

وزارة التعليم العالي و البحث العلمي
جامعة عبد الحميد ابن باديس - مستغانم-

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق



الحماية القانونية للمرأة المطلقة في القانون الجزائري دراسة مقارنة

مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق
تخصص القانون الخاص الأساسي

تحت إشراف الدكتور:

رجوي فعواد

إعداد الطالبة:

بوعزة أمال

لجنة المناقشة:

رئيسا
مشرفا مقروبا
ممتحنا

1- أ/ بن عبد عفيف
2- أ/ رجوي فعواد
3- أ/ بوسعدة جيلالي

السنة الجامعية: 2018/2017

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

شكر وعرفان

الحمد لله و الشكر الذي وفقنا في إتمام هذه المذكرة

نتقدم بجزيل الشكر وعظيم الامتتان، إلى أستاذنا المحترم الدكتور رحوي فؤاد

المشرف على هذه المذكرة، على ما بذله من جهد لإنجاح هذا العمل المتواضع.

ومن ثمة نتقدم بشكر إلى كل أستاذة الحقوق الذين أشرفوا على تدرسنا.

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

كما نشكر كل زملاء و زميلات هذه الدفعة على مساعدتهم لي.

الإهداء

أهدي هذا العمل المتواضع إلى:

روح والدي الطاهرة رحمه الله

إلى من يصعب حصر جميلها والجنة تحت أقدامها أُمي

إلى إبني الوحيد مروان حفظه الله لي

إلى صديقاتي المميزات كريمة و عائشة و نفيسة و مشرية

إلى كل هؤلاء و لي توفيق من الله سبحانه وتعالى...

قائمة المختصرات

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

تعتبر علاقة الزواج من أنبل الروابط لأنها السبيل الشرعي الوحيد لتكوين أسرة أساسها المودة والرحمة لقوله تعالى ((وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ))¹.

فقوام الحياة الزوجية هو التماسك و الرحمة و المودة و التسامح و إحترام الزوجين لبعضهما البعض هذه العوامل لها اثر فعال في سلوك الأولاد بحيث تساعدهم على التوافق النفسي و العقلي و الشعور بالإستقرار في ظل أسرة متماسكة، لذلك فإن إستقرار الحياة الزوجية من الغيات التي حرص على تحقيقها كل من الشريعة و القانون لأن الأصل في عقد الزواج الأبديّة ومن أجل ذلك تعتبر الصلة بين الزوجين من أقدس الصلات و أوثقها لقوله تعالى ((وَأَخَذْنِ مِنْكُمْ مِيثَاقًا غَلِيظًا))².

فالشريعة الإسلامية قد وضعت نظاما وإطارا واضحا 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 الحياه بين الرجل والمرأة فقد أوجدت حولا شرعية لتجنب المشكلات الأسرية طبقا لقوله تعالى : ((فَأَمْسَاكُ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحُ بِإِحْسَانٍ))³.

بإضطراب تلك العلاقة تحل الكراهية محل المودة والرحمة، ويشتد الشقاق، ويصعب الوفاق، و يصبح التنافر هو المتحكم، و القلوب إذا تنافر ودها لا تلتئم مما قد يؤدي لفشل الزواج ويعجز عن تحقيق الهدف المتوخى منه بأي سبب من الأسباب فيكون الفراق أولى كما قال تعالى: ((وَإِنْ يَتَفَرَّقَا يُغْنِ اللَّهُ كُلًّا مِنْ سَعَتِهِ وَكَانَ اللَّهُ وَاسِعًا عَلِيمًا))⁴.

¹ - سورة النساء، الآية 128.

² - سورة النساء، الآية 21.

³ - سورة البقرة، الآية 229.

⁴ - سورة النساء، الآية 130.

لما كان الإسلام ديناً عاماً واقعياً يعمل حساباً لكل الظروف والإحتمالات التي يتعرض لها الإنسان، شرع الطلاق ليتخلص الزوجان من الفاسد والشور التي تترتب على بقاء الحياة الزوجية عند عدم القدرة على استمرارها¹.

فك هذه الرابطة الزوجية يترتب عليها حقوق للمرأة المطلقة والتي تتمثل في التعويض عن الطلاق التعسفي الصادر من الزوج بإرادته المنفردة حيث توجب النفقة عليها ما دامت في عدتها، والتي تختلف هذه الأخيرة من امرأة لأخرى، وإذا كانت هذه العلاقة قد أثمرت أولاداً تستحق هذه المطلقة الحضانة ومسكن لممارستها و دفع بدل الإيجار، وبما أن الزوجان كانا يسكنان في بيت مشتركة قبل الطلاق فإنهما يملكان متاع مشترك بينهما، وعند فك الرابطة يقع نزاع حول هذا المتاع الذي في الغالب يصعب إثبات ملكيته لأحدهما².

لكون قانون الأسرة الجزائري ومعظم التشريعات العربية مستمدة من الشريعة، إلا أنه يلحظ 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 عامة³.

تعتبر الحماية القانونية للمرأة المطلقة من أهم المشاكل التي هي موضوع دراستنا، على اعتبار أن انحلال الرابطة الزوجية تترتب عنه آثار وخيمة على المطلقة والأولاد لكون الحياة الزوجية ذات قدسية عظيمة ووصفها القرآن الكريم بالميثاق الغليظ، ومن هنا حاولت التشريعات العربية ومن بينها التشريع الجزائري بإتباع الشريعة الإسلامية معالجة هذه المشاكل، ويرد إلى أذهاننا التساؤل الآتي:

¹ - محفوظ بن صغير، قضايا الطلاق في الإجتهد الفقهي وقانون الأسرة الجزائري، دار الوعي للنشر والتوزيع، الجزائر، 2012، ص 9 .

² - باديس ديابي، آثار فك الرابطة الزوجية، دار الهدى، الجزائر، 2008، ص 05.

³ - محفوظ بن صغير، المرجع السابق، ص 09.

" إلى أي مدى وفق المشرع الجزائري والتشريعات العربية الأخرى من خلال المنظومة القانونية في توفير حماية قانونية فعالة لحقوق المرأة المطلقة، وهل تتوافق مع أحكام الشريعة الإسلامية ؟ "

للإجابة على الإشكالية المطروحة قسمنا دراستنا إلى فصلين وقد اتبعنا الخطة التالية:

الفصل الأول: الحقوق المادية للمرأة المطلقة، الذي ينقسم بدوره إلى مبحثين، الأول خاص بالحقوق المادية للمرأة المطلقة من الجانب الفقهي، والثاني خاص بالحقوق المادية للمرأة المطلقة من الجانب القانوني .

الفصل الثاني: الحقوق المعنوية للمرأة المطلقة وبدوره ينقسم إلى مبحثين، الأول خاص بالحقوق المعنوية للمرأة المطلقة من الجانب الفقهي، والثاني خاص بالحقوق المعنوية للمرأة المطلقة من الجانب القانوني .

الفصل الأول

الحقوق المادية للمرأة المطلقة

باعتبار أن الطلاق حقيقة شرعية و إجتماعية و إقتصادية بات من الضروري الحفاظ على حقوق المرأة المطلقة وهذه الحقوق كفلها الله سبحانه وتعالى في كتابه الكريم، وذلك نظرا لحساسية مركز الزوجة المطلقة وما ينتج عن الطلاق من آثار لاسيما في الجوانب المادية كما أن المشرع الجزائري إستتبط جل هذه الحقوق من الشريعة الإسلامية.

وتتجسد هذه الحقوق المادية أساسا في إلزام المطلق بدفع لمطلقاته تعويضات جراء الطلاق، فيوجد ما يسمى بالتعويض الذي يكون نتاج إستعمال الزوج لحقه في الطلاق دون أن يكون مبرر تبريرا شرعيا وقانونيا، والمتعارف عليه قانونا **بالتعويض عن الطلاق التعسفي**، وينشأ عن الطلاق أيضا عدة تعدها المطلقة تكون مدتها بحسب وضعها الجسمي والإجتماعي ويلزم المطلق أن يدفع لها مقابل إعتادها وهو ما يسمى **نفقة العدة** كما أنه من المقرر شرعا وقانونا أن نفقة الزوجة واجبة على زوجها مادامت في عصمته ولم يثبت نشوزها ولذلك تستحق المرأة المطلقة نفقة زوجها عليها مادامت في عصمته قبل صدور الحكم بالطلاق وهذا ما يسمى **بنفقة الإهمال**، كما أن الزوجة المطلقة حسب الفقه تستحق نفقة تسمى **بنفقة المتعة** إلا أنه على المستوى القانون الجزائري فإن قانون الأسرة لم يتطرق إلى هذه النفقة ولم يجعلها من الحقوق المادية للمطلقة¹.

والجدير بالذكر أنه يجب التمييز بين الحقوق المادية للمرأة المطلقة بدون أولاد والمرأة المطلقة التي أنجبت اولادا فهذه الاخيرة تستحق نفقة اولادها سيما القصر بإعتبارها صاحبة الولاية عليهم، كما أن للمرأة المطلقة الحاضنة الحق في أن يوفر لها مطلقها مسكن لممارسة الحضانة أو أن يدفع لها بدل إيجار تحددته المحكمة في حالة ما إذا تعذر عليه توفير مسكن لممارسة الحضانة.

¹ - باديس ديابي، المرجع السابق، ص 04.

وأخيرا تجدر الإشارة إلى أن المطلقة لديها الحق في حصولها على المتاع الخاص بها والذي تركته في البيت الزوجية قبل طلاقها، وفي حالة وجود نزاع حول هذا المتاع بينها وبين مطلقها تطبق المادة 73 من قانون الأسرة الجزائري¹.

فهذه الحقوق المذكورة أعلاه هي الحقوق المادية الخاصة بالمطلقة والتي سيتم دراستها بالتفصيل في مبحثين حيث يشمل المبحث الأول الحقوق المادية للمرأة المطلقة من الجانب الفقهي، والمبحث الثاني نعالج فيه الحقوق المادية للمرأة المطلقة من الجانب القانوني.

المبحث الأول

الحقوق المادية من الجانب الفقهي

لقد حدد الفقه الإسلامي الحقوق المادية للمطلقة في النفقة والمسكن أثناء العدة، وفي سكنى الحاضنة، وفي حق المتعة وكذا حقها في المتاع المنزلي.

هذه الحقوق قد تحوزها المرأة كلها، وقد تقتصر على بعضها، وذلك تبعاً لما إذا كان الطلاق رجعياً أو بائناً، وحتى تستحق المطلقة كل أو بعض هذه الحقوق يجب أن يكون الطلاق ناتجاً عن زواج صحيح وتم فيه الدخول، أما إذا تم قبل الدخول، فلا تستحق تلك الحقوق لأنه لا عدة لها.

¹ - قانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 يونيو سنة 1984 والمتضمن قانون الأسرة، المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005.

المطلب الأول

حق المطلقة في التعويض عن الطلاق التعسفي ونفقة المتعة

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 وبناءاً 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 وتعالى للزوج فيجب أن يكون هنالك سبب جدي حتى يستطيع الزوج أن يطلق زوجته وإلا اعتبر هذا الطلاق تعسفياً في حالة ما إذا طلقها بدون مبرر جدي وشرعي، وفي هذه الحالة تستحق المطلقة طلاقاً تعسفياً تعويضاً يسمى التعويض عن الطلاق التعسفي¹.

الفرع الأول

تعريف التعويض فقهاً

لم يتعرض فقهاء الشريعة الإسلامية لتعريف التعويض بوضع نصوص محددة تبين تعريفه، غير أنهم يستعملون اصطلاح الضمان أو التضمين؛ فالضمان عندهم يحمل في طياته ما يقصد به من اصطلاح التعويض عند فقهاء القانون المدني.

فقد ورد الضمان بهذا المعنى على لسان الفقهاء أن الضمان هو "واجب رد الشيء أو بدله بالمثل أو بالقيمة"².

عرفه وهبة الزحيلي بأنه: "الإلتزام بتعويض الغير عما لحقه من تلف المال أو ضياع المنافع أو عن الضرر الجزئي أو الكلي الحادث بالنفس الإنسانية"³.

¹ - باديس ديابي، المرجع السابق، ص 06.

² - محفوظ بن صغير، المرجع السابق، ص 127.

³ - وهبة الزحيلي، نظرية الضمان - دراسة مقارنة- دار الفكر، دمشق، 1982، ص 15.

كما عرفه محمد سراج بقوله: " هو شغل الذمة بحق مالي أوجب الشارع أداءه جبرا لضرار لحق بالغير في ماله أو بدنه أو شعوره سواء نشأ هذا الضرر بمخالفة العقد أو شرط من شروطه أو بارتكاب فعل أو ترك ما حرمه الشارع ذاتا أو مالا¹.

التعويض في الفقه الإسلامي هو الواقعة المنشئة للحق في التعويض أي الواقعة التي كانت سببا في نشوء الحق في التعويض، ويكون ذلك إما بالتعدي الذي يقع من الفاعل وإما بإساءة استعمال الحق بوجه عام.

من خلال ما سبق بيانه يمكن تعريف التعويض بأنه: " عقوبة مالية تجب على الطرف الذي أوقع الضرر بالطرف المتضرر لما أصابه نتيجة استعمال الطرف الأول لحقه بوجه غير مشروع"، أو هو " المال الذي يحكم به على من أوقع ضررا على غيره في نفس أو مال"².

الفرع الثاني

الإختلاف في الحكم بالتعويض للمطلقة

تستحق المطلقة التعويض في الفقه إذا مسها ضرر من الطلاق الذي أوقعه الزوج بغير سبب مبرر، سواء كان الضرر معنويا أو ماديا، ولما كان المقرر في الشريعة الإسلامية أن الاصل في الطلاق الحضر وأنه لا يباح إلا لحاجة ملحة، كان الطلاق التعسفي منهيا عنه نهيا باتا، بل أن صاحبه آثم شرعا، وذلك لتعسفه في استعمال حقه في الطلاق³.

أولا : مشروعية التعويض

إن التعويض عن الضرر أمر مقرر شرعا وعقلا وقانونا وعرفا جبرا للضرر ورعاية للحقوق وزجرا للمعتدين، وتوفيرا للإستقرار، وتحقيقا للعدل.

من السنة أحاديث كثيرة تثبت مشروعية التعويض، ومنها ما روي عن عائشة- رضي الله عنها- قالت: " ما رأيت صانعة طعام مثل صافية أهدت إلى النبي -صلى الله عليه

¹ - محمد سراج، ضمان العدوان في الفقه الإسلامي، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر و التوزيع، لبنان، 1993، ص47.

² - محفوظ بن صغير ، المرجع السابق، ص128.

³ - محفوظ بن صغير، المرجع السابق، ص 129.

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، ويتضح أن المعتدي يلزم برد الشيء ذاته إن أمكن فإن لم يمكن فقيمه أو مثله كما في الطعام والإناء، ومما 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.

ثانيا : الإختلاف في الحكم بالتعويض

لقد أخذ الفقهاء القدامى بمبدأ التعويض عن الطلاق التعسفي من خلال إقرارهم 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: " لا جناح عليكم إن طلقتم النساء "¹ أن الأصل في الطلاق الإباحة، ومن تم لا يعد الزوج المطلق متعسفا، أم ان الأصل في الطلاق الحضر ومن تم فإن المطلق لغير سبب يعد متعسفا، وذلك لأنه 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 ارتكاب هذا المحذور اتقاء لما هو شر منه أباحه الشارع عند تحقق الحاجة إلى الخلاص لأن الضروريات تبيح المحضورات، حيث ذهب فريق من العلماء المعاصرين إلى الأخذ بمبدأ التعويض عن الطلاق التعسفي الذي يطلق فيه الزوج زوجته دون سبب ظاهر يدعو إلى هذا الطلاق².

¹ - سورة البقرة الآية 236 .

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

المطلب الثاني

حق المرأة المطلقة في النفقة

إن نفقة الزوجة واجبة على زوجها ما دامت في عصمته، وذلك لقوله تعالى: "الرجال قوامون على النساء بما فضل الله بعضهم على بعض وبما أنفقوا من أموالهم فالصالحات قانتات حافظات للغيب بما حفظ الله....."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 الزوج².

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 الزوجية³، وباعتبار أنها واجبة على الزوج عند قيام العلاقة الزوجية، فهل تطبق نفس الأحكام حين زوال هذه الرابطة الزوجية؟

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 حكم وامتنع عن التنفيذ، لها أن تتابعه جزائيا، ويسقط حقها في النفقة إذا كانت ناشزا.

¹ - سورة النساء، الآية 34.

² - محمد محي الدين عبد الحميد، الاحوال 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.

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 واختلوا في المطلقة طلاقا بائنا.

ثانيا : استحقاق 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 دينا صحيحا من وقت الطلاق ولا تتوقف على التراضي ولا قضاء القاضي ولا يسقط هذا الدين إلا بالأداء أو الإبراء¹، 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 لامعصية فيه².

أما الحنابلة فرأيهم أن المطلقة طلاقا بائنا لا تستحق النفقة والسكن 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 1480³.

ثالثا : 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 حاملا إلا نفقة السكن لقوله تعالى: " أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِنْ وَجْدِكُمْ "،⁴ أما إذا كانت حاملا فلها النفقة بأنواعها الثلاث لقوله تعالى " وَإِنْ كُنَّ أُولَاتٍ حَمْلٍ فَأَنْفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّى يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ " ⁵.

¹ - باديس ديابي، المرجع السابق، ص 47.

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

³ - أبو الحسين مسلم بن الحجاج، صحيح مسلم، مكتبة الإيمان، المنصورة، ص 723.

⁴ - سورة الطلاق، الآية 6.

⁵ - سورة الطلاق، الآية 6.

الفرع الثاني

حالات عدم استحقاق المرأة المطلقة للنفقة

إن مذهب الإمام أبو الحنيفة النعمان حصر حالات عدم استحقاق المرأة المطلقة للنفقة فيما يلي:

أولاً: النكاح الفاسد ونكاح الشبهة

إذا تم الدخول بناء على عقد زواج فاسد أو كان النكاح نكاح شبهة، وذلك لأنه ما ينتج عن الزواج الفاسد أو زواج الشبهة من آثار يعتبر باطل تطبيقاً للقاعدة الفقهية ما بني على باطل فهو باطل.

ثانياً: نشوز الزوجة

إذا كان فسخ عقد زواج بسبب معصية من الزوجة، أي بمعنى أنه إذا ثبت أن الطلاق بسبب نشوز الزوجة، ففي ثبوت ذلك يسقط عنها الحق في النفقة¹.

الفرع الثالث

معايير تقدير النفقة

لقد حث الله سبحانه تعالى الزوج على التوسعة على زوجته وأولاده في الإنفاق، وذلك مصداقاً لقوله تعالى: "لينفق ذو سعة من سعته ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما آتاه الله لا يكلف الله نفساً إلا ما آتاه سيجعل الله بعد عسر يسراً"².

فمن خلال هذه الآية يتضح أن النفقة تكون بحسب سعة المنفق، وهذا ما أكده فقهاء المالكية حيث اعتبروا أن تقدير النفقة يعتمد على حال الزوج والزوجة والبلد والأسعار، كما

¹ - محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص 384.

² - سورة الطلاق، الآية 07.

أن آراء الفقهاء قد تباينت في هذا موضوع، وذلك على حسب حال الزوج والزوجة، وعلى حسب حالة اليسار والإعسار.¹

المطلب 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 بيينة، فإن أقام أحدهما البيينة حكم له بها²، 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؟

الفرع الأول

النزاع في متاع البيت

إن متاع البيت هو كل ما ينتفع و يتمتع به الزوجان خلال الحياة الزوجية³، لقوله تعالى: "ابتغاء حلية أو متاع"⁴، وقال تعالى: "وتستخرجوا منه حلية تلبسونها"⁵، وقوله تعالى: "أومن ينشأ في الحلية وهو في الخصام غير مبين"⁶، ولقوله: "واتخذ قوم موسى من بعده من حليهم عجلاً جسداً له خوار"⁷، والمعمول به كقاعدة عامة على أنه البيينة على من إدعى واليمين على من أنكر، إذن فما مدى موقف الفقه الإسلامي فيما لو كان الطرفان كلاهما يملكان البيينة أو عكس ذلك؟

¹ - نبيلة بوشفرة، الحقوق المالية للمرأة والطفل بعد الطلاق، مذكرة بحث لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، جامعة فاس-المغرب، سنة 2006، ص 22.

² - محمد مصطفى شلبي، المرجع السابق، ص ص 414-415.

³ - بلقاسم شتوان، المرجع السابق، ص 325.

⁴ - سورة الرعد، الآية 17.

⁵ - سورة النحل، الآية 14.

⁶ - سورة الزخرف، الآية 18.

⁷ - سورة الأعراف، الآية 148.

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 الآخر، وإما أن يقيم كل واحد منهما بينة، وإما ألا يقيم أي واحد منهما بينة أصلاً¹، وأقرت مذاهب الفقه الإسلامي مايلي:

أولاً: عند المالكية

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

وأما إذ لم يكن لأحدهما أية بينة، فإن كان المتاع المتنازع فيه مما لا يصلح إلا للنساء يقضي به للمرأة مع يمينها، وإن كان مما 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 مما هو خاص بالنساء فقط أو خاص بالرجال فقط².

¹ - محمد محي الدين عبد الحميد، المرجع السابق، ص 178.
² - مليكة قبزيلي، حقوق المطلقة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، رسالة مقدمة لنيل درجة ماجستير في العلوم الإسلامية، تخصص أصول الفقه، كلية العلوم السياسية، جامعة الجزائر، 2003، ص 93.

الفرع الثالث

الإثبات في متاع البيت عند الحنفية والجعفرية

إن مسألة النزاع في متاع البيت شأنه شأن باقي المواضيع اختلفت فيه أراء 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 منهما ملكيته، أعتبر كل واحد منهما مدعياً، فأيهما أقام بينة، حكم له بمقتضاها، وهذا دون دون معارضة بينة أخرى، وإن أقام كل واحد منهما بينة رجحت بينة من يثبت خلاف الظاهر، والظاهر هنا عبارة عن صلاحية الاثاث المتنازع فيه لأيهما، فما يصلح للرجال فقط كالكتب ونحوها رجحت فيه البينة للزوجة، وما يصلح للمرأة فقط كالحلي وأدوات الزينة ترجح بينة الزوج ويحكم له بدعواه، وإن كان الشيء يصلح لها كالأواني والمفروشات، وأقام كل منهما بينة سقطت البينتان 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 بينة فيما يصلح للرجال فقط يحكم به للزوج بيمينه، وما يصلح فقط للنساء يحكم به للزوجة بيمينها، ونكولها عن اليمين يعد إقراراً منها للطرف الآخر¹.

وأما ما يصلح لهما معا ففي مذهب الحنفية رأيان:

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

¹ - بدران أبو العنين 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.

وثانيهما لأبي الحنيفة: أن القول للزوج بيمينه، لأنه هو صاحب البيت ويده هي المتصرفة فيه، لكن هذا الرأي يترتب عليه إهدار العرف الجاري بين الناس منذ القدم، فرأي أبي يوسف أولى بالإعتبار ولا يختلف الحكم عنده بين هذه الصورة وبين ما إذا كان الخلاف بين أحد الزوجين وورثة الآخر، أو بين ورثتهما 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 يحكم بالمتاع لمن أدى اليمين¹.

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

المبحث الثاني

الحقوق المادية للمرأة المطلقة من الجانب القانوني

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

المطلب الأول

حق المطلقة في التعويض عن الطلاق التعسفي ونفقة المتعة

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

الفرع الأول

الأساس القانوني للتعويض عن الطلاق التعسفي

قد أورد المشرع الجزائري التعويض في المادة 52 من قانون الأسرة الجزائري التي تنص على: "إذا 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، ويقوم على الضرر الذي يلحق بالزوجة المطلقة معنويا وماديا، لذلك فإذا اجتمع هذان العنصران أو السببان أي التعسف والضرر فإنه يجوز للمطلقة أن تطلب من المحكمة أن تقضي لها بتعويض مالي عما يكون قد أصابها من ضرر، وإذا طلبت ذلك فإنه يجب على القاضي أن يفصل في طلبها فيحكم بتعويضها إذا تبين له أن الزوج متعسف في طلبه الطلاق وأن الزوجة قد تضررت من هذا الطلاق والقاضي له

¹ - قانون رقم 84-11 المرجع السابق.

السلطة التقديرية في تحديد هذا التعويض¹، هذا ما نجده في اجتهاد المحكمة العليا في قرارها الصادر في 2006/07/12 غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 368660، م.م.ع، 2006، عدد 2، ص 483².

أخذ قانون الأحوال الشخصية الأردني بمبدأ التعويض عن الطلاق التعسفي عن استحباب المتعة للمطلقة. وأن 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 مايلي: "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 الاخرى للمطلقة، بما فيها نفقة العدة"³.

أولا: طبيعة التعويض عن الطلاق التعسفي

تبعاً لما ذكرناه فإن التعويض المقرر لصالح الزوجة نتيجة إيقاع الطلاق، لا يخضع للقواعد العامة المنوه عنها في المادة 124 من القانون المدني.

من هنا القول أن الحق المخول للزوج في إيقاع الطلاق يختلف عن نظرية الحق في القانون المدني، إذ أنه من طبيعة خاصة ومن مصدر آخر متمثل في العصمة الزوجية المستمدة أساساً من الشريعة الإسلامية، ذلك أنه بإعتبار أن العصمة الزوجية شرعا وقانونا بيد الزوج، فبذلك فله الحق في إيقاع الطلاق، بإستعمال الرخصة التي منحه إياها الشرع و القانون شرط ألا يتعسف في إستعمالها وإلا وجب عليه تعويض من طلقها تعسفياً⁴.

¹ - عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، ط3، دار هومة، الجزائر، ص306.

² - نقلا عن بلحاج العربي، قانون الأسرة وفقا لأحدث التعديلات، ومعلقا عليه بقرارات المحكمة العليا المشهورة خلال أربع وأربعين سنة، الطبعة الرابعة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2010، ص243.

³ - قانون الأحوال الشخصية الأردني رقم 61 لسنة 1976، المعدل رقم 82 لسنة 2001، جرى تعديل ليصبح من نفقة سنة إلى أن لا يتجاوز نفقة 3 سنوات

⁴ - باديس ديابي، المرجع السابق، ص 07.

لقد أخذ القانون السوري بمبدأ التعويض فقد جاء في المادة 117: "إذا طلق الزوج زوجته وتبين للقاضي أن الزوج متعسف في طلاقها دون سبب معقول و أن الزوجة سيصيبها لذلك بؤس وفاقة، 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 شهريا بحسب مقتضى الحال" ¹، ويفهم من هذه المادة أن المشرع السوري لم يسلب الزوج الحق في طلاق زوجته بل قيده بعدم الإضرار، واعتبر الزوج متعسفا إذا توافر شرطان:

-الأول: أن يطلق زوجته دون سبب معقول.

-الثاني: أن يصيب الزوجة من جراء ذلك بؤس وفاقة، ثم حدد التعويض في الطلاق التعسفي بما لا يتجاوز سنة، و بعد التعديل أصبحت ثلاث سنوات ².

وأن المتعسف في استعمال حق الطلاق مسيء و إساءته هذه يترتب عليها لحوق ضرر بالمطلقة، لأنه في الغالب يطلق لغير حاجة أو سبب يدعو إليه و هذا الضرر الذي يلحق بالمطلقة قد يكون ضررا نفسيا أو معنويا يتمثل في الفرقة، و قد يكون هذا الضرر ماديا يتمثل في إطالة أمد العدة مما يضيع عليها فرصا سانحة للزواج ³.

بعد قراءة المادة 1/52 من قانون الأسرة 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 أنه يجوز للقاضي عندما يحكم بالطلاق أن يحكم للمطلقة بالتعويض عما يكون قد لحقها من ضرر إذا تبين له مما يعتمده الزوج في مبررات الطلاق أن هذا الزوج قد تعسف في طلبه للطلاق تعسفا ألحق ضررا بالزوجة، وإن مبلغ التعويض عن الضرر المادي والمعنوي لا يمكن حصره بل هو متروك للسلطة التقديرية للقاضي ليس بالسناد إلى مدخول الزوج ولا بالإعتماد على وضعه الإقتصادي فقط، وإنما بالإسناد إلى مقدار الضرر نفسه وبالنسبة للزوجة نفسها حيث لا يمكن أن نضع ميزانا واحدا نزن به

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

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

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

⁴ - قانون رقم 84-11، المرجع السابق.

مقدار الضرر وقيمة التعويض ونطبقه على كل مطلقة فيكون الحكم بالتعويض بالنسبة لدرجة التعسف في الطلاق¹.

كما أن المشرع التونسي في الفصل 31 من الكتاب الثاني² يرى أنه إذا كان الطلاق لغير سبب مشروع يدعو إليه وجب على المطلق المتعسف التعويض لما لحق الزوجة المطلقة من أضرار بسبب هذا الطلاق، وعليه متى حكم القضاء بالطلاق مع التعسف أن حكم للزوجة بمبلغ من المال تعويضا لها عن ذلك، طبقا وتكريسا للقاعدة الشرعية " لا ضرر ولا ضرار"³.

منه نجد نفس الإتجاه موقف القضاء الكويتي في المادة 165 الذي قرر بأنه إذا كان الزوج قد أوقع الطلاق بلا مبرر شرعي وجب الحكم عليه لزوجته بالتعويض.

عليه فالتعويض إذن مبدأ أساسي في الطلاق التعسفي، طبقا لأحكام القانون وما استقر عليه أيضا الإجتهد القضائي، باعتبار أن الطلاق تصرف خطير يجب أن يستعمل بحذر، وللضرورة القصوى لما ينتج عنه من تشتت للأسرة وتفكك للمجتمع⁴.

ثانيا: حالات إستحقاق المرأة المطلقة للتعويض

لم يحصر المشرع الجزائري الحالات التي تستحق فيها المطلقة التعويض، وإنما تستشق من المادة 52 قانون الأسرة ومن مجموع قرارات المحكمة العليا و التطبيق العملي للمحاكم و يمكن التمثيل لذلك بما يأتي:

1. أن يتأكد للقاضي من أن الزوج قد تعسف في إستعمال حقه في الطلاق، وذلك من خلال جلسات الصلح التي يعقدها للطرفين، وإذا تبين له أن الزوج قد تعسف، حكم للمطلقة بالتعويض حسب درجة التعسف.
2. أن يتحقق القاضي من أن المطلقة قد لحقها ضرر فعلا من هذا الطلاق سواء كان ماديا أو معنويا، وفي هذه الحالة يحكم لها بالتعويض حسب درجة التعسف.

¹ - عيد العزيز سعد، المرجع السابق، ص306.

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

³ - عيد الفتاح تقيّة، قضايا شؤون الأسرة، منشورات ثالة، الجزائر، 2011، ص67.

⁴ - عيد الفتاح تقيّة، قضايا شؤون الأسرة، منشورات ثالة، الجزائر، 2011، ص68.

3. إذا تمسكت المرأة المطلقة بالرجوع إلى بيت الزوجية و رفض الزوج ذلك وتمسك بطلب الطلاق فإنه في هذه الحالة يعتبر متعسفا في استعمال حقه في الطلاق وهنا يكون من حق الزوج إيقاع الطلاق مقابل إلزامه بتعويض مطلقته عن الضرر اللاحق بها .
4. المرأة المطلقة إذا طلقها زوجها وهو في مرض الموت فإنها تستحق الميراث لأنه في هذه الحالة يكون الزوج قد طلقها بسبب أن يحرمها من الميراث، وهذا يعتبر تعويضا لها عن تعسف زوجها في الطلاق.
5. إذا ثبت للقاضي أن المطلقة سيلحقها بهذا الطلاق بؤس وحاجة حكم لها على مطلقها بتعويض يتناسب مع الحالة المادية للزوج.
6. كما أنه وفقا لقضاء المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 1999/03/16 فإنه يعتبر من صور التعسف في الطلاق الموجب للتعويض حالة طلاق الزوج قبل الدخول، وذلك لبقاء الزوجة معلقة دون دخول لمدة زمنية والضرر الذي لحقها من جراء ذلك سيما تقويت فرص الزواج عليها¹.

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

1. تستحق المرأة التعويض عن طلاق زوجها لها، إذا كان الطلاق لغير بسبب معقول، 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 مالم 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 متعسفا في طلاقه لها، ويحق لها أن تقيم عليه دعوى، لتعويضها عن هذا الطلاق الذي قد يصيبها بسببه آثارا 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 الإستئنافية حيث جاء فيها: "المقصود والمراد من الطلاق الوارد في

¹ - محفوظ بن صغير، المرجع السابق، ص 147، ص 150.

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 أعلاه أنه إذا لم تطلب الزوجة المطلقة التعويض عن الطلاق التعسفي فليس للمحكمة أن تحكم به من تلقاء نفسها.
4. لم ينص القانون على تحديد المدة التي تستطيع الزوجة خلالها إقامة دعوى التعويض، ويفهم من هذا أن مدة المطالبة تخضع للتقادم الطويل لمدة خمس عشرة سنة من تاريخ علم الزوجة بوقوع الطلاق التعسفي، وبالتالي تستحق التعويض متى طالبت به خلال فترة التقادم.
5. تستحق الزوجة المطلقة التعويض، سواء كان الطلاق قبل الدخول أو بعده وهذا يؤخذ من عموم نص المادة 134 ولها طلبه قبل الدخول بعد الطلاق مباشرة حيث يعتبر الطلاق بائناً.
6. إن زواج المطلقة بعد الطلاق بمدة طويلة لا يمنع استحقاقها تعويض التعسف، وهذا ما يؤخذ أيضاً على عدم تقييد المادة 134 ، بعدم زواج المطلقة¹.

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 بد من بيان أوجه الشبه والإختلاف 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:

¹ - الأبراهيم بسما حسين لافي، إجراءات الدعوى في الطلاق التعسفي، رسالة ماجستير، جامعة آل البيت، الأردن، 2009/2008، ص102، ص103.

- إن كلا من المتعة والتعويض عن الطلاق التعسفي يجبان بعد الطلاق البائن، الذي يزيل الحّل بين الزوجين، لذلك فالمطلقة رجعيًا لا تستحق المتعة ولا التعويض إلا بعد انقضاء العدة.
- إن 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.
- إن كلا من المتعة والتعويض وجبا جبرًا لخاطر المرأة وتخفيفًا لها عن آلامها، وتعويضًا لها عما أصابها من ضرر بطلاقها.
- إن كلاهما لا يؤثران على الحقوق الزوجية للمرأة كالمهر والنفقة¹.

ثانياً: أوجه الاختلاف بين المتعة والتعويض

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

- 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 النبوية.
- تجب المتعة بمجرد الطلاق، ولكل مطلقة عند الأخذ بأوسع المذاهب التي توجب المتعة لكل مطلقة، بينما التعويض لا يجب إلا إذا كان الطلاق تعسفياً.
- إن المتعة تجب في جميع حالات الفرقة سواء كانت طلاقاً أم فسحاً، وسواء كان من الزوج أو من الزوجة.
- 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 أباحت القوانين للمطلق أن يدافع عن نفسه، فيذكر الأسباب التي دفعته للطلاق، فإذا كانت أسباباً معتبرة لم يحكم بالتعويض².

¹ - محفوظ بن صغير، الإجهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في القانون الجزائري، رسالة دكتوراه، 2009/2008، ص 588.

² - محفوظ بن صغير، الإجهاد القضائي في الفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه، المرجع السابق، ص 589.

المطلب الثاني

حق المطلقة في النفقة قانونا

النفقة في اللغة بمعنى الإخراج والذهاب، ومصدر النفوق هو كالدخول، وتعود النفقة في حقيقتها الشرعية إلى سببين وهما إما الزواج أو القرابة¹، 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 قائما؟

الفرع الأول

نفقة المرأة المطلقة قبل الدخول وبعده

لم يتطرق المشرع الجزائري إلى تعريف النفقة، بل اكتفى بتحديد مشتملات النفقة من خلال المادة 78 ق أ ج "تتضمن النفقة: الغذاء والكسوة والعلاج والسكن أو أجرته، وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة"، ولقد ورد في المادة 61 ق أ ج "ولها الحق في النفقة في عدة الطلاق"²، فهل ميز المشرع من خلال هذا النص بين المطلقة المدخول بها، وبين المطلقة قبل الدخول؟

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 العدة³.

¹ - العربي بلحاج، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجزائري، الجزء الأول، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الجزائر 2012، ص 436.

² - القانون 84-11، المرجع السابق.

³ - عبد الفتاح تقيّة، قضايا شؤون الأسرة، المرجع السابق، ص 121.

ثانياً: المطلقة بعد الدخول

المادة 61 ق أ ج" لا تخرج الزوجة المطلقة ولا المتوفى عنها زوجها من المسكن العائلي، مادامت في عدة طلاقها أو وفاة زوجها، إلا في حالة الفاحشة المبينة، ولها الحق في النفقة في عدة الطلاق"¹.

موقف القضاء:

إن المحكمة العليا في جل قراراتها واجتهاداتها القضائية تطبيقاً لأحكام القانون والشريعة الإسلامية قضت بوجوب دفع الزوج المطلق النفقة لمطلقاته متى كان ذلك بعد الدخول، ومن بين هذه القرارات نذكر القرار الصادر بتاريخ 2006/07/12 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"².

الجدير بالذكر في موضوع النفقة، أنه على القاضي المختص مراعاة كل حالة وظروف كل من الزوج و الزوجة عند تقدير قيمة النفقة، سيما حالة عسر أو يسر الزوج، ولا يراجع تقديره قبل مضي سنة من الحكم وهذا ما نصت عليه المادة 79 ق أ ج³.

ومنه أيضاً 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 باتفاقهما على الطلاق دون الإشارة إلى التنازل عن هذا الحق في الحكم.

الجدير بالذكر في موضوع النفقة، هو أن نميز بين المرأة المطلقة في حالة عدم وجود أولاد وبين المرأة المطلقة في حالة وجود الأولاد، إذ أنه في الحالة الأخيرة يجب على الزوج أن يدفع النفقة لأولاده، وذلك وفقاً للمادة 75 ق أ ج، فبالنسبة للذكور يلتزم بدفعها قانوناً إلى غاية بلوغهم سن الرشد، أما بالنسبة للإناث إلى غاية الدخول.

¹ - قانون 81-11 ، المرجع السابق.

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

³ - قانون رقم 84-11 المرجع السابق.

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 سد 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 النفقة¹، وهذا ما سنبينه من خلال تحديد أسباب إنشاء هذا الصندوق الخاص بالنفقة، ومن هم المستفيدون منه، وشروط الإستفادة وإجراءاتها.

أولا: 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 والأطفال المحضونين من الإستفادة من مبلغ النفقة الذي يدفعه الصندوق وحماية الحقوق الأساسية للطفل في حالة طلاق والديه وضمان العيش الكريم له ولحاضنته.

ثانيا: المستفيدون من صندوق النفقة

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

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

ثالثا: شروط وإجراءات الاستفادة 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 وفقا للقواعد العامة في الإثبات المدني وذلك عن طريق محضر الإمتناع عن التنفيذ الذي يحرره المحضر القضائي¹.

2) إجراءات الاستفادة:

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

- 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 يبيث في الطلب المقدم له في أجل أقصاه 05 أيام من تاريخ إخطاره بالأمر والذي 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 ملزما 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 الجزائري.

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

أخيراً تجدر الإشارة إلى أن أحكام هذا القانون لا تطبق على مبالغ النفقة المحكوم بها قبل صدوره وهذا ما نصت عليه المادة 15 من القانون 01/15 المذكور أعلاه¹.

الفرع الثالث

نفقة الإهمال

إن نفقة العدة كما سبق ورأينا هي تلك النفقة التي تستحقها الزوجة من تاريخ النطق بالطلاق إلى غاية إنتهاء عدتها شرعا وقانونا، أما 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 وللقاضي أن يحكم باستحقاقها بناء على بيينة لمدة لا تتجاوز سنة قبل رفع الدعوى"².

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 إلزام الزوج بالنفقة، وقد حدد المشرع المدة والتي تقدر 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

¹ - قانون رقم 01/15 ، المرجع السابق.

² - القانون 11-84 المرجع السابق.

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

ثانيا: حالات سقوط نفقة الإهمال

المبدأ والأصل العام أن الزوجة تستحق النفقة بمجرد الدخول بها كما تم ذكره أعلاه، إلا أن هذا المبدأ يرد عليه إستثناء يترتب عنه سقوط حق الزوجة في النفقة وهي 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 وعصمته¹، إلا أنه عمليا تثير مسألة إثبات حالة نشوز إشكالا كبيرا 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 الوجوب²، 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 سكنا ملائما لممارسة الحضانة، وإن تعذر ذلك فعليه دفع بدل الإيجار يتم تحديده في الحكم القضائي، يدفعه شهريا إلى غاية سقوط الحضانة شرعا وقانونا.

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

² - ديابي باديس، المرجع السابق، ص 87.

المطلب الثالث

النزاع حول متاع البيت قانونا

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 الجزائري¹، 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 غالبا 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 أصلا أو ملكيتها له، ولذلك فإن مسألة النزاع حول متاع البيت تستوجب أن نفرق بين ما إذا كان هذا النزاع حول وجود هذا المتاع أصلا ببيت الزوجية وبين ملكية هذا المتاع، مما يستوجب علينا دراسة هذه المسألة في الفرعين الآتيين:

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

الفرع الأول

النزاع حول وجود المتاع

في حالة إنكار أحد الزوجين وخاصة الزوج بوجود المتاع في البيت الزوجية، في هذه الحالة تطبق القواعد العامة في الإثبات، ففي هذا الصدد قضت المحكمة العليا بوجود تطبيق قاعدة البينة على من إدعى واليمين على من أنكر²، فإذا إدعت الزوجة أنها خلفت بدار الزوجية متاع، وأنكر الزوج ذلك فهنا لا بد من:

¹ - القانون رقم 84-11، المرجع السابق.

² - يوسف دلاندة-دليل المتقاضي في مادة شؤون الأسرة(الزواج والطلاق)-دار هومة للطباعة والنشر -الجزائر 2009 -ص 76.

أ إقامة البينة على وجود المتاع المحدد في العريضة، وهذا 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 أن الإقرار يحسم النزاع في هذه المسألة باعتباره سيد الأدلة.

ب عدم تقديم دليل على وجود المتاع، فالقاضي هنا يلجأ إلى القاعدة المشار إليها أعلاه، فيوجه اليمين الحاسمة للمدعى عليه، فإذا حلف ربح دعواه وإذا نكل حكم عليه¹، هذا حسب المادة 347 قانون مدني جزائري والتي أكدت المبدأ العام القائل: "كل من وجهت له اليمين نكل عنها دون ردها على خصمه، وكل من ردت عليه اليمين نكل عنها خسر دعواه"².

إنه بالرجوع إلى الاجتهادات القضائية في هذا الشأن نجد أنه كرس هذه القاعدة في القرار الصادر بتاريخ 1992/10/27 ملف رقم 86097 قضية (ب ع) ضد (إ م ف): "توجيه اليمين للمطعون ضدها قبل التأكد من وجود المصوغ المتنازع عنه، قصور في التسبب وخرق في القانون".

إجتهاد قضائي :

إن الإكتفاء بتوجيه اليمين قبل معرفة وجود أو عدم وجود محل النزاع المدعى به يعتبر بمثابة انعدام التسبب وخرق واضح لقواعد الإثبات ومتى تبين من قضية الحال أن الطاعن قد أنكر من وجود المتاع والمصوغ لديه وطلب إقامة البينة على دعواه والتمس الإستماع 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 زئياً فيما يخص الأثاث والمصوغ³.

¹ - م.ع.غ.إ.ش. قرار رقم 216836 بتاريخ 1999/03/16 م.ق. - 2001، ص 245.

² - باديس ديابي، المرجع السابق، ص 102.

³ - باديس ديابي، المرجع السابق، ص 259.

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 والمشاركات بينهما يقسمانها مع اليمين"¹.

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 تبني المشرع قاعدة فقهية معتمدا في ذلك قول من شهد له الظاهر مع اليمين، فما يكون صالح لإستعمال الرجل فهو للرجل وما يكون صالحا لإستعمال المرأة كالحلي والزينة فالقول فيه للزوجة مع اليمين، نستخلص من كل هذا مايلي:

أولاً: وجود الدليل على ملكية المتاع

إذا قدم أحد الزوجين بينة على أنه هو المالك للمتاع، أو أن المدعية قد تسلمت أمتعتها بشهادة الشهود مثلا 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 مما يعرف للرجال أو للنساء أو لهما معا².

ثانياً: عدم وجود دليل على ملكية المتاع.

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

¹ - قانون رقم 11/84، المرجع السابق.

² - باديس ديابي، المرجع السابق، ص 103.

أ - يحكم للزوجة في المعتاد للنساء مع يمينها:

فالمصوغ وأدوات التجميل والألبسة النسائية، وغيرها من الأمور التي يشهد لها العرف أنها للنساء، هي للزوجة كما أن هناك أمور موضوعية تخضع لتقدير القاضي، فإذا كانت الزوجة خياطة مثلا فإن آلات الخياطة وملحقاتها من قماش وغيرها هي للزوجة مع تحليفها اليمين المتممة¹.

ب - يحكم للزوج في المعتاد للرجال مع اليمين:

معنى هذا ما يصلح للرجال مثل أدوات التجارة ما يتعلق مهنته، وأدوات الصيد، وكل ما يشهد العرف حكما أنه له، فإن طلبه الزوج ونازعته الزوجة فيه فالقول للزوج مع اليمين².

ج- ما اشتركا فيه من المتاع فإنهما يقتسمانه مع اليمين:

من الناحية العملية هذه الحالة هي الأكثر صعوبة سواء بالنسبة للزوج أو الزوجة في إثبات ملكيتهما للشيء المتنازع عليه، أو بالنسبة للقاضي في الفصل في هذا النزاع، إذ يدعي كل منهما ملكيته لما في البيت من مفروشات وأثاث وأدوات مثل آلة الغسيل والتلفاز والثلاجة وغيرها³.

في نظرنا ازداد هذا النزاع تعقيدا بسبب أنه:

- في العرف المعمول به في بلادنا أن الزوجة ليلة زفافها تحضر مجموعة من الأفرشة، والأغطية والهدايا التي تلقتها من أهلها وصديقاتها بمناسبة زواجها.
- كما أن من النساء من تتفق مع زوجها لاسيما إذا كان له سكن منفصل عن أهله أن تجهز هذا المسكن بغرفة النوم أو غرفة الإستقبال.

¹ - عيد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 313.

² - يوسف دلاندة، المرجع السابق، ص 103.

³ - يوسف دلاندة، المرجع السابق، ص 103.

من النساء لاسيما العاملات وبعد انتقالها إلى بيت الزوجية تقوم وعن طيب خاطر بشراء بعض الآلات والتجهيزات المنزلية دون أن تحتفظ بفواتير أو وصولات أو حتى شهود¹، تساعدها في الإثبات في حال النزاع.

أمام هذا الوضع وعجز القاضي في الفصل فيما هو معتاد للرجال، وما هو معتاد للنساء، فإن المشرع حكم باقتسام هذا المتاع مع اليمين.

الملاحظ أن اليمين إذا كانت تؤتي ثمارها فيما مضى فإن ماديات الحياة، وضعف الوازع الديني وانعدام الضمير، جعل كثير من الناس من يحلف اليوم وعشرات الإيمان كاذبا من أجل الحصول على ثمن بخس أو منفعة تافهة ورخيصة².

■ 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 وراثته محله مع تطبيق نفس الأحكام، وذلك حسب المادة 73 من قانون الاسرة الجزائري والمذكورة اعلاه³.

لعل السؤال الذي يطرح نفسه هو كيفية أداء هذا اليمين المذكور أعلاه و إجراءاته.

إن 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 كالتالي:

1 إما يقوم هو شخصيا بتوجيه اليمين الحاسمة إلى من وجب له قانونا توجيه اليمين له وذلك في جلسة يحضرها الطرفين والقاضي وأمين 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.

¹ - م.أ.غ.أ.ش. ملف رقم 47284 قرار بتاريخ 1987/12/07.

² - عيد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 271.

³ - قانون رقم 11/84 المرجع السابق.

2 إما أن تؤدي اليمين بمسجد بحضور الطرفين أو بعد صحة استدعاء الخصم ومحضر قضائي، على أن يحزر هذا الأخير محضراً بأداء أو العدول عن اليمين.

إنه بالرجوع إلى مختلف تشريعات الدول العربية سيما التونسي، المغربي، السوري، الكويتي و الأردني تبين لنا أنها لم تتطرق إلى مسألة النزاع حول متاع البيت ولم تبين أحكامها ، وبذلك نستنتج بأن المشرع الجزائري هو الوحيد الذي تناول هذه المسألة بالدراسة وبين أحكامها وكيفية حلها في المادة 73 المذكورة أعلاه، وبذلك يكون قد سد الفراغ حول هذه النقطة التي لم تتطرق لها التشريعات المقارنة المذكورة أعلاه.

أخيرا تجدر الإشارة إلى أنه قد تثار أمام المحاكم مسألة النزاع حول الصداق، ذلك أن الصداق قانونا يجب أن يحدد في العقد سواء كان معجلا أو مؤجلا، وهذا وفقا للمادة 15 من قانون الأسرة الجزائري، والزوجة تستحقه كاملا قانونا بالدخول أو بوفاة الزوج، وتستحق نصفه عند الطلاق قبل الدخول، وفقا 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 وفقا للمادة 17 من قانون الأسرة الجزائري¹، والشيء نفسه يطبق في حالة وقوع الطلاق وكان الصداق مؤجلا، 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 أولادا لأنه في هذه الحالة يجب التطرق إلى مسألة الحضانة وما يترتب عنها من آثار غالبا 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، المبحث الأول لدراسة العدة من جانبين الجانب الفقهي والجانب القانوني، وفي المبحث الثاني نخصه لدراسة عنصر الحضانة الذي يعد من أهم الآثار القانونية لإحلال الرابطة الزوجية.

المبحث الأول

الحقوق المعنوية للمرأة المطلقة من الجانب الفقهي

إن من المعلوم والمؤكد شرعا وقانونا أن 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 البعض¹.

وهذا طبقا لقوله تعالى: "والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء"².

¹ - عيد الفتاح تقيّة، قانون الأسرة مدعما بأحداث الاجتهادات القضائية والتشريعية، ط1، دار الكتاب الحديث، القاهرة 2011، ص229.

² - سورة البقرة، الآية 228.

ومنه أيضا قوله تعالى: "واللأئي يئسن من المحيض من نسائكم إن ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر واللأئي لم يحضن وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن ومن يتق الله يجعل له من أمره يسرا"¹.

المطلب الأول

حق المرأة المطلقة في العدة فقها

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

الفرع الأول

تعريف العدة

العدة شرعا هي أجل حدده الشارع لإنقضاء ما بقي من آثار الزواج بعد الفرقة وهي تریص يلزم المرأة عند زوال النكاح المتأكد بالدخول أو ما يقوم مقامه من الخلوة والموت. وعرفت العدة أيضا أنها تریص المرأة مدة يعرف فيها براءة رحمها بإقراء أو أشهر أو وضع الحمل²، والعدة في الفقه لها عدة معاني منها:

أولا: تعريف العدة عند الحنفية

عرفها بعض الأحناف أنها تریص يلزم المرأة عند زوال ملك المتعة المتأكد بالدخول أو الخلوة أو الموت، والترىص في هذا التعريف قصد به أن تنتظر المرأة إنقضاء المدة المحددة للعدة، أي المدة التي حددها الشارع الحكيم أجلا تنقضي به عدة المرأة بعد أن زال ملك الرجل متعة امرأته، فإذا طلق الرجل إمرأته طلاقا رجعيا أو بائنا، أو وقعت الفرقة بينهما بغير طلاق كفسخ الزواج بخيار البلوغ أو عدم الكفاءة أو الردة في بعض صورها أو وقع الفراق في زواج فاسد أو وطىء بشبهة وجبت العدة.

¹ - سورة الطلاق، الآية 04.

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

وفي رأي الجمهور العدة هي مدة تترىص فيها المرأة لمعرفة براءة رحمها، أو للتعبد أو لتفجعها على زوجها، فهي نفس التريص فلا تتداخل العدتان من شخصين، وتمضي المرأة في العدة الأولى حتى نهايتها ثم تبدأ بالعدة الأخرى و تتداخل العدتان من شخص واحد ولو من جنسين.

ثانيا: تعريف العدة عند المالكية

عرف المالكية العدة بعدة تعارف منها:

- العدة: تريص المرأة زمانا معلوما قدره الشارع علامة على براءة الرحم غالبا، لفسخ النكاح أو موت الزوج أو طلاقه أو فقده.
- العدة: هي مدة تترىص فيها المرأة لمعرفة براءة رحمها من الحمل، أو للتعبد.
- العدة: الكشف عن حال الأرحام عند انتقال الأملاك مراعاة لحفظ الأنساب.
- العدة: هي المدة التي جعلت دليلا على براءة الرحم لفسخ النكاح أو موت الزوج أو طلاقه.
- العدة: هي المدة المقررة شرعا لمنع المرأة من نكاح غير صاحب العدة.
- قال ابن عرفة: دليل براءة الرحم عدة واستبراء و العدة مدة منع النكاح لفسخه أو موت الزوج أو طلاقه¹.

جاء في التعريف مدة منع النكاح من طلق زوجته الرابعة لأجل نكاح غيرها أو طلق أخت زوجته أو من يحرم الجمع بينهما، أن قيل هو له عدة، ومن غير الشك أنه مجاز فلا ينبغي ادخاله في حقيقة العدة الشرعية، لأن هذه عدة الرجل كما يقول الفقهاء وهي من باب المجاز، وإذا أخرجنا هذا من التعريف نقول: "مدة منع المرأة النكاح"، أما الإستبراء فهو مدة دليل براءة الرحم لا لرفع عصمة أو طلاق².

ثالثا: تعريف العدة عند الشافعية

¹ - بلقاسم شتوان، المرجع السابق، ص 268.

² - نفس المرجع، ص 269.

إن العدة عند الشافعية مدة تترىص فيها المرأة لمعرفة براءة رحمها، أو للتعبد أو لتفجعها على الزوج، فقوله: تترىص أي تنتظر وقوله: المرأة أخرج بها العدة التي ينتظر فيها الرجل لأنها لا تسمى عدة، وقوله: لمعرفة براءة الرحم المراد بالمعرفة ما يشمل الظن، فأما اليقين فهو بوضع الحمل، وأما الظن فهو غير ذلك، وهذا كاف إذ لا يلزم أن تبحث المرأة بحثاً يفضي إلى اليقين من براءة رحمها، بل يكفي بالحيز، وقوله: أو للتعبد أراد به عدة الصغيرة ونحوها ممن تثبت براءة رحمها وقوله: لتفجعها للإشارة إلى أن العدة قد تترتب على مجرد العقد الصحيح بدون وطء في حالة إذا ما توفي عنها زوجها.

رابعاً: تعريف العدة عند الحنابلة

عرفوا الحنابلة العدة بأنها التريص المحدود شرعاً، والمراد 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 ولا لغيره¹.

الفرع الثاني

حكمة مشروعية العدة وحكمها

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

أولاً: حكمة مشروعية العدة

وجبت العدة على من وجبت عليهن من النساء لحكمة سامية منها:

- التحقق من براءة رحم المرأة وخلوه من الأولاد، ولما كانت هذه الحكمة لحق الأزواج الذين فارقوا هؤلاء الزوجات حتى لا ينسب أولادهم لغيرهم، ولحق الأزواج الذين يريدون التزوج بهؤلاء الزوجات من بعد، لئلا ينسب اليهم من الأولاد من ليس منهم في قبيل ولا دبير، لم تفرق الشريعة فيها بين من تفارق الرجل بعد زواج صحيح محترم شرعاً و من

¹ - محمد مصطفى شلبي، المرجع السابق، ص 482.

تفارقه بعد زواج لا احترام له شرعا، لأنه ان فات النظر إلى الرجل الذي فارقتها فقد بقي النظر إلى الرجل الذي يريد أن يتزوجها.

- إعطاء الزوج الذي فارق زوجته فرصة لمراجعتها إن بدا له، فلعله فارقتها تحت تأثير لم يكن في طوقه أن يدفعه عن نفسه، أو لعله تخيل الشيء ثم خاله صحيحا وليس من الصحة في شيء، فيأخذه الندم، ويتحرق قلبه حسرة وأسفا على ما جر على نفسه، فلئلا تتقطع عليه السبل أوجبت الشريعة على الزوجة أن تنتظره مدة معلومة، حتى إذا انقضت ولم يعدها إلى عصمته فقد أوصدت عليه أبواب المعذرة¹.

لقوله تعالى: " يا أيها النبي إذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن وأحصوا العدة واتقوا الله ربكم لا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن إلا أن يأتين بفاحشة مبينة وتلك حدود الله ومن يتعد حدود الله فقد ظلم نفسه لا تدري لعل الله يحدث بعد ذلك أمرا"².

- التتويه بشأن الزواج لأنه عقد ليس كسائر العقود الاخرى، فهو ميثاق مقدس جعله الله سبحانه وتعالى بين الرجل والمرأة، فلا ينتهي بمجرد وجود الفرقة بل لابد فيه انتظار مدة محددة ليتمكن فيها كل من الزوجين من مراجعة نفسه³.
- العدة تجب عند وجود سببها وهو وقوع الفرقة بين الزوجين، وحكمة تشريعها التأكد من عدم حملها من زوجها الذي فارقتها أي التعرف على براءة الرحم، لأنها قد تتزوج بزواج آخر وهي حامل قبل أن تضع حملها فيطوؤها زوجها الجديد وهي حامل من زوجها الأول فيصير ساقيا ماءه زرع غيره، وقد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك فقال: "ومن كان يؤمن بالله واليوم الآخر، فلا يسقين ماءه زرع غيره"⁴.
- وقد أجمع العلماء على وجوب العدة مستشهدين بقوله تعالى: "والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء"⁵.

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

² - سورة الطلاق، الآية 01.

³ - شتوان بلقاسم، المرجع السابق، ص 270.

⁴ - نبيل صقر، قانون الأسرة نسا وفقها وتطبيقا- دار الهدى، عين ميله الجزائر، 2006، ص 223.

⁵ - سورة البقرة، الآية 229.

يفهم 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" وقوله للمختلعة "اعتدي بحيضة" وغيرها من الأحاديث الدالة على حكم العدة الواجب أصلاً¹.

ثانياً: حكم العدة

العدة واجبة شرعاً، وهي ثابتة بالكتاب والسنة والإجماع:

أ. من الكتاب: قوله تعالى: " والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء ولا يحل لهن أن

يكتمن ما خلق الله في أرحامهن إن كن يؤمن بالله واليوم الآخر"².

وقوله: "واللأئي يؤسن من المحيض من نسائكم إن ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر

واللأئي لم يحضن وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن"³.

وقوله: "والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجا يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر

وعشراً"⁴.

ب. من السنة النبوية: قوله صلى الله عليه وسلم: (لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم

الآخر أن تحد على ميت فوق ثلاث، إلا على زوج أربعة أشهر وعشراً).

وقوله صلى الله عليه وسلم لفاطمة بنت قيس: (اعتدي في بيت أم مكتوم)⁵.

ت. الإجماع: أجمع الفقهاء على وجوبها⁶.

¹ - ديابي باديس، المرجع السابق، ص 29.

² - سورة البقرة الآية 228.

³ - سورة الطلاق الآية 04.

⁴ - سورة البقرة الآية 234.

⁵ - أبو الحسين مسلم بن الحجاج، المرجع السابق، ص 730.

⁶ - شتوان بلقاسم، المرجع السابق، ص 269.

الفرع الثالث

أنواع العدة

تكون العدة بثلاثة أشياء بالحيض وهو ما يسمى بالقرء، أو الأشهر على خلاف في مدتها بين المتوفى عنها زوجها وغير المتوفى عنها، أو بوضع الحمل. وهذه الأنواع الثلاثة تعم كل طلاق أو تفريق من القاضي وسنتناول ذلك بشيء من التفصيل¹.

أولاً: العدة بالحيض أو القرء

تجب في حق المرأة التي طلقها زوجها أو فرق القاضي بينهما إذا كانت المرأة غير حامل، لقوله تعالى: "والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء ولا يحل لهن أن يكتمن ما خلق الله في أرحامهن إن كن يؤمن بالله واليوم الآخر"².

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

أما النص فقوله -عليه الصلاة والسلام- للمستحاضة دعي الصلاة أيام اقراءك، وإنما تترك الصلاة أيام الحيض بالإجماع، والمعقول أنه ذكره بلفظ الجمع قروء "فمن قال أنه للحيض قال: لابد من ثلاث حيض، فيتحقق الجمع، ومن قال: أنه الإطهار لا يتحقق الجمع على قوله، لأن الطلاق لو وقع في آخر الطهر انقضت العدة بطهرين آخرين وبالشروع في الثالث فلا يوجد الجمع، والعمل بما يوافق لفظ النص أولى، وقوله: ولا يحل لهن أن يكتمن

¹ - شتوان بلقاسم، المرجع السابق، ص 270.

² - سورة البقرة الآية 228.

ما خلق الله في أرحامهن " دليل على ان العدة بالحيض تكون لغير الحامل، إذ يتعين على المرأة أن تصرح بالحمل، لتعتد بنوع آخر كما سيأتي¹.

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

كما يشترط أن تتم العدة بثلاث حيضات كاملات فإذا طلقت وكانت حائضا لاتعتبر هذه الحيضة كاملة، وعليها أن تستقبل ثلاث حيضات².

أما فقهاء المالكية فدليلهم من الكتاب والسنة النبوية:

أ **الكتاب:** قوله تعالى: " يا أيها النبي إذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن"³.

فقوله تعالى "فطلقوهن لعدتهن" كما قرأ عمر فطلقوهن لقبل عدتهن، وهي قراءة تساق علي سبيل التفسير، " وقبل الشيء أوله" ومعناه طلقوهن في وقت عدتهن، وهو الطلاق المأمور به الذي يكتفي الطهر. لأن الطلاق في الحيض بدعي ومحرم، فدل على الطهر هو وقت العدة.

وقوله تعالى: "والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء"⁴ أي أن 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 أن المرأة تعتد وجوبا إذا أطاقت الوطء، لا إن لم تطقه وإن وطئت بخلوة من رجل بالغ غير محبوب وهو - من كان مقطوع الذكر - لا صبي، لأن المبوب فلا عدة على زوجته بخلوته، وأما الخصي - مقطوع الأمتيين - فيرجع فيه لأهل المعرفة من أهل الطب هل يولد له فتعتد زوجته أو لا.

¹ - محمد شحاتة الجندي، نظرات في نظام الأسرة الإسلامية، مطبعة نور الإيمان، دط، 2002، القاهرة، ص419.

² - محمد شحاتة الجندي، نظرات في نظام الأسرة الإسلامية، مطبعة نور الإيمان، دط، 2002، القاهرة، ص420.

³ - سورة الطلاق، الآية 01.

⁴ - سورة البقرة، الآية 228

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

عن عروة بن الزبير عن عائشة أنها انتقلت حفصة بنت عبد الرحمان حين دخلت في الدم من الحيضة الثالثة، قال ابن شهاب: " فذكر ذلك لعمره بنت عبد الرحمان فقالت: صدق عروة، وقد جادلها في ذلك ناس فقالوا أن الله يقول: " ثلاثة قروء"، فقالت عائشة: صدقتم، وهل تدرون ما الأقراء؟ الأقراء الأطهار".

ما روي عن عبد الله بن عمر أنه كان يقول: " إذا طلق الرجل امرأته فدخلت في الدم من الحيضة الثالثة، فقد برئت منه وبريء منها".

خلاصة القول في المسألة أن المطلقة إذا أكملت الأطهار المقررة لها شرعا بنزول الدم بعد آخر طهر حلت للأزواج، ويجوز العقد عليها لغير مطلقها برؤيتها الدم وهي في الحيضة الثالثة، ومن تأخر حيضها لعدة تمنع نزوله لمرض، أو كانت مستحاضة، فعدتها من طلاقها سنة كاملة، وأما التي تميز دم الحيض من دم الإستحاضة فتعد بثلاثة أقراء كالصحيحة، ومثل المستحاضة من تأخر حيضها بسبب رضاع ولدها، أو تأخر بلا سبب أي من غير عدة ولاكبر سن كمن يرتفع حيضها عند الفرح الشديد، أو لم تر الحيض منذ بلغت، وتعرف في مصطلح الفقهاء (بالبغلة) أو (البهراء)، فعدتها تسعة أشهر مع ثلاثة أشهر، فتكون التسعة إستبراء لرحمها لأنها مدة الحمل غالبا، وتعد ثلاثة أشهر كالصغيرة، فجملة الشهور إثنا عشرة شهرا فتلك سنة، أما إن رأت التي تأخر حيضها بعد التسعة أشهر أنتظرت الثانية والثالثة، فإن رأتها حلت ولو قبل كمال السنة، وإن رأت الثانية فقط أنتظرت أحد الأجلين رؤية الدم، أو كمال السنة وحلت².

ثانيا: العدة بالأشهر

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

² - نفس المرجع، ص 278.

تكون واجبة بصفة أصلية في حق المرأة، أو تكون واجبة بدلا عن أصل في حق المرأة التي لم تتحقق فيها شرائط الأصل:

أ أما كون العدة بالأشهر واجبة بصفة أصلية خلفا عن أصل لم توجد شرائطه فيكون في حق النسوة اللاتي توفي عنهن أزواجهن، ولم تكن حاملات، فمتى وجدت امرأة توفي زوجها ولم تكن حاملا، فإن عدتها تكون بالأشهر ومدتها أربعة أشهر وعشرة أيام، بدليل قوله تعالى: "والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجا يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشرا"¹، وإنما كانت العدة في حق المتوفى عنها زوجها هذه المدة إحتياطاً لحق براءة الرحم ومراعاة لفترة حداد الزوجة على زوجها.

ب - ثمة حالة أخرى تجب العدة فيها بالأشهر أيضا لكنها يدل عن أصل ثابت عنه وهو الحيض "القرء" ويكون ذلك بالنسبة لكل امرأة لا تحيض لسبب من الأسباب التي ذكرناها، ولم تكن حاملا، وكأن سبب الفرقة بينها وبين زوجها غير الوفاة، فمتى وجدت امرأة لا تحيض وغير حامل، وغير متوفى عنها زوجها، فإن عدتها تصير إلى الأشهر نظرا لأنها لا تحيض، ومدة العدة في حق هذه المرأة ثلاثة أشهر، وسند ذلك قوله تعالى: "واللاني يئسن من المحيض من نسائك إن ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر واللاني لم يحضن"²، ومن ذلك يظهر أن العدة بالأشهر تكون خلفا عن أصل هو الحيض، ويبدو أن تقدير المدة بثلاثة أشهر مقابل الثلاث حيضات، فكل شهر يقوم مقام حيضة، يتم حسابها بالأشهر القمرية، لأنها الأصل في التقويم الهجري، ولا يؤثر على ذلك أن يكون أحد الشهور تسعة وعشرون يوما، وهذا إذا كان إبتداء العدة مع بداية الشهر أما لو كانت البداية أثناء الشهر، فتحتسب المدة تسعون يوما³.

المعتبر بالشهور بالأهلة لقوله تعالى: "يسألونك عن الأهلة قل هي مواقيت للناس والحج"⁴، وقوله أيضا: "إن عدة الشهور عند الله اثنا عشر شهرا في كتاب الله يوم خلق السموات والأرض منها أربعة حرم"⁵.

¹ - سورة البقرة ، الآية 234

² - سورة الطلاق الآية 04.

³ - محمد الشحاتة الجندي، المرجع السابق، ص 421.

⁴ - سورة البقرة الآية 189.

⁵ - سورة التوبة الآية 36.

الشهر القمري أو الهلالي قد يكون ثلاثين يوماً أو تسعة وعشرون يوماً، وكما هو معلوم أن الطلاق أو الوفاة قد يصادف أول الشهر، وقد يكون في أثنائه، فإن كان أول الشهر، فلا خلاف بين الفقهاء في أن المعتدة تعدد بثلاثة أشهر قمرية إذا طلقها زوجها، وبأربعة أشهر وعشراً إذا توفي عنها سواء أكانت الأشهر كاملة أم ناقصة.

إنما وقع خلاف فيما إذا كان الطلاق أو الوفاة في أثناء الشهر، فإن فقهاء المالكية يرون أنها تعدد بقية الأشهر بالأيام وباقي الشهور بالأهلة، ويكمل الشهر الأول من الشهر الأخير ما يتم به الثلاثين يوماً وقال الحنفية إن العدة تعتبر بالأيام، فعدة المطلقة تسعون يوماً، والمتوفى عنها زوجها بمائة وعشرين يوماً¹.

تمكث تسعة أشهر لزوال الرية لأنها مدة الحمل ثم تعدد بثلاثة أشهر وهذا ما ذهب إليه الإمام مالك في حديث رعن 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 أو حيضتين ثم ارتفعت حيضتها فإنها تنتظر تسعة أشهر فإن ان لها حمل فذلك وإلا اعتدت بعد التسعة أشهر ثلاثة أشهر ثم حلت"².

ثالثاً: العدة بوضع الحمل

يكون الإعتداد بوضع الحمل لكل امرأة كانت حاملاً في وقت الفرقة بينها وبين زوجها، سواء أكان سبب الفرقة هو موت الزوج أم كان سببها تطليقه إياها أم كان سببها فسخ الزواج، وسواء 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 ولو لم تتربص إلا لحظات يسيرة، والعبرة إنما هي بانفصال حملها ظاهر الخلق أو ظاهر بعض الخلق، والدليل على ذلك قوله تعالى: "وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن"³، فإن كان الذي انفصل عنها علقه أو مضغة لم يظهر تخلقها فإن عدتها لا تنقضي بها، إذ لا يصدق

¹ - بلقاسم شتوان، المرجع السابق، ص 282.

² - باديس ديابي، المرجع السابق، ص 40.

³ - سورة الطلاق الآية 04.

عليها حينئذ أنها وضعت حملها ، كما أنه لا ثقة حينئذ بأنها كانت حاملا، فترد إلى ما ينطبق عليها من ضوابط الأنواع السابقة¹.

الفرع الرابع

إنتقال العدة

نقصد بذلك أن يطرأ على العدة ما يغير من كيفية أدائها، ليتحول أداؤها إلى كيفية أخرى، وتفسير ذلك أن تكون المرأة ممن تعدد بالحيض، فتنقل عدتها إلى الأشهر، وقد يكون إعتداد المرأة بالأشهر ، فتنقل عدتها من الأشهر إلى الحيض، وهناك تفصيلا لبيان هذا التحول، والمسلك الذي يجب على المرأة إتباعه:

أولاً: التحول من الحيض إلى الأشهر

إذا حصل الانفصال بين الرجل والمرأة، وكانت المرأة من ذوات الحيض، ورأت الدم مرة أو مرتين ثم إنقطع حيضها وإمتد طهرها، وجب على المرأة أن تعدد لثلاث حيضات² وفي أثناء هذه الحيضات، انقطع الدم ولما تكتمل عدتها، فإن عليها بمقتضى مذهب الحنفية أن تنتظر حتى تحيض وتكمل عدتها، ولا يجوز لها أن تتحول إلى الأشهر إلا إذا فقدت الوصف الذي عليها أن تؤدي به العدة، وحيث أنها من ذوات الحيض، فإن هذا الوصف لا يزول عنها إلا ببلوغها سن اليأس في الخامسة والخمسين من عمرها، ومعنى ذلك هو التربص طوال هذه المدة لنجري على إتباع الأصل، وهو أن العدة تكون بالحيض لمن يحضن.

إن التمسك بهذا الأصل أسفر عن وجود أوضاع غير مقبولة في الواقع العملي ذلك أن الزوجة قد تكون في مقتبل عمرها، ترغب في الزواج إعفاها لنفسها وتعويضها لها عن الزواج الأول، فإذا ما شرعت في قضاء العدة بالحيض، وإنقطع عنها الدم، وطلب منها الإنتظار حتى تكتمل عدتها بالحيض، وقد يكون الدم انقطع عنها إلى غير رجعة، فتبقى معلقة إلى

¹ - محمد محي الدين عبد الحميد، المرجع السابق ، ص 354.

² - بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء الأول، الطبعة الرابعة، 2005، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ص 375.

سن الخامسة والخمسين، فيكون في ذلك إرهاب لها وتحمل ما لاتطبيق، وقد تلجأ للتخلص من ذلك إلى الإخبار كذبا بأنها حاضت ثلاث حيضات، وقولها مصدق، لأن هذا أمر لايعرف إلا من جهتها¹، وهذا الإرهاب الذي ينشأ عن الإنتظار أو الأخبار الكاذب، تأباهما القواعد الشرعية، ومن ثم فإن من الممكن أن نعتبر عدة المرأة بالأشهر فنتربص ثلاثة أشهر بعد انقطاع الحيض، وإنتظار فترة يغلب على الظن أنها لن تحيض، وقد يستعان في ذلك بالأطباء الذين إذا ما قرروا ذلك، انتقلت عدة المرأة إلى الأشهر، وتعدت المرأة في هذه الحالة ممن ينطبق عليها النص القرآني في قوله تعالى: " **واللأئي يؤسن من المحيض من نسائكم إن ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر**"²، ودلالة الآية على ما نراه أن هذه المرأة تدخل تحت قوله إن ارتبتم، فلو أنها لم تبلغ سن اليأس إلا أن حيضها مرتاب فيه فتصير عدتها إلى الأشهر وهو ما يدل عليه باقي النص في قوله: " **إن ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر** "، والأخذ بهذا الفرض يحول بين المرأة وبين الكذب الذي اتخذ وسيلة للإضرار بالأزواج، فإن الكثير من النساء لجأن كذبا إلى الإدعاء بإمتداد طهرهن لتيسير لهن نفقة من الزوج لمدة طويلة، لأن المرأة المعتدة لها النفقة على زوجها مادامت 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، وإذا كان المشرع المصري قد قضى بذلك على الإضرار بالأزواج بالنسبة لدعاوى النفقة، فإن أمر العدة لم يحسم وهو ما نعتقد أنه من الأفضل الإنتقال بالعدة في هذه الحالة إلى الأشهر، بعد تحديد الأطباء لمدة تبقى فيها المرأة بعد إنقضاء الحيض و قبل أن تشرع في الإعتداد بالأشهر، وخاصة وان تقدير العدة بالأشهر تم بناء على أن كل شهر يساوي حيضة، وقد تعذر الأصل على المرأة فصارت إلى ما يقوم مقامه وهو الأشهر³.

ثانيا: التحول من الأشهر إلى الحيض

¹ - محمد الشحاتة الجندي، المرجع السابق، ص 423.

² - سورة الطلاق، الآية 04.

³ - محمد الشحاتة الجندي، المرجع السابق، ص 424.

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، والدليل على ذلك أن الأشهر إنما وجبت في حقها بدلا عن الإقراء، فإذا قدرت على المبدل الذي هو الإقراء سقط البدل، لأن القدرة على الأصل تمنع إعتبار البدل، كالتيتم مع وجود الماء و القدرة عليه في حق المتيمم ما لم يتم الصلاة، وكذلك اليائسة من المحيض فإن رؤيتها الدم دليل على أنها لم تكن يائسة، وأنها أخطأت الظن فقط لأنها كانت ممتدة الطهر.

أما إذا رأت دم الحيض بعد انتهاء الأشهر فلا تستأنف عدة الإقراء، لأن عدتها قد إنقضت بالأشهر، وحصل المقصود بالبدل.

ثالثاً: تحول العدة من الإقراء أو الأشهر إلى وضع الحمل

فإذا ظهر بالمعتدة حمل من زوجها أثناء عدة الإقراء أو الأشهر، فإن عدتها تتحول إلى العدة بوضع الحمل، ويسقط ما مضى من عدتها بالأشهر أو الإقراء، لأن وضع الحمل أقوى دلالة على براءة الرحم من غيره¹.

كما روى عمر بن الخطاب أن عدة المرأة تكون تسعة أشهر، فإذا ظهر أنها حامل فعدتها بوضع الحمل، وإلا إعتدت بثلاثة أشهر بعد هذه الأشهر التسعة، وتكون العدة حينئذ سنة².

الفرع الخامس

حق المعتدة في المسكن

إعتبر الشرع الإسلامي السكنى من الحقوق الشرعية التي تجب حقا لله تعالى، أو بالتعبير القانوني فإن إيجاب السكنى يتعلق بالنظام العام الذي لا يجوز للمعتدة التنازل عنه أو تبريء الزوج منه، كما لا يملك الزوج أن يسقطه أو يمنع المعتدة حقا في ذلك و النص

¹ - شتوان بلقاسم، المرجع السابق، ص 286.

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

القرآني ينطبق بذلك في وضوح، قال تعالى: " لا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن إلا أن يأتين بفاحشة مبينة"¹.

أثبت النص أن للمرأة حق السكنى على الزوج ما دامت معتدة منه، فليس للرجل أن يخرجها، و لا يجوز لها الخروج أيضا، لأنها محتسبة لحقه إلا أن تأتي بفاحشة مبينة فتخرج من المنزل، وهي تشمل الزنا وتشمل ما إذا نشرت المرأة أو بذت على أهل الرجل وأذنتهم في الكلام والأفعال.

يترتب على ذلك أن 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 آيلا للسقوط.

إن العلة في إلزام المعتدة بيت الزوجية أن تكون في نطاق المكان الذي كانت الحياة الزوجية فيه قائمة، وهذا يحقق غرض الشارع في تهيئة الفرصة للإصلاح بين الزوجين ومراجعة المعتدة، وحث المرأة على الوفاء لزوجها، والإخلاص للعشرة الزوجية السابقة، ما دامت العدة باقية، ولذلك قيل أنه إذا وجدت ضرورة فخرجت المعتدة من منزل الزوجية فإنها تقطن في أقرب منزل تحقيقا للمعاشرة السابقة أو بعضها².

المطلب الثاني

حق المطلقة في الحضانة فقها

لقد إهتم الإسلام بالفرد منذ ولادته، بل قبل ذلك عندما أمر الرجل أن يختار الزوجة الصالحة ونبه النبي - صلى الله عليه وسلم - إلى أهمية تنشئة الطفل تنشئة حسنة صالحة فقال: " كل مولود يولد على فطرة فأبواه يهودانه، أو ينصرانه، أو يمجسانه"³، فكانت للحضانة في الإسلام أهمية بالغة عند إفتراق الزوجين، وغالبا ما يدفع ثمن الفرقة الأولاد الذين كانوا ثمرة الزواج، فجأة يصبحون ضحية الطلاق إذا لم يلتزم الطرفان بالأحكام الشرعية والآداب المرعية، والشرع والقانون يجدان أن أحق الناس وأولاهم لرعاية و حضانة الطفل هي الأم ما

¹ - سورة الطلاق، الآية 01.

² - محمد الشحاتة الجندي، المرجع السابق، ص 428.

³ - الإمام مالك الموطأ كتاب الجنائز، باب جامع الجنائز حديث رقم 646.

لم يمنعها مانع شرعي، كما أن الحقوق التي تتضمنها الحضانة كثيرة ومتعددة، كما أن الجهات التي تتولى الحكم بها وتنفيذها مختلفة، فسوف نحاول تبين بعض التوجهات الفقهية الإسلامية وإختلافاتهم في موضوع الحضانة منذ نشأته كحق للمطلقة إلى غاية سقوطه.

الفرع الأول

تعريف الحضانة وشروط إستحقاقها

تعددت تعاريف الحضانة، فنجد لفقهاء الشريعة الإسلامية تعريفات تكاد تتشابه في ألفاظها ومدلولها، وفيما يخص شروط إستحقاقها فقد اختلف الفقهاء في ذلك كونه موضوع حساس، ولا يتم القضاء بالحضانة إلى أي طرف إلا إذا توفرت فيه شروط معينة، مراعاة لمصلحة المحضون، فما المقصود بالحضانة وماهي شروط إستحقاقها؟

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 ولدها 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 الحضانة¹.

عرفها الشيخ أبو زهرة، في أنها 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 شرعا².

كما عرفها المالكية أيضا: بأنها حفظ الولد في مبيته ومؤونة طعامه ولباسه ومضجعه وتنظيف جسمه، وقيل أنها صيانة العاجز والقيام بمصالحه وخدمته ورعايته وغير ذلك.

¹ - محفوظ بن صغير، قضايا الطلاق في الإجتهد الفقهي وقانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 281-282.
² - قندوزي دلال، التطبيقات القضائية للحضانة وإشكالاتها القانونية على ضوء الأمر 02-05 مذكرة التخرج لنيل درجة المدرسة العليا للقضاء الدفعة 18، 2010، ص 6.

ب . عرفها الشافعية والحنابلة: بأنها تربية من لا يستقل بأموره ولو كان كبيرا مجنوناً، وتربيته وتنميته بما يصلحه حتى يستقل بنفسه والقيام بشؤونه لوحده.

ج . 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، والثالث أغفل ذكر المحضون له وحكم الحضانة، كما أن 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 والحنابلة¹.

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 أن حضانة الطفل من قبل حاضن لا يتمتع بشرط العقل، يتعارض مع مصلحة الطفل، وهلاك له في حين أن مناط الحضانة هو تحقيق مصلحة المحضون بدفع ضرر عنه 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 متقطعا"².

وقد عقب الدكتور عبد العزيز عامر بأن هذا الرأي غير وجيه، وذلك باحتمال حصول الضرر للطفل¹، وذهب الشافعية بتأييد هذا الإتجاه لجعل حياة المحضون معرضة للخطر،

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

² - مليكة قبزيلي، المرجع السابق، ص 204.

وذهب بعض المالكية إلى أن الجنون المتقطع يمنع من الحضانة، وقد جاء في التاج والإكليل أن الجنون المتقطع عندهم لا يمنع من الحضانة، لو لم يخش معه على الولد.

نجد أن الرأي الراجح هو الرأي الذي أخذ به جمهور الفقهاء، والذي يسوي بين الجنون المستمر أو المتقطع فهو مانع وهذا 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، لأن الحاضنة التي تغيب عن المحضون طوال النهار وجزء من الليل ولا تتفرغ لتربيته على السيرة الحسنة، وتترك المحضون لمخالطة قرناء السوء لا تكون أمينة ولا قادرة على الحضانة، ولأن 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 أن الفسق الذي يمنع من الحضانة هو ما يلزم منه ضياع الولد، ووافقهم المالكية إلى حد كبير، حيث جاء عنهم " لا حضانة لسكير، أو مشتهر زناً أو اللهو 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 من ذم مجيئ الإسلام لم يتطرق النبي -صلى الله عليه وسلم- أو أي صحابته كرم الله وجههم إلى الفسق كمانع للحضانة، وأن الفاسق ليس بالمؤكد منه أنه يضيع حاضنه، يمكن أن يرعاه ويربيه أحسن تربية².

الأَوْفَق عندنا حول الفسق بأنه يمكن أن يكون مانعاً، كما يمكن أن لا يصل إلى درجة إسقاط الحضانة، كمعيار 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

¹ - عيد العزيز عامر، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية فقها وقضاء، دار الكتاب العربي، القاهرة مصر، 1961، ص 205.

² - مليكة قبزيلي، المرجع السابق، ص 206.

إشتهار الأم الحاضنة بتعاطي المخدرات وممارسة الدعارة، فسوف تساهم سلبا في تكوين شخصية المحضون.

إختلف الفقهاء في مدى إعتبار تارك الصلاة من الفسق ويمنع من الحضانة شرعا، 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 خلافا بين السلف من العلماء والخلف، في المرأة المطلقة إذا لم تتزوج أنها أحق بولدها عن أبيه ما دام طفلا صغيرا، لا يميز شيئا، 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 حسنة².

قال المالكية: يشترط في الحاضن القدرة على القيام بشأن المحضون، فلا حضانة لمسنة، أقعدها سنها، ولا تقدر على القيام بشؤون المحضون، إلا أن يكون عندها من يحضن ومثل ذلك: العمى، الكبر، الصم والخرس، المرض المقعد.

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

يرى الحنابلة أنه لا حضانة لعاجز عنها كالعمى، وهناك بعض الفقهاء المعاصرين الذين ألحقوا 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 الأم¹.

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

² - عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 207.

نجد أن الرأي الأصوب هو أنه 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 وضعه الدكتور عبد العزيز عامر بقوله: والأوفق عندي أن يقال بأن المدرسة والطبيبة وأمثالها اللاتي يعملن عمل مشروع، ولا يستغرق إلا جزء من النهار دون الليل، ويمكنها التوفيق بين العمل وواجباتها في الحضانة، فهي مأمونة في الحضانة².

. **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 للصبي المحضون مثلاً أخت غير بالغة فلا تكون أهلاً للحضانة، لأنها هي نفسها تحتاج للحضانة فكيف تحضن غيرها³.

. **إتحاد الدين** : لا خلاف بين الفقهاء أن المرتد لا حضانة له سواء كان رجلاً أو امرأة، لأن الردة تبيح دم المرتد، وهو محكوم عليه بالموت إن أصر على الردة، بعد الإستتابة فلا ولاية له على غيره، أما 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 الخمر 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 **المشافعية و الحنابلة**: إذ قالوا أنه يشترط في الحضانة إتحاد الدين، لأن الحضانة ولاية، والولاية لا تثبت لكافر على مسلم كولاية النكاح، فقد يعلم الحاضن المحضون الكفر⁴.

¹ - مليكة قزيلي، المرجع السابق، ص 207.

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

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

⁴ - وهيبه الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، الأحوال الشخصية، الطبعة الثانية دار الفكر، سوريا، 1985، ص 730.

ب . الشروط الخاصة بالنساء :

- أن تكون غير متزوجة بأجنبي عن الصغير أو بقريب 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 بقريب محرم لصغير كعمه فلا يسقط حقها في الحضانة، والدليل في ذلك قوله -صلى الله عليه وسلم-: "أنتِ أحقُّ به ما لم تتزوج" والظاهر في الحديث أنه أسقط الحضانة للمرأة بتزوجها سواء أكان الزوج أجنبي أو قريبا له محرما لصغير أو غير محرم، لكن الحنفية والمالكية إعتبروا الزواج المسقط للحضانة هو زواج الأجنبي، كونه لا يراعي مصلحة الصغير، ولا يحن له لأنه أجنبي عنه¹.

- أن تقيم الحاضنة في بيت لا يبغضه المحضون: معظم الفقهاء يعتبرون أن 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 خلقه².

- إمتناع الأم المطلقة عن حضانة ولدها مجانا عند إعسار الأب: فهذا يعد مسقط لحضانتها، فعدم الإمتناع يعد شرطا من شروط الحضانة، فإذا كان الأب معسر فلا يستطيع دفع أجره الحضانة، وقبلت أخرى أن تربيته مجانا، سقط حق الأولى في الحضانة³.

¹ - بدران أبو العنين بدران، المرجع السابق، ص 552.

² - المرجع نفسه، ص 553.

³ - ديابي باديس، المرجع السابق، ص 60.

الفرع الثاني

حكم الحضانة وأدلة مشروعيتها

إن 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 أن الحضانة من الفروض الكافية للأب والأم إلى غاية الرضاع، إن لم يكن له أب أو كان معسوراً عديم المال، فهي حفظ الولد في بيته وفي ذهابه ومجيئه، والقيام لمصلحته، كما أن كفالة الطفل وحضانتها واجبة لأنه يُهلك بتركه¹.

ثانياً: أدلة مشروعية الحضانة

الأصل في ثبوت الحضانة، الكتاب، السنة والإجماع.

أ - مشروعية الحضانة من الكتاب: "والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف لا تكلف نفس إلا وسعها لا تضار والدة بولدها ولا مولود له بولده وعلى الوارث مثل ذلك فإن أرادوا فصالاً عن تراض منهما وتشاور فلا جناح عليهما."²

يقول القرطبي وفي تفسيره لهذه الآية: "وانتزاع الوالد للصغير إضرار به وبها، وهذا يدل على أن الولد، إن فطم فالأم أحق بحضانتها لفضل حنوها وشفقتها... ثم يقول: "وفي هذه الآية دليل على أن الحضانة للأم، فهي في الغلام إلى البلوغ، وفي الجارية (البنت) إلى النكاح، وذلك حق لها³.

¹ - محفوظ بن صغير، الإجهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 667.

² - سورة البقرة، الآية 233.

³ - مولاي ملياني بغداددي، حقوق المرأة في الشريعة الإسلامية، قصر الكتاب-البلدية، طبعة 1997، ص 205.

وقال تعالى: "وقل رب ارحمهما كما ربياني صغيرا"¹، وقد ورد في الآية الكريمة (التربية) على وجه الخصوص ليتذكر العبد شفقة الأبوين وتدل الآية بوضوح الدلالة على إظهار دور الأب والأم سويا في تربية الولد.

وهذا ما أكده العلم الحديث، حيث 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 الإستقلال بنفسه².

وقال الحصاص: وفي هذه دلالة على أن الأم أحق بإمساك الولد مادام صغيرا وإن استغنى عن الرضاع بعدها يكون ممن يحتاج للحضانة لأن حاجته إلى الأم بعد الرضاع كما هي قبله³.

قال تعالى: "فألت هل أدلكم على أهل بيت، يكفلونه لكم وهم له ناصحين، فرددناه إلى أمه كي تقر عينها ولا تحزن"⁴، هنا يتحدث القرآن الكريم عن أخت سيدنا موسى عليه السلام أنها قالت لإمراة فرعون، هل أدلكم على أهل البيت يكفلونه ويتولون نشأته ورعايته. وقال تعالى: "وربائبكم اللاتي في حجوركم من نسائكم اللاتي دخلتم بهن"⁵.

الربيبية هي بنت الزوجة من غير الزوج الجديد ولا خلاف بين الفقهاء في تحريم فروع الزوجة المدخول بها، وهذه الآية تدل على مشروعية الحضانة لأن البنت تتبع أمها وتكون تحت رعايتها وإن لم تكن في بيت زوج أمها الجديد⁶.

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 ابني هذا كان بطني له وعاء، وثدي له سقاء، وحجري له حواء، وأن

¹ - سورة الإسراء، الآية 24.

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

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

⁴ - سورة القصص الأيتان، 12-13.

⁵ - سورة النساء، الآية 23.

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

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 الحيثيات 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 والمعاني المعتبرة في إثبات الأحكام مستقرة في الفترة السليمة².

روي عن أبي هريرة رضي الله عنه 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 به³.

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 أحق 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 تتفرد 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 رجل، يا رسول الله من أحق الناس الصحبة؟ قال أمك، ثم أمك، ثم أباك، ثم أدناك أدناك" فهذا النص دل على وجوب الحضانة، لأنها صحبة، وأحقية الأم وأولويتها للحضانة⁴.

¹ - محمد بن أحمد بن محمد بن بطلال الركيي 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 السابق، ص ص 62-63.

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

⁴ - أبو محمد علي بن احمد بن سعيد بن حزم، المحلى، الجزء العاشر، إدارة الطباعة المنيرة، مصر، ص 323.

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 أن الطفل أو الذي لا يستقل بأموره، ضعيف محتاج إلى الرعاية والعون فوجب على الأمة أفرادا أو جماعات حفظ النفس التي كرمها الله تعالى، وذلك بجعلها من أحد الضروريات الخمس.

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

وكذا قال أبو عمر: لا أعلم خلافا بين السلف من العلماء في المرأة المطلقة إذا لم تتزوج أنها أحق بولدها من أبيه ما دام طفلا صغيرا لا يميز شيئا إذا كان عندها في حرز وكفاية ولم يثبت فيها فسق ولا تبرج¹.

يروى أن عمر بن الخطاب قد طلق إمرأته من الأنصار بعد أن أعقب منها ولده عاصما، فرآه في الطريق فأخذه، فذهبت جدته أم أمه وراءه، وتنازعا بين يدي أبي بكر الصديق فأعطاها إياه، وقال لعمر الفاروق: ريحها ومسها ومسحها وريقها خير له من الشهد عندك، فهذا الحكم من الخليفة الأول لرسول الله - صلى الله عليه وسلم - حضره عدد من الصحابة ولم ينكره عليه أحد منهم فكان ذلك إجماعا على أن الأم أولى برعاية ولدها.

أما من ناحية المنطق والعقل فقد أثبتت الدراسات بأن الأم أكثر إمداد بالحب والعطف والطمأنينة، وهي قواعد أساسية لنشأة المحضون نشأة سليمة فيما يتلقاه الطفل من التربية منذ ولادته حتى بلوغه سن السابعة يؤثر بشكل واضح في تشكيل الجوانب الشخصية سواء النفسية أو الخلقية أو الإجتماعية طيلة سنوات عمره².

¹ - رشدي شحاتة أبو زيد، المرجع نفسه، ص ص 62-63

² - أحمد شامي، قانون الأسرة الجزائري طبقا لأحدث التعديلات، دراسة فقهية ونقدية مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، ص

الفرع الثالث

أحكام الحضانة وآثارها

متى أسندت الحضانة للأم التي هي أحق بها شرعا وقانونا عند إنحلال الرابطة الزوجية، يترتب عن هذا الحق عدة آثار وأحكام سوف نحاول تبيانها من خلال هذا الفرع.

أولا: أحكام الحضانة

سوف نتطرق إلى الآراء الفقهية حول مدة الحضانة، ثم مكان الحضانة، وحكم إنتقال الحاضنة منه

أ - مدة الحضانة: إن حضانة الصغار تبدأ منذ الولادة، وهذا شيء منطقي، والإختلاف الوارد بين الفقهاء في المدة التي تستغرقها الحضانة، وتعرض إلى هذا الإختلاف بين المذاهب كالتالي:

1 المالكية:

ذهب أصحاب المالكية إلى القول أن حضانة الغلام تستمر إلى حين بلوغه، وتنقطع حضانتها بالبلوغ ولو كان مريضا أو مجنونا على المشهور، وأما حضانة الأنثى فتستمر إلى حين زواجها والدخول بها¹.

2 الحنفية

يرى الحنفية أن مدة الحضانة تمتد 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 أن الغلام يحتاج إلى التخلق بأخلاق الرجال، والأب على ذلك أقدر وأقوم، والبنت أحوج إلى تعلم آداب النساء والتخلق بأخلاقهن، وخدمة البيت، والأم أقدر بذلك².

¹ - محفوظ بن صغير، قضايا الطلاق في الإجتهد القضائي الفقهي وقانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 286.

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

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

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

ولما كانت الرواية الظاهرة في المذهب لم تحدد سنا معينة لإنهاء الحضانة، وإنما المدار في إنتهائها إستغناء الولد عن خدمة النساء، إذن فإذا حكم بإنهاء الحضانة ثم تبين أن الولد بحاجة لخدمة النساء حكم له بإعادته لحاضنته لأن الواجب هو الرجوع إلى مناط التكليف¹.

3 الشافعية والحنابلة

الشافعية يرون أنه ليس للحضانة مدة معلومة، بل يبقى الطفل عند أمه حتى يميز ويمكنه بعد ذلك أن يختار أحد أبويه، فإذا وصل إلى هذه المرحلة يخير بين أبيه وأمه فإذا إختار الولد الذكر أمه مكث عندها في الليل وعند أبيه في النهار كي يقوم بتعليمه أخلاق الرجال، وإذا كانت المحضون أنثى، إختارت أمها مكثت عندها ليلا ونهارا كون الأنثى تعلمها أمها أخلاق النساء وإن إختار 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 بها².

4 الجعفرية

فالمشهور فيهم أن مدة الحضانة للأم بالنسبة للغلام سنتان وهي أقصى مدة الرضاع وبعدها يضم للأب إن كان موجودا، فإن كان غير موجود أو كان غير أهل لذلك بقي مع

¹ - بدران أبو العينين بدران، المرجع السابق، ص 561-571.

² - بدران أبو العينين بدران، المرجع السابق، ص 569.

أمه لأنه لا حق لغيرها في الحضانة ما دامت موجودة وعندها الأهلية للحضانة، أما الأنثى فمدة حضانة أمها لها فتتمتد إلى سبع سنين في المشهور، أما في غير المشهور فحضانتها للفتى فهي سبع سنوات، وللفتاة إلى تسع سنين¹.

وقيل أن الذكر بعد بلوغه سن الخامسة عشر فيكون له حق إختيار أحد الأبوين -قال الحلي في الأحكام الجعفرية، ولا شك أن قول الإمامية ذلك مقيد بعدم الضرر على الطفل بأخذه من الأم بعد سنتين أو السبع، وعلى كل حال إذا لم يطالبهما الأب يجبر على أخذهما إذا أبت الأم بقاءهما عندها، أو كان في بقاءهما ضرر².

ب مكان الحضانة و إنتقال الحضانة منه :

1 مكان الحضانة: إذا كانت المطلقة معتدة من طلاق رجعي أو بائن لا يكون لها الخروج من البيت الذي تعتد فيه طوال مدة العدة حتى ولو أذن لها مطلقها بالخروج أو السفر، لأن إقرارها في مسكن العدة هو واجب عليها، ولا يجوز لها إبطال حق الشرع، ويقول جل شأنه " **ولا تخرجن من بيت الزوجية، ولا يخرجن إلا أن يأتين فاحشة مبينة**"³.

وإذا إنقضت عدتها فلا يبق معنى لإلزامها بالبقاء بالمحضون في بيت الزوجية، فلها أن تنتقل بولدها إلى مكان آخر من نفس البلد الذي بدأت الحضانة فيه⁴.

2 - إنتقال الحضانة: الحكم يختلف تبعاً لقرب البلد الذي تريد الحاضنة الإنتقال إليه وبعده عن البلد الأول فإذا كان ذلك البلد قريباً جاز لها الإنتقال إليه، بشرط أن يكون من نوع البلد الأول أو أفضل منه، فيجوز لها الإنتقال من مدينة إلى أخرى، أو من قرية إلى قرية أخرى، أو من قرية إلى مدينة، ولا يجوز لها الإنتقال من مدينة إلى قرية، لأن إنتقال طفل ولد في المدينة إلى قرية يضر به لإختلاف ظروف ووسائل العيش، إلا إذا كان إنتقالها إلى قريبتها الأصلية التي عقد فيها عقد الزواج، لأنها تكون

¹ - محمد مصطفى شلبي، المرجع السابق، ص 564.

² - بدران أبو العنين بدران، المرجع السابق، ص ص 569-570.

³ - سورة الطلاق، الآية 01.

⁴ - محمد مصطفى شلبي، المرجع السابق، ص 753.

وسط أهلها، فيحاط الطفل بالعطف والحنان منهم، فإذا كان البلد الذي تريد الانتقال إليه بعيدا فلا يجوز الانتقال إليه ولو كان من المدن إلا بإذن الأب لما كان ضررا له بعد ابنه، وللإضرار بالولد لفقده لرعاية أبيه إلا إذا كان بلدها الأصلي.

وبالنظر لهذه الأحكام السابقة نجد أن الحضانة تقوم على مراعاة مصلحة الصغير، ومراعاة حق الوالدين، وذلك بالجمع بين حضانة الصغير بواسطة أمه 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 به أمه سواء أكان البلد قريبا أو بعيدا ما دام في حضانتها إلا بإذنها، لأن 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 شرعا، فله إخراج الصغير إلى البلد الذي إنتقلت إليه حق الحضانة، فإذا إسترجعت الأم حقها في الحضانة فكان لها إسترجاع محضونها إلى بلد إقامتها الذي هو البلد الذي نشأ فيه حق الحضانة.

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 بالمحزون فليس لها ذلك، سواء كان ذلك قبل العدة أو بعدها إذا كان في ذلك ضرر للولد أو الوالد، فإذا لم ينتج عن الانتقال ضرر جاز 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 الحالتين¹.

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.

¹ - بدران أبو العينين بدران، المرجع السابق، ص ص 564-565.

إلا أن 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: 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 بوجود السكن على الأم المطلقة إذا كانت ميسورة 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، فعلى الأب إتفاقا، ومذهب المدونة الذي به الفتوى أنه على الأب المحضون والحاضنة معا، ولا إجتهد فيه.

المذهب الثاني: 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 العابدین 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، أما لو كان لها مسكن يمكنها أن تحضن فيه الولد ويسكن تبعاً لها فلا تجب الأجرة"، وقال أيضا: "فينبغي أن يكون هذا توفيق بين القولين، ولا يخفى أن هذا هو الأرفق للطرفين،

فليكن عليه العمل"، وإذا كان القيام بشؤون الصغير يحتاج لخادم، وكان أبوه ميسورا، كان للحاضنة أن تطالب أباه، بإحضار خادم أو تقديم أجرته¹.

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 نفقتها².

ب - سقوط الحضانة واستردادها: جعلت الشريعة أحق الناس لحضانة الولد أمه وذلك لما جعل الله عز وجل من رابطة بين الإبن و أمه، ولكن هذا ليس بشكل مطلق بل جعل الشرع شروطا يستلزم توفرها لإستحقاق هذه الحضانة وإذا زالت أحد هذه الشروط سقطت الحضانة، وإذا زال المانع استرجعت الحضانة.

1. أسباب سقوط الحضانة:

- عدم أهلية المطلقة للحضانة: و ذلك بثبوت عجزها عن القيام بواجبات الحضانة، لمرض أو عاهة، وكونها غير مأمونة على الولد لفسق أو فجر أو سوء سيرة، بحيث تشكل خطرا على أخلاق المحضون³.
- زواج الأم المطلقة : و ذلك لقول رسول الله - صلى الله عليه و سلم-: " أنت أحق به ما لم تتكح"، لأنه إن تزوجت إنشغلت بالإستمتاع مع الزوج الجديد بدل الإنشغال بالحضانة، و إذا طلقت المرأة عادت حضانتها، و قال المزني : " إذا كان الطلاق رجعي، لم يعد حق الحضانة لأن النكاح باقي"، و هذا خطأ لأن أصل سقوط الحضانة هو التفريغ للزوج الجديد و الإستمتاع به، و الطلاق الرجعي أو البائن يحرم الإستمتاع، إذن فلا معنى لعدم رجوع الحضانة⁴.

و قد إستثنى فقهاء المالكية بعض الحالات التي تبقى فيها الحضانة قائمة رغم تزوج الأم بأجنبي عن محضونها و منها:

- أن لا يقبل المحضون غير الأم.

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

² - محمد محي الدين عبد الحميد، المرجع السابق، ص 314.

³ - مليكة قزيلي، المرجع السابق، ص 224.

⁴ - أبي حامد محمد بن محمد بن محمد الغزالي، الوجيز في فقه الإمام الشافعي، المرجع السابق، ص 165.

- أن يكون الحاضن الذي يلي درجة الأم في الحضانة و هو الأب، له مانع من موانع الحضانة .

- تنازل الأم عن الحضانة أو الإمتناع 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 فهذا لا يمكنها التنازل عنها، وبينما إذا كان حق مشترك¹.

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 ولأن حقه في الحضانة لا يسقط أبدا، أما من جانب الحاضنة فهو حق قابل للإسقاط.

وبناء على هذا فيمكن للحاضنة التنازل عن حضانتها بشرط وجود حاضن ممن هو أهل لذلك ولا يشكل ضررا على المحضون².

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

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، وإنتقال الحاضنة يكون وفق الشروط التي ذكرناها سالفا في أحكام الحضانة.

2. عودة الحضانة:

اختلف الفقهاء في مدى إمكانية رجوع الحضانة كالتالي:

¹ - مليكة قزيلي، المرجع السابق، ص 225.

² - محمد مصطفى شلبي، المرجع السابق، ص 734.

أ -**المالكية**: ولقد ميزوا بين حالتين:

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

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

ب -**الحنفية والحنابلة والشافعية**: ويرون أنه تعود الحضانة إذا زال المانع، سواء كان المانع إضطراريا أو غير ذلك، وذهب الشافعية والحنابلة بالقول بعودتها ولو كان إسقاط 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 رجعيا أو بائنا، أو لا بد من إنقضاء العدة فقال الحنفية، إذا كان الطلاق رجعيا فلا تعود الحضانة حتى تنتقضي العدة، لأن الرجعة في حكم الزوجة، أما إذا كان الطلاق بائنا، فيعود حق الأم في الحضانة بعد الطلاق مباشرة، ولو لم تنتقض العدة إذ لا ولاية لمطلقها عليها فلا يتضرر الولد بكونه عندها.

وذهب الشافعية والحنابلة إلى عودة حق الحاضنة المطلقة في الحال ولو قبل إنقضاء العدة سواء بطلاق رجعي أو بائن¹.

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 قيزيلي، المرجع السابق، ص 245.

المبحث الثاني

الحقوق المعنوية للمرأة المطلقة من الجانب القانوني

لقد أخذ المشرع الجزائري وباقي التشريعات العربية بأحكام الشريعة الإسلامية في مسألة العدة والحضانة وما يترتب عنهما من حقوق معنوية للمرأة المطلقة وهذا ما سنتطرق إليه بالتفصيل بمطلبين، الأول نتناول فيه العدة كحق للمطلقة والثاني الحضانة كحق لمطلقة.

المطلب الأول

حق المطلقة في العدة قانونا

من بين الآثار التي يخلفها الطلاق نجد العدة أي عدة المرأة المطلقة ويقصد بها الفترة التي تتربص بها المرأة داخل البيت الزوجية والحكمة من تشريعها يكمن في أمرين وهما أولا للتأكد من براءة الرحم، ثانيا لمنح فرصة للزوجين للتصالح.

ولقد نظم المشرع الجزائري أحكام العدة في المواد 28، 59، 60 و 61 ق أ ج¹، وتنقسم إلى عدة أنواع وهي عدة المرأة الحائض، والمرأة المستحاضة، واليائس من المحيض وعدة المرأة الحامل، والمشرع الجزائري إستمد أحكامها من الشريعة الإسلامية، فعدة الحائض هي ثلاث قروء، وعدة المرأة اليائس من المحيض وفقا للمادة 58 منه، والجدير بالذكر أنه هناك نوع آخر من عدة المطلقة وهو عدة المستحاضة وهي التي لا ينقطع الحيض لمرض أصابها، والتي لا نجد لها حكما في القانون الجزائري.

¹ - قانون رقم 84-11 المرجع السابق.

الفرع الأول

الأساس القانوني للعدة

لقد سلك المشرع الجزائري النمط الجاري والسلوك المعتاد في سن القوانين، موافقة لمهامه، فهو يعتبر ضابطا للأحكام وليس معرفا ومبينا للمفاهيم، وبذلك يكون القانون قد ترك ذلك لرجال الفقه يستنبطونه من بين مواد القانون.

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

فتبين المادة 58 ق أ ج أنه: "تعدت المطلقة المدخول بها غير الحامل بثلاثة قروء، واليائس 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 المنفردة 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، وهذا ما ينعكس سلبا في أوساط المجتمع لكون الأسرة غير شرعية طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية بينما تعتبر كذلك في نظر القانون والقضاء.

تقرر المادة 59 ق أ ج بأنه: "تعدت المتوفى عنها زوجها بمضي أربعة أشهر وعشرة أيام، وكذا زوجة المفقود من تاريخ صدور الحكم بفقده"، ونستخلص من هذه المادة أن المتوفى عنها زوجها تنتظر أيضا زمنا حدده الشارع بأربعة أشهر وعشرة أيام، عند وفاة زوجها ومثلها زوجة المفقود سواء حصلت الوفاة قبل الدخول أو بعده².

¹ نفس القانون.

² سليمان ولد خسال، الميسر في شرح قانون الأسرة الجزائري، الأصالة للنشر والتوزيع، الطبعة الثانية، الجزائر، 2012، ص 180.

تنص المادة 60 ق أ ج على أن: "عدة الحامل وضع حملها، وأقصى مدة للحمل عشرة أشهر من تاريخ الطلاق أو الوفاة"¹.

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

أضاف المشرع في المادة 58 من قانون الأسرة: "تعدت المطلقة المدخول بها غير الحامل بثلاث قروء واليائس من المحيض بثلاثة أشهر من تاريخ التصريح بالطلاق"².

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

بالرجوع إلى القانون المغربي يتبين أنه نظم العدة وقسمها إلى عدة أقسام، وهي عدة الحامل بوضع الحمل أو سقوطه وذلك في المادة 133 من مدونة الأحوال الشخصية المغربية، وعدة المرأة الحائض ثلاثة أطهار كاملة، وعدة المرأة التي لم تحض أصلاً ثلاثة أشهر أو التي يئست من المحيض، فإن حاضت قبل إنقضائها إستأنفت العدة بثلاثة أطهار، وأخيراً عدة متأخرة الحيض أو التي لم تميز عن غيره تسعة أشهر ثم تعدت ثلاثة أطهار وهذا حسب المادة 136 من نفس المدونة³، ومن خلال هذا يتبين لنا أن المشرع المغربي فصل ودقق حالات عدة المطلقة أكثر مما جعلها القانون الجزائري الذي تناول فقط عدة المرأة المطلقة الحائض، اليائس من المحيض والحامل.

إن القانون الأردني كذلك نظم أحكام العدة الخاصة بالمرأة المطلقة وقسمها إلى عدة المعتدة التي لم ترى الحيض، فإذا بلغت سن اليأس تعدت ثلاث أشهر من زمن بلوغها إليه، وإن لم تبلغ سن اليأس تترتب تسعة أشهر تنتم للسنة حسب المادة 136 منه⁴ وعدة اليائس

¹ - قانون رقم 84-11، المرجع السابق.

² - نفس القانون.

³ - محمد لفروجي، قانون الأسرة، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء المغرب، 2006، ص 45.

⁴ - قانون الأحوال الشخصية الأردني، المرجع السابق.

من المحيض هو ثلاثة أشهر، وعدة المرأة الحامل هو وضع الحمل ، وبذلك يتضح بأن القانون الأردني لم يدرس عدة المرأة الحامل على خلاف المشرع الجزائري و المغربي كما هو مبين أعلاه.

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 الحمل¹ ، ومن هنا يتضح جليا بأنه لم يدقق في أحكام العدة، وأنواعها، إذ أنه لم يميز بين عدة المرأة المطلقة الحائض واليائس من المحيض وخصهما بنفس المدة وهي ثلاثة أشهر، كما انه حدد أقصى مدة الحمل بسنة من تاريخ الطلاق على خلاف باقي التشريعات التي حددت أقصى مدة الحمل بعشرة أشهر وأدناها ستة أشهر إستنباطا من الشريعة الإسلامية.

الفرع الثاني

أحكام العدة

أحكام العدة كثيرة ومتنوعة ونوجزها فيما يلي:

1. توجب العدة التوارث بين الزوجين وهو ما نص عليه قانون الأسرة الجزائري في المادة 132 منه والتي تنص على: " إذا توفي أحد الزوجين قبل صدور الحكم بالطلاق أو كانت الوفاة في عدة الطلاق، إستحق الحي منهما الإرث"².

فترث المعتدة من طلاق رجعي من زوجها إذا توفي أثناء العدة، ولا ترث المعتدة من الطلاق البائن إلا إذا أعتبر فارا من الميراث كأن يطلق في مرض موته ويموت في العدة. الجدير بالذكر في هذه النقطة أنه قد يحدث ويطلق الزوج زوجته بفترة قبل اللجوء إلى القضاء، وتمر فترة طويلة على ذلك فتعتبر من الناحية الشرعية مطلقة أجنبية عنه لمرور فترة العدة وبذلك إذا توفي أحدهما بعد انقضاء مدة العدة لايجوز أن يرث أحدهما الآخر وهذا شرعا، إلا أنه من الناحية القانونية فالزوج إذا طلق زوجته قبل اللجوء إلى القضاء واستصدر حكم بالطلاق وتوفي قبل ذلك فقانونا يرث كل منهما الآخر، وهذا ما يشكل تناقضا صارخا

¹ - مجلة الأحوال الشخصية التونسية، المرجع السابق.

² - قانون رقم 84-11 المرجع السابق.

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

2. ثبتت نسب الولد الذي تلده المعتدة في أثناء العدة من زوجها السابق، إذا كان هذا الولد قد وقعت ولادته بين أقل وأقصى مدة الحمل المحددة في المادة 43 من قانون الأسرة الجزائري و هي ستة أشهر كأقل مدة وعشرة أشهر كأقصى مدة وهذا لقوله تعالى: "الولد للفراش".

3. على المعتدة أن تعتد في البيت الذي تسكن فيه إلى وقت الفرقة، وتلتزم بيت الزوجية و لا تخرج منه إلا للضرورة، وهو ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 61 من الأسرة في قوله: "لا تخرج الزوجة المطلقة ولا المتوفى عنها زوجها من السكن العائلي ما دامت في عدة طلاقها أو وفاة زوجها إلا في حالة الفاحشة المبينة ولها الحق في النفقة في عدة الطلاق"¹، ومنه نستنتج أنه لا تخرج الزوجة المطلقة ولا المتوفى عنها زوجها من السكن العائلي مادامت في عدة طلاقها أو وفاة زوجها إلا في حالة الفاحشة المبينة.

هذا ما أخذ به المشرع الأردني كذلك في المادة 146 والتي تنص على: "تعتد 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 محرماً لمن فارقتها أثناء عدتها، ولا خامسة وهي في العدة، ولا تحل المعتدة للزواج، فلا تجوز خطبتها تصريحاً إن كانت معتدة من غير وفاة.

5. يجب على المعتدة شرعاً الحِداد أو الأحداد، أي أن تترك الزينة، ولا تلبس حلياً، ولا تمس طيباً، ولا تكتحل ما دامت في العدة، إظهاراً للأسف على وفاة زوجها، أو

¹ - قانون رقم 84-11، المرجع السابق.

² - قانون الأحوال الشخصية الأردني، المرجع السابق.

إنقطاع زوجيتها إذا كان الطلاق بائنا، ولا يجب الحداد على معتدة صغيرة أو غير عاقلة، ولا على مطلقة رجعية في عدتها، فيستحسن لها أن تتزين لزوجها ليرجعها¹.

المطلب الثاني

حق المرأة المطلقة في الحضانة قانونا

إن الأبوين الصالحين هما نواة الأسرة الفاضلة، والأسرة الفاضلة هي نواة المجتمع، والمجتمع الراقى والمزدهر هو مجتمع القانون، ومن بين الظواهر الإجتماعية التي عالجه 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، ونظرا لأهميتها فقد عالجتها معظم تشريعات العالم إن لم نقل كلها، ومن بينها التشريع الجزائري والتشريعات العربية، التي لم تختلف كثيرا في موضوعها، كونها مستمدة من مصدر واحد وهو الفقه الإسلامي، فما هي نظرة هذه التشريعات إلى الحضانة كحق للأم 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 للأم لم يكن موضوع خلاف وذلك لما ورد عن شرع الله وسنة رسوله -صلى الله عليه وسلم- وتطرقنا بعض هذه التشريعات لتعريف الحضانة ومن بينها المشرع الجزائري، بحيث اختلفت هذه التعريفات في لفظها لكن لم تختلف كثيرا في

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

مدلولها¹، ومن هنا نتطرق إلى بعض تعريفات الحضانة ثم مدى اعتبار الحضانة حق ثابت للأم كمايلي:

أولاً: تعريف الحضانة قانوناً

1 - القانون الجزائري: لقد عرفها المشرع الجزائري في المادة 60 من قانون الأسرة بحيث تنص " الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه، والقيام بتربيته على دين أبيه، والسهر على حمايته وحفظه صحة و خلقاً"².

فالحضانة هي تربية الولد حتى يبلغ أشده، ممن له حق الحضانة، في المدة التي لا يستغني فيها عن النساء، وأساس الحضانة هو مصلحة الطفل التي توجب وضعه عند من هو أقدر على الإهتمام به والعناية بشؤونه في كل فترة من فترات حياته³.

2 - القانون التونسي: عرفت مجلة الأحوال الشخصية التونسية في المادة 54 بحيث تنص " الحضانة هي حفظ الولد وميئته والقيام بتربيته"⁴.

3 - القانون المصري: عرفها قانون الأحوال الشخصية المصري خلال نص الفقرتين الأولى والرابعة 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 أن 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.

¹ - باديس دياي، المرجع السابق، ص 49.

² - قانون رقم 11-84 المرجع السابق.

³ - بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 380.

⁴ - مجلة الأحوال الشخصية التونسية، المرجع السابق.

ليس معناه ملازمة الصغير بحيث لا تفارقه الحاضنة، حيث جاء في تعريف محكمة مصر في حكمها، بأن الحضانة أمانة في يد حاضنته إلا أنها أمانة من نوع آخر غير الأمانة التي يعبر عنها فقها بالوديعة وهو تسليط المالك غيره على حفظ ماله وهي التي يعتبر الإمتناع عن ردها لمالكها غصبا فليس الصغير ملكا لأبيه ولا هو الذي أودعه حاضنته بل شرع هو الذي سلطها على حضانة الصغير لمصلحته أى لمصلحة أي شخص آخر بل لصالح العام الذي يحتم برعاية الصغار والقيام بتربيتهم إلا أن يتمكنوا الإستقلال بأنفسهم، فجعلت الشريعة حضانة الصغير للنساء إلى سن معينة ثم لرجال بعد ذلك، فإذا كانت الحاضنة قد تجاوزت الحق في إمساكه فلا يقال أنها اغتصبت بل يقال أنها أتت عملا 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 شرعا وعليه أن يسلمها للحاضنة ما دام في يدها¹.

ثانيا: حق الام في الحضانة

نص المشرع الجزائري من خلال المادة 64 ق أ ج " 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 للنساء، والأم هي في الدرجة الأولى، لكون النساء أصبر وأقدر ثم تثبت للأب، وهذا بعد تعديل بالأمر 02-05 بحيث قبل التعديل كانت أم الأم والخالة أولى من الأب في الحضانة، ورتب المستحقين لها مبدئيا بجهة الأم، ثم جهة الأب، ثم الأقربين الذين يتقدم فيهم رحم الأم على رحم الأب³.

¹ - رشدي شحاتة أبو زيد، المرجع السابق، ص ص 39-40.

² - قانون رقم 84-11 المرجع السابق.

³ - بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 381.

نستنتج من نص المادة بعد التعديل أن المشرع أبقى على حق الأم وقدم الأب على الجدة لأم والخالة¹، ويتضح لنا أن الحضانة ولو ثبتت للأشخاص الواردين في المادة حسب الترتيب، إلا أن هذا الترتيب ليس إلزامياً على القاضي بل له سلطة تقديرية في إسناد الحضانة لمن رآه فيه مصلحة للمحضون²، وذلك لورود عبارة " مع مراعاة مصلحة المحضون"، 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 الأسرة الجزائري، بنسبة للحاضنين إلا إذا ثبت بالدليل من هو أجدر للقيام بدور الحماية والرعاية للمحضون.

ولما كان ثابتاً- في قضية الحال- أن القرار المنتقد أسقط حضانة الولدين الصغيرين عن الطاعنة، وهي خالتهما التي في مرتبة أسبق من الطاعن بحجة أن مرتبة الأب كأستاذ يجعله أقدر على الرعاية والإنفاق من الخالة مع العلم الإنفاق يكون على الأب³.
عند المشرع المصري: نظمت أحكام الحضانة بمقتضى القانون رقم 25 لسنة 1929 من نص المادة 20 المعدلة بقانون رقم 44 لسنة 1979 على مايلي: فإذا لم توجد حاضنة من هؤلاء النساء أو لم تكن منهن أهل للحضانة أو انقضت مدة الحضانة للنساء، إنتقل الحق في الحضانة إلى العصابات من الرجال بحسب ترتيب الإستحقاق في الإرث.
 إذن فحق الحضانة بالنسبة للمشرع المصري هو ثابت للأم دون منازع ما دامت أهلاً لها، سواء رضي والد الطفل أم لا، لأنها أشفق وأرفق بولدها.

فالحضانة بالنسبة لقانون الأحوال الشخصية المصري حق للأبوين حال العصمة الزوجية، وحق للأم حال إفتراقهما أو لأحد أقاربها حين عدم ثبوته للأم لمانع، ثم عند البلوغ

¹ - أحمد شامي، المرجع السابق، 308.

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

³ - ملف رقم 89672 -القرار الصادر في 1993/02/23- المجلة القضائية- العدد الخاص باجتهااد غرفة الأحوال الشخصية والمواريث-2001- ص 166.

الولد سنا معينة ينتقل الحق في الحضانة إلى الرجل لأنه في هذه الحالة أقدر على حمايته وصيانتة من النساء¹.

أما **المشروع المغربي** في مدونة الأسرة المغربية المادة 163 منها فنجد أنه قد أعطى الأولوية بعد الأم للأب ثم الجدة لأم فإن تعذر ذلك فللمحكمة أن تقرر بناء على ما لديها من قرائن لصالح رعاية المحضون، إسناد الحضانة لأحد الأقارب أكثر أهلية، وفي هذا يتبين الاختلاف البسيط بينه وبين القانون الجزائري الذي أدرج الجدة لأب والخالة ثم العمّة في قائمة من يستحق الحضانة².

لكن **القانون الأردني** اختلف اختلافا كبيرا مع القانون الجزائري والمغربي ذلك أنه منح الأم الحق في الحضانة ثم يعود هذا الحق لمن تلي الأم من النساء حسب الترتيب المنصوص عليه في مذهب الإمام أبي الحنيفة وذلك وفقا للمادة 164 منه³.

كما نجد في **القانون الكويتي** أنه منح حق الحضانة للأم ثم لأمها وإن علت ثم للخالة ثم خالة الأم ثم عمّة الأم ثم الجدة لأب ثم الأب ثم الأخت ثم العمّة ثم عمّة الأب فخالة الأب ثم بنت الأخ ثم بنت الأخت بتقديم شقيق ثم لأم ثم لأب في الجميع وهذا وفقا للمادة 189 منه، وهذا القانون رتب الأشخاص الذين يستحقون الحضانة ترتيبا مختلفا تماما عن باقي التشريعات المذكورة أعلاه⁴.

الفرع الثاني

شروط إستحقاق الحضانة

¹ - ملف رقم 89672- القرار الصادر في 1993/02/23 - المجلة القضائية، العدد الخاص بإجتهااد غرفة الاحوال الشخصية والمواريث - 2001- ص 166.

² - محمد لفروجي، المرجع السابق، ص 49.

³ - قانون الأحوال الشخصية الأردني، المرجع السابق.

⁴ - قانون الأحوال الشخصية الكويتي، المرجع السابق.

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

إن 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 الشروط¹، إكتفى 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 انه:" تسقط الحضانة باختلال أحد الشروط الواردة في المادة 62 أعلاه" والمادة 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 والمتمثلة في البلوغ، القدرة، العقل، الأمانة...

من خلال الإجتهد القضائي نستنتج أن القضاء الجزائري، أخذ بهذه الشروط والمثال 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 ومن بينها القدرة على حفظ المحضون، ومن ثمة فإن القضاء بتقير ممارسة حق الحضانة دون توافر هذا الشرط خرقا لقواعد الفقه الإسلامي.

¹ - عيد العزيز سعد ، المرجع السابق، ص 295.

² - قانون رقم 84-11 المرجع السابق.

ولما كان ثابتا 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 الفقهية¹.

عن **المشروع السوري** فأخذ بها صراحة في نص المادة 137 من قانون الأحوال الشخصية السوري حيث نصت: "يشترط لأهلية الحضانة البلوغ والعقل والقدرة على صيانة الولد صحة وخلقا".

أما في مجلة **الأحوال الشخصية التونسية** فنصت صراحة في نص الفصل 58: "يشترط في مستحق الحضانة، أن يكون مكافأ 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 **المشروع المغربي** فجاء في نص المادة 173 من مدونة الأحوال الشخصية المغربي يشترط في من يتولى الحضانة ذكراً كان أم أنثى، البلوغ والعقل والقدرة على تربية الطفل وحفظه.

- أن يكون قادراً على رعايته صحة وخلقا.

- السلامة من الامراض الخطيرة والمعدية والمضرة بسلامة وصحة المحضون، وكل ما

يحول دون قيام الحاضنة بواجبها نحو ولدها.

- رعاية المحضون بما لا يتعارض مع الولي على النفس².

الفرع الثالث

آثار الحضانة

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

² - محمد لفروجي، المرجع السابق، ص 51.

إن الحضانة باعتبارها من آثار الطلاق (حق من الحقوق المعنوية للمطلقة) إن لم نقل من أهم الحقوق المعنوية نظرا لكونها الركيزة الأساسية التي تساهم في تربية الطفل المحضون ونشأته، ولذلك نظمها المشرع تنظيما محكما بما يتلائم ومصلحة المحضون إذ أنه حدد مدة الحضانة بدقة ومكان ممارستها كما نظم أسباب سقوط الحضانة وعودتها وهذا ما سنتناوله كآتي:

أولاً: مدة الحضانة ومكان ممارستها

أ - مدة الحضانة: نصت المادة 65 قانون الأسرة الجزائري " تنقضي مدة حضانة ذكر ببلوغه عشرة سنوات، والأنثى ببلوغها سن الزواج، وللقاضي أن يمدد مدة الحضانة بالنسبة للذكر إلى ستة عشرة سنة إذا كانت الحاضنة أما 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 من المحكمة، وهذا هو الإستثناء في هذه القاعدة، بحيث جاز للقاضي أن يقضي بتمديد مدة الحضانة للذكر إلى سن سادسة عشر بطلب من الحاضن، لكن 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 مطلقاً²، والنص لم يشر لمسألة هامة، وذلك حين رفض المحضون بعد الحكم بانتهاء الحضانة، والانتقال للجهة التي تسند لها، بسبب تعوّد العيش مع أمه، وما على القاضي إلا الموازنة بين تطبيق نص المادة، أو الأخذ بعين

¹ - قانون رقم 84-11 المرجع السابق.

² - عيد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 298-299.

الإعتبار رغبة الصغير، وهذا أساس الفقرة الثانية من نص المادة التي تقضي بمراعاة مصلحة المحضون¹.

القانون المغربي حدد مدة الحضانة ببلوغ سن الرشد القانوني سواء بالنسبة للذكر و الأنثى وعند بلوغ المحضون الخامسة عشر سنة له الحق في اختيار من يحضنه من أبيه أو أمه حسب المادة 166 منه، وهنا يظهر الإختلاف جليا مع القانون الجزائري وفقا لما تم شرحه أعلاه².

أما **القانون الأردني** حدد مدة الحضانة ببلوغ المحضون التاسعة بالنسبة للذكر والآنثى سن الحادية عشرة وهذا حسب المادة 161³ ومن هنا يظهر الإختلاف في ما يخص مدة الحضانة بين التشريعات العربية.

ثانيا: عمل الحاضنة

المادة 67 من الأمر 05-02 قانون الأسرة الجزائري الفقرة الثانية، والثالثة تنصان: " ولا يمكن لعمل المرأة أن يشكل سببا من أسباب سقوط الحق عنها في ممارسة الحضانة. غير أنه يجب في جميع الحالات مراعاة مصلحة المحضون"⁴.

فقبل تعديل 05-02 كان فراغا قانونيا فيصعب للقاضي تقدير عمل المرأة إن كان مضرا بالمحضون أو ربما هو عكس ذلك كونها شيئا معنويا يصعب إثبات ضرر المحضون، فتدخل المشرع من خلال هذا التعديل لملئ الفراغ لعدم التلاعب بمصلحة الصغير كونها من النظام العام، وخصوصا أن في المجتمع الجزائري ارتفعت نسبة النساء العاملات، وارتفعت معه دعاوى لإسقاط الحضانة لهن، والمشرع من خلال الفقرة الثانية والثالثة من النص المعدل للمادة 67 أقر بعدم سقوط الحضانة للمرأة العاملة، مع مراعاة

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

² - محمد لفروحي، المرجع السابق، ص 49.

³ - قانون الاحوال الشخصية الأردني، المرجع السابق.

⁴ - قانون رقم 84-11 المرجع السابق.

مصلحة المحضون، وقد أصاب المشرع في هذا التعديل كون المرأة تحتاج لعمل، وخصوصاً أن الأب لا يؤدي أجرة الحضانة للحاضنة في التشريع الجزائري رغم ثبوت هذا الحق شرعاً، 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 الحضانة¹، وهذا الحكم إنفرد به المشرع الجزائري على خلاف باقي التشريعات العربية التي لم تتطرق إليه، وهذا إن دل على شيء إنما يدل على تقدم وازدهار مكانة المرأة في المجتمع الجزائري.

الفرع الرابع

سقوط الحضانة وعودتها

إن حق الحضانة لا يثبت للحاضنة بصفة مؤبدة، وإنما هو أداء أوجب الشرع والقانون، وإن قامت الحاضنة بواجبها إزاء الحق الثابت لها، قام معها ذلك الحق إلى أن يبلغ المحضون السن القانوني لإستغنائه عن النساء، وإن خرجت المرأة عن قواعد الشرع والقانون بما ينافي مصلحة المحضون أو فقدت شرطاً من شروط استحقاقها سقط حقها في الحضانة وإن استعادت شروط استحقاقها عاد حقها على أساس زوال المانع يسترجع الممنوع، إذن فما هي أسباب سقوط الحضانة قانوناً؟

أولاً: أسباب سقوط الحضانة

أ- المادة 66 قانون الأسرة الجزائري: "يسقط حق الحضانة 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 رقم 84-11 المرجع السابق.

السبب الأول: زواج 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، وبشترط في هذا التنازل أن يصدر من المحكمة المختصة، وأن لا يضر ذلك التنازل بمصلحة المحضون¹.

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

وهنا السلطة التقديرية للقاضي في تقدير كل ما قد يضر بالصغير سواء مصلحته المادية أو المعنوية من الواردة في المادة 62 من رعاية وتعليم و القيام بتربية المحضون، وحمايته وحفظه صحة وخلقا.

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 الأسرة 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 الأسرة الجزائري: "تسقط حضانة الجدة أو الخالة إذا سكنتت بمحضونها مع أم المحضون المتزوجة بغير قريب محرم"³.

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

² - قانون رقم 84-11 المرجع السابق.

³ - المرجع نفسه.

من تحليل أحكام هذه المادة نعتقد 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 ومعها المحضون وتقيم 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 على من له الحق في انتقال الحضانة له المطالبة القضائية بهذا الحق إذا توافرت فيه شروط الحضانة وإلا لا تطبيق لهذه المادة.

والمشرع سكت عن الحالة التي يقضى 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 غيرها¹.

هـ- المادة 69 قانون الأسرة الجزائري وإذا أراد الشخص الموكول له حق الحضانة أن يستوطن في بلد أجنبي، رجع ذلك إلى سلطة التقديرية للقاضي في إثبات الحضانة له أو إسقاطها عنه، مع مراعاة مصلحة المحضون².

من هنا فإن تقرير أسباب سقوط الحضانة أمر موكول للقاضي، انطلاقا من قناعته بمصلحة المحضون و الظروف المتعلقة بالقضية³.

يتضح أن المشرع الجزائري عالج أسباب سقوط الحضانة من جميع النواحي على غرار القانون الكويتي في المادة 191 منه، والقانون 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:

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

² - قانون رقم 11-84 المرجع السابق.

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

- إذا كان المحضون صغيرا لم يتجاوز 7 سنوات أو إذا لحقه ضرر من فراق أمه.
- إذا كان بالمحضون علة أو عاهة تجعل حضانته مستعصية على غير الأم¹.

والجدير بالذكر أن القانون المغربي إنفرد لوحده بإضافة هذه السببين.

ثانيا : عودة الحضانة

المادة 71 قانون الأسرة 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 وبناء على رغبته واختياره، فإن حق الحضانة سوف لا يعود مثل التنازل الصريح الطوعي لصاحب الحق في الحضانة أو ناتج عن إهمال للمحضون، أو السكوت الإرادي عن المطالبة في حق الحضانة الثابت لمدة تزيد عن السنة وأن مصلحة المحضون متوفرة عند غيره من مستحقي الحضانة قانونا².

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 المحضون وتسري عليه أحكام الولاية المنصوص عليها قانونا، إضافة إلى أن الحاضن يكون مسؤولا عن تعويض أي ضرر يلحقه المحضون بالغير، وفي فترة الزيارة المسؤول يكون من كان عنده المحضون 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 المحضون، أي أنه على القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يأخذ بعين الإعتبار دائما مصلحة المحضون.

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 عدّة حقوق مادية و معنوية، وهي التي تمّت دراستها في هذه المذكرة، إلاّ أنّه رغم ذلك يمكن أن نقول أنّ قانون الأسرة 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 تمّت دراستها في هذه المذكرة.

من النقص التي لاحظناها في القانون الجزائري فيما يخص آثار الطلاق أو حقوق المرأة المطلقة هو أنّه لم يقدّم بتعريف العدة ولم يحدّد بدء سريانها و ترك كلّ ذلك للفقهاء 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 ضرارا كبيرا 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 الإسلامية إذ أنّه عادةً 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 تلفظ الزوج بالطلاق وقد تنهي مدتها 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 الإسلامية والقانون، ولذلك على المشرع الجزائري تدارك هذه المسألة بتنظيمه لأحكام العدة تنظيمياً ينسجم مع مبادئ الشريعة الإسلامية.

لم يكن المشرع الجزائري كذلك موفّقاً عندما تطرّق لموضوع النزاع حول متاع البيت وهذا بإقتضاره على مادة واحدة ووحيدة وهي المادة 73 من قانون الأسرة الجزائري التي

تتحدّث عن النزاع حول متاع بيت الرّوجية 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 إعترف 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 صامتًا 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 إضطراب في الإجتهد القضائي.

إلاّ أنّه إذا حاولنا أن نقارن بين حقوق المرأة المطلّقة في القانون الجزائري بنوعيتها 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 الفيرزبادي الشرازي، المهذب في فقه الإمام الشافعي، ضبطه وصححه 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.
- 4- أبو عمر يوسف عبد الله بن محمد بن عبد البر، الإستذكار الجامع لمذاهب فقهاء الأمصار فيما تضمنه الموطئ من معاني الرأي و الآثار، دار القتيبة، دمشق، 1993
- 5- أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم، المحلى، الجزء العاشر، إدارة الطباعة المنيرة، الأزهر، مصر، 1356.
- 6- أحمد شامي، قانون الأسرة الجزائري طبقاً لأحدث التعديلات، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2010.
- 7- أحمد لعور، نبيل صقر، الدليل القانوني للأسرة، دار الهدى، الجازائر، 2007 .
- 8- الغوثي بن ملحمة، قانون الأسرة على ضوء الفقه و القضاء، الطبعة الثانية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2008 .
- 9- باديس ديابي، آثار فك الرابطة الزوجية، دار الهدى ، الجزائر، 2008.
- 10- 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.

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

- 20- عبد الفتاح تقيّة، قانون الأسرة مدعما بأحدث الإجتهاادات القضائيّة و التشريعيّة
دراسة
مقارنة، دار الكتاب الحديث، القاهرة مصر 2011 .
- 21- عبد الفتاح تقيّة ، قضايا شؤون الأسرة من منظور الفقه و التشريع و القضاء،
منشورات التالة، الجزائر، 2011 .
- 22- 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.
- 23- لحسين بن شيخ آث ملول، المنتقي في قضاء الأحوال الشخصية، الجزء الأول،
الطبعة الثانية، دار هومة، الجزائر، 2006 .
- 24- محفوظ بن صغير، قضايا الطلاق في الإجتهد الفقهي وقانون الأسرة الجزائري،
دار الوعي لنشر و التوزيع، الجزائر، 2012 م.
- 25- محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، الطبعة الثالثة، دار الفكر العربي، مصر،
1957
- 26- محمد سراج، ضمان العدوان في الفقه الإسلامي، المؤسسة الجامعية للدراسات
والنشر
والتوزيع، لبنان، 1993 .
- 27- محمد شحاتة الجندي، نظرات في نظام الأسرة الإسلامية، مطبعة نور الإيمان،
القاهرة، 2002.
- 28- محمد لفروجي، قانون الأسرة، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء المغرب،
2006.
- 29- محمد محي الدين عبد الحميد، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، المكتبة
العلمية، لبنان، 2007 .

- 30- محمد مصطفى شلبي، دراسة مقارنة بين فقه المذاهب السنية و المذهب الجعفري و القانون، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية للطباعة و النشر، لبنان، 1983 .
- 31- مولاي ملياني بغدادي، حقوق المرأة في الشريعة الإسلامية، قصر الكتاب، البلدة الجزائرية، 1997.
- 32- موفق الدين أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامى القدسي الجماعيلي، دمشق الصالحي الحنبلي، المغنى، الطبعة الثالثة، دار عالم الكتب للطباعة و النشر، المملكة السعودية، 1997.
- 33_ نبيل صقر ، قانون الأسرة نصا و فقها و تطبيقا، دار الهدى، عين مليلة الجزائر، 2006.
- 34 _ وهبة الزحيلي، نظرية الضمان، دراسة مقارنة، دار الفكر، دمشق، 1982 .
- 35 _ 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- 2009.
- 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، 2009-2010.
- ب _ مذكرات الماجستير ونهاية التكوين:**
- 1_الإبراهيم بسما حسيين لافي، إجراءات الدعوى في الطلاق التعسفي، رسالة الماجستير، جامعة آل البيت، الأردن، 2008-2009.

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

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

4- نبيلة بوشفرة، الحقوق المالية للمرأة والطفل بعد الطلاق، مذكرة بحث لنيل دبلوم
الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، جامعة فاس- المغرب، سنة 2006.

رابعاً: النصوص القانونية:

1- قانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 يونيو سنة 1984 و المتضمن قانون الأسرة،
المعدل المعدل و المتمم بالأمر رقم 02-05 المؤرخ في 27 فبراير 2005، ج ر ع 15.
2- مرسوم تنفيذي 06-154 مؤرخ في 11 مايو سنة 2006 يحدد شروط وكيفيات
تطبيق أحكام المادة 07 مكرر من قانون رقم 84-11

3- قانون رقم 15-01 المؤرخ في 13 ربيع الأول عام 1436 الموافق ل 4 يناير 2015
المتضمن إنشاء صندوق النفقة، الجريدة رسمية رقم 1، 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 والقارارت القضائية:

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

- 2_ المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية و المواريث، الق رار الصادر في 1993/02/23، ملف رقم 89672، المجلة القضائية، 2001.
- 3- المحكمة العليا، الإجتهد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، الق رار 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 في 1999/03/16، الملف رقم 216836، المجلة القضائية. 2001.
- 6- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية القرار الصادر في 1987/12/07.

قائمة المختصرات

03مقدمة
04الفصل الأول : الحقوق المادية للمرأة المطلقة
05المبحث الأول : الحقوق المادية للمرأة المطلقة من الجانب الفقهي
06المطلب الأول : حق المطلقة في التعويض عن الطلاق التعسفي ونفقة المتعة
06الفرع الأول : تعريف التعويض فقها
07الفرع الثاني : الإختلاف في الحكم بالتعويض للمطلقة
07أولا : مشروعية التعويض
08ثانيا : الإختلاف في الحكم بالتعويض
09المطلب الثاني : حق المرأة المطلقة في النفقة
09الفرع الأول : إستحقاق المرأة المطلقة للنفقة
10أولا : إستحقاق المرأة المطلقة طلاقا رجعيًا للنفقة
10ثانيا : إستحقاق المرأة المطلقة طلاقا بائنا للنفقة
10ثالثا: إستحقاق المرأة المطلقة الحامل للنفقة
11الفرع الثاني: حالات عدم إستحقاق المرأة المطلقة للنفقة
11أولا: النكاح الفاسد ونكاح الشبهة
11ثانيا: نشوز الزوجة
11الفرع الثالث: معايير تقدير النفقة
12المطلب الثالث: حق المرأة المطلقة في متاع البيت
12الفرع الأول: النزاع في متاع البيت
13الفرع الثاني: الإثبات في متاع البيت عند المالكية والشافعية
13أولا: عند المالكية

13ثانيا: عند الشافعية
14الفرع الثالث: الإثبات في متاع البيت عند الحنفية والجعفرية
14أولا: عند الحنفية
15ثانيا: عند الجعفرية
16المبحث الثاني: الحقوق المادية للمرأة المطلقة من الجانب القانوني
16المطلب الأول: حق المطلقة في التعويض عن الطلاق التعسفي ونفقة المتعة
16الفرع الأول: الأساس القانوني للتعويض عن الطلاق التعسفي
17أولا: طبيعة التعويض عن الطلاق التعسفي
19ثانيا: حالات إستحقاق المرأة المطلقة للتعويض
21الفرع الثاني: العلاقة بين نفقة المتعة والتعويض عن الطلاق التعسفي
21أولا: أوجه التشابه بين المتعة والتعويض
22ثانيا: أوجه الإختلاف بين المتعة والتعويض
23المطلب الثاني: حق المطلقة في النفقة قانونا
23الفرع الأول: نفقة المرأة المطلقة قبل الدخول وبعده
23أولا: المطلقة قبل الدخول
24ثانيا: المطلقة بعد الدخول
25الفرع الثاني: الصندوق الخاص بالنفقة كضمان للمطلقة وأولادها

25	أولاً: أسباب إنشاء صندوق النفقة.....
25	ثانياً: المستفدون من صندوق النفقة.....
26	ثالثاً: شروط وإجراءات الإستفادة من صندوق النفقة.....
27	الفرع الثالث: نفقة الإهمال.....
27	أولاً: إستحقاق المرأة لنفقة الإهمال.....
28	ثانياً: حالات سقوط نفقة الإهمال.....
28	الفرع الرابع: توفير مسكن لممارسة الحضانة أو دفع بدل الإيجار.....
29	المطلب الثالث: النزاع حول متاع البيت قانوناً.....
29	الفرع الأول: النزاع حول وجود المتاع.....
31	الفرع الثاني: النزاع حول ملكية المتاع.....
31	أولاً: وجود الدليل على ملكية المتاع.....
31	ثانياً: عدم وجود الدليل على ملكية المتاع.....
35	الفصل الثاني: الحقوق المعنوية للمرأة المطلقة.....
35	المبحث الأول: الحقوق المعنوية للمرأة المطلقة من الجانب الفقهي.....
36	المطلب الأول: حق المرأة المطلقة في العدة.....
36	الفرع الأول: تعريف العدة فقهاً.....
36	أولاً: تعريف العدة عند الحنفية.....

37	ثانيا: تعريف العدة عند المالكية.
37	ثالثا: تعريف العدة عند الشافعية.
38	رابعا: تعريف العدة عند الحنابلة.
38	الفرع الثاني: حكمة مشروعية العدة وحكمها.
38	أولا: حكمة مشروعية العدة.
40	ثانيا: حكم العدة.
41	الفرع الثالث: أنواع العدة.
41	أولا: العدة بالحيض أو القرء.
43	ثانيا: العدة بالأشهر.
45	ثالثا: العدة بوضع الحمل.
46	الفرع الرابع: إنتقال العدة.
46	أولا: التحول من الحيض إلى الأشهر.
47	ثانيا: التحول من الأشهر إلى الحيض.
48	ثالثا: تحول العدة من الإقراء أو الأشهر إلى وضع الحمل.
48	الفرع الخامس: حق المعتدة في المسكن.
49	المطلب الثاني: حق المطلقة في الحضانة فقها.
50	الفرع الأول: تعريف الحضانة وشروط إستحقاقها.

50	أولاً: تعريف الحضانة.....
51	ثانياً: شروط إستحقاق الحضانة.....
56	الفرع الثاني: حكم الحضانة وأدلة مشروعيتها.....
56	أولاً: حكم الحضانة.....
56	ثانياً: أدلة مشروعية الحضانة.....
60	الفرع الثالث: أحكام الحضانة وآثارها.....
60	أولاً: أحكام الحضانة.....
63	ثانياً: آثار الحضانة.....
68	المبحث الثاني: الحقوق المعنوية للمرأة المطلقة من الجانب القانوني.....
68	المطلب الأول: حق المطلقة في العدة.....
69	الفرع الأول: الأساس القانوني للعدة.....
71	الفرع الثاني: أحكام العدة.....
73	المطلب الثاني: حق المرأة المطلقة في الحضانة.....
73	الفرع الأول: التعريف القانوني للحضانة ومدى أحقية المطلقة بها.....
74	أولاً: تعريف الحضانة قانوناً.....
75	ثانياً: حق الأم في الحضانة.....
77	الفرع الثاني: شروط إستحقاق الحضانة.....

79	الفرع الثالث: آثار الحضانة.....
80	أولاً: مدة الحضانة ومكان ممارستها.....
81	ثانياً: عمل الحاضنة.....
82	الفرع الرابع: سقوط الحضانة وعودتها.....
82	أولاً: أسباب سقوط الحضانة.....
84	ثانياً: عودة الحضانة.....
86	خاتمة:.....
88	قائمة المراجع.....
91	الفهرس.....