم الحقوق المالية المترتبة على عاتق المطلق مما يبين ثقل الحمل عليه بعد الطلاق، الأمر الذي يجعله يعيد ترتيب أموره من جديد قبل التفكير في الطلاق، ولربما كان هذا حلا ناجعا في التخفيف من نسبة الطلاق إلى حد كبير.

3) التأكيد على المكانة التي خصصها الإسلام للمرأة، إذ أن الإسلام لم يهمل المرأة كما يعتقد البعض، فلو كان كذلك لما كفل لها جملة من الحقوق ومن بينها تلك المترتبة على الطلاق.

4) أيضا التأكيد على حرص الإسلام في تحقيق العدالة بين الجنسين وتكريمه للمرأة وتعظيم شأنها حتى عند الطلاق وبعده، وهو ما فعله عندما جعل أمر فك العصمة الزوجية بيد الزوج وفي ذات الوقت فرض عليه تمكين المطلقة من بعض الحقوق.

5) في ظل وجود حقوق مالية قد يؤدي ذلك إلى التخفيف من الآثار الوخيمة الناجمة عن الطلاق، والتي يتضرر منها الأولاد بالدرجة الأولى وتبعاً لذلك المجتمع برمته.

6) وفي الأخير ستساعد هذه الدراسة على إيجاد حلول أكثر عملية تتماشى مع الواقع المعاش من جهة ومن جهة أخرى تراعي ظروف كل من الزوج، الزوجة والأولاد.

- الإشكالية.

وبالنظر إلى الأهمية البالغة التي يكتسبها الموضوع سيتم معالجته انطلاقا من الاشكالية التالية:

هل كفل المشرع الجزائري من خلال قانون الأسرة جميع الآثار المالية التي قد يربتها الطلاق؟ والتي أقرها أحكام الفقه الاسلامي والظروف المعيشية الراهنة؟.

- أسباب اختيار الموضوع.

فضلا عن الأهمية التي يكتسبها الموضوع هناك من الأسباب الدافعة إلى اختياره ما هو شخصي وما هو موضوعي:

فبالنسبة للأسباب الشخصية ترجع إلى الميول والرغبة إلى البحث في مثل هذه المواضيع المتعلقة بقوانين الأحوال الشخصية، وحق المرأة على وجه الخصوص.

أما بالنسبة للأسباب الموضوعية ترجع إلى ثلاثة أسباب هي:

1) ظاهرة التلاعب بالطلاق والذي يعتبر من شعائر الله التي لا يجوز التلاعب به، بحيث أصبح الزوجين يرجعان له كل ما عنّ خلاف بينهما وإن كان بسيطا، دون أي اعتبار منهما لحرمة أو لشعيرة، أو لتحمل المسؤولية.

2) قلة الوعي والجهل لدى الكثير من النساء بما يضمنه القانون من حقوق مالية بموجب الطلاق، خاصة وأن همهن الأول والأخير هو التخلص من الرابطة الزوجية بكل السبل والوسائل، الأمر الذي يجعلهن في الأخير يتحملن أعباء ومتاعب هم في غنى عنها.

3) وضعية المطلقة والأولاد بعد الطلاق والتي تكون مهددة بالمخاطر الوخيمة التي قد تنتج عن الانتهاك المتزايد والجحود والنكران لحقوقهم، في ظل عدم وجود قوانين صارمة تفرض الالتزام بها وانعدام الضمير والوازع الديني، وهذا ما يؤكد الواقع المعيشي الذي يشهد انتشار واسعا لظاهرة التشرد والتسول...إلخ.

- الدراسات السابقة.

أما عن الدراسات السابقة لهذا الموضوع فهناك عدة دراسات كل منها عالج الموضوع من وجهة معينة.

فجاءت الدراسة الأولى تحت عنوان "آثار الطلاق المعنوية والمالية في الفقه الإسلامي" وهي رسالة ماجستير قدمت من طرف الباحثة وفاء معتوق حمزة فراش أمام كلية الشريعة والعلوم الإسلامية بجامعة أم القرى سنة 1985، حيث عالجت الموضوع انطلاقاً من ثلاثة أبواب، باب تمهيدي قامت من خلاله بتوضيح معنى الأثر والطلاق، وخصصت الباب الأول لآثار الطلاق المعنوية أما الباب الثاني فخصصته لآثار الطلاق المالية.

أما الدراسة الثانية فجاءت تحت عنوان "حقوق المطلقة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري" قدمتها الباحثة مليكة قبزيلي من أجل نيل درجة ماجستير بكلية العلوم الإسلامية بجامعة الجزائر سنة 2003، وقد بحثت الموضوع ضمن فصل تمهيدي جاء لبيان ماهية الحق والطلاق في الفقه الإسلامي، وفصلين آخرين خصصت الأول منهما للحديث عن حق المطلقة في الصداق والمتعة أما الثاني فخصصته لحقها في نفقة العدة والحضانة، حيث قامت من خلال هذه الدراسة بعرض الآراء الفقهية ثم إظهار موقف المشرع الجزائري منها، ونشير هنا إلى أن هذه الدراسة جاءت قبل التعديل الذي عرفه قانون الأسرة سنة 2005.

أيضا توجد دراسة مغربية بعنوان "الحقوق المالية للمرأة والطفل بعد الطلاق" من إعداد الباحثة نبيلة بوشفرة، قدمتها أمام كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بجامعة سيدي محمد بن عبد الله لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة سنة 2005، والتي وقفت من خلالها على الحقوق المالية للمرأة والطفل بعد الطلاق في الفصل الأول ومحدودية المستحقات المالية وآليات الحد من قصورها في الفصل الثاني.

أما الدراسة الأخيرة فتحمل عنوان "الحقوق المالية للمطلقة بين الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري" وهي للباحثة آسية بوخاتم، قدمتها بكلية الحقوق جامعة

أبو بكر بلقايد لنيل درجة ماجستير سنة 2006، عالجت من خلالها الحماية الموضوعية للحقوق المالية للمطلقة في الفصل الأول والحماية الإجرائية للمطالبة بهذه الحقوق في الفصل الثاني.

وبالرغم من تعدد الدراسات التي تناولت الموضوع يبقى موضوع هذه الدراسة ينفرد بطابع خاص يميزه عن سابقه وهو ما يظهر من خلال النقاط التالية:

- تركيزه على الآثار المالية للطلاق وحدها دون غيرها.
- عدم اقتصره على دراسة الآثار المالية المتعلقة بالمطلقة فقط، إذ تم المحاولة من خلالها إظهار ما يرتبه الطلاق من آثار حتى بالنسبة للأولاد.
- جاءت لتركز على معالجة آثار الطلاق المالية في قانون الأسرة الجزائري، وإن كانت قد ذهبت إلى توضيح موقف الفقه الإسلامي وهذا أمر طبيعي كون قانون الأسرة مستمد منها.
- أيضا تم من خلالها التطرق إلى بعض الآثار في ظل التعديل وقبله.
- أكثر من ذلك استعين في هذه الدراسة ببعض القوانين المغاربية كالقانون المغربي والموريتاني والتونسي.
- انطلاقا من كل هذا اختارت الباحثة أن يكون موضوع البحث "الآثار المالية للطلاق في قانون الأسرة الجزائري".

- المنهج المتبع.

تم الاعتماد في هذه الدراسة على منهجين أساسيين، وذلك حسب متطلبات البحث وهي كل من المنهج المقارن والمنهج التحليلي.

فاعتمد على المنهج المقارن في ثلاث مواضع، وذلك عندما تم الاستعانة بأحكام الشريعة الإسلامية الغراء وآراء الفقهاء - مقتصرنا على المذاهب الأربعة- ثم عرض ما جاء به المشرع الجزائري ومدى موافقة موقف هذا الأخير للأولى.

أيضا مقارنة موقف المشرع الجزائري مع بعض القوانين المغاربية كالقانون المغربي والموريتاني والتونسي.

كما أعتمد عليه عندما تم المقارنة بين نصوص التشريع الجزائري في حد ذاته وذلك من خلال عرض ما كانت عليه بعض النصوص قبل التعديل وما أصبحت عليه بعده، ومحاولة الترجيح بينها.

وجاء اعتماد على المنهج التحليلي وقوفا على تحليلي لبعض النصوص القانونية والأحكام القضائية ومحاولة استقراءها بالتعليق عليها من أجل توضيح المبتغى من ورائها.

- الخطة المتبعة.

جاء موضوع البحث مقسما إلى فصلين وهذا بعد المقدمة، والفصل التمهيدي، ثم الخاتمة.

وفيما يتعلق بالفصل التمهيدي فهو بمثابة مدخل للموضوع، فمن خلاله قامت الباحثة بتوضيح بعض المفاهيم والأحكام العامة المتعلقة بالطلاق، إذ جاء تحت عنوان "في ماهية الطلاق".

وقد قسم إلى مبحثين تعرض الأول منهما إلى مفهوم الطلاق، أما الثاني فجاء للبحث في أنواعه.

أما الفصل الأول والذي حمل عنوان "في الآثار المالية المتعلقة بالطلاق"، فقسم تماشيا مع متطلبات الموضوع إلى ثلاثة مباحث: النفقة وأنواعها، التعويض عن الطلاق والمتعة، النزاع حوال الصداق ومتاع البيت.

وجاء الفصل الثاني "في الآثار المالية المتعلقة بالأولاد" هو الآخر مقسما إلى ثلاثة مباحث، تعرض المبحث الأول إلى نفقة المحضون وسكناه، و المبحث الثاني لأجرة الحضانة، في حين تعرض المبحث الثالث إلى أجرة الرضاع.

وفي الأخير من هذا البحث توجد الخاتمة والتي ضمنت بأهم النتائج والملاحظات التي تم التوصل إليها، بالإضافة إلى بعض التوصيات والاقتراحات.

الفصل التمهيدي

في ماهية

الطلاق

نظرا للارتباط الوثيق القائم بين الآثار المالية التي قد يترتبها الطلاق سواء بالنسبة للمطلقة أو أولادها وواقعة الطلاق في حد ذاتها، وكون الأولى ماهي إلا نتيجة للثانية، فكان من الضروري والمناسب جدا قبل الخوض في صلب الموضوع والتفصيل في مختلف أحكامه التطرق إلى ماهية الطلاق وذلك بتخصيص فصل كاملا لها، بحيث يتم الإشارة من خلاله إلى مفهوم الطلاق بالوقوف على كل من تعريفه إلى جانب دليل مشروعيته وهذا في المبحث الأول، ثم التعرّيج على أهم أنواع الطلاق وذلك في المبحث الثاني.

المبحث الأول: في مفهوم الطلاق.

يعتبر الطلاق من أهم المحاور الأساسية التي اعتنت بها الشريعة الإسلامية وأخضعها لقواعد خاصة تضبطها وتنظمها وتفصل في أحكامها، وهو الأمر الذي لم يغفل عنه المشرع الجزائري وغيره من المشرعين في الدول العربية خاصة، وذلك من خلال قوانين الأسرة والأحوال الشخصية الخاصة بها، ونظرا لهذا الاهتمام الكبير خصص المطلب الأول لتوضيح المقصود بالطلاق، ثم الأدلة المشرعة له في المطلب الثاني.

المطلب الأول: تعريف الطلاق.

من خلال هذا المطلب تم التعرض لتعريف الطلاق في اللغة في الفرع الأول، وفي الشرع ضمن الفرع الثاني، ثم في القانون في الفرع الثالث.

الفرع الأول: تعريف الطلاق في اللغة.

طلاق النساء في اللغة له معنيين: أحدهما حل عقد النكاح، والآخر بمعنى التخلية والإرسال.

ويقال للإنسان إذا عتق طليق، أي صار حرا.

وأطلق الناقة من عقالها وطلقها فطلقت: هي بالفتح، وناقاة طلق وطلق: لا عقال عليها، والجمع أطلاق. ويعير طلق وطلق: بغير قيد¹.

وفي تعريف آخر الطلاق من طلق، طلوفا، وطلاقا أي تحرر من قيده ونحوه.

¹ ابن منظور، لسان العرب، باب: الطاء، مادة: طلق، مج 4، ج 29، دار المعارف، القاهرة، ص 2693. أبي الحسين أحمد بن فارس بن زكريا، معجم مقاييس اللغة، (تحقيق: عبد السلام محمد هارون)، باب: الطاء واللام وما يثلثهما، مادة: طلق، ج 3، دار الفكر، (بدون بلد الطبع ولا سنة)، ص 420-421.

والمرأة من زوجها طلاقاً: تحللت من قيد الزواج وخرجت من عصمته¹.

الفرع الثاني: تعريف الطلاق في الشرع.

لقد كان لتعريف الطلاق من الناحية الشرعية تعاريف مختلفة تعددت بتعدد الفقهاء:

فيعرفه **الحنفية** على أنه "رفع قيد النكاح في الحال (بالبائن) أو المآل (بالرجعي) بلفظ مخصوص (وهو ما اشتمل على الطلاق)"¹.

ولقد أعطى كل من فقهاء **المالكية** و**الشافعية** و**الحنابلة** أيضاً للطلاق تعاريف تصب في ذات المعنى وهي على النحو التالي:

عرفه فقهاء **المالكية** بأنه "صفة حكمية ترفع حلية متعة الزوج بزوجته، موجبا تكرارها مرتين حرمتها عليه قبل زوج"².

أما **الشافعية** فطلاق عندهم هو "حل قيد النكاح بلفظ الطلاق ونحوه"³.

في حين جاء في تعريف فقهاء **الحنابلة** بأنه "حل قيد النكاح أو بعضه"، حيث متى كان بائناً فهو حل قيد النكاح كله وإذا كان رجعيًا فهو حل لبعضه فقط⁴.

¹ مجمع اللغة العربية، المعجم الوسيط، باب: الطاء، مادة: أطلق، ط 4، مكتبة الشروق الدولية، مصر، 1425هـ - 2004، ص 563.

² محمد أمين الشهير بابن عابدين، رد المختار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، (تحقيق: عادل أحمد عبد الموجود وعلي محمد معوض)، ج 4، ط 1، دار الكتب العلمية، لبنان، 1415هـ - 1994، ص 424-426.

³ الحبيب بن طاهر، الفقه المالكي وأدلته، ج 4، ط 3، مؤسسة المعارف، لبنان، 1426هـ - 2005، ص 24.

⁴ شمس الدين محمد بن محمد الخطيب الشربيني، الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع، (تحقيق: علي محمد معوض وعادل أحمد عبد الموجود)، ج 2، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، 1425هـ - 2004، ص 287.

⁵ محمد بن صالح العثيمين، الشرح الممتع على زاد المستقنع، مج 13، ط 1، دار ابن الجوزي، الرياض، 1427هـ، ص 5. عبد العزيز بن عبد الله الراجحي، حل العقدة في شرح العمدة، ج 1، ط 1، دار التوحيد، الرياض، 1432هـ - 2011، ص 1034.

ومن هذه التعاريف نخلص إلى القول إلى أنه بالرغم من اختلافها غير أنها تتطرق من فكرة واحدة وهي الصفة المنهية للرابطة الزوجية في الطلاق، ومن هذا المنطلق يمكننا تعريف الطلاق على أنه: "حل عقد الزواج الصحيح والشرعي إما بلفظ الطلاق أو بما يدخل في معناه صراحة أو ضمنا إما في الحال أو المآل".

الفرع الثالث: تعريف الطلاق في القانون.

من خلال قانون الأسرة الجزائري¹؛ لم يقم المشرع بوضع تعريف صريح للطلاق، وبهذا نجده قد اكتفى من خلال نصوص هذا القانون بالنص على أقسامه في المادة 48 من ق. أ "مع مراعاة أحكام المادة 49 أدناه، ينحل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين 53 و 54 من هذا القانون"، وهذا بعدما جعله صورة من صور انحلال الرابطة الزوجية في المادة 47 "تنحل الرابطة الزوجية بالطلاق أو الوفاة".

ليكون بذلك قد عرفه بطريقة غير مباشرة، تسمح لنا بالإلمام بفحواه من خلال الأحكام المقررة له، وعليه فإن الطلاق من منظور المشرع الجزائري هو حل قيد الزواج بإرادة الزوجين أو بالإرادة المنفردة أو بحكم القاضي.

وخلافا للمشرع الجزائري هناك من القوانين المغاربية التي أعطت من خلال قوانينها تعريفا للطلاق، كمدونة الأسرة المغربية²؛ ومجلة الأحوال الشخصية التونسية³؛ ومدونة الأحوال الشخصية الموريتانية⁴.

فالمشرع المغربي بعدما نص في المادة 71 من مدونة الأسرة على الصور التي قد ينحل بها عقد الزواج والمتمثلة في كل من الوفاة، الفسخ، الطلاق، التطليق والخلع⁵؛ جاء

¹ وهو القانون رقم 11/84 المتضمن قانون الأسرة السابق ذكره.

² القانون رقم 03/70 بمثابة مدون الأسرة المغربية السابق ذكره.

³ الأمر 13/56 المتضمن مجلة الأحوال الشخصية التونسية السابق ذكره.

⁴ القانون رقم 052/01 المتضمن مدونة الأحوال الشخصية الموريتانية السابق ذكره.

⁵ القانون رقم 03/70 بمثابة مدونة الأسرة المغربية السابق ذكره.

بعد ذلك في نص المادة 78 من المدونة ليعرف لنا الطلاق صراحة "الطلاق حل ميثاق الزوجية، يمارسه الزوج والزوجة، كل بحسب شروطه تحت مراقبة القضاء وطبقا لأحكام هذه المدونة".

وجاء المشرع التونسي بتعريف الطلاق أيضا في الفصل 29 من مجلة الأحوال الشخصية على النحو التالي: "الطلاق هو حل عقد الزواج"؛ كما قام بتعداد صورته في الفصل 31¹؛ إذ يتم الطلاق طبقا له بأحد الصور التالية:

- بتراضي الزوجين.

- بناء على طلب من أحد الزوجين بسبب ما حصل له من ضرر.

- بناء على رغبة الزوج إنشاء الطلاق أو مطالبة الزوجة به.

كما اتبع المشرع الموريتاني ذات النهج الذي انتهجه نظيره المغربي والتونسي في التصريح بتعريف الطلاق من خلال مدونة الأحوال الشخصية الخاصة به، وهذا طبقا لما هو وارد في نص المادة 83 التي تقضي بأن "الطلاق هو حل العصمة بواسطة الإرادة المنفردة للزوج...".

ولم يكتف بتعريفه بل نص أيضا على الطرق أو الصور التي يقع بها الطلاق، حيث أنه قد يقع وفقا للمادة المذكورة أعلاه إما بواسطة الإرادة المنفردة للزوج، أو عن طريق الخلع أو التوكيل والتمليك والتخيير أو التطليق طبقا للمواد 92 إلى 100 من م. أ. ش. م.²

بناء على هذا، فإنه عند مقارنة لما جاءت به هذه التشريعات بالتشريع الجزائري من تعاريف يتضح لنا عدم تعريف المشرع الصريح للطلاق، حيث أنه كما سبق الإشارة إليه لم يتم بتعريفه تعريفا مباشرا، الأمر الذي جعل التعريف الذي أعطاه له شاملا لا يفرق فيه بين الطلاق والفسخ، لهذا في رأينا من الأحسن لو خصص المشرع للطلاق مادة منفردة تنفرد

¹ الأمر 13/56 المتضمن مجلة الأحوال الشخصية التونسية السابق ذكره.

² القانون رقم 052/01 المتضمن مدونة الأحوال الشخصية الموريتانية السابق ذكره.

بتعريفه، أو أنه يقوم بالتعديل من نص المادة 48 قاضيا في ذلك بما يلي: "مع مراعاة أحكام المادة 49 أدناه، الطلاق هو حل عقد الزواج حال حياة الزوجين إما في الحال أو المآل، ويتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين 53 و 54 من هذا القانون"، ليكون بذلك قد أعطى تعريفا صريحا للطلاق وفي ذات الوقت حدد لنا أهم صورته وميز بين ما يكون طلاقا وما يكون فسخا، خاصة وأن المشرع نص على أن الزواج ينحل إما بالطلاق أو الوفاة في حين أغفل الفسخ، بالرغم من أن الفروق جوهرية بينهما، أهمها كون الطلاق قد يكون إما في الحال أو المآل في حين الفسخ لا يكون إلا في الحال فقط، إلى جانب أن الطلاق يحسب على الزوج في حين أن الفسخ لا يحسب عليه¹.

المطلب الثاني: دليل مشروعية الطلاق.

لقد ثبتت مشروعية الطلاق، والدليل على مشروعيته من الكتاب والسنة والإجماع:

الفرع الأول: دليل مشروعية الطلاق من الكتاب.

شرح الخالق عز وجل الطلاق في مواضع كثر من كتابه الحكيم منها ما جاء في قوله تعالى: ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَيْنِ فَإِنَّمَاكَ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٍ بِإِحْسَانٍ﴾².

أيضا قوله تعالى: ﴿لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِذَا طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَكُمْ تَمَسُّوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً﴾³.

وقوله أيضا: ﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلَّوهُنَّ لِحَدَّتِهِنَّ﴾⁴.

¹ د. مبروك المصري، الطلاق وآثاره من قانون الأسرة الجزائري، دراسة مقارنة، دار هومة، الجزائر، 2010، ص 45.

² سورة البقرة، الآية 228.

³ سورة البقرة، الآية 236.

⁴ سورة الطلاق، الآية 1.

الفرع الثاني: دليل مشروعية الطلاق من السنة.

وفي تشريع الطلاق من السنة أحاديث كثر، منها ما روي عن عبد الله بن عمر -رضي الله عنه- أنه طلق امرأته وهي حائض، على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فسأل عمر بن الخطاب - رضي الله عنه- رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم " مره فليراجعها، ثم ليمسكها حتى تطهر، ثم تحيض ثم تطهر، ثم إن شاء أمسك بعد، وإن شاء طلق قبل أن يمس، فتلك العدة التي أمر الله أن تطلق لها النساء"¹.

وروي عن صالح بن صالح بن حي عن سلمة بن كهيل عن سعيد بن جبير عن ابن عباس، عن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم طلق حفصة ثم راجعها².

كما روي عن كثير بن عبيد، عن محمد بن خالد، معرف بن واصل، عن محارب بن دنار، عن ابن عمر، عن النبي صلى الله عليه وسلم قال "أبغض الحلال إلى الله تعالى الطلاق"³.

الفرع الثالث: دليل مشروعية الطلاق من الإجماع.

لم يعرف الطلاق خلافا بشأن مشروعيته بين أهل العلم، حيث أجمع فقهاء الشريعة الإسلامية وانعقد عزمهم على ذلك منذ مطلع فجر الإسلام⁴.

¹ أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب: الطلاق، باب: قوله تعالى: "يا أيها النبي إذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن وأحصوا العدة"، الحديث رقم 5251، أبي عبد الله محمد بن اسماعيل البخاري، صحيح البخاري، بيت الأفكار الدولية، الرياض، 1419هـ - 1998، ص 1039.

² أخرجه ابن ماجة في سننه، كتاب: الطلاق، الحديث رقم: 2016، أبي عبد الله محمد بن يزيد ابن ماجة القزويني، سنن ابن ماجة، بيت الأفكار الدولية، الرياض، (بدون سنة الطبع)، ص 219.

³ أخرجه أبي داود في سننه، كتاب: الطلاق، باب: كراهية الطلاق، الحديث رقم: 2178، أبي داود، مرجع سابق، ص 255.

⁴ موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمود بن قدامة، المغني، ج 8، دار الكتاب العربي، (بدون بلد الطبع ولا سنة)، ص 233.

والحكمة من وراء مشروعية الطلاق ترجع إلى ما تعرفه العلاقة الزوجية من عوائق وعراقيل يصبح الطلاق معها أمراً ضرورياً¹؛ بحيث يكون هو الحل الأنسب والمنفذ المعين لوضع حد لما قد تعرفه الحياة الزوجية من مشاحنات، وما قد يتولد عليها من كراهية وبغضاء²؛ وهذا لما جاء في قوله تعالى: ﴿وَإِنْ يَتَفَرَّقَا يُغْنِ اللَّهُ كُلًّا مِنْ سَعَتِهِ وَكَانَ اللَّهُ وَاسِعًا حَكِيمًا﴾³.

¹ Dr. Anne- Marie Ambert, Divorce: fait, causes et conséquences, 2009, p 28.

² د. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج 7، الأحوال الشخصية، ط 2، دار الفكر، دمشق، 1985، ص 358.

³ سورة النساء، الآية 130.

المبحث الثاني: أنواع الطلاق.

تتعدد أنواع الطلاق بتعدد الاعتبارات التي يقوم عليها، فهناك من يقسمه إلى طلاق صريح وطلاق كناية وهذا لاعتبار اللفظ، أما لاعتبار صيغته فيقسم إلى طلاق معلق على شرط وطلاق منجز وطلاق مضاف المطلب الأول، وبالنظر إلى اعتبار سنيته فينقسم إلى طلاق سني وطلاق بدعي المطلب الثاني، أما لاعتبار أثره فيكون إما طلاق رجعي أو طلاق بائن المطلب الثالث.

المطلب الأول: أنواع الطلاق من حيث اللفظ والصيغة.

جاء هذا المطلب مقسماً إلى فرعين، حيث عالج الفرع الأول أنواع الطلاق من حيث اللفظ، في حين عالج الفرع الثاني أنواعه من حيث الصيغة.

الفرع الأول: أنواع الطلاق من حيث اللفظ.

الطلاق من حيث اللفظ الذي يقع به قد يكون إما طلاق صريحاً أو طلاقاً مكنياً - أو بالكناية-.

البند الأول: الطلاق الصريح.

وهو كل طلاق يقع باللفظ الذي يغلب استعماله في فك الرابطة الزوجية عرفاً¹؛ فيقع هذا الطلاق إما بلفظ الطلاق أو بما هو مشتاق منه أو يتلاقى معه في الاشتقاق².

ولقد انقسم الفقهاء بشأن الألفاظ التي يقع بها الطلاق الصريح إلى قسمين، فذهب فقهاء الحنفية والمالكية إلى أن هذا الطلاق لا يقع إلا بلفظ الطلاق أو بما في صيغته

¹ د. وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص 378.

² محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، القاهرة، (بدون سنة النشر)، ص 295.

كأنت مطلقة وأنت طالق وطلقتك وإلى ما في ذلك¹.

في حين ذهب فقهاء الشافعية والحنابلة إلى أن الطلاق الصريح ثلاثة ألفاظ هي: لفظ الطلاق والفراق والسراح².

وعن حكمه فإن الطلاق الصريح يقع بمجرد التلفظ بالألفاظ الدالة على ذلك من غير الحاجة إلى توافر النية في ذلك ممن صدر منه، وهذا ما ذهب إليه جمهور الفقهاء³؛ ويرجع ذلك إلى كثرة استعماله واعتياد الناس على إيقاع الطلاق به مما جعله ظاهراً لا يحتاج إلى وجود نية أو حتى ضرورة البحث عنها، لأن هذه الأخيرة يتم أعمالها في ما هو مبهم وليس فيما هو صريح واضح⁴.

ويعتبر من قبيل الطلاق الصريح أيضاً الطلاق بالكتابة أو الإشارة بالنسبة للعاجز عن الكلام⁵.

وفي الطلاق بالكتابة ذهب فقهاء الحنفية والمالكية والحنابلة إلى أن الطلاق يقع بها متى نوى ذلك⁶؛ في حين جاء موقف فقهاء الشافعية من ذلك على رأيين، رأي يقضي

¹ عبد الله بن محمود الموصلية، الاختيار لتعليل المختار، (تحقيق: شعيب الأرنؤوط وأحمد محمد برهوم وعبد اللطيف حرز الله)، ج 3، الرسالة العلمية، (بدون بلد الطبع)، 1430-2009، ص 152. أبي القاسم محمد بن أحمد بن جزى الكلبي الغرناطي المالكي، القوانين الفقهية في تلخيص مذهب المالكية، (تحقيق: محمد بن سيدي محمد مولاي)، (بدون دار نشر ولا بلد ولا سنة)، ص 371.

² شمس الدين الشربيني، مرجع سابق، ص 289. منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، كاشف القناع عن متن الإقناع، (تحقيق: إبراهيم أحمد عبد الحميد)، ج 1، دار عالم الكتب، الرياض، 1423هـ - 2003، ص 2603.

³ أبي إسحاق الشيرازي، المهذب في فقه الإمام الشافعي، (تحقيق: د. محمد الزحيلي)، ج 4، ط 1، دار القلم ودار الشامية، دمشق - بيروت، 1417هـ - 1996، ص 292. الحبيب بن طاهر، مرجع سابق، ص 53. عبد الله بن محمود الموصلية، مرجع سابق، ص 151.

⁴ د. فروق عبد الله الكريم، الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية العراقي، (بدون دار النشر)، العراق، 2004، ص 178. بدران أبو العينين بدران، أحكام الزواج والطلاق في الإسلام، بحث تحليلي ودراسة مقارنة، ط 2، مطبعة دار التأليف، 1961، ص 233.

⁵ محمد أبو زهرة، مرجع سابق، ص 295.

⁶ ابن عابدين، مرجع سابق، ص 456. الحبيب بن طاهر، مرجع سابق، ص 63. موفق الدين بن قدامة، مرجع سابق، ص 412.

بأنه يقع متى نوى الزوج ذلك كون الكتابة حروف يفهم منها الطلاق، ورأي آخر يقضي بأنه لا يقع حتى وإن نواه لأن الطلاق هو فعل يصدر من شخص له القدرة على ذلك¹.

أما في الطلاق بالإشارة فجاءت آراء الفقهاء فيه كما يلي:

فذهب فقهاء الحنفية إلى أن الطلاق بالإشارة جائز استحساناً، أما قياساً فلا يقع شيء منه لأن الطلاق في هذه الحالة لا يتبين بإشارته².

وذهب فقهاء المالكية إلى إيقاع الطلاق بالإشارة حتى وإن كانت صادرة من غير الأخرس متى كانت هذه الإشارة مفهومة³.

وذهب الحنابلة والشافعية أيضاً إلى إيقاع الطلاق بالإشارة لمن كان عاجزاً عن الكلام متى كانت إشارته صريحة، أما إذا كان قادراً على الكلام لم يصح طلاقه بها⁴.

البند الثاني: الطلاق بالكناية.

هو كل طلاق يقع باللفظ الذي يحتمل الطلاق وغيره مما لم يسبق للناس تعارفه في إيقاع الطلاق⁵.

والكناية التي يقع بها هذا الطلاق قد تكون إما كناية ظاهرة كأنت بته وأنت خلية، حبلك على غاربك، أنت بائنة، أو كناية خفية كقول الزوج لزوجته اذهبي أو انصرفي أو لم أتزوجك أو انطلق⁶.

وقد اختلف الفقهاء أيضاً في حكم هذا النوع من الطلاق إلى فريقين:

¹ أبي إسحاق الشيرازي، مرجع سابق، ص 301.

² شمس الدين السرخسي، المبسوط، ج 6، دار المعرفة، لبنان، (بدون سنة الطبع)، ص 144.

³ الحبيب بن طاهر، مرجع سابق، ص 63.

⁴ موفق الدين بن قدامة، مرجع سابق، ص 411. أبي إسحاق الشيرازي، مرجع سابق، ص 302.

⁵ أحمد نصر الجندي، الطلاق والتطليق وأثارهما، دار الكتب القانونية، مصر، 2004، ص 35.

⁶ أبي إسحاق الشيرازي، مرجع سابق، ص 294 - 295. منصور بن يونس البهوتي، مرجع سابق، ص 2608 - 2609.

الحبيب بن طاهر، مرجع سابق، ص 54 - 62. شمس الدين الشربيني، مرجع سابق، ص 291.

الفريق الأول يكفي لوقوع طلاق الكناية عندهم في بعض الحالات توافر النية فقط، وإذا لم تتوافر هذه الأخيرة يكفي أن يدل الحال على ذلك وهذا ما ذهب إليه فقهاء الحنفية والحنابلة¹.

والفريق الثاني والذي قال به فقهاء الشافعية والمالكية هو وقوع هذا الطلاق لمجرد وجود نية إيقاعه حتى وإن لم يدل الحال على ذلك، وهذا لأن الكنايات المستعملة في هذا الطلاق لم توضع في أصلها لدلالة على هذا الأخير بل أكثر من ذلك حتى العرف لم يتعارف عليها².

وبالنسبة لموقف المشرع من الطلاق الصريح والطلاق بالكناية فإنه لم يرد أي نص يشير ضمنه إلى الألفاظ التي نكون أمام أحدهما، إلا في حدود نص المادة 222 من ق. أ والتي تقضي بإعمال أحكام الشريعة الإسلامية في ما لم يرد فيه نص "كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية".

مع التنويه إلى ما سبق الوقوف عليه من خلافات فقهية بشأن هذه الأنواع، الأمر الذي يستدعي تدخل المشرع بنص قانوني لحسم الأمر مبينا حكمها وأي مذهب يأخذ به كلما تعلق الأمر بأحدها.

الفرع الثاني: أنواع الطلاق من حيث الصيغة.

أما بالنسبة لهذا النوع من الطلاق فقد يكون إما معلقا أو منجزا أو مضافا.

البند الأول: الطلاق المعلق.

كما يفهم من اسمه هو ذلك الطلاق الذي يعلق ويرتبط وقوعه بحصول ما تم

¹ عبد الله بن محمود الموصللي، مرجع سابق، ص 166. الهمام مولانا الشيخ نظام، الفتاوى الهندية، ج 1، ط 1، دار الكتب العلمية، بيروت- لبنان، 1421هـ - 2000، ص 410.

² شمس الدين الشربيني، مرجع سابق، ص 291. أبي الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج 2، ط 6، دار المعرفة، لبنان، 1402هـ - 1982، ص 76.

اشتراطه في المستقبل وذلك باستعمال أداة من أحد الأدوات المستخدمة في الشرط كإن وإذا ولو...إلخ، ومثاله قول الزوج لزوجته إن دخلت الدار فأنت طالق أو إذا سافرت فأنت طالق¹؛ ويسمى التعليق هنا بالتعليق اللفظي، أما التعليق الذي لا تذكر فيه أداة الشرط صراحة يسمى بالتعليق المعنوي أو ما يعرف أيضا بطلاق اليمين²؛ وهو ما يقصد به تقوية العزم على فعل شيء في المستقبل أو تركه كقول الزوج علي الطلاق لأسافر غدا³.

وحكم التعليق اللفظي هو أنه يقع متى علقه الزوج على شرط معين وحصل هذا الشرط باتفاق جمهور الفقهاء⁴؛ ومتى توافرت فيه الشروط المعروفة في إيقاع الطلاق، وهي أن يكون المطلق أهلا للطلاق وقت صدوره منه، وأن تكون الزوجة محلا لوقوع الطلاق عليها وقت حلول الشرط الذي علق عليه الطلاق، وأن يكون الشرط الذي علق عليه الطلاق غير موجود وقت التلفظ به وإلا كان الطلاق منجزا غير معلق، إلى جانب كونه ممكن الوقوع في المستقبل غير مستحيل، أما الشرط الأخير فهو وجود ارتباط بين الشرط والجزاء المتمثل في الطلاق⁵.

أما التعليق المعنوي فلا يقع ممن صدر منه إلا متى حنث في يمينه عند جمهور الفقهاء⁶.

¹ د. محمود علي السرطاوي، شرح قانون الأحوال الشخصية، ط 3، دار الفكر، الأردن، 2007، ص 259. عبد الوهاب خلاف، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، ط 2، دار القلم، الكويت، 1990، ص 137.

² أحمد نصر الجندي، مرجع سابق، ص 134.

³ د. مبروك المصري، مرجع سابق، ص 164.

⁴ عبد العزيز الراجحي، مرجع سابق، ص 1052. أبي إسحاق الشيرازي، مرجع سابق، ص 319. منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، شرح منتهى الإرادات، (تحقيق: د عبد الله بن عبد الحسن التركي)، ج 5، ط 1، مؤسسة الرسالة، (بدون بلد الطبع)، 1421هـ - 2000، ص 439. أبي القاسم الغرناطي المالكي، مرجع سابق، ص 374.

⁵ د. محمود علي السرطاوي، مرجع سابق، ص 260 - 262.

⁶ مالك بن أنس الأصبحي، المدونة الكبرى، ج 2، ط 1، دار الكتب العلمية، لبنان، 1415هـ - 1994، ص 62. د. مبروك المصري، مرجع سابق، ص 165.

البند الثاني: الطلاق المنجز.

هو كل طلاق قصد إيقاعه في الحال وفورا دون تعليقه على أي شرط أو إضافته إلى زمن غير معلوم، ومثاله قول الزوج لزوجته أنت طالق أو طلقتك¹.

والطلاق المنجز هو الأصل في الطلاق، وعلى هذا ليس هناك خلاف بين الفقهاء في حكمه، إذ أنه يقع ويكون صالح لترتيب جميع آثاره في الحال بمجرد التلفظ به متى كان الزوج أهلا لإيقاع الطلاق وكانت الزوجة أهلا لذلك².

البند الثالث: الطلاق المضاف.

ويراد به ذلك الطلاق الذي أضيف وقوعه إما إلى زمن مستقبل بحيث لولا هذا الزمن لوقع الطلاق في الحال، وكمثال عنه قول الزوج أنت طالق عدا أو أنت طالق بداية الشهر الفلاني أو بداية السنة المقبلة³؛ أو إلى زمن ماضي كقول الزوج أنت طالق أمس⁴.

وبالنسبة لحكم الطلاق المضاف إلى زمن مستقبل فقد اختلف فيه الفقهاء على

رأيين:

رأي يقضي بأن هذا الطلاق يقع بمجرد حلول الزمن المستقبل الذي أضيف إليه، وهذا الرأي قضى به فقهاء الحنفية والشافعية والحنابلة⁵.

¹ لحسين بن شيخ أث ملويا، بحوث في القانون، دار هومة، الجزائر، 2005، ص 51. عبد الوهاب خلاف، مرجع سابق، ص 137.

² د. وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص 442. د. مبروك المصري، مرجع سابق، ص 162.

³ د. فاروق عبد الله الكريم، مرجع سابق، ص 179.

⁴ أحمد نصر الجندي، مرجع سابق، ص 130.

⁵ منصور البهوتي، شرح منتهى الإرادات، مرجع سابق، ص 423. شمس الدين محمد بن الخطيب الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ج 3، ط 1، دار المعرفة، بيروت- لبنان، 1418هـ - 1997، ص 411. محمد بن صالح العثيمين، مرجع سابق، ص 114.

ورأي يقضي بأنه يقع في الحال وهذا ما ذهب إليه فقهاء المالكية في مذهبهم¹.

أما بالنسبة لحكم الطلاق المضاف إلى زمن ماض فذهب جمهور الفقهاء إلى إيقاعه متى نوى الزوج ذلك أم إذا لم ينوي إيقاعه لم يقع².

وفي هذه الأنواع أيضا من الطلاق أحال المشرع الجزائري تنظيمها إلى أحكام الشريعة الإسلامية بمقتضى المادة 222 من ق. أ³.

المطلب الثاني: أنواع الطلاق من حيث السنية.

وفي موافقة الطلاق للسنة من عدمه ينقسم الطلاق إلى طلاق سني وطلاق بدعي.

الفرع الأول: الطلاق السني.

والمقصود به كل طلاق جاء موافقا للسنة وأمر الرسول صلى الله عليه وسلم⁴.

وتختلف صور هذا الطلاق باختلاف المذاهب الفقهية:

فصوره عند فقهاء الحنفية تتمثل في أن يطلق الزوج زوجته طلقة واحدة رجعية في طهر لم يمسه فيها أو يطلقها وهي حامل قد استبان حملها، ويسمى الطلاق عندهم في هاتين الحالتين بالطلاق الأحسن، أما إذا طلق الزوج زوجته ثلاثا في ثلاثة أطهار لم يمسه فيها بأن طلقها طلقة واحدة في طهر لم يمسه فيها ثم تحيض وتطهر ثم يطلقها ثم تحيض وتطهر ثم يطلقها مرة أخرى كان الطلاق هنا سنيا حسنا⁵.

¹ أبي الوليد القرطبي، مرجع سابق، ص 79.

² منصور البهوتي، شرح منتهى الإرادات، مرجع سابق، ص 423. محمد بن صالح العثيمين، مرجع سابق، ص 112. شمس الدين الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، مرجع سابق، ص 413.

³ القانون رقم 11/84 المتضمن قانون الأسرة الجزائري السابق ذكره.

⁴ محمد أبو زهرة، مرجع سابق، ص 286. أحمد نصر الجندي، مرجع سابق، ص 94. لحسين بن شيخ أث ملويا، مرجع سابق، ص 54.

⁵ علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكساني الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، (تحقيق: علي محمد معوض وعادل أحمد عبد الموجود)، ج 4، ط 2، دار الكتب العلمية، بيروت- لبنان، 1424هـ - 2003، ص 186 - 187.

أما فقهاء الشافعية والحنابلة فالطلاق السني عندهم هو كل طلاق يوقعه الزوج في طهر لم يجامع في زوجته¹.

وقرن فقهاء المالكية الحالات التي نكون فيها أمام الطلاق السني بشروط هي²:

- أن يكون طلقة واحدة لا أكثر أما ما زاد عنها فهو من البدعة.

- أن يكون بطلقة كاملة وأن لا يقع في عدة من طلاق رجعي.

- أن يقع في طهر وأن لا يطأ المطلق مطلقته في الطهر.

الفرع الثاني: الطلاق البدعي.

الطلاق البدعي هو على خلاف من الطلاق السني فهو كل طلاق مخالف للطلاق المشروع³.

ولقد اتفق جمهور الفقهاء على أن صور الطلاق البدعي هي أن يطلق الزوج زوجته في طهر مسها فيه أو أن يطلقها في الحيض⁴؛ وبالنسبة لحكمه فهو حرام باتفاق الفقهاء أيضا⁵.

غير أن فقهاء المالكية جعلوا للطلاق البدعي حكمن طلاق بدعي محرم وآخر مكروه، فأما المحرم فهو كل طلاق وقع في الحيض أو في النفاس، والواقع ثلاثاً، أو الواقع

¹ شمس الدين الشربيني، الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع، مرجع سابق، ص 295. محمد بن صالح العثيمين، مرجع سابق، ص 36.

² أبي القاسم الغرناطي المالكي، مرجع سابق، ص 368.

³ طارق بن أنور آل سالم، الواضح في أحكام الطلاق، دار الايمان، الإسكندرية، 2004، ص 51. لحسين بن شيخ أث ملويا، مرجع سابق، ص 55.

⁴ أبي الوليد القرطبي، مرجع سابق، ص 63.

⁵ شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة وابن شهاب الدين الرملي المنوفي المصري الأنصاري، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، ج 7، ط 2، دار الكتب العلمية، لبنان، 1424هـ - 2003، ص 3. منصور البهوتي، شرح منتهى الإيرادات، مرجع سابق، ص 374. محمد بن صالح العثيمين، مرجع سابق، ص 43.

على جزء من المرأة، أما الطلاق البدعي المكروه فهو ما وقع في طهر مسها فيه، أو الواقع في العدة من طلاق رجعي سبقه، أو ما وقع بعض طلقة¹.

المطلب الثالث: الطلاق من حيث الأثر.

وينقسم هو الآخر إلى طلاق رجعي وطلاق بائن.

الفرع الأول: الطلاق الرجعي.

وتم التوقف من خلال هذا الفرع على تعريف الطلاق الرجعي وذلك في البند الأول، وحالاته أيضا في البند الثاني، أما البند الثالث فتعرض فيه إلى آثار هذا الطلاق.

البند الأول: تعريف الطلاق الرجعي.

يعرف الطلاق الرجعي على أنه كل طلاق يملك فيه الزوج إمكانية مراجعة مطلقته ما دامت في العدة سواء رضيت بذلك أم لم ترضى، ودون أن يتطلب منه ذلك الحاجة إلى عقد ودفع مهر جديدين².

فكما يتضح من هذا التعريف الطلاق الرجعي يكفل للمطلق كامل الحق في ضم زوجته إليه من جديد متى أراد الرجوع في طلاقه، هذا كله والعدة لا تزال قائمة أما إذا انقضت انقضت معها هذا الحق أيضا.

والطلاق الرجعي هو الأصل في الطلاق³؛ لما هو وارد في القرآن الكريم في قوله

تعالى: ﴿وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَحْمَتِي مِنْكُمْ إِنِ أَرَادُوا إِطْلَاقًا﴾⁴.

¹ الحبيب بن طاهر، مرجع سابق، ص 29 - 30.

² نعيمة تبودوش، الطلاق وتوابع فك العصمة الزوجية في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، رسالة ماجستير، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، 1999 - 2000، ص 83.

³ أحمد نصر الجندي، مرجع سابق، ص 149.

⁴ سورة البقرة، الآية 228.

وقوله تعالى: ﴿فَإِذَا بَلَغَ الْإِنْسَانُ أُمَّتَهُ فَلْيَسْكُوهِنَّ فِي مِغْرُوبٍ﴾¹.

وقوله: ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانٍ فَإِمْسَاكٌ بِمِغْرُوبٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ﴾².

ولقد شرع هذا النوع من الطلاق للحكمة المرجوة منه، والتي تتمثل في محاولة إعطاء فرصة جديدة للزوج من أجل تصحيح ما بدره منه في لحظة لا تكاد تخلو من الغضب والإغلاق الذي يدفعه إلى إيقاع الطلاق دون تروي ودون أدنى تفكير، وعن هذه الحكمة عبر الإمام الرازي قائلا: "الحكمة في إثبات حق الرجعة أن الإنسان ما دام يكون مع صاحبه لا يدري هل تشق عليه مفارقتة أو لا فإذا فارقه فعند ذلك يظهر..."³.

البند الثاني: حالات الطلاق الرجعي.

للطلاق الرجعي حالات اتفق الفقهاء على اعتبار الطلاق فيها رجعيا هي⁴:

- الطلاق بعد الدخول.

- الطلاق من غير مال.

- الطلاق غير المكمل لثلاث.

البند الثالث: آثار الطلاق الرجعي.

متى وقع الطلاق رجعيا ترتبت عنه آثار أهمها⁵:

¹ سورة الطلاق، الآية 2.

² سورة البقرة، الآية 229.

³ مليكة قبيلي، حقوق المطلقة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، رسالة ماجستير، كلية العلوم الإسلامية، جامعة الجزائر، 2003، ص 37.

⁴ علاء الدين الحنفي، مرجع سابق، ص 240. عبد العزيز الراجحي، مرجع سابق، ص 1060. الحبيب بن طاهر، مرجع سابق، ص 87. شمس الدين الشريبي، الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع، مرجع سابق، ص 305. فضيل العيش، شرح وجيز لقانون الأسرة الجزائري، طبعة 2007-2008، مطبعة الطالب، (بدون بلد الطبع ولا سنة)، ص 29-30.

⁵ د. محمد الشافعي، الطلاق والتطليق في مدونة الأسرة، ط 1، المطبعة الوراقة الوطنية، مراكش، 2010، ص 38-41.

1- ينقص عدد الطلقات فتحسب على الزوج كل طلقة يوقعها.

2- تستحق به المطلقة مؤخر الصداق.

3- إمكانية المراجعة، وهذا الحق يبقى قائماً للمطلق ما دامت المطلقة في العدة أما إذا انقضت هذه الأخيرة سقط حقه وبانت منه.

4- استحقاق المطلقة رجعيًا نفقة العدة.

5- يثبت به التوارث بين الزوجين متى توفي أحدهما خلال فترة العدة.

وبالنسبة لموقف المشرع الجزائري بشأن الطلاق الرجعي فنرى بأنه موقف غير صريح، وذلك بعدما نص في المادة 49 من ق. أ على أن الطلاق لا يثبت من وقت تلفظ الزوج به بل يحتاج لوقوعه صدور حكم، ومتى وقع وصدر الحكم فلا يتحقق مطلب الزوج في عودة المطلقة لعصمته إلا مع عقد جديد عليها طبقاً لنص المادة 50 من ذات القانون، مما يفيد بأن الطلاق لا يمكن أن يكون إلا طلاقاً بائناً، إلا أنه جاء في ذات المادة ليرتب بعض آثار الطلاق الرجعي وهو ما توضحه نصوص المواد أدناه:

حيث جاء نص المادة 49 كالاتي: "لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح يجريها القاضي دون أن تتجاوز مدته ثلاث (3) أشهر ابتداء من تاريخ رفع الدعوى...".

أما نص المادة 50 فيقضي فيه بأنه: "من راجع زوجته أثناء محاولة الصلح لا يحتاج إلى عقد جديد ومن راجعها بعد صدور الحكم بالطلاق يحتاج إلى عقد جديد".

ومن هذا المنطلق فإن تعديل المشرع من نص المادة 50 من ق. أ هو الأصوب لأن ربطه للمراجعة بالصلح بدل العدة ضمنها جعل موقفه غير واضح حول الطلاق الرجعي.

في حين جاء موقف الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا صريحاً عندما نص في أحد قراراته عن متى يكون الطلاق رجعيًا ومتى يكون بائناً، حيث قضت المحكمة العليا في قرارها

الصادر بتاريخ 1986/02/10 بأنه: "من المتفق عليه فقها وقضاء، في أحكام الشريعة الإسلامية أن الطلاق الذي يقع من الزوج هو الطلاق الرجعي، وأن حكم القاضي به لا يغير من رجعيته، لأنه إنما نزل على طلب الطلاق.

أما الطلاق البائن، فهو الذي يقع ما قبل الدخول، أو وقع بناء على عوض تدفعه الزوجة لزوجها للتخلص من الرابطة الزوجية معه، وكذلك الطلاق الذي يوقعه القاضي بناء على طلب الزوجة لدفع الضرر عنها وحسم النزاع بينها وبين زوجها.

إن القضاء بما يخالف هذا المبدأ، يعد خرقاً لأحكام الشريعة الإسلامية. ولذلك يستوجب نقض القرار، الذي اعتبر الطلاق بإرادة الزوج طلاقاً بائناً¹.

الفرع الثاني: الطلاق البائن.

ويكون الطلاق البائن إما بائناً بينونة صغرى أو بائناً بينونة كبرى.

البند الأول: الطلاق البائن بينونة صغرى.

إذا كان الزوج في الطلاق الرجعي كما سبق القول يستطيع مراجعة زوجته بدون عقد أو مهر جديد وحتى بدون رضاها، فإنه في هذا النوع من الطلاق لا يكون له ذلك أي مراجعتها إلا بعد تحقق ما لم يكن يتطلب تحققه في الطلاق الرجعي، ففيه ليس للمطلق أن يراجع مطلقته إلا بموجب عقد ومهر جديان بالإضافة إلى إذنها ورضاها².

ويكون الطلاق البائن بائناً بينونة صغرى فيما يلي³:

1- الطلاق الذي يحكم به القاضي بناء على طلب من الزوجة.

2- الطلاق على مال.

¹ أنظر، م. ع، غ. أ. ش، 1986/02/10، ملف رقم 394663، م. ق، 1989، ع 1، ص 115.

² د. أحمد فراج حسين، أحكام الأسرة في الإسلام، الطلاق وحقوق الأولاد ونفقات الأقارب، الدار الجامعية، بيروت، 1998، ص 76.

³ د. مبروك المصري، مرجع سابق، ص 140 - 141.

3- أيضا طلاق الزوجة غير المدخول بها.

4- خروج المطلقة رجعيًا من العدة دون مراجعتها.

كما أنه يترتب بوقوعه آثار هي¹:

1- يزول الزوجية في الحال ولا يبقى لها أثر، فتصير الزوجة أجنبية.

2- كما أنه ليس لكل منهما أن يرث الآخر ولو مات أحدهما في العدة.

3- بوقوعه تسقط كل الحقوق الزوجية باستثناء ما يثبت للمعتدة من نفقة وسكنى.

4- وأخيراً، تحتسب فيه الطلاقات على الزوج.

وأخذ المشرع بهذا النوع من الطلاق في نص المادة 50 من ق. أ.

البند الثاني: الطلاق البائن بينونة كبرى.

وهو ما لا يملك فيه المطلق الحق في مراجعة مطلقته إلا بعد أن تتزوج زوجاً غيره ويدخل بها ثم يطلقها أو يتوفى عنها وهذا بعد انتهاء عدتها².

وهذا استناداً لما جاء في قوله تعالى: ﴿بِإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدِ حَتَّىٰ تَنْكِحَ زَوْجًا آخَرَ﴾³.

هو الآخر لديه حالات وتترتب عليه جملة من الآثار:

فبالنسبة لحالات الطلاق البائن بينونة كبرى تكاد تنحصر في حالة واحدة وهي

¹ نازك سالم محمد حنني، أحكام الطلاق قبل الدخول، رسالة ماجستير، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، 2010، ص 29.

² طارق بن أنور آل سالم، مرجع سابق، ص 75.

³ سورة البقرة، الآية 230.

وقوع الطلاق بين الزوجين ثلاثة مرات متتاليات¹؛ وعند تحديدها للمقصود بثلاثة طلاقات متتاليات فإنها تحتمل وصفين وصف يقضي بقوع هذه الطلاقات مرة واحدة دون أن يفصل بينهما فاصل زمني، كأن يقول الزوج أنت طالق ثم أنت طالق ثم أنت طالق أو أنت طالق ثلاثاً، ووصف يقضي بأن يكون هناك فاصل بين هذه الطلاقات بحيث في كل مرة يطلق الزوج زوجته ثم يراجعها².

أما بالنسبة لآثاره فمن أهم الآثار المترتبة على الطلاق البائن بينونة كبرى هو أنه³:

1- يزيل الحل في الحال ويرفع الملك لتصبح بذلك المطلقة محرمة على مطلقها تحريماً مؤقتاً، إلى الوقت الذي تتزوج فيه زوجها غيره ويدخل بها ثم يطلقها أو يتوفى عنها كما سبق الإشارة له.

2- لا توارث فيه.

3- تستحق المطلقة صداقها بهذا الطلاق متى كان مؤخراً.

والطلاق البائن بينونة كبرى أخذ به المشرع الجزائري بصريح المادة 51 من ق. أ "لا يمكن أن يراجع الرجل من طلقها ثلاث مرات متتالية إلا بعد أن تتزوج غيره وتطلق منه أو يموت عنها بعد البناء".

وفي هذه الأنواع تفصيل ليس هذا محل تفصيله.

¹ د. محمد الشافعي، مرجع سابق، ص 48.

² د. وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص 435.

³ د. أحمد محمد المومني و د. إسماعيل نواهضة، الأحوال الشخصية، فقه الطلاق والفسخ والتفريق والخلع، ط 1، دار المسيرة، الأردن، 2009، ص 37.

الفصل الأول

في الآثار المالية المتعلقة

بالمطلقة

ضمانا للعدالة الإلهية وتحقيقا لها فإن الشريعة الإسلامية كانت حريصة على الحفاظ على كرامة المرأة وحماية مختلف الحقوق المقررة لها بموجبها، خاصة تلك التي تثبت لها بموجب انحلال الرابطة الزوجية، حيث أنها في الوقت الذي أعطت ومنحت فيه للزوج الحق في فك العصمة الزوجية، قامت في ذات الوقت بترتيب جملة من الآثار عليه تضمن فيها للمطلقة الحياة الكريمة.

وفي إطار تكريس هذه العدالة وفرض نوع من الصرامة وزيادة في درجة الضمان، بالنظر إلى جسامة العواقب التي يعود بها الطلاق على المطلقة أقرت تشريعات الأحوال الشخصية هي الأخرى بهذه الآثار من خلال قوانينها.

وعن مضمون كل أثر من هذه الآثار وفحواها، هو ما سنحاول توضيحه في هذا الفصل، وذلك بتقسيمه إلى ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: النفقة وأنواعها.

المبحث الثاني: التعويض عن الطلاق والتمتع.

المبحث الثالث: النزاع حول الصداق ومتاع البيت.

المبحث الأول: النفقة وأنواعها.

تعتبر النفقة من الحقوق التي أوجبها الشارع الحكيم على الزوج أو المطلق في حالتين، أولهما يكون أثناء قيام الزوجية إذ من واجبه الإنفاق على زوجته، أما الحالة الثانية فتكون بعد الطلاق، وإن كانت الأولى تخرج عن إطار دراستنا فإن الثانية هي محل البحث، وعلى هذا سنعالج من خلال هذا المبحث مختلف النفقات التي تثبتها واقعة الطلاق للمطلقة، وذلك بعدما نقوم بالتعريف على بعض الأحكام العامة المتعلقة بها، وهذا كله ضمن ثلاثة مطالب.

المطلب الأول: ماهية النفقة.

تحديد المقصود من وراء النفقة في اللغة والشرع والقانون إلى جانب الأسباب الموجبة لها، هو ما سنعمل على توضيحه في هذا المطلب.

الفرع الأول: تعريف النفقة.

ولقد عالج هذا الفرع تعريف النفقة في كل من اللغة والشرع والقانون ضمن ثلاثة بنود.

البند الأول: تعريف النفقة في اللغة.

النفقة في اللغة اسم من الإنفاق، وما ينفق من الدراهم ونحوها، والزاد. وما يفرض للزوجة على زوجها من مال للطعام والكساء والسكنى والحضانة ونحوه. وجمعها نفقات، ونفاق¹.

والنفقة أيضا هي ما نفقت وما استنفقت على العيال وعلى نفسك².

¹ مجمع اللغة العربية، باب: النون، مادة: نفقه، مرجع سابق، ص 942.

² ابن منظور، باب: النون، مادة: نفق، مج 6، ج 50، مرجع سابق، ص 4508.

البند الثاني: تعريف النفقة في الشرع.

لقد جاءت أغلب التعريفات معرفة لها بمشتملاتها، لتكون بذلك كل ما يمون الآدمي من الطعام والكسوة والسكنى¹.

البند الثالث: تعرف النفقة في القانون.

أما في القانون فلم يرد لها تعريف إذ ذهب المشرع الجزائري مباشرة لتفصيل أحكامها.

الفرع الثاني: أسباب النفقة.

من خلاله تم التطرق للأسباب التي جاء بها الفقه ثم الأسباب التي جاء بها التشريع الجزائري.

البند الأول: أسباب النفقة في الفقه.

ونشير هنا إلى أن النفقة تكون إما نفقة تجب على الإنسان لنفسه وأخرى تجب على الإنسان لغيره، وهذه الأخيرة تشكل محل الدراسة وهي تجب لثلاثة أسباب هي كل من الزوجية والقربة والملك².

وسنكتفي فيها بالسبب الأول والثاني لارتباطهما بموضوع الدراسة.

أولاً: الزوجية أو النكاح.

تجب نفقة الزوجة على زوجها بموجب عقد النكاح سواء كانت هذه الزوجة مدخولاً

¹ د. وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص 765. بهرام بن عبد الله بن عبد العزيز الدميري، الشامل في فقه الإمام مالك، ج 1، ط 1، مركز نجيبوية، القاهرة، 1429هـ - 2008، ص 494. منصور البهوتي، كاشف القناع على متن الإقناع، مرجع سابق، ص 2813.

² الحبيب بن طاهر، مرجع سابق، ص 276.

بها أو غير مدخول بها¹؛ ودليل ذلك ما جاء في القرآن الكريم من آيات وفي السنة النبوية الشريفة من أحاديث والتي سوف نتعرض لها عند حديثنا على دليل مشروعية نفقة العدة.

ثانياً: القرابة.

وفي تحديد المقصود بالقرابة التي توجب النفقة اختلاف الفقهاء إلى عدت آراء:

ففي نظر الحنفية تجب النفقة لكل قرابة محرمة للزواج، فهي واجبة للأصول والفروع والحواشي ذوي الأرحام²؛ لقوله تعالى: "﴿وَأَتَّخِذُوا اللَّهَ وَلا تُفْرِكُوا بِهِ هَيْبَةً وَبِالْوَالِدَيْنِ إِحْسَانًا وَبِذِي الْقُرْبَى وَالْيَتَامَى﴾"³؛ وقوله أيضاً: "﴿وَأَبْوَؤا الْقُرْبَى حَقَّهُ﴾"⁴.

وعند الشافعية القرابة التي تتطلب وجوب النفقة تكون محصورة في الوالدين وإن علو والأولاد وإن سفلوا، وكان دليلهم على وجوب نفقة الوالدين مهما علو بنفس الأدلة التي اعتمدت عليها المالكية، إلا أنهم أعطوا لها تفسيراً مخالفاً إذ قالوا بأن اسم الوالدين يقع على الأجداد وحتى الجدات إلى جانب الآباء، وهذا لأن الله تعالى سمى إبراهيم أباً بالرغم من كونه جداً⁵؛ وهو ما جاء في قوله تعالى: "﴿مِثْلَ آبَائِكُمْ إِبراهيم﴾"⁶.

أما عند المالكية القرابة التي توجب النفقة هي قرابة الأبوين والأبناء دون سواهم، فتكون واجبة للأب والأم وللولد ذكراً وأنثى أما الباقي من الأقارب كالجد والجددة فلا نفقة لهم⁷؛ لقوله تعالى: "﴿وَقَضَى رَبُّكَ أَلَّا تَعْبُدُوا إِلاَّ إِيَّاهُ وَبِالْوَالِدَيْنِ إِحْسَانًا﴾"⁸؛ وقوله أيضاً:

¹ الحبيب بن طاهر، مرجع سابق، ص 254.

² د. وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص 767.

³ سورة النساء، الآية 36.

⁴ سورة الإسراء، الآية 36.

⁵ أبي إسحاق الشيرازي، مرجع سابق، ص 625-626. شمس الدين الشربيني، الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع، مرجع سابق، ص 371.

⁶ سورة الحج، الآية 78.

⁷ أبي القاسم الغرناطي المالكي، مرجع سابق، ص 362-364.

⁸ سورة الإسراء، الآية 23.

﴿وَحَاجِنُهَا فِي الدُّنْيَا مَغْرُوبًا﴾¹؛ لدلالة على وجوب النفقة على الوالدين، وفي الدلالة على نفقة الأبناء استدلوا بقوله تعالى: ﴿وَمَلَى الْمَوْلُودَ لَهُ يَرْزُقُهُنَّ وَيَحْسُوهُنَّ بِالْمَغْرُوبِ﴾².

في حين قام الحنابلة بتوسيع دائرة القرابة الموجبة لها لتشمل الأصول والفروع والحواشي وكل من يرث بفرض أو تعصيب³؛ وهذا لما جاء في قوله تعالى: ﴿وَمَلَى الْوَارِثِ مِثْلَ ذَلِكَ﴾⁴.

البند الثاني: أسباب النفقة في التشريع الجزائري.

وإن كان المشرع لم ينص صراحة عليها كما فعلت بعض التشريعات⁵؛ إلا أنها ترجع إلى ثلاثة أسباب هي الزوجية والقرابة والالتزام والتي يمكن استفادتها من نصوص متفرقة من قانون الأسرة⁶ وهي:

المادة 74 والتي تنص على أنه "تجب نفقة الزوجة على زوجها بالدخول بها أو دعوتها إليه ببيينة مع مراعاة أحكام المواد 78 و 79 و 80 من هذا القانون".

فمن خلال هذه المادة وبموجب الزوجية تفرض وتجب للزوجة النفقة على زوجها بشروط هي:

- دخول الزوج بها أو دعوتها إليه.

- وجود عقد زواج صحيح مستوفي لجميع أركانه.

¹ سورة لقمان، الآية 15.

² سورة البقرة، الآية 233.

³ محمد بن صالح العثيمين، مرجع سابق، ص 498. منصور البهوتي، كاشف القناع على متن الإقناع، مرجع سابق، ص 2833.

⁴ سورة البقرة، الآية 233.

⁵ المادة 187 ف 2 من مدونة الأسرة المغربية، الفصل 37 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية، المادة 141 من مدونة الأحوال الشخصية الموريتانية.

⁶ القانون رقم 11/84 المتضمن قانون الأسرة الجزائري السابق ذكره.

المادة 75 و 76 وجاء في الأولى بأنه "تجب نفقة الولد على الأب ..."، أما الثانية فتقضي بأنه "في حالة عجز الأب تجب نفقة الأولاد على الأم إذا كانت قادرة على ذلك".

والمادة 77 أيضا والتي تنص على أنه "تجب نفقة الأصول على الفروع والفروع على الأصول حسب القدرة والاحتياج ودرجة القرابة في الإرث".

ويبدو أن المشرع من خلال هذه المادة نص على سبب آخر من أسباب النفقة وهي نفقة القرابة، وبالنسبة لشروطها سنؤجل الحديث عنها في وقت لاحق.

إلى جانب هذين السببين يوجد الالتزام فهو الآخر يعد سببا من الأسباب التي توجب النفقة متى التزم الغير بالقيام به، وهو ما يستفاد من نص المادة 116 والتي جاء فيها: "الكفالة التزام على وجه التبرع بالقيام بولد قاصر من نفقة وتربية ورعاية قيام الأب بابنه وتتم بعقد شرعي".

المطلب الثاني: أنواع النفقة.

ونتعرض ضمنه إلى نفقة العدة في الفرع الأول إلى جانب نفقة الإهمال في الفرع الثاني.

الفرع الأول: نفقة العدة.

سنحاول تعريف العدة وتحديد دليل مشروعيتها، والإشارة إلى أنواعها والمرتبطة بالطلاق بنوع من الإيجاز قبل الحديث عن نفقة العدة.

البند الأول: مفهوم العدة.

أولا: تعريف العدة.

العدة في اللغة مأخوذة من العد: أي إحصاء الشيء، عده يعده عدا وتعداد وعدة،

وعدده. وعدة المرأة أيام قروءها، وعدتها أيضا: أيام حدادها على بعلمها وامساکها عن الزينة شهورا كان أو أقراء أو وضع حمل حملته من زوجها¹.

وفي الشرع يعرفها فقهاء المذهب المالكي بأنها مدة معينة شرعا لمنع المطلقة المدخول بها والمفسوخ نكاحها والمتوفى عنها من النكاح².

أما قانوننا فلم يرد ضمن قانون الأسرة الجزائري أي تعريف لها³.

ثانيا: دليل مشروعية العدة.

1) دليل مشروعية العدة من الكتاب.

فدليل مشروعيتها من الكتاب جاء في قوله تعالى: ﴿وَالْمُطَلَّاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنَّهُنَّ يَكُونَ لَهُنَّ فَرْءٌ﴾⁴.

وقوله أيضا: ﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا الْعِدَّةَ﴾⁵.

أيضا قوله: ﴿وَاللَّائِي يَكُونُ مِنَ الْمَيْمَنِ مِنْ مَسَاجِدِكُمْ إِذَا رَتَبْتُهُنَّ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةٌ أَهْمَرِ وَاللَّائِي لَمْ يَحْضُرْ وَأُولَئِكَ الْأَهْمَالُ أَجْلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾⁶.

¹ ابن منظور، مرجع سابق، باب: العين، مادة: عدد، ج 33، ص 2832 و 2834.

² الحبيب بن طاهر، مرجع سابق، ص 180. د. غنية قري، شرح قانون الأسرة المعدل، دراسة مقارنة بين الشرع والقانون، ط 1، دار طليطلة، الجزائر، 2011، ص 114.

³ هناك من التشريعات التي أعطت لها تعريفا، فمثلا يعرفها المشرع الليبي في نص المادة 52 من قانون الزواج والطلاق وآثارهما بقولها "العدة مدة محددة من الزمن أوجبها الشرع على بعض النساء في أوقات معينة، طهارة للعرض وصونا للنسب تمكثها المرأة المعتدة من طلاق أو وفاة ببيت الزوجية".

⁴ سورة البقرة، الآية 228.

⁵ سورة الطلاق، الآية 1.

⁶ سورة الطلاق، الآية 4.

(2) دليل مشروعية العدة من السنة.

ومن بين أدلة مشروعيتها في السنة ما رواه البخاري قال قالت زينب: فدخلت على زينب بنت جحش حين توفي زوجها، فدعت بطيب ثم مست منه، ثم قالت: أما والله ما لي بطيب حاجة، غير أنني سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول "لا يحل لامرأة تأمن بالله واليوم الآخر أن تحد على ميت فوق ثلاث ليال، إلا على زوج أربعة أشهر وعشراً"¹.

(3) دليل مشروعية العدة من الإجماع.

وهذا هو ما هو مجمع عليه كذلك².

والحكمة من وجوبها تتلخص أولاً في معرفة براءة الرحم وخلوه من أي حمل تفادياً لاختلاط الأنساب، ثانياً إعطاء الزوج فرصة أخرى حتى يتسنى له مراجعة أمره إذا أراد إرجاع مطلقته، ثالثاً محاولة التنويه بعظمة الزواج³.

ثالثاً: أنواع العدة.

طبقاً لنص المواد 58 إلى 60 من ق. أ⁴ فالعدة تأخذ 3 أنواع:

(1) العدة بالأقراء.

وهذا بالنسبة للمطلقة المدخول بها التي ليست بحامل، وفي تحديد معنى القرء فإنه يطلق في اللغة العربية على الطهر والحيض سواء⁵؛ وكان لاختلاف أهل اللغة أثره عند الفقهاء فكانت لهم آراء مختلفة في تحديد معناه فذهبت الحنفية والحنابلة إلى اعتبار

¹ أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب: الطلاق، باب: مراجعة الحائض، الحديث رقم: 5335، البخاري، مرجع سابق، ص 1055.

² موفق الدين بن قدامة، ج 9، مرجع سابق، ص 76.

³ باديس ديابي، آثار فك الرابطة الزوجية، دار الهدى، الجزائر، 2008، ص 34-35.

⁴ القانون رقم 11/84 المتضمن قانون الأسرة الجزائري السابق ذكره.

⁵ طارق بن أنور آل سالم، مرجع سابق، ص 102.

المقصود به هو الحيض، في حين الباقي من الفقهاء وعلى رأسهم المالكية ذهبوا إلى اعتباره طهراً¹؛ وهذا ما سكت عنه المشرع الجزائري وهو أيضاً ما يتضح من المواد المذكورة سابقاً، وحسب رأي الباحثة، أن عدم تحديد المشرع للمقصود بالقرء يفتح الاجتهاد أمام القضاة في تطبيقهم للنصوص القانونية كل حسب توجهه، وهو ما يؤدي أيضاً لصدور أحكام مختلفة ومتناقضة لا يتضرر منها ولا تضيع معها إلا حقوق المتقاضين، وعليه فمن المناسب جداً ضبط المصطلحات وتوضيح المقصود بالقرء.

(2) العدة بالأشهر.

وهذا بالنسبة لليأس من الحيض أي التي لم تعد الحيض لتزولها، وذات الحكم يسري على الصغيرة التي لم تحض أصلاً، وفي تحديد سن اليأس يبقى الاختلاف قائماً، وهو عند المالكية يكون ما بين سن الخمسين والسبعين².

(3) العدة بوضع الحمل.

وهذا فيما يخص الحامل التي تطلق وهي على هذا الحال، فبمجرد تطليقها ووضعها حملها تنتهي عدتها، وبالتالي حلت للتزويج³.

البند الثاني: نفقة العدة وأحكامها.

أولاً: مفهوم نفقة العدة.

(1) تعريف نفقة العدة.

¹ عبد الله بن محمود الموصللي، مرجع سابق، ص 255. عبد العزيز الراجحي، مرجع سابق، ص 1070. أبي الوليد القرطبي، مرجع سابق، ص 89.

² الحبيب بن طاهر، مرجع سابق، ص 185. نبيل صقر، قانون الأسرة نصاً وفقها وتطبيقاً، دار الهدى، عين مليلة، 2006، ص 235.

³ مصطفى بن العدوى، أحكام الطلاق في الشريعة الإسلامية، ط 1، مكتبة ابن تيمية، القاهرة، 1988، ص 151. أحمد نصر الجندي، مرجع سابق، ص 507.

قياساً على التعريف الذي تقدم إعطائه لكل من النفقة والعدة، يتضح لنا بأن نفقة العدة هي كل ما تستحقه المطلقة المعتدة من مال زوجها طوال فترة تربصها التي فرض الشرع عليها، من غداء وكسوة وعلاج، وسكن، وكل ما تقتضيه الحياة من ضروريات.

حيث أن هذه النفقة عندما تدفع لها عادة ما تأخذ صورة مبلغ إجمالي أو شهري، كما هو معمول به من طرف المحاكم¹.

إلى جانب نفقة العدة تجدر الإشارة إلى أن المطلقة تجب لها أيضاً سكنى تمارس فيها عدتها.

(2) دليل مشروعية نفقة العدة.

وجبت النفقة كحق مقرر للمطلقة وكأثر مالي من آثار الطلاق بما هو وارد من آيات في القرآن وأحاديث من السنة، وأيضاً بما ورد من الإجماع والمعقول.

(أ) دليل مشروعية نفقة العدة من الكتاب.

قوله تعالى: ﴿لِيُنْفِقَ ذُو سَعَةٍ مِنْ سَعَتِهِ وَمَنْ قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنْفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ لَا تُكَلِّمُوا اللَّهَ تُفْسَاداً لِلَّهِ إِنَّهَا سَبَجَلٌ لِلَّهِ يُغْشَى بِهَا النَّاسُ وَيُغْشَى النَّاسُ بِاللَّهِ﴾².

وقوله أيضاً: ﴿وَمَلَى الْمَوْلُودَ لَهُ مِنْ رِزْقِئِهِ وَأَلْمَسُوهُنَّ بِأَمْوَالِهِنَّ لَأُكَلِّمَنَّ اللَّهُ الْإِنْسَانَ إِنْ أَرَادَ أَنْ يَنْفِقَ إِلَّا أَنْ يَنْفِقَ بِمَا اتَّكَفَأ اللَّهُ لَا يُخَارَ وَالْحَدَّةُ بِوَالِدِهَا وَلَا مَوْلُودَ لَهُ بِوَالِدِهِ وَمَلَى الْوَارِثُ مِثْلَ ذَلِكَ﴾³.

أيضاً قوله تعالى: ﴿أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتَهُنَّ مِنْ وُجْدِكُنَّ﴾⁴.

(ب) دليل مشروعية نفقة العدة من السنة.

¹ يوسف دلاندة، دليل المتقاضي في مادة شؤون الأسرة، الزواج والطلاق، ط 2، دار هومة، الجزائر، 2008، ص 66.

² سورة الطلاق، الآية 7.

³ سورة البقرة، الآية 233.

⁴ سورة الطلاق، الآية 6.

فقد روي عن عائشة رضي الله تعالى عنها أن هند بنت عتبة قالت: يا رسول الله، إن أبا سفيان رجل شحيح، ليس يعطيني وولدي إلا ما أخذت منه، وهو لا يعلم، فقال: "خدي ما يكفيك وولدك بالمعروف"¹.

كما روي عن أبي عمرو - يعني الأوزاعي - عن عمر بن شعيب، عن أبيه، عن جده عبد الله بن عمرو أن امرأة قالت يا رسول الله، إن ابني هذا كان بطني له وعاء، وثدي له سقاء، وحجري له حواء، وإن أباه طلقني، وأراد أن ينتزعه مني، فقال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم "أنت أحق به ما لم تنكحي"².

ج) دليل مشروعية نفقة العدة من الإجماع والمعقول.

انعقد الإجماع على وجوب نفقة الزوج على زوجته، ونقل ما تم الإجماع عليه من أكثر من واحد³.

ومن المعقول، عملاً بقاعدة الاحتباس يرى الفقهاء المسلمون بأن نفقة الزوجة واجبة على الزوج، فحسب رأيهم أن من حبس لأجل غيره وجبت نفقته لهذا كان على الزوج بحبس زوجته النفقة عليها، وضربوا المثل بالقاضي عند نظره في مشاكل المسلمين وحله لمنازعاتهم، فقالوا بوجوب نفقته في مالهم بما أنه يفرغ نفسه ووقته لحل مشاكلهم⁴.

¹ أخرجه البخاري في سننه، كتاب: النفقات، باب: إذا لم ينفق الرجل، فللمرأة أن تأخذ بغير علمه ما يكفيها وولدها بالمعروف، الحديث رقم: 3564، البخاري، مرجع سابق، ص 1062.

² أخرجه أبي داود في سننه، كتاب: الطلاق، باب: من أحق بالولد، الحديث رقم: 2276، أبي داود، مرجع سابق، ص 283.

³ أبو زهرة، محضرات في عقد الزواج وآثاره، دار الفكر العربي، (بدون بلد الطبع ولا سنة)، ص 258.

⁴ د. أحمد فراج حسين، أحكام الأسرة في الإسلام، الطلاق - الخلع وحقوق الأولاد - نفقة الأقارب وفقاً لأحدث التشريعات القانونية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2004، ص 232. عاطف مصطفى البراوي التتر، حقوق الزوجة المالية في الفقه الإسلامي، مقارنة بقانون الأحوال الشخصية الفلسطيني، رسالة ماجستير، كلية الشريعة والقانون، الجامعة الإسلامية، 2006، ص 82.

3) مشتملات نفقة العدة.

أ) مشتملات نفقة العدة في الفقه.

قبل حديثنا على مشتملات النفقة التي يرتبها الطلاق للمطالبة والأساس المعتمد عليه في تقديرها وجب الإشارة إلى نقطتين، أولهما أن هذا النوع من النفقات يسري عليها ويحكمها ما يحكم النفقة التي تستحقها الزوجة في ظل العلاقة الزوجية مع اختلافات بسيطة والتي تتضح لنا عند حديثنا على المطلقات وحققهن في النفقة¹؛ أما النقطة الثانية فتتعلق باختلاف الفقهاء حول هذه المشتملات فهناك من اعتبر المسكن مشتمل من مشتملاتها إلى جانب المشتملات الأخرى وهناك من لم يعتبره كذلك².

- نفقة الطعام.

ونفقة الطعام يراد من ورائها كل ما يؤكل من خبز وحبوب وما يلحق بهما مما يقتات ويدخر³؛ ولقد اتفق الفقهاء على وجوبها للزوجة إلى جانب ما يتبعها من الماء والشراب والإدام وما إلى ذلك⁴؛ إلا أن الخلاف قام بينهم حول مقدارها والأساس المعتمد في تقديرها كما يلي:

فذهب الحنفية والمالكية إلى أنها غير مقدرة شرعا فمقدارها مرهون بكفايتها للزوجة

¹ منصور البهوتي، كاشف القناع على متن الإقناع، مرجع سابق، ص 2817.

² د. مبروك المصري، مرجع سابق، ص 451.

³ الحبيب بن طاهر، مرجع سابق، ص 257.

⁴ ابن عابدين، ج 5، دار عالم الكتب، الرياض، 1423 هـ - 2003، مرجع سابق، ص 278. أبي الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي البصري، الحاوي الكبير في فقه الامام الشافعي رضي الله عنه وهو شرح مختصر المزني، (تحقيق: الشيخ علي محمد معوض والشيخ عادل أحمد عبد الموجود)، ج 11، ط 1، دار الكتب العلمية، لبنان، 1414 هـ - 1994، ص 425. أبي الوليد القرطبي، مرجع سابق، ص 54. شمس الدين أبي الفرج عبد الرحمن بن أبي عمر بن أحمد ابن قدامة المقدسي، الشرح الكبير، ج 9، دار الكتاب العربي، (بدون بلد الطبع ولا سنة)، ص 230.

مما يجعلها تختلف من واحدة لأخرى¹؛ وهذا لما جاء في قوله تعالى: ﴿وَمَلَى الْمَوْلُودَ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾².

ولما روي عن عائشة رضي الله تعالى عنها أن هند بنت عتبة قالت: يا رسول الله، إن أبا سفيان رجل شحيح، ليس يعطيني وولدي إلا ما أخذت منه، وهو لا يعلم، فقال: "خدي ما يكفيك وولدك بالمعروف"³؛ وبهذا أيضا أخذ الحنابلة في مذهبهم⁴.

أما الشافعية فنفقة الطعام مقدرة عندهم لما جاء في قوله تعالى: ﴿لِيُنْفِقَ ذُو سَعَةٍ مِنْ سَعَتِهِ وَمَنْ قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنْفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ﴾⁵؛ فهي على الموسر مدان وعلى الأوسط مد ونصف، أما المعسر فنفقته تقدر بمد واحد⁶.

وبهذا يمكن القول بأن الفقهاء في تقديرهم لنفقة الطعام جاءوا على رأيين، رأي يقضي بعدم تقديرها وهو رأي الجمهور ورأي يقضي بذلك وهو ما ذهب إليه الشافعية، ومن هذا فإنهم انقسموا في تحديد الأساس المعتمد في تقديرها أيضا إلى رأيين:

رأي قضى بأن نفقة الطعام تقدر بحسب حال الزوجين معا يسارا وإعسارا، فإذا كانا موسرين فرضت عليه نفقت الموسرين، وإذا كانا معسرين فرضت عليه نفقت المعسرين، أما إذا كان أحدهما موسرا والآخر معسرا فرضت عليه نفقة المتوسط أي بين الموسر والمعسر، وهذا الرأي هو رأي الجمهور من الحنفية والمالكية والحنابلة⁷؛ في حين ذهب

¹ عبد الله بن محمود الموصلي، مرجع سابق، ص 274. أبي الوليد القرطبي، مرجع سابق، ص 54.

² سورة البقرة، الآية 233.

³ أخرجه البخاري في سننه، كتاب: النفقات، باب: إذا لم ينفق الرجل، فللمرأة أن تأخذ بغير علمه ما يكفيها وولدها بالمعروف، الحديث رقم: 3564، البخاري، مرجع سابق، ص 1062.

⁴ منصور البهوتي، كاشف القناع على متن الإقناع، مرجع سابق، ص 2817.

⁵ سورة الطلاق، الآية 7.

⁶ شمس الدين الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، مرجع سابق، ص 559.

⁷ موفق الدين بن قدامة، ج 9، مرجع سابق، ص 230. محمد عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج 2، دار إحياء الكتب العربية، (بدون بلد الطبع ولا سنة)، ص 509. شمس الدين المقدسي، مرجع سابق، ص 230.

القسم الثاني من الفقه وهم الشافعية إلى الاعتماد في تقديرها على حال الزوج وحده يسار واعسارا¹.

وعن الرأي الراجح فهناك من قام بترجيح الرأي الثاني²؛ أما من منظور الباحثة فالراجح هو رأي الجمهور لمراعاته حال الزوجين معا.

- نفقة الكسوة.

فيما يتعلق بهذا النوع من النفقات فقد أجمع أهل العلم على وجوبها على الزوج³؛ فهي لازمة للحاجة التي تتحقق معها من حفظ للبدن⁴؛ وقد استدلوا على هذا اللزوم بالأدلة التي جاؤوا بها عند حديثهم على نفقة الطعام⁵.

وفيما يتعلق بتقديرها أجمع الفقهاء أيضا على أن نفقة الكسوة ليست مقدرة شرعا إذ تبقى معتبرة بمدى كفايتها للزوجة وذلك لكونها لازمة لها على الدوام، وقد يرجع للحاكم في هذا التقدير فيفرض لها من الكسوة قدر كفايتها، وقد يسارها وإعسارها، وأيضا وفقا لما جرى العرف عليه في كسوة مثلها⁶.

وبالنسبة للحال الذي يعتبر فيه عند تقديرها فيما إذا كان بحال الزوج أو حال الزوجة أو حالهما معا؟.

¹ أبي الحسن البصري، مرجع سابق، ص 423.

² د. وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص 801.

³ شمس الدين المقدسي، ج 9، مرجع سابق، ص 235.

⁴ أبي إسحاق الشيرازي، مرجع سابق، ص 610.

⁵ أنظر الصفحة 42 من هذه الرسالة.

⁶ موفق الدين بن قدامة، ج 9، مرجع سابق، ص 236.

ذهبت فقهاء المالكية والحنابلة والحنفية إلى الاعتبار بحال الزوجين معا¹؛ أما الشافعية فذهبوا إلى الاعتبار بحال الزوج وحده يسارا وإعسارا².

وبالنسبة للزمن الذي تفرض فيه وعددها، فعند الحنابلة يكون الفرض لها في البداية من كل عام مرة واحدة وفقا لما جرت عليه العادة³.

وعند الحنفية والشافعية والمالكية يفرض لها مرتين في السنة، مع مراعاة تغير الفصول إذ عليه أن يقدم لها في فصل الشتاء ما يقيها البرد وفي فصل الصيف ما يدفع عنها الحر⁴.

- نفقة المسكن.

لما ذكره الله تعالى في المطلقات في قوله: ﴿أَسْكُنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتَهُنَّ مِنْ وُجُوهُكُمْ﴾⁵؛ جاء اتفاق الفقهاء على حق الزوجة في نفقة المسكن⁶؛ فحسب رأيهم إذا كانت المطلقة تستحق السكنى فكان من باب أولى أن تستحقها الزوجة وهي لا تزال في عصمة زوجها⁷.

¹ أبي القاسم المالكي، مرجع سابق، ص 363. منصور البهوتي، كاشف القناع على متن الإقناع، مرجع سابق، ص 2813. ابن عابدين، ج 5، مرجع سابق، ص 298.

² أبي إسحاق الشيرازي، مرجع سابق، ص 610.

³ موفق الدين بن قدامة، ج 9، مرجع سابق، ص 241.

⁴ عبد الله بن محمود الموصللي، مرجع سابق، ص 274. شمس الدين الشربيني، الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع، مرجع سابق، ص 379. بهرام عبد العزيز الدميري، مرجع سابق، ص 495.

⁵ سورة الطلاق، الآية 6.

⁶ أبي القاسم المالكي، مرجع سابق، ص 363. ابن عابدين، ج 5، مرجع سابق، ص 292. محمد بن صالح العثيمين، مرجع سابق، ص 457. محمد بن إدريس الشافعي، الأم، كتاب: العدد، (تحقيق: د. رفعت فوزي عبد المطلب)، ج 6، ط 1، دار الوفاء، المنصورة، 1422هـ - 2001، ص 226.

⁷ د. عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية، ج 7، ط 1، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1413هـ - 1993، ص 196.

وأضاف الفقهاء ضرورة تجهيز هذا المسكن متى كان للزوجة على زوجها هذا الحق بكل ما يعتبر من الضروريات، من دورة مياه ومطبخ ومنشر لنشر الغسيل وكل ما يلزم بحسب العرف¹.

- نفقة العلاج.

والمراد من وراء نفقة العلاج تلك النفقة التي تحتاجها الزوجة أثناء عدتها بسبب المرض الذي يلحق بها أو بسبب حملها كئثم الدواء وأجرة القابلة².

فهذه النفقة هي غير واجبة لها، وعليه فهي واجبة عليها ومن مالها الخاص إذا كان لها مال، أما في حالة ما إذا لم يكن لها مال فوجبت على من تجب عليه نفقتها، وذلك خلاف لما ذهب إليه الدكتور وهبة الزحيلي الذي يرى بأن المداواة أصبحت تأخذ وجهها مغايرا عن ذلك الوجه الذي كانت تأخذه في الماضي إذ أصبحت الحاجة لها اليوم كالحاجة إلى الطعام والغذاء تماما إن لم تكن أهم³.

(ب) مشتملات نفقة العدة في التشريع الجزائري.

فمشتملاتها في القانون الجزائري طبقا لنص المادة 78 هي الغداء والكسوة والعلاج، والسكن أو أجرته، وكل ما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة⁴.

ولا تكاد تخرج هذه المشتملات عما هو منصوص عليه في القوانين المغاربية⁵؛ وهو ما توضحه لنا النصوص أدناه:

المادة 189 من م. أ "تشمل النفقة الغداء والكسوة والعلاج، وما يعتبر من الضروريات والتعليم للأولاد، مع مراعاة أحكام المادة 168 أعلاه".

¹ د. عبد الكريم زيدان، المرجع السابق، ص 199.

² مليكة قبزيلي، مرجع سابق، ص 175.

³ د. وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص 794.

⁴ القانون رقم 11/84 المتضمن قانون الأسرة السابق ذكره.

⁵ كل من مدونة الأسرة المغربية ومدونة الأحوال الشخصية الموريتانية ومجلة الأحوال الشخصية التونسية.

المادة 142 من م. أ. ش. م "تشمل النفقة الطعام والكسوة والمسكن وما يعتبر من الضروريات في العرف".

الفصل 50 من م. أ. ش. م "تشمل النفقة الطعام والكسوة والمسكن والتعليم وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة".

عند مقارنة هذه المواد يظهر لنا الفرق بينها جليا وإن كان بسيطا، حيث أن كل مادة تنفرد بوضع ترتيب خاص بها فيما يتعلق بالمشتملات، وربما يعود هذا التفاوت إلى مدى الأهمية التي يلعبها كل عنصر من هذه العناصر داخل كل مجتمع مغربي بالإضافة إلى عامل الحاجة والضرورة.

إلا أنه بالرغم من هذا الاختلاف، إلا إنها تشترك في نقطة واحدة، وهي تعدادها لهذه المشتملات الذي جاء على سبيل المثال لا الحصر، ليبقى المجال مفتوحا لمختلف العناصر الأخرى والتي يقتضيها العرف والعادة والضرورة، فالحياة لديها متطلبات متزايدة لا تتوقف على مجرد الغذاء والكسوة، والعلاج والسكن.

وبهذا أخذ المشرع الجزائري وهو ما يتضح لنا في المادة 79 من ق. أ¹ التي منح المشرع الجزائري من خلالها للقاضي كامل السلطة التقديرية وهو بصدد تقدير النفقة، مراعيًا في ذلك كل من ظروف الطرفين زوجا وزوجة دون أن يقدم أي منها على الآخر، والظروف التي يقتضيها المعاش، وإن كان لم يصرح بمراعاة ظروف البلد والأسعار غير أن ظروف المعاش تسيّر وفق المخطط الذي تضعه ظروف هاتين الآخريتين.

وما يؤكد خضوع تقدير النفقة للسلطة التقديرية للقاضي الأحكام القضائية الصادرة عن المحكمة العليا من بينها القرار الصادر عنها في 1991/05/21 والذي جاء قضائها فيه على النحو التالي:

¹ وقد جاء نصها كما يلي: "يراعي القاضي في تقدير النفقة حال الطرفين وظروف المعاش ولا يراجع تقديره قبل مضي سنة من الحكم".

"إن تحديد نفقات العدة والمتعة والنفقة الغذائية للزوجة المطلقة وأولادها المحضونين، وحق الحاضنة في السكن، تخضع للسلطة قضاة الموضوع، التي خولها لهم القانون، ولا رقابة للمحكمة العليا عليهم في ذلك"¹.

إلا أنه إذا رجعنا إلى القانون المغربي في المادة 189 ف 2 من م. أ² نجد المشرع المغربي كان أكثر توفيقا في تحديده لمعايير تقدير النفقة كل حسب أهميته، إذ راعى عند تقدير النفقة كل من معيار التوسط ودخل الملزم بالنفقة، حال مستحقها، مستوى الأسعار والأعراف والعادات السائدة في الوسط الذي تفرض فيه النفقة، حيث أن هذه المادة وإن كانت شارحتا لكل ما يلزم مراعاته عند تقدير النفقة غير أن هذا الشرح يحسب في صف المشرع المغربي، وهذا حتى لا يتسنى للقاضي وهو بصدد هذه العملية تقديم عنصر عن الآخر، فدائما وبعدهما يراعي التوسط ينظر إلى حال الملزم بها ثم مستحقها، خلافا للمشرع الجزائري الذي جعل الملزم والمستحق في درجة واحدة، ليأتي فيما بعد مستوى الأسعار والأعراف والعادات السائدة في الوسط الذي تفرض فيه النفقة.

وبالنسبة لمقدار النفقة يبقى مبهما في قانون الأسرة الجزائري حيث لم يحدده المشرع مخضعا ذلك للسلطة القاضي التقديرية، أما بالنسبة لمن تجب عليه النفقة فهو الزوج وهو ما يؤكد المشرع الجزائري أيضا في المادة 74 من ق. أ .

هذا وتكون النفقة مستحقة ابتداء من تاريخ الحكم في الدعوى لارتباطها به، هذا بالرغم من عدم ورود أي نص قانوني يقوم بتحديد تاريخ استحقاقها.

ثانيا: المطلقات وحقهن في نفقة العدة.

(1) المطلقات وحقهن في نفقة العدة في الفقه.

المطالبة قد تكون معتدة إما من طلاق رجعي أو من طلاق بائن:

¹ أنظر، م. ع، غ. أ. ش، 1991/05/21، ملف رقم 72602، ن. ق، 1995، ع 47، ص 149.

² القانون رقم 03/70 بمثابة مدونة الأسرة المغربية السابق ذكره.

أ) المطة طلاقا رجيا وحقها في نفقة العدة.

اتفق فقهاء الشريعة الإسلامية على وجوب النفقة والسكنى للمطلة طلاقا رجيا مع افتراض حملها من عدمه، وذلك لكون المطة هنا في حكم الزوجة لإمكان المراجعة في أي وقت ما دامت في العدة، وبالتالي تعامل معاملة هذه الأخيرة فيجب لها ما يجب للزوجة من غداء وكسوة ومسكن... إلخ¹.

واستدلوا بما يلي:

قوله تعالى: ﴿وَإِنْ كُنَّ أُولَاهِ حَحْلٍ فَأَنْفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّىٰ يَخْضَعْنَ حَقْلَهُنَّ﴾².

قوله أيضا: ﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ وَأَنْصُوا الْعِدَّةَ وَاتَّقُوا اللَّهَ رَبَّكُمْ لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخْرُجْنَ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفَاحِشَةٍ مُبِينَةٍ﴾³.

ما روي عن زائدة، عن شبيب بن غردقة، عن سليمان بن عمرو بن الأحوص، قال: حدثني أبي أنه شهد حجة الوداع مع الرسول صلى الله عليه وسلم، فحمد الله وأثنى عليه، وذكر ووعظ، فذكر في الحديث فقال: "ألا واستوصوا بالنساء خيرا، فإنما هن عوان عندكم، ليس تملكون منهن شيئا غير ذلك، إلا أن يأتين بفاحشة مبينة، فإن فعلن فاهجروهن في المضاجع واضربوهن ضربا غير مبرح، فإن أطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلا، ألا إن لكم على نساءكم حقا، ولنساءكم عليكم حقا، فأما حقكم على نساءكم، فلا يوطئن

¹ ابن عابدين، ج 5، مرجع سابق، ص 333. مالك بن أنس الأصبحي، مرجع سابق، ص 48. أبي إسحاق الشيرازي، مرجع سابق، ص 620. عبد العزيز الراجحي، مرجع سابق، ص 1085. أحمد ابن معجوز، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، وفق مدونة الأحوال الشخصية، ج 1، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، 1998، ص 313.

² سورة الطلاق، الآية 6.

³ سورة الطلاق، الآية 1.

فرشكم من تکرهون ولا یأذن فی بیوتکم لمن تکرهون، ألا وحقهن علیکم أن تحسنوا إلیهن فی کسوتهن وطعامهن"¹.

وفي هذا الصدد ذکر الدكتور سلیمان الأشقر عن ابن عبد البر بأنه قال: "لا خلاف بین علماء الأمة أن اللواتی لأزواجهن علیهن الرجعة لهن النفقة، وسائر المؤنة علی أزواجهن، حوامل كن أو غیر حوامل، لأنهن فی حکم الزوجات فی النفقة والسكنی والميراث ما كن فی العدة"².

ب) المطلقة طلاقاً بائناً وحقها فی نفقة العدة.

وفيها يميز الفقهاء بين المطلقة البائنة الحامل والمطلقة البائنة الحائلة³؛ فانفقوا على وجوب النفقة والسكنی للمطلقة الحامل إلى غاية وضع حملها⁴؛ مستنديين بما جاء في قوله تعالى: ﴿وَإِنْ كُنَّ أُولَاهِ حَمَلًا فَأُنْفِقُوا لَهُنَّ مِنْ حَتَّىٰ يَخْرُجَنَّ حَمْلُهُنَّ﴾⁵.

أما المطلقة الحائلة فيرى جانب من الفقهاء بأنها تستحق السكن دون النفقة، في حين منحها بعض الفقهاء الحق في النفقة والسكنی، في حين ذهب آخرون إلى عدم استحقاقها الاثنتين معاً⁶.

¹ أخرجه الترميذي في سننه، كتاب: الرضاع، باب: ما جاء في حق المرأة على زوجها، الحديث رقم: 1163، محمد بن عيسى بن سورة الترميذي، سنن الترميذي، ط 1، مكتبة المعارف، الرياض، (بدون سنة الطبع)، ص 276. أخرجه ابن ماجة في سننه، كتاب: النكاح، باب: حق المرأة على الزوج، الحديث رقم: 1851، ابن ماجة، مرجع سابق، ص 201.

² د. عمر سليمان الأشقر، مرجع سابق، ص 288-289.

³ والحائلة هي غير حامل.

⁴ شمس الدين السرخسي، ج 5، مرجع سابق، ص 202. محمد بن صالح العثيمين، مرجع سابق، ص 465. مالك بن أنس الأصبحي، مرجع سابق، ص 48. محمد بن إدريس الشافعي، مرجع سابق، ص 595. أيمن أحمد محمد نعيرات، الذمة المالية للمرأة في الفقه الإسلامي، رسالة ماجستير، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، 2009، ص 184.

⁵ سورة البقرة، الآية 6.

⁶ أبي الحسن البصري، مرجع سابق، ص 465. مصطفى إبراهيم الزلمي، أحكام الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي المقارن، دراسة مقارنة مع القانون، ط 1، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، 2011، ص 222-223.

وَاسْتَدَلُّوا فِي الْحَالَةِ الْأُولَى وَالَّتِي أَخَذَ بِهَا مَالِكٌ بِنِ اسْنِ، وَاللَيْثُ بِنِ سَعْدِ،
وَالشَّافِعِيُّ¹؛ بِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿أَمْكُنْهُمْ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتَهُمْ مِنْ وَجْهِكَ﴾².

أَمَّا الْحَالَةُ الثَّانِيَةُ قَالَ بِهَا أَهْلُ الْكُوفَةِ وَأَبِي حَنِيفَةَ وَالثَّوْرِيَّ³؛ فَدَلِيلُهُمْ فِيهَا مَا حَدَّثَ بِهِ
أَبُو بَكْرٍ قَالَ لَنَا جَرِيرٌ عَنْ مَغِيرَةَ قَالَ: ذَكَرْتُ لِإِبْرَاهِيمَ حَدِيثَ فَاطِمَةَ بِنْتِ قَيْسٍ فَقَالَ إِبْرَاهِيمُ:
قَالَ عَمْرٌ: لَا نَدَعُ كِتَابَ اللَّهِ وَسُنَّةَ رَسُولِهِ لِقَوْلِ امْرَأَةٍ لَا نَدْرِي حَفِظْتَ أَمْ نَسِيتِ وَكَانَ عَمْرٌ
يَجْعَلُ لَهَا السُّكْنَى وَالنَّفَقَةَ⁴.

أَمَّا فِي الْحَالَةِ الثَّلَاثَةِ وَالَّتِي قَالَ بِهَا الْحَنَابِلَةُ⁵؛ فَدَلِيلُهُمْ فِيهَا مَا رَوَى عَنْ مَالِكٍ، عَنْ
عَبْدِ اللَّهِ بْنِ يَزِيدَ مَوْلَى الْأَسْوَدِ بْنِ سَفْيَانَ، عَنْ أَبِي سَلَمَةَ بْنِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ، عَنْ فَاطِمَةَ بِنْتِ
قَيْسٍ، أَنَّ أَبَا عَمْرٍو بْنَ حَفْصٍ طَلَّقَهَا الْبَتَّةَ، وَهُوَ غَائِبٌ فَأَرْسَلَ إِلَيْهَا وَكَيْلَهُ بِشَعِيرٍ فَسَخَطَتْهُ
فَقَالَ: وَاللَّهِ مَا لَكَ عَلَيْنَا مِنْ شَيْءٍ، فَجَاءَتْ إِلَى رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فَذَكَرَتْ ذَلِكَ
لَهُ، فَقَالَ "لَيْسَ لَكَ عَلَيْهِ نَفَقَةٌ" وَأَمَرَهَا أَنْ تَعْتَدَ فِي بَيْتِ أُمِّ شَرِيكَ، ثُمَّ قَالَ "إِنَّ تِلْكَ امْرَأَةً
يَغْشَاهَا أَصْحَابِي، اعْتَدِي فِي بَيْتِ ابْنِ أُمِّ مَكْتُومٍ، فَإِنَّهُ رَجُلٌ أَعْمَى، تَضَعِينَ ثِيَابَكَ، وَإِذَا
حَلَلْتَ فَادْنِينِي". قَالَتْ: فَلَمَّا حَلَلْتُ ذَكَرْتُ لَهُ أَنَّ مَعَاوِيَةَ ابْنَ أَبِي سَفْيَانَ وَأَبَا جَهْمَ خَطْبَانِي،
فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ "أَمَّا أَبُو جَهْمٍ فَلَا يَضَعُ عَصَاهُ عَنْ عَاتِقِهِ، وَأَمَّا مَعَاوِيَةُ
فَصَلُوكَ لَا مَالَ لَهُ، انكحِ أُسَامَةَ بْنَ زَيْدٍ" قَالَتْ: فَكَرِهَتْهُ، ثُمَّ قَالَ: "انكحِ أُسَامَةَ بْنَ زَيْدٍ"
فَنَكَحَتْهُ فَجَعَلَ اللَّهُ تَعَالَى فِيهِ خَيْرًا وَاعْتَبَطَتْ بِهِ⁶.

¹ مالك بن أنس الأصبحي، مرجع سابق، ص 48. أبي إسحاق الشيرازي، مرجع سابق، ص 620.

² سورة الطلاق، الآية 6.

³ ابن عابدين، ج 5، مرجع سابق، ص 333.

⁴ أبي بكر عبد الله بن محمد بن أبي شيبة الكوفي العبسي، المصنف في الأحاديث والآثار، كتاب: الطلاق، باب: من قال
في المطلقة ثلاثاً لها النفقة، الحديث رقم: 18659، ج 4، ط 1، دار التاج، لبنان، 1409 هـ - 1989، ص 136-
137.

⁵ عبد العزيز الراجحي، مرجع سابق، ص 1087.

⁶ أخرجه أبي داود في سننه، كتاب: الطلاق، باب: في نفقة المبتوتة، الحديث رقم: 2284، أبي داود، مرجع سابق، ص

(2) المطلقات وحققن في نفقة العدة في التشريع الجزائري.

وبالرجوع إلى نصوص قانون الأسرة الجزائري فإنه لم يرد ضمنها ما يخالف أحكام الشريعة الإسلامية والمذهب المالكي المعتمد في المنطقة، متى تعلق الأمر بنفقة المعتدة من طلاق رجعي سواء كانت حاملا أم غير حامل أو متوفى عنها زوجها، وهذا ما يؤكد نص المادة 61 من ق. أ "لا تخرج الزوجة المطلقة و لا المتوفى عنها زوجها من السكن العائلي ما دامت في عدة طلاقها أو وفاة زوجها إلا في حال الفاحشة المبينة ولها الحق في النفقة في عدة الطلاق".

وعندما يتعلق الأمر بنفقة المعتدة من طلاق بائن فإن الخلاف الفقهي حولها كان له أثره على المشرع الجزائري، الذي أخذ بالفقه الحنفي، وذلك بإعطائها الحق في النفقة والسكنى سواء كانت حاملا أم كانت حائلا، وهذا ما يفهم من المادة 61 من ق. أ التي جاءت بصفة العموم.

وهذا الخلاف الفقهي لم يقتصر أثره على التشريع الجزائري بل امتد إلى القوانين المغاربية - التونسية والموريتاني - باستثناء المشرع المغربي الذي جاء صريحا في موقفه الذي يتمسك فيه غالبا بالمذهب المالكي، إذ أعطى للمعتدة من طلاق بائن الحق في النفقة والسكنى متى كانت حاملا واكتفى بحقها في السكنى إذ لم تكن كذلك طبقا لنص المادة 196 من م. أ التي تقضي بما يلي: "المطلقة رجعيا يسقط حقها في السكن دون النفقة إذا انتقلت من بيت عدتها دون موافقة زوجها أو دون عذر مقبول، المطلقة طلاقا بائنا إذا كانت حاملا، تستمر نفقتها إلى أن تضع حملها، وإن لم تكن حاملا، يستمر حقها في السكنى فقط إلى أن تنتهي عدتها".

أما المشرع التونسي جاء في الفصل 38 من م. أ. ش لينص على أنه "يجب على الزوج أن ينفق على زوجته المدخول بها أثناء مفارقتها مدة عدتها".

وما يلاحظ على المشرع التونسي أنه لم يرقم بتحديد صورة الطلاق فيما إذا كان رجعيا أو بائنا، كما أنه اكتفى بذكر النفقة ولم يورد بجانبها السكنى كما فعل نظيره المغربي

والجزائري، إلا أن تعريف النفقة واسع كما سبق القول، ويشمل حتى السكنى بمفهوم نص الفصل 50.

أما المشرع الموريتاني نص على حق المعتدة من طلاق بائن في السكنى فقط، وهو ما يتضح من المادة 119 من م. أ. ش. م "تمكث المعتدة في بيت زوجها مدة العدة ويمنع هذا الأخير إخراجها منه طيلة تلك الفترة"، رغما أنه نص في المادة 147 من م. أ. ش. م¹ على أن نفقة الزوجة تجب على زوجها إذا دخل بها أو دعته إلى الدخول، حيث أن هذا التعبير لا يسري ولا يتفق إلا مع الحالة التي تكون فيها الزوجة معتدة من طلاق رجعي، في حين يبقى السؤال مطروحا حول حكم وجوب النفقة للمطلة طلاقا بائنا؟.

ثالثا: أسباب سقوط نفقة العدة.

1) الأسباب الفقهية لسقوط نفقة العدة.

إن الحديث عن الحالات التي تستحق فيها المطلقة نفقة العدة والسكنى، يدفعنا البحث عن الأسباب التي تكون سببا في الحرمان منها؟.

ففي الفقه الإسلامي لا تكون النفقة مستحقة لكل زوجة وقعت فرقتها بسببها، كما لا تكون مستحقة للزوجة المرتدة والناشر، والزوجة التي توفي عنها زوجها قبل تسليمها النفقة المستحقة لها².

2) الأسباب القانونية لسقوط نفقة العدة.

والمشرع الجزائري لم ينص صراحة على هذه الأسباب إلا من خلال ما يفهم من

¹ وجاء نص المادة 147 على النحو التالي: "تجب نفقة الزوجة على زوجها إذا دخل بها أو دعته للدخول بعد عقد صحيح بشرط كونه بالغا، وهي مطيقة، وليس أحدهما مشرفا على الموت".

² د. وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص 779-781. آسية بوخام، الحقوق المالية للمطلة بين الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، 2006-2007، ص 27.

نص المادتين 54 و 61 من ق. أ.¹.

- **الوضع الأول والمنصوص عليه في المادة 54 من ق. أ:** ويتعلق بالخلع إذ أجازت هذه المادة للزوجة مخالعة نفسها بمقابل مالي دون أن تحدد ما يجوز أن يكون مقابلا مالي وما لا يجوز أن يكون كذلك، وبناء على هذا فإنه يمكن للزوجة مخالعة نفسها مقابل النفقة، ومتى اختارت هذا الأمر سقط حقها فيها.

- **الوضع الثاني والمنصوص عليه في المادة 61 من ق. أ:** أوجب المشرع من خلال هذه المادة مكوث الزوجة في بيت الزوجية وعدم الخروج منه طوال عدتها، سواء كانت معتدة من طلاق أو من وفاة إلا في حالة الفاحشة المبينة، وعليه وبمفهوم المخالفة فإن خروجها منه في غير الفاحشة المبينة يسقط عنها الحق في النفقة والسكنى.

بناء على هذا وجب التنويه إلى أن المشرع الجزائري أغفل تفاصيل عديدة تتعلق بأحكام النفقة، في وقت كان عليه أن يتعامل معها على نحو تعامله مع الحضانة، وعليه فإن الصحيح هنا هو الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية حسب المادة 222 من ق. أ.².

رابعا: ميراث المطلقة.

إلى جانب النفقة التي تثبت للمطلقة بموجب عدتها قد يثبت لها أيضا خلال هذه الفترة الحق في الميراث.

1) تعريف الميراث ودليل مشروعيته.

(أ) **تعريف الميراث:** الميراث هو "حق قابل للتجزئة، يثبت لمستحقه بعد موت من كان له ذلك، لقرابة بينهما، أو نحوها كالزوجية والولاء"، أو "انتقال الملكية من الميت إلى ورثته

¹ القانون رقم 11/84 المتضمن قانون الأسرة الجزائري السابق ذكره.

² القانون رقم 11/84 المتضمن قانون الأسرة الجزائري السابق ذكره.

ومعرفة ما لكل وارث من نصيب"¹.

(ب) دليل مشروعية الميراث: من الكتاب ما جاء في قوله تعالى ﴿وَأَكْفَرُ بِكُمْ مَا تَرَكَ أَزْوَاجُكُمْ إِنْ لَمْ يَكُن لَكُمْ لَهْوٌ وَإِنْ كَانَ لَكُمْ لَهْوٌ فَلَكُمْ الرُّبْحُ مِمَّا تَرَكَتُمْ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةِ يَوْحِينَ بِهَا أَوْ دَيْنٍ وَأَلَصَّنَ الرُّبْحُ مِمَّا تَرَكَتُمْ إِنْ لَمْ يَكُن لَكُمْ وَلَدٌ فَإِنْ كَانَ لَكُمْ وَلَدٌ فَلَكُمْ الثَّمَنُ مِمَّا تَرَكَتُمْ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةِ تَوْصُونَ بِهَا أَوْ دَيْنٍ وَإِنْ كَانَ رَجُلٌ يُورَثُ كَلَالَةً أَوْ امْرَأَةٌ وَلَهُ أَخٌ أَوْ أُخْتٌ فَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا الشُّدْسُ فَإِنْ كَانُوا أَكْثَرَ مِنْ ذَلِكَ فَهُمْ شُرَكَاءُ فِي الثَّمَنِ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةِ يَوْحَىٰ بِهَا أَوْ دَيْنٍ غَيْرَ مُضَارٍّ وَصِيَّةٍ مِنَ اللَّهِ وَاللَّهُ غَلِيظٌ حَلِيمٌ﴾².

ومن السنة النبوية، ما روي عن عبد الله بن محمد بن عقيل، عن جابر بن عبد الله، قال: جاءت امرأة سعد بن الربيع بابنتيها من سعد إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت: يا رسول الله هاتان ابنتا سعد بن الربيع قتل أبوهما معك يوم أحد شهيدا، وإن عمهما أخذ مالهما، فلم يدع لهما مالا، ولا تتكحان إلا ولهما مال، قال: "يقضي الله في ذلك"، فنزلت آية المواريث، فبعث رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى عمهما فقال: "أعطي ابنتي سعد الثالثان، وأعط أمهما الثمن وما بقي فهو لك"³.

وهو ما أجمع عليه الفقهاء⁴.

(2) موجبات الميراث للزوجة ومن في حكمها.

من المتفق عليه شرعا وقانون أن الزوجية تثبت التوارث كما تثبتته صلة القرابة، ويثبت في الأولى بتوافر الشرطين التاليين⁵:

¹ د. بلقاسم شتوان، الطلاق في الفقه المالكي، دراسة أكاديمية مدعمة بالأدلة الشرعية وقانون الأسرة الجزائري، دار الفجر، قسنطينة- الجزائر، (بدون سنة النشر)، ص 328.

² سورة النساء، الآية 12.

³ أخرجه الترميذي في سننه، كتاب: الفرائض، باب: ما جاء في ميراث البنات، الحديث رقم: 2092، محمد الترميذي، مرجع سابق، ص 472.

⁴ أنظر، أبي الوليد القرطبي، مرجع سابق، ص 340 وما بعدها.

⁵ آسية بوخاتم، مرجع سابق، ص 28.

(أ) وجود عقد زواج صحيح: سواء وقع الدخول أو لم يقع، وهذا ما نصت عليه المادة 130 من ق. أ "يوجب النكاح التوارث بين الزوجين ولو لم يقع البناء"، وأكدته المادة 131 من ذات القانون "إذا ثبت بطلان النكاح فلا توارث بين الزوجين".

(ب) قيام الزوجية وقت الوفاة: وهذا طبقاً لنص المادة 132 من ق. أ "إذا توفي أحد الزوجين قبل صدور الحكم بالطلاق أو كانت الوفاة في عدة الطلاق، أستحق الحي منهما الإرث".

3) المطلقات وحقهن في الميراث.

(أ) المطلقات وحقهن في الميراث في الفقه: ونميز فيه بين المطلقة طلاقاً رجعياً والمطلقة طلاقاً بائناً.

- المطلقة طلاقاً رجعياً: وفي هذه الحالة يطلق الزوج زوجته طلاقاً رجعياً ثم يتوفى عنها، فأمام هذه الحالة أجمع الفقهاء على حقها في ميراث زوجها دون تمييز منهم بين الحالة التي مات فيها¹ - حالة الصحة أو حالة المرض-؛ وحقبتهم في ذلك هي أن المطلقة لا تزال في حكم الزوجة²؛ لقوله تعالى: "وَيُحْوَلُّنَّ إِلَىٰ أُمَّهَاتِكُمْ بِرَحْمَةٍ مِنَّا"؛³ هذا كله ما دامت عدتها قائمة أما إذا انقضت سقط هذا الحق بالإجماع أيضاً⁴.

ويسري هذا الحكم حتى في الحالة العكسية والتي تموت فيها الزوجة، فلزوجها الحق في ميراثها⁵.

¹ ابن تيمية، موسوعة الإجماع، كتاب: العدد، ط 1، مكتبة دار البيان الحديثة، السعودية، 1420هـ - 1999، ص 540.

² أبي محمد بن إبراهيم بن المنذر النيسابوري، الإجماع، ط 1، دار الآثار، القاهرة، 1425هـ - 2003، ص 94.

³ سورة البقرة، الآية 228.

⁴ د. بلقاسم شتوان، مرجع سابق، ص 329.

⁵ ساجدة عفيف محمد رشيد عتيلي، الطلاق التعسفي والتعويض عنه بين الشريعة الإسلامية والقانون الأردني، رسالة ماجستير، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، 2009، ص 72.

- المطلة طلاقاً بائناً: بخصوص هذه الحالة ميز الفقه بين حالة ما إذا حدث الموت في حالة الصحة وما إذا حدث في حالة المرض:

- الطلاق البائن في حالة الصحة: إذا حدث الطلاق في حالة الصحة ثم مات أحدهما فلا يرث الحي منهما الميت بالإجماع - أي الزوج والزوجة - سواء كان الطلاق بائناً بينونة صغرى أو كبرى، وذلك بسبب انقطاع العلاقة الزوجية¹.

- الطلاق البائن في حالة المرض: ويطلق على هذا الطلاق الذي يقع في المرض "طلاق الفار" أو "طلاق المريض مرض الموت"، وقبل تحديد موقف الفقه من جواز التوارث في هذا الطلاق من عدمه، سنقوم أولاً بتوضيح المقصود مرض الموت.

* مرض الموت:

فهو ما أضنا الرجل وأعجزه عن القيام بحوائجه²؛ والمرأة عن القيام بمصالحها داخل البيت ويغلب فيه الهلاك ويتصل به الموت³.

وانطلاقاً من هذا التعريف فإن المرض يعتبر مرض الموت متى تحقق فيه وصفان أساسيان وهما⁴:

- غلوب الهلاك فيه: حيث أن هذا الغلوب قد يرجع إلى طبيعة المرض في حد ذاته أو إلى كل ما من شأنه أن يجعل الشخص قريباً من الهلاك، كما لو وجد الشخص الذي لا يعاني من شيء في حالة يغلب فيها الهلاك، كما هو الحال بالنسبة لمن صدر حكم بالإعدام في حقه.

¹ أبي محمد النيسابوري، مرجع سابق، ص 94. ابن عابدين، ج 5، مرجع سابق، ص 12. الحبيب بن طاهر، مرجع سابق، ص 86. محمد بن إدريس الشافعي، مرجع سابق، ص 642.

² عبد الله بن محمود الموصلي، مرجع سابق، ص 190.

³ عبد الوهاب خلاف، مرجع سابق، ص 239.

⁴ د. أحمد فراج حسين، 1998، مرجع سابق، ص 121 - 122.

- أن يلحق مرض الموت مباشرة الموت: سواء كان هذا المرض راجع إلى المريض في حد ذاته أو كان خارجاً عن إرادته، وعليه فإن كل مرض يعقبه الموت غير أنه لا يغلب فيه الهلاك لا يمكن اعتباره مرض موت.

* ميراث المطلقة طلاق فرار: للفقهاء في ذلك قولان.

- **الفريق الأول:** ويقضي هذا الفريق بعدم توريث المطلقة طلاقاً بائناً والتي طلقها زوجها في المرض، وهذا قول البعض من **الشافعية**¹؛ وحججهم في ذلك ترجع إلى بينونتها قبل الموت والتي قطعت الإرث كالطلاق في الصحة².

- **الفريق الثاني:** على عكس الأول قضى بتوريث المطلقة بائناً في طلاق الفار، حيث ذهب **المالكية** إلى توريثها وسواء كانت في العدة أم خرجت منها، وسواء تزوجت بعد موته أم لا³؛ وذهب **الحنفية والشافعية** في قول عندهم إلى توريثها في العدة وبعدها وما لم تتزوج غيره⁴؛ في حين ذهب **الحنابلة** إلى توريثها بعد انقضائها ما لم تتزوج غيره⁵؛ ومن بين حججهم في ذلك ما روي عن مالك عن ابن شهاب، عن طلحة بن عبد الله بن عوف، عن أبي سلمة بن عبد الرحمن بن عوف أن عبد الرحمان بن عوف طلق امرأته البتة، وهو مريض، فورثها عثمان بن عفان منه بعد انقضاء عدتها⁶.

¹ محمد بن إدريس الشافعي، مرجع سابق، ص 644.

² أبي إسحاق الشيرازي، مرجع سابق، ص 81.

³ مالك بن أنس الأصبجي، مرجع سابق، ص 86.

⁴ شمس الدين السرخسي، ج 6، مرجع سابق، ص 154-155. محمد بن إدريس الشافعي، مرجع سابق، ص 643.

⁵ محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص 321.

⁶ أخرجه مالك في موطأه، كتاب: الطلاق، باب: طلاق المريض، الحديث رقم: 1181، أبي الوليد سليمان بن خلف بن سعد بن أيوب الباجي، المنتقى شرح موطأ مالك، (تحقيق: محمد عبد القادر أحمد عطا)، ج 5، ط 1، دار الكتب العلمية، لبنان، 1420 هـ - 1999، ص 346-347.

ويشترط من أجل التوارث في مرض الموت 4 شروط هي¹:

(أ) أن يكون الطلاق بائنا بعد الدخول الحقيقي: وعليه في الحالة التي تطلق فيها الزوجة طلاقاً بائناً قبل الدخول لا يعتبر هذا الطلاق فراراً من الميراث.

(ب) أن تكون الفرقة من غير رضا الزوجة: وعليه فإذا وقع الطلاق برضاها أو طلب منها لم تستحق الميراث، لكون هذه الفرقة أدت إلى إزالة احتمال أن زوجها طلقها فراراً من الميراث.

(ج) أهلية الزوجة لاستحقاق ميراث زوجها وقت الطلاق: والمقصود من وراء الأهلية أن تتوفر فيها الصفة الشرعية، وهذه الأهلية لا تقتصر فقط على وقت وقوع الطلاق بل لا بد أيضاً من بقائها قائمة إلى وقت تحقق الموت فعلاً، وبهذا فإن عدم أهليتها يجعلها غير جديرة باستحقاقه، كما لو أنها كانت غير مسلمة، ففي هذه الحالة هي في الأصل محرومة من الميراث لاختلاف ديانتها.

(د) أن لا يصح الزوج مطلقاً من مرضه: فإذا حدث وأن صح الزوج من مرض الموت ثم أصيب بمرض ثانٍ ثم تحقق موته بسبب مرض آخر فلا ترثه مطلقته.

(2) المطلقات وحقهن في الميراث في التشريع الجزائري: يرجعنا إلى المادة 132 من ق. أ يتضح لنا إقرار المشرع الجزائري بحق المطلقة في الميراث في كل من عدة الطلاق وقبل صدور حكم الطلاق، وهو ما سار عليه موقف المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 1993/12/21².

¹ صلاح الدين زيدان، حقوق المطلقة المالية، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، رسالة ماجستير، كلية أصول الدين والشريعة والحضارة الإسلامية، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، 2005-2006، ص 277-278.

² أنظر، م. ع. غ. أ. ش، 1993/12/21، ملف رقم 101444، م. ق، 1996، ع 2، ص 73.

ومنه فإن المشرع والقضاء سايرا الفقه فيما قضى به، إلا أن ما يمكن ملاحظته هو الخلط بين الطلاق الرجعي والطلاق البائن وذلك عندما رتب عليه الحق في التوارث في العدة، ليكون بذلك خالف أحكام الشريعة الإسلامية التي لا تثبت للمطلقة البائن هذا الحق.

أما طلاق الفار فهو ما سكت عنه، وعلى هذا يأتي العمل بأحكام الشريعة الإسلامية لسد الفراغ طبقاً لنص المادة 222 من ق. أ، وهذا ما تؤكد الاجتهادات والقرارات القضائية التي أخذت به وغلبت رأي الجمهور في توريث المطلقة في مرض الموت، وهو ما يتضح من خلال قرار المجلس الأعلى الصادر بتاريخ 1998/03/17 والذي جاء فيه "أن المرض مهما كانت خطورته، لا يمنع الزوج من إيقاع الطلاق، ما عدا إذا كان القصد من الطلاق في مرض الموت حرمان الزوجة من الميراث.

ومن ثم فإن قضاة الموضوع بقضائهم بطلاق الطاعنة، طبقوا صحيح القانون"¹.

الفرع الثاني: نفقة الإهمال.

إلى جانب نفقة العدة تثبت للمطلقة أيضاً نفقة الإهمال، وعن المقصود بها ودليل مشروعيتها هو ما سنعالجه في البنود أدناه.

البند الأول: تعريف نفقة الإهمال.

إذا كانت النفقة التي تستحقها الزوجة منذ وقت صدور حكم في دعوى الطلاق - أي طوال مدة العدة- تسمى بنفقة العدة، وإذا كانت النفقة تأخذ المعنى الذي تطرقنا له سابقاً، وبما أن الإهمال يراد به الترك²؛ فإن نفقة الإهمال كما يفهم من اسمها، هي تلك النفقة التي تستحقها الزوجة طوال الفترة السابقة على صدور الحكم بحل الرابطة الزوجية

¹ أنظر، م، ع، غ. أ. ش، 1998/03/17، ملف رقم 179696، إ. ق. غ. أ. ش، عدد خاص، ص 98.

² مجمع اللغة العربية، باب: الهاء، مادة: همعت، مرجع سابق، ص 995.

نتيجة ترك وإهمال زوجها لها¹.

البند الثاني: حكم نفقة الإهمال.

أولاً: حكم نفقة الإهمال في الفقه.

لقد اختلف الفقهاء حول وجوب نفقة الإهمال من عدمه بعد الاختلاف الذي قام حول تكيف طبيعتها، فاتفق المالكية والشافعية والحنابلة على أن نفقة الزوجة تعتبر ديناً في ذمة زوجها من وقت وجوبها وامتناعه عن أدائها، حتى وإن لم يحكم بها القاضي، وعليه متى كانت واجبة على الزوج لزوجته لا تسقط من ذمته إلا بالأداء أو الإبراء².

وقد استند الفقهاء الثلاث على ما ذهبوا إليه على ما جاء في قوله تعالى: ﴿وَمَلَى الْمَوْلُودَ لَهُ رِزْقًا لَهُ وَرِزْقًا كَسَوْتُمْ بِالْمَعْرُوفِ﴾³؛ وقوله أيضاً: ﴿لِيُنْفِقَ ذُو سَعَةٍ مِنْ سَعَتِهِ وَمَنْ قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنْفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ﴾⁴.

في حين ذهبت الحنفية إلى أنه ليس للزوجة أن ترجع على الزوج وتطالبه بنفقة سابقة لعدم ثبوت هذه الأخيرة ديناً في ذمته، فالدين في نظرهم لا يكون كذلك إلا من تاريخ حكم القاضي به، وعليه ليس للزوجة الحق في المطالبة بكل نفقة سابقة على لجؤها إلى القضاء إلا ما كان دون شهر⁵.

ثانياً: حكم نفقة الإهمال في التشريع الجزائري.

تقررت نفقة الإهمال في التشريع الجزائري بموجب نص المادة 80 من ق. أ

¹ رشيد مسعودي، النظام المالي للزوجين في التشريع الجزائري، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، 2005-2006، ص 74.

² أبي الحسن البصري، مرجع سابق، ص 493. الحبيب بن طاهر، مرجع سابق، ص 270-271. منصور البهوتي، كاشف القناع على متن الإقناع، مرجع سابق، ص 2830-2831.

³ سورة البقرة، الآية 233.

⁴ سورة الطلاق، الآية 7.

⁵ ابن عابدين، ج 5، مرجع سابق، ص 311.

"تستحق النفقة من تاريخ رفع الدعوى وللقاضي أن يحكم باستحقاقها بناء على بينة لمدة لا تتجاوز سنة قبل رفع الدعوى".

إذ عالج المشرع الجزائري بمقتضى هذه المادة الأمور التالية:

(1) الأصل العام في تحديد النفقة: فالأصل العام يقضي بأن النفقة لا تستحق إلا من تاريخ رفع الدعوى وإلى غاية صدور حكم فيها.

(2) الاستثناء في تحديد النفقة: يقضي هذا الاستثناء بجواز الحكم بالنفقة في المدة التي تسبق رفع الدعوى، وقد قرن المشرع استحقاق هذه الأخيرة بأمرين:

أولهما وجود بينة تثبت عدم إنفاق الزوج على زوجته حيث أنه أمام إقراره لا يثور أي إشكال وإن كان من النادر حدوثه، إلا أن الإشكال يطرح في الحالة العكسية، وهنا على الزوجة أن تقيم البينة إذ لها أن تستعين بشهادة الشهود من جيران وأقرباء وغيرهم¹؛ إلا أنه أمام العزوف الذي لحق بالشهادة من طرف المجتمع بحجة عدم التدخل في شؤون الغير يجعل الزوجة تواجه صعوبة في الإثبات، الأمر الذي قد يؤدي إلى ضياع حقها أمام عدم وجود أي بينة، وعلى هذه فللقاضي التخفيف من هذا العبء الذي يتقل كاهل الزوجة إذ له أن يكتفي مثلا بقرينة لجوء الزوجة إلى الطلاق فهي قرينة كافية للدلالة على إهمال الزوج².

أما الأمر الثاني فهو استحقاقها لمدة سنة قبل رفع الدعوى، وفي تحديد المشرع وضبطه للمدة فأرى إصابة المشرع في ذلك، فلو فرضنا أنه لم يقم بذلك فإنه يفتح الباب على مصرعيه أمام الزوجات من أجل المكر والانتقام من أزواجهم بتحديد المدة كل حسب سلطتها التقديرية.

¹ نعيمة تبودشت، مرجع سابق، ص 247.

² محمد لاتي، المنازعات المالية بين الزوجين في الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، 2001-2002، ص 71.

(3) أساس تحديد النفقة: إن القاضي غير ملزم بالحكم بالنفقة وهو ما يقتضي مبادرة الزوجة في المطالبة بها، وهو ما تؤكد المادة 80 ضمن عبارة "وللقاضي أن يحكم باستحقاقها بناء على بينة".

بناء على هذا فسقوط حق الزوجة في نفقة الإهمال يكون مرهون بعدم مطالبتها بها، لأن القاضي ملزم بالحكم بما طلب منه فقط عملا بقاعدة القاضي لا يحكم بأكثر مما طلب منه طبقا لنص المادة 26 ف 1 من ق. إ. م. إ¹؛ كما تسقط أيضا في حالة النشوز التي تخرج فيها الزوجة عن ولاية وطاعة زوجها، خلافا للقاعدة العامة التي تقضي بأن الزوج ملزم بالإففاق على زوجته ما دامت في عصمته².

¹ الأمر رقم 154/66 المؤرخ في 18 صفر 1386 هـ الموافق لـ 8 يونيو 1966 المتضمن قانون الإجراءات المدنية (ج. ر. ج. لـ 1966، س 3، ع 47، ص 528) المعدل والمتمم بالقانون رقم 08-09 المؤرخ في 18 صفر 1429 هـ الموافق لـ 25 فبراير 2008 (ج. ر. ج. ج. المؤرخة في 17 ربيع الثاني 1429 هـ الموافق لـ 23 أبريل 2008، ع 21، س 45، ص 3 وما بعدها).

² تقيية عبد الفتاح، الطلاق بين أحكام التشريع والاجتهاد القضائي، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2006-2007، ص 199.

المبحث الثاني: التعويض عن الطلاق والتمتع.

إن إيقاع الطلاق على المطلقة قد يتقرر لها بسببه الحق في طلب التعويض كما قد يتقرر لها الحق في طلب التمتع، ومن أجل معرفة الحالات التي تستحق فيها التعويض والحالات التي تستحق فيها تمتع، قسمت هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب المطالب الأول جاء في التعويض عن الطلاق والمطلب الثاني جاء في التمتع، في حين تعرضت في المطلب الثالث للحديث عن العلاقة التي قد تربط بين التعويض عن الطلاق والتمتع.

المطلب الأول: التعويض عن الطلاق.

وفيه نتطرق إلى التعويض عن الطلاق التعسفي في الفرع الأول، إلى جانب التعويض عن التطليق في الفرع الثاني والنشوز في الفرع الثالث.

الفرع الأول: التعويض عن الطلاق التعسفي.

وتم التعرض ضمن هذا الفرع إلى كل من تعريف الطلاق التعسفي ومعايره إلى جانب صورته والتعويض عنه كما هو موضح في البنود أدناه.

البند الأول: تعريف الطلاق التعسفي.

من خلال هذا البند قبل التطرق إلى التعسف في الطلاق تم التعرض لفكرة التعسف في استعمال الحق.

أولاً: التعسف في استعمال الحق.

التعسف في اللغة مأخوذ من عسف، فيقال عسف عن الطريق يعسف أي مال وعدل، وعسفه تعسيفا: أتعبه. وتعسفه: ظلمه، واتعسف: انعطف. والعسوف: الظلوم¹.

¹ مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز آبادي، القاموس المحيط، (تحقيق: مكتب تحقيق التراث في مؤسسة الرسالة)، فصل: العين، مادة: عسف، ط 8، مؤسسة الرسالة، (بدون بلد الطبع)، 1426 هـ - 2005، ص 837. ابن منظور، باب: العين، مادة: عسف، ج 33، مرجع سابق، ص 2943.

أما في الاصطلاح فإنه لم يرد له تعريف إلا تلك التعاريف التي جاء بها الفقهاء المحدثين بالرغم من الأصول الإسلامية القديمة له، انطلاقاً من قاعدة مؤداها أن الحقوق في الشريعة الإسلامية هي وسيلة لتحقيق المصالح ودرء المفاصد حيث أن كل استعمال لهذه الحقوق بما يتعارض مع مقاصد الشريعة الإسلامية يعتبر باطلاً لهدمه الأصل الذي تقوم عليه هذه الأخيرة¹؛ وهذا ما يتلخص في ما روي عن فضيل بن سليمان عن موسى بن عقبة عن إسحاق بن يحيى بن الوليد عن عبادة بن الصامت أن الرسول صلى الله عليه وسلم قضى أن "لا ضرر ولا ضرار"².

أما في تعريف الفقهاء المعاصرين فهناك من عرفه بما يلي:

يعرفه الدكتور محمد زكي عبد البر بـ "إدخال الضرر بغير حق"³.

ويعرفه الشيخ أبو زهرة بقوله: "يراد بالتعسف في استعمال الحق ذلك الاستعمال غير مشروع، بمعنى مجاورة الحق حين مزاولته الإنسان له"⁴.

ولقد أخضع الفقهاء نظرية التعسف في استعمال الحق إلى معايير تنقسم إلى معايير نفسية أو معنوية ومعايير موضوعية أو مادية:

فيراد بالمعيار المعنوي ذلك المعيار الذي ينظر فيه إلى العوامل النفسية الداخلية التي حركت إرادة صاحب الحق ودفعته إلى التصرف في حقه، وبالتالي إيقاع الضرر أو

¹ الحسين بلحساني، مبدأ التعويض عن الطلاق التعسفي في الفقه الإسلامي ومدونة الأحوال الشخصية، مجلة الميادين، جامعة محمد الأول، عدد خاص، 1988، ص 214.

² أخرجه ابن ماجه في سننه، كتاب: الأحكام، باب: من بنى في حقه ما يضر جاره، الحديث رقم: 2340، ابن ماجه، مرجع سابق، ص 252.

³ عبد العزيز بن عبد الله عبد العزيز الصعب، التعسف في استعمال الحق في مجال الإجراءات المدنية، دراسة تأصيلية مقارنة تطبيقية، أطروحة دكتوراه، كلية الدراسات العليا، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، 2010، ص 67.

⁴ د. إبراهيم عبد الرحمن إبراهيم، التعسف في استعمال الحق وتطبيقاته، مجلة العدل، جامعة النيلين، ع 22، السنة التاسعة، ص 23-24.

تحقيق مصلحة غير مشروعة، وفيه يعتبر الشخص متعسفا في إستعمال حقه متى تعمد إيقاع الضرر واستعمل هذا الأخير لغير غرضه المخصص له¹.

أما المعيار المادي فهو المعيار الذي يعمل على إقامة موازنة بين ما يجنيه صاحب الحق من منفعة ويحققه من ضرر، وعليه متى اختل التوازن بين هاتين المصلحتين وكان الضرر فاحشا أعتبر الأمر تعسفا في إستعمال الحق².

وقد ذهب المشرع الجزائري إلى تقرير هذه النظرية بموجب نصوص القانون المدني³؛ وذلك في المادة 124 مكرر من ق. م التي تدعم موقفه منها "يشكل الاستعمال التعسفي للحق خطأ لاسيما في الأحوال التالية:

1- إذا وقع الضرر بقصد الإضرار بالغير،

2- إذا كان يرمي للحصول على فائدة قليلة بالنسبة إلى الضرر الناشئ للغير.

3- إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة".

انطلاقا من هذه المادة متى اتخذ سلوك صاحب الحق إحدى الصور أعلاه كان متعسفا في إستعمال الحق.

بعدما تعرضنا للأحكام العام المتعلقة بالتعسف في إستعمال الحق ما بين الشريعة والقانون، سننتقل إلى دراسة هذه النظرية على الطلاق.

¹ عبد العزيز بن عبد الله عبد العزيز الصعب، مرجع سابق، ص 81.

² ساجدة عفيف محمد رشيد عتيلي، مرجع سابق، ص 35.

³ الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 هـ الموافق لـ 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني (ج. ر. ج. ج. المؤرخة في 24 رمضان 1395 هـ، ع 78، ص 990)، المعدل والمتمم بالأمر رقم 05/07 المؤرخ في 25 ربيع الثاني 1428 هـ الموافق لـ 13 مايو 2007 (ج. ر. ج. ج. المؤرخة في 25 ربيع الثاني 1428 هـ الموافق لـ 13 مايو 2007، ع 31، ص 3).

ثانيا: التعسف في الطلاق.

وهو ما يعرف في الفقه الاسلامي باسم الطلاق المكروه أو الطلاق الحرام¹؛ وهذا لأن الأصل في الطلاق إنما هو المنع والحظر، وهذا لما روي عن كثير بن عبيد، عن محمد بن خالد، عن معرف بن واصل، عن محارب بن دينار، عن ابن عمر، عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: "أبغض الحلال إلى الله تعالى الطلاق"².

أما الاستثناء فيه هو أنه لا يكون مباحا إلا للحاجة التي تسنده على سبب شرعي وإلا كان تعسفا في استعمال الحق ومنه طلاق تعسفي³.

وعليه فالطلاق التعسفي وهو إقدام الزوج على إنهاء الرابطة الزوجية أمام عدم وجود أي سبب يبرر إنهاؤها، مما قد يؤدي إلى إلحاق الضرر بالزوجة وهو المعنى الذي يفهم من نص المادة 52 من ق. أ "إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطالبة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها".

البند الثاني: معايير الطلاق التعسفي.

من أجل معرفة تعسف الزوج في إيقاع الطلاق من عدمه لا بد من أن يتوافر في سلوكه جملة من المعايير وهي ذات المعايير التي جاء بها الفقه الإسلامي والتي أخذ بها المشرع الجزائري في نص المادة 124 مكرر من ق. م⁴.

أولا: الإضرار بالغير.

والغير في الطلاق التعسفي يراد به المطلقة، ومنه فإن كل طلاق يقصد الزوج من وراء إيقاعه على المطلقة إلحاق الضرر بها كان استعماله لهذا الحق تعسفيا، ومن المعلوم

¹ آسية بوخاتم، مرجع سابق، ص 42.

² أخرجه أبي داود في سننه، كتاب: الطلاق، باب: كراهية الطلاق، الحديث رقم: 2178، أبي داود، مرجع سابق، ص 255.

³ الحسين بلحساني، مرجع سابق، ص 217.

⁴ الأمر رقم 58/75 المتضمن القانون المدني الجزائري السابق ذكره.

أن القصد أو النية هي شيء خفي لا يسهل الكشف عليه ولا تبينه بسهولة، الأمر الذي يقتضي الاستعانة بمعايير مادية من أجل إثباته¹.

ثانيا: اختلال التوازن.

ويتحقق هذا الاختلال في حالة ما إذا كانت الفائدة التي سيجنيها صاحب الحق من وراء استعمال حقه - أي المطلق - ضئيلة مقارنة مع ما قد يتسبب فيه من ضرر للمطلقة.

ثالثا: عدم مشروعية الغرض.

فمتى استعمل المطلق حقه في الطلاق في غير ما هو مسموح له به كان استعماله لهذا الحق تعسفيا.

البند الثالث: صور الطلاق التعسفي.

قد يتخذ الطلاق التعسفي صورا عدة، من بينها الطلاق في مرض الموت والطلاق من غير مبرر شرعي، وعندما تعرضنا إلى أحكام طلاق مريض مرض الموت²؛ نقتصر هنا على الصورة الثانية فقط.

- الطلاق من غير مبرر شرعي:

لقد منح المشرع الجزائري الزوج وجعل بيده الحق في حل الرابطة الزوجية بإرادته المنفردة طبقا لنص المادة 48 من ق. أ، إلا أنه قرن هذا الحق بحق الزوجة في طلب التعويض عن هذا النوع من الطلاق متى اقترن بتعسف ولم يستند إلى أي مبرر شرعي، ومن بين الأسباب التي يعتبر معها الزوج متعسفا في إيقاع الطلاق هناك أسباب اجتماعية وطبيعية، وبما أن بحثنا ليس موضوعه أسباب الطلاق سنكتفي بذكر بعض الأسباب

¹ صالح حمليل، نفقة المتعة والتعويض بين الفقه والقانون والقضاء، مجلة الحقيقة، جامعة أدرار، ع 4، 2004، ص 41.
² أنظر، الصفحة 48 من هذه الرسالة.

- الأولى اجتماعية والثانية طبيعية- والتي متى أوقع الزوج الطلاق فيها كان طلاقه تعسفياً¹.

الحالة الأولى: السكن المستقل.

إن إيقاع الطلاق بسبب طلب الزوجة الحق في توفير سكن مستقل لها وأبويها وأبوي أولادها يعتبر طلاقاً تعسفياً، لأن طلب السكن المستقل لا يعد سبباً شرعياً يمكنه من طلب الطلاق خاصة وأن هذا الأخير يعتبر حقا من الحقوق المكفولة لها شرعاً، وهذا ما كرسته المحكمة العليا في قرارها الصادر في 13/05/1997².

الحالة الثانية: عدم عذرية الزوجة.

جاء في إحدى القرارات الصادرة عن المجلس الأعلى في 25/06/1984 بأنه: "من المقرر شرعاً أنه لا يؤخذ بعين الاعتبار طلب إسقاط حقوق المطلقة بسبب فقد بكرتها قبل البناء بها، إلا إذا كان الزوج قد اشترط ذلك في عقد الزواج، ومن ثم فإن النعي على قرار المطعون فيه بما يثيره الطاعن تأسيساً على مخالفة أحكام الشريعة الإسلامية في غير محله ويستوجب الرفض، ولما كان الطاعن لم يذكر الوسيلة التي توصل بها إلى اكتشاف أن زوجته كانت قبل ليلة الزفاف فاقدة البكارة، رغم عدم مباشرتها جنسياً كما يزعم، فإن قضاة الاستئناف بقضائهم في الدعوى بالطلاق وتقرير حقوق المطلقة التزموا بتطبيق الأحكام الشرعية"³.

فمن خلال هذا القرار يتضح لنا جلياً عدم إمكانية إيقاع الزوج للطلاق لهذا السبب خاصة وأنه لم يسبق له وأن اشترطه في عقد الزواج، وعليه فإن بإيقاعه يكون متعسفياً فيه.

¹ مسعودة نعيمة إلياس، التعويض عن الضرر في بعض مسائل الزواج والطلاق، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، 2009-2010، ص 160.

² أنظر، م. ع. غ. أ. ش، 13/05/1997، ملف رقم 159732، م. ق، 1997، ع 2، ص 100.

³ أنظر، م. ع. غ. أ. ش، 25/06/1984، ملف رقم 33715، م. ق، 1989، ع 4، ص 99.

البند الرابع: الطلاق التعسفي والتعويض عنه.

يرتب الطلاق التعسفي آثارا مادية على من وقع عليه تتمثل أساسا في التعويض، وقبل توضيح شروطه وكيفية تقديره نشير إلى أن العلماء قد اتفقوا على عدم أحقية التعويض مقابل عدم وجود التعسف، إلا أنهم اختلفوا على وجوبه من عدمه في الحالة العكسية.

فهناك رأي يجيز التعويض في حالة التعسف ورأي آخر يذهب إلى نفيه حتى وإن وقع التعسف¹؛ وكان لكل منهم أسس اعتمد عليها في تبرير موقفه:

فتتمثل أسس الرأي الأول في تقرير التعويض على أن الأصل في الطلاق الحظر، وأن الطلاق تصرف انفرادي، أيضا استندوا إلى كل من المسؤولية العقدية والتقصيرية كأساس يوجب التعويض، وأخيرا تعسف الزوج في استعمال حقه في الطلاق².

أما أسس الرأي الثاني في عدم تقريره فتعود إلى حق الرجل في الطلاق، وعدم توافر أركان التعويض، إلى جانب كون الضرر في الطلاق لا يلحق المرأة وحدها، كما قالوا بأن التعويض لا دليل له ويرتب أضرارا متعددة³.

أولا: شروط التعويض عن الطلاق التعسفي.

1- تعسف الزوج في إيقاع الطلاق: ويتحقق ذلك بالانعدام الكامل للمصلحة شرعية

كانت أو عقلانية أو منطقية، كما لو أقدم على تطليقها حتى يتسنى له الزواج من غيرها، أو يطلقها بسبب أنها رفضت أن تهيء الطعام لأصدقائه السكارى⁴.

¹ د. جميل فخري محمد جانم، متعة المطلقة وعلاقتها بالتعويض عن الطلاق التعسفي في الفقه والقانون، ط 1، دار الحامد، الأردن، 2009، ص 209 وما بعدها.

² لمزيد من التفصيل أنظر، د. محمد الزحيلي، التعويض المالي عن الطلاق، ط 1، دار المكتبي، سوريا، 1998، ص 8 وما بعدها.

³ لمزيد من التفصيل أنظر، صلاح الدين زيدان، مرجع سابق، ص 160 وما بعدها.

⁴ عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، ط 3، دار هومة، الجزائر، 1996، ص 306.

ومن المفروض عندما نتحدث عن التعسف في الطلاق أن يرتبط حديثنا مباشرة بحالات معينة جرى العمل على اعتباره كذلك، إلا أنه لم يقع بين يديا ما من شأنه أن يحدد لنا هذه الحالات في القانون الجزائري، فيما عدا تلك الحالات التي استقر الفقه الإسلامي وجرى على تصنيفها من قبيل الطلاق التعسفي، كما لو طلق الزوج زوجته في حالة حيض أو هي نفساء أو في طهر مسها فيه، أو طلقها ثلاثاً¹.

2- أن تصاب الزوجة بضرر من وراء الطلاق: سواء كان هذا الضرر ماديا أو معنويا، حيث أن الضرر المعنوي ثابت ولا يثير أي إشكال بما أنه يتجسد دائما في تدهور الحالة النفسية للمطلقة تعسفا، غير أن الصعوبة تتجسد في الضرر المادي لأن الزوجة مجبرة على إثباته بإقامتها الدليل على صحة ما تدعيه، ومن أمثلة الضرر المادي ترك الزوجة وظيفتها بسبب رغبتها في إدارة شؤون الأسرة وتربية أولادها مقابل زواجها².

3- وقوع الطلاق من غير رضا الزوجة: وهذا الشرط هو شرط ضمني، يستخلص من الشرطين السابقين لاسيما الشرط الأول، فتعسف الزوج ومبادرته في إيقاع الطلاق دليل على أن الزوجة مجبرة على أن ترضخ لهذا الطلاق.

وهذه الشروط تستفاد من نص المادة 52 من ق. أ.

ثانيا: تقدير التعويض عن الطلاق التعسفي.

لم يوضح المشرع ضمن نصوص قانون الأسرة ما يبين لنا كيفية تقديره، إلا أن العادة جرت على إخضاعه لسلطة القاضي التقديرية مراعيًا في ذلك عدة أمور³؛ وفقا لأحكام القانون المدني في المادة 131 منه "يقدر القاضي مدى التعويض عن الضرر الذي لحق المصاب طبقا لأحكام المادتين 182 و182 مكرر مع مراعاة الظروف الملائمة، فإن لم يتيسر له وقت الحكم أن يقدر مدى التعويض بصفة نهائية، فله أن يحتفظ للمضرو

¹ د. مبروك المصري، مرجع سابق، ص 234.

² عبد العزيز سعد، مرجع سابق، ص 306.

³ أنظر، م. ع. غ. أ. ش، 2006/07/12، ملف رقم 368660، م. م. ع. 2006، ع 2، ص 483.

بالحق في أن يطالب خلال مدة معينة بالنظر من جديد في التقدير"، وهذا لأن مسألة حصر مبلغ التعويض عن الضرر سواء كان ماديا أو معنويا تبقى مسألة نسبية لا يستند فيها إلى مدخول الزوج ووضعه الاقتصادي فقط، وإنما يراعى فيها مقدار الضرر نفسه والشخص الذي وقع عليه الضرر وهما عنصران قد يختلفان حسب الأوضاع¹.

ثالثا: طريقة دفع التعويض عن الطلاق التعسفي.

هي الأخرى لم يوضح لنا المشرع كيف تكون، أكثر من ذلك لم يحدد لنا حتى الضرر الواجب التعويض عنه فيما إذا كان ماديا أو معنويا، ولعله يقصد الضررين معا كما هو الحال بالنسبة لتعويض الضرر المادي والمعنوي الناتج عن العدول عن الخطبة²؛ الأمر الذي يقتضي إعمال أحكام القانون المدني لسد الفراغ والتي يحدد لنا فيها المشرع طريقة الدفع في نص المادة 132 من ق. م "يعين القاضي طريقة التعويض تبعا للظروف، ويصح أن يكون مقسما، كما يصح أن يكون إيرادا مرتبا...".

الفرع الثاني: التعويض عن التطليق.

لم يقصر المشرع الحق في إيقاع الطلاق على الزوج وحده بل منح الزوجة أيضا الحق في حل عقد الزواج بطلب منها وفي حدود ما هو وارد في نص المادتين 53 و 54 من ق. أ وهذا انطلاقا من نص المادة 48 من ق. أ.

ورجوعا إلى نص المادة 53 من ق. أ نجدها جاءت باسم التطليق كسمى لأحد الصور التي تتيح طلب حل الرابطة الزوجية انفراديا من قبل الزوجة، وعددت لنا الأسباب الموجبة لها على النحو التالي³:

¹ عبد العزيز سعد، مرجع سابق، ص 306.

² وهذا وفقا لم تقضي به المادة 5 في فقرتها 3 ق. أ والتي جاء فيها: "... إذا ترتب على العدول عن الخطبة ضرر مادي أو معنوي لأحد الطرفين جاز الحكم له بالتعويض".

³ القانون رقم 11/84 المتضمن قانون الأسرة الجزائري السابق ذكره.

- 1) عدم الإنفاق بعد صدور الحكم بوجوبه ما لم تكن عالمة بإعساره وقت الزواج.
- 2) العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج. 3) الهجر في المضجع فوق أربعة أشهر. 4) الحكم على الزوج عن جريمة فيها مساس بشرف الأسرة وتستحيل معها مواصلة العشرة والحياة الزوجية. 5) الغيبة بعد مرور سنة بدون عذر ولا نفقة. 6) مخالفة الأحكام الواردة في المادة 8 أعلاه - والمتعلقة بشروط تعدد الزوجات-. 7) ارتكاب فاحشة مبينة.
- 8) الشقاق المستمر بين الزوجين. 9) مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج.
- 10) وأخيراً، كل ضرر معتبر شرعاً.

لهذه الأسباب ولأجلها يمكن أن تلجأ الزوجة إلى القضاء طالبة التظليق ملتزمة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها طبقاً لنص المادة 53 مكرر من ق. أ "يجوز للقاضي في حالة الحكم بالتظليق أن يحكم للمطالبة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها"، هذا لأنها ليست في وضع يسمح لها بالخيار في فراق زوجها إنما هي مجبرة تحت وطأة هذه الأسباب، وعليه فإن تقرير التعويض لها يرجح كفة المساواة، لأنه وحسب رأي الأستاذ بن داود عبد القادر من اللامساواة أن تتحمل المطلقة ضرراً آخر فوق ضرر طلبها التظليق¹.

ونلاحظ من خلال المادة أعلاه إجازة المشرع في هذه الحالة للقاضي الحكم بالتعويض وعد الزامه بالحكم به كما في الطلاق التعسفي، كما فعل أيضاً في المادة 124 من ق. م²؛ وهو من شأنه أن يؤدي حسب رأينا إلى خلق نوع من التعارض يقتضي إعادة النظر فيها مما يتماشى مع غيرها.

الفرع الثالث: التعويض عن الطلاق بسبب النشوز.

حل عقد الزواج بسبب النشوز، هي صورة أو وسيلة أخرى تعطي الزوجة الحق في

¹ عبد القادر بن داود، الوجيز في شرح قانون الأسرة، موسوعة الفكر القانوني، دار الهلال للخدمات الإعلامية، عدد خاص، 2004، ص 153.

² والتي جاء فيها بأنه: " كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه، ويسبب ضرراً للغير يلزم من كان سبباً في حدوثه بالتعويض ".

حل قعد الزواج بإرادتها المنفردة، وهذا ما هو مستفاد من نص المادة 55 من ق. أ "عند نشوز أحد الزوجين يحكم القاضي بالطلاق وبالتعويض للطرف المتضرر".

فبعدها نص المشرع في المادة أعلاه على النشوز كوسيلة تمكن الزوجة من الانفراد في حل عقد الزواج، فإنه لم يقد بتعريفه ولا حتى بتوضيح حالاته أو أسبابه كما فعل مع التطبيق تاركا الباب مفتوحا أمام الاجتهاد القضائي.

ففي تعريف النشوز يعرف على أنه عدم امتثال أحد الزوجين لأحكام عقد الزواج ورفض الأحكام القضائية الملزمة له، ومثال النشوز الصادر من الزوجة الراجع لامتناعها عن الالتحاق ببيت الزوجية دون أي مسوغ شرعي، أما مثال نشوز الزوج فيتجسد في كل إخلال من شأنه الامتناع عن القيام بالواجبات الزوجية كعدم توفير المسكن الشرعي¹.

أما عن الحالات التي يثبت فيها النشوز من عدمه ومن ثم تقرير الحق في التعويض الحالات التالية والتي قضت بها المحكمة العليا في قراراتها:

- القرار الصادر بتاريخ 1998/04/21 الذي قضت فيه بأنه "من المقرر قانونا أنه عند نشوز أحد الزوجين، يحكم القاضي بالطلاق للطرف المتضرر.

ومتى تبين - في قضية الحال- أن الطاعن ثبت نشوزها، بامتناعه عن توفير السكن المنفرد المحكوم به للزوجة، وتعويضها، طبقوا صحيح القانون.

ومتى كان ذلك استوجب رفض الطعن"².

- القرار الصادر في 1993/04/27 وجاء فيه "من المقرر قانونا، أن الزوجة تستحق التعويض، في حالة نشوز الزوج أو تعسفه في الطلاق. ومن ثم فإن القضاء بخلاف هذا المبدأ يعد مخالفا للقانون.

¹ د. العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ج 1، الزواج والطلاق، ط 3، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2004، ص 309.

² أنظر، م. ع. غ. أ. ش، 1998/04/21، ملف رقم 189226، إ. ق. غ. أ. ش، عدد خاص، ص 144.

ومتى تبين - في قضية الحال- أن قضاة الموضوع قضوا للمطعون ضدها بالتعويض دون أن يحصل من الطاعن أي تعسف أو نشوز. فإنهم بقضائهم كما فعلوا خالفوا القانون، مما يستوجب نقض القرار المطعون فيه جزئياً¹.

وعن كيفية دفع هذا التعويض وتقديره في كل من التطبيق والنشوز نشير إلى أنه يسري عليهما ما يسري على التعويض عن التعسف في الطلاق لأنها يشتركان في ذات القاسم وهو التعويض وعليه نحيل الحديث عن هذين النقطتين إلى الشق المتعلق بهذا الأخير².

المطلب الثاني: المتعة.

ونشير هنا إلى أن نصوص قانون الأسرة الجزائري تكاد تخلو من المتعة، وعليه مستعنيين بأحكام الشريعة الإسلامية وأحكام التشريعات المغاربية- مدونة الأسرة المغربية- مدونة الأحوال الشخصية الموريتانية- التي تأخذ بالمتعة سنقوم بسد الفراغ التشريعي الذي يلحقه.

الفرع الأول: تعريف المتعة ودليل مشروعيتها.

خصص البند الأول منه لتعريف المتعة في حين جاء البند الثاني للبحث في دليل مشروعيتها.

البند الأول: تعريف المتعة.

أولاً: تعريف المتعة في اللغة.

هي اسم مشتق من المتاع أي المنفعة، ومتعت المطلقة بالشيء لأنها تنتفع به، ويقال

¹ أنظر، م. ع، غ. أ. ش، 1998/11/17، ملف رقم 210451، إ. ق. غ. أ. ش، عدد خاص، ص 252.

² أنظر الصفحة 70- 71 من هذه الرسالة.

أمتعت بمالي بمعنى تمتعت¹.

وعليه فمتعة المرأة هي ما وصلت به بعد الطلاق وقد متعها تمتيعاً².

ثانياً: تعريف المتعة في الشرع.

من بين التعاريف التي تعرف بها أنها "ما يعطيه الزوج لزوجته بعد حصول الفرقة بينهما من ثياب أو ما يقوم مقامها، وذلك تطيباً لنفسها وتعويضاً لها عن الوحشة التي تلحقها جراء الفرقة"³.

ثالثاً: تعريف المتعة في القانون.

أما قانوننا فالتشريعات المغاربية التي أخذت بها لم تقم بتعريفها إلا أنها أقرتها كحق للمرأة المطلقة، وهذا من خلال المادة 84 من م. أ "تشمل مستحقات الزوجة: الصداق المؤخر إن وجد، ونفقة العدة، والمتعة...".

وأيضاً المادة 84 من م. أ. ش. م "للمطلقة في جميع الحالات المطالبة بحقوقها المترتبة على الطلاق من نفقة و متعة وغيرها...".

البند الثاني: دليل مشروعية المتعة.

أولاً: دليل مشروعية المتعة من الكتاب.

قوله تعالى: ﴿لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَكُمْ بِمَعْشُورَةٍ أَوْ تَفَرَّقُوا لَكُمْ فَرِيحَةٌ وَمَعْتُورَةٍ عَلَى الْمَوْسِعِ قَدْرُهُ وَعَلَى الْمُفْتَرِ قَدْرُهُ مَتَّامًا بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ وَإِنْ

¹ أبي الحسين بن زكريا، باب: الميم والتاء وما يثلثهما، مادة: متع، ج 5، مرجع سابق، ص 293.

² مجد الدين الفيروز آبادي، فصل: الميم، مادة: متع، مرجع سابق، ص 762. ابن منظور، باب: الميم، مادة: متع، مج 6، ج 47، مرجع سابق، ص 4128. د. أحمد فتحي بهنسي، المتعة بين الشريعة والقانون، ط 1، دار الشرق، (بدون بلد الطبع)، 1988، ص 25.

³ الحبيب بن طاهر، مرجع سابق، ص 102. د. عثمان التكروري، شرح قانون الأحوال الشخصية، ط 1، مكتبة دار الثقافة، الأردن، 2004، ص 123-124.

طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَرَضْتُمْ مَا فَرَضْتُمْ إِلَّا أَنْ يَخْفُونَ أَوْ يَخْفُوا
الَّذِي بِيَدِهِ عُقْدَةُ النِّكَاحِ وَأَنْ تَخْفُوا أَقْرَبُ لِلتَّقْوَى وَلَا تَنْسُوا الْفَضْلَ بَيْنَكُمْ إِنَّ اللَّهَ بِمَا تَعْمَلُونَ
بَصِيرٌ¹.

قوله تعالى أيضا: ﴿وَالْمُطَلَّقاتِ مَتَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ﴾².

في موضع آخر جاء في قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ قُلْ لَأزْوَاجِكِ إِنْ كُنْتُمْ تُحِبُّونَ
الْحَيَاةَ الدُّنْيَا وَرَبِّتُمْهَا فَمَتَّعْنَاهُنَّ آمَنًّا وَتَحَرُّكُنَّ سَرَاعًا جَمِيلًا﴾³.

أيضا قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَكَرَّمْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ
تَمْسُوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ حِدَةٍ تَعْتَدُونَهَا فَمَنْعُوهُنَّ وَسَرَاعُهُنَّ سَرَاعًا جَمِيلًا﴾⁴.

ثانيا: دليل مشروعية المتعة من السنة.

ومن السنة ما روي عن حمزة بن أبي أسيد، عن أبي أسيد رضي الله تعالى عنه
قال: خرجنا مع النبي صلى الله عليه وسلم حتى انطلقنا إلى حائط يقال له الشوط، حتى
انتهينا إلى حائطين، فجلسنا بينهما، فقال النبي صلى الله عليه وسلم: "اجلسوا ها هنا".
ودخل، وقد أتى بالجونية، فأنزلت في بيت في نخل في بيت أميمة بنت النعمان بن شراحيل،
ومعها دايتها حاضنة لها، فلما دخل عليها النبي صلى الله عليه وسلم قال: "سهبي نفسك"
لي قالت: وهل تهب الملكة نفسها للسوقة؟ قال فأهوى بيده يضع يده عليها لسكن، فقالت:
أعوذ بالله منك، فقال: "قد عدت بمعاذ" ثم خرج علينا، فقال: "يا أبا أسيد، اكسها رازقتين
وألحقها بأهلها"⁵.

¹ سورة البقرة، الآية 236 - 237.

² سورة البقرة، الآية 241.

³ سورة الأحزاب، الآية 28.

⁴ سورة الأحزاب، الآية 49.

⁵ أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب: الطلاق، باب: من طلق وهل يواجه الرجل امرأته بالطلاق، الحديث رقم: 5255،

البخاري، مرجع سابق، ص 1039.

ثالثاً: دليل مشروعية المتعة من الإجماع.

اختلف الفقهاء على مشروعيتها لهذا لم يثبت أي إجماع حولها¹.

وتشريع المتعة تتحقق معه حكمة بليغة تتجلى في تطيب نفس المطلقة والتخفيف عنها مما قد يصيبها من ألم وحسرة وأسف نتيجة الطلاق²؛ وأيضاً دفع الشبهات والريبة التي تحوم حولها عند طلاقها، فهي في منزلة الشهادة التي تعكس وتثبت للمجتمع مدى نزاهتها وخروج الطلاق عن أمرها³.

الفرع الثاني: مقدار المتعة وكيفية تقديرها.

تم التعرض إلى هذه النقطة في الفقه ثم في القانون.

البند الأول: مقدار المتعة وتقديرها في الفقه.

فما هو مقدار المتعة المستحقة للمطلقة، وما هو الأساس المعتمد في تقديرها؟.

أولاً: مقدار المتعة.

كما يتضح من الآيات والاحاديث المذكورة أعلاه فإنه ليس للمتعة مقدار معين، وهو ما جعل آراء الفقهاء تتباين في المسألة:

(1) الفقه الحنفي: فالمتعة عندهم لا يجب أن تقل عن خمسة دراهم وأن لا تزيد عن نصف صداق المثل، مشترطين في ذلك أن تشتمل على درع وخمار وملحفة⁴؛ ومن بين ما

¹ أبي بكر النيسابوري، مرجع سابق، ص 101.

² وفاء معتوق حمزة فراش، آثار الطلاق المعنوية والمالية في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة أم القرى، 1405هـ - 1985، ص 258.

³ د. أحمد محمد المومني و د. إسماعيل نواهضة، مرجع سابق، ص 63.

⁴ شمس الدين السرخسي، ج 6، مرجع سابق، ص 62. عاطف مصطفى البراوي التتر، مرجع سابق، ص 72.

استدلوا به قول الشعبي - رحمه الله-: "كسوتها في بيتها درع وخمار وملحفة"¹.

(2) الفقه المالكي: فقد روي عن مالك بأنه قال ليس للمتعة عندنا حد معروف لا في قليلها ولا في كثيرها، إلا أنها تكون بحسب قدرة الزوج والزوجة².

(3) الفقه الشافعي: من المستحب عندهم أن تكون المتعة خادما أو مقنعة أو ثلاثين درهما³؛ إلا أن هذا الرأي قد أنتقد إذ يرى الإمام شمس الدين السرخسي بأن هذا غير صحيح كون اسم المتاع لا يتناول الدرهم⁴.

(4) الفقه الحنبلي: وعندهم اختلفت الروايات فروي في أحدها أن أعلاها خادم إذا كان الزوج موسرا أما إذا كان فقيرا فمتعتها كسوة ودرع وخمار وثوب تصلي فيه، وفي رواية أخرى ذهبوا إلى أنه يرجع في تقديرها إلى الحاكم لعدم تقديرها شرعا الأمر الذي يتطلب الرجوع إليه كسائر مختلف الاجتهادات⁵.

ثانيا: كيفية تقدير المتعة.

لا يكاد يخرج تقديرها عن الاحتمالات التالية:

- قد تقدر اعتبارا بحال الزوج يسارا وإعسارا وبالمعروف، وهو المعتمد عند فقهاء المالكية والحنابلة⁶؛ استنادا لقوله تعالى: ﴿وَمَنْعَوْمَنْ مَلَئِ الْمَوْجِ قَدْرُهُ وَمَلَئِ الْمَغْرِبِ قَدْرُهُ مَتَانًا بِالْمَغْرُوبِ﴾⁷.

¹ صلاح الدين زيدان، مرجع سابق، ص 151.

² أبي الوليد الباجي، مرجع سابق، ص 355.

³ أبي إسحاق الشيرازي، مرجع سابق، ص 222.

⁴ شمس الدين السرخسي، ج 6، مرجع سابق، ص 63.

⁵ موفق الدين بن قدامة ج 8، مرجع سابق، ص 52-53.

⁶ الحبيب بن طاهر، مرجع سابق، ص 102. عبد العزيز الراجحي، مرجع سابق، ص 987.

⁷ سورة البقرة، الآية 236.

- وإلى جانب حال الزوج ذهب الحنفية إلى مراعاة حال الزوجة أيضا، مبررين ذلك بعدة أمثلة من بينها قولهم بأن اعتبار حال الأول وحده يوجب على الزوج أن يدفع على التساوي متعة لكل من زوجته الشريفة والدنية في حالة ما إذا تزوج امرأتين، وهذا أمر منكر في عادات الناس وأخلاقهم وغير معروف عندهم¹.

- أما عند فقهاء الشافعية فهناك من قال بأنه يعتبر في تقديرها بحالهما معا، وهناك من قال بحال الزوج وحده، في حين ذهب آخرون إلى الاعتبار بحال الزوجة فقط².

وعن الاحتمال الراجح فهناك من رجح الاحتمال الأول³؛ أما الباحثة فتروح الاحتمال الثاني الذي لا يراعي حال الزوج وحده بل يراعي ظروف أخرى كظروف الزوجة، العرف، ظروف المعاش... إلخ، لما قد يتحقق معه من عدالة وذلك لأن الاعتماد في تقديرها مثلا على حال الزوج الفقير دون حال الزوجة الغنية ليس كالاتماد في تقديرها على حالهما معا رغما عن الفقر والغنى.

البند الثاني: مقدار المتعة وتقديرها في القانون.

أما في القانون المغربي والموريتاني فلم يحدد أي مقدار لها، أما فيما يتعلق بتقديرها فالمشرع المغربي يراعي في ذلك يسر الزوج وإعساره، فترة الزواج، أسباب الطلاق، ودرجة تعسف الزوج في إيقاع الطلاق، أما بالنسبة للمشرع الموريتاني فلم يبين ذلك، وهذا ما يتضح من خلال المادتين 84 من م. أ. م و 84 من م. أ. ش. م المذكورتين سابقا.

الفرع الثالث: المطلقات وحقهن في المتعة.

أيضا عندما يتعلق الأمر بها نتعرض لآراء الفقهاء أولا ثم القانون ثانيا.

¹ أبي بكر أحمد بن علي الرازي الجصاص، أحكام القرآن، (تحقيق: محمد الصادق قمحاوي)، ج 2، دار إحياء التراث العربي ومؤسسة التاريخ العربي، لبنان، 1412 هـ - 1992، ص 143.

² شمس الدين الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، مرجع سابق، ص 318 - 319.

³ نازك سالم محمد حنني، مرجع سابق، ص 55. مليكة قبزيلي، مرجع سابق، ص 103 - 105.

البند الأول: في الفقه.

لقت المتعة خلافا جعل البعض يوجبها والبعض الآخر يستحبها؛ بناء على ذلك سنتعرض لحكم استحقاق المطلقات للمتعة حسب ما ذهب إليه الفقهاء وفقا لما يلي:

أولا: المطلقة قبل الدخول والتي لم يسمى لها الصداق.

انطلاقا من قوله تعالى: ﴿حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ﴾¹؛ وقوله أيضا: ﴿حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ﴾²؛ ذهب المالكية إلى أن المتعة مستحبة ولا يجبر أحد عليها³؛ ففي رأيهم لو كانت واجبة لجعل الله - عز وجل - الآياتن على إطلاقهما ولم يخص بالذكر فئة من الناس وهما المتقين والمحسنين⁴.

وخلافا لذلك قال الشافعية والحنفية والحنابلة بأنها واجبة⁵؛ لقوله تعالى: ﴿لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَقْتُمْ النِّسَاءَ مَا لَكُمْ مَسْئُورٌ أَوْ تَفَرَّقْتُمْ لَمَنْ فَارِقَةٌ مِمَّا لَمْ يَغْفُوا بَيْنَهُمَا فَأُولَئِكَ أَصْحَابُ الْمُنَافَقَةِ إِنَّهُمْ فِي عَذَابٍ مُتَسَاوِينَ﴾⁶.

ثانيا: المطلقة قبل الدخول والتي سمي لها صداق.

لقوله تعالى: ﴿وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ وَقَدْ فَرَّقْتُمْ لَهُنَّ فَارِقَةً فَمِنْ حَيْثُ مَا فَرَّقْتُمْ إِلَّا أَنْ يُغْفُونَ أَوْ يَخْتَفُوا الَّذِي بَيْنَهُمُ الْمُعْتَادُ﴾⁷؛ تستحق هذه المطلقة نصف المهر

¹ سورة البقرة، الآية 241.

² سورة البقرة، الآية 236.

³ محمد القرطبي، مرجع سابق، ص 97.

⁴ د. عبد الكريم زيدان، مرجع سابق، ص 130. د. عمر سليمان الأشقر، مرجع سابق، ص 271.

⁵ ابن عابدين، ج 4، مرجع سابق، ص 243. أبي بكر الجصاص، مرجع سابق، ص 143. موفق الدين بن قدامة، ج 8، مرجع سابق، ص 47. حسن علي السمني، الوجيز في الأحوال الشخصية، مج 1، في الزواج والطلاق والعدة والمتعة وما يتعلق بها من أحكام وملحق به جميع النصوص القانونية التي تحكم مسائل الأحوال الشخصية، (بدون دار النشر ولا بلد)، 1998-1999، ص 546.

⁶ سورة البقرة، الآية 236.

⁷ سورة البقرة، الآية 237.

باتفاق الفقهاء¹.

غير أنهم اختلفوا في متعتها بين موجب ومستحب وآخر منفي²:

فقال بوجوبها الشافعية في مذهبهم الجديد والحنابلة وباستحبابها الحنفية في قول، في حين قال الشافعية في القديم والمالكية وهو الراجح أنه لا متعة لها؛ لقوله تعالى: ﴿وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَرْصَةً فَمِنْهُنَّ مَا فَرَضْتُمْ إِلَّا أَنْ يَعْفُونَ أَوْ يَعْفُوَ الَّذِي بِيَدِهِ عُقْدَةُ النِّكَاحِ﴾³.

ثالثا: المطلقة بعد الدخول سواء سمي أو لم يسمى لها الصداق.

هي الأخرى جاءت آراء الفقهاء حولها مختلفة، رأي يرى بأن المتعة واجبة وهو ما ذهب إليه الشافعية في مذهبهم الجديد وفي رواية أحمد⁴؛ ووجه دلالتهم قوله تعالى: ﴿وَالْمُطَلَّقاتِ مَتَاعٍ بِالْمَعْرُوفِ حَمًا عَلَى الْمُتَّعِينَ﴾⁵؛ ورأي آخر يرى بأنه لا تجب وهو ما ذهب إليه المالكية والشافعية في مذهبهم القديم⁶؛ وحثهم في ذلك هي استحقاق المطلقة في هذه الحالة الصداق كاملا سواء كان الصداق قد سمي أثناء العقد أو بعده، أو صداق المثل إذا

¹ محمد بن إدريس الشافعي، مرجع سابق، ص 158. عبد العزيز الراجحي، مرجع سابق، ص 989. بهرام بن عبد الله بن عبد العزيز الدميري، مرجع سابق، ص 359. عبد الله بن محمود الموصللي، مرجع سابق، ص 91. د. مريم أحمد الداغستاني، الآثار المترتبة على الطلاق في الشريعة الإسلامية، مقارنة خفيفة للشرائع الأخرى، ط 1، شركة الأمل، (بدون بلد الطبع)، 1994، ص 101.

² موفق الدين ابن قدامة، ج 8، مرجع سابق، ص 48. ابن عابدين، ج 4، مرجع سابق، ص 245. د. عبد الكريم زيدان، مرجع سابق، ص 131-132. د. أحمد علي جرادات، الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية الجديد، الزواج والطلاق، دار الثقافة، ط 1، الأردن، 2012، ص 319-320. مريم صالح، آثار الطلاق المالية والاجتماعية، مجلة جامعة النجاح للأبحاث (العلوم الانسانية)، جامعة القدس، مج 20، ع 1، 2006، ص 320.

³ سورة البقرة، الآية 237.

⁴ أبي إسحاق الشيرازي، مرجع سابق، ص 200. موفق الدين ابن قدامة، ج 8، مرجع سابق، ص 49.

⁵ سورة البقرة، الآية 241.

⁶ الحبيب بن طاهر، مرجع سابق، ص 102. أبي إسحاق الشيرازي، مرجع سابق، ص 200.

لم تتم التسمية أصلاً¹؛ ودليل ذلك قوله تعالى: ﴿وَإِنْ أَرَدْتُمْ اسْتِحْقَالَ زَوْجٍ مَّكَانَ زَوْجٍ وَأَتَيْتُهُمْ إِنْخِاصًا فَإِذَا تَأَخَّرُوا مِنْهُ هَيْبًا أَتَأْخُذُونَ بِهَيْبَاتِنَا وَإِنَّمَا هَيْبَتُنَا بِمَا نَكُونُ فِيهَا وَأَتَيْتُهُمْ بِخَشْيَةٍ إِلَىٰ بَعْضٍ وَأَخَذَ مِنْكُمْ مِيثَاقًا غَلِيظًا²﴾.

البند الثاني: في القانون.

وإذا كان الفقه قد عالج حق المطلقات في المتعة على هذا النحو السابق ذكره، فإن المشرع المغربي والموريتاني بالرغم من حصرهم للحالات التي تستحق فيها المطلقة صداق المثل أو نصفه، إلا أنهم لم يقوموا بتحديد وقت استحقاق المتعة وهذا بعدما جاء نص المادة 84 في كل من القانونين على إطلاق عمومهما.

ويبقى السؤال مطروحا حول وجوب المتعة للمختلعة ومن اختارت طلاقها أو كان الطلاق بسببها؟.

فذهب الفقه في ذلك إلى عدم فرض متعة للمرأة التي خالعت زوجها، والمرأة التي طلقها زوجها بسبب عيب فيها، المرأة التي حكم القاضي بفسخ نكاحها بعد اللعان، أيضا المرأة المرتدة والمطلقة قبل البناء والتي سمي لها صداق³.

وكخلاصة لدراستنا للمطلقات وحقهن في المتعة فنذهب إلى ترجيح ما ذهب إليه جمهور الفقهاء وتجنب ما تم الاختلاف حوله، ومن هذا المنطلق فالمتعة تجب للمطلقة التي طلقها زوجها قبل الدخول ومن غير أن يفرض لها صداقا فقط دون غيرها.

المطلب الثالث: العلاقة بين التعويض عن الطلاق والمتعة.

والتعويض المراد في هذا المطلب هو التعويض عن الطلاق التعسفي وحده دون

¹ د. وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص 288. رابع عبد المالك، الصداق في قانون الأسرة الجزائري، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، 1996، ص 88.

² سورة النساء، الآية 20-21.

³ أحمد ابن معجوز، مرجع سابق، ص 311.

الأوجه الأخرى - التطبيق والنشوز-، وعليه سنقوم بتوضيح العلاقة بين كل من الطلاق التعسفي فقط والمتعة.

وننوه إلى أن الخلاف حول العلاقة الموجودة بين التعويض عن الطلاق التعسفي والمتعة بعدما كان خلافاً فقهيًا امتد ليصبح قانونياً لم تتفق بشأنه تشريعات الأحوال الشخصية، فانقسموا في ذلك إلى عدة اتجاهات، اتجه يأخذ بالتعويض عن الطلاق التعسفي دون المتعة وهو ما ذهب إليه المشرع التونسي¹؛ واتجاه يأخذ بالمتعة فقط ومن بين القوانين التي ذهب إلى ذلك المشرع الموريتاني والمصري²؛ واتجاه يعتبر المتعة والتعويض عن الطلاق التعسفي شيء واحد وهو اتجاه دعمه الأستاذ بلحاج العربي واتجاه يعتبرهما أحياناً شيئين مختلفين وأحياناً أخرى يعتبرهما شيء واحد وهذا هو حال القضاء الجزائري والقضاء المغربي لعدم وحدة الموقف التشريعي والاجتهاد القضائي كما يتضح من القرارات التي سنشير لها عندما نشير إلى موقف المشرع الجزائري.

أما موقفنا الباحثة فيأجل الفصل فيه بعد تعرضنا إلى أوجه التشابه والاختلاف بينهما وموقف المشرع الجزائري من ذلك.

الفرع الأول: الفرق بين التعويض عن الطلاق التعسفي والمتعة.

بعد دراستنا لأحكام التعويض عن الطلاق التعسفي والمتعة نخلص إلى وجود نقاط تداخل بينهما إلى جانب نقاط اختلاف وهي على الوجه الآتي:

البند الأول: نقاط التشابه.

- ثبوتها لا يحول دون استثناء المطلقة حقوقها المالية الأخرى، إذ أنها تستحقهما زيادة على هذه الأخيرة³.

¹ الفصل 31 من الأمر 13/56 المتضمن مجلة الأحوال الشخصية التونسية.

² المادة 29 و 84 من مدونة الأحوال الشخصية الموريتانية؛ المادة 18 مكرر من قانون الأحوال الشخصية المصري.

³ د. جميل فخري محمد جانم، مرجع سابق، ص 234.

- الطلاق في كلاهما يكون خارجا عن إرادة الزوجة ولا يعود لها.
- يراعى في تقديرهما كل من ظروف الزوج والزوجة إلى جانب ظروف أخرى.

البند الثاني: نقاط الاختلاف.

- التعويض عن الطلاق التعسفي يحكم به القاضي فإذن مصدره القانون أما المتعة فمصدرها الشريعة الإسلامية¹.
- التعويض يجب لمن طلقها زوجها طلاقا تعسفيا، أما المتعة فتجب بمجرد إيقاعه الطلاق عليها تحقق التعسف أم لم يتحقق² - مع اختلافها من مطلقة لأخرى-.
- في التعويض لا فرق بين المطلقة قبل الدخول أو بعده أما في المتعة فالأمر كذلك.
- رغم كون الهدف من الاثنتين هو جبر الضرر، غير أن الضرر في الطلاق التعسفي يوجب التعويض بنوعيه مادي ومعنوي، أما المتعة فيقتصر فيها على تعويض الضرر المعنوي وحده، ومنه فإن نطاق التعويض عن الطلاق التعسفي يكون أوسع من نطاق المتعة.
- وهذا ما يؤكداه الأستاذ عبد العزيز سعد عندما أشار إلى أن كلمة المتعة أضيق من كلمة التعويض كون المتعة مخصصة من أجل جبر خاطر المرأة في حين التعويض مخصص لجبر كل ضرر عن فعل غير مشروع³.
- التعويض قد يحكم به لأحد الزوجين الزوج أو الزوجة أما المتعة فلا يحكم به إلا للزوجة فقط ودليل ذلك واضح من الكتاب.

¹ محمد لاتي، مرجع سابق، ص 72.

² مليكة قبزيلي، مرجع سابق، ص 126.

³ عبد العزيز سعد، مرجع سابق، ص 309 و 311.

وفي هذه النقطة رد على بعض الآراء التي نادى باستبدال مصطلح التعويض بالمتعة بل أكثر من ذلك حذف مصطلح التعسف¹.

الفرع الثاني: موقف المشرع الجزائري من التعويض عن الطلاق التعسفي والمتعة.

كان موقف المشرع الجزائري صريحا في أخذه بالتعويض عن الطلاق التعسفي وهذا في المادة 52 من ق. أ وإن كان قد اكتفى فيها بالنص على شروط الواجبة توافرها من أجل استحقاق المطلقة التعويض عن الطلاق التعسفي.

أما فيما يخص المتعة فإن نصوص قانون الأسرة تخلو منها، إلا ما هو منصوص عليه في المادة 222 من هذا القانون والتي تقضي بإعمال أحكام الشريعة الإسلامية في ما لم يرد فيه نص، فعملا بهذه الأخيرة ذهب القضاء الجزائري من خلال مختلف أحكامه إلى تقرير متعة للمطلقة، الأمر الذي انعكس سلبا على فهم المقصود من نص المادة 52 ودليل ذلك الاجتهادات القضائية المتناقضة للمحكمة العليا والتي اعتبرت تارة التعويض والمتعة شيء واحد وتارة أخرى ذهبت إلى اعتبارهما شيئين مختلفين:

القرار الصادر عن المحكمة العليا في 1986/12/29 والذي يقضي بأنه: "إذا كانت أحكام الشريعة الإسلامية تقرر للزوجة التي طلقها زوجها متعة تعطى لها تخفيف عن ألم فراق زوجها لها، وهي في حد ذاتها تعتبر تعويضا.

فإن القضاء بما يخالف أحكام هذا المبدأ، يعتبر خرقا لأحكام الشريعة الإسلامية.

لذلك استوجب نقض القرار الذي قضى للزوجة المطلقة بدفع مبلغ مالي لها باسم متعة وبدفع مبلغ آخر كتعويض².

¹ د. مبروك المصري، مرجع سابق، ص 238.

² أنظر، م. ع، غ. أ. ش، 1986/12/29، ملف رقم 43860، م. ق، 1993، ع 2، ص 41.

أيضا قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 1986/04/07 والذي جاء فيه: "من الأحكام الشرعية، أن للزوجة المطلقة طلاقا تعسفا نفقة عدة، نفقة إهمال، نفقة متعة، وكذلك التعويض الذي قد يحكم به لها من جراء الطلاق التعسفي"¹.

وخلافا للقضاء الجزائري نص المشرع المغربي على المتعة وهذا ما توضحه المادة 84 من م. أ. م السابقة الذكر واعتبرها هي والتعويض عن الطلاق التعسفي وجهان لعملة واحدة، وهذا ما أكده وزير الأوقاف والشؤون الإسلامية للمنطقة أثناء مناقشة مشروع مدونة الأسرة أمام مجلسي البرلمان، بعد أن أقترح عليه استخدام مصطلح التعويض بدلا من المتعة، حيث أنه لم يأخذ هذا الاقتراح بعين الاعتبار مبررا ذلك بأن استبدال مصطلح المتعة بالتعويض يغني عنه، وهو المصطلح القرآني المناسب وهو يفيد بالتعويض كما أنه أفضل عبارة لتكريم المرأة².

إلا أن أحكامه القضائية جاءت لتقلب الموازين وتثبت ما يخالف ذلك، حيث أنها أحيانا تكتفي بتقرير المتعة للمطلقة وأحيانا تضيف لها إلى متعتها تعويضا³.

بناء على هذا نخلص إلى أن المشرع الجزائري يؤخذ عليه ما يلي:

في مادة الطلاق التعسفي يؤخذ عليه النقص فيما يتعلق بتحديد مقدار التعويض وكيفية دفعه، وعدم توضيح نوع الضرر المستحق التعويض، أيضا لم يوضح لنا فيما إذا كانت المطلقة مدخولا بها وفيما إذا كان الاثنان يعاملان نفس المعاملة، على هذا من الأحسن فعله هو إدخال بعض التعديلات على نص المادة 52 من ق. أ بما يعطي لها وضوحا أكثر ويزيل عنها اللبس لأن ترك المجال مفتوحا قد لا يتماشى مع مبدأ المساواة وتحقيق العدالة.

¹ أنظر، م. ع. غ. أ. ش، 1986/04/07، ملف رقم 41560، م. ق، 1989، ع 2، ص 69.

² محمد الشافعي، مرجع سابق، ص 64.

³ الحكم الصادر بتاريخ 21 يونيو 2006، ع 1105، ملف 2005/1517، غير منشور؛ أيضا الحكم الصادر بتاريخ 7 مارس 2006، ع 06/35/37، ملف 05/3026، غير منشور. أنظر، محمد الشافعي، مرجع سابق، ص 65-66.

وهذا على نحو ما فعله المشرع التونسي في الفصل 31 ف 4 من م. أ. ش "...ويقضى لمن تضرر من الزوجين بتعويض عن الضرر المادي والمعنوي الناجم عن الطلاق في الحالتين المبينتين بالفقرتين الثانية والثالثة أعلاه، وبالنسبة للمرأة يعوض لها عن الضرر المادي بجرية تدفع لها بعد انقضاء العدة مشاهرة بالحلول على قدر ما اعتادته من العيش ... أو عن طريق القضاء بتسديد مبلغها دفعة واحدة...."، حيث يحدد هذا الفصل حالات ثبوت التعويض وطريقة دفعه، أيضا الأسباب الداعية إلى سقوطه، وإن كان قد جانب حد الصواب في تركه مجال دفع التعويض مفتوحا الأمر الذي يتنافى مع الغرض من التعويض، وهو ما توضحه الفقرة الأخيرة من هذا الفصل "...وتستمر إلى أن تتوفى المفارقة أو يتغير وضعها الاجتماعي بزواج جديد أو بحصولها على ما تكون معه في غنى عن الجرية...".

أما في مادة المتعة يؤخذ عليه موقفه المتعارض بين الأخذ بها وعدم الأخذ بها.

ومن هذا المنطلق وتأسيسا على ما تم تعداده من نقاط اختلاف القائمة بين التعويض عن الطلاق التعسفي والمتعة وحتى يتسنى لنا سد باب التعارض بين النصوص القانونية والاجتهادات القضائية، وللحكمة المرجوة من وراء المتعة، من الأحسن على المشرع الجزائري أن يفعله هو تفريد نص خاص وصريح يقضي بالمتعة فضلا عن الطلاق التعسفي، ليكون بذلك التعويض عن الطلاق التعسفي لكل مطلقة تعسف زوجها في إيقاع الطلاق عليها وتكون المتعة لمن لم يفرض لها مهر وطلقت قبل الدخول بها حسب ما ذهب إليه جمهور الفقهاء، لأنه بهذا الحل الوحيد يكون قد وضع حدا لما شهدته ولا زالت تشهده الأحكام القضائية من تعارض.

المبحث الثالث: النزاع حول الصداق ومتاع البيت.

غالبا ما لا يضع الطلاق حدا للاحتقان الذي تعرفه العلاقة بين الزوجين حيث أنه ما يكاد ينهي نزاعا حتى يولد نزاع آخر يطال تلك الحقوق المالية المقررة للزوجة لاسيما حقها في الصداق ومتاع البيت، هو ما سنقف عليه في هذا المبحث من خلال مطلبين المطلب الأول نقف فيه على النزاع حول الصداق، أما المطلب الثاني فنقف فيه على النزاع حول متاع البيت.

المطلب الأول: النزاع حول الصداق.

قسم هذا المطلب إلى ثلاثة فروع إذ جاء الفرع الأول في تعريف الصداق ودليل مشروعيته، والفرع الثاني في أنواعه، أما الفرع الثالث في أحوال النزاع حوله.

الفرع الأول: تعريف الصداق ودليل مشروعيته.

هو الآخر جاء مقسما إلى بندين كما يلي:

البند الأول: تعريف الصداق.

أولا: تعريف الصداق في اللغة.

هو مهر المرأة، وجمعها في أدنى العدد أصدقة، والكثير صدق، وقد أصدق المرأة حين تزوجها، أي جعل لها صداقا، وقيل أصدقها سمي لها صداقا¹.

ثانيا: تعريف الصداق في الشرع.

فيعرفه الفقه المالكي على أنه "ما يجعل للزوجة نظير الاستمتاع بها"².

¹ ابن منظور، باب: الصاد، مادة: صدق، مج 4، ج 27، مرجع سابق، ص 2420. أبي الحسن بن زكريا، باب: الصاد والبال وما يثلثهما، مادة: صدق، ج 3، مرجع سابق، ص 339.

² الحبيب بن طاهر، ج 3، مرجع سابق، ص 271.

ثالثا: تعريف الصداق في القانون.

عرفه المشرع الجزائري في المادة 14 من ق. أ "الصداق هو ما يدفع نحلة للزوجة من نقود أو غيرها من كل ما هو مباح شرع...".

والصداق له مسميات عدة الصداق والصدقة والمهر والنحلة والأجر والفريضة والعلائق والعقر والحباء¹.

البند الثاني: دليل مشروعية الصداق.

أولا: دليل مشروعية الصداق من الكتاب.

ما يدل على مشروعيته من الكتاب ما جاء في قوله تعالى: "وَأَتُوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً"².

قوله أيضا: ﴿وَأَحِلَّ لَكُم مَّا وَرَاءَ ذَٰلِكُمْ أَن تَبْتَغُوا بِأَمْوَالِكُمْ مُخْسِنِينَ تَحْرِيرَ مَسَافِرِينَ فَمَا اسْتَفْتَيْتُم بِهِ مِنْهُنَّ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ فَرِيضَةً﴾³.

ثانيا: دليل مشروعية الصداق من السنة.

ما روي عن مالك، عن أبي حازم بن دينار، عن سهل بن سعد الساعدي أن الرسول صلى الله عليه وسلم جاءته امرأة فقالت: يا رسول الله أني قد وهبت نفسي لك، فقامت قياما طويلا، فقام رجل وقال: يا رسول الله زوجنيها إن لم يكن لك بها حاجة، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم "هل عندك من شيء تصدقها إياه؟" فقال: ما عندي إلا إزاري هذا، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم "إن أعطيتها إياه جلست لا إزار لك، فالتمس شيئا" قال: لا أجد شيئا، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم "فالتمس ولو خاتما من حديد" فالتمس فلم يجد شيئا، فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم "معك من القرآن شيء" قال:

¹ موقف الدين بن قدامة، ج 8، مرجع سابق، ص 3.

² سورة النساء، الآية 4.

³ سورة النساء، الآية 24.

نعم سورة كذا وسورة كذا، لسور سماها، فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم "قد زوجتكها بما معك من القرآن"¹.

ثالثاً: دليل مشروعية الصداق من الإجماع.

أجمع المسلمون على مشروعية الصداق في عقد النكاح².

وهذه المشروعية ثابتة للحكمة الكبيرة التي تعود على المرأة من وراء الصداق³.

الفرع الثاني: أنواع الصداق.

يتخذ الصداق أثناء عقد الزواج أو بعده طبقاً لنص المادة 15 ق. 4⁴ نوعان الصداق المسمى وصداق المثل.

البند الأول: الصداق المسمى.

كما يفهم من اسمه هو ذلك المهر الذي يسميه الطرفان عند العقد، قل أو أكثر، أعيانا مادية كان أو نقداً⁵.

¹ أخرجه أبي داود في سننه، كتاب: النكاح، باب: في التزويج على العمل يعمل، الحديث رقم: 2111، أبي داود، مرجع سابق، ص 236.

² موفق الدين بن قدامة، ج 8، مرجع سابق، ص 2.

³ فبفرض الصداق تعز المرأة وتكرم عند زوجها، وبه تعان من أجل الاستعداد للحياة الزوجية حتى يتسنى لها شراء ما يلزمها من ثياب وكل ما يدخل في إعداد المنزل، كما أنه بفرض الصداق يكون هناك حصن منيع من شأنه الحيلولة دون التسرع في إيقاع الطلاق ولأتفه الأسباب إذ يحمل الزوج على التأني وإعادة التفكير فلا يقع إلا متى حتمت الضرورة ذلك، أنظر، أيمن أحمد النعيريات، مرجع سابق، ص 120 - 121.

⁴ القانون رقم 11/84 المتضمن قانون الأسرة الجزائري السابق ذكره.

⁵ محمد فهمي شقفة، أحكام الأحوال الشخصية للمسلمين والنصارى واليهود، دراسة قانونية فقهية مقارنة، ج 1، (بدون دار النشر ولا بلد ولا سنة)، ص 398.

البند الثاني: صداق المثل¹.

هو ما يدفع للزوجة من صداق مقارنة بأمثالها من أقرانها، حسب العرف والعادة وما هو جاري العمل به في المنطقة²؛ والمماثلة تكون لعدة اعتبارات كالدين وحفظ أركانه، العفة، الصيانة، وحفظ نفسها ومالها وماله أيضا، الجمال، وما يعد مفاخرة للآباء من كرم وصلاح وإمارة ونسب³.

الفرع الثالث: أحوال النزاع حول الصداق.

قد يقوم النزاع حول الصداق في عدت حالات سنتطرق إلى أكثرها عملية.

البند الأول: أحوال النزاع حول الصداق في الفقه.

أولا: النزاع حول تسمية الصداق.

قد يتنازع الزوجين أو ورثتهما حول تسمية الصداق فتقول الزوجة بأنه قد سمي لها صداق المثل، في حين يذهب الزوج إلى إنكار هذه التسمية في أصلها.

- **فيرى الفقه الحنفي** أنه من ادعى تسمية وكانت له بينة قضي له بها، أما إذا انعدمت البينة توجه اليمين للمنكر والذي متى حلف بها وجب صداق المثل، وهذا عند قيام الزوجية أو عند الطلاق بعد الدخول، أما إن حصل الطلاق ولم يدخل بالزوجة كان لها الحق في المتعة⁴.

¹ ويسمى هذا النوع من الصداق أيضا بالصداق المفوض فيه ومنه سمي النكاح الذي يتم بهذا الصداق بنكاح التفويض وهو عقد دون تسمية الصداق فيه ولا إسقاطه ولا صرفه لحكم أحد، أنظر، أحمد ابن محجوز، مرجع سابق، ص 117.

² لخضر بن عائشة، إثبات الحقوق المالية للزوجين، دراسة مقارنة نقدية تحليلية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، 2011-2012، ص 35.

³ بلقاسم شتوان، الخطبة والزواج في الفقه المالكي، دراسة أكاديمية مدعمة بالأدلة الشرعية وقانون الأسرة الجزائري، دار الفجر، (بدون بلد الطبع ولا سنة)، ص 197.

⁴ ابن عابدين، ج 4، مرجع سابق، ص 299-300. سهام صقر، أحكام الصداق في التشريع الإسلامي وتقنين الأسرة الجزائري، رسالة ماجستير، معهد الشريعة، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، 1998-1999، ص 258.

- أما المالكية فذهبوا إلى تصديق قول الزوج مع يمينه عند ادعائه عدم التسمية إذا كان من قوم يتناكحون بالتفويض أو كان ذلك هو الغالب عندهم، ويثبت لها في هذه الحالة صداق المثل بعد البناء أما قبله فليس لها شيء، في حين إذا إعتاد قومها التسمية فذهبوا إلى تصديق قولها مع اليمين¹.

- والشافعية يرون أن اختلاف الزوجين حول التسمية يتطلب تحالفهما وذلك بأن يحلف كلاهما على عدم صحة ما يدعيه الآخر على أن يكون الزوج هو أبدأ بالحلف، وعليه متى حلفت الزوجة أيضا سقط الصداق المدعى ووجب لها صداق المثل في الطلاق بعد الدخول ونصفه في الطلاق قبل الدخول ويبقى النكاح قائما².

- ويرى الحنابلة بأن ادعاء الزوج موافق للأصل في الصداق وهو عدم التسمية وبالتالي فالقول قوله متى أدى اليمين، ولها في ذلك صداق المثل إذا طلقت بعد الدخول أما إذا طلقت قبله كانت لها المتعة³.

ثانيا: النزاع حول مقدار الصداق⁴.

هو الآخر يكون بأن يدعي أحد الزوجين بأن مقدار الصداق ألفي دينار ويدعي الآخر بأن مقداره ألف دينار لا أكثر.

ففي هذه الحالة ذهب الحنفية إلى تحكيم صداق المثل عند اختلاف الادعاءات بحيث يحكم قول من كان ادعائه قريب من صداق المثل مع اليمين، وإذا أقام الاثنتين البينة، قدمت بينة الزوجة إذا كان صداق المثل شاهدا للزوج، وتقدم بينة الزوج إذا كان صداق

¹ الحبيب بن طاهر، ج 3، مرجع سابق، ص 318.

² محمد بن إدريس الشافعي، مرجع سابق، ص 184-185. أبي إسحاق الشيرازي، مرجع سابق، ص 215.

³ منصور البهوتي، كاشف القناع على متن الإقناع، مرجع سابق، ص 2510. د. وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص 308.

⁴ والمعلوم أن هذا الخلاف يرجع إلى الفراغ الذي شهدته الشريعة الإسلامية في هذه النقطة، حيث أنه في تحديد أقصى حد له تركت السلطة التقديرية فيه لاتفاق الزوجين، وإن كان عمر بن الخطاب - رضي الله عنهما - في عهد الرسول - صلى الله عليه وسلم - بادر في محاولة منه إلى تحديده بأربع مئة درهم إلا أنه لقي معارضة في الأمر، أما في حده الأدنى فمختلف عليه ما بين عشرة دراهم وربع دينار وثلاثة دراهم من الفضة، أنظر، محمد لاتي، مرجع سابق، ص 21-22.

المثل شاهداً للزوجة، وإذا كان صدق المثل بينهما تحالفاً وهذا في الطلاق بعد الدخول، أما في الطلاق قبله فلها المتعة¹.

أما **المالكية** فمتى وقع النزاع قبل الدخول يؤخذ بقول من كان ادعائه يشبه المعتاد في البلاد متى أدى اليمين أما إذا نكل حلف الآخر، وعند تشابه أو اختلاف قولهما عن المعتاد تحالفاً ويفسخ العقد بينهما، وما يسري على حلفهما يسري على نكولهما أيضاً، أما في الحالة الثانية أي النزاع بعد الدخول يؤخذ بقول الزوج مع اليمين حتى وأن لم يشبه المعتاد²؛ وهذه الحالة الأخير اعتمد عليها **الحنابلة** في حل النزاع حسب الراجح عندهم لكن دون تمييز منهم بين وقوع النزاع قبل الدخول أو بعده³.

وعند **الشافعية** يحل هذا النزاع كغيره من النزاعات فما يصدق على النزاع حول تسمية الصداق يصدق على النزاع حول مقداره⁴.

ثالثاً: النزاع حول قبض الصداق.

وهو أن يدعي الزوج قبضه إلا أن الزوجة تنكر ذلك، فذهب فقهاء **الحنفية** و**المالكية** في حل هذا النزاع ممييزين بين حالتين⁵:

1- النزاع قبل الدخول: إلى الوقت الذي يقيم فيه الزوج البينة على القبض فالقول

قوله، أما إذا لم يكن له بينة فالقول قول الزوجة بعد أن تؤدي يمينها.

¹ ابن عابدين، ج 4، مرجع سابق، ص 298 - 299.

² أبي الوليد القرطبي، مرجع سابق، ص 30. الحبيب بن طاهر، ج 3، مرجع سابق، ص 317.

³ منصور البهوتي، كاشف القناع على متن الإقناع، مرجع سابق، ص 2510. أنظر، سهام صقر، مرجع سابق، ص 262 وما بعدها.

⁴ أنظر، الصفحة 92 - 93 من هذه الرسالة.

⁵ الحبيب بن طاهر، ج 3، مرجع سابق، ص 319. د. وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص 310.

2- النزاع بعد الدخول: فيرى فقهاء هذين المذهبين بأن العادة تثبتت على أن الزوجة يقدم لها زوجها شيئاً قبل الدخول بها، وعليه متى لم يقدم لها شيئاً فمن باب أولى أن لا ترضى الدخول، وعليه فالقول هنا قول الزوج مع اليمين.

في حين يرى الشافعية والحنابلة بأن القول قول الزوجة وحدها مع اليمين على أساس أن الأصل هو عدم القبض دون أن يميزوا بين الدخول من عدمه¹.

وقد ذهب كل مذهب من المذاهب الأربعة إلى حل النزاع بين ورثة الزوجين بنفس الطريقة التي تم حل النزاع فيها بين الزوجين².

البند الثاني: أحوال النزاع حول الصداق في التشريع الجزائري.

بخصوص الكيفية التي عالج بها المشرع الجزائري النزاع حول الصداق فهي واردة في المادة 17 من ق. أ "في حالة النزاع في الصداق بين الزوجين أو ورثتهما وليس لأحدهما بينة وكان قبل الدخول، فالقول للزوجة أو ورثتها مع اليمين، وإذا كان بعد البناء فالقول للزوج أو ورثته مع اليمين"، وهذا ما جرى العمل به في المحاكم الجزائرية³.

ونلاحظ من خلال هذه المادة بأنها شاملة لمختلف النزاعات التي تثور حول الصداق حتى تلك التي لم نتعرض لها في موضوعنا هذا، غير أنه عند الرجوع للمادة 15 من ق. أ⁴ التي توجب تحديد الصداق نجدها تنفي لنا إمكانية النزاع حول الصداق إلا إذا تعلق الأمر بقبضه، لكون تحديد الصداق يقتضي تحديد التسمية والمقدار وبمفهوم المخالفة متى لم يحدد أمكن تصور نزاع حول العناصر الأخرى.

¹ أبي إسحاق الشيرازي، مرجع سابق، ص 216. منصور البهوتي، كاشف القناع على متن الإقناع، مرجع سابق، ص 2510. سهام صقر، مرجع سابق، ص 272.

² د. عبد الكريم زيدان، مرجع سابق، ص 143.

³ أنظر، م. ع. غ. أ. ش، 1991/06/18، ملف 73515، م. ق، 1992، ع 4، ص 69.

⁴ القانون رقم 11/84 المتضمن قانون الأسرة الجزائري السابق ذكره.

ومن هذا المنطلق يمكن القول بأن الأصل في النزاع حول الصداق لا يكون إلا حول قبضه، أما الاستثناء فهو النزاع حول التسمية والمقدار إذ يكون ذلك في حالة عدم تحديده. والمشرع قياساً على الزوجين تعامل بنفس الطريقة مع وراثتهما عند تنازعهما.

المطلب الثاني: النزاع حول متاع البيت.

إلى جانب تسمية متاع البيت هناك من أطلق تسمية الجهاز، فهل هما شيء واحد أم هما شيئين مختلفين؟. هو ما سنحاول توضيحه قبل خوضنا في مسألة النزاع.

الفرع الأول: تعريف متاع البيت.

وتم تعريفه في اللغة والشرع والقانون ضمن ثلاثة بنود.

البند الأول: تعريف المتاع في اللغة.

المتاع في اللغة هو كل ما يتمتع به ويرغب في اقتنائه، كالطعام وأثاث البيت، والسلعة والأداة، والمال¹.

البند الثاني: تعريف المتاع في الشرع.

هو كل ما يتمتع به الزوجان في الحياة مما يوجد في بيت الزوجية من أثاث ومفروشات وأجهزة منزلية وغيرها، سواء كان هذا المتاع من الجهاز أو مما تأتي به الزوجة معها عند زفافها، أو من ممتلكات الزوج².

ومن منطلق هذا التعريف يتضح لنا بأن الجهاز يدخل في المتاع وعليه فإن هذا الأخير أشمل من الجهاز، وعليه يمكن تعريفه بأنه كل ما تأتي به الزوجة من بيت أهلها

¹ مجمع اللغة العربية، باب: الميم، مادة: متع، مرجع سابق، ص 852.

² نبيلة بوشفرة، الحقوق المالية للمطلقة والطفل بعد الطلاق، بحث لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية، جامعة سيدي محمد بن عبد الله، 2005-2006، ص 40.

ليكون معها في بيت الزوجية من أثاث وفراش ولباس وغيره¹.

الفرع الثاني: أحوال النزاع حول متاع البيت.

من خلال هذا الفرع تم التعرض لأحوال النزاع حول الصداق في كل من الفقه والتشريع الجزائري.

البند الأول: أحوال النزاع حول متاع البيت في الفقه.

قد يرجع النزاع حول متاع البيت في أصله إلى اختلاف الفقهاء وعدم وجود قاعدة ثابتة حول من يقع على عاتقه الالتزام بإحضاره أو توفيره، وعليه فمن المتصور أنه متى كان عبئ توفيره يقع على الزوج مثلا كانت ملكيته ثابتة له وحده، ومن تم لا مجال لوقوع التنازع عليه والعكس صحيح، حيث قال **الحنفية** بأن المتاع على الزوج من منطلق أن النفقة عليه بما فيها المسكن إذ أن إعداد البيت من المسكن²؛ وفي هذا الشأن أُلزم **المالكية** الزوجة بالمتاع لكن رهنوا ذلك بمقدار الصداق المقدم لها وعليه متى لم يقدمه لها فلا تلتزم بالمتاع، وهذا كله ما لم يضمن الزوج العقد شرطا يحملها به مسؤولية إعداد المتاع أو العرف³.

وأمام عدم تحديد الملزم به يفتح المجال أمام تداعيات الزوجين المتعارضة، مما ينشأ عنه خلاف يتطلب وضع حد له، إذ يرى **أبو حنيفة والحنابلة** أنه متى وقع النزاع فما كان للنساء فهو للزوجة وما كان للرجال فهو للرجل وما كان لهما فهو للرجل هذا في حياة الزوجين، أما إذا توفي أحدهما ووقع النزاع بين الحي منهما وورثة الميت فما كان معتاد للرجال كان له أو لورثته وما كان للنساء كان للمرأة أو ورثتها⁴؛ أما **الشافعية** فقالوا بأن المتاع يقسم بينهما نصفين متى حلف كل واحد منهما على دعواه لصاحبه، لأن الرجل قد

¹ رشيد عمري، تنازع الزوجين في جهاز ومتاع البيت، دراسة مقارنة، مجلة الراشدية للدراسات والبحوث القانونية، ع 2، جامعة معسكر، 2010، ص 104.

² د. وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص 312.

³ الحبيب بن طاهر، ج 3، مرجع سابق، ص 299.

⁴ شمس الدين السرخسي، ج 5، مرجع سابق، ص 213-214. الهمام مولانا الشيخ نظام، مرجع سابق، ص 361.

يملك متاع النساء بالشراء والميراث وغير ذلك والمرأة كذلك¹؛ أما المالكية فقالوا بأن ما يعرف من المتاع على أنه للرجال فهو للزوج وما كان يعرف على أنه للنساء فهو للزوجة وما يعرف على أنه لهما مع بعض فهو للزوج لأن البيت بيته، أما ما كان للنساء واشتراه الزوج وكانت له بينه فهو له والأمر ذاته بالنسبة لما كان للرجال واشترته الزوجة².

البند الثاني: أحوال النزاع حول متاع البيت في التشريع الجزائري.

أما المشرع عمد مستحكما بالبيينة في حل النزاع حول متاع البيت إن وجدت، أما إذا انعدمت استحکم باليمين متى توافرت الشروط التالية³:

- أن يكون المتاع موجودا وجودا حقيقيا ومملوكا لأحد الزوجين.

- انعدام البيينة التي تثبت ادعاء المدعي.

كما أنه مميز في فض النزاع بين 3 حالات هي:

- في المتاع المعتاد للنساء: كالحلي والجواهر ومختلف أدوات الزينة فالقول فيها للزوجة مع اليمين.

- في المتاع المعتاد للرجال: كأدوات الحلاقة فالقول فيها للزوج مع اليمين.

- في المتاع المشترك بينهما: يفتسمانه بينهما بعد أداء اليمين.

وذلك وفقا لما تقضي به المادة 73 من ق. أ "إذا وقع النزاع بين الزوجين أو ورثتهما في متاع البيت وليس لأحدهما بيينة فالقول للزوجة أو ورثتها مع اليمين في

¹ محمد بن إدريس الشافعي، مرجع سابق، ص 249.

² مالك بن أنس الأصبحي، مرجع سابق، ص 187.

³ عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل، ط 3، دار هومة، (بدون بلد الطبع)، 2011، ص 150. باديس ديابي، مرجع سابق، ص 104 - 105.

المعتاد للنساء والقول للزوج أو ورثته مع اليمين في المعتاد للرجال، والمشاركات بينهما يتقسمانها مع اليمين".

هذا إذا كان المتاع موجودا، أما إذا لم يكن المتاع موجودا لا يمكن تطبيق هذه المادة كونها تتعلق بإثبات حق ملكية الشيء على شيء موجود وليس إثبات وجود الشيء في حذ ذاته¹؛ الأمر الذي يتيح المجال لإعمال وسائل الإثبات المختلفة المنصوص عليها في القانون المدني من المادة 323 وما يليها².

ننتهي عند دراستنا لهذه المادة إلى القول بأنها وإن جاءت مخصصة من أجل حل النزاع الواقع على المتاع بين الزوجين بعد الطلاق وهذا بعدما وردت ضمن الفصل المتعلق بآثار الطلاق، إلا أن المشرع لم يميز من خلالها الوقت الذي يقع فيه النزاع سواء كان قبل الدخول أم بعده كما شهدنا ذلك في الصداق، كما أنه استعمل مصطلح الزوجين بدلا من المطلقين، إلى جانب إغفاله جوانب أخرى قد يثور حولها النزاع حول المتاع مقتصرًا على حالة النزاع حول ملكيته فقط.

¹ رشيد مسعودي، مرجع سابق، ص 284.

² الأمر رقم 58/75 المتضمن القانون المدني الجزائري السابق ذكره.

الفصل الثاني

في الآثار المالية المتعلقة

بالأولاد

لم تتوقف الشريعة الإسلامية ولا تشريعات الأحوال الشخصية حد ضمانها حقوق المرأة المطلقة بل ذهبت إلى أكثر من ذلك، إذ اتجهت إلى الحفاظ على مصلحة الأولاد نتاج العلاقة الزوجية، كون الطلاق يستهدفهم بالدرجة الأولى، إذ نجدهم أمام هذا التفكك عرضة لكل المخاطر بمختلف أنواعها، جسدية كانت أو نفسية أو معنوية...إلخ.

فبدورهم لهم نصيبهم من الحماية الشرعية والقانونية، إذ تتقرر لهم جملة من الحقوق قد تكون غير مالية لصيقة بشخصيتهم كالحق في الحياة والرعاية الصحية والنسب، وقد تكون مالية كالحق في الميراث والوصية والهبة، وإن كانت هذه الأخيرة تشكل محل دراستنا بالنظر إلى طابعها المالي، إلا أنه لا يهمننا من هذه الحقوق أو الآثار إلا تلك الحقوق التي تثبت بموجب واقعة الطلاق والتي سنتناولها ضمن ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: نفقة المحضون وسكناء.

المبحث الثاني: أجره الحضانة.

المبحث الثالث: أجره الرضاع.

المبحث الأول: نفقة المحضون وسكناه.

الحق في النفقة هو حق مقرر للأولاد أيضا حيث أن هذا الحق يثبت لهم بمجرد ولادتهم أحياء، وفيما إذا كان يستمر إلى ما بعد الطلاق هو ما سنحاول توضيحه في هذا المبحث وذلك في ثلاثة مطالب، المطلب الأول نفقة المحضون، المطلب الثاني مسكن الحضانة أو أجرته، أما المطلب الثالث آثار الامتناع عن أداء النفقة.

المطلب الأول: نفقة المحضون.

ونعالج ضمنه كل من تعريف نفقة المحضون إلى جانب مشتملاتها ودليل مشروعيتها.

الفرع الأول: مفهوم نفقة المحضون.

وضمنه تم التوقف على كل من المقصود بنفقة المحضون ومشتملاتها في البند الأول، إلى جانب الأدلة المشرعة لها في البند الثاني، وشروط استحقاقها في البند الثالث.

البند الأول: تعريف نفقة المحضون ومشتملاتها.

ولما كانت نفقة الحضانة تأخذ نفس التعريف الذي أعطيناه للنفقة ونحن بصدد حديثنا على نفقة العدة والإهمال، ولما كانتا أيضا تشتركان في المشتملات ذاتها بموجب ما هو مقرر شرعا وقانونا فإننا نكتفي بالتفصيل الذي أعطيناه لهما سابقا¹.

البند الثاني: دليل مشروعية نفقة المحضون.

أولا: دليل مشروعية نفقة المحضون من الكتاب.

قوله تعالى: ﴿وَمَلَئِ الْمَوْلُودَ لَهُ مِنْ رِزْقِ رَبِّهِمْ وَكِسْوَتُهُمْ بِالْمَعْرُوفِ لَا تُكَلِّمُهُ نَفْسٌ إِلَّا أَوْسَعًا لَا

¹ أنظر، الصفحة 21- 22 و 31- 37 من هذه الرسالة.

تُخَارَ وَالِدَةٌ بِوَالِدِهَا وَلَا مَوْلُودٌ لَهٗ بِوَالِدِهِ وَمَلَكَ الْوَارِثُ مِثْلَ حَظِّكَ¹.

وقوله أيضا: ﴿وَإِنْ كُنَّ أَوْلَادٌ حَقَّ فَأَنْتُمْ بِمَا تَلْبَسُونَ حَتَّىٰ يَخْرُجَ حَقُّكُمْ فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أَجُورَهُنَّ²﴾.

ثانيا: دليل مشروعية نفقة المحضون من السنة.

ما روي عن عائشة رضي الله تعالى عنها أن هند بنت عتبة قالت: يا رسول الله، إن أبا سفيان رجل شحيح، ليس يعطيني وولدي إلا ما أخذت منه، وهو لا يعلم، فقال: "خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف"³.

أيضا ما روي عن أبي هريرة قال: أمر النبي صلى الله عليه وسلم بالصدقة فقال رجل: يا رسول الله عندي دينار، فقال "تصدق به على نفسك"، قال: عندي آخر، فقال "تصدق به على ولدك"، قال: عندي آخر، فقال "تصدق به على زوجتك" أو قال "زوجك"، فقال: عندي آخر، فقال "تصدق به على خادمك"، قال: عندي آخر، قال "أنت أبصر"⁴.

ثالثا: دليل مشروعية نفقة المحضون من الإجماع.

أجمع علماء الأمة على وجوب هذه النفقة للابن على أبيه متى تحقق إيساره وكان لا مال له⁵.

الفرع الثاني: شروط نفقة المحضون.

سنتطرق أولا إلى هذه الشروط في الفقه ثم في التشريع الجزائري.

¹ سورة البقرة، الآية 233.

² سورة البقرة، الآية 6.

³ أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب: النفقات، باب: إذا لم ينفق الرجل، فللمرأة أن تأخذ بغير علمه ما يكفيها وولدها بالمعروف، الحديث رقم: 3564، البخاري، مرجع سابق، ص 1062.

⁴ أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب: الزكاة، باب: في صلة الرحم، الحديث رقم: 1690، البخاري، المرجع السابق، ص 132.

⁵ موفق الدين بن قدامة، ج 9، مرجع سابق، ص 256.

البند الأول: شروط نفقة المحضون في الفقه.

يشترط الفقه في المحضون جملة من الشروط لا يستحق النفقة بدونها، تتمثل هذه الشروط حسب فقهاء كل مذهب فيما يلي:

- فيشترط الحنفية من أجل وجوب نفقة الأب على ولده شروط ثلاثة¹:

(1) أن يكون فقيرا لا مال له.

(2) أن يكون عاجزا عن الكسب ووالده قادرا عليه.

- ويشترط المالكية²:

(1) أن يكونوا فقراء لا مال ولا صنعة لهم.

(2) أن لا يكونوا بالغين قادرين على الكسب.

(3) وأن يكون الأب موسرا.

- أما الشافعية فيشترطون³:

(1) أن يكون الولد حرا.

(2) أن يكون فقيرا.

(3) أن يكون عاجزا عن الكسب.

(4) أن يكون المنفق حرا وقادرا على النفقة.

¹ عبد الله بن محمود الموصلي، مرجع سابق، ص 292.

² الحبيب بن طاهر، ج 4، مرجع سابق، ص 278 - 279.

³ أبي الحسن البصري، مرجع سابق، ص 478.

- وعن الشروط التي اشترطها الحنابلة فهي¹:

(1) الفقر والعجز عن الكسب.

(2) بالإضافة إلى غنى المنفق.

وسنفصل المقصود بكل شرط من هذه الشروط على النحو التالي:

- أن لا يكون للمحزون مال: فإذا كان له مال يمكنه الإنفاق به على نفسه فلا يستحق النفقة، أما إذا لم يكن له مال وجبت نفقته على من هو ملزم بالإنفاق عليه متى كان موسراً. فحسب نظر الإمام أبو زهرة أن النفقة إذا أوجبت للمحزون فإنما أوجبت من أجل شيء واحد وهو الضرورة الملحة التي تقتضي دفع الهلاك عليه².

- أن يكون المحزون عاجزاً على الكسب: فإذا كان المحزون قادر على الكسب كان ذلك سبباً كفيلاً لعدم وجوب نفقة الغير عليه أما إذا كان عاجزاً وجب له ذلك. وعن مظاهر العجز يرجعها الدكتور وهبة الزحيلي إلى ما يلي³:

(1) الصغر: وهو السن الذي لم يبلغ معه المحزون حد السعي وراء الكسب، ففي هذه الحالة لا يمكن دفعه إلى الكسب.

(2) الأنوثة: فالفقه يرى بأن الأنوثة صفة كفيلة لمنع الأنثى من السعي إلى الكسب ومن تم وجوب الإنفاق عليها، لما يرون فيه من مخاطر عليها والتي قد تلحقها جراء الخلوة بها عند تكسبها باستثناء اكتسابها عند من هي من جنسها.

(3) المرض: والمراد المراد هنا هو المرض الذي يحول دون الكسب كالجنون.

(4) الانشغال بطلب العلم.

¹ موفق الدين بن قدامة، ج 9، مرجع سابق، ص 257-258.

² أبو زهرة، محاضرات في عقد الزواج وآثاره، مرجع سابق، ص 417.

³ د. وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص 823-824.

كما يشترط في الكسب أن يكون حلالا لا حراما كالتكسب بلعب القمار أو الغناء... إلخ، ومما يتوافق مع سن المحضون وليس فيه ضرر نفسي أو بدني أو اجتماعي له¹.

- أن يكون المنفق قادرا على الإنفاق: وذلك بأن يكون له من المال ما يكفيه حتى ينفق على المحضون ويلبي حاجياته، وعليه إذا كان فقيرا وتحقق عجزه فلا نفقة تجب عليه بالفقر والعجز، وأمام هذا فلن يبقى المحضون بدون نفقة بل تنتقل نفقته إلى أقربائه².

- ويضيف الشافعية إلى هذه الشروط شرط الحرية في كل من المنفق والمنفق عليه، وذلك لأن الأب المملوك ليس له النفقة على غيره بما أنه ليس له النفقة على نفسه، ولأن الولد المملوك تجب نفقته على سيده.

البند الثاني: شروط نفقة المحضون في التشريع الجزائري.

نص المشرع الجزائري على شروط استحقاق المحضون للنفقة بموجب النصوص التالية:

المادة 75 من ق. أ: "تجب نفقة الولد على الأب ما لم يكن له مال، فبالنسبة للذكور إلى سن الرشد والإناث إلى الدخول، وتستمر في حالة ما إذا كان الولد عاجزا لآفة عقلية أو بدنية أو مزاولا للدراسة ويسقط بالاستغناء عنها بالكسب".

المادة 76 من ق. أ: "في حالة عجز الأب تجب نفقة الأولاد على الأم إذا كانت قادرة على ذلك".

فطبقا لهذه المواد تقسم شروط نفقة المحضون إلى شروط متعلقة بالمنفق عليه و شروط متعلقة بالمنفق، وهي لا تختلف كثيرا عن الشروط الفقهية.

¹ د. نورة بنت مسلم المحمادي، حق النفقة للطفل، دراسة فقهية مقارنة تطبيقية، مجلة العدل، جامعة أم القرى، ع 54، السنة 14، ص 57-58.

² فاروق عبد الله كريم، مرجع سابق، ص 284.

أولاً: الشروط المتعلقة بالمنفق عليه (المحضون).

وهي على النحو التالي:

(1) أن يكون المنفق عليه لا مال له.

(2) أن يكون المنفق عليه عاجز.

(3) أن يكون المنفق عليه غير قادر على الكسب.

ثانياً: الشروط المتعلقة بالمنفق.

وتتلخص في قدرة المنفق على الإنفاق وعدم عجزه على ذلك، أما إذا لم تكن له القدرة على الإنفاق انتقل هذا الالتزام من عاتق الأب إلى عاتق من يليه في النفقة.

وهو الحل الذي جاء به المشرع الجزائري مقرناً إياه دائماً بالقدرة والاحتياج، مراعيًا في ذلك الترتيب التالي:

- الأب: فيأتي في مقدمة الملزمين بالنفقة على المحضون وهذا طبقاً للمادة 75 من ق. أ المذكورة أعلاه، وربما يرجع هذا التقديم إلى ما يتمتع به الزوج في المجتمع العربي أو الغربي من صفات تجعله دائماً في المقدمة كونه هو رب الأسرة ومعيها.

- الأم: وتأتي في الدرجة الثانية بعد الأب متى تأكد عجزه عن النفقة بأي شكل من الأشكال، لكن يبقى إنفاقها على أولادها مرهون بقدرتها على ذلك أما إذا عجزت انتقل إلى من يليها وهم الأقارب، وهذا طبقاً لنص المادة 66 من ق. أ.

- الأقارب: هم أيضاً معنيون بالإنفاق لكن دائماً متى تحققت فيهم القدرة على ذلك، وهذا بموجب المادة 77 من ق. أ "تجب نفقة الأصول على الفروع والفروع على الأصول حسب القدرة والاحتياج ودرجة القرابة في الإرث".

ومن بين الأحكام القضائية التي تؤكد لنا على وجوب النفقة خاصة على الأب ما

يلي:

قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 1987/02/07 والذي قضت فيه بأنه: "من المقرر قانونا وشرعا، أن نفقة الأولاد تجب على الأب إذا ولدوا من فراش صحيح، ناشئ عن عقد صحيح شرعا.

ومن ثم، فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا لأحكام الشريعة الإسلامية"¹.

أيضا قرارها الصادر بتاريخ 1998/02/17 والذي جاء فيه بأنه: "من المقرر قانونا أنه يلزم الأب بالإففاق على الولد الذي ليس له كسب.

ومتى ثبت - من قضية الحال- أن الولد المنفق عليه معوق ويتقاضى منحة شهرية فإن القضاة بقضائهم بحقه في النفقة لأن المنحة التي يتقاضاها مجرد إعانة لا تكفي حاجياته طبقوا صحيح القانون.

ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن"².

وما نلاحظه في ترتيب المشرع للملزمين بالنفقة على المحضون أنه جاء متأثرا بقضاء المذهب الحنبلي في ذلك، وهو ما يتضح لنا عند عرضنا لما جاء به كل مذهب على حدى:

فعند الحنابلة والحنفية تكون نفقة المحضون على أبيه متى كان موسرا قادرا، ومتى لم يكن كذلك انتقلت إلى الأم عند الحنابلة، والأم والجد عند الحنفية بالاشتراك، أما الشافعية فألزموا بها الجد متى عجز الأب على ذلك ثم الأم"³.

وعند المالكية فهي واجبة على الأب وحده، فالأم عندهم لا تجب عليها النفقة حتى عند يسرها وذلك لأنها ليست بعصبة لولدها كما أنها ضعيفة القدرة على التحمل، وهذا الرأي

¹ أنظر، م. ع، غ. أ. ش، 1987/02/07، ملف رقم 47915، م. ق، ع 3، 1990، ص 65.

² أنظر، م. ع، غ. أ. ش، 1998/02/17، ملف رقم 179126، إ. ق. غ. أ. ش، عدد خاص، ص 198.

³ أبي الحسن البصري، مرجع سابق، ص 479.

لم يلق الاستحباب، ورد عليه بأن الأم بينها وبين ابنها من القرابة ما يوجب العتق ورد الشهادة¹.

ونرى في هذا الموضوع بأن المشرع كان موفقا بتفصيله للملزمين بالنفقة مراعيًا في ذلك مصلحة المحضون بالدرجة الأولى، لكن ما يبقى غامضًا هو هل أن هذا الترتيب يراعى حتى بعد فك الرابطة الزوجية أم قبلها فقط؟ وهذا لأن موقف المشرع جاء عاما دون أي تفريق بين الوضعين.

الفرع الثالث: أحكام نفقة المحضون.

ويراد بأحكامها كل من مقدارها وتقديرها بالإضافة إلى استحقاقها وأسباب سقوطها والتي ستوضح في البنود أدناه.

البند الأول: مقدار نفقة المحضون وتقديرها.

لعدم ورود مقدار يحددها في قانون الأسرة نعمد إلى عرض آراء الفقهاء بشأنها انطلاقًا من نص المادة 222 من ق. أ.

المقدار المحدد للنفقة على المحضون أو الطفل عند الفقهاء هو أن تكون بقدر الكفاية بالمعروف اتفاقاً²؛ وفيها جاء في كتاب "نهاية المحتاج" بأنها "على الكفاية فيجب إعطاؤه كسوة وسكنى تليق بحاله وقوتا وأدما يليق بسنه"³.

ويراد بالكفاية بالمعروف: كل ما يحتاج إليه من هو من أمثال المحضون من طعام وكسوة ومسكن وكل ما يدخل في ذلك، على حسب ما هو متعارف عليه وعلى حسب قدرة

¹ موفق الدين بن قدامة، ج 9، مرجع سابق، ص 267. الحبيب بن طاهر، ج 4، مرجع سابق، ص 278. د. محمود علي السرطاوي، مرجع سابق، ص 391.

² د. وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص 828.

³ شمس الدين بن حمزة وابن شهاب الأنصاري، مرجع سابق، ص 220.

الأب يسارا وإعسارا¹.

وبناء على هذا نرى بأنه كان على المشرع بناء موقفه على ما هو مجمع عليه فقهيًا بإيراده نصًا يوضح لنا مقدار النفقة المستحقة للمحزون والمطلقة على حد السواء.

وبخصوص كيفية تقديرها فإنها تكون وفقًا لنص المادة 78 من ق. أ إذ أنها تخضع إلى السلطة التقديرية للقاضي مراعيًا في ذلك حال الطرفين وظروف المعاش، وإن كانت هذه الطريقة هي المعتمدة في تقدير نفقة المطلقة وهذا لعدم وجود نص يقضي بكيفية تقديرها بالنسبة للمحزون، وهو ما راعته المحكمة العليا في قرارها الصادر في 1999/03/16 والذي جاء فيه: "من المقرر قانونًا أنه في تقدير النفقة يراعي القاضي حال الطرفين و ظروف المعاش.

ولما كان ثابتًا- في قضية الحال- أن القرار المطعون فيه أيد الحكم المستأنف الذي قدر النفقة حسب حال الطرفين وأجاب على أن النفقة على الابن واجبة على الأب اتجاه ابنه المحزون وأن عدم الأخذ بشهادة عدم العمل الصادرة عن البلدية يرجع للسلطة التقديرية للقضاة لأن الشهادة الصادرة عن البلدية تصادق فقط عن إمضاء الشاهدين وعليه فإن القضاة بقضائهم كما فعلوا طبقوا صحيح القانون.

ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن².

البند الثاني: استحقاق نفقة المحزون.

كغيرها من الأنواع الأخرى من النفقات تكون نفقة المحزون مستحقة ابتداء من تاريخ الحكم في الدعوى.

وهذا لأن العادة جرت أمام المحاكم الجزائرية أن يفصل القاضي في جميع ما قد يلحقه الطلاق من آثار وهو بصدد الفصل في الدعوى، إما استجابة لطلبات المطلقة أو حسب ما

¹ أنظر، د. نورة بنت مسلم المحمادي، مرجع سابق، ص 48 وما بعدها.

² أنظر، م. ع، غ أ ش، 1999/03/16، ملف رقم 216886، إ. ق. غ. أ. ش، عدد خاص، ص 203.

تمليه عليه سلطته التقديرية، وفي النادر ما تكون دعوى النفقة مستقلة بذاتها حيث يحدث ذلك في الحالة التي يقع فيها نزاع حولها الأمر الذي يقتضي تدخل القاضي من جديد من أجل إجبار الملزم بها بالوفاء بها.

البند الثالث: سقوط نفقة المحضون.

شروط استحقاق المحضون للنفقة كما سبق وشرحناه هي¹:

- أن لا يكون للمحضون مال.

- أن يكون المحضون عاجزا عن الكسب.

- أن يكون المنفق موسرا قادرا على الإنفاق.

ومن هذه الشروط وأمام عدم تحققها يسقط حق المحضون في النفقة.

إضافة إلى هذا أوجب المشرع على الأب أن ينفق على ابنه متى كان مزاولا الدراسة وعليه بمجرد إتمامه لها تسقط عنه النفقة.

كما قد يسقط حق المحضون في النفقة ببلوغه سن الرشد إذا كان ذكرا، وسن الرشد محدد بـ 19 سنة كاملة بموجب المادة 40 ف 2 من ق. م²؛ وإذا كان المحضون أنثى فيسقط حقها في النفقة بدخول زوجها بها.

وهذا كله وفقا لنص المادتين 75 و 76 من ق. أ.

وهو ما قضت به هيئة المحكمة العليا من خلال قراراتها التالية:

قراريها الصادرين في 1998/04/21 و 1999/02/16.

¹ أنظر الصفحة 101-105 من هذه الرسالة.

² الأمر رقم 58/75 المتضمن القانون المدني الجزائري السابق ذكره.

حيث جاء في الأول بأنه: "من المقرر قانونا أنه تسقط النفقة على الولد أو البنت عند الاستغناء عنها بالكسب.

ومتى تبين - من قضية الحال- أن قضاة المجلس لما لم يتحققوا من صحة أو عدم صحة الدفع المثار من طرف الطاعن فيما يخص ممارسة البنت لحرفة الخياطة والنسيج خاصة وأن الطاعن متقدم في السن ويعاني من أمراض مزمنة.

فإن القضاة بقضائهم كما فعلوا، عرضوا قرارهم للقصور في التسبيب مما يستوجب نقض القرار المطعون فيه¹.

أما القرار الثاني فقضت فيه بما يلي: "من المقرر قانونا أن الأنتى تستحق النفقة حتى يتم الدخول بها إلى بيتها الزوجي أو حصولها على الكسب.

ومتى تبين - في قضية الحال- أن القضاء لما قضاوا بحرمان البننتين من النفقة دون توضيح السبب المعتمد عليه في حكمهم، مع أن نفقة البنت تبقى على عاتق والدها إلى أن تنتقل إلى بيت الزوجية أو حصولها على كسب.

وعليه فإن القضاة بقضائهم كما فعلوا خالفوا أحكام المادة 75 من ق. أ.

ومتى كان كذلك، استوجب نقض القرار المطعون فيه جزئيا فيما يخص النفقة².

هذا ويرى الأستاذ عكاشة بأن النفقة في هذه الحالة - أي بلوغ الذكر والدخول بالأنثى- لا تسقط ولا تتوقف تلقائيا، إذ حسب رأيه لا بد من إدلاء الأب للقاضي بذلك أو استعانتة بمرشد يساعده في ذلك³.

¹ أنظر، م. ع، غ أ ش، 1998/04/21، ملف رقم 189258، إ. ق. غ. أ. ش، عدد خاص، ص 200.

² أنظر، م. ع، غ. أ. ش، 1998/02/17، ملف رقم 179126، إ. ق. غ. أ. ش، عدد خاص، ص 206.

³ Mr. Akkacha Mohieddine, Les Droits moraux et patrimoniaux de l'enfant apres le jugement de divorce, Revue algérienne des sciences juridiques économiques et politiques, Université d'alger, N° 1, 2000, p 260.

ونشير أيضا إلى أن المشرع وقع في خلط بين مدة الحضانة ومدة النفقة رغما من كون النفقة لا تستحق إلا في فترة الحضانة، وعليه متى انقضت مدة الحضانة تسقط النفقة أيضا، وهذا ما يستنتج من نص المادتين 65 و 75 من ق. أ¹؛ حيث نص في الأولى على أن حضانة الذكر تنقضي بـ 10 سنوات، بعدما نص في الثانية على أن النفقة تستمر حتى سن الرشد.

المطلب الثاني: مسكن الحضانة أو أجرته.

لقد ألزمت الشريعة الإسلامية والقانون المطلق المرأة المطلقة بالمكوث في بيت زوجها طوال مدة عدتها، وهذا ما يتطلب منها في حالة ما إذا كان لها أولاد أن تحضنهم إلى جانبها في ذات المسكن وأمام هذه الحالة لن يثور أي إشكال، غير أنه وبمجرد انقضاء هذه العدة تجد المرأة نفسها ملزمة بحمل نفسها وأولادها والخروج مما كان يطلق عليه مسكن الزوجية، وهنا إما أن تجد من يأويها هي وأولادها وإما أن تتخذ من الشارع مأوى لها، فهل قدرت الشريعة الإسلامية والقانون مدى خطورة الأذى الذي قد يتعرضون له أم أنهم صرفوا النظر عن ذلك؟.

هو ما سنحاول البحث فيه من خلال معالجتنا لمسألة مسكن الحضانة في التشريع الجزائري بالمقارنة مع ما جاءت به أحكام الشريعة الإسلامية الغراء.

الفرع الأول: تعريف مسكن الحضانة.

ولقد تضمن هذا الفرع الإشارة لمختلف التعاريف التي جاءت في المسكن.

البند الأول: تعريف مسكن الحضانة في اللغة.

المسكن بكسر الكاف البيت، والجمع مساكن والسكن ما يسكن إليه من أهل ومال

¹ القانون رقم 11/84 المتضمن قانون الأسرة الجزائري السابق ذكره.

وغير ذلك¹.

وهو أيضا كل ما سكنت إليه واستأنست به².

البند الثاني: تعريف مسكن الحضانة في الشرع.

وفي معناه الشرعي لم نجد له تعريفا إلا ذلك التعريف الذي أعطاه فقهاء الحنفية للسكنى بحيث عرفوها على أنها "المكث في مكان على سبيل الاستقرار والدوام"³.

ومن هذا التعريف نخلص إلى القول بأن المسكن هو كل مكان يتم المكوث فيه وشغله على سبيل الاستقرار والدوام أيضا.

أما قانون فلا يوجد ما يعرفه في قانون الأسرة الجزائري، غير أن هناك العديد من فقهاء القانون ممن أعطوه تعريفا، أمثال - الدكتور ممدوح بحر- الذي يعرفه قائلا: "هو المكان الذي يخلو فيه الإنسان إلى نفسه فيعيش في مناجاة مع ذاته بعيدا عن أعين الرقباء، نائيا عن عيون وأسماع الآخرين فيودع فيه خصوصياته وأسراره وينفرد بذاته وأسرته وبالمقربين إليه". كما عرفه - المحامي محمد أبو سعد- بأنه: "كل مكان يتخذه الشخص لنفسه على وجه التوقيت أو الدوام بحيث يكون حرما آمنا لا يباح لغيره دخله إلا بإذن منه"⁴.

ومن خلال هذه التعاريف يتضح لنا بأنه تم تعريف المسكن بالنظر إلى الغرض والوظيفة التي يقوم بها، وعليه يمكننا تعريف مسكن الحضانة بأنه المكان الذي يتم فيه رعاية المحضون وتعليمه فيه والقيام بكل ما تتطلبه تربيته، والذي أيضا يتم فيه حمايته وحفظ صحته.

¹ أحمد بن محمد بن علي المقرئ الفيومي، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير المرافعي، كتاب، السين، مادة: سكن، ج 1، ط 1، مطبعة التقدم العلمية، (بدون بلد الطبع)، 1322هـ، ص 140.

² مجمع اللغة العربية، باب: السين، مادة: السكن، مرجع سابق، ص 440.

³ شمس الدين السرخسي، ج 8، مرجع سابق، ص 160.

⁴ عيسى طعيبة، سكن المحضون في تشريع الأسرة والاجتهاد القضائي، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 2010-2011، ص 9-10.

الفرع الثاني: حكم مسكن الحضانة.

قسم هذا الفرع إلى بندين ليتم التعرض في الأول لحكم المسكن في الفقه وفي الثاني لحكمه في التشريع الجزائري.

البند الأول: حكم مسكن الحضانة في الفقه.

كان لفقهاء كل مذهب وجهة نظره من هذه المسألة:

1- فقهاء الحنفية: وجاءت وجهة نظرهم من مسكن الحضانة على قولين، ففي قول قضاها بأن مسكن الحضانة على الأم إذا كان لها مسكن تحضن فيه الولد، أما في قولهم الثاني فيرون بأن الأب ملزم به وذلك لأن هذا الأخير من النفقة¹.

2- فقهاء المالكية: هم أيضا لهم رأيين، الرأي الأول وهو المعمول به وهو أن سكن الحضانة على الأب للمحضون والحاضنة أيضا فليس على هذه الأخيرة شيء، في حين ذهبوا في الرأي الثاني إلى القول بأن سكنى المحضون على أبيه وعلى الحاضنة أيضا فيما يخص نفسها باجتهاد القاضي، حيث يقوم هذا الأخير بتوزيع الأجرة بينهما مما يسمح بأن يدفع الأب جزء منها والحاضنة تدفع الجزء الآخر².

3- فقهاء الشافعية والحنابلة: عقدوا اتفاقهم على أن مؤونة الحضانة في مال المحضون لو أن لديه مال، وبالتالي فإن مسكن الحضانة يعتبر مستلزم من مستلزماتها من أجل ممارستها وبهذا يكون من ماله إذا كان موسرا أما إذا كان فقيرا فمن مال من تلزمه نفقته³.

غالبية هذه الآراء تتوجه إلى إلزام الأب بتوفير مسكن الحضانة أو أجرته للمحضون والحضانة على حد سواء، فما هو موقف المشرع الجزائري من ذلك؟.

¹ ابن عابدين، ج 5، مرجع سابق، ص 261.

² محمد عرفة الدسوقي، مرجع سابق، ص 533.

³ موفق الدين بن قدامة، ج 9، مرجع سابق، ص 256.

البند الثاني: حكم مسكن الحضانة في التشريع الجزائري.

لقد لقي مسكن الحضانة في تشريع قانون الأسرة الجزائري أخذاً ورداً من طرف المشرع فيما قبل التعديل وبعده إلى أن وصل إلى ما هو عليه الآن، وعليه سنحاول توضيح ما كان عليه هذا الحق قبل التعديل وبعده.

أولاً) مسكن الحضانة قبل التعديل: وجاء موقف المشرع الجزائري منه في نص المادة 52 من ق. أ "إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها.

وإذا كانت حاضنة ولم يكن لها ولي يقبل إيواؤها، يضمن حقها في السكن مع محضونها حسب وسع الزوج.

ويستثنى من القرار بالسكن مسكن الزوجية إذا كان وحيداً.

تفقد المطلقة حقها في السكن في حالة زواجها أو ثبوت انحرافها"¹.

وأيضاً المادة 72 من ق. أ " نفقة المحضون وسكنه من ماله إذا كان له مال، وإلا فعلى والده أن يهيئ سكناً، وإن تعذر فعليه أجرته".

سنقوم بإجراء مقارنة بين المادتين من خلال تعليقتنا على نص كل مادة:

(1) التعليق على نص المادة 52 من ق. أ: فمن خلال هذه المادة يتضح لنا إقرار المشرع الجزائري بحق المحضون والحاضنة على حد سواء في مسكن الحضانة، كما يتضح لنا الشروط التي يتوقف إقرار هذا الحق عليها ومسقطاته أيضاً.

فبالنسبة لما يجب توافره من شروط لاستحقاق الحاضنة والمحضون مسكن الحضانة فهي على النحو التالي:

¹ أنظر، القانون رقم 11/84 المتضمن قانون الأسرة الجزائري قبل تعديل 2005.

- إسناد الحضانة للمطلقة: إن استحقاق الحاضنة مسكن الحضانة بات غير مقصور على مجرد توافر شروط الحضانة فيها، بل حتى يتحقق ذلك لا بد من صدور حكم قضائي نهائي بطلاقها يتضمن إسناد أمر الحضانة لها¹.

وعن الحاضنة المقصودة هنا فيما إذا كانت الأم أو غيرها من الحاضنات التي خول لهن القانون الحق في الحضانة، فقد حسم المشرع موقفه في ذلك مانحا من خلال هذه المادة الأم المطلقة وحدها الحق في الاستفادة مع محضونها بالسكن، وهذا ما يستفاد من الفقرة الأولى والثانية من المادة أعلاه، فبعدما تحدثت في الفقرة الأولى عن حق المطلقة في التعويض عن الطلاق التعسفي ألحقها بحقها في سكن الحضانة إذا كان لها محضونين، وهو الأمر الذي أكدته في الفقرة الأخيرة من هذه المادة أيضا، فهل يعني هذا بأن الحاضنات الأخريات غير الأم غير مستحقات للسكن؟ وهل يعني ذلك أن المطلقة تعسفا وحدها من يثبت لها الحق؟.

- أن لا يكون لها ولي يقبل إيواها: وعليه بموجب هذا الشرط يقع على عاتق المطلقة إثبات عدم وجود ولي وإن وجد رفض إيوائها، وعليه متى كان للحاضنة ولي يقبل إيواها مع محضونها كان مسكن الحاضنة على عاتقه لا على عاتق الأب².

وبخصوص هذا الإجراء - أي إثبات الحاضنة عدم وجود ولي يقبل إيواها - تقول الدكتورة زكية حميدو: "... ولا شك أن هذا الإجراء يتضارب ومصالحة المحضون ولا يراعيها بتاتا، لأن في الوقت الذي يحقق في توفر مسكن آخر للحاضنة أو تحاول فيه الحاضنة الأم إثبات ذلك، أين يترك المحضون، ومع من؟ بل أكثر من ذلك افتراض المشرع استقبال الحاضنة مع محضونها من طرف الولي قبل أن يلزم الأب على ذلك!".

وتضيف إلى ذلك قائلة: "وما من شك في أن سلوك المشرع هذا المسلك يتجافى مع المبادئ الأساسية التي تحكم الحضانة، كما قد يترتب عليه الإخلال بحق ضحايا الطلاق،

¹ عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، مرجع سابق، ص 145.

² عيسى طعبي، مرجع سابق، ص 20.

بل وينطوي على الخط بين فكرة التمتع بالحقوق - كحق الزوج في الطلاق بالإرادة المنفردة- وبين مصلحة المحضون¹.

لكن ماذا لو لم يقبل وليها إيواءها؟.

في حالة ما لم يقبل وليها إيواءها هناك من ذهب إلى القول بتولي المحكمة ذلك، حيث تقوم بإلزامه على إيواءها² طبقا لنص 77 من ق. أ، إلا أن هذا الرأي معاب عليه كون من غير المتصور أن تجبر المطلقة وليها على إيوائها رافعة دعوى قضائية عليه، وهذا يرجع إلى كون المجتمع الجزائري مجتمع محافظ تمنعه عاداته وتقاليده أن ترفع المرأة أي دعوى على وليها³.

وهكذا ظلت الحاضنة مجبرة على إثبات أن لا ولي لها يأويها إلى غاية إفصاح المحكمة العليا عن تفسيرها لفحوى هذا النص في قرارها الصادر في 2002/09/29 والذي قضت فيه بأنه: "... حيث أن الطاعن لم يثبت أن ولي مطلقة قد قبل إيواء ابنته المطلقة ومحضونيتها الأمر الذي يجعل القرار المنتقد سليما ولم يخرق القانون ولا المادة 52 من قانون الأسرة مما يجعل الوجه المثار غير مؤسس ويستلزم معه رفضه وتبعا لذلك رفض الطعن"⁴.

ومنه ينتقل عبء الإثبات من كاهل المطلقة لكاهل المطلق.

¹ زكية حميدو، مصلحة المحضون في القوانين المغربية، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، 2004-2005، ص 131-132.

² عيسى طعيبة، مرجع سابق، ص 20.

³ أسماء عيسيو، حق المطلقة الحاضنة في مسكن الزوجية وإشكالاته المثار أمام القضاء، مذكرة تخرج من المعهد الوطني للقضاء، 2001-2004، ص 31.

⁴ أنظر، م. ع، غ. أ. ش. م، 2002/09/25، ملف رقم 285062، غير منشور، نقلا عن زكية حميدو، مرجع سابق، ص 132.

- تعدد المحضونين: يتضح من عبارة "يضمن حقها في السكن مع محضونيتها" بأن المشرع يقصد مجموعة من المحضونين، لكن عن الحد الأدنى لهذه المجموعة هو ما تركه المشرع الجزائري محلا للغموض بعدم إفصاحه عن العدد صراحة.

في حين جاءت آراء أساتذة القانون حول هذا التحديد متباينة، فيرى الأستاذ عبد العزيز سعد في رأي له بأن عدد المحضونين لا يقل عن ثلاثة أولاد، وقد رد عليه الأستاذ الغوثي بن ملحّة منتقدا رأيه بأنه اجتهاد ضعيف وغريب¹.

إلا أن المحكمة العليا جاء في قرارها الصادر في 2002/07/31 لتقضي بأن استحقاق الحاضنة لمسكن الحضانة يكفي فيه أن يكون لها طفل واحد وهو الأصوب في رأينا، وجاء نص هذا القرار كما يلي: "من المقرر قانونا أن نفقة المحضون وسكنه من ماله، إن كان له مال، وإلا فعلى والده أن يهيئ له سكنا، أما إذا تعذر فعليه أجرته.

ولما ثبت - من قضية الحال- أن قضاة المجلس أسسوا قرارهم - المنتقد- على أن الطاعنة لا يحق لها المطالبة بسكن لممارسة الحضانة أو بأجرته، إلا إذا كانت حاضنة لأكثر من ولدين فإنهم بذلك قد أسأؤوا تطبيق القانون وكان يتوجب عليهم إلزام - المطعون ضده- بتوفير سكن للحضانة أو تسليم أجرته.

مما يتعين معه، نقض وإبطال قرارهم، وبدون إحالة"².

- تعدد المساكن: أي أن يكون للمطلق مسكن آخر غير مسكن الزوجية لأن هذا الأخير لا يكون محلا لممارسة الحاضنة لحضانتها وهذا الشرط تفيدنا به عبارة "ويستثنى من القرار بالسكن مسكن الزوجية إذا كان وحيدا"، وفي مواجهة ادعاء الزوج بعدم تعدد المساكن يقع على الحاضنة إثبات عكس ذلك، وهو الأمر الذي يكون غالبا شبه مستحيل أمام لجوء الزوج إلى إستعمال الحيلة والخداع قاصدا التهرب من هذا الالتزام³.

¹ زكية حميدو، مرجع سابق، ص 133.

² أنظر، م. ع. غ. أ. ش، 2002/07/31، ملف رقم 228072، م. ق، ع 1، 2004، ص 285.

³ أسماء عيسيو، مرجع سابق، ص 33.

وحسب رأيي المشرع وإن أصاب في عدم إسكان المطلقة مع مطلقها الذي أصبح أجنبيا عنها، إلا أنه غال كثيرا بوضعه لمثل هذا الشرط، وكأنه يقر بطريقة غير مباشرة بعدم أحقية المطلقة والمحضون بالمسكن، وإلا فكيف يمكن أن يكون المطلق مالكا لمسكن آخر خاصة أمام ظروف باتت فيها الحياة بمناحيها المختلفة تتطلب الكثير، فكان عليه أن يراعي عند فرضه لهذا الشرط متوسطي الدخل ويضع ضمن حساباته بأن المطلق قد لا يملك حتى مسكن الزوجية، فكيف الحل وأين تحضن المطلقة أبناءها؟.

- قدرة الزوج على ضمان المسكن: وعلى الخلاف من ذلك فإذا لم يكن لديه القدرة التي يستطيع معها توفير المسكن تحل من هذا الالتزام وليس هناك ما يجبره على القيام به. وملاحظة تؤخذ على هذه الشروط، نقول بأن المشرع الجزائري لم يراع من خلال هذه المادة مصلحة المحضون بالقدرة اللازم بقدر ما راعى مصلحة المطلق، بل لم يأبه حتى لمصير الأولاد في حالة عدم توافر المسكن.

أما بالنسبة لحالات سقوط هذا الحق فقد تكون إما لعدم توافر الشروط السابقة أو وفقا لأحد الأسباب المنصوص عليها في الفقرة الأخيرة من المادة 52 من ق. أ وهي:

- زواج المطلقة: فيسقط حقها في السكن إذا كان قد قضي لها به لمجرد زواجها من جديد، وهذا السقوط يترتب تبعا لسقوط حقها في الحضانة، وهذا بعدما اشترط المشرع في الحاضنة من أجل استحقاقها للحضانة عدم زواجها بغير قريب محرم طبقا لنص المادة 66 من ق. أ.

- ثبوت انحرافها: وذلك بأن تعمد إلى استعمال المسكن للفسق والفساد كاستقبالها الرجال الغريباء فيه، وهذا لأن المسكن منح لها لغاية أسمى من هذه الغاية وهي حضانة أولادها وحفظهم معها من التشرذم¹.

¹ أسية بوخاتم، مرجع سابق، ص 69.

(2) التعليق على نص المادة 72 من ق. أ: بعدما أقر المشرع للمطلقة الحق مع محضونيتها في مسكن الحضانة تحت وطأة جملة من الشروط التعجيزية، جاء في هذه المادة ليمنح لهما أيضا الحق في المسكن لكن على نحو مغاير لما سبق.

فنص من خلال هذه المادة بأن مسكن المحضون يكون من ماله قبل أن يكون على أبيه متى كان له مال، وإذا لم يكن له بأن كان فقيرا أو غير قادر على الكسب ألزم والده بأن يوفر له المسكن، وهو الآخر إذا تعذر عليه توفير المسكن اكتفى بتوفير أجرته كبديل.

وننوه لأن هذين الحلين أي توفير المسكن أو أجرته لم يأت بهما المشرع على سبيل الخيار ولا على سبيل الجمع، فإذا توافرت قدرة الزوج وأبدى استعداداه التام إلى توفير المسكن أعفي من تقديم بدل الإيجار، أما إذا تعذر عليه هذا الأول كان لازما النظر في الحل الثاني بتخصيص بدل إيجار¹.

ومن وجهة نظرنا بأن هذه المادة أكثر وضوحا من سابقتها وأكثرها حماية ورعاية لمصلحة المحضون وأقلها تطلبا من الأولى، إلا أنها لم تلبث وأن حققت ذلك حتى فتحت الباب على مصراعيه مما جعلها لا تسلم من النقد إذ وجه لها النقد التالي:

أنها أفردت مسكن الحضانة كحق للمحضون إلى جانب حقه في النفقة وهذا فيه معارضة لنص المادة 78 من ق. أ والتي يعتبر فيها المسكن أو أجرته مشتمل من مشتملات النفقة²؛ وقد كان لهذا التكيف أثر في القرارات الصادرة عن قضاء المحكمة العليا، فأحيانا اعتبرتها حقا مستقلا³؛ وأحيانا أخرى مشتملا إلى جانب المشتملات الأخرى⁴.

¹ أنظر، م. ع. غ. أ. ش، 2010/09/16، ملف رقم 566381، م. م. ع. ع، 2، 2010، ص 268 وما بعدها.

² زكية حميدو، مرجع سابق، ص 130.

³ أنظر، م. ع. غ. أ. ش، 1988/11/07، ملف رقم 51596، ن. ق، ع 45، ص 58.

⁴ أنظر، م. ع. غ. أ. ش، 2009/01/14، ملف رقم 481857، م. م. ع. ع، 2، 2008، ص 294.

إلا أن السؤال الذي يبقى مطروحا في ظل هذين المادتين بأي قضاء يقضى، هل المادة 52 أم بقضاء المادة 72 ؟ وأيها الأجدر بالتطبيق؟ وأيها تراعي مصلحة المحضون؟.

هو ما يستدعي من أجل الإجابة عليه تدخل المشرع للفصل في هذه المسألة إما بإلغاء الاثنتين معا واستبدالهما بأخرى أو التعديل منهما، وهو ما عمد إليه بعد تعديل قانون الأسرة سنة 2005 كما سيتضح لنا أدناه.

ثانيا) مسكن الحضانة في ظل التعديل: إزالة للتعارض الذي شهدته المادتين 52 و 72 جاء المشرع الجزائري في تعديل 2005 ليلغي المادة 52 محتفظا بالفقرة الأولى فقط ويعدل من نص المادة 72 لتصبح على النحو التالي: " 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".

فمن خلال هذا النص جاء المشرع بقاعدتين :

- القاعدة الأولى: وهي الأصل والتي أصبح الأب ملزما فيها بتوفير مسكن للحضانة بغض النظر عما إذا كان للحاضنة مسكن أو لا، وبغض النظر عن ما إذا كان لها ولي يقبل إيواها أو لا.

إذ يشترط لاستحقاق المسكن ما يلي:

- صدور حكم يقضي بالطلاق ويسند الحضانة للحاضنة.

في حين يشترط في السكن:

- أن يكون ملائما للحاضنة.

ويعتبر هذا الشرط الوحيد الذي اشترطه المشرع في مسكن الحضانة، وهذا خلافاً للشريعة الإسلامية التي اشترطته إلى جانب الملائمة الاستقلالية.

بحث يراد بالملائمة أن يكون مسكن الحضانة مناسباً للحاضنة وللمحضون - المشرع الجزائري اكتفى بملائمة المسكن للحاضنة فقط دون المحضون - بما يسمح للأولى القيام بواجباتها نحو الثاني على أكمل وجه، حيث حرصت على أن يكون التناسب بحسب يسار الأب وإعساره.

أما الاستقلالية فيراد بها انفراد الحاضنة والمحضون بمسكن لا يشاركون فيه أحد، إذ أن هذه الاستقلالية تقتضيها مصلحة المحضون من أجل الحفاظ على صحته وخلقه¹.

- **القاعدة الثانية:** وهي الاستثناء بحيث متى تعذر على الأب توفير مسكن للحضانة كان عليه أن يدفع عوضاً منه بدل إيجاره.

وبناء على هذا نجد أن نص المادة 72 بعد التعديل كانت لها إيجابيات أهمها:

- أكثر مراعاة وحماية لمصلحة المحضون من سابقتها.

- وإن اقتصر على الحاضنة الأم إلا أنها جاءت شاملة لكل المطلقات فلا فرق بين مطلقة من طلاق تعسفاً أو أي نوع آخر من الطلاق.

- كما أنه بموجبها تحررت الحاضنة من وطأة الشروط التعجيزية التي كان يفرضها المشرع لاستحقاق المسكن قبل التعديل والتي يكلفها عدم توافرها الانتقال بأولادها للشارع.

وبالرغم من ذلك يؤخذ عليها ما يلي:

- اشتراطها شرط واحد في مسكن الحضانة وهذا الشرط في حد ذاته معيب كما رأينا إذ قصر الملائمة على الحاضنة وحدها دون المحضون خلاف لما فعلت الشريعة الإسلامية، فضلاً عن كون مسكن الحضانة في أصله إن تقرر لشيء فالحماية ورعاية المحضون أولاً.

¹ أسماء عيسيو، مرجع سابق، ص 22-23.

- احتفاظ هذه المادة بحق السكن أو أجرته كحق مستقل عن مشتقات النفقة، فلا يدخل ضمن مشتقاتها كما نصت المادة 78 من ق. أ.

هو ما يتطلب في منظورنا تعديل نص هذه المادة محتفظا باشتغال النفقة على الغداء والكسوة والعلاج كما فعل المشرع المغربي في نص المادة 189 من م. أ "تشمل النفقة الغداء والكسوة والعلاج، وما يعتبر من الضروريات والتعليم للأولاد، مع مراعاة أحكام المادة 168 أعلاه".

- لم تنص على حالات سقوط حق المطلقة الحاضنة في مسكن الحضانة، على عكس ما جاءت به المادة 52 قبل تعديلها، فيقول الأستاذ عبد العزيز سعد "أن المشرع أغفلها عمدا ودون أي مبرر، لذلك يمكن القول أن من العدل أن تفقد الحاضنة حقها في السكن مع محضونها إذا ثبت أنها تزوجت من جديد وانتقلت إلى مسكن زوجها الجديد أو ثبت أنها حولت مكان الحضانة إلى مكان للدعارة"¹.

- هذا كله وإن كانت الحاضنة هي ذاتها الأم فماذا إن كانت حاضنة أخرى غيرها، فهل تستحق سكنا لممارسة حضانتها هي الأخرى أم لا ؟.

ومن هذا إن الخروج بحل وسط بين المادتين - أي المادة 52 قبل التعديل والمادة 72 بعد التعديل- يوفق بين مصلحة الحاضنة والمحضون من جهة، وبراغي مصلحة المكلف بتوفير مسكن الحضانة أو أجرته من جهة أخرى هو المخرج الوحيد في رأينا، وعلى هذا نقترح أن يصبح نص هذه المادة على النحو التالي:

"في حالة الطلاق يجب على الأب أن يوفر للمطلقة من أجل ممارسة الحضانة سكنا ملائما لها ومستقلا، وإن تعذر ذلك فعليه دفع بدل الإيجار، ما لم يكن للمطلقة مسكن تمارس فيه حضانتها.

إلا أنها تفقد حقها في السكن في حالة زواجها أو ثبوت انحرافها".

¹ عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، مرجع سابق، ص 146.

ولما كان من غير الممكن للأب توفير السكن فإنه يصرف النظر عنه وينظر في إمكانية توفيره أجرته، فماذا لو تعذر عليه توفير حتى هذا الأخير؟.

لم يتعرض المشرع إلى هذا الاحتمال، وعليه نرى أن الحل الناجع الذي أصبح ضرورة ملحة، والذي يخدم كل المصالح مصلحة الأولاد وحتى مصلحة المطلقة، مبادرة الدولة وسعيها إلى بعث ما يسمى "بصندوق النفقة" الذي تم اقتراحه على مجلس الحكومة لكن للأسف لم يخرج إلى النور ولا إلى الوجود وظل طي الكتمان.

والذي تبنته العديد من التشريعات العربية تحت تسميات مختلفة على رأسها المشرع التونسي الذي كان رائدا وسبقا في إحداث هذا الصندوق والذي يعرف بـ "صندوق ضمان النفقة وجراية الطلاق"¹؛ كما سار على طريقه المشرع المغربي أيضا والذي يطلق عليه اسم "صندوق التكافل العائلي"².

ولعل استحداث هذه التشريعات وأخرى لمثل هذا الصندوق يرجع إلى إدراكها التام لمدى خطورة الآثار الوخيمة التي قد يترتبها الطلاق، واستيعابها للأهمية البالغة والدور الفعال الذي يلعبه، في حين أن مشرعنا الوطني لا يزال يكف يده عن اتخاذ هذا الإجراء والذي تبقى الفئات الجزائرية التي يستهدفها الطلاق وحدها متعطشة لبعثه لإدراكها مدى نجاعته وفعاليته وأهميته أيضا.

ونرى بأن له من الأهمية ما من شأنه تحقيق التالي:

- مساهمته الفعالة في تحقيق الاستقرار الأسري فيما بعد الطلاق، خاصة وأن الطلاق يقلب الموازين رأس على عقب ويرتب من الآثار والأضرار التي تلحق الزوجة والأولاد ما لم يكن في الحساب.

¹ أحدث بموجب القانون رقم 93/65 المؤرخ في 5 جويلية 1993 المتعلق بإحداث صندوق ضمان النفقة وجراية الطلاق، (ر. ر. ج. ت ل 1993، ع 50، س 136، ص 930).

² أحدث هذا الصندوق بموجب القانون رقم 41/10 المتعلق بتحديد شروط ومساطر الاستفادة من صندوق التكافل العائلي (ج. ر. م. م المؤرخة في 24 محرم 1432 هـ الموافق لـ 30 دجنبر 2010، ع 5904، ص 5567) الصادر بمقتضى الظهير الشريف رقم 01/10/191 الصادر في 7 محرم 1432 الموافق لـ 13 دجنبر 2010.

- القضاء على العديد من المشاكل المترتبة على الطلاق خاصة ما تعلق منها بالنفقة.
- تجسيد قيم التكافل والتآزر داخل المجتمع في وقت باتت هذه القيم لا تعني الكثير.
- ضمان كرامة المرأة المطلقة وحماية الانتهاك اللامتناهي لحقوقها وحقوق أطفالها.
- أيضا رفع الحرج الكبير عنها وهي تلاحق مطلقها من أجل تسديد مستحقاتها.

المطلب الثالث: آثار الامتناع عن أداء النفقة.

رأينا فيما سبق بأن الزوج بإيقاعه الطلاق يقع على عاتقه الالتزام بالنفقة على زوجته التي طلقها وأولاده، إلا أنه قد يحدث ويستجيب لهذا الطلب بالامتناع عن النفقة دون أي عذر مقبول، فما هو آثار هذا الامتناع، أم أنه لا أثر له؟.

ففي التشريع الجزائري الامتناع عن أداء النفقة يشكل جريمة تعرف بجريمة "الإهمال العائلي" والتي تتخذ عدة صور من بينها¹:

- جريمة ترك الأسرة.
 - جريمة إهمال الأولاد.
 - جريمة التخلي عن الزوجة الحامل.
 - وأخيرا، جريمة الامتناع عن دفع النفقة والتي تشكل محل هذه الدراسة.
- فمتى نكون أمام هذه الجريمة؟ وما هي أركانها؟ وما هو الجزاء المترتب عنها؟.

¹ أنظر المادة 330 من الأمر رقم 156/66 المؤرخ في 18 صفر 1386هـ الموافق لـ 08 يونيو 1996 المتضمن قانون العقوبات (ج. ر. ج. ج. المؤرخة في 21 صفر 1386هـ، ع 49، ص 702) المعدل والمتمم بالقانون رقم 01/14 المؤرخ في 04 ربيع الثاني 1435هـ الموافق لـ 04 فبراير سنة 2014 (ج. ر. ج. ج. المؤرخة في 16 ربيع الثاني 1435 الموافق لـ 16 فبراير 2014، ع 07، ص 4).

طبقا لما هو منصوص عليه في المادة 331 ف 1- 2 من ق. ع والتي جاء فيها بأنه "يعاقب بالحبس من ستة (6) أشهر إلى ثلاث (3) سنوات و بغرامة من 50.000 دج إلى 300.000 دج كل من امتنع عمدا، ولمدة تجاوز الشهرين (2) عن تقديم المبالغ المقررة قضاء لإعالة أسرته، وعن أداء كامل قيمة النفقة المقررة عليه إلى زوجه أو أصوله أو فروعها، وذلك رغم صدور حكم ضده بإلزامه بدفع نفقة إليهم.

ويفترض أن عدم الدفع عمدي ما لم يثبت العكس، و لا يعتبر الإعسار الناتج عن الاعتياد على سوء السلوك أو الكسل أو السكر عذرا مقبولا من المدين في أية حالة من الأحوال".

فإن قيام جريمة الامتناع عن أداء النفقة يتطلب توافر الأركان التالية:

الفرع الأول: الركن المادي.

ويقوم هذا الركن متى توافرت الشروط التالية¹:

1- وجود حكم قضائي ملزم بالنفقة: لأنه بهذا الحكم فقط يثبت للقاضي امتناع الزوج من عدمه عن القيام بواجبه بالنفقة على أفراد أسرته.

2- الامتناع العمدي عن الإنفاق: ويكون الامتناع عمديا في كل حالة لا يقدم فيه الأب أي عذر مقبول يخوله الإمساك عن أداء النفقة.

3- أن تتجاوز مدة الامتناع شهرين: وذلك بأن لا يقدم الأب ولو جزء من قيمة النفقة لمدة تفوق الشهرين دون انقطاع، حيث أنه متى قدم هذا الأخير لم يشكل ذلك امتناعا عن أداء النفقة، إذ أن المشرع كان صريحا في ذلك باستعماله عبارة "عن أداء كامل قيمة النفقة".

¹ بلخير سديد، الحماية الجنائية للرابطة الأسرية في الفقه الاسلامي وقانون الأسرة الجزائري، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الاسلامية، جامعة الحاج لخضر باتنة، 2005- 2006، ص 128.

4- أن تكون المبالغ المحكوم بها عليه مخصصة لإعالة الأسرة: وقد حددت المادة 331 من ق. ع السابقة الذكر الأشخاص الذين يلزم الأب بالنفقة عليهم وامتناعه يشكل جريمة في حقهم وهم كل من الزوجة وأصوله وفروعه أيضا.

الفرع الثاني: الركن المعنوي.

ويراد به أن يتوافر عند الملزم بالنفقة القصد الجنائي، أي تعمد الامتناع عن أداء النفقة لمدة تزيد عن شهرين كاملين رغما من إدراكه التام للجزاء الذي قد يترتب على هذا الإخلال ودليل هذا الركن موجود في المادة 331 من ق. ع في عبارة "كل من امتنع عمدا" أيضا في عبارة "ويفترض أن عدم الدفع عمدي".

الفرع الثالث: العقوبة.

من خلاله نتعرض للعقوبة الأصلية أولا ثم العقوبة التكميلية ثانيا.

البند الأول: العقوبة الأصلية.

أما بخصوص العقوبة المقررة لهذه الجريمة فتكون إما الحبس من 6 أشهر إلى ثلاثة سنوات زائد غرامة من 50.000 دج إلى 300.000 دج.

وهذا أيضا طبقا لنص المادتين 331 ف 2 المذكورة سابقا.

البند الثاني: العقوبة التكميلية.

كما يجوز الحكم على الممتنع عن أداء النفقة بالحرمان من ممارسة أحد الحقوق الواردة في المادة 9 مكرر 1 من ق. ع وذلك وفقا لمقتضيات المادة 14 من ذات القانون "يجوز للمحكمة عند قضائها في جنحة، وفي الحالات التي يحددها القانون، أن تحظر على المحكوم عليه ممارسة حق أو أكثر من الحقوق الوطنية المذكورة في المادة 9 مكرر 1 وذلك لمدة لا تزيد عن (5) سنوات.

وتسري هذه العقوبة من يوم انقضاء العقوبة السالبة للحرية أو الإفراج عن المحكوم عليه".

مع العلم أن نص المادة 9 مكرر 1 ق. ع جاء على النحو التالي: "يتمثل الحرمان من ممارسة الحقوق الوطنية والمدنية والعائلية في:

1- العزل أو الإقصاء من جميع الوظائف والمناصب العمومية التي لها علاقة بالجريمة.

2- الحرمان من حق الانتخاب أو الترشح ومن حمل أي وسام.

3- عدم الأهلية لأن يكون مساعدا محلفا، أو خبيرا، أو شاهدا على أي عقد، أو شاهدا أمام القضاء إلا على سبيل الاستدلال.

4- الحرمان من الحق في حمل الأسلحة، وفي التدريس، وفي إدارة مدرسة أو الخدمة في مؤسسة للتعليم بوصفه أستاذا أو مدرسا أو مراقبا.

5- عدم الأهلية لأن يكون وصيا أو قيما.

6- سقوط حقوق الولاية كلها أو بعضها.

في حالة الحكم بعقوبة جنائية، يجب على القاضي أن يأمر بالحرمان من حق أو أكثر من الحقوق المنصوص عليها أعلاه لمدة أقصاها عشر (10) سنوات، تسري من يوم انقضاء العقوبة الأصلية أو الإفراج عن المحكوم عليه."

وهذا وفقا لما تقضي به المادة 332 من ق. ع "ويجوز الحكم علاوة على ذلك على كل من قضي عليه بإحدى الجنح المنصوص عليها في المادتين 330 و331 بالحرمان من الحقوق الواردة في المادة 14 من هذا القانون من سنة على الأقل إلى خمس سنوات على الأكثر."

ولقد أكد قضاء المحكمة العليا على ضرورة توافر هذه الأركان الثلاث الأساسية لاسيما الأجل المحدد بأكثر من شهرين لقيام الجريمة، وذلك عندما قضى في إحدى قراراته بأن اعتراف المتهم لا يكفي وحده من أجل الإدانة¹.

كما ذهب إلى أن سحب الشكوى أو التنازل عنها في هذه الجنحة ليس من شأنه أن يؤدي إلى انقضاء الدعوى العمومية، باعتبار أن الشكوى ليست شرطا لازما للمتابعة².

فضلا عن كل هذا قد قرر المشرع الجزائري للزوجة الحق في طلب التطلق متى امتنع الزوج عن الإنفاق عنها في المادة 53 في فقرتها الأولى من ق. أ، زيادة على حقها في التعويض عنه - أي التطلق - متى ثبت أنه قد لحقها ضرر جراء ذلك وهذا وفقا للمادة 53 مكرر من ق. أ.

وننتهي إلى القول بأن توقيع الجزاء المنصوص عليه في المواد أعلاه وإن كان حلا رادعا لبعض الأزواج الذين مازال وازعهم الديني وضميرهم حيا وقلوبهم ترأف اتجاه أولادهم ومطلقاتهم، إلا أنه لم يعد كذلك عند المعظم منهم أمام التدهور الذي تعرفه المنظومة الاجتماعية الإسلامية وانحطاط وتدني القيم الدينية والاخلاقية، إذ بات الحبس منفذا عند البعض منهم بدلا من تحمل التزامات ترافقهم طوال الحياة كانوا في غنى عنها، فيبقى الحبس مدة وتنقضي وتبقى الالتزامات مدة غير معلوم أجلها، ويبقى الأولاد هم المتضررين بالدرجة الأولى.

وفي هذه الحالة لو افترضنا وجود صندوق يعيل المطلقة على تحمل مسؤوليتها أمام تصرف الأب غير المسؤول لكان الوضع أحس ولتم تفادي العديد من المشاكل، وهو ما يعزز موقفنا في المناداة من أجل إحداث مثل هذا الصندوق.

¹ أنظر، م. ع، غ. ج. م، 1995/04/16، ملف رقم 124384، م. ق، ع 2، 1995، ص 192.

² أنظر، م. ع، غ. ج. م، 1998/07/21، ملف رقم 164848، م. ق، ع 2، ص 150.

المبحث الثاني: أجره الحضانة.

إن ممارسة الحضانة من طرف المخول بها شرعا وقانونا في حد ذاته من شأنه أن يرتب آثار تنقرر للمحضون متى وجد، ومن أهم هذه الآثار أجره الحضانة، وفي إطار معالجة هذا الأثر قسمت هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب، المطلب الأول يأتي تحت عنوان تعريف الحضانة، والمطلب الثاني يحمل عنوان مفهوم أجره الحضانة أما المطلب الثالث فيتعلق بأحكام أجره الحضانة.

المطلب الأول: تعريف الحضانة.

لما كانت أجره الحضانة أثر من الآثار المالية للطلاق، كان حديثنا عنها في المطلب الثاني يتطلب منا أولوية تحديد المقصود بالحضانة قبل كل شيء وهو ما سنعمد إليه في هذا المطلب.

الفرع الأول: تعريف الحضانة في اللغة.

الحضانة مصدر الحاضن والحاضنة. والمحاضن: المواضع التي تحضن فيها الحمامة على بيضها، والواحد محضن. وحضن الصبي يحضنه حضنا: رياه. والحاضن والحاضنة: الموكلان بالصبي يحفظانه ويرببانه¹.

الفرع الثاني: تعريف الحضانة في الشرع.

وفي الشرع انفرد فقهاء كل مذهب بإعطاء تعريف لها، فتعني الحضانة عند فقهاء المالكية "حفظ الولد في مبيته ومؤنة طعامه ولباسه ومضجعه وتنظيف جسمه"².

وعند فقهاء الحنفية يراد بها "تربية الطفل ورعايته، والقيام بجميع أموره في سن

¹ ابن منظور، باب: الحاء، مادة: حضن، مج 2، ج 9، مرجع سابق، ص 911.

² الحبيب بن طاهر، ج 4، مرجع سابق، ص 288.

معينة ممن له الحق في الحضانة"¹.

كما يعرفها فقهاء الشافعية بأنها "القيام بحفظ من لا يميز ولا يستقل بأمره، وتربيته بما يصلحه، ووقايته عما يؤذيه"².

في حين أعطاهم فقهاء الحنابلة التعريف التالي: "حفظ الطفل ونحوه عما يضره، والقيام بمصالحه"³.

الفرع الثالث: تعريف الحضانة في القانون.

عرفتها المادة 62 ف 1 من ق. أ بقولها "الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا".

ويعرفها المشرع المغربي في المادة 163 من م. أ التي تنص على أن "الحضانة حفظ الولد مما قد يضره، والقيام بتربيته ومصالحه".

أيضا عرفها المشرع التونسي في الفصل 54 من م. أ. ش بقوله "الحضانة حفظ الولد في مبيته والقيام بتربيته".

وكذلك فعل المشرع الموريتاني في المادة من 121 م. أ. ش. م التي تنص على أن "الحضانة حفظ الولد مما قد يضره قدر المستطاع والقيام بتربيته ومصالحه ولا تترتب عليها ولاية".

كما يظهر من هذه التعاريف فهي تستهدف المحضون رعاية وحفظا، تربية وتعلما، صحة وخلقا، ولما كانت الحضانة تطلق على هذه الأعمال كانت تسمية المحضون تطلق على من تقع عليه هذه الأعمال ويكون محلا لها.

¹ علاء الدين الحنفي، مرجع سابق، ص 202.

² أبي إسحاق الشيرازي، مرجع سابق، ص 639.

³ محمد بن صالح العثيمين، مرجع سابق، ص 532. عبد الرحيم صالح، أحكام الإهمال العائلي في الفقه الإسلامي، أطروحة دكتوراه، كلية العلوم الانسانية والحضارة الإسلامية، جامعة وهران، 2011 - 2012، ص 258.

ومنها يمكن اعتبار الحضانة حقا للمحضون لأنه يهلك ويضيع من غيرها فتقرر حفظا له من الهلاك والضياع، غير أن نفر من الفقهاء أعطوا لها تكييفات أخرى إذ هناك من يرى بأنها حق خالص لله تعالى فيها تحفظ النفس وتتحقق مصلحة المجتمع بتربية أفراده تربية حسنة وتنشأتهم على النهج القويم.

وهناك من أقرها كحق للحاضنة دون سواها لاعتبار أولويتها في حضانة ولدها من جهة وكونها الأكثر حنانا وشفقة عليه من جهة أخرى¹.

كما ذهب البعض إلى اعتبار الحق في الحضانة حق مشترك بين الحاضنة والمحضون².

إلا أن هناك من رجح بين هذه الآراء معتبرا أن الحق في الحضانة كما هو حق خالص لله تعالى هو حق أيضا لكل من الحاضنة والمحضون، وهذا ما قال به الأستاذ محمود علي السرطاوي³.

ونحن بدورنا نرى بأنها حق لله وللحاضنة والمحضون وإن كان يغلب عليه جانب معين.

المطلب الثاني: مفهوم أجرة الحضانة.

بعدما جاء المطلب الأول لتعريف الحضانة، جاء هذا المطلب لتحديد المقصود من أجرة الحضانة في الفرع الأول، ودليل مشروعيتها في الفرع الثاني، أما الفرع الثالث فخصص لمعالجة شروط استحقاقها.

¹ أسية بوخاتم، مرجع سابق، ص 63.

² كمال لدراع، مدى الحماية القانونية للطفل في قانون الأسرة الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، جامعة الجزائر، ج 39، ع 01، 2001، ص 53.

³ د. محمود علي السرطاوي، مرجع سابق، ص 364.

الفرع الأول: تعريف أجره الحضانة.

لما كانت الحضانة تأخذ التعريف الذي ذكرناه سالفًا، ولما كان استحقاق الأجر لازماً لكل من يقوم بتفريغ نفسه وببذل جهده من أجل القيام بواجب معين¹؛ فإن أجره الحضانة هي شيء من المال تستحقه الحاضنة في مقابل قيامها بشؤون الصغير، وهو حق خاص لها عند من أوجبه².

الفرع الثاني: دليل مشروعية أجره الحضانة.

مصدر مشروعيتها من الكتاب والسنة جاء على النحو التالي:

البند الأول: دليل مشروعية أجره الحضانة من الكتاب.

قوله تعالى: ﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُنْفِقَ الرِّحَامَةَ وَيَكْفِي الْمَوْلُودَ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾³.

بموجب هذه الآية يقع على عاتق المطلقة واجب اتجاه طفلها الرضيع يفرضه الله تعالى عليها ولا يتركها فيه لفطرتها وعاطفتها التي قد تفسد مع استمرار الخلافات الزوجية، وبعدها فرض عليها أن ترضعه مدة حولين كاملين فرض على والد الطفل أن يرزقها ويكسوها بالمعروف، فكلاهما يشترك في القيام بشؤونه ومسؤول اتجاهه بذلك، فهي تمده باللبن والحضانة وهو يمدّها بالغذاء والكسوة ليؤدي كل منهما واجبه حسب طاقته⁴.

البند الثاني: دليل مشروعية أجره الحضانة من السنة.

¹ أنظر في معنى الأجر، ابن منظور، مج 1، ج 1، مرجع سابق، ص 31.

² عادل شباب، حضانة الطفل، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، رسالة ماجستير، كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الإسلامية، جامعة أحمد دراية، 2010-2011، ص 80.

³ سورة البقرة، الآية 233.

⁴ السيد قطب إبراهيم حسين الشاربي، في ظلال القرآن، دار الشروق، القاهرة، 1428هـ - 2007، ص 253-254.

ما روي عن عائشة رضي الله تعالى عنها أن هند بنت عتبة قالت: يا رسول الله، إن أبا سفيان رجل شحيح، ليس يعطيني وولدي إلا ما أخذت منه، وهو لا يعلم، فقال: "خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف"¹.

من خلال هذه الآيات الكريمة والأحاديث الشريفة كان للحاضنة أيا كانت الصفة التي تحملها أما أو غيرها أن تؤجر على عملها الذي تقوم به على الوجه الشرعي، فهي تتعب وتشقى وتمرض من أجل تحقيق مصلحة الطفل، ألا تستحق مقابل ذلك من الأجر ما يعيلها؟.

الفرع الثالث: شروط استحقاق أجره الحضانة.

حتى تستحق الحاضنة أجره على حضانتها لابد من أن تتوفر فيها جملة من الشروط، ويستوي هنا أن تكون الحاضنة هي الأم أو حاضنة أخرى بدلا منها.

ويجب التنويه إلى أن شروط استحقاق أجره الحضانة هي ذاتها شروط استحقاق الحضانة، لأن استحقاق الأولى - أي أجره الحضانة - يثبت وينتفي باستحقاق الثانية - أي الحضانة -.

وشروط استحقاق الحضانة منها ما هو خاص بالرجال ومنها ما هو خاص بالنساء ومنها ما هو مشترك بينهما، ونحن بدورنا سنكتفي بتلك الشروط المتعلقة بالنساء وتبرير ذلك كون هذه الفئة الأخيرة من الناس لهم الأولوية على غيرهم من الرجال، لما يتمتعن به من شفقة وصبر وملازمتهم الدائمة للطفل، إلى جانب ثبوت هذه الأولوية للنساء كتابا وسنة وإجماعاً²؛ فضلا عن كون بحثنا يدور حول حقوق المطلقة.

وبناء على هذا فإن هذه الشروط تتمثل فيما يلي:

¹ أخرجه البخاري في سننه، كتاب: النفقات، باب: إذا لم ينفق الرجل، فللمرأة أن تأخذ بغير علمه ما يكفيها وولدها بالمعروف، الحديث رقم: 3564، البخاري، مرجع سابق، ص 1062.

² أنظر، وفاء معتوق حمزة فراش، مرجع سابق، ص 423 وما بعدها.

البند الأول: شروط استحقاق أجره الحضانة في الفقه.

لقد اختلفت الشروط الفقهية التي اشترطها الفقهاء في الحاضنة من أجل استحقاقها أجره الحضانة¹؛ فمنها ما كان محلاً للاتفاق ومنها ما استحکم الخلاف حولها.

أولاً) الشروط المتفق عليها: وتتمثل في كل من العقل الأمانة والاستقامة، القدرة وعدم الزواج من أجنبي أو قريب غير محرم من المحضون.

1) العقل: ويراد به الإدراك والإلمام بحجم المسؤولية والمخاطر والتحديات التي من شأنها الحيلولة دون حضانة الصغير²؛ فمتى كانت الحاضنة غير عاقلة كما لو كانت مجنونة أو معتوهة فلا يمكن لها أن تتولى حضانة المحضون لأنها هي في حد ذاتها بحاجة لمن يتولى رعايتها³.

والفقه لا يميز في الجنون بين جنون متقطع وجنون دائم، وجنون متقطع قليل وجنون متقطع كثير ولو كان من القليل أن يقع كما لو يقع مرة واحدة في سنة، وهذا لأن مصلحة المحضون تتطلب حمايته من أي خطر محتمل ولو كانت نسبة احتمال وقوعه ضئيلة جداً⁴.

¹ فيشترط فقهاء الشافعية في الحاضن عدم الرق وأن لا يكون معتوها، أن لا يكون فاسقاً، كما اشترطوا فيه الإسلام، وعدم الزواج بأجنبي، أما فقهاء المذهب الحنبلي فاشترطوا فيه الحرية وعدم الفسق، الإسلام، العقل، عدم العجز، والاصابة بمرض معدي كالبرص، أما الحنفية فشروطهم في الحاضن هي الحرية، العقل، البلوغ، الأمان والقدرة، وعدم الزواج بأجنبي، أما المالكية فاشترطوا فيه العقل والرشد، القدرة، عدم الاصابة بمرض معدي، عدم الزواج بأجنبي، أمن المكان، عدم السفر بالمحضون، عدم السكنى مع من سقطت حضانتها. لمزيد من التفصيل أنظر، أبي إسحاق الشيرازي، مرجع سابق، ص 640-641. منصور البهوتي، كاشف القناع على متن الإقناع، مرجع سابق، ص 2850-2851. ابن عابدين، ج 5، مرجع سابق، ص 253. الحبيب بن طاهر، ج 4، مرجع سابق، ص 294-296.

² باديس ديابي، مرجع سابق، ص 57.

³ د. وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص 726.

⁴ صالح بوغرارة، حقوق الأولاد في النسب والحضانة على ضوء التعديل الجديد في قانون الأسرة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر يوسف بن خدة، 2006-2007، ص 67.

إلا أن بعضاً من الفقهاء ذهبوا إلى إثبات الحضانة لمن يعتريها جنون نادر¹؛ غير أن هذا الرأي غير معول عليه إذ تم التعقيب عليه من بعض أساتذة القانون بقولهم بأنه رأي غير واجب وضعيف، مبررين ذلك بأن هذا النوع من الجنون قد يكون أكثر خطورة من سابقه واحتمال تضرر المحضون فيه مرتفع².

وهو رأي منطقي وجدير بالأخذ به لأن التعود على جنون شخص ما والتعايش مع جنونه يجعلك تأخذ من الاحتياطات ما يلزم، وتتوقع صدور أي شيء منه وليس كمن يؤمن جانبه بحيث تعيش معه على أن لا يصدر منه شيء ثم يحدث المحذور.

(2) الأمانة والاستقامة في الدين: والمراد من وراء الأمانة والاستقامة في الدين نية الإخلاص في القيام بشؤون المحضون وعدم انشغال الحاضنة عنه بخروجها الدائم والمتكرر من المنزل مما من شأنه يؤدي إلى ضياع الولد، وليس كل انشغال من شأنه أن يؤدي لضياع المحضون، حيث أن الانشغال المقصود هنا هو الانشغال بارتكاب ما حرم الله من الفواحش والمعاصي ما ظهر منها وما بطن من زنا وشرب الخمر وغيرها مما يجعل الحاضنة غير جديرة بالحضانة³.

(3) القدرة: ويراد بها توافر الإمكانيات والقدرات اللازمة من أجل القيام بشؤون المحضون وحفظه ورعايته على أحسن وجه، بأن لا تكون الحاضنة مثلاً مريضة أو صماء أو مسنة... إلخ، وفي هذا الصدد جاء في قول المالكية "... وأن الحاضن للمحضون رجلاً كان أم امرأة يجب أن يكون قادراً على القيام بشأن المحضون إلا أن يكون عندها من يحضنه، وأنه يدخل في ذلك الصم والأخرس والمرضى والمقعدين"⁴.

¹ شمس الدين الشربيني، الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع، مرجع سابق، ص 388-389.

² مليكة قبزيلي، مرجع سابق، ص 204.

³ ممدوح عزمي، أحكام الحضانة بين الفقه والقضاء، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، (بدون سنة النشر)، ص 27.

⁴ سنتا إبراهيم الشيخ أحمد، حضانة الطفل في الفقه الإسلامي، رسالة ماجستير، قسم الدراسات الإسلامية، جامعة الخرطوم، 2008-2009، ص 58.

4) عدم الزواج من أجنبي أو قريب غير محرم من المحضون: وإن كان الزواج من حقها متى كانت خالية مما يحول من ذلك كوجودها في العدة وإلى ما في ذلك، واشتراط هذا الشرط يرجع لعدت أسباب من بينها:

- لأن زواجها من أجنبي يمكن الجزم معه بعدم تحقق الشفقة والمحبة وحسن المعاملة للمحضون التي ربما تتحقق بزواجها من قريب محرم، حيث أن هذا الأجنبي قد يقسو عليه ويسيء معاملته وعليه تسقط حضانتها¹.

- زواج المرأة في هذا الوضع قد يتحقق معه انشغالها عن المحضون ويرجع ذلك لانشغالها بحق الزوج².

- لما روي عن أبي عمرو - يعني الأوزاعي - عن عمر بن شعيب، عن أبيه، عن جده عبد الله بن عمرو أن امرأة قالت يا رسول الله، إن ابني هذا كان بطني له وعاء، وثدي له سقاء، وحجري له حواء، وإن أباه طلقني، وأراد أن ينتزعه مني، فقال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم "أنت أحق به ما لم تنكحي"³.

بحيث يتضح من هذا الحديث تقييد الرسول صلى الله عليه وسلم الصريح لحق الحاضنة في الحضانة بعدم الزواج.

ثانياً) الشروط المختلف فيها: وهي كل من شرط الإسلام، الخلو من الأمراض، والحرية.

فبالنسبة لشرط الإسلام يرى فقهاء الحنفية والمالكية بأنه لا يشترط في الحاضنة أن تكون مسلمة فرغم هذا تبقى أما، فتظل حاضنتا له عند فقهاء المذهب الأول إلى غاية بلوغه

¹ مليكة قبزيلي، مرجع سابق، ص 210.

² نافع حميد صالح، حضانة الطفل وحمايته في الفقه الإسلامي، مجلة كلية العلوم الإسلامية، جامعة الأنبار، ع 20، 2008-2009، ص 135.

³ أخرجه أبي داود في سننه، كتاب: الطلاق، باب: من أحق بالولد، الحديث رقم: 2276، أبي داود، مرجع سابق، ص 283.

سن السابعة وهو السن التي يعقل فيها الأديان وإذا خيف عليه نزع منها وإن لم يعقل الأديان، أما بقاءه معها عند أصحاب المذهب الثاني فيبقى مرهونا بانتهاء مدة حضانتها وإذا خيف عليه يوضع تحت رقابة أحد المسلمين عندهم¹.

واستدلوا على قولهم بما روي عن إبراهيم بن موسى الرازي، عن عبد الحميد بن جعفر، عن رافع بن سنان أنه أسلم وأبت امرأته أن تسلم فأنت النبي صلى الله عليه وسلم، فقالت: ابنتي وهي فطيم أو أشبهه، وقال رافع: ابنتي، فقال له النبي صلى الله عليه وسلم "أقعد ناحية" وقال لها "أقعد ناحية" قال: وأقعد الصبية بينهما، ثم قال "ادعواها" فمالت الصبية إلى أمها، فقال النبي صلى الله عليه وسلم "اللهم اهداها" فمالت الصبية إلى أبيها فأخذها².

في حين يرى فقهاء الحنابلة والشافعية أن مثل هذا الشرط شرط لازم لاستحقاق الحضانة، وذلك لما فيه من مصلحة وتوقى للضرر الذي قد يترتب على ترك الطفل مع أمه الكافرة جراء اعتياده نمط عيشها ولأنها غالبا ما تسعى إلى تربيته وتنشأته على دينها، وهو ما يجعل الأمر صعبا إذا ما أريد إرجاعه إلى الإسلام³.

وهذا لما حدث به محمد بن يحيى القطعي البصري، قال: حدثنا عبد العزيز بن ربيعة البناني، قال: حدثنا الأعمش، عن أبي صالح، عن أبي هريرة، قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "كل مولود يولد على الفطرة فإبواه يهودانه أو ينصرانه أو يمجسانه"⁴.

أما بالنسبة لشرط الخلو من المرض الخطير الذي يخشى على انتقاله إلى المحضون

¹ علاء الدين الحنفي، ج 5، مرجع سابق، ص 212. بهرام الميري، مرجع سابق، ص 508.

² أخرجه أبي داود في سننه، كتاب: الطلاق، باب: إذا اسلم أحد الأبوين مع من يكون الولد، الحديث رقم: 2244، أبي داود، مرجع سابق، ص 273.

³ محمد بن صالح العثيمين، مرجع سابق، ص 538. شمس الدين الشربيني، الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع، مرجع سابق، ص 389.

⁴ أخرجه الترمذي في سننه، كتاب: القدر، باب: ما جاء كل مولود يولد على الفطرة، الحديث رقم: 2138، محمد الترمذي، مرجع سابق، ص 483.

كالحزام والبرص¹؛ فهو شرط اشترطه فقهاء المالكية والحنابلة والشافعية².

أما عن شرط الحرية فيراد به أن لا تكون الحاضنة مملوكة للغير، أما إذا كانت كذلك فهي لا تستحق الحضانة عند الشافعية والحنفية والحنابلة، لأنها شبه عاجزة عن القيام بالحضانة فكيف يتحقق لها ذلك وهي في انشغال دائم بخدمة سيدها³.

البند الثاني: شروط استحقاق أجرة الحضانة في التشريع الجزائري.

برجعنا إلى المادة 62 ف 2 من ق. أ التي جاء فيها "...ويشترط في الحاضن أن يكون أهلا للقيام بذلك" نجد المشرع اكتفى بالنص على شرط أن يكون الحاضن أهلا للحضانة وهذا ما يجعلنا أمام احتمالين:

إما أن المشرع يدخل تحت الأهلية شروطا أخرى وهذا ما يبرر قوله في المادة 67 من ق. أ "...اختلال أحد الشروط..." والتي يفهم منها أنه قد عدد الشروط الواجب توافرها في الحاضن، وهذا هو الاحتمال الأول.

أما الاحتمال الثاني هو سهو المشرع عن تعديل المادة 62 بعدما عدل من المادة 67، وفي نظرنا أن الاحتمال الثاني هو الأرجح، وذلك لأن كون الشخص أهلا للحضانة لا يعني أنه شخص أمين كما لا يعني أنه لا يجب عليه الزواج، فلو كانت الأهلية تحمل كل هذه الشروط وأكثر لما جاء المشرع في المادة 66 وينص على ضرورة زواج الحاضنة بقريب محرم لاستحقاقها للحضانة.

¹ د. مريم أحمد الداغستاني، مرجع سابق، ص 291.

² الحبيب بن طاهر، ج 4، مرجع سابق، ص 295. شمس الدين الشربيني، الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع، مرجع سابق، ص 390. منصور البهوتي، كاشف القناع على متن الإقناع، مرجع سابق، ص 2851.

³ شمس الدين الشربيني، الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع، مرجع سابق، ص 389. علاء الدين الحنفي، ج 5، مرجع سابق، ص 212. عبد العزيز الراجحي، مرجع سابق، ص 1124.

وعليه من منطلق إعمال المشرع لأحكام الشريعة الإسلامية في المادة 222 من ق. أ كان عليه من منظورنا فتح المجال لمختلف الشروط التي كانت محل اتفاق بين الفقهاء بدلا من اقتصره على بعض الشروط وإخضاع غيرها لسلطته التقديرية، والمتمثلة في:

- العقل.

- الأمانة والاستقامة في الدين.

- القدرة.

- عدم الزواج من أجنبي أو قريب غير محرم من المحضون.

وهذا كما ذهبت إليه بعض الاجتهادات القضائية التي اشترطت في الحاضنة ما اشترطته الشريعة الإسلامية من شروط وإلا كان عدم توافرها خرقا لأحكام هذه الأخيرة¹.

المطلب الثالث: أحكام أجره الحضانة.

فقد كان للفقهاء والقانون أيضا موقف من هذا النوع من الأجرة وسوف يتم التعرض له في الفرع الأول، وعن مدة استحقاقها والأسباب التي توجب سقوطها أيضا ستعالج في الفرع الثاني.

الفرع الأول: موقف الفقه والقانون من أجره الحضانة.

البند الأول: موقف الفقه من أجره الحضانة.

انطلاقا من احتمال كون المطلقة قد تكون إما الأم في حد ذاتها أو حاضنة أخرى غيرها، جاءت آراء الفقهاء حول استحقاقها أجره الحضانة كما يلي:

¹ أنظر، م. ع. غ. أ. ش، 1984/07/09، ملف رقم 33921، م. ق. ع 4، 1989، ص 76.

- **الحنفية:** قال فقهاء هذا المذهب بأن أجره الحضانة ثابتة للحاضنة الأم وغيرها، مميزين هذه النفقة عن غيرها من نفقات - أجره الرضاع ونفقة الولد، حيث تكون هذه النفقة من مال المحضون إذا كان له مال أما إذا لم يكن له فمن مال من تجب نفقته عليه.

وعن الوقت الذي تثبت فيه هذه الأجرة؟ قرن أصحاب هذا المذهب استحقاقها - الأم- لأجرة الحضانة بعدم قيام الزوجية وعدم وجودها حال العدة، وعليه متى كانت زوجيتها لا تزال قائمة أو كانت لا تزال في عدتها من طلاق لم تستحق أجره الحضانة كون الحضانة واجبة عليها ديانة¹؛ إلى جانب كونها تستحق النفقة خلال هذه الفترة فضلا عن أجره الحضانة، فلا يمكن الجمع لها بين نفقتين².

وقد وافق هذا التوجه الكثير من الأساتذة المعاصرين أمثال الأستاذ عبد العزيز عامر في قوله: "والذي أراه أن الحاضنة تستحق أجره الحضانة إذا قامت بها، ما دامت غير زوجة أو معتدة لولي الولد، لأنها تقوم بعمل تستحق الأجر عليه... ولما كان الأجر نظير العمل فإن أجر الحضانة يجب أن يكون كذلك، ولا يكون قدر نفقة الحضانة، لأن الأمر ليس نفقة ولكنه أمر حضانة وأجرة حضانة". وأمثال الدكتور سمير عقبي أيضا الذي قرن رأيه هذا بعدة حجج نذكر منها أن استحقاق أجره الحضانة والقضاء بها لكل حاضنة يعد محفزا من شأنه أن يجعل الحاضنات يقدمن على الحضانة³.

ومادام معيار النفقة هو من يحدد استحقاق أجره الحضانة من عدمه، إستحقت المعتدة من وفاة هي الأخرى هذه الأجرة بما أنه لا نفقة تجب لها فترة عدتها⁴.

إلا أن السؤال المطروح هنا هو عن الحالة التي توجد فيها متبرعة إلى جانب الأم ترضى بالقيام بالحاضنة مجانا، فمن تكون أحق بالحاضنة الأم أم المتبرعة؟.

¹ ابن عابدين، ج 5، مرجع سابق، ص 259-260. هجيرة نشيدة مداني، حقوق الطفل بين الشريعة والقانون، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2011-2012، ص 159.

² ابن عابدين، ج 5، مرجع سابق، ص 260.

³ مليكة قبزيلي، مرجع سابق، ص 208.

⁴ عادل شباب، مرجع سابق، ص 82.

فرق الحنفية في هذا الشأن بين عدة حالات هي¹:

- في حالة ما إذا كان المتبرع أجنبيا على المحضون وكان لهذا الأخير مال، فلا يعطى للمتبرع بل لمن هو أهل وأحق بحضانته وله أجره المثل من ماله مقابل ذلك.

- في حالة ما إذا كان المتبرع من أقرباء الصغير كعمته، هنا خيرت الأم بين حضانته بدون مقابل وبين إعطائه لعمته للقيام بذلك، هذا متى كان للصغير مال وكان أبوه معسرا لأنه لو أعطي هنا لأمه لكانت نفقتها من ماله وهو ما يتحقق معه الضرر له، أما إذا لم يكن له مال وكان أبوه موسرا كانت أمه أولى بحضانته.

- الشافعية والحنابلة: يثبتون للحاضنة أجره على حضانتها زيادة على حقها في أجره الرضاع فيجاب طلبها في الاثنين متى طلبت ذلك وكانت أهلا له².

- المالكية: ذهب فقهاء المالكية إلى عدم استحقاق الحاضنة أجره على حضانتها، سواء الزوجية قائمة أم لم تكن وسواء كانت الحاضنة هي أم أخرى غيرها وهذا كأصل عام، أما إذا كانت معسرة فلها ذلك متى كانت أما للمحضون فقط³.

البند الثاني: موقف التشريع الجزائري من أجره الحضانة.

عند الرجوع إلى قانون الأسرة لا نجد ما يدل على أخذه بأجره الحضانة كما لم يأت بما يدل على عدم أخذه بها، إلا أننا نجد ما قضى به المشرع في المادة 222 من هذا القانون والتي تعتبر المنفذ، بما أنها تقضي بإعمال أحكام الشريعة الإسلامية فيما لم يرد فيه نص فوجب الرجوع إلى الآراء الفقهية التي سبق وأن عرضناها، والتي تجعلنا في مفترق بين الأخذ بالمذهب المالكي - المذهب المعتمد - وقول الجمهور، وأمام هذا ندعو المشرع

¹ د. وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص 735.

² منصور البهوتي، شرح منتهى الإرادات، مرجع سابق، ص 694. البجيرمي الشافعي، البجيرمي على الخطيب، ج 4، ط 1، دار الكتب العلمية، بيروت- لبنان، 1417 هـ - 1996، ص 475.

³ الحبيب بن طاهر، ج 4، مرجع سابق، ص 299.

الجزائري إلى ضرورة حسم موقفه بنص صريح، ومن الأحسن لو يأخذ فيه برأي الجمهور لقوته، خاصة وأن تقرير هذه الحقوق أصبح أمام متطلبات الحياة المتزايدة لا يمثل شيء.

وهذا على نحو ما هو مفعول به في التشريع المغربي ووفقا لما هو منصوص عليه في مدونته.

إذ تنص المادة 167 ف 2 من م. أ على أنه "لا تستحق الأم أجره الحضانة في حال قيام العلاقة الزوجية، أو في عدة من طلاق رجعي".

فكما يتضح من النص تستحق الحاضنة أجره على حضانتها متى لم تكن زوجة لزوجها بأن تكون عدتها قد انقضت من طلاق رجعي أو بائن.

الفرع الثاني: مدة استحقاق أجره الحضانة وسقوطها.

البند الأول: مدة استحقاق أجره الحضانة وسقوطها في الفقه.

بخصوص مدة استحقاق أجره الحضانة فمتى قمنا بتحديد المدة التي يكون فيها المحضون بحاجة إلى الحضانة تحدد لنا تلقائيا مدة استحقاق الحاضنة لأجره الحضانة.

وفي سبيل تحديد مدة الحضانة جاءت آراء الفقهاء مختلفة وإن تقاربت، إذ حدد الحنفية مدة حضانة الصغير إلى غاية أكله وشربه ولبسه وحده أما الصغيرة فمدة حضانتها تستمر إلى وقت بلوغها¹.

وعند المالكية تستمر إلى البلوغ بالنسبة للصغير وبالزواج بالنسبة للصغيرة²؛ مستدلين بما روي عن أبي عمرو - يعني الأوزاعي - عن عمر بن شعيب، عن أبيه، عن جده عبد الله بن عمرو أن امرأة قالت يا رسول الله، إن ابني هذا كان بطني له وعاء، وثدي

¹ شمس الدين السرخسي، ج 5، مرجع سابق، ص 207.

² أبي القاسم الغرناطي المالكي، مرجع سابق، ص 367.

له سقاء، وحجري له حواء، وإن أباه طلقني، وأراد أن ينتزعه مني، فقال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم "أنت أحق به ما لم تنكحي"¹.

وذهبت الشافعية إلى عدم تحديدها والاكتفاء بتخيير الاثنين على حد سواء بين الأبوين متى بلغا سن التمييز بعد بقائهما عند أمهما مالم يبلغا هذا السن².

واستدلوا على قولهم بما وروى عن أبي جريح، عن هلال بن أسامة، أن أبا ميمونة سلمى مولى من أهل المدينة رجل صدق، قال: بينما أنا جالس مع أبي هريرة جاءت امرأة فارسية معها ابن لها، فادعياه، وقد طلقها زوجها، فقالت: يا أبا هريرة ورطنت له بالفارسية، زوجي يريد أن يذهب بابني، فقال أبو هريرة: استهما عليه، ورطن لها بذلك، فجاء زوجها فقال: من يحاقتني في ولدي؟ فقال أبو هريرة: اللهم أني لا أقول هذا، إلا أني سمعت أن امرأة جاءت إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم وأنا قاعد عنده فقالت: يا رسول الله، إن زوجي يريد أن يذهب بابني، وقد سقاني من بئر أبي عنبه، وقد نفعتني، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم "استهما عليه" فقال زوجها: من يحاقتني في ولدي؟ فقال النبي صلى الله عليه وسلم "هذا أبوك، وهذه أمك، فخذ بيد أيهما شئت" فأخذ بيد أمه، فانطلقت به³.

وعند الحنابلة أيضا يخير المحضون متى بلغ سن التمييز المحدد بسبع سنوات وهذا بالنسبة للذكر غير أنه يكون حيث يشاء عند بلوغه سن الرشد، أما الأنثى فتبقى عند أبوها متى بلغت سن التمييز إلى غاية زواجها جبرا دون تخيير⁴؛ واستدلوا على ذلك بنفس الأدلة التي جاء بها الشافعية.

¹ أخرجه أبي داود في سننه، كتاب: الطلاق، باب: من أحق بالولد، الحديث رقم: 2276، أبي داود، مرجع سابق، ص 283.

² أبي إسحاق الشيرازي، مرجع سابق، ص 649. د. محمد كمال الدين إمام وجابر عبد الهادي سالم الشافعي، مسائل الأحوال الشخصية الخاصة بالزواج والفرق وحقوق الأولاد في الفقه والقانون والقضاء، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2003، ص 499.

³ أخرجه أبي داود في سننه، كتاب: الطلاق، باب: من أحق بالولد، حديث رقم: 2277، أبي داود، مرجع سابق، ص 283-284.

⁴ محمد بن صالح العثيمين، مرجع سابق، ص 546-548.

أما فيما يتعلق بسقوط الحق في أجرة الحضانة، فإنها تسقط في الشريعة الإسلامية لاختلال أحد الشروط التي سبق وتعرضنا لها¹.

وبالرغم من ذلك يبقى للحاضنة الحق في استرداد الحق في الحضانة، فمتى يتحقق ذلك؟.

لقد جاء رد الفقهاء على ذلك منقسمين إلى اتجاهين:

- الاتجاه الأول: وهو رأي فقهاء المالكية فيرون أن الحاضنة سواء كانت أما أو غيرها إذا سقطت حضانتها لأحد الأسباب المذكورة أدناه فلا تعود لها².

وهذه الأسباب هي:

1) زواجها بأجنبي غير محرم ودخوله بها ثم مفارقتها لها بوفاة أو طلاق أو فسخ من نكاح فاسد.

ونشير هنا إلى أن فقهاء المالكية جاؤوا باستثناءات تحتفظ الحاضنة فيها بالحضانة بالرغم من زواجها بأجنبي وهذه الاستثناءات هي³:

- إذا لم يقبل الولد غيرها.

- إذا كان أب الولد عبدا وأمه حرة.

- إذا تزوجت الأم برجل أجنبي ودخل بها وعلم من انتقلت إليه الحضانة بهذا الزواج غير أنه يسكت بعد علمه العام عن المطالبة بها.

¹ البجيرمي الشافعي، مرجع سابق، ص 489. أبي القاسم الغرناطي المالكي، مرجع سابق، ص 366. ابن عابدين، ج 5، مرجع سابق، ص 253-256. الهمام مولانا الشيخ نظام، مرجع سابق، ص 564-565.

² الحبيب بن طاهر، ج 4، مرجع سابق، ص 297.

³ محمد عرفة الدسوقي، مرجع سابق، ص 530.

2) اسقاطها لحق الحضانة الثابت لها بدون عذر سواء كان ذلك بعوض أم من غير عوض.

أما في حالة ما إذا كان سقوط حقها في الحضانة مقترن بعذر مقبول كمرض وخوف مكان أو سفر الولي بالمحضون سفر نقلة، فإن الحق في عودة الحضانة لها يبقى مرهون بزوال هذا العذر، هذا كله ما لم تتركها بعد سنة من تاريخ زوال العذر وما لم يألف الولد من هو في حضانتته ويشق عليه نقله من عنده¹.

ومن خلال ما تقدم ذكره يبدو أن فقهاء المالكية ربطوا عودة الحضانة للحاضنة وعدم عودتها بالدافع الذي أدى إلى سقوطها، وذلك من خلال التفريق بين دافعين فمتى كان الدافع إلى اسقاطها يرجع إلى الإرادة الحرة للحاضنة فليس لها الرجوع فيها، أما إذا كان السقوط خارجا عن إرادتها ولا يرجع لها فكان لها الحق في الرجوع في حضانتها.

- الاتجاه الثاني: وهو رأي الجمهور (الحنفية والشافعية والحنابلة)، فيرون بأن الحضانة ترجع للحاضنة متى سقطت منها بمجرد زوال المانع الذي أدى إلى هذه النتيجة بغض النظر عن الدافع من وراء السقوط فيما إذا كان اختياريا أو اضطراريا².

البند الثاني: مدة استحقاق أجرة الحضانة وسقوطها في التشريع الجزائري.

جاءت مدة استحقاقها في قانون الأسرة الجزائري على النحو الذي جاء به المذهب المالكي طبقا للمادة 65 من ق. أ، فتكون مستحقة بالنسبة للذكر إلى غاية بلوغه محددًا مدة البلوغ بـ 10 سنوات، أما بالنسبة للإناث فتبقى هذه المدة دون أن تقرن بسن معين ولكن يبقى ذلك مرهونا بالدخول بها، وعليه فتكون هذه الأجرة مستحقة لها ما دامت لم يدخل بها بعد.

¹ الحبيب بن طاهر، ج 4، مرجع سابق، ص 298.

² عبد الله بن محمود الموصلي، مرجع سابق، ص 301. شمس الدين الشربيني، الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع، مرجع سابق، ص 391. منصور البهوتي، كاشف القناع على متن الإقناع، مرجع سابق، ص 2850.

مع هذا يجوز تمديد مدة الحضانة بالنسبة للذكر حتى سن 16 سنة ما لم تتزوج الحاضنة مما يؤدي إلى تمديد أجره الحضانة أيضا، وذلك وفقا للسلطة التقديرية الممنوحة للقاضي بموجب هذه المادة.

وعن أسباب سقوطها والتي جاءت في مواد متفرقة من قانون الأسرة فهي كما يلي:

- عدم توافر أحد الشروط المنصوص عليها في المادة 62 طبقا لنص المادة 67 من ق. أ "تسقط الحضانة باختلال أحد الشروط المنصوص عليها في المادة 62 أعلاه...".

- زواج الحاضنة بغير قريب محرم أو تنازلها عن الحضانة بمقتضى المادة 66 من ق. أ "يسقط حق الحضانة بالتزوج بغير قريب محرم، وبالتنازل ما لم يضر بمصلحة المحضون".

- عدم المطالبة بها لمدة تزيد عن سنة دون عذر مقبول طبقا للمادة 68 المادة من ق. أ "إذا لم يطلب من له الحق الحضانة مدة تزيد عن سنة بدون عذر مقبول سقط حقه فيها".

- يمكن أن تسقط بناء على السلطة التقديرية للقاضي في حالة ما إذا رغب الحاضن في الاستيطان في بلد أجنبي وفي حالة ما إذا تطلبت مصلحة المحضون ذلك وهذه بموجب المادة 69 من ق. أ "إذا أراد الشخص الموكل له حق الحضانة أن يستوطن في بلد أجنبي رجع لأمر للقاضي في اثبات الحضانة له أو إسقاطها عنه، مع مراعاة مصلحة المحضون".

- وأخيرا تسقط بسكن مع أم المحضون المتزوجة بغير قريب محرم إذا كانت حضانته لجدته أو خالته طبقا للمادة 70 من ق. أ "تسقط حضانة الجدة أو الخالة إذا سكنت بمحضونيتها مع أم المحضون المتزوجة بغير قريب محرم".

وعن عمل المرأة كسبب من أسباب سقوط الحق في الحضانة فإن المشرع الجزائري لم يعتبره كذلك بموجب المادة 67 في فقرتها الثانية، إلا أن عبارة "غير أنه يجب في جميع

الحالات مراعاة مصلحة المحضون" نجد ضمنها أن العمل الذي تمتهنه الحاضنة والذي يؤدي إلى سحب الحضانة منها هو كل عمل لا تتحقق معه مصلحة المحضون بل يكون سببا في تضرره وضياعه.

ونحن لسنا ضد عمل المرأة الذي تجد فيه أحيانا منفذا وترويحيا عن نفسها ولسنا في ذات الوقت مع الإضرار بمصلحة المحضون، لهذا نرى بأنه للحاضنة الحق في العمل متى كانت بحاجة إليه، لكن ليس على حساب مصلحة المحضون بل بما يقتضي منها الموازنة بينهما إن لم نقل تغليب الأخير، وهذا قياسا على الزوجة العاملة التي تستطيع أن توفق بين عملها والقيام بأمر بيتها، من رعاية الأولاد والزوج، وهذا في الغالب لا يشكل ضررا فاحشا يفقدها حقها في الحضانة.

وهذا ما أكدته أحكام الشريعة الإسلامية الغراء عند إقرارها للمرأة بهذا الحق وعدم منعها منه متى كانت ممارستها له تخضع لجملة من الضوابط وتحكمها جملة من الشروط، من بينها أن يكون هذا العمل الذي تحترفه مناسبا لطبيعتها وملائما لفطرتها وقدرتها الجسدية واستعداداتها النفسية كالتربية والتعليم والطب. وأن لا يكون سببا في الإخلال بمسئولياتها الأسرية خاصة ما تعلق منها برعاية بيتها وزوجها وأولادها، وذلك من خلال موازنتها بين العمل وواجباتها اتجاه أسرتها. بالإضافة إلى توافر عامل الحاجة والضرورة الملحة التي تدفع للخروج إلى العمل كالفقر¹.

أما موقف المشرع الجزائري من منح الفقه للحاضنة الحق في إمكانية رجوع الحضانة إليها فقد جاء مسائرا للمذهب المالكي وهو ما تؤكدته المادة 71 من ق. أ "يعود الحق في الحضانة إذا زال سبب سقوطه غير الاختياري".

لكن ما يأخذ على المشرع انطلاقا من هذه المادة هو عدم ضبطه وتحديد المقصود من وراء السقوط غير الاختياري، وبالتالي ما يعتبر سقوط الحق في الحضانة به سقوطا

¹ د. زيد محمود العقابلية، حقوق المرأة العاملة، دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، مجلة الفكر، جامعة محمد خيضر، ع 8، نوفمبر 2012، ص 412-413.

اختياريا وما يعتبر سقوط الحق في الحضانة سقوطا غير اختياري بالرغم من موقفه الصريح الذي يأخذ فيه بالمذهب المالكي؟.

وهو ما يقتضي الرجوع فيه لأحكام الشريعة الإسلامية من أجل الفصل بين حالات السقوط غير اختياري والحالات الأخرى طبقا للمادة 222 من ق. أ.

المبحث الثالث: أجره الرضاع.

كما سبق وتعرضنا له في المبحث الأول فإنه يترتب في المقابل من ممارسة الحضانة أثر مالي وهو أجره الحضانة، وهذا هو حال الرضاع أيضا، ففي سبيل ممارسته هو الآخر يترتب أثر مالي وهو أجره الرضاع والتي سنتطرق لها ضمن هذا المبحث، فنقوم بتعريف الرضاع أولا (في المطلب الأول)، ثم نخوض في مفهوم أجره الرضاع (في المطلب الثاني)، ثم أحكام أجره الرضاع (في المطلب الثالث)

المطلب الأول: تعريف الرضاع.

تم التطرق إلى التعريف المعطى له لغة وشرعا وقانونا ضمن ثلاثة فروع.

الفرع الأول: تعريف الرضاع في اللغة.

الرضاع من رضع وهو شرب اللبن من الضرع أو الثدي. تقول رضع المولود يرضع. ويقال امرأة مرضع، إذا كان لها ولد ترضعه، فإن وصفتها بإرضاع الولد قلت مرضعة¹.

الفرع الثاني: تعريف الرضاع في الشرع.

لقد جاءت التعاريف المعطاة للرضاع مختلفة:

فعرفه الحنفية بأنه "مص لبن آدمية في وقت مخصوص"².

وعرّفه المالكية بأنه "وصول لبن امرأة وإن ميتة أو صغيرة لم تطق، لجوف الرضيع، وإن بسعوط أو حقنة تغذي أو خلط بغيره، إلا أن يغلب عليه، في الحولين أو بزيادة شهرين إلا أن يستغني ولو فيهما"³.

¹ أبي الحسن بن زكريا، باب: الراء والضاد وما يثلاثهما، مادة: رضع، ج 2، مرجع سابق، ص 400.

² علاء الدين الحنفي، ج 5، مرجع سابق، ص 61.

³ الحبيب بن طاهر، ج 4، مرجع سابق، ص 236.

أما الشافعية فجاء تعريفهم له كما يلي: "اسم لحصول لبن امرأة أو ما يحصل منه في معدة طفل أو دماغه"¹.

وعرفه الحنابلة على أنه "إيصال اللبن إلى طفل، سواء عن طريق الثدي أو عن طريق الأنبوب، أو عن طريق الإناء"².

الفرع الثالث: تعريف الرضاع في القانون.

لم يرد له تعريف ضمن قانون الأسرة، إلا يمكن لنا استخلاص تعريف له من خلال المادة 29 من ق. أ والتي تقضي بأنه "لا يحرم الرضاع إلا ما حصل قبل الفطام أو في الحولين سواء كان اللبن قليلا أو كثيرا" والتي يفهم من خلالها بأن الرضاع ما يتناوله الرضيع من لبن في الحولين أو قبل الفطام.

المطلب الثاني: مفهوم أجره الرضاع.

بعدما تم تعريف الرضاع جاء هذا المطلب لتوضيح المراد من وراء أجره الرضاع في الفرع الأول، والأدلة المشرعة لها في الفرع الثاني.

الفرع الأول: تعريف أجره الرضاع.

باعتباره هو الآخر عمل خالصا يجاز عليه القائم به بالأجر، فإن أجره الرضاع عبارة عن مال تتقاضاه المرضعة عن الجهد الذي تبذره وهي بصدد قيامها بعملية الإرضاع، لأنها تطعمه مما تطعم به.

الفرع الثاني: دليل مشروعية أجره الرضاع.

الدليل على مشروعية استحقاق المرضعة لأجره الرضاع جاء من القرآن الكريم في المواضع التالية:

¹ شمس الدين الشربيني، الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع، ج 2، مرجع سابق، ص 364.

² محمد بن صالح العثيمين، مرجع سابق، ص 421.

في قوله تعالى: ﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُبْرِئَ
الرِّضَاعَةَ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ لَا تُكَلَّفُ نَفْسٌ إِلَّا وُسْعَهَا لَا تُضَارَّ وَالِدَةٌ
بِوَالِدِهَا وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَلِكَ فَإِنْ أَرَادَا فِصَالًا عَنْ تَرَاحِيهِمَا وَتَهَاقُورِهِمَا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا وَإِنْ
أَرَادْتَهُ أَنْ يَمْتَسِكَا أَولَادَهُنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا إِذَا سَلَّمْتَهُمَا مَا آتَيْتَهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ وَأَتَتْهُمَا اللَّهُ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ بَصِيرٌ¹.

فلقد دلت هذه الآية على جواز أخذ الأجرة مقابل الإرضاع، حيث أن الله تعالى رفع
الإثم على الوالدين متى انفقوا على أن يستلم أحدهما الولد، لكن وجب على الوالد مع هذا
التسليم أن يسلم أجرته السابقة ويتخذ له مرضعة ترضعه مقابل أجرة بالمعروف، فدل هذا
على مشروعية أجرة الرضاع سواء كانت المرضعة هي نفسها الأم أو امرأة أجنبية عن
الصغير.²

وقوله تعالى: ﴿وَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ³﴾.

من خلال هذه الآية أيضا أمر الله تعالى الآباء على دفع أجرة لمطلقاتهم مقابل
الإرضاع، فدل ذلك على مشروعية أجرة الرضاع.⁴

كما أجمع العلماء على وجوبها.⁵

المطلب الثالث: أحكام أجرة الرضاع.

وجاء هذا المطلب مقسم إلى ثلاثة فروع، فرع أول للبحث في موقف الفقه والقانون
منها، وفرع ثاني لتحديد مقدارها، وفرع ثالث لتحديد مدة استحقاقها واسباب سقوطها.

¹ سورة البقرة، الآية 233.

² عماد الدين إسماعيل القرشي ابن كثير، تفسير القرآن العظيم، دار مصر، (بدون بلد الطبع)، 1409هـ - 1998، ص 284.

³ سورة الطلاق، الآية 6.

⁴ أبي بكر الجصاص، مرجع سابق، ص 106.

⁵ ابن تيمية، مرجع سابق، ص 550.

الفرع الأول: موقف الفقه والقانون من أجره الرضاع.

لابد أولاً من عرض ما جاء به الفقه ثم الانتقال لما ورد حولها في القانون.

البند الأول: موقف الفقه من أجره الرضاع.

اتفق فقهاء الشريعة الإسلامية ديانة على وجوب الرضاع على الأم بالفطرة سواء كانت زوجة لأب الرضيع أو مطلقة منه وسواء كان هذا الطلاق طلاقاً رجعياً أو طلاقاً بائناً، بل أكثر من ذلك إذ ذهبوا إلى أن عدم قيامها به يوجب مساءلتها عنه أمام الله تعالى، وهذا كله غاية منهم في الحفاظ على حياة الولد، إلا أنه من الناحية القضائية كانت لهذا الحق تداعياته إذ كان محل خلاف بينهم بين موجب ومفطر¹.

ومن منطلق وجوب الرضاع وعدم وجوبه، هل يعني هذا أن المطلقة لا تستحق أجر عنه حالة وجوبه؟.

هو ما اختلف فيه الفقهاء مميزين بين حالة قيام الزوجية وحالة انقضائها:

أولاً) أجره الرضاع في حالة قيام الزوجية: وتتماشى هذه الحالة مع المرضعة التي لا تزال في عصمة زوجها والتي طلقها زوجها طلاقاً رجعياً ولا تزال في عدتها، وجاءت آراء الفقهاء حولها على النحو التالي:

فبالنسبة للحنفية لما يكون الرضاع واجب على المرضعة ديانة فإنه لا أجره على ما هو واجب ديانة إلا أجر الثواب، وهذا ما جاء في قولهم في المبسوط: "... وهذا بخلاف حال قيام النكاح بينهما فإنها لا يستوجب الأجر على إرضاع الولد وإن استأجرها عندنا لأنه في حال بقاء النكاح الرضاع من الأعمال المستحقة عليها ديناً..."².

¹ د. وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص 698. أحمد نصر الجندي، مرجع سابق، ص 572. د. عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري حسب آخر تعديل له، ط 1، دار الخلدونية، الجزائر، 2007، ص 392.

² شمس الدين السرخسي، ج 5، مرجع سابق، ص 208.

وهذا لما جاء في قوله تعالى: ﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُنْفِقَ الرِّضَاعَةَ﴾¹.

وهو ما ذهب إليه المالكية أيضا، إذ أوجبوا على الأم إرضاع ولدها من غير أجر متى كانت في عصمة زوجها أو في عدتها هذا كله ما دامت ممن تكلف ذلك، أما إذا كانت ممن لا تكلف عرفا أي كانت ذات الشرف وغنى فليس لها أن تجبر على إرضاع ولدها وإن أجبرت رغم ذلك استحققت الأجر².

ويرر فقهاء هذا المذهب قولهم هذا بأن عرف المسلمين على توالي الاعصار وفي سائر الأمطار جرى على أن الأمهات يرضعن أولادهن من غير طلب أجر على ذلك³.

وبالنسبة للشافعية والحنابلة فكان لهم من أجره الرضاع خلاف، إذ اتفقوا على أن الزوجة متى كانت في حبال الزوجية أو معتدة من طلاق رجعي تستحق أجره على إرضاعها لولدها⁴؛ لقوله تعالى: ﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ﴾⁵؛ وقوله أيضا: ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾⁶.

ثانيا) أجره الرضاع في حالة انقضاء الزوجية: وذلك بأن تكون الأم قد بانّت من الطلاق بخروجها من العدة، فجاءت حولها آراء الفقهاء كما يلي:

فالحنفية قالوا في المبتوتة روايتين، رواية توجب الأجره لها كونها صارت أجنبية بزوال عقد النكاح، ورواية تنفيها فلا يجوز لها أن تأخذ الأجره لأنها مستحقة للنفقة حال قيام

¹ سورة البقرة، الآية 233.

² مالك بن أنس الأصبحي وأبي الوليد بن رشد، مرجع سابق، ص 305.

³ وفاء معتوق حمزة فراش، مرجع سابق، ص 400.

⁴ موفق الدين بن قدامة، ج 9، مرجع سابق، ص 311. منصور البهوتي، كاشف القناع على متن الإقناع، مرجع سابق، ص 2839.

⁵ سورة البقرة، الآية 233.

⁶ سورة الطلاق، الآية 6.

العدة، فلا تحل لها الأجرة كما لا تحل للزوجة¹.

أما المالكية والشافعية والحنابلة فقالوا بما قالت به الحنفية في روايتهم التي تقضي بوجوب الأجرة².

وإستدلوا بقوله تعالى: "﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَارْتُمْنَ أَجُورَهُنَّ﴾"³.

البند الثاني: موقف التشريع الجزائري من أجرة الرضاع.

كان من السهل علينا تبينه لو أن المشرع أبقى على نص المادة 39⁴ التي تم إلغائها، حيث أنه بموجب فقرتها الثانية كانت الأم ملزمة بالقيام بواجب الإرضاع نحو ولدها حسب استطاعتها في ظل الزوجية، وما دام الواجب لا يؤجر عليه المرء لم تستحق أجرة في ظل الزوجية، أما دونها فلا يوجد مانع يحول دون ذلك.

إلا أنه بإلغاء هذا النص لا يمكن لنا الاجتهاد من عند أنفسنا.

لكن ما الحل لو حصل وأن طالبت الأم بمثل هذه الأجرة؟.

فهنا وعملا بنص المادة 222 من ق. أ لن يحرمها القاضي هذا الحق الذي خولتها الشريعة الإسلامية إياه ويضرب به عرض الحائط، ومن هنا يتضح لنا تبني المشرع الجزائري لأجرة الرضاع لكن بطريقة غير مباشرة.

¹ عبد الله بن محمود الموصلي، مرجع سابق، ص 287.

² مالك بن أنس الأصبحي وأبي الوليد بن رشد، مرجع سابق، ص 305. أبي الحسن البصري، مرجع سابق، ص 490.

موفق الدين بن قدامة، ج 9، مرجع سابق، ص 311.

³ سورة الطلاق، الآية 6.

⁴ كانت تنص المادة 39 من ق. أ الملغاة تنص على أنه: "يجب على الزوجة:

1- احترام الزوج ومراعاته باعتباره رئيس العائلة،

2- إرضاع الأولاد عند الاستطاعة وتربيتهم،

3- احترام والدي الزوج وأقاربه".

وبما أن هذه الأخيرة يتحقق من وراء فرضها المعونة للمطلقة، فيكون في أخذ المشرع بها ما من شأنه أن يزيل على كاهلها بعض الأعباء التي قد تحملها الكثير من أجل توفير الرضاع لولدها.

وهذا ما فعلته الكثير من التشريعات الوضعية، ولن نذهب في مثال ذلك إلى بعيد مكتفين بالتشريعات المغاربية، أمثال التشريع المغربي وذلك في نص المادة 201 من م. أ "أجرة رضاع الولد على المكلف بنفقته".

والتشريع التونسي أيضا الذي جعل الإرضاع من الواجبات الملقاة على عاتق الأم والتي لا تستحق عليها أجرا متى لم يتعذر عليها الأمر، أما إذا تعذر عليها ذلك بأن لم تستطع أو لم يصبح ذلك واجبا تفرضه عليها الزوجية، جعل المشرع كل ما يتعلق به من شؤون بما فيه أجرة الرضاع على عاتق الأب وفقا لما يقتضيه العرف والعادة طبقا لنص الفصل 48 من م. أ. ش.¹

الفرع الثاني: مقدار أجرة الرضاع.

حددت الشريعة الإسلامية مقدار الأجرة التي تستحقه المرضعة على إرضاعها بأجرة المثل، وأجرة المثل هي تلك الأجرة التي تتقاضاها وتقبل امرأة أخرى أن ترضع الطفل مقابلا لها.²

أما في القوانين المغاربية التي أخذت بها لم يرد تحديد أي مقدار لها وهذا هو حال أجرة الحضانة أيضا، وإن كان لهذه القوانين سبق في النص عن كيفية تحديد النفقة، غير أن قولنا بتطبيق أحكام هذه الأخيرة عليها قد يجعلنا في تعارض، خاصة وأن أغلب هذه القوانين ترجع في تحديد مقدارها إلى مراعاة حالة الزوجين في حين كما سبق ورأينا أن كل من المرضعة والحاضنة قد يكونان غير أم المحضون أو الرضيع، وبناء على هذا متى رفعت

¹ الأمر رقم 13/56 المتضمن مجلة الأحوال الشخصية التونسية السابق ذكره.

² د. وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص 704.

الحاضنة أو المرضعة ادعائها طالبة بأحد هاتين الأجرتين ومتى لم يجد القاضي معياراً لتحديد ذلك بقي الأمر مرهوناً بالمقدار الذي يراه الأنسب.

الفرع الثالث: مدة استحقاق أجره الرضاع وسقوطها.

فيما إذا كانت هذه المدة هي وأسباب السقوط التي أوجبها الشرع تختلف عن المدة وأسباب السقوط التي جاء بها القانون هو ما سيتضح لهذا في البنود التالية:

البند الأول: مدة استحقاق أجره الرضاع وسقوطها في الفقه.

لقد جاء في قول المولى عز وجل: ﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُنْفِقَ﴾¹.

انطلاقاً من هذه الآية أجمع الفقهاء على أن المدة التي تستحق فيها الأم أو المطلقة أجره الرضاع هي حولين كاملين، وعن الوقت الذي يبدأ فيه هذا الإستهقاق فيكون بمجرد بدء الإرضاع من غير أن يتوقف ذلك على التراضي، حيث تبقى الأجرة دينا في ذمة الأب إلى غاية الوفاء بها أو إبرائه منها، هذا متى كان الإرضاع حال قيام الزوجية أو في العدة من طلاق رجعي أما إذا كان بعد انقضاءها فتكون مستحقة من تاريخ إبرام العقد².

وبالنسبة لأسباب سقوط أجره الرضاع فإنه متى سقط حق الأم في الإرضاع سقط حقها في الأجرة كذلك، وعليه ما هي أسباب سقوط حق الأم في الإرضاع؟.

درس الفقه استحقاق الأم للرضاع من عدمه وفق الحالات التالية³:

1- تبرع الأم بإرضاع الطفل: حيث أنه لا خلاف بين الفقهاء في أحقية المرضعة في إرضاع طفلها متى لم يقابل ذلك مطالبتها بالأجرة.

¹ سورة البقرة، الآية 233.

² د. وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص 702. د. أحمد المومني و د. إسماعيل نواهضة، مرجع سابق، ص 185.

³ أبي الحسن البصري، مرجع سابق، ص 496-497. أنظر، وفاء معتوق حمزة فراش، مرجع سابق، ص 411 وما بعدها.

وعلة ذلك ترجع للفائدة التي يعود بها الإرضاع عليه، كون لبن الأم أصلح وأنفع له من لبن غيرها، خاصة وأنها أشفق وأحن عليه.

2- إرضاع الأم للطفل مقابل أجره المثل: هنا أيضا اتفق الفقه على أحقيتها في الرضاع ما دام أنه لم يوجد متبرع يرضعه بدون أجره أو يرضعه بأقل من هذه الأجرة.

3- إرضاع الأم الطفل بأكثر من أجره المثل: فليس لها هنا الحق في إرضاع الطفل إذا وجد من يقبل إرضاعه بأقل من هذا الأجر باتفاق الفقهاء، وبالتالي يسقط حقها في هذه الحالة وجاز للأب انتزاعه منها ودفعه لمن تقبل إرضاعه بأقل مما طلبت، وهذا تصديقا لقوله تعالى: ﴿لَا تُخَارَ وَالِدَةٌ بَوْلًا لَهَا وَلَا مَوْلُودٌ لَهُ بِوَالِدِهِ﴾¹.

4- إرضاع الأم للطفل مقابل أجره المثل مع وجود متبرع يرضعه بدون أجره أو بأجرة أقل من أجره المثل: وفيها اختلف الفقهاء إلى قولين قول قال به المالكية والشافعية والحنابلة ويرى بأنه للأم الحق في الإرضاع لأولويتها على الأجنبية، ورأي قال به الحنفية والبعض من الشافعية، ويرى بأنه لا حق لها في الرضاع ويكون الحق فيه للأجنبية، مستدلين في ذلك بقوله تعالى: ﴿لَا تُخَارَ وَالِدَةٌ بَوْلًا لَهَا وَلَا مَوْلُودٌ لَهُ بِوَالِدِهِ﴾².

وقوله أيضا: ﴿وَإِنْ تَعَامَسْتُمْ فَامْتَرِعْ لَهُ أَخْرَجُ﴾³.

وعليه ومن هذه الحالات نستنتج بأن الأم لها الحق في الرضاع ومن ثم حقها أيضا في الأجرة والذي لا يسقط إلا في الحالة الأخير أعلاه.

البند الثاني: مدة استحقاق أجره الرضاع وسقوطها في التشريع الجزائري.

بما أنها مرتبطة بمدة الرضاع فتكون مستحقة طوال فترة القيام بهذه العملية، والتي حددها المشرع الجزائري بمدة حولين كاملين وفقا للمادة 29 من ق. أ وهي ذات المدة التي

¹ سورة البقرة، الآية 233.

² سورة البقرة، الآية 233.

³ سورة الطلاق، الآية 6.

قضت بها القوانين المغربية التي تأخذ بها، وهذا وفقا للمادة 38 ف 3 من م. أ¹ والفصل 17 من م. أ. ش².

وأما بالنسبة لأسباب الداعية إلى سقوطها فإنه لم يرد ضمن نصوصها ما من شأنه أن يوضح لنا حالات أو أسباب السقوط.

لهذا نجد أفضل نص يأخذ به المشرع الجزائري في هذه النقطة هو القانون الأردني في مواده من 166 إلى 169³؛ والتي حدد من خلالها متى تكون الأم مجبرة على ارضاع ولدها من غير أجر ومتى تكون مستحققتا له، وأيضا متى يكون الأب ملزم بتوفير مرضعة لابنه، ومدة استحقاق أجره الرضاع ومقدارها وطريقة تقديرها.

¹ القانون رقم 03/70 بمثابة مدونة الأسرة المغربية السابق ذكره.

² الأمر 13/56 المتضمن مجلة الأحوال الشخصية التونسية السابق ذكره.

³ القانون رقم 36/10 المتضمن قانون الأحوال الشخصية (ج. ر. م. أ. هـ المؤرخة في 17 أكتوبر 2010، ع 5061، ص 5809 وما بعدها).

الخلاصة

من خلال دراسة موضوع "الآثار المالية للطلاق في قانون الأسرة الجزائري" توصلت الباحثة إلى جملة من النتائج والملاحظات هي كما يلي:

- مشروعية الطلاق الثابتة بالكتاب والسنة والإجماع، وذلك للحكمة الكبيرة التي من شأنها أن تتحقق بإيقاعه.

- الطلاق في قانون الأسرة الجزائري قد يكون إما طلاقاً بائناً وهذا ثابت بنصوص هذا الأخير، وقد يكون رجعياً وهو أمر ثابت بمقتضى الاجتهاد القضائي.

- تعتبر النفقة من بين الآثار المالية للطلاق ومن أهمها، إذ ترجع إلى ثلاثة أسباب فإن لم تكن الزوجية سبباً لها كانت القرابة والالتزام كذلك.

وفيما يتعلق بأحكامها يبدو أن المشرع الجزائري ساير الشريعة الإسلامية في بعضها ولم يسايرها في البعض الآخر:

فأعطى للمطلقة الحق في نفقة العدة طوال فترة عدتها على نحو ما فعلت الشريعة الإسلامية، بل منحها أيضاً الحق في الميراث متى توفي زوجها في هذه الفترة إذا كان الطلاق رجعياً، كما منحها أيضاً الحق في نفقة الإهمال عن الفترة التي أهملها فيها، وإن كان لم يفرق في الحق في نفقة العدة بين المطلقة طلاقاً رجعياً ومطلقة طلاقاً بائناً، وإن كان أيضاً قد أعطى للمطلقة طلاقاً بائناً في مرض الموت الحق في الميراث.

إلى جانب حق المطلقة في النفقة أقر أيضاً للمحزون بنفقة مماثلة يلزمها حق آخر وهو الحق في المسكن أو أجرته في حالة ما إذا تعذر على الأب توفيره.

هذا وتشمل هذه النفقة كل من نفقة الطعام والكسوة والمسكن والعلاج.

وعندما يتعلق الأمر بهذه النقطة نجد استحساناً كون المشرع ترك المجال فيها مفتوحاً لتشمل كل ما يعتبر من الضروريات عرفاً وعادة.

خاصة عندما يتعلق الأمر بنفقة المحضون كونه قد فصل في أحكامها، فبين لنا شروط استحقاقها، مدة استحقاقها، أسباب سقوطها والملزمين بها كذلك، وإن كان لم يحدد لنا كيفية تقديرها كما فعل في تقدير نفقة المطلقة.

ضف إلى كل هذا فإن الامتناع عن أداء النفقة من طرف الملزم بها سواء اتجه المطلقة أم اتجه أولادها يعرضه إلى عقوبة جزائية قد تصل إلى حد الحبس.

- أيضا من بين الآثار المالية للطلاق في قانون الأسرة الجزائري نجد التعويض عن التطليق، والنشوز، والطلاق التعسفي، حيث أن التعويض عن هذا الأخير قد يكون إما مستقلا عن المتعة فتأخذ المطلقة تعويضين أو مرتبط بها تحت مسمى واحد فتأخذ تعويضا واحدا، ويرجع ذلك إلى الخلط بينهما في الواقع العملي.

- كما أن الطلاق قد يؤدي إلى النزاع حول بعض الحقوق المادية التي تكتسب بموجب عقد الزواج كالصداق ومتاع البيت، فذهب المشرع إلى حسم هذا النزاع عملا بأحكام الشريعة الإسلامية مع بعض الإشكالات التي قد تثور في مادة النزاع حول متاع البيت لقصورها على حالات معينة.

- وفي الأخير من هذه الآثار نجد أجرتي الرضاع والحضانة والتي يبدو أن المشرع الجزائري لم يكفلها كأثر مالي للطلاق رغما من كون الشريعة الإسلامية اعتبرتةما من الآثار.

وبناء على ما تقدم ذكره نخرج بجملته من التوصيات هي:

- مراجعة نصوص قانون الأسرة مما يسمح بتجريدها من الغموض واللبس الذي لا يزال يعتري البعض منها، وهو ما من شأنه توحيد العمل القضائي في مختلف جوانبه والذي أصبح تعارض أحكامه مع نصوص هذا القانون ظاهرة ملحوظة في الكثير من القضايا، من بينها مسألة الأخذ بالطلاق الرجعي ومسألة التعويض عن الطلاق التعسفي والمتعة.

- العمل على وضع تفرقة بين الفسخ والطلاق.

- الاستعانة برجال الفقه وفتح المجال أمامهم من أجل المساهمة في وضع وصياغة النصوص القانونية.

أيضا تعديل نصوصه بما يسمح بإدخال نصوص جديدة من شأنها أن تضمن الحياة الكريمة للمطلقة وأولادها وذلك ب:

- إدخال نص يقرر للمطلقة قبل الدخول ودون الفرض الحق في المتعة، فتبقى هي والتعويض عن الطلاق التعسفي أمرين مختلفين.

- تحديد حالات التعسف في الطلاق.

- تقرير الحق في أجره الرضاع والحضانة، فهي حقوق مكفولة شرعا.

- إحداث صندوق النفقة أو الحضانة الذي بات ضرورة ملحة يفرضها الواقع الاجتماعي، من أجل تفادي المشاكل التي غالبا ما تستهدف الأولاد وتجعل منهم ضحايا.

- إلحاق النصوص المتعلقة بالحقوق بنصوص قانونية ذات طبيعة جزائية صارمة من شأنها ترتيب جزاء على منتهكيها من أجل وضع حد لذلك.

وفي الأخير أسأل الله العظيم رب العرش العظيم التوفيق والسداد والعون، إذ التقصير مني حاصل، والعفو منه سبحانه، وما كان صوابا فبعون الله تعالى، وأما الخطأ فمني ومن الشيطان، ولا حول ولا قوة إلا بالله العلي العظيم.

قائمة المصادر

والمراجع

أ) المصادر والمراجع الشرعية (مرتبتا ترتيبا هجائيا):

أولاً: القرآن الكريم برواية ورش.

ثانياً: التفسير وعلوم القرآن.

1- أبي بكر أحمد بن علي الرازي الجصاص، أحكام القرآن، (تحقيق: محمد الصادق قماوي)، ج 2، دار إحياء التراث العربي ومؤسسة التاريخ العربي، لبنان، 1412هـ - 1992.

2- السيد قطب إبراهيم حسين الشاربي، في ظلال القرآن، دار الشروق، القاهرة، 1428هـ - 2007.

3- عماد الدين إسماعيل القرشي ابن كثير، تفسير القرآن العظيم، دار مصر، (بدون بلد الطبع)، 1409هـ - 1998.

ثالثاً: الحديث وعلومه.

4- أبي بكر عبد الله بن محمد بن أبي شيبة الكوفي العبسي، المصنف في الأحاديث والآثار، ج 4، ط 1، دار التاج، لبنان، 1409هـ - 1989.

5- أبي داود سليمان ابن الأشعث السجستاني الأزدي، سنن أبي داود، (تحقيق: محمد محي الدين عبد الحميد)، ج 2، المكتبة العصرية، لبنان، (بدون سنة الطبع).

6- أبي عبد الله محمد بن سماعيل البخاري، صحيح البخاري، بيت الأفكار الدولية، الرياض، 1419هـ - 1998.

7- أبي عبد الله محمد بن يزيد ابن ماجة القزويني، سنن ابن ماجة، بيت الأفكار الدولية، الرياض، (بدون سنة الطبع).

8- محمد بن عيسى بن سورة الترميذي، سنن الترميذي، ط 1، مكتبة المعارف، الرياض، (بدون سنة الطبع).

رابعاً: الكتب الفقه:

(1) الفقه الحنفي:

9- الهمام مولانا الشيخ نظام، الفتاوى الهندية، ج 1، ط 1، دار الكتب العلمية، بيروت- لبنان، 1421هـ - 2000.

10- شمس الدين السرخسي، المبسوط، ج 5-6-8، دار المعرفة، لبنان، (بدون سنة الطبع).

11- عبد الله بن محمود الموصللي، الاختيار لتعليل المختار، (تحقيق: شعيب الأرنؤوط وأحمد محمد برهوم وعبد اللطيف حرز الله)، ج 3، الرسالة العلمية، (بدون بلد الطبع)، 1430هـ - 2009.

12- علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، (تحقيق: علي محمد معوض وعادل أحمد عبد الموجود)، ج 4-5، ط 2، دار الكتب العلمية، بيروت- لبنان، 1424هـ - 2003.

13- محمد أمين الشهير بابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، (تحقيق: عادل أحمد عبد الموجود وعلي محمد معوض)، ج 4، ط 1، دار الكتب العلمية، لبنان، 1415هـ - 1994، ج 5، دار عالم الكتاب، الرياض، 1423هـ - 2013.

(2) الفقه الشافعي:

14- أبي إسحاق الشيرازي، المهذب في فقه الإمام الشافعي، (تحقيق: د. محمد الزحيلي)، ج 4، ط 1، دار القلم ودار الشامية، دمشق - بيروت، 1417هـ - 1996.

15- أبي الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي البصري، الحاوي الكبير في فقه الامام الشافعي رضي الله عنه وهو شرح مختصر المزني، (تحقيق: الشيخ علي محمد معوض والشيخ عادل أحمد عبد الموجود)، ج 11، ط 1، دار الكتب العلمية، لبنان، 1414هـ - 1994.

16- البجيرمي الشافعي، البجيرمي على الخطيب، ج 4، ط 1، دار الكتب العلمية، بيروت- لبنان، 1417هـ - 1996.

17- شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة و ابن شهاب الرملي المنوفي المصري الأنصاري، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، ج 7، ط 2، دار الكتب العلمية، لبنان، 1424هـ - 2003.

18- شمس الدين محمد بن الخطيب الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ج 3، ط 1، دار المعرفة، بيروت- لبنان، 1418هـ - 1997.

19- شمس الدين محمد بن محمد الخطيب الشربيني، الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع، (تحقيق: علي محمد معوض وعادل أحمد عبد الموجود)، ج 2، دار الكتب العلمية، بيروت- لبنان، 1425هـ - 2004.

20- محمد بن إدريس الشافعي، الأم، (تحقيق: د. رفعت فوزي عبد المطلب)، ج 6، ط 1، دار الوفاء، المنصورة، 1422هـ - 2001.

(3) الفقه المالكي:

21- أبي القاسم محمد بن أحمد بن جزي الكلبي الغرناطي المالكي، القوانين الفقهية في تلخيص مذهب المالكية، (تحقيق: محمد بن سيدي محمد مولاي)، (بدون دار نشر ولا بلد ولا سنة).

- 22- أبي الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج 2، ط 6، دار المعرفة، لبنان، 1402هـ - 1982.
- 23- الحبيب بن طاهر، الفقه المالكي وأدلته، ج 3- 4، ط 3، مؤسسة المعارف، لبنان، 1426هـ - 2005.
- 24- بهرام بن عبد الله بن عبد العزيز الدميري، الشامل في فقه الإمام مالكي، ج 1، ط 1، مركز نجيبوية، القاهرة، 1429هـ - 2008.
- 25- سليمان بن خلف بن سعد بن أيوب الباجي، المنتقى شرح موطأ مالك، (تحقيق: محمد عبد القادر أحمد عطا)، ج 5، ط 1، دار الكتب العلمية، لبنان، 1420هـ - 1999.
- 26- مالك بن أنس الأصبحي، المدونة الكبرى، ج 2، ط 1، دار الكتب العلمية، لبنان، 1415هـ - 1994.
- 27- محمد عرفة الدسوقي حاشية الدسوقي، ج 2، دار إحياء الكتب العربية، (بدون بلد الطبع ولا سنة).

(4) الفقه الحنبلي:

- 28- شمس الدين أبي الفرج عبد الرحمن بن أبي عمر بن أحمد ابن قدامة المقدسي، الشرح الكبير، ج 9، دار الكتاب العربي، (بدون بلد الطبع ولا سنة).
- 29- عبد العزيز بن عبد الله الراجحي، حل العقدة في شرح العمدة، ج 1، ط 1، دار التوحيد، الرياض، 1432هـ - 2011.
- 30- محمد بن صالح العثيمين، الشرح الممتع على زاد المستقنع، مج 13، ط 1، دار ابن الجوزي، الرياض، 1427هـ.

31- منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، شرح منتهى الإرادات، (تحقيق: د عبد الله بن عبد الحسن التركي)، ج 5، ط 1، مؤسسة الرسالة، (بدون بلد الطبع)، 1421هـ - 2000.

32- منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، كاشف القناع عن متن الإقناع، (تحقيق: إبراهيم أحمد عبد الحميد)، ج 1، دار عالم الكتب، الرياض، 1423هـ - 2003.

33- موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمود بن قدامة، المغني، ج 8-9، دار الكتاب العربي، (بدون بلد الطبع ولا سنة).

5) الفقه العام.

34- ابن تيمية، موسوعة الإجماع، ط 1، مكتبة دار البيان الحديثة، السعودية، 1420هـ - 1999.

35- أبي محمد بن إبراهيم بن المنذر النيسابوري، الإجماع، ط 1، دار الآثار، القاهرة، 1425هـ - 2003.

36- د. عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية، ج 7، ط 1، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1413هـ - 1993.

ب) المصادر والمراجع القانونية (مرتبتا ترتيبا هجائيا):

أولاً) الكتب والمؤلفات.

1) باللغة العربية:

أ) الكتب والمؤلفات العامة:

- 37- أبو زهرة، محاضرات في عقد الزواج وآثاره، دار الفكر العربي، (بدون بلد الطبع ولا سنة).
- 38- أحمد ابن معجوز، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية وفق مدونة الأحوال الشخصية، ج 1، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، 1998.
- 39- أحمد علي جرادات، الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية الجديد، الزواج والطلاق، دار الثقافة، ط 1، الأردن، 2012.
- 40- د. أحمد فتحي بهنسي، المتعة بين الشريعة والقانون، ط 1، دار الشرق، (بدون بلد الطبع)، 1988.
- 41- د. أحمد فراج حسين، أحكام الأسرة في الإسلام، الطلاق - الخلع وحقوق الأولاد - نفقة الاقارب وفقا لأحدث التشريعات القانونية، دار الجامعية الجديدة، الإسكندرية، 2004.
- 42- د. أحمد فراج حسين، أحكام الأسرة في الإسلام، الطلاق وحقوق الأولاد ونفقات الأقارب، الدار الجامعية، بيروت، 1998.
- 43- العربي بلحاج، في شرح قانون الأسرة الجزائري، ج 1، الزواج والطلاق، ط 3، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2004.
- 44- بدران أبو العينين بدران، أحكام الزواج والطلاق في الإسلام، بحث تحليلي ودراسة مقارنة، ط 2، مطبعة دار التأليف، 1961.
- 45- بلقاسم شتوان، الخطبة والزواج في الفقه المالكي، دراسة أكاديمية مدعمة بالأدلة الشرعية وقانون الأسرة الجزائري، دار الفجر، (بدون بلد الطبع ولا سنة).
- 46- د. حسن علي السمني، الوجيز في الأحوال الشخصية، في الزواج والطلاق والعدة والمتعة وما يتعلق بها من أحكام وملحق به جميع النصوص القانونية التي تحكم مسائل الأحوال الشخصية، مج 1، (بدون دار النشر ولا بلد)، 1998 - 1999.

- 47- د. جميل فخري محمد جانم، متعة المطلقة وعلاقتها بالتعويض عن الطلاق التعسفي في الفقه والقانون، ط 1، دار الحامد، الأردن، 2009.
- 48- عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، ط 3، دار هومة، الجزائر، 1996.
- 49- عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل، ط 3، دار هومة، (بدون بلد الطبع)، 2011.
- 50- د. عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق، في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري حسب آخر تعديل له، ط 1، دار الخلدونية، الجزائر، 2007.
- 51- عبد الوهاب خلاف، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، ط 2، دار القلم، الكويت، 1990.
- 52- د. عثمان التكروري، شرح قانون الأحوال الشخصية، ط 1، مكتبة دار الثقافة، الأردن، 2004.
- 53- د. عمر سليمان الأشقر، أحكام الزواج في ضوء الكتاب والسنة، ط 1، دار النساء، الأردن، 1997.
- 54- د. غنية قري، شرح قانون الأسرة المعدل، دراسة مقارنة بين الشرع والقانون، ط 1، دار طليطلة، الجزائر، 2011.
- 55- د. فاروق عبد الله كريم، الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية العراقي، (بدون دار النشر)، العراق، 2004.
- 56- فضيل العيش، شرح وجيز لقانون الأسرة الجزائري، طبعة 2007-2008، مطبعة الطالب، (بدون بلد الطبع ولا سنة).

- 57- لحسين بن شيخ أث ملويا، بحوث في القانون، دار هومة، الجزائر، 2005.
- 58- محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، در الفكر العربي، القاهرة، (بدون سنة النشر).
- 59- د. محمد الزحيلي، التعويض المالي عن الطلاق، ط 1، دار المكتبي، سوريا، 1998.
- 60- د. محمد الشافعي، الطلاق والتطليق في مدونة الأسرة، ط 1، المطبعة الوراقة الوطنية، مراكش، 2010.
- 61- محمد فهمي شقفة، أحكام الأحوال الشخصية للمسلمين والنصارى واليهود، دراسة قانونية فقهية مقارنة، ج 1، (بدون دار النشر ولا بلد ولا سنة).
- 62- د. محمد كمال الدين إمام وجابر عبد الهادي سالم الشافعي، مسائل الأحوال الشخصية الخاصة بالزواج والفرق وحقوق الأولاد في الفقه والقانون والقضاء، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2003.
- 63- د. محمود علي السرطاوي، شرح قانون الأحوال الشخصية، ط 3، دار الفكر، الأردن، 2010.
- 64- مصطفى إبراهيم الزلمي، أحكام الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي المقارن، دراسة مقارنة مع القانون، ط 1، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، 2011.
- 65- ممدوح عزمي، أحكام الحضانة بين الفقه والقضاء، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، (بدون سنة النشر).
- 66- نبيل صقر، قانون الأسرة نسا وفقها وتطبيقا، دار الهدى، عين مليلة، 2006.
- 67- د. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج 7، الأحوال الشخصية، ط 2، دار الفكر، دمشق، 1985.

68- يوسف دلاندة، دليل المتقاضي في مادة شؤون الأسرة، الزواج والطلاق، ط 2، دار هومة، الجزائر، 2008.

ب) الكتب والمؤلفات الخاصة:

69- د. أحمد محمد المومني و د. إسماعيل نواهضة، الأحوال الشخصية، فقه الطلاق والفسخ والتفريق والخلع، ط 1، دار المسيرة، الأردن، 2009.

70- أحمد نصر الجندي، الطلاق والتطليق وأثارهما، دار الكتب القانونية، مصر، 2004.

71 - باديس ديابي، آثار فك الرابطة الزوجية، دار الهدى، الجزائر، 2008.

72 - د. بلقاسم شتوان، الطلاق في الفقه المالكي، دراسة أكاديمية مدعمة بالأدلة الشرعية وقانون الأسرة الجزائري، دار الفجر، الجزائر - قسنطينة، (بدون سنة النشر).

73- طارق بن أنور آل سالم، الواضح في أحكام الطلاق، دار الايمان، الإسكندرية، 2004.

74- د. مبروك المصري، الطلاق وآثاره من قانون الأسرة الجزائري، دراسة مقارنة، دار هومة، الجزائر، 2010.

75- د. مريم أحمد الداغستاني، الآثار المترتبة على الطلاق في الشريعة الإسلامية، مقارنة خفيفة للشرائع الأخرى، ط 1، شركة الأمل، (بدون بلد الطبع)، 1994.

76- مصطفى بن العدوى، أحكام الطلاق في الشريعة الإسلامية، ط 1، مكتبة إبن تيمية، القاهرة، 1988.

77- د. نصر سلمان وسعاد سطحي، أحكام الطلاق في الشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة مع قانون الأسرة، دار الهدى، قسنطينة، 2003.

ثانياً: المقالات.

- 78- د. إبراهيم عبد الرحمن إبراهيم، التعسف في إستعمال الحق وتطبيقاته، مجلة العدل، جامعة النيلين، ع 22، السنة التاسعة.
- 79- الحسين بلحساني، مبدأ التعويض عن الطلاق التعسفي في الفقه الإسلامي ومدونة الأحوال الشخصية، مجلة الميادين، جامعة محمد الأول، ع 3، 1409 هـ - 1988.
- 80- رشيد عمري، تنازع الزوجين في جهاز ونتاع البيت، دراسة مقارنة، مجلة الراشدية للدراسات والبحوث القانونية، جامعة معسكر، ع 2، 2010.
- 81- د. زيد محمود العقائلة، حقوق المرأة العاملة، دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، مجلة الفكر، جامعة محمد خيضر، ع 8، نوفمبر 2012.
- 82- شذى مظفر حسين، التعويض عن الطلاق التعسفي في الشريعة الإسلامية والقانون، مجلة رسالة الحقوق العلمية، جامعة القادسية، مج 1، ع 1، 2009.
- 83- صالح حمليل، نفقة المتعة والتعويض بين الفقه والقانون والقضاء، مجلة الحقيقة، جامعة أدرار، ع 4، 2004.
- 84- كمال لدرع، مدى الحماية القانونية للطفل في قانون الأسرة الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، جامعة الجزائر، ج 39، ع 01، 2001.
- 85- مريم صالح، آثار الطلاق المالية والاجتماعية، مجلة جامعة النجاح للأبحاث (العلوم الانسانية)، جامعة القدس، مج 20، ع 1، 2006.
- 86- نافع حميد صالح، حضانة الطفل وحمايته في الفقه الإسلامي، مجلة كلية العلوم الإسلامية، جامعة الأنبار، ع 20، 2008 - 2009.
- 87- د. نورة بنت مسلم المحمادي، حق النفقة للطفل، دراسة فقهية مقارنة تطبيقية، مجلة العدل، جامعة أم القرى، ع 54، 1433 هـ - السنة 14.

ثالثا: الموسوعات.

88- عبد القادر بن داود، الوجيز في شرح قانون الأسرة، موسوعة الفكر القانوني، دار الهلال للخدمات الإعلامية، عدد خاص، 2004.

رابعا: الرسائل والأطروحات.

(1) الرسائل:

89- أسماء عيسى، حق المطلقة الحاضنة في مسكن الزوجية وإشكالاته المثار أمام القضاء، مذكرة تخرج من المعهد الوطني للقضاء، 2001-2004.

90- آسية بوخاتم، الحقوق المالية للمطلقة بين الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، 2006-2007.

91- أيمن أحمد محمد نعيرات، الذمة المالية للمرأة في الفقه الإسلامي، رسالة ماجستير، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، 2009.

92- بلخير سديد، الحماية الجنائية للرابطة الأسرية في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الإسلامية، جامعة الحاج لخضر باتنة، 2005-2006.

93- حنني نازك سالم محمد، أحكام الطلاق قبل الدخول، رسالة ماجستير، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح، 2010.

94- رايح عبد المالك، الصداق في قانون الأسرة الجزائري، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، 1996.

95- ساجدة عفيف محمد رشيد عتيلي، الطلاق التعسفي والتعويض عنه بين الشريعة الإسلامية والقانون الأردني، رسالة ماجستير، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، 2009.

- 96- سنتا إبراهيم الشيخ أحمد، حضانة الطفل في الفقه الإسلامي، رسالة ماجستير، قسم الدراسات الإسلامية، جامعة الخرطوم، 2008-2009.
- 97- سهام صقر، أحكام الصداق في التشريع الإسلامي وتقنين الأسرة الجزائري، رسالة ماجستير، معهد الشريعة، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، 1998-1999.
- 98- صالح بوغرة، حقوق الأولاد في النسب والحضانة على ضوء التعديل الجديد في قانون الأسرة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2006-2007.
- 99- صلاح الدين زيدان، حقوق المطلقة المالية، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، رسالة ماجستير، كلية أصول الدين والشريعة والحضارة الإسلامية، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، 2005-2006.
- 100- عادل شباب، حضانة الطفل، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، رسالة ماجستير، كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الإسلامية، جامعة أحمد دراية، 2010-2011.
- 101- عاطف مصطفى البراوي التتر، حقوق الزوجة المالية في الفقه الإسلامي، مقارنة بقانون الأحوال الشخصية الفلسطيني، رسالة ماجستير، كلية الشريعة والقانون، جامعة الإسلامية، 2006.
- 102- عيسى طعيبة، سكن المحضون في تشريع الأسرة والاجتهاد القضائي، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 2010-2011.
- 103- محمد لاتي، المنازعات المالية بين الزوجين في الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، 2001-2002.
- 104- مليكة قبزيلي، حقوق المطلقة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، رسالة ماجستير، كلية العلوم الإسلامية، جامعة الجزائر، 2003.

105- نبيلة بوشفرة، الحقوق المالية للمطلقة والطفل بعد الطلاق، بحث لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية، جامعة سيدي محمد بن عبد الله، 2005 - 2006.

106- نعيمة تبودوشت، الطلاق وتوابع فك العصمة الزوجية في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، رسالة ماجستير، معهد الحقوق والعلوم الادارية، جامعة الجزائر، 1999-2000.

107- هجيرة نشيدة مداني، حقوق الطفل بين الشريعة والقانون، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2011-2012.

108- وفاء معتوق حمزة فراش، آثار الطلاق المعنوية والمالية في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة أم القرى، 1405هـ - 1985.

(2) الأطروحات:

109- تقيّة عبد الفتاح، الطلاق بين أحكام التشريع والاجتهاد القضائي، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2006 - 2007.

110- رشيد مسعودي، النظام المالي للزوجين في التشريع الجزائري، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، 2005 - 2006.

111- زكية حميدو، مصلحة المحضون في القوانين المغاربية، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، 2004 - 2005.

112- عبد الرحيم صالح، أحكام الإهمال العائلي في الفقه الإسلامي، أطروحة دكتوراه، كلية العلوم الإنسانية والحضارة الإسلامية، جامعة وهران، 2011 - 2012.

113- عبد العزيز بن عبد الله عبد العزيز الصعب، التعسف في إستعمال الحق في مجال الإجراءات المدنية، دراسة تأصيلية مقارنة تطبيقية، أطروحة دكتوراه، كلية الدراسات العليا، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، 2010.

114- مسعودة نعيمة إلياس، التعويض عن الضرر في بعض مسائل الزواج والطلاق، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، 2009-2010.

خامسا) القوانين والأوامر (مرتبة ترتيبا زمنيا).

(1) في القانون الجزائري:

115- الأمر رقم 154/66 المؤرخ في 18 صفر 1386هـ الموافق لـ 8 يونيو 1966 المتضمن قانون الإجراءات المدنية (ج. ر. ج. ج. لـ 1966، س 3، ع 47، ص 528) المعدل والمتمم بالقانون رقم 08-09 المؤرخ في 18 صفر 1429هـ الموافق لـ 25 فبراير 2008 (ج. ر. ج. ج. المؤرخة في 17 ربيع الثاني 1429هـ الموافق لـ 23 أبريل 2008، ع 21، س 45، ص 3 وما بعدها).

116- الأمر رقم 156/66 المؤرخ في 18 صفر 1386هـ الموافق لـ 08 يونيو 1996 المتضمن قانون العقوبات (ج. ر. ج. ج. ج. المؤرخة في 21 صفر 1386هـ، ع 49، ص 702) المعدل والمتمم بالقانون رقم 01/14 المؤرخ في 04 ربيع الثاني الموافق لـ 04 فبراير سنة 2014 (ج. ر. ج. ج. المؤرخة في 16 ربيع الثاني 1435هـ الموافق لـ 16 فبراير 2014، ع 07، ص 4).

117- الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395هـ الموافق لـ 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني (ج. ر. ج. ج. ج. المؤرخة في 24 رمضان 1395هـ، ع 78، ص 990)، المعدل والمتمم بالأمر رقم 05/07 المؤرخ في 25 ربيع الثاني 1428هـ الموافق لـ 13 مايو 2007 (ج. ر. ج. ج. ج. المؤرخة في 25 ربيع الثاني 1428هـ الموافق لـ 13 مايو 2007، ع 31، ص 3).

118- القانون رقم 11/84 المؤرخ في 09 رمضان 1404 هـ الموافق لـ 09 يونيو 1984، المتضمن قانون الأسرة، (ج. ر. ج. ج. المؤرخة في 12 رمضان 1404 هـ، ع 24، ص 910) المعدل والمتمم بالأمر رقم 02/05 المؤرخ في 18 محرم 1426 هـ الموافق لـ 27 فبراير 2005 (ج. ر. ج. ج. المؤرخة في 18 محرم 1426 هـ الموافق لـ 27 فبراير 2005، ع 15، ص 18).

(2) في القانون التونسي:

119- الأمر 13/56 المؤرخ في 6 محرم 1376 هـ الموافق لـ 13 أوت 1956 المتعلق بإصدار مجلة الأحوال الشخصية، (ر. ر. ج. ت لـ 1956، ع 66، س 100، ص 1530 وما بعدها)، المنقح بالقانون عدد 1993/74 المؤرخ في 12 جويلية 1993، (ر. ر. ج. ت لـ 1993، ع 53، س 136، ص 1004 وما بعدها).

120- القانون رقم 93/65 المؤرخ في 5 جويلية 1993 المتعلق بإحداث صندوق ضمان النفقة وجراية الطلاق، (ر. ر. ج. ت، لـ 1993، ع 50، س 136، ص 930).

(3) في القانون المغربي:

121- القانون رقم 03/70 بمثابة مدون الأسرة (ج. ر. م. م. المؤرخة في 14 ذو الحجة 1424 هـ الموافق لـ 5 فبراير 2004، ع 5184، ص 418) الصادر بمقتضى الظهير الشريف رقم 01/04/22 الصادر في 12 من ذي الحجة 1424 هـ الموافق لـ 3 فبراير 2004، المعدل بالقانون رقم 08-09 الصادر بتنفيذ الظهير الشريف رقم 103-10-1 المؤرخ في 03 شعبان 1431 هـ الموافق لـ 16 يوليو 2010 (ج. ر. م. م. المؤرخة في 13 شعبان 1431 هـ الموافق لـ 26 يوليو 2010، ع 5859، ص 3837).

122- القانون رقم 41/10 المتعلق بتحديد شروط ومساطر الاستفادة من صندوق التكافل العائلي (ج. ر. م. م. المؤرخة في 24 محرم 1432 هـ الموافق لـ 30 دجنبر 2010، ع 5904، ص 5567) الصادر بمقتضى الظهير الشريف رقم 01/10/191 الصادر في 7 محرم 1432 هـ الموافق لـ 13 دجنبر 2010.

(4) في القانون الموريتاني:

123- القانون رقم 052/01 المؤرخ بتاريخ 19 يوليو 2001 المتضمن مدونة الأحوال الشخصية، (ج. ر. ج. إ. م ل 2001، ع 1004، ص 361 وما بعدها).

(5) في القانون الأردني:

124- القانون رقم 36/10 المتضمن قانون الأحوال الشخصية (ج. ر. م. أ. هـ المؤرخة في 17 أكتوبر 2010، ع 5061، ص 5809 وما بعدها).

سادسا: المعاجم والقواميس.

125- ابن منظور، لسان العرب، المجلد 1- 2- 4- 6، ج 1- 9- 27- 29- 47، دار المعارف، القاهرة، (بدون سنة النشر).

126- أبي الحسين أحمد بن فارس بن زكريا، معجم مقاييس اللغة، (تحقيق: عبد السلام محمد هارون)، ج 2- 3- 5، دار الفكر، (بدون بلد الطبع ولا سنة).

127- أحمد بن محمد بن علي المقرئ الفيومي، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير المرافعى، ج 1، ط 1، مطبعة التقدم العلمية، (بدون بلد الطبع)، 1322هـ.

128- مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز آبادي، القاموس المحيط، (تحقيق: مكتب تحقيق التراث في مؤسسة الرسالة)، ط 8، مؤسسة الرسالة، (بدون بلد الطبع)، 1426هـ - 2005.

129- مجمع اللغة العربية، المعجم الوسيط، ط 4، مكتبة الشروق الدولية، مصر، 1425هـ - 2004.

(2) باللغة الفرنسية.

A) Les ouvrages:

130- Dr. Anne- Marie Ambert, Divorce: fait, causes et conséquences, 2009.

B) Les articles:

131- Mr. Akkacha Mohieddine, Les Droits moraux et patrimoniaux de l'enfant après le jugement de divorce, Revue algérienne des sciences juridiques économiques et politiques, Université d'Alger, N° 1, 2000.

الفهرس

إهداء.....	ص أ
شكر وتقدير.....	ص ب
قائمة المختصرات.....	ص ج
المقدمة.....	ص 2
الفصل التمهيدي: في ماهية الطلاق.....	ص 11
المبحث الأول: في مفهوم الطلاق.....	ص 12
المطلب الأول: تعريف الطلاق.....	ص 12
الفرع الأول: تعريف الطلاق في اللغة.....	ص 12
الفرع الثاني: تعريف الطلاق في الشرع.....	ص 13
الفرع الثالث: تعريف الطلاق في القانون.....	ص 14
المطلب الثاني: دليل مشروعية الطلاق.....	ص 16
الفرع الأول: دليل مشروعية الطلاق من الكتاب.....	ص 16
الفرع الثاني: دليل مشروعية الطلاق من السنة.....	ص 17
الفرع الثالث: دليل مشروعية الطلاق من الإجماع.....	ص 17
المبحث الثاني: أنواع الطلاق.....	ص 19
المطلب الأول: أنواع الطلاق من حيث اللفظ والصيغة.....	ص 19
الفرع الأول: أنواع الطلاق من حيث اللفظ.....	ص 19
البند الأول: الطلاق الصريح.....	ص 19

- البند الثاني: الطلاق بالكناية.....ص 21
- الفرع الثاني: أنواع الطلاق من حيث الصيغة.....ص 22
- البند الأول: الطلاق المعلق.....ص 22
- البند الثاني: الطلاق المنجز.....ص 24
- البند الثالث: الطلاق المضاف.....ص 24
- المطلب الثاني: أنواع الطلاق من حيث السنية.....ص 25
- الفرع الأول: الطلاق السني.....ص 25
- الفرع الثاني: الطلاق البدعي.....ص 26
- المطلب الثالث: الطلاق من حيث الأثر.....ص 27
- الفرع الأول: الطلاق الرجعي.....ص 27
- البند الأول: تعريف الطلاق الرجعي.....ص 27
- البند الثاني: حالات الطلاق الرجعي.....ص 28
- البند الثالث: آثار الطلاق الرجعي.....ص 28
- الفرع الثاني: الطلاق البائن.....ص 30
- البند الأول: الطلاق البائن بينونة صغرى.....ص 30
- البند الثاني: الطلاق البائن بينونة كبرى.....ص 31
- الفصل الأول: في الآثار المالية المتعلقة بالمطلقة.....ص 34
- المبحث الأول: النفقة وأنواعها.....ص 35

المطلب الأول: ماهية النفقة.....	ص 35
الفرع الأول: تعريف النفقة.....	ص 35
البند الأول: تعريف النفقة في اللغة.....	ص 35
البند الثاني: تعريف النفقة في الشرع.....	ص 36
البند الثالث: تعرف النفقة في القانون.....	ص 36
الفرع الثاني: أسباب النفقة.....	ص 36
البند الأول: أسباب النفقة في الفقه.....	ص 36
أولاً: الزوجية أو النكاح.....	ص 36
ثانياً: القرابة.....	ص 37
البند الثاني: أسباب النفقة في التشريع الجزائري.....	ص 38
المطلب الثاني: أنواع النفقة.....	ص 39
الفرع الأول: نفقة العدة.....	ص 39
البند الأول: مفهوم العدة.....	ص 39
أولاً: تعريف العدة.....	ص 39
ثانياً: دليل مشروعية العدة.....	ص 40
ثالثاً: أنواع العدة.....	ص 41
البند الثاني: نفقة العدة وأحكامها.....	ص 42
أولاً: مفهوم نفقة العدة.....	ص 42

ثانيا: المطلقات وحقهن في نفقة العدة.....	ص 51
ثالثا: أسباب سقوط نفقة العدة.....	ص 56
رابعا: ميراث المطلقة.....	ص 57
الفرع الثاني: نفقة الإهمال.....	ص 63
البند الأول: تعريف نفقة الإهمال.....	ص 63
البند الثاني: حكم نفقة الإهمال.....	ص 64
أولا: حكم نفقة الإهمال في الفقه.....	ص 64
ثانيا: حكم نفقة الإهمال في التشريع الجزائري.....	ص 64
المبحث الثاني: التعويض عن الطلاق والتمتع.....	ص 67
المطلب الأول: التعويض عن الطلاق.....	ص 67
الفرع الأول: التعويض عن الطلاق التعسفي.....	ص 67
البند الأول: تعريف الطلاق التعسفي.....	ص 67
أولا: التعسف في استعمال الحق.....	ص 67
ثانيا: التعسف في الطلاق.....	ص 70
البند الثاني: معايير الطلاق التعسفي.....	ص 70
أولا: الإضرار بالغير.....	ص 70
ثانيا: اختلال التوازن.....	ص 71
ثالثا: عدم مشروعية الغرض.....	ص 71

البند الثالث: صور الطلاق التعسفي.....	ص 71
البند الرابع: الطلاق التعسفي والتعويض عنه.....	ص 73
أولاً: شروط التعويض عن الطلاق التعسفي.....	ص 73
ثانياً: تقدير التعويض عن الطلاق التعسفي.....	ص 74
ثالثاً: طريقة دفع التعويض عن الطلاق التعسفي.....	ص 75
الفرع الثاني: التعويض عن التطليق.....	ص 75
الفرع الثالث: التعويض عن النشوز.....	ص 76
المطلب الثاني: المتعة.....	ص 78
الفرع الأول: تعريف المتعة ودليل مشروعيتها.....	ص 78
البند الأول: تعريف المتعة.....	ص 78
أولاً: تعريف المتعة في اللغة.....	ص 78
ثانياً: تعريف المتعة في الشرع.....	ص 79
ثالثاً: تعريف المتعة في القانون.....	ص 79
البند الثاني: دليل مشروعية المتعة.....	ص 79
أولاً: دليل مشروعية المتعة من الكتاب.....	ص 79
ثانياً: دليل مشروعية المتعة من السنة.....	ص 80
ثالثاً: دليل مشروعية المتعة من الإجماع.....	ص 81
الفرع الثاني: مقدار المتعة وكيفية تقديرها.....	ص 81

- البند الأول: مقدار المتعة وتقديرها في الفقه.....ص 81
- أولاً: مقدار المتعة.....ص 81
- ثانياً: كيفية تقدير المتعة.....ص 82
- البند الثاني: مقدار المتعة وتقديرها في القانون.....ص 83
- الفرع الثالث: المطلقات وحقهن في المتعة.....ص 83
- البند الأول: في الفقه.....ص 84
- أولاً: المطلقة قبل الدخول والتي لم يسمى لها الصداق.....ص 84
- ثانياً: المطلقة قبل الدخول والتي سمي لها الصداق.....ص 84
- ثالثاً: المطلقة بعد الدخول سواء سمي أو لم يسمى لها الصداق.....ص 85
- البند الثاني: في القانون.....ص 86
- المطلب الثالث: العلاقة بين التعويض عن الطلاق والمتعة.....ص 86
- الفرع الأول: الفرق بين التعويض عن الطلاق التعسفي والمتعة.....ص 87
- البند الأول: نقاط التشابه.....ص 87
- البند الثاني: نقاط الاختلاف.....ص 88
- الفرع الثاني: موقف الجزائري من التعويض عن الطلاق التعسفي والمتعة.....ص 89
- المبحث الثالث: النزاع حول الصداق ومتاع البيت.....ص 92

المطلب الأول: النزاع حول الصداق.....	ص 92
الفرع الأول: تعريف الصداق ودليل مشروعيته.....	ص 92
البند الأول: تعريف الصداق.....	ص 92
أولاً: تعريف الصداق في اللغة.....	ص 92
ثانياً: تعريف الصداق في الشرع.....	ص 92
ثالثاً: تعريف الصداق في القانون.....	ص 93
البند الثاني: دليل مشروعية الصداق.....	ص 93
أولاً: دليل مشروعية الصداق من الكتاب.....	ص 93
ثانياً: دليل مشروعية الصداق من السنة.....	ص 93
ثالثاً: دليل مشروعية الصداق من الاجماع.....	ص 94
الفرع الثاني: أنواع الصداق.....	ص 94
البند الأول: الصداق المسمى.....	ص 94
البند الثاني: صداق المثل.....	ص 95
الفرع الثالث: أحوال النزاع حول الصداق.....	ص 95
البند الأول: أحوال النزاع حول الصداق في الفقه.....	ص 95
أولاً: النزاع حول تسمية الصداق.....	ص 95
ثانياً: النزاع حول مقدار الصداق.....	ص 96
ثالثاً: النزاع حول قبض الصداق.....	ص 97

- البند الثاني: أحوال النزاع حول الصداق في التشريع الجزائري.....ص 99
- الفرع الأول: تعريف متاع البيت.....ص 99
- البند الأول: تعريف المتاع في اللغة.....ص 99
- البند الثاني: تعريف المتاع في الشرع.....ص 99
- الفرع الثاني: أحوال النزاع حول متاع البيت.....ص 100
- البند الأول: أحوال النزاع حول متاع البيت في الفقه.....ص 100
- البند الثاني: أحوال النزاع حول متاع البيت في التشريع الجزائري....ص 100
- الفصل الثاني: في الآثار المالية المتعلقة بالأولاد.....ص 104**
- المبحث الأول: نفقة المحضون وسكناه.....ص 105**
- المطلب الأول: نفقة المحضون.....ص 105**
- الفرع الأول: مفهوم نفقة المحضون.....ص 105
- البند الأول: تعريف نفقة المحضون ومشتملاتها.....ص 105
- البند الثاني: دليل مشروعية نفقة المحضون.....ص 105
- أولاً: دليل مشروعية نفقة المحضون من الكتاب.....ص 105
- ثانياً: دليل مشروعية نفقة المحضون من السنة.....ص 106
- ثالثاً: دليل مشروعية نفقة المحضون من الإجماع.....ص 106
- الفرع الثاني: شروط نفقة المحضون.....ص 106
- البند الأول: شروط نفقة المحضون في الفقه.....ص 107

- البند الثاني: شروط نفقة المحضون في التشريع الجزائري.....ص 109
- أولاً: الشروط المتعلقة بالمنفق عليه.....ص 110
- البند الثاني: الشروط المتعلقة بالمنفق.....ص 110
- الفرع الثالث: أحكام نفقة المحضون.....ص 112
- البند الأول: مقدار نفقة المحضون وتقديرها.....ص 112
- البند الثاني: استحقاق نفقة المحضون.....ص 113
- البند الثالث: سقوط نفقة المحضون.....ص 114
- المطلب الثاني: مسكن الحضانة أو أجرته.....ص 116**
- الفرع الأول: تعريف مسكن الحضانة.....ص 116
- البند الأول: تعريف مسكن الحضانة في اللغة.....ص 116
- البند الثاني: تعريف مسكن الحضانة في الشرع.....ص 117
- الفرع الثاني: حكم مسكن الحضانة.....ص 118
- البند الأول: حكم مسكن الحضانة في الفقه.....ص 118
- البند الثاني: حكم مسكن الحضانة في التشريع الجزائري.....ص 119
- أولاً: مسكن الحضانة قبل التعديل.....ص 119
- ثانياً: مسكن الحضانة بعد التعديل.....ص 125
- المطلب الثالث: آثار الامتناع عن أداء النفقة.....ص 129**
- الفرع الأول: الركن المادي.....ص 130

- الفرع الثاني: الركن المعنوي.....ص 131
- الفرع الثالث: العقوبة.....ص 131
- البند الأول: العقوبة الأصلية.....ص 131
- البند الثاني: العقوبة التكميلية.....ص 131
- المبحث الثاني: أجره الحضانه.....ص 134
- المطلب الأول: تعريف الحضانه.....ص 134
- الفرع الأول: تعريف الحضانه في اللغة.....ص 134
- الفرع الثاني: تعريف الحضانه في الشرع.....ص 134
- الفرع الثالث: تعريف الحضانه في القانون.....ص 135
- المطلب الثاني: مفهوم أجره الحضانه.....ص 136
- الفرع الأول: تعريف أجره الحضانه.....ص 137
- الفرع الثاني: دليل مشروعيه أجره الحضانه.....ص 137
- البند الأول: دليل مشروعيه أجره الحضانه من الكتاب.....ص 137
- البند الثاني: دليل مشروعيه أجره الحضانه من السنه.....ص 137
- الفرع الثالث: شروط استحقاق أجره الحضانه.....ص 138
- البند الأول: شروط استحقاق أجره الحضانه في الفقه.....ص 139
- أولاً: الشروط المتفق عليها.....ص 139
- ثانياً: الشروط المختلف فيها.....ص 141

البند الثاني: شروط استحقاق أجره الحضانة في التشريع الجزائري.....	ص 143
المطلب الثالث: أحكام أجره الحضانة.....	ص 144
الفرع الأول: موقف الفقه والقانون من أجره الحضانة.....	ص 144
البند الأول: موقف الفقه من أجره الحضانة.....	ص 144
البند الثاني: موقف التشريع الجزائري من أجره الحضانة.....	ص 146
الفرع الثاني: مدة استحقاق أجره الحضانة وسقوطها.....	ص 147
البند الأول: مدة استحقاق أجره الحضانة وسقوطها في الفقه.....	ص 147
البند الثاني: مدة استحقاق أجره الحضانة وسقوطها في التشريع الجزائري.....	ص 150
المبحث الثالث: أجره الرضاع.....	ص 154
المطلب الأول: تعريف الرضاع.....	ص 154
الفرع الأول: تعريف الرضاع في اللغة.....	ص 154
الفرع الثاني: تعريف الرضاع في الشرع.....	ص 154
الفرع الثالث: تعريف الرضاع في القانون.....	ص 155
المطلب الثاني: مفهوم أجره الرضاع.....	ص 155
الفرع الأول: تعريف أجره الرضاع.....	ص 155
الفرع الثاني: دليل مشروعية أجره الرضاع.....	ص 155

المطلب الثالث: أحكام أجره الرضاع.....	ص 156
الفرع الأول: موقف الفقه والقانون من أجره الرضاع.....	ص 156
البند الأول: موقف الفقه من أجره الرضاع.....	ص 157
أولاً: أجره الرضاع في حالة قيام الزوجية.....	ص 157
ثانياً: أجره الرضاع في حالة انقضاء الزوجية.....	ص 158
البند الثاني: موقف التشريع الجزائري من أجره الرضاع.....	ص 159
الفرع الثاني: مقدار أجره الرضاع.....	ص 160
الفرع الثالث: مدة استحقاق أجره الرضاع وسقوطها.....	ص 161
البند الأول: مدة استحقاق أجره الرضاع وسقوطها في الفقه.....	ص 161
البند الثاني: مدة استحقاق أجره الرضاع وسقوطها في التشريع الجزائري.....	ص 162
الخاتمة.....	ص 165
قائمة المصادر والمراجع.....	ص 169
الفهرس.....	ص 187

1- باللغة العربية:

بعد التشريع الذي عرفه الطلاق في كل من القرآن الكريم والسنة للحكمة الكبيرة التي تتحقق به، قامت أغلب التشريعات العربية وحتى الأجنبية هي الأخرى بتشريعه من خلال قوانينها الشخصية بما فيها المشرع الجزائري، كما أنها قامت بترتيب جملة من الآثار عليه، حيث أن هذه الآثار تتعدد ما بين آثار معنوية وأخرى مالية.

وموضوع هذه الدراسة تعرض للآثار المالية للطلاق فقط، والتي تثبت للمطلقة في حد ذاتها وحتى لأولادها، فتثبت للمطلقة بسبب الالتزامات التي تفرض عليها كنفقة العدة في فترة العدة، أو بسبب الأضرار التي قد تلحقها بسبب واقعة الطلاق في حد ذاتها كحقها في التعويض عن الطلاق التعسفي والمتعة، أو بسبب حقوق تم اكتسابها في ظل عقد الزواج غير أن الطلاق يشكل نزاع حولها وهي النزاع حول الصداق ومتاع البيت، كما قد تثبت أيضا للأولاد كالحق في كل من نفقة ومسكن الحضانة والحق في أجرة الرضاع والحضانة.

الكلمات المفتاحية: الطلاق - الآثار المالية- المطلقة- الأولاد.

2- باللغة الإنجليزية:

After the legislation, which has known divorce in both the book and the year of large wisdom that suits him, the majority of Arab legislations and even foreign are also legitimizes through personal laws including the Algerian legislature, they also arranged for a number of effects upon, since these effects are numerous between significant effects of financial and other.

The subject of this study presents the financial implications of divorce only, and which prove to an absolute end in itself, and even to their children, worth for a divorced woman because of the commitments imposed upon expense gunning in the waiting period, or because of the damage that may be caused due to the fact divorce delete itself including the right to compensation for arbitrary divorce and have fun or because of rights acquired under the marriage contract is that divorce is a conflict around a dispute over dowry and chattel house, may also prove to the children such as the right of every expense and nursery homes and Right in the fare infancy and incubation.

Key words: divorce - financial effects - a divorced woman - boys.