



حقوق المرأة المطلقة في القانون الجزائري

دراسة مقارنة

مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق
تخصص القانون الخاص الشامل

تحت إشراف الأستاذة المحترمة:

د/ أيتة شاوش دليلة

من إعداد الطالبين:

حميش سهام

براهم يوسف

لجنة المناقشة:

- د/ اسعد فاطمة أستاذة مساعدة "أ" رئيسة.
- د/ أيتة شاوش دليلة أستاذة محاضرة "ب" مشرفة ومقررة.
- مقتانة مبروكة أستاذة مساعدة "ب" ممتحنة.

شكر وتقدير

الشكر والحمد لله الذي وفقنا في إتمام هذه المذكرة

نتقدم بجزيل الشكر وعظيم الامتنان، إلى أستاذتنا المحترمة آيت شاوش دليلة المشرفة على هذه المذكرة، على ما بذلته من جهد لإنجاح هذا العمل المتواضع.

ومن ثمة نتقدم بشكر إلى كل من الأستاذة مقلانة والأستاذ تريكي فريد و الأستاذة بوجادي فتيحة الذين قدّموا لنا يد العون.

نتقدم بالشكر والتقدير لأعضاء اللجنة الأفاضل الذين قبلوا مناقشة هذه المذكرة.

كما نشكر كل الأساتذة والعاملين في كلية الحقوق والعلوم السياسية بجامعة بجاية.



الإهداء

أهدي هذا العمل المتواضع إلى:

إلى روح جدّتي الطاهرة رحمها الله

والمن لميخّل عليّ يوماً بحبه وحنانه ونصائحه السديدة

ودعواته الدائمة إلى مثلي الأعلى في الحياة وقدوتي

"أبي" العزيز أدامه الله تاجاً على رأسي وأطال عمره.

يعجز اللسان عن وصفها: الحنان ميزتها، التضحية خصلتها، الحب زادها

و"الأم" إسمها إليها يعود الفضل في كل ما وصلت إليه

حفظها الله وأثار بها حياتنا دوماً.

إلى كل أفراد عائلتي خاصة إلى إخواني وإخواتي: بشير، نجيم، محند، مينة، سارة، سيليا، سيلين.

وأبناء عمي أرزقي، صحراء، جهيد وزوجة عمي، والى خالاتي باهية، سعيدة، سوريا وكل أبنائهنّ وبناتهنّ

والى خالي وزوجته وأبنائه وإلى كلّ أصدقائي وصديقاتي خاصة مهني، ليديا، نصيرة

والى جدّتي لويّزة أطال الله في عمرها وإلى كل من يعرفني.

سهام.



الإهداء

أهدي هذا العمل المتواضع إلى:

إلى من ربباني على حب العلم والأخلاق الفضيلة

إلى من يصعب حصر جميلها والجنة تحت أقدامها أمي

إلى من أنار مشوار حياتي إليك أبي

إلى من عشت معهم براءة طفولتي أخواي العزيزان عائشة و شافع

إلى ابنة أختي الغالية روميسة.

إلى روح جدتي الطاهرة رحمها الله، وإلى جدتي من أبي أطل الله في عمرها

إلى عمي وصديقي حلیم

إلى جميع أصدقائي وبالخصوص من سرت معهم حياتي الجامعية لطفي، عادل، إدريس، يويو.

إلى كل أساتذتي من الإبتدائي إلى الدراسات العليا، إلى كل هؤلاءكم مني ثمرة جهدي.

يوسف.



ع.خ: عدد خاص

غ.أ.ش: غرفة الأحوال الشخصية

م.أ: المجلس الأعلى

م.ع: المحكمة العليا

م.ق: المجلة القضائية

م.م.ع: مجلة المحكمة العليا

د.ط: دون طبعة

د.س.ن: دون سنة النشر

إنّ ممّا أنعم الله على هذه البشرية نعمة النكاح وجعلها أساساً لديمومة النسل البشري في الكون، وجعلها تبنى على المودة والرحمة بين الزوجين حيث قال عز وجل: " وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ"⁽¹⁾.

فالشريعة الإسلامية قد وضعت نظاماً وإطاراً واضحاً لعلاقة الزواج بين الرجل والمرأة، إن روعي ذلك الإطار الشرعي إكتملت حياة الفرد بما يرضي الله ويحقق السعادة لصاحبه في دنياه وآخرته، وإذا حدث ما يؤدي إلى تعثر الحياة بين الرجل والمرأة فقد أوجدت حلولاً شرعية لتجنب المشكلات الأسرية طبقاً لقوله تعالى: "فَأَمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ"⁽²⁾.

بإضطراب تلك العلاقة تحل الكراهية محل المودة والرحمة، ويشتد الشقاق، ويصعب الوفاق، ويصبح التنافر هو المتحكّم، والقلوب إذا تنافر ودّها لا تلتئم فيكون الفراق أولى، كما قال تعالى: "وَأِنْ يَتَفَرَّقَا يُغْنِ اللَّهُ كُلًّا مِنْ سَعَتِهِ"⁽³⁾.

لما كان الإسلام ديناً عاماً واقعياً يعمل حساباً لكل الظروف والإحتمالات التي يتعرّض لها الإنسان، شرّع الطلاق ليتخلّص الزوجان من المفسدات والشّرور التي تترتب على بقاء الحياة الزوجية عند عدم القدرة على إستمرارها⁽⁴⁾.

فكّ هذه الرابطة الزوجية يرتب عليها حقوق للمرأة المطلقة و التي تتمثل في التعويض عن الطلاق التعسفي الصادر من الزوج بإرادته المنفردة حيث تُوجبُ النّفقة عليها ما دامت في عدتها ، والتي تختلف هذه الأخيرة من مرأة لأخرى، وإذا كانت هذه العلاقة قد أثمرت أولاداً تستحق هذه

¹ - سورة الروم، الآية 21.

² - سورة البقرة ، الآية 229.

³ - سورة النساء، الآية 130.

⁴ - محفوظ بن صغير، قضايا الطلاق في الاجتهاد الفقهي وقانون الاسرة الجزائري، دار الوعي للنشر و التوزيع، الجزائر، 2012، ص9.

المطلّقة الحضانة ومسكن لممارستها و دفع بدل الإيجار، وبما أنّ الزوجان كانا يسكنان في بيت مشتركة قبل الطلاق فإنّهما يملكان متاع مشتركة بينهما، وعند فكّ هذه الرّابطة يقع نزاع حول هذا المتاع الذي في الغالب يصعب إثبات ملكيته لأحدهما⁽¹⁾.

لكون قانون الأسرة الجزائري ومعظم التشريعات العربية مستمّدة من الشريعة الإسلامية، إلّا أنّه يُلاحظ بوضوح بعض المخالفات الشرعية في تطبيق بعض الأحكام القضائية من وجهة النظر القانوني، فجاءت بعض المواد في جزئياتها مخالفة لأحكام الشريعة الإسلامية، إن لم تكن المخالفة لنصوصها فلمقاصدها في تشريع الطلاق بصفة عامة⁽²⁾.

تعتبر حقوق المرأة المطلّقة من أهم المشاكل التي هي موضوع دراستنا، على إعتبار أنّ إنحلال الرّابطة الزوجية تترتّب عنه آثار وخيمة على المطلّقة والأولاد لكون الحياة الزوجية ذات قدسية عظيمة ووصفها القرآن الكريم بالميثاق الغليظ، ومن هنا حاولت الشريعة الإسلامية والتشريعات العربية من بينها التشريع الجزائري معالجة هذه المشاكل، ويرد إلى أذهاننا التساؤل الآتي:

" إلى أيّ مدى نُظّمت وأُحترمت حقوق المرأة المطلّقة في ظلّ التشريعات العربية والفقهاء الإسلامي؟ "

للإجابة عن هذا التساؤل قسّمنا دراستنا إلى فصلين و قد اتبعنا الخطة التالية :

الفصل الأوّل: الحقوق المادية للمرأة المطلّقة، فقسّمنا هذا الفصل إلى مبحثين ، تناولنا في المبحث الأوّل الحقوق المادية للمرأة المطلّقة من الجانب الفقهي، والمبحث الثاني الحقوق المادية للمرأة المطلّقة من الجانب القانوني .

¹ - باديس ديابي، آثار فكّ الرابطة الزوجية، دار الهدى، الجزائر، 2008، ص 05.

² - محفوظ بن صغير، المرجع السابق، ص09.

الفصل الثاني : الحقوق المعنوية للمرأة المطلّقة، وبدوره جرّناه إلى مبحثين، فخصّصنا المبحث الأوّل للحقوق المعنوية للمرأة المطلّقة من الجانب الفقهي، والمبحث الثاني للحقوق المعنوية للمرأة المطلّقة من الجانب القانوني.

الفصل الأول

الحقوق المادية للمرأة المطلقة

إنّ للزوجة المطلقة حقوق مادية على زوجها اذا طلقها، وليس من العدل أن تهتمّش المطلقة وينظر اليها نظرة دونية لم تضع نفسها فيه بارادتها غالبا فالطلاق يصدر من الرجل اتجاه المرأة ويلفظ الطلاق ينتقل المركز القانوني للمرأة من زوجة الى مطلقة .

باعتبار أنّ الطلاق حقيقة إجتماعية وشرعية واقتصادية بات من الضروري الحفاظ على حقوق المرأة المطلقة وهذه الحقوق كفلها الله سبحانه وتعالى في كتابه الكريم ، وذلك نظراً لحساسية مركز الزوجة المطلقة وما ينتج عن الطلاق من آثار سيما في الجوانب المادية كما أنّ المشرع الجزائري إستنبط جلّ هذه الحقوق من الشريعة الاسلامية. وتتجسد هذه الحقوق المادية أساساً في إلزام المطلق بدفع لمطلّقتها تعويضات جزاء الطلاق، فيوجد ما يسمى بالتعويض الذي يكون نتاج إستعمال الزوج لحقه في الطلاق دون أن يكون مبرر تبريراً شرعياً وقانونياً، والمتعارف عليه قانوناً **بالتعويض عن الطلاق التعسفي**، وينشأ عن الطلاق أيضاً عدة تعدّتها المطلقة تكون مدتها بحسب وضعها الجسمي والإجتماعي ويلزم المطلق أن يدفع لها مقابل إعتدادها وهو ما يسمى **نفقة العدة**، كما أنه من المقرر شرعاً وقانوناً أنّ نفقة الزوجة واجبة على زوجها ما دامت في عصمته ولم يثبت نشوزها ولذلك تستحق المرأة المطلقة نفقة زوجها عليها ما دامت في عصمته قبل صدور الحكم بالطلاق وهذا ما يسمى **بنفقة الإهمال**، كما أنّ الزوجة المطلقة حسب الفقه تستحق نفقة تسمى **بنفقة المتعة** إلاّ أنّه على المستوى القانون الجزائري فإنّ قانون الأسرة لم يتطرق إلى هذه النفقة ولم يجعلها من الحقوق المادية للمطلّقة⁽¹⁾.

والجدير بالذكر أنّه يجب التمييز بين الحقوق المادية للمرأة المطلقة بدون أولاد والمرأة المطلقة التي أنجبت أولاداً فهذه الأخيرة تستحقّ نفقة أولادها سيما القصر باعتبارها صاحبة

¹ - باديس ديابي، المرجع السابق، ص04.

الولاية عليهم ، كما أنّ المرأة المطلقة الحاضنة الحق في أن يوقّر لها مطلقها مسكن لممارسة الحضانة أو أن يدفع لها بدل إيجار تحدده المحكمة في حالة ما إذا تعذر عليه توفير مسكن لممارسة الحضانة. وأخيراً تجدر الإشارة إلى أنّ الزوجة لديها الحق في حصولها على المتاع الخاص بها والذي تركته في البيت الزوجية قبل طلاقها، وفي حالة وجود نزاع حول هذا المتاع بينها و بين مطلقها تطبق المادة 73 من قانون الاسرة الجزائري⁽¹⁾، فهذه الحقوق المذكورة أعلاه هي الحقوق المادية الخاصة بالمطلقة و التي سيتم دراستها بالتفصيل في ثلاث مباحث حيث يشمل المبحث الأول الحق في التعويض عن الطلاق التعسفي للمرأة المطلقة و نفقة المتعة، و المبحث الثاني نعالج فيه حق المطلقة في النفقة وفي المبحث الثالث ندرس فيه حق المطلقة في متاع البيت .

المبحث الأول

حق المطلقة في التعويض عن الطلاق التعسفي و نفقة المتعة

نشأت نظرية التعسف في استعمال الحق لاقامة التوازن بين الحقوق الفردية المتعارضة أوبين الحق الفردي و الحق الجماعي ، وبناء على هذا فإنّ الاخلال بهذا التوازن بين الحقوق الخاصة المتعارضة غير مشروع، فاذا أفضى استعمال حق فردي و لو كان مشروعاً في ذاته الى الحاق مضرّة راجحة كان هذا متناقضاً لمقصد الشارع ، لأنه لم يشرّع الحق ليكون مصدراً لمفاسد راجحة، وإنما شرّعه لتحقيق المصالح و درء المفاسد⁽²⁾.

إذا كان طلاق الزوج زوجته مضرّاً بها، مسيئاً لسمعتها في بعض الظروف، وخاصة إذا كان الطلاق بدون سبب، أي أنّه كان متعسفاً في طلاقها دون أيّ مبرر شرعي أو قانوني مقبول، رتبت الشريعة الاسلامية على الطلاق أثراً يهدف الى تخفيف هذا الضرر عن

¹ - قانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 يونيو سنة 1984 والمتضمن قانون الاسرة، المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-

02 المؤرخ في 27 فبراير، 2005.

² - محفوظ بن صغير، المرجع السابق، ص 81.

الفصل الأول: الحقوق المادية للمرأة المطلقة

المطلقة، و ذلك بالتعويض الذي تفرضه على الزوج لمطلقتها، وهو ما يسمى بالمتعة لقوله تعالى : " وَلِلْمُطَلَّاتِ مَتَاعٌ بِالمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ " (1).

من هنا يرى الفقه المالكي بأن المتعة مندوبة اليها، ولا يجبر المطلق عليها، وأن المطلق أمر بها تطيبا لنفس المرأة عما يرد عليها من ألم الطلاق، وتسلية لها على الفراق(2).

على هذا الأساس جاء في قانون الأحوال الشخصية الكويتي في المادة 165 ما يلي :أ. إذا انحل الزواج الصحيح بعد الدخول تستحق الزوجة -نفقة عدتها - متعة تقدر بها لا يجاوز نفقة سنة، حسب حال الزوج، تؤدي إليها على أقساط شهرية، إثر إنتهاء عدتها، ما لم يتفق الطرفان على غير ذلك في المقدار أو الأداء.

ب. يستثنى من حكم الفقرة السابقة:

1. التطلاق لعدم الإنفاق بسبب إفسار الزوج.
2. التفريق للضرر إذا كان بسبب من الزوجة.
3. الطلاق برضا الزوجة.
4. فسخ الزواج بطلب من الزوجة.
5. وفاة أحد الزوجين(3).

¹ - سورة البقرة ،الاية 241.

² - بلقاسم شتوان، الطلاق في الفقه المالكي، دراسة أكاديمية مدعمة بالأدلة الشرعية وقانون الأسرة الجزائري، مطبعة المنار، قسنطينة، الجزائر، 2011، ص315.

³ - قانون الأحوال الشخصية الكويتي، المعدل بالقوانين رقم 61 لسنة 1996 و 29 لسنة 2004 و 66 لسنة 2007.

المطلب الأول

موقف الفقه من التعويض عن الطلاق التعسفي

لم يرد مفهوم التعويض عن الطلاق التعسفي في كتب الفقهاء القدامى، وإنما هو مصطلح جديد أخذت به القوانين العربية تبعاً للنظريات الفقهية ولرأي بعض الفقهاء بأن الأصل في الطلاق هو الحظر و بناء عليه تقرر وضع مادة في القانون للتعويض عن هذا النوع من الطلاق.

باعتبار أن الطلاق هو الحق الإرادي الإفرادي للزوج يستعمله ليطلق زوجته إلا أن هذا الحق أو هذه الرخصة التي منحها الله سبحانه و تعالى للزوج فيجب أن يكون هنالك سبب جدّي حتى يستطيع الزوج أن يطلق زوجته وإلاّ أُعتبر هذا الطلاق تعسفياً في حالة ما إذا طلق الزوج زوجته بدون مبرر جدّي و شرعي، و في هذه الحالة تستحق المطلقة طلاقاً تعسفياً تعويضاً يُسمّى التعويض عن الطلاق التعسفي¹.

¹باديس ديابي، المرجع السابق، ص06.

الفرع الأول

تعريف التعويض فقهاً

لم يتعرّض فقهاء الشريعة الإسلامية لتعريف التعويض بوضع نصوص محدّدة تبيّن تعريفه ، غير أنّهم يستعملون اصطلاح الضّمان أو التّضمين. فالضّمان عندهم يحمل في طياته ما يقصد به من اصطلاح التّعويض عند فقهاء القانون المدني.

فقد ورد الضّمان بهذا المعنى على لسان الفقهاء أنّ الضّمان هو "واجب ردّ الشيء أو بدله بالمثل أو بالقيمة"⁽¹⁾.

عرّفه وهبة الزحيلي بأنه: "الالتزام بتعويض الغير عمّا لحقه من تلف المال أو ضياع المنافع أو عن الضرر الجزئي أو الكلي الحادث بالنفس الانسانية"⁽²⁾.

كما عرّفه محمد سراج بقوله "هو شغل الدّمة بحق مالي أوجب الشّارع أداءه جبراً لضرر لحق بالغير في ماله أو بدنه أو شعوره سواء نشأ هذا الضرر بمخالفة العقد أو شرط من شروطه أو بارتكاب فعل أو ترك حرمة الشّارع ذاتاً أو مالا"⁽³⁾.

التّعويض في الفقه الإسلامي هو الواقعة المنشئة للحقّ في التّعويض أي الواقعة المنشئة للحقّ في التّعويض أي الواقعة التي كانت سبباً في نشوء الحقّ في التّعويض، ويكون ذلك إمّا بالتّعدي الذي يقع من الفاعل ، وإمّا باسءاء استعمال الحقّ بوجه عام.

من خلال ما سبق بيانه يمكن تعريف التّعويض بأنّه "عقوبة مالية تجب على الطرف الذي أوقع الضرر بالطرف المتضرر لما أصابه نتيجة استعمال الطرف الأوّل لحقه بوجه

¹ - محفوظ بن صغير، المرجع السابق، ص127.

² - وهبة الزحيلي، نظرية الضمان-دراسة مقارنة- دار الفكر، دمشق، 1982، ص15.

³ - محمّد سراج، ضمان العدوان في الفقه الإسلامي ، المؤسسة الجامعية للدراسات و النشر و التوزيع، لبنان، 1993، ص47.

غير مشروع"، أو هو "المال الذي يحكم به على من أوقع ضرراً على غيره في نفس أو مال"⁽¹⁾.

الفرع الثاني

حقّ المطلقة في التعويض والاختلاف في الحكم به

تستحقّ المطلقة التعويض في الفقه إذا مسها ضرر من الطلاق الذي أوقعه الزوج بغير سبب مبرر، سواء كان الضرر معنوياً أو مادياً، ولما كان المقرّر في الشريعة الإسلامية أن الأصل في الطلاق الحضر وأنه لا يباح إلاّ لحاجة ملحة، كان الطلاق التعسفي منهيّاً عنه نهياً باتاً، بل أنّ صاحبه آثم شرعاً، وذلك لتعسّفه في استعمال حقّه في الطلاق⁽²⁾.

أولاً: مشروعية التعويض

إنّ التعويض عن الضرر أمر مقرّر شرعاً وعقلاً وقانوناً وعرفاً جبراً للضرر ورعاية للحقوق وزجراً للمعتدين، وتوفيراً للاستقرار، وتحقيقاً للعدل.

من السنّة أحاديثٌ كثيرةٌ تثبت مشروعية التعويض، ومنها ما روي عن عائشة - رضي الله عنها - قالت: "ما رأيت صانعة طعام مثل صافية أهدت إلى النبي - صلى الله عليه وسلم - إناء فيه طعام فما ملكت نفسي أن كسرتة فسألت النبي - صلى الله عليه وسلم - عن كفارته فقال: إناء كإناء وطعام كطعام".

هذا الحديث صريح في مشروعية التعويض عن الضرر، ويتّضح أنّ المعتدي يُلزم برد الشّيء ذاته إن أمكن فإن لم يمكن فقيّمته أو مثله كما في الطّعام والإناء، وممّا يرشد إلى ذلك القاعدة الفقهية والتي أصلها حديث نبوي شريف "لا ضرر ولا ضرار"، ففي هذا الحديث وما قبله دلالة قطعية على مشروعية التعويض صيانة لأموال الناس من كل اعتداء، وجبر ما فات منها بالتعويض.

¹ - محفوظ بن صغير، المرجع السابق، ص 128.

² - المرجع نفسه، ص 129.

ثانياً: الاختلاف في الحكم بالتعويض

لقد أخذ الفقهاء القدامى بمبدأ التعويض عن الطلاق التعسفي من خلال اقرارهم لمتعة الطلاق، أما الفقهاء المعاصرون فقد اختلفوا في حكم التعويض عن الطلاق التعسفي على مذهبين بناء على الخلاف السابق بينهم ودليلهم في ذلك قوله تعالى: "لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ" ⁽¹⁾ "أَنَّ الْأَصْلَ فِي الطَّلَاقِ الْإِبَاحَةُ ، و من ثم لا يعد الزوج المطلق متعسفا ، أم أَنَّ الْأَصْلَ فِي الطَّلَاقِ الْحَظْرُ و من ثم فأنَّ المطلق لغير سبب يعد متعسفا ، وذلك لأتته قطع لرابطة الزوجية التي إرتبط بها الزوجان تحقيقا لعدة مصالح دينية ودنيوية وأداء لما طلبه الشارع على سبيل الندب أو الوجوب، وكل ما فيه تضييع للمصالح وتقويت للواجب أو السنة فهو محذور ولكن لما كانت الحاجة قد تدعو إلى إرتكاب هذا المحذور انقاء لما هو شرمنه أباحه الشارع عند تحقق الحاجة إلى الخلاص لأنَّ الضرورات تبيح المحظورات، حيث ذهب فريق من العلماء المعاصرين الى الأخذ بمبدأ التعويض عن الطلاق التعسفي الذي يطلق فيه الزوج زوجته دون سبب ظاهر يدعو الى هذا الطلاق ⁽²⁾.

¹سورة البقرة، الآية 236.

²عبد الوهاب خلاف، أحكام الاحوال الشخصية في الشريعة الاسلامية، دار القلم، ط2، الكويت 1990، ص142.

المطلب الثاني

التعويض عن الطلاق التعسفي قانوناً

يجوز للقاضي عندما يحكم بالطلاق أن يحكم للمطلقة بالتعويض عما يكون قد لحقها من ضرر اذا تبين له بأن الزوج قد تعسف في استعمال حقه الإرادي في الطلاق أي إذا تبين له أن الزوج طلق زوجته تعسفاً دون أي سبب أو مبرر يذكر.

الفرع الأول

الأساس القانوني للتعويض عن الطلاق التعسفي

لقد أورد المشرع الجزائري التعويض في المادة 52 من قانون الأسرة الجزائري التي تنص على: "اذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها"⁽¹⁾، ويفهم من هذه المادة أن سبب التعويض هنا يقوم على التعسف في استعمال حق طلب الطلاق و الحكم به ، و يقوم على الضرر الذي يلحق بالزوجة المطلقة معنوياً ومادياً، لذلك فاذا اجتمع هذان العنصران أو السببان أي التعسف والضرر فانه يجوز للمطلقة أن تطلب من المحكمة أن تقضي لها بتعويض مالي عما يكون قد أصابها من ضرر، واذا طلبت ذلك فانه يجب على القاضي أن يفصل في طلبها فيحكم بتعويضها اذا تبين له أن الزوج متعسف في طلبه الطلاق وأن الزوجة قد تضررت من هذا الطلاق والقاضي له السلطة التقديرية في تحديد هذا التعويض⁽²⁾، هذا ما نجده في إجتهااد المحكمة العليا في قرارها الصادر في 2006/07/12 غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 368660، م.م.ع، 2006، عدد 2، ص 483⁽³⁾.

¹ - قانون رقم 84-11 المرجع السابق.

² - عبد العزيز سعد، الزواج و الطلاق في قانون الاسرة الجزائري، ط3، دار هومه، الجزائر، ص306.

³ - نقلا عن بلحاج العربي ، قانون الاسرة وفقا لأحدث التعديلات، ومعلقا عليه بقرارات المحكمة العليا المشهورة خلال أربع وأربعين سنة، الطبعة الرابعة، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر، 2010، ص243.

الفصل الأول: الحقوق المادية للمرأة المطلقة

أخذ قانون الأحوال الشخصية الأردني بمبدأ التعويض عن الطلاق التعسفي عن استحباب المتعة للمطلقة. وأنّ للحاكم أن يأمر بالمندوب والمباح إن كانت فيه مصلحة شرعية، فيصير واجبا عند فقهاء الحنفية كما ذكره ابن عابدين في حاشيته، وبناء على ذلك وضعت المادة 134 من قانون الأحوال الشخصية الأردني والتي تنص على ما يلي: "إذا طلق الزوج زوجته تعسفا كأن طلقها لغير سبب معقول ، وطلبت من القاضي التعويض حكم لها على مطلقها بالتعويض الذي يراه مناسبا، بشرط أن لا يتجاوز مقدار نفقتها عن سنة ويدفع هذا التعويض جملة أو مقسطا حسب مقتضى الحال، ويراعى في ذلك حال الزوج يسرا وعسرا، ولا يؤثر ذلك على باقي الحقوق الزوجية الأخرى للمطلقة، بما فيها نفقة العدة"⁽¹⁾.

قد جرى تعديل على هذا القانون ليصبح من نفقة سنة في قانون الأحوال الشخصية الأردني المؤقت رقم 61 لسنة 1976 إلى أن لا يتجاوز نفقة 3 سنوات في القانون المؤقت المعدل رقم 82 لسنة 2001.

أولا: طبيعة التعويض عن الطلاق التعسفي

تبعا لما ذكرناه فإنّ التعويض المقرّر لصالح الزوجة نتيجة ايقاع الطلاق، لا يخضع للقواعد العامة المنوه عنها في المادة 124 من القانون المدني.

من هنا القول أن الحق المخول للزوج في ايقاع الطلاق يختلف عن نظرية الحق في القانون المدني، إذ أنّه من طبيعة خاصة و من مصدر آخر متمثّل في العصمة الزوجية المستمدّة أساسا من الشريعة الاسلامية، ذلك أنّه باعتبار أنّ العصمة الزوجية شرعا وقانونا بيدّ الزوج، فبذلك فله الحق في ايقاع الطلاق، بإستعمال الرخصة التي منحه إياها الشرع و القانون شرط ألاّ يتعسف في إستعمالها وإلاّ وجب عليه تعويض من طلقها تعسفاً⁽²⁾.

¹ قانون الاحوال الشخصية الاردني رقم 61 لسنة 1976 ، المعدل رقم 82 لسنة 2001.

² باديس ديابي، المرجع السابق، ص 07.

لقد أخذ القانون السوري بمبدأ التعويض فقد جاء في المادة 117: " إذا طلق الزوج زوجته وتبين للقاضي أنّ الزوج متعسف في طلاقها دون سبب معقول و أنّ الزوجة سيصيبها لذلك بؤس وفاقه، جاز للقاضي أن يحكم لها على مطلقها بحسب حالة ودرجة التعسف بتعويض لا يتجاوز مبلغ نفقة سنة لأمثالها فوق نفقة العدة ، وللقاضي أن يجعل دفع هذا التعويض جملة أو شهرياً بحسب مقتضى الحال"⁽¹⁾، ويفهم من هذه المادة ان المشرع السوري لم يسلب الزوج الحق في طلاق زوجته بل قيده بعدم الاضرار ، واعتبر الزوج متعسفا اذا توافر شرطان:

- الاول: أن يطلق زوجته دون سبب معقول.
- الثاني: أن يصيب الزوجة من جراء ذلك بؤس و فاقه، ثم حدّد التعويض في الطلاق التعسفي بما لا يتجاوز سنة، و بعد التعديل اصبحت ثلاث سنوات⁽²⁾.

وأنّ المتعسف في استعمال حق الطلاق مسيء و اساءته هذه يترتب عليها لحوق ضرر بالمطلقة، لأنّه في الغالب يطلق لغير حاجة أو سبب يدعو اليه و هذا الضرر الذي يلحق بالمطلقة قد يكون ضررا نفسيا أو معنويا يتمثل في الفرقة ، وقد يكون هذا الضرر ماديا يتمثل في اطالة أمدّ العدة ممّا يضيّع عليها فرصا سانحة للزواج⁽³⁾.

بعد قراءة المادة 1/52 من قانون الاسرة الجزائري التي جاء فيها: " إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها"⁽⁴⁾.

نستنتج من ما ورد في المادة أنّه يجوز للقاضي عندما يحكم بالطلاق أن يحكم للمطلقة بالتعويض عمّا يكون قد لحقها من ضرر اذا تبين له ممّا يعتمده الزوج في مبررات الطلاق أنّ هذا الزوج قد تعسف في طلبه للطلاق تعسفا ألحق ضررا بالزوجة،

¹ - بن شويخ رشيد. شرح قانون الاسرة الجزائري المعدل، ط1، دار الخلدونية، الجزائر، 2008، ص 188.

² - لحسن بن الشيخ اث ملويا .المنتقى في قضاء الاحوال الشخصية. الجزء الاول. ط2. دار هومه.الجزائر، 2006، ص 223.

³ - محفوظ بن صغير، المرجع السابق، ص 114.

⁴ - قانون رقم 84 - 11، المرجع السابق.

الفصل الأول: الحقوق المادية للمرأة المطلقة

وأنّ مبلغ التّعويض عن الضّرر المادي والمعنوي لا يمكن حصره بل هو متروك للسلطة التقديرية للقاضي ليس بالسناد الى مدخول الزوج ولا بالاعتماد على وضعه الاقتصادي فقط، وإنّما بالاسناد الى مقدار الضّرر نفسه و بالنسبة للزوجة نفسها حيث لا يمكن أن نضع ميزانا واحدا نزن به مقدار الضّرر و قيمة التّعويض ونطبّقه على كل مطلّقة فيكون الحكم بالتّعويض بالنسبة لدرجة التعسّف في الطلاق⁽¹⁾.

كما أنّ المشرّع التونسي في الفصل 31 من الكتاب الثاني⁽²⁾ يرى أنّه إذا كان الطّلاق لغير سبب مشروع يدعو اليه وجب على المطلّق المتعسّف التّعويض لما لحق الزوجة المطلّقة من اضرار بسبب هذا الطّلاق ، وعليه متى حكم القضاء بالطلاق مع التعسّف ان حكم للزوجة بمبلغ من المال تعويضا لها عن ذلك ، طبقا وتكريسا للقاعدة الشرعية "لا ضرر ولا ضرار"⁽³⁾.

منه نجد نفس الاتجاه موقف القضاء الكويتي في المادة 165 الذي قرر بأنّه اذا كان الزوج قد أوقع الطّلاق بلا مبرّر شرعي وجب الحكم عليه لزوجته بالتعويض .

عليه فالتعويض اذن مبدأ أساسي في الطّلاق التعسفي ، طبقا لأحكام للقانون وما استقر عليه أيضا الاجتهاد القضائي ، باعتبار أنّ الطّلاق تصرف خطير يجب أن يستعمل بحذر، وللضرورة القصوى لما ينتج عنه من تشتت للأسرة و تفكك للمجتمع⁽⁴⁾.

¹ - عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 306.

² - مجلة الاحوال الشخصية التونسية ، أمر مؤرخ في 13 أوت 1956.

³ - عبد الفتاح تقيّة، قضايا شؤون الاسرة. منشورات ثالة، الجزائر 2011، ص 67.

⁴ - المرجع نفسه، ص 68.

ثانياً: حالات إستحقاق المرأة المطلقة التّعويض

لم يحصر المشرع الجزائري الحالات التي تستحقّ فيها المطلقة التّعويض ، وأنّما تستشف من المادة 52 قانون الأسرة و من مجموع قرارات المحكمة العليا و التّطبيق العملي للمحاكم و يمكن التّمثيل لذلك بما يأتي:

1. أن يتأكّد للقاضي من أنّ الزوج قد تعسّف في إستعمال حقّه في الطلاق ، وذلك من خلال جلسات الصلح التي يعقدها للطرفين، وإذا تبين له أنّ الزوج قد تعسّف، حكم للمطلقة بالتعويض حسب درجة التّعسف.
2. أن يتحقّق القاضي من أنّ المطلقة قد لحقها ضرر فعلاً من هذا الطلاق سواءً كان مادياً أو معنوياً ، وفي هذه الحالة يحكم لها بالتّعويض حسب درجة التّعسف.
3. اذا تمسّكت المرأة المطلقة بالرجوع الى بيت الزوجية ورفض الزوج ذلك و تمسّك بطلب الطلاق فإنّه في هذه الحالة يعتبر متعسّفاً في إستعمال حقّه في الطلاق وهنا يكون من حقّ الزوج إيقاع الطلاق مقابل إلزامه بتعويض مطلقته عن الضرر اللاحق بها.
4. المرأة المطلقة إذا طلقها زوجها وهو في مرض الموت فإنّها تستحق الميراث لأنّه في هذه الحالة يكون الزوج قد طلقها بسبب أن يحرمها من الميراث، وهذا يعتبر تعويضاً لها عن تعسّف زوجها في الطلاق.
5. إذا ثبت للقاضي أنّ المطلقة سيلحقها بهذا الطلاق بؤس وحاجة حكم لها على مطلقها بتعويض يتناسب مع الحالة المادية للزوج.
6. كما أنّه وفقاًلقضاء المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 16/03/1999 فإنّه يعتبر من صور التّعسف في الطلاق الموجب للتعويض حالة طلاق الزوج قبل الدّخول ، وذلك لبقاء الزّوجة معلّقة دون دخول لمدّة زمنية والضرر الذي يلحقها من جزاء ذلك سيما تفويت فرص الزواج عليها⁽¹⁾.

¹ - محفوظ بن صغير، ص ص147.150.

كما نجد في القانون الأردني حالات استحقاق المرأة المطلقة للتعويض فيما يلي:

1. تستحق المرأة التعويض عن طلاق زوجها لها، إذا كان الطلاق لغير سبب مقبول، والمعمول به في قانون الأحوال الشخصية الأردني أن الأصل في الطلاق التعسف ولا تكلف الزوجة المطلقة بإثبات التعسف وإنما القاعدة أن أي طلاق يصدر من الزوج بالإرادة المنفردة هو طلاق تعسفي ما لم يدفع الزوج بالدفع المقبول ويثبت غير ذلك.

فإذا طلق الزوج زوجته دون علمها أو أرسل لها ورقة الطلاق مع المحضر دون سابق إنذار، فإنه يكون متعسفاً في طلاقه لها، ويحق لها أن تقيم عليه دعوى، لتعويضها عن هذا الطلاق الذي قد يصيبها بسببه آثاراً كثيرة منها الفاقة والبؤس، وما سيصيبها من الآثار المعنوية والمادية.

2. تستحق المطلقة التعويض بالطلاق البائن، ولا فرق بين البينونة الكبرى والصغرى. وهذا

ما بينته القرارات الاستئنافية حيث جاء فيها: "المقصود والمراد من الطلاق الوارد في المادة 134 من قانون الأحوال الشخصية الأردني هو الطلاق البائن الذي يزيل العقد بين الزوجين.

3. يستحق التعويض بناء على طلب المطلقة، يلاحظ بمفهوم المخالفة لنص المادة 134 من قانون الأحوال الشخصية الأردني أنه إذا لم تطلب الزوجة التعويض عن الطلاق التعسفي فليس للمحكمة أن تحكم به من تلقاء نفسها.

4. لم ينص القانون على تحديد المدّة التي تستطيع الزوجة خلالها إقامة دعوى بالتعويض،

ويفهم من هذا أن مدة المطالبة تخضع للتقادم الطويل لمدة خمس عشرة سنة من تأريخ الزوجة بوقوع الطلاق التعسفي، وبالتالي تستحق التعويض متى طالبت به خلال فترة التقادم⁽¹⁾.

5. تستحق الزوجة المطلقة التعويض، سواءً كان الطلاق قبل الدخول أم بعده وهذا يؤخذ من

¹ - الابراهيم بسما حسين لافي ، إجراءات الدّعى في الطلاق التّعسفي ، رسالة ماجستير، جامعة آل البيت، الاردن، 2009/2008 ، ص102.

عموم نص المادة 134 ولها طلبه قبل الدخول بعد الطلاق مباشرة حيث يعتبر الطلاق بائنا.

6. إن زواج المطلقة بعد الطلاق بمدة طويلة لا يمنع استحقاقها تعويض التعسف، وهذا ما يؤخذ أيضاً على عدم تقييد المادة 134 من قانون الأحوال الشخصية الأردني، بعدم زواج المطلقة⁽¹⁾.

الفرع الثاني

العلاقة بين نفقة المتعة والتعويض عن الطلاق التعسفي

قد يشتبه الحق المالي للمطلقة بين المتعة والتعويض، وهو ما يلاحظ من خلال ما جاءت به بعض التشريعات العربية التي أقرت بنفقة المتعة كالقانون الكويتي في مادته 165، ولذلك لا بدّ من بيان أوجه الشبه والاختلاف بين المتعة والتعويض، وذلك بإيجاز فيما يلي:

أولاً: أوجه التشابه بين المتعة والتعويض

هناك نقاط تتفق فيها المتعة مع التعويض عن الطلاق التعسفي يمكن ذكرها فيما يلي:

- إنّ كلا من المتعة والتعويض عن الطلاق التعسفي يجبان بعد الطلاق البائن، الذي يزيل الحل بين الزوجين، لذلك فالمطلقة رجعيًا لا تستحق المتعة ولا التعويض إلا بعد انقضاء العدة.
- إنّ كلا من المتعة والتعويض يتفق على مقدارها الزوجان، فإن اختلفا قدرها القاضي.
- اختلف الفقهاء ورجال القانون في بيان الحد الأعلى والأدنى لكل من المتعة والتعويض.
- إنّ كلا من المتعة والتعويض وجبا جبراً لخاطر المرأة وتخفيفاً لها عن آلامها، وتعويضاً لها عما أصابها من ضرر بطلاقها⁽²⁾.

¹ - الأبراهيم بسما حسين لافي، المرجع السابق، ص 103.

² - محفوظ بن صغير، الاجتهاد القضائي في الفقه الاسلامي وتطبيقاته في القانون الجزائري، رسالة دكتوراه 2008-2009، جامعة الحاج لخضر باتنة، ص 588.

• إن كلاً من المتعة والتعويض لا يؤثران على الحقوق الزوجية للمرأة كالمهر والنفقة.

ثانياً: أوجه الاختلاف بين المتعة والتعويض

تختلف المتعة عن التعويض في عدة أمور، وبها تتميز عن بعضها البعض في:

1- أن المتعة ثبتت بنصوص صريحة واضحة الدلالة من القرآن الكريم والسنة النبوية والأثر عن الصحابة والتابعين، أما التعويض فهو أمر اجتهادي مختلف فيه، استند القائلون به على نظرية التعسف، والتي بنيت مشروعيتها على أدلة من القرآن والسنة.

2- تجب المتعة بمجرد الطلاق، ولكل مطلقة عند الأخذ بأوسع المذاهب التي توجب المتعة لكل مطلقة، بينما التعويض لا يجب إلا إذا كان الطلاق تعسفياً.

3- إن المتعة تجب في جميع حالات الفرقة سواء كانت طلاقاً أم فسخاً، وسواء كان الطلاق من الزوج أو من الزوجة .

4- إن المتعة تجب للمطلقة بمجرد الطلاق من غير أن يبدي المطلق الأسباب التي دفعته للطلاق، أما التعويض فإنه يجب إذا لم يكن هناك سبب مشروع للطلاق، ولذلك أباح القوانين للمطلق أن يدافع عن نفسه، فيذكر الأسباب التي دفعته للطلاق، فإن كانت أسباباً معتبرة لم يحكم بالتعويض⁽¹⁾.

¹ - محفوظ بن صغير، الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه، المرجع السابق، ص 589.

المبحث الثاني

حق المرأة المطلقة في النفقة

إن نفقة الزوجة واجبة على زوجها ما دامت في عصمته ، وذلك لقوله تعالى " الرَّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ وَبِمَا أَنْفَقُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ فَالصَّالِحَاتُ قَانِتَاتٌ حَافِظَاتٌ لِّلْغَيْبِ بِمَا حَفِظَ اللَّهُ....." (1) ، فهذا ألزمه الشرع والقانون أن يؤديها إليها مهما كانت ظروف هذه الزوجة سواء كانت غنية أو فقيرة ، أو سواء كانت عاملة أو مأكثة بالبيت فالنفقة تبقى واجبة على الزوج ، كما تجب نفقة الأصل على الفرع ، ونفقة الفرع على الأصل ، ونفقة ذوي الأرحام بعضهم على بعض بسبب الميراث وعلى قدره، ولم توجب لقریب على قریبة إلا إذا إتحد دينهما، لأن الإختلاف في الدین من موانع الميراث ، وإذا كان السبب الموجب لنفقة القريب على قریبة هو الميراث فإن ما يمنعه يمنعها (2) ، لكن إذا قلنا بوجود نفقة الزوجة على زوجها نظرا للرابطة التي تجمعهما، فهل يكون وجوبها شرعا وقانونا بزوال تلك الرابطة ؟ وإذا كان كذلك ، فمتى تستحقها، وماهي حالات وجوبها ؟

المطلب الأول

حق المرأة المطلقة في النفقة فقهاً

تعددت التعاريف الفقهية للنفقة، لكن لم تختلف كثيرا في معناها ، ولقد عرفها بعض الفقهاء من المذهب الحنفي على أنها " الطعام والكسوة والسكن " ، وهي واجبة على الزوج باعتباره رب الأسرة والعائلة وصاحب العصمة الزوجية (3) ، وباعتبار أنها واجبة على الزوج عند قيام العلاقة الزوجية ، فهل تطبق نفس الأحكام حين زوال هذه الرابطة الزوجية ؟

¹ - سورة النساء، الآية 34.

² - محمد محي الدين عبد الحميد ، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، المكتبة العلمية، بيروت لبنان، 2007، ص 243.

³ - محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام ، الطبعة الرابعة، الدار الجامعية، 1983، ص 417 .

الفرع الأول

إستحقاق المرأة المطلقة للنفقة

يعتبر الإنفاق من الحقوق الزوجية للزوجة على زوجها بحسب وسعه، إلا إذا ثبت نشوزها، وتستحقها بالدخول بها وتستثنى حالة واحدة من هذه القاعدة وهي دعوتها إليه ببينة ، أي في حالة تماطل الزوج بالدخول بالزوجة ، عندما يتعسف في الدخول بها بدون مبرر شرعي ، وإذا امتنع عن الإنفاق عليها تستطيع مطالبته قضائيا بالإنفاق ، وإذا صدر الحكم وامتنع عن التنفيذ، لها أن تتابعه جزائيا ، ويسقط حقها في النفقة إذا كانت ناشزا .

ولقد اختلف الفقه في تحديد على من تجب النفقة الخاصة بالمرأة المطلقة ، كالآتي :

أولا : استحقاق المرأة المطلقة طلاقا رجعيا للنفقة

إنفق جميع الفقهاء على أن المرأة المطلقة طلاقا رجعيا تستحق النفقة والسكن واختلفوا في المطلقة طلاقا بائنا.

ثانيا : إستحقاق المرأة المطلقة طلاقا بائنا للنفقة

يرى أبو حنيفة ، أنه للمرأة المطلقة طلاقا بائنا نفس الحق في النفقة والسكن كالمطلقة طلاقا رجعيا، لأنها مكلفة بقضاء مدة العدة في بيت الزوجية، وتعتبر هذه النفقة ديناً صحيحاً من وقت الطلاق ولا تتوقف على التراضي ولا قضاء القاضي ولا يسقط هذا الدين إلا بالأداء أو الإبراء⁽¹⁾ ، واشترط الشرع لاستحقاقها عدم مغادرة منزل الزوجية بغير إذن شرعي، وحق نفقة المعتدة إذا كانت الفرقة من زواج صحيح ، وكانت الفرقة بطلاق من الزوج أو من القاضي بطلب من الزوج، أو بسبب فسخ عقد الزواج من جانب الزوج ، أو من جانب الزوجة، ولكن بسبب لا معصية فيه⁽²⁾.

¹ - باديس ديابي ، المرجع السابق ، ص 47.

² - محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، الطبعة الثالثة، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر 1957، ص 384.

أما الحنابلة فرأيهم أن المطلقة طلاقاً بائناً لا تستحق النفقة ولا السكن وحجتهم في ذلك قول الرسول صلى الله عليه وسلم عن فاطمة بنت قيس أن زوجها طلقها البتة فقال لها الرسول صلى الله عليه وسلم " ليس لك عليه نفقة " - رواه مسلم - حديث رقم 1480⁽¹⁾.

ثالثاً : استحقاق المرأة المطلقة الحامل للنفقة

إذا كانت المرأة المطلقة حامل أو غير حامل عند الحنفية فتستحق النفقة ، ولا تستحق النفقة عند الإمام مالك أو الشافعي المعتدة من طلاق بائن إذا لم تكن حاملاً إلا نفقة السكن لقوله تعالى: " أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِنْ وَجْدِكُمْ " ⁽²⁾، أما إذا كانت حاملاً فلها النفقة بأنواعها الثلاث لقوله تعالى " وَإِنْ كُنَّ أُولَاتٍ حَمْلٍ فَأَنْفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّى يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ " ⁽³⁾.

الفرع الثاني

حالات عدم استحقاق المرأة المطلقة للنفقة

إنّ مذهب الإمام أبو حنيفة النعمان حصر حالات عدم استحقاق المرأة المطلقة للنفقة فيما يلي:

أولاً: النكاح الفاسد ونكاح الشبهة

إذا تمّ الدخول بناءً على عقد زواج فاسد أو إذا كان النكاح نكاح الشبهة، وذلك لأنّه ما ينتج عن الزّواج الفاسد أو زواج الشبهة من آثار يُعتبر باطل تطبيقاً للقاعدة الفقهيّة ما بُني على باطل فهو باطل.

¹ - أبو الحسين مسلم بن الحجاج، صحيح مسلم، مكتبة الإيمان، المنصورة، ص 723.

² - سورة الطلاق، الآية 6.

³ - سورة الطلاق، الآية 6.

ثانياً: نشوز الزوجة

إذا كان فسخ عقد زواج بسبب معصية من الزوجة، أي بمعنى أنه إذا ثبت أن الطلاق بسبب نشوز الزوجة، ففي حالة ثبوت نشوز الزوجة يسقط عنها الحق في النفقة⁽¹⁾.

المطلب الثاني

حق المطلقة في النفقة قانوناً

النفقة في اللغة بمعنى الإخراج و الذهاب، و مصدر النفوق هو كالدخول، وتعود النفقة في حقيقتها الشرعية إلى سببين وهما إمّا الزواج أو القرابة⁽²⁾، وموضوع دراستنا في هذا المطلب يتمحور حول عنصر مشترك بين أثر من آثار الرابطة الزوجية وأثر من آثار فك هذه الرابطة وهو النفقة ، وبما أن الزواج هو من الأسباب الموجبة لحق النفقة فهل في زوال هذه الرابطة يزول الحق معها؟ أو يبقى الحق في النفقة قائماً؟

الفرع الأول

نفقة المرأة المطلقة قبل الدخول و بعده

لم يتطرق المشرع الجزائري إلى تعريف النفقة، بل اكتفى بتحديد مشتملات النفقة من خلال المادة 78 ق أ ج " تشتمل النفقة: الغذاء والكسوة والعلاج والسكن أو أجرته ، وما يعتبر من الضروريات في العرف و العادة"، ولقد ورد في المادة 61 ق أ ج "ولها الحق في النفقة في عدة الطلاق"⁽³⁾، فهل ميز المشرع من خلال هذا النص بين المطلقة المدخول بها، وبين المطلقة قبل الدخول؟

¹ - محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص384.

² - العربي بلحاج، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجزائري، الجزء الأول، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الجزائر 2012، ص 436.

³ - القانون 84 - 11، المرجع السابق.

أولاً: المطلقة قبل الدخول

إذا طلق الرجل زوجته قبل الدخول، فإنها تطلق منه طليقة بائنة، بدون عدة وذلك لخروجها عن حكم المادتين 58 و 59 ق أ ج، وللتين أوجبنا عدة على المدخول بها، والمتوفى عنها زوجها ولو قبل الدخول، وحيث لا تجب العدة، فإنه لا يمكن الحكم للمطلقة قبل الدخول بالنفقة لأن هذه الأخيرة مقابل الإحتباس الحاصل بمقتضى العدة⁽¹⁾.

ثانياً: المطلقة بعد الدخول

المادة 61 ق أ ج "لا تخرج الزوجة المطلقة ولا المتوفى عنها زوجها من السكن العائلي، مادامت في عدة طلاقها أو وفاة زوجها، إلا في حالة الفاحشة المبينة، ولها الحق في النفقة في عدة الطلاق"⁽²⁾.

موقف القضاء:

إن المحكمة العليا في جل قراراتها واجتهاداتها القضائية تطبيقاً لأحكام القانون و الشريعة الإسلامية قضت بوجود دفع الزوج المطلق النفقة لمطلقاته متى كان ذلك بعد الدخول ، ومن بين هذه القرارات نذكر القرار الصادر بتاريخ 12 / 07 / 2006 الذي مفاده أن " من المقرر شرعاً أن نفقة العدة تظل واجبة للزوجة على زوجها سواء كانت ظالمة أو مظلومة ، فإن القضاء بما يخالف أحكام هذا المبدأ يعد خرقاً لأحكام الشريعة الإسلامية " ⁽³⁾.

الجدير بالذكر في موضوع النفقة ، أنه على القاضي المختص مراعاة كل حالة وظروف كل من الزوج والزوجة عند تقدير قيمة النفقة، سيما حالة عسر أو يسر الزوج ، ولا يراجع تقديره قبل مضي سنة من الحكم وهذا مانصت عليه المادة 79 من قانون الأسرة الجزائري ⁽⁴⁾.

¹ - عبد الفتاح نقيه، قضايا شؤون الأسرة، المرجع السابق، ص 121.

² - قانون 84-11، المرجع السابق.

³ - م ع غ أ ش 12 / 07 / 2006 ملف رقم 358248 م م ع 2006 عدد 2 ص 449.

⁴ - قانون رقم 84-11 المرجع السابق.

ومنه أيضا ما تعلق بالأحكام القضائية، هو أن القاضي لا يشير في حكمه على تنازل المرأة عن نفقة العدة، مثل الطلاق بالتراضي، فالقاضي يكتفي فقط بالإشهاد على الطرفين بإتفاقهما على الطلاق دون الإشارة إلى التنازل عن هذا الحق في الحكم.

الجدير بالذكر في موضوع النفقة ، هو أن نمير بين المرأة المطلقة في حالة عدم وجود الأولاد وبين المرأة المطلقة في حالة وجود الأولاد ، إذ أنه في الحالة الأخيرة يجب على الزوج أن يدفع النفقة لأولاده ، وذلك وفقا للمادة 75 من قانون الأسرة ، فبالنسبة للذكور يلتزم بدفعها قانونا إلى غاية بلوغه سن الرشد ، أما بالنسبة للإناث إلى غاية الدخول .

الفرع الثاني

الصندوق الخاص بالنفقة كضمان للمطلقة وأولادها

إن مسألة النفقة سواء بالنسبة للزوجة المطلقة أو بالنسبة للأولاد عندما يحكم بها القاضي على الزوج المطلق يثير عدة إشكالات غالبا ما تكون ضحيته المرأة المطلقة والأولاد وذلك في حالة عدم إمكانية الزوج بدفع مبلغ النفقة المحكوم بها ، والذي رتب عليه القانون إمكانية المتابعة الجزائية تحت عنوان جريمة عدم دفع النفقة المنصوص عليها وفقا للمادة 331 من قانون العقوبات الجزائري ، إلا أن هذا الجزاء لا يحل المشكل المتمثل في عدم سدّ إحتياجات المرأة المطلقة وأولادها للنفقة ، ومن أجل ذلك ومراعاة لمصلحة المرأة المطلقة وأولادها المحكوم لهم بالنفقة بموجب حكم قضائي تم إصدار قانون يكفل للمرأة المطلقة وأولادها ضمان الحصول على مبلغ النفقة المحكوم به وهو القانون رقم 01 / 15 المتضمن إنشاء صندوق النفقة⁽¹⁾، وهذا ما سنبينه من خلال تحديد أسباب إنشاء هذا الصندوق الخاص بالنفقة، ومن هم المستفيدون منه، وشروط الاستفادة وإجراءاتها .

¹ - قانون رقم 01/ 15 المؤرخ في 13 ربيع الأول عام 1436 الموافق ل04 يناير سنة 2015 المتضمن إنشاء صندوق النفقة ،الجريدة الرسمية رقم 1 لسنة،2015.

أولاً: أسباب إنشاء صندوق النفقة

أنشئ هذا الصندوق للتكفل بالصعوبات التي تواجه المرأة الحاضنة في تحصيل النفقة لإعالة الأطفال المحضونين و تمكين المرأة المطلقة والمرأة الحاضنة و الأطفال المحضونين من الإستفادة من مبلغ النفقة الذي يدفعه الصندوق وحماية الحقوق الأساسية للطفل في حالة طلاق والديه وضمان العيش الكريم له ولحاضنته .

ثانياً: المستفيدون من صندوق النفقة

يستفيد من هذا الصندوق الطفل أو الأطفال المحضونون ممثلين من قبل المرأة الحاضنة والمرأة المطلقة المحكوم لها بالنفقة .

ثالثاً: شروط وإجراءات الإستفادة من صندوق النفقة

1) شروط الاستفادة :

تكمن في شرطين أساسيين وهما :

- أ. صدور حكم نهائي يقضي بالنفقة للأطفال المحضونين و/أو المرأة المطلقة .
- ب. تعذر التنفيذ الكلي أو الجزئي للأمر أو الحكم القضائي الذي حكم بالنفقة بسبب امتناع المدين (الزوج المطلق) عن الدفع أو عجزه عن ذلك أو لعدم معرفة محل إقامته، ويثبت هذا التعذر وفقاً للقواعد العامة في الإثبات المدني وذلك عن طريق محضر الإمتناع عن التنفيذ الذي يحرره المحضر القضائي⁽¹⁾ .

2) إجراءات الإستفادة :

يكون ذلك من خلال تقديم طلب إلى القاضي رئيس قسم شؤون الأسرة المختص إقليمياً مرفقاً بالوثائق التالية :

¹ - قانون المالية لسنة 2015 المادة 124، الجريدة الرسمية رقم 78 لسنة 2014 يتضمن تنظيم كيفية تطبيق قانون رقم 15-01،المتضمن إنشاء صندوق النفقة.

- نسخة من الأمر أو الحكم القضائي المحدد لمبلغ النفقة المحكوم بها .
 - محضر إثبات تعذر التنفيذ الكلي أو الجزئي للأمر أو الحكم القضائي المحدد لمبلغ النفقة .
 - شهادة عائلية للطالب
 - صك بريدي أو بنكي للمستفيد مشطب عليه إذا اختار المستفيد هذه الطريقة للدفع .
- ويجب على قاضي شؤون الأسرة أن يبت في الطلب المقدم له في أجل أقصاه 05 أيام من تاريخ إخطاره بأمر ولائي غير قابل لأي طعن .
- الجدير بالذكر أن قيام الصندوق بدفع مبلغ النفقة المحكوم بها للأطفال المحضونين و/ أو المرأة المطلقة لا يبرأ ذمة المدين بالنفقة الذي يبقى ملزماً بدفع هذا المبلغ لصندوق النفقة ، كما أن تكفل الصندوق بدفع مبلغ النفقة لا يحول دون المتابعة القضائية للمدين عن جريمة عدم دفع النفقة المنصوص والمعاقب عليها في قانون العقوبات .
- أخيراً تجدر الإشارة إلى أن أحكام هذا القانون لا تطبق على مبالغ النفقة المحكوم بها قبل صدوره وهذا ما نصت عليه بالمادة 15 من القانون 01-15 المذكور أعلاه⁽¹⁾.

¹- قانون رقم 01/15 ، المرجع السابق .

الفرع الثالث

نفقة الإهمال

إنّ نفقة العدة كما سبق ورأينا هي تلك النفقة التي تستحقها الزوجة من تاريخ النطق بالطلاق إلى غاية إنتهاء عدتها شرعاً وقانوناً ، أمّا فيما يتعلق بنفقتها قبل النطق بالطلاق تسمى نفقة الإهمال، وفي أغلب الأحيان تغادر الزوجة مسكن الزوجية، حيث تبقى مدة زمنية عند أهلها دون الإنفاق عليها مما يترتب عن ذلك طرح قضية الطلاق على الجهة القضائية المختصة، ويظهر مدى استحقاق الزوجة المطلقة لنفقة الإهمال من عدمها.

أولاً: إستحقاق المرأة لنفقة الإهمال

جاء في نص المادة 80 ق أ ج " تستحق النفقة من تاريخ رفع الدعوى و للقاضي أن يحكم باستحقاقها بناء على بيينة لمدة لا تتجاوز سنة قبل رفع الدعوى"⁽¹⁾.

حيث أن الأصل في استحقاق النفقة هو من تاريخ رفع الدعوى أمام القضاء ذلك أن المشرع قد راعى حالات عديدة، التي يغادر فيها أحد الزوجين لمسكن الزوجية والتي قد تدوم فيها الفرقة مدة زمنية قبل المطالبة بالطلاق، دون إلتزام الزوج بالنفقة، وقد حدّد المشرع المدّة والتي تقدّر بسنة قبل رفع الدعوى كحد أقصى .

إنه بالرجوع إلى مختلف قوانين الدول العربية سيما القانون المغربي ، التونسي ، الكويتي يتبين بأنها جاءت بنفس الحكم مع القانون الجزائري فيما يخص استحقاق الزوجة للنفقة الذي يكون بانعقاد الزواج الصحيح والدخول بها ، وهذا ما نصت عليه المادة 194 من مدونة الأسرة المغربية، والفصل 38 من قانون الأحوال الشخصية التونسي ، والمادة 74 من القانون الكويتي، غير أن القانون الأردني في المادة 35 اكتفى بجعل الزوجة تستحق النفقة بمجرد انعقاد الزواج

¹ - القانون 84،-11 المرجع السابق.

الصحيح دون الإشارة إلى ما إذا تم الدخول بها أم لم يتم على خلاف باقي التشريعات الخاصة بالدول العربية المذكورة أعلاه .

ثانياً: حالات سقوط نفقة الإهمال

المبدأ والأصل العام أن الزوجة تستحق النفقة بمجرد الدخول بها كما تم ذكره أعلاه ، إلا أن هذا المبدأ يرد عليه استثناء يترتب عنه سقوط حق الزوجة في النفقة و هي الحالة المنصوص عليها في المادة 55 ق أ ج وهو ثبوت نشوز الزوجة ، ففي هذه الحالة تحرم من النفقة، بل ويحكم القاضي بالطلاق والتعويض للطرف المتضرر، فمن غير المنطق أن ينفق الزوج على زوجة خرجت عن طاعته وعصمته⁽¹⁾، إلا أنه عملياً تثير مسألة إثبات حالة النشوز إشكالاً كبيراً في المحاكم .

الفرع الرابع

توفير مسكن لممارسة الحضانة أو دفع بدل الإيجار

لقد حسم المشرع الجزائري في مسألة تخصيص سكن للحاضنة من أجل ممارسة الحضانة، وذلك بصيغة الوجوب⁽²⁾، جاء ذلك في آخر تعديل لقانون الأسرة الجزائري بموجب الأمر 02/05، في المادة 72 منه، بنصها على أنه في حالة الطلاق يجب على الأب أن يوفر سكناً ملائماً لممارسة الحضانة، وإن تعذر ذلك فعليه دفع بدل الإيجار يتم تحديده في الحكم القضائي، يدفعه شهرياً إلى غاية سقوط الحضانة شرعاً وقانوناً .

تجدر الإشارة إلى أن المشرع الجزائري حماية له لمصالح المرأة المطلقة الحاضنة نص كذلك بصريح العبارة في الفقرة الثانية من المادة 72 المذكورة أعلاه أن الحاضنة تبقى في بيت الزوجية حتى تنفيذ الأب للحكم القضائي الخاص بالسكن.

¹ - عبد الفتاح تقيّة، قضايا شؤون الأسرة، المرجع السابق، ص 128.

² - ديابي باديس، المرجع السابق، ص 87.

المبحث الثالث

حق المرأة المطلقة في متاع البيت

قد يختلف الزوجان في ملكية أثاث البيت الذي يسكنان فيه، وهذا سواء أثناء الحياة الزوجية أو بعد حصول الطلاق ، فيدعي كل واحد منهما ملكيته، ففي هذه الحالة يعتبر كل منهما مدعياً وعلى المدعي إقامة بيعة ، فإن أقام أحدهما البيعة حكم له بها⁽¹⁾، ويعتبر هذا الخلاف من أبرز القضايا التي تثور بين الزوجين بعد حصول الطلاق، لذا كان من الضروري معالجته، فما هي إذن وجهة نظر فقهاء الشريعة الإسلامية لهذا النزاع ، وما مدى تطبيقه من الناحية القانونية؟

المطلب الأول

النزاع في متاع البيت فقهاً

إنّ متاع البيت هي كل ما ينتفع و يتمتع به الزوجان خلال الحياة الزوجية⁽²⁾، لقوله تعالى: "ابْتِغَاءَ حِلْيَةٍ أَوْ مَتَاعٍ"⁽³⁾، وقال تعالى: "وَتَسْتَخْرِجُوا مِنْهُ حِلْيَةً تَلْبَسُونَهَا"⁽⁴⁾، وقوله تعالى: "أَوْ مَن يُنْشَأُ فِي الْحِلْيَةِ وَهُوَ فِي الْخِصَامِ غَيْرُ مُبِينٍ"⁽⁵⁾ ، وقوله: "وَاتَّخَذَ قَوْمُ مُوسَىٰ مِنْ بَعْدِهِ مِنْ حُلِيِّهِمْ عِجْلًا جَسَدًا لَهُ خُورٌ"⁽⁶⁾، والمعمول به كقاعدة عامة على أنه البيعة على من إدعى واليمين على من أنكر، إذن فما مدى موقف الفقه الإسلامي فيما لو كان الطرفان كلاهما يملكان البيعة أو عكس ذلك؟

¹ - محمد مصطفى شلبي، المرجع السابق، ص ص 414-415.

² - بلقاسم شتوان، المرجع السابق، ص 325.

³ - سورة الرعد، الآية 17.

⁴ - سورة النحل، الآية 14.

⁵ - سورة الزخرف، الآية 18.

⁶ - سورة الأعراف، الآية 148.

الفرع الأول

الإثبات في متاع البيت عند الحنفية والجعفرية

إن مسألة النزاع في متاع البيت شأنه شأن باقي المواضيع اختلفت فيه آراء المذاهب، سيما موضوع الإثبات، وهذا ما سنتناوله بالدراسة من خلال إبراز اتجاه المذهب الحنفي والجعفري.

أولاً: عند الحنفية

إذا اختلف الزوجان حال قيام العلاقة الزوجية، أو بعد الفرقة بينهما في أثاث المنزل الذي يسكنان فيه، فإدعى كل واحد منهما ملكيته، أُعتبر كل واحد منهما مدعياً، فأيهما أقام بيّنة، حكم له بمقتضاها، وهذا دون معارضة بيّنة أخرى، وإن أقام كل واحد منهم بيّنة رجحت بيّنة من يثبت خلاف الظاهر، والظاهر هنا عبارة عن صلاحية الأثاث المتنازع فيه لأيهما، فما يصلح للرجال فقط كالكتب ونحوها رجحت فيه البيّنة للزوجة، وما يصلح للمرأة فقط كالحلي وأدوات الزينة ترجح بيّنة الزوج و يحكم له بدعواه، وإن كان الشيء يصلح لها كالأواني والمفروشات، وأقام كل منهما بيّنة سقطت البيّتان لتعارضهما، وحينئذ القول للزوج مع يمينه لأنه صاحب اليد في البيت، وإن حلف الزوج بأن الشيء المتنازع فيه ملكه حكم له، وإن نكل عن اليمين فهو للزوجة.

إن لم يكن لأحدهما بيّنة فيما يصلح للرجال فقط يحكم به للزوج بيمينه، وما يصلح فقط للنساء يحكم به للزوجة بيمينها، ونكولها عن اليمين يعد إقراراً منها للطرف الآخر⁽¹⁾.

وأما ما يصلح لهما معا ففي مذهب الحنفية رأيان:

¹ - بدران أبو العينين بدران، الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين المذاهب السنية الأربعة والمذهب الجعفري والقانون، الزواج والطلاق، الجزء الأول، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، لبنان، دس، ص 235.

أولهما لأبي يوسف وهو: أن القول للزوجة في مقدار ما يجهز به مثلها في العادة، لأن عُرف الناس جرى على أن الزوجة لا تزف لزوجها إلا بجهاز فيحكم لها منه بجهاز مثلها، وما زاد عن ذلك يحكم به للزوج.

وثانيهما لأبي حنيفة: أن القول للزوج بيمينه، لأنه هو صاحب البيت وبده هي المتصرفه فيه، لكن هذا الرأي يترتب عليه إهدار العرف الجاري بين الناس منذ القدم، فرأي أبي يوسف أولى بالاعتبار ولا يختلف الحكم عنده بين هذه الصورة و بين ما إذا كان الخلاف بين أحد الزوجين وورثة الآخر، أو بين وريثتهما بعد وفاتهما.

ثانياً: عند الجعفرية

يقرر أن ما يصلح للرجال يكون للزوج مع يمينه، إلا أن تقوم البينة على أنه ملك للزوجة، وما يصلح للنساء يكون للزوجة مع يمينها، إلا أن تقوم البينة على أنه للزوج، وما يصلح لهما فهو بينهما فمن أقام بينة منهما كان له، فإن لم يكن لأحدهما بينة، يحلف كل منهما على أن المتاع له، وبعد اليمين يقسم بينهما مناصفة، وإن حلف أحدهما وامتنع الآخر عن اليمين حكم بالمتاع لمن أدى اليمين⁽¹⁾.

الفرع الثاني

الإثبات في متاع البيت عند المالكية والشافعية

ولقد تطرق المالكية والشافعية على غرار المذاهب الأخرى من الفقه الإسلامي، إلى دراسة الإثبات في النزاع حول ملكية متاع البيت سواء الخلاف نشأ بين الزوج والزوجة أو بين المطلق والمطلقة، وكل واحد منهما مدعيًا، وكل واحد منهما مدعى عليه، فيطالب كل واحد منهما بالبينة، وحينئذ يتصور سير النزاع بينهما على ثلاثة أحوال، إما أن يقيم أحدهما بينة دون

¹ - محمد مصطفى شلبي، المرجع السابق، ص 416.

الآخر، وإمّا أن يقيم كل واحد منهما بينة، وإمّا ألا يقيم أي واحد منها بينة أصلاً⁽¹⁾، وأقرت مذاهب الفقه الإسلامي ما يلي:

أولاً: عند المالكية

يقضي بأحد البينتين وإذا تساويا رجحت إحدى البينتين بسبب من أسباب الترجيح، فإن تكافأتا سقطتا، و حينئذ يقضي للمرأة بيمينها بما هو متعارف عليه بين النساء ، وللزوج بيمينه بما هو متعارف عليه بين الرجال ، و كذلك بما يصلح للرجال، و بما هو مشترك بين الرجال والنساء معا.

وأما إذ لم يكن لأحدهما أية بينة، فإن كان المتاع المتنازع فيه مما لا يصلح إلا للنساء يقضي به للمرأة مع يمينها، وإن كان ممّا لا يصلح إلا للرجال يقضي للزوج مع يمينه.

ثانياً: عند الشافعية

إذا اختلف الزوجان حول متاع البيت، فهو بينهما مناصفة سواء قبل حصول الفرقة بينهما أو بعدها، وسواء كان البيت لهما أو لأحدهما يستوي في ذلك أن يكون المتاع مما يصلح لهما، أو ممّا هو خاص بالنساء فقط أو خاص بالرجال فقط⁽²⁾.

¹ - محمد محي الدين عبد الحميد، المرجع السابق، ص 178.

² - مليكة قبزيلي، حقوق المطلقة بين الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري، رسالة مقدمة لنيل درجة الماجستير في العلوم الإسلامية، تخصص أصول الفقه، كلية العلوم السياسية، جامعة الجزائر، 2003م ، ص 93.

المطلب الثاني

النزاع حول متاع البيت قانوناً

يعتبر النزاع حول أثاث بيت الزوجية من أعقد المسائل المثارة في المحاكم ، وذلك كأثر من آثار الطلاق ، والذي نصت عليه المادة 73 من قانون الأسرة الجزائري⁽¹⁾ ، وهي المادة الفريدة التي عالجت هذه المسألة ، والواقع في المحاكم الجزائرية أثبت أن هذه المسألة تشكل معضلة حقيقية للأطراف ، وحتى للجهات القضائية الفاصلة فيها والصعوبة تكمن في كيفية إثبات الأثاث سواء بالنسبة للزوج أو الزوجة ، والتي تعتبر غالباً الطرف الأضعف ، باعتبار أن المتاع عادة ما يتواجد ببيت الزوجية ، ولأن الزوجة عادة ما تغادر البيت الزوجية دون أن تأخذ كامل أثاثها أو مصوغها ، فتجد صعوبة في إثبات وجوده أصلاً أو ملكيتها له ، و لذلك فإن مسألة النزاع حول متاع البيت تستوجب أن نفرق بين ما إذا كان هذا النزاع حول وجود هذا المتاع أصلاً ببيت الزوجية و بين ملكية هذا المتاع ، مما يستوجب علينا دراسة هذه المسألة في الفرعين الآتيين :

- 1 النزاع حول وجود المتاع أصلاً، و غالباً في الحياة العملية ما يكون الإنكار من الزوج.
- 2 النزاع حول ملكية المتاع مع اعتراف كلاهما بوجوده.

¹ - القانون رقم 84-11، المرجع السابق.

الفرع الأول

النزاع حول وجود المتاع

في حالة إنكار أحد الزوجين و خاصة الزوج بوجود المتاع في البيت الزوجية ، في هذه الحالة تطبق القواعد العامة في الإثبات، ففي هذا الصدد قضت المحكمة العليا بوجوب تطبيق قاعدة البينة على من إدعى واليمين على من أنكر⁽¹⁾، فإذا إدّعت الزوجة أنّها خلفت بدار الزوجية متاع، و أنكر الزوج ذلك فهذا لا بدّ من :

أ- إقامة البينة على وجود المتاع المحدد في العريضة ، و هذا يكون بكل الطرق الجائزة قانوناً، كتقديم فواتير شراء المتاع المتنازع عليه أو شهادة الشهود، فإذا قدم أحد الزوجين دليلاً أو بينة فإن القاضي يحكم له بما طلبه. كما أنّ الإقرار يحسم النزاع في هذه المسألة باعتباره سيّد الأدلة.

ب - عدم تقديم دليل على وجود المتاع، فالقاضي هنا يلجأ إلى القاعدة المشار إليه أعلاه، فيوجه اليمين الحاسمة للمدعى عليه، فإذا حلف ربح دعواه و إذا نكل حكم عليه²، هذا حسب المادة 347 قانون مدني جزائري والتي أكّدت المبدأ العام القائل: " كلّ من وجّهت له اليمين نكل عنها دون ردّها على خصمه، وكلّ من ردّت عليه اليمين نكل عنها خسر دعواه"⁽³⁾.

إنّته بالرجوع إلى الإجهادات القضائية في هذا الشأن نجد أنه كرس هذه القاعدة في القرار الصادر بتاريخ 27 / 10 / 1992 / ملف رقم 86097 قضية (ب ع) ضد (إ م ف) :

"توجيه اليمين للمطعون ضدها قبل التأكد من وجود المصوغ المتنازع عنه، قصور في التسبيب وخرق في القانون .

¹ - يوسف دلاندة - دليل المتقاضي في مادة شؤون الأسرة (الزواج و الطلاق) - دار هومة للطباعة و النشر - الجزائر 2009 - ص 76.

² - م.ع.غ، أش - قرار رقم 216836 بتاريخ 16/03/1999، م.ق - 2001، ص 245.

³ - باديس ديابي، المرجع السابق، ص.102.

اجتهاد قضائي :

إن الإكتفاء بتوجيه اليمين قبل معرفة وجود أو عدم وجود محل النزاع المدعى به يعتبر بمثابة انعدام التسبب و خرق واضح لقواعد الإثبات ومتى تبين من قضية الحال أن الطاعن قد أنكر من وجود المتاع و المصوغ لديه وطلب إقامة البينة على دعواه و التمس الاستماع إلى شهادة ابن المطعون ضدها , فإن قضاة الموضوع لما لم يجيبوا على طلب الطاعن وبادروا بتوجيه اليمين المتممة للمطعون ضدها دون التأكد من وجود المصوغ فإنهم عرضوا قرارهم للقصور في التسبب وخرقوا قواعد الإثبات .

ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه جزئياً فيما يخص الأثاث والمصوغ⁽¹⁾.

الفرع الثاني

النزاع حول ملكية المتاع

النزاع في متاع البيت نصت عليه المادة 73 من قانون الأسرة الجزائري كما يلي " إذا وقع النزاع بين الزوجين أو ورثتهما في متاع البيت وليس لأحدهما بينة فالقول للزوجة أو ورثتها مع اليمين في المعتاد للنساء والقول للزوج أو ورثته مع اليمين في المعتاد للرجال والمشتركات بينهما يقسمانها مع اليمين"⁽²⁾.

إن أحكام هذه المادة تطبق في حالة ما إذا تنازع الطرفان حول ملكية المتاع وإدعى كل واحد منهما بأن ذلك المتاع ملك له ، ففي هذه الحالة تبنى المشرع قاعدة فقهية معتمدا في ذلك قول من شهد له الظاهر مع اليمين ، فما يكون صالح لاستعمال الرجل فهو للرجل وما يكون صالحا لإستعمال المرأة كالحلي والزينة فالقول فيه للزوجة مع اليمين، نستخلص من كل هذا ما يلي :

¹ - باديس ديابي ، المرجع السابق، ص259.

² - قانون رقم 11/84، المرجع السابق.

أولاً: وجود الدليل على ملكية المتاع

إذا قدم أحد الزوجين بيينة على أنه هو المالك للمتاع، أو أن المدعية قد تسلمت أمتعتها بشهادة الشهود مثلاً أو بمحضر إثبات حالة صادر عن المحضر القضائي ، فإن القاضي يحكم لمن أثار دعواه بالبينة دون توجيه اليمين، لأننا بصدد وجود دليل إثبات، وسيان ما بين أن يكون المتاع ممّا يعرف للرجال أوللنساء أو لهما معا (1).

ثانياً: عدم وجود دليل على ملكية المتاع

إذا لم يقدم أي من الزوجين دليلاً على ملكيته للشيء المتنازع عليه ، فإن الفقرة الثانية من المادة 73 من قانون الأسرة حددت ثلاثة حالات تمكن القاضي من الإعتماد عليها في فضّ النزاع :

أ- يحكم للزوجة في المعتاد للنساء مع يمينها:

فالمصوغ و أدوات التجميل و الألبسة النسائية، وغيرها من الأمور التي يشهد لها العرف أنّها للنساء، هي للزوجة كما أن هناك أمور موضوعية تخضع لتقدير القاضي، فإذا كانت الزوجة خياطة مثلاً فإن آلات الخياطة و ملحقاتها من قماش و غيرها هي للزوجة مع تحليفها اليمين المتممة(2).

ب- يحكم للزوج في المعتاد للرجال مع اليمين :

معنى هذا ما يصلح للرجال مثل أدوات التجارة و ما يتعلق بمهنته، وأدوات الصيد، وكل ما يشهد العرف حكماً انه له، فإذا طلبه الزوج و نازعته الزوجة فيه فالقول للزوج مع اليمين(3).

¹ - باديس ديابي، المرجع السابق، ص 103.

² - عبد العزيز سعد ، المرجع السابق، ص 313.

³ - يوسف دلاندة ، المرجع السابق، ص 103.

■ الأحكام السابقة الذكر تطبق في حال ما إذا كان الزوجان على قيد الحياة، أما إذا توفي أحد الزوجين أو كلاهما و وقع النزاع حول متاع البيت، فإن كل زوج متوفي يحل ورثته محله مع تطبيق نفس الأحكام، و ذلك حسب نص المادة 73 من قانون الأسرة الجزائري والمذكورة أعلاه⁽¹⁾ .

لعلّ السؤال الذي يطرح نفسه هو كيفية أداء هذا اليمين المذكور أعلاه وإجراءاته .

إنّ القاضي عندما تعرض عليه مسألة النزاع في متاع البيت سواء كان النزاع حول الملكية أو حول الوجود ، له الخيار بين طريقتين عند توجيهه اليمين وهما كتالي :

- 1- إمّا يقوم هو شخصيا بتوجيه اليمين الحاسمة إلى من وجب له قانونا توجيه اليمين له وذلك في جلسة يحضرها الطرفين والقاضي ومين الضبط فقط ، وذلك بأن يؤدي من وجه له القاضي اليمين القسم واضعا يده فوق المصحف بقوله أقسم بالله العلي العظيم بأن الأثاث المتمثل في غير موجود أصلا ببيت الزوجية أو أن الأثاث ملك له حسب طبيعة النزاع (الوجود أو الملكية) ، ويحرر في الأخير القاضي محضر أداء اليمين القانونية ، يمضى من طرفه ، ومن طرف أمين الضبط والطرفين.
 - 2- إما أن تؤدى اليمين بمسجد بحضور الطرفين أو بعد صحة استدعاء الخصم ومحضر قضائي ، على أن يحرر هذا الأخير محضرا بأداء أو العدول عن اليمين .
- إنه بالرجوع إلى مختلف تشريعات الدول العربية سيما التونسي ، المغربي ، السوري، الكويتي والأردني تبين لنا أنها لم تتطرق إلى مسألة النزاع حول متاع البيت و لم تبين أحكامها ، و بذلك نستنتج بأن المشرع الجزائري هو الوحيد الذي تناول هذه المسألة بالدراسة و بين أحكامها وكيفية حلها في المادة 73 المذكورة أعلاه⁽²⁾، وبذلك يكون قد سدّ الفراغ حول هذه النقطة التي لم تتطرق لها التشريعات المقارنة المذكورة أعلاه .

¹ - قانون رقم 11/84 ، المرجع السابق.

² - المرجع نفسه.

أخيراً تجدر الإشارة إلى أنه قد تثار أمام المحاكم مسألة النزاع حول الصداق، ذلك أن الصداق قانوناً يجب أن يحدد في العقد سواء كان معجلاً أو مؤجلاً، وهذا وفقاً للمادة 15 من قانون الأسرة الجزائري، والزوجة تستحقه كاملاً قانوناً بالدخول أو بوفاة الزوج، وتستحق نصفه عند الطلاق قبل الدخول، وفقاً للمادة 16 من القانون المذكور أعلاه، إلا أنه في حالة ما إذا وقع نزاع في الصداق بين الزوجين أو ورثتهما وليس لأحدهما بينة، وكان قبل الدخول، فالقول للزوجة أو ورثتها مع اليمين، وإذا وقع النزاع حول الصداق المؤجل بعد البناء فالقول للزوج أو ورثته مع اليمين، وهذا وفقاً للمادة 17 من قانون الأسرة الجزائري¹، والشيء نفسه يطبق في حالة وقوع الطلاق وكان الصداق مؤجلاً، نفس الأحكام تسري عليه.

¹ - قانون رقم 11/84، المرجع السابق.

الفصل الثاني

الحقوق المعنوية للمرأة المطلقة

ينتج عن الطلاق إضافة إلى الحقوق المادية المذكورة أعلاه، حقوقاً معنوية ذات طبيعة حساسة مقارنة بالحقوق المادية لأنه تربطها علاقة مع الجانب المعنوي للمطلقة سيما في حالة المطلقة التي أنجبت أولاداً لأنه في هذه الحالة يجب التطرق الى مسألة الحضانة وما يترتب عنها من آثار غالباً ما تعود بالإيجاب أو السلب على الطفل المحضون وهذا ما سوف نتناوله بالدراسة في هذا الفصل بتبيان الحقوق المعنوية للمرأة المطلقة، بما فيها العدة والحضانة في مبحثين، حيث نخصص المبحث الأول لدراسة العدة من جانبين الجانب الفقهي والجانب القانوني، و في المبحث الثاني نخصصه لدراسة عنصر الحضانة الذي يعد من أهم الآثار القانونية لإحلال الرابطة الزوجية.

المبحث الأول

حق المرأة المطلقة في العدة

إنّ من المعلوم والمؤكد شرعاً وقانوناً أنّ كل مطلقة فرض عليها الإمتثال لفترة العدة، وإحترام آجالها لما في ذلك من حكمة شرعية اقتضاها الشارع الحكيم للزوجين لمنحها فرصة حتى يمكن لها مراجعة نفسيهما عسى أن تتورد القلوب، وتتحسن العشرة بينهما، فيعودان لبعضهما البعض⁽¹⁾.

و هذا طبقاً لقوله تعالى: "وَالْمُطَلَّاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ"⁽²⁾.

¹ - عبد الفتاح تقيّة. قانون الاسرة مدعماً باحداث الاجتهادات القضائية و التشريعية، ط1، دار الكتاب الحديث القاهرة 2011، ص 229.

² - سورة البقرة، الآية 228.

و منه أيضا قوله تعالى: "وَاللَّائِي يَئِسْنَ مِنَ الْمَحِيضِ مِنْ نِسَائِكُمْ إِنِ ارْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةَ أَشْهُرٍ وَاللَّائِي لَمْ يَحِضْنَ وَأُولَاتُ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ وَمَنْ يَتَّقِ اللَّهَ يَجْعَلْ لَهُ مِنْ أَمْرِهِ يُسْرًا" (1).

المطلب الأول

حق المرأة المطلقة في العدة فقها

إنّ الحديث عن العدة كحق للمطلقة وأثر للطلاق يقودنا الى الحديث إلى المهلة التي تترتب خلالها المطلقة و لا تتزوج إلا بعد إنقضائها.

الفرع الاول

تعريف العدة

العدة شرعا هي أجل حدّده الشارع لانقضاء ما بقي من آثار الزواج بعد الفرقة و هي تریص يلزم المرأة عند زوال النكاح المتأكد بالدخول أو ما يقوم مقامه من الخلوة و الموت. وعرفت العدة أيضا أنها تریص المرأة مدّة يعرف فيها براءة رحمها باقراء أو أشهر أو وضع الحمل (2) . والعدة في الفقه لها عدة معاني منها:

أولا : تعريف العدة عند الحنفية

عرّفها بعض الاحناف انها تریص يلزم المرأة عند زوال ملك المتعة المتأكد بالدخول أو الخلوة أو الموت، والتريص في هذا التعريف قصد به أن تنتظر المرأة إنقضاء المدة المحددة للعدة بمعرفة الشارع الحكيم، أي المدّة التي حدّدها الشارع الحكيم أجلا تنقضي به

¹ - سورة الطلاق، الآية 04.

² - عبد الوهاب خلاف، المرجع السابق، ص 167.

عدّة المرأة بعد أن زال ملك الرّجل متعة امرأته، فإذا طلق الرّجل امرأته طلاقاً رجعيّاً أو بائناً، أو وقعت الفرقة بينهما بغير طلاق كفسخ الرّواج بخيار البلوغ أو عدم الكفاءة أو الرّدة في بعض صورها أو وقع الفراق في رواج فاسد أو وطئ بشبهة وجبة العدّة .

وفي رأي الجمهور العدّة هي مدّة تترىص فيها المرأة لمعرفة براءة رحمها، أو للتّعبّد أو لتفجّعها على زوجها، فهي نفس التّرىص فلا تتداخل العدّتان من شخصين، وتمضي المرأة في العدّة الاولى حتّى نهايتها ثمّ تبدأ بالعدّة الاخرى و تتداخل العدّتان من شخص واحد ولو من جنسين.

ثانياً: تعريف العدّة عند المالكيّة

عرّف المالكية العدّة بعدّة تعاريف منها:

- العدّة: ترىص المرأة زماناً معلوماً قدره الشارع علامة على براءة الرّحم غالباً، لفسخ النّكاح أو موت الرّوج أو طلاقه أو فقده.
- العدّة: هي مدّة تترىص فيها المرأة لمعرفة براءة رحمها من الحمل، أو للتّعبّد .
- العدّة: الكشف عن حال الارحام عند انتقال الأملاك مراعاة لحفظ الأنساب.
- العدّة: هي المدّة التي جعلت دليلاً على براءة الرّحم لفسخ النّكاح أو موت الرّوج أو طلاقه.
- العدّة: هي المدّة المقررة شرعاً لمنع المرأة من نكاح غير صاحب العدّة.
- قال ابن عرفة: دليل براءة الرّحم عدّة واستبراء "و العدّة مدّة منع النّكاح لفسخه أو موت الرّوج أو طلاقه" (1).

جاء في التعريف مدّة منع النّكاح من طلق زوجته الرّابعة لاجل نكاح غيرها أو طلق أخت زوجته أو من يرحم الجمع بينهما، أن قيل هو له عدّة، ومن غير شكّ أنّه مجاز فلا ينبغي ادخاله في حقيقة العدّة الشرعية، لأنّ هذه عدّة الرّجل كما يقول الفقهاء وهي من باب

¹ - بلقاسم شتوان، المرجع السابق، ص 268.

المجاز، وإذا أخرجنا هذا من التعريف نقول: "مدّة منع المرأة النكاح"، أمّا الاستبراء فهو مدّة دليل براءة الرّحم لا لرفع عصمة أو طلاق⁽¹⁾.

ثالثاً: تعريف العدة عند الشافعية

إنّ العدة عند الشافعية مدّة تتربّص فيها المرأة لمعرفة براءة رحمها، أو للتعبّد أو لتفجّعها على زوج. فقوله: تتربص أي تنتظر وقوله: المرأة أخرج بها العدة التي ينتظر فيها الرجل لأنّها لا تسمى عدة، وقوله: لمعرفة براءة الرحم المراد بالمعرفة ما يشمل الظن، فأما اليقين فهو بوضع الحمل، وأما الظن فهو غير ذلك، وهذا كافٍ إذ لا يلزم أن تبحث المرأة بحثاً يفضي إلى اليقين من براءة رحمها، بل يكفي بالحیض، وقوله: أو للتعبّد أراد به عدة الصغيرة ونحوها ممن تثبت براءة رحمها وقوله: لتفجّعها للإشارة إلى أن العدة قد تترتب على مجرد العقد الصحيح بدون وطء في حالة إذا ما توفي عنها زوجها.

رابعاً: تعريف العدة عند الحنابلة

عرّفوا الحنابلة العدة بأنها التربص المحدود شرعاً، و المراد بالعدة الأجل الذي ضربه الشارع للمرأة، فلا يحل لها التزوج فيه بسبب طلاقها أو موت زوجها، ولا يخفى أن هذا التعريف حسن لأنه لم يتعرض فيه لبراءة الرحم و لا لغيره⁽²⁾.

الفرع الثاني

حكمة مشروعية العدة وحكمها

تجب العدة على كلّ امرأة طلقها زوجها أو فسخ زواجهما بعد الدخول بها حقيقة أو حكماً، إذا كان عقد زواجهما صحيحاً شرعاً.

¹ - بلقاسم شتوان ، المرجع السابق، ص 269.

² - محمد مصطفى شلبي، المرجع السابق، ص 482 .

أولاً: حكمة مشروعية العدة

وجبت العدة على من وجبت عليهنّ من النساء لحكم سامية منها:

- التّحقّق من براءة رحم المرأة و خلوّه من الأولاد ، و لما كانت هذه الحكمة لحق الأزواج الذين فارقوا هؤلاء الزّوجات حتّى لا ينسب أولادهم لغيرهم ، و لحقّ الأزواج الذين يريدون التّزوج بهؤلاء الزّوجات من بعد، لئلا ينسب اليهم من الأولاد من ليس منهم في قبيل و لا دبّير، لم تفرّق الشريعة فيها بين من تفارق الرّجل بعد زواج صحيح محترم شرعا و من تفارقه بعد زواج لا احترام له شرعا، لأنّه ان فات النّظر الى الرّجل الذي فارقها فقد بقي النّظر الى الرّجل الذي يريد أن يتزوجها.
- إعطاء الزّوج الذي فارق زوجته فرصة لمراجعتها ان بدا له، فلعلّه فارقها تحت تأثير لم يكن في طوقه أن يدفعه عن نفسه، أو لعلّه تخيل الشّيء ثمّ خاله صحيحا وليس من الصّحة في شيء، فيأخذه النّدم، وبتحرق قلبه حسرة وأسفا على ما جرّ على نفسه، فلئلا تتقطع عليه السّبل اوجبّت الشريعة على الزّوجة أن تنتظره مدّة معلومة، حتّى اذا انقضت ولم يعدها الى عصمته فقد أوصدت عليه أبواب المعذرة⁽¹⁾.

لقوله تعالى: "يا أيّها النّبيّ إذا طلقتمّ النساء فطلقوهنّ لعدّتهنّ وأحصوا العدة واتّقوا الله ربّكم لا تخرجهنّ من بيوتهنّ ولا يخرجنّ إلاّ أن يأتين بفاحشة مبينة وتلك حدود الله ومن يتعدّ حدود الله فقد ظلم نفسه لا تدري لعلّ الله يحدث بعد ذلك أمرا"⁽²⁾.

¹ - محمد محي الدين عبد الحميد، المرجع السابق، ص 350.

² - سورة الطلاق، الآية 01.

- التنويه بشأن الزواج لأنه عقد ليس كسائر العقود الاخرى، فهو ميثاق مقدّس جعله الله سبحانه و تعالى بين الرجل و المرأة، فلا ينتهي بمجرد وجود الفرقة بل لابدّ فيه انتظار مدّة محدّدة ليتمكّن فيها كلّ من الزوجين من مراجعة نفسه⁽¹⁾.
- العدة تجب عند وجود سببها و هو وقوع الفرقة بين الزوجين، و حكمة تشريعها التأكد من عدم حملها من زوجها الذي فارقتها أي التعرف على براءة الرحم، لأنها قد تتزوج بزوج آخر و هي حامل قبل أن تضع حملها فيطوؤها زوجها الجديد و هي حامل من زوجها الأول فيصير ساقيا ماءه زرع غيره، و قد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك فقال: "ومن كان يؤمن بالله و اليوم الآخر، فلا يسقين ماءه زرع غيره"⁽²⁾.
- وقد أجمع العلماء على وجوب العدة مستشهدين بقوله تعالى: " وَالْمُطَلَّاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ "⁽³⁾.

يُفهم من هذه الآية المذكورة أنها خبر في معنى الأصل وأصل الكلام " ويتربص المطلقات " وإخراج الأمر في صورة الخبر تأكيد لهذا الأمر وإشعار بأنه مما يجب أن يتلقى بالمسارعة إلى امتثاله، فكأنهن امتثلن الأمر بالتربص فهو يخبر عنه موجودا ومثل قولهم رحمك الله.

وفي السنة ما ورد في صحيح مسلم عن فاطمة بنت قيس أن الرسول -صلى الله عليه وسلم- قال لها " اعتدي عند ابن أم مكتوم " و قوله للمختلعة "اعتدى بحيضة" وغيرها من الأحاديث الدالة على حكم العدة الواجب أصلا⁽⁴⁾.

¹ - شتوان بلقاسم ، المرجع السابق، ص 270.

² - نبيل صقر - قانون الأسرة نسا و فقها و تطبيقا - دار الهدى، عين ميله الجزائر، سنة 2006 ، ص223.

³ - سورة البقرة، الآية 229.

⁴ - ديابي باديس، المرجع السابق- ص 29.

ثانيا: حكم العدة

العدة واجبة شرعاً. و هي ثابتة بالكتاب و السنة و الاجماع:

أ- من الكتاب: قوله تعالى: "وَالْمُطَلَّاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ وَلَا يَحِلُّ لَهُنَّ أَنْ يَكْتُمْنَ مَا خَلَقَ اللَّهُ فِي أَرْحَامِهِنَّ إِنْ كُنَّ يُؤْمِنَنَّ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ" (1).
وقوله: " وَاللَّائِي يَيْسُنَّ مِنَ الْمَحِيضِ مِنْ نَسَائِكُمْ إِنْ ارْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ وَاللَّائِي لَمْ يَحِضْنَ وَأُولَاتُ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ " (2).
و قوله: " وَالَّذِينَ يَتُوفَّوْنَ مِنْكُمْ وَيَذُرُونَ أَزْوَاجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا" (3).

ب- من السنة النبوية: قوله صلى الله عليه و سلم: (لا يحل لا مرة تؤمن بالله و اليوم الآخر أن تحدّ على ميت فوق ثلاث، الا على زوج أربعة أشهر و عشر).
و قوله صلى الله عليه و سلم لفاطمة بنت قيس: (اعتدي في بيت أم مكتوم) (4).
ت- الاجماع: أجمع الفقهاء على وجوبها (5).

1- سورة البقرة، الاية 228.

2- سورة الطلاق، الاية 04.

3- سورة البقرة، الاية 234.

4- أبو الحسين مسلم بن الحجاج، المرجع السابق، ص 730.

5- شتوان بلقاسم، المرجع السابق، ص 269.

الفرع الثالث

أنواع العدة

تكون العدة بثلاثة أشياء بالحيض و هو ما يسمّى بالقرء، أو الأشهر على خلاف في مدتها بين المتوفى عنها زوجها و غير المتوفى عنها، أو بوضع الحمل. وهذه الأنواع الثلاثة تعم كل طلاق أو تفريق من القاضي و سنتناول ذلك بشيء من التفصيل⁽¹⁾.

أولاً: العدة بالحيض أو بالقرء

تجب في حق المرأة التي طلقها زوجها أو فرق القاضي بينهما اذا كانت المرأة غير حامل، لقوله تعالى: "وَالْمُطَلَّقاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ وَلَا يَحِلُّ لَهُنَّ أَنْ يَكْتُمْنَ مَا خَلَقَ اللَّهُ فِي أَرْحَامِهِنَّ" ⁽²⁾.

دلالة الآية على العدة بالحيض، فإن لفظ المطلقات يعم كل فرقة بغير الوفاة، والتربص معناه الانتظار الذي يدل على العدة، وثلاثة قروء يعني ثلاثة حيضات ، فإن القرء هو الحيض عند الحنفية و هو اختيار جماعة من الصحابة ابي بكر و عمر وعلي وعند البعض الآخر القرء هو الطمث ، وحاصله أن اسم القرء يقع على الحيض و الطهر جميعه. حقيقة يقال أقرعت المرأة اذا حاضت، وأقرعت إذا ظهرت وحمله على الحيض أولى بالنص والمعقول.

أما النص فقوله -عليه الصلاة و السلام- للمستحاضة دعى الصلاة أيام اقرائك، وإنما تترك الصلاة أيام الحيض بالاجماع، والمعقول أنه ذكره بلفظ الجمع قروء "فمن قال أنه للحيض قال: لابد من ثلاث حيض، فيتحقق الجمع، و من قال: أنه الاطهار لا يتحقق الجمع على قوله، لأن الطلاق لو وقع في آخر الطهر انقضت العدة بطهرين آخرين وبالشرع في الثالث فلا يوجد الجمع، و العمل بما يوافق لفظ النص أولى. و قوله: ولا يحل

¹ - شتوان بلقاسم، المرجع السابق، ص 270.

² - سورة البقرة، الآية 228.

لهنّ أن يكتمن ما خلق الله في أرحامهنّ " دليل على أنّ العدة بالحيض تكون لغير الحامل، اذ يتعيّن على المرأة أن تصرح بالحمل، لتعتدّ بنوع آخر كما سيأتي (1).

كما يشترط أن تكون المرأة ممن تحيض، فالمرأة التي لا تحيض بسبب الصغر أو التي بلغت سنّ اليأس فلا تحيض، أو التي لا تحيض بسبب علّة لديها مع كونها في سنّ الحيض، تعتدّ بالأشهر.

كما يشترط أن تتمّ العدة بثلاث حيضات كاملات فاذا طلقت و كانت حائضا لا تعتبر هذه الحيضة كاملة ، وعليها أن تستقبل ثلاث حيضات(2).

أمّا فقهاء المالكية فدليلهم من الكتاب و السنّة النبوية:

أ- الكتاب: قوله تعالى: " يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ " (3).

فقوله تعالى " فطلقوهن لعدتهنّ " كما قرأ عمر فطلقوهنّ لقبل عدتهنّ، وهي قراءة تساق على سبيل التفسير، " و قبل الشيء أوله" و معناه طلقوهنّ في وقت عدتهنّ، وهو الطلاق المأمور به الذي يكتفي الطهر. لأنّ الطلاق في الحيض بدعي ومحرم، فدلّ على الطهر هو وقت العدة .

وقوله تعالى: " وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ " (4) أي أنّ الله سبحانه وتعالى أوجب التربص بالأقراء عقب الطلاق المباح، وهو الطلاق في الطهر، فافتضى أن تصير معتدة بالطهر ليصل اعتدادها بمباح الطلاق، ومن اعتدت بالحيض لم يصل العدة بالطلاق.

فالقول عند المالكية أنّ المرأة تعتدّ وجوبا اذا أطاقت الوطء، لا ان لم تنطقه وإن وطئت بخلوة من رجل بالغ غير محبوب وهو -من كان مقطوع الذكر- لا صبي، لأنّ

1- محمد شحاتة الجندي، نظرات في نظام الاسرة الاسلامية، مطبعة نور الايمان، دط، 2002، القاهرة، ص 419.

2- المرجع نفسه، ص 420.

3- سورة الطلاق، الآية 01.

4- سورة البقرة، الآية 228.

المحبوب فلا عدّة على زوجته بخلوته، و أمّا الخصي -مقطوع الأئنين - فيرجع فيه لأهل المعرفة من أهل الطب هل يولد له فتعدت زوجته أو لا.

ب- من السنّة النبوية: فعن ابن عمر أنه طلق امرأته و هي حائض في عهد النبي صلى الله عليه و سلم فسأل عمر رسول الله صلى الله عليه و سلم عن ذلك فقال: (مره فليراجعه ثم ليمسكها حتى تطهر ثم تحيض، ثم تطهر ثم ان شاء امسك بعد، و إن شاء طلق قبل أن يمس، فتلك العدّة التي أمر الله أن تطلق لها النساء)⁽¹⁾ .

عن عروة بن الزبير عن عائشة أنّها انتقلت حفصة بنت عبد الرحمن حين دخلت في الدّم من الحيضة الثالثة، قال ابن شهاب: " فذكر ذلك لعمره بنت عبد الرحمن فقالت: صدق عروة، وقد جادلها في ذلك ناس فقالوا ان الله يقول: " ثلاثة قروء "، فقالت عائشة: صدقتم، و هل تدرون ما الاقراء؟ الاقراء الأطهار".

ما روى عن عبد الله بن عمر أنّه كان يقول: " إذا طلق الرجل امرأته فدخلت في الدّم من الحيضة الثالثة، فقد برئت منه و برئ منها".

خلاصة القول في المسألة أنّ المطلقة إذا أكملت الأطهار المقررة لها شرعاً بنزول الدّم بعد آخر طهر حلت للأزواج، و يجوز العقد عليها لغير مطلقها برؤيتها الدّم وهي في الحيضة الثالثة، و من تأخر حيضها لعدة تمنع نزوله لمرض، أو كانت مستحاضة، فعدتها من طلاقها سنة كاملة، وأمّا التي تميّز دمّ الحيض من دمّ الاستحاضة فتعدت بثلاثة أقراء كالصّحيحة، ومثل المستحاضة من تأخر حيضها بسبب رضاع ولدها، أو تأخر بلا سبب أي من غير علة و لا كبر سن كمن يرتفع حيضها عند الفرح الشّديد، أو لم تر الحيض منذ بلغت، و تعرف في مصطلح الفقهاء (بالبغلة) أو (البهراء)، فعدتها تسعة أشهر مع ثلاثة أشهر، فتكون التسعة إستبراء لرحمها لأنها مدّة الحمل غالباً، و تعدت بثلاثة أشهر كالصغيرة، فجملة الشهور إثنا عشرة شهراً فتلك سنة، أمّا إن رأت التي تأخر حيضة بعد التسعة أشهر

¹ - نقلا عن بلقاسم شتوان، المرجع السابق، ص 275.

أنتظرت الثانية والثالثة، فإن رأتهما حلت و لو قبل كمال السنّة. وإن رأّت الثانية فقط أنتظرت أحد الأجلين رؤية الدّم، أو كمال السنّة و حلت⁽¹⁾.

ثانيا: العدة الأشهر

تكون واجبة بصفة أصلية في حقّ المرأة، أو تكون واجبة بدلاً عن أصل في حق المرأة التي لم تتحقّق فيها شرائط الأصل:

أ- أمّا كون العدة بالأشهر واجبة بصفة أصلية خلفاً عن أصل لم توجد شرائطه فيكون في حق النسوة اللاتي توفي عنهنّ أزواجهنّ، و لم تكن حاملات. فمتى وجدت إمراة توفي زوجها و لم تكن حاملاً، فإنّ عدّتها تكون بالأشهر و مدّتها أربعة أشهر وعشرة أيّام. بدليل قوله تعالى: "وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا"⁽²⁾، وإنّما كانت العدة في حقّ المتوفى عنها زوجها هذه المدة احتياطاً لحقّ براءة الرّحم و مراعاةً لفترة حداد الرّوجة على زوجها.

ب- ثمّة حالة أخرى تجب العدة فيها بالأشهر أيضاً لكنّها يدلّ عن أصل ثابت عنه وهو الحيض "القروء" و يكون ذلك بالنسبة لكلّ إمراة لا تحيض لسبب من الأسباب التي ذكرناها، و لم تكن حاملاً، وكانّ سبب الفرقة بينها و بين زوجها غير الوفاة. فمتى وجدت إمراة لا تحيض و غير حامل، و غير متوفى عنها زوجها، فإنّ عدّتها تصير الى الأشهر نظراً لأنّها لا تحيض، و مدة العدة في حقّ هذه المرأة ثلاثة أشهر. وسند ذلك قوله تعالى: "وَاللّٰئِي يَمْسَسْنَ مِنَ الْمَحِيضِ مِنْ نِسَائِكُمْ إِنْ ارْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةَ أَشْهُرٍ وَاللّٰئِي لَمْ يَحِضْنَ"⁽³⁾، ومن ذلك يظهر أنّ العدة بالأشهر تكون خلفاً عن أصل هو الحيض، و يبدو أنّ تقدير المدة بثلاثة أشهر مقابل الثلاث حيضات، فكلّ شهر يقوم مقام حيضة، يتم حسابها بالأشهر القمرية، لأنّها الأصل في التقويم الهجري، ولا

¹ - بلقاسم شتوان، المرجع السابق، ص 278.

² - سورة البقرة، الآية 234.

³ - سورة الطلاق، الآية 4 .

يؤثر على ذلك أن يكون أحد الشهور تسعة وعشرون يوماً، وهذا إذا كان ابتداءً العدة مع بداية الشهر أما لو كانت البداية أثناء الشهر، فتحسب المدة تسعون يوماً⁽¹⁾.

المعتبر بالشهور بالأهلة لقوله تعالى: "يَسْأَلُونَكَ عَنِ الْأَهْلِ قُلْ هِيَ مَوَاقِيتُ لِلنَّاسِ وَالْحَجِّ" ⁽²⁾ ، وقوله أيضاً: "إِنَّ عِدَّةَ الشُّهُورِ عِنْدَ اللَّهِ اثْنَا عَشَرَ شَهْرًا فِي كِتَابِ اللَّهِ يَوْمَ خَلَقَ السَّمَاوَاتِ وَالْأَرْضَ مِنْهَا أَرْبَعَةٌ حُرْمٌ" ⁽³⁾.

الشهر القمري أو الهلالي قد يكون ثلاثين يوماً أو تسعة و عشرين يوماً. و كما هو معلوم أنّ الطلاق أو الوفاة قد يصادف أول الشهر، و قد يكون في أثناءه، فإن كان في أول الشهر، فلا خلاف بين الفقهاء في أنّ المعتدة تعتد بثلاثة أشهر قمرية إذا طلقها زوجها، و بأربعة أشهر و عشرًا إذا توفى عنها سواءً أكانت الأشهر كاملة أم ناقصة.

إنما وقع الخلاف فيما إذا كان الطلاق أو الوفاة في أثناء الشهر، فإنّ فقهاء المالكية يرون أنّها تعتدّ بقية الأشهر بالأيام و باقي الشهور بالأهلة، و يكمل الشهر الأول من الشهر الأخير ما يتمّ به ثلاثين يوماً. و قال الحنفية إنّ العدة تعتبر بالأيام ، فعدة المطلقة تسعون يوماً. و المتوفي عنها زوجها بمائة و عشرين يوماً⁽⁴⁾.

تمكث تسعة أشهر لزوال الريبة لأنها مدة الحمل ثم تعتد بثلاثة أشهر وهذا ما ذهب إليه الإمام مالك في حديث عن مالك عن يحيى بن سعيد وعن يزيد بن عبد الله بن قسيط الليثي عن سعيد بن الحبيب أنه قال: " قال عمر ابن خطاب: أيما امرأة طلقت فحاضت حيضة أوحيضتين ثم ارتفعت حيضتها فإنها تنتظر تسعة أشهر فإن بان لها حمل فذلك وإلا اعتدت بعد التسعة أشهر ثلاثة أشهر ثم حلت" ⁽⁵⁾.

¹ - محمد الشحاتة الجندي، المرجع السابق، ص 421.

² - سورة البقرة، الآية 189.

³ - سورة التوبة، الآية 36.

⁴ - بلقاسم شتوان، المرجع السابق، ص 282.

⁵ - باديس ديابي، المرجع السابق، ص 40.

ثالثاً: العدة بوضع الحمل

يكون الإعتداد بوضع الحمل لكلِّ إمراة كانت حاملاً في وقت الفرقة بينها و بين زوجها، سواء أكان سبب الفرقة هو موت الزوج أم كان سببها تطليقه إياها أم كان سببها فسخ الزواج، و سواء أكان الزواج الذي إفترقا منه زواجا صحيحا أم زواجا فاسداً، ومتى وضعت حملها فقد إنقضت عدتها مهما تكن المدة التي بين الفرقة ووضع الحمل، حتى و لو لم تتريص إلا لحظات يسيرة، و العبرة إنما هي بانفصال حملها ظاهر الخلقه أو ظاهر بعض الخلقه، والدليل على ذلك قول الله تعالى: "وَأُولَاتُ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ"⁽¹⁾، فإن كان الذي انفصل عنها علقه أو مضعه لم يظهر تخلقها فإن عدتها لا تنقضي بها ، إذ لا يصدق عليها حينئذ أنها وضعت حملها، كما أنه لا ثقة حينئذ بأنها كانت حاملاً، فتُرد إلى ما ينطبق عليها من ضوابط الأنواع السابقة⁽²⁾.

الفرع الرابع

إنتقال العدة

نقصد بذلك أن يطراً على العدة ما يغير من كيفية أدائها، ليتحول أداؤها إلى كيفية أخرى، و تفسير ذلك أن تكون المرأة ممن تعدت بالحيض، فتنقل عدتها الى الأشهر، وقد يكون إعتداد المرأة بالأشهر، ثم تحيض فتنقل عدتها من الأشهر الى الحيض. وهناك تفصيلاً لبيان هذا التحول، و المسلك الذي يجب على المرأة إتباعه:

أولاً: التحول من الحيض إلى الأشهر

إذا حصل الانفصال بين الرجل و المرأة، و كانت المرأة من ذوات الحيض، و رأت الدم مرة أو مرتين ثم إنقطع حيضها وإمتد طهرها، و جب على المرأة أن تعدت لثلاث

¹ - سورة الطلاق، الآية 04.

² - محمد محي الدين عبد الحميد، المرجع السابق، ص 354.

حيضات⁽¹⁾ وفي أثناء هذه الحيضات، انقطع الدّم و لما تكتمل عدّتها، فإنّ عليها بمقتضى مذهب الحنفية أن تنتظر حتّى تحيض و تكمل عدّتها، و لا يجوز لها أن تتحوّل إلى الأشهر إلّا إذا فقدت الوصف الذي عليها أن تؤدّي به العدة، و حيث أنّها من ذوات الحيض ، فإنّ هذا الوصف لا يزول عنها إلّا ببلوغها سنّ اليأس في الخامسة والخمسين من عمرها، و معنى ذلك هو الترتيب طوال هذه المدة لنجوى على إتباع الأصل، وهو أنّ العدة تكون بالحيض لمن يحضن.

إن التمسك بهذا الأصل أسفر عن وجود أوضاع غير مقبولة في الواقع العملي ذلك أنّ الزوجة قد تكون في مقتبل عمرها، ترغب في الزواج إغافاً لنفسها وتعويضاً لها عن الزواج الأوّل، فإذا ما شرعت في قضاء العدة بالحيض، وانقطع عنها الدّم، وطلب منها الإنتظار حتّى تكتمل عدّتك بالحيض، وقد يكون الدّم انقطع عنها الى غير رجعة، فتبقى معقّفة إلى سنّ الخامسة والخمسين، فيكون في ذلك إرهاب لها وتحمل ما لا تطيق. وقد تلجأ للتخلّص من ذلك إلى الأخبار كذباً بأنّها حاضت ثلاث حيضات، وقولها مصدق، لأنّ هذا أمر لا يعرف إلّا من جهتها². و هذا الإرهاب الذي ينشأ عن الإنتظار أو الأخبار الكاذب، تأباهما القواعد الشرعية، و من ثمّ فإنّ من الممكن أن نعتبر عدة المرأة بالأشهر فنتربص ثلاثة أشهر بعد انقطاع الحيض، و إنتظار فترة يغلب على الظنّ أنّها لن تحيض، وقد يستعان في ذلك بالأطباء الذين إذا ما قرّروا ذلك، انتقلت عدة المرأة إلى الأشهر، و تعدّد المرأة في هذه الحالة ممن ينطبق عليها النصّ القرآني في قوله تعالى: " وَاللَّائِي يَسْنَنَ مِنَ الْمَحِيضِ مِنْ نَسَائِكُمْ إِنْ ارْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ " (3)، ودلالة الآية على ما نراه أنّ هذه المرأة تدخل تحت قوله إن ارتبتم، فلو أنّها لم تبلغ سنّ اليأس إلّا أنّ حيضها مرتاب فيه فتصير عدّتها الى الأشهر وهو ما يدلّ عليه باقي

¹ - بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الاسرة الجزائري، الجزء الاول، الطبعة الرابعة، 2005، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 375.

² - محمد الشحاتة الجندي، المرجع السابق، ص423.

³ - سورة الطلاق، الآية 04.

النص في قوله: "إِنْ ارْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ". و الأخذ بهذا الفرض يحول بين المرأة و بين الكذب الذي اتُّخذ وسيلة للإضرار بالأزواج ، فإن الكثير من النساء لجأن كذباً الى الإدعاء بامتداد طهرهن لتيسير لهن نفقة من الزوج لمدة طويلة، لأن المرأة المعتدة لها النفقة على زوجها ما دامت في العدة ، وفي هذا إضرار بالزوج، بالإضافة إلى الكذب وسلوك الطرق الملتوية من جانب المعتدة .

وقد عالج القانون المصري 1929/25 هذا الوضع بأن نص على أن: لا تسمع الدعوى لنفقة عدة لمدة تزيد على سنة من تاريخ الطلاق ، و إذا كان المشرع المصري قد قضى بذلك على الإضرار بالأزواج بالنسبة لدعاوى النفقة، فإن أمر العدة لم يحسم و هو ما نعتقد أنه من الأفضل الانتقال بالعدة في هذه الحالة إلى الأشهر، بعد تحديد الأطباء لمدة تبقى فيها المرأة بعد إنقضاء الحيض و قبل أن تشرع في الإعتداد بالأشهر، وخاصة وأن تقدير العدة بالأشهر تم بناءً على أن كل شهر يساوي حيضة، و قد تعذر الأصل على المرأة فصارت الى ما يقوم مقامه و هو الأشهر⁽¹⁾.

ثانياً: التحوّل من الأشهر إلى الحيض

العدة بالأشهر تجب في حق الصغيرة التي لم تحض والكبيرة التي لم تر الحيض أصلاً، واليائسة من المحيض، ولكن قد يحدث أن تبدأ المعتدة عدتها بالأشهر ثم ترى دم الحيض قبل إنتهاء عدتها بالأشهر، فعليها أن تستأنف عدتها بالإقراء ولا يحسب ما مضى من الأشهر من عدتها، و الدليل على ذلك أن الأشهر إنما وجبت في حقها بدلاً عن الإقراء ، فإذا قدرت على المبدل الذي هو الإقراء سقط البديل، لأن القدرة على الأصل تمنع إعتبار البديل، كالتيّم مع وجود الماء و القدرة عليه في حق المتيمّم ما لم يتم الصلاة، و كذلك اليائسة من المحيض فإن رؤيتها الدم دليل على أنها لم تكن يائسة ، وأنها أخطأت الظن فقط لأنها كانت ممتدة الطهر.

¹ - محمد الشحاتة الجندي، المرجع السابق، ص 424.

أما إذا رأت دم الحيض بعد انتهاء الأشهر فلا تُستأنف عدّة الإقراء، لأنّ عدّتها قد إنقضت بالأشهر، و حصل المقصود بالبدل.

ثالثاً: تحوّل العدّة من الإقراء أو الأشهر إلى وضع الحمل

فإذا ظهر بالمعدّة حمل من زوجها أثناء عدّة الإقراء أو الأشهر، فإنّ عدّتها تتحوّل إلى العدّة بوضع الحمل، ويسقط ما مضى من عدّتها بالأشهر أو الإقراء، لأنّ وضع الحمل أقوى دلالة على براءة الرّحم من غيره⁽¹⁾.

كما روى عمر بن الخطاب أنّ عدّة المرأة تكون تسعة أشهر، فإذا ظهر أنها حامل فعدّتها بوضع الحمل، و إلاّ إعتدت بثلاثة أشهر بعد هذه الأشهر التسعة، وتكون العدّة حينئذٍ سنة⁽²⁾.

الفرع الخامس

حق المعتدّة في المسكن

إعتبر الشرع الإسلامي السكّنى من الحقوق الشرعية التي تجب حقاً لله تعالى. أو بالتعبير القانوني فإنّ إيجاب السكّنى يتعلّق بالنظام العام الذي لا يجوز للمعدّة التنازل عنه أو تبرئ الزّوج منه ، كما لا يملك الزوج أن يسقطه أو يمنع المعتدّة حقّها في ذلك، و النّص القرآني ينطبق بذلك في وضوح، قال تعالى: " لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخْرُجْنَ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفَاحِشَةٍ مُّبَيِّنَةٍ " ⁽³⁾.

أثبت النّص أنّ للمرأة حقّ السكّنى على الزوج ما دامت معدّة منه، فليس للرجل أن يُخرجها، و لا يجوز لها الخروج أيضاً، لأنّها محتسبة لحقّه إلا أن تأتي

¹ - شتوان بلقاسم، المرجع السابق، ص 286.

² - بلحاج العربي ، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق ،ص 375.

³ - سورة الطلاق، الآية 01.

بفاحشة مبينة فتخرج من المنزل، وهي تشمل الزنا و تشمل ما إذا نشرت المرأة أو بذت على أهل الرجل و أذنتهم في الكلام و الأفعال.

يترتب على ذلك أنّ المعتدة تلزم منزل الزوجية، و لا يجوز لها أن تتركه إلا لضرورة تضررها لذلك، ومن الضرورة أن تخشى السكنى فيه على نفسها أو أولادها أو مالها، لسبب من الأسباب التي تبعث على ذلك، كأن يكون المنزل آيلاً للسقوط .

إنّ العلة في إلزام المعتدة ببيت الزوجية أن تكون في نطاق المكان الذي كانت الحياة الزوجية فيه قائمة، و هذا يحقّق غرض الشارع في تهيئة الفرصة للإصلاح بين الزوجين و مراجعة المعتدة، وحثّ المرأة على الوفاء لزوجها، والإخلاص للعشرة الزوجية السابقة، ما دامت العدة باقية. ولذلك قيل أنّه إذا وجدت ضرورة فخرجت المعتدة من منزل الزوجية فإنّها تقطن في أقرب منزل تحقيقاً للمعاشرة السابقة أو بعضها⁽¹⁾.

¹ - محمد الشحاتة الجندي، المرجع السابق، ص 428.

المطلب الثاني

حقّ المطلقة في العدة قانوناً

من بين الآثار التي يُخلفها الطلاق نجد العدة أي عدّة المرأة المطلقة ويُقصد بها الفترة التي تترىص بها المرأة داخل البيت الزوجية و الحكمة من تشريعها يكمن في أمرين وهما أولاً للتأكد من براءة الرّحم، ثانياً لمنح فرصة للزوجين للتّصالح.

ولقد نظّم المشرّع الجزائري أحكام العدة في المواد 58،59،60،61 ق أ ج (1)، وتنقسم إلى عدّة أنواع وهي عدّة المرأة الحائض، والمرأة المستحاضة ، واليائس من المحيض و عدّة المرأة الحامل، والمشرع الجزائري إستمدّ أحكامها من الشريعة الإسلامية، فعدة الحائض هي ثلاث قروء ، وعدّة المرأة اليائس من المحيض وفقاً للمادة 58 منه، والجدير بالذكر أنّه هناك نوع آخر من عدّة المطلقة وهو عدّة المستحاضة وهي التي لا ينقطع الحيض لمرض أصابها، والتي لا نجد لها حكماً في القانون الجزائري.

الفرع الأول

الأساس القانوني للعدة

لقد سلك المشرع الجزائري النمط الجاري و السلوك المعتاد في سن القوانين، موافقة لمهامه، فهو يعتبر ضابطاً للأحكام و ليس معرفاً و مبيناً للمفاهيم، و بذلك يكون القانون قد ترك ذلك لرجال الفقه يستنبطونه من بين مواد القانون .

ورغم أن المشرع الجزائري لم يبين مفهوم العدة، و لم يأت بتعريف في لفظه أو فحواه، إلا أنه يمكن إيجاد تعريف لها، من خلال مجموعة المواد التي قررت أحكامها، والشروط المقررة في محتواها.

¹ - قانون رقم 84-11 المرجع السابق.

فتبين المادة 58 ق أ ج أنه: "تعد المطلقة المدخول بها غير الحامل بثلاثة قروء، واليأس من المحيض بثلاثة أشهر من تاريخ التصريح بالطلاق"⁽¹⁾، فظاهر النص أن المطلقة المدخول بها تنتظر ثلاثة قروء لتحل بعد مضي الأجل. و يعتبر من أهم ما خالف فيه القانون الشريعة الإسلامية، هو عدم إقرار القانون بالطلاق بإرادة منفردة دون الرجوع إلى القاضي، بل أوجب أن يكون كل طلاق حاصلًا أمام القاضي.

فإذا طلق الرجل زوجته دون الرجوع إلى القاضي، ومرت المدة التي حددها الشارع للعدة تعتبر الزوجة أجنبية عنه في الشريعة الإسلامية، بينما لا تزال زوجته بالنسبة للقانون الجزائري، و هذا ما ينعكس سلبًا في أوساط المجتمع لكون الأسرة غير شرعية طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية بينما تعتبر كذلك في نظر القانون و القضاء.

تقرر المادة 59 ق أ ج بأنه: "تعد المتوفى عنها زوجها بمضي أربعة أشهر وعشرة أيام، وكذا زوجة المفقود من تاريخ صدور الحكم بفقده"، و نستخلص من هذه المادة أن المتوفى عنها زوجها تنتظر أيضًا زمنًا حدده الشارع بأربعة أشهر و عشرة أيام، عند وفاة زوجها و مثلها زوجة المفقود، سواء حصلت الوفاة قبل الدخول أو بعده⁽²⁾.

تنص المادة 60 ق أ ج على أن "عدة الحامل وضع حملها، وأقصى مدة للحمل عشرة أشهر من تاريخ الطلاق أو الوفاة"⁽³⁾.

إن المتمعّن في هذه المواد، يلاحظ أن المشرع قد استقر على جعل الزمن عاملًا أساسيًا في العدة، بل إن العدة ليست إلا تلك المدة التي تترتبها المرأة بعد حدوث سببها، رغم أنها تختلف من معتدة إلى أخرى.

¹ - قانون رقم 84-11، المرجع السابق.

² - سليمان ولد خسال، الميسّر في شرح قانون الاسرة الجزائري، الاصاله للنشر و التوزيع، الطبعة الثانية، الجزائر، 2012، ص 180.

³ - قانون رقم 48-11، المرجع السابق.

الفصل الثاني: الحقوق المعنوية للمرأة المطلقة

أضاف المشرع في المادة 58 من قانون الأسرة: "تعدّ المطلقة المدخول بها غير الحامل بثلاث قروء واليائس من المحيض بثلاثة أشهر من تاريخ التصريح بالطلاق"⁽¹⁾.

يتّضح من نص المادة 59 من قانون الأسرة، أن انتظار هذه المدة قد يكون لدافع آخر هو وفاة الزوج، أي أن يكون أي أن هذه المدة لا تجب على المرأة حتى يتوفى زوجها حقيقة أو حكمها بعد صدور حكم قضائي بالوفاة. أما المادة 60 فقد جاءت عامة لا تنص على سبب بذاته يعد على إثره.

بالرجوع إلى القانون المغربي يتبيّن أنّه نظّم العدة و قسمها إلى عدّة أقسام، وهي عدّة الحامل بوضع الحمل أو سقوطه وذلك في المادة 133 من مدونة الأحوال الشخصية المغربية، وعدّة المرأة الحائض ثلاثة أطهار كاملة، وعدّة المرأة التي لم تحض أصلاً ثلاثة أشهر أو التي يئست من المحيض، فإن حاضت قبل إنقضائها إستأنفت العدة بثلاثة أطهار، وأخيراً عدّة متأخرة الحيض أو التي لم تُميز عن غيره تسعة أشهر ثمّ تعدّ بثلاثة أطهار وهذا حسب المادة 136 من نفس المدونة⁽²⁾، ومن خلال هذا يتبيّن لنا أنّ المشرع المغربي فصلّ ودقق حالات عدّة المطلقة أكثر ممّا جعلها القانون الجزائري الذي تناول فقط عدّة المرأة المطلقة الحائض، اليائس من المحيض و الحامل.

إنّ القانون الاردني كذلك نظّم أحكام العدة الخاصة بالمرأة المطلقة وقسمها إلى عدّة المعتدة التيلم ترى الحيض، فإذا بلغت سن اليأس تعدّ ثلاث أشهر من زمن بلوغها إليه، وإن لم بلغت سنّ اليأس تترى تسعة أشهر تتيمّة للسنة حسب المادة 136 منه⁽³⁾، وعدّة اليائس من المحيض هو ثلاثة أشهر، وعدّة المرأة الحامل هو وضع الحمل، وبذلك يتّضح بأنّ القانون الأردني لم يدرس عدّة المرأة الحامل على خلاف المشرع الجزائري والمغربي كما هو مبين أعلاه .

¹ - قانون رقم 84-11، المرجع السابق.

² - محمد لفروجي، قانون الأسرة، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء المغرب، 2006، ص45.

³ - قانون الاحوال الشخصية الاردني ، المرجع السابق.

عالج القانون التونسي أحكام العدة في فصوله 34،35،36 وقسمها إلى عدة المطلقة غير الحامل والتي جعل مدتها ثلاثة أشهر كاملة، عدة المرأة الحامل هي وضع الحمل⁽¹⁾، ومن هنا يتضح جلياً بأنه لم يُدقق في أحكام العدة وأنواعها، إذ أنه لم يُميز بين عدة المرأة المطلقة الحائض واليائس من المحيض وخصّهما بنفس المدة وهي ثلاثة أشهر، كما أنه حدّد أقصى مدة الحمل بسنة من تاريخ الطلاق على خلاف باقي التشريعات التي حدّدت أقصى مدة الحمل بعشرة أشهر وأدناها ستة أشهر إستنباطاً من الشريعة الإسلامية.

الفرع الثاني

أحكام العدة

أحكام العدة كثيرة ومتنوعة و نوجزها فيما يلي :

1. توجب العدة التوارث بين الزوجين و هو ما نصّ عليه قانون الاسرة الجزائري في المادة 132 منه و التي تنص على: " إذا توفي أحد الزوجين قبل صدور الحكم بالطلاق أو كانت الوفاة في عدة الطلاق، إستحقّ الحيّ منهما الإرث"⁽²⁾.

فترث المعتدة من طلاق رجعي من زوجها إذا توفي أثناء العدة، ولا ترث المعتدة من الطلاق البائن إلاّ إذا أُعْتَبِرَ فاراً من الميراث كأن يطلق في مرض موته و يموت في العدة.

الجدير بالذكر في هذه النقطة أنه قد يحدث ويُطلق الزوج زوجته بفترة قبل اللجوء إلى القضاء، وتمر فترة طويلة على ذلك فتعتبر من الناحية الشرعية مطلقته أجنبية عنه لمرور فترة العدة وبذلك إذا توفي أحدهما بعد انقضاء مدة العدة لا يجوز أن يرث أحدهما الآخر وهذا شرعا، إلاّ أنّه من الناحية القانونية فالزوج إذا طلق زوجته قبل اللجوء إلى القضاء واستصدار حكم بالطلاق وتوفي قبل ذلك فقانونا يرث كل منهما الآخر، وهذا ما يشكل

¹ - مجلة الأحوال الشخصية التونسية ، المرجع السابق.

² - قانون رقم 84-11، المرجع السابق.

تناقضا صارخا بين أحكام الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة في هذه النقطة كما بيّنا ذلك سابقا عند دراستنا، وإستعراضنا للأساس القانوني للعدة .

2. ثبوت نسب الولد الذي تلده المعتدة في أثناء العدة من زوجها السابق، إذا كان هذا الولد قد وقعت ولادته بين أقلّ و أقصى مدة الحمل المحددة في المادة 43 من قانون الاسرة الجزائري و هي سنة أشهر كأقل مدة و عشرة أشهر كأقصى مدة وهذا لقوله تعالى: "الولد للفراش".

3. على المعتدة أن تعتدّ في البيت الذي تسكن فيه إلى وقت الفرقة، و تلتزم بيت الزوجية و لا تخرج منه إلا للضرورة، وهو ما نصّ عليه المشرع الجزائري في المادة 61 من قانون الاسرة في قوله: " لا تخرج الزوجة المطلقة و لا المتوفي عنها زوجها من السكن العائلي ما دامت في عدة طلاقها أو وفاة زوجها إلا في حالة الفاحشة المبينة و لها الحقّ في النفقة في عدة الطلاق"⁽¹⁾، ومنه نستنتج أنه لا تخرج الزوجة المطلقة ولا المتوفي عنها زوجها من السكن العائلي ما دامت في عدة طلاقها أو وفاة زوجها إلا في حالة الفاحشة المبينة.

هذا ما أخذ به المشرع الاردني كذلك في المادة 146 والتي تنص على: "تعتدّ معتدة الطلاق الرجعي و الوفاة في البيت المضاف للزوجين بالسكنى قبل الفرقة وإن طلقت أو مات عنها وهي في غير مسكنها عادت إليه فوراً ولا تخرج معتدة الطلاق من بيتها إلا للضرورة"⁽²⁾.

4. لا يجوز لزوج المعتدة أن يتزوج امرأة محرما لمن فارقتها أثناء عدتها، ولا خامسة وهي في العدة، ولا تحلّ المعتدة للزواج ، فلا تجوز خطبتها تصريحاً إن كانت معتدة من غير وفاة.

¹ - قانون رقم 84-11، المرجع السابق.

² - قانون الأحوال الشخصية الاردني، المرجع السابق.

5. يجب على المعتدة شرعا الحِداد أو الأحداد، أي أن تترك الزينة، ولا تلبس حلياً، ولا تمسّ طيباً، ولا تكتحل ما دامت في العدة، إظهاراً للأسف على وفاة زوجها، أو إنقطاع زوجيتها إذا كان الطلاق بائناً ، ولا يجب الحداد على معتدة صغيرة أو غير عاقلة، ولا على مطلقة رجعية في عدتها، فيستحسن لها أن تتزين لزوجها ليرجعها⁽¹⁾.

¹- بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق ، ص 378.

المبحث الثاني

حق المرأة المطلقة في الحضانة

لقد إهتمّ الإسلام بالفرد منذ ولادته، بل قبل ذلك عندما أمر الرجل أن يختار الزوجة الصالحة ونبّه النبي - صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - إلى أهمية تنشئة الطفل تنشئةً حسنةً صالحةً فقال: "كل مولود يولد على فطرة فأبواه يهودانه، أو ينصرانه أو يمجسانه"⁽¹⁾، فكانت للحضانة في الإسلام أهمية بالغة عند إفتراق الزوجين، وغالبا ما يدفع ثمن هذه الفرقة الأولاد الذين كانوا ثمره زواج ، فجأة يصبحون ضحية الطلاق إذا لم يلتزم الطرفان بالأحكام الشرعية والآداب المرعية، والشرع والقانون يجدان أنّ أحقّ النَّاسِ وأولاهم لرعاية وحضانة الطفل هي الأم ما لم يمنعها مانع شرعي ، وسوف نتطرق في مبحثنا هذا إلى دراسة الحضانة كأثر من آثار الطلاق، وهذا من الناحية الفقهية والقانونية، وما مدى اعتبار الأم أحقّ الناس لحضانة ولدها وما هي أهم الآثار والأحكام الناتجة على ذلك؟

المطلب الأول

حق المطلقة في الحضانة فقهاً

إنّ الحقوق التي تتضمنها الحضانة كثيرة ومتعددة، كما أنّ الجهات التي تتولى الحكم بها وتنفيذها مختلفة، فسوف نحاول تبيان بعض التوجّهات الفقهية الإسلامية وإختلافاتهم في موضوع الحضانة منذ نشأته كحق للمطلقة إلى غاية سقوطه.

¹ - الإمام مالك الموطأ كتاب الجنائز، باب جامع الجنائز حديث رقم 646.

الفرع الأول

تعريف الحضانة وشروط إستحقاقها

تعددت تعاريف الحضانة، فنجد لفقهاء الشريعة الإسلامية تعريفات تكاد تتشابه في ألفاظها ومدلولها، وفيما يخص شروط استحقاقها فقد اختلف الفقهاء في ذلك كونه موضوع حساس، ولا يتم القضاء بالحضانة إلى أيّ طرف إلاّ إذا توفّرت فيه شروط معينة ، مراعاةً لمصلحة المحضون ، فما المقصود بالحضانة وماهي شروط استحقاقها؟

أولاً: تعريف الحضانة

أ - عند المالكية : حصر أصحاب المالكية الحضانة في الأم أو غيرها ممن له الحضانة للصغير أو الصغيرة قبل الطلاق أو بعده ، أو هي ضمُّ الأم ولداها إلى جانبها، واعتزاله إياه لأبيه ليكون عندها فتقوم بحفظه وإمساكه، وغسل ثيابه ، كما تتمثل أيضا في تربية الطفل ورعايته والقيام بجميع أموره في سن معينة ممن له الحق في الحضانة⁽¹⁾.

عرّفها الشيخ أبو زهرة، في أنّها حق يثبت للطفل منذ ولادته وتتضمن ثلاث ولايات، الأولى ولاية على التربية، والثانية ولاية على النفس والثالثة ولاية على المال إذا كان له مال، فالولاية الأولى هي الولاية على التربية فالدور الأول منها يكون للنساء، وهو ما يسمى بالحضانة، وهي تربية الولد في الفترة التي لا يستغني فيها عن النساء ممن لهن الحق في التربية شرعاً⁽²⁾.

كما عرّفها المالكية أيضاً: بأنّها حفظ الولد في مبيته ومؤونة طعامه ولباسه ومضجعه وتنظيف جسمه، وقيل أنّها صيانة العاجز والقيام بمصالحه وخدمته ورعايته وغير ذلك.

¹- محفوظ بن صغير، قضايا الطلاق في الإجتهد الفقهي و قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص ص 281 - 282 .

²- قندوزي دلال، التطبيقات القضائية للحضانة و إشكالاتها القانونية على ضوء الأمر 05-02، مذكرة التخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء الدفعة 18، 2010، ص6.

ج - عرفها الشافعية والحنابلة: بأنها تربية من لا يستقل بأموره ولو كان كبيراً مجنوناً، وتربيته وتتميته بما يصلحه حتى يستقل بنفسه والقيام بشؤونه لوحده.

د - نقد التعاريف: تعريفات الأحناف الثلاث: الأول لم يذكر المحضون له ولا الحكم التكليفي للحضانة ولا مدتها، والثاني قصر الحضانة على الأم دون باقي من لهم الحق في الحضانة، وقصر المحضون له على أبيه دون غيره من باقي الأولياء الشرعيين، كما أنه أغفل ذكر مدة الحضانة وحكمها وسببها، و الثالث أغفل ذكر المحضون له وحكم الحضانة، كما أنّ التعريفات الثلاثة حصرت الحضانة على الطفل الصغير مع أنها تثبت لغير الصغير مثل المجنون والمعتوه والمريض العاجز، كما أنه يمكن إدراج الكفالة في التعريف.

تعريف المالكية: الأول والثاني أغفل ذكر المحضون له والحاضنة ومدة الحضانة وحكمها وسببها، ونفس الشيء بالنسبة للشافعية والحنابلة⁽¹⁾.

ثانياً: شروط إستحقاق الحضانة

أ - الشروط العامة:

- العقل: اتفق جمهور الفقهاء على أنه من شروط الحضانة : العقل، فلا حضانة لمجنون، لأن الحضانة نوع من الولاية فالمجنون بنفسه يحتاج للولاية، فلا يعقل أن تسند الولاية لمن لا ولاية له . كما أنّ حضانة الطفل من قبل حاضن لا يتمتع بشرط العقل، يتعارض مع مصلحة الطفل، وهلاك له في حين أنّ مناط الحضانة هو تحقيق مصلحة المحضون بدفع ضررعه وجلب نفع له. قد ذهب بعض الفقهاء إلى إثبات حق الحضانة لمن يعتريه الجنون نادراً، وجاء في نهاية المحتاج "ولا حضانة لرقيق ومجنون ولو كان متقطعاً"⁽²⁾.

¹- رشدي شحاتة أبو زيد، المرجع السابق ص 45.

²- مليكة قبزيلي، المرجع السابق ص 204.

وقد عقب الدكتور عبد العزيز عامر بأن هذا الرأي غير وجيه، وذلك باحتمال حصول الضرر للطفل⁽¹⁾، وذهب الشافعية بتأييد هذا الإتجاه لجعل حياة المحضون معرضة للخطر، وذهب بعض المالكية إلى أنّ الجنون المتقطع يمنع من الحضانة، وقد جاء في التاج والإكليل أنّ الجنون المتقطع عندهم لا يمنع من الحضانة، لو لم يخش معه على الولد.

نجد أنّ الرأي الراجح هو الرأي الذي أخذ به جمهور الفقهاء ، والذي يسوي بين الجنون المستمر أو المتقطع فهو مانع و هذا محافظة على سلامة المحضون وعدم المجازفة ووضعه في أيدي حاضن قد يعرضه للهلاك.

- **الأمانة على الأخلاق:** فمعنى هذا أن يكون الحاضن أميناً على المحضون في خلقه وسلوكه والإهتمام به، لأنّ الحاضنة التي تغيب عن المحضون طوال النهار وجزء من الليل ولا تنفرغ لتربيته على السيرة الحسنة، وتترك المحضون لمخالطة قرناء السوء لا تكون أمينة ولا قادرة على الحضانة، ولأنّ الحاضنة الفاسقة أو العاهرة تؤثر حضانتها سلباً على شخصية ومستقبل المحضون ، لكن اختلف الفقهاء في مدى اعتبار الفسق مانعاً من موانع الحضانة، فذهب الحنفية، في أنّ الفسق الذي يمنع من الحضانة هو ما يلزم منه ضياع الولد، ووافقهم المالكية إلى حدّ كبير، حيث جاء عنهم " لا حضانة لسكّير، أو مشتهر بزناً أو اللّهُو الحرام"، كما يفهم من فقهاء الشافعية بحيث قالوا: لا حضانة لفاسق ، وتكفي العدالة الظاهرة، وهذا بشرط الشهرة في الفسق.

أما الحنابلة فالفسق هو مانع مطلق عندهم، وخالفهم ابن القيم - رحمة الله عليه - أن الفسق ليس مانع كون منذ مجيئ الإسلام لم يتطرق النبي -صلى الله عليه وسلم- أو أي صحابته كرم الله وجههم إلى الفسق كمانع للحضانة، وأنّ الفاسق ليس بالمتأكد منه أنه يضيع حاضنه، يمكن أن يرعاه و يربيه أحسن تربية⁽²⁾.

¹ - عبد العزيز عامر، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية فقها و قضاء دار الكتاب العربي، القاهرة مصر، 1961، ص 205

² - مليكة قبزيلي، المرجع السابق، ص 206.

الأوفق عندنا حول الفسق بأنه يمكن أن يكون مانعاً، كما يمكن أن لا يصل إلى درجة إسقاط الحضانة، فمعيار الشهرة هو المانع، فإذا كان التمادي في الفسق إلى درجة شهرته وضياع الطفل المحضون أو المساس بمصالحه المادية مثل تبذير الحاضن لماله في السكر وهو معسر مما ينتج عنه إهمال المحضون أو المساس بمصالحه المعنوية من كرامته مثل إشتهار الأم الحاضنة بتعاطي المخدرات وممارسة الدعارة، فسوف تساهم سلباً في تكوين شخصية المحضون.

إختلف الفقهاء في مدى إعتبار تارك الصلاة من الفسق ويُمنع من الحضانة شرعاً، إلا أن المنطق يفرض غير ذلك، لأن ترك الصلاة لا يمس بمصلحة المحضون، وهذا ما ذهب إليه بعض الفقهاء، فعن ابن عبد البر- رحمة الله عليه- أنه قال: "لا أعلم خلافاً بين السلف من العلماء والخلف، في المرأة المطلقة إذا لم تتزوج أنها أحق بولدها عن أبيه ما دام طفلاً صغيراً، لا يميز شيئاً، إذا كان عندها في حرز وكفاية، ولم ينبت فيها فسق ولا تبرج"⁽¹⁾، فبمجرد أن يكون المحضون في حرز وكفاية، ولم تشتهر الأم بالفسق لدرجة الإضرار بمحضونها يثبت حقها في الحضانة.

- القدرة على الحضانة: ويعني بالقدرة هنا القدرة المادية والجسمانية التي تكفل للمحضون ضمان صحته وتربيته تربية حسنة⁽²⁾.

قال المالكية: يشترط في الحاضن القدرة على القيام بشأن المحضون، فلا حضانة لمُسِنَّة، أفعدها سنّها، ولا تقدر على القيام بشؤون المحضون، إلا أن يكون عندها من يحضن ومثل ذلك: العمى، الكبر، الصم و الخرس، المرض المقعد.

أما الشافعية: فقد فرّقوا بين من يتولى الحضانة بنفسه وبين من يشرف عليها فقط، ويشترط أيضاً سلامة الحاضنة من ألم مشغل أو مؤثر، وقال عن العمى الأصح أنه يمنع من الحضانة إذا لم تجد من يتولى عنها ذلك.

¹- أبو عمر يوسف ابن عبد الله بن محمد بن عبد البر. الإستذكار الجامع لمذاهب فقهاء الأمصار و علماء الأقطار. فيما تضمنه الموطأ من معاني الرأي و لآثار، الطبعة الأولى. دار القتيبية . دمشق. 1993. ص. 69.

²- عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص207.

يرى الحنابلة أنه لا حضانة لعاجز عنها كالعمى ، وهناك بعض الفقهاء المعاصرين الذين ألقوا شغل المرأة الحاضنة ، بمثابة عدم القدرة على الحضانة، إلا إذا كانت الوظيفة لا تؤدي إلى إهمال المحضون ، فهنا لا يسقط حقها في الحضانة.

كما أشار إلى ذلك الحنفية بالخروج كل وقت إلى درجة إهمال المحضون، فلا حضانة لمثل هذه الأم⁽¹⁾.

نجد أنّ الرأى الأصوب هو أنّه لا يستلزم للمرأة الحاضنة أن تكون مأكثة في البيت لتربية محضونها وخاصة إن كانت المرأة المطلقة الحاضنة تعيش في كنف عائلتها التي تقوم برعاية الطفل في حين عمل الأم ، بشرط أن يكون العمل مشروع ، ولا يحول بإهمال الطفل مثل عمل الأم طول النهار وجزء من الليل ، وهذا ما وضّحه الدكتور عبد عامر بقوله: والأوفق عندي أن يقال بأن المدرسة والطبيبة وأمثالها اللاتي يعملن عمل مشروع ، ولا يستغرقن إلا جزء من النهار دون الليل، ويمكنها التوفيق بين العمل وواجباتها في الحضانة، فهي مأمونة في الحضانة⁽²⁾.

- **البلوغ:** ذلك لأنه لا يمكن إسناد الحضانة لشخص وإعطائه مسؤولية الولاية على الطفل وهو بنفسه يحتاج للولاية فهذا غير معقول، لأن فاقده الشيء لا يعطيه ، فلو كان للصبى المحضون مثلا أخت غير بالغة فلا تكون أهلاً للحضانة، لأنها هي نفسها تحتاج للحضانة فكيف تحضن غيرها⁽³⁾.

- **إتحاد الدين:** لا خلاف بين الفقهاء أنّ المرتد لا حضانة له سواء كان رجلاً أو امرأة ، لأن الردّة تبيح دم المرتد، وهو محكوم عليه بالموت إن أصرّ على الردّة ، بعد الإستتابة فلا ولاية له على غيره، أمّا إذا كانت المرأة كتابية ففي ذلك رأيان:

1- الحنفية: وهو أنه لا يشترط إتحاد الدين بين الحاضن والمحضون لأن مدار الحضانة الشفقة فهي لا تختلف باختلاف الدين ، لكن تمنع الحاضنة من تغذية المحضون بالمحرمات مثل

¹ - مليكة قبزيلي المرجع السابق ، ص، 207.

² - عبد العزيز عامر، المرجع السابق ، ص 244.

³ - محمد محي الدين عبد الحميد ، المرجع السابق ص، 404.

الخمير ولحم الخنزير، وتبقى هذه الحضانة إلا أن يصبح المحضون عاقل حتى يفهم معنى الدين ، فعند ذلك تسحب الحضانة من الأم إذا كانت تحاول تلقينه دين غير الإسلام .

2 - الشافعية و الحنابلة: إذ قالوا أنه يشترط في الحضانة إتحاد الدين، لأنّ الحضانة ولاية، والولاية لا تثبت لكافر على مسلم كولاية النكاح ، فقد يُعَلَّم الحاضن المحضون الكفر⁽¹⁾.

ب - الشروط الخاصة بالنساء:

- أن تكون غير متزوجة بأجنبي عن الصغير أو بمقرب غير محرم له: فإذا كانت المرأة متزوجة بأجنبي عن الصغير، أو متزوجة بغير ذي رحم محرم له ، فلا حق لها في الحضانة، أما إذا كانت متزوجة بمقرب محرم لصغير كعمه فلا يسقط حقها في الحضانة، والدليل في ذلك قوله-صلى الله عليه وسلم-: " أنتِ أحقُّ به ما لم تتزوجِ " والظاهر في الحديث أنه أسقط الحضانة للمرأة بتزوجها سواء أكان الزوج أجنبي عن المحضون أو قريباً له محرماً لصغير أو غير محرم له، لكن الحنفية والمالكية إعتبروا الزواج المُسقط للحضانة هو زواج الأجنبي، كونه لا يراعي مصلحة الصغير، ولا يحن له لأنه أجنبي عنه⁽²⁾.

- أن تُقيم الحاضنة في بيت لا يبغضه المحضون: معظم الفقهاء يعتبرون أنّ سكن الحاضنة مع من يبغضه المحضون يعرضه للهلاك والأذى، ويعرقل ترعرع الطفل في بيئة سليمة تحفظ له الإستقامة الضرورية على مستوى دراسته أو صحته أو خلقه⁽³⁾.

- إمتناع الأم المطلقة عن حضانة ولدها مجاناً عند إعسار الأب: فهذا يعد مسقط لحضانتها، فعدم الامتناع يعد شرطاً من شروط الحضانة، فإذا كان الأب معسر فلا يستطيع دفع أجرة الحضانة، وقبلت أخرى أن تربيته مجاناً، سقط حق الأولى في الحضانة⁽⁴⁾.

¹- وهيبه الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته ، الأحوال الشخصية ، الطبعة الثانية دار الفكر، سوريا، 1985، ص، 730 .

²- بدران أبو العينين بدران، المرجع السابق، ص ، 552 .

³- المرجع نفسه ، ص، 553.

⁴- ديابي باديس، المرجع السابق، ص 60 .

الفرع الثاني

حكم الحضانة وأدلة مشروعيتها

إنّ النصوص الشرعية أعطت الأولوية لحضانة الطفل إلى الأم، وذلك من القرآن الكريم والسنة والإجماع، وجعلها الأصل في ثبوت الحضانة، وجعل الحكمة الخالصة في ذلك مراعاة مصلحة الطفل المحضون.

أولاً : حكم الحضانة

ذهب المالكية إلى القول أنّ الحضانة من الفروض الكافية للأب والأم إلى غاية الرضاع ، إن لم يكن له أب أو كان معسورا عديم المال، فهي حفظ الولد في بيته وفي ذهابه ومجيئه ، والقيام لمصلحته، كما أنّ كفالة الطفل وحضانتها واجبة لأنه يهلك بتركه⁽¹⁾.

ثانياً: أدلة مشروعية الحضانة

- الأصل في ثبوت الحضانة ، الكتاب، السنة، والإجماع.

أ - مشروعية الحضانة من الكتاب: " وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُنَمِّمَ الرِّضَاعَةَ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ لَا تُكَلَّفُ نَفْسٌ إِلَّا وُسْعَهَا لَا تُضَارَّ وَالِدَةٌ بِوَالِدِهَا وَلَا مَوْلُودٌ لَهُ بِوَالِدِهِ وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَلِكَ " ⁽²⁾.

إن الله سبحانه وتعالى طالب الأمهات بإرضاع أولادهن والحضانة من لوازم الإرضاع، فدلّت الآية على مشروعية الحضانة كما بيّنت أحقية وألوية الأم في إرضاع أولادها من الأجنبيات، لوجود رابطة العطف والرحمة والشفقة، وانتزاع المحضون من أمّه يُعتبر إضرار به وبها⁽³⁾.

¹ - محفوظ بن صغير، الإجتهد القضائي في الفقه الإسلامي و تطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 667.

² - سورة البقرة، الآية 233.

³ - رشدي شحاتة أبو زيد، المرجع نفسه، ص 58.

وقال تعالى: " وَقُلْ رَبِّ ارْحَمْهُمَا كَمَا رَبَّيْنِي صَغِيرًا " (1)، وقد ورد في الآية الكريمة (التربية) على وجه الخصوص ليتذكر العبد شفقة الأبوين وتدل الآية بوضوح الدلالة على إظهار دور الأب والأم سويًا في تربية الولد.

وهذا ما أكده العلم الحديث، حيث ثبت أن حرمان الطفل من أمه الحقيقية أو من يقوم مقامها في تربيته ، يعرض الطفل إلى إنحراف في نموه الوجداني فقد يعجز الطفل بعد ذلك في مستقبل حياته عن تكوين علاقاته الإنسانية السليمة، ومن هنا كان منح الأم الحضانة إجازة طويلة لرعاية الطفل حتى يصل إلى درجة الاستقلال بنفسه(2).

وقال الحصاص: وفي هذه دلالة على أن الأم أحقّ بإمساك الولد ما دام صغيرًا وإن استغنى عن الرضاع بعدها يكون ممن يحتاج للحضانة لأن حاجته إلي الأم بعد الرضاع كما هي قبله³.

قال تعالى: "فَقَالَتْ هَلْ أَدُلُّكُمْ عَلَىٰ أَهْلِ بَيْتٍ، يَكْفُلُونَهُ لَكُمْ وَهُمْ لَهُ نَاصِحِينَ، فَرَدَدْنَاهُ إِلَىٰ أُمِّهِ كَيْ تَقَرَّ عَيْنُهَا وَلَا تَحْزَنَ" (4)، هنا يتحدث القرآن الكريم عن أخت سيدنا موسى عليه السلام أنها قالت لإمرأة فرعون، هل أدلكم على أهل البيت يكفلونه ويتولون نشأته ورعايته.

وقال تعالى: " وَرَبَّائِبُكُمُ اللَّاتِي فِي حُجُورِكُم مِّن نِّسَائِكُمُ اللَّاتِي دَخَلْتُم بِهِنَّ " (5).

الرَّيبِيَّة هي بنت الزوجة من غير الزوج الجديد ولا خلاف بين الفقهاء في تحريم فروع الزوجة المدخول بها، وهذه الآية تدل على مشروعية الحضانة لأنَّ البنت تتبّع أمها وتكون تحت رعايتها وإن لم تكن في بيت زوج أمها الجديد(6).

1- سورة الإسراء، الآية، 24.

2- رشدي شحاتة أبو زيد، المرجع نفسه، ص 60.

3- أحمد بن علي الرازي (الحصاص) ،الجزء الأول، دار المصحف ص.479

4- سورة القصص الآيتان، 12_13.

5- سورة النساء، الآية 23.

6- رشدي شحاتة أبو زيد، المرجع نفسه، ص 62.

ب - دليل مشروعية الحضانة من السنة: ما رواه عمر بن شعيب عن أبيه عن جده عبد الله بن عمر رضي الله عنهما "أن امرأة جاءت إلى رسول الله - صلى الله عليه وسلم - فقالت: يا رسول الله إن إبني هذا كان بطني له وعاء، وثدي له سقاء، وحجري له حواء، وأن أبوه طلقني فأراد أن ينتزعه مني ، فقال رسول الله -صلى الله عليه وسلم- أنتِ أحقُّ به ما لم تتزوج"⁽¹⁾.

في هذا الحديث الشريف قدمت هذه المرأة الحيات التي تتصف بها الأم مما جعل نبينا العادل يحكم لها بأحقيتها في حضانة ولدها عند الفرقة الزوجية وفي هذا الحديث تنبيه على المعنى المقتضى للحكم، وأن العلل و المعاني المعتبرة في إثبات الأحكام مستقرة في الفترة السليمة⁽²⁾.

روي عن أبي هريرة "رضي الله" أن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال:جاءت امرأة إلى رسول الله - صلى الله عليه وسلم - فقالت:إن زوجي يريد أن يذهب بابني وقد سقاني من بئر أبي عتبة وقد نفعني، فقال رسول الله -صلى الله عليه وسلم-: "هذا أبوك وهذه أمك فخذ بيد من شئت"، فأخذ بيد أمه، فإنطلقت به⁽³⁾.

ودلالة هذا الحديث حين يكون الصبي مميز أي بلغ من العمر سبع سنوات وميز بين ميوله لأبيه أو أمه وهو ميول عاطفي.

قال رجل لرسول الله -صلى الله عليه وسلم-: "من أحقُّ الناس بحسب صحابتي؟ قال أمك، ثم من؟ قال أمك، قال ثم من؟، قال أمك، قال ثم من؟ قال أبوك"، وفي ظل هذا الحديث جعل رسول الله صلى الله عليه وسلم - للأُم ثلاث أمثال من الأب، وهذا بسبب ما تنفرد به الأم من دورها في حضانة الطفل، ولا شك في أهمية دور الأب.

ومن طريق مسلم أبو كريب، محمد بن علاء الهمداني ابن فضيل عن أبيه، عن عمارة ابن القعقاع عن أبي زرعة عن أبي هريرة قال: "قال الرجل ، يا رسول الله، من أحق الناس بحسن

¹ - محمد بن أحمد بن محمد بن بطلال الركيبي اليمني، المذهب في فقه الإمام الشافعي، النظام المستعذب في شرح غريب المذهب ، صححه ووضعه الشيخ زكريا عميرت، الجزء الثالث، دار الكتب العلمية ، بيروت، لبنان، ص 164.

² - رشدي شحاتة أبو زيد، المرجع نفسه، ص ص 62-63.

³ - محمد بن أحمد بن محمد بن بطلال الركيبي اليمني ، المرجع السابق، ص 164.

الصحبة؟ قال أمك، ثم أمك، ثم أباك، ثم أدناك أدناك" فهذا النص دلّ على وجوب الحضانة، لأنها صُحبة، وأحقية الأم وأولويتها للحضانة⁽¹⁾.

ج - دليل مشروعية الحضانة للأم من الإجماع: أجمعت الأمة الإسلامية على مشروعية الحضانة، وكفالة الأطفال الصغار كسبيل إلى حفظ النفس البشرية من الضياع.

ولا شك أنّ الطّفّل أو الذي لا يستقلّ بأموره، ضعيف محتاج إلى الرعاية والعون فوجب على الأمة أفراداً أو جماعات حفظ النفس التي كرمها الله تعالى، وذلك بجعلها من أحد الضرورات الخمس.

فقال ابن منذر: أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم، على أنّ الزوجين إذا افترقا ولهما ولد أن الأم أحق به إن لم تتكح.

وكذا قال أبو عمر: لا أعلم خلافاً بين السلف من العلماء في المرأة المطلقة إذا لم تتزوج أنها أحق بولدها من أبيه ما دام طفلاً صغيراً لا يميز شيئاً إذا كان عندها في حرز وكفاية ولم يُثبّت فيها فسق ولا تبرّج⁽²⁾.

يُروى أنّ عمر بن الخطاب قد طلق إمرأته من الأنصار بعد أن أعقب منها ولده عاصماً، فأراه في الطريق فأخذه، فذهبت جدته أم أمه وراءه، وتنازعا بين يدي أبي بكر الصديق فأعطاه إياه، وقال لعمر الفاروق: ريحها ومسها ومسحها وريقها خير له من الشّهد عندك. فهذا الحكم من الخليفة الأول لرسول الله -صلى الله عليه وسلّم-، حضره عدد من الصّحابة ولم ينكره عليه أحد منهم فكان ذلك إجماعاً على أنّ الأم أولى برعاية ولدها.

أمّا من ناحية المنطق والعقل فقد أثبتت الدّراسات بأنّ الأم أكثر إمداداً بالحب والعطف والطمأنينة، وهي قواعد أساسية لنشأة المحضون نشأة سليمة فيما يتلقاه الطفل من التربية منذ ولادته

¹- أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم، المحلّي، الجزء العاشر، إدارة الطباعة المنيرة، مصر، ص، 323.

²- رشدي شحاتة أبو زيد، المرجع نفسه، ص 62-63.

حتى بلوغه سن السابعة يؤثر بشكل واضح في تشكيل الجوانب الشخصية سواء النفسية أو الخلقية أو الاجتماعية طيلة سنوات عمره⁽¹⁾ .

الفرع الثالث

أحكام الحضانة وآثارها

متى أسندت الحضانة للأم التي هي أحقّ بها شرعاً و قانوناً عند إنحلال الرابطة الزوجية، يترتب عن هذا الحق عدة آثار وأحكام سوف نحاول تبيانها من خلال هذا الفرع.

أولاً: أحكام الحضانة

سوف نتطرق إلى الآراء الفقهية حول مدّة الحضانة، ثم مكان الحضانة وحُكم إنتقال الحاضنة منه.

أ - مدة الحضانة: إنّ حضانة الصغار تبدأ منذ الولادة، وهذا شيء منطقي، والاختلاف الوارد بين الفقهاء في المدة التي تستغرقها الحضانة ، وتعرض إلى هذا الاختلاف بين المذاهب كتالي :

1- الحنفية

يرى الحنفية أن مدة الحضانة تمتدّ إلى حين سن التمييز وهو سبعة سنين وبه يفتى، وقيل تسع سنين، والبنت إلى البلوغ وهو تسع سنين وبه يفتى وقيل إحدى عشرة سنة.

وسبب التفرقة بين الذكر والأنثى هو أنّ الغلام يحتاج إلى التخلُّق بأخلاق الرجال، والأب على ذلك أقدر وأقوم، والبنت أحوج إلى تعلُّم آداب النساء والتخلُّق بأخلاقهن، وخدمة البيت، والأم أقدر بذلك⁽²⁾.

¹ - أحمد شامي، قانون الأسرة الجزائري طبقاً لأحدث التعديلات، دراسة فقهية و نقدية مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية ، مصر ص 303 .

² - محفوظ بن الصغير، نفس المرجع، ص 285.

في الظاهر رواية عند الحنفية يفرّق بين حضانة الأم أو الجدّة، وحضانة غيرها، فإن كانت الحاضنة أمّاً أو جدّة بقيت البنت حتى تبلغ مبلغ النساء وإن كانت الحاضنة غيرها بقيت عندها إلى سنّ المراهقة وهي تسع سنين على المفتى به، والأرجح هو ما ذهب إليه الإمام محمد بن الحسن.

كما يرى بعض المتأخرين من الحنفية أنّ الولد إذا بلغ السن المحدودة لإنهاء حضانة النّساء، حكم بإنهاء الحضانة سواء كان يستطيع الإستغناء عن خدمة النساء أو لا يستطيع لعلّة أو جنون أو غير ذلك.

ولمّا كانت الرّواية الظاهرة في المذهب لم تحدد سنّاً معينة لإنهاء الحضانة، وإنّما المدار في إنتهائها إستغناء الولد عن خدمة النساء، إذن فإذا حكم بإنهاء الحضانة ثمّ تبين أنّ الولد بحاجة لخدمة النّساء حكم له بإعادته لحاضنته لأنّ الواجب هو الرّجوع إلى مناط التكليف⁽¹⁾.

2- المالكية

ذهب أصحاب المالكية إلى القول أنّ حضانة الغلام تستمر إلى حين بلوغه، وتقطع حضانته بالبلوغ ولو كان مريضاً أو مجنوناً على المشهور، وأمّا حضانة الأنثى فتستمر إلى حين زواجها والدخول بها⁽²⁾.

3- الشافعية والحنابلة

الشافعية يرون أنه ليس للحضانة مدة معلومة، بل يبقى الطفل عند أمه حتى يميّز ويمكنه بعد ذلك أن يختار أحد أبويه، فإذا وصل إلى هذه المرحلة يخير بين أبيه وأمّه فإذا اختار الولد الذكر أمّه مكث عندها في الليل وعند أبيه في النهار كي يقوم بتعليمه أخلاق الرجال، وإذا كانت المحضون أنثى، إختارت أمّها مكثت عندها ليلاً ونهاراً كون الأنثى تعلّمها أمّها أخلاق النّساء وإن إختار

¹ - بدران أبو العينين بدران، المرجع السابق، ص 561_571.

² - محفوظ بن صغير، قضايا الطلاق في الاجتهاد الفقهي وقانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 286.

الطفل الأب والأم معا أقرع بينهما ، وإن سكت كانت الحضانة للأم، أما الحنابلة فقالوا أن مدة الحضانة هي سبعة سنين للولد و للبنات حتى الدخول بها⁽¹⁾.

4- الجعفرية

فالمشهور فيهم أنّ مدّة الحضانة للأم بنسبة للغلام سنتان وهي أقصى مدة للرّضاع وبعدها يضمّ للأب إن كان موجوداً، فإن كان غير موجود أو كان غير أهلٍ لذلك بقي مع أمّه لأنّه لا حق لغيرها في الحضانة ما دامت موجودة وعندها الأهلية للحضانة، أمّا الأئمة فمدّة حضانة أمّها لها فتتمتد إلى سبع سنين في المشهور، أمّا في غير المشهور فحضانتها للفتى فهي سبع سنوات، وللفتاة إلى تسع سنين⁽²⁾.

وقيل أنّ للذكر بعد بلوغه سن الخامسة عشر فيكون له حقّ إختيار أحد الأبوين - قال الحلبي في الأحكام الجعفرية، ولا شكّ أنّ قول الإمامية ذلك مقيد بعدم الضّرر على الطفل بأخذه من الأم بعد سنتين أو السبع، وعلى كل حال إذا لم يظالهما الأب يجبر على أخذهما إذا أبت الأم بقاءهما عندها، أو كان في بقائهما ضرر⁽³⁾.

ب - مكان الحضانة وانتقال الحاضنة منه:

1- مكان الحضانة: إذا كانت المطلقة معتدة من طلاق رجعي أو بائن لا يكون لها الخروج من البيت الذي تعتدّ فيه طوال مدة العدة حتى ولو أذن لها مطلقها بالخروج أو السفر، لأنّ إقرارها في مسكن العدة هو واجب عليها، ولا يجوز لها إبطال حق الشرع، ويقول جلّ شأنه " ولا تخرجن من بيت الزوجية، ولا يخرجن إلاّ أن يأتين فاحشة مبينة " ⁽⁴⁾.

¹- بدران أبو العينين، المرجع السابق، ص569.

²- محمد مصطفى شلبي، المرجع السابق ، ص564.

³- بدران أبو العينين بدران ، المرجع نفسه ص ص 569_570.

⁴- سورة الطلاق، الآية01.

وإذا إنقضت عدتها فلا يبق معنى لإلزامها بالبقاء بالمحزون في بيت الزوجية، فلها أن تنتقل بولدها إلى مكان آخر من نفس البلد الذي بدأت الحضانة فيه⁽¹⁾.

2- انتقال الحاضنة: الحكم يختلف تبعاً لقرب البلد الذي تريد الحاضنة الانتقال إليه وبعده عن البلد الأول فإذا كان ذلك البلد قريباً جاز لها الانتقال إليه، بشرط أن يكون من نوع البلد الأول أو أفضل منه، فيجوز لها الانتقال من مدينة إلى مدينة أخرى، أو من قرية إلى قرية أخرى، أو من قرية إلى مدينة، ولا يجوز لها الانتقال من مدينة إلى قرية، لأن انتقال طفل ولد في المدينة إلى قرية يضرّ به لإختلاف ظروف ووسائل العيش، إلا إذا كان انتقالها إلى قريتها الأصلية التي عقد فيها عقد الزواج، لأنها تكون في وسط أهلها، فيحاط الطفل بالعطف والحنان منهم، فإن كان البلد الذي تريد الانتقال إليه بعيداً فلا يجوز الانتقال إليه ولو كان من المدن إلا بإذن الأب لما كان ضرراً له لبعد ابنه، وللإضرار بالولد لفقده لرعاية أبيه إلا إذا كان بلدها الأصلي.

وبالنظر لهذه الأحكام السابقة نجد أنّ الحضانة تقوم على مراعاة مصلحة الصغير، ومراعاة حق الوالدين، وذلك بالجمع بين حضانة الصغير بواسطة أمّه أو قريباته، وبين إشراف أبيه عليه حتى لا يضرار والد ولا والدة بسبب الولد، ولا يحرم الصغير من كلا الوالدين.

من هنا قالوا لا يجوز لوالد الصغير الذي هو في حضانة أمه، أن يخرج بالصغير من البلد الذي تقيم فيه أمه سواء أكان البلد قريباً أو بعيداً ما دام في حضانتها إلا بإذنها، لأنّ في هذا الإخراج تفويت لحقها وحق الصغير، إلا إذا سقط حق الأم في حضانتها ولم يكن في البلد الذي هي فيه من ينتقل إليه حق الحضانة شرعاً، فله إخراج الصغير إلى البلد الذي إنتقلت إليه حق الحضانة، فإذا إسترجعت الأم حقها في الحضانة فكان لها إسترجاع محزونها إلى بلد إقامتها الذي هو البلد الذي نشأ فيه حق الحضانة.

¹ - محمد مصطفى شلبي، المرجع السابق، ص753.

ذهب الجعفرية للقول أنه يمنع الأب من إخراج ولده الذي هو في حضانة أمه دون علمها أو موافقتها، فإذا كانت الأم هي من أرادت السفر بالمحضون فليس لها ذلك، سواء كان ذلك قبل العدة أو بعدها إذا كان في ذلك ضرر للولد أو الوالد، فإذا لم ينتج عن الانتقال ضرر لها إذا كان حق الحضانة خاص بها وليس مشترك بين الأبوين، أما إذا كانت الحاضنة غير الأم فلا يجوز لها ذلك إلا بإذن الأب، فإذا سقط حق الأم في الحضانة جاز للأب أن يسافر بولده إلا أن يعود حق أمه في الحضانة، وقال الشافعية والمالكية والحنابلة له السفر في الحالتين⁽¹⁾.

ثانيا: آثار الحضانة

أ - مسكن الحاضنة و أجرته: إذا كانت أم الحاضن مطلقة من أبيه وهي لا تزال في العدة، فإنها تحضنه في مكان قضاء العدة، الذي هو في الأصل بيت الزوجية.

إلا أنّ الإشكال المطروح بالنسبة للأم المطلقة التي إنقضت عدتها، فأين تمارس حق الحضانة، ومن يتحمل مسؤولية إعداد مسكن الحضانة؟

ولقد تعرض فقهاء الشريعة الإسلامية لهذه المسألة، من وجهات نظر مختلفة، وفيما يلي عرض لمواقفهم:

المذهب الأول: الحنفية

ذهب الحنفية على المختار إلى أن للحاضنة أما كانت أم غيرها الحق في المسكن، تقيم فيه هي ومحضونها خلال فترة الحضانة، لكن بشرط أن لا يكون لها مسكن تقيم فيه ويمكنها أن تحضن فيه الولد، ويكون من واجب الزوج المطلق إعداد مسكن يكون لائق للحاضنة، لأن المسكن يعد من قبيل النفقة الواجبة للأب اتجاه ولده، بحيث قال ابن العابدين بعد ذكره فقهاء الحنفية في ذلك " والحاصل أن وجه اللزوم أجره المسكن على من يلزم بنفقة المحضون، فإن السكن من النفقة، وهذا إن لم يكن لها مسكن يمكنها أن تحضن فيه الولد، أمّا لو كان لها مسكن يمكنها أن تحضن فيه الولد ويسكن تبعاً لها فلا تجب الأجرة"، وقال أيضاً: " فينبغي أن يكون هذا توفيق بين

¹ - بدران أبو العينين بدران، المرجع السابق، ص 564_565.

القولين، ولا يخفي أن هذا هو الأرفق للطرفين، فليكن عليه العمل"، وإذا كان القيام بشؤون الصغير يحتاج لخادم، وكان أبوه موسرا، كان للحاضنة أن تطالب أباه، بإحضار خادم أو تقديم أجرته⁽¹⁾.

المذهب الثاني: المالكية

ذهب المالكية على المشهور إلى أن أجره المسكن تقع على الأب سواء كانت الحاضنة أما أو غيرها، وذهب البعض على أن أجره المسكن تقع على الأبوين معا ويحدد القاضي الأجرة والأجزاء، وذهبوا للقول أيضا بوجوب السكن على الأم المطلقة إذا كانت ميسورة الحال والأب معسر.

أما ابن الجوزي فذهب للقول على أن أجره الحضانة تقع على الأب في المشهور، وتؤدي الحاضنة حضانتها من الكراء.

والخلاف عند المالكية كما قال الدردير في حاشيته على مختصر خليل "....إنما هو فيما يخص الحاضنة من المسكن، وأما السكن فيما يخص المحضون ، فعل الأب إتفاقا، ومذهب المدونة الذي به الفتوى أنه على الأب المحضون والحاضنة معا، ولا إجتهد فيه.

المذهب الثالث: الشافعية والحنابلة

ولقد اعتبروا السكن من قبيل النفقة، فلمن تجب النفقة وجب عليه الإسكان ، حيث جاء في نهاية المحتاج - ومؤنتها- ومنها السكن على من تلزمه نفقتها⁽²⁾.

ب - سقوط الحضانة و استردادها: جعلت الشريعة أحقّ الناس لحضانة الولد أمه وذلك لما جعل الله عزّ وجل من رابطة بين الإبن وأمه، لكن هذا ليس بشكل مطلق بل جعل الشرع شروطا يستلزم توفرها لإستحقاق هذه الحضانة وإذا زالت أحد هذه الشروط سقطت الحضانة، وإذا زال المانع إسترجعت الحضانة.

¹ - محمد محي الدين عبد الحميد، المرجع السابق، 411.

² - المرجع نفسه ، ص314.

1- أسباب سقوط الحضانة:

- عدم أهلية المطلقة للحضانة : وذلك بثبوت عجزها عن القيام بواجبات الحضانة، لمرض أو عاهة، وكونها غير مأمونة علة الولد لفسق أو فجر أو سوء سيرة، بحيث تشكل خطراً على أخلاق المحضون⁽¹⁾.
- زواج الأم المطلقة : وذلك لقول رسول الله -صلى الله عليه وسلم-: " أنتِ أحقُّ به ما لم تتكحح "، لأنه إن تزوجت إنشغلت بالإستمتاع مع الزوج الجديد بدل الإنشغال بالحضانة، وإذا طلقت المرأة عادت حضانتها، وقال المزني " إذا كان الطلاق رجعي، لم يعد حق الحضانة لأن النكاح باقٍ "، وهذا خطأ لأن أصل سقوط الحضانة هو التفرغ للزوج الجديد والإستمتاع به، والطلاق الرجعي أو البائن يحرم الإستمتاع، إذن فلا معنى لعدم رجوع الحضانة⁽²⁾.

وقد إستثنى فقهاء المالكية بعض الحالات التي تبقى فيها الحضانة قائمة رغم تزوج الأم بأجنبي عن محضونها ومنها:

- أن لا يقبل المحضون غير الأم.
- أن يكون الحاضن الذي يلي درجة الأم في الحضانة وهو الأب، له مانع من موانع الحضانة .
- تنازل الأم عن الحضانة أو الامتناع عن القيام بها: وهنا يرد خلاف فقهي في مدى إمكانية الأم التنازل عن حضانتها، وهذا واقف على ما إذا كانت الحضانة حق للأم فبإمكانها التنازل عنها، وبينما إذا كان حق للمحضون أي واجب على الأم فهنا لا يمكنها التنازل عنها، وبينما إذا كان حق مشترك⁽³⁾.

¹- مليكة قبزيلي، المرجع السابق، ص 224.

²- أبي حامد محمد بن محمد بن محمد الغزالي، الوجيز في فقه الإمام الشافعي، المرجع السابق ص 165.

³- مليكة قبزيلي، المرجع السابق، ص 225

وما رجحه الكثير من الفقهاء القدامى والمعاصرين أن الحضانة هي حق مشترك بين الحاضن والمحضون، وليس حقا خالصا لأحدهما، وغاية الأمر أن حق المحضون أقوى ولأنّ حقه في الحضانة لا يسقط أبداً، أمّا من جانب الحاضنة فهو حق قابل للإسقاط.

وبناءً على هذا فيمكن للحاضنة التنازل عن حضانتها بشرط وجود حاضن ممن هو أهل لذلك ولا يشكل ضرراً على المحضون⁽¹⁾.

• الإنتقال بالولد المحضون: عند الحنفية فإذا كانت الأم معتدة من طلاق رجعي فليس لها الانتقال من مسكن العدة، بالمحضون أو دونه وهذا ما رأيناه سابقاً.

فإذا كانت عدتها منقضية فلا يمكن انتقالها إلى بلد بعيد لعدم حرمان الأب من أبوته، وحرمان الطفل من رعاية أبيه، إلا إذا أذن لها الأب، وانتقال الحاضنة يكون وفق الشروط التي ذكرناها سالفاً في أحكام الحضانة.

2- عودة الحضانة

اختلف الفقهاء في مدى إمكانية رجوع الحضانة كالتالي:

أ- المالكية: ولقد ميّزوا بين حالتين:

الحالة الأولى: إذا كان سبب سقوط الحضانة إضطرارياً أو لعذر شرعي، مثلاً مرض الأم الحاضنة، أو لسفر اضطراري، أو لسفرة الحج، فبعد زوال العذر أوجب للأُم المطالبة بحقها قبل مرور سنة من زوال العذر.

الحالة الثانية: إذا أسقطت الأم حضانتها بمحض إرادتها دون عذر مثل تزوجها مثلاً فلا يحق لها إسترجاع حضانتها بعد زوال رابطتها الزوجية إلا برضا أب الحاضن.

ب- الحنفية والمالكية والشافعية: ويرون أنه تعود الحضانة إذا زال المانع، سواء كان المانع إضطرارياً أو غير ذلك، وذهب الشافعية والحنابلة بالقول بعودتها ولو كان إسقاط

¹ محمد مصطفى شلبي، المرجع السابق ص 734

الحضانة من طرف الأم برغبتها ثم أرادت إسترداد حقها، وإختلفوا رواد هذا المذهب حول ما إذا كان حق الحاضنة التي سقط حقها بالزواج يعود إليها ، سواء كان الطلاق رجعيًا أو بائنًا ، أو لا بدّ من إنقضاء العدة فقال الحنفية، إذا كان الطلاق رجعيًا فلا تعود الحضانة حتى تنقضي العدة، لأن الرجعة في حكم الزوجة، أمّا إذا كان الطلاق بائنًا، فيعود حق الأم في الحضانة بعد الطلاق مباشرة، ولو لم تنقض العدة إذ لا ولاية لمطلقها عليها فلا يتضرر الولد بكونه عندها.

وذهب الشافعية والحنابلة إلى عودة حقّ الحاضنة المطلقة في الحال ولو قبل إنقضاء العدة سواء بطلاق رجعي أو بائن⁽¹⁾ .

والرأي الراجح هو ما ذهب إليه المالكي كونه الأقرب إلى المنطق، وهذا لعدم إمكانية إسترجاع الحضانة حين إسقاطها إراديا، لأنه تلاعب بمصلحة وإستقرار المحضون.

¹ - مليكة قبزيلي، المرجع السابق، ص 245.

المطلب الثاني

حق المرأة المطلقة في الحضانة قانوناً

إنّ الأبوين الصالحين هما نواة الأسرة الفاضلة، والأسرة الفاضلة هي نواة المجتمع، والمجتمع الراقى والمزدهر هو مجتمع القانون، ومن بين الظواهر الإجتماعية التي عالجها القانون، الطلاق وآثاره ودراستنا في هذا المطلب تتمحور حول أثر من هذه الآثار ألا وهي الحضانة، بحيث أولاهها القانون أهمية كبيرة، كونها تتعلق بالفرد حين بداية حياته وتكوين نفسه، ويكون تحت تأثيرات خارجية، فهو يولد صفحة بيضاء والمجتمع يكتب فيها ما يشاء، ونظراً لأهميتها فقد عالجتها معظم تشريعات العالم إن لم نقل كلها، ومن بينها التشريع الجزائري والتشريعات العربية، التي لم تختلف كثيراً في موضوعها، كونها مستمدة من مصدر واحد وهو الفقه الإسلامي، فما هي نظرة هذه التشريعات إلى الحضانة كحق للأُم المطلقة ؟

الفرع الأول

التعريف القانوني للحضانة ومدى أحقية المطلقة بها

لقد اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية والتشريعات العربية في بعض نقاط هذا الموضوع، لكن فيما يخص أولوية وأحقيتها للأُم لم يكن موضوع خلاف وذلك لما ورد عن شرع الله وسنة رسوله -صلى الله عليه و سلم -، وتطرق بعض هذه التشريعات لتعريف الحضانة ومن بينها المشرع الجزائري، بحيث اختلفت هذه التعريفات في لفظها لكن لم تختلف كثيراً في مدلولها (1)، و من هنا نتطرق إلى بعض تعريفات الحضانة ثم مدى اعتبار الحضانة حق ثابت للأُم كما يلي :

¹ - باديس ديابي، المرجع السابق، ص49.

أولاً: تعريف الحضانة قانوناً

1- القانون الجزائري: لقد عرفها المشرع الجزائري في المادة 60 من قانون الأسرة بحيث تنص "الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه، و القيام بتربيته على دين أبيه، و السهر على حمايته و حفظه صحة خلقاً"⁽¹⁾.

فالحضانة هي تربية الولد حتى يبلغ أشده، ممّن له حق الحضانة، في المدّة التي لا يستغني فيها عن النساء، وأساس الحضانة هو مصلحة الطفل التي توجب وضعه عند من هو أقدر على الإهتمام به و العناية بشؤونه في كل فترة من فترات حياته⁽²⁾.

2- القانون التونسي: عرفت مجلة الأحوال الشخصية التونسية في المادة 54 بحيث تنص "الحضانة هي حفظ الولد في مبيته و القيام بتربيته"⁽³⁾.

3- القانون المصري: عرفها قانون الأحوال الشخصية المصري خلال نص الفقرتين الأولى و الرابعة من المادة 17 مكرر 3 من المرسوم المعدل بقانون رقم 25 لسنة 1929 المضاف بقانون رقم 100 لسنة 1985 وكذلك المادة 20 المعدلة بقانون رقم 100 لسنة 1985 أنّ الحضانة هي التي تقوم عليها النساء لزوماً خلال المرحلة التي يعجز فيها الصغار عن القيام بمصالح البدن وحدهم.

جاء في حكم محكمة بني سويف الكلية بأن الحضانة هي تربية الطفل ورعايته والإشراف عليه في مدة معينة حسبما جرى عليه العرف.

ليس معناه ملازمة الصغير بحيث لا تفارقه الحاضنة، حيث جاء في تعريف محكمة مصر في حكمها، بأن الحضانة أمانة في يد حاضنته إلا أنّها أمانة من نوع آخر غير الأمانة التي يعبر عنها فقها بالوديعة وهو تسليط المالك غيره على حفظ ماله وهي التي

¹ - قانون 11_84، المرجع السابق.

² - بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 380.

³ - مجلة الأحوال الشخصية التونسي، المرجع السابق .

يعتبر الإمتناع عن ردّها لمالكها غصبا فليس الصغير ملكا لأبيه ولا هو الذي أودعه حاضنته بل شرع هو الذي سلطها علي حضانة الصغير لمصلحته لا لمصلحة أي شخص آخر بل لصالح العام الذي يحتم برعاية الصغار والقيام بتربيتهم إلا أن يتمكنوا الإستقلال بأنفسهم، فجعلت الشريعة حضانة الصغير لنساء إلى سن معينة ثم لرجال بعد ذلك، فإذا كانت الحاضنة قد تجاوزت الحق في إمساكه فلا يقال أنها اغتصبت بل يقال أنها أتت عملاً ينافي مصلحتها ولا جزاء لهذا إلا التضرر على الوجه الوارد بقانون العقوبات، ولم يرتب الشارع على امتناعها إلزامها بنفقة بل تبقى النفقة واجبة على أبيه أو من تلزمه نفقته شرعاً وعليه أن يسلمها للحاضنة ما دام في يدها⁽¹⁾.

ثانياً: حق الأم في الحضانة

نص المشرع الجزائري من خلال المادة 64 ق أج " الأم أولى بحضانة ولدها، ثم الأب، ثم الجدة لأم، ثم الجدة لأب، ثم الخالة، ثم العمّة، ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك، وعلى القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة⁽²⁾، إذن فحق الحضانة حسب المشرع الجزائري يثبت لنساء، والأم هي في الدرجة الأولى، لكون النساء أصبر و أقدر ثم تثبت للأب ، وهذا بعد تعديل بالأمر 02-05 ، بحيث قبل التعديل كانت أم لأم والخالة أولى من الأب في الحضانة، ورتب المستحقين لها مبدئياً بجهة الأم، ثم جهة الأب ، ثم الأقربين الذين يتقدم فيهم رحم الأم على رحم الأب⁽³⁾.

نستنتج من نص المادة بعد التعديل أن المشرع أبقى على حق الأم و قدّم الأب على الجدة لأم والخالة⁴، و يتضح لنا أنّ الحضانة ولو ثبتت للأشخاص الواردين في المادة حسب الترتيب، إلا أنّ هذا الترتيب ليس إلزامياً على القاضي بل له سلطة تقديرية في إسناد

¹ - رشدي شحاتة أبو زيد، المرجع السابق، ص 39_40.

² - قانون رقم، 84_11، المرجع السابق.

³ - بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 381.

⁴ - أحمد شامي، المرجع السابق، ص 308.

الحضانة لمن رآه فيه مصلحة للمحزون⁽¹⁾، وذلك لورود عبارة " مع مراعاة مصلحة المحزون"، ومثال ذلك فيما قضت المحكمة العليا، في الملف رقم 89672-القرار الصادر في 1993/02/23، من المقرر قانوناً أنه لا يمكن مخالفة الترتيب المنصوص عليه في المادة 64 من قانون الاسرة الجزائري، بنسبة للحاضنين إلا إذا ثبت بالدليل من هو أجدر للقيام بدور الحماية و الرعاية للمحزون.

ولما كان ثابتاً- في قضية الحال- أن القرار المنتقد أسقط حضانة الولدين الصغيرين عن الطاعنة، وهي خالتها التي في مرتبة أسبق من الطاعن بحجة أن مرتبة الأب كأستاذ يجعله أقدر على الرعاية و الإنفاق من الخالة مع العلم الإنفاق يكون على الأب⁽²⁾.

عند المشرع المصري: نظمت أحكام الحضانة بمقتضى القانون رقم 25 لسنة 1929 من نص المادة 20 المعدلة بقانون رقم 44 لسنة 1979 على ما يلي: فإذا لم توجد حاضنة من هؤلاء النساء، أو لم يكن منهن أهل للحضانة أو إنقضت مدت الحضانة للنساء، إنتقل الحق في الحضانة إلى العصابات من الرجال بحسب ترتيب الإستحقاق في الإرث .

إذن فحق الحضانة بالنسبة للمشرع المصري هو ثابت للأُم دون منازع ما دامت أهلاً لها، سواء رضي والد الطفل أم لا، لأنها أشفق و أرفق بولدها.

فالحضانة بنسبة لقانون الأحوال الشخصية المصري حق للأبوين حال العصمة الزوجية، وحق للأُم حال إفتراقهما أو لأحد أقاربها حين عدم ثبوته للأُم لمانع ، ثم عند البلوغ الولد سنّاً معيّنة ينتقل الحقّ في الحضانة إلى الرجل لأنه في هذه الحالة أقدر على حمايته و صيانتته من النساء⁽³⁾.

¹- عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 293.

²- ملف رقم 89672-القرار الصادر في 1993/02/23- المجلة القضائية، العدد الخاص باجتهد غرفة

الأحوال الشخصية و المواريث - 2001- ص 166.

³- رشدي شحاتة أبوا زيد، المرجع السابق، ص 104-107 .

أما مدونة الأسرة المغربية في مادتها 163 منها فنجد أنّ المشرع المغربي فقد أعطى الأولوية بعد الأم للأب ثمّ الجدة لأمّ فإنّ تعذر ذلك فللمحكمة أن تقرّر بناءً على ما لديها من قرائن لصالح رعاية المحضون، إسناد الحضانة لأحد الأقارب أكثر أهلية، و في هذا يتبيّن الإختلاف البسيط بينه وبين القانون الجزائري الذي أدرج الجدّة لأب والخالة ثمّ العمّة في قائمة من يستحقّ الحضانة⁽¹⁾.

لكن القانون الأردني إختلف إختلافًا كبيرًا مع القانون الجزائري والمغربي ذلك أنّه منح الأمّ الحق في الحضانة ثمّ يعود هذا الحق لمن تلي الأم من النساء حسب الترتيب المنصوص عليه في مذهب الإمام أبي حنيفة وذلك وفقًا للمادة 164 منه⁽²⁾.

كما نجد في القانون الكويتي أنّه منح حق الحضانة للأمّ ثمّ لأُمها وإنّ علت ثمّ للخالة ثمّ خالة الأمّ ثمّ عمّة الأمّ ثمّ الجدة لأب ثمّ الأب ثمّ الأب ثمّ الأخت ثمّ العمّة ثمّ عمّة الأب فخالة الأب ثمّ بنت الأخ ثمّ بنت الأخت بتقديم شقيق ثمّ لأمّ ثمّ لأب في الجميع وهذا وفقًا للمادة 189 منه ، وهذا القانون رتب الأشخاص الذين يستحقون الحضانة ترتيبًا مختلفًا تمامًا عن باقي التشريعات المذكورة أعلاه⁽³⁾.

¹ - محمد لفروجي، المرجع السابق، ص 49.

² - قانون الأحوال الشخصية الأردني، المرجع السابق.

³ - قانون الاحوال الشخصية الكويتي، المرجع السابق.

الفرع الثاني

شروط إستحقاق الحضانة

لقد كفل الإسلام للطفل الحق في الحضانة، لضمان حسن تربيته و رعايته، و القيام بكافة أموره، حتى يبلغ مبلغ الإستقلال بنفسه شرعا و قانونا، وهذا الأمر يقتضي وضعه بين أيدي مؤهلة لمثل هذه الواجبات، وبناء على هذا سوف نتناول في هذا الفرع، شروط ممارسة الحضانة بنسبة للأم؟

إنّ قانون الأسرة الجزائري على عكس ما جاء في المادة 137 من القانون السوري، والفصل 58 من القانون التونسي، والفصل 98 من القانون المغربي، بحيث لم يخصص نص محدد لهذه الشروط⁽¹⁾، إكتفي بالقول في المادة 62 ق أ ج في الفقرة الثانية " ويشترط في الحاضن أن يكون أهلا للقيام بذلك " ، وفي المادة 67 من الأمر 05-02 بحيث نصت على أنه: "تسقط الحضانة باختلال أحد الشروط الواردة في المادة 62 أعلاه" و المادة 62 هي عبارة عن واجبات الحاضن على محضونه، فالمشرع الجزائري هنا ترك استخلاص هذه الشروط لسلطة التقديرية للقاضي، وذلك لما ورد في نص المادة 222 ق أ ج " كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية"²، وأحكام الشريعة الإسلامية ألزمت الحاضن أن يحوز على شروط الحضانة التي رأيناها في الدراسة الفقهية لهذا المبحث و المتمثلة في البلوغ، القدرة، العقل، الأمانة.....

من خلال الإجتهد القضائي نستنتج أن القضاء الجزائري، أخذ بهذه الشروط و المثال على ذلك القرار الصادر عن المحكمة العليا فيما يخص وجوب توفر شروط الحضانة، ومنها القدرة بحيث جاء في نصه " من المقرر في الفقه الإسلامي وجوب توافر شروط الحضانة

¹ - عبد العزيز سعد، المرجع السابق ص 295.

² - قانون 84-11 المرجع السابق.

ومن بينها القدرة على حفظ المحضون، ومن ثمة فإن القضاء بتقرير ممارسة حق الحضانة دون توافر هذا الشرط يعد خرقاً لقواعد الفقه الإسلامي.

ولما كان ثابتاً في قضية الحال - أن الحاضنة فاقدة للبصر - وهي بذلك تعد عاجزة عن القيام بشؤون أبنائها، ومن ثمة فإن قضاة الإستئناف، بإسنادهم حضانة الأولاد لها وهي على هذا الحال حادوا عن الصواب، وخالفوا القواعد الفقهية⁽¹⁾.

عن المشرع السوري فأخذ بها صراحة في نص المادة 137 من قانون الأحوال الشخصية السوري حيث نصت: "يشترط لأهلية الحضانة البلوغ و العقل و القدرة على صيانة الولد صحة وخلقاً".

أما في مجلة الأحوال الشخصية التونسية فنصت صراحة في نص الفصل 58 : "يشترط في مستحق الحضانة، أن يكون مكلفاً أميناً قادراً على القيام بشؤون المحضون، سالماً من الأمراض المعدية، ويزداد إذا كان مستحق الحضانة ذكراً أن يكون عنده من النساء، وأن يكون محرماً بنسبة للأنثى".

أما المشرع المغربي فجاء في نص المادة 173 من مدونة الأحوال الشخصية المغربي يشترط في من يتولى الحضانة ذكراً كان أم أنثى، البلوغ و العقل و القدرة على تربية الطفل وحفظه.

- أن يكون قادراً على رعايته صحة و خلقاً.

- السلامة من الأمراض الخطيرة و المعدية و المضرة بسلامة و صحة المحضون، وكل ما يحول دون قيام الحاضنة بواجبها نحو ولدها.

- رعاية المحضون بما لا يتعارض مع حق الولي على النفس⁽²⁾.

¹ - أحمد لعور، نبيل صقر، الدليل القانوني للأسرة، دار الهدى، الجزائر، 2007، ص 89.

² - محمد لفروجي، المرجع السابق، ص 51.

الفرع الثالث

آثار الحضانة

إنّ الحضانة بإعتبارها من آثار الطلاق (حق من الحقوق المعنوية للمطلقة) إن لم نقل من أهم الحقوق المعنوية نظرًا لكونها الرّكيزة الأساسية التي تساهم في تربية الطفل المحضون ونشأته، ولذلك نظمها المشرّع تنظيمًا محكمًا بما يتلائم ومصّلحة المحضون إذ أنّه حدّد مدّة الحضانة بدقّة ومكان ممارستها كما نظم أسباب سقوط الحضانة وعودتها وهذا ما سنتناوله كالآتي:

أولاً: مدة الحضانة و مكان ممارستها

أ - مدة الحضانة: نصت المادة 65 قانون الأسرة الجزائري "تتقضي مدة حضانة ذكر ببلوغه عشرة سنوات، والأنثى ببلوغها سن الزواج، وللقاضي أن يمدد مدة الحضانة بالنسبة للذكر إلى ستة عشرة سنة إذا كانت الحاضنة أمًا لم تتزوج ثانية. على أن يراعي في الحكم بانتهائها مصلحة المحضون"⁽¹⁾.

عند تحليل مضمون هذه المادة نجد أنها تتضمن قاعدتين أساسيتين أولهما تتعلق بإنقضاء مدة الحضانة بحكم القانون، وثانيها تتعلق بتمديد مدة الحضانة بحكم المحكمة، وهذا هو الإستثناء في هذه القاعدة ، بحيث جاز للقاضي أن يقضي بتمديد مدة الحضانة للذكر إلى سن سادسة عشر بطلب من الحاضن، لآكن بشرط أن يكون الحاضن طالب التمديد هو الأم ليست متزوجة ثانية مع رجل آخر ليس ذي محرم للمحضون، وهذا عكس الفتاة التي لا يمكن طلب تمديد حضانتها مطلقاً⁽²⁾، والنص لم يُشر لمسألة هامة، وذلك حين رفض الحاضن بعد الحكم بانتهاء الحضانة، والانتقال للجهة التي تسند لها، بسبب تعوّد العيش مع أمه، وما على القاضي إلّا الموازنة بين تطبيق نص المادة، أوالأخذ بعين الإعتبار

¹ - قانون 11_84، المرجع السابق

² - عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص ص 298 - 299

رغبة الصغير، وهذا على أساس الفقرة الثانية من نص المادة التي تقضي بمراعاة مصلحة المحضون⁽¹⁾.

القانون المغربي حدّد مدّة الحضانة ببلوغ سنّ الرّشد القانوني سواءً بالنسبة للذكور والأنثى وعند بلوغ المحضون الخامسة عشر سنة له الحق في إختيار من يحضنه من أبيه أو أمّه حسب المادة 166 منه، وهنا يظهر الإختلاف جلياً مع القانون الجزائري وفقاً لما تمّ شرحه أعلاه⁽²⁾.

أمّا القانون الأردني حدّد مدّة الحضانة ببلوغ المحضون التاسعة بالنسبة للذكر والأنثى سن الحادية عشرة وهذا حسب المادة 161⁽³⁾. ومن هنا يظهر الإختلاف في ما يخصّ مدّة الحضانة بين التشريعات العربية.

ثانياً: عمل الحاضنة

المادة 67 من الأمر 05-02 قانون الاسرة الجزائري الفقرة الثانية، والثالثة تنصان:

" ولا يمكن لعمل المرأة أن يشكل سبباً من أسباب سقوط الحق عنها في ممارسة الحضانة. غير أنه يجب في جميع الحالات مراعاة مصلحة المحضون"⁽⁴⁾.

فقبل تعديل 05 - 02 كان فراغاً قانونياً فيصعب للقاضي تقدير عمل المرأة إن كان مضراً بالمحضون أو ربما هو عكس ذلك كونها شيئاً معنوياً يصعب إثبات ضرر المحضون، فتدخل المشرع من خلال هذا التعديل لملئ الفراغ لعدم التلاعب بمصلحة الصغير كونها من النظام العام ، وخصوصاً أن في المجتمع الجزائري ارتفعت نسبة النساء العاملات، وارتفعت معه دعاوى لإسقاط الحضانة لهن، والمشرع من خلال الفقرة الثانية

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

² - محمد لفروجي، المرجع السابق، ص 49.

³ - قانون الأحوال الشخصية الأردني، المرجع السابق.

⁴ - قانون رقم 11/84 المرجع السابق.

والثالثة من النص المعدل للمادة 67 أقر بعدم سقوط الحضانة للمرأة العاملة ، مع مراعاة مصلحة المحضون، وقد أصاب المشرع في هذا التعديل كون المرأة تحتاج لعمل، وخصوصا أن الأب لا يؤدي أجرة الحاضنة للحاضنة في التشريع الجزائري رغم ثبوت هذا الحق شرعا، ولا تسقط حضانة العاملة إلا إذا ثبت ما يضر بمصلحة المحضون من عملها، وذلك بعد خبرة إجتماعية فردية وجماعية يعينها القاضي بحكم تمهيدي أن مصلحة المحضون في خطر مادي أو معنوي، وعلى أساس مصلحة المحضون قد تسقط الحضانة⁽¹⁾، وهذا الحكم إنفرد به المشرع الجزائري على خلاف باقي التشريعات العربية التي لم تتطرق إليه، وهذا إن دلّ على شيء إنّما يدلّ على تقدم وإزدهار مكانة المرأة في المجتمع الجزائري.

الفرع الرابع

سقوط الحضانة وعودتها

إنّ حق الحضانة لا يثبت للحاضنة بصفة مؤبدة، وإنما هو أداء أوجب شرع والقانون، وإن قامت الحاضنة بواجبها إزاء الحق الثابت لها، قام معها ذلك الحق إلي أن يبلغ المحضون السن القانوني لإستغنائه عن النساء، وإن خرجت المرأة عن قواعد لشرع و القانون بما ينافي مصلحة المحضون أو فقدت شرطا من شروط استحقاقها سقط حقها في الحضانة وإن استعادت شروط استحقاقها عاد حقها على أساس زوال المانع يسترجع الممنوع، إذن فيما هي أسباب سقوط الحضانة قانونا؟

أولا: أسباب سقوط الحضانة

أ - المادة 66 قانون الاسرة الجزائري: "يسقط حق الحاضنة بالتزوج بغير قريب محرم، وبالتنازل ما لم يضر بمصلحة المحضون"⁽²⁾.

فالمادة أعلاه نصت على سببين:

¹ - أحمد شامي، المرجع السابق ص 316-317.

² - قانون 11-84 المرجع السابق.

السبب الأول - بزواج الحاضنة بأجنبي، أي بقريب غير محرم، وذلك بناء على دعوى يقيمها الأب أو غيره ممن أسند لهم القانون حق الحضانة ، ولا تسقط بزواج القريب.

السبب الثاني: بتنازل الحاضنة القانونية عن حقها في الحضانة ، ويشترط في هذا التنازل أن يصدر من المحكمة المختصة، وأن لا يضر ذلك التنازل بمصلحة المحضون⁽¹⁾.

ب - المادة 67 قانون الاسرة الجزائري الفقرة الأولى: " تسقط الحضانة باختلال أحد الشروط المنصوص عليها في المادة 62".

وهنا السلطة التقديرية للقاضي في تقدير كل ما قد يضر بصغير سواء في مصلحته المادية أو المعنوية من الواردة في المادة 62 من رعاية و تعليم و القيام بتربية المحضون، و حمايته و حفظه صحتا و خلقا.

فحسب المادة 67 أعلاه فكل إجحاف في هذه الحقوق، تعد الحاضنة غير أهلة للحضانة، فيحول ذلك بإسقاط حضانتها من طرف المحكمة وذلك بطلب من أحد المستحقين من الدرجات الواردة في القانون.

ج - المادة 68 قانون الاسرة الجزائري: "إذا لم يطلب من له الحق في الحضانة مدة تزيد عن سنة بدون عذر سقط حقه فيه"⁽²⁾.

فسكوت من ثبت له الحق في الحضانة لمدة تزيد عن سنة فهو عبارة عن تنازل ضمني عن حقه، ويسقط بقوة القانون.

د - المادة 70 قانون الاسرة الجزائري: " تسقط حضانة الجدة أو الخالة إذا سكنت بمحضونها مع أم المحضون المتزوجة من قريب محرم"⁽³⁾.

¹ - بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق ص 388 .

² - قانون 84-11 المرجع السابق.

³ - المرجع نفسه.

من تحليل أحكام هذه المادة نعتقد أن بإمكاننا أن هناك عدة عناصر لا بد من توافرها لتطبيق هذه المادة ولتقرير بسقوط الحضانة ، ويتمثل العنصر الأول السكن مع أم المحضون إما مع خالة المحضون، إما جدته من أمه ، والعنصر الثاني أن تأتي هذه الخالة أو هذه الجدة إلى منزل الأم و معها المحضون و تقيم معها في نفس المسكن إقامة مستمرة، والعنصر الثالث أن تكون الأم متزوجة و مع زوج لا تربطه بالمحضون أية قرابة من القرابة المحرمة، وإذا اجتمعت كل هذه العناصر وجب علي من له الحق في انتقال الحضانة له المطالبة القضائية بهذا الحق إذا توفرت فيه شروط الحضانة وإلا لا تطبيق لهذه المادة.

والمشرع سكت عن الحالة التي يقضي فيها الحضانة إلى أم الأب وتسكن في بيت الأب، وأيضا لم يبين قصده من حصر سبب سقوط الحضانة بالمساكنة مع أم المحضون في الخالة والجدة للأم دون غيرها⁽¹⁾.

هـ - المادة 69 قانون الاسرة الجزائري وإذا أراد الشخص الموكول له حق الحضانة أن يستوطن في بلد أجنبي، رجع ذلك إلى سلطة تقديرية للقاضي في إثبات الحضانة له أو إسقاطها عنه ، مع مراعاة مصلحة المحضون⁽²⁾.

من هنا فإن تقرير أسباب سقوط الحضانة أمر موكول للقاضي، انطلاقا من قناعته بمصلحة المحضون والظروف المتعلقة بالقضية⁽³⁾.

يتضح أنّ المشرع الجزائري عالج أسباب سقوط الحضانة من جميع النواحي على غرار القانون الكويتي في المادة 191 منه، و القانون التونسي في المادة 64، والقانون الأردني في المادة 156 الذين أخذوا بنفس أسباب سقوط الحضانة، لكن المشرع المغربي أضاف سببين آخرين لسقوط الحضانة في المادة 175 وهما:

- إذا كان المحضون صغيراً لم يتجاوز 7 سنوات أو إذا لحقه ضرر من فراق أمه .

¹ - عبد العزيز سعد، المرجع السابق ص ص 302-303.

² - قانون 84-11 المرجع السابق.

³ - بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق ص 389.

- إذا كان بالمحزون علة أو عاهة تجعل حضانته مستعصية على غير الأم⁽¹⁾.
- والجدير بالذكر أن القانون المغربي إنفرد لوحده بإضافة هذين السببين .

ثانيا: عودة الحضانة

المادة 71 قانون الاسرة الجزائري " يعود الحق في الحضانة إذا زال سبب سقوطه غير الإختياري" ، وعليه إذا كان حق الأم في حضانة ولدها قد سقط عنها بسبب ناتج عن تطبيق قاعدة قانونية، وليس لطالب الحضانة أي دور في سقوطها، وإذا كان سبب سقوط الحضانة ناتج عن تصرف من مستحق الحضانة و بناء على رغبته واختياره ، فإن حق الحضانة سوف لا يعود مثل تنازل الصريح الطوعي لصاحب الحق في الحضانة أو ناتج عن إهمال للمحزون، أو السكوت الإرادي عن المطالبة في حق الحضانة الثابت لمدة تزيد عن سنة وأن مصلحة المحزون متوفرة عند غيره من مستحقي الحضانة قانونا⁽²⁾.

والجدير بالذكر أن القاضي عندما يحكم بالحضانة عليه أن يحكم بالمقابل بحق الزيارة للطرف الآخر ، كما أنه يجب عليه أن يحكم له بحق الولاية لمن أسند له الحضانة ، أي أن يكون الحاضن هو ولي المحزون وتسري عليه أحكام الولاية المنصوص عليها قانونا، إضافة إلى أن الحاضن يكون مسؤولا عن تعويض أي ضرر يلحقه المحزون بالغير ، وفي فترة الزيارة المسؤول يكون من كان عنده المحزون وقت ارتكاب الخطأ الملحق للضرر .

وصفوة القول فيما يخص مسألة الحضانة بعد قيامنا بدراسة مقارنة بين مختلف التشريعات العربية تبين أنها تشترك كلها في نقطة واحدة ألا وهي مراعاة القاضي لمصلحة المحزون، أي أنه على القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يأخذ بعين الاعتبار دائما مصلحة المحزون .

¹ - محمد لفروجي ، المرجع السابق، ص 51.

² - عبد العزيز سعد المرجع السابق ص 303.

إنّ المركز الحساس للمرأة المطلقة وما ينتج عنه من آثار وخيمة سيما في حالة وجود الأولاد جعل المشرع الجزائري يحاول إحاطة المرأة المطلقة بنوع من الحماية، وذلك بتمكينها من عدة حقوق مادية و معنوية، وهي التي تمت دراستها في هذه المذكرة، إلاّ أنّه رغم ذلك يمكن أن نقول أنّ قانون الاسرة الجزائري بعيداً عن تلبية حاجة المرأة المطلقة إلى بعض الحماية القانونية، وهذا من خلال إغفاله الحديث عن كثير من المسائل ذات الصلة بالحالة الشخصية لها، على غرار التشريعات العربية المقارنة والتي تمت دراستها في هذه المذكرة .

من النقاىص التي لاحظناها في القانون الجزائري فيما يخص آثار الطلاق أو حقوق المرأة المطلقة هم أنّه لم يؤم بتعريف العدة ولم يحدّد بدء سريانها و ترك كلّ ذلك للفقه الذي لم يكن منسجماً مع القانون في هذه النقطة، سيما أنّ الطلاق عندما لا يكون إلاّ بحكم ولا يمكن بدأ حساب العدة إلاّ من تاريخ صدوره، وهذا ما يشكّل ضرراً كبيراً للزوجة المطلقة لأنّ الحكم الصادر بالطلاق عادة ما يكون تنويجاً لخصومة سابقة دامت أشهر إن لم نقل سنوات، وهو ما يجعل المرأة معلقة، وتبقى المرأة على هذه الحال ببدء العدة بعد النطق بالطلاق، كما أنّه يجعل العدة تسري من تاريخ النطق بالطلاق يمكن أن يحدث تناقضاً مع ما نصّت عليه الشريعة الاسلامية إذ أنّه عادة ما يكون الزوج قد طلق زوجته قبل اللجوء إلى القضاء و رفع دعوى الطلاق ، ومن هنا تكون العدة قد بدأت وفقاً للشريعة الإسلامية من تاريخ تلقّط الزوج بالطلاق وقد تنهي مدّتها قبل نطق القاضي بحكم الطلاق، وهنا تصبح المرأة المطلقة أجنبية عن زوجها شرعاً ولا يمكنه مراجعتها إلاّ بعقد جديد، أمّا قانوناً إذا راجعها خلال مدة سريان العدة بعد النطق بالطلاق فلا يحتاج إلى عقد جديد، وهذا ما يولد تناقضاً صارخاً بين الشريعة الاسلامية والقانون، ولذلك على المشرّع الجزائري تدارك هذه المسألة بتنظيمه لأحكام العدة تنظيمياً ينسجم مع مبادئ الشريعة الإسلامية .

لم يكن المشرّع الجزائري كذلك موفّقاً عندما تطرّق لموضوع النزاع حول متاع البيت وهذا بإقتصاره على مادة واحدة ووحيدة وهي المادة 73 من قانون الاسرة الجزائري التي تتحدّث عن النزاع حول متاع بيت الزوجية دون أن تُجيب عن كلّ الإستفسارات التي يطرحها النزاع بصفة جدّية، وذلك بإعطائها لبعض الحل و ليس كلّه وهذا ما فتح الباب أمام الإجتهد القضائي وهذا ما خلق

ممارسة قضائية غير موحّدة. أمّا جانب المتعة التي تناولتها معظم التشريعات العربية والشريعة الإسلامية ودرسها الفقهاء نجدها غائبة تمامًا في قانون الأسرة الجزائري سواءً بلفظها أو مدلولها، وهذا ما جعل القضاة يخوضون في أودية مختلفة فمنهم من إعتزف للمطلّقة بنفقة المتعة مستقلة عن باقي الآثار من نفقة عدّة و تعويض عن طلاق تعسّفي، ومنهم من أكّد أنّ نفقة المتعة هي نفسها التعويض عن الطلاق التّعسّفي المنوه عنها في المادة 52 من قانون الاسرة الجزائري.

وبقي المشرّع صامتاً حول توضيح هذه المسألة بشكل يوحد العمل القضائي، وهذا ما يوجب تدخّل المشرّع الجزائري في هذه النقطة على غرار النقاط المذكورة أعلاه حتّى نكون أمام قانون متوازن ومنسجم مع أحكام الشريعة الإسلامية، ولكي نتفادى وجود اضطراب في الإجتهااد القضائي.

إلاّ أنّه إذا حاولنا أن نقارن بين حقوق المرأة المطلّقة في القانون الجزائري بنوعها المادية والمعنوية مع باقي التشريعات العربية المقارنة التي تمّت دراستها من خلال هذه المذكرة يتبيّن أنّ المشرّع الجزائري قد وُفقَ أكثر في توضيح و تفسير هذه الحقوق مقارنة مع باقي التشريعات العربية، كما نجد أنّه الوحيد الذي جعل مثلاً لمسألة عمل المرأة لا يشكّل عائقاً لممارستها حقّ الحضانة ولم يعتبره سبباً من أسباب سقوطها، وهذه المسألة أغفلتها القوانين العربية المذكورة أعلاه.

أولاً: القرآن الكريم

ثانياً: الكتب

- 1_ أبو إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الفيرزيادي الشرازي، المذهب في فقه الإمام الشافعي، ضبطه و صححه الشيخ زكريا عميرت، الجزء الثالث، دار الكتب العلمية، لبنان، 1995.
- 2_ أبو حامد محمد بن محمد بن محمد الغزالي، الوجيز في فقه الإمام الشافعي، الجزء الثاني، شركة دار الأرقم بن أبي الأرقم للطباعة و النشر، بيروت لبنان، 1997.
- 3- أبو الحسين مسلم بن الحجاج، صحيح مسلم، مكتبة الإيمان، المنصورة، د س ن.
- 3_ أبو عمر يوسف عبد الله بن محمد بن عبد البر، الإستذكار الجامع لمذاهب فقهاء الأمصار فيما تضمنه الموطئ من معاني الرأي و الآثار، دار القتيبية، دمشق، 1993
- 4_ أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم، المحلى، الجزء العاشر، إدارة الطباعة المنيرة، الأزهر، مصر، 1356.
- 5_ أحمد شامي، قانون الأسرة الجزائري طبقاً لأحدث التعديلات، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2010.
- 6_ أحمد لعور، نبيل صقر، الدليل القانوني للأسرة، دار الهدى، الجزائر، 2007.
- 7_ الغوثي بن ملح، قانون الأسرة على ضوء الفقه و القضاء، الطبعة الثانية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2008.
- 8_ باديس ديابي، آثار فك الرابطة الزوجية، دار الهدى ، الجزائر، 2008.
- 9_ بدران أبو العينين بدران، الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين المذاهب السنية الأربعة والمذهب الجعفري و القانون، الزواج و الطلاق، الجزء الأول، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، لبنان، د س.

- 10_ بلحاج العربي، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد، الجزء الأول، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2012 .
- 11 _____ ، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء الأول، الزواج و الطلاق، الطبعة الرابعة، ديوان المطبوعات الجامعية، 2005.
- 12 _____ ، قانون الأسرة وفقا لأحدث التعديلات، الطبعة الرابعة، ديوان المطبوعات الجزائرية، الجزائر، 2010.
- 13_ بلقاسم شتوان، الطلاق في الفقه الإسلامي دراسة أكاديمية مدعمة بالأدلة الشرعية و قانون الأسرة الجزائري، مطبعة المنار، قسنطينة الجزائر، 2011.
- 14_ بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، الطبعة الأولى ، دار الخلدونية، الجزائر، 2008
- 15_ رشدي شحاتة أبو زيد، شروط ثبوت حق الحضانة في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية، مكتبة الوفاء القانونية مصر، 2012.
- 16_ سليمان ولد خسال، الميسر في قانون الأسرة الجزائري و الأمر المعدل له، الطبعة الثانية، دار الأصالة لنشر و التوزيع، الجزائر 2012.
- 17_ عبد العزيز سعد، الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري، الطبعة الثالثة، دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع، الجزائر، 1996.
- 18_ عبد العزيز عامر، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية فقها و قضاء، دار الفكر العربي، مصر، 1961.
- 19_ عبد الفتاح تقية، قانون الأسرة مدعما بأحدث الإجتهدات القضائية و التشريعية دراسة مقارنة، دار الكتاب الحديث، القاهرة مصر 2011.

- 20 _____ ، قضايا شؤون الأسرة من منظور الفقه و التشريع و القضاء، منشورات التالة، الجزائر، 2011.
- 21_ عبد الوهاب خلاف، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية على وفق مذهب أبي حنيفة وما عليه العمل في المحاكم، الطبعة الثانية، دار القلم للنشر و التوزيع، 1990.
- 22_ لحسين بن شيخ آث ملول، المنتقى في قضاء الأحوال الشخصية، الجزء الأول، الطبعة الثانية، دار هومة، الجزائر، 2006.
- 23_ محفوظ بن صغير، قضايا الطلاق في الإجتهد الفقهي وقانون الأسرة الجزائري، دار الوعي لنشر و التوزيع، الجزائر، 2012 م.
- 24_ محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، الطبعة الثالثة، دار الفكر العربي، مصر، 1957.
- 25_ محمد سراج، ضمان العدوان في الفقه الإسلامي، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، لبنان، 1993.
- 26_ محمد شحاتة الجندي، نظرات في نظام الأسرة الإسلامية، مطبعة نور الإيمان، القاهرة، 2002.
- 27- محمد لفروجي، قانون الأسرة، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء المغرب، 2006.
- 28_ محمد محي الدين عبد الحميد، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، المكتبة العلمية، لبنان، 2007.
- 29_ محمد مصطفى شلبي، دراسة مقارنة بين فقه المذاهب السنية و المذهب الجعفري و القانون، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية للطباعة و النشر، لبنان، 1983.

30_ موفق الدين أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامى القدسي الجماعيلي الدمشقي الصالحي الحنبلي، المغنى، الطبعة الثالثة، دار عالم الكتب للطباعة و النشر، المملكة السعودية، 1997.

31_ نبيل صقر ، قانون الأسرة نسا و فقها و تطبيقا، دار الهدى، عين مليلة الجزائر، 2006.

32_ وهبة الزحيلي، نظرية الضمان، دراسة مقارنة، دار الفكر، دمشق، 1982.

33_ يوسف دلاندة، دليل المتقاضي في مادة شؤون الأسرة (الزواج و الطلاق) - دار هومة للطباعة و النشر ، الجزائر، 2009.

_ ثالثا: الرسائل و المذكرات

أ_ أطروحات الدكتوراه.

1_ محفوظ بن صغير، الإجتهد القضائي في الفقه الإسلامي و تطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري، بحث مقدم لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم الإسلامية، قسم الشريعة ، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2008_2009م.

2_ مسعودة نعيمة إلياس، التعويض عن الضرر في مسائل الزواج و الطلاق، دراسة مقارنة، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2009 _ 2010م.

ب _ مذكرات الماجستير ونهاية التكوين:

1_ إبراهيم بسما حسين لافي، إجراءات الدعوى في الطلاق التعسفي، رسالة الماجستير، جامعة آل البيت، الأردن، 2008 _ 2009م.

2_ قندوزي دلال، التطبيقات القضائية للحضانة ، وإشكالاتها القانونية على ضوء الأمر 05-02، مذكرة نهاية التكوين لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، الدفعة الثامنة عشر، 2010.

3_ مليكة قبزيلي، حقوق المطلقة بين الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري، رسالة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في العلوم الإسلامية، تخصص أصول الفقه، كلية العلوم الإسلامية، جامعة الجزائر، 2003 م.

رابعاً: النصوص القانونية

1 _ قانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 يونيو سنة 1984 و المتضمن قانون الأسرة، المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005، ج ر ع 15.

2_مرسوم تنفيذي 06-154 مؤرخ في 11 مايو سنة 2006، يحدد شروط و كيفيات تطبيق أحكام المادة 7 مكرر من قانون رقم 84-11.

3_ قانون رقم 15-01 المؤرخ في 13 ربيع الأول عام 1436هـ الموافق ل4 يناير سنة 2015 المتضمن إنشاء صندوق النفقة، الجريدة الرسمية رقم1، الصادرة في 2015.

4- قانون الأحوال الشخصية الكويتي، المعدل بقوانين أرقام 61 لسنة 1996، و 29 لسنة 2004، و 66 لسنة 2007.

5- مدونة الأسرة المغربية، الصادرة في 03 فبراير 2004.

6- قانون الأحوال الشخصية الأردني لسنة 1976، رقم 61، المعدل برقم 82 لسنة 2001.

خامساً: الأحكام والقرارات القضائية

1_ المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، القرار الصادر في 22/09/1986، ملف رقم 43594، مجلة القانون 1992، عدد 4.

2_ المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية و المواريث، القرار الصادر في 23/02/1993، ملف رقم 89672، المجلة القضائية، 2001.

3_ المحكمة العليا، الإجتهد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، القرار الصادر بتاريخ 1998/02/17، ملف رقم 179126، عدد خاص 2001.

4_ المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية القرار الصادر في 2006/07/12، ملف رقم 358248، عدد 02.

5_ المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، القرار الصادر بتاريخ 1999/03/16، الملف رقم 216836، المجلة القضائية 2001.

6_ المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، القرار الصادر في 1987/12/07 .

01.....	مقدمة.....
04.....	الفصل الأول: الحقوق المادية للمرأة المطلقة.....
05.....	المبحث الأول: حق المطلقة في التعويض عن الطلاق التعسفيو نفقة المتعة.....
07.....	المطلب الأول: التعويض عن الطلاق التعسفي فقها.....
08.....	الفرع الأول: تعريف التعويض فقها.....
09.....	الفرع الثاني: حق المطلقة في التعويض والإختلاف في الحكم به.....
09.....	أولاً: مشروعية التعويض.....
10.....	ثانياً: الإختلاف في الحكم بالتعويض.....
11.....	المطلب الثاني: التعويض عن الطلاق التعسفي قانوناً.....
11.....	الفرع الأول: الأساس القانوني للتعويض عن الطلاق التعسفي.....
12.....	أولاً: طبيعة التعويض عن الطلاق التعسفي.....
15.....	ثانياً: حالات إستحقاق المرأة المطلقة التعويض.....
17.....	الفرع الثاني: العلاقة بين نفقة المتعة والتعويض عن الطلاق التعسفي.....
17.....	أولاً: أوجه التشابه بين المتعة والتعويض.....
18.....	ثانياً: أوجه الاختلاف بين المتعة والتعويض.....
19.....	المبحث الثاني: حق المرأة المطلقة في النفقة.....
19.....	المطلب الأول: حق المرأة المطلقة في النفقة فقهاً.....
20.....	الفرع الأول: إستحقاق المرأة المطلقة للنفقة.....

- أولاً : استحقاق المرأة المطلقة طلاقاً رجعياً للنفقة.....20
- ثانياً : استحقاق المرأة المطلقة طلاقاً بائناً للنفقة.....20
- ثالثاً : استحقاق المرأة المطلقة الحامل للنفقة.....21
- الفرع الثاني: حالات عدم استحقاق المرأة المطلقة للنفقة.....21
- أولاً:النكاح الفاسد ونكاح الشبهة.....21
- ثانياً: نشوز الزوجة.....22
- المطلب الثاني: حق المطلقة في النفقة قانوناً.....22
- الفرع الأول: نفقة المرأة المطلقة قبل الدخول وبعده.....22
- أولاً: المطلقة قبل الدخول.....23
- ثانياً: المطلقة بعد الدخول.....23
- الفرع الثاني: الصندوق الخاص بالنفقة كضمان للمطلقة وأولادها.....24
- أولاً: أسباب إنشاء صندوق النفقة.....25
- ثانياً: المستفيدون من صندوق النفقة.....25
- ثالثاً: شروط وإجراءات الإستفادة من صندوق النفقة.....25
- الفرع الثالث: نفقة الإهمال.....27
- أولاً: إستحقاق المرأة لنفقة الإهمال.....27
- ثانياً: حالات سقوط نفقة الإهمال.....28
- الفرع الرابع: توفير مسكن لممارسة الحضانة أو دفع بدل الإيجار.....28
- المبحث الثالث: حق المرأة المطلقة في متاع البيت.....29

29.....	المطلب الأول: النزاع في متاع البيت فقهاً.....
30.....	الفرع الأول: الإثبات في متاع البيت عند الحنفية والجعفرية.....
30.....	أولاً: عند الحنفية.....
31.....	ثانياً: عند الجعفرية.....
31.....	الفرع الثاني: الإثبات في متاع البيت عند المالكية والشافعية.....
32.....	أولاً: عند المالكية.....
32.....	ثانياً: عند الشافعية.....
33.....	المطلب الثاني: النزاع حول متاع البيت قانوناً.....
34.....	الفرع الأول: النزاع حول وجود المتاع.....
35.....	الفرع الثاني: النزاع حول ملكية المتاع.....
36.....	أولاً: وجود الدليل على ملكية المتاع.....
36.....	ثانياً: عدم وجود دليل على ملكية المتاع.....
40.....	الفصل الثاني: الحقوق المعنوية للمرأة المطلقة.....
40.....	المبحث الأول: حق المرأة المطلقة في العدة.....
41.....	المطلب الأول: حق المرأة المطلقة في العدة فقهاً.....
41.....	الفرع الأول: تعريف العدة.....
41.....	أولاً : تعريف العدة عند الحنفية.....
42.....	ثانياً :تعريف العدة عند المالكية.....
43.....	ثالثاً:تعريف العدة عند الشافعية.....

43.....	رابعاً: تعريف العدة عند الحنايلة.....
43.....	الفرع الثاني: حكمة مشروعية العدة وحكمها.....
44.....	أولاً: حكمة مشروعية العدة.....
46.....	ثانياً: حكم العدة.....
47.....	الفرع الثالث: أنواع العدة.....
47.....	أولاً: العدة بالحيض أو بالقرء.....
50.....	ثانياً: عدة الأشهر.....
51.....	ثالثاً: العدة بوضع الحمل.....
51.....	الفرع الرابع: إنتقال العدة.....
51.....	أولاً: التحوّل من الحيض إلى الأشهر.....
54.....	ثانياً: التحوّل من الأشهر إلى الحيض.....
55.....	ثالثاً: تحوّل العدة من الإقراء أو الأشهر إلى وضع الحمل.....
55.....	الفرع الخامس : حق المعتدة في المسكن.....
57.....	المطلب الثاني: حق المطلقة في العدة قانوناً.....
57.....	الفرع الأول: الأساس القانوني للعدة.....
60.....	الفرع الثاني: أحكام العدة.....
63.....	المبحث الثاني: حق المرأة المطلقة في الحضانة.....
63.....	المطلب الأول: حق المطلقة في الحضانة فقهاً.....
64.....	الفرع الأول: تعريف الحضانة وشروط إستحقاقها.....

64.....	أولاً: تعريف الحضانة
65.....	ثانياً: شروط إستحقاق الحضانة.....
70.....	الفرع الثاني: حكم الحضانة وأدلة مشروعيتها.....
70.....	أولاً : حكم الحضانة.....
70.....	ثانياً: أدلة مشروعية الحضانة.....
74.....	الفرع الثالث: أحكام الحضانة وآثارها.....
74.....	أولاً: أحكام الحضانة.....
78.....	ثانياً: آثار الحضانة.....
83.....	المطلب الثاني: حق المرأة المطلقة في الحضانة قانوناً.....
83.....	الفرع الأول: التعريف القانوني للحضانة ومدى أحقية المطلقة بها.....
84.....	أولاً: تعريف الحضانة قانوناً.....
85.....	ثانياً: حق الأم في الحضانة.....
88.....	الفرع الثاني: شروط إستحقاق الحضانة.....
90.....	الفرع الثالث: آثار الحضانة.....
90.....	أولاً: مدة الحضانة و مكان ممارستها.....
91.....	ثانياً: عمل الحاضنة.....
92.....	الفرع الرابع: سقوط الحضانة وعودتها.....
92.....	أولاً: أسباب سقوط الحضانة.....
95.....	ثانياً: عودة الحضانة.....

96.....	خاتمة.....
98.....	قائمة المراجع.....
	الملاحق
104.....	الفهرس.....

مُلخَص:

إنَّ المشرِّعَ الجزائري قد خطا خطوة مهمة في موضوع الطلاق، وذلك لإقراره لحقوق خاصة بالمرأة المطلقة لم تكن مقررة لها من قبل، سيما بعد التعديل الخاص بقانون الأسرة بموجب الأمر رقم 02/05، الذي منح للمرأة المطلقة الحاضنة حق الحصول على مسكن لائق لممارسة الحضانة، وإن لم يكن بمقدور الزوج المطلِّق توفيره لها حكمت عليه المحكمة أن يدفع لها بدل إيجار مسكن لممارسة الحضانة، وهذا حماية لها ولمحزونيتها، كما أنَّ المشرع نص بصريح العبارة بأنَّ عمل المرأة لا يمكن أن يكون سبباً من أسباب إسقاط الحضانة عنها .

والأهم من ذلك ما كرَّسه المشرع مؤخرًا والمتمثل في سنِّه لقانون خاص بصندوق النفقة، بموجب الأمر رقم 01/15 حمايةً للمرأة المطلقة وأولادها المحكوم لهم بالنفقة من طرف المحكمة، ضماناً للحصول عليها في حالة إمتناع الزوج المطلِّق المحكوم عليه بالنفقة دفعها لهم، حتَّى لا يكونوا عُرضة للحاجة وهذا كله حماية لمصالح المطلقة وأولادها وصيانةً لكرامتها، وهذه الحقوق المكرَّسة مؤخرًا لا نجد لها تطبيقًا ولا وجودًا في قوانين الدَّول العربية المقارنة، والتي تناولناها بالدراسة في هذه المذكرة، ممَّا يؤكد محاولة المشرِّع الجزائري الإهتمام بحقوق المرأة المطلقة سيما لتفشي هذه الظاهرة في السنوات الأخيرة .

Résumé:

Le législateur algérien a franchi une étape importante dans le domaine du divorce, quant à la reconnaissance spéciale du droit de la femme divorcée qui, avant, était minime, surtout après la révision positive du code de la famille par l'ordonnance n° 05/02 ; ceci a engendré l'octroi d'un logement ou la location à une femme divorcée ayant la garde des enfants, et ce, dans le but de les protéger.

Outre cela, la création d'une caisse pour une pension alimentaire a vu le jour avec l'ordonnance n° 15/01.

Dans le cas où le jugement qui a ordonné le paiement d'une pension n'a pas été exécuté, la pension est donc prise en charge par la caisse ; Ceci évitera à la femme d'être dans le besoin.

Comparativement aux pays du grand Maghreb, tous ces avantages sont propres à la loi algérienne.

