

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة العربي بن مهدي - أم البواقي -
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق

آثار الطلاق في قوانين الأحوال الشخصية المغاربية

أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه علوم في القانون
تخصّص: قانون خاص

إشراف الأستاذ الدكتور:
مراد كاملي

إعداد الطالب:
زوهير بن حشاني

أعضاء لجنة المناقشة:

الاسم واللقب	الرتبة	الجامعة الأصلية	الصفة
محمد الصالح روان	أستاذ التعليم العالي	جامعة العربي بن مهدي أم البواقي	رئيسا
مراد كاملي	أستاذ التعليم العالي	جامعة محمد الصديق بن يحي	مشرفا ومقررا
عبد الرؤوف دبابش	أستاذ التعليم العالي	جامعة محمد خيضر بسكرة	مناقشا
علي بودفع	أستاذ التعليم العالي	جامعة 20 أوت 1955 سكيكدة	مناقشا
محمد رضا تيمي	أستاذ محاضر -أ-	جامعة العربي بن مهدي أم البواقي	مناقشا
عمارة نعيمة	أستاذ محاضر -أ-	جامعة العربي بن مهدي أم البواقي	مناقشا

الموسم الجامعي: 2021/2020

بِسْمِ اللّٰهِ الرَّحْمٰنِ الرَّحِیْمِ

﴿وَإِنْ يَتَفَرَّقَا يُغْنِ اللّٰهُ كِلَا مِّنْ سَعْتِهِ وَكَانَ اللّٰهُ

وَاسِعًا حَكِيمًا﴾ (سورة النساء، الآية 130)

شكر وتقدير

احمد الله عز وجل الذي وفقني لانجاز هذا العمل المتواضع

هذا وأناني لأجد لزاما على أن أبادر بشكري الخالص للأستاذ الدكتور مراد كامل، إذ أضاف يدا إلى أياديه السالفة فتكرم بقبول الإشراف على إعداد هذه الأطروحة وأمدني خلال ذلك الكثير من وقته الثمين وتوجيهاته العلمية الدقيقة وملاحظاته القيمة العميقة بالرغم من مسؤوليته الأكاديمية والإدارية إلا أنه أولاني الاهتمام في سبيل ظهور هذا البحث بالمظهر اللائق فكان خير مرشد ومعين جزاه الله عني وعمن ينتفع بعلمه خير الجزاء

الإهداء

إلى الوالدين العزيزين متمنيا لهما موفور الصحة والعافية وطول العمر

إلى زوجتي ورفيقة دربي من أجل مساندتها وتشجيعها لي

إلى بناتي لعلهن يجدن في التحدي الذي رفعته لإتمام هذه الأطروحة مثلاً يقتدين به

للاجتهد في دراستهن.

مقدمة

يعتبر الزواج من أكبر سنن الله في الخلق، قال تعالى: « وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ » (سورة الروم/ الآية 21). وهو من أوثق العقود التي يقدم الناس على إبرامها، ولهذا اعتنى الإسلام به أيما عناية، حيث ذكره في القرآن الكريم أكثر من مرة، ورفع من شأنه فجعله ميثاقا غليظا، قال تعالى: «وَأَخَذْنَا مِنْكُمْ مِيثَاقًا غَلِيظًا» (سورة النساء/ الآية 21).

فالزواج عقد وميثاق غليظ، أساسه المحبة والتراحم، وعليه تُبنى الأسرة ويقوم النظام الاجتماعي. ولقد عدّ المشرع الجزائري الأسرة الخلية الأساسية في تكوين المجتمع وقيام نظامه، إذ جاء في المادة 2 من قانون الأسرة أن "الأسرة هي الخلية الأساسية للمجتمع..."، كما بيّن أن قوامها المعاشرة الحسنة والتكافل بين أفرادها.

إلا أنه قد تحل الجفوة مكان المودة، والغلظة موضع الرّحمة، وتطراً على العلاقة الزوجية حالات تجعل استمرارها عسيراً، ويصل الشقاق بين الزوجين حدّاً يتعدّر معه الصّلاح، وتصبح الحياة الزوجية مضرّة غالبية ومصالحة مرجوحة، فيكون إنهاءها أسلم للزوجين والأولاد والمجتمع عامّة، وأنفى للمساس بمكانة العقد ونظام الأسرة.

ومتى وقع الطّلاق خلف آثارا عميقة على الزوجين والأبناء خاصّة، وعلى النّظام الاجتماعيّ عامّة، وكان لزاما على المشرعين المغاربة التدخل حفظا لحقوق الأفراد وتقليصا لما ينجرّ عنه من آثار سيئة، وعواقب وخيمة.

من هنا يتحدّد موضوع البحث باعتباره دراسة في آثار الطّلاق القانونيّة، وبيان كيفيّة معالجتها في التشريعات المغاربية. إذ لا يخفى على الباحثين الاجتماعيين أن المغرب العربي يشكل وحدة متجانسة إلى حد بعيد فيما يعيشه من نظم وظواهر اجتماعية -خاصّة في مجال الأسرة- بسبب وحدة الثقافة والتاريخ والجغرافيا والتشكيل البشري، كما لا يخفى على الباحثين في مجال

القانون ما هو كائن من تقارب بين التشريعات المغربية والقضاء في دولها في معالجة شؤون الأسرة من خلال قوانينها للأحوال الشخصية بسبب وحدة الاستمداد من الشريعة الإسلامية عموماً، ومن المذهب المالكي خصوصاً، واستفادة بعضها من بعض في معالجة ما يستجد من قضايا وشؤون أسرية.

ولقد نظم المشرع الجزائري أحكام الطلاق في الفصل الأول من الباب الثاني المتعلق بالحلل الزواج، والذي بموجبه تنحل الرابطة الزوجية إما بالطلاق أو الوفاة وهذا بموجب المواد من المادة 47 إلى 73، وتناول آثاره تحديداً من المادة 58 إلى 80.

وكذلك نظم المشرع المغربي أحكام الطلاق في القسم الثالث من الكتاب الثاني المتعلق بالحلل ميثاق الزوجية وآثاره وهذا بموجب المواد من المادة 78 إلى 141 من مدونة الأسرة المغربية.

كما أن المشرع التونسي نظم آثار الطلاق من الفصل 34 إلى 76 من مجلة الأحوال الشخصية.

1. أهمية الموضوع:

تظهر أهمية الموضوع من خلال أهمية الظاهرة التي يعالجها، ولقد كان الطلاق وما يخلفه من آثار -ولا يزال- من الشواغل الكبرى للمشرعين والقضاة والباحثين في العلوم القانونية والاجتماعية، وظلت عواقبه وآثاره سبباً دائماً يورق الخطط الاجتماعية للحكومات المغربية، خاصة في ظلّ توسع ظاهرة الطلاق في العقود الأخيرة، وضعف التكافل الاجتماعي في الحد من آثارها والتكفل بتبعاتها.

كما تظهر أهميته من خلال الإطار المقترح لدراسته، إذ أن طرح قضية آثار الطلاق في الإطار المغربي الواسع أكثر شمولاً وجدوائية وفعالية، إذ سيتمكن الباحث بذلك من فهم أشمل وأعمق للظاهرة، وبجنا للحلل المختلفة لها في ظل التشريعات المغربية المختلفة، وما أفرزته من اجتهادات فقهية وقضائية، مما يمكنه من المقارنة بينها والموازنة وترجيح الأجدى والأنفع واقتراح ما يمكن اقتراحه لتدارك مواضع القصور والخلل في التشريع الجزائري خصوصاً والتشريعات المغربية عموماً.

2. أهداف البحث:

تهدف هذه الدراسة إلى محاولة رسم رؤية متكاملة حول آثار الطلاق في قوانين الأحوال الشخصية المغربية من خلال بيان أوجه التشابه والاختلاف في معالجتها للظاهرة وبحث إمكانية طرح بدائل تشريعية جامعة بين هذه الدول.

كما تهدف إلى إيجاد حلول لبعض الإشكالات المطروحة في التصدي لمعالجة آثار الطلاق على مستوى التشريع أو القضاء في دول المغرب العربي عامة، والجزائر خاصة.

3. إشكالية البحث:

إذا كان مسعى التشريعات جميعا فيما يتعلق بآثار الطلاق هو معالجة هذه الآثار والحد من نتائجها السلبية وحماية حقوق الأطراف ورعايتها حتى لا تمسّ عنادا وجفاء، ولا تُغمط كبرا واستهتارا، وبالتالي حماية النظام الاجتماعي عموما من التصدّع والتآكل. فإنّ نجاح أيّ منظومة تشريعية في هذا المجال يظهر من خلال قدرتها على معالجة هذه الآثار، وحماية تلك الحقوق، وحفظ المجتمع من ويلات وعواقب تلك التبعات.

ولهذا فإنّ الإشكالية التي نطرحها في هذه الدراسة يمكن تلخيصها والتعبير عنها في سؤال رئيس: ما مدى فعالية التشريعات المغربية في حماية حقوق الأفراد وحفظ النظام الاجتماعي من خلال معالجة آثار الطلاق؟

ويتفرّع عن هذا السؤال الرئيس جملة من الأسئلة الفرعية كالاتي:

- ما مدى توفيق التشريعات المغربية في الاستمداد من أحكام الشريعة الإسلامية والاختيار من الآراء الفقهية المذهبية في معالجة آثار الطلاق؟
- هل قدّمت التشريعات المغربية منظومة متكاملة من الأحكام في معالجة آثار الطلاق؟
- إلى أي حدّ تجاوبت التشريعات المغربية وراعت حقوق الإنسان عامة، وحقوق المرأة والطفل تحديدا، وجسدت التزامات دولها في الاتفاقات الدولية المصدّق عليها.

4. أسباب اختبار الموضوع:

يعود اختياري لهذا الموضوع إلى الأسباب الآتية:

- قلة الدراسات القانونية المقارنة في الإطار المغربي، خاصة في مجال شؤون الأسرة.
- التباين الواضح في معالجة آثار الطلاق بين التشريعات المغربية، والقصور التشريعي الواضح في التصدي لها.

5. الدراسات السابقة:

في إطار البحث عن الدراسات السابقة في هذا الموضوع في قانون الأسرة الجزائري أو في القانونين المغربي والتونسي وقفت على جملة من الدراسات السابقة على النحو الآتي:

أ. **مصلحة المحضون في القوانين المغربية للأسرة**، وهي أطروحة دكتوراه من إعداد الطالبة:

حميدو زكية، تحت إشراف الدكتور جيلالي تشوار، سنة 2005، كلية الحقوق جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، وقد تناولت الباحثة في هذه الدراسة ماهية مصلحة المحضون وضوابط معاييرها وقواعد تقدير مصلحة المحضون في مواجهة مسقطات الحضانة والتنازل عنها.

وهي رغم أهميتها واستفادتي من نتائجها على اعتبار أنها دراسة مقارنة في القوانين المغربية، تتناول أحد أهم آثار الطلاق، وهو الحضانة، إلا أنها لا تتعرض بطبيعة موضوعها لسائر آثار الطلاق، كما أنها تركز في حديثها عن الحضانة على فكرة مصلحة المحضون باعتبار أنها معيار يعتمد القاضي في إصدار الأحكام في مسائل الحضانة.

ب. **التعويض عن الضرر في بعض مسائل الزواج والطلاق -دراسة مقارنة-** وهي أطروحة

دكتوراه من إعداد الطالبة مسعودة نعيمة الياس تحت إشراف الدكتور جيلالي تشوار، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، سنة 2010، وجاءت في ثلاثة فصول، تم من خلالها التعرض للعدول عن الخطبة كمسألة موجبة للتعويض في حال العدول، فضلا عن الطلاق

كمسألة موجبة للتعويض، كما بحثت سلطة القاضي في تقدير التعويض في مسائل الزواج والطلاق.

وهي دراسة مهمة، وقد استفدت منها في تصوّر فكرة التعويض عن آثار الطلاق والأضرار الحاصلة بسببه، إلا أنها تبقى دراسة مقتصرة من حيث المجال بالنسبة لدراستي.

ج. مدى حق المرأة في السكن في حالي الزواج وانحلاله، مذكرة ماجستير من إعداد الطالبة وداد مكيو، جامعة الأمير عبد القادر قسنطينة، سنة 2013، قدمتها في فصلين، خصصت الأول لحق المرأة في السكن أثناء قيام العلاقة الزوجية، والثاني خصص لحق المرأة في السكن بعد انحلال الرابطة الزوجية.

وهي رغم كونها مذكرة ماجستير إلا أنها تعرّضت بدقة وعمق لمسألة حق المرأة في السكن، خاصة في حالة الطلاق، وهو ما جعلني استفيد منها، رغم أنّ بين الدراستين فرق كبير، حيث دراستي أشمل من حيث دراسة الآثار، إلا أنها أضيق من حيث اقتصارها على دراسة الآثار الناجمة عن الطلاق خصوصا -بما فيها السكن-

د. الحقوق المالية للمرأة والطفل بعد الطلاق، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، جامعة سيدي محمد بن عبد الله كلية العلوم القانونية، فاس، من إعداد الطالبة نبيلة بوشعرة، تحت إشراف الدكتور احمد أجوييد، سنة 2006، وهي من فصلين الأول الحقوق المالية للمرأة والطفل بعد الطلاق، أما الثاني محدودية المستحقات المالية وآليات الحد من قصورها. وقد استفدت منها في مجال شرح أحكام القانون المغربي في الموضوع، خاصة في الجانب المالي. هـ. آثار الطلاق: رسالة ماجستير من إعداد الطالب عبد الرزاق مبارك تحت إشراف الدكتور

نعمان الرقيق كلية الحقوق جامعة صفاقس تونس.

وقد استفدت منها في مجال شرح أحكام القانون التونسي في الموضوع.

6. المنهج المقترح:

تقتضي طبيعة الدراسة أو البحث اعتماد مجموعة الأساليب والطرائق والوسائل المعتمدة في البحث، وتستعمل هذه الأدوات والمناهج بهدف الوصول إلى الضبط والدقة والموضوعية في نتائج البحث ويتم اختيار ما هو مناسب وضروري بحسب موضوع البحث وهدفه. وقد اعتمدت المنهج الاستقرائي، بحيث اتبع طريقه عرض الأحكام والآثار الأساسية لنظام الطلاق في التشريع الإسلامي وتحليلها في حدود ما ورد في النصوص الشرعية، دون أن أتوغل في المسائل الجزئية، مقتصرًا على المذاهب الفقهية الأربعة المعروفة مع بيان الراجح منهما، ثم اتبع ذلك مباشرة بما ورد من أحكام في قوانين الأحوال الشخصية المغربية، مبينا كيفية استفادتها واختيارها من الشريعة والفقه الإسلاميين، كما استعين في الدراسة بالقرارات القضائية إما تدعيما وتوضيحا وشرحا للقانون، أو تنمة لما سكت عنه المشرعون.

كما اعتمد في الدراسة على المنهج المقارن وذلك عن طريق مقارنة التشريعات المغربية بعضها ببعض لاستخراج أوجه التشابه والاختلاف بينها تمهيدا لبيان أسبابهما، وبيان أوجه امتياز بعضها على بعض، واقتراح ما يسدّ القصور فيها جميعا أو في بعضها، مع التركيز على التشريع الجزائري.

7. خطة البحث:

تنوّع آثار الطلاق بين الآثار ذات الطبيعة المائيّة والآثار ذات الطبيعة غير المائيّة، ولهذا فقد اعتمدت ذلك معيارا لتقسيم البحث إلى باين هما:

الباب الأول: الآثار المالية للطلاق في قوانين الأحوال الشخصية المغربية

الباب الثاني: الآثار غير المالية للطلاق في قوانين الأحوال الشخصية المغربية

وقد أدرجت تبعا لذلك الآثار المائيّة للطلاق في الباب الأوّل، وهي المتعة والتعويض عن

الأضرار الناجمة عن الطلاق وأجرة الرضاع وتقاسم أثاث البيت والتّفقة والمهر. وقد قسمتها

بدورها إلى آثار مائيّة ذات طبيعة تعويضيّة، وآثار ذات طبيعة استحقاقية.

بينما أدرجت الآثار غير المائيّة في الباب الثاني، وهي العدة والحضانة.

وقد ترتب عن ذلك الخطة الآتية:

الباب الأول: الآثار المالية للطلاق في قوانين الأحوال الشخصية المغربية

الفصل الأول: الآثار المالية للطلاق ذات الطبيعة التعويضية

المبحث الأول: المتعة في قوانين الأحوال الشخصية المغربية

المبحث الثاني: التعويض عن الضرر الناجم عن الطلاق في قوانين الأحوال الشخصية المغربية

المبحث الثالث: أجره الرضاع في قوانين الأحوال الشخصية

الفصل الثاني: الآثار المالية للطلاق ذات الطبيعة الاستحقاقية

المبحث الأول: التنازع في متاع البيت وجهاز المرأة في قوانين الأحوال الشخصية المغربية

المبحث الثاني: حق المطلقة في النفقة في قوانين الأحوال الشخصية المغربية

المبحث الثالث: حق المطلقة في المهر في قوانين الأحوال الشخصية المغربية

الباب الثاني: الآثار غير المالية للطلاق في قوانين الأحوال الشخصية المغربية

الفصل الأول: العدة في قوانين الأحوال الشخصية المغربية

المبحث الأول: ماهية العدة في قوانين الأحوال الشخصية المغربية

المبحث الثاني: أحكام العدة في قوانين الأحوال الشخصية المغربية

الفصل الثاني: الحضانة في قوانين الأحوال الشخصية المغربية

المبحث الأول: أحكام الحضانة في قوانين الأحوال الشخصية المغربية

المبحث الثاني: سكنى الحاضنة في قوانين الأحوال الشخصية المغربية

المبحث الثالث: حق زيارة المحضون في قوانين الأحوال الشخصية المغربية

الباب الأوّل

الآثار الماليّة للطلاق في قوانين الأحوال
الشخصيّة المغاربيّة

تترتب عن الطّلاق آثار مالية متعدّدة تتمثل في المتعة والنفقة في فترة العدة، والتعويض عن الأضرار الناجمة عن الطلاق، واستحقاق الموضع أجرة الرضاع، واستحقاق كل منها نصيب من متاع البيت وأثاثه، واستحقاق المطلقة ما تخلف من مهرها المسمّى في العقد.

والحقيقة أنّ هذه الآثار هي حقوق المرأة بعد الطلاق، والبعض الآخر مشترك، إلا أنه يتم تناوله في الغالب من زاوية حق المرأة ونصيبها عنه، وهو ما تعلق بالتعويض عن الضرر الذي نشأ عن الطلاق والاستحقاق في متاع البيت.

ولما كانت هذه الحقوق والآثار المالية إما مستحقة أصلاً بسبب الطلاق كنفقة العدة، وأجرة رضاع المطلقة المرضع فضلاً عن بدل إيجار السكن المعد للحضانة وإمّا مستحقة تعويضاً عن الأضرار الناجمة عن الطلاق فقد قسمت هذا الباب إلى فصلين على النحو الآتي:

- الفصل الأول: الآثار المالية للطلاق ذات الطبيعة التعويضية في قوانين الأحوال الشخصية المغربية.

- الفصل الثاني: الآثار المالية للطلاق ذات الطبيعة الاستحقاقية في قوانين الأحوال الشخصية المغربية.

الفصل الأوّل

الآثار الماليّة للطلاق ذات الطّبيعة التّعويضيّة

قرّرت قوانين الأحوال الشخصية المغربية مجال الدراسة جملة من الآثار المالية للطلاق في حقيقتها تعويضا لأحد الطرفين أو كلاهما، على اعتبار الطلاق يلحق الأذى والضرر بأحد الطرفين فيكون من حقه جبر ضرره، أو أنه سيجمله أعباء طبيعته، فيكون مستحقا أجرهما، وهو ما ينطبق حصريا على حق المطلقة المرزوع في أجره الرضاع، كما تستحق المطلقة تعويضا عن طلاقها بطريقة تعسفية جراء الألم اللاحق بها، فضلا عن استحقاقها لنفقة المتعة.

فيكون تناول هذا الفصل في مباحث ثلاثة على النحو الآتي:

- المبحث الأول: المتعة في قوانين الأحوال الشخصية المغربية.
- المبحث الثاني: التعويض عن الضرر الناجم عن الطلاق في قوانين الأحوال الشخصية المغربية.
- المبحث الثالث: أجره الرضاع في قوانين الأحوال الشخصي المغربية.

المبحث الأول: المتعة في قوانين الأحوال الشخصية المغربية

كان الطلاق أخف الأضرار لرفع كل ما من شأنه أن يمس استقرار الأسرة ككل، في ظل التأكد من استحالة تحقيق المودة والرحمة وعلى هذا الأساس تترتب على الطلاق آثار مالية تخص المرأة المطلقة بصفة حصرية وخاصة دون غيرها، على اعتبار أن الطلاق يلحق الأذى والضرر لها، وهذا ما سيتم معالجته في هذا المبحث وفقا للتفصيل الآتي:

- المطلب الأول: مفهوم المتعة ومشروعيتها.

- المطلب الثاني: تقدير المتعة

المطلب الأول: مفهوم المتعة ومشروعيتها

تمتد الآثار المالية للطلاق لحق مالي تستحقه المطلقة يتمثل في المتعة التي يعتبرها الكثير من الاختلافات الفقهية، وتأثير ذلك على مسلك القوانين الأحوال الشخصية المغربية في أن المتعة تعطي لها لجبر الضرر اللاحق بالمطلقة، وعلى هذا الأساس وجب التفصيل فيها على النحو التالي:

- الفرع الأول: مفهوم المتعة في الفقه ومشروعيتها.

- الفرع الثاني: مفهوم المتعة في قانون الأسرة الجزائري.

- الفرع الثالث: مفهوم المتعة في مدونة الأسرة المغربية.

- الفرع الرابع: مفهوم المتعة في مجلة الأحوال الشخصية التونسية.

الفرع الأول: مفهوم المتعة في الفقه ومشروعيتها

إن التعسف في استعمال حق الطلاق مسيء وإساءته هذه يترتب عليها حقوق ضرر بالمطلقة، ومن أجل ذلك رتبت الشريعة الإسلامية على المطلق أثر يرمي إلى تخفيف الضرر عن المطلقة، وذلك بما تفرضه على الزوج من المتعة لمطلقته، كأثر من آثار الطلاق. وبأن ذلك يستدعي التطرق لها في العناصر الآتية:

أولاً - مفهوم المتعة:

لا بد من تبين معنى المتعة في الجانبين اللغوي والاصطلاحي كما يلي:

1. تعريف المتعة في اللغة:

المتعة من متع الشيء متوعاً، وهي بمعنى بلغ في الجودة الغاية في بابه وطال فهو ممتع، وهي مائعة، ويقال متع النهار، والضحي بلغ غاية ارتفاعه⁽¹⁾، وفي ذلك المتاع الذي هو كل ما ينتفع به كالطعام وأثاث البيت وأصل متاع ما ينتفع به من الزاد وهو اسم من متعته بالثقل إذا أعطته ذلك والجمع أعطيته.⁽²⁾

فالمتاع كل شيء ينتفع به ويتبلغ به ويتزود والفناء يأتي عليه في الدنيا والمتعة والعمرة إلى الحج.⁽³⁾

وترد المتعة بمعنى البضاعة⁽⁴⁾، من خلال قوله تعالى: "وَلَمَّا فَتَحُوا مَتَاعَهُمْ..."⁽⁵⁾ الانتفاع والمنفعة⁽⁶⁾ لقوله تعالى: "وَاللَّهُ جَعَلَ لَكُمْ مِنْ بُيُوتِكُمْ سَكَنًا وَجَعَلَ لَكُمْ مِنْ جُلُودِ الْأَنْعَامِ بُيُوتًا تَسْتَخِفُّونَهَا يَوْمَ ظَعْنِكُمْ وَيَوْمَ إِقَامَتِكُمْ وَمِنْ أَصْوَابِهَا وَأَوْبَارِهَا وَأَشْعَارِهَا أَثَاثًا وَمَتَاعًا إِلَى حِينٍ"⁽⁷⁾ كما ينصرف معنى المتعة إلى متعة النكاح، أبي الزواج بإمرأة والتمتع بها أياماً ثم إخلاء سبيلها، ومتعة الحج يضم الحجم إلى العمرة، ومتعة المرأة ما وضلت به بعد الطلاق.⁽⁸⁾

ومن خلال عرض مختلف معاني اللغوية للمتعة ينصح ارتباطها بشكل عام بالانتفاع والاستفادة من كل شيء يجوز الانتفاع به.

(1) إبراهيم مصطفى، وآخرون، المعجم الوسيط، مجمع اللغة العربية، بيروت، لبنان، ط2، 1997، ص 933؛ إسماعيل بن حماد الجوهري، الصحاح،

تاج اللغة وصحاح العربية، ط4، بيروت، لبنان، دار العلم للملايين، 1990، ص417.

(2) الفيومي، المصباح المنير، دار الفكر، ط1، بيروت، لبنان، 1985، ص214.

(3) ابن منظور، لسان العرب، دار صادر، ط1، بيروت، لبنان، ج3، ص328.

(4) القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، دار عالم للكتب، تحقيق: هشام سمير البخاري، الرياض، السعودية، 2003، ج9، ص224.

(5) سورة يوسف، الآية 65.

(6) ابن العربي، أحكام القرآن، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، ج3، ص149.

(7) سورة النحل، الآية 80.

(8) الخطيب الشربيني، المغني المحتاج إلى معرفة معنى ألفاظ المنهاج، دار الفكر، بيروت، لبنان، ج3، ص241.

2. تعريف المتعة في الاصطلاح:

أما المتعة في اصطلاح الفقهاء، حيث وردت العديد من التعاريف الاصطلاحية للمتعة ومن بينها: "مال يجب على الزوج دفعه لإمرأته المفارقة أن المتعة هي مبلغ مالي يقوم الزوج بدفعه إلى مطلّقتها بسبب طلاقه وإخضاع ذلك لشروط معينة كما عرفت المتعة على أنّها: " ما يعطيه الزوج لمن طلقها زيادة على المهر يجبر خاطرها المنكسر بألم الفرقة بقدر حاله"⁽¹⁾ ويتضح من خلال هذا التعرف أن الرجل الذي طلق زوجته وتسبب لها في ألم معنوي، أن يعطها مبلغ مالي لجبر خاطرها وتماشيا مع ظروفه المادية.

كما عرفت المتعة على أنّها: " ما تمتع به الزوجة وتعطاه تعويضا لها عن الفرقة بينها وبين زوجها من الثياب التي تلبسها المرأة للخروج عادة أو ما يعادلها من مال أو أي عوض"⁽²⁾، ويتضح من خلال هذا التعريف أن المتعة هي تعويض للمطلّقة، وخصص هذا التعويض الذي يشمل على اللباس المعد للخروج، أو ما يعادله من قيمة مالية، وهذه إضافة جديدة عن باقي التعريفات السابقة.

كما عرفت المتعة على أنّها: " ما يجب لحرّة أو سيدّة أمة على زوج بطلاق قبل الدخول لمن لم يسم لها مهر"⁽³⁾، ويتضح من خلال هذا التعريف أنه جاء مغاير على التعريفات الأخرى حيث نص على المتعة التي تعطي للمطلّقة قبل الدخول والتي لم يفرض لها صداق.

وبالرجوع إلى تعريفات المشرعين المغاربة مخصوص للمتعة فإنه نجد أن كل من المشرع الجزائري والمشرع التونسي لم يعطيا تعريفا بخصوص المتعة لأن التعريفات من اختصاص الفقهاء، غير أن المشرع المغربي انفرد عليهم بإعطاء تعريف للمتعة، وهذا طلب الفصل 52 مكرر من المدونة المغربية الذي ينص على: "ويلزم كل مطلق بتمتع مطلّقتها إذا كان الطلاق من جانبه بقدر يسره،

(1) أحمد فتحي مهنسي، نفقة المتعة بين الشريعة والقانون، دار الشروق، القاهرة، مصر، ط1، 1998، ص 25.

(2) أحمد فتحي مهنسي. المرجع نفسه. ص 25.

(3) البهوتي، شرح منتهى الإرادات، عالم الكتاب، بيروت، لبنان، 1996، ج3، ص 27.

وحالها، إلا التي سمي لها الصداق وطلقت قبل الدخول إذا ثبت للقاضي أن الزوج طلق بدون مبرر مقبول تعين عليه أن يراعي عند تقدير المتعة ما يمكن أن يلحق الزوجة من أضرار⁽¹⁾ ويتضح من خلال هذه المادة أن المشرع المغربي قد اعتمد على رأي الإمام الشافعي بخصوص المتعة، أنها واجبة لكل مطلقة، ما عدا المطلقة قبل الدخول وبعد تسمية الصداق لها.

ثانيا - مشروعية المتعة:

لقد وردت العديد من الآيات والأحاديث والأثر في شأن المتعة ومشروعيتها وفقا لما يلي:

1. مشروعية المتعة من القرآن الكريم:

المتعة ثابتة من خلال النصوص القرآنية ومن ذلك قوله تعالى " وَلِلْمُطَلَّقاتِ مَتاعٌ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ " (2).

استدل العلماء بهذه الآية الكريمة إلى وجوب المتعة لكل مطلقة وقيل أن هذه الآية خاصة بالثيباب اللواتي قد جومعن. (3)

وقال تعالى مخاطبا النبي صلى الله عليه وسلم: " يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ قُلْ لِأَزْواجِكِ إِن كُنْتُنَّ تُرِدْنَ الْحَيَاةَ الدُّنْيَا وَزِينَتَهَا فَتَعَالَيْنَ أُمْتِعْكُنَّ وَأُسْرِحْكُنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا " (4)، أي: فإني أمتعن ما أوجب الله على الرجال للنساء من المتعة عند فراقهم إياهن بالطلاق (5)

كما أنها ثابتة من خلال قوله تعالى: " لَّا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِذا طَلَّقْتُمُ النِّساءَ ما لَمْ تَمْسُوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً وَمَتَّعُوهُنَّ عَلَى الْمَوْسِعِ قَدَرُهُ وَعَلَى الْمُقْتَرِ قَدَرُهُ مَتاعًا بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى

(1) الفصل 52 مكرر، مدونة الأسرة المغربية.

(2) سورة البقرة، الآية 241.

(3) الشوكاني، فتح القدير الجامع بين فتي الرواية والدراية من علم التفسير، دار الفكر، بيروت، لبنان، ط1، 1998، ج1، ص 260.

(4) سورة الأحزاب، الآية 49

(5) الطبري، جامع البيان من تأويل القرآن، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ط1، ج20، ص 251.

المُحْسِنِينَ" (1) أي وأعطوهن ما يتمتعن به من أموالكم، على أقداركم ومنازلكم في الغني والإقتار. (2)

2. مشروعية المتعة من السنة الشريفة:

المتعة ثابتة من السنة الشريفة من خلال حديث سهل بن سعد وأبي أسيد رضي الله عنهما قالا إن رسول الله صلى الله عليه وسلم بسط يده إليها فكأنها كرهت ذلك فأمر أبا أسيد أن يجهزها ويكسوها ثوبين رازقين وألحقها بأهلها". (3)

3. مشروعية المتعة من الأثر:

المتعة ثابتة من خلال الأثر المرونة عن الصحابة رضي الله عنهم ومثال ذلك: عن إبراهيم بن عبد الاعلي عن سويد بن غفلة قال: كانت عائشة الخثعمية عند الحسن بن علي بن أبي طالب رضي الله عنه، فلما أصيب علي بوبع الحسن بالخلافة قالت لتهنك الخلافة يا أمير المؤمنين: فقال: يقتل علي وتظهرين الشماتة، أذهبي فأنت طالق، فقال: فتلفعت نساها وقعدت حتى انقضت عدتها، وبعث إليها بعشرة آلاف متعة وبقية بقي لها من صداقها، فقالت متاع قليل من حبيب مفارق، فلما بلغه قولها بكى وقال: لولا أبي سمعت جدي أو حدثني أبي أنه سمع جدي يقول: أيما رجل طلق امرأته ثلاثا مبهمه أو ثلاثا عند الإقراء لم تحل له حتى تنكح زوجا غيره لراجعتها" (4)

وعن موسى بن عقبة عن نافع أن رجلا أتى بن عمر رضي الله عنهما فذكر أنه فارق امرأته فقال أعطها كذا وأكساها كذا فحسبنا ذلك، فإذا هو نحو من الثلاثين درهما قالت لنافع كيف كان هذا الرجل؟، قال كان مسددا وروينا من وجه آخر عن نافع عن بن عمر قال أدنى ما يكون في المتعة ثلاثين درهما. (5)

(1) سورة البقرة، الآية 237.

(2) الطبري. جامع البيان من تأويل القرآن. ج5، ص 120.

(3) رواه البخاري، صحيح البخاري، كتاب الطلاق، باب من طلق وهل يواجه الرجل امرأته بالطلاق، الحديث رقم 6 525 - 52 57، ج7، ص 41.

(4) الدار قطني، سنن الدار قطني، كتاب الطلاق والخلع والإبلاء وغيره، حدث رقم 82 دار المعرفة 1966، بيروت، لبنان. ج4 ص 30؛ البيهقي، سنن البيهقي الكبرى، كتاب الطلاق. باب المتعة، الحديث رقم 14269 مكتب دار البارز 1994، مكة المكرمة، السعودية، ج7، ص 257.

(5) البيهقي. المرجع نفسه. ص 244.

ومن خلال هذه الأدلة وبالنظر إلى الحكمة من تشريعها تعتبر المتعة تعويض للمرأة المطلقة بسبب الضرر الذي يلحقها، وهي تعطي لها سواء كانت المطلقة مخطئة أم غير مخطئة مقصرة في حق زوجها أو غير مقصرة، وهي ليست أجرا، لأن عقد الزواج ليس عقد عمل تعمل فيه المرأة لحساب زوجها وفي خدمته وتحت إشرافه، وإنما هو عقد يشترك فيه الزوجان في إقامة أسرة، وهي ليست بتأمين لحياة المطلقة، لأن حياتها مؤمنة بما لها أو بالنفقة عليها.

وعليه فإن المتعة وسيلة لسد هذا الاحتياج الذي قد يضاف إليه انكسار نفسي وألم داخلي بسبب وقع الطلاق على نفسها، وتكون المتعة كتطبيق لحاظرها وإدامة أواصر المحبة والتواد بين أهالي الزوجين.

4. حكم المتعة:

في هذا الصدد ظهرت عديد الآراء الفقهية والمختلفة حول حكم المتعة مع استناد كل رأي إلى ما يزكي طرحه في تأكيد حكمها:

أ. الرأي الأول: المتعة واجبة لكل مطلق:

يرى أصاب هذا الرأي القائل بوجوب المتعة لكل مطلقة، بصرف النظر عن إذا كان قد سمي لها صداق أو من عدمه، وسواء تم الطلاق قبل الدخول أو بعد، وبذلك قال علي بن أبي طالب والحسن وسعد بن جبير وأبو قلابة والزهري وقتادة وأبو ثور، ورأي ذلك الحنابلة في رواية عن الإمام أحمد بن حنبل⁽¹⁾، والمالكية في قول⁽²⁾، ودليلهم في قوله تعالى: "لِلْمُطَلَّقاتِ مَتَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ"⁽³⁾ وهذا يدل على أن لكل مطلقة متاع.⁽⁴⁾

(1) ابن قدامة، المغني، دار إحياء التراث، بيروت، لبنان، 1978، ج8، ص 47.

(2) الدردير، الشرح الصغر على أغرب مسلك، دار المعارف، بيروت، لبنان، ج2، ص 616.

(3) سورة البقرة، الآية 241.

(4) الطبري. جامع البيان من تأويل القرآن. ج5. ص 130.

ب. الرأي الثاني: المتعة مستحبة لكل مطلقة:

أخذ بهذا الرأي كل من المالكية في المشهور⁽¹⁾، والشافعية في القديم وروى ذلك عن اللبث بن سعد وابن أبي ليلى⁽²⁾، ودليلهم في ذلك قوله تعالى: "... وَمَتَّعُوهُنَّ عَلَى الْمُسْعِرِ قَدْرَهُ وَعَلَى الْمُقْتِرِ قَدْرَهُ مَتَاعًا بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ"⁽³⁾ أباح تبارك وتعالى طلاق المرأة بعد العقد عليها وقبل الدخول بها وهو تعويض لها عما فاتها شيء تعطاه من زوجها بحسب حاله على الموسع قدره وعلى القتر قدره.⁽⁴⁾

ج. الرأي الثالث: المتعة واجبة لكل مطلقة إلا المطلقة قبل الدخول وبعد تسمية الصداق.

أخذ بهذا الرأي كل من الشافعية في الجديد⁽⁵⁾، والحنابلة في رواية⁽⁶⁾ وهو استحقاق كل مطلقة للمتعة، إلا التي طلقت قبل الخول وبعد تسمية الصداق لها، ودليلهم في ذلك ما روي عن ابن عمر وعطاء والشعبي، والنخعي وأبي عبيد ودليلهم قوله تعالى: "وَلِلْمُطَلَّقاتِ مَتَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ"⁽⁷⁾، وقوله تعالى: "وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنَصِفُ مَا فَرَضْتُمْ..."⁽⁸⁾، إن الله سبحانه وتعالى جعل المتعة لكل مطلقة وهي وجبة وليست مستحبة، إلا أن الله سبحانه وتعالى استثني في آية أخرى التي قد فرض لها ولم يدخل بها فأخرجها من المتعة⁽⁹⁾.

(1) القرافي، الذخيرة، دار الغرب، بيروت، لبنان، 1994، ج4، ص 448.

(2) ابن قدامة، المغني، ج8، ص 47.

(3) سورة البقرة، الآية 235.

(4) ابن كثير، تفسير القرآن العظيم، دار الطيبة للنشر والتوزيع، المدينة المنورة، ط2، ج6، ص 230.

(5) الخطيب الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ج3، ص 24.

(6) ابن قدامة، المرجع السابق، ج8، ص 47.

(7) سورة البقرة، الآية 241.

(8) سورة البقرة، الآية 237.

(9) القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ج3، ص 229.

هـ. الرأي الرابع: المتعة واجبة للمطلقة قبل الدخول وقبل تسمية الصداق.

وأخذ بهذا الرأي كل من الحنفية⁽¹⁾ والشافعية في الجديد⁽²⁾ والحنابلة في الصحيح⁽³⁾ حيث أوجب المتعة لكل مطلقة قبل الدخول وقبل أن يسمى لها الصداق، وفي قول قد ذهبوا إلى أن المتعة واجبة للمطلقة قبل الدخول في نكاح لم يسم فيه الصداق، وإنما فرض بعد العقد، وهذا ما أخذ به الحنفية والحنابلة ودليل أصحاب هذا الرأي قوله تعالى: "لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً وَمَتَّعُوهُنَّ عَلَى الْمَوْسِعِ قَدَرُهُ وَعَلَى الْمُقْتِرِ قَدَرُهُ مَتَاعًا بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ"⁽⁴⁾

أباح تبارك وتعالى طلاق المرأة بعد العقد عليها وقبل الدخول بها كما يجوز أن يطلقها قبل الدخول بها والفرض لها إن كانت مفوضة وإن كان في هذا انكسار لقلبها، ولهذا أمر تعالى بامتناعها وهو تعويضها عما فاتها بشيء تعطاه من زوجها وهذا بحسب حاله على الموسع قدره وعلى المقتر قدره.⁽⁵⁾

د. الرأي الخامس: المتعة واجبة للمطلقة قبل الدخول فقط:

وأخذ بهذا الرأي كل من الحنابلة في قول⁽⁶⁾، والنخعي في رواية، والكرخي من الحنفية⁽⁷⁾، بحيث يرى أصحاب هذا القول بأن المتعة تجب للمطلقة قبل الدخول فقط دون غيرها، ودليل أصحاب هذا الرأي قوله تعالى: "يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ

(1) السرخسي شمس الدين، المبسوط، دار المعرفة 1989، بيروت، لبنان، ج6، ص 229.

(2) الرملي، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، دار الفكر للطباعة 1998، بيروت لبنان، ج6، ص 364.

(3) الحجاوي شرف الدين، الاقتناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل، دار المعرفة، بيروت لبنان، ج3 ص 223 وما بعدها.

(4) سورة البقرة، الآية 237.

(5) ابن كثير. تفسير القرآن العظيم. ج6. ص 441.

(6) المرادوي علي، الإنصاف في معرفة الراجح من خلاف علي مذهب الإمام أحمد بن حنبل، دار إحياء التراث العربي 1992، ط1، ج8.

(7) علاء الدين الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتاب العربي، 1982، بيروت، لبنان ط2، ج2، ص 297.

أَنْ تَمَسُّوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُونَهَا فَمَتَّعُوهُنَّ وَسَرَخُوهُنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا"⁽¹⁾، وفيها دلالة لإباحة طلاق المرأة قبل الدخول بها، وأن الطلاق لا يقع إلا إذا تقدمه نكاح.⁽²⁾

وما أخلص إليه من خلال التطرق إلى حكم المتعة وفق العديد من الآراء الفقهية المختلفة مع بيان سند كل رأي ما يزيكه سواء من القرآن أو أدلته الشريفة، غير أن الرأي الذي أتبناه هو الرأي الأول القائل بوجوب المتعة لكل مطلقة بصرف النظر إذا كان قد سم لها أو لم يسم لها صداق، وهذا هو الأقرب إلى الواقع المعيش حتى لا يتعسف المطلق في استعمال حقه في الطلاق متى يشاء.

الفرع الثاني: مفهوم المتعة في قوانين الأحوال الشخصية المغاربية

يرى كثير من الباحثين المعاصرين أن التعويض عن الطلاق التعسفي الذي تنص عليه قوانين الأحوال الشخصية المغاربية، مصدره نفقة المتعة التي شرعت كأثر مالي للطلاق، الأمر الذي أخلط الأوراق على دارسي القانون والقضاء المطبقين لنصوصه.

وبأن ذلك يستدعي التطرق إلى ما يلي:

البند الأول: متعة المطلقة في قانون الأسرة الجزائري

لم يتطرق المشرع الجزائري للمتعة في قانون الأسرة لحسم موقفه من الاختلافات الفقهية الجوهرية، لكن بالرجوع للقرارات القضائية فإنها وعلى تواترها تأثرت بالفقه الإسلامي من حيث التكيف، ومثال ذلك: "من القواعد المقررة شرعا أن المتعة لمن طلقها زوجها، وليست لمن طلقت نفسها بحكم، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا للنصوص الشرعية أي فرض المتعة، وكما كان من الثابت - في قضية الحال - أن الزوجة أقامت دعوى التطليق واستجابت المحكمة لطلبها ووافق المجلس عليه الذي يعد وحده عقابا للزوج بسبب إهماله، فإن القضاء بالمتعة

(1) سورة الأحزاب، الآية 49.

(2) ابن كثير. تفسر القرآن العظيم. ص 449.

للمطلقة يعد مخالفا للنصوص الشرعية، ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار جزئيا فيما يخص نفقة المتعة⁽¹⁾

فهذا القرار يعكس مدى خرق القانون بسبب إعطاء الزوجة للمتعة بسبب دعوى التطليق، وعليه وبالمفهوم المخالف لهذا النص، فإنه إذا كان الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج فهو مطالب بأداء نفقة المتعة، قبل الدخول أو بعده.⁽²⁾

فالمحكمة العليا من خلال هذا القرار جنحت للرأي الفقهي الجاعل من المتعة واجبة لكل مطلقة، دون اعتبار لميقات وقوع واقعة الطلاق بشرط عدم تسبب المطلقة في طلاقها.

وفي قرار آخر تكون نفقة المتعة واجبة على كل مطلق يدفعها لتطيقته، بشرط أن لا تكون هي من سعت للطلاق أو تسببت فيه "في المقرر شرعا وقضاء أن المتعة تمنح للزوجة مقابل للضرر الناتج بها من طلاق غير مبرر ويسقط بتحميلها جزء من المسؤولية فيه، ولما كان ثابتا - في قضية الحال - أن القرار المطعون فيه قضى بإسناد الظلم إلى الزوجين معا، على سبيل لتعويض أحدهما ومنح المتعة للزوجة، أو حتى كان ذلك استوجب النقض جزئيا فيما خص المتعة"⁽³⁾

فلمتعة تستحقها كل مطلقة بصفة وجوبية سواء كان الطلاق قبل الدخول أو بعده، على أن يكون بالإرادة المنفردة للزوج، لأن إسهام الزوجة في الطلاق يجرمها من حقها في نفقة المتعة، كما أن هذا القرار أيضا لم يشير إلى حالة وقوع الطلاق قبل الدخول وعدم تسمية المهر، بل جعل من نفقة المتعة حقا ماليا مطلقا لكل مطلقة سواء تمت تسمية المهر لها أو لم تتم.

كما وتعتبر واجبا ملقى على عاتق المطلق، ومن الآثار المالية لإلحلال الرابطة الزوجية وفقا لما يلي: "من المقرر شرعا أن ولما كان من الثابت - في قضية الحال - أن المجلس القضائي لما قضى

(1) المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشخصية والمواريث- قرار صادر بتاريخ 1986/12/29، ملف رقم 43860- (المجلة القضائية لسنة 1993، العدد 2، ص 41).

(2) عربي بلحاج، الوجيز ف شرح قانون الأسرة الجزائري (وفق آخر التعديلات ومدعم بأحدث الاجتهادات المحكمة العليا)، دوان المطبوعات الجامعة، 2010، ط2، بن عكنون الجزائر، ج1، ص 69.

(3) المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، قرار صادر بتاريخ 1986/1/27 ملف رقم 39731- (المجلة القضائية لسنة 1993، العدد 4، ص 61).

بتأييد الحكم المستأنف، مع عدم الحكم للزوجة المطلقة بالمتعة والنفقة وورد الأثاث المطلوبة منها في مرحلة الاستئناف، يكون بقضائه كما فعل خالف القانون: (1)

ويتضح مما سبق أن المحكمة العليا قد أخذت بالرأي الفقهي الموجب للمتعة، فهي لكل مطلقة دون تبيين أو تفصيل لحالات وجوبها، أي أنها لم تنص على المطلقة قبل الدخول ولم يسم لها مهر، فالمحكمة العليا لم تأخذ برأي المالكية الذين جعلوا من المتعة جوازية.

البند الثاني: المتعة في مدونة الأحوال الشخصية المغربية

أحاط المشرع المغربي في مدونة الأسرة المرأة بحماية خاصة واستثنائية تحول دون المساس بالحقوق التي تتمتع بها بعد انتهاء العلاقة الزوجية. وبيان ذلك يستدعي التطرق إلى ما يلي:

أولاً - مفهوم المتعة في مدونة الأحوال الشخصية المغربية:

كانت مدونة الأحوال الشخصية الملغاة تأخذ برأي الشافعية سواء في النص القديم قبل التعديل (2) أو في الفصل 52 مكرر المضاف بعد التعديل، وذلك بالنص في فقرته الأولى على أنه: "يلزم كل مطلق بتمتع مطلقته إذا كان الطلاق من جانبه بقدر يسره وحالها إلا التي لها الصداق وطلقت قبل الدخول، إذا ثبت للقاضي أن الزوج طلق بدون مبرر مقبول تعين عليه أن يراعي عند تقدير المتعة ما يمكن أن يلحق الزوجة من أضرار"

وعمقتى تعديلات 1993 أضيفت فقرة أخرى في مدونة الأسرة إلى الفصل السالف الذكر تعطي للقاضي الصلاحية في مراعاة الضرر الذي يحصل للمرأة المطلقة بدون مبرر ولا عذر معقول وذلك بالنص على المقتضيات الآتية:

(1) المحكمة العليا - غرفة الأحوال الشخصية والمواريث - قرار صادر بتاريخ 1989/12/27 ملف رقم 57732 - (الجملة القضائية سنة 1991، العدد3، ص 68).

(2) القانون رقم 70/03، الصادر بتنفيذه الظهير الشريف، رقم 01/4/22، بتاريخ 2004/02/03، (جريدة رسمية، عدد 5184 المتعلق بمدونة الأحوال الشخصية المغربية).

"إذا ثبت للقاضي أن الزوج طلق بدون مبرر مقبول تعين عليه أن يراعي عند تقدير المتعة ما يمكن أن يلحق الزوجة من أضرار"⁽¹⁾

أما مدونة الأسرة المغربية فقد نصت على المتعة في المادة 84: "تشمل مستحقات الزوجة: الصداق المؤخر إن وجد، ونفقة العدة، والمتعة التي يراعي في تقديرها فترة الزواج والوضعية المالية للزوج، وأسباب الطلاق، ومدى تعسف الزوج في توقيعه..."

وما يستنتج عن هذا النص طبقا للتعديل الذي عرفته المدونة المغربية الأحكام الآتية:

أ. نطاق المتعة:

الظاهر أن المشرع المغربي اعتمد رأي الإمام الشافعي في التشريع المغربي بالنسبة للمتعة، وعليه فإن المطلقة تستحق المتعة في حالتين:⁽²⁾

- في حالة الطلاق قبل الدخول مع عدم تسمية المهر، وهذه فرضية لا وجود لها عمليا في التشريع المغربي، ما دام أنه يجب ذكر مقداره داخل عقد الزواج على ما يستفاد من مقتضيات الفصل 27 من المدونة المغربية.⁽³⁾
- في حالة الطلاق بعد الدخول، سواء أكان الطلاق رجعيا أو بائنا ولا تجب المتعة على الزوج إلا إذا كان طلاقه مختارا على ما يستفاد صراحة من مقتضيات الفصل 52 مكرر في المدونة.

وإعمالا لمفهوم المخالفة، فإن المطلقة لا تستحق أية متعة في الأحوال الآتية:

1. المرأة التي خالعت زوجها.
2. المرأة التي حكم القاضي بفسخ نكاحها بعد اللعان.
3. المرأة التي ردها الزوج بسبب عيب فيها.

(1) إدريس الفاحوري، إنحلال الرابطة الزوجية، دار أب رقرق للطباعة والنشر، الرباط، المغرب، ط1، 2012، ص 214.

(2) محمد الكشور، الوسيط في قانون الأحوال الشخصية، مطبعة النجاح الجديدة ط5، 2003، ص 471.

(3) الفصل 27، مدونة الأسرة المغربية جاء فيه: "يحدد الصداق وقت إبرام العقد، وفي حالة السكوت عن تحديده، يعتبر العقد زواج تفويض..."

4. المرأة التي تختار الطلاق في التمليك أو التخيير.

5. المرأة التي رفعت دعوى التطليق وحكم القضاء وفق طلبها.

ويمكن إضافة إلى هذه الحالات حالة الزوجة التي سمي لها الصداق وطلقت قبل الدخول.

ب. الطابع الجزائي للمتعة:

إن المتعة إذا ما أحسن تقديرها من جانب القضاء، قد تتخذ كوسيلة ردع ناجعة لمنع بعض حالات الطلاق.

وبالفعل، فقد قرر المشرع أن الطلاق غير المبرر أو الطلاق الذي لازمه إضرار بالزوجة يستوجب الرفع من مبلغ المتعة، وبذلك أصبح لهذه الأخيرة دور زجري بارز.⁽¹⁾

ج. المتعة دين ممتاز:

إن المشرع المغربي اعتبر متعة الزوجة له امتياز على جميع أموال المدين نظرا إلى الصبغة المعاشية والضرر الذي يلحق الزوجة لعل أهم التعديلات التي أدخلت على الفصل 1248 من قانون الالتزامات والعقود المغربي حسبما وقع تميمه بالظهير بمثابة قانون صادر في 10/12/1993 حيث أصبحت المتعة عبارة عن حق ممتاز تحتل المرتبة الثالثة إلى جانب النفقة والمهر، تأتي بعد مصروفات الجنازة ومصروفات مرض الموت⁽²⁾

الفرع الرابع: مفهوم المتعة في مجلة الأحوال الشخصية التونسية

لقد بين المشرع التونسي أن الزوجان يتحملان نفس الآثار المترتبة عن صدور حكم الطلاق، وفق للسند المؤسس عليه الطلاق فإلى جانب اعتبار كل واحد من الزوجين في حل عقد الزواج، فعلى أحدهما تعويض الضرر المادي والأدبي لفائدة قريبة في صورة الطلاق⁽³⁾ وهذا على أساس

(1) محمد الكشور، الوسط في قانون الأحوال الشخصية، ص 471-472.

(2) زهير بن حشاني، "النفقة الزوجية في قوانين الأحوال الشخصية المغربية"، رسالة مقدمة لنيل شهادة الماجستير، جامعة العربي بن مهيدي - أم البواقي، - كلية الحقوق والعلوم السياسية 2010-2011، ص 20.

(3) فاطمة الزهراء بن محمود، التعليق على مجلة الأحوال الشخصية، سنوات مجمع الأطرش للكتاب المختص، ط 1، 2015، تونس، ص 141.

الفقرة الثانية والثالثة من الفصل 31 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية⁽¹⁾، أي على أساس الضرر أو الإنشاء.

وبالنسبة إلى الضرر المادي اللاحق بالمطلقة، فإن المشرع التونسي ميزها من خلال منحها إمكانية خيار تعويض ضررها المادي في شكل جناية عمرية أو رأس مال.

أما بخصوص المتعة فإن مجلة الأحوال الشخصية التونسية فإنها لم ترد نصا صريحا لكن بالرجوع إلى الفصل 53 مكرر، المنقح بمقتضى قانون عدد 74 لسنة 1993 والمؤرخ في 12/07/1993 نص على: "كل من كم عليه بالنفقة أو بجراية الطلاق فقضي عمدا شهرا دون دفع ما حكم عليه بأدائه يعاقب بالسجن مدة تتراوح بين ثلاثة أشهر وعام وخطية من مائة دينار (100د) إلى ألف دينار (1000)".

وهكذا نلاحظ بأن المشرع التونسي تبني فلسفة متميزة ومختلفة فيما يخص مستحقات الزوجة عند انتهاء الرابطة الزوجية، حيث يتحتم على الزوج بأن يدفع لمطلقته مرتبا شهريا حتى بعد انتهاء العدة على قدر ما اعتادته من العيش في ظل الحياة الزوجية بما فيها المسكن وجعل المشرع للمطلقة هذه الجناية (نفقة شهرية) واجبة على كل مطلق.

وإذا تقاعس عن دفعها يعاقب بعقوبة سالبة للحرية، وإذا كان المحكوم عليه معوزا غير قادر عن دفع هذه المبالغ المالية الشهرية فإنه يحل محله صندوق وسمي صندوق ضمان النفقة وجناية الطلاق.⁽²⁾

وعليه فإن المجلة التونسية لم تأتي ضمن نصوصها أي مادة بخصوص المتعة، كذلك لم يشير إلى مقدارها، بل أوكل أمر ذلك إلى اجتهاد قاضي الموضوع.

(1) الرائد الرسمي، عدد 66، الصادر بتاريخ 17/08/1956، يتعلق بإصدار مجلة الأحوال الشخصية التونسية، نفع بالقانون رقم 74 لسنة 1993.

(2) الرائد الرسمي، عدد 50، 60 جويلية 1993، مؤرخ في 05/07/1993، تعلق بإحداث صندوق ضمان النفقة وجناية الطلاق.

أما بالنسبة لموقف الفقه القضائي التونسي الصادر عن محاكم الأصل وعن محكمة التعقيب بخصوص نفقة المتعة لم تصدر أي قرار يفيد بأن المتعة هي التعويض المادي والمعنوي للزوجة التي طلقها زوجها متعة تعطي لها تخفيفا عن ألم فراق زوجها لها.

المطلب الثاني: تقدير المتعة

يكتنف في تحديد مقدار المتعة العديد من الاختلافات الفقهية والقانونية التي يتأثر بها المشرعين المغاربة في تحديد قيمة المتعة أو التعويض عنها، وكان لها بالغ الأهمية في تقديرها من طرف القضاة أثناء نطقهم بأحكام الطلاق وما يترتب عنه من جوانب مالية، فضلا على ضرورة التفصيل بشأن المعيار المعتمد في تقديرها من حيث حالة أحد طرفي العلاقة الزوجية أو كلاهما. وهذا ما سأحاول تبيانه على النحو الآتي:

- الفرع الأول: تقدير المتعة في الفقه.
- الفرع الثاني: تقدير المتعة في قانون الأسرة الجزائرية.
- الفرع الثالث: تقدير المتعة في مدونة الأسرة المغربية.
- الفرع الرابع: تقدير المتعة في مجلة الأحوال الشخصية التونسية.

الفرع الأول: تقدير المتعة في الفقه

يعتبر تحديد مقدار المتعة من المسائل الخلافية فقها بين مختلف المذاهب، وتحليلات ذلك حول تقدير مقدارها في الأحكام القضائية الصادرة في المجالس القضائية المغربية. ويمكن إجمال مجمل هذه التفرعات الخلافية كما يلي:

البند الأول: مقدار المتعة

1. رأي الحنفية:

إن تقدير المتعة مرتبط بالثياب فيفرض للمتعة درع وخمار⁽¹⁾، وبذلك قال سعيد بن المسيب وعطاء والحسن والشعبي.⁽²⁾

ويجوز دفع قيمتها بدلا عن عينها وتجبر على قبولها، لأن الأثواب ما وجبت لعينها، بل لأنها مال كالشاة في خمس من الإبل، واستدلوا بعموم الآيات الواردة في المتعة، ومن ذلك قوله تعالى: "... وَمَتَّعُوهُمْ عَلَىٰ الْمَوْسِعِ قَدْرُهُ وَعَلَىٰ الْمُقْتِرِ قَدْرُهُ مَتَاعًا بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَىٰ الْمُحْسِنِينَ"⁽³⁾، وقوله تعالى: "... وَلِلْمُطَلَّقاتِ مَتَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَىٰ الْمُتَّقِينَ"⁽⁴⁾، والمتاع إسم للعروض في العرف ولأن للإيجاب الثواب نظيرا في أصول المشرع وهو الكسوة التي لها حال قيام النكاح⁽⁵⁾، كما أن عطاء قال: "من أوسط المتعة والدرع والخمار والملحفة"⁽⁶⁾.

2. الرأي الثاني:

يمثل هذا الاتجاه المالكية، ويرون عدم تحديد المتعة بقدر محدد أو جنس معين، ومرجعيتهم في ذلك قوله تعالى: "...ومتعوهن على الموسع قدره وعلى المقتر قدره متاعا بالمعروف حقا على المحسنين"⁽⁷⁾.

وبهذا فإن المالكة لا يجيزون التدخل في تقدير المتعة، ولا للقاضي ولا لغيره، وإنما المقدر عندهم هو الزوج وحده لأن المتعة عندهم مستحبة.

⁽¹⁾ درع: (ما تلبسه المرأة فوق القميص)، وخمار: (ما تغطي به المرأة رأسها) والملحفة (ما تلتحف به المرأة من رأسها إلى قدمها)، (أنظر وهبة الزحيلي، الفقه الإسلام وأدلتها، دار الفكر، الجزائر، ط الأولي 1991، ج 9 ص 303).

⁽²⁾ السرخسي. المبسوط. ج 6 ص 61.

⁽³⁾ سورة البقرة، الآية 237.

⁽⁴⁾ سورة البقرة، الآية 241.

⁽⁵⁾ أبو بكر عبد الله بن محمد بن أبي شيبة العباسي الكوفي، مصنف ابن أبي شيبة، دار السلفية الهندية، تحقيق: محمد عوامة، ج 5 ص 157.

⁽⁶⁾ الكساني، بدائع الصنائع. ج 2، ص 304.

⁽⁷⁾ القرطبي. الجامع لأحكام القرآن. ج 3. ص 203.

3. الرأي الثالث:

وذهب أصحاب هذا الاتجاه في تقدير المتعة عند الشافعية، أن مقدارها يختلف بحسب القدر الواجب والقدر المستحب، فبالنسبة للمتعة الواجبة⁽¹⁾ لها رأيان: الرأي الأول يقع عليه اسم المال، والرأي الثاني أن المتعة يقدرها الحاكم، واستدلوا بقوله تعالى: "... وَمَتَّعُوهُنَّ عَلَى الْمُسَاعَدَةِ وَقَدَّرَهُ وَعَلَى الْمُقْتَرِ قَدْرُهُ مَتَاعًا بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ"⁽²⁾

أما المتعة المستحبة فإما أن تكون خادما أو مقنعة، وأن لا تقل عن ثلاثين درهما أو تساويها"⁽³⁾.

واستدلوا عن ابن عباس رضي الله عنه قال: أرفع المتعة الخادم، ثم دون ذلك: الكسوة، ثم دون ذلك: النفقة.⁽⁴⁾

4. الرأي الرابع:

وذهب أصحاب هذا الاتجاه في تقدير المتعة عند الحنابلة في رواية إلى أن أعلى مقدار المتعة خادما وأدناها كسوة يجوز أن تصلي فيها،⁽⁵⁾ وفي أخرى يجب لها نصف مهر المثل لأنها بدل عنه فيجب أن تقدر به واستدلوا بما ورد عن ابن عباس في تحديد مقدار المتعة.

مما سبق يظهر لي -والله أعلى وأعلم- أن المذهبين القائلين بعدم تقدير حد معين للمتعة، حت يترك الأمر فيها للقضاء، بقدرها بما يراه ملائما للطرفين وحسب ظروف وحال الزوج، لأن ذلك مما يختلف باختلاف الزمان والمكان وطبيعة الأشخاص، ولأن الله تبارك وتعالى شرط في مقدار النفقة شرطين، أحدهما اعتبار حال الزوج والثاني أن تكون مراعاتها بالمعروف، والمعروف موقوف على عادات الناس والعادات تختلف وتتغير باختلاف الأماكن.

(1) الشريبي. مغن المحتاج. ج.3. ص 241.

(2) سورة البقرة، الآية 236.

(3) الرملي. نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج. ج.6. ص 365.

(4) ابن أبي شيبة. مصنف ابن أبي شيبة. ج.5. ص 156.

(5) ابن قدامة. المغني. ج.8. ص 48.

ثانياً - المراعى فى تقدير المتعة:

بالرجوع إلى القاعدة العامة الفقهية فإن المتعة تعطى لجر الضرر الحاصل للمطلقة، وهذا دون حاجة إلى إثباته، يجعل الأمر محل تساؤل من حيث ما يجب مراعاته أثناء تقديرها من خلال الحالة المادية لكل من الزوجين، وعلى هذا الأساس اختلفت الآراء الفقهية فى عدة اتجاهات يمكن التفصيل فيها على النحو:

1. الرأى الأول: المراعى فى تقدير المتعة حال الزوج:

رأى الحنفية⁽¹⁾ وفى قول للمالكية⁽²⁾ فى المشهور للشافعية⁽³⁾ فى رواة للحنابلة⁽⁴⁾ فى الصحيح إلى أن المتعة يراعى فيها حال الزوج، ودليلهم فى ذلك قوله تعالى: "... وَمَتَّعُوهُنَّ عَلَى الْمَوْسِعِ قَدَرُهُ وَعَلَى الْمُقْتَرِ قَدَرُهُ مَتَاعًا بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ"⁽⁵⁾، أى وأعطوهن ما يتمتع به من أموالكم، على أقداركم ومنازلكم من الغنى والافتقار.⁽⁶⁾

2. الرأى الثانى: مراعاة الزوجة

ذهب بعض الحنفية⁽⁷⁾ والشافعية فى الصحيح⁽⁸⁾ والحنابلة⁽⁹⁾ والمالكية⁽¹⁰⁾ فى قول إلى أن المتعة تقدر بحسب حالة الزوجة، واستدلوا من المعقول أن المتعة كانت بمثابة نصف مهر المثل والمعتبر فيه هو حالها فكذلك الأمر فى المتعة⁽¹¹⁾.

(1) السرخسى. المبسوط. ج6 ص 63.

(2) القرائى. الذخيرة. ج4 ص 45.

(3) الرملى. نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج. ج6 ص 365.

(4) البهوتى. كشاف القناع عن متن الإقناع، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1418هـ-1997م، ج11، ص 506.

(5) سورة البقرة، الآية 236.

(6) الطبرى. جامع البيان فى تأويل القرآن. ج5. ص 120.

(7) الكاسانى. بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع. ج2. ص 304.

(8) الشربىنى. مغنى المحتاج. ج3. ص 342.

(9) المرداوى. الإنصاف. ج8. ص 301.

(10) الخطاب، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1995، ج5، ص 411.

(11) الكاسانى. بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع. ج2. ص 34.

3. الرأي الثالث: مراعاة حال الزوجين

ذهب بعض الحنفية⁽¹⁾ والشافعية في الصحيح⁽²⁾ والحنابلة⁽³⁾ في قول إلى أن المتعة تقدر بحسب حالة الزوجين معا، ودليل أصحاب هذا الرأي هو قوله تعالى: "... وَمَتَّعُوهُنَّ عَلَى الْمُسْوَعِ قَدْرُهُ وَعَلَى الْمُقْتَرِ قَدْرُهُ مَتَاعًا بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ"⁽⁴⁾ على أن يكون هذا المتاع بالمعروف فلو اعتبرنا فيها حال الرجل دون حال المرأة عسى أن لا يكون بالمعروف لأنه يقتضي أنه لو تزوج امرأتين إحداهما شريفة والأخرى دنيئة ثم طلقها قبل الدخول بها ولم يسم لها أن يستويا في المتعة باعتبار حال الرجل وهذا منكر في عادات الناس لا معروف فيكون خلاف النص.⁽⁵⁾

4. الرأي الرابع: المراعى في تقدير المتعة المستحبة حال الزوج والمتعة الواجبة حال الزوجة

يرى بعض الحنفية⁽⁶⁾ أن المتعة إذا كانت مستحبة فيراعى فيها حال الزوج، وإذا كانت واجبة فيقدر فيها حال الزوجة، وقياسا في ذلك على أن المتعة الواجبة هي بديل صدق المثل فلذلك وجب مراعاة حالها.

مما سبق يظهر لي - والله أعلى وأعلم - أن الرأي القائل أثناء تقدير المتعة هو الرأي الثالث، لأنه يراعى في تقدير المتعة حال الزوجين وهو الأقرب إليها، لأنه يراعى أثناء تقدير من طرف القاضي حالة الزوجين من غنى وافتقار، وهذا حسب ما جاء في قوله تعالى: "... وَمَتَّعُوهُنَّ عَلَى الْمُسْوَعِ قَدْرُهُ وَعَلَى الْمُقْتَرِ قَدْرُهُ..."

(1) الكاساني. المرجع نفسه. ص 304.

(2) الشريبي. مغني المحتاج. ج.3. ص 242.

(3) المرادوي. الإنصاف. ج.8. ص 301

(4) سورة البقرة، الآية 236.

(5) الكاساني. بدائع الشرائع في ترتيب الشرائع. ج.2. ص 342.

(6) السرخسي. المبسوط. ج.6. ص 63.

الفرع الثاني: تقدير المتعة في قوانين الأحوال الشخصية المغربية

البند الأول: تقدير المتعة في قانون الأسرة الجزائري

بالرجوع إلى منحى المشرع الجزائري، بخصوص ما يجب مراعاته في تقدير المتعة، فإن قانون الأسرة لم يتطرق إلى هذه الجزئية، وبذلك قد حرّمها من حقها الشرعي، وإن الله سبحانه وتعالى شرع المتعة للمطلقة تعويضا عن الأضرار المعنوية التي تلحقها بعد الطلاق.

وقد يقول قائل أن قانون الأسرة قد نص على تعويض الطرف المتضرر من طلاق بالتعويض وهذا في طلب المادة 52 من قانون الأسرة والتي تنص على: "إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها"

أما عن موقف الاجتهاد القضائي بخصوص نفقة المتعة، فإنه يمكن تحليل منحى اجتهادات المحكمة العليا في تقدير نفقة المتعة، من حيث قدرة الزوج أو مراعاة حال الزوجة أو حالتها، وهذا ما عالجته الاجتهاد القضائي الذي نص على: "من المقرر شرعا أن تقرير ما يفرض للزوجة من حقوق على زوجها يخضع لتقدير قضاة الموضوع، فإن تسببه وبيان حالة الزوجين بيانا مفصلا من غنى وفقر يدخل في صميم القانون الذي هو خاضع للرقابة، فإن القضاة بما خالف أحكام هذا المبدأ يعد انتهاكا للقواعد الشرعية المستمدة من أحكام الشريعة الإسلامية.

إذا كان الثابت أن قضاة الاستئناف رفعوا المبالغ التي حكم بها للزوجة مقتصرين في تبرير ما حكموا به على الإشارة إلى حالة الطرفين وطبقتهما الاجتماعية دون اعتبار لحالة وطبقة كل منهما أو غناها أو فقرهما أو غبن أحدهما أو فقر الآخر، ودون اعتبار كذلك لمقدار ما يتقاضاه الزوج كأجرة شهرية، المعرفة ما إذا كان ما حكموا به خاصة منه المتعة التي رفعت إلى غير ما هو مألوف أن يعطي عادة بما يتناسب مع إمكانيات الزوج المادية فإن هؤلاء القضاة فصلوا بدون تسبب

وإعطاء شيء غير مألوف دون الاستناد على أي قاعدة شرعية، ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه جزئياً فيما يتعلق برفع مبلغ المتعة دون إحالة"⁽¹⁾

من خلال تمحيص هذا الاجتهاد القضائي، يتضح بصورة جلية أن المحكمة العلامية نقضت القرار القاضي برفع مبلغ المتعة دون مراعاة للحالة المادة للزوج، وعلى هذا الأساس فنفقة المتعة وفقاً لهذا النص الاجتهادي تقدر مبالغها بحسب حالة الزوج المالية يسراً وإعساراً، وليس بحالة الزوجين إعمالاً لنص الآية: "وَمَتَّعُوهُنَّ عَلَى الْمُسَاعَدَةِ وَعَلَى الْمُقْتَرِ قَدْرَهُ مَتَاعًا بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ"⁽²⁾

غير أن المحكمة العليا لم تكن ثابتة على هذا المبدأ، إذ أنها جعلت في نص اجتهادي آخر المعيار المرامي في تقدير المبالغ الداخلة في نطاق الآثار المالية للطلاق، ولا سيما المتعة هو الحالة العامة للزوجين، الأمر الذي يمثل تحبطاً يعكس مدى تأثرها بالاختلافات الفقهية الجوهرية بهذا الخصوص فنص قرار آخر على "...للعلم أن الحكم المستأنف قضى بتاريخ 2003/1/26 بفك الرابطة الزوجية بن الطرفين وعلى الطاعن أن يؤدي للمطعون ضدها 30.000 دينار عدة و50000 دينار متعة و 2000 دينار نفقة...، وحيث أنه خلافاً لمزاعم الطاعن فإن المبالغ المحكوم بها ليست مبالغ فيها، وأن قضاة الموضوع راعوا حال الطرفين يسراً وعسراً وأن مراعاة حال الطرفين يقتضي كذلك مراعاة حال الزوجة يسراً وعسراً"⁽³⁾.

من خلال النص الاجتهادي يتبين أن المبالغ المطروحة في القرار قد تم تزكيته من قبل المحكمة العليا ورفض طعن الرجل القاضي بخفض المبالغ المحكوم بها والتي يدخل ضمنها مبلغ المتعة

(1) المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشخصية- قرار صادر بتاريخ 1984/03/2، ملف رقم 32779- (المجلة القضائية لسنة 1989، العدد الثاني، ص 61).

(2) سورة البقرة، الآية 236.

(3) المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشخصية والمواريث- قرار صادر بتاريخ 2007/04/11 ملف رقم 391655- (المجلة القضائية لسنة 2008، عدد الأول، ص 249)

المقدر بـ 50 000 دينار جزائري والذي يعتبر مبلغ معتبرا لا سما في سنة 2008 تاريخ صدور القرار، وضرورة الأخذ بالحسبان الحالة المادية للزوج واحتياجات الزوجة.

البند الثاني: تقدير المتعة في مدونة الأسرة المغربية

أحاط المشرع المغربي في مدونة الأسرة المرأة بحماية خاصة واستثنائية تول دون المساومة على الحقوق التي تتمتع بها المرأة، بعد انتهاء الرابطة الزوجية، لذلك أوجبت المدونة تحديد مستحقاتها بعد الحكم بانتهاء الرابطة الزوجية.

بالرجوع إلى منحنى المشرع المغرب، بخصوص المتعة، حيث كانت مدونة الأحوال الشخصية الملغاة تأخذ برأي الشافعية سواء في النص القديم قبل التعديل⁽¹⁾، أو في الفصل 52 مكرر المضاف، بعد التعديل، حيث لا يجعل المتعة قيда من القيود الواردة على الطلاق وتعويضا يجبر خاطر المطلقة⁽²⁾ لما يلحقها من حيف تسبب فيه الزوج، فالمحاكم كانت تقضي غالبا بمبالغ ضئيلة كمتعة للمطلقات، الأمر الذي كان يشجع الرجل على طلاق زوجته بكل سهولة وبالتالي تجريد المتعة من معناها الحقيقي.⁽³⁾

إلا أن المشرع المغربي ندخل بموجب ظهير 10 سبتمبر 1993 للرفع من قيمة المتعة، حيث أصبح يأخذ بعين الاعتبار الضرر الذي يمكن أن يصيب المطلقة بدون مبرر ولا عذر مقبول وذلك بالنص على المقتضيات الآتية حسب ما جاء في الفصل 52 مكرر:

"...إذا ثبت للقاضي أن الزوج طلق بدون مبرر مقبول تعين عليه أن يراعي عند تقدير المتعة ما يمكن أن يلحق الزوجة من أضرار"

(1) يتعلق الأمر بالفصل 60 من المدونة ثم تعويضه بالفصل 52 مكرر، مضاف حيث أضيفت فقرة أخرى جديدة إلى الفصل السابق.

(2) الفصل 52 مكرر، مدونة الأسرة المغربية، جاء فيه: "لزم كل مطلق بتمتع مطلقة إذا كان الطلاق من جانبه بقدر يسره وحالها، إلا التي سمي لها الصداق وطلقت قبل المسيس، إذا ثبت للقاضي أن الزوج طلق بدون مبرر مقبول تعين عليه أن يراعي عند تقدير المتعة ما يمكن أن يلحق الزوجة من أضرار"

(3) ادريس الفاخوري. انحلال الرابطة الزوجية في مدونة الأسرة. ص 214.

أما بالرجوع إلى مدونة الأسرة حسب ما نص عليه المشرع المغربي في المادة 84 التي تنص: "وتشمل مستحقات الزوجة، الصداق المؤخر والوضعية المالية للزوج، وأسباب الطلاق، ومدى تعسف الزوج في توقيعه..."، وعليه فإن المتعة في القانون المغربي أصبحت المتعة لكل مطلقة بدون استثناء، وبغض النظر عن طالب إنهاء الرابطة الزوجية، كما أن نطاق تطبيقها أصبح واسعاً باعتبارها تعويضاً عن الضرر الذي يلحق بالزوجة.

ويلاحظ أن كلا الزوجين يمكن أن يكونا سبباً في الطلاق إلا أنه في جميع الأحوال فإن الزوجة تستحق المتعة ولو كان سبب الطلاق أو التطليق راجعاً إليها وذلك وفق مقتضيات المادة 97 من مدونة الأسرة.⁽¹⁾

كما ذهبت بعض المحاكم إلى منح الزوجة المطلقة قبل البناء المتعة، وهذا ما ذهبت إليه المحكمة الابتدائية بطنججة والتي حكمت: "... بالتطليق قبل البناء للشقاق طلاقة واحدة بئنة وبتحديد المطلقة على الشكل الآتي:

- المتعة ثلاث آلاف درهم.

- واجب السكن خلال العدة 1500 درهم شهرياً..."⁽²⁾

ويتضح من خلال الحكم أن المدعية قدمت طلبها إلى المحكمة ملتزمة بالحكم بتطليقها للشقاق قبل البناء والمدعي عليه يلتزم بإرجاع نصف الصداق المقدر بـ 5000 درهم لأنه لم يحصل البناء يتضح أن حكم المحكمة غير منطقي لزوجة غير مدخول بها بمتعة وواجب السكن خلال العدة تعتد فيها.

أولاً - أسس ومعيار تقدير المتعة في مدونة الأسرة:

يراعي في تقدير المتعة طبقاً للمادة 84 من مدونة الأسرة السالفة الذكر عدة عناصر منها:

⁽¹⁾ المادة 97، مدونة الأسرة، تنص على: "في حالة تعذر الإصلاح واستمرار الشقاق، تثبت المحكمة ذلك في محضر، وتحكم بالتطليق والمستحقات طبقاً للمواد 81 و84 و85 أعلاه مراعية مسؤولية كل من الزوجين عن سبب الفراق في تقدير ما يمكن أن يحكم فيه على المسؤول لفائدة الزوج الآخر".

⁽²⁾ حكم مدني، قضاء الأسرة، المحكمة الابتدائية بطنججة، رقم 1164، بتاريخ 26/5/17، نقلاً عن: (الطبيب الشرفاوي، أهم قرارات المجلس الأعلى، إكمال للطباعة والنشر، الرباط، المغرب، 207 ص 93).

■ **فترة الزواج:** والمقصود بها المدة التي استغرقتها الحياة الزوجية فكلما كانت المدة طويلة كلما كان احتمال الزيادة في مبلغ المتعة قائما، ويتعين مراعاة سن الزوجة وظروفها الصحية ووضعيتها العائلية بعد الطلاق⁽¹⁾، وهذا ما ذهبت إليه محكمة الاستئناف بالرباط إلى أن: "... وحيث أن المحكمة لم تراع أن العلاقة الزوجة قد استمرت بين الطرفين لمدة و تزيد عن تسعة عشر سنة فإنها تكون قد خالفت المادة 84 من مدونة الأسرة مما يتعين معه تعديل الحكم المستأنف برفع متعة المستأنفة إلى 16000 درهم"⁽²⁾

■ **الوضعية المالية للزوج:** ويعتبر هذا العنصر من أهم العناصر التي تأخذها المحكمة بعين الاعتبار عند تقدير المتعة، فكلما كان دخل الزوج مرتفعا كلما كان احتمال الزيادة في مبلغ المتعة قائما، وكلما كان دخل الزوج معوزا كلما كان مبلغ المتعة ضعيفا، وهذا ما ذهب إليه القضاء في كم صادر عن محكمة الاستئناف بالرباط متأثر بدخول ضعيف للزوج حيث جاء فيه: "... وحيث أن الثابت من شهادة الأجر المدعي بها في الملف أن المستأنف يتقاضى راتبا شهريا لا يتعدى 1300 درهم وليس بالملف ما يفيد أن له دخلا غير ذلك وحيث أن المبالغ المحكوم بها عن المتعة تبدو مبالغا فيها بالمقارنة مع الوضعية المادية للمستأنف الشيء الذي يستوجب ردها إلى الحد المعقول..."⁽³⁾

■ **أسباب الطلاق ومدى تعسف الزوج في توقيعه:** يتعين على المحكمة عند تقديرها للمتعة أن تراعي أيضا أسباب الطلاق وما إذا كان مبررا أو غير مبرر، وما إذا كان الطرف الملح على إنهاء الرابطة الزوجية هو الزوج أم الزوجة أو كلاهما ساهما في إنهاؤها، ويظهر ذلك للمحكمة من خلال جلسات الصلح.

(1) ادريس الفاحوري. انحلال الرابطة الزوجية ص 218.

(2) قرار المجلس الأعلى، بتاريخ 2007/7/23، الملف رقم 2007/126، عدد 584، نقلا عن: (الطيب الشرفاوي، أهم قرارات المجلس الأعلى، إكل للطباعة والنشر، الرباط ص 101).

(3) محكمة الاستئناف، بتاريخ 2005/3/15، ملف عدد 05/1523، نقلا عن: (محمد الشافعي. الطلاق والتطليق في مدونة الأسرة. ص 66).

إن الزوجة تستحق المتعة ولو كان سبب الطلاق راجعا إليها وذلك طبقا للمادة 97 من مدونة الأسرة.

إن تعبير مدونة الأسرة على التعسف في توقيع الطلاق، يقتضي بأن تعمل المحكمة على مراعاة ما لحق الزوجة من أضرار بسبب تعنت وتعسف الزوج كما إذا أقدم على إنهاء الرابطة الزوجية دون سبب وجيه أو ممارسة العنف المادي والمعنوي، فيزالة الضرر في مثل هذه الأحوال وغيرها يكون بالرفع من مبلغ المتعة بمقدار ذلك الضرر.

والزوجة المطلقة طلاقا تعسفيا إلى جانب حقها الثابت في المتعة التي يراعي فيها هذا التعسف الممارس عليها لها الحق أيضا في المطالبة بتعويض عادل مستقل.⁽¹⁾

البند الثالث: تقدير المتعة في مجلة الأحوال الشخصية التونسية

وبخصوص مجلة الأحوال الشخصية التونسية فإنها لم ترد نصا صريحا في الفصل 31 الذي نقح بالقانون عدد 7 لسنة 1981 المؤرخ في فيفري 1981 والفصل 32 الذي نقح بالقانون عدد 74 لسنة 1993 المؤرخ في جويلية 1993 يتضمن مصطلح المتعة، ولكن بالرجوع إلى الفصل 53 مكرر من المجلة التونسية الذي ينص على: " كل من حكم عليه بالنفقة أو بجراية الطلاق فقضي عمدا شهرا دون دفع ما حكم عليه بأدائه يعاقب بالسجن مدة تتراوح بن ثلاثة أشهر وعام وخطية من مائة دينار (100د) إلى ألف دينار (1000). ويتولى صندوق ضمان النفقة وجراية الطلاق دفع مبالغ النفقة أو جراية الطلاق الصادرة بها أحكام بآلة تعذر تنفيذها لفائدة المطلقات وأولادهن من المحكوم عليه بسبب تلده وفق للشروط المنصوص عليها بالقانون المحدث للصندوق.

ويحل هذا الأخير على المحكوم لهم في استخلاص المبالغ التي دفعها"

⁽¹⁾ إدريس الفاحوري. انحلال الرابطة الزوجية. ص 218-221.

وعلى هذا الأساس جاءت المجلة التونسية مؤكدة مبدأ التعويض عن الطلاق حسب الفصل 31 من م.أ.ش ولم يأت ضمن نصوصها بأي مادة تشير إلى ما يسمى بالمتعة ولم يشر كذلك إلى مقدارها، بل أوكل أمر ذلك إلى اجتهاد قاضي الموضوع.⁽¹⁾

أما بالنسبة لموقف الفقه القضائي التونسي الصادر عن محاكم الأصل وعن محكمة التعقيب بخصوص نفقة المتعة لم تصدر أي قرار يفيد بأن المتعة هي تعويض مادي ومعنوي للزوجة التي طلقها زوجها، متعة تعط لها تخفيفاً عن ألم فراق زوجها لها.

وهكذا نلاحظ بأن المشرع التونسي تبني فلسفة متميزة ومختلفة فيما يخص مستحقات الزوجة والأطفال منذ انتهاء الرابطة الزوجية، وحيث يتحتم على الزوج بأن يدفع لمطلقاته مرتباً شهرياً في بعد انقضاء العدة على قدر ما اعتادته من العيش في ظل الحياة الزوجية بما فيها السكن وجعل المشرع للمطلقة هذه الجراية واجبة على كل مطلق وإذا تقاعس عن دفعها يعاقب بعقوبة سالبة للحرية، وإذا كان المحكوم عليه معوزاً غير قادر عن دفع هذه المبالغ المالية الشهرية فإنه يحل محله صندوق ويسمى صندوق ضمان النفقة وجراية الطلاق.⁽²⁾

(1) فاطمة الزهراء بن محمود. التعليق على مجلة الأحوال الشخصية. ص 141.

(2) الرائد الرسمي، عدد 5 بتاريخ 6 جويلية 1993، قانون عدد 65/1993 مؤرخ في 1993/07/5، تعلق بإحداث صندوق ضمان الفقه وجراية الطلاق.

المبحث الثاني: التعويض عن الضرر الناجم عن الطلاق في قوانين الأحوال الشخصية المغربية

لم تعرف المجتمعات البشرية الأولى نظام التعويض إلا بظهور القانون الروماني الذي قلل من فكرة الثأر بجعل الحرية للأفراد في اختيار طريقة التعويض، ومحيء الإسلام هذبت الشريعة السمحة النظام التعويضي الذي كان سائدا في النظم الوضعية القديمة التي سبقتها بتشريع القصاص، وعلى هذا فإن تحديد مفهوم التعويض عموما يساهم في توضيح فكرة إصلاح الضرر المعنوي.

وفي المطالب الآتية أحاول توضيح بعض معالم هذا المفهوم من خلال الآتي:

- المطلب الأول: مفهوم التعويض عن الضرر الناجم عن الطلاق.

- المطلب الثاني: تقدير التعويض المالي الناجم عن الطلاق.

المطلب الأول: مفهوم التعويض عن الضرر الناجم عن الطلاق

لا شك أن الطلاق يترتب أضرار لأحد الزوجين ولو من باب خدش الشعور، وحسب درجة الضرر الحاصل لأحد الزوجين، إذ أن تقدير التعويض عن الضرر يعتمد على طرق وضوابط اعتمدها الفقه الإسلامي والقانوني على حد سواء وهذا ما سيتم معالجته وفقا لما يلي:

- الفرع الأول: مفهوم التعويض عن الضرر الناجم عن الطلاق في الفقه.

- الفرع الثاني: مفهوم التعويض عن الضرر الناجم عن الطلاق في قانون الأسرة الجزائري.

- الفرع الثالث: مفهوم التعويض عن الضرر الناجم عن الطلاق في مدونة الأسرة المغربية.

- الفرع الرابع: مفهوم التعويض عن الضرر الناجم عن الطلاق في مجلة الأسرة التونسية.

الفرع الأول: مفهوم التعويض عن الضرر الناجم عن الطلاق في الفقه

إن مصطلح التعويض له استعمالات ومرادفات لغوية واصطلاحية متعددة وهذا ما يقتضي استقصاء تلك المعاني من أجل الخروج بالتعريف الملائم له والمتوافق مع هذا المبحث، وذلك من الجانب اللغوي والاصطلاحي على حد سواء.

البند الأول: مفهوم التعويض لغة واصطلاحاً

أولاً - تعرف التعويض لغة:

ورد في لسان العرب: "إن العوض هو البدل، والجمع أعواض، نقول: عضت فلانا أو عوضته وأعضته إذا أعطيته بدل ما ذهب منه، والمصدر العوض" وقيل عوض يعوض تعويضاً، وتعوض أخذ العوض⁽¹⁾

كما ورد في معجم تاج اللغة: "أن عضت، أي دفعت، وتعوض واعتاض أي: أخذ العوض⁽²⁾ والعوض هو البدل، وعوضت فلانا إذا أعطيته بدل ما ذهب منه وبهذا يظهر أن العوض في اللغة يستعمل بمعنى البدل والخلف⁽³⁾

ثانياً - تعريف التعويض اصطلاحاً:

بالرجوع إلى كتب الفقهاء لا يوجد تعريفاً اصطلاحياً للتعويض كمصطلح لما نريده، وإنما تتدخل محددات عدة في بيان التعويض الاصطلاحى للتعويض منها كفياته وأشكاله، إلى جانب شروط إيجابه ومعايير تقديره، كما نجد أن الفقهاء استعملوا بدله وهو لفظ الضمان، حيث اختلف عندهم معنى الضمان، فمنهم من يستعمله للتعويض وغيره، وبعضهم يستعمله بمعنى لا يدخل فيه معنى التعويض.

وقبل ذلك لابد من التعرض إلى المعنى اللغوي والاصطلاحى للضمان:

1. تعريف الضمان لغة:

الضمان لغة هو الكفالة والالتزام، فضمان الشيء هو الكفالة به، وضمان المال التزامه.⁽⁴⁾

2. تعريف الضمان في الاصطلاح:

وردت عدة تعريفات للفقهاء منها:

(1) ابن منظور. لسان العرب. مادة عوض. ج7، ص 55-56.

(2) الزبيدي محمد مرتضى، تاج العروس من جواهر القاموس، دار صادر، ط1 1306هـ، بيروت، لبنان، ج5، ص 59.

(3) ابن فارس أبو الحسين أحمد، مجمل اللغة، دار الجيل، ط1، 1997، ص 188.

(4) الجوهرى بن حماد. الصحاح تاج اللغة، دار العلم للملايين. ج6. ص 2155.

- تعريف المالكية بأنه: "شغل ذمة أخرى بالحق" وهذا التعريف ينصرف إلى معنى الكفالة التي يراد بها ضمان النفس، والمقصود به ترتيب التزام في ذمة شخص آخر. (١)
 - تعريف الشافعية بأنه: هو فقد يحصل به التزام حق ثابت في ذمة الغير. (٢)
 - تعريف الحنفية: هو عبارة عن رد مثل المالك أو قيمته، وهو إيجاب مثل التالف إن أمكن أو قيمته، نفياً للضرر بقدر الإمكان. (٣)
 - أما الحنابلة فالضمان عندهم هو: "ضم ذمة الضامن إلى ذمة المضمون عنه في التزام الحق". (٤) وهي: تقويم الجان نظير ما أتلف". (٥)
- وعند النظر في تعاريف الفقهاء نجد أنهم ابتعدوا في تعريفهم للضمان عن معنى التعويض، لأن تعاريفهم لا يظهر فيها معنى التعويض عن الضرر.
- والتعريف الأقرب لمعنى العرض هو الذي جاء به الحنفية حسب ذكر سبب حدوث الضرر تلميحاً، أما التعريف الذي جاء به ابن القيم هو الأقرب لمعنى التعويض لأنه ذكره صراحة.
- التعريف الذي اقترحه لتعويض الضرر للمطلقة هو: "المال الذي يحكم به على من أوقع ضرراً على غيره في النفس أو المال أو الشرف".

البند الثاني: مشروعية التعويض عن الضرر

ثبتت مشروعية التعويض عن الضرر بأدلة من الكتاب والسنة:

(١) الدردير. الشرح الصغير على أقرب المسالك. ج. 3. ص 329.

(٢) الشريبي. مغني المحتاج. ج. 2. ص 198.

(٣) ابن عايد. الدر المختار. ج. 7. ص 554.

(٤) ابن قدامة. المغني. ج. 5. ص 82-83.

(٥) ابن القيم، إعلام الموقعين عن رب العالمين، دار الفكر (د ط)، بيروت، لبنان، ج 3 ص 329.

أولا - من الكتاب:

وردت العديد من الآيات الدالة على مشروعية التعويض منها قوله تعالى: "فَمَنْ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ"⁽¹⁾، وهذا يدل على المماثلة في حالة الاعتداء، فيعاقب المعتدي بمثل فعله وجنس عمله ولذلك فالعقوبة تكون مماثلة لفعله على أن لا تتجاوزها⁽²⁾ ففي حالة التطليق فإن اعتداء الزوج على زوجته وإيذائها سواء بالقول أو بالفعل وإلحاق الضرر بها يلزمه التعويض عن الضرر.

وقوله تعالى أيضا: "وَإِنْ عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُوا بِمِثْلِ مَا عُوقِبْتُمْ بِهِ"⁽³⁾

فقد نصت الآية الكريمة على مشروعية التعويض كجزاء على تعدي المرء، وكذا من مبدأ المماثلة في الجزاء لتحقيق العدالة والإنصاف⁽⁴⁾.

وقد ورد في تفسير الآيات السابقة ما يدل وجوب الرجوع للحاكم في جميع المظالم ليحكم العوض أو التعويض في صورته المهذبة الخالية من الانتقام والفساد⁽⁵⁾. وهو ما يطبق في حالة التطليق، حيث متى ما أساء الزوج لزوجته، فإن جزاء هذه الإساءة الحكم لها بعد التطليق بالتعويض نتيجة للضرر اللاحق بها.

ثانيا - من السنة النبوية:

فقد وردت أدلة كثيرة عن التعويض ومنها:

فيما روي عن أنس رضي الله عنه قال: "أهدت بعض أزواج النبي صلى الله عليه وسلم إليه طعاما في قصعة، فضربت عائشة رضي الله عنها القصعة بيدها فألقت ما فيها" فقال النبي صلى الله

(1) سورة البقرة، الآية 194.

(2) التفسير المنير، مجمع الملك قصد، لطباعة المصحف، ط2، 2009، ص 30.

(3) سورة النحل، الآية 126.

(4) ابن كثير. تفسير القرآن العظيم. ص 613.

(5) عبد الهادي بن زيطة، تعويض الضرر المعنوي في قانون الأسرة الجزائري، دار الخلدونية ط1، 2007، الجزائر، ص 36، 37.

عليه وسلم: "طعام بطعام وإناء بإناء"⁽¹⁾ فقد أمر النبي صلى الله عليه وسلم بتعويض الإناء الذي كسر بغيره، وهو دليل على وجوب التعويض.

وبقوله صلى الله عليه وسلم: "لا ضرر ولا ضرار"⁽²⁾، وهي تدل على مشروعية التعويض من قاعدة إزالة الضرر يمنع وقوع الضرر أصلاً، فالحديث الشريف يدل على وجوب عدم إلحاق الضرر بالغير، وفي حالة ما إذا ترتب الضرر على ذلك وجب إزالته، وخير وسيلة لإزالة الضرر هو تعويض المتضرر، لأن الغرض الأساسي للتعويض هو جبر الضرر ولا يهدف إلى عقاب المسؤول. وعليه يمكن القول أنه وعلى الرغم من أن الشريعة الإسلامية لم تتعرض لمبدأ تعويض المطلقة في حالة التطليق، إلا أنها أرست قاعدة عامة، وهي الضرر يجب إزالته، لأن الضرر اللاحق بالزوجة هو أشد أنواع الأضرار، غير أن إزالة الضرر، لا يجب أن تكون بضرر مثله، أو أكثر مما يجعل حق المرأة في طلب التطليق وفق الشريعة الإسلامية يقوم على مبدئين هما: "الضرر يزال" و"الضرر لا يزال بضرر"⁽³⁾

البند الثالث: حكم تعويض الضرر الناجم عن الطلاق والتطليق

لم تعرض للفقهاء المسائل الجزئية التطبيقية المتعلقة بالتعويض عن الضرر المعنوي، وإنما كان جل اهتمامهم منصبا على الماديات والمتقومات في الضمان، ولكن هذا لا يعني إغفالهم لهذه الجزئية، بل أنها مثبتة في أحكام وقواعد الفقه الإسلامي.

وقد فسر بعض الفقهاء المعاصرين هذا السكوت من المتقدمين عن القضية ليقرروا أن الضرر المعنوي لا يعوض عنه الفقه الإسلامي.⁽⁴⁾

وفي مجال الطلاق والتطليق أيضا.

(1) علي بن عمر الدار قطني، سنن الدار قطني، كتاب الحدود والديات، حديث رقم 285 . ج3. ص 197؛ أخرجه البخاري، صحيح البخاري، دار

المعرفة، كتاب المظالم، بيروت لبنان (د ت)، (د ط)، ج2، ص 73.

(2) الصنعاني محمد بن إسماعيل، سبل السلام، دار الجيل، السعودية، تحقيق طارق بن عوض الله بن محمد، ط1، 2001، ج3، ص 207.

(3) ابن نجيم زين الدين، الأشباه والنظائر، تحقيق عبد الكريم الفضلي، المكتبة العصرية، بيروت لبنان، 2003، ص 105.

(4) محمد أبو زهرة، محاضرات في عقدة الزواج وآثاره، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، 61.

ومما استندوا إليه حسب رأيهم ما يأتي:

أ. أن الطلاق مباح وهو حق شرعي للزوج، ومن يستعمل حقه فلا ضمان عليه لقاعدة_

الجواز الشرعي ينافي الضمان.⁽¹⁾

ب. أن القضاء على الزوج بالتعويض يمثل نوعاً من إكراه الزوج على عدم الطلاق.⁽²⁾

ج. ما عهد في التشريع الإسلامي أنه يرتب على الطلاق من أحكام سوى استحقاق المطلقة

لمؤخر الصداق ونفقة عدتها والمتعة في بعض الأحوال⁽³⁾، وهذا يعتبر بديلاً عن التعويض.⁽⁴⁾

د. أن المطالبة بتعويض الضرر المعنوي قد تؤدي إلى إفشاء الأسرار وانتهاك البيوت.⁽⁵⁾

هـ. صعوبة إثبات الضرر المعنوي عند الادعاء به.

و. عدم إمكانية تقويم الضرر المعنوي في حالة إيجاب التعويض عنه.⁽⁶⁾

وإذا كان هذا هو رأي بعض الفقهاء المعاصرين، فإن الاتجاه الحديث للاجتهاد الفقهي

والمتمثل في المجالس الفقهية الجماعية، يأخذ صراحةً بالتعويض عن الضرر المعنوي الناجم عن

الطلاق والتطليق، وأشار هنا إلى المجلس الأوروبي للإفتاء والبحوث⁽⁷⁾، الذي يترأسه الدكتور

يوسف القرضاوي، قد أوصى بدراسة مسائل التعويض عن الضرر المعنوي عموماً وبعد المداولة

قرر المجلس ما يلي:

(1) بدران أبو العينين، الفقه المقارن للأحوال الشخصية، دار النهضة العربية، بيروت، لبنان، ص 311.

(2) رشدي شحاتة، الاشرطاط في وثيقة الزواج، دار الفكر العربي، ط1، 2001، القاهرة مصر، ص 367.

(3) ميارة محمد بن أحمد، شرح مباراة الفاسي على تحفة الحكام في نكت العقود والأحكام، دار الكتب العلمية، ط1، 2000، بيروت، لبنان، ج1، ص

411.

(4) رشدي شحاتة، الاشرطاط في وثيقة الزواج، ص 362.

(5) سعاد سطحي، "التعويض عن الأضرار المادية والمعنوية الناجمة عن العدول عن الخطبة"، مجلة المعيار، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

بقسنطينة، العدد 09 جويلية، 2004، ص 08.

(6) علي خفيف، الضمان في الفقه الإسلامي، دار الفكر العربي، القاهرة مصر، 2000، ص 45.

(7) المجلس الأوروبي للإفتاء هو هيئة شرعية للاجتهاد الفقهي تهتم بشؤون المسلمين في المهجر عموماً وأوروبا خاصة، مقره دبلن، موقع المجلس

لا مانع شرعا من المطالبة بالتعويض عن الضرر المعنوي الذي أصاب أحد الزوجين بسبب الطلاق أو التطليق إذا صاحبه ضرر أدى إلى إلحاق الأذى بنفسية الطرف الآخر أو شرفه أو مشاعره، وذلك للأدلة الدالة على حرمة الإيذاء ودفع الضرر، وذلك إذا توفرت الشروط التالية:

- أن يكون الضرر المعنوي قد أحدث أثرا فعليا.
- أن يكون الضرر المعنوي محقق الوقوع تشهد عليه الأدلة والقرائن
- أن لا يرفع الأمر إلى القضاء إلا بعد إعطاء مهلة للتصالح والتراضي

ويمكن الاستدلال على التعويض عن الضرر المعنوي الناجم عن الطلاق التعسفي والتطليق بما يلي:

إذا كان الطلاق بغير ضرر ظاهر فإنه يحصل به للمرأة انكسار وضرر، فجبره الشارع بإعطائها نصف المهر عند التسمية، والمتعة عند التسمية⁽¹⁾، وإذا كانت علة وجوب المتعة هي مجرد الطلاق، والحال أنها شرعت لتعويض لزوجته، فيكون من باب قياس الأولى أن التعويض عن التعسفي مشروع أيضا لجبر الضرر المعنوي والضرر المادي.

إن من آثار التعسف الجزاء التعويضي، وإذا وصف الطلاق بالتعسفي فيترتب عليه جزاء وهو التعويض، ولما كانت القرائن المصاحبة لوقوع الطلاق تدل على الضرر المعنوي هو أكثر الأضرار وقوعا وتوقعا، فإن التعويض عن الضرر المعنوي في الطلاق التعسفي وارد بقوة.

فهذا ما يحكم مسألة التعويض المعنوي عن الطلاق والتطليق، ولعل ما ذكرته يعد مرجحا لجواز تعويض الضرر المعنوي الناجم عن الطلاق التعسفي والتطليق في الفقه الإسلامي.⁽²⁾

البند الرابع: معايير ضبط التعسف في استعمال حق الطلاق

الأصل أن الطلاق حق مباح للرجل يملك إيقاعه بحرية، فالرجل إن تهادى في استعمال حقه في الطلاق بطريقة لا يراعي فيها ما يلحق من أضرار بزوجه يعتبر متعسفا في استعمال حقه، مما

(1) بن زيطة عبد الهادي. تعويض الضرر المعنوي. 182_183

(2) فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، دار بشير ط2، عمان الأردن، 1998، ص 422.

يوجب عليه تعويض الضرر اللاحق بزوجته التي طلقها طلاقاً تعسفياً لا يستند إلى أي مبرر شرعي وأساس نظرية التعسف في استعمال الحق هو المسؤولية التقصيرية، فالخطأ يوجب التعويض، ويكون ذلك في صورة الخروج عن حدود الحق أو عن الحدود رخصة المؤلف⁽¹⁾.

ولا يعدو أن يخرج الاستعمال التعسفي للحق عن معيارين هما:

أولاً - المعيار الشخصي أو الذاتي:

يندرج تحت هذا المعيار قصد الإضرار بالغير، فيكون الشخص متعسفاً إذا قصد الإضرار بالغير من خلال تصرفاته التي قد تلحق أضراراً بالغير، كمن يبني جداراً في ملكيته ويحجب النور على جيرانه، فرغم أنه يمارس حقه لكن إذا ما تم إثبات قصد الإضرار بالغير عد متعسفاً، ويعد قصد الإضرار بالغير من أبلغ صور التعسف في استعمال الحق.

على الرغم من ذاتية هذا المعيار، إلا أنه يمكن أن يدرج في الجانب الموضوعي العام للخطأ، فلا يكفي أن يقصد صاحب الحق الإضرار بالغير، بل يجب زيادة على ذلك أن يخرج سلوكه عن نطاق السلوك المؤلف للشخص العادي⁽²⁾، وبعد هذا المعيار من أقدم المعايير لأنه يخالف قصد الشارع في استعمال الحق، وهذا مصداقاً لقوله تعالى: "وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرِّحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُوا وَمَنْ يَفْعَلْ ذَلِكَ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ..."⁽³⁾

فلقد كانت الآية صريحة في إباحة استعمال حق الرجعة بغية استكمال الحياة الزوجية وليس الأضرار الزوجية⁽⁴⁾.

(1) عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد مصادر الالتزام، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ط3، 2000، ج1، ص 949-948.

(2) السنهوري، المصدر نفسه، ج1، ص 955.

(3) سورة البقرة، الآية 231.

(4) جميل فخري محمد حاتم، التدابير الشرعية للحد من الطلاق التعسفي في الفقه والقانون، دار الحامد للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ط1، 2009، ص 75.

وبإسقاط هذه المفاهيم على الطلاق، يتضح وجود النية الميينة للرجل ليطلق زوجته بغرض الإضرار بها لا غير، والنية هي سبب ذاتي داخلي في نفس المطلق ويصعب إثباته، ومع ذلك يمكن للقاضي استنتاجها، متى لمس تخلف الفائدة المرجوة من الطلاق، عارضا بذلك الأمر لمعيار سلوك الرجل العادي الذي لا يطلق إلا لسبب جوهري، وما عدا ذلك فهو يقصد الضرر وبالتالي فهو متعسف في إيقاعه.⁽¹⁾

ثانيا - المعيار الموضوعي أو المادي:

ويندرج تحت هذا المعيار الحصول على فائدة قليلة وبالنسبة للضرر الناشئ للغير، وكذا الحصول على فائدة غير مشروعة وهذا حسب التفصيل الآتي:

- الحصول على فائدة قليلة بالنسبة للضرر الناشئ للغير

يقصد بهذا المعيار أن يستعمل صاحب الحق حقه لتحقيق مصلحة تافهة، لا تتناسب تماما ما قد ينتج من أضرار، وعلى هذا الأساس فإن ضالة أو قلة حجم المصلحة مقارنة مع الضرر الواقع يعتبر قرينة على الأضرار بالغير، ومن ثمة التعسف⁽²⁾، فيمكن لمس وجود اختلال في التوازن بين المنفعة التي يصبو إلى تحقيقها صاحب الحق، وبين الضرر الذي يتحمله الطرف الآخر، ويتمثل هذا الاختلال أساسا في الضرر الفاحش، ويتجلى هذا المعيار عموما إذا قلت المصلحة بحيث لا تتناسب مع المفسدة إطلاقا.⁽³⁾

وقياسا على الطرح يمكن لمس مدى تعسف المطلق في ظلم طليقته من خلال طلاقها، والزواج بأخرى خاصة إذا كان قادرا على التعدد وتوافرت لديه شروط ذلك:

- الحصول على فائدة غير مشروعة.

(1) بن زيطة عبد الهادي. تعويض الضرر المعنوي. ص 168.

(2) جميل فخري حاتم. التدابير الشرعية للحد من الطلاق التعسفي في الفقه والقانون. ص 79.

(3) فتحي الدريني. نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي. ص 346.

يقصد بهذا المعيار استعمال الحق على الوجه غير المشروع، بأن يكون سبب ذلك مناقضا لقصد المشرع، وهو معيار موضوعي وإن كان الوصل إليه عاملا ذاتيا يتمثل في نية صاحب الحق، وهو تطبيق لمعيار الخطأ.

فلا يدع التذرع بممارسة الحق لا بتغاء مصلحة غير مشروعة⁽¹⁾، بغية الحصول على منفعة تتنافى والنظام العام والآداب العامة، كمن يطلق زوجته ليعاشر امرأة بطريقة غير شرعية.⁽²⁾

إن الحق المخول للزوج في إيقاع الطلاق مختلف نوع ما عن نظرية الحق في القانون المدني، ذلك أنه من طبيعة خاصة، ومن مصدر آخر يتجلى في العصمة الزوجية المستمدة من الشريعة الإسلامية، وأن تعويض الزوجة في حال الطلاق يكون مصدره مسؤولية الزوج كونه صاحب العصمة الزوجية.⁽³⁾ إن إسقاط مسألة التعسف في استعمال الحق تختلف اختلافا جذريا عن نظرية الحق في إيقاع الطلاق، وذلك أن الزوج إذا ما عبر عن إرادته في فك الرابطة الزوجية، فإنه مطالب بتقديم التبرير الشرعي الذي جعله يلجأ إلى هذه الإرادة، وينبغي أن يكون التبرير منوها عنه شرعا وثابتا بالشكل الذي يجنيه التعويض عما بدر منه، ذلك أن الزوج حتى وإن كانت له الأحقية في إيقاع الطلاق، فإن استعماله لهذا الحق يجب أن يرفق بتحميله تبعه إرادته ومسؤوليته وإن مسؤولية إثبات عدم التعسف ملقاة على عاتقه وليس على الزوجة أن تثبت تعسف زوجها في إيقاع الطلاق

الفرع الثاني: مفهوم التعويض عن الضرر الناجم عن الطلاق في قانون الأسرة الجزائري

من المسلم به أن التعويض عن الضرر الغرض منه إصلاح الضرر، وذلك عن طريق ترضيه المتضرر وجبر خاطره، من خلال منحه مبلغا ماليا لعله يعوضه عن الأضرار اللاحقة به.

وعلى هذا الأساس فقد أحاط المشرع الجزائري استحقات المطلقة للتعويض بسبب الطلاق

التعسفي وهذا من خلال ما يلي:

(1) السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج1، ص 959.

(2) علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، 2003، ط3، بن عكنون الجزائر، ص 223.

(3) باديس ذيابي، آثار فك الرابطة الزوجية، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2008، ص 7.

البند الأول: مشروعية الطلاق في قانون الأسرة الجزائري

ورد في قانون الأسرة الجزائري مواد عديدة دالة على مدى مشروعية الطلاق، ولا سيما المادة 48 التي نصت على: "مراعاة أحكام المادة 49 أدناه، يحل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين 53 و 54 من هذا القانون"، فأعطى المشرع الفرصة لطرفي الرابطة الزوجية في حلها بإحدى الصور وهو دليل على مدى مشروعيته.

كما يمكن للزوجة المطالبة بحل الرابطة الزوجية عن طريق التطليق بتحقيق إحدى الأسباب العشرة، وفقا لنص المادة 53 التي نصت على: "يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للأسباب التالية..." ويجوز لها حل الزواج بطريق الخلع في نطاق المادة 54 التي نصت على: "يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل مالي إذا لم يتفق الزوجان على المقابل المالي للخلع، يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم.

البند الثاني: ضوابط التعويض عن الطلاق التعسفي

حتى يعتد بالطلاق التعسفي قانونا، لابد من مراعاة ضوابط معينة وشروط واجب مراعاتها

أولا- شروط التعويض عن الطلاق التعسفي:

لا يمكن التطرق إلى التعويض عن الطلاق التعسفي بدون استحضار جملة من الشروط التي يمكن التفصيل فيها كما يلي:

1. أن تكون الزوجية قائمة بين الزوجين:

معنى هذا الشرط وجوب أن تكون علاقة الزواج فعلية، ولا يكفي بمجرد العقد بل وجب أن يقع الدخول والمعاشرة الزوجية، فتسلم الزوجة نفسها لزوجها وتمكنه من الاستمتاع بها، فإذا لم تفعل لا يمكن اعتبار طلاقها في حالة حدوثه تعسفا.⁽¹⁾

(1) باديس ذباي. آثار فك الرابطة الزوجية. ص 8-9.

غير أن التعويض الذي يفرض للمطلقة قبل دخولها ليس سوى تعويض عن الضرر المعنوي فقط، وليس تعويضا عن الطلاق التعسفي.

وهذا ما أكده قرار المحكمة العليا الذي نص على: "من المقرر قانونا أن تقدير الضرر مسألة موضوعية من اختصاص وتقدير قضاة الموضوع، ومتى نبين _من قضية الحال_ أن الأسباب التي اعتمد عليها المستأنف في طلب قبل الدخول غير ثابتة، وإن عدم إتمام الزواج بالدخول يلحق ضررا معنويا بالمستأنفة، وعليه فإن قضاة المجلس بقضائهم بطلاق الزوجة قبل الدخول بتعويضها طبقوا صحيح القانون"⁽¹⁾

غير أن المطلقة قبل الدخول تستحق تعويض على تفويت الفرصة الزواج من المطلق، وهذا لا يدخل في مجال الطلاق التعسفي، وهذا حسب ما جاء به قرار المحكمة العليا الذي ينص على: "لكن حيث يتضح من خلال القرار المنتقد بأن مبلغ التعويض المحكوم به على الطاعن والمقدر بمبلغ 100 000 دينار هو تعويض للمطعون ضدها جبرا للضرر الذي أصابها من جراء تفويت فرصة الزواج عليها، باعتبار أن الطاعن طلب بفسخ الزواج بعد مدة طويلة من الانتظار التي انتظرها المطعون ضدها أثناء فترة الخطوبة، ولم تحقق هدفها في الزواج بالطاعن، وبالتالي فإن ما قضي به قضاة الموضوع من تعويض يتماشى والقانون"⁽²⁾.

2. أن يكون الطلاق من توقيع الزوج وإرادته المنفردة:

إن الطلاق وسيلة في يد الرجل لحل رباط الزوجية إذا استعصى عليه إيجاد حل ناجع للمشاكل التي قد تحدث بينه وبين زوجته، لا سيما إذا كانت الخلافات جدية، لا يمكن تجاوزها في ظل الشقاق المستمر الذي يعصف بالحياة الزوجية ويجعل المودة والرحمة أمران بعيدا المنال، ولما كان الرجل هو القيم إلى زوجته بماله من واجبات مالية كالصداق والنفقة الزوجية، وضرورة صبره

(1) المحكمة العليا -غرفة الأحوال الشخصية والموارث- قرار صادر بتاريخ 16/03/1999. ملف رقم 216865- (المجلة القضائية، عدد خاص، 2001، ص 256).

(2) المحكمة العليا -غرفة الأحوال الشخصية والموارث- قرار صادر بتاريخ 15/11/2006 ملف رقم 372290- (المجلة القضائية لسنة 2007، العدد الأول، ص 487).

على زوجته، لقوله تعالى: "... وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ فَإِنْ كَرِهْتُمُوهُنَّ فَعَسَى أَنْ تَكْرَهُوا شَيْئًا وَيَجْعَلَ اللَّهُ فِيهِ خَيْرًا كَثِيرًا" (1)، فإن هذه الميزة التي يجعل من الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج بالمقابل ليست في صالحه، إذا أثبت تعسفه في الطلاق فيتحمل تبعه هذا الواقع ويتعلق الأمر بالتعويض، كما أنه إذا لم يثبت التعسف في جانبه فإن ذلك يحول دون مطالبتها بالتعويض، وهذا حسب ما جاء به قرار المحكمة العليا الذي نص على: "من المقرر قانوناً أن الزوجة تستحق التعويض في حال نشوز الزوج أو تعسفه في طلاق، ومن ثم فإن القضاء بخلاف هذا المبدأ يعد مخالفاً للقانون -ومتى تبين- في قضية الحال -أن قضية الموضوع قضاوا للمطعون ضدها بالتعويض دون أن يحصل من الطاعن أي تعسف أو نشوز، فإنهم بقضائهم كما فعلوا خالفوا القانون، مما يستوجب نقض القرار المطعون فيه جزئياً" (2)

كما اعتبرت المحكمة العليا أن إيقاع الزوج بإرادته المنفردة للطلاق بموجب التعويض للمطلقة، وهذا ما تضمنه القرار الذي نص على ما يلي: "...لكن ولما كان هناك حكيمين قضائيين صادريين بين الطرفين وفي زمنين مختلفين بالطلاق فإن المطلقة لها الحق في التعويض عن كل طلاق، ما دام طلب الطلاق في كلتا الحالتين كان بإرادة الزوج -المطعون ضده- المنفردة..." (3)

كما يعد التعويض عن الطلاق التعسفي جزءاً منطقياً، وهذا بموجب المادة 52 من قانون الأسرة التي نصت على: "إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها"، وهي خطوة جريئة تحسب للمشرع الجزائري من خلال جعلها في صلب قانون الأسرة، ويجب أن يكون الزوج متعسفاً في طلاقه إياها، وأن يلحق الزوجة ضرر من هذا الطلاق، فلم يوضح المشرع في هذه المادة معيار الطلاق التعسفي، كما أنه لم يحدد حداً أقصى ولا

(1) سورة النساء، الآية 19.

(2) المحكمة العليا -غرفة الأحوال الشخصية والمواريث- قرار صادر بتاريخ 1998/11/17 ملف رقم 210451- (المجلة القضائية، عدد خاص، 2001، ص 252).

(3) المحكمة العليا -غرفة الأحوال الشخصية والمواريث- قرار صادر بتاريخ 1989/3/27 ملف رقم 53017- (المجلة القضائية لسنة 1991، العدد الأول، ص 56).

حد أدنى للتعويض عن الضرر اللاحق بالمطلقة، فكان على الرجل أن يحسن استعمال حقه في الطلاق وإلا كان عليه التعويض.⁽¹⁾

غير أنه يسقط حق الزوجة في التعويض إذا طلبت الطلاق، وهذا ما سارت عليه المحكمة العليا في إحدى قراراتها، إذ جاء فيه ما يلي: "من المقرر قانوناً أن التعويض يجب على الزوج الذي طلق تعسفاً وزوجته ونتج عن ذلك ضرر لمطلقتها، فإن كل زوجة بادرت بإقامة دعوى قصد تطبيقها من زوجها وحكم لها به، فالحكم لها بالتعويض غير شرعي، ومن ثم فإن القضاء بخلاف هذا المبدأ يعد فهماً خاطئاً للقانون، ولما كان من الثابت - في قضية الحال - أن الزوجة هي التي طلبت التطلاق، فإن قضاة المجلس الذين وافقوا على الحكم الابتدائي، وتعديل له برفع مبلغ التعويض وبنفقة العدة ونفقة الإهمال، بالرغم من تصريح الحكم الابتدائي بأن الزوجة رفضت الرجوع، فإنهم بقضائهم كما فعلوا فهموا المادة 52 من قانون الأسرة فهما خاطئاً..."⁽²⁾، وهذا ما يؤكد قرار آخر للمحكمة العليا الذي جاء فيه "إذا كان يحق للزوجة طلب التطلاق، فلا يجوز لقضاة الموضوع بتظلم الزوج والحكم لطالبة بالتعويض عن الطلاق التعسفي"⁽³⁾.

غير أن هذا الطرح يصطدم بنص المادة 53 مكرر بنصها على: "يجوز للقاضي في حالة الحكم بالتطلاق أن يحكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها".

وما يستتبع ذلك من اجتهادات المحكمة العليا في هذه الجزئية المثيرة للجدل، ومن بينها الاجتهاد الذي نص على: "من المقرر قانوناً أنه يجوز تطلاق الزوجة عند تضررها، ومن المقرر أيضاً أنه، إذا تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها، ومتى تبين - في قضية الحال - أن الزوجة طلبت التطلاق لتضررها من ضرب الزوج وطردها وإهمالها مع أولادها

(1) العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري (وفق آخر التعديلات مدعم بأحدث الاجتهادات المحكمة العليا)، ديوان المطبوعات الجامعية، 2010، ط2، بن عكنون الجزائر، ج1، ص 238-243.

(2) المحكمة العليا -غرفة الأحوال الشخصية والمواريث- قرار صادر بتاريخ 1989/3/27 ملف رقم 53017- (المجلة القضائية لسنة 1991، العدد الأول، ص 56)

(3) المحكمة العليا -غرفة الأحوال الشخصية والمواريث- قرار صادر بتاريخ 2005/10/12 ملف رقم 345709- (المجلة القضائية لسنة 2005، العدد الثاني، ص 419).

وعدم الإنفاق عليهم، الأمر الذي يجعلها محقة في طلب التطبيق والتعويض معا لثبوت تطورها، وعليه فإن قضاة الموضوع لما قضوا بتطبيق الزوجة وتعويضها طبقوا صحيح القانون...".⁽¹⁾

ج. أن يكون الزوج متعسفا:

تضمنت المادة 52 من قانون الأسرة التعسف في إيقاع الطلاق من خلال نصها على: "إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها"، حيث اعتبر المشرع هذا الشرط من بين أهم الشروط الواجب توافرها حتى نكون أمام تعويض المطلقة، والتعسف الذي أورده المشرع الجزائري في المادة 52 من قانون الأسرة لم يعطه المشرع تعريفا محددًا، تارك ذلك للفقهاء الشرعيين.

فالتعسف كما أورده القانون المدني الجزائري في المادة 41 منه، حيث عرفته بتحديد صورته

على النحو الآتي:

- إذا كان الطلاق بقصد الإضرار بالغير وهي الزوجة.

- إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة قليلة بالنسبة للضرر الناشئ للغير.

- إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة.⁽²⁾

ولكن بالرجوع التي تنص المادة 124 مكرر من القانون المدني الجزائري،⁽³⁾ يفهم أنه إذا لم

يستطيع الزوج تبرير طلاقه أمام القاضي كان ذلك دليلا على أن الباعث وراء طلاقه هو الإضرار

بها، وتبرير الطلاق يبقى مسألة موضوعية تخضع للسلطة التقديرية للقضاة، ويجوز حينئذ للزوجة

المطالبة بالتعويض عن الطلاق التعسفي.

⁽¹⁾ غرفة الأحوال الشخصية والمواريث - قرارها بتاريخ 1998/07/21 ملف رقم 192665 عدد خاص.

⁽²⁾ باديس ذبايي. آثار فك الرابطة الزوجية. ص 14.

⁽³⁾ المادة 124 قانون المدني تنص على: "يشكل الاستعمال التعسفي للحق خطأ لاسيما في الحالات الآتية:

- إذا وقع بقصد الإضرار بالغير.

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

- إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة.

إلا أن هناك حالات أخرى في حال الطلاق التعسفي للمرأة التي ليس لها أهل أو منعت من العودة إليهم بعد طلاقها لرفض منهم فتجد نفسها بلا عائل خاصة إذا كان المبلغ المحكوم لها كتعويض لا يغطي مصاريفها، وعلى هذا الأساس يمكن التفكير في جعل التعويض ممتدا إلى فترة زمنية معينة حتى يكفيها شر الضياع⁽¹⁾، وعلى هذا الأساس حرص المشرع الجزائري ضمن المادة 451 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية⁽²⁾ على بعض التطبيقات الكيفية عمل القاضي خاصة قبل الحكم.

وبالرجوع إلى منحنى المشرع الجزائري في صلب المادة 53 مكرر التي تنص على: "يجوز للقاضي في حالة الحكم بالتطليق أن يحكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها"، وكذا قرار المحكمة العليا في نفس الصياغ الذي جاء فيه: "من المقرر قانونا أنه يحق للزوجة أن تطلب التطليق لكل ضرر معتبرا شرعا"⁽³⁾، ضف إلى ذلك هناك نص اجتهادي آخر في نفس المنحنى "في حالة الطلاق يحكم القاضي بالتعويض للطرف المتضرر، ولما كان ثابتا أن الضرر اللاحق بالزوجة كان مبالغا فيه متعسفا من طرف الزوج فان تطليق الزوجة وحده لا يكفي لجبر الضرر وتعويضها مقابل الأضرار اللاحقة بها، فإن قضاة بقضائهم بتعويض الزوجة نتيجة إثبات الضرر من طرف الزوج طبقا لأحكام المادة 55 من قانون الأسرة قد طبقوا القانون، ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن".

فقد عكست صياغة المادة 53 مكرر تحبط المشرع الجزائري، فمن جهة جعلها على محمل الجواز، فالضرر يوجب التعويض ولا يجعله جائزا، غير أن المشرع من خلال تحليل منحاه في صياغة

(1) الرشيد بن الشويخ، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، دار الخلدونية، القبة القديمة، الجزائر، ط1، ص 187.

(2) المادة 451 قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي تنص على: "يعين القاضي وكيف الوقائع المعتمد عليها في تأسيس الأسباب المدعمة لطلب التطليق طبقا لأحكام قانون الأسرة، ويفصل في مدى تأسيس الطلب، أخذا بعين الاعتبار الظروف التي قدم فيها، يمكن للقاضي أن يتخذ كل التدابير التي يراها ملائمة لا سيما الأمر بالتحقيق أو خيرة طبية أو الانتقال للمعانة، يتعين على القاضي تسبب الإجراء المأمور به إذا تعلق بخريرة طبية".

(3) المحكمة العليا - غرفة الأحوال الشخصية والمواريث - قرار بتاريخ 1997/12/23، ملف رقم 181648 - (المجلة القضائية لسنة 1997، العدد الأول، ص 49).

هذه المادة حينما تشبث بالرأي القانوني الجاعل من فرض التعويض عن الضرر من جهة، ومن جهة أخرى جعله جوازياً لأن أصل الطلاق الذي تطلبه المرأة لا تنال بموجبه التعويض، وقد حملت المحكمة العليا الزوجة جزءاً من المسؤولية في وقوع الطلاق وعدم اعتباره تعسفياً، وبالتالي عدم ترتيب التعويض عليه وهذا وفقاً للنص الاجتهادي.

ثانياً - طبيعة أحكام التعويض عن الطلاق:

إذا تأكد قاضي شؤون الأسرة من تضرر الزوجة التي رفعت دعوى التطليق حكم لها بذلك، كما يجوز له الحكم لها بالتعويض نتيجة الضرر اللاحق بها سواء كان مادياً أو معنوياً⁽¹⁾، وهذا يبرز لنا مدى ارتباط حكم التعويض بحكم التطليق، إلا أن حكم التعويض يبقى خاضعاً لسلطة القاضي لأنه مسألة جوازية يمكن أن يحكم به وفق المادة 53 مكرر من قانون الأسرة، وهو من الأحكام المتعلقة بالجانب المادي، وبالتالي فهو قابل للطعن فيه سواء بطرق الطعن العادية أو غير العادية، وهو ما أكدته المادة 57 من ق، أ، ج، وكذا القرارات الصادرة عن المحكمة العليا والذي جاء فيه: "الحكم بالتطليق مع إلزام الزوج بدفع النفقة - استئناف تأييد الحكم - المستأنف - طعن، كون أن الحكم القاضي بالتطليق لم يتأكد من توفر الشروط المنصوص عليها في المادة 53 من قانون الأسرة - نقض لا يجوز استئناف أحكام الطلاق، إلا في الجوانب المادية، عملاً بنص المادة 57 من قانون الأسرة، التي تعتبر أحكام الطلاق صادرة بدرجة نهائية.⁽²⁾"

وتجدر الإشارة إلى أنه تتنوع وتختلف الطعون التي يتعرض لها حكم القاضي والمتعلق بالتعويض عن الضرر بسبب التطليق إلى:

(1) المحكمة العليا - غرفة الأحوال الشخصية والمواريث - قرار صادر بتاريخ 1994/03/12، ملف رقم 101232 (المجلة القضائية، عدد خاص ص 252).

(2) المحكمة العليا - غرفة الأحوال الشخصية والمواريث - قرار صادر بتاريخ 1994/11/10، ملف رقم 110096 - (نشرة القضاء، عدد 3، 1994، ص 98).

1. الطعن بالاستئناف:

تعتبر أحكام التظليق غير قابلة للاستئناف فيما عدا جوانبها المادية، فإن الحكم القاضي بالتعويض عن الضرر، من الأحكام القابلة للطعن بالاستئناف، والذي يعتبر المظهر العملي لمبدأ درجتي التقاضي، لأنه يهدف إلى عرض النزاع من جديد على محكمة الدرجة الثانية من أجل إعادة النظر فيه.

فهو طريقا من طرق الطعن العادية، طبقا للمادة 313 من ق، إ، م، إ، والتي تنص على أن: "طرق الطعن العادية هي الاستئناف والمعارضة)، بمعنى أن الحكم المتعلق بالتعويض يصدر عن المحكمة من الدرجة الأولى، وهذا الحكم ليس نهائيا، وإنما هو ابتدائي يجوز الطعن فيه أمام محكمة من الدرجة الثانية للتقاضي، والتي تعمل على مراجعة الحكم الأول، أو القضاء بإلغائه وهو ما كرسته المادة 332 ق، إ، م، إ والتي جاء فيه: "يهدف الاستئناف إلى مراجعة أو إلغاء الحكم الصادر عن المحكمة" فالهدف منه هو إعادة النظر في كل ما سبق وقدم إلى المحكمة في مستوى الدرجة الأولى.

أما فيما يتعلق بأجل الاستئناف فإنه حدد بشهر إبتداء من تاريخ التبليغ الرسمي للحكم، وهو ما نصت عليه المادة 336 ق، إ، م، إ التي جاء فيه: "يحدد أجل الطعن بالاستئناف بشهر واحد"1 إبتداء من تاريخ التبليغ الرسمي إلى الشخص ذاته..."

وقد أعطى المشرع الجزائري أهمية خاصة لقضايا شؤون الأسرة خلال مرحلة الاستئناف، إذ استثناه من ضرورة التمثيل بمحام خلال مرحلة الاستئناف، على خلاف بقية الطعون بالاستئناف في مواد أخرى، وهو ما نصت عليه الفقرة 02 من المادة 538 من ق، إ، م، إ والتي جاء فيها: "لا يكون تمثيل الأطراف بمحام وجوبيا في مادة شؤون الأسرة والمادة الاجتماعية بالنسبة للعمال".(1)

(1) مفيدة شكشوك. تقدير قاضي شؤون الأسرة للضرر والتعويض. ص 103.

2. الطعن بالمعارضة:

يكون هذا النوع من الطعن في حالة ما إذا صدر الحكم غيابيا، ويجوز الطعن بالمعارضة في كل الأحكام الغيابية سواء صدرت ابتدائيا أو نهائيا⁽¹⁾ وتهدف المعارضة إلى الفصل من حيث الوقائع والقانون، وهو ما كرسته المادة 327 قانون الإجراءات المدنية والإدارية، والتي تنص على: "تهدف المعارضة المرفوعة من قبل الخصم المتغيب إلى مراجعة الحكم أو القرار الغيابي" أما فيما يخص الجهة التي يتم أمامها الطعن بالمعارضة في الحكم القضائي الخاص بالتعويض فهي نفس الجهة التي أصدرته، وهو ما نصت عليه المادة 328 ق، إ.م، إ والتي جاء فيها: "يكون الحكم أو القرار الغيابي، قابلا للمعارضة أمام نفس الجهة القضائية التي أصدرته، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك".

وقد حددت مدة الطعن بالمعارضة في اجل شهر ابتداء من تاريخ التبليغ الرسمي، وهو ما نصت عليه المادة 329 ق.إ.م.إ والتي تنص على أنه "لا تقبل المعارضة إلا إذا رفعت في أجل شهر واحد (1) ابتداء من تاريخ التبليغ الرسمي للحكم أو القرار الغيابي".

3. الطعن بالنقض:

يعتبر الطعن بالنقض طريقا من طرق الطعن غير العادية، ووضع له المشرع أحكام خاصة به من خلال المادة 348 من ق. إ.م.إ وما بعدها.

فيكون الطعن بالنقض ضد جميع الأحكام والقرارات الصادرة عن المحاكم الابتدائية والمجالس الاستئنافية بصفة حضورية ونهائية، أي تلك الأحكام والقرارات التي استوفت جميع طرق الطعن، فهو يهدف إلى النظر فيما إذا كانت المحاكم قد طبقت النصوص والمبادئ القانونية بصفة سليمة أم لا.⁽²⁾

(1) سائح سنقوقة، قانون الإجراءات المدنية تعليقا وشرعا وتطبيقا، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، ط1، 2001، ص 90.

(2) مفيدة شكشوك. تقدير قاضي شؤون السرة للضرر والتعويض. ص 132.

أما فيما يخص أجل الطعن بالنقض فقد حددته المادة 354 ق.إ.م.إ. بأجل شهرين من تاريخ التبليغ الرسمي للحكم والمطعون فيه إذا تم شخصيا، وثلاثة أشهر إذا تم التبليغ الرسمي في موطنه الحقيقي أو المختار.

ثم إن الطعن بالنقض يترتب عليه آثار كثيرة، وأهمها أنه لا يترتب عنه وفق تنفيذ الحكم أو القرار المطعون فيه إلا في الحالات التي يحددها القانون⁽¹⁾

وهو ما نصت عليه المادة 361 ق.إ.م.إ.: "لا يترتب على الطعن بالنقض وفق تنفيذ الحكم أو القرار، ما عدا في المواد المتعلقة بحالة الأشخاص أو أهليتهم وفي دعوى النزوير".

كما يترتب عليه أيضا أن المحكمة العليا تعمل على إحالة القضية إما أمام الجهة القضائية التي أصدرت الحكم أو القرار بتشكيكة جديدة، وإما أمام جهة قضائية أخرى من نفس النوع والدرجة⁽²⁾، وهذا ما نصت عليه المادة 364 ق.إ.م.إ. حيث جاء فيه: "إذا نقض الحكم أو القرار المطعون فيه، تحيل المحكمة العليا القضية، إما أمام الجهة القضائية التي أصدرت الحكم أو القرار بتشكيكة جديدة، وإما أمام جهة قضائية أخرى من نفس النوع والدرجة، ويعيد قرار النقض الخصوم إلى الحالة التي كانوا عليها قبل الحكم أو القرار المنقوض فيما يتعلق بالنقاط التي شملها النقض".

الفرع الثالث: مفهوم التعويض عن الضرر الناجم عن الطلاق في مدونة الأسرة المغربية

لقد أقرت مدونة الأسرة المغربية صراحة إمكانية تعويض الطرف المتضرر من الزوجين إذا ثبت مسؤولية الطرف الآخر، سواء كان الطرف المضروب زوجا أو زوجة، ويعتبر هذا المقتضى من أهم مستجدات مدونة الأسرة عند انتهاء الرابطة الزوجية.

وهذا يقتضي منا دراسة التعويض عن الضرر بعد إنهاء الرابطة الزوجية للتعويض فيما يلي:

(1) مفيدة شكشوك، تقدير قاضي شؤون الأسرة للضرر المعنوي، ص 143.

(2) مفيدة شكشوك. المرجع نفسه. ص 133-194.

البند الأول: التعويض عند انحلال الرابطة الزوجية بالطلاق:

إن توقيع الطلاق دون الاستناد إلى مبررات موضوعية واستثنائية يكون من أوقعه متعسفا في استعمال هذه الرخصة، وهو ما تضمنته نصوص مدونة الأسرة وبصفة خاصة المادة 70 والمادة 80⁽¹⁾ والتي تلزم المحكمة بالبحث عن أسباب الطلاق ومدى تعسف الزوج في توقيعه، فإذا كان طلاق الزوج لزوجته مضرا بها مسيئا لسمعتها خاصة إذا كان الطلاق بدون مبرر معقول فإن مثل هذا الطلاق يعتبر تعسفيا وغير مقبول.

والمعلوم أن مدونة الأحوال الشخصية الملغاة لم تكن تتضمن نصا صريحا على منح التعويض للزوجة المضرومة من الطلاق التعسفي بل جعلت الطلاق حق للزوج يمارسه بإرادته المنفردة دون قيد أو شرط، رغم أن الفصل 52 مكرر المضاف بتعديلات 1993/09/10 حاول إنصاف المطلقة بدون عذر مقبول من خلال تقدير المحكمة لمتعتها بشكل يراعي ما أصابها من تعسف، وذلك بالنص في الفقرة الأولى من الفصل 52 مكرر على أنه: "يلزم كل مطلق بتمتع مطلقته إذا كان الطلاق من جانبه... إذا ثبت للقاضي أن الزوج طلق بدون مبرر مقبول تعين عليه أن يراعي عند تقدير المتعة ما يمكن أن يلحق الزوجة من أضرار"⁽²⁾.

رغم أن المشرع في هذا التعديل أعطى للقضاة سلطة تقديرية واسعة لتقدير مدى جسامة الضرر الذي لحق المطلقة من الطلاق التعسفي والذي لا يستند إلى أي مبرر معقول فإنه مع ذلك لم تكن له الجرأة للنص صراحة على إعطاء تعويض عادل للزوجة إلى جانب حقها في المتعة.

(1) المادة 70 من مدونة الأسرة تنص على أن: "لا ينبغي اللجوء إلى حل ميثاق الزوجية بالطلاق أو بالتطليق إلا استثناء وفي حدود الأخذ بقاعدة أحف الضررين، لما في ذلك من تفكيك الأسرة والإضرار بالأطفال".

المادة 84 من مدونة الأسرة تنص على: "تشمل مستحقات الزوجة: الصداق المؤخر إن وجد، ونفقة العدة، والمتعة التي يراعي في تقديرها فترة الزواج والوضعية المالية للزوج وأسباب الطلاق، ومدى تعسف الزوج في توقيعه...".

(2) إدريس الفاحوري، انحلال الرابطة الزوجية في مدونة الأسرة، ص 264_266.

البند الثاني: التعويض عند انحلال الرابطة الزوجية بالتطليق

يعد التطليق بسبب الشقاق من أهم المقتضيات التي جاءت بها مدونة الأسرة والشقاق مسطرة تصالحية في الجوهر لا ينبغي تنويعها بالإلغاء للرابطة الزوجية إلا عند الضرورة القصوى عندما تصبح المعاشرة الزوجية متعذرة دفعا للخرج وجلبا للتيسير.⁽¹⁾

ومراعاة لمبادئ العدل والإنصاف وتكريسا لمبدأ المساواة بين الزوجين في تحمل تبعات تفكك الأسرة حتى تثبت مسؤولية أحدهما تدخل المشرع بمقتضى المادة 97 من مدونة الأسرة⁽²⁾ لكي يحمل مسؤولية إنهاء الرابطة الزوجية لأحد الأطراف أو كليهما عن سبب الفراق إذا اقتنعت المحكمة بوجود الضرر المبرر للتعويض.

وكذلك يمكن للمحكمة أن تقضي بالتعويض في حالة التطليق للضرر بمقتضى المادة 101⁽³⁾ حيث يجوز للزوجة مطالبة المحكمة بأن تمنح لها تعويضا يعادل درجة الضرر الحاصل لها من التطليق للضرر إلى جانب حقوقها المالية الأخرى وبصفة خاصة حقها في المتعة.

الفقرة الأولى: التعويض في حالة التطليق بسبب الشقاق

من أهم مستجدات مدونة الأسرة عند الحكم بالتطليق بسبب الشقاق ترتيب التعويض على المتسبب في الفراق⁽⁴⁾، وهكذا نصت المادة 97 من مدونة الأسرة على ضرورة مراعاة المحكمة عند الحكم بالتطليق للشقاق بعد تعذر الإصلاح بين الزوجين واستمرار الشقاق بينهما مسؤولية كل من الزوجين عن سبب الفراق في تقدير ما يمكن أن تحكم به على المسؤول لفائدة الزوج الآخر، فمسطرة التطليق للشقاق يتساوى الطرفان سواء من حيث إنهاء العلاقة الزوجية أو من حيث إمكانية الحصول على التعويض، ولا يشترط لذلك أن تكون مسؤولية المدعي عليه ثابتة بالطرق

(1) إدريس الفاحوري، انحلال الرابطة الزوجية في مدونة الأسرة، ص 267.

(2) المادة 97 من مدونة الأسرة تنص على: "في حالة تعذر الإصلاح واستمرار الشقاق تثبت المحكمة ذلك في محضر، وتحكم بالتطليق والمستحقات طبقا للمواد، 83 و 84 و 85 أعلاه، مراعية مسؤولية كل من الزوجين عن سبب الفراق في تقدير ما يمكن أن تحكم به على المسؤول لفائدة الزوج الآخر..."

(3) المادة 101 من مدونة الأسرة تنص على: "في حالة الحكم بالتطليق للضرر، للمحكمة أن تحدد في نفس الحكم مبلغ التعويض المستحق عن الضرر."

(4) عادل حامدي، التطليق للشقاق وإشكالاته القضائية، مطبعة الأمنية، الرباط، ط 1، 2008، ص 146.

القانونية وتقديم طلب مستقل عن الدعوى الأصلية مؤدي عنه الرسوم القضائية للحصول على تعويض قضائي.

إن المسوغ القانوني للمطالبة بالتعويض عن الضرر في التطبيق للشقاق يجد أساسه في قواعد المسؤولية التقصيرية ويعتبر الفصلان 77⁽¹⁾ و 78⁽²⁾ من قانون الالتزامات والعقود المغربي الإطار العام المنظم للمسؤولية التقصيرية، وأنه بناء على هذين الفصلين فإن كل من أحدث ضرراً للغير يعد مقترفاً لخطأ تقصيري يحمله مسؤولية التعويض.

ومن التطبيقات القضائية التي استجابت فيها المحكمة القضائية لطلب الزوجة بالتعويض عن الضرر الذي حصل لها بسبب التطبيق للشقاق:

في حكم صادر عن ابتدائية البيضاء جاء فيه: "...وحيث أن المحكمة قامت بمحاولة الصلح الأولي... وصرحت هذه الأخيرة بأن محاولة الصلح باءت بالفشل وأصرت الزوجة على طلب التطبيق، وحيث إن زواج المدعي عليه بدون علم الزوجة الأولى ورضاها يلحق ضرراً مادياً ومعنوياً مما يجعلها محقة في طلب التعويض عن هذه الأضرار".⁽³⁾

ومن التطبيقات القضائية التي استجابت فيها المحكمة لطلب الزوج في التعويض عن الضرر الذي لحقه نتيجة التطبيق بسبب الشقاق، منها ما قضت به استئنافية الحسيمة بالتعويض لصالح الزوج في التطبيق قبل الدخول وحيث ذهب إلى أنه: "فيما يخص طلب التعويض، حيث إن طلب التعويض عن الطلاق التعسفي له ما يبرره على اعتبار أن الزوجة أصرت على الطلاق رغم المساعي والجهود المبذولة من طرف المحكمة وكذا تمسك الزوج بزواجه وعدم رغبته في الطلاق ومطالبته إياها بتمكينها منه، مما تكون معه قد ساهمت بشكل مباشر بتصاعد العلاقة الزوجية التي انتهت

⁽¹⁾ الفصل 77 من مجلة الالتزامات والعقود تنص على: "كل فعل ارتكبه الإنسان عن بينة واختيار ومن غير أن يسمح به القانون فأحدث ضرراً مادياً أو معنوياً للغير، ألزم مرتكبه بالتعويض هذا الضرر إذا ثبت أن ذلك الفعل هو السبب المباشر في حصول الضرر..."

⁽²⁾ الفصل 78 من مجلة الالتزامات والعقود المغربي ينص على "كل شخص مسؤول عن الضرر المعنوي أو المادي الذي أحدثه، لا يفعله فقط ولكن بخطئه أيضاً، وذلك عندما يثبت أن هذا الخطأ هو السبب المباشر في ذلك الضرر..."

⁽³⁾ حكم المحكمة الابتدائية بالناظور، ملف رقم 1517/2005 بتاريخ 2006/06/21، عدد 1105، مجلة القضاء والتشريع. نقلاً عن: (إدريس الفاحوري. انحلال الرابطة الزوجية. ص 271).

بالفراق، وأن التطليق قد ألحق بالمدعي ضررا ماديا ومعنويا، وأن المحكمة بمالها من سلطة تقديرية إرتأت تحديد التعويض الذي يستحقه المدعي في هذا المجال في مبلغ 15000 درهم⁽¹⁾

والمجلس الأعلى يساير توجه المحاكم فيما يتعلق بتقدير التعويض ومنحه للطرف المتضرر خاصة في حالة التطليق للشقاق وهكذا جاء في أحد قراراته: "...لكن حيث أن المحكمة عللت قرارها بأن فشل محاولة الصلح بين الطرفين كان بسبب إصرار الطالبة على البقاء في الخارج وهو ما تستحيل معه المعاشرة الزوجية بينهما، ويجعل الطالبة مسؤولة عن إنهاء العلاقة الزوجية، والمحكمة كما حكمت عليها تبعا لذلك بالتعويض المذكور لفائدة مفارقتها المطلوب طبقا للمادة 97 من مدونة الأسرة والمحتج بها وفق سلطتها التقديرية في تحديد المبلغ المناسب فإنها تكون بذلك قد بنت قضائها على أساس، وعللت قرارها تعليلا كافيا...".⁽²⁾

وخلاصة القول فإن الحكم بالتعويض لفائدة الزوج عن الضرر الذي يلحقه بسبب التطليق للشقاق والذي تسببت فيه الزوجة بعد مظهرها من مظاهر المساواة والموازية بين الحقوق بعد انحلال الرابطة الزوجية.⁽³⁾

وهو توجه قانوني وقضائي يرمي من خلاله المشرع إلى تجاوز التصور القديم الذي يحرص مسؤولية تفكك الأسرة في الزوج وحده دون الزوجة.

الفقرة الثانية: التعويض في حالة التطليق للضرر

نصت مدونة الأسرة صراحة في المادة 101 على إمكانية التعويض للزوجة المضرورة في التطليق للضرر بالنص على أنه "في حالة الحكم بالتطليق ضرر للمحكمة أن تحدد في نفس الحكم مبلغ التعويض المستحق عن الضرر".

(1) حكم استئنافي بالحسيمة، ملف رقم 358، بتاريخ 2007/07/13، نقلا عن: (ادريس الفاخوري، مرجع سابق، ص 272).

(2) قرار المجلس الأعلى، عدد 222، صادر بتاريخ 2007/04/18، غير منشور نقلا عن: (ادريس الفاخوري، انحلال الرابطة الزوجية، ص 274).

(3) ادريس الفاخوري، الزواج والطلاق في مدونة الأسرة، ص 284.

وهذا الضرر الذي يمكن إثباته بجميع وسائل الإثبات بما في ذلك شهادة الشهود الذين تستمع إليهم المحكمة داخل غرفة المشورة وتشكل قناعتها بأحقية الزوجة في التعويض من عدمه، وهذا التعويض لا يدخل ضمن المستحقات الأخرى، كما أن الضرر مفهومه واسع يشمل كل تصرف من الزوج أو سلوك مشين أو محل بالأخلاق الحميدة يلحق بالزوجة إساءة مادية أو معنوية طبقاً للفقرة الثانية من المادة 99 من مدونة الأسرة⁽¹⁾، ويعد ضرر موجبا للتعويض ضرب الزوجة وسكر الزوج المستمر وتعاطيه للمخدرات والقذف والاهانة، وتعاطي الفساد والقمار والإساءة لسمعتها... الخ، وهذا التعويض لا تحكم به المحكمة من تلقاء نفسها بل يتعين على الزوجة المتضررة المطالبة به وتقدير قيمته موكول لسلطة المحكمة، وهذا ما ذهبت إليه محكمة ابتدائية إلى القول: "... إن تقدير التعويض لجر الضرر يرجع للسلطة التقديرية للمحكمة التي ارتأت تقديره في مبلغ ثلاث آلاف (3000) درهم⁽²⁾."

البند الثالث: التعويض الاتفاقي في حالة انحلال الرابطة الزوجية

إن إعمال قواعد التعويض الاتفاقي عند انتهاء الرابطة الزوجية جائز وليس فيه ما يخالف النظام العام رغم أن مدونة الأسرة لم تتضمن نصا صريحا يميز أو يمنع الزوجين على الاتفاق مسبقا. بمنح أحدهما للآخر تعويضا إذا بادر إلى إنهاء العلاقة الزوجية، ويجد هذا الاتفاق سنده في نظرنا في قواعد العامة الواردة في قانون الالتزامات والعقود والتي تجعل العقد شريعة المتعاقدين، وإن الاتفاقات المنشأة على وجه صحيح تقوم مقام القانون بالنسبة لمن أنشأها كما أن مدونة الأسرة التي وسعت من دائرة الإرادة بشكل كبير، وسمحت للزوجين بالاتفاق على مبدأ إنهاء الرابطة

(1) المادة 99 من مدونة الأسرة تنص على: "يعتبر كل انحلال بشرط في عقد الزواج ضررا مبررا لطلب التطلاق.

يعتبر ضررا مبررا لطلب التطلاق، كل تصرف من الزوج أو سلوك مشين أو محل بالأخلاق الحميدة يلحق بالزوجة إساءة مادية أو معنوية تجعلها غير قادرة على استمرار العلاقة الزوجية".

(2) حكم المحكمة الابتدائية، طنجة، رقم 659 في ملف رقم 06/285، بتاريخ 2006/03/22 نقلا عن: (أدريس الفاخوري، انحلال الرابطة الزوجية، ص 276).

الزوجية بشرط أو بدون شرط مع ضرورة عدم الإضرار بمصالح الأطفال طبقا للمادة 114 من مدونة الأسرة.⁽¹⁾

البند الرابع: صور التعويض عن الطلاق في مدونة الأسرة

لقد ألزمت مدونة الأسرة المحكمة بضرورة تحديد المستحقات المترتبة عن إنهاء الرابطة الزوجية طبقا لمقتضيات المواد 83 و 84 و 85 من المدونة وذلك عند تعذر الصلح بين الزوجين، وعلى هذا الأساس يكون التعويض للمطلقة حسب حالتها أو وضعيتها في الطلاق.

أولا - عدم تعويض المطلقة قبل البناء:

تستحق المطلقة نصف الصداق المسمى إذا وقع الطلاق قبل البناء طبقا للمادة 32 من مدونة الأسرة⁽²⁾، ويشترط لتطبيق الحكم السابق بأن يكون الطلاق باختيار من الزوج، وإذا لم يكن باختياره لم يجب للزوجة شيء، إذا تم التطبيق بطلب من الزوجة⁽³⁾، وأن يكون قد سمي في العقد أو على الأقل جرت تسميته لاحقا فإذا لم يكن قد سمي فلا تستحق الزوجة المطلقة في هذه الحالة سوى المتعة، وهذا ما ذهبت إليه ابتدائية طنجة قسم قضاء الأسرة في حكم لها بنص على: "حيث يرمي طلب المدعي فرعيا إلى إلزام المدعي عليه بإرجاعها نصف مبلغ الصداق، وحيث تنص المادة 32 من مدونة الأسرة على أن الزوجة تستحق نص الصداق المسمى إذا وقع الطلاق قبل البناء وحيث أنه استنادا لحيثيات الطلب الأصلي أعلاه يبقى المدعي محقا في طلبه طالما أن المدعي عليها صرحت بأن زوجها لم يدخل بها الأمر يتعين معه الاستجابة له وفق الوارد في منطوق هذا الحكم".⁽⁴⁾

(1) المادة 114 من مدونة الأسرة تنص على: "يمكن للزوجين أن ينفقا على مبدأ إنهاء الرابطة الزوجية دون شروط أو بشرط لا تتناقى مع أحكام هذه المدونة، ولا تضر بمصالح الأطفال عند وقوع هذا الاتفاق يقدم الطرفان أو أحدهما طلب التطبيق للمحكمة مرفقا به للإذن بتوثيقه..."

(2) المادة 32 من مدونة الأسرة تنص على: "تستحق الزوجة الصداق كله بالبناء أو موت قبله تستحق الزوجة نصف الصداق المسمى إذا وقع الطلاق قبل البناء..."

(3) إدريس الفاحوري. الزواج والطلاق في مدونة الأحوال الشخصية. ص 137.

(4) حكم المحكمة الابتدائية، طنجة، رقم 907 في ملف رقم 05/2667، صادر بتاريخ 2006/04/26، غير منشور، نقلا عن: (إدريس الفاحوري. انحلال الرابطة الزوجية. ص 252).

ثانيا - تمكين المطلقة قبل البناء من التعويض

نلاحظ بشأن الزوجة المطلقة قبل البناء لم تفرد له المدونة بابا أو فصلا خاصا به وإنما أشارت إليه في المادتين 32-33 في باب الصداق وفي المادة 123 التي تتحدث عن أنواع الطلاق والمادة 130 التي تتكلم عن العدة، تاركة للإحالة في الموضوع على المادة 400 التي تنص على أنه: "كل ما لم يرد به في نص هذه المدونة يرجع فيه إلى المذهب المالكي والاجتهاد الذي يراعي فيه تحقيق قيم الإسلام في العدل والمساواة والمعاشرة بالمعروف"⁽¹⁾، وهذا ما أكدته حكم المحكمة الابتدائية بقسم قضاء الأسرة بالناظور وجاء فيه: "وحيث أنه مادام قد ثبت أن عقد الزواج أبرم بين الطرفين منذ 2001/10/25 دون أن يتم البناء بينهما فإن مطالبة المدعية بالنفقة يجد أساسه القانوني وفقا لمقتضيات المادة 194 طالما أن الاجتهاد القضائي استقر على أن المطالبة بالنفقة بمثابة دعوى للبناء، وأن المدعي لم يثبت أنه طالب المدعية بالبناء وامتنعت وبذلك يكون طلب النفقة مؤسسا ويتعين الاستجابة له"⁽²⁾.

ومن هنا جاءت مدونة الأسرة على أن مجرد الدعوى إلى البناء تستحق الزوجة بمقتضى هذه الدعوة النفقة وهو حقا موقف المجلس الأعلى والذي قضى بأن رفع دعوى النفقة من جانب الزوجة غير المدخول بها يمثل في الحقيقة دعوة إلى الدخول تستحق به النفقة.

وعليه نرى بأن لا مجال للحكم بالمستحقات للزوجة المطلقة قبل البناء مع إمكانية المطالبة بالتعويض لها إذا كان لحقها ضرر مبرر.

ثالثا - استحقاق الزوجة المدانة بالخيانة الزوجية:

اختلف القضاء بشأن الزوجة المدانة بجنحة الخيانة الزوجية في مدى استحقاقها للمستحقات الناجمة عن انتهاء الرابطة الزوجية بالطلاق الرجعي أو بالتطليق للشقاق، فقسم قضاء الأسرة

(1) إدريس الفاحوري، انحلال الرابطة الزوجية، ص 252_254.

(2) حكم محكمة الناظور، عدد 898، بتاريخ 2006/05/31، رقم 2005/134، غير منشور، نقلا عن: (محمد الكشيبور، شرح مدونة الأسرة، مطبعة النجاح، الدار البيضاء، ط1، 2006، ص 315).

بابتدائية البيضاء حرم الزوجة من جميع المستحقات التالية لارتكابها لجنحة الخيانة الزوجية، رغم أن الزواج دام 28 سنة وحكم عليها باعتبارها مدعى عليها لفائدة الزوج باعتباره المدعي وطالب التطبيق للشقاق بتعويض عن الضرر الذي أصابه جراء الفعل الشنيع : 100000 درهم مع تحميلها الصائر ورفض باقي الطلبات.

على الرغم أنه عدم وجود نص قانوني يجرم الزوجة المرتكبة للخيانة الزوجية والتي صدر حكم جنائي في حقها، فإن قواعد العدل والإنصاف وهي التي من المرتكبات الأساسية لمدونة الأسرة تقتضي حرمانها من هذه المستحقات، إلا أن المحكمة تستجيب للطلب الإضافي المقدم من الزوج والرامي إلى إعطائه تعويضا عادلا عن الضرر الذي أصابه جراء انتهاء الرابطة الزوجية بسبب الخيانة.⁽¹⁾

الفرع الرابع: مفهوم التعويض عن الضرر الناجم عن الطلاق في المجلة التونسية

إن الالتزامات المادية الناشئة عن الطلاق متعددة ومختلفة في أسسها وأهميتها، كما تختلف في بداية سريانها، وقد نظم المشرع التونسي البعض منها صلب مجلة الأحوال الشخصية والبعض الآخر صلب قوانين خاصة وذلك بغية حماية مكاسب الطرفين من التفريط فيها، واعتبار لذلك فإن فك الرابطة الزوجية بطلاق يعد سببا في قيام التزام بأداء مبالغ نقدية والمتمثلة أساسا في التعويض عن الضرر، وهذا ما سأحاول التطرق إليه.

البند الأول: الأساس القانوني للتعويض عن الطلاق

اعتبر المشرع التونسي الأساس القانوني لتعويض المطلقة من جراء الطلاق التعسفي ويكون هذا مجال الدراسة في صورتين هما:

أولا - تأسيس التعويض على قواعد المسؤولية المدنية العامة:

نص المشرع التونسي صراحة على مبدأ التعويض عن الطلاق، وذلك صلب الفصل 31 من المجلة التونسية الفقرة الرابعة الذي تنص على: "...يقضي لمن تضرر من الزوجين بتعويض عن

(1) ادريس الفاحوري. انحلال الرابطة الزوجية. ص 255.

الضرر المادي والمعنوي الناجم عن الطلاق في الحالتين المبينتين بالفقرتين الثانية والثالثة أعلاه..."،
وبذلك يكون المشرع التونسي قد فرق بموجب تنقيح 1981/2/8⁽¹⁾ بين شكلين من التعويض
وذلك بحسب ما إذا كان ضرر ماديا أو معنويا.

إن المشرع في صياغته القديمة للفصل 31⁽²⁾ من المجلة لم يقر مبدأ التعويض إلا في حالة
الطلاق إنشاء أي أنه لم يكن الطلاق للضرر مبررا لطلب التعويض.

إن قصور الفصل 31 من المجلة التونسية قد أخرج في بادئ الأمر القضاة خاصة عنه وجود
ثغرة قانونية يدفع بها الخصم على أن هذا الفصل لم يتعرض إلى تعويض الضرر الناجم عن الطلاق.
مع انعدام النص في المجلة التونسية فقد اتجه فقه القضاء إلى مجلة الالتزامات والعقود
والاعتماد على نصوصها في مجال التعويض عن الضرر، ذلك صلب الفصل 82 من مجلة الالتزامات
والعقود الذي ينص على: "من تسبب في ضرر غيره عمدا منه واختبارا بلا وجه قانوني سواء كان
الضرر جسيما أو معنويا فعليه جبر الضرر الناشئ عن فعله إذا ثبت أن ذلك الفعل هو الموجب
للضرر مباشرة"، وبذلك تكون المحاكم قد اعتبرت أن سكوت الفصل 31 من المجلة القديمة إنما هو
إحالة ضمنية لقواعد المسؤولية المدنية العامة.⁽³⁾

وهذا ما أكدته وأقرت به محكمة التعقيب في هذا التوجه بقرار صادر عنها جاء فيه: "حيث
يتبين من مراجعة القرار أنه اعتمد في قضائه على ثبوت الضرر المقام به من الناحية الواقعية، وبذلك
فإنه لا خطأ ينسب إليه إذا ما اعتمد على الفصل 82 من المجلة المدونة لتعويض الضرر إذ أنه لا
يتنافى بين تطبيق هذا الفصل وتطبيق الفقرة الأولى من الفصل 31 من مجلة الالتزامات والعقود".⁽⁴⁾

(1) لم يفرق الفصل 31 القديم قبل تنقيحه. بموجب القانون عدد 07 لسنة 1981 المؤرخ في 18/02/1981، بين الغرامات المادية والغرامات المعنوية، بل

اقتصر على القول بأن: "الحاكم يقرر ما تمتع به الزوجة من الغرامات المادية لتعويض الضرر الحاصل لها أو ما تدفعه هي للزوج من التعويضات"

(2) الفصل 31 من المجلة التونسية القديم جاء فيه: "...بناء على طلب من الزوج أو الزوجة للأسباب المبينة بفصول هاته المجلة 2 بتراضي الزوجين 3 عند

رغبة الزوج إنشاء الطلاق أو المطالبة به وفي هذه الصورة يقرر الحاكم ما تمتع به الزوجة من الغرامات المالية لتعويض الضرر.

(3) فاطمة يعيش، الضرر في العلاقة الزوجية، رسالة ماجستير قانون أعمال، صفاقس، كلية الحقوق، 2004/2005، ص 108-110.

(4) قرار تعقيبي مدني، عدد 4546، صادر بتاريخ 24/05/1996، مجلة القضاء والتشريع، نقلا عن: (محمد الهادي بن عبد الله. الالتزامات والعقود

والأحوال الشخصية، دار إسهامات في أدبيات المؤسسة، تونس، 2009، ص 60).

وعليه فإن القضاء التونسي اعتمد على الفصل 82 م. أ.ع بمثابة القاعدة العامة التي وجب تقديمها إذا سكت النص الخاص.

ثانيا - تأسيس التعويض عن الضرر الناجم عن الطلاق في المجلة التونسية:

يعد تنقيح الفصل 31 من المجلة التونسية بموجب قانون 1981/02/18 أصبح محررا، بحيث أن أهم ما تضمنه هذا التنقيح هو أنه أصبح بنص صراحة عن حالة التعويض عن الطلاق في حالة حدوثه.

غير أنه يجب في هذا الإطار أن نميز حسب الفصل 31 من المجلة التونسية بين الضرر الوارد بالفقرة الثانية وهو الضرر الموجب للطلاق من ذلك الاعتداء بالعنف، عدم الإنفاق، الخيانة الزوجية، سوء المعاشرة وهو الضرر الذي كانت تعتمد عليه المحاكم عند فرض التعويض بالرجوع إلى الفصل 82 من م، إ، ع، أما الضرر الوارد بالفصل 31 من المجلة التونسية هو الضرر المنجر عن الطلاق وهو الخلل في التوازن العاطفي والمادي الذي يلي انفصام الرابطة الزوجية، ويمكن أن نستنتج أن الفصل 31 من المجلة التونسية لا يعوض الأضرار المتسببة في الطلاق بل يحكم على أساسها ويعوض عن الضرر الذي يلي انفصام الرابطة الزوجية أي عن ضرر الطلاق، لا ضرر الفعل المؤدي له، وهذا ما أكده قرار التعقي الذي جاء فيه: " لا تقدر غرامة الطلاق التعسفي على أساس السبب أو الداعي إليه، وإنما على أساس النتائج الناجمة عنه للطرف المكره على الطلاق وظروف كل من الطرفين.

لا يطالب القائم بالطلاق بإنشاء بيان الأسباب التي دفعته إلى ذلك القيام إذ له مطلق الحق في

ذلك غير أنه يتحمل نتائج قيامه التعسفي وذلك بتعويض الضرر الحاصل للطرف المقابل".⁽¹⁾

(1) قرار تعقيي مدني، عدد 11766، مؤرخ في 1975/04/30، نقلا عن: (محمد الهادي بن عبد الله. الالتزامات والعقود والأحوال الشخصية. ص 66).

كما أن التعويض ذا صبغة عقابية وردعية والغرض منه تقليص نسبة الطلاق وتفاقم هذه الظاهرة، وهو يهدف إلى ما تدارك ما فات من حدوث الطلاق وما سيلحقه عادة من أزمات مادية ونفسية.⁽¹⁾

وهذا ما أكدته قرار محكمة التعقيب في إحدى قراراتها جاء فيه: "إن الفصل 31 هو الأساس القانوني الأمثل الذي اختاره المشرع للتعويض عن الضرر الناجم عن الطلاق".⁽²⁾ وعليه يكون القضاء التونسي قد أوجد تداخل بين قانون الأحوال الشخصية والقانون المدني العام وبالأساس النظرية العامة للالتزامات بالرغم من رغبة المشرع في إفراد الأحوال الشخصية بقانون خاص ومنحها الاستقلالية.

البند الثاني: تعويض الضرر المترتب عن الطلاق

لا يفتح الطلاق المجال للمطالبة بالتعويض، إلا إذا كان مؤسسا على الضرر من أحد الزوجين تجاه الزوج الآخر وفي نطاق ما هو مقرر في الفقرة الثانية من الفصل 31 من م،أ،ش، أو على رغبة أحد الزوجين في إنشائه في نطاق ما تخوله له أحكام الفقرة الثالثة من م،أ،ش، أما إذا أسست دعوى الطلاق مع رغبة الزوجين المشتركة في إيقاعه وفقا لما تسمح به أحكام الفقرة الأولى من الفصل 31، فإن الحديث عن التعويض يصبح غير وارد تماما.

وذلك ما يفهم من أحكام الفقرة الأخيرة من الفصل 31 من م،أ،ش، حيث نصت على أن المحكمة المتعهددة بدعوى الطلاق المؤسسة على الضرر أو على رغبة الزوج في إنشائه أو الزوجة في مطالبة به تقضي لمن تضرر من الزوجين بتعويض مادي وتعويض معنوي ناجم عن الطلاق.

(1) فاطمة يعيش. الضرر في العلاقة الزوجية. ص 112.

(2) قرار تعقيبي مدني، عدد 26158، صادر بتاريخ 1990/10/25، نقلا عن: (محمد الهادي بن عبد الله، الالتزامات والعقود والأحوال الشخصية. ص 66).

أولاً - التعويض عن الضرر المادي:

يشمل الضرر المادي المترتب عن الطلاق النقص المادي في مستوى المعيشة الذي اعتاده في ظل الحياة الزوجية، ويخضع تقدير غرم الضرر عنه لاجتهاد محكمة الأصل دون رقابة عليها في ذلك من قبل محكمة التعقيب وذلك بشرط التعليل السائب المؤدي للنتيجة والمستمد مما له أصل ثابت بأوراق القضية والمؤسس على مختلف العناصر اللازمة لتقدير تلك التعويضات لا سيما منها الوضعية المادية للزوج ونمط العيش الذي اعتادته الزوجة في ظل الحياة الزوجية وعمل الزوج ومداخيله الحقيقية، والتي منها مركز المفارق الاجتماعي وما كان يوفره للمتضررة من وسائل العيش، وتأثيرات الطلاق حاضرا ومستقبلا.⁽¹⁾

ولئن يعتبر مستوى العيش الذي اعتادته الزوجة في ظل الحياة الزوجية يحكم بحجم مداخيل زوجها من العناصر الأساسية التي نرجع إليها لتقييم الضرر المادي الحاصل لها نتيجة الطلاق، إلا أن وفرة المداخيل الزوجة أو ضئالتها لا تدخل في تقدير الضرر من نفس النوع الذي قد تطالب الزوج بجمبه له إذا كان الطلاق قد صدر الحكم به برغبة خاصة منها أو بطلب من زوجها بناء على الضرر الصادر عنها، وذلك لو اعتادت الزوجة الإنفاق على أسرهما بكرم وسخاء بفضل يسر حالها ووفرة مداخيلها، بحيث لا يتيح للزوج المطالبة بالتعويض عن الضرر المادي المترتب له من الطلاق نتيجة ما حرم منه من رغد العيش في كنف زوجته، وهذا ما أكده قرار محكمة التعقيب الذي ينص على: "إن تطوع الزوجة ومساهمتها في الإنفاق وفي تحقيق مستوى من العيش المرموق لأسرتها لا يمكن للزوج من المطالبة بالتعويض عن الضرر المادي لما حرم منه من عيش حسن نتيجة الطلاق باعتباره رئيس العائلة والمسؤول الأول على الإنفاق في حين أن مسؤولية الزوجية تابعة وليست رئيسية".⁽²⁾

(1) محمد اللحمي، قانون الأسرة، الشركة التونسية للنشر وتنمية الفنون والرسم، تونس، ط1، 2008، ص 408-409.

(2) قرار تعقيبي مدني، عدد 1716، صادر بتاريخ 2005/10/05، نقلا عن: (الهادي بن عبد الله. مجلة الأحوال الشخصية معلق عليها. ص 77).

أ. شكل التعويض عن الضرر المادي:

أتاح المشرع التونسي للزوجة حق الخيار للمطالبة بتعويض الضرر المادي المترتب لها عن الطلاق إما في شكل رأس مال يدفع لها صبرة واحدة، أو في شكل جناية عمرية تصرف لها مشاهرة وبحلول مباشرة بعد انقضاء عدتها على قدر ما اعتادته من العيش في ظل الحياة الزوجية. اقتضى الفصل 31 من م، أ، ش أنه: " ويقضي لمن تضرر من الزوجين عن الضرر المادي والمعنوي الناجم عن الطلاق... وبالنسبة للمرأة يعوض لها عن الضرر المادي بجناية تدفع لها بعد انقضاء العدة مشاهرة وبحلول... كل ذلك ما لم تخير التعويض لها عن الضرر المادي في شكل رأس مال يسند لها دفعة واحدة"، وهو ما يأخذ منه، أن رأس المال يبقى الشكل الوحيد للتعويض عن الضرر المعنوي الناجم عن الطلاق باعتبار أن الجناية لا تخص إلا التعويض عن الضرر المادي بيد أن رأس المال كشكل للتعويض عن الضرر المعنوي له، امتدادا أيضا للتعويض عن بعض حالات الضرر المادي الناجم عن الطلاق ولعل أوضح هذه الحالات هي حالة التعويض عن ضرر الزوج ماديا كان أو معنويا.

أما بالنسبة لبقية الحالات التي يكون فيها التعويض في قالب رأس مال فهي حالة اقتدار الزوجة ماليا على القيام بأعبائها من جهة، وحالة الطلاق قبل البناء من جهة أخرى.⁽¹⁾

فبالنسبة للحالة الأولى، فقد أكد فقه قضاء محكمة التعقيب الذي جاء فيه أن: " طالما ثبت أن للزوجة جناية قارة من شغلها فإنه لا يمكن والحكم لها بجرايتين قارتين وتكون بذلك غير محقة لطلب الجناية العمرية... "⁽²⁾

وعليه فإن الجناية لا تكون من نصيب الزوجة ذات المركز المالي القوي الذي يمكنها من الإبقاء وبشؤونها على أحسن وجه، من ثمة طالما كان الوضع المادي للزوجة متيسرا يسمح لها

(1) محمد اللحمي. قانون الأسرة. ص 401.

(2) قرار تعقيب مدني، عدد 69250، مؤرخ بتاريخ 1999/02/12، (نقلا: عن الهادي بن عبد الله، مجلة الأحوال الشخصية معلق عليها، ص 61).

بتوفير ضروريات حياتها اليومية وحاجياتها المادية، فإنها تكون غير محقة لطلب الجراية العمرية ويبقى رأس مال الشكل الوحيد للتعويض في هذه الصورة.

أما بالنسبة للحالة الثانية والتي لا تكون فيها التعويض إلا في شكل مبلغ جملي يدفع للمطلقة تعويضا للضرر بنوعية المادي والمعنوي، فهي حالة الطلاق قبل إتمام البناء، ذلك أن الجراية العمرية لا تمنح إلا المرأة المدخول بها كما أنها لا تدفع إلا بعد انقضاء العدة، وبالتالي لا يمكن أن يعوض للزوجة عن الضرر المادي بجراية عمرية إلا إذا حصل الطلاق بعد البناء نظرا لارتباطها بالعدة.

ب. شكل التعويض عن الضرر المادي وتعاطي المطلقة نشاط مهني:

رغم أن المشرع ترك الخيار للزوجة للمطالبة بجبر الضرر المادي الناشئ لها عن الطلاق الذي أنشأه الزوج أو الذي تسبب لها فيه بموجب الضرر الذي ألحقه بها بين دفعه لها صبرة واحدة في شكل رأس مال، أو في شكل جراية عمرية، إلا أن المحاكم اعتبرت أنها غير ملزمة بالخيار الذي تعمله تلك الزوجة في ذلك الصدد، وهو خيار لا يلزمها، حسبما جرى عليه فقه القضاء، إلا إذا كانت الزوجة ليست ذات مال وليس لها دخل منتظم يمكنها من مجابهة تكاليف الإنفاق على نفسها، أو على الأقل إذا لم يتضمن ملف القضية ما يفيد وجود مثل ذلك المعطي، أما إذا كانت ذات مال أو كانت تتعاطى مهنة تدر عليها كسبا يسمح لها بمجابهة تكاليف معيشتها الذاتية، فإن التعويض عن الضرر المادي الذي يحكم لها به لا يكون إلا في شكل رأس مال جملي يدفع صبرة واحدة⁽¹⁾، وهذا ما أكدته القرار تعقيبي⁽²⁾، الذي جاء فيه: "القضاء بجراية عمرية تعويضا للزوجة على الضرر المادي على اعتبار أنها فقدت الزوج المحمول عليه قانونا الإنفاق على زوجته رغم عملها يعد خرقا لأحكام الفقرة الأخيرة من الفصل 23 من المجلة الشخصية المنقح بالقانون عدد

(1) محمد اللحمي. قانون الأسرة. ص 411.

(2) قرار تعقيبي مدني، عدد 49390، مؤرخ في 1996/05/28، نقلا عن: (محمد الهادي بن عبد الله. الالتزامات والعقود والأحوال الشخصية. ص 73).

74 المؤرخ في 12-07-1993 الذي أصبحت بموجبه الزوجة مطالبة وجوبا بالمساهمة في الإنفاق على الأسرة إلى جانب الزوجة إن كان لها مال.

كما أنه على المحكمة توضيح إن كانت الزوجة في غنى عن الجراية أم لا وهو عنصر وإن كان يعتمد كمسقط لحقها في التعويض المادي إلا أنه يخرجها من خيار الجراية إلى التمتع برأس مال وفق الفصل 31 من نفس المجلة".

ثانيا - التعويض في شكل جراية عمرية

تعتبر الجراية العمرية مؤسسة قانونية جديدة في التشريع التونسي، تم إحداثها لفائدة المطلقات بموجب قانون عدد 7 لسنة 1981، المؤرخ في 18 فيفري 1981 والمنقح لعدد من فصول مجلة الحوال الشخصية من بينها الفصل 31 من م، أ، ش، الذي كرست صياغته الجديدة مبدأ إسناد جراية عمرية للمرأة المتضررة من طلاقها.

وقد استقر الرأي على هذا الحل للتعويض عن الضرر المادي بعد أن ظهرت عدة حالات في الواقع تبين أن المرأة كانت تشتغل مع زوجها وتكون معه كل ثروته ثم يقوم بتطبيقها في آخر عمرها فتجد نفسها بدون موارد تضمن لها العيش بقية سنوات عمرها، وعلى هذا الأساس تم تبني ما يسمى بالجراية العمرية التي تمثل شكلا من أشكال التعويض عن الضرر المادي الناشئ عن الطلاق اللاحق بالزوجة ولعل ما يتبادر للذهن هو تحديد الطبيعة القانونية لهذه الجراية، فهل تصطبغ بصبغة تعويضية أو صبغة معاشية؟⁽¹⁾

1. الصبغة التعويضية للجراية العمرية:

تتميز الجراية العمرية بالصبغة التعويضية لأنها تهدف إلى تعويض ضرر لا يمكن للزوجة المطالبة بها إلا إذا كانت متضررة، أما بوصفها مدعية في قضية الطلاق للضرر أو بوصفها مدعي عليها في قضية طلاق إنشاء⁽²⁾

⁽¹⁾ عبد الرزاق مبارك، "آثار الطلاق"، رسالة الماجستير، كلية الحقوق، جامعة صفاقس، السنة الجامعية 2012-2013، ص 25-26.

⁽²⁾ ساسي بن حليمة، محاضرات في قانون الأحوال الشخصية، مركز النشر الجامعي، 2011، ص 125.

"...وبالنسبة للمرأة يعوض لها عن الضرر المادي بجراية عمرية تدفع لها بعد انقضاء العدة مشاهرة وبالحلول..."

كما تبرز هذه الصبغة التعويضية كذلك من خلال شروط استحقاقها كذلك من خلال نظامها القانوني خاصة عند وفاة الزوج، أما فيما يتعلق بشروط استحقاق الجراية العمرية فقد حددها المشرع بالفصل 31 من م، أ، ش الفقرة الرابعة والتي تنص على: "...يحكم بالطلاق...ويقضي لمن تضرر من الزوجين بتعويض عن الضرر المادي والمعنوي الناجم عن الطلاق في حالتين المبينتين بالفقرتين قبل الزوج أو حالة ثبوت الضرر للمرأة من خلال دعوى الطلاق للضرر وبالتالي يكون المشرع التونسي قد ألقى الطلاق بالتراضي من صور استحقاق المرأة للجراية العمرية باعتبار أن الرضا لا يولد ضررا وبالتالي لا يستوجب تعويضا إذا ما توفرت شروط القبول.

أما بخصوص النظام القانوني للجراية العمرية للطلاق عند وفاة المرافق فقد أقر المشرع التونسي أن الجراية تصبح دينا على التركة في حالة وفاة المرافق وتصفي عندئذ بالتراضي مع الورثة أو عن طريق القضاء، ففي هذه الحالة تأخذ المفارقة مركز الدائن.

2. الصبغة المعاشية بجراية الطلاق:

تكتسي الجراية العمرية من جهة أخرى صبغة معاشية لأنها تهدف أساسا إلى تحقيق نفس المستوى من العيش الذي اعتادته الزوجة في ظل الحياة الزوجية فتقدر مثل النفقة تماما أي أن الحالة المادية للطرفين تؤخذ بعين الاعتبار.⁽¹⁾

وقد حدد المشرع التونسي تاريخ إنطلاق استحقاق المرأة المطلقة للجراية وكيفية صرفها لها، بالإضافة إلى ضبطه لمعايير تقديرها من طرف القاضي الذي أعطاه المشرع سلطة تقديرية.⁽²⁾

(1) ساسي بن حليلة. محاضرات في قانون الأحوال الشخصية. ص 126.

(2) محمد بقيق، الطلاق والضرر في شكل جراية عمرية، مجلة القضاء والتشريع 1998، عدد 03، ص 198.

كما كرس المشرع صلب الفصل 31 فقرة أخيرة من م، أ، ش مبدأ عدم استقرار هذه الجراية فأخضعها لإمكانية المراجعة في قيمتها، وكذلك إمكانية زوال استحقاقها، وإعفاء المفارق من دفعها لسبب زوال ذلك.

وأخيرا فقد ذهب المشرع التونسي إلى جعل الجراية العمرية في مرتبة النفقة على مستوى الحماية الجزائية، فاعتبر أن عدم وفاء المحكوم عليها بالجراية سببا موجبا لإثارة التشيع الجزائي هذه بتهمة إهمال عيال وذلك إذا انقضى شهر من تاريخ إعلامه بالحكم الصادر بأدائها وامتنع عن تنفيذه عمدا.⁽¹⁾

البند الثالث: ضمانات تنفيذ الالتزام بالتعويض

جعل المشرع التونسي للتعويض في مادة الطلاق ضمانات متعددة تتصل أساسا بالصيغة التنفيذية لها وذلك تأكيدا على أهمية هذه التعويضات ودورها في انقاذ المطلقة من خطر الفقر والحرمان، وبذلك قام المشرع بتعزيز هذا الالتزام بضمانات مدنية وأخرى جزائية.

أولا - الضمانات المدنية:

يتمتع التعويض في مادة الطلاق بامتياز عند تنفيذه بحيث ينفذ آليا ولا يقبل التنفيذ عليه. فبالنسبة للتنفيذ الآلي للتعويض: فقد اقتض الفصل 32 فقرة أخيرة من م، أ، ش: "تنفذ رغما عن الاستئناف والتعقيب أجزاء الحكم المتعلقة بالحضانة والنفقة والجراية والسكنى وحق الزيارة". وما يستشف منه أن المشرع يجعل التنفيذ آليا بمجرد صدور حكم الطلاق وهي خاصية استثنائية لا نجد لها مثلا إلا في النفقة، كما تدل على حماية المطلقة وضمان عيشها.⁽²⁾

أما بالنسبة لعدم قابلية مبلغ التعويض للتنفيذ عليه: فقد اقتضى الفصل 378 من مجلة الالتزامات والعقود التي تنص على: "لا تجوز المقاصة في الأحوال الآتية أولها، إذا أن سبب أحد الدينين نفقة أو شيئا آخر مما لا يجوز حجزه"، ونظرا لاتحاد النفقة والجراية في صيغتها المعاشية

⁽¹⁾ فاطمة يعيش. الضرر في العلاقة الزوجية. ص 128.

⁽²⁾ حنان حمزة الحليوي، الالتزامات الناشئة عن الطلاق، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة صفاقس، السنة الجامعية 2008-2009، ص 101.

المتأكدة، فإن باب القياس يجعلها في حصانة هي الأخرى من المقاصة كما استثنى أحكام الفصل 1464 من مجلة الالتزامات والعقود⁽¹⁾ النفقة من الصلح على الجراية.

غير أن هذه الضمانات المدنية لا تعد ضمانا مطلقا وكافيا لحماية المطلقة من الخصاصة والحرمان باعتبار إمكانية أن يتلدد المدين عن الدفع.

غير أن المشرع قام بتعزيز هذه الضمانات بأخرى جزائية متصلة بجريمة عدم دفع النفقة وجراية الطلاق.

ثانيا- الضمانات الجزائية:

حرص المشرع صلب مجلة الأحوال الشخصية على توفير الحماية الجزائية للمطلقة عامة، وذلك يجعله لعدم الأداء موجبا للعقاب الجزائي من جهة، وإحداثه لمؤسسة تعني بصرف هاته المبالغ من جهة أخرى، فكان إحداث صندوق النفقة وجراية الطلاق⁽²⁾، كما أن بعث هذه المؤسسة يترحم الرعاية التشريعية بالمرأة والأبناء.

وحتى تتضح لنا وظيفة صندوق ضمان النفقة وجراية الطلاق وجب علينا تحديد قائمة المستفيدين من خدماته أولا، ثم ضبط الشروط الإجرائية اللازم توفرها للانتفاع بخدماته ثانيا.

1. تحديد قائمة المستفيدين من خدمات الصندوق:

حسب الفصلين الأول والثاني من القانون العدد لسنة 1993 المؤرخ في 1993/7/5 المتعلق بإحداث صندوق ضمان النفقة فإنه يقتصر على المطلقات وأولادهن.

أ. المطلقات: يتمتعن المطلقات بخدمات الصندوق في خصوص النفقة إلى نهاية أمد عدتهن وهي ثلاثة أشهر بعد الحكم بالطلاق الذي استوفى كافة أوجه الطعن فيه، كما يتمتعن بخدماته ما دام الموجب القانوني قائما إذا كن من المحكوم لهن بجراية عمرية تعويضا عن الضرر المادي للطلاق،

⁽¹⁾ الفصل 1464 من مجلة الالتزامات والعقود تنص على: "لا يجوز الصلح على النفقة وإنما يجوز في كيفية دفعها أو فيما تأخر دفعه منصا".

⁽²⁾ تم إحداث صندوق النفقة وجراية الطلاق، بمقتضى القانون عدد 65 لسنة 1993، المؤرخ في 1993/7/5، وقد دخل حيز العمل الفعلي ابتداء من يوم 1993/09/13 (الرائد الرسمي عدد 50 بتاريخ 1993/7/6).

فالنساء لا يتمتعن بخدمات الصندوق بوصفهن زوجات، وعليه فإن الزوجة التي يقضي لها بالنفقة من محكمة الناحية وعلاقتها الزوجية متواصلة لتخلي الزوج من واجب الإنفاق المحمول عليه على أساس الفص 23 من أ.م.ش أو يقضي لها بالنفقة، في القرارات الفورية التي يتخذها قاضي الأسرة. كما ينتفع بخدمات الصندوق أن يكون طالب الخدمة مقيما بالتراب التونسي بقطع النظر عن جنسه، بحيث يسوي بين المطلقة التونسية والمطلقة الأجنبية، فالمطلقة التونسية والتي يكون مفارقها من جنسية أجنبية يمكنها الانتفاع بخدمات الصندوق، وكذلك الشأن بالنسبة للمطلقة الأجنبية والتي زوجها وأبناءها من ذوي جنسية التونسية شرط أن تكون حاضنة حتى يتسنى لها الانتفاع بخدمات الصندوق.

ب. أولاد المطلقات: لقد حصر المشرع التونسي بالفصلان الأول والثاني من القانون المحدث للصندوق وبالفصل 53 مكرر م، أ، ش المتفعين بخدمات الصندوق في أولاد المطلقات من المحكوم عليهم، مما يخرج من مجال خدمات الصندوق أولاد غير المطلقات.

2. الشروط الإجرائية للانتفاع بخدمات الصندوق:

بناء على هذه المقتضيات فإن المبالغ التي يقررها قاضي الأسرة صلب القرارات الفورية لا يتولى صندوق النفقة وجراية الطلاق صرفها لأن الأمر يتعلق بقرارات مؤقتة وليس بأحكام باتة، لكن إذا ما نظرت الدائرة الشخصية في دعوى الطلاق وأقرت تلك المبالغ ثم صار حكمها باتا وتلدد المدين في دفعها، فإن المستحقين يمكنهم أن يتقدموا بمطلب للصندوق قد استخلاصها، لكن الجدير بالذكر، أن تدخل الصندوق لصرف المبالغ المحكوم بها يقتضي توفر جملة من الشروط، وبالرجوع إلى الفصل الثاني من القانون 1993/07/05، والفصل الثاني من الأمر عدد 1655 المؤرخ في 1993/8/9 المتعلق بإجراءات تدخل الصندوق تبين أن هذه الشروط تتمثل في مطلب للحصول على نفقة أو جراية الطلاق ويكون مرفوق بالوثائق التالية:

أ. نسخة من الحكم القاضي بالنفقة أو بجراية الطلاق.

ب. محضر إعلام المدين بالحكم.

ج. محضر محاولة تنفيذ الحكم.

د. شهادة في تقديم شكوى إهمال عيال.

ه. مضمون من دفاتر الحالة المدنية لكل من المحكوم لفائدتهم بالنفقة أو بجرية الطلاق.

و. نسخة من الحكم المسند للحضانة إن وقع إسنادها لغير الأبوين.⁽¹⁾

كما أوجب الفصل السادس⁽²⁾ من الأمر المؤرخ في 09 أوت 1993 على المنتفعين بالنفقة أو بجرية الطلاق أن يقدموا شهادة في مآل القضية مرة كل ثلاثة أشهر، وكلما اقتضت الحاجة لذلك، وهو في الحقيقة إجراء يمكن الصندوق من مراقبة مدى استحقاق المبالغ الواقع صرفها. ومهما يكن من أمر فإن الصندوق يتولى صرف المبالغ المحكوم بها مشاهرة خمسة عشرة يوما بعد تقديم المطلب، وفق ما جاء بالفقرة الأخيرة من الفصل الثاني⁽³⁾ من القانون المحدث للصندوق، ويستمر في صرف المبالغ إلى زوال موجبها طبقا لما ينص عليه الفصل التاسع من نفس القانون: "يتوقف صندوق ضمان النفقة وجرية الطلاق عن صرف مبالغ النفقة أو جرية الطلاق في كل الحالات التي يعد هناك موجب لصرفها"، والتي تعرض إليها الفصل السابع من الأمر المنظم لإجراءات تدخل صندوق ضمان النفقة وجرية الطلاق⁽⁴⁾، كصورة الحكم بعد سماع الدعوى في قضية إهمال العيال، أو تزوج المطلقة من جديد، أو بلوغ الأولاد سن الرشد أو انتقال الحضانة إلى غيرها.

(1) ثريا بن سعد، آثار الطلاق بين الشريعة والقانون والواقع المجتمعي "تونس نموذجا"، مجمع الأطرش للكتاب المختص، 2009، تونس، ص 180-182.

(2) الفصل السادس من الأمر عدد 1655 سنة 1993 المؤرخ في 9 أوت 1993 والمتعلق بإجراءات تدخل صندوق النفقة وجرية الطلاق الذي ينص على: "...ويتعين على المنتفعين بالنفقة أو بجرية الطلاق والذين لهم قضايا إهمال عيال لا زالت منشورة لدى المحاكم تقديم شهادة في مآل القضية وذلك كل ثلاثة أشهر وكلما اقتضت الحاجة لذلك.

(3) الفصل الثاني الفقرة الأخيرة ينص على: "...يتولى الصندوق صرف مبالغ النفقة وجرية الطلاق لمستحقيها مشاهرة في أجل يتجاوز خمسة عشرة يوما من تاريخ تقديم المطلب المستوفي للشروط القانونية".

(4) الفصل السابع الأمر المتعلق بإجراءات تدخل صندوق ضمان النفقة وجرية الطلاق ينص على "يتوقف الصندوق القومي للضمان الاجتماعي عن صرف مبالغ النفقة أو جرية الطلاق في حالة الحكم بعدم سماع الدعوى في قضية إهمال العيال، كما يتوقف صرف النفقة والجرية في كل الحالات التي تصبح فيها الشروط القانونية غير متوفرة..."

وخلاصة القول فإن عدم دفع النفقة وجراية الطلاق تعد ضماناً أوجده المشرع التونسي، وإسنادها بعداً جزئياً رغم تعلقها بمادة الأحوال الشخصية ولعل ذلك ليس بالغريب عن المشرع الذي ما فتى يقحم هذا الطابع الجزائي بغاية الردع وهو ما جاء به الفصل 53 مكرر من مجلة الأحوال الشخصية في فقرته الأولى على: "كل من حكم عليه بالنفقة أو بجراية الطلاق فقضى عمداً شهراً دون دفع ما حكم عليه بأدائه يعاقب بالسجن مدة تتراوح بين ثلاثة أشهر و عام وبخطة من مائة (100) دينار إلى ألف (1000) دينار".⁽¹⁾

المطلب الثاني: تقدير التعويض المالي الناجم عن الطلاق

يعتبر التعويض أثر مباشر للفعل الضار، المهدف منه نحو الضرر ومحاولة إزالة كل أثر له، بترتيب تعويض يقره المشرع والقانون، والتعويض يحتاج إلى تقدير، والتقدير يحتاج إلى سلطة قاضي، يعملها للوصول إلى التقدير الأنسب للتعويض الملائم، هذه السلطة لم يحدث بشأنها إقراراً شرعياً وقانونياً.

وهذا ما سأحاول بيانه فيما يلي:

- الفرع الأول: مفهوم السلطة التقديرية والخلاف بشأنها في الفقه.
- الفرع الثاني: تقدير التعويض المالي في قانون الأسرة.
- الفرع الثالث: تقدير التعويض المالي في مدونة الأسرة المغربية.
- الفرع الرابع: تقدير التعويض المالي في مجلة الأحوال الشخصية التونسية.

الفرع الأول: مفهوم السلطة التقديرية والخلاف بشأنها

السلطة التقديرية على هذا حتمية، تمخضت بصفة تلقائية عن العمل القضائي، لإدراك ماهيتها ومشروعية العمل بها، ومعرفة الخلاف الذي قام بشأنها، وهذا سأحاول بيانه من خلال ما يأتي:

(1) ثريا بن سعد. آثار الطلاق بين الشريعة والقانون. ص 166.

البند الأول: ماهية سلطة القاضي التقديرية ومشروعية العمل بها

سلطة القاضي التقديرية كثيرا ما يتداول هذا المصطلح بمختلف فروعه وله سنده المدعم له في الفقه الإسلامي على ما سيأتي ذكره.

أولا - مفهوم سلطة القاضي التقديرية:

سلطة القاضي التقديرية مصطلح مركب من شقين، سلطة القاضي من جهة، والتقدير من جهة ثانية، ومفهوم الكل يحتم معرفة مدلول الأجزاء

1. مفهوم السلطة في اللغة:

السلطة من سَلَطَ يَسْلُطُ سِلاطَه، وَسَلَطَ سِلاطَةَ القَهْر والحِدة والتسليط: إطلاق السلطان، وقد سلطه الله عليه فتسلط والاسم سلطه، وهي التسلط والسيطرة والتحكم، والسلطة: السهم الطويل، والجمع سِلاط، والسلطان الحجة والبرهان وقدرة الملك، وقدرة من جعل له ذلك وإن لم يكن ملكا والولي.⁽¹⁾

وعليه فإن السلطة بالمعنى اللغوي توحى بالقوة والقدرة والحجة والحجة.

2. مفهوم السلطة في الاصطلاح:

وتعني المرجع الأعلى المسلم له بالنفوذ، أو الهيئة الاجتماعية القادرة على فرض إرادتها على الإرادات الأخرى، وهي المعترف لها بالقيادة والفصل والاحترام والالتزام بقراراتها⁽²⁾ فهي لا تخرج عن القوة والتمكن من إصدار وتنفيذ الأحكام على وجه الإلزام ومنح مثل هذه السلطة لشخص القاضي بغية منح القاضي ما تفيده مادة كلمة سلطة من القوة والصلاحية، وأن يمكن من إستعمالها على الشكل الصحيح.⁽³⁾

⁽¹⁾ ابن منظور. لسان العرب. مادة سلط. ج.7. ص 320-322.

⁽²⁾ عبد الوهاب الكيالي وآخرون، الموسوعة السياسية، المؤسسة العربية للدراسات والنشر، بيروت، لبنان، ط1، 1983، ج3، ص 215.

⁽³⁾ محمود محمد ناصر بركات، السلطة التقديرية للقاضي في الفقه الإسلامي، دار النفائس، الأردن، ط1، 1427هـ-6 2007، ص 78.

وحتى يمنح بشخص مثل هذه الصلاحيات في الدولة، يتعين أن يكون الكفو الصالح لتولي وظيفة القضاء القادر عليها، حتى تؤدي هذه الوظيفة الغرض من وجودها، وهو قطع الخصومات وردع الظالم ونصرة المظلوم وإيصال الحق إلى أهله.⁽¹⁾

والسلطة من أخص لوازم الولاية، وإن كانت غير مستخدمة كثيرا في كتب الفقهاء عند الحديث عن ولاية القضاء، فإنها تندرج تحت ما يبحثه الفقهاء من الأحكام السلطانية.⁽²⁾

3. المفهوم كمركب إضافي:

بما أن كلا الشقين -السلطة أو التقدير- يحمل معنى القوة ومعنى الصلاحية، فبإضافتها إلى شخص يعني منحه قوة وصلاحية للقيام بتقدير أمر ما، بالتفكير فيه وتهيمته والتدبر فيه بحسب نظر العقل ومقايسته على أمور أخرى.

وعلى هذا فسلطة القاضي التقديرية هي صلاحية ممنوحة لشخص القاضي يتركز إليها للقيام بعمله بالتفكير والتدبير بحسب النظر والمقايسة لإقامة شرع الله في الأمور المعروضة أمامه في جميع مراحل الدعوى.

ومفهوم سلطة القاضي التقديرية في الفقه القانوني لا يكاد يختلف ومفهومه في الفقه الإسلامي، فهي عمل يقوم به القاضي بهدف تحقيق الغاية الموضوعية من القانون، ينصرف مدلول هذا العمل إلى مجموع النشاط الذهني الذي يقوم به القاضي عند ممارسته لولاية القضاء.⁽³⁾

وقد نعت هذا العمل بالسلطة وبربطها بعمل التقدير، يعني منحها للقاضي بالقانون، هذه السلطة التي يملكها القضاة هي التي تكون لهم الإقتناع الذي يمكنهم من فهم الوقائع واستخلاص النتائج.

(1) عبد الكريم زيدان، نظام القضاء في الشريعة الإسلامية، مؤسسة الرسالة، لبنان، ط3، 1420-2000م، ص 79.

(2) محمد ناصر بركان. السلطة التقديرية للقاضي في الفقه الإسلامي. ص 79.

(3) أحمد محمود سعد، مفهوم السلطة التقديرية للقاضي المدني، دار النهضة العربية، القاهرة، ط1، 1408هـ-1988م، ص 20.

فالسطة التقديرية هي صلاحية يتمتع بها القاضي للقيام بعمله لإقامة شرع الله وتطبيق وإعمال القانون في قضايا المعروضة أمامه، فالتقدير من صميم عمل القاضي، فأينما وجدت السلطة القضائية ترتب عنها وجود السلطة التقديرية التي يمارسها القاضي من خلال ولاية القضاء.⁽¹⁾

ثانيا - مشروعية العمل بالسلطة التقديرية:

للقوف على مشروعية هذا العمل، يتعين معرفة مسلك المشرع والقانون فيما يتعلق بالمسألة، بما توفر من نصوص وأراء فقهية.

1. مشروعية السلطة التقديرية من الكتاب:

قوله تعالى: "أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ".⁽²⁾

وفي الآية أمر لولاية الأمور بأداء الأمانات التي هي من حقوق الرعية، وبالحكم بينهم بالعدل، أمر المؤمنين المولى عز وجل بطاعته وطاعة رسوله ثم بطاعة ولاية الأمور.⁽³⁾ والمراد بولاية الأمور، الأمراء والعلماء وقبل غير ذلك⁽⁴⁾ والقضاة من الأمراء أو نوابهم ويشترط فيهم أن يكونوا من العلماء، ونحن مأمورون بإتباعهم القاضي لإمارته وعلمه أو لأحدهما، فدل ذلك على مشروعية عمله الذي يقوم أساسا على السلطة التقديرية.⁽⁵⁾

وقوله تعالى: "وَالَّذِينَ جَاهَدُوا فِينَا لَنَهْدِيَنَّهُمْ سُبُلَنَا وَإِنَّ اللَّهَ لَمَعَ الْمُحْسِنِينَ"⁽⁶⁾، والمراد بالمحسنين الذين يحسنون نياتهم وأعمالهم وأقوالهم فتكون صالحة مثمرة لركاة نفوسهم وطهارة أرواحهم.⁽⁷⁾

(1) محمد ناصر بركات. مرجع سابق. ص 81-82.

(2) سورة النساء، الآية 59.

(3) أبو بكر جابر الجزائري، أيسر التفاسير لكلام العلي الكبير وبهامشه نهر الخيرات على أيسر التفاسير، مكتبة العلوم والحكم، المدينة المنورة، المملكة العربية السعودية، ط2، 1426هـ، 1996، ص 497.

(4) الحصص أبو بكر أحمد الرازي، أحكام القرآن، دار الفكر، بيروت، (دط)، (دت)، ج3، ص177.

(5) محمد ناصر بركات. السلطة التقديرية للقاضي في الفقه الإسلامي. ص 84-85.

(6) سورة العنكبوت، الآية 69.

(7) أبو بكر جابر الجزائري. أيسر التفاسير. ج4. ص 156.

والآية تدل على أن من دخل في خطة القضاة عليه أن يبذل الجهد في القيام بالحق والعدل⁽¹⁾، وفي هذا دليل على إعمال الفكر فيما يرضى الله، والله سبحانه وتعالى وعد فاعل هذا الأمر بالهداية إلى سبيله.

والأدلة على مشروعية إعمال السلطة التقديرية للقضاة من كتاب الله على وفرة، فإسقاط معاني آيات وإن لم يشر صراحة للقضاء والحكم على مدلوله ومضمونه، فيه ما يؤكد مشروعية سلطة التقديرية للقاضي.

2. مشروعيتها من السنة النبوية:

قوله صلى الله عليه وسلم: "إنما أنا بشر، وإنكم تختصمون إلي، ولعل بعضكم أن يكون ألحن بحجته من بعض، فأقضى على نحو ما أسمع منه، فمن قضيت له من حق أخيه شيئاً فلا يأخذه فإنما أقطع له قطعة من النار".⁽²⁾

وفي هذا دليل أن الرسول صلى الله عليه وسلم كان يقضي بالاجتهاد فيما لم يتزل عليه فيه شيء.⁽³⁾

وقوله عليه الصلاة والسلام: "إذا حكم الحاكم فاجتهد ثم أصاب فله أجران، وإذا حكم فاجتهد ثم أخطأ فله أجر"⁽⁴⁾، وفيه دعوة للاجتهاد بالرأي، والاجتهاد مأجور ولو أخطأ.⁽⁵⁾

3. مشروعيتها من الأثر:

ودليل مشروعية سلطة القاضي التقديرية من الأثر كثيراً أذكر منها البعض على النحو التالي:

(1) السرخسي. المبسوط. ج16. ص 76.

(2) أخرجه البخاري، صحيح البخاري، كتاب الأحكام، باب: موعظة الامام للخصوم رقم: 6748 دار الهدى، موقع للنشر، الجزائر، (دط)، 1992، (ج6، ص 2622).

مسلم، صحيح مسلم، كتاب الأفضية، باب: الحكم بالظاهر واللعن بالحجة، رقم 1713 دار إحياء التراث العربي، لبنان، ط1، 1375هـ-1955م، ج3، ص 1337.

(3) الشوكاني محمد، نيل الأوطار، شرح منتقى الأخبار من أحاديث سيد الأخبار، تحقيق طه عبد الرؤوف سعد، مصطفى محمد الهوارى، مكتبة الكليات الأزهرية، مصر، (دط)، (دت)، ج8، ص 320 وما بعدها.

(4) أخرجه البخاري، صحيح البخاري، كتاب الاعتصام بالكتاب والسنة، باب: بيان أجر الحاكم إذا اجتهد أو أخطأ رقم: 1716، ج3، ص 1342.

(5) الشافعي محمد بن ادريس، الأم، تحقيق وتخريج: رفعت فوزي عبد المطلب، (دن)، (دب)، ط3، 2005، ج7، ص 93.

ما روي عن الشريح⁽¹⁾ أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه كتب إليه: "إذا جاءك شيء في كتاب الله فأقض به، ولا يلفتك عنه الرجال، فإن جاءك أمر ليس في كتاب الله فأنظر سنة رسوله صلى الله عليه وسلم، فاقض بها، فإن جاءك ما ليس في كتاب الله وليس من سنة رسوله صلى الله عليه وسلم، فانظر ما اجتمع الناس عليه فخذ به، فإن جاءك ما ليس في كتاب الله ولم يكن فيه سنة رسوله صلى الله عليه وسلم، ولم يتكلم فيه أحد قبلك فاختر أي الأمرين شئت: إن شئت أن تجتهد برأيك وتقدم فتقدم، وإن شئت أن تتأخر فتأخر، ولا أرى التأخر إلا خيرا لك".⁽²⁾

ومن الآثار الكبيرة تلك التي تدعو إلى الاجتهاد وإعمال الرأي فيما لم يرد بشأنه نص من كتاب الله أو سنته النبوية للقضايا المعروضة أمام القضاء.

4. مشروعيتها من المعقول:

كون الشريعة الإسلامية خاتمة الشرائع، فإنها حققت الوفاء بحاجات الناس وملاءمة مقتضيات الحياة البشرية في كل عصر وزمان إلى يوم الدين، فنص القرآن الكريم على القواعد العامة التي ترسم النظام العام لأسلوب التقاضي وترك التفاصيل للسنة المطهرة وعمل المجتهدين في الأمة في كل زمان ومكان وهذا من أبرز الدلائل على صلاحية الشريعة لكل زمان ومكان، ولا يصلح زمان ولا مكان إلا بالشريعة⁽³⁾ والوقائع والحوادث غير متناهية ونصوص الكتاب والسنة محصورة مقصورة، ومواضع الإجماع معدودة مأثورة، لذا يجب إعمال القياس وما يتعلق به من وجوه النظر والاستدلال لأنه الأصل الذي يسترسل على جميع الوقائع⁽⁴⁾ وأقوال الفقهاء تجمع على

⁽¹⁾ شريح القاضي بن الحارث الكوفي، ولد سنة 42 ق.هـ من كبار التابعين، محضرم، ولي قضاء الكوفة زمن عمر ومن جاء بعده سنتين سنة، ثم استعفى من الحجاج سنة 77هـ، فأعفاه، توفي بالكوفة سنة 78هـ، أنظر: (محمد بن أحمد الذهبي، سير أعلام النبلاء، تحقيق: شعيب الأرنؤوط، محمد نعيم العرقسوسي، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط1، 1405هـ-1985م، ج4، ص100، الرزكلي خير الدين، الإعلام، دار العلم للملايين، بيروت، ط6، 1986، ج3، ص161).

⁽²⁾ النسائي، سنن، كتاب آداب القضاة، باب: الحكم باتفاق أهل العلم، رقم: 5399، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان، (دط)، (د ت)، ج8، ص231.

⁽³⁾ محمد ناصر بركات. السلطة التقديرية للقاضي في الفقه الإسلامي. ص93.

⁽⁴⁾ محمد ناصر بركات. مرجع سابق. ص92.

حجية اجتهاد القاضي وإعمال رأيه فيما جد عليه من حوادث كقولهم: "تقدير القاضي كالشارع".⁽¹⁾

من كل هذا يظهر جليا أن سلطة القاضي التقديرية مشروع العمل بها، وأن القاضي مجبور على استعمالها عند تحقق شروطها.

البند الثاني: الخلاف بشأن السلطة التقديرية للقاضي

حتى وإن صارت السلطة التقديرية من المسلمات التي لا نقاش فيها، إلا أن تعرض أحكام إلى الطعن بالاستئناف أو النقض أمام الجهات القضائية العليا عن الجهة المصدرة للحكم، والذي كان بمحض سلطة تقديرية للقاضي، هذا يعني حتى وإن كان مسلما العمل بالسلطة التقديرية إلا أن إعمالها مقيدة برقابة، خاصة فيما يتعلق بتسبيب الأحكام، وهذا يرمي إلى كونها مقيدة في جانب مقابل لآخر يقضي بإطلاقها.

أولا - إعمال سلطة القاضي في الفقه:

السلطة التقديرية مصطلح حديث النشأ، لم يرد مبناه في الشريعة الإسلامية فهذه السلطة التي تعني القوة والتمكن من أحكام الله تعالى بين العباد استخدام بدلها الولاية⁽²⁾، إلا أن إعمالها ثابت في الشرع على ما سبق من أدلة عند الحديث على مشروعية العمل بها، غير أن هذه السلطة الممنوحة للقاضي حدث بشأنها اختلاف بين عند الفقهاء.

1. عدم جواز قضاء القاضي بعلمه:

استند أصحاب هذا الرأي إلى عدم جواز الحكم بعلم القاضي مطلقا، مهما كان نوع الحق موضوع النزاع، وكيفما حصل له هذا العلم، بعد توليه القضاء أم قبله، حيث استند أصحابه إلى

(1) السرخسي، المبسوط، ص 62؛ ابن عابدين، رد المختار على الدر المختار، ج 5، ص 634.

(2) نادية رواحة، ضوابط تقدير القاضي للجزاء الجنائي في الشريعة الإسلامية والقانون، رسالة ماجستير، 2003، جامعة الأمير عبد القادر، قسنطينة، الجزائر، ص 41.

ضرورة استناد القاضي في قضائه إلى نصوص القطعية الدلالة والثبوت، من القرآن والسنة وما أجمع عليه العلماء.

وقد ذهب إلى هذا المالكية والحنابلة والحنفية والثابت عند الشافعية⁽¹⁾ والله سبحانه وتعالى قد أمر من يرمي المحصنة ولم يأت بالبينة، وإن كان مشهورا بالصدق والقاضي يعلم بصدقه⁽²⁾، قال تعالى: "وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً" (3).

وهذا الرسول صلى الله عليه وسلم يقول: "إنما أنا بشر مثلكم وإنكم تختصمون إلي ولعل بعضكم أن يكون ألحن بحجته من بعض فأقضي له على نحو ما أسمع منه فمن قضيت له من حق أخيه شيئا فلا يأخذه فإنما أقطع له قطعة من النار" (4).

فالقاضي على هذا يقضي بما يسمع لا بما يعلم حكمه بناء على ما يقدمه الخصوم في الدعوى من أدلة وبراهين⁽⁵⁾.

ومن الأثر على عدم جواز قضاء القاضي بعلمه قول أبي بكر رضي الله عنه: "لو وجدت رجلا على حد من حدود الله، لم أحده ولم أدع له أحدا حتى يكون معي غيري" (6).

والعقل بهذا يقضي أن حكم القاضي على هذا النحو يقضي إلى اتمامه بما لا يليق بمتزلة القاضي والقضاء، ولأن مقصد الشريعة الإسلامية من القاضي هو إبلاغ الحقوق إلى طالبها، وذلك يعتمد أصالة الرأي العلم، السلامة من نفوذ غيره عليه والعدالة⁽⁷⁾.

(1) السرخسي. الميسوط. ج16. ص 105-106؛ ابن قدامة. المغني. ج09. ص 72؛ البهوي. كشاف القناع. ج06. ص 335؛ القراني، الفروق، عالم الكتب، لبنان، (د ط)، (د ت)، ج4، ص 44-45.

(2) صبري السعداوي مبارك، قضاء القاضي بعلمه في الفقه الإسلامي، مكتبة الثقافة الدينية، مصر، ط1، 2004، ص 33.

(3) سورة النور، الآية 4.

(4) سبق تخريجه. أنظر الصفحة في الرسالة. ص 75.

(5) صبري السعداوي. مرجع سابق. ص 34.

(6) أبو بكر البيهقي. السنن الكبرى، كتاب آداب القاضي، باب: من قال ليس للقاضي أن يقضي بعلمه. ج 10. ص 144.

(7) محمد الطاهر بن عاشور، مقاصد الشريعة الإسلامية، الشركة التونسية للتوزيع، تونس، (د ط)، (د ت)، ص 195-196.

2. جواز قضاء بعلمه:

ذهب أصحاب هذا الرأي إلى جواز القاضي أن يحكم في الدعاوي المعروضة عليه بناء على ما انفرد به من ثم علم شخصي، حيث بشكل عنده دليلاً قوياً، سواء أكان هذا العلم قبل توليه القضاء أم بعده.

وقد ذهب إلى هذا القول الشافعية والحنفية والإمام أحمد في رواية عنه⁽¹⁾ وبعض المالكية⁽²⁾، إلى أنه ليس من القسط أن يعلم الحاكم أن أحد الخصمين مظلوم والآخر ظالم ويترك كل منها على حاله، واستشهد أصحاب هذا الرأي بآيات منها قوله تعالى: "يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ شُهَدَاءَ لِلَّهِ وَلَوْ عَلَىٰ أَنفُسِكُمْ أَوِ الْوَالِدِينَ وَالْأَقْرَبِينَ"⁽³⁾، وفي قوله تعالى: "وَلَا تَقْفُ مَا لَيْسَ لَكَ بِهِ عِلْمٌ"⁽⁴⁾، فالله سبحانه وتعالى أمر بإقامة العدل، وأن للإنسان أن يقفوا ما له علم، فللقاضي الحكم به.

وهذا الرسول الكريم قضي بعلمه عندما اختصما إليه رجلان، فسأل المدعي البينة، فلم يكن له بينة فاستحلف المطلوب، فحلف بالله الذي لا إله إلا هو ماله عندي شيء، فقال رسول الله عليه وسلم: "بلي قد فعلت ولكن غفر لك بإخلاص قول لا إله إلا الله"⁽⁵⁾، فقد حكم عليه الصلاة والسلام على الجاني بعلمه، وأمره بإرجاع حق المدعي دون الاعتداء بيمينه وعليه فإن أصحاب القول الثاني هو الأقرب وهذا حسب ما جاء في القرآن الكريم والسنة النبوية لأن اشتراط العلم عند القاضي واجب حتى يتمكن من إصدار الحكم.

⁽¹⁾ الشافعي. الأم. ج6. ص 234؛ الشيرازي، المهذب في فقه الإمام الشافعي، دار الفكر، بيروت، (دط)، (دت)، ج2، ص 203؛ ابن قدامة. المغني. ج 10. ص 101؛ الشربيني. مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج. ج6. ص 296؛ الكاساني. بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع. ج7. ص 7.

⁽²⁾ الباجي، المنتقى، شرح الموطأ، دار الكتاب العربي، بيروت، (دط)، (دت)، ج5، ص 185.

⁽³⁾ سورة النساء، الآية 136.

⁽⁴⁾ سورة الإسراء، الآية 36.

⁽⁵⁾ أبو داود، السنن، كتاب الإيمان والندور، باب: فيمن يخلف كاذباً متعمداً، رقم 3275، مج2، ج3، ص 228.

البند الثالث: إعمال سلطة القاضي في الفقه القانوني

الخلاف الذي عايشه الفقه الإسلامي بشأن إعمال القاضي سلطانه في الدعاوي المعروضة عليه كما سبق بيانه، لوحظ نفس الأثر في الفقه القانوني بين الرافض ومؤيد لهذه السلطة.

أولاً - عدم منح سلطة تقديرية للقاضي:

ذهب جانب من الفقه إلى أن القاضي يمارس عمله القضائي ويستمد ولايته من المشرع الذي يحدد نطاق هذه الولاية، وفقاً لنصوص تشريعية قاطعة الدلالة، بحيث حدد المشرع نطاقها بنصوص قاطعة، وعلى ذلك يمكن القول بأن سلطة القاضي أثناء مباشرتها لولاية القضاء ليست سلطة تقديرية، وإنما هي سلطة مقيدة بغايات العمل القضائي، فالعمل القضائي في أصله عمل مقيد.

وعلى القاضي عند استخدام سلطته التقديرية بهدف إعمال سلطته القضائية، أن يلتزم بمبدأ الحياد في الخصومة، فلا يترك بنفسه في البحث عن الحقيقة، وإنما يتقيد بما يقدمه له الخصوم من أدلة إثبات، وعلى هذا عمل القاضي المقيد تتخلله سلطة تقديرية استثنائية وعلى هذا فالقول هنا خلاصته منع إعمال سلطة تقديرية للقاضي وإن سمح بها كانت مقيدة بما نص عليه القانون.⁽¹⁾

ثانياً - منح سلطة تقديرية للقاضي:

السلطة التقديرية صفة تنجم من حالة قانونية معينة، بحيث أن مصدرها قانوني، فالسلطة التقديرية للقاضي لا يمكن أن تظهر إلا في نظام الدولة القانوني، فحيث لا تكون الدولة القانونية فلا مجال للحديث عن السلطة التقديرية، لأننا سنكون في هذه الحالة في إطار سلطة تحكيمية لا تقديرية والقاعدة القانونية ليست هي السلطة التقديرية للقاضي، وإنما ينصب التقدير على مفترضات تطبيقها، وعلى الأثر القانوني الذي تنظمه، وهو بذلك يطبق القاعدة القانونية في مضمونها وما ترمي إليه من أهداف، ولا مناص من الاعتراف بالسلطة التقديرية للقاضي في

(1) أحمد محمود سعد. مفهوم السلطة التقديرية للقاضي المدني . ص 23-29.

ممارسته لنشاطه القضائي سواء تعلق الأمر بفهم الواقع أو في أعمال القانون حيث لا يمكن إعمال السلطة القضائية دون تقدير مسبق للواقع والقانون.⁽¹⁾

فالقاضي للفصل في المنازعات المعروضة عليه، أن يعمل سلطة تقديرية للوصول إلى الحل الذي ينطبق والقانون، فله حرية البحث والتفسير للنص القانوني، حتى يمكن تطويع النص والمسألة أرض الواقع، دون أن يصل إلى مرحلة إنشاء نصوص قانونية فهو في غير اختصاصه فالسلطة التقديرية تمنح للقاضي لأعمالها فيما ورد عليه، من قضايا، يستلهم فيها مضمون القواعد القانونية لتطبيقها على حيثيات ما هو ثابت أمامه، له سند في الفقه الإسلامي، إذا أباح الفقهاء للقضاة إعمال السلطة التقديرية في استنباط الأحكام عن طريق الاجتهاد، باستخراج الحكم الواجب تطبيقه فيما لا نص فيه أو أن يكون النص غير قطعي الدلالة ونحو هذا، وكل عمل اجتهادي يحتاج إلى واقعة ودليل وملكة اجتهادية ثم التطبيق السديد للحكم الاجتهادي.⁽²⁾

البند الرابع: ضوابط تقدير التعويض:

لم يترك تقدير التعويض لجهة واحدة، وإنما قسم الاختصاص به على جهات متعددة، بما يمكن معه تحقيق غايات التعويض في أبلغ صورة وأحسن حالة، وتقدير التعويض تضبطه أسس أو ضوابط يمكن إجمالها في الآتي:⁽³⁾

- جبر الضرر وفق التقدير المنجز بشأنه، لا يقصد منه إثراء المتضرر ولا اعتناؤه على ظروف الحياة ولا التبرع له، وإنما يقصد به على وجه العموم إعادة الأمر إلى حالته التي كان عليها قبل حدوث الضرر، كلما كان ذلك ممكناً⁽⁴⁾
- يكون التعويض عن الضرر المباشر الذي ينسب إلى فعل الضامن، أما الأضرار غير المباشرة التي تنسب إلى فعل المعتدي فلا يكلف بجبرها والقاعدة بهذا الشأن في الفقه القانوني أن

(1) أحمد محمود سعد. المرجع نفسه، ص 35-36.

(2) إبراهيم بن حديد، السلطة التقديرية للقاضي المدني، رسالة ماجستير في الحقوق، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، 1995، ص 15.

(3) محمد أحمد سراج، ضمان العدوان في الفقه الإسلامي، دار الثقافة، القاهرة، (د ط)، 1410هـ-1990م، ص 429.

(4) محمود جلال حمزة، العمل غير المشروع باعتباره مصدر للالتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، (د ط)، 1405هـ-1985م، ص 154.

تقدير التعويض المالي يقدر بقدر الضرر، ويؤخذ أيضا بالضرر المباشر، وهو ما كان نتيجة طبيعية للفعل الضار، إضافة إلى الضرر غير المباشر إذا كان متصلا اتصالا واضحا بينا بالفعل الضار، والضرر غير المباشر هو الضرر الذي كان بالإمكان توقعه، لو تنبه إلى أمره.⁽¹⁾

والقاعدة العامة في تضمين المالبات هي مراعاة المثلية التامة بين الضرر وبين العوض كلما أمكن، فيقدر التعويض بقدر هذا الضرر، بلا زيادة أو نقصان، وإلا كان ذلك من باب أكل مال الناس بالباطل الذي نهي عنه الشرع.

واستقر التعويض في الفقه على مبدأ شخصية المسؤولية عن الأفعال الصادرة عن كل شخص، فلا يسأل أمري عن عمل غيره، ولا يحتمل أحد فعل غيره، وهو الذي يتحمل تبعه أعماله أمام القضاء ولا يتحملها عنه غيره⁽²⁾، كما أن لا علاقة لتقدير التعويض بغنى المسؤول أو فقره، لأن غناه أو فقره لا يؤثران فيما يجب أن يفرض عليه كتعويض للضرر الذي سبب في وقوعه.

الفرع الثاني: تقدير التعويض المالي الناجم عن الطلاق في قانون الأسرة الجزائري

إن تقدير التعويض يعتمد على طرق وضوابط اعتمدها المشرع حتى يكون التقدير سليم الجوانب، ومنتج للأثر، ولها قواعد لا تحيد عنها، وهذا التقدير يتولاه ذو خبرة وحنكة، وأهل دراية بالشرع والقانون.

واضطلاع بأحوال الناس، وعرفهم في الزمان والمكان الذي هم فيه وهذا ما سأحاول التطرق إليه حسب المشرع الجزائري وفق ما يلي:

⁽¹⁾ زهدي يكن، المسؤولية المدنية أو الأعمال غير المباحة، منشورات المكتبة العصرية، لبنان، ط1، (د ت)، ص 142.

⁽²⁾ زهدي يكن. المرجع نفسه. ص 144.

البند الأول: قواعد تقدير التعويض

إن تقدير التعويض الجابر للضرر هو ما يستقل به قاض الموضوع بإتباع معايير معينة، وفقا لظروف كل دعوى طلاق، وعناصر التقدير تخضع لمعايير يراعى فيها القاضي عند كل تقدير للدعوى.

أولا- إثبات الضرر:

إن قاضي الموضوع قبل أن يقدر أي ضرر، كلف المدعي بإثباته، وهذا الأمر محسوم فيه. وبالرجوع إلى منحي المشرع الجزائري فقد نص صلب المادة 131 من⁽¹⁾ القانون المدني على أنه: "يقدر القاضي مدى التعويض عن الضرر الذي لحق المصاب طبقا لأحكام المادتين 182-182 مكرر مع مراعاة الظروف الملابسة، فإن لم ييسر له وقت الحكم أن يقدر مدى التعويض بصفة نهائية، فله أن يحتفظ للمضروور بالحق في أن يطالب خلال مدة معينة بالنظر من جديد في التقدير". وتنص المادة 182 المشار إليها في المادة 131 قانون المدني على أنه: "إذا لم يكن التعويض مقدرًا في العقد أو في القانون، فالقاضي هو الذي يقدره، ويشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب، بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو للتأخر في الوفاء به. ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن في استطاعة الدائن أن يتوفاه ببدل...".

ونصت المادة 182 مكرر المشار إليها في المادة 131 قانون مدني جزائري على أنه: "يشمل التعويض عن الضرر المعنوي كل مساس بالحرية أو الشرف أو السمعة". ويتبين من هذه النصوص أن المشرع جعل تقدير التعويض منوطا بالضرر، ولم يعين صفة الضرر كونه مباشر أو غير ذلك حتى يستحق التعويض عنه.⁽²⁾

⁽¹⁾ قانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 جوان 2005، يعدل ويتمم الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 والمتضمن القانون المدني المعدل والمتمم.

⁽²⁾ محمد صبري السعدي، شرح لقانون المدني الجزائري، دار الهدى، عين مليلة، ط2، 2004، ج2، ص160.

كما أورد المشرع الجزائري بنص المادة 182 مكرر الكلام عن الضرر المعنوي وإن كان قد حدد له صور وهي المساس بالحرية، الشرف والسمعة، إلا أنه أقر بالتعويض بشأنه، فجعله الضرر المعنوي من مشتزمات التعويض كونه ضررا، واستحقاقه التعويض، سلك معه المشرع مسلك التعويض عن الضرر المادي، فيقدر بشأنه أيضا على أساس المادة 131، قانون المدني السالفة الذكر، ثم إن من ادعى صعوبة تقدير التعويض عن الضرر الأدبي يجاب عنه أن الصعوبة نفسها تعرض للقاضي في الضرر المادي أيضا، فلا يجوز أن تحول هذه الصعوبة دون اقتضاء الشخص لحقه، لا سيما أن القصد من التعويض الأدبي هو تخفيف من الآلام.⁽¹⁾

وعليه فمن أصيب شخصا بضرر أدبي، حق له المطالبة بالتعويض تحقيقا للعدالة.

ثانيا- الظروف الملازمة للتقدير:

هي تلك الوضعيات التي شاكلت وزامت الفعل الضار وأثرت في تقدير الذي يتولاه القاضي، وإعمالا لسلطته يدرس تلك الظروف ويقرر بشأنها ماله علاقة في زيادة مقدار التعويض أو الإنقاص منه وذلك تبعا لتأثير تلك الظروف في مقدار الضرر أيضا تشديدا أو تخفيفا. إن جعل من الظروف التي تحيط بالمضروب وأسباب طلبه التعويض التي تقدم بها إلى هيئة القضاء، هما عاملان الأساسيان في تقدير التعويض المناسب.

وهذه المادة 131 من قانون المدني ترشد إلى الكيفية الواجب إتباعها لتقدير التعويض من طرف القاضي، وكون التعويض ذو صفة مدنية فهو يرتكز إلى جبر الضرر: "يقدر القاضي مدى التعويض عن الضرر الذي لحق المصاب"، كقاعدة أساسية متجنبنا الحديث عن خطأ المسؤول، كونه لا يهدف إلى معاقبة الجاني، وإنما إصلاح ما انكسر.

إضافة إلى الأساس الأول لتقدير التعويض وهو تعيين الضرر وتقديره، تركز مهمة القاضي إلى اعتماد أساس ثاني وهو مراعاة الظروف الملازمة "... مع مراعاة الظروف الملازمة..." من نص المادة 131 السالفة الذكر.

(1) محمد شريف أحمد، مصادر الالتزام في القانون المدني، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي، دار الثقافة، الأذن، ط1، 1991، ص 222.

فالقاضي وهو يتولى التقدير لا يجب أن يكون تقديره حسب الضرر الذي أصاب المضرور، وإنما يقصد بذلك النظر إلى حالته فيما يتصل بأهمية الضرر وتقديره وقت وقوع الضرر، فتراعي مثلاً موارد الجاني عليه وسبل رزقه⁽¹⁾ ومن يتولى الإنفاق عليه، لنفرق ما لحقه من خسارة وما فاتته من كسب.

وخلاصة القول، إن تقدير التعويض القاعدة منه، مقدار الضرر الذي يترتب مع الخطأ بالنسبة لكل حال وفقاً للظروف الملائمة، هذه القاعدة هي الواجب تطبيقها على كل صور الضرر، أي سواء أكان وفقاً على المال أو على الجسم، أم كان ضرراً أديباً.

البند الثاني: مباشرة القاضي لتقدير التعويض في دعاوي الفرقة

نشاط القاضي التقديري يعتمد في الأساس على القاعدة القانونية، كون كل نزاع مطروح أمام القضاء، يطلب أصحابه حسمه بتطبيق الحكم القانوني الوارد في القاعدة بشأنه، وذلك بعد التحقق من وجود الوقائع التي يدعونها كون الحكم القضائي هو في الواقع نتيجة منطقية لقياس أو استدلال قضائي معين، مقدمته الكبرى القاعدة القانونية الواجبة التطبيق على النزاع، ومقدمته الصغرى الوقائع الثابتة والتكييف القانوني لها، وأخيراً النتيجة وهي محصلة تطبيق المقدمة الكبرى على المقدمة الصغرى، أي تطبيق القانون على الوقائع.⁽²⁾

ففي دعاوي الفرقة الزوجية سواء من جانب الزوج أو من جانب الزوجة، يعد القاضي إلى المواد القانونية المتعلقة بالنزاع المعروض، سواء ما تعلق منها بالطلاق التعسفي أو بالتطليق أو الخلع...

فبعد أن يتحقق القاضي من الوقائع المعروضة أمامه، وما تكفل الخصوم بتقديمه في طلباتهم ودفعهم وتحققه هذا يكون بإعمال خلاصة أفكاره فيما عرضه الخصوم من إثباتات التي يعمل القاضي سلطته التقديرية.

(1) محمد صبري السعدي. شرح القانون المدني الجزائري. ص 162.

(2) أحمد محمود سعد. مفهوم السلطة التقديرية للقاضي المدني. ص 239.

وعليه، حتى يقدر القاضي الضرر يلزم ابتداء المدعي بإثباته بكل الوسائل المشروعة قانوناً للإثبات، وهذا ما تأكده جل القرارات القضائية الصادرة عن غرفة الأحوال الشخصية منها:

"متى كان من المقرر قانوناً أن يحكم القاضي بالطلاق وبالتعويض للطرف المتضرر، عند نشوز أحد الزوجين...ومن ثم فإن عدم وجود أي سبب واضح يجعل من الزوجة - في قضية الحال - تلجأ إلى طلب التطلق بعد نشوزها، فإن ذلك يعد سبباً كافياً لاعتبار الزوج متضرراً من هذا الطلاق..."⁽¹⁾.

فمدار استحقاق الحقوق مع إثباتها وذلك بكل وسائل الإثبات منها على سبيل المثال الخبرة، كما هو الحال في إثبات ضرر عدم القدرة على تكوين أسرة وتربية الأبناء، وهو ما أكده قرار قضائي جاء فيه: "أسس قضاة الموضوع قرارهم القاضي بالتطبيق على عدم إمكانية إنجاب الأولاد استناداً لنتائج الخبرة الطبية التي خلصت إلى عقم الزوج..."⁽²⁾.

كما للقاضي أن يستعين كذلك بالقرائن، كونها مجال خصب لنشاط القاضي التقديري⁽³⁾ وخالصة في مسائل الأحوال الشخصية وفي دعاوي الطلاق على وجه الخصوص، أن يلجأ القاضي في تكوين قناعته بالخبرة لإثبات الأضرار، كما يلجأ إلى التقارير التي يلزم لجان التحكيم بتبنيها عقب إنهاء عملهم والذي حدد له قانوناً أجل شهرين⁽⁴⁾، كما يستعين بالخبراء إن استدعت إلى ذلك طبقاً للمواد 425 و446 إلى 449 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية⁽⁵⁾.

(1) المحكمة العليا - غرفة الأحوال الشخصية والمواريث - قرار صادر بتاريخ 1993/04/27، ملف عدد 90947 - (المجلة القضائية لسنة 1994، العدد 2، ص 71).

(2) المحكمة العليا - غرفة الأحوال الشخصية والمواريث - قرار صادر بتاريخ 1992/12/22، ملف عدد 87301 - (المجلة القضائية لسنة 1995، العدد 2، ص 92).

(3) محمود محمد ناصر بركات. السلطة التقديرية للقاضي في الفقه الإسلامي. ص 243.

(4) تنص المادة 56 من قانون 84-11 والمعدل والمتمم بالقانون 05-09 المتضمن قانون الأسرة، "إذا اشتد الخصام بين الزوجين ولم يثبت الضرر وجب تعيين حكيمين للتوفيق بينهما..."

(5) قانون 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

البند الثالث: مقدار التعويض لأنواع الطلاق

إن القانون يخص جل أنواع الطلاق بتعويض سواء منها ما تعلق أو صادر من طرف الزوج أو بسبب عن الزوجة، أو كل تقدر هذا التعويض إلى سلطة القاضي أو إلى كليهما في بعض الصور على النحو الآتي:

أولاً - تقدير التعويض بالطلاق بفعل الزوج:

الطلاق الصادر بفعل الزوج سواء قبل البناء أو بعد البناء، في الحالتين يترتب تعويض عنهما، هذا الأخير يتطلب تقديراً.

1. تقدير تعويض الطلاق ما قبل البناء:

الطلاق قبل الدخول بالزوجة يرتب ألماً نفسياً جسيماً بالمرأة، خاصة إن كان يجب الزوج، وفي هذه الحالة المطلقة تعرض بطريق نصف مهرها، حيث ذهب المشرع الجزائري إلى منح المطلقة قبل البناء نصف المهر، ذلك في معرض ذكر أحوال الصداق، بالنص عليه في المادة 16 قانون الأسرة، ومقدار استحقاق الزوجة له: "تستحق الزوجة الصداق كاملاً بالدخول، أو بوفاة الزوج وتستحق نصفه عند الطلاق قبل الدخول"، كون الانفاق على الصداق تم قبل البناء بكامل إرادة الزوجين أو وليهما، وبهذا ينصف الصداق شطرين أحدهما من نصيب الزوجة التي فارقها زوجها جبراً لخاطرها⁽¹⁾

كما أوجب المشرع الجزائري صلب المادة 17 من قانون الأسرة حالة قيام نزاع في الصداق بين الزوجين أو وردتهما وليس لإحدهما بينة، فيما تعلق بحالة قبل البناء، فالقول قول الزوجة أو ورثتهما مع اليمين.

(1) محمود محمد ناصر بركات. السلطة التقديرية للقاضي في الفقه الإسلامي. ص 392.

أما بخصوص المتعة فالمشرع الجزائري في تفنين الأسرة، لم يأت على ذكر إمتاع المرأة المطلقة قبل البناء بها، غير المسمى لها صداق، واثبات تضررها يجبر بالتعويض الذي لم يسميه المشرع متعة، ولم يجعل في تقديره على ما يسمى بمهر المثل، ولا حال الزوج.⁽¹⁾

2. تقدير تعويض الطلاق ما بعد البناء:

إن المطلقة بعد الدخول تستحق تعويضها عن الفعل اذي ألحق بها ضررا، غير أن المشرع رتب للمطلقة تعويضا ومنحها على اختلاف في التطبيق القضائي المتعة على نحو ما ذكر في البحث الأول من هذه الدراسة.

1.2. تقدير المتعة للمطلقة بعد البناء:

إن المشرع الجزائري على ما مر من دراسة وبتفقد نصوص التشريع الأسري لم يورد المتعة للمطلقة كلية لا قبل الدخول بها ولا بعده، إلا أن تطبيقاته القضائية أقرتها في مواضع وترددت بشأنها في أخرى، ولعل إعمالها قضاء استعانة منه ينص المادة 222 قانون الأسرة، الذي يحيل إلى أحكام الفقه الإسلامي في كل ما لم يرد به نص بشأنه.

2.2. تقدير التعويض للمطلقة بعد البناء:

إن الطلاق شأنه شأن سائر الحقوق فإن يخضع لإشراف القضاء، فمتى نبين للقاضي أن استعماله لغرض غير مشروع، أو بدون سبب معقول قضى بالتعويض طبقا لأحكام قانون الأسرة والقانون المدني.⁽²⁾

وتقدير التعويض عن هذا النوع من الطلاق لم يحدد له حدا أقصى ولا حد أدنى، والمشرع فعل صواب بعدم تنفيذه للتعويض، وترك المسؤولية كاملة غير منقوضة على عاتق القاضي، الذي له كامل سلطته التقديرية الحكم بالتعويض الذي يراه كفيلا بدفع الفقر والحرمان من الزوجة

⁽¹⁾ تطرق المشرع إلى مهر المثل في معرض حديثه عن تحديد الصداق الذي يكون في العقد، سواء كان موجلا أو معجلا، وفي حالة عدم تحديد قيمة الصداق، تستحق الزوجة صداق المثل، وذلك بنص المادة 95 قانون 84-11 المعدل والمتمم بالقانون 05-09 المتضمن قانون الأسرة وفي معرض حديثه أيضا عن تقدير بدل الخلع بنص المادة 54 من القانون نفسه.

⁽²⁾ العربي بلحاج. الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري. ص 237-238.

المطلقة بنسبة التعسف ودرجته والحالة المالية للزوج، ويستند القاضي لإعمال تقديره الاعتماد إلى أمرين هما:

- تقدير الضرر.

- مراعاة الحالة المالية للزوج.

وقد يراعي القاضي في تقديره سنوات العشرة الزوجية التي قضاها معها.

وعليه، حتى وإن كان تقدير التعويض يخضع للسلطة التقديرية للقاضي إلا أن ملزم بذكر أسباب تحديده، إلا تعرض للطعن في حكمه.

لذا على المحكمة كهيئة قضائية أن تتحقق من إدعاءات الزوج أولاً بوجود أسباب الطلاق قبل أن تعتبر أن الطلاق هو طلاق تعسفي، كما يجب عليها ثانياً أن تتحقق من مقدار يسار الزوج قبل تقدير التعويض.⁽¹⁾

ثانياً - تقدير تعويض الطلاق بسبب من الزوجة:

الفرقة بسبب من الزوجة تقع بطريق الخلع أو بطريق التفريق القضائي وكلا الطريقتين ترتب تعويضا عنهما، مما يتطلب تقديرا.

1. تقدير بدل الخلع:⁽²⁾

الضرر المترتب عن الفرقة الزوجية ليس دائما مصدره الفرقة الواقعة من قبل الزوج، فقد يتضرر هو الآخر إن كانت زوجته هي المطالبة بهذه الفرقة، وما يجبر به هذا الضرر هو بدل الخلع الذي تقدمه الزوجة لفداء نفسها.

⁽¹⁾ العربي بلحاج. الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري. ص 238-239.

⁽²⁾ نص المشرع الجزائري، صلب المادة 54 قانون الأسرة على: "يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل مالي. إذا لم يتفق الزوجان على المقابل المالي للخلع، يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم" ويمكن استشفاف مفهومه لدى المشرع باعتباره وسيلة لا تتجاوز الزوجة من قيد الزوجية بدفعها هذا البديل، وهو ما يعتبر تعريفا ضمنيا له من خلال اعتباره مقابلا ماليا يقبضه الزوج مقابل طلاق زوجته خلعاً.

ويقدر بدل الخلع بما اتفق عليه الزوجان في عهد المخالعة، أما مسلك المشرع الجزائري في تقدير بدل الخلع إذ نصت المادة 54 من قانون الأسرة.

فالحالة التي صرح بها المشرع لتقدير بدل الخلع ابتداء، هي حالة اتفاق الزوجان على مقدار البدل، ومسألة الاتفاق تتحقق ولو زاد المقدار عن المهر أو نقص لأنه شيء يرجح اتفاقها. كما أن إسناد تقدير الخلع في التشريع الجزائري للقاضي يكون في حالة ما إذا لم يتفق الزوجان على مقدار البدل، حينما يعمل القاضي الصلاحية الممنوحة له، وهي سلطته التقديرية التي تكون محكمة بشرطين حسب نص المادة 54 قانون الأسرة:

- أن لا يجاوز المقدار صداق المثل.

- أن يقدر صداق المثل بوقت صدور الحكم.

إن تقدير صداق في القانون لم يتطرق إلى كيفية تقديره، إلا أنه استنادا إلى نص المادة 222 من التشريع الأسري السالفة الذكر، يمكن للجوء في مثل هذه الحالات إلى الفقه الإسلامي وكيفية معالجته لمثل هذه الأوضاع.

والجزء الثاني الذي تطرقت له المادة 54 وهو مراعاة زمن صدور الحكم، له فائده العلمية، وذلك لاختلاف قيمة النقد من وقت لآخر وقيمة الأشياء أيضا.

2. تقدير تعويض التطليق:

إن تعويض الزوجة الراغبة في الفرقة من زوجها، لم يستقر القانون والقضاء بشأنه إلا بموجب القانون 05-09 المؤرخ في 04 ماي 2005، المعدل والمتمم للقانون 84-11 المؤرخ في 09 جوان 1984 المتضمن قانون الأسرة، الذي أقر اجتهادات سابقة للمحكمة العليا بشأن تعويض الزوجة الراغبة في فرقة عن زوجها متى ثبت تضررها.

وعلى هذا بقدر القاضي التعويض بناء على عنصر الضرر كما فعل عند تقديره لتعويض فرقة بفعل الزوج، إضافة إلى الاستعانة بالظروف المحيطة بالشخص ومكانه وزمانه.

وهو ما أقره المشرع⁽¹⁾ مؤخرًا على التعويض عن التطليق بناءً على الضرر الذي يلحق بالزوجة ويضطرها لطلب الفرقة.

الفرع الثالث: تقدير التعويض المالي عن الضرر في مدونة الأسرة المغربية

لقد أقرت مدونة الأسرة المغربية صراحة إمكانية تعويض الطرف المتضرر من الزوجين إذ أثبت مسؤولية الطرف الآخر، سواء كان الطرف المضرور زوجاً أو زوجة ويعتبر هذا المقتضى من أهم مستجدات مدونة الأسرة عند انتهاء الرابطة الزوجية.

رغم أن الفصل 84 من مدونة الأسرة حاول إنصاف المطلقة بدون عذر مقبول من خلال تقدير المحكمة للتعويض بشكل يراعي ما أصابها من تعسف، وذلك بالنص في الفقرة الأولى في الفصل السالف الذكر على أن: "تشمل مستحقات الزوجة، الصداق المؤخر إن وجد، ونفقة العدة والمتعة، والتي يراعي في تقديرها فترة الزواج والوضعية المالية للزوج وأسباب الطلاق، ومدى تعسف الزوج في توقيعه..."

إن المشرع المغربي منحى القاضي سلطة تقديرية واسعة لتقدير حسامة الضرر الذي لحق المطلقة من طلاق تعسفي والذي لا يستند إلى أي مبرر معقول⁽²⁾، وعليه يمكن للمحكمة استعمال سلطتها التقديرية في تقدير الضرر الناجم عن الطلاق في الحالات الآتية:

البند الأول: تقدير تعويض الطلاق بسبب الشقاق

من أهم مستجدات مدونة الأسرة عند الحكم بالتطليق بسبب الشقاق ترتيب التعويض على المتسبب في الفراق⁽³⁾، وهذا ما نصت عليه المادة 97 من مدونة الأسرة⁽⁴⁾ على ضرورة مراعاة المحكمة عند الحكم بالتطليق للشقاق في تقديرها للتعويض ما يمكن أن تحكم به على المسؤولية

(1) المادة 53 مكرر قانون الأسرة تنص على: "يجوز للقاضي في حالة الحكم بالتطليق أن يحكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها".

(2) ادريس الفاخوري. انحلال الرابطة الزوجية. ص 263-264.

(3) محمد الكشور. الوسيط في قانون الأحوال الشخصية. ص 423.

(4) المادة 97 من مدونة الأسرة تنص على: "في حالة تعذر الإصلاح واستمرار الشقاق، تثبت المحكمة ذلك في محضر، وتحكم بالتطليق وبالمستحقات طبقاً للمواد 83-84-85 أعلاه مراعية مسؤولية كل من الزوجين عن سبب الفراق في تقدير ما يمكن أن تحكم به على المسؤول لفائدة الزوج الآخر..."

لفائدة الزوج الآخر والمحكمة تتكون قناعتها من خلال الجلسات التي تعقدتها بغرفة المشورة فضلا عن التقرير الذي يعده الحكمان أثناء جلسة الصلح.

وعلى هذا الأساس تتولد لدى المحكمة من المتسبب في إيقاع الطلاق ومن خلاله تقدر قيمة الضرر الذي تحكم به.

والجلس الأعلى يساير توجه المحاكم فيما يتعلق بتقدير التعويض ومنحه للطرف المتضرر خاصة في حالة التطبيق للشقاق⁽¹⁾ وهكذا جاء في إحدى قراراته: "...لكن حيث أن المحكمة عللت قرارها بأن فشل محاولة الصلح بين الطرفين كان بسبب إصرار الطالبة على البقاء في الخارج وهو ما تستحيل معه العشرة الزوجية بينهما، ويجعل الطالبة مسؤولة عن إنهاء العلاقة الزوجية، والمحكمة لما حكمت عليها تبعا لذلك بالتعويض المذكور لفائدة مفارقتها المطلوب طبقا للمادة 97 المحتج بها ووفق سلطتها التقديرية في تحديد المبلغ المناسب فإنها تكون بذلك قد بنت قضائها على أساس، وعللت قرارها تعليلا كافيا..."⁽²⁾

البند الثاني: تقدير تعويض الطلاق للضرر

إن مدونة الأسرة نصت صراحة في المادة 101 على إمكانية تقدير التعويض للزوجة المضرورة في التطلق للضرر بالنص على أنه: "في حالة الحكم بالتطلق للضرر للمحكمة أن تحدد في نفس الحكم مبلغ التعويض المستحق عن الضرر".

وهذا الضرر الذي يمكن أن إثباته بجميع وسائل الإثبات بما في ذلك شهادة الشهود الذين تستمع إليهم المحكمة داخل غرفة المشورة وتشكل قناعتها في تقدير التعويض الذي تستحقه الزوجة من عدمه.

كما أن الضرر الذي يلحق بالزوجة سواء أكان ماديا أو معنويا يعد ضرر موجب للتعويض، وهذا التعويض لا تحكم به المحكمة من تلقاء نفسها بل يتعين على الزوجة المتضررة المطالبة به،

⁽¹⁾ إدريس الفاخوري. انحلال الرابطة الزوجية. ص 273.

⁽²⁾ قرار المجلس الأعلى، عدد 222، مؤرخ في 2007/04/18. غير منشور نقلا عن: (إدريس الفاخوري. انحلال الرابطة الزوجية. ص 274).

وتقدير قيمته موكول لسلطة القاضي وعادة ما تكتفي المحكمة وهي تنظر في طلب التعويض المقدم من الزوجة المطالبة بالتطبيق للضرر بالإشارة في حكمها بأن تقدير هذا التعويض يدخل في نطاق سلطتها التقديرية دون بيان للأسس والمعايير التي تم الاستناد إليها للحكم بمبلغ الذي يقدره القاضي.

وهكذا ذهبت ابتدائية طنجة التي تقول: "إن تقدير التعويض لجبر الضرر يرجع للسلطة التقديرية للمحكمة التي ارتأت تقديره في مبلغ ثلاثة آلاف (3000) درهم".⁽¹⁾

الفرع الرابع: تقدير التعويض المالي في مجلة الأحوال الشخصية التونسية

فضل المشرع التونسي في هذا المجال الاختصار على التطويل والإيجاز عن الإطناب كعادته فقد جاء في الفصل 31 من مجلة الأحوال الشخصية مجملا ومقتضيا حتى يترك حرية أوسع للقاضي في تقدير التعويض الذي تستحقه المطلقة، وذلك حسب الوقائع والملابسات لكل قضية ممتنعا بذلك من تكبيله بمعايير مسبقة.

وفي هذا الإطار سنتناول المعايير التي وردت بالفصل 31 من مجلة الأحوال الشخصية في البند الأول ثم إلى أهم المعايير التي اعتمدها فقه القضاء لتقدير التعويض في البند الثاني.

البند الأول: معايير تقدير التعويض المالي عن الضرر في الطلاق مجلة الأحوال الشخصية

ينص الفصل 31 م، أ، ش في فقرته الرابعة على أنه: "يقضي لمن تضرر من الزوجين بتعويض من الضرر المادي والمعنوي الناجم عن الطلاق في الحالتين المبينتين بالفقرة الثانية والثالثة أعلاه وبالنسبة للمرأة يعوض لها عن الضرر المادي بجراية عمرية تدفع لها بعد انقضاء العدة مشاهرة وبالحلل على قدر ما اعتادته من العيش في ظل الحياة الزوجية بما في ذلك المسكن"⁽²⁾

⁽¹⁾ حكم المحكمة الابتدائية، طنجة، رقم 659، ملف رقم 06/385، مؤرخ في 2006/03/22 (نقلا عن: ادريس الفاخوري، انحلال الرابطة الزوجية، ص 276).

⁽²⁾ فاطمة يعيش. الضرر في العلاقة الزوجية. ص 114.

إن الغرامات بطبيعتها التعويضية موجودة في النظام السابق للطلاق إلا أن الفصل 31 قديم لم يكن يفرق بين الغرامات المادية والمعنوية بل اقتصر على القول بأن: "الحاكم يقرر ما تتمتع به الزوجة من الغرامات المادية لتعويض الضرر الحاصل لها أو ما تدفعه هي للزوج من التعويضات"، مما اضطر فقه القضاء التونسي إلى الاجتهاد للحكم بالغرامات المادية والغرامات عن الضرر المعنوي مع التفريق بينهما إلى أن جاء الفصل 31 الجديد.⁽¹⁾

إن صياغة الفصل 31 مجلة الأحوال الشخصية الجديد هو منعرج الهائل الذي خلقه المشرع التونسي بين مبدأ المساواة بين الزوج والزوجة في التعويض عن الضرر المادي والمعنوي بصفة جزافية من ناحية، واهتمام المشرع المتزايد بوضعية المرأة وتميزها بالتعويض عن الضرر المادي من ناحية أخرى، ولذلك يوضع معايير هامة لا يجيد عنها القاضي في تقدير للضرر، وذلك لشدة أهميتها ولطبيعتها المعيشة المتأكدة من ذلك مستوى العيش والمسكن، وهذا ما أكده القرار التعقيبي والذي جاء فيه: "إن تحديد الغرم المعنوي حسب أهمية الضرر الحاصل للزوجة نتيجة للطلاق إنشاء كما أن تقدير الغرم المادي لما اعتادت عليه الزوجة من العيش والذي بسبب الطلاق هو أمر موضوعي موكل لاجتهاد محكمة الأصل".⁽²⁾

كما ألزم المشرع التونسي القاضي أثناء تقدير التعويض عن الضرر بتعليل قراراتهم لمنع العشوائية والتعسف في الأحكام، وهو ما جاء العديد من القرارات التعقيبية الصادرة عن محكمة التعقيب منها "إن تقدير الغرامات المستحقة للزوجة المعقبة نتيجة ما لحقها من ضرر من زوجها المعقب ضده يعود بالنظر إلى مطلق اجتهاد محكمة الموضوع لا رقابة على ذلك من محكمة التعقيب غير أنه يتوقف على شرط التعليل السائب المستمد من أوراق القضية والمؤدي إلى النتيجة المنتهي

⁽¹⁾ عبيد التيجاني، جرایة المطلقة في قانون الأحوال الشخصية، مجلة القضاء والتشريع، سنة 1985، عدد 01، ص 114-115.

⁽²⁾ قرار تعقيبي مدني، عدد 30712، مؤرخ في 1992/02/04، نقلا عن: (محمد الهادي بن عبد الله. الالتزامات والعقود والأحوال الشخصية. ص 70).

إليها"⁽¹⁾، كذلك جاء في قرار آخر يرفض الحكمين الابتدائي والاستئنافي حيث جاء فيه: "لم يبين كل من الحكمين الابتدائي المطعون فيه بمسنداته الواقعية والقانونية ماهية ضرر الطلاق ومدى تأثيره على الطاعنة وعناصر تقدير المبلغ اللازم لجبره وتعويضه كما لم يبرز عناصر تقدير نفقة العدة كنفقة المحضونين وهو ما يحول دون ممارسة محكمة التعقيب حقها ورقابة سلامة تطبيق القانون الذي أعطي للزوجة حق التمتع لما يعوضها عن ضرر الطلاق إنشاء من غرامات مالية"⁽²⁾.

البند الثاني: المعايير المستمدة من فقه القضاء

أمام غياب تحديد قانوني لمعايير تقدير التعويض، فتح المجال فسيحا أمام المحاكم للاجتهاد واستنباط العناصر المعتمدة في التعويض بالاستناد إلى الأمور مادية وواقعية، خاصة بكل قضية بحسب ملاساتها وقائعها وظروفها وقد أقرت محكمة التعقيب صلوحية محاكم الأصل بهذا الاختصاص وأكدت أنه لا رقابة عليها طالما عللت تقديرها تعليلا منطيقا وصائبا: "تقدير أهمية الضرر والتعويض عنه وفق الفصل 31 من مجلة الأحوال الشخصية هو أمر من مشمولات محاكم الموضوع ولا رقابة عليها في ذلك طالما عللت رأيها كما يجب"⁽³⁾.

وقد وردت هذه العناصر متنوعة ومتعددة، وهي مبنية أساسا على قيمة الضرر وجسامته، الحالة الاجتماعية للزوجين، الحالة المادية للزوجين، طول أو قصر مدة وسن الزوج المستحق للغرامة، كما يراعي في ذلك وجود الأبناء من عدمه، وهذا ما أقرت به محكمة التعقيب في إحدى قراراتها على: "إن محكمة الأساس ولئن كان لها حق الاجتهاد المطلق في تقدير غرامة الطلاق إلا أنها تكون ملزمة ببيان الظروف والملابسات الحالة بدعوى الطلاق وإبراز عناصر الضرر وأهميته ومدى تأثيره على من استهدف إليه حتى تتمكن المحكمة التعقيب من إجراء ما لها من حق الرقابة على

⁽¹⁾ قرار تعقيبي مدني، عدد 67987، مؤرخ في 2012/02/02، مجلة الأخبار القانونية، عدد 136 و 137، جوان 2012، ص 13 نقلا عن: (محمد الهادي بن عبد الله. مرجع سابق. ص 63).

⁽²⁾ قرار تعقيبي مدني، عدد 5752، مؤرخ في 1981/07/30 نقلا عن: (محمد الهادي بن عبد الله. مرجع نفسه. ص 50).

⁽³⁾ قرار تعقيبي مدني، عدد 67825، مؤرخ في 1999/01/26، نقلا عن: (محمد الهادي بن عبد الله. الالتزامات والعقود والأحوال الشخصية. ص 57).

سلامة تنطبق القانون"⁽¹⁾، كما اعتمدت المحاكم في حكمها بالتعويض إلى حالة المتسبب في الضرر المادي والاجتماعي منها:" حيث إن ما قضت به محكمة البداية من غرامتي الضرر المادي والأدبي كان مناسباً لأهمية الأضرار اللاحقة بالزوجة ومتماشياً وإمكانيات الزوج المادية"⁽²⁾.

وقد أكدته محكمة التعقيب على تلازم هذه المعادلة بين قيمة الضرر والقدرة المادية دون أن يصل الأمر إلى محاسبة الزوج على ممتلكاته فتكون الغرامات وسيلة للإثراء لا لجبر الضرر. وعليه فإن تقدير التعويض للمطلقة لا يكون قليل بالنسبة لموارد الزوج المتسبب في الطلاق، كما أنه لا يجب أن يكون مرهقاً بصورة تجعله عاجزاً عن توفير الحياة الكريمة لنفسه وعن بناء أسرة جديدة ومواصلة الحياة.

وقد اعتمد فقهاء القضاء على معيار آخر لتقدير التعويض وهو أكثر موضوعية وهو الحالة الاقتصادية لكلا الزوجين، ويتغير الحالة المادية لهما من غني وفقير.

وأخيراً فإن المشرع التونسي قد ترك هذه المسألة لفقهاء القضاء نظراً لمواكبته الفعلية والحقيقية لتطورات المجتمع من خلال ما يعرض عليه من قضايا وتقدير تعويض الضرر من حالة إلى أخرى، وتغيير معايير تقدير الغرامات بحسب الظروف والملابسات والوقائع المادية والاجتماعية لكل قضية ومدى تأثير الخطأ في ذلك.

(1) قرار تعقيبي مدني، عدد 6391، مؤرخ في 1982/07/13، نقلاً عن: (محمد الهادي بن عبد الله. المرجع نفسه. ص 52).

(2) قرار استئنافي، محكمة صفاقس، عدد 45340، مؤرخ في 1981/01/06، نقلاً عن: (فاطمة يعيش. الضرر في العلاقة الزوجية. ص 118).

المبحث الثالث: أجره الرضاع في قوانين الأحوال الشخصية المغاربية

الرضاع مبني على المكارمة والافضال، لا على المشاحة والفضال، والوالد مهما أعطى لمرضعة ولده من أجره، فلن يوفيهما حقها، فقد جعل الله تعالى المرضعة أما، وفي ذلك إشارة إلى أن الصبي كما ينمو من أجزاء المرأة التي ولدته فكذلك ينمو من أجزاء التي أرضعته، ولما كانت الأم أقرب الناس إلى ولدها وأشفق عليه من سواها فهي أحق من غيرها بأن تقوم بإرضاعه متى أرادت ذلك.

وهذا ما سيتم معالجته في هذا المبحث وفقا للتفصيل الآتي:

- المطلب الأول: مفهوم حق أجره الرضاع في الفقه.
- المطلب الثاني: حق أجره الرضاع في قوانين الأحوال الشخصية المغاربية.

المطلب الأول: مفهوم حق أجره الرضاع في الفقه

ولما كانت الأم أقرب الناس إلى ولدها وأشفتت عليه من سواها فهي أحق من غيرها بأن تقوم بإرضاعه، ومن مصلحة الطفل أن ترضعه أمه بنفسها لكونها أكثر الناس حنانا ورفقا واهتماما به، وعلى هذا الأساس سيتم التفصيل في هذا المطلب وفق ما جاء به الفقه الإسلامي على النحو الآتي:

الفرع الأول: تعريف الرضاع لغة وفي الاصطلاح

قبل التطرق الى موضوع الرضاع وجب اعطاء تعريف لغوي والاصطلاح:

البند الأول: تعريف الرضاع في اللغة

الرضاع بكسر الراء وفتحها مثل الوكالة والوكالة: مصدر رضع يرضع من باب سمع يسمع لغة، ورضع أمه، كسمع، وضرب رضعا ويحرك رضاعا ورضاعة ويكسران ورضعا فهو راضع ورضع: إمتص ثديها والرضوعة الشاة ترضع والراضعتان ثنيتا الصبي⁽¹⁾ ومصدر راضعته رضاعا

(1) الفيروز أبادي، قاموس المحيط، دار الكتاب العربي، بيروت، (د، ط، ت)، ج3، ص28؛ ابن منظور. لسان العرب. ج3. ص1660.

ومراضعة⁽¹⁾ وهو: "شرب اللبن من الرضع أو الثدي"⁽²⁾، وقال الفراء: "المرضعة: الأم، والمرضع: التي معها صبي ترضعه، ولو قيل في الأم غيرها لاختصاصه بالإناث كالحائض وطامث جاز، ولو قيل لغير الأم مرضعة جاز أيضا قال الخليل: المرضعة الفاعلة للإرضاع والمرضع ذات الرضيع"⁽³⁾.

البند الثاني: تعريف الرضاع في الاصطلاح

عرف بعدة تعريفات من ذلك:

"مص الصبي الرضيع من ثدي أدمية في مدة الرضاع"⁽⁴⁾.

وقيل: هو "شرب الطفل حقيقة أو حكما اللبن خالص أو مختلط غالبا من آدمية في وقت مخصوص"⁽⁵⁾.

يتبين من خلال هذين التعريفين عدم تقييد الرضاع بعدد معين من الرضعات، سواء رضعتين أو ثلاث أو ستة، كما يتبين لنا عدم دخول الرجال أو البهيمة في التعريف، كما يتضح أن الرضاع محدد بمدة معينة. كما قد يوجد النص من دون أن يصل الحليب إلى الجوف، كما يوجد الرضاع بدون مص كأن يصب الحليب في حلقه أو أنفه.

وعرف كذلك بأنه: "حصول لبن ذات تسع فأكثر حال حياتها في معدة حي قبل تمام حولين خمس رضعات يقينا"⁽⁶⁾.

وقد قيد هذا التعريف الرضاع الشرعي بشروط عدة من ذلك: إلا يكون عمر المرضعة أقل من تسع سنوات، ويشترط الحياة فيها وفي الرضيع، مع وصول اللبن إلى معدته، كل ذلك قبل أن يصل عمره سنتين، وبشرط أن يكون عدد الرضعات خمسة فأكثر.

(1) محمد ابن دريد، جمهرة اللغة، دار العلم للملايين، بيروت، ط1، نوفمبر 1987م، ج2، ص746.

(2) الرازي، مختار الصحاح، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، عين مليلة، الجزائر، ط1، 1996م، ص164.

(3) محمد علي التهانوي، كشاف، اصطلاحات الفنون، الهيئة المصرية العامة للكتاب، القاهرة، 1972م، ج3، ص58.

(4) الجرجاني، التعريفات، دار الكتاب العربي، بيروت، ط1، 1405هـ، ص148؛ علي القونوي، أنيس الفقهاء، دار الوفاء، جدة، ط1، 1406هـ، ص152.

(5) علي التهانوي، كشاف اصطلاحات الفنون. مرجع سابق. ج3 ص58.

(6) عبد الرؤوف المناوي، التوقيف على مهمات التعاريف، دار الفكر المعاصر، بيروت، ط1، 1410هـ-1990م، ص366.

الفرع الثاني: حكم إرضاع المطلقة لولدها

يفرق في حكم إرضاع الأم لولدها بين حالتين: حالة كونها خارج الرابطة الزوجية وحال كونها فيها.

القول الأول:

إذا لم تكن الأم في حبال الزوجية بأن كانت مطلقة طلاقاً بائناً، فيجب عليها الإرضاع ديانة⁽¹⁾، ولا تجبر على ذلك بالإجماع⁽²⁾، قال ابن رشد⁽³⁾ في هذا المعنى: "وأما المطلقة فلا رضاع عليها إلا أن لا يقبل ثدي غيرها فعلية الإرضاع، وعلى الزوج أجره الرضاع هذا إجماع، لقوله سبحانه وتعالى: "فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَارْتُوهُنَّ أَجُورَهُنَّ" (4). (5) قال ابن كثير في تفسير الآية: "أي إذا وضعت حملهن وهن طوالق، وقد بن بانقضاء عدتهن فلها حينئذ أن ترضع الولد، ولها أن تمتنع منه". (6) واستدل أصحاب هذا الرأي بوجوب إرضاع الأم لولدها لقول تعالى: "وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُنِيبَ الرِّضَاعَةَ" (7) فلفظ الآية لفظ خبر ومعناه الأمر. (8)

(1) بدران أبو العيين بدران، الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة، دار النهضة العربية، بيروت، لبنان، ط1967. ج 1، ص531.

(2) ابن حجر، فتح الباري، دار الحديث، القاهرة، 1419هـ-1998م، ج9، ص505؛ وينظر: القرطبي. الجامع لأحكام القرآن. ج3. ص124؛ بن حزم، المحلى، دار الفكر للطباعة والنشر، بيروت، دت، ج7، ص335.

(3) محمد بن أحمد بن محمد بن رشد الأندلسي المالكي، أبو الوليد الفيلسوف من أهل قرطبة يسميه الإفرنج (AVERZOES) درس الفقه والأصول وعلم الكلام، ولم ينشأ في الأندلس مثله كمالاً وعلماً وفضلاً، كتب نحو عشرة آلاف ورقة، وعدد مؤلفاته ينيف عن الستين منها: (بداية المجتهد ونهاية المقتصد) و(الكليات في الطب) و(الحيوان)، (ومختصر المستصفي)، و(تلخيص أرسطو)، وغيرها من الكتب، إتمه خصومه بالإحاد والزندقة، ويلقب بـ (ابن رشد الحفيد)، انتقل إلى رحمة الله عام 595هـ، تنظر الترجمة في: محمد فرحون اليعمري، الديباج المذهب، دار الكتب العلمية، بيروت، (دت)، ص284-285؛ الزركلي، الأعلام، دار العلم للملايين، بيروت، ط2، 1986 م، ج5، ص318.

(4) سورة الطلاق، الآية 6.

(5) ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دار الفكر، بيروت، (دت)، ج2، ص43.

(6) ابن كثير. تفسير القرآن العظيم. ص384.

(7) سورة البقرة، الآية 233.

(8) القرطبي. الجامع لأحكام القرآن. ج3. ص123.

القول الثاني:

إذا كانت الأم في حبال الزوجية بأن كانت زوجته أو معتدته من طلاق رجعي، اتفق العلماء على وجوب الإرضاع ديانة،⁽¹⁾ واختلفوا في إجبارها على ذلك ووجوبه القضاء عليها على ثلاثة أقوال، هذا بيانها وبيان أدلتها:

- يرى أصحاب هذا القول بأن المطلقة رجعيًا تجبر على إرضاع ولدها مادامت متزوجة بوالده، وفي عدتها وهذا رواية عن الإمام مالك، والظاهرية.⁽²⁾

واستدل أصحاب هذا القول بوجوب إرضاع الأم لولدها إن كانت في حبال الزوجية بقوله تعالى: "وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ".⁽³⁾ فلفظ الآية لفظ جبر ومعناه الأمر كقوله تعالى: "وَالْمُطَلَّقاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ".⁽⁴⁾⁽⁵⁾

فالابن حزم: "وهذا عموم لا يحل لأحد أن يختص منه شيئاً إلا ما خصه نص ثابت وإلا فهو كذب على الله تعالى، فإن قيل: هذا جبر لا أمر، قلنا: هذا أشد عليكم فإذا أخبر عز وجل بذلك فمخالف خبره ساع في تكذيبه".⁽⁶⁾

(1) ابن عابدين. حاشية ابن عابدين. الدر المختار. ج3. ص561.

(2) قال ابن حزم: "...والواجب على كل والد حرة كانت أو أمة في عصمة زوج أو ملك سيد، أو كانت خلوة منها بالذي تولد من مائة، أو لم يلحق أن ترضع ولدها أحب أم كرهت، ولو أتما بنت الخليفة، وتجبر على ذلك" المحلى، المحلى، دار الكتب العلمية، بيروت، (دطت)، ج7، ص353.

(3) سورة البقرة، الآية 233.

(4) سورة البقرة، الآية 228.

(5) عبد الرحمن الجوزي، زاد المسير، المكتب الإسلامي، بيروت، ط3، 1414هـ، ج1، ص270؛ القرطبي. الجامع لأحكام القرآن. مرجع سابق. ج3. ص123.

(6) ابن حزم، مرجع سابق. ج7. ص377.

- إذا كانت المرأة ممن لم تجرِ عادة مثلها على إرضاع ولدها، فإنها لا تجبر على إرضاعه، وإن كانت تجري عادة مثلها على أن ترضعه، فإنه تجبر على إرضاعه، وهذا هو مشهور قول مالك⁽¹⁾.

قال ابن العربي⁽²⁾، فقال علماؤنا: "رضاع الولد على الزوجة مادامت الزوجية إلا لشرفها أو مرضعها، فعلى الأب حينئذ رضاعة في ماله"⁽³⁾.

وألحق المالكية بالشريفة أيضا من كانت قليلة اللبن فألحقوها بالبائن حيث أنه لا يجب عليها الإرضاع ولها الأجر كالبائن⁽⁴⁾.

واستدل أصحاب هذا الرأي بأن الإرضاع واجب على الدنيئة والشريفة، قال ابن العربي - رحمه الله -: "لكن العرف يقضي بأنه عليها إلا أن تكون شريفة وما جرى به العرف فهو كالشرط حسبما بيناه في أصول الفقه من أن العرف والعادة أصل من أصول الشريعة يقضي به في الأحكام"⁽⁵⁾.

- الإرضاع ليس واجبا عليها، فلا يكون للزوج أن يجبرها على القيام به قضاء، وهذا لا يمنع أنه واجب عليها ديانة، وهذا مذهب الحنفية⁽⁶⁾، والشافعية⁽⁷⁾، والحنابلة⁽⁸⁾.

(1) ابن رشد. بداية المتهجد. ج2. ص49.

(2) هو محمد بن عبد الله بن محمد المعروف بـ (ابن العربي) المعافري الأشبيلي المالكي، يكنى (أبا بكر)، ختام علماء الأندلس، قاض من حفاظ الحديث، ولد في اشبيلية في شهر شعبان عام 468هـ/1067م، وقد بلغ رتبة الإجتهد في الدين، كان ثاقب الذهن، ذا خلف جم، ولي القضاء باشبيلية، وتوفي رحمه الله، بقرب فاس في ربيع الأول عام 543هـ-1148م، ودفن بها، ترك مؤلفات جليلة في مختلف العلوم منها: (العواصم من القواسم)، عارضة الاحوذى في شره الترمذي، و(القبس في شرح الموطا ابن أنس)؟، والناسخ والمنسوخ (أحكام القرآن)، و(الحصول في أصول الفقه)، و(أعيان الأعيان)، و(أنوار الفجر في تفسير القرآن) ألفه في عشرين سنة في نحو 80 ألف ورقة في نحو 80 مجلدا. تنظر الترجمة في: محمد فرحون اليعمري. الديباج المذهب. ج6. ص230.

(3) ابن العربي. أحكام القرآن. ج4. ص1481.

(4) الكاساني. بدائع الصنائع. ج4، ص40؛ ابن عابدين. حاشية ابن عابدين. ج3. ص618.

(5) ابن العربي. أحكام القرآن. ج4. ص1840.

(6) الدردير. الشرح الكبير على مختصر خليل. ص167؛ القاضي عبد الوهاب، التلقين في الفقه المالكي، دار الفكر (دط) 1415هـ-1995م، ج1، ص348-349.

(7) الشيرازي، المهذب في فقه الإمام الشافعي. ج2. ص168.

(8) البهوتي. كشاف القناع عن متن الإقناع. ج5. ص573.

قال الكاساني: " وهذا قول عامة العلماء".⁽¹⁾

استدل أصحاب هذا القول بعدم إجبار المرضعة لإرضاع ولدها لقوله تعالى: " وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُنِمَّ الرِّضَاعَةَ" وجاءت الآية للدلالة على غاية الرضاع الذي متى اختلف الوالدان في رضاع المولود بعدها جعل حدا يفصل بينهما لا دلالة على أن فرضا على الوالدات إرضاع أولادهن.⁽²⁾

واستدل أصحاب هذا القول بالآية الكريمة: " وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُنِمَّ الرِّضَاعَةَ"⁽³⁾ وقوله تعالى: "لَا تُضَارَّ وَالِدَةٌ بِوَلَدِهَا".⁽⁴⁾

الفرع الثالث: أجره رضاع المطلقة

اختلف الفقهاء في ثبوت أجره الرضاع للمطلقة باختلاف حالاتها، بأن يكون طلاقها رجعيا أو بائنا، وتسوي بعضهم في ثبوت هذا الأجر أو نفيه للرجعية والبائن على حد سواء، وهذا بيان مذاهبيهم.

البند الأول: مذهب الحنفية

لا يثبت الحنفية للأم أجره الرضاع إذا كانت الزوجة أو مطلقة رجعيا قال الكاساني: " لأنها قد استحققت نفقة النكاح، وأجره الرضاع بمرتبة النفقة، فلا تستحق نفقتين.."⁽⁵⁾ أما إن كانت الأم بائنا فاختلف عندهم إلى ثبوت الأجر لها، وخالف آخرون بنفي الأجر لها.

⁽¹⁾ الكاساني. المرجع السابق. ص40.

⁽²⁾ الطبري. جامع البيان من تأويل القرآن. ج2. ص303.

⁽³⁾ سورة البقرة، الآية 233.

⁽⁴⁾ سورة الطلاق، الآية 6.

⁽⁵⁾ الكاساني. البدائع. ج4. ص41؛ ابن عابدين. حاشية ابن عابدين. ج3. ص619.

قال الكاساني: "وأما المبتوتة ففيها روايتان: رواية لا يجوز لها أن تأخذ الأجر، لأنها مستحقة للنفقة والسكنى في حال قيام العدة، فلا يحل لها الأجرة كما لا يحل للزوجة، وفي رواية: يجوز، لأن النكاح قد زال بالإبانة فصارت كالأجنبية".⁽¹⁾

البند الثاني: مذهب المالكية

فرق المالكية في أجرة رضاع المطلقة بين حالتين: حالة كون المرأة في حبال الزوجية بأن كانت متزوجة أو مطلقة رجعيًا وحالة كونها خارج حبال الزوجية.

الحالة الأولى:

وذلك إذا كانت في حبال الزوجية فيوجبون على الأم الإرضاع دون أجر، قال الشيخ خليل: "وعلى الأم المتزوجة والرجعية رضاع ولدها بلا أجرة".⁽²⁾

الحالة الثانية:

إذا كانت الأم بائنا، فلا يجب عليها الإرضاع، ولو أرضعت ثبت لها الأجر في مال الصبي فإن لم يكن له مال فعلي الأب لعدم وجوب عليها. واستثنى المالكية من البائن التي لا يقبل الولد غيرها، وإن كان الأب معدماً، أو مات، ولا مال للصبي، فألزموها بالإرضاع ولها الأجرة.⁽³⁾

البند الثالث: مذهب الشافعية

فرق الشافعية في الأم المرضعة في حالتين: حالة كونها في حبال الزوجية وحالة خروجها عنها:

⁽¹⁾ الكاساني. المرجع نفسه، ج4، ص41؛ الجصاص. أحكام القرآن، ج2، ص105.

⁽²⁾ الخطاب. مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، ص167.

⁽³⁾ الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، دار الفكر، بيروت، ط1، 1419هـ-1998م، ج2، ص826؛ القاضي عبد الوهاب. التلقين.

ج1، ص349.

الحالة الأولى:

إذا كانت الأم زوجة أو معتدة من طلاق رجعي، قالوا: إن الزوج والزوجة إذا رضيا على أن ترضع هي ولدهما، فإن الأمر لا يعدو أن يكون: قد رضيت بالإرضاع دون أن تطلب على ذلك أجرا، أو أن تكون قد رضيت بذلك وطلبت عليه أجرا.

فإن كانت الأولى: فقد اختلف الرأي هل تلزمه الزيادة في نفقتها أم لا تلزمه؟

فذهب فريق إلى إلزامه، لأنها تحتاج في الإرضاع إلى زيادة الغذاء، ويجتهد الحاكم في قدر الزيادة. (1)

وذهب آخرون إلى عدم إلزامه بالزيادة، "لأن نفقتها مقدرة فلا تجب الزيادة لحاجتها، كما لا تجب الزيادة في نفقة الأكلة لحاجتها". (2)

وإن كانت الثانية: وذلك بأن تطلبت أجرة فلها وجهان:

■ لا يجوز أن يستأجرها على الإرضاع، لأن الوقت الذي يضيع في الإرضاع حق للزوج، فله أن يستمتع فيه بها، وقد استحق هذا الاستمتاع ببدل هو النفقة فلا يجوز لها مع هذا البديل أن تأخذ بدلا آخر. (3)

■ هذا الاستئجار جائز، ويجوز لها أخذ الأجرة على الأوضاع، وذلك لأن الرضاع ما هو إلا عمل تقوم به الزوجة مادامت في حال الزوج، وهي تستحق عليه أجرا، وهذا يشبه قيامها بالنسيج مثلا فلها عليه أجر. (4)

(1) الشيرازي. المذهب. ج2. ص168؛ النووي، روضة الطالبين، المكتب الإسلامي، بيروت، ط2، 1405هـ، ج9، ص89.

(2) الشيرازي. المرجع نفسه. ج2. ص168.

(3) النووي، الروضة، مصدر سابق، ج9، ص88.

(4) الشيرازي، مرجع سابق، ج2، ص168.

الحالة الثانية:

وذلك إذا كانت الأم بائنا من مطلقها، قالوا: إن كانت الأم مطلقة طلاقاً بائناً، وترعت بالإرضاع لم يكن للأب المنع، كما أنه ليس للأب إجبارها على الإرضاع كما يملك ذلك قبل البيئونة. (1)

أما في حالة أن طلبت المرضعة أجره ففيه حالتين:

■ فإن طلبت أجره المثل، ولم يكن للأب من يرضعه بدون الأجره كانت الأم أحق، لقوله تعالى: "فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ". (2)

وإن طلبت أكثر من أجره المثل جاز انتزاعه منها، وتسليمه إلى غيرها لقوله تعالى: "وَإِنْ تَعَاسَرْتُم فَاسْتَرْضِعْ لَهُ أُخْرَى". (3)

■ وإن طلبت أجره المثل، وللأب من يرضعه بغير عوض أو بدون أجره المثل ففيه قولان: - إن الأم أحق بأجره المثل، لأن الرضاع أحق للولد، ولأن لبن الأم أصلح له وانفع، وقد رضيت بعوض المثل فكانت أحق.

- إن الأب أحق وله انتزاعه منها، لأن في تكليفه الأجره مع المتبرعة إضرار بها. (4)

البند الرابع: مذهب الحنابلة

يرى أصحاب هذا الرأي: "إن الأم إذا طلبت إرضاعه بأجر مثلها فهي أحق به سواء كانت في حبال الزوجية، أو بعدها، وسواء وجد الأب مرضعة متبرعة أو لم يجد" (5)، واستدلوا لذلك بقوله تعالى: "وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ". (6)

(1) النووي. الروضة. مصدر سابق. ج9، ص89؛ الشيرازي. المرجع نفسه. ج2، ص168.

(2) سورة الطلاق، الآية6.

(3) سورة الطلاق، الآية6.

(4) محمد البكري، إعانة الطالبين، دار الفكر، بيروت، دت، ج4، ص101.

(5) ابن قدامة. المغني. ج8، ص200.

(6) سورة البقرة، الآية233.

وقالوا إن إرضاع بالأجر عقد إجارة يجوز للزوجة أن تباشره مع غير الزوج إذا رضي الزوج بذلك فجاز من الزوج، ومثل أن تؤجر نفسها لحياكة أو خدمة أو نحو ذلك وذهبوا أيضا: " فإن طلبت أكثر من أجره مثلها، ووجد من ترضعه متبرعة، أو بأجرة مثلها جاز انتزاعه منها لقوله تعالى: " وَإِنْ تَعَاَسَرْتُمْ فَاسْتَرْضِعْ لَهُ أُخْرَى " (1)، إلا أن لا يوجد من يرضعه إلا بمثل ذلك فتكون الأم أحق من الأجنبية لشفتها". (2)

وقالوا: " ولو كانت أم الرضيع مع زوج آخر وطلبت رضاعه بأجرة مثلها، ووجدت من يتبرع برضاعه فأمه أحق إذا رضي الزوج الثاني بذلك" (3)

وقالوا: " وإذا أرضعت المرأة ولدها وهي في حبال والده فاحتاجت إلى زيادة نفقة لزمه لقوله تعالى: " وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ " (4)، ولأنها تستحق عليه كفايتها، فإذا زادت حاجتها زادت كفايتها". (5)

المطلب الثاني: حق أجره الرضاع في قوانين الأحوال الشخصية المغربية

إن إرضاع الطفل بالحليب واجب ما دام في حاجة إليه، لأنه من حقوقه وأساس تغذيته، فحياته في العامين الأولين تعتمد اعتمادا أساسيا على حليب والدته، ويعتبر إرضاعه إنفاقا عليه. والواقع أن هذه المدة كافية لكي يأخذ جسم الصغير من حليب أمه كل ما هو في حاجة إليه من عناصر غذائية تساعد على النمو خلال هذه الفترة وهو ما قرره قوانين الأحوال الشخصية المغربية مجال الدراسة جملة من الحقوق منها حق المطلقة المرضع في أجره الرضاع.

فيكون تناول هذا المطلب على ثلاث فروع على النحو الآتي:

- الفرع الأول: حق أجره الرضاع في قانون الأسرة الجزائري.

(1) سورة الطلاق، الآية 6.

(2) إبراهيم بن محمد بن عبد الله بن مفلح، المدع، المكتب الإسلامي، بيروت، 1400هـ، ج 8، ص 22.

(3) البهوتي. كشاف القناع. ج 5. ص 573.

(4) سورة البقرة، الآية 233.

(5) ابن قدامة. المغني. ج 8. ص 201.

- الفرع الثاني: حق أجره الرضاع في مدونة الأسرة المغربية.
- الفرع الثالث: حق أجره الرضاع في مجلة الأحوال الشخصية التونسية.

الفرع الأول: حق أجره الرضاع في قانون الأسرة الجزائري

قد أوجب المشرع الجزائري على الزوجة إرضاع أولادها، وجعلت ذلك حقا للزوج على زوجته، وقرنت هذا الحق مع حقين آخرين هما: طاعة الزوج واحترام والديه وأقاربه قال الدكتور بلحاج العربي: "فإن كانت حال زوجته قائمة فإن العرض والقانون يلزمانها على إرضاع طفلها، ولا تأخذ أجرا، وهذا سواء كانت زوجيتها قائمة أو كانت في عدتها من طلاق رجعي".⁽¹⁾

وقال الأستاذ سعد فضيل: "ومتى ألزمتها القاضي ولم تتمثل وهلك طفلها بسبب فعل الامتناع كانت جانبية، وعوقبت طبقا لقانون العقوبات، ويعاقب الزوج كذلك متى تماون في عدم إخبار المحكمة بالوضعية لأنه امتنع عن السعي".⁽²⁾

أما المطلقة البائن فلا يجب عليها الإرضاع، لأن المادة خاصة بالأم إن كانت في حبال الزوجية دون غيرها⁽³⁾، هذا من جهة ومن جهة أخرى فإن المشرع الجزائري فإنه لم يثبت الأجره للأم إن كانت في حبال الزوجية بأن كانت زوجة أو مطلقة طلاقا رجعيا، لأنهم يوجبون الرضاع عليها أما المطلقة البائن فلم يشملها القانون، ومن ثمة أن عدم النص على أجره المرضعة وسكوت المشرع. أما التعويض باجره الرضاع فإن القانون الأسرة الجزائري لم ينص عليها صراحة ولكنه جعلها من لوازم نفقة الزوج على أولاده، فنفقة الرضيع واجبة في مال أبيه تأخذها المطلقة طلاقا بائنا سواء كان رضاعها من ثديها أو عن طريق الرضاع الصناعي.

(1) بلحاج العربي. الوجيز في شرح قانون الأسرة. ج.1. ص 167.

(2) سعد فضيل. شرح قانون الأسرة الجزائري. ج.1. ص 204-205.

(3) سعد فضيل. المرجع نفسه. ص 205.

والمشرع لم يتطرق لهذه المسألة ولكن يمكن الرجوع فيها إلى مبادئ الشريعة الإسلامية بناء على نص المادة 222 منه "كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية" وكان الأجدد بالمشرع النص على هذه المسألة المهمة تفاديا للتزاع الذي قد يثار حوله.

الفرع الثاني: حق أجره الرضاع في مدونة الأسرة المغربية

نصت المادة 167⁽¹⁾ من مدونة الأسرة على أجره الحضانه وألزمت أب المحضون بوجوب أدائها، فالزوجة لا تستحق أية أجره عن الرضاع مادامت العلاقة الزوجية قائمة بينها وبين أب الطفل الرضيع مادامت تتقاضى النفقة، ومن ثم لا يجوز الجمع بين النفقتين⁽²⁾، وهذا من الحقوق الواجبة على الأم إرضاعها لأطفالها عند الاستطاعة، ومما يفيد ضمنا أن ذلك الحق يسقط بعدم الاستطاعة، إذا القاعده أنه لا تكليف بما فوق الطاعة.

وهذا الحق مناطه المادة 54 من مدونة الأسرة.⁽³⁾

وعليه فإن الزوجة تستحق أجره الرضاع بمجرد حصول الوفاة أو الطلاق البائن أو انتهاء العدة من الطلاق الرجعي، إن هي أرضعت طفلها داخل الحولين، أما إذا كانت المرضعة غير الأم فإنها تستحق أجره الرضاع كلما أرضعت الطفل داخل الحولين وثبت ذلك.

وقياسا على أجره الحضانه فإن أجره الرضاع يمكن التبرع بها، ويمكنها أن تكون مقابل خلع، ما دام أن كل ما صح التزامه شرعا صلح أن يكون بدل للخلع.⁽⁴⁾

(1) المادة 167 من مدونة الأسرة: "أجره الحضانه ومصاريفها، على المكلف بنفقة المحضون وهي غير أجره الرضاعة والنفقة.

لا تستحق الأم أجره الحضانه في حال قيام العلاقة الزوجية أو في عدة من طلاق "

(2) إدريس الفاحوري، انحلال الرابطة الزوجية، ص 224.

(3) محمد الكشور، أحكام الحضانه دراسة في الفقه المالكي وفي مدونة الأسرة، سلسلة الدراسات القانونية المعاصرة، ط1، 2004، ص 135-136.

(4) منير التبال، "دور القضاء في تحديد المستحقات المالية للمطلقة والأطفال عند انتهاء الرابطة الزوجية"، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة جامعة عبد المالك السعدي، طنجة، 2006-2007، ص 225.

الفرع الثالث: حق أجره الرضاع في مجلة الأحوال الشخصية التونسية

ألزم المشرع التونسي الأب بكل ما يتطلبه إرضاع صغيره إذا أعجزت الأم عن إرضاعه، حيث نص صلب المادة 48 من المجلة التونسية على "على الأب أن يقوم بشؤون الإرضاع بما يقتضيه العرف والعادة إذا تعذر على الأم إرضاع الولد" وعليه فإن إرضاع الأم لولدها يكون إلزاما في حالة إذا لم يكن للولد ولأبيه مال يستأجر به مرضعة تقوم بإرضاعه حتى تنتهي مدة الرضاعة، أو في حالة لم يقبل الولد غير ثدي أمه.

كذلك في حالة عدم وجود الأب من ترضع ابنه غير أمه، ففي هذه الحالات يتعين على القاضي أن يكون خبيرا بالأمر على بينة منه حتى لا يكون مجرد قول الأم حسب نص المادة السالفة الذكر بقولها:

"تعذر على إرضاع الولد" سببا في إسناد شؤون الرضاع إلى الأب، في حين أن الأم بحسب الطبيعة والفطرة هي أكثر الناس شفقة بابنها وحنانا عليه، يضاف إلى ذلك أن لبنها أفضل لولدها مما سواه⁽¹⁾، وهذا بإتفاق المتخصصين من الأطباء، لأن لبن الأم يلاءم حالة طفلها بحسب سنة الله عز وجل بقوله: "وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُنَمِّ الرِّضَاعَةَ".⁽²⁾

فالمشرع التونسي اعتبر إرضاع الصغير من نفقة الأقارب، فجاء بالمادة 48 في أحكام من لهم النفقة بموجب القرابة وعلاقة المرء بذوي قريبه تقوم على الصلة.

أما بخصوص مقدار أجره الرضاعة، فإن المشرع التونسي التزم الصمت في هذا الموضوع، ولم يبين مقدار أجره الرضاعة مما يبرر استخدام القاضي لسلطته التقديرية اعتمادا على ما يقتضيه العرف والعادة، ما لم يتفق الطرفان على مقدارها.

كما لم يثبت المشرع لأجره للأم إن كانت في الحال الزوجية بأن كانت زوجة أو مطلقة طلاقا رجعيا أو مطلقة طلاقا بائنا وهذا يحيلنا إلى مبادئ الشريعة الإسلامية وفق المذهب المالكي.

(1) أحمد نصر الجندي، الأحوال الشخصية في القانون التونسي، دار الكتب العلمية، مصر، 2008، ص 69-70.

(2) سورة البقرة، الآية 233.

خلاصة الفصل الأول:

من خلال ما سبق عرضه في الفصل الأول يمكن تلخيص أهم النتائج على النحو التالي:

1. عدم إدراج المشرع الجزائري والتونسي ضمن نصوص قانون الأسرة ومجلة الأحوال الشخصية لحق المطلقة في المتعة وبذلك حرمان المطلقة من حقها الشرعي على اعتبار أن المتعة شرعت لتعويض المطلقة عن الإضرار المعنوية التي تلحقها بعد الطلاق، خلافا للمشرع المغربي الذي انفرد بالتنصيص ضمن مواد مدونة الأسرة على حق المطلقة في المتعة كما نص عند الحكم بالمتعة الضرر الذي قد يصيب المطلقة وذلك عن طريق الرفع مقدار المتعة بمقدار ذلك الضرر.
2. في صورة ثبوت تعسف الزوج في طلاق زوجته فإن المشرعين المغربيين منحوا للمطلقة تعويضا ماديا عن الضرر المعنوي اللاحق بها، ويكون تقديره خاضعا للسلطة التقديرية للقاضي، غير أن المشرع التونسي انفرد عنهم ومنح للمطلقة حق الخيار للمطالبة بتعويض عن الضرر المادي المترتب جراء الطلاق، وذلك في صورة شكل رأس مال يدفع لها صبرة واحدة، أو في شكل جناية عمرية تصرف لها مشاهرة وبحلول مباشرة بع انقضاء عدتها، كما اعتبرها المشرع التونسي دينا ممتاز عن باقي الديون في الوفاة.
3. إغفال المشرع الجزائري التنصيص على حق المطلقة في أجره الرضاع في حالة الطلاق أو الوفاة، خلافا للمشرع المغربي والتونسي اللذان ألزما المطلق على دفع أجره الرضاع للمطلقة، وجعل تقديرها للسلطة التقديرية للقاضي اعتمادا على ما يقتضيه العرف والعادة، وما لم يتفق الطرفان على مقدارها.

الفصل الثاني

الآثار المالية للطلاق ذات الطبيعة الاستحقاقية

قد تعترض الحياة الزوجية اهتزازات عميقة من شأنها أن تعصف بها إلى هاوية الانفصال، بالرغم من آثاره المدوية التي تضرب صميم الأسرة والمجتمع، هذا يترتب عليه تعويض جراء ألم الذي يلحق بالمطلقة.

وقد قررت قوانين الأحوال الشخصية المغربية مجال الدراسة جملة من الآثار المالية المترتبة على الطلاق ذات الطبيعة الاستحقاقية، على اعتبار أن امتداد الآثار المالية للطلاق بطريقة مشتركة بين أفراد الأسرة ويتجلى ذلك من خلال متاع بيت الزوجية المتنازع عليه وما يكتنفه من منازعات واستحقاق نصيب كل منها نصيب معين، والحقيقة أن أغلب هذه الآثار هي حقوق للمرأة المطلقة منها حقها في النفقة بعد الطلاق وحقها في المهر الذي قد يؤجل في بعض الحالات. فنتناول في هذا الفصل لمباحث ثلاثة على النحو الآتي:

- المبحث الأول: تنازع في متاع البيت وجهاز المرأة في قوانين الأحوال الشخصية المغربية.
- المبحث الثاني: حق المطلقة في النفقة في قوانين الأحوال الشخصية المغربية.
- المبحث الثالث: حق المطلقة في المهر في قوانين الأحوال الشخصية المغربية.

المبحث الأول: التنازع في متاع البيت وجهاز المرأة في قوانين الأحوال الشخصية المغربية
 إن أهم النزاعات بين الزوجين، بل وتعد أكثرها غموضاً وتعقيداً، وخاصة بين المطلقين هو النزاع أو الخصام حول محتويات البيت، وهو ما يشتمل عليه من مفروشات وأدوات تكون الزوجة قد جلبتها معها يوم زفافها، أو تكون قد اشترتها من مالها الخاص أثناء الحياة الزوجية، والتنازع في ذلك يكون بأن يزعم كل من الزوجين أن أثاث بيت الزوجية ملكه وحق له كله أو بعضه، وفي الغالب لا يكون بيد أحدهما دليل قاطع وعليه سأحاول من خلال هذا المبحث إلقاء الضوء على هذه المسألة مبينا آراء الفقهاء وأحكامهم كذلك التطرق إلى ما جاء في قوانين الأحوال الشخصية المغربية وفق التفصيل الآتي:

- المطلب الأول: مفهوم متاع البيت وجهاز المرأة في الفقه.

- المطلب الثاني: أحكام التنازع في متاع البيت في قوانين الأحوال الشخصية المغربية.

المطلب الأول: مفهوم متاع البيت وجهاز المرأة في الفقه

تثار العديد من النزاعات بعد الطلاق بين الطليقين بخصوص متاع بيت الزوجية، في ظل تمسك كل منهما بأحقية في المتاع، وهنا تثار العديد من الإشكاليات القانونية خاصة في تكييف ما هو معتاد للرجال وما هو نسائي، أو ما هو مشترك بينهما لذلك وجب التطرق لكل هذه وفق التفصيل الآتي:

- الفرع الأول: تعريف متاع البيت وجهاز المرأة في الفقه.

- الفرع الثاني: أحكام التنازع في جهاز المرأة ومَتاع البيت في الفقه.

- الفرع الثالث: مسائل التنازع في متاع البيت في الفقه.

الفرع الأول: تعريف متاع البيت وجهاز المرأة في الفقه

لابد من تبيان معنى متاع البيت والجهاز في الجانب اللغوي والاصطلاحي على النحو الآتي:

البند الأول: تعريف متاع البيت

أولاً - المتاع لغة: (1)

ذكر الله تعالى المتاع والتمتع، والاستمتاع، والتمتع في مواضع من كتابه ومعانيها وإن اختلفت راجعة إلى أصل واحد، قال الأزهرى (2) : فأما المتاع في الأصل فكل شيء ينتفع به ويتبلغ به، ويتزود والفناء يأتي عليه في الدنيا، وقال أيضاً: المتاع في اللغة كل ما انتفع به.

والمتاع: السلعة، والمتع أيضاً: المنفعة، والمتاع: كل ما ينتفع به من عروض الدنيا قليلها وكثيرها، والمتاع: المال والأثاث والجمع أمتعة، وأمتع جمع الجمع، وأمتع فهو من باب أقاطيع، والمتاع ما يستمتع به الإنسان في حوائجه.

ومتاع البيت هو: الأثاث من فراش، ونحوه

ثانياً - المتاع اصطلاحاً:

بحثت في بعض كتب الفقهاء القدامى عن مفهوم متاع البيت، وجدت أكثرهم قد عبر عما يجب على الزوج توفيره لزوجته بمتاع البيت، وذكر آخرون ما يجب على الزوج لزوجته في البيت، وقالوا إنه يجب عليه آلات أكل وشرب وطبخ، وسموه متاعاً للبيت.

(1) ابن منظور. لسان العرب. باب متع. ج. 6. ص 4127 وما بعدها؛ الزبيدي. تاج العروس. باب متع. ج. 22. ص 182.

(2) الأزهرى: هو محمد بن الأزهر الهروي أبو منصور أحد الأئمة في اللغة والأدب، مولده بمرأة 282هـ، نسبة إلى جده الأزهر، عني بالفقه فاشتهر به أولاً، ثم غلب عليه التبحر في اللغة العربية، فرحل في طلبها، وقصد القبائل، وتوسع في أخبارهم سمع بمرأة من الحسين ابن ادريس ومحمد بن عبد الرحمان السامي وغيرهم، ثم رحل إلى بغداد فسمع أبو القاسم البغوي وأبا بكر بن داود وإبراهيم بن عرفة نبطوية، وغيرهم وروي عنه أبو يعقوب القراب وأبو ذر بن أحمد وأبو عثمان سعيد القرشي. وغيرهم ومن مصنفاته: تهذيب اللغة، والزاهر في غريب ألفاظ الشافعي التي أودعها المزي في مختصره، وتفسير القرآن، توفي بمرأة سنة 370 هـ، (تاج الدين السبكي، طبقات الشافعية الكبرى ج. 3. ص 63 وما بعدها؛ عمر كحالة. معجم المؤلفين. ج 8، ص 230؛ ابن خلكان. وفيات الأعيان. ج. 4. ص 334 وما بعدها).

إلا أنه جاء في تكملة حاشية رد المختار تعريف للمتاع بقوله: " المراد بالمتاع هو: ما كان في البيت: أي ما ثبت وضع أيديهما عليه أو تصرفهما فيه بأن كانت أيديهما تتعاقب عليه وتختلف بالتصرف".⁽¹⁾

والملاحظ أن هذا التعريف قد جاء جامعا لمفهوم متاع البيت، حيث جعل كل ما في البيت يعتبر متاعا للزوجين فقط بشروط وهي:

- ثبوت وضع كل من الزوجين يده عليه.

- التصرف فيه بأن كانت أيديهما تتعاقب عليه.

فيدخل في ذلك الأثاث من فراش وأواني وأدوات وآلات مخصصة للخدمة والانتفاع بها في البيت، واللباس، والحلي، وكذلك السيارة المخصصة لخدمة البيت، والحيوان إن وجد خاصة في المناطق الريفية، ويخرج من ذلك ما كان خاصا بحرفة كل واحد منهما أو عمله، ويخرج كذلك السكن.

وقد عرفه من المحدثين الدكتور مصطفى الشلي بقوله: " يراد بمتاع البيت هنا كل ما يوجد فيه بيت الزوجية مما ينتفع به في المعيشة سواء كان من الجهاز، أو أدوات منزلية وجدت بعد الزفاف".⁽²⁾

ثالثا - المتاع قانونا:

لم يتطرق المشرعون المغاربة لتعريف المتاع، وإنما اكتفوا بذكر أحكام التنازع فيه، وحسنا ما فعل المشرعون، لأن التعريف ليس من اختصاص التشريع وإنما من اختصاص الفقه.

ومن خلال جميع التعريفات السابقة يلاحظ أن جميعها اتفق على أن المتاع هو كل ما يوجد في بيت الزوجية، تحت يد الزوجين، وينتفعان به، ويشمل الجهاز وغيره من آثاث البيت والأدوات المنزلية وغيرها.

⁽¹⁾ بن عابدين. حاشية رد المختار. ص 11

⁽²⁾ محمد مصطفى الشلي. أحكام الأسرة في الإسلام. ص 414.

البند الثاني: تعريف الجهاز

أولاً - الجهاز لغة: (1)

جهاز جهاز العروس والميت وجهازهما ما يحتاجان إليه، وكذلك جهاز المسافر، وقد جهزه فتجهز، وجهزت العروس تجهيزاً، كذلك جهزت الجيوش، تجهيز الغازي: تحميله وإعداد ما يحتاج إليه في غزوة، أي تهيأت له، وجهاز الرحالة ما عليه.

ثانياً - الجهاز اصطلاحاً:

لم يتطرق الفقهاء القدامى لتعريف الجهاز واكتفوا بالإشارة إليه في كتبهم عند حصول التنازع فيه، أو عند الحديث عن المسؤول عن شرائه، لكن يفهم من خلال كلامهم أنهم لم يخرجوا عن المفهوم الذي جاء به أهل اللغة، وهو ما تأتي به المرأة في ليلة زفافها.

وقد عرفه من المحدثين الدكتور وهي الزحيلي: "هو أثاث المتزل وفراشه وأدوات بيت

الزوجية". (2)

إلا أن هذا التعريف جاء عاماً فاختلط مع مفهوم متاع بيت الزوجية، الذي يشمل على

أثاث المتزل وفراشه وأدوات بيت الزوجية، التي يمكن أن يأتي بها الزوجان قبل أو بعد الزفاف.

لكن تعريف الدكتور مصطفى الشليبي جاء أدق حيث قال: "الجهاز هو: ما يعد به بيت

الزوجية من أثاث وأدوات منزلية عند زفاف الزوجة لزوجها". (3)

وقد عرفه السيد سابق في كتابه فقه السنة بقوله: "الجهاز هو الأثاث الذي تعده الزوجة هي

وأهلها ليكون معها في البيت، إذا دخل بها الزوج". (4)

فهذا التعريفان قد حصر مفهوم الجهاز فيها يجهز به بيت الزوجية عند الزفاف، وهو عادة

وعرفا ما تنهياً به الزوجة وتعدده هي وأهلها لليلة زفافها، وأعراف البلاد المغاربية خاصة وبعض

(1) ابن منظور. لسان العرب. باب جهاز. ج. 1. ص 712.

(2) وهي الزحيلي. الفقه الإسلامي وأدلته. ج. 7. ص 311.

(3) مصطفى الشليبي. أحكام الأسرة في الإسلام. ص 410.

(4) السيد سابق، فقه السنة، المكتبة العصرية، بيروت، لبنان، الطبعة الثانية، 2000 ج. 2، ص 304.

البلاد العربية الأخرى جرت على أنه لا تزف المرأة إلى زوجها إلا بعد أن تتجهز بل وقد أصبح في الوقت الحاضر ينفق على الجهاز أكثر مما يقدم للمرأة من مهر.

الفرع الثاني: أحكام التنازع في الجهاز المرأة ومتاع البيت في الفقه

قد يختلف الزوجان حول قيمة الجهاز أو صفته أو جنسه أو قدره يوم أخذ الزوج له من عند زوجته وامتناعه عن رده فيصبح ذلك في حكم الغاصب وقد يختلفان حول تسليم الزوج للجهاز ورده إلى زوجته، وقد يختلفان حول ملكيته بعضه أو كله.

البند الأول: حالات التنازع في قيمة الجهاز أو وصفه

من المعلوم أن الجهاز الذي تزف به الزوجة إلى زوجها ملك لها وحدها، وليس ملك للزوج ولا نغيره حق استعماله والانتفاع به، إلا بإذنها ورضاها، ولها أن تمكن زوجها وضيوفه من الانتفاع به، كما لها أن تمتنع عن التمكين من الانتفاع، إذا امتنعت لا تجبر عليه⁽¹⁾

وإذا كان الجهاز عند الزوج، يلزم بالمحافظة عليه، كما أن له الحق في استعماله بإذن الزوجة، فإن تسليم الجهاز إلى الزوج يكون على سبيل عارية الاستعمال ولا يتعارض هذا التكييف مع حق الزوجة في استرداد جهازها في أي وقت تشاء، لأن المقرر شرعا أن للمعير أن يرجع في العارية متى شاء لقول النبي صلى الله عليه وسلم: "إلا أن العارية مؤداة، والمنيحة مردودة"⁽²⁾.

ولأن المنافع لا تملك شيئا على حساب حدوثها، فالتملك فيما لم يوجد به القبض فيصح الرجوع عنه.

وإذا طالبت الزوجة زوجها في أي وقت - ولو حال قيام الزوجية - برد أعيان جهازها فامتنع، انقلبت يده من يد أمانه إلى يد ضمان، وصار في حكم الغاصب شرعا وقانونا.⁽³⁾

(1) السيد سابق. مرجع سابق. ص 302.

(2) الطبراني. المعجم برقم 7615. ج 8. ص 135.

(3) محمد عزمي البكري. ج 1. ص 456.

والغضب استعمل في عرف الفقهاء، في أخذ أعيان الممتلكات بغير رضا أربابها وغير ما يجب على وجه القهر والغلبة من ذي سلطان وقوة.⁽¹⁾

وعليه فإن اختلف الزوجان في أصل غضب الجهاز أو شيء منه أو في جنس المصوب ونوعه، أو قدره، أو صفته، أو قيمته وقت الغضب، فالقول في ذلك كله قول الزوج، وعلى الزوجة أن تقيم البينة، فإن أقامت البينة حكم لها بما ادعت وإذا لم تقدم بينة جاز لها توجيه اليمين إلى الزوج.

البند الثاني: التنازع في رد الزوج للجهاز للزوجة

وفي هذه المسألة يجب أن يفرق بين حالتين:

أولاً: إذا كان الزوج قد أخذ الجهاز بإذن الزوجة ورضائها، ولم ينكر حقها فيه، ورده لها عند طلبها إياه، إلا أنها أنكرت الرد وتسليمه لها فالزوج في هذه الحالة في حكم المستعير.

وعليه إذا ادعى الزوج رد أعيان الجهاز لزوجته، وأنكرت في الرد فإنه يطبق عليه حكم رد العارية، وقد اختلف الفقهاء في ذلك:

1. مذهب الحنفية:⁽²⁾

قالوا إذا ادعى المستعير رد العارية، وهو الزوج في هذه الحالة، فهو مصدق والقول قوله مع يمينه في كل ما يصدق فيه المودع، لأنه أمين ينكر وجوب الضمان عليه، لأن كل أمين ادعى إيصال الأمانة إلى مستحقيها قبل قوله بيمينه.

2. مذهب المالكية:

قالوا إذا ادعى المستعير وهو الزوج أنه رد العارية التي لا يغاب عليها إلى صاحبها، أي: ما لم يمكن أن يضمن في عرف الناس، فإنه يصدق بيمينه، لأن القاعدة أن من قبل قوله في الضياع

(1) الخطاب. مواهب الجليل. ج.5. ص 274.

(2) الحصفكي. الدر المختار. ج.6. ص 252.

والتلف قبل قوله في الرد إلى ما دفعه إليه، إلا ان يكون أخذه بينة مقصودة للتوثيق، فإنه لا يقبل قوله في رده الا بينة.

وأما إذا ادعى رد العارية التي يغاب عليها، أي ما لا يمكن أن يصدق في ضياعه، فالقول قول المعير بيمينه وهي الزوجة، ولا يصدق المستعير أي: الزواج إلا بينة⁽¹⁾.

3. مذهب الحنابلة:

أولاً: قالوا إن اختلف المعير والمستعير في رد العارية فإن قال المستعير: رددتها وأنكره المالك فقول المالك بيمينه لأن الأصل عدم الرد، وكالمدين إذا ادعى أداء الدين.

وعليه إذا ادعى الزوج رد الجهاز وأنكرت الزوجة فالقول قولها مع يمينها .

ثانياً: إذا طالبت الزوجة برد أعيان جهازها التي كانت قد سلمتها مع يمينها بها، فامتنع هذا الأخير⁽²⁾ عن الرد، فإنه يأخذ حكم الغاضب في هذه الحالة، فينشأ بينها خلاف حول قيمة هذا الجهاز أو صفته أو جنسه أو قدره على ما تقدم إلا أنه إذا عاد وأقر الزوج بما ادعته الزوجة وادعى رد الجهاز الذي كان بجوزته أو قيمته، فقد اتفق الفقهاء⁽³⁾، على أن القول في هذه الحالة قول المالك، أي: الزوجة ولا يصدق الغاضب وهو الزوج إلا بينة.

البند الثالث: التنازع في ملكية الجهاز كله أو بعضه

سبق وأن بينت أن الجهاز ملك للمرأة وهذا باتفاق الفقهاء، فإذا حصل نزاع بينهما حول ملكية الجهاز خاصة بعد حالة الطلاق، وقد خرجت من بيت الزوجية وخلفت وراءها جهازها كله أو بعضه، فإنها تلجأ إلى القاضي وتطلب الحكم لها بكل جهازها أو بعضه وهو الذي كانت قد حملته معها وجاءت به إلى بيت الزوجية ليلة زفافها، فإذا أنكر الزوج ملكيتها لما تدعيه، في هذه الحالة تطبق القواد العامة في النزاع، وعليه أن تثبت بكل الوسائل الإثباتية بما فيها يمين ملكيتها

(1) الموافق. التاج والإكليل. ج.5. ص 272؛ الحرشي. شرح المختصر خليل في شرح. ج.6. ص 128.

(2) البهوتي. كشف القناع. ج.4. ص 74.

(3) الكاساني. بدائع الصنائع. ج.6. ص 164؛ الخطيب الشربيني. مغني المحتاج. ج.3. ص 342؛ ابن موفق الدين بن قدامة. المغني. ج.5. ص 438.

كما تدعيه، إلا أن يوجد عرف يقضي بأن تأتي الزوجة بأثاث معين أو أدوات معينة، فإنه يحكم العرف في مثل هذه الحالة.

فإذا عجزت عن إثبات ذلك بأدلة الإثبات المختلفة، ولم يكن هناك عرف، فإنها تلجأ إلى التنازع بينها وبين الزوج حول متاع البيت.

الفرع الثالث: مسائل التنازع في متاع البيت

اختلف الفقهاء حول مسألة التنازع بين الزوجين في متاع البيت، واتفقوا في بعض أحكامه، وزيادة في التوضيح سوف أتناول على مذهب علي حدي:

أولاً - مذهب الحنفية: (1)

ذهب الحنفية إلى أنه إذا وقع التنازع بين الزوجين حول متاع من متاع البيت، فمن أقام البينة منها حكم له، إلا أنها لو اختلفا متاع في من متاع النساء وأقامها البينة يقضي به الزوج، لأن بينته خلاف ظاهر، فكذلك لو اختلفا في متاع من أمتعة الرجال وأقامها البينة يقضي به للزوجة، لأن بينهما خلاف ظاهر.

وتسقط البيتان فيما يصلح لهما لتعارضهما وعدم وجود المرجح لإحدهما على الآخر، ويكون القول قول الزوج، لأنه هو من يشهد له الظاهر فهو صاحب البيت فيكون كل ما في البيت ملك له.

أما إذا لم يكن لأحدهما بينة فإنه يجب التفريق بين حالتين:

الأولى: إذا وقع التنازع بين الزوجين في حال قيام النكاح، فما كان يصلح للرجال كالعمامة، والقلنسوة، والسلاح وغيرها، فالقول قول الزوج مع يمينه، لأن الظاهر شاهد له، وما يصلح للنساء، مثل الخمار، والملحفة، والمغزل ونحوها، فالقول قول الزوجة مع يمينها، لأن الظاهر شاهد لها، وما يصلح لهما جميعاً كالدرهم، والدنانير، والبسط والحبوب ونحوها فالقول قول الزوج إلا أن تقيم المرأة البينة على ذلك .

(1) السرخسي. المبسوط. ج.5. ص27؛ الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع. ج.2. ص610؛ ابن نجيم. البحر الرائق. ج.4. ص320.

الثانية: إن اختلفا بعد ما طلقها ثلاثاً أو بائناً، فالقول قول الزوج، لأنها صارت أجنبية بالطلاق. وإذا أقرت المرأة سواء حال قيام النكاح أو بعد الطلاق بمتاع أن الرجل اشتراه فهو الرجل، لأن الشراء سبب موجب للملك، وقد أقرت له مباشرة هذا السبب، ولأن ما أقرت به كالمعين، ولو عيناه اشترى شيئاً كان ذلك مملوكاً له، فكذلك إذا أقرت هي بشرائه وعليه البينة، لأنها أقرت بذلك لزوجها، ثم ادعت الانتقال فلا يثبت الانتقال إلا بدليل.

ثانياً - مذهب المالكية: (1)

إذا تنازع الزوجان في متاع البيت وسواء كان تنازعها حال كونها في عصمته قبل الطلاق أو بعده، فادعي الرجل شيئاً يشبه أن يكون للنساء كالحلي أنه له، وأقام على ذلك بينة، فإنه يحلف أنه اشتراه له لا لها، وأنها لم تدفع إليه ثمنه ولا شيئاً منه إن ادعت ذلك، ثم يقضي له به، وكذلك المرأة إذا ادعت شيئاً من متاع البيت يشبه أن يكون للرجال كالسيف، فقالت هو لي وأقامت على شراء ذلك بينة، فإنه يقضي لها به وسكت عن يمينها تأويلين، فقيل: ليس عليها بخلاف الرجل، لأن الرجال قوامون على النساء، وقيل: بل عليها وسكت عنها اجتزاء بذكر يمين الرجل. وأما لو شهدت له أولها ببينة على أن هذا الشيء المتنازع فيه ورثه أو وهب له، لكان لمن شهدت له به بلا يمين كما هو ظاهر.

الحاصل أنه لو أقام كل واحد من الزوجين ببينة في شيء أنه له، فالظاهر أنه يقضي بالعدل البينتين (جمع بينة) فإن تساوى رجوع بسبب من أسباب الترجيح، فإن تكافأتا سقطتا، ورجع في ذلك إلى أنه هل يعرف للرجال أو النساء أولهما.

ثالثاً - مذهب الشافعية: (2)

(1) مالك. المدونة. ج. 2. ص 187 وما بعدها؛ الدردير. الشرح الكبير. ج. 2. ص 336؛ الحطاب. مواهب الجليل. ج. 3. ص 539؛ الخرشي. شرح مختصر خليل. ج. 3. ص 300 وما بعدها؛ الصاوي. بلغة المالك. ج. 2. ص 322.
(2) الشيرازي، المهذب. ج. 3. ص 424؛ الماوردي، الحاوي الكبير، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، سنة 1414هـ - 1994، ج 17، ص 408.

إذا تنازع الزوجان في متاع البيت قبل أن يتفرقا أو بعدما تفرقا، فمن أقام منهما البينة على شيء من ذلك فهو له، وإن كان لم يكن بينة فما اختص أحدهما باليد عليه حسنا أو حكما بأن كان في ملكه فالقول قوله فيه يمينه، وما كان في يدها حسا أو في البيت الذي يسكنانه فلكل واحد تحليف الآخر، فإن حلف جعل بينهما، وإن حلف أحدهما دون الآخر قضى للحالف.

إذ تستوي يد المشاهدة ويد الحكم، لأن النبي صلى الله عليه وسلم قال: "البينة على المدعي واليمين على من أنكر"⁽¹⁾، وكل واحد منهما مع اشتراكها في اليد مدع، ومدعى عليه، ولأن الاشتراك في اليد يمنع من الترجيح بالعرف قياسا على يد المشاهدة ولأن ما لم يترجح به يد المشاهدة لم يترجح به يد الحكم، كتنازع الدباغ والعطار في عطره ودباغته.

ولأن ما يسقط فيه اعتبارا العرف في اليد المفردة، سقط فيه اعتباره في اليد المشتركة، كالغني والفقير في اللؤلؤ والجوهر، ولو كان العرف مع اشتراك اليد معتبرا، لا وجب تنازع العطار والدباغ في العطر والدباغة أن يجعل العطر للعطار، والدباغة للدباغ.

رابعا - مذهب الحنابلة: (2)

إذا تنازع الزوجان في متاع البيت وسواء اختلفوا في حال الزوجية أو بعد البينونة، وكانت لأحدهما بينة، ثبتت له، بلا خلاف، وإن لم يكن لواحد منها بينة فالمنصوص عن أحمد أن ما يصلح للرجال، من العمائم، وقمصانهم، وجباتهم، والاقبية، والطبالسة، والسلاح، وأشبه ذلك القول فيه قول الرجل مع يمينه، وما يصلح للنساء، كحليهن، وقمصهن، مغازهن فالقول قول المرأة مع يمينها، وما يصلح لهما، كالمفارش، والأواني فهو بينهما سواء كان في أيديهما عن طريق المشاهدة، أو عن طريق الحكم، لأن أيديهما جميعا على متاع البيت، بدليل ما لو نازعهما فيه أجنبي " كان القول قولهما.

(1) الدار قطني. سنن الدار قطني، كتاب الحدود والديات وغيره برقم 3191-3192. ج.4. ص 144.

(2) بن قدامة. الشرح الكبير. ج.12. ص 177 وما بعدها؛ بن قدامة. المغني. ج 12. ص 225.

المطلب الثاني: أحكام التنازع في متاع البيت في قوانين الأحوال الشخصية المغاربية

يعد النزاع حول أثاث بيت الزوجية من أعقد المسائل المثارة أمام المحاكم المغاربية، وذلك كأثر من آثار الطلاق، فأثاث البيت الزوجية هو كل ما يسعى الزوجان لشراؤه واقتنائه استعدادا لدخول تجربة حياته وهي الزواج، وقد تثار العديد من الإشكالات القانونية لدى القضاة في ظل تمسك كل منهما بأحقيته في المتاع خاصة في تكييف ما هو ذو استعمال رجالي أو نسائي أو مشترك بينهما، ولذلك وجب التفصيل على النحو الآتي:

- الفرع الأول: أحكام التنازع في متاع البيت في قانون الأسرة الجزائري.
- الفرع الثاني: أحكام التنازع في متاع البيت في مدونة الأسرة المغربية.
- الفرع الثالث: أحكام التنازع في متاع البيت في مجلة الأحوال الشخصية التونسية.

الفرع الأول: أحكام التنازع في متاع البيت في قانون الأسرة الجزائري

عمل المشرع على إيجاد حل لمشكلة متاع بيت الزوجية، والتي أصبحت معضلة حقيقية أمام المتقاضين، وكذلك القضاة الذين يجدون صعوبة في حلها في ظل القصور التشريعي وحصر ذلك في مادة وحيدة لم تف بالغرض.

فكانت المسألة عسيرة على الحل لا سيما وارتباطها بتأدية اليمين لمن لا يجوز بينه من الطرفين.

البند الأول: النزاع حول أثاث البيت في قانون الأسرة

هذا وقد عالج المشرع الجزائري مسألة النزاع في متاع البيت في صلب المادة 73 قانون الأسرة، والتي تنص على: وهذه المادة مستندتها الفقهي الرأي الأول، ففي ما يخص المتاع المعتاد للنساء، والمتاع المعتاد للرجال فقد أخذت فيه بقول أبي حنيفة ومالك ومحمد أما بالنسبة للمشارك بينهما، فقد أخذت برأي ابن وهب والمغيرة من المالكية، كما مر ذكره، أما بالنسبة للخلاف بين الورثة فقد أخذت برأي الذي يسوي في الحكم بين الزوجين في الحياة الزوجية، وبين الورثة بعد

المات، دون فرق يذكر، فقط فالاختلاف بينهما يكمن في كيفية الحلف، فالورثة يحلفون على العلم، أما الزوجان فيحلفان على البت⁽¹⁾ واليمين الموجهة في هذه الحالة تسمى باليمين المتممة وهي يمين جوازية تكميلية⁽²⁾ يأمر بها القاضي من تلقاء نفسه، حين لا يكون في المسألة دليل مكتمل، ويمكن توجيههما في أي مرحلة من مراحل الدعوى القضائية، طالما لم يصدر في القضية حكم نهائي حائز لقوة الشيء المقتضى فيه، ولا تغير طلبا جديدا.⁽³⁾

ففي هذه المسألة المعتاد للرجال ظاهر يشهد للرجل، وهو دليل غير كامل فتوجه إليه اليمين في هذا القسم لتعضده، أما الزوجة فالمعتاد للنساء ظاهر يشهد لها فتوجه إليها اليمين المتممة للتعضد هذا الدليل.

وعلى الرغم من وضوح هذه المادة، إلا أنه قد وجد اجتهادان قضائيان في حدود الاطلاع يتعارضان مع صريح المادة، بل ويناقضان مع اجتهادات أخرى⁽⁴⁾، فالأول جاء فيه: "... إن أثار البيت المخصص للاستعمال الثنائي بين الزوجين يعتبر ملكا للزوج، ما لم يثبت الزوجة بالبينة أن ذلك ملك لها، أو هو من جملة صداقها فإن لم يكن هذا الزوج أحق به مع يمينه، ومن ثم فإن النقاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا للقواعد الشرعية"⁽⁵⁾، أما القرار الثاني فجاء فيه: "... من المقرر شرعا وقانونا أنا أثار البيت مبدئيا هو ملك للزوج وللزوجة أن تثبت عكس ذلك".⁽⁶⁾

وواضح أن هذين القرارين يتعارضان مع حكم المادة 73 من قانون الأسرة

(1) ينظر في الفرق بين الزوجين والخلاف بين الورثة: مالك، المدونة الكبرى، ج2، ص 196.

(2) ينظر في هذا: المادتين 348-349 من القانون المدني رقم 75-58.

(3) عبد السلام عبد القادر، النزاع حول متاع البيت بين النص التشريعي والاجتهاد القضائي، مجلة الأحياء، ع5، 2002، كلية العلوم الاجتماعية والعلوم السياسية، جامعة باتنة، ص 277.

(4) المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشخصية والموارث- قرار رقم 32131، صادر بتاريخ 1984/11/05، م ق، ع2، 1990، ص 78؛ رقم 189245، صادر بتاريخ 1996/04/21، م ق، ع خ 2001، ص 242.

(5) المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشخصية والموارث- قرار رقم 52212، صادر بتاريخ 1989/01/19، م ق، ع3، 1991، ص 55.

(6) المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشخصية والموارث- قرار رقم 44858، صادر بتاريخ 1987/12/07، م ق، ع4، 1990، ص 50.

مما ينبغي الإشارة إليه في هذا المقام أن المادة 73 ق.أ. ج لا تطبق إلا حيث يوجد متاع المتنازع عليه وتنعقد البينة، أما إذا لم يوجد المتاع بأن أنكره أحد المتداعيين، ففي هذه الحالة تطبق القاعدة العامة في الإثبات، البينة على المدعي، واليمين على من أنكر، ومن الخطأ تطبيق المادة 73 قانون الأسرة⁽¹⁾، وهذا ما أكدته المحكمة العليا في عدد من قراراتها حيث اعتبرت الاحتكام إلى القواعد العامة للإثبات هو الأنسب في مثل هذه الحالة، ومن هذه القرارات رقم 216836 الذي جاء فيه: "من المقرر شرعاً وقانوناً أنه في حالة إنكار وجود متاع المطالب به عند أحد الزوجين تطبق القاعدة العامة في الإثبات البينة على من ادعى واليمين على من أنكر"⁽²⁾ إضافة إلى قرارات أخرى أكدت هذا المسلك.⁽³⁾

فالتزاع الذي يقوم بين الزوجين أو بين الورثة على المتاع في حالة انعدام الدليل، وإنكار أحد الخصمين لوجود المتاع المدعى به، فإنه لا تثار بشأنه اليمين المنصوص عليها في المادة 73 قانون الأسرة، وإنما تطبق القاعدة العامة في الإثبات، حيث تسمى اليمين الموجهة لأحد المتنازعين، في الفقه القانوني باليمين الحاسمة⁽⁴⁾، وفي يمين حسم النزاع، وتوجه من أي من الخصمين إلى الخصم الآخر، ولا يوجهها القاضي، وإنما دوره ينحصر في منعها إن كانت تتضمن تعسفاً، وهي توجه في أي مرحلة من مراحل الدعوى⁽⁵⁾.

ومع هذا فقد وجد قرار صادر من المحكمة العليا في الإثبات، ذلك أن حيثيات القضية - محل النزاع - توضح أن الزوج - المدعي عليه - ينكر وجود متاع المدعي به، ومن ثم فلا تطبق المادة 73 ق.أ.ج ومع هذا خرج القرار مناقضاً لهذا الأصل.

(1) عبد السلام عبد القادر. النزاع حول متاع البيت. ص 261-262.

(2) المحكمة العليا - غرفة الأحوال الشخصية والميراث - رقم 216836، صادر بتاريخ 1999/03/16، م ق، ع خ، 2001، ص 245.

(3) المحكمة العليا - غرفة الأحوال الشخصية والميراث - رقم 50075، صادر بتاريخ 1988/07/18 م ق، ع 4، 1990، ص 64.

(4) المادة 343 من القانون المدني، رقم 75-58.

(5) عبد السلام عبد القادر. النزاع حول متاع البيت. ص 265 وما بعدها.

وما يلاحظ أن المشرع الجزائري حاول، في ظل انعدام البيئة وصعوبة الحياة بسبب طبيعة الحياة المشتركة، اختيار أحسن الحلول وأقربها إلى العدل لفض النزاع أخذاً بذلك الكثير من الاعتبارات، حيث إن العادة جرت أن الزوجة لا تخلو من جهاز تأتي به لبيت الزوجية، هذا من جهة ومن جهة أخرى التطور الحاصل في المجتمع، والذي نجم عنه خروج المرأة للعمل، مما يطرح اشتراكها في تأثيث البيت.⁽¹⁾

احتمال ملكيتها للأثاث قائمة إلى جانب احتمال ملكية الزوج الذي يسنده وقوع مسؤولية تجهيز البيت - شرعا وقانونا - على عاتقه لكونه يدخل ضمن توابع المسكن. وأمام هذه الاحتمالات، وانعدام البيئة، فلا يمكن الأخذ بالرأي القائل أن القول للزوج، فهذا مجحف في حق الزوجة، كما لا يمكن الأخذ برأي الزوجة وحدها فهو أيضا مجحف في حق الزوج، ومن ثم بقي القول الذي اختارته المادة 73 هو الأقرب للعدل.

البند الثاني: الخلافات المتعلقة بمتاع البيت في قانون الأسرة والاجتهاد القضائي

بالرغم من تراكم قضايا والتراعات بين الزوجين بشأن متاع مسكن الزوجية خصوصا بينهما يكونان بصدد إنهاء العلاقة الزوجية إلا أن المشرع لم يتطرق إلى هذه المسألة بشكل كاف، حيث اكتفى بنص مادة وحيدة وهي المادة 73 قانون الأسرة التي تنص على: " إذا وقع نزاع بين الزوجين أو ورثتها 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"⁽²⁾

(1) المحكمة العليا - غرفة الأحوال الشخصية والموارث - رقم 39775، صادر بتاريخ 1986/01/27، م ق، ع، 1، 1989، ص 108.

(2) المادة 73 ق. أ. ج. " إذا وقع نزاع 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".

والواقع في المحاكم الجزائرية أثبت أن هناك صعوبة تكمن في كيفية إثبات الأثاث سواء بالنسبة للزوج أو الزوجة والتي تكون في معظم المواقف الطرف الأضعف، لأن المتاع عادة ما يتواجد بين الزوج والذي هو بالبيت الزوجية.

وهكذا يكون المشرع الجزائري قد أغفل بعضا من التفاصيل المهمة التي يحتاج من أجل حسم الخلاف بين الزوجين على عكس من ذلك نجد اجتهاد القضاء الجزائري قد تطرق إلى العديد من الجزئيات المهمة في هذه المسألة منها: أنه كرر تأكيده على ضرورة الالتزام بنص المادة 73 ق، أ، ج وكذا القاعدة العامة في الإثبات وهي: "البينة على من ادعى واليمين من أنكر".⁽¹⁾

كما فيه اجتهاد القضاء الجزائري، حيث أكد قضاة الموضوع الى ضرورة عدم عكس القاعدة العامة في الإثبات، حيث أوجب نقض القرار الذي حكم باليمين على المدعي⁽²⁾ ثم إنه لا يكتفي القاضي بمجرد توجيه اليمين دون التأكد من وجود أو عدم وجود محل النزاع المدعي عليه، فقد اعتبر اجتهاد القضاء القرار الذي وجه فيه اليمين دون معرفة وجود أو عدم وجود المتاع محل النزاع، من عدم التسبب، وفيه خرق واضح للقانون⁽³⁾، كما اعتبر

(1) المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشخصية والمواريث- مؤرخ في 1995/01/31، رقم 112673، نشرية القضاة، 1996، العدد 49 ص 237 جاء فيه: "النزاع في متاع البيت- حكم بالطلاق مع إلزام الزوج برد المتاع والمصوغ للزوجة استثناء- إلغاء الحكم المستأنف- الطعن لخرق المبادئ العامة لوسائل الإثبات والنقض- نقلا عن: (جمال سايس. الاجتهاد القضائي. ص 818).

(2) المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشخصية والمواريث- مؤرخ في 1999/03/16، رقم 216839، مجلة الاجتهاد القضائي للأحوال الشخصية للديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، عدد خاص، 2001، ص 245، جاء في القرار: "كذلك كما تبين في قضية الحال أن المدعى عليه قد أنكر وجود الأمتعة المطالب بها، وقضى قاضي الموضوع برفض الدعوى في الحال دون تطبيق القاعدة العامة في الإثبات بتوجيه اليمين للمدعي عليه، حكم بنقض هذا القرار...".

(3) المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشخصية والمواريث- مؤرخ في 1992/10/27، رقم 86097، الاجتهاد القضائي. مرجع سابق. ص 233 جاء فيه: "إن الاكتفاء بتوجيه اليمين قبل معرفة وجود أو عدم وجود محل النزاع المدعي به يعتبر بمثابة انعدام التسبب وخرق واضح لقواعد الإثبات".

السكوت، وعدم توجيه اليمين الواجب توجيهها حسبما جاء في نص المادة 73 ق. أ. ج مما يوجب نقض القرار⁽¹⁾

وما يلاحظ على الاجتهاد القضائي الجزائري أنه جاء متفقا مع الاحكام التي أقرتها الشريعة الإسلامية، حيث جعل الحق مع من يسانده العرف وتأييده القرائن.

كما جعل النزاع المتعلق بمتاع مسكن الزوجية بين الزوجين وهما على قيد الحياة لا يختلف حوله بين ورثة كل منهما عند وفاة أحدهما أو وفاتهما معا، مما يستدعي الالتزام بالكيفية التي نصت عليها المادة 73 ق أ ج في حل نزاع المتاع وليس الخروج عن أحكامهما الى أحكام الموارث.⁽²⁾

كما أكد في هذا الإطار على ضرورة أن يفرق القضاة بين ما يعود للرجال وما يعود للنساء حتى يستطيعون تطبيق القواعد الشرعية والقانونية تطبيقا صحيحا.⁽³⁾

البند الثالث: موقف المشرع الجزائري لمشكلة متاع البيت

إذا افتقر كل طرف لأي دليل يثبت به إدعاءه، تكون هنا أمام تطبيق المادة إذا افتقر كل طرف لأي دليل يثبت به إدعاءه، نكون هنا أمام تطبيق المادة 73 من قانون الأسرة، والتي أكدت أنه بوقوع نزاع حول متاع البيت وليس لأحدهما بينة فالقول للزوجة أو ورثتها مع اليمين في المعتاد للنساء والقول للزوج أو ورثته مع اليمين في المعتاد للرجال، وما هو مشترك بينهما، وعلى هذا الأساس يمكن الخوض فيها على النحو الآتي:

(1) المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشخصية والموارث- مؤرخ في 14/01/1983، رقم 29634، مجلة القضاء، عدد 04، 1986، ص 48؛ نقلا عن: (بلحاج العربي، قانون الأسرة - مبادئ الاجتهاد القضائي وفقا لقرارات المحكمة العليا، ديوان المطبوعات الجامعة، بن عكنون، الجزائر، د ط، 2000، ص 137).

(2) المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشخصية والموارث- مؤرخ في 05/11/1984، رقم 32131، مجلة القضاء، عدد 2، ص 78؛ نقلا عن: (بلحاج العربي. مرجع سابق. ص 139).

(3) المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشخصية والموارث- مؤرخ في 04/01/1988، رقم 47453، مجلة القضاء عدد 3، 1991، ص 45؛ نقلا عن: (بلحاج العربي. قانون الأسرة . ص 142).

أولا - الأشياء ذات الاستعمال النسائي:

تضمنت المادة 73 من قانون الأسرة والتي تضمنت حل النزاع حول متاع بيت الزوجية شرطا مهما للغاية، وهو عدم امتلاك الزوجة أو ورثتها لبينة تؤيد ادعاءها حيث نصت على: "إذا وقع النزاع بين الزوجين، أو ورثتها في متاع البيت وليس لأحدهما بينة..." فبإعمال المفهوم المخالف لهذه المادة، فإن من يملك البينة على ادعائه يحسم المسألة لصالحه بدون تأدية اليمين وعلى هذا الأساس فإن الزوجة يمكنها أن تأخذ ما يدخل في نطاق الأشياء ذات الاستعمال النسائي بشرط تأدية اليمين، وفقا للجزء الخاص بذلك في طلب المادة 73 ف، أ، ج التي تضمنت "...فالقول للزوجة أو ورثتها على اليمين في المعتاد للنساء" ولذلك كان حريا بالقاضي أثناء الفصل في قضايا المتاع أن يتأكد من معرفة ما هو معتاد للنساء وما هو معتاد للرجال ولا يمكنه الاقتصار فقط على القائمة المقدمة إليه من أحد الطرفين، وتوجه اليمين إليه وإعطائه الحق بموجب اليمين ومنع من ينكر اليمين.⁽¹⁾

إن مسألة تحديد نوعية استعمال المتاع مسألة يفصل فيها قضاة الموضوع.

وعلى نفس السياق سارت المحكمة العليا في عديد قراراتها في علاج هذه الجزئية المتعلقة باستحقاق الزوجة ما يدخل في نطاق ما هو معتاد للنساء مع توجيه اليمين، وحن ذلك القرار الذي نص على: "من المقرر قانونا أنه في حالة النزاع على الأمتعة بين الزوجين، توجه اليمين الخاصة بالأمتعة للزوجة ومن ثمة فإن القضاة بخلاف هذا المبدأ يعد خرقا للقانون ولما كان ثابتا- في قضية الحال - أن النزاع قائم بين الطرفين حول الأمتعة وأن الزوج طالب بتوجيه اليمين للزوجة على عدم ترك أمتعتها في البيت الزوجية..."⁽²⁾.

(1) عبد العزيز سعد. قانون الأحوال الشخصية الجزائري في ثوبه الجديد. ص 149.

(2) قرار المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشخصية- قرار صادر بتاريخ 1996/07/09 ملف رقم 134417 - (الجلسة القضائية لسنة 1998، العدد الثاني، ص 72).

كما أن المصوغ يعتبر في نظر المحكمة العليا مما يدخل في المعتاد للنساء من خلال القرار الذي نص على: "يعتبر المصوغ من متاع البيت ومن المعتاد للنساء، وأن القضاء بتطبيق القاعدة العامة للإثبات على المصوغ موضوع النزاع رغم عدم إنكار المطعون ضده يعد خطأ في تطبيق القانون".⁽¹⁾

كما أن عجز المطلقة عن تقديم البينة عن باقي الأثاث المتنازع عليه يفرض على القاضي توجيه يمين الإنكار للمطلق، وهو ما زكاه قرار المحكمة العليا الذي تضمن ما يلي: "حيث أنه بالرجوع إلى أوراق الملف ولا سيما منها الحكم المستأنف والقرار المنتقد يتبين بالفعل أن قضاة الموضوع لم يجيبوا الطاعنة في عدد من دفعوها المتعلقة بالأثاث ولا سيما أنهم أغفلوا فواتيرها التي قدمتها للمناقشة والتي أشارت إليها المحكمة والتي ثبت شرائها لبعض الأثاث هذا من جهة ومن جهة أخرى، كما عجزت المدعية (الطاعنة ماليا) عن تقديم البينة عن باقي الأثاث كان من المفروض على قضاة الموضوع توجيه الإنكار للمطلق طبقاً للأحكام العامة بقواعد الإثبات ولما قضى قضاة الموضوع بخلاف ذلك جعلوا قرارهم عرضة للنقض جزئياً فيما يخص الأثاث محل النزاع"⁽²⁾

ثانياً - الأشياء ذات الاستعمال الرجالي:

في صورة ما ادعى الزوج أعقبته بمتاع البيت، لا سيما إذا لم يملك الدليل على ذلك وكان ما يدعيه يدخل في نطاق ما هو معتاد للرجال، وهو ما تضمنته المادة 73 من قانون الأسرة بنصها على: "... والقول للزوج أو ورثته مع اليمين في المعتاد للرجال..." وهو ما تضمنته إحدى قرارات المحكمة العليا، حيث قضى القرار بتحليف الزوج على شيء يدخل في نطاق ما هو معتاد لاستعمال النساء حيث جاء فيه: "إذا اختلف الزوجان على متاع البيت وكان مما يصلح عادة

(1) قرار المحكمة العليا - غرفة الأحوال الشخصية - قرار صادر بتاريخ 2001/02/21 ملف رقم 256672 - (الجلسة القضائية لسنة 2001، العدد الثاني، ص 304).

(2) المحكمة العليا - غرفة الأحوال الشخصية - قرار صادر بتاريخ 2005/10/12 ملف رقم 335858 نشرته القضاة لسنة 2008، العدد 63، ص 335.

للنساء يقضي بما تطلبه الزوجة بعد تحليفها اليمين، وعليه يستوجب نقض القرار الذي فصل في نزاع متعلق بمتاع البيت خاص بالنساء وحكم على الزوج بتأدية اليمين".⁽¹⁾

غير أن الأصل في الأشياء التي تدخل في تكوين متاع البيت هي ملك للزوج، وهو ما تضمنه قرار المحكمة العليا ذلك: "من المقرر شرعا وقانونا أن أثاث البيت مبدئيا هو ملك للزوج، وللزوجة أن تثبت عكس ذلك..."⁽²⁾

ويتضح من خلال هذا التحليل أن نص المادة والقرارات المحكمة العليا تتجلى في مدى الهوة الموجودة حيث حصلت المادة. 73 من ق، أ، ج، استفادت الزوج من المتاع المخصص للرجال، بينما تجعل قرارات المحكمة العليا فضلا عن استفادته من المتاع المعتاد للرجال من المتاع المشترك بينهما، لأنه تأثر برأي المالكية وأبي حنيفة من الفقه الإسلامي كما بيناه سابقا.

ثالثا - الأشياء المشتركة بينهما: أو الأشياء ذات الاستعمال المشترك:

في الشطر الأخير من المادة 73 من قانون الأسرة تضمن المشرع فكرة الأشياء ذات الاستعمال المشترك بينهما بنصه على: "... والمشاركات بينهما يقسمانها مع اليمين" فواضح مدى اتجاه المشرع الجزائري إلى جعلها بالتساوي بين الزوجين أو ورثتها باليمين، وعلى هذا الأساس يظهر دور القضاة في تكيف ما يصلح للاستعمال المشترك، وقد عاجلته المحكمة العليا هذه الجزئية بعيدد القرارات التي منها الذي نص على: "من المقرر قانونا أن المشاركات بين الزوجين في الأمتعة يتقاسمانها مع اليمين، ومتى تبين - في قضية الحال - أن القرار المنتقد لما أيد الحكم القاضي على الطاعنة بأداء اليمين بشأن الأمتعة باستثناء التلفزة والمقياس الذهبي الراديو لأنها لم تقدم بشأنها أي دليل رغم أنها تعتبر من الأمتعة المشتركة قد خالف أحكام المادة 2/73 من ق، أ، ج."⁽³⁾

(1) المحكمة العليا - غرفة الأحوال الشخصية - قرار صادر بتاريخ 1986/01/27 ملف رقم 39775 - (المجلة القضائية لسنة 1989، العدد الأول، ص 108).

(2) المحكمة العليا - غرفة الأحوال الشخصية - قرار صادر بتاريخ 1987/12/07 ملف رقم 44858 - (المجلة القضائية لسنة 1990، العدد الرابع، ص 50).

(3) المحكمة العليا - غرفة الأحوال الشخصية - قرار صادر بتاريخ 1987/12/07 ملف رقم 189245 - (المجلة القضائية عدد خاص، ص 242).

ويتضح من خلال هذا أن المشرع هذا خالف المذهب المالكي واعتمد على رأي الحنابلة الذي يقضي بالتساوي في الاشياء المشتركة بينهما وهذا ما نلمسه في نص المادة 73 من قانون الأسرة، غير أن قرارات المحكمة العليا في بعض القرارات جعلت ما في بيت الزوجية ذات الاستعمال المشترك بين الزوجين من نصيب الزوج مع يمينه، وهذا فيه إجحاف في حق الزوجة التي تكون قد ساهمت بكثير في اقتناء الأشياء ذات الاستعمال المشترك في بيت الزوجية، ولم تكن لها بينة بسبب حسن نيتها، وعليه وجب التفكير في تعديل المادة 73 ق، أ، ج، كما يجب على قضاة الموضوع النظر وتعديل أحكامهم وتكييفها وفق المادة 73 ق، أ، ج.

البند الرابع: البينة في النزاع حول متاع البيت قانون الأسرة

إن المتصفح للمادة 73 ق. أ. ج، والتي قدمت الحل للنزاع حول متاع البيت إلا أنها أوردت شرط لتطبيق محتوى المادة، ويتعلق الأمر بانتفاء البينة لأحد أطراف النزاع كالزوجين أو ورثتها، حيث جاء صلب المادة 73 ق. أ. ج ما يلي: "إذا وقع نزاع بين الزوجين أو ورثتها في متاع البيت وليس لأحدهما بينة..." ومن خلال النص يتضح قيمة البينة أو القرينة التي نص عليها المشرع سواء في حالة وجودها أو عدم وجودها في حل النزاع حول متاع البيت الزوجية.

أولاً - المبدأ العام للإثبات في حل النزاع حول متاع البيت:

لا يمكن تطبيق نص المادة 73 من قانون الأسرة في كل الحالات المطروحة على القضاء لا سيما في ظل وجود البينة على ملكية الشيء محل النزاع ويراعي في تطبيقها ثلاثة شروط وهي: (1) أ. أن ينص موضوع النزاع بين الزوجين أو ورثتها حول متاع البيت حقيقة، أي إخراج كل ما من شأنه أن ينشأ وهذا المتاع.

ب. أن يكون سبب النزاع الواقع بين الطرفين متمحورا حول أحقية أحدهما في ملكية الشيء محل النزاع وإدعاء كل طرف ملكيته الخاصة.

(1) عبد العزيز سعد. قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد. ص 150 و 151.

ج. أن تنعدم الحججة الكتابية لكل طرف حول ما يدعيه سواء كانت الحججة كتابية أو شفوية. وعلى هذا الأساس فإنه يشترط في النزاع أن يكون المتاع موجودا ومشاهدا للجميع، لا سيما طرفا الخصومة، حيث لا يتصور قيام خصومة حول متاع ليس له وجودا أو ينكره أحد الزوجين أو الورثة، ففي مثل هكذا حالات يقدم أحد المطلقين قائمة بالأثاث وغالبا ما تكون المرأة هي صاحبة الطلب القضائي.

ثانيا - ثبوت البينة في حل النزاع حول متاع البيت:

إن أهم مبدأ تقوم عليه أحكام المادة 73 ق. أ. ج. وتطبيقاها هو انعدام البينة على ما يدعيه كل طرف، وعليه فمن يملك البينة يحسم المسألة لصالحه، أيا كان تكييف الأشياء محل النزاع من حيث المعتاد للرجال أو النساء أو المشتركة بينهما، بحيث إذا ما أقام الزوج البينة على أن ما يدخل في نطاق المعتاد للنساء هو ملك له كلباس نسائي أو مصوغ أو مواد التجميل فيحكم له به، وبالمقابل إذا أقامت الزوجة بينة على ملكيتها لما هو للرجال أو من المعتاد أن يشتريه الرجل كغرفة النوم أو التلفاز، أو آلة الغسيل، فإنه يحكم لها به⁽¹⁾

وتعد إقامته الدليل بالفواتير وشهادة الشهود من أهم الوسائل لذلك ووفقا للقرارات الصادرة من المحكمة العليا والتي منها: " حيث أن الوجه المشار إليه يأخذ القرار مخالفة قواعد الفقه المتعلقة بالأثاث، كما أن تسببه كان غير كاف، باعتبار أن المطعون ضدها إذا زعمت أنها تركت أثاثها في بيت الزوجية يقع عليها عبء الإثبات، فلما لم تقدم أية بينة وبما أنه أنكر هذه الدعوى وطلب الإثبات وسماع الشهود، فإن القضاة قد ارتكبوا خطأ عندما لم يستجيبوا له، وحيث أنه يستفاد من تلاوة القرار أن قضاة الاستئناف حكموا للمدعية بمجرد دعوى قدمتها دون أن تدعمها بأية بينة ولم يقدم أية حجة كانت، بالرغم من أن المدعي ينكر ذلك بشدة، وبغرض سماع الشهود لإثبات العكس... مما يجعله قابلا للنقض في هذه المسألة".⁽²⁾

(1) باديس ذيابي. آثار فك الرابطة الزوجية. ص 103.

(2) قرار المحكمة العليا - غرفة الأحوال الشخصية - قرار صادر بتاريخ 1971/03/10 (النشرة القضائية لسنة 1972، العدد الثاني، ص 33).

تكون المرأة هي صاحبة الطلب القضائي، باعتبار أن متاعها قد تركته في بيت الزوجية والذي هو في العادة مملوك أو مستأجر من المطلق، فعند مطالبة صاحب الدعوى تمكينه من المتاع ويمكن التمييز بين حالتين:⁽¹⁾

أ. إيداع المدعي بوجود المتاع محل النزاع ويقر المدعي عليه بوجوده وفقا للتفاصيل المدعي، فيحكم لصالح المدعي ويلتزم المدعي أداء المتاع للمدعي دون تطبيق لقاعدة الإثبات لأن الأمر لم يعد مثل نزاع.

ب. إيداع المدعي وجود المتاع وإنكار المدعي عليه وجود المتاع محل النزاع، ففي هذه الحالة تطبق قاعدة "البينة على من ادعى واليمين على من أنكر"، وفي هذا الإطار يقدم المدعي لإثبات وجود المتاع، فإذا أعجز عن ذلك توجيهين النفي للمدعي عليه لإنكار وجود المتاع، على أن تكون اليمين المؤداة يمينا متممة.⁽²⁾

ومن هذا المنطلق فإن توجيه اليمين قبل التأكد من وجود المصوغ المتنازع عليه يعد خطأ قانونيا، وهو ما أكده قرار المحكمة العليا الذي جاء فيه: "إن الاكتفاء بتوجيه اليمين قبل معرفة وجود أو عدم وجود محل النزاع المدعي به يعتبر بمثابة انعدام التسيب وخرق واضح لقواعد الإثبات..."⁽³⁾

وعليه فإن توجيه اليمين المتممة لا تكون إلا بعد التأكد من الوجود الفعلي للمتاع محل النزاع.

ثالثا - الإطار الزماني والمكاني لأداء اليمين:

لم يتضمن قانون الأسرة الجزائري تفاصيل خاصة بتحديد الإطار المكاني لتأدية اليمين، ولكن بالرجوع إلى قرارات المحكمة العليا فإنها تضمنت بعض الجوانب في هذا الخصوص ومن ذلك القرار

⁽¹⁾ باديس ذيابي. مرجع سابق. ص 97.

⁽²⁾ عبد العزيز سعد. قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد. ص 151.

⁽³⁾ المحكمة العليا - غرفة الأحوال الشخصية - قرار صادر بتاريخ 16/10/1986، ملف رقم 41752 - (الجلسة القضائية لسنة 1989، العدد الثاني، ص

الذي نص على: "متى كان من المقرر في أحكام الشريعة الإسلامية أن اليمين تؤدي بالمسجد وجوبا، فإنه من المتعين عند القضاء بأداء اليمين تحديد مكان أدائها بالمسجد، وكذلك تحديد الصيغة والأشياء المؤداة عليها..."⁽¹⁾

وهذا القرار يتعارض مع قرار آخر للمحكمة العليا بنصه على: "لكن وحيث أن الأصل في أداء اليمين تؤدي أمام الهيئة القضائية، وما دام قضاة الاستئناف درجة ثابتة تخول لهم تحويل مكان اليمين أو إلغائها حسب ما يراه القضاة ضمنا لبلوغ نتيجة الأحكام القضائية..."

والواضح أن هذين القرارين متناقضين، من حيث النص من جهة على المسجد ومن جهة أخرى النص على الهيئة القضائية، وهذا التناقض يتماشى مع قانون الإجراءات المدنية صلب المادة 193 منه والتي تنص على: "تؤدي اليمين من قبل الخصم الذي وجهت له شخصيا بالجلسة أو في مكان الذي يحدده القاضي..."، كما حددت المادة 191 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الإطار الزماني والمكاني لتأديته اليمين والتي تنص على "يحدد القاضي اليوم والساعة والمكان الذي تؤدي فيه اليمين..."

الفرع الثاني: التنازع في متاع البيت في مدونة الأسرة المغربية

على الرغم من أن المهر ملك للزوجة تتصرف فيه كيف شاءت، ولا حق للزوج في مطالبته لها بأثاث أو مفروش أو لباس عوضا منه، فقد جرت العادة بأن المرأة المقبلة على الزواج تجهز نفسها بمبلغ الصداق أو أكثر منه، وعلى هذا فإن المشرع المغربي تطرق إلى مشكلة التنازع حول متاع البيت في خاص بالتنازع بين الزوجين، وهو لم يخرج مطلقا عما قرره الفقه المالكي.

⁽¹⁾ المحكمة العليا - غرفة الأحوال الشخصية - قرار صادر بتاريخ 2000/05/23، ملف رقم 245065 - (المجلة القضائية سنة 2000، العدد الأول، ص

وقد يثار نزاع بين الزوجين سواء أثناء فترة الزواج أو بعد انتهائه بأي وجه من الوجوه، حول أحقية كل منهما في الأشياء المتواجدة داخل بيت الزوجية، وقد يتعدى النزاع ما بداخل البيت فيطال ملكية منقولات أو عقارات متواجدة خارج البيت.⁽¹⁾

وقد تطرق المشرع المغربي إلى مشكلة النزاع حول متاع البيت في الباب الخاص بالصدّاق (وهو لم يخرج مطلقاً عما)، وهذا صلب المادة 34 من مدونة الأسرة على ما يلي: "كل ما أتت به الزوجة من جهاز ومشوار يعتبر لها، إذا وقع نزاع في باقي الأمتعة فالفصل فيه يخضع للقواعد العامة للإثبات، غير أنه إذا لم يكن لدى أي منهما بينة، فالقول للزوج بيمينه في المعتاد للرجال، والقول بيمينها في المعتاد للنساء، أما المعتاد للرجال والنساء معا فيحلف كل منهما ويقسمانه، ما لم يرفض أحدهما اليمين ويحلف الآخر فبكم له".

ونستنتج من هذا المقتضى الأحكام الآتية:

أ. إن كل ما أتت به الزوجة إلى الزوجية كجهاز أو المشوار أو المتاع، فهو ملك خالص لها، وبالتالي لا يمكن للزوج أن ينازعها في تلك الملكية، إلا إذا أثبت بحجة مقنعة أنها تنازلت له عنه.

ب. إذا ثار النزاع حول الأمتعة الأخرى الموجودة داخل بيت الزوجية، فإنه يرجع في ذلك إلى القواعد العامة في الإثبات.

ج. إذا تواجدنا أمام وضع ليس فيه لأي من الزوجين وسيلة لإثبات ملكيته للمتنازع فيه، تطبق القرينة التي تقضي بأن ما هو معتاد للرجال يأخذه الزوج بيمينه، وأن ما هو معتاد للنساء تأخذه الزوجة بيمينها وأن ما هو معتاد للرجال والنساء فيحلفان معا ويقسمانه. ومن خلال هذه المقتضيات يمكن التطرق إلى سمة المتاع البيت واختلاف الزوجين حول المتاع في مدونة الأسرة على النحو الآتي:

(1) محمد الكشور. الوسيط في شرح مدونة الأسرة. ص 569.

البند الأول: قسمة متاع البيت في مدونة الأسرة

تتسم العلاقات المالية للزوجين في القوانين المغاربية باستقلال ذمة كل واحد منهما عن الآخر، وعلى منوال الشريعة الإسلامية، يخضع الزوجان لنظام فصل الأموال، ما لم يتفقا على كيفية تدبير شؤونهما المالية التي تكتسب خلال الزواج، وهذا ما نصت عليه المادة 49 مدونة الأسرة.⁽¹⁾

كما لا يعاقب القانون الجنائي المغربي على السرقة بين الزوجين ما دامت الزوجية قائمة⁽²⁾، وإنما يمكن الحصول على تعويض، غير أن الاستقلال المالي بين الزوجين يخلق بعض المشاكل عند انفصال الرابطة الزوجية بالطلاق أو التطليق حيث يتعذر أحيانا على المطلق أو المطلقة إثبات ملكية الأموال المنقولة الموجودة في بيت الزوجية لأنه جرى العرف في بعض المناطق بأن المرأة المقبلة على الزواج تجهز نفسها بمبلغ الصداق المدفوع لها أو بأكثر منه، وذلك بالرغم من أن المادة 29 من مدونة الأسرة تقتضي بأن الصداق ملك للمرأة تتصرف فيه كيف شاءت - ولا حق للزوج في أن يطالبها بأثاث أو مفروش أو غيره مقابل الصداق، كما أن مدونة الأسرة⁽³⁾ اعتبرت كل ما أتت به الزوجة من جهاز وشوار يعتبر ملكا لها وحدها لا لوليها رفع دعوى المطالبة به لا تقبل إلا من طرف مالكته أو بوكالة خاصة منها⁽⁴⁾، ولا يمكن للزوج أن ينازعها في ملكية الشوار، ومن القواعد التي أقرها المجلس الأعلى في هذا الصدد: "حيث أن ما ضمن بعقد زواج أنه متاع في ملكية الزوجية فهو لها يجب أن تسترده في حالة الطلاق".⁽⁵⁾

(1) المادة 49 م أ م: تنص: "لكل واحد من الزوجين ذمة مالية مستقلة عن ذمة الآخر، غير أنه يجوز لهما في إطار تدبير الأموال التي ستكتسب إنشاء قيام الزوجية، الاتفاق على استثمارها وتوزيعها..."

(2) المادة 534 ق جنائي فقرة 1 "يعفى من العقاب، مع التزامه بالتعويضات المدنية، السارق في الأحوال الآتية:

1. إذا كان المال المسروق مملوك لزوجه..."

(3) المادة 1/34 في مدونة الأسرة "كل ما أتت به الزوجة من جهاز وشوار يعتبر ملك لها.

إذا وقع نزاع في باقي الأمتعة فالفصل فيه يخضع للقواعد العامة للإثبات..."

(4) قرار المجلس الأعلى، قرار صادر 6 ابريل 1999، مجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 55، ص 146.

(5) قرار المجلس الأعلى، قرار 29 سبتمبر 1987 "مجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 41، ص 139.

غير أنه لا يترتب على الزوج ضمان الأمتعة التي تجهزت بها الزوجة وقت زفافها لبيت الزوجية ما دام لم يلتزم بذلك. بموجب إسهاد عليه بضمائها، إذ لا ضمان بدون التزام الزوج بذلك طبقاً للقواعد الفقهية⁽¹⁾، وفي هذا الصدد ذهب المجلس الأعلى إلى أن إدلاء الزوجة برسم شوار لا يتضمن أي التزام من طرف الزوج بضممان ما ورد فيه من حوائج وحلي لا ينفعها في دعواها الرامية إلى الحكم على زوجها بإرجاع حوائجها و أمتعتها كما أن النزاع حول الشوار ليس هو النزاع حول متاع البيت.

ولكل إذا وقع نزاع حول باقي الأمتعة وبالخصوص إذا تم اكتسابها بالإنفراد أو باشتراك الزوجين خلال الحياة الزوجية.

أما بخصوص موقف المشرع المغربي من اختلاف بين الزوجين في متاع المتزلي، فإن مدونة الأحوال الشخصية لم تضع أحكاماً خاصة بإثبات ملكية الأشياء التي توجد بمسكن الزوجية عند الطلاق، بل سارت في ذلك على ما قرره المذهب المالكي حيث اعتمدت على اليمين كدليل إثبات.

فعند عدم وجود دليل إثبات بالبينة كان القول قول من يشهد له الظاهر بيمينه، فما يكون صالحاً لاستعمال الرجال فقط، يكون القول فيه قول الزوج، وما يكون صالحاً لاستعمال النساء فقط، يرجع فيه لقول الزوجة وما يكون صالحاً لاستعمال الرجال عادة يرجع لقول الزوج.

أما ما يصلح فيه اليمين للرجال والنساء دون تمييز فيقسم بينها بالتساوي مع اليمين ما لم يرفض أحدهم اليمين ويحلف الآخر فيحكم له طبقاً لما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة 34 من مدونة الأسرة⁽²⁾، وبخصوص هذه المسألة فقد خالفت مدونة الأسرة المذهب المالكي عندما أعطت

(1) قرار المجلس الأعلى، قرار 1، 10-1996، مجلة المحامي، العدد 32-33، ص 345.

(2) المادة 34/ م. أ. ج تص: " غير أنه إذا لم يكن لدى أي منهما بينة، فالقول للزوج بيمينه في المعتاد للرجال، وللزوجة بيمينها في المعتاد للنساء...".

الحق للزوجين في إقتسام المتاع المترلي المشترك في حالة عدم إثباته لأنه يعتبر من نصيب الزوج مع يمينه.

وبالرجوع إلى الفصل 818⁽¹⁾ من قانون الالتزامات والعقود المغربية ينص على أنه "ترد الحراسة على المنقول أو العقارات، فإنه بإمكان الزوجة واعتمادا على مقتضيات الفصل 149⁽²⁾ من قانون المسطرة المدنية، أن تطلب وضع الأشياء المتنازع بشأنها تحت الحراسة القضائية إلى حين إصدار قضاء الموضوع حكمه في النزاع."

البند الثاني: اختلاف الزوجين في متاع البيت في مدونة الأسرة

تطرق المشرع المغربي إلى مشكلة النزاع حول متاع البيت في الباب الخاص بالصداد، وهو لم يخرج مطلقا عما قرره الفقه المالكي في هذا الصدد⁽³⁾، حينما نصت المادة 34 من مدونة الأسرة الغربية على ما يلي:

"كل ما أتت به الزوجة من جهاز وشوار يعتبر ملكا لها إذا وقع نزاع في باقي الأمتعة فالفصل فيه يخضع للقواعد العامة للإثبات غير أنه إذا لم يكن لدى أي منهما بينة، فالقول للزوج يمينه في المعتاد للرجال، والقول للزوجة يمينها في المعتاد للنساء، أما المعتاد للرجال والنساء معا فيحلف كل منهما ويقتسمانه، ما لم يرفض أحدهما اليمين ويحلف الآخر حكم له"⁽⁴⁾.

ومن خلال هذه المادة يمكن استنتاج بعض الأحكام، حيث أن كل ما أتت به الزوجة إلى بيت الزوجية كالجهاز أو الشوار أو متاع البيت فهو ملك خالص لها، وبالتالي لا يمكن للزوج أن ينازعها في تلك الملكية، إلا إذا أثبتت بحجة مقنعة، أما في حالة أن ثار نزاع بينهما حول الأمتعة

(1) المادة 818 من قانون الالتزامات والعقود تنص: "أداء الشيء المتنازع عليه بين يدي أحد من الغير يسمى حراسة ويجوز أن ترد الحراسة على المنقولات أو العقارات وهي تخضع لأحكام الودعية الاختيارية ولأحكام هذا الباب".

(2) المادة 149 قانون المسطرة المدنية تنص: "يختص رئيس المحكمة الابتدائية وحده بالبث بصفته قاضيا للمستعجلات كلما توفر عنصر الاستعجال في الصعوبات المتعلقة بتنفيذ حكم أو سند قابل للتنفيذ أو الأمر بالحراسة القضائية أو إجراء آخر تحفظي سواء كان النزاع في الجوهر قد أحيل على المحكمة أم لا...".

(3) محمد الكشور، الوسيط في شرح مدونة الأسرة، ص 569.

(4) نص المادة 34 م أ م. تنص: "غير أنه إذا لم يكن لدى أي منهما بينة، فالقول للزوج يمينه في المعتاد للرجال، وللزوجة يمينها في المعتاد للنساء...".

الأخرى الموجودة داخل بيت الزوجية، فإنه يرجع في ذلك القواعد العامة في الإثبات ومن المعلوم أن قواعد الإثبات منها ما هو موضوعي كالإقرار أو الكتابة والشهادة، وتلك المضمنة في قانون الالتزامات والعقود المغربي.⁽¹⁾

ومنها ما هو شكلي أو إجرائي، وتلك المضمنة في المسطرة المدنية المغربية.

أما في حالة تواجدها أمام وضع ليس فيه لأي من الزوجين وسيلة لإثبات ملكيته للمتنازع فيه، تطبق القرينة التي تقضي بأن ما هو معتاد للرجال يأخذه الزوج بيمينه، وأن ما هو معتاد للنساء وتأخذه الزوجة بيمينها، وإنما هو معتاد للرجال والنساء فيحلفان معا ويقتسمانه، وتبقى هذه المسألة تخضع للسلطة التقديرية لمحكمة الموضوع مع وجوب تعليل تلك السلطة بكيفية واضحة⁽²⁾ وقد تحسمها العادات والأعراف المحلية.

وفي نزاع أثير بين مطلقين حول جهاز تلفاز وآلة تبريد عرض على القضاء المغربي، جاء في قرار للمجلس الأعلى ما يلي:

"... وحيث يستخلص مما تقدم أن الجهازين المذكورين لا يختص أحد الزوجين عادة بملكيتها التي لم تثبت لإحدهما مما يستدعي تلقائياً تطبيق الفصل 39 من مدونة الأسرة الذي ينص على أن المتاع المعتاد للرجال والنساء معا يحلف كل منهما ويقتسمانه..."⁽³⁾

ومن القواعد التي قررها المجلس الأعلى في هذا الصدد أن ما ضمن بعقد الزواج أنه متاع الزوجة، فهو لها يجب أن تسترده في حالة الطلاق، أما ما زاد على ما في العقد وضمن بمقال الدعوى، فيجب عليها - الزوجة - أن تقيم البينة على ملكيتها له، وإلا ردت دعواها بشأنه، ما لم يكن هناك إقرار من الزوج تستفيد منه.⁽⁴⁾

(1) المادة 399 إلى 460 ق.أ. وعقود.

(2) محمد الكشيور، الوسيط في شرح مدونة الأسرة، ص 570.

(3) قرار المجلس الأعلى، رقم 128، صادر في 8-2-1982، عدد 90754.

(4) محمد الكشيور، الوسيط في شرح مدونة الأسرة، ص 572-573.

ومن البديهي أن إدعاء الزوج أن الزوجة قد أخذت حوائجها المضمنة بعقد شوارها من بيت الزوجية فيه اعتراف ضمني منه بوجود الشوار، ويجب عليه إثبات ما يدعيه، وإذا ما أنكرت الزوجة ما ادعاه الزوج دون إثبات فلا يحكم لصالحها إلا بعد تأديتها ليمين الإنكار.⁽¹⁾

الفرع الثالث: التنازع في متاع البيت في مجلة الأحوال الشخصية التونسية

إن التنازع في متاع البيت حسب الأحوال الشخصية التونسية بأن يزعم كل من الزوجين أن أثاث بيت الزوجية ملك وحق له كله أو بعضه، وفي الغالب لا يكون بيد أحدهما دليل خالص له. ويقصد بالجهاز أو متاع البيت أو العارفة هي الأدباش أو المتاع الذي تأتي به الزوجة معها إلى البيت الزوجية والمخصصة للاستعمال والمنفعة المشتركة، بعد أن تشتريه بما يكون قد دفعه الزوج من مهر إضافة إلى ما قد تساهم من أموالها الخاصة.

واعتمد المشرع التونسي أثناء النزاع حولها معيار العرف والعادة حجة في تحديد ما هو خاص بالنساء وما هو خاص بالرجال، وما هو مشترك بينهما، وهو ما يتعين في كل الأحوال تدعيمه بيمين قانونية يؤديها كل واحد منها على صدق دعواه⁽²⁾ وتعتبر هذه النزاعات المتعلقة بأثاث البيت أو العارفة من المعاملات المدنية وهي بذلك من خصائص المحكمة المدنية البحتة، وهذا طبقاً للقرار التعقيبي المدني الذي جاء فيه ما يلي: "إذا كان الخلاف بين الزوجين يتجاوز الطلاق ومتاع البيت وما يتبع ذلك بأن يكون متعلقاً بمعاملات مدنية بالنظر في ذلك من خصائص المحكمة المدنية البحتة".⁽³⁾

وعليه فإن المشرع التونسي بين الآلية التي يتم ضبط فيها متاع البيت أثناء قيام نزاع بينهما، وكذلك نظم طريقة اقتسام متاع البيت باعتبارهما إحدى الآثار المادية الناشئة عن الطلاق وذلك

⁽¹⁾ قرار المجلس الأعلى جاء فيه: "... حقا لقد صح ما نعتته الوسيلة على القرار المطعون فيه ذلك أن الطاعن يدعي أن المطلوبة في النقص قد أخذت أمتعتها المذكورة برسم شوارها عدد... فهو مدع بأنها أخذت حوائجها ولا بينة له على ذلك، وهي مدعي عليها وبما أن المحكمة مصدره القرار لم تحكم بيمين الإنكار... قد أخطأت في تطبيق الفقه والقانون في هذا الشأن..."

قرار صادر بتاريخ 28 يوليو 2004، مجلة قضاء المجلس الأعلى، العدد 62، ص 119.

⁽²⁾ ثريا بن سعد. آثار الطلاق بين الشريعة والقانون. ص 88.

⁽³⁾ قرار تعقيبي مدني، عدد 2063، مؤرخ في 1978/04/04 نقلا عن: (محمد الهادي بن عبد الله. الالتزامات والعقود والأحوال الشخصية. ص 37).

تفاديا لانفراد الزوج بالمكاسب الزوجية وحرمان المطلقة من حقها في استرجاع نصيبها من تلك المكاسب.

البند الأول: قسمة متاع البيت في مجلة الأحوال الشخصية التونسية

بالرجوع إلى مجلة الأحوال الشخصية التونسية نجد أن المشرع التونسي نص على النزاع حول متاع البيت في الفصل 26 و 27 منها ويتعلق الفصل 26 بـ: "إذا اختلف الزوجان في متاع البيت ولا بينة لها فالقول للزوج بيمينه في المعتاد للرجال وللزوجة بيمينها في المعتاد للنساء وإن كان في البضائع التجارية فهو لمن يتعاطى التجارة منها بيمينه.

أما في المعتاد للرجال والنساء، معا فيحلف فيه كل منها و يقتسمانه".⁽¹⁾

وقد شمل هذا الفصل جميع حالات النزاع بين الزوجين على متاع البيت وذلك سواء كان النزاع ناتجا عن طلاق أو تفريق لفساد الزواج⁽²⁾ "سواء لإخلال بالشروط الموضوعية للزواج. وهذا حسب الفصل 21 من المجلة التونسية⁽³⁾" أو لبطلانه الإخلال بالشروط الشكلية للزواج: الفصل 36 من قانون الحالة المدنية.⁽⁴⁾

ومتاع البيت هو أساسا من المنقولات والتي يمكن أن تكون تجهيزات البيت عقارات حكومية وهي الأشياء المنقولة التي تلتحم بالعقار بشكل يتعذر معه فصلها عنه دون إفسادها أو إفساد ماهي متصلة به (الفصل 10 م.إ.ع) كالسخانات مثلا بشرط وحدة المالك أي أن تكون مالك العقار الأصلي هو مالك العقار الحكمي.

وهو ما يثير إشكال قسمة مثل هذه الأشياء وتحديد طبيعتها خاصة إذا ادعى مالك العقار ملكيتها وادعى الطرف الآخر ملكيتها أيضا ضرورة أن النظام القانوني المنطبق عليها يختلف

(1) الفصل 26 من مجلة الأحوال الشخصية، المؤرخ في 6 محرم 1376 (13 أوت 1956) يتعلق بإصدار مجلة الأحوال الشخصية.

(2) فاطمة الزهراء بن محمود، التعليق على مجلة الأحوال الشخصية، منشورات مجمع الأطرش للكتاب المختص، ط1، 2015، تونس، ص121.

(3) الفصل 21 ينص: "الزواج الفاسد هو الذي اقترن بشرط يتنافى مع جوهر العقد أو انعقد بدون مراعاة أحكام الفقرة الأولى من الفصل الثالث والفقرة الأولى من الفصل الخامس والفصول 15 و 16 و 17 و 18 و 20 من هذه المجلة.

وإذا وقعت تبعات جزائية تطبيقا لأحكام الفصل 18 أعلاه فإنه يقع البت بحكم واحد في الجريمة وفساد الزواج..."

(4) فاطمة الزهراء بن محمود. مرجع سابق. ص122.

باختلاف تحديد طبيعتها فإذا اعتبرت منقولا فهي من المعتاد للنساء والرجال لذا فإنها تقسم بين الزوجين بعد أدائها اليمين في شأنها أما إذا اعتبرت عقارا فإنها تتبع مالك المحل.⁽¹⁾

كذلك نجد أن المشرع التونسي اعتمد العرف والعادة في تحديد ما هو خاص بالنساء، وما هو خاص بالرجال، وهو يتعين في كل الأحوال تدعيمه بيمين قانونية يؤديها كل واحد منهما على صدق دعواه، وهذا ما أكده القرار الاستثنائي المدني (عدد 30804 مؤرخ في 28 جوان 1973 صادر عن محكمة الاستئناف بتونس م.ق.ت عدد 4 لسنة 1974).

جاء فيه: "...إن تسلم الزوجة لعارفتها مع الاحتفاظ بها في الحال بالمراجعة في أجل معين لا تفقد معه المطالبة بباقي تلك العارفة إذا ما احترمت التزامها في ذلك الأجل".

أما ما يصلح لهما معا مثل المفروشات والآلات الكهرومترية فيكون للزوج بيمينه أيضا لأنه صاحب اليد على البيت وما فيه، فيكون ظاهر الحال شاهدا بملكيته .

البند الثاني: اختلاف الزوجين في عارفة الزوجية في مجلة الأحوال الشخصية التونسية

وهو ما تأتي به الزوجة إلى محل الزوجية من أدبаш فقد تغادر الزوجة محل الزوجية إما تلقائيا أو مطرودة وتترك بمحل الزوجية عارفتها وقد تخشي على ذلك العارفة أن يفرط فيها الزوج أو أن يتلفها فإستنبط جريان العمل القضائي حلا يتمثل في التحصيل من لدن رئيس المحكمة على إذن عريضة ينتدب بمقتضاها عدلا منفذا يتولى التوجه إلى محل الزوجية وضبط ما يسمى بفصول العارفة وتمكين الزوجة من رفع ما يوافق عليه الزوج، وإذا كان غير موافق فإنها تبقى مؤمنة لديه إلى أن يتم حسم النزاع في الأصل بين الزوجين وقد ينكر الزوج أن زوجته أتت بالعارفة فتصبح مطالبة بالإثبات⁽²⁾ ويمكن لها ذلك بواسطة شهادة الشهود، وهذا ما أكده قرار تعقيبي مدني جاء فيه: "...النزاع المتعلق بالعارفة التي استولى عليها الزوج أمر يقع إثباته بجميع وسائل

(1) قرار استثنائي مدني عدد 30804 مؤرخ في 28 جوان 1973 صادر عن محكمة الاستئناف بتونس م.ق.ت عدد 4 لسنة 1974 .

(2) ساسي بن حليمة، محاضرات في قانون الأحوال الشخصية. ص 129-130.

الإثبات.... يمكن للمحكمة اعتماد بينة المعقب ضدها وتعزيزها بأداء اليمين الاستيفائية وهي⁽¹⁾ يمين قانونية يمكن اللجوء إليها في صورة الخلاف بين الزوجين حول العارفة".

وخلافا للقاعدة العامة التي تقول أن شهادة الأقارب مقدوح فيها فإن تلك الشهادة فيما يتعلق بالزوجين تصبح مقبولة على أساس أن الأقارب عادة هم الذين يكونون مطلعين على ما يتعلق بالزوجين.

فإذا مات أحد الزوجين واختلف المتبقي منهما مع ورثته حول متاع البينة⁽²⁾ فإن القول قول الوارث في ما هو معتاد للزوج وهذا حسب الفصل 27⁽³⁾ من مجلة الأحوال الشخصية والتي جاء فيها "إذا مات أحد الزوجين ووقع نزاع في متاع البيت بين الحي وورثة الميت كان حكم الوارث حكم المورث في الفصل المتقدم".

(1) قرار تعقيبي مدني، عدد 39103، مؤرخ في 1996/1/17 نقلا عن: (محمد الهادي بن عبد الله، الالتزامات والعقود والأحوال الشخصية. ص39).

(2) فاطمة الزهراء. التعليق على مجلة الأحوال الشخصية. ص123-124.

(3) الفصل 27 مجلة الأحوال الشخصية ينص على: "إذا مات احد الزوجين ووقع النزاع في متاع البيت بين الحي وورثة الميت كان حكم الوارث حكم الموروث في الفصل المتقدم".

المبحث الثاني: حق المطلقة في النفقة في قوانين الأحوال الشخصية المغربية

تعتبر النفقة من أهم الحقوق المالية التي تثبت للمرأة، لأنها من الوسائل التي تخدم مقصد حفظ النفس، ذلك أن الطعام واللباس والدواء والسكن أمور أساسية لا يمكن التخلي عنها بأي حال في الحياة، وهذه النفقة تقوم من قبل الملتزم بها دون أن تطلب منه وقد تطلب من القضاء في حالة اللجوء إليه.

- المطلب الأول: حق المطلقة في النفقة الفقه.

- المطلب الثاني: نفقة المطلقة في قوانين الأحوال الشخصية المغربية.

المطلب الأول: حق المطلقة في النفقة في الفقه

لما كان الزوج قيما على زوجته، فذلك يوجب عليه بعض الالتزامات المالية وغير المالية، ولعل حق المطلقة في النفقة من بين أهم الآثار المالية ذات الطبيعة الاستحقاقية، وذلك بموجب الشرع الإسلامي التشريع، لأن مستلزمات المطلقة من النفقة تكون متنوعة حسب حالة المطلقة، ويترتب على عدم تأديتها مسؤولية عاجلتها الشريعة الإسلامية وقوانين الأحوال الشخصية المغربية، وعلى ذلك وجب الاهتمام بهذا الحق المالي للمطلقة أثناء فترة العدة وهذا وفقا للتفصيل الآتي:

- الفرع الأول: مفهوم النفقة في اللغة والاصطلاح.

- الفرع الثاني: حكم النفقة ودليل مشروعيتها وشروط وجوبها.

- الفرع الثالث: حق المطلقات في النفقة في الفقه.

الفرع الأول: مفهوم النفقة في اللغة والاصطلاح

قبل التطرق لتفاصيل نفقة المطلقة ينبغي الإحاطة بمعانيها اللغوية والاصطلاحية وفق ما يلي:

البند الأول: تعريف النفقة لغة

النَّفَقَةُ من فعل أَنْفَقَ يُنْفِقُ إنْفَاقًا وَنَفَقَةً، مزيد من نَفَقَ، وردت كلمة (نَفَقَةٌ) بالتحريك،

يُنْفِقُ نَفَاقًا في معاجم اللغة العربية بمعاني مختلفة.

يُقال: نَفَقَتِ الدَّابَّةُ تَنْفِقُ نُفُوقًا، أي ماتت، ويُقال أيضًا نَفَقَتِ الدَّابَّةُ إِذَا خَرَجَتْ مِنْ مَلِكِ صَاحِبِهَا بِالْبَيْعِ أَوْ الْهَلَاكِ. وَنَفَقَ الْبَيْعُ نِفَاقًا، أي راج. وَالنِّفَاقُ فِعْلُ الْمُنَافِقِ وَهُوَ مُخَالَفَةُ الظَّاهِرِ لِلْبَاطِنِ. وَنَفَقَ الزَّادُ يَنْفِقُ نِفَاقًا أَي نَفَذَ⁽¹⁾.

وَأَنْفَقَ الْمَالُ صَرْفَهُ، قَالَ تَعَالَى: «وَإِذَا قِيلَ لَهُمْ أَنْفِقُوا مِمَّا رَزَقَكُمُ اللَّهُ»⁽²⁾، أَي أَنْفِقُوا فِي سَبِيلِ اللَّهِ وَأَطْعَمُوا وَتَصَدَّقُوا. وَأَنْفَقَ الرَّجُلُ، أَي افْتَقَرَ وَذَهَبَ مَالُهُ وَمِنْهُ قَوْلُهُ تَعَالَى: «إِذْنًا لَأَمْسِكَنَّكُمْ خَشِيئَةَ الْإِنْفَاقِ»⁽³⁾، أَي: لَبَخَلْتُمْ خَوْفَ نِفَاذِهَا بِالْإِنْفَاقِ، وَرَجُلٌ مِّنْفَاقٌ أَي كَثِيرُ النِّفْقَةِ.

والمقصود بالنفقة هنا الدراهم ونحوها من الأموال، وتجمع على (نفقات) و (نفاق) مثل رقبة ورقاب، وسميت بذلك إما لذهابها بالموت، وإما لرواجها من نفقت السوق وإما لإخراجها من يد صاحبها.⁽⁴⁾

وما أستنتجه من تعريف النفقة لغة هو أنّ النّفقة بالتّحريك مفرد جمعه نفقات، ونِفَاقٌ، وهي مَا يُنْفِقُ مِنْ دَرَاهِمٍ وَغَيْرِهَا، أَوْ مَا يَجِبُ مِنَ الْمَالِ لِتَأْمِينِ الضَّرُورِيَّاتِ لِلْبَقَاءِ عَلَى الْحَيَاةِ، وَأَنَّ مَعْنَى كَلِمَةِ النِّفْقَةِ يَدُورُ حَوْلَ هَذِهِ الْمَعَانِي وَهِيَ النِّقْصُ وَالْفَنَاءُ وَالذَّهَابُ وَالْإِخْرَاجُ وَالصَّرْفُ. وَالْمَقْصُودُ بِالنِّفْقَةِ هُنَا لَيْسَ مِنَ النُّفُوقِ بِمَعْنَى الْهَلَاكِ، وَلَا مِنَ النِّفَاقِ، بَلْ هِيَ اسْمٌ لِلشَّيْءِ الَّذِي يُنْفِقُهُ الرَّجُلُ عَلَى أَهْلِهِ.

البند الثاني: تعريف النفقة اصطلاحاً

عرفها صاحب (الدر المختار) بقوله: " (الطعام والكسوة والسكنى)⁽⁵⁾ قال ابن العابدین: "وفي العرف الطارئ في لسان أهل الشرع هي الطعام فقط، لذا يعطفون عليه الكسوة والسكنى والعطف يقتضي المغايرة"⁽⁶⁾.

(1) ابن منظور. لسان العرب. تحقيق عبد الله علي الكبير. ج 6، ص 450؛ الزبيدي. تاج العروس. ص 430؛ الجوهري، الصحاح في اللغة، دار

العلم للملّين، بيروت، لبنان، ط 04، 1990، ج 4، ص 266.

(2) سورة يس، الآية 47.

(3) سورة الإسراء، الآية 100.

(4) الفيومي. المصباح المنير. ص 312.

(5) ابن عابدین. الدر المختار. ج 3. ص 572.

(6) ابن العابدین. حاشية ابن عابدین. ج 3. ص 572.

وعرفها ابن عرفة⁽¹⁾: بقوله " قوام معتاد حال الأدمي دون سرف".⁽²⁾

ويتضح مما سبق أن نفقة الزوجة هي كل ما تحتاجه في حياتها اليومية وهي ثلاثة أشياء: الطعام ويدخل فيه الشراب لإقامة بنية الجسم، والكسوة لوقايتها الخارجية، المأوى للراحة والسكن، ويتبع هذه الثلاثة نفقات أخرى تبعية كالخادم والآلات الكهرومترلية في عصرنا والتطبيب وغيرها.

واختلف فقهاء الشريعة في تعريف النفقة، سواء الأقدمون منهم أو المعاصرون، وذكروا تعريفات مختلفة الألفاظ قريبة المدلولات، تكاد تصب كلها في مصب واحد، ولكي يتضح هذا نعطي مجموعة من التعريفات للفقهاء، لنخلص لتعريف مختار.

عرفها ابن عرفة⁽³⁾ بقوله: "ما به قوام معتاد حال الأدمي دون سرف".

قوله: "ما به قوام معتاد حال الأدمي" أخرج به قوام معتاد غير الأدمي، وأخرج بقوله: "معتاد حال الأدمي" ما ليس بمعتاد في حاله، لأنه ليس بنفقة شرعية، وقوله: "دون سرف"، أخرج به السرف، لأنه ليس نفقة شرعا، لا يحكم الحاكم بها، والمراد هنا بالنفقة التي يحكم بها⁽⁴⁾.

وما أخلص إليه من هذا التعريف أنه قصر النفقة على معناها الدقيق الذي يكون محلاً لحكم القاضي، وهو ما تقوم به حياة الأدمي من الحاجات الضرورية في المعتاد دون إسراف.

(1) ابن عرفة: محمد بن محمد بن عرفة الورغمي التونسي المالكي أبو عبد الله، والدعام 716هـ - إمام علامة، مقرر فروع أصولي بياني منطقي شيخ الشيوخ، وبقية أصل الرسوخ، حوله الله من رئاسة الدين والدنيا ما لم يجتمع لغيره في بلده، مناقبه عديدة، فضائله كثيرة، وله تأليف منها: (المختصر الكبير) في فقه المالكية، و (مختصر الفرائض) و (الحدود) في التعاريف الفقهية، توفي -رحمه الله تعالى- عام 803 هـ - 1400م.

ينظر: الديباج المذهب ص (337-34)، والإعلام (43/7).

(2) عثمان بن حسنين بري الجعلي المالكي، سراج السالك شرح أهل المالك، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، الرغاية، الجزائر، 1992م، ج2، ص

111.

(3) هو محمد بن عرفة الورغمي التونسي، يكنى أبو عبد الله، ولد سنة 716 هـ، أخذ العلم عن ابن عبد السلام ومحمد بن هارون، ومحمد بن الحباب، وغيرهم، وأخذ عنه الكثير منهم البرزلي، والآبي، وابن ناجي وغيرهم، له تأليف عجيبة في فنون من العلم منها مختصره في الفقه، والحدود الفقهية، ومختصره في المنطق، وغيرها، تولى إمامة جامع الزيتونة سنة 756 هـ، والخطابة به سنة 772 هـ، توفي سنة 803 هـ، انظر: (مخلف محمد. شجرة النور الزكية. دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط01، 2003، ج1 ص326 وما بعدها).

(4) الرصاع، أبو عبد الله محمد الانصاري، شرح حدود بن عرفة. تحقيق محمد أبو الأحفان والظاهر العموري، دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، ط1، 1993، ص321.

كما عرفها البهوتي⁽¹⁾: "كفاية من يمونه خبزاً وإداماً وكسوة وسكناً وتوابعها"⁽²⁾، وما أخلص من هذا التعريف أنه يبين لنا مشتملات النفقة المتعارف عليها من خبز وكسوة وسكن وتوابعها، بحيث أن هذه المشتملات هي التي تحتاج إليها الزوجة كحد أدنى للحفاظ على الحياة. وعُرفت أيضاً بأنها "إخراج الشخص مؤونة من تجب عليه نفقته من خبز وإدام وكسوة ومسكن وما يتبع ذلك من ثمن ماء ودهن ومصباح ونحو ذلك"⁽³⁾.

وما ألاحظه على هذا التعريف أنه أضاف إلى مشتملات النفقة ثمن الكراء والدهن والمصباح وما هو متعارف بين الناس.

كما عرفت بأنها "إسم لما يصرفه الإنسان علي زوجته وعياله وأقاربه ومماليكه من طعام ومسكن وكسوة وخدمه"⁽⁴⁾.

وما يستنتج من هذا التعريف أنه كل ما يقدمه الزوج أو يوفره لزوجته من طعام ومسكن وكسوة وخدمه إلى الزوجة وأقاربه، حيث أضاف هذا التعريف خدمه إذا تطلب الأمر ذلك، كأن تكون الزوجة معتادة أن يخدمها الخدم.

ومن خلال هذه التعريفات يمكن ملاحظة ما يلي:

1. إن تعريفات القدامى كانت معقدة تحتاج إلى شرح وتفسير وكانت موجزة العبارة بحيث

كانوا يكتبون لأمثالهم الذين يدركون معانيها.

2. إن تعريفات الفقهاء القدامى كانت مقرونة بالملوك وبهائمهم، لأن نظام الرّق كان قائماً في

زمانهم.

(1) هو منصور بن يونس بن صلاح بن حسن بن إدريس البهوتي، فقيه حنبلي، وشيخ الحنابلة بمصر في عهده، نسبته إلى بهوت في الغربية بمصر، ولد سنة 1000 هـ، له جملة من التصانيف منها: الرّوض المربع بشرح المستنقع المختصر في المنع، وكشاف القناع عن متن الإقناع للحجاوي، ودقائق أولى النهي لشرح المنتهى، شرح منتهى الإرادات، وكلها في الفقه، توفي سنة 1051 هـ، (الزركلي. الأعلام. ج.7. ص.307؛ عمر رضا كحالة، معجم المؤلفين، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، ص.22)

(2) البهوتي. شرح منتهى الإرادات. ج.5. ص.649.

(3) عبد الرحمان الجزيري. كتاب الفقه على المذاهب الأربعة. ص.553.

(4) بدران أبو العينين بدران. الفقه المقارن للأحوال الشخصية بن المذاهب الأربعة. ص.232.

وبالرجوع إلى تعريفات الفقهاء المعاصرين نجد أنها خالية من التعقيد والغموض بحيث جاءت واضحة وسهلة الفهم لا تحتاج كثيرا إلى الشرح أو التفسير.

ما يمكن إختياره كتعريف للنفقة الزوجية حسب رأيي هو التعريف الذي جاء به عبد الرحمن الجزيري لأنه واضح وسهل الفهم، كذلك جاء شاملا لجميع مشتزمات النفقة الزوجية المتعارف عليها بين الفقهاء، حيث ذكر كل ما تشمله النفقة الزوجية من مآكل ومسكن وكسوة وثمان الكراء ودهن وكل شيء متعارف عليه بين الناس.

البند الثالث: تعريف النفقة في قوانين الأحوال الشخصية المغربية

قبل التطرق إلى موضوع النفقة يجب تقديم تعريف للنفقة حسب كل قانون وهذا وفق التفصيل الآتي:

أولا - تعريف النفقة في قانون الأسرة الجزائري:

من الملاحظ أن قانون الأسرة الجزائري على غرار باقي قوانين الأحوال الشخصية المغربية لم يعرف النفقة، وإنما تعرض لمشمولاتها، وهذا حسب المادة 78 ق.أ. ج⁽¹⁾ التي تنص على: "تشمل النفقة الغذاء والكسوة والعلاج والسكن وأجرته، وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة". إن المشرع الجزائري أحسن الاختيار عندما لم يعرف النفقة، لأن التعريفات من اختصاص الفقهاء، وإنما تعرض إلى ذكر مشمولاتها، حيث تعرض لها على سبيل المثال من غذاء وكسوة وعلاج وسكن أو بدل الإيجار، وكل ما يعتبر من الضروريات العرف والعادة، فلم يخالف المشرعين المغاربة في إعطاء تعريف شامل للنفقة، بحيث اقتصر على مشمولاتها فقط.

وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 10/02/1986 إذ جاء في نصه ما يلي: "من المتفق عليه فقهاء وقضاء أن الحكم بنفقة الزوجة المريضة مدة سنة، يتوقف على تحديد أجل العلاج، ويتوقف كذلك على ضرورة بقائها في بيت الزوجية ولو حكما، والقضاء بما يخالف

(1) قانون رقم 84-11 مؤرخ في 9 رمضان 1404 الموافق لـ 9 يونيو 1984 (يتضمن قانون الأسرة) المعدل والمتمم بالأمر 02/05 المؤرخ في 27 فيفري 2005 (الجريدة الرسمية رقم 15 الصادرة 2005).

ذلك استوجب نقض القرار الذي بعد أن صرح بالتطبيق بطلب الزوجة بسبب مرضها دفع لها نفقة لها لمدة سنة".⁽¹⁾

ثانيا- تعريف النفقة في المدونة الأسرة المغربية:

من الحقوق التي أثبتتها الشريعة الإسلامية للزوجة على زوجها النفقة⁽²⁾، غير أن المدونة المغربية، لم تعرف النفقة، وإنما حددت ما يعتبر من مشتملات النفقة الزوجية⁽³⁾ وهذا حسب الفصل 189 من المدونة المغربية التي تنص على أنه: "تشمل النفقة الغذاء والعلاج وما يعتبر من الضرورييات والتعليم للأولاد مع مراعاة أحكام المادة 168"⁽⁴⁾، وهذا أكده قرار المجلس الأعلى الصادر بتاريخ 2009/02/18 الذي جاء فيه: "تعتبر الكسوة والغطاء والوظائف من مشمولات النفقة، فصل المحكمة بين ذلك والنفقة ومشمولاتها دون بيان سبب ذلك يجعل القرار غير مرتكز على أساس".⁽⁵⁾

ثالثا- تعريف النفقة في المجلة التونسية:

حاول المشرع التونسي في الفصل 50 من المجلة التونسية⁽⁶⁾، تقديم تعريف للنفقة اعتمادا على مشمولاتها وتبيان عناصرها، إذ جاء بهذا الفصل أن النفقة تشتمل الطعام والكسوة والمسكن والتعلم، وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة".

(1) قرار المحكمة العليا، الصادر بتاريخ 1986/02/10، ملف رقم 39394 م.ق 1989، عدد 01، ص 111، نقلا عن: (بلحاج العربي، قانون الأسرة مع تعديلات المر 02/05، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الثانية، 2007، ص 428).

(2) محمد الشافعي، أحكام الأسرة في ضوء مدونة الأحوال الشخصية المغربية، منشورات الجامعية المغربية، ط2، 1995، ص 140.

(3) قانون رقم 03/70، الصادر بتنفيذه الظهير الشريف، رقم 04/22، بتاريخ 2004/02/03 (جريدة رسمية عدد 5184، المتعلق بمدونة الأحوال الشخصية المغربية).

(4) نظرا للطابع الاجتماعي والمعيشي للنفقة فقد تقرر حمايتها على المستوى الدولي باتفاقية نيويورك الصادرة في 20 يونيو 1956 بشأن استيفاء واجب النفقة بالخارج، وهي اتفاقية التي صادق عليها المغرب بالظهير، رقم 1/59/388 الصادر في 1959/10/03. (محمد الكشور. الوسيط في شرح مدونة الأسرة. ص 444).

(5) قرار المجلس الأعلى، صادر بتاريخ 02/18، 2009. ملف رقم 2008/1/2/245، عدد 82. نقلا عن: (الطيب الشرقاوي، أهم القرارات المجلس الأعلى، ص 159؛ التونسية، عدد 66، الصادر بتاريخ 1956/08/17، يتعلق بإصدار مجلة الأحوال الشخصية.

(6) الرائد الرسمي، عدد 66، الصادر بتاريخ 1956/08/17، يتعلق بإصدار مجلة الأحوال الشخصية التونسية، تقع بالقانون رقم 74 سنة 1993.

وعليه فإن المشرع عرف النفقة من خلال مشمولاتها، بحيث لا ينفرد بتحميل الزوج لواجب الإنفاق على زوجته، بل وتتفق في ذلك مع جميع التشريعات المغاربية والدول العربية الإسلامية.⁽¹⁾

وبالرجوع إلى فقه القضاء في تونس فإنه لم يعطي تعريفا دقيقا للنفقة بل اقتصر على استعراض محتوى الفصل 50 من المجلة الفرنسية، وهذا ما أكدته القرار التعقيبي المدني الصادر بتاريخ 1991/04/30 الذي جاء فيه ما يلي:

اقتضى الفصل 50 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية أن: "تشمل النفقة الطعام والكسوة والمسكن والتعليم وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة".

وخلاصة هذه التعاريف للنفقة الواردة في قوانين المغاربية نجد أنها كلها متقاربة ومتشابهة في محتواها، حيث اقتصرت على ذكر مشتملات النفقة دون أن تعطي تعريفا شاملا للنفقة تاركة ذلك إلى الفقهاء.

الفرع الثاني: حكم ودليل مشروعيتها وشروط وجوبها

تعتبر النفقة واجبة على الزوج وهذا حسب ما جاء به القرآن والسنة الشريفة ويكون هذا حسب التفصيل الآتي:

البند الأول: حكم النفقة

العلماء مجمعون على وجوب النفقة على الزوج لزوجته⁽²⁾، واختلفوا في سبب وجوبها فقول: تجب بالتسليم التام ولا تجب بالعقد⁽³⁾ وقيل: تجب بالعقد وتستقر بالتمكين.⁽⁴⁾

(1) عمار عبد الواحد الداودي، العلاقات بين الزوجين جدلية التقليد والتجديد في القانون التونسي مركز النشر الجامعي، تونس، 2007، ص 443.

(2) ابن نجيم. البحر الرائق. ج4. ص188.

(3) الخطاب. مواهب جليل لشرح مختصر خليل. ص 165.

(4) الكاساني. بدائع الصنائع. ج4. ص16؛ ابن حزم. المحلى. ج6. ص550.

وخالف ابن حزم فأوجبها كذلك على الزوجة الموسرة لزوجها المعسر، فقال: "فإن عجز الزوج عن نفقة نفسه، وإمرأته كلفت النفقة عليها، ولا ترجع عليه بشيء من ذلك إذا أيسر".⁽¹⁾

البند الثاني: دليل وجوب النفقة

دل على وجوب النفقة على الزوج وكونها حقا للزوجة الكتاب والسنة والاجماع والمعقول هذا بيانها:

أولا- من الكتاب:

1. قوله تعالى: "وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيَّهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ"⁽²⁾ قيل هو المهر والنفقة⁽³⁾
2. وقوله تعالى: "وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ"⁽⁴⁾ قال الجصاص: " بدل على أن الواجب من النفقة والكسوة على قدر حال الرجل في إعساره ويساره"⁽⁵⁾

ثانيا- من السنة النبوية:

جاء رجل إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقال: ما حق المرأة على زوجها؟ فقال صلى الله عليه وسلم: "يطعمها إذا أطمع، ويكسوها إذا كسا، ولا يهجرها إلا في البيت، ولا يضربها ولا يقبح".⁽⁶⁾

نص الحديث الشريف على أن إطعام الزوجة وكسوتها وهما نوعان من أنواع النفقة حق المرأة، وهما في الوقت ذاته واجبان على الزوج⁽⁷⁾

⁽¹⁾ ابن حزم. المحلى. ج.7. ص.92.

⁽²⁾ سورة البقرة، الآية 228.

⁽³⁾ الكاساني. بدائع الصنائع. ج.4. ص.15.

⁽⁴⁾ سورة البقرة، الآية 233.

⁽⁵⁾ الجصاص. أحكام القرآن. ج.2. ص.106.

⁽⁶⁾ وابن ماجة في (السنن)، كتاب النكاح، باب حق المرأة على الزوج، ج.1، ص 593؛ صححه الألباني هذا الحديث في صحيح سنن أبي داوود. ج.1. ص.596.

⁽⁷⁾ ابن حزم. المحلى. ج.6. ص.510.

ثالثا - الإجماع:

اتفق العلماء على وجوب النفقة على الزوج الزوجية، قال ابن منذر - رحمه الله - :
 "وأجمعوا على أن الرجل إذا تزوج المرأة ولم يدخل بها، فإن كان الحبس من قبلها فلا نفقة عليها،
 وإن كان من قبله فعليه النفقة، وانفرد الحسن فقال: لا نفقة عليه حتى يدخل بها".⁽¹⁾

البند الثالث: شروط وجوب النفقة

يشترط العلماء لوجوب النفقة ما يلي:

1. أن تكون المرأة زوجة بعقد زواج صحيح شرعا، فإذا كان العقد فاسدا أو باطلا فلا نفقة لها، لأن الواجب حينئذ الافتراق لا المعاشرة والاحتباس.⁽²⁾
2. أن تسلم الزوجة لزوجها تسليما حقيقا لا حكما، فإذا فات تسليم الزوجة نفسها إلى زوجها بسبب هي مرجعه فلا نفقة لها.⁽³⁾
3. أن تكون الزوجة سالحة لتحقيق أغراض الزوجية وواجباتها فإذا كانت صغيرة وعقد عليها وهما غير سالحة للزواج فلا تستحق النفقة.⁽⁴⁾
4. ألا يفوت حق الزوج في احتباس الزوجة بدون مبرر شرعي، أو بسبب ليس من جهته⁽⁵⁾،
 فإذا نشزت المرأة فلا نفقة لها.⁽⁶⁾

(1) ابن منذر. الإجماع، ص 78؛ الكاساني. البدائع، ج 4، ص 16.

(2) ابن قدامة. المغني، ج 8، ص 188؛ الكاساني. بدائع الصنائع، ج 4، ص 16.

(3) محمد عزمي الكبري، موسوعة الأحوال الشخصية، دار محمود للنشر والتوزيع، القاهرة، ج 1، 2000م، ص 295؛ بدران أبو العينين بدران.

الزواج والطلاق في الشريعة الإسلامية القانون، ص 210.

(4) بلقاسم شتوان، نفقة الأقارب والزوجة بين الشريعة والقانون، رسالة ماجستير، جامعة قسنطينة، 1995، ص 187.

(5) بدران أبو العينين. الزواج والطلاق بين الشريعة والقانون، ص 210.

(6) الشريبي. مغني المحتاج، ج 3، ص 403؛ السرخسي. المبسوط، ج 5، ص 186.

الفرع الثالث: المطلقات وحقهن في النفقة في الفقه

يثبت حق النفقة للمطلقة بصفة عامة، وقد اتفق العلماء على ثبوت هذا الحق للمطلقة رجعياً، وللمطلقة الحامل ولو كان الطلاق بائناً، ووقع الخلاف بينهم في المطلقة البائن غير الحامل، وهذا ما سيفصل في ما يأتي:

البند الأول: نفقة المطلقة رجعياً:

اتفق العلماء على وجوب النفقة بجميع أنواعها للمطلقة رجعياً، قال النووي - رحمه الله - عند كلامه عن ثبوت النفقة والسكنى: "وأما الرجعية فتجيبان لها بالإجماع".⁽¹⁾ وقال الشافعي - رحمه الله -: "فلما لم أعلم مخالفاً في أن المطلقة التي يملك زوجها رجعتها في معاني الأزواج في أن عليه نفقتها وسكنها، وأن طلاقه وإيلاءه وظهاره ولعانه يقع عليها، وأنها ترثه ويرثها..."⁽²⁾

وهذه أقوال المذاهب في ثبوت النفقة للرجعية التي لم تنته عدتها.

أولاً - المذهب الحنفي:

وقد جاء في كتاب البدائع: "وتجب في العدة من نكاح صحيح لوجود سبب الوجوب، واستحقاق الحبس للزوج عليها بسبب النكاح، لأن النكاح قائم من وجه فتستحق كما كانت تستحقها قبل الفرقة، بل أولى لأن حق الحبس بعد الفرقة تأكد بحق الشرع، وتأكد السبب بوجوب تأكد الحكم".⁽³⁾

ثانياً - المذهب المالكي:⁽⁴⁾

وقد جاء في التلقين: "وللرجعية النفقة حاملاً أو حائلاً حتى تنقضي عدتها".

(1) أبو زكريا النووي، شرح النووي على صحيح مسلم، المكتبة العصرية للطباعة والنشر، ج10، بيروت، ط1، 1422هـ-2001م، ص96.

(2) الشافعي، الأم، ج5، ص237.

(3) الكاساني، بدائع الصنائع، ج4، ص16.

(4) أبو محمد عبد الوهاب علي بن نصر الثعلبي المالكي، التلقين، المكتبة التجارية، مكة المكرمة، ط1، 1415هـ، ج1، ص348.

ثالثا - المذهب الشافعي:

قال الشافعي - رحمه الله -: "وإن طلقها وكان يملك الرجعة فعليه نفقتها في العدة لأنه لا يمنعه أن تصير حلالا له يستمع بها لنفسه إذا أشهد شاهدين أنه راجعها فهي زوجته، وإذا لم يفعل فهو منع نفسه من رجعتها".⁽¹⁾

رابعا - المذهب الحنبلي:

وقد جاء في المبدع⁽²⁾: "وعليه نفقة المطلقة رجعيا وكسوتها ومسكنها كالزوجة سواء، وهذا لقوله تعالى: "وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ"⁽³⁾ ولأنها زوجة يلحقها طلاقه وظهارة"

خامسا - المذهب الظاهري:

قال ابن حزم - رحمه الله -: "ونفقتها عليه في الطلاق الرجعي مادامت العدة ويلحقها طلاقه".⁽⁴⁾

البند الثاني: نفقة المطلقة الحامل

اتفق الفقهاء على أن المطلقة الحامل ينفق عليها زوجها سواء كان طلاقها رجعيا أو بائنا. قال القرطبي⁽⁵⁾ - رحمه الله -: "وأجمعوا على أن نفقة المطلقة ثلاثا أو مطلقة للزوج عليها رجعه وهي حامل واجبة لقوله تعالى: "وَإِنْ كُنَّ أُولَاتٍ حَمَلٍ"⁽⁶⁾ قال ابن كثير - رحمه الله - عند تفسير قوله تعالى: "وَإِنْ كُنَّ أُولَاتٍ حَمَلٍ"، قال كثير من العلماء أن البائن إن كانت حاملا وأنفق عليها حتى تضع حملها، قالوا: بدليل أن الرجعة نفقتها سواء كانت حاملا أو حائلا".⁽⁷⁾

(1) الشافعي. الأم. مرجع سابق. ص 88.

(2) ابن مفلح. المبدع. ص 191.

(3) سورة البقرة، الآية 228.

(4) ابن حزم. المحلى. ج 7. ص 217.

(5) القرطبي. جامع الأحكام القرآن. ج 3. ص 141.

(6) سورة الطلاق، الآية 6.

(7) ابن كثير. تفسير القرآن العظيم. ج 4. ص 384.

وقال الطبري - رحمه الله - في تفسير هذه الآية: "بقول تعالى ذكره: وإن كن نساؤكن المطلقات أولات حمل، وكن بائنات منكم فأنفقوا عليهن في عدتهن منكم حتى يضعن حملهن"⁽¹⁾ ويدل على ذلك أيضا قوله صلى الله عليه وسلم لفاطمة بنت قيس⁽²⁾ وكانت مطلقة طلاقا بائنا: "لا نفقة لك إلا أن تكوني حاملا"⁽³⁾.

وهذا نقل لأحوال فقهاء الذاهب في هذه المسألة:

- **مذهب الحنفية:** جاء في البدائع⁽⁴⁾: " فأما المبتوتة إذا كانت حاملا فلها السكنى ولا نفقة لها لزوال النكاح بالإبانة وكان ينبغي أن لا يكون لها السكنى، إلا أنه ترك القياس في السكنى بالنص".

- **مذهب المالكية:** أما أصحاب المالكية فقد قال صاحب الرسالة: " والسكنى لكل مطلقة مدخول بها، ولا نفقة إلا للتي طلقت دون الثلاث، وللحامل كانت مطلقة واحدة أو ثلاثا"⁽⁵⁾.

- **مذهب الشافعية:** أما الشافعية فقد قال إمام المذهب " وكل مطلقة كان زوجها يملك رجعتها فلا نفقة لها في عدتها منه إلا أن تكون حاملا فيكون عليه نفقتها ما كانت حاملا"⁽⁶⁾.

(1) الطبري. جامع البيان من تأويل القرآن. ج28. ص 94.

(2) هي فاطمة بنت قيس بن خالد الأكبر القرشية الفهرية، كانت في المهاجرات الأوائل، وكانت ذات جمال وعقل وكمال، وفي بيتها اجتمع أصحاب الشورى عند قتل عمر بن الخطاب، وخطبوا خطبهم المأثورة، تزوجت أسامة بن زيد بعد أن أطلقها أبو عمرو بن حفص بن المغيرة، روت عن النبي صلى الله عليه وسلم عدة أحاديث وروي عنها جماعة منهم الشعبي، والنخعي، وأبو سلمة، توفيت رضي الله عنها في خلافة معاوية. الاستيعاب في معرفة الأصحاب، ينظر: أبو عمرو يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر (ت463هـ)، دار الكتب العلمية، بيروت، ط2، 1422هـ-2002م، ج4، ص454.

(3) مسلم بن الحجاج النيسابوري (ت261هـ)، الكتاب الطلاق، باب المطلقة ثلاثا لا نفق لها، دار إحياء التراث الإسلامي، بيروت، دت، ج2، ص117.

(4) الكاساني. بدائع الصنائع. ج4. ص292.

(5) أبي زيد القيرواني، الرسالة، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، وحدة الرغاية، الجزائر، 1987م، ص103. عبد الرحمان المغربي، مواهب الجليل، دار الفكر، بيروت، ط2، 1398هـ، ج4، ص189.

(6) الشافعي. الأم. ج5. ص238.

وجاء في المغني المحتاج⁽¹⁾: "لأنها مشغولة بمائه فهو مستمتع برحمها، فصار كالاستمتاع بها في حال الزوجية إذ النسل مقصود بالنكاح كما أن الوطاء مقصود منه".

- **مذهب الحنابلة:** وقال ابن مفلح الحنبلي - رحمه الله -: "وأما البائن يفسخ أو طلاق، فإن كانت حاملا فلها النفقة والسكنى وإلا فلا شيء لها".⁽²⁾

البند الثالث: حق المطلقة البائن غير الحامل في النفقة

اتفق العلماء⁽³⁾ على أن المطلقة قبل الدخول لا نفقة لها، لأنه لا عدة لها لقوله تعالى: "يا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُونَهَا".⁽⁴⁾ ثم اختلفوا بعد ذلك في المطلقة البائن بعد الدخول ولم تكن حاملا هل لها النفقة والسكنى أولا؟ وهذا على أربعة أقوال.

- **القول الأول:** يرى أصحاب هذا المذهب أنه يثبت للبائن النفقة والسكنى، وقد جاء في المبسوط، "فأما المبتوتة فلها النفقة والسكنى عندنا"⁽⁵⁾، واستدلوا بقوله تعالى: "فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ.." ⁽⁶⁾

وقد تضمن الرجعية والمبتوتة، والدليل على ذلك أن من بقي من طلاقها واحدة فعليه أن يطلقها للعدة إذا أراد طلاقها.

(1) الشريبي. مغني المحتاج. ج.3. ص.44.

(2) ابن مفلح. المبدع. ج.8. ص.191، 192.

(3) ابن قدامة. المغني. ج.8. ص.189.

(4) سورة الأحزاب، الآية 49.

(5) السرخسي. المبسوط. ج.5. ص.201.

(6) سورة الطلاق، الآية 1.

وقال الجصاص: "إن السكنى لما كانت حقا في مال: وقد أوجبها الله أما بنص الكتاب إذا كانت الآية قد تناولت المبتوتة والرجعية، فقد اقتضى ذلك وجوب النفقة إذا كانت السكنى حقا في مال وهي بعض النفقة".⁽¹⁾

- **القول الثاني:** يرى أصحاب هذا القول بأن المطلقة البائن الغير حامل لاحق لها في التعويض بالنفقة ولا السكنى⁽²⁾ واستدلوا بقوله تعالى: "... لَأ تَدْرِي لَعَلَّ اللَّهَ يُحْدِثُ بَعْدَ ذَلِكَ أَمْرًا".⁽³⁾

إن الأمر الذي أراده الله تعالى إحدائه هو الرجعية لا غير، قال الطبري: "يقول جل ثناؤه: لا تدري ما الذي يحدث؟ لعل الله يحدث بعد طلاقكم إياهن رجعة وبنحو الذي قلنا في ذلك قال أصحاب التأويل"⁽⁴⁾، وهو المشهور عن الإمام أحمد رحمه الله تعالى.⁽⁵⁾

- **القول الثالث:** ذهب أصحاب هذا الرأي إلى أن للمطلقة البائن الغير حامل لها الحق في النفقة ولاحق لها في السكنى، واستدل أصحاب هذا الرأي بوجوب النفقة لقوله تعالى "وللمطلقات متاع بالمعروف"⁽⁶⁾، كما استدلوا لعدم وجوب السكنى بقوله تعالى: "أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ"⁽⁷⁾ وهي رواية عن أحمد ذكرها عنه الخلال⁽⁸⁾ رحمه الله تعالى:

(1) الجصاص. أحكام القرآن. ج.5. ص.355.

(2) الجصاص. مصدر نفسه. ج.5. ص.355.

(3) سورة الطلاق، الآية 1.

(4) الطبري. جامع البيان في تفسير القرآن. ج.23. ص.442.

(5) عبد الرحمان الجوزي. زاد المسير. ج.8. ص.296.

(6) سورة البقرة، الآية 241.

(7) سورة الطلاق، الآية 6.

(8) ابن مفلح، المبدع. المكتب الإسلامي. ج.8. ص.192؛ الشوكاني. نيل الأوطار. ج.7. ص.105.

- **القول الرابع:** يرى أصحاب هذا القول أن للمطلقة البائن والغير حامل أن لها الحق في السكنى دون النفقة⁽¹⁾ واستدلوا بقوله تعالى: "أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم"⁽²⁾

قال ابن العربي - رحمه الله - : "إن الله تعالى لما ذكر السكنى أطلقها لكل مطلقة فلما ذكر النفقة قيدها بالحمل، فدل أن المطلقة البائن لا نفقة لها"⁽³⁾

كما استدلوا بقوله تعالى: "وَإِنْ كُنَّ أُولَاتٍ حَمْلٍ فَأَنْفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّى يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ"⁽⁴⁾ فإن مفهومه أن غير الحامل لا نفقة، وإلا لم يكن لتخصيصها بالذكر فائدة.⁽⁵⁾

وعلى هذا الأساس فإن القول الرابع هو الأرجح حيث أن النفقة والسكنى تجب للمطلقة البائن الغير حامل بسبب عدتها وأن المطلقة محبوسة على زوجها، بحيث إذا انعدمت النفقة والسكنى وألزمت المرأة بالعدة، هذا إضرار بالزوجة.

المطلب الثاني: نفقة المطلقة في قوانين الأحوال الشخصية المغاربية

إن تفكك الأسرة باختيار الرابطة الزوجية الذي يترك آثار نفسية على المطلق وعلى المطلقة، وعليه فإن المطلق مطالب بدفع حقوق لمطلقاته، كما أن حق الزوجات يشمل الحكم، إلا أن يتراضوا فيما بينهما أو يحق صاحب الحق.

ومن ثمة فإن المشرعين المغاربة رتبوا على المطلق نحو مطلقته نفقات إضافية حسب حالة كل مطلقة أو بحسب حالة الحمل من عدمه وعلى ذلك وجب الاهتمام بحق المطلقة في النفقة أثناء فترة العدة نظرا لأهميتها، وهذا وفق التفصيل الآتي:

- الفرع الأول: نفقة المطلقة في قانون الأسرة الجزائري

(1) ابن مفلح. المبدع. ج. 8. ص 192؛ الطبري. جامع البيان في تأويل القرآن. ج. 28. ص 95.

(2) سورة الطلاق، الآية 6.

(3) ابن العربي. أحكام القرآن. ج. 4. ص 1839-1840.

(4) سورة الطلاق، الآية 6.

(5) ابن العربي. أحكام القرآن. ج. 4. ص 1839-1840.

- الفرع الثاني: نفقة المطلقة في مدونة الأسرة المغربية

- الفرع الثالث: نفقة المطلقة في مجال الأحوال الشخصية التونسية

الفرع الأول: نفقة المطلقة في قانون الأسرة الجزائري

تعتبر نفقة المطلقة حقا للمرأة وواجبا على الزوج⁽¹⁾، وتستحق المرأة المعتدة خلال مدة العدة إذا كانت الفرقة من زواج صحيح، وكانت الفرقة بطلاق بالإرادة المنفردة للزوج أو من القاضي أو كانت الفرقة فسخا، وكان الفسخ من قبل الزوج، أو من قبل الزوجة⁽²⁾ ويختلف استحقاق النفقة للمطلقة بحسب نوع الطلاق وعلى هذا وجب التدقيق في هذه المسألة وفق ما جاء به المشرع الجزائري، ومعالجة المحكمة العليا لكل نوع وفقا لما يلي:

البند الأول: نفقة المعتدة من طلاق رجعي

إن ما أورده المشرع الجزائري بخصوص نفقة المعتدة، نجد ضمن قانون الأسرة عديد المواد التي نصت على العدة وأحكامها، إلا أنه لا يمكن إغفال حقيقة جوهرية تتمثل في عدم النص على الطلاق الرجعي ومما يستتبعه من أحكام كالعدة، ففي الطلاق الرجعي يمكن مراجعة الزوجة بدون عقد ولا مهر جديدين، والطلاق بموجب قانون الأسرة الجزائري لا يثبت إلا بحكم غير قابل للاستئناف وفقا لما نصت عليه المادة 57 ق.أ.ج: " تكون الأحكام الصادرة في دعاوي الطلاق والتطليق والخلع غير قابلة للاستئناف فيما عدا جوانبها المالية..."

ولأن الطلاق لا يؤسس إلا بناء على حكم غير قابل للاستئناف، فلا يمكن تصور مراجعة الرجل لزوجته إلا بعقد ومهر جديدين، فحاول المشرع الجزائري النص على الطلاق الرجعي بطريقة ضمنية من خلال نص المادة 50 من ق.أ.ج التي تنص على: " من راجع زوجته أثناء

(1) وهي الرجيلي. الفقه الإسلامي وأدلته. ج9. ص 621.

(2) لا تجب النفقة في ثلاث أحوال من العدة:

1. إذا كانت من دخول في عقد فاسد أو من وطء يشبه، لأن النفقة غير واجبة في هذا العقد.
2. إذا كانت العدة من وفاة فإنه لا تجب النفقة للمعتدة، لأن النفقة تجب على لزوج وقد مات.
3. إذا كانت الفرقة بسبب فسخ كان بمعصية الزوجة، لأن الجريمة لا تثبت حقا من الحقوق، والزوجة أمتها بمعصيتها، أنظر: (محمد أبو زهرة. الأحوال الشخصية. ص 308).

محاولة الصلح لا يحتاج إلى عقد جديد ومن راجعها بعد صدور الحكم يحتاج إلى عقد جديد"،
فمحاولة المشرع النص على الطلاق الرجعي بهذه الطريقة تصطدم في الحقيقة مع نص المادة 58 من
ق.أ.ج على: "تعد المطلقة المدخول بها غير الحامل بثلاثة قروء، واليأس من الحيض بثلاثة أشهر
من تاريخ التصريح بالطلاق" فالمادة تعتبر بدء سريان العدة من تاريخ التصريح بالطلاق"، والمقصود
بذلك هو النطق بحكم الطلاق وليس التبليغ.

البند الثاني: نفقة المطلقة من طلاق بائن

بالرجوع إلى ما أورده المشرع الجزائري بخصوص نفقة العدة من طلاق بائن، فقد ضمن
قانون الأسرة نفقة المعتدة من خلال نص المادة 61 ق.أ.ج بنصها على: "لا تخرج الزوجة المطلقة
ولا المتوفي عنها زوجها من السكن العائلي ما دامت في عدة طلاقها أو وفاة زوجها إلا في حالة
الفاحشة الميينة ولها الحق في النفقة في عدة الطلاق"، فمن خلال صياغة هذه المادة، يتضح أن
المشرع قد أخذ بالخيار الفقهي الذي يعطي للمطلقة المبتوتة الحق في السكنى والنفقة طيلة فترة
العدة.

على أساس أن الحكم بالطلاق بموجب قانون الأسرة يجعله في حكم البائن، وبالتالي نحى
المشرع الجزائري منحى الحنفية⁽¹⁾ من حيث منح المطلقة المبتوتة الحق في النفقة والسكنى خلال
العدة، فإذا ما غادرت بيت الزوجية اعتبرت ناشزا، وسقط بالتالي حقها في نفقة العدة، ويراعى في
تقدير هذه النفقة حالة الزوج يسارا أو إعسارا⁽²⁾، وهو ما زكاه اجتهاد المحكمة العليا من خلال
النص على: "المبدأ: نفقة المطلقة ومنها المسكن أثناء العدة على عاتق الزوج".⁽³⁾

(1) رأى هذا الاتجاه الفقهي استحقاق المطلقة المبتوتة للنفقة أثناء عدتها فضلا عن السكنى، وزكي هذا الرأي، الحنفية وبه قال ابن شبرمة وابن أبي
ليلي الثوري والحسن بن صالح وأبو حنيفة وأصحابه وهو مروى عن ابي مسعود، أنظر: (السرخي. المبسوط. ج. 6. ص. 36؛ الدار قطني. سنن الدار
قطني. كتاب الطلاق والخلع والابلاء وغيره. رقم 69. ج. 4. ص. 24.

(2) العربي بلحاج. الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري. ج. 1. ص. 377-207.

(3) المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشخصية- قرار صادر بتاريخ 04/11/2007 (المجلة القضائية لسنة 2007، العدد الأول، ص. 245).

البند الثالث: نفقة عدة المطلقة وفق أحكام المحكمة العليا

بالرجوع إلى الأحكام الصادرة عن المحكمة العليا والتي جعلت النفقة خلال العدة واجبة على الزوج، ولا يمكن إسقاطها بأي حال من الأحوال وهذا من خلال القرار الذي ينص على ما يلي: "متى كان من المقرر شرعا نفقة العدة تظل واجبة على زوجها سواء كانت ظالمة أو مظلومة، فإن القضاء بما يخالف أحكام هذا المبدأ يعد خرقا لأحكام الشريعة".⁽¹⁾

وهذا وقد عممت الأحكام الصادرة عن المحكمة العليا حالات استحقاق المطلقة لنفقة العدة مهما كانت ظروف الطلاق، ووفقا لما يلي:

"من المقرر فقها وقضاء بأن نفقة العدة تمنح لكل زوجة مطلقة في جميع الحالات، لأنها مقررة لها شرعا"⁽²⁾

كما اعتبرت المحكمة العليا أن العدة من النظام العام، وهذا حسب القرار التالي: "لا طلاق عدة وبدون منح نفقة لها، ما دامت العدة من النظام العام... لكن حيث أن قاضي أولى درجة ارتكب خطأ آخر عندما قضي بطلاق في قضية الحال دون منح المطلقة نفقة عدة، لأن المطلقة يجب عليها أن تعتد من كل طلاق، وبالتالي فالنفقة في قضية الحال واجبة على الزوج والزوجة عليها أن تعتد لأن العدة من النظام العام".⁽³⁾

كما أن تقدير مقدار نفقة العدة يدخل في صميم اختصاص قضاة الموضوع مع ضرورة تسبب مبالغها، وهذا وقف لاجتهاد المحكمة العليا الذي نص على: "من المستقر قضاء أن تحديد

(1) العربي بلحاج. الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري. قانون الأسرة مع تعديلات الأمر 02/05. ص 335؛ أنظر: (المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشخصية- قرار غير منشور صادر ملف رقم 40351 بتاريخ 14/02/1986).

(2) المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشخصية، قرار صادر بتاريخ 12/07/2006 ملف رقم 358348 (المجلة القضائية لسنة 2006، العدد الأول ص 23).

(3) المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشخصية، قرار صادر بتاريخ 18/06/1999 ملف رقم 75029 (المجلة القضائية لسنة 1994، العدد الثاني، ص

مبالغ المتعة والتعريض ونفقة العدة ترجع للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع، غير أنهم ملزمين بذكر أسباب تحديدها..."⁽¹⁾

البند الرابع: دور صندوق النفقة في حماية نفقة العدة

أضاف المشرع الجزائري قانوننا يضمن حق المطلقات بخصوص النفقة وهو القانون رقم 15-01 المؤرخ في 4 يناير 2015 والمتضمن إنشاء صندوق النفقة، وجاء هذا القانون في ظل تجاذبات عديدة بين مؤيد ومعارض له، حيث يرى مؤيده أنه انتصار للمرأة المطلقة التي هي رهينة نفقة الرجل الذي طلقها لا سيما إذا تهرب من نفقتها، وهو الأمر الذي يدفعها للبحث عن مصدر عيشها وأولادها بشتى الطرق فكان هذا القانون المنجد لها على أساس أن الدولة تدفع لها النفقة المحكوم بها قضائيا وتصبح الدولة الدائمة للرجل المدين بالنفقة بينما رأى معارضوه بأنه تشجيع ضمني للزوجات على الخروج عن طاعة الزوج والسعي وراء الطلاق، لا سيما بطريق الخلع وبالتالي ضمان مورد النفقة لها وأولادها من طرف الدولة.

حددت المادة الأولى من هذا القانون الهدف من إنشائه بنصها على "يهدف هذا القانون إلى إنشاء صندوق النفقة وتحديد إجراءات الاستفادة من مستحقته المالية"⁽²⁾ وتضمنت المادة الثانية من هذا القانون إطارا مفاهيميا لمختلف المصطلحات الواردة في هذا القانون ونصت على المقصود بالنفقة: "النفقة المحكوم بها وفقا لأحكام قانون الأسرة لصالح الطفل أو الأطفال المحضون بعد طلاق الوالدين، وكذلك النفقة المحكوم بها مؤقتا لصالح الطفل أو الأطفال في حالة رفع دعوى الطلاق والنفقة المخصصة لحضانة الولد بعد طلاق الوالدين، وأيضا النفقة المخصصة للمطلقة، وهذا الإطار يكتنفه الغموض حول المقصود بذلك، ويمكن إدراج نفقة العدة والإهمال في نطاق هذه النفقة، فضلا أن المشرع قد حصر الاستفادة من صندوق النفقة للمرأة المطلقة فقط.

⁽¹⁾ المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار صادر بتاريخ 11/04/2007 ملف رقم 390091 (الجملة القضائية لسنة 2007، العدد الأول، ص 248-246).

⁽²⁾ القانون رقم (15-11) المتضمن انشاء صندوق النفقة الصادر بتاريخ 04 يناير 2015 (الجريدة الرسمية رقم 01 الصادرة بتاريخ 07 يناير 2015، ص 7).

وبالتالي استثنى النفقة المحكوم بها للزوجة خلال العلاقة الزوجية جراء عدم الإنفاق عليها قبل الزوج، وهو ما يعتبر تنصلا حقيقيا من الصندوق في التكفل بهذه الفئة، وقصره على المطلقات، وفي ذلك تلميح الى أن المرأة إذا أرادت الاستفادة من الصندوق فعليها أن تكون مطلقة، ويتأكد هذا الطرح من خلال تحديد هذا القانون للمستفيدين من خلال: "المستفيد أو الدائن بالنفقة: الطفل أو الأطفال المحضون ممثلين من قبل المرأة الحاضنة في مفهوم قانون الأسرة وكذا المرأة المطلقة المحكوم لها بالنفقة".

هذا وجاءت المادة الثالثة من القانون مبينة سبب تحمل الصندوق للنفقة المحكوم بها قضائيا، وفقا لما يلي: "يتم دفع المستحقات المالية للمستفيد، إذا تعذر التنفيذ الكلي أو الجزئي للأمر أو الحكم القضائي المحدد لمبلغ النفقة بسبب امتناع المدين بها عن دفع أو عجزه في ذلك أو لعدم معرفة محل إقامته". وكان المشرع لم تكفه الإجراءات الردعية المنصوص عليها في المادة 331 من قانون العقوبات التي تضمنت الحبس من ستة (06) أشهر إلى ثلاث (03) سنوات وبغرامة تتراوح بين 50000 دينار جزائري إلى 300000 دينار جزائري للمتقاعدين عن أداء النفقة المحكوم بها خاصة أن المشرع قد أبقى المتابعة القضائية سارية في حق المدين بالنفقة وفقا للمادة 13 من هذا القانون بنصها على: "لا تحول الاستفادة من أحكام هذا القانون دون المتابعة القضائية للمدين عن جريمة عدم دفع النفقة المنصوص والمعاقب عليها من قانون العقوبات"، علما أن مفهوم النفقة المنصوص عليه في قانون العقوبات يشمل أيضا النفقة الزوجية أي المفروضة حال قيام الرابطة الزوجية، وليست فقط المقتصرة على آثار الطلاق، والغريب أن المشرع قد ساوى بين الممتنع عن الدفع، والعاجز عن ذلك، وكذا المدين غير المعروف الموطن.

كما جاءت المادة الخامسة من القانون، على أن يتولى قاضي شؤون الأسرة والمختص إقليميا بالبيت في طلب الاستفادة من المستحقات المالية بموجب أمر ولائي غير قابل للطعن في ظرف خمسة أيام من تلقي الطلب، على أن يبلغ هذا الأمر عن طريق أمانة ضبط إلى الدائن والمدين بالنفقة في أجل أقصاه (48) ساعة من تاريخ صدوره، ويتولى أيضا القاضي الفصل في أي إشكال يتعلق

بالإشكالات التي تعترض الاستفادة في هذه المستحقات، بأمر ولائي أيضا في غضون ثلاثة أيام من تاريخ الأخطار بوقوع الأشكال في الاستفادة.

هذا وحدد القانون بموجب المادة السادسة منه أجل استفادة الدائن من النفقة بخمسة وعشرين يوما من تاريخ تبليغ الأمر بالاستفادة، من قبل المصالح المختصة عن طريق تحويل بنكي أو بريدي وتستمر هذه الاستفادة شهريا ما لم يسقط الحق في الاستفادة منها.

ويكون دفع هذه الأموال بعد ثبوت عدم تأدية النفقة من طرف المدين بها، ويكون ذلك بموجب محضر معاينة قد حرره المحضر القضائي، كما تتولى الخزينة العمومية تحصيل الأموال من المدينين بالنفقة، بموجب أمر تصدره المصالح المختصة، ويسهر أمين الخزينة على هذه المهمة تماشيا مع المادة التاسعة، وتتكون موارد هذا الصندوق من عدة مصادر كمساهمة الدولة، ومبالغ المدينين وأيضا بعض الرسوم التي سوف تنشأ بهذا الخصوص.

الفرع الثاني: حق نفقة المطلقة في المدونة المغربية

مما شك فيه أن مدونة الأسرة المغربية ألزمت على الزوج الراغب في الطلاق تبعات مالية منصوص عليها في المادة 83 من المدونة والتي تقضي بما يلي: " إذا تعذر الإصلاح بين الزوجين، حددت المحكمة مبلغا يودعه الزوج بكتابة الضبط بالمحكمة داخل أجل أقصاه ثلاثون يوما لأداء مستحقات الزوجة والأطفال الملزم بالإنفاق عليهم المنصوص عليها في المادتين الموالتين".⁽¹⁾

كما بينت المدونة في المادة 84 أن مستحقات الزوجة تشمل: نفقة العدة بما فيها سكنى الزوجية خلال العدة في بيت الزوجية، أو لضرورة في مسكن ملائم لها وللوضعية المادية للزوج، وقد بينت المدونة في المادة 196 "أن المطلقة رجعيا يسقط حقها في السكن دون النفقة إذا انتقلت من بيت عدتها دون موافقة زوجها أو دون عذر مقبول، والمطلقة طلاقا بائنا إذا كانت حاملا،

(1) المادة 83 مدونة الأسرة، تنص على: "إذا تعذر الإصلاح بين الزوجين، حددت المحكمة مبلغا يودعه الزوج في كتابة الضبط بالمحكمة داخل أجل أقصاه ثلاثون يوما لأداء مستحقات الزوجة والأطفال الملزم بالإنفاق عليهم المنصوص عليها في المادتين الموالتين".

تستمر نفقتها إلى أن تضع حملها، وإن لم تكن حاملا، يستمر حقها في السكن فقط إلى أن تنتهي عدتها"⁽¹⁾

البند الأول: نفقة العدة في مدونة الأسرة المغربية

تستحق المعتدة النفقة إذا كانت الفرقة في زواج صحيح، غير أن هذه النفقة لا تكون لكل معتدة بل تجب فقط لبعض المعتدات غير أن مدونة الأسرة تطرقت صراحة إلى نوعين من النفقة للمطلقة أثناء عدتها، وهذا حسب البيان التالي.

أولا - نفقة المعتدة من طلاق رجعي:

تستحق المعتدة من طلاق رجعي النفقة باتفاق الفقهاء، سواء كانت حاملا أو غير حامل لأن المطلقة رجعيا تعتبر حكما زوجة لمطلقها ما دامت العدة قائمة وبالتالي فإنه يبقى للزوجين خلال العدة نفس الحقوق والواجبات على بعضهما البعض من نفقة وإرث إلى غير ذلك باستثناء الاستمتاع.⁽²⁾

وإذا كانت المطلقة رجعيا تعتبر أصلا في حكم الزوجة ولها نفس الحقوق المترتبة للزوجة، فإنها تفقد حقها في السكن دون النفقة إذا انتقلت من بيت عدتها دون موافقة زوجها أو دون عذر مقبول.

وهذا طبقا لمقتضيات الفصل 196 من مدونة الأسرة والتي تنص على "المطلقة رجعيا حقها في السكن دون النفقة إذا انتقلت من بيت عدتها دون موافقة زوجها أو دون عذر مقبول. كما نصت المادة 84 من مدونة الأسرة على: " ونشمل مستحقات الزوجة: الصداق المؤخذ إن وجد، ونفقة العدة، والمتعة..."

(1) المادة 84 من مدونة الأسرة، تنص على: " تشمل مستحقات الزوجة: الصداق المؤخر إن وجد، ونفقة العدة والمعتدة التي يراعى فيها فترة الزواج والوضعية المالية للزوج، وأسباب الطلاق..."

(2) محمد الشافعي. الطلاق والتطليق في مدونة الأسرة. ص 173.

ومن خلال ما سبق نلاحظ أن المشرع المغربي في الحقيقة لا يمحو كل آثار الزواج في حالة وقوع الطلاق، وإنما حافظ أغلبها إلى حين انتهاء العدة، كما نلاحظ أن القضاء الجنائي المغربي قد أنزل المعتدة من طلاق رجعي بمرتلة المرأة المتزوجة، فعاقبها بجرمة الجنائية الزوجية وليس بجرمة فساد، وهذا ما أكده قرار المجلس الأعلى: "وحيث إنه من جهة فبمقتضى الفصل 490 من القانون الجنائي فإن كل علاقة جنسية بين رجل وإمرأة لا تربط بينهما علاقة زوجية تكون جريمة فساد ويعاقب عليها بالحبس من شهر إلى سنة.

وحيث أنه من جهة ثابتة فإن القرار المطعون فيه بتصريحه بأن الظئينة العارضة اعترفت لدى الضبطية القضائية بممارسة العملية الجنسية مع المتهم وهي مطلقة وعدتها لم تنقض بعد وأن المرأة التي لم تنقض عدتها تعتبر زوجة في حكم الشرع إذ أنها تظل داخل المدة المذكورة تحت مسؤولية مطلقها فهو الذي يتفق عليها ويكسوها وهكذا يكون القرار المطعون به قد طبق الفصل المشار إليه...". (1)

وهذا ما أكده قرار المجلس الأعلى من خلال النص على ما يلي: "الأصل هو أن تعتد المرأة في بيت الزوجية، أو بيت آخر يخصص لها طبقا للمادة 131، وإلا حددت لها المحكمة كراء سكنها أثناء العدة" (2)

ثانيا - آثار المترتبة عن الطلاق الرجعي في مدونة الأسرة:

رتب المشرع المغربي آثار هامة سواء أثناء فترة العدة أو بعدها وهي:

أ. آثار الطلاق خلال فترة العدة:

جميع آثار العلاقة الزوجية تبقى قائمة أثناء فترة العدة عندما يكون الطلاق رجعيا، ومن ثم تبين المرأة بانقضاء عدتها من الطلاق الرجعي طبقا للمادة 125 من المدونة والتي تنص على: "تبين

(1) قرار المجلس الأعلى، بتاريخ 1984/10/2، تحت عدد 582، رقم 07/665، مجلة القضاء والقانون، العدد 135، ص 225.

(2) الطيب شرقاوي. أهم قرارات المجلس الأعلى. ص 209.

المرأة بانقضاء عدة الطلاق الرجعي"⁽¹⁾، كما يجوز للزوج بأن يعيد زوجته إلى عصمته في الطلاق الرجعي بدون أن يبرم عقد زواج جديد أثناء فترة العدة، وهذا ما نصت عليه المادة 124 من المدونة: "للزوج أن يراجع زوجته أثناء العدة."⁽²⁾

كما تقضي المطلقة عدتها في بيت الزوجية وهذا باتفاق الفقهاء، أما الشرع المغربي فلم يتطرق لهذه المسألة، وأمام عدم وجود نص في المدونة، فإنه يتعين تطبيق مقتضيات لهذه المسألة، وأمام عدم وجود نص في المدونة، فإنه يتعين تطبيق مقتضيات المادة 400 من مدونة الأسرة⁽³⁾

كما تجب النفقة للمطلقة طيلة فترة العدة، للمطلقة طلاقا رجعيا، بحيث نفقتها وسكنها على زوجها المطلق ما دامت العدة لم تنقض ويسقطان بانتهاء العدة، وقد نصت المادة 196 من مدونة الأسرة على ما يلي: "المطلقة رجعيا يسقط حقها في السكن دون النفقة إذا انتقلت من بيت عدتها دون موافقة زوجها أو دون عذر مقبول..."⁽⁴⁾

وهذا ما أكدته قرار صادر عن محكمة الاستئناف بالقنيطرة جاء فيه: "إقرار الزوج بتواجد زوجته خارج بيت الزوجية يجعلها مصدقة في دعواها بعدم الإنفاق عليها وغير ملزمة بالإثبات"⁽⁵⁾. كما يثبت حق التوارث بينهما مادامت العدة سارية المفعول، مل لم يوجد عارض يمنع الإرث، كما تحسب المطلقة الرجعية ضمن المطلقات الثلاث التي يملكها الرجل على المرأة.⁽⁶⁾

(1) المادة 125، مدونة الأسرة المغربية، تنص على: "تبين المرأة بانقضاء عدة الطلاق الرجعي".

(2) المادة 124، مدونة الأسرة المغربية، تنص على: "للزوج أن يراجع زوجته أثناء العدة..."

(3) المادة 400 من مدونة الأسرة تنص على: "كل ما لم يرد به النص في هذه المدونة يرجع فيه إلى المذهب المالكي والاجتهاد الذي يراعي فيه تحقيق قيم الإسلام في العدل والمساواة والمعايشة بالمعروف".

(4) المادة 196، مدونة الأسرة المغربية، تنص على: "المطلقة رجعيا يسقط حقها في السكن دون النفقة إذا انتقلت من بيت عدتها دون موافقة زوجها أو دون عذر مقبول..."

(5) قرار محكمة الاستئناف، القنيطرة، بتاريخ 2009/07/14، تحت عدد 637، رقم 08/575، مجلة الاشعاع عدد 36، ص 315.

(6) إدريس الفاحوري. انحلال الرابطة الزوجية. ص 92-94.

ب. آثار الطلاق بعد العدة:

إذا لم يراجع الرجل زوجته خلال فترة العدة من طلاق رجعي فإنها تصبح بائنة منه بينونة صغرى وتصبح أجنبية عنه، بحيث يجوز للمرأة أن تتزوج بأي رجل آخر، حتى إذا شاء زوجها السابق يجوز له خطبتها والعقد عليها بتوافر كافة الأركان والشروط المتطلبة في عقد الزواج. كما يجوز للمطلق أن يتزوج من هي محرم من مطلقته كأختها أو خالتها مثلا، ويجل له أن يعقد على الرابعة إذا كان متزوج بثلاث.⁽¹⁾

ثالثا - نفقة المعتدة من طلاق بائن في مدونة الأسرة:

يضع هذا النوع من الطلاق حدا للزوجية بمجرد صدوره وبالتالي لا يحق فيه للمطلق أن يراجع فيه زوجته ولو داخل العدة إلا بعقد جديد وهذا حسب الفصل 126 من مدونة الأسرة⁽²⁾، أو بعد زواجها من رجل آخر إذا كان مكمل لثلاث وبناء على هذا فإن المشرع المغربي أهمل جميع آثار العلاقة الزوجية بمجرد توقيعه، بحيث تنتهي النفقة ومساكنه، وإذ مات أحدهما لا يرث الآخر.

أ. حالات الطلاق البائن:

وتتمثل حالات الطلاق البائن فيما يلي:

الطلاق الذي يقع قبل الدخول الحقيقي بالزوجة أي قبل البناء ولو سبقته خلوة صحيحة⁽³⁾ وهذا حسب ما جاء به المشرع المغربي حسب نص الفصل 123 من مدونة الأسرة المغربية والذي جاء فيه: " كل طلاق أوقعه الزوج فهو رجعي، إلا المكمل للثلاث والطلاق قبل البناء والطلاق بالاتفاق والخلع والمملك "

أما الطلاق الرجعي الذي تنتهي فيه العدة دون أن يراجع الزوج مطلقته خلالها حيث ينقلب هذا إلى طلاق بائن بينونة صغرى.

(1) ادريس الفاخوري. المصدر نفسه. ص 94.

(2) المادة 126، مدونة الأسرة، تنص على: "الطلاق البائن دون الثلاث يزيل الزوجية حالا، ولا يمنع من تجديد عقد الزواج".

(3) محمد الشافعي. الطلاق والتطليق في مدونة الأسرة. ص 46.

أما الطلاق بعوض حيث تقوم الزوجة بدفع مقابل مالي إلى زوجها قصد الحصول على الطلاق أو ما يسمى بطلاق الخلع⁽¹⁾ فهذا طلاق يعتبر بائنا بينونة صغرى، حيث يمكن للزوج أن يعقد من جديد على زوجته التي خالعتها ان تراضيا على ذلك، كما يعتبر الطلاق بائن بينونة صغرى في حالة طلب التطليق الشفاف من أحد الزوجين وهذا حسب المادة 94 من مدونة الأسرة⁽²⁾ وحسب ما أكده قرار استئنائي جاء فيه: "إن الشقاق هو الخلاف العميق والمستمر بين الزوجين لدرجة يتعذر معها استمرار العلاقة الزوجية دون تحديد المشرع لحالات محددة داخلية في نطاقه بل هو مفهوم واسع عام لا يشمل حالة معينة..."⁽³⁾

كما أن الطلاق الذي يكون بنا على حكم قضائي استجابة لطلب الزوجة بسبب العيب في الزوج⁽⁴⁾، أو بسبب غيبته⁽⁵⁾، أو بسبب الضرر، أو كذلك بسبب إخلال الزوج بشرط من شروط عقد الزواج⁽⁶⁾، لأن كل طلاق قضت به المحكمة فهو بائن إلا في حالي التطليق للإيلاء والتطليق لعدم الإنفاق.⁽⁷⁾

ب. آثار الطلاق البائن:

تنتج عن الطلاق البائن عدة آثار، لمعرفة بوضوح تجب التفرقة بين الطلاق البائن بينونة صغرى والطلاق البائن بينونة كبرى من جهة ثابتة.

(1) المادة 115، مدونة الأسرة تنص على: "للزوجين أن يتراضيا على الطلاق بالخلع طبقا لأحكام المادة 114 أعلاه.

(2) المادة 94 مدونة الأسرة: "إذا طلب الزوجان أو أحدهما من المحكمة حل نزاع بينهما يضاف منه الشقاق وجب عليها أن تقوم بكل المحاولات لاصلاح ذات البين طبقا لأحكام المادة 82 أعلاه"

(3) قرار استئنائي، بتاريخ 2004/01/29، تحت عدد 40 مكرر في ملف عدد 04/54 منشور بكتاب محكمة، عدد5، ص 187.

(4) المادة 107، مدونة الأسرة، تنص على: "تعتبر عيوباً مؤثرة على استقرار الحياة الزوجية وتخول طلب إنائها:

- العيوب المانعة من المعاشرة الزوجية.

- الأمراض الخطيرة على حياة الزوج الآخر أو على صحته، التي يرجى الشفاء منها داخل سنة".

(5) المادة 104، مدونة الأسرة، تنص على: "إذا غاب الزوج عن زوجته مدة تزيد عن سنة، أمكن للزوجة طلب التطليق..."

(6) المادة 99، مدونة الأسرة، تنص على: "يعتبر كل إخلال بشرط في عقد الزواج ضرراً مبرراً لطلب التطليق..."

(7) المادة 122، مدونة الأسرة، تنص على: "كل طلاق قامت به المحكمة فهو بائن، إلا في حالي التطليق للإيلاء وعدم الإنفاق".

ج. آثار الطلاق البائن بينونة صغرى:

أورد المشرع المغربي صلب المادة 126 من مدونة الأسرة على أن: "الطلاق بينونة صغرى تترتب عليه آثار، منها إزالة الملك في الحال دون الحل والمقصود بالحل جواز التزوج بالمطلقة مرة أخرى يعقد وصدقا جديدين، والمقصود بإزالة الملك أنه لا يجوز للمطلق أن يستمتع بزوجه المطلقة⁽¹⁾، ويجوز العقد عليها مرة أخرى أثناء عدتها منه أو بعد انقضاء العدة، كما ينقص به عدد الطلقات التي يملكها الزوج، كما يحل مؤخر الصداق المؤجل. بمجرد الطلاق البائن، وفي الطلاق البائن بينونة صغرى، يمنع التوارث بين الزوجين، فإذا توفي أحد الزوجين بعد الطلاق البائن فلا كوارث بينهما بسبب الزوجية، وإن كانت المطلقة لا تزال في العدة إلا إذا كان الطلاق في حالة المرض مرض الموت وقامت قرائن على أن الزوج قصد حرمان الزوجة من الميراث، فإنها ترثه إذا مات وهي في فترة العدة.

كما لا تجب نفقة المطلقة طلاقا بائنا على الزوج المطلق أثناء العدة ما لم تكن حاملا أو مرضعا.⁽²⁾

أما مدونة الأسرة فقد نصت في الفقرة الثانية من المادة 196 السالفة الذكر على أن: "المطلقة طلاقا بائنا إذا كانت حاملا تستمر نفقتها إلى أن تضع حملها، وإن تكن حاملا يستمر حقها في السكنى فقط إلى أن تنتهي عدتها".⁽¹⁾

وهذا الحكم الذي أورده المشرع الغربي هو تطبيق لما جاء في إحدى قرارات المجلس الأعلى الذي جاء فيه على ما يلي: "الطلاق للشقاق طلاق بائن، وتستحق المطلقة غير الحامل سكنها فقط، أثناء العدة، وتستمر نفقتها التي كانت حاملا إلى أن تنتهي عدتها.

(1) عبد الخالق أحمدون، الزواج والطلاق في مدونة الأسرة، دراسة مقارنة مع الفقه الاسلامي وقوانين دول المغرب العربي والاتفاقيات الدولية، مطبعة طوب برييس، الرباط، الطبعة الأولى، 2006، ص 359.

(2) ادريس الفاحوري. انحلال الرابطة الزوجية. ص 99-100.

(1) قرار المجلس الأعلى، صادر بتاريخ 2018/11/26، الملف رقم 2007/1/2/548، عدد 550؛ نقلا عن: (الطيب الشرقاوي. أهم قرارات المجلس الأعلى. ص 209).

د. آثار الطلاق البائن بينونة كبرى في مدونة الأسرة:

الطلاق البائن بينونة كبرى هو طلاق مكمل للثلاث، بحيث تصبح المطلقة أجنبية عن زوجها المطلق ولا محل لا يقاع مزيد من الطلقات عليها لأن عددها انقضى، كما تحرم المطلقة البائنة بينونة كبرى على مطلقها، بل تصبح من المحرمات عليه مؤقتا، ولا تحل له إلا بعد انقضاء عدتها من زوج آخر بني فعلا بناء شرعيا⁽¹⁾، كم يصبح مؤخر الصداق مستحق الأداء مع الزوج المطلق إذا كان مؤجلا، كما ينقضي حق التوارث بين الزوجين المطلقين.

كما لا تستحق المطلقة البائنة نفقة العدة إلا السكنى حيث تعتد المطلقة في منزل الزوجية، أو في منزل آخر يخصص لها كما نصت على ذلك المادة 131 من مدونة الأسرة.

البند الثاني: حالات استحقاق المعتدة للنفقة

تستحق المعتدة النفقة إذا كانت الفرقة من زواج صحيح، غير أن هذه النفقة لا تكون لكل معتدة بل تجب فقط لبعض المعتدات حسب البيان التالي:

أولا - المعتدة من طلاق رجعي:

تستحق المعتدة من طلاق رجعي النفقة باتفاق الفقهاء، سواء كانت حاملا أو غير حامل لأن المطلقة رجعيا تعتبر حكما زوجة لمطلقها ما دامت العدة قائمة وبالتالي فإنه يبقى للزوجين خلال العدة نفس الحقوق والواجبات على بعضهما البعض من نفقة وإرث وإلى غير ذلك، باستثناء الاستمتاع.⁽²⁾

وإذا كانت المطلقة رجعيا تعتبر أصلا في حكم الزوجة ولها نفس الحقوق المترتبة للزوجة، فإنها تفقد حقها في السكنى دون النفقة إذا انتقلت من بيت عدتها دون موافقة زوجها أو دون عذر مقبول وهذا ما أكده قرار المجلس الأعلى الذي جاء فيه ما يلي: "الأصل هو أن تعتد المرأة في بيت

(1) المادة 39-127 من مدونة الأسرة.

(2) محمد الشافعي. الطلاق والتطليق في مدونة الأسرة. ص 173.

الزوجية أو بيت آخر يخصص لها طبقاً للمادة 131، وإلا حددت لها المحكمة كراء سكنها أثناء العدة".⁽¹⁾

إن ما أورده المشرع المغربي بخصوص نفقة العدة رتب جميع آثار العلاقة الزوجية تبقى قائمة أثناء فترة العدة، عندما يكون الطلاق رجعياً، ومن ثمة تبين المرأة بانقضاء عدتها من الطلاق الرجعي طبقاً لأحكام المادة 125 من المدونة التي تنص على ما يلي: "تبين المرأة بانقضاء عدة الطلاق الرجعي".

طبقاً كما تنص عليه مقتضيات المادة 196 من مدونة الأسرة.

ثانياً - المعتدة من طلاق بائن:

تستحق المعتدة من طق بائن النفقة إذا كانت حاملاً باتفاق الفقهاء طبقاً لقوله تعالى: "أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِنْ وُجْدِكُمْ وَلَا تُضَارُوهُنَّ لِتُضَيِّقُوا عَلَيْهِنَّ وَإِنْ كُنَّ أُولَاتٍ حَمْلٍ فَأَنْفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّى يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ".⁽²⁾

كما جاء في الأسرة فإن المطلقة طلاقاً بائناً لا تستحق النفقة ولا السكنى ولكن إذا ثبت أنها حامل فإنها نفقتها تستمر إلى أن تضع حاملها، أما إذا لم تكن كذلك، فلا نفقة لها ويبقى لها فقط حق السكنى في بيت الزوجية أثناء فترة العدة، وهذا كما نصت عليه المادة 196 من مدونة الأسرة فقرة الثانية.

الفرع الثالث: نفقة المطلقة في مجال الأحوال الشخصية التونسية

إن انفصام الرابطة الزوجية بطلاق يفسح المجال للمفارقة لحق مالي آخر يتمثل وجوباً في دفع نفقة العدة، إذ أن استحقاق المطلقة للنفقة خلال مدة عدتها هو حق مطلق أكده الفصل 38 مجلة الأحوال الشخصية الذي ينص على: "يجب على الزوج أن ينفق على زوجته المدخول بها وعلى مفارقتها مدة عدتها"، حيث أوجب المشرع التونسي على الزوج واجب الإنفاق على الزوجة

(1) المجلس الأعلى - قرار رقم صادر بتاريخ 2008/9/24، ملف رقم 2018/1/2/131 تحت عدد 444.

(2) سورة الطلاق، الآية 6.

المدخول بها أثناء قيام الرابطة الزوجية، وإثر حلها طيلة فترة عدتها، ذلك أن النفقة في جوهرها تعتبر بمثابة الحق المالي الذي تكتسبه المرأة من زوجها بعد زواجها من مفارقتها كما يعتبر هذا الحق من الآثار المالية للطلاق الثابتة بنصوص تشريعية ومدعمة بأحكام قضائية، وهذا الحق المالي ثابت حتى وإن كان لها مال أو لم يكن باعتبارها تمثل امتدادا وتوصلا لواجب الإنفاق المحمول على الزوج حال قيام الزوجية وتكون أيضا بمثابة التعويض عن الحرمان من المنفعة المادية التي كانت تجنيها الزوجة من زواجها الذي انحل بموجب الطلاق⁽¹⁾، وفي هذا المجال عبرت محكمة التعقيب عن هذا في إحدى قراراتها جاء فيه ما يلي: "إذا كان الطلاق بعد البناء، فإن الفصل 32 م، أ، ش أوجب الحكم بنفقة العدة ولو لم تطلبها الزوجة"⁽²⁾

وما يمكن القول في هذا الإطار أن الفصل 38 م، أ، ش قد استعمل عبارة مطلقة وشاملة إذ أن عبارة مفارقتها تشمل كل امرأة فارقها زوجها مهما كان السبب المؤدي لانفصام العلاقة الزوجية سواء كان بالطلاق أو ببطان الزواج⁽³⁾، وبالتالي فالزوجية الصحيحة هي الموجبة فقط لنفقة الزوجة، أما عقد الزواج الباطل فإن الزوجة لا يمكنها أن تطالب الزوج بالإنفاق عليها أثناء مدة عدتها، كما أن العقد الفاسد لا يرتب واجبا ماليا بالإنفاق بين الزوجين ولو تم الدخول. كما أوجب المشرع التونسي المرأة المفارقة بطلاق نفقة تختلف مدتها حسب ثبوت حالة الحمل لديها من عدمها، فتكون نفقة المطلقة بالنفقة للمفارقة غير الحامل لمدة ثلاث أشهر من

(1) حنان حمزة الحليوي. الالتزامات المالية الناشئة عن الطلاق. ص 15.

(2) قرار تعقيبي مدني، عدد 16304، مؤرخ في 1986/11/25، ق، م، عدد 2، ص 210، نقلا عن: (فاطمة الزهراء بن حمادي، سامية دولة. التعليق على مجلة الأحوال الشخصية. ص 203).

(3) باستثناء المتوفي عنها زوجها فإن عليها العدة ولكن ليس لها الحق في النفقة سواء كان زوجها فقيرا أو غنيا وسبب في ذلك هو أن الوفاة تزيد عن الميت صفة الملك، كما لا يحق لها أن تأخذ نفقتها من التركة أو من الورثة.

إلا أن هناك دراسة في القانون التونسي حول نفقة الزوجة للسيد تبجاني عبيد منشور بجريدة الصباح اقترح سن حق الأرملة مدة عدتها تسمى "معاش المعتدة" يخضم لها من قبل أن قسمة التركة على الورثة على غرار الجراية العمرية، ويعتمد على تقرير هذا المبلغ على نفس المقاييس المعتمدة للنفقة نقلا عن: (رضا خماسم، أحكام النفقة في م، أ، ش بعد تنقيح 12 جويلية 1993، مركز الدراسات القانونية والقضائية بوزارة العدل).

تاريخ الطلاق، بينما يستمر الإنفاق على المفارقة الحامل إلى تاريخ وضع حملها دون أن تتجاوز المدة سنة من تاريخ الطلاق.⁽¹⁾

كما أوجب المشرع النفقة على الزوج لفائدة مطلقة مدة العدة، باعتبار أن العدة من توابع الزواج طبقاً لما نصت عليه المادة 38 السالفة الذكر.

إلا أنه قد انبثق جدال بين شرائح القانون لمعرفة ما إذا كانت هذه النفقة تصرف للزوجة في جميع الصور، أم في بعض الحالات فقط وهو ما انقسم حوله رجال القانون إلى شقين:

أولاً: يعتبر أن نفقة العدة تصرف إلى الزوجة مهما كان أساس الطلاق وذلك لأن المشرع لم يفرق بين صور الطلاق عندما تحدث على نفقة العدة فقد ورد بالفصل 32 من مجلة الأحوال الشخصية على أن: "... تقضي المحكمة ابتدائياً في الطلاق... كما تقضي في جميع ما يتعلق بآثاره... وتنفذ رغماً عن الاستئناف أو التعقيب أجزاء الحكم المتعلقة بالحضانة والنفقة والحماية والسكنى...".

وهو ما أكدته القرار التعقيبي المدني الذي جاء فيه ما يلي: "يتضح من مراجعة القرار المطعون فيه أن المحكمة قد عللت قرارها باستحقاق الزوجة للنفقة يكون واجب الإنفاق المحمول على الزوج غير متوقف على شرط المساكنة إذ لو كان كذلك لما استحققت الزوجة النفقة أثناء فترة عدتها وهي الفقرة التي تكون فيها قد فارقت زوجها وتحللت من واجب المساكنة وان واجب الإنفاق المحمول على الزوج هو رديف لتحبيس الزوجة على ذمته"⁽²⁾

ثانياً: وهناك شق آخر يرى أن نفقة العدة لا يمكن أن يحكم بها إلا للزوجة المطلقة للضرر من قبلها، نتيجة نشوز أو إحلال بواجباتها الزوجية أو حكم صدر عليها من أجل جريمة لها أثر على العلاقة الزوجية، ولا الزوجة التي تطالب بالطلاق بإنشاء.

(1) فاطمة الزهراء بن حمادي. التعليق على مجلة الأحوال الشخصية. ص 198.

(2) قرار تعقيبي مدني، عدد 75153، مؤرخ في 22 نوفمبر 2012، غير منشور، نقلاً عن: (فاطمة الزهراء بن حمادي. التعليق على مجلة الأحوال الشخصية. ص 203).

لقد استقر فقه القضاء التونسي على اعتبار أن الزوجة المخلة بواجباتها الزوجية لا تستحق النفقة⁽¹⁾، فإذا كانت لا تستحقها حال قيام الرابطة الزوجية فإنه يصبح من الأولى عدم الحكم لها بتلك النفقة أثناء العدة ويمكن القول، أنه في حالة الطلاق على الزوج الإنفاق على معتدته في كل الحالات إذ أن أهميته التطبيقية لا تتجاوز بضعة أشهر، فنفقة الزوجة تنتهي بنهاية عدتها المنجزة عن حل عقدة الزواج وقد حددها المشرع بثلاثة أشهر⁽²⁾ ابتداء من تاريخ صدور الحكم آليات القاضي بالطلاق.⁽³⁾

⁽¹⁾ قرار تعقيبي مدني، عدد 6254، مؤرخ في 16/07/1968، ق، ت، عدد 7 و6 لسنة 1969، نقلا عن: (فاطمة الزهراء بن حمادي، مرجع سابق، ص 198)، جاء فيه: يستفاد من الفصلين 37 و 38 من م، أ، ش أن نفقة الزوجة المدخول بها محمول على الزوج مهما كانت حالتها الحالية، وأن تلك النفقة لا تسقط عن الزوج إلا إذا أحلت بواجباتها الزوجية.

⁽²⁾ بنص الفصل 35، م، أ، ش على: "تعد المطلقة غير الحامل مدة ثلاثة أشهر كاملة، وتعد المتوفي عنها زوجها مدة أربعة أشهر وعشرة أيام كاملة، أما الحامل فعدتها وضع حملها..."

⁽³⁾ ثريا بن سعد. آثار الطلاق بين الشريعة والقانون. ص 78.

المبحث الثالث: حق المطلقة في المهر في قوانين الأحوال الشخصية المغاربية

يعتبر المهر أحد الحقوق المالية التي يرتبها الشارع على الزواج وهو نحلة يقدمها الزوج لزوجته إعلاناً عن رغبته وصدق نيته في الارتباط ويعد عربون محبة في المضي قدماً في الميثاق الغليظ المتميز عن باقي العقود، فيبادر الرجل المقبل على الزواج لإعطائه للمرأة إيذاناً منه بإشكاله، ما دام أنّها طرفاً أصيلاً في إنشاء وانعقاد الزواج، فذلك طريق يرتب لها آثاراً مالية سواء في الفقه أو في قوانين الأحوال الشخصية المغاربية وعليه فإن هذه الأفكار تحتاج إلى مزيد من التوضيح والتعريب لأهمية الأثرين الماليين في الحياة الزوجية وفقاً للتفصيل الآتي:

- المطلب الأول: حق المطلقة في المهر في الفقه

- المطلب الثاني: حق المطلقة في المهر في قوانين الأحوال الشخصية المغاربية

المطلب الأول: حق المطلقة في المهر في الفقه

يعتبر المهر من بين المعالم ذات الأثر البالغ في عقد الزواج، دون غيره من سائر العقود الأخرى، فهو ميزة أساسية تميزه عن باقي العقود، وهو محاط بتنظيم شرعي دقيق نظراً لخصوصيته حيث لا يجوز الاتفاق على إسقاطه من العقد أو خلو الزواج منه، وعليه فإن المهر له أحكام وحيدة عديدة ومتشعبة تستوجب الدراسة وفق التفصيل الآتي:

- الفرع الأول: مفهوم المهر وأهم الأحكام المتعلقة به.

- الفرع الثاني: استحقاق المطلقة للمهر في الفقه.

الفرع الأول: مفهوم المهر وأهم الأحكام المتعلقة به

للمهر معاني حمة في اللغة وفي الاصطلاح يجب في البداية معالجة هذا الحق وفق التفصيل

الآتي:

البند الأول: تعريف لغتنا واصطلاحا

أولاً- تعريف المهر في اللغة:

المهر الصداق والجمع مهور، وقد مهر المرأة بمهرها، وبمهرها مهرا وأمهرها.
وقال بعضهم مهرتها فهي ممهورة أعطيتها مهرا، وقد أمهرتها زوجها غيري علي مهر،
والمهيرة الغالية المهر، والمهارة الحذق في الشيء، والمهار الحاذق بكل عمل، والجمع مهرة. المهيرة
الحررة، والمهائر الحرائر، وهي ضد السرائر والمهر ولد الفرس.¹

أما الصداق بفتح الصاد وكسرهما فسمي بذلك لإشعاره بصدق رغبة في النكاح الذي هو
أصل إيجاب المهر⁽²⁾، وكذلك النحلة ويشهد لها قوله تعالى: "وَأَتُوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً"⁽³⁾ قال
ابن قتيبة⁽⁴⁾ - رحمه الله -، والصدقات المهور وواحدها صدقة⁽⁵⁾ وهي لغة في (الصداق)⁽⁶⁾. أما
النحلة⁽⁷⁾ فقد روى الطبري بسنده إلى ابن عباس رضي الله عنهما: يعني بالنحلة: المهر⁽⁸⁾ أما
الفريضة فيشهد لما قوله تعالى ذكره "لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا

(1) ابن منظور. لسان العرب . باب المهر . ج.6. ص 4286.

(2) ابن قدامة. المغني. ج.4. ص220.

(3) سورة النساء، الآية 4.

(4) هو عبد الله بن مسلم بن قتيبة الدينوري، وقيل المروزي، من أئمة الأدب ومن المصنفين الكثيرين، ولد ببغداد عام (213هـ-828م)، وسكن بالكوفة، ثم ولي القضاء بالدينور مدة فنسب إليها كان فاضلا ثقة حدث عن إسحاق بن راهوية وطبقته وكان موته فجأ مات رحمه الله سنة (276هـ-889م) ببغداد وتصانيفه كلها مفيدة منها، (تأويل مختلف الحديث) و(غريب الحديث) و(غريب القرآن) و(عيون الأخبار) و(طبقات الشعراء) تنظر الترجمة في:

محمد بن يعقوب الفروز أبادي (ت 817هـ)، البلاغة في ترجمة أئمة النحو واللغة، تحقيق محمد المصري، ط1، 1407هـ، جمعية أحياء التراث الإسلامي، ص127، 128.

(5) عبد الرحمان الجوزي. زاد المسير. ج.2. ص11.

(6) ابن مفلح. المبدع. ج.7. ص130.

(7) النحلة لغة: العطاء، (الفيومي، المصباح المنير، المكتبة العصرية للطباعة والنشر، بيروت، ط1، 1399هـ-1979، ص307.

(8) الطبري. جامع البيان من تأويل القرآن. ج.4. ص162.

لَهُنَّ فَرِيضَةٌ⁽¹⁾ يجوز أن يطلقها قبل الدخول بها والفرض إما أن كانت مفوضة قال ابن عباس رضي الله عنهما: الفريضة، الصداق.⁽²⁾

أولاً- تعريف المهر في الاصطلاح:

يعد المهر من أهم مباني الزواج، وعني بتعريفات اصطلاحية عديدة وإن اختلفت عباراتهم فالمعنى المقصود واحد.

ورد في كتب الفقهاء عدة تعريفات للمهر، وإن اختلفت عباراتهم فالمعنى المقصود واحد: حيث جاء في العناية بأنه: "المال الذي يجب في عقد النكاح على الزوج في مقابلة منافع البعض، إما بالتسمية أو بالعقد"⁽³⁾.

وفي منح الجليل بأنه: "المال الملتزم للمخطوبة لملك عصمتها"⁽⁴⁾.

وفي الشرح الكبير للدردير بأنه: "ما يعطي للزوجة في مقابلة الاستمتاع بها"⁽⁵⁾ وفي روضة الطالبين بأنه: "المال الواجب للمرأة على الرجل بالنكاح أو الوطاء"⁽⁶⁾.
وفي الحاوي الكبير بأنه: "العوض المستحق في عقد النكاح"⁽⁷⁾.

وفي شرح منتهى الإرادات: "العوض المسمى في عقد النكاح والمسمى بعده"⁽⁸⁾.

وقد عرف الأستاذ محمد محدة المهر وقد اعتبره ما ذهب إليه خلاصة للتعريفات السابقة الذكر، قال أنه "المال الذي أوجبه الشارع على الزوج وجعله حقا للزوجة في مقابل الاستمتاع بها في النكاح الصحيح والوطء بشبهة والوطء في النكاح الفاسد"⁽⁹⁾.

(1) سورة البقرة، الآية 236.

(2) ابن كثير. تفسير القرآن الكريم. ج.1. ص628.

(3) البابرقي، العناية شرح الهداية بحاشية شرح فتح القدير، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، دت، ج3، ص204.

(4) محمد علبش، منح الجليل شرح مختصر خليل، دار الفكر، بيروت، لبنان، ط1998، ج3، ص415.

(5) الدردير، الشرح الكبير، دار إحياء الكتب العربية، بيروت، لبنان، دت، ج2، ص293.

(6) النووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين، دار الفكر، بيروت، لبنان، طبعة 1995، ج6، ص234.

(7) الماوردي. الحاوي الكبير. ج.9. ص393.

(8) البهوتي. شرح منتهى الإرادات. ج.5. ص233.

(9) محمد محدة، الأحكام الأساسية في الأحوال الشخصية، دار الكتاب باتنة، الجزائر، دت، ج1، ص83.

وللمهر عشرة أسماء وهي: المهر والصدّاق، والنحلة، والفريضة، والطول، والحَبَاءُ و العُقْرُ، والأجر والعلائق والنكاح.

تضاف إليها:

أي ما يدفع للمرأة ويقصد به أيضا الصدقة، وهو مهر المرأة⁽¹⁾، فالصدّاق مشتق من الصدق، كدليل على الرغبة الصادقة في الاقتران، وأصدق المرأة بمعنى سمي لها صدقا.⁽²⁾

تضاف في الأخير: من خلال استعراض ما سبق يتبين أن المهر أو الصدّاق ينصرف معناه إلى الصدق والصدقة والمهر ما هو مخصص للمرأة نظير الزواج بها.

وقد عالج المشرع الجزائري مسألة تعريف الصدّاق من خلال المادة 14 من ق،أ،ج التي نصت على: "الصدّاق هو ما يدفع نخله للزوجة من نقود أو غيرها من كل ما هو مباح شرعا وهو ملك لها تتصرف فيه كما تشاء"، ويتضح أن المشرع قد حسم أمر المهر بجعله ما يقدمه الزوج لزوجته على أساس أنه هدية لازمة العطاء للمرأة سواء كان ذلك مالا أو غير شرط أن يكون من الأمور المباحة شرعا وحق وملك لها وحدها ولها كامل الحرية في التصرف فيه.

كما عرفه المشرع المغربي في الباب الثاني من مدونة الأسرة حسب المادة 26 منها على أن: "الصدّاق هو ما يقدمه الزوج لزوجته إشعارا بالرغبة في عقد الزواج وإنشاء أسرة مستقرة، وتثبيت أسس المودة والعشرة بين الزوجين، وأساسه الشرعي هو قيمته العنوية والرمزية، وليس قيمته المادية" ويتضح من خلال هذا التعريف حسب المشرع المغربي أن أساس المهر هو بناء أسرة على أسس مستقرة وأساس الصدّاق هو تعبير الرجل على ملاذ منه المادية لأنه مقدم على الالتزامات المالية تأسس الصدّاق حسب المشرع، وهي قيمة رمزية ومعنوية وليست قيمة مالية.

(1) الرازي. مختار الصحاح. ص 224.

(2) الفيروز آبادي. القاموس المحيط. 920.

كما عرفه المشرع التونسي حسب الفصل 12 الذي نفع بالقانون عدد 74 لسنة 1993 المؤرخ في 12/07/1993، والتي تنص على: "ذكر ما كان مباحا ومقوما بالمال تصلح تنميته مهرا، وهو ملك للمرأة".

فيبدو من خلال هذه التعاريف أن المهر هو حق شرعي لكل امرأة سوف يتزوجها الرجل حتى يحفظ الحقوق ولتمييز الميثاق، الغليظ عن غيره من العقود، وأن هذا المهر المقدم لها توضع به المرأة وجوبا على زوجها، إما بسبب العقد عليها، أو سبب الدخول بها.

البند الثاني: مشروعية المهر

إن البعد الشرعي للمهر يطرح مدى مشروعيته من خلال الكتاب والسنة النبوية الشريفة، وهذا ما سيتم بيانه وفق مايلي:

أولا - مشروعية المهر في القرآن:

دليل مشروعيته المهر من القرآن الكريم قوله تعالى: "وَأَتُوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً"⁽¹⁾. بمعنى أن نحل المرأة مهرها ينحلها نحلة بالكسر، أعطائها عن طيب نفس من غير مطالبة، وقيل من غير أن يأخذ عوضا⁽²⁾، والواضح من خلال هذه الآية الكريمة وتفسيرها على وجوب المهر للمرأة بواقعة الزواج وأمرت بأن يعطي لها هذا الحق.

ثانيا - مشروعية المهر في السنة النبوية:

سارت السنة النبوية في نفس منحي القرآن الكريم، من خلال جعل المهر حقا للمرأة على زوجها، ومن بين الأحاديث الواردة عن الرسول صلى الله عليه وسلم لمن أراد الزواج: "التمس ولو خاتما من حديد"⁽³⁾ يتبين مدى وجوب المهر للمرأة لمن أراد الزواج ولو بلغ إعسار الزوج لمن أراد الزواج، حتى ولو كان الخاتم من حديد.

(1) سورة النساء، الآية 4.

(2) الرازي. مختار الصحاح. ص 198.

(3) متفق عليه أنظر: (البخاري، صحيح البخاري، كتاب النكاح، باب تزويج المعسر. الحديث رقم 5087، ج 7، ص 4، مسلم. صحيح مسلم. علم كتاب النكاح، باب الصداق، حديث رقم 1425، ج 2، ص 1040).

البند الثالث: شروط المهر

اشترط الفقهاء عدة شروط يجب توافرها في المهر حتى يكون صحيحا ويمكن الاعتماد بها، وهذا ما يمكن توضيحه وفق ما يلي:

الفرع الثاني: استحقاق المطلقة للمهر في الفقه

إن المهر وإن كان واجبا على الرجل يقدمه لزوجته غير أنه بطلاقها قد يثبت لها المهر كله أو نصفه، وقد يسقط فلا تأخذ شيئا، وذلك بالنظر إلى كون المهر مسمى أو غير مسمى وإلى كون الطلاق قبل الدخول أو بعده، وهل الطلاق كان من قبله أو ومن قبلها. وباعتبار تسمية المهر وعدمه وكون الطلاق قبل الدخول أو بعده نجد أصناف من المطلقات هي:

البند الأول: حق المطلقة من المهر بعد الدخول

اتفق العلماء على وجوب المهر كله مسمى كان أو مثليا بالدخول الحقيقي، وهذا الدخول يعتبر من مؤكدات المهر⁽¹⁾، قال ابن رشد⁽²⁾ - رحمه الله -: "واتفق العلماء على أن الصداق يجب كله بالدخول أو الموت"، وقال الكاساني: أما التأكد بالدخول فمتفق عليه⁽³⁾. وقال القرطبي: "فإن جامعها مرة فقد وجب المهر كاملا إن كان مسمى أو مهر مثلها إن لم يسم"⁽⁴⁾.

البند الثاني: حق المطلقة من المهر قبل الخلوة الصحيحة

إذا فارق الرجل خليلته قبل الدخول، فذلك لا يخلو من أن يكون قبل أن يختلي بها خلوة صحيحة، أو بعد ذلك.

(1) الكاساني. البدائع. ج2. ص292؛ الشريبي. مغني المحتاج. ج3. ص224؛ البهوتي. كشف القناع. ج5. ص167.

(2) ابن رشد. بداية المجتهد. ج2. ص22.

(3) الكاساني. البدائع. ج2. ص291؛ ابن عابدين. الدر المختار. ج3. ص102.

(4) القرطبي. الجامع لأحكام القرآن. ج5. ص91؛ الدسوقي. حاشية الدسوقي. ج2. ص472.

الفقرة الأولى: إذا طلق الرجل امرأته قبل الخلوة بها فإن لها المتعة إن كان المهر غير مسمى، ولا مهر لها، قال القرطبي، - رحمه الله- " وإن لم يفرض لها، وكان الطلاق لم يجب صداق إجماعاً، وحكي المهدوي عن حماد بن أبي سليمان أنه إذا طلقها ولم يدخل بها ولم يكن فرض لها أجبر على نصف صداق مثلها". (1)

الفقرة الثانية: وإن كان المهر مسمى، فالاتفاق حاصل على أن نصف المسمى إن تمت التسمية في العقد نفسه لا بعده (2)، وذلك إذا لم يحصل الوطاء (3)

الفقرة الثالثة: فيه تفصيل لأقوال المذاهب في هذه المسألة:

1. قال إبراهيم بن أبي اليمن الحنفي - رحمه الله-: " وإن طلقها قبل الدخول بها والخلوة فلها نصف المسمى". (4)

2. قال الشيخ أحمد الدردير المالكي - رحمه الله-: "يتشتر الصدق في نكاح التسمية أو التفويض إذ فرض صداق المثل، أو ما رضيت به قبل الدخول". (5)

3. قال الإمام النووي الشافعي - رحمه الله-: "وأما موضعه فيشتر الصدق قبل الدخول بالطلاق والخلع". (6)

(1) القرطبي. الجامع لأحكام القرآن. ج3. ص154.

(2) ابن رشد. بداية المجتهد. ج2. ص18؛ ابن كثير. تفسير القرآن العظيم. ج1. ص289.

(3) إبراهيم بن أبي اليمن، لسان الحكام، القاهرة، ط2، 1393هـ-1973م، ج9، ص3.

(4) أحمد الدردير، الشرح الصغير على أقرب المسالك، المطبوعات الجميلة، الجزائر، 1413هـ-1992م، ج2، ص186.

(5) هو يحيى بن شرف بن مري بن حسن الحزامي الحوراني النووي الشافعي، أبو زكريا محي الدين، ولد في شهر محرم عام 631هـ، كان زاهدا ورعا، ناطقا بالحكمة، محققا في علمه وفنونه، حافظا لحديث الرسول صلى الله عليه وسلم عارفا بأنواعه، توفي رحمه الله في بلده (رنوا) بعدما زار القدس والخليل، وكانت وفاته في رجب عام 677هـ وقبل 676هـ، في مصنفاته (تهذيب الأسماء واللغات) و(منهاج الطالبين) و(روضه الطالبين) و(المجموع شرح المذهب)، (المنهاج شرح صحيح مسلم) و(رياض الصالحين) و(الأربعون حديث النووية) و(مناقب الشافعي) و(التيبان في آداب حملة القرآن) تنظر ترجمة في:

محمد بن قاضي شهبه، طبقات الشافعية، عالم الكتب، بيروت، 1407هـ، ج2، ص153، 158؛ عبد الوهاب السبكي، طبقات الشافعية الكبرى، دار هجر للطباعة والنشر والتوزيع، الجيزة، مصر، ط2، ج8، ص395-400.

(6) النووي. روضة الطالبين. ج7. ص289.

4. وقال ابن مفلح⁽¹⁾ الحنبلي - رحمه الله -: "إذا طلق قبل الدخول فلها نصف الصداق".⁽²⁾
وقد استدل العلماء على تصنيف المهر للمطلقة قبل الدخول والخلوة، وقد سمي لها⁽³⁾ مهر
بقوله جل وعلا: "وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا
فَرَضْتُمْ"⁽⁴⁾

الفرع الثالث: حق المطلقة في المهر بعد الخلوة الصحيحة وقبل الدخول

سأوضح في هذا الفرع ما يثبت للمطلقة بعد الخلوة الصحيحة، وسأبدأ بتعريف الخلوة
الصحيحة، وأتبع ذلك بأقوال العلماء فما تستحق المطلقة من مهر بعد الخلوة.

أولاً - معنى الخلوة الصحيحة:

عرفها الحنفية بقولهم: "أن يجتمع الزوجان بعد عقد الزواج في مكان منفرد بأمان فيه دخول
الغير، ولا يوجد بالزوجة مانع حسي⁽⁵⁾ أو طبعي⁽⁶⁾ أو شرعي⁽⁷⁾ يمنع من مقاربة الزوج لها، وإلا
كانت الخلوة فاسدة".⁽⁸⁾

ثانياً - حكم المهر للمطلقة قبل الدخول وبعد الخلوة:

اختلف رأي الفقهاء في حكم المهر سواء قبل الدخول أو بعد الخلوة، حيث ألحقها بعضهم
بالدخول الحقيقي واعتبرها دخولا حكيمياً، في حين أضافها آخرون إلى ما قبل الخلوة.

(1) هو برهان الدين أبو إسحاق إبراهيم بن محمد بن مفلح الحنبلي، الإمام البحر الحافظ المجهّد أفضى القضاة، باشر القضاء في دمشق، كان ذا ورع
ويقين، توفي رحمه الله بدمشق في اليوم الخامس من شعبان عام 884هـ، من مصنفاته (المبدع)، و(المقصد الأرشدي في ترجمة أصحاب الإمام أحمد،
تنظر الترجمة في:

عبد الحي بن أحمد (ابن العماد) شذرات الذهب، دار الكتب العلمية، بيروت، دت، ج4، ص338-339.

(2) بن مفلح. المبدع. ج.7. ص.147.

(3) إبراهيم بن أبي اليمن. لسان الحكام. ج.9. ص.3؛ ابن رشد. بداية المجهّد. ج.2. ص.18.

(4) سورة الأحزاب، الآية 49.

(5) مثل "أن تكون صغيرة أو مريضة أو بها عيب يمنع الدخول"، أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، القاهرة، دت، ص190؛ عبد
الوهاب خلاف أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، دار القلم للنشر والتوزيع، عمان الأردن، 1415هـ-1991م، ص83.

(6) بأن "تكون معها ثالث، فإن الطبع يمنع الدخول مع وجوده، أبو زهرة، الأحوال الشخصية. ص.190.

(7) كأن "يكون أحدهما صائماً، أو تكون المرأة حائضاً". أبو زهرة. المرجع السابق. ص.190.

(8) الكاساني. بدائع الصنائع. ج.2. ص.291.

الرأي الأول: ويلحق أصحابه المطلقة بعد الخلوة بالمطلقة قبل الدخول فيثبت لها نصف الصداق إن

كان المهر مسمي، ولها المتعة إن لم يسم، وإليه ذهب المالكية، والشافعية والظاهرية. (1)

واستدلوا لرأيهم بالقرآن والمعقول:

أما من القرآن الكريم: فكانت حجتهم قوله تعالى: "وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنَصِفُ مَا فَرَضْتُمْ". (2)

والمراد بالمس الجماع. (3)

وقال تعالى في آية أخرى: "يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُونَهَا". (4)

فعلق استحقاق كمال المهر ووجوب المهر بوجوب المسيس، وهو الوطاء، وإذا كان معلوما

انه لم يرد به وجود المس باليد (5)، وقالوا: هي مطلقة لم تمس فأشبهت من لم يخل بها. (6)

واستدلوا أيضا بقوله تعالى: "وَكَيْفَ تَأْخُذُونَهُ وَقَدْ أَفْضَى بَعْضُكُمْ إِلَى بَعْضٍ" (7) حيث حملوا

مصطلح الإفضاء على معنى الجماع، وهو المروي عن ابن عباس، إذا أصل الإفضاء في اللغة

المخالطة. (8)

أما من المعقول: "إذا كانت الخلوة لا تلحق بالوطء في سائر الأحكام من حدود غسل

وإحلال للزوج الأول ونحوها فلا تلحق بالوطء هنا، فلا يكمل المهر ويرد على هذا الاستدلال بما

جاء في أحكام القرآن للحصاص: "فإن قيل: لو كان التسليم قائما مقام الوطاء فوجب أن يجلها

(1) ابن جزري، القرائن الفقهية، المكتبة العصرية، بيروت، الطبعة الأولى، سنة 1442هـ-2000م، ص153؛ الماوردي، الحاوي الكبير، ج12.

ص173؛ ابن حزم، المحلى، دار الكتب العلمية، بيروت، (د ط ت)، ج9، ص482.

(2) سورة البقرة، الآية 237.

(3) الشربيني، مغني المحتاج، ج3، ص225.

(4) سورة الأحزاب، الآية 49.

(5) الحصاص، أحكام القرآن، ج2، ص149.

(6) ابن قدامة، المغني، ج7، ص191.

(7) سورة النساء، الآية 21.

(8) القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ج5، ص102.

للزوج الأول كما يحلها الوطاء قبل له: هذا غلط لأن التسليم هو علة الاستحقاق كامل المهر وليس بعلة لإحلالها للزوج الأول، ألا ترى أن الزوج لو مات عنها قبل الدخول استحققت كامل، وكان الموت بمنزلة الدخول ولا يحلها ذلك للزوج الأول".⁽¹⁾

الرأي الثاني: ذهب الحنفية والحنابلة إلى أن الخلوة المجردة موجبة لكامل المهر ولو اتفقا على عدم الوطاء⁽²⁾ واستدلوا في ذلك على أدلة من القرآن والسنة والإجماع والمعقول.

من القرآن الكريم: قوله تعالى: "وَإِنْ أَرَدْتُمْ اسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَكَانَ زَوْجٍ وَأَنْتُمْ إِحْدَاهُنَّ فَنُطْرًا فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا أَتَأْخُذُونَهُ بُهْتَانًا وَإِثْمًا مُبِينًا وَكَيْفَ تَأْخُذُونَهُ وَقَدْ أَفْضَى بَعْضُكُمْ إِلَى بَعْضٍ".⁽³⁾
قال الفراء⁽⁴⁾ - رحمه الله -: "الإفضاء الخلوة دخل بها أو لم يدخل لها وهو حجة في اللغة، وقد أخبر أن الإفضاء اسم للخلوة فمنع الله أن يأخذ شيئاً منه بعد الخلوة، وقد دل على أن المراد هو الخلوة الصحيحة التي يكون ممنوعاً فيها الاستمتاع"⁽⁵⁾

من السنة: استدلوا بقوله صلى الله عليه وسلم: "من كشف خمار امرأة ونظر إليها وجب الصداق دخل بها أو لم يدخل"⁽⁶⁾

من الإجماع: واستدلوا بما روى عن زُرارة بن أوفى قال: "قال الخلفاء الراشدون المهديون أن من أغلق باباً وأرخص ستاراً، وجب المهر، ووجبت العدة"⁽¹⁾

(1) الحصص. أحكام القرآن. ج.5. ص102.

(2) الكاساني. البدائع. ج.2. ص291؛ ابن قدامة. المغني. ج.8. ص61.

(3) سورة النساء، الآية 20-21.

(4) العلامة صاحب التصانيف أبو زكريا بن زياد الأسدي مولاهم الكوفي النحوي صاحب الكساني، المعروف بالفراء لأنه كان يفري الكلام، قال بعضهم: "الفراء أمير المؤمنين في النحو" كان عالماً باللغة والنحو وأيام العرب والشعر، والفقه والطب، والنجوم توفي - رحمه الله - بطريق الحج سنة سبع ومائتين، وعمره ثلاث وستون سنة مقدار توألفه ثلاثة آلاف ورقة منها: (معاني القرآن)، (الحدود في النحو)، تنظر الترجمة: الذهبي، سير أعلام النبلاء، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط5، 1413هـ-، ج10، ص118-121.

(5) الحصص. أحكام القرآن. ج.2. ص148. ج.3. ص49.

(6) البيهقي. سنن البيهقي في السنن، كتاب الصداق، باب من قال: "من أغلق باباً أو أرخص ستاراً، وجب الصداق"، بن عبد الرحمان بن ثوبان مرسل. ج.7. ص266.

(1) أخرجه البيهقي في السنن. كتاب الصداق باب من قال "من أغلق باباً أو أرخص ستاراً اوجب الصداق". ج.7. ص255؛ عبد الرزاق المصنف، كتاب النكاح، باب وجوب الصداق، المكتب الإسلامي، بيروت، ط2، 1403هـ-1983م، ج6، ص288.

المطلب الثاني: حق المطلقة في المهر في قوانين الأحوال الشخصية المغربية

إن الالتزامات المالية الناشئة عن الطلاق متعددة وتختلف في أهميتها سريانها، ففي حين يكون الالتزام بدفع التعويضات المالية مرتبطة بالدخول أو قبل الدخول، كما ينشأ الالتزام بإرجاع ما وقع دفعه بموجب عقد الزواج حتى قبل حصول هاته الواقعة أي حالما يقع عقد الزوج طالما أن المقصود من وراء الدفع قد انتفى بوقوع الانحلال.

وبالرجوع إلى قوانين الأحوال الشخصية المغربية نلاحظ أن المشرعين المغربية نصوا على جملة من القوانين التي يمكنها أن تعالج مسألة حق المطلقة في المهر وهذا ما سأحاول التطرق إليه وفق التفصيل الآتي:

- الفرع الأول: حق المطلقة في المهر في قانون الأسرة الجزائري.
- الفرع الثاني: حق المطلقة في المهر في مدونة الأسرة المغربية.
- الفرع الثالث: حق المطلقة في المهر في مجلة الأحوال الشخصية التونسية.

الفرع الأول: حق المطلقة في المهر في قانون الأسرة الجزائري

إن المهر وان كان واجبا على الرجل يقدمه لزوجته غير أنه بطلاقة لها قد يثبت لها كله أو نصفه، وقد يسقط فلا تأخذ شيئا، وذلك بالنظر إلى كون المهر مسمى أو غير مسمى، وإلى كون الطلاق تم قبل الدخول أو بعده، وهذا ما سيتم تبينه كما يلي:

البند الأول: حق المطلقة من المهر بعد الدخول:

بمجرد انعقاد عقد الزواج صحيحا وباستفاء جميع عناصره، يتم استحقاق الزوجة كامل المهر إذا ثبت الدخول بالعقد الصحيح وهو ما أشارت إليه المادة 16 من قانون الأسرة بنصها: "تستحق الزوجة الصداق كاملا بالدخول، أو بوفاة الزوج، وتستحق نصفه عند الطلاق قبل الدخول".

وأخذ المشرع الجزائري بنظرية الدخول أو التمكين لاستحقاق الزوجة كامل صداقها، فلا يمنع الزوجة من المطالبة بصداقها كاملاً إذا ثبت الدخول بالعقد الصحيح، وهو ما أشارت إليه

المادة 16 السالفة الذكر وجسدت اجتهادات المحكمة العليا هذا الاتجاه وفقاً لما يلي:

"من المقرر فقهاً وشرعاً أن الزوجة تستحق الصداق كاملاً بالدخول واختلاء الزوج بها، ومن ثم فإن القضاء بخلاف هذا المبدأ يعد خرقاً لحكام الشريعة، ولما كان ثابتاً -في قضية الحال- أن الزوج لم يدخل بزوجه بعد انتقالها إلى داره لكونه كان في حالة اعتقال، مما يتعدى إتمام الخلوة، ومن ثم فإن المجلس القضائي لما قضى بالطلاق واستحقاق الزوجة لكامل الصداق بكون بقضائه كما فعل خرق القواعد الشرعية وانتهاك النصوص القانونية"⁽¹⁾

وعليه فإن اجتهاد المحكمة العليا جاء مستلزماً للدخول الحقيقي كباعث جدي على استحقاق الصداق كاملاً، وفي حالة عدم ثبوت الدخول فلا صداق لها.

البند الثاني: حق المطلقة من المهر قبل الخلوة الصحيحة

ذهب المشرع الجزائري إلى أن المطلقة تستحق نصف الصداق عند الطلاق قبل الدخول وهذا حسب المادة 16 من قانون الأسرة السالفة الذكر التي بينت استحقاق الزوجة لنصف الصداق عند الطلاق قبل الدخول.⁽²⁾

وهو ما يعني تحقق العقد وبالتالي حل هذا العقد بالطلاق، فنصت المادة على "...وتستحق نصفه عند الطلاق قبل الدخول" فتتحقق هذه الحالة في صورة ما تم العقد على الزوجة ثم حصل الطلاق ولم يتم البناء الصحيح، فتصبح الزوجة مطلقة وما نصف الصداق⁽³⁾، وهو ما تبنته المحكمة العليا من خلال النص على "من المقرر قانوناً أنه تستحق الزوجة الصداق كاملاً لدخول أو بوفاة الزوج، وتستحق نصفه عند الطلاق قبل الدخول، ولما كان ثابتاً، في قضية الحال، أن الزوجة

⁽¹⁾ المحكمة العليا - غرفة الأحوال الشخصية والموارث - قرار صادر بتاريخ 1988/05/09 ملف رقم 49283، (المجلة القضائية لسنة 1992، العدد الثاني، ص 44).

⁽²⁾ الغوثي بن ملح، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، ديوان المطبوعات الجامعية، 2008، بن عكنون، الجزائر، ط2، ص 56.

⁽³⁾ عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، دار هومة الجزائر، ط2، 2009، ص 48.

طلقت قبل البناء، فإن قضاة الموضوع باعتبارهم الطلاق المحكوم به فسخا والحكم على الطاعنة بإرجاع كامل الصداق مع أنها تستحق نصفه خالفوا أحكام المادة 16 من قانون الأسرة، مما يستوجب نقض القرار المطعون⁽¹⁾، فوضح مدى المخالطة التي وقع فيها القضاة بحكمهم بإرجاع المطلقة كامل المهر بالرغم من طلاقها قبل الدخول الحقيقي، وهو ما يعطيها الحق في نصف المهر المقرر شرعا وقانونا.

كما نص المشرع الجزائري على أن الزواج الفاسد يسقط المهر إذا تم الفراق بين الزوجين قبل الدخول، وقد أشارت إلى ذلك المادة 33 من قانون الأسرة على أن: "يطل الزواج إذا احتل ركن الرضا".

إذا تم الزواج بدون شاهدين أو صداق أو ولي في حالة وجوبه، يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه، ويثبت بعد الدخول بصداق المثل".

وفي جميع الأحوال فإن علينا أن نشير إلى أن وجوب المهر وثبوته للزوجة واستحقاقها له لا يتم، إلا بعد الزواج الصحيح وهذا خلافا لما إذا كان الزواج فاسدا، وتم فسخه، فإن الزوجة لا تستحق المهر المسمى إذا كان الفسخ وقع قبل الدخول.

كما نجد أن المشرع لم ينص على حالة سقوط مهر المطلقة قبل الدخول إذا كان سبب الطلاق من قبلها، كما لو ارتدت عن الإسلام، أو اختارت نفسها عند البلوغ أو الإقامة من الجنون في جميع الحالات التي يثبت لها شرعا خيار لفسخ الزواج، إن عدم نص المشرع على حكم هذه المسألة نلجأ إلى نص المادة 222 من قانون الأسرة والتي جاء فيها: "كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية"⁽²⁾

(1) سعد عبد العزيز، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، دار البعث، قسنطينة، ط2، 1989، ص 135.

(2) بلحاج العربي. الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري. ج.1. ص 112.

البند الثالث: حق المطلقة في المهر بعد الخلوة الصحيحة وقبل الدخول

بالرجوع إلى منحي المشرع الجزائري في هذه المسألة فإنه لم يتكلم عن هذه المسألة، تارك ذلك إلى نص المادة 222 السالفة الذكر، ولكن ما تستنبطه من المادة 16 من قانون الأسرة أن المهر لا يتأكد بالخلوة حيث جاء فيها، "تستحق الزوجة الصداق كاملا بالدخول أو بوفاة..." فلو استقر الصداق بالخلوة لأشارت إليه المادة وما دامت لم تشير إليه المادة يثبت لها المهر، وعليه فإن المشرع لم يثر مطلقا للخلوة، مما يفهم منه أنه لا يعتبرها من مؤكدات الصداق والعبارة عنده هو بالدخول.⁽¹⁾

الفرع الثاني: حق المطلقة في المهر في مدونة الأسرة المغربية

إن المهر هو مقدار من مال يجب للزوجة على زوجها بالعقد عليها، وهو تأكيد لها لميثاق الزوجية من أهمية وشرف وتكريما أو تعظيما لجانب المرأة فيه، غير أنه حيث يقع الطلاق يكون مصير المهر إما أن يثبت لها كله أو نصفه، كما قد يسقط لا تستحقه، وذلك كون المهر مسمى أو غير مسمى، وسواء كان الطلاق قبل الدخول أو بعده، وعليه تستوجب الدراسة وفق المشرع المغربي على النحو الآتي:

البند الأول: تعريف المهر وحكمه في مدونة الأسرة المغربية

يجب إعطاء تعريف المهر وفق ما جاء به المشرع المغربي كذا حكم المهر.

أولا - تعريف المهر:

لقد تعرض المشرع المغربي لتعريف المهر هذا حسب نص المادة 26 من مدونة الأسرة بقولها: "الصداق هو ما يقدمه الزوج لزوجته إشعارا بالرغبة في عقد الزواج وإنشاء أسرة مستقرة، وتثبيت أسس المودة والعشرة بين الزوجين، وأساسه الشرعي هو قيمته المعنوية والرمزية، وليس قيمته المادية"⁽²⁾، ونعتقد أن التوفيق قد حالف المشرع المغربي حسب نص المادة عندما اعتبر الصداق

⁽¹⁾ سعد فضيل. شرح قانون الأسرة. ص 94.

⁽²⁾ أحمد الخليلش، التعليق على قانون الأحوال الشخصية، دار النشر المعرفة، ط3، 1994، ج1، ص 135.

بمناة عطية من الزوج مشعرة بالرغبة في الزواج، وليس بمجرد عرض أو مقابل للاستمتاع بالمرأة أو ثمن لها أو ثمن للبضع كما يجلو للبعض أن يسميه، لأن الصداق ينبغي أن يسمو ويرتفع عن فكرة البيع والشراء.⁽¹⁾

ثانيا - حكم المهر:

إن تقديم الزوج للمهر في عقد الزواج واجب وهذا حسب المادة 13 من مدونة الأسرة والتي تنص على: "يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط الآتية:

1. أهلية الزوج والزوجة

2. عدم الاتفاق على إسقاط الصداق..."، كما قرر المشرع المغربي.

وجوب تسمية مهر الزوجة أثناء إبرام العقد، حيث يتضمن العقد قدر المهر وعند الاقتضاء المعجل والمؤجل⁽²⁾، إلا أنه قد يتم السكوت على ذلك وفي هذه الحالة اعتبر المشرع الزواج زوج تفويض، وصداق تفويض.⁽³⁾

وهذا حسب المادة 27 من مدونة الأسرة بقولها: "يحدد الصداق وقت إبرام العقد، وفي حالة السكوت عن تحديده، يعتبر العقد زوج تفويض، إذا لم يتراض الزوجان بعد البناء على قدر الصداق في زواج التفويض، فإن المحكمة تحده مراعية الوسط الاجتماعي للزوجين".

كما أجاز المشرع المغربي التفويض في تقديره، فإنه لا يجوز التراضي بين الزوجين على التزوج بدون مهر نهائي، كما لا يجوز للزوج أن يشترط من جانبه في العقد عدم أداء الصداق، والقاعدة أن الصداق ملك للمرأة تتصرف فيه كيف شاءت ولاحق للزوج في مطالبته لها بأثاث أو مفروش أو لباس عوضا عن الصداق الذي أصدقه إياها.

⁽¹⁾ محمد الكشيور، الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية، ص 220.

⁽²⁾ المادة 17 من مدونة الأسرة تنص على: "يتم عقد الزواج بحضور أطرافه، غير أنه يمكن التوكيل على إبرامه بإذن من القاضي الأسرة المكلف بالزواج وفق الشروط الآتية:... أن تتضمن الوكالة قدر الصداق، وعند الاقتضاء المعجل منه والمؤجل...".

⁽³⁾ محمد الأزهر. شرح مدونة الأسرة. ص 131.

ويلاحظ أن المشرع المغربي هجر مصطلح صداق المثل، حيث جعل الأمر بيد المحكمة في حالة عدم التراضي بين الزوجين على مقدار المهر بعد البناء والمحكمة ملزمة بتحديد مقدار المهر مع مراعاة الوسط الاجتماعي للزوجين.⁽¹⁾

البند الثاني: استحقاق المطلقة للمهر في مدونة الأسرة المغربية

حسب المادة 29 من مدونة الأسرة⁽²⁾ فالمهر يعتبر ملكا خالصا للزوجة تتصرف فيه كيف شاءت وهو حق خالص للزوجة، فهي التي تقبضه متى كانت رشيدة وليس الولي أو الوصي أن يأخذه نيابة عنها إلا بوكالة، وعليه فإن المطلقة تستحق المهر بأكمله، وقد تستحق نصفه فقط، وقد لا تستحق أي شيء منه على الإطلاق، وتعرض فيما يلي لكل حالة من هذه الحالات:

أولا - تستحق المطلقة المهر بأكمله في حالتين:

1. حالة الدخول الحقيقي: إذا دخل الزوج بزوجه دخولا حقيقيا بعد العقد عليها عقدا شرعيا فإن المهر يتأكد كله لهذه الزوجة، وهذا حسب المادة 32 من مدونة الأسرة بقولها: "تستحق الزوجة الصداق كله بالبناء أو الموت قبله..."، وتستحق المرأة المهر كاملا لا فرق في هذه الحالة بين المهر المسمى في العقد تسمية صحيحة، وبين المهر الذي فرض العقد بتراضي الطرفين أو فرض بحكم من القضاء، والمهر منى تأكد للزوجة لا يسقط إلا بالأداء أو الإبراء ما دامت الزوجية قائمة.⁽³⁾

كما يبدو أن قضاء المجلس الأعلى سار في هذا الاتجاه في إحدى قراراته التي جاء فيها ما يلي: "إن مجرد الخلوة بالزوجة كافيا في استحقاقها كامل المهر والمتعة، دون توجيه يمين عليها تأييدا

(1) محمد الكشور. الوسيط في قانون الأحوال الشخصية. ص 222.

(2) المادة 29 تنص على: "الصداق ملك المرأة تتصرف فيه كيف شاءت، ولاحق للزوج في أن يطالبها بأثاث أو غيره، مقابل الصداق الذي أصدقها إياه"

(3) محمد الكشور. المرجع السابق. ص 223.

لادعائها، الأمر الذي كان معه الحكم المطعون فيه يستوجب للنقص بخص عدم توجيه اليمين...⁽¹⁾

وفي قرار آخر صدر عن المجلس الأعلى أيد فيه حكم محكمة الاستئناف حيث جاء فيه ما يلي:

"من المقرر في الفقه المالكي من أن المدعية إذا اختلي بها الزوج خلوة اهتداء بإقرارها أو بشهادة الشهود ولو إمرأتين، حلفت على دعواها استحققت المهر كله"⁽²⁾

كما أن المشرع المغربي اعتبر الخلوة الصحيحة التي تقوم مقام الدخول وتؤكد وجوب المهر بأكمله على الزوج في الزواج الصحيح وهذا ما أيده قرار المجلس الأعلى: "مرافقة الزوجة في السفر والتنقل بها يعتبر شاهدا عرفيا يؤيد التلقية المدلى بها لإثبات الخلوة، والقول قولها في إدعاء المسيس بعد يمينها وتستحق المطلقة بعد الخلوة كامل المهر والنفقة دون أداء اليمين"⁽³⁾، ورغم ذلك فإن المشرع قد اعتبر الخلوة الصحيحة سبب للعدة بعد الفراق، وهذا مراعاة لاختلاط الأنساب.

ثانيا- حالة استحقاق المطلقة لنصف المهر:

إذا كان الزواج صحيحا، وكان المهر قد سمي في ذلك العقد بكيفية صحيحة، وحدث أن طلق الزوج زوجته قبل الدخول فإن هذه الأخيرة تستحق نصف المهر استنادا إلى المادة 32 من مدونة الأسرة السالفة الذكر بقولها: "...تستحق الزوجة نصف الصداق المسمى إذا وقع الطلاق قبل البناء..."⁽⁴⁾، وعليه اشترط المشرع لتطبيق هذا النص أن يكون المهر قد سمي بالعقد، أو على الأقل جرت تسميته لاحقا، فإذا لم يكن قد سمي فلا تستحق الزوجة المطلقة في هذه الحالة الأخيرة إلا المتعة، كما يشترط المشرع أن يكون الطلاق قد تم باختيار من الزوج، فإن لم يكن قد تم

⁽¹⁾ قرار المجلس الأعلى، غرفة الأحوال الشخصية، قرار عدد 58، مؤرخ في 1977/05/26، نقلا عن: (أحمد الخليلي، التعليق على قانون الأحوال الشخصية، ص 149).

⁽²⁾ قرار المجلس الأعلى، غرفة الأحوال الشخصية، قرار عدد 346، مؤرخ في 1978/09/22 رقم 66387، نقلا عن: (أمد الخليلي، التعليق على قانون الأحوال الشخصية، ص 150).

⁽³⁾ قرار المجلس الأعلى، غرفة الأحوال الشخصية، رقم 58، ملف رقم 56358، بتاريخ 1977/05/26، مجلة القضاء، عدد 29، ص 139.

⁽⁴⁾ محمد الكشور. الوسيط في قانون الأحوال الشخصية. ص 238.

باختيار منه، كما لو كانت الزوجة قد ردت الزوج للعب أو ردها هو للعب، فإنها لا تستحق في هذه الحالة أي شيء.

البند الثالث: حالات عدم استحقاق المطلقة للمهر

لا تستحق الزوجة التي فارقها زوجها أي شيء في الأحوال التالية:

أ. إذا قتلت الزوجة زوجها عمدا وعدوانا قبل أن يدخل بها، فرغم أن هذه المسألة خلافية، فالظاهر أنهما لا تستحق أي صداق، بل تعامل بنقيض قصدها حتى لا يكون ذلك ذريعة لقتل النساء أزواجهن.

ب. إذا فسخ الزواج قبل الدخول: ويستفاد هذا حسب نص المادة 32 الفقرة الرابعة بقولها: "...إذا وقع فسخ عقد الزواج..." ويستشف من نص المادة أن كل عقد زواج فسخ قبل الدخول فلا مهر لها.

ج. إذا رد الزوج زوجته للعب أو رده هي للعب قبل أن يدخل بها دخولا حقيقيا، وهذا طبقا لنص المادة 32 الفقرة الخامسة بقولها: "...إذا وقع رد عقد الزواج بسبب عيب في الزوجة، أو كان الرد من الزوجة بسبب عيب في الزوج..."⁽¹⁾

البند الرابع: الحماية القانونية لحق المطلقة في المهر

ورتب المشرع المغربي جملة من النصوص القانونية حماية لحق المطلقة في المهر وذلك في عدة أحوال وذلك صلب مجلة الالتزامات والعقود منها:

أولا- المهر لا يسقط بالتقادم مادامت الزوجية قائمة:

ينص الفصل 378 من قانون الالتزامات والعقود على ما يلي: "لا محل للتقادم:

بين الأزواج خلال مدة الزواج..." ويتضح من هذا النص أن الزوج يوقف التقادم بين الزوجين فيما يتعلق بالديون الثابتة بينهما، ومن جملتها بطبيعة الحال الصداق أو مؤخره، وعليه، فمتى

(1) محمد الكشور. الوسيط في قانون الأحوال الشخصية. ص 240.

انفكت الرابطة الزوجية بين الطرفين، عن طريق الطلاق أو الفسخ مثلا، بدأ التقادم بعد ذلك مباشرة في السريان.

ثانيا- المهر دين ممتاز:

إذا لم يكن الزوج قد أدى الصداق كله للزوجة، فما تبقى منه يبقى دينا عالقا بدمته يؤديه، سواء بالرضاء وإلا فجيرا عن طريق القضاء.

ويضاف إلى ذلك وحسب التعديل الذي عرفه الفصل 1248 من قانون الالتزامات والعقود⁽¹⁾ بواسطة الظهير بمثابة قانون الصادر في 1993/09/10 فإن الصداق قد أصبح دينا ممتازا يحتل المرتبة الثالثة بعد مصروفات الجنازة ثم مصروفات مرض الموت.

وتتضح أهمية الامتياز في حالة تنازع المهر، كدين مع ديون أخرى في حالة وفاة الزوج أو في حالة تصفيته قضائيا.

ثالثا- المهر دين مضمون برهن جبري:

اعتبر المشرع المغربي المهر دين مضمون برهن جبري وهذا صلب المادة 163 من قانون الرفعات المدنية من ظهير 1915/06/02 بشأن التشريع المطبق على العقارات المحفوظة على ما يلي:

"الرهن الإجمالي هو المخول بحكم قضائي بدون رضي المدين ولا يخول إلا في الحالات الآتية:

- للقاصرين والمحجوزين لضمان أولياتهم على أملاك هؤلاء الأولياء.
- للزوجة على أملاك زوجها ضمانا لما أتت به في مهرها ولحقوقها الناشئة عن النظام المالي للزوجة وللتعويض عن الالتزامات المطالبة بها الزوج ولا استبدال فوته من أملاكها بأملك أخرى..."

(1) الفصل 1248 من قانون الالتزامات والعقود بنص على: "الديون الممتازة على كل المنقولات هي التي ستذكر فيها بعد، وهي تباشر وفقا للترتيب الآتي:

1. مصروفات الجنازة، أي نفقات غسل الجثة، وتكفينها ودفنها مع مراعاة المركز الحالي للمدين.
2. الديون الناشئة عن مرض الموت
3. الديون الناشئة عن مهر الزوجة..."

الفرع الثالث: حق المطلقة في المهر في مجلة الأحوال الشخصية التونسية

إن الالتزامات المالية الناشئة عن الطلاق متعددة، وتختلف في أهميتها كما تختلف في بداية سريانها، ففي حين يكون الالتزام يدفع حق مالي مرتبط بالدخول، كالمهر وعليه فإن المشرع التونسي نظم أحكامه طلب مجلة الأحوال الشخصية، فإننا سنتعرض إلى مجال حق النفقة من المهر بعد الفراق أو قبل الدخول بها، وهذا وفق التفصيل الآتي:

البند الأول: مفهوم المهر وطبيعته القانونية

نظم المشرع التونسي مؤسسة المهر في عدة مواضع صلب مجلة الأحوال الشخصية الأمر الذي يدعونا على البحث في مفهوم المهر وطبيعته القانونية وفق التفصيل الآتي:

أولاً- تعريف المهر:

المهر هو المال المحمول على الزوج لفائدة زوجته عند إبرام عقد الزواج أو الدخول والبناء بها بناء حقيقياً، وهذا حسب الفصل 102 الذي نقح بالقانون عدد 74 لسنة 1974 المؤرخ في 12 جويلية 1993 والذي جاء فيه: "كل ما كان مباحاً ومقوماً بمال تصلح تسميته مهراً، وهو ملك للمرأة"، وقد اشترط المشرع أن يكون مباحاً وقابلاً للتقويم، كما لم يحدد المشرع بموجب التنقيح لسنة 1993 أدناه ولا أقصاه وبذلك كرس المشرع المفهوم الذي يعتبر المهر دليلاً على استعداد الشاب المقبل على الزواج على تحمل مسؤولية وأعباء الزواج والأسرة المالية ومفهوم المكارمة التي تفترضها الأخلاق والتقاليد.⁽¹⁾

وقد أكدت محكمة التعقيب منذ سنة 1950 على أن: "إن رسم الصداق وإن كان اتفاقاً إلا أنه ليس من العقود التعاملية المالية المقصودة أصلاً بأحكام الجملة لاختلاف أحكامه عنها... وإنما أقصى ما يشتمل عليه من الناحية المالية هو إكسابه للزوجة حق الدائنية المتعلق بمهرها المعين به"⁽²⁾

(1) فاطمة الزهراء بن محمود. التعليق على مجلة الأحوال الشخصية. ص 77-78.

(2) قرار محكمة التعقيب، عدد 5431، مؤرخ في 1950/11/7، مجلة قضاء وتشريع عدد 9 و 10 السنة 1950، ص 232؛ نقلاً عن: (فاطيمة الزهراء بن محمود، التعليق على مجلة الأحوال الشخصية. ص 79).

وعليه فإن الفصل 12 الجديدة⁽¹⁾ من المجلة التونسية أضفت عليه ثلاث مميزات وهي:

- التأكيد على أن المهر هو شيء مقوم بمال دون تحديد أدناه أو أقصاه.

- ضرورة أن يتميز هذا المجال بالإباحة.

- التأكيد على أن المهر يبقى ملكا للمرأة دون سواها.

ثانيا - طبيعته القانونية:

اعتبر المشرع التونسي ضمن الفصل 3 من م، أ، ش⁽²⁾ على أن المهر شرط صحة للزواج بما يعني أن عدم التنصيص عليه بعقد الزواج يبطله، لكن المشرع لم ينص على عدم تسميه المهر بين أسباب فساد الزواج المنصوص عليها حصرا بالفصل 21 من م، أ، ش، إذ اكتفى بالتنصيص على مخالفة الفقرة الفصل 3 المتعلقة برضا الزوجين فقط، كما أن المشرع أضاف بالفصل 36⁽³⁾ من قانون الحالة المدنية أن الزواج المبرم دون حضور الشاهدين يكون باطلا، في حين نص على المهر بالفصل 32⁽⁴⁾ من قانون الحالة المدنية ضمن التخصيصات الاستثنائية التي لا تتعلق بجميع عقود الزواج، وهو ما جعل البعض يجزم بأن المهر ليس تنصيحا وجوبيا في العقد، كما يأخذ المهر قبل البناء بالزوجة حكم الشرط المعلق لنفاذ البناء فلا يحق للزوج مطالبة زوجته بالدخول قبل أداء مبلغ المهر ولا يمكنه بالتالي طلب الطلاق للضرر في صورة رفض الزوجة إتمام البناء قبل تمكينها من مبلغ المهر، أما في صورة رضا الزوجة إتمام البناء قبل قبضها معين المهر، فإن المهر يصبح مجرد دين مدني فلا يمكن للزوجة المطالبة بالطلاق للضرر لعدم أداء معين للمهر، وهذا طبقا للفصل 13 م، أ، ش

(1) كان الفصل 12 قبل تنقيحه يتضمن ما يلي: "كل ما كان مباحا ومقوما بمال تصلح تسميته مهرا، ويجب ألا يكون تافها، ولا حد لا كثرة، وهو ملك للمرأة تنصرف فيه كيف شاءت".

(2) الفصل 3 من م، أ، ش، ينص على: "لا يتعقد الزواج إلا برضا الزوجين" وبشرط لصحة الزواج إسهاد شاهدين من أهل الثقة وتسمية مهر للزوجة

(3) الفصل 36 من قانون الحالة المدنية ينص على: "يعتبر الزواج المبرم لأحكام الفصل 31 أعلاه باطلا ويعاقب الزوجان زيادة على ذلك بالسجن لمدة 3 أشهر..."

(4) الفصل 32 من قانون الحالة المدنية على: "ينص عقد الزواج على: إذا اقتضى الحال الرضا أو الإذن الذين اشترطهما القانون والتنصيص على المهر".

والتي تنص على: "ليس للزوج أن يجبر المرأة على البناء إذا لم يدفع المهر ويعتبر المهر بعد البناء ديناً في الذمة لا يتسنى للمرأة المطالبة به فقط ولا يترتب عن تعذر الوفاء به الطلاق".

البند الثاني: استحقاق المطلقة للمهر في مجلة الأحوال الشخصية التونسية:

تبني المشرع التونسي ضمن أحكام الفصل 33 من م، أ، ش الذي ينص على: "إذا وقع الطلاق قبل الدخول فللزوجة نصف المسمى من المهر"، وعليه فإن استحقاق الزوجة نصف المهر إذا حصلت الفرقة قبل الدخول سواء كانت بطلاق أو بفسخ، وعليه فإن المشرع التونسي قد بدأ متميزاً عندما سحب أحكام استحقاق الزوجة لنصف المهر، وذلك على شكل واحد لانحلال الرابطة الزوجية.

أولاً - حق المطلقة في المهر:

حصر المشرع التونسي لاستحقاق المطلقة لنصف المهر قبل الدخول في أسباب الطلاق الثلاث حسب الفصل 31 من م، أ، ش⁽¹⁾، حيث ضمن هذا الاستحقاق في الفصل 33 من م، أ، ش الذي ينص على: "إذا وقع الطلاق قبل الدخول فللزوجة نصف المسمى من المهر بحيث تضمن هذا الفصل على استحقاق المطلقة قبل الدخول في جميع حالات التي يقع فيها الطلاق دون استثناء، ولم يخص في تطبيقه شكل معيناً من أشكال الطلاق الواردة في الفصل 31 السالفة الذكر، وهو ما يأخذ منه أن انفصال العلاقة الزوجية بطلاق قبل الدخول يكفي لاستحقاق المطلقة لنصف المهر المسمى، دون اشتراط ذكر أسباب الطلاق أو المتسبب فيه حتى وإن كانت المطلقة قبل الدخول قد قبضت كامل المهر من طرف الزوج فإن من حقه المطالبة باسترجاع النصف الآخر.

وهنا يمكن التأكيد على أن الباقي من نصف المهر الباقي يعتبر ديناً في ذمة الزوجة تحول للزوج المطالبة به بأي طريقة مسموحة قانونياً لاستيفاء هذا الدين، أما بالنسبة للمطلقة فإن الفصل

⁽¹⁾ الفصل 31 ينص على: "بحكم بالطلاق:

1. بتراضي الزوجين
2. بناء على طلب أحد الزوجين بسبب ما حصل له من ضرر
3. بناء على رغبة الزوج لإنشاء الطلاق أو مطالبة الزوجة به...

33 السالف الذكر قد استغرق جميع حالات الطلاق دون استثناء إذ من الممكن لها أن تجمع بين التعويضات المالية وبين نصف المسمى من المهر إن كانت هي صحية الطلاق، أما إذا كانت هي المنشئة له أو المتسببة في الضرر المفضي إلى الطلاق، فهي تبقى مستحقة لنصف المهر المنصوص عليه بالفصل 33 السالف الذكر.⁽¹⁾

ثانيا - عدم تحقق الدخول لاستحقاق نصف المهر:

بالرجوع على أحكام المنظمة للمهر، نلاحظ أن عملية اكتمال البناء تؤثر على مقدار المهر عند حدوث الطلاق عامة، والمطالبة باسترجاعه خاصة، إذ لا تستحق المطلقة سوى نصف المسمى من المهر إذا تم الطلاق قبل البناء، وتستحقه كاملا إذا تم الدخول وهذا طبقا لقرار محكمة التعقيب الذي جاء فيه: "المهر هو المال الذي تستحقه الزوجة على زوجها بالعقد عليها أو بالدخول بها دخولا حقيقيا".⁽²⁾

إذ يعتبر الدخول في هذه الحالة هو المعيار المحدد لقيمة المهر المستحق سواء كاملا أو نصفه، كما أن المشرع التونسي نص الفصل 22 من م، أ، ش على: "يطل الزواج الفاسد وجوبا بدون طلاق ولا يترتب على مجرد العقد أي أثر ويترتب على الدخول الآثار التالية فقط:

أ. استحقاق المرأة المهر المسمى أو تعيين مصر لها من طرف الحاكم:

إن المشرع التونسي لم يتعرض له لمهر المثل، وإنما اعتمد المهر المسمى، وعند غيابه فيعين المهر من الحاكم والمهر المعين هو عادة مهر المثل فالقاضي يعتمد مقاييس مهر المثل أي المهر المعمول به في جهة الزوجين أو الزوجة وظروف عيش الطرفين وهو ما أقرته محكمة التعقيب خلافا للمشرع الذي لم يميز بين المهر المسمى ومهر المثل⁽³⁾، بحيث جاء في إحدى قراراتها ما يلي: "يمكن للزوجة المطالبة بمهر المثل حسب عرف الجهة ويمكن للزوجة المطالبة بالمهر قبل البناء ولا يمكن للزوج أن

(1) حنان حمزة الحليوي. الالتزامات المالية الناشئة عن الطلاق. ص 116-118.

(2) عصام الأحمر، مجلة الأحوال الشخصية مينة ومثارة بفقهاء القضاء، عدد 36، تونس، 2019.

(3) فاطمة الزهراء بن حمادي. التعليق على قانون الأحوال الشخصية. ص 107.

يطالب بالبناء ما لم يؤدي لها المهر لكن إذا تم البناء فلا يمكنها طلب الطلاق في صورة عدم أدائه إذ يصبح مجرد دين مدني⁽¹⁾، وعليه فإن المرأة لا تستحق من المهر عند القضاء بطلاق الزواج لفساده قبل البناء، أما إذا وقع تعيينه من المحكمة سواء كان الزواج صحيحاً أو فاسداً حسب الفصل 22 من م، أ، ش السالف الذكر، فإنه لا يثبت به شيء من المهر سواء تم الدخول أو لم يتم ويعتبر هذا الحرمان من استحقاق الزوجة إلى السياسة العقابية التي اتخذها المشرع إزاء الزواج على خلاف الصيغ القانونية.

(1) قرار محكمة التعقيب، عدد 15461، المؤرخ في 1986، نشرية القضاء والتشريع، 1996، ص 214، نقلا عن: (فاطمة الزهراء بن حمادي. التعليق على قانون الأحوال الشخصية. ص 107).

خلاصة الفصل الثاني:

- من خلال ما سبق عرضه في الفصل الثاني والمتعلق بالآثار المالية للطلاق ذات الطبيعة الاستحقاقية يمكن تلخيص أهم النتائج على النحو الآتي:
1. يعتبر النزاع حول متاع البيت من أهم الآثار المترتبة على انحلال الرابطة الزوجية، وهذا في كل من قوانين الأحوال الشخصية المغربية، وهذا سواء بعد وفاة أو الطلاق -بين الزوجين-.
 2. اتفقا المشرعين المغاربة على أن المتاع التي تأتي به الزوجة هو ملك لها وفي حال الاختلاف أو النزاع بينها تطبق قواعد الإثبات.
 3. كما أن المشرعين المغاربة لم يحددوا مكان أداء اليمين.
 4. كما اتفقا المشرعين المغاربة على أن ينال بالسوية طرفا الطلاق نصيبهما في متاع بيت الزوجية مع مراعاة طبيعة المتاع في ظل انعدام البينة، بإعمال اليمين، من حيث الاستعمال الرجالي أو النسائي وتقاسم المشترك بينهما.
 5. إن نفقة المطلقة من أهم الآثار المالية على الزواج، وبالرغم من ذلك فالمشرعين المغاربة نظموا أحكام النفقة في جملة من النصوص القانونية.
 6. كما اجمعوا المشرعين المغاربة على أن نفقة المطلقة بكل بصورها أثناء فترة العدة واجبة على زوجها وأن تعتمد في بيت الزوجية.
 7. كما اجمع المشرعين المغاربة على أن مدة سنة لا يمكن للقاضي مراجعة تقديره للنفقة المحكوم بها.
 8. إن المهر من أهم المواضيع التي يدور حولها الزواج، فالمشرعين المغاربة يعتبرون أن المهر هو هدية وعرض رمزي في مقابل الاستمتاع بالزوجة، فهو حق خالص لها تتصرف فيه كما تشاء، ولا يجوز لأي احد من أوليائها أن يأخذ مهرها إلا برضاها.

9. عالج المشرعين المغاربة مسألة المهر من خلال أسباب استحقاقه كاملا أو نصفه، كما بينوا الكيفية التي يحل بها النزاع بين الزوجين، أو وراثتها وعدم إدراجهم حالة وفاة الزوجة كسبب موجب للمهر، أو أيلولته لورثتها اقتداء بالشريعة الإسلامية.
10. لم يشر المشرع الجزائري للخلوة، مما يفهم منه أنه لا يعتبرها من المؤكدات الصداق والعبارة عنده بالدخول، كما لم يذكر الخلوة الصحيحة، فيكون قد اقتصر على الدخول الحقيقي.

الباب الثاني

الآثار الغير المالية للطلاق في قوانين

الأحوال الشخصية المغربية

يقصد بالآثار التي تترتب على انحلال الرابطة الزوجية - في هذا الموضع - هي تلك المترتبة على فك الرابطة الزوجية عن طريق الطلاق، إذ تترتب على الطلاق آثار شرعية لا بد أن يلتزم بها طرفا العلاقة الزوجية بعد انحلالها شرعا وقانونا قد لا تكون موجودة أثناء الحياة الزوجية، أو قد تكون محرمة فتصبح مباحة بعد الطلاق، أو قد تكون مباحة أثناء العلاقة الزوجية، فتصبح بعد انحلالها ممنوعة.

كما أن هناك التزامات شرعية على المطلقة لا بد من فعلها، بعد الطلاق، وهي أثر من آثاره شرعا، كالعدة مثلا.

ويبقى موضوع الحضانة كأثر من آثار الطلاق وما يخص به من سائل وأحكام، وخصوصا التعديلات الجديدة التي أدخلت على قوانين الأحوال الشخصية المغربية مجال الدراسة فيها. إلا أن هناك اختلاف في تكييف وتطبيق بعض الجزئيات، كمسألة سقوط حق الحضانة بالنسبة للحضانة العاملة، ومسألة انتقال الحضانة وترتيب مستحقيها، ومسألة سكن الحضانة وهذا وقت ما جاوبه المشرعين المغربية.

ويكون هذا مجال البحث وفق التفصيل الآتي:

- الفصل الأول: العدة في قوانين الأحوال الشخصية المغربية.
- الفصل الثاني: أحكام الحضانة في قوانين الأحوال الشخصية المغربية.

الفصل الأول:

العدة في قوانين الأحوال الشخصية المغربية

لقد فرض الشارع الحكيم، العدة في حال انحلال الرابطة الزوجية أو وفاة الزوج، بحيث تمنع من الزواج في هذه الفترة، حتى تنقضي ولكنه لم يتركها بدون أن يضمن ويكفل مؤونة طعامها وشرابها وملبسها ومسكنها، فأوجب على المطلق الإنفاق عليها، لأنه هو الذي بيده عقد النكاح، وهو المتسبب في الطلاق، ولأن العدة من حقه فهي ممنوعة من الزواج حتى تنقضي العدة صيانة لمائه.

ويبقى موضوع العدة كأثر من آثار الغير المادية للطلاق وما بينه المشرعين المغاربة بخصوص أحكامه غير كافي وفق ما جاء به الفقه الإسلامي، وعلى هذا الأساس يكون مجال البحث وفق التفصيل الآتي:

- المبحث الأول: ماهية العدة في قوانين الأحوال الشخصية المغربية.
- المبحث الثاني: أحكام العدة في قوانين الأحوال الشخصية المغربية.

المبحث الأول: ماهية العدة في قوانين الأحوال الشخصية المغربية

من الآثار المترتبة على انحلال الرابطة الزوجية دخول المرأة التي كانت زوجة في السابق على سبيل الوجوب في مرحلة تسمى العدة.

وطالما كان للعدة أحكام خاصة ومهمة كونها متعلقة بحق الله تعالى، قبل تعلقها بحق المرأة والرجل وهو الذي دعانا إلى استحضار تعريفها وأدلة مشروعيتها وحكمها.

وستتناول في هذا البحث ما يلي:

■ المطلب الأول: تعريف العدة وأدلة مشروعيتها والحكمة منها.

■ المطلب الثاني: أنواع العدة وانتقالها.

المطلب الأول: تعريف العدة وأدلة مشروعيتها والحكمة منها

تعتبر العدة من الأمور التي تجلب مصالح عديدة وكثيرة وتحقق مآرب، الهدف منها تفخيم أمر الزواج وتعظيم أثره وآثار انفكاكه، لاسيما أن الأمر يتحدى إلى المحافظة على المجتمع وقد حصل الفقهاء تعريفها وأدلة مشروعيتها والكلمة منها في هذا النطاق ووفق التفضيل الآتي:

الفرع الأول: تعريف العدة

تعتبر العدة من الآثار الغير المالية للطلاق بعد انحلال الرابطة الزوجية، وهي حق من حقوق الله تعالى، وعلى هذا الأساس وجب التطرق إلى تعريفها اللغوي والاصطلاحي:

البند الأول: التعريف اللغوي

سنتطرق إلى تعريف العدة في اللغة والاصطلاح.

العدة بكسر العين من الفعل عد وهو إحصاء الشيء مثل قولهم عده يعده عدا وتعدادا بمعنى أحصاه وعدده.⁽¹⁾

(1) ابن منظور. لسان العرب. مادة عدد. ج.3. ص.281.

ومنها: اعتدت بالشيء أي أدخلته في الحساب والعد، ومنها: عدة المرأة قبل أيام أقرائها مأخوذ من (العد) والحساب، وقيل تربصها المدة الواجب عليها والجمع (عدد) مثل سدره وسدر، وعدة المرأة: أيام إحدادها على زوجها وحزنها عليه. (1)

وسميت بذلك لاشتغالها على العدد من الإقراء أو الأشهر غالباً. (2)

قال تعالى: " إِنَّ عِدَّةَ الشُّهُورِ عِنْدَ اللَّهِ اثْنَا عَشَرَ شَهْرًا " (3)

وقوله تعالى: " وَأَحْصَى كُلَّ شَيْءٍ عَدَدًا " (4)

وعدة المرأة المطلقة أو المتوفي عنها زوجها هي ما تعده في أيام إحدادها على الزوج.

البند الثاني: التعريف الاصطلاحي

لقد تعددت عبارات الفقهاء في تعريفه العدة إلا أن جميعها يدور حول مفهوم واحد لا اختلاف فيه، إنما التفاوت كان بينهم في الألفاظ فقط لما سيأتي بيانه:

- تعريف الحنفية:

عرفها أصحاب هذا الراية بأنها: " تربص المرأة عند زوال النكاح أو شبهته " (5)

كما عرفوها، بأنها " أجل ضرب لانقضاء ما بقي من آثار النكاح " (6).

- تعريف المالكية:

وعرفوها بأنها: " مدة يتمنع فيها الزواج بسبب خلاف أو موت الزوج أو فساد النكاح " (7).

(1) الفيومي. المصباح المنير. مادة عدد. ج. 2. ص. 44.

(2) ابن منظور. لسان العرب. مادة عدد. ج. 3. ص. 381

(3) سورة التوبة، الآية 36.

(4) سورة الجن، الآية 28.

(5) الفيومي، اللباب في شرح الكتاب، دار الحديث، ط4، 1979، ج. 3، ص. 80.

(6) ابن همام. فتح القدير. ج. 4. ص. 304.

(7) الخطاب. مواهب الجليل في شرح مختصر خليل. ج. 4. ص. 140.

والمراد بالمنبع هو منبع المرأة لا منع الرجل، لأن مدة منع في طلق رابعة من نكاح غيرها لا يقال له عدة لا لغة ولا شرعا، لأنه لا يمكن من النكاح في مواطن كثيرة كزمن الإحرام والمرضى، ولا يقال فيه أيضا أنه معتد. (1)

- عند الشافعية:

عرفوها بأنها: "اسم لمدة تتربص فيها المرأة لمعرفة براءة رحمها، أو للتعبد أو لتفجعها على زوجها". (2)

وقولهم تربص المرأة يشمل الحرة والأمة دون الرجل حيث لا عدة عليه إلا في حالتين:

الأولى: إن طلق امرأته وأراد التزوج بمن لا يجوز جمعها معها كأختها.

الثانية: كمن معه أربع زوجات وطلق واحدة منهن، وأراد التزويج بخامسة.

أما الحنابلة:

فعرفوها ابنها: "التربص المحدود شرعا" (3)

والتربص سندهم أن مدة العدة معلومة، حيث تتربص المرأة وتنتظر بدون زواج التعرف براءة رحمها، ويحصل ذلك بوضع الحمل، أو مضي إقراء أو أشهر. (4)

البند الثالث: تعريف الفقهاء المحدثين للعدة

عرفها شليي فقال: هي "أجل حدده الشارع للمرأة التي حصلت الفرقة بينها وبين زوجها بسبب من الأسباب التي تتمنع عن التزوج فيه بغير زوجها الأول".

كما عرفوها أبو زهرة: هي "أجل عن الزوجية من كل الوجوه بمجرد وقوع الفرقة، بل تتربص المرأة ولا تتزوج غيره، في تنتهي تلك المدة التي قدرها الشارع".

(1) الدردير. الشرح الصغير. ج.2. ص671.

(2) الشربيني، مغني المحتاج. ج4 ص384، الشرقاوي، حاشية الشرقاوي دار المعرفة للطباعة والنشر، 826-925هـ ج2، ص328

(3) البهوتي. كشف القناع. ج5. ص411.

(4) البهوتي. المصدر نفسه. ج5. ص441.

ويلاحظ أن تعريفات الفقهاء قد اتفقت مع تعريفات الفقهاء القدامى، ومحل الاتفاق هو أن العدة هي مدة عددها الشرع وتمكثها المرأة بسبب انتهاء زواجها فتمتنع فيهما في الزواج. أما التعريف الذي اختاره بحيث ذكرت آنفا أنه لا يوجد خلاف كبير بين جميع التعاريف المذكورة فكلها تعريفات تفيد معنا واحدا، ولكم الخلاف لفظي فقط، إلا أنني اختار تعريف المقابلة لأنه اشتمل على ماهية العدة وحقيقتها فقط.

البند الرابع: تعريف العدة وفق المشرعين المغاربة

تعريف العدة وفق المشرعين المغاربة:

بالرجوع إلى قوانين الأحوال الشخصية المغربية، فإنه لم نجد أي مادة بعينها بخصوص تعريف العدة، غير أن المشرع الجزائري فصل في أنواعها من خلال بعض المواد، ومنها المادة 58 التي تضمنت عدة المطلقة، كما فصلت المادة 59 في عدة المتوفى عنها زوجها وكذا زوجة المفقود فضلا عن المادة 60 التي تضمنت عدة الحامل، والأجل الأقصى لحسابها.

كما فصل المشرع المغربي في بعض المواد منها ما تعلق في تاريخ بدأ حساب العدة وهذا حسب المادة 129⁽¹⁾ فضلا عن المادة 130⁽²⁾ التي لا تلزم العدة قبل البناء وخلوة إلا بالوفاة، كما فصل المشرع المغربي في أنواع العدة على أن تعتد المتوفى عنها غير الكامل 4 أشهر وعشرة أيام كاملة⁽³⁾، وتنتهي عدة الحامل بالوضع⁽⁴⁾ أو السقوط، كما فصل في حال وقوع نزاع في الرية في الحمل يرفع إلى المحكمة⁽⁵⁾، كما بين المشرع أن تعتد الغير الحامل بثلاثة أطهار كاملة لذوات

(1) المادة 129 من المدونة المغربية: "تبتدئ العدة من تاريخ الطلاق أو التطليق أو الفسخ أو الوفاة"

(2) المادة 130 من المدونة المغربية: "المادة 130 من المدونة المغربية: "لا تلزم العدة قبل البناء والخلوة الصحيحة الا بالوفاة"

(3) المادة 132، في المدونة المغربية: "عدة المتوفى عنها غير الكامل أربعة أشهر وعشرة أيام كاملة"

(4) المادة 133، في المدونة المغربية: "تنتهي عدة الحامل بوضع حملها او سقوطه"

(5) المادة 194، في المدونة المغربية: "في حالة ادعاء المعتدة الرية في الحمل، وحصول المنازعة في ذلك برفع الامر الى التي تستعين بدوي الاختصاص

في الخراء..."

الحيض، وثلاثة أشهر لمن لا تحضي أصلاً، وأن تتربص المتأخرة في الحيض أو التي لم تميزه من غيره تسعة أشهر ثم تجب عليها العدة بثلاثة أطهار كاملة.⁽¹⁾

ونجد أن المشروع التونسي لم يعطي تعريف للعدة، وإنما اقتصر على حالات وجوب العدة فنص في الفصل 34 من م.أ.ش.ت.ع.:"يجب على كل امرأة فارقتها زوجها بطلاق بعد الدخول أو مات عنها قبل الدخول أو بعده تتربص مدة العدة المبينة بالفصل الآتي".

كما فصل المشرع التونسي في أنواعها من خلال بعض المواد منها المادة 35 التي تنص: "تعتد المطلقة غير الحامل مدة ثلاثة أشهر كاملة، وتعتد المتوفى عنها زوجها مدة أربعة أشهر وعشرة أيام كاملة، أما الحامل فعدتها وضع حملها وأقصى مدة الحمل سنة من تاريخ الطلاق أو تاريخ الوفاة" كما أوجب على المفقود زوجها أن تعتد عدة الوفاة بعد صدور الحكم بفقدانه.

الفرع الثاني: أدلة مشروعية العدة

اتفق الفقهاء على مشروعية العدة ووجوبها على المرأة إذا وجد سببها، وثبت مشروعيتها بالكتاب والسنة والإجماع.

البند الأول: من الكتاب

جاء في عدة الطلاق ومدته في قوله تعالى: "وَالْمُطَلَّقاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ".⁽²⁾

وجه الدلالة:

أوجب الله عز وجل العدة والتربص لمدة ثلاثة شهور على المطلقة.⁽³⁾

(1) المادة 136، من المدونة الغريبة: "تعتد غير كامل بما يلي :

1. ثلاثة أطهار كاملة لذوات الحيض

2. ثلاثة أطهار لمن لا تحيض

3. تتربص متأخرة الحيض او التي تميزه عن غيره"

(2) سورة البقرة، الآية 228

(3) الشوكاني، فتح القدير، ص 206

وجاء هذا الخبر المراد به الأمر للوجوب ما لم يصرفه عن ذلك صارف ولم يوجد هنا ما يصرفه. (1)

وهذا أمر من الله سبحانه وتعالى للمطلقات الدخول بهن من ذوات الأقراء بأن يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء ثم تتزوج إن شاءت. (2)

وجاء في عدة الوفاة قوله تعالى: " وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا " (3).

وجه الدلالة:

دل ظاهر هذه الآية الكريمة أن كل من مات عنها زوجها تكون عدتها وهي أربعة أشهر وعشرا، وهي تشمل الصغيرة والحررة والأمة وذات الحيض واليائسة. (4)

كما جاء في عدة الصغيرة واليائسة والحامل لقوله تعالى: " وَاللَّائِي يَيْسِّنَ مِنَ الْمَحِيضِ مِنْ نِسَائِكُمْ إِنْ ارْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ وَاللَّائِي لَمْ يَحِضْنَ وَأُولَاتُ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ " (5).

وجه الدلالة:

أفادت الآية السابقة أن عدة الصغيرة واليائس هي ثلاثة أشهر، وأن عدة الحامل وضع حملها، وهذه دلالة صريحة على وجوب العدة على المرأة الحامل. (6)

كذلك قوله تعالى: " وَأَحْصُوا الْعِدَّةَ وَاتَّقُوا اللَّهَ رَبَّكُمْ " (7).

(1) القرطبي. الجامع لأحكام القرآن. ج3 ص113

(2) ابن كثير، تفسير القرآن العظيم . ج1. ص269

(3) سورة البقرة، الآية 234

(4) الشوكاني. فتح القدير. ص206

(5) سورة الطلاق الآية 4

(6) القرطبي. الجامع لأحكام القرآن. ج3. ص126

(7) سورة الطلاق، الآية 1.

وجه الدلالة:

في الآية الكريمة أمر للنساء المعتدات بإحصاء عدتهن، والأمر هنا وجوب، وإحصاء العدة لا معنى له إلا وجوب العدة نفسها. (1)

البند الثاني: من السنة النبوية الشريفة

لقد وردت عدة أحاديث تدل على مشروعيتها العدة منها:

عن زينب رضي الله عنها قالت: "دخلت على ابن جحش حين توفي أخوها فدعت بطيب فمست منه ثم قالت: أما والله مالي بالطيب في حاجة غير أنني سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول: "لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تحد توك ثلاث ليل، إلا على زوج أربعة أشهر وعشرا". (2)

وجه الدلالة:

دل هذا الحديث على وجوب الإحداد على المعتدة من وفاة. (3)

عن فاطمة بنت قيس أن أبا عمرو بن حفص طلقها البتة وهو غائب، فأرسل إليها وكيله بشعير فسخطته فقال: والله مالك علينا من شيء، فجاءت رسول الله صلى الله عليه وسلم فذكرت ذلك له فقال صلى الله عليه وسلم: ليس لك عليه نفقة ولا سكنى، وأمرها أن تعتد في بيت أم شريك ثم قال: تلك امرأة يغشاها أصحابي اعتدى في بيت أم مكتوم- فإنه رجل اعمى تضعين ثيابك، فإذا حللت فأذنيني... (4)

وجه الدلالة:

أوجب الحديث السابق على المطلقة الاعتداد وعدم الخروج في البيت إلا للحاجة. (5)

(1) الشوكاني. فتح القدير. ص206؛ القرطبي. الجامع لأحكام القرآن. ج7. ص117

(2) البخاري، صحيح البخاري، كتاب الطلاق، باب تحد المتوفي عنها زوجها أربعة أشهر وعشرا، حديث 5335، ج9 ص484؛ مسلم، صحيح

مسلم، كتاب الطلاق، باب وجوب الأعداد في عدة وفاة، حديث رقم 1487، ج5، ص369

(3) مسلم، صحيح علم، كتاب الطلاق، د5، ص373

(4) مسلم، صحيح علم، كتاب الطلاق، باب المطلقة طلاقا لا نفقة لها. حديث رقم 36. ج5 ص352

(5) مسلم. مصدر نفسه. ج5 ص360

البند الثالث: في الإجماع

اجمع الفقهاء على وجوب العدة في الجملة، كما اجمعوا على أن المطلقة قبل المسيس لا عدة عليها، لقوله تعالى: " يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُونَهَا فَمَتَّعُوهُنَّ وَسَرَّحُوهُنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا".⁽¹⁾

البند الرابع: دليل وجوب العدة في قوانين الأحوال الشخصية المغربية

أشار المشرعين المغاربة إلى وجوب العدة، وذلك باعتبارها المدة أو الفترة القانونية التي حددها المشرعين المغربية، عند حصول الفرقة بين الزوجين بحيث يجب عليها أن تبقى بدون زواج فهي تعطي هذه الفترة، وهي تختلف بحسب حال المرأة المفارقة لزوجها بطلاق أو وفاة وذلك من خلال المواد من المادة 58 إلى المادة 61 في قانون الأسر الجزائري، وكذلك وفق المواد من 129 إلى 136 من مدونة الأسرة المغربية، أما وفق ما جاء به المشروع التونسي في الفصل 34 إلى الفصل 36 من المجلة التونسية.

الفرع الثالث: الحكمة في مشروعية العدة

شرعت العدة تحقيقا لعدة مصالح سامية أقرها الشارع الحكيم منها:

إثبات براءة رحم المرأة من الحمل على وجه يحفظ الأنساب، ويمنع اختلاطها، وأن لا يطأها زوج آخر غير المفارق لها فيجتمع ماء لواطين فأكثر من رحم واحد وبذلك يحصل الاشتباه في الأنساب.

فمن المعروف أن العدة من الأمور التي كانت موجودة عند العرب في الجاهلية فقد كانوا حرصين على معرفة أنسابهم والاعتزاز بها، وجاء الإسلام وأقرها ونظمها وذلك لما فيه من مصالح وفوائد.

ومن ضمن المصالح التي شرعت لها العدة، بيان عظم شأن الزواج، ورفع قدره وإظهار شرفه، فلا ينحل إلا بانقضاء مدة يعلم به انحلاله.

(1) سورة الأحزاب، الآية 49

فهو يختلف عن سائر العقود الأخرى بحيث أنه ينتهي بمجرد إنهاء العقد بل تترتب عليه آثار يلتزم بها كل طرف تجاه الآخر.

وأیضا من الحكم التي شرعت لها العدة هو إعطاء الزوج فرصة مراجعة أثناء العدة إن كان طلاقا رجعيا، وإعطاؤها معا فرصة لاستئناف الحياة الزوجية بعقد جديد إن كان بائنا، كما شرعت العدة مراعاة لحق الزوج الذي توفاه الله واحترام شعور أقاربه وذلك بمنع الزوجة المتوفى عنها زوجها من التزين والتجميل والزواج مدة أربعة أشهر وعشرة أيام.

كذلك شرعت للاحتياط لحق الزوج وحق الولد ومصالحة الزوجة، والقيام بحق الله الذي أوجبه وبالتالي لا يسوغ للزوجة إسقاطه إذا ما سولت لها نفسها، وكذلك لا يجوز للزوج التنازل عنها لأنها ليست حقا خالصا له.⁽¹⁾

المطلب الثاني: أنواع العدة وانتقالها

للعدة ثلاث أنواع وهي عدة الإقراء، وعدة الأشهر، وعدة بوضع الحمل أما بالنسبة للمعتدات فهي على أنواع منها الحامل، والمتوفى عنها فزوجها، وذات الإقراء المفارقة في الحياة، ومن لم تحض لصغر أو ليأس، ومن ارتفع حيضها ولم تدري سببه، وامرأة المفقود.

وعلى ضوء هذا سأحاول تبيان كل نوع على حدا وفق التفصيل الآتي:

الفرع الأول: أنواع العدة وسببها

فرض الله سبحانه وتعالى العدة على المرأة في حالات معينة وهي تختلف باختلاف حالاتها سواء من طلاق أو وفاة، وهي الفترة التي تمنع المرأة من الزواج فيها وهذا وفق التفصيل الآتي:

البند الأول: عدة الحائض

تعدت المرأة التي تحيض ثلاثة قروء وذلك مصداقا لقوله تعالى: "وَالْمُطَلَّاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ"⁽¹⁾، وعرف القروء كجمع للقراء وهو الحيض، فالقراء في اللغة يضم الطهر والحيض.⁽²⁾

(1) ابن عابدين. رد المختار. ج.2. ص824

(1) سورة البقرة، الآية 228

(2) الفيروز ابادي. القاموس المحيط. ص1298

ولكن في الاصطلاح فهناك اختلاف حول ماهيته، من حيث اتجاه جعل منه حيضا واتجاه آخر يجعل منه طهرا.

الرأي الأول:

ذهب جمهور من الفقهاء من الشافعية⁽¹⁾ والمالكية⁽²⁾ والحنابلة⁽³⁾ وجمهور أهل المدينة، ويرون أن المقصود بالقرء إنما هو الطهر، لأن الله تعالى أثبت التاء في العدد "الثلاثة"، فدل على أن المعدود مذكر، وهو الطهر، لا الحيضة، ولأن قوله تعالى: " يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ"⁽⁴⁾

أي في عدتهن، أي في الزمان الذي يصلح لعدتهن، وحصل الإجماع على أن الطلاق في الحيض ممنوع وفي الطهر مأذون فيه، ففي دليل على أن القرء هو الطهر- فأصل القرء الاجتماع⁽⁵⁾؛ وفي وقت الطهر يجتمع الدم في الرحم، وأما الحيض فيخرج الدم.

الرأي الثاني:

ذهب أصحاب هذا الرأي وهو كل في الحنفية⁽⁶⁾ والحنابلة⁽⁷⁾ وابن أبي ليلى والثوري والاوزاعي، وأما من الصحابة على بن أبي طالب وعمر بن الخطاب وابن مسعود وأبو موسى الأشعري⁽⁸⁾، الذين رأوا أن المقصود بالقرء هو الحيض وليس الطهر، في الرواية المشهورة عنه، أن المراد بالقرء: الحيض، لأن الحيض معرف لبراءة الرحم، وهو المقصود من العدة. فالذي يدل على براءة الرحم إنما هو الحيض لا الطهر، لقوله تعالى: " وَاللَّائِي يَتَسَنَّ مِنَ الْمَحِيضِ مِنْ نِسَائِكُمْ إِنِ

(1) الشيرازي. المهذب في فقه الإمام الشافعي. ج2. ص143

(2) الدردير. الشرح الصغير. ج2. ص746

(3) ابن قدامة، المغني. ج9. ص81

(4) سورة الطلاق، الآية 1.

(5) القرطبي. الجامع لأحكام القرآن. ج18. ص154.

(6) الكاساني. بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع. ج2. ص297.

(7) ابن قدامة. المغني. ج9. ص83.

(8) ابن رشد. شرح بداية المجتهد ونهاية المقتصد. ج3. ص146.

ارْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةَ أَشْهُرٍ وَاللَّائِي لَمْ يَحِضْنَ وَ" (1)، أي ثلاث حيض (2) ولأن المعهود في الشرع استعمال القرء بمعنى الحيض، وللحديث: عن فاطمة بنت أبي حبيش أنما أمرت أسماء أن تسأل رسول الله صلى الله عليه وسلم فأمرها أن تقعد الأيام التي كانت تقعد ثم تغتسل، قال أبو داود ورواه قتادة عن عروة بن الزبير عن زينب بنت أم سلمة أن أم حبيبة بنت جحش استحيضت فأمرها النبي صلى الله عليه وسلم أن تدع الصلاة أيام أقرائها ثم تغتسل وتصلي. (3)

أما بالرجوع إلى منحى المشرعين المغاربة فإنهم اختلفوا في مسألة المقصود بالقرء، فالمشرع الجزائري لم يحسم في مسألة المقصود بالقرء، بل اكتفى بذكرها في طلب المادة 58 من قانون الأسرة التي تنص على: "تعد المطلقة المدخول بها غير الحامل بثلاثة قروء..."

أما بالنسبة لموقف المشرع المغربي بخصوص مسألة القصد بالقرء فنجد أنه اخذ بتفسير الإمام مالك والشافعية والحنابلة وعلي ابن أبي طالب وعائشة، وذلك صلب المادة 136 من مدونة الأسرة المغربية والتي تنص على "تعد غير الحامل بما يلي:

- ثلاثة أطهار كاملة لذوات الحيض.
 - ثلاثة أشهر لمن لم تحض أصلا أو التي يعست من الحيض فإن حاضت قبل انقضائها استأنفت العدة بثلاثة أطهار.
 - تتربص متأخرة الحيض أو التي لم تميزه من غيره، تسعة أشهر ثم تعد بثلاثة أطهار".
- وعليه تعد بثلاثة أطهار كل مطلقة غير حامل أو من فسخ نكاحها كذلك.

أما بالنسبة لموقف المشرع التونسي بخصوص مسألة القرء، فنجد أنه نص صلب الفحل 35 من المجلة التونسية على: "تعد المطلقة غير الحامل مدة ثلاثة أشهر كاملة..." ويمكن لنا أن نستنتج أن

(1) سورة الطلاق، الآية 4.

(2) الطبري. جامع البيان من تأويل القرآن. ج4. ص500.

(3) أبو داود، السنن الكبرى لأبي داود، كتاب الطهارة، باب في المرأة تستحاض ومن مجال تدع الصلاة في عدة الأيام التي كانت تحيض الحديث رقم 281، ج1، ص122.

هذه المدة حسب الفعل 35 من مجلة الأحوال الشخصية هي غير كافية لتفادي اختلاط الأنساب كما أنها مدة قصيرة وتنطوي على لبس في احتساب مدة ثلاثة أشهر.

البند الثاني: عدة المتوفى عنها زوجها

تموت الزوج تترتب عنه عدة الوفاة في جميع الأحوال إلا أن هناك يمكن تصور وضعيتين

وهما:

1. عدة الحائل المتوفى عنها زوجها: وهي مقدرة بأربعة أشهر وعشرة أيام لقوله تعالى: "وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا فَعَلْنَ فِي أَنْفُسِهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرٌ" (1).

كما ورد حديث عن فريعة بنت مالك أخت أبي سعيد الخدري تذكر أن زوج فريعة قتل في زمن النبي صلى الله عليه وسلم، وهي تريد أن تنتقل من بيت زوجها إلى أهلها، فذكرت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم رخص لها في النقلة، فلما أدبرت ناداها فقال لها: امكثي في بيتك حتى يبلغ الكتاب أجله. (2)

2. عدة الحامل المتوفى عنها زوجها: فيه اختلاف بين الفقهاء في عدتها وهذا على قولين:

- الرأي الأول: ذهب جمهور الفقهاء من حنفية (3) وشافعية (4) ومالكية (5) وحنابلة (6)، بأن عدتها تنتهي بوضع الحمل ودليلهم في ذلك قوله تعالى: "... وَأُولَاتُ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ وَمَنْ يَتَّقِ اللَّهَ يَجْعَلْ لَهُ مِنْ أَمْرِهِ يُسْرًا" (7)، كما ورد في الحديث، "... فكتب عمر بن عبد الله بن الأرقم إلى عبد الله بن عتبة يخبره أن سبيعة بنت الحارث أخبرته أنها كانت تحت سعد بن خولة

(1) سورة البقرة، الآية 234.

(2) البيهقي. سنن البيهقي الكبرى، كتاب الطلاق، باب مسكني المتوفى عنها زوجها، الحديث رقم 15275. ج.7. ص434.

(3) السرخسي. المبسوط. ج.6. ص31.

(4) الشريبي. مغني المحتاج. ج.3. ص396.

(5) الأزهرى، الثمر الدائي في تغريب المعاني شرح رسالة ابن أبي زيد الفيرواني، المكتبة الثقافية، بيروت لبنان، ط2، 1992، ص484

(6) البوقي. كشاف القناع. ج.3. ص11.

(7) سورة الطلاق، الآية 4.

وهو من بني عامر بن لؤي وكان ممن شهد بدرا فتوفي عنها في حجة الوداع وهي حامل، فلم تنسب أن وضعت حملها بعد وفاته فلما تعلت من نفاسها تجملت للخطاب فدخل عليها أبو السابل بن بعكك رجل من بني عبد الدار فقال لها ما لي أراك تجملت للخطاب ترجين النكاح فانك والله ما أنت بناكح حتى تمر عليك أربعة أشهر وعشرة فقالت سيئنة فلما قال لي ذلك جمعت على ثيابي حين أمسيت وأتيت رسول الله صلى الله عليه وسلم فسألته عن ذلك فأفتاني بأنني حللت حين وضعت حملي وأمرني بالتزوج.⁽¹⁾

- **الرأي الثاني:** عدة الحامل تكون بأقصى الأجلين وهو المروي عن علي بن أبي طالب⁽²⁾ وابن عباس، ودليلهم في ذلك عن أبي سلمة بن عبد الرحمان قال: يل لابن عباس في امرأة وضعت بعد وفاة زوجها بعشرين ليلة أيصلح لها أن تتزوج قال: لا إلا آخر الأجلين.⁽³⁾

وبالرجوع إلى منحي المشرعين المغاربة لقد افردوا أن المتوفى عنها زوجها تعتد أربعة أشهر وعشر أيام، ولم يبينوا صراحة حالة التفرقة بين المعتدة من وفاة حالة كونها حاملا أو حائلا، كما اتفقا على عدة الحامل تنتهي بوضع الحمل.

حيث نص المشرع الجزائري صلب المادة 59 من قانون الأسرة على: تعتد المتوفى عنها زوجها بمضي أربعة أشهر وعشرة أيام" كما نص المشرع المغربي صلب المادة 132 من مدونة الأسرة على: "عدة المتوفى عنها غير الحامل أربعة أشهر وعشرة أيام كاملة" كما نص المشرع التونسي صلب الفصل 35 من المجلة التونسية على: "... وتعتد المتوفى عنها زوجها مدة أربعة أشهر وعشرة أيام كاملة..."

(1) رواه البخاري ومسلم (انظر الحديث: صحيح البخاري، كتاب المغازي، باب حديثي عبد الله بن محمد-الحديث رقم 3990، ج 5 ص 80؛

مسلم، صحيح مسلم، كتاب الطلاق، باب انقضاء العدة وعدة المتوفى الحديث رقم 1484، ج 2، ص 1122.

(2) السرخسي، الميسوط، ج 6، ص 31.

(3) النسائي، سنن النسائي الكبرى، سورة الطلاق، الحديث رقم 11606، ج 6، ص 494.

البند الثالث: عدة الحامل

عدة الحامل تكون بوضع حملها وهي أن تكون موحدة بين المتوفى عنها زوجها أو بسبب الطلاق مصداقا لقوله تعالى: " وَأُولَاتُ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ " (1)، والآية جاءت شاملة وعامة بمعنى أن العدة تكون بوضع الحمل مهما كان السبب سواء طلاقا أو فسخا أم وفاة. (2)

كما إن كانت المرأة حامل بتوأمين فعدتها لا تنقضي إلا بوضعهما معا.

كما لا ينظر إلى الحمل إذا كان حيا أو ميتا، تام الخلقة أو ناقصا، نفخت فيه الروح أم لم تنفخ.

كما أن المعتدة من وفاة وهي حامل أن تضع الحمل في المدة الممتدة بين القصوى والدنيا، فالمتفق عليه بين الفقهاء أن المدة الدنيا للعمل هي ستة أشهر، قال علي بن أبي طالب رضي الله عنه: أقل مدة العمل ستة أشهر، وذلك من خلال قوله تعالى: " وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُنِمَّ الرِّضَاعَةَ... " (3) كما اختلف العلماء فيما يخص أقصى مدة الحمل فقال الحنفية واحمد بن حنبل (4)، إنها سنتين، وذهب الشافعية (5) إلى أنها أربع سنوات، وقال المالكية (6) أنها قد تصل خمس سنوات والحقيقة بأن الطب الحديث يرى استحالة أن تصل مدة الحمل إلى أكثر من تسعة أشهر، وأنه لا بد أن يوضع الحمل أو يسبب تسمما للأم.

(1) سورة الطلاق، الآية 4.

(2) ابن القيم، زاد المعاد، ج 4، ص 206.

(3) سورة البقرة، الآية 233.

(4) ابن عابدين، حاشية رد المختار على الرد المختار، ج 3، ص 108؛ ابن قدامة، المغني، ج 9، ص 89.

(5) الشرازي، المهذب في نقمة الإمام الشافعي، ج 2، ص 143.

(6) عائشة سلطان إبراهيم المرزوقي، "إثبات النسب في ضوء المعطيات العلمية المعاصرة-دراسة مقارنة"، رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه، جامعة

القاهرة، كلية دار العلوم، قسم الشريعة الإسلامية، 2000، ص 34.

أما بالرجوع إلى منحى المشرعين المغاربة، فقد خالف المشرع الجزائري الفقه في مسألة أمد الحمل والمحددة بسنة، حيث اقتصر المشرع الجزائري على مدة عشرة أشهر، حيث اقتدى بالطب الحديث الذي يرى استحالة أن يصل الحمل إلى أكثر من تسعة أشهر.

أما المشرع المغربي والتونسي فقد ساير الفقه في مسألة أحد الحمل وهي سنة، وذلك حسب المادة 135 من مدونة الأسرة المغربية والتي تنص على: "أقصى أمد الحمل سنة في تاريخ الطلاق أو الوفاة"، كما نص المشرع التونسي صلب الفصل 35 من المحلة التونسية على أن: "...أما الحامل فعدتها وضع حملها وأقصى مدة الحمل سنة من تاريخ الطلاق أو تاريخ الوفاة".

البند الرابع: عدة غير الحائض

المطلقة غير الحائض على أنواع، فقد تكون صغيرة لم تبلغ أو كبيرة لا تحيض، سواء انقطع الحيض بعد وجوده، أو لم يكن يوجد أصلا. فعدة غير الحائض هي ثلاثة أشهر⁽¹⁾ مصداقا لقوله تعالى: "وَاللَّائِي يَمْسَنَ مِنَ الْمَحِيضِ مِنْ نِسَائِكُمْ إِنْ ارْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ"⁽²⁾

لأن الأشهر في حق هاته النسوة تعد بدلا عن الإقراء التي هي أصل العدة للمرأة الحائض، فإذا انعدم الحيض لسبب من الأسباب كالصغر أو اليأس، انتقل العمل بالبدل وهو الأشهر سواء كان الطلاق في الزواج الصحيح أو الفاسد أو الوطاء بشبهة لعموم نص الآية.⁽³⁾

إما إذا طلقت المرأة وهي من ذوات الحيض ثم أنها لم ترى الحيض في عادتها ولم تعرف سبب ذلك فإنها تعتد سنة كاملة، وذلك أن ترتبص بنفسها مدة تسعة أشهر لتتأكد من براءة رحمها وأنها ليست حاملا وبعدها تعلم براءة الرحم تعتد عدة اليأس من الحيض وهي ثلاثة أشهر.

وهذا ما ذهب إليه الإمام مالك في حديث عن مالك، عن يحيى بن سعيد وعن يزيد بن عبد الله بن قسيط الليثي عن سعيد بن الحسين أنه قال: قال عمر بن الخطاب، أيما امرأة طلقت

(1) باديس ذيابي. آثار فك الرابطة الزوجية. ص393.

(2) سورة الطلاق، الآية 4.

(3) محمد باوي، عقد الزواج وأثاره دراسة مقارنة بين الفقه والقانون، دار بهاء الدين للنشر والتوزيع، قسنطينة، ط1، 2009، ص140.

فحاضت حيضة أو حيضتين ثم رفعتها حيضتها، فإنها تنتظر تسعة أشهر، فإن بان لها حمل فذلك وإلا اعتدت بعد التسعة الأشهر ثلاثة أشهر ثم حلت.⁽¹⁾

بالرجوع إلى منحي المشرعين المغربية نجد أن المشرع الجزائري نص على عدة اليأس من خلال المادة 58 والتي تنص على: "...واليأس من الحيض بثلاثة أشهر من تاريخ التصريح بالطلاق"، نلاحظ أن المشرع قد أغفل عدة الصغيرة قياسا على الفقه الإسلامي، ربما كون المشرع حدد سن الزواج بـ 19 سنة كاملة للطرفين وهي غالبا ما تصاحب نموا فيزيولوجيا لدى المرأة. على خلاف المشرع المغربي الذي ساير الفقه الإسلامي في مسألة النسبة للغير الحائض حيث نص صراحة على حالة المرأة اليأس والصغيرة التي لم تحض وهذا صلب المادة 136 من مدونة الأسرة والتي تنص على: "تعتد غير الحامل بما يلي: -ثلاثة أشهر لمن لم تحض أصلا، أو التي يمست من الحيض فإن حاضت قبل انقضائها استأنفت العدة بثلاثة أطهار..."

أما بالنسبة للمشرع التونسي فإنه لم يرد إلى نص صريح بخصوص عدة الصغيرة ولا عدة اليأس من الحيض، تاركا هذا إلى مبادئ الفقه المالكي، بحيث يمكن الرجوع إليها في أي مسألة لم يرد النص عليها قانونا.

الفرع الثاني: تداخل العدد وانتهائها

قد تكون المرأة صغيرة السن قبل الحيض أو يائسة منه، ويموت عنها زوجها أو تكون معتادة الحيض ولكنها حامل، فطلقت أو فسخ عقد زواجها أو مات عنها الزوج، كما قد تنتهي العدة بزوال ما أوجبها، ولهذا يمكن التفصيل على النحو الآتي:

البند الأول: تداخل العدة

قد يحدث ظرف ما على العدة، بحيث يمكن أن ينقلها من عدة إلى أخرى، وذلك حسب

التفصيل الآتي:

(1) مالك. الموطأ. ص356.

أ. إذا طلق الرجل زوجته وهي من ذوات الحيض، ثم مات وهي في العدة، فإن كان الطلاق رجعياً فعليها أن تعتد بعدة الوفاة وهي أربعة أشهر وعشرة أيام، لأنه لا زال زوجها ولأن الطلاق رجعي لا يزيل الزوجية.

ب. إذا كان الطلاق بائناً فإنها تكمل عدة الطلاق بالحيض ولا تتحول العدة إلى عدة وفاة، لكون العلاقة الزوجية بين الزوجين انقطعت، لأن الطلاق البائن يزيل الزوجية، وهو ليس بزوجه⁽¹⁾.

ج. عدة المطلقة الحائض قد تتحول إلى عدة شهور، في حال ما حاضت حيضة أو حيضتين ثم يئست من الحيض، فإنها حينئذ تعتد بثلاثة أشهر كون العدة بالحيض أصبحت غير ممكنة.
د. وقد تنتقل عدة المطلقة من الأشهر إلى الحيض في الحالات الآتية:

- إذا بدأت المرأة المطلقة في العدة بالشهور لعدم بلوغها أو لبلوغها سن اليأس، ثم حاضت، فإنها يجب عليها الانتقال إلى العدة بالحيض وإن انقضت عدتها بالشهور ثم حاضت فلا لزوم للاعتداد بالإقراء لأن ذلك حدث بعد انقضاء العدة.

- إذا بدأت المرأة في العدة بالقروء أو الشهور ثم اتضح أنها حامل من الزوج فإن العدة تتحول إلى عدة الحمل، والحمل دليل على براءة الرحم⁽²⁾.

ه. المطلقة الصغيرة، أو اليائسة من الحيض، تنطلق في عدتها بالأشهر، فإذا حدث وإن حاضت فترجع للاعتداء بالقروء.

بالرجوع إلى منحنى المشرعين المغاربة، فإن كل من المشرع الجزائري والتونسي لم ينص على حالات تحول العدد أو تداخلها وذلك لوضوح مثل هذه الحالات ويمكن الرجوع فيها إلى مبادئ الفقه الإسلامي.

(1) باديس ذيايي. آثار فك الرابطة الزوجية. ص43.

(2) باديس ذيايي. المرجع نفسه. ص44.

خلافًا للمشرع المغربي الذي نص صراحة على تداخل العدد وذلك من خلال المادة 137 والتي تنص على: "إذا توفي زوج المطلقة طلاقًا رجعيًا وهي في العدة، انتقلت من عدة الطلاق إلى عدة الوفاة".

البند الثاني: انقضاء العدة

إن انقضاء العدة منوط بانقضاء مدتها المحددة بالإقراء أو الشهور أو وضع الحمل، وتصديق المرأة إن أقرت بانتهاء المدة وكانت القرائن والشواهد تدل على صدقها، ويتأكد ذلك من الوفاة أو الطلاق، أما إذا كانت القرائن والشواهد تخالف خواصًا فلا تصدق ولا يقبل قولها، لأن الأصل أن الله تعالى أئتمنها على قولها وصدقها ويقبل قولها ما لم تخالف القرائن والشواهد في نقص المدة وعدم انقضائها، ففي هذه الحالة يجب عليها إتمام العدة احتياطيًا للحفاظ على حقوق الغير.⁽¹⁾

وبالرجوع إلى منحى المشرعين المغربية فنجدهم نصوا على مدة انقضاء العدة حسب كل نوع من أنواع العدة من خلال جملة من المواد السالفة الذكر والمتضمنة كل عدة على أخرى.

الفرع الثالث: حقوق المعتدة وواجباتها

إذا شرعت المعتدة في احتساب مدة العدة يترتب عليها مجموعة من الأحكام الشرعية يمكن التفصيل فيها على النحو الآتي:

البند الأول: تحريم الخطبة

لا يجوز خطبة المعتدة صراحة، سواء كانت المطلقة أو متوفى عنها زوجها، لأن المطلقة طلاقًا رجعيًا في حكم الزوجة، فلا يجوز خطبتها، ولبقاء بعض آثار الزواج في المطلقة ثلاثًا أو بائنا أو متوفى عنها زوجها، ولا يجوز أيضًا التعريض بالخطبة في عدة الطلاق، ويجوز في عدة الوفاة.

(1) محمد باوي. عقد الزواج وآثاره دراسة مقارنة بين الفقه والقانون. ص142.

البند الثاني: تحريم الزواج

ولا يجوز للأجنبي إجماعاً نكاح المعتدة، لقوله تعالى: "وَلَا تَعْزِمُوا عُقْدَةَ النَّكَاحِ حَتَّىٰ يَبْلُغَ الْكِتَابُ أَجَلَهُ" (1) أي لا تصححوا عقدة النكاح في عدة المرأة المعتدة، فتوجبوها بينكم وبينهن، وتعقدوها قبل انقضاء العدة (2)، ولبقاء الزوجية في الطلاق الرجعي وبعض آثار الزواج في الطلاق والبائن، وإذا تزوجت فالنكاح باطل، لأنها ممنوعة من الزواج لحق الزوج الأول فكان نكاحا باطلا، كما لو هي تزوجت وهي في نكاحه، ويجب أن يفرق بينه وبينها.

ويجوز لصاحب العدة أن يتزوج المعتدة، لأن الإلزام بالعدة إنما شرع مراعاة لحق الزوج فلا يجوز أن يمنع حقه، فالعدة إنما شرعت لحفظ الأنساب.

البند الثالث: حرمة الخروج من البيت

يجرم على المعتدة الخروج من البيت لغير عذر عموماً، عملاً بقوله تعالى: "... لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخْرُجْنَ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفَاحِشَةٍ" (3) أي في مدة العدة لها حق السكنى على الزوج مادامت معتدة منه، فليس للرجل أن يخرجها، ولا يجوز لها أيضاً الخروج لأنها معتقلة لحق الزوج أيضاً. (4)

البند الرابع: منع زواج أخت المعتدة من طلاق رجعي

من أحكام المعتدات أنه إذا كانت العدة من طلاق رجعي، فإن المعتدة تأخذ جميع أحكام الزوجية، ومن ذلك أنه لا يجوز لمن طلقها أن يتزوج أختها أو عمتها أو خالتها، وإذا كانت هذه المعتدة رابعة نسائه، فلا يجوز له أن يتزوج غيرها حتى تنتهي عدتها لأنها حينئذ خامسة، والخامسة تحرم بالإجماع. (5)

(1) سورة البقرة، الآية 235.

(2) الطبري، جامع البيان من تأويل القرآن، ص 169.

(3) سورة الطلاق، الآية 1.

(4) ابن كثير، تفسير القرآن العظيم، ج 4، ص 558.

(5) ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج 2، ص 112.

البند الخامس: جواز نكاح أخت المعتدة من طلاق بائن

إذا كانت العدة من طلاق بائن، فللمطلق أن يتزوج أختها أو من سواها في عدتها، كما له أن يتزوج أخرى ولو كانت هذه المطلقة رابعة نسائه.

وهذا قول الإمام مالك والليث والاوزاعي والشافعي، ومذهب عثمان ابن عفان رضي الله عنه، وهذا لانقطاع العصمة الزوجية بالطلاق البائن.⁽¹⁾

كما قال الثوري، والحسن بن حي، والحنفية، لا يتزوجها حتى تنتهي عدة الأولى وذلك لأن العدة من آثار الزوجية، فلا تنقطع إلا بانتهائها.⁽²⁾

البند السادس: ثبوت الإرث والنسب في العدة

اجمع الفقهاء على أن المطلقة طلاقاً رجعيًا إذا مات زوجها أثناء فترة العدة فإنها ترثه ويرثها إما إذا كان الطلاق بائناً ومات الزوج في العدة فإنه لا ترثه، إلا إذا كان الطلاق في مرض الموت وقد اختلف الفقهاء في ذلك"⁽³⁾

ذهب الشافعية إلى أن المبتوتة لا تستحق الإرث، لأن سبب استحقاقها الإرث هو النكاح، وزوال السبب يزيل حقها في الإرث.

أما المالكية والحنفية والحنابلة، فيجزون توريثها وذلك في حالة الطلاق الذي يوقعه الزوج في مرض الموت حيث يقولون أن الزوج المطلق إذا مات من المرض الذي طلق فيه ورثته الزوجة ولو كان طلاقاً بائناً أو رجعيًا وانتهت عدتها، بل حتى ولو تزوجت برجل آخر غيره لأن طلاق الزوج في هذه الحالة يفسر بأنه يهدف إلى حرمان الزوجة من الميراث فقط.⁽⁴⁾

(1) الصنعاني. سبل السلام . ج.3. ص410.

(2) ابن رشد. بداية المجتهد ونهاية المقتصد. ج.2. ص114.

(3) ليلي حسن الزويجي، أحكام العدة في الشريعة الإسلامية، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، ط1، 2007، ص245

(4) ابن رشد. بداية المجتهد ونهاية المقتصد. ج.2. ص62.

أما ثبوت النسب فهو يخص الولد الذي حملت به سواء كانت الفرقة بالطلاق أو الوفاة، بحيث يثبت نسب الولد لأبيه أثناء الفترة الممتدة بين أقل أمد الحمل وأقصاها، وهذا وفق الحالات الآتية:

- **حالة عدم الإقرار بانتهاء العدة:** إذا أتت المعتدة الحامل الولد لسته أشهر على الأقل من يوم الفرقة وكان الطلاق رجعيا أو بائنا فإن يلحق الولد لأبيه لإمكانية كونها قد حملت من زوجها قبل وقوع الطلاق.⁽¹⁾

- **حالة إقرار بانقضاء العدة:** وله حالتين:

● إذا أتت بالولد لأقل من ستة أشهر من يوم الطلاق، فإنه يثبت النسب للزوج لتيقنه أن الولد وجد حال قيام العلاقة الزوجية.

● أما إذا جاءت بالولد لسته أو أكثر فإنه لا يثبت المولود لأبيه، وهذا إذا كان الطلاق رجعيا، أما إذا كان الطلاق بائنا فإنه يثبت نسب الولد لأبيه إذا أتت به لأقل من ستة أشهر وقت إقرارها لانقضاء العدة وقبل مضي تسعة أشهر من الطلاق.

أما إذا ولدته لسته أشهر وأكثر من وقت الإقرار لا يثبت النسب لاحتمال أنها حملت به بعد انقضاء العدة.

كما يثبت النسب في حال الوفاة يكون إذا أقرت المعتدة بانقضاء عدتها وجاءت بالولد لأقل من عشرة أشهر من وقت الوفاة، لأنه ثبت كذبها يقينا، أما إذا ولدته لأكثر من عشرة أشهر لا يثبت نسبه لأن الحمل بالولد كان بعد الوفاة.

الفرع الرابع: العدة في قانون الأسرة الجزائرية

سن المشرع الجزائري العدة كأول أثر من آثار الطلاق في الفصل الثاني من الباب الثاني الموسوم بـ "انحلال الزواج"، وهذا ما سأحاول التطرق إليه خلال ما يلي:

(1) الشريبي. مغني المحتاج. ج.3. ص.390.

البند الأول: العدة كأثر للطلاق

فقد اتجه المشرع في الغالب ما ذهب إليه الفقه الإسلامي في تحديد عدة كل من المطلقة الحائض والمطلقة غير الحائض واليائس من المحيض وكذا عدة الحامل وعدة المتوفى عنها زوجها. فالمادة 58 نصت على: "تعدد المطلقة المدخول بها غير الكامل بثلاثة قروء، واليائس من الحيض بثلاثة أشهر من تاريخ التصريح بالطلاق".

وفي المادة 59 نصت على: "تعدد المتوفى عنها زوجها بمضي أربعة أشهر وعشرة أيام، وكذا زوجة المفقود من تاريخ صدور الحكم بفقدانه".

وفي المادة 60 أكد على أنه: "عدة الحامل وضع حملها وأقصى مدة الحمل عشرة أشهر من تاريخ الطلاق أو الوفاة".

الإشكال المطروح على مستوى التشريع الجزائري هو عدم القيام التنصيص على الطلاق الرجعي، ولم يتبناه من حيث مفهومه وآثاره واكتفى بالطلاق البائس بينونة صغرى والطلاق البائن بينونة كبرى.⁽¹⁾

وذلك أنه بالرجوع إلى مفهوم الطلاق الرجعي نقول أن مراجعة الرجل لزوجته لا تتم بعقد ولا مهر جديدين، بل تكون مواصلة طبيعية للعشرة الزوجية، والثابت في قانون الأسرة الجزائري أن الطلاق لا يثبت إلا بحكم طبقا لما نصت عليه المادة 49 منه.⁽²⁾

والثابت أيضا أن الأحكام الصادرة في دعاوى تلك الرابطة الزوجية بجميع صورها غير قابلة للاستئناف إلا فيما يتعلق بجوانبها المادية طبقا لنص المادة 57 من قانون الأسرة.⁽³⁾

(1) باديس ذباي. آثار فك الرابطة الزوجية. ص54

(2) المادة 40 من قانون الأسرة تنص على: "لا يثبت الخلاف إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح يجريها القاضي دون أن تتجاوز مدته ثلاثة (3) أشهر من تاريخ رفع الدعوى

(3) المادة 57 من قانون الأسرة تنص على: "تكون الأحكام الصادرة في دعاوى الطلاق والتطليق والخلع غير قابلة للاستئناف فيما عدا جوانبها المادية..."

وما دام الطلاق لا يثبت إلا بحكم يكون غير قابل للاستئناف، فإنه لا يمكن تصور مراجعة الرجل لزوجته دون عقد ولا مهر جديدين.

فلا بد من هذين العنصرين كي يعيد الحياة الزوجية بينه وبين زوجته، إلا أن ذلك لم يمنع المشرع الجزائري من إظهار محاولته للقول بأنه تبنى ونص على الطلاق الرجعي ذلك عندما صور الخلاف القائم بين الزوجين أمام القاضي وفترة الصلح بينهما بأنه صورة من صور الطلاق الرجعي، وذلك يشتم وضوحا من خلال نص المادة 5 من قانون الأسرة حينما أكدت على أنه "من راجع زوجته أثناء محاولة الصلح لا يحتاج إلى عقد جديد، ومن راجعها بعد صدور الحكم بالطلاق يحتاج إلى عقد جديد".

فالمشرع الجزائري حاول أن يتحدث في هذه المادة عن الطلاق الرجعي وحاول تصنيفه وتمييزه عن الطلاق البائن من حيث آثاره. بمراجعة الزوجة دون عقد جديد خلافا للطلاق الصادر بحكم.

لكن ما حاول المشرع تفسيره والنص عليه أوقعه في تناقض وعدم وضوح فيما يتعلق بالطلاق وأنواعه، فمن جهة يؤكد أن الطلاق لا يثبت إلا بحكم معني ذلك أنه لا يمكن الحديث عن فك الرابطة الزوجية بين الزوجين إلا إذا نطق القاضي بشكل قطعي نهائي غير قابل للطعن فيه بالاستئناف وعليه يمكن القول أنه إذا لم يتم النطق بالحكم فإن الزوجية قائمة بينهما ومنتجة لكافة آثارها الشرعية والقانونية.

ثم أن محاولة المشرع النص على الطلاق الرجعي بالشكل الذي جاء به في المادة 50 من قانون الأسرة تصطدم مع النص القانوني الوارد في المادة 58 من نفس القانون حينما اعتبر أن عدة المطلقة تبدأ من يوم التصريح بالطلاق.

ومعنى التصريح بالطلاق هو النطق بالحكم من طرف القاضي، كوننا لا يمكن تصور شكل آخر من هذا التصريح آخذا بمبدأ أن الطلاق لا يثبت إلا بحكم وعليه فإن المطلقة طلاقا رجعيا

تحتاج إلى زمن أطول لحساب عدتها، كون فترة المراجعة قد تكون سابقة بأمد طويل على فترة التصريح بالطلاق.

كون وجود خلاف بين الزوجين وانقطاع بينهما دام لأكثر من عام ثم صدر الحكم يقضي بالطلاق بينهما. ومن ثم فإن مدة السنة لا جدوى منها ولا أساس لها، وأن عدة المطلقة تبدأ في يوم التصريح بالطلاق الذي يعد طلاقاً بائناً كونه يحتاج إلى مهر وعقد جديدين.⁽¹⁾

البند الثاني: حق المعتدة في قانون الأسرة الجزائري

إن أهم الحقوق المترتبة للمرأة المعتدة هو الحق في النفقة والسكن والميراث في حال وفاة الزوج، إذا كانت معتدة من طلاق رجعي، كما نصت أيضاً على ذلك المادة 61 من قانون الأسرة⁽²⁾ غير أن ما يجب الوقوف عنده في هذا المقام هو أن المشرع الجزائري لم يقيد فترة الصلح والرجعة دون عقد ومهر جديدين أو المراجعة بعقد ومهر جديدين بالعدة الشرعية حسبما نصت عليه المادة 50 من قانون الأسرة⁽³⁾ إذ قد تطول إجراءات الحكم به طبقاً للمادة 49 من قانون الأسرة، وقد تنعقد جلسة الصلح بعد نهاية العدة الشرعية التي يبدأ حسابها من وقت تلفظ الزوج بالطلاق، فإذا نجحت هذه الجلسة وراجع المطلق مطلقته بلا عقد جديد طبقاً للمادة 50 فقد حصل تعارض بين القانون وأحكام الشريعة الإسلامية، إذ أن الطلاق صار بائناً بينونة صغرى من الناحية الشرعية، يحتاج المطلق لإرجاع زوجته إلى عقد جديد، بينما لا يحتاج إليه بمقتضى المادة 50 في نفس القانون.

كما يؤدي تطبيق المادتين إلى بروز ظاهرة ازدواجية العدة عدة شرعية تبدأ من تاريخ تلفظ الزوج بالطلاق، وعدة قانونية تبدأ من تاريخ صدور الحكم بالطلاق وهذا يؤدي إلى تعارض بين

(1) باديس ذبايي. آثار فك الرابطة الزوجية. ص 46-47.

(2) المادة 61 من قانون الأسرة تنص على: "لا تخرج الزوجة المطلقة ولا المتوفى عنها زوجها من السكن العائلي ما دامت في عدة طلاقها أو وفاة زوجها إلا في حالة الفاحشة المنبئة وأما الحق في النفقة في عدة الطلاق".

(3) المادة 5 في قانون الأسرة: "من راجع زوجته أثناء محاولة الصلح لا يحتاج إلى عقد جديد وفي راجعها بعد صدور الحكم بالطلاق يحتاج إلى عقد جديد".

القانون والشريعة من عدة أوجه، خاصة بعد فوات العدة الشرعية واستمرار العدة القانونية، ويترتب على هذا التعارض ما يلي:

- لزوم المطلقة لبیت الزوجية قانونا لا شرعا طبقا لأحكام المادة 61 في قانون الأسرة السالفة الذكر.

- حلول مؤخر الصداق شرعا لا قانونا.

- يستحق الحي منها ميراث المتوفى قانونا لا شرعا لعدم انحلال الرابطة الزوجية قضائيا.

- يجوز للزوجة المطلقة المنتهية العدة شرعا أن تتزوج برجل آخر، ولا يجوز لها ذلك قانونا عند قيام العدة القانونية، بل يمكن لمطلقها أن يتابعها جزائيا.

كما يظهر التعارض بين أحكام الشريعة الإسلامية والمادة 5 من قانون الأسرة في أثر كل من الطلاق الرجعي والبائن، ذلك أن من طلق زوجته طلاقا رجعيا ثم راجعها قبل انتهاء عدتها، فإنه لا يحتاج إلى عقد ومهر جديدين، وتحسب له طلقة واحدة، فإذا طلقها مرة أخرى ثم راجعها في عدتها، فإنه يحتاج إلى عقد ومهر جديدين، ولا يحتاج إلى ذلك في قانون الأسرة إذا راجعها في فترة الصلح دون تفريق بين الطلاق الرجعي والبائن.

إلا ما جاء به الاجتهاد القضائي في التفرقة بين الطلاق الرجعي والطلاق البائن في قرار صادر بتاريخ 1986/02/10⁽¹⁾ " جاء فيه: "من النفق عليه فقها وقضاء في أحكام الشريعة الإسلامية أن الطلاق الذي يقع من الزوج هو طلاق رجعي، وأن حكم القاضي به لا يغير من رجعيته لأنه إنما نزل على طلب الطلاق، أما الطلاق البائن، فهو الذي ما قبل الدخول أو بناء على عوض تدفعه الزوجة لزوجها للتخلص من الرابطة الزوجية معه، وكذلك الطلاق الذي يوقعه القاضي بناء على طلب الزوجة لدفع الضرر عنها وحسم النزاع بينها وبين زوجها. إن القضاء بما يخالف هذا المبدأ

(1) المحكمة العليا-غرفة الأحوال الشخصية-قرار صادر بتاريخ 1986/02/10 ملف رقم 39463-(الجلسة القضائية لسنة 1989-العدد الأول، ص115.

يعد خرقاً لأحكام ومبادئ الشريعة الإسلامية، ولذلك يستوجب نقض القرار الذي اعتبر الطلاق بإرادة الزوج طلاقاً بائناً".

أما ما يتعلق بمحاولة الصلح فإن الأصل فيه أن يتدخل الحكمان عند عجز الطرفين عن الاتفاق على إزالة أسباب الشقاق ومهمة الحكّمين في هذا واجبة، والأفضل أن يكونا من ذوي القرابة، لأنهم أدرى بيوطن الأمور.

ومن خلال كل هذا نجد أن المشرع قد أهمل أثر انتهاء العدة الشرعية وصيرورة الطلاق من رجعي إلى بائن، وعليه فما الفائدة من إجراء الصلح إذا تبين للقاضي -عند مساءلة المطلق- أن العدة الشرعية قد انتهت؟ ذلك أن المشرع لم يبين بداية الأشهر الثلاثة للصلح ونهايتها، فهل تبدأ من تاريخ تلفظ الزوج بالطلاق أم من تاريخ رفع الدعوى؟

بما أنه لا وجود للطلاق في نظر المشرع الجزائري إلا إذا صدر به حكم قضائي، وهذا وفق المادة 49 من قانون الأسرة فإن الثلاثة أشهر تسري ابتداء من تاريخ تلفظ الزوج بالطلاق شرعاً إذا كان قد نطق به قبل عرض النزاع على المحكمة فإن لم ينطق به التي تاريخ الحكم فإن العدة تبتدئ من تاريخ الحكم.

وهذا ما أكدته قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 1984/12/17 والذي جاء فيه: "من المقرر شرعاً وعلى ما جرى به قضاء المجلس الأعلى أن تلفظ الزوج بالطلاق يلزمه، ومن المقرر أيضاً أن الرجعة لا تعتبر شرعاً إلا أثناء قيام العدة، وفي ثم فإن القضاء بخلاف ذلك يعد خرقاً لمبادئ وأحكام الشريعة الإسلامية، وإذا كان الثابت -في قضية الحال- أن الزوج المطلق ندم أو تراجع في طلاقه بعد انتهاء مدة العدة، فإن هذا لا يشفع له شرعاً في عدم احتساب الطلاق الذي تلفظ به، وبناء عليه فإن أراد أن يراجع زوجته كان عليه إتباع القواعد الفقهية كما فعل قاضي محكمة

الدرجة الأولى، إلا أنهم بقضائهم يرجعون الزوجة إلى بيت الزوجية خالفوا أحكام هذا المبدأ ومتى كان ذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه بدون إحالة".⁽¹⁾

وبالرجوع إلى نص المادة 49 نجد أن المشرع الجزائري حاول من تقليل من حالات الطلاق الذي يوقعه الزوج، ومن ثم فهو يسعى لأن يكون الطلاق بعد محاولات الصلح من طرف القاضي وعليه فمن أراد أن يطلق زوجته، أن يطلقها منفردا قبل رفع الدعوى، لكن إذا طلق الزوج زوجته انفراديا، وجب عليه رفع دعوى الطلاق في يباشر القاضي عملية الصلح في أجل العدة، فإذا تم الصلح عادت الزوجية من غير عقد ولا مهر، وإذا فشل الصلح أعلن القاضي الطلاق في تاريخ صدوره فيكون حكم القاضي إعلانا بأثر رجعي.⁽²⁾

البند الثالث: قاعدة المواعيد في احتساب العدة

العدة من المواعيد القانونية لها بداية ونهاية، فلا بد من وضع قواعد لاحتساب هذه العدة، وهذا بالرجوع إلى قانون الأسرة أو أنها تخضع للقواعد العامة في احتساب المواعيد القانونية الخاصة بها.

بالرجوع لقواعد في القانون، نجد أن المشرع الجزائري نص على كيفية احتساب الآجال القانونية ذلك في صلب المادة 03 من قانون المدني والتي تنص على: "تحتسب الآجال التقويم الميلادي ما لم ينص القانون على خلاف ذلك".

يعتبر القانون المدني الشريعة العامة، فطبقا لهذه المادة فان المواعيد القانونية تحسب بالتقويم الميلادي، بمعنى أن الشهر يمكن أن يكون 31 أو 30 أو 29 لشهر فيفري وعليه فإن هذه المادة هي المرجعية الأساسية في احتساب أو تقدير الآجال القانونية، إلا إذا وجد نص خاص يقيدده.

(1) المحكمة العليا-غرفة الأحوال الشخصية-قرار صادر بتاريخ 1984/12/17 ملف رقم 35322 (الحلقة القضائية لسنة 1984، العدد الرابع، ص91.

(2) بن الصغير محفوظ. خطايا الطلاق في الاجتهاد القضائي وقانون الأسرة. ص79-8.

كما أن هذه المواعيد إذا ما صادفت بدايتها يوم عطلة أو مناسبة دينية أو وطنية، فإنه يمدد الآجال لأول يوم عمل بعد يوم العطلة وفقا لأحكام المادة 404 والمادة 405 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وعلى هذا يتعين القول بأن كل شهر يتضمن عدد من الأيام وثم لم يتعين مراعاة ذلك كأساس لاحتساب الشهر.⁽¹⁾

وعليه فإن احتساب الآجال يخضع لما يلي:

- إذا تم التبليغ في اليوم الأخير فإن ذلك اليوم لا يحتسب.
- يبدأ احتساب الآجال من اليوم الأول من الشهر ليأتي عن آخره بغض النظر عن عدد أيامه.
- يبدأ الحساب من اليوم الموالي ليستمر إلى أيام الشهر الموالي مباشرة لتتم العدة إلى غاية الثلاثين حينها نكون قد أكملنا عدة الآجال اللازمة على هذه القاعدة تطبق جميع المواعيد الواردة في هذا القانون.

بالرجوع إلى منحى المشرع الجزائري فإنه لم يبين قاعدة حساب العدة والقواعد التي تخضع لها، سواء كان الحساب بالأشهر القمرية أو الشمسية وبالتالي نعتمد على القواعد العامة في القانون المدني، أو الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية حسب نص المادة 222 من قانون الأسرة.

الفرع الخامس: العدة في مدونة الأسرة المغربية

تعتبر العدة المدة التي حددها الشارع التي تجب على المرأة عند حصول الفرقة بينها وبين زوجها أن تبقى بدون زواج حتى تنقضي هذه المدة، كذلك نجد أن المشرع المغربي حدد مدة بموجب عدة مواد في مدونته الأسرة وذلك في القسم السابع والتعلق بآثار الانحلال ميثاق الزوجية، وهذا ما سأحاول التعرض إليه وفق التفصيل الآتي:

(1) صالح سنقوقة، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، دار الهدى للطباعة الجزائر، ج1، 2011، ص486

البند الأول: حالات وجوب العدة

تنص المادة 129 من مدونة الأسرة على أن: "تبتدئ العدة من تاريخ الطلاق أو التطليق أو الفسخ أو الوفاة".

وعليه وبمقتضى هذا النص، فإن العدة تجنب على المرأة للأسباب التالية: (1)

أولا- وفاة الزوج:

إذا مات الزوج وكان الزواج صحيحا تجب على المرأة العدة تطبيقا وسواء كانت الوفاة حقيقة أو حكما، كالمفقود وسواء حصل الدخول أو لم يحصل وذلك حسب ما نصت عليه الفترة الثانية من المادة 74 من مدونة الأسرة على أنه: "تحكم المحكمة بوفاة المفقود طبقا للمادة 327 وما بعدها".

كما تنص المادة 325 من مدونة الأسرة على أن: "الميت حكما من انقطع خبره وصدر حكم باعتباره ميتا" فالمفقود يعتبر حيا إلى حين صدور حكم قضائي يقضي بموته، والمفقود طبقا للمادة 326 من مدونة الأسرة مستصحب الحياة فلا يورث ماله ولا يقسم بين الورثة إلا بعد الحكم بتمويته.

وفي جميع الأحوال فإن أمد المدة التي يحكم فيها بموت المفقود بعدها يفوض للمحكمة الفصل في الحكم باعتباره ميتا، أما إذا كانت الزوجة المتوفى عنها زوجها حاملا فإنها تعتد بوضع الحمل.

ثانيا- الطلاق والتطليق بكل صورته:

إذا حصلت الفرقة بين الزوجين فالمطلقة تعتد من تاريخ الإشهاد على الطلاق ويشترط في ذلك الدخول الزوجية، حيث تستطيع أن تعتد.

ثالثا- حصول الفرقة بين الزوجين بعد الدخول في العقد الفاسد.

(1) ادريس الفاخوري-انحلال الرابطة الزوجية، ص198

البند الثاني: العدة كأثر للطلاق

اعتباراً لأهمية موضوع العدة وما يترتب عليها من آثار، وبالتالي ضرورة مراعاة مدتها، فإن احتساب أجل العدة يبتدئ من تاريخ الاستشهاد بالطلاق أمام عدلين بالنسبة للطلاق الخلعي، والاتفاقي والرجعي، لأنها يتم الإشهاد بها لدى العدلين، أما بالنسبة للتطبيق والفسخ فإن أجل العدة يبتدئ من تاريخ صدور الحكم القاضي بالتطبيق أو الفسخ، على اعتبار أن الأحكام التي تصدر فيها تكون نهائية وغير قابلة.⁽¹⁾

لأي طعن في الشق منها المتعلق بإنهاء العلاقة الزوجية، وذلك سواء صدر عن محكمة ابتدائية أو استئنائية عملاً بالمادة 128 من المدونة كما أنه لا يحتاج فيها إلى الإشهاد بها لدى العدول، أما في حالة الوفاة، فإن العدة تبتدئ من تاريخ الوفاة حقيقة، كما لا تلزم الزوجة بالعدة إلا إذا حصل البناء والخلوة الشرعية الصحية، أما إذا حصل الطلاق قبل البناء فإن الزوجة لا تعتمد، أما إذا توفي الزوج فإن الزوجة تعدد للوفاة، حتى وإن حصلت الوفاة قبل البناء والخلوة الصحية، والأصل أن المطلقة أو المتوفى عنها زوجها تقضي عدتها في منزل الزوجية، إلا أنه قد يحدث وتكون الزوجة أصلاً خارج بيت الزوجية عند إجراءات الطلاق، وربما تكون قد أخذت جميع حوائجها منه، وترك الزوج أو أرجعه لصاحبه أو توقف عن أداء واجبات الكراء، كما قد تكون المشاكل والتراعات قد وصلت بين الطرفين إلى حد قد يهدد حياة أحد الطرفين، أو من شأنه إلحاق ضرر كبير بالأولاد، أو اختطافهم على من له الحق في حضانتهم، فإنه في مثل هذه الحالات يمكن للمطلقة أو المتوفى عنها زوجها قضاء فترة العدة في منزل آخر يخصص لها، على أن يكون واجب الكراء على عاتق المطلق.

(1) عبد السلام زويير، شرح مدونته الأسرة-الأزواج-الطلاق-التطبيق، منشورات جمعية نثر المعلومة الثانوية والقضائية، العدد 208/07، ص3232

الفرع السادس: العدة في مجلة الأحوال الشخصية التونسية

تعرض المشرع التونسي إلى أحكام العدة صلب الفصل 35 م.أ.ش ومبدأ العدة يختلف تبعا لصحة الزواج وفساده، ففي الزواج الصحيح تبدأ العدة من وقت حصول الفرقة، سواء كانت الفرقة بسبب الطلاق أو الفسخ، أو بسبب الوفاة.⁽¹⁾

والعدة تبدأ عقب الفراق، بما مؤداه أنه متى وقعت الفرقة اعتبرت الزوجة في العدة من وقت الفرقة، سواء علمت الزوجة بالفرقة أو لم تعلم.

والعدة تنتهي بانتهاء أحلها ولو كانت المرأة لا تعلم بالفرقة بينها وبين زوجها.

والعدة حسب المشرع التونسي واجبة على كل امرأة فارقها زوجها بطلاق بعد الدخول، فالطلاق والدخول شرطان لوجوب العدة، والطلاق لا يكون إلا في الزواج الصحيح، أما المطلقة قبل الدخول فلا تجب عليها العدة.

كما تجب العدة على المرأة المتوفي عنها زوجها سواء دخل بها أو لم يدخل بها، وبالرجوع إلى نصوص مجلة الأحوال الشخصية بوضعها الحالي لا تواجه تحول العدة من الحيض إلى الأشهر، ومن الأشهر إلى الحيض، كما لم يتناول المشرع أحكام للعدة في حال الزواج الفاسد والواقع بشبهة، وكذلك عدة ممتدة الطهر، وكذلك من تتحول عدتها من نوع إلى آخر.⁽²⁾

وبالرجوع إلى الفصل 35 م.أ.ش السالف الذكر نجد أن أجل العدة يقع احتسابه منذ صدور الحكم القاضي بإيقاع الطلاق بين الزوجين، إلا أنه وحسب أحكام الفصل 32 م.أ.ش وقواعد الفصل 40 م.م.م.ت.

نلاحظ أن الحكم الذي يصدر عن المحكمة الابتدائية هو ابتدائي الدرجة وهو ما يعني أن هذا الحكم غير قابل للتنفيذ ما لم ينقض أجل الاستئناف ويصير باتا بالإضافة إلى كون الحكم الاستثنائي القاضي بالطلاق هو نفسه لا يكون قابلا للتنفيذ لأن الطعن بالتعقيب يوقف تنفيذه

(1) ساسي بن حليلة. محاضرات في قانون الأحوال الشخصية. ص 49.

(2) احمد نصر الجندي. الأحوال الشخصية في القانون التونسي. ص 68.

تطبيقا لأحكام الفصل 194 م.م.م.ت⁽¹⁾، وعليه فإن المقصود بحكم الطلاق الذي يكون بداية احتساب أجل العدة هو الحكم الذي استوفى جميع مراحل التقاضي.

(1) الفصل 194 م.م.م.ت ينص على: "لا يوقف رفع الطعن بالتعقيب تنفيذ الحكم المطعون فيه الا اذا صادرا... بالطلاق".

المبحث الثاني: أحكام العدة في قوانين الأحوال الشخصية المغربية

إن الطلاق الذي يوقعه الزوج بإرادته المنفردة هو طلاق رجعي إذا كان في الحدود التي رتبها الشرع، وعليه يتوجب الإشارة في هذا الخصوص إظهار صفة التشريع الإسلامي وأحكامه، وكذا في قوانين الأحوال الشخصية المغربية للأحكام الرجعة، وكذا أحكام العدة في السكنى هذا من خلال الفقه الإسلامي وكذا في القوانين الأحوال الشخصية المغربية وعلى هذا الأساس فإن مجال الدراسة يكون حول أحكام الرجعة وأحكام المعتدة في السكنى، وهذا وفق التفصيل الآتي:

■ **المطلب الأول: أحكام الرجعة في قوانين الأحوال الشخصية المغربية.**

■ **المطلب الثاني: أحكام المعتدة في السكنى في قوانين الأحوال الشخصية المغربية.**

المطلب الأول: أحكام الرجعة في قوانين الأحوال الشخصية المغربية

من خلال هذا المطلب سنتطرق إلى أحكام الرجعة، وهذا من خلال تبيان معناها وذكر مشروعيتها، والحكمة منها، وشروطها، وهذا وفق التفصيل الآتي:

الفرع الأول: ماهية الرجعة في قوانين الأحوال الشخصية المغربية

شرع الطلاق ليكون وسيلة لحل الرابطة الزوجية إذا ما إستحالت العشرة الزوجية، وقد يحدث الندم، أو تغلب مصلحة الأسرة، وهذه رحمة من الله بعباده، وعليه شرعت الرجعة حفاظا على إستمرار الحياة الزوجية وهي وسيلة بيد الزوج حتى يتدارك بها ما صدر عنه من طلاق. ولتحديد ماهية الرجعة إرتأينا أن نتناولها في الفقه وفي قوانين الأحوال الشخصية المغربية.

البند الأول: مفهوم الرجعة في الفقه

سوف نتناول في تحديد مفهوم الرجعة جملة من العناصر التي يجب الوقوف عندها، وذلك وفق التفصيل الآتي:

أولا - تعريف الرجعة في اللغة والاصطلاح:

سنتناول التعريف اللغوي والإصطلاحي.

1. الرجعة لغتنا:

الرجعة - بفتح الراء- هي إسم المرة من الرجوع والفتح أفصح وهي عود المطلق إلى المطلقة.⁽¹⁾

يقال : رجع، يرجع رجعا، رجوعا ورجعانا ومرجعا ومرجعة أي انصرف، وجاء في القرآن الكريم: « إِنَّ إِلَىٰ رَبِّكَ الرَّجْعَىٰ »⁽²⁾ أي الرجوع والمرجع، وجاء أيضا: « إِلَىٰ اللَّهِ مَرْجِعُكُمْ جَمِيعًا »⁽³⁾ أي رجوعكم.⁽⁴⁾

ويقال إمراة راجع أي مات زوجها فرجعت على أهلها.⁽⁵⁾
وإرتجع المرأة وراجعها مراجعة ورجاعا أي رجعتها إلى نفسه بعد الطلاق.⁽⁶⁾
والرجعة مراجعة الرجل أهله بعد الطلاق.⁽⁷⁾

2. الرجعة إصطلاحا:

اختلف الفقهاء في تعريف الرجعة وهذا على إختلاف مذاهبهم:⁽⁸⁾

- تعريف الحنفية:

أورد الحنفية عدة تعريفات للرجعة منها: " الرجعة هي إستدامة الملك القائم بلا عوض مادامت في العدة".⁽⁹⁾

وعرفوها أيضا: " إبقاء الملك القائم بلا عوض في العدة " ويعني أن ملك عصمة الزوجية يحتمل الزوال بالطلاق الرجعي إذا إنقضت العدة، والرجعة من الطلاق هو رفع لذلك الاحتمال،

(1) عبد الرحمان الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، دار الكتب العلمية، ط2، 2003، ح4، ص 377.

(2) سورة العلق، الآية 08.

(3) سورة المائدة، الآية 48.

(4) فارس بن زكريا، معجم مقاييس اللغة، دار الفكر، ط، دون البلد، 1979، ح2، ص490.

(5) فارس بن زكريا. مرجع نفسه. ص490.

(6) بن منظور. لسان العرب. مجلد الثاني. ص114 - 119.

(7) الفراهيدي، كتاب العين، دار الكتب العلمية، بيروت، 2003، ط1، ص101.

(8) ابن عابدين. الدر المختار. ج5. ص 23.

(9) سورة البقرة، الآية 228.

وإبقاء لذلك الملك وإستدامة له، لأن ملك العصمة قائم بالطلاق الرجعي لم ينقطع، ولذلك قال: "الملك القائم"، فقله تعالى: «وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَلِكَ إِنْ أَرَادُوا إِصْلَاحًا»، أي وأزواجهن، أحق بردهن، فالرد معناه الرجعة، أي إبقاء الملك القائم وليس رد الملك الزائل.⁽¹⁾

ومنها أيضا: "استدامة الملك القائم ومنعه من الزوال وفسخ السبب المنعقد لزوال الملك."⁽²⁾

- تعريف المالكية:

أورد المالكية عدة تعريفات للرجعة منها:

"رد المعتدة عن طلاق قاصر عن الغاية ابتداء، غير خلع بعد الدخول ووطء جائز".⁽³⁾

فقله: "رد المعتدة عن طلاق قاصر" أي أثناء العدة من طلاق رجعي، وعبر عنه "بقاصر عن الغاية"، أي غير بائن، ولم يقل عن الثلاث، حتى يشمل الحر والعبد، لأن غاية الطلاق عند الحر ثلاث وعند العبد إثنان فلو قال عن الثلاث لاقتضى أن العبد لو طلق إثنين تكون له الرجعة، فاحترز من ذلك بقوله: قاصر عن الغاية بدلا من الثلاث، أما عبارة "ابتداء" فقليل وصف لقاصر وقيل وصف للغاية، مستثنيا بذلك الخلع لأنه لا رجعة فيه، ومشرطا الدخول والوطء الجائز، فلو حدث أن وطئها في حيض أو في رمضان، فلا تكون له الرجعة لأنه لا يقع به الحلال والإحضان، إذ المعدوم شرعا كالمعدوم حسا.⁽⁴⁾

وعرفوها كذلك بأنها: "عودة الزوجة المطلقة للعصمة من غير تجديد عقد".⁽⁵⁾

تعريف الشافعية:

عرفها أصحاب هذا المذهب بأنها: "الرد إلى النكاح في عدة طلاق غير بائن على وجه مخصوص"⁽⁶⁾ كما عرفوها أنها: "رد المرأة إلى النكاح من طلاق غير بائن في العدة"، فإذا طلق

(1) عبد الرحمان الجزيري. الفته على المذاهب الأربعة. ص 377.

(2) الكاساني. بدائع الصنائع. ج 4. ص 391.

(3) خليل بن إسحاق الجندي، التوضيح في شرح المختصر الفرعي لابن الحاجب، دار نجيبوية، دط، دون بلد، 2008م، ص 459.

(4) خليل بن إسحاق الجندي. التوضيح في شرح المختصر. ص 460.

(5) خليل بن إسحاق الجندي. مرجع نفسه. ص 460.

(6) الرملي، فتح الرحمان، دار النهاج، بيروت، ط1، 2009، ص 793.

الرجل امرأته المدخول بها ولم يستوف ما يملكه عليها من عدد الطلقات وكان الطلاق بغير عوض،
فله أن يراجعها قبل انقضاء العدة. (1)

تعريف الحنابلة:

عرفها الحنابلة بأنها: "إعادة مطلقة غير بائن إلى ما كانت عليه بغير عقد". (2)

وعرفوها بأنها: "إمساك المرأة بحكم الزوجية" أي إمساك المرأة المطلقة طلاقاً غير بائن بحكم
النكاح القائم في العدة، فالحنابلة يرون أن الرجل إذا طلق امرأته بعد الدخول بغير عوض، أقل من
ثلاث بالنسبة للحر، وأقل من إثنين للعبد، فله رجعتها مادامت في العدة. (3)

- تعريف الظاهرية:

لم يتعرض الظاهرية إلى تعريف الرجعة، لكن جاء في كتاب المحلي بالآثار لابن حزم
أن: "المطلقة طلاقاً رجعيًا هي زوجة للذي طلقها، مال م تنقص عدتها، يتوارثان ويلحقها طلاقه
وإيلاؤه وظهاره ولعانه إن قذفها، وعليه نفقتها وكسوتها وإسكانها، فإذا هي زوجته فحلال له أن
ينظر إلى ما كان ينظر إليه منها قبل أن يطلقها، وأن يطأها إذا لم يأت نص يمنع عن شيء من
ذلك". (4)

وعموما فالرجعة هي عودة المطلق إلى مطلقته الرجعية مادامت في عدتها بلا مهر ولا عقد
جديدين، ولا يشترط رضاها.

3. تعريف الرجعة في قوانين الأحوال الشخصية المغاربية:

لم يضع المشرع الجزائري تعريفا للرجعة في قانون الأسرة، تاركا ذلك لاختصاص الفقهاء،
حيث إكتفى بالنص عليها في المادة 50 من ق.أ.ج بأن: "من راجع زوجته أثناء محاولة الصلح لا
يحتاج إلى عقد جديد، ومن راجعها بعد صدور الحكم بالطلاق يحتاج إلى عقد جديد" وجاء في

(1) يحيى بن أبي الخير بن سالم العمراني، البيان في مذهب الإمام الشافعي، دار النهاج، بيروت، ط1، 1421هـ، 2000م، مجلد 10، ص 243.

(2) البهوتي، شرح زاد المستقنع، دار المؤيد، دط، دس، دون بلد، ص 586.

(3) ابن قدامة، المغني، ج 10، ص 553.

(4) ابن حزم، المحلي، ج 10، ص 251.

المادة 51 من ق.أ.ج أن: " لا يمكن أن يراجع الرجل من طلقها ثلاث مرات متتالية إلا بعد أن تتزوج غيره وتطلق منه أو يموت عنها بعد البناء."

فالمشرع استعمل لفظ - راجع - من المراجعة - في كل حالات الطلاق، إلا أنه وضع أحكاما مختلفة لها باختلاف نوع الطلاق، لا تكاد تختلف عن تلك التي وردت بشأن الرجعة والارتجاع حسب ما بيناه فيما سبق، مع الأخذ بعين الاعتبار الاختلاف الحاصل بين فقهاء القانون بشأن فترة الصلح وعلاقتها بالعدة، وفرق بين الرجعة التي تتم بدون عقد جديد، وتلك التي يحتاج فيها إلى عقد جديد حسب المادة 50 من ق.أ.ج وواضع حكما لكل منهما.

والمشرع المغربي لم يعطي تعريف الرجعة وإنما اقتصر على ذكر حالة حق الزوج في مراجعة زوجته، وعليه حسب المشرع فإن الطلاق الذي يوقعه الزوج يكون دائما رجعيا إلا في الحالات الخمسة الواردة في المادة 123 من مدونة الأسرة والتي تنص على: «كل طلاق أوقعه الزوج فهو رجعي، إلا المكمل للثلاث والطلاق قبل البناء والطلاق بالإتفاق والخلع والمملك»

فالطلاق الرجعي هو ما يجوز معه للزوج إرجاع زوجته إلى عصمته خلال عدتها دون عقد جديد لأن المطلقة رجعيا تعتبر في حكم الزوجة، أما بالنسبة للمشرع التونسي فنجد أنه لم يتعرض إلى الرجعة بنص مستقل وإنما اكتفى بذكر حالة إرجاع الزوجة إلى زوجها أثناء فترة العدة، فالطلاق الرجعي حسب المشرع التونسي هو نوع من تفريق الأجساد تتضافر فيه كل الشروط الممكنة للصلح بين الزوجين.

البند الثاني : مشروعية الرجعة في الفقه

ثبتت مشروعية الرجعة في الكتاب والسنة والإجماع، ويكون هذا وفق التفصيل الآتي:

- من القرآن الكريم:

ثبتت مشروعيتها بعدد من الآيات القرآنية:

قوله تعالى: « وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَلِكَ إِنْ أَرَادُوا إِصْلَاحًا ».(1)

والبعولة جمع " بعل " وهو الزوج للمرأة(2)، وبقوله: « أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ » يعني برجعتهن،(3) وأما قوله « فِي ذَلِكَ »، يعني في وقت التربص وهو أمر العدة(4) وقوله « إِنْ أَرَادُوا إِصْلَاحًا » يعني إصلاح ما تشتت من النكاح بالرجعة.(5)

والمعنى من الآية الكريمة أن الزوج الذي طلق إمرأته أحق بردها إلى عصمته مادامت في أجل العدة إذا كان مراده بردها بالإصلاح والخير(6) وفي آية أخرى قوله تعالى: « الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ »(7) هذه الآية الكريمة جاءت لرفع ما كان عليه الأمر في ابتداء الإسلام، حيث أن الرجل كان أحق برجعة إمرأته إليه وإن طلقها مائة مرة مادامت في العدة، فلما كان فيه ضرر على الزوجات، قصرهن الله عز وجل إلى ثلاث طلاقات وأباح الرجعة في المرة الأولى والثانية وأبأها بالكلية في الثالثة(8) ووجه الاستدلال في هذه الآية أن الطلاق الذي تكون فيه الرجعة مرتان، وكلمة الإمساك في الآية مفسرة بالرجعة فالمقصود بالآية أنه إذا طلق الزوج زوجته طليقة أو طليقتين فهو مخير فيها مادامت عدتها باقية بين أن يردها إليه ناويا بها الإصلاح والإحسان إليها، وهو ما تجلّى في قوله تعالى: " بِمَعْرُوفٍ " وبين أن يتركها حتى تنقضي عدتها فتبين عنه، وهو ما دل عليه قوله تعالى: " أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ " .

- من السنة الشريفة:

ثبتت مشروعية الرجعة في السنة النبوية بعدة أحاديث منها:

(1) سورة البقرة، الآية 228.

(2) الطبري. جامع البيان من تأويل القرآن. ص 526.

(3) بن سالم العمري. البيان في مذهب الإمام الشافعي. ص 243.

(4) ابن العربي. أحكام القرآن. ص 255.

(5) بن سالم العمري. مرجع سابق. ص 243.

(6) بن كثير. تفسير القرآن العظيم. ج 1 ص 609.

(7) سورة البقرة، الآية 229.

(8) بن كثير. مرجع سابق. ص 610.

جاء في الموطأ: "حدثني يحيى عن مالك بن نافع أن عبد الله بن عمر طلق امرأته وهي حائض على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم، فسأل عمر بن خطاب رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك فقال رسول الله، مره فليراجعها، ثم يمسكها حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر ثم إن شاء أمسك بعد وإن شاء طلق قبل أن يمس، فتلك العدة التي أمر الله أن يطلق لها النساء"⁽¹⁾.

عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم طلق حفصة ثم راجعها.⁽²⁾

وجاء في سنن ابن ماجه أن عمران بن الحصين سئل عن رجل يطلق امرأته ثم يقع بها ولم يشهد على طلاقها ولا على رجعتها، فقال عمران: طلقت بغير سنة، وراجعت، أشهد على طلاقها وعلى رجعتها.⁽³⁾

وجاء في سنن أبي داود أن ركانة بن عبد يزيد طلق امرأته سهيمة البتة، فأخبر النبي صلى الله عليه وسلم بذلك، وقال والله ما أردت إلا واحدة فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: والله ما أردت إلا واحدة؟ فقال ركانة: والله ما أردت إلا واحدة فردها إليه رسول الله صلى الله عليه وسلم.⁽⁴⁾

- من الإجماع:

أجمع الفقهاء على أن الرجل إذا طلق زوجته الدخول بها تطليقة أو تطليقتين فإنه أحق براجعها ما لم تنقض عدتها وإن كرهت المرأة ذلك، واتفقوا على أن الحر إذا طلق دون الثلاث والعبد دون اثنتين لها حق الرجعة في العدة، ولم يخالف ذلك أحد.⁽⁵⁾

(1) مالك بن أنس، الموطأ، صححه ورقمه وأخرج أحاديثه وعلق عليه: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، دط، 1406هـ - 1985م، ص 576.

(2) أبو داود. سنن أبي داود. ج.3. ص 593.

(3) أبو عبد الله بن يزيد القزويني، سنن ابن ماجه، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء الكتب العلمية، القاهرة، دط، دس، ج 01، ص 652.

(4) أبو داود. سنن أبي داود. ج.3. ص 529-530.

(5) عبد الرحمن الجزيري. الفقه على المذاهب الأربعة. ص 379.

- مشروعية الرجعة في قوانين الأحوال الشخصية المغربية:

أورد المشرع الجزائري أحكام الرجعة في المادتين 50 و 51 من قانون الأسرة الجزائري حيث جاء في المادة 50: «من راجع زوجته أثناء محاولة الصلح لا يحتاج إلى عقد جديد ومن راجعها بعد صور الحكم بالطلاق يحتاج إلى عقد جديد» أما المادة 51 من ق.أ.ج فقد نصت على: «لا يمكن أن يراجع الرجل من طلقها ثلاث مرات متتالية، إلا بعد أن تتزوج غيره وتطلق منه أو يموت عنها بعد البناء» كما أحال المشرع في حال عدم وجود نص أو كل ما يتعلق بأحكام الرجعة، فإن القاضي ملزم، بالرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية.

كما أورد المشرع المغربي أحكام الرجعة في المادتين 123 و 124 من مدونة الأسرة المغربية حيث جاء في المادة 123 من م.أ.م السالفة الذكر الحالات التي لا يجوز للرجل أن يراجع فيها زوجته، أما المادة 124 من م.أ.م فتتضمن على: «للزوج أن يراجع زوجته أثناء العدة. إذا رغب الزوج في إرجاع زوجته المطلقة طلاقا رجعيا أشهد على ذلك عدلين، ويقومان بإخبار القاضي فورا.

يجب على القاضي قبل الخطاب على وثيقة الرجعة، استدعاء الزوجة لإخبارها بذلك، فإذا امتنعت ورفضت الرجوع، يمكنها اللجوء إلى مسطرة الشقاق النصوص عليها في المادة 94 أعلاه».

كما أحال المشرع المغربي فيما يتعلق بأحكام الرجعة وفي حال عدم وجود نص أو قرار تعقيبي يحيل إلى أحكام الشريعة الإسلامية ووفق المذهب المالكي وهذا طلب المادة 400 من م.أ.م. أما مشروعية الرجعة في مجلة الأحوال الشخصية التونسية فإنها لم يرد النص عليها تاركة ذلك إلى الفقه والشريعة الإسلامية، في حال وجود نزاع أو اختلاف بشأنها، إلا أنه يمكن ومن خلال تصفح موادها نجد الفصل 19 و 20 الخاص بموانع الزواج، حيث نص الفصل 19 من م.أ.ش على: «يجوز على الرجل أن يتزوج مطلقة ثلاثا» وبمفهوم المخالفة أنه أجاز للرجل أن يراجع

مطلقاته قبل انقضاء عدتها أما نص الفصل 21 من م.أ.ش ينص على: « بحجر التزوج بزوجة الغير أو معتدته قبل انقضاء عدتها ».

الفرع الثاني: شروط صحة الرجعة في الفقه

إن حق الرجعة هو حق الزوج على زوجته، ولصفته لا بد من توفر جملة من الشروط منها ما هو متفق عليها ومنها ما هو محل اختلاف.

وهو ما سنتناوله بالتفصيل على النحو الآتي:

البند الأول: شروط الرجعة المتفق عليها

أجمع الفقهاء على أن الرجعة لا تصح إلا بتحقيق شرطين هما:

- أن يكون الطلاق رجعياً:

يجب أن تكون الرجعة بعد طلاق رجعي من الطلقة الأولى أو الثانية، لأن الرجعة هي استئناف للحياة الزوجية التي قطعت بالطلاق، فلولا وقوعه لما كان للرجعة مبرر وهو ما أجمع عليه فقهاء المسلمين على أن الزوج يملك الرجعة في الطلاق الرجعي.⁽¹⁾

وبناء على ذلك يجب أن يكون الطلاق دون الثلاث، فإن كان ثلاثاً حرمت عليه حتى تنكح زوجاً آخر، وأن يكون الطلاق بعد الدخول، فإن كان قبله فلا رجعة فيه، لأن لا عدة على غير المدخول بها فيعتبر طلاقاً بائناً.

- أن تحصل الرجعة في عدة الطلاق الرجعي:

يشترط لصحة الرجعة أن تقع في العدة أي أثناء مدة تربص الزوجة وهي القروء الثلاثة، وهذا مصداقاً لقوله تعالى: « وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَلِكَ »⁽²⁾. والعدة هي المدة التي حددها الشارع بعد الفرقة ويجب على المرأة الانتظار فيها بدون زواج حتى تنقضي المدة، فكل طلاق أو

(1) ابن رشد. بداية المجتهد . ج.3. ص 163.

(2) سورة البقرة، الآية 228.

فسخ وجب فيه جميع الصداق ووجبت فيه العدة، وحيث سقط الصداق كله أو لم يجب إلا نصفه سقطت العدة.⁽¹⁾

البند الثاني : شروط الرجعة المختلف فيها

اختلف الفقهاء في مدى اعتبار كل من الإشهاد على الرجعة، وكذا إعلام الزوجة بها شرطاً من شروط صحة الرجعة الواجب توفرها:

- الإشهاد على الرجعة:

تباينت آراء الفقهاء حول الإشهاد على الرجعة في كونه شرط لصحتها لا تقوم به أم لا، ويرجع سبب الاختلاف إلى تباين أقوال المفسرين في تفسير المعنى من قوله تعالى: « فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَأَشْهِدُوا ذَوِي عَدْلٍ مِنْكُمْ وَأَقِيمُوا الشَّهَادَةَ لِلَّهِ ذَلِكَ يُوعِظُ بِهِ مَنْ كَانَ يُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ وَمَنْ يَتَّقِ اللَّهَ يَجْعَلْ لَهُ مَخْرَجًا »⁽²⁾.

فالأية تحتل القول باستحباب الإشهاد على الرجعة كما تحتل القول بوجوبه.⁽³⁾

أصحاب القول الأول: وهو رأي جمهور الفقهاء من حنفية⁽⁴⁾ والمشهور عند المالكية⁽⁵⁾، والشافعي في قول⁽⁶⁾ وفي رواية للحنابلة، أنه لا يجب على المطلق أن يشهد على رجعتة، لأن الإشهاد وفي الرجعة للندب وليس للوجوب، واستدلوا ذلك بالأدلة التالية قوله تعالى: « فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَأَشْهِدُوا ذَوِي عَدْلٍ مِنْكُمْ وَأَقِيمُوا الشَّهَادَةَ لِلَّهِ ذَلِكَ يُوعِظُ بِهِ مَنْ كَانَ يُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ وَمَنْ يَتَّقِ اللَّهَ يَجْعَلْ لَهُ مَخْرَجًا »⁽⁷⁾.

(1) وهبة الزحلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ص 625.

(2) سورة الطلاق، الآية 02.

(3) عبد الكريم زيدان، الفصل في أحكام المرأة وليس المسلم في الشريعة الإسلامية، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط1، 1412هـ- 1993م، ج8، ص 28-29.

(4) أبو الحسين أحمد بن محمد بن جعفر البغدادي القدوري، موسوعة القواعد الفقهية المقارنة، تحقيق: د.محمد أحمد سراج، د- على جمعة محمد، دار السلام، القاهرة، 1424هـ- 2004م، ط1، ص500، ابن نجيم، البحر الرائق شرح كتر الدقائق، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1418هـ- 1997م، ص55-56.

(5) البغدادي القاضي أبو محمد عبد الوهاب، التلقين في الفقه المالكي، تحقيق ودراسة: محمد ثالث سعيد الغازي، دار الفكر، بيروت، لبنان، دط، 1995م، ج12، ص457.

(6) الدمياطي أبو بكر ابن السيد محمد، حاشية إمانة الطالبين على حل ألفاظ فتح المعين شرح قوة العين بمهمات الدين، بيروت، لبنان، دط، دار الفكر للطباعة والنشر، والتوزيع، ص30.

يُوَعِظُ بِهِ مَنْ كَانَ يُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ وَمَنْ يَتَّقِ اللَّهَ يَجْعَلْ لَهُ مَخْرَجًا» فالآية محمولة على الندب بدليل أمره سبحانه وتعالى بالإشهاد بعد الأمر بشيئين، هما الإمساك والمفارقة، ومادام الإشهاد على الفرقة مستحب لا واجب فكذلك الرجعة.⁽¹⁾

وقوله تعالى: «وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَلِكَ»⁽²⁾ فالرجعة حق من حقوق الزوج لا تحتاج لقبول المرأة أو وليها، فلا تشترط الشهادة لصحتها.⁽³⁾

وقوله صلى الله عليه وسلم لعمر بن الخطاب رضي الله عنه: «مره فليراجعها»، فلم يأمره بالإشهاد على الرجعة، ولو كان شرطاً لأمره به.⁽⁴⁾

كما ذهبوا إلى أن الشهادة شرط إبتداء عقد النكاح وإنشائه، وليست شرطاً لبقائه، والرجعة إبقاء عقد النكاح فلا يشترط لها الشهادة، والشهادة عندهم مستحبة احتياطاً وذلك خوفاً من إنكار الزوجة لها بعد انقضاء العدة⁽⁵⁾، وقطعا للشك في حصولها وابتعاداً عن الاتهام في العودة إلى معاشرة الزوجة.⁽⁶⁾

أصحاب القول الثاني: يرى أصحاب هذا الاتجاه إلى أن الإشهاد على الرجعة واجب، وهو ما ذهب إليه كل من: الظاهرية،⁽⁷⁾ والشافعية في قول⁽⁸⁾، والحنابلة في رواية⁽⁹⁾، وقول للإمام مالك⁽¹⁰⁾، واستدلوا على ذلك بالأدلة التالية:

(1) بهاء الدين عبد الرحمان بن إبراهيم المقدسي، العدة شرح العدة، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1996، ص 454.

(2) ابن نجيم. البحر الرائف. ص 56.

(3) سورة البقرة، الآية 228.

(4) أبو مالك كمال بن السيد، صحيح فقه السنة وأولته وتوضيح مذاهب الأئمة، المكتبة التوثيقية، مصر، دط، 2003، ج3، ص 272.

(5) قيس عبد الوهاب الحيايالي، "إشكالية الطلاق الرجعي في الفقه والقانون"، مجلة الرافدين للحقوق، كلية القانون، جامعة الموصل، العراق، ع 32،

2007، ص 29.

(6) وهبة الزحيلي. الفقه الإسلامي وأولته. ص 469؛ بن حزم. المحلى. ص 251.

(7) ابن حزم. المحلى. ص 251.

(8) محمد بن إدريس الشافعي. الأم، ج 5. ص 245.

(9) عبد الله سالم عبد الله الطائي، أحكام الرجعة دراسة تحليلية مقارنة، دار الكتب والوثائق القومية، الإسكندرية، ط1، 2012، ص 175.

(10) أبو عبد الله مالك بن أنس بن مالك الاصبحي الحميري المدني، الدونة الكبرى، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1994، ج2، ص 232-

قوله تعالى: « فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا فَعَلْنَ فِي أَنْفُسِهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ...»، حيث فرق الله عز وجل بين الطلاق والرجعة والإشهاد في الآية، فلا يجوز إفراد بعض هذه المعاني عن بعضها في الآية، لأن حكمها واحد، فمن طلق ولم يشهد ذوي عدل أو راجع ولم يشهد كان متعديا لحدود الله سبحانه وتعالى. (1)

والإشهاد على الرجعة ينتج عنه علم الناس بها، فيمنع المرأة من إنكار وقوعها، وفي هذا وقاية لها من الوقوع في الحرام، كأن تتزوج بعد انتهاء عدتها بحجة عدم رجعة زوجها لها. (2)

- إعلام الزوجة بالرجعة:

اختلف الفقهاء حول إعلام الزوجة بالرجعة وعن عدم إعلامها بالرجعة وهذا وفق التفصيل

الآتي:

الرأي الأول: ذهب أصحاب هذا الرأي بأن إعلام الزوج المرثع لزوجته بالرجعة مستحب وغير واجب.

وهو قول جمهور الفقهاء من الحنفية (3) والمالكية (4) والشافعية (5) والحنابلة (6)، فلو راجعها الزوج ولم يعلمها برجعته، صح ذلك، ولم يشترط عليه إعلامها بها، لأن الرجعة إستدامة نكاح قائم وليست إنشاء نكاح جديد واستدلوا في ذلك بما يلي: الرجعة ليست عقدا، فلا تفتقر إلى ما يلزم لانعقاد العقد من رضا الطرفين أو علمها به وبموضوعه، إنما الرجعة تصرف بالإرادة المنفردة للمرثع يراد به إستدامة النكاح، فلا يشترط لصحتها إعلام علم المرثعة برجعته التي هي حق خالص له. (7)

(1) ابن حزم. المحلى. ص 231.

(2) ابن قدامة. المغني. ص 573.

(3) الكاساني. بدائع الصنائع. ص 391.

(4) الخطاب، مواهب جليل لشرح مختصر خليل، دار الكتب العلمية، ص 408.

(5) الماوردي. الحاوي الكبير. ص 315.

(6) ابن قدامة. المغني. ج 10. ص 573.

(7) الكاساني. البدائع. ص 391.

والرجعة تصح بغير علم المرتجعة لأن رضاها غير معتبر، بخلاف النكاح ولا تفتقر فيه إلى ولي ولا صداق. (1)

الرأي الثاني: يرى أصحاب هذا القول بوجوب إعلام المرتجعة بالرجعة، وهو قول الظاهرية (2) لأن الإعلام عندهم شرط لازم لصحة الرجعة، فإن لم يعلمها لم يعتبر مراجعاً، واستدلوا في ذلك بما يلي:

قوله تعالى: « وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَلِكَ إِنْ أَرَادُوا إِصْلَاحًا » (3)، وقوله تعالى: « وَلَا تُضَارُّوهُنَّ لِتُضَيِّقُوا عَلَيْهِنَّ » (4)

فالأية الأولى تدل على أن البعل أحق بردها إن أراد إصلاحاً، والثانية فإن عدم إعلامها بالرجعة هو عين المضارة، لأن الرجعة تصرف يتعلق به حل وحرمة، فقد تنقضي عدتها ولا يعلمها الزوج المرتجع بالرجعة، فتنزوج زوجاً آخر، لأنها تجهل رجعة الزوج الأول لها فتقع المرأة في الحرام ويكون هو السبب في ذلك. (5)

إعلام الزوجة المرتجعة لا يقتضي موافقتها أو رضاها، لأنها حق للزوج المرتجع ولكن إعلام الزوجة بها واجب يوضع حد لنشوء أي نزاع حول حصول الرجعة من عدمها. (6)

الفرع الثالث: أحكام الرجعة في قانون الأسرة الجزائري

الرجعة هي حق للزوج مادامت المطلقة في عدتها، كما هي إعطاء فرصة للزوج للنظر في أمر الزوجة والتفكير في مصيرها، وهذا ما جاء به المشرع الجزائري في المادة 50 والمادة 51 من قانون الأسرة.

وعلى هذا الأساس سنعالج أحكام الرجعة وفت ما جاء به المشرع على النحو التالي :

(1) ابن قدامة. المغني. ص 573.

(2) ابن حزم. المحلي. ص 253.

(3) سورة البقرة، الآية 228.

(4) سورة الطلاق، الآية 06.

(5) عبد الله سالم الطائي. أحكام الرجعة. ص 192.

(6) عبد الله سالم الطائي. نفس المرجع. ص 193.

البند الأول: تكييف الرجعة في قانون الأسرة الجزائري

نصت المادة 50 من ق.أ.ج على أنه: «من راجع زوجته أثناء محاولة، الصلح لا يحتاج إلى عقد جديد ومن راجعها بعد صدور الحكم بالطلاق يحتاج إلى عقد جديد». ومن خلالها نجد أن المشرع اعتبر الرجعة إستدامة لعقد الزواج مادام الزوج يمكنه مراجعة زوجته دون عقد جديد في فترة الصلح ولم يتم النطق بحكم الطلاق فالزوجة قائمة ومنتجة لكافة آثارها الشرعية والقانونية، أما إذا كانت بعد صدور الحكم بالطلاق فلا رجعة للزوج إلا بعقد جديد.⁽¹⁾

فالمشرع حاول التطرق إلى الطلاق الرجعي وحاول تصنيفه وتمييزه عن الطلاق البائن من حيث آثاره. بمراجعة الزوجة دون عقد جديد خلافاً للطلاق الصادر بحكم. وعليه فالمشرع وقع في تناقض وعدم وضوح فيما يتعلق بالطلاق وأنواعه، فمن جهة يؤكد أن الطلاق لا يثبت إلا بحكم قطعي ونهائي غير قابل للاستئناف. وبمفهوم المخالفة يمكن القول أنه إذا لم يتم النطق بحكم الطلاق بمعنى ذلك أن الزوجية قائمة بين الزوجين ومنتجة لكافة آثارها الشرعية والقانونية.

فالمادة 50 من ق.أ.ج بالشكل الذي جاءت به تصطدم مع المادة 58 من ق.أ.ج حينما اعتبر أن عدة المطلقة تبدأ من يوم التصريح بالطلاق. ومعنى التصريح بالطلاق هو النطق بالحكم من طرف القاضي، فالمطلقة طلاقاً رجعياً تحتاج إلى زمن أطول لحساب عدتها، كون فترة المراجعة قد تكون سابقة بأمر طويل على فترة التصريح بالطلاق.

(1) باديس ذيابي. آثار فك الرابطة الزوجية. 45.

وإذا ما تصورنا أن الخلاف بين الزوجين والانقطاع بينهما دام لأكثر من سنة ثم نطق بالخلاف فإن مدة العام لا معنى لها ولا أساس لها. وأن عدة المطلقة تبدأ من يوم التصريح بالطلاق الذي يعد طلاقاً بائناً كونه يحتاج إلى مهر وعقد الجديدين.⁽¹⁾

البند الثاني: شروط صحة الرجعة في قانون الأسرة الجزائري

بالرجوع إلى المشرع الجزائري فقد اختلف شراح القانون في تحديد موقفه، ومرد هذا الخلاف يعود للنقاش الفقهي حول طبيعة الحكم الصادر بطلاق.

وسنعالج الرأيين على النحو الآتي:

- **الرأي القائل بعدم إقرار المشرع الجزائري بالطلاق الرجعي:** ذهب البعض أن قانون الأسرة لم ينص على الطلاق الرجعي، ولم يتبناه من حيث مفهومه الشرعي وآثاره، واكتفى بالطلاق البائن، ويعود ذلك إلى أن الطلاق في الجزائر لا يقع إلا لدى المحكمة وتحت إشراف القضاة، ولا يثبت إلا بموجب حكم قضائي، والطلاق الذي يتلفظ به الزوج خارج دائرة القضاء ولا يقع ولا يحتج به اتجاه الغير⁽²⁾، وفقاً للفقرة الأولى للمادة 49 من ق.أ.ج التي جاء فيها: «لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح يجربها القاضي دون تتجاوز مدته ثلاثة أشهر عن تاريخ رفع الدعوى».

وتبعاً لذلك فإن الطلاق لا يقع إلا بإعلان الزوج عن إرادته أمام الجهة الرسمية المختصة، ويجب أن يتلقى القاضي الإعلان عن الإرادة في محرر رسمي، وابتداءً من تاريخ تلقي القاضي الإعلان عن الإرادة، ويترتب عليه الأثر القانوني وهو الإعلان عن إنهاء الرابطة الزوجية.

وبناء على ما سبق، ذهب البعض إلى طرح التساؤل حول طبيعة الرجعة الواردة في المادة 50 من ق.أ.ج والتي جاءت غامضة، ولم تفرق بين الطلاق الرجعي والبائن، وجعلت من الحكم القضائي الفاصل الوحيد بينهما، وذهبوا إلى القول بأن الرجعة قبل صدور الحكم بالطلاق، لا

(1) باديس ذيابي. آثار فك الرابطة الزوجية. ص 46، 47.

(2) عبد العزيز سعد. قانون الأسرة في تنويه الجديد. ص 119.

تدخل في مفهوم الرجعة الشرعية، لأن العلاقة الزوجية ما تزال قائمة مادام لم يتم التصريح بالطلاق، فلو أن المشرع نص على الطلاق الرجعي في مادة مستقلة لفهم بأن الرجعة بمفهومها الشرعي تنصرف إليه، لكن المشرع سكت عنه، وترك المادة 49 من ق.أ.ج هي المقدمة الحتمية للمادة 50 في نفس القانون.⁽¹⁾

- **الرأي القائل باعتراف المشرع بالطلاق الرجعي:** ذهبوا إلى أن المشرع اعترف بالطلاق الرجعي، ذلك أنه تناول في المادة 50 من ق.أ.ج مسألة المراجعة، وهي أثر من آثار الطلاق، ولا تثار إلا إذا كان ثمة طلاق، فمن غير المعقول أن نقول بأن القانون تناول أثرا من آثار الطلاق رغم عدم وجود الطلاق، لأن العبرة بالشيء فحتى ولو لم ينص القانون على وجود شيء ولكن النص على وجود آثاره دليل قاطع على وجود ذلك الشيء، ومنه لا يمكن الحديث عن الرجعة دون وجود طلاق.⁽²⁾

فالمادة 49 من ق.أ.ج، تؤكد على أن المشرع يعترف بالطلاق الرجعي، لأن الحكم القاضي بالطلاق هو حكم كاشف له وليس منشئا، والمشرع استعمل في المادة 40 مصطلح "لا يثبت" وهو مصطلح يدل على تعلقه بالإثبات لا الإنشاء، وذات المصطلح استعمله المشرع في مواد عديدة من قانون الأسرة.

كما أن دور القاضي يقتصر على تلقي وتوثيق إرادة الزوج في إيقاع الطلاق، وليس له حق إنشائه، إذ هناك فرق بين مصطلح "لا يثبت الطلاق" و مصطلح "لا يقع الطلاق" فالأول يستعمل فقط للإثبات ويكون الحكم الصادر بشأنه كاشفا، أما الثاني فيقصد به الإيقاع، ويكون الحكم بشأنه منشئا، لهذا لا يعتبر حكم القاضي منشئا للمراكز القانونية، وإنما يكشف عنها فقط.

كما أن المادة 50 من ق.أ.ج تؤكد على اعتراف المشرع بالطلاق الرجعي الذي أوقعه الزوج خارج دائرة القضاء فيكون الحكم القضائي بالطلاق كاشفا.

(1) عامير حبيبة، "إثبات الطلاق بين القانون والقضاء"، مجلة الحقيقة، العدد 27، جامعة أدرار، ص 139.

(2) طحطاح علال، "دراسة نقدية تقويمية لنص المادة 49 من قانون الأسرة"، مجلة صوت القانون، المجلد 04، العدد 08، 2018، ص 274 - 275.

كما أن المادة 50 السالفة الذكر استعمل المشرع مصطلح المراجعة، ولا يمكن القول أنه استعمله قاصداً به أكثر من معنى فقط، على اعتبار أنه مميز بين حالتي الرجعة، سواء تلك التي تقع قبل صدور الحكم أو بعده.

فالمادة 50 تضمنت المراجعة دون عقد جديد، غير أنها لم تتضمن الشروط الواجبة لصحتها، ما يجعلنا أمام خلو نص منها، مما يقتضي الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية تطبيقاً لنص المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري⁽¹⁾، وهذا ما أقرته المحكمة العليا في إحدى قراراتها: «من المتفق عليه فقها وقضاء في أحكام الشريعة الإسلامية أن الطلاق الذي يقع من الزوج هو طلاق رجعي وأن حكم القاضي به لا يغير من رجعيته لأنه إنما نزل على طلب الزوج الطلاق»⁽²⁾.

البند الثالث: أثر جلسة الصلح في الرجعة

جاء في المادة 49 من ق.أ.ج ما نصه: "إن الحكم بالطلاق يكون بعد عدة محاولات الصلح من طرف القاضي، وقيداً بفترة ثلاثة أشهر"، ثم تلاها المادة 50 السالفة الذكر وانطلاقاً من هذين النصين نلاحظ ما يلي:

- إن المشرع الجزائري أراد تقييد حق الطلاق بوصفه إحدى المحرمات كقاعدة عامة منبؤد شرعاً وأخلاقاً ومبغوض إلى الله - سبحانه وتعالى - وهو الصواب في ما ذهب إليه عندما جعل الحكم بالطلاق موجبا لعقد جديد على المطلقة متى شاء زوجها مراجعتها، وهذا يكون بحضور ولي وشاهدي عدل ورضا وصداق، طبقاً لأحكام المادة 09، مما يرهق كاهل الأزواج فيجعلهم يقررون في الأقدام على هذا التعرف الخطير.
- إنه وضع هذه القاعدة بهدف جبر الطرفين بقبول الصلح لسببين إثنيين:

(1) طحطاح علال. دراسة نقدية تفويجية لنص المادة 49 ق.أ.ج. ص 175.

(2) قرار المحكمة العليا - غرفة الأحوال الشخصية والمواثيق - قرار رقم 39463، بتاريخ 10 / 02 / 1986 نقلاً عن: (نبيل صقر، الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية الطلاق وتوابع فك العصمة، دار الهدى، الجزائر، 2015، ص 24).

1. أن الزوجة إن رفضت الصلح وهي تظن أن صدور الحكم يستدعي عقدا جديدا يجب أن تقتنع بصعوبة عودة الزوج إليها ثانية مع أنه يستطيع العقد على غيرها، طالما أن النتيجة واحدة وهي عقد جديد بمصاريفه وأعبائه المادية الثقيلة، وهذا ليس في مصلحتها، فتفضل الصلح على الفراق.

2. أن الزوج قد يجد الزواج ثانية صعبا عليه، وانتظاره صدور الحكم يحمله مالا يطيق من الأعباء لمراجعة زوجته، فيفضل الصلح على الفراق كذلك.

إن المشرع في قانون إجراءات الدينونة والإدارية نص على وجوب الصلح في نص المادة 439 منه بقوله: «إن محاولات الصلح وجوبية، وتتم في جلسة سرية»، متداركا بذلك الغموض الذي كان سائدا في نص المادة 49 من ق.أ.ج.⁽¹⁾

البند الرابع: ملاحظات حول المادة 49 و 50

غير أننا نلاحظ الغموض بشأن المادة التي حددها المشرع في صلب المادة 49 ورتب عليها آثار في المادة 50، هذا الغموض الذي يجعلنا نتساءل عن بداية الأشهر الثلاثة ونهايتها، وأثر ذلك في العدة فصل تبدأ من تاريخ منطلق الزوج بالطلاق؟ أم من تاريخ طرح النزاع على المحكمة؟ فلو سلمنا بالأخذ بتاريخ طرح النزاع على المحكمة فقد يكون الزوج قد طلق زوجته بأكثر من شهر أو شهرين سابقين على تاريخ طرح النزاع على المحكمة، وفي هذه الحالة فهل تحسب العدة من تاريخ صدور الحكم أو من تاريخ النطق بالطلاق من قبل الزوج؟ لاشك أن المادتين 49 و 50 لم تفرض ذلك.

ولكن يجب أن نفرق بين أمرين: أحدهما هو وقوع الطلاق ديانة، و ثانيهما وقوع الطلاق قانونا.

(1) سعادي لعللي، الزواج وانهلاله في قانون الأسرة الجزائري، أطروحة دكتوراه علوم في القانون الخاص، جامعة الجزائر - 1، السنة الجامعية 2014-2015، ص 359.

وقوع الطلاق ديانة: إن الطلاق لمن يمسك بالساق وعليه فمضى نطق الزوج بالطلاق يقع شرعا و تسري العدة من تاريخ النطق به.

وقوع الطلاق قانونا: إن قانون الأسرة طبقا للمادة 49 من ق.أ.ج تقتضي لإثبات الطلاق أن يتم بحكم قضائي، هذا الأخير يكون كاشفا لإرادة الزوج في توقيع الطلاق ومن ثم فإن القاضي في محاولات الصلح يتأكد من تلفظ الزوج بالطلاق وتاريخه، وفي حالة إصراره على عدم مراجعة زوجته إذا كانت في فترة العدة من طلاق رجعي؛ فإن الحكم يكون بإثبات الطلاق الحاصل بينهما في التاريخ الذي تلفظ به الزوج، وليس من تاريخ صدور الحكم.⁽¹⁾

الفرع الخامس: أحكام الرجعة في مدونة الأسرة

الطلاق الرجعي هو ما يجوز معه للزوج إرجاع زوجته إلى عصمته خلال فترة العدة دون عقد جديد لأن المطلقة رجعيًا تعتبر في أحكام الزوجة، ولذا سنيين أحكام الرجعة وفق ما جاء به المشرع المغربي، وهذا وفق التفصيل الآتي :

البند الأول : معنى الرجعة في مدونة الأسرة

الطلاق الرجعي هو الطلاق الذي يستطيع الزوج فيه إعادة زوجته إلى عصمته قبل انتهاء عدتها، حيث تستأنف الحياة الزوجية بينهما دون حاجة إلى عقد جديد ويمكن أن يتكرر هذا مرتين، أما الثالثة فإن الطلاق يفصل العلاقة الزوجية حالا ونهائيا، وهذا حسب المادة 126 من م.أ.م.⁽²⁾

ويمارس الزوج حقه في الرجعة مادامت المطلقة رجعيًا في العدة، وهذا طبقا لنص المادة 124 من م.أ.م التي تنص: « للزوج أن يراجع زوجته أثناء العدة، إذا رغب الزوج في إرجاع زوجته المطلقة طلاقا رجعيًا أشهد على ذلك عدلين، ويقومان بإخبار القاضي فورا.

(1) لمطاعي نور الدين، عدة الطلاق الرجعي وآثارها على الأحكام القضائية، أطروحة دكتوراه، دولة في القانون الخاص، الجزائر، كلية الحقوق، جامعة الجزائر - 1 السنة الجامعية 2006م، ص 93.

(2) المادة 126 من م.أ.م تنص على: "الطلاق البائن دون الثلاث يزيل الزوجية حالا، ولا يمنع من تجديد عقد الزواج".

يجب على القاضي قبل الخطاب على وثيقة الرجعة، استدعاء الزوجة لإخبارها بذلك، فإذا امتنعت ورفضت الرجوع يمكنها اللجوء إلى مسطرة الشقاق المنصوص عليها في المادة 94 أعلاه»

وعليه فإن الرجعة لا تصح حسب المشرع المغربي إلا إذا توفرت بعض الشروط:

أ. أن يكون الطلاق رجعيا لا بائنا، لأنه إذا كان الطلاق بائنا فلا تصح الرجعة، وإنما يستطيع الزوج أن يعيد مطلقته إلى عصمته بموجب عقد جديد.

ب. يجب إرجاع المطلقة رجعيا قبل انصرام فترة العدة، فإذا انتهت أصبح الطلاق بائنا، وهذا

حسب المادة 125 من م. أ. م. (1)، فينعلق باب الرجعة، ولا تعود المطلقة إلى مطلقها إلا

بعقد جديد، أما إذا رفضت الزوجة الرجوع إلى زوجها خلال العدة بعد إخبارها بالرجعة

من طرف قاضي شؤون التوثيق - بعد مخاطبته على وثيقة الرجعة -، فيمكنها اللجوء في

هذه الحالة إلى سيطرة الشقاق كما هو منصوص عليها في المادة 94 من مدونة الأسرة. (2)

ج. كما هو الشأن بالنسبة للزواج، يجب أن تكون الرجعة غير معلقة على شرط أو مضافة إلى

أجل.

البند الثاني: الإشهاد وإعلام الزوجة في مدونة الأسرة الغربية

إن الجديد الذي جاءت به مدونة الأسرة هو أن المشرع أوجب الإشهاد على الرجعة لدى

عدلين، ويكون بذلك قد تبني المذهب الشافعي الذي اعتبر الشهادة شرط لصحة الرجعة فمن

راجع دون إشهاد لم تصح رجعته وقد سبق للعمل القضائي، بأن ذهب للقول بأن الرجعة لا

تكون صحيحة إلا إذا أتم الإشهاد عليها، وهذا حسب قرار المجلس الأعلى، الصادر بتاريخ 5 يوليو

1971 جاء فيه: " إن الرجعة كالنكاح لا تثبت إلا بعدلين" (1) ومن المستجدات التي أتت بها المدونة

(1) المادة 125 من م. أ. م. تنص على: " تبين المرأة بإنقضاء عدة الطلاق الرجعي "

(2) المادة 94 من م. أ. م. تنص على: " إذا طلب الزوجان أو أحدهما من المحكمة حل نزاع بينهما يخاف منه الشقاق، وجب عليها أن تقوم بكل المحاولات لإصلاح ذات البين طبقا لأحكام المادة 82 أعلاه "

(1) - قرار المجلس الأعلى، عدد 23 - 1971، صادر بتاريخ 05 - يوليو - 1971، مجلة قضاء المجلس الأعلى، ص 42، نقلا عن: (محمد الشافعي، الطلاق والتطليق، ص 44) .

أيضا في هذا المجال نذكر أن المشرع أوجب إشعار الزوجة بالرجعة بمقتضى الفقرة الثالثة من المادة 124 السالفة الذكر.

ولقد أحسن المشرع المغربي صنعا حينما ألزم إشعار الزوجة بالرجعة من طرف قاضي التوثيق ويكون بذلك قد ساهم في حماية المرأة من ظلم الزوج والذي يرتجع أحيانا زوجته دون أن يشعرها بذلك ويتركها بيت أهلها غير عالة بما أقدم عليه مطلقها وبعد انتهاء عدتها يقع زواجها بشخص آخر فتفاجئ بدعوى الرجوع إلى بيت الزوجة المقامة ضدها من طرف زوجها الأول.

كما نشير إلى مستجد آخر ورد في المادة 124 وهو أن الرجعة لا تلزم الزوجة فإذا أشعرت بالرجعة ورفضت الرجوع فإنها لا تجبر على ذلك إذا اختارت اللجوء إلى مسطرة الشقاق المنصوص عليها في المادة 94 من المدونة والملاحظ هنا أن الزوجة إذا لم تسلك مسطرة الشقاق فإنها تجبر على الرجعة على اعتبار أن المشرع جعل حقها في الامتناع عن الرجوع رهينا بسلوكها مسطرة الشقاق.

الفرع السادس: أحكام الرجعة في مجلة الأحوال الشخصية التونسية

نظم المشرع التونسي أحكام الطلاق طلب مجلة الأحوال الشخصية التونسية بتكريس إصلاح قانوني للممارسات شبه العرفية التي كانت سائدة قبل الاستقلال فنص صلب الفصول 29 و 30 و 31 و 32، على صور الطلاق، وهي الطلاق بالتراضي والطلاق للضرر والطلاق بإنشاء، والطلاق لإعسار الزوج والطلاق للغبية إلا أن المشرع التونسي قد خالف المشرعين الجزائري والمغربي بعدم التنصيص على أحكام الرجعة في مجلة الأحوال الشخصية، إلا أننا استنبطنا بعض الأحكام الفقهية القضائية الصادرة في هذا النحو واستقراء لبعض المواد القانونية.

وبمقتضى هذه الفصول، لم يعد للزوج حق فسخ عقد الزواج بمفرده، ولم تعد المرأة تطلق من الزوج وترجع إليه دون أن تعلم، بأن زوجها أرجعها إلى عصمته، وقبل انقضاء العدة، حيث أصبحت تشارك بإرادتها في الطلاق وفي الرجوع، إذا قبلت ذلك، ومهما كان أساس الطلاق فلا بد من صدور حكم قضائي، ورقابة المحكمة في إيقاع الطلاق أو الرجوع.

كما أجاز فقه القضاء حق الزوج في إرجاع زوجته أثناء سير دعوى الطلاق وقبل انقضاء العدة، في جميع حالات الطلاق المنصوص عليها صلب المادة 31 (المنفقة بالقانون عدد 07 لسنة 1981 المؤرخ في 18/02/1981) باستثناء المادة 14 من المجلة التونسية التي تدخل في موانع المؤبدة للزواج، حيث نصت على: « موانع الزواج قسمان: مؤبدة و مؤقتة.

فالمؤبدة: القرابة أو المصاهرة أو الرضاع أو التطليق ثلاثا...»، والمادة 19 من م.أ.ج تنص على: «يحجر على الرجل أن يتزوج مطلقة ثلاثا».

وعليه فالمشرع التونسي قد جعل الطلاق ثلاثا من الموانع المؤبدة للزواج ولا يمكن للزوج أن يتزوج مطلقة أو يراجعها بأي حال من الأحوال، وهذا خلافا للمشرعين الجزائري والمغربي اللذان اعتبرهما من الموانع المؤقتة.⁽¹⁾

ومن بين الأحكام الفقهية التي أجازت للزوج إرجاع زوجته أثناء الدعوى وقبل انقضاء العدة منها ما يلي: « طالما ثبت أن الزوجين قد اتفقا على مواصلة الحياة الزوجية، وحرر كتاب صلح بينهما، وبما أن الأحكام الصادرة في مادة الطلاق، تنشئ وضعيات قانونية جديدة ولا يكون ذلك بعد استنفاد كل الطعون أو انقضاء آجالها، وبما أن الأمر يتعلق بالطلاق فإنه يحق للطرف الذي رفع الدعوى أن يتراجع في ذلك لدى التعقيب وقبل صدور قرار في ذلك». ⁽²⁾

وما يتضح من خلال هذا القرار التعقيبي أنه أعطي للزوج حق مراجعة زوجته أثناء سير الدعوى وقبل أن يصير الحكم نهائي وبات عليه فتصبح الزوجة بائنة لا تحل له إلا بعقد جديد.

كما أجاز المشرع التونسي طلب الفصل 31 السالف الذكر، وحسب الفقرة الثانية، أنه لا يلغي الطلاق بالتراضي الجلسة الصلحية، فعلى قاضي الأسرة بذل الجهد لإقناع الزوجين بالرجوع عن الطلاق، إذ يحق للزوج أو يقتنع بما لديه من أدلة أن يراجع زوجته وبرضاها إلى بيت الزوجية، وفي صورة فشله، فإنه يتولى تحديد بقية عناصر الاتفاق بين الزوجين حول بقية المسائل.

(1) ثريا بن سعد. آثار الطلاق بين الشريعة والقانون. ص 40.

(2) محكمة التعقيب، قرار تعقيبي، عدد 70563، مؤرخ في 08 جوان 1999، نشرة القضاء، عدد 2، لسنة 1999، ص 338.

كما ذهب فقه القضاء، في حال اتفاق الزوجين على الطلاق بينهما أمام قاضي الأسرة بالجلسة، فإنه لا يمكن لأحدهما، العدول عنه وطلب الرجوع إلى الآخر، إلا إذا وافق الطرف الآخر ذلك، حيث اعتمد القضاء في هذا الموقف على مبدأ الرضائية العقدية معتبرا أن ما انعقد على وجه الصحيح بين الطرفين يقوم مقام القانون بينهما، ولا ينقضي إلا برضائهما، وهذا ما جاء به القرار تعقيبي المدني: « تراكن الزوجين أمام القاضي الصلحي في إيقاع الطلاق بينهما بالاتفاق لا يسمح لأحدهما بالعدول عنه دون موافقة الطرف الثاني ».

كما لم يبين المشرع التونسي في حال الرجعة الطريقة أو الكيفية التي يتم فيها الإرجاع سواء تعلق الأمر بالشهود أو الإشهاد على ذلك، كما لم يبين موقف المرتجعة بالرجوع أو عدم الرجوع إلى زوجها.

المطلب الثاني: أحكام المعتدة في السكنى في قوانين الأحوال الشخصية المغاربية

طالما كان للعدة أحكام خاصة ومهمة كونها متعلقة بحق الله تعالى قبل تعلقها بحق المرأة والرجل الذين انحلت علاقة زواجهما، فقد أفردنا إلى حق المعتدة من الطلاق في السكنى وكذا حق المعتدة من فسخ السكنى، وكذا الأحكام المتعلقة بمسكن العدة وهذا ما سنتناوله وفق التفصيل الآتي:

الفرع الأول: حق المعتدة من طلاق في السكنى

أجمع الفقهاء على أن المعتدة من طلاق رجعي تعتبر زوجة حكما،⁽¹⁾ وهذا أثناء فترة العدة، لأنه امتداد لاستمرار الزوجية، وللزوج الحق في مراجعة زوجته في أي وقت مادامت في فترة العدة، والمطلقة الرجعية لا تختلف في أحكامها عن الزوجة التي هي في عصمة زوجها ما لم تنقضي عدتها. وعلى هذا أجمع الفقهاء على أن المعتدة الرجعية سواء كانت حاملا أو حائلا، لها من الحقوق ما للزوجة من نفقة وسكنى وحق التوارث بينهما، وهذا لورود أدلة صريحة في ذلك.

(1) الكاساني. بدائع الصنائع. ج.7. ص 16؛ مالك. المدونة الكبرى. ج.2. ص 106؛ القرافي، الذخيرة، ج.4، ص 465، الشافعي، الأم، ج.5، ص 126؛ الشريبي. مغني. ج.3. ص 441؛ ابن غدامة. العمدة. ص 368.

- من القرآن الكريم:

وردت أدلة صريحة على استحقاق المطلقة الرجعية للسكني في حال العدة ما يلي:
 قوله عز وجل: " وَلَا يَخْرُجَنَّ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفَاحِشَةٍ مُّبَيَّنَةٍ وَتِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ " (1)

وقد دلت الآية على عدم إخراج الزوجات المعتدات من بيوتهن حتى تنقضي العدة، وتدل معنى بيوتهن: بيوت الأزواج، وأضيفت إليهن لاختصاصها بهن من حيث السكن، وفيه دليل على أن السكن واجب، وعليه فلا يجوز أن يخرجوهن غضبا عليهن، كما لا يجوز لهن أن يخرجن بإرادتهن لحق الأزواج، إلا إذا أتت بفاحشة.

وقوله تعالى: " يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا الْعِدَّةَ وَاتَّقُوا اللَّهَ رَبَّكُمْ لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخْرُجْنَ " (2) أمر الله تعالى عباده في هذه الآية إذا طلق أحدهم المرأة أن يسكنها في مسكن حتى تقضي عدتها.

- من السنة النبوية الشريفة:

وردت عدة أدلة نبوية على ثبوت للمعتدة الرجعية السكني منها:
 عن عائشة رضي الله عنها - قالت: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: " إنما النفقة والسكني لمن كان زوجها يملك عليها الرجعة " (1)

جاء هذا الحديث لإثبات حق السكني للمطلقة وكذلك التي لم تطلق أصلا.
 عن فاطمة بنت قيس أنها طلقها زوجها في عهد النبي صلى الله عليه وسلم وكان أنفق عليها نفقة دون فلما رأت ذلك قالت: " والله لأعلمن رسول الله صلى الله عليه وسلم فإن كان لي نفقة

(1) سورة الطلاق، الآية 1.

(2) سورة الطلاق، الآية 1.

(1) أخرجه الدار قطني. سنن الدار القطني. كتاب الطلاق والخلع الإبلاء. ج 63. ص 22؛ النسائي. السنن الكبرى. ج 3. ص 348.

أخذت الذي يصلحني، وإن لم يكن لي نفقة لم أخذ منه شيئاً قالت: " فذكرت ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم، فقال: لا نفقة لك ولا سكنى." (1)

إن هذا الحديث يبين سقوط النفقة للمبتوتة، عدل بمفهوم المخالفة على أن لغير المبتوتة، نفقة، فوجب النفقة والسكنى.

- أما من المعقول:

مادمت الزوجية قائمة أثناء فترة العدة والزوجة تكون محبوسة لحق زوجها، فإن نفقتها وسكنائها تظل واجبة لها على زوجها. (2)

الفرع الثاني: حق المعتدة من طلاق بائن في السكنى

على أن المعتدة من طلاق بائن قد يكون طلاقها بائناً بيونة صغرى أو كبرى .

البند الأول: حق المعتدة من طلاق بائن بيونة صغرى في السكنى

إن المطلقة البائن بيونة صغرى إما أن تكون حاملاً أو غير حامل.

أولاً - كونها حامل :

أجمع الفقهاء على أن للحامل النفقة والسكنى حتى تضع حملها (1) وهذا مصادقاً لقوله عز وجل: " وَإِنْ كُنَّ أُولَاتٍ حَمْلٍ فَأَنْفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّى يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ " . (2)

دلت هذه الآية الكريمة أن للمطلقة الحامل الحق في النفقة على زوجها بكافة صورته وأنواعه، وأن هذا الوجوب مؤقت بزمن ومحدد بغاية، تلك الغاية وهي وضع الحمل، وقد أثبت لها النفقة بفعل الأمر وهو (أنفقوا) فهي تدل على الوجوب حيث لا صارف عنه مادامت النفقة واجبة حتى تضع الحامل حملها فإن الواجب لا يجوز تركه ولا يباح العدول عنه. (3)

(1) مسلم. صحيح مسلم. كتاب الطلاق. ج 2. ص 1152.

(2) الكاساني. بدائع الصنائع. ج 4. ص 16.

(1) ابن قدامة. المغني. 92. ص 288؛ ابن حمام. شرح فتح القدير. ج 4. ص 212.

(2) سورة الطلاق، الآية 6.

(3) ابن كثير. تفسير القرآن العظيم. ج 8. ص 153.

ثانيا - كونها حائل:

ذهب جمهور الفقهاء إلى أن للحائل الحق في السكنى فقط دون النفقة، مادامت في العدة، أما الحنابلة لا تستحق السكنى.

البند الثاني: حق المعتدة من طلاق بائن بيونة كبرى في السكنى

أولا - المطلقة المبتوتة الحامل:

إن المعتدة من طلاق بائن لا يخلو من أن تكون حاملا أو حائلا فأجمع الفقهاء على أن لها السكنى والنفقة في حال الحمل حتى تضع حملها⁽¹⁾ كما يثبت للمبتوتة الحامل الحق في السكن حتى ينتهي حملها، وعلى هذا يحق لها البقاء في منزل منطلقها مادامت تؤمن تحرشها بها ومضايقته لها لأنها صارت أجنبية عنه، أما إذا لم يكن بإمكانها قضاء عدتها في نفس المسكن، فإنه يحق للمطلقة أن تجبر المطلق على أن يكتري لها مسكنا آخر بعيد عن المكان الذي تقيم فيه حتى تنتهي عدتها.⁽²⁾

ثانيا - المطلقة المبتوتة الحائل:

اختلف الفقهاء حول حق المعتدة من طلاق بائن بيونة كبرى إلى ثلاث أقوال:

القول الأول: يرى أصحاب هذا القول أن للمعتدة البائن الحائل السكنى والنفقة⁽¹⁾ وهذا لقوله تعالى: " لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخْرُجْنَ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفَاحِشَةٍ مُبَيِّنَةٍ " ⁽²⁾ وقد دلت الآية الكريمة أن الله جل جلاله نهي الأزواج المطلقين لزوجاتهم عن إخراج زوجاتهم من البيوت في حال وقوع الطلاق.

(1) الزيلعي، تبين الحقائق شرح كتر الدقائق، دار الكتاب الإسلامي، القاهرة، ط 2، دت، ج 3، ص 60؛ السرخسي. المسوط. ج 5. ص 201.

(2) فؤاد جاد الكرم محمد وعبد الصبور خلف الله محمد، حق الزوجين في طلب التفريق بينهما بالعيوب، مكتبة مديولي، مصر، دت، ص 246 -

247.

(1) ابن قدامة. المغني. ج 9. ص 289.

(2) سورة الطلاق، الآية 6.

كما دلت السنة النبوية الشريفة عن أحقية المعتدة البائن الحائل في السكنى، عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه لما بلغه قول فاطمة بنت قيس⁽¹⁾، قال: " لا ندع كتاب الله وسنة نبينا محمد صلى الله عليه وسلم لقول امرأة لا ندري لعلها حفظت، أو نسيت، لها السكنى والنفقة.

القول الثاني: ذهب أصحاب هذا الرأي إلى أن للمعتدة البائن الحائل الحق في السكنى دون النفقة وإستدلوا بقوله تعالى: "أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِنْ وُجْدِكُمْ"⁽²⁾، أي أسكنوا مطلقاً نساءكم في الموضع الذي تسكنون فيه على مقدار حالكم، فإن لم تجدوا إلا حجرة بجانب حجرتكم فاسكنوها فيها.⁽³⁾

كما احتجوا على سقوط النفقة بقوله تعالى: "وإن كن أولات حملٍ" قالوا: إن مفهوم النص أن غير الحامل لا نفقة وإلا لم يكن لتخصيصها بالذكر المعنى، كما يفهم أنها في غير الرجعية، لأن نفقة الرجعية واجبة ولو لم تكن حاملاً.

كما استدلوا بحديث عن عائشة - رضي الله عنها - أنها كانت تقول: " اتقي الله يا فاطمة، فقد علمت في أي شيء كان ذلك".⁽⁴⁾

كما قال الشافعي - رحمه الله تعالى - " ولم يقل لها النبي اعتدي حيث شئت بل خصصها إن كان زوجها غائبا، ويقول الشافعي في هذا: فإن طلقها فلها السكن في منزله حتى تنقضي عدتها بملك الرجعة عليها أو لا يملكها".⁽¹⁾

القول الثالث: يرى أصحاب هذا القول أن المعتدة البائن الحائل ليس لها النفقة ولا سكنى، وحجتهم في ذلك "عن فاطمة بنت قيس قالت: طلقني زوجي ثلاثا، فلم يجعل لي رسول الله صلى الله عليه وسلم سكنى، ولا نفقة".⁽²⁾

(1) الترمذي. سنن الترمذي، كتاب الطلاق. ج 3. ص 202.

(2) سورة الطلاق، الآية 6.

(3) أحمد مصطفى المراغي، تفسير المراغي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، د ط، دت، ج 8، ص 145 - 146.

(4) البيهقي. السنن الكبرى. كتاب العدد. ج 7. ص 433.

(1) الشافعي. الأم. ج 8. ص 221 - 222.

(2) مسلم، صحيح مسلم. كتاب الطلاق. ج 2. ص 1114.

إذا المرأة بانت من زوجها صارت أجنبية عنه ولم يبق إلا مجرد اعتدادها وهو لا يوجب لها نفقة على مطلقها كالمطوءة بشبهة أوزنا.⁽¹⁾

بعد عرض آراء الفقهاء حول أحقية نفقة المبتوتة وسكناها وأثناء بيان حجهم وأدلتهم يتبين لي أن الرأي القائل أن المطلقة البائن لا نفقة لها وسكني إستنادا إلى حديث فاطمة بنت قيس الذي سبق ذكره .

الفرع الثالث: حق المعتدة من وفاة في السكني في قوانين الأحوال الشخصية المغربية

وستتطرق لهذه المسألة وفق آراء الفقهاء وقوانين الأحوال الشخصية المغربية.

البند الأول: سكني المعتدة من وفاة في الفقه

ستتطرق في هذه الجزئية حسب ما جاء به الفقه من آراء وفق التفصيل الآتي:

- مذهب المالكية:

يوجب المالكية⁽²⁾ لها السكني من رأس مال التركة، حاملا كانت أو غير حامل ويقدم حقها على حقوق الورثة والدائنين، ولكنهم يشترطون لذلك شرطين:

- للمتوفى عنها زوجها السكني، سواء دخل بها أو لم يدخل بها إذا أسكنها معه في بيته.

- أن يكون المسكن له الذي مات فيه ملكا له أو بأجرة ودفعت ثمن كرائه في المستقبل.

أما إذا دفع جزء فقط من ثمن كرائه، تكون لها السكني بقدره فقط، أما إذا لم يدفع الكراء

فلا سكني لها.

(1) ابن قدامة . المغني. ج 9. ص 289؛ البهوتي. كشاف القناع. ج 5. ص 538.

(2) مالك. المدونة الكبرى. ج 2. ص 475؛ الدردير. الشرح الصغير. ج 2. ص 678.

- مذهب الحنفية:

ذهب أصحاب هذا الرأي⁽¹⁾ إلى أنه لا نفقة ولا سكني للمعتدة من وفاة، لأنه لا وجه لإيجاب ذلك على الزوج لانتهاء الزوجية بموته، ولا على الورثة لأن العدة من آثار عقد الزواج، وهم لم يكونوا طرفا فيه.

فالمتزل الذي يتركه الميت إما أن يكون ملكا له، أو ملكا لغيره، فإن كان ملكا له فقد صار للغرماء أو الورثة، أو للوصية.

وليس لها إلا مقدار ميراثها إن كانت وراثته، أما إذا كان البيت ملكا لغيره لكونه مستأجرا أو معارا له فقد بطل العقد بموته، فلا يحل لأحد سكناه إلا بإذن صاحبه وبطيب نفس منه.

- مذهب الشافعية:

يقولون أصحاب هذا الرأي أن الزوج إذا مات عنها وهي في العدة، قدمت على الورثة في السكنى لأنها استحققتها في حال الحياة فلم تسقط بالموت. كما لو أجر داره فإن أراد الورثة قسمة الدار لم يكن لهم ذلك، لأن فيه إضرار بها في التضييق عليها، وإن أرادوا التمييز بأن يعلم عليها بخطوط من غير نقض ولا بناء، فإن كانت القسمة تميز الحقين، جاز لأنه لا ضرر عليها.⁽²⁾

كما ذهبوا إلى أن يعطى الاختيار للورثة في أن يسكنوها فإن تطوع الورثة بالسكن من ما لهم، وجب عليها الاعتداد وإلا اعتدت حيث شاءت.⁽¹⁾

- مذهب الحنابلة:

ذهب الحنابلة إلى أن المعتدة من وفاة لا سكني لها إذا كانت غير حامل، أما إذا كانت المعتدة حاملا حيث ذهب البعض إلى أن لها السكني لأنها حامل، وذهب آخرون إلى أن ليس لها الحق في السكنى.⁽²⁾

(1) ابن عابدين. عايشة ابن عابدين. ج.3. ص 61؛ ابن حمام. شرح فتح القدير. ج.3. ص 340.

(2) الشافعي. الأم. ج.8. ص 222؛ الشيرازي. المذهب. ج.2. ص 147.

(1) الشافعي. المرجع نفسه. ص 222.

(2) بهاء الدين المقدسي. العدة شرح العمدة. ص 433؛ ابن قدامة. المغني. ج.9. ص 291.

وعليه فإن الرأي القائل بأن للمعتدة الحق في السكنى والإنفاق خلال فترة العدة إلى غاية انتهاءها، لأن في ذلك ضررا وأما عظيما مضاف إلى ضرر وألم فراق زوجها، وعليه إذا ترك الزوج المتوفى ورثة آخرين عدا الزوجة، وكان المسكن الموروث مملوكا له، في هذه الحالة يحسن بالورثة أن يمهلوا المرأة إلى أن تنتهي عدتها، كذلك إذا كان المسكن مستأجرا وأجرته غير مدفوعة يفترض بالورثة أن يتفقوا مع المؤجر بدفع الأجرة المتبقية من المال المتروك.

الفرع الرابع: حق المعتدة من وفاة في قوانين الأحوال الشخصية المغربية

تعتبر العدة الفترة التي يجب على المرأة أن تتربص فيها، ولا يمكن لها الزواج إلا بعد مضي تلك المدة وهذا حسب ما جاء في قوانين الأحوال الشخصية المغربية وهي تختلف من امرأة إلى أخرى ويكون هذا حسب التفصيل الآتي:

البند الأول: حق المعتدة من وفاة في السكنى في قانون الأسرة الجزائري

بالرغم من أهمية موضوع حق المعتدة من وفاة في السكنى، فإن المشرع الجزائري لم يتعرض إليه بالشكل الوافي والتفصيل، حيث ورد ذكره في المادة 47 قانون الأسرة الجزائري والتي تنص على: "تنحل الرابطة الزوجية بالطلاق أو الوفاة".

كما نصت المادة 61 منه على أنه: « لا تخرج الزوجة المطلقة ولا المتوفى عنها زوجها من السكن العائلي مادامت في عدة طلاقها أو وفاة زوجها إلا في حالة الفاحشة المبينة، ولها الحق في النفقة في عدة الطلاق».

وعليه فإن المشرع الجزائري لم يعط حق المعتدة من وفاة حقها النصيب الكافي، حيث اكتفى بنص المادة 61 السالفة الذكر - بمصطلح المسكن العائلي - ولم يفصل فيما إذا كان المسكن مملوكا للميت أو معارا أو مستأجرا، كما لم ينص على الطريقة التي تكفل وتضمن للأرملة حقها في السكن أثناء عدتها في حال كون المسكن غير مملوك للميت.

البند الثاني: حق المعتدة من وفاة في مدونة الأسرة المغربية

لقد نص المشرع المغربي صلب الفصل 131 من مدونة الأسرة على أنه: «تعتد المطلقة والمتوفى عنها زوجها في منزل الزوجية أو في منزل آخر يخصص لها»، حيث عمل المشرع على ضمان سكن المطلقة المتوفى عنها زوجها تفاديا لكل ما قد يحصل لهذه الأرملة وأولادها من طرد من طرف الورثة أو المكري أو غيرهم، وعند الضرورة قد يتعذر إسكانها ببيت الزوجية لذلك يتعين تخصيص منزل آخر لقضاء فترة العدة والأمر ينتهي بانتهاء العدة حيث تبين منه في الطلاق وتحرر في العدة في حالة الوفاة، وتستمر أجرة السكن حالة وجود الأطفال.

البند الثالث: حق المعتدة من وفاة في مجلة الأحوال الشخصية التونسية

بالرجوع إلى منحي المشرع التونسي في هذه التفاصيل فإنه لم يتعرض إليها بالشكل الوافي بحيث أفرد مادة تنص على مدة العدة في حال وفاة الزوج، وهذا حسب الفصل 35 من المجلة التونسية، كما لم يبين صراحة حالة التفرقة بين المعتدة من وفاة، في حال كونها حائلا أو حاملا، حيث نص على عدة الحامل وانقضاء عدتها بوضع الحمل. وعليه فإن المشرع التونسي لم ينص على مكان وجوب العدة، مقتصر فقط على نص المادة 22 والتي تنص على: «...وجوب العدة على الزوجة وتبتدئ هذه العدة من يوم التفريق...» دون ذكر المكان الذي تعتد فيه المتوفى عنها زوجها.

الفرع الخامس: حق المعتدة من فسخ في السكنى في قوانين الأحوال الشخصية المغاربية

وستنطلق إلى هذه المسألة وفق ما جاء في الفقه، وكذا قوانين الأحوال الشخصية المغاربية.

البند الأول: سكنى المعتدة المفسوخ عقدها في الفقه

نبين في هذه المسألة آراء الفقهاء وفق ما يلي:

1. رأي الجمهور: (1) ذهب كل من المالكية والحنابلة والشافعية إلى أن المرأة إذا بانت بفسخ وكانت حاملا فلها النفقة والسكنى مطلقا، لأنها مشغولة بالحمل الذي هو من آثار الزواج، وكذلك لعموم قوله تعالى: « وَإِنْ كُنَّ أُولَاتٍ حَمْلٍ فَأَنْفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّى يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ ». (2) أما المعتدة الحائل فيرون أن لا نفقة لها، لأن فيه انقطاع لكل أثر يتعلق بالنكاح، وفسخ للحياة الزوجية بكاملها.

2. رأي الحنفية: (3) ذهب الحنفية إلى أن النفقة بكل صورها واجبة للمفسوخ عقد زواجها، إذا كان الفسخ من قبل الزوج، سواء كان السبب مباحا كخيار البلوغ أو الإقامة، أو بسبب محظور كفعله مع إحدى أصول الزوجة أو فروعها ما يوجب حرمة المصاهرة، أو إباطه عن الإسلام أو رده، وسواء حصلت الفرقة بغير قضاء القاضي، أو بقضائه .

أما إذا كان الفسخ بسبب محظور من جهتها كارتدادها عن الإسلام، أو امتناعها عنه بعد إسلام زوجها، ولم تكن كتابية، أو فعلها مع أصول زوجها أو فروعها باختيارها ما يوجب حرمة المصاهرة فلا يجب اها غير السكنى فقط، أما النفقة فلاحق لها فيها.

البند الثاني : حق المعتدة من فسخ في قوانين الأحوال الشخصية المغربية

أولا - حق المعتدة في فسخ السكنى في قانون الأسرة الجزائري:

بالرجوع إلى منحنى المشرع الجزائري في هذه المسألة نجد قد قصر في موضوع فسخ الزواج، ويمتد هذا التقصير، إلى مسألة حق المعتدة من فسخ في النفقة بصفة عامة وحقها في السكنى بصفة خاصة بالرغم من مكانة المرأة لموضع الفسخ من بين فرق الزواج، وبالرغم من كون السكنى حقا للشارع ولا يجب إسقاطها، وكذا جهل الكثير من الناس لأحكام المفسوخ عند نكاحها.

(1) مالك. المدونة الكبرى. ج 2. ص 112؛ ابن قدامة. المغني. ج 7. ص 190؛ النووي. المجموع شرح المذهب. ج 18. ص 280؛ بهاء الدين عبد الرحمان بن إبراهيم المقدسي. العدة شرح العمدة. ص 368.

(2) سورة الطلاق، الآية 6.

(3) ابن حمام. شرح فتح القدير. ج 3. ص 342؛ الكاساني. بدائع الصنائع. ج 3. ص 211.

ثانيا - حق المعتدة من فسخ في مدونة الأسرة المغربية:

كما أن المشرع المغربي حذا نحو المشرع الجزائري في عدم التنصيص على حق المعتدة من فسخ السكنى، حيث اكتفى بذكر حالات فسخ عقد الزواج، وعليه فعند فسخ الزواج الفاسد قبل البناء أو بعده، تبعا لمقتضيات المادة 60 م.أ.م أو فسخه لفساد عقده، كما هو مبين في المادة 61 م.أ.م فإن هذا الزواج لا ينتج أي آثار قبل البناء، أما بعده فتترتب عليه آثار العقد الصحيح، إلى أن يصدر الحكم بفسخه، ما لم يصح بعد البناء بصدق المثل.⁽¹⁾

ثالثا - حق المعتدة من فسخ في السكنى في مجلة الأحوال الشخصية التونسية:

إن المتصفح لمجلة الأحوال الشخصية التونسية نجد أن المشرع لم ينص صراحة على حق المعتدة من فسخ في السكنى، فالمشرع لم يعطي حق المعتدة من فسخ في السكن رغم حصول العديد في مثل هذه الحالات، والتي تجد المرأة نفسها في حيرة من نفسها حول بقائها أو عدم بقائها في مسكن الزوجية، غير أن المادة 22 م.أ.ش تنص على: « يبطل الزواج الفاسد وجوبا بدون طلاق ولا يترتب على مجرد العقد أي أثر ويترتب على الدخول الآثار الآتية:

أ. استحقاق المرأة المهر...

ب. ثبوت النسب.

ج. وجوب العدة على الزوجة وتبتدئ هذه العدة من يوم التفريق.

د. حرمة المصاهرة.»

وعليه حسب المادة أن الزواج الفاسد يبطل دون طلاق ولا يترتب أي أثر، فهو في حكم المعدم- أما في صورة حصول الدخول بين الزوجين، فإنه ينشأ الآثار، منها ثبوت النسب، استحقاق المهر، وحرمة المصاهرة، ووجوب العدة، حيث تجب العدة في الزواج الفاسد حفاظا على الأنساب وهي عدة الطلاق أي ثلاثة أشهر بالنسبة لغير الحامل وإلى تاريخ وضع الحمل وعليه

(1) محمد الأزهر. شرح مدونة الأسرة. ص 208.

وحسب ما يفهم من نص المادة أن السكنى تجب في حالة فسخ العقد أو إبطاله مادام المشرع أوجب العدة في هذه الحالة.

خلاصة الفصل الأول:

من خلال ما سبق عرضه في الفصل الأول يمكن تلخيص أهم النتائج على النحو الآتي:

1. اهتمام الإسلام والفقهاء بموضوع العدة وأحكامها وعرضهم على تطبيقها على أرض الواقع.

2. شرعت العدة للأحكام كثيرة منها:

- معرفة براءة الرحم حتى لا تختلط الأنساب بعضها ببعض.

- إظهار الحزن والتفجع على الزوج بعد وفاته.

- التنويه بفخامة أمر النكاح حيث لا يتم إلا بانتظار طويل، ولو لا ذلك لا صبح بمثلة لعب الصبيان.

3. وجوب العدة على كل معتدة فعليها التربص والانتظار ثلاثة قروء إن كانت معتدة من طلاق وأربعة أشهر وعشرا إن كانت معتدة من وفاة.

4. وجوب نفقة وسكنى المعتدة على زوجها في حال الطلاق الرجعي والبائن بينونة صغرى فالأولاد للآباء والآباء أحق بالتعهد والحماية والنفقة.

5. يرث كلا الزوجين الآخر في حال موت أحدهما في الطلاق الرجعي، أما في حال الطلاق البائن أو الثلاث فان طلقها فارا ترثه وإلا فلا .

6. جواز الخروج للمعتدة للضرورة والمصلحة كالخروج للعمل أو العلاج أو الخوف من هدم أو غرق، وذلك لما فيه مصلحة لها وحفظا لعرضها.

7. جواز التعريض في خطبة المعتدة من وفاة ومن الطلاق البائن ويحرك في حال الطلاق الرجعي.

8. بقاء الأم والأولاد في بيت الزوجية في انتظار القرار أو الحكم الفاصل فيما يخص السكن المادة 72.

9. إن السكن بالنسبة للمرأة يختلف وصفه بحسب وصف العلاقة التي تربط المرأة بالرجل فهو إما أن يكون مسكنا للزوجية، إذا كانت الرابطة الزوجية قائمة بينما يصير مسكنا للعدة أو مسكنا للحضانة إذا انحل الزواج بالطلاق أو الفسخ أو الوفاة.
10. أن جل ما تطرقنا إليه بخصوص حق المرأة في السكن أثناء قيام العلاقة الزوجية أما بعد انحلالها فقد تعمدنا بخصوصها التعرض إلى فرق الزواج من حيث تعريفها أو أنواعها وأحكام كل منها وذلك لان استحقاق المرأة للسكن بوصفها معتدة أو مطلقة حاضنة، يختلف بحسب الفرقة التي انفصمت بها علاقتها الزوجية.
11. كذلك تختلف أحكام المعتدة المطلقة عن أحكام المعتدة المنسوخ عقد زواجها وكذا المتوفى عنها زوجها.

الفصل الثاني

الحضانة في قوانين الأحوال الشخصية المغربية

إن عقد الزواج عقد رضائي بين الرجل والمرأة من أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة، فإن الطلاق الذي هو أبغض الحلال عند الله عز وجل هو حل لهذا العقد بعد تباغض وتنافر. وفك الرابطة الزوجية ينجم عنه مشكلة شديدة الآثار تجاه ضحية هذا الانفصال، وهي مشكلة تربية الأطفال ورعايتهم وحضانتهم، ومن هنا تزداد أهمية الحضانة ويعظم قدرها.

فهناك أحكام شرعية تحفظ للأولاد حقوقهم وتكفل رعايتهم منذ ولادتهم حتى البلوغ حيث اتخذها العلماء أساسا لوضع نصوص تشريعية تثبت نسبهم وتدبر رضاعتهم وحضانتهم والإنفاق عليهم وإدارة شؤونهم المالية.

وقد تعهدت جل التشريعات المغربية مجال الدراسة بعديد من الأحكام تتعلق بمصير الولد وحمايته حماية خاصة تصل إلى المتابعة الجزائية مراعاة لمصلحة المضمون.

وعلى هذا الأساس قسمنا هذا العمل إلى:

المبحث الأول: أحكام الحضانة في قوانين الأحداث الشخصية المغربية.

المبحث الثاني: سكنى الحاضنة في قوانين الأحوال الشخصية المغربية.

المبحث الثالث: حق الزيارة في قوانين الأحوال الشخصية المغربية.

المبحث الأول: أحكام الحضانة في قوانين الأحوال الشخصية المغاربية

من أهم الآثار القانونية لانحلال عقد الزواج هو وضع الطفل عند من هو أقدر على الاهتمام به والعناية بشؤونه، بحيث يكفل للطفل التربية الصحية والخلقية السليمة ومن هنا فإن أحكام الحضانة هي مظهر من مظاهر عناية التشريع الإسلامي بالطفولة وكذا التشريعات المغاربية.

وعليه سنحاول في هذا المبحث أن نعرف الحضانة وشروط ممارستها وتحديد أصحاب الحق فيها وقد قسمته إلى:

- المطلب الأول: أحكام الحضانة في الفقه.
- المطلب الثاني: الحضانة في قوانين الأحوال الشخصية المغاربية.

المطلب الأول: الحضانة في الفقه

إن حضانة الطفل البرعم حقا أساسيا يتفرع منه العديد من الحقوق تحميه وتحيطه بالأمان لغاية تأهيله جسديا وعقليا ونفسيا واجتماعيا لتولي زمام أموره والتعرف على واجباته نحو مجتمعه وتجاه الآخرين. وعلى هذا الأساس لا بد من التطرق إلى المسائل الآتية وفق التفصيل الآتي:

- الفرع الأول: مفهوم الحضانة في الفقه .
- الفرع الثاني: مشروعية وشروط الحضانة.

الفرع الأول: مفهوم الحضانة في الفقه

نتناول في هذا الفرع تعريف الحضانة ودليل مشروعيتها.

البند الأول : تعريفها لغتنا

الحضانة بفتح الحاء وكسرهما: مصدر الفعل حضن يحضن حضنا وحضانا وحضانا وحضونا⁽¹⁾، وحضن الطائر بيضه: إذا ضمه إلى نفسه تحت جناحيه وكذلك المرأة إذا حضنت ولدها⁽²⁾. والحضن "ما تحت الإبط إلى الكشح أو الصدر والعضوان وما بينهما، وجانب الشيء

(1) ابن منظور. لسان العرب. مادة حضن. ج.3. ص 122-123.

(2) ابن منظور. المرجع نفسه، ص 135.

وناحيته"⁽¹⁾، والحاضن والحاضنة: "الموكلان بالصبي يحفظانه ويربيانه وسمي بذلك لأن المربي والكافل يضم الطفل إلى حضنه"⁽²⁾.

البند الثاني: تعريف الحضانة اصطلاحا

- عرفها الحنفية: بأنها تربية الولد ممن له حق الحضانة⁽³⁾.
- عرفها المالكية: حفظ الولد في مبيته ومثوته طعامه ولباسه ومضجعه، وتنظيف جسمه⁽⁴⁾.
- عرفها شافعية: حفظ من لا يستقل بأمور نفسه عما يؤذيه لعدم تمييزه كطفل، وكبير مجنون، وتربيته أي تنمية المحضون بما يصلحه بتعهده بطعامه، وشرابه ونحو ذلك⁽⁵⁾.
- عرفها الحنابلة: حفظ صغير ومجنون وثيابه، ودهنه وتكحيله وربطه في المهد، وتحريكه لينام ونحوه⁽⁶⁾.

بالرجوع إلى تعريف الحضانة حسب رأي المذاهب الفقهية أرى أن التعريف الأنسب حسب هو الذي جاء به الشافعية لأنه الأقرب وجامع لمصلحة المحضون من حفظ النفس وما يخدمه من أكل وشرب وعلاج وحمایته من كل المخاطر التي تحيط بالصغير.

أما بالنسبة لتعريف الحضانة حسب قوانين الأحوال الشخصية المغاربية فقد عرفها المشرع الجزائري حسب المادة 62 من قانون الأسرة والتي تنص على:

«الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه و السهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا، ويشترط في الحاضن أن يكون أهلا للقيام بذلك»، وقد عرفها المشرع المغربي في الباب الأول من القسم الثاني وذلك حسب المادة 163 من مدونة الأسرة المغربية والتي تنص على: «الحضانة حفظ الولد مما قد يضره، والقيام

(1) الفيروز أبادي. القاموس المحيط. ج.7. ص 60.

(2) ابن منظور. لسان العرب. ج.3. ص 128.

(3) ابن العابدين. حاشية ابن عابدين. ج.3. ص 555.

(4) الخطاب. مواهب الجليل لشرح مختصر خليل. ج.4. ص 214.

(5) الشربيني. مغني المحتاج. ج.3. ص 452.

(6) البهوتي. كشف القناع. ج.5. ص 583.

بتربيته ومصالحه...»، أما المشرع التونسي فقد عرفها في الكتاب الخامس حسب الفصل 54 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية والتي تنص على: «الحضانة حفظ الولد في مبيته والقيام بتربيته» وعليه فإن الشرعيين المغاربة أجمعوا على أن الحضانة هي رعاية الولد بالدرجة الأولى وحمايته والحفاظ على شؤونه. وعلى كل حال فإن تعريف قانون الأسرة على الرغم من احتوائه على أهداف الحضانة وأسبابها يعتبر أحسن تعريف لاسيما من حيث شموليته لأفكار لم يشملها غيره، ومن حيث أنه تعريف جمع في عموميته كل ما يتعلق بمجريات الطفل الدينية والخلقية والتربية والمادية.

الفرع الثاني: مشروعية وشروط الحضانة

تعتبر الحضانة من أهم المواضيع التي تتعلق بحقوق الأطفال من حيث تربيتهم والحفاظ عليهم والتكفل بهم ورعايتهم، والحضانة لا تكون واجبة إلا إذا توفرت جملة من الشروط ويكون هذا وفق التفصيل الآتي:

البد الأول: حكمها ودليل مشروعيتها

الحضانة واجبة شرعا إذا لا سبيل لحفظ المحضون من الهلاك إلا بما فهمي من قبيل حفظ النفس الذي أوجبه الله عز وجل.

وهذا الوجوب يكون كافيا إذا تعدد المستحقون للحضانة، أما إذا وجد حاضن واحد فقط فهمي فرض عليه،⁽¹⁾ وثبتت مشروعية الحضانة التي أعطت الأولوية لحضانة الصغير إلى الأم من السنة والإجماع.

أما السنة النبوية: فقد قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم في حضانة الصبي حيث جاءته امرأة فقالت يا رسول الله إن إبني هذا كان له بطي وعاء وثدي له سقاء وحجري له حواء وإن طلقني وأراد أن يترعه مني فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "أنت أحق به ما لم تنكحي".⁽²⁾

(1) محمد جمعة عبد الله، الكواكب الذرية في فقه المالكية، مكتبة الكليات الأزهرية، القاهرة، ط1، 1983، ج2، ص 297.

(2) أخرجه أبو داود في سنته، كتاب الطلاق، باب من أحق بالولد، ج 2، ص292؛ وأحمد في مسنده، ج 2، ص 603؛ والحاكم في المستدرک، كتاب الطلاق، باب حضانة الولد والمرأة المطلقة ما لم تنكح، ج2، ص 573.

أما من الإجماع: يروى أن عمر بن الخطاب كان قد طلق امرأته من الأنصار بعد أن أعقب منها ولده عاصما فرآه في الطريق وأخذه فذهبت جدته أم أمه وراعه وتنازع بين يدي أبي بكر الصديق فأعطاه إياه، وقال لعمر الفاروق "ريجها ومسها ومسحها وريقها خير له من الشهد عندك".⁽¹⁾

وإذا كانت الحضانة حقا للأم دون الأب فقد أقتضى القياس أن يكون للنساء أولا دون الرجال وإقتضى أن تكون قرابة الأم مقدمة على قرابة الأب.⁽²⁾

ثانيا - حكمة مشروعيتها:

إن قدرة الفرد على تحمل أعباء الحياة والاضطلاع بمسؤوليتها، منوطة بنشأته السوية في الصغر، ولا يمكن للطفل أن ينشأ سويا إلا إذا وجد من يحوطه برعايته ويعتني بتربيته عقليا وروحيا وبدنيا ويمده بالحنان والعطف اللذين يعدان غذاء روحيا له، وهذه هي مهمة الحاضن له.⁽³⁾

البند الثاني: شروط ممارسة الحضانة

بالرجوع إلى أحكام الفقه نجد أن شروط إستحقاق الحضانة منها ما هو متفق عليه بين الفقهاء ومنها ما هو مختلف حوله وهو ما سنتطرق إليه وفق التفصيل الآتي:

أولا - الشروط المنفق عليها في إستحقاق الحضانة: وتمثل في الآتي :

1. العقل: أجمع الفقهاء أن من شروط الحاضنة أن تكون متمتعة بكامل قواها العقلية، فلا حضانة للصغير أو المجنون، أو المعتوه لأنهم لا يستطيعون القيام بمصالحهم، فالحضانة نوع من الولاية وكل من المجنونة والمعتوهة تحتاج هي ذاتها إلى من يتولى أمورهما، فلا يعقل أن يوكل إليها تدبير شؤون غيرها، كما أن ترك الولد عند مثل هذه الحاضنة فيه ضرر للمحضون، في حين أن مناط الحضانة تحقيق مصلحة المحضون برفع الضرر عنه وجلب المنفعة له.⁽⁴⁾

(1) أخرجه مالك في الموطأ، كتاب الوصية، باب ما جاء في المؤنث والرجال ومن أحق بالولد، حديث 2230، ج 2، ص 317

(2) محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، القاهرة مصر، ط2، 1957، ص 406.

(3) سابق السيد، فقه السنة، دار الكتاب العربي، بيروت لبنان، ط2، 1973، ص288.

(4) عبد المطلب عبد الرزاق حمدان، الحضانة وأثرها في تنمية سلوك الأطفال في الفقه الإسلامي، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2008، ص 34.

ونشير هنا إلى أن حضانة المضطرب نفسيا حكمها عام حضانة المجنون، الذي أجمع الفقهاء على أنه لا حضانة له سواء كان ذكرا أم أنثى سواء كان جنونه متقطعا أو مطبقا، لأن المجنون لا ولاية له على نفسه فأن تكون له ولاية على غيره⁽¹⁾.

2. الأمانة على الأخلاق: اشترط جمهور الفقهاء في الحاضنة أن تكون مأمونة على تربية المحضون وعلى أخلاقه وأدبه، وعليه فلا حضانة للمرأة الفاسدة عندهم، لكنهم اختلفوا في مدى ما يكون به الفسق مانعا من الحضانة.⁽²⁾ يرى الحنفية: أن الحضانة إن كانت فاسقة فسقا يلزم منه ضياع الولد عندها سقط حقها في الحضانة، وإلا فهي أحق به إلى أن يعقل الولد فسق أمه فيترع منها.⁽³⁾

كما أخذ بهذا الرأي المالكية إلى حد كبير، حيث جاء عنهم: « لا حضانة لسكير أو مشتهر بالزنا أو اللهو الحرام» فالفسق الذي يمنع من الحضانة هو من تعود على اقتراف الفواحش، من شرب الخمر، وإرتكاب الزنا، وتكرر منه وهذا عادة يكون سببا في ضياع الطفل المحضون.⁽⁴⁾

أما الحنابلة فذهبوا إلى أن الفسق مانع من ممارسة الحضانة مطلقا لأن الفاسق الغير موثوق به في أداء واجب الحضانة وإيفائه حقها.⁽⁵⁾

كما ذهب الشافعية ما يفيد ذلك حيث ورد عنهم: « لا حضانة لفاسق» وتكفي العدالة الظاهرة، ومعنى هذا أن من لم يكن معروفاً بالفسق ومشتهرا به لا يمنع من الحضانة.⁽⁶⁾

3. القدرة على الحضانة: فلا تثبت الحضانة للعاجزة عن ذلك لكبر السن أو مرض أو شغل، بأن كانت محترفة لا تقيم في البيت أكثر النهار والليل وكذا لو كانت مريضة مرضا يعجزها عن القيام بصالح المحضون أو كانت

(1) شهر الدين قالة، أحكام الطلاق المضطرب نفسيا، مجلة المفكر، العدد 06، جامعة باتنة، الجزائر، ص 358.

(2) بدران أبو العينين بدران. الفقه المقارن لأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة السنية والمذهب الجعفري والقانون. ص 551.

(3) ابن عابدين. حاشية رد المختار على الدر المختار. ص 254.

(4) الدردير. الشرح الصغير على أقرب المالك إلى مذهب الإمام مالك. ج 2، ص 758.

(5) ابن قدامة. المغني. ج 7. ص 298.

(6) الشريبي. مغني المحتاج. ج 2. ص 455.

مصابة بمرض معد كالجدام أو البرص، يخشى إنتقاله إلى المحضون، لأن هذا الحق لمصلحة الطفل وتربيته ورعايته، على أن قدرة المحترفة على الحضانة يترك أمرها لتقدير القضاء كونها مسألة تقديرية.⁽¹⁾

4. **الخلو من زوج أجنبي عن المحضون:** فإن كانت المرأة المتزوجة بأجنبي عن الصغير، أو كانت متزوجة بقريب الصغير ولكنه غير محرم له فلا حق لها في الحضانة، وإن كانت خالية من الأزواج أو متزوجة بمحرم للصغير كعمه فلا يسقط حقها في الحضانة لأن الحكمة التي من أجلها جعل الشارع الزواج مانعا من الحضانة هي أن الزوج يمقت ولد زوجته من غيره ويود ألا يكون مع أمه، وهذا لا يتحقق إذا كان الزوج محرما للصغير لأن المحرم يعطف على الصغير كولده ولا يتضرر من وجوده مع زوجته لوجود القرابة الباعثة على الشفقة.⁽²⁾

ثانيا - **الشروط المختلف فيها لاستحقاق الحضانة:** وهي على النحو التالي:

1. **الإسلام:** لا خلاف بين الفقهاء في أن المرتد لا حضانة له سواء كان رجلا أو امرأة، لأن الردة تبيح دم المرتد، وهو محكوم عليه بالموت إن أصر على الردة بعد الاستبانة فلا ولاية له على غيره، أما إن كانت المرأة كتابية ففي حقها في الحضانة رأيان:

الرأي الأول: ذهب المالكية والحنفية إلى عدم اشتراط إتحاد الدين بين الحاضن والمحضون لأن مدار الحضانة الشفقة وهي لا تختلف باختلاف الدين، ولكن تمنع الأم الحاضنة من تغذية الصغير بالمحرمات كالخمر ولحم الخنزير، وتبقى هذه الحضانة إلى أن يبدأ الطفل يعقل ويفهم معنى الدين، عند ذلك تسحب الحضانة من الأم كي لا تلقن الصغير دينها، وكذلك تسحب الحضانة منها إذا كانت تحاول أن تلقنه الدين، ولو كان قبل أن يعقل الطفل خوفا على دينه.⁽³⁾

وما احتجوا به، ما روي عن عبد الحميد بن جعفر عن أبيه عن جده رافع بن سنان أنه: أسلم وأبت امرأته أن تسلم فأنت بالنبي صلى الله عليه وسلم فقالت إبنتي وهي فطيم أو شبهة.

(1) محمد أبو زهرة. الأحوال الشخصية. ص 406.

(2) عثمان التكروري، شرح قانون الأحوال الشخصية، دار الثقافة للنشر، الأردن، ط1، 2007، ج3، ص 272.

(3) الدردير. الشرح الصغير. ج7 ص 315؛ ابن عابدين حاشية رد المختار على الدر المختار. ص 261.

وقال رافع: إبنتي: فقال له النبي - عليه الصلاة والسلام -: أقعد ناحية وقال لها أقعدي ناحية: قال: وأقعد الصبية بينهما، ثم قال: أدعوها، فمالت الصبية إلى أمها، فقال الرسول صلى الله عليه وسلم: اللهم أهدها، فمالت الصبية إلى أبيها فأخذها. (1)

الرأي الثاني: أما الشافعية والحنابلة، ذهبوا إلى القول أن الإسلام شرط لثبوت الحضانة، فليس للمطلقة الذمية أن تحضن ولدها المسلم إذ لا حضانة لكافر على مسلم. (2)

ومن جملة ما احتجوا به أن الحضانة ولاية، فلا تثبت لكافر على مسلم، كما هو الشأن في ولاية النكاح وولاية المال، لأن الله عز وجل لم يجعل للكافر ولاية على المسلم، كما أن ترك الطفل المسلم لدى أمه، الذمية لتحضنه قد يلحق به ضررا كبيرا، حيث لا يؤمن أن تلقنه غير دين أبيه وتخرجه عن الإسلام، (3) والرسول صلى الله عليه وسلم قال: «كل مولود يولد يولد على الفطرة فأبواه يهودانه أو ينصرانه أو يمجسانه». (4)

البند الثالث: مدة ومكان الحضانة

أولا - مدة الحضانة في الفقه:

إن الحضانة بالنسبة للصغار تبدأ منذ الولادة، والمقرر أن النساء أحق بالحضانة من الرجال (5)، وانتهاء حضانة النساء للصغار حال افتراق الزوجين مختلف فيه بين المذاهب على ثلاثة أقوال:

1. **الرأي الأول:** يرى الحنيفة أن حضانة الولد تمتد إلى سن التمييز وهو سبع سنين، وبه يفتي، وقيل تسع سنين، والبنت إلى البلوغ وهو تسع سنين، وبه يفتي، وقيل إحدى عشر سنة، وسبب التفرقة بين الذكر والأنثى هو أن الغلام يحتاج إلى التخلق بأخلاق الرجال، والأب على ذلك أقدر وأقوم، والبنت أحوج إلى أن تعلم آداب النساء، والتخلق بأخلاقهن، وخدمة البيت، والأم أقدر على ذلك بعد البلوغ أو الحيض. (6)

(1) أخرجه داود في سنته، كتاب الطلاق، باب إذا أسلم أحد الأبوين مع من يكون الولد، ج2، ص280.

(2) الشريبي. مغني المحتاج. ج2، ص489؛ البهوتي. كشف القناع. ج5، ص430.

(3) عبد المطلب عبد الرزاق. الحضانة وآثارها في تنمية سلوك الطفل. ص253.

(4) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الجنائز، باب ما قيل في أولاد المشركين، ج1، ص41.

(5) البهوتي. شرح الإرادات. ج5، ص693.

(6) السرخسي. المبسوط. ج5 ص207؛ الكاساني. بدائع الصنائع. ج4، ص42.

2. **الرأي الثاني:** ذهب المالكية إلى أن حضانة الولد تستمر إلى بلوغه وتنقطع حضنته بالبلوغ ولو مريضا أو

مجنونا على المشهور، وأما حضانة الأنتى تستمر إلى زواجها والدخول بها. (1)

3. **الرأي الثالث:** ذهب الشافعية (2) والحنابلة (3)، إلى أن سن الحضانة يمتد إلى التمييز وهو سبع أو ثمان

سنوات، ويستوي في ذلك الذكر والأنثى، لأن النبي صلى الله عليه وسلم خير غلام بين أمه وأبيه في

سن التمييز (4)، ولأن المميز أعرف بمصلحته، فيرجع إليه ولا تخير الفتاة عند الحنابلة، لأن مصلحتها عند

الأب. (5)

وإذا انتهت مدة الحضانة ضم الولد إلى الولي النفس من أب أو جد لا لغيرهما، ويظل للأب أو الجد الحق

في إمساك الصبي حتى يبلغ فيجبر بين أن ينفرد بالسكن أو يسكن مع أي أبويه إن شاء، إلا إذا بلغ سفيها غير

مأمون على نفسه، فيضمه الأب إليه لدفع الفتنة أو العار.

أما البنت فيضمها الأب أو الجد إذا كانت بكرا، وكذا إذا كانت ثيبا يخشى عليها الفتنة، فإن كانت لا

يخشى عليها الفتنة وكانت ذا خلق وصارت مسنة (بلغت سن الأربعين) فلها أن تنفرد بالسكن حيث شاءت

ولا يلزم الأب بالإفراق عليها.

ثانيا - مكان الحضانة في الفقه:

هو مكان مسكن الزوجين إذا كانت الزوجة قائمة بينهما، أو في أثناء العدة من الطلاق، أما بعد انتهائها،

فمكان الحضانة هو البلد الذي يقيم فيه والد المحضون أو وليه، وكذلك إذا كانت الحاضنة غير الأم، لأن للأب

حق رؤية المحضون، والإشراف على تربيته، وذلك لا يتأتى إلا إذا كان الحاضن يقيم في بلد الأب أو الولي.

أما مسألة انتقال بالمحضون أو الولي إلى مكان آخر ففيه اختلاف بين الفقهاء وهذا على التفصيل الآتي:

(1) الغرياني، مدونة الفقه المالكي وأدلته، مؤسسة الريان، بيروت لبنان، ط1، 2002، ج3، ص167.

(2) الشيرازي. المهذب. ج3. ص168.

(3) ابن قدامة. المغني. ج11. ص415.

(4) الحديث أبي هريرة قال: جاءت امرأة إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم وأنا قاعد عنده- فقالت: يا رسول الله، إن زوجي يريد أن يذهب

بإبني، وقد سقاني من بئر أبي عتبة، وقد نفعني فقال النبي صلى الله عليه وسلم: إستهما عليه فقال زوجها: من يحقني في ولدي، فقال النبي صلى الله

عليه وسلم: "هذا أبوك وهذه أمك فخذ بيد أحدهما شئت" فأخذ بيد أمه فانطلقت به. ينظر: النسائي. كتاب الطلاق. باب إسلام أحد الزوجين

وتخيير الولد. حديث رقم: 5660. ج5. ص292.

(5) الكاساني. بدائع الصنائع. ج4. ص44-45.

يفرق جمهور الفقهاء المالكية⁽¹⁾ والشافعية⁽²⁾ والحنابلة⁽³⁾، بين سفر الحاضنة، أو الولي للنقطة والانتقاع - أي تغيير محل الإقامة - والسكن في مكان آخر، وبين السفر لحاجة كالتجارة والزيارة:

فإن كان سفر أحدهما (الحاضنة أو الولي) للنقطة والانتقاع سقطت حضانة الأم وتنتقل لمن هو أولى بالحضانة بعدها بشرط أن يكون الطريق آمنا والمكان المنتقل إليه مأمونا بالنسبة للصغير، والأب هو الأولى بالمحضون سواء كان هو المقيم أو المنتقل، لأن الأب في العادة هو الذي يقوم بتأديب الصغير، وحفظ نسبه، فإذا لم يكن الولد في بلد الأب، ضاع لكنه قيد الحنابلة أولوية الأب، بما إذا لم يرد مضارة الأم و إنتزاع الولد منها فإذا أراد ذلك لم يجب إليه، بل يعمل بما فيه مصلحة الولد، وإن سافرت الأم مع الأب بقيت على حضانتها. وإن كان الفر لحاجة كالتجارة وزيارة لمكان الولد مع المقيم منها حتى يعود المسافر وسواء أكان الفر طويلا أم قصيرا، وكذا يكون الولد مع المقيم لو كان الطريق أو المكان المنتقل إليه غير آمن في سفر النقطة والانتقاع:

جاء في المغني: «إذا أراد أحد الأبوين السفر لحاجة ثم يعود، والآخر مقيم أولى بالحضانة لأن في المسافرة بالولد إضرار في السفر به وخطر به، ولو اختار السفر في هذه الحال لم يجب إليه، لأن فيه تغريرا به، وإن كان البلد الذي ينتقل إليه آمنا، فالأب أحق به سواء كان هو المقيم أو المنتقل إلا أن يكون بين البلدين قريب، بحيث يراهم الأب كل يوم ويرونه فتكون الأم في حضانتها.»⁽⁴⁾

أما الحنفية فقد ذهبوا إلى أن يجوز للأم الحاضنة التي كان في زوجية الأب أو الذي عدته الزوج أي بلد آخر، وللزوج منعها من ذلك. أما إن كانت منقضية العدة فإن يجوز لها الخروج الزوج بالمحضون إلى بلد آخر في الأحوال الآتية:

1. إذا خرجت إلى بلدة عربية بحيث يمكن لأبيه رؤيته والعودة في نهاره على ألا يكون المكان الذي انتقلت إليه أقل حالا من المكان الذي تقيم فيه حتى لا تتأثر أخلاق الصبي.

(1) الدردير. الشرح الكبير. ج.2. ص 532.

(2) الشريبي. مغني المحتاج. ج.3. ص 600-601.

(3) ابن قدامة. المغني. ج.11. ص 419.

(4) الكاساني. بدائع الصنائع. ج.4. ص 44.

2. إذا خرجت إلى مكان بعيد مع تحقق الشروط الآتية:

أ. أن يكون البلد الذي انتقلت إليه وطنها.

ب. أن يكون الزوج قد عقد نكاحه عليها في هذا البلد أي تزوجها فيه.

ت. ألا يكون المكان الذي انتقلت إليه دار حرب إذا كان الزوج مسلما أو ذميا.

فإذا تحققت هذه الشروط جاز لها الفر بالمحزون إلى هذا المكان البعيد، لأن المانع من السفر أصلا هو ضرر التفريق بين الأب وبين ولد، وقد رضى به لوجود دليل الرضا وهو التزواج بها في بلدها، لأن من تزوج امرأة في بلدها فالظاهر أن يقيم فيه، والولد من ثمرات الزواج فكان راضيا بحضانة الولد في ذلك البلد، فكان راضيا بالتفريق، وعلى ذلك فليس لها أن تنتقل بولدها إلى بلدها إذا لم يكن عقد النكاح قد وقع فيه، ولا أن تنتقل إلى البلد الذي وقع فيه النكاح إذا لم يكن بلدها، لأنه لم يوجد دليل الرضا من الزوج.

كما يرى الحنفية أنه ليس للأب أو الولي أخذ الصغير ممن له الحضانة من النساء والانتقال به من بلد أمه بلا رضاها ما بقيت حضانتها قائمة، ولا يسقط حقها في الحضانة بانتقاله، وسواء أكان المكان الذي ينتقل إليه قريبا أم بعيدا.

وعليه فإن الراجع ما ذهب إليه الحنفية من أن لا يجوز للأب أن يأخذ ولده من حضانة أمه مادامت الحضانة قائمة. وهذا الرأي هو الأقرب للعدل، لعدم مضارة الولي للأم الحاضنة. ولكن يمكن من رؤية ولده متى شاء دون إرهاق للأم، كأن يسافر إليه فيراه، وإن تيسر للأم أن تسافر قريبا من الأب فهو الأفضل ليقوم الأب بالإشراف على ولده.

المطلب الثاني: الحضانة في قوانين الأحوال الشخصية المغربية

تعد الحضانة حسب قوانين الأسرة المغربية من حقوق الصغار والتزامات وواجبات الآباء والأمهات، وقد تقررت قانونا لحماية ورعاية الصغار لأنهم يحتاجون للعناية وحفظ أبدانهم ونفوسهم ودفع الضرر عنهم.

وعليه ستعرض للحضانة وفق المشرعين المغاربة حسب التفصيل الآتي :

■ الفرع الأول: مفهوم الحضانة في قانون الأسرة الجزائري.

■ الفرع الثاني: مفهوم الحضانة في مدونة الأسرة المغربية.

■ الفرع الثالث: مفهوم الحضانة في مجلة الأحوال الشخصية التونسية.

الفرع الأول: مفهوم الحضانة في قانون الأسرة الجزائري

اعتبر المشرع الجزائري الحضانة من أبرز الآثار المنجزة عند انحلال الرابطة الزوجية لاسيما في صورته الأولى المتمثلة في الطلاق، ومؤداها البحث عن وضع الطفل الذي لا يستطيع التكفل بنفسه عند من هو أقدر على الاهتمام به ورعايته.

البند الأول: تعريف الحضانة في قانون الأسرة الجزائري

تناول المشرع الجزائري الحضانة وخلافا لما ألفه وتعود عليه، حيث عرفتها المادة (62) من ق.ا.ج حيث جاء فيها " الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا، ويشترط في الحاضن أن يكون أهلا للقيام بذلك".
فالمشرع الجزائري لم يخرج إجمالا على التعريف الفقهي للحضانة، سوى انه استعمل لفظ الولد بدلا من الصغير والصغير ويبدو أن اختيار لفظ الولد هو خروج عن دائرة الصغير والصغيرة الذين لم يبلغا بعد، ذلك أن قانون الأسرة في مادته (65) منه أجاز للقاضي أن يمدد الحضانة إلى ستة عشر (16) سنة بالنسبة للذكر، والأنثى ببلوغها سن الزواج المحرر قانونا بـ(19) سنة طبقا للمادة (07) من ق.ا.ج.إلى البلوغ الشرعي .

واعتمادا على ما سبق نقول أن المشرع الجزائري اخذ في تعريفه للحضانة بأسباب وأهداف الحضانة لكنه خالف تعريف الفقهاء في اعتبار المحضون يتجاوز الصغر وعدم الاحتلام إلى البلوغ الشرعي المراد من سن التمييز⁽¹⁾، كما حدد المشرع نطاق الحضانة ووظائفها الأساسية ومن هنا فانه يتعين على المحكمة عندما تحكم بالطلاق وتفصل في حق الحضانة أن تراعي كل هذه الجوانب التي تضمنها هذا التعريف.⁽²⁾

(1) باديس ذيايي. آثار فك علاقة الرابطة الزوجية. ص 51، 50.

(2) محفوظ بن صغير. قضايا الطلاق في الاجتهاد القضائي وقانون الأسرة الجزائري. ص 283.

البند الثاني: أهداف الحضانة في قانون الأسرة الجزائري

حرص المشرع الجزائري عند انحلال الرابطة الزوجية بالحفاظ على الولد ورعاية شؤونه، حيث أعطاه عناية بواسطة جملة من القوانين:

- **تعليم الولد:** يقصد به التمدرس الرسمي الذي يعد حقا لكل طفل ويضمنه له القانون وإجباريا إلى غاية استنفاد طاقته واستطاعته في تحديد مستواه بناءا ملكاته وكفاءته.

- **تربيته على دين أبيه:** ساير المشرع الجزائري رأي الفقهاء القائل بجواز زواج المسلم بغير المسلمة وذلك منوه عنه بمفهوم المخالفة في المادة (30) من ق.ا.ج المعدل بالأمر رقم 02/05 المؤرخ في 27 فبراير 2005 عندما نص على تجريم زواج المسلمة من غير المسلم وان العكس جائز شرعا وقانونا، وما يثبت ذلك أيضا تأكيد المشرع في المادة (62) من ق.ا.ج " الحضانة هي رقابة الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه " أي أن الحاضنة الأم قد تكون كافرة ولذلك أوجب عليها القانون أن تقوم بتربية المحضون على مبادئ وقيم الدين الإسلامي وهو دين الأب في تنشئة الطفل. وهذا ما جسده قضاء المحكمة العليا الذي جاء في إحدى قراراته".

- **السهر على حمايته:** تتضمن حماية الطفل المحضون كل الجوانب المعنوية والمادية، فلا يكون عرضة لأي عنف جسدي كالضرب والتعذيب والاستغلال أو عنف لفظي، كما أن حمايته تتطلب أيضا تأديبه وتنشئة النشأة السوية وعليه أن يؤدب في حدود ما يسمح به الشرع والقانون.

- **حمايته خلقيا:** الحماية الخلقية ذات ارتباط وثيق بمدى تعليمه وحسن تأديبه وإعداده الإعداد الذي يسمح له أن يكون فردا صالحا وسويا وحمايته من مخاطر الشارع ورفقاء السوء.

- **حمايته صحيا:** تدعيما لحقوق المحضون وصونا لها من أي تهديد أولى القضاء الجزائري تطبيقا للقواعد الشرعية والقانونية الأهمية القصوى لكفاءة الحاضن ومدى تحمله للمسؤولية

والشروط التي تضمن الاستقامة الخلقية ضمانا لتربية الطفل تربية سوية، وذلك ثابت من خلال عديد من القرارات المحكمة العليا منها القرار المؤرخ في 1984/01/09 جاء فيه ما يلي: "... من كان من المقرر شرعا أن سقوط الحضانة لفساد أخلاقها وسوء تصرفاتها، فإنه يسقط أيضا حق أمها في ممارسة الحضانة..."⁽¹⁾

كذلك قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 2000/11/21، جاء فيه: "يعتبر منح رخصة الخروج بالمحزون قصد العلاج خارج التراب الوطني من توابع الطلاق ويجب على القاضي الفصل فيه وعدم التصريح بعدم الاختصاص"⁽²⁾.

البند الثالث: شروط الحضانة

أشار المشرع الجزائري مقتضيا جدا من حيث تحديد شروط الحضانة التي ينبغي أن تتوفر في الحاضن بشكل عام، إذ لم يخض الموضوع إلا بنظرة جديدة في المادة (62) في ق.ا.ج، إلا أن هناك شروط اجمع عليها الفقهاء وتبناها قانون الأسرة من خلال نصه في المادة (222) منه، فللحضانة شروط عامة تخص الرجال والنساء وشروط تخص النساء بمفردهن، وشروط تخص الرجال لوحدهم.

1. الشروط العامة للحضانة في قانون الأسرة الجزائري: قدم المشرع والقانون حضانة المرأة على الرجل، لأنها الأقدر على رعاية الولد وتلبية طلباته وحاجاته والشروط العامة هي:

- **العقل:** أن يكون الحاضن مدركا لحجم المسؤولية على عاتقه فيما يتعلق بحضانة الولد وملما بكل المناظر والتحديات التي تعرقله بمناسبة أدائه لهذه المهمة فليس باستطاعة المجنون أن يقوم بشؤونه كونه عاجز عن الإدراك وقد أكد المشرع الجزائري على شرط العقل ونص على أن الحضانة هي ولاية على النفس طبقا للما ورد في المادة (87) المعدلة والتي

(1) قرار المحكمة العليا بتاريخ 1984/01/09 رقم 31997، المجلة القضائية، سنة 1989، العدد الأول، ص 73.

(2) قرار المحكمة العليا بتاريخ 2000/11/21، رقم 249196، المجلة القضائية، 2004، العدد الأول، ص 250؛ نقلا عن: (جمال سايس، الاجتهاد القضائي الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، منشورات كليك، ط1، الجزء الثالث، ص، 1225).

نصت في فقرتها الأخيرة على ".....وفي حالة الطلاق يمنح القاضي الولاية لمن أسندت له الحضانة الأولاد"، وبهذا فالمشرع الجزائري قال بأن لا حضانة لغير العاقل ولا للمعتوه ولا للسفيه، كون من تعطى له الحضانة لا ينبغي أن تكون تصرفاته غير نافذة.

- **البلوغ:** الحضانة مهمة كبيرة وصعبة وشاقه لا يتحمل مسؤوليتها وتبعاتها إلا الكبار وليس المراهقين، والمشرع الجزائري سار على هذا المنوال في تعديله الأخير بموجب الأمر رقم 02/05 المؤرخ في 2005/02/27، فالمادة (07) تنص على ما يلي: "تكتمل أهلية الرجل والمرأة في الزواج بتمام (19) سنة وللقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك...."، والمشرع الجزائري أجاز أن يكون الزوجان كاملي الأهلية بمفهوم القانون المدني رغم أنه عمل على ترشيدها فيما يتعلق بالزواج أو الطلاق وما ينجم عنه.⁽¹⁾ لكن المشرع أكد في المادة (87) من ق.ا.ج على فيما يتعلق بالولاية عما يلي: ".....وفي حالة الطلاق يمنح القاضي الولاية لمن أسندت له الحضانة الأولاد"

- **القدرة على التربية:** لا حضانة لمن كان عاجز عن القيام بها لكبر في السن أو مرض ذلك أن من شروط ممارسة الحضانة القدرة على أدائها والاستطاعة على رعاية الطفل المحضون صحيا، وخلقيا، واجتماعيا.

غير أن القضاء الجزائري أكد في العديد من القرارات على أن عمل الأم الحاضنة لا يوجب إسقاط حقها في الحضانة، وهذا طبقا لقرار المحكمة العليا المؤرخ في 2002/07/03⁽²⁾، والذي جاء فيه: "عمل الأم الحاضنة لا يوجب إسقاط حقها في حضانة أولادها ما لم يتوفر الدليل الثابت في حرمان المحضون من حقه في العناية والرعاية".

(1) باديس ذيابي. آثار فك الرابطة الزوجية. ص 56.

(2) المحكمة العليا - غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، قرار المحكمة العليا المؤرخ في 2002/07/03، تحت رقم 274207، المحلة القضائية، 2004، العدد، 1، ص، 263، نقلا عن: (جمال سايس. الإجتهد القضائي في مادة الجرح والمخالفات. ص 1232)

- الأمانة: أعظم صفة ينبغي على الحاضن الاتصاف بها هي الأمانة، ويجب أن يكون أمينا على المحضون من اجل تربيته تربية حسنة. وهذا ما حرص عليه المشرع الجزائري وحفاظا على مصلحة المحضون شدد فيمن تثبت عليهم أخلاقا سيئة واسقط حقهم في الحضانة وذلك في العديد من القرارات، حيث جاء في قرار مؤرخ في 1997/09/30 أن: "من المقرر شرعا وقانونا أن جريمة الزنا من أهم المسقطات للحضانة مع مراعاة مصلحة المحضون".⁽¹⁾

- الإسلام: ذهب المشرع الجزائري بأن الإسلام ليس شرطا للحضانة لكون هذه الأخيرة لا تتعدى حد الرضاع وخدمة المحضون، وهذا ما نصت عليه المادة (62) من ق.ا.ج، فعبارة (القيام بتربيته على دين أبيه) تعني بمفهوم المخالفة أن الزوج الذي يجب أن يكون مسلما يمكن أن يتزوج بامرأة غير مسلمة⁽²⁾، وهذا ما أكده قرار المحكمة العلا المؤرخ في 1989/03/13 جاء فيه: "من المقرر شرعا وقانونا أن الأم أولى بحماية ولدها ولو كانت كافرة، إلا إذا خيف على دينه...."⁽³⁾

2. شروط متعلقة بالنساء: حين يسند للأم الحاضنة حضانة الأولاد يجب توفير فيها شروط حتى تعطي لها الحضانة وهي:

- ألا تكون متزوجة بأجنبي عن الصغير أو بقريب غير محرم منه: إذا تزوجت المرأة الحاضنة بقريب محرم من الصغير، فان حضانتها لا تسقط وان تزوجت الحاضنة بأجنبي عن المحضون فقد لا يعطف عليه ولا يتكفل بشؤونه، فالمشرع الجزائري نص في صلب

(1) المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، قرار المحكمة العليا المؤرخ في 1997/09/30، تحت رقم 171684، المجلة القضائية، 2004، العدد1، ص، 265، نقلا عن: (جمال سايس. الاجتهاد القضائي في مادة الجناح والمخالفات. ص 1286).

(2) باديس ذيايي. آثار فك الرابطة الزوجية. ص 62.

(3) المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، قرار المحكمة العليا المؤرخ في 1989/03/13، تحت رقم 522221، المجلة القضائية، عدد1، ص 1253.

المادة (66) من ق.أ.ج على أن: "يسقط حق الحضانة بالتزويج بغير قريب محرم، وبالتالي التنازل ما لم يضر بمصلحة المحضون".

فالمبدأ العام الذي انتهجه المشرع الجزائري كون زواج الحاضنة بغير قريب محرم للصغير يسقط عنها حق ممارسة الحضانة، لكن المشرع أردف في نفس المادة استثناء ويتعلق بمصلحة المحضون فإذا كانت مصلحة المحضون مع أمه حتى لو تزوجت بغير قريب محرم، فإن الحضانة تظل من نصيب الحاضنة وهذا ما سار عليه قرار المحكمة العليا المؤرخ في 2005/05/18 والذي جاء فيه: "يسقط حق الأم في الحضانة، بزواجها بغير قريب محرم"⁽¹⁾، ومن خلال هذين القرارين نلاحظ أن المشرع أعطى للقاضي واسع الصلاحيات والسلطة التقديرية في مراعاة مصلحة المحضون.

- أن لا تقييم الحاضنة في بيت لا يبغضه المحضون: أن المسكن الملائم واللائق ضروري للحفاظ على مصلحة الولد وهذا ما نوه عنه المشرع الجزائري في صلب المادة (72) من ق.أ.ج: "يجب على الأب أن يوفر لممارسة الحضانة، سكننا ملائما للحاضنة، وان تعذر ذلك فعليه دفع بدل الإيجار"، كما نصت المادة (70) من ق.أ.ج على: "تسقط حضانة الجدة أو الخالة إذا سكنت بمحضونها مع أم المحضون المتزوجة بغير قريب محرم".

البند الرابع: ترتيب الحواضن في قانون الأسرة الجزائري

تنص المادة 64 من ق.أ.ج على أن: « الأم أولى بحضانة ولدها، ثم الأب، ثم جدة الأم، ثم جدة الأب، ثم الخالة، ثم العمّة، ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك».⁽²⁾

(1) المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشخصية والموارث، قرار المحكمة العليا المؤرخ في 2005/05/18، رقم 331058، المجلة القضائية، العدد 2، 2005، ص، 383؛ نقلا عن: (جمال سايس. الاجتهاد القضائي في مادة الجنح والمخالفات. ص 1290).

(2) عدلت بالأمر 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005. وكانت في ظل القانون 84-11 تنص على: « الأم أولى بحضانة ولدها ثم أمها ثم الخالة ثم الأب ثم أم الأب ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك».

أي أن الحضانة تكون مباشرة للأب بعد الأم، بعد عدول المشرع عن مذهب الجمهور وبخاصة المذهب المالكي في ترتيب الحواضن كما كانت عليه المادة 64 قبل تعديلها، ومنه لا بد من الوقوف عن مسألة انتقال الحق في الحضانة بعد الأم إلى الأب مباشرة لمعرفة ما استند إليه الشرعة فيما ذهب إليه.

أولا - الأم أولى بالحضانة:

الحضانة تكون للنساء والرجال من المستحقين لها، إلا أن النساء يقدمن على الرجال، لأنهن أشفق وأرفق، وبها أليق وأهدى إلى تربية الصغار، ثم تصرف إلى الرجال؛ لأنهم على الحماية والصيانة وإقامة مصالح الصغار أقدر. فتكون حضانة الولد للأبوين إذا كان النكاح قائما بينهما، فإن اختلفا فالحضانة للأم بالاتفاق. (1)

فالتعديل الذي جاء به المشرع الجزائري حسب النص السالف الذكر جاء مخالف لما أدلى به الفقهاء؛ ومع ذلك يمكن القول أن تعديل المادة 64 من ق.أ.ج جاء لمعالجة للواقع الذي تعيشه الأسرة الجزائرية، لاسيما فيما يتعلق بأحقية ممارسة الحضانة بسبب الطلاق أو الوفاة. (2)

فتعديل 2005/02/27 وإن خرج في المذهب المالكي، وبقية المذاهب في ترتيب الحاضنين، فإن حاول أن يساوي بين جهة الأم والأب وإن أبقى الأولوية لجهة الأم على جهة الأب، إلا أنه أقر بمبدأ التداول وفي اعتقادنا أن حسنا ما توجه إليه.

إن المشرع لم يجعل ترتيب مستحقي الحضانة وجوبيا على القاضي يتقيد ولا يملك الحياد، بل جعله موجهها له فحسب، فمتى رأى مصلحة المحضون تقتضي تجاوز الأب إلى الأم أو الخالة قضي بذلك استجابة لنص المادة 64 من ق.أ.ج. السالفة الذكر الذي يلزمه بمراعاة مصلحة المحضون دائما، (3) وهو ما ذهب إليه قضاء المحكمة العليا في إحدى قراراتها والذي جاء فيه: « من المقرر شرعا وقانونا بأن الحضانة يراعي في إسنادها توفر مصلحة المحضون وهذه يقدرها قضاة الموضوع » (4).

(1) محفوظ بن صغير، قضايا الطلاق في الاجتهاد القضائي وقانون الأسرة الجزائري، دار الوعي، الجزائر، 2012، ص 300.

(2) باديس ذيابي. آثار فك الرابطة الزوجية. ص 79.

(3) أحمد شامي، قانون الأسرة الجزائري طبقا لأحدث التعديلات دراسة فقهية ونقدية مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، مصر، 2010، ص 310.

(4) المحكمة العليا، فرقة الأحوال الشخصية قرار بتاريخ 18 / 06 / 1991 ملف رقم 5171 غير منشور، (نقلا عن بلحاج العربي. قانون الأسرة مع تعديلات. ص 354).

إن تقدير مصلحة المحضون يخضع للسلطة التقديرية للقاضي، فجعل الأب في الدرجة الثانية بعد الأم وتفضيله على غيره لا يمثل خروجاً على أحكام الشريعة الإسلامية، وذلك بما للأب من دور في تربية المحضون وهو ما أدركته المحكمة العليا في إحدى قراراتها بقولها: «من المستقر عليه قضاء أن الحضانة تمنح حسب مصلحة المحضون، ولما في قضية الحال أن الحضانة أسندت إلى الأب مراعاة لمصلحة المحضون واعتماداً على تقرير المرشدة الاجتماعية التي تؤكد ذلك، فإن قضاة الموضوع إعمالاً لسلطتهم التقديرية فقد طبقوا صحيح القانون»⁽¹⁾.

وفي الأخير يمكن القول بأن التغيير الذي اعتمده المشرع الجزائري في ترتيب مستحقي الحضانة لا يثير صعوبة كبيرة طالما أن مصلحة المحضون هي التي توجه القاضي وتحتّم عليه اختيار الحاضن، الأكثر تحقيقاً لهذه المصلحة، فللقاضي الخروج على هذا الترتيب كلما دعت لذلك مصلحة المحضون.

ثانياً - انتقال الحضانة من الأم إلى الأب قانوناً:

إن ما ذهب إليه المشرع الجزائري في موضوع الحضانة بمختلف مسائلها إنما يهدف بالأساس إلى حماية مصلحة المحضون، ويتجلى ذلك من خلال السلطة التقديرية للقاضي، والتي تقضي بما يضمن تحقيق المصلحة للمحضون بالدرجة الأولى، ومثال ذلك استثناء سقوط الحضانة بالنسبة للحضانة العاملة إذا كان عملها ما يفوت على المحضون رعايته والعناية به، وكذا من خلال الحكم بالنسبة لمكان الحضانة التي تكون حسبما تقتضيه مصلحة المحضون بغض النظر عن الحاضن، وكما في مسألة انتقال الحضانة من الأم إلى الأب مباشرة من خلال المادة 64 من ق.أ.ج. حيث يفهم من خلال هذا كله أن المشرع قد احتفظ في ترتيب الحاضنين بشرط مراعاة مصلحة المحضون في جميع الأحوال⁽²⁾، وهذا ما أكدته قرار المحكمة العليا الذي جاء فيه: «إن إسناد الحضانة للأب بعد وفاة الأم كون مصلحة المحضون تقتضي ذلك يعد تطبيقاً صحيحاً للقانون»⁽³⁾.

(1) المحكمة العليا - غرفة الأحوال الشخصية - قرار بتاريخ 18/06/1991، ملف رقم 39203، المحلة القضائية، سنة 1997، ص 39.

(2) محفوظ بن صغير. قضايا الطلاق في الاجتهاد الفقهي. ص 303 - 304.

(3) المحكمة العليا - غرفة الأحوال الشخصية - قرار بتاريخ 12/02/2001 - ملف رقم 256629 - المحلة القضائية، العدد الثاني، 2004، ص 421.

البند الخامس: مدة الحضانة في قانون الأسرة الجزائري

نص المشرع الجزائري في المادة 56 من ق.أ.ج على أنه: «تقتضي مدة حضانة الذكر ببلوغه 10 سنوات والأنتى ببلوغها سن الزواج، و للقاضي أن يمدد الحضانة بالنسبة للذكر إلى 16 سنة إذا كانت الحاضنة أما لم تتزوج ثانية على أن يراعي في الحكم بانتهائها مصلحة المحضون».

فيفهم من هذا النص أن الحضانة لها مدة معينة لا يمكن أن تستمر وقتا طويلا. كما أن المشرع قد فرق بين مدة حضانة الذكر والأنتى، وهذا شيء منطقي نظرا لتباين التكوين النفسي والعقلي والجسدي لكل واحد منها، فقرر أن حضانة الذكر تقتضي مدتها 10 سنوات والأنتى بسن الزواج أي بـ 19 سنة طبقا للمادة 7 من ق.أ.ج المعدلة ومعنى ذلك أن في التشريع الجزائري حق التخاصم على حضانة الأولاد يكون قبل بلوغ السن المحددة، ففي هذه السن تنتهي الحضانة بقوة القانون، هذا كأصل عام.⁽¹⁾

إلا أنه بالرجوع إلى المادة السالفة الذكر، فنجد أن المشرع الجزائري أورد استثناء لهذا المبدأ وهو تمديد الحضانة حسب مقتضيات مصلحة المحضون، وبالتالي فيكون للقاضي سلطة تقديرية في تمديد مدة الحضانة، إلا أن سلطته هذه غير مطلقة بل مقيدة بالشروط التالية:

أ. يتعلق التمديد بالذكر دون الأنتى، فإذا ما انتهت حضانة الفتاة لا يحق أصلا لأي من الحواضن طلب تمديدها.⁽²⁾

ب. أن يكون الحد الأقصى للتمديد 16 سنة، وبالتالي فيمكن للقاضي أن يمدد الحضانة إلى سن أقل من 16 سنة، وهذا حسبما تتطلبه مصلحة المحضون، ولكن لا يمكن أن يتجاوزها.

فبالنسبة لهذا الشرط فكان من الأجدر على المشرع أن يترك تحديد هذه المدة إلى القاضي، لأن الأطفال وإن كانوا في نفس السن إلا أنهم يختلفون عن بعضهم البعض، وللقاضي وحده يمكنه مراعاة كل حالة على حدة مراعيًا في ذلك مصلحة المحضون.

ث. أن تكون الحاضنة الأم، فلا يجوز لغيرها طلب تمديد الحضانة.

(1) عبد العزيز سعد. قانون الأسرة الجزائري الجديد في ثوبه الجديد. ص 296.

(2) عبد العزيز سعد. المرجع نفسه. ص 297.

ج. أن تكون هذه الأم غير متزوجة.

ح. أن يكون طلب تمديد الحضانة خلال سنة من نهاية العشر سنوات، فإذا فاتت المدة دون أن يكون للأم عذر في تأخرها سقط حقها في المطالبة بالتمديد.

الفرع الثاني: مفهوم الحضانة في مدونة الأسرة المغربية

تعتبر الحضانة من أهم الآثار الناجمة عن انحلال الرابطة الزوجية، لأنها ترتبط بحق الطفل لذلك تعتبر الأحكام المتعلقة بها أساسها مصلحة المحضون بالدرجة الأولى، وهذا ما اعتمده المشرع المغربي في تنظيم الحضانة. وعلى هذا الأساس يمكن التفصيل فيها على النحو الآتي:

البند الأول: تعريف الحضانة

قد اهتمت مدونة الأسرة المغربية بالحضانة من خلال تخصيص نصوص قانونية بالغة الأهمية تكون أكثر استجابة للواقع ومن أجل توفير حماية أفضل للمحضون مع إسناد السلطة للقاضي لتقرير ما يراه مناسباً وصالحاً للمحضون بالدرجة الأولى، وقد خصصت المدونة القسم الثاني من الكتاب الثالث للحضانة ابتداءً من المادة 163 إلى غاية المادة 186 أي 23 مادة.

وقد عرف المشرع المغربي الحضانة في الفقرة الأولى من المادة 163 بقولها: «الحضانة حفظ الولد مما يضره، والقيام بتربيته ومصالحه» وهو تعريف متقارب مع تعريفات الفقهاء، فالحضانة تمثل أثر من آثار الزواج وتتمارس من طرف الأبوين معا لأنها تعتبر من واجباتهما ما دامت الرابطة الزوجية قائمة وليس حقا لها فقط، أي أنها مسؤولية ملزمة لأن الواجب يلزم، بينما يمكن تنازل ذي الحق عن حقه.⁽¹⁾

البند الثاني: شروط الحضانة وأسباب سقوطها

أولاً - شروط الحضانة:

تحدثت مدونة الأسرة عن شروط استحقاق الحضانة في طلب المادة 173 الفقرة الأولى بقولها: «شروط

الحاضن:

1. الرشد القانوني لغير الأبوين.

(1) محمد الكشور. أحكام الحضانة دراسة في الفقه المالكي وفي مدونة الأسرة. ص 102.

2. الاستقامة والأمانة.

3. القدرة على تربية المحضون.

4. عدم زواج طالبة الحضانة إلا في الحالات المنصوص عليها في المادتين 174 و175 بعده. إذا وقع تغير

في وضعية الحاضن خيف منه إلحاق الضرر بالمحضون سقطت حضائته وانتقلت إلى من يليه»

وتتولى هذه الشروط بالشرح على النحو الآتي:

- الرشد القانوني لغير الوالدين: (1)

اشترط المشرع المغربي في الحاضن عموماً بأن يكون راشداً بلوغه سن الرشد القانوني الذي هو 18 سنة

كاملة حسب المادة 209 من مدونة الأسرة. (2)

ويتضح بأن سن الرشد القانوني مطلوب بالنسبة للجميع ماعدا الأبوين وهو الاستثناء بحيث يجد أساسه

في مقتضيات المادتين 20 (3) و 21 (4) من مدونة الأسرة والتي تسمح بزواج من لم يبلغ بعد سن الرشد القانوني

إذا حصل على إذن الزواج من طرف القاضي، حيث يجعل من هذا العقد عقداً صحيحاً مرتباً لجميع آثاره

الشرعية طبقاً لأحكام المادة 22 (5) ومن ضمن الحقوق التي يمكن اكتسابها والتقاضي بشأنها ما يتصل بالحضانة وما

يرتبط بآثارها، كما يجب أن يكون الحاضن متمتعاً بقواه العقلية لأن من لا عقل له لا رشد له، ومن ثم لا تثبت

الحضانة للمجنون وللمعتوه.

- الاستقامة والأمانة:

ومعنى هذا الشرط أن يكون الحاضن أميناً على المحضون في نفسه وفي عقله وفي ماله، فإن كان مستهتراً لا

يؤمن منه على الطفل المحضون لسبب من الأسباب، فإنه لا يكون أهلاً للحضانة في هذه الحالة، وهذا ما أكدته

قرار المجلس الأعلى الصادر بتاريخ 2008 /12 /24، جاء فيه ما يلي «إدانة الحاضنة من أجل جنحتي الخيانة

(1) إدريس الفاحوري. انحلال الرابطة الزوجية. ص 298.

(2) المادة 209 من مدونة الأسرة تنص على: «سن الرشد القانوني 18 سنة شمسية كاملة»

(3) المادة 20 تنص على: «لقاضي الأسرة المكلف بالزواج، أن يأذن بزواج الفتى والفتاة دون سن الأهلية المنصوص عليها...»

(4) المادة 21 تنص على: «زواج القاصر متوقف على موافقة نائبه الشرعي...»

(5) المادة 22 تنص على: «يكتسب المتزوجان طبقاً للمادة 20 أعلاه الأهلية المدنية في ممارسة حق التقاضي في كل ما يتعلق بآثار عقد الزواج من

حقوق وواجبات...»

الزوجية والسكر العلني يعتبر منافيا لشرطي الاستقامة والأمانة ومسقط للحضانة»⁽¹⁾ ويدخل في نطاق هذا الشرط أن لا يكون الحاضن فاسقا حتى لا يتعدى فسقه إلى المحضون.

- القدرة على تربية المحضون وصيانتهم ورعايتهم:

يشترط في الحاضن حتى تسند له حضانة غيره أن يكون قادرا على تربيته وصيانتهم ماديا ومعنويا، على أن يكون الحاضن نفسه قادرا على القيام بشؤون نفسه وشؤون المحضون، فإن كان عاجزا لمرض أو لتقدمه في السن وبالتالي دخوله في أرذل العمر أو اشتغاله بشؤون غيره بأن كان ممن يمارسون شغلا يستمر الليل والنهار كما الحارس والخدمة المنزلية في الغالب، أو كان كثير الأسفار لا يستقر بمكان معين، فإنه لا يكون أهلا للحضانة⁽²⁾، وهذا ما أكدته قرار المجلس الأعلى الصادر بتاريخ 20/04/2004 الذي جاء فيه: «السفر خارج الوطن ولو لفترات متقطعة يشكل إخلالا بالتزامات الحاضن مسقط لحقه في الحضانة»⁽³⁾.

أما من الجانب الديني حيث ألزم المشرع المغربي الحاضن على ضرورة توفير الرعاية الدينية للمحضون، وقد تحدث مدونة الأسرة ضمن حقوق الطفل الوارد عليها النص في المادة 54⁽⁴⁾ على أن من حقوق الطفل على أبويه التوجيه الديني والتربية على السلوك القويم.⁽⁵⁾

- عدم زواج الحاضنة:

نصت الفقرة الرابعة من المادة 173 السالفة الذكر ضمن شروط استحقاق الحضانة شرط عدم زواج طالبة الحضانة إلا في الحالات المنصوص عليها في المادتين 174 و175 من المدونة، والمشرع المغربي يميز بين الحاضنة الأم والحاضنة غير الأم.

(1) قرار المجلس الأعلى، صادر بتاريخ 24/12/2008، ملف رقم 266/1/2/2008، تحت عدد 585. نقلا عن: (الطبيب الشرقاوي، أهم

قرارات المجلس الأعلى، ص 138)

(2) محمد الكشيبور، أحكام الحضانة، ص 58.

(3) قرار المجلس الأعلى، صادر بتاريخ 20/04/2004، ملف رقم 176/1/2/2004، تحت عدد 231، نقلا عن: (الطبيب الشرقاوي، أهم

قرارات المجلس الأعلى، ص 132)

(4) المادة 54 تنص على: «لأطفال على أبويهم الحقوق التالية:.....التوجيه الديني والتربية على السلوك القويم وقيم النبل المؤدية إلى الصدق في

القول والعمل واجتناب العنف المفضي إلى الضرر الجسدي والمعنوي والحرص على الوقاية من كل استغلال يضر بمصالح الطفل..»

(5) إدريس الفاحوري، إنحلال الرابطة الزوجية، ص 302.

1. زواج الحاضنة غير الأم: نصت المادة 174 من مدونة الأسرة على أن: « زواج الحاضنة غير الأم

يسقط حضانتها إلا في حالتين الآتيتين :

■ إذا كان زوجها قريبا محرما أو نائبا شرعيا للمحضون.

■ إذا كانت نائبا شرعيا للمحضون».

فالحاضنة غير الأم هي الجدة أي أم الأم أو من قررت المحكمة إسنادها له تطبيقا لمقتضيات المادة

171⁽¹⁾ من مدونة الأسرة.

2. زواج الحاضنة الأم: نصت المادة 175 من مدونة الأسرة على أن: « زواج الحاضنة لا تسقط

حضانتها في الأحوال الآتية:

■ إذا كان المحضون صغير لم يتجاوز سبع سنوات، أو بخلقه ضرر من فراقها.

■ إذا كان للمحضون علة أو عاهة تجعل حضانتها مستعصية على غير الأم.

■ إذا كان زوجها قريبا محرما أو نائبا شرعيا للمحضون.

■ إذا كانت نائبا شرعيا للمحضون.

زواج الأم الحاضنة يعفي الأب من تكاليف سكن المحضون وأجرة الحضانة وتبقى نفقة المحضون

واجبة على الأب».

وهذا ما أكده قرار المجلس الأعلى الصادر بتاريخ 01 /02 /2006 الذي جاء فيه: « زواج الحاضنة بأجنبي

عن المحضون مسقط لحقها في الحضانة»⁽³⁾.

⁽¹⁾ المادة 171 تنص على: « تحول الحضانة للأم، ثم للأب، ثم لأم الأم، فإن تعذر ذلك، فللمحكمة أن تقرر بناء على ما لديها من قرائن لصالح رعاية المحضون...».

⁽²⁾ إدريس الفاحوري. انحلال الرابطة الزوجية. ص 306 - 307.

⁽³⁾ قرار المجلس الأعلى، صادر بتاريخ 01 /02 /2006، ملف رقم 215 /1/2 /2005، تحت عدد 64. نقلا في: (الطبيب الشرقاوي. أهم قرارات المجلس الأعلى. ص146).

وفي جميع الأحوال يتعين على المدعي إثبات واقعة الزواج ولا يكفي مجرد العقد بل لا بد من الدخول وتطبيقا للمقتضيات السابقة يحمل القضاء إما على تثبيت الحضانة أو إسقاطها عنها عندما يحتل شرط من شروط استحقاق الحضانة.

ثانيا - سقوط الحضانة:

يرتبط موضوع سقوط الحضانة أشد ارتباطا بشروطها ويثبت تلك الشروط ويقصد بسقوط الحضانة أن تثبت هذه للحاضن أولا، ثم يطرأ طارئ يجعلها تسقط عنه ثانيا. ومن أبرز الطوائر التي تسقط الحضانة، اختلال أحد شروطها المنصوص عليها سواء في نصوص التشريع أو في أحكام الفقه.

لقد جمع المشرع المغربي في باب مستقل شروط استحقاق الحضانة وأسباب سقوطها في المواد من 173 إلى 179 من مدونة الأسرة، إضافة إلى شروط أخرى نص عليها المشرع المغربي في إطار الحالة المنصوص عليها في المادة 400 من نفس المدونة.⁽¹⁾

ولأن الحاضن في حالة اختلال شروط الحضانة، لا يتصور منه أن يتخلى عنها بكيفية تلقائية وإرادية، فإن الأمر يحتاج إذن إلى رفع دعوى قضائية عليه، موضوعها طلب الحكم بإسقاط الحضانة عنه لسبب ما يجب الاستناد إليه، وترفع هذه الدعوى من كل ذي مصلحة ومن النيابة العامة.⁽²⁾

فقد نصت المادة 177 من مدونة الأسرة على ما يلي: «يجب على الأب وأم المحضون والأقارب وغيرهم إخبار النيابة العامة بكل الأضرار التي يتعرض لها المحضون لتقوم بواجبها للحفاظ على حقوقه، بما فيها المطالبة بإسقاط الحضانة».

(1) محمد الكشور. أحكام الحضانة. ص 86.

(2) المادة 112 من مدونة الأسرة نص على: «تعتبر النيابة العامة طرفا أصليا في جميع القضايا الرامية إلى تطبيق أحكام هذه المدونة».

وفي حال الاستعجال القسوى، ليس هناك ما يمنع من تقديم طلب إلى قاضي الأمور المستعجلة في إطار الفصل 149 من قانون المسطرة المدنية،⁽¹⁾ يرمي إلى عزل المحضون عن الحاضن إلى حين صدور حكم في الموضوع يفصل في سقوط أو في عدم سقوط الحضانة عن المدعي عليه.

والحكم القضائي بإسقاط الحضانة ليس نهائياً، إنما هو حكم قابل للاستئناف والقرار القضائي الإستئنافي الصادر في الموضوع يقبل الطعن بالنقض أمام المجلس الأعلى.⁽²⁾

البند الثالث: صاحب الحق في الحضانة وترتيب الحاضنين في ظل مدونة الأسرة

في إطار توجه المشرع المغربي لإضفاء حماية أكبر على الأطفال المحضون انسجاماً مع أحكام المادة 54 من م.أ.م قرر إعادة النظر في ترتيب الحاضنين، عندما نص في المادة 171 من م.أ.م⁽³⁾ على ما يلي: «تخول الحضانة للأم، ثم الأب، ثم لأم الأم، فإن تعذر ذلك، فللمحكمة أن تقرر بناء على ما لديها من قرائن لصالح رعاية المحضون، إسناد الحضانة لأحد الأقارب الأكثر أهلية، مع جعل توفير سكن لائق للمحضون من واجبات النفقة».

المشرع سعى من وراء هذا النص توفير حماية أكبر للأطفال المحضون. بما ينسجم مع مقتضيات المادة 54 في مدونة الأسرة السالفة الذكر والتي جعلت للأطفال على أبويهم مجموعة من الحقوق وبصفة خاصة حماية حياتهم وصحتهم منذ الحمل إلى حين بلوغ السن الرشد مع اتخاذ كل التدابير الممكنة للنمو الطبيعي للأطفال بالحفاظ على سلامتهم الجسدية والنفسية والعناية بصحتهم وقاية وعلاجاً مع الحرص على الوقاية من كل استغلال يضر بمصالحهم.

(1) المادة 149 من المسطرة المدنية تنص على: « يختص رئيس المحكمة الابتدائية بالبيت بصفته قاضياً للمستعجلات كلما توفر عنصر الاستعجلات

في الصعوبات المتعلقة بتنفيذ حكم أو سند قابل للتنفيذ أو الأمر بالحراسة القضائية...»

(2) محمد الكشور. أحكام الحضانة، ص 87-88.

(3) المادة 54 من مدونة الأسرة تنص على: « للأطفال على أبويهم الحقوق التالية:

1. حماية حياتهم وصحتهم منذ الولادة إلى حين بلوغ سن الرشد.
2. العمل على تتيب هويتهم والحفاظ عليها...
3. النسب والحضانة طبقاً لأحكام الكتاب الثالث من هذه المدونة.
4. إرضاع الأم لأولادها عند الاستطاعة.
5. اتخاذ كل التدابير المحمكة للنمو الطبيعي للطفل...
6. التوجيه الديني والتربية على السلوك القويم...».

والمادة 171 من م.أ.م تقرر ملاحظات تفرز ملاحظات أساسية تتوقف عندها:

- لقد منح المشرع الحضانة للأم ثم بعدها الأب، ثم بعدها أم الأم، أي الجدة من جهة الأم، بالتدرج، أي أنه متى سقطت عن أحدهم أو تحلى عنها انتقلت للذي يليه بالترتيب الوارد في النص التشريعي.⁽¹⁾ إن هذا الترتيب مسألة قانونية لا دخل فيه من حيث المبدأ للسلطة التقديرية للمحكمة حيث لا ينازع أحد في أن هؤلاء الثلاثة هم أقرب الأقرباء للطفل.
- إذا لم يوجد هؤلاء الثلاثة، كما لو كان الطفل يتيم الأبوين والجدة من جهة الأم مثلا فللمحكمة في هذه الحالة تعيين من بين أقارب المحضون، شريطة أن يكون أهلا لتلك الحضانة، وحتى يكون اختيار الحاضن من جانب المحكمة مبنيا على أسس سليمة، أعطاه المشرع حق الاستعانة بمساعدة اجتماعية على ما يتضح من المادة 172 من مدونة الأسرة والتي تنص على: «للمحكمة الاستعانة بمساعدة اجتماعية في إنجاز تقرير عن سكن الحاضن وما يوفره للمحضون من الحاجات الضرورية المادية والمعنوية».
- وقد تنبه المشرع للحالة التي لا يوجد فيها حاضن يعتني بالطفل، أو وجد لكنه يرفضها، أو لم تتوفر فيه الشروط التي تؤهله لذلك، كما للنيابة العامة أن تطلب من المحكمة اختيار من تراه صالحا للقيام بتلك المهمة، ولو من غير أقارب المحضون، ولها أن تأمر بإنزاله في إحدى المؤسسات الخاصة بذلك، وهذا حسب المادة 165 من م.أ.م والتي تنص على: «إذا لم يوجد بين مستحقي الحضانة من يقبلها أو وجد لم تتوفر فيه الشروط، رفع من يعنيه الأمر أو النيابة العامة إلى المحكمة لتقرر من تراه صالحا من أقارب المحضون أو غيرهم، وإلا اختارت إحدى المؤسسات المؤهلة لذلك».

البند الرابع: سقوط الحضانة في مدونة الأسرة المغربية

يرتبط موضوع سقوط الحضانة أشد ارتباطا بشروطها وبإثبات تلك الشروط، ومن أبرز الطوارئ التي تسقط الحضانة، إخلال أحد الشروط المنصوص عليها في النصوص التشريعية.⁽²⁾

(1) محمد الكشور. أحكام الحضانة. ص 29.

(2) محمد الكشور. المرجع نفسه. ص 86.

ولقد جمع المشرع المغربي في باب مستقل شروط استحقاق الحضانة وأسباب سقوطها في المواد من 173 إلى 179 من مدونة الأسرة ثمة عدة أسباب تؤدي إلى سقوط الحضانة، ولا بد أن يبين في الحكم موجب إسقاطها، كما إن إسقاط الحضانة قبل وجودها لا أثر له ولا يلزم مسقطها، وعلى المحكمة أن تقيم حجة التنازل عن الحضانة وبالتالي تتأكد من صفة المتنازلة وعلاقتها بالمحضون.⁽¹⁾

فالحكم القاضي بإسقاط الحضانة تكون المحكمة قد استعملت في إصداره سلطتها التقديرية، ولا رقابة للمجلس الأعلى عليها.

إن حكم القاضي بإسقاط الحضانة ليس نهائيا بل هو حكم قابل للاستئناف⁽²⁾، فزواج الحاضنة بغير قريب محرم من المحضون يسقط حق الأم في الحضانة على ولدها ما عدا إذا كانت وليا شرعيا، كما أن حق الحاضن يسقط إذا سكت عن هذا الحق مدة سنة بعد علمه بالبناء إلا لأسباب قاهرة طبقا للمادة 176 مدونة الأسرة فمدة سنة التي تشترطها المشرع تطبق على الأم كما تطبق على غير الأم، فهذه المدة وهي مدة سقوط وليس تقادم، وتحسب من تاريخ العلم بالبناء، أي بدخول الزوج بزوجه الحاضنة، سواء كانت أما أو غير أم.

ويلاحظ أن ممارسة الحاضنة للتجارة أو لحرفة لا تعتبر من مسقطات الحضانة عن الأم لأن مقتضيات المادة 173 من مدونة الأسرة حددت شروط الأهلية للحاضنة على سبيل الحصر وهذا ما كرسه الاجتهاد القضائي في قرار المجلس الأعلى: "... مجرد عمل الحاضنة أو ممارستها لمهنة ما لا يسقط حضانتها من حيث المبدأ..."⁽³⁾.

(1) محمد الشافعي، الطلاق والتطليق في مدونة الأسرة، سلسلة بحوث قانونية، طبعة 1، مطبعة الوراثة الوطنية، زنقة أبو عبيدة، مراكش، ص 218.

(2) الفصل 134 مسطرة المدنية، تنص: "استعمال الطعن بالاستئناف في جميع الأحوال عدى إذا قرر القانون خلاف ذلك يجب أن يقدم استئناف أحكام المحاكم الابتدائية خلال ثلاثين يوم.

إذا تعلق الأمر بقضايا الأسرة فإن استئناف الأحكام الصادرة في شئنها يجب تقديمه داخل أجل خمسة عشر يوم..."

(3) قرار المجلس الأعلى، مجلة المناهج القانونية، مؤرخ في 28/03/1999، عدد 57-58، ص 119.

وإذا كانت الحضانة لا تسقط مبدئياً بانتقال الحاضنة أو النائب الشرعي للإقامة من مكان إلى آخر داخل المغرب، فإنها تسقط بالانتقال إذا ثبت للمحكمة ما يوجب السقوط مراعاة لمصلحة المحضون وقبل مراعاة أية مصلحة أخرى ولو خصت الولي أو الحاضنة⁽¹⁾.

غير أن الانتقال بالمحضون خارج المغرب لا يؤدي إلى إسقاط الحضانة إذا وافق النائب الشرعي على ذلك، ولكن في غياب هذه الموافقة فإن النائب الشرعي أو للنيابة العامة تقديم طلبه للمحكمة لمنع السفر للمحضون خارج المغرب سواء أثناء النظر في إسناد الحضانة أو بقرار لاحق، وتتولى النيابة العامة مهمة تبليغ الجهات المختصة بمقرر المنع قصد اتخاذ الإجراءات اللازمة لذلك، وهذا ما أكدته قرار المجلس الأعلى⁽²⁾ حيث أيد القرار الاستئنائي الذي قضى بتأييد الحكم المستأنف بإسقاط حضانة الأم بعد انتقالها بالمحضون إلى السودان، غير أنه في بعض الأحيان تترك الحاضنة محضونها عند أمها أو خالتها أو غيرهن من النساء القربيات إليها وتساfer إلى الخارج للإقامة أو للعمل، فسفر الحاضنة غير اضطراري قد يحول دون قيامها بواجبات الحضانة التي تقتضي حفظ الولد مما قد يضره وتربيته والإشراف على مصالحه بصفة تشخيصية، وإسناد هذه المهمة إلى الغير يعتبر إخلالاً لا بواجب الحضانة وخرقاً للترتيب الوارد في المادة 171 م.أ.م مما يؤدي إلى التصريح يقول حضانة الأم عن المحضون وإسنادها لوالده، والعكس بالنسبة للأب⁽³⁾.

كذلك يمكن إسقاط الحضانة عن ممارستها باعتبارها تمثل جانباً من الولاية الشرعية، فالفصل 88 من المسطرة الجنائية التي تفضي بأنه يتعين على المحكمة أن تحكم بسقوط الولاية الشرعية على الأولاد عندما تصدر حكماً من أجل جنائية أو جنحة معاقب عليها قانوناً ارتكبها أحد الأصول على شخص أحد أطفاله القاصرين.

(1) محمد الشافعي. الطلاق التلقين. ص 219 وما بعدها؛ ومحمد الكشور. أحكام الحضانة. ص 87 وما بعدها.

(2) قرار المجلس الأعلى، مجلة المناهج القانونية، صادر 2006/01/4، عدد 67-2007، ص 133.

(3) محمد الأزهر. شرح مدونة الأسرة. ص 414 وما بعدها؛ إدريس الفاخوري. انحلال الرابطة الزوجية. ص 310 وما بعدها.

عندما تقضي المحكمة بإسقاط حضانة الأم المدعي عليها، فإنها تحكم بتسليم المحضون للمدعي باعتباره الأب والنائب الشرعي له.⁽¹⁾

البند الخامس: مدة الحضانة في مدونة الأسرة

لقد نصت المادة 166 في مدونة الأسرة على ما يلي: "تستمر الحضانة إلى بلوغ سن الرشد القانوني للذكر والأنثى على سواء".

بعد انتهاء العلاقة الزوجية يحق للمحضون الذي أتم الخامسة عشر سنة أن يختار من يحضنه من أبيه أو أمه.

وفي حالة عدم وجودها، يمكنه اختيار أحد أقاربه المنصوص عليهم في المادة 171 من مدونة الأسرة شريطة أن لا يتعارض ذلك مع مصلحته، وأن يوافق نائبه الشرعي.

وفي حالة عدم الموافقة يرفع الأمر إلى القاضي لبيت وفق مصلحة القاصر⁽²⁾.

وتجدر الإشارة إلى أن المشرع المغربي تبني نصح المذهب الشافعي⁽³⁾ من حيث أنه أعطي للمحضون عند نهايته مدة الحضانة حق اختيار أحد الأبوين أو أحد الأقارب⁽⁴⁾ المنصوص عليهم في المادة 171 من مدونة الأسرة وغير أنه سكت في الحالة التي يختار فيها المحضون الأب والأم معا كما سكت عن الحالة التي لم يختار فيها المحضون أي أحد منها ويشفع له في ذلك ما نصت عليه المادة 400 من مدونة الأسرة والتي تنص على أن كل ما لم يرد به نص يرجع إلى قواعد المذهب المالكي وإلى قواعد الاجتهاد الذي يراعي فيه تحقيق قيم الإسلام، وبهذا المعنى صدر قرار من محكمة الاستئناف بالدار البيضاء بتاريخ 1992/2/28 جاء فيه ما يلي: "... فإن الابن المريض البالغ من العمر 26 سنة والذي ثبت طبييا أن عمره العقلي لا يتجاوز سبع سنوات يكون من مصلحته البقاء

(1) محمد الشافعي. الطلاق والتطليق. ص 219 وما بعدها.

(2) المادة 166، مدونة الأسرة.

(3) الشافعية، المذهب للشيرازي. ج2. ص 169.

(4) عبد الله الوسي التناي، شرح مدونة الأسرة في إطار المذهب المالكي، ج3، مطبعة النجاح، الدار البيضاء، ص 77.

مخضونا من طرف أمه،... فإن لهذه الأخيرة حق المطالبة بنفقة الابن وأجرة حضانتها...⁽¹⁾. وهذا ما أشارت إليه مدونة الأسرة في الفقرة الثابتة من المادة 175⁽²⁾.

كما قد يحدث أن تسقط الحضانة من الحاضن لسبب من أسباب السقوط ثم يرفع هذا السبب وتعود الحضانة إلى مستحقيها⁽³⁾ وهو ما نصت عليه المادة 170 من مدونة الأسرة والتي تنص: "تعود الحضانة لمستحقيها إذا ارتفع عنه العذر الذي منعه منها، يمكن للمحكمة أن تعيد النظر في الحضانة إذا كان ذلك في مصلحة المخضون".

الفرع الثاني: مفهوم الحضانة في مجلة الأحوال الشخصية التونسية

تعتبر الحضانة من المؤسسات القانونية التي شهدت تطورا تشريعا في القانون التونسي مرده تأثر هذا الأخير بالأفكار والمفاهيم الحديثة، غير أن هذا التطور لم يكن شاملا إذ نجد في شأن هذه المؤسسة حلولاً تعتمد أحيانا تصورات حديثة وأحيانا أخرى أفكار تقليدية.

البند الأول: تعريف الحضانة

عرف المشرع التونسي الحضانة حسب الفصل 54 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية بقواها: «الحضانة حفظ الولد في مبيته والقيام بتربيته».

وهي تشمل الرعاية والتعهد بنظافته وبكل ما يصلحه ويكفل وقايته مما قد يؤديه أو يضر بسلامته سواء منها المعنوية، أو النفسية أو الجسدية أو الذهنية،⁽⁴⁾ وهذا ما أكده قرار تعقيبي مديني صادر بتاريخ 1993/03/8 والذي جاء فيه: «إن الحضانة حق للصغير لاحتياجه إلى من يراعه ويحفظه ويقوم على شؤونه، ويتولى تربيته، ولذلك يتعين إجبار الأم على الحضانة حسب الفصل 55 م.أ.ش إذا احتاج الطفل إليها ولم يوجد غيرها، لأن

(1) مجلة المحاكم المغربية، العدد 64-65، 1992.

(2) المادة 2/175 تنص: "... بأنه إذا كانت بالمخضون علة أو عاهة تجعل حضانتها مستعصية على غير فإن زواجها لا يسقط حضانتها".

(3) عبد العزيز هديوي، الطلاق والملاحظات العملية المثارة على ضوء مدونة الأسرة، طبعه الأولى، 2014، مطبعة والوراقة الوطنية، مراكش، ص 128 وما بعدها.

(4) محمد اللحجي. قانون الأسرة. ص 449 - 450.

إهمال الطفل يعرضه للهلاك والضياع»⁽¹⁾، وهي من حقوق الأبوين معا مادامت الحياة الزوجية قائمة بينهما، ومن حقوق من بقي حيا منهما في صورة وفاة أحدهما أما إذا انقضت العلاقة بينهما بالطلاق، فإنها تسند للأصلح والأكفأ منهما أو من غيرهما عند اقتضاء ذلك لتعهد المحضون بحسن العناية والتربية وتأمين مصلحته الفضلى.

وتبرز أهمية مؤسسة الحضانة من خلال كثافة النصوص التشريعية المنظمة لها، وكثرة تدخل المشرع لتعديل تلك النصوص حتى تواكب التغيرات الاجتماعية وكذلك من خلال غزارة فقه القضاء المتعلق بها. وبقراءة بعض أحكام مجلة الأحوال الشخصية يمكن القول أن المشرع يعتبرها حقا للحاضن إذ يجيز له بموجب الفصل 64 م.أ.ش⁽²⁾ التنازل عنها على أن يتولى القاضي تكليف غيره بها، كما أن الفصل 55 م.أ.ش⁽³⁾ نص على أن الحاضنة لا تجبر على الحضانة إلا إذا لم يوجد غيرها، فالحضانة حق للحاضن يمكنه التنازل عنه بشرط وجود حاضن غيره وعدم مساس تنازله بمصلحة المحضون.

إن الحق في التنازل عن الحضانة لا يجلب توجه المشرع التونسي نحو اعتبارها حقا أساسيا للطفل وصلت حد تجريم إخلال الحاضن بواجباته تجاه المحضون مثل جريمة تعريض المحضون للخطر حسب نص الفصل 212 من المجلة الجزائية⁽⁴⁾، وجريمة إهمال واجبات الحضانة موضوع الفصل 213 مكرر المجلة الجزائية⁽⁵⁾، وقد أكدت محكمة التعقيب مساس أحكام الحضانة بالنظام العام لتعلقها بالقصر، واعتبرت أن كل اتفاق في شأنها يتجافى مع مصلحة المحضون يعد لاغيا، وطالما أن الحضانة حق للمحضون أساسا فهي واجب على الحاضن، وهذا ما أكدته

(1) قرار تعقيبي مدني، عدد 36815، صادر بتاريخ 08 / 03 / 1993، نقلا عن: (عصام الأحمر. مجلة الأحوال الشخصية محينة ومثراة بفقہ القضاء. تونس 2019).

(2) الفصل 64 مجلة الأحوال الشخصية ينص على: «يمكن لمن عهدت إليه الحضانة أن يسقط حقه فيها ويتولى الحاكم في هذه الصورة تكليف غيره بها».

(3) الفصل 55 مجلة الأحوال الشخصية ينص على: «إذا امتنعت الحاضنة من الحضانة لا تجبر عليها إلا إذا لم يوجد غيرها»

(4) الفصل 212 مكرر أضيف بالقانون عدد 29 لسنة 1971، المؤرخ في 14 / 06 / 1971 ينص على: «الأب والأم أو غيرهما ممن تولى بصفة قانونية حضانة قاصر إذا تخلص من القيام بالواجبات المفروضة عليه إما بهجر منزل الأسرة لغير سبب جدي أو بإهمال شؤون القاصر أو التخلي عنه داخل مؤسسة صحية أو اجتماعية لغير فائدة وبدون ضرورة... يعاقب بالسجن مدة ثلاثة أعوام وبخطية قدرها خمسمائة دينار».

(5) الفصل 213 مكرر (نقح بالقانون عدد 93 لسنة 1955، المؤرخ في 09 / 11 / 1995) ينص على: «يعاقب بالسجن مدة اثني عشر عاما مرتكب الأفعال المقررة بالفصل 212 من هذه المجلة إذا نتج عن الإهمال بقاء الطفل أو العاجز مبتور الأعضاء أو مكسورها أو إذا أصيب بعاهة بدنية أو عقلية، ويعاقب بالسجن بقية العمر إذا نتج عن ذلك الموت».

قرار تعقيبي مدني صادر بتاريخ 08 /03 /1994 جاء فيه: «إن كان لكل من المحضون والحاضنة حق الحضانة إلا أن حق المحضون أقوى من حق الحاضنة وإن إسقاط الحاضنة لحقها لا يسقط حق الصغير في الحاضنة»⁽¹⁾.

البند الثاني: النظام القانوني للحضانة

نتناول في هذه الجزئية موضوع الدراسة من خلال عنصرين اثنين، نخصص الأول لاستعراض قواعد العامة التي تحكم الحضانة وتتولى ضمن العنصر الثاني عن قواعد تعيين الحاضن في مختلف الأحوال التي تمر بها الأسرة.

أولاً - القواعد العامة للحضانة:

تتصل هذه القواعد بالشروط الواجب توفرها في الجهة الحاضنة، وبحقوق الجهة الحاضنة وواجباتها، وبالصبغة الوقتية لحجية الحكم القائي بالحضانة، وباتصال الحضانة بالنظام العام.

أ. مواصفات الجهة الحاضنة:

اشتراط أحكام الفصل 58 م.أ.ش المذكور في مستحق الحضانة: «يشترط في مستحق الحضانة أن يكون مكلفاً أميناً قادراً على القيام بشؤون المحضون سالماً من الأمراض المعدية ويزاد إذا كان مستحق الحضانة ذكراً أن يكون عنده من يحضن من النساء وأن يكون محرماً بالنسبة للأنتى وإذا كان مستحق الحضانة أنتى فيشترط أن تكون خيالية من زوج دخل بها ما لم ير الحاكم خلاف ذلك اعتباراً لمصلحة المحضون أو إذا كان الزوج محرماً للمحضون أو ولياً له أو يسكت من له الحضانة مدة عام بعد علمه بالدخول ولم يطلب حقه فيها أو أنها كانت مرضعاً للمحضون أو كانت أما وولية عليه في آن واحد».

يرى المشرع التونسي أن تتوفر في الحاضن الصفات الأخلاقية والقدرة على القيام بشؤون المحضون كما يجب⁽²⁾، وأن يكون مكلفاً، ولا يهيم بعد ذلك إن كان قد بلغ سن الرشد المدني أم لا، ذلك أن المشرع وإن اشترط في الحاضن التكليف إلا أنه لم يشترط فيه إدراك سن الرشد⁽¹⁾.

(1) قرار تعقيبي مدني، عدد 38775، مؤرخ في 08/03/1995، نشرية، محكمة التعقيب، قسم مدني، ص 282.

(2) محمد اللحمي. قانون الأسرة. ص 454.

(1) قرار تعقيبي مدني، عدد 1507، مؤرخ في 06/11/1962، نشر به محكمة التعقيب، 1962، قسم مدني، ص 57، جاء فيه: «المنظور أصالة في الحضانة هي قدرة الحاضن على القيام بشؤون المحضون وتحليه بما يجب من الصفات الأخلاقية والصحية، أما الرشد القانوني فلم يشترطه القانون وإنما إشتراط التكليف وهو التمييز والبلوغ الطبيعي».

كما لم يميز المشرع التونسي طلب الفصل 59 م.أ.ش⁽¹⁾ إسناد حضانة الطفل إلى حاضنة من غير دين أب المحضون إلا إذا لم يتم المحضون الخامسة من عمره و لم يكن هناك ما يحمل على الخشية عليه من أن يألف غير دين أبيه، إلا أنه سرعان ما استثنى، طلب ذات السند التشريعي المشار إليه، من ذلك المنع الحاضنة التي هي أم المحضون، وترتبا على ذلك، فإنه إذا ما اقتضت مصلحة الطفل إسناد حضائته لأمه، وكان أبواه مختلفي الديانة، فلا يهم أن تكون الأم من غير دين أب المحضون، ولا يحول ذلك الاختلاف في دين دون صحة منح الحضانة إليها، لأن الأم هي أولى الناس بحضانة صغيرها، ولو كانت من غير دين الأب، لأن الشفقة و القدرة لا تختلف باختلاف الإلتفاء الديني.

ولأن اختلاف الأديان لا يوجب إسناد الحضانة للأب إلا إذا كانت الحاضنة امرأة أخرى غير أم المحضون ذاتها وهذا ما أكده قرار تعقيبي مدني صادر بتاريخ 1999 /01/04 ينص على: «لا يشترط لصحة حضانة الأم اتحادها في الدين مع أب المحضون باعتبار الأم أحق بالحضانة ولئن كانت على غير دين الأب إلا متى تبين أن في حضائتها خطر على المحضون»⁽²⁾.

ب. حقوق الجهة الحاضنة وواجباتها:

ينص الفصل 60 المنقح بالقانون عدد 74 لسنة 1993 المؤرخ في 12 /07 /1993 على أن: «للأب وغيره من الأولياء وللأم النظر في شأن المحضون وتأديبه وإرساله إلى أماكن التعليم لكنه لا يبيت إلا عند الحاضنة، كل ذلك ما لم ير القاضي خلافه لمصلحة المحضون». وعليه يتعين على الحاضن، رجلا كان أو امرأة أن يراعي حق الطرف الآخر في زيارة المحضون، فلا يحق له أن يسافر به مسافة يعسر معها، بحكم بعدها عن مقر الولي الآخر الاعتيادي، وبعد تلك المسافة أو قربها لزيارة المحضون هي مسألة واقعية يخضع تقديرها للاجتهاد المطلق لقضاة الأصل بشرط التعليل⁽¹⁾.

(1) الفصل 59 م.أ.ش ينص على: «إذا كانت مستحقة الحضانة من غير دين أب المحضون فلا تصح حضائتها إلا إذا لم يتم المحضون الخامسة من عمره وأن لا يخشى عليه أن يألف غير دين أبيه ولا تنطبق أحكام هذا الفصل على الأم إن كانت هي الحاضنة».

(2) قرار تعقيبي مدني، عدد 69523، مؤرخ في 1999/01/04، نشرية محكمة التعقيب، قسم مدني، ص 252، نقلا عن: (عصام الأحمر. مجلة الأحوال الشخصية. ص80).

(1) محمد اللحمي. قانون الأسرة. ص 455 - 456.

كما يمنع المشرع التونسي أن يسافر الأب بالمحزون من بلد أمه إلا برضاها، وهذا حسب الفصل 62 م.أ.ش الذي ينص: «يمنع الأب من إخراج الولد من بلد أمه إلا برضاها مادامت حضانتها قائمة وما لم تقتض مصلحة المحزون خلاف ذلك».

ج. الصبغة الوقتية لحجية الحكم القاضي بالحضانة:

الأصل في الأحكام الصادرة في شأن الحضانة أنها ذات حجية مؤقتة لأن إسناد الحضانة يتأسس على معطيات واعتبارات واقعية تحتمل التغيير والتبديل، يتم تقييمها في وقت صدور الحكم أو القرار على ضوء مصلحة المحزون، ويجوز للمحكمة إعادة النظر في إسناد الحضانة كلما تغيرت تلك المعطيات واقتضت ذلك مصلحة المحزون.

والصبغة الوقتية لحكم الصادر بالحضانة لا تكفي لجعل الاختصاص بالبت في موضوعها للقاضي الاستعجالي ذلك أن مناط اختصاص القاضي الاستعجالي تأكد الموضوع وعد مساسه بالأصل، والبت في الأحق بالحضانة يمس بصميم الأصل ولا يملك القاضي الاستعجالي التعهد به والفصل فيه⁽¹⁾، وهذا ما أكد قرار تعقيبي مدني صادر بتاريخ 1989/12/12 الذي جاء فيه: «موضوع الحضانة خارج عن أنظار القضاء المستعجل الذي مناطه التأكيد وعدم المساس بالأصل»⁽²⁾.

د. اتصال الحضانة بالنظام العام:

وللحضانة اتصال وثيق بالنظام العام باعتبارها تشكل إحدى الأسس التي تقوم عليها الأسرة التي هي قوام النظام الاجتماعي، وتتصل بحالة الأشخاص التي عن نطاق إرادة من منح إياها. وهذا ما أكدته قرار تعقيبي صادر بتاريخ 1992/04/21 الذي جاء فيه: «إن أحكام الحضانة لها مساس بالنظام العام لتعلقها بالقصر فإنه لا يمكن التعاقد بشأنها وإسنادها دون تدخل القضاء للنظر فيها»⁽¹⁾.

(1) محمد اللحمي. قانون الأسرة. ص 458 .

(2) قرار تعقيبي مدني، عدد 18144، مؤرخ في 12 / 12 / 1989، نشره محكمة التعقيب، سنة 1989، القسم المدني، ص 484، نقلا عن: (محمد الهادي بن عبد الله. الالتزامات والعقود والأحوال الشخصية. ص 518).

(1) قرار تعقيبي، عدد 31481، مؤرخ في 21 / 04 / 1992، مجلة القضاء والتشريع، عدد 1، سنة 1994، ص 83، نقلا عن: (محمد الهادي بن عبد الله. الالتزامات والعقود والأحوال الشخصية. ص 519).

وتأسيسا على ذلك فإن كل اتفاق بشأنها لا يأخذ مصلحة المحضون بالاعتبار يكون لاغيا، لا به يعمل ولا عليه يعول.

ويترب عن ذلك على وجه الخصوص أن المحكمة، من أي درجة كانت يجوز لها أن تتصدى لكل ما يخل بقواعد الحضانة الآمرة فيما تتعهد به من دعاوي وطعون من تلقاء نفسها، ويجوز إثارة مثل تلك الدفوع من أي طرف من الخصوم وحتى من النيابة العامة أي طور من الأطوار التقاضي (1).

ثانيا - تعيين الجهة الحاضنة:

وتكون مشتركة بين أبوي المحضون ما دامت وضعيتها العائلية قائمة ومستقرة، وتؤول لمن بقي حيا منهما في صورة وفاة أحدهما، وفي صورة وفاتهما معا.

أ. الحضانة المشتركة في الوضع العادي لاستقرار الأسرة:

ينشأ الحق في الحضانة بولادة المحضون، ويعقد ذلك الحق لفائدة أبويه معا منذ استهلاله حيا ولا ينازعهما فيه أحد، حيث يتكفل أبواه بحضانتهم من رعاية وحماية وتأمين مستلزماته المعيشية والسهر على تربيته، ولأن في إهمال حفظه تعريض لسلامته وحياته للخطر.

وبالنظر إلى خطورة ما يترتب عن إخلال الأبوين أو إحداهما بمستلزمات الحضانة من آثار على سلامة المحضون، فقد أنشأ المشرع التونسي من الإخلال بالحضانة أو التقصير البين في الاضطلاع بمستلزماتها جريمة جزائية، لا في حق المحضون فحسب، وإنما في حق الهيئة الاجتماعية بأسرها، وهذا ما نص عليه الفصل 212 المحكمة الجزائية السالفة الذكر. (2)

ب. تعيين الحاضن في صورة انحلال الرابطة الزوجية:

إذا ما تازمت العلاقة بين أبوي المحضون فأقدا على الانفصال بالطلاق، فإن مصلحة الأبناء تقتضي من قاضي الأسرة بإسناد حضانتهم للأصلح منهما حتى من غيرهما والأقدر على حفظهما والإشراف على تربيتهم وعلى دراستهم وتأمين عموم مستلزمات معيشتهم.

(1) محمد اللحمي. قانون الأسرة. ص 459.

(2) محمد اللحمي. المرجع نفسه. ص 460 - 461.

ولا يجوز إسناد حضانتهم لطرف ثالث، إلا إذا ثبت عدم قدرة أي منهما على الاضطلاع بأعبائها وأن إسنادها لغيرهما ممن توفرت فيه المؤهلات الضرورية الكفيلة بتأمين مصلحتهم الفضلى.

وإن تعذر التوفيق بينهما من قبل قاضي الأسرة حول نزاع بين الزوجين، يتعين عليه وحفاظا على مصلحة الأطفال ولتفادي تركهم عرضة للإهمال والتشرد بسبب الشقاق بين الأبوين، أن يبادر دون تأخر، ولو دون طلب من أي من الزوجين، بتعيين الأصلح منها بحضانتهم، بموجب قرار فوري يكون قابلا للتنفيذ بقوة القانون. ولمحكمة الطلاق، إذا ما تراء لها أن لا أحد من الأبوين يصلح لحضانة الأبناء، لأسباب يتعين عليها استظهارها في مستندات حكمها، أن تسند حضانتهم، استثناء للمبدأ العام، لغيرهما ممن تتوفر فيه كافة الشروط التي اقتضاها المشرع طلب الفصل 58م.أ.ش السالف الذكر، بشرط أن يكون إسنادها إلى غير أبويهم يحقق مصلحتهم بصورة أفضل.⁽¹⁾

البند الثالث: أسباب سقوط الحضانة في مجلة الأحوال الشخصية التونسية

يزول الحق في الحضانة بإسقاطه ممن له الحق فيه وعهد بها إليه بشرط وجود حاضن آخر غيره، كما يزول ذلك الحق عن الأبوين وعن غيرهما وفي كل الأحوال بزوال حاجة المحضون للحضانة.⁽²⁾

أولا - زوال الحق في الحضانة بإسقاطها:

أجاز المشرع التونسي صلب أحكام الفصل 64 من م.أ.ش: تنص على: "يمكن لمن عهدت إليه الحضانة أن يسقط حقه فيها ويتولى الحاكم في هذه الصورة تكليف غيره بها"، إلا أن هذه الإجازة التي أعطاها المشرع تظل مقيدة بشرط وجود من يحض القاصر من الأكفاء الآخرين وألا يترك القاصر عرضه للتشرد والإهمال، أو عبثا على الغير لا تربطه به علاقة قرابة، أو على الهيئة الاجتماعية التي لا تصح إلا في غياب حاضن كفاء من أفراد أسرته وعلى وجه أخص من بين أحد أصوله ممن تتوفر فيهم المؤهلات.

(1) محمد اللحمي. قانون الأسرة. ص 465

(2) محمد اللحمي. المرجع نفسه. ص 465.

ولكن منع الفصل 55 من م.أ.ش جبر الحاضنة في صورة امتناعها عن الحضانة على الاضطلاع بها رغما، إلا أنه استثنى من ذلك المنع الفرضية التي لا يوجد فيها غيرها لإسنادها إليه، ذلك أن الحضانة بقدر ما هي حق للأبوين لا يجوز حرمانها من ممارستها دون سبب مشروع متصل بمصلحة محضونها، لذلك فإن إسقاط الحاضنة حقها في الحضانة لا يسقط بالضرورة حق الصغير فيها، ويتعين إجبار الأم على الحضانة إذا ما احتاج الطفل إليها، لتلبية حاجياته وتأمين حضائته وفقا لما تقتضيه مصلحته⁽¹⁾، وهذا ما أكده قرار تعقيبي حيث جاء فيه: "... وإن كان كل من المحضون والحاضنة حق الحضانة إلا أن حق المحضون أقوى من حق الحاضنة وإن إسقاط الحاضنة لحقها لا يسقط حق الصغير في الحضانة"⁽²⁾.

ثانيا - تزوج الحاضنة بغير محرم:

إن إسناد حق الحضانة إذا كان المحضون أنثى يجب أن تكون الحاضنة خالية من زوج دخل بها وذلك مخافة اتصال ذلك الزوج بالمحضونة، ومن ثم فإن الحاضنة إذا كانت غير متزوجة عندما أسندت إليها الحضانة، لكن إذا تزوجت يكون من شأنه أن يسقط مبدئيا الحضانة إذا كان الزوج غير محرم بالنسبة للمحضونة⁽³⁾ لكن المشرع التونسي أعطي أجرا قدره عام لمستحق الحضانة كي يقوم بقضية في إسقاط الحضانة، وهذا ما جاء به القرار التعقيبي حيث جاء عنه: "... يشترط في مستحقة الحضانة أن تكون خالية زوج دخل بها..."⁽⁴⁾.

إذا قام من يستحقها خلال العام الموالي من يوم علمه بالدخول يكون إسقاط آلي للحضانة، ومن يسكت مدة عام من تاريخ العلم بالدخول سقط حقه في الحضانة، وهذا ما قرره محكمة التعقيب بقولها: "... سكوت مستحق الحضانة عن المطالبة بنقل المحضونة إليه لتزوج الحاضنة بغير

(1) محمد اللجمي. قانون الأسرة. ص 469 وما بعدها.

(2) قرار تعقيبي مدني، مؤرخ 1993/03/8، عدد 36815، النشرة، 1993، ص 294؛ نقلا عن: (محمد الهادي بن عبد الله . الالتزامات والعقود والأحوال الشخصية. ص 127).

(3) ساسي بن حليمة. محاضرات في قانون الأحوال الشخصية. ص 142.

(4) قرار تعقيبي مدني، مؤرخ 1964/03/31، عدد 2300، مجلة القضاء والتشريع، العدد 1964/8، ص 31، نقلا عن: (محمد بن عبد الله، النزاعات والعقود والأحوال الشخصية. ص 513).

محرم للمحضونة مدة عام بعد علمه بالدخول بها من طرف الزوج الثاني يسقط حقه في الحضانة⁽¹⁾، فكان فقه القضاء متمثلاً في إسقاط الحضانة بصورة آلية لمجرد تزوج الحاضنة بغير محرم على المحضونة.

ثالثاً - سفر الحاضنة بالمحزون:

لقد نص المشرع التونسي على صلب الفصل 61 من م.أ.ش: "إذا سافرت الحاضنة سفر نقله مسافة يعتبر معها على الولي القيام بواجباته نحو منظوره سقطت حضانتها"، من الواضح أنه إذا انتقلت الحاضنة إلى بلد أجنبي فإن ذلك من شأنه أن يحول دون قيام الولي بمشمولات الولاية، لكن حتى بالنسبة لانتقال الحاضنة داخل البلاد فمن الممكن أن تنبثق عنه بعض المشاكل المتعلقة بتقدير تلك المسافة.

يبدو أنه لا وجود لمعيار عام فالأمر موكول مبدئياً لاجتهاد قضاة الموضوع، ومن بين الصور القضائية ما جاء به القرار التعقيبي الذي نص على: "... تسقط حق حضانة المحزون عن الأم عند انتقالها نقله يعسر معها على الأب القيام بواجباته إزاء منظوره تطبيقاً للفصل 61 من م.أ.ش"⁽²⁾.

البند الرابع: مدة الحضانة في مجلة الأحوال الشخصية التونسية

لم تعد ممارسة حق الحضانة مرتبطة ببلوغ المحزون سن معينة، مثلما كانت عليه قبل التعديل الذي أدخل في سنة 1966 على أحكامها. بمجلة الأحوال الشخصية⁽¹⁾، فهي اليوم تظل قائمة بغير انقطاع في تاريخ ولادة المحزون إلى حين يصبح في غنى عنه بحكم قدرته على تأمين حفظ نفسه بنفسه.

(1) قرار تعقيبي مدني، مؤرخ 1966/6/7، مجلة القضاء، التشريع، العدد 69، ص 1966، ص 25.

(2) قرار تعقيبي مدني، مؤرخ 1987/10/6، النشرة، ص 207، نقلاً عن: (محمد الهادي بن عبد الله. الالتزامات والعقود والأحوال الشخصية. ص 124).

(1) الفصل 67 من م.أ.ش قبل التنقيح بموجب القانون عدد 49 سنة 1966، بالمؤرخ في 3 جوان 1966 ينص على: « يتعين أن يكون المحزون قبل بلوغ الذكر سن السبع سنين وبلوغ الأنثى لتسع سنوات عند الحاضنة، فيما بعد هذا الأمر إذا طلب نقل المحزون إليه يجاب إلى طلبه ما لم ير القاضي أن من الأصلح بقاءه عند الحاضن».

وباعتبار أن الشخص يترشد بحكم القانون بإدراكه سن العشرين عاما ويصبح بداية من إدراك تلك السن وما لم يسبق صدور حكم بالتحجير عليه لسبب من الأسباب غير الصغر، كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية بغير واسطة وتكون جميع تصرفاته نافذة⁽¹⁾.

ولما كان زواج القاصر الذي تجاوز سن السابعة عشرة يرشده فيما يتعلق بحالته الشخصية و معاملاته المدنية والتجارية، فلا أقل من أن يترتب عن زواجه أيضا انتهاء أمد حضائته من تاريخ الدخول بالزوجة، بل وإن حضائته تنتهي أيضا حتى قبل إدراكه سن السابعة عشرة إن كان هو تزوج في نطاق الإمكانية الاستثنائية التي خولتها أحكام الفصل الخامس من مجلة الأحوال الشخصية⁽²⁾ قبل تلك السن، إذ أن زواج الشخص يصيره في غنى تام عن الحضانة.⁽³⁾

كما تسقط الحضانة آليا بإدراك تلك السن، ولا يحتاج سقوطها إلى صدور حكم قضائي في ذلك، وعليه فإن الأم الحاضنة لا يمكنها أن تدعى استمرار صفتها كحاضنة للمطالبة باستمرار بقائها بالمسكن الذي خصص لممارسة الحضانة.

ورغم أن زواج القاصر ذكرا كان أو أنثى يرشده حسبما نصت على ذلك أحكام الفصل 157 من م.أ.ش إلا أن الحضانة لا تنتهي بمجرد عقد القاصر لزواجه، وإنما تستمر إلى حين الدخول الفعلي بين الزوجين وانتقال الزوج المرشد ذكرا كان أو أنثى من باب أولى الأنثى من محل حاضنة إلى محل الزوجية.

وفي المقابل ولئن يظل الابن المزاول تعلمه مستحقا للنفقة بعد سن الرشد إلى نهاية تعلمه على ألا يتجاوز الخامسة والعشرون، ولئن تظل البنت التي لم يتوفر لها الكسب مستحقة للنفقة حتى بعد إدراك سن الرشد إلى أن تصبح نفقتها واجبة على زوجها، وأن الإبن المعوق العاجز عن الكسب يظل مستحقا لها دون تحديد في السن،

(1) الفصل 157 من م.أ.ش تنص على: « إذا أمم الصغير المولى عليه العشرين عاما كاملة ولم يسبق صدور حكم بالتحجير عليه لسبب من الأسباب غير الصغر فإنه يصبح وجوبا رشيدا له كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية وتكون جميع تصرفاته نافذة».

(2) الفصل 05 من م.أ.ش ينص على: «... إبرام عقد الزواج دون السن المقررة يتوقف على إذن خاص من المحاكم...».

(3) محمد اللحجي. قانون الأسرة. ص 471 - 472.

إلا أنهم يكونون بمجرد إدراكهم سن الرشد غير معتبرين من المحضونين وإنما هم أشخاص في كفالة والدهم ماليا باعتبار أن والدهم ملزم قانونيا بمواصلة الإنفاق عليهم.⁽¹⁾

(1) محمد اللجمي. قانون الأسرة. ص 473-474.

المبحث الثاني: سكنى الحاضنة في قوانين الأحوال الشخصية المغاربية

إذا كانت كل من العدة والحضانة تعتبران كأثر من آثار الطلاق، فإن إسكان المطلقة الحاضنة يعتبر أيضا أثرا من آثار الطلاق، ويشكل جزءا من الحضانة، ولما كانت النفقة الأصل فيها أنها من الحقوق المالية الواجبة على الزوج لزوجته، وإن من ممتلكتها السكن، وعليه فهو حق ملزم للزوجة وثابت لها، وعليه فالحضانة إذا حق للمحزون والحاضنة على حد سواء، وواجب في الوقت ذاته تلتزم به الحاضنة لأكما أولى الناس وأقدرهم على أدائه على أكمل وجه، ولكن ذلك مشروط بأن تمارس الحاضنة حضانتها في موضع محدد هو مسكن الحاضنة. وهذا ما سنتناوله بالدراسة في هذا المبحث في كل من قوانين الأحوال الشخصية المغاربية وفق التفصيل الآتي:

- المطلب الأول: حق المطلقة الحاضنة في السكنى في قوانين الأحوال الشخصية المغاربية.
- المطلب الثاني: حق المطلقة الحاضنة في السكنى في مدونة الأسرة المغاربية.
- المطلب الثالث: حق المطلقة الحاضنة في السكنى في مجلة الأحوال الشخصية التونسية.

المطلب الأول: حق المطلقة الحاضنة في السكنى في قوانين الأحوال الشخصية المغاربية

إن ممارسة الحضانة تقتضي مجهود كبير في تربية المحزون ونشأته السوية، فحرمة الشخص تقتضي أن يكون آمنا على نفسه، بيته، وأسراره، وحرية تنقله، وعلى ذلك يعد السكن ضرورة أساسية من ضروريات المعيشة السوية، ويبي مجموعة من الحاجات النفسية والمادية والاجتماعية، فهو عنصر جوهري من عناصر ضمان الكرامة الإنسانية لذا وجب تحديده من جميع الجوانب. وهذا ما سنحاول التطرق إليه وفق التفصيل الآتي:

- الفرع الأول: مفهوم سكنى الحاضنة.
- الفرع الثاني: سكنى الحاضنة بين مؤيد ومعارض في البقاء.
- الفرع الثالث: شروط استحقاق الحاضنة للسكنى في قانون الأسرة الجزائري.

الفرع الأول: مفهوم سكني الحاضنة

نتطرق هنا إلى إعطاء تعريف المسكن من الناحية اللغوية والاصطلاحية، وكذا القانونية، وهكذا وفق التفصيل الآتي:

البند الأول: التعريف اللغوي

السكن في اللغة من سَكَنَ: السُّكُونُ: من الفعل سَكَنَ، يَسْكُنُ، سُكُونًا ضد الحركة. فالمسكن هو ما يسكن إليه من أهل ومال،⁽¹⁾ وسكن المرأة هو المسكن الذي يسكنها الزوج إياه، يقال لك داري هذه سكن إذا أعاره مكنه بسكنه.⁽²⁾ والسكَنُ: أن تسكن الإنزال منزلا بلا كراء، والسكن: العيال وأهل البيت أو أهل الدار وسكن المرأة: السكن الذي يسكنها الزوج إياه والمسكن موضع بعينه.⁽³⁾

وبالنظر إلى التعريف اللغوي للمسكن يتضح أنهما تدور حول السكن المادي الذي هو مأوى الشخص الذي بمعنى الهدوء والسكون.

البند الثاني: التعريف الاصطلاحي

نتطرق إلى تعريف السكن وفق ما جاء به الفقهاء وهذا على النحو الآتي:

أولا - تعريف الملكية:

إن الدار التي يعدها الزوج ينبغي أن تكون مسكنا مستقلا يتوفر فيها كل المنافع الضرورية كالحمام والمطبخ، فالدار عندهم ليست الحجرة المعدة للنوم فقط، وإنما منزل متكامل يجوي كل اللوازم الضرورية.

ثانيا - تعريف الحنفية:

ويجب لها السكن في بيت خال عن أهله وبيت منفرد من دار له غلق ومرافق ومراده لزوم كنيف، ومطبخ، وينبغي الإفتاء به بحر لحصول المقصود⁽⁴⁾ والمسكن عند الحنفية يجب أن تتحقق فيه الأمور التالية:

(1) أحمد بن محمد بن علي الفيومي، المصباح المنير، مكتبة لبنان ناشرون، لبنان، 2001، ج1، ص 303.

(2) الفيروز أبادي. القاموس المحيط. ج3. ص 297.

(3) الأزهرى، تهذيب اللغة، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 2001، ج10، ص93.

(4) ابن عابدين، حاشية الدر المختار. ج3، ص600.

أن يكون السكن خاص بالزوجة تنفرد به، وله باب يغلق بالإضافة إلى المرافق من حمام ومكان الطبخ وذلك حتى يتم تحقيق المقصود من الزواج.

ثالثا - تعريف الشافعية:

ذكر الشافعية أن المنزل يجب أن يكون له دار أو حجرة أو غيرهما، وهذا يعني أن يكون المنزل مشتملا على عدد من الغرف (1). أو ما تحتاج إليه الزوجة.

رابعا - تعريف الحنابلة:

على الزوج أن يسكنها في مسكن يتحقق فيه الإسترار عن العيون، وفي التصرف والاستمتاع، وحفظ المتاع. ويكون المسكن على قدر يسارهما وإعسارهما، ولأنه واجب لها لمصلحتها في الدوام، فجرى مجرى النفقة والكسوة (2).

فالمسكن هنا يجب أن يكون ساترا لمن يدخله ليحقق الغرض من بنائه من العيش وحفظ للأمتعة وسائر الأغراض.

كما يعرف المسكن بأنه المكان الذي يكون مشتملا على كل ما يلزم للسكن من أثاث وفرش ومرافق وغيرها مما تحتاج إليه الأسرة وتراعي في ذلك حالة الزوج والزوجة من يسار وإعسار ووضعهما الاجتماعي (3).

البند الثالث: تعريف السكن في قوانين الأحوال الشخصية المغاربية

بالرجوع إلى المشرع الجزائري فنجد أنه قد عرف السكن في المادة 355 من قانون العقوبات التي تنص على: «يعد منزلا مسكونا كل مبنى أو دار أو غرفة أو خيمة أو كشك ولو منتقلا متى كان معدا للسكن وإن لم يكن مسكونا وقت ذلك وكافة توابعه مثل الأحواش وحضائر الدواجن ومخازن الغلال والاستبلاط والمباني التي توجد بداخلها مهما كان إستعمالها حتى ولو كانت محاطة بسيياج خاص داخل السياج أو السور العمومي».

(1) الشريبي. مغني المحتاج. ص 430.

(2) ابن قدامة. المغني. ج 8. ص 200

(3) مصطفى شليبي. أحكام الأسرة في الإسلام. ص 455.

فالمشرع الجزائري توسع في تعريف السكن كما وصفته المادة السالفة الذكر أوجب القانون حرمة المسكن وتجب حمايته.

ويمكن القول أن مسكن الحضانة هو مقر إقامة المحضون حيث يقيم أبواه، أو حيث يقيم أحدهما بعد الفرقة أو الانفصال، وما يترتب عليه الانفصال منه وتغييره من نتائج وآثار ومدى تأثيرها على المحضون أو على كلا الأبوين أو أحدهما.

أما بالنسبة للمشرع المغربي فإن لم يعطي تعريفا خاصا بمسكن الحضانة، والملاحظ أنه لم يعد يعتبر السكني عنصرا من عناصر النفقة، إنما هو إلتزام مستقل بذاته وهذا ما نصت عليه المادة 168 من م.أ.م على ما يلي: «تعتبر تكاليف سكني المحضون مستقلة في تقديرها من النفقة وأجرة الحضانة وغيرهما :

يجب على الأب أن يهيئ لأولاده محلا لسكنائهم، أو أن يؤدي المبلغ الذي تقدره المحكمة لكراهته مراعية في ذكر أحكام المادة 191 بعده.

لا يفرغ المحضون من بيت الزوجية إلا بعد تنفيذ للحكم الخاص بسكني المحضون على المحكمة أن تحدد في حكمها الإجراءات الكفيلة بضمان استمرار تنفيذ هذا الحكم قبل الأب المحكوم عليه»

أما بالنسبة للمشرع التونسي استعمل مصطلح سكني الحاضنة للتدليل على الإلتزام القانوني المحمول على الأب في إسكان حاضنة أبنائه التي ليس لها مسكن.

ولما كانت غاية المشرع هو إعلاء مصلحة المحضون عند إسناد الحضانة إلى الأم كذلك منح لها جملة من الحقوق لعل أهمها الحق في السكن. بمعنى محضونها وهو التزم مدني حملة القانون الأب عندما لا يكون للأم الحاضنة مسكن الذي يمثل الإطار المكاني الطبيعي الذي تمارس فيه شؤون المحضون وهو ما نص عليه الفصل 56 من م.أ.ش.⁽¹⁾

(1) الفصل 56 من م.أ.ش، (المنقح بالقانون عدد 20 لسنة 2008، المؤرخ في 04 / 03 / 2008). ينص على: «مصاريف المحضون تقام من ماله إن كان له مال وإلا فمن مال أبيه وإذا لم يكن للحاضنة مسكن فعلى الأب إسكانها مع المحضون...»

ومن ثم فإن المشرع التونسي سار على منوال المشرع المغربي بعدم إعطاء مفهوم السكنى حتى يتسنى للقاضي بناء أحكامه على أساس هذا المفهوم.

وما ينبغي ملاحظته أيضا هو أن كل من المشرع المغربي والجزائري لم يتوقفا عند إلترام الأب بتوفير مسكن للمحزون فحسب، وإنما أوجب أن يكون ذلك المسكن لائقا وهذا ما نستشفه من المادة 171 من م.أ.م والمادة 72 من ق.أ.ج أن يكون السكن ملائما للحضانة.

الفرع الثاني: سكنى الحاضنة بين مؤيد ومعارض في البقاء

إذا ما تمت الفرقة بين الزوجين وتثبت الحضانة للشخص ترتب عليه عادة آثار منها سكنى الحاضنة التي تمارس عليها الحاضنة حضانتها.

لذا يجب التطرق إلى مؤيدي حق الحاضنة في السكنى ومعارضيه، وهذا وفق التفصيل الآتي:

البند الأول: معارضو حق بقاء الحاضنة في السكن

يرى أصحاب هذا الاتجاه إلى أن بقاء الحاضنة في مسكن الزوجية وهذا بعد انحلال الرابطة الزوجية يعتبر إجحاف في حق المطلق، فقد اعتبروا أن هذه المسألة وإن بدت في ظاهرها مصلحة للولد أو أمه إلا أنها في الحقيقة ليست إلا إضرار بالمطلق نظرا إلى أنه سيفقد مسكنه ودفع الضرر مقدم على جانب النفع⁽¹⁾. واستدل أصحاب هذا الرأي لقوله تعالى: «لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا»⁽²⁾، قوله عز وجل: «أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِنْ وُجْدِكُمْ»⁽³⁾ فقالوا بأن ترك السكنى للحاضنة مع المحزونين وإخراج المطلق منه يعتبر تكليفا لم يكلفه الله عز وجل، وقد استدلوا بقوله تعالى: «لَا تُضَارُّ وَالِدَهُ بِوَلَدِهَا وَلَا مَوْلُودُهُ لَهُ بِوَلَدِهِ»⁽⁴⁾.

كما اعتبر آخرون من هذا الاتجاه بفكرة حق المطلقة الحاضنة البقاء في مسكن الزوجية، هو عقوبة للمطلق على استعمال حق من حقوقه وهو الطلاق بغض النظر عن مبرراته المشروعة أو الغير مشروعة، وحتى لو حملت هذه الأفكار لافتات ظاهرها العمل على استقرار الأسرة أو الحد الأدنى من ظاهرة الطلاق، ومراعاة كرامة المرأة

(1) علي عبد الله طنطاوي، نحو جيل مسلم " الأسرة بين الشرع والقانون، دار الطباعة والنشر الإسلامية، دم، ط2، دت، ص113-114.

(2) سورة البقرة، الآية 286.

(3) سورة الطلاق، الآية 6.

(4) سورة البقرة، الآية 233.

ومصلحة المحضون، وعلى هذا اعتبر إخراج المطلق وطرده من مسكنه رفع لضرر آخر، ودفع لظلم بظلم مؤكداً، بالنظر إلى كون شراء المسكن قد استنفذ كل ما ادخره المطلق. وبما كانت الديون لا تزال تشغل كاهله من جراء محاولة الحصول عليه.

وقد استكروا تشريد المطلق تجنباً لتشرد الحاضنة والمحضونين كما أيدوا بقاء الحاضنة في المسكن ينتج عنه آثار وخيمة وهي:

إذا تم الإقرار بأحقية الحاضنة في ذلك، فإن مشكلة النساء المطلقات ستحل بهذه الطريقة، وفي الوقت نفسه ستخلق حتماً مشكلة المطلق المطرود الذين سيضطرون إلى اللجوء إلى دور العجزة أو يتشردون ويجوبون الشوارع والمبیت في العراء.

كما يترتب على بقاء الحاضنة في سكن الزوجية سيؤدي حتماً تمرد النساء على أزواجهن بحجة هذا الحق الممنوح لهن، بل قد يعمد البعض منهن إلى دفع أزواجهن بشق الحيل إلى أن يطلقوهن ليحصلن على السكن، وهكذا يتحول الطلاق إلى إحدى الطرق للحصول على المسكن.

كما يؤدي هذا الأسلوب أو هذا الحق السائد لدى أصحاب هذا الرأي إلى ارتفاع نسبة الزواج العرفي، حيث لا أحد من الرجال يقبل الزواج ويدرك في حال الطلاق تترع منه السكني.

كما ينتج أيضاً عن هذا الاتجاه إنكار الآباء لنسب أبنائهم حتى لا تؤخذ منهم مساكنهم.⁽¹⁾

كما يؤدي حتماً بدفع الزواج إلى استعمال طرق وأساليب للتحايل على القانون لتهديب مسكنه من مطلقتة.

كما يؤدي هذا إلى عدم خروج المطلق هو الآخر من المسكن المخصص للحاضنة، مع وجود الحاضنة مع محضونيتها خاصة إذا كان هو والحاضنة ممن لا يبالون بتعاليم الدين الإسلامي، مما يجعله يساكن مطلقتة الأمر الذي لا يجوز شرعاً، كونها أصبحت أجنبية عليه.⁽²⁾

(1) الشيخ شمس الدين، قانون الأسرة والمقترحات البديلة، دار الأمة، الجزائر، ط1، 2003، ص 153.

(2) فؤاد حاد الكريم وعبد الصبور خلف الله محمد. حق الزوجين في طلب التفريق بينهما بالعيوب. ص 215.

البند الثاني: مؤيدو حق بقاء الحاضنة في السكن

يرى أصحاب هذا الاتجاه إلى أن بقاء الحاضنة في مسكن الزوجية هو حاجة المحضون في هذه المرحلة إلى الإهتمام والرعاية والتربية، والوقاية مما قد يفتك بصحته الجسدية والنفسية، أولى الناس وأقدرهم على هذه هي أمه ومن هنا يستمد موضوع إسكان الحاضنة أهميته بالنسبة للأم والأبناء على حد سواء.

وعلى هذا إستتكر القائلون بهذه الفكرة، أمر الاعتراف للمطلقة بالحق في الحضانة حتى ولو لم يكن لها سكن تمارس فيه حضانتها، لذا لا يمكن أن تمارس هذا الحق وهي مهددة بالإقامة في الشارع مع محضونيتها، خاصة وبالرجوع إلى إحصائيات في نسب الطلاق نجدها في إرتفاع، مما يخلق بالضرورة إرتفاع في عدد الأولاد وهو كلهم ضحايا الطلاق، وإذا لم يحتضنوا في مسكن صحي ويسوده الجو النفسي اللائق، فلا عجب إن وقعوا في الإنحراف والجنوح والتشرد والانخراط في شبكات تجارة المخدرات.

وعليه فإن أصحاب هذا الإتجاه لا يؤيدوا بقاء المطلق في مسكن حسب ما يروقه وما يتفق ومصالحه الشخصية، إذ الحضانة ومحضونيتها أولى به من المطلق الذي بإمكانه أن يتدبر شؤونه، بدل أن تتشرد امرأة وأطفالها الصغار. (1)

أما بالنسبة للرأي الراجح حسب تقديري هو الرأي الثاني، حيث لا مجال لمعارضة فكرة بقاء الحاضنة مع محضونها في مسكن الزوجية، خصوصا إذا لم يعد المطلق لهم بديلا عن ذلك، ولأن القول بإخراجهم يعتبر بمثابة حكم على الحاضنة الأم ومحضونيتها بالتشرد والانحراف والتوسل والمبيت في العراء، هذا من جهة ومن جهة ثانية إذا أقدم المطلق على إيجاد مسكن بديل لممارسة الحضانة أو تقديم للحضانة بدل الإيجار حتى تستطيع أن تقيم في مسكن تحافظ على حياة أولادها من الضياع والتشرد، ويراعي في هذا مختلف الظروف ويحقق العدالة ما أمكن.

(1) نشوار حميدو زكية، حق المطلقة في السكن بين النقص التشريعي والرافع الاجتماعي، مجلة المعيار لجامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، قسنطينة، الجزائر، ع 09، 2004، ص 288-306.

الفرع الثالث: شروط وصور إستحقاق الحاضنة للسكني في قوانين الأحوال الشخصية المغاربية

إن توفير الأب للسكني للمحضون وفق ما جاء بين المشرعين المغاربية، وهذا لحاجة الصغار الملحة إليه، إلا أن المشرعين المغاربية أوجبوا أن يكون المسكن ملائماً لممارسة الحضانة بحيث قيده بشروط معينة : وهذا وفق التفصيل الآتي:

البند الأول: شروط السكن المخصص للحضانة في قانون الأسرة الجزائري

لكي يكون سكن ممارسة الحضانة ملائماً حسب ما أقره القانون والاجتهاد القضائي يجب أن تتوفر فيه الشروط التالية:⁽¹⁾ المنصوص عليها في المادة 72 ق.أ.ج

أولاً - أن يتوفر هذا المسكن على المرافق الضرورية للحياة:

إذ لا بد أن يحقق هذا السكن ولو بشيء البسيط مصلحة المحضون وراحته بحيث تتم فيه رعايته وتربيته تربية سليمة وحمايته وحفظه صحة وخلقا على أحسن وجه، وفي هذا الصدد أقرت المحكمة العليا على أنه: « متى ثبت أن المسكن الذي خصصه الطاعن غير صالح للسكن، ولا يتوفر على ضروريات الحياة فلا يمكن للمطعون ضدها أن تسكن فيه مما جعل قضاة يستجيبون لطلبها الرامي إلى تمكينها من بدل الإيجار، مما يتعين رفض الطعن»⁽²⁾، وجاء عنه أيضا أنه: « متى تبين من خلال محضر المعاينة الذي أعده المحضر القضائي بأن الطاعن لم يوفر للمطعون ضدها سوى غرفة واحدة داخل عقار يسكنه خمس حيران يشتركون كلهم في مرحاض واحد، وأن الغرفة التي وفرها لا يتعدى طولها ثلاث أمتار، مما يجعل الغرفة غير ملائمة لممارسة الحضانة، ووضعها لا يراعي مصلحة المحضون في الحصول على رعاية وتربية سليمة، إضافة لشروط الصحة التي ينبغي أن تتوفر عليها المحضون، وعليه فإن القضاء للحاضنة يبدل الإيجار هو تطبيق صحيح للقانون»⁽³⁾.

(1) اختلف الفقهاء في شروط المسكن الشرعي:

- ذهب الحنفية والحنابلة: على أنه يشترط في المسكن الشرعي أن يكون مناسباً لحال الزوج يسراً وعسراً وحال البلد.

- ذهب الشافعية: يجب أن يكون المسكن الزوجي لائقاً بالزوجة أو الحاضنة، وهذا رأي من الحنفية.

- المالكية: يجب أن يكون السكن الزوجي مناسباً لحال الزوجين وحال بلدهما والأسعار رخصاً وغلاء.

وأضاف الفقهاء أن من شروط تجهيزه بمرافق ولوازم الحياة الضرورية، ويجب أن يكون مستقلاً أثناءً ومعاشاً عن أهل الزوج. (جميل فخري محمد جاتم. آثار عقد الزواج في الفقه والقانون، دار الحامد للنشر والتوزيع، الأردن، 2009، ط1، ص268-269).

(2) المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشخصية والموارث - قرار رقم 729230، المؤرخ في 14 / 03 / 2013 قرار غير منشور.

(3) المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشخصية والموارث- قرار رقم 791285، المؤرخ في 15 / 05 / 2014- غير منشور.

ثانيا - يجب أن يكون مسكن الحضانة مستقلا في مسكن المطلق وأهله:

لقد أكدت المحكمة العليا ذلك في قرارها الذي مفاده: «أن قضاة الموضوع عاينوا من خلال محضر إثبات الحالة، وتأكدوا أن السكن الذي وفره الطاعن للمطعون ضدها لممارسة حضانة الولدين غير لائق ولا يتوفر على المرافق الضرورية للحياة، كما أنه غير مستقل عن سكن الطاعن وأصله، وعبارة عن غرفة واحدة ملاصقة لسكن الطاعن، وإعتبروه غير متوفر على شروط الحياة ولصيق بمسكن المطلق، ومن ثم فإن قرارهم جاء مؤسسا تأسيسا قانونيا صحيحا، مما يستوجب رفض الطعن».

كما ورد في قرار آخر أيضا أن: «المسكن المعد من طرف الطاعن لممارسة الحضانة، يعد جزء من مسكن أهله يفصل بينهما جدار، وبالتالي هو غير ملائم لممارسة الحضانة، وأن القضاء، ببدل الإيجار للحاضنة يعتبر تطبيقا سليما للمادتين 72 و 78 من قانون الأسرة»⁽¹⁾.

ثالثا - يجب أن يكون مسكن الحضانة ملائما مع الوسط الاجتماعي الذي يعيش فيه المحضون:

وهذا ما أقرته المحكمة العليا في إحدى قراراتها على أن يكون المسكن قابل للعيش فيه يراعي فيه مصلحة المحضون العليا، حسب ما جاء فيه ما يلي: «من المقرر قضاء في توفير السكن لممارسة الحضانة، يجب أن تراعي فيه مدى قابلية هذا المسكن للعيش بالنظر إلى حالة الوسط المعاش، وهي الحالة التي يقدرها القضاة لما لهم من السلطة التقديرية بحكم الواقع والوسط الاجتماعي».

وعليه فإن إلزام الطاعن بدفع بدل الإيجار بعدما عاينوا أن المسكن الذي وفره للحضانة لممارسة الحضانة يقع في منطقة ريفية وبعيد عن أهل المطعون ضدها، وهو تطبيق صحيح للقانون، مما يستوجب رفض الطعن»⁽²⁾.

رابعا - يجب أن يكون مسكن الحضانة قريبا من أهل الحاضنة:

إذ لا يمكن للأب أن يوفر مسكن لممارسة الحضانة في بلد، والحاضنة تقيم رفقة محضونها في بلد آخر أين يتمدرس المحضونين، وهذا ما ورد في إجتهد المحكمة العليا الذي ينص على: «متى ثبت لقضاة الموضوع أن المسكن غير لائق، لأن من شروطه أن يكون قريبا من أهل الحاضنة، ومحضونيهما محميان فيه، وهذه الحماية يوفرها

(1) المحكمة العليا - غرفة الأحوال الشخصية والموارث - قرار رقم 787090، المؤرخ في 13 / 02 / 2014، غير منشور.

(2) المحكمة العليا - غرفة الأحوال الشخصية والموارث - قرار رقم 781985، المؤرخ في 16 / 01 / 2014، غير منشور.

لها أهلها، وتوفرها هي لمحضونها من خلالهم، وأن المسكن المعروض عليها بعيدا عن أهلها، وموجود بمدينة أخرى غير مدينة أهلها، وحتى غير مدينة الطاعن، فإن القضاء للحاضنة ببدل الإيجار هو تطبيق صحيح للقانون، مما يستوجب رفض الطعن».

وعليه نستشف من القرار الصادر في المحكمة العليا أن من شروط مدى ملائمة مسكن ممارسة الحضانة وسعي القضاة لحماية المحضون بعد الطلاق مع حاضنته، بحيث أعطوا للحاضنة حق الامتناع عن الإقامة في مسكن غير ملائم لممارسة الحضانة، حيث يحق لها طلب بدل الإيجار، بحيث يملك قضاة الموضوع سلطة تقديرية كبيرة في تقدير مدى ملائمة السكن لممارسة الحضانة مع محتوياتها وذلك حسب الظروف المحيطة بالدعوى، وهذا ما أكدته قرار المحكمة العليا الذي ينص على: «إذا كان محضر المعاينة الذي يحتج به الطاعن يفيد صلاحية السكن المهيأ لممارسة الحضانة، إلا أن قضاة المجلس لما لهم من سلطة تقديرية رأوا أن السكن لا يليق، بأن تقيم فيه الحاضنة وهي في مقتبل العمر باعتبار وجودها مع الغرباء وفي مكان غير جماعي، مما يستوجب رفض الطعن»⁽¹⁾.

أما إذا كان المسكن الذي وفره الزوج للمحضونين ملائم لممارسة الحضانة، فليس لها الحق بأن تطلب بديل الإيجار، وهذا ما أوجبه الاجتهاد القضائي في إحدى قراراته: «إن توفير مسكن ملائم للأم لممارسة الحضانة يحول دون مطالبتها ببدل الإيجار»⁽²⁾.

البند الثاني: صور إستحقاق الحاضنة للسكنى

إن إلزام توفير مسكن للزوجة هو إلزام يقع على عاتق الزوج أثناء قيام العلاقة الزوجية، ويمتد هذا الالتزام إلى ما بعد إنقضاء العلاقة الزوجية في حالة وجود أبناء، إلا أن مسألة إسناد مسكن الزوجية للحاضنة ومحتوياتها مرهون بالصورة التي كان عليها هذا المسكن أثناء قيام العلاقة الزوجية.

وفيما يأتي سنبين بعض الأشكال التي قد يتخذها مسكن الزوجية وفق التفصيل الآتي:

(1) المحكمة العليا - غرفة الأحوال الشخصية والموارث - قرار رقم 782738، المؤرخ في 16/01/2014 - غير منشور.

(2) المحكمة العليا - غرفة الأحوال الشخصية والموارث - قرار رقم 566387، المؤرخ في 16/09/2010. (مجلة المحكمة العليا، العدد 02، 2010،

أولا - حالة كون المسكن مملوك من الطرفين:

أ. كونه مملوك من طرف الزوج:

ذهب البعض إلى حالة كون المسكن مملوكا من طرف الزوج ملكية تامة، فليس لها حق البقاء فيه، والملاحظ لنص المادة 3/52 من ق.أ.ج يلاحظ بأن المشرع لم يشترط كون المسكن مملوكا للمطلق أو مؤجرا لحرمان المطلقة الحاضنة من البقاء فيه، إذ أنه لم يقيد ذلك بالتمليك ولا التاجير.

ومما يمكن قوله في هذه المسألة، أن ملكية الزوج لمسكن الزوجية، لا يجب إعتبارها عائقا يحرم المطلقة الحاضنة ومحتوئها من البقاء فيه، إذ لا يوجد ما هو أفضل لهم من الإقامة والاستقرار في بيت أيهم.⁽¹⁾

كما أن ترك المطلق للسكن إلى الحاضنة ومحتوئها، يكون قد وفر عليهم وعلى نفسه عناء التعامل مع المؤجرين والحضور في كل مرة لدفع أقساط الكراء وربما ظروفه لا تسمح مما قد يسبب طرد أولاده وأمهم من المسكن المؤجر.

ب. كونه مملوك من طرف الزوجة:

إذا تم الطلاق بين الطرفين وكان السكن مملوكا للزوجة، كان لزاما عليه الخروج من المسكن بعد أن طلقها، لأن حق ملكيته ثابتة لها، أثناء وبعد إنقطاع العلاقة الزوجية.⁽²⁾

ومن ثم فإن المطلقة التي تملك مسكن الحضانة أقل خوف عليها ممن لا تملك مسكن لممارسة حضانتها، كما أنه وفي الغالب نجد أن الحاضنة تتنازل عن محاصمة مطلقها بخصوص مسكن الحضانة أو أجزائه تفاديا للمتاعب القضائية، إلا فيما يخص نفقة الأبناء.

ثانيا - حالة كون السكن مملوكا للزوجين معا:

وتدخل هذه النقطة ضمن مسألة الأموال المشتركة التي قد يكتسبها الزوجان على سبيل الاشتراك أثناء قيام العلاقة الزوجية، والتي تكون عبارة عن مسكن اشترياه معا، أو وهب أحدهما الآخر حضنه، حيث أصبحت

(1) بوقرة أم الخير، سكن الزوجية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، فرع عقد ومسؤولية، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، بن عكنون الجزائر، 2001-2002، ص91.

(2) ناصر الدين ماروك، قانون الأسرة بين النظرية والتطبيق، مجلة المجلس الإسلامي الأعلى، عدد03، 2000، ص215.

ملكية هذا السكن مشتركة معا، أو تحدد هذه الملكية نسبة كل واحد تقول إليه، وهذا حسب ما جاء في المادة 37 من ق.أ.ج والتي تنص على: «غير أنه يجوز للزوجين أن يتفقا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق، حول الأموال المشتركة بينهما، التي يكتسبها خلال الحياة الزوجية وتحديد النسب التي تقول إلى كل واحد منهما».

كما يمكن للمسكن أن يكون لهما معا ومحدد النسبة التي تقول لكل واحد منهما إلا أنه تم تسجيله باسم الزوجة، فالزوجة تبقى فيه نية شرط أن تدفع حصة مطلقها التي ساهم بها، غير أن هذا لا يسقط حقها في المطالبة بنفقة سكن الحضانة، غير أنه يجوز لها أن تأخذ السكن لنفسها مادام مسجلا باسمها، متجاهلة حق مطلقها فيه، متجاهلة حق مطلقها فيه، هذا لا يجوز لأن يدخل في باب أكل مال الناس بالباطل.

كما يمكن أن يكون المسكن لهما معا ومسجل باسم الزوج ففي هذه الحالة يجوز للزوجين حسب رأيي أن يتفقا على أن يدفع أحدهما للآخر حصة في المسكن، على أن يبقى أحدهما فيه، كما يجوز للمطلق أن يتنازل عن حصته للزوجة مقابل عدم مطالبته له بمسكن الحضانة أو بدل الإيجار.

كما بإمكان المطلق إن كان لثيما أن يجوز لنفسه المسكن ويفرض إعطاء حصة المطلقة فيه، وكذا الخروج منه لأجل حضانة أولاده.

ثالثا - حالة كون المسكن مملوكا من طرف أهل الزوجين:

قد يكون مملوك من طرف أهل الزوج أو أهل الزوجة:

أ. إذا كان مملوكا من طرف أهل الزوج:

إذا كانت المطلقة تقيم في مسكن مستقل قبل الفراق تعود ملكيته لأهل الزوج، في هذه الحالة لا يجب إسناد المسكن للحاضنة والمحضونين، لأن أمر التصرف فيه لممارسة الحضانة لا ينسجم مع نصوص قانون الأسرة ولا مع نصوص القانون المدني، بحيث لا يعقل أن تطلق امرأة من رجل فتطرده من مسكن أهله لتستقل وتنفرد به لنفسها وأبنائها.⁽¹⁾

(1) فاطمة حداد، حق المطلقة الحاضنة في المسكن من خلال قانون الأسرة الجزائري، مكتبة الوفاء القانونية، ط1، 2017، ص 166-167.

ب. إذا كان مملوك من طرف أهل الزوجة:

قد تقيم الحاضنة ومحتضونها ومطلقها في مسكن الزوجية قبل الفراق تعود ملكيته لأهلها، فإذا حدث طلاق وجب عليه المغادرة من السكن ولا يجوز له أن يسند مسكن الزوجية على أنه مسكن حضانة، لأن مشكل إسكانها ومحتضونها يقع على عاتقه سواء بإيجاد سكن لهم أو دفع بدل الإيجار.

رابعا - حالة المسكن إذا كان مشغولا بسبب العمل:

إذا كان الطرفان قبل انفصال العلاقة الزوجية يقيمان في مسكن متعلق بعمل المفارق، كما المساكن الوظيفية التي تمنحها الدولة لمجموعة من العمال أثناء فترة تأدية عملهم قصد أن يظل هو شخصيا قريب من عمله، وذلك ربحا للوقت وتوفير للراحة والإطمئنان فيسهل عليه أدائها على الوجه المطلوب، وخروجه منه إلى مسكن آخر يخالف شروط شغله لهذا المسكن، ويعرقل سير العمل في الجهة صاحبة هذا المسكن طوال فترة الحضانة التي تمتد إلى زواج كل البنات المحضونات، وقد تنتهي علاقة العامل بهذه الجهة، قبل إنتهاء مدة الحضانة بنقله أو إنتهاء صفته الوظيفية أو عقد عمله أو غير ذلك ويكون من حق الجهة صاحبة هذا المسكن أن تشغله بعامل جديد.⁽¹⁾

وعليه فإن إسناد الزوجية المشغول بسبب عمل المطلق، غير ممكنة في هذه الحالة لأن هذا المسكن مرهون بشخص المطلق والعمل الذي يؤديه كموظف، وهو في حقيقته إمتداد لمكان العمل ولا يصلح العمل إلا به فإذا توقف عن العمل أو تم فصله أو تسريحه فقد الحق في سكنه بالتبعية.⁽²⁾

البند الثالث: تكريس القضاء لحق المحضون في السكن

كما هو معلوم أن إلزام الأب بتوفير مسكن لممارسة الحضانة أو دفع لبدل الإيجار، كان نتيجة ما يتمتع به هذا الأخير من أبوة وولاية ومسؤولية تجاه ابنه، والملاحظ أن هذا المسكن لا يمكن المطالبة به في حال لم يكن الحاضن موجودا، إذ هو مرتبط إرتباطا وثيقا بالحاضن وجودا أو عدما، ما يدل على أنه حق من حقوقه، وأن المسكن مرتبط بالحضانة فهو حق للمحضون مادامت الحضانة قائمة، وهذا ما أكدته المحكمة العليا في إحدى قراراتها والتي جاء فيها: «من الواجب على الأب أن يوفر سكن للحاضنة لممارسة الحضانة مهما كان عدد

(1) مصطفى مجدي البكري، موسوعة الفقه والقضاء في الأحوال الشخصية، دار محمود للتوزيع والنشر، مصر، دط، 1996، ص 765.

(2) فؤاد جاد عبد الكريم و عبد الصبور خلف الله محمد، حق الزوجين في طلب التفريق بينهما بالعيوب، ص 252.

المحضونين واحد أو أكثر، ومتى تعذر عليه ذلك وجب عليه دفع بدل الإيجار، ويعتبر ذلك من الحقوق المقررة للمحضون على والده، مهما كان حال الحاضنة موسرة أو معسرة مالكة لسكن أو غير مالكة»⁽¹⁾.

أولا - السكن عنصر من النفقة:

إن المحضون كما يحتاج المشتملات تفيد جسمه وصحته من غذاء وعلاج وغيرهما، فهو يحتاج أيضا إلى مشتملات أخرى لازمة لراحة وإستقراره أهمها السكن وما يشتمله من مرافق، وفي ذلك إعتبرت المحكمة العليا أن: «السكن أو بدل الإيجار من مشتملات النفقة»⁽²⁾، «ولا يعفى الوالد من توفير السكن أو دفع بدل الإيجار باعتبارهما من مشتملات النفقة حتى ولو كان للحاضنة سكن»⁽³⁾.

ثانيا - حق التخيير في المسكن:

لا يحق لا للحاضنة ولا الوالد في حال لم يكن هو الحاضن، التخيير أمام القضاء بين توفير سكن ملائم أو دفع بدل الإيجار، إذ أن المادة كانت صريحة بقولها أن على الأب توفير سكن ملائم وفي حال تعذر عليه ذلك يدفع بدل الإيجار أي أن هذا البديل يكون كحل ثاني بعد إستحالة توفير سكن ملائم، وقد جاء هذا في إحدى قرارات المحكمة العليا: «القضاء بتخيير الزوج بين تخصيص مسكن للحاضنة أو دفع بدل الإيجار، بالرغم من تخصيص الزوج مسكنا مستقلا لممارسة الحضانة، بعد إساءة لتطبيق السليم للقانون»⁽¹⁾.

ثالثا - حق الأم في المطالبة بحق محضونها في السكن بشرو:

مادامت الأم هي الحاضنة، وأن المحضون لم يصل بعد لدرجة إدراكه لحقوقه والمطالبة بها، ومن ثمة فإنها تملك الحق في المطالبة بحق محضونها في المسكن، وهذا ما أكدته المحكمة العليا في إحدى قراراتها: «أن الأم دائما محقة في طلب مسكن ممارسة الحضانة أو بدل الإيجار لمصلحة المحضون»⁽²⁾، «ولا يشترط عليها بصفتها حاضنة

(1) المحكمة العليا - غرفة الأحوال الشخصية والموارث - قرار رقم 614053 - المؤرخ في 14 / 04 / 2012 - غير منشور.

(2) المحكمة العليا - غرفة الأحوال الشخصية والموارث - قرار رقم 554808، المؤرخ في 15 / 04 / 2010 - (مجلة المحكمة العليا، عدد الأول، 2010، ص 241).

(3) المحكمة العليا - غرفة الأحوال الشخصية والموارث - قرار رقم 288072 - المؤرخ في 31 / 07 / 2002 (المجلة القضائية - عدد الأول - 2004 - ص 285).

(1) المحكمة العليا - غرفة الأحوال الشخصية والموارث - قرار رقم 474255 - المؤرخ في 14 / 01 / 2009 (مجلة المحكمة العليا، العدد الثاني، 2009، ص 267).

(2) المحكمة العليا - غرفة الأحوال الشخصية والموارث - قرار رقم 787059 - المؤرخ في 13 / 02 / 2014. غير منشور.

تقديم ما يثبت إستجارها لسكن حتى تستفيد من بدله»⁽¹⁾، وهذا طبقا للمادة 72 من ق.أ.ج فإن الحاضنة غير ملزمة باستظهار عقد الإيجار، ما دام الأب ملزم بتوفير المسكن في كل الأحوال.

كما أن توفير هذا المسكن له شروط إذ لا يجوز للحاضنة المطالبة أو الحكم لها بكلا المسكن، وبدل الإيجار، كما إذا إنتهت حضانة البنت، فهي تضم لوالدها ولا يحق لها في المطالبة بالمسكن المنفرد، إلا في حال رفضه لضمها إليه، فهو مطالب إعطائها النفقة فقط. وهو ما أكدته المحكمة العليا أن: «البنت إذا إنتهت حضانتها، لا يحق لها مطالبة والدها بمسكن منفرد، بل يحق لها مطالبة وليها بالنفقة»⁽²⁾.

رابعا - إعفاء الأب من توفير السكن للمحزون:

يعنى الأب من توفير السكن في حال إمتلاك المحزون سكنا سواء إشتراه له أو وهبه أو غير ذلك، إذ جاء في إحدى قرارات المحكمة العليا «يعفى الأب من توفير مسكن لممارسة الحضانة في حالة إمتلاك المحزون لسكن عن طريق الهبة من طرف الأب»⁽³⁾.

وما نلاحظه في مسكن ممارسة الحضانة أن الحق في توفير مسكن الحضانة أو أجرته خاص بالأم الحاضنة فقط، دون غيرها من النساء الحاضنات وهذا ما أقرته المحكمة العليا في القرارات بأن: «توفير مسكن ممارسة الحضانة خاص بالأم الحاضنة فقط، وأن توفير السكن للجددة الحاضنة، يعد مخالفة لأحكام المادة 72 من قانون الأسرة»⁽¹⁾.

المطلب الثاني: حق المطلقة الحاضنة في السكنى في مدونة الأسرة المغربية

الأصل أن المحزون يسكن مع والدي، غير أن المشكل عند انحلال ميثاق الزوجية بسبب طلاق أو تطليق أو فسخ، فالأحقية في السكنى مقررة لفائدة جميع الأولاد الذين هم في سن الحضانة، حيث فصلت المدونة سكنى المحزون عن باقي مشتملات النفقة، وجعلته إلتزاما مستقلا، كما أقر المشرع المغربي آليات تضمن للمحزون الحق في السكنى.

(1) المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشخصية- قرار رقم 726320- المؤرخ في 14 / 02 / 2013- غير منشور

(2) المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشخصية- قرار رقم 506396- المؤرخ في 08 / 07 / 2009 (مجلة المحكمة العليا، العدد الثاني، 2009، ص

306.

(3) المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشخصية والمواريث- قرار رقم 754171- المؤرخ في 13 / 06 / 2013- غير منشور.

(4) المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشخصية والمواريث- قرار رقم 774295- المؤرخ في 12 / 12 / 2013، غير منشور

وهذا ما سأعالجه وفق التفصيل الآتي:

- الفرع الأول: سكني المحضون في مدونة الأسرة.
- الفرع الثاني: الحضانة ومشكل بقاء الأم في منزل مطلقها.

الفرع الأول: سكني المحضون في مدونة الأسرة

من الملاحظ أن المشرع المغربي لم يعد يعتبر السكني عنصرا من عناصر النفقة، إنما هو إلتزام مستقل بذاته، على ما أكدته في القسم الخاص بالحضانة وهو ما يستفاد ضمنا من المادة 168 من م.أ.م⁽¹⁾ والتي تنص على: «تعتبر تكاليف سكني المحضون مستقلة في تقديرها عن النفقة وأجرة الحضانة وغيرهما:

يجب على الأب أن يهيئ لأولاده محلا لسكناهم، أو أن يؤدي المبلغ الذي تقدره المحكمة لكرائه مراعية في ذلك أحكام المادة 191 بعد...

لا يفرغ المحضون من بيت الزوجية إلا بعد تنفيذ الأب للحكم الخاص بسكني المحضون:

وعلى المحكمة أن تحدد في حكمها الإجراءات الكفيلة بضمان استمرار تنفيذ هذا الحكم من قبل الأب المحكوم عليه».

البند الأول: مضمون الإلتزام بالسكني

بالرجوع إلى نص الفصل 168 الفقرة الثانية من المدونة البالغة الذكر نجد أن الأب مخير بين أمرين، إما أن يهيئ لأولاده سكنا خاصا يليق بهم يجويهم جميعا صحبة أمهم الحاضنة لهم، ويتزل منزلة ذلك أن يترك لهم محل سكناه أو أن يؤدي لهم مقابل بدل الكراء الذي توافق عليه المحكمة إن رآته منصفاً أو تعيد تقديره، في إطار سلطتها التقديرية متى تبين لها خلاف ذلك.⁽¹⁾

⁽¹⁾ ينص الفصل 168 من مدونة الأسرة على: «على المحكمة أن تحدد في حكمها الإجراءات الكفيلة بضمان استمرار تنفيذ هذا الحكم من قبل

الأب المحكوم عليه»

⁽¹⁾ محمد الكشور، أحكام الحضانة، ص 153.

وعليه فإن مضمون هذا الإلتزام تتحكم فيه أساسا سلطة القضاء التي يجب أن تراعي ظروف الطرفين، وخاصة الزوج المطلق المطالب بالإلتزامات مالية إضافية أخرى.⁽¹⁾

كما جاء موقف المشرع المغربي كرد فعل على الإختلاف الذي شاب، الإجتهااد القضائي فيما يتعلق بإشكالية إدخال أجره السكن في تقدير النفقة خاصة أمام هزالة المبالغ المالية المحكوم بها والتي لا تكفي لسد الرمق ولو لمدة وجيزة، وهذا ما أكده قرار المجلس الأعلى الذي جاء فيه: « يجوز تحديد النفقة في مبلغ إجمالي شامل لجميع عناصرها، كما يجوز تحديد مستقل لكل عنصر من مشتملاتها». ⁽²⁾

وهكذا فيجب على محكمة الأسرة ألا تخلط بين الإلتزام بالنفقة، والإلتزام بالسكني إنما عليها أن تحدد في حكمها كلا منهما بإستقلال عن الآخر.

البند الثاني: لا يفرغ المحضون من بيت الزوجية إلا بعد تنفيذ الأب للحكم الخاص بسكني المحضون

ونعتقد أننا أمام صورة من صور الدفع بعدم التنفيذ⁽¹⁾ مقننة بنص تشريعي، تتمثل في الفقرة الثالثة من المادة 168 من م.أ.م وحتى يكون التنفيذ محل إعتبار يجب أن تعينه المحكمة وتؤكد من مضمونه وذلك بالإستعانة بمساعدة إجتماعية لضمان سكن المحضون ملائم لحاجيات المحضون.

فإذا ورد في التقرير المذكور بأن المحل الذي وفره الأب للصغير لا يتوفر على المرافق الضرورية وأنه غير صالح للسكن فيه، وعليه فللمحكمة سلطة تقديرية متى تبين لها خلاف ذلك.

⁽¹⁾ قرار المجلس الأعلى، صادر بتاريخ 07 / 12 / 2005، ملف رقم 347 / 2 / 1 / 2005، تحت عدد 584. نقلا عن: (الطيب الشرفاوي. أهم قرارات المجلس الأعلى. ص 117)، جاء فيه مايلي:

«يراعي في تقدير مبلغ كراء السكن للمحضون نفس عناصر تقدير النفقة.

⁽²⁾ قرار المجلس الأعلى، صادر بتاريخ 23 / 11 / 2005، ملف رقم 497 / 2 / 1 / 2005، تحت عدد 533. نقلا عن: (الطيب الشرفاوي. أهم قرارات المجلس الأعلى. ص 116.

⁽¹⁾ في الحقيقة، فإن الدفع بعدم التنفيذ، يفترض وجود عقد ملزم للجانبين وفي هذا الصدد ينص الفصل 235 من قانون الإلتزامات والعقود المغربي على: « في العقود الملزمة للطرفين يجوز لكل متقاعدهما أن يمتنع عن تنفيذ إلتزامه إلى أن يؤدي المتعاقد الآخر إلتزامه المقابل وذلك ما لم يكن أحدهما ملتزما حسب الاتفاق أو العرف، بأن ينفذ نصيبه من الإلتزام أولا..» ورغم عدم وجود عقد فإننا أمام حكم، والحكم مصدر للإلتزام كالعقد، وأمام إلتزامين متقابلين ويقترب مضمون المادة 168 أعلاه من الحق في الحبس هو حق حيازة الشيء المملوك للمدين وعدم التخلي عنه إلا بعد الوفاء ما هو مستحق للدائن.

البند الثالث: على المحكمة أن تحدد في حكمها الإجراءات الكفيلة بضمان إستمرار تنفيذ الحكم من قبل الأب

أشار المشرع في عبارات عامة من خلال الفقرة الأخيرة من المادة 168 أعلاه إلى أن للمحكمة أن تحدد في حكمها الإجراءات الكفيلة بضمان إستمرار تنفيذ حكمها القاضي على الأب بالسكنى على نحو معين - عينا أو بمقابل - دون أن تبين هذه الإجراءات أو يعطي أمثلة عنها على الأقل. ونعقد أن الغرامة التهديدية بالإضافة إلى حجز مبلغها من المنبع إن كان الأب موظفا أو مستخدما أو عاملا، من أهم الوسائل التي يمكن إعتماها في هذا الصدد، إضافة إلى الدفع بعدم التنفيذ، وهي الوسيلة التي أشار إليها المشرع في الفترة الثانية من المادة 168 من م.أ.م السالفة الذكر.

البند الرابع: زواج الحاضنة يعفي الأب من تكاليف سكنى المحضون

ورد النص على هذه القاعدة في الفقرة الأخيرة من المادة 175 من م.أ.م،⁽¹⁾ المتعلقة بزواج الحاضنة الأم وتتضمن هذه القاعدة حكما وهو من مقتضيات مبادئ العدل والإنصاف، إذ أن إذا كانت الأم الحاضنة لأولادها تستفيد عن طريق التبعية من السكنى التي يوفرها لهم أبوهم، فمن غير المقبول أن تتزوج رجلا آخر يستفيد هو بدوره من تلك السكنى، لذلك فإن زواجها يعفي الأب من تكاليف السكنى.

ويعفي الأب كذلك على ما نصت عليه القاعدة أعلاه من أجره الحضانة بعد زواجها إذ من المفروض أنها في حال زواجها لم تعد مشغولة بالمحضون أو المحضونين وحدهم بل تتعداهم إلى أولاد زوجها الجديد.⁽¹⁾

⁽¹⁾ المادة 175 من م.أ.م تنص على: «زواج الحاضنة الأم، لا يسقط حضانتها في الأحوال الآتية

أ. إذا كان المحضون صغيرا لم يتجاوز سبع سنوات...

ب. إذا كان بالمحضون علة أو عاهة...

ج. إذا كان زوجها قريبا محرما أو نائبا شرعيا للمحضون؛

زواج الأم الحاضنة يعفي الأب من تكاليف سكنى المحضون وأجره الحضانة، وتبقى نفقة المحضون واجبة على الأب».

⁽¹⁾ محمد الكشور. أحكام الحضانة. ص 158.

البند الخامس: عدم إلتزام الأب بتوفير سكنى للمحضون لا يخضعه لجريمة إهمال الأسرة

القاعدة السائدة في القانون الجنائي أنه لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص تشريعي صريح، ذلك أن الفصل 480 من القانون الجنائي⁽¹⁾ يخص الممتنع عن أداء النفقة، وحيث أن السكنى هي إلتزام مستقل عن النفقة، فإن العقوبة لن تلحق الممتنع عن أداء تكاليف السكنى وذلك تطبيقاً للقاعدة السالفة الذكر، الشيء الذي يضعف من آليات تنفيذ الإلتزام بالسكنى، وذلك خلاف الإلتزام بالنفقة الذي رتب المشرع عن عدم أدائه إحالة الممتنع على جريمة إهمال الأسرة، وذلك كضمانة أساسية للمحضون.

الفرع الثاني: الحضانة ومشكل بقاء الأم في منزل مطلقها

قد يحدث في بعض الأحيان أن يطلق الزوج زوجته، ويكون له منها أولاد فتصير بذلك حاضنة لهم تستحق نفقتهم وأجرة حضانتهم طبقاً لمقتضيات الفصلين 167 و 168 من مدونة الأسرة المغربية.

وقد ترفض المطلقة مغادرة بيت الزوجية الذي قد يكون في ملكية الزوج أو يكون مجرد مكر له.

وهذا وفق التفصيل الآتي:

البند الأول: فرضية ملكية الزوج للبيت

الأصل أن المحضون يسكن مع والديه لكن المشكل يطرح عند إنحلال الرابطة الزوجية، بسبب طلاق أو تطليق، حيث يحدد القاضي مبلغ النفقة والحضانة وكذا سكنى الحاضنة، فالمشرع المغربي إعتبر تكاليف سكن المحضون منفصلة من حيث تقديرها عن بقية التكاليف، وعلى هذا الأساس فإنه ملزم بأن يخص للمحضون أو أولاده محلاً لسكنائهم وأن يؤدي المبلغ الذي تحدده المحكمة لكراء هذا البيت حيث تقدره حسب يسر أو عسر الأب، وكذا حسب ما نصت عليه المادة 191 من م.أ.م⁽¹⁾ وإذا بقي المحضون والحاضنة في بيت الزوجية، بعد أن غادره الأب بعد الإنفصال، الأمر الذي يثير الكثير من المشاكل للحاضنة في مواجهة صاحب البيت حيث يعتبرها محتلة له دون سند قانوني، وقد ترفض مغادرته بعد إنتهاء العدة، الأمر الذي يجعل مالك البيت يطالبها

⁽¹⁾ ينص الفصل 480 من قانون المباي المغربي على: «من صدر عليه حكم نهائي أو قابل للتنفيذ المؤقت بدفع نفقة إلى زوجة أو أحد أصوله أو فروعه وأمسك عمداً عن دفعها في موعدها المحدد بالحيس من شهر إلى سنة وغرامة مالية من 200 إلى 2000 درهم أو إحدى هاتين العقوبتين».

⁽¹⁾ المادة 191 من م.أ.م تنص على: «تحدد المحكمة وسائل تنفيذ الحكم بالنفقة وتكاليف السكن على أموال المحكوم عليه، أو إقتطاع النفقة من منبع الربيع أو الأجر...»

بالإفراغ. والمسألة هنا تصطدم بصعوبات تتمثل في أن الزوجة تريد الإبقاء على البيت لحضانة أبنائها وتستتر نفسها، لأنه من الصعب عليها إيجاد سكن، وهي بذلك تعتبر محتملة للبيت، وهذا ما أكده وفصل فيه قرار المجلس الأعلى الذي ذهب إلى نقض القرار الصادر عن محكمة الاستئناف بالدار البيضاء بكونه قضى بإفراغ الزوجة المطلقة من البيت الذي تحتله أو تسكنه.⁽¹⁾

والقضاء المغربي عند النظر إلى الموضوع تطبيقاً لأحكام مدونة الأسرة الملغاة لم يستقر على رأي فهناك قرارات متضاربة في الموضوع فإذا اعتبرت محتملة لبيت الزوجية فإن الأمر يثير مشاكل إجتماعية حمة عندما يقذف بها الزوج خارج البيت هي وأبناؤها.

وعلى إعتبار أن الطلاق يأتي بعد محاولات صلح كثيرة، ولا يلجأ إليه الزوج، إلا بعد إستنفاد جميع سبل الصلح، بل أن الزوجة قد تكون هي السبب، فإذا أخذت السكنى تكون قد أزمّت الموقف، بأخذها السكن الذي هو في ملكية مطلقها، الذي يقذف به إلى الشارع بعدما يكون قد قضى ردحا من الزمن في الكد والتعب من أجل شراء هذا البيت، ثم يقذف به في الشارع، هل يلجأ لكراء منزل آخر بنصف مرتبه، بينما ديون البيت الأول لازالت تلاحقه.

إذن أن الأمر في غاية الصعوبة مما يجعل بعض الفقه يذهب إلى ضرورة وضع نص تشريعي خاص أو الحسم في الأمر أمام القاضي.⁽¹⁾

ومن هذا المنطلق، ونظراً لما خلفته مقتضيات مدونة الأسرة من مشاكل فيما يخص سكنى المحضون، ونظراً للمناداة بإعادة النظر في هذا الموضوع، جاءت هذه المادة لتقرر عدم إفراغ المحضون من بيت الزوجية إلا بعد تنفيذ الأب الحكم الخاص بسكنى المحضون، بمعنى أن يهيب لأبنائه سكناهم اللائقة بهم، أو أن يؤدي مبلغ السكنى الذي حددته المحكمة.

⁽¹⁾ قرار المجلس الأعلى، صادر بتاريخ 23 / 1984، ملف عدد 5258، منشور بمجلة القضاء والقانون، (نقلا عن: محمد الأزهر، شرح مدونة الأسرة، مطبعة دار النشر المغربية، ط4، 2010، ص396).

⁽¹⁾ محمد الأزهر، شرح مدونة الأسرة، ص 397.

وتفاديا لما قد يقع من مشاكل فإن المحكمة ملزمة بتحديد الإجراءات الكفيلة في ضمان استمرار تنفيذ نتائج الحكم من طرف الأب المحكوم عليه. (1)

البند الثاني: فرضية إكتراء الزوج للبيت

إذا طلقت الزوجة وإنتهت عدتها، وكان للزوج بيت سبق أن اكتراه من الغير، فإن بقاءها في بيت الزوجية، وقد صارت أجنبية عن الزوج وتطبيقا لمبدأ نسبية آثار العقد، تكون معه محتملة بدون سند، وخاصة متى قام الزوج بفسخ عقد الكراء بإتفاق مع مالك البيت. ويبدو أنه في هذه الحالة تمكن مراجعة قاضي الأمور المستعجلة الذي له أن يضع في إطار إختصاصه حدا للاحتلال.

على أن الزوجة المطلقة بالخصوص قد تتبر في هذه الحالة في مواجهة الزوج بالخصوص نزاعات هامشية مثل عدم تسديد النفقة أو أجره الحضانة من جانبه أو أن المادة 168 تسمح ضمنا بالبقاء في بيت الزوج المطلق إلى أن يوفر الأب مسكن مخصص للحاضنة مع محتوياتها.

المطلب الثالث: حق المطلقة الحاضنة في السكنى في مجلة الأسرة التونسية

في إطار مبدأ المساواة بين الرجل والمرأة عند إنفصام الرابطة الزوجية بالطلاق أقر المشرع للمطلقين مجموعة من الحقوق وذلك لإبقاء الصلة بين أفراد الأسرة، وتخفيف من وقع الطلاق على النفوس، حيث منح المشرع التونسي للحاضنة حق السكنى، ومنح للطرف الآخر حق رعاية المحضون في النضر في شؤونه. ولئن كان واجب الإسكان محمولا قانونا على الأب بالنسبة للأبن والحاضنة إلا أن هذا الواجب غير مطلق باعتبار أنه بإمكان الأب التقصي من هذا الواجب إذا ما أثبت أن للحاضنة مسكن، ففي هذه الحالة يسقط واجب إسكانها عن الأب، ولكن إذا ثبت أن الحاضنة ليس لها مسكن فإن واجب الإسكان يبقى محمولا على الأب.

(1) محمد الأزهر. شرح مدونة الأسرة . ص 398.

وهذا حسب منطوق الفصل 56 فقرة أولى من م.أ.ش⁽¹⁾ وعلى هذا الأساس يكون التفريع على النحو

الآتي:

- الفرع الأول: شروط حق الإنتفاع بسكنى الحاضنة
- الفرع الثاني: تنفيذ واجب إسكان الحاضنة مع المحضون

الفرع الأول: شروط حق الانتفاع بسكنى الحاضنة

إذا تصدعت العلاقة الزوجية بإيقاع الطلاق في هذه الحالة يصبح الأطفال في أشد حاجة إلى تكثيف الجهود بين الأبوين لضمان التنشئة السليمة لأبنائهم التي تستوجب توفير مسكن، إن تمتع الحاضنة بالسكنى يبقى رهين توفر جملة من الشروط، وعلى هذا الأساس يكون التفصيل على النحو الآتي:

البند الأول: الشروط المتعلقة بالحاضنة

هناك جملة من الشروط الواجب توافرها لتكريس حق الحاضنة في السكنى منها:

أولاً - كون الحاضنة لها مسكن:

إن تطور المجتمع التونسي ودخول المرأة ميدان العمل أصبحت المرأة التونسية أكثر وعياً من ذي قبل، إذا أضحت تولي إهتماماً للمسكن، فأصبحت تملك منزلاً خاصاً بها حتى إن كانت مقيمة بمنزل والديها أو منزل زوجها.

وفي هذا الصدد يمكن القول أن الشرع التونسي، ومن خلال الفصل 56 من م.أ.ش قد حرم الحاضنة أو المفارقة التي تملك مسكناً من واجب إسكانها المحمول قانوناً على الأب.

أما حالة كون للحاضنة تملك منزلاً مستقلاً وشاغراً، فإنه من واجب الأب حسب صريح الفصل 56 من م.أ.ش توفير مسكن لإسكان الحاضنة مع المحضون ولا يتقصى من هذا الواجب إلا إذا أثبت بصورة قاطعة أن للحاضنة مسكن، وهذا ما أكدته القرار التعقيبي المدني الذي جاء فيه على مايلي: «يستخلص من الفصل 56 من مجلة الأحوال الشخصية أن مصاريف شؤون المحضون تؤخذ من ماله إن كان له مال، وإلا فمن مال أبيه الذي

(1) الفصل 56 (أضيفت الفقرات 2، 3، 4، 5 و 6 و 7 بالقانون عدد 20 سنة 2008 المؤرخ في 04 مارس 2003)، والذي ينص على: "مصاريف شؤون المحضون تقام من ماله إن كان له مال وإلا من مال أبيه وإذا لم يكن للحاضنة مسكن فعلى الأب إسكانها مع المحضون...".

عليه إسكان الحاضنة مع محضونها إذا لم يكن لها مسكن وإذا أثبت أنها تملك مسكنا فإنه يعفى من واجب إسكانها وعبئ إثبات ملكية الحاضنة محل سكني محمول على الأب الملزم أساسا بإسكانها مع محضونها»⁽¹⁾، وجاء في قرار آخر: «وحيث أن إدعاء الطاعن ملكية الزوجة لمسكن خاص بها وبقي في مرحلة الزعم المجرد، ولم يتم الدليل القاطع عليه وبالتالي فقد أحسنت محكمة الحكم المتقدم تطبيق الفصل 56 من م.أ.ش وعللت رأيها تعليلا سليما»⁽²⁾.

وعليه فإن الغاية من توفير سكن للحاضنة هي ضمان مصلحة المحضون، باعتبار أن الحاضنة لا تستمد حقها في السكن لاعتبارها زوجة مفارقة، إنما باعتبارها أما حاضنة، وأن مصلحة الأبناء هي الأساس، وبالتالي فإنه في مثل هذه الحالات ينبغي على قاضي الموضوع التغاضي عن ملكية الحضانة لمسكن وضرورة إلزام الأب بتوفير مسكن لممارسة الحضانة وهذا لضمان حسن رعاية وتربية الأولاد.

أما حالة لكون للحاضنة مسكن خاص ولكنه مسوغ للغير، فإنه ينجر عنه حسب الشرع التونسي آليا وحسب الفصل 56 من م.أ.ش حرمانها من حقها في مطالبة الأب بتوفير مسكن لها ومحضونيتها، رغم حاجة الحاضنة لمعينات الكراء لسد حاجياتها وحاجيات المحضون، وهذا ما أكده قرار محكمة التعقيب الذي جاء فيه: «حيث ثبت من ملف القضية وخاصة من تصريح الطاعنة نفسها بالجلسة الصلحية... أنها تملك منزل خاص وتقيم به مع المحضون، وبالتالي فهي لا تستحق منحه السكن وقد أحسنت المحكمة تطبيق الفصل 56 من م.أ.ش وعللت قضاءها لما يجب دون تحريف للوقائع»⁽¹⁾.

إلا أن هناك قرار آخر يتعارض مع القرار الأول في منح للحاضنة التي تملك مسكن لكنه مسوغ للغير، وجاء في القرار مايلي: «مع المعقب القضاء لخصيمته بمنحه سكن رغم تقديمه لما يفيد ملكيتها محل سكني

⁽¹⁾ قرار تعقيبي مدني، صادر بتاريخ 12 / 12 / 1995، عدد 47947، نشرية محكمة التعقيب لعام 1995، القسم المدني ص 435، (نقلا عن: محمد الهادي بن عبد الله. الالتزامات العقود والأحوال الشخصية. ص 526).

⁽²⁾ قرار تعقيبي مدني، صادر بتاريخ 17 / 06 / 2008، عدد 485، نشرية محكمة التعقيب لعام 2008 ص 325، (نقلا عن: محمد الهادي بن عبد الله. الالتزامات والعقود والأحوال الشخصية. ص 515).

⁽¹⁾ قرار تعقيبي مدني، صادر بتاريخ 11 / 05 / 2006، عدد 135، غير منشور.

يتبين بمراجعة أسباب القرار المخدوش فيه والأوراق التي إنبنى عليها أن المحكمة إستندت في قضائها بإقرار منحة السكن إلى عقد التسويغ يثبت كراء المعقب ضدها لمحل يأويها من الغير...»⁽¹⁾

وهذا يعتبر تضارب في موقف محكمة التعقيب بخصوص إستحقاق الحاضنة المألقة لسكن مسوغ للغير، لكن غالب الأحكام الصادرة في محكمة التعقيب تعفي الأب من منحة السكن في حال إمتلاك الحاضنة لمسكن سواء كان شاغرا أو مسوغ.⁽²⁾

ثانيا - للحضانة مسكن مشترك:

لقد جاء نظام الاشتراك في الأموال بين الزوجين التي أقرها القانون عدد 91 لسنة 1988، والمؤرخ في 09/11/1998،⁽³⁾ دعما لحق الزوجة في الملكية المشتركة للمسكن العائلي. وعلى هذا فالمشرع قد سد فراغ تشريعي كانت الزوجة في أشد الحاجة إليه لضمان حقها في الملكية المشتركة للمسكن العائلي عند مساهمتها المالية في تشييده أو شرائه.

فبمجرد حدوث خلافات بينهما واستحالت الحياة بينهما داخل المسكن العائلي المشترك⁽¹⁾ حيث إذا كانت الحاضنة هي الأم، حيث يخصص لها هذا المسكن بوصفها الحاضنة والمألقة لجزء من المسكن والحاضنة بالباقي، إلا إذا كان السكن كبيرا بما يتجاوز احتياجاتها، ويمكن تخصيص جزء مستقل منه دون إزعاج لها وللمحضون في انتظار تصفية الاشتراك ويخضع تقدير ذلك للمحكمة حسب ظروف كل حالة.

وقد يحدث إسناد حضانة الإبن لغير الوالدين المشتركين في الملكية وتشار هنا مسألة إسكان الحاضنة بالمحل المشترك فالملزم بالإسكان هو الأب بوصفه رئيسا للعائلة هل يمكن في هذه الحالة تمكين الحاضنة من السكن في

(1) قرار محكمة التعقيب، صادر بتاريخ 04 /02 /2010، عدد 41987، قسم مدني، نقلا عن: (عصام الأحمر. مجلة الأحوال الشخصية. ص 77).

(2) فاطمة الزهراء بن محمود، التعليق على مجلة الأحوال الشخصية. ص 247.

(3) الرائد الرسمي، عدد 91 المؤرخ في 13 نوفمبر 1998، قانون عدد 91 لسنة 1998، المؤرخ في 09 نوفمبر 1998، يتعلق بنظام الاشتراك في الأموال بين الزوجين.

(1) الفصل 18 في إنتهاء الإشتراك في الأموال ينص على: " ينتهي الإشتراك:

- وفاة أحد الزوجين.

- بالطلاق.

- يفقدان أحدهما.

- بالاتفاق.

بتفريق أملاكها قضائيا".

الحل المشترك وذلك تطبيق لمبدأ واجب التعاون بين الأبوين في القيام بشؤون الأبناء، وبقراءة صريح للنص لا يمكن جبر الأم على إسكان حاضنة أبنائها بالمشترك إلا إذا تمكن الأب من فرز منابه وكذا هذا المناب كافيا لاحتياجات الحاضنة والمحضون.

أما صورة الحاضنة التي تملك جزءا مشاعا في محل سكني، كأن يكون قد إنجر لها بموجب ميراث أو غير ذلك من صور انجرار الملك، في مثل هذه الوضعية تعتبر مبدئيا الحاضنة غير ذات سكن المشترك سواء من خلال الاشتراك في الأموال بين الزوجين أو من خلال مناب مشاع في مسكن الورثة، حيث أنصف المشرع التونسي وذلك من خلال اعتباره أن ملكية هذه الأخيرة لا يسقط حقها في مطالبة الأب بإسكانها مع محضونها. (1)

ثالثا - كون الحاضنة ليس لها مسكن:

أقر المشرع التونسي صلب الفصل 56 ش م . أ . ش السالفة الذكر، بما يؤكد أنه متى كانت الحاضنة غير مالكة لمسكن فإنه على الأب توفير المسكن الملائم للحاضنة والمحضون.

أما حالة الحاضنة التي تسكن مع والديها، فإن المشرع أعفى الأب من واجب إسكان الحاضنة، طالما أنها تسكن بمترل والديها، ولقد أيدت محكمة التعقيب هذا الموقف في العديد من قراراتها منها: "لئن أوجب الفصل 56 من م. أ . ش على الأب إسكان الحاضنة مع المحضون في صورة ثبوت أن لا محل لها، فإن للمحكمة في نطاق إجتهادها أن تقر بأن لا فائدة من تمكينها بمحل سكني خاص ومنحة سكن، طالما أن مسكن والدي الحاضنة الذي تقطنه مع محضونها كاف. (1)

وقد عدلت محكمة التعقيب عن تبني هذا الموقف وذهبت في الاتجاه القائل حسب إحدى القرارات: "سكني الحاضنة بمترل والديها لا يحول دون الحكم لها بمنحة السكني". (2)

البند الثاني: الشروط المتعلقة بالمحضون

لقيام الحق في سكني الحضانة لا بد من توفر الشروط مرتبطة بالمحضون بعضها والبعض الآخر بذمته المالية.

(1) فاطمة الزهراء بن محمود. التعليق على مجلة الأحوال الشخصية. ص 253.

(1) محكمة التعقيب، قرار تعقيبي مدني، مؤرخ في 07 جويلية 2000، عدد 628، نقلا عن: (عصام الأحمر. مجلة الأحوال الشخصية. ص 71).

(2) محكمة التعقيب، قرار تعقيبي مدني، مؤرخ في 01 / 09 / 2004، عدد 2858، نقلا عن: (عصام الأحمر. مرجع سابق. ص 71).

أولا - سن المحضون:

يقتضي تحديد مدة الحضانة الرجوع إلى مفهوم الحضانة ذاتها التي عرفها المشرع التونسي بالفصل 54 من م. أ. ش السالفة الذكر، ويقطع النظر عن مقتضيات الفصل 67 من نفس المجلة⁽¹⁾ التي وسعت مشمولات الحضانة بالنسبة للأم الحاضنة، فإنه يفهم من هذا التعريف أن المحضون يجب أن يكون صغير السن بحيث يحتاج من يقوم على شؤونه الأولية والأساسية.

وقد كان سن المحضون مر.مراحل موضوع جدل ونقاش بين أهل القانون حسب تطور المجتمع وتغير احتياجات الصغير.

وقد شهد التشريع التونسي تطورا ملحوظا في هذا الخصوص، فقد كان الفصل 67 من م. أ. ش يحدد أقصى سن الحضانة بالنسبة للولد بسبع سنوات، وللبنت تسع سنوات إلى أن تدخل المشرع بموجب تنقيح 03 جوان 1966، فأبدل تحديد سن المحضون بنهاية الطفولة المبكرة بمصلحة المحضون.

لكن القضاء كان حتى قبل التنقيح المذكور يعتمد معيار مصلحة المحضون لإبقاء الحضانة لدى الأم خاصة، وقد ربط بين سن الحضانة وسن البلوغ، فأعتبر في مرحلة ما أن سن الحضانة تنتهي ببلوغ المحضون سن الثامنة عشر سنة.

وذلك استثناسا بأحكام الفصل 93 من مجلة الالتزامات والعقود⁽¹⁾، وهذا ما أكدته الحكم الإستئنافي الصادر في محكمة سوسة جاء فيه:

«المستتج من عموم الفصل 93 من المجلة المدنية أن الحضانة تستمر حتى بلوغ المحضون سن 18 من العمر بدليل أن هذا النص اعتبر الوالد والأم بعد وفاته مسؤولين عن الضرر المتسبب فيه بفعل أولادهما الذين سنهم دون 18 سنة كاملة والساكين معهم»⁽²⁾.

(1) كان الفصل 67 من م. أ. ش قبل تنقيحه بموجب القانون عدد 49 لعام 1966 المؤرخ في 03 جوان 1966، ينص على: "يتعين أن يكون المحضون، قبل بلوغ الذكر لسبع سنين وبلوغ الأنثى تسع سنوات، عند الحاضنة، وفيما بعد هذا الأمر إذا طلب الأب نقل المحضون إليه إيجاب إلى طلبه، ما لم ير الحاكم أن من الأصلح بقاءه عند الحاضن"

(1) الفصل 93 من م. أ. ش (نقح بالقانون عدد 95 لسنة 1995، المؤرخ في 09 / 11 / 1995) ينص على: "على كل شخص ضمان الضرر الناشئ من المختلين وغيرهم من عليي العقل الساكنين معه، وإن كانوا بالغين سن الرشد إن يثبتوا إحدى الحالات التالية:".

(2) محكمة الإستئناف، قرار إستئنافي مدني - سوسة - مؤرخ في 24 / 02 / 1972، عدد 3051، مجلة قضاء وتشريع، عدد 01، لسنة 1973، ص 80.

لكن القضاء التونسي استقر على اعتبار سن الحضانة مرتبطا بسن الرشد المدني، وبذلك فإن حق الإسكان من الأب ينتهي ببلوغ المحضون هذه السن، خلافا للفقهاء التي يمكن أن تستمر إلى سن الخامسة وعشرون.

ثانيا - الذمة المالية:

تقوم الالتزامات المالية المترتبة عن القرابة على مبدأ القدرة بالنسبة للملزم بالأداء والاحتياج بالنسبة لمستحقه فالأصل القريب الغني يقوم بشؤون قريبه الفقير دون اعتبار للسن أو الجنس، فالابن القاصر الغني ملزم بنفقه والديه الفقيرين وفق الفصل 44 من م. أ. ش، وذلك تحت رقابة الولاية العامة المسوكة من القضاء، فإذا كان المحضون مالكا لمحل سكني يفني باحتياجاته واحتياجات الحاضنة، فإن الأولى إسكانه مع الحاضنة في هذا المحل.

الفرع الثاني: تنفيذ واجب إسكان الحاضنة مع المحضون

إن التقيح الجديد المدخل على الفصل 56 من م. أ. ش الذي جاء به المشرع، ونظرا لتعدد الصعوبات التي كانت الحاضنة تواجهها أثناء تنفيذ الحكم القاضي بإسكانها بالمحل الذي هو ملك الأب أو تحت تصرفه بموجب الكراء أو القاضي لها بمنحة سكن، وتختلف الصعوبات التي كانت تواجهها الحاضنة باختلاف صيغ الإسكان. وعلى هذا الأساس يكون التفصيل على النحو التالي :

البند الأول : صورة إسكان الحاضنة بمسكن على ملك الأب

إذا كان الأب مالكا لعقار، فإنه عادة ما يتم بمجرد إيقاع الطلاق وإسناد الحضانة للأم، والإذن بإبقاء الحاضنة والمحضون بمحل الزوجية، وذلك حرصا من المشرع على مراعاة مصلحة المحضون باعتبار، أن هذا الأخير قد نشأ في ذلك المسكن، ويعرف محيطه وجيرانه وأقرانه، وعادة ما تكون المدرسة قريبة منه، لاسيما عندما يتفق الأبوان على هذه الصيغة.

وتكمن أهمية إكساء سكني الحاضنة بحق البقاء في أن مدلولها القانوني يمنح الحاضنة حضانة قانونية تحول دون إمكانية إخراجها من ذلك المسكن.⁽¹⁾

(1) فاطمة الزهراء بن محمود. التعليق على مجلة الأحوال الشخصية. ص 254 .

وما يلاحظ هو أن حق البقاء لم يدرج ضمن جملة الحقوق العينية الواردة بالفصل 12⁽¹⁾ من مجلة حقوق العينية، بل تشمل شكلا من أشكال حق السكنى الواردة ضمن الفصول الممتدة من 161 إلى 164 من م. ح. ع. وعليه يمكن القول أن حق البقاء هو حق سكنى فإنه يمارس بصفة شخصية وبالتالي لا يمكن عقلمته ولا إحالته ولا رهنه كما أنه لا ينقل إلى الخلف في حالة الوفاة.

أولا - صورة عدم تخصيص الحاضنة للمسكن:

تقوم هذه الصورة عند رفض الأب مغادرة ذلك المسكن الذي كان قد قبل الزواج محلا للزوجية، والذي لم تقض المحكمة بتخصيص الحاضنة به ولم يغادر الأب أثناء فترة نشر قضية الطلاق خاصة وأن محاكم الأصل كثيرا ما ترفض فيما بعد الإستجابة لطلب الحاضنة في تخصيصها بالمحل مراعاة لظروف الأب المالية نورد على ذلك مثلا القرار الإستئنافي الذي جاء فيه:

«إذا بقيت المطلقة الحاضنة لأبنائها بمحل الزوجية فلا يجبر الزوج على مغادرة المحل لفائدة أبنائه المحضونين...»⁽¹⁾. كما اعتبرت المحاكم عدم تخصيص الحاضنة بمحل الزوجية لا يندرج ضمن أسباب شرح الحكم.

وهذه الوضعية كثيرا ما تجبر الحاضنة على التخلي عن محل السكنى مراعاة للتقاليد والضوابط الإجتماعية وهو ما جعل قضاء الموضوع يأخذ بعين الإعتبار هذه الصعوبة عند النطق بحكم الطلاق وذلك بتخصيص الأم الحاضنة بالمحل.

(1) الفصل 12 من قانون عدد 5 لسنة 1965، مؤرخ في 11 شوال 1384 (12فيفري 1965) يتعلق بإصدار مجلة الحقوق العينية (الرائد الرسمي عدد 10 بتاريخ 19 و 23 فيفري 1965، ص 200)، ينص على: " الحقوق العينية العقارية هي :

- الملكية.

- حق الانتفاع.

- حق الاستعمال.

- حق السكنى....."

(1) محكمة الاستئناف، قرار إستئنافي، مؤرخ في 15/11/1971، مجلة القضاء والتشريع، عدد 07.

ثانيا - صورة بيع محل سكني الحاضنة:

قد يتعمد الأب بيع المسكن المخصص للحاضنة والمحضون ويقع إخراجها عنه بسعي من المالك الجديد حتى بموجب حكم إستعجالي لعدم الصفة بإعتبار واجب الإسكان واجبا شخصا محمولا على الأب ولا يمكن تحميل المالك الجديد الذي هو أجنبي عن المحضون بهذا الواجب، وهو ما أكدته محكمة التعقيب ضمن إحدى قراراتها والمتضمن مايلي :

«محل سكني الحاضنة مع المحضون لا يبقى للحاضنة صفة في السكني بالمحل الأول ويمكن إخراجها مع المحضون بقرار إستعجالي دون أن يكون ماسا بالأصل ولا خارقا للقانون»⁽¹⁾

كما جاء في قرار آخر: «إن الحكم بإبقاء الزوجة بمحل الزوجية باعتبارها حاضنة يترتب عنه حق شخصي تجاه مفارقتها الذي بإمكانه أن يوفر لها محلا آخر أو يؤدي لها منحة سكني خاصة، ضرورة أنه لا وجود لنص قانوني يمنحها كحاضنة لأبنائها القصر حق بقائها بصفة وجوبية بمحل الزوجية إضافة إلى أن ذلك الحق الشخصي لا يمكن معارضة الغير به، خصوصا من إكتسب حقا عينيا على ذلك المحل ووقع ترسيمه بالسجل العقاري».

البند الثاني: إسكان الحاضنة بمحل مكري

يحدث أن يحجم الأب عن دفع معينات كراء المحل الذي تسوغه لسكني الحاضنة ومحضونها والذي يكون غالبا مسكن الأسرة قبل طلاق الأبوين بما يعرض الحاضنة لخطر إخراجها من قبل المالك بموجب حكم إستعجالي في الخروج من المسكن المكثري لعدم خلاص معينات الكراء، وقد ساير فقه القضاء هذا الموقف إذ عادة ما تقر المحكمة بحق الحاضنة في البقاء بالعين المؤجرة الذي يؤجره الأب وذلك مراعاة لمصلحة المحضون.⁽¹⁾

وما تجدر الإشارة إليه هو أن الأب ولئن كان ملزما بأداء معينات كراء المحل الذي تقطن به الحاضنة والمحضون إلا أنه غير ملزم بالحفاظ على المكثري، ذلك أن الالتزامات المتعلقة بحفظ المحل، واستعماله واستغلاله تبقى ملقاة على عاتق الحاضنة إذ تضمن هذه الأخيرة ما تسببت فيه من تغيب أو تلف للمكثري بسبب سوء

(1) محكمة التعقيب، قرار تعقيبي مدني، مؤرخ في 1982/02/04، عدد 3698، نشرية محكمة التعقيب، قسم مدني، ج1، لسنة 1982، ص 295.

نقلا عن: (فاطمة الزهراء بن محمود. تعليق على مجلة الأحوال الشخصية. ص 255).

(1) فاطمة الزهراء بن محمود - التعليق على مجلة الأحوال الشخصية. ص 255.

الاستعمال أو التفريط في المحل، وهذا ما أكده قرار تعقيبي مدني والذي جاء فيه ما يلي: " لا جدال في أن المحل موضوع التداعي التابع للمعقب أسند للمعقب ضدها للسكن فيه بوصفها حاضنة. بموجب حكم قضائي. ومن حيث يترتب عن ذلك أن المعقب ضدها أصبحت بموجب الحكم القضائي المذكور هي المتصرفة في المحل بكل ما يترتب عن ذلك من حقوق وواجبات إزاءها في تصرفها في ذلك المحل، ومن بينها المحافظة عليه وعدم إلحاق المضرة به ..."(1)

البند الثالث: إلزام الأب بأداء منحة السكن

كانت هذه الإشكالية محل التدخل التشريعي بموجب القانون عدد 20 لسنة 2008 مؤرخ في 03 / 04 / 2008 الذي أضاف ستة فقرات للفصل 56 من م. أ. ش.

كما أضاف الفصل 56 مكرر للمجلة بحيث أصبح الفصل 56 جديد يقضي: "مصاريف شؤون المحضون تقام من ماله إن كان له مال وإلا فمن مال أبيه، وإذا لم يكن للحاضنة مسكن فعلى الأب إسكانها مع المحضون"

ويترب للحاضنة عند إلزام الأب بإسكانها مع المحضون حق البقاء في المسكن الذي على ملك الأب ويزول هذا الحق بزوال موجهه.

وعند إلزام الأب بأداء منحة السكن لفائدة الحاضنة ومحضونها يتم تقديرها بحسب وسع الأب وحاجيات المحضون وحال الوقت والأسعار.

ولا يجوز حق البقاء الممنوح للحاضنة ومحضونها بالمسكن الذي على ملك الأب دون إمكانية التفويت فيه بعوض أو دونه أو رهنه شريطة التنصيص على هذا الحق بسند التفويت أو الرهن.

ويمكن مراجعة الحكم المتعلق بسكن الحاضنة إن طرأ تغيير في الظروف والأحوال وتنظر المحكمة في مطالب المراجعة وفقا لإجراءات القضاء الإستعجالي، وتبقى القرارات الفورية الصادرة عن قاضي الأسرة بخصوص سكن الحاضنة ومحضونها قابلة للمراجعة طبقا للإجراءات المقررة لها. (1)

(1) محكمة التعقيب، قرار تعقيبي مدني، مؤرخ في 09 / 12 / 2014، عدد 8130. نقلا عن: (عصام الأحمر. مجلة الأحوال الشخصية. ص 75).

(1) فاطمة الزهراء بن محمود. التعليق على مجلة الأحوال الشخصية. ص 256.

المبحث الثالث: حق زيارة المحضون في قوانين الأحوال الشخصية المغربية

إن إسناد الحضانة إلى مستحقيها والذي يكون في الغالب الأهم للأم باعتبار أنها أولى الناس بها وهذا رعاية لمصلحة المحضون.

وحق الزيارة ثابت شرعا لكل من الوالدين، وبمقتضى هذا الحق يكون لكل منهما حق زيارته عند من هو في يده في المكان والزمان الذي يحدده إتفاقا أو قضاء وهذا وفق ما جاء به المشرعين المغاربة وفق جملة من النصوص القانونية التي من شأنها الحفاظ على مصلحة المحضون من جهة ومصلحة الطرف غير الحاضن حمايتا لحقه في زيارة ولده.

ولا خلاف بين الفقهاء والمشرعين المغاربة في أن الأب أو من يقوم مقامه له الحق في رؤية وزيارة ولده إذا كان بيد الأم أو من يقوم مقامه من العصابة.

وعلى هذا الأساس سنعالج هذا المبحث وفق المطالب الآتية :

- المطلب الأول: حق زيارة المحضون فقها

- المطلب الثاني: حق زيارة المحضون في قوانين الأحوال الشخصية المغربية.

المطلب الأول: حق زيارة المحضون فقها وقانونا

إن الولد بعد طلاق والديه يبقى مع أحد الوالدين دون الآخر، وعليه إذا ما أسندت الحضانة لأحدهما يكون للطرف الآخر حق الزيارة للمحضون فرعاية المحضون لا تشمل فقط الرعاية المادية فقط بل تتطلب الرعاية المعنوية للمحضون، بل يبقى له حقا لفائدته وفائدة المحضون، وهو حق الزيارة المكفول فقها وبنصوص تشريعية صارمة وهذا وفق ما جاء به المشرعين المغاربة وذلك من خلال جملة من النصوص التشريعية التي تحمي حق المحضون وحق الطرف الغير الحاضن.

وعلى هذا الأساس سأعالج هذا المطلب وفق التفريع الآتي:

- الفرع الأول: مفهوم الزيارة والرؤية.
- الفرع الثاني: مشروعية حق الزيارة فقها وفي قوانين الأحوال الشخصية المغاربية.
- الفرع الثالث: ممارسة حق الزيارة في الفقه .

الفرع الأول: مفهوم الزيارة والرؤية

إن أسمى لون من ألوان التربية هو تربية الطفل في أحضان والديه، إذ ينال من الرعاية وحسن قيامها عليه ما يبني جسمه وينمي عقله، وإذا إفترق الأبوين، فالحضانة تقول لمن تتحقق معه مصلحة المحضون، غير أن كلا من الأبوين ليس له المنع من زيارة ومشاهدة الطفل المحضون أثناء الحضانة.

وعلى هذا الأساس لا يمكن تحديد مفهوم الزيارة والرؤية دون الوقوف عند المفهوم اللغوي والإصطلاحي، وكذا مفهوم الزيارة في قوانين الأحوال الشخصية المغاربية.

البند الأول: تعريف الزيارة في اللغة وفي الاصطلاح

لا بد من تبين معنى الزيارة في الجانبين اللغوي والاصطلاحي على النحو الآتي :

أولاً - تعريف الزيارة في اللغة:

الزيارة من فعل زارَ : زارَهُ يَزُورُهُ زَوْراً وَزِيَارَةً وَزُورَةً وَازْدَارَهُ : عادة افتعل من الزيارة قال أبو كبير فتدخلت بيتا غير بيت سناحةً وازدرتُ مزدارَ الكريم المفضل والزورة: المرة الواحدة ورجل زائرٌ من قوم زورٍ وزُورٌ و زُورٌ، الأخيرة إسم للجمع وقيل: هو جمع زائرٍ والزورُ : الذي يَزُورُكَ والتزويرُ: كرامة الزائر وإكرام المزور للزائر: أن يكرم المزور زائره ويعرف له حق زيارته، وأزاره حمله على الزيارة. (1)

الزورُ أيضا : الزائرُونَ، يقال رجل زائر وقوم زور وزوار نسوة أيضا وزور، وزائرات. (2)

فعل زار : يزور، زر، زيارة، وزورا فهو زائر والجمع : زوار، وزور وزور وهي زائرة والجمع زواائر. (3)

(1) ابن منظور. لسان العرب. ج 04. ص 355.

(2) الجوهري. الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية. ج 6. ص 2247.

(3) معجم المعاني. ص 301

الزيارة مصدر الزور بمعنى الميل أو الرغبة إلى طرف والعدول عن غيره (الزاء والواو والراء) أصل واحد يدل على الميل والعدول، فإن من هنا جاءت كلمة "الزائر" لأن من زار أحد فقد مال إليه وعدل عن غيره. (1)

ثانيا - الرؤية لغة:

الرؤية لغة: قال ابن فارس والهمزة والياء أصل يدل على نظر وإبصار بعين أو بصيرة النظر. والرؤية بالعين وبالقلب. ورأيته رؤية ورائه ورأيته ورأيان وارتأيته والحمد لله على رؤيتك، والراء كثير الرؤية والرؤى، والرواء بالضم، واستراه: إستدعى رؤيته ورأيته إياه إراءة وآراء ورأيته مراعاة ورثاء: رأيته على خلاف ما رأيته عليه، كرؤيته، وقابلته فرأيته. والرؤيا: ما رأيته في منامك (2) والرؤية بالعين تتعدى إلى مفعول واحد، بمعنى العلم تتعدى إلى مفعولين يقال: رأي زيدا عالما ورأي رأيا ورؤيا ورائه، مثل رائه ويقال قوم رثاه، أي يقابل بعضهم بعض. (1)

ورؤية العين: معاينتها للشيء. (2)

والرؤية في اللغة على ثلاث أوجه: العلم، والظن، فالوجهين مجاز، والثالث رؤية العين وهي حقيقة. (3) والفرق بين النظر والرؤية. أن الرؤية هي إدراك المرئي، والنظر: الإقبال بالبصر نحو المرئي ولذلك قد ينظر ولا يراه. (4)

ثالثا - تعريف الزيارة في الاصطلاح:

فقد عرفها الفقهاء على أنها رؤية المحضون والإطلاع على أحواله المعيشية والتربوية والتعليمية والصحية والخلقية في نفس المكان الذي يوجد به المحضون.

(1) الرازي. معجم مقاييس اللغة. ج 2. ص 357.

(2) الفيروز آبادي. القاموس المحيط. ج 1. ص 1658.

(1) الجوهري. الصحاح تاج اللغة. ج 6. ص 2347 - 2348.

(2) الفيومي. المصباح المنير. ج 4. ص 24.

(3) الهلال العسكري، الفروق اللغوية، دار العلم والثقافة للنشر والتوزيع، ج 1، ص 263.

(4) الهلال العسكري. المرجع نفسه. ص 544.

والزيارة هي ذلك الحق الذي يتيح لمن لم يسند له حق الحضانة في إقامة علاقات شخصية أو أن يبقى على علاقة مع المحضون بالمراسلة أو الاتصال الشخصي دوريا (خروج، سفر، ترفيه ... إلخ) أو السكن المؤقت، وهو حق معترف به تبعا لمصلحة المحضون للوالدين.⁽¹⁾

وقد عبر الفقه في الزيارة بالمعاني الآتية وهي: مطالعة الولد⁽²⁾ وأن يبصر ولده⁽³⁾ والنظر إليه وتعهدده.⁽⁴⁾

البند الثاني: تعريف الزيارة في قوانين الأحوال الشخصية المغربية

نص المشرع الجزائري على حق الزيارة بموجب المادة 64 من ق. أ. ج. والتي تنص على: " وعلى القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة".

وأسلوب المادة جاء على سبيل الوجوب بلفظ: (وعلى القاضي) بمعنى أنه يجب على القاضي وما يمكن أن إستتاجه من هذه المادة التي اعطت حق الزيارة لأحد الأطراف الغير معنيين بالحضانة جملة من الدلالات أهمها:

- إن المشرع حينما رتب الحاضنين حول لغيرهم حق الزيارة، وأن هذه الأخيرة جاءت على سبيل الوجوب وليس الجوازية والإختيار.

- كما أعطى القاضي حق الزيارة للغير الحاضن ولو غفل عنها بصفة الأمر، وأن يكون الحكم معينا إذا نطق بإسناد الحضانة دون النص على حق الزيارة.

- وحق الزيارة الممنوح في المادة لم يكن حصريا على الأب والأم فمن لم تسند إليهم الحضانة، بل يتعدى الأمر إلى كل من له مصلحة، وذلك مراعاة لمصلحة المحضون.

فقد تقرر للجد أو العم أو الخال أو أي شخص آخر يهمله أن يظل الطفل على صلة به.

وعليه فإن المشرع الجزائري لم يعطي لنا مفهوم زيارة المحضون كما أنه لم يحدد غايته وأساسه بل ألزم

القاضي عند الحكم بالحضانة أن يحكم بحق الزيارة طبقا لأحكام المادة 64 من ق. أ. ج. السالفة الذكر.

(1) منصور القاضي، معجم المصطلحات القانونية، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت ط1، 1998، ص 872.

(2) برهان الدين الزغباني، الهدية شرح بداية المبتدئ، مطبعة مصطفى البابي، د ط، د ت ن، ص 39.

(3) ابن عابدين، الدر المختار. ج 2 ص 611.

(4) ابن عابدين. المرجع نفسه. ص 571.

ومن خلال نص المادة يظهر إرتباط وثيق بين حقي الحضانة والزيارة التي لم ينظمها المشرع تاركا المجال مفتوحا أمام إجتهد القاضي طبقا لأحكام المادة 222 من قانون الأسرة.

أما بالنسبة للمشرع المغربي فقد نص على حق الزيارة بموجب المادة 180 من م . أ . م التي تنص على: "لغير الحاضن من الأبوين حق زيارة وإستزارة المحضون"، عليه فإن المشرع المغربي أعطى حق الزيارة للأبوين فقط دون باقي من تؤول إليهم حق الحضانة، وهذا ما أكدته محكمة التعقيب في قرارها الذي ينص على: "حق الزيارة حق يتمتع به أحد الأبوين الذي لم تسند إليه الحضانة"⁽¹⁾

غير أن المشرع المغربي تداركا منه للفراغ القانوني الذي شاب الفصل 180 من م . أ . م السالف الذكر، حيث منح بمقتضى الفصل 185 من م . أ . م الذي ينص على: "إذا توفي أحد والدي المحضون يحل محله أبواه في حق الزيارة المنظمة بالأحكام السابقة".

بمقتضى هذه المادة منح للأجداد أي لوالدي أحد أبوي الطفل حق زيارته، ولكن علق هذا الحق بشرط وفاة أحد والديه، وهكذا يحق فقط لأبوي الوالد المتوفى زيارة المحضون أو إستزارته، أما أبوا الوالد على قيد الحياة لا يخضعا لأحكام هذه المادة.

وعليه فإن المشرع المغربي حذا حذو المشرع الجزائري بعدم إعطاء تعريف أو مفهوم للزيارة كما لم يحدد أهدافها أو الغاية منها، على اعتبار أن مصلحة المحضون تقتضي زيارة الأجداد لهم.

أما بخصوص المشرع التونسي فقد إكتفى بتخصيص فصل وحيد لحق الزيارة وهو الفصل 66 من م . أ . ش الذي ينص على: "الولد متى كان عند أحد الأبوين لا يمنع الآخر من زيارته ومن تعهده، وإذا طلب نقله إليه للزيارة فكلفة الزيارة عليه"، ثم جاء تبعا لذلك بقانون عدد 10 لسنة 2006 المؤرخ في: 06/03/2006 المتعلق بزيارة الأجداد للأحفاد ليضيف فقرة ثانية للفصل 66 مكرر من م . أ . ش الذي ينص على: "إذا توفي أحد والدي المحضون فلجديه ممارسة حق الزيارة ويراعي قاضي الأسرة في ذلك مصلحة المحضون.

ويتم في طلب الزيارة طبقا للإجراءات المقررة بالفصل المتقدم".

(1) محكمة التعقيب، قرار تعقيبي مدني، مؤرخ في 26 / 10 / 1964، رقم 3092، نشرة محكمة التعقيب، 1964، ص 43 .

وعليه فإن المشرع التونسي لم يعطي مفهوم للزيارة وإنما إكتفى بذكر حق زيارة الأبوين للمحضون مع عدم منع الطرف الآخر، كما لم يذكر أهداف وأسس حق الزيارة المخول لهم تجاه المحضون.

وخلاصة لما سبق فإن المشرع الجزائري بإقحامه حق الزيارة ضمن المادة المرتبة لأصحاب الحق في الحضانة سواء قبل إصدار قانون الأسرة وحتى بعده للأجداد ضمن الأشخاص الذين لهم حق إستقبال أو زيارة أحفادهم، ويقصد بالأجداد هنا الجد والجددة سواء كانوا من جهة الأب أو من جهة الأم.

وهذه الفرضية لم يحققها المشرعان المغربي ولا المشرع التونسي، بحيث لم توسع المدونة ولا المجلة أصحاب حق الزيارة وإنما أقصرا هؤلاء على الأبوين فقط.

الفرع الثاني: مشروعية حق الزيارة فقها وفي قوانين الأحوال الشخصية المغربية

أجمع الفقهاء على أن لغير الحاضن حق الزيارة واختلفوا في بعض المسائل الجزئية، لكن الذي يغلب اليوم في مجتمعاتنا الإسلامية وخاصة في دول المغرب العربي هو التعاون في صلة الرحم والحث عليها والنصح على عدم قطعها في حال افتراق الزوجين، وما إن حصل فك الرابطة الزوجية حتى يبادر الطرف الحاضن بمنع الطرف الآخر من رؤية الأبناء، لما يخلفه من آثار وخيمة على نفسية المحضون، وفي هذا الصدد نصوص وآراء فقهية كثيرة من القرآن والسنة والإجماع.

وعلى هذا الأساس سنعالج هذا الفرع وفق التفصيل الآتي :

البند الأول: مشروعية حق الزيارة من الكتاب

دليل مشروعية حق الزيارة المقرر لغير الحاضن قوله تعالى : " فَهَلْ عَسَيْتُمْ إِنْ تَوَلَّيْتُمْ أَنْ تُفْسِدُوا فِي الْأَرْضِ وَتُقَطِّعُوا أَرْحَامَكُمْ أُولَئِكَ الَّذِينَ لَعَنَهُمُ اللَّهُ فَأَصَمَّهُمْ وَأَعَمَّى أَبْصَارَهُمْ " (1)

قال ابن كثير في تفسيره : " وهذا نهي عن الإفساد في الأرض عموما وعن قطع الأرحام خصوصا، بل

وقد أمر الله تعالى بالإصلاح في الأرض وصلة الأرحام، وهو الإحسان إلى الأقارب في الأقوال والأفعال " (2)

(1) سورة محمد، الآية 22 .

(2) ابن قدامة. المغني. ج.4. ص 227 .

وفي الآية وعيد شديد لقاطع الرحم كما علق على ذلك الطبري في تفسيره للآية: "أُولَئِكَ الَّذِينَ لَعَنَهُمُ اللَّهُ" قائلا: هؤلاء الذين يفعلون هذا، بعين الذين يفسدون ويقطعون الأرحام، الذين لعنهم الله فأبعدهم من رحمته، "فَأَصَمَّهُمْ" يقول: فسلبهم فهم ما يسمعون بأذانهم من مواعظ الله في تنزيهه "وَأَعَمَّى أَبْصَارَهُمْ" يقول وسلبهم عقولهم فلا يتبينون حجج الله، ولا يتذكرون ما يرون من كبره وأدلتته. (1)

وقوله سبحانه وتعالى: "الَّذِينَ يَتَّقُونَ عَهْدَ اللَّهِ مِنْ بَعْدِ مِيثَاقِهِ وَيَقْطَعُونَ مَا أَمَرَ اللَّهُ بِهِ أَنْ يُوصَلَ وَيُفْسِدُونَ فِي الْأَرْضِ أُولَئِكَ هُمُ الْخَاسِرُونَ". (2)

وقال أيضا: "يَقْطَعُونَ مَا أَمَرَ اللَّهُ بِهِ أَنْ يُوصَلَ وَيُفْسِدُونَ فِي الْأَرْضِ أُولَئِكَ لَهُمُ اللَّعْنَةُ وَلَهُمْ سُوءُ الدَّارِ" (3) وفي هذا الصدد يقول ابن كثير في تفسيره: " المراد به صلة الأرحام والقربان كما فسره قتادة كقوله تعالى: "فَهَلْ عَسَيْتُمْ إِنْ تَوَلَّيْتُمْ أَنْ تُفْسِدُوا فِي الْأَرْضِ وَتُقَطِّعُوا أَرْحَامَكُمْ"، ورجحه الطبري، وقيل المراد أعم من ذلك فكل ما أمر الله بوصله وفعله قطعوه وتركوه، وقال مقاتل بن حيان في قوله تعالى: "فَأُولَئِكَ هُمُ الْخَاسِرُونَ" قال: في الآخرة، وهذا كما قال تعالى: "أُولَئِكَ لَهُمُ اللَّعْنَةُ وَلَهُمْ سُوءُ الدَّارِ". (1)

البند الثاني: مشروعية حق الزيارة من السنة الشريفة

ومن الأحاديث الشريفة التي تدل على التحذير من قطع الرحم عموما: أن رسول صلى الله عليه وسلم قال: "خلق الله الخلق فلما فرغ منه قامت الرحم فقال: مه؟ قالت هذا مقام العائذ بك من القطيعة، فقال: ألا ترضين أن أصل من وصلك وأقطع من قطعك؟ فقالت: بلى يا رب، قال: كذلك لك" (2)، ثم قال أبو هريرة (فهل عسيتم أن توليتم أن تفسدوا في الأرض وتقطعوا أرحامكم) وقال رسول صلى الله عليه وسلم: "لا يدخل الجنة قاطع رحم". (3)

(1) الطبري. جامع البيان من تأويل القرآن. ج 1. ص 320 .

(2) سورة البقرة، الآية 27 .

(3) سورة الرعد، الآية 25 .

(1) ابن قدامة. المغني. ج 1. ص 97 .

(2) البخاري. صحيح البخاري. كتاب التوحيد. حديث رقم 7085 .

(3) أبي الحسن مسلم بن حجاج القشيري، صحيح مسلم، كتاب البر والصلة والآداب، حديث رقم: 4742، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ص

أما قوله صلى الله عليه وسلم: " من فرق بين الوالدة وولدها فرق الله بينه وبين أحبته يوم القيامة " (1) ففيه نهي صريح عن التفريق بين الوالدة وولدها، ولعل هذا الحكم يشمل الوالد أيضاً، ولذلك قال ابن قدامة: لا يجوز التفريق بين الأب وولده وهذا قول أصحاب الرأي ومذهب الشافعي، وقال بعض أصحابه، يجوز، وهو قول مالك وليث، لأنه ليس من أهل الحضانة بنفسه، ولأنه ليس من أهل الحضانة بنفسه، ولأنه لا نص فيه ولا هو في معنى المنصوص عليه، لأن الأم أشفق منه، ولا نسلم أنه ليس من أهل الحضانة (2). وعن عبد الرحمان بن عبد الله عن أبيه قال: كنا مع الرسول الله صلى الله عليه وسلم في سفر فانطلق لحاجته، فأينا حمرة معها فرخان فأخذنا فرخيها، فجاءت الحمرة صلى الله عليه وسلم فقال: " من فجع هذه بولدها " ردوا ولدها إليها، إذا كان النبي صلى الله عليه وسلم أشفق لحال الحمرة التي فرق بينها وبين أولادها، فما بال أقوام يمارسون هذا التفريق على مستوى البشر (3).

البند الثالث: مشروعية حق الزيارة من الإجماع

أطال الفقهاء النفس في الكلام عن مسألة حق الزيارة الممنوح لغير الحاضن منها: ورد في الموسوعة الفقهية ما يلي: " لكل من أبوي المحضون إذا افرقا حق رؤيته وزيارته، وهذا الأمر متفق عليه بين الفقهاء، لكنهم يختلفون في بعض المسائل وبيان ذلك فيما يلي: يرى الشافعية والحنابلة أن المحضون إذا كان أنثى لا يمنع أحد الأبوين من زيارتهما عند الآخر، لأن المنع من ذلك فيه حمل على قطيعة الرحم، إن كان المحضون ذكراً.... لا يعمنه من زيارة أمه، لأن المنع من ذلك إفراء بالعقوق وقطع الرحم " (1).

وقال الشريبي: " وظاهر أنها لو كانت بمسكن زوج لها لم يجز له دخوله إلا بإذن منه، فإن لم يأذن أخرجتها إليه ليراها ويتفقد حالها، ويلاحظها بقيام تأديبها وتعليمها وتحمل مؤنتها، وكذا حكم الصغير المميز، والمجنون الذي لا تستقل الأم بضبطه فيكونان عند الأم ليلاً ونهاراً ويزورهما الأب، ويلاحظهما بما مر " (2).

(1) محمد ناصر الألباني، صحيح الجامع الصغير، المكتب الإسلامي للنشر والتوزيع، ط 1، 1988، حديث رقم 6412، ج 1، ص 1136.

(2) ابن قدامة. المغني. ج 1. ص 459.

(3) أبو داوود. سنن أبو داوود. كتاب الجهاد. حديث رقم 20314. ج 2. ص 508.

(1) وزارة الشؤون والأوقاف الإسلامية، الموسوعة الفقهية الكويتية، دار سلاسل للطبع، الكويت، ط 2، 1990، ج 17، ص 293.

(2) الشريبي. معنى المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج. ج 3. ص 425.

وجاء في فتاوى اللجنة الدائمة: إذا خرجت الزوجة من بيت الزوجية أو حصلت فرقة بين أحدهما الآخر من رؤية المولود بينهما وزيارته".⁽¹⁾

وقال البهوتي: " فإن اختار آباه كان عنده ليلا ونهارا، ولا يمنع زيارة أمه إن إختارها كان عندها ليلا وعند أبيه نهارا ليعلمه ويؤديه".⁽²⁾

البند الرابع: مشروعية حق الزيارة في قوانين الأحوال الشخصية المغربية

لقد نصت قوانين الأحوال الشخصية المغربية على مشروعية حق الزيارة المكفول للطرف الغير حاضن وهذا من خلال جملة من النصوص المنظمة لهذا الحق.

فالمشرع الجزائري نص في المادة 64 من ق . أ . ج في فقرته الثانية: " على القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة " وعليه فإن القاضي عندما يحكم بالطلاق فإنه يتوجب عليه إذا حكم بإسناد حق الحضانة إلى الأم أو غيرها أن يحكم تلقائيا بحق زيارة المحضون وذلك في أوقات وأماكن محددة. وإذا حكم بإسناد حق الحضانة للأب أو غير يجب عليه بالمقابل أن يحكم للأم بحق الزيارة لفترات معينة وفي أوقات وأماكن محددة، وعليه فإن الحكم بالحضانة يجب أن يكون موقوف بحق الزيارة لأحد الأطراف أو لهما معا بحق الزيارة.

وعليه فإن حق الزيارة الممنوح لأحد الأطراف ليست رؤية المحضون فحسب بل هي متابعة شؤونه والوقوف على أموره، إن لابد من توطيد علاقة الزائر بالمحضون وتمتينها خاصة إذا كان الزائر هو الأب نفسه أو الأم إذا كانت الحضانة لغيرها، والزيارة ليست قائمة على هوى الحاضنة والزائر، وإنما هي أمر منظم يضبطها القاضي عند النطق بإسناد الحضانة لطرف آخر مراعيًا في ذلك مصلحة المحضون.

أما دليل مشروعية حق الزيارة بالنسبة للمشرع المغربي فإن مدونة الأسرة لم تكنف بتنظيم حق الزيارة فقط بل عملت على وضع ضوابط وتقنين أحكام لهذه الزيارة وهي أحكام جديدة حول المشرع للقضاء سلطة تقديرية من أجل حسن التنظيم والتنفيذ لحق الزيارة، وهذا من المواد 180 إلى 186 من م . أ . م، كما حثت

⁽¹⁾ فتاوى اللجنة الدائمة للبحوث العالمية الإفتاء، المجموعة الأولى، مج 21، الرضاع - الكفارات - النفقات والحضانة، رقم الفتوى 21102، ج

21، ص 204، 206.

⁽²⁾ البهوتي. كشف القناع. ص 625.

اتفاقية حقوق الطفل بالمغرب المصادق عليها على حق الطفل المنفصل عن والديه أو عن أحدهما في الاحتفاظ بصورة منتظمة بعلاقات شخصية، واتصالات مباشرة بكلا والديه إلا إذا تعارض ذلك مع مصالح الطفل الفضلى⁽¹⁾، كما أن المادة 180 من م. أ. م. التي تنص: "لغير الحاضن من الأبوين حق زيارة وإستزارة المحضون" فعند إسناد الحضانة إلى أحد الأبوين، يبقى لغير الحاضن حق زيارة وإستزارة المحضون، وكذا مراقبة أحواله، وهذه المسألة تدخل في إطار صلة الرحم بين الآباء والأبناء، فهي عبارة عن قاعدة أخلاقية ودينية أكثر من قانونية، الأمر الذي دفع بالمشرع إلى تنظيم زيارة المحضون باتفاق الأبوين، وفي حال اختلافها حوله يتدخل القضاء لتحديد وضبط الزيارة ويكون ذلك مفصلة في منطوق حكم إسناد الحضانة إلى أحد أبوين.⁽¹⁾

أما بالنسبة للمشرع التونسي فإن مشروعية حق الزيارة أقره المشرع صلب الفصل 66 من م. أ. ش. لمن لم يكن حاضنا من الأبوين حق الزيارة، دون أن يمنعه الطرف الآخر ضمانا لحق الطفل في التواصل مع والديه وحفظا لصلة الرحم، إذ لا يؤثر الطلاق بالنسبة إلى الأبناء في طبيعة علاقتهم بالوالدين ضرورة أن رابطة الأبوة والأمومة وما تنشئه من حقوق لفائدة الأبناء تبقى قائمة في كل الحالات بحكم استقلالها عن الرابطة الزوجية فلا تزول بزوالها.

كما أضاف القانون عدد 10 لسنة 2006 المؤرخ في 06 / 03 / 2006 الفقرة الثانية الجديدة إلى الفصل 66 من م. أ. ش. لمشروعية حق الزيارة في إسناد القاضي المختص في البت في طلب الزيارة طبقا للإجراءات المقررة في القضاء المستعجل.

ونستج من هذه المقننات أن المشرع التونسي يهدف إلى:

- دعم التخصص في مجال قضاء الأسرة، لما فيه من مزيد توفير للضمانات القضائية من خلال تعهد قضاء مختص في مجال قانون الأسرة.

(1) اتفاقية حقوق الطفل، معتمدة بقرار 25 / 44، مؤرخ في 20 تشرين الثاني، نوفمبر 1989، بدأ العمل بها في 02 سبتمبر 1990. تنص المادة 09 من الاتفاقية على: ".... تحترم الدول الأطراف حق الطفل المنفصل عن والديه أو عن أحدهما في الاحتفاظ بصورة منتظمة بعلاقات شخصية واتصالات مباشرة بكلا والديه، إلا إذا تعارض ذلك مع مصالح الطفل الفضلى....".
(1) محمد الشافعي. الطلاق والتطويق. ص 231.

- دعم صلاحيات مؤسسة قاضي الأسرة من خلال توسيع نظرها وهذا بإنشاء مؤسسة قاضي الأسرة

إلى قانون عدد 74 لسنة 1993 المؤرخ في 12/07/1993 الذي نقح مقتضيات الفصل 32 من

م . أ . ش في اتجاه إحداث المؤسسة القضائية المختصة بالصلح في قضايا الطلاق.

كما بصدر مجلة حماية حقوق الطفل بمقتضى القانون عدد 92 لسنة 1995 المؤرخ في

1995/11/09، تم توسيع إختصاص قاضي يشمل النظر في وضعية الطفل المهدد.

- دعم سرعة البيت في طلب الزيارة من خلال تفضيل إجراءات القضاء الإستعجالي عند تعهد القضاء

بهذا الطلب.

الفرع الثالث: ممارسة حق الزيارة في الفقه

إن الهدف من زيارة المحضون هو الإطلاع على أحواله المعيشية والتعليمية والصحية والتربوية، حيث

أوجب الفقه الإسلامي رؤية المحضون وجعله حقا مشروعاً لكل من المحضون والوالدين وأوصى بهذا الحق في

الزيارة.

كما استقر الفقه على أنه لا يجوز للحاضنة أن تبعد عن بلد ولي المحضون بمسافة لا تسمح له بممارسة حق

الرقابة، كما لم يحدد الفقه مدة رؤية المحضون، وفي هذا الصدد أقوال للفقهاء منها مايلي:

البند الأول: آراء الفقهاء في حق الزيارة.

أولاً - مذهب الأحناف:

يرى أصحاب هذا الرأي إلى أنه ما دام يمكن للزوجة الخروج لرؤية أهلها في كل أسبوع مرة فيقاس على

ذلك رؤية الأب لولده أو الأم لولدها لأن العلاقة بين رؤية الفرع لأصله ورؤية الأصل لفرعه واحدة، وهي

علاقة الأصل بالفرع، فتحدد مرة كل أسبوع ويشترط أن تتم الرؤية نهاراً أو ليلاً. (1)

(1) عثمان التكروري. شرح قانون الأحوال الشخصية وفق لأحدث التعديلات. ص 280 .

كما ذهب أصحاب هذا القول إلى أن كلا من الأبوين ليس له المنع من الزيارة أو مشاهدة الطفل المحضون أثناء حضانة الآخر له، أو حتى عرقلة ذلك، وجاء في حاشية رد المحتار: "... الولد متى كان عند أحد الأبوين لا يمنع الآخر عن النظر إليه، وعن تعهده".⁽¹⁾

ثانيا - مذهب الشافعية والحنابلة :

لقد فرق الشافعية والحنابلة في حق زيارة المحضون بين الذكر والأنثى، فإن كان المحضون ذكرا واختار الأم، وكان في سن التمييز كان عند الأم ليلا وعند الأب نهارا ليعلمه ويؤدبه، لأن في هذا مصلحة للمحضون، أما لو اختار أباه فيبقى في حضانة أبيه ليلا ونهارا، ولا يمنع من زيارة أمه له، لأن منعه فيه عقوق بالوالدين وقطيعة رحم وكلاهما محرمان.⁽¹⁾

وإذا مرض المحضون فإن الأم أولى بتمريضه سواء كان ذكرا أو أنثى، لأن لها قدرة كبيرة على التحمل والصبر لا يملكها غيرها.

ثالثا - رأي المالكية:

ذهب فقهاء المالكية أن من حق والد المحضون أن يرى ولده وليس الحق للحاضنة أن تمنعه من ذلك، ولكنها لا تجبر على إرساله إليه في منزله أو كان مكان إقامته ليراه، وإنما تؤمر بأن تخرج محضونها إلى مكان يمكن للأب رؤيته فيه، وإذا كان الولد عند أبيه فلا يجوز للأب أن يمنع الأم من رؤية ابنها، إلا أن الأب لا يجبر على إرساله إليها في مكان إقامتها ليراه، بل يؤمر هذا الأخير بأن يخرج المحضون إلى مكان بحيث يمكن للأم رؤيته.

وهناك قاعدة عند المالكية مفادها أنه إذا تعارض حق الولاية وحق الحضانة قدم حق الولاية، والولاية للأولياء الذين لهم التربية الروحية، وهي مقدمة على التربية البدنية ولذلك قرر المالكية أن الحضانة لا تمنع الأب من رؤية ولده الذي في حضانتها، وهذه الرؤية قد تكون كل يوم، لأن الأب يتعهد ولده ويرعاه كل يوم ليرسله إلى المدرسة أو إلى الصانع ليتعلم العلم أو الصنعة.

(1) ابن عابدين. الدر المختار. ج 3. ص 567 .

(1) أحمد فرج حسين، أحكام الأسرة في الإسلام، الطلاق والخلع، حقوق الأولاد ونفقة الأقارب، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2004، ج 03، ص

وعند الملكية ليس للأم أن تنقل الأولاد على الموضع الذي فيه والدهم إلا إذا كان قريباً، كما يجوز للأب أخذ ولده معه إذا سافر سفر نعله. (1)

وفي حالة مرض أحد الأبوين، وأصبح لا يستطيع زيارة ولده، لأن المرض مانع للمريض من الانتقال لزيارة ولده، كان على الأولاد زيارة الوالدين في حال العجز عن الزيارة. (2)

وما يلاحظ من خلال استعراض المذاهب الفقهية، أن حق الزيارة أو حتى الرؤية للأبوين لمحضونهما هو حق شرعي متفق عليه بين جميع المذاهب، لأنه من باب صلة الرحم التي حث عليه الخالق سبحانه وتعالى. وإذا كانت المذاهب الفقهية اشترطت في الحاضن أن يكون أميناً في دينه، فإنهم لم يشترطوا هذا الشرط في طالب رؤية المحضون، كما ليس للأب أن يمنع الأم من رؤية ولدها إذا انتهت مدة الحضانة بل يجب عليهما أن يتعاون في ذلك، وألا يتخذ من الولد وسيلة للانتقام بسبب خلافها .

البند الثاني: التعسف في زيارة المحضون في الفقه

بداية أجمع العلماء على أنه يحق للوالدين رؤية ابنهما المحضون ولا يجوز منع أحدهما من زيارته، لأنه حق يثبت للمحضون ووالديه، ولأن في المنع تعويد على القطيعة للرحم والعقوق؛ كما اختلفوا في تحديد مقدار الزيارة فنص بعضهم على أن الزيارة تكون مرة في أيام، ونص بعضهم على أنها كل يوم. (1)

وتحدث الفقهاء عن مقدار الزيارة فقالوا يجب ألا تطول مدة الزيارة والمكث عند المحضون وخاصة إن كانت في بيت أحد الوالدين، لما بينهما من الحرمة بسبب القرابة .

وفيما يلي إعطاء بعض صور التعسف في حق الرؤية أو الزيارة للمحضون:

الصورة الأولى: ماطلة الحاضن في تنفيذ حق رؤية المحضون لغير الحاضن

قد يقوم صاحب الحق في الحضانة بالماطلة في تنفيذ حق الرؤية للقريب غير الحاضن. بموجب أنه صاحب الحق في الحضانة، تحت أي ذريعة من أنه له الحق في حفظ المحضون، أو أن يقوم الحاضن بتغيير محل إقامته،

(1) الدسوقي بن أحمد بن عرفة. حاشية الدسوقي. ج 03. ص 516 - 517

(2) سعدي أبو الحبيب، المرشد في الأحوال الشخصية السوري، دار الأنور للطباعة، دمشق، 1989، ص 575.

(1) ابن عابدين. الدر المختار. ج 3 ص 571؛ الشريبي. مغني المحتاج. ج 5. ص 199؛ الشيرازي. المهذب. ج 3. ص 168؛ النووي. المجموع. ج 18. ص 337؛ ابن قدامة. المغني. ج 8. ص 242.

لمطالعة في تنفيذ حق الرؤية أو للتعنت والرغبة في التشفي والانتقام من الطرف الآخر إضرارا به، وهذا يعد من باب التعسف في استعمال الحق لأنه يعود بالضرر على القريب غير الحاضن، من خلال أنه يحرم من رؤية أبنائه، أو يراهم في فترات متباعدة مما يورث الجفاء والتباعد والتعود على القطيعة بين الأرحام الغير الحاضنين.

الصورة الثانية: استعمال حق الزيارة في أوقات لا تناسب الحاضن والمحضون

قد يقوم غير الحاضن عمدا باختيار أوقات غير مناسبة لزيارة المحضون. بموجب أنه له الحق في رؤية المحضون، كأن يأتي لزيارتهم في أوقات متأخرة ليلا، أو خلال أوقات عمل الحاضنة إضرارا بها، فتضطر إلى قطع عملها لإحضار الأبناء أو إطالة فترة الزيارة على غير النحو المعتاد.

ولو أرادت الأم زيارته فلا يمنعها الأب من ذلك، لما في ذلك من قطع الرحم، لكن لا تطيل المكث، وإن بخل الأب بدخولها إلى منزله أخرجها إليها، والزيارة تكون مرة كل يومين فأكثر، فإن كان منزل الأم قريبا فلا بأس أن يزورها الابن كل يوم. (1)

ففي هذه الصورة استعمل غير الحاضن حقه بطريقة تعسفية إضرارا بالحاضنة من خلال أنه اختار موعدا للزيارة لا يتناسب وحالتها، إضافة إلى أنه أطال فترة الزيارة إضرارا به.

الصورة الثالثة: امتناع غير الحاضن عن إعادة الأبناء بعد تنفيذ حق الرؤية

من صور التعسف أيضا امتناع غير الحاضن عن إعادة المحضونين إلى الحاضنة بعد انتهاء مدة أو موعد الزيارة، فهنا نجد أنه قد استعمل حقه في الزيارة قصد إلحاق الضرر المعنوي بالحاضنة، وحرمانها من حق الحضانة، مما يضطرها إلى رفض تمكينه من الرؤية خوفا من الاختطاف أو التأخير في تسليمهم إليها وعدم إرجاعهم إليها، إذا كان غير الحاضن أجنبيا.

المطلب الثاني: حق زيارة المحضون في قوانين الأحوال الشخصية المغاربية

لا شك أن الحضانة من المتطلبات الواجبة والمهمة للطفل المحضون حقا على الوالدين والأسرة والمجتمع أثناء قيام العلاقات الزوجية وبعد الفرقة.

(1) الشريبي، مغني المحتاج، ج 5، ص 199.

ولذلك فقد عمل المشرعين المغاربة على النص على حق زيارة المحضون باعتبارها من أهم الحقوق التي تضمن للطفل استمرار روابطه بالمحيط العائلي والحفاظ على هويته.

وحرصا منهم على ضمان هذا الحق فقد أحاطه المشرعين المغاربة بالعديد من الضمانات أهمها مصلحة المحضون، موكلا إلى القضاء مسؤولية حماية وتكريس هذه المصلحة في إطار سلطته التقديرية الواسعة. وعلى هذا الأساس سأعالج هذا المطلب وفق التفريع الآتي:

- الفرع الأول: حق زيارة المحضون في قانون الأسرة الجزائري.
- الفرع الثاني: حق زيارة المحضون في مدونة الأسرة المغربية .
- الفرع الثالث: حق زيارة المحضون في مجلة الأحوال الشخصية التونسية.

الفرع الأول: حق زيارة المحضون في قانون الأسرة الجزائري

إن الهدف من رؤية المحضون وفق ما جاء به المشرع الجزائري هو الإطلاع على أحواله المعيشية، والتعليمية، والتربوية، والدينية، والأخلاقية وهذا برقابته المستمرة للمحضون بحكم الولاية التي يملكها ولا يجوز منعه من رؤيته، وإبعاده عليه.

وعليه سأعالج هذا الفرع وفق التفصيل الآتي:

البند الأول: الطبيعة القانونية للحق في الزيارة

يتراوح موضوع زيارة بين الحق والواجب فهو حق للطرف غير الحاضن المحضون على حد السواء، وهو حق طبيعي ضمته الشرائع السماوية والوضعية على حد السواء باعتباره المقابل الآلي والضروري لحق الحضانة الذي يتمتع به أحد الأبوين أو غيرهما.

حق الزيارة ليس حقا شخصيا فهو لا يعتبر رابطة بين دائن ومدين ولا هو بطبيعة الحال حق عيني، بل هو حق من طبيعة مختلفة ثابت للشخص ولا يقدر بالمال وهو يندرج ضمن حقوق العائلة التي تنشأ عن تصرفات قانونية أو وقائع قانونية كما هو الشأن بالنسبة للحقوق المالية بل تنشأ عن العلاقات بين أفراد الأسرة الواحدة. (1)

(1) محمد عليوي ناصر، الحضانة بين الشريعة والقانون، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2002، ص 156.

تتميز الحقوق العائلية ومن ضمنها حق زيارة المحضون، ونتيجة لصبغتها غير المالية، بعدم إمكانية التعامل في شأنها أو التزول عنها ولا يملك الدائنون حجزها، كما تتميز بكونها لا تخول لأصحابها سلطات فحسب فهي لا تمنح لتحقيق مصلحة شخصية لهم ولكنها تمنح لتحقيق مصلحة المحضون بالخصوص ومصلحة الأسرة بالعموم⁽¹⁾، وهنا تظهر الوظيفة الاجتماعية لزيارة المحضون بالنظر إليه كواجب يفترض احترامه، ومما لا شك فيه أن هذا الواجب يتحقق بعائق من بيده المحضون والمستفيد من حق الزيارة، أولا بعائق الحاضن بتمكين من حرم من الحضانة من رؤية المحضون والإشراف عليه وعلى تربيته، وثانيا بعائق غير الحاضن بضرورة احترامه أثناء ممارسته حتى لا يضر بالمحضون أو بالحاضنة.

إن اعتبار زيارة المحضون واجبا له أهميته على المستوى العملي فهو يدخل ضمن مقومات الحماية فإنه من الضروري أن يقابل الحق الواجب، لأن التمتع بالحق يقابله المتحمل له. وككل الحقوق تعد زيارة المحضون حقا يقابله بالضرورة واجب.

البند الثاني: الأشخاص المقرر لهم حق الزيارة

إن الحضانة من الحقوق الثابتة للمحضون والتي نصت عليها المادة 62 من ق . أ . ج على أنها رعاية الولد وتعليمه والقيام على تربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا وتسند مبدئيا إلى الأم طبقا لأحكام المادة 64 من ق . أ . ج فقد أقر المشرع حفاظا على استمرار روابط المحضون بأبويه ومحيطه العائلي يحق للطرف الذي حرمه القانون من الحضانة الاستفادة من الزيارة باعتبارها من الحقوق الطبيعية للطرف غير الحاضن والتي تستمد مشروعيتها من أحكام الشريعة الإسلامية.

كما نصت المادة 134 من القانون المدني الجزائري على أنه: " كل من يجب عليه قانونا أو إتفاقا رقابة شخص في حاجة إلى الوقاية بسبب حالته العقلية أو الجسمية يكون ملزما بتعويض الضرر الذي يحدثه ذلك الشخص للغير بفعله الضار...."

وعليه فالمشرع جعل الأب حسب المادة المذكورة سالفا المسؤول الوحيد عن الأفعال التي يتسبب فيها ابنه الأضرار بالغير وذلك ما دام يسكن معه، ولكن في حال الطلاق وفي حال إسناد الحضانة للأم وانتقل الطفل

(1) نبيل إبراهيم سعد، المدخل إلى القانون، نظرية الحق، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2006 ص 3.

للعيش مع أمه، فإنه في هذه الحالة يسقط شرط المساكنة وبالتالي تسقط مسؤولية الأب لإنعدام الشرط، وإن كان ذلك يتحقق مع الأم إلا أن الأب مازال على قيد الحياة وعليه فمن المسؤول عن الأفعال التي يرتكبها المحضون ؟ ذهب الأستاذ عبد العزيز سعد إلى: " أن المحكوم له بالحضانة سواء كان الأب أو الأم أو غيرهما سيكون مسؤولاً مسؤولية مدنية عن تعويض كل ضرر سيلحقه المحضون بالغير مدة وجوده لديه، وإذا جاء أحد الوالدين المحكوم له بحق الزيارة وأخذ المحضون معه إلى أماكن أخرى. ونتج أن تصرف المحضون تصرف غير شرعي ألحق ضرراً بالغير فإن المسؤول عن التعويض مثل هذا التصرف أو الضرر سوف لا يكون هو الحاضن بالضرورة و إنما هو الشخص الذي استعمل حق الزيارة " (1)

وبالرجوع إلى نص المادة 64 من قانون الأسرة يبرز لنا نص المشرع على الحق في الزيارة دون أن يقتصر على طرف معين ولم يحدد أصحاب الحق في الزيارة تاركاً الأمر مفتوحاً لسلطة القاضي التقديرية، وذلك من أجل التمكين من الاطمئنان على حالة المحضون وعلى وضعيته والحفاظ على أواصر الترابط مع محيطه العائلي ككل.

وهذا ما دفع المحكمة العليا في إحدى قراراتها، إلى منح حق الزيارة للخالة على أساس أنها هي صاحبة المرتبة الثالثة ضمن مستحقي الحضانة ... وذلك لكون الخالة المطعون ضدها في قضية الحال، ورتبها المشرع الجزائري في المرتبة الثالثة بالنسبة لمن يستحقون الحضانة بعد الأم والجددة لأم، وبما أن هذا القانون منح لها الحق في طلب إسناد حضانة أبناء أحوالها، فلها الحق أيضاً في زيارتهم وأعتقد بأن ما ذهب إليه قضاة المحكمة العليا له مبرره إذ أنه ما دامت الخالة هي من بين مستحقي الحضانة فلا يوجد ما يمنعها أيضاً من الاستفادة من حق الزيارة. (2)

كما أن إجتهد المحكمة العليا أكد على أن حق الزيارة ليس مخصصاً فقط لطرفي النزاع حول الحضانة بل تمتد إلى كل له قرابة بالمحضون كجدي المحضون أو جداته، وهذا ما أكده قرار المحكمة العليا في إحدى إجتهداته لحق زيارة المحضون لكل من تجب عليه نفقته إذ جاء فيه ما يلي: " من المقرر شرعاً أنه كما تجب النفقة على الجد فإن ابن الإبن له حق الزيارة أيضاً ومن ثم فإن قضاة الموضوع لما قضوا بحق الزيارة للجد الذي يعتبر أصلاً للولد

(1) سعد عبد العزيز، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه جديد. ص 87.

(2) عيسى طعيبة، "حق زيارة المحضون وضمانات إقراره وتنفيذه على ضوء قانون الأسرة والاجتهاد قضائي"، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، المجلد الحادي عشر، العدد الأول، 2017، ص 272.

وهو بمثابة والده المتوفي كما تجب عليه النفقة يكون له أيضا حق الزيارة طبقا لأحكام المادة 77 من قانون الأسرة، فإن القضاء بقضائه طبقوا صحيح القانون و متى كان كذلك استوجب رفض الطعن". (1)

إن المشرع لما أتاح مجالا واسعا للاستفادة من حق الزيارة وأعطى للقاضي سلطة تقديرية واسعة، إعمالا لمصلحة المحضون.

البند الثالث: دور القضاء في تنظيم عناصر حق الزيارة

الجدير بالذكر أنه في الغالب لا بد من مراعاة مصلحة المحضون سواء في التشريع أو في أحكام وقرارات القضاء لكن كثيرا ما تطرح الحضانة إشكالات عديدة في الميدان لاسيما الجزائري من جهة أو تعقد مسألة الحضانة من جهة أخرى مما يصعب مهمة القاضي.

أولا - ميعاد الزيارة :

يكون مكان الزيارة ذلك المكان الذي يتمتع فيه المحضون برعاية زائره ولو تطلب الأمر ساعات معدودات، ولذلك لا يمكن أن يكون مكان الزيارة يسبب حرجا للزائر لمسكن المطلقة مثلا، لأنها أصبحت أجنبية عنه، وهذا ما أكدته قضاة المحكمة العليا في قرار جاء فيه: " من المقرر شرعا أنه لا يصح تحديد ممارسة حق الزيارة للزوج في بيت الزوجة المطلقة وحتى - في قضية الحال - أن قضاة الموضوع قد حددوا مكان حق الزيارة للطاعن بيت المطعون ضدها، فإنهم بقضائهم كما فعلوا خالفوا الشرع والقانون، لأن المطعون ضدها بعد طلاقها أصبحت أجنبية عن الطاعن، وأن الهدف من حق الزيارة لا يتحقق في قضية الحال إلا عندما تتمتع بنت برعاية والدها ولو ساعات محدودة، ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار". (1)

وعليه فإن المشرع الجزائري أخذ بحق الأم والأب والجد في رؤية المحضون إذا كان بيد أحدهم فالآخرين حق رؤيته غير أن المشرع لم يبين تفصيلات أخرى لا عن وقت الرؤية ولا كيفيتها أو مواعيدها. كما نجد المادة 64 ق. أ. ج السالفة الذكر لم تحدد موعد الزيارة.

(1) المحكمة العليا - فرقة الأحوال الشخصية والمواريث - قرار صادر بتاريخ 1998/04/21، ملف رقم 181 - 189، المجلة القضائية، 2001، عدد خاص، ص 192.

(1) المحكمة العليا - غرفة الأحوال الشخصية والمواريث - قرار رقم 214290، مؤرخ في 15 / 12 / 1998، عدد خاص، ص 192.

ثانيا - مكان زيارة المحضون:

الملاحظ في الزيارة أن القانون لم يحدد مكان ممارسة الزيارة التي هي من حق المحضون والوالدين، وعليه فيمكن للطرفين المطلقين أن يتفقا على مكان ممارسة الزيارة فيه أو طريقة معينة ليتمكن صاحب حق الرؤية من تحقيق ذلك. (1)

وإذا تعذر ذلك حدد القاضي مكان رؤية المحضون، وبالرجوع إلى أحكام الاجتهاد القضائي الذي يستند في قواعد على الشرع والقانون في تكريس مبادئه، فقد اعتبرت المحكمة العليا أنه عدم جواز ممارسة حق الزيارة في بيت المطلقة، وهذا وفق القرار السالف الذكر. (2)

أما فيما يخص مكان الزيارة في حالة بعد المسافة فإن المشرع لم يبين لنا الكيفية التي يتم فيها الفصل تارك ذلك للاجتهاد القضائي الذي فرق بين حالتين:

أ. حق الزيارة داخل التراب مع بعد المسافة:

إن بعد المسافة داخل التراب الوطني بين الطليقين يراعي فيها القاضي، حالة المحضون بالدرجة الأولى، وغالبا ما تبقى الحضانة للأم، لأن الوالد أقدر على السفر مقارنة بالأم، وللقاضي سلطة واسعة وكبيرة في تحديد الزيارة وأوقاتها في حال النزاع عليها، داخل التراب الوطني، وهذا ما استقر عليه فقه القضاء في إحدى القرارات على: " إن ممارسة حق الزيارة يقتضي من الأب الانتقال إلى مكان ممارسة الحضانة وليس تقريب المحضون منه". (3)

ب. حق الزيارة خارج التراب الوطني:

اعتبر القضاء أن الحضانة تسقط بسبب بعد المسافة في حالة إقامة الأم في بلد أجنبي وإقامة الوالد في الجزائر، وذلك لأن رعاية الأبناء وتربيتهم بالمراقبة عن طريق الزيارة الممنوحة للأب، غير أن بعد المسافة بين الأب والأم لا تمكن الأب بالقيام بمسؤوليته الخاصة تجاه المحضون، التي هي الزيارة والمراقبة، ويتجلى ذلك من خلال العديد

(1) بديس ذيابي. آثار فك الرابطة الزوجية. ص 91-92.

(2) المحكمة العليا - غرفة الأحوال الشخصية والموارث - قرار رقم 214290، مؤرخ في 15/12/1998، عدد خاص، ص 194.

(3) المحكمة العليا - غرفة الأحوال الشخصية والموارث - قرار رقم 74213، المؤرخ في 11/04/2013، قرار غير منشور.

من القرارات التي حكم بها بسقوط الحضانة عن الأم إذا كانت خارج التراب الوطني منها: " اختيار الأب الإقامة بالخارج ليس عذراً، إذا كان يستعصي عليه ممارسة حق زيارة ابنه، ما دام من اختياره" (1)، وللأم حق رؤية أولادها المقيمين بالمهجر خلال عطلة كل صيف، وذلك مراعاة لمصلحة المحضون: " للأب المقيم خارج التراب الوطني حق زيارة أولاده، كلما حل بأرض الوطن حسب التوقيت المقرر له" (2).

البند الرابع: آثار الإمتناع عن التمكين من حق الزيارة

تشهد قاعات المحاكم العديد من القضايا بسبب خلافات حول حق زيارة المحضون، رغم أن من لا تحق له حضانة الطفل يمنحه قانون الأسرة حق زيارة أبنائه، غير أنه يلجأ أحد الأطراف الانتقام من الطرف الآخر عن طريق خطف أو إخفائهم عن الطرف الحاضن، وفي حال منع أحد الأولياء للآخر من رؤية أبنائه فإن هذا التصرف يؤدي منازعة قضائية، وبالمقابل تستلزم معاقبة عدم تسليم لمن له حق الزيارة أو انتهاك حكم قضائي، أو إخفائه مع العلم بحالة خطفه وعليه سنعالج هذا الفرع وفق التفصيل الآتي:

أولاً - جريمة عدم تنفيذ حكم الزيارة:

نظراً لأهمية الحضانة في تربية الطفل على النحو السليم حرص المشرع الجزائري على تنظيم حق الزيارة وإعطائه الصبغة الجزائية في حال عدم تسليم المحضون إلى أحد أبويه، وهي حماية جنائية لهذا الحق فقد نص عليها في المادة 328 من قانون العقوبات الجزائري حيث يعاقب بالحبس من شهر إلى سنة وبغرامة من 500 إلى 5000 دج الأب أو الأم أو كل شخص آخر لا يقوم بتسليم قاصر قضي في شأن حضائته بحكم مشمول بالنفاذ المعجل أو بحكم نهائي، أو أبعده عن حاضنة أو حمل الغير على خطفه أو إبعاده، ولو حصل ذلك بغير تحايل ولا عنف، كما أن العقوبة قد ترتفع إلى ثلاث سنوات في حالة سقوط السلطة الأبوية عن الجاني (3) وعناصر هذه الجائحة هي:

(1) المحكمة العليا - غرفة الأحوال الشخصية والموارث - قرار رقم 486039 - المؤرخ في 11 / 03 / 2009 غير منشور .

(2) المحكمة العليا - غرفة الأحوال الشخصية والموارث - قرار رقم 804405 - المؤرخ في 10 / 07 / 2014، غير منشور.

(3) المادة 328 من القانون الصادر بموجب الأمر رقم 66 - 156، المؤرخ في 8 يونيو 1966 المتضمن قانون العقوبات العدل والمتمم، بالقانون رقم 06 - 23 المؤرخ في 20 ديسمبر 2006 .

والقاصر هنا هو من يحتاج إلى الحضانة، وقد حددت المادة 65 من ق.أ. ج نهاية مدة الحضانة بعشر سنوات بالنسبة للذكر أما الأنثى ببلوغها سن الزواج، كما أن للقاضي أن يمدد الحضانة بالنسبة للذكر إلى 16 سنة إذا كانت الحاضنة أما لم تتزوج ثانية.

أ. الركن المادي : ويتكون من عدة عناصر:

العنصر الأول : الامتناع عن التسليم.

ينبغي أن يحصل الامتناع بشكل متعمد وواضح ومقصود وبعد أن يكون الممتنع المتهم قد علم فعلا بوجود الحكم، ومع انتفاء الامتناع تنتفي معه الجريمة.⁽¹⁾

العنصر الثاني : وجود حكم قضائي مسبق

يجب أن تكون المطالبة بتسليم الطفل ممن صدر لصالحه حكما قضائيا لإسناد الحضانة إليه، وأن يكون هذا الحكم حائزا لقوة الشيء المقضي فيه أو يكون مشمولاً بالنفاذ المعجل، ومن ذلك نجد أن المحكمة العليا قضت بعدم قيام جريمة الإمتناع عن التسليم. لكون الحكم القاضي بإسناد حضانة الولدين لأمهما مرفوق بحق الزيارة غير مشمول بالنفاذ المعجل وغير نهائي كونه محل إستئناف.⁽²⁾

والظاهر من نص المادة 328 أعلاه أن أساس اهتمام المشرع ينصب في مصلحة الطفل وليست مصلحة الأبوين، وذلك بوجوب تسليم الطفل لمن يكون أشفق وأحن عليه، وأقدر على مراعاة مصلحته والعناية به أكثر من غيره .

العنصر الثالث: أن يكون الامتناع عن تسليم المحضون إلى من له الحق في الزيارة

ثابت بموجب محضر محرره القائم بالتنفيذ، أو ثابت بواسطة شهادة الشهود أو باعتراف الممتنع نفسه، ومنه إذا توفرت هذه العناصر أو الشروط مجتمعة فإن الطرف الممتنع يكون قد ارتكب جنحة الإمتناع عن تسليم طفل إلى من له حق زيارته واستحق المتابعة والعقاب.⁽³⁾

(1) العايب نصر الدين، " الجرائم المتعلقة بالإعتداء على حقوق الأبناء في التشريع الجزائري "، مجلة الفقه والقانون، مجلة الكترونية شهرية تعنى

بنشر الدراسات الشرعية القانونية، المغرب، ع 10، 2013، ص 59

(2) سايس جمال، الإجتهد القضائي في مادة الجرح والمخالفات، الجزائر، منشورات كليك، ط1، ج 3، 2014، ص 158. قرار المحكمة العليا - غرفة الأحوال الشخصية والمواريث - قرار رقم 22708 صادر بتاريخ 10/12/1982، نشرة القضاء 1986 ع 4، ص 39.

(3) لحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجنائي الخاص. الجرائم ضد الأشخاص والجزائر ضد الأموال، دار هومة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2003، ص 159.

ب. الركن المعنوي: نحن بصدد جنحة عمدية، وتبعاً لذلك يجب أن تكون نية الجانح متوجهة إلى إخفاء الطفل مهما كان الباعث، وعدم تقديمه لمن له الحق بالمطالبة به. (1)

هذا ما أكدته المحكمة العليا في القرار الصادر بتاريخ 14 / 02 / 1989 أنه: " من المقرر قانوناً أن يعاقب بالحبس والغرامة كل شخص يمتنع عن تسليم قاصر لمن له الحق في المطالبة به بموجب حكم قضائي نهائي. ولما ثبت أن الطاعن الحالي يرفض تمكين الأم من زيارة أبنائها، واستغرق المهلة المعطاة له لأجل ذلك، فإن قضاة الموضوع قد اقتنعوا بما فيه الكفاية على قيام عناصر الجريمة المتابع بها، ولم يخالفوا أي نص قانوني مما يتوجب رفض الطعن". (2)

وعليه نجد المشرع الجزائري قد أولى إهتماماً خاصاً بالمحضون وبالطفل بصفة عامة عندما نص على مثل هذه الجرائم التي من شأنها أن تضمن الحماية للأحكام الصادرة في شأن الحضانة وما يعيب على المشرع الجزائري أنه لم يعتبر الإمتناع عن تسليم المحضون سبباً من أسباب المسقط للحضانة بالرغم من أن مرتكبه كما أشرنا سابقاً يعاقب على فعله جزائياً، وهذا وفق ما جاء به قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 14 / 07 / 1996 أنه: " من المقرر قانوناً، أنه كل من لم يسلم طفلاً موضوعاً تحت رعايته إلى الأشخاص الذين لهم الحق في المطالبة به، يعاقب بالحبس من ستين إلى خمس سنوات"، وفي قرار آخر: " ولما ثبت في قضية الحال أن الطاعن لم يعلن صراحة رفضه تسليم البنتين ولم يلجأ إلى أية مناورة لمنع الوالدة من حقها في الزيارة، بل إن البنتين هما اللتان رفضتا الذهاب إلى والدتهما كما يشهد بذلك تصريح الحضر القضائي.

ومتى كان كذلك، فإن إدانة المتهم بجنحة عدم تسليم الطفل يعد خرقاً للقانون لعدم توفر الركن المادي". (3)

(1) خالد الدواوي، الحضانة، دار الإصدار العلمي، ط1، 2018، ص 107-108.

(2) غرفة الأحوال الشخصية والمواريث - قرار رقم 54930، صادر بتاريخ 14 / 02 / 1989، المجلة القضائية. 1995، ع 2، ص 181 : نقلاً عن: (سايس جمال، الإجتهااد القضائي في مادة الجنح والمخالفات. ص 845).

(3) المحكمة العليا - غرفة الأحوال الشخصية والمواريث - قرار رقم 130691 - الصادر بتاريخ 14 / 07 / 1996، المجلة القضائية، 1997، عدد 01، ص 153.

وعليه فإنه يمكن القول أن مصلحة المحضون هي التي يجب أن تغلب على أحكام القضاء، فيما يخص تسليم الطفل، أي أن مصلحة المحضون من حيث صيانة توازنه العقلي والنفسي هو الذي يجب أن يحافظ لأن صاحب حق الزيارة يبقى محتفظا بحقه عن طريق تحسين علاقاته مع المحضون.⁽¹⁾

ثانيا - أثر تنفيذ الحكم القاضي بالزيارة :

إن الغاية من الحكم المنظم للزيارة تبقى رهينة يادخاله حيز التنفيذ وضمن ممارسة صاحبه له، دون أي صعوبات من شأنها أن تحد منه وبالتالي فإن الحماية التي يوفرها الحكم المنظم للزيارة لا يجب أن تقف عند حدود ما قرره المحكمة وإنما يبقى ذلك رهينا بوضعه موضع التنفيذ وفقا للوقت والمكان والكيفية المحددة لذلك .

خاصة وأن المشرع أضفى الطابع الإستعجالي على القضايا المتعلقة بزيارة المحضون لتوفير عنصر الاستعجال فيها، وبالتالي حق اللجوء إلى رئيس قسم شؤون الأسرة من أجل استصدار أمر ينفذ مباشرة بقوة القانون طبقا لأحكام المادة 57 من ق . أ . ج، مما قد يسمح لغير الحاضن باللجوء إلى الغرامة التهديدية أو حتى المتابعة الجزائية ضد الحاضنة أو الحاضن الممتنع.

كما أن المشرع ومن خلال المادة 69 من ق . أ . ج والتي تنص على: " إذا أراد الشخص الموكول له حق الحضانة أن يستوطن في بلد أجنبي رجوع الأمر للقاضي في إثبات الحضانة له أو إسقاطها عنه، مع مراعاة مصلحة المحضون".

وما يلاحظ على المشرع الجزائري أنه لم يربط الانتقال بالمحضون بموافقة غير الحاضن وإنما ترك الأمر للقاضي الذي يستطيع منع السفر بالمحضون حفاظا على مصالح المحضون وضمانا للمساواة بين الحاضن وصاحب حق الزيارة في ممارسة واجباتهم اتجاهه ورعاية شؤونه والقيام بمصالحه.

وعلى اعتبار أن الضروريات تقدر بقدرها فإن المشرع قد أعطى الحق في تقدير هذه المسألة إلى قاضي شؤون الأسرة الذي بدوره يتأكد من الصفة العرضية للانتقال والتحقق من وجود ضمانات كافية لعودة المحضون إلى أرض الوطن.

(1) حميد وزكية، "مصلحة المحضون في قوانين المغاربية للأسرة"، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبو بكر بالقائد، تلمسان، 2004/2005، ص 203.

الفرع الثاني: حق زيارة المحضون في مدونة الأسرة المغربية

إن مدونة الأسرة لم تكتف بتنظيم حق الزيارة فقط بل عملت على وضع ضوابط وتقنين أحكام لهذه الزيارة وهي أحكام جديدة حول المشرع المغربي للقضاء سلطة التدخل من أجل حسن التنظيم والتنفيذ لحق الزيارة، وذلك بموجب المواد من المادة 180 إلى 186 من مدونة الأسرة، ويكون هذا وفق التفصيل الآتي :

البند الأول: زيارة غير الحاضن

نصت المادة 180 من م . أ . م على زيارة غير الحاضن من الأبوين بقولها :

"لغير الحاضن من الأبوين حق الزيارة واستئارة المحضون".

ويتضح من خلال نص هذه المادة، بأنه أعطى حق زيارة وإستئارة المحضون، فقد يكون المحضون عند أمه على اعتبار أنها حاضنته أو أبيه أو غيرهما من أقارب المحضون، فإن كان محضونا عند الأم فمن حق الأب زيارته والاتصال به ومراقبته والأمر نفسه إذا كان عند حاضن كأم الأم مثلا⁽¹⁾، وهذا ما أكدته القضاء في عدة مناسبات إذ جاء في حكم صادر ابتدائية وجدة جاء فيه: " يالزام الحاضنة بتسليم الأولاد لوالدهم قصد الزيارة وصلة الرحم مرة في أسبوع مع شمل القرار بالنفاذ المعجل".

كما يتضح أن حق الزيارة والإستئارة من صميم النظام العام، لا يمكن مطلقا الاتفاق على منعه أو إسقاطه وللسبب ذاته، فقد استقر العمل القضائي في المغرب على أن الأمر به - في حال تعطيله - لا يحتاج إلى حكم في الموضوع، وإنما هو من اختصاص القضاء الإستعجالي.⁽²⁾

وهكذا جاء في أمر إستعجالي صادر عن محكمة الابتدائية بالدار البيضاء جاء فيه: " إن صلة الرحم حق طبيعي وشرعي ضمنه القانون لكل واحد من الطرفين بعد وقوع الطلاق.

إن قاضي المستعجلات مختص بأي إجراء لضمان ممارسة هذا الحق على الوجه المطلوب شرعا.

إن طبيعة صلة الرحم تقتضي النفاذ المعجل على المسودة.

(1) إدريس الفاخوري. انحلال الرابطة الزوجية. ص 332.

(2) محمد الكشور. الوسيط في شرح مدونة الأسرة. ص 531.

ومن البديهي أن من يطالب بصلة الرحم عن طريق القضاء الإستعجالي لا يلزم بإثبات الإستعجال لخطورة الطلب".⁽¹⁾

البند الثاني : تنظيم زيارة المحضون باتفاق الأبوين

نصت المادة 181 من مدونة الأسرة على تنظيم الزيارة بالاتفاق بين الأب والأم إذا نصت على أنه: "يمكن للأبوين تنظيم هذه الزيارة باتفاق بينهما يبلغانه إلى المحكمة، الذي يسجل مضمونه في مقرر إسناد الحضانة"⁽²⁾ فتحديد الزيارة عن طريق الاتفاق بين الزوجين المطلقين، يجب أن يكون أصلا وأنه لا يمكن أن يطالب ذلك التحديد من القضاء إلا بكيفية استثنائية وفي حالة تعذر الوصول إلى مثل ذلك الاتفاق.⁽³⁾

إن أهم ميزة للتنظيم الإتفاقي للزيارة هي التحديد الدقيق لزمان ومكان ومدة الزيارة، الأمر الذي يجعل من تنفيذها أمرا سهلا للأبوين ولا يحرم المحضون من رؤية أحد أبويه وبذلك تستقر حياة المحضون، وتطبيقا لذلك صدر عن قسم قضاء الأسرة الابتدائية وجدة في حكم جاء فيه:

"وحيث حضر الطرفين واتفقا على تحديد وقت الزيارة في يوم السبت عشية والأحد كاملا"⁽³⁾، كما ورد عن ابتدائية سلا أنه: ".... يمكن للأبوين تنظيم هذه الزيارة باتفاق بينهما يبلغانه إلى المحكمة الذي يسجل مضمونه، فاستقر إسناد وفقا لمقتضيات المادة 181 من مدونة الأسرة...."

الحكم على المدعي عليها بتمكين المدعي من زيارة وإستزارة إبنته الملاك يومي السبت والأحد من كل أسبوع بداية من التاسعة صباحا يوم السبت إلى غاية الساعة السادسة مساء يوم الأحد وكذلك لمدة أسبوع من كل عطلة صيفية وخلال اليوم الثاني من الأعياد الدينية من الساعة التاسعة صباحا إلى غاية الساعة الخامسة مساء وبتحميل المدعي عليها الصائر".⁽⁴⁾

(1) المحكمة الابتدائية، الدار البيضاء، أمر استعجالي بتاريخ 19/01/1992، منشور بمجلة المحاكم المغربية، العدد المزدوج 64، 65، ص 208 وما بعدها.

(2) محمد الكشور. أحكام الحضانة. ص 127.

(3) المحكمة الابتدائية، وجدة، حكم عدد 1531، في الملف عدد 06/296، بتاريخ 04/04/2006، نقلا عن: (إدريس الفاحوري . إنحلال الرابطة الزوجية . ص 334) .

(4) المحكمة الابتدائية، سلا، حكم عدد 225، الملف رقم 879 / 07 / 07، بتاريخ 22/01/2008 : نقلا عن (إدريس الفاحوري، العمل القضائي الأسري، مطبعة الأمنية، الرباط، 2009، ج 2، ص 417).

كما تجدر الإشارة أن التنظيم الإتفاقي للزيارة يطبق بشكل واسع بالنسبة للمغاربة المقيمين خارج التراب المغربي، وهكذا جاء في حكم صادر بالطلاق عن محكمة أوترينخت الهولندية جاء فيه:

"إتفق الطرفان أن تكون هناك زيارة بين الأب وإبنة القاصر وذلك مرة كل أسبوعين من مساء يوم الخميس من الساعة السادسة ونصف مساء إلى غاية مساء يوم الأحد على تمام الساعة الخامسة والنصف مساء"⁽¹⁾

البند الثالث: دور القضاء في تنظيم حق الزيارة

كما قرر المشرع المغربي في حال عدم حصول إتفاق بين الأبوين حول تنظيم الزيارة بينهما، فإن المحكمة تتدخل بواسطة سلطتها لتنظيم حق الزيارة، ويكون قرارها قابلا للطعن مع مراعاة ظروف الأطراف وهذا ما نصت عليه المادة 182 من مدونة الأسرة بقولها: " في حالة عدم إتفاق الأبوين تحدد المحكمة في قرار إسناد الحضانة فترات الزيارة وتضبط الوقت والمكان بما يمنع قدر الإمكان التحايل في التنفيذ.

تراعي المحكمة في كل ذلك ظروف الأطراف والملابسات الخاصة بكل قضية ويكون قرارها قابل للطعن" فالأصل كما سبق وأن رأينا هو حصول الإتفاق بين الأبوين على تنظيم الزيارة بعيدا عن سلطة القضاء ولكن إذ تعذر ذلك تتولى المحكمة هذه المهمة وتقوم بضبط أوقات الزيارة ومكانها تفاديا لكل تحايل أو تضليل، والمحكمة عندما تقوم بذلك فإنها تراعي كل ظروف الأبوين والمحضون، علما بأن القرارات التي تصدرها المحكمة في هذا الشأن تكون قابلة للطعن وفق قواعد قانون المسطرة المدنية.⁽²⁾

ومن التطبيقات القضائية في تنظيم حق الزيارة من طرف المحكمة عند غياب الإتفاق بين الوالدين منها: قرار المجلس الأعلى جاء فيه: "... المحكمة لما حددت وقت الزيارة لصلة الرحم في يومي السبت والأحد بيت الحاضنة فإنه تكون قد راعت وفق سلطتها التقديرية في هذا الشأن ظروف جميع الأطراف، خصوصا مصلحة

(1) محكمة أوترينخت الهولندية، الغرفة الفردية لمعالجة القضايا المدنية، تحت رقم FA- RK / 2434 - 79 - 177 المؤرخ في 2005/01/19، نقلا عن: (إدريس الفاخوري. انحلال الرابطة الزوجية. ص 335).

(2) إدريس الفاخوري. مرجع نفسه. ص 336.

المحزون التي تعاني من مرض عضوي ونفسي لا تستطيع معه مفارقة والدتها الحاضنة... مما يجعل ما قضت به المحكمة في هذا الشأن مبنيا على أساس ولم تخرق مقتضيات المادة 182 من مدونة الأسرة".⁽¹⁾

ومن خلال هذا الاجتهاد القضائي يتضح حرص القضاء الأسري على تطبيق السليم للمقتضيات التشريعية المنظمة لحق الزيارة، خاصة في حالة عدم الاتفاق بين الوالدين ومن ثم فإن أي إخلال بتحديد المكان والزمان والزيارة يعد نقص في التعليل كتحديد اليوم فقط دون الإشارة إلى بقية العناصر.

البند الرابع : تعديل نظام الزيارة

لقد نصت مدونة الأسرة على إمكانية تعديل نظام الزيارة إذا تغيرت الظروف وتوفرت أسباب موضوعية تقتضي تعديل ما تم الاتفاق عليه أو ما قضت به المحكمة. بما يحقق مصلحة الطفل المحزون وهذا ما نصت عليه المادة 183 من مدونة الأسرة بقولها: " إذا إستجدت ظروف أصبح معها تنظيم الزيارة المقررة باتفاق الأبوين أو بالمقرر القضائي ضارا بأحد الطرفين أو بالمحزون أمكن طلب مراجعته وتعديله. بما يتلاءم ما حدث من ظروف " فقد تطرأ ظروف وتحدث مستجدات تضر بأحد الطرفين إذا بقيت زيارة المحزون وفق ما اتفق عليه سابقا أو وفق ما حددته المحكمة الأمر الذي يستدعي مراجعة تنظيم الزيارة بالشكل الذي يتلاءم والظروف المستجدة، ومن بين الأسباب التي تستدعي تغيير وقت الزيارة تزامنها مع وقت الدراسة⁽¹⁾ إذ جاء في حكم صادر عن المحكمة الابتدائية ببركان جاء فيه ما يلي : "... وحيث أسس المدعي طلبه على أن المحزونين يدرسان يوم السبت ولا يمكن زيارتهما لذلك على المدعي عليها تسليم الابنتين كل يوم أحد ابتداء من الساعة التاسعة صباحا قصد صلة الرحم معهما على أن يقوم بإرجاعهما على الساعة الخامسة مساء بدلا من يوم السبت".⁽²⁾

ويمكن للقاضي التوسع في أوقات الزيارة لفائدة أحد الأبوين طبقا للمادة 183 من م . أ . م وذلك بمقتضى سلطته التقديرية. بما في ذلك مبيت المحزون عند وليه خاصة في المناسبات والأعياد حتى يتسنى للمحزون

⁽¹⁾ قرار المجلس الأعلى، ملف عدد 265 / 2 / 1 / 2005، بتاريخ 20 / 09 / 2006، نقلا عن : (إدريس الفاخوري. إنحلال الرابطة الزوجية. ص 337).

⁽¹⁾ إدريس الفاخوري. إنحلال الرابطة الزوجية. ص 339.

⁽²⁾ المحكمة الابتدائية، بركان، حكم رقم 05/96، ملف عدد 04 / 1057، بتاريخ 30 / 02 / 2005، نقلا عن : (إدريس الفاخوري. إنحلال الرابطة الزوجية. ص 340).

الإحتكاك مع الولي في ظروف أوسع طبقا للمادة 169 من م . أ . م والتي تنص على أن الأب أو النائب الشرعي والأم الحاضنة واجب لعناية بشؤون المحضون في التأديب والتوجيه الدراسي، ولكن يجب المبيت عند الحاضنة.

ومن الأمور التي قد تحدث أيضا وتؤثر في تعديل نظام الزيارة وفاة أحد والدي المحضون الأمر الذي قد يجعل الحاضن يمتنع أو يعرقل زيارة أهل المحضون، وفي هذا الصدد جاءت المادة 185 من مدونة الأسرة لتنص على أنه: " إذا توفي أحد والدي المحضون يحل محله أبواه في حق الزيارة المنظمة بالأحكام السابقة".

وتجدر الإشارة بأن القضاء المغربي يضمن الصيغة الإستعجالية على القضايا المتعلقة بصلة الرحم وزيارة المحضون نظرا لاتصال موضعها بالمشاعر الإنسانية سواء تعلق الأمر بالمحضون أو بمن له الحق في الزيارة. (1)

البند الخامس: تنفيذ الحكم القاضي بالزيارة وجزاء الإخلال بالتنفيذ

نصت المادة 184 من مدونة الأسرة على أنه: " تتخذ المحكمة ما تراه مناسبا من إجراءات بما في ذلك تعديل نظام الزيارة وإسقاط حق الحضانة في حالة الإخلال أو التحايل في تنفيذ الاتفاق أو المقرر المنظم للزيارة " يتعين بمقتضى هذه المادة تنفيذ الاتفاق أو الحكم المتعلق بزمان ومكان الزيارة بالشكل الذي تم عليه التراضي أو صدر بشأنه حكم قضائي وأن أية مخالفة لهذه المتعضيات أو الاعتراض عليها بعد ذلك أو تنفيذ ذلك بسوء النية وبقصد حرمان أو تعطيل الطرف الآخر من حق الزيارة يترتب عليه إسقاط الحضانة، كجزاء على عدم احترام الاتفاق أو الحكم القضائي. (2)

وهكذا ومن أجل ضمان تنفيذ الاتفاق أو الحكم المنظم لزيارة المحضون حولت مدونة الأسرة الصلاحية التامة للمحكمة لاتخاذ الإجراءات المناسبة كتعديل نظام الزيارة وكذا إمكانية إسقاط الحضانة على كل من أخل أو تحايل عند التنفيذ. (3)

وهذه والإجراءات من شأنها أن تكون رادعا لكل متحايل على التنفيذ بسوء نية.

(1) محمد الكشور. أحكام الحضانة. ص 130 .

(2) عبد الكريم شهبون، الشافي في شرح مدونة الأسرة، الزواج، انحلال الرابطة الزوجية وآثاره، مطبعة النجاح الجديدة، 2006، عدد الأول، ج1، ص 438.

(3) محمد الشافعي. الطلاق والتطليق في مدونة الأسرة. ص 233.

والملاحظ بأن المشرع المغربي لم يتضمن نصا قانونيا جزريا في تنظيمه لأحكام الحضانة فالحاضن الذي يمسك المحضون ويمتنع عن تقديمه لمن له حق الزيارة لا توجد مقتضيات تتضمن عقوبات تصدر ضد الحاضن الممتنع بدون وجه حق، فقد تتعسف الحاضنة في استعمال الحق المخول للأب بزيارة ابنه أو إصطحابه لفترة من الزمن والمنع قد يكون بسبب الكراهية المتولدة عن الفراق. (1)

وقد نص القانون الجنائي المغربي على جنحة عدم تقديم المحضون إلى الشخص الذي له الحق في المطالبة به في الفصل 476 بقوله: «من كان مكلفا برعاية طفل وامتنع عن تقديمه إلى شخص له الحق في المطالبة به يعاقب بالحبس من شهر إلى سنة»، كما نصت المادة 477 من القانون الجنائي المغربي على أنه: «إذا صدر حكم قضائي بالحضانة وكان نهائيا أو نافذا بصفة مؤقتة فإن الأب أو الأم أو أي شخص يمتنع عن تقديم القاصر إلى من له الحق في المطالبة بذلك.... فإنه يعاقب بالحبس من شهر إلى سنة وغرامة من مائتين إلى ألف درهم». ومن أجل أعمال المقتضيات السابقة يجب أن يصدر حكم نهائي أو نافذ بصفة مؤقتة بالحضانة، كما يجب أن يتوفر عنصر الامتناع الصريح والرفض الثابت لتسليم المحضون من أجل زيارته من خلال محضر رسمي معد لهذا الغرض. (2)

الفرع الثالث: حق زيارة المحضون في مجلة الأحوال الشخصية التونسية

تعتبر علاقة مؤسسة الحضانة بالزيارة علاقة وطيدة، فبعدها يتوصل القاضي للبت في مسألة الحضانة وأخذ القرار في شأنها، يتجه مباشرة إلى محاولة المحافظة على التوازن النفسي للطفل الذي يساهم الوالدان على حد السواء، وذلك بتنظيم القواعد التي تهم الزيارة باعتبارها أثرا من آثار الطلاق، وهي حق لأحد الوالدين غير الحاضن من لم تسند إليه الحضانة لمواصلة أعمال رقبته على حسن تربية ابنه ولللاطمئنان لمستوى العناية التي يحضى به من لدن حاضنه ومن مدى قيام الحاضن بعامة شؤونه وفقا لما تقتضيه مهام الحضانة.

وعلى هذا الأساس سنعالج هذا الفرع وفق التفصيل الآتي:

(1) محمد الشافعي، الطلاق والتطليق، ص 234.

(2) إدريس الفاخوري، إنحلال الرابطة الزوجية، ص 347؛ محمد الكشور، أحكام الحضانة، ص 131.

البند الأول: ضبط مواعيد الزيارة وتحديد دوريتها

إذا ما أسند قضاء الأسرة حضانة الأبناء إلى أحد الزوجين، وجب في المقابل تنظيم حق الزوج الآخر في زيارة المحضونين مع العمل عند تنظيم تباعد مواعيد تلك الزيارة ومكان ممارستها ودوريتها على الملائمة بين مصلحة المحضون الفضلى من جهة، ومصلحة أبويه من جهة أخرى، وإذا ما تعارضت مصلحة المحضون مع مصلحة أبويه وجب تقديم مصلحة المحضون على مصلحة أبويه باعتبارها أولى وهذا حسب الفصل 66 من م.أ.ش.ت.⁽¹⁾

ويتولى قاضي الأسرة تكيف حق لزيارة المحضون اعتمادا على ما يتجمع لديه من معطيات متصلة بسن المحضون، ووضع الطرف المزمع منحه حق الزيارة ومقر إقامته المعتاد ومدى بعده عن مقر سكني الحاضن، مع اعتبار مصلحة المحضون في كل الأحوال، فله على سبيل المثال أن يقرر، إذا كان المحضون رضيعا، أن تتم الزيارة بمقر والدته الحاضنة له دون استصحاب في ساعات محددة ومحدودة من النهار، كما له إن تجاوز المحضون مرحلة التبعية لأمه، أن يأذن لوالده إن أسندت حضنته لوالدته، بالاستصحاب معه وذلك أيام العطل الأسبوعية والمدرسية والأعياد وفي ساعات معينة من النهار وأن يأذن حتى بمبيت المحضون لدى الأب، ولقاضي الأسرة أيضا، إذا كان المتمتع بحق الزيارة إن كان مقيم خارج أرض الوطن، أن يجمع أيام الزيارة في فترات محددة يضبطها بشكل يحقق الملائمة الضرورية بين مصلحة المحضون ومصلحة الطرف الزائر، كأن يأذن مثلا بأن تتم الزيارة في ساعات محددة كل يوم طيلة أيام العطل المدرسية وأن يأذن حتى بالاستصحاب إذا كان سن المحضون تسمح بذلك، مع أخذ كل الاحتياطات الضرورية لتفادي الفرار بالمحضون إلى خارج أرض الوطن، وأن ينص على تلك الاحتياطات بقراره ليتسنى مراعاتها آليا عند تنفيذ قراره وعليه لا توجد قاعدة عامة يمكن اعتمادها في تنظيم حق الزيارة.

في اختلاف وضعية المحضونين واختلاف المعطيات المتصلة بسنهم وبظروفهم الصحية والفعالية والنفسية من حالة إلى أخرى.

(1) الفصل 66، (أضيفت الفقرة الثانية بالقانون عدد 10، لسنة 2006، المؤرخ في 2006/03/06) الذي ينص على: "الولد متى كان عند أحد الأبوين لا يمنع الآخر من زيارته ومن تعهده وإذا طلب نقله إليه فكلية الزيارة عليه. وبت قاضي الأسرة في طلب ممارسة حق الزيارة طبقا للإجراءات المقررة في القضاء المستعجل".

ولاشك أن أسلم تنظم لممارسة حق الزيارة هو الذي يكون محل اتفاق بين الأبوين والذي يرتفعان فيه إلى مستوى مسؤولياتها تجاه الأبناء.

البند الثاني : فرض احترام مواعيد الزيارة

يتعين على الأبوين، في غياب وجود وفاق بينهما في خصوص تنظيم زيارة المحضون بما يراعي مصلحته، احترام المواقيت التي عينها قاضي الأسرة بدقة وتجنب كل ما من شأنه أن يلجأ الطرف الآخر للتظلم من أو الاستنجد بالقوة العمومية للمطالبة بإشارة التبعات القانون لفرض احترام ما قرره القضاء في ذلك الشأن.⁽¹⁾

علما أن امتناع الطرف المتمتع بالزيارة من إعادة المحضون إلى حاضنة بعد انتهاء فترة الزيارة يعرض المتمتع إلى المسائلة الجزائية تصل حد الحبس.⁽²⁾

ومن الواضح أن التجريم يهدف إلى تحقيق حماية جزائية للقرارات القضائية المتعلقة بحضانة الأطفال القصر، وهو بالنظر إلى شمولية العبارات التي يستعملها النص ينطبق بالنسبة للحضانة والزيارة وتقسيم العطل ويحمي كل من له الحق في التمسك بإحدى هذه الحقوق.⁽³⁾

أما بالنسبة للشروط الأولية التي تتوفر في مثل هذه الجرائم، فهي تتعلق أساسا بالحكم القضائي، فإن الجريمة لا يمكن أن تتوفر إلا إذا كان هناك حكم قضائي أسند الحق، فإن لم يكن هناك حكم قضائي فإنه لا وجود للجريمة.

لكن الحكم القضائي أساس التتبع يجب أن يكون قابلا للتنفيذ، ولا يهم أن يكون الحكم القضائي صادرا في الأصل أو بصورة مؤقتة كأن يكون صادرا عن قاضي شؤون الأسرة عند إجراء محاولة الصلح.

أما بالنسبة للركن المادي للجريمة، يتمثل ذلك الركن في عدم تمكين المتمتع بحق الزيارة من ممارسة حقه أو بعدم إرجاع المحضون للحاضنة بعد ممارسة حق الزيارة.

(1) محمد اللحمي. قانون الأسرة. ص 489.

(2) فقد نص القانون عدد 2 لسنة 1962 المؤرخ في 24 ماي 1962، المتعلق بإحداث جريمة عدم إحضار المحضون على ما يلي: فصل وحيد: "في صورة حكم وقفي أو بات، فإن الأب أو الأم أو كل شخص آخر لا يحضر المحضون لمن له الحق في طلب إحضاره، أو يتعمد ولو بدون حيلة أو قوة الاختطاف للمحضون واختلاسه من أيدي من هم في حضانتهم أو في المكان الذي وضعوه فيه، يعاقب بالسجن من ثلاثة أشهر إلى عام وبخطية من أربعة وعشرين دينارا إلى مائتين وأربعين دينارا. ..."

(3) محمد اللحمي. قانون الأسرة. ص 489.

أما بالنسبة لركنها المعنوي، فالثابت أنها جريمة قصدية، فلا بد إذن من توفر النية الإجرامية كي تتوفر الجريمة، وتبرز تلك النية من خلال الرفض المتكرر لتسليم المحضون، ولا يهم الدافع الذي يؤدي إلى عدم تسليم الطفل لمن له حق المطالبة بتسليمه إليه.⁽¹⁾

البند الثالث: إجراءات طلب حق الزيارة

أضاف القانون عدد 10 لسنة 2006 المؤرخ في 2006/03/06 الفقرة الثانية الجديدة إلى الفصل 66 التي أسندت إلى قاضي الأسرة الاختصاص في البت في طلب الزيارة طبقا على الإجراءات المقررة في القضاء المستعجل.

ونستتج على هذه المقتضيات أن المشرع يهدف إلى:⁽²⁾

دعم التخصص في مجال قضاء الأسرة، لما فيه من مزيد توفير للضمانات القضائية من خلال تعهد قضاء مختص في مجال قانون الأسرة.

دعم صلاحيات مؤسسة قاضي الأسرة من خلال توسيع مرجع نظرها، ويرجع تاريخا إنشاء مؤسسة قاضي الأسرة إلى القانون عدد 74 لسنة 1993، المؤرخ في 1993/07/12 الذي نقح مقتضيات الفصل 32 من م.أ.ش في اتجاه إحداث هذه المؤسسة القضائية المختصة بالصلح في قضايا الطلاق، وبصدور مجلة حماية حقوق الطفل بمقتضى القانون عدد 92 لسنة 1995 المؤرخ في 1995/11/09،⁽³⁾ ثم بسن القانون الأساسي عدد 63 لسنة 2004 المؤرخ في 2004/05/27⁽⁴⁾ المتعلق بحماية المعطيات الشخصية أسند المشرع في فصله 28 إلى قاضي الأسرة صلاحيات الإذن بمعالجة المعطيات الشخصية للطفل⁽⁵⁾، ثم توسيع الاختصاص لقاضي شؤون الأسرة ليشمل النظر في وضعية الطفل المهدد.⁽⁶⁾

(1) ساسي بن حليمة، دراسات في الأحوال الشخصية، مركز النشر الجامعي، 2012، ص383-384.

(2) فاطمة الزهراء بن محمود، التعليق على مجلة الأحوال الشخصية، ص 290 - 291.

(3) قانون منشور بالرائد الرسمي للجمهورية التونسية، عدد 90 بتاريخ 1995/10، ص 2205.

(4) قانون منشور بالرائد الرسمي للجمهورية التونسية، عدد 61 لسنة 2004، بتاريخ 2004/07/30، ص 2084 وما يليها.

(5) الفصل 28 المتعلق بحماية المعطيات الشخصية ينص على: "لا يمكن معالجة معطيات شخصية متعلقة بطفل إلا بعد الحصول على موافقة وليه وإذن قاضي الأسرة، ويمكن لقاضي شؤون الأسرة أن يأذن ولو بدون موافقة الولي إذا اقتضت مصلحة الطفل الفضلى ذلك".

(6) سامية دولة، قضاء الأطفال في مجلة حماية الطفل (الصلاحيات القضائية لقاضي الأسرة) منشورات مركز الدراسات القانونية والقضائية، تونس 2005، ص8.

دعم سرعة البت في طلب الزيارة من خلال تفضيل إجراءات القضاء الاستعجالي عند تعهد القضاء بهذا الطلب، وذلك لما تتسم به تلك الإجراءات من بساطة وعدم تشعب السبل في الحضور أمام القضاء ورفع الدعوى أمامه وكذلك سرعة البت في طلب وتنفيذ الأحكام.

خلاصة الفصل الثاني:

1. إن المشرع الجزائري ركز في تعريفه للحضانة على أسبابها وأهدافها، وهي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه، والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا في حين أن المشرع المغربي والتونسي، كانت تعريفاتهم للحضانة مقتضية ومختصرة، وتشمل على أجزاء من تعريف الحضانة عموما.
2. أما عن الطبيعة القانونية للحضانة، فهي حق للحاضن والمحضون على حد سواء، إلا أن المشرعين المغاربة قد غلبوا حق المحضون ومصالحته عن حق الحاضن.
3. عند التفصيل في شروط ممارسة الحضانة، نجد أن المشرع الجزائري، قد اكتفى بعبارة أن يكون الحاضن أهلا لذلك، في حين بقية المشرعين المغاربة قد فصلوا في ذلك وجعلوا شروطا خاصة بالرجال وأخرى للنساء وشروط مشتركة بينهم.
4. كما اتفق المشرعين المغاربة فيما يخص ترتيب أصحاب الحق في الحضانة.
5. كما اتفق المشرعين المغاربة في حال العجز العقلي أو الجسدي باعتباره سببا مسقطا للحضانة فكانت نصوصهم متقاربة.
6. كما اتفقا المشرعين المغاربة على أن زواج الحاضنة بغير قريب محرم يسقط حقها في الحضانة.
7. إن المشرع الجزائري ومن خلال نصه على الحق في زيارة المحضون جاء في فقرة مقتضية ضمن نص المادة 64 ق.أ.ج التي تتعلق بترتيب الحواضن، لم يعمل على وضع مقتضيات قانونية واضحة من أجل ضمان هذا الحق وتنظيمه، باعتباره من الحقوق التي تهدف إلى تحقيق استقرار المحضون وحق رعايته.
8. على المشرع الجزائري توسيع دائرة المستفيدين من حق الزيارة بموجب نص قانوني مستقل، كما فعل المشرع المغربي والتونسي.
9. على المشرع الجزائري والتونسي أن تحذوا حذو المشرع المغربي في التنصيص على إدراج مادة تنظم حق الزيارة اتفاقا وإذا تعذر ذلك نظمها القاضي.
10. كما اتفق المشرعين المقاربة على أن الأب مجبر على إسكان الحاضنة مع محضونها في مسكن مستقل أو في بيت الزوجية أو أن يؤدي لهم مقابل بدل الكراء.

11. كما اتفق المشرعين المغربي على أن الزوجة لا تفرغ من بيت الزوجية إلا بعد أن ينفذ الأب الحكم

الخاص. بمكان ممارسة الحضانة.

12. كما اتفق المشرعين المغربي على أن الزوجة إذا تزوجت مرة ثانية سقط حقها في السكن أو بدل

الإيجار.

الخاتمة

الخاتمة:

من خلال استعراض جزئيات هذا البحث توصلت إلى تقديم جملة من النتائج والتوصيات اعرضها على

النحو التالي:

أولاً - أهم النتائج:

1. اهتمام المشرعين المغاربة بقضايا الأسرة واعتبروها من النظام العام، وذلك من خلال تفعيل دور النيابة العامة وجعلها طرفاً أصلياً في قضايا الأحوال الشخصية.
2. إصرار المشرعين الجزائري والتونسي على أن عمل الحاضنة لا يشكل سبباً من أسباب سقوط الحق في الحضانة، كمبدأ والاستثناء يجوز حكم إسقاط الحضانة إذا كان عملها يخرج المحضون من الرعاية و العناية وغيرهما مما يخل بمصلحة المحضون، بخلاف المشرع المغربي الذي لم ينص على أن عمل المرأة في حال إخلال بمصالح المحضون مسقط لحقها.
3. على المشرعين المغاربة، وضع بين يدي القضاة معايير موضوعية التي يعتبرونها في تقدير التعويض في مسائل المرتبطة بالطلاق وما ينتج عنه من آثار، وهذا ضماناً لحقوق الطرفين.
4. بالنسبة للتشريعات الأحوال الشخصية المغربية نجد أن أغلبها منحت للقاضي سلطة تقديرية واسعة في تقدير الضرر الناجم عن الطلاق التعسفي والتطليق وحالة النشوز والأساس القانوني الذي يعتمد عليه القضاة من خلال التطبيقات القضائية هو فكرة التعسف في استعمال الحق والتي أساسها القاعدة الشرعية -لا ضرر ولا ضرار-.
5. يعتبر الأثاث المتزلي من أهم الأسباب التي تثير المشاكل بين الزوجين، وخاصة الأثاث المكتسبة أثناء قيام العلاقة الزوجية، حيث يساهم كلا الزوجين في شرائه ومنه يجب أن يقيم بينهما حسب مساهمة كل واحد، وعدم وجود أحكام خاصة فيما يخص ممتلكات الزوجين، وعليه وجب على المشرعين المغاربة وضع نصوص قانونية واضحة، خاصة بالملكية المشتركة لمتاع البيت في حالة عدم اتفاقهما على ذلك بعقد الزواج.

6. في ترتيب المستحقين للحضانة خالف المشرعين المغاربة الفقهاء مع اتفاقهم على أن أحق النساء بحضانة الصغير هي أمه وقد أخذت قوانين الأحوال الشخصية بترتيب قريب من مذهب الحنفية والشافعية.
7. تجدر الإشارة ومن خلال دراستنا لاجتهادات القضاة المغربية وحسب اطلاعي لا يوجد أي حكم أو قرار يشير إلى استثناء القاضي لنصوص اتفاقية حقوق الطفل، بالرغم من أنه لا يوجد ما يمنعهم من ذلك، وخاصة انه مجرد المصادقة عليها، تصبح في مرتبة تعلوا القانون.
8. أقر المشرعين المغاربة بأحقية بقاء المطلقة الحاضنة في مسكن الزوجية، فقط يبقى على القاضي الذي يحكم بذلك أن يراعي عدة أمور تتعلق بموضع مسكن الحاضنة، وزمن بدل الإيجار أو تهيئة مسكن خاص لممارسة الحضانة.
9. أن المتعة تعني في التعويض في الطلاق التعسفي وتكون تعويضا عن الضرر وألم الفراق من زوجها لها، فتجب في كل طلاق أوقعه الزوج بإرادته وفي كل فرقة حصلت من جهة الزوج كالإيلاء، ولا تجب في الفرقة التي تكون بسبب من المرأة كردتها.
10. جعل المشرعين المغاربة من حق الأب حضانة الأبناء مباشرة بعد الأم وهذا بغية تحصيل التوازن بين المرأة والرجل في الحقوق والواجبات.
11. جعل المشرعين المغاربة مصلحة المحضون فوق مصلحة الحاضن، وذلك بمنح القاضي السلطة التقديرية في إسناد الحضانة بغض النظر عن موطن الحاضن، كما اجمعوا على حق المطلقة الحاضنة حق البقاء في مسكن أب المحضون إلى غاية تنفيذ الحكم القضائي.
12. أجمع المشرعين المغاربة على أن الاعتداد حق الله عز وجل قبل أن يكون للمرأة والرجل، كما اتفق الفقهاء على استحقاق المعتدة الرجعية، والبائن الحامل للسكن مدة العدة، واختلافهم في المبتوتة الحائل.

أهم التوصيات:

من خلال معالجة تعاطي المشرعين المغاربة مع آثار الطلاق يتضح جليا عدم كفاية ما قرره لحماية الأسرة، خاصة المرأة المطلقة والحاضنة بسبب التغييب ببعض المسائل التي هي مبعث الخلافات ويتطلبها الوقت

الحالي لكل دولة مغربية، كما عدم معالجة المشرعين المغربية لبعض التفاصيل الأخرى التي تترك الأسر المغربية، وتجعل على القانون عقبة عوض أن يكون ملاذا لحل بعض المعضلات.

وعليه يمكن إدراج بعض التوصيات بغية تقويم بعض المسائل نسبيا كما يلي:

1. ضرورة إفراد المشرع الجزائري لكل مشتمل من مشتملات النفقة الزوجية بأحكام من حيث التعريف والأحكام.

2. ضرورة وضع نصوص محكمة ومفصلة في الشروط الواجب توافرها في المسكن حتى يكون شرعيا ومبينة للإجراءات الواجب إتباعها للكشف عن شرعية المسكن من عدمه.

3. ضرورة تعزيز الحماية القانونية للمطلقة الحاضنة، ومحتونها واستحداث طرق أكثر نجاعة وفعالية.

4. إدخال مادة يدرسها أولادنا ضمن المناهج التربوية تبني لديهم منذ الصغر ثقافة أسرية شرعية وقانونية.

5. تنظيم دورات تكوينية تعلم الناس فنون التعامل الأسري، وإدارة الأسرة، وحل النزاعات الأسرية.

6. على المشرعين المغربية اللجوء إلى آليات جديدة تتماشى مع أموال الأسرة التي أصبحت تقدر بالملايين في الكثير من الأسر.

7. يجب على المشرعين المغربية تدعيم بعض المسائل التي وردت فيها نصوص ضعيفة رغم حاجياتها للتدعيم التشريعي، وهي شروط ممارسة الحضانة ونفقة المتعة وأسباب سقوط الحضانة.

8. أقتراح تقدير المدة التي يستغرقها المستفيد من زيارة المحضون ولا تبقى تشريعا عرفيا معروف عند القضاة والمحامين.

9. استحداث وإنشاء محكمة للأسرة للنظر في منازعات الأحوال المتعددة بين الزوجين وتكون بدائرة اختصاص كل مجلس، وتزود بالوسائل التي تتناسب مع طبيعة المنازعات الأسرية، وما يقتضيه كل ذلك حضور الصغار الذين لهم علاقة بالمنازعات المعروضة على محاكم الأسرة، لتمكينها من الفصل في أوجه الخلاف المتعددة على النحو تحقيق سرعة أفضل وعدالة أوفى.

10. إنشاء مركز للبحوث القانونية والقضائية مهامه الاهتمام بالتشريع المتعلق بالأحوال الشخصية، الخاص بالأسرة نظرا لدورها المؤثر في تدعيم العلاقات الاجتماعية الأساسية وتوفير الشروط السليمة لتحقيق

إنسانية الإنسان وتنحصر عضوية المركز أعلاه في رجال القانون المتخصصين في مجال الأحوال الشخصية والتمرسين بالقضاء، وأساتذة التعليم العالي في التخصص.

11. توسيع مجال الإثبات في متاع البيت واجتهاد القضاء في إيجاد حلول أخرى كما يثيره الموضوع من قضايا معقدة.

12. إنشاء قانون إجرائي خاص بالأحوال الشخصية، ينظم المنازعات المتعلقة بالأسرة نظرا لطبيعة وخصوصية النزاع، وحماية لحقوق المتقاضين، وأيضا تسهيلات لمهمة قاضي الأسرة، في هذا المجال باعتبار أن قانون الإجراءات المدنية أصبح مثقلا بالقوانين الأخرى، ولكون أن النظام القضائي الحديث يتطلب أكثر من أي وقت مضى أيسر مع نظام العولمة الجديد مما يتوجب التخصص في السلك والهيكل.

هذا فإن أصبت فمن الله وحده والفضل له تعالى أولا وأخرا وان اخطأت فمن نفسي والشيطان.

وصلى الله على سيدنا محمد وعلى اله وصحبه اجمعين.

فهرس الآيات القرآنية

فهرس الآيات القرآنية

الصفحة	الآية	رقم الآية	السورة
353	﴿الَّذِينَ يَنْقُضُونَ عَهْدَ اللَّهِ مِنْ بَعْدِ مِيثَاقِهِ وَيَقْطَعُونَ مَا أَمَرَ اللَّهُ بِهِ أَنْ يُوصَلَ وَيُفْسِدُونَ فِي الْأَرْضِ أُولَئِكَ هُمُ الْخَاسِرُونَ﴾	27	
34،	﴿الشَّهْرُ الْحَرَامُ بِالشَّهْرِ الْحَرَامِ وَالْحُرُمَاتُ قِصَاصٌ فَمَنْ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ وَاتَّقُوا اللَّهَ وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ مَعَ الْمُتَّقِينَ﴾	194	
100، 152،155، 215، 211، 244، 240، 228، 247، 251	﴿وَالْمُطَلَّقاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ وَلَا يَحِلُّ لَهُنَّ أَنْ يَكْتُمْنَ مَا خَلَقَ اللَّهُ فِي أَرْحَامِهِنَّ إِنْ كُنَّ يُؤْمِنَنَّ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَلِكَ إِنْ أَرَادُوا إِصْلَاحًا وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ وَلِلرِّجَالِ عَلَيْهِنَّ دَرَجَةٌ وَاللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ﴾	228	البقرة
244	﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانٍ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلَّا أَنْ يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ﴾	229	
38	﴿وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَلَبَعْنَ أَجَلَهُنَّ فَأُمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرِّحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِيَتَعْتَدُوا وَمَنْ يَفْعَلْ ذَلِكَ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ وَلَا تَتَّخِذُوا آيَاتِ اللَّهِ هُزُوعًا وَادْكُرُوا نِعْمَةَ اللَّهِ	231	

	﴿عَلَيْكُمْ وَمَا أَنْزَلَ عَلَيْكُمْ مِنَ الْكِتَابِ وَالْحِكْمَةِ يَعِظُكُمْ بِهِ وَاتَّقُوا اللَّهَ وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمٌ﴾	
99، 100، 102، 105، 106، 109، 152، 220، 321	﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُنِيمَ الرِّضَاعَةَ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾	233
212، 218	﴿وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا فَعَلْنَ فِي أَنْفُسِهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرٌ﴾	234
11، 225	﴿وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا عَرَّضْتُمْ بِهِ مِنْ خِطْبَةِ النِّسَاءِ أَوْ أَكْنَنْتُمْ فِي أَنْفُسِكُمْ عِلْمَ اللَّهِ أَنْكُمْ سَتَذَكَّرُوهُنَّ وَلَكِنْ لَا تُوعِدُوهُنَّ سِرًّا إِلَّا أَنْ تَقُولُوا قَوْلًا مَعْرُوفًا وَلَا تَعْزِمُوا عُقْدَةَ النِّكَاحِ حَتَّى يَبْلُغَ الْكِتَابُ أَجَلَهُ وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ يَعْلَمُ مَا فِي أَنْفُسِكُمْ فَاحْذَرُوهُ وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ غَفُورٌ حَلِيمٌ﴾	235
21، 22، 23، 25، 179	﴿لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً وَمَتَّعُوهُنَّ عَلَى الْمُسَبِّحِ قَدْرُهُ وَعَلَى الْمُقْتَرِ قَدْرُهُ مَتَاعًا بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ﴾	236
9، 11، 12، 20، 185	﴿وَإِنْ طَلَقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنَصْفُ مَا فَرَضْتُمْ إِلَّا أَنْ يَعْفُونَ أَوْ يَعْفُوَ الَّذِي بِيَدِهِ عُقْدَةُ النِّكَاحِ وَأَنْ تَعْفُوا أَقْرَبُ لِلتَّقْوَى وَلَا تَنْسُوا الْفَضْلَ بَيْنَكُمْ إِنَّ اللَّهَ بِمَا تَعْمَلُونَ بَصِيرٌ﴾	237

10،11،8، 158،20	﴿وَلِلْمُطَلَّقَاتِ مَتَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ﴾	241	
321	﴿لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا لَهَا مَا كَسَبَتْ وَعَلَيْهَا مَا اكْتَسَبَتْ رَبَّنَا لَا تُؤَاخِذْنَا إِنْ نَسِينَا أَوْ أَخْطَأْنَا رَبَّنَا وَلَا تَحْمِلْ عَلَيْنَا إَصْرًا كَمَا حَمَلْتَهُ عَلَى الَّذِينَ مِنْ قَبْلِنَا رَبَّنَا وَلَا تُحَمِّلْنَا مَا لَا طَاقَةَ لَنَا بِهِ وَاعْفُ عَنَّا وَاعْفِرْ لَنَا وَارْحَمْنَا أَنْتَ مَوْلَانَا فَانصُرْنَا عَلَى الْقَوْمِ الْكَافِرِينَ﴾	286	
181،178	﴿وَأْتُوا النِّسَاءَ صِدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً فَإِنْ طِبْنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَرِيئًا﴾	4	
43	﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَرِثُوا النِّسَاءَ كَرِهًا وَلَا تَعْضُلُوهُنَّ لِتَذْهَبُوا بِبَعْضِ مَا آتَيْتُمُوهُنَّ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفَاحِشَةٍ مُبَيَّنَةٍ وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ فَإِنْ كَرِهْتُمُوهُنَّ فَعَسَى أَنْ تَكْرَهُوا شَيْئًا وَيَجْعَلَ اللَّهُ فِيهِ خَيْرًا كَثِيرًا﴾	19	
186،185	﴿وَإِنْ أَرَدْتُمْ اسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَكَانَ زَوْجٍ وَآتَيْتُمْ إِحْدَاهُنَّ قِنطَارًا فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا أَتَأْخُذُونَهُ بُهْتَانًا وَإِنَّمَا مُبِينًا وَكَيْفَ تَأْخُذُونَهُ وَقَدْ أَفْضَى بَعْضُكُمْ إِلَى بَعْضٍ وَأَخَذْنَ مِنْكُمْ مِيثَاقًا غَلِيظًا﴾	21-20	النساء
	﴿وَكَيفَ تَأْخُذُونَهُ وَقَدْ أَفْضَى بَعْضُكُمْ إِلَى بَعْضٍ وَأَخَذْنَ مِنْكُمْ مِيثَاقًا غَلِيظًا﴾	21	
75	﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ فَإِنْ تَنَازَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ إِنْ كُنْتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ ذَلِكَ خَيْرٌ وَأَحْسَنُ تَأْوِيلًا﴾	59	
79	﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا آمِنُوا بِاللَّهِ وَرَسُولِهِ وَالْكِتَابِ﴾	136	

	<p>الَّذِي نَزَّلَ عَلَى رَسُولِهِ وَالْكِتَابِ الَّذِي أَنْزَلَ مِنْ قَبْلُ وَمَنْ يَكْفُرْ بِاللَّهِ وَمَلَائِكَتِهِ وَكُتُبِهِ وَرُسُلِهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ فَقَدْ ضَلَّ ضَلَالًا بَعِيدًا ﴿</p>		
240	<p>﴿وَأَنْزَلْنَا إِلَيْكَ الْكِتَابَ بِالْحَقِّ مُصَدِّقًا لِمَا بَيْنَ يَدَيْهِ مِنَ الْكِتَابِ وَمُهَيِّمًا عَلَيْهِ فَاحْكُم بَيْنَهُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَاءَهُمْ عَمَّا جَاءَكَ مِنَ الْحَقِّ لِكُلِّ جَعَلْنَا مِنْكُمْ شِرْعَةً وَمِنْهَاجًا وَلَوْ شَاءَ اللَّهُ لَجَعَلَكُمْ أُمَّةً وَاحِدَةً وَلَكِنْ لِيَبْلُوَكُمْ فِي مَا آتَاكُمْ فَاسْتَبِقُوا الْخَيْرَاتِ إِلَى اللَّهِ مَرْجِعُكُمْ جَمِيعًا فَيُنَبِّئُكُمْ بِمَا كُنْتُمْ فِيهِ تَخْتَلِفُونَ ﴿</p>	48	المائدة
208	<p>﴿إِنَّ عِدَّةَ الشُّهُورِ عِنْدَ اللَّهِ اثْنَا عَشَرَ شَهْرًا فِي كِتَابِ اللَّهِ يَوْمَ خَلَقَ السَّمَاوَاتِ وَالْأَرْضَ مِنْهَا أَرْبَعَةٌ حُرْمٌ ذَلِكَ الدِّينُ الْقَيِّمُ فَلَا تَظْلِمُوا فِيهِنَّ أَنْفُسَكُمْ وَقَاتِلُوا الْمُشْرِكِينَ كَافَّةً كَمَا يُقَاتِلُونَكُمْ كَافَّةً وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ مَعَ الْمُتَّقِينَ ﴿</p>	36	التوبة
6	<p>﴿وَلَمَّا فَتَحُوا مَتَاعَهُمْ وَجَدُوا بِضَاعَتَهُمْ رُدَّتْ إِلَيْهِمْ قَالُوا يَا أَبَانَا مَا نَبْغِي هَذِهِ بِضَاعَتُنَا رُدَّتْ إِلَيْنَا وَنَمِيرُ أَهْلَنَا وَنَحْفَظُ أَخَانَا وَنَزِدَادُ كَيْلَ بَعِيرٍ ذَلِكَ كَيْلٌ يَسِيرٌ ﴿</p>	65	يوسف
353	<p>﴿وَالَّذِينَ يَتَّقُونَ عَهْدَ اللَّهِ مِنْ بَعْدِ مِيثَاقِهِ وَيَقْطَعُونَ مَا أَمَرَ اللَّهُ بِهِ أَنْ يُوصَلَ وَيُفْسِدُونَ فِي الْأَرْضِ أُولَئِكَ لَهُمُ اللَّعْنَةُ وَلَهُمْ سُوءُ الدَّارِ ﴿</p>	25	الرعد
6	<p>﴿وَاللَّهُ جَعَلَ لَكُمْ مِنْ بُيُوتِكُمْ سَكَنًا وَجَعَلَ لَكُمْ مِنْ جُلُودِ الْأَنْعَامِ بُيُوتًا تَسْتَخِفُّونَهَا يَوْمَ ظَعْنِكُمْ وَيَوْمَ إِقَامَتِكُمْ وَمِنْ أَصْوَابِهَا وَأَوْبَارِهَا وَأَشْعَارِهَا أَثَانًا وَمَتَاعًا إِلَى حِينٍ ﴿</p>	80	النحل

34	﴿وَإِنْ عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُوا بِمِثْلِ مَا عُوقِبْتُمْ بِهِ وَلَئِنَّ صَبْرَكُمْ لَهُوَ خَيْرٌ لِلصَّابِرِينَ﴾	126	
79	﴿وَلَا تَقْفُ مَا لَيْسَ لَكَ بِهِ عِلْمٌ﴾	36	الإسراء
146	﴿إِذْ نَأْمُسِكْتُمْ خَشْيَةَ الْإِنْفَاقِ﴾	100	
78	﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا وَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ﴾	4	النور
74	﴿وَالَّذِينَ جَاهَدُوا فِينَا لَنَهْدِيَنَّهُمْ سُبُلَنَا وَإِنَّ اللَّهَ لَمَعَ الْمُحْسِنِينَ﴾	69	العنكبوت
	﴿وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ﴾	21	الروم
8، 13، 157، 184، 185، 214	﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ قُلْ لِأَزْوَاجِكِ إِنْ كُنْتُنَّ تُرِدْنَ الْحَيَاةَ الدُّنْيَا وَزَيَّنَّتْهَا فَتَعَالَيْنَ أُمَتِّعَنَّ وَأُسْرَحَنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا﴾	49	الأحزاب
146	﴿وَإِذَا قِيلَ لَهُمْ أَنْفِقُوا مِمَّا رَزَقَكُمُ اللَّهُ قَالَ الَّذِينَ كَفَرُوا لِلَّذِينَ آمَنُوا أَنْطَعِمُ مَنْ لَوْ يَشَاءُ اللَّهُ أَطْعَمَهُ إِنْ أَنْتُمْ إِلَّا فِي ضَلَالٍ مُبِينٍ﴾	47	يس
352	﴿فَهَلْ عَسَيْتُمْ إِنْ تَوَلَّيْتُمْ أَنْ تُفْسِدُوا فِي الْأَرْضِ وَتَقَطُّعُوا أَرْحَامَكُمْ﴾	22	محمد
157، 158، 212، 216، 225	﴿أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا الْعِدَّةَ وَاتَّقُوا اللَّهَ رَبَّكُمْ لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخْرُجْنَ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفَاحِشَةٍ مُبَيِّنَةٍ وَتِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ لَا تَدْرِي لَعَلَّ اللَّهَ يُحْدِثُ بَعْدَ ذَلِكَ أَمْرًا﴾	1	الطلاق
248، 262	﴿فَإِذَا بَلَغَ أَحْلَاهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ﴾	2	

	فَارْفُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَأَشْهَدُوا ذَوِي عَدْلٍ مِّنكُمْ وَأَقِيمُوا الشَّهَادَةَ لِلَّهِ ذَلِكَ يُوعِظُ بِهِ مَنْ كَانَ يُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ وَمَنْ يَتَّقِ اللَّهَ يَجْعَلْ لَهُ مَخْرَجًا ﴿﴾		
217، 212، 220، 218 221	﴿وَاللَّائِي يَئْسَنَ مِنَ الْمَحِيضِ مِنْ نِسَائِكُمْ إِنِ رَبَّتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةَ أَشْهُرٍ وَاللَّائِي لَمْ يَحْضَنْ وَأُولَاتُ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ وَمَنْ يَتَّقِ اللَّهَ يَجْعَلْ لَهُ مِنْ أَمْرِهِ يُسْرًا﴾	4	
99، 102، 105، 106، 155، 158، 159، 173، 251، 262، 263، 264، 265، 270، 321	﴿أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِنْ وُجْدِكُمْ وَلَا تُضَارُّوهُنَّ لِيُضَيِّقُوا عَلَيْهِنَّ وَإِنْ كُنَّ أُولَاتٍ حَمْلٍ فَأَنْفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّى يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ وَأَتَمُّوا بَيْنَكُمْ بِمَعْرُوفٍ وَإِنْ تَعَاسَرْتُم فَاسْتَرْضِعْ لَهُ أُخْرَى﴾	6	
208	﴿لِيَعْلَمَ أَنْ قَدْ أَبْلَغُوا رَسُولَاتِ رَبِّهِمْ وَأَحَاطَ بِمَا لَدَيْهِمْ وَأَحْصَى كُلَّ شَيْءٍ عَدَدًا﴾	28	الجن
240	﴿إِنِ إِلَىٰ رَبِّكَ الرَّجْعَى﴾	8	العلق

فهرس الأحاديث النبوية

فهرس الأحاديث النبوية

الصفحة	الحديث
9	إن رسول الله صلى الله عليه وسلم بسط يده إليها فكأتمها كرهت ذلك فأمر أبا أسيد أن يجهزها ويكسوها ثوبين رازقين وألحقها بأهلها.
35	أهدت بعض أزواج النبي صلى الله عليه وسلم إليه طعاما في قصعة، فضربت عائشة رضي الله عنها القصعة بيدها فألقت ما فيها" فقال النبي صلى الله عليه وسلم: "طعام بطعام وإناء بإناء
35	لا ضرر ولا ضرار
75	إنما أنا بشر، وإنكم تختصمون إلي، ولعل بعضكم أن يكون ألحن بحجته من بعض، فأقضى على نحو ما أسمع منه، فمن قضيت له من حق أخيه شيئا فلا يأخذه فإنما أقطع له قطعة من النار
75	إذا حكم الحاكم فاجتهد ثم أصاب فله أجران، وإذا حكم فاجتهد ثم أخطأ فله أجر
76	إذا جاءك شيء في كتاب الله فأقض به، ولا يلفتك عنه الرجال، فإن جاءك أمر ليس في كتاب الله فأنظر سنة رسوله صلى الله عليه وسلم، فاقض بها، فإن جاءك ما ليس في كتاب الله وليس من سنة رسوله صلى الله عليه وسلم، فانظر ما اجتمع الناس عليه فخذ به، فإن جاءك ما ليس في كتاب الله ولم يكن فيه سنة رسوله صلى الله عليه وسلم، ولم يتكلم فيه أحد قبلك فاختر أي الأمرين شئت: إن شئت أن تحتهد برأيك وتقدم فتقدم، وإن شئت أن تتأخر فتأخر، ولا أرى التأخر إلا خيرا لك
117	إلا أن العارية مؤداة، والمنيحة مردودة
122	البينة على المدعي واليمين على من أنكر
152	يطعمها إذا أطعم، ويكسوها إذا كسا، ولا يهجرها إلا في البيت، ولا يضربها ولا يقبح
156	لا نفقة لك إلا أن تكوني حاملا

181	التمس ولو خاتما من حديد
186	من كشف خمار امرأة ونظر إليها وجب الصداق دخل بها أو لم يدخل
186	قال الخلفاء الراشدون المهديون أن من أغلق بابا وأرخص ستارا، وجب المهر، ووجبت العدة
213	لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تحد توك ثلاث ليال، إلا على زوج أربعة أشهر وعشرا
213	عن فاطمة بنت قيس أن أبا عمرو بن حفص طلقها البتة وهو غائب، فأرسل إليها وكيله بشعير فسخطته فقال: والله مالك علينا من شيء، فجاءت رسول الله صلى الله عليه وسلم فذكرت ذلك له فقال صلى الله عليه وسلم: ليس لك عليه نفقة ولا سكنى، وأمرها أن تعتد في بيت أم شريك ثم قال: تلك امرأة يغشاها أصحابي اعتدى في بيت أم مكتوم- فإنه رجل اعصي تضعين ثيابك، فإذا حللت فأذني... عن فاطمة بنت أبي حبيش أما أمرت أسماء أن تسأل رسول الله صلى الله عليه وسلم فأمرها أن تعتد الأيام التي كانت تقعد ثم تغتسل، قال أبو داود ورواه قتادة عن عروة بن الزبير عن زينب بنت أم سلمة أن أم حبيبة بنت جحش استحيضت فأمرها النبي صلى الله عليه وسلم أن تدع الصلاة أيام أقرائها ثم تغتسل وتصلي
217	عن فاطمة بنت مالك أخت أبي سعيد الخدري تذكر أن زوج فريعة قتل في زمن النبي صلى الله عليه وسلم، وهي تريد أن تنتقل من بيت زوجها إلى أهلها، فذكرت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم رخص لها في النقلة، فلما أدبرت ناداها فقال لها: امكثي في بيتك حتى يبلغ الكتاب أجله
218	فدخل عليها أبو السابل بن بعكك رجل من بني عبد الدار فقال لها ما لي أراك تجملت للخطاب ترجين النكاح فانك والله ما أنت بناكح حتى تمر عليك أربعة أشهر وعشرة فقالت سبيعنة فلما قال لي ذلك جمعت على ثيابي حين أمسيت وأتيت رسول الله صلى الله عليه وسلم فسألته عن
219	

	ذلك فأفتاني بأني حلت حين وضعت حملي وأمرني بالتزوج.
245	حدثني يحيى عن مالك بن نافع أن عبد الله بن عمر طلق إمرأته وهي حائض على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم، فسأل عمر بن خطاب رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك فقال رسول الله، مره فليراجعها، ثم يمسكها حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر ثم إن شاء أمسك بعد وإن شاء طلق قبل أن يمس، فتلك العدة التي أمر الله أن يطلق لها النساء
245	عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم طلق حفصة ثم راجعها
249	مره فليراجعها
262	إنما النفقة والسكنى لمن كان زوجها يملك عليها الرجعة
262	والله لأعلمن رسول الله صلى الله عليه وسلم فإن كان لي نفقة أخذت الذي يصلحني، وإن لم يكن لي نفقة لم أخذ منه شيئاً قالت: " فذكرت ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم، فقال: لا نفقة لك ولا سكنى
265	عن فاطمة بنت قيس قالت: طلقني زوجي ثلاثاً، فلم يجعل لي رسول الله صلى الله عليه وسلم لا سكنى، ولا نفقة
279	جاءته امرأة فقالت يا رسول الله إن ابني هذا كان له بطي وعاء وثدي له سقاء وحجري له حواء وإن طلقني وأراد أن يترعه مني فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: " أنت أحق به ما لم تنكحي "
283	أقعد ناحية وقال لها أقعدي ناحية: قال: وأقعد الصبية بينهما، ثم قال: أدعوها، فمالت الصبية إلى أمها، فقال الرسول صلى الله عليه وسلم: اللهم أهدها، فمالت الصبية إلى أبيها فأخذها
283	كل مولود يولد على الفطرة فأبواه يهودانه أو ينصرانه أو يمجسانه
353	خلق الله الخلق فلما فرغ منه قامت الرحم فقال: مه؟ قالت هذا مقام العائذ بك من القطيعة، فقال: ألا ترضين أن أصل من وصلك وأقطع من قطعك؟ فقالت: بلى يا رب، قال: كذلك لك
353	فهل عسيتم أن توليتم أن تفسدوا في الأرض وتقطعوا أرحامكم (وقال رسول

	صلى الله عليه وسلم: "لا يدخل الجنة قاطع رحم"
354	من فرق بين الوالدة وولدها فرق الله بينه وبين أحبته يوم القيامة
354	"من فجع هذه بولدها " ردوا ولدها إليها، إذا كان النبي صلى الله عليه وسلم أشفق لحال الحمرة التي فرق بينها وبين أولادها، فما بال أقوام يمارسون هذا التفريق على مستوى البشر".

فهرس المصادر والمراجع

قائمة المراجع:

أولا - القرآن الكريم:

ثانيا - كتب التفسير:

1. ابن العربي، محمد ابن عبد الله الأندلسي، أحكام القرآن، تحقيق عبد الغني عبد الخالق، دار الكتب العلمية، بيروت، 1400هـ، ج4.
2. ابن القيم، أبو عبد الله شمس الدين محمد بن أبي بكر، إعلام الموقعين عن رب العالمين، دار الفكر (د ط ت)، بيروت، لبنان، ج3.
3. ابن كثير، أبو الفداء اسماعيل ابن عمر القرشي الدمشقي، تفسير القرآن العظيم، دار الطيبة للنشر والتوزيع، 1999، المدينة المنورة، ط2، ج6.
4. المراغي، أحمد مصطفى، تفسير المراغي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، د ط، دت، ج8.
5. أبو بكر جابر، بن موسى بن عبد القادر الجزائري، أيسر التفاسير لكلام العلي الكبير وبهامشه نهر الخيرات على أيسر التفاسير، مكتبة العلوم والحكم، المدينة المنورة، المملكة العربية السعودية، ط2، 1426هـ، 1996.
6. الجصاص، أبو بكر أحمد ابن علي الرازي، أحكام القرآن، دار الفكر، بيروت، (دط)، (دت)، ج3.
7. الجوزي، عبد الرحمن بن أبي الحسن علي بن محمد القرشي، زاد المسير، المكتب الإسلامي، بيروت، طبعة 1404هـ، 1984م، (دت)، ج8.
8. الشوكاني، محمد بن علي بن محمد، فتح القدير الجامع بين فني الرواية والدراية من علم التفسير، دار الفكر، بيروت، لبنان، ط1، 1998، ج1.

9. الطبري، محمد بن جرير بن يزيد بن كثير، جامع البيان من تأويل القرآن، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ط1، ج20.

10. القرطبي، أبو عبد الله محمد بن احمد بن أبي بكر بن فرح الأنصاري شمس الدين، الجامع لأحكام القرآن، دار إحياء التراث العربي، بيروت، (دط)، سنة 1405هـ-1985م، ج5.

11. مخلوف محمد حسني، شجرة النور الزكية، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط01، 2003، ج1.

ثالثا - كتب الحديث:

1. ابن حجر، (شهاب الدين ابو الفضل احمد ابن علي العسقلاني)، فتح الباري، دار الحديث، القاهرة، 1419هـ-1998م، ج9.

2. ابن رشد، (أبو الوليد محمد ابن احمد بن احمد بن محمد بن رشد)، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، تحقيق: محمد صبحي حسن حلاق، مكتبة ابن نيمية، القاهرة، 1415، ط1، ج3.

3. ابن مفلح، (شمس الدين أبي عبد الله بن محمد)، المبدع، المكتب الإسلامي، بيروت، (دط)، سنة 1400هـ-1980م.

4. ابن نجيم، (زين الدين)، البحر الرائق شرح كتر الدقائق، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1418هـ-1997م.

5. أبو بكر البيهقي، (احمد بن حسين بن علي بن موسى الخراساني)، السنن الكبرى، دار الفكر، (د ت)، ج10.

6. أبو بكر عبد الله، (بن محمد بن أبي شيبه العبسي الكوفي)، مصنف ابن أبي شيبه، دار السلفية الهندية، تحقيق: محمد عوامة، ج5.

7. أبو داود، (سليمان ابن الأشعث ابن إسحاق ابن بشير الازدي السجستاني)، السنن الكبرى لأبي داود، كتاب الطهارة، ج1.

8. أبو زكريا النووي، (أبو زكريا يحيى ابن شرف الحزامي)، شرح النووي على صحيح مسلم، المكتبة العصرية للطباعة والنشر، ج10، بيروت، ط1، 1422هـ-2001م.
9. أبو عبد الله، (بن يزيد القزويني)، سنن ابن ماجه، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء الكتب العلمية، القاهرة، دط، دس، ج1.
10. أبي الحسن مسلم، (بن حجاج القشيري)، صحيح مسلم، دار إحياء التراث العربي، بيروت.
11. الألباني، (محمد ناصر الدين)، صحيح الجامع الصغير، المكتب الإسلامي للنشر والتوزيع، ط1، 1988، ج1.
12. البخاري، (أبو عبد الله، محمد بن إسماعيل بن إبراهيم بن المغيرة)، صحيح البخاري، دار الهدى، موقع للنشر، الجزائر، (دط)، 1992.
13. الدار قطني، (علي ابن عمر أبو الحسن البغدادي)، سنن الدار قطني، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 2004، ج4.
14. الشوكاني، (محمد ابن علي ابن محمد)، نيل الأوطار، تحقيق طه عبد الرؤوف سعد، مصطفى محمد الهواري، مكتبة الكليات الأزهرية، مصر، (دط)، (دت)، ج8.
15. القشيري النيسابوري، (مسلم بن الحجاج أبو الحسين)، صحيح مسلم، دار إحياء التراث الإسلامي، بيروت، دت، ج2.
16. النسائي، (أحمد بن شعيب عبد الرحمن)، سنن النسائي الكبرى، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان، (دط)، (دت)، ج8.

رابعاً- الفقه المذهبي والفقه العام:

أ. الفقه المذهبي:

- المذهب المالكي:

1. ابن جزى، القرائن الفقهية، المكتبة العصرية، بيروت، الطبعة الأولى، سنة 1442هـ— -2000م.
2. ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دار الفكر، بيروت 595 هـ (د. ط)، ج 2 .
3. أبو عبد الله مالك بن أنس بن مالك الاصبحي الخمري المدني، المدونة الكبرى، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1994، ج2.
4. أبو محمد عبد الوهاب علي بن نصر الثعلبي المالكي، التلقين، المكتبة التجارية، مكة المكرمة، ط1، 1415هـ، ج1.
5. أبي زيد القيرواني، الرسالة، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، وحدة الرغاية، الجزائر، 1987م.
6. الباجي، المنتقى شرح الموطأ، دار الكتاب العربي، بيروت، (دط)، (دت)، ج5.
7. البغدادي القاضي أبو محمد عبد الوهاب، التلقين في الفقه المالكي، تحقيق ودراسة: محمد ثالث سعيد الغازي، دار الفكر، بيروت، لبنان، دط، 1995م، ج12.
8. الخطاب، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1995، ج4.
9. خليل بن إسحاق الجندي، التوضيح في شرح المختصر الفرعي لابن الحاجب، دار نجيبوية، دط، دون بلد، 2008م.
10. الدردير، الشرح الصغير على أغرب مسلك، دار المعارف 1986، بيروت، لبنان، ج2.

11. الدسوقي بن أحمد بن عرفة، حاشية الدسوقي، دار الكتب العلمية، لبنان، ط 1، 1996،

ج 03.

12. الرصاع، أبو عبد الله محمد الانصاري، شرح حدود بن عرفة، تحقيق محمد أبو الأجنان

والطاهر المعموري، دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، ط 1، 1993.

13. عثمان بن حسنين بري الجعلي المالكي، سراج السالك شرح أهل المالک، المؤسسة

الوطنية للفنون المطبعية، الرغاية، الجزائر، 1992م، ج 2.

14. القاضي عبد الوهاب، التلقين في الفقه المالكي، دار الفكر (دط) 1415هـ-1995م،

ج 1.

15. القرافي، الفروق، عالم الكتب، لبنان، (دط)، (د ت)، ج 4.

16. مالك بن أنس، الموطأ، صححه ورقمه وأخرج أحاديثه وعلق عليه : محمد فؤاد عبد

الباقي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، دط، 1406هـ - 1985م.

17. محمد جمعة عبد الله، الكواكب الذرية في فقه المالكية، مكتبة الكليات الأزهرية، القاهرة،

ط 1، 1983، ج 2.

18. محمد عليش، منح الجليل شرح مختصر خليل، دار الفكر، بيروت، لبنان، ط 1998، ج 3.

19. ميارة محمد بن أحمد، شرح مباراة الفاسي على تحفة الحكام في نكت العقود والأحكام، دار

الكتب العلمية، ط 1، 2000، بيروت، لبنان، ج 1.

- المذهب الشافعي:

1. الخطيب الشربيني، مغن المحتاج إلى معرفة معنى ألفاظ المنهاج، دار الفكر، بيروت، لبنان، ج 3.

2. الدمياطي أبو بكر ابن السيد محمد، حاشية إمانة الطالبين على حل ألفاظ فتح المعين شرح

قوة العين بمهات الدين، بيروت، لبنان، دط، دار الفكر للطباعة والنشر، والتوزيع.

3. الشافعي محمد بن ادريس، الأم، تحقيق وتخریج: رفعت فوزي عبد المطلب، (دن)، (دب)، ط3، 2005، ج7.

4. الشرقاوي، حاشية الشرقاوي، دار المعرفة للطباعة والنشر، 826-925هـ ج2.

5. عبد الوهاب السبكي، طبقات الشافعية الكبرى، دار هجر للطباعة والنشر والتوزيع، الجزيرة، مصر، ط2، ج8.

6. النووي، روضة الطالبين، المكتب الإسلامي، بيروت، ط2، 1405هـ، ج9.

- المذهب الحنبلي:

1. إبراهيم بن محمد بن عبد الله بن مفلح، المبدع، المكتب الإسلامي، بيروت، 1400هـ، ج8.

2. بهاء الدين عبد الرحمان بن إبراهيم المقدسي، العدة شرح العدة، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1996.

3. البهوتي، شرح زاد المستقنع، دار المؤبد، دط، دس، دون بلد.

4. البهوتي، شرح منتهى الإرادات، عالم الكتاب، بيروت، لبنان، 1996، ج3.

5. البهوتي، كشف القناع عن متن الإقناع، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1418هـ-1997م، ج5.

6. الحجاوي شرف الدين، الإقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل، دار المعرفة، بيروت لبنان، ج3.

- الحنفي:

1. ابن نجيم زين الدين، الأشباه والنظائر، تحقيق عبد الكريم الفضيلي، المكتبة العصرية، بيروت لبنان، 2003.

2. البابري، العناية شرح الهداية بحاشية شرح فتح القدير، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، دت، ج3.
3. برهان الدين الزغنائي، الهدية شرح بداية المبتدئ، مطبعة مصطفى البابي، د ط، د ت ن.
4. السرخسي شمس الدين، المبسوط، دار المعرفة 1989، بيروت، لبنان، ج6.
5. علاء الدين الكاساني، بدائع الضائع في ترتب الشرائع، دار الكتاب العربي، 1982، بيروت، لبنان ط2، ج2.

- المذهب الظاهري:

1. ابن حزم، المحلى، دار الكتب العلمية، بيروت، (د ط ت)، ج9، ص482.

ب. الفقه العام:

1. ابن رشد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دار الفكر، بيروت، (د ت)، ج2.
2. ابن قدامة، المغني في فقه الإمام أحمد بن حنبل الشباني، دار إحياء التراث العربي، 1978، بيروت، لبنان، ج8.
3. أبو مالك كمال بن السيد، صحيح فقه السنة وأولته وتوضيح مذاهب الأئمة، المكتبة التوثيقية، مصر، دط، 2003، ج3.
4. أحمد الدردير، الشرح الصغير على أقرب المسالك، المطبوعات الجميلة، الجزائر، 1413هـ - 1992م، ج2.
5. أحمد فتحي بهنسي، نفقة المتعة بين الشريعة والقانون، دار الشروق، القاهرة، مصر، ط1، 1998، ص25.
6. أحمد فرج حسين، أحكام الأسرة في الإسلام، الطلاق والخلع، حقوق الأولاد ونفقة الأقارب، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2004، ج03.

7. أحمد محمود سعد، مفهوم السلطة التقديرية للقاضي المدني، دار النهضة العربية، القاهرة، ط1، 1408هـ-1988م.
8. الأزهرى، الثمر الدائى فى تغريب المعانى شرح رسالة ابن ابى زىد الفىروانى، المكتبة الثقافىة، بىروت لبنان، ط2، 1992.
9. الرملبى، فتح الرحمن، دار النهاج، بىروت، ط1، 2009.
10. الرملبى، هناية المحتاج إلى شرح المنهاج، دار الفكر للطباعة 1998، بىروت لبنان، ج6.
11. الزىلغى، تبين الحقائق شرح كتر الدقائق، دار الكتاب الإسلامى، القاهرة، ط2، دت، ج3.
12. الصنعانى محمد بن إسماعىل، سبل السلام، دار الجىل، السعودىة، تحقىق طارق بن عوض الله بن محمد، ط1، 2001، ج3.
13. عبد الحى بن أحمد (ابن العماد)، شذرات الذهب، دار الكتب العلمىة، بىروت، دت، ج4.
14. عبد الرحمن الجنرىرى، الفقه على الذاهب الأربعة، دار الكتب العلمىة، ط2، 2003، ج4.
15. عبد الرحمن الجوزى، زاد المسىر، المكتب الإسلامى، بىروت، ط3، 1404هـ، ج2.
16. عبد الرحمن المغربى، مواهب الجلىل، دار الفكر، بىروت، ط2، 1398هـ، ج4، ص189.
17. عبد الرزاق السنهورى، الوسىط فى شرح القانون المبنى الجدىد مصادر الالتزام، منشورات الحلبى الحقوقىة، بىروت، لبنان، ط3، 2000، ج1.
18. الماوردى، الحاوى الكبرى، دار الكتب العلمىة، بىروت، الطبعة الأولى، سنة 1414هـ-1994، ج12.

19. محمد البكري، إغاثة الطالبين، دار الفكر، بيروت، د ت، ج4.
20. محمد الطاهر بن عاشور، مقاصد الشريعة الإسلامية، الشركة التونسية للتوزيع، تونس، (د ط)، (د ت).
21. محمد علي التهاوني، كشاف، اصطلاحات الفنون، الهيئة المصرية العامة للكتاب، القاهرة، 1972م، ج3.
22. المرادوي علي، الإنصاف في معرفة الراجح من خلاف علي مذهب الإمام أحمد بن حنبل، دار إحياء التراث العربي 1992، ط1، ج8.

خامسا - المصادر والمراجع العامة:

أ. النصوص الرسمية:

1. قانون رقم 84-11 مؤرخ في 9 رمضان 1404 الموافق لـ 9 يونيو 1984 (يتضمن قانون الأسرة) المعدل والمتمم بالأمر 02/05 المؤرخ في 27 فيفري 2005 (الجريدة الرسمية رقم 15 الصادرة 2005).
2. الرائد الرسمي، عدد 66، الصادر بتاريخ 17/08/1956، يتعلق بإصدار مجلة الأحوال الشخصية التونسية، نفع بالقانون رقم 74 لسنة 1993.
3. الرائد الرسمي، عدد 50، 60 جويلية 1993، مؤرخ في 05/7/1993، تعلق بإحداث صندوق ضمان النفقة وجراية الطلاق.
4. قانون عدد 65 لسنة 1993، المؤرخ في 5/7/1993، وقد دخل حيز العمل الفعلي ابتداء من يوم 13/09/1993 (الرائد الرسمي عدد 50 بتاريخ 6/7/1993) تم إحداث صندوق النفقة وجراية الطلاق.
5. القانون رقم (15-11) المتضمن إنشاء صندوق النفقة الصادر بتاريخ 04 يناير 2015 (الجريدة الرسمية رقم 01 الصادرة بتاريخ 07 يناير 2015).

6. قانون رقم 03/70، الصادر بتنفيذه الظهير الشريف، رقم 04/22، بتاريخ 2004/02/03 (جريدة رسمية عدد 5184، المتعلق بمدونة الأحوال الشخصية المغربية).
7. قانون منشور بالرائد الرسمي للجمهورية التونسية، عدد 90 بتاريخ 1995/10.
8. القانون رقم 70/03، الصادر بتنفيذه الظهير الشريف، رقم 01/4/22، بتاريخ 2004/02/03، (جريدة رسمية، عدد 5184 المتعلق بمدونة الأحوال الشخصية المغربية).
9. الرائد الرسمي، عدد 91 المؤرخ في 13 نوفمبر 1998، قانون عدد 91 لسنة 1998، المؤرخ في 09 نوفمبر 1998، يتعلق بنظام الاشتراك في الأموال بين الزوجين.
10. الرائد الرسمي، عدد 5 بتاريخ 6 جويلية 1993، قانون عدد 1993/65 مؤرخ في 1993/07/5، تعلق بإحداث صندوق ضمان الفقه وجراية الطلاق.
11. قانون منشور بالرائد الرسمي للجمهورية التونسية، عدد 61 لسنة 2004، بتاريخ 2004/07/30 ص 2084 وما يليها.

ب. المراجع العامة:

1. أحمد الخليلي، التعليق على قانون الأحوال الشخصية، دار النشر المعرفة، ط3، 1994، ج1.
2. أحمد شامي، قانون الأسرة الجزائري طبقاً لأحدث التعديلات دراسة فقهية ونقدية مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، مصر، 2010.
3. أحمد نصر الجندي، الأحوال الشخصية في القانون التونسي، دار الكتب العلمية، مصر، 2008.
4. إدريس الفاخوري، إنحلال الرابطة الزوجية، دار أب رقرق للطباعة والنشر، الرباط، المغرب، ط1، 2012.
5. باديس ذيابي، آثار فك الرابطة الزوجية، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2008.

6. بدران أبو العينين بدران، الزواج والطلاق في الشريعة الإسلامية القانون، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، د.ت.
7. بدران أبو العينين بدران، الفقه المقارن للأحوال الشخصية بن المذاهب الأربعة، دار النهضة العربية، بيروت، لبنان، ط1967. ج 1.
8. بلحاج العربي، قانون الأسرة مع تعديلات الأمر 02/05، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الثانية، 2007.
9. بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري (وفق آخر التعديلات مدعم بأحدث الاجتهادات المحكمة العليا)، ديوان المطبوعات الجامعية، 2010 ط2، بن عكنون الجزائري، ج1.
10. ثريا بن سعد، آثار الطلاق بين الشريعة والقانون والواقع المجتمعي "تونس نموذجاً"، مجمع الأطرش للكتاب المختص، 2009، تونس.
11. جميل فخري محمد جانم، آثار عقد الزواج في الفقه والقانون، دار الحامد للنشر والتوزيع، الأردن، 2009، ط1.
12. جميل فخري محمد جانم، التدابير الشرعية للحد من الطلاق التعسفي في الفقه والقانون، دار الحامد للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ط1، 2009.
13. رشدي شحاتة، الاشتراط في وثيقة الزواج، دار الفكر العربي، ط1، 2001، القاهرة مصر.
14. الرشيد بن الشويخ، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، دار الخلدونية، القبة القديمة، الجزائر، ط1.
15. رضا خمّاحم، أحكام النفقة في مجلة الأحوال الشخصية بعد تنقيح 12 جويلية 1993، مركز الدراسات القانونية والقضائية بوزارة العدل.

16. زهدي يكن، المسؤولية المدنية أو الأعمال غير المباحة، منشورات المكتبة العصرية، لبنان، ط1، (د ت).
17. سائح سنقوقة، قانون الإجراءات المدنية تعليقا وشرعا وتطبيقا، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، ط1، 2001.
18. ساسي بن حليلة، دراسات في الأحوال الشخصية، مركز النشر الجامعي، 2012.
19. ساسي بن حليلة، محاضرات في قانون الأحوال الشخصية، مركز النشر الجامعي، 2011.
20. سعد عبد العزيز، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، دار البعث، قسنطينة، ط2، 1989.
21. سعدي أبو الحبيب، المرشد في الأحوال الشخصية السوري، دار الأنور للطباعة، دمشق، 1989.
22. الشيخ شمس الدين، قانون الأسرة والمقترحات البديلة، دار الأمة، الجزائر، ط1، 2003.
23. صالح سنقوقة، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، دار الهدى للطباعة الجزائر، ج1، 2011.
24. صبري السعداوي مبارك، قضاء القاضي بعلمه في الفقه الإسلامي، مكتبة الثقافة الدينية، مصر، ط1، 2004.
25. الطبيب الشرقاوي، أهم قرارات المجلس الأعلى، إدكال للطباعة والنشر، الرباط، المغرب، 207.
26. عادل حاميدي، التطبيق للشقاق وإشكالاته القضائية، مطبعة الأمنية، الرباط، ط1، 2008.
27. عبد الخالق أحمدون، الزواج والطلاق في مدونة الأسرة، دراسة مقارنة مع الفقه الاسلامي وقوانين دول المغرب العربي والاتفاقيات الدولية، مطبعة طوب برييس، الرباط، الطبعة الأولى، 2006.

28. عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، دار هومة الجزائر، ط2، 2009.
29. عبد الكريم زيدان، الفصل في أحكام المرأة وليس المسلم في الشريعة الإسلامية، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط1، 1412هـ - 1993م، ج8.
30. عبد الكريم زيدان، نظام القضاء في الشريعة الإسلامية، مؤسسة الرسالة، لبنان، ط3، 1420-2000م.
31. عبد الكريم شهبون، الشافي في شرح مدونة الأسرة، الزواج، انحلال الرابطة الزوجية وآثاره، مطبعة النجاح الجديدة، 2006، عدد الأول، ج1.
32. عبد الله سالم عبد الله الطائي، أحكام الرجعة دراسة تحليلية مقارنة، دار الكتب والوثائق القومية، الاسكندرية، ط1، 2012.
33. عبد الهادي بن زيطة، تعويض الضرر المعنوي في قانون الأسرة الجزائري، دار الخلدونية ط1، 2007، الجزائر.
34. عبد الوهاب الكيالي وآخرون، الموسوعة السياسية، المؤسسة العربية للدراسات والنشر، بيروت، لبنان، ط1، 1983، ج3.
35. عبد الوهاب خلاف، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، دار القلم للنشر والتوزيع، عمان الأردن، 1415هـ - 1991م.
36. عثمان التكروري، شرح قانون الأحوال الشخصية، دار الثقافة للنشر، الأردن، ط1، 2007، ج3.
37. علي خفيف، الضمان في الفقه الإسلامي، دار الفكر العربي، القاهرة مصر، 2000.
38. علي عبد الله طنطاوي، نحو جيل مسلم الأسرة بين الشرع والقانون، دار الطباعة والنشر الإسلامية، دم، ط2، دت.

39. علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، 2003، ط3، بن عكنون الجزائر.
40. عمار عبد الواحد الداودي، العلاقات بين الزوجين جدلية التقليد والتجديد في القانون التونسي، مركز النشر الجامعي، تونس، 2007.
41. الغوثي بن ملح، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، ديوان المطبوعات الجامعية، 2008، بن عكنون، الجزائر، ط2.
42. فؤاد جاد الكريم وعبد الصبور خلف الله محمد، حق الزوجين في طلب التفريق بينهما بالعيوب، مكتبة مدبولي، مصر، دت، دط.
43. ليلي حسن الزويحي، أحكام العدة في الشريعة الإسلامية، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، ط1، 2007.
44. محفوظ بن صغير، قضايا الطلاق في الاجتهاد القضائي وقانون الأسرة الجزائري، دار الوعي، الجزائر، 2012.
45. محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، القاهرة مصر، ط2، 1957.
46. محمد أبو زهرة، محاضرات في عقدة الزواج وآثاره، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر.
47. محمد أحمد سراج، ضمان العدوان في الفقه الإسلامي، دار الثقافة، القاهرة، (د ط)، 1410هـ-1990م.
48. محمد الشافعي، أحكام الأسرة في ضوء مدونة الأحوال الشخصية المغربية، ط2، 1995، منشورات الجامعية المغاربية.
49. محمد الكشور، أحكام الحضانة دراسة في الفقه المالكي وفي مدونة الأسرة، سلسلة الدراسات القانونية المعاصرة، ط1، 2004.
50. محمد الكشور، الوسيط في شرح مدونة الأسرة، ط2، 2009.

51. محمد الكشور، الوسيط في قانون الأحوال الشخصية، مطبعة النجاح الجديدة، ط5، 2003، الدار البيضاء، المغرب.
52. محمد اللحمي، قانون الأسرة، الشركة التونسية للنشر وتنمية الفنون والرسم، ط1، 2008، تونس.
53. محمد الهادي بن عبد الله، الالتزامات والعقود والأحوال الشخصية، دار إسهمات في أدبيات المؤسسة، تونس، 2009.
54. محمد باوي، عقد الزواج وآثاره دراسة مقارنة بين الفقه والقانون، دار بهاء الدين للنشر والتوزيع، قسنطينة، ط1، 2009.
55. محمد بن قاضي شهبة، طبقات الشافعية، عالم الكتب، بيروت، 1407هـ، ج2.
56. محمد صبري السعدي، شرح لقانون المدني الجزائري، دار الهدى، عين مليلة، ط2، 2004، ج2.
57. محمد عزمي الكبرى، موسوعة الأحوال الشخصية، دار محمود للنشر والتوزيع، القاهرة، ج1، 2000م.
58. محمد محدة، الأحكام الأساسية في الأحوال الشخصية، دار الكتاب باتنة، الجزائر، دت، ج1.
59. محمود جلال حمزة، العمل غير المشروع باعتباره مصدر للالتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، (دط)، 1405هـ-1985م.
60. محمود محمد ناصر بركات، السلطة التقديرية للقاضي في الفقه الإسلامي، دار النفائس، الأردن، ط1، 1427هـ-2007.
61. مصطفى مجدي البكري، موسوعة الفقه والقضاء في الأحوال الشخصية، دار محمود للتوزيع والنشر، مصر، دط، 1996.

62. نبيل إبراهيم سعد، المدخل إلى القانون، نظرية الحق، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2006 .

63. نبيل صقر، الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية الطلاق وتوابع فك العصمة، دار الهدى، الجزائر، 2015.

64. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلام وأدلته، دار الفكر، الجزائر، ط الأولى 1991، ج 9 .

سادسا - كتب المعاجم والتراجم:

1. إبراهيم بن أبي اليمن، لسان الحكام، القاهرة، ط 2 ، 1393هـ-1973م، ج 9.

2. إبراهيم مصطفى، وآخرون، المعجم الوسيط، مجمع اللغة العربية، بيروت، لبنان، ط 2، 1997.

3. ابن فارس أبو الحسين أحمد، مجمل اللغة، دار الجيل، ط 1، 1997.

4. ابن منظور، لسان العرب، دار صادر، ط 1، بيروت، لبنان، ج 3.

5. أحمد بن محمد بن علي الفيومي، المصباح المنير، مكتبة لبنان ناشرون، لبنان، 2001، ج 1.

6. الأزهرى، تهذيب اللغة، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 2001، ج 10.

7. إسماعيل بن حماد الجوهري، الصحاح، تاج اللغة وصحاح العربية، ط 4، بيروت، لبنان، دار العلم للملايين، 1990.

8. الجرجاني، التعريفات، دار الكتاب العربي، بيروت، ط 1، 1405هـ.

9. الجوهري بن حماد، الصحاح تاج اللغة، دار العلم للملايين، ط 4، بيروت لبنان، 1900، ج 6.

10. الذهبي، سير أعلام النبلاء، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط 5، 1413هـ، ج 10.

11. الرزكلي خير الدين، الأعلام، دار العلم للملايين، بيروت، ط 6، 1986، ج 3.

12. الزبيدي محمد مرتضى، تاج العروس من جواهر القاموس، دار صادر، ط 1 1306هـ، بيروت، لبنان، ج 5.

13. عبد الرؤوف المناوي، التوقيف على مهمات التعاريف، دار الفكر المعاصر، بيروت، ط1، 1410هـ-1990م.

14. عمر رضا كحالة، معجم المؤلفين، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان.

15. فارس بن زكريا، معجم مقاييس اللغة، دار الفكر، دط، دون البلد، 1979، ج2.

16. الفراهيدي، كتاب العين، دار الكتب العلمية، بيروت، 2003، ط1.

17. الفيروز آبادي، قاموس المحيط، دار الكتاب العربي، بيروت، (د، ط، ت)، ج3.

18. الفيومي، المصباح المنير، المكتبة العصرية للطباعة والنشر، بيروت، ط1، 1399هـ-1979.

19. محمد ابن دريد، جهرة اللغة، دار العلم للملايين، بيروت، ط1، نوفمبر 1987م، ج2.

20. محمد بن أحمد الذهبي، سير أعلام النبلاء، تحقيق: شعيب الارناؤوط، محمد نعيم العرقسوسي، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط1، 1405هـ-1985م، ج4.

21. محمد بن يعقوب الفيروز آبادي، البلاغة في ترجمة أئمة النحو واللغة، تحقيق محمد المصري، ط1، 1407هـ، جمعية أحياء التراث الإسلامي.

22. محمد فرحون اليعمري، الديقاج المذهب، دار الكتب العلمية، بيروت، (د ت).

23. منصور القاضي، معجم المصطلحات القانونية، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت ط1، 1998.

24. الهلال العسكري، الفروق اللغوية، دار العلم والثقافة للنشر والتوزيع، ج1.

سابعا - الرسائل الجامعية والأطروحات:

1. إبراهيم بن حديد، السلطة التقديرية للقاضي المدني، رسالة ماجستير في الحقوق، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، 1995.

2. نادية رواحنة، ضوابط تقدير القاضي للجزاء الجنائي في الشريعة الإسلامية والقانون، رسالة ماجستير، 2003، جامعة الأمير عبد القادر، قسنطينة، الجزائر.

3. بوقرة أم الخير، سكن الزوجية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، فرع عقد ومسؤولية، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، بن عكنون الجزائر، 2001-2002.
4. حنان حمزة الحليوي، الالتزامات المالية الناشئة عن الطلاق، رسالة ماجستير قانون خاص، كلية الحقوق، جامعة صفاقس، تونس، 2008-2009.
5. زهير بن حشاني، "النفقة الزوجية في قوانين الأحوال الشخصية المغربية"، رسالة مقدمة لنيل شهادة الماجستير، جامعة العربي بن مهيدي - أم البواقي -، كلية الحقوق والعلوم السياسية 2010-2011.
6. عبد الرزاق مبارك، "آثار الطلاق"، رسالة الماجستير، كلية الحقوق، جامعة صفاقس، السنة الجامعية 2012-2013.
7. فاطمة يعيش، الضرر في العلاقة الزوجية، رسالة ماجستير قانون أعمال، صفاقس، كلية الحقوق، 2004-2005.
8. بلقاسم شتوان، نفقة الأقارب والزوجة بين الشريعة والقانون، رسالة ماجستير، جامعة قسنطينة، 1995.
9. لمطاعي نور الدين، عدة الطلاق الرجعي وآثارها على الأحكام القضائية، أطروحة دكتوراه، دولة في القانون الخاص، الجزائر، كلية الحقوق، جامعة الجزائر - 1 - السنة الجامعية 2006م.
10. منير التبال، "دور القضاء في تحديد المستحقات المالية للمطلقة والأطفال عند انتهاء الرابطة الزوجية"، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة جامعة عبد المالك السعدي، طنجة، 2006-2007.

11. عائشة سلطان إبراهيم المرزوقي، "إثبات النسب في ضوء المعطيات العلمية المعاصرة-دراسة مقارنة-"، رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه، جامعة القاهرة، كلية دار العلوم، قسم الشريعة الإسلامية 2000.

12. حميد وزكية، "مصلحة المحضون في قوانين المغاربية للأسرة"، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبو بكر بالقايد، تلمسان، 2004 - 2005.

13. سعادي لعلي، الزواج وإنحلاله في قانون الأسرة الجزائري، أطروحة دكتوراه علوم في القانون الخاص، جامعة الجزائر - 1، السنة الجامعية 2014-2015.

ثامنا - المقالات والدوريات:

1. سامية دولة، قضاء الأطفال في مجلة حماية الطفل (الصلاحيات القضائية لقاضي الأسرة)، منشورات مركز الدراسات القانونية والقضائية، تونس 2005.

2. عبد السلام زويير، شرح مدونة الأسرة-الأزواج-الطلاق-التطليق، منشورات جمعية نشر المعلومة الثانوية والقضائية، العدد 07.

3. سايس جمال، الإجتهد القضائي في مادة الجرح والمخالفات، الجزائر، منشورات كليك، ط 1، ج 3، 2014،

4. سعاد سطحي، "التعويض عن الأضرار المادية والمعنوية الناجمة عن العدول عن الخطبة"، مجلة المعيار، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية بقسنطينة، العدد 09 جويلية، 2004.

5. شهر الدين قالة، أحكام الطلاق المضطرب نفسيا، مجلة المفكر، العدد 06، جامعة باتنة، الجزائر.

6. طحطاح علال، "دراسة نقدية تقويمية لنص المادة 49 من قانون الأسرة"، مجلة صوت القانون، المجلد 04، العدد 08، 2018.

7. عامير حبيبة، " إثبات الطلاق بين القانون والقضاء"، مجلة الحقيقة، العدد 27، جامعة أدرار.
8. العايب نصر الدين، " الجرائم المتعلقة بالإعتداء على حقوق الأبناء في التشريع الجزائري"، مجلة الفقه والقانون، مجلة الكترونية شهرية تعنى بنشر الدراسات الشرعية القانونية، المغرب، ع 10، 2013.
9. عبد السلام عبد القادر، النزاع حول متاع البيت بين النص التشريعي والاجتهاد القضائي، مجلة الأحياء، ع5، 2002، كلية العلوم الاجتماعية والعلوم السياسية، جامعة باتنة.
10. عبید التيجاني، جرایة المطلقة في قانون الأحوال الشخصية، مجلة القضاء والتشريع، سنة 1985، عدد 01.
11. عيسى طعيبة، "حق زيارة المحضون وضمانات إقراره وتنفيذه على ضوء قانون الأسرة والاجتهاد قضائي"، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، المجلد الحادي عشر، العدد الأول، 2017.
12. فاطمة الزهراء بن محمود، التعليق على مجلة الأحوال الشخصية، سنوات مجمع الأطرش للكتاب المختص، ط1، 2015، تونس.
13. قيس عبد الوهاب الحيايلى، " إشكالية الطلاق الرجعي في الفقه والقانون"، مجلة الرافدين للحقوق، كلية القانون، جامعة الموصل، العراق، ع 32، 2007.
14. محمد بقيق، الطلاق والضرر في شكل جرایة عمرية، مجلة القضاء والتشريع 1998، عدد 03.
15. ناصر الدين ماروك، قانون الأسرة بين النظرية والتطبيق، مجلة المجلس الإسلامي الأعلى، عدد 03، 2000.

16. نشوار حميدو زكية، حق المطلقة في السكن بين النقص التشريعي والرافع الاجتماعي، مجلة المعيار لجامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، قسنطينة، الجزائر، ع 09، 2004.

تاسعا - المجالات القضائية:

اجتهادات قضائية الجزائرية

1. المحكمة العليا - غرفة الأحوال الشخصية والمواريث - مؤرخ في 15 / 12 / 1998، عدد خاص.
2. المحكمة العليا - غرفة الأحوال الشخصية والمواريث - المؤرخ في 11 / 03 / 2009 غير منشور .
3. المحكمة العليا - غرفة الأحوال الشخصية والمواريث - المؤرخ في 11 / 04 / 2013، قرار غير منشور.
4. المحكمة العليا - غرفة الأحوال الشخصية والمواريث - مؤرخ في 15 / 12 / 1998، عدد خاص.
5. المحكمة العليا - غرفة الأحوال الشخصية - المؤرخ في 08 / 07 / 2009، مجلة المحكمة العليا، العدد الثاني، 2009.
6. المحكمة العليا - غرفة الأحوال الشخصية - المؤرخ في 14 / 02 / 2013 - غير منشور
7. المحكمة العليا - غرفة الأحوال الشخصية - صادر بتاريخ 14 / 02 / 1986 **قرار** غير منشور 1986.
8. المحكمة العليا - غرفة الأحوال الشخصية والمواريث - المؤرخ في 14 / 03 / 2013 قرار غير منشور.
9. المحكمة العليا - غرفة الأحوال الشخصية والمواريث - المؤرخ في 10 / 07 / 2014، غير منشور.
10. المحكمة العليا - غرفة الأحوال الشخصية والمواريث - صادر بتاريخ 16 / 03 / 1999، مجلة

- القضاء ، عدد خاص، 2001.
11. المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشخصية والمواريث- صادر بتاريخ 1986/01/27، مجلة القضاء، عدد الاول، 1989.
12. المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشخصية والمواريث- صادر بتاريخ 1988/07/18 مجلة القضاء ، عدد الرابع ، 1990.
13. المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشخصية والمواريث- المؤرخ في 31 /07 /2002 المجلة القضائية- عدد الأول - 2004.
14. المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشخصية والمواريث- صادر بتاريخ 1984/11/05، مجلة القضاء، عدد الثاني، 1990.
15. المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشخصية والمواريث- صادر بتاريخ 1987/12/07، مجلة القضاء، عدد الرابع، 1990.
16. المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشخصية والمواريث- المؤرخ في 14 /01 /2009، مجلة المحكمة العليا، العدد الثاني، 2009.
17. المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشخصية والمواريث- صادر بتاريخ 1989/01/19، مجلة القضاء، عدد الثالث، 1991.
18. المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشخصية والمواريث- المؤرخ في 15 /04 /2010، مجلة المحكمة العليا، عدد الأول، 2010.
19. المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشخصية والمواريث- المؤرخ في 16 /09 /2010، مجلة القضاء عدد 1
20. المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشخصية والمواريث- المؤرخ في 13 /06 /2013 - غير منشور.
21. المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشخصية والمواريث- المؤرخ في 12 /12 /2013، غير منشور
22. المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشخصية والمواريث- المؤرخ في 16 /01 /2014، غير

منشور.

23. المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشخصية والمواريث- قرار المؤرخ في 16 / 01 / 2014- غير

منشور.

24. المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشخصية والمواريث- المؤرخ في 13 / 02 / 2014. غير

منشور.

25. المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشخصية والمواريث- المؤرخ في 13 / 02 / 2014، غير

منشور.

26. المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشخصية والمواريث- المؤرخ في 15 / 05 / 2014- غير

منشور.

27. المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشخصية والمواريث- قرار صادر بتاريخ 29/12/1986،

المجلة القضائية لسنة 1993، العدد الثاني.

28. المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشخصية والمواريث- قرار صادر بتاريخ 11/04/2007،

المجلة القضائية لسنة 2008، عدد الأول.

29. المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشخصية والمواريث- قرار صادر بتاريخ 27/04/1993،

المجلة القضائية لسنة 1994، العدد الثاني.

30. المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشخصية والمواريث- قرار صادر بتاريخ 09/05/1988،

المجلة القضائية لسنة 1992، العدد الثاني.

31. المحكمة العليا -غرفة الأحوال الشخصية والمواريث- قرار صادر بتاريخ 16/03/1999،

المجلة القضائية، عدد خاص، 2001.

32. المحكمة العليا -غرفة الأحوال الشخصية والمواريث- قرار صادر بتاريخ 15/11/2006،

المجلة القضائية لسنة 2007، العدد الأول.

33. المحكمة العليا -غرفة الأحوال الشخصية والمواريث- قرار صادر بتاريخ 17/11/1998،

المجلة القضائية، عدد خاص، 2001.

34. المحكمة العليا -غرفة الأحوال الشخصية والمواريث- قرار صادر بتاريخ 27/3/1989، المجلة

- القضائية لسنة 1991، العدد الأول.
35. المحكمة العليا - غرفة الأحوال الشخصية والمواريث - قرار صادر بتاريخ 2005/10/12 ،
المجلة القضائية لسنة 2005، العدد الثاني.
36. المحكمة العليا - غرفة الأحوال الشخصية والمواريث - قرار صادر بتاريخ 1994/11/10،
نشرية القضاء، عدد الثالث، 1994.
37. المحكمة العليا - غرفة الأحوال الشخصية والمواريث - قرار صادر بتاريخ 1992/12/22،
المجلة القضائية ، العدد الثاني، لسنة 1995.
38. المحكمة العليا - غرفة الأحوال الشخصية والمواريث - قرار صادر بتاريخ 1994/03/12،
المجلة القضائية، عدد خاص.
39. المحكمة العليا - غرفة الأحوال الشخصية والمواريث - قرار صادر بتاريخ 1989/3/27 ،
المجلة القضائية، العدد الأول ، لسنة 1991.
40. المحكمة العليا - غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، قرار صادر بتاريخ 1986/1/27 ،
المجلة القضائية ، العدد الرابع ، لسنة 1993.
41. المحكمة العليا - غرفة الأحوال الشخصية والمواريث - قرار صادر بتاريخ 1989/12/27 ،
المجلة القضائية ، العدد الثالث ، سنة 1991.
42. المحكمة العليا - فرقة الأحوال الشخصية والمواريث - المؤرخ في 14 / 04 / 2012 - غير
منشور.
43. المحكمة العليا - فرقة الأحوال الشخصية والمواريث - قرار صادر بتاريخ 1998/04/21،
المجلة القضائية، 2001، عدد خاص.
44. المحكمة العليا - غرفة الأحوال الشخصية والمواريث - الصادر بتاريخ 14 / 07 / 1996،
عدد الاول ، المجلة القضائية ، 1997.
45. المحكمة العليا - غرفة الأحوال الشخصية والمواريث - مؤرخ في 16/03/1999، مجلة
الاجتهاد القضائي للأحوال الشخصية للديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، عدد
خاص، 2001.

46. المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشخصية، قرار صادر بتاريخ 18/06/1999 ، المجلة القضائية العدد الثاني ، لسنة 1994.
47. المحكمة العليا - غرفة الأحوال الشخصية- قرار صادر بتاريخ 23/05/2000، المجلة القضائية ، العدد الأول ، سنة 2000.
48. المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشخصية- قرار صادر بتاريخ 27/01/1986 ، المجلة القضائية، العدد الأول ، لسنة 1989.
49. المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشخصية- قرار صادر بتاريخ 16/10/1986، ، المجلة القضائية، العدد الثاني ، لسنة 1989.
50. المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشخصية- قرار صادر بتاريخ 07/12/1987 ، المجلة القضائية عدد خاص.
51. المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشخصية- قرار صادر بتاريخ 11/04/2007 ، المجلة القضائية ، العدد الأول ، لسنة 2007.
52. المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشخصية والمواريث- قرارها بتاريخ 21/07/1998 عدد خاص.
53. المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشخصية والمواريث- مؤرخ في 05/11/1984 ، مجلة القضاء، عدد الثاني، لسنة 1984 .
54. المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشخصية والمواريث- مؤرخ في 04/01/1988، ، مجلة القضاء ، عدد الثالث، لسنة 1991.
55. المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشخصية-قرار صادر بتاريخ 17/12/1984 ، المحللة القضائية العدد الرابع ، لسنة 1984.
56. المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشخصية- قرار صادر بتاريخ 07/12/1987 ، المجلة القضائية ، العدد الرابع ، لسنة 1990.

57. المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية قرار بتاريخ 18 / 06 / 1991 غير منشور .
58. المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشخصية- قرار بتاريخ 18 / 06 / 1991، المجلة القضائية، عدد الاول، لسنة 1997.
59. المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشخصية والمواريث - مؤرخ في 31/01/1995، نشرية القضاء، العدد التاسع ، لسنة 1996.
60. المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشخصية- قرار صادر بتاريخ 12/10/2005 نشرية القضاء العدد الثالث ، لسنة 2008.
61. المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشخصية- قرار صادر بتاريخ 12/07/2006 المجلة القضائية العدد الأول ، لسنة 2006.
62. المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشخصية، قرار صادر بتاريخ 11/04/2007 المجلة القضائية العدد الأول ، لسنة 2007.
63. المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشخصية والمواريث - مؤرخ في 14/01/1983، مجلة القضاء، عدد الرابع، 1986.
64. قرار المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشخصية- قرار صادر بتاريخ 09/07/1996 ، المجلة القضائية ، العدد الثاني، لسنة 1998.
65. المحكمة العليا -غرفة الأحوال الشخصية والمواريث- قرار بتاريخ 23/12/1997، المجلة القضائية ، العدد الأول ، لسنة 1997.
66. قرار المحكمة العليا - غرفة الأحوال الشخصية والمواريث - صادر بتاريخ 12/10/1982، نشرية القضاء ، عدد الرابع ، لسنة 1986.
67. قرار المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشخصية- قرار صادر بتاريخ 21/02/2001 ، المجلة القضائية، العدد الثاني ، لسنة 2001.
68. قرار المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشخصية- قرار صادر بتاريخ 10/03/1971، النشرية

القضائية، العدد الثاني ، لسنة 1972.

69. المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشخصية- قرار بتاريخ 12 /02 /2001 - المجلة القضائية،

العدد الثاني، لسنة 2004.

70. قرار المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشخصية والمواريث- قرار بتاريخ 10/02/1986 المجلة

القضائية، عدد الاول ، لسنة 1986.

71. المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشخصية- قرار صادر بتاريخ 2/03/1984، المجلة القضائية

العدد الثاني ، لسنة 1989.

72. المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشخصية- قرار صادر بتاريخ 10/02/1986 ، المجلة القضائية

العدد الأول ، لسنة 1989.

73. المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشخصية- قرار صادر بتاريخ 10/02/1986، مجلة القضاء

عدد الاول ، لسنة 1989.

74. المحكمة العليا- الأحوال الشخصية والمواريث - ، صادر بتاريخ 14/02/1989، المجلة

القضائية، عدد الثاني، 1995.

قرارات المجلس الأعلى المغربي

1. قرار المجلس الأعلى، صادر بتاريخ 26/11/2018، 2/1/2007، عدد 5.

2. قرار المجلس الأعلى، صادر بتاريخ 23 /1984، ملف عدد 5258، منشور بمجلة القضاء

والقانون.

3. قرار المجلس الأعلى، عدد 23 - 1971، صادر بتاريخ 05 - يوليوز - 1971، مجلة قضاء

المجلس الأعلى.

4. قرار المجلس الأعلى ، قرار عدد 346، مؤرخ في 22/09/1978، مجلة القضاء والقانون.

5. قرار المجلس الأعلى، غرفة الأحوال الشخصية، قرار عدد 58، مؤرخ في 26/05/1977.

6. قرار المجلس الأعلى، قرار صادر 6 ابريل 1999، مجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 55.

7. قرار المجلس الاعلى، غرفة الأحوال الشخصية، رقم 58، ملف رقم 56358، بتاريخ 1977/05/26، عدد 29، مجلة القضاء.
8. قرار المجلس الأعلى، صادر بتاريخ 20/04/2004، ملف رقم 176 / 2 / 1 / 2004، تحت عدد 31، نشرية القضاء والتشريع.
9. قرار المجلس الأعلى، ملف عدد 265 / 1 / 2 / 2005، صادر بتاريخ 20/09/2006، عدد 3، مجلة القضاء .
10. المحكمة الابتدائية، طنجة، رقم 659 في ملف رقم 06/285، بتاريخ 22/03/2006.
11. المحكمة الابتدائية، وجدة، حكم عدد 1531، في الملف عدد 06/296، بتاريخ 2006/04/04.
12. المحكمة الابتدائية، طنجة، رقم 659، ملف رقم 06/385، مؤرخ في 22/03/2006.
13. قرار المجلس الأعلى، صادر بتاريخ 23 / 11 / 2005، ملف رقم 497 / 1 / 2 / 2005، تحت عدد 533 ، مجلة القضاء .
14. المحكمة الابتدائية، سلا، حكم عدد 225، الملف رقم 07/ 07/ 879، بتاريخ 2008/01/22 .
15. المحكمة الابتدائية، بركان، حكم رقم 05/96، ملف عدد 04 / 1057، بتاريخ 2005 / 02/30.
16. قرار المجلس الأعلى، رقم 128، صادر في 8-2-1982، عدد 90754.
17. قرار المجلس الأعلى، بتاريخ 1984/10/2، تحت عدد 582، رقم 07/665، مجلة القضاء والقانون، العدد 135.
18. قرار المجلس الأعلى، قرار 29 سبتمبر 1987 " مجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 41.
19. قرار صادر بتاريخ 28 يوليو 2004، مجلة قضاء المجلس الأعلى، العدد 62.
20. حكم المحكمة الابتدائية بالناظور، ملف رقم 1517/2005 بتاريخ 21/06/2006، عدد 1105، مجلة القضاء والتشريع.

21. قرار المجلس الأعلى، صادر بتاريخ 24 / 12 / 2008، ملف رقم 266 / 1 / 2 / 2008، تحت عدد 585.
22. قرار المجلس الأعلى، صادر بتاريخ 01 / 02 / 2006، ملف رقم 215 / 1 / 2 / 2005، تحت عدد 64.
23. المحكمة الابتدائية، الدار البيضاء، أمر استعجالي بتاريخ 19 / 01 / 1992، منشور بمجلة المحاكم المغربية، العدد المزدوج 64 و 65، سنة 1992.
24. قرار المجلس الأعلى، قرار 1، 10-1996، مجلة المحامي، العدد 32-33.
25. حكم المحكمة الابتدائية، طنجة، رقم 907 في ملف رقم 05/2667، صادر بتاريخ 26 / 04 / 2006، غير منشور.
26. المجلس الأعلى - قرار رقم صادر بتاريخ 24 / 9 / 2008، ملف رقم 131 / 1 / 2 / 2018 تحت عدد 444.
27. قرار المجلس الأعلى، صادر بتاريخ 07 / 12 / 2005، ملف رقم 347 / 1 / 2 / 2005، تحت عدد 584.
28. محكمة التعقيب، قرار تعقيبي مدني، مؤرخ في 01 / 09 / 2004، عدد 2858.
29. حكم محكمة الناظر، عدد 898، بتاريخ 31 / 05 / 2006، رقم 134 / 2005، غير منشور.
30. قرار المجلس الأعلى، عدد 222، مؤرخ في 18 / 04 / 2007. غير منشور.
31. قرار المجلس الأعلى، عدد 222، صادر بتاريخ 18 / 04 / 2007، غير منشور.
32. قرار المجلس الأعلى، بتاريخ 23 / 7 / 2007، الملف رقم 126 / 2007، عدد 584.
33. حكم استئنافي بالحسيمة، ملف رقم 358، بتاريخ 13 / 07 / 2007.
34. قرار المجلس الأعلى، صادر بتاريخ 18 / 02 / 2009، ملف رقم 245 / 1 / 2 / 2008، عدد 82.
35. قرار تعقيبي مدني، صادر بتاريخ 17 / 06 / 2008، عدد 485، نشرة محكمة التعقيب لعام

2008.

36. قرار محكمة الاستئناف، القنيطرة، بتاريخ 2009/07/14، تحت عدد 637، رقم 08/575،
مجلة الإشعاع عدد 36.

قرارات محكمة التعقيب التونسية

1. قرار تعقيبي مدني، عدد 30712، مؤرخ في 02/04 /، مجلة القضاء والتشريع ، سنة 1992.
2. قرار تعقيبي، عدد 31481، مؤرخ في 21 /04 /1992، مجلة القضاء والتشريع، عدد الاول،
سنة 1994.
3. قرار تعقيبي مدني، عدد 36815، صادر بتاريخ 08 /03 /1993نشرية محكمة التعقيب ، عدد
الاول ، سنة 1993.
37. قرار استئنافي مدني عدد 30804 مؤرخ في 28 جوان 1973 صادر عن محكمة الاستئناف
بتونس م.ق.ت عدد 4 لسنة 1974.
4. قرار تعقيبي مدني، عدد 1507، مؤرخ في 06 /11 /1962، نشرية محكمة التعقيب، عدد
الاول ،سنة 1962 .
5. قرار تعقيبي مدني، عدد 11766، مؤرخ في 30 /04 /1975، مجلة القضاء والتشريع ،عدد
الثاني ، سنة 1975.
6. قرار تعقيبي مدني، عدد 38775، مؤرخ في 08 /03 /1995، نشرية، محكمة التعقيب، قسم
مدني.
7. قرار تعقيبي مدني، صادر بتاريخ 12 /12 /1995، عدد 47947، نشرية محكمة التعقيب
لعام 1995، القسم المدني.
8. قرار تعقيبي مدني، عدد 39103، مؤرخ في 17 /1 /1996 .
9. قرار تعقيبي مدني، عدد 4546، صادر بتاريخ 24 /05 /1996، مجلة القضاء والتشريع.
10. قرار تعقيبي مدني، عدد 49390، مؤرخ في 28 /05 /1996.

11. قرار تعقيبي مدني، عدد 69523، مؤرخ في 1999/01/04، نشرية محكمة التعقيب، قسم مدني.
12. قرار تعقيبي مدني، عدد 67825، مؤرخ في 1999/01/26.
13. قرار تعقيبي مدني، عدد 69250، مؤرخ بتاريخ 1999/02/12.
14. قرار تعقيبي مدني، عدد 1716، صادر بتاريخ 2005/10/05.
15. قرار تعقيبي مدني، صادر بتاريخ 2006 /05 /11، عدد 135، غير منشور.
16. قرار محكمة التعقيب، صادر بتاريخ 2010 /02 /04، عدد 41987، قسم مدني.
17. قرار تعقيبي مدني، عدد 67987، مؤرخ في 2012/02/02، مجلة الأخبار القانونية، عدد 136 و 137، جوان 2012.
18. قرار تعقيبي مدني، عدد 75153، مؤرخ في 22 نوفمبر 2012، غير منشور.
19. محكمة التعقيب، قرار تعقيبي مدني، مؤرخ في 09 / 12 / 2014، عدد 8130.
20. محكمة التعقيب، قرار تعقيبي مدني، مؤرخ في 07 جويلية 2000، عدد 628، نشرية القضاء، سنة 2000.
21. محكمة التعقيب، قرار تعقيبي، عدد 70563، مؤرخ في 08 جوان 1999، نشرية القضاء، عدد 2، لسنة 1999.
22. محكمة أوترخت الهولندية، الغرفة الفردية لمعالجة القضايا المدنية، تحت رقم 2434 / FA- RK 79 - 177 المؤرخ في 2005/01/19.
23. قرار محكمة التعقيب، عدد 5431، مؤرخ في 1950/11/7، مجلة قضاء وتشريع، عدد 9 و 10، لسنة 1950.
24. قرار تعقيبي مدني، عدد 2063، مؤرخ في 1978/04/04.
25. قرار استئنافي، محكمة صفاقس، عدد 45340، مؤرخ في 1981/01/06.
26. قرار تعقيبي مدني، عدد 5752، مؤرخ في 1981/07/30.

27. محكمة التعقيب، قرار تعقيبي مدني، مؤرخ في 04 / 02 / 1982، عدد 3698، نشرية محكمة التعقيب، قسم مدني، ج 1، لسنة 1982.
28. قرار تعقيبي مدني، عدد 16304، مؤرخ في 1986/11/25، مجلة القضاء، عدد 2.
29. قرار تعقيبي مدني، عدد 18144، مؤرخ في 1989 / 12 / 12، نشره محكمة التعقيب، سنة 1989.
30. قرار تعقيبي مدني، عدد 26158، صادر بتاريخ 1990/10/25.
31. محكمة التعقيب، قرار تعقيبي مدني، مؤرخ في 26 / 10 / 1964، رقم 3092، نشرية محكمة التعقيب، سنة 1964.
32. قرار تعقيبي مدني، عدد 6254، مؤرخ في 1968/07/16، مجلة القضاء والتشريع، عدد 7 و 6 لسنة 1969.
33. محكمة الإستئناف، قرار إستئنافي، مؤرخ في 15 / 11 / 1971، مجلة القضاء والتشريع، عدد 07، سنة 1971.
- 34.
35. قرار استئنافي، بتاريخ 2004/01/29، تحت عدد 40 مكرر في ملف عدد 04/54، نشرية محكمة التعقيب، عدد 5، سنة 2004.
36. محكمة الإستئناف، قرار إستئنافي مؤرخ في 24 / 02 / 1972، عدد 3051، مجلة قضاء وتشريع، عدد الاول، لسنة 1973.
37. قرار تعقيبي مدني، عدد 6391، مؤرخ في 1982/07/13.

عاشرا- المواقع الالكترونية:

1. المجلس الأوروبي للإفتاء هو هيئة شرعية للاجتهد الفقهي تهتم بشؤون المسلمين في المهجر

عموما وأوروبا خاصة، مقره دبلين، موقع المجلس الالكتروني WWW.E.CFR.ORG

فهرس الموضوعات

فهرس الموضوعات

أ مقدمة

الباب الأول

الآثار المآلية للطلاق في قوانين الأحوال الشخصية المغاربية

الفصل الأول

الآثار المآلية للطلاق ذات الطبيعة التعويضية

- المبحث الأول: المتعة في قوانين الأحوال الشخصية المغاربية 5
- المطلب الأول: مفهوم المتعة ومشروعيتها 5
- الفرع الأول: مفهوم المتعة في الفقه ومشروعيتها 5
- الفرع الثاني: مفهوم المتعة في قوانين الأحوال الشخصية المغاربية 13
- البند الثاني: المتعة في مدونة الأحوال الشخصية المغربية 15
- الفرع الرابع: مفهوم المتعة في مجلة الأحوال الشخصية التونسية 17
- المطلب الثاني: تقدير المتعة 19
- الفرع الأول: تقدير المتعة في الفقه 19
- الفرع الثاني: تقدير المتعة في قوانين الأحوال الشخصية المغاربية 24
- البند الثاني: تقدير المتعة في مدونة الأسرة المغربية 26
- البند الثالث: تقدير المتعة في مجلة الأحوال الشخصية التونسية 29
- المبحث الثاني: التعويض عن الضرر الناجم عن الطلاق في قوانين الأحوال الشخصية المغاربية .. 31
- المطلب الأول: مفهوم التعويض عن الضرر الناجم عن الطلاق 31
- الفرع الأول: مفهوم التعويض عن الضرر الناجم عن الطلاق في الفقه 31
- الفرع الثاني: مفهوم التعويض عن الضرر الناجم عن الطلاق في قانون الأسرة الجزائري 40
- الفرع الثالث: مفهوم التعويض عن الضرر الناجم عن الطلاق في مدونة الأسرة المغربية 51

- الفرع الرابع: مفهوم التعويض عن الضرر الناجم عن الطلاق في المجلة التونسية.....59
- المطلب الثاني: تقدير التعويض المالي الناجم عن الطلاق.....72
- الفرع الأول: مفهوم السلطة التقديرية والخلاف بشأنها.....72
- الفرع الثاني: تقدير التعويض المالي الناجم عن الطلاق في قانون الأسرة الجزائري.....83
- الفرع الثالث: تقدير التعويض المالي عن الضرر في مدونة الأسرة المغربية.....92
- الفرع الرابع: تقدير التعويض المالي في مجلة الأحوال الشخصية التونسية.....94
- المبحث الثالث: أجره الرضاع في قوانين الأحوال الشخصية المغاربية.....97
- المطلب الأول: مفهوم حق أجره الرضاع في الفقه.....98
- الفرع الأول: تعريف الرضاع لغة وفي الاصطلاح.....98
- الفرع الثاني: حكم إرضاع المطلقة لولدها.....99
- الفرع الثالث: أجره رضاع المطلقة.....103
- المطلب الثاني: حق أجره الرضاع في قوانين الأحوال الشخصية المغاربية.....107
- الفرع الأول: حق أجره الرضاع في قانون الأسرة الجزائري.....108
- الفرع الثاني: حق أجره الرضاع في مدونة الأسرة المغربية.....109
- الفرع الثالث: حق أجره الرضاع في مجلة الأحوال الشخصية التونسية.....109
- خلاصة الفصل الأول:.....110

الفصل الثاني

الآثار المالية للطلاق ذات الطبيعة الاستحقاقية

- المبحث الأول: التنازع في متاع البيت وجهاز المرأة في قوانين الأحوال الشخصية المغاربية... 113
- المطلب الأول: مفهوم متاع البيت وجهاز المرأة في الفقه.....113
- الفرع الأول: تعريف متاع البيت وجهاز المرأة في الفقه.....114
- الفرع الثاني: أحكام التنازع في الجهاز المرأة ومتاع البيت في الفقه.....117

الفرع الثالث: مسائل التنازع في متاع البيت	120
المطلب الثاني: أحكام التنازع في متاع البيت في قوانين الأحوال الشخصية المغربية	123
الفرع الأول: أحكام التنازع في متاع البيت في قانون الأسرة الجزائري	123
الفرع الثاني: التنازع في متاع البيت في مدونة الأسرة المغربية	135
الفرع الثالث: التنازع في متاع البيت في مجلة الأحوال الشخصية التونسية	141
المبحث الثاني: حق المطلقة في النفقة في قوانين الأحوال الشخصية المغربية	145
المطلب الأول: حق المطلقة في النفقة في الفقه	145
الفرع الأول: مفهوم النفقة في اللغة والاصطلاح	145
الفرع الثاني: حكم ودليل مشروعيتها وشروط وجوبها	151
الفرع الثالث: المطلقات وحقهن في النفقة في الفقه	154
المطلب الثاني: نفقة المطلقة في قوانين الأحوال الشخصية المغربية	159
الفرع الأول: نفقة المطلقة في قانون الأسرة الجزائري	160
الفرع الثاني: حق نفقة المطلقة في المدونة المغربية	165
الفرع الثالث: نفقة المطلقة في مجال الأحوال الشخصية التونسية	174
المبحث الثالث: حق المطلقة في المهر في قوانين الأحوال الشخصية المغربية	177
المطلب الأول: حق المطلقة في المهر في الفقه	177
الفرع الأول: مفهوم المهر وأهم الأحكام المتعلقة به	177
الفرع الثاني: استحقاق المطلقة للمهر في الفقه	182
الفرع الثالث: حق المطلقة في المهر بعد الخلوة الصحيحة وقبل الدخول	184
المطلب الثاني: حق المطلقة في المهر في قوانين الأحوال الشخصية المغربية	187
الفرع الأول: حق المطلقة في المهر في قانون الأسرة الجزائري	187
الفرع الثاني: حق المطلقة في المهر في مدونة الأسرة المغربية	190

- الفرع الثالث: حق المطلقة في المهر في مجلة الأحوال الشخصية التونسية 196
خلاصة الفصل الثاني 201

الباب الثاني

الآثار الغير المالية للطلاق في قوانين الأحوال الشخصية المغربية

الفصل الأول

العدة في قوانين الأحوال الشخصية المغربية

- المبحث الأول: ماهية العدة في قوانين الأحوال الشخصية المغربية 207
المطلب الأول: تعريف العدة وأدلة مشروعيتها والحكمة منها 207
الفرع الأول: تعريف العدة 207
الفرع الثاني: أدلة مشروعية العدة 211
الفرع الثالث: الحكمة في مشروعية العدة 214
المطلب الثاني: أنواع العدة وانتقالاتها 215
الفرع الأول: أنواع العدة وسببها 215
الفرع الثاني: تداخل العدد وانتهائها 222
الفرع الثالث: حقوق المعتدة وواجباتها 224
الفرع الرابع: العدة في قانون الأسرة الجزائرية 227
الفرع الخامس: العدة في مدونة الأسرة المغربية 234
الفرع السادس: العدة في مجلة الأحوال الشخصية التونسية 237
المبحث الثاني: أحكام العدة في قوانين الأحوال الشخصية المغربية 239
المطلب الأول: أحكام الرجعة في قوانين الأحوال الشخصية المغربية 239
الفرع الأول: ماهية الرجعة في قوانين الأحوال الشخصية المغربية 239
الفرع الثاني: شروط صحة الرجعة في الفقه 247

- الفرع الثالث: أحكام الرجعة في قانون الأسرة الجزائري..... 251
- الفرع الخامس: أحكام الرجعة في مدونة الأسرة..... 257
- الفرع السادس: أحكام الرجعة في مجلة الأحوال الشخصية التونسية 259
- المطلب الثاني: أحكام المعتدة في السكنى في قوانين الأحوال الشخصية المغربية..... 261
- الفرع الأول: حق المعتدة من طلاق في السكنى..... 262
- الفرع الثاني : حق المعتدة من طلاق بائن في السكنى 263
- الفرع الثالث: حق المعتدة من وفاة في السكنى في قوانين الأحوال الشخصية المغربية 266
- الفرع الرابع: حق المعتدة من وفاة في قوانين الأحوال الشخصية المغربية..... 268
- الفرع الخامس: حق المعتدة من فسخ في السكنى في قوانين الأحوال الشخصية المغربية 270
- خلاصة الفصل الأول 273

الفصل الثاني

الحضانة في قوانين الأحوال الشخصية المغربية

- المبحث الأول: أحكام الحضانة في قوانين الأحوال الشخصية المغربية..... 277
- المطلب الأول: الحضانة في الفقه..... 277
- الفرع الأول: مفهوم الحضانة في الفقه..... 277
- الفرع الثاني: مشروعية وشروط الحضانة 279
- المطلب الثاني: الحضانة في قوانين الأحوال الشخصية المغربية 286
- الفرع الأول: مفهوم الحضانة في قانون الأسرة الجزائري..... 287
- الفرع الثاني: مفهوم الحضانة في مدونة الأسرة المغربية 296
- الفرع الثاني: مفهوم الحضانة في مجلة الأحوال الشخصية التونسية..... 306
- المبحث الثاني: سكنى الحاضنة في قوانين الأحوال الشخصية المغربية 317
- المطلب الأول: حق المطلقة الحاضنة في السكنى في قوانين الأحوال الشخصية المغربية 317

- 318 الفرع الأول: مفهوم سكني الحاضنة.....
- 321 الفرع الثاني: سكني الحاضنة بين مؤيد ومعارض في البقاء
- الفرع الثالث: شروط وصور إستحقاق الحاضنة للسكني في قوانين الأحوال الشخصية المغربية
- 324
- 332 المطلب الثاني: حق المطلقة الحاضنة في السكنى في مدونة الأسرة المغربية.....
- 332 الفرع الأول: سكني المحضون في مدونة الأسرة.....
- 335 الفرع الثاني: الحضانة ومشكل بقاء الأم في منزل مطلقها.....
- 338 المطلب الثالث: حق المطلقة الحاضنة في السكنى في مجلة الأسرة التونسية.....
- 338 الفرع الأول: شروط حق الانتفاع بسكنى الحاضنة.....
- 343 الفرع الثاني: تنفيذ واجب إسكان الحاضنة مع المحضون.....
- 347 المبحث الثالث: حق زيارة المحضون في قوانين الأحوال الشخصية المغربية.....
- 348 المطلب الأول: حق زيارة المحضون فقها وقانونا.....
- 348 الفرع الأول: مفهوم الزيارة والرؤية.....
- 352 الفرع الثاني: مشروعية حق الزيارة فقها وفي قوانين الأحوال الشخصية المغربية.....
- 358 الفرع الثالث: ممارسة حق الزيارة في الفقه.....
- 361 المطلب الثاني: حق زيارة المحضون في قوانين الأحوال الشخصية المغربية.....
- 362 الفرع الأول: حق زيارة المحضون في قانون الأسرة الجزائري.....
- 370 الفرع الثاني: حق زيارة المحضون في مدونة الأسرة المغربية.....
- 376 الفرع الثالث: حق زيارة المحضون في مجلة الأحوال الشخصية التونسية.....
- 381 خلاصة الفصل الثاني.....
- 384 الخاتمة.....
- 389 فهرس الآيات القرآنية.....

396	فهرس الأحاديث النبوية
401	قائمة المراجع
433.....	فهرس الموضوعات

ملخص:

إن آثار الطلاق في قوانين الأحوال الشخصية المغربية التي تقوم بعد انحلال الرابطة الزوجية، سواء ما تعلق الأمر قي شقها المالي أو الغير المالي وهذا مكفول شرعا وقانونا وعلى هذا الأساس عاجلت قوانين الأحوال الشخصية المغربية ما يترتب على هذه الآثار التي تنعكس بعد انحلال الرابطة الزوجية، فالمتعة هي القيمة المالية التي يقدمها الزوج إلى زوجته نظير ما يلحقها من ألم الفراق.

ولاشك وأن الطلاق يرتب أضرار لأحد الزوجين ولو من باب خدش الشعور، وهذا ما نص عليه المشرعين المغربية، حيث أوجبوا التعويض عن الضرر اللاحق جراء الطلاق لأحد الطرفين، كما أوكلوا هذا التقدير إلى سلطة القاضي.

والطلاق قد يكون بإرادة الزوجين أو بإرادة الزوج وحده، أو بإرادة الزوجة إذا توفرت لها الأسباب المقررة قانونا.

كما عالج المشرعين المغربية مسألة التعويض عن الضرر اللاحق بأحد الأطراف بحسب درجة الضرر اللاحق به، وهذا التقدير موكل إلى السلطة التقديرية للقاضي.

كما أنه قد يثور نزاع بين الزوجين أو ورثتهما حول متاع البيت فقد عالج المشرعين المغربية هذه المسألة على أساس قاعدة البينة التي في صورة انعدامها، فإنه يحكم على اليمين للرجل بما هو ذو الاستعمال الخاص بالرجال، وللمرأة بما هو ذو الاستعمال الخاص بالنساء، ويقتسمان الأشياء المشتركة بينهما.

كما عالج المشرعين المغربية مسألة المهر، حيث أوجبوا على استحقاق المرأة لكامل المهر بوفاة الزوج أو الدخول وضرورة إدراج مسألة استحقاق الزوجة للمهر كاملا في حال وفاتها وانتقاله لورثتها، كما تستحق نصف المهر قبل الدخول.

كما يثبت حق النفقة للمطلقة بصفة عامة، وحسب ما جاء به المشرعين المغربية ووفق ما اتفق عليه العلماء على ثبوت هذا الحق للمطلقة بمختلف صورها، وعدم استحقاق المطلقة قبل الدخول لهذا الحق، كما اعتبر المشرعين المغربية إن نفقة المطلقة من أهم الآثار المالية المترتبة على الزوج أثناء فترة العدة.

إن العدة كأثر من آثار الطلاق ونتائجه يقودنا إلى المهلة التي تترصد خلالها المرأة ولا ينبغي أن تتزوج إلا بعد انقضاء هذه المهلة المحددة شرعا وحسب قوانين الأحوال الشخصية المغربية وفي حال أن أقدمت على الزواج أثناء هذه الفترة، فإنها تكون قد خالفت الشريعة الإسلامية وخالفت قوانين الأحوال الشخصية المغربية.

والعدة التي تجب على المرأة تختلف تبعا لاختلاف حالها، فقد تكون العدة من طلاق أو فسخ، وقد تكون عدة وفاة، ثم هي مع ذلك قد تكون حاملا، وقد تعمد في حال فقدان زوجها، كما اجمع المشرعين الغاربة أن العدة لا تجب على المطلقة الغير مدخول بها.

هذا ويترتب على الطلاق في صورة ما أثمر على أولاد حق الحضانة الذين بموجبه يظهر حق الأولاد في نفقة الحضانة، وكذا الحق في سكن ملائم لإجرائها أو بدل إيجار سكن لها.

ويترتب على حق الحضانة للطرف الغير الحاضن حق زيارة المحضون المقررة وفق ما جاء به المشرعين المغربية باعتباره من الحقوق التي تهدف إلى تحقيق استقرار المحضون وحسن رعايته.

كما أن المسكن الذي يعده الزوج إذا ما تمت الفرقة بين الزوجين وثبتت الحضانة للشخص ترتب عليه عادة آثار منها سكنى الحاضنة التي تمارس فيها الحاضنة حضانتها، وهذا ما أقره المشرعين المغربية بالتنصيص على هذه المسألة على أن يكون المسكن مقرر لجميع الأولاد هم في سن الحضانة.

Abstract:

Divorce has implications for Maghreb personal status laws, whether it is related to its financial or non-financial part; and this is legitimately and legally guaranteed. On this basis the Maghreb personal status laws dealt with the consequences of these effects after the dissolution of the marital bond. Pleasure is the financial value that the husband gives to his wife in return for the pain of separation.

Divorce may take place because of the will of the spouses or the will of the husband alone, or by the will of the wife if the legally established reasons are available for her.

Moroccan legislators also dealt with the issue of compensation for the damages caused to one of the parties according to the degree of damages they received, and this estimate is entrusted to the judge's authority.

In addition, a dispute may arise between the spouses or their heirs about household goods, as Moroccan legislators have dealt with this issue on the basis of the evidence base. In which by the absence of it and under the oath, the household goods divided as for the man what is for the private use of men, and for the woman what is for the private use of women, and they share common things between them.

Moroccan legislators also dealt with the issue of the dowry, as they stipulated that women should be entitled to the full dowry with the death of the husband or marriage, and the need to include the issue of the wife's entitlement to the full dowry in the event of her death and transfer it to her heirs, as well as half of the dowry before marriage.

It also establishes the right of maintenance for the divorced woman in general, according to what the Moroccan legislators have stated and according to what scholars have agreed upon that this right is proven for the divorced in various forms, and that the divorced woman is not entitled to this right before marriage, Moroccan legislators also considered that

alimony for the woman is one of the most important financial implications for the husband during the Post-divorce waiting period.

The waiting period, as an effect of divorce and its consequences, leads us to the period during which the woman lies in wait, and she should not marry until after this period specified by Sharia and according to the Personal Maghreb legislation.

The waiting period for a woman varies according to her different situation, the waiting period may be from a divorce or annulment, and she may observe the waiting period in the event of losing her husband, as she may still be pregnant. Moroccan legislators also agreed that the waiting period is not obligatory for a divorced woman before marriage.

And the divorce in case there are children results in the right of custody, according to which the right of children's custody is revealed, As well as the right to adequate a house for her, or to pay a rental allowance instead and provided that the housing is decided for all children under custody age.

Furthermore, the non-custodial party entails the right to visit the child in custody according to what Moroccan legislators have stated, as it is one of the rights aimed to achieve stability and good care of the child.