

جامعة الجزائر
كلية الحقوق بن عكنون

حقوق المطلقة بين الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة

بحث لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص

إشراف الأستاذ الدكتور:
تقية عبد الفتاح

إعداد الطالبة:
غناي زكية

أعضاء اللجنة

- الدكتورة فرкос دليّة رئيسا
- الدكتور تقيه عبد الفتاح مقررا
- الدكتورة حنيفي لويّزة عضوا
- الدكتور لمطاعي نور الدين عضوا
- الدكتور ذيب جمال عضوا

السنة الجامعية 2010 — 2011

إهداء

- إلى الكريم الذي جاد في تعليمي ووقف إلى جانبي وتحمل معي مشاق دروب العلم..إلى والدي
- إلى الحنون التي شجعتني على التقدم في خطى العلم ودفعتني إلى الأمام..إلى والدتي
- إلى من صاحبني في أسفاري وخاطر بحياته من أجل العلم..إلى أخي العزيز عبد الواحد
- إلى من مدّت لي يد المساعدة وساهمت في إثراء بحثي هذا..إلى أختي العزيزة عزيزة
- إلى من لم تتركني لحظة حتى في أوقاتي العسيرة وبقيت بجواري..إلى أستاذتي جويذة خواص
- إلى من أسهم في عوني وساندي بجوده وكرمه.. إلى الأستاذ الزميل عبد الغني شريف
- إلى إخوتي، أخواتي، زوجة أخي وأولادهما، وجميع أقربائي.

أهدي هذا العمل المتواضع

زكية

شكر

أتقدم بخالص شكري

- إلى الأستاذ الفاضل الدكتور تقيّة عبد الفتاح على قبوله الإشراف على بحثي.
- إلى السادة الأساتذة أعضاء اللجنة على قبولهم مناقشة الأطروحة.
- إلى الدكتور عبد الرحمان ملزي الذي لم يبخل عليّ بالنصائح والتوجيهات.
- إلى كل الأساتذة الذين ساهموا في توجيهي.
- إلى صديقتي حكيمة عبد العزيز التي أغدقت عليّ بعلمها الغزير.
- إلى كل زميلاتي وزملائي.
- إلى كل من أعانني من قريب أو من بعيد.

زكية

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

وَقُلْ رَبِّ زِدْنِي عِلْمًا

طه: 114

عن ابن مسعود رضي الله عنه قال: سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول:

" نَضَرَ اللَّهُ امْرَأً سَمِعَ مِنَّا شَيْئًا فَبَلَّغَهُ كَمَا سَمِعَهُ
فَرُبَّ مُبَلِّغٍ أَوْعَىٰ مِنْ سَامِعٍ "

رواه الترمذي

مقدمة

من المعلوم أن الأحوال الشخصية للمسلمين تحكمها أحكام الشريعة الإسلامية، فالشعب الجزائري المسلم يخضع بخصوص أحواله الشخصية من زواج وطلاق ونفقة وحضانة ووصية وميراث إلى قواعد الشريعة الإسلامية. وهذه القواعد بينها القرآن الكريم كمصدر أول من مصادر الشريعة، ثم السنة النبوية الشريفة كمصدر ثان، كما أجمع الفقهاء على بعض القواعد الشرعية، وقاس بعضها الآخر على بعض فجاء كل من الإجماع والقياس على الترتيب كمصدر ثالث ورابع للشريعة.

ويجب على قاضي الأحوال الشخصية الرجوع إلى قواعد الشريعة الإسلامية لتطبيقها على القضايا التي تعرض عليه. ولما كانت قواعد الشريعة الإسلامية جد واسعة تتطلب بحثا ودراسة وتدقيق طويل مما ليس في وسع القاضي الذي تتكاثر عليه القضايا ويصعب عليه الاجتهاد، فلقد حاول المشرعون تقنين قواعد الشريعة الإسلامية المنظمة للأحوال الشخصية، وتنظيمها ضمن نصوص قانونية مختصرة وواضحة يسهل على القاضي الرجوع إليها.

وقد كان القضاة في العهد العثماني قبل فترة الاستعمار الفرنسي يرجعون إلى أحكام الشريعة الإسلامية في قضايا الأحوال الشخصية ويطبقونها وهذا لسببين: فمن جهة كان القاضي آنذاك متكون في مجال الشريعة الإسلامية وليس في مجال القانون، ومن جهة أخرى لم تكن المحاكم الإسلامية وقتئذ مكتظة بالقضايا كما هو عليه الحال اليوم، ولهذا فالقاضي كان يسعه الوقت للبحث والاجتهاد من أجل حل القضايا القليلة التي كانت تعرض عليه.

وأول من حاول تقنين الأحوال الشخصية للشعب الجزائري ووضع قانون مكتوب لها هو المستعمر الفرنسي الذي وضع الأمر رقم 274-59 المؤرخ في 1959/02/04 المنظم للزواج والطلاق.

وبعد الاستقلال صدرت بسرعة قوانين في شتى المجالات، حيث صدر القانون المدني والتجاري وقانون العقوبات وغيرها، أما قانون الأسرة فقد تأخر صدوره إلى غاية 1984 نظرا لصعوبة تقنين أحكام الشريعة الإسلامية ووضعها ضمن نصوص قانونية. ولهذا فلما صدر قانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 جوان 1984 والمتضمن قانون الأسرة فإنه وإن كان صحيحا أنه من الأجدر بنا أن نفتخر به لأنه جاء بعد جهد وفير، إلا أنه يجب الاعتراف بأنه مثل جميع القوانين الوضعية لا يخلوا من النقص والغموض والهفوات والفراغ القانوني في بعض الأحوال التي لا يجد لها القاضي نصا ينظمها، كل هذا أدى بالمشرع إلى التفكير في تعديل قانون الأسرة، وفعلا كان ذلك بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005 المعدل والمتمم لقانون الأسرة.

وسواء تعلق الأمر بقانون الأسرة قبل التعديل أو بعده، فإنه يفترض في المشرع أن تذهب نيته عند وضع نصوصه إلى تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية وعدم الانحياز عنها، وبهذا يجب أن تكون جميع نصوص قانون الأسرة مطابقة لأحكام الشريعة الإسلامية نصا ومضمونا، وهذا يتطلب من المشرع أن يجعل طريقة تقنينه لنصوص قانون الأسرة دقيقة وواضحة في آن واحد.

ومن المعلوم أن الشريعة الإسلامية لكونها تشريع سماوي فقد جاءت كاملة لا نقص فيها، وواضحة لا غموض فيها، غير أن قانون الأسرة المتأثر بها لكونه قانون وضعي استحال عليه أن يأتي كاملا واضحا، بل رغم تعديله ما زال ناقصا.

ومن النقص الذي لمحناه في قانون الأسرة سواء قبل التعديل أو بعده، ما يتبين من النصوص المنظمة لمسألة الطلاق الذي نظمه المشرع بموجب المواد من 47 إلى 73 من الفصل الأول والثاني المعنويين على الترتيب بـ "الطلاق" و"آثار الطلاق" من الباب الثاني تحت عنوان "انحلال الزواج" من القانون رقم 84-11 المتضمن قانون الأسرة والمعدل بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 2005/02/27.

والطلاق هو حل الرابطة الزوجية بين الزوجين، وتترتب عليه حقوق للمطلقة على مطلقها نظمها المشرع في قانون الأسرة لكنها ناقصة، وذلك لأنه هناك بعض الحقوق

منحتها الشريعة الإسلامية للمطلقة لا نجدها في قانون الأسرة، كما أن بعضها الآخر لم تمنحه الشريعة الإسلامية للمطلقة ومنحه إياها المشرع مما يطرح الإشكالية التالية:
ما هي الحقوق التي منحها الشريعة الإسلامية للمطلقة وأغفلها قانون الأسرة؟
وما هي الحقوق التي منحها قانون الأسرة للمطلقة ولم تمنحها إياها الشريعة الإسلامية؟
وما مدى شرعية هذه الحقوق المضافة؟

إن الإجابة على هذه الإشكالية تتطلب أولاً بيان ما هي حقوق المطلقة في الشريعة الإسلامية، ثم مقارنة كل حق بما يقابله في قانون الأسرة ليتبين بعد ذلك النقص الذي ينتاب هذا الأخير ويتيسر الإجتهد في معالجته.

ولهذا فإن الهدف الرئيسي من هذه الدراسة هو المساهمة في إثراء قانون الأسرة ولو بالشيء اليسير ما دام الموضوع يقتصر فقط على مسألة **حقوق المطلقة**.
ومعلوم أن للمطلقة على مطلقها ثلاث حقوق هي: حق في المتعة، وحق في نفقة العدة، وحق في الحضانة.

- أما عن الحق في المتعة فقد منحته الشريعة الإسلامية لجميع المطلقات جبراً لخاطرهن وكتعويض عن الضرر المعنوي الناجم عن الطلاق، وهذا الحق لا نجده في قانون الأسرة وإنما نجد حقاً مقابلاً له سماه المشرع **"تعويض عن الطلاق التعسفي"**، ولم يمنحه إلا للمطلقة التي يتعسف الزوج في طلاقها، وهذا ما يطرح التساؤل التالي: هل تحرم المطلقة من حقها في التعويض المقابل للمتعة إذا لم يكن الطلاق تعسفياً، مع أن الشريعة منحها إياه في كل أحوال الطلاق مهما كان بتعسف أم بإحسان؟ ثم أن التعويض عن الطلاق التعسفي شرع لجبر الضررين المعنوي والمادي معاً خلافاً للمتعة التي لا يجبر بها إلا الضرر المعنوي، مما يثير التساؤل حول مدى علاقة المتعة بالتعويض عن الطلاق التعسفي؟ ومدى تأثير المشرع بأحكام المتعة عند نصه على هذا التعويض؟

- وأما عن **نفقة العدة**، فقد أوجب المشرع على الزوج المطلق أن ينفق على زوجته المطلقة إلى أن تنقضي عدتها، لكنه لم يفرق بين عدة المطلقة طلاقاً رجعيًا وعدة المطلقة طلاقاً بائناً بينونة كبرى، فهذه الأخيرة ذهب بعض فقهاء الشريعة إلى أنه لا نفقة لها ولا سكنى لأنها صارت أجنبية، فعلى أي أساس منحها المشرع حقاً في النفقة؟

- وأما عن حق الحضانة فإن المشرع منح المطلقة حق ممارسته في مسكن الزوجية، بل وقد ألزم التعديل الزوج بوجوب ترك المسكن للحاضنة، وهذا الحق لا أثر له في الشريعة الإسلامية مما يطرح التساؤل بخصوص مدى شرعية هذا الحق المستثار؟

إن مثل هذه المسائل القانونية المطروحة تتطلب علجا وحلولا لن يجدها الباحث إلا في أحكام الشريعة الإسلامية السمحاء، مما يستدعي ضرورة التمسك بهذه الأحكام وعدم الحياد عنها، لأنها أحكام كاملة شاملة، جامعة مانعة إذ قال الله تعالى في الآية 3 من سورة المائدة: "...اليوم أكملت لكم دينكم وأتممت عليكم نعمتي ورضيت لكم الإسلام ديناً ...". وقال النبي صلى الله عليه وسلم في الحديث الصحيح في خطبته في حجة الوداع: "... إني تارك فيكم ما لن تضلوا إن اعتصمتم به: كتاب الله...".¹

من أجل كل هذا إرتأيت أخذ موضوع "حقوق المطلقة" بالبحث وذلك بدراسة نصوص قانون الأسرة المنظمة لهذا الموضوع من حيث صياغتها وموضوعها ومدى استجابتها للمشاكل التي تواجهها المطلقة اليوم، راجعة قبل ذلك إلى أحكام الشريعة الإسلامية بخصوص كل حق من حقوق المطلقة، ثم مقارنة مدى موافقة نصوص قانون الأسرة لهذه الأحكام ليتضح بعد ذلك النقص الذي ينتاب قانون الأسرة.

وبما أن الهدف من هذه الدراسة هو إعادة النظر في نصوص قانون الأسرة، وسد ثغراته بالأحكام التي جاءت بها الشريعة الإسلامية، واستخراج النصوص المخالفة لها واستبدالها بما جاء فيها، فإن هذه الدراسة تسمح بمقارنة نصوص قانون الأسرة بما يقابلها من أحكام الشريعة الإسلامية وبعد المقارنة الخروج بنتيجة وهي:

- إما أن النص مطابق للشريعة الإسلامية فيشار إلى الإبقاء عليه.
- وإما أن النص مطابق للشريعة الإسلامية لكنه ناقص فيثرى.
- وإما أن النص مخالف للشريعة الإسلامية فيشار إلى معارضته وضرورة إلغائه أو تعديله.

1 محمد بن عبد الوهاب. أصول الإيمان. إدارة البحوث العلمية والإفتاء. السعودية. ط 2. 2001. ص 58.

ولإعداد هذا البحث تم اعتماد المنهج العلمي التحليلي الذي يركز على تحليل نصوص قانون الأسرة المعنية بالدراسة والتعليق عليها وتوجيه النقد لها بعد مقارنتها بأحكام الشريعة الإسلامية.

وإتباعا لهذا المنهج اخترنا البدء بالبحث في القرآن الكريم، ثم في السنة النبوية الشريفة، ثم في أثر الصحابة الكرام، ثم في اجتهاد الفقه القديم فالحديث، وأخيرا مقارنة ما جاء في الشريعة الإسلامية مع أحكام قانون الأسرة للخروج بنتيجة وهي إعطاء حلول للمسائل المطروحة وسد الفراغ الذي ينتاب قانون الأسرة، ومعالجة النقص الذي يعانيه، وقد اتبعنا من أجل ذلك منهجية تعتمد على بحث كل حق من حقوق المطلقة على حدة. وبما أن هذه الحقوق ثلاثة فقد اعتمدنا خطة متكونة من ثلاثة أبواب كآتي:

-الباب الأول: حق المطلقة في جبر ضرر الطلاق.

-الباب الثاني: حق المطلقة في نفقة العدة.

-الباب الثالث: حق المطلقة في الحضانة.

أما فيما يخص باب **حق المطلقة في جبر ضرر الطلاق** ، فسنرى أن الشريعة الإسلامية منحتها حقا في المتعة، ومنحها قانون الأسرة حقا في التعويض عن الطلاق التعسفي، ولدراسة الحقين والمقارنة بينهما فقد قسمنا الباب الأول إلى فصلين:

-الفصل الأول: مفهوم المتعة وعلاقته بمفهوم التعويض عن الطلاق التعسفي.

-الفصل الثاني: أحكام المتعة في الشريعة الإسلامية وموقف قانون الأسرة.

وأما فيما يخص باب **حق المطلقة في نفقة العدة** ، فسنعرض فيه موضوع نفقة العدة من حيث المفهوم والأحكام في كل من الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة، ولهذا فقد قسمناه إلى فصلين كالتالي:

-الفصل الأول: مفهوم نفقة العدة في الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة.

-الفصل الثاني: أحكام نفقة العدة في الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة.

وأما فيما يخص باب حق المطلقة في الحضانة، فسنعرض فيه موضوع الحضانة من حيث مفهومه وأحكامه في كل من الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة، ولهذا فقد قسمناه إلى فصلين كالتالي:

- الفصل الأول: مفهوم الحضانة في الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة.
- الفصل الثاني: أحكام الحضانة في الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة.

الباب الأول

حق المطلقة في جبر ضرر الطلاق

قال الله تعالى: " وللمطلقات متاع بالمعروف حقا على المتقين " (1) فإن طلق الزوج زوجته، صار لهذه الأخيرة حقا ماليا عليه يدفعه لها لجبر ضرر الطلاق، والحق المالي هو كل ما يميل إليه الطبع ويجري فيه البذل والمنع. (2) ويطلق على هذا الحق المالي الذي يدفعه المطلق للمطلقة في الشريعة الإسلامية اسم "متعة".

وقد خول المشرع للمطلقة حقا ماليا يلتزم المطلق بأن يدفعه لها لجبر ضرر الطلاق حيث جاء في المادة 52 من قانون الأسرة ما يلي: "إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها".

والتعويض عن الطلاق هو قدر مالي يدفعه الزوج لزوجته بعد الطلاق سواء دفعة واحدة أو على أقساط جزاء إساءته استعمال الطلاق. (3)

والسؤال الذي يطرح هنا هو: بما أن المتعة شرعت لجبر ضرر الطلاق، والتعويض عن الطلاق التعسفي شرع هو الآخر لجبر ضرر الطلاق، فهل قصد المشرع بوضعه للتعويض عن الطلاق التعسفي تطبيق المتعة؟ وإن كان كذلك فهل جاءت أحكام التعويض عن الطلاق التعسفي مطابقة لأحكام المتعة؟

إن الإجابة على هذا السؤال تتطلب دراسة كل من المتعة في الشريعة الإسلامية والتعويض عن الطلاق التعسفي في قانون الأسرة وذلك من حيث المفهوم والأحكام، ليتضح بعد ذلك ما إذا كان المشرع قد طبق أحكام الشريعة الإسلامية في وضعه لنص المادة 52 من قانون الأسرة.

(1) سورة البقرة الآية 241.

(2) عبد الحميد عبد الرحمان الفقي. آثار الطلاق المالية. مكتبة الغد. القاهرة. 1996. ص 7.

(3) عبد الحميد عبد الرحمان الفقي. المرجع السابق. ص 7.

الفصل الأول

مفهوم المتعة وعلاقته بمفهوم التعويض عن الطلاق التعسفي

بقراءة نص المادة 52 من قانون الأسرة والذي يقضي بأنه: "إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها". يمكن إضفاء ملاحظتين:

- الملاحظة الأولى هي أن المشرع لم يُطلق على الحق المالي المخول للمطلة اسم "متعة" كما هو معمول به في الشريعة الإسلامية وإنما سماه "تعويضاً".
- والملاحظة الثانية هي أنه ولو كان القضاء يرى بأن المشرع يقصد بهذا التعويض المتعة⁽¹⁾، إلا أنه اشترط لكي تحصل عليه المطلة أن يكون الطلاق تعسفياً وأن يلحق ضرراً بالمطلة، وبمفهوم المخالفة يفهم أنه إذا لم يكن الطلاق تعسفياً ولم يلحق بالزوجة ضرراً فلا تعويض لها.

وبالرجوع إلى قوله تعالى: " وللمطلقات متاع بالمعروف حقا على المتقين "، يتبين أن المتعة حق مطلق للمطلة دون أي شرط، فمن أين استمد المشرع شرط التعسف في الطلاق وشرط تضرر المطلة؟ وهل هذين الشرطين موافقين للشريعة الإسلامية؟ إن الإجابة على هذا السؤال تتطلب البحث في مسألة المتعة في الشريعة الإسلامية لمعرفة ما إذا كانت هي الأخرى يشترط لدفعها أن يكون الطلاق تعسفياً وأن يلحق ضرراً بالمطلة، وبالتالي معرفة مدى تأثير المشرع بالشريعة الإسلامية عند نصه على التعويض عن الطلاق التعسفي كتعويض مقابل للمتعة التي تدفع للمطلة.

كل هذا يتطلب البحث في مفهوم المتعة في الشريعة الإسلامية، ثم البحث في مدى علاقة المتعة بالتعويض عن الطلاق التعسفي.

(1) جاء في قرار المحكمة العليا ما يلي: "حيث أن الشريعة الإسلامية قررت لكل زوجة متعة وهي في حد ذاتها تعويض...". قرار رقم 35912 بتاريخ 1985.04.08. المجلة القضائية 1989. العدد 1. ص 91. أنظر ملحق ص 1.

المبحث الأول

مفهوم المتعة في الشريعة الإسلامية

تتطلب دراسة مفهوم المتعة في الشريعة الإسلامية إظهار الأدلة الشرعية لها من الشريعة الإسلامية، ثم بيان ماهيتها.

المطلب الأول

أدلة المتعة

وردت المتعة في الشريعة الإسلامية كحق من حقوق المطلقة من خلال النص عليها في القرآن الكريم، وإقرارها بالسنة النبوية الشريفة، كما عمل بها الصحابة الكرام رضوان الله عليهم.

الفرع الأول

أدلة المتعة من القرآن

قال الله تعالى: " لا جناح عليكم إن طلقتم النساء ما لم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة، ومتعوهن على الموسع قدره وعلى المقتر قدره متاعا بالمعروف حقا على المحسنين".⁽¹⁾

يقول العلامة السعدي في تفسيره لهذه الآية: "أي ليس عليكم - يا معشر الأزواج - جناح وإثم بتطليق النساء قبل المسيس وقبل المهر، وإن كان في ذلك كسر لها، فإنه ينجبر بالمتعة، فعليكم أن تمتعوهن بأن تعطوهن شيئاً من المال جبراً لخواطرهن". ويضيف السعدي قائلاً: "ليس للأزواج أن يبخسوا نساءهم، فكما تسببوا لتشوقهن واشتياقهن وتعلق قلوبهن، ثم لم يعطوهن ما رغبن فيه، فعليهم في مقابلة ذلك المتعة".⁽²⁾

(1) سورة البقرة الآية 236.

(2) عبد الرحمن بن ناصر السعدي. تيسير الكريم الرحمن في تفسير كلام المنان. دار ابن الحزم. بيروت. ط 1. 2003. ص 89.

وقال الله تعالى: "وللمطلقات متاع بالمعروف حقا على المتقين".⁽¹⁾ ومعناها "لكل مطلقة متاع بالمعروف حقا على كل متق، جبرا لخاطرها وأداء لبعض حقوقها".⁽²⁾

وقال الله تعالى: "يا أيها النبي قل لأزواجك إن كنتن تردن الحياة الدنيا وزينتها فتعالين أمتعن وأسرحن سراحا جميلا"⁽³⁾. أي "يا أيها النبي قل لأزواجك إن كنتن تردن الحياة الدنيا أي ليس لكن في غيرها مطلب، وصرتن ترضين لوجودها، وتغضبن لفقدائها فليس لي فيكن إرب وحاجة وأنتن بهذه الحال، فتعالين أمتعن شيئا مما عندي من الدنيا، وأسرحن، أي أفاركن سراحا جميلا من دون مغاضبة ولا مشاتمة، بل بسعة صدر وانسراح بال، قبل أن تبلغ الحال إلى ما لا ينبغي".⁽⁴⁾

وقال الله تعالى: "يا أيها الذين آمنوا إذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل أن تمسوهن فما لكم عليهن من عدة تعتدونها فتمتعوهن وسرحوهن سراحا جميلا".⁽⁵⁾ يخبر تعالى المؤمنين أنهم إذا نكحوا المؤمنات ثم طلقوهن من قبل أن يمسوهن فليس عليهن في ذلك عدة يعتدها أزواجهن عليهن، وأمرهم بتمتعهن بهذه الحالة بشيء من متاع الدنيا الذي يكون فيه جبر لخواترهن لأجل فراقهن، وأن يفارقوهن فراقا جميلا من غير مخاصمة ولا مشاتمة ولا مطالبة ولا غير ذلك".⁽⁶⁾

وفي سرد هذه الآيات الكريمات بتفسيرها دليل على أن الله تعالى شرع للمطلقة المتعة كحق مالي لها على زوجها يدفعه لها متى طلقها.

الفرع الثاني

أدلة المتعة من السنة النبوية

طلق رسول الله صلى الله عليه وسلم إحدى زوجاته اللاتي لم يدخل بهن، ومتعها ببعض الأثواب كما يتبين من هذين الحديثين: عن عائشة رضي الله عنها: "أن عمرة بنت

(1) سورة البقرة الآية 241.

(2) عبد الرحمن بن ناصر السعدي. المرجع السابق. ص 90.

(3) سورة الأحزاب الآية 28.

(4) عبد الرحمن بن ناصر السعدي. المرجع السابق. ص 632.

(5) سورة الأحزاب الآية 49.

(6) عبد الرحمن بن ناصر السعدي. المرجع السابق. ص 637.

الجَوْنِ تعوذت من رسول الله صلى الله عليه وسلم حين أدخلت عليه - تعني لما تزوجها - فقال: لقد عُدْتُ بِمَعَاذٍ. فطلقها، وأمر أسامة بمتعها بثلاثة أثواب. (1)

عن أبي أسيد رضي الله عنه قال: خرجنا مع النبي صلى الله عليه وسلم حتى انطلقنا إلى حائط يقال له الشوْطُ، حتى انتهينا إلى حائطين، فجلسنا بينهما، فقال النبي صلى الله عليه وسلم: "اجلسوا هاهنا" ودخل، وقد أتى بالجونية، فأُنزلت في بيت في نخل في بيت أميمة بنت النعمان بن شراحيل، ومعها دايتها حاضنة لها، فلما دخل عليها النبي صلى الله عليه وسلم قال: "هَبِي نَفْسِكَ لِي" فقالت: وهل تهب الملكة نفسها للسوقة؟ قال: فأهوى بيده يضع يده عليها لتسكن، فقالت: أعوذ بالله منك، فقال: "قد عدت بمعاذ" ثم خرج علينا فقال: يا أبا أسيد، أكسها رازقتين وألحقها بأهلها". (2)

وشرحا لهذا الحديث جاء في سبل السلام أن "أصل القصة في الصحيح من حديث أبي أسيد الساعدي وقد سماها في الحديث عمرة. واختلف في سبب تعوذها منه، ففي رواية أخرجها ابن سعد أنه صلى الله عليه وسلم لما دخل عليها، وكانت من أجمل النساء، فداخل نساءه صلى الله عليه وسلم غيرة، فقبل لها: إنما تحضى المرأة عند رسول الله صلى الله عليه وسلم أن تقول إذا دخلت عليه: أعوذ بالله منك. وفي رواية أخرجها ابن سعد أيضا بإسناد البخاري، أن عائشة وحفصة دخلتا عليها أول ما قدمت مشطتاها وخضبتاها وقالت لها إحداهما: إن النبي صلى الله عليه وسلم يعجبه من المرأة إذا دخل عليها أن تقول: أعوذ بالله منك. وقيل في سببه غير ذلك. والحديث دليل على شرعية المتعة". (3)

وفي سرد هذين الحديثين بشرحهما دليل على أن الرسول صلى الله عليه وسلم قضى بالمتعة المطلقة باعتبارها حقا من حقوقها.

(1) أخرجه ابن ماجة، وفي إسناده راو متروك، وأصل القصة في الصحيح من حديث أبي أسيد الساعدي. أنظر بن حجر العسقلاني. بلوغ المرام من أدلة الأحكام. المكتبة الإسلامية. القاهرة. 2003. ص 233.

(2) محمد بن إسماعيل البخاري. صحيح البخاري. المكتبة العصرية. بيروت. ج 4. بدون سنة. ص 169.

(3) محمد بن إسماعيل الكحلاني سبل السلام شرح بلوغ المرام. دار إحياء التراث العربي. بيروت. ط 4. 1960. مج 2. ص 147.

الفرع الثالث أدلة المتعة من أثر الصحابة

كان الصحابة الكرام رضوان الله عليهم، سواء على عهد النبي صلى الله عليه وسلم أو من بعده، إذا طلقوا نساءهم متعوهن بكسوة أو بمال سائل.

فقد جاء في تفسير الخازن أن قوله تعالى: " لا جناح عليكم إن طلقتم النساء ما لم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة ومتعوهن على الموسع قدره وعلى المقتر قدره متاعا بالمعروف حقا على المحسنين " أنها نزلت في رجل من الأنصار تزوج امرأة من بني حنيفة ولم يسم لها صداقا ثم طلقها قبل أن يمسه فنزلت هذه الآية، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: أمتعها ولو بقلنسوتك".⁽¹⁾

وكانت عائشة بنت خليفة الخثعمية عند الحسن بن علي رضي الله عنه، فلما أصيب علي رضي الله عنه وبويع الحسن رضي الله عنه بالخلافة، دخل عليها فقالت: لَتَهْنَأُ بالخلافة، فقال لها: أتظهرين الشماتة بقتل علي، انطلي فأنت طالق ثلاثا، فتقنعت بساج لها وجلست في ناحية البيت وقالت: أما والله ما أردت ما ذهبت إليه، فأقامت حتى انقضت عدتها، ثم تحولت عنه، فبعث لها ببقية بقيت لها من صداقها عليه، وبمتعة عشرة آلاف، فلما جاءها الرسول بذلك قالت: متاعٌ قليلٌ من حبيبٍ مفارقٍ، فلما رجع الرسول إلى الحسن فأخبره بما قالت، بكى الحسن بن علي رضي الله عنه وقال: "لولا أنني سمعت جدي رسول الله صلى الله عليه وسلم أو سمعتُ أبي يحدث عن جدي أنه قال: إذا طلق الرجل امرأته ثلاثا عند الأقراء أو طلقها ثلاثا مبهمة لم تحل له حتى تتكح زوجها غيره لَرَأَجَعْتُهَا".⁽²⁾

وروى كنيف السلمي أن عبد الرحمن بن عوف طلق امرأته تماضر الكلبية فحممها بجارية سوداء. يعني متعها. قال إبراهيم النخعي: العرب تسمي المتعة التحميم.⁽³⁾

(1) علاء الدين علي بن محمد بن إبراهيم، تفسير الخازن، المكتبة التجارية الكبرى، مصر، 725هـ، ج1، ص203.

(2) نديم أسامة مرعشلي، موسوعة الحديث النبوي الصحيح والحسن، دار الحضارة العربية، بيروت، 1996، مج3، ط1، ص485 و486.

(3) ابن قدامة المقدسي، المغني، دار عالم الكتب، الرياض، 1999، ج10، ص141 و142.

وروي عن ابن عمر أنه قال: لكل مطلقة متعة إلا التي فرض لها وطلقت قبل الدخول فحسبها نصف ما فرض لها.⁽¹⁾
وفي سرد هذه الروايات دليل على عمل الصحابة بالمتعة باعتبارها حقا من حقوق المطلقة.

المطلب الثاني ماهية المتعة

لبيان ماهية المتعة، استوجب تعريفها، ثم بيان اختلافها عن الصداق، واختلافها عن نفقة العدة.

الفرع الأول تعريف المتعة

نعرف المتعة لغة ثم اصطلاحا.

أولا: تعريف المتعة لغة

قبل تعريف المتعة لغة تجب الإشارة إلى أن الله تعالى قد استعمل لفظ "متاع" في القرآن، واستعمل الفقهاء لفظ "متعة".

– أما المتاع لغة " فكل ما ينتفع به من عرض الدنيا كثيرها وقليلها سوى الفضة والذهب، أو كل ما ينتفع به انتفاعا قليلا عارضا غير باق. جمعه أمتعة وهي ما يحمله المسافر من حقائب وحاجات، وجمع الجموع أمتع وأماتيع".

– وأما المتعة لغة فهي "ما يتمتع به من طعام أو شراب أو صيد أو غيرها".⁽²⁾
وحسب ما سبق يتبين أنه من الناحية اللغوية يدخل لفظ "متعة" في مفهوم "المتاع"، فلفظ المتاع أوسع مفهوما من لفظ المتعة، غير أن كلا اللفظين مصدرهما واحد وهو "متع".

(1) شمس الدين المقدسي. الفروع. عالم الكتب. بيروت. 1984. ج.5. ص 288 و289.

(2) محمد الباشا. الكافي. شركة المطبوعات. بيروت. 1992. ط.1. ص 888 وما يليها.

و"متع" كلمة معناها لغة ارتفع. (1) فيقال: "جبل ممتع أي طويل مرتفع. ونخلة مائعة أي مرتفعة. ومتع الشيء أي بلغ في الجودة الغاية في بابه. ويقال مجازاً متع النهار، أي بلغ غاية ارتفاعه وهو ما قبل الزوال، ومتع الضحى أي بلغ آخر غايته وهو الضحى الأكبر، ومتع النبيذ: اشتدت حمرة. ومتع الله فلاناً بكذا أي أطال له الانتفاع به وملاه منه". (2) ومن المجاز أيضاً: متع النبات، والمطر يمتع الكلاً والشجر، قال لبيد:

سحقٌ يمتعها القفا وسريه عمٌ نواعم بينهن كرومٌ

ورجل مائع، كامل في خصال الخير، قال عدي:

أنادمُ أكفائي وأحمي عشيرتي إذا ندبَ الأقوامَ أندبُ مائعاً. (3)

وفقاً لما سبق، المتعة في اللغة مال ينفع به الإنسان في دنياه كنحو طعام أو لباس أو أي شيء زائل غير باق. أما متعة المطلقة فقد عرفها علماء اللغة كما يلي:

– متعة المرأة ما وصلت به بعد الطلاق من نحو القميص والإزار والملحفة وغيرها وهي متعة الطلاق (4).

– المتعة النفقة والكسوة للأيم. (5)

– متعة المرأة ما توصل به بعد الطلاق لتنتفع به من نحو مال أو سلع وهي متعة الطلاق. (6)

ثانياً: تعريف المتعة اصطلاحاً

يتفق كل من الزمخشري في الكشاف والسيوطي في تفسير الجلالين على أن لفظ المتاع في قوله تعالى: "متاعاً بالمعروف" هو مصدر "متع" أي بمعنى تمتيعاً. فيقول الزمخشري: "متاعاً تأكيداً لمتعوهن بمعنى تمتيعاً" (7). ويقول السيوطي: "متاعاً أي تمتيعاً بالمعروف" (8).

(1) محمد فريد وجدي دائرة معارف القرن العشرين دار المعرفة. بيروت. 1971. ط3. مج 8. ص 434.

(2) محمد الباشا. المرجع السابق. ص 889.

(3) جاد الله محمود بن عمر الزمخشري. أساس البلاغة. دار صادر ودار بيروت. بيروت. 1965. ص 581.

(4) محمد فريد وجدي. المرجع السابق. ص 434.

(5) عبد الرؤوف المصري. معجم القرآن. مطبعة حجازي. القاهرة 1948. ط2. ص 142.

(6) محمد الباشا. المرجع السابق. ص 889.

(7) جاد الله محمود بن عمر الزمخشري. الكشاف عن حقائق غوامض التنزيل. دار الكتاب العربي. بيروت. بدون سنة. ج 1. ص 284.

(8) سليمان بن عمر العجيلي. تفسير الجلالين على هامش الفتوحات الإلهية. مطبعة عيسى البابي الحلبي. مصر. بدون سنة. ج 1. ص 193.

لفظ "المتاع" جاء في القرآن الكريم كمصدر للفظ "متعة"، ولهذا يستعمل علماء التفسير لفظ متعة. وللمتعة معان مختلفة تبعا لكون لفظ المتاع جاء في مواضع مختلفة في القرآن الكريم نذكر منها ما يلي:

قوله تعالى: "والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجا وصية لأزواجهم متاعا إلى الحول غير إخراج..".⁽¹⁾ وحسب تفسير ابن كثير، المتاع هنا هو متعة المتوفى عنها زوجها، وهي نفقة كانت تدفع لها من مال زوجها المتوفى مدة حول كامل مع شرط بقاءها في بيت زوجها طيلة هذا الحول، ثم نسخ الحول بعدة المتوفى عنها زوجها وهي أربعة أشهر وعشرا، ونسخت متعة الحول بميراث زوجة المتوفى عنها زوجها وهو الربع أو الثمن كما ورد في القرآن في الآية 12 من سورة النساء⁽²⁾.

غير أن متعة المتوفى عنها زوجها لا تدخل مجال الدراسة فهي مستبعدة. وقوله تعالى: "وللمطلقات متاع بالمعروف حقا على المتقين"⁽³⁾. والمتاع هنا هو متعة المطلقة وهي المقصودة بالدراسة، ويعرف علماء التفسير متعة المطلقة كما يلي:

- يقول الخازن: "المتعة والمتاع ما يتبلغ به من الزاد"⁽⁴⁾ يدفع للمطلقة.
- ويقول القرطبي: "المتعة كل شيء يعطيه الزوج للمطلقة يكون متاعا لها".⁽⁵⁾
- وجاء في لباب اللباب أن المتعة هي ما يدفع للمطلقة جبرا لقلبها لما يلحقها من الفراق.⁽⁶⁾

- ويقول ابن كثير: "أمر الله بإمتاع المطلقة لما في الطلاق من انكسار لقلبها، وإمتاعها تعويضها عما فاتها بشيء تعطاه من زوجها".⁽⁷⁾ فالمتعة عند ابن كثير هي تعويض عن الضرر المعنوي اللاحق بالمطلقة.

- ويقول سيد قطب: "على المطلق أن يمتع زوجته أي أن يمنحها عطية حسبما يستطيع، ولهذا العمل قيمته النفسية بجانب كونه نوعا من التعويض".⁽⁸⁾

(1) سورة البقرة الآية 240.

(2) محمد علي الصابوني. مختصر تفسير ابن كثير. دار القرآن الكريم. بيروت. 1981. مج 1. ص 271.

(3) سورة البقرة الآية 241.

(4) تفسير الخازن. 203/1.

(5) أبو عبد الله محمد القرطبي. مختصر تفسير القرطبي. دار الكتب العلمية. بيروت. 2001. ج 1. ص 267.

(6) ابن راشد البكري. لباب اللباب. المكتبة العلمية. تونس. 1346هـ. ص 111.

(7) محمد علي الصابوني. المرجع السابق. ص 216.

(8) سيد قطب. في ظلال القرآن. دار المعرفة. بيروت. 1971. ط 7. ج 1. ص 375.

نخلص من كل هذه التعاريف إلى أن متعة المطلقة هي مال يدفعه الزوج إلى زوجته بعد الطلاق بهدف التخفيف عن ألم فراقه لها وجبرا لخاطرها المنكسر بسبب الطلاق. وبهذا التعريف يتبين أن للمتعة خاصيتين:

- الأولى هي أن المتعة مقدار من المال لا غير، فهي شيء مادي يدفعه الزوج للمطلقة إذا كان الطلاق منه.

- الثانية هي أن المتعة هدفها هو جبر خاطر المطلقة المنكسر بعد الطلاق، فهي تعويض عن الضرر المعنوي اللاحق بها بسبب الطلاق.⁽¹⁾

هذا ولم يرد في القرآن ولا في السنة النبوية ولا في أثر الصحابة ما يبين أن المطلقة تأخذ المتعة تحت شرط تعسف الزوج في الطلاق أو شرط تضررها من الطلاق.

- فأما عن شرط تعسف الزوج في الطلاق فدلليل عدم اشتراطه قصة طلاق الرسول صلى الله عليه وسلم لعمرّة بنت الجوّن.⁽²⁾ فالرسول صلى الله عليه وسلم وهو على خلق عظيم لا يعقل أن يكون متعسفا في طلاقه ومع ذلك متّع زوجته بثوبين رازقين.

- وأما عن شرط الضرر المعنوي الذي يلحق المطلقة بسبب الطلاق، فإن الشريعة الإسلامية جعلته مفترضا في كل الأحوال وجبرته بالمتعة مما يغني عن اشتراطه. ولا يوجد دليل في القرآن ولا في السنة ولا في أثر الصحابة ما يبين أن المتعة تدفع لجبر ضرر آخر مادي غير الضرر المعنوي الذي يلحق المطلقة.

نستنتج من كل هذا أن المتعة في الشريعة الإسلامية تدفع للمطلقة التي يطلقها زوجها بإرادته وهذا دون شرط تعسف الزوج في الطلاق لأنه سيدفع المتعة سواء أكان محسنا في طلاقه أو متعسفا فيه. ودون البحث عما إذا لحق المطلقة ضرر من الطلاق، لكون الضرر المعنوي مفترضا في كل الأحوال ولا حاجة لها في إثباته وهو الذي ينجبر بالمتعة.

(1) تقية عبد الفتاح، الطلاق بين تشريع الأسرة والإجتهد القضائي، رسالة دكتوراه، جامعة الجزائر، 2007، ص72.

(2) راجع حديث أبي أسيد الساعدي.

الفرع الثاني

إختلاف المتعة عن الصداق

المتعة هي مال يدفعه الزوج إلى زوجته بعد الطلاق. والصداق هو مال يدفعه الزوج إلى زوجته بموجب عقد الزواج. فالمتعة تجب بالطلاق بينما الصداق يجب بالزواج. لكن قد ينعقد الزواج ويؤخر الصداق، فإن طلق الزوج زوجته قبل أن يدفع مؤخر الصداق وجب عليه دفعه بعد الطلاق، فهل تدخل المتعة ضمنه أم أنها مستقلة عنه بحيث يدفع الزوج في هذه الحالة لزوجته مؤخر الصداق والمتعة معا؟
الإجابة على هذا السؤال تتطلب تعريفا موجزا للصداق، ثم بيان استقلاليتها عن المتعة.

أولا: تعريف الصداق

يقول الله تعالى: "وآتوا النساء صدقاتهن نحلة.." (1)

عن ابن عباس رضي الله عنهما قال: لما تزوج علي فاطمة رضي الله عنها قال له رسول الله صلى الله عليه وسلم أعطها شيئا، قال: ما عندي شيء، قال: "أين درعك الحُطميّة؟" (2).

فالصداق شيء يعطيه الزوج لزوجته بموجب عقد الزواج، وله تسعة أسماء: الصداق، الصَّدَقَة، المهر، النحلة، الفريضة، الأجر، العلائق، العقر، والحبياء. (3)
ويصلح أن يكون صداقا كل ما جاز أن يكون مبيعا أو مستأجرا بثمن، فهو ما اتفقوا عليه ورضوا به كما قال النبي صلى الله وسلم "العلائق ما تراضى عليه الأهلون".
فالصداق ليس لمقداره حد أدنى ولا حد أقصى، ودليل ذلك قوله صلى الله عليه وسلم لأحد الصحابة: "هل عندك من شيء تصدقها؟" قال: لا أجد، قال: "إلتمس ولو خاتما من حديد". (4)

ويستحب عدم المغالاة في الصداق لما روي عن عائشة عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: أعظم النساء بركة أيسرهن مؤنة.

(1) سورة النساء الآية 4.

(2) ابن حجر العسقلاني. المرجع السابق. ص 222.

(3) المغني. 10 / 97.

(4) محمد ابن إدريس الشافعي. الأم. دار المعرفة. لبنان. بدون سنة. ج 5 ص 59.

ويجوز أن يكون الصداق معجلا يدفع عند العقد، أو مؤجلا يدفع بعد العقد وبعد الدخول إلى أجل معين أو غير معين، فإذا كان الأجل معيناً يدفع الصداق بحلوله، وإذا كان غير معين يدفع بفرقة أو بموت.

كما يجوز أن يكون الصداق مسمى أو غير مسمى، فإن سمي الصداق ثم وقع الطلاق استحققت الزوجة الصداق كاملاً إن كان طلاقها بعد الدخول ونصفه إن كان طلاقها قبل الدخول لقوله تعالى: " وإن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم.."⁽¹⁾ أما إن لم يسم الصداق ثم وقع الطلاق، استحققت الزوجة صداق المثل كاملاً، وهو صداق نساءها، إن كان طلاقها بعد الدخول، واستحققت المتعة إن كان طلاقها قبل الدخول⁽²⁾، لقوله تعالى: " لا جناح عليكم إن طلقتم النساء ما لم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة، ومتعوهن على الموسع قدره وعلى المقتر قدره متاعاً بالمعروف حقا على المحسنين".⁽³⁾

ثانياً: استقلالية المتعة عن الصداق

تعقيباً على قول الله تعالى: " وإن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم.. ". قال ابن عمر: لكل مطلقة متعة إلا التي فرض لها ولم يدخل بها فحسبها نصف صداقها.

يفهم من قول ابن عمر رضي الله عنه أنه إن كانت المطلقة المسمى لها صداقاً وغير المدخول بها تستحق بعد طلاقها نصف صداقها فحسب دون المتعة، فإن غيرها من المطلقات تستحقن المتعة كلهن بعد الطلاق بغض النظر عن نصيبهن من الصداق، ومعنى هذا أنهن يأخذن المتعة علاوة على ما يكون لهن من صداق بعد الطلاق، وهؤلاء المطلقات الباقيات هن:

– المطلقة المسمى لها والمدخول بها، فهذه تستحق الصداق المسمى كاملاً وتستحق المتعة أيضاً، وهذا قول معقول لأنها إنما تستحق الصداق لأنه دخل بها وتستحق المتعة لأنه طلقها.

(1) سورة البقرة الآية 237.

(2) المغني. 99/10 وما يليها.

(3) سورة البقرة الآية 236.

- المطلقة غير المسمى لها والمدخول بها، فهذه تستحق صداق المثل كاملاً وتستحق المتعة أيضاً، فأما صداق المثل فلأنه دخل بها، وأما المتعة فلأنه طلقها.

- المطلقة غير المسمى لها وغير المدخول بها، فهذه تستحق المتعة بنص الآية: " لا جناح عليكم إن طلقتم النساء ما لم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة ومتعهن.. ". وواضح أنها تستحق المتعة دون الصداق مادام زوجها لم يدخل بها ومادام الصداق غير مسمى، عكس المطلقة المسمى لها وغير المدخول بها التي تستحق نصف الصداق دون المتعة، فالجمهور على أن الله تعالى خص الأولى بالمتعة والثانية بنصف المسمى.⁽¹⁾

يستنتج أن المطلقة على اختلاف حالها قد تأخذ المتعة فقط، وقد تأخذ نصف الصداق فقط، وقد تأخذ كامل الصداق المسمى مع المتعة، وقد تأخذ كامل صداق المثل مع المتعة، وهذا دليل على أن المتعة مستقلة عن الصداق ولا علاقة لها به. فلو كانت تدخل ضمنه لقليل أن المطلقة حق مالي بعد الطلاق دون تحديد اسمه ما إذا كان متعة أو صداقاً أو نصف صداق أو صداق المثل، ولو لم تكن المتعة مستقلة عن الصداق لاستحقت المطلقة المدخول بها مالا موحداً ولما استحقت الصداق والمتعة معاً.

ويقول السيوطي أن "المتعة والصداق يختلفان في ثلاثة أمور:

- الأول: أن الصداق يراعى لدفعه حال المرأة، أما المتعة فيراعى لدفعها حال الزوج.

- الثاني: أن الصداق يستحب أن لا ينقص عن عشرة دراهم أما المتعة فيستحب أن لا تنقص عن 30 درهماً.

- الثالث: أن الصداق يجب على الزوج وغيره من ورثته، أما المتعة فلا تجب إلا عليه".⁽²⁾

وهذا الاختلاف دليل على أنهما شيئان مستقلان. ولعل خير دليل على استقلالية المتعة عن الصداق أن الحسن بن علي رضي الله عنه لما طلق زوجته، بعث إليها بعشرة آلاف درهم متعة من جهة، وبقية بقيت لها من صداقها من جهة أخرى لاستقلال كل منهما عن الآخر.⁽³⁾ فالمتعة إذن لا تدخل ضمن الصداق، فهي حق مستقل للمطلقة علاوة عن حقها في الصداق.

(1) المغني . 141/10

(2) جلال الدين عبد الرحمان السيوطي. الأشباه والنظائر. مكتبة مصطفى البابي الحلبي . مصر. 1959. ص 525.

(3) محمد علي الصابوني. صفوة التفاسير. دار الصابوني. 1997. ط1. ج1. ص137 و138.

الفرع الثالث إختلاف المتعة عن نفقة العدة

إذا طلق الزوج زوجته وجب على هذه الأخيرة انتظار أجل معين يعرف بالعدة تنتهي بانقضائها آثار زواجها. ويجب على الزوج طيلة العدة أن ينفق على زوجته باعتبارها مازالت زوجته حكما. فهل تدخل المتعة ضمن نفقة العدة أم أنها مستقلة عنها بحيث يلتزم الزوج بدفع المتعة ونفقة العدة معا؟
الإجابة على هذا السؤال تتطلب أولا تعريفا موجزا لنفقة العدة، ثم ثانيا بيان استقلاليتها عن المتعة.

أولا: تعريف نفقة العدة

مصداقا لقوله تعالى: " **والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء..** " ⁽¹⁾ يعرف الفقهاء العدة بأنها: "مدة معلومة تتربص فيها المرأة لتعرف براءة رحمها، وذلك يحصل بوضع حمل أو مضي أقراء أو أشهر، لأن رحم المرأة ربما كان مشغولا بماء شخص، وتمييز الأنساب مطلوب في نظر الشرع والعدة طريق له". ⁽²⁾
- فالمطلقة الرجعية تعند لحكمتين، الأولى هي تبرئة الرحم، والثانية هي رجاء مراجعة زوجها لها، فله أن يراجعها أثناء العدة دون عقد ودون صداق جديد، أما إذا انقضت عدتها فيصبح طلاقها بائن بينونة صغرى، ولزوجها أن يراجعها ولكن بعقد وصداق جديدين.
- أما المطلقة المبتوتة، وهي التي بان طلاقها بينونة كبرى، فليس لزوجها مراجعتها حتى تنكح زوجها غيره ويدخل بها دون نية التحليل ثم يطلقها أو يتوفى عنها، وهذا لقوله تعالى: " **فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره فإن طلقها فلا جناح عليهما أن يتراجعا..** " ⁽³⁾ فهذه المطلقة المبتوتة تعند لتبرئة الرحم فقط.

(1) سورة البقرة الآية 228 .

(2) منصور بن يونس بن إدريس البهوتي.كشاف القناع على متن الإقناع.مطبعة أنصار السنة المحمدية.مصر. 1947. ج.5.ص.355.

(3) سورة البقرة الآية 230.

- أما المطلقة قبل الدخول فطلاقها بائن بينونة صغرى، ولا تعتد لقوله تعالى: " يا أيها الذين آمنوا إذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل أن تمسوهن فما لكم عليهن من عدة تعتدونها..".⁽¹⁾

وخلال العدة من الطلاق الرجعي تبقى زوجية المرأة قائمة حكما، ولهذا فإنها تستحق النفقة حتى تنقضي عدتها. ومعلوم أن الزوجة تستحق النفقة لأنها محبوسة عند زوجها، وبعد الطلاق يمتد احتباسها في بيت الزوجية بالعدة، وبهذا الاحتباس تستحق النفقة طيلة مدة العدة. وتشمل نفقة المعتدة كل ما تشمله نفقة الزوجة من مأكّل ومشرب وملبس ومسكن وغيرهم.⁽²⁾

ثانيا: استقلالية المتعة عن نفقة العدة

إذا طلق الزوج زوجته وكان الطلاق رجعيا وجب إلى جانب المتعة أن ينفق على زوجته طيلة مدة العدة، ولا يمكنه التذرع بعدم دفع المتعة للإنفاق، لأن المتعة شيء ونفقة العدة شيء آخر.

وخير دليل على استقلالية المتعة عن نفقة العدة قوله تعالى: " يا أيها الذين آمنوا إذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل أن تمسوهن فما لكم عليهن من عدة تعتدونها، فمتعهن وسرحوهن سراحا جميلا".

ويشرح فقهاء الحنابلة هذه الآية فيقولون أن: "المطلقة غير المدخول بها تبين بمجرد طلاقها وتصير كالمدخول بها بعد انقضاء عدتها، لا رجعة عليها ولا نفقة، وهذا بإجماع أهل العلم".⁽³⁾

وإذا كانت هذه المطلقة لا تستحق النفقة فإنها تستحق المتعة بنص الآية المذكور مما يدل على أن المتعة غير النفقة، ويؤيد هذا سيد قطب بقوله: "المتاع غير النفقة"، فالمتعة عنده شرعت لتندية جفاف جو الطلاق فحسب.⁽⁴⁾

(1) سورة الأحزاب الآية 49.

(2) أحمد الحجي الكردي. أحكام المرأة في الفقه الإسلامي. دار الإمام البخاري. سوريا. 1400 هـ. ص 51.

(3) المغني. 548/10.

(4) سيد قطب. المرجع السابق. ص 379.

ويرى الشافعية أن النفقة تكون واجبة للزوجة في مقابل الاستمتاع بها ولهذا تسقط بالنشوز،⁽¹⁾ وإن كان هذا حال النفقة فهي لا تشمل المتعة لأن المتعة لا تسقط بالنشوز. ويرى المالكية أن "النفقة لازمة في كل طلاق يملك فيه الزوج الرجعة، حاملاً كانت امرأته أو غير حامل، لأنها تعدّ امرأته على حالها حتى تنقضي عدتها".⁽²⁾ فالنفقة متعلقة بالزوجية تبقى ما بقيت الزوجية قائمة بالعدة وتنتهي بانتهائها، أما المتعة فهي تستحق بالطلاق سواء أقيمت الزوجية بعده بالعدة أم لم تبقى. فالمتعة لا علاقة لها بالعدة، فالنفقة تدفع بسبب الزوجية سواء أكانت الزوجية قائمة حقيقة أم حكماً، أما المتعة فالعكس تدفع بسبب الطلاق، مما يدل على أنهما مختلفتان تماماً.

ويرى الحنفية أن "النفقة مستحقة لها بسبب العدة ولا سبب لذلك سوى العدة"،⁽³⁾ بينما المتعة قد تكون لغير المعتدة كالمطلقة قبل الدخول.

يستخلص من كل ما سبق أن المتعة مستقلة عن نفقة العدة ولا تدخل ضمنها، فإن اجتمعتا في مطلقة واحدة بأن كانت هذه الأخيرة تستحق المتعة والنفقة معاً، دفعهما لها الزوج مستقلين، فيدفع لها مالا باسم المتعة ومبالغ أخرى باسم النفقة طيلة مدة العدة. أما إذا كانت المطلقة تستحق المتعة دون النفقة⁽⁴⁾، فيدفع لها المطلق المتعة فقط ولا نفقة لها، كما جاء في حديث فاطمة بنت قيس التي قالت: "طلقني أبو عمرو بن حفص البتة ثم خرج إلى اليمن ووكّل بها عياش بن أبي ربيعة، فأرسل إليها عياش بعض النفقة فسخطتها، فقال لها عياش: ما لك علينا نفقة ولا سكنى هذا رسول الله صلى الله عليه وسلم فسليه، فسألت رسول الله صلى الله عليه وسلم عما قال، فقال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم: "ليس لك نفقة ولا مسكن ولكن متاع بالمعروف واخرجي عنهم".⁽⁵⁾

نخلص من دراسة مفهوم المتعة في الشريعة الإسلامية أن المتعة هي مال يدفعه الزوج لزوجته بعد الطلاق إن كان الطلاق منه سواء أكان محسناً أو متعسفاً في طلاقه وذلك لجبر الضرر المعنوي اللاحق بها من الطلاق. وتدفع المتعة بصفة مستقلة عن الصداق وعن نفقة العدة.

(1) الأم. 5/ 86 وما يليها.

(2) مالك بن أنس. المدونة الكبرى. مطبعة السعادة. مصر. 1323هـ. ج 5. ص 153.

(3) شمس الدين السرخسي. المبسوط. دار المعرفة. بيروت. بدون سنة. مج 5. ص 205.

(4) والعكس غير معقول، فليست هناك حالة تستحق فيها المطلقة النفقة دون المتعة.

(5) أبو محمد علي بن حزم. المحلى بالآثار. الطباعة المنيرية. مصر. 1352هـ. ج 10. ص 249.

المبحث الثاني

علاقة المتعة بالتعويض عن الطلاق التعسفي

ينص المشرع في المادة 52 من قانون الأسرة على ما يلي: "إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها".
ما يلاحظ على التعويض في النص المذكور أن المشرع اشترط لكي تستحقه المطلقة أن يكون الطلاق تعسفياً من جهة، وأن يلحق المطلقة ضرر منه من جهة أخرى. وبالرجوع إلى ماهية المتعة في الشريعة الإسلامية فقد تبين أن المطلقة تستحقها دون هذين الشرطين مما يعني أن ماهية التعويض عن الطلاق التعسفي لا توافق ماهية المتعة في الشريعة الإسلامية، وهذا يجعلنا نطرح الإشكالية التالية: إذا كان المشرع قد اشترط شرطان لم تشترطهما الشريعة الإسلامية فهل هذا يعني أنه خالفها؟ أي - بعبارة أخرى - هل في اشتراط هذين الشرطين مخالفة للشريعة الإسلامية؟ فما موقف الشريعة الإسلامية من هذين الشرطين؟
إن الإجابة على هذا السؤال تستوجب دراسة هذين الشرطين في قانون الأسرة، وموقف الشريعة الإسلامية منهما لمعرفة ما إذا كان هناك مخالفة للشريعة في اشتراطهما.

المطلب الأول

شرط التعسف في الطلاق وموقف الشريعة الإسلامية منه

يشترط المشرع لكي تستحق المطلقة تعويضاً عن الطلاق أن يكون الطلاق تعسفياً مما يحرّمها من الحصول على هذا التعويض في حالة ما إذا كان الزوج محسناً في طلاقه غير متعسف فيه. فهل قضى المشرع بهذا التعويض كجزاء للمطلق عن تعسفه؟ ثم ما هي حالات التعسف في الطلاق؟ وهل القضاء بالتعويض هو حل لهذا التعسف؟ وما موقف الشريعة الإسلامية من كل هذا؟

الإجابة على كل هذه المسائل القانونية تتطلب دراسة معنى الطلاق التعسفي في قانون الأسرة، ثم موقف الشريعة الإسلامية منه.

الفرع الأول

معنى الطلاق التعسفي في قانون الأسرة

من المقرر شرعا وقانونا أنه لا ضمان في استعمال الحق، فالأصل أنه إذا استعمل صاحب الحق حقه استعمالا مشروعاً من غير تعسف فيه وأحدث ضرراً للغير فلا تترتب عليه المسؤولية⁽¹⁾. والطلاق حق للزوج وعلى كل زوجة أن تعي أن لزوجها حق طلاقها متى كان ذلك لازماً⁽²⁾، فإذا استعمل الزوج حقه فيه فلا يكون ضامناً مبدئياً، أي لا يلتزم بتعويض زوجته إلا إذا تجاوز حدود حقه، فعندئذ يكون ضامناً ويلتزم بتعويض زوجته لأنه يكون بذلك قد تعسف في استعمال حقه، وإلى هذا ذهب المشرع الجزائري في نص المادة 52 من قانون الأسرة.

وتجدر الإشارة إلى أن النص المذكور أعلاه لم يبين متى يكون الطلاق تعسفياً مما يستوجب الرجوع فيه إلى القواعد العامة المتعلقة بنظرية التعسف في استعمال الحق. ولقد نص المشرع على التعسف في استعمال الحق في المادة 41 من القانون المدني التي تقضي بما يلي: "يعتبر استعمال حق تعسفاً في الأحوال التالية:

- إذا وقع بقصد الإضرار بالغير.
 - إذا كان يرمي إلى الحصول على فائدة قليلة بالنسبة للضرر الناشئ للغير.
 - إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة".
- وتبعاً لهذا النص يُعدُّ الزوج متعسفاً في طلاقه في ثلاث حالات:

(1) علي سليمان. النظرية العامة للالتزام. ديوان المطبوعات الجامعية. الجزائر. 1988. ص 222.

(2) محمود محمد علي. الطلاق بين الإطلاق والتقييد في الشريعة الإسلامية. رسالة دكتوراه. جامعة الأزهر. القاهرة. 1971. ص 40 وما يليها
أنظر كذلك قرار المحكمة العليا بتاريخ 1969.06.25 حيث جاء فيه: "من المقرر شرعاً وقانوناً أنه للزوج حق الطلاق بمجرد إبداء إرادته في ذلك...". المجلة القضائية. 1969. ص 318. أنظر ملحق ص 1.

- إذا وقع الطلاق بقصد الإضرار بزوجته. وهذا يتطلب توفر نية الإضرار لدى الزوج. وتثبت نية الإضرار بكافة وسائل الإثبات⁽¹⁾، كأن يتبين مثلا أن الزوج طلق زوجته في مرض الموت ولم تكن في الطلاق فائدة أو مصلحة تعود عليه بالنفع فهو يطلق زوجته لحرمانها من الميراث. فهنا يكون متعسفا لقصده الإضرار بزوجته وبالتالي يجب عليه تعويضها، أما إذا طلقها بسبب مرضه هو مثلا مرضا معديا، وهو لا يريد معاناتها بسببه، فينتفي قصد الإضرار، فلا يكون متعسفا في طلاقه ولا يدفع بالتالي تعويضا.

- ويكون الزوج متعسفا في طلاقه في حالة ما إذا كان بطلاقه يرمي إلى الحصول على فائدة قليلة بالنسبة إلى الضرر الناشئ لزوجته. فلو تبين أن مصلحة الأسرة أهم وأولى من مصلحة الزوج في الطلاق اعتبر الطلاق تعسفيا، فلو طلق الزوج زوجته مثلا لكونها لا تتجب إلا الإناث، وهو يريد الزواج ثانية من امرأة أخرى لعلها تتجب الذكور، ففي هذه الحالة يجب على الزوج تعويض زوجته. أما إذا طلقها لأنها عقيم لا تتجب أبدا وهو يريد الذرية فإن فائدة الحصول على الذرية كبيرة بالنسبة للضرر الناشئ للمطلقة، فطلاقه غير تعسفي ولا يلتزم بتعويض زوجته، والعبرة هنا لا تكون بنية الزوج وإنما بسلوكه الذي يقدر بالرجوع إلى السلوك المألوف للرجل العادي.⁽²⁾

- ويُعدُّ الزوج متعسفا في طلاقه في حالة ما إذا كان الغرض من طلاقه الحصول على فائدة غير مشروعة. كأن يطلقها لغير عذر إلا لكي ينتقم من أخيها الذي فاز عليه في مقابلة الملائمة مثلا، فهنا يجب عليه تعويض زوجته، أما إذا طلقها لواجب الجهاد مثلا وهو يعلم أن سييئاً ولا يريد أن يذرها كالمعلقة، فلا تعسف في طلاقه وبالتالي لا تستحق الزوجة تعويضا، ويعتمد هنا أيضا على معيار سلوك الرجل العادي "الذي لا يسعى إلى الحصول على فائدة غير مشروعة تحت ستار استعمال حق من حقوقه".⁽³⁾

أما بالرجوع إلى التطبيقات القضائية، فالمتعارف عليه قضاءً أن الطلاق يكون تعسفيا متى طلق الزوج زوجته دون رضاها ودون سبب أو ذنب منها. أو كما يقول الدكتور تقيّة "إذا كان الطلاق لغير سبب مشروع يدعو إليه".⁽⁴⁾

(1) فيلالي علي. الالتزامات. ج1: النظرية العامة للعقد. موفم للنشر. الجزائر. 2001. ص 57.

(2) فيلالي علي. المرجع السابق. ص 58. وانظر كذلك تقيّة عبد الفتاح. المرجع السابق. ص 58.

(3) فيلالي علي. المرجع السابق. ص 61.

(4) تقيّة عبد الفتاح. المرجع السابق. ص 57.

فألزوجة بعد زواجها من زوجها وعيشها معه مدة وعشرتها له وربما إنجابها معه أولاداً، إن طلقها الزوج دون أن يصدر أي خطأ منها يكون الزوج في نظر القضاء قد تعسف في طلاقه لأنه أفسد على الزوجة حياتها الزوجية وهدم بطلاقها ما بنته من عش زوجي، ونغص عليها فرصة الاستمتاع بحياة زوجية مستقرة ودائمة، فيكون بهذا ملزماً بتعويضها طبقاً لنص المادة 52 من قانون الأسرة.

وإلى هذا ذهب رأي بعض الفقه حيث يقول الدكتور محمود محمد علي أن "الذي ينبغي اختياره والعمل به على ما نرى أن الزوج إذا طلق زوجته بغير سبب يقتضي الطلاق بأن لم تكن هناك ضرورة تلجئه إلى هذا الطلاق، فإنه يكون مسيئاً في استعماله لحق الطلاق متجنباً على زوجته من حيث أنه قد فوت عليها الطمأنينة على نظام حياتها في كنف زوج يربحها ويحافظ عليها. فالقضاء لها بالتعويض حينئذ واجب لجبر الصدع الذي أصابها من الطلاق بلا جريمة ارتكبتها تمثيلاً مع القول بأن الأصل في الطلاق الحظر".⁽¹⁾

ويبرر الدكتور قوله هذا بأن التعويض وسيلة رادعة لهذه الفئة من الأزواج الذين يتعسفون في الطلاق سعياً وراء تغيير الزوجات واستبدالهم زوجة تلو الأخرى بدافع الأنانية ودون مراعاة لمشاعر المرأة، مما يستوجب معه فرض التعويض للقضاء على هذه الظاهرة المسيئة للإسلام.

وتعقيباً على رأي الدكتور فإننا نرى التعويض في هذه الحالة هو جزاء للمطلق المتعسف في طلاقه وليس حقاً من حقوق المطلقة، لأنها لن تحصل عليه في حالة غياب التعسف، مع أنها في هذه الحالة ستتضرر معنويًا من الطلاق، لأن الضرر المعنوي موجود لا محالة في كل الأحوال. وعلى كل حال سواء اعتبر القاضي الطلاق تعسفاً كلما وقع بدون سبب، أو كلما توفرت فيه حال من الأحوال الثلاثة المذكورة بموجب نص المادة 41 من القانون المدني فإنه يحكم للمطلقة بالتعويض كجزاء عن التعسف وليس لجبر ضررها المعنوي.

(1) محمود محمد علي. المرجع السابق. ص 56 و 57.

وإذا أردنا معرفة متى يكون الطلاق تعسفيا في نظر القضاء، فلقد بينت الدكتورة حنيفي لويزة هذه المسألة بالتفصيل، وذكرت خمس حالات للطلاق التعسفي في نظر القضاء وهي: (1)

1- عندما لا يكون للزوج المطلق "مبرر شرعي"، وهذا يعني أن الزوجة لم ترتكب خطأ من جانبها في حق الزوج. فلو ادعى الزوج مثلا أن الزوجة رفضت طلبه بالتخلي عن وظيفتها والمكوث بالبيت، فالقاضي لا يعتبر هذا خطأ منها إذا لم يكن الزوج قد اشترطه عليها في عقد الزواج. وبالتالي طالما أن الزوج لم يتمكن من إثبات خطأ الزوجة فطلاقه متعسف.

2- عندما لا يكون للزوج المطلق "مبرر منطقي"، وهذا يعني أن السبب الذي أسس عليه الزوج طلاقه مبالغ فيه وبالتالي غير منطقي، يفهم من هذا أن القاضي سيعتمد معيارا شخصيا لتكييف السبب الذي يستند عليه الزوج ليتوصل لمعرفة هل هناك خطأ من الزوجة أم لا، ووفقا لهذا المعيار الشخصي يعتمد القاضي نموذج الزوجة الجيدة التي تقوم بواجباتها الزوجية، فإذا لم تكن كذلك فهي مخطئة ولا تستحق تعويضا.

3- عندما لا يكون للزوج المطلق "مبرر جدّي"، وهذا كما يتبين من حكم صادر من محكمة سيدي امحمد جاء فيه ما يلي: "حيث أن العصمة بيد الزوج مما يتعين الاستجابة لطلب المدعي طبقا للمادة 48 من قانون الأسرة، إلا أنه لم يقدم أسبابا جدية أو موضوعية تبعد عنه مسؤولية الطلاق، مما يجعله متعسفا في استعمال حق العصمة ويتعين بالتالي الحكم بالتعويض للزوجة". (2) ولم يبين الحكم المذكور الأسباب التي قدمها الزوج لمعرفة إن كانت جدية أم لا، غير أن الدكتورة حنيفي قد أعطت مثلا لهذا وهو عندما يدعي الزوج أن زوجته لم تعد تحترمه أو أنها تفعل ما يمس كرامته. وترى الدكتورة أن الأمر هنا يتوقف على الإقتناع الشخصي للقاضي عند الحكم بقبول أو رفض المبرر.

4- عندما يكون الطلاق "غير مبرر"، أي أن الزوج لم يقدم أي سبب على الإطلاق. ونرى هنا أن الزوج يعتبر متعسفا حتى وإن كان له سبب لم يشأ إظهاره للمحكمة، فسكوته عن السبب يعني استعداده لتحمل مسؤولية الطلاق.

(1) Hanifi Louisa. La dissolution du lien conjugal du vivant des époux. Thèse doctorat. Université d'Alger. 2008. p78.

(1) محكمة سيدي امحمد. غرفة الأحوال الشخصية. حكم صادر بتاريخ 2008-01-06. غير منشور.

5- عندما يقع الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج، أي أن الزوجة إذا لم تكن ترغب في الطلاق ورغب فيه الزوج فيعتبر الطلاق تعسفياً بشرط أن لا تكون الزوجة قد ارتكبت خطأ من جانبها. وهذا يعني أنه في حالة الطلاق بالتراضي بين الزوجين لا نكون بصدد تعسف وبالتالي لا مجال للتعويض، كما يتبين من حكم صادر من محكمة سيدي امحمد قضى فيه القاضي للزوجة فقط بنفقة عدة دون تعويض.⁽¹⁾

نخلص من هذه الدراسة إلى نتيجتين:

- الأولى هي أن القاضي يحكم بالتعويض كلما ثبتت لديه حالة تعسف الزوج في الطلاق، فإن انتفى التعسف انتفى معه حق تعويض المطلقة ولو أنها تتضرر معنوياً من الطلاق في كل الأحوال، مما يفهم منه أن التعويض عن الطلاق التعسفي في قانون الأسرة ليس حقا من حقوق المطلقة وإنما هو جزاء للزوج عن تعسفه في طلاقه، في حين أن المتعة في الشريعة الإسلامية هي حق من حقوق المطلقة. فالتعويض عن الطلاق التعسفي لم يُشرع لجبر الضرر المعنوي للمطلقة مما يجعله مخالفاً للمتعة مادام أنه لا يؤدي الهدف الذي جاءت من أجله المتعة.

- الثانية هي أن المشرع الجزائري لم يبيّن في قانون الأسرة حالات التعسف في الطلاق، واقتصر القاضي على اعتبار حالة التعسف فقط في الصور السابقة فيه إجحاف للمرأة، أو حتى رجوع القاضي إلى القواعد العامة لنظرية التعسف في استعمال الحق لا يعينه في تكييف كل حالات الطلاق المعروضة عليه وإضفاء صفة التعسف عليها، وبالتالي سيستعصى عليه في غياب نص قانوني تكييف كل حالة على حده لمعرفة متى تثبت حالة التعسف.

إن التوصل إلى هاتين النتيجتين يجعلنا نتساءل عن موقف الشريعة الإسلامية من التعسف في حق الطلاق. فهل بينت الشريعة حالات التعسف في الطلاق؟ وهل وضعت جزاء لهذا التعسف؟ وما علاقة المتعة به؟ فهل فرضت المتعة أيضاً كجزاء للمطلق المتعسف علاوة على جبر الضرر المعنوي للمطلقة؟

(1) محكمة سيدي امحمد. غرفة الأحوال الشخصية. حكم صادر بتاريخ 11-05-2008. غير منشور.

الفرع الثاني

موقف الشريعة الإسلامية من الطلاق التعسفي

إن من أسباب قيام المسؤولية المدنية في الشريعة الإسلامية التسبب في الإلتلاف، وهو القيام بأمر يؤدي إلى تلف شيء آخر. وهذه المسؤولية توجب الضمان المعروف في القانون الوضعي بالتعويض، بشرط توافر ثلاثة عناصر وهي: التعدي من المتسبب في الإلتلاف، وحدث ضرر بسبب التعدي، وأن لا يقطع سببية الفعل للضرر قاطع أجنبي عن الفاعل.

والتسبب في الإلتلاف إما يكون إيجابيا كأن يعمل شخص عملا ينشأ عنه الإلتلاف، وإما يكون سلبيا كأن يمتنع شخص عن القيام بعمل واجب عليه فيحصل التلف. ويتفرع عن التسبب الإيجابي مسؤولية معروفة بمسؤولية "سوء استعمال الحق" أو "التعسف في استعمال الحق". ومناطق هذه المسؤولية عند الفقهاء أن يكون للشخص حق ولكن يحدث إذا استعمله على بعض الوجوه إضراراً بالغير⁽¹⁾. وقد وضع فقهاء الشريعة الإسلامية صوراً عامة للتعسف في استعمال الحق تتمثل فيما يلي:⁽²⁾

1- غيبة المصلحة في استعمال الحق.

2- تفاهة المصلحة في استعمال الحق.

3- عدم مشروعية المصلحة في استعمال الحق.

ففي هذه الأحوال يعتبر استعمال الحق تعسفياً، ويلاحظ أنها نفس الحالات المنصوص عليها في المادة 41 من القانون المدني، غير أن فقهاء الشريعة الإسلامية لم يكتفوا بهذه الأحوال العامة لتطبيقها في كل الأحوال، بل وضعوا صوراً خاصة بحالات التعسف في استعمال حق الطلاق، وأجملوها فيما يلي:⁽³⁾

يعتبر الطلاق تعسفياً في الأحوال التالية:

(1) محمد شلتوت. الإسلام عقيدة وشريعة. دار القلم. القاهرة. بدون سنة. ص 413 وما يليها.
(2) محمد شوقي السيد. معيار التعسف في استعمال الحق. رسالة دكتوراه في الحقوق. جامعة القاهرة. مصر. بدون سنة. ص 245 وما يليها.
(3) الهادي السعيد عرفة. إساءة استعمال حق الطلاق. مطبعة الأمانة. القاهرة. 1989. ط1. ص 137 وما يليها.

1- طلاق البدعة:

طلاق البدعة هو الطلاق المخالف للسنة، وطلاق السنة نوعان:

أ- طلاق السنة من حيث الوقت: وهو أن يطلق الزوج زوجته في حال طهر لم يجامعها فيه، فإن طلقها في حيض أو نفاس أو طلقها في طهر قد مسها فيه، كان طلاقه بدعياً وهو طلاق محرم لقوله تعالى: "يا أيها النبي إذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن وأحصوا العدة.."⁽¹⁾. ولحديث ابن عمر رضي الله عنهما أنه طلق امرأته وهي حائض في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم، فسأل عمر رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك، فقال: مره فليراجعها ثم ليمسكها حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر ثم إن شاء أمسك بعد وإن شاء طلق قبل أن يمس، فتلك العدة التي أمر الله أن تطلق لها النساء.⁽²⁾

ويعد الزوج الذي يطلق زوجته في غير طهر أو في طهر مسها فيه متعسفاً في طلاقه مضراً بزوجه لأنه بذلك يطيل العدة عليها إن طلقها في حيض أو يشوش عليها احتساب العدة إن طلقها في طهر جامعها فيه،⁽³⁾ وقد يتسبب تشويش الحساب في تقصير مدة العدة فتتقص بذلك قيمة النفقة، وهذا ضرر مادي لها.

ب- طلاق السنة من حيث العدد: وهو أن يطلق الزوج زوجته طليقة واحدة في المرة الواحدة، فإن زاد عن الواحدة بأن طلقها طليقتان أو ثلاثاً مرة واحدة كان طلاقه بدعياً وهو محرم لقوله تعالى: "الطلاق مرتان فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان.."⁽⁴⁾.

وعن محمود بن لبيد رضي الله عنه قال: أخبر رسول الله صلى الله عليه وسلم عن رجل طلق امرأته ثلاث تطليقات جميعاً، فقام غضبان ثم قال: أيلعب بكتاب الله وأنا بين أظهركم؟⁽⁵⁾

ويعد الزوج الذي يطلق زوجته ثلاثاً مرة واحدة متعسفاً في طلاقه لتسرعته في إنهاء حياة زوجته الزوجية، وتفويت فرصة المراجعة عليها إذ تصير بانئنا بينونة كبرى من أول طليقة.

(1) سورة الطلاق الآية 1.

(2) ابن حجر العسقلاني. المرجع السابق. ص 229-230.

(3) الهادي السعيد عرفة. المرجع السابق. ص 160.

(4) سورة البقرة الآية 229.

(5) ابن حجر العسقلاني. المرجع السابق. ص 230-231.

2- طلاق الهازل والسكران:

إيقاع الطلاق لا بد له من صيغة، وهذه الصيغة مقيدة بشروط حتى لا يتلاعب بها المتلاعبون أو يستعملها الزوج استعمالاً سيئاً. (1) فلا يصح أن يستعمل الزوج لفظ الطلاق هازلاً، كما لا يصح أن يتلفظ به إلا وهو عاقل.

أ- طلاق الهازل: يقول الله تعالى: " .. ولا تتخذوا آيات الله هزوا.. " (2) فقد كان - قبل نزول هذه الآية - الرجل يطلق ويعتق ثم يقول كنت أعب، فنزلت الآية للنهي عن ذلك. (3) وعن أبي هريرة رضي الله عنه قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: ثلاث جدهن جد وهزلهن جد: النكاح والطلاق والرجعة (4).

فإذا طلق الزوج زوجته هازلاً وقع طلاقه عند الجمهور واعتبر مستهزئاً بآيات الله متعسفاً في استعمال حقه لأنه إنما جعل بذلك مصير زوجته وطمانينة عيشها في كنف الزوجية لعباً وهزواً وعبثاً على لسانه وهذا غاية التعسف في استعمال الحق.

ب- طلاق السكران: يقول الله تعالى: "يا أيها الذين آمنوا إنما الخمر والميسر والأنصاب والأزلام رجس من عمل الشيطان فاجتنبوه لعلكم تفلحون" (5). وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم في الخمر أنها أم الخبائث، فمن لعبت الخمرة برأسه حتى طلق زوجته اعتبر متعسفاً في استعمال حقه لأنه لم يبال بمصير زوجته ولم يحافظ على زوجيتها التي أنهاها بمجرد ارتكابه لمعصية شرب الخمر.

3- الطلاق بقصد الحرمان من الميراث:

إذا طلق الزوج زوجته وهو في مرض الموت، اعتبر مرضه قرينة على قصده بطلاقه حرمان زوجته من الميراث، ويعتبر الزوج في هذه الحالة فاراً من الميراث، والفار من الميراث متعسف في حق زوجته لأنه يقصد الإضرار بها وذلك بحرمانها من نصيبها من الميراث، وهذا أيضاً غاية التعسف في استعمال حق الطلاق.

(1) الهادي السعيد عرفة. المرجع السابق. ص 60.

(2) سورة البقرة الآية 231.

(3) تفسير الجلالين. 1/ 186.

(4) ابن حجر العسقلاني. المرجع السابق. ص 231.

(5) سورة المائدة الآية 90.

ويلحق بالمريض مرض الموت في هذا الحكم كل من لم يكن مريضا إلا أنه في حالة يغلب فيها هلاكه على بقائه "كالمحكوم عليه بالإعدام وهو في السجن أو كان في سفينة غارقة أو كان أسيرا عند من يقتل الأسرى".⁽¹⁾

هذه هي حالات الطلاق التعسفي في الشريعة الإسلامية. ولم تكتف الشريعة بتبيانها بل قد وضعت ضوابط شرعية لإيقاع الطلاق، على المطلق إتباعها وهذه الضوابط هي:⁽²⁾

- 1- عدم استعمال حق الطلاق إلا بعد استنفاد وسائل الإصلاح المشروعة وهي:
 - أ- وعظ الزوجة ثم هجرها في المضجع ثم ضربها ضربا غير مبرح لإصلاحها من نشوزها مصداقا لقوله تعالى: " .. واللاتي تخافون نشوزهن فعظوهن واهجروهن في المضاجع واضربوهن فإن أطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلا..".⁽³⁾
 - ب- بعث حكم من أهل الزوج وحكم من أهل الزوجة، إن لم تنفع الوسيلة السابقة، ليسعيا في البحث مع بعضهما في خلاف الزوجين لحله، وهذا مصداقا لقوله تعالى: " وإن خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها إن يريدوا إصلاحا يوفق الله بينهما إن الله كان عليما خبيراً".⁽⁴⁾

2- الصراحة والوضوح والقصد إلى الطلاق، بحيث تكون صيغة الطلاق واضحة غير مبهمة حتى لا تلتبس على الزوجة، وصريحة غير كناية إلا إذا نوى بها الطلاق.

3- الإشهاد على الطلاق لقوله تعالى: "فإذا بلغن أجلهن فأمسكوهن بمعروف أو فارقوهن بمعروف وأشهدوا ذوي عدل منكم..".⁽⁵⁾ . ورؤي أن عمران بن حصين رضي الله عنه سئل عن راجع زوجته ولم يشهد فقال: في غير سنة فليشهد الآن. وزاد الطبراني في رواية: ويستغفر الله.⁽⁶⁾

(1) الهادي السعيد عرفة. المرجع السابق. ص 219.

(2) الهادي السعيد عرفة. المرجع السابق. ص 32.

(3) سورة النساء الآية 34.

(4) سورة النساء الآية 35.

(5) سورة الطلاق الآية 2.

(6) ابن حجر العسقلاني. المرجع السابق. ص 233 و234.

4- الإحسان في إيقاع الطلاق وعدم التعسف فيه.

هذه هي الضوابط الشرعية لإيقاع الطلاق فمن اتبعها كان محسنا في طلاقه ومن تجاوزها كان متعسفا فيه.

لكن نتساءل هل المطلق المحسن معفي من دفع المتعة؟ وهل للمطلق المتعسف جزاء دنيوي يتمثل في تعويض المطلقة؟ وهل يحكم بالمتعة كتعويض عن هذا التعسف؟

- إن خير مثال عن المحسنين في طلاقهم رسول الله صلى الله عليه وسلم حين طلق زوجته الجَوْنِيَّة التي تعوذت منه لما دخل عليها فطلقها، ورسول الله صلى الله عليه وسلم وهو على خلق عظيم لا يُعقل أن يكون متعسفا ومع ذلك متَّع زوجته بأثواب وذلك جيرا لإيحاشها من الطلاق. فالمطلق المحسن في طلاقه غير معفي من دفع المتعة.

- ومن أمثلة من تعسف في طلاقه عبد الله بن عمر رضي الله عنهما الذي طلق زوجته وهي حائض فأمره رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يراجعها ثم يطلقها للعدة. وجاء في رواية للبخاري: "وَحُبِسَتْ تَطْلِيْقَةُ".⁽¹⁾ فلم يَلْقَ هذا الصحابي الجليل جزاء على تعسفه في طلاقه إلا أن طَلَّقَتْهُ قَدْ حُسِبَتْ بَعْدَ إِرْغَامِهِ عَلَى إِرْجَاعِ زَوْجَتِهِ بِحَيْثُ لَمْ يَعِدْ لَهُ إِلا طَلَّقَتَانِ وتبين منه زوجته بينونة كبرى، فلم يأمره النبي صلى الله عليه وسلم بأن يدفع ضمانا (تعويضا) لزوجته جزاء على تعسفه في طلاقه، وإنما عمل النبي صلى الله عليه وسلم على إصلاح خطأ هذا الصحابي لمخالفته للسنة، فأصلح بذلك الفساد الناجم عن الطلاق التعسفي ولم يجعل له المتعة كجزاء، بل قضى على طلاق البدعة وجعله للسنة. فالمتعة ليست جزاء على التعسف في الطلاق فهي ليست تعويضا عن الطلاق التعسفي.

تبقى الآن مسألة الطلاق بدون سبب وبدون ذنب ترتكبه الزوجة، هل يعتبر في نظر الشريعة طلاقا تعسفيا كما يراه القضاء عندنا؟

إن الإجابة على هذا السؤال تتوقف على معرفة ما إذا كان الأصل في الطلاق الإباحة أم الحظر، فإن كان الأصل في الطلاق الإباحة فإنه يجوز طلاق الزوجة دون سبب وبالتالي عدم اعتبار المطلق متعسفا، وإذا كان الأصل في الطلاق الحظر فإنه لا يجوز طلاق الزوجة إلا لسبب وبالتالي لو وقع دون سبب اعتبر الزوج متعسفا.

(1) ابن حجر العسقلاني. المرجع السابق. ص 230.

هذه المسألة اختلف فيها الفقهاء على رأيين: (1)

- الرأي الأول: وهو رأي الحنفية، يرى بجواز طلاق الزوجة بدون سبب ولا يعتبر المطلق متعسفا، فالأصل عندهم في الطلاق الإباحة بدليل قوله تعالى: " لا جناح عليكم إن طلقتم النساء ما لم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة.." (2). فرفع الجناح عن المطلق يدل على إباحة الطلاق. كما استدلت الحنفية على إباحة الطلاق بكون الرسول صلى الله عليه وسلم طلق حفصة ثم راجعها، والنبي عليه الصلاة والسلام لا يفعل شيئا محظورا.

- الرأي الثاني: وهو رأي الجمهور، يرى عدم جواز طلاق الزوجة بدون سبب وإلا اعتبر المطلق متعسفا، فالأصل عندهم في الطلاق الحظر ولا يقع إلا لسبب، فالجمهور يرى أن الأصل في الطلاق الحظر والتقييد والمنع، ولا يباح إلا لسبب يقتضي من الزوج إنهاء العلاقة الزوجية.

واستدل الجمهور على رأيهم بقول الله تعالى: " .. فإن أطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلا إن الله كان عليا كبيرا" (3). فطبقا لهذه الآية الكريمة نهى الله سبحانه وتعالى الأزواج عن ظلم زوجاتهم لا بالضرب ولا بالشتيم ولا حتى بالطلاق إن كنّ مطيعات، والنهي يعني المنع، وبالتالي يمنع الطلاق لغير سبب.

كما استدلت الجمهور على رأيهم بقول النبي صلى الله عليه وسلم: 'لعن الله كل ذواق مطلق"، واللعن لا يكون إلا على من فعل شيئا ممنوعا محظورا مما يدل أن الطلاق لغير سبب محظور. وقد رُجِح رأي الجمهور القائل بأن الأصل في الطلاق الحظر وليس الإباحة، فيكره الطلاق لأنه أبغض الحلال عند الله لا يقع إلا إذا كان له سبب، وبالتالي إذا طلق الزوج زوجته بغير سبب اعتبر متعسفا في استعمال حقه في الطلاق. (4)

لكن الجدير بالقول هنا أن الشريعة الإسلامية وإن كانت ترى أن الطلاق بدون سبب هو طلاق تعسفي، إلا أنها لم تجعل المتعة كجزاء له ولم تجعل المتعة كتعويض على التعسف في الطلاق. فالمطلقة تستحق المتعة وإن لم يكن الطلاق تعسفيا، فالمتعة فرضت

(1) محمود محمد علي. المرجع السابق. ص 40.

(2) سورة البقرة الآية 263.

(3) سورة النساء الآية 34.

(4) محمود محمد علي. المرجع السابق. ص 52 .

في الشريعة الإسلامية لجبر الضرر المعنوي اللاحق بالمطلة بسبب الطلاق وإن لم يكن تعسفاً، ولم يقل أحد من الفقهاء أن المتعة جزاء للمتعسف في طلاقه. فالمتعة إذن لا علاقة لها بالتعسف في الطلاق.

نخلص من هذه الدراسة إلى نتيجتين:

- الأولى هي أن جزاء التعسف في استعمال حق الطلاق في الشريعة الإسلامية هو أن يكون فاعله آثماً عند الله ولا يحكم على فاعله بالمتعة، بل يُصلح الطلاق بإزالة حالة التعسف عنه ودرءها. أما المتعة فلا علاقة لها بالتعسف في الطلاق لأنها تدفع في الحالتين: الإحسان أو التعسف، وبالتالي، فلا يُعفى المطلق المحسن من دفعها، كما أنها ليست جزاء للمطلق المتعسف.

- الثانية هي أن الشريعة الإسلامية بينت حالات التعسف في الطلاق بدقة حتى يسهل على القاضي إيجادها ليس للحكم بالمتعة وإنما لإصلاح التعسف ودرءه. فالتعسف في الطلاق يُصلح في الشريعة الإسلامية ولا يُعوض عنه بالمتعة.

وبمقارنة هاتين النتيجتين مع النتيجتين السابقتين المستخلصتين من دراسة معنى الطلاق التعسفي في قانون الأسرة نخلص إلى ما يلي:

- أن تعويض المطلقة في قانون الأسرة يحكم به فقط في حالة تعسف الزوج في الطلاق ولا يحكم به في حالة الإحسان، فهو جزاء للمطلق وليس حقاً للمطلقة، وبالتالي فضرر المطلقة المعنوي لا يُجبر في القانون في كل الأحوال، بينما متعة المطلقة في الشريعة الإسلامية يحكم بها في كل حالات الطلاق سواء أحسن المطلق أم تعسف، فهي حق للمطلقة وليست جزاء للمطلق، وبالتالي فضرر المطلقة المعنوي يُجبر في كل الأحوال في الشريعة الإسلامية، ولا يجبر في كل الأحوال في قانون الأسرة، فقانون الأسرة إذن مجحف بحق المطلقة.

- التعسف في الطلاق في قانون الأسرة يبقى على حاله ولا يصلح بل يعوض عنه، بينما في الشريعة الإسلامية لا يترك كما هو بل يُصلح. أما إن نجم عنه ضرر مادي فذاك يعوض طبقاً للقاعدة الشرعية العامة، "من يحدث لغيره تلفاً في ماله يضمن ذلك التلف". هكذا يتبين أن شرط التعسف في الطلاق مخالف للشريعة الإسلامية يجب حذفه من نص المادة 52 من قانون الأسرة المتعلقة بالتعويض عن الطلاق التعسفي الذي يفترض أن

يكون مقابلاً للمتعة، حتى تُزال عن هذا التعويض صفة الجزاء وتُضفى عليه صفة حق من حقوق المطلقة تستوفيه في كل حالات الطلاق. هذا إذا جزمنا أن التعويض المقصود من نص المادة 52 هو عند المشرع يقابل المتعة كما ذهب إليه المحكمة العليا بقولها: "لكل زوجة متعة وهي في حد ذاتها تعويض.."⁽¹⁾. أما إذا رجعنا لنتيجة دراستنا نتوصل إلى أن المشرع في الحقيقة بتغييره لمصطلح "متعة" بمصطلح تعويض وباشتراطه لشرط التعسف في الطلاق حتى تستحق المطلقة تعويضاً، فإنه يكون بذلك قد حاد عن أحكام الشريعة الإسلامية، وبوضعه لنص المادة 52 يكون قد أزال حق المطلقة في المتعة، وأبدله بحق آخر اسمه "التعويض عن الطلاق التعسفي". وهذا الأخير مختلف عن المتعة تماماً ولا علاقة له بها.

لكننا نرى أنه وإن كان يتعين حذف شرط التعسف في الطلاق من نص المادة 52، إلا أنه يجب عدم إهمال فكرة التعسف في الطلاق فهو واقع في زماننا، بل يجب إدراج نص قانوني يبين حالاته وطريقة إصلاحها بما يناسب كل حالة كما فعل رسول الله صلى الله عليه وسلم في قضية طلاق ابن عمر لزوجته وهي حائض⁽²⁾.

المطلب الثاني

شرط الضرر في الطلاق وموقف الشريعة الإسلامية منه

بالرجوع إلى نص المادة 52 من قانون الأسرة التي تقضي بأنه: "إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها"، يتبين أن المشرع جعل التعويض يدفع للمطلقة تحت شرط الضرر اللاحق بها، مع العلم أنه لا شك في أن كل مطلقة تتضرر معنوياً وبصفة تلقائية من الطلاق، فلماذا يشترط المشرع أمراً مفروغاً منه، فهل يقصد بالضرر الذي يلحق المطلقة ضرر آخر مادي علاوة على الضرر المعنوي المفترض وقوعه في كل الأحوال؟ وإن كان المقصود هو التعويض عن

(1) قرار رقم 35912 بتاريخ 1985.04.08. المجلة القضائية. 1989. العدد 1. ص 91. أنظر ملحق ص 1.

(2) الطلاق في الحيض مثلاً انجرت عنه مشاكل حيث طلق رجل زوجته وهي حائض وبعد أشهر من طلاقها أنجبت بنتاً فرفع الزوج دعوى لنفي نسب البنت عنه بدعوى أن زوجته أثناء طلاقها كانت حائضاً وبالتالي في نظر هذا الرجل غير حامل، فرفضت دعواه. راجع هذه القضية في قرار المحكمة العليا جاء فيه: "يستوجب نقض القرار الذي قضى بإبطال إثبات نسب المولود، إذا ما اعتمد على أن المدعية كانت في حالة حيض أثناء طلاقها، ذلك أن هذا التبرير ليس دليلاً شرعياً على عدم الحمل". لذا وجب الحد من هذا الطلاق بنص قانوني. قرار رقم 35992 بتاريخ 1985.03.11. المجلة القضائية 1989. العدد 1. ص 86. أنظر ملحق ص 1.

الضرر المادي والمعنوي معا فهل هو موافق للمتعة؟ أي أن المتعة التي تدفع جبرا لخاطر المرأة، هل يُجبر بها أيضا الضرر المادي إن كان؟
إن الإجابة على هذا السؤال تتطلب البحث عن الضرر المقصود من نص المادة 52 المذكور، ثم البحث عن موقف الشريعة الإسلامية منه.

الفرع الأول

معنى الضرر اللاحق بالمطالبة في قانون الأسرة

لم يبين نص المادة 52 من قانون الأسرة الضرر الذي يلحق المطلقة، مما يستوجب الرجوع فيه إلى القواعد العامة المتعلقة بالضرر كركن ثانٍ في المسؤولية. فمن المقرر قانونا أنه لا مسؤولية بدون ضرر⁽¹⁾، فلا بد من ثبوت ضرر إلى جانب خطأ المسئول حتى يستحق المضرور التعويض. والضرر هو "الخسارة المادية أو المعنوية التي تلحق بحق المضرور نتيجة التعدي الذي يقع عليه"⁽²⁾.
وطبقا لهذا التعريف ينقسم الضرر إلى نوعين: ضرر مادي وضرر معنوي.
- أما الضرر المادي فهو الذي يلحق الشخص في جسمه أو ماله أو في مصلحة مادية مشروعة.
- وأما الضرر المعنوي فهو الذي يلحق الشخص في مشاعره أو عواطفه أو شرفه أو عقيدته.⁽³⁾

وبالرجوع إلى موضوع الطلاق، فإن المطالبة يلحقها دون شك وفي كل الأحوال ضرر معنوي من الطلاق نتيجة فراق زوجها لها، لكن هل يُتصور أن يلحقها ضرر مادي من الطلاق؟

يقول الأستاذ عبد العزيز سعد في مثال له أنه "يوجد الضرر المادي في الطلاق إذا كانت الزوجة موظفة أو عاملة وتزوجها على أن تترك وظيفتها أو عملها، ثم بعد أن

(1) راجع المادة 124 من القانون المدني.

(2) فيلالي علي. الالتزامات. ج2: العمل المستحق للتعويض. موفم للنشر. الجزائر. 2001. ص 244.

(3) علي علي سليمان. المرجع السابق. ص 162.

تركته طلقها دون أن ترتكب أي خطأ من جانبها" (1). نرد على هذا القول بأنه وإن كان فعلا قد لحق المطلقة ضرر مادي يمس بمصلحة مادية لها تتمثل في فقدانها لراتبها إلا أن هذا الضرر لا يمكن إرجاع سببه إلى الطلاق في حد ذاته، لأن قبولها ترك وظيفتها للزواج لا يعني اشتراطها على زوجها عدم طلاقها، ولا علاقة لهذا القبول بالطلاق، وإنما علاقته كانت بالزواج في حد ذاته، فعقد الزواج هو عقد ينعقد ككل العقود بإيجاب وقبول، وإذا اقترن إيجاب الرجل بشرط وقبلته المرأة انعقد العقد، ولم يكن لها حق الرجوع عليه به بعد أن رضيته، ومن باب أولى لا يكون لها حق الرجوع به على حق من حقوق الزوج وهو الطلاق، ومن ثم فلا علاقة للضرر الناجم عن فقدان المرأة لوظيفتها بالطلاق في حد ذاته.

فشرط تخلي المرأة عن وظيفتها هو شرط مقترن بعقد الزواج، وقد قال النبي صلى الله عليه وسلم "المسلمون عند شروطهم إلا شرطا حرم حلالا أو أحل حراما". "وفيد هذا الحديث أمر المسلمين بالوقوف عند شروطهم مادامت لا تبيح شيئا ثبت تحريمه ولا تحرم عليهم أمرا شرعه الله عليهم وألزمهم به" (2). فشرط التخلي عن الوظيفة لا يحرم حلالا لأنه من مقتضيات النكاح كشرطه عليها أن لا تخرج إلا بإذنه، فهذا شرط لازم يتعلق بحق الزوج، فكيف تعود عليه بالتعويض بعد أن رضيت بشرط لازم (3).

وشرط التخلي عن الوظيفة هو شرط أوجبته المرأة على نفسها بالتعاقد ولم يثبت إلا بناء على رضاها، والضرر الذي يلحقها من فقدان الوظيفة سببه قبولها للشرط لا الطلاق في حد ذاته، فهو ضرر لا يلحق كل المطلقات في حين أن الضرر الموجب للمطالبة حق التعويض يجب أن يكون عاما في جميع المطلقات لتعلقه بالطلاق في حد ذاته لا بالمرأة المطلقة.

إذن لا نرى أن التخلي عن الوظيفة هو ضرر مادي يلحق المطلقة بينما يراه الأستاذ عبد العزيز سعد كذلك، مما يعني أن تكليف الضرر المادي اللاحق بالمطالبة أمر يستعصي على القاضي، مما يستوجب على المشرع نفسه أن يبينه في قانون الأسرة وإلا فإن القانون مشوب بالنقص وجب إثراءه.

(1) عبد العزيز سعد. الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري. دار هومة. الجزائر. 1982. ص 306.

(2) محمد علوشيش الورتلاني. الشروط المقترنة بالعقد في الفقه الإسلامي. دار الأمة. الجزائر. 1979. ط1. ص 38.

(3) محمد علوشيش الورتلاني. المرجع السابق. ص 175 وما يليها.

وفرضا أن القاضي كيف هذا الضرر بأنه مادي وقد نجم عن الطلاق، فهل سيحكم للمطلقة بتعويض آخر مستقل عن التعويض الذي تستحقه جبرا لضررها المعنوي؟ يرى الأستاذ عبد العزيز سعد أن "التعويض المراد به من المادة 52 من قانون الأسرة يكون على الضرر المعنوي والضرر المادي أيضا الذي يلحق المطلقة، بشرط أن تثبت الزوجة الضرر المادي، لأن الضرر المعنوي يعتبر ثابتا بمجرد الحكم بالطلاق" (1). نرد على هذا القول بأنه ما دام أن التعويض المقصود من المادة 52 يكون على الضرر المادي والمعنوي معا، والمطلقة ستحصل لا محالة على تعويض عن الضرر المعنوي المفترض وقوعه في كل الأحوال، فما الفائدة من اشتراط إثبات الضرر المادي، فهل هذا يعني أنها ستحصل على تعويضين اثنين؟

إن هذا الغموض يطرح إشكالا فيما يخص التعويض المنصوص عليه في المادة 52 من قانون الأسرة هل هو لجبر الضررين معا أم الضرر المعنوي وحده فقط؟ وإن كان لجبر الضرر المعنوي فقط، فهل يحكم القاضي بتعويض آخر عن الضرر المادي وعلى أي أساس؟

إن تغيير المشرع لمصطلح "متعة" إلى "تعويض" هو الذي أحدث هذا الإشكال. فقبل صدور قانون الأسرة، كان القضاة يحكمون للمطلقة بمبلغ مالي تحت اسم "متعة" ولم يكن هذا المبلغ المالي إلا تعويض عن الضرر المعنوي الذي يلحق المطلقة. وبصدور قانون الأسرة غير المشرع مصطلح "متعة" بمصطلح "تعويض" مما جعل القضاة يختلفون فيه، فمنهم من يحكم به للمطلقة كتعويض عن الضرر المعنوي مثله مثل المتعة، ومنهم من يحكم به كتعويض عن الضررين المعنوي والمادي معا.

- وكمثال عن الفريق الأول ما جاء في قرار للمحكمة العليا: "حيث أن الشريعة الإسلامية قررت لكل زوجة طلقها زوجها متعة تُعطى لها تخفيفا عما حصل لها من ألم فراق زوجها لها، وهي في حد ذاتها تعويض، وكان على القاضي أن يحكم للمطلقة في القضية بمبلغ يفى بالمراد تحت التعبير الشرعي وهو المتعة أو يُعبر عنه بالتعويض وحده ليُفسر بالمتعة، لا أن يمنحها مبلغا رمزيا زهيدا باسم المتعة ويجعل لها مبلغ آخر غير شرعي تحت اسم التعويض مما حرمها من هذا الأخير لأنه غير واجب وأجحف في حقها بالنسبة

(1) عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 306.

للمتعة، والمجلس إذ وافق على ذلك وهو كما ذكره فإنه حاد عن الشرع وعرض قراره للنقض الجزئي⁽¹⁾. ففي هذا القرار اعتبرت المحكمة العليا التعويض المنصوص عليه في المادة 52 متعة ومنعت منح تعويضين للمطلقة مما يعني أنها لا تقضي بتعويض عن الضرر المادي بموجب المادة 52.

- وكمثال عن الفريق الثاني ما جاء في قرار المحكمة العليا: "من الأحكام الشرعية أن للزوجة المطلقة طلاقاً تعسفياً نفقة عدة، نفقة إهمال، نفقة متعة، وكذلك التعويض الذي قد يحكم به لها من جراء الطلاق التعسفي.."⁽²⁾، ومن هذا الكلام يتضح جلياً أن القضاة اعتبروا أن المتعة تعويض لجبر الضرر المعنوي، واعتبروا التعويض عن الطلاق التعسفي هو لجبر الضرر المادي الناجم عن التعسف، وهذا يقتضي حصول المطلقة على تعويضين مستقلين بموجب نص المادة 52.

وهكذا يبقى اختلاف القضاة في مسألة الضرر اللاحق بالمطلقة طالما بقي الغموض يطغى على نص المادة 52 من قانون الأسرة مما يستوجب البحث عن مسألة ضرر المطلقة في الشريعة الإسلامية.

الفرع الثاني

موقف الشريعة الإسلامية من الضرر اللاحق بالمطلقة

قال محمد رشيد رضا في تفسيره أن الحكمة من المتعة جبر إباحاش الطلاق⁽³⁾، فهي تدفع تطيباً لخاطر المرأة، وبالتالي تعد تعويضاً عن الضرر المعنوي اللاحق بها بسبب الطلاق.

لكن إذا حصل وأن لحق المطلقة ضرر مادي، فكيف تكون صورته في الشريعة الإسلامية؟ وهل يجبر بالمتعة؟ وإذا كان لا يجبر بالمتعة هل تستحق المطلقة تعويضاً عليه علاوة على المتعة؟

(1) قرار رقم 35912 بتاريخ 1985.04.08. المجلة القضائية. 1989. العدد 1. ص 91. أنظر ملحق ص 1.
(2) قرار رقم 41560 بتاريخ 1986.04.07. المجلة القضائية. 1989. العدد 2. ص 69. أنظر ملحق ص 1.
(3) محمد رشيد رضا. التفسير المختصر المفيد للقرآن المجيد. المكتب الإسلامي. بيروت. 1984. ط 1. ص 225.

إن الضرر المادي قد يلحق بالمطلقة في نظر الشريعة الإسلامية عندما يطلقها زوجها طلاقاً تعسفياً على النحو الذي سبق بيانه.

- فالطلاق في الحيض مثلاً يضر المطلقة ضرراً مادياً يتمثل في إطالة العدة عليها.

- والطلاق في طهر مسها فيه ينجم عنه ضرر مادي يتمثل في تلبيس أمر حساب العدة عليها.

- والطلاق بقصد الحرمان من الميراث ينجم عنه ضرر مادي يتمثل في ضياع نصيبها من الميراث.

فكل هذه أضرار مادية تلحق المطلقة بسبب الطلاق التعسفي، ولكن سبقت الإشارة إلى

أن النبي صلى الله عليه وسلم لم يقض للمطلقة بضمن (تعويض) على هذه الأضرار

المادية بل عمل على إزالة هذه الأضرار وذلك بمعالجة حالات التعسف في الطلاق بما يناسب كل حالة على حده.

- فالمطلق زوجته وهي حائض أو في طهر مسها فيه أمره بمراجعتها مع احتساب الطلقة والرجعة.

- والمطلق لحرمان زوجته من الميراث يعامل بنقيض مقصوده فترثه زوجته وإن كانت مطلقة.

- والمطلق وهو هازل أو سكران يقع طلاقه عند جمهور الفقهاء وتحسب تطليقة.⁽¹⁾

وليس هناك تعويض عن الضرر المادي مادام أنه سيصلح ويُزال، كما أن المتعة لم تُفرض لجبر الضرر المادي. أما عن الجزاء الذي يناله الزوج بسبب التعسف في استعمال

حق طلاقه وإضراره بالمطلقة، فلو بحثنا عن جزاء التعسف في استعمال الحق في

الشريعة الإسلامية نجد هذه الأخيرة قد أقرت جزاءاً بأربعة أنواع وهي: جزاء مالي،

وجزاء عيني، وجزاء ديني وتعزير.⁽²⁾

- أما الجزاء المالي فهو عبارة عن تعويض يلزم المسيء في استعمال حقه بدفعه إلى من

تسببت الإساءة في استعمال الحق إلى الإضرار به مادياً. ذلك أن الضرر المادي في

الشريعة الإسلامية يُعوض وفقاً للقاعدة الشرعية: "من يحدث لغيره تلفاً في ماله يضمن

(1) الهادي السعيد عرفة. المرجع السابق. ص 139 وما يليها.

(2) السعيد مصطفى السعيد. مدى استعمال حقوق الزوجية. رسالة دكتوراه. الجامعة المصرية. القاهرة. 1936. ص 256 وما يليها.

هذا التلف"، فالشريعة الإسلامية تأخذ بالتعويض عن الضرر المادي الذي يلحق الغير بسبب التعسف في استعمال الحق.

- وأما الجزاء العيني فيكون بإزالة الإساءة لوقف الضرر الناجم عنها، أو إبطال التعسف كلياً، وهذا يعني إصلاح الضرر اللاحق بالغير، ولعل هذا ما يطابق معالجة حالات التعسف في الطلاق التي سبق بيانها.

- وأما الجزاء الديني فيقتضي تحميل المتعسف في استعمال حقه وزراً يحاسب عليه آخرأويأ بينه وبين ربه عز وجل، كما رأينا أن المطلق لزوجته طلاقاً بدعياً يعد آثماً عند الله لكن طلاقه يقع.

- وأما التعزير فالمقصود به تأديب المتعسف في استعمال حقه إما بالغرامة المالية أو بالحبس أو بغيرها من العقوبات التي أقرتها الشريعة. فالتعزير يعطي للقاضي سلطة تقديرية لمعاقبة كل من يرتكب معصية ليس لها حد مقرر في الشرع.

والقانون طبعاً لا يأخذ إلا بالجزاء المالي والجزاء العيني والتعزير. وبالرجوع إلى مسألة التعسف في استعمال حق الطلاق، فإن حدث ضرر مادي للمطلقة، فإن كان هذا الضرر المادي من الأضرار التي بينها الشريعة والمبينة سابقاً، فكما تبين يكون جزاء المطلق عينياً وذلك بإزالة التعسف في طلاقه وإصلاح طلاقه بغرض إعادة إيقاعه للسنة إن كان طلاقه بدعياً أو بتوريث الزوجة إذ أوقع الطلاق في مرض الموت لقصد الإضرار بها.

أما إن كان هذا الضرر من غير الأضرار التي ذكرتها الشريعة الإسلامية، فهذا وإن كنا لا نتصور وقوعه إلا أنه لو افترضنا أنه موجود، فهذا يكون جزاءه جزاءً مالياً، بحيث يدفع المطلق تعويضاً للمطلقة عن الضرر المادي اللاحق بها، غير أن هذا التعويض لا يمكن أن يكون المتعة لكون هذه الأخيرة لم تفرض لجبر الأضرار المادية وإنما فرضت في الشريعة الإسلامية لجبر الضرر المعنوي اللاحق بالمطلقة بسبب الطلاق فحسب.

ونعتقد أنه لا يمكن تصور أضراراً مادية تلحق بالمطلقة غير تلك الأضرار التي رأتها الشريعة الإسلامية، فإن حدث وأن لحق المطلقة ضرر مادي آخر غيرها، فنرى أنه لن يكون الطلاق هو السبب المباشر لحدوث هذا الضرر. ففقدان المطلقة وظيفتها مثلاً هو

ضرر مادي لكننا نرى أنه غير ناجم عن الطلاق في حد ذاته، وإنما عن قبولها شرط التنازل عن الوظيفة في عقد الزواج. أما لو أصررنا على احتمال وقوع ضرر مادي للمطلقة بسبب الطلاق، فهو يعوض بتعويض آخر غير المتعة طبقاً للقاعدة الشرعية العامة: "من يحدث لغيره تلفاً في ماله يضمن هذا التلف". وفي هذه الحالة تحصل المطلقة على تعويضين.

نخلص من مبحثنا إلى القول بأن المتعة في الشريعة الإسلامية فرضت كتعويض عن الضرر المعنوي اللاحق بالمطلقة فحسب. أما الضرر المادي فهو لا يُجبر بالمتعة، ولا ضمان عليه بل يجب إصلاحه بوسائل العلاج التي أتى بها النبي صلى الله عليه وسلم، وهذا لأن مثل هذه الأضرار لا يُصلحها التعويض، هذا إذا كان الضرر المادي من الأضرار المبينة سابقاً في نظر الشريعة الإسلامية. أما إذا كان ضرر مادي آخر فلا يعوض بالمتعة، بل للقاعدة الشرعية العامة من يحدث لغيره تلفاً في ماله يضمن هذا التلف.

وإتباعاً لهذا المنهاج نقترح، لإزالة الغموض حول الضرر المنصوص عليه في نص المادة 52 من قانون الأسرة، تغيير مصطلح "تعويض" بمصطلح "متعة" حتى يقضى بها لكل مطلقة عن الضرر المعنوي اللاحق بها من الطلاق، ثم أنه لا داعي لاشتراط الضرر لأن الضرر المعنوي المعوض عنه مفترض الوقوع في كل الأحوال.

أما عن الضرر المادي الذي يلحق المطلقة من جراء التعسف في الطلاق، فنقترح إدراج نص في قانون الأسرة يبين الأضرار المادية التي تلحق المطلقة مع بيان وسائل علاجها على النحو الذي سبق بيانه، مع إضفاء صفة الإلزامية عليها، فيلتزم بها كل مطلق تحت طائلة القانون، وهذه الوسيلة العلاجية للأضرار المادية الناجمة عن الطلاق التعسفي تُغني عن التعويض عليها لأن الضرر إذا زال فلا ضمان عليه والله أعلم. أما الأضرار المادية التي لا تصلح فيعوض عنها بتعويض آخر غير المتعة طبقاً للقاعدة الشرعية: "من أحدث تلفاً للغير في ماله يضمن هذا التلف"، والمقابلة للقاعدة القانونية: "كل من أحدث ضرراً للغير بخطئه يلتزم بتعويض هذا الغير".⁽¹⁾

(1) راجع المادة 124 من القانون المدني.

خلاصة الفصل الأول:

نخلص من دراسة مفهوم المتعة وعلاقته بمفهوم التعويض عن الطلاق التعسفي إلى النتائج التالية:

- المتعة حق للمطلقة تستحقها سواء أكان زوجها محسنا أو متعسفا في طلاقه، بينما التعويض عن الطلاق التعسفي تستحقه المطلقة في حالة تعسف زوجها ولا تستحقه إن كان محسنا في طلاقه.

- المتعة تدفع للمطلقة لجبر ضررها المعنوي فقط، أما التعويض عن الطلاق التعسفي فهو لجبر الضرر المعنوي والمادي، ويشترط إثباته.

- المتعة حق من حقوق المطلقة بينما التعويض عن الطلاق التعسفي هو جزاء للمطلق المتعسف يُعاقب به نظير إساءة استعمال حق الطلاق.⁽¹⁾

إذن فمفهوم التعويض عن الطلاق التعسفي لا يطابق مفهوم المتعة في الشريعة الإسلامية مما يجعلنا نستنتج بأن المشرع بتغييره مصطلح "متعة" بمصطلح "تعويض" قد حاد عن أحكام الشريعة الإسلامية للمتعة، وبنص المادة 52 من قانون الأسرة نعتبر أن المشرع قد أعطى المطلقة تعويضا عن الطلاق التعسفي ولم يعطها المتعة.

فالنص ولو أنه مستمد من فكرة المتعة التي تعتبر المصدر المادي له⁽²⁾، إلا أن التغيير في المصطلح وفي الشروط أدى إلى إزالة المتعة نهائيا وتعويضها بالتعويض، وهذا مخالف للمشرع مما يستوجب معه تعديل نص المادة 52 من قانون الأسرة، ولأجل ذلك نقترح ما يلي:

- النص على المتعة لجبر ضرر المطلقة المعنوي في كل أحوال الطلاق الصادر من الزوج، سواء في حال الإحسان في الطلاق أو في حال التعسف فيه.

- النص على التعويض عن الضرر المادي الناجم عن الطلاق التعسفي بصفة مستقلة عن المتعة.

- بيان أحوال أو صور الطلاق التعسفي، وبالتالي الإشارة ضمنيا للأضرار المادية الناجمة عن التعسف في الطلاق.

(1) تقيّة عبد الفتاح. المرجع السابق. ص 22. أنظر كذلك بلحاج العربي. طرق الطلاق في قانون الأسرة الجزائري. المجلة الجزائرية للعلوم القانونية. 1990. العدد 3. ص 606.

(2) "المتعة هي الأساس والمصدر الشرعي للتعويض وهي المرجع الأول والأخير له." راجع: تقيّة عبد الفتاح. المرجع السابق. ص 78.

الفصل الثاني

أحكام المتعة في الشريعة وموقف قانون الأسرة

علمنا فيما سبق أن المطلقة تتضرر معنويا من الطلاق في كل الأحوال، وقد جعل لها الشارع الحكيم ما يجبر هذا الضرر وهو المتعة. وتأثرا بهذا الحكم الشرعي جعل المشرع للمطلقة ما يجبر ضررها وهو التعويض. فكل من المتعة والتعويض يعد وسيلة لجبر ضرر المطلقة الناجم من الطلاق.

وتعتبر المتعة حقا من حقوق المطلقة تستوفيه بعد الحكم بالطلاق، ولن تستوفي المطلقة حقها في المتعة كاملا غير منقوص إلا بإتباع أحكام الشرع في منحه إياها. وبما أن الحق المقابل للمتعة في القانون الوضعي هو التعويض، فكان يجب أن يأخذ هذا التعويض حكم المتعة ويقدر بمقدارها. فما هو حكم المتعة؟ وما هو مقدارها؟ وهل التزم المشرع في قانون الأسرة عند نصه على تعويض المطلقة بالأحكام الشرعية للمتعة من حيث حكم التعويض وتقديره؟

الإجابة على كل هذا تتطلب دراسة حكم المتعة وتقديرها في الشريعة الإسلامية، وموقف قانون الأسرة.

المبحث الأول

حكم المتعة في الشريعة الإسلامية وموقف قانون الأسرة

تبين فيما سبق أن المتعة حق من حقوق المطلقة تستحقها بمجرد الطلاق، لكن نتساءل هل كل مطلقة تستحق المتعة؟ وهل يُجبر القاضي الزوج على دفعها؟ وما هو موقف قانون الأسرة من هاتين المسألتين فيما يخص التعويض على الطلاق التعسفي؟

المطلب الأول

حكم المتعة في الشريعة الإسلامية

تقتضي دراسة حكم المتعة في الشريعة الإسلامية التعرض إلى مسألة المطلقات المستحقات للمتعة وهل منهن من لا تستحقها، هذا من جهة، ومن جهة أخرى معرفة مدى إجبارية دفع المتعة على الزوج.

الفرع الأول

المطلقة التي تستحق المتعة

إن المطلقة التي يطلقها زوجها بإرادته ⁽¹⁾ تنقسم إلى أربعة أنواع بحسب ما إذا كان الزوج قد فرض لها صداقا أولا، وما إذا كان قد دخل بها أولا. وهذه الأنواع الأربعة هي كالتالي:

- مطلقة قبل الفرض وقبل الدخول.
- مطلقة بعد الفرض وقبل الدخول.
- مطلقة قبل الفرض وبعد الدخول.
- مطلقة بعد الفرض وبعد الدخول.

فهل كل هذه المطلقات لهن الحق في المتعة؟

اختلف الفقه حول هذه المسألة فذهب فريق إلى أن المتعة لكل هؤلاء المطلقات، وذهب آخر إلى استثناء البعض منهن من استحقاق المتعة. وفي الآتي آراء الفقهاء في هذه المسألة.

رأي السلف:

روي عن علي بن أبي طالب أنه قال: "لكل مطلقة متعة"، وكذلك قال الزهري. وقال ابن عمر رضي الله عنه: "لكل مطلقة متعة إلا التي تطلق وقد فرض لها صداق ولم تمس،

(1) "المتعة لا تكون لمن طلقت هي الطلاق". أنظر تقيّة عبد الفتاح، المرجع السابق، ص 77

فحسبها نصف ما فرض لها". وروي عن القاسم بن محمد مثله. وقال محمد بن علي:
"المتعة للتي لم يفرض لها والتي فرض لها ليس لها متعة".⁽¹⁾

بعد سرد هذه الأقوال يتبين أن السلف ينقسم إلى فريقين. فريق يرى أن لكل مطلقة متعة دون استثناء لعموم قوله تعالى: " **وللمطلقات متاع بالمعروف..**"⁽²⁾ وفريق يستثني المطلقة بعد الفرض وقبل الدخول لاستحقاقها نصف مهرها لقوله تعالى: " **وإن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم...**"⁽³⁾

رأي الحنفية:

يقول السرخسي: "...ثم عندنا لا تجب المتعة إلا لمطلقة واحدة وهي المطلقة قبل المسيس والفرض... المطلقة بعد الدخول عندنا لها المهر المسمى أو مهر المثل إذا لم يكن في النكاح تسمية وليس لها متعة واجبة ولكنها مستحبة... المتعة لا تجامع نصف المسمى وهو ما إذا طلقها قبل المسيس بعد الفرض".⁽⁴⁾
فالحنفية يرون أن لكل مطلقة متعة إلا واحدة وهي المطلقة بعد الفرض وقبل الدخول.

رأي المالكية:

جاء في المدونة الكبرى: "...أرأيت المطلقة إذا كان زوجها قد دخل بها وقد كان سمي لها مهرا في أصل النكاح أ يكون عليه لها المتعة في قول مالك، قال نعم عليه المتعة".
وجاء أيضا: "... قال لي مالك ليس للتي طلقت ولم يدخل بها إذا كان قد سمي لها صداقا متعة...". وجاء أيضا: "... أرأيت المرأة التي لم يسم لها زوجها صداقا في أصل النكاح فدخل بها ثم فارقتها بعد البناء عليها، قال: قال مالك: لها صداق مثلها ولها المتعة".
"... قلت: أرأيت المطلقة المدخول بها وقد سمي لها صداقا لم جعل لها مالك المتاع. قال: لأن الله تبارك وتعالى قال في كتابه: " **وللمطلقات متاع بالمعروف حقا على المتقين** " ، فجعل المتاع للمطلقات كلهن المدخول بهن وغير المدخول بهن في هذه الآية بما استثنى

(1) علي قراعة. فقه القرآن والسنة في موضوع الطلاق في الإسلام. دار مصر للطباعة. مصر. 1956. ص 86.

(2) سورة البقرة الآية 241.

(3) سورة البقرة الآية 237.

(4) المبسوط 61/6 وما يليها.

في موضع آخر فقال تبارك وتعالى: " وإن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة، فنصف ما فرضتم". ولم يجعل لهن المتاع".⁽¹⁾

فالمالكية يرون أيضا أن لكل مطلقة متعة إلا واحدة وهي المطلقة بعد الفرض وقبل الدخول.

رأي الشافعية:

"قال الشافعي رحمه الله: "إذا أصدق الرجل المرأة دنانير أو دراهم فدفعتها إليها ثم طلقها قبل أن يدخل بها رجع عليها بنصفها"، وقال: " لها إن طلقت وقد نكحت ولم يسم مهرًا متعة وإن أصيبت فلها مهر مثلها".⁽²⁾

وجاء في المبسوط: "عند الشافعي رحمه الله تعالى لا تجب المتعة إلا لمطلقة واحدة وهي المطلقة بعد المسيس إذا كان مهرها مسمى". وجاء أيضا في المطلقة بعد الدخول وقبل الفرض أن لها متعة واجبة عند الشافعي لعموم قوله تعالى: " وللمطلقات متاع بالمعروف حقا على المتقين".⁽³⁾

فالشافعية يرون أيضا أن لكل مطلقة متعة إلا واحدة وهي المطلقة بعد الفرض وقبل الدخول.

رأي الحنابلة:

قال ابن حنبل رحمه الله: "المتعة تجب للكل إلا من سمي مهرها ولم يدخل بها".⁽⁴⁾

فالحنابلة أيضا يرون أن لكل مطلقة متعة إلا واحدة وهي المطلقة بعد الفرض وقبل الدخول.

رأي الظاهرية:

قال ابن حزم: "المتعة فرض على كل مطلق واحدة أو اثنتين أو ثلاثا أو آخر ثلاث وطنها أو لم يطأها، فرض لها صداقا أو لم يفرض لها شيئا".⁽⁵⁾

(1) المدونة الكبرى 13/5 وما يليها.

(2) الأم 60/5.

(3) المبسوط 61/6.

(4) الفروع 289/5.

(5) المحلى 245/10.

فالظاهرية يرون أن لكل مطلقّة متعة دون استثناء. وحتى المطلقة بعد الفرض وقبل الدخول تستحق المتعة لعموم قوله تعالى: "وللمطلقات متاع بالمعروف.." وهذا علاوة على حظها في نصف المهر.

نخلص إلى أن جمهور العلماء على أن لكل مطلقّة متعة إلا التي طلقت بعد الفرض وقبل الدخول، إلا الظاهرية وبعض السلف كعلي بن أبي طالب كرم الله وجهه والزهرري، فقد ذهبوا إلى أن لكل مطلقّة متعة دون استثناء واحدة منهن.

وقد اختار بعض المحدثين رأي الظاهرية، إذ يقول: "أرى أن تكون المتعة واجبة لكل مطلقّة طلقها زوجها قبل الدخول أو بعده وكان الطلاق بسبب من جهته هو بحيث لا يكون للزوجة دخل فيه لأن ذلك ارتكاب منه لما هو محظور، ولأن الأصل في تشريع المتعة جبر إباحة الزوج لمن فارقها، وتطبيب لها عن آلامها، ومواساتها من المروءة التي تتطلبها الشريعة الإسلامية، ولا إباحة ولا ألم في طلاق تم برضاها، ولا موضوع لمواساتها إذا كان الطلاق بسبب إساءتها. ومادام الأمر كذلك فإن المطلقة من زواج استمر عدة سنوات صحبت فيها الزوج في سرائه وضرائه ثم بعد ذلك تخلص منها الزوج بالطلاق، دون أن تكون راضية عن الطلاق، ولا متسببة فيه فإن المتعة تكون أوجب لها من غيرها، وهذا حكم تزكيه قواعد المنطق السليم".⁽¹⁾

وقد رأى الدكتور أن اختياره هذا يجعل المتعة لكل المطلقات دون استثناء دليله عموم قوله تعالى: "وللمطلقات متاع بالمعروف حقا على المتقين"⁽²⁾. وكذلك قوله تعالى: "يا أيها النبي قل لأزواجك إن كنتن تردن الحياة الدنيا وزينتها فتعالين أمتعن وأسرحن سراحا جميلا"⁽³⁾. فقد أمره الله تعالى بأن يمتعن في حالة طلاقهن وقد كن كلهن مدخولات بهن. وقد ذهب إلى ترجيح رأي الظاهرية أيضا الشيخ محمد الزفزاف مستدلا بقوله تعالى:

"يا أيها الذين آمنوا إذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل أن تمسوهن فما لكم عليهن من عدة تعتدونها، فمتعهن وسرحوهن سراحا جميلا"⁽⁴⁾. قال الشيخ أن المطلقة قبل المس التي ذكر أن لا عدة عليها تشمل من سمي لها ومن لم يسم لها، وبهذا يكون

(1) محمد عبد الستار الجبالي. الضرر المخول للمرأة حق التظليل. رسالة دكتوراه. جامعة الأزهر. القاهرة. 1989. ص 165 و166.

(2) سورة البقرة الآية 241.

(3) سورة الأحزاب الآية 28.

(4) سورة الأحزاب الآية 79.

لمن سمي لها المهر المتعة هي أيضا وإن كانت تأخذ نصف المهر كذلك، مثلها مثل التي لم يسم لها مهر. (1)

الفرع الثاني

مدى إجبارية دفع المتعة على المطلق

اختلف الفقه حول ما إذا كان للقاضي الحق في أن يُجبر المطلق على دفع المتعة أم لا، وذلك لاختلافهم في كون المتعة واجبة أم مستحبة.

الرأي الأول: المتعة مستحبة

- يرى الحنفية أن المطلق إذا وجب عليه دفع المهر كله أو بعضه لم تجب عليه المتعة لأن المتعة خلف عن المهر الذي هو الأصل، والخلف لا يجمع الأصل. فالمطلقات اللاتي يجب لهن كل المهر أو بعضه تُستحب لهن المتعة عند الحنفية، وهذا بما فيهن المطلقة بعد الفرض وقبل الدخول. (2)

فالمتعة عند الحنفية مستحبة وليست واجبة إلا للتي لا يجب لها مهر ولا نصفه وهي المطلقة قبل الفرض وقبل الدخول، فهذه المتعة واجبة لها بدليل قوله تعالى: " يا أيها الذين آمنوا إذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل أن تمسوهن فما لكم عليهن من عدة تعتدونها فمتعوهن.. " (3)

- وقال مالك: "إنما خفف عندي في المتعة ولم يُجبر عليها المطلق في القضاء في رأيي لأني أسمع الله يقول: حقا على المتقين وحقا على المحسنين، فلذلك خففت عندي ولم يقض بها". وقال أصحاب مالك: "لأن الزوج إذا كان غير متق ولا محسن فليس عليه شيء". وقال ابن أبي سلمة: "المتاع أمر رغب الله فيه وأمر به ولم ينزله بمنزلة الفرض". (4) ففي رأي مالك المتعة مستحبة لكل المطلقات المستحقات لها ولا يجبر الزوج عليها، بل تترك له الحرية، فإن كان متق ومحسن دفعها وإلا فلا.

(1) محمد الزفراف. محاضرات في آثار الطلاق. جامعة القاهرة. 1962-1963. ص 98. (مطبوعة ومنشورة).

(2) المبسوط. 61/6 و62.

(3) سورة الأحزاب الآية 49.

(4) المدونة الكبرى 15/5.

- ويرى الحنابلة أن المتعة مستحبة لكل المطلقات إلا واحدة وهي المطلقة قبل الفرض وقبل الدخول⁽¹⁾، وذلك لعموم قوله تعالى: "وللمطلقات متاع بالمعروف..."

خلاصة القول أن مالك يرى أن المتعة إن كانت فهي مستحبة في كل الأحوال ولا تجب أبداً، أما الحنفية والحنابلة فيرون أن المتعة مستحبة لجميع المطلقات إلا المطلقة قبل الفرض وقبل الدخول، فهذه متعتها واجبة وليست مستحبة عندهم.

الرأي الثاني: المتعة واجبة

- يرى الشافعية أن المتعة إن كانت فهي واجبة وليست مستحبة فالمطلقات المستحقات للمتعة يُجبر الزوج على دفعها لهن، أما المطلقة التي لا تستحق المتعة وهي المطلقة بعد الفرض وقبل الدخول فلا متعة لها ولو استحباباً.⁽²⁾

- ويرى الظاهرية أن كل مسلم على وجه الأرض هو من المُتَّقِينَ ومن المحسنين لكونه مسلم، وبالتالي تجب عليه المتعة وجوباً، ومادام أنه لكل مطلقة متعة فيُجبر الحاكم كل مطلق على دفع المتعة لكونه مسلم وإن لم يكن متق أو محسن في كل أفعاله، وهذا في كل الأحوال، فليست هناك متعة مستحبة.⁽³⁾

- ويرى الحنفية أن الحالة الوحيدة التي لا يدفع فيما المطلق مهراً ولا جزءاً منه هي حالة ما إذا طلق زوجته قبل أن يدخل بها ولم يكن سمي لها مهراً، فهذه يجبره الحاكم على دفع المتعة لها لأنها لا تستحق شيئاً من الأصل وهو المهر، فوجب لها الخلف وهو المتعة.⁽⁴⁾

- وقال أحمد بن حنبل: ".أنا أوجبها على من لم يُسم لها صداقاً فإن كان سمي صداقاً فلا أوجبها عليه، وأستحب أن يمتّع وإن سمي لها صداقاً"⁽⁵⁾. كما قال البهوتي: "فإن فارق المفوضة زوجها قبل الدخول لم يكن لها إلا المتعة لعموم قوله تعالى: لا جناح عليكم إن طلقتم النساء ما لم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة ومتعوهن على الموسع قدره وعلى المقتر قدره متاعاً بالمعروف حقا على المحسنين. والأمر يقتضي الوجوب ولا يعارضه قوله: "حقا على المحسنين" لأن أداء الواجب من الإحسان⁽⁶⁾. وجاء في الإقناع:

(1) شرف الدين موسى المقدسي. الإقناع لطالب الانتفاع. دار هجر. الجيزة. مصر. ط 1. 1997. ج 3. ص 394.

(2) الأم 60/5 وما يليها.

(3) المحلى 246/10.

(4) المبسوط 61/6.

(5) المغني 141/10.

(6) كشف القناع على متن الإقناع. 124/5.

".. والمتعة تجب على كل زوج، حر وعبد، مسلم وذمي، لكل زوجة مفوضة، حرة أو أمة، مسلمة أو ذمية، طلقت قبل الدخول وقبل أن يفرض لها مهر، وتستحب لكل مطلقة غيرها.."⁽¹⁾

خلاصة القول أن الشافعية والظاهرية يرون أن المتعة إن كانت فهي واجبة في كل الأحوال ولا تستحب أبدا. أما الحنفية والحنابلة فيرون أن المتعة واجبة لمطلقة واحدة وهي المطلقة قبل الفرض وقبل الدخول، أما غيرها من المطلقات فلا تجب لهن المتعة ولكن تستحب.

ننتهي من هذه الدراسة إلى النتيجة التالية:

- يتفق الجمهور إلا مالك على أن الزوج يجبره القاضي على دفع المتعة للمطلقة قبل الفرض وقبل الدخول.

- أما باقي المطلقات فيتفق الجمهور إلا المذهب الظاهري على أن القاضي لا يجبر الزوج على أن يدفع لهن المتعة.

ويرجح الشيخ الزفراف كون المتعة واجبة لأنه يرى أن الله تعالى لما فرض المتعة قال: "متعوهن" بصيغة الأمر، والأمر يقتضي الوجوب مما يدل على أن المتعة واجبة، وهي بمثابة حكم شرعي للمطلقة. ثم ذكر أن هذه المتعة لجميع المطلقات بقوله تعالى: "وللمطلقات متاع بالمعروف حقا على المتقين". وهي عامة في جميع المطلقات، ولا يخرج أحد من المطلقات عن حكم هذا العموم إلا بدليل، مما دل على أن المتعة واجبة لجميع المطلقات.⁽²⁾

وبما أن المتعة واجبة لجميع المطلقات فإن القاضي يجبر الزوج على دفعها للمطلقة وهذا بعد الحكم بالطلاق.

(1) الإقناع لطالب الإنتفاع. 394/3.

(2) الشيخ محمد الزفراف. المرجع السابق. ص 95.

المطلب الثاني

حكم التعويض عن الطلاق التعسفي في قانون الأسرة

نتساءل من هي المطلقة التي تستحق التعويض عن الطلاق التعسفي في قانون الأسرة، وهل هناك من المطلقات من لا تستحقه؟ كما نتساءل ما مدى إجبارية دفع التعويض على الزوج المطلق؟

الفرع الأول

المطلقة التي تستحق التعويض

تنص المادة 52 من قانون الأسرة على ما يلي: "إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها".

لا يتبين من النص المذكور من هي المطلقة التي تستحق التعويض والتي لا تستحقه، لكن يبدو أن النص عام في جميع المطلقات⁽¹⁾، ما عدا من استثناءها نص المادة 16 من قانون الأسرة وهي التي طلقها زوجها قبل أن يدخل بها وكان قد سمى لها مهراً، أي المطلقة قبل الدخول وبعد الفرض، إذ يقضي النص المذكور بما يلي: "تستحق المرأة المهر كاملاً بعد الطلاق، وتستحق نصفه عند الطلاق قبل الدخول".

وقد اعتبر القضاء أن نصف المهر هو بمثابة تعويض لهذه المطلقة كما يتبين من قرار للمحكمة العليا جاء فيه ما يلي: "...وإذا فارق الرجل امرأته قبل الدخول عليه نصف المهر... حيث أن قضاة المجلس حكموا على الطاعن بدفعه تعويضاً لها"⁽²⁾، فاعتبر نصف المهر هنا تعويضاً، ولا حاجة للحكم بتعويض فوقه لهذه المطلقة، ودليل هذا أن القضاة في هذه القضية لما قضاوا للمطلقة بنصف المهر لم يقضوا لها بمبلغ آخر باسم المتعة أو التعويض عن الطلاق التعسفي.

(1) اللاتي اختار أزواجهن فراقهن، أما التي اختارت هي فراق زوجها فلا تعويض لها شرعاً وقانوناً. أنظر قرار للمحكمة العليا جاء فيه: "من المقرر في الشريعة الإسلامية أن المتعة شرعت شرعاً للمرأة التي يختار زوجها فراقها وليس للمرأة التي تختار فراق زوجها..." قرار رقم 51614 بتاريخ 1988.11.21. المجلة القضائية. 1990. العدد 4، ص 67. أنظر ملحق ص 2.

(2) قرار رقم 39022 بتاريخ 1986.01.27. المجلة القضائية. 1989. العدد 1، ص 106 و 107. أنظر ملحق ص 2.

ويعتبر اتجاه القضاء الجزائري في مسألة الحكم بنصف المهر دون المتعة للمطلقة بعد الفرض وقبل الدخول موافقا لرأي ابن عمر ولجمهور الفقهاء فهو موافق للشرع. وتعقيبا على هذا نرى أنه لا بأس في أن يتبع المشرع في مسألة المطلقة التي تستحق التعويض رأي جمهور الفقهاء، فهو إذن موافق للشرع، ولو أننا نحبذ لو اختار المشرع رأي الظاهرية، فيجعل حق التعويض عاما في جميع المطلقات دون استثناء بما فيهم المطلقة قبل الدخول وبعد الفرض، فتستوفي هذه الأخيرة نصف المهر بالعقد، والتعويض للطلاق، وهذا لعموم قوله تعالى: " وللمطلقات متاع بالمعروف حقا على المتقين ". ويشاطرنا هذا الرأي الدكتور محمود عبد الستار الجبالي إذ يقول: "أرى أن تكون المتعة واجبة لكل مطلقة طلقها زوجها قبل الدخول أو بعده.... لأن الأصل في تشريع المتعة هو جبر إيحاش الزوج لمن فارقتها.."⁽¹⁾ وهذا الإيحاش يصيب كل المطلقات مدخول بهن أو لا، مفروض لهن أو لا.

نخلص إلى القول أن المشرع يعطي الحق في التعويض لكل المطلقات إلا التي طلقت بعد الفرض وقبل الدخول فلم يعطها تعويضا، واكتفى بحقها في نصف المهر واعتبره بمثابة تعويض لها عن الطلاق، واتجاهه هذا موافق للشرعية الإسلامية.

الفرع الثاني

مدى إلزامية التعويض على المطلق

تنص المادة 52 من قانون الأسرة على ما يلي: "إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها". لا يتبين من النص المذكور مسألة وجوب أو استحباب دفع التعويض للمطلقة، أو ما يسمى في القانون الوضعي بإلزامية أو جوازية الحكم بالتعويض على المطلق. لكن من المعروف قانونا أن النص التشريعي إذا قضى بشيء إنما يقضي به على سبيل الوجوب تحت طائلة القانون، إلا إذا نص صراحة على العكس أي ما يفيد بأن الأمر جوازي وغير واجب. فالمشرع لم يقل "جاز" الحكم للمطلقة بالتعويض، وإنما قال: "حكم" للمطلقة

⁽¹⁾ محمود عبد الستار الجبالي. المرجع السابق. ص 465 و 466.

بالتعويض، فلم يصرِّح بما يُبيِّن بأن مسألة الحكم على المطلق بالتعويض هي مسألة جوازية⁽¹⁾ مما يبقِيها إلزامية بموجبها يُلزم القاضي المطلق على دفع التعويض للمطلقة، ويلتزم المطلق بدفعه على وجه الوجوب.

وما يُبرِّر إلزامية التعويض على المطلق ما جاء في قرار للمحكمة العليا حيث قضت بما يلي: "من المقرر قانوناً أن التعويض "يجب" على الزوج الذي طلق تعسفاً زوجته ونتج عن ذلك ضرر لمطلقاته..."⁽²⁾ مما يفيد أن التعويض إذا كان له محل فإن القاضي يُلزم المطلق بدفعه للمطلقة، ولا يُبقيه مخيراً بين أن يدفعه أو لا. وهذا موافق لرأي جمهور الفقهاء - إلا المالكية - في مسألة وجوب الحكم بالتمتع على المطلق وإجبار الحاكم إياه على دفعها، ولو أننا نحذ لو نص المشرِّع صراحة على ما يفيد وجوب دفع المطلق التعويض للمطلقة جبراً حتى تصبح المسألة أكثر وضوحاً، كأن ينص فيقول: "إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق "أجبر" الزوج، أو "حكم" على الزوج "جبراً" بتعويض المطلقة عن الضرر اللاحق بها". والمعروف قضاء أن القاضي كلما حكم بالطلاق قضى تلقائياً على الزوج المطلق بأن يدفع مبلغ التعويض لزوجته، وما هذه التلقائية إلا لاعتبار الحكم بالتعويض للمطلقة إلزامي وليس جوازي.

نخلص إلى القول أن مسألة تعويض المطلقة هي مسألة إلزامية، مما يعني أن القاضي يلزم الزوج بدفع التعويض للمطلقة ويجبره عليه.

نخلص من دراسة مسألة حكم المتعة في الشريعة الإسلامية وموقف قانون الأسرة إلى القول بأنه لولا شرطي التعسف في الطلاق والضرر اللاحق بالمطلقة للذان يحرمان المطلقة من الحصول على التعويض في بعض الأحوال، فإن التعويض عن الطلاق إن كان له محل وقضى به القاضي، فقد أخذ حكمه حكم المتعة في الشريعة الإسلامية فيما يخص مسألتها المطلقة التي تستحقه ومدى إلزامية المطلق على دفعه، فهو إذن حكم موافق للشريعة الإسلامية لموافقته لرأي جمهور الفقهاء كما سبق بيانه.

(1) أنظر مثلاً المادة 125 من القانون المدني التي يقضي فيها المشرِّع بجواز الحكم بالتعويض عن الضرر الذي يسببه عديم التمييز للغير بفعلة الضار. فالسلطة التقديرية تبقى للقاضي، قد يحكم بالتعويض وقد لا يحكم به، وهذا لأن المسألة جوازية غير إلزامية، ولما كانت جوازية قال المشرِّع "جاز الحكم بالتعويض" ولم يقل "حكم القاضي بالتعويض". أما في نص المادة 52 من قانون الأسرة، فالمشرِّع لم يجعل للقاضي سلطة تقديرية في الحكم بالتعويض أو عدم الحكم به، فكيف بالمطلق؟ مما يدل على أن المطلق غير مختار بين أن يدفع التعويض أو لا.

(2) قرار رقم 53017 بتاريخ 1989.03.27. المجلة القضائية. 1991. العدد 1. ص 56. أنظر ملحق ص 2.

المبحث الثاني

تقدير المتعة في الشريعة الإسلامية وموقف قانون الأسرة

إذا تبين أن المطلقة تستحق المتعة ويجبر المطلق على دفعها لها، بكم يقدّر لها القاضي؟ وما هي الأسس التي يعتمدها في هذا التقدير؟ وهل اتبع المشرع منهج الشريعة الإسلامية في تقديره لقيمة التعويض عن الطلاق التعسفي؟

المطلب الأول

تقدير المتعة في الشريعة الإسلامية

تتطلب دراسة تقدير المتعة في الشريعة الإسلامية معرفة مقدارها وأسس تقديرها.

الفرع الأول

مقدار المتعة

لم يرد في القرآن الكريم نص يبين أو يضع مقداراً محدداً للمتعة، فقد قال الله تعالى: **..ومتعوهن على الموسع قدره وعلى المقتر قدره متاعاً بالمعروف..**⁽¹⁾ أما في السنة، فقد تبين من حديث أبي أسيد الساعدي أن النبي صلى الله عليه وسلم متّع الجونية بثوبين رازقين أو بثلاثة حسب اختلاف الروايات.⁽²⁾ وأما ما يتبين من أثر الصحابة، فقد متّع ابن عمر زوجته بخادم، ومتّع عبد الرحمن بن عوف امرأته بجارية سوداء، وفعل مثله عروة بن الزبير⁽³⁾. ومتّع الحسن بن علي زوجته عائشة الخثعمية بعشرة آلاف درهم⁽⁴⁾. وقد اجتهد الفقه في تقديرها بمقدار فاختلّفوا على النحو الذي يلي:

(1) سورة البقرة الآية 236.

(2) راجع حديث أبي أسيد الساعدي السابق ذكره. بن حجر العسقلاني. المرجع السابق. ص 233. وصحيح البخاري 169/4.

(3) المدونة الكبرى 16/5.

(4) محمد علي الصابوني. المرجع السابق. ص 137 و 138.

رأي السلف:

قال ابن عباس: المتعة أعلاها خادم وأدناها كسوة. وقال مثله ابن المسيب وابن يسار وعمر بن عبد العزيز ويحيى بن سعيد⁽¹⁾. وفي رواية أخرى لعبد الله بن عباس أنه قال: أرفع المتعة الخادم، ثم دون ذلك الكسوة، ثم دون ذلك النفقة.⁽²⁾ وروى عن الحسن وسعيد بن المسيب وعطاء والشعبي أن المتعة ثلاثة أبواب: درع وخمار وملحفة.

ويروى عن أبي مجلز أنه قال: قلت لابن عمر رضي الله عنهما أخبرني عن المتعة وأخبرني عن قدرها فإني موسر. قال: أكس كذا، أكس كذا، أكس كذا... قال: فحسبت ذلك فوجدته قدر ثلاثين درهما. وقال الحسن يمتنع كل بقدره، هذا بخادم، وهذا بأثواب، وهذا بثوب، وهذا بنفقة. ومتّع شريح زوجته بخمسائة درهم.⁽³⁾

رأي الحنفية:

قال السرخسي: ".أدنى ما تكون المتعة ثلاثة أثواب: درع وخمار وملحفة. قال الله تعالى: وللمطلقات متاع بالمعروف، واسم المتاع لا يتناول الدراهم، وتقدير المتعة بالثياب مروى عن سعيد بن المسيب وعطاء والحسن والشعبي رحمهم الله تعالى. وكان ابن عباس رضي الله عنه يقول: أرفع المتعة الخادم وأوسط المتعة الكسوة، وأدناها النفقة.. والمتعة خلف عن مهر المثل".⁽⁴⁾

يتبين من هذا أن الحنفية يقدرون الحد الأدنى للمتعة بثلاثة أثواب، والحد الأقصى لها بخادم، على أن لا تتجاوز نصف مهر المثل، لأن المطلقة بعد الفرض وقبل الدخول لا تستحق أكثر من نصف المسمى، فكذلك المطلقة قبل الفرض وقبل الدخول لا تستحق أكثر من نصف مهر المثل. فالمتعة عندهم خلف عن نصف مهر المثل.

(1) المدونة الكبرى. 16/5.

(2) علي قراءة. المرجع السابق. ص 91.

(3) علي قراءة. المرجع السابق. ص 91 و 92.

(4) المبسوط. 62/6.

رأي المالكية:

قال مالك في المتعة: ".ليس لها حد لا في قليل ولا في كثير..".⁽¹⁾ وقال الشنقيطي:
"والمذهب عند أصحابنا أنه ليس للمتعة حد معروف في قليلها ولا في كثيرها، يمتنع كل
بقدره، هذا بخادم وهذا بأثواب وهذا بثوب وهذا بنفقة. قال القرطبي في تفسيره: وهو
مقتضى القرآن، فإن الله سبحانه لم يحددها وإنما قال: على الموسع قدره وعلى المقتر
قدره".⁽²⁾

يتبين من قول المالكية أن المتعة ليس لها مقدار محدد، وذلك لأنهم يرون أن المتعة
ليست ملزمة للزوج، فإن اختار أن يمتع زوجته، متعها بما أراد هو من مقدار.

رأي الشافعية:

قال السيوطي: "الصداق يستحب أن لا ينقص عن عشرة دراهم، والمتعة يستحب أن
لا تنقص عن ثلاثين درهما".⁽³⁾

يتبين من قول الشافعية أن الحد الأدنى للمتعة ثلاثون درهما، وهذا لما رواه أبي مجلز
أنه قال: قلت لابن عمر رضي الله عنه أخبرني عن المتعة، وأخبرني عن قدرها فإني
موسر، فقال: أكس كذا، أكس كذا، أكس كذا، قال: فحسبت ذلك فوجدته قدر ثلاثين
درهما".⁽⁴⁾

هذا ولم يضع الشافعية للمتعة حدا أقصى.

رأي الحنابلة:

قال البهوتي في المتعة: ".أعلاها خادم إذا كان موسرا وأدناها إذا كان فقيرا كسوة
تجزئها في صلاتها وهي درع وخمار أو نحو ذلك، لقول ابن عباس: أعلى المتعة الخادم،
ثم دون ذلك النفقة، ثم دون ذلك الكسوة. وقيدت بما يجزئها في صلاتها لأن ذلك أقل
الكسوة".⁽⁵⁾

(1) المدونة الكبرى. 16/5 و 17.

(2) أحمد بن محمد الشنقيطي. مواهب الجليل من أدلة خليل. دار إحياء التراث الإسلامي. قطر. 1986. ج 3. ص 172.

(3) الأشباه والنظائر. ص 525.

(4) أبو بكر عبد الله بن محمد بن أبي شعبة. المصنف في الأحاديث والآثار. دار الكتب العلمية. بيروت. ط 1. 1955. ج 7. ص 74.

(5) كشف القناع على متن الإقناع. 124/5.

وقول الحنابلة يكاد لا يختلف عن قول الأحناف، فأدنى المتعة كسوة تتمثل في درع وخمار، وأوسطها النفقة، وأعلاها الخادم.

رأي الظاهرية:

قال أبو محمد ابن حزم: "لو أن الله تعالى وكل المتعة إلى المتمتع لوقفنا عند أمره عز وجل، وألزمناه ذلك،... لكنه تعالى ألزمه على قدر اليسار والإقتار فلزمنا فرضاً أن نجعل متعة الموسر غير متعة المقتر،... متعة الموسر المتناهي خادم سوداء، فإن زاد على ذلك فهو محسن،... فأما المتوسط فيجبر على ثلاثين درهماً أو قيمتها... وأما المقتر فأقلهم من لا يجد قوت يومه أو لا يجد زيادة على ذلك فهذا لا يكلف حينئذ شيئاً لكنها دين عليه فإذا وجد زيادة على قوته كلف أن يعطيها ما تنتفع به ولو في أكلة يوم كما أمر الله عز وجل إذ يقول: وعلى المقتر قدره".⁽¹⁾

يتبين أن المتعة عند الظاهرية أعلاها خادم، وأوسطها ثلاثين درهماً، وأدناها أكلة يوم وهي متعة أفقر الناس، فإن لم يقدر عليها بقيت ديناً في ذمته، وهذا لأن الظاهرية كما سبق القول يرون أن المتعة واجبة على الزوج مهما كان مقتراً.

هذا وقد رجح بعض الفقه الحديث قول ابن عباس: "أعلى متعة خادم ثم دون ذلك النفقة، ثم دون ذلك الكسوة"⁽²⁾. غير أننا نسمع قول الله تعالى: "... ومتعوهن على الموسع قدره وعلى المقتر قدره متاعاً بالمعروف حقاً على المحسنين"⁽³⁾ فقوله تعالى "متاعاً بالمعروف" يقتضي إتباع المعروف في تقدير المتعة، وهذا المعروف يتغير بتغير الزمان، فما تعارف عليه الناس في زمن الصحابة مثلاً من إمتاع المطلقة بخادم هو غير معروف في زماننا، ولهذا يقول الأستاذ الشيخ محمد الزفزاف "أن عدم التقيد بمقادير معينة أوفق لما أطلقه القرآن، مادام التقدير يراعى فيه العرف والعدل في المتعارف"⁽⁴⁾. فيستحسن إذن ترك تقدير المتعة للسلطة التقديرية للقاضي يقدرها حسب ما هو معروف في زمانه ومكانه.

(1) المحلى. 10/248 و249.

(2) وهبة الزحيلي. الفقه الإسلامي وأدلته. ج7: الأحوال الشخصية. دار الفكر. دمشق. 1985. ط2. ص 321.

(3) سورة البقرة الآية 236.

(4) محمد الزفزاف. المرجع السابق. ص 100.

لكننا نقول صحيح أنه يستحسن ترك تقدير المتعة للسلطة التقديرية للقاضي، وهذا يعني عدم وضع مقادير بعينها في نص قانوني، لكنه لا يعني عدم وضع معايير يستند عليها القاضي في حكمه بمقدار للمتعة، فسلطة القاضي التقديرية في تقدير مقدار المتعة يجب أن لا تكون مطلقة وإنما مقيدة بمعايير تلزم القاضي بالحكم بمتعة الأغنياء على الغني، والمتوسطين على المتوسط، والفقراء على الفقير، فيلتزم القاضي بتقدير المتعة تبعاً لراتب الزوج المطلِّق مثلاً أو حالته الاجتماعية، وهذا تماشياً مع قوله تعالى " على الموسع قدره وعلى المقتر قدره"، فالله سبحانه وتعالى لم يضع مقداراً معيناً للمتعة لكنه وضع معياراً لتقديرها وهو قدر الموسع وقدر المقتر.

الفرع الثاني

أسس تقدير المتعة

إذا حكم القاضي بالمتعة للمطلقة وقدرها بمقدار معين، فإن هذا المقدار سيختلف من قضية لأخرى، فما هو الأساس الذي يعتمد عليه القاضي ليقدر متعة كل قضية على حده، هل بمراعاة حال الزوج، أم حال الزوجة، أم حالهما معاً؟
اختلف الفقه في هذه المسألة وانقسم إلى ثلاثة آراء:

الرأي الأول: مراعاة حال الزوج

- قال الحنفية: "المعتبر في المتعة حالة الرجل لقوله تعالى: على الموسع قدره وعلى المقتر قدره..."⁽¹⁾

- وقال المالكية: "وهو - أي المتاع - على الموسع قدره وعلى المقتر قدره..."⁽²⁾

- وقال الشافعية: "والمتعة يُراعى فيها حال الزوج على المختار..."⁽³⁾

- وقال الحنابلة: "وهي أي المتعة معتبرة بحال الزوج في يساره وإعساره، على الموسع قدره وعلى المقتر قدره للآية..."⁽⁴⁾

(1) المبسوط، 6/63.

(2) المدونة الكبرى، 5/15.

(3) الأشباه والنظائر، ص 525.

(4) كشف القناع على متن الإقناع، 5/124.

فالمتعة حسب جمهور الفقهاء يقدّرُها القاضي بالنظر إلى حال الزوج، فيحكم بها حسب يساره أو عسره لقوله تعالى: "على الموسع قدره وعلى المقتر قدره". فالجمهور يرى أن ظاهر الآية يبين أن أساس تقدير المتعة هو حال الزوج، بغض النظر عن حالة الزوجة. فإن كان غنيا متّع متعة الأغنياء، وإن كان فقيرا متّع متعة الفقراء، وإن كان متوسطا متّع على قدر وسع حاله.

الرأي الثاني: مراعاة حال الزوجة

يقول أصحاب هذا الرأي بأن أساس تقدير المتعة هو حال الزوجة، فإن كانت غنية استحققت متعة الأغنياء ولو كان زوجها فقيرا، وإن كانت فقيرة استحققت متعة الفقراء ولو كان زوجها غنيا. وقد قال بهذا الرأي بعض فقهاء الحنفية وهو الكرخي حيث قال: "المعتبر في المتعة حال الرجل في المستحبة أما في المتعة الواجبة يُعتبر حالها لأنها خلف عن مهر المثل، وفي مهر المثل يعتبر حالها، فكذلك في المتعة" وقد رد السرخسي وهو حنفي المذهب أيضا على هذا بقوله: "أنه ليس بقوي لأن الاعتبار بحاله أو بحالها فيما يكون واجبا".⁽¹⁾

الرأي الثالث: مراعاة حالهما معا

يقول أصحاب هذا الرأي أن القاضي يقدر المتعة حسب حال الزوج والزوجة معا، فيراعي في تقديرها حال كل منهما، فإن كان كلاهما غني حكم للزوجة بمتعة الأغنياء، وإن كان كلاهما فقير حكم للزوجة بمتعة الفقراء، وإن كان أحدهما غني والآخر فقير قدر القاضي المتعة تقديرا وسطا بين غني الغني منهما وفقير الآخر.

وقد قال بهذا الرأي الشافعي في أحد قوليه حيث قال: "والمتعة يراعى فيها حال

الزوج على المختار وحال كليهما على المرجح عند الشيخين".⁽²⁾

بعد سرد الآراء الثلاث، فإننا نميل إلى رأي جمهور الفقهاء على أن المتعة تقدر بحال الزوج. وإلى هذا ذهب الفقه الحديث، إذ يقول الدكتور الشرقاوي: "والراجح في نظرنا ما ذهب إليه أبو يوسف من أن المتعة تقدر بحال الزوج، وذلك لأن الخطاب في الآية

(1) المبسوط 6/636.

(2) الأشباه والنظائر. ص 525.

الكريمة - ومتعوهن على الموسع قدره على المقنن قدره - للأزواج، فهي صريحة في أن حال الزوج هو المعتبر في تقدير المتعة".⁽¹⁾

نخلص من هذه الدراسة إلى أن مقدار المتعة في الشريعة الإسلامية يتراوح بين خادم كحد أقصى وأكلة يوم كحد أدنى على أن لا تقل عن حد أكلة اليوم وأن لا تزيد عن قيمة نصف مهر المثل، فإن أعطاه أقل من الحد الأدنى لم يجز⁽²⁾، وإن أعطاه أكثر من الحد الأقصى جاز واعتبر محسناً متطوعاً.

هذا ولا يشترط في المتعة نوعاً معيناً كأن تكون خادم أو ثياب أو أكل، وإنما يجوز أن تكون ما يعادل ذلك نقداً، وإلى هذا ذهب الفقه الحديث، فقد قال الأستاذ محمد مصطفى شلبي أن "المتعة هي المال الذي يعطيه الرجل للمرأة بعد الفرقة بينهما بطلاق أو فسخ سواء كان هذا المال نقداً أو ثياباً أو غير ذلك"⁽³⁾. وقال الدكتور مصطفى السباعي: "المتعة مال يدفعه الرجل للمرأة عند مغادرة بيت الزوجية لطلاق أو تفريق، ولا فرق بين أن يكون المال نقداً أو ثياباً، غير أن الفقهاء يحددونها بدرع وخمار وملحفة، وليس هذا إيجاباً لكون المتعة ثياباً بل لأنه الشائع المتعارف، فلو أعطاه الزوج نقداً أو مالا غير الثياب كان ذلك جائزاً"⁽⁴⁾. وهذا القول معقول فهو مطابق لما فعله السلف حيث تبين فيما سبق أن سبط رسول الله صلى عليه وسلم متّع زوجته بعشرة آلاف درهم.

وتجدر الإشارة إلى أن مقدار المتعة إذا اتفق عليه الزوجان فذاك، وإن لم يتفقا عليها ففي هذه الحالة يقدره القاضي بالتقدير الذي سبق بيانه، قال بهذا الحنفية والشافعية.⁽⁵⁾

(1) علي البدري أحمد الشرقاوي. متعة الفراق. مجلة الدراسات القانونية. جامعة أسيوط. مصر. السنة 1. العدد 1. 1979. ص 201.
(2) قال أحد الأساتذة: "يجب أن لا تنقص عن خمسة دراهم التي هي أقل حد المهر" أنظر: محمد محي الدين عبد الحميد. الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية. دار الكتاب العربي. بيروت. ط 1. 1984. ص 151.
(3) محمد مصطفى شلبي. أحكام الأسرة في الإسلام. دار النهضة العربية. بيروت. ط 2. 1977. ص 388 و 389.
(4) مصطفى السباعي. شرح قانون الأحوال الشخصية. ج 1: الزواج وانحلاله. مطبعة جامعة دمشق. سوريا. ط 7. 1966. ص 222.
(5) عبد الرحمن الجزيري. كتاب الفقه على المذاهب الأربعة. ج 4: قسم الأحوال الشخصية. دار الفكر. بيروت. بدون سنة. ص 132 وما يليها.

المطلب الثاني

تقدير تعويض المطلقة في قانون الأسرة

نتساءل هل أتبع المشرع أحكام الشريعة الإسلامية في تقديره لتعويض المطلقة؟
للإجابة على هذا السؤال ندرس مقدار تعويض المطلقة، ثم أسس تقدير هذا التعويض.

الفرع الأول

مقدار تعويض المطلقة

ينص المشرع في المادة 52 من قانون الأسرة على ما يلي: "إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها".
لم يضع المشرع في النص المذكور مقدارا محددا لتعويض المطلقة لكنه ترك ذلك للقاضي، وأعطاه سلطة تقديرية في تحديد مقدار تعويض المطلقة. ولقد جاء في قرار للمحكمة العليا بأن "المبدأ أن تحديد نفقة المتعة يخضع لسلطة قضاة الموضوع التي خولها لهم القانون ولا رقابة للمحكمة العليا عليهم في ذلك".⁽¹⁾
وعملا بهذا المبدأ فقد قضى مجلس قضاء الأغواط في قرار له مؤرخ في 1983/02/08 بمبلغ 6000 دج كتعويض عن الطلاق التعسفي⁽²⁾، وقضت محكمة الرمشي بتلمسان بمبلغ 1000 دج وعدّله مجلس قضاء تلمسان بقرار له مؤرخ في 1986/07/20 بمبلغ 7000 دج⁽³⁾، وقضت محكمة العطف بمبلغ 6000 دج وعدّله مجلس قضاء الشلف بقرار له مؤرخ في 1988/10/29 برفعه إلى 7000 دج⁽⁴⁾، وقضى مجلس قضاء تيزي وزو في قرار له مؤرخ في 1988/02/24 بمبلغ 8000 دج⁽⁵⁾، وقضى

(1) قرار رقم 72602 بتاريخ 1991.05.21. نشرة القضاة. 1995. العدد 47. ص 151. أنظر ملحق ص 2.

(2) قرار رقم 35912 بتاريخ 1985.04.08. المجلة القضائية. 1989. العدد 1. ص 89. أنظر ملحق ص 2.

(3) قرار رقم 55116 بتاريخ 1989.10.02. المجلة القضائية. 1991. العدد 1. ص 35. أنظر ملحق ص 3.

(4) قرار رقم 73949 بتاريخ 1991.04.23. المجلة القضائية. 1994. العدد 1. ص 50. أنظر ملحق ص 3.

(5) قرار رقم 59156 بتاريخ 1990.03.19. نشرة القضاة. 1995. العدد 47. ص 150. أنظر ملحق ص 3.

مجلس قضاء سكيكدة بتعديل حكم المحكمة القاضي بتعويض قدره 6000 دج رافعا إياه إلى مبلغ 10000 دج.⁽¹⁾

وبعد سرد هذه الأمثلة التطبيقية نضفي بعض الملاحظات.

- الملاحظة الأولى هي أن القضاء الجزائري لا يحكم كتعويض عن الطلاق إلا بمبالغ نقدية، ولا يحكم به في شكل كسوة، وذلك مهما اختلفت المدن التي يقع فيها الطلاق. فكل المجالس القضائية على مستوى الوطن متفقة على الحكم بالتعويض عن الطلاق في شكل مبلغ نقدي، لكن هذا لا يخالف الشرع، فقد سبقت الإشارة إلى أن من الفقهاء من يحددها بالدرهم.

- الملاحظة الثانية هي أنه بالرغم من ترك المشرع السلطة التقديرية الكاملة للقضاة في تقدير تعويض المطلقة إلا أن مبلغ هذا التعويض يكاد يكون متفقا عليه بين القضاة، إذ يلاحظ أن المبلغ يتراوح ما بين 6000 دج و 10000 دج وهذا في عهدة زمنية واحدة، ولو حدث أن حكم القاضي بمبلغ يقل كثيرا عما هو مألوف اعتبر ذلك إجحافا في حق المطلقة وعدل التعويض كما يتبين جليا من قرار مجلس قضاء تلمسان المذكور أعلاه الذي عدل مبلغ التعويض من 1000 دج إلى 7000 دج، وعلقت المحكمة العليا على القرار الذي أصدره مجلس قضاء الأغواط والمذكور أعلاه، المؤيد لحكم محكمة الأغواط والقاضي للمطلقة بمتعة مبلغها 800 دج، فجاء في قرار المحكمة العليا الذي ألغى ونقض هذا القرار "حيث أن الشريعة الإسلامية قررت لكل زوجة طلقها زوجها متعة تعطى لها تخفيفا عما حصل لها من ألم فراق زوجها لها وهي في حد ذاتها تعويضا، وكان على القاضي أن يحكم للمطلقة في القضية بمبلغ يفي بالمراد تحت التعبير الشرعي وهو المتعة أو يعبر عنه بالتعويض وحده ليفسر بالمتعة، لا أن يمنحها مبلغا رمزيا زهيدا باسم المتعة ويجعل لها مبلغ آخر غير شرعي تحت اسم التعويض مما حرمها من هذا الأخير لأنه غير واجب وأجحف في حقها بالنسبة للمتعة، والمجلس إذ وافق على ذلك وهو كما ذكر فإنه حاد عن الشرع وعرض قراره للنقض الجزئي"⁽²⁾. فقد كيفت المحكمة العليا مبلغ المتعة المقدر بـ 800 دج بأنه مبلغ رمزي زهيد مجحف بحق المطلقة، وهذا يدل على

(1) قرار رقم 59156 بتاريخ 19.03.1990. المجلة القضائية. 1991. العدد 2. ص 76 و 77. أنظر ملحق ص 3.

(2) قرار رقم 35912 بتاريخ 08.04.1985. المجلة القضائية. 1989. العدد 1. ص 91. أنظر ملحق ص 1.

أن مبلغ التعويض يكاد يكون له حد وإن لم يقدر هذا الحد، فالظاهر أن مبلغ تعويض المطلقة يجب أن لا يكون مجحفا في حقها وأن لا يكون أيضا مبالغا فيه، وهذا تحديد غير مباشر أو تحديد ضمني للتعويض عن الطلاق التعسفي في القضاء الجزائري، لكن هذا لا يخالف الشرع، فقد سبقت الإشارة إلى أن من الفقهاء من وضع حدا أدنى وحدا أقصى للمتعة.

- الملاحظة الثالثة هي أن الحد الأدنى لتعويض المطلقة في القضاء اليوم لا يساوي قيمة الحد الأدنى للمتعة المعمول به عند الجمهور وهو الكسوة، ونفس الشيء بالنسبة للحد الأقصى، ونعتقد أنه لا حرج في ذلك لأنه راجع لاختلاف الزمن، فقد قال الفقه الحديث بأن المعتبر في المتعة عرف كل بلد⁽¹⁾، ومعلوم أن العرف يختلف باختلاف الزمن. فحتى في القضاء الجزائري يمكن لمبلغ المتعة أن يتغير من عهدة زمنية إلى أخرى، ويظهر هذا جليا من قرار المحكمة العليا صادر في فترة التسعينات يتبين منه أن مبلغ تعويض المطلقة ارتفع إلى 30000 دج.⁽²⁾ بعد ما كان يتراوح ما بين 6000 دج و 10000 دج في فترة الثمانينات.

نخلص إلى القول أن تقدير تعويض المطلقة في القضاء الجزائري ليس فيه ما يخالف الشرع ولو أننا نحذب، حتى لا يجحف القضاء في حق المطلقة ولا في حق الزوج، أن يضع المشرع للتعويض حداً أدنى وحداً أقصى دون تقدير محدد لهذا الحد، بل بتقدير يسمح له بالتغير مع مرور الزمن، وذلك بقياس تعويض المطلقة على مهر المثل، فيكون حد التعويض الأدنى هو نصف أقل حد لمهر المثل، وحده الأقصى هو نصف أقصى حد لمهر المثل. فقد قال الفقه الحديث: "ومهما يكن من شيء فإنه يجب أن لا تزيد المتعة عن نصف مهر المثل لهذه الزوجة، كما يجب أن لا تنقص عن خمسة دراهم التي هي نصف أقل حد المهر"⁽³⁾، كل هذا مع وجوب الأخذ بعين الاعتبار حال الزوج في يساره أو عسره. وقد ذهب البعض إلى اختيار تحديد المشرع مقدارا للتعويض وعدم تركه للسلطة التقديرية للقاضي، حيث قال الدكتور عبد الرحمن الصابوني: "ترى أن يحدد المشرع مقدار المتعة التي ترك الفقهاء أمر تحديدها للعرف، ولا نستحسن ترك تقديرها للقضاء

(1) عبد الرحمن الجزيري. المرجع السابق. ص 132.

(2) قرار رقم 215212 بتاريخ 16.02.1999. المجلة القضائية. 2000. العدد 1. ص 182. أنظر ملحق ص 4.

(3) محمد محي الدين عبد الحميد. المرجع السابق. ص 151.

خشية أن تبلغ مقدارا جسيما ينوء به الزوج فنكون قد أعطينا الزوج حقا بيد وسلبناه منه بيد أخرى، فالمتعة يجب ألا تكون مرهقة بحيث تحول دون الحق الطبيعي المشروع للزوج".⁽¹⁾

الفرع الثاني

أسس تقدير تعويض المطلقة

لم يضع المشرع ضمن نص المادة 52 من قانون الأسرة أسسا يعتمد عليها القاضي في تقديره للتعويض، لكن يتبين من الدراسة السابقة أن مقدار تعويض المطلقة في فترة الثمانينات كان يتراوح بين 6000 دج و 10000 دج، أما في فترة التسعينات، فقد ارتفع هذا المقدار ليصل إلى 30000 دج، كما جاء في قرار صادر من مجلس قضاء بجاية بتاريخ 1998/08/01 القاضي على الزوج بأن يدفع لزوجته مبلغ 30000 دج تعويضا مقابل الطلاق التعسفي⁽²⁾، وهذا يدل على أن الأساس الأول الذي يعتمده القاضي هو قيمة الدينار الجزائري وقت الحكم بالتعويض، فمبلغ التعويض يرتفع كلما انخفضت قيمة الدينار.

أما عن أساس تقدير مبلغ التعويض الملائم لكل حالة، فإنه يبدو من نص المادة 52 من قانون الأسرة التي تقضي بما يلي: ". يحكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها"، أن القاضي يقدر مبلغ تعويض المطلقة على أساس الضرر اللاحق بها، وهذا بغض النظر عن حالة الزوج أو حالتها هي.

هذا وبغض النظر عما إذا كان الضرر المقصود هو الضرر المعنوي أو المادي أو كليهما، فهو مخالف للشرع، كون المتعة في الشريعة الإسلامية تقدر عند الفقهاء كما سبق القول على أساس مراعاة حال الزوج عند الجمهور، أو حال الزوجة أو حالهما معا عند البعض الآخر من الفقهاء، ولا علاقة للضرر اللاحق بالمطلقة في تقدير المتعة.

(1) عبد الرحمن الصابوني. مدى حرية الزوجين في الطلاق. رسالة دكتوراه. جامعة القاهرة. 1962. ص 115.

(2) قرار رقم 215212 بتاريخ 1999.01.16. المجلة القضائية. 2000. العدد 1. ص 182. أنظر ملحق ص 4.

ثم أن الضرر الذي يلحق المطلقة والذي يُجبر بالمتعة هو الضرر المعنوي، وهذا الأخير لا يتغير من مطلقة لأخرى، فإن اعتمد كأساس لتقدير المتعة، قُضي لجميع المطلقات بنفس المبلغ، وهذا في غاية الإجحاف في حق الزوج أو الزوجة، مما يدل على أن الضرر كأساس لتقدير تعويض المطلقة لا يُحقّق العدالة، ولهذا نعتقد وجوب حذف شرط الضرر من نص المادة 52 من قانون الأسرة.

أما لو اعتمد المشرّع حال الزوج باعتبار يساره أو عُسره ليقضي للمطلقة بمبلغ التعويض، فإن هذا المبلغ سينتغير حتما من قضية لأخرى تحقيقا للعدالة الاجتماعية. نخلص إلى القول أن أساس تقدير التعويض في قانون الأسرة هو الضرر اللاحق بالمطلقة، ويختلف هذا التقدير من حقبة زمنية إلى أخرى باختلاف قيمة الدينار الجزائري. واعتماد الضرر لتقدير التعويض عن الطلاق فيه مخالفة للشريعة الإسلامية التي تحكم بالمتعة للمطلقة حسب يسار الزوج أو عُسره، ولما كان كذلك استوجب حذف شرط الضرر من نص المادة 52 من قانون الأسرة.

نخلص في مبحثنا من دراسة تقدير كل من المتعة في الشريعة الإسلامية والتعويض عن الطلاق التعسفي في قانون الأسرة إلى أن المتعة مقدّرة عند فقهاء الشريعة بحد أدنى وحد أقصى، أما التعويض عن الطلاق التعسفي فهو غير محدد بل تقديره متروك للسلطة التقديرية للقاضي، وليس في هذا مخالفة للشرع، غير أننا نميل إلى رأي الفقه الذي يقول بوضع حد أدنى للتعويض قياسا على أقل حد لمهر المثل، وحد أقصى له قياسا على أقصى حد لمهر المثل، وفي هذا تسهيل على القاضي وتحقيق أكثر للعدالة إذ سيكون التعويض ملائما لكل حالة على حده.

أما عن الأساس المعتمد في التقدير، فهو حال الزوج في المتعة تطبيقا لقول الله تعالى "على الموسع قدره وعلى المقتر قدره..". أما التعويض فأساس تقديره في قانون الأسرة هو الضرر، وفي هذا حياد عن الشريعة الإسلامية لأن الضرر واحد عند جميع المطلقات مع اختلاف أحوال الأزواج باختلاف القضايا إذ منهم الموسر ومنهم المعسر، ومن غير العدل أن يدفع المعسر نفس مقدار التعويض الذي يدفعه الموسر، لهذا رأينا وجوب حذف

شرط الضرر من نص المادة 52 من قانون الأسرة واعتماد حال الزوج كأساس لدفع التعويض للمطلقة.

خلاصة الفصل الثاني:

نخلص من دراسة أحكام كل من المتعة في الشريعة الإسلامية والتعويض عن الطلاق التعسفي في قانون الأسرة إلى النتائج التالية:

- قانون الأسرة يوافق الشريعة الإسلامية في أنه لكل مطلقة متعة إلا المطلقة بعد الفرض وقبل الدخول، غير أن الشريعة منحت لهذه الأخيرة المتعة على وجه الاستحباب، ولا نجد هذا في قانون الأسرة.

- قانون الأسرة يوافق جمهور الفقهاء في جعل المتعة إجبارية على المطلق.

- قانون الأسرة لم يخالف الشريعة بتحويله السلطة التقديرية للقاضي في تقدير مبلغ تعويض المطلقة.

- قانون الأسرة حاد عن الشريعة الإسلامية لما جعل الضرر اللاحق بالمطلقة كأساس لتقدير مبلغ التعويض، لهذا نقترح تعديل نص المادة 52 منه بحذف شرط الضرر، والنص على تقدير مبلغ التعويض في كل قضية على حده وهذا على أساس مراعاة حال الزوج بالنظر إلى يساره أو عسره.

خلاصة الباب الأول:

بعد دراستنا لمقارنة حق المطلقة في المتعة في الشريعة الإسلامية مع حقها في التعويض عن الطلاق التعسفي في قانون الأسرة، يمكننا القول أن المشرع عند وضعه لنص المادة 52 من قانون الأسرة الذي أعطى بموجبه حقا للمطلقة في التعويض عن الطلاق التعسفي لاشك في أنه استمد هذا التعويض من المتعة. فقد كان القضاء قبل صدور قانون الأسرة يحكم للمطلقة بالمتعة وفقا لمبادئ الشريعة الإسلامية، وكان القضاء عند قضائهم بها متمسكين في بادئ الأمر باسم "متعة"، ثم عدلوا عن هذا الاسم إلى اسم "إرش"، وشيئا فشيئا تحول لديهم اسم المتعة إلى اسم "تعويض"، لكن تغيير الاسم لم يؤدِّ

إلى تغيير الأحكام إذ كان القضاة يحكمون بالتعويض المطلقة عن ضررها المعنوي الناجم عن الطلاق.

ولما جاء قانون الأسرة اختار المشرع اسم "تعويض"، بل وزاد فقال: "تعويض عن الطلاق التعسفي"، وهذا التماذي في التغيير شيئاً فشيئاً أدى إلى التغيير الكلي لمفهوم المتعة، بل نقول أدى إلى إزاحتها والحكم محلها بالتعويض عن الطلاق التعسفي بمفهوم مخالف تماماً لمفهومها، ويُفرض هذا التعويض في أحوال مخالفة تماماً لأحوال التي تُفرض فيها المتعة، وهذا حياد عن الشريعة الإسلامية.

فالمتعة شرعت شرعاً لتعويض المطلقة عن الضرر المعنوي اللاحق بها بعد الطلاق، وهذا بغض النظر عن الطلاق أكان وقع بإحسان من الزوج أم بتعسف منه، لأن المطلقة في الشريعة الإسلامية تحصل على حقها في المتعة حتى ولو كان المطلق محسناً في طلاقه غير متعسف فيه، فهي تحصل على حقها في الحالين: الإحسان أو التعسف في الطلاق. أما المطلقة في قانون الأسرة فهي لا تحصل على تعويض إلا في حالة التعسف في الطلاق ولا تحصل عليه في حالة انعدام التعسف مع أن الضرر المعنوي واقع لا محالة في الحالين، وبهذا فإن المطلقة في قانون الأسرة تُحرم من جبر ضررها المعنوي في حال الإحسان في الطلاق، وهذا إجحاف في حقها، وما هذا الإجحاف إلا بسبب اشتراط المشرع لشرط التعسف في استعمال حق الطلاق.

أما عن الضرر الذي يجبر في الشريعة الإسلامية بالمتعة فهو الضرر المعنوي الذي يلحق كل مطلقة بسبب الطلاق، وبهذا فالمتعة تكون في كل أحوال الطلاق مادام الضرر المعنوي يفترض وقوعه في كل أحوال الطلاق ولا حاجة لإثباته، بينما التعويض عن الطلاق التعسفي فقد اشترط المشرع حتى تستحقه المطلقة أن يلحقها ضرر، ولا بد من إثباتها لهذا الضرر. ومعلوم أن الضرر المعنوي مفترض لا حاجة لإثباته مما يدل أن الضرر المقصود من المشرع هو الضرر المادي الواجب الإثبات.

وبغض النظر عن إمكانية تصور وقوع أضرار مادية بسبب الطلاق من عدمها، فإن المتعة لم تشرع لجبر الضرر المادي إن نجم عن الطلاق. واشتراط المشرع على المطلقة إثبات الضرر المادي يمنعها من الحصول على تعويض إن كان قد لحقها ضرر معنوي

فقط ولم يلحقها ضرر مادي، وفي هذا أيضا إجحاف في حقها، وهو ناجم عن اشتراط
المشرع لشرط الضرر لاستيفاء الحق في التعويض.

فالمشرع بهذا لم يشرع التعويض لجبر ضرر المطلقة وإنما شرعه كجزاء للمطلق على
تعسفه في استعمال حقه في الطلاق، ولم يرد في الشريعة الإسلامية أن المتعة فرضت
كجزاء للمطلق على تعسفه.

وهكذا يتبين جليا اختلاف مفهوم التعويض عن الطلاق التعسفي عن مفهوم المتعة.
وبالتالي لا يسعنا القول تعليقا على نص المادة 52 من قانون الأسرة إلا أن عملية تقنينه
لا تخلوا من احتمالين اثنين هما:

- إما أن المشرع عند وضعه قد قصد به تطبيق أحكام المتعة، وفي هذه الحال يكون
النص مخالف للشريعة الإسلامية لخروج مفهوم التعويض عن الطلاق التعسفي عن مفهوم
المتعة، وذلك باحتوائه لشرطي التعسف في الطلاق والضرر المادي الذين لم تشترطهما
الشريعة الإسلامية في المتعة مما أدى إلى الإجحاف بحق من حقوق المطلقة.

- وإما أن المشرع لم يقصد بالتعويض تطبيق أحكام المتعة، وفي هذه الحال يكون قد
أغفل النص عن حق من حقوق المطلقة وهو المتعة، وما التعويض عن الطلاق التعسفي
إلا جزاء قرره المشرع لمعاقبة الزوج المتعسف في استعمال حقه في الطلاق، ولا يُعدُّ
حقا من حقوق المطلقة، هذا وإن كنا استحسنّا تعويض المطلقة عن الضرر المادي الناجم
عن التعسف في الطلاق لردع الزوج المزوج المطلق، غير أن هذا التعويض كان يجب
أن يكون منفصلا عن المتعة.

وتصحيحا لمسار المشرع بخصوص حق المطلقة في المتعة لابدأ أولا من العودة إلى
استعمال مصطلح "متعة" لجبر ضرر المطلقة المعنوي. أما عن التعسف في الطلاق الذي
يُسبب للمطلقة ضرا ماديا علاوة على الضرر المعنوي، فلا يُهمل كليا بل ينص عليه
كجزاء للمطلق المتعسف ولكن بصفة مستقلة عن المتعة، ويفرض هذا التعويض عن
الضرر المادي طبقا للقاعدة الشرعية القائلة بأن: "من يحدث لغيره تلفا في ماله يضمن هذا
التلف"، فيكون بهذا للمطلقة حق في المتعة لجبر الضرر المعنوي وهذا في كل أحوال
الطلاق، وحق آخر في التعويض لجبر الضرر المادي إن كان، وهذا في حالات الطلاق
التعسفي فحسب.

ولهذا نقترح تعديل نص المادة 52 من قانون الأسرة وصياغتها بالشكل التالي:
"كل مطلقة مُتعة جبرا لخاظرها المعنوي يُجبر الزوج بدفعها لها حسب حاله، على أن لا يقل حدها الأدنى عن مقدار نصف مهر المثل ولا يزيد حدها الأقصى عن مقدار نصف مهر المثل.

إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في طلاقه حكم للمطلقة علاوة على المتعة بالتعويض عن الضرر المادي اللاحق بها. ويعتبر الطلاق تعسفيا في الأحوال التالية:

- إذا وقع بدون سبب وبدون رضا الزوجة.

- إذا وقع مخالفا للسنة.

- إذا أوقعه الزوج وهو في حالة سكر أو أوقعه هازلا.

- إذا أوقعه الزوج وهو في مرض الموت بقصد حرمان الزوجة من الميراث".

ونرى أن هذا أكثر تحقيقا للعدالة، فالمطلقة بإحسان يلحقها ضرر معنوي فقط فيكون

لها حق في المتعة فحسب؛ والمطلقة بتعسف من الزوج يلحقها ضرر معنوي وضرر

مادي فيكون لها حق في المتعة وحق في التعويض عن التعسف في الطلاق. فالمتعة لجبر

الضرر المعنوي والتعويض لجبر الضرر المادي.

أما عن أحكام المتعة فنظرا لكوننا استحسننا جعل المتعة لكل مطلقة حتى للتي فرض لها

ولم يدخل بها، فقد كرسنا هذا المبدأ في النص المقترح بقولنا "كل مطلقة متعة..". وهذا

حتى يتماشى مع عموم قوله تعالى في الآية 241 من سورة البقرة: "وللمطلقات متاع

بالمعروف حقا على المتقين".

ونظرا لكوننا استحسننا رأي الظاهرية في جعل المتعة إجبارية على الزوج يجبره

القاضي على دفعها، فقد قلنا في النص المقترح "يُجبر الزوج على دفعها لها..".

ونظرا لميولنا لرأي الجمهور في مراعاة حال الزوج عند تقدير المتعة فقد قلنا في

النص المقترح: ".يجبر الزوج على دفعها لها حسب حاله".

أما عن مقدار المتعة، فنظرا لاختلاف الأحوال من قضية لأخرى، فقد وضعنا معيارا

للقاضي يجب عليه إتباعه وهو مراعاة حال الزوج يسارا أو إعسارا، تطبيقا لقوله تعالى:

"على الموسع قدره وعلى المقتر قدره"، وحتى لا تكون السلطة التقديرية للقاضي مطلقة

في هذا المجال فقد قيدنا الحد الأدنى للمتعة بما يعادل أقل حد لنصف مهر المثل، وحدّها الأقصى بما يعادل أقصى حد لنصف مهر المثل.

الباب الثاني حق المطلقة في نفقة العدة

قال الله تعالى: " الرجال قوامون على النساء بما فضل الله بعضهم على بعض وبما أنفقوا من أموالهم.. "(1) . وقال الله تعالى: " يا أيها النبي إذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن وأحصوا العدة واتقوا الله ربكم لا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجهن إلا أن يأتين بفاحشة مبينة.. "(2) . وقال عز وجل: " أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم ولا تضاروهن لتضييقوا عليهن وإن كن أولات حمل فأنفقوا عليهن حتى يضعن حملهن.. "(3) . من المعلوم أن نفقة الزوجة واجبة على زوجها بمقتضى عقد الزواج المبرم بينهما باعتباره قواما عليها وبموجب احتباسها في بيت الزوجية، فالنفقة حق لها طيلة الحياة الزوجية، ويمتد حقها في النفقة على زوجها إلى ما بعد الطلاق طيلة مدة العدة، وهذا لامتداد احتباسها لحق زوجها إلى أن تنتهي عدتها، لأنها في حكم الزوجة.(4) وبهذا يتبين أن الشريعة الإسلامية أوجبت للزوجة على زوجها حقا في النفقة في فترتين: فترة الحياة الزوجية، وفترة العدة من الطلاق.

وقد خول المشرع في قانون الأسرة حق الزوجة في النفقة خلال الحياة الزوجية وهذا بموجب المادة 74 من قانون الأسرة التي تنص على ما يلي: "تجب نفقة الزوجة على زوجها بالدخول بها أو دعوتها إليه ببينة..". كما أنه خول للمطلقة حقا في نفقة العدة وهذا بموجب المادة 61 من قانون الأسرة التي تنص على ما يلي: "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".

وبهذا يتبين أن المشرع أيضا أوجب للزوجة على زوجها حقا في النفقة خلال الحياة الزوجية وخلال العدة من الطلاق، وهذا إتباعا للشريعة الإسلامية. ومن هنا يبدو أن المشرع قد وافق الشريعة الإسلامية في مسألة تخويله للمطلقة المعتدة حقا في النفقة.

(1) سورة النساء الآية 34.

(2) سورة الطلاق الآية 1.

(3) سورة الطلاق الآية 6.

(4) عطية صقر. مشكلات الأسرة. مكتبة وهبة. القاهرة . بدون سنة. ص 350.

لكن الأمر عند وضع نصوص قانون الأسرة لا يقتصر على مجرد تخويل المطلقة المعتدة حقا في النفقة فحسب، وإنما يتعداه إلى وجوب إتباع أحكام الشريعة السمحاء في كل ما يتعلق بهذا الحق سواء من حيث المفهوم أو من حيث الأحكام. فهل جاءت نصوص قانون الأسرة المنظمة لحق المطلقة في نفقة العدة مطابقة تماما للشريعة الإسلامية من حيث المفهوم والأحكام؟

إن الإجابة على هذا السؤال تقتضي دراسة نفقة العدة من حيث مفهومها وأحكامها في كل من الشريعة والقانون، لمعرفة ما إذا جاءت نصوص قانون الأسرة متماشية مع الشريعة الإسلامية.

الفصل الأول

مفهوم نفقة العدة

من المقرر شرعا وقانونا أن الزوجة تعتد بعد الطلاق وجوبا وذلك لحكمتين: الأولى هي إمكانية مراجعة زوجها لها إذا كان الطلاق رجعيا، والثانية هي استبراء رحمها وثبوت خلوه من ماء زوجها الذي طلقها حتى تتمكن من الزواج بعده من غيره دون أن تختلط الأنساب⁽¹⁾. والدليل الشرعي للعدة قوله تعالى: "والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء..⁽²⁾ وتطبيقا لهذا الحكم الشرعي نص المشرع في المادة 58 من قانون الأسرة على ما يلي: "تعتد المطلقة المدخول بها غير الحامل بثلاثة قروء.."

وعموما عرِّفت العدة بأنها مدة تتربص بها المرأة عن إعادة الزواج بعد الطلاق، وهذا إما بثلاثة قروء وهي عدة المطلقة المدخول بها التي تحيض، وإما بثلاثة أشهر وهي عدة الصغيرة أو الأيسة من المحيض، وإما بالولادة وهي عدة الحامل.⁽³⁾

وخلال هذه المدة تكون الزوجة محتبسة لحق زوجها، وبموجب هذا الاحتباس يكون لها عليه حق في النفقة إلى أن تنتهي مدة العدة، فينتهي معها حقها في النفقة.⁽⁴⁾

(1) محمد رشيد رضا. حقوق النساء في الإسلام. دار الشهاب. الجزائر. 1987. ص 125.

(2) سورة البقرة. الآية 228.

(3) عبد العظيم بدوي. الوجيز في فقه السنة والكتاب العزيز. دار ابن رجب. مصر. بدون سنة. ص 329.

(4) لمزيد من التفصيل راجع لمطاعي نور الدين. عدة الطلاق الرجعي وأثرها على الأحكام القضائية. رسالة دكتوراه. جامعة الجزائر. 2007.

ومن المعلوم أن النفقة التي يلتزم بها الزوج نحو زوجته خلال الحياة الزوجية هي نفسها التي يلتزم بها نحوها خلال العدة بعد الطلاق، وإذا كان مفهوم العدة واضحاً فما هو مفهوم نفقة العدة؟⁽¹⁾

البحث في مفهوم نفقة العدة يتطلب بيان مدلولها، ثم شروطها ومسقطاتها، وهذا في كل من الشريعة والقانون.

المبحث الأول مدلول نفقة العدة

تتطلب دراسة مدلول نفقة العدة إظهار الأدلة الشرعية لها من الشريعة الإسلامية، ثم بيان ماهيتها.

المطلب الأول أدلة نفقة العدة

للنفقة في الشريعة الإسلامية أدلتها من القرآن الكريم، ومن السنة النبوية الشريفة، ومن أثر الصحابة، وفيما يلي هذه الأدلة بالترتيب:

الفرع الأول أدلة النفقة من القرآن

قال الله تعالى: "والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء ولا يحل لهن أن يكتمن ما خلق الله في أرحامهن إن كن يؤمن بالله واليوم الآخر، وبعولتهن أحق بردهن في ذلك إن أرادوا إصلاحاً، ولهن مثل الذي عليهن بالمعروف وللرجال عليهن درجة والله عزيز حكيم".⁽²⁾

(1) المقصود نفقة العدة من الطلاق فحسب أما نفقة عدة الوفاة وغيرها فهي مستبعدة من الدراسة.

(2) سورة البقرة الآية 228.

يقول العلامة أبو بكر الجزائري في تفسيره لقوله تعالى: " .ولهن مثل الذي عليهن بالمعروف.." أي: "للزوجة من الحقوق على زوجها مثل ما للزوج عليها من حقوق". (1)
فتجب عليها طاعته، وفي مقابل ذلك يجب عليه حمايتها وصونها والإنفاق عليها. فدل ذلك أن للزوجة حق في النفقة كما للمطلة المعتدة أيضا حق في النفقة.
وقال الله تعالى: " الرجال قوامون على النساء بما فضل الله بعضهم على بعض وبما أنفقوا من أموالهم.." (2).

فسر العلامة أبو بكر الجزائري القوامة بأنها الرئاسة وهي ثابتة للرجل على المرأة لعاملين: الأول مبين بقوله تعالى: "بما فضل الله بعضهم على بعض"، أي بأن جعل الرجل أكمل في عقله ودينه وبدنه فكان أصلح للقوامة. والثاني مبين بقوله تعالى: "وبما أنفقوا من أموالهم" أي أن الرجل بدفعه المهر وقيامه بالنفقة على المرأة كان أحق بالقوامة (3). وفي هذا دليل تخويل الشريعة الإسلامية للزوجة حقا في النفقة على زوجها.

وقال الله تعالى: " يا أيها النبي إذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن وأحصوا العدة وانتقوا الله ربكم، لا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن إلا أن يأتين بفاحشة مبينة، وتلك حدود الله، ومن يتعد حدود الله فقد ظلم نفسه، لا تدري لعل الله يحدث بعد ذلك أمرا". (4)
يقول العلامة أبو بكر الجزائري في تفسيره لهذه الآية أن الله تبارك وتعالى يخاطب رجال أمة الإسلام في شخصية نبيها محمد صلى الله عليه وسلم فيقول: (إذا طلقتم النساء) أي إذا أردتم طلاقهن لأمر اقتضى ذلك (فطلقوهن لعدتهن)، أي لأول عدتهن وذلك في طهر لم تجامع فيه لتعد ذلك الطهر أول عدتها. وقوله تعالى: (وأحصوا العدة) أي إحفظوها فاعرفوا بدايتها ونهايتها لما يترتب على ذلك من أحكام من صحة المراجعة وعدمها، ومن النفقة والإسكان وعدمهما. وقوله: (وانتقوا الله ربكم) فامتنلوا أوامره وقفوا عند حدوده فلا تتعدوها. لا تخرجوهن أي المطلقات من بيوتهن اللاتي طلقن فيهن، ولا يخرجن أي ويجب أن لا يخرجهن من بيوتهن إلا أن يأتين بفاحشة مبينة كزنا ظاهر أو تكون سيئة بذينة اللسان فتؤدي أهل البيت أذى لا يتحملونه فعندئذ يباح إخراجها. وقوله تعالى: (وتلك حدود الله) أي المذكورات من الطلاق لأول الطهر، وإحصاء العدة، وعدم

(1) أبو بكر جابر الجزائري. أيسر التفاسير لكلام العلي الكبير. دار لينة. المملكة العربية السعودية. ط1. 1999. ص102.

(2) سورة النساء. الآية 34.

(3) أبو بكر جابر الجزائري. المرجع السابق. ص 222.

(4) سورة الطلاق. الآية 1.

إخراجهن من بيوتهن. وقوله تعالى: (ومن يتعد حدود الله) فيتجاوزها ولم يقف عندها فقد ظلم نفسه وتعرض لعقوبة الله تعالى عاجلا أو آجلا، وقوله تعالى: (لا تدري لعل الله يحدث بعد ذلك أمرا) أي بأن يجعل الله تعالى في قلب الرجل رغبة في مراجعة مطلقته فيراجعها، وفي ذلك خير كثير".⁽¹⁾

ومن هذه الآية استدل العلامة أبو بكر الجزائري على "وجوب إحصاء العدة ليعرف الزوج متى تنقضي عدة مطلقته لما يترتب على ذلك من أحكام الرجعة والنفقة والإسكان"⁽²⁾، فنفقة المعتدة إذن تبدأ من أول يوم للعدة وتنتهي بآخر أيام العدة، وهذا لارتباط النفقة بالعدة، فوجب احترام مدة العدة حتى لا يضيع حق المطلقة المعتدة في النفقة.

وقال تعالى: "أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم ولا تضاروهن لتضييقوا عليهن، وإن كن أولات حمل فأنفقوا عليهن حتى يضعن حملهن..".⁽³⁾

فسر العلامة أبو بكر الجزائري قوله تعالى: (أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم) "أي من وسعكم، ولا تضاروهن بأي مضارة لا في السكن ولا في الإنفاق ولا في غيره من أجل أن تضيقوا عليهن فيتركن لكم السكن ويخرجن. وهؤلاء المطلقات طلاقا رجعيا وهن حوامل أو غير حوامل. وقوله تعالى: " وإن كن أولات حمل فأنفقوا عليهن حتى يضعن حملهن، أي أسكنوهن وأنفقوا عليهن إلى أن يلدن".⁽⁴⁾

واستدل العلامة أبو بكر الجزائري من هذه الآية وجوب السكن والنفقة لكل من المطلقة طلاقا رجعيا والمطلقة الحامل، أما المطلقة البائن والمطلقة المبتوتة فقال العلامة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يقض لهما بنفقة ولا سكنى لحديث فاطمة بنت قيس، لكن من الفضل الذي ينبغي أن لا ينسى إن كانت محتاجة إلى سكن أو نفقة أن يسكنها مطلقها وينفق عليها مدة عدتها، وأجره عظيم لأنه أحسن والله يحب المحسنين.

وقال الله تعالى: "لينفق ذو سعة من سعته ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما آتاه الله لا يكلف الله نفسا إلا ما آتاها، سيجعل الله بعد عسر يسرا".⁽⁵⁾

(1) أبو بكر جابر الجزائري. المرجع السابق. ص 1377.

(2) أبو بكر جابر الجزائري. المرجع السابق. ص 1377.

(3) سورة الطلاق، الآية 6.

(4) أبو بكر جابر الجزائري. المرجع السابق. ص 1380.

(5) سورة الطلاق، الآية 7.

قال العلامة أبو بكر الجزائري في تفسيره لهذه الآية: "أمر تعالى المؤمن إذا طلق أن ينفق على مطلقته التي هي في عدتها في بيته بحسب يساره وإعساره أو غناه وافتقاره، إذ لا يكلف الله نفسا إلا ما أعطاها من قدرة أو غنى وطول، والقاضي هو الذي يقدر النفقة عند المشاحة وتكون بحسب دخل الرجل وما يملك من مال".⁽¹⁾

وفي سرد هذه الآيات بتفسيرها دليل على أن الله تعالى شرع النفقة خلال عدة الطلاق كحق من حقوق المطلقة.

الفرع الثاني

أدلة النفقة من السنة النبوية

عن سليمان بن عمرو بن الأحوص قال: حدثني أبي أنه شهد حجة الوداع مع رسول الله صلى الله عليه وسلم، فحمد الله وأثنى عليه، وذكر ووعظ، فذكر في الحديث قصة فقال: "ألا واستوصوا بالنساء خيرا، فإنما هنّ عوان عندكم، ليس تملكون منهن شيئا غير ذلك، إلا أن يأتين بفاحشة مبينة، فإن فعلن فاهجروهن في المضاجع واضربوهن ضربا غير مبرح، فإن أطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلا. ألا إن لكم على نسائكم حقا، ولنسائكم عليكم حقا. فأما حقكم على نسائكم فلا يوطئن فرشكم من تكرهون ولا يأذن في بيوتكم لمن تكرهون، ألا وحقهن عليكم أن تحسنوا إليهن في كسوتهن وطعامهن"، هذا حديث حسن. ومعنى قوله (عوان عندكم) أي أسرى في أيديكم".⁽²⁾

وعن عائشة أن هنداً قالت: يا رسول الله إن أبا سفيان رجل شحيح وليس يعطيني ما يكفيني وولدي إلا ما أخذت منه وهو لا يعلم، فقال: "خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف". رواه الجماعة إلا الترمذي. والحديث فيه دليل على وجوب نفقة الزوجة على زوجها وهو مجمع عليه.⁽³⁾

(1) أبو بكر جابر الجزائري. المرجع السابق. ص 1380.
(2) أبو العلاء محمد المباركفوري. تحفة الأحوذى بشرح جامع الترمذي. دار الكتب العلمية. بيروت. بدون سنة. ج 4. ص 273 و 274.
(3) محمد بن علي الشوكاني. نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار. شركة مصطفى البابي الحلبي. مصر. 1961. ط 3. ج 6. ص 342 و 343.

وعن جابر في حديث الحج بطوله، قال في ذكر النساء: "ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف" أخرجه مسلم، "وهو دليل على وجوب النفقة والكسوة للزوجة".⁽¹⁾

وعن معاوية القشيري قال: أتيت رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم قال: فقلت ما تقول في نساءنا؟ قال: "أطعموهن مما تأكلون، واكسوهن مما تكتسون ولا تضربوهن ولا تقبحوهن". رواد أبو داود. وفي الحديث دليل على أنه يجب على الزوج أن يطعم امرأته مما يأكل ويكسوها مما يكتسي وأنه لا يجوز له ضربها ولا تقبيحها".⁽²⁾

هذه الأحاديث تدل على أن للزوجة على زوجها حق في النفقة أثناء قيام الزوجية، وإذا طُلق فإن حقها في النفقة يبقى قائماً على عاتق زوجها بعد الطلاق، وهذا طيلة مدة العدة حتى تنقضي، وذلك لأن المطلقة المعتدة حكمها حكم الزوجات في جميع أمورها إذا كان طلاقها رجعي، ولهذا فهي تستحق النفقة والسكن طيلة مدة العدة، وهذا بإجماع العلماء.⁽³⁾

وعن الشعبي قال: دخلت على فاطمة ابنة قيس فسألته عن قضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم فيها، فقالت: طلقها زوجها البتة فخاصمته في السكن والنفقة، فلم يجعل لها النبي صلى الله عليه وسلم سكن ولا نفقة. وفي حديث داود قالت: وأمرني أن أعتد في بيت ابن أم مكتوم. قال الألباني: "هذا حديث حسن صحيح، وهو قول بعض أهل العلم منهم الحسن البصري وعطاء بن أبي رباح والشعبي وبه يقول أحمد وإسحاق، وقالوا: ليس للمطلقة سكنى ولا نفقة إذا لم يملك زوجها الرجعة. وقال بعض أهل العلم من أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم منهم عمر وعبد الله: إن المطلقة ثلاثاً لها السكنى والنفقة، وهو قول سفيان الثوري وأهل الكوفة. وقال بعض أهل العلم: لها السكنى ولا نفقة لها، وهو قول مالك ابن أنس والليث بن سعد والشافعي، قال الشافعي: إنما جعلنا لها السكنى بكتاب الله، قال الله تعالى: "لا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن إلا أن يأتين بفاحشة مبينة." قالوا: هو البذاء، أن تبذوا على أهلها، واعتل بأن فاطمة ابنة قيس لم يجعل لها النبي صلى الله عليه وسلم السكنى لما كانت تبذوا على أهلها. قال الشافعي: ولا نفقة لها لحديث رسول الله صلى الله عليه وسلم في قصة حديث فاطمة بنت قيس.⁽⁴⁾

(1) محمد بن إسماعيل الكلاني. سبل السلام شرح بلوغ المرام. دار إحياء التراث العربي. بيروت. 1960. مج. 3. ص. 221.
(2) محمد بن علي الشوكاني. نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار. شركة مصطفى البابي الحلبي. مصر. 1961. ط. 3. ج. 6. ص. 342.
(3) بدر الدين العيني. عمدة القاري شرح صحيح البخاري. دار إحياء التراث العربي. بيروت. بدون سنة. ج. 20. ص. 308.
(4) محمد ناصر الدين الألباني. صحيح سنن الترمذي باختصار السنن. مكتب التربية العربي لدول الخليج. الرياض. ط. 1. 1988. ج. 1. ص. 346 و347.

ومن كلام العلامة الألباني يتبين أن المطلقة ثلاثا أي المبتوتة قد وقع خلاف فقهي في ما إذا كانت تستحق النفقة أثناء عدتها أم لا، وسيأتي بيان ذلك تفصيلا في أوانه إن شاء الله تعالى.

وعن فاطمة بنت قيس قالت: أتيت النبي صلى الله عليه وسلم فقلت: إن زوجي فلانا أرسل إليّ بطلاق، وإني سألت أهله النفقة والسكنى فأبوا عليّ، قالوا يا رسول الله إنه أرسل إليها بثلاث تطليقات، قالت: فقال رسول الله صلى الله عليه وآله سلم: "إنما النفقة والسكنى للمرأة على زوجها ما كانت له عليه رجعة، فإذا لم تكن عليها رجعة فلا نفقة ولا سكنى" رواه أحمد. قال الشوكاني في هذا الحديث بأنه ضعيف، ثم قال: والحديث يدل بمنطوقه على وجوب النفقة والسكنى على الزوج للمطلقة رجعيا وهو مجمع عليه، ويدل بمفهومه على عدم وجوبهن لمن عداها إلا إذا كانت حامل⁽¹⁾. وفي سرد هذه الأحاديث بشرحها دليل على أن النبي صلى الله عليه وسلم قضى للمطلقة الرجعية بحق النفقة طيلة مدة عدة الطلاق، وبقي الخلاف حول المطلقة المبتوتة قائما وسيأتي بيانه بالتفصيل عند التعرض لمن تستحق نفقة العدة من المطلقات.

الفرع الثالث

أدلة النفقة من أثر الصحابة

عمل الصحابة الكرام رضوان الله عليهم على إيتاء المرأة حقها في النفقة سواء أثناء قيام زوجيتها أو في عدة الطلاق كما يتبين من الروايات التالية:
عن عمر رضي الله عنه أنه كتب إلى أمراء الأجناد في رجال غابوا عن نسائهم أن يأخذوهم بأن ينفقوا أو يطلقوا، فإن طلقوا بعثوا بنفقة ما حبسوا. أخرجه الشافعي والبيهقي بإسناد حسن. وعلق الكحلاني على هذا الحديث قائلا أنه "دليل على أن النفقة عند عمر لا تسقط بالمطل في حق الزوجة"⁽²⁾.

(1) نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار 323/6.

(2) سبل السلام شرح بلوغ المرام 226/3.

وعن الشعبي قال: قالت فاطمة بنت قيس: طلقني زوجي ثلاثا على عهد النبي صلى الله عليه وسلم فقال لي رسول الله صلى الله عليه وسلم: "لا سكنى لك ولا نفقة". قال مغيرة: فذكرته لإبراهيم فقال: قال عمر: لا ندعُ كتاب الله وسنة نبينا صلى الله عليه وسلم لقول امرأة لا ندري أحفظت أم نسيت. وكان عمر يجعل لها السكنى والنفقة. "استدل به إسحاق وأحمد وغيرهما على أن المطلقة ثلاثا لا سكنى لها ولا نفقة، بينما استدل به سفيان الثوري وأهل الكوفة أن المطلقة ثلاثا لها السكنى والنفقة لقول عمر رضي الله عنه لا نترك كتاب الله وسنة نبينا بقول امرأة لا ندري أحفظت أو نسيت لها السكنى والنفقة، قال الله تعالى: "لا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن إلا أن يأتين بفاحشة مبينة". (1)

وعن عائشة أنها قالت: ما لفاطمة ألا تتقي الله، يعني في قولها لا سكنى ولا نفقة". وقال عروة بن الزبير لعائشة: ألم ترين إلى فلانة بنت الحكم، طلقها زوجها البتة فخرجت فقالت: بئس ما صنعْتَ، قال: ألم تسمعي في قول فاطمة؟ قالت: أما إنه ليس لها خير في ذكر هذا الحديث. (2)

وعن سالم بن عبد الله بن عمر عن أبيه قال: لا تنتقل المبتوتة من بيت زوجها حتى يخلو أجلها. (3)

وعن الأعمش عن إبراهيم عن الأسود عن عمر قال: لا يُخَيَّرُ قول المرأة في دين الله، المطلقة ثلاثا لها السكنى والنفقة. زاد ابن فضيل: وقالت عائشة: مالها في أن تذكر هذا خير. وعن كهيل عن إبراهيم قال: قال عمر ابن الخطاب: لا ندع كتاب ربنا وسنة نبينا لقول امرأة، المطلقة ثلاثا لها السكنى والنفقة.

وعن الأعمش عن إبراهيم عن عمر وعبد الله قال: لها السكنى والنفقة. (4)

وعن عبد الرحمن ابن القاسم عن أبيه عن عائشة أنها قالت: ما لفاطمة ألا تتقي الله يعني في قولها لا سكنى ولا نفقة. "قوله ما لفاطمة أي ما شأنها ألا تخاف الله في قولها المطلقة البتة لا نفقة لها ولا سكنى على زوجها، والحال أنها تعرف قصتها يقينا في أنها أمرت بالانتقال لعذر وعلة كانت بها".

(1) تحفة الأحوذى بشرح جامع الترمذي 4/ 295 و 296.

(2) محمد فؤاد عبد الباقي. اللؤلؤ والمرجان فيما اتفق عليه الشيخان. المكتبة العلمية. بيروت. بدون سنة. ج 2. ص 121.

(3) المحلى. 10/ 286.

(4) المصنف في الأحاديث والآثار. 4/ 141 و 142.

جاء في عمدة القاري شرحا لهذا الحديث: "حاصل الكلام من هذا كله أن عائشة لم تعمل بحديث فاطمة بنت قيس وكانت تنكر ذلك، وكذلك عمر كان ينكر ذلك، وكذا أسامة وسعيد بن المسيب وآخرون. وعمر رضي الله تعالى عنه أنكر ذلك بحضرة أصحاب رسول الله صلى الله تعالى عليه وآله سلم، فلم ينكر عليه ذلك منكر فدل تركهم الإنكار في ذلك عليه أن مذهبهم فيه كمذهبه.⁽¹⁾

وجاء في عمدة القاري أن حديث فاطمة بنت قيس قد رده عمر ابن الخطاب وعائشة وزيد بن ثابت وأسامة بن زيد وجابر رضي الله عنهم، مما يدل على أن كل هؤلاء الصحابة يجعلون النفقة حقا للمطلقة المعتدة سواء أكانت رجعية أم مبتوتة.⁽²⁾

وعن إبراهيم بن مسروق قال: جاء رجل إلى ابن مسعود فقال: إني طلقت امرأتي ثلاثا فأبت أن تعتد في بيتها، قال: لا تدعها، قال: أبت إلا الخروج، قال: فقيدها، قال إن لها إخوة غليظة رقابهم، قال: استعن عليهم بالسلطان.⁽³⁾

وعن يحيى بن سعيد عن القاسم بن محمد أن يحيى بن سعيد بن العاصي طلق بنت عبد الرحمن بن الحكم فانتقلها عبد الرحمن، فأرسلت عائشة إلى مروان بن الحكم - وهو أمير المدينة - اتق الله وارُدْ المرأة إلى بيتها، فقال مروان: أو ما بلغك شأن فاطمة بنت قيس، فقالت عائشة: لا يضرك أن لا نذكر حديث فاطمة.⁽⁴⁾

وفي سرد كل هذه الروايات دليل على أن الصحابة الكرام رضوان الله عليهم يقضون للمطلقة بحقها في النفقة خلال العدة.

المطلب الثاني

ماهية النفقة

لبيان ماهية النفقة، استوجب تعريفها، ثم بيان مضمونها.

(1) عمدة القاري شرح صحيح البخاري. 310 / 20.

(2) عمدة القاري شرح صحيح البخاري. 311 / 20.

(3) المحلى. 10 / 286.

(4) المحلى. 10 / 294.

الفرع الأول تعريف النفقة

نعرف النفقة لغة، ثم في الإصطلاح الشرعي، ثم في الإصطلاح القانوني كما يلي:

أولاً: تعريف النفقة لغة

النفقة بصفة عامة مشتقة من فعل "نَفَقَ" ويتعدى بالهمزة فيقال: "أَنَفَقَ"، ومعناه: قلَّ ونقص وفنى وذهب. فيقال: نفقت الدابة أي ماتت، ونفقت السلعة أي كثر طلبها، ونفق البيع نفاقاً أي راج، ونفقت المرأة نفاقاً بالفتح أي كثر خطابها ونافق الرجل أي أظهر الإسلام إلى أهله وأضرمر غير الإسلام. ونفق مال الرجل ودرهمه وطعامه نفاقاً ونفاقاً، ونَفَقَ بمعنى نَفَدَ وَفَنِيَ فيقال: نفق الزاد أي نفذ. (1)

كما يقال أنفق القوم ونفقت سوقهم، وأنفق الرجل أي افتقر، ومنه قوله تعالى: "إذا لأمسكتم خشية الإنفاق.." أي خشية الفناء والنفاد. وأنفق المال أي صرفه ومنه قوله تعالى: "إذا قيل لهم أنفقوا مما رزقكم الله.." أي أنفقوا في سبيل الله وأطعموا وتصدقوا. ويقال أيضاً إستنفقه أي أذهبهُ. ورجل مِنفَاقٌ أي كثير النفقة. (2)

والنفقة بصفة خاصة هي ما ينفق من الدراهم ونحوها، وفي الحديث الشريف: "نفقة الرجل على أهله صدقة". فالنفقة ما أنفقت واستنفقت على نفسك وعلى العيال. وجمع نفقة نفاق بكسر النون أو نفاقات. حكى اللحياني: نفدت نفاق القوم ونفاقاتهم يعني فنيت. (3)

نخلص من هذه التعاريف اللغوية للنفقة إلى أن هذه الأخيرة لها تعريفان في اللغة:

تعريف عام وتعريف خاص.

أما في التعريف العام فالنفقة معناها إخراج الشيء ونقصه وفنائه بذهابه، فيكون الذهاب من كل شيء: من السلع ومن البيع ومن النساء حين يكثر خطابهن، وهذا المعنى لا يدخل في مجال دراستنا.

(1) المصباح المنير في غريب الشرح الكبير. 2 / 289.

(2) لسان العرب. 6 / 235.

(3) علي بن هادية وآخرون. المرجع السابق. ص 1241.

وأما في التعريف الخاص فالنفقة معناها إخراج الدراهم ونحوها، وهذا المعنى هو الذي يهمننا في دراستنا هذه.

غير أن هذا التعريف اللغوي للنفقة وإن كان خاصا بالدراهم إلا أنه مطلق يشمل كل نفقة سواء أكانت نفقة الشخص على نفسه أو عياله أو زوجته أو غيرهم. وليس يهمننا من كل هذا إلا نفقة الرجل على زوجته، وقد عرفها علماء اللغة كما يلي: "نفقة الزوجة ما يُفرض لها على زوجها من مال للطعام والكساء والسكنى".⁽¹⁾

من هذا التعريف يتبين أن لنفقة الزوجة خاصيتان:

- الخاصية الأولى هي أن نفقة الزوجة تتضمن ثلاثة عناصر رئيسية وهي الطعام والكسوة والمسكن.

- والخاصية الثانية هي أن نفقة الزوجة مفروضة لها على زوجها أي أنها واجبة لها في حق زوجها.

ثانياً: تعريف النفقة في الاصطلاح الشرعي

عند الحنفية النفقة شرعا هي الطعام والكسوة والمسكن، وعرفا هي الطعام. وتجب النفقة على الغير لأسباب ثلاثة هي الزوجية والقرابة والملك. وتجب نفقة الزوجة بشرط أن يكون عقد الزواج صحيحا، وهي في مقابل احتباسها، وكل محبوس لمنفعة غيره يلزمه نفقته.⁽²⁾

والمطلقة المعتدة هي في حكم الزوجة حتى تنتهي عدتها، لأنها لا تزال محبوسة، فتجب لها إذن النفقة خلال العدة من طعام وكسوة ومسكن كما قال الحنفية.

وعند المالكية النفقة هي المؤنة وهي قوت وملبس وفراش ومسكن⁽³⁾، ولما كانت نفقة حواء على آدم، فكذلك نفقة بناتها على بني آدم بحق الزوجية. وتشمل النفقة التي تجب للزوجة على زوجها الطعام والشراب والكسوة والمسكن، وهذه لا بد منها، أما ما زاد عنها

(1) علي بن هادية وآخرون. المرجع السابق. ص 1241.

(2) ابن عابدين محمد أمين. حاشية رد المحتار على الدر المختار. مطبعة مصطفى البابي الحلبي. مصر. 1966. ط. 2. ج. 3. ص 571 و 572.

(3) الباجي الأندلسي. المنتقى شرح موطأ الإمام مالك. مطبعة السعادة. مصر. 1332 هـ. ط. 1. ج. 4. ص 126 وما يليها.

فلا يجب على الزوج، فإن تفضل بالزيادة فهو مأجور⁽¹⁾. وكل ما يجب للزوجة من نفقة أثناء قيام الزوجية يجب لها أثناء عدتها من طلاق رجعي.

وعند الشافعية، النفقة مشتقة من الإنفاق ويعني الإخراج، ولا يستعمل إلا في الخير، ولهذا فلا تعد الغرامات نفقات. والنفقة عندهم قسمان: نفقة الرجل على نفسه، ونفقته على غيره. وهذه الأخيرة تجب لثلاثة أسباب: النكاح والقرابة والملك. والنفقة التي تجب بسبب النكاح هي نفقة الزوج على زوجته، وهي في مقابل التمكين من الاستمتاع وتتضمن الطعام والكسوة والمسكن.⁽²⁾

وعند الحنابلة، نفقة الرجل على من يمونه هي كفايته خبزا وأدما وكسوة ومسكنا وتوابعها. ويلتزم الزوج تجاه زوجته بكل هذه العناصر وجوبا ولو كانت الزوجة ذمية، ويلتزم لها بالنفقة بما يصلح لمثلها بالمعروف. وتقدر النفقة بالكفاية. والأدم هو ما يأكل مع الخبز من نحو الأرز واللبن وغيرهما. وأما توابع المسكن فمثل الحطب والملح لطبخ الطعام وغيرهما.⁽³⁾

وعند الظاهرية، النفقة تتضمن الطعام والكسوة والمسكن على قدر مال الزوج. فإذا وجبت الزوجية فالنفقة والكسوة والمسكن واجبة. كما تجب للمطلقة الرجعية خلال عدتها مثلها مثل الزوجة.⁽⁴⁾

نخلص من هذه التعاريف إلى أن النفقة عند فقهاء الشريعة لها تعريف عام ويعني الإخراج، كما لها تعريف خاص ويعني إخراج الدراهم لاستعمالها في الخير. وهذا التعريف الخاص هو الذي يهمننا في دراستنا، وهو تعريف أدق من التعريف اللغوي، إذ أن إخراج الدراهم في تعريف فقهاء الشريعة لا يُعتبر نفقة إلا إذا استعمل في خير، أما غيره كالغرامات مثلا فليس بنفقة. يقول الفقهاء: ينفق الرجل أي يخرج الدراهم لاستعمالها فيما يسد حاجات نفسه أو غيره. ومن هذا الغير نجد الزوجة والأقارب والعبيد تبعا لكون أن أسباب النفقة هي النكاح والقرابة والملك. وليس يهمننا إلا نفقة الزوجة، وقد تبين من تعاريف الفقهاء أنهم متفقون بشأنها على خاصيتين:

(1) مواهب الجليل من أدلة خليل. 232/ 3.

(2) محمد الشربيني الخطيب. مغزي المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج. مطبعة مصطفى البابي الحلبي. مصر. 1958. ج. 3. ص. 425 وما يليها.

(3) الإقناع لطالب الانتفاع. 45/ 4.

(4) المحلى. 89/ 10.

- الأولى: أن نفقة الزوجة طعام وكسوة ومسكن.
- الثانية: أن هذه النفقة واجبة للزوجة في حق زوجها وكذلك للمطلقة المعتدة خلال العدة. وبهاتين الخاصيتين نستنتج أن تعريف النفقة في الشريعة الإسلامية وإن كان أدق من تعريفها اللغوي على العموم، إلا أن نفقة الزوجة على وجه الخصوص لا خلاف في تعريفها بين اللغة والشرع، وقد يكون هذا راجعا إلى كون تعريف نفقة الزوجة لغة مستمد من الشرع، فنفقة الزوجة لغة وشرعا هي ما يجب لها على الزوج من طعام وكسوة ومسكن. وما يُقال في الزوجة يُقال أيضا في المطلقة المعتدة.
- وهذا ويلاحظ أنه سواء في اللغة أو في الشرع عُرِّفت النفقة بمضمونها.

ثالثا: تعريف النفقة في الاصطلاح القانوني

تنص المادة 78 من قانون الأسرة على ما يلي: "تشمل النفقة: الغذاء والكسوة والعلاج والسكن أو أجرته وما يُعتبر من الضروريات في العرف والعادة."

يتبين من النص المذكور أن المشرع كذلك يعرف النفقة ببيان مضمونها، والنفقة المقصودة هنا هي النفقة بالمفهوم المطلق، أي تلك التي ينفقها الرجل على نفسه وزوجته وأصوله وفروعه وكل من تجب عليه نفقته، وليست مقتصرة على نفقة الزوجة فحسب باعتبار أن نص المادة 78 قد جاء تحت الفصل الثالث المعنون بـ "النفقة" من الباب الثاني المعنون بـ "انحلال الزواج" من الكتاب الأول المعنون "الزواج والطلاق" من قانون الأسرة. وهذا الفصل المتعلق بالنفقة قد نص فيه المشرع على وجوب نفقة الزوجة على زوجها وهذا في المادة 74، وعلى نفقة الولد على الأب في المادة 75، وعلى نفقة الولد على الأم في حالة عجز الأب في المادة 76، وعلى نفقة الأصول والفروع في المادة 77، ثم بيّن بعدها مضمون كل هذه النفقات في نص المادة 78 المذكور أعلاه، فدل على أنه تعريف لمطلق النفقة.

وبالرجوع إلى نفقة الزوجة، وكذا نفقة المطلقة المعتدة، فهي في نظر المشرع طعام وكسوة ومسكن وعلاج وكل ما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة.

وبهذا التعريف فإن المشرع جعل للنفقة أربعة عناصر رئيسية وهي الطعام والكسوة والمسكن بالإضافة إلى العلاج، أما ما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة فلم يبينه المشرع تاركاً ذلك للاجتهاد الفقهي والاجتهاد القاضي بحكم سلطته التقديرية.

ومن الاجتهاد الفقهي في محاولة تبيان ما يُعتبر من الضروريات في العرف والعادة نجد ما قاله الأستاذ الغوثي بن ملحّة في تعريفه لنفقة الزوجة بأنها "طعام وكسوة وكذا الأشياء اللازمة للمعيشة"⁽¹⁾. لكن يؤخذ على هذا التعريف أن من الأشياء ما قد يراه البعض لازماً للمعيشة بينما يراه البعض الآخر غير لازم.

ويرى الأستاذ عبد العزيز سعد بأن نفقة الزوجة هي "ما تحتاجه من غذاء ولباس وعلاج وسكن وغيره"⁽²⁾. فهذا التعريف بين العناصر الرئيسية للنفقة المنصوص عليها في قانون الأسرة ثم أضاف إليها عبارة "وغيره" أي غير هذه العناصر من نفقات. لكن يؤخذ على هذا التعريف أنه لا يمكن اعتبار كل النفقات الأخرى من غير هذه العناصر الأربعة المذكورة ضرورياً في العرف والعادة، فما عدا هذه العناصر قد يكون ضرورياً وقد لا يكون ضرورياً في العرف والعادة.

وأما من الاجتهاد القضائي، فقد جاء في قرار للمحكمة العليا بأن مسكن الزوجية يُشترط أن يكون كامل المرافق والأدوات اللازمة لشؤون المنزل. فمن هذا الكلام يتبين أن المسكن عنصر ضروري في النفقة، وأما مرافقه وكذا الأدوات اللازمة لشؤون المنزل فهي من الضروريات في العرف والعادة، وهي أيضاً واجبة على الزوج لزوجته. ونرى أن ما ذهب إليه اجتهاد المحكمة العليا صائب إذ أنه حسب رأينا ما يُعتبر من الضروريات في العرف والعادة لا يخرج عن أن يكون تابعاً للعناصر الرئيسية للنفقة. فالطعام عنصر ضروري في النفقة له توابع ضرورية في العرف والعادة كماء الشرب مثلاً، والكسوة عنصر ضروري في النفقة لها توابع ضرورية في العرف والعادة كالحذاء والجوارب مثلاً، والمسكن عنصر ضروري في النفقة له توابع ضرورية في العرف والعادة كالفرش والغطاء مثلاً وهكذا..

(1) الغوثي بن ملحّة. قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء. ديوان المطبوعات الجامعية. الجزائر. ط1. 2005. ص 80.

(2) عبد العزيز سعد. المرجع السابق. ص 256.

نخلص إذن إلى أن نفقة الزوجة في اصطلاح قانون الأسرة هي ما يلتزم به الزوج نحو زوجته من طعام وكسوة ومسكن وعلاج بتوابعهم الضرورية. ومن هذا التعريف يتبين أن نفقة الزوجة - وكذا المطلقة المعتدة - في قانون الأسرة لها خاصيتان:

- الأولى: أن نفقة الزوجة هي طعام وكسوة ومسكن علاج.
- الثانية: أن هذه النفقة واجبة للزوجة في حق الزوج وكذلك للمعتدة خلال العدة.

وبمقارنة تعريف نفقة الزوجة في قانون الأسرة مع تعريفها في الشريعة لا نجد فرقا إلا في شيء واحد وهو أن المشرع أضاف عنصرا آخر في النفقة لم تذكره الشريعة الإسلامية وهو عنصر العلاج، مما يتطلب منا التعرض لدراسة مضمون النفقة بدقة لمعرفة موقف الشريعة من نفقة العلاج التي جاء بها المشرع في قانون الأسرة.

الفرع الثاني

مضمون نفقة العدة

نتساءل ما هو مضمون النفقة في الشريعة الإسلامية؟ وهل مضمون النفقة في قانون الأسرة مطابق لها؟

الإجابة على هذا السؤال تتطلب دراسة مضمون نفقة العدة في كل من الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة.

أولا: مضمون نفقة العدة في الشريعة الإسلامية

تبين من تعريف نفقة الزوجة ونفقة المعتدة في الشريعة الإسلامية بأنها كل ما يلتزم به الزوج لكفاية حاجات زوجته أو مطلقته من طعام وكسوة ومسكن. وتعد هذه العناصر الثلاثة عند الفقهاء ضرورية وواجبة على الزوج بما فيها توابع كل عنصر منها حسب العرف، أما ما زاد عنها فليس بضروري ولا يلتزم به الزوج، فهو من الكماليات التي إن أتى بها الزوج كان مأجورا، وإن لم يأت بها لم يأنم. ولمعرفة ما هو ضروري وما هو غير كذلك وبالتالي ما يلتزم به الزوج وجوبا وما لا يلتزم به، نبين مضمون كل عنصر من عناصر النفقة كما يلي:

1- نفقة الطعام

عند أبو حنيفة يعتبر ضروري من الطعام كل من الخبز والطبخ وهو المقصود بالأدم، والماء للشرب وللوضوء ولغسل البدن والثياب.

ولا يلتزم الزوج بغير ذلك، فلا يلتزم بالفاكهة ولا يلتزم بالقهوة والدخان وإن تضررت بتركهما لأنهما إن كانا من قبيل التفكه أو الدواء فكل من الفاكهة والدواء لا يلتزم بهما الزوج.

ويضيف بعض فقهاء الحنفية بأن الزوج يلتزم بأن يأتي للزوجة بطعام مهياً أي مطبوخ أو يأتيها بمن يكفيها عمل الطبخ والخبز. لكن أبو حنيفة نفسه قال: "إذا كانت الزوجة ممن لا تخدم أو كانت بها علة فعليه أن يأتيها بطعام، وإن كانت ممن يخدم نفسها وتقدر على ذلك فعليها الطبخ والخبز، فلا يلتزم به الزوج، ولا يجوز لها أخذ أجره على ذلك لوجوبه عليها ديانة ولو شريفة، لأن عليه الصلاة والسلام قسم الأعمال بين علي وفاطمة فجعل أعمال الخارج على علي رضي الله عنه والداخل على فاطمة رضي الله تعالى عنها مع أنها سيدة نساء العالمين" (1). وأما الماء فعليه أن ينقل إليها الماء أو يأذن لها بنقله، وإن كانت موسرة استأجرت من ينقله إليها.

وعند المالكية يعتبر ضروري من الطعام كل من القوت مع الطبخ وهو الأدم. ومن بين القوت السكر واللوز والعناب وكل ما تنقوت به. ويلزم لها الماء للشرب والطبخ وغسل الثياب والأواني وللوضوء والغسل. ويلزم الزيت للأكل والإدّهان، كما يلزم الملح والبصل واللحم للموسر المرة بعد المرة.

ولا يلتزم الزوج بالعسل والسمن والجبن إلا إذا كان إداما عادة. ولا يلتزم بفاكهة رطبة ولا يابسة إلا ما كانت إداما عادة كقثاء وخيار.

ويرى المالكية أن الزوج إذا كان فقيراً أو كانت الزوجة غير أهل للإخدام فتكون عليها خدمة الداخل ولو كانت غنية ذات قدر، فتلتزم هي بعجن الخبز وطبخ الطعام واستقاء الماء، فلم يجبر الزوج هنا بالطعام المهياً. (2)

(1) حاشية رد المحتار على الدر المختار. 3/ 579 وما يليها.

(2) شمس الدين الدسوقي. حاشية الدسوقي على الشرح الكبير. دار إحياء الكتب العربية. بيروت. بدون سنة. ج2. ص510.

وعند الشافعية الطعام الضروري يتضمن القوت والأدم. أما القوت فنحو حنطة أو شعير أو تمر أو غيرها، حتى يجب الأقط واللحم. وأما الأدم فنحو زيت وشيرج وسمن وجبن وتمر وخل. ويتضمن الطعام أيضا ماء الشرب. ولا تستحق الزوجة غير الطعام والأدم. أما الفاكهة فإن غلبت في أوقاتها فتجب على الزوج للزوجة لأن الشافعية يرون بأن الأدم يختلف بالفصول الأربعة، فيجب لها في كل فصل ما يعتاده الناس من الأدم وقد تغلب الفاكهة في أوقاتها فتجب.

والزوجة عند الشافعية ليس عليها طبخ ولا عجن بل على الزوج مؤنة ذلك. ويجوز أن يعطيها بدل القوت نقدا بشرط أن يتراضيا على ذلك لأنه غير واجب بل اعتياض، والاعتياض شرطه التراضي.

ويجب أن يختلف الأدم باختلاف القوت. فمن قوتها التمر لا يفرض لها التمر أدما ولا ما لا يؤكل مع التمر عادة كالخل.⁽¹⁾

وعند الحنابلة الطعام الضروري هو الخبز بأدمه المعتاد لما يصلح لمثل الزوجة. فإن اعتادت اللحم وجب لها اللحم وكل ما يحتاج إليه في طبخه سواء كانت الزوجة موسرة أو معسرة، لأن الموسرة يفرض لها خبز خاص ولحم، والمعسرة يفرض لها خبز خشكار ولحم العادة أي لحم المعسرين. فلكل منهما نفس جنس الطعام والاختلاف إنما يكون في الجودة. ومهما كانت يجب أن لا يقطعها اللحم فوق أربعين، وقيل: كل شهر مرة. كما يتضمن الطعام بالإضافة إلى الخبز والأدم الماء للشرب. ولا يلتزم الزوج بغير ذلك، ويجب عليه أن يأتيها بطعام مهيا فليس على الزوجة طبخ ولا عجن⁽²⁾. فإن دفع لها الطعام حبا لم يلزمها قبوله لما فيه من تكليف لها بطحنه وعجنه وخبزه. وإن طلبت هي مكان الطعام دراهم لم يلزم الزوج بذلها إلا إذا رضي. ففرض الدراهم لا أصل له في كتاب ولا سنة ولا نص عليه أحد من الأئمة، أما إذا دفع هو الدراهم لها لم يلزمها قبولها إلا إذا رضيت لأنه ضرر عليها لحاجتها إلى من يشتريه لها.⁽³⁾

وعند الظاهرية الطعام الضروري هو ما يفتاته أهل بلد الزوجة، فإن كانا في بلد لا يأكلون فيه إلا التمر أو التين أو بعض الثمار أو اللبن أو السمك قضى لها بما يعتاده أهل

(1) مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج. 2/ 427 وما يليها.
(2) الشيباني. مختصر الإنصاف والشرح الكبير. المطبعة السلفية. بدون سنة. ص 449
(3) شرح منتهى الجارادات 244/3 وما يليها.

بلدها. وعلى الزوج أن يأتيها بالطعام مطبوخا تماما، فعليه أن يأتيها برزقها ممكنا لها أكله، فليس عليها عجن ولا طبخ لأن ما يوصل إلى أكله إلا بعجن وطبخ فليس برزق. والقوت عند الظاهرية خبز ولحم وفاكهة الوقت وماء. وتختلف الجودة حسب عسر أو يسر الزوج والزوجة.⁽¹⁾

نستخلص من أقوال الفقهاء أن الطعام الضروري الذي يلتزم به الزوج نحو زوجته هو القوت وما يؤكل مع القوت من أدم، بالإضافة إلى الماء. ويدخل في مفهوم القوت كل ما تتقوت به من نحو خبز أو حنطة أو شعير أو تمر أو غيرها بحسب ما أعتيد عليه، ويدخل في مفهوم الأدم كل ما يؤكل مع القوت كاللحم يؤكل مع الخبز أو الزيت أو السمن أو غيره بحسب ما أعتيد عليه في عرف كل مكان وفي كل زمان. ولهذا فقد تعتبر الفاكهة أدما كما قال الشافعية فتجب حينئذ وقد لا تعتبر أدما فلا تجب. أما غير القوت والأدم والماء فلا يعتبر ضروريا ولا يجب على الزوج، فإن تفضل به فهو مأجور.

هذا وقد أجاز الفقهاء إعطاء الزوجة الدراهم بدل الطعام بشرط أن يتراضيا على ذلك. هذا هو الضروري من الطعام الذي يلتزم به الزوج نحو زوجته، ولا يختلف بعد الطلاق إذا صارت الزوجة في العدة، حيث يكون لها من الطعام ما كان لها حال قيام الزوجية دون زيادة أو نقصان.

2- نفقة الكسوة

عند الحنفية الكسوة الواجبة على الزوج لزوجته تتضمن درعا وخمارا وملحفة عموما كملبس تلبسه الزوجة، ويختلف باختلاف الأعراف والأوقات. فمنهم من عرفهم الجبة والسراويل، ومنهم من عرفهم الإزار. ويجب لها في الشتاء درع خزرجية قز وخمار إيريسم، وجوارب لدفع البرد الشديد. أما الخف أو المكعب والإزار للخروج فمنهم من قال بأنه ليس ضروري لأن عرفهم أن المرأة لا تخرج، ومنهم من قال أنه ضروري لأن المرأة يحل لها أن تخرج في مواضع فلا بد لها من ساتر ومداس لرجلها، وهذا هو

(1) المحلى. 10/ 88 وما يليها.

الراجح. ولا خلاف في ضرورة الخف للزوجة إذا اعتادت أن تلبسه في البيت وكذلك الجورب.

ويجب لها أيضا الفراش واللحاف وما تنام عليه وما تدفع به أذى الحر والبرد.⁽¹⁾ وقال أبو حنيفة تجب المطلقة الرجعية النفقة والسكنى والكسوة إن طالت العدة، وقد فسرها ابن عابدين أن العدة لا تطول عادة فيستغنى عن الكسوة بخلاف الطعام فإنه يومي لا يستغنى عنه في العدة وإن قصرت مدتها.⁽²⁾

يفهم من هذا أن الحنفية يرون بأن الكسوة تجب بدخول وقتها، فإن كانت الزوجة قد أخذت كسوة الشتاء مثلا وبمجرد أخذها طلقها زوجها، فلا تجب لها كسوة أخرى حتى يدخل الربيع، فإن كانت العدة قد انتهت قبل دخول الربيع فلا كسوة لها في العدة، أما إن كان طلقها عند قرب انتهاء فصل الشتاء وكان قد كساها كسوة الشتاء ثم طلقها ودخل فصل الربيع وهي في العدة فتجب لها عليه كسوة الربيع.

وعند المالكية تتضمن كسوة الزوجة وجوبا ما تلبسه من ملابس حسب الفصول، للشتاء ما يناسبه وللصيف ما يناسبه إذا لم تناسب كسوة كل منهما الآخر وإلا كفت واحدة إذا لم تخلق. ومثل ذلك الغطاء والوطاء شتاء وصيفا، للشتاء ما يناسبه من فرو ولبد ولحاف وغير ذلك، وللصيف ما يناسبه.

ولا يلزم الزوج ثياب المخرج أي التي تلبسها للخروج بها، وهناك من قال أنها تلزم الزوج إن كان غنيا، كما لا يلزمه الحرير والخز وظاهره ولو أعتيد واتسع حال الزوج ولو كان شأنها لبسه، فإن تزوج رجل بنت أكبر من شأنها لبس الحرير فلا يلزمه إلباسها جرت العادة بلبسه أم لا، كان الزوج غنيا أم لا.

ويجب لها أيضا حصير تحت الفراش حسب عادة أمثالها، ويجب أيضا الغطاء والوطاء وما لا بد منه.

وأما خياطة ثوبها ففيه رأيان للمالكية، الأول يقول بأنه يكون حسب العرف والعادة، فإن جرى العرف به لزمها وإلا فلا. والرأي الثاني يقول بعدم لزوم خياطة ثوبها عليها وهذا هو الرأي الراجح.

(1) حاشية رد المحتار على الدر المختار. 3/ 580 وما يليها.

(2) حاشية رد المحتار على الدر المختار. 3/ 609 و610.

هذا ويجوز للزوج إعطاء الثمن عما لزمه من كسوة لزوجته.
أما المطلقة طلاقاً بائناً ولم تكن حاملاً، فإن كان الطلاق بعد أشهر من قبض الكسوة فلا ترد تلك الكسوة، وإن كان بعد شهر أو شهرين فإنها تردّها. يفهم من هذا أن المطلقة الرجعية مثل الزوجة في الكسوة فإن بانّت ولم يراجعها ردت هي الأخرى الكسوة إن كانت قبضتها قبل شهر أو شهرين من الطلاق يوم يصبح بائناً بينونة صغرى.⁽¹⁾
وعند الشافعية تتضمن كسوة الزوجة وجوباً قميص وهو ثوب مخيط يستر جميع البدن، وفي ذلك إشعار بوجود الخياطة على الزوج لا الزوجة، أي أنه يجب أن يأتيها بكسوة مخيطة، ويجب عليه لها سراويل وهو ثوب مخيط يستر أسفل البدن ويصون العورة، ويجب فقط في الشتاء لا في الصيف، وخمار وهو ما تغطي به رأسها، ومكعب وهو مداس الرجل من نعل أو غيره، ولو جرت عادة نساء القرى أن تمشين حافيات الأرجل في البيت فلم يجب على الزوج المكعب. وتجب لها في الشتاء جبة محشوة قطناً أو فروة بحسب العادة لدفع البرد، فإذا اشتد البرد فجبّتان أو أكثر بقدر الحاجة. ويجب لها توابع ذلك مثل كوفية للرأس وتكة للباس وأزرار للقميص والجبة ونحوها. ولا فرق بين البدوية والحضرية في عدد الكسوة وإنما الاختلاف يكون في الجودة والرداءة أي في ليونة اللباس أو خشونته.

ويجب لها ما تقعد عليه من زلية أي شيء مضرب صغير، وقيل بساط صغير لزوجته المتوسط أو لبد في الشتاء أو حصير في الصيف لزوجته المعسر، وطنفسة في الشتاء ونطع في الصيف لزوجته الموسر. وكذا يجب لها فراش للنوم غير ما تفرشه بالنهار، فيجب لها مضربة ومخدة ولحاف في الشتاء وملحفة في الصيف كل ذلك حسب العرف والعادة.⁽²⁾

وعند الحنابلة تتضمن الكسوة ملبساً للزوجة وأقله قميصاً وسراويل وطرحة ومقنعة ومداس وجبة للشتاء، ويجب لها فراش للنوم وأقله فراش ولحاف ومخدة وإزار. ويجب لها ما تجلس عليه وأقله بساط ورفيع الحصير. ولزوجة الموسر الحق في الحرير والخز وجيد الكتان وجيد القطن على ما جرت به عادة أمثالها من الموسرات.

(1) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير. 513/2 وما يليها.

(2) مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج. 429/3 وما يليها.

والمطلقة الرجعية خلال عدتها كالزوجة في الكسوة. وكذلك البائن الحامل ما دامت في عدتها.⁽¹⁾

وعند الظاهرية تتضمن الكسوة الضرورية ما تلبسه الزوجة على قدر مال الزوج، فالموسر عليه الخز والمتوسط عليه جيد الكتان والقطن، والمعسر على قدره. ويكسوها طبقا لما هو معروف من ملابس الناس. كما تتضمن الكسوة الوطاء والغطاء ما يكون دافعا لضرر الأرض عنها.

وعلى الزوج أن يأتي لزوجته بكسوة مهيأة ومخيطة تامة ولا يلزمها غزلها ولا نسجها إذ عليه بكسوة ممكنة لباسها لأن ما لا يوصل إلى لباسه إلا بغزل ونسج وخياطة فليس بكسوة.

والكسوة إذا وجبت لها في حقها فهي لها سواء ماتت أو طلقت ثلاثا أو أتمت عدتها ليس عليها ردها لأنها مالكة لها.⁽²⁾

نستخلص من أقوال الفقهاء إلى أن الكسوة الضرورية للزوجة هي ما تلبسه من رأسها إلى قدميها ما يدفع عنها الحر والبرد، ويكون قدر ما يكسوها منها قدر الحاجة، أما ما زاد عن الحاجة فغير ضروري.

ومن الكسوة أيضا ما تفرشه الزوجة سواء للجلوس أو للنوم أيضا ما يكفي لدفع الحر والبرد عنها حسب عرف الزمان والمكان. وكذلك ما كان من توابع الكسوة كالأزرار والتكة وغيرهما من الأشياء التي لا تكتمل الكسوة إلا بها.

وما يزيد عن الحاجة من الكماليات هو غير ضروري لا يلزم الزوج، فإن جاء به لها فهو مأجور.

هذا وأن للمعتدة من طلاق أيضا حق على مطلقها في الكسوة، فلها الكسوة لدخولها في النفقة، غير أن من الفقهاء من لم يذكر الكسوة للمعتدة من طلاق وذلك لأن العدة لا تطول غالبا فيستغنى عنها. وحاصل الكلام في هذا أن المطلقة المعتدة تستحق الكسوة بحلول أجلها كدخول الشتاء أو دخول الصيف، فإن حل الأجل وهي في العدة استحققت الكسوة الجديدة، وإن لم يحل الأجل بعد وانتهت العدة اكتفت بالكسوة الأخيرة ولم يلزم

(1) شمس الدين ابن قدامة المقدسي. المغني والشرح الكبير. دار الكتاب العربي. بيروت. 1983. ج9. ص235.

(2) المحلى. 10/ 89.

الزوج بكسوة جديدة لصيرورة المرأة أجنبية عنه لاحق لها عليه وذلك ببيونة طلاقها. وهذا وقد اختلف الفقه في وجوب رد أو عدم رد الكسوة التي قبضتها قبل شهر أو شهرين من بيونة الطلاق، وسيتم معالجة هذا الخلاف في أوانه إن شاء الله.

3- نفقة المسكن

عند الحنفية تتضمن نفقة الزوجة المسكن بتوابعه. أما المسكن فهو مسكن الزوجية الذي يلتزم الزوج بإيوائها فيه، وأما توابعه فمتاع البيت الذي تستعمله الزوجة عادة، فيجب عليه آلة طحن وآنية شراب وطبخ ككوز وجرة وقدر ومغرفة وكذا سائر أدوات البيت.

ويجب عليه أيضا ما دامت تسكن معه أن يأتيها بما تنتظف به وتزيل الوسخ كالمشط والدهن والسدر والخطمي والأشنان والصابون على عادة أهل البلد، وما يمنع الصنان أي نتن الإبط. أما الخضاب والكحل فلا يلزمه بل على اختياره. أما الطيب فيجب عليه ما تقطع عنها ريح العرق فقط ولا يجب عليه غيره من الطيب.

وتجب لها السكنى بشروط كأن يسكنها في بيت خال عن أهله أي منفرد، وكذا بمرافق لا يشاركها فيها غيرها كالكنيف أو المطبخ. كما يجب عليه الخادم، وقد يجب أكثر من واحد عند البعض وقال البعض الآخر بالاقْتِصَار على خادم واحد.

ويجب المسكن بتوابعه للمطلقة المعتدة نقضي فيه عدتها إلى أن تنتهي.⁽¹⁾

وعند المالكية يجب المسكن بتوابعه وهي الوقود والحطب للطبخ، وسرير النوم، وزينة تستنصر بتركها كالكحل والدهن والحناء لرأسها والمشط بفتح الميم وهو ما يخمر به الرأس من دهن وحناء وغيرهما، أما المشط بضم الميم وهو آلة مشط الشعر وعقسه فلا تلزمه ولا تلزمه المكحلة.

ويجب أن يأتي لها بالخادم إن كانت أهلا للإخدام ولو بأكثر من خادم واحد إذا لم يكف الواحد، أما إذا لم تكن أهلا له فعليها خدمة بيتها من كنس وفرش وطبخ وعجن.⁽²⁾ ويجب المسكن بتوابعه للمطلقة المعتدة للاعتداد فيه.

وعند الشافعية يجب لها مسكن يليق بها بمتاعه. أما المسكن فأين يأويها، ولا يشترط أن يكون مملوكا له بل يجوز موقوفا أو مستأجرا أو مستعارا. وأما المتاع فمن نحو آلات أكل

(1) حاشية رد المحتار على الدر المختار. 579/3 وما يليها.

(2) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير. 510/2.

وشرب وطبخ ومواعين وما تغسل فيه ثيابها و ما لا تتم المعيشة بدونه، كما يجب لها آلة التنظيف كمشط ودهن، والمطيب بالورد أو البنفسج إن اعتادته وجب، ويرجع في كل هذا إلى العرف. كما يجب عليه لها ما تغسل به الرأس من سدر أو خطمي على حسب العادة لاحتياجها إلى ذلك، ومرتك بفتح الميم وكسرها لقطع رائحة الإبط، ولا يجب عليه لها كحل ولا خضاب ولا عطر ولا أدوات الزينة ولا حلي لزيادة التلذذ وكمال الاستعمال، وذلك حق له فلا يجب عليه.

ويجب لها خادم إن كانت ممن تخدم في بيت أبيها⁽¹⁾. ويجب لها كل هذا خلال العدة من طلاقها.

وعند الحنابلة يجب للزوجة وللمطلقة المعتدة مسكن بالمعروف حسب وسع الزوج، ويجب توابع المسكن مثل ماعون الدار وزيت مصباح. وعلى الزوج لها أيضا مؤنة نظافتها من دهن وسدر وثن ماء وثن مشط وأجرة قيِّمة وهي التي تغسل شعرها وتسرحه وتظفره أي الماشطة.

ويجب عليه لها خادم لكنس الدار وتنظيفها وغير ذلك، ولا يلزم أكثر من خادم واحد لأن المستحق عليه خدمتها في نفسها وذلك حاصل بالواحد.

كما يجب عليه لها مؤنسة لحاجة كخوف مكانها وعدو تخاف على نفسها منه، لأن ليس من المعاشرة بالمعروف إقامتها بمكان لا تأمن فيه على نفسها.⁽²⁾

وعند الظاهرية يلزم الزوج إسكان زوجته أو مطلقته المعتدة على قدر طاقته لقول الله تعالى **"..أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم.."**، ولا يلزمه لها حلي ولا طيب لأن الله عز وجل لم يوجبهما عليه ولا رسوله صلى الله عليه وسلم.

ويجب لها عليه خادم يكفيها جميع العمل من الكنس والفرش، لأن المرأة عند ابن حزم لا يلزمها أن تخدم زوجها في شيء أصلا، لا في عجن ولا طبخ ولا فرش ولا كنس ولا غزل ولا نسج ولا غير ذلك أصلا، ولو أنها فعلت لكان أفضل لها.⁽³⁾

نستخلص من أقوال الفقهاء أن على الزوج نفقة المسكن لزوجته أو لمطلقته المعتدة خلال العدة، ويجب المسكن بتوابعه. فأما المسكن فهو المكان الذي يؤوي فيه الزوج

(1) مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج. 432/3 وما يليها.

(2) منتهى الإرادات. 236/2.

(3) المحلى. 91/ 10 وما يليها.

زوجته، ولا يشترط أن يكون مملوكا له، بل يجوز أن يكون في حيازته حيازة حلال لا مغصوب، كأن يكون مستأجرا أو مستعارا أو موقوفا. وأما توابع المسكن فهي متاع البيت قدر الحاجة من مواعين وأدوات نظافة سواء لنظافة البيت أو لنظافة الزوجة. أما ما هو كماله فلا يلزم الزوج فإن أتى به لها كان مأجورا. هذا وقد نجد بعض الخلاف الطفيف بين الفقهاء فيما يعتبر ضروري وما يعتبر كماله، فالكحل مثلا منهم من يعتبره ضروري وبالتالي يلتزم به الزوج كالمالكية، ومنهم من لا يعتبره ضروري فلا يلتزم به الزوج كالحنفية والشافعية، فلا يلتزم به الزوج عندهم. ونعتقد أن اعتبار المتاع ضروري أو غير ضروري يرجع إلى العرف والعادة. والخادم منهم من يرى كفاية الخادم الواحد ومنهم من يرى أكثر، وهذا خلاف في الأمور الفرعية. وأما الإتيان بالخادم فينتفق الفقهاء على التزام الزوج بأن يأتي للزوجة بخادم للقيام بالأعمال المنزلية ككنس ومسح وطبخ وفرش، لكن منهم من يشترط في هذا أن تكون الزوجة أهلا للإخدام، ومنهم من يشترط أن يكون الزوج موسرا قادرا على توفير الخادم، وإلا فلا يلتزم الزوج بالخادم للزوجة وتلتزم هي بالأعمال المنزلية لأنه من الأفضل لها.

وعلى كل حال فالخادم في وقتنا هذا أمر ثانوي وليس ضروري إذ أن المرأة التي تباشر خدمة منزلها بنفسها أفضل لها من الاستعانة على ذلك بخادم.⁽¹⁾

ثانيا: مضمون النفقة في قانون الأسرة

نبين أولا مضمون النفقة في قانون الأسرة، ثم لعلنا أن المشرع قد أضاف عنصر العلاج نبين موقف الشريعة الإسلامية من هذه الإضافة.

1- مضمون النفقة طبقا لنص المادة 78 من قانون الأسرة

تنص المادة 78 من قانون الأسرة على ما يلي: "تشمل النفقة: الغذاء والكسوة والعلاج، والسكن أو أجرته، وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة."

كما سبق بيانه فإن النفقة في قانون الأسرة تتضمن العناصر الأساسية الثلاثة وهي الطعام والكسوة والسكن، بالإضافة إلى عنصر أساسي رابع وهو العلاج.

(1) عبد الرحمن الجزيري. المرجع السابق. ص 537.

أما عن العناصر الثلاثة الأولى فلم يبين المشرع ما هو ضروري منها فيلتزم به الزوج وما هو غير ضروري فلا يلتزم به. لكننا نجد بعض الفقه القانوني قد فسر الطعام بأنه "الغذاء"، وفسر الكسوة بأنها "اللباس"، وفسر المسكن بأنه "المسكن الصالح أو أجرته حسب يسار الزوج"، لكن دون تفصيل أو شرح.⁽¹⁾

وإذا أردنا أن نعرف مضمون كل عنصر بالتفصيل نعود إلى أحكام الشريعة الإسلامية فنجد فيما يخص الطعام أن الضروري منه عموماً هو القوت والأدم والماء حسب عرف الزمان والمكان.

فأما القوت في عرفنا فهو الخبز، وأما الأدم فهو الخضار واللحم أحياناً حسب إمكانيات كل أسرة، هذا إذا تعلق الأمر بأكلة الغذاء والعشاء، ويكون الأدم حليب أو قهوة أو شاي حسب عادات الأسر لدينا إذا تعلق الأمر بفطور الصباح. فهذه هي الضروريات المتعارف عليها في مجتمعنا الجزائري، ويتبعها ماء الشرب. أما غيرها مثل الزبادي والفاكهة والعصير والمشروبات الحلوة فليست ضرورية ولا يلتزم بها الزوج.

وفيما يخص الكسوة فالضروري منها في الشريعة الإسلامية عموماً ما يستر بدن المرأة من رأسها إلى قدميها ويدفع عنها الحر والبرد وهذا حسب عرف الزمان والمكان، والمتعارف عليه عندنا في المجتمع الجزائري أن كسوة المرأة ما اعتادت لبسه يومياً من ملابس سواء داخل البيت أو خارجه، وهذا من رأسها إلى قدميها، كجبة ونعل للقعود في البيت وفتان ونحوه وتوابعه، وحذاء ونحوه (جزمة) وخمار وعباءة للخروج من البيت. ويشترط ما يكفي منها لدفع البرد أو الحر.

وفيما يخص المسكن فهو المأوى الذي يؤوي فيه الزوج وزوجته، ونعتقد أن وصف الفقه للمسكن بالصالح يقصد به المسكن اللائق بالزوجة حيث لا تتأذى فيه ولا تخشى فيه على متاعها، ولها الحق أن تشتترط عليه أن يسكنها وحدها، وهذا غير مخالف للشريعة الإسلامية⁽²⁾. أما توابع المسكن فكل ما احتاجت إليه من ماعون وأثاث وفرش للقعود وللنوم حسب العرف حيث لا تتم المعيشة إلا به.

(1) بلحاج العربي. الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري. ديوان المطبوعات الجامعية. الجزائر. 1987. ص 173.

(2) عبد الرحمن الجزيري. المرجع السابق. ص 538.

هذه محاولة فقهية في بيان الضروري من عناصر النفقة الثلاثة المذكورة. وبالرجوع إلى الاجتهاد القضائي فإننا لا نجد في زماننا هذا قاضيا يقوم النفقة بأنواع المأكولات والملبوسات وأمتعة البيت، بل النفقة في المحاكم تقوم دائما بالنقود، بشرط أن يدخل القاضي كل عناصر النفقة في اعتباره عندما يقرر الحكم بالمبلغ المناسب للنفقة المطلوبة، مراعيًا في ذلك ظروف المعيشة وغلاء الأسعار.⁽¹⁾

ويعني هذا أن القاضي إذا حكم بمبلغ معين للنفقة، فإن هذا المبلغ يتوصل إليه بعد تقدير نفقة الطعام على حدة، ويضيف إليها نفقة الكسوة بعد تقديرها حسب ما تحتاجه المرأة من لباس فصلي وحسب أسعار هذا اللباس وحسب مدخول الزوج، مضافا إليها نفقة أجرة المسكن إن وجدت، والمجموع يقضي به على الزوج كمبلغ إجمالي لنفقة الزوجة كل هذا مع مراعاة ظروف المعيشة وغلاء الأسعار ودخل أو راتب الزوج.

ومن أمثلة مراعاة القاضي لظروف المعيشة وغلاء الأسعار ما نجده من أحكام قضائية تختلف فيها مبالغ نفقة العدة باختلاف المعيشة على مر السنوات. ففي سنتي 1980 و 1982 كان القضاة يحكمون بمبلغ 600 دج نفقة عدة⁽²⁾، ثم ارتفع هذا المبلغ في سنة 1990 إلى 2000 دج⁽³⁾، وفي سنة 1998 إلى 7000 دج⁽⁵⁾ إلى أن وصل إلى 30.000 دج في سنة 1996.⁽⁵⁾

ومن أمثلة مراعاة القاضي لراتب الزوج بفرض نفقة الموسرين على الموسر ونفقة المعسرين على المعسر، علما أن المعسر مهما كانت درجة إعساره فإنه لا يعفى من دفع النفقة وإنما يُكَلَّف بالحد الأدنى لها كما يتبين مما جاء في قرار للمحكمة العليا في ادعاءات الطاعن ما يلي: "حيث أن النفقات إنما تقدر حسب دخل الفرد وقد اعتبر المدعي في الطعن عند تقدير النفقات له صفة مقاول في حين أنه مجرد فلاح". فجاء رد المحكمة العليا على هذا الإدعاء بما يلي: "حيث أن النفقات المحكوم بها إنما تشكل حدا أدنى للمعيشة وأنه لا يمكن الاحتجاج في هذه الحالة بعدم التقدير السليم للنفقات حتى ولو كان فلاحا بسيطا.⁽⁶⁾

(1) قرار رقم 44630 بتاريخ 09.02.1987. المجلة القضائية. 1990. العدد 3. ص 55. أنظر ملحق ص 4.
(2) قرار رقم 31997 بتاريخ 09.01.1984. المجلة القضائية. 1989. العدد 1. ص 73. أنظر ملحق ص 4.
(3) قرار رقم 89635 بتاريخ 27.04.1993. المجلة القضائية. 1994. العدد 1. ص 53. أنظر ملحق ص 5.
(4) قرار رقم 215212 بتاريخ 16.02.1999. رشرة القضاة. 1997. العدد 54. ص 97. أنظر ملحق ص 5.
(5) قرار رقم 127948 بتاريخ 16.01.1996. رشرة القضاة. 1999. العدد 54. ص 100. أنظر ملحق ص 5.
(6) قرار رقم 51596 بتاريخ 07.11.1988. رشرة القضاة. بدون سنة. العدد 45. ص 60. أنظر ملحق ص 5.

وهذا وإن تقدير النفقة بالنقود لم يرد لا في القرآن ولا في السنة، ولكن وجدنا أن من الفقهاء من أجاز إعطاء الزوجة النقود بدل النفقة بشرط أن يتراضيا على ذلك. ولما شاع في زماننا اليوم إعطاء الزوج النفقة لزوجته نقدا وكلاهما راض عن هذا البديل، وأن النقود صارت أسهل للطرفين في غالب الأحوال، والمجتمع كله راض عن التعامل بالنقود، امتد الحكم بالنفقة في شكل نقود إلى المحاكم، ولم تسجل حالة تطالب فيها الزوجة أو الزوج بفرض النفقة طعاما أو كسوة بدل النقود، لكن لو حدث هذا وجب على القاضي في اعتقادنا أن يعدل عن النقود ويحكم بالنفقة طعاما أو كسوة حسب ما يطالب به المتقاضى وعلى النحو الذي بيناه، لأن فقهاء الشريعة لم يجيزوا دفع النفقة نقدا إلا بشرط تراضي الزوجين عليها.

أما نفقة العلاج، فقد أوجب المشرع على الزوج نفقة علاج زوجته من دفع أجره طبيب ومصاريف الدواء وكل متطلبات العلاج. وهذا ما طبقه القضاة في المحاكم حيث جاء في قرار مجلس قضاء ورقلة ما يلي: ".إن مصاريف العلاج تجب على الزوج قانونا وشرعا...".⁽¹⁾

لكن بالرجوع إلى الشريعة الإسلامية نجد أن عناصر النفقة ثلاثة، وهي كما سبق بيانه الطعام والكسوة والمسكن فقط ولم يذكر العلاج، مما يستوجب دراسة موقف الشريعة من نفقة العلاج.

2- موقف الشريعة الإسلامية من نفقة العلاج

تبين مما سبق أن عناصر النفقة في الشريعة الإسلامية هي ثلاثة: طعام وكسوة ومسكن، بينما في قانون الأسرة هي أربعة: طعام وكسوة ومسكن وعلاج. فتبين أن المشرع أضاف نفقة العلاج وهي غير مفروضة في الشريعة الإسلامية، فهل إضافة نفقة العلاج فيه مخالفة للشريعة؟

إن الجواب على هذا السؤال يتطلب معرفة موقف الشريعة الإسلامية من نفقة العلاج، ولمعرفته يتطلب الأمر دراسة موقف كل من فقهاء الشريعة القدماء والمعاصرين من نفقة العلاج.

(1) رشرة القضاة. 1970. العدد 1. ص 111.

أ- موقف الفقه القديم من نفقة العلاج:

عند الحنفية، لا يلتزم الزوج نحو زوجته بالدواء للمرض ولا أجره الطبيب ولا الفصاد ولا الحجام، أما أجره القابلة فللحنفية رأيان: الأول أنها على الزوج لأنها مؤنة الجماع، والثاني أنها على الزوجة مثلها مثل أجره الطبيب. وقد رجح ابن عابدين الرأي الأول، فجعل أجره القابلة على الزوج لأن نفع القابلة معظمه يعود على الولد فيكون على أبيه.⁽¹⁾ وعند المالكية، لا يلتزم الزوج بالدواء عند مرض الزوجة إلا ما كان منه قوتا، ولا بأجره الطبيب ولا الحجام. وأما أجره القابلة فتجب لحره ولو مطلقة، وتجب للزوجة عند الولادة ما جرت به العادة من الفراريج والحلبة بالعسل والمفتقة ونحو ذلك.⁽²⁾ وعند الشافعية، لا يلتزم الزوج بدواء الزوجة إذا مرضت ولا أجره الطبيب ولا الحجام ولا الفاصد ونحوه، وإنما يجب عليه طعامها أيام المرض وأدمها ولها صرفه في الداء ونحوه، فلا تستحق الزوجة غير الطعام والأدم.⁽³⁾ وعند الحنابلة، لا يلتزم الزوج بدواء ولا بأجره طبيب إذا مرضت لأن ذلك ليس من حاجتها الضرورية بل لعارض فلا يلزمه.⁽⁴⁾

نستخلص من عرض أقوال الفقهاء في نفقة العلاج، أن هناك اتفاق بين الفقهاء على أن الزوج لا يلتزم تجاه زوجته بنفقة العلاج، فهي غير واجبة في حقه لها ما عدا نفقة الولادة فقد أجازوها.

ويعود سبب عدم التزامه بنفقة زوجته عندهم في كون هذه النفقة غرضها إصلاح الجسم وهو غير ملزم بإصلاحه من جهة، ومن جهة أخرى النفقة تجب في نظير الاستمتاع والزوجة المريضة غير صالحة للاستمتاع فلا نفقة لها. كما أن الزوج يلتزم بأن ينفق ما به قوام الحياة العامة وهي حياة الصحيحة لا المريضة فلا تجب عليه نفقة العلاج. غير أنهم يلزمون الزوج بنفقة الولادة وهي في اعتقادنا جزء من نفقة العلاج.

(1) حاشية رد المحتار على الدر المختار. 3/ 579 وما يليها.

(2) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير. 511/2.

(3) مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج. 2/ 427.

(4) شرح منتهى الهمم. 244/3.

ب- موقف الفقه المعاصر من نفقة العلاج:

يرى عبد الرحمن الجزيري بأن نفقة العلاج لا تجب على الزوج في حال النزاع على النفقة بين الزوجين ورفع أمرها إلى القاضي، فلا يفرض هذا الأخير عليه سوى الطعام والكسوة والمسكن دون العلاج. أما في حالة الرضا فالزوج "مكلف بينه وبين الله بمعاملة زوجته أحسن معاملة، وأن قواعد الإسلام تقضي بإلزامه بمعالجتها إذا كان قادرا غنيا لأنه يجب على الأغنياء أن يغيثوا المكروب ويعينوا المريض، فالزوجة المريضة إذا لم يعالجها زوجها الغني وينقذها من كربها فمن يعالجها غيره من الأغنياء"، وهذا ما قصده الجمهور عند عدم إلزامهم الزوج بنفقة العلاج. أما إذا كان فقيرا لا يقدر على القوت الضروري إلا بجهد ومشقة فليس من المعقول أن يكلف بالدواء.⁽¹⁾

وقال مصطفى عبد الغني شيبية في الزوجة المريضة: ".ليس من الوفاء ولا من العدل أن تقابل وهي مريضة بإسقاط حقها في النفقة بدلا من أن تقابل بالعلاج والرعاية".⁽²⁾ وقال يوسف محمود عبد المقصود تعليقا على ما قرره الفقهاء في عدم وجوب نفقة العلاج على الزوج ما يلي: "ما يقرره الفقهاء وإن كان يتفق مع القواعد العامة في وجوب النفقة لكن ليس من الإحسان في العشرة والإمساك بالمعروف أن يتحمل الزوج نفقات علاجها؟ وخصوصا إذا كانت فقيرة متى كان الزوج قادرا على تحمل هذه النفقات، بل إن حسن المعاشرة والإمساك بالمعروف يقتضي أن يتحمل الزوج نفقات علاج زوجته فإن هذا ما يطيب نفسها ويدخل السرور على قلبها لما فيه من التقدير لها".⁽³⁾

وقال الدكتور رشاد حسن خليل: "إن من يرجع إلى أقوال الفقهاء في هذا الصدد يقف على أنهم لم يوجبوا على الزوج علاج زوجته إذا مرضت، ونرى أن هذا الأمر ينبغي النظر إليه على ضوء ما تقدم من أحكام في بعض أنواع النفقة وما جاءت به النصوص الشرعية من وجوب المعاشرة بالمعروف وتحقيق المودة والرحمة بين الزوجين... وذلك لا يحصل مع ترك الزوجة تعاني الأمراض والأسقام دون أن يقوم الزوج بعلاجها والاهتمام بأمرها".⁽⁴⁾

(1) عبد الرحمن الجزيري. المرجع السابق. ص 538.

(2) مصطفى عبد الغني شيبية. أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية. جامعة سيها. ليبيا. ط1. 2001. ص 417.

(3) يوسف محمود عبد المقصود. الحقوق المالية الناشئة عن عقد النكاح. رسالة دكتوراه. جامعة الأزهر. القاهرة. ص 249.

(4) رشاد حسن خليل. نفقة الزوجات في الفقه الإسلامي. مجلة الشريعة والقانون. جامعة الأزهر. القاهرة. 1997. العدد 14. ص 57.

وقال بدران أبو العينين بدران: "إذا كان الشرع لم يحدد النفقة وإنما أوجبها على الزوج وترك أمر تقديرها إلى العرف، فليأخذ ثمن الدواء والعلاج حكم العرف، وما من شك أن أهل العرف يذمون الزوج القادر، وينكرون عليه إذا أهمل زوجته المحتاجة إلى العلاج وتركها بدون تطبيب".⁽¹⁾

نخلص إلى أن فقهاء الشريعة الإسلامية المعاصرين يذهبون إلى القول بوجوب نفقة علاج الزوجة على الزوج إذا كان موسرا وكانت غير قادرة عليها، وبعدم تكليفه بها إذا كان معسرا لا يقدر حتى على النفقة الضرورية، فتكون في هذه الحالة عليها هي إذا كان لها مال، أو على من وجبت عليه نفقته من غير الزوج كالابن أو الأب إن لم يكن لها مال. وأساس وجوب نفقة العلاج على الزوج إذا كان قادرا عليها وجوب المعاشرة بالمعروف، والمعروف عندنا في مجتمعنا في هذا الزمان هو أن الزوج هو الذي يلتزم بمصاريف نفقات علاج زوجته. هذا وقد وجدنا أن الفقهاء قد فرضوا الطعام على الزوج لحفظ صحة الزوجة، فإنه يقاس على الطعام ثمن الدواء لحفظ الصحة. ثم أن الشرع لم يحدد النفقة وإنما أوجبها على الزوج وترك أمر تحديدها إلى العرف، والعرف في يومنا هذا يقتضي نفقة العلاج والتطبيب والدواء للزوجة على زوجها.⁽²⁾

يمكن القول إذن أن إضافة عنصر العلاج إلى النفقة ليس فيه ما يخالف الشرع، وخصوصا بعدما تبين أن الفقه الإسلامي القديم لم يهمل نفقة الولادة وإن كان أدخلها في نفقة الطعام إلا أنها تعتبر علاجاً، وقد أحسن المشرع صنعا بنصه على وجوب نفقة علاج الزوجة على الزوج وهذا على أساس العرف الذي عليه مجتمعنا في زماننا وعلى أساس المعاشرة بالمعروف، غير أنه على القاضي عند حكمه بنفقة العلاج على الزوج أن يراعي يسر وعسر الزوج وقدرته على نفقة ما هو ضروري من الطعام قبل العلاج.

نخلص في نهاية مبحث دراستنا لحقيقة النفقة أن نفقة الزوجة وكذلك المطلقة المعتدة سواء في الشريعة الإسلامية أو في قانون الأسرة هي ما يجب لها على زوجها من طعام وكسوة ومسكن وعلاج كل بتوابعه الضرورية حسب العرف والعادة.

(1) بدران أبو العينين بدران. الفقه المقارن لأحوال الشخصية. ج 1: الزواج والطلاق. دار النهضة العربية. بيروت. 1967. ص 251.

(2) رشاد حسن خليل. المرجع السابق. ص 57.

فيتينب إذن جليا أن نفقة الزوجة أو المعتدة في قانون الأسرة ليس فيها ما يخالف الشرع من حيث التعريف ومن حيث المضمون، وبالتالي فإن نص المادة 78 من قانون الأسرة سليم وغير مخالف للشريعة الإسلامية.

أما عن فرضها نقدا فقد تبين أن الفقهاء متفقون على جواز إعطاء النفقة دراهم للزوجة بشرط أن يتراضيا على ذلك، والمتعارف عليه في زماننا أن المجتمع بأسره راض بل يفضل التعامل بالدرهم لأنها أسهل، ولهذا فنرى أن ما هو معمول به في المحاكم من فرض النفقة نقدا غير مخالف للشرع والله أعلم.

المبحث الثاني

شروط النفقة ومسقطاتها

قبل معرفة ما إذا كانت المطلقة تستحق النفقة خلال العدة، يجب معرفة ما إذا كانت من حقها في الحياة الزوجية حتى تستمر لها في العدة بعد الطلاق. فحتى تجب النفقة للزوجة على زوجها يجب أن تتوفر شروط معينة أقرتها الشريعة الإسلامية وأوجبها قانون الأسرة، كما يجب أن لا يتوفر سبب من أسباب مسقطاتها. فما هي شروط النفقة المقررة شرعا وهي مسقطاتها؟ وهل وُفقَّ المشرع في النص على هذه الشروط والمسقطات بصفة صحيحة وكاملة من خلال وضعه لنصوص قانون الأسرة المنظمة للنفقة؟ الإجابة على هذا السؤال تتطلب دراسة شروط النفقة ومسقطاتها في كل من الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة والمقارنة بينهما.

المطلب الأول

شروط النفقة ومسقطاتها في الشريعة الإسلامية

للنفقة في الشريعة الإسلامية شروط يجب توافرها لوجوبها للزوجة على الزوج، كما لها مسقطات إن توفرت يسقط حق الزوجة في النفقة. فما هي شروط النفقة شرعا وما هي مسقطاتها؟

الفرع الأول شروط النفقة في الشريعة الإسلامية

حتى يلتزم الزوج وجوبا بدفع النفقة إلى زوجته سواء حال قيام الزوجية أو خلال العدة من الطلاق، يجب أن تتوفر شروطا ثلاثة وهي أن يكون عقد النكاح صحيحا، وأن تُسَلِّمَ الزوجة نفسها إلى زوجها وتُمكنه منها، وأن لا تكون الزوجة ناشزا.
نتعرض لهذه الشروط بالترتيب فيما يلي:

أولا: صحة النكاح

يتفق كل من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة والظاهرية على أن النفقة تجب على الزوج لزوجته بنكاح صحيح، لأنه لا يمكن أن يعتبر النكاح من أسباب النفقة دون أن يكون صحيحا.

وبمفهوم المخالفة يفهم أن النكاح غير الصحيح - أي النكاح الفاسد أو الباطل - يسقط حق الزوجة في النفقة سواء حال قيام الزوجية أو خلال العدة من الفرقة بسبب فساد النكاح أو بطلانه. ولهذا يتفق الفقهاء على أن النفقة لا تجب في النكاح غير الصحيح وذلك لانعدام سبب وجود النفقة وهو حق الحبس الثابت للزوج على الزوجة بالنكاح الصحيح أو بالعدة.

فالنفقة تجب للزوجة على زوجها في النكاح الصحيح بسبب احتباسها لمنفعة زوجها، وإذا لم يكن النكاح صحيحا وجب التفريق بين الزوجين، فلا يكون ثمة احتباس وبالتالي لا نفقة لها. وحتى إن وجب على الزوجة أن تعتد من النكاح غير الصحيح وجوبا، إلا أن احتباسها مدة العدة لم يثبت بالنكاح وإنما لاستبراء الرحم فقط، ولأن حال العدة لا يكون أقوى من حال النكاح، فلهذا اتفق الفقهاء على أنه لو كان النكاح غير صحيح وفرق بينهما فلا نفقة لها في العدة.⁽¹⁾

أما النفقة التي أنفقها عليها سواء قبل الفرقة أو بعدها، وسواء أكان عالما بعدم صحة النكاح أو غير عالم، فقد اختلف الفقهاء في استردادها أو لا. فقال بعضهم: لا يسترد النفقة

(1) حاشية رد المحتار 602/3، حاشية الدسوقي 469/2، مغني المحتاج 105/5، المغنى 293/9، المحلى 303 /10 .

التي أنفقتها عليها في النكاح غير الصحيح سواء أكانت النفقة قبل الفرقة أو بعدها، وسواء أكان عالما بعدم صحة النكاح أم لا، وذلك لأنه لو كان عالما به فهو متطوع بالإفناق، ولو لم يكن عالما فهو مفطر ولا يرجع بشيء، بل يُعتبر متبرع.⁽¹⁾

وقال البعض الآخر من الفقهاء: يسترد النفقة في هذه الحالة إذا كان دفعها بإلزام من القاضي، أما إذا كان دفعها دون أن يلزمه القاضي فلا يستردها، لأنه حين دفعها بإلزام من القاضي كان مضطرا تنفيذا للحكم القضائي، وإلزام القاضي الزوج بدفع النفقة إنما يكون في النكاح الصحيح، وهذا غير صحيح، فيسترد ما دفع. أما حين دفعها بغير إلزام من القاضي فيعتبر متبرعا بها ولا يستردها.⁽²⁾

ونعتقد أنه لا فرق بين الرأيين، بل الرأي الثاني مكمل للرأي الأول، ذلك أن أصحاب الرأي الأول لم يذكروا حالة ما إذا دفع الزوج النفقة بفرض القاضي وذكرها أصحاب الرأي الثاني، فليس هناك خلاف، والله أعلم.

يتبين جليا أن الفقهاء متفقون على أنه لا نفقة في النكاح غير الصحيح، ومن باب أولى لا نفقة للمعتدة من فرقة بعد عقد غير صحيح وإن كانت طلاقا، فإذا تزوج رجل امرأة بعقد غير صحيح ولم يتبين لهما عدم صحته إلا بعد أن طلقها، لم تجب لها نفقة العدة، فإن كان قد دفعها لها بفرض القاضي استردها، وإن كان دفعها من تلقاء نفسه دون إلزام من القاضي لم يسترد شيئا.

هذا وتجدر الإشارة إلى أن النكاح في الشريعة الإسلامية يكون صحيحا بتوافر شروط صحته من صيغة خالية من التأقيت، وولي، وشهادة صحيحة، وصداق، وخلو المرأة من الموانع المؤبدة والمؤقتة.⁽³⁾

ثانيا: تسليم الزوجة

تسليم الزوجة نفسها لزوجها وتمكينه منها شرط لوجوب نفقتها عليه وهذا باتفاق الجمهور إلا الظاهرية. فقد قال الحنفية: "لا نفقة ما لم يمسكها في بيته للخدمة أو للاستئناس"، وقال المالكية: "تجب النفقة لممكنة وهي التي لا تمتنع من الوطاء إذا طلبت"،

(1) حاشية الدسوقي 2/ 468 ، كشاف القناع 380/5.

(2) حاشية رد المحتار 3/ 572.

(3) عبد الرحمان الجزيري.المرجع السابق.ص 16 وما يليها.

وقال الشافعية: "النفقة وتوابعها تجب بالتمكين التام"، وقال الحنابلة: "دفع النفقة لا يلزم إلا بالتمكين". أما الظاهرية فيرون أن العقد الصحيح شرط كافٍ لوجوب النفقة ولا يشترط البناء بها.⁽¹⁾

وبمفهوم المخالفة يفهم أن عدم تسليم الزوجة نفسها لزوجها وعدم تمكينه منها يسقط حقها في النفقة عند الجمهور.

والمقصود من التمكين أن تخلي الزوجة بين نفسها وبين زوجها، وأن تنتقل معه إلى حيث يكون، وتمكنه من الاستمتاع التام بها على أن لا يكون فيه معصية للخالق، ومن أجل كل هذا يشترط أن تكون الزوجة صالحة للمعاشرة حتى تتمكن من التسليم. واستثنى الفقهاء من هذه القاعدة حالات يمكن فيها للزوجة أن تمتنع عن التسليم ومع ذلك لا يسقط حقها في النفقة، وهذا لأن امتناعها يكون لأسباب شرعية ذكر الفقهاء منها ما يأتي:

1- حالة منعها من التسليم للمهر:

يرى بعض الفقهاء أن الزوج إذا لم يوف زوجته مهرها فمنعت نفسها من التسليم حتى يوفها إياه فلا تسقط نفقتها لأن منعها نفسها كان بسبب شرعي، فتفويت حقه في الاحتباس لم يكن بسببها بل بسبب امتناعه هو عن دفع المهر، ولأن النفقة حقها والمهر حقها، ومطالبتها بأحد الحقين لا يسقط الآخر.⁽²⁾

ويرى البعض الآخر من الفقهاء بأن الزوجة يكون لها الحق في منع نفسها من التسليم للمهر إذا كان المهر معجلاً، أما إذا كان المهر مؤجلاً فرضاها بالتأجيل يعني رضاها بتسليم نفسها قبل قبضه، فلا يجوز لها بالتالي منع نفسها من التسليم، فإن فعلت سقطت نفقتها بل وتسقط نفقتها حتى وإن منعت نفسها عند حلول أجل المهر المؤجل، ذلك لأن التسليم قد وجب عليها واستقر قبل قبضها المهر المؤجل فلا يجوز لها أن تمتنع منه وإلا سقطت نفقتها.⁽³⁾

(1) حاشية رد المحتار 574/3، حاشية الدسوقي 508/2، مغني المحتاج 165/5، المغني والشرح الكبير 246/9 و247، المحلى 10/88 و89.

(2) المبسوط 186/5.

(3) مغني المحتاج 166/5، المغني 10/171.

2- حالة سفر الزوج:

يرى الفقهاء أن الزوج إذا أراد أن يسافر سفرا طويلا، وجب عليه أن يترك لزوجته النفقة اللازمة لطول مدة غيابه، وفي هذه الأثناء يُمتنع التسليم تلقائيا لأن الزوج غير موجود ومع ذلك لا تسقط نفقة الزوجة.

3- حالة انتقاله إلى دار موصوبة:

يرى الفقهاء أن الزوج إذا طلب من زوجته الانتقال معه إلى دار موصوبة وامتنت فامتاعها لا يسقط حقها في النفقة لأن سببه شرعي حيث أنها حرصت على أن لا تكتسب إثما بمشاركته أكل أموال وحقوق الناس بالباطل.⁽¹⁾ هذه الحالات التي يمكن فيها للزوجة أن تمنع نفسها من التسليم دون أن يؤدي امتناعها إلى سقوط حقها في النفقة، هي حالات متفق عليها بين الفقهاء، ولم يختلفوا بشأنها إلا في مسائل فرعية، كمنع نفسها إذا لم تقبض المهر المعجل دون المؤجل مثلا.

وهناك حالات أخرى اختلف فيها الفقهاء في مسألة سقوط حق الزوجة في النفقة إذا منعت فيها زوجها من تسليم نفسها، ونبين هذه الحالات فيما يلي:

1- الزوجة الصغيرة:

اختلف الفقهاء في مسألة الزوجة الصغيرة هل تعتبر ممتنعة التسليم بسبب الصغر أم لا، وبالتالي هل تسقط نفقتها أم لا، وأقوالهم كما يلي:
أما الحنفية فعلى قولين: الأول أنه "لا نفقة للصغيرة التي لا يجامع مثلها"، والثاني أنه "تجب النفقة لصغيرة ولمجنونة إن أمسكها في بيته للخدمة أو للاستئناس".⁽²⁾
وأما المالكية فقالوا: "إطاعة الزوجة للوطء شرط وجوب النفقة لغير المدخول بها التي دعت للدخول، وأما المدخول بها فتجب لها النفقة من غير شرط"⁽³⁾، أي حتى وإن كانت صغيرة لا تطيق الوطاء.

(1) حاشية رد المحتار على الدر المختار 574/3.

(2) حاشية رد المحتار على الدر المختار 574/3.

(3) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير 508/2.

وأما الشافعية فعلى قولين: الأول أنه "لا تجب النفقة ولا توابعها لصغيرة لا تحتمل الوطء لتعذره". والثاني "تجب كالرتقاء والقرناء والمريضة"⁽¹⁾. ونعتقد أنه يحتمل أن يتعلق القول الأول بغير المدخول بها والقول الثاني بالمدخول بها، ذلك لأن الشافعية قالوا في النفقة أنها مال يجب بالعقد، فالصغيرة والكبيرة فيه سواء كالمهر، وهذا لأن الصغيرة إذا كانت صغيرة جدا لا ينقلها وليها إلى بيت الزوجية.

وأما الحنابلة فقالوا: "إذ سلّمت الصغيرة التي يمكن وطؤها نفسها أو المجنونة فتسلّمها لزمته نفقتها كالكبيرة"⁽²⁾.

وأما الظاهرية فقالوا: "النفقة واجبة للصغيرة من حيث العقد عليها". وقالوا: "ينفق الرجل على امرأته من حين يعقد نكاحها... ولو أنها في المهد"⁽³⁾.

وحاصل قول الفقهاء أنهم يفرقون في الصغيرة بين التي تحتمل الوطء والتي لا تحتمله: - فالأولى وهي الصغيرة التي تكون قريبة من البالغ أو تكون ضخمة تطيق الوطء، فهذه إن لم يدخل بها فلا نفقة لها لأنها لم تسلم نفسها، أما إذا أمسكها عنده فلها النفقة وإن لم يطأها حتى تبلغ، لأنه قد يكون إمساكه لها للاستفادة من خدمتها أو للاستئناس بها كما قال الحنفية، حيث يمكن الاستمتاع بها من غير الوطء، لذا وجبت نفقتها ما دامت سلّمت نفسها.

- والثانية وهي الصغيرة جدا غير المشتهاة ولا تحتمل الوطء، فهذه كما قال الشافعية لا تنتقل إلى بيت زوجها ولذا لا تسلم نفسها ولا نفقة لها.

هذا هو حكم الصغيرة في النفقة، وخير دليل يثبت هذا الحكم هو زواج النبي صلى الله عليه وسلم من عائشة رضي الله عنها، فقد عقد عليها وهي بنت سبع، ودخل بها وهي بنت تسع، ولم يتسلّمها قبل أن تبلغ، كما أنه لم يكن ينفق عليها وهي في بيت أبيها، ولو كان حقا لها لوفاها به، فدل على عدم اعتباره حقا لها.⁽⁴⁾

2- الزوجة المريضة:

الزوجة المريضة قال الفقهاء في استحقاقها للنفقة أقوال هي كالتالي:

(1) مغني المحتاج 171/5.

(2) الشرح الكبير 254/9.

(3) المحلي 88 /10.

(4) كشف القناع 387/5.

قال الحنفية: "تجب النفقة للمريضة قبل النقلة أو بعدها، أمكنه جماعها أولاً، معها زوجها أو لا، حيث لم تمنع نفسها إذا طلب نقلتها، فلا فرق بينها وبين الصحيحة لوجود التمكين من الاستمتاع كما في الحائض والنفساء، وحينئذ فلا ينبغي إدخالها فيمن لا نفقة لهن، لكن ظاهر التجنيس أنه إذا مرضت مرضاً مانعاً من النقلة فلا نفقة لها وإن لم تمنع نفسها لعدم التسليم بالكلية، فهذا مراد من فرق بين المريضة والصحيحة حيث أن لها النفقة إذا مرضت بعد النقلة في بيت الزوج أو قبل النقلة ثم انتقلت إلى بيته أو لم تنتقل ولم تمنع نفسها. ثم ذكر أن التي لا نفقة لها هي التي مرضت قبل النقلة مرضاً لا يمكنها الانتقال معه".⁽¹⁾

وقال المالكية: "المرض الخفيف الذي يمكن معه الاستمتاع لا يمنع من وجوب النفقة لها، أما المرض الشديد الذي لا يمكن معه الاستمتاع ففيه قولان: مذهب المدونة الوجوب خلافاً لسحنون".⁽²⁾

وقال الشافعية: "لا يسقط النفقة عذر يمنع الجماع عادة كمرض ورتق وقرن وضني وحيض ونفاس وجنون وإن قارنت تسليم الزوجة لأنها أعمار بعضها يطرأ ويزول وبعضها دائم وهي معذورة فيها، وقد حصل التسليم الممكن، ويمكن التمتع بها من بعض الوجوه".⁽³⁾

وقال الحنابلة: "وإن كانت كبيرة إلا أنها مرضت مرضاً مرجو الزوال، لم يلزمها تسليم نفسها قبل بُرئها لأنه مانع مرجو الزوال. فإن سلمت نفسها فتسلمها الزوج فعليه نفقتها لأن المرض عارض يعرض ويتكرر، فيشق إسقاط النفقة به فجرى مجرى الحيض، ولهذا لو مرضت بعد تسليمها لم تسقط نفقتها، فأما إن كان المرض غير مرجو الزوال لزم تسليمها إلى الزوج إذا طلبها ولزمه تسليمها إذا عرضت عليه لأنها ليست لها حالة يرجى زوال ذلك فيها، فلو لم تسلّم نفسها لم يُفدّ التزويج فائدة وله أن يستمتع بها، وعليه نفقتها".⁽⁴⁾

وقال الظاهرية: "ينفق الرجل على امرأته من حيث يعقد نكاحها دعوى البناء أو لم يدع".⁽⁵⁾

(1) حاشية رد المحتار 578/3.

(2) حاشية السوقي 508/2.

(3) مغني المحتاج 169/3.

(4) منتهى الإرادات 239/2.

(5) المحلى 88/10.

وحاصل قول جمهور الفقهاء في المريضة أنها إن مرضت في بيت أبيها مرضاً يمنعها من تسليم نفسها لزوجها فلا نفقة لها لانعدام التسليم، أما إن مرضت في بيت أبيها مرضاً لا يمنعها من الانتقال إلى بيت زوجها وبالتالي تسليم نفسها فلها النفقة لتوفر شرط التمكين. وإن مرضت في بيت زوجها بعد أن كانت انتقلت إليه من بيت أبيها صحيحة، فسواء أكان مرضها شديد مانع من الجماع أو خفيف غير مانع له، فالجمهور على أنها لها النفقة لأنه يمكن الاستمتاع بها من بعض الوجوه. وخالفهم في هذه الحال بعض المالكية وهو سحنون حيث قال المريضة مرضاً شديداً يمنع الجماع لا نفقة لها.

3- الزوجة المحبوسة:

إذا حبست الزوجة في دين أو في غيره اختلف الفقهاء في مسألة استحقاقها للنفقة وهي محبوسة على رأيين:

- الرأي الأول للمالكية حيث قالوا: "لا تسقط نفقتها لأن منعه من الاستمتاع ليس من جهتها".⁽¹⁾

- والرأي الثاني وهو للشافعية حيث قالوا: "تسقط نفقتها بحبسها ولو ظلماً". ووافقهم في ذلك الحنابلة إذ قالوا: "لا نفقة لها عند حبسها بحق أو ظلماً". وكذا قال الحنفية: "المحبوسة بدين لا تجب لها النفقة فلأن الامتناع جاء من قبلها".⁽²⁾

هذا فيما يخص شرط التسليم لاستحقاق الزوجة النفقة خلال الحياة الزوجية، أما خلال العدة، فإن المطلقة المعتدة إن كانت رجعية فهي في حكم الزوجة ووجب عليها التسليم لتتم به الرجعة، أما إن كانت المعتدة بائن وكانت تستحق النفقة فلا يلزمها التسليم لاستحقاق نفقة العدة، بل لا يجوز لها ذلك لكونها أجنبية عن الزوج.

ثالثاً: عدم النشوز

يشترط لوجوب النفقة للزوجة عدم نشوزها على زوجها، وبمفهوم المخالفة فإن حق الزوجة في النفقة يسقط بنشوزها. فقد اتفق الفقهاء إلا الظاهرية على أنه لا نفقة لناشر.⁽³⁾

(1) حاشية الدسوقي 517/2.

(2) مغني المحتاج 169/3، شرح منتهى الإرادات 251/2، تبيين الحقائق 53/3.

(3) حاشية رد المحتار 576/3، حاشية الدسوقي 514/2، شرح منتهى الإرادات 243/2، مغني المحتاج 169/3.

وقد خالف الظاهرية جمهور الفقهاء حيث قالوا: "ينفق الرجل على زوجته ناشزا كانت أو غير ناشز". وقالوا في قول عمر "ليرجعوا أو ليفارقوا"، لم يخص عمر ناشزا من غيرها. ومن طريق شعبة سألت الحكم بن عتيبة عن امرأة خرجت من بيت زوجها غاضبة هل لها النفقة؟ قال: نعم.⁽¹⁾

وتعد الزوجة ناشزا إذا خرجت من بيت زوجها بغير حق بدون إذنه، أو إذا سافرت أو حجت التطوع أو صامت النفل كل ذلك بدون إذنه، أو امتنعت عن فراشه لغير عذر شرعي، أو أبت السفر معه ولم تكن اشتترطت بلدها. ففي كل هذه الأحوال تسقط نفقتها للنشوز.

واتفق جمهور الفقهاء إلا الظاهرية على أن نشوز الزوجة بصفة عامة يُسقط حقها في النفقة، واختلفوا في أمور فرعية في مسألة النشوز وهي نشوزها داخل البيت ونشوزها خارجه.

- فأما نشوزها داخل البيت، فقال بعضهم يُسقط نفقتها، وقال آخرون لا تسقط نفقتها إذا امتنعت من فراشه ولكنها بقيت في بيته لأن الزوج يغلب عليها كونها في بيته.
- وأما نشوزها خارج البيت، فقال بعضهم لا يسقط حقها في النفقة إذا خرجت بغير إذنه وكان قادرا على منعها من الخروج لأنه كخروجها بإذنه، إنما تسقط نفقتها إذا لم يكن قادرا على منعها. وقال آخرون أن حقها في النفقة سيسقط سواء أكان الزوج قادرا على أن يردّها إلى بيت الطاعة قهرا أم لا.

هذا ولو عادت الزوجة بعد نشوزها لا يعود لها ما سقط من النفقة باتفاق الجمهور. ويمتد شرط عدم النشوز للمعتدة خلال عدتها من الطلاق، حيث يجب عليها قضاء عدتها في بيت زوجها، ولو خرجت عدّت ناشز وسقط حقها في نفقة العدة.

غير أن الفقهاء اختلفوا في المعتدة الحامل إذا نشزت، فذهب بعضهم إلى أن لها النفقة رغم نشوزها لأن النفقة ليست لها بل للحمل، فلا يسقط حقه فيها بنشوز أمه، بينما ذهب البعض الآخر إلى أن النفقة لها وليس للحمل فتسقط بنشوزها.⁽²⁾

(1) المحلي 89/10.
(2) شرح منتهى الإرادات 248/3.

هل تعد الزوجة المحترفة ناشز؟

أما المحترفة التي تعمل خارج البيت، فقال بعض فقهاء الحنفية أن "للزوج منعها من العمل فإن عصته كانت ناشزا، وإن خرجت ولم يمنعها لم تكن ناشزا والله أعلم"، وقال بعضهم الآخر: "لو تزوج من المحترفات التي تكون في النهار بمصالحها وبالليل عنده فلا نفقة لها، وفيه نظر لأنها معذورة لاشتغالها بمصالحها".⁽¹⁾

وقال الحنابلة: "لو بذلت تسليمها غير تام لن تستحق شيئا إلا أن تكون قد اشترطت ذلك في العقد، لأنها لم تبذل التسليم الواجب بالعقد فلم تستحق النفقة، ولذلك لو سلم السيد أمته المتزوجة في الليل دون النهار استحققت النفقة، بخلاف الحرة فإنها لو بذلت نفسها في بعض الزمان لن تستحق شيئا لأنها لم تسلم التسليم الواجب بالعقد، وكذلك إن أمكنته من استمتاع ومنعته استمتاعا لم تستحق شيئا كذلك".⁽²⁾

ويفهم من هذا أن المحترفة إن اشترطت الحرفة في العقد فيكون ذلك كاتفاقها على أن تبذل له جزءا من التسليم، فإن وافق عليه فإنه وافق على تسليم جزئي وتكون هي بذلت التسليم الواجب بالعقد وبالتالي لها النفقة. أما إذا لم تشترط ذلك في العقد وخرجت تحترف، فإن كان راضيا عن ذلك ففيه نظر ولم تكن ناشز عند الحنفية أما إذا لم يكن راضيا ومنعها عدت ناشز وسقطت نفقتها.

هذا ولو عادت الزوجة بعد نشوزها لا يعود لها ما سقط من النفقة باتفاق الفقهاء. هذه هي شروط نفقة الزوجة على زوجها، وتمتد إلى المعتدة بعد الطلاق حيث أنها تستحق النفقة خلال العدة، بشرط أن تكون قد طُلقَت بعد عقد صحيح، وبشرط بقاءها في بيت الزوجية خلال العدة، أي عدم نشوزها كما تبين. أما شرط التسليم فلا يكون إلا على الرجعية وهو شرط لتتم به الرجعة وليس لاستحقاق نفقة العدة.

(1) حاشية رد المحتار 577/3.

(2) منتهى الإرادات 240/2.

الفرع الثاني مسقطات النفقة في الشريعة الإسلامية

عند الحنفية تسقط نفقة الزوجة بموت أحد الزوجين، وتسقط بمعصية من جهة الزوجة كردها أو تقبيلها ابن زوجها أو أبيه أو نحوه، كما تسقط بنشوزها⁽¹⁾. وعند المالكية تسقط النفقة إذا مات الزوج⁽²⁾. وعند الشافعية تسقط النفقة بنشوز الزوجة⁽³⁾. وعند الحنابلة تسقط نفقة الزوجة بنشوزها، وبردتها، فإن عادت إلى الإسلام عادت نفقتها⁽⁴⁾.
وبجمع أقوال الفقهاء كلها يتبين لنا أن النفقة إذا وجبت للزوجة على زوجها يمكن أن تسقط إذا توفرت إحدى المسقطات التالية:

أولاً: موت أحد الزوجين

إذا كان عقد الزواج صحيحاً، وسلمت الزوجة نفسها لزوجها وكانت صالحة للمعاشرة، ولم يصدر منها نشوز وجبت لها النفقة على زوجها، فإذا مات الزوج أو ماتت الزوجة سقطت نفقتها، وذلك لأنها إنما وجبت لها بالعقد، فإن مات أحد الزوجين انتهى العقد وانتهت الرابطة الزوجية فلا نفقة لها عليه.
لكن إذا امتنع الزوج في حياته عن نفقة زوجته أياماً فاضطرت للاستدانة بأمر من القاضي، ثم مات الزوج لم تسقط بموته نفقة أيام امتناعه عنها لأن الزوجة قد استدانته فيها فهي دين على الزوج، والدين لا يسقط بالموت.
والمعتدة من طلاق رجعي هي في حكم الزوجة، فإن مات زوجها خلال العدة سقطت نفقة عدتها، لأنها لم تعد معتدة من طلاق وإنما من وفاة، والمعتدة من وفاة لا تجب لها النفقة.⁽⁵⁾

(1) فخر الدين الزيلعي. تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق. دار الكتاب الإسلامي. مطابع الفاروق الحديثة. القاهرة. بدون سنة. ط2. ج3. ص56 و61.
(2) أبو عمر يوسف بن عبد الله القرطبي. الكافي في فقه أهل المدينة المالكي. دار الكتب العلمية. بيروت. لبنان. ط2. 1992. ص298.
(3) مغني المحتاج 168/3 .
(4) بهاء الدين عبد الرحمان بن إبراهيم المقدسي. العدة شرح العمدة. دار الكتب العلمية. بيروت. لبنان. ط1. 1990. ص368.
(5) تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق. 61/3.

ثانيا: الفرقة بمعصية الزوجة

تسقط نفقة الزوجة بردّها أي بخروجها عن الإسلام، فإن عادت إليه عادت النفقة إليها، فالمرتدة لا نفقة لها بسبب ردتها، فإن زال السبب بعودتها إلى الإسلام زال المسقط وعادت إليها النفقة.

وإذا أنت الزوجة ما يوجب الفرقة بمعصيتها كتقبيلها ابن الزوج ومطاوعتها له أو لأبيه أو لغيره ممن يحرم عليها بعد زواجها من زوجها، فهذه المعصية تكون قد أزلت الحل والنكاح مع زوجها فوجبت الفرقة بذلك، ومن ثمّ زال الاحتباس وبالتالي سقط حقها في النفقة.⁽¹⁾

وينطبق هذا على المطلقة المعتدة إذا ارتدت أو فعلت الفاحشة مع أهل الزوج في عدتها من الطلاق الرجعي، فتسقط نفقتها.

ثالثا: نشوز الزوجة

تبين فيما سبق أنه يجب على الزوج نفقة زوجته بشرط عدم نشوزها، مما يفهم منه بمفهوم المخالفة أنه لا نفقة لها في حال نشوزها. ويعود حقها في النفقة إذا عادت إلى طاعة زوجها وانتهت عن نشوزها، على أنه لا يعود لها ما سقط من النفقة مدة نشوزها، وهذا باتفاق الفقهاء⁽²⁾، وقد تبين فيما سبق أن نشوز الزوجة يعني عدم طاعتها لزوجها وتمردّها عليه سواء داخل البيت أو خارجه، مما يغني عن إعادته ههنا.

المطلب الثاني

شروط و مسقطات النفقة في قانون الأسرة

تبين فيما سبق أن نفقة الزوجة على زوجها مستحقة ولكن بشروط، كما أنها تسقط بمسقطات. وقد بينت الشريعة الإسلامية شروط استحقاق الزوجة وكذا المطلقة المعتدة للنفقة كما بينت مسقطات النفقة، وذلك على وجه التحديد. وبما أن المشرع يفترض أنه

(1) فخر الدين الزيلعي. المرجع السابق. ص61.

(2) تبين الحقائق 56/3، حاشية الدسوقي 514/2، مغني المحتاج 170/3، الشرح الكبير 246/9.

يتبع الشريعة الإسلامية في وضعه لنصوص قانون الأسرة، فيفترض أن ينص على كل من شروط ومسقطات النفقة. فهل نص عليها؟ وهل هي مطابقة للشرع؟ هذا ما سنراه من خلال دراستنا لكل من شروط ومسقطات النفقة في قانون الأسرة.

الفرع الأول

شروط نفقة الزوجة في قانون الأسرة

يشترط المشرع في قانون الأسرة حتى تستحق الزوجة النفقة ثلاثة شروط وهي، الدخول بالزوجة، وأن تكون صالحة للمعاشرة، وعدم نشوزها.

أولاً: الدخول بالزوجة

تنص المادة 74 من قانون الأسرة على ما يلي: "تجب نفقة الزوجة على زوجها بالدخول بها أو دعوتها إليه ببيينة..".

فمن هذا النص يتبين أن المشرع يشترط لوجوب نفقة الزوجة على الزوج أن يدخل بها، سواء أكان الدخول حقيقياً أم حكماً كأن يختلي بها خلوة صحيحة. والدخول يعني تسليمها لزوجها. ونعتقد أن المشرع يإيجابه النفقة بالدخول قد أراد في الحقيقة بيان التاريخ الذي يبدأ منه الزوج إلتزامه بدفع نفقة زوجته وهو تاريخ الدخول، فهو مع هذا الشرط الصريح وهو الدخول، يشترط ضمناً أن يكون بعقد صحيح، فالدخول بعقد فاسد أو باطل لا يثبت النفقة للزوجة قانوناً، وذلك لوجوب الفرقة فيه كما يتبين من المادة 32 من قانون الأسرة التي كانت تنص على ما يلي: "يفسخ النكاح إذا اختل أحد أركانه أو اشتمل على مانع أو شرط يتنافى ومقتضيات العقد..". ثم عدلت كما يلي: "يبطل النكاح إذا اشتمل على مانع أو شرط يتنافى ومقتضيات العقد.."، وسواء أكان الزواج فاسداً أو باطلاً في القانون واقتضى الأمر التفريق بين الزوجين لعدم صحة الزواج، لم تجب النفقة على الزوج لزوجته وإن وجبت العدة لاستبراء الرحم.⁽¹⁾

(1) عبد العزيز سعد. المرجع السابق. ص 245 و 246.

هكذا يتبين إذن أن المشرع يشترط لوجوب نفقة الزوجة على الزوج أن يدخل بها بعقد صحيح، وهو شرط مطابق للشريعة الإسلامية، وإذا كان المشرع لا يلزم الزوج بالبدء في الإنفاق إلا من يوم الدخول، وليس في هذا مخالفة للمشرع، فقد تبين فيما سبق أن فقهاء الشريعة قد اختلفوا في هذه المسألة، فمنهم من يرى وجوب النفقة من يوم العقد، ومنهم من يرى وجوبها من يوم الدخول، وقد اختار المشرع الرأي الثاني، وهذا لما سبق بيانه في الشريعة الإسلامية من أن النفقة تجب بموجب احتباس الزوجة في بيت الزوجية، ولا يتم الاحتباس إلا بالدخول، فلو بقيت الزوجة في بيت أبيها بعد العقد ولم تنتقل إلى بيت زوجها لم تلزمه نفقتها حتى تنتقل، وهذا ما ذهب إليه المشرع وجسده القضاء في أحكامه حيث جاء في قرار المحكمة العليا ما يلي: "من المقرر قانوناً أن الزوجة تستحق النفقة من يوم الدخول بها..".

يفهم من هذا أن الزوجة المعقود عليها بعقد صحيح ولكن لم يتم الدخول بها لا نفقة لها على زوجها. ولكن لو كان عدم دخولها راجع لتماطل الزوج ففي هذه الحالة يكون لها الحق في النفقة وإن لم يتم الدخول، فقد قال الأستاذ عبد العزيز سعد: "إن الزوجة التي يجب أن تكون نفقتها على زوجها هي الزوجة المدخول بها إلى بيت الزوجية، أما الزوجة المعقود عليها فقط دون الدخول بها فلا نفقة لها على زوجها إلا في حالة واحدة وهي الحالة التي يتم فيها العقد بصفة رسمية صحيحة ويتباطأ الزوج في الدخول بها لسبب غير معروف أو غير شرعي".⁽¹⁾

فمن المعروف في المجتمع الجزائري بل وفي المجتمعات الإسلامية أن الزوجة يتم الدخول بها بانتقالها إلى بيت زوجها بالزفاف، ويتم الزفاف في موعد معين تنتقل بحلوله الزوجة إلى بيت زوجها، فإن حان الموعد ولم تزف بتماطل من الزوج، ثم مضت مدة وبقي الزوج متماطلاً ولم يكن له سبب شرعي، فتماطله قرينة على سوء نيته وخاصة إذا كانت الزوجة قد دعت إلى نقلها إلى بيته ولم يستجب، ومتى كان ذلك أمكنها المطالبة بنفقتها.

(1) عبد العزيز سعد. المرجع السابق. ص 224.

هذا فيما يخص الزوجة، أما المطلقة المعتدة، فقد أوجب لها المشرع حقا في النفقة خلال العدة، بموجب نص المادة 61 من قانون الأسرة التي تنص على ما يلي: "لا تخرج الزوجة المطلقة من السكن العائلي ما دامت في عدة طلاقها إلا في حالة الفاحشة المبينة، ولها الحق في النفقة في عدة الطلاق". وهذه أيضا يُشترط أن تكون عدتها من طلاق بعد زواج صحيح لأن العدة بعد زواج غير صحيح لا توجب النفقة كما تبين.

نخلص إلى أن شرط الدخول بالزوجة لاستحقاقها النفقة هو شرط مطابق للشريعة الإسلامية، وإن كنا نفضل لو يذكر المشرع إلى جانب هذا الشرط، شرط صحة عقد الزواج، فكان الأفضل أن يكون نص المادة 74 المذكور مصوغا كما يلي: "تجب نفقة الزوجة على زوجها بالدخول بها "بعقد صحيح" أو دعوتها إلى الدخول ببينة..". وهكذا يصبح أدق وأوضح.

ثانيا: صلاحية الزوجة للمعاشرة

صلاحية الزوجة للمعاشرة هو شرط مكمل لشرط الدخول بالزوجة وتسليمها نفسها لزوجها إذ لا يكون التسليم تاما بل وقد يستحيل إذا لم تكن الزوجة صالحة للمعاشرة بأن كانت صغيرة أو مريضة أو محبوسة.

1- الزوجة الصغيرة:

كانت المادة 7 من قانون الأسرة قبل التعديل تنص ما يلي: "تكتمل أهلية الرجل في الزواج بتمام 21 سنة، والمرأة 18 سنة، وللقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة". ثم عدل نص هذه المادة كما يلي: "تكتمل أهلية الرجل والمرأة في الزواج بتمام 19 سنة وللقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة، متى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج".

ومن هذا النص المعدل يتبين أن المشرع كان يشترط سن 18 سنة للمرأة حتى تنزوج، وبعد التعديل صار يشترط سن 19 سنة، ومهما تكن السن المشروطة فيها فهي سن تكون فيها المرأة قد بلغت سن الزواج، فهي عموما صالحة للمعاشرة الزوجية. وباستراط المشرع لسن 18 أو 19 سنة للمرأة في الزواج، فإنه يفهم منه أنه يذهب إلى أن الصغيرة لا تنتقل إلى بيت الزوجية ولا يؤذن لها إلا بترخيص من القاضي، وبالتالي فلا نفقة لها.

وتجدر الإشارة إلى أن الترخيص الممنوح للقاضي في إطار سلطته التقديرية لا يستعمله للإذن بالزواج إلا بالنسبة للقاصرة التي لم يبق على بلوغها السن القانونية سوى عام أو عامين على الأكثر، أما الصغيرة جدا فلا يؤذن لها بالزواج لأنها غير مشتهاة من جهة ومن جهة أخرى فهي غير صالحة للخدمة ولا للاستئناس فلا يؤذن لها بالانتقال إلى بيت الزوجية وبالتالي فلا نفقة لها، وهذا ما أراده المشرع بقوله في النص المذكور أعلاه بعد التعديل: "متى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج"، ومما لا شك فيه أن الصغيرة غير البالغة ليست لها القدرة على الزواج، فإن عقد عليها الزواج لا يؤذن بنقلها والدخول بها وبالتالي فلا نفقة لها بمجرد العقد.

2- الزوجة المريضة

إذا ما رجعنا إلى نص المادة 78 من قانون الأسرة نجد المشرع ينص على أن النفقة الواجبة على الزوج لزوجته تشمل مصاريف العلاج، مما يفهم منه أن المشرع يوجب على الزوج نفقة زوجته المريضة بصريح العبارة، ولكن بشرط بقاءها في بيته تكملة لشرط الاحتباس، وقد جاء في قرار للمحكمة العليا ما يلي: "الزوجة المريضة تستحق النفقة مع بقاءها في بيت الزوجية"⁽¹⁾. وبما أن شرط نفقة الزوجة المريضة مرتبط بشرط الاحتباس، فبمفهوم المخالفة يفهم منه أن الزوجة التي يمنعها مرضها من الانتقال إلى بيت الزوجية لا نفقة لها. ومن هذا يتبين جليا أن الزوجة المريضة إذا كانت مرضت قبل الدخول مرضا يمنعها من الانتقال إلى بيت زوجها فبقيت في بيت أبيها فلا نفقة لها، أما إذا كانت قد مرضت بعد الدخول، وإن كان المرض مانعا للزوج من جماعها، إلا أن بقاءها في بيت زوجها ولو مريضة يوجب عليه نفقتها.

هذا وإن كان هذا مطابق للشرع إلا أننا نعتقد أن النص في قانون الأسرة على وجوب اشتغال نفقة الزوجة على نفقة العلاج هو نص غير كاف لبيان أحكام نفقة الزوجة المريضة مما يضفي النقص على قانون الأسرة يتعين معه الاجتهاد في وضع نص قانوني واضح يبين وجوب نفقة الزوجة المريضة كلما توفر شرط احتباسها في بيت الزوجية.

(1) قرار رقم 39394 بتاريخ 10.02.1986. المجلة القضائية 1989. العدد 1. ص 111. أنظر ملحق ص 5.

3- الزوجة المحبوسة:

لم يتطرق المشرع في قانون الأسرة إلى الزوجة المحبوسة لكننا نجد أن الفقه يتفق على أن لا نفقة لها على زوجها مدة حبسها، إذ يرى الأستاذ عبد العزيز سعد أن الزوجة إذا دخلت السجن بسبب عقوبة جزائية فإن حقها في النفقة سوف يسقط وذلك "لأن أعمال قيامها بواجباتها الزوجية التي هي مناط النفقة وسببها تكون قد توقفت وانقطعت"⁽¹⁾، بل ويذهب الأستاذ بلحاج العربي إلى أن نفقة الزوجة المحبوسة تسقط ولو كانت حُبست ظلماً، وذلك "لفوات الاحتباس الموجب للنفقة"⁽²⁾.

ونعتقد أن الفقه قد طبق في مسألة عدم استحقاق الزوجة المحبوسة للنفقة القاعدة الشرعية "من حبسته وجبت عليك نفقته". فالزوجة المحبوسة في عقوبة جزائية لم يحبسها الزوج وإنما الحاكم، فلا تجب نفقتها على زوجها إذن لكون احتباسها للعقوبة يقطع احتباسها لحق زوجها.

وقد تبين في الشريعة الإسلامية أن جمهور الحنفية والشافعية والحنابلة يرون سقوط نفقة الزوجة المحبوسة وإن حُبست ظلماً، إلا مالك فإنه يرى أن نفقة المحبوسة لا تسقط لأن منعه من الاستمتاع بها لم يكن من جهتها. وقد اختار الفقه الجزائري رأي الجمهور، وهو اجتهاد صائب يستحق تجسيده في نص قانوني ضمن قانون الأسرة في ظل غياب نص فيه ينظم مسألة نفقة الزوجة المحبوسة.

ثالثاً: عدم نشوز الزوجة

نص المشرع في الفقرة 1 من المادة 37 من قانون الأسرة قبل التعديل على ما يلي: "يجب على الزوج نحو زوجته النفقة الشرعية حسب وسعه إلا إذا ثبت نشوزها". فالمشرع اعتبر بصريح العبارة أن نفقة الزوجة واجبة لها على زوجها بشرط عدم نشوزها عليه، أي بشرط طاعته وعدم معصيته أو التمرد عليه سواء داخل البيت أو خارجه. وقد استمد المشرع هذا الشرط من الشريعة الإسلامية.

لكن المشرع لم ينص على شرط عدم نشوز الزوجة إلا في نص المادة 37 من قانون الأسرة، وهي واقعة تحت الفصل الرابع المُعنون بحقوق وواجبات الزوجين الذي يحتوي

(1) عبد العزيز سعد. المرجع السابق. ص 237.

(2) بلحاج العربي. المرجع السابق. ص 178.

على كل من المادة 36 المتعلقة بالواجبات المشتركة بين الزوجين، وعلى المادتين 37 و38 المتعلقة بحقوق الزوجة، وعلى المادة 39 المتعلقة بحقوق الزوج. وقد تم تعديل هذه النصوص بإلغاء المشرع لنصوص المواد 37 و38 و39 وأبقى فقط على المادة 36 مع تعديلها بإضافة عناصر أخرى إليها، كما نص من جديد على المادة 37 بتغيير محتواها تماما إذ كانت تنص على حقوق الزوج فصارت تنص على حقوق الزوجين معا. وبهذا التعديل أراد المشرع أن يلغي النص على حقوق كل طرف على حدة وواجباته نحو الطرف الآخر وجمع واجبات الزوجين المشتركة في نص المادة 36 وحقوقهم المشتركة في نص المادة 37، وقد جاء هذا التعديل من المشرع بهذا الشكل نظرا لاهتمامه المفرط بمسألة المساواة بين الرجل والمرأة في الحقوق والواجبات فأجمل حقوقهما في نص وواجباتهما المشتركة في نص وأهمل حقوق كل طرف على حدة، وهذا غلط ارتكبه المشرع بتعديله، ذلك أن من الحقوق ما يكون خاصا بالزوجة دون الزوج أو العكس، ومن الواجبات ما هو كذلك أيضا، مما نجم عنه اختفاء شرط عدم نشوز الزوجة لاستحقاقها النفقة، ونعتقد أن المشرع بهذا التعديل لم ينتبه إلى أن شرط عدم نشوز الزوجة غير منصوص عليه في موضع آخر من قانون الأسرة إلا في نص المادة 37 التي ألغاهما، وألغى بذلك معها هذا الشرط الواجب تحققه في نفقة الزوجة.

لكن التعديل بإلغاء هذا النص يجب أن لا ينجم عنه إلغاء اعتبار شرط عدم النشوز في استحقاق الزوجة النفقة قضاءً لأنه كان الأخرى بالمشرع أن ينص على هذا الشرط في موضع آخر من قانون الأسرة ولكنه لم يفعل فخالف بذلك الشريعة الإسلامية، فيجب أن لا تؤخذ هذه المخالفة بأنها قصد من المشرع وإنما جاءت نتيجة إهمال من المشرع كما تبين.

هل تعد الزوجة العاملة ناشز؟

لم يتطرق المشرع إلى مسألة الزوجة العاملة وهل تعتبر بخروجها للعمل دون إذن الزوج ناشزا أم لا، غير أننا نجد المشرع في المادة 19 من قانون الأسرة المعدل ينص على ما يلي: "للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق كل الشروط التي يريانها ضرورية ولاسيما شرط عدم تعدد الزوجات وعمل المرأة، ما لم تتنافى هذه الشروط مع أحكام هذا القانون".

فمن هذا النص يتبين أن الزوجة إذا اشترطت العمل في عقد الزواج ووافق عليه الزوج فيعتبر قد رضي بإسقاط حقه في احتباس الزوجة مدة عملها خارج البيت، وكأنه رضي بالتسليم الجزئي كما يسميه فقهاء الشريعة الإسلامية وبالتالي لا تسقط نفقتها بخروجها للعمل، ولا يعتبر نشوزاً منها.

أما إذا لم تشترط الزوجة شرط العمل في العقد، ولم يوافق الزوج على عملها خارج البيت ومنعها فلم تمتنع، بل خرجت للعمل دون رضاه، فتعتبر ناشز ويسقط حقه في النفقة. ويرى الأستاذ بلحاج العربي أن شرط العمل هو شرط صحيح بشرط أن لا يتعارض عمل المرأة مع مصلحة الأسرة ورعاية الأولاد.⁽¹⁾

هذا ويمتد واجب عدم النشوز إلى المطلقة المعتدة، وقد نص المشرع على هذا صراحة في نص المادة 61 من قانون الأسرة إذ جاء فيها ما يلي: "لا تخرج الزوجة المطلقة من السكن العائلي مادامت في عدة طلاقها إلا في حالة الفاحشة المبينة، ولها الحق في النفقة في عدة الطلاق". والمراد بعدم نشوز المطلقة المعتدة هو عدم معصيتها لزوجها وعدم خروجها من بيته إذا كانت رجعية، وأما إذا كانت بائن بينونة كبرى فليس عليها لزوجها حق الطاعة بل يبقى عليها واجب واحد وهو البقاء في بيته إلى انقضاء العدة، وهذا الواجب هو ليس حقاً للزوج وإنما حد من حدود الله.

هذا ولا يسقط حق الزوجة أو المطلقة المعتدة في النفقة بنشوزها إلا بعد صدور حكم يقضي عليها بالرجوع إلى بيت الطاعة وتبليغها هذا الحكم ثم امتناعها عن الرجوع إلى بيت الطاعة ففي هذه الحالة يمتنع الزوج من الإنفاق عليها⁽²⁾، لأن القانون يأخذ بالنشوز القانوني ولا يأخذ بالنشوز الفعلي.

نخلص من دراسة شروط نفقة الزوجة في القانون إلى أنها تتمثل في ثلاثة شروط هي: الدخول بالزوجة بعقد صحيح، وصلاحياتها للمعاشرة الزوجية وعدم نشوزها. وهي مطابقة لشروط نفقة الزوجة في الشريعة الإسلامية المتمثلة في: صحة النكاح وتسليم الزوجة وهو دخولها وعدم نشوزها، غير أننا يمكن أن نضيف مع ذلك بعض الملاحظات على قانون الأسرة في هذه المسألة.

(1) بلحاج العربي. المرجع السابق. ص 179.

(2) عبد العزيز سعد. المرجع السابق. ص 223 و224.

فالملاحظ أن المشرع لم ينص على هذه الشروط بطريقة صريحة ومحددة ودقيقة، بل من الشروط ما استنبط من نصوص قانون الأسرة المتناثرة هنا وهناك. فشرط صلاحية الزوجة للمعاشرة استنبط من نص المادة 7 المتعلق بأهلية الزواج، وشرط صحة العقد استنبط من نص المادة 74 المتعلق بشرط الدخول أو التسليم كما يطلق عليه في الشريعة الإسلامية، وشرط عدم النشوز كان منصوصا عليه في الفقرة الأولى من المادة 37 المتعلقة بحقوق الزوجة ثم ألغي بعد التعديل بإهمال من المشرع. ونعتقد أن شروط النفقة من الأهمية بمكان، فيجدر بالمشرع أن ينص عليها بطريقة صريحة وواضحة ومرتبة ويذكرها في شكل نقاط في نص موحد.

الفرع الثاني

مسقطات نفقة الزوجة في قانون الأسرة

تسقط نفقة الزوجة قانونا بعدم توفر شروطها، كما تسقط بانتهاء العلاقة الزوجية بموت أو فرقة أو ردّة أحد الزوجين.

أولا: سقوط النفقة لعدم توفر شروطها

إذا لم يتوفر شرط من شروط النفقة السابق بيانها، سقط حق الزوجة أو المطلقة المعتدة في النفقة.

فلا نفقة لها إذا كان العقد غير صحيح، ولا نفقة لها إذا لم يتم الدخول، أو منعها مانع من الانتقال لبیت الزوجية كعدم صلاحيتها للمعاشرة لصغر أو مرض أو حبس، كما أنه لا نفقة لها بعد نشوزها، غير أن المشرع لم ينص على هذه المسقطات بصريح العبارة، بل هي مستنبطة بمفهوم المخالفة من شروط نفقة الزوجة⁽¹⁾. ونعتقد أن النص الصريح على هذه المسقطات وبدقة هو أفضل، وذلك لتسهيل الأمر على القاضي عند حكمه بعدم استحقاق الزوجة للنفقة على زوجها.

(1) عبد العزيز سعد. المرجع السابق. ص 237.

ثانياً: سقوط النفقة لانتهاء الرابطة الزوجية

تبين فيما سبق أن عقد الزواج هو سبب وجوب نفقة الزوجة على زوجها وكذلك المعتدة المطلقة فإذا انتهى العقد زال السبب وسقطت النفقة.

ومعلوم أن عقد الزواج ينتهي بموت أحد الزوجين، إذ نص المشرع في المادة 47 من قانون الأسرة على ما يلي: "تتحل الرابطة الزوجية بالطلاق أو الوفاة". ونعتقد أن هذا النص وإن كنا استتبطننا منه أن حق نفقة الزوجة يسقط بموت أحدهما، إلا أننا نرى أنه غير كاف لاعتبار سقوط النفقة بالموت وإنما على المشرع النص على هذا السبب المسقط بصراحة.

ولا تنتهي الرابطة الزوجية بالموت فحسب بل كذلك بالطلاق البائن بينونة صغرى أو كبرى انتهت فيه العدة، فبعد انقضاء العدة ينتهي حق المطلقة في النفقة. كما تنتهي الرابطة الزوجية بكل فرقة بين الزوجين من غير طلاق، كالفرقة الواجبة بعد معصية الزوجة بإتيانها لفاحشة مع ابن الزوج أو أبيه، فهذه المعصية كما تبين في الشريعة الإسلامية موجبة لحل النكاح، غير أن المشرع قد أغفل النص عليها، فشاب قانون الأسرة النقص.

وتنتهي الرابطة الزوجية أيضاً بردة أحد الزوجين إذ نص المشرع في المادة 32 على ما يلي: "يفسخ النكاح إذا اختل أحد أركانه أو اشتمل على مانع أو شرط يتنافى ومقتضيات العقد أو ثبتت ردة الزوج". وقد عدل نص هذه المادة كما يلي: "يبطل الزواج إذا اشتمل على مانع أو شرط يتنافى ومقتضيات العقد".

ومهما اختلفت تسمية إنهاء الزواج من فسخ أو بطلان، فإن المشرع أغفل بعد التعديل ذكر كل أسباب إنهاء الزواج المذكورة قبل التعديل ومنها ردة الزوج.

فإن ارتد الزوج وكذلك الزوجة انتهت الرابطة الزوجية وسقطت نفقة الزوجة. وكان على المشرع أن لا يقتصر على ردة الزوج فقط بل كان الأحرى أن يقول "ردة أحد الزوجين"، وهو بوضعه لهذا النص واعتباره أن ردة أحد الزوجين هو سبب مسقط لنفقة الزوجة قد تأثر بالشريعة الإسلامية التي تقضي بأنه إذا ارتدت زوجة المسلم فلا نفقة لها.

لكن المشرع بعد التعديل أهمل إعادة ذكر الردة كسبب من أسباب انحلال الزواج وبالتالي سقوط النفقة، وقد رأى الفقه أن النفقة تسقط بالردة قانوناً إذ يقول الأستاذ بلحاج العربي أن النفقة تسقط بالنسبة للزوجة المرتدة "لأن ردتها تكون سبباً في فسخ الزواج".⁽¹⁾

بعد كل هذا يمكن إجمال مسقطات نفقة الزوجة أو المطلقة المعتدة قانوناً فيما يلي:
عدم صحة العقد، عدم الدخول بالزوجة أو عدم تسليمها نفسها لزوجها، نشوزها، موتها أو موت زوجها، ردتها أو ردة زوجها. وهي نفس الأسباب المسقطة لنفقة الزوجة في الشريعة، وإن كان المشرع يعتبرها كلها إلا أنه لم ينص عليها صراحة، بل بعضها مستتبط بمفهوم المخالفة، وبعضها متناثر هنا وهناك بين نصوص قانون الأسرة، كما أن بعضها ألغي بعد التعديل بإغفال وإهمال من المشرع. أما سبب سقوط النفقة بسبب الفرقة الناجمة عن معصية الزوجة وفعالها الفاحشة مع أهل الزوج فهو غير منصوص عليه أصلاً في قانون الأسرة لا قبل التعديل ولا بعده، مع أنه سبب مهم. ونعتقد أن هذه أسباب كافية لاعتبار قانون الأسرة مشوباً بالنقص مما يتعين ضرورة إعادة النظر فيه، وإن كنا نعتقد أن النقص ليس موضوعي بل شكلي.

نخلص في مبحثنا إلى أن شروط ومسقطات النفقة وإن كانت على العموم من حيث موضوعها غير مخالفة للشريعة الإسلامية، لكن إذا ما نظرنا إلى شكل النصوص القانونية المنظمة لها في قانون الأسرة فإننا نلاحظ أنها يشوبها النقص الكثير وذلك للأسباب التالية:
- أما فيما يخص شروط نفقة الزوجة فبعضها منصوص عليه صراحة كشرط الدخول بها المنصوص عليه في المادة 74، وبعضها الآخر غير منصوص عليه صراحة بل مستتبط بطريقة ضمنية من نصوص متناثرة هنا وهناك كشرط صلاحية الزوجة للمعاشرة المستتبط من نص المادة 7 المتعلقة بالأهلية.
- وأما مسقطات النفقة فلم ينص عليها المشرع صراحة بل مستتبطة بمفهوم المخالفة من الشروط، كما أن ما كان منصوصاً عليه قد ألغي بعد التعديل كشرط عدم النشوز في المادة 1/37 الملغاة، وشرط عدم الردة في المادة 32 المعدلة.

(1) بلحاج العربي. المرجع السابق. ص 178.

- وحتى النصوص التي تنص على الشروط صراحة يشوبها النقص، مثل نص المادة 74 الذي يشترط الدخول بالزوجة لاستحقاقها النفقة، فلم يذكر المشرع صحة العقد في نفس النص.

- وعلاوة على هذه النقائص، فإن كل من الشروط والمسقطات هي منصوص عليها في نصوص متناثرة هنا وهناك في قانون الأسرة، فبعضها واقع تحت فصل الحقوق والواجبات الزوجية، وبعضها تحت فصل آثار انتهاء الرابطة الزوجية، وكان من الأفضل جمعها في نصوص موحدة تحت فصل واحد وهو فصل النفقة.

خلاصة الفصل الأول:

نخلص من دراستنا لمفهوم نفقة العدة إلى النتائج التالية:

- 1- المشرع في المادة 78 لم يخالف الشريعة الإسلامية لما أضاف عنصر العلاج لمضمون النفقة، فقد قضى به الفقهاء المعاصرون كما رأينا.
- 2- المشرع في المادة 74 لم ينص على جميع شروط نفقة الزوجة بصفة صريحة، مما يجعل النص المذكور ناقص يستوجب تنميته بذكر كل شروط النفقة.
- 3- المشرع لم ينص على أسباب سقوط نفقة الزوجة، فيجب إذن وضع نص ينص عليها بدقة.

الفصل الثاني

أحكام نفقة العدة في الشريعة والقانون

تتضمن فكرة أحكام نفقة العدة كل من مسألتي حُك النفقة وتقديرها. نتساءل هل التزم المشرع عند وضعه لنصوص نفقة العدة بالأحكام الشرعية من حيث حكم النفقة وتقديرها؟

المبحث الأول

حكم نفقة العدة

إذا كان واضحاً على العموم أن المطلقة لها حق في نفقة العدة يلتزم الزوج المطلق بدفعها لها طيلة مدة العدة إلى أن تنتهي، نتساءل هل هذه النفقة هي حق لكل المطلقات المعتدات دون استثناء أم هناك منهن من لا تستحقها؟ كما نتساءل عن مدى وجوب دفع هذه النفقة على الزوج المطلق؟

الإجابة على هذين السؤالين تتطلب دراسة حكم نفقة العدة في الشريعة الإسلامية، ثم دراسة موقف قانون الأسرة من هذا الحكم.

المطلب الأول

حكم نفقة العدة في الشريعة الإسلامية

تشمل دراسة حكم نفقة عدة المطلقة في الشريعة الإسلامية نقطتين رئيسيتين: تتعلق النقطة الأولى بالمطلقات المعتدات ومن منهن تستحق النفقة ومن منهن لا تستحقها، وتتعلق النقطة الثانية بمدى وجوب نفقة العدة على الزوج المطلق.

الفرع الأول

المطلقة المعتدة المستحقة لنفقة العدة

- بادئ ذي بدء يجب بيان أن المطلقة نوعان: رجعية وبائن.
- أما المطلقة الرجعية فهي التي طلقها زوجها طلاقة أو طلقتان، فتعتد بعد الطلاق لحكمتين: لمراجعة زوجها لها في العدة، ولإستبراء الرحم. فهذه يمكن لزوجها مراجعتها في العدة بدون عقد جديد ولا مهر جديد.
- وأما المطلقة البائن فنوعان: مطلقة بائن بينونة صغرى، ومطلقة بائن بينونة كبرى وهي المعبر عنها بالمبتوتة لأن طلاقها بات.
- فأما البائن بينونة صغرى فهي التي طلقها زوجها طلاقة أو طلقتين أي كانت رجعية ولكن زوجها لم يراجعها في عدتها إلى أن انقضت فصارت بائن بينونة صغرى، أي يمكن مراجعتها بعد العدة ولكن بعقد جديد ومهر جديد. فهذه المطلقة البائن بينونة صغرى واضح أنها بالبينونة الصغرى لطلاقها لم تعد معتدة لأن عدتها انتهت، وبالتالي فلا تدخل مجال دراستنا للمطلقات المعتدات.
- و أما البائن بينونة كبرى أي المبتوتة فهي التي طلقها زوجها ثلاث طلاقات فبان منه بمجرد النطق بالطلاق الأخير، فصار طلاقها باتا بحيث لا يمكن لزوجها مراجعتها حتى تتكح زوجاً غيره ويدخل بها دون نية التحليل ثم يطلقها أو يتوفى عنها. فهذه المطلقة وإن كان لا يُرجى مراجعتها إلا أنها تعتد لحكمة وهي إستبراء الرحم.
- بعد كل هذا يتبين لنا أن المطلقة المعتدة إثنان: رجعية ومبتوتة. كلاهما تعتد وجوباً بعد الطلاق، ولكن هل كلاهما تستحق النفقة خلال العدة؟
- قال الله تعالى: "يا أيها النبي إذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن وأحصوا العدة..".⁽¹⁾
- فمن ظاهر الآية لا يتبين إن كانت المطلقة المعتدة المقصودة رجعية أم مبتوتة أم كلاهما معاً، مما فتح باب الاجتهاد في مسألة المعتدة المستحقة للنفقة. ولبيان أقوال الفقهاء في هذه المسألة ندرس أولاً المعتدة الرجعية، ثم ثانياً المعتدة المبتوتة.

(1) سورة الطلاق . الآية 1.

أولاً: المعتدة الرجعية

حلل الفقهاء مسألة وجوب دفع نفقة العدة للمعتدة الرجعية خلال العدة على النحو التالي:

- أما السلف فينفق جميعهم على أن المطلقة الرجعية لها النفقة والسكنى خلال العدة مثلها مثل الزوجة وذلك لأنه يُرجى رجعتها، فالحكمة من بقاءها في مسكن الزوجية هو مراجعتها كما قال السلف ومن بعدهم من التابعين. قال ابن أبي شيبة: حدثنا أبو معاوية عن داود الأودي عن الشعبي في تفسيره قوله تعالى: "لعل الله يحدث بعد ذلك أمراً": أي لعلك تندم فيكون لك سبيل إلى الرجعة، وقال الضحاك: "لعله أن يراجعها في العدة. وقاله عطاء وقتادة والحسن.⁽¹⁾

فالطلاق الرجعي إذن تشمله الآية المذكورة، وبالتالي فالمطلقة المعتدة الرجعية تجب لها النفقة خلال العدة.

- وأما الحنفية فقال أبو حنيفة: "وللمطلقة النفقة والسكنى في عدتها بائناً كان أو رجعيًا"⁽²⁾ أي أن المطلقة الرجعية تستحق نفقة العدة.

- وقال المالكية: "النفقة واجبة لها إن كانت رجعية بكل حال"⁽³⁾. فبصريح العبارة يعتبر المالكية أن المطلقة المعتدة الرجعية مثلها مثل الزوجة تستحق النفقة وذلك خلال العدة.

- وقال الشافعية: "إذا طلق امرأته بعد الدخول طلاقاً رجعيًا وجب لها السكنى والنفقة في العدة لأن الزوجية باقية والتمكين من الاستمتاع موجود".

- وقال الحنابلة: "الرجعية نوعان قد بين الله حكمهما في كتابه: حائل فلها النفقة بعقد الزوجية إذ حكمها حكم الأزواج، أو حامل فلها النفقة بهذه الآية: "حتى يضع حملهن"، فتصير النفقة بعد الوضع نفقة قريب لا نفقة زوج، فيخالف حالها قبل الوضع حالها بعده، فإن الزوج ينفق عليها وحده إذا كانت حاملاً، فإذا وضعت صارت نفقتها على من تجب عليه نفقة الطفل، فإنه في حال حملها جزء من أجزائها فإذا انفصل كان له حكم آخر وانتقلت النفقة من حكم إلى حكم، فظهرت فائدة التقييد وسر الاشتراط والله أعلم."⁽⁴⁾

- وقال الظاهرية: "أما كل مطلقة للذي طلقها عليها الرجعة مادامت في العدة فلا يحل لها الخروج من بيتها الذي كانت فيه إذ طلقها، ولها عليه النفقة والكسوة، فإن كان خوف شديد

(1) ابن قيم الجوزية. زاد المعاد في هدي خير العباد. المطبعة المصرية. مصر. 1379هـ. ج4. ص158.
(2) عبد الله بن محمود بن مودود الموصلية الحنفي. الاختيار لتعليل المختار. دار الكتب العلمية بيروت. لبنان. بدون سنة. ج3. مج2. ص8.
(3) محمد عبد الله ولد كريم. كتاب القيس في شرح موطأ مالك بن أنس. دار الغرب الإسلامي. بيروت. لبنان. 1992. ج2. ص753.
(4) زاد المعاد في هدي خير العباد. 4/ 158.

أو لزمها حد فلها أن تخرج حينئذ وإلا فلا أصلا، لا ليلا ولا نهارا البتة إلا لضرورة لا حيلة فيها، برهان ذلك قول الله عز وجل "يا أيها النبي إذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن وأحصوا العدة ... أو فارقوهن بمعروف" فهذه صفة الطلاق الرجعي".⁽¹⁾

يتبين أنه ليس هناك خلاف بين فقهاء الشريعة الإسلامية في أن المطلقة المعتدة الرجعية لها النفقة بما فيها من طعام وكسوة ومسكن، وهذا طيلة مدة عدة الطلاق إلى أن تنتقضي. ولا وجود لقول ولا واحد من السلف أو الخلف من الفقهاء من ينكر حق المعتدة الرجعية في النفقة بكل عناصرها الثلاثة خلال العدة.

ثانيا: المعتدة المبتوتة

تبين فيما سبق أن قول الله تعالى في سورة الطلاق: " يا أيها النبي إذا طلقتم النساء.. إلى قوله: "أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم ولا تضاروهن لتضييقوا عليهن، وإن كن أولات حمل فأنفقوا عليهن حتى يضعن حملهن.. " وإن كان تبين أنه يشمل المعتدة الرجعية دون خلاف، نتساءل هل يشمل أيضا المعتدة المبتوتة أيضا أم لا؟ خصوصا أن حديث فاطمة بنت قيس رضي الله عنها بأن النبي صلى الله عليه وسلم لم يجعل لها سكنى ولا نفقة بعد أن طلقها زوجها البتة، هو حديث أقره بعض الصحابة، وأنكر عليه البعض الآخر، فصارت مسألة نفقة المعتدة المبتوتة فيها خلاف نوره فيما يلي، بفصل المبتوتة الحامل عن المبتوتة الحائل لاختلاف الحكم فيهما.

1 المبتوتة الحامل:

تفسيرا لقوله تعالى في الآية 6 من سورة الطلاق: "وإن كن أولات حمل فأنفقوا عليهن..". فقد فصل العلماء حق المعتدة الحامل في نفقة العدة ولو مبتوتة كما يلي:

- يرى السلف أن المبتوتة إذا كانت حاملا فلها النفقة والسكنى إلى أن تنتقضي عدتها، وبه قال عمر ابن الخطاب وعائشة وعبد الله بن مسعود وفاطمة بنت قيس رضي الله عنهم. وقد استدلل السلف على حق المعتدة المبتوتة في النفقة إذا كانت حاملا بقوله تعالى: "وإن كن أولات حمل فأنفقوا عليهن حتى يضعن حملهن..". فهذا دليلهم من القرآن، أما دليلهم من السنة ما رواه عبيد الله بن عبد الله بن عتبة قال: أرسل مروان قبيصة بن ذؤيب إلى

(1) المحلى 10/ 282.

فاطمة بنت قيس فسألها فأخبرته أنها كانت عند أبي حفص وكان النبي صلى الله عليه وسلم أمر علي بن أبي طالب على اليمن فخرج معه زوجها فبعث إليها بتطليقة كانت بقيت لها وأمر عياش بن أبي ربيعة والحارث بن هشام أن ينفقا عليها فقال: والله ما لها نفقة إلا أن تكون حاملا، فأنت النبي صلى الله عليه وسلم فقال: لا نفقة لك إلا أن تكوني حاملا، واستأذنته في الانتقال فأذن لها. ولأن الحمل ولد الزوج المطلق فتجب عليه نفقته، ويكون ذلك بالإففاق على أمه الحامل.⁽¹⁾

وهكذا فإنه لا خلاف بين السلف بأن المعتدة الحامل وإن كانت مبتوتة فلها النفقة والسكنى حتى تضع حملها.

- الحنفية قالوا: "تجب النفقة لمطلقة الرجعي والبائن... وأطلق فشمّل الحامل وغيرها".⁽²⁾ فالحنفية لا يفرقون في وجوب النفقة للمعتدة بين معتدة رجعية ومعتدة مبتوتة، فلها النفقة معا عندهم، كما لا يفرقون في المبتوتة بين الحامل والحائل، فللمبتوتة النفقة في كل الأحوال حاملا كانت أو حائلا ما دامت في العدة. ودليلهم في ذلك قوله تعالى: "وإن كن أولات حمل فأنفقوا عليهن حتى يضعن حملهن". فالآية عندهم أمرت الأزواج بإسكان المعتدات دون تفريق بين رجعية ومبتوتة وبين حامل وحائل لأن سبب النفقة هو الاحتباس وهو موجود، فلها إذن النفقة.⁽³⁾

- المالكية قالوا: "...فإن كانت حاملا فلها النفقة للحمل...".⁽⁴⁾ وقد استدلوا بقوله تعالى: "وإن كن أولات حمل فأنفقوا عليهن حتى يضعن حملهن". وبهذا الدليل فقد جعل المالكية للمعتدة المبتوتة الحامل الحق في نفقة العدة، وسبب ذلك كما قالوا هو الحمل، فالزوج ينفق على المطلقة المبتوتة من أجل الحمل لا غير، إذ لا يمكن الإففاق على ولده الذي مازال جنينا إلا بالإففاق عليها حتى تضعه.

- الشافعية قالوا: "...فإن طلقها طلاقا بائنا وجب لها السكن في العدة حائلا كانت أو حاملا لقوله عز وجل "أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم ولا تضاروهن لتضيقوا عليهن، وإن كن أولات حمل فأنفقوا عليهن حتى يضعن حملهن". فأوجب النفقة مع الحمل.. وهل

(1) العدة شرح العمدة. ص 368.

(2) حاشية رد المحتار 3 / 609

(3) يوسف محمود عيد المقصود. المرجع السابق. ص 346.

(4) بلغة السالك 522/1

تجب النفقة للحمل أو للحامل بسبب الحمل فيه قولان: قالوا في القديم: تجب للحمل لأنها تجب بوجوده وتسقط بعدمه، وقالوا في الأم تجب للحامل بسبب الحمل وهو الصحيح".⁽¹⁾ يتبين من هذا القول أن الشافعية استدلوا بقوله تعالى: "وإن كن أولات حمل فأنفقوا عليهن حتى يضعن حملهن"، على وجوب نفقة المعتدة الحامل حتى لو كانت مبتوتة وذلك لأن سبب النفقة هو الحمل، فلا فرق إذن فيه بين المبتوتة والرجعية.

– الحنابلة قالوا: "يلزمه لرجعية نفقة وكسوة وسكن كزوجة، وكذا لكل بائن حامل.. وهل نفقة الحامل له أو لها لأجله؟ فعنه لها...".⁽²⁾

فالحنابلة يرون أن المبتوتة الحامل لها النفقة والسكنى بدليل قوله تعالى: "وإن كن أولات حمل فأنفقوا عليهن حتى يضعن حملهن".

– الظاهرية قالوا بشأن حديث فاطمة بنت قيس المروي عن قبيصة والذي جاء فيه: "لا نفقة لك ولا سكنى إلا أن تكوني حاملا". قال الظاهرية "هذه اللفظة إلا أن تكوني حاملا لم تأت إلا من هذا الطريق ولم يذكرها أحد ممن روى هذا الخبر عن فاطمة غير قبيصة ولا مروان فلا ندري ممن سمعه، ولا حجة في منقطع ولو اتصل لسارنا إلى القول به، فبطل هذا والحمد لله رب العالمين".⁽³⁾

فالظاهرية يرون بأنه لا نفقة ولا سكنى للمبتوتة حتى ولو كانت حاملا. فهم يستندون لحديث فاطمة بنت قيس المروي عنها والذي ليس فيه لفظ "إلا أن تكوني حاملا". أما حديثها المروي عن قبيصة والذي فيه لفظ "إلا أن تكوني حاملا" فإنهم يرون أنه حديث منقطع فلا حجة به وبالتالي لا يأخذون به، مما جعلهم لا يجعلون للمبتوتة نفقة ولا سكنى مطلقا. سواء أكانت حاملا أو حائلا. دليلهم في ذلك قوله تعالى: "لا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجهن.. وإن كن أولات حمل فأنفقوا عليهن حتى يضعن حملهن". قالوا هذه الآية خاصة بالرجعية دون المبتوتة. أما المعتدة المبتوتة عندهم فلا نفقة لها ولا سكنى ولو حامل بدليل حديث فاطمة بنت قيس المروي عنها فقط.

يتبين من أقوال الفقهاء أن مسألة نفقة المعتدة المبتوتة الحامل فيها خلاف على رأيين:

(1) أبي إسحاق إبراهيم الفبروز أبادي. المهذب في فقه الإمام الشافعي. مطبعة عيسى البابي الحلبي. مصر. بدون سنة. ج2. ص163.

(2) الفروع. 591/5 و592.

(3) المحلى. 292/10.

- الرأي الأول: أن المبتوتة الحامل لها النفقة والسكنى إلى أن تنتهي عدتها بوضع الحمل، وهذا بدليل قوله تعالى: "وإن كن أولات حمل فأنفقوا عليهن حتى يرضعن حملهن". وبدليل حديث فاطمة بين قيس: "لا نفقة لك ولا سكنى إلا أن تكوني حاملاً". وهذا الرأي اتفق عليه السلف وجمهور الفقهاء إلا الظاهرية.

- الرأي الثاني: أن المبتوتة لا نفقة لها ولا سكنى ولو كانت حامل. وهو رأي الظاهرية فقط. ودليلهم هو أن الآية: "وإن كن أولات حمل" خاصة بالرجعية دون المبتوتة، أما حديث "إلا أن تكوني حاملاً" فمنقطع ولا حجة به.

وقد رجح الفقه المعاصر رأي الجمهور لأنه متماشي مع رأي السلف، ولأنه رأي غالبية الفقه، كما أنه موافق لظاهر قوله تعالى: "وإن كن أولات حمل فأنفقوا عليهن حتى يرضعن حملهن".⁽¹⁾

2- المبتوتة الحائل:

روى مسلم في صحيحه عن عبيد الله بن عبد الله بن عتبة أن أبا عمرو بن حفص بن المغيرة خرج مع علي بن أبي طالب رضي الله عنه، فأرسل إلى امرأته فاطمة بنت قيس بتطليقها كانت بقيت من تطليقها وأمر لها الحارث بن هشام وعياش بن أبي ربيعة بنفقة، فقالا لها والله ما لك نفقة إلا أن تكوني حاملاً. فأنت النبي صلى الله عليه وسلم فذكرت له قولهما فقال: "لا نفقة لك". فاستأذنته في الانتقال، فأذن لها: فقالت أين يا رسول الله؟ قال: إلى ابن أم مكتوم وكان أعمى تضع ثيابها عنده ولا يراها، فلما مضت عدتها أنكحها النبي صلى الله عليه وسلم أسامة بن زيد. فأرسل إليها مروان قبيصة بن ذؤيب يسألها عن الحديث فحدثته به فقال مروان لم نسمع هذا الحديث إلا من امرأة واحدة سنأخذ بالعصمة التي وجدنا الناس عليها، فقالت فاطمة رضي الله عنها حين بلغها قول مروان: بيني وبينكم القرآن قال الله عز وجل: "لا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن إلا أن يأتين بفاحشة مبينة..". إلى قوله "لا تدري لعل الله يحدث بعد ذلك أمراً" قالت هذا لمن كان له مراجعتها فأمر يحدث بعد ذلك، فكيف تقولون لا نفقة لها إذا لم تكن حاملاً فعلام تحبسونها.⁽²⁾

(1) عبد الحميد عبد الرحمن الفقي. المرجع السابق. ص 127.

(2) مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري. صحيح مسلم. مطبعة عيسى البابي الحلبي. القاهرة. بدون سنة. ج 2. ص 1114.

بعد هذا الحديث اختلف الفقهاء في مسألة نفقة المعتدة المبتوتة الحائل على عدة آراء
نفصلها كما يلي:

- السلف اختلفوا في نفقة المبتوتة الحائل فذهب بعضهم إلى أنه لا نفقة لها ولا سكنى
بدليل حديث فاطمة بنت قيس المذكور، وبه قالت الصحابية فاطمة بنت قيس، وإليه ذهب
عبد الله بن عباس والحسن البصري وعطاء. فعن عطاء ابن عباس قال: تعتد المبتوتة
حيث شاءت، وعن طريق سعيد بن منصور عن الحسن البصري أنه كان يقول: المطلقة
ثلاثا لا سكنى لها ولا نفقة وتعتد حيث شاءت. ومن طريق عبد الرزاق بن مسلم عن
عمرو بن دينار عن طاوس وعطاء قالا جميعا: المبتوتة تحج وتعتد وتنتقل وتبيت. وقال
الشعبي: المطلقة ثلاثا لا سكنى لها ولا نفقة.⁽¹⁾

ودليل رأي هذا الفريق من السلف حديث فاطمة بنت قيس المذكور حيث كانت مبتوتة
حائل فلم يجعل لها النبي صلى الله عليه وسلم نفقة ولا سكنى، "ولأن النفقة إنما تكون
للزوجة فإن بانئت صارت أجنبية حكمها حكم سائر الأجنيات".⁽²⁾
وذهب فريق آخر من السلف إلى أن المبتوتة الحائل لها النفقة والسكنى معا بدليل قوله
تعالى: "أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم ولا تضاروهن وإن كن أولات حمل فأنفقوا
عليهن..." وقوله تعالى: "لا تخرجوهن من بيوتهن..". وإلى هذا الرأي ذهب عمر بن
الخطاب وعبد الله بن مسعود وسفيان الثوري وعمر بن عبد العزيز، فعن يعقوب بن
حفص بن غياث قالا عن إبراهيم عن الأسود عن عمر بن الخطاب أنه كان يجعل للمطلقة
ثلاثا السكنى والنفقة، وزاد حفص: مادامت في عدتها. وعن الأعمش عن إبراهيم قال:
كان عمر ابن الخطاب وعبد الله بن مسعود يجعلان للمطلقة ثلاثا السكنى والنفقة. وهذا
تقدима لكتاب الله على حديث فاطمة بنت قيس.⁽³⁾

وذهب فريق ثالث من السلف إلى أن المبتوتة الحائل لها السكنى ولا نفقة لها. وهو
رأي كل من عائشة وابن عمر وعلي بن أبي طالب وسعيد بن المسيب رضي الله عنهم.
فعن طريق عبد الرزاق عن سالم بن عبد الله بن عمر عن أبيه قال: لا تنتقل المبتوتة من
بيت زوجها حتى يخلو أجلها. وعن ابن عمر قال في المبتوتة أنه لا نفقة لها، وعن جعفر

(1) المحلي 10 / 284 و 285.

(2) المحلي 10 / 301 وانظر كذلك عبد الستار الجبالي. المرجع السابق. ص 447.

(3) المحلي 10 / 288 و 294 و 296.

بن محمد عن أبيه أن علي بن أبي طالب قال في المبتوتة: لا نفقة لها، وعن ميمون بن مهران قال: قلت لسعيد بن المسيب: المطلقة ثلاثا أين تعتد؟ قال في بيت زوجها. كما أن عائشة رضي الله عنها قالت عن فاطمة بنت قيس: أما إنه ليس لها خير في ذكر هذا الحديث. وقالت أيضا: ما لفاطمة ألا تتقي الله؟ يعني في قولها لا سكنى للمبتوتة⁽¹⁾. ودليل هذا الرأي قوله تعالى: "لا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن..". فهذا عام في كل المطلقات بما فيهم المبتوتة الحائل فلها الحق في السكنى إذن. وقوله تعالى: "وإن كن أولات حمل فأنفقوا عليهن..." فهذا خاص بالمطلقة الحامل، فالمبتوتة إذا كانت حامل لها النفقة والسكنى، وإذا كانت حائل لها السكنى ولا نفقة لها.

- الحنفية قالوا: "تجب النفقة لمطلقة الرجعي والبائن، وقيد بالرجعي والبائن احترازا عما لو كان النكاح فاسدا فلا نفقة لها في العدة". وقالوا: "نفقة العدة كنفقة النكاح تسقط بالنشوز وتعود بالعود، وأطلق فشمّل الحامل وغيرها، والبائن بثلاث أو أقل..." وقالوا أيضا "السكنى حق الله تعالى فلا تسقط بحال، والنفقة حقها فتسقط بالفرقة بمعصيتها..."⁽²⁾. فكما سبقت الإشارة إليه فإن الحنفية يوجبون النفقة لسائر المعتدات دون استثناء وبالتالي فهم يذهبون بخصوص المعتدة المبتوتة الحائل إلى الرأي القائل بأن لها النفقة والسكنى، دليلهم في ذلك قول الله تعالى: "لا تخرجوهن من بيوتهن..." إلى قوله "...وإن كن أولات حمل فأنفقوا عليهن..". فهذه الآية عندهم عامة في جميع المطلقات.

- المالكية قالوا: "واعلم أن المعتدة من طلاق بائن لا نفقة لها على زوجها لأن النفقة في نظير الاستمتاع وقد عدم، إلا إذا كانت حاملا فلها النفقة من أجل الحمل. وأما السكنى فهي واجبة لها اتفاقا مطلقا في المطلقة. وللمعتدة من طلاق بائن أو رجعي وجوبا على الزوج السكنى في المحل الذي كانت فيه. قال تعالى: "لا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن أي لا يجوز لها الخروج إلا لضرورة تفتضيه". وقد فسره المالكية في بلغة السالك إذ قالوا قوله: "إلا إذا كانت حاملا فلها النفقة" راجع للمطلقة طلاقا بائنا فقط. وقوله: "مطلقا في المطلقة" أي كان الطلاق بائنا أو رجعيا، كان المسكن له أولا، نقد وكراء أولا..."⁽³⁾.

(1) المحلى 10 / 294.
(2) حاشية رد المحتار 3 / 611.
(3) بلغة السالك 1 / 522.

من هذا الكلام يتبين أن المالكية يذهبون إلى الرأي القائل بأن المبتوتة الحائل لها السكنى ولا نفقة لها. فأما وجوب السكنى لها فدليله قوله تعالى: "أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم.."، وأما عدم استحقاقها للنفقة فقوله تعالى: "وإن كن أولات حمل فأنفقوا عليهن.."، فخص الحامل بالنفقة دون الحائل مما يدل على أن هذه الأخيرة أي الحائل لا نفقة لها. فالله سبحانه وتعالى لما ذكر السكنى أطلقها لكل مطلقة، ولما ذكر النفقة قيدها بالحمل فقط. ولهذا قالوا: "البائن ببينات تسقط نفقتها إن لم تكن حاملا فإن كانت حاملا فلها النفقة للحمل."⁽¹⁾

- الشافعية قالوا: "فإن طلقها طلاقا بائنا وجب لها السكنى في العدة حائلا كانت أو حاملا، وأما النفقة فإنها إن كانت حائلا لم تجب وإن كانت حاملا وجبت."⁽²⁾

يتبين أن الشافعية ذهبوا إلى الرأي القائل بأن المطلقة المعتدة المبتوتة الحائل لها السكنى ولا نفقة لها. فأما حقها في السكنى فبدليل قوله تعالى: "أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم". وأما عدم حقها في النفقة فبدليل قوله تعالى: "وإن كن أولات حمل فأنفقوا عليهن حتى يضعن حملهن". فالنفقة حق لها إن كانت حامل ولا حق لها فيها إن كانت حائل.

- الحنابلة قالوا: "النفقة إنما تكون للزوجة، فإن بان من صارت أجنبية حكمها حكم سائر الأجنبيات، ولم يبق إلا مجرد اعتدادها منه وذلك لا يوجب لها نفقة لأن النفقة إنما تجب في مقابلة التمكن من الاستمتاع، وهذا لا يمكن استمتاعه بها بعد بينونتها."⁽³⁾

من هذا الكلام يتبين أن الحنابلة يذهبون إلى القول بأن المعتدة المبتوتة الحائل لا نفقة لها ولا سكنى، دليلهم في عدم وجوب النفقة والسكنى لها حديث فاطمة بنت قيس حيث لم يجعل للمبتوتة الحائل سكنى ولا نفقة، أما قول الله تعالى "لا تخرجوهن... وإن كن أولات حمل..." فهو خاص بالرجعية دون المبتوتة. ولأن الرجعية مازالت في حكم الزوجة يمكن مراجعتها وبالتالي الاستمتاع بها فلها النفقة، أما المبتوتة فلا يمكن الاستمتاع بها على كل حال فلا نفقة لها.

- الظاهرية قالوا: "تعد المطلقة ثلاثا أو آخر ثلاث حيث أحببت ولا سكنى لها على المطلق ولا نفقة، ولها أن تحج في عدتها أو ترحل حيث شاءت."⁽⁴⁾

(1) بلغة السالك 1/ 522

(2) المهذب 2 / 164

(3) الفروع 4 / 591

(4) المحلى 10 / 282

يتبين من قول الظاهرية أنهم يذهبون إلى الرأي القائل بأن المبتوتة الحائل لا نفقة لها ولا سكنى، دليلهم في ذلك أن قوله تعالى: "يا أيها النبي إذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن .. أو فارقهن بمعروف" فهذه الآية متعلقة بالطلاق الرجعي لا الطلاق البات. أما الطلاق البات وأنه لا نفقة فيه ولا سكنى للمبتوتة الحائل وكذا الحامل فدليله حديث فاطمة بنت قيس المطلقة ثلاثا لا سكنى لها ولا نفقة: قال أبو محمد ابن حزم الظاهري: "أما خبر فاطمة فمنقول نقل الكافة قاطع للعدر، ولا يسع أحد أن يخرج عن هذا الأثر لبيانه وصحته".⁽¹⁾

يتبين من أقوال الفقهاء أن مسألة نفقة المعتدة المبتوتة الحائل فيها خلاف على ثلاثة آراء:

- الرأي الأول: أن المبتوتة الحائل لها النفقة ولها السكنى بدليل قوله تعالى: "يا أيها النبي إذا طلقتم النساء .. إلى قوله .. وإن كن أولات حمل فأنفقوا عليهن حتى يضعن حملهن". فالآية عند أصحاب هذا الرأي عامة في جميع المطلقات المعتدات رجعيات كن أم بائنات، حاملات كن أم حائلات. وأن حديث فاطمة بنت قيس لم يُسمع إلا من امرأة واحدة وهو غير كاف ولا يقدم على كتاب الله. وقد ذهب إلى هذا الرأي كل من عمر بن الخطاب وعبد الله بن مسعود وسفيان الثوري وعمر بن عبد العزيز وفقهاء الحنفية.

- الرأي الثاني: أن المبتوتة الحائل لها السكنى ولا نفقة لها. أما وجوب السكنى لها فبدليل قوله تعالى: "أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم" وهي عند أصحاب هذا الرأي عامة في كل المطلقات بما فيهم المبتوتة الحائل. وأما عدم حقها في النفقة فبدليل قوله تعالى: "وإن كن أولات حمل فأنفقوا عليهن حتى يضعن حملهن" وهي عند أصحاب هذا الرأي خاصة بالحامل دون الحائل. فوجب للحائل إذن السكنى دون النفقة. وقد ذهب إلى هذا الرأي كل من عائشة وابن عمر وعلي بن أبي طالب وسعيد بن المسيب وفقهاء المالكية والشافعية.

- الرأي الثالث: أن المبتوتة الحائل لا نفقة لها ولا سكنى بدليل أن الآية تشمل المطلقات الرجعيات دون المبتوتات. وأما المبتوتات فدليل عدم وجوب السكنى والنفقة لهن حديث فاطمة بنت قيس حيث لم يجعل لها النبي صلى الله عليه وسلم نفقة ولا سكنى. وقد ذهب

(1) المحلى 10 / 283

إلى هذا الرأي كل من فاطمة بنت قيس وعبد الله بن عباس والحسن البصري وعطاء
وفقهاء الحنابلة والظاهرية.

وقد رجح بعض الفقه المعاصر الرأي القائل بأن المطلقة المعتدة المبتوتة الحائل لها
النفقة والسكنى وذلك لقوة حُجَّتِه وبرهانه، ولأنه يستحسن تقديم ما جاء في القرآن على ما
جاء في غيره.⁽¹⁾

الفرع الثاني

مدى وجوب نفقة العدة على الزوج

إذا علمنا أن المطلقة المعتدة على العموم تستحق نفقة العدة، نتساءل ما مدى وجوب هذه
النفقة على الزوج، أو بعبارة أخرى: ما مدى إلتزام الزوج المطلق بنفقة العدة؟ وما مدى
استحقاق المطلقة المعتدة لهذه النفقة؟

أولاً: مدى إلتزام الزوج المطلق بنفقة العدة

إذا كان الزوج ملزماً بدفع نفقة العدة للمطلقة وجوباً نتساءل: كيف يلتزم بها، هل يدفعها
دفعاً واحدة أم شيئاً فشيئاً؟ وإذا دفع نفقة مستقبلية ثم تبين له أن المطلقة لا تستحقها هل
يرجع بها عليها؟

نعالج كيفية دفع النفقة، ثم مدى حق الزوج في استرداد النفقة المستقبلية.

1- كيفية دفع النفقة:

من المعلوم أن الزوج يدفع النفقة لزوجته خلال الحياة الزوجية، وبعد الطلاق يستمر
في دفع النفقة لها إلى أن تنقضي العدة، وطريقة دفعه للنفقة سواء للزوجة خلال الحياة
الزوجية أو للمطلقة خلال العدة، هي طريقة واحدة لا تتغير بالطلاق، وتختلف طريقة دفع
النفقة باختلاف أنواع النفقة.

- فأما عن نفقة الطعام فانفق جمهور الفقهاء بأنها تدفع يومياً، فيدفع لها نفقة كل يوم في
أول ذلك اليوم لأنه وقت وجوبها، أما إذا كانت نفقة الطعام بطبيعتها شهرية فيدفعها في

(1) عبد الحميد عبد الرحمان الفقي. المرجع السابق. ص 121.

أول الشهر، وما كان منها أسبوعيا دفعه أول أيام الأسبوع، وما كان منها سنويا دفعه أول السنة. وما كان منها معجلا دفعه معجلا، وما كان مؤجلا لم تقبضه الزوجة إلا عند حلول أجله، إلا إذا اتفقا على تأجيل النفقة المعجلة أو تعجيل النفقة المؤجلة فيجوز لهما ذلك.⁽¹⁾ وإذا كان جمهور الفقهاء اتفق على أن نفقة الطعام تدفع يوميا، والحقيقة أن هذا هو المعمول به عادة، غير أن بعض الفقه من يربط طريقة دفع نفقة الطعام بحال الرجل وحرفته، فإن كان محترفا دفعها يوما يوما، وإن كان تاجرا دفعها شهرا شهرا، وإن كان دهانا دفعها سنة سنة حسب وقت إدراك الغلات وحسب قدرته على النفقة وحسب حصوله على أجره.⁽²⁾

وإذا كان جمهور الفقهاء قد اتفق على أن نفقة الطعام تدفع يوميا للمطلقة المعتدة، غير أنهم اختلفوا بشأن المطلقة الحامل البائن في كيفية دفع النفقة لها. فقال فريق أن المرأة المطلقة إذا ادعت أنها حامل فلها النفقة من يوم طلاقها إلى سنتين، وهو رأي الحنفية وعندهم تدفع لها النفقة يوميا. وذهب فريق آخر إلى أن المطلقة إذا ادعت الحمل وكانت بائن لا تعطى النفقة حتى يظهر الحمل بتحركه عند المالكية وذلك بعد أربعة أشهر، أو ثلاثة أشهر عند الحنابلة، فإن لم يظهر حملا قطع عنها النفقة. ويظهر الحمل ببينة أو باعتراف الزوج أو بتصديقه لها ادعاء الحمل عند الشافعية، هذا إذا ظهر الحمل فلها النفقة يوميا لأنها لو دفعت لها مرة واحدة بعد الوضع لتضررت. لكن فريق آخر ذهب إلى أنها لا تستحق النفقة إلا بعد وضع الحمل، وتدفع لها حينئذ دفعة واحدة.⁽³⁾

وحاصل القول أن الحامل لها النفقة من يوم الطلاق إذا علم حملها قبل الطلاق، ولها النفقة من يوم ادعائها الحمل إذا لم تكن ادعته قبل الطلاق أو لم يظهر لها، ولها النفقة يوما بيوم فإذا مرت ثلاثة أو أربعة أشهر ولم يظهر عليها الحمل قطع عنها النفقة، وذلك لأن تأخير النفقة إلى ما بعد الوضع يضر بها وبالحمل، كما أن إلزام الزوج بالاستمرار في النفقة بعد ثلاثة أو أربعة أشهر من ادعاء الحمل مع عدم ظهور علامات الحمل عليها فيه إضرار بالزوج لعدم استحقاقها النفقة بعد العدة أو بعد البينونة لأنها صارت أجنبية عنه ولا حق لها في النفقة عليه.

(1) المبسوط 183/5، حاشية الدسوقي 513/2، الإقناع 377/2، المبدع 147/7.

(2) المبسوط 184/5.

(3) عبد الرحمن الجزيري. المرجع السابق. ص 555.

- وأما عن نفقة الكسوة فقد اتفق جمهور الفقهاء على أن للزوجة خلال الحياة الزوجية حق على زوجها في نفقة الكسوة وذلك بمعدل كسوتين في السنة، فكسوة في أول الصيف بفصله وما والاه من الخريف، وكسوة في أول الشتاء بفصله وما والاه من الربيع، وهكذا فللزوجة الحق في كسوة كل ستة أشهر، إلا إذا تخرقت قبل حلول الأجل فعليه تجديدها.⁽¹⁾ وبعد الطلاق يفترض استمرار نفقة الكسوة للمطلقة المعتدة، غير أنه نظراً لبعدها عن الزوج لا يلتزم بنفقة الكسوة خلال العدة لأن العدة لا تطول غالباً، وذهب البعض الآخر إلى أن الكسوة تجب إذا احتاجت إليها المرأة، وإلا فلا تجب.⁽²⁾

وحاصل الكلام في نفقة الكسوة أنها تجب بحلول أجلها في العدة، فإن كان الزوج كسا زوجته في أول الصيف ثم طلقها في اليوم الموالي، فإن انتهت عدتها قبل حلول أول الشتاء وهو وقت وجوب الكسوة التالية فلا تجب لها عليه، وإن حل أول الشتاء وهي مازالت في العدة وجبت لها عليه كسوة الشتاء.

- وأما عن نفقة السكن، فمعلوم أن المعتدة تبقى في مسكن الزوجية ولا تخرج منه إلا بعد انقضاء العدة. ومهما يكن من أمر فإن النفقة تستمر للزوجة المطلقة إلى أن تنقضي عدتها، وذلك مهما طال مدة العدة كما قال الفقهاء، دليلهم في ذلك حديث علقمة رضي الله عنه أنه طلق امرأته فارتفع حيضها سبعة عشر شهراً ثم ماتت فورثه منها عبد الله بن مسعود رضي الله عنه وقال: إن الله تعالى حبس ميراثها عليك.⁽³⁾

وإن اختلف الزوجان في انقضاء العدة فالقول قول الزوجة مع يمينها إن كذبها وبدونه إن صدقها، لأن ما في رحمها لا يعلمه غيرها، فتكون أمينة فيه مقبولة القول ما لم يظهر انقضاء العدة بإقامة الزوج بينة على ذلك، كأن يقيم بينة على إقرارها بانقضاء العدة، فحينئذ يبرأ من النفقة.⁽⁴⁾

2- مدى حق الزوج في استرداد النفقة المستقبلية:

إذا بدأ الزوج بعد الطلاق في دفع نفقة العدة للمطلقة، ثم بعد مدة تبين أن تلك النفقة لم تكن من حقها، وبالتالي لم تكن واجبة عليه، فهل يرجع عليها بما دفعه؟

(1) المبسوط 183/5، حاشية الدسوقي 513/2، الإقناع 379/2، المبدع 151/7.

(2) عبد الرحمن الجزيري. المرجع السابق. ص 556، أنظر كذلك حاشية الدسوقي 516/2.

(3) المبسوط 204/5 و 205.

(4) المبسوط 205/5.

للفقهاء في هذه المسألة أقوال مختلفة على ثلاثة آراء:

- أما الرأي الأول، فيرى أن الزوج الذي يدفع نفقة عدة لمطلقة لم تكن تستحقها رجع عليها بما أنفق، فإن كان طلقها وأنفق عليها ثم بعد مدة تبين أن النكاح لم يكن صحيحا بل فاسدا، ومعلوم أن العدة من نكاح فاسد لا نفقة فيها للمرأة على الرجل، فإن دفعها رجع بها.

كذلك إذا دفع لها نفقة سنة عاجلة ثم طلقها قبل انقضاء السنة، فيرجع عليها بنفقة الأشهر الباقية من السنة إذا انتهت عدتها قبلها.

وكذلك إذا أبانها وهي حامل فأنفق عليها، ثم تبين لهما أنه لم يكن حملا بل مرضا أو ريحا رجع عليها بما أنفق.

ويُعلل الفقهاء الذين يذهبون لهذا الرأي أن الزوج يرجع بما دفعه لأنه تبين له أن ذلك ليس عليه، تماما كما لو ظن أنه مدينا لها فقضاها دينا ثم تبين براءته منه فإنه يسترد ما قضاها لها، فكذاك النفقة المدفوعة بغير حق.⁽¹⁾

- وأما الرأي الثاني، فيرى أن الزوج الذي يدفع نفقة غير مستحقة للزوجة، أو يعجل نفقة مستقبلية ثم يطلق قبلها، أو يدفع نفقة لبائن يظنها حاملا ثم يتبين عدم حملها، ففي كل هذه الأحوال لا يرجع عليها بما دفعه، بل تحتفظ به المطلقة.

ويُبرر أصحاب هذا الرأي رأيهم بأن الزوج في هذه الحالة لما دفع النفقة للمطلقة ولم تكن من حقها فهو مفرط لا يرجع بشيء تماما كما لو دفع مالا لأجنبية، ثم أنه لما أنفق على المطلقة فقد أنفق عليها بحكم آثار النكاح فلم يرجع به، تماما كما لو أنفق على زوجة خلال الحياة الزوجية ثم تبين له فساد النكاح وفرق بينهما، فإنه بعد هذه الفرقة لا يرجع عليها بما أنفق عليها وهو يظنها زوجة، فكذاك لا يرجع عليها بما أنفق عليها وهو يظنها معتدة.⁽²⁾

- وأما الرأي الثالث، فيرى أن الزوج في هذه الحالة إذا كان قد أنفق النفقة بلا فرض الحاكم بل من تلقاء نفسه فلا يرجع بها لأنه مفرط، أما إذا كان قد أنفق بعد فرض الحاكم عليه بدفع النفقة فإنه يرجع بها لأنه إنما دفعها مجبرا قضاء.⁽³⁾

(1) الفتاوى الهندية 560/1 ، حاشية الدسوقي 515/2 ، الإقناع 173/2 و 174 ، المبدع 148/7 و 149.

(2) الكافي. ص 298 ، حاشية الدسوقي 515/2 و 516.

(3) الفتاوى الهندية 547/1 ، حاشية الدسوقي 515/2 و 516.

ونميل إلى الرأي القائل بأنه لا يرجع عليها بشيء إن دفعها برضاه لأنها صلة، ويرجع بها عليها إن دفعها مجبرا بحكم قضائي.

هذا فيما يخص النفقة التي تدفع للمطلة وهي ليست من حقها وقت الدفع. لكن من النفقة ما يكون وقت دفعها حقا للمطلة، إذ كانت وقت قبضها زوجة ثم بعد مدة يسيرة طلقها الزوج والنفقة مقبوضة في يدها، كأن يدفع الزوج لزوجته كسوة فصل الصيف وما والاه من الخريف وقبضتها وقت وجوبها أي في أول يوم من أيام فصل الصيف ثم طلقها في ثاني يوم منه، فالكسوة مستحقة للفصل وقد طلقها أوله ، فاختلف الفقهاء في حق الزوج في استرداد تلك الكسوة المدفوعة على رأيين:

- ذهب الرأي الأول إلى أنه يسترد نفقة الكسوة التي دفعها قبل مدة يسيرة من الطلاق، وذلك لأنها نفقة خاصة بفصل لم يمر بعد، فهي كالنفقة المستقبلية، ليست من حق المطلقة وللزوج استردادها، لأنها نفقة خاصة بمدة لم تأت بعد.⁽¹⁾

- وذهب الرأي الثاني إلى أن هذه الكسوة التي دفعت قبيل الطلاق من حق المطلقة وليس للزوج الحق في استردادها، ذلك لأنه لما دفعها لها وهي في عصمته فقد دفعها في وقت كانت واجبة عليه، ومرور مدة على وقت وجوبها وطلاقها بعد قبض ما كان واجبا لها لا يسقط حقها في ما وجب لها في الماضي وإن كانت تستعمل تلك الكسوة للمستقبل، فكسوة الفصل كنفقة اليوم، إذن فلو دفع لها كسوة ثم أبانها بطلاق في زمن الفصل لم تردها لأنه دفعها وهي واجبة عليه.⁽²⁾

- وذهب رأي ثالث وسط بين الرأيين إلى أنه لو دفع نفقة الكسوة قبل شهر أو شهرين من الطلاق استردها، ولو دفعها بعد أكثر من شهرين لم يستردها. فهذا الرأي يرى بأن بعد مدة شهر أو شهرين تكون الكسوة حديثة ومستحقة لمدة مستقبلية فيستردها الزوج ولا حق للمطلة فيها، أما بعد عدة أشهر فالكسوة قد طال استعمالها من الزوجة وصارت من حقها فلا يستردها الزوج، وكأن هذا الرأي يضع مدة تتقادم فيها نفقة الكسوة، وقد قدر هذه المدة بثلاثة أشهر فأكثر.⁽³⁾

(1) مغني المحتاج 164/5.

(2) مغني المحتاج 164/5.

(3) مغني المحتاج 164/5.

ونميل إلى الرأي الثاني القائل بعدم حق الزوج المطلّق في استرداد تلك الكسوة لأن العبرة بطبيعتها وقت دفعها للمرأة وقبضها إياها، فإن قبضتها وهي زوجة فقد قبضتها حين كانت واجبة لها على زوجها فلا تردها بعد الطلاق وإن تم الطلاق بعد مدة يسيرة من القبض. وإنما يسترد الزوج ما أنفقه عليها في وقت لم يكن واجبا عليه الإنفاق فيه كما تبين في النفقة المدفوعة بدون وجه حق، فإنها إن قبضت نفقة وهي غير واجبة لها عليه وقت قبضها فهذه يمكنه استردادها، لأنه تبين أنها ليست عليه.

ثانيا: مدى استحقاق المطلقة المعتدة لنفقة العدة

إذا تبين أن المطلقة المعتدة مستحقة لنفقة العدة وجوبا، نتساءل: إذا لم يدفعها الزوج وانقضت العدة دون أن تقبضها المطلقة، أو أنه بدأ في دفعها ثم توقف قبل انقضاء العدة إما لعسره أو لغيابه أو لظلمه لها، فكيف تستحقها المطلقة؟ وإذا لم يدفع لها النفقة بعد الطلاق مباشرة بل مضت مدة ثم بدأ في دفع النفقة، فهل يسقط حقها في النفقة الماضية؟ وإذا رفعت أمرها إلى الحاكم لعدم الإنفاق، فهل سيحكم لها بحقها في النفقة الماضية؟ وإذا رفعت أمرها إلى الحاكم لعدم الإنفاق، فهل سيحكم لها بحقها في النفقة من يوم توقف الزوج عن دفعها، أم من يوم شكواها، أم من يوم صدور الحكم الملزم للزوج بالنفقة؟

1- امتناع الزوج عن دفع النفقة:

إذا امتنع الزوج من دفع النفقة، أو أنه أنفق ثم توقف عن الإنفاق، فإما أنه امتنع عن الإنفاق بسبب إفساره، وإما بسبب غيابه، وإما بسبب ظلمه وتماطله، ولكل حالة حكمها.

أ- إفسار الزوج بالنفقة:

اختلف الفقهاء في معاملة الزوج المعسر للوصول إلى حق الزوجة في النفقة على رأيين:

- الرأي الأول: يرى أن الزوج إذا أعسر بالنفقة تؤمر زوجته بالاستدانة عليه ولا يفرق بينهما. وهذا رأي كل من الحنفية والظاهرية.⁽¹⁾

(1) تبين الحقائق 54/3 و 55 ، المحلّى 91/10 وما يليها.

ودليلهم على هذا من القرآن قوله تعالى: "وإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة" فهذه الآية يدخل تحتها كل معسر بما فيهم الزوج المعسر بالنفقة. ثم أن قوله "فنظرة إلى ميسرة" دليل على أن الزوجة مأمورة بإنظار زوجها المعسر إلى ميسرة وفي أثناء الإنظار تلجأ إلى الاستدانة، وتبقى النفقة حينئذ دينا في ذمة الزوج إن حين يساره. كما استدلوا على رأيهم بقوله تعالى: "لا يكلف الله نفسا إلا ما آتاها، سيجعل الله بعد عسر يسرا". فهذه الآية دليل على أن الزوج الذي لا يقدر على النفقة بسبب إعساره لا يكلف بالإنفاق، ولا يجوز لزوجته طلب التفريق للإعسار. بل وذهب الظاهرية إلى أكثر من ذلك فقالوا: إن عجز الزوج عن النفقة وامرأته غنية كلفت بالنفقة عليه ثم لا ترجع عليه بما أنفقتة إذا أيسر، مستدلين على هذا القول بقوله تعالى: "وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف لا تكلف نفس إلا وسعها لا تضار والدة بولدها ولا مولود له بولده وعلى الوارث مثل ذلك". والزوجة وارثة فعليها نفقته بنص القرآن.

أما دليلهم من السنة ما رواه مسلم في صحيحه من حديث أبي الزبير عن جابر بن عبد الله قال: دخل أبو بكر وعمر على رسول الله صلى الله عليه وسلم فوجداه جالسا حوله نساؤه واجما ساكنا، فقال أبو بكر: يا رسول الله لو رأيت بنت خاتمتي النفقة فقلت إليها فوجأت عنقها، فضحك رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال: هن حولي كما ترى يسألنني النفقة، فقام أبو بكر على عائشة يجأ عنقها، وقام عمر إلى حفصة يجأ عنقها كلاهما يقول: تسألن رسول الله صلى الله عليه وسلم ما ليس عنده. فقلن: والله لا نسأل رسول الله صلى الله عليه وسلم شيئا أبدا ما ليس عنده، ثم اعتزلهن عليه الصلاة والسلام شهرا. ففي هذا الحديث يتبين أن أبا بكر وعمر رضي الله عنهما قد ضربا ابنتيهما بحضرة رسول الله صلى الله عليه وسلم لما سأله نفقة لا يجدها، ويستحيل ضربهما لصاحبتي حق ولا ينكر ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم، مما يدل على أنه لاحق لهما في طلب النفقة عند إعسار الزوج، ومن باب أولى لا يحق للزوجة المطالبة بفراق زوجها للإعسار. فقد روي عن الحسن البصري أنه قال في المرأة التي يعجز زوجها عن نفقتها، قال: تواسيه وتتقي الله عز وجل وتصبر وينفق عليها ما استطاع، وقال فيها سفيان الثوري: هي امرأة ابتليت فلتصبر ولا تأخذ بقول من فرق بينهما.

ومن هذه الأدلة استدلال الحنفية والظاهرية على أن إفسار الزوج لا يكون سببا في طلب الفراق، بل الحل يكمن في الاستدانة إلى حين يسار الزوج، لأن في التفريق بين الزوجين إبطال حق الزوج في الملك، وفي أمر الزوجة بالاستدانة تأخير حقها في النفقة، وتأخير حق أهون من إبطاله، فكان أولى لأنه أخف الضررين. ثم أن هذه النفقة المستدانة تبقى دينا في ذمة الزوج ولا تسقط إلا بالأداء أو الإبراء، فلا تسقط إن مات الزوج، بل تأخذ الزوجة نفقتها المدينة بها لزوجها من تركته، وهذا قبل توزيعها على الورثة، لأن الدين يقضى من التركة قبل قسمتها.

- الرأي الثاني: يرى أن الزوج إذا أعسر بالنفقة فللزوجة الخيار بين أمرين: إما البقاء مع الزوج، والصبر على الإفسار والإنفاق من مالها إن كان لها مال، أو الاستدانة عليه إلى حين اليسار، ويكون حينئذ ما أنفقتة أو ما استدانته دينا في ذمة الزوج إلى حين يساره. وإما أنها تختار الفراق بينها وبين زوجها، فيحكم لها القاضي بالتطليق للإفسار. وقد ذهب إلى هذا الرأي جمهور المالكية والشافعية والحنابلة. فهؤلاء الفقهاء يرون جواز التفريق للإفسار بين الزوجين.⁽¹⁾

ودليلهم على هذا من القرآن قوله تعالى: "فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان". فالزوج إما أن يمسك زوجته بمعروف فينفق أو أنه يسرح بإحسان. فالإمساك مع عدم الإنفاق ليس بمعروف فوجب التسريح إذن.

أما دليلهم من السنة فخير البيهقي بإسناد صحيح أن سعيد بن المسيب سئل عن رجل لا يجد ما ينفق على أهله، فقال: يفرق بينهما. فقيل له سنة؟ فقال نعم سنة. وكذلك ما رواه أحمد والدارقطني والبيهقي عن النبي صلى الله عليه وسلم بإسناد صحيح أنه قال: "أمرأتك تقول أطعمني وإلا فارقني".

وذكر ابن البناء وجهها وهو أن الزوجة تبقى معه ويؤجل ثلاثا، فإن كان عجزه لأيام يسيرة فلا فسخ لأن الإفسار هنا عارض والعارض يزول، ويمكنها الاستدانة إلى زوال الإفسار، وتكون النفقة دينا في ذمته. أما إذا كان عجزه لأيام طويلة فلها طلب التفريق للإفسار.⁽²⁾

(1) حاشية العدوي 121/2 و122، زاد المحتاج 587/3 و588، المبدع 159/7 و160.
(2) أبي اسحاق برهان الدين. المبدع شرح المقنع. دار الكتب العلمية. بيروت. 1997. ط1. ج7. ص161

وقد فصل ابن قيم الجوزية في هذه المسألة فقال: إذا تزوجت المرأة زوجها وهي عالمة بإعساره فليس لها حق طلب التفريق للإعسار، أما إن لم تكن عالمة بإعساره أو أنه غرّها بأنه موسر ثم تبين أنه معسر كان لها الحق في طلب التفريق.⁽¹⁾

ونميل إلى ما ذهب إليه الجمهور من جواز التفريق للإعسار بالنفقة، إذ صحيح أن على المرأة الوقوف إلى جانب زوجها وعدم تركه عند إعساره وصبرها على ما يلحقه من بلاء وهذا من باب المعاشرة بالمعروف، لكن إذا طال بها الأمد وهي كذلك حتى نزل بها الضرر، فحينئذ تقتضي الضرورة أن يسمح لها بطلب التفريق بينها وبين زوجها للحقوق الضرر بها، والقاضي يجيبها في ذلك إذا تأكد لديه إعسار الزوج. فإجازة التفريق للإعسار لا يعني الإضرار بالزوج وتضييع حقه، وإنما المراد منه إزالة لإجبار الزوجة على البقاء مع زوجها مع عدم القدرة على ذلك، فالأمر في هذه المسألة يُستحسن أن يوكل للمرأة وذلك بإعطائها الخيار بين البقاء أو التفريق. فإعطاء الخيار بين أمرين خير من إجبارها على أمر واحد. وقد ذهب إلى تخيير الزوجة بين البقاء مع الاستدانة أو التفريق للإعسار كل من الجمهور، وكذا قال به عمر وعلي وأبو هريرة، واختاره الأكثر.⁽²⁾

هذا ونرى أن المطلقة خلال العدة لا تحتاج إلى حل التفريق فقد تم، فلها إذن الاستدانة إلى حين يسر الزوج المطلق، وبما أن هذه النفقة المستدانة قد تبين أنها لا تسقط إلا بالإبراء أو بالأداء، فهي لن تسقط بعد انقضاء العدة، وتبقى دينا في ذمة الزوج المطلق.

ب- امتناع الزوج عن النفقة ظلما:

إذا كان الزوج موسرا ومع ذلك امتنع عن دفع النفقة لزوجته ظلما لها وتماطلا منه فللزوجة إتباع الخطوات التالية للوصول إلى حقها في النفقة:

- بادئ ذي بدء تأخذ من ماله قدر كفايتها بالمعروف إن كانت قادرة على ذلك، ولو بدون علمه وبدون إذنه، وهذا لما رواه البخاري عن عائشة أن الرسول صلى الله عليه وسلم جاءته هند فقالت له: إن أبا سفيان رجل شحيح وليس يعطيني من النفقة ما يكفيني وولدي: فقال صلى الله عليه وسلم: "خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف". متفق عليه. وقد منح

(1) زاد المعاد في هدي خير العباد. 4/ 4.

(2) المبدع شرح المقنع. 159/ 7.

الرسول صلى الله عليه وسلم للزوجة رخصة الأخذ من مال زوجها دون علمه ما يكفيها من النفقة وهذا لأن حاجتها إليها دائمة ومستمرة، ولو أمرها بالمطالبة بحقها في النفقة قضاءً لثق عليها ذلك لأنها تحتاجها يومياً ويشق اللجوء إلى القضاء في كل مرة لاستحقاقها.

- وإذا لم تكن الزوجة قادرة على الأخذ من مال زوجها ما يكفيها من النفقة كأن خبأ ماله عليها، فلها حينئذ أن ترفع أمرها إلى القاضي الذي يحكم بالبيع عليه من ظاهر ماله إن كان له مال ظاهر، فيبيع منه ما يقوم نفقة الزوجة، وهذا لأن الزوج مدين بالنفقة لزوجته، والمدين المتماطل في أداء دينه يُباع ماله لتسديد دينه جزاءً له على تماطله. فإن لم يكن للزوج مال ظاهر يمكن للقاضي أن يبحث إن كان للزوج مدين فيأمره بقضاء دين الزوج على أن يدفع الدين للزوجة لا للزوج فتأخذ منه ما يقوم مقام نفقتها.

- وإن لم يكن للزوج مال ظاهر، ولا مال لدى الغير، فللزوجة أن تطلب حبسه وللقاضي أن يجيبها في ذلك، وهذا لإكراهه على الإنفاق. لكن الحكم بالحبس لا يتم إلا بعد دعوة الزوج إلى مجلس الحكم والحكم عليه بالإنفاق وأمره بتنفيذ الحكم مع إخطاره بأنه إن لم يفعل يحبس ومدة الحبس متروكة للسلطة التقديرية للقاضي يقدرها حسب الحالات التي تعرض عليه وفقاً لاجتهاده.

- فإن صبر الزوج على الحبس وبقي على امتناعه وتعذر الإنفاق من أمواله أو بيعها، فللزوجة طلب التفريق بينها وبينه للامتناع عن النفقة ظلماً، لحديث عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه كتب في رجال غابوا عن نسائهم فأمرهم بأن ينفقوا أو يطلقوا. وهذا إجبار على الطلاق عند الامتناع عن الإنفاق وتعذر الأخذ من ماله والتنفيذ عليه فوجب الطلاق. وهو آخر حل تطلبه الزوجة، حيث لا يسوغ لها طلبه إن كانت قادرة على الأخذ من ماله، أو تمكن الإنفاق منه.

وقد اتفق الفقهاء على جواز أخذ الزوجة من مال زوجها دون علمه، وعلى جواز بيع ماله للإنفاق عليها، وعلى جواز خصم قيمة النفقة من مال الزوج لدى مدينيه، غير أنهم اختلفوا في مسألتها حبسه وتطبيقها منه.

- أما حبسه فقد ذهب جمهور الفقهاء إلى جوازه وذلك لما فيه من إكراه الزوج على الإنفاق وعلى إخراج ماله للإنفاق منه، ولأن الحبس إنما يكون في حق كل من ظهر ظلمه، والممتنع عن النفقة مع يساره يُعدُّ ظالماً فوجب حبسه.⁽¹⁾

وذهب الظاهرية إلى عدم جواز حبس الزوج لامتناعه عن النفقة، فقد قال ابن حزم الظاهري: "ليت شعري لماذا يُسجن؟" وقد أنكر حبسه لما رآه من جواز أخذ المرأة من مال زوجها دون علمه، واعتبره حلاً كافياً، ثم أنه إذا تعذر الأخذ من ماله اعتبرت النفقة ديناً في ذمته، فقد قال ابن الحزم الظاهري: "من منع النفقة والكسوة وهو قادر عليها فسواء كان غائباً أو حاضراً هو دين في ذمته يؤخذ منه أبداً ويُقضى لها به في حياته وبعد موته ومن رأس ماله يضرب به مع الغرماء لأنه حق لها فهو دين قبله".⁽²⁾

- وأما التطلاق للامتناع عن الإنفاق ظلماً، فقد أجازته المالكية والحنابلة ولم يُجزه الحنفية والشافعية والظاهرية. فأما من أجازوه فدليلهم حديث عمر ابن الخطاب رضي الله عنه حين بعث لأمرأة الجنود في رجال غابوا عن أزواجهم بأن ينفقوا أو يطلقوا. ولأن عدم الإنفاق مع القدرة عليه ظلم للزوجة، وفي تطليقها من ظالمها رفع للظلم عنها ورفع حبسه لها، كما أن الامتناع عن الإنفاق وما يتبعه من عدم القدرة على بيع ماله يجعل الزوج مثله مثل المعسر فوجب التفريق بالقياس.⁽³⁾

أما من لم يجيزوا التفريق للامتناع عن النفقة، فيقولون أن حبس الزوج كافٍ لإكراهه على الإنفاق، ثم أن الامتناع عن الإنفاق لا يمكن قياسه على الإعسار، فالممتنع ليس معسراً، والتفريق إنما يكون للإعسار، وهذا قول بعض الحنفية. أما الظاهرية فلا يجيزون التفريق للامتناع عن الإنفاق ولا يجيزون الحبس أيضاً، بل يجعلون النفقة غير المدفوعة ديناً في ذمة الزوج لحق زوجته.⁽⁴⁾

ونميل إلى رأي الجمهور في مسألة حبس الزوج، وإلى رأي المالكية والحنابلة في مسألة تطلاق الزوجة منه عند امتناعه عن الإنفاق لما ثبت عن عمر أنه أمر الأزواج بالإنفاق أو الطلاق، ولما ثبت عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: "زوجتك تقول أطمعني أو طلقني". ولقول الله عز وجل "فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان"، ولا نرى

(1) المبسوط 187/5 و 188 ، حاشية العدوي 121/2 و 122 ، الإقناع 383/2 و 384 ، المبدع 163/7.

(2) المحلى 91/10.

(3) حاشية العدوي 121/2 و 122 ، المبدع 159/7.

(4) تبیین الحقائق 54/3 ، الإقناع 383/2 ، المحلى 92/10.

حرجا في التفريق للامتناع عن النفقة لأن في الامتناع إضرار بالزوجة وقد قال الله تعالى: "ولا تضاروهن لتضييقوا عليهن"، كما قال النبي صلى الله عليه وسلم "لا ضرر ولا ضرار"، فوجب التفريق لرفع الضرر.

وهكذا نعطي للزوجة حولا للوصول إلى أخذ حقها في النفقة بإتباع الخطوات السابق ذكرها جميعها ويكون آخرها طلب التطلاق.

ج- غياب الزوج دون نفقة:

الغائب هو الذي يتعذر إحضاره إلى مجلس القضاء ولو كان قريبا متواجدا في نفس البلد الذي توجد فيه الزوجة، والمفقود (الذي صدر الحكم بموته) يأخذ حكم الغائب في مسألة النفقة⁽¹⁾. وإذا غاب الزوج استحال عليه الإنفاق تلقائيا، فإذا لم يترك نفقة لزوجته، فلهذه الأخيرة إتباع الخطوات التالية للوصول إلى حقها في النفقة:

- إن كان الزوج الغائب قد ترك مالا في يد الزوجة، فلها أن تأخذ ما يكفيها منه دون حاجة إلى رفع أمرها إلى القضاء، لحديث هند السابق حين قال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم: "خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف". ويرى الجمهور أنه في هذه الحالة يكفيها الأخذ من ماله، ولا يجوز لها طلب التطلاق. غير أن بعض من المالكية والشافعية أجازوا لها طلب التطلاق وإن كان ترك لها مالا، وهذا في حالة ما إذا طال غيبته وانقطعت أخباره.

- وإن لم يترك الزوج الغائب مالا في يد الزوجة، فلها أن ترفع أمرها إلى القاضي ليحكم لها بالنفقة، فيفرض القاضي لها النفقة على زوجها الغائب ويأمرها أن تستدينها عليه، وتبقى النفقة دينا في ذمة الزوج. أو أنه يرى إن كان الزوج دائنا فيأمر مدينه بدفع الديون لزوجته قضاءً لحقها في النفقة. وفي هذه الحالة يرى الحنفية والظاهرية أن الزوجة يكفيها الاستدانة ولا يجوز لها طلب التفريق. بينما يرى الجمهور أنه في هذه الحالة تخير المرأة بين الاستدانة أو طلب التفريق.⁽²⁾

(1) يوسف محمود عيد المقصود. المرجع السابق. ص 316.

(2) المبدع 161/7.

- وإن طالت الغيبة ولم تتمكن الزوجة من البقاء على الاستدانة، فلها حق طلب التفريق عند الجمهور إلا الحنفية والظاهرية.⁽¹⁾

ونميل إلى رأي الجمهور في جواز التفريق بين الزوج الغائب وزوجته إذا طلبت الزوجة ذلك، وتبين أن الزوج الغائب لم يترك مالا تأخذ منه ما يكفيها لنفقتها، وذلك لأن الغيبة أو غياب الزوج دون نفقة فيه إضرار بالزوجة، وليس من المعروف الغياب عنها لمدة طويلة وتركها دون نفقة فوجب التسريح بإحسان لرفع الضرر عنها، تماما كما لو كان الزوج معسرا.

والمطلقة المعتدة التي يكون لها حق في نفقة العدة على زوجها الذي طلقها، هي الأخرى لها الحق في المطالبة بحقها عند غياب الزوج المطلق، فإن غاب وترك لها نفقة العدة أنفقتها على نفسها، وإن لم يترك لها نفقة عدة بقيت ديناً في ذمته لا يسقط إلا بالإبراء أو بالأداء، فإن مات أخذتها من التركة قبل قسمتها على الورثة.

2- مدى حق الزوجة في استحقاق النفقة الماضية:

تبين فيما سبق أن الزوج إذا لم يدفع النفقة إلى زوجته بقيت ديناً عليه في ذمته تجاه زوجته، وكذلك المطلقة المعتدة إذا لم تقبض نفقة عدتها فتستبقى ديناً في ذمة المطلق. لكننا نتساءل ما هو الوقت الذي يبدأ فيه اعتبار النفقة ديناً وبالتالي تجب في حق الزوج لزوجته أو لمطلقتها، هل من يوم امتناعه و توقفه عن دفعها، أم من يوم مطالبتها بها قضاء؟
إختلف الفقهاء في هذه المسألة على رأيين:

- الرأي الأول: ذهب هذا الرأي إلى القول بأن الزوج إذا لم يدفع النفقة لزوجته ومضت مدة سقطت نفقتها الماضية وليس لها الحق إلا في نفقة المدة التي تلي مطالبتها بها، أي لها النفقة من يوم المطالبة بها قضاء، ولاحق لها فيما مضى إلا إذا كان القاضي قد فرضها لها. وهذا رأي كل من الحنفية والمالكية.⁽²⁾

فأما الحنفية فقالوا: "إذا مضت مدة ولم ينفق عليها الزوج فلا شيء لها من ذلك إلا أن يكون القاضي فرض لها النفقة أو صالحت الزوج على مقدار منها فيقضي لها بنفقة ما مضى". وقال شمس الأئمة الحلواني: "إذا فرض القاضي للمرأة نفقة العدة فلم تستوف حتى

(1) تبين الحقائق 54/3 و 55 ، المحلي 91/10 ، الباب في شرح الكتاب 96/3.

(2) تبين الحقائق 55/3 و 56 ، سراج السالك 116/2.

مات أحد الزوجين تسقط وكذا إذا انقضت عدتها قبل القبض". وقال آخرون: "تسقط إلا إذا استدان بأمير القاضي فإنها لا تسقط". وقال أبو حنيفة: "لا نفقة للمرأة إلا أن يفرضها لها السلطان". وهكذا يتبين أن الحنفية ذهبوا إلى أن الزوجة التي لم تقبض نفقتها الماضية فلاحق لها إلا من يوم ترفع أمرها إلى القاضي، ولا نفقة لها زمن التظلم.

وقد وافقهم المالكية فقالوا: "ويسقط الإنفاق عن دهر مضي * بفقره إن لم يُقدر بالقضاء." أي أن الزوج إذا مضى عليه زمن لم ينفق فيه على زوجته بسبب فقره فإن النفقة تسقط عنه فيما مضى، وليس للزوجة المطالبة بها إذا أيسر بعد، ومحل سقوط النفقة عن الزوج بسبب عسره في الزمن الماضي إذا لم يفرضها عليه الحاكم، فإن فرضها عليه أي قدر عليه شيئاً معلوماً من نقد أو غيره فإنها لا تسقط عنه ولو كان معسراً، بل تترتب في ذمته وتتجمد عليه لتؤخذ منه إذا أيسر". أي أنها تصبح ديناً عليه في ذمته لا تسقط إلا بالأداء أو بالإبراء، ولا تسقط بموت أحد الزوجين. وقال مالك: من غاب ثم قدم فطالبته امرأته بالنفقة فإن أقامت لها بينة بأنها أقرت لها بأنه لم يبعث إليها بشيء قضى لها، وإلا لا نفقة لها إلا من يوم ترفعه". يتبين إذن أن المالكية أيضاً ذهبوا إلى أن النفقة الماضية تسقط في حق الزوجة وكذلك المطلقة المعتدة إذا لم تطالب بها عن طريق القضاء، فإن طالبت بها عن طريق القضاء فلها النفقة من يوم رفع شكواها إلى القاضي، ولاحق لها فيما مضى إلا إذا كانت قد قدرها لها القاضي من قبل فلا تسقط حينئذ.

وقد برر أصحاب هذا الرأي قولهم أن النفقة الماضية تسقط لأن النفقة عندهم صلة فلا تملك إلا بالقبض، وليست عوضاً عن الملك، ولو كانت كذلك لوجب مرة واحدة كالمهر، والصلة لا تتجمد ديناً بل تسقط تماماً مثل نفقة الأقارب، فالأب إذا لم ينفق على أولاده مدة ثم بعدها عاد للإنفاق سقط حقهم في النفقة الماضية غير المدفوعة في وقتها، ولم يكن بل وليس بإمكانهم المطالبة بها لأنها نفقة صلة لا يملكونها إلا بقبضها أو بفرضها من القاضي.

ووفقاً لهذا الرأي لا تستطيع المرأة المطالبة بنفقة ماضية ما لم تكن رفعت أمرها للقضاء من بداية الامتناع أو التوقف عن الإنفاق. وقد استثنى الحنفية المدة اليسيرة، ما دون الشهر وقالوا نفقة ما دون الشهر لا تسقط لأن في هذه المدة اليسيرة تتحرز الزوجة وتتأكد من أن زوجها فعلاً قد امتنع عن الإنفاق فنتهيماً لرفع أمرها إلى القضاء.

- الرأي الثاني: ذهب هذا الرأي إلى القول بأن الزوج إذا لم يدفع النفقة لزوجته ومضت مدة فرفعت أمرها إلى القاضي فعلى هذا الأخير أن يحكم لها بالنفقة من يوم توقف الزوج عن دفعها، فلا تسقط النفقة الماضية بل تتجمد دينا في ذمة الزوج تجاه زوجته، أكان القاضي فرضها أم لم يفرضها. وهذا رأي جمهور الشافعية والحنابلة والظاهرية.⁽¹⁾

أما الشافعية فقالوا: "تجب نفقة الزوجة مقدرة ولا تسقط بمضي الزمان، ونفقة العدة لا تسقط بمضي الزمان من غير إنفاق." وقالوا أيضا في مسألة إفسار الزوج: إن أعسر ولم ينفق عليها مدة فصبرت وأنفقت على نفسها من مالها صارت دينا عليه وإن لم يفرضها القاضي كسائر الديون المستقرة.

وأما الحنابلة فقالوا: "وإن غاب مدة ولم ينفق فعليه نفقة ما مضى ولم تقسط بل تكون دينا في ذمته، سواء تركها لعذر أو لغيره". وقال ابن المنذر: "هذه نفقة وجبت بالكتاب والسنة والإجماع ولا يزول ما وجب بهذه الحجج إلا بمثلها.

وأما الظاهرية فقالوا: "ومن منع النفقة والكسوة وهو قادر عليها فسواء كان غائبا أو حاضرا هو دين في ذمته يؤخذ منه أبدا ويُقضى لها به في حياته وبعد موته من رأس ماله يضرب به مع الغرماء لأنه حق لها فهو دين قبله". وقالوا ردا على قول أبو حنيفة بأن المرأة لا نفقة لها إلا أن يفرضها لها السلطان، فقال أبو محمد: قد فرضها لها سلطان السلاطين وهو الله تعالى على لسان رسول الله صلى الله عليه وسلم. وردا على قول مالك بأنه لا نفقة لها إلا من يوم ترفعه: قال أبو محمد: وهذه أيضا قضية لا دليل على صحتها ولا يدري بماذا سقط حقها الواجب لها بدعواه.

وقد برر أصحاب هذا الرأي قولهم بأن النفقة الماضية لا تسقط لأن النفقة عندهم عوض وليست صلة. فنفقة الزوجة ليست كنفقة الأقارب، فهذه الأخيرة صلة يعتبر فيها يسار أو إفسار من تجب عليه بخلاف نفقة الزوجة فهي عوض تثبت في ذمته سواء كان موسرا أو معسرا، وكل حق وجب بحكم العوض صار كالدين لا يسقط إلا بالإبراء أو بالأداء.

كما قدم الجمهور دليلا على عدم سقوط النفقة الماضية للحديث الذي رواه الشافعي حيث قال: عن عبيد الله بن عمر "أن عمر ابن الخطاب رضي الله عنه كتب إلى أمراء

(1) زاد المحتاج 586/3 ، المبدع 153/3 ، المطى 93/10.

الأجناد في رجال غابوا عن نسائهم، فأمرهم أن يأخذوهم بأن ينفقوا أو يُطلقوا، فإن طلقوا بعثوا بنفقة ما حبسوا" (1). وفي هذا الحديث الثابت عن عمر دليل كاف على أن النفقة الماضية لا تسقط، فقد أمر عمر رضي الله عنه بصريح العبارة بوجوب دفع نفقة ما حبسوا وهي نفقة ماضية.

ويرى بعض الفقه المعاصر حلاً وسطاً بين الرأيين، ذلك أن في إسقاط النفقة الماضية إجحاف في حق المرأة وتضييع لحقها، فقد يعتمد الزوج في التعنت وإطالة مدة الإجراءات بعدم حضوره وغيرها مما يُطيل زمن التظلم فيذهب ما يقابله من حق النفقة هباءً منثوراً، كما أن تجميد نفقة مدة طويلة ماضية يؤدي إلى تراكم الديون على الزوج وفي مطالبته بدفع مبلغ كبير مرة واحدة إرهاب له، فقد تعتمد الزوجة عدم اللجوء إلى القضاء إلا بعد مدة طويلة لتحصل على مبلغ كبير، وفي هذا إجحاف في حق الزوج وإرهاب له. وحماية للطرفين نرى ترجيح رأي الجمهور أي عدم إسقاط نفقة الزوجة الماضية على أن يتم تحديد أجل لرفع الزوجة تظلمها، فإن رفعته قبل انقضاء هذا الأجل لم يسقط حقها في النفقة الماضية، وإن رفعته بعد انقضاءه سقط ولم يكن لها إلا الحق في النفقة من يوم ترفع شكواها. ويجب أن تكون مدة الأجل الممنوح للزوجة لرفع تظلمها وشكواها ملائماً للطرفين، فلا هو بالأجل القصير المضر بالزوجة، ولا هو بالأجل الطويل المضر بالزوج، بل أجل معقول يتسنى فيه للزوجة التحرز والاستعداد للتظلم دون أن يكون سبباً في تراكم ديون كبيرة على الزوج، ويرى بعض الفقه أن مدة الأجل المعقولة يجب أن لا تزيد على ستة أشهر أو سنة على الأكثر من تاريخ توقف أو امتناع الزوج عن دفع النفقة. (2) ونميل إلى هذا الحل الوسط لأنه أوفق للطرفين.

نخلص من دراستنا لحكم نفقة العدة في الشريعة الإسلامية إلى النقاط التالية:

1- في المطلقة المعتدة المستحقة للنفقة، أنها إذا كانت رجعية فلها النفقة خلال العدة دون خلاف، وإن كانت مبتوتة، فإن كانت حامل، فالجمهور إلا الظاهرية على أن لها النفقة إلى أن تنقضي عدتها بوضع الحمل، وإن كانت حائل، فقد اختلف الفقهاء فيها على ثلاثة آراء: الأول أن لها النفقة والسكنى، والثاني لا نفقة لها ولا سكنى، والثالث أن لها السكنى

(1) المبدع. 153/3.

(2) يوسف محمود عيد المقصود. المرجع السابق. ص 334.

ولا نفقة لها. وقد تم ترجيح الرأي القائل بأن لها النفقة والسكنى معاً، وبهذا صارت كل مطلقة معتدة لها النفقة خلال العدة دون تمييز بين رجعية ومبتوتة، أو حامل وحائل.

2- في وجوب نفقة العدة على الزوج، فأما عن مدى التزام الزوج المطلق بنفقة العدة، فيلتزم بدفعها بالكيفية التي كان يدفعها خلال الحياة الزوجية، فنفقة الطعام تدفع مياومة، ونفقة الكسوة كل ستة أشهر بحلول أول يوم من فصل الشتاء أو الصيف، فإن حل خلال العدة وجبت الكسوة، وإن لم يحل لم تجب، وأما المسكن فتبقى المعتدة فيه وجوباً طول العدة إلى أن تنتضي ولا يجوز خروجها ولا إخراجها منه. وإن ادعت المبتوتة أنها حامل فلها النفقة من يوم الطلاق لأنها معتدة، فإن لم يظهر عليها حمل أو بان أنه ریح أو علة فلا نفقة لها بعد العدة لأنها صارت أجنبية، وقد رجح أنه في مدة عدم ظهور أمر حملها ينفق عليها من يوم الطلاق إذا ادّعت الحمل قبله، ومن يوم إدّعاءها إن حدث بعد الطلاق، ويتم الإنفاق يومياً لمدة 3 أو 4 أشهر فإن لم يظهر حملاً توقف عن النفقة ولم يرجع بما مضى على الأرجح، كما أنه إذا حدث وأن دفع نفقة مستقبلة ثم تبين أن النكاح كان فاسداً أو طلقها قبل أجل استحقاقها لتلك النفقة فالأرجح أن لا يرجع بها إن دفعها برضاه لأنها صلة، أما لو دفعها بحكم القاضي رجح بها عليها.

وأما عن مدى استحقاق المطلقة لنفقة العدة، فإن كان الزوج قد توقف عن دفع النفقة، فإن كان بسبب عسره فللزوجة على الأرجح الخيار بين الاستدانة والتطبيق، وإن كان بسبب ظلمه، أخذت من ماله قدر كفايتها دون علمه ودون رفع الأمر للقاضي، فإن لم تقدر رفعت أمرها إلى القاضي فيبيع عليه ماله ويقوم به نفقتها، أو بحث إن كان له مال لدى الغير قضاه لها، وإلا حبسه، وإلا فلها طلب التطبيق على الأرجح. وإن كان بسبب غياب فذلك.

وإن كان الزوج لم يدفع نفقة ماضية ورفعت أمرها إلى القاضي، لم تسقط نفقتها الماضية على الأرجح إن كانت المدة الماضية قصيرة وحكم لها القاضي بالنفقة من يوم التوقف عن دفعها لا من يوم رفع شكواها. أما إذا كانت المدة طويلة سقطت وحكم لها القاضي بها من يوم رفع شكواها.

وإن كان حكم النفقة في الشريعة الإسلامية قد بين، فندرس حكمها في قانون الأسرة لنرى مدى مطابقته لهذه الأحكام الشرعية.

المطلب الثاني حكم نفقة العدة في قانون الأسرة

ندرس أولاً المطلقات المعتدات المستحقات لنفقة العدة، ثم مدى وجوب نفقة العدة على الزوج المطلق.

الفرع الأول المطلقة المعتدة المستحقة لنفقة العدة قانوناً

نظم المشرع أنواع العدة في المواد 58 و 59 و 60 من قانون الأسرة، حيث نصت المادة 58 على ما يلي: "تعدت المطلقة المدخول بها غير الحامل بثلاثة قروء واليائس من المحيض بثلاثة أشهر من تاريخ التصريح بالطلاق".

ونصت المادة 59 على ما يلي: "تعدت المتوفى عنها زوجها بمضي أربعة أشهر وعشرة أيام وكذا زوجة المفقود من تاريخ صدور الحكم بفقده".

ونصت المادة 60 على ما يلي: "عدة الحامل وضع حملها، وأقصى مدة الحمل عشرة أشهر من تاريخ الطلاق أو الوفاة".

وطبقاً لهذه النصوص فإن المطلقة المدخول بها إذا كانت غير حامل تعدت بثلاثة قروء أي بثلاثة حيض بأطهارهن⁽¹⁾، وهذا مطابق لقوله تعالى في الآية 228 من سورة البقرة: "والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء..".

أما إذا كانت المطلقة المدخول بها آيسة من المحيض فعدتها ثلاثة أشهر، وهذا مطابق لقوله تعالى في الآية 3 من سورة الطلاق: "واللاني يئسن من المحيض من نسائك إن ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر واللاني لم يحضن..". غير أن المشرع أغفل النص على الصغيرة التي لا تحيض، فالآية ذكرتها وبينت أن عدتها ثلاثة أشهر مثلها مثل الآيسة التي يئست من المحيض، غير أن المشرع لم يذكرها، ونعتقد أن السبب يكمن كما تبين سابقاً في أنه يعتبر الصغيرة لا يمكن الدخول بها لعدم توفر شرط الأهلية المنصوص عليه في

(1) عبد العزيز سعد. المرجع السابق. ص 285.

المادة 7 من قانون الأسرة، ومع ذلك نرى وجوب النص عليها لاحتمال العقد على الصغيرة والدخول بها عرفياً.

هذا وإنه طبقاً لقواعد الشريعة الإسلامية، تبدأ المطلقة المعتدة في حساب عدتها من يوم لفظ الزوج بالطلاق، أما المشرع فقد قال بأن حساب العدة يبدأ من تاريخ التصريح بالطلاق، ويقصد بذلك التصريح بالحكم الذي قضى بالطلاق⁽¹⁾، وهذا لأن المشرع لا يعترف بالطلاق الذي يقع في البيت بل الطلاق يقع تحت إشراف القضاء ولا طلاق خارج المحكمة، فقد نصت المادة 49 من قانون الأسرة على أنه لا يثبت الطلاق إلا بحكم. وفي هذا تصادم مع الشرع لأن الزوجة قد تنتهي عدتها قبل صدور الحكم بالطلاق لكنها ستجبر قانوناً على الاعتداد من يوم صدور الحكم مما يطيل عليها العدة فيضر بها. يمكن القول إذن أن النصوص المتعلقة بالعدة وإن كانت مطابقة للشرع في ما يخص أنواع العدة، إلا أن مدة حسابها أو تاريخ بداية حسابها متصادم مع أحكام الشريعة الإسلامية.⁽²⁾

ومهما يكن من أمر فإن المشرع وإن كان أمر المعتدة المطلقة بالاعتداد فقد أعطاها حقاً في نفقة العدة حيث نصت المادة 61 من قانون الأسرة على ما يلي: "لا تخرج الزوجة المطلقة من السكن العائلي ما دامت في عدة طلاقها إلا في حالة الفاحشة المبينة ولها الحق في النفقة في عدة الطلاق". فلم يبين المشرع في النص المذكور من من المطلقات المعتدات تستحق النفقة ومن منهن لا تستحقها، فالمطلقة عند المشرع الجزائري على العموم لها النفقة في عدة الطلاق، كما لها حق البقاء في مسكن زوجها إلى غاية انقضاء عدتها، ولم يفرق المشرع بين المعتدة الرجعية والمعتدة المبتوتة، وبالتالي فهو لم يتعرض لمسألة المبتوتة الحائل وحقها أو عدم حقها في النفقة والسكنى، مع أنها كانت محل خلاف فقهي حاد ليس بين فقهاء المذاهب فقط وإنما بين الصحابة الذين ذهب بعضهم إلى عدم حقها في النفقة والسكنى لأنه لا يرجى مراجعتها بعد طلاقها الثلاث ولا فائدة إذن من اعتدادها في بيت الزوج، وذهب الرأي الراجح إلى استحقاقها للنفقة والسكنى خلال العدة مثلها مثل الرجعية لعموم قوله تعالى: "لا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن..".

(1) عبد العزيز سعد. المرجع السابق. ص 286.
(2) لمطاعي نور الدين. المرجع السابق. ص 08 وما يليها.

وإن كان المشرع لم يتعرض لمسألة نفقة المبتوتة الحائل على وجه التفصيل، فهل يقصد من نص المادة 61 من قانون الأسرة أن لكل مطلقة معتدة الحق في نفقة العدة دون استثناء؟

من ظاهر النص يدخل في مفهوم الزوجة المطلقة التي ما زلت في العدة كل مطلقة معتدة، رجعية كانت أم مبتوتة، حامل كانت أم حائل، فكل هؤلاء مستحقات لنفقة العدة بما فيها السكنى. فالمشرع إذن يرى أن المطلقة تستحق النفقة كلما وجبت عليها العدة، فسبب النفقة هو العدة من الطلاق بغض النظر عن رجعيته أو بتاتته، وهذا ما أكده الأستاذ عبد العزيز سعد حيث قال: "كل مطلقة معتدة تستحق النفقة من مال زوجها طيلة مدة عدتها، ويجب على مطلقها أن يتحمل نفقة العدة"⁽¹⁾. فالمعتدة لا تستحق النفقة بسبب بقاءها في حكم الزوجة فحسب بل بسبب احتباسها لحق زوجها ولو بائن منه.

ولقد كرس القضاء هذه القاعدة حيث أنه بعد الحكم بالطلاق وفي كل الأحوال، يحكم القاضي على الزوج المطلق بدفع نفقة إجمالية أو شهرية للمطلقة، وهذا بغض النظر عن كون المطلقة رجعية يمكن مراجعتها أم مبتوتة بآئنة على الزوج من يوم نطقه بالطلاق، فالقاضي عند حكمه لها بالنفقة لا يفرق بين ما إذا كانت المطلقة المعتدة ما زالت في حكم الزوجة بأن كانت رجعية، أم صارت أجنبية عن الزوج بالطلاق البات مع عدم حملها، فللكل نفقة عدة ما دمن في العدة.

ولا بأس في هذا الحكم الذي ذهب إليه المشرع لأنه الراجح والغالب في الشريعة الإسلامية والموافق للقرآن.

الفرع الثاني

مدى وجوب دفع النفقة على الزوج قانوناً

ندرس أولاً مدى التزام الزوج بدفع النفقة، ثم ثانياً مدى استحقاق الزوجة والمطلقة للنفقة، وهذا وفقاً لقانون الأسرة.

(1) عبد العزيز سعد. المرجع السابق. ص 291. راجع أيضاً تقيّة عبد الفتاح. المرجع السابق. ص 196 و 197.

أولاً: مدى التزام الزوج بدفع النفقة:

نبين فيما يلي مسألة كيفية دفع النفقة، ثم مسألة مصير النفقة المستقبلية على الترتيب الآتي.

1- كيفية دفع النفقة:

إذا كان قد تبين شرعا أن الزوج يدفع نفقة الطعام يوميا، ونفقة الكسوة كل ستة أشهر، وهذا سواء خلال الحياة الزوجية أو خلال عدة الطلاق، فإن المشرع لم يبين كيفية دفع النفقة في قانون الأسرة، وإن كان واضحا أنه خلال الحياة الزوجية بأن المتعارف عليه في مجتمعنا أن نفقة الطعام يومية ونفقة الكسوة حسب الحاجة وهذا عندما لا يكون هناك نزاع بين الزوجين حول النفقة.

أما إذا كان هناك نزاع بين الزوجين حول النفقة، وسواء أوقع النزاع خلال الحياة الزوجية أو خلال العدة، فإنه كما سبقت الإشارة إليه المعمول به قضاءً أن النفقة يحكم بها في شكل مبالغ مالية مستحقة إما إجمالياً أو شهريا⁽¹⁾، وهذا لأن المعروف لدينا أن المواطن اليوم يتلقى راتبه شهريا، فيلتزم إذن بنفقة شهرية عادة.

وبما أن النصوص القانونية لا تسن إلا لحل النزاعات، ولا نحتاج لنصوص قانونية تنظم الحياة العادية التي لا نزاع فيها، فمن الطبيعي أن لا يكون هناك نص قانوني في قانون الأسرة ينص على كيفية دفع الزوج النفقة لزوجته خلال الحياة الزوجية أو خلال العدة إن لم يتم نزاع بينهما حول كيفية دفعها، فالأزواج أعلم بأمور دنياهم، والأمر موكول لما يرونه ولما هو متعارف عليه بينهم في الأحوال الشخصية والاجتماعية العادية.

أما إذا كان هناك نزاع حول النفقة، فكما سبقت الإشارة إليه، فإنه في زماننا لا يدفع الزوج النفقة لزوجته طعاما أو كسوة، وإنما يدفعها في شكل مبالغ مالية، وقد تبين أن هذا جائز شرعا، مما جرت العادة على أنه لا يحكم في القضاء بالنفقة إلا في شكل مبالغ مالية، وهذا ما كرسته المادة 331 من قانون العقوبات بقولها "المبالغ..".

(1) محكمة سيدي امحمد. غرفة الأحوال الشخصية. حكم صادر بتاريخ 14 أبريل 2008. غير منشور.

2- مصير النفقة المستقبلية:

إذا عجل الزوج لزوجته نفقة سنة فدفع لها مبالغ مالية كافية لنفقتها مدة 12 شهرا، غير أنه بعد فوات بضعة أشهر فقط من تعجيل النفقة طلق زوجته وانتهت عدتها وصارت أجنبية عنه، وهذا قبل انتهاء مدة الأشهر الباقية من السنة، فبقيت نفقة الشهور الباقية المدفوعة معجلا في قبضتها وهي أجنبية عنه، فهل له حق استردادها؟
لم ينص المشرع في قانون الأسرة على هذه الحالة، وفي غياب نص يحل هذه الإشكالية نتساءل إن كانت النفقة المستقبلية المدفوعة معجلا من حق الزوج وبالتالي يستردها، أم من حق الزوجة وبالتالي لا ترددها؟

تنص المادة 222 من قانون الأسرة على أن: كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية".

وقد تبين أنه في الشريعة الإسلامية قد اختلف الفقه في هذه المسألة على ثلاثة آراء، يرى الرأي الأول حق الزوج في استرداد النفقة المعجلة المستقبلية لأنه تبين أنها ليست من حق الزوجة، فهي نفقة عن مدة لم تأت بعد فوجب عليها ردها له، ويرى الرأي الثاني عدم وجوب رد هذه النفقة على الزوجة بل تحتفظ بها، لأنها لما دُفعت لها دفعت وهي مستحقة لها، ثم أن الزوج هنا لا يرجع بما دفعه لأنه مفرط، بينما يرى الرأي الثالث بأن الزوج يرجع بها إن كان القاضي قد ألزمه بها، فإن دفعها بعد صدور حكم بإلزامه بدفعها، فعلى الزوجة ردها لأنه دفعها مجبرا لا مفرطا، وإن دفعها دون حكم من القضاء بل من تلقاء نفسه وبرضاه فلا يستردها ولا يرجع بما دفعه بطيبة نفس منه وبرضاه.

وقد تبين رجحان هذا الرأي الثالث، فلا بأس أن نأخذ به لحل النزاعات القائمة بين الزوجين في هذه المسألة والمتعلقة بمصير النفقة المستقبلية المعجلة، وتطبق أيضا على النفقة المدفوعة بدون وجه حق، كحالة الزوج الذي يتزوج امرأة ثم يطلقها، وبعد الطلاق يدفع نفقة العدة، ثم يتبين أن الزواج كان فاسدا لأنها كانت أخته من الرضاعة، ومعلوم أنه لا نفقة في عدة من فرقة بسبب فساد النكاح وإن وجبت العدة لاستبراء الرحم، فإن كان الزوج قد دفع هذه النفقة بموجب حكم قضائي أمكنه استرداد كل ما دفع، وإن دفعها تلقائيا لم يسترد شيئا، ولأهمية هذه المسألة نقترح إدراج نص قانوني في قانون الأسرة ينظم هذه الحالة، ونقترح أن يصاغ بالشكل التالي:

"إذا كان الزوج قد دفع بموجب حكم قضائي مبالغ نفقة عن شهور غير مستحقة لزوجته فعلى الزوجة ردها له".

ثانيا: مدى استحقاق المطلقة للنفقة

نبين فيما يلي مسألة عدم دفع الزوج النفقة، ثم مسألة مصير النفقة الماضية، وهذا على الترتيب الآتي.

1- عدم دفع الزوج للنفقة:

قد لا يدفع الزوج النفقة إما بسبب إعساره، أو بسبب امتناعه عمداً، أو بسبب غيابه.

أ- إعسار الزوج عن النفقة:

تنص المادة 53 في فقرتها الأولى على أنه يجوز للزوجة أن تطلب التطلاق لعدم الإنفاق بعد صدور الحكم بوجوبه ما لم تكن عالمة بإعساره وقت الزواج. طبقاً لهذا النص، إذا لم ينفق الزوج على زوجته، أمكنها اللجوء إلى القضاء لطلب التطلاق ولكن بشرطين:

- الشرط الأول: أن تكون الزوجة قد رفعت من قبل دعوى النفقة لحمل الزوج على الإنفاق عليها، وأن يكون قد صدر حكم فيها يلزمه بالإنفاق، وبُئِّغ للزوج ومع ذلك استمر في عدم الإنفاق.

- الشرط الثاني: أن لا تكون الزوجة عالمة بإعسار زوجها عند إبرام عقد الزواج، لأن علمها بإعساره عند إبرام العقد ومضيها في العقد قرينة على رضاها بالعيش معه على تلك الحال، ولا يتسنى لها الرجوع في ما رضيت به وقبلته عند العقد، مما يسقط حقها في طلب التطلاق، إذ لم يعد لها حق طلب التطلاق بسبب إعسار قد رضيت به.⁽¹⁾

ويفهم من هذا أن الزوج إذا أعسر عن النفقة ولم تكن الزوجة عالمة به من قبل عند

إقبالها على إبرام عقد الزواج معه، فللدفاع على حقها تتبع الخطوات التالية:

- رفع دعوى النفقة لاستصدار حكم يوجب على الزوج دفعها.

- بعد صدور الحكم وتبليغه للزوج واستمرار هذا الأخير في عدم الإنفاق، فلها حق رفع دعوى التطلاق.

(1) عبد العزيز سعد. المرجع السابق. ص 256.

هذا وعند منحه الزوجة حق طلب التطلاق، لم يفرق المشرع بين كون الزوجة معسرة هي أيضا وبالتالي لا حيلة لها في الإنفاق، وكونها موسرة يمكنها الإنفاق من مالها والاستغناء عن نفقة الزوج.

ونرى أن الحق في طلب التطلاق ممنوح لكليهما، ما دام لا يوجد نص يفرق بينهما، وإن كنا نرى أنه من الأفضل تخصيصه للمعسرة دون الموسرة لاقتضاء المعاشرة بالمعروف، على أن لا يؤخذ تماطل الزوج وكسله عن التكسب عذرا أو قرينة على الإعسار، بل الأصل عدم إعساره إلى أن يثبت العكس، وهذا حتى لا نفتح باب إتكال الأزواج الكسالى على أموال زوجاتهم.

وبمقارنة ما جاء في نص المادة 53 المذكور أعلاه مع ما جاءت به الشريعة الإسلامية بخصوص حماية المطلقة عند إعسار زوجها عن النفقة، نلاحظ أن المشرع تسرع في منح حق طلب التطلاق الذي تلجأ إليه الزوجة مباشرة بعد صدور الحكم بالإنفاق وعدم تنفيذ الزوج له، والأحسن أن يمنح الخيار للزوجة بالاستدانة عليه لمدة لا تطول، فإن طالت أذن لها بالتطلاق للإعسار.

وعلى هذا نقترح التعديل التالي:

"يجوز للزوجة أن تطلب الإذن قضائيا بالاستدانة على زوجها أو أن تطلب التطلاق لعدم الإنفاق بعد صدور الحكم بوجوبه ما لم تكن عالمة بإعساره وقت الزواج".

ب- امتناع الزوج عن النفقة عمدا:

تنص المادة 331 من قانون العقوبات على ما يلي: "يعاقب بالحبس من ستة أشهر إلى ثلاث سنوات، وبغرامة من 50.000 دج إلى 300.000 دج كل من امتنع عمدا، ولمدة تتجاوز الشهرين عن تقديم المبالغ المقررة قضاءً لإعالة أسرته، وعن أداء كامل قيمة النفقة المقررة عليه إلى زوجه أو أصوله أو فروعه، وذلك رغم صدور حكم ضده بإلزامه بدفع نفقة إليهم.

ويفترض أن عدم الدفع عمدي ما لم يثبت العكس، ولا يُعتبر الإعسار الناتج عن الاعتياد على سوء السلوك أو الكسل أو السكر عذرا مقبولا من المدين في أية حالة من الأحوال...".

طبقا لهذا النص، إذا كان الزوج موسرا، ومع ذلك امتنع عن الإنفاق على زوجته امتناعا عمديا وظلما منه لها، فللزوجة إتباع الخطوات التالية للدفاع عن حقوقها:

- بادئ ذي بدء يجب عليها أن ترفع دعوى النفقة لاستصدار حكم يوجب عليه النفقة، وأن يكون قد صدر فيها حكم قضائي يلزمه بالنفقة وبلغ له ومع ذلك بقي على امتناعه ظلما.

- بعد مرور شهرين، يمكنها رفع دعوى المطالبة بحبسه لعدم تنفيذه حكم النفقة.⁽¹⁾

- إذا حُبس الزوج وصبر على الحبس ولم يكرهه حبسه على الإنفاق، فلها طبقا لنص المادة 53 المذكور سابقا، أن ترفع دعوى التطلق، وذلك لأنه إن كان يتسنى لها طلب التطلق لعدم الإنفاق بسبب الإعسار، فمن باب أولى يكون لها الحق في طلب التطلق لعدم الإنفاق ظلما.

وبمقارنة هذه الأحكام مع الشريعة الإسلامية بخصوص الزوج الممتنع ظلما عن دفع النفقة، نلاحظ أن المشرع في هذه الحالة أيضا تسرع في الحكم على الزوج سواء بالحبس أو بالتطلق، وذلك أن الشريعة تسمح للزوجة في هذه الحال الأخذ من مال الزوج دون علمه، فإن لم تقدر رفعت أمرها للقاضي ليبيع أمواله عليه ويقتص منها نفقة زوجته، أو أنه يدفعها لها من مال الزوج لدى الغير، فإن لم يكن له مال ظاهر أو مال لدى الغير، في هذه الحالة يحبسه ثم يطلق عليه زوجته.

وإن كنا نرى أن الخطوة الأولى وهي الأخذ من ماله دون علمه لا تحتاج إلى اللجوء إلى القضاء كما لا تحتاج إلى النص عليها قانونا، لكننا نرى أنه من الأفضل قبل حبس الزوج وتطلاق زوجته منه، أن ينفذ على أمواله أولا، فإن لم تكن له أموال ظاهرة وكان له مال لدى الغير نفذ على ماله لدى الغير، فإن لم يوجد فهنا يُحبس الزوج لإكراهه على الإنفاق، ثم تطلق زوجته منه.

هذا وإن كان نص المادة 331 من قانون العقوبات وكذا نص المادة 53 من قانون الأسرة ناقصا غير أنه ليس فيه ما يخالف الشرع، فالشريعة تسمح بحبس الزوج لامتناعه ظلما عن النفقة، وتسمح بالتطلق بينه وبين زوجته عند إعساره عن النفقة أو امتناعه ظلما. ولا بأس أن نقترح التعديل التالي:

(1) عبد العزيز سعد. المرجع السابق. ص 73 و 230 و 231.

"إذا امتنع الزوج عن النفقة عمداً جاز للزوجة المطالبة بالتنفيذ على أمواله إن كان له مال ظاهر، أو بالتنفيذ على ماله لدى الغير إن كان، فإن لم يكن له مال حُبس، فإن بقي على امتناعه جاز للزوجة طلب التطلاق".

ج- غياب الزوج بدون نفقة:

تنص المادة 53 في فقرتها الثالثة على أنه يجوز للزوجة أن تطلب التطلاق بسبب غيبة الزوج وهذا بعد مضي سنة بدون عذر ولا نفقة.

طبقاً لهذا النص، إذا غاب الزوج عن زوجته وبالتالي لم ينفق عليها مدة غيابه فلها حق طلب التطلاق ولكن بشروط:

- الشرط الأول: أن يكون غياب الزوج قد طال لمدة تفوق السنة من أول يوم غاب فيه، فإن لم تمض سنة فلا حق للزوجة في طلب التطلاق، ونعتقد أن المشرع يذهب بهذا التحديد إلى أن عدم تواجد الزوج مع زوجته لمدة أقل من سنة يُعد مجرد ابتعاد عادي ولا يُعد غياباً قانونياً، فالغياب القانوني هو الذي يفوق السنة.

- الشرط الثاني: أن يكون غياب الزوج الذي يفوق السنة بدون عذر، وذلك لأن غيابه بدون عذر وحين لا حاجة إلى الغياب قرينة على إهمال زوجته وتركها، فحق لها التطلاق رفعا للظلم عنها، أما الغياب لعذر كالدراسة بعيداً أو للخدمة الوطنية أو ما شابههما، فلا يُعطيان الحق للزوجة في طلب التطلاق، لوجود حاجة حقيقية للغياب.

- الشرط الثالث: أن لا يكون الزوج قد ترك نفقة لزوجته، أي أن يكون الزوج قد غاب دون أن يترك نفقة لزوجته موافقة لمدة غيابه، فإن ترك لها نفقة كافية لتنفقها على نفسها طول مدة الغياب فلا حق لها في طلب التطلاق وإن كان غيابه بغير عذر، أما إن لم يترك لها نفقة، فحتى لو كان غيابه لعذر فلها الحق في طلب التطلاق.⁽¹⁾

فإذا توافرت هذه الشروط، فيمكن للزوجة أن تطلب التطلاق مباشرة، أي أن الزوج بمجرد أن يغيب لمدة تفوق السنة بدون عذر ولا نفقة، فللزوجة حق رفع دعوى التطلاق مباشرة دون أي إجراء يسبق هذه الدعوى.

(1) عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 269.

وليس في تخويل الزوجة حق طلب التطلق للغياب بدون نفقة مخالفة للشرع، غير أنه يُستحسن أن تُعطى الزوجة الخيار بين الاستدانة على الزوج وبين طلب التطلق، والنص على ذلك في قانون الأسرة، ولهذا نقترح تعديل نص المادة 53 المذكور أعلاه في فقرته الخامسة كما يلي:

"يجوز للزوجة أن تطلب التطلق كما يجوز لها طلب الاستدانة عن الزوج:
- بسبب غيبة الزوج وهذا بعد مضي سنة بدون عذر ولا نفقة".

2- مصير النفقة الماضية:

معلوم أن وقت وجوب النفقة يكون بالدخول بالزوجة بعقد صحيح، لكن إذا امتنع الزوج عن دفع النفقة، أو كان يدفعها ثم توقف عنها إما ظلماً أو عجزاً لا يهيم، فالزوجة قبل أن تلجأ للقضاء سوف تنتظر مدة تحترز فيها لعله يعود للإنفاق، فإن لم يعد بعد هذه المدة ورفعت دعوى النفقة فإن القاضي هنا هل سيحكم عليه لها بالنفقة من يوم توقفه عن دفعها أي بأثر رجعي، أم من تاريخ رفع دعوى النفقة، أم من تاريخ صدور الحكم؟ هذه الإشكالية قد وضع لها المشرع نصاً يُنظمها وهو نص المادة 80 من قانون الأسرة التي تقضي بما يلي: "تستحق النفقة من تاريخ رفع الدعوى، وللقاضي أن يحكم باستحقاقها بناء على بيينة لا تتجاوز سنة قبل رفع الدعوى".

فبهذا النص يتبين أن المشرع يذهب إلى أن الأصل أن حق الزوجة في النفقة الماضية يسقط، ومعناه أن الزوجة التي لا يدفع لها الزوج النفقة ولا ترفع دعوى النفقة إلا بعد مدة تتحرز فيها وتتأكد من عدم رجوع الزوج للإنفاق فلا حق لها في النفقة مدة تحرزها، بل تبدأ نفقتها من اليوم الذي رفعت فيه دعواها لتطالب بالنفقة، ويعني هذا أن نفقة مدة ما قبل رفع الدعوى تسقط، أما نفقة مدة الترافع والمطالبة القضائية بالنفقة لا تسقط، لأنه قد تطول إجراءات المحاكمة، وحفظاً لحق الزوجة في النفقة لا تسقط نفقتها زمن هذه الإجراءات. وقد قرر المشرع أن النفقة الماضية عن تاريخ رفع الدعوى تسقط وهذا حماية للزوج من إرهاقه بالديون المتركمة عند تحايل الزوجة وتماطلها عمداً عن رفع دعوى النفقة حتى تتراكم مبالغ النفقة وتأخذها بطريقة إجمالية مرة واحدة بعد المطالبة القضائية بها،

وهذا إجحاف في حق الزوج، وحماية له قرر المشرع سقوط النفقة الماضية ما قبل تاريخ رفع الدعوى، وهذا هو الأصل.

لكن الزوجة من الطبيعي أن تتحرز مدة قبل المطالبة قضائيا بالنفقة، فلا يُعقل أن يذهب حقها في النفقة تلك المدة ويضيع، ولهذا السبب فقد وضع المشرع استثناء، وهو أن نفقة مدة سنة واحدة قبل رفع الدعوى لا تسقط بناء على بيينة.⁽¹⁾

وبهذا الحكم فقد ذهب المشرع إلى ما ذهب إليه الحنفية والمالكية من سقوط النفقة الماضية إلا ما كان لمدة يسيرة للتحرز فلا يسقط، وبهذا يكون نص المادة 80 موافقا للشرع وسليما والله أعلم.

وقد كرّس القضاء هذا المبدأ الشرعي عمليا حيث جاء في إحدى المجالات القضائية ما يلي: "من المقرر قانونا أنه تستحق النفقة من تاريخ رفع الدعوى والقاضي يحكم باستحقاقها بناء على بيينة لمدة لا تتجاوز سنة قبل رفع الدعوى"⁽²⁾. وجاء أيضا: "فكان على المحكمة أن تقدر ظروف الزوج ومدخوله ووسعه والمدة الزمنية التي مرت بها القضية وطول المرافعات.. ولللمجلس الحق في أن يحدد النفقة اعتبارا من تاريخ صدور القرار حتى لا تتقل كاهل الزوج بنفقات سنوات طوال..⁽³⁾

المبحث الثاني

تقدير نفقة العدة

نتعرض في هذا المبحث إلى دراسة تقدير نفقة العدة وهذا في كل من الشريعة والقانون.

(1) عبد العزيز سعد. المرجع السابق. ص 228 و 229.

(2) قرار رقم 57506 بتاريخ 1989.12.25. المجلة القضائية. 1991. العدد 3. ص 65. أنظر ملحق ص 6.

(3) قرار رقم 51715 بتاريخ 1989.01.16. المجلة القضائية. 1992. العدد 2. ص 60. أنظر ملحق ص 6.

المطلب الأول

تقدير النفقة في الشريعة الإسلامية

تتطلب دراسة تقدير النفقة التعرض إلى مسألتين أساسيتين: تتعلق الأولى بطرق تقدير النفقة وتتعلق الثانية بمعيار تقدير النفقة.

الفرع الأول

طرق تقدير النفقة في الشريعة الإسلامية

نتساءل عندما يقدر القاضي النفقة للزوجة أو للمطلقة المعتدة هل يقدرها باعتبار حال الزوج أم بحال الزوج والزوجة معا؟ هذه المسألة اختلف فيها الفقهاء على النحو التالي: - أما السلف فعن جابر بن عبد الله قال: دخل أبو بكر وعمر على رسول الله صلى الله عليه وسلم فوجداه جالسا حوله نساؤه واجما ساكنا، فقال أبو بكر: يا رسول الله لو رأيت بنت خارجة سألتني النفقة فقلت إليها فوجأت عنقها، فضحك رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال: هن حولي كما ترى يسألنني النفقة، فقام أبو بكر على عائشة يجأ عنقها، وقام عمر إلى حفصة يجأ عنقها كلاهما يقول: تسألن رسول الله صلى الله عليه وسلم ما ليس عنده، ثم اعتزلهن عليه الصلاة والسلام شهرا. فمن هذا الحديث يفهم أن الصحابي الجليلين أبو بكر وعمر رضي الله عنهما يعتبران تقدير النفقة حسب حال الزوج لأنهما ضربا ابنتيهما لطلبهما نفقة تفوق حال زوجهما رسول الله صلى الله عليه وسلم. ومن التابعين سبق بيان أن الحسن البصري وسفيان الثوري يريان أن الزوجة التي يعسر زوجها عن نفقتها يجب أن تصبر عليه وتواسيه وتتقي الله وينفق عليها ما استطاع، مما يدل على أنهما يعتبران في تقدير النفقة حال الرجل.⁽¹⁾

- وأما الحنفية فانفقوا على وجوب أن ينفق الزوج نفقة الموسرين إذا كان الزوجان موسران، وأن ينفق الزوج نفقة المعسرين إذا كان الزوجان معسران، لكنهم اختلفوا فيما إذا كان أحدهما موسرا والآخر معسرا، فذهب بعضهم إلى اعتبار حال الزوج، فإن كان

(1) المحلي 100 / 10 وما يليها.

موسرا وهي معسرة وجبت لها عليه نفقة الموسرين لأنه مأمور بحسن عشرتها، وإن كان معسرا وهي موسرة وجبت لها عليه نفقة المعسرين لأنها لما تزوجت معسرا رضيت بنفقة المعسرين، وهذا رأي الكرخي، وبه قال جمع كثير من المشايخ.

وذهب البعض الآخر من فقهاء الحنفية إلى تقدير النفقة باعتبار حال الزوجين معا، وهذا رأي الخصاف، فتجب عليه نفقة الوسط في المسألتين، وهي فوق نفقة المعسرة ودون نفقة الموسرة، فإذا كان الزوج موسرا وهي معسرة وجبت لها نفقة متوسطة، وإن كان هو معسرا وهي موسرة أيضا وجبت لها نفقة متوسطة. وقد انتقد هذا الرأي في غاية البيان أنه إذا كان معسرا وهي موسرة وأوجبنا الوسط فقد كلفناه بما ليس في وسعه فلا يجوز.⁽¹⁾ - وأما المالكية فقال مالك الاعتبار في النفقة بقدر حال الزوجة وحال الزوج في يسار أو إعسار، وقال اللخمي وغيره بأن المعتبر حالهما وحال بلدهما وزمنهما وسعرهما ونحوه⁽²⁾. وقال آخرون: "نفقة الزوجة واجبة على زوجها بقدر وسعه وحالها غنية كانت أو فقيرة...".⁽³⁾

- وأما الشافعية فيرون أن نفقة الزوجة مقدرة على الزوج بحسب حاله، فإن كان موسرا لزمه مَدان اثنتين من الحب كل يوم، وإن كان معسرا فمد واحد، وإن كان متوسطا فمد ونصف، فالعبرة بحاله هو.⁽⁴⁾

- وأما الحنابلة فيرون أن نفقة الزوجة تكون على قدر اليسار والإعسار لكنها معتبرة بحال الزوجين جميعا رعاية لكل من الجانبين وهو أولى، فيفرض للموسرة تحت الموسر قدر كفايتها من أرفع خبز البلد، لأنه عليه السلام أمر بالإنفاق على الزوجة بالمعروف، وليس من المعروف إطعام الموسرة خبز المعسرة، ويفرض للفقيرة تحت الفقير قدر كفايتها من أدنى خبز البلد وأدمه ودهنه، وللمتوسطة تحت المتوسط أو كان أحدهما موسرا والآخر معسرا ما بين ذلك حسب العرف والعادة. لأن إيجاب نفقة الموسر على المعسر، وإنفاق المعسر نفقة الموسر ليس من المعروف وفيه إضرار بصاحبه، فكان اللائق بحالهما هو المتوسط، وقيل للموسرة على المعسر أقل كفاية والباقي في ذمته.⁽⁵⁾

(1) زين الدين بن نجيم الحنفي. البحر الرائق شرح كنز الدقائق. دار الكتاب الإسلامي. القاهرة. ط2. بدون سنة. ج4. ص190.

(2) محمد عليش. شرح منح الجليل على مختصر العلامة خليل. دار صادر. بيروت. لبنان. بدون سنة. ج2. ص431.

(3) أبو الحسن علي بن عبد السلام التسولي. البهجة في شرح التحفة. دار الكتب العلمية. بيروت. 1998. ط1. ج1. ص608.

(4) الإقناع 378/2، عمدة السالك. ص211.

(5) المبدع 144/7.

- وأما الظاهرية فيرى أبو محمد أن الزوج ينفق على زوجته على قدر حاله وماله ويكسوها على قدر حاله وماله، وهذا هو المعروف بين الناس من مآكلهم وملابسهم، كما يلزمه إسكانها على قدر طاقتة هو. (1)

بعد سرد آراء الفقهاء في مسألة طرق تقدير النفقة يتبين أن اختلافهم على رأيين:
- الرأي الأول: يقول هذا الرأي بأن النفقة تقدر بحال الزوج بغض النظر عن حال الزوجة، فإن كان الزوج موسرا وجبت لها نفقة الموسرين موسرة كانت هي أو معسرة، وإن كان الزوج معسرا وجبت لها نفقة المعسرين معسرة كانت هي أو موسرة. وهذا رأي الشافعية والظاهرية وبعض الحنفية مثل الكرخي، وهو أيضا رأي السالف الصالح رضوان الله عليهم.

ودليلهم من القرآن قول الله تعالى في الآية 7 من سورة الطلاق: "لينفق ذو سعة من سعته ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما آتاه الله لا يكلف الله نفسا إلا وسعها". فالله سبحانه وتعالى أمر الزوج الموسر بأن ينفق حسب حاله أي نفقة الموسرين، وأمر المعسر بأن ينفق مما عنده حسب حاله، ثم أكد أنه لا يكلف الله نفسا إلا وسعها، فدل على اعتبار حال الزوج في تقدير النفقة.

ودليلهم من السنة ما ورد في الصحيحين من حديث عائشة رضي الله عنها قالت: دخلت هند بنت عتبة امرأة أبي سفيان على رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت: يا رسول الله إن أبا سفيان رجلٌ شحيحٌ لا يُعطيني من النفقة ما يكفيني ويكفي بَنِيَّ إلا ما أخذتُ من ماله بغير علمه، فهل عليَّ في ذلك من جناح؟ فقال: خذي من ماله بالمعروف ما يكفيك وما يكفي بنيك". فالرسول صلى الله عليه وسلم قيّد الأخذ من مال الزوج بالمعروف، فليس من المعروف أن تأخذ الزوجة نفقتها بشكل كبير والزوج معسر فتضر به، كما أنه ليس من المعروف أن تأخذ نفقتها ضئيلة والزوج موسر فتضر بنفسها، فالمعروف يختلف ويتوقف على حال الزوج من اليسار أو الإعسار.

- الرأي الثاني: يقول هذا الرأي بأن النفقة تقدر بحال الزوجين معا، أي أنه إذا كان أحدهما موسرا والآخر معسرا وجبت لها نفقة متوسطة بين اليسر والعسر. ولكن انتقد هذا الرأي بأنه إذا كان الزوج هو المعسر وهي موسرة، وأوجبنا الوسط فقد كلفناه بما ليس في

(1) المحلى 100/10.

وسعه وهذا غير جائز، فكان جواب القائلين بهذا الرأي أن الزوج الذي تجب عليه نفقة وسط وهو معسر هو مخاطب بقدر وسعه والباقي دين في ذمته إلى الميسرة فليس تكليفا بما ليس في وسعه. وهذا رأي المالكية والحنابلة وبعض الحنفية مثل الخصاف. ودليلهم من القرآن قوله تعالى في الآية 7 من سورة الطلاق: "لينفق ذو سعة من سعته ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما آتاه الله لا يكلف الله نفسا إلا وسعها". فبهذه الآية اعتبر الله تعالى النفقة بحال الزوج. ودليلهم من السنة حديث هند السابق. وفي هذا الحديث قالوا أن الرسول صلى الله عليه وسلم أمر هندا أن تأخذ من مال زوجها ما يكفيها، وهذا معناه أنه اعتبر النفقة بحالها هي، وجمعا للأدلة يُعتبر في النفقة حال الزوجين معا رعاية لكل من الجانبين، ولهذا قال أصحاب هذا الرأي أن ما ذكرناه فيه جمع بين الأدلة ورعاية لكل من الجانبين فكان أولى.

بعد عرض الرأيين يتبين جليا أن كلاهما استدل بقول الله تعالى في الآية 7 من سورة الطلاق: "لينفق ذو سعة من سعته...". وبقول رسول الله صلى الله عليه وسلم لهند: "خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف". فكلا الرأيان يتفقان على أن نص الآية يعتبر حال الزوج، ونص الحديث يعتبر حالهما معا. ويرى الأستاذ عبد الحميد الفقي أن الراجح أن تقدر النفقة بحسب حال الزوج، لأن نصوص القرآن تؤيد هذا فالله سبحانه وتعالى لا يكلف نفسا إلا وسعها، كما أن فرض نفقة وسط لموسرة على معسر مضرة به، وإن تركناه ديننا للميسرة ففي الدين مشقة، وكذلك فرض نفقة وسط لمعسرة على موسر جرح لكرامة المرأة واستصغار لها، فكان الأولى الأخذ بحال الزوج وحده والله تعالى أعلم.⁽¹⁾

الفرع الثاني

معيار تقدير النفقة في الشريعة

نتساءل هل الأصل في النفقة التقدير أم الكفاية؟ هذه المسألة اختلف فيها الفقهاء على النحو المبين فيما يلي:

(1) عبد الحميد عبد الرحمن الفقي. المرجع السابق. ص 92 و 93.

- أما السلف فالثابت عن الصحابة رضي الله عنهم أن الواجب في النفقات هو الإطعام لا التمليك تماما مثل الكفارات، وقال الجمهور بأنه لم يحفظ عن أحد من الصحابة قط تقدير النفقة لا بمُد ولا برطل، بل المحفوظ عنهم أنهم يقدرون النفقة بالكفاية لا بالتقدير مثلها مثل الكفارات. قال إسحاق بن الحارث: كان علي يقول في إطعام المساكين في كفارة اليمين: يغذيهم ويعيشهم خبزا وزيتا أو خبزا وسمنا. فعين الجنس لكنه لم يعين المقدار. وقال ابن أبي شيبه: حدثنا يحيى بن يعلى عن ليث قال: كان عبد الله بن مسعود رضي الله عنه يقول: "من أوسط ما تطعمون أهليكم"، قال: الخبز والسمن، والخبز والزيت، والخبز واللحم". وصح عن ابن عمر رضي الله عنهما قال: أوسط ما يطعم الرجل أهله: الخبز واللبن، والخبز والزيت، والخبز والسمن، ومن أفضل ما يطعم الرجل أهله الخبز واللحم. وأما التابعون فمثلهم الأسود بن يزيد، وابن سيرين، والشعبي والضحاك وإبراهيم النخعي، كلهم يرون أن النفقة معتبرة بالكفاية لا بالتقدير.⁽¹⁾

- وأما الحنفية فلم يذكروا تقديرا للنفقة وقالوا: ليس في النفقة عندنا تقدير لازم لأن المقصود من النفقة الكفاية، وذلك يختلف باختلاف طبائع الناس وأوقاتهم ولو قدرت بمقدار لأضرت بأحد الطرفين. فالذي يجب على القاضي هو اعتبار الكفاية بالمعروف سواء في نفقة الطعام أو الكسوة أو حتى المسكن يسكنها قدر كفايتها بالمعروف، فلو كفاها أن تسكن غرفة من غرف الدار لم يحق لها طلب إسكانها دارا غير داره مع أهله، وإن لم تكف الغرفة بأن تضررت ولم تأمن على متاعها حق لها طلب إسكانها وحدها بعيدا عن أهله، ولهذا وجب الاعتبار في النفقة بكل أنواعها الكفاية لا التقدير.⁽²⁾

- وأما المالكية فقالوا: "و يجب عليه ما يكفيها من القوت ولو أكلة جدا..". فالنفقة عند المالكية ليست بمقدرة، بل يفرض لها كفايتها طعاما وكسوة ومسكنا، فالرسول صلى الله عليه وسلم لما رخص لهند بأن تأخذ من مال زوجها بدون علمه، أمرها أن تأخذ ما يكفيها وولدها بالمعروف ولم يقدرها بحد، بل ردها إلى العلم بمقدار كفايتها، ثم أن النفقة في مقابلة الاستمتاع، فكما وجب عليها له أن تبذل له من الاستمتاع قدر كفايته بالمعروف، فكذلك وجب عليه لها نفقتها قدر كفايتها بالمعروف دون تقدير محدد.⁽³⁾

(1) زاد المعاد 494/5 و 495.

(2) البحر الرائق 190/4 وما يليها.

(3) حاشية الدسوقي 509/2. وأبو عبد الله مالك بن أنس. المعورج على مذهب عالم المدينة. دار الكتب العلمية. بيروت. 1998. ج.1. ص.523.

- وأما الشافعية فقال الشافعي رحمه الله أن النفقة مقدرة لا اجتهاد للحاكم فيها، ومعتبرة بحال الزوج وحده فإن كان موسرا وجب عليه مُدان، وإن كان معسرا وجب عليه مُد واحد، وإن كان متوسطا وجب عليه ما بينهما أي مد ونصف. وقال أصحاب الشافعي، كل ما تستحقه الزوجة من نفقة تملك لا إمتاع إلا نفقة المسكن والخادم. فنفقة الطعام والكسوة عندهم تملك لا إطعام ولا إمتاع، ولذا وجب تقديرها ودفعها مقدرة ولا اعتبار فيها بالكفاية.

ونسب للقديم في قول الشافعية أن النفقة منوطة بالكفاية لظاهر قوله صلى الله عليه وسلم لهند: خذي ما يكفيك ويكفي ولدك بالمعروف".

وذهب بعض الشافعية إلى اعتبار التقدير في نفقة الطعام بينما تعتبر الكفاية في نفقة الكسوة، فقيل لهم لم اعتبرتم الكفاية في الكسوة ولم تعتبروها في الطعام؟ أجابوا بأن الكفاية في الكسوة متحققة بالمشاهدة، وكفاية الطعام ليست كذلك فلم يعتبروها للجهل بها.⁽¹⁾

- وأما الحنابلة فقالوا أن الرسول صلى الله عليه وسلم لم يقدر نفقة الزوجة ولا ورد عنه ما يدل على تقديرها، وإنما رد الأزواج فيها إلى العرف وإلى المعروف، فالأصل في النفقة عندهم الإطعام لا التملك، ومن ظاهر حديث هند دليل على أن نفقة الزوجة مقدرة بالكفاية وأن ذلك بالمعروف، وأن لمن له النفقة له أن يأخذها بنفسه إذا منعه إياها من هي عليه. فالرسول صلى الله عليه وسلم ذكر الإنفاق مطلقا من غير تحديد ولا تقييد ولم يقل بتقديرها ولا قاله أحد من الصحابة فوجب ردها إلى العرف. والرسول صلى الله عليه وسلم وأصحابه كانوا ينفقون على أزواجهم دون تملك للنفقة ودون تقدير. فالنفقة وجبت شرعا لكنها لم تقدر، ولو قدرت شرعا لأمر الرسول صلى الله عليه وسلم هندا أن تأخذ ما قُدِّرَ لها المقدر لها شرعا.⁽²⁾

- وأما الظاهرية فقال أبو محمد: أكثر النفقة عندنا رطلان. وقال في الكسوة، يكسو الموسر زوجته الخز، والمتوسط جيد الكتان والقطن، والمعسر على قدره. ومن هذا الكلام يتبين أن الظاهرية يعتبرون أن النفقة مقدرة.⁽³⁾

بعد سرد آراء الفقهاء في مسألة معيار تقدير النفقة يتبين أن اختلافهم على رأيين:

(1) مغني المحتاج 152/5 وما يليها.

(2) زاد المعاد 490/5 وما يليها.

(3) المحلى 89/10 و 90.

- الرأي الأول: يقول هذا الرأي أن الاعتبار في النفقة الكفاية، وهي غير مقدرة تقديرا محددًا، فيدفع الزوج للزوجة نفقة طعام أو كسوة مقدار ما يكفيها منه، وكذلك يسكنها ما يكفيها أي قدر كفايتها، والكفاية تختلف باختلاف الزمان والمكان، فما يُعتبر كافيًا في عصر قد لا يُعتبر كذلك في عصر آخر، وما يُعتبر كافيًا في مصر قد لا يُعتبر كذلك في مصر آخر، وما يكفي الزوجة العادية في أكلها لا يكفي الأكلة، وهكذا لا يمكن تقدير النفقة بمقدار واحد لكل الأزمنة والأمكنة ولكل النساء. وهذا رأي السلف والحنفية والمالكية والشافعية في القديم والحنابلة.

ودليلهم من القرآن قول الله تعالى في الآية 233 من سورة البقرة: "والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف". فالله سبحانه وتعالى أوجب النفقة، وأطلق في إيجابها فلم يقيدتها بالتقدير، ومصطلح الرزق الوارد في الآية يستوجب الكفاية لا التقدير، فرزق الإنسان ما يكفيه عرفًا وعادة.⁽¹⁾

واستدلوا كذلك بقوله تعالى في الآية 1 من سورة الطلاق: "أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم" أي حسب طاقتكم. فإن قدر على إسكانها وحدها بأن كفاها بيت واحد فيها ونعمت، وإن لم يقدر بأن لم يكفها بيت واحد في الدار وخافت على متاعها فيه وجب عليه إسكانها في منزل يكفيها كل ذلك، مما يدل على أن كل النفقات مقدرة بالكفاية. ودليلهم من السنة حديث هند حين قال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم: "خذي ما يكفيك ويكفي ولدك بالمعروف". فقد أمرها الرسول صلى الله عليه وسلم بصريح العبارة أن تأخذ من ماله قدر كفايتها وكفاية ولدها بالمعروف، فرد ذلك إلى اجتهادها فيه ولم يقدر لها النفقة المأخوذة بمقدار معين.

كما استدلوا من السنة بحديث حكيم بن معاوية عن أبيه رضي الله عنه قال: أتيت رسول الله صلى الله عليه وسلم فقلت يا رسول الله! ما تقول في نساءنا؟ قال: "أطعموهن مما تأكلون واكسوهن مما تلبسون، ولا تضربوهن ولا تقبحوهن". فالنبي صلى الله عليه وسلم لم يقدر طعام الزوجة بمقدار ولا كسوتها، بل جعلهما بالمعروف ولا ريب أن ما هو متعارف عليه غير مقدر بمقدار فوجبت فيه الكفاية.

(1) عبد الحميد عبد الرحمن الفقي. المرجع السابق. ص 75.

ويرجع عدم اعتبار النفقة مقدرة عند أصحاب هذا الرأي، واعتبارهم إياها بالكفاية، إلى أنهم يعتبرون في النفقة الإطعام والإمتاع وليس التمليك، فالزوج مجبر على إطعام زوجته وكسوتها ما يكفيها، وغير مجبر على أن يملكها إياها.

- الرأي الثاني: يقول هذا الرأي أن الاعتبار في النفقة التقدير، فهي مقدرة تقديرا عندهم، فطعام الموسر مدان، وطعام المعسر مد واحد، وطعام المتوسط مد ونصف. أما الكسوة، فكسوة الموسر الخز والحريز، وكسوة المتوسط الكتان والقطن، وكسوة المعسر ما دون ذلك. وهذا رأي الظاهرية والشافعية في حديث قوليه.

ودليلهم من القرآن قول الله تعالى في الآية 7 من سورة الطلاق: " لينفق ذو سعة من سعته ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما آتاه الله لا يكلف الله نفسا إلا ما آتاه..". وبهذه الآية احتج أصحاب هذا الرأي لأصل التفاوت بين المعسر والموسر، فهم يرون أن الله تعالى فرق بين الموسر والمعسر في إيجاب النفقة، فأوجب على الموسر نفقة الموسرين، وعلى المعسر نفقة المعسرين، فهي إذن مقدرة حسب حال الزوج، وإن لم يبين المقدار، وجب تقديرها بالاجتهاد.⁽¹⁾

وقد اعتبر أصحاب هذا الرأي النفقة مثل الكفارات لأن كل منهما مال يجب بالشرع ويستقر في الذمة، وبما أن أكثر ما يجب في الكفارة لكل مسكين مدان كما في الأذى في الحج، وأقل ما يجب في الكفارات مد واحد كما هو في كفارة الظهار، وكذلك تجب النفقة.⁽²⁾

ودليلهم من السنة حديث هند حين قال لها الرسول صلى الله عليه وسلم: "خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف". فالرسول صلى الله عليه وسلم أمر هنداً أن تأخذ من مال زوجها بالمعروف، وليس معروفاً أن تأخذ الموسرة من مال الموسر مقدار ما تأخذه المعسرة من مال المعسر، فدل هذا أن النفقة مقدرة بمقدار.⁽³⁾

كما استدلوا من السنة كذلك عن جابر رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم في حديث الحج بقوله قال في ذكر النساء: "ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف".

(1) عبد الحميد عبد الرحمن الفؤي. المرجع السابق. ص 82.

(2) مغني المحتاج 152/5.

(3) المحلى 92 / 10

قالوا: المعروف من مآكل الناس وملابسهم أن يطعم الموسر زوجته مدان، والمتوسط مد ونصف، والمعسر مد، وأن يكسو الموسر زوجته الخز وما أشبهه، والمتوسط جيد الكتان والقطن، والمقلّ على قدره. فالموسر والمعسر سواء في قدر النفقة وإنما الاختلاف في الجودة.

ويرجع اعتبار النفقة مقدرة تقديرا محددًا عند أصحاب هذا الرأي إلى أنهم يعتبرون أن الأصل في الإنفاق التمليك وليس الإطعام. فالزوج مجبر على تمليك زوجته النفقة وبالتالي فهو لن يملكها إياها إلا إذا دفعها مقدرة.

بعد عرض الرأيين نميل إلى رأي الجمهور القائل بأن الأصل في تقدير النفقة اعتبار الكفاية تأسيا وإتباعا لصريح قول النبي صلى الله عليه وسلم لهند: "خذي ما يكفيك ويكفي ولدك بالمعروف"، وتأسيا وإتباعا للقرآن الكريم في عدم تحديد النفقة وعدم تقديرها بمقدار في القرآن، فإله تبارك وتعالى لم يضع مقدارًا محددًا للنفقة، فوجب عدم تقييمها بمقدار واعتبارها بالكفاية مع تقييدها بالمعروف، فوجب على القاضي إنن عند حكمه بالنفقة للزوجة أو بنفقة العدة المطلقة أن يراعي ما يكفيها في بلدها وزمانها وأسعار مبيعاتها وأسواقها، فيجتهد في تقدير الكفاية ويقومها لها نقداً، فإن تغيرت الأحوال كان لها الحق في طلب مراجعة النفقة بطلب الزيادة فيها⁽¹⁾. ثم أن عدم التقدير يتلائم مع تغير الأحوال والأزمنة، فالمعروف لا ينحصر في مدين أو رطلين كما أن كفايتها بالمعروف لا تنحصر في مدين أو رطلين، والله أعلم.

المطلب الثاني

تقدير النفقة في قانون الأسرة

ندرس تقدير النفقة في قانون الأسرة كذلك من حيث طرق تقديرها، ثم من حيث معيار تقديرها.

(1) عبد الحميد عبد الرحمن الفقي. المرجع السابق. ص 87.

الفرع الأول طرق تقدير النفقة في قانون الأسرة

نتساءل هل قدر المشرع نفقة الزوجة في قانون الأسرة باعتبار حال الزوج أم حالهما معا أي الزوج والزوجة؟

تنص المادة 79 من قانون الأسرة على ما يلي: "يراعي القاضي في تقدير النفقة حال الطرفين وظروف المعاش، ولا يراجع تقديره قبل مضي سنة من الحكم".
فمن صريح عبارة "حال الطرفين" يفهم أن المشرع ذهب إلى رأي المالكية والحنابلة وبعض الحنفية، فهو حكم غير مخالف للشرع. وإن كنا نحبذ لو اختار المشرع الرأي القائل بمراعاة حال الزوج وحده لأنه هو المنفق، فيقضى عليه بالنفقة حسب حاله هو وبغض النظر عن حال زوجته، لأنها بدخولها في كنف زوجها بعد خروجها من كنف أبيها، وجب عليها التماشي مع حال زوجها في كل شيء بما في ذلك نفقته، وإن اشتد عسره لأيام معدودات وجب عليها الصبر والاكتفاء بما حضر لها من طعام أو كسوة إلى حين ميسرة الزوج، وهذا من باب المعاشرة بالمعروف، فتأكل مما يأكل وتلبس مما يلبس، ولا يمكنها مطالبته بأن يوفر لها طعاما وملبسا كذلك الذي كان يوفره لها أبوها إن كانت من عائلة ميسورة الحال أيسر من حال زوجها.

والغريب في الأمر أن المشرع بالإضافة إلى نص المادة 79 المذكور، نجده كان قد نص في المادة 37 من قانون الأسرة قبل التعديل في فقرتها الأولى على أنه "يجب على الزوج نحو زوجته النفقة الشرعية حسب وسعه إلا إذا ثبت نشوزها". ففي هذا النص يذهب المشرع صراحة إلى أن النفقة تقدر حسب وسع الزوج وحده أي حاله هو، وبوجود نصين مختلفين أحدهما يعتبر النفقة حسب حال الزوج والآخر حسب حال الزوجين معا، فإن هذا التنوع والتناقض في آن واحد يوقع القاضي في حيرة من أمره عند حُكمه بالنفقة. أما بعد التعديل فقد ألغي نص المادة 73 وبقي نص المادة 79 معمولا به ولم يمسه التعديل، فصار الاعتبار عند الحكم بالنفقة بطريق واحد وهو اعتبار حال الطرفين وما يقابله من ظروف المعيشة وغلاء الأسعار.

ويعني مراعاة حال الطرفين أي فرض نفقة حسب وسع الزوج دون التفريط في حق الزوجة، وفي هذا ضرب الأستاذ عبد العزيز سعد مثالا فقال: "لو تقدمت صاحبة حق في النفقة إلى المحكمة وطلبت منها الحكم لها بنفقة شهرية قدرها ثلاثة آلاف دينار على زوجها الذي لا يتجاوز دخله الصافي مثل هذا المبلغ أو يقل عنه فإن القاضي لا يستطيع أن يحكم لها بما طلبت، وإذا تقدمت صاحبة حق في النفقة وطلبت الحكم لها بثلاثة آلاف دينار على زوجها الذي لا يبلغ دخله عادة أكثر من عشرة آلاف دينار فلا يمكن أن يبخسها حقها حتى ولو عارض الزوج في ذلك".⁽¹⁾

ولكننا حسب رأينا نعتقد أن المعيار الغالب هنا إن لم نقل الوحيد المتبع في الحكم بالنفقة قضاء هو وسع الزوج في حقيقة الأمر، لأن القاضي يحكم بالنفقة المطلوبة من الزوجة بالموافقة أو بعدم الموافقة أي بالرفض وبالتالي خفضها مراعاة لدخل الزوج فحسب، لأن القاضي إما يوافق على المبلغ المطلوب من الزوجة وإما أن يرفضه ويخفضه، أما أن يرفضه ويرفعه فليس من حقه ذلك، فلو تقدمت زوجة ساذجة وطلبت مبلغ نفقة مقدر بألف دينار فقط على زوج يبلغ دخله مائة ألف دينار فإن القاضي طبقا للقواعد العامة للإجراءات لا يجوز له الحكم بمبلغ أكثر مما طلبته الزوجة لأنه لا يجوز له الحكم بأكثر مما يطلبه الخصوم، فكيف يُقال أنه يراعي حال الزوجين مع أنها في مثل هذا المثال لم تطلب حقها على حسب حالها؟⁽²⁾

أما إذا رجعنا إلى القضاء فقد جاء في إحدى المجالات القضائية ما يلي: "من المقرر فقها وقضاء أن تقدير النفقة المستحقة للزوجة يعتمد على حال الزوجين يسرا أو عسرا، ثم حال مستوى المعيشة، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يُعد مخالفا للقواعد الشرعية، ولما كان من الثابت في قضية الحال أن جهة الاستئناف قضت بتخفيض النفقة المحكوم بها للزوجة ابتدائيا دون أن تبحث عن دخل الزوج وحالة معيشة الزوجة، ودون حساب مستوى المعيشة السائدة في المكان الذي يعيش فيه الزوجان، فإنها بقضائها كما فعلت خالفت القواعد الشرعية...".⁽³⁾

(1) عبد العزيز سعد. المرجع السابق. ص 228.

(2) راجع المادة 194 من قانون الإجراءات المدنية.

(3) قرار رقم 44630 بتاريخ 1987.02.09. المجلة القضائية. 1990. العدد 3. ص 55. أنظر ملحق ص 4.

فمن هذا يتبين أن القضاة يعتبرون نظريا عند حكمهم بالنفقة على حال الزوجين معا، لكن تطبيقيا عند حساب النفقة وتقديرها بمبلغ محدد، فإنهم يرتكزون أساسا على كشف الراتب للزوج ويقدرّون النفقة حسب دخله الشهري عادة، مما يمكن القول معه أن المعمول به في تقدير النفقة هو حال الزوج. ومهما يكن من أمر فإن نص المادة 79 من قانون الأسرة بنصه على مراعاة حال الزوجين في تقدير النفقة قد وافق الشريعة الإسلامية فهو سليم، ولو أننا نرى أفضلية اعتماد حال الزوج كطريق لتقدير مبالغ النفقة قضاءً، كما كان عليه الأمر قبل تعديل المادة 37 من قانون الأسرة.

الفرع الثاني

معيّار تقدير النفقة في قانون الأسرة

نتساءل هل أخذ المشرع بالرأي القائل بأن النفقة مقدرة بالكفاية أم بالرأي القائل أنها مقدرة بالتقدير؟

لا يوجد في قانون الأسرة نص يقدر النفقة بمقدار، فالمشرع لم يضع مقدارا محددًا للنفقة، مما يدل على أنها غير مقدرة عنده بمقدار، وما دامت كذلك فهي مقدرة بالكفاية. فقد رأينا أن المادة 79 من قانون الأسرة قد نصت على أنه: "يراعي القاضي في تقدير النفقة حال الطرفين وظروف المعاش، ولا يراجع تقديره قبل مضي سنة من الحكم". وفقا لهذا النص ترك المشرع أمر تقدير النفقة لاجتهاد القاضي في إطار سلطته التقديرية، فالقاضي له سلطة تقديرية واسعة في مجال تقدير مبلغ النفقة، وهو في تقديره لهذا المبلغ غير مقيد بشيء إلا بمراعاة حال الطرفين وظروف المعيشة كما سبق بيانه.⁽¹⁾ وما يدل على أن المشرع ذهب إلى أن النفقة مقدرة بالكفاية هو الشق الثاني من نص المادة 79 المذكور، إذ يقول فيه المشرع بأن تقدير القاضي للنفقة لا يراجع قبل مضي سنة من الحكم. وهذا معناه أن القاضي يمكنه مراجعة حكمه بالنفقة بعد مضي عام من صدوره، فيخفضه أو يرفعه تبعا لانخفاض أو ارتفاع مستوى المعيشة. فإذا جاءت زوجة

(1) عبد العزيز سعد. المرجع السابق. ص 227 و 228.

سبق وأن صدر لها حكم على زوجها بنفقة مقدرة بمبلغ معين، ثم ارتفع مستوى المعيشة فلم يعد مبلغ تلك النفقة المحكوم بها قبل عام كافياً للعام الذي يليه، فإن طالبت بالزيادة جاز للقاضي أن يحكم لها بها، نظراً لزيادة حاجتها، وهذا يعني أن نفقة العام الماضي لم تعد كافية للعام الجديد فوجب تعديلها بمراجعة مبلغها وزيادة فيه إلى أن يصبح كافياً لنفقة الزوجة.

وهذا دليل على أن المشرع يذهب إلى أن النفقة مقدرة بالكفاية وهو ما ذهب إليه رأي الجمهور، مما يمكن القول معه أن نص المادة 79 من قانون الأسرة سليم في شقه الأخير أيضاً، فهو سليم بكامله ومطابق للشريعة الإسلامية والله أعلم.

وبالرجوع إلى ما هو معمول به في القضاء نجد القضاء قد كرس هذا المبدأ الشرعي والقانوني في أحكامه الصادرة في مجال نفقة الزوجات، حيث جاء في إحدى المجالات القضائية ما يلي: "من المقرر قانوناً أنه يجوز للقاضي مراجعة النفقة بعد مضي سنة من الحكم، ولا يجوز الطعن بحجية الشيء المقضي فيه في النفقة تبعا للمستجدات التي تطرأ على المعيشة والنفقات بصفة عامة. و من ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بخرق القانون ليس في محله. ولما كان ثابتاً في قضية الحال أن الطاعنة رفعت دعوى في سنة 1993 تطلب فيها تعديل حكم 1988/09/27 ومراجعة مبالغ النفقة التي أصبحت لا تكفي حاجيات أولادها بما فيها مصاريف المعيشة والمدرسة وأجرة السكن، فإن القضاة بقضائهم بتعديل النفقة طبقوا صحيح القانون...".⁽¹⁾

نخلص في دراستنا لتقدير النفقة في قانون الأسرة إلى أن المشرع قد وافق الشريعة الإسلامية في تقدير النفقة سواء في طريق تقديرها باعتبار حال الزوجين وظروف المعيشة، أو في معيار تقديرها باعتبارها مقدرة بالكفاية، وكل هذا منصوص عليه في نص المادة 79 من قانون الأسرة، وقد جاء النص المذكور مصاغاً بشكل واضح ومختصر مع موافقته للشريعة الإسلامية.

(1) قرار رقم 136604 بتاريخ 1996.04.23. المجلة القضائية. 1997. العدد 2. ص 89. أنظر ملحق ص 6.

خلاصة الفصل الثاني:

نخلص من دراستنا لأحكام نفقة العدة إلى النتائج التالية:

- 1- المشرع في المادة 61 لم يخالف الشريعة الإسلامية لما جعل نفقة العدة لجميع المطلقات المعتدات دون استثناء، فحكمه هذا موافق لغالبية الفقهاء.
- 2- المشرع في المادة 1/53 استعجل منح الزوجة حق طلب التطليق لعدم الإنفاق، في حين أن فقهاء الشريعة أجازوا لها الاستدانة على زوجها أولاً ثم طلب التطليق، مما يجعلنا نقترح تعديل النص.
- 3- المشرع في المادة 3/53 أيضاً استعجل منح الزوجة حق طلب التطليق للغياب، في حين أن فقهاء الشريعة منحوها الخيار بين الاستدانة على الزوج أو طلب التطليق، مما يجعلنا نقترح تعديل النص.
- 4- المشرع في المادة 80 وافق الحنفية والمالكية في أن المبدأ أن النفقة الماضية تسقط إلا ما كان لمدة يسيرة تتحرز فيها الزوجة فلا تسقط.
- 5- المشرع في المادة 79 وافق المالكية والحنابلة وبعض الحنفية في تقدير النفقة بحال الزوجين، كما أنه وافق الجمهور في تقدير النفقة بمعيار الكفاية.

خلاصة الباب الثاني:

نخلص من دراسة أحكام نفقة العدة إلى اقتراح التعديلات التالية:

- المادة 74: "تجب نفقة الزوجة على زوجها بالدخول بها بعقد صحيح أو دعوتها للدخول بيينة..".
- المادة 74 مكرر1: "يشترط لاستحقاق الزوجة للنفقة صلاحيتها للمعاشرة و عدم نشوزها على زوجها، غير أن خروجها للعمل برضاه لا يُعتبر نشوزاً ولا سيما إن كان شرط العمل متفق عليه في عقد الزواج، على أن لا يتعارض عملها مع مصلحة الأسرة ورعاية الأولاد".
- المادة 74 مكرر2: "إذا كانت الزوجة صغيرة جداً فلا تنتقل إلى بيت الزوجية ولا نفقة لها، وكذلك إن مرضت مرضاً يمنعها من انتقالها إلى بيت الزوجية سقط حقها في النفقة، كما يسقط حقها في النفقة إذا حُبست في عقوبة".

- المادة 74 مكرر 3: "يسقط حق الزوجة في النفقة في الأحوال التالية:
 - إذا تخلف شرط من شروطها.
 - إذا انتهت الرابطة الزوجية بموت أحد الزوجين أو بردته، أو بمعصية الزوجة بإتيانها الفاحشة مع ابن الزوج أو أبيه أو نحوه.
- المادة 1/53: "يجوز للزوجة طلب الإذن قضائياً بالاستدانة على زوجها أو طلب التطلاق بسبب عدم الإنفاق".
- المادة 3/53: "يجوز للزوجة طلب الإذن قضائياً بالاستدانة على زوجها أو طلب التطلاق بسبب غياب الزوج وهذا بعد مضي سنة بدون عذر ولا نفقة".
- إعادة النص على المادة 1/37 الملغاة.

الباب الثالث حق المطلقة في الحضانة

قال الله تعالى: "وحرمنا عليه المراضع من قبل فقالت هل أدلكم على أهل بيت يكفلونه لكم وهم له ناصحون".⁽¹⁾

عُرِفَت الحضانة منذ القدم قبل الإسلام، فهذا فرعون لما التقط موسى عليه السلام وهو وليد، سعى في البحث عن تتولى حضانته وإرضاعه وتربيته ورعايته، وكان الله قد دبر عودته لوادته، فتولت حضانته بإشراف فرعون، وقد ذكّره بها حين بعثه الله إليه ومنّ عليه تربيته له، قال الله تعالى في الآية 18 من سورة الشعراء: "لم نربك فينا وليداً...". ولما جاء الإسلام أقر الحضانة ونظمها وحدد أصحابها وبين مراتبهم ووضع شروطاً لها وبين أحكامها وأحاطها بعناية بالغة، فعن عبد الله بن عمرو أن امرأة قالت: يا رسول الله إن ابني هذا كان بطني له وعاء، وثديي له سقاء، وحجري له حواء، وإن أباه طلقني وأراد أن ينتزعه مني، فقال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم: أنت أحق به ما لم تتكحي". فأقرّ الحضانة هنا للأم بشرط أن لا تتزوج.

ولقد اهتم المشرع الجزائري بالحضانة في قانون الأسرة حيث نظمها في المواد من 62 إلى 72 تحت عنوان "الحضانة"، من الفصل الثاني تحت عنوان "آثار الطلاق" من الباب الثاني تحت عنوان "إنحلال الزواج"، من الكتاب الأول تحت عنوان "الزواج والطلاق"، من القانون رقم 84-11 المؤرخ في 11 رمضان 1404 هـ الموافق ليوم 9 جوان 1984 المتعلق بقانون الأسرة.

وعلى الرغم من اهتمام المشرع بمسألة الحضانة، إلا أن قانون الأسرة تعرض بشأنها إلى الانتقاد، ومن ثم المطالبة بتعديله، وفعلاً عدّل بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005، حيث ألغيت المادة 63، وعدّلت المواد 64 و 67 و 72، وبقيت باقي المواد الأخرى المتعلقة بالحضانة دون تغيير.

⁽¹⁾ سورة القصص الآية 12.

بعد كل هذا الخوض في قانون الأسرة بشأن الحضانة نتساءل: لماذا عدّل المشرع المواد المذكورة أعلاه، هل كانت مخالفة للشريعة الإسلامية؟ وهل جاءت المواد البديلة مطابقة للشريعة الإسلامية؟

إن الوصول إلى معرفة ما إذا كان المشرع قد ساير الشريعة في مسألة الحضانة مرهون بوجود دراسة الحضانة من حيث مفهومها وأحكامها، مع مقارنة ما جاء في الشريعة بما جاء في قانون الأسرة قبل التعديل وبعده، وهذا لاستخراج النقص والغموض من قانون الأسرة ومحاولة إكماله وتوضيحه وتصحيحه بما جاء في الشريعة.

الفصل الأول

مفهوم الحضانة

إن للحضانة أدلة من الشريعة الإسلامية، فهي مسألة تتعلق بصميم الأحوال الشخصية للشخص المسلم، ومن ثم وجب إتباع الشرع عند النص عليها في قانون الأسرة، ومن أجل هذه المهمة تجب الإحاطة بكل الجوانب الشرعية لهذه المسألة بدءاً بالبحث عن مدلولها بتعريفها وبيان علاقتها بما يشبهها من مسائل كالرضاع والكفالة، ثم التعرض لشروطها وسقوطها وعودتها.

وبما أن المشرع قد تعرض لهذه النقاط من تعريف للحضانة وشروطها ومسقطاتها وعودتها، فيجدر بنا بيان هذه النقاط في الشريعة أولاً، ثم مقارنتها مع ما وضعه المشرع في قانون الأسرة، للتأكد من مدى مطابقة نصوص قانون الأسرة للشريعة الإسلامية بشأن مسألة الحضانة من حيث مفهومها.

ولذلك يتعين لهذه الدراسة طرح الإشكالية التالية: ما مدى تأثير المشرع بالشريعة الإسلامية عند وضعه مفهوماً للحضانة ضمن نصوص قانون الأسرة؟ الإجابة على هذا السؤال تتطلب دراسة مدلول الحضانة في الشريعة والقانون، وكذا شروطها ومسقطاتها وعودتها في الشريعة والقانون.

المبحث الأول مدلول الحضانة

تتطلب دراسة مدلول الحضانة البدء ببيان أدلتها ثم بيان ماهيتها.

المطلب الأول أدلة الحضانة

مسألة الحضانة لها أدلة من القرآن الكريم، ومن السنة النبوية الشريفة، ومن أثر الصحابة الكرام نتعرض لها فيما يلي:

الفرع الأول أدلة الحضانة من القرآن الكريم

قال الله تعالى: " والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة.." (1).

قال القرطبي في تفسيره لهذه الآية: "لما ذكر الله سبحانه النكاح والطلاق ذكر الولد، لأن الزوجين قد يفترقان وثم ولد، فالآية إذن في المطلقات اللاتي لهن أولاد من أزواجهن، قاله السدي والضحاك وغيرهما، أي هن أحق برضاع أولادهن من الأجنبيةات لأنهن أحق وأرق، وانتزاع الولد الصغير إضرار به وبها، وهذا يدل على أن الولد وإن فطم فالأم أحق بحضانته لفضل حنوها وشفقتها وإنما تكون أحق بالحضانة إذا لم تتزوج" (2).
فهذه الآية الكريمة وإن كانت ذكرت الرضاع صراحة إلا أنها تشير إلى الحضانة ضمناً، بدليل تفسير العلامة القرطبي لها إذ استدل بها على أن حضانة الولد تكون للأم ما لم تتزوج.

(1) سورة البقرة الآية 233.

(2) أبو عبد الله محمد القرطبي. مختصر تفسير القرطبي. دار الكتب العلمية. بيروت. 1001. ط. 1. ج. 1. ص 259.

وقال الله تعالى: "فتقبلها ربها بقبول حسن وأنبأها نباتا حسنا وكفلها زكريا..".⁽¹⁾
قال ابن كثير في تفسيره لهذه الآية: "يخبر ربنا أنه تقبلها من أمها نذيرة، وأنه (أنبتها نباتا حسنا)، أي جعلها شكلا مليحا ومنظرا بهيجا، ويسر لها أسباب القبول، وقرنها بالصالحين من عباده تتعلم منهم العلم والخير والدين، فلهذا قال: "(وكفلها زكريا) وفي قراءة: (وكفلها زكريا) بتشديد الفاء، ونصب زكريا على المفعولية، أي جعله كافلا لها. قال ابن إسحاق: وما ذلك إلا لأنها كانت يتيمة، وذكر غيره: أن بني إسرائيل أصابته سنة جدب، فكفل زكريا مريم لذلك، ولا منافاة بين القولين والله أعلم. وإنما قدر الله كون زكريا كافلا لسعادتها، لتقتبس منه علما جما نافعا وعملا صالحا، ولأنه كان زوج خالتها على ما ذكره ابن إسحاق وابن جرير وغيرهما، وقيل: زوج أختها، كما ورد في الصحيح "فإذا بيحي وعيسى وهما ابنا الخالة" وقد يطلق على ما ذكره ابن إسحاق وذلك أيضا توسعا، فعلى هذا كانت في حضانة خالتها".⁽²⁾

فهذه الآية الكريمة كسابقتهما، ذكرت الكفالة صراحة في إشارة ضمنية للحضانة، بدليل تفسير العلامة ابن كثير لها حيث قال أن مريم عليها السلام كانت في حضانة خالتها زوجة زكريا عليه السلام وكان قد كفلها.

وقال الله تعالى: ".وقل ربي ارحمهما كما ربياني صغيرا".⁽³⁾

قال القرطبي في تفسيره لهذه الآية: "قوله تعالى (كما ربياني) خص التربية بالذكر ليتذكر العبد شفقة الأبوين وتعبهما في التربية، فيزيده ذلك إشفاقا لهما وحنانا عليهما وهذا كله في الأبوين المؤمنين".⁽⁴⁾

وهذه الآية الكريمة أيضا ذكرت التربية صراحة في إشارة ضمنية إلى الحضانة، فبدون حضانة لا يكون هناك مجال للتربية".⁽⁵⁾

(1) سورة آل عمران الآية 37.
(2) أبو الفداء إسماعيل بن عمر بن كثير. تفسير ابن كثير. بإشراف محمود عبد القادر الأرناؤوط. مكتبة الرشد. الرياض. ط. 1. 2001. ص 257.
(3) سورة الإسراء الآية 25.
(4) مختصر تفسير القرطبي 628/2.
(5) عز الدين محمد الغرياني. دراسة مقارنة في الحضانة بين الشريعة والقانون في البلاد العربية. ELGA. فاليتا. مالطا. 1997. ص 30.

وقال الله تعالى: " وحرمنا عليه المراضع من قبل فقالت هل أدلكم على أهل بيت يكفلونه لكم وهم له ناصحون".⁽¹⁾

قال أبو بكر الجزائري في تفسيره لهذه الآية: "وحرمنا عليه المراضع: أي منعناه من قبول ثدي أية مرضعة. من قبل: أي من قبل رده إلى أمه. فقالت هل أدلكم على: أي قالت أخت موسى. أهل بيت يكفلونه لكم: يضمونه إليهم، يرضعونه ويربونه لكم".⁽²⁾

فقد دبر الله لموسى عليه السلام أمر رده إلى أمه كي تقوم هي على سلامته ورعايته وتربيته وإرضاعه تحت إشراف فرعون⁽³⁾، فيكون ولدها في حجرها فتقر عينها ولا تحزن. فالآية الكريمة قد ذكرت الكفالة صراحة مشيرة ضمناً إلى الحضانة.

وقال الله تعالى: " ووصينا الإنسان بوالديه حملته أمه وهنا على وهن وفصاله في عامين أن أشكر لي ولوالديك إليّ المصير".⁽⁴⁾

قال ابن كثير في تفسير قوله: "(وفصاله في عامين) أي تربيته وإرضاعه بعد وضعه في عامين"⁽⁵⁾ في إشارة منه إلى الحضانة.

وفي الآية 15 من سورة الأحقاف قال الله تعالى: " ووصينا الإنسان بوالديه إحساناً حملته أمه كرها ووضعته كرها، وحمله وفصاله ثلاثون شهراً..".⁽⁶⁾

قال أبو بكر الجزائري في تفسيره لقوله تعالى: "(وحمله وفصاله ثلاثون شهراً) بيان لمدة تحمل المشقة أنها ثلاثون شهراً، بعضها للحمل وبعضها للإرضاع والتربية"⁽⁷⁾ أي للحضانة.

وقال الله تعالى: " يأيها الذين آمنوا قوا أنفسكم وأهليكم نارا.."⁽⁸⁾ قال سفيان الثوري عن منصور عن رجل عن علي رضي الله عنه في قوله تعالى(قوا أنفسكم وأهليكم نارا) يقول: أدبهم وعلومهم⁽⁹⁾، ولا يتأتى التأديب والتعليم إلا بالحضانة.

(1) سورة القصص الآية 12.

(2) أبو بكر الجزائري. المرجع السابق. ص 926.

(3) عبد الله شحاتة. تفسير القرآن الكريم. دار غريب. القاهرة. 2000. ج 10. ص 3974.

(4) سورة لقمان الآية 14.

(5) أبو الفداء إسماعيل بن عمر بن كثير. المرجع السابق. ص 1140.

(6) سورة الأحقاف الآية 15.

(7) أبو بكر الجزائري. المرجع السابق. ص 1226 و 1227.

(8) سورة التحريم الآية 6.

(9) أبو الفداء إسماعيل بن عمر بن كثير. المرجع السابق. ص 1501.

من هذه الآيات يتبين أن للحضانة أدلة من القرآن الكريم، حيث أنه نص عليها في مواضع مختلفة وكثيرة، وبمصادفات عديدة، بأسلوب وإن كان غير صريح فهو قد دل ضمناً على الحضانة.

الفرع الثاني

أدلة الحضانة من السنة النبوية

عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عبد الله بن عمرو أن امرأة قالت: يا رسول الله إن ابني هذا كان بطني له وعاء، وثديي له سقاء، وحجري له حواء، وإن أباه طلقني وأراد أن ينتزعه مني، فقال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم: أنت أحق به ما لم تتكحي.⁽¹⁾

فهذه الأم رأت أنها أحق بالصبي من أبيه لكونها حملته في بطنها وأرضعته بلبنها وحفظته في حجرها، فالأحرى أن تبقيه في حضنها، فهي ترى أن الحضانة من حقها لأنها فترة تعد بمثابة امتداد لفترتي الحمل والإرضاع ومن ثم وجبت لها كأم، ولهذا ذكرت كل هذه الأوصاف من حمل وإرضاع وحواء، ومرادها بذلك أنها أحق بحضانة الصبي من أبيه لاختصاصها بهذه الأوصاف دون الأب، وقد قضى لها رسول الله صلى الله عليه وسلم بحقها في حضانتها بشرط أن لا تتزوج، ولهذا قال العلماء أن الحديث دليل على أن الأم أولى بحضانة الولد من الأب ما لم يحصل مانع من ذلك كزواجها.⁽²⁾

وعن البراء بن عازب رضي الله عنه قال: خرج رسول الله صلى الله عليه وسلم - يعني من مكة - فتبعتهم ابنة حمزة تنادي: يا عم، فتناولها علي، فأخذ بيدها وقال لفاطمة: دونك ابنة عمك، فاحتملتها. فاختصم فيها علي وجعفر وزيد، فقال علي: أنا أحق بها وهي ابنة عمي، وقال جعفر، ابنة عمي وخالتها تحتي، وقال زيد: ابنة أخي. فقضى بها رسول الله صلى الله عليه وسلم لخالتها وقال: الخالة بمنزلة الأم. وقال لعلي: أنت مني وأنا منك. وقال لجعفر: أشبهت خلقي وخلقي، وقال لزيد: أنت أخونا ومولانا.⁽³⁾

(1) أبو الطيب محمد شمس الحق العظيم آبادي. عون المعبود شرح سنن أبي داود. دار الكتب العلمية. بيروت. ط. 1. 1990 ج. 6. ص. 265.

(2) عون المعبود 265/6.

(3) تقي الدين بن دقيق العيد. إحكام الأحكام شرح عمدة الأحكام. عالم الكتب. القاهرة. ط. 2. 1987. ج. 1. ص. 215.

فالصبية في هذه القضية من حق خالتها، والحكم بها لجعفر كان بسبب الخالة وليس بسببه هو. قال العلماء أن هذا الحديث أصل في باب الحضانة، وصريح في أن الخالة فيها كالأم عند عدم الأم، فهي بمنزلتها في الحضانة، لقوله صلى الله عليه وسلم: "الخالة بمنزلة الأم".⁽¹⁾

وعن هلال بن أسامة أن أبا ميمونة سلمى مولى من أهل المدينة رجل صدق قال: بينما أنا جالس مع أبي هريرة جاءت امرأة فارسية معها ابن لها فادعياه وقد طلقها زوجها، فقالت: يا أبا هريرة -رطنت له بالفارسية- زوجي يريد أن يذهب بابني، فقال أبو هريرة: استهما عليه، ورطن لها بذلك، فجاء زوجها فقال: من يحاقني في ولدي؟ فقال أبو هريرة: اللهم إني لا أقول هذا إلا أني سمعت امرأة جاءت إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم وأنا قاعد عنده فقالت: يا رسول الله إن زوجي يريد أن يذهب بابني وقد سقاني من بئر أبي عتبة وقد نفعني، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: استهما عليه، فقال زوجها: من يحاقني في ولدي، فقال النبي صلى الله عليه وسلم: هذا أبوك وهذه أمك، فخذ بيد أيهما شئت، فأخذ بيد أمه، فانطلقت به.⁽²⁾

فهذه أم طلقها زوجها وكان الطفل في حضانتها فأراد زوجها أن ينتزعه منها وقد كانت في حاجة إليه ولذلك قالت: وقد سقاني من بئر أبي عتبة وقد نفعني: قال العلماء في قولها هذا: أي أنها أظهرت حاجتها لابنها واستغناء أبيه عنه، فأمرهما الرسول صلى الله عليه وسلم بأن يستهما عليه، أي أن يجريا القرعة بينهما عليه، فأبى أبوه وقال من يحاقني في ولدي، فعندها خير النبي صلى الله عليه وسلم الصبي بين أمه وأبيه، فاختر أمه، فكانت الحضانة لها.

قال العلماء: في هذا الحديث دليل على أن القرعة طريق شرعية عند تساوي الأمرين، يجوز الرجوع إليها كما يجوز الرجوع إلى التخيير. وقال آخرون، يقدم التخيير على القرعة، وذهب رأي ثالث إلى العكس بأن تقدم القرعة على التخيير كما هو واضح من حديث أبي هريرة حيث أن النبي صلى الله عليه وسلم أمرهما أولاً بالإستهام على الولد ثم

(1) إحكام الأحكام 215/1 و 216.
(2) عون المعبود 265/6 و 266.

لما لم يفعل خير الولد. وقد قيل إن التخيير أولى لاتفاق ألفاظ الأحاديث عليه وعمل الخلفاء الراشدين به.⁽¹⁾

وعن عمر بن عبد الله مولى غفرة أنه أخبره عن زيد بن إسحاق بن جارية الأنصاري أنه أخبره أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه حين خاصم إلى أبي بكر رضي الله عنه في ابنه ففضى به أبو بكر رضي الله عنه لأمه ثم قال: سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول: "لا تولُّه والدته عن ولدها".⁽²⁾

وعن عبد الحميد بن جعفر حدثني رافع بن سنان أنه أسلم وأبت امرأته أن تسلم فأنت النبي صلى الله عليه وسلم فقالت ابنتي وهي فطيم، وقال رافع ابنتي، فقال النبي صلى الله عليه وسلم لرافع أقعد ناحية، وقال لامرأته أقعدي ناحية، قال وأقعد الصبية بينهما، ثم قال: ادعواها، فمالت الصبية إلى أمها فقال النبي صلى الله عليه وسلم: اللهم اهدها، فمالت إلى أبيها، فأخذها رافع ابن سنان جد عبد الحميد بن جعفر.⁽³⁾

وعن عبد الحميد بن سلمة الأنصاري عن أبيه عن جده أنه أسلم وأبت امرأته أن تسلم فجاء ابن لهما صغير لم يبلغ الحلم فأجلس النبي صلى الله عليه وسلم الأب ههنا والأم ههنا ثم خيره فقال اللهم اهده فذهب إلى أبيه.⁽⁴⁾

في هذين الحديثين قضية واحدة تتمثل في أم كافرة وأب مسلم تخاصما في حضانة الولد، فلجأ الرسول صلى الله عليه وسلم إلى تخيير الولد بين أمه وأبيه ولما اختار الأم دعى له الرسول عليه الصلاة والسلام بالهداية، فعدل عن الأم الكافرة واختار أباه المسلم، فكانت بذلك الحضانة للأب دون الأم لإسلامه وكفرها.

وقد اختلف العلماء في مسألة تخيير الولد، فقال بعضهم إنما التخيير يكون في الغلام الذي عقل واستغنى عن الحضانة، أما الصغير فلا يهتدي بنفسه إلى الصواب، والهداية من الله تعالى للصواب لغير هذا الولد غير لازمة بخلاف هذا فقد وفق للخير بدعائه صلى الله عليه وسلم، والله تعالى أعلم.⁽⁵⁾

(1) عون المعبود 265/6، 266 و 267.

(2) أبي بكر البيهقي. السنن الكبرى. دار المعرفة. بيروت. 1992. ج. 8. ص. 5.

(3) السنن الكبرى 3/8 و 4.

(4) جلال الدين السيوطي. سنن النسائي. دار الريان للتراث. مصر. بدون سنة. ج. 6. ص. 185.

(5) عون المعبود 267 / 6 ، سنن النسائي 185/6.

وعن أبي الوليد قال: إختصم عم وأم إلى عمر قال عمر: جذب أمك خير لك من خصب عمك. (1)

الفرع الثالث

أدلة الحضانة من أثر الصحابة

عن يحيى بن سعيد عن القاسم بن محمد قال كانت عند عمر بن الخطاب رضي الله عنه امرأة من الأنصار فولدت له عاصم بن عمر ثم فارقتها عمر رضي الله عنه، فركب يوماً إلى قباء فوجد ابنه يلعب بفناء المسجد فأخذ بعضده فوضعه بين يديه على الدابة فأدركته جدة الغلام فنازعتة إياه، فأقبلت حتى أتيا أبا بكر الصديق رضي الله عنه فقال عمر ابني وقالت المرأة ابني، فقال أبو بكر رضي الله عنه خل بينها وبينه، فما راجعه عمر الكلام. (2)

وعن مسروق أن عمر رضي الله عنه طلق أم عاصم فكان في حجر جدته فخاصمته إلى أبي بكر رضي الله عنه، ففضى أن يكون الولد مع جدته والنفقة على عمر رضي الله عنه وقال: هي أحق به. (3)

وعن عبد الرحمن بن أبي الزناد عن أبيه عن الفقهاء الذين ينتهي إلى قولهم من أهل المدينة أنهم كانوا يقولون: قضى أبو بكر الصديق على عمر بن الخطاب رضي الله عنهما لجدة ابنه عاصم بن عمر بحضانته حتى يبلغ، وأم عاصم يومئذ حية متزوجة. (4)

وعن ابن عباس أن عمر خاصم امرأته أم ابنه عاصم إلى أبي بكر إذ طلقها وقال: أنا أحق به فقال له أبو بكر: ربحها وحرها وفرأشها خير له منك حتى يشب ويختار لنفسه، وقضى أبو بكر لها به.

وعن عبد الرحمن بن غنم قال: اختصم إلى عمر ابن الخطاب في غلام فقال: هو مع أمه حتى يعرب عنه لسانه فيختار. (5)

(1) علاء الدين الهندي البرهان فوري. كنز العمال في سنن الأقوال والأفعال. مؤسسة الرسالة. بيروت. 1993. ج. 5. ص 577.

(2) السنن الكبرى 5/8.

(3) السنن الكبرى 5/8 ، كنز العمال 577/5.

(4) السنن الكبرى 5/8.

(5) المحلى 327/10 و328.

من هذه الأحاديث يتبين أن الحضانة بعد الأم للجدّة لأُم، وهذا ما أقرّه أبو بكر رضي الله عنه إذ قضى بحضانة الولد عاصم إلى جدته من أمه بعد أن تزوجت أمه، ولم يقض به لأبيه عمر ابن الخطاب رضي الله عنه، ولم ينازعه عمر في ذلك، فدل على اتفاقهم على أن الحضانة بعد الأم للجدّة.

وعن عبد الرحمن بن غنم أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه خير غلاما بين أبيه وأمه.⁽¹⁾

وعن يونس بن عبد الله الجرمي عن عمارة الجرمي قال: خيرني علي رضي الله عنه بين أمي وعمي، ثم قال لأخ لي أصغر مني: وهذا أيضا لو قد بلغ مبلغ هذا لخيرته، وقال في الحديث وكنت ابن سبع أو ثمان سنين.⁽²⁾

فعلي وعمر وأبو بكر رضي الله عنهم يذهبون إلى أن الحضانة للأم أولا، ثم إذا عقل الغلام اختار مع من يكون.

وفي ذكر هذه الآثار دليل على أن مسألة الحضانة حظيت بإقرار الصحابة رضوان الله عليهم، وقد حكموا فيها بالعدل مما جعل آثارهم دليلا يقتاد به لحل النزاعات المتعلقة بمسألة الحضانة.

المطلب الثاني

ماهية الحضانة

سبقت الإشارة عند تطرقنا لأدلة الحضانة من القرآن الكريم إلى أن الله تعالى قال في الآية 233 من سورة البقرة: "والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين..". وقال تعالى في مريم في الآية 37 من سورة آل عمران: "فتقبلها ربها بقبول حسن وأنبتها نباتا حسنا وكفلها زكريا"؛ وقد تبين أن علماء التفسير استدلوا بالآيتين الكريميتين على الحضانة، وهذا بالرغم من أن الآيتين قد ذكرتا لفظي "الرضاع" و "الكفالة" في إشارة ضمنية للحضانة. فهل هذا يعني أن الحضانة تشمل الرضاع؟ وما علاقة الحضانة بالكفالة؟

(1) السنن الكبرى 4/8 ، كنز العمال 577/5.

(2) السنن الكبرى 4/8.

إن الجواب على هذا السؤال يتطلب بادئ ذي بدء تعريف الحضانة ثم بيان علاقتها بكل من الرضاع والكفالة.

الفرع الأول تعريف الحضانة

نعرف الحضانة لغة، ثم في الاصطلاح الشرعي ثم في الاصطلاح القانوني كما يلي:

أولاً: تعريف الحضانة لغة

- الحضانة بفتح الحاء وكسرهما مشتقة من فعل حضن يحضن حضنا وحضانة، ولها معاني لغوية مختلفة نوردتها فيما يلي:
- أما عن المعنى الأول للحضانة فهو الضم إلى الصدر. فيقال حضنه حضانة أي ضمه إلى صدره وعانقه. ومنه احتضن الولد أي جعله في حضنه. وحضن الطائر بيضه أي ضمه تحت جناحه ولزمه للتفريخ.⁽¹⁾
 - وأما عن المعنى الثاني للحضانة فهو الإبعاد والمنع. فيقال: حضنه حضانة أي أبعده عنه، ويقال: احتضن فلانا عما يريد أي منعه، وحضن بحقه أي ذهب به، وحضن فلانا عن حاجته أي منعه.⁽²⁾
 - وأما عن المعنى الثالث للحضانة فهو التربية والرعاية. فيقال: حضن الولد أي رباه وكفله. والحضانة في هذا المعنى تعني تربية الصغير وتدبير شؤونه في صباه، ولهذا يقال مجازاً: عدت إلى القرية التي حضنت مطلع شبابي.
- و"حاضنة" مشتق من فعل حضن، وهي المرأة التي تشرف على تربية الطفل ورعايته.⁽³⁾
- والذي يهمننا هنا هو المعنى الثالث للحضانة الذي هو تربية الصغير ورعايته، فالحضانة بهذا المعنى لها علاقة بالطفل ومن في حكمه ممن يحتاج إلى التربية والرعاية

(1) جبران مسعود. الرائد. معجم لغوي عصري. دار العلم للملايين. بيروت. لبنان. ط 7. 1992. ص 308.

(2) المعتمد. قاموس عربي عربي. دار صادر. بيروت. ط 3. 2004. ص 116.

(3) المنجد في اللغة العربية المعاصرة. دار المشرق. بيروت. ط 1. 2000. ص 297.

إلى أن يستغني عنها. هذا وإن كنا نجزم بأن المعاني المذكورة للحضانة كلها متداخلة فيما بينها، فحضانة الطفل أي تربيته تشمل أيضا ضمه إلى صدر الحاضنة وإيعاده ومنعه مما يؤذيه.

نخلص إلى القول أن حضانة الطفل لغة هي تربيته والعناية به ورعايته والإشراف على ما يعجز عن القيام به بمفرده في مأكله ومشربه وملبسه ونظافته وسائر أموره في حياة الطفولة.

ثانيا: تعريف الحضانة في الاصطلاح الشرعي

إهتم فقهاء الشريعة الإسلامية بالحضانة ووضعوا لها تعاريف نوردها فيما يلي:
- أما الحنفية فعرفوها كما يلي: "الحضانة بكسر الحاء وفتحها هي تربية الولد. والحاضنة هي المرأة توكل بالصبي فترفعه وتربيته، لأنه محتاج إلى من يمسكه ويقوم بمنفعة بدنه، والحضانة جعلت للنساء لأنهن أقوم وأبصر على حفظ الصبيان من الرجال لزيادة شفقتهم".⁽¹⁾

ومن هذا التعريف يتبين أن الحضانة عند الحنفية تتمثل في تربية الولد والاعتناء ببدنه ويلزم لذلك إحاطة المحضون بحنان وشفقة الأمومة ولهذا خص الحنفية الحضانة بالنساء.
- وأما المالكية فعرفوها بأنها: "حفظ الولد في مبيته ومؤنة طعامه ولباسه ومضجعه وتنظيف جسمه".⁽²⁾

وهذا التعريف لا يختلف عن تعريف الحنفية حيث أن أهم ما يميز الحضانة عند فقهاء الحنفية والمالكية هو تربية الولد والاعتناء ببدنه وإحاطته بالرعاية في كل ما يحتاج إليه من مأكّل ومشرب وملبس ونوم ونظافة وبدن.

- وأما الشافعية فعرفوا الحضانة كما يلي: "الحضانة هي حفظ الصبي أي جنسه الصادق بالذكر والأنثى وتعهد به غسل رأسه وبدنه وثيابه وتطهيره من النجاسات ودهنه وكحله وإضجاعه وربطه في المهد وهو سرير الرضيع وتحريكه على العادة لينام ونحوها مما يحتاج إليه الرضيع لاقتضاء اسم الحضانة عرفا لذلك ولحاجة الرضيع إليها".⁽³⁾

(1) البحر الرائق شرح كنز الدقائق 179/4 و 180.

(2) سراج السالك شرح أسهل المسالك 118/2.

(3) مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج 463/3.

من هذا الكلام نجد الشافعية قد عرفوا الحضانة بإبراز موسع لكل ما تقوم به الحاضنة أثناء اعتناؤها بالمحضون. كما أنهم أضافوا لمضمون الحضانة الإرضاع، فحسبهم الحضانة تشمل الإرضاع أيضا إذا كان المحضون مازال رضيعا، ولقد أطلقوا على الإرضاع اسم "الحضانة الصغرى".

- وأما الحنابلة فعرفوا الحضانة بأنها: "حفظ صغير، ومعتوه وهو مختل العقل، ومجنون عما يضرهم، وتربيتهم بعمل مصالحهم".⁽¹⁾

يتبين من تعريف الحنابلة أن الحضانة لا تقتصر على الصغير وإنما تمتد إلى كل من يحتاج للتربية والرعاية لضعفه، فتشمل بالإضافة إلى الصغير كل من المعتوه والمجنون لعدم تمييزهما بين النفع والضرر.

- وأما الظاهرية فلم يضعوا تعريفا للحضانة غير أنهم قالوا: "الأم أحق بالجارية حتى تحيض وبالغلام حتى يأكل وحده ويشرب وحده ويلبس ثيابه وحده".⁽²⁾

فالحضانة عند الظاهرية إذن هي تربية المحضون والاعتناء به حتى يستغني عن خدمة الحاضنة في الأكل والشرب واللباس إذا كان ذكرا، أما الأنثى فلا تستغني عن حاجتها للحاضنة إلا ببلوغها المحيض. ومعروف أن الجارية يمكنها الاستغناء عن الإطعام والملبس فتأكل وحدها وتشرب وحدها وتلبس وحدها وذلك قبل المحيض بكثير ومع ذلك يرى الظاهرية لزوم بقاءها في حضانة الحاضنة (الأم) إلى غاية المحيض مما يفهم منه بل ويدل على أن الحضانة عندهم لا تقتصر على مجرد التربية في المرحلة الأولى للصغير والتي تتمثل في الإطعام والإلباس والنوم ونحوها وإنما حضانة الأنثى تتعدى إلى الاعتناء بها نفسيا وإحاطتها بعناية وحذر أكثر عليها لتعلقها في هذه المرحلة الثانية من عمرها بأمها وتعلمها منها وبغية البقاء إلى جانبها، ولعل هذا ما يفسر كون مدة حضانة الأنثى عندهم أطول من مدة حضانة الذكر كما سيتبين لاحقا إن شاء الله تعالى.

يتبين من مجموع هذه التعاريف أن أهم ما يعرف الحضانة في الاصطلاح الشرعي هو مصطلح التربية. فالحضانة شرعا هي تربية المحضون. والتربية تشمل كل معاني الرعاية والاعتناء بالمحضون في طعامه وشرابه وملبسه ونومه ونظافة بدنه، هذا بصفة عامة،

(1) أبي اسحاق برهان الدين. المبدع شرح المقنع. دار الكتب العلمية. بيروت. 1997. ط. 1. ج. 7. ص 181.

(2) المحلى 329/10.

لكننا نجد فقهاء المذاهب كما تبين من تعاريفهم قد خصّ كل منهم الحضانة بميزة إضافية، فخصّها الحنفية بلزوم إحاطة المحضون بحنان وشفقة الأم، وخصّها الشافعية بلزوم إرضاع المحضون الرضيع، وخصّها الحنابلة بتمديد مفهوم المحضون ليشمل إضافة إلى الصغير كل من المعتوه والمجنون، وخصّها الظاهرية بزيادة الاعتبار لأنثى وذلك بتمديد حضانتها إلى غاية المحيض.

وإذا أردنا جمع كل هذه الميزات فإننا نجد الحضانة في الاصطلاح الشرعي تعرف كما يلي: "الحضانة هي تربية المحضون سواء أكان صغيراً، أم كبيراً غير مميز وغير قادر على خدمة نفسه بنفسه، وذلك بتولي خدمة حاجياته بتعهد مأكله وملبسه ونومه ونظافة بدنه، ويلزم في القيام بكل ذلك إحاطة المحضون بالحنان والشفقة والرأفة به، وإرضاعه إذا كان رضيعاً، والاهتمام به أكثر بنصحه وتوجيهه إذا كان المحضون أنثى لم تحض بعد".

ونلاحظ أن تعريف الحضانة في الاصطلاح الشرعي لا يختلف عن تعريفها لغة.

ثالثاً: تعريف الحضانة في الاصطلاح القانوني

تنص الفقرة الأولى من المادة 62 من قانون الأسرة على ما يلي: "الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا". من هذا التعريف يتبين أن المشرع أيضاً يعرف الحضانة بالتربية على العموم، لكننا نلاحظ في هذا التعريف على الخصوص 3 نقاط رئيسية.

- أما النقطة الأولى فتتعلق بمسألة المحضون، فإننا نلاحظ أن المشرع يقتصر في تعريفه للحضانة على الولد فقط كمحضون دون غيره إذ قال: "الحضانة هي رعاية الولد...".
 - وأما النقطة الثانية فتتعلق بمسألة تعليم المحضون، فإننا نلاحظ أن المشرع أضاف إلى جانب التربية مسألة التعليم أيضاً إذ قال: "الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه...".
 - وأما النقطة الثالثة فتتعلق بمسألة تربية المحضون على دين أبيه إذ قال المشرع: "الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه...". فإننا نلاحظ أن المشرع يلزم الحاضن مهما كان بتربية المحضون على دين أبيه.
- ونتعرض إلى هذه المسائل بشيء من التفصيل فيما يلي:

1- مسألة المحضون:

يلاحظ أن المشرع في نص المادة 62 المذكور سابقا قد اقتصر على اعتبار المحضون طفلا صغيرا فقط لأنه قال: "الحضانة هي رعاية الولد..."، ولم يدخل الكبير المجنون أو المعتوه في مفهوم المحضون، والسؤال المطروح هنا هو: هل الحضانة عند المشرع تقتصر على الطفل فقط دون الكبير المجنون أو المعتوه؟ وما هو موقف الشريعة الإسلامية من هذه المسألة؟

أ- المحضون في قانون الأسرة

إذا كان المشرع قد اقتصر في المادة 62 على كون المحضون طفلا باستعماله كلمة "الولد"، فنرى أن هذا الاقتصار مقصود، لأن الولد الصغير هو الذي يكون تحت الحضانة أما الكبير المجنون أو المعتوه فلا يكونان تحت الحضانة وإنما تحت ولاية أو وصاية أو تقديم، وهذا واضح من نص المادة 81 من قانون الأسرة التي تنص على ما يلي: "من كان فاقد الأهلية أو ناقصها لصغر السن أو جنون أو عته أو سفه ينوب عنه قانونا ولي أو وصي أو مقدم طبقا لأحكام هذا القانون".

فتولي شؤون فاقد الأهلية أو ناقصها يكون من ولي أو وصي أو مقدم ولا يعتبر ذلك حضانة، بل الغرض من كل منها هو أن يقوم شخص مقام فاقد الأهلية أو ناقصها في مباشرة التصرفات القانونية التي لا يستطيع الانفراد بالقيام بها.⁽¹⁾

ويؤكد اعتبار المحضون في قانون الأسرة طفلا دون غيره ما نصت عليه المادة 65 من قانون الأسرة حيث قضت بأنه: "تتقضي مدة حضانة الذكر ببلوغه 10 سنوات، والأنثى ببلوغها سن الزواج...".

فالحضانة تنتهي بكبر الطفل ولا يهم حالته العقلية، إذ لا يعتبر محضونا لو كبر وكان مجنونا أو معتوها.

نخلص إلى القول أن الحضانة هي ولاية التربية، أما تولى شؤون الكبير إذا كان فاقد الأهلية أو ناقصها فهو ولاية على المال أو على النفس حسب المشرع وليس حضانة، وبالتالي فمفهوم المحضون في قانون الأسرة يقتصر على الطفل دون المجنون والمعتوه.

(1) توفيق حسن فرج. المدخل للعلوم القانونية. المكتب المصري الحديث. الإسكندرية. 1971. ص 331.

لكن هل اقتصار الحضانة على الطفل مطابق للشريعة الإسلامية؟ فمن هو المحضون في الشريعة الإسلامية؟

ب- المحضون في الشريعة الإسلامية

سبقت الإشارة عند دراستنا لتعريف الحضانة في الشريعة الإسلامية إلى أن كل من فقهاء الحنفية والمالكية والشافعية يرون أن الحضانة هي رعاية الولد وتربيته ولم يضيفوا إلى الولد المجنون والمعتوه، أما فقهاء الحنابلة فيذهبون إلى أن مفهوم المحضون يشمل الصغير والمجنون والمعتوه لاشتراكهم جميعا في عدم التمييز بين النفع والضرر، بينما يذهب الجمهور إلى أن مفهوم المحضون يقتصر على الطفل فقط.

ونميل إلى قول الجمهور، ذلك أن فاقد الأهلية أو ناقصها إذا كان كبيرا لا يعتبر محضونا بل مكفولا، ثم أن الحضانة لما تبدأ لا بد لها أن تنقضي بعد مدة وذلك ببلوغ سن معينة تنتهي بها حضانة المحضون، فلو فرضنا أن المحضون كان مجنونا لا يفيق أبدا، فلا يعقل اعتباره محضونا لأنه لا يعقل أن تبقى حضانته مستمرة بصفة دائمة، ولا يعقل أن يبقى الأب مجبرا على دفع أجره الحضانة للحاضنة طيلة حياة المجنون. نخلص إلى القول أن المشرع قد أحسن صنعا باعتباره المحضون هو الطفل فقط، وهذا فيه حماية للأب حتى لا يجبر على دفع أجره الحضانة بصفة دائمة، بل إلى أن تنقضي مدة الحضانة ببلوغ المحضون السن القانونية، وما نص عليه المشرع معقول ومطابق لقول الجمهور، فهو غير مخالف للشريعة الإسلامية.

2- مسألة تعليم المحضون

يقول المشرع في المادة 62 من قانون الأسرة أن الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه. يلاحظ من هذا القول أن الحضانة عند المشرع لا تقتصر على التربية وإنما تمتد لتشمل تعليم الطفل أيضا. فهل مسألة التعليم تدخل فعلا في مفهوم الحضانة؟ وما موقف الشريعة الإسلامية من اعتبار مرحلة التعليم داخلة في الحضانة؟

إن الإجابة على هذا السؤال تتطلب البحث في المقصود بمرحلة التعليم في قانون الأسرة وفي الشريعة الإسلامية.

أ- تعليم المحضون في قانون الأسرة

نتساءل ما المقصود بتعليم المحضون؟ وهل التعليم مستقل عن التربية؟

إن تعليم المحضون الذي يقصده المشرع في نص المادة 62 من قانون الأسرة هو القيام بكل شؤون دراسته. ومما لا شك فيه أن المرحلة الدراسية مرحلة متقدمة نوعا ما، فالطفل في مرحلة دراسته يستغني عن خدمة الأم في أكله وشربه ونظافة بدنه، مما يعني أن تعليم المحضون بتولي شؤون تدريسه أمر مستقل عن تربيته بتعهد مأكله ومشربه وملبسه ونظافته ونومه، وهذا ما يجعلنا نستنتج أن الحضانة في قانون الأسرة تنقسم إلى مرحلتين: - مرحلة أولى: وهي مرحلة تربية الطفل في الطور الأول من حياته منذ ولادته، وتشمل القيام بكل ما لا يقدر الطفل على القيام به لوحده من مأكّل ومشرب ومرقد وملبس ونظافة بدن، ففي هذه المرحلة الطفل لا يعقل تدبير أمور حياته فيكون ذلك على حاضنه. - ومرحلة ثانية: وهي مرحلة تعليم الطفل وتنقيفه، ويكون هذا في الطور الثاني من حياة الطفولة، أي عند دخوله المدرسة واستقلاله الجزئي عن أمه، وفي هذه المرحلة يعقل الطفل أمور حياته، فيمكنه تدبير شؤونها، غير أنه يكون عاجزا عن تعليم نفسه بنفسه فيكون تعليمه على حاضنه أو مربيه في هذه المرحلة وهو عادة المعلم في المدرسة أو المربي في دار الحضانة.

نخلص إلى القول إذن أن الحضانة في قانون الأسرة الجزائري لها مرحلتان: مرحلة أولى تشمل تربية المحضون في الطور الأول من حياته، ومرحلة ثانية تتضمن تعليم المحضون في الطور الثاني من حياته. لكن هل الأمر كذلك في الشريعة الإسلامية؟ إن الإجابة على هذا السؤال تتطلب البحث عن مسألة تعليم المحضون في الشريعة الإسلامية؟

ب- تعليم المحضون في الشريعة الإسلامية

برجعنا إلى تعريف الحضانة في الشريعة الإسلامية نجد أن الحضانة معرفة بأنها تربية الولد، وهي المرحلة الأولى للحضانة، ولم نجد للمرحلة الثانية المتمثلة في تعليم الطفل مكانا في تعريف الحضانة شرعا، مما يجعلنا نطرح السؤال التالي:

هل أن تعليم المحضون بتدريسه وتثقيفه يدخل ضمن مفهوم الحضانة شرعا؟ أم أن إدخال مرحلة تعليم المحضون في الحضانة مخالف للشريعة الإسلامية؟ إن الإجابة على هذا السؤال تتطلب البحث عن موقف الشريعة الإسلامية من مسألة تعليم الطفل وتثقيفه، وهل تعتبره من شؤون الحضانة؟

بعودتنا إلى تعاريف الفقهاء السابقة الذكر للحضانة نجدهم يقتصرون على المرحلة الأولى وهي التربية فقط، ولا يدخلون التعليم ضمن مفهوم الحضانة، غير أننا نجد بعض الشافعية يقولون في الحضانة أنها "تنتهي في الصغير بالتمييز، وأما بعده إلى البلوغ فتسمى كفالة". قاله الماوردي. وقال غيره تسمى حضانة أيضا.⁽¹⁾

من هذا الكلام يتبين أن فقهاء الشافعية مختلفون في هذه المسألة، فمنهم من يعتبر فترة التعليم حضانة، ومنهم من يعتبرها كفالة وليست حضانة، غير أن الخلاف في الحقيقة لا يعدو أن يكون في التسمية (كفالة - حضانة)، أما مرحلة التعليم فهي موجودة وفي يد الحاضن مهما كان هذا الحاضن أما أو أبا للمحضون أو غيرهما، ومهما كانت التسمية فالاهتمام بتعليم الطفل موجود.

ولعل هذا الخلاف لم يكن فقط بين فقهاء الفقه الإسلامي القديم، بل حتى فقهاء الفقه الإسلامي المعاصر. فقد عرّف الدكتور يوسف قاسم الحضانة بأنها "الاهتمام بالطفل ورعايته والقيام بأمر طعامه ونظافته في الفترة الأولى من حياته"⁽²⁾. ففي رأي الدكتور يوسف قاسم الحضانة تشمل مرحلة التربية فقط دون مرحلة التعليم.

أما الدكتور علي حسب الله فقد قال في الحضانة أنها: "ضم الصغير إلى من يعنى بتربيته فيقوم بتدبير طعامه وشرابه وملبسه ونظافته، أو بتأديبه وتثقيفه". ثم استرسل قائلا: "والصبي من حين ولادته إلى أن يصبح قادرا على الاضطلاع بأعباء معيشتة يمر بدورين من أدوار حياته، يحتاج في الأول منهما إلى من يعنى بإصلاح بدنه وطعامه ولباسه، وفي الثاني إلى من يقوم بتأديبه وتثقيفه..."⁽³⁾

ونميل إلى الرأي القائل بأن مرحلة التعليم مرحلة ثانية في الحضانة، فهي إذن امتداد للتربية، وذلك لأن الطفل ما يزال صغيرا ويحتاج للحاضن في أمور تعليمه وتثقيفه،

(1) مغني المحتاج 191/5.

(2) يوسف قاسم. حقوق الأسرة في الفقه الإسلامي. جامعة القاهرة. مصر. 2001. ج 2. ص 185.

(3) علي حسب الله. الفرقة بين الزوجين. دار الفكر العربي. مصر. 1968. ص 248.

فالدراسة في طورها الابتدائي لا يمكن إسنادها إلى الطفل نفسه، فهو لن يقدر على تولى أمر تعليم نفسه وتنقيفها، بل هو يحتاج في ذلك إلى حاضن، وإن كان الحاضن هنا لا يقتصر على الأم أو الأب فقط، بل المعلم في دار الحضانة أو في المدرسة الابتدائية هو أيضا حاضن جزئيا، أي في وقت تواجد الطفل تحت رقابته يعتبر حاضنا له، ثم تعود الحضانة إلى الحاضن الأم أو الأب بعد خروجه من المدرسة.

ونرى أنه لا داعي لتغيير اسم الحضانة إلى كفالة عند دخول المحضون مرحلة التعليم، ذلك أن التعليم نفسه في حد ذاته هو مرحلة أخرى للتربية، فهو امتداد للتربية التي تلقاها المحضون في الطور الأول من حياته، فالطفل ما يزال متعلقا بحاضنه الذي رباه منذ ولادته، وما يزال بحاجة إليه في تعليمه، فلا يعقل إنهاء الحضانة بانتهاء الطور الأول لها، ولا يعقل نزع الطفل من حاضنته خصوصا إن كانت أما له بدعوى تعليمه وتنقيفه، وهذا ما يجعلنا نختار الرأي القائل بأن مرحلة التعليم جزء ثانٍ للحضانة.

نخلص إلى القول أنه كلما كان الطفل في حاجة إلى رعاية أمر من أمور حياته في الطفولة فهو محضون، وبالتالي فهو في فترة حضانة. ففي الطور الأول من حياته يحتاج إلى تربيته جسما فيكون في فترة حضانة، وفي الطور الثاني من حياته يحتاج إلى رعايته فكريا بتعليمه فيكون في فترة حضانة، ولا تنتهي حضانته إلا بانتهاء طفولته.

وبهذا يمكننا القول أن اتجاه المشرع في اعتباره الحضانة مرحلتان: تربية وتعليم، اتجاه سليم لا نجد فيه مخالفة للشرع إذ ذهب إليه بعض الشافعية وإن لم يقل به الجمهور، كما ذهب إليه بعض الفقهاء المعاصرين كما تبين.

3- مسألة تربية المحضون على دين أبيه

يؤكد المشرع في نص المادة 62 من قانون الأسرة والمذكور سالفًا أن الحاضن سواء أكان أما أو غيرها، وسواء أكان مسلما أو غير مسلم، يلتزم بتربية المحضون على دين أبيه. ومما لا شك فيه أن المشرع يقصد بهذا الدين الإسلامي لكون قانون الأسرة مستمد من أحكام الشريعة الإسلامية بصفة عامة، وهو قانون جاء لينظم الأحوال الشخصية للشعب الجزائري الذي هو شعب مسلم، إلا أنه لا مانع من أن نرى اليوم بعض الناس من يرتد عن دين الإسلام، فنرى أب المحضون يمكن أن يتتصر أو يتهود أو يخرج

عن ملة الإسلام، ولكنه مع ذلك يبقى أبا للمحضون ويدخل في مفهوم قول المشرع، "على دين أبيه"، ولهذا نرى أنه يستحسن التدقيق في التشريع، فكان الأجدر بالمشرع أن يقول: "والقيام بتربيته على تعاليم الدين الإسلامي".

لكن السؤال المطروح في هذا الصدد هو: إذا فترضنا أن الحاضن، سواء أكان أما للمحضون أو غيرها، كان غير مسلم، فهل تسند له حضانة الصبي المسلم؟ وما هو موقف الشريعة الإسلامية من هذه المسألة؟
نجيب على هذا التساؤل فيما يلي:

أ- إسناد الحضانة إلى غير المسلم في قانون الأسرة

لم يتعرض المشرع صراحة في قانون الأسرة إلى مسألة إسناد الحضانة إلى غير المسلم، لكن بما أنه أكد في نص المادة 62 السابق أن الحاضن يلتزم بتربية المحضون على دين أبيه، فيفهم من كلامه أنه يمكن للحاضن أن يكون غير مسلم، وفي هذه الحالة ألزمه المشرع بتربية المحضون على دين أبيه الذي يفترض أن يكون مسلماً لكونه جزائري. فالمشرع بهذا النص يسمح من جهة بأن يكون الحاضن غير مسلم، ولكنه من جهة أخرى يقيد هذا الحاضن بواجب تربية المحضون على الدين الإسلامي. فخشية المشرع من أن يربي الحاضن الولد على دينه إن لم يكن مسلماً هي التي أدت به إلى إلزامه بأن يربيه على دين أبيه الجزائري الذي يفترض فيه عموماً أن يكون مسلماً. ثم أنه بالرجوع إلى نص المادة 30 من قانون الأسرة المتعلقة بالمحرمات من النساء مؤقتاً، نجد أن المشرع الجزائري يمنع زواج الجزائرية المسلمة بغير المسلم، لكنه لا يمنع زواج المسلم من أجنبية كتابية، والدليل على هذا أن هذا الزواج موجود في الجزائر بكثرة فهو مسموح به قانوناً. وفي حالة طلاق جزائري مسلم لأجنبية كافرة، فالأم الكافرة يمكن أن تسند لها الحضانة ولكن اشترط عليها المشرع في حال إسناد الحضانة إليها أن تربي الولد على الدين الإسلامي، واحتياطياً لتطبيق هذا الالتزام لا يسمح للحاضن الانتقال بالمحضون إلى بلد أجنبي إلا بموافقة القاضي الذي يراعي عند إصدار حكمه مصلحة المحضون، وهذا ما نص عليه المشرع في المادة 69 من قانون الأسرة حيث قضت بما يلي: "إذا أراد الشخص الموكول له حق الحضانة أن يستوطن في بلد أجنبي رجع الأمر

للقاضي في إثبات الحضانة له أو إسقاطها عنه، مع مراعاة مصلحة المحضون". ولا شك أن مصلحة المحضون المسلم تقتضي عدم انتقاله إلى بلاد الكفر خشية تغيير دينه. هذا وقد نص المشرع في الفقرة 2 من المادة 62 على أنه: "يشترط في الحاضن أن يكون أهلاً للقيام بذلك". ولا شك أن أهلية حضانة الصبي المسلم تتطلب القدرة على تربيته على الدين الإسلامي، فإن لم تتوفر هذه القدرة فلا بد من إسقاط الحضانة. نخلص إلى القول أن المشرع يسمح بحضانة غير المسلمة للصبي المسلم مع اشتراطه تربية المحضون على الدين الإسلامي وإلا تسقط الحضانة. فهل ما أتى به المشرع موافقاً للشريعة الإسلامية؟

ب- موقف الشريعة الإسلامية من إسناد الحضانة إلى غير المسلم
اختلف الفقهاء في مسألة السماح للكافر بحضانة الطفل المسلم، فقال الحنفية وفريق من المالكية بأنه يسمح للأم الكافرة بحضانة الصغير، فلا يشترط أن تكون مسلمة إلا إذا خيف على الصغير أن يتأثر بدينها، فعندها تسقط عنها الحضانة. فأصحاب هذا الرأي يسمحون للأم الكافرة بحضانة ابنها المسلم ولكن فقط في فترة عدم فهمه للدين، أما بعدها فلا يسمح لها بحضانتها لأنه صار يعقل أمور الدين ويخشى عليه تعلم دينها.

وإلى هذا ذهب الظاهرية أيضاً إذ قال ابن حزم الظاهري: "الأم الكافرة أحق بالصغيرين مدة الرضاع فإذا بلغا من السن والاستغناء ومبلغ الفهم فلا حضانة لكافرة ولا فاسقة".⁽¹⁾

ويبرر أصحاب هذا الرأي مذهبهم بأن سبب السماح للأم الكافرة بحضانة صغيرها المسلم هو كونها أمه، وهو في فترة رضاعه أحوج إلى حنان أمه وشفقتها وعطفها ورعايتها أكثر من غيرها، ولا يعوضه أحد عنها خاصة في فترة رضاعه، كما قال الرسول صلى الله عليه وسلم: "لا تُولِّهُ والدته عن ولدها"، وكما قال أبو بكر الصديق رضي الله عنه لعمر بن الخطاب عن جدة عاصم بعد أن قضى لها بحضانة الطفل عاصم: "ريحها وشمها ولطفها خير له من الشهد عندك".

(1) المحلى 323/10.

والطفل في فترة عدم فهمه لأمر الدين لا يخشى عليه التأثر بدينها لعدم فهمه بعد، أما بعد وصوله مرحلة الفهم فيخشى عليه أن تعلمه دينها وبالتالي يترعرع ويتربى على دين غير الإسلام، ففي هذه الحالة، يقول أصحاب هذا الرأي، تسقط عنها الحضانة وينزع الصغير منها وتسد حضانته لمسلم.

نخلص إلى أن هذا الرأي يسمح للأُم الكافرة بحضانة ولدها إلا إذا خشي عليه أن تعلمه دينها، فإن توفر هذا الاستثناء سقطت عنها الحضانة وأسندت لمسلم.

أما الشافعية والحنابلة وفريق آخر من المالكية، فذهبوا إلى أن الحضانة لا تثبت لكافر على مسلم. فمن شروط الحضانة لديهم أن يكون الحاضن مسلماً وبهذا تسقط الحضانة عن الكافر.

واستدل أصحاب هذا الرأي على قولهم بمنع الحضانة على الكافر بقولهم أن الحضانة ولاية وسلطنة ولا تحل ولاية الكافر على المسلم لقول الله تعالى "ولم يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلاً".

ويرى أصحاب هذا الرأي أيضاً أن من شروط الحضانة الأمانة، فلا حضانة لفاسق، وإذا منع الفاسق من الحضانة، فمن باب أولى أن يمنع الكافر منها.

وسبب المنع عندهم أنه يخشى على المحضون أن يطعم الحرام كلحم الخنزير والخمر أو غيرهما من المحرمات، كما يخشى عليه أن يتعلم ديناً غير الإسلام وذلك بأخذه إلى المعابد والكنائس أو مرافقته لأمه في ذهابها إليها.

نخلص إلى أن هذا الرأي يمنع الكافر من حضانة المسلم ولو كانت الحاضنة أما وذلك لخشية تغيير دين المحضون المسلم، فأصحاب هذا الرأي لا يأمنون تربية المحضون على غير الدين الإسلامي ولهذا منعوا حضانة الكافر للمسلم من أولها ومن أصلها حتى في فترة الرضاعة.

ولقد بقي هذا الخلاف حول حضانة الكافر للمسلم قائماً حتى بين فقهاء الشريعة المعاصرين، إذ يرى بعضهم أن اتحاد الدين بين الحاضنة والطفل ليس بشرط باستثناء ما إذا خيف على الطفل إفساد دينه، وذلك في حالتين:

"إحداهما: إذا كان الطفل في سن التمييز فيعقل الأديان ويفهمها ويخشى من تأثره بدينها إذا رآها تقوم بصلواتها وطقوسها الدينية.

ثانيهما: إذا لم يبلغ الطفل سن التمييز، ولكن ثبت أنها تحاول تلقينه دينها وتعويده عاداته وتنشئته عليه".⁽¹⁾

وفي هذه الحالة ينزع الطفل منها ويسند لمسلم لأنها صارت غير أمينة على دينه فإسقاط الحضانة سببه تخلف شرط الأمانة وليس اختلاف الدين.

ويرى البعض الآخر من فقهاء الشريعة المعاصرين أن الحضانة لا تثبت لكافرة ولو أما ولو في فترة الرضاع وعدم فهم الطفل، ويبررون رأيهم بأن إسناد الحضانة لكافرة تحت شرط أن تؤتمن على دينه، فهذا الشرط لا قيمة له لأن الكافرة لا يؤتمن عندها على دين طفل مسلم، والخوف من الكفر متوقع من أي كافر، فكل الكفار اليوم محاربون وإن كانوا يعيشون في بلاد إسلامية وذلك لأنه لم يعد يطبق عليهم في يومنا هذا أحكام أهل الذمة.⁽²⁾

ونميل إلى الرأي القائل بعدم إسناد الحضانة لكافر على مسلم ولو كانت الحاضنة أما، ولو كان الطفل صبيا لا يعقل بعد الأديان، ذلك أن الذين أسندوها لها أسقطوها عنها في حالة الخوف على دين المحضون، وهذا الخوف في عصرنا لا مفر منه من المسلم الفاسق فكيف بالكافر، فلا يمكن مراقبة الحاضنة الكافرة طيلة مدة الحضانة ومنعها من تعليم المحضون طقوس دينها، كما لا يمكن مراقبتها في ما إذا حاولت صدّه عن الدين الإسلامي، فمثل هذه المراقبة يتعذر القيام بها مما يجعل المحضون غير مأمون في دينه في كل الأحوال ما دام في حضانة كافرة، ولهذا نرى أنه لا حضانة لكافر على مسلم على الإطلاق لخشية تهويده أو تنصيره أو تمجيسه إذ قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "كل مولود يولد على الفطرة فأبواه يهودانه أو يمجسانه أو ينصرانه..."، وهذا الحديث يكفي لثبوت خشية تكفير الطفل المسلم في كل الأحوال.

خلاصة القول أن المشرع لم يخالف الشرع في إسناد الحضانة لغير المسلم لكن من الأحسن أن لا يسندها إتباعا لرأي الجمهور.

(1) محمد أبو زهرة. الأحوال الشخصية. دار الفكر العربي. مطبعة السعادة. القاهرة. 1957. ص 476.

(2) www.islamadvice.com/usra/usra1.htm, page 1 sur 13

الفرع الثاني علاقة الحضانة بالإرضاع

كثيرا ما تقترن حضانة المحضون برضاعه إذا كان ما يزال رضيعا، مما يجعلنا نطرح التساؤل التالي: هل الحضانة والرضاع متلازمان؟ أي أنه إذا كان المحضون رضيعا وأسندت حضانته إلى امرأة فهل يلزم على هذه الأخيرة حضانته وإرضاعه معا؟ وإن كلفت بإرضاعه فقط فهل يلزمها حضانته أيضا؟ وإن التزمت بهما معا فهل يعدان شيئا واحدا؟ وبالتالي هل تستحق الحاضنة المرضعة أجره واحدة أم أجرتان؟ للإجابة على هذا التساؤل وجب البحث في مفهوم الرضاع أولا، ثم بيان استقلالية الرضاع عن الحضانة.

أولا: مفهوم الرضاع

الرضاع لغة هو مص الثدي، فيقال: رضع الولد أمه أي امتص ثديها أو ضرعها.⁽¹⁾ وفي الاصطلاح الشرعي الرضاع هو وصول لبن آدمية إلى جوف طفل لم يزد سنه عن حولين.⁽²⁾

ودليل الرضاع من القرآن قوله تعالى في الآية 233 من سورة البقرة: "والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة.." وقوله تعالى في الآية 6 من سورة الطلاق: ".فإن أرضعن لكم فآتوهن أجورهن وأتمروا بينكم بمعروف وإن تعاسرتم فسترضع له أخرى."

ودليل الرضاع من السنة حديث عمرو بن عوف رضي الله عنه إذ قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "استرضعوا من مَزِينَةٍ فإنهم أهل أمانة" رواه الحارث عن الواقدي عن كثير بن عبد الله وهما ضعيفان.⁽³⁾

(1) أحمد زكي بدره وصديقة يوسف محمود. المعجم العربي الميسر. دار الكتاب المصري ودار الكتاب اللبناني. مصر ولبنان. ط1. 1991. ص 404.

(2) عبد الرحمن الجزيري. المرجع السابق. ص 245.

(3) أبو العباس الشافعي. مختصر إتحاف السادة المهرة بزوائد المسانيد العشرة. دار الكتب العلمية. بيروت. ط1. 1996. مج3. ج5. ص180.

وعن عبد الله بن الزبير أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: "لا رضاع إلا ما فتق الأمعاء".⁽¹⁾

والرضاع حق من حقوق الطفل المشروعة في الشريعة الإسلامية حيث أن الرضيع لا يمكنه الاستغناء عن الرضاع باعتباره قوته الأول، وهو حق له واجب على أبيه، فلو امتنعت الأم عن إرضاعه وجب على أبيه أن يستأجر له مرضعة ترضعه حفاظا على حياته.⁽²⁾

والزوجة وكذا المطلقة الرجعية مادامت في عدتها ترضع ولدها دون أجر، أما المطلقة البائن فلم تعد تربطها بزوجها علاقة، ولهذا فإن أرضعت ولدها منه استحقت على الإرضاع أجره.

وقد اهتمت الشريعة الإسلامية بحق الطفل في الرضاع اهتماما بالغا حتى وإن كان ولد زنا، فقد حدث في عهد النبي صلى الله عليه وسلم أن امرأة زنت ثم أتت النبي عليه الصلاة والسلام معترفة بذنبها طالبة إقامة الحد عليها، فأمر النبي صلى الله عليه وسلم بأن ترجع فترضع ولدها إلى أن يفطم، حتى إذا فعلت ثم عادت إليه، أقيم عليها الحد، وبهذا يكون قد أرجأها إلى أن يوفي الطفل حقه في الرضاع ثم يقيم عليها الحد. وقد روي هذا عن عمران بن حصين رضي الله عنه أن امرأة من جهينة أتت النبي صلى الله عليه وسلم وهي حُبلى من الزنا فقالت يا نبي الله أصبت حدا فأقمه علي، فدعا رسول الله صلى الله عليه وسلم وليها فقال: أحسن إليها فإذا وضعت فأنتي بها، ففعل، فأمر بها فشُدَّتْ عليها ثيابها ثم أمر بها فرُجِمَتْ ثم صلى عليها، فقال عمر: أتصلي عليها يا نبي الله وقد زنت؟ فقال: لقد تابت توبة لو قسمت بين سبعين من أهل المدينة لوسعتهم، وهل وجدت أفضل من أن جادت بنفسها لله تعالى". رواه مسلم.⁽³⁾

نخلص إلى القول أن الرضاع هو إطعام أو تغذية الرضيع بلبن الثدي، وهو حق من حقوقه يكون واجبا على أبويه إذا كانا متزوجين بحيث ترضع الزوجة ابنها دون أجر وبالمقابل ينفق عليها زوجها، وإذا كانا مطلقان طلاقا بائنا يكون الرضاع واجبا على الأب

(1) أبو الحسن الحنفي. شرح سنن ابن ماجة. دار الجيل. بيروت. بدون سنة. ج 1. ص 600.
(2) عبد المطلب عبد الرزاق حمدان. الحقوق المتعلقة بالطفل في الشريعة الإسلامية. دار الفكر الجامعي. الإسكندرية. 2005. ص 126.
(3) ابن حجر العسقلاني. المرجع السابق. ص 263.

إذ ترضع الأم ابنها ويعطيها أبوه أجره على الرضاع، فإن اختلفا استرضع له امرأة أخرى وأعطاهما أجره الرضاع.

ثانياً: استقلالية الرضاع عن الحضانه

يرى جمهور الفقهاء أن أجره الحضانه غير أجره الرضاع. فقد قال الحنفية: "أجره الحضانه ثابتة للحاضنه سواء كانت أما أو غيرها، وهي غير أجره الرضاع". وقال الشافعية: "أجره الحضانه ثابتة للحاضن حتى الأم وهي غير أجره الرضاع، فإذا كانت الأم هي المرصعة وطلبت الأجره على الرضاع والحضانه أجببت". وقال الحنابلة: "إذا استؤجرت امرأة للرضاع والحضانه لزمها بالعقد، وإن ذكر في العقد الرضاع لزمها الحضانه تبعاً، وإن استؤجرت للحضانه لم يلزمها الرضاع".⁽¹⁾

من كل هذه الأقوال يتبين أن الجمهور منفق على أن أجره الرضاع مستقل عن أجره الحضانه، فإذا حضنت الأم ولدها وكانت مرصعة له كان لها الحق في أجرتين: أجره الحضانه وأجره الرضاع، سواء أكان الإيجار بعقد واحد لهما معا أو بعقدين منفصلين. لكن إذا كان واضحاً أنه لو استأجرت امرأة للحضانه والرضاع لزمها معا بالعقد، أي وجب عليها الإرضاع والحضانه معا مقابل أجرتيهما وهذا باتفاق الجمهور، لكن لو استؤجرت لأحدهما فقط فهل يلزمها الآخر؟ أي أنه لو استؤجرت للرضاع فقط فهل تلزمها الحضانه معه؟ ولو استؤجرت للحضانه فقط فهل يلزمها الرضاع معه؟

هذه المسألة اختلف فيها الفقهاء على رأيين:

- يرى الرأي الأول أن الرضاع والحضانه متتابعان ومتلازمان يستتبع أحدهما الآخر للعادة بتلازمهما ولأن الحاجة داعية إلى ذلك، وهذا أحد قولي الشافعية⁽²⁾، وتبعهم فيه الحنابلة إذ قالوا: أنه إذا ذكر في العقد الرضاع لزمته الحضانه تبعاً له وإن ذكرت الحضانه لم يلزمها الرضاع، ويفهم من هذا القول أن الحنابلة يرون أن كل مرصعة حاضنه لضرورة ضم المحضون إلى الحضن عند الإرضاع، لكن العكس غير صحيح فليست كل حاضنه مرصعة لعدم لزوم الحضانه وجوب الإرضاع معها.

(1) عبد الرحمن الجزيري. المرجع السابق. ص 580 و 581 و 582.

(2) مغني المحتاج 3/462.

ولعل أصحاب هذا الرأي يجزمون بأن الرضاع يتطلب حتما الحضانة للقيام به على أكمل وجه، فعملية إرضاع الرضيع تتطلب ضمه إلى حضن المرضعة. غير أننا نعتقد أن الرضاع لا يتأتى حتما بمص ثدي المرضعة بل يمكن صبه في حلق الصبي بعد سكبه في كأس، ومن ثم لا يلزم للرضاع حضن الصبي أو ضمه إلى حضن المرضعة.

- أما الرأي الثاني فيرى أن الرضاع والحضانة منفعتان منفصلتين، فلا يستتبع أحدهما الآخر بحيث يجوز إفراد كل منهما بالعقد. وهذا القول هو ثاني قولي الشافعية وهو الأصح. فالمذهب على أنه إذا استؤجرت امرأة للحضانة والرضاع ثم انقطع اللبن، فينفسخ العقد في الإرضاع دون الحضانة.⁽¹⁾

ونعتقد أن هذا هو الرأي الصواب، فكل من الرضاع والحضانة منفعتان منفصلتان ولكل منهما أجرة خاصة به.

نخلص إذن إلى أنه إذا استؤجرت امرأة للرضاع فقط لم تلزمها الحضانة، وإن استؤجرت للحضانة فقط لم يلزمها الرضاع، وإن استؤجرت لهما معا وجب لها أجرتان مستقلتان. ومن هذا يتبين أنه وإن كان في أغلب الأحوال كل من الحضانة والرضاع تغلب العادة على تلازمهما إلا أنهما منفصلان، فالحضانة لا تشمل الرضاع والرضاع لا يشمل الحضانة وإن كان الشافعية يطلقون على الحضانة اسم "الحضانة الكبرى"، وعلى الرضاع مجازا اسم "الحضانة الصغرى" غير أنهما مستقلان عن بعضهما البعض، فلا تلزم الحاضنة بالإرضاع ولا المرضعة بالحضانة بحيث يمكن للأب أن يستأجر امرأتان إحداهما للحضانة والأخرى للإرضاع.

الفرع الثالث

علاقة الحضانة بالكفالة

إذا علمنا أن الحضانة هي تربية الولد بتولي شؤون طعامه وشرابه ولباسه ونومه وكل ما يخص أمور حياته التي لا يمكنه القيام بها بنفسه، ونعلم أن هذه الأمور نفسها قد نجد

(1) مغني المحتاج 462/3.

الكافل يقوم بها تجاه المكفول، كأن يكفل شخص يتيم، فإنه بموجب هذه الكفالة سوف يتعهد هو أيضا بتولي شؤون حياة هذا المكفول من إ طعام وشراب وملبس ونوم ونظافة بدن، وهذا التشابه بين كل من وظيفتي الحضانة والكفالة يجعلنا نطرح التساؤل التالي: ما علاقة الحضانة بالكفالة؟ وإن كنا عرفنا الحضانة فما هي الكفالة؟ وما هو الفرق بينها وبين الحضانة؟

للإجابة على هذا السؤال، نبحث أولا في مفهوم الكفالة، ثم ثانيا في الفرق بين الحضانة والكفالة.

أولا: مفهوم الكفالة

بادئ ذي بدء يجب بيان أن الكفالة المقصودة هنا هي كفالة الولد القاصر والمنصوص عليها في المادة 116 وما يليها من قانون الأسرة، أما كفالة الدين والتي هي عقد يتعهد بمقتضاه شخص يسمى كفيلا لدائن بالوفاء بدينه إذا لم ينفذ المدين التزاماته⁽¹⁾ والمنصوص عليها في المادة 644 وما يليها من القانون المدني، فهذه الكفالة غير مقصودة هنا ولا تعني دراستنا هذه فهي مستبعدة.

أما كفالة الولد القاصر وهي المقصودة بالدراسة فقد نص عليها المشرع في المادة 116 من قانون الأسرة وعرفها كما يلي: "الكفالة التزام على وجه التبرع بالقيام بولد قاصر من نفقة وتربية ورعاية قيام الأب بابنه وتتم بعقد شرعي".

وهذه الكفالة استمدها المشرع من أحكام الشريعة الإسلامية التي اهتمت بكفالة اليتيم حتى لا يضيع في المجتمع. وتعني كفالة اليتيم "القيام بكل شؤونه من تربية وتعليم وتوجيه ونصح، والقيام بكل ما يحتاجه من حاجات تتعلق بحياته الشخصية من مأكلا ومشرب وملبس وعلاج ونحو هذا"⁽²⁾.

ودليل كفالة اليتيم من القرآن الكريم قوله تعالى في الآية 215 من سورة البقرة: "يسألونك ماذا ينفقون، قل ما أنفقتم من خير فلولو الدين والأقربين واليتامى والمساكين وابن السبيل، وما تفعلوا من خير فإن الله به عليم".

(1) ابتسام القرام. المصطلحات القانونية في التشريع الجزائري. م و ق م. الجزائر. 1992. ص 45.
(2) حسام الدين بن موسى عفانة. الكفالة. الصفحة الرئيسية/ www.islamonline.net

وكذا قوله تعالى في الآية 36 من سورة النساء: "واعبدوا الله ولا تشركوا به شيئاً وبالوالدين إحساناً وبذي القربى واليتامى والمساكين والجار ذي القربى والجار الجنب والصاحب بالجنب وابن السبيل وما ملكت أيمانكم إن الله لا يحب من كان مختالاً فخوراً". أما دليل الكفالة من السنة فعن سهل بن سعد رضي الله عنه قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "أنا وكافل اليتيم في الجنة هكذا" وأشار بالسبابة والوسطى وفرج بينهما. رواه البخاري.

وعن أبي هريرة رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: "الساعي على الأرملة والمسكين كالمجاهد في سبيل الله وأحسبه قال: وكالقائم الذي لا يفتر وكالصائم لا يفطر". رواه البخاري ومسلم.

وكفالة اليتيم تتم بطريقتين:

- الطريق الأول هو ضم الكافل لليتيم إلى حجره أي إلى أسرته، فيقوم بمعاملته كما يعامل باقي أولاده معهم، ويقوم بتربيته معهم وبتأديبه والإحسان إليه، وهذه الكفالة المباشرة هي التي كان يفعلها الصحابة رضوان الله تعالى عليهم جميعاً حيث كانوا يضمون الأيتام إلى أسرهم.

- الطريق الثاني هو الإنفاق على اليتيم عن بعد بطريق غير مباشر بدون ضمه إلى أسرته، كما يفعله أهل الخير في الجمعيات الخيرية. وهذه الكفالة أدنى درجة من سابقتها غير أن من يقوم بها بدفع مبالغ مالية أو حاجيات لجمعية خيرية كافلة للأيتام، يعتبر كفيلاً لليتيم وهو داخل إن شاء الله تعالى في قول النبي صلى الله عليه وسلم "أنا وكافل اليتيم في الجنة هكذا...".⁽¹⁾

وكفالة اليتيم وإن كانت تعتبر من الصدقة⁽²⁾، إلا أنها فرض كفاية على المسلمين، إذا قام بها البعض سقط عن الآخرين وإذا تركه الكل أثموا جميعاً.⁽³⁾ والملاحظ أن المشرع في قانون الأسرة يسمح بكفالة القاصر سواء أكان يتيماً أو غير يتيم له والدان، حيث اشترط في المادة 117 أن تتم الكفالة برضا من له أبوان.

(1) حسام الدين بن موسى عفانة. الكفالة. الصفحة الرئيسية/ www.islamonline.net

(2) الصفحة الرئيسية www.islamtoday.net/question/show

(3) الصفحة الرئيسية www.yateam-sherbein.com

ثانيا: الفرق بين الحضانة والكفالة

الحضانة والكفالة يشتهان في المضمون، فكل منهما يتضمن القيام بتربية قاصر ورعايته والاهتمام بشؤون حياته من مأكّل ومشرب وملبس وتدبير نوم ونظافة بدن، فتربية المحضون لا تختلف عن تربية المكفول.

غير أن الفرق بين الحضانة والكفالة هو أن الحضانة تكون على طفل افترق والداه بحل الرابطة الزوجية بينهما، فكان هذا التفريق بين الزوجين هو سبب ظهور حاجة الطفل للحضانة. أما الكفالة فتكون على طفل يتيم أو غير يتيم لكنه فقير ولا يملك أبواه القدرة على تولي شؤون حياته لتعذر نفقتها عليه، مما يجعله في حاجة لكافل يكفل نفقته، فكان العسر هو سبب ظهور حاجة المكفول للكفالة.

والحاضن يجب أن يكون من أقارب المحضون، بينما الكافل يمكن أن يكون أجنبي عن المكفول، كما يمكن أن يكون من أقاربه.

والكفالة تنتهي ببلوغ المكفول فلا كفالة بعد الاحتلام والبلوغ، بينما الحضانة قد تمتد إذا كان المحضون أنثى إلى غاية بلوغها سن الزواج.

والكفالة تتم بعقد بين الكافل والمكفول وأمام المحكمة أو أمام موثق طبقا للمادة 117 من قانون الأسرة، بينما الحضانة لا تتم بعقد بل بحكم قضائي يلي الطلاق.

والمكفول قد يكون معلوم النسب كما قد يكون مجهول النسب طبقا للمادة 119 من قانون الأسرة، بينما المحضون معلوم النسب دائما وفي كل الأحوال.

هكذا يتبين الفرق بين الحضانة والكفالة، فهما أمران مختلفان، وإن كانا يظهران للعيان عمليا أنهما شيء واحد لتمثلهما معا في تربية صغير، فالكافل يقوم حتما بحضانة المكفول، والحاضن يكفل حتما المحضون، فعمليا كلاهما يقوم بنفس العمل تجاه الصغير، غير أنهما مختلفان لأوجه الاختلاف المذكورة آنفا.

المبحث الثاني

شروط الحضانة ومسقطاتها وعودتها

لكي تسند الحضانة إلى الحاضن يجب توافر شروط، إن توفرت أسندت وإن تخلفت سقطت، ثم لو عادت وتوفرت عادت الحضانة.

وهذه الشروط أقرتها الشريعة الإسلامية كما أقرها المشرع في قانون الأسرة، فهل جاءت شروط الحضانة في القانون مطابقة للشريعة؟

المطلب الأول

شروط الحضانة بين الشريعة والقانون

لدراسة مقارنة بين الشروط التي أقرتها الشريعة الإسلامية في الحضانة وتلك التي وضعها المشرع في قانون الأسرة، يتعين دراسة شروط الحضانة في الشريعة الإسلامية ثم في قانون الأسرة.

الفرع الأول

شروط الحضانة في الشريعة الإسلامية

شروط الحضانة في الشريعة الإسلامية عديدة منها ما هو متفق عليه بين الفقهاء، ومنها ما هو مختلف فيه بينهم، ومنها ما أضافه بعضهم. ولبيان كل هذا نسرد أولاً أهم شروط الحضانة في الشريعة الإسلامية بصفة عامة، ثم نبين ثانياً اختلاف الفقهاء فيها.

أولاً: الشروط العامة للحضانة

تتمثل أهم شروط الحضانة في الشريعة الإسلامية بصفة عامة فيما يلي: (1)

(1) تحفة الفقهاء 230/2، سراج السالك شرح أسهل المسالك 120/2 و121، التذكرة في الفقه الشافعي ص 140، الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع 388/2 وما يليها، المبدع شرح المقنع 185/7، المحلى 323/10.

1- عدم تزوج الحاضنة من غير محرم من المحضون:

إذا كانت الحاضنة امرأة، فسواء أكانت أما للمحضون أو غيرها، يشترط أن لا تتزوج بأجنبي عن المحضون، أما إن تزوجت بأحد أقارب المحضون من ذوي محارمه فلها ذلك ولها حق الحضانة.

وزاد الفقهاء في هذا الصدد أنه لو كان الحاضن رجلا وكان أعزبا فليس له حضانة المحضون إلا إذا جاء بأنثى في منزله كزوجة أو خادمة تقوم بخدمة المحضون.

2- البلوغ والعقل والحرية:

يشترط في الحاضن أن يكون بالغا، عاقلا، حرا، فلا حضانة لغير البالغ لأنه هو نفسه يحتاج لمن يحضنه، ولا حضانة لمجنون لأنه يضر بالمحضون ولو كان جنونه منقطعا، ولا حضانة لأمة أو عبد لأنهما مشغولان عن المحضون بخدمة سيدهما.

3- الإسلام والأمانة:

يشترط في الحاضن الإسلام فلا حضانة لكافر لأن الحضانة ولاية تربية ولا ولاية لكافر على مسلم.

كما يشترط في الحاضن الأمانة، والمقصود بالأمانة حسن الخلق، فلا حضانة لفاسق ولا فاجر لأنه غير مأمون على تربية المحضون، ويخشى منه على الصغير تعلم الفسق. فالفاسق كشارب الخمر أو راقص أو غيره غير أمين في الشرع على حضانة وتربية الصغير.

ومثل الفاسق المرتد عن دين الإسلام، فهذا أيضا لا حضانة له لأنه يسجن ولا يمكن إيواء الصغير معه في السجن.

4- الكفاءة والسلامة من الأمراض:

يجب أن يكون الحاضن كفؤا للحضانة، والمقصود بالكفاءة القدرة على الحضانة جسميا، فمن كان عاجزا عن الحضانة لشيخوخة أو هرم فلا حضانة له. كما يشترط في الحاضن أن يكون سليما من الأمراض التي تضر بالصغير كالبرص والجذام، فمن كان مريضا بمرض ضار بالمحضون مُعدٍ له فلا حضانة له.

5- عدم الانتقال بالمحزون:

يشترط في الحاضن إذا كان أما أو غيرها دون أب المحزون أن لا ينتقل بالمحزون إلى بلد آخر غير بلد أب المحزون حتى لا يبعده عن أبيه وحتى يتمكن الأب من حقه في رؤية ولده. أما إذا كان الأب هو المتنقل والأم الحاضنة باقية في بلد المحزون، فليس للأب أخذه معه وإيعاده عن أمه.

هذه هي جملة شروط الحضانة بصفة عامة التي أقرتها الشريعة الإسلامية، لكن هذه الشروط ورد بشأنها اختلاف بين الفقهاء وزيادة نبيها فيما يلي:

ثانياً: إختلاف الفقهاء في شروط الحضانة

إن شروط الحضانة المبينة سابقاً فيها اختلاف بين الفقهاء، كما أن هناك شروط أخرى للحضانة أضافها بعضهم. فنبين أولاً الشروط المختلف فيها ووجه الإختلاف، ثم نبين الشروط المضافة.

1- شروط الحضانة المختلف فيها:

- شرط عدم تزوج الحاضنة من غير محرم من المحزون هو شرط مختلف فيه بين الفقهاء، إذ ذهب جمهور المذاهب الأربعة جميعاً إلى أن الحاضنة إذا تزوجت بأجنبي عن المحزون سقطت عنها الحضانة لحديث النبي صلى الله عليه وسلم: "أنت أحق به ما لم تتكحي"، إلا أن ابن حزم الظاهري خالفهم في هذا وقال: لم يأت نص صحيح قط بأن الأم إذا تزوجت يسقط حقاها في الحضانة".⁽¹⁾

ونميل إلى رأي الجمهور لأن التشريع لا يكون بالنصوص القرآنية فحسب بل وأيضا بأحاديث الرسول صلى الله عليه وسلم الصحيحة، والحديث المذكور صريح في اشتراط عدم تزوج الحاضنة بأجنبي عن المحزون.

- أما عن شرط العقل، فإن كان الجمهور متفق على أنه لا تسند الحضانة لمجنون لأنه يضر بالمحزون، غير أن الشافعية يسندون الحضانة لمن كان جنونه يسيراً كيوم في سنة.⁽²⁾

(1) المحلي 323/10.

(2) شمس الدين الخطيب الشربيني. الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع. دار الكتب العلمية. بيروت. بدون سنة. ج.2. ص388 و 389.

ونعتقد أن رأي الشافعية سديد، فلا يعقل أن ينزع الولد من أمه بسبب جنون يسير لا يضر بالمحضون أكثر من ضرره بابتعاده عن أمه.

- وأما عن شرط الإسلام، فقال الحنفية والظاهرية وفريق من المالكية أنه لا يشترط في الحاضن أن يكون مسلماً إلا إذا خيف على المحضون التأثير بدينه، أما الشافعية والحنابلة وفريق آخر من المالكية فيرون أنه لا حضانة لكافر على الإطلاق.

ونميل إلى هذا الرأي الأخير لأن احتمال تأثر الصغير بديانة الحاضن الكافر مرجح الوقوع، ولنفادي خطر تنصير أو تهويد أو إفساد دين الصغير المسلم من الأحسن عدم إسناد حضانته لكافر، وإسنادها لمسلم أحوط، ولصعوبة مراقبة الحاضنة عملياً.

_ وأما عن شرط الأمانة فقال بعض الحنفية أنه "لا حضانة لفاجرة فجوراً يضيع الولد به كزنا وغناء وسرقة ونياحة". وقال المصنف: "والذي يظهر العمل بإطلاقهم كما هو مذهب الشافعي أن الفاسقة بترك الصلاة لا حضانة لها. وفي الفنية: الأم أحق بالولد ولو سيئة السيرة معروفة بالفجور ما لم يعقل ذلك".⁽¹⁾

ونميل إلى الرأي القائل بأنه لا حضانة لغير الأمينة ولو كان المحضون لا يعقل بعد، خشية إفساد أخلاقه.

- وأما عن شرط الانتقال بالمحضون، فإن كان الأب هو المتنقل بولده، قال أبو حنيفة ليس للأب أخذ الولد منها والانتقال به، وبه قال أحمد في إحدى روايته، وقال مالك والشافعي وأحمد في رواية أخرى: له ذلك.⁽²⁾

وإذا كانت الأم هي المتنقلة بولدها، قال أبو حنيفة: يجوز لها بشرطين وهما: أن يكون انتقالها إلى بلدها وأن يكون العقد وقع ببلدها الذي تنتقل إليه إلا أن يكون بلدها دار حرب فليس لها الانتقال بولدها إليه، فأما إذا فات أحد الشرطين إما أن يكون انتقالها به إلى غير بلدها أو إلى بلدها ولم يكن نكاحها عقد فيه فليس لها ذلك إلا أن يكون انتقالها إلى موضع قريب يمكن المضي إليه والعود قبل الليل فلها ذلك. بينما قال مالك والشافعي وأحمد في إحدى روايته: الأب أحق بولده سواء أكان هو المتنقل أو هي. وقال أحمد في رواية أخرى الأم أحق به ما لم تتزوج.⁽³⁾

(1) حاشية رد المحتار على الدر المختار. 556/3.

(2) عون الدين يحيى بن هبيرة. الإفصاح عن معاني الصحاح في الفقه على المذاهب الأربعة. دار الكتب العلمية. بيروت. ط1. 1996. ص 155.

(3) أبو عبد الله محمد بن عبد الرحمن الدمشقي الشافعي. رحمة الأمة في اختلاف الأئمة. مؤسسة الرسالة. بيروت. 1994. ط1. ص 458 و 459.

وحاصل القول أن مصلحة المحضون تقتضي أن يكون قريباً من أمه وأبيه معاً، فإن أسندت الحضانة لأحدهما حق للآخر زيارة ولده، فإن كان التنقل بالمحضون لا يمنع هذه الزيارة جاز الانتقال بالمحضون، أما إن كان التنقل بالمحضون يمنع هذه الزيارة أو يجعلها تستعصي على صاحب الحق فيها لبُعد المسافة أو لغيره من الأسباب، فليس من مصلحة المحضون الانتقال به. وقد قدّر مالك المسافة بستة بُرد أي ما يعادل 132 كلم.

2- شروط الحضانة المضافة:

بالإضافة إلى الشروط السابقة زاد مالك شرطان آخران للحضانة هما: (1)

- **الرشد:** فيشترط في الحاضن أن يكون راشداً غير سفيه، فإن كان مبذراً لا يحسن التصرفات المالية، فلا حضانة له مخافة ضياع الطفل من حيث النفقة، ونعتقد أن مضمون هذا الشرط يدخل في شرط العقل، فالسفيه المبذر للمال لا يستحق أن يُقال عنه عاقل، ولا حضانة له لعدم توفر شرط كمال العقل المطلوب.

- **الحرز:** يشترط في الحاضن أن يكون له حرز أي منزل جدير بحفظ المحضون، لائق لإقامته فيه.

ونعتقد أن هذا الشرط مفروغ منه إذا كان الأب هو الحاضن، أما إذا أسندت الحضانة للأم فلا يمكن أن نشترط عليها هذا الشرط بعد طلاقها بل يلزم طليقها (أب المحضون) بأن يوفر لها مكاناً لائقاً لممارسة الحضانة فيه، ولا يعقل أن ينزع الولد منها لعدم تملكها لمنزل، فجلاً المطلقات اليوم بدون مأوى مع كونهن أجدر بالحضانة مما يصعب تطبيق هذا الشرط.

وزاد الشافعية شرطان آخران للحضانة وهما: (2)

- **إرضاع رضيع:** يشترط الشافعية على الحاضن إرضاع المحضون إذا كان لا يزال رضيعاً، وقد سبقت الإشارة إلى أن الرضاع من حقوق الطفل على أبيه، فإن أسندت الحضانة إلى الأم وأبت أن ترضعه، استأجر له أبوه مرضعة غيرها، فالحضانة كما سبق بيانه مستقلة عن الرضاع، وأجرة الحضانة أيضاً هي غير أجرة الرضاع، ولهذا فإننا نرى

(1) سراج السالك شرح أسهل المسالك 120/2.

(2) أبي حفص سراج الدين عمر بن علي السراج الأنصاري المصري الشافعي. التنكرة في الفقه الشافعي. دار المنارة. جدة. السعودية. ط1. 1990. ص 140.

أن إرضاع الرضيع ليس من شروط الحضانة وإنما من حقوق الطفل على أبيه ولا تجبر الحاضنة على الإرضاع.

- البصر: قال الشافعية يشترط في الحاضن "عقل وحرية وإسلام للمسلم وأمانة وإرضاع الرضيع وبصر وإن نكحت من لا حق له في الحضانة بطل حقها..."⁽¹⁾

يتبين من هذا القول أن الشافعية يشترطون على الحاضن أن يكون بصيرا غير أعمى، لكننا نعتقد أنه يكفي اشتراط سلامة الحاضن من الأمراض المعدية للمحضون المضرة به، أما العمى فإن كان غير ضار بالمحضون فلا بأس به، أما إذا كان ضارا بالمحضون ضررا أكبر من ضرر إبعاده عن أمه، فالأولى مراعاة مصلحة المحضون وإسناد حضانتهم لبصير.

هذه هي الشروط التي أضافها المالكية والشافعية، ونعتقد أنه لا حاجة في اشتراطها بل هي من الأمور التي تخضع للسلطة التقديرية للقاضي عند مراعاته لمصلحة المحضون، وهي تختلف من حالة لأخرى، فقد يكون الحاضن الأعمى أقدر على الحضانة من البصير في حالات معينة، وقد يكون العكس في حالات أخرى مما يستدعي تركها للسلطة التقديرية للقاضي الذي يعاين كل حالة على حدة.

الفرع الثاني

شروط الحضانة في قانون الأسرة

إذا كانت الشريعة الإسلامية قد بينت شروط الحضانة بوضوح وحصرتها وعددتها كاملة، فإن عملية تقنين هذه الشروط في قانون الأسرة لم تكن واضحة ولا كاملة بل غامضة وناقصة، ذلك أن المشرع لم ينص بوضوح على كامل هذه الشروط، بل نص على بعضها صراحة، وأشار إلى بعضها ضمنا، وأغفل النص على البعض الآخر. فما هي شروط الحضانة المنصوص عليها في قانون الأسرة؟ وما هي الشروط المغفل عنها؟ وما موقف القضاء عمليا من هذا الإغفال؟

(1) أبي حفص سراج الدين. المرجع السابق. ص 140.

أولاً: شروط الحضانة المنصوص عليها في قانون الأسرة

يشترط المشرع للحضانة أربع شروط تتمثل في: الأهلية، وتربية المحضون على دين أبيه، وعدم تزوج الحاضنة من غير قريب محرم، وعدم الانتقال بالمحضون. ندرس كل شرط من هذه الشروط على حدة.

1- شرط الأهلية:

تنص الفقرة 2 من المادة 62 من قانون الأسرة على ما يلي: "يشترط في الحاضن أن يكون أهلاً للقيام بذلك".

فوفقاً لهذا النص يشترط في الحاضن أن يكون أهلاً للحضانة، لكن المشرع لم يبين ما المقصود بأهلية الحضانة، وأمام هذا الإغفال القانوني لمعنى أهلية الحضانة ومضمونها فقد رأى بعض الفقه أنه يستلزم لتطبيق شرط الأهلية على الحاضن الرجوع إلى الشروط التي ذكرتها الشريعة الإسلامية وهي: البلوغ والعقل والقدرة على صيانة الولد صحة وخلقا، والأمانة والاستقامة والإقامة في بيت ليس فيه من يبغض الصغير.⁽¹⁾

لكننا نرى أن الشروط الأخيرة التي ذكرها هذا الفقيه والمتمثلة في الأمانة والاستقامة والإقامة في بيت ليس فيه من يبغض الصغير لا تدخل ضمن مفهوم الأهلية، أما البلوغ والعقل والقدرة فيدخلون ضمن مفهوم الأهلية، ذلك أن الأهلية بصفة عامة تعني صلاحية الشخص وقدرته على عمل ما.

فالأهلية طبقاً للقواعد العامة نوعان:

- أهلية الوجوب: وهي صلاحية الشخص للتمتع بالحقوق.
- وأهلية الأداء: وهي صلاحية الشخص لصدور العمل القانوني منه على وجه يُعتد به شرعاً. ومناط هذه الأهلية هو العقل والتمييز.⁽²⁾

والحضانة هي حق شخصي للحاضن، فيشترط في هذا الأخير القدرة والصلاحية لممارسة هذا الحق، ومناط هذه القدرة والصلاحية هو العقل والتمييز. فلكي يكون الحاضن أهلاً للحضانة يجب أن لا يعترض أهليته للحضانة أي عارض من عوارض الأهلية وهي الجنون والعته المعدمان لها، والسفه والغفلة المنقصان لها. كما يجب أن لا يشوب أهليته

(1) بلحاج العربي. المرجع السابق. ص 391.

(2) سهيل حسين الفتلاوي. نظرية الحق. المكتب المصري. القاهرة. 2002. ص 98.

للحضانة أي مانع من موانع الأهلية وهي الغيبة والعاهة المزدوجة والعجز الجسماني الشديد والحكم بعقوبة جنائية.

فمن كانت أهليته خالية من كل هذه العوارض والموانع كان أهلا للحضانة، ومن شاب أهليته عارض من عوارض الأهلية أو مانع من موانعها كان غير أهل للحضانة. وتبعاً لهذا فالحاضن يجب أن يكون بالغاً، فتسقط الحضانة عن الصغير أو القاصر ما دام لم يبلغ سن الرشد، وسن الرشد في القانون المدني هو 19 سنة كاملة⁽¹⁾. ويجب أن يكون الحاضن عاقلاً، فتسقط الحضانة عن المجنون والمعتوه لأنهما عديما الأهلية، وعن السفیه وذو الغفلة لأنهما ناقصا الأهلية. ويجب أن يكون الحاضن قادراً وصالحاً للحضانة، فتسقط بالتالي الحضانة عن المسجون والغائب والعاجز جسمياً عجزاً شديداً وعلى ذي العاهتين كالأصم الأعمى أو الأصم الأكم أو الأعمى الأكم⁽²⁾. غير أن القضاء في مجال الحضانة لا يعتبر من موانع الأهلية حالة توافر عاهتين بل تكفي عاهة واحدة لسقوط الحضانة كما يتبين من قرار المحكمة العليا جاء فيه ما يلي: "من المقرر في الفقه الإسلامي وجوب توافر شروط الحضانة ومن بينها القدرة على حفظ المحضون ومن ثم فإن القضاء بتقرير ممارسة حق الحضانة دون توافر هذا الشرط يعد خرقاً لقواعد الفقه الإسلامي. ولما كان من الثابت في قضية الحال أن الحاضنة فاقدة البصر وهي بذلك تعد عاجزة عن القيام بشؤون محضونها ومن ثم فإن قضاة الاستئناف بإسنادهم حضانة الأولاد لها وهي على هذه الحال حادوا عن الصواب وخالفوا القواعد الفقهية"⁽³⁾.

يتبين من هذا الحكم أن القضاء قد أخذ برأي الشافعية الذين يشترطون في الحاضن أن يكون بصيراً، غير أن الجمهور لم يشترط هذا الشرط، فنرى عدم لزومه إذا كان الأعمى قادراً على الحضانة رغم عاهته.

خلاصة القول أن الحاضن يكون أهلاً للحضانة إذا اكتملت أهليته لذلك، ويتم اكتمال الأهلية بتوفر ثلاثة شروط وهي البلوغ والعقل والقدرة على حضانة الصغير. وهذه الشروط الثلاثة قد اشترطتها الشريعة الإسلامية في الحضانة صراحة وعدتها ثلاثة ولم

(1) راجع المادة 2/40 من القانون المدني.

(2) سهيل حسين الفتلاوي. المرجع السابق. ص 98 وما يليها.

(3) المجلة القضائية. 1989. العدد 4. ص 76.

تضعها ضمن شرط واحد اسمه الأهلية، أما المشرع فقد اشترطها ضمنا تحت مفهوم واحد صريح وهو الأهلية.

ونرى أنه يستحسن بيان هذه الشروط الثلاثة صراحة كأن ينص المشرع على ما يلي: "يشترط في الحاضن أن يكون أهلا للقيام بذلك وذلك بأن يكون بالغا وعاقلا وقادرا على الحضانة جسميا وماديا".

نخلص إلى القول أن المشرع في المادة 2/62 من قانون الأسرة يشترط لممارسة الحضانة أن يكون الحاضن أهلا لذلك أي بمعنى أن يتوفر فيه البلوغ والعقل والقدرة جسميا على حضانة الصغير كما اشترطت ذلك الشريعة الإسلامية، فهو بهذا وإن كان نصه غامضا وغير صريح إلا أنه طبق أحكام الشريعة الإسلامية ولم يخالفها.

2- شرط تربية المحضون على دين أبيه:

تنص الفقرة 1 من المادة 62 من قانون الأسرة على ما يلي: "الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه...".

إشترط المشرع على الحاضن تربية المحضون على دين أبيه، ولم يشترط صراحة أن يكون الحاضن على دين أب المحضون والمقصود به دين الإسلام، وهذا يعني أن المشرع لا يشترط صراحة شرط الإسلام في الحاضن لممارسة الحضانة، وبمفهوم المخالفة فالمشرع يسمح ضمنا بإسناد حضانة الصغير إلى أمه إذا كانت غير مسلمة.⁽¹⁾

ونرى أنه بعدم اشتراطه الإسلام في الحاضنة واشتراطه عليها تربية المحضون على الإسلام، فإن المشرع قد اتبع في هذا رأي الحنفية والظاهرية وبعض المالكية، فنصه سليم غير مخالف للشرع غير أنه ناقص، ذلك أن فقهاء الشريعة الإسلامية الذين ذهبوا إلى عدم اشتراط إسلام الحاضنة وسمحوا بإسناد الحضانة إلى الأم الكافرة قد استثنوا من ذلك حالة ما إذا خيف على الصغير تعلم الكفر، وأسقطوا الحضانة عن الكافرة إذا خشي على الولد تعلم الكفر منها، فكان على المشرع أن يبين هذا الحكم بطريقة واضحة وصريحة وينص على أنه لا تسقط الحضانة عن الأم الكافرة لكفرها إلا إذا خيف على المحضون التأثير بدينها، وخصوصا أن القضاء يتبع هذا المذهب في أحكامه ويطبق حالة الاستثناء التي

(1) عبد العزيز سعد. قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد. أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل. دار هومة. الجزائر. 2003. ص 144.

استنتاها الفقه الإسلامي وهذا ما يبدو من قرار المحكمة العليا: "من المقرر شرعا وقانونا أن الأم أولى بحضانة ولدها ولو كانت كافرة إلا إذا خيف على دينه...".⁽¹⁾

نخلص إلى القول أن المشرع وكذا القضاء لم يخالفوا أحكام الشريعة الإسلامية بإسنادهم الحضانة إلى الكافرة، كما أن استثناء حالة الخوف على دين المحضون وبالتالي إسقاط الحضانة عن الكافرة إذا خيف على المحضون تعلم دينها هو استثناء وارد في الشريعة الإسلامية كما تبين من مذهب أبي حنيفة وابن حزم الظاهري، غير أننا نرى أنه من الأحسن إتباع رأي مالك والشافعي وابن حنبل في هذا، وبالتالي إسقاط الحضانة عن الحاضنة الكافرة إسقاطا كاملا من أصله دون استثناء واشتراط الإسلام في الحاضن لإسناد الحضانة، ذلك أننا نرى أن إسناد الحضانة لغير المسلمة مشروط بمراقبتها في تنفيذ التزامها بتربية المحضون على الإسلام، وهذه الرقابة يصعب تطبيقها وخاصة في هذا الزمان حيث أن تعاليم الدين الإسلامي وتعظيم شعائر الله صار نادرا في زماننا هذا عند المسلمين أنفسهم فكيف بغير المسلم، مما يجعلنا نرى استحسان اشتراط الإسلام في الحاضن.

3- شرط عدم تزوج الحاضنة بغير قريب محرم:

تنص المادة 66 من قانون الأسرة على ما يلي: "يسقط حق الحاضنة بالتزوج بغير قريب محرم...".

يشترط المشرع على الحاضنة أن لا تتزوج من رجل أجنبي عن المحضون من غير ذي محارمه، وهذا الشرط بصياغته الصريحة ووضوحه لا جدال في أنه جاء مطابقا للشريعة الإسلامية نظرا لتطبيقه قول الرسول صلى الله عليه وسلم للمرأة التي قالت: يا رسول الله إن ابني هذا كان بطني له وعاء، وثديي له سقاء، وحجري له حواء، وإن أباہ طلقني وأراد أن ينتزعه مني، فقال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم: "أنت أحق به ما لم تُنكحي".⁽²⁾

ونظرا لصراحة النص ووضوحه فهو لا يطرح أي إشكال لأنه مطابق للشرع، وقد اشترط عدم زواج الحاضنة بأجنبي غير محرم من المحضون نظرا لكون هذا الأخير،

(1) المجلة القضائية. 1993. العدد 1. ص 48.

(2) عون المعبود 265/6.

خصوصا إن كان أنثى، لا يستساغ له العيش مع زوج الأم إن كان غير محرم منه، فتواجهما معا تحت سقف واحد ضار بالمحضون، ذلك أن الأم أو الحاضنة ستنشغل عن المحضون بخدمة الزوج، ناهيك عن بغض الزوج للمحضون في غالب الأحيان. وربما هذا ما أدى بالمشرع إلى تمديد إسقاط الحضانة عن كل من الجدة والخالة أيضا إذا سكنت بالمحضون مع ابنتها أو أختها المتزوجة من غير محرم منه، كما يتبين من المادة 70 من قانون الأسرة التي تنص على ما يلي: "تسقط حضانة الجدة أو الخالة إذا سكنت بمحضونها مع أم المحضون المتزوجة بغير قريب محرم". وقد طبق القضاء هذا الحكم حيث جاء في قرار للمحكمة العليا إسقاط حضانة المحضون عن أمه لإعادتها الزواج ثانية من رجل غير محرم من المحضون، كما تم إسقاطها عن الجدة لأم لسكنها مع ابنتها أم المحضون، وتم إسناد الحضانة في قضية الحال للأب مراعاة لشروط الحضانة المنصوص عليها في المادتين 66 و 70 من قانون الأسرة المذكورتين أعلاه.⁽¹⁾

4- شرط عدم الانتقال بالمحضون:

سبقت الإشارة إلى أن الشريعة الإسلامية اشترطت في الحضانة عدم الانتقال بالمحضون، ومعنى هذا عدم السفر بالمحضون سفر نقلة وانقطاع إلى مكان بعيد عن أب المحضون قدره المالكية بستة برد فأكثر، وهو حوالي 132 كلم، فلو سافرت الحاضنة الأم مسافة ستة برد فأكثر كان للأب حق أخذ المحضون وسقطت الحضانة عن الأم.⁽²⁾ والهدف من منع الحاضنة من السفر بالمحضون مسافة ستة برد هو عدم الابتعاد بالمحضون عن أبيه للسماح له برؤيته وزيارته. وقد أراد المشرع تقنين هذا الشرط في نص المادة 69 من قانون الأسرة التي تقضي بما يلي: "إذا أراد الشخص الموكول له حق الحضانة أن يستوطن بلد أجنبي رجع الأمر للقاضي في إثبات الحضانة أو إسقاطها عنه مع مراعاة مصلحة المحضون". غير أنه يلاحظ من هذا النص أن المشرع حدد مكان الانتقال بالمحضون بقوله: "بلد أجنبي"، أي بلد خارج الوطن، ولم يحدد مسافة بُعد هذا البلد الأجنبي عن الوطن، والسؤال

(1) المجلة القضائية. 1991. عدد 2. ص 57 و 58.

(2) عبد القادر بن حرز الله. أحكام الزواج والطلاق. دار الخلدونية. الجزائر. ط1. 2007. ص 360.

المطروح هنا هو: هل يقصد المشرع منع السفر بالمحضون فقط إلى البلدان الأجنبية ولو كانت المسافة بينها وبين الجزائر تقل عن ستة برُد؟ وهل هذا يعني أنه يسمح بالسفر بالمحضون داخل الوطن من مدينة لأخرى ولو كانت المسافة بين المدينتين أكثر من ستة برُد؟

إن النص المذكور بعدم توضيحه لهاتين المسألتين البالغتين من الأهمية بمكان يُعدُّ مشوباً بالنقص والغموض.

وبرجعنا إلى الفقه القانوني نجد الأستاذ عبد العزيز سعد يقول بأنه "إذا كان انتقال الحاضن بالمحضون من بلد إلى بلد داخل الوطن من شماله إلى جنوبه أو بالعكس فلا مجال للحديث عن سقوط الحضانة"⁽¹⁾. ولا شك أن المسافة من شمال الجزائر إلى جنوبه أو من شرقه إلى غربه تقدر بأكثر من ستة برُد، فإن كان هذا الكلام تفسير لمقصود المشرع من نص المادة 69 المذكور فإنه لا جدال في أن ما يقصده المشرع مخالف للشرع.

وأما برجعنا إلى القضاء فقد جاء في قرار صادر عن المحكمة العليا ما يلي: "من المستقر عليه فقها وقضاء أن بُعد المسافة بين الحاضنة وصاحب حق الزيارة على الأطفال المحضونين لا تكون أكثر من ستة برود، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يُعد خطأ في تطبيق القانون. ولما كان من الثابت في قضية الحال أن المسافة الفاصلة بين الحاضنة وولي المحضونين تزيد على ألف كيلومتر فإن المجلس بإسنادهم حضانة الولدين إلى أمهم يكونوا قد أخطئوا في تطبيق القانون، ومتى كان ذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه"⁽²⁾.

تجدر الإشارة إلى أن الأم في هذه القضية انتقلت بالمحضونين من الجزائر العاصمة إلى صحراء الجزائر.

من هذا الحكم الذي أقرته المحكمة العليا يتبين أن القضاء لا يشترط أن يتم السفر بالمحضون فقط إلى بلد أجنبي حتى تسقط الحضانة، وإنما معياره في إسقاط الحضانة هو

(1) عبد العزيز سعد. المرجع السابق. ص 142.

(2) المجلة القضائية. 1992. العدد 4. ص 41.

السفر بالمحضون لمسافة 6 برود أو أكثر سواء داخل الوطن أو خارجه وهذا هو المطابق للشريعة.

فالمقصود شرعا بعدم الانتقال بالمحضون عدم الابتعاد به عن وليه سواء داخل الوطن أو خارجه حتى يتمكن هذا الأخير من رؤيته، وليس المقصود أن يكون البلد المتقل إليه أجنبيا كما قال المشرع، مما يدل على أن عبارة "إلى بلد أجنبي" الواردة في نص المادة 69 غير صحيحة يجب تصحيحها.

ولكن ماذا لو كان السفر بالمحضون إلى بلد أجنبي ولكن المسافة بين المحضون ووليه صاحب حق الزيارة لا تتعدى ستة برود؟ فهل هذا السفر مسقط لحق الحضانة؟

في هذا المجال جاء في قرار للمحكمة العليا ما يلي: "متى كان من المقرر شرعا وقانونا أن الحضانة تسند لأحد الأبوين الذي يسكن بالجزائر سواء أكان أم أم أبا فإن سكن الوالدان معا في بلد أجنبي يستلزم تطبيق القواعد الشرعية المعروفة في الحضانة، ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بمخالفة القانون غير سديد. ولما كان ثابتا في قضية الحال أن قضاة الموضوع الذين قضوا بإسناد حضانة الولد والبنت لأمهات طبقا للقواعد الشرعية طبقوا القانون تطبيقا صحيحا".⁽¹⁾

فالمحكمة العليا تقر أنه إذا كان الوالدان يقيمان معا في بلد أجنبي، فلا يشترط ممارسة الحضانة بالجزائر. فنرى أن القضاء قد سمح في مثل هذه القضايا بممارسة الحضانة خارج الجزائر لكون مصلحة المحضون تقتضي بقاؤه قريبا من والديه معا ولو كان ذلك في بلد أجنبي.

أما إذا كان أحد الوالدين يقيم بالجزائر والآخر في بلد أجنبي، فالمبدأ أن الحضانة تسند لمن يقيم بالجزائر ويسقط حق الحضانة عن يقيم بالبلد الأجنبي، كما جاء في قرار للمحكمة العليا: "متى كان من المقرر شرعا وقانونا أن إسناد الحضانة يجب أن تراعى فيه مصلحة المحضون والقيام بتربيته على دين أبيه، ومن ثم فإن القضاء بإسناد حضانة الصغار إلى الأم التي تسكن في بلد أجنبي بعيد عن رقابة الأب كما هو حاصل في قضية الحال يعد قضاء مخالفا للمشرع والقانون".⁽²⁾

(1) المجلة القضائية. 1991. العدد 3. ص 61.
(2) المجلة القضائية. 1991. عدد 4. ص 117.

وجاء أيضا في قرار آخر للمحكمة العليا ما يلي: "من المقرر قضاء في مسألة الحضانة أنه في حالة وجود أحد الأبوين في دولة أجنبية غير مسلمة وتخاصما على الأولاد بالجزائر فإن من يوجد بالجزائر يكون أحق بهم ولو كانت الأم غير مسلمة".⁽¹⁾

مما سبق يتبين أن مسألة الانتقال بالمحضون يحكمها عمليا مبدآن اثنين:

- أما المبدأ الأول فيقضي بأن ممارسة الحضانة تكون بالجزائر، وبالتالي فإن كان أحد أبوي المحضون يقطن بالجزائر والآخر ببلد أجنبي، أسندت الحضانة لمن يقطن بالجزائر وسقطت عن من يسكن في بلد أجنبي ومنع بالتالي من الانتقال بالمحضون إلى البلد الأجنبي ولو كانت المسافة بينه وبين الجزائر أقل من ستة برود.

غير أن مبدأ ممارسة الحضانة بالجزائر له استثناء وهو إذا كان الوالدان يقيمان معا في بلد أجنبي، فيمكن ممارسة الحضانة بهذا البلد الأجنبي تحقيقا لمصلحة المحضون التي تقتضي أن يكون قريبا من والديه معا.

- وأما المبدأ الثاني فهو عدم انتقال من أسندت له الحضانة بالمحضون إلى مكان آخر يبعد عن محل صاحب حق الزيارة بمسافة تساوي أو تزيد عن 6 بُرد أي 132 كلم سواء أكان البلد المتنقل إليه داخل الجزائر أو خارجها.

خلاصة القول أنه يشترط في الحاضن أن يكون مقيما في الجزائر إلا إذا كان والدا المحضون معا يقيمان في بلد أجنبي. كما يُشترط في الحاضن أن لا ينتقل بالمحضون إلى محل يبعد عن محل صاحب حق الزيارة بستة بُرد فأكثر سواء كان الانتقال من بلد الجزائر إلى بلد آخر خارج الحدود الجزائرية أو من ولاية إلى ولاية أخرى داخل الحدود الجزائرية. ولهذا نرى أن المشرع في المادة 69 من قانون الأسرة قد جعل للقاضي سلطة تقديرية في إثبات حق الحضانة أو إسقاطها في هذا المجال حسب مصلحة المحضون وذلك حتى يراعي كل الأمور السابقة من مسافة الانتقال وغيرها.

يمكننا القول في الأخير أن نص المادة 69 من قانون الأسرة مشوب بالنقص ذلك أنه ينص على مبدأ ممارسة الحضانة بالجزائر في حالة كون أحد والدي المحضون يسكن بالجزائر والآخر يسكن ببلد أجنبي، فأقر إسناد الحضانة لمن يسكن بالجزائر وأسقطها عن من يسكن ببلد أجنبي. لكنه أغفل النص عن مبدأ عدم الانتقال بالمحضون لمسافة تزيد

(1) المجلة القضائية. 1990. عدد 4. ص 74.

عن 6 بُرد عن محل صاحب حق الزيارة ولو لم يكن بلد الانتقال أجنبيا، وعليه نقترح تعديل نص المادة 69 كما يلي: "إذا كان أحد والدي المحضون يسكن بالجزائر والآخر ببلد أجنبي أسندت الحضانة لمن يوجد بالجزائر ولو كانت الأم غير جزائرية، أما إذا كان والدا المحضون يسكنان معا بالجزائر فإنه يشترط فيمن أسندت له الحضانة أن لا ينتقل بالمحضون إلى محل يبعد عن محل صاحب حق الزيارة بمسافة تساوي أو تزيد 6 بُرد سواء أكان المحل المراد الانتقال إليه داخل حدود الجزائر أو خارجها. أما إذا كان والدا المحضون يقيمان معا في بلد أجنبي فلا يشترط ممارسة الحضانة بالجزائر إذا ما اقتضت مصلحة المحضون ذلك".

ثانيا: شروط الحضانة غير المنصوص عليها في قانون الأسرة وموقف القضاء منها
تبين فيما سبق أن الشريعة الإسلامية قد اشترطت في الحضانة عموما شروطا معدودة وهي: عدم تزوج الحاضنة من غير محرم من المحضون، والبلوغ والعقل والحرية، والإسلام، والأمانة والكفاءة، والسلامة من الأمراض، وعدم الانتقال بالمحضون. وتبين أيضا أن المشرع حاول تقنين هذه الشروط ضمن قانون الأسرة، فنص صراحة على شرط عدم تزوج الحاضنة من غير محرم من المحضون، والإسلام، وعدم الانتقال بالمحضون، وأشار ضمنا إلى شرط البلوغ والعقل من خلال نصه صراحة على الأهلية. غير أنه أغفل عن شرط الأمانة وشرط الكفاءة، وشرط السلامة من الأمراض، مما يجعلنا نطرح التساؤل التالي: ما موقف القضاء من إغفال المشرع لهذه الشروط؟ فهل يُقرها قضاء وإن لم يوجد نص، أم أنه يسمح بالحضانة لمن لم تتوفر فيه هذه الشروط؟ هذا ما سنراه فيما يلي:

1- شرط الأمانة:

يشترط في الحاضن أن يكون أمينا وذو أخلاق عالية حتى يربي المحضون تربية حسنة، ومن ثم فلا حضانة لفاسق فاسد الأخلاق. وإن كان المشرع قد أغفل النص على هذا الشرط إلا أن القضاء يعمل به ويشترطه في الحاضن تحت طائلة إسقاط الحضانة عنه، حيث جاء في قرار للمحكمة العليا ما يلي: "من المقرر فقها وقانونا أن الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه

والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقاً، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقاً للقانون. ولما كان ثابتاً في قضية الحال أن المجلس عندما أسند حضانة البنات الثلاثة للأم على اعتبار عاطفي بالرغم من ثبوت سوء خلقها يكون قد خرق القانون ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه".⁽¹⁾

فالمحكمة العليا في قرارها هذا استمدت شرط الأمانة من نص الفقرة 1 من المادة 62 من قانون الأسرة التي تُعرف الحضانة بأنها تربية المحضون على دين الإسلام، ولا شك أن التربية على تعاليم ديننا الحنيف تشمل التربية على الأمانة والصدق والأخلاق الفاضلة، غير أن نص المادة 1/62 المذكور يعرف الحضانة ولا يضع شرطاً من شروطها فهو لا يشترط الأمانة في الحاضن، بدليل أنه يسمح كما سبق بيانه بإسناد حضانة الصغير إلى أمه إذا كانت كافرة، ومن باب أولى فهو يسمح بإسناد حضانة الصغير إلى أمه إذا كانت مسلمة ولكن فاسقة مادام المحضون لا يميز بين الفسق والكفر، كما يقول الأستاذ سعد عبد العزيز⁽²⁾. فنص المادة 1/62 يفهم منه ضمناً أن المشرع يذهب إلى عدم اشتراط شرط الأمانة في الحاضن عكس ما ذهبت إليه المحكمة العليا، فهي تذهب إلى أن المشرع يشترط شرط الأمانة من نص المادة 1/62، وبهذا يختلف رأي الفقه عن رأي القضاء في موقف المشرع من شرط الأمانة في الحضانة. ومما يؤكد موقف القضاء من شرط الأمانة قرار المحكمة العليا الذي جاء فيه ما يلي: "من المقرر شرعاً وقانوناً أن جريمة الزنا من أهم المسقطات للحضانة مع مراعاة مصلحة المحضون. ومتى تبين في قضية الحال أن قضاة الموضوع لما قضوا بإسناد حضانة الأبناء الثلاثة للأم المحكوم عليها من أجل جريمة الزنا، فإنهم بقضائهم كما فعلوا خالفوا القانون وخاصة أحكام المادة 62 من قانون الأسرة".⁽³⁾

ولشدة تمسك المحكمة العليا بشرط الأمانة في الحضانة فقد ذهبت إلى إسقاط الحضانة عن أم الأم أي جدة المحضون أيضاً في حالة سقوط الحضانة عن الأم لفساد أخلاقها وهذا ما يبينه قرار المحكمة العليا الذي جاء فيه ما يلي: "متى كان من المقرر شرعاً أن سقوط حق الحضانة عن الأم لفساد أخلاقها وسوء تصرفاتها، فإنه يسقط أيضاً حق أمها في

(1) المجلة القضائية. 1991. العدد 4. ص 99.

(2) عبد العزيز سعد. المرجع السابق. ص 144.

(3) المجلة القضائية. 2001. عدد خاص. ص 169.

ممارسة الحضانة لفقد الثقة فيهما معا. والحكم بخلاف هذا المبدأ استوجب نقض القرار الذي قضى بإسناد حضانة الأولاد لجدتهما لأم بعد إسقاط هذا الحق عن الأم لفساد أخلاقها وإقرارها باتخاذ وسائل غير شريفة لترغم زوجها على طلاقها... كما أن إسقاط حضانة الحاضنة لفساد أخلاقها وسوء تصرفها يسقط حق أمها في الحضانة كذلك، لأن الأم التي لا تقدر على كبح جماح ابنتها فلا تقدر أيضا على كبح جماح المحضون ومراقبته وتربيته النظيفة، وعليه فلا الأم تستحق الحضانة ولا أمها كذلك من ناحية الشرع لفقدان الثقة والأمانة فيهما معا.⁽¹⁾

ونرى أن ما ذهب إليه المحكمة العليا في اشتراط الأمانة في الحاضن سديد ومطابق للشرع، غير أن موقفها هذا مستمد من أحكام الشريعة الإسلامية، ولا يمكن الاستناد إلى نص المادة 1/62 من قانون الأسرة لتبرير شرط الأمانة، ذلك أننا نرى أن النص المذكور يسمح بحضانة الكافرة ومن ثم الفاسقة أيضا كما ذهب إليه الأستاذ عبد العزيز سعد، مما يجعلنا نستخلص أن المشرع لا يشترط الأمانة في الحضانة وإن كان القضاء يشترطها عمليا، مما يجعل قانون الأسرة مشوبا بالنقص الذي يجب إصلاحه بأشترط الأمانة صراحة في الحاضن.

2- شرط الكفاءة والسلامة من الأمراض

تبين فيما سبق أن الشريعة الإسلامية اشترطت في الحاضن الكفاءة والسلامة من الأمراض حتى تسند له الحضانة.

- أما الكفاءة فهي القدرة على الحضانة وعلى القيام بشؤون المحضون، إذ يرى المالكية أنه لا حضانة للعاجز كامرأة بلغت سن الشيخوخة أو رجل هرم إلا أن يكون عندهما من يمكنه القيام بالحضانة تحت إشرافهما، ومثلها الأعمى والأصم والأخرس والمريض المقعد. ويرى الحنابلة أنه لا حضانة لعاوز كأعمى ومثله ضعيف البصر لعدم حصول المقصود به، أي لعدم قدرته على القيام بشؤون المحضون.⁽²⁾

(1) المجلة القضائية. 1989. العدد 1. ص 73 وما يليها.
(2) عبد الرحمن الجزيري. المرجع السابق. ص 576.

- وأما السلامة من الأمراض فقال الحنابلة والمالكية أيضا أنه لا حضانة لأبرص أو أجدم أو لمصاب بمرض مُعدٍ يُخشى على الطفل منه، وهذا حتى لا تنتقل عدوى المرض للمحضون.⁽¹⁾

وبالرجوع إلى قانون الأسرة لا نجد نصا صريحا ينص على هاذين الشرطين، غير أنه بخصوص شرط الكفاءة وهو القدرة على الحضانة والاستطاعة عليها أو كما يقول الأستاذ بلحاج العربي أن يكون الحاضن صحيح الجسم قادر غير عاجز عن الحضانة⁽²⁾، فهو شرط أشار إليه المشرع ضمنا تحت مفهوم الأهلية الذي نص عليه في الفقرة 2 من المادة 62 من قانون الأسرة.

وقد ذهب القضاء إلى تطبيق شرط القدرة على الحاضن وبالتالي إسقاط الحضانة عن العاجز عليها، كما يتبين من قرار المحكمة العليا الذي قضى بإسقاط الحضانة عن جدة المحضون لشيخوختها وعجزها وبالتالي بعدم توفر شرط القدرة أو الكفاءة للحضانة، وقد جاء في القرار ما يلي: "من المقرر شرعا أنه يشترط في الجدة الحاضنة (أم الأم) أن تكون غير متزوجة وألا تسكن مع ابنتها المتزوجة بأجنبي وأن تكون قادرة على القيام بالمحضون.⁽³⁾

أما بخصوص شرط السلامة من الأمراض فهو أيضا غير منصوص عليه صراحة في قانون الأسرة غير أن الأستاذ بلحاج العربي ذهب إلى اعتباره من مضامين شرط القدرة وبالتالي يدخل ضمن مفهوم الأهلية، فقال الأستاذ: "القدرة هي الاستطاعة على رعاية الصغير وصيانته في خلقه وصحته. أي بمعنى أن تكون الحاضنة صحيحة الجسم، قادرة على القيام بمتاعب الحضانة، فلو كانت عاجزة عن ذلك لمرض أو عاهة أو شيخوخة أو انشغال بحرفة تحول بينها وبين رعاية الصغير، لم تكن أهلا للحضانة كما لو كانت مريضة مرضا معديا كان في وجود الطفل معها خطر على حياته".⁽⁴⁾

(1) عبد الرحمن الجزيري. المرجع السابق. ص 576.

(2) بلحاج العربي. المرجع السابق. ص 383.

(3) المجلة القضائية. 1991. العدد 2. ص 57.

(4) بلحاج العربي. المرجع السابق. ص 383.

غير أننا نرى أن شرط السلامة من الأمراض شرط في غاية الأهمية لا يكفي الإشارة إليه ضمناً، لأنه شرط مستقل عن مفهوم الأهلية، فالأهلية تشمل العقل والبلوغ والقدرة، وهذا الوصف الأخير المسمى "القدرة" لا يعني بالضرورة السلامة من الأمراض، فقد يكون الحاضن قادر عضلياً على القيام بشؤون المحضون غير أنه مريض مرض مُعدٍ لم يُقعه بعد الفراش، كأن يكون مصاباً بمرض الإيدز في أوائل بدايته يعني حاملاً للفيروس فقط، فالحاضن في هذه الحالة غير عاجز بل قادر على الحضانة إلا أنه يخشى على الصغير الإصابة بعدوى الفيروس، مما يُسقط عنه الحضانة لا لعدم قدرته بل لعدم سلامته من الأمراض.

نخلص إلى القول أن الشريعة الإسلامية تشترط في الحاضن أن يكون أميناً غير فاسق، قادراً غير عاجز كالأعمى وضعيف البصر، سليماً غير مريض مرضاً مُعدٍ للمحضون كالأجذم والأبرص، ولو أننا رأينا أن القضاء يعمل بهذه الشروط غير أنه يعتمد في تسببها على نص المادتين 61 و62 من قانون الأسرة، فيؤسس شرط الأمانة على أساس شرط تربية المحضون على الإسلام، ويؤسس شرط القدرة والسلامة من الأمراض على أساس شرط الأهلية، ونرى أنه من الأحسن النص على هذه الشروط بصفة مستقلة وبصيغة صريحة وواضحة كما بينا.

المطلب الثاني

سقوط الحضانة وعودتها بين الشريعة والقانون

لدراسة مقارنة بين مسقطات الحضانة التي أقرتها الشريعة الإسلامية وكذا عودتها وتلك التي وضعها المشرع في قانون الأسرة، يتعين دراسة سقوط الحضانة وعودتها في الشريعة الإسلامية ثم في القانون.

الفرع الأول

سقوط الحضانة وعودتها في الشريعة الإسلامية

تسقط الحضانة عن أسندت إليه عندما يتخلف فيه شرط من شروط الحضانة، أو عندما يتوفر فيه سبب من أسباب سقوط الحضانة. ثم إذا عاد ذلك الشرط الذي تخلف فتوفر في الحاضن عادت الحضانة إليه، وكذلك تعود الحضانة إليه إذا زال عنه السبب الذي أسقط الحضانة بشرط أن يكون سبب سقوط الحضانة إجباري، أما لو سقطت الحضانة اختياريًا فلا تعود الحضانة أبداً.

فما هي مسقطات الحضانة في الشريعة الإسلامية؟ وماذا عن عودتها؟

أولاً: مسقطات الحضانة في الشريعة الإسلامية

اتفق الفقهاء على مسقطات معدودة للحضانة تعتبر عامة لأن الجمهور أوردتها جميعاً، وأضاف بعضهم مسقطات أخرى للحضانة لم يذكرها غيرهم لكنه يُستحسن بيانها في هذا المجال.

1- مسقطات الحضانة العامة:

اتفق الفقهاء على أن الحضانة تسقط بإعادة الحاضنة الزواج من أجنبي غير محرم من المحضون، وبسكن الحاضنة مع أم المحضون المتزوجة بأجنبي، كما تسقط عن الفاسقة، والعاجزة، والمصابة بمرض معد.

أ- زواج الحاضنة من أجنبي غير محرم:

عن عبد الله بن عمر أن امرأة قالت: يا رسول الله إن ابني هذا كان بطني له وعاء، وثديي له سقاء، وحجري له حواء، وإن أباه طلقني وأراد أن ينتزعه مني، فقال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم: "أنت أحق به ما لم تتكحي".

استناداً لهذا الحديث عند الجمهور فإن أم المحضون إذا أعادت الزواج ثانية سقط حقها في الحضانة عند الجمهور وانتقل إلى غيرها، إلا إذا كان زوجها غير أجنبي ومحرم من المحضون. وينطبق هذا الحكم أيضاً على كل حاضنة بعد أم المحضون، ولا يطبق هذا الحكم على الحاضن الذكر كالأب، أي أنه "لم يشترط هذا الشرط في الأب لأنه أشد رقابة

وأكثر مهابة على الولد من أمه وهذا هو الغالب في الرجال" (1)، ومع ذلك إن أهمل الأب ابنه جاز للقاضي أن ينتزعه منه.

غير أن الفقهاء اختلفوا في هذه القاعدة على ثلاثة أقوال:

- القول الأول: أن حق الحاضنة في الحضانة لا يسقط بالزواج، وهو قول ابن حزم الظاهري إذ قال: "الأم أحق بالحضانة تزوجت أو لم تتزوج" (2) ويبرر ابن حزم قوله هذا بأنه لم يأت نص صريح في القرآن يسقط الحضانة عن الأم بعد زواجها، ثم أن النبي صلى الله عليه وسلم قال للسائل عن أحق الناس بصحبته: "أمك أمك أمك ثم أباك".

- القول الثاني: أن حق الحاضنة في الحضانة بعد زواجها يسقط إذا كان المحضون ذكراً، ولا يسقط إذا كان أنثى إلا بعد أن تبلغ سبع سنوات، وهو قول بعض الحنابلة إذ نقل مهنا عن أحمد بن حنبل إذا تزوجت الأم وابنها صغير أخذ منها، قيل له فالجارية مثل الصبي، قال: لا، الجارية تكون معها سبع سنين، فظاهر هذا أنه لم يسقط الحضانة عن الجارية لتزويج أمها وأسقطها عن الغلام، ودليلهم على هذا ما روي أن علياً وجعفر وزيد بن حارثة تنازعوا في حضانة ابنة حمزة، فحكم النبي صلى الله عليه وسلم بها لجعفر لأنه كان زوج خالتها، فأسند الحضانة لخالتها وهي متزوجة وقال: "الخالة أم". (3)

- القول الثالث: أن حق الحاضنة في الحضانة بعد زواجها يسقط لقول النبي صلى الله عليه وسلم: "أنت أحق به ما لم تتكحي"، ذلك أن مصلحة المحضون تقتضي عدم تواجده مع زوج الأم الذي يبغضه ويسيء إليه في العادة، ولهذا استثنى الفقهاء من هذه القاعدة زواج الحاضنة من رجل غير أجنبي ومحرم من المحضون، أي من أقارب الطفل كعمه وابن عمه، أي إن كان زوجها من أهل الحضانة فلا تسقط الحضانة في هذه الحال لأن زوج الأم لا يخشى منه على الطفل، وهذا القول هو قول الحنفية والمالكية والشافعية وغالب الحنابلة. (4)

ونميل إلى القول الثالث لأنه قول ورأي غالبية فقهاء المذاهب الأربعة وحثهم فيه قوية إذ قالوا أن لكل واحد من الأم والزوج القريب حق الحضانة منفرداً فمع اجتماعهما أولى، وهو قول سديد.

(1) سعاد إبراهيم صالح. الطلاق بين الإطلاق والتقييد. رسالة ماجستير. جامعة الأزهر. القاهرة. 1971. ص 257.

(2) المحلى 323/10 وما يليها.

(3) المغني والشرح الكبير 306/9.

(4) الفتاوى الهندية 541/1، سراج السالك 121/2، الإقناع 390/2، المغني والشرح الكبير 306/9.

ب- سكن الحاضنة مع أم المحضون المتزوجة بأجنبي:

إذا تزوجت أم المحضون من أجنبي وسقطت حضانتها وانتقلت إلى أم الأم أي أمها، فإن سكنت هذه الأخيرة بالمحضون مع ابنتها سقطت حضانتها، وهذا رأي غالبية الفقه، وقد برروا رأيهم هذا بأن بقاء الولد مع أمه المتزوجة مع أجنبي في بيت واحد بمثابة بقاءه في حضانتها، وقد تبين أنه مضر بالمحضون، غير أن هناك من يرى أن الحضانة لا تسقط بهذا السبب وهذا رأي أقلية الفقه، وقد برروا رأيهم هذا بأن "الحضانة مختصة بالجدة وهي المنفردة بهم في المبيت والأكل ولا يضر الأولاد كونهم مع أمهم في مسكن، بل ربما نالهم رفقها بهم مع استغنائهم بالجدة عنها".⁽¹⁾

والقول الأول هو الراجح، فالحضانة تسقط في حالة ما إذا سكنت الحاضنة مع أم المحضون المتزوجة من أجنبي، وذلك لأن الكلام كله يدور حول تواجد المحضون وزوج أمه تحت سقف واحد، وهذا ضار عادة بالمحضون لما يحصل له من زوج أمه من بغض له وتبرّم منه.

ج- الفسق:

قال جمهور الفقهاء بأنه لا حضانة لفاسقة غير مأمونة على المحضون، فإن ثبت فجور الحاضنة بفسق كسرقة أو بحرفة دنيئة كالرقص أو ترك صلاة أو خيانة أو شرب خمر أو اشتهاً بزنا ونحو ذلك فإن الحضانة تسقط عنها وتنتقل لغيرها.⁽²⁾

والفسق مسقط للحضانة لأن مصلحة المحضون تقتضي إبعاده عن كل مظاهر الفجور حتى لا يتأثر بها خوفاً من إفساد أخلاقه.

د- العجز والإصابة بمرض معد:

إذا أسندت الحضانة للحاضن ثم أثناء الحضانة أصابه عجز وعدم قدرة على إتمام مهمة الحضانة كفقْد البصر، أو أصابه مرض معد كالجدام والبرص، فإن الحضانة تسقط عنه عندئذ وتنتقل لمن بعده، لكون العاجز غير قادر على الاستمرار في الحضانة، ولكون المريض يخشى منه من انتقال عدوى مرضه إلى المحضون، وفي كلتا الحالتين تتطلب مصلحة المحضون إبعاده عن الحاضن وبالتالي إسقاط الحضانة.⁽³⁾

(1) عز الدين محمد الغرياني. المرجع السابق. ص 200.

(2) عبد الرحمن الجزيري. المرجع السابق. ص 576.

(3) عبد الرحمن الجزيري. المرجع السابق. ص 576.

2- مسقطات الحضانة المضافة:

زاد الحنفية أسباباً أخرى مسقطاً للحضانة وهي: الردة وكثرة خروج الحاضنة وامتناع الأم عن الحضانة إلا بأجرة، وزاد المالكية انعدام الحرز والسفه.

أ- الردة:

قال الحنفية: "أحق الناس بحضانة الصغير حال قيام النكاح أو بعد الفرقة الأم إلا أن تكون مرتدة، سواء لحقت المرتدة بدار الحرب أم لا، فإن تابت فهي أحق به".⁽¹⁾
فالردة سبب لسقوط الحضانة عن الحاضن لأن المرتدة عند الحنفية تحبس حق تعود إلى الإسلام أو تموت، والمحبوسة لا يمكنها القيام بأعمال الحضانة.

ب- كثرة خروج الحاضنة:

قال الحنفية: "لا حضانة لمن تخرج كل وقت وتترك البنت ضائعة"⁽²⁾. فلو كانت الحاضنة محترفة مهنة تمنعها من رعاية المحضون تؤدي بها إلى إهمال تربيته فإن حقها في الحضانة يسقط. أما إذا كان عملها لا يحول بينها وبين رعاية المحضون بحيث تتمكن من التوفيق بين عملها وما تتطلبه مهمة الحضانة فإن حقها في الحضانة لا يسقط، بهذا أفتى العلماء.

ج- امتناع الأم عن الحضانة إلا بأجرة:

قال الحنفية: "إذا كان الأب معسراً وأبت الأم أن تربي إلا بأجرة، وقالت العمّة أنا أربي بغير أجرة فإن العمّة أولى هو الصحيح"⁽³⁾. ففي امتناع الأم عن الحضانة إلا بأجرة إضرار بالأب وقد قال الرسول صلى الله عليه وسلم: "لا ضرر ولا ضرار" مما يستدعي إسقاط الحضانة عن الأم في هذه الحالة إذا وجدت من تحضن الصغير من أقاربه بدون أجرة.

د- إنعدام الحرز:

إشترط المالكية أن يكون للحاضنة حرز، أي منزل جدير بحفظ المحضون معلوم لوليه لائق لإقامة مثله فيه حضر أو بادية، فإن كانت الحاضنة في جهة غير مأمونة فيها على نفسها وعلى المحضون فإن حضانتها تسقط.⁽⁴⁾

(1) الهمام نظام وجماعة من علماء الهند. الفتاوى الهندية. دار إحياء التراث العربي. بيروت. لبنان. ط4. بدون سنة. ج1. ص541.

(2) الفتاوى الهندية 542/1.

(3) الفتاوى الهندية 543/1.

(4) سراج السالك 120/2.

هـ - السفه:

قال المالكية: المبذر الذي لا يحسن التصرفات المالية لا حضانة له وهذا لأنه يُخشى على الطفل ضياعه من حيث النفقة، كما يُخشى عليه من الحاضن المبذر على أن يتلف له ماله في حالة ما إذا كان للمحضون مال.⁽¹⁾

ثانياً: عودة الحضانة في الشريعة الإسلامية

القاعدة في الشريعة الإسلامية أن كل امرأة سقط حقها في الحضانة بسبب ثم زال سبب السقوط، عاد إليها حقها في الحضانة إذا كان سقوطها بغير اختيارها. وطبقاً لهذه القاعدة تعود الحضانة في الأحوال المبينة كالتالي:

أ- الحاضنة المتزوجة:

إذا انتهى زواجها بطلاق أو موت فإن حقها في الحضانة يعود إليها لزوال المانع وهو الزواج. غير أن هذه المسألة اختلف فيها الفقهاء على قولين:⁽²⁾

- القول الأول: أن المتزوجة يعود حقها في الحضانة إذا انتهت زوجيتها بطلاق أو وفاة أو فرقة أو نحو ذلك، ذلك أن الزواج عذر من الأعذار وهو ضروري للحياة كالطعام والشراب، وأنه شبيه بتسليم الولد في حالة المرض، فإذا زال السبب عاد الحق إليها. ثم أن زواج الحاضنة أسقط الحضانة عنها لحكمة وهي الخوف على المحضون من بغض الزوج له، فإن زال الزواج زال الخوف وبالتالي عاد الحق في الحضانة. وهذا هو قول الحنفية والشافعية والحنابلة.

- القول الثاني: أن المتزوجة لا يعود حقها في الحضانة بعد انتهاء زوجيتها، لأنها هي من أسقطت حقها في الحضانة بزواجها، فكان السقوط اختيارياً، وقد تبين من القاعدة السابقة الذكر أن سبب السقوط إذا كان اختيارياً فلا تعود به الحضانة أبداً. وهذا قول المالكية.

ويبدو أن سبب الخلاف بين الفقهاء في هذه المسألة هو اختلاف نظرهم لزواج الحاضنة، إذ يرى أصحاب الرأي الأول أن زواجها هو سبب اضطراري لأنه عذر ولأنه

(1) سراج السالك 120/2.

(2) عبد الحميد عبد الرحمن الفقي. المرجع السابق. ص 162.

ضروري لحياة المرأة، بينما يرى أصحاب الرأي الثاني أن زواجها اختياري لأن الزواج يتم بمحض إرادتها.

ونميل إلى الرأي الأول ونرى اعتبار زواج الحاضنة من الأمور الاضطرارية وهذا حتى لا تضيع المرأة في المجتمع خصوصا إذا لم يكن لديها قريب ينفق عليها ويحميها ويؤويها مما يجعل زواجها ضروري، فإن زال عاد إليها حق الحضانة لزوال الخوف على محضونها من الزوج، ولزوال انشغال الحاضنة بالزوج وبالتالي تفرغها للحضانة.

ب- الحاضنة المريضة:

إذا شفيت الحاضنة المريضة من مرضها وأرادت حضانة ولدها فلها ذلك لأن الحضانة إنما سقطت بسبب المرض وخوفا على المحضون من انتقال المرض إليه، أما وبعد أن شفيت الحاضنة وزال الخوف عادت الحضانة.

ج- الحاضنة المرتدة:

الحاضنة المرتدة إن تابت عاد إليها حقها في الحضانة لقول الحنفية السابق بيانه: "... فإن تابت فهي أحق به"، ولأن المرتدة تحبس، فإن تابت أطلق سراحها وكان لها الحق في أن تعود الحضانة إليها.

د- الحاضنة المحترفة:

الحاضنة المحترفة حرفة مانعة من الحضانة إذا تخلت عن الحرفة وقعدت بالبيت، أو أنها غيرت لحرفة تسمح لها بالتوفيق بين عملها ورعاية المحضون بحيث لن تضيعه، صارت بذلك قادرة على الحضانة وزال المانع، وبالتالي عاد إليها حقها في الحضانة.

هذه هي أسباب سقوط الحضانة وعودتها في الشريعة الإسلامية، فهل وفق المشرع في تقنينها ضمن نصوص قانون الأسرة ؟ هذا ما سنجيب عليه في التالي.

الفرع الثاني

سقوط الحضانة وعودتها في قانون الأسرة

نص المشرع في قانون الأسرة على أسباب سقوط الحضانة، وعلى عودتها، فما هي أسباب سقوط الحضانة؟ وماذا عن عودتها؟
نبين أولاً أسباب سقوط الحضانة، وثانياً عودتها.

أولاً: مسقطات الحضانة في قانون الأسرة

وضع المشرع في قانون الأسرة أسباباً مسقطاً لحق الحضانة نبيها فيما يلي:

1- زواج الحاضنة بغير قريب محرم

تنص المادة 66 من قانون الأسرة على ما يلي: "يسقط حق الحاضنة بالتزوج بغير قريب محرم، وبالتنازل ما لم يضر بمصلحة المحضون".
وفقاً لهذا النص تسقط الحضانة بزواج الحاضنة بأجنبي عن المحضون، أي بغير قريب محرم منه. أما إذا كان زواج الحاضنة بقريب محرم فلا تسقط الحضانة.
وما يلاحظ من عبارة "قريب محرم" أن المشرع يشترط حتى لا تسقط الحضانة أن يكون الرجل الذي تتزوجه الحاضنة ليس قريباً فحسب بل ومحرمًا أيضاً، وهذا يعني أنه إذا كان قريباً ولكن غير محرم من المحضون كأن يكون ابن عم المحضونة فتسقط الحضانة.

وتعليقاً على موقف المشرع من زواج الحاضنة نقول:

- أما اعتبار زواج الحاضنة بأجنبي عن المحضون سبباً مسقطاً للحضانة فهو مستمد من الشريعة الإسلامية ولا جدال في أنه مطابق لأحكامها.
- وأما اشتراط المشرع في زواج الحاضنة علوة على كونه قريب من المحضون أن يكون محرمًا منه فهو شرط يقره فقهاء المذاهب الأربعة، إذ قال الحنفية: "لا حضانة لولد عم لعدم المحرمية"، وقال المالكية: "لا حضانة لعصبة غير محرم على أنثى"، وقال

الشافعية عن الحضانة: "وتثبت لكل ذي محرم وارث"، وقال الحنابلة: "الجارية ليس لابن عمها حضانتها لأنه ليس من محارمها".⁽¹⁾

ولقد عملت المحكمة العليا بهذا السبب إذ جاء في قرار لها ما يلي: "من المقرر في أحكام الشريعة الإسلامية أنه يشترط في المرأة الحاضنة لو كانت أما فأحرى بغيرها أن تكون خالية من الزواج، أما إذا كانت متزوجة فلا حضانة لها لانشغالها عن المحضون، فإنه من المتعين تطبيق هذا الحكم الشرعي عند القضاء في مسائل الحضانة، لذلك يستوجب نقض القرار الذي خالف أحكام هذا المبدأ وأسند حضانة البنت لجدها لأم المتزوجة بأجنبي عن المحضونة."⁽²⁾

ويقول الأستاذ عبد العزيز سعد أنه "إذا كانت الحاضنة هي الأم وتزوجت مع غير القريب المحرم وكانت مصلحة المحضون تتعلق بأمه فإن الحضانة مع ذلك لا تسقط لغلبة مصلحة المحضون مع أمه".⁽³⁾

غير أننا لا نجد لهذا الاستثناء أثر في الشريعة الإسلامية، وردا على هذا القول نقول أن قاعدة إسقاط الحضانة بسبب زواج الحاضنة بأجنبي هي نفسها شرعت لمصلحة المحضون لما فيه من خوف على المحضون من بغض زوج الحاضنة له، فلا يُعقل أن يكون لهذه القاعدة استثناء له نفس الهدف الذي تصبوا له القاعدة وهو مصلحة المحضون. ثم أن عبارة المشرع "ما لم يضر بمصلحة المحضون" هي مرتبطة بالتنازل ولا علاقة لها بالشق الأول من نص المادة 66 المتعلق بسقوط الحضانة بالتزوج.

2- التنازل على الحضانة:

تنص المادة 66 من قانون الأسرة على ما يلي: "يسقط حق الحاضنة... بالتنازل ما لم يضر بمصلحة المحضون".

طبقا لهذا النص يسقط حق الحضانة عن الحاضنة إذا تنازلت عنه، وكان هذا التنازل لا يضر بمصلحة المحضون. فالحاضنة هنا أسقطت الحضانة باختيارها وتنازلت عنها بمحض إرادتها مما يجعلها تنتقل إلى من هو أحق بها من بعدها.

(1) اللباب 101/3، الكافي ص 297، مغني المحتاج 195/5، المبدع 181/7.

(2) المجلة القضائية. 1989. عدد 2. ص 75.

(3) عبد العزيز سعد. المرجع السابق. ص 141. أنظر كذلك: حميدو زكية. تزوج الحاضنة بغير قريب محرم كسبب مسقط للحضانة. المجلة الجزائرية للعلوم القانونية. 2000. العدد 1. ص 168.

لكن السؤال المطروح هنا هو: هل يجوز في الشريعة الإسلامية للحاضنة أن تتنازل عن الحضانة؟ أو بعبارة أخرى: ألا تجبر الحاضنة على الحضانة؟
 اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية في هذه المسألة على قولين: (1)
 - القول الأول: يرى أن الأم المطلقة لا تجبر على الحضانة فلها الامتناع إلا إذا كان امتناعها ضارا بالمحضون كأن يكون المحضون رضيعا ولم يقبل ثدي غيرها.
 ويعلل أصحاب هذا الرأي رأيهم بأن الحضانة حق للحاضنة فلا تجبر على ممارسة حقوقها لأنها قد لا تستطيعها فلا تجبر عليها إلا لضرورة، وهذا قول الجمهور.
 - القول الثاني: أن الأم المطلقة تجبر على حضانة ولدها، ويعلل أصحاب هذا الرأي قولهم بأن الحضانة حق للمحضون وليس للحاضنة، ولهذا فلا يمكنها التنازل عن حق ليس من حقها. وهذا قول بعض الأحناف وبعض الشافعية وبعض المالكية.
 وقد حاول ابن عابدين التوفيق بين الرأيين فقال: إن الحضانة حق للحاضنة والمحضون، فلا تجبر عليها إلا إذا اقتضتها مصلحة المحضون، وعندها تجبر عليها تحقيقا لمصلحة المحضون. (2)

ونرى أن هذا ما ذهب إليه المشرع من خلال نص المادة 66 المذكور، إذ سمح للحاضنة بالتنازل عن الحضانة بشرط أن لا يضر تنازلها بالمحضون، فإن كان في تنازلها ضرر للمحضون رفض التنازل وأجبرت على الحضانة.
 وقد حكمت المحكمة العليا بهذا المبدأ حيث جاء في قرار لها ما يلي: "من المقرر شرعا وقانونا أن تنازل الأم عن حضانة أولادها يقتضي وجود حاضن آخر يقبل منها تنازلها وله القدرة على حضانتهم، فإن لم يجد فإن تنازلها لا يكون مقبولا...". (3)

3- الإخلال بشروط الحضانة:

تنص المادة 1/67 من قانون الأسرة على ما يلي: "تسقط الحضانة باختلال أحد الشروط المرعية شرعا في المادة 62 أعلاه".
 ومعلوم أن الشروط المرعية في المادة 62 من قانون الأسرة تتمثل في شرطين اثنين وهما شرط تربية المحضون على دين الإسلام، وشرط الأهلية المتضمن للعقل والبلوغ

(1) عبد الحميد عبد الرحمن الفقي. المرجع السابق. ص 163.

(2) حاشية رد المختار على الدر المختار 3 / 560.

(3) المجلة القضائية. 1990. عدد 4. ص 75.

والقدرة. فإذا اختلف أحد هذه الشروط كأن تبين أن الحاضنة تعمل على تربية المحضون على دين غير الإسلام، أو أنها فاسقة غير أمينة تعرض المحضون على تعلم الفسق، أو أن أهليتها انعدمت أو نقصت كأن أصابها جنون أو عجز أو مرض مسقط للحضانة فتسقط عنها الحضانة.

وكما سبق بيانه فإننا نرى أنه ما دامت المادة 62 غير واضحة وغامضة وناقصة لا تظهر فيها كل شروط الحضانة بصياغة صريحة، فإنه تبعاً لذلك تصبح مسألة سقوط الحضانة بسبب الإخلال بهذه الشروط هي الأخرى بالتبعية حتماً يشوبها الغموض والنقص، مما يجعلنا نقترح أن يضع المشرع نصاً يُعَدِّد فيه كل شروط الحضانة على سبيل الحصر حتى يصبح نص المادة 1/67 هو الآخر واضحاً وإن بقي على حاله دون تعديل كما هو مبين أعلاه، فهو قد جاء بمبدأ وهو أن للحضانة شروط إذا اختلف أحدها سقط الحق فيها. فالشروط غامضة تحتاج إلى بيانها، أما مبدأ سقوط الحضانة باختلال أحد هذه الشروط فمبدأ واضح لا حاجة لتعديله مما يجعلنا نقترح الإبقاء على نص المادة 1/67 من قانون الأسرة وتعديل نص المادة 62 منه.

4- العمل المانع من الحضانة:

تنص المادة 2/67 من قانون الأسرة - وهي فقرة أضافها التعديل الأخير - على ما يلي: "ولا يمكن لعمل المرأة أن يشكل سبباً من أسباب سقوط الحق عنها في ممارسة الحضانة غير أنه يجب في جميع الحالات مراعاة مصلحة المحضون".
طبقاً لهذا النص فإن المبدأ أن عمل المرأة بصفة عامة لا يُعد سبباً في إسقاط الحضانة عن الحاضنة العاملة، لكن استثناءً على هذا المبدأ تسقط الحضانة عن الحاضنة العاملة إذا كان عملها يحرم المحضون من الرعاية والحماية ويتسبب في إهمال تربيته وحضنته.⁽¹⁾
وبالرجوع إلى الشريعة الإسلامية فقد قال الحنفية: "لا حضانة لمن تخرج كل وقت وتترك الولد ضائعاً"⁽²⁾، ولا شك أن الخروج للعمل كل وقت لا يخرج عن هذه القاعدة.
أما إذا كان عملها لا يؤدي بها إلى تضييع المحضون فلا يسقط حقها فيه كما تبين مسبقاً.

(1) عبد العزيز سعد. المرجع السابق. ص 142. أنظر كذلك: حميدو زكية. عمل الحاضنة بين نصوص قوانين الأحوال الشخصية والاجتهادات الفقهية والقضائية. المجلة الجزائرية للعلوم القانونية. 2002. العدد 2. ص 168.
(2) حاشية رد المحتار على الدر المختار 3 / 557.

فالنص الذي أتى به المشرع بعد التعديل غير مخالف للشرع إلا أنه يؤخذ عليه أنه

ناقص من ناحيتين:

- فمن ناحية أولى يبقى التخوف من انحراف العمل القضائي به، فيسمح لكل العاملات بالحضانة ولو كان العمل يلزمها البقاء خارج البيت طوال النهار مما يؤخذ على النص أنه غير كاف لتوجيه القاضي وحصر سلطته التقديرية في هذا المجال، ولهذا نرى أن يضع المشرع معيارا للحرف التي تسقط الحضانة وتلك التي لا تسقطها.

- ومن ناحية ثانية يؤخذ على نص المادة 2/67 أنه يسقط الحضانة بسبب كثرة خروج الحاضنة للعمل فقط، ولم يسقطها بسبب كثرة خروجها لأسباب أخرى غير العمل. فقد تكون الحاضنة مأكثة بالبيت غير محترفة غير أنها كثيرة الخروج للأسواق أو للصدقات وهذا أيضا مسقط للحضانة في الشرع فكان على المشرع أن لا يحصره في الخروج للعمل فقط.

5- التقادم:

تنص المادة 68 من قانون الأسرة على ما يلي: "إذا لم يطلب من له الحق في الحضانة مدة تزيد عن سنة بدون عذر سقط حقه فيها".

طبقا لهذا النص إذا حدث طلاق بين الزوجين وآلت الحضانة للأم وتزوجت هذه الأخيرة مثلا من رجل أجنبي غير محرم من المحضون، فالمفروض أنه يسقط حقه في الحضانة وينتقل إلى من بعدها، وهذا الأخير صاحب الحق في الحضانة بعد الأم يجب عليه أن يطالب بحقه في الحضانة قبل فوات مدة سنة من سقوط الحضانة عن الأم، وإلا سقط حقه فيها، إلا إذا تبين أن عدم مطالبته بحقه في الحضانة لم يكن بتقاعس منه أو تماطل وإنما لعذر، ولم يذكر المشرع ولو على سبيل المثال الأعذار التي يمكن لصاحب الحق في الحضانة أن يتمسك بها لتعليق تأخره عن المطالبة بحقه في الحضانة.

لكن السؤال المطروح هنا هو: هل التقادم يسقط الحق في الحضانة في الشريعة

الإسلامية؟ وما هي مدته؟

قال المالكية: إذا تزوجت أم المحضون فإن لم يعلم أبوه أو الوصي أو من له الحق في

الحضانة بعدها حتى تأيمنت بطلاق أو موت زوجها ذلك، فإن حضانتها لا تسقط، وكذا

حضانتها لا تسقط إذا سكت عن المطالبة بها من يستحقها بعدها عاما بلا عذر. وأما إن

سكت عاما لعذر يمنعه من المطالبة بحضانة الطفل من مرض أو غربة أو كان جاهلا بأن له الحق في الحضانة ولم يعلم إلا بعد العام فلا يسقط حقه في المطالبة بها".⁽¹⁾

بهذا يتبين أن سبب التقادم الذي نص عليه المشرع في المادة 68 من قانون الأسرة مستمد من الشريعة الإسلامية فهو نص سليم حتى من حيث مدة التقادم إذ قدرها المالكية بسنة، غير أن النص ناقص لأنه لا يبين الأعذار التي يتمسك بها صاحب الحق في الحضانة لتعليل تأخره في طلب حقه، فيستحسن ذكرها ولو على سبيل المثال لاسيما وأن الأعذار التي ذكرها المالكية واضحة وهي المرض والغيبة والجهل بحق الحضانة، فنرى النص على هذه الأعذار الثلاثة مع الإشارة في فقرة رابعة إلى ترك السلطة التقديرية للقاضي في غيرها من الأعذار.

ويطبق القضاء هذا المبدأ حيث جاء في قرار للمحكمة العليا ما يلي: "إن المبدأ الذي استقر عليه الاجتهاد القضائي هو أن الحضانة تسقط عن مستحقيها إذا لم يمارسوا ذلك الحق في خلال سنة".⁽²⁾

وتجدر الإشارة إلى أن نص المادة 68 المذكور وإن كان صحيحا إلا أنه مشوب بخطأ لغوي جعله غير مفهوم، والأصح ما قاله الأستاذ عبد العزيز سعد وهو: "إذا لم يطلب من له الحق في الحضانة ممارسة هذا الحق لمدة تزيد عن سنة بدون عذر سقط حقه فيها".⁽³⁾ ويا حبذا لو تذكر الأعذار هنا فنتم النص كالتالي: "...سقط حقه فيها إلا أن يثبت عذره كأن كان مريضا أو مسافرا أو جاهلا بحقه في الحضانة، وللقاضي السلطة التقديرية في قبول العذر أو رفضه".

6- الانتقال بالمحضون:

تنص المادة 69 من قانون الأسرة على ما يلي: "إذا أراد الشخص الموكول له حق الحضانة أن يستوطن بلد أجنبي رجع الأمر للقاضي في إثبات الحضانة له أو إسقاطها عنه مع مراعاة مصلحة المحضون".

طبقا لهذا النص إذا أراد صاحب الحق في الحضانة أن يسافر بالمحضون إلى بلد خارج الجزائر وبغرض الاستيطان الدائم بهذا البلد فإن حقه في الحضانة يسقط إلا إذا

(1) سراج السالك 121/2.

(2) نشرة القضاة، 1981، العدد 1، ص 77.

(3) عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 301.

كانت مصلحة المحضون تقتضي انتقاله إلى ذلك البلد مع حاضنه. فالمبدأ هو سقوط الحضانة بالسفر بالمحضون خارج الوطن والاستثناء هو عدم سقوطها إذا كان في انتقال المحضون مع حاضنه مصلحة له، فمدار الأمر كله هو مصلحة المحضون. وبما أن أحكام الشريعة الإسلامية قد أقرت بأن الحضانة تسقط بالانتقال بالمحضون، فعموم نص المادة 69 مطابق للشرع، غير أن الإغفال الذي وقع فيه المشرع هو عبارة "بلد أجنبي" مع عدم بيان المسافة التي تفصل هذا البلد عن محل صاحب حق زيارة المحضون، فالشريعة لم تشترط أن يكون السفر إلى بلد أجنبي فقط حتى يسقط الحق في الحضانة بل اعتمدت على مسافة معينة قدرها المالكية بستة برد أي ما يعادل 72 ميل⁽¹⁾ أو 132 كلم، فإذا ابتعد المتنقل بالمحضون بقدر هذه المسافة أو بما يتجاوزها سقط حقه في الحضانة بغض النظر عن المكان أو البلد المتنقل إليه أكان بلدا أجنبيا أم مدينة من مدن البلد المشترك.

أما المشرع فقد أسقط الحضانة إذا كان الانتقال بالمحضون إلى بلد أجنبي حتى وإن لم تفصل هذا البلد عن الجزائر مسافة 6 برد، وبمفهوم المخالفة فإنه لا يسقط الحضانة إذا كان الانتقال بالمحضون إلى مدينة داخل الوطن وإن كانت هذه المدينة تبعد عن محل صاحب حق الزيارة بمسافة 6 برد أو أكثر.

ولعل تأكيد المشرع لسقوط الحضانة على كون البلد المتنقل إليه أجنبيا هو خوفه على دين المحضون وليس خوفه على تعذر تمكين صاحب حق الزيارة من زيارة المحضون، كما يتبين جليا من قرار المحكمة العليا جاء فيه ما يلي: "من المقرر شرعا وقانونا أن إسناد الحضانة يجب أن تراعى فيه مصلحة المحضون والقيام بتربيته على دين أبيه، ومن ثم فإن القضاء بإسناد حضانة الصغار إلى الأم التي تسكن في بلد أجنبي بعيد عن رقابة الأب كما هو حاصل في قضية الحال يُعد قضاء مخالفا للشرع والقانون".⁽²⁾

صحيح أن السفر إلى بلد أجنبي كبلاد الكفار يستحسن اعتباره مسقطا للحضانة خوفا على دين المحضون، فمدار الأمر هنا هو مصلحة المحضون، لكن تجب الإشارة أيضا إلى إسقاط الحضانة بالسفر بالمحضون إلى بلد مسلم خارج الجزائر بعيد عن محل

(1) سراج السالك 121/2.

(2) المجلة القضائية. 1991. العدد 4. ص 116.

صاحب حق الزيارة بمسافة 6 بُرد أو أكثر، وكذلك إسقاط الحضانة بالسفر بالمحضون إلى مدينة داخل الجزائر تبعد عن محل صاحب حق الزيارة بمسافة 6 بُرد أو أكثر. فمدار الأمر كله هنا هو حماية صاحب حق الزيارة وتمكينه من ممارسة حقه في زيارة المحضون ورؤيته، ومعيار حماية هذا الحق هو عدم الانتقال بالمحضون لمسافة تقدر بـ 6 بُرد أو أكثر بغض النظر عن المكان المنتقل إليه أجنبي أو مسلم، داخل الوطن أو خارجه، وهذا هو المطابق للشرع.

ولهذا نرى تعديل نص المادة 69 من قانون الأسرة كما يلي: "إذا أراد صاحب الحق في الحضانة الاستيطان في بلد أجنبي، أو مدينة تبعد عن محل إقامة صاحب الحق في الزيارة بمسافة 6 بُرد أو أكثر سقط حقه في الحضانة".

وبالرغم من وجود نص المادة 69 إلا أن القضاء يعمل بأحكام الشريعة الإسلامية ويطبق معيار مسافة 6 بُرد، كما يتبين من قرار للمحكمة العليا جاء فيه ما يلي: "من المستقر عليه فقها وقضاء أن بُعد المسافة بين الحاضنة وصاحب حق الزيارة على الأطفال المحضونين لا تكون أكثر من ستة برود، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يُعدُّ خطأ في تطبيق القانون".⁽¹⁾

7- سكنى الحاضنة مع أم المحضون المتزوجة بغير قريب محرم:

تنص المادة 70 من قانون الأسرة على ما يلي: "تسقط حضانة الجدة أو الخالة إذا سكنت بمحضونها مع أم المحضون المتزوجة بغير قريب محرم".

ولعل اعتبار الفقه لهذا السبب من الأسباب الرئيسية المسقطة للحضانة هو الذي جعل المشرع يحرص على النص عليه صراحة وبصياغة واضحة لا غموض فيها كما هو مبين من نص المادة 70 المذكور، فهو نص سليم مطابق للشرع إذ سبقت الإشارة إلى أن أم المحضون إذا سقطت عنها الحضانة بزواجها وانتقلت الحضانة إلى أمها أو أختها، فهذه الأخيرة لو سكنت بالمحضون مع أمه المتزوجة من أجنبي سقط عنها حق الحضانة لأن مصلحة المحضون تقتضي عدم إسكانه مع من يبغضه ويتبرم منه كزوج الأم، ثم أن سكن الحاضنة مع أم المحضون بالمحضون هو بمثابة إبقاء الحضانة للأم مع أنه تقرر سقوطها عنها بالزواج.

(1) المجلة القضائية. 1992. العدد 4. ص 41.

وقد أخذ القضاء بهذا المبدأ إذ جاء في قرار للمحكمة العليا ما يلي: "من المقرر شرعا أنه يُشترط في الجدة الحاضنة (أم الأم) أن تكون غير متزوجة وألا تسكن مع ابنتها المتزوجة بأجنبي...".⁽¹⁾

ثانيا: عودة الحضانة في قانون الأسرة

تنص المادة 71 من قانون الأسرة على ما يلي: "يعود الحق في الحضانة إذا زال سبب سقوطه غير الاختياري".

معلوم أن الحضانة تسقط بتخلف شرط من شروطها أو بتوفر سبب من أسباب سقوطها، فإذا توفر الشرط المتخلف، أو زال السبب المسقط عاد الحق في الحضانة، بشرط أن يكون سبب سقوط الحضانة اضطراريا، أما لو كان اختياريا بحيث أتى الحاضن بسبب من الأسباب المسقطة للحضانة باختياره وبمحض إرادته كالتنازل، فإن حق الحضانة لا يعود إليه أبدا وإن زال السبب المسقط.

غير أن المشرع لم يبين ما هو سبب السقوط الاختياري وما هو سبب السقوط الاضطراري. فعلى سبيل المثال مسألة اعتبار زواج الحاضنة سببا اختياريا أو اضطراريا قد اختلف فيها فقهاء الشريعة، وترجّح اعتبار الزواج من الأسباب الاضطرارية وبالتالي تعود الحضانة إلى الحاضنة بانتهاء زوجيتها بأجنبي. أما المشرع فلم يفصل في هذه المسألة ولم يبين ما إذا كان الزواج سببا مسقطا للحضانة باختيار الحاضنة أم باضطرارها، مما يجعل موقفه من عودة الحضانة بعد انتهاء الزوجية غامضا وغير معلوم.

ورغبة في إثراء قانون الأسرة نقترح اعتبار الأسباب الاضطرارية كالتالي:

- الزواج - المرض - العجز - العمل خارج البيت.

فأما الزواج والعمل خارج البيت وإن كانا يحدثان بمحض إرادة الحاضنة إلا أن استمرارية الحياة تضطرها إليهما والحاجة للنفقة أيضا.

وأما المرض والعجز فهما عارضان طارقان لا يحدثان بمحض إرادة الحاضنة بل لأسباب خارجة عن نطاقها، فالأجدر اعتبارهما من الأسباب الإضطرارية.

(1) المجلة القضائية. 1991. العدد 2. ص 57.

ونقترح اعتبار الأسباب الاختيارية كالتالي:

- التنازل - والانتقال إلى بلد أجنبي .

فهذان سببان يحدثان بمحض إرادة الحاضنة ولا شيء يضطرهما إليهما، حتى السفر إلى بلد أجنبي لا يعد سببا اضطراريا لسقوط الحضانة إذ يمكنها التنازل عن السفر من أجل تفادي سقوط حقها في الحضانة.
فهذا اقتراح نحبذ لو يضاف ضمن نص المادة 71 من قانون الأسرة في فقرة ثانية.

خلاصة الفصل الأول:

نخلص من دراستنا لمفهوم الحضانة إلى النتائج التالية:

- 1- المشرع وافق الجمهور في المادة 1/62 لما جعل مفهوم المحضون يقتصر على الطفل الصغير دون الكبير المعتوه و الكبير المجنون.
- 2- المشرع وافق الشافعية لما اعتبر للحضانة مرحلتان: مرحلة للتربية ومرحلة للتعليم.
- 3- المشرع لم يخالف الشريعة الإسلامية لما أذن للأم الكافرة بحضانة ولدها بشرط تربيته على دين الإسلام، غير أنه يؤخذ على عبارة "على دين أبيه" أن تفسر بدين الأب الجديد إذا كان هذا الأخير مرتد، واقترحنا استبدالها بعبارة "الدين الإسلامي".
- 4- المشرع في المادة 2/62 لم ينص إلا على شرط الأهلية، واقترحنا إضافة كل من شرط العقل والبلوغ والقدرة على الحضانة.
- 5- المشرع لم يبين في المادة 68 الأعدار التي لا يسقط بها حق الحضانة إذا لم يطالب به صاحبه بعد فوات سنة، مع أن المالكية أعطوا أمثلة منها كالمرض والغيبة والجهل بحق الحضانة.
- 6- المشرع لم يبين في المادة 71 أسباب سقوط الحضانة التي تعد إختيارية، واقترحنا حصرها في التنازل على الحضانة والانتقال إلى بلد أجنبي، أما زواج الحاضنة أو مرضها أو عجزها عن الحضانة أو عملها خارج البيت فهي أسباب اضطرارية إن زالت عاد لها الحق في الحضانة.

الفصل الثاني

أحكام الحضانة في الشريعة والقانون

تقتضي دراسة أحكام الحضانة التعرض لأربع نقاط رئيسية فيها وهي تتمثل في مسألة أصحاب الحق في الحضانة ومراتبهم، ومسألة مدة الحضانة، ومسألة أجر الحضانة وأخيرا مسألة مكان ممارسة الحضانة. فكيف نظمت الشريعة الإسلامية أحكام هذه المسائل الأربعة؟ وهل وفق المشرع في تطبيق الشريعة عند تقنينه لنصوص قانون الأسرة المنظمة لهذه المسائل؟ الإجابة على هذا السؤال تتطلب دراسة مراتب الحضانة ومدتها، ودراسة أجر الحضانة ومكان ممارستها، وهذا في كل من الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة، ثم المقارنة بينهما.

المبحث الأول

مراتب الحضانة ومدتها

ندرس مراتب الحضانة أولا ثم ندرس مدتها، مع مقارنة بين أحكام الشريعة الإسلامية ونصوص قانون الأسرة المتعلقة بالمسألتين.

المطلب الأول

مراتب الحضانة

رتبت الشريعة الإسلامية أصحاب الحق في الحضانة ترتيبا دقيقا، كما رتبهم قانون الأسرة أيضا ترتيبا. فهل الترتيب الذي وضعه المشرع مطابق للترتيب الذي وضعته الشريعة الإسلامية؟ الإجابة على هذا السؤال تتطلب دراسة مراتب الحضانة في الشريعة الإسلامية ثم في قانون الأسرة كما يلي.

الفرع الأول

مراتب الحضانة في الشريعة الإسلامية

بعد الفرقة بين الزوجين، قد يكون للمحزون بالإضافة إلى الأب والأم أقارب آخرون، ومن هؤلاء الأقارب من أعطاه الشرع الحق في حضانة المحزون ومنهم من لم يُعطه الحق فيها، كما أن الأقارب الذين أعطاهم الشرع الحق في الحضانة متعددون فرتبهم الشرع ترتيباً يقوم على الأولوية في الحضانة، غير أن هذا الترتيب وقع فيه خلاف بين الفقهاء.

نسرد أولاً ترتيب الحاضنين عند الفقهاء، ثم نبين نقاط إختلافهم فيها لترجيح أخيرهم.

أولاً: ترتيب الحاضنين عند فقهاء الشريعة

قال الحنفية: "إذا وقعت الفرقة بين الزوجين فالأم أحق بالولد، فإن لم تكن الأم فأم الأم أولى من أم الأب، فإن لم تكن فأم الأب أولى من الأخوات، فإن لم تكن جدة فالأخوات أولى من العمات والخالات، وتقدم الأخت من الأب والأم، ثم الأخت من الأم، ثم الأخت من الأب، ثم الخالات أولى من العمات وينزلن كذلك، ثم العمات ينزلن كذلك، وكل من تزوجت من هؤلاء سقط حقها إلا الجدة إذا كان زوجها الجد، وإن لم تكن للصبي امرأة من أهله واختصم فيه الرجال فأولاهم به أقربهم تعصيباً".⁽¹⁾

وقالوا: "أقرب العصابات البنون ثم بنوهم، ثم الأب، ثم الجد، ثم بنوا الأب وهم الإخوة، ثم بنو الجد وهم الأعمام. وإذا استوى بنو أب في الدرجة فأولاهم من كان لأب وأم".⁽²⁾

ومن هذا الكلام يتبين أن الحنفية رتبوا أصحاب الحضانة كالتالي:

الأم، ثم أم الأم، ثم أم أم الأم، ثم أم الأب، ثم أم أم الأب، ثم الأخت الشقيقة، ثم الأخت لأم، ثم الأخت لأب، ثم الخالة، ثم بنت الأخت، ثم بنت الأخ، ثم العمّة، ثم خالة الأم، ثم عمّة الأم، ثم الأب، ثم الجد، ثم الأخ الشقيق، ثم الأخ لأب، ثم العم، ثم ابن العم. ثم إذا لم يكن عصبه فلذوي الأرحام. ولا حضانة لبنت العم وبنت العمّة وبنت الخال وبنت الخالة.

(1) عبد الغني الغنيمي. الباب في شرح الكتاب. المكتبة العلمية. بيروت. 1993. ج.3. ص101 و102.

(2) الباب في شرح الكتاب. 193/4.

وقال المالكية: "الأم ثم الجدة للأم ثم الخالة ثم الجدة للأب ثم أخت الصبي ثم عمه الصبي ثم ابنة أخت الصبي ثم الأب، والجدة للأب أولى من الأخت والأخت أولى من العممة والعممة أولى من بعد هؤلاء من جميع الرجال الأولياء، وليس لابنة الخالة ولا لابنة العممة ولا لبنات أخوات الصبي من حضانته شيء. وقيل أن الأب أولى بابنه من الجدة أم الأب وهذا عندي إذا لم تكن له زوجة أجنبية، ثم الأخت بعد الأب".⁽¹⁾

وقالوا: "أقرب العصابات البنون وبنو البنين ثم الأب ثم الجد والإخوة للأب والأم أو للأب، فبنوا الإخوة للأب والأم، فبنوا الإخوة للأب وإن سفلوا، فالعم الشقيق ثم العم لأب، ثم ابن العم الشقيق ثم ابن العم لأب، ثم عم الأب لأب".⁽²⁾

فالمالكية رتبوا أصحاب الحضانة كالتالي:

الأم، ثم أم الأم، ثم الخالة، ثم الأب، ثم أم الأب، ثم الأخت، ثم العممة، ثم عمه الأب، ثم خالة الأب، ثم بنت الأخ، ثم بنت الأخت، ثم الأخ، ثم الجد، ثم ابن الأخ، ثم العم، ثم ابن العم. واختلفوا في الجد لأم قال اللخمي له الحق في الحضانة.

وقال الشافعية: "إذا اجتمع ذكور وإناث فالأم ثم أمهاتها ثم الأب، وقيل تقدم عليه الخالة والأخت من الأم، ويقدم الأصل على الحاشية، فإن فقد فالأصح الأقرب وإلا فالأنثى وإلا فيقرع".⁽³⁾

فالشافعية رتبوا أصحاب الحضانة كالتالي:

الأم، ثم أم الأم، ثم الأب، ثم أم الأب، ثم الجد، ثم الأخت، ثم الأخ، ثم الخالة، ثم العممة، ثم ابن الأخ، ثم العم، ثم ابن العم.

وقال الحنابلة: "أحق الناس بحضانة الطفل والمعتوه أمه، ثم أمهاتها الأقرب فالأقرب، ثم الأب، ثم أمهاته، ثم الجد، ثم أمهاته، ثم الأخت للأبوين، ثم الأخت للأب، ثم الأخت للأم، ثم الخالة، ثم العممة في الصحيح عنه، وعنه: الأخت من الأم والخالة أحق من الأب، فتكون الأخت من الأبوين أحق، ويكون هؤلاء أحق من الأخت من الأب ومن جميع العصابات، وقال الخرقي: وخالة الأب أحق من خالة الأم، ثم تكون للعصبة... فإن عدم هؤلاء كلهم فهل للرجال من ذوي الأرحام حضانة؟ على وجهين: أحدهما: لهم ذلك،

(1) أبو عمر يوسف القرطبي. الكافي في فقه أهل المدينة المالكي. دار الكتب العلمية. بيروت. ط2. 1992. ص 296 و297.

(2) أبو عمر يوسف القرطبي. المرجع السابق. ص 568.

(3) مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج. 195/5.

فيكون أبو الأم وأمهاته أحق من الخال، لأن لهم رحماً وقرابة يرثون بها عند عدم من هو أولى منهم، والوجه الثاني: لاحق لهم فيها وينتقل الأمر إلى الحاكم لأنهم ليسوا ممن يحضن بنفسه، ولا لهم ولاية لعدم تعصبيهم، أشبهوا الأجانب".⁽¹⁾

فالحنابلة رتبوا أصحاب الحضانة كالتالي:

الأم، ثم أم الأم، ثم الأب، ثم أم الأب، ثم الجد، ثم أم الجد، ثم الأخت، ثم الأخ، ثم الخالة، ثم العمّة، ثم خالة الأب، ثم خالة الأم، ثم العم.

وقال الظاهرية: "الأم أحق من الأب ثم الجدة ثم الأب ثم الجد ثم أخ أو أخت، فإن

تساوى الإخوة والأخوات فلأحوط في دينه ثم للأحوط في دنياه.

قال أبو محمد: فإن استتوا الأخوات أو الإخوة في كل ذلك أو الأقارب، فإن تراضوا

في أن يكون الصغير أو الصغيرة عند كل واحد منهم مدة فذاك لهم، فإن كان في ذلك

ضرر على الصغير أو الصغيرة، فإن كان تقدم كونه عند أحدهم لم يزل عن يده فإن أبوا فالقرعة".⁽²⁾

ثانياً: مناقشة آراء الفقهاء في ترتيب الحاضنين

بعد تعداد أقوال الفقهاء في مسألة مراتب الحضانة يتبين أنهم متفقون في بعض النقاط

ومختلفون في بعضها الآخر.

- فأما النقاط المتفق عليها فيما بينهم فتتمثل في نقطتين اثنتين:

- أما النقطة الأولى فهي أن الأم أولى بحضانة المحضون ثم أمها. إذ يتبين من أقوال

الفقهاء أنهم جميعاً على أن الأم في المرتبة الأولى ثم أمها في المرتبة الثانية ولا خلاف

بينهم في هذه النقطة بل الخلاف يبدأ من المرتبة الثالثة فيما يخص باقي الحاضنين.

أما دليلهم على أن الأم هي أول الأحقين بالحضانة حديث بن عمر أن امرأة قالت: يا

رسول الله إن ابني هذا كان بطني له وعاء وثديي له سقاء وحجري له حواء، وإن أباه

طلقني وأراد أن ينتزعه مني، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم "أنت أحق به ما لم

تتكحي".

(1) المبدع شرح المقنع 181/7.

(2) المحلي 324/10.

وأما دليلهم على أن أم الأم هي ثاني الأحقين بالحضانة بعد الأم حديث مسروق أن عمر رضي الله عنه طلق أم عاصم فكان في حجر جدته فخاصمته إلى أبي بكر رضي الله عنه، ففضى أن يكون الولد مع جدته وقال: "هي أحق به".

- وأما النقطة الثانية المنفق عليها فيما بين الفقهاء بخصوص مراتب الحضانة، فهي أن النساء أولى بالحضانة من الرجال، وهذه قاعدة منفق عليها ولا خلاف فيها بين الفقهاء، وقد برروا هذه القاعدة بقولهم أن الحضانة تربية والنساء أفدر وأصبر عليها من الرجال لوفور الشفقة والحنان عندهن.

- أما النقاط المختلف فيها بين الفقهاء بخصوص مراتب الحضانة فتتمثل في أربعة نقاط نذكرها فيما يلي:

- النقطة الأولى تتعلق بترتيب الحاضنين بعد الأم وأم الأم، فقال بعض الحنفية والظاهرية أم الأب، وقال بعض الحنفية والمالكية الخالة، وكذا قال بهذا بعض الشافعية، وقال الحنابلة وفريق آخر من الشافعية الأب.

كما "اختلفوا في الأخت من الأم: هل هي أولى من الأخت للأب ومن الخالة أم لا؟ قال أبو حنيفة: الأخت من الأم أولى من الأخت من الأب ومن الخالة، والخالة أولى من الأخت للأب في إحدى الروايتين، وفي الثانية: الأخت للأب أولى من الخالة وهي الأصح، وقال مالك: الخالة أولى منهما، والأخت من الأم أولى من الأخت للأب، وقال الشافعي وأحمد: الأخت للأب أولى من الأخت للأم ومن الخالة".⁽¹⁾

وتعليقا على هذا الخلاف نرى ترجيح جعل خالة المحضون في المرتبة الثالثة بعد أمه وأم أمه، ونعلل رأينا هذا بأن الخالة قد جاء حديث بشأنها، إذ لما اختصم علي وجعفر وزيد بن حارثة في ابنة حمزة بن عبد المطلب، قضى بها رسول الله صلى الله عليه وسلم لخالتها زوجة جعفر، وقال: "الخالة أم".

فلا دليل بخصوص مراتب الحضانة إلا على الأم وأم الأم والخالة، فأحرى أن يرتبوا كأوائل في أحقية الحضانة فتكون الأم هي الأولى وأم الأم هي الثانية والخالة هي الثالثة، أما باقي الحواضن فلا دليل على ترتيبهم لا من القرآن ولا من السنة ولا من أثر الصحابة، فكان ترتيبهم عند الفقهاء مبني على الاستحسان، فاستحسن كل رأيه، ولهذا نرى

(1) أبو عبد الله الشافعي. المرجع السابق. ص 459.

ترك مسألة ترتيب الحواضن من المرتبة الرابعة وما يليها للمشرع ليختار من آراء الفقهاء ما يراه أكثر استحسانا، ولا يكون بذلك مخالفا للشرع.

- أما النقطة الثانية التي اختلف فيها الفقهاء فهي حضانة ابن العم للجارية، فأما الحنفية والمالكية والحنابلة فقالوا بحضانة ابن العم بشرط أن لا تدفع له الجارية لأنه ليس من محارمها. وقال بعض الشافعية لا تدفع له الجارية مطلقا ولو غير مشتة، ويسلمها إلى ثقة. وقال بعض الحنفية "إذا لم يكن للجارية من عصباتها غير ابن العم فالاختيار إلى القاضي إن رآه أصلح ضم إليه وإلا فيضع عن أمينة"⁽¹⁾. وقال البعض الآخر منهم: "الصغيرة لا تدفع إلى عصابة غير محرم كمولى العتاقة وابن العم تحرزا عن الفتنة"⁽²⁾ وبه قال الحنابلة⁽³⁾ وقال الشافعية: "لا تسلم إليه مشتة"⁽⁴⁾ وبه قال المالكية وحددوا سننها بسبع سنين.

- أما النقطة الثالثة التي اختلف فيها الفقهاء فهي حضانة ذوي الأرحام من الرجال، واختلفوا على رأيين: الأول أن لهم الحضانة لأن لهم رحما وقرابة يرثون بها عند عدم من هو أولى منهم، وهو رأي الحنفية وبعض الحنابلة. والثاني أنه ليس لهم حضانة لأنه إذا فقد الإرث فلا حضانة وهو رأي الشافعية.⁽⁵⁾

- أما النقطة الرابعة التي اختلف فيها الفقهاء فهي معيار الأولوية عند تساوي الأقارب، قال الحنفية: فإن استووا فأصلحهم ثم أورعهم ثم أكبرهم، وقال الظاهرية إن تساوا فلا حوط في دينه، وقال الشافعية الأقرب وإلا فيقرع بينهم.⁽⁶⁾

نرى بعد كل هذا أنه يرتب الحاضنون على الراجح بجعل الأم هي الأولى ثم أمها ثم أختها أي خالة المحضون لورود أدلة بشأنهن، أما باقي الحاضنين فتترك السلطة التقديرية للقاضي ليختار أحدهم وفق ما تقتضيه مصلحة المحضون، فله أن يختار الأخذ بأحد آراء الأئمة ولا يكون بذلك مخالفا للشرع لأن ترتيبهم غير مبني على نص شرعي من الكتاب أو السنة أو الأثر وإنما مبني على الاستحسان، والاستحسان كما هو معروف مصدر من مصادر الشريعة الإسلامية، فأيهم اختار القاضي فصحيح.

(1) تحفة الفقهاء. 230/2.

(2) اللباب في شرح الكتاب 101/3 و102.

(3) المبدع شرح المقتنع 181/7 وما يليها.

(4) مغني المحتاج 193/5.

(5) اللباب في شرح الكتاب 102/3، المبدع شرح المقتنع 181/7، مغني المحتاج 193/5.

(6) اللباب في شرح الكتاب 102/3، المحلى 324/10، مغني المحتاج 195/5.

الفرع الثاني

مراتب الحضانة في قانون الأسرة

رتب المشرع أصحاب الحق في الحضانة بموجب نص المادة 64 من قانون الأسرة، ثم عدل عن هذا الترتيب وجاء بترتيب جديد بعد التعديل بموجب الأمر رقم 02/05 المؤرخ عام 2005، مما يجعلنا نتساءل: لماذا أحدث المشرع تعديلا في مسألة ترتيب أصحاب الحق في الحضانة؟ فهل كان الترتيب القديم مخالفا للشرع؟ وهل الترتيب الذي جاء به بعد التعديل مطابق للشرع؟ لمعرفة الجواب، نبين فيما يلي أولا مراتب الحضانة في قانون الأسرة قبل التعديل، وثانيا مراتب الحضانة في قانون الأسرة بعد التعديل.

أولا: مراتب الحضانة في قانون الأسرة قبل التعديل

تنص المادة 64 من قانون الأسرة قبل التعديل على ما يلي: "الأم أولى بحضانة ولدها ثم أمها ثم الخالة، ثم الأب ثم أم الأب ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك، وعلى القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة". من هذا النص يتبين أن المشرع طبق مبدأين رئيسيين من مبادئ الشريعة الإسلامية في الحضانة وهما:

- المبدأ الأول: هو جعل الأم أولى بالحضانة لوفور شفقتها لأنها الأشفق على ولدها، وهذا تطبيق حرفي لقول الرسول صلى الله عليه وسلم: "أنت أحق به ما لم تنكحي".
- المبدأ الثاني: هو جعل الحضانة تثبت للنساء أصلا قبل الرجال لأنهن أقدر وأصبر عليها منهم، ولهذا جعل أم الأم في المرتبة الثانية بعد الأم، وهذا تطبيق حرفي لقضاء أبي بكر في عاصم ابن عمر لجدته من أمه وقوله: "ريحها ومسها وريقها ومسحها خير له منك". كما جعل الخالة في المرتبة الثالثة بعد الأم وأم الأم، وهذا أيضا تطبيق لقول الرسول صلى الله عليه وسلم: "الخالة أم".

ويبدو أن المشرع قد اتبع المذهب المالكي في ترتيبه للحاضنين، ولهذا رتبهم ضمن نص المادة 64 المذكور كالتالي:

الأم، ثم أم الأم، ثم الخالة، ثم الأب، ثم أم الأب، ثم الأقربون درجة.
هذا وإن كان المشرع قد اختار المذهب المالكي في ترتيبه للحاضنين إلا أنه لم يُبين ترتيب باقي الحاضنين بعد أم الأب كما أحصاهم المذهب المالكي، بل اقتصر المشرع على ضمهم جميعاً ضمن مفهوم "الأقربين درجة" ولم يبين بالتفصيل ترتيبهم مما يُحيلنا إلى نص المادة 153 من قانون الأسرة التي رتبت العصابة كالتالي:

1. درجة الأبوة: وتشمل الجد لأب وإن علا.

2. درجة الأخوة: وتشمل الأخ وابن الأخ وإن نزلاً.

3. درجة العمومة: وتشمل العم وإن علا وابن العم مهما نزل.

وبهذا نستنتج أن الأقربين درجة بعد الجدة لأب يرتبون كالتالي:

الجد لأب، ثم الأخت، ثم الأخ، ثم بنت الأخ، ثم ابن الأخ، ثم العم، ثم ابن العم ولا حضانة له على أنثى لعدم المحرمية.

ويلاحظ أن ترتيب العصابة في المادة 153 ليس فيهم نساء، إلا أننا أدخلنا الأخت وبنت الأخ حسب قوة القرابة لأن الأخوة أقرب من العمومة، ولأنهن صاحبات حق في الحضانة عند المالكية وعند أغلب الفقهاء فأوردناهن مع الأقربين درجة.

أما ذوي الأرحام كالخال مثلاً فلم يبين المشرع إن كان لهم حقاً في الحضانة غير أننا نرى المشرع في نص المادة 168 من قانون الأسرة يورث ذوي الأرحام، مما يجعلنا نستنتج أنه يمكن إدخالهم مع أصحاب الحق في الحضانة.

وقد يرجع بعض فقهاء القانون سبب اقتصار المشرعين الوضعيين اليوم على بيان درجات معدودة لمراتب الحاضنين وعدم التفصيل الدقيق لتوضيحهم كما فعلت المذاهب إلى أن بعض الحاضنات المذكورات في المذاهب لا يمكنهن القيام بالحضانة في زماننا هذا، فقد قال الأستاذ أحمد نصر الجندي: "هذا ويلاحظ أن النص قد أسرف في ترتيب الحاضنات، وذهب بالحضانة بعيداً عن الأم لأم الأم، والأب وأم الأب في زمن تعمل فيه النساء وتترك كلاً منهن صغيرها في دور الحضانة. فبنت الأخت لأم وبنت الأخت لأب وغيرهن كثيرات ورد ذكرهن في النص لا يقبل عقلاً أن يعهد إليهن في هذا الزمن بحضانة الصغير والصغيرة، وأن يترك أعمالهن لهذه الحضانة. ولذلك فالترتيب الوارد بالنص ليس عملياً في زماننا هذا، وليس مؤدياً فعلاً إلى ما هو أصلح للصغير، والحضانة

مرادها نفعه فلا يمكن أن ننكر على الأب بعد الأم عطفه على صغيره وشفقته عليه، ولذلك يكون من الأوفق أن ننظر إلى الحضانة بترتيب يسير مع الزمن الذي نعيشه فتكون الحضانة للأم وأم الأم ثم أم الأب والأب بعدها مباشرة".⁽¹⁾

ونرد على هذا القول بأن الشريعة الإسلامية جاءت مناسبة لكل زمان ومكان ولا تتغير أحكامها بتغير الزمن، أما إذا كان في الحاضنات سبب يجعل إسناد الحضانة إليهن لا يقبل عقلا أو غير عملي في هذا الزمن الحالي، فإن الحل يكون بانتقال الحضانة إلى من بعدهن في الترتيب حسب ما تقتضيه مصلحة المحضون، وليس حلا أن يحذفن أصلا ونهائيا من الترتيب، لأنهن قد لا يصلحن للحضانة في حالة، وقد يصلحن لها في حالة أخرى مما يستدعي الرجوع إليهن في بعض الحالات.

ثانيا: مراتب الحضانة في قانون الأسرة بعد التعديل

أما بعد التعديل فقد نصت المادة 64 من قانون الأسرة المعدلة على ما يلي: "الأم أولى بحضانة ولدها ثم الأب ثم الجدة لأم ثم الجدة لأب ثم الخالة ثم العمّة ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك، وعلى القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة".

بعد هذا التعديل يمكننا إضفاء ثلاث ملاحظات هي كالاتي:

- يلاحظ أولا أن المشرع بموجب هذا التعديل لم يخرج عن مبدأ "أحقية وألوية الأم للحضانة"، لكنه خرج عن مبدأ "أن الحضانة تثبت للنساء"، وذلك لأنه جعل الأب في المرتبة الثانية بعد الأم مباشرة، وبذلك يكون قد خالف قضاء أبي بكر في عاصم ابن عمر بن الخطاب، وقوله رضي الله عنه في الجدة لأم: "ريحها ومسها وريقها ومسحها خير له منك" أي خير له من الأب.

وفي بحثنا عن موقف الشريعة الإسلامية من جعل الأب في المرتبة الثانية بعد الأم لم نجد سوى رواية واحدة فقط غير مشهورة للحنبالة تجعل الأب بعد الأم في مراتب الحضانة، فقد جاء في زاد المعاد لابن قيم الجوزية ما يلي: "فصل في بيان الأولى فالأولى من أهل الحضانة عند اجتماع الرجال والنساء. وأولى الكل بها: الأم ثم أمهاتها وإن علون

(1) أحمد نصر الجندي. الطلاق والتطليق وآثارهما. دار الكتب القانونية. مصر. 2004. ص 624 و625.

يقدم منهن الأقرب فالأقرب لأنهن نساء ولادتهن متحققة، فهن في معنى الأم: وعن أحمد: أن أم الأب وأمهاها يقدمن على أم الأم، فعلى هذه الرواية يكون الأب أولى بالتقديم، لأنهن يدلين به، فيكون الأب بعد الأم، ثم أمهاته، والأولى هي المشهورة عند أصحابنا⁽¹⁾. فوضع الأب في المرتبة الثانية بعد الأم مباشرة كما يتبين من كلام ابن قيم الجوزية غير مشهور عند الحنابلة أنفسهم، كما أنه غير معروف عند المذاهب الثلاثة الأخرى، بل الرواية الأصح والمشهورة عند الحنابلة هي جعل الأب في المرتبة الثالثة بعد الأم وأم الأم أو في المرتبة الرابعة بعد الأم وأم الأم والخالة أو الجدة لأب عند المذاهب الثلاثة الأخرى.

هذا وإن كان ليس بإمكاننا الجزم بأن نص المادة 64 من قانون الأسرة بعد التعديل هو مخالف للشرع لأنه قد ثبت أنه مطابق لإحدى روايات الحنابلة غير المشهورة، إلا أنه يمكننا القول أنه مخالف لما كان عليه الصحابة رضي الله عنهم فهو إذن مخالف للإجماع، ونرى وجوب إتباع إجماع الصحابة قبل التابعين خصوصا إن كانت رواية التابعين غير مشهورة.

- ويلاحظ ثانيا أن المشرع بموجب نص المادة 64 المعدل قد قدم الجدة لأب على الخالة، وهذا لا يتماشى مع المبدأ المستمد من قول الرسول صلى الله عليه وسلم: "الخالة أم"، وهذا لما قضى بابنة حمزة بن عبد المطلب لخالتها زوجة جعفر بن أبي طالب.

- ويلاحظ ثالثا أن المشرع بعد التعديل قد أضاف العمة وقد جعلها أولى من كل الحاضنين الذين يضمهم مفهوم "الأقربون درجة"، أي أنها قبل الأخت مثلا، وهذا مخالف لترتيب أغلب الفقهاء، فالأخت عندهم قبل العمة، خصوصا إن كانت أخت المحضون عند أبيها، فكون المحضون عند أخته وأبيه أولى من كونه عند عمته.

لهذا نرى أنه من الأحسن الأخذ بالترتيب الأول الذي وضعه المشرع قبل التعديل لأنه أصح من الترتيب الذي وضعه بعد التعديل وأقرب لأحكام الشريعة الإسلامية، كما أن المعروف أن الأب لا يحضن بنفسه بل بنساء عنده، وقد تكون زوجة الأب أو غيرها ممن لا مصلحة للمحضون فيه، فلا تكون ثمة مصلحة له في إسناد حضائته لأبيه إن لم تكن أمه. وهذا ما كان عليه موقف المحكمة العليا إذ جاء في أحد قراراتها ما يلي: "... إن

(1) زاد المعاد 447/5.

قضاة المجلس الذين قضوا بإسقاط حضانة الأولاد عن أمهم بناءً على طلبها وإلزام الأب بأخذهم وهو ليس حاضناً مباشراً بل يحضن بغيره من النساء (زوجته الثانية) التي ليست أكثر حناناً من أمهم فإنهم بقضائهم كما فعلوا خالفوا أحكام الحضانة...⁽¹⁾.

نخلص إلى القول أنه لترتيب الحاضنين حسب الأولوية يجب التمسك أولاً بالنصوص الواردة في الشريعة الإسلامية، فإن لم يكن نص نتبع الاستحسان. وكل من الأم وأم الأم والخالة قد ورد بشأنهم أدلة من السنة أو من أثر الصحابة ولهذا يجب جعلهن أولى ثم بعد ذلك يرتب الحاضنون وفقاً للاستحسان، ولهذا نقول أنه لترتيب الحاضنين نتمسك بثلاثة مبادئ رئيسية وهي:

– المبدأ الأول: الأم أحق بالحضانة لقول الرسول صلى الله عليه وسلم: "أنت أحق به ما لم تتكحي".

– المبدأ الثاني: أم الأم أحق بالحضانة بعد الأم لقول أبي بكر الصديق رضي الله عنه: "ريحها ومسحها وريقها ومسها خير له منك" أي من أبيه عمر.

– المبدأ الثالث: الخالة أحق بالحضانة بعد الأم وأم الأم لقول الرسول صلى الله عليه وسلم "الخالة أم".

وبعد هذا الترتيب يأتي الأب ثم أم الأب ثم الأقربون درجة، ويكون الترتيب للاستحسان لأنه لا نص وارد بشأن هؤلاء.

ونرى استحسان ترتيب الكل كما يلي:

الأم، ثم أم الأم، ثم الخالة، ثم الأب، ثم أم الأب، ثم الأخت، ثم العمّة، ويترك الباقي للسلطة التقديرية للقاضي في ترتيبهم حسب مصلحة المحضون.

وتجدر الإشارة إلى أنه إذا تعدد مستحقو الحضانة وكانوا من درجة واحدة تبقى السلطة

التقديرية للقاضي فيختار أصلحهم للمحضون ما دام المشرع قد قال: "مع مراعاة مصلحة

المحضون". فالمشرع لم يبين من الأصلح للمحضون وترك ذلك للقاضي، بينما فقهاء

الشريعة فصلوا في ذلك، فقال الحنفية "فإن استووا فأصلحهم ثم أورعهم ثم أكبرهم"⁽²⁾.

(1) المجلة القضائية. 1990. العدد 4. ص 75.

(2) الباب في شرح الكتاب 102/3.

وقال الشافعية والظاهرية بالقرعة بينهم⁽¹⁾. فهذه حلول أقرتها الشريعة الإسلامية ولم يعتمدها المشرع مما أضفى النقص على قانون الأسرة.

المطلب الثاني

مدة الحضانة في الشريعة والقانون

نبين مدة الحضانة في الشريعة الإسلامية، ثم مدة الحضانة في قانون الأسرة، ونقارن بينهما.

الفرع الأول

مدة الحضانة في الشريعة الإسلامية

للحضانة مدة حددتها الشريعة الإسلامية تنتهي بانتهاءها، إلا أن هذه المدة اختلفت فيها الفقهاء، مما يجعلنا نبين أولاً مدة الحضانة عند كل فقيه، ثم نبين ثانياً اختلاف الفقهاء في مدة الحضانة ليتسنى لنا ترجيح أحيرهم.

أولاً: مدة الحضانة عند فقهاء الشريعة

قال الحنفية: "الأم والجدات أحق بالغلام إلى أن يأكل وحده ويشرب وحده ويلبس وحده. وفي رواية عن محمد: ويتوضأ وحده أو يستتجى وحده، أما الجارية فهي أحق بها حتى تحيض. والقياس أن يكون لهن حق الحضانة في الغلام إلى وقت البلوغ لحاجة الصغار إلى التربية في الجملة إلى وقت البلوغ، إلا أننا استحسننا في الغلام لأنه يحتاج إلى التأديب والأب أقدر".⁽²⁾

طبقاً لقول الحنفية فإن مدة حضانة الذكر تمتد من الولادة إلى أن يستغني الولد عن خدمة النساء، ويكون ذلك في سن السابعة عند بعضهم أو في سن التاسعة عند البعض

(1) مغني المحتاج 195/5، المحلى 325/10.

(2) تحفة الفقهاء 229/2.

الآخر⁽¹⁾، وأما مدة حضانة الأنثى فتمتد من الولادة إلى أن تحيض أي بمعنى إلى وقت البلوغ.

وطبقا للقياس فإن حضانة كل من الذكر والأنثى تنتهي بالبلوغ، لكن الحنفية كما يتبين عدلوا عن القياس بخصوص الذكر وجعلوا حضانته تنتهي قبل البلوغ لحاجته إلى التأديب والتعليم ويكون من اختصاص الأب، وبهذا تنتهي حضانة الذكر قبل البلوغ ويضم إلى أبيه ليدر به على تعلم صنعة تنفعه في حياته. أما بخصوص الأنثى فقد تركوا حكم مدة حضانتها كما في القياس إلى البلوغ أي المحيض، لأنها تتعلم الصنعة من أمها. وقال المالكية: "الحضانة للأُم بعد الطلاق إلى احتلام الذكر ونكاح الأنثى ودخولها".⁽²⁾ طبقا لقول المالكية فإن حضانة الذكر تنتهي ببلوغه سن الاحتلام وهذا يعني بالبلوغ، وحضانة الأنثى تنتهي بزواجها ودخول الزوج بها، أي أن البنت تبقى في حضانة أمها إلى أن تتزوج ولا يكفي العقد عليها فلا تنتهي الحضانة بالعقد بل يجب الدخول بها وهنا تنتهي حضانتها.

وقال الشافعية: "إذا بلغ الولد عاقلا تنقطع عنه الحضانة والكفالة، ويبقى إسكانه". وقالوا: "إسكان بكر ولو رشيدة ثابت لأب، فالأب أب حتى تزوج وتزف". "فإذا كانت بكر غير مزوجة فعند أبويها إن اجتمعا، ومن اختارته منهما إن افترقا"، "وتجبر على ذلك لعرضتها للآفات، وقيل: لا تجبر لكن يكره لها مفارقتها".⁽³⁾

طبقا لقول الشافعية يتبين أنهم جعلوا مدة الحضانة سواء للذكر والأنثى تنتهي بالتمييز، فمتى بلغ المحضون ذكرا كان أم أنثى سن التمييز انتهت حضانته، وبعدها فله الخيار فيختار أمه أو أباه، فإن اختار أحدهما كان عنده وإن اختارهما معا أقرع بينهما. وإن اختار الذكر أمه كان عندها ليلا وعند أبيه نهارا ليتعلم صنعة الرجال، أما الأنثى إن اختارت أمها بقيت عندها.⁽⁴⁾

وقال الحنابلة: "إذا بلغ الغلام سبع سنين خَيْرٌ بين أبويه فكان عند من اختار منهما، وإذا بلغت الجارية سبعا فأبوها أحق بها".⁽⁵⁾

(1) عبد الرحمن الجزيري 1/4 577.

(2) أحمد بن غنيم المالكي. الفواكه الدواني على رسالة بن أبي زيد القيرواني. دار الكتب العلمية. بيروت. ط1. 1997. ج.2. ص105.

(3) زكريا بن محمد الأنصاري. الغرر البهية في شرح منظومة البهجة الوردية. دار الكتب العلمية. بيروت. ط1. 1997. ج.8. ص588.

(4) عبد الرحمن الجزيري 1/4 578.

(5) ابن قدامة المقدسي. عمدة الفقه في المذهب الحنبلي. المكتبة العصرية. صيدا. بيروت. 2003. ط1. ص112.

طبقا لقول الحنابلة فإن مدة الحضانة تنتهي ببلوغ المحضون سبع سنين سواء أكان ذكرا أو أنثى. أما الذكر فإنه بعد انتهاء الحضانة يخير بين أمه وأبيه فأيهما اختار كان عنده، بشرط أن لا يختاره لسهولته وإلا أجبر على اختيار الأصلح، فإن اختار أباه كان عنده ليلا ونهارا، وإن اختار أمه كان عندها ليلا وعند أبيه نهارا ليعلمه صنعة الرجال، فإن لم يختارها أو اختارهما معا أقرع بينهما. وأما الأنثى فإنها بعد انتهاء الحضانة ببلوغها سبع سنين ضمت إلى أبيها وبقيت عنده إلى البلوغ ثم إلى الزواج والزفاف بها.⁽¹⁾ وقال الظاهرية: "الأم أحق بحضانة الولد الصغير والابنة الصغيرة حتى يبلغا المحيض أو الاحتلام أو الإنبات مع التمييز وصحة الجسم".⁽²⁾

طبقا لقول الظاهرية فإن مدة الحضانة عندهم تنتهي بالبلوغ سواء أكان المحضون ذكرا أم أنثى. وبعد انتهاء الحضانة يسكن المحضون أينما أحب إلا إذا لم يؤمنا عليه فيجبر على السكن عند من يشرف عليه.

هذه جملة أقوال الفقهاء في مدة الحضانة في الشريعة الإسلامية، ونرى فيما يلي النقاط المختلف فيها فيما بينهم ليتسنى لنا ترجيح الأفضل.

ثانيا: مواطن اختلاف الفقهاء في مدة الحضانة

بعد تعداد آراء الفقهاء في مسألة مدة الحضانة يتبين أنهم جميعا متفقون على أن حياة الولد مرحلتان: مرحلة أولى ابتدائية وهي مرحلة الحضانة وتبدأ من الولادة وتنتهي بالبلوغ وتكون من اختصاص النساء، ومرحلة ثانية وتبدأ من بعد البلوغ إلى الرشد بالنسبة للذكر وإلى الزواج بالنسبة للأنثى وتكون من اختصاص الأب. غير أنهم اختلفوا في مدة الحضانة كما يلي:

- أما حضانة الذكر فتنتهي بالبلوغ عند جميع الفقهاء، غير أنهم اختلفوا في سن البلوغ، فحددها بعض الحنفية بسبع سنين وبعضهم الآخر بتسع سنين، وحددها الحنابلة بسبع سنين أيضا، ولم يحدد لها باقي الفقهاء سنا معينة حيث أن سن البلوغ عند المالكية والظاهرية يكون بالاحتلام، وعند الشافعية بالتمييز. لكن لا نرى في هذا المجال اختلافا فعليا، فالاحتلام والتمييز يكونان عمليا عند بلوغ الصبي سبع أو تسع سنين.

(1) كشف القناع 549/5.

(2) المحلى 323/10.

وقد استدل الحنفية على أن مدة حضانة الذكر تنتهي بالبلوغ الذي يقارب سبع سنين بقضاء أبي بكر رضي الله عنه في عاصم ابن عمر ابن الخطاب رضي الله عنه، حيث قضى به لجدته وقال: "ريحها ومسها وريقها ومسحها خير له منك حتى يشب الصبي" أي حتى يبلغ.

كما استدل المالكية والحنابلة على قولهم بأن مدة الحضانة تنتهي بالاحتلام بحديث الرسول صلى الله عليه وسلم: "أنت أحق به ما لم تتكحي". فقالوا أن النبي صلى الله عليه وسلم لم يقيد الحضانة بزمن، والمعقول أن الصبي يحتاج إلى أمه في مأكله وملبسه ونظافته إلى أن يبلغ، فبعد البلوغ يمكنه الاستغناء عن أمه.

أما بعد البلوغ فيضم الذكر إلى أبيه عند الحنفية، ويختار عند من يكون عند الشافعية والحنابلة. وبرر الحنفية قولهم بأن الابن ببلوغه سن التمييز يحتاج إلى تعلم صنعة الرجال فيضم إلى أبيه وبقائه عند أمه ضرر عليه. أما الشافعية والحنابلة فبرروا قولهم بأن الابن بعد بلوغه يختار لنفسه لأن الرسول صلى الله عليه وسلم خير غلاما بين أمه وأبيه، وكذا فعله الصحابة من بعده.⁽¹⁾

- وأما حضانة الأنثى فتنتهي بزواجها ودخول الزوج بها عند المالكية، وعند جمهور الفقهاء تنتهي بالبلوغ لا فرق بينها وبين الذكر.

وقد قال الحنفية في هذا أن الأنثى تبقى عند أمها حتى تحيض لأنها تحتاج في هذه الفترة إلى تعلم آداب النساء أما بعد البلوغ فتكون أحوج إلى التحصين وحفظ العرض، والأب أقدر على ذلك فتكون عنده، لأن الغرض من حضانة الأنثى في المرحلة الثانية التحصين وحفظ العرض وهو من اختصاص الأب، وبهذا قال الحنابلة.⁽²⁾

وقال الظاهرية: "إذا بلغ الولد أو الابنة عاقلين فهما أملاك بأنفسهما، ويسكنان أينما أحبنا، فإن لم يؤمنا على معصية من شرب خمر أو تبرج أو تخليط فلأب أن يمنعهما من ذلك ويسكنان حيث يشرف على أمورهما. برهان صحة قولنا قول الله عز وجل: "ولا تكسب كل نفس إلا عليها"... ولا معنى للفرق بين الذكر والأنثى في ذلك ولا لمراعاة زواج

(1) عز الدين الغرياني، المرجع السابق، ص 113 وما يليها.

(2) عبد الرحمن الجزيري 578 / 4.

الابنة لأنه شرع لم يأذن به الله تعالى وقد تزوج وهي في المهد وقد لا تتزوج وهي بنت تسعين سنة...".⁽¹⁾

ونرى بعد كل هذا ترجيح رأي الجمهور القائل بانتهاء حضانة الأنثى ببلوغها المحيض وذلك لأن تمديدتها إلى غاية زواجها وقد لا تتزوج فيه تمديد وإطالة لفترة الحضانة وإجحاف في حق الأب في ضم ابنته له وحفظ عرضها وصيانتها. أما بعد البلوغ فقال الحنفية والحنابلة تضم البنت للأب لأنها غير مأمونة على نفسها وتبقى عنده حتى الزفاف، وقال الشافعية والظاهرية تختار عند من تكون مثلها مثل الذكر. ونرى ترجيح ضمها لأبيها لتحسينها وحفظ عرضها.

الفرع الثاني

مدة الحضانة في قانون الأسرة

تنص المادة 65 من قانون الأسرة على ما يلي: "تنقضي مدة حضانة الذكر ببلوغه 10 سنوات والأنثى ببلوغها سن الزواج، وللقاضي أن يمدد الحضانة بالنسبة للذكر إلى 16 سنة إذا كانت الحاضنة أما لم تتزوج ثانية، على أن يراعي في الحكم بانتهائها مصلحة المحضون".

طبقاً لهذا النص تختلف مدة حضانة الذكر عن مدة حضانة الأنثى، فبين أولاً مدة حضانة الذكر، وثانياً مدة حضانة الأنثى.

أولاً: مدة حضانة الذكر

تبدأ حضانة الذكر منذ ولادته وتمتد إلى غاية أن يبلغ 10 سنوات كاملة، وعندها ينتهي حق حضانته عن أسننت له الحضانة، ويحق للأب أن يضم إليه ابنه.

فحسب المشرع لا يمكن للابن في مرحلة حضانته الأولى أن يستغني عن خدمة الحاضنة إلا بعد بلوغه سن العاشرة، ونرى أن هذه السن متأخرة نوعاً ما، فالولد يمكن أن

⁽¹⁾ المحلى 331/10.

يأكل ويشرب وحده، ويتطهر ويلبس وحده، ويعتني بنفسه وبنظافته وحده، كل هذا قبل بلوغه سن العاشرة، وإن كانت هذه الأمور الحياتية تختلف من ابن لآخر.

وقد سبقت الإشارة إلى أن سن انتهاء حضانة الذكر في الشريعة عند من حددها بالسن هي سبع سنين قمرية عند البعض، وتسع سنين قمرية عند البعض الآخر، وهي أقصى سن تحدد لانتهاء الحضانة عند فقهاء الشريعة الإسلامية، فالمشرع في قانون الأسرة تجاوزها بسنة، بل وأكثر لأن الحساب عنده بالسنوات الشمسية، مما يجعل مدة الحضانة تطول عندنا ويتأخر حق الأب في ضم ابنه إليه، وقد ينجر عن ذلك مشاكل إذ يفترق الابن لرقابة أبيه ويتربى على سهولة طبع الأم، إذ ببلوغه سبع أو تسع سنوات يحتاج الابن إلى تأديب الرجال وتعلم صنائع تنفعه في حياته ولا يتأتى هذا إلا مع الأب أو الحاضن الرجل.

فللحضانة كما سبق بيانه مرحلتان: مرحلة أولى تبدأ من الولادة إلى أن يشب الصبي، وتتضمن التربية والرعاية والاعتناء بالطفل من حيث الأكل والشرب ونظافة البدن، وتكون الأم أو غيرها من النساء الحاضنات أليق بها وأصبر وأقدر عليها من الرجال؛ ومرحلة ثانية تبدأ مباشرة بعد انتهاء المرحلة الأولى وتنتهي ببلوغ الطفل سن الرشد وتتضمن التعليم والتأديب وتدريب المحضون على صنعة تنفعه في حياته، وتكون هذه المرحلة من اختصاص الأب أو غيره من الرجال الحاضنين لأنهم أليق بها وأقدر عليها من النساء.

وبتحديد المشرع مدة الحضانة بعشر سنوات في مرحلتها الأولى يكون قد أطل هذه المرحلة وأخر حق الأب في ضم ابنه إليه استعداداً للمرحلة الثانية من الحضانة.

هذا وقد سمح المشرع للحاضنة إذا كانت أما للمحضون وغير متزوجة بتمديد فترة الحضانة إلى أن يبلغ المحضون الذكر 16 سنة، وبهذا يمكن للمحضون الذكر في قانون الأسرة أن يبقى في حضانة أمه إلى حين بلوغه سن 16 سنة، وبمفهوم آخر يمكن أن يتأخر أيضاً حق الأب في ضم ابنه إليه إلى غاية بلوغ هذا الأخير 16 سنة، مع العلم أننا لم نجد لهذا التمديد أثر في الشريعة الإسلامية، فهو بدون شك مخالف للشرع.

وتجدر الإشارة إلى أنه إذا كانت الحاضنة غير الأم، فلا حق لها في تمديد الحضانة، مما يعني أنه بعد بلوغ المحضون 10 سنوات يكون الأب أحق به من كل الحاضنين إن لم

توجد الأم أو سقطت حضانتها، وهذا مطابق لرأي الجمهور في ضم الابن لأبيه بعد انتهاء حضانتها.

نخلص إلى القول إلى أن مدة حضانة الذكر في قانون الأسرة طويلة نوعا ما يستحسن تقصيرها وردها إلى سن التمييز وتحديدها بتسع سنوات قمرية كحد أقصى، كما أن تمديد الحضانة بطلب من الأم لم نجد له أثر في الشرع ونرى استحسان إلغاء هذا الحق، والنص على حق الأب في ضم ابنه إليه بعد انتهاء حضانتها.

ثانيا: مدة حضانة الأنثى

تبدأ مدة حضانة الأنثى بالولادة وتنتهي ببلوغها سن الزواج، وسن الزواج بعد التعديل طبقا للمادة 7 من قانون الأسرة هي 19 سنة كاملة، وبلوغ البنت هذه السن تنتهي حضانتها، ولم يبين المشرع مصير البنت بعدها هل تبقى مع أمها أم تضم إلى أبيها، لكن يفهم ضمنا أن انتهاء الحضانة يعني حق الأب في ضم ابنته إليه. وتجدر الإشارة إلى أن المشرع يقصد ببلوغ المحضون البنت سن الزواج بلوغها سن 19 سنة وإن لم تتزوج، والحقيقة أن سن الزواج في الشرع لم يحدد بـ 19 سنة بل ببلوغ الأنثى سن المحيض مع إطاقتها للوطأ، بدليل أن النبي صلى الله عليه وسلم دخل على عائشة وهي بنت تسع سنين، ولهذا نرى أن تحديد سن الزواج بـ 19 سنة غير مطابق للشرع، هذا من جهة.

ومن جهة أخرى فقهاء الشريعة الإسلامية منهم من حدد انتهاء مدة حضانة الأنثى ببلوغها المحيض، ومنهم من حددها بزواجها ودخول زوجها بها كما ذهب إليه المالكية، وبهذا فإن الأنثى بعد انتهاء حضانتها إما بالمحيض فتنقل إلى أبيها أو بالزواج فتنقل إلى بيت زوجها، في كلتا الحالتين ستكون في حوزة رجل مادام يسمح بزواجها وهي صغيرة. أما المشرع في قانون الأسرة فإنه لم يأخذ بأي من الرأيين وحدد مدة الحضانة بـ 19 سنة مع عدم السماح بالزواج قبل هذه السن، وقد لا تتزوج البنت فتحدد مدة الحضانة بـ 19 سنة على أنه سن الزواج وقد لا تتزوج البنت، لا يكون معه أي معنى لسن الزواج مع عدم زواجها، ومعنى هذا أن البنت في قانون الأسرة منذ بلوغها المحيض إلى غاية بلوغها 19 سنة تكون عند أمها، وفي هذه الفترة لا تكون في حوزة رجل، وبالتالي

لا يتحقق المقصود من الحضانة وهو حفظ وصيانة عرض البنت، فحفظ العرض وصيانتها كما هو معلوم من اختصاص الأب أو غيره من الرجال الحاضنين لأنهم أقدر على ذلك من النساء.

ولهذا نرى أنه على المشرع أن يختار في تحديد سن حضانة الأنثى إما برأي الجمهور الذي يقول مدة حضانة الأنثى تنتهي ببلوغها المحيض، وإما برأي المالكية الذي يقول أن مدة حضانة الأنثى تنتهي بزواجها الفعلي ودخولها لا ببلوغها سن الزواج، وقد أعجبني قول ابن حزم الظاهري في هذا إذ قال: "لا معنى لمراعاة زواج الابنة لأنها قد تزوج وهي في المهد وقد لا تتزوج وهي بنت تسعين سنة"، فيكون هنا رأي الجمهور هو الراجح إذ تنتهي الحضانة بالبلوغ، ولا يعقل أن يرتبط انتهاءها بالزواج لأن الزواج قد لا يقع مدى الحياة، فلا يعقل أن تبقى الأنثى محضونة مدى الحياة.

نخلص إلى القول أن مدة حضانة الأنثى في قانون الأسرة لا تطابق أي مذهب من المذاهب، فلا شك أنها مخالفة للشرع، ونرى استحسان إتباع الجمهور في تحديدها وجعلها تنتهي ببلوغ البنت المحيض، مع النص على حق الأب في ضم ابنته إليه بعد انتهاء حضانتها.

المبحث الثاني

أجرة الحضانة ومكان ممارستها

ندرس في هذا المبحث أجرة الحضانة ثم مكان ممارستها، مع مقارنة أحكام الشريعة الإسلامية ونصوص قانون الأسرة المتعلقة بالمسألتين.

المطلب الأول

أجرة الحضانة

ندرس في الفرع الأول أجرة الحضانة في الشريعة الإسلامية، وندرس في الفرع الثاني أجرة الحضانة في قانون الأسرة.

الفرع الأول أجرة الحضانة في الشريعة الإسلامية

إذا وقع الطلاق بين الرجل والمرأة وبينهما أولاد في سن الحضانة، وإذا أسندت الحضانة للأم وكانت مازالت في عدة الطلاق، فهي في حكم الزوجة ينفق الزوج المطلق عليها وعلى أبنائه منها، فلا مجال إذن للحديث عن أجرة الحضانة. أما إذا وقع الطلاق بائنا، أي بانث الزوجة من زوجها وصارت في حكم الأجنبية لا تربطها به أية علاقة، فإذا أسندت إليها حضانة الأولاد فإن المحضون تكون له النفقة على أبيه بلا جدال لأنه ابنه، والأب ملزم بالإنفاق على ولده، أما الحاضنة التي لا تربطها بزوجها علاقة فهل تستحق أجرا على الحضانة؟ أي هل يلتزم الأب بدفع أجرة الحضانة للحاضنة سواء أكانت أم أم غيرها؟ وعلى أي أساس مادامت أجنبية؟
اختلف الفقهاء في هذه المسألة، فنبين أولا أقوالهم فيها، ثم نناقش ثانيا آرائهم لترجيح أحيرهم.

أولا: أجرة الحضانة عند فقهاء الشريعة

قال الحنفية: "ذكر في السراجية أن الأم تستحق أجرة على الحضانة إذا لم تكن منكوحة ولا معتدة لأبيه، وتلك الأجرة غير أجرة إرضاعه.⁽¹⁾
فالحنفية يرون أن الأب علاوة على دفعه نفقة الولد، فهو ملزم أيضا بأجرة الحضانة يدفعها للحاضنة، وإن كانت هذه الأخيرة حاضنة ومرضعة فيدفع لها أجرة حضانة وأجرة رضاع بصفة مستقلة.

وإذا وجدت متبرعة بالحضانة تحضن الولد مجانا والأم تطالب بأجرة، فإن كان الأب موسرا تبقى الحضانة من حق الأم وبأجرة، أما إذا كان الأب معسرا ولم يكن للمحضون مال، فإن الأم تختار بين أن تحضن الولد مجانا أو تدفعه للمتبرعة، وقال بعضهم: المتبرعة أولى بالحضانة. جاء في الفتاوى الهندية: "إذا كان الأب معسرا وأبت الأم أن

(1) الفتاوى الهندية 543/1.

تربي إلا بأجرة وقالت العمة أنا أربي بغير أجره فإن العمة أولى هو الصحيح" (1). وجاء في الفتاوى الخانية: "الصحيح أن يُقال للأُم إما أن تمسكي الولد بغير أجر وإما أن تدفعي إلى العمة". (2)

وتجدر الإشارة إلى أنه لا يلزم الأب بأجرة الحضانة إلا إذا لم يكن للمحزون مال، أما إن كان له مال فأجرة حضنته من ماله.

وقال المالكية: "لا تستحق الحاضنة شيئاً لأجل حضانتها لا نفقة ولا أجره حضانة إلا أن تكون الحاضنة أم المحزون وهي فقيرة والمحزون موسر، وإلا وجب لها أجره الحضانة، لأنها تستحق النفقة في ماله من حيث فقرها ولو لم تحضنه والله أعلم". (3) فعند المالكية لا تستحق الحاضنة أجره الحضانة وبالتالي لا يلتزم الأب بأن يدفع لها شيئاً، أما إذا كانت أم المحزون فقيرة فتأخذ نفقتها من مال المحزون لأنه ابنها ولها حق في النفقة من مال ابنها لفقرها لا لحضانتها، فالأب عند المالكية لا يلتزم إلا بنفقة المحزون.

وقال الشافعية: "تصح الإجارة لحضانة ولإرضاع ولا يتبع أحدهما الآخر في الإجارة لإفراد كل منهما بالعقد وتصح لهما معاً". (4)

فعند الشافعية إذا كان عقد الإجارة يصح أن يكون محله منفعة الحضانة، فهذا يعني أنهم يقولون بحق الحاضنة في أجره الحضانة. وتكون من مال الصغير وإلا فعلى الأب. وقال الحنابلة: إذا اعتبرنا الحضانة حقاً للحاضن، فلا يجب عليه خدمة الولد أيام حضنته إلا بأجرة، وإذا اعتبرنا الحضانة حقاً للمحزون وواجباً على الحاضن، فعندها تجب عليه الحضانة مجاناً، إلا إذا كان الحاضن فقيراً، فله الأجره على الحضانة. (5)

(1) الفتاوى الهندية 543/1.

(2) الفتاوى الخانية 423/1.

(3) الفواكه الدواني 108/2.

(4) زكريا الأنصاري. فتح الوهاب بشرح منهج الطلاب. دار الكتب العلمية. بيروت. ط1. 1998. مج2. ص427.

(5) زاد المعاد 451/5.

ثانيا: مواطن اختلاف الفقهاء في أجره الحضانة

يتبين بعد سرد أقوال الفقهاء في مسألة أجره الحضانة أنهم مختلفون في هذه المسألة

على رأيين:

- الرأي الأول: ويقول بأن الحاضنة ليس لها حق في أجره الحضانة.
 - الرأي الثاني: ويقول بأن الحاضنة لها حق في أجره الحضانة، وتدفع لها من مال المحضون فإن لم يكن له مال، فعلى الأب أن يدفع لها أجره حضانة ولده.
- ولكل منهما تبريرات لرأيه نبينها فيما يلي:

1- الرأي الأول: الحاضنة لا حق لها في أجره الحضانة بل تحضن مجانا، وهو قول المالكية وهو المشهور عندهم.

ويُبرر المالكية رأيهم هذا بأن الحاضنة إن لم تكن زوجة حقيقة أو حكما بأن تكون في العدة، فهي أجنبية عن أب المحضون ولا حق لها عليه، وبالتالي لا يلتزم تجاهها بأي حق مالي، لا نفقة ولا أجره حضانة، ثم أن الأجره تدفع لصاحب الحق فيها مقابل عمل يؤديه غير واجب عليه، أما الحاضنة فالحضانة واجبة عليها لأنها حق للمحضون وعمل الواجب لا يستحق مقابله أجرا.

وفي حالة ما إذا كانت أم المحضون فقيرة، فتأخذ نفقتها من مال المحضون لأنها أمه، فلألم حق في مال ابنها إن كان موسرا وكانت فقيرة، وفي هذه الحالة تعتبر هذه النفقة حق لها نفقها وليس كمقابل لحضانتها.

2- الرأي الثاني: يرى أن الحاضنة لها الحق في أجره الحضانة، وتكون على أب

المحضون إن لم يكن للمحضون مال وهو قول الحنفية والشافعية والحنابلة.

ويُبرر الجمهور رأيهم هذا بأن للحاضنة حق في أجره الحضانة وإن كانت أجنبية قياسا على أجره الرضاع، فقد قال الله تعالى: "فإن أرضعن لكم فآتوهن أجورهن" وهذا في المطلقات البائعات، فالمرضعة لها حق في أجره الرضاع وإن كانت أما للرضيع بشرط أن تكون قد بانّت من أب الرضيع، لأنها لو كانت زوجة أو معتدة فإنها سيكون لها عليه حق في النفقة وبالتالي لا أجره لها، وقياسا على أجره الرضاع فالمطلقة البائن إن حضنت الصغير لها حق في أجره الحضانة بشرط أن لا تطلب أكثر من أجر المثل الذي تعرضه

المتبرعة بالحضانة لأنه فيه إضرار بالأب، وقد قال الله تعالى: "وإن تعاسرتن فسترضع له أخرى". وقال تعالى: "لا تضار والدة بولدها ولا مولود له بولده".

وبرر بعضهم رأيهم هذا بأن الحضانة حق للحاضنة وليست واجبة عليها، بدليل قول الرسول صلى الله عليه وسلم: "أنت أحق به ما لم تتكحي"، فكلمة أحق به تعني أن الحضانة حق لها لا عليها، ولهذا فهي لا تقوم بواجب، ومن ثم فإن حضانة قامت بعمل يتطلب أجراً، فوجب لها أجر الحضانة.

وقد رجح فقهاء الشريعة المعاصرون الرأي القائل بأن للحاضنة حق في أجر الحضانة لأنها حبست نفسها من أجل تربية المحضون ورعايته، فتستحق أجره نظير حبسها ونظير عملها المتمثل في منفعة الحضانة.⁽¹⁾

ونرى أن هذا الرأي أقرب للصواب، فقد ذهب إليه الجمهور ثم أنه يركز على أدلة أقوى وهي القياس على أجر الرضاع المنصوص عليها شرعاً في القرآن الكريم فأحرى أن يتبع، والله أعلم.

الفرع الثاني

أجر الحضانة في قانون الأسرة

موقف المشرع من أجر الحضانة يتبين واضحاً إذ لم ينص في قانون الأسرة على أن الحاضنة تستحق أجر الحضانة بل نص على أن المحضون له نفقة على أبيه كما يتبين من نص المادة 72 من قانون الأسرة قبل التعديل والتي تقضي بما يلي: "نفقة المحضون وسكناه من ماله إن كان له مال وإلا فعلى والده أن يهيئ له سكناً...". فطبقاً لهذا النص، كان المشرع يفرض على الأب نفقة أبنائه المحضونين ولا شيء للحاضنة مقابل قيامها بعمل الحضانة.

وبهذا يكون المشرع قد اتبع رأي المالكية في أن الحاضنة لا حق لها في أجر الحضانة على أب المحضون أو وليه.

(1) عبد الحميد عبد الرحمن الفقي. المرجع السابق. ص 165.

وبهذا فحسب المشرع، إذا كانت الحاضنة معسرة لا مال لها، فنفقتها من مال المحضون، فإن لم يكن له مال كان للحاضنة أن تتفق على نفسها قسطا من النفقة التي يدفعها أب المحضون لها لتنفقها على المحضون، فهذه النفقة حسب المشرع يمكن للزوجة أن تتفقها على المحضون وعليها، غير أن أخذها نصيبها من هذه النفقة كان لعسرها وليس مقابل القيام بالحضانة.

وكنا نحبذ لو اتبع المشرع رأي الجمهور، وبهذا يجعل للحاضنة أجرا مقابل قيامها بالحضانة، وهذا لأن الله تعالى أعطى المرضعة أجره الرضاع بنص القرآن هذا من جهة، ومن جهة أخرى فقد قررت الشريعة الإسلامية قاعدة "من حبسته وجبت عليك نفقته"، والحاضنة محبوسة لأجل حضانة ولده فوجب عليه نفقتها. هذا وقد ألغى المشرع هذا النص بموجب التعديل فزاد المسألة تعقيدا كما سيتبين.

المطلب الثاني

مسكن الحضانة

نتساءل أين تمارس الحاضنة حضانة الأولاد بعد الطلاق، هل يلتزم الزوج المطلق بتوفير مسكن للحضانة لها أم أن هذا الإلتزام لا يقع على عاتق الزوج؟ وإن كان الأمر كذلك فمن يلتزم بمسكن الحضانة؟

الفرع الأول

مسكن الحضانة في الشريعة الإسلامية

إن الحاضنة إذا كانت أما للمحضون وزوجة لأبيه لاشك في أن تمارس الحضانة في مسكن الزوجية، وكذلك إذا كانت معتدة لأبيه، ولا يثور هنا إشكال، إنما يثور الإشكال عندما تكون الحاضنة أجنبية عن أب المحضون بعد بينونة طلاقها منه، فأين تمارس الحضانة إن لم يكن لها مسكن تملكه، فهل على أب المحضون أن يوفر لها مسكنا للحضانة أم أنه لا يلتزم بذلك بحكم كون الحاضنة أجنبية عنه لا تلزمه نفقتها، مع العلم أنه

لاشك في أنه يقع عليه نفقة ولده المحضون بما فيها المأكل والملبس والمسكن، فإن كان يقع عليه إلتزام بإسكان المحضون والمحضون لصيق بالحاضنة، فهل عليه إسكانها أيضا؟
اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية في مسكن الحاضنة على رأيين: رأي أول يرى بأنه لا يلتزم الأب بتوفير مسكن الحضانة للحاضنة ما دامت أجنبية. ورأي ثان يرى بأن إلتزام إسكان الحاضنة يقع على أب المحضون ولو كانت الحاضنة أجنبية.
ندرس كلا من هذين الرأيين على حدة فيما يلي:

أولا: الرأي الأول

يقول أصحاب هذا الرأي بأنه ليس على أب المحضون أن يوفر للحاضنة مسكنا لتمارس فيه الحضانة، وهو رأي الحنفية.
ويستند الحنفية في تبرير قولهم على أدلة من القرآن ومن السنة ومن أثر الصحابة. (1)
- أما دليلهم من القرآن قوله تعالى في الآية 233 من سورة البقرة: "والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف لا تكلف نفس إلا وسعها، لا تضار والدة بولدها ولا مولود له بولده وعلى الوارث مثل ذلك".

فهذه الآية تدل على أنه لأم المحضون حق في إرضاعه، وإن باننت من زوجها فلها الحق في الإرضاع بأجرة، ويلتزم أب المحضون برزقها وكسوتها لأجل الإرضاع لأنها لم تعد زوجة فأكد حقها فيهما، وذكر بالتفصيل أن الأب يلتزم بالمأكل والكسوة، ولم يذكر المسكن، فدل على عدم وجوبه على أب المحضون.

- وأما دليلهم من السنة فقول الرسول صلى الله عليه وسلم لفاطمة بنت قيس التي طلقها زوجها البتة فصارت أجنبية فقال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم: "إنما النفقة والسكنى للمرأة إذا كان لزوجها عليها رجعة".

فهذا الحديث يدل على وجوب النفقة والسكنى على الزوج المطلق لزوجته المعتدة الرجعية لأنها في حكم الزوجة، أما البائن الأجنبية فلا نفقة لها ولا سكنى وإن كانت

(1) محمد محمود حسين أحمد منصور. مسكن الزوجية. رسالة ماجستير. جامعة القاهرة. مصر. بدون سنة. ص 297. أنظر كذلك: عبد الرحمن الجزيري. المرجع السابق. ص 580 وما يليها.

حاضنة مادام أن الحديث عام في كل البوائن ولم يستثن الحواضن فدل على أنه لا سكنى لهن على أب المحضون.

- وأما من أثر الصحابة فاستدل أصحاب هذا الرأي على عدم وجوب سكنى الحاضنة على أب المحضون بما روي عن مسروق أن عمر رضي الله عنه طلق أم عاصم فكان في حجر جدته فخاصمته إلى أبي بكر رضي الله عنه، فقضى أن يكون الولد مع جدته والنفقة على عمر رضي الله عنه وقال: هي أحق به.

قالوا أن زوجة عمر ابن الخطاب بعد طلاقها منه رضي الله عنه وأسندت الحضانة لها، أخذت ابنها إلى بلدتها ومسكنها، ولو كان لها الحق في السكنى على عمر لأمرها بالعودة، ولأسكنها بجواره لتحضن عاصم قريبا منه، ثم لما تزوجت أم عاصم آلت حضانة عاصم إلى جدته فأسكنته معها.

يتبين إذن عند أصحاب الرأي الأول أن أب المحضون لا يلتزم بإسكان الحاضنة، فإن كانت فقيرة فلها أن تأخذ نفقتها من نفقة ابنها، فقد جاء في الفتاوى الخانية ما يلي: "فإن كان للصغير أم بانة عن زوجها واحتاجت إلى النفقة كان لها أن تأكل من كسب ولدها صغيرا كان الولد أو كبيرا".⁽¹⁾

ثانيا: الرأي الثاني

يقول هذا الرأي أنه على الأب وجوب إسكان الحاضنة بمحضونيتها، وهذا القول هو المشهور عند المالكية، وقد قال به بعض الأحناف.

جاء في رد المحتار: "سئل أبو حفص عن لها إمساك الولد وليس لها مسكن مع الولد؟ فقال: على الأب سكنهما جميعا".⁽²⁾

وقال الحنفية أيضا: "أن الحاضنة إذا كان لها مسكن ويسكن الولد تبعها لها فلا يقدر لها أجره مسكن، وإن لم يكن لها مسكن قدر لها أجره مسكن لأنها مضطرة إلى إيوائه وهذا هو الذي ينبغي العمل به".⁽³⁾

(1) الفتاوى الخانية 447/1.
(2) حاشية رد المحتار 611/3.
(3) عبد الرحمن الجزيري 580/4.

وأما المالكية فجاء في حاشية الدسوقي ما يلي: "وأما السكنى فمذهب المدونة الذي به الفتوى أنها على الأب للمحضون والحاضنة معا ولا اجتهاد فيه، وقال سحنون سكنى الطفل على أبيه وعلى الحاضنة ما يخص نفسها بالاجتهاد فيهما أي فيما يخص الطفل وما يخص الحاضن".⁽¹⁾

فالمشهور عند المالكية أن السكنى على الأب، فإن لم يكن له مسكنا فيكون عليه الكراء. وتجدر الإشارة إلى أن المالكية يذهبون إلى وجوب السكنى على الأب للحاضنة إذا لم يكن لها مسكن، فإن كان لها مسكن ويسكن الولد تبعا لها فلا شيء على الأب. فقد جاء في حاشية الدسوقي أن: "الحاضنة إذا أسرت دون الأب لم يكن على الأب سكنى".⁽²⁾ هذه هي أقوال من يرى بوجوب سكنى الحاضنة على أب المحضون.

وهناك رأي وسط بين الرأيين يقول بأن مسكن الحضانة يكون بالتوزيع على أب المحضون والحاضنة باجتهاد القاضي. وبهذا قال بعض المالكية إذ قالوا: "والسكنى توزع على أبي المحضون والحاضنة بالاجتهاد من أهل المعرفة فيما يخص المحضون فهو على أبيه وفيما يخص الحضانة فهو عليها... ويكون على الأب من الكراء على قدر ما يجتهد، وقال يحيى بن عمر على قدر الجماجم. قال: سحنون: تكون السكنى على حسب الاجتهاد"⁽³⁾. وقال بعضهم: "يجعل نصف أجرة المسكن مثلا على أبي المحضون ونصفها على الحاضن، أو ثلثها مثلا على أبي المحضون وثلثاها على الحاضن أو العكس، وقيل توزع على الرؤوس. وروي أنها على الموسر من الأب والحاضنة".⁽⁴⁾

بعد سرد أقوال الفقهاء في مسألة مسكن الحضانة مال بعض الباحثين إلى ترجيح القول الأول بعدم وجوب السكنى للحاضنة على الأب وذلك لقوة أدلتهم المستمدة من القرآن والسنة وأثر الصحابة مقابل خلو الأدلة عند أصحاب الرأي الثاني.⁽⁵⁾

ونرى أن هذه المسألة مادام أنه لم يرد بشأنها نص صريح من الكتاب ولا من السنة ولا من قول الصحابة صراحة، فإنه يترك أمرها لاجتهاد القاضي لحل المشاكل المطروحة على القضاء كل على حدة، والله أعلم.

(1) حاشية الدسوقي 533/2.

(2) حاشية الدسوقي 534/2.

(3) شرح منح الجليل. 459/2.

(4) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير. 534/2.

(5) محمد محمود حسين أحمد منصور. المرجع السابق. ص 297.

الفرع الثاني

مسكن الحضانة في قانون الأسرة

تنص الفقرة 2 من المادة 52 من قانون الأسرة قبل التعديل على ما يلي: "وإذا كانت (يعني المطلقة) حاضنة ولم يكن لها ولي يقبل إيوائها يضمن حقها في السكن مع محضونها حسب وسع الزوج. ويستثنى من القرار بالسكن مسكن الزوجية إذا كان وحيدا. تفقد المطلقة حقها في السكن في حالة زواجها أو ثبوت انحرافها".

وتنص المادة 72 من قانون الأسرة قبل التعديل على ما يلي: "نفقة المحضون وسكنه من ماله إذا كان له مال، وإلا فعلى والده أن يهيئ له سكنا، وإن تعذر فعليه أجرته".

هذا قبل التعديل أما بعد التعديل فألغيت الفقرة 2 من المادة 52 نهائيا، وعدلت المادة 72 كما يلي: "في حالة الطلاق يجب على الأب أن يوفر لممارسة الحضانة سكنا ملائما للحاضنة، وإن تعذر ذلك فعليه دفع بدل الإيجار.

وتبقى الحاضنة في بيت الزوجية حتى تنفيذ الأب للحكم القضائي المتعلق بالسكن".

وعلى هذا فإن مسألة مسكن الحضانة في قانون الأسرة قد مرت بحكمين نراهما فيما يلي:

أولا: مسكن الحضانة في قانون الأسرة قبل التعديل

طبقا للمادة 2/52 وكذا المادة 72 من قانون الأسرة قبل التعديل، كانت المطلقة الحاضنة في غالب الأحيان تعود إلى وليها الذي يأويها مع محضونها، فإن لم يقبل إيواء محضونها، ألزم المشرع أباهم بإسكانهم والحاضنة إما في مسكنه إذا كان له مسكن آخر، وإما في مسكن مؤجر إذا كان له مسكن وحيد لا يملك غيره.

وتقبض الحاضنة من أب المحضون نفقة المحضون وكذا أجره المسكن المؤجر للحضانة، وهذا إذا لم يكن للمحضون مال، وهو الغالب في الأحوال.

وبموجب هذين النصين فإن المشرع يكون قد طبق أحكام الشريعة الإسلامية في المسائل التالية:

- نفقة المحضون وسكناه من ماله إن كان له مال. وهذا ما أقرته أحكام الشريعة الإسلامية، إذ أقر الفقهاء أن الأب يلتزم بنفقة ولده من طعام وكسوة ومسكن إلا إذا كان للولد مال، فلا شيء على أبيه عندئذ.

- المطلقة بعد بينونتها وانتهاء عدتها تعود إلى بيت وليها ويُجبر وليها على إيوائها، وهذا ما ثبت من قضية زوجة عمر بن الخطاب رضي الله عنه، إذ بعد طلاقها وبينونتها من عمر عادت إلى بلدة أهلها مع ابنها عاصم.

- إذا لم يقبل ولي المطلقة الحاضنة إيواء أبنائها، لم يجبره المشرع على ذلك لما فيه من ضرر للمحضون الذي يجب إسكانه في بيت ليس فيه من يبغضه، وتحقيقاً لمصلحة المحضون من هذه الناحية، فقد ألزم المشرع أب المحضون أن يهيئ للحاضنة سكناً ملائماً تمارس فيه الحضانة، إما ملكاً له أو مستأجراً له، وهذا الحكم أقره كما تبين سابقاً بعض الحنفية بقولهم: "على الأب سكتاهما جميعاً"، وهو المشهور عند المالكية إذ أن مذهب المدونة يذهب إلى إلزام الأب بتوفير مسكن لممارسة الحضانة أو دفع كرائته.

- يسقط حق الحاضنة في مسكن الحضانة بزواجها أو ثبوت انحرافها، وما هذا السقوط إلا بسبب سقوط حقها في الحضانة، فالحضانة تسقط بزواج الحاضنة، كما تسقط بسبب فسقها، وهذا مقرر في أحكام الشريعة الإسلامية، وبسقوط الحضانة يعود للأب حقه في المسكن.

وبهذا نرى أن نص المادتين يسايران الشرع في أحكامهما، غير أنه إن كان نص المادة 72 لا بأس به، فإن نص المادة 52 يؤخذ عليه بعض النقائص نعرضها فيما يلي:

- قال المشرع بأنه على الأب أن يضمن للحاضنة حقها في السكن مع محضونيتها، ولم يقل مع محضونها، فكلمة "محضونيتها" بصيغة الجمع تعني أن يكون للحاضنة أكثر من ولد واحد، ويُعتبر هذا حسب النص بمثابة شرط لاستحقاق الحاضنة الحق في مسكن الحضانة. ولعل هذا ما أوقع المحاكم في خلاف حيث قضت بعض المجالس بأن الحاضنة لا يحق لها المطالبة بسكن لممارسة الحضانة أو أجرته إلا إذا كانت حاضنة لأكثر من ولدين، غير أن المحكمة العليا كان لها رأي مخالف ولم تعتبر صيغة الجمع على أنها شرط، حيث جاء في قرارها ما يلي: "من المقرر قانوناً أن نفقة المحضون وسكناه من ماله إن كان له مال وإلا فعلى والده أن يهيئ له سكناً، أما إذا تعذر فعليه أجرته. ولما ثبت من قضية

الحال أن قضاة المجلس أسسوا قرارهم المنتقد على أن الطاعنة لا يحق لها المطالبة بسكن لممارسة الحضانة أو أجرته إلا إذا كانت حاضنة لأكثر من ولدين، فإنهم بذلك قد أساءوا تطبيق القانون وكان يتوجب عليهم إلزام المطعون ضده بتوفير سكن للحاضنة أو تسليم أجرته مما يتعين معه نقض وإبطال قرارهم⁽¹⁾.

- قال المشرع بأنه يستثنى من القرار بالسكن مسكن الزوجية إذا كان وحيدا. فعبارة "مسكن الزوجية" خاطئة لأنها تعني المسكن الذي يتقاسمه الزوجان خلال الحياة الزوجية أو خلال العدة، أما بعد الطلاق والبيونة لم تعد هناك زوجية، وبالتالي فالمسكن مسكن المطلق أو مسكن أب المحضون، ولم يعد مسكن زوجية.

- كما يؤخذ على النصين صعوبة تطبيقهما من الناحية العملية في ظل أزمة السكن التي تعاني منها الجزائر، ولعل هذا ما تسبب في تعديل قانون الأسرة بإلغاء المادة 52 فقرة 2 وبتعديل المادة 72. فمن الناحية العملية قد يكون أب المحضون مُعسرا ولا يملك إلا مسكنا وحيدا هذا من جهة، ومن جهة أخرى قد لا يكون للمطلقة الحاضنة ولي يقبل إيوائها، أو أنه يرفض إيواء محضونيتها، فتبقى الحاضنة ومحضونيتها بدون مأوى في ظل أزمة السكن وصعوبة الإيجار وعُسر الأب وعدم قدرته على إسكان الحاضنة ومحضونيتها، مما أدى ببعض قضاة المجالس في بعض الحالات، نظرا لعدم إيجادهم حولا لهذه المشكلة، إلى الحكم بإسكان الحاضنة ومحضونيتها في جزء من مسكن الأب الوحيد، غير أن المحكمة العليا كان لها موقف مخالف لهذا الرأي، فكانت ترفض أن تسكن الحاضنة وأب المحضون في مسكن واحد مع كونها أجنبية عنه كما يتبين من أحد قراراتها إذ جاء فيه ما يلي: "المستفاد من القرار المطعون فيه أنه اعتبر مسكن الزوجية المتكون من طابقين سفلي وعلوي عبارة عن مسكنين وخصص بالتالي الجزء السفلي للحاضنة لممارسة الحضانة وهو قضاء لا يتماشى والمنطق، فالشيء المجزأ يعتبر شيئا واحدا، فكان ينبغي عندئذ على قضاة الموضوع أن يقضوا بأجرة المسكن بدلا من تخصيص الجزء السفلي من المسكن ليكون قضائهم متماشيا مع أحكام المادة 72 من قانون الأسرة على أساس أن

(1) المجلة القضائية. 1995. العدد 1. ص 104.

المطلقة الحاضنة صارت بعد الطلاق أجنبية عن المطلق يستحيل أن يتعاشرا في مسكن واحد مما يستوجب معه نقض القرار المطعون فيه".⁽¹⁾

هذا وإن كنا نرى أن رأي المحكمة العليا صائب من ناحية أن المطلقة إذا بانّت من مطلقها لا يعقل أن تساكنه في بيت واحد لما يُخشى عليه من حدوث فواحش، وهذا ما لا تقبله الشريعة الإسلامية، غير أننا نرى أن اجتهاد المجلس أيضا كان صائبا وذلك من ناحية اختيار أيسر الضررين، فالمطلقة الحاضنة التي لا مأوى لها تواجه ضرران، ضرر التشرد وضرر الخلوة مع رجل صار أجنبيا عنها، وقد اختار المجلس أيسر الضررين وحكم لها بإسكانها في الطابق السفلي من مسكنه لممارسة الحضانة، وقد يكون هذا حلا مناسباً خصوصا إذا جعل الأب للمسكن بابين، يخرج هو من باب وتخرج الحاضنة من باب آخر بحيث لا يلتقيان ولا يريان بعضهما.

هذا وقد استحسننا اجتهاد المجلس القضائي في مثل هذه الحالة لاسيما أنه اجتهاد موافق لما جاء به مجمع البحوث الإسلامية في مصر بشأن مسألة مسكن الحاضنة، فقد قدم إمام شيخ الجامع الأزهر اقتراحا لتعديل النص على مسكن الحضانة عندهم وجاء في اقتراحه ما يلي: "على المطلق أن يهيئ للمطلقة الحاضنة بعد الطلاق وانقضاء العدة مسكنا مناسباً للحضانة... فإذا لم يفعل كان لها الاستقلال مع المحضون بمنزل الزوجية المؤجر كله أو بعضه، وللقاضي أن يمكن المطلقة الحاضنة من الانتفاع بمسكن الزوجية غير المؤجر حتى يهيئ لها المطلق مسكنا للحضانة..". وقد قال الدكتور يوسف قاسم تعليقا على هذا الاقتراح: "وعلى أضعف الإيمان فإن هذا النص المقترح كان يعطي للقاضي سلطة تقديرية للموقف المعروض أمامه تحقيقا للعدالة بقدر الإمكان، وتخفيفا لحالات النزاع ومراعاة لأزمة الإسكان المعقدة. وذلك أخذا من عبارة "كله أو بعضه". فقد يكون مسكن الزوجية مكونا من عدة طوابق، فلا بأس أن تستقل المطلقة مع محضونها بأحد طوابقه، بحيث يتمكن الزوج من بقية مسكنه، وقد يكون شقة واسعة يمكن تقسيمها، وهكذا تكون أمام القاضي فرصة لاختيار الحل المناسب للتوفيق بين الحالات المتعارضة".⁽²⁾

(1) المجلة القضائية. 2000. العدد 1. ص 181.

(2) يوسف قاسم. المرجع السابق. ص 202.

وهذا ما ذهب إليه المجلس القضائي عندنا في القضية المذكورة أعلاه، وهو رأي قد يكون نافعا لبعض الحالات، مما يستوجب على قانون الأسرة أن يترك باب الاجتهاد للقاضي فيعطيه السلطة التقديرية لحل كل قضية على حدة. ونظرا لهذه المشاكل العملية كما ننتظر أن يأتي التعديل بنص يخفف على الأقل من هذه المشاكل دون أن يزيدا تعقيدا، لكن هل حدث هذا بعد تعديل قانون الأسرة؟ هذا ما سنراه فيما يلي.

ثانيا: مسكن الحضانة في قانون الأسرة بعد التعديل

تنص المادة 72 من قانون الأسرة بعد التعديل على ما يلي: "في حالة الطلاق يجب على الأب أن يوفر لممارسة الحضانة سكنا ملائما للحاضنة، وإن تعذر فعليه دفع بدل الإيجار.

وتبقى الحاضنة في بيت الزوجية حتى تنفيذ الأب للحكم القضائي المتعلق بالسكن". هذا النص صار بعد إلغاء الفقرة 2 من المادة 52 النص الوحيد الذي يُرجع إليه في حل المسائل المتعلقة بمسكن الحضانة، مما زاد مسألة مسكن الحضانة تعقيدا أكثر وانجر عنها مشاكل ترتبت من جهة عن إلغاء نص المادة 2/52، ومن جهة أخرى ترتبت عن تعديل نص المادة 72.

ونبين هذه المشاكل فيما يلي:

1- المشاكل المترتبة عن إلغاء الفقرة 2 من المادة 52:

يترتب على إلغاء الفقرة 2 من المادة 52 من قانون الأسرة مشاكل تتمثل فيما يلي:
- نص الفقرة 2 من المادة 52 الملغى كان يُجبر الولي على إيواء ابنته أو من في ولايته إذا كانت مطلقة بائن، وإن لم يُجبر على إيواء محضونها، فعلى الأقل كان ممكنا بموجب هذا النص للحاضنة الأم أن تتنازل عن الحضانة للأب لتعود إلى بيت وليها. أما بعد إلغاء النص فيكون المشرع قد فتح بابا للأولياء للتعصل من مسؤولية إيواء بناتهم المطلقات، فتطرد المطلقة من بيت وليها كما طردت من بيت زوجها، وتترك لتواجه وحدها مهمة تدبير مأوى لها في وقت يصعب فيه الحصول على مسكن ولو للكرام.

- قبل إلغاء المادة 2/52، أي قبل التعديل، كان المشرع يلزم الزوج بإسكان الحاضنة والمحضونين حسب وسعه، أي حسب "وسع الزوج"؛ أما بعد التعديل فقال المشرع في المادة 72 المعدلة أنه يجب على الزوج أن يوفر لممارسة الحضانة سكناً ملائماً للحاضنة"، وفي هذا التغيير للعبارة خطأ، لأن المقصود بوسع الزوج النظر إلى حاله، أما المقصود بعبارة "ملائماً للحاضنة" النظر إلى حالها هي، وهذا خطأ والأصح النظر إلى حاله لا إلى حالها، فالحضانة حق للمحضون، والأب لما يلتزم بالمسكن يلتزم به تجاه المحضون والحاضنة تبع له، فكان ينبغي أن يكون المسكن ملائماً للمحضون وليس للحاضنة، فالمقصود في الحقيقة بالسكن الملائم أن يكون "مناسباً للمستوى الاجتماعي والاقتصادي للزوج وابنه المحضون، ولا يشترط أن يكون مناسباً لمستوى الحاضنة لأن المسكن جزء من نفقة الولد وليس من أجر الحضانة".⁽¹⁾

والمعيار الذي يؤخذ به في تكييف المسكن الملائم هو "وسع الزوج" كما قال المشرع قبل التعديل، أي ينظر فيه إلى حال الزوج وقدرته المادية وليس إلى حال الحاضنة. فإذا كانت الحاضنة ألفت العيش الرغيد عند وليها، وكان الأب مُعسراً، فالمفروض أنه لا يُلزم بإسكانها في منزل كالذي ألفتها، وإنما المفروض إسكانها في منزل يمكنها من ممارسة حضانة محضونيتها.

فالسكن يجب أن يكون ملائماً للمحضونين من حيث عددهم مثلاً في وسعه، أو من حيث قربه من مدارسهم في موقعه مثلاً، وغيرها من أمور حياتهم لا حياة الحاضنة.

2- المشاكل المترتبة عن تعديل المادة 72 من قانون الأسرة:

أما بتعديل نص المادة 72 من قانون الأسرة، يكون المشرع قد فتح باباً لعدة مشاكل كنا ننتظر من التعديل أن يعالجها فإذا به يزيدها تعقيداً، ونبين هذه المشاكل فيما يلي:

- نص المادة 72 الوحيد بعد التعديل لا ينص إلا على نفقة السكنى، ولا ينص على نفقة المحضون من طعام وكسوة، وهذه الأخيرة كان منصوصاً عليها في المادة 72 في شرطها الأول وقد أُلغي، وبالتالي فالمشرع بعد التعديل لم يُبدِ اهتماماً بنفقة المحضون من طعام وكسوة، والتي ينبغي أن تكون من ماله إن كان له مال، فقد يؤول للمحضون مال ولو

(1) محمد محمود حسين أحمد منصور. المرجع السابق. ص 316.

صغيرا عن طريق الهبة مثلا أو الوصية أو الميراث، فتكون نفقته من ماله طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية، ويحل لأمه أن تنفق على نفسها من ماله بالمعروف إن كانت فقيرة لا مال لها، لحقها في النفقة من مال ولدها إن لم يكن لها ولي ينفق عليها ولا زوج، وفي هذه الحال أيضا لا يلتزم أب المحضون، لاسيما إن كان معسرا، بأن ينفق على المحضون ما دام لهذا الأخير مال.

أما إن لم يكن للمحضون مال، وهذا هو الغالب واقعيا، فنفقته من طعام وكسوة على أبيه كما كان منصوصا عليه قبل التعديل في الشطر الأول من المادة 72، أما بعده فقد ألغي هذا الشطر ولم يعد هناك أساس قانوني يرتكز عليه القاضي في حكمه بنفقة المحضون على الأب، مما يضيف فراغا تشريعيًا على قانون الأسرة الذي كان من المفروض عند تعديله أن يملأ الفراغ وليس العكس.

وبهذا يتبين أنه بإلغاء الشطر الأول من نص المادة 72، فإن المشرع أغفل النص على نفقة المحضون من طعام وكسوة ولم ينص إلا على نفقة السكنى، كما أنه نقض قاعدة شرعية وهي: "نفقة المحضون وسكناه من ماله إن كان له مال".

والنتائج التي تتجم من هذا الفراغ هي أن المحضون إن كان له مال قد لا ينظر القاضي إلى ماله ويحكم على الأب بنفقته، كما يمكن أن يحدث العكس، المحضون الذي ليس له مال يترك أمره إلى أمه لتواجه تدبير نفقة طعامه وكسوته وحدها في ظل نص لا يلزم الأب إلا بنفقة السكنى.

- أعطى المشرع للمطلقة بموجب الفقرة 2 من المادة 72 المضافة بعد التعديل، حقا في البقاء في مسكن المطلق، وجعل هذه القاعدة عامة في جميع المطلقات، وأغفل استثناء المطلقة الحاضنة التي تملك مسكنا، وهذه الأخيرة لا يقبل عقل أن تبقى في مسكن المطلق ولا حتى أن تستحق أجره المسكن، لأنها لا تحتاج لذلك، وإجبار الأب على إسكانها مع قدرتها على السكن فيه مضارة له، وقد قال الله تعالى: "لا تضار والدته بولدها ولا مولود له بولده" وقال الرسول صلى الله عليه وسلم: "لا ضرر ولا ضرار". والنص واضح جليا أنه يضر بالأب المطلق، لما فيه من "إعنات بحق الزوج المطلق ومنافاة للحق والعدل

وشاق على المطلق، فيه مشقة بدلا من التيسير، ليقترن الطلاق بالبأساء والضراء التي لا مخرج منها".⁽¹⁾

- كان على المشرع أن يجعل للحاضنة حلا أوليا هو مسكنها إن كانت تملك مسكنا، ثم ثانيا مسكن وليها إن قبل إيوائها مع محضونيتها خصوصا أنه هو الحل الذي جرت عليه العادة في غالب الأحوال، وأخيرا في حالة تعذر الحلين يجعل لها حق البقاء في مسكن الزوج المطلق، غير أن السرعة والعجلة في تعديل قانون الأسرة وعدم التريث لم يسمحوا بمراعاة كل هذا التسلسل العقلاني، فجاء النص بذلك ضرره أكثر من نفعه.

- نص المادة 72 في فقرته الثانية المضافة بعد التعديل لم يأت إلا لهدف واحد وهو التضييق من دائرة الطلاق، فهو نص ليس له أي أساس شرعي صحيح، بل هو بالعكس من ذلك قد جاء مخالفا لأحكام الشريعة الإسلامية، فقد قال الله تعالى: "لا تضار والدة بولدها ولا مولود له بولده"، والنص قد جاء ليضر الأب بولده، لأنه جعل من المحضون سببا مباشرا تستعمله الأم للإضرار بالأب، وبهذا يكون النص مخالفا للآية الكريمة، "قأي ضرر أعظم من أن يخرج الأب من بيته الذي استقر فيه طوال حياته لا لسبب غير أنه استعمل حقه في الطلاق الذي رخص به الشارع الحكيم".⁽²⁾

صحيح أن بعض الأزواج يتعسفون في الطلاق ويظلمون زوجاتهم، لكن النص عام وجاء ليشمل كل المطلقين حتى الذي طلق بحق بعد ظلم من زوجته واستعلائها عليه، فهو الآخر بعد حياة الجحيم التي تسببت فيها زوجته وبعد استعمال رخصة الطلاق بحثا عن الراحة والتخلص من حياة الجحيم، يجد نفسه في جحيم آخر حيث يفقد حقه في المسكن ويخرج ويتردد من بيته ليواجه مهمة البحث عن مأوى، مع أن الله قد رزقه هذا المأوى إلا أن القانون سلبه إياه وأعطاه لغير صاحبه، فيكون بذلك قد سلب حقوقا من أصحابها ووضعها في غير موضعها، وما هكذا تعالج قضايا الطلاق، فالنص يُهدد الرجل الزوج بالطرده من مسكنه إن هو طلق، أو بتحمل حياة الجحيم إن هو خشي خسارة المسكن، والشرع لم يقيد الرجل في حقه في استعمال الطلاق، فجاء النص مخالفا للشرع.

(1) أحمد محمد أحمد بخيت. إسكان المحضون في الفقه الإسلامي والتقنيات العربية. دار النهضة العربية. القاهرة. 2001. ط 1. ص 139.

(2) يوسف قاسم. المرجع السابق. ص 198.

ثم إن الفقه الإسلامي الذي ذهب إلى وجوب السكنى على الأب، قال بهذا إن لم يكن للمحزون ولا الحاضنة مسكناً أو غيرها، أما المشرع فقد عمم النص على الجميع بصفة مطلقة دون استثناء مما جعله مخالفاً للشرع ولا يستند إلى أي أساس شرعي.

- قال المشرع: تبقى "الحاضنة" في مسكن زوجها، ولم يقل "المطلقة"، والحاضنة قد تكون امرأة أخرى غير أم المحزون، فلو سقطت الحضانة عن الأم لزوجها مثلاً، وتعد على الأب القيام بواجب الحضانة فتنازل عنها، انتقلت الحضانة إلى الجدة لأم، وبهذا تستقل الأجنبية البعيدة بمسكن المطلق، بينما هو صاحب الحق يخرج منه، مما يوسع دائرة الخلاف بين الأسرتين بدلاً من المعروف والفضل الذي أمر الله تعالى به إذ قال الله عز وجل: "ولا تنسوا الفضل بينكم"، وهذا ما لم يراعه المشرع.⁽¹⁾

- بقيت صعوبة تطبيق النص موجودة، بل زادت تعقيداً لأن مسكن المطلق قد يكون مستأجراً، وقد يكون سكناً وظيفياً يتطلب من الزوج البقاء فيه للبقاء قريباً من عمله لأنه منح له خصيصاً من أجل الشغل، وقد يكون مسكنه مشتركاً مع عائلته، يضم أسراً أخرى كأخيه وزوجة أخيه، فلا يقبل عقل أن يخرج هو ويبتعد من أهله وتبقى هي ربما مع رجال من غير محارمها، وهذا ما لا يتقبله الشرع ولا العقل.⁽²⁾

- لم يضع المشرع أجلاً لانقضاء حق الحاضنة في البقاء في مسكن المطلق ولا لرجوع هذا الأخير إليه، بل قال: "إلى أن ينفذ الأب الحكم القضائي المتعلق بالسكن"، وقد يتعذر عليه ذلك إلى أن تنتهي مدة الحضانة، فيبقى لمدة أعوام يتيه فيها بحثاً عن مأوى خارج مسكنه، بينما تبقى مطلقته تنعم بملكه كيف تشاء. وعلى هذا نقول أن النص كما قال أحد القانونيين أنه أغدق على الحاضنة ومحزونيتها وتعنت بحق الأب لاسيما أنه نص "قائم على تحكيمات لا أساس لها من الشرع أو المنطق السوي ومتجاهل تماماً للروابط الأسرية التي ينبغي أن تراعى".⁽³⁾

وهكذا نرى أن النص مخالف للشرع والعقل ويحق لنا معارضته أشد المعارضة لأنه لا يحقق العدل المنشود، بل بالعكس من ذلك قد زاد الأمور تعقيداً، لأنه تعنت في حق الزوج من أجل إسكان الحاضنة، ولم يحقق التوازن، فحمل بذلك الزوج من العبء

(1) يوسف قاسم. المرجع السابق. ص 200.

(2) محمد محمود حسين أحمد منصور. المرجع السابق. ص 206.

(3) أحمد محمد أحمد بخيت. المرجع السابق. ص 129.

والحرج ما يتنافى وقوله تعالى: "وما جعل لكم في الدين من حرج"، والحقيقة أن مشكلة مسكن الحضانة سببها الحقيقي هو أزمة السكن وليس الطلاق، فالحاضنة مثلها مثل أي مواطن يعاني أزمة السكن، فكان الأجدر حل مشكلتها بتوفير السكن لمثل هؤلاء لا بطرد أصحاب الحق من ملكيتهم وإخراج الرجل من مستقره.⁽¹⁾

خلاصة الفصل الثاني:

نخلص من دراستنا لأحكام الحضانة إلى النتائج التالية:

- 1- فيما يخص مراتب الحضانة المنصوص عليها في المادة 64، فقد كان ترتيب أصحاب الحق في الحضانة قبل التعديل مطابقاً للمذهب المالكي، أما بعد التعديل فصار غير مطابق له ولأي مذهب آخر، وإن كنا لا يمكننا الحمن عليه بأنه مخالف للشريعة الإسلامية إلا أننا نفضل الرجوع إلى الترتيب الذي كان قبل التعديل.
- 2- أما عن مدة الحضانة المنصوص عليها في المادة 65، فقد اقترحنا إتباع رأي الجمهور وذلك ببرد مدة حضانة الذكر إلى سن التمييز وتحديدتها بسبع أو تسع سنوات قمرية كحد أقصى دون تمديد، ورد مدة حضانة الأنثى إلى بلوغ المحيض، مع النص على حق الأب في ضم أولاده إليه بعد انتهائها.
- 3- أما عن أجره الحضانة فرأينا أن المشرع لم يجعل للحاضنة الحق في أجره الحضانة، وقد استحسننا أن يمنحها هذا الحق قياساً على أجره الرضاع وإتباعاً لرأي الجمهور.
- 4- أما عن مسكن الحضانة المنصوص عليه في المادة 72، فنرى أن المشرع لم يرتكز على أي أساس شرعي أو قانوني لما أعطى للحاضنة حقاً في البقاء في مسكن أب المحضون، ولهذا السبب عارضنا النص واقترحنا تعديله.
- 5- المشرع بإلغائه لنص المادة 2/52 قد ألغى حق المطلقة الحاضنة في الرجوع إلى وليها في حالة ما إذا تنازلت عن الحضانة للأب. كما أنه بإلغائه للشطر الأول من المادة 72 قد ألغى واجب النفقة على المحضون من ماله في الحالة التي يكون فيها لهذا الأخير مالا. وكل هذا يعد إغفالاً من المشرع يستوجب علاجه.

(1) أحمد محمد أحمد بخيت. المرجع السابق. ص 149.

خلاصة الباب الثالث:

- نخلص إلى القول أن أحكام الحضانة المنصوص عليها في قانون الأسرة ليست كلها مطابقة للشرع بل منها ما هو مخالف للشرع يستوجب تعديله، ومنها ما هو ناقص يستوجب تصحيحه أما ما هو مطابق للشرع فيترك كما هو. وعليه نقدم الإقتراحات التالية:
- 1- تعديل نص المادة 62 كالتالي: "الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه وتربيته على الدين الإسلامي والسهر على حمايته صحة وخلقا. ويشترط في الحاضن أن يكون أهلا للحضانة بأن يكون عاقلا بالغاً وقادراً عليها، كما يشترط فيه الأمانة والكفاءة والسلامة من الأمراض".
 - 2- تعديل نص المادة 64 كالتالي: "الأم أولى بحضانة ولدها ثم أمها ثم الخالة ثم أم الأب ثم الأب ثم الأخت ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك. وعلى القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة".
 - 3- تعديل نص المادة 65 كالتالي: "تتقضي مدة حضانة الذكر ببلوغه تسع سنوات والأنثى ببلوغها المحيض، وللأب الحق في ضم أولاده إليه بعد انتهاء هذه المدة".
 - 4- تعديل نص المادة 68 كالتالي: "يسقط حق الحضانة عن صاحبه إذا فاتت مدة سنة ولم يطالب به، إلا إذا كان له عذر مقبول كأن يكون مريضاً أو غائباً أو جاهلاً بحقه فعندها لا يسقط حقه".
 - 5- تعديل نص المادة 69 كالتالي: "إذا أراد الشخص الموكول له حق الحضانة أن يستوطن بلداً أجنبياً رجع الأمر للقاضي في إثبات الحضانة له أو إسقاطها عنه مع مراعاة مصلحة المحضون. أما إذا أراد أن يستوطن بلداً مسلماً أو مدينة أخرى فيشترط أن لا يبتعد عن محل صاحب الحق في الزيارة بمسافة 6 برد أي 132 كلم".
 - 6- تعديل نص المادة 71 كالتالي: "يعود الحق في الحضانة إذا زال سبب سقوطه غير الاختياري كالزواج والمرض والعجز والعمل خارج البيت".
 - 7- تعديل نص المادة 72 كالتالي: "تفقد المحضون من ماله إذا كان له مال، وإلا فعلى والده أن ينفق عليه ويهيئ له سكناً، وإن تعذر فعليه أجرته".

خاتمة

في خاتمة دراستنا لموضوع "حقوق المطلقة"، يمكننا القول أن عملية تقنين أحكام الشريعة الإسلامية ضمن نصوص وضعية ليس بالأمر السهل، فقد جاءت أحكام حقوق المطلقة في الشريعة الإسلامية منظمة بموجب كلام الله المنزه والمنزل في آيات في منتهى الدقة توحى إلى العظمة البالغة للشارع الحكيم، مما ليس في مقدور المشرع الوضعي تقنينها بقلم لسانه، كما جاء المصدر الثاني للشريعة الإسلامية ألا وهو الحديث النبوي الشريف، جاء في صيغ مختصرة في بضع كلمات إلا أنها جوامع الكلم، معناها جامع مانع، واضحة لا لبس فيها، توحى إلى أن صاحبها مبعوث من رب العالمين، لا ينطق عن الهوى إن هو إلا وحي يوحى، وكلام الرسول صلى الله عليه وسلم كلام نبي مبعوث من رب العالمين لا يضاهيه كلام غيره من البشر لأنه لا ينطق عن الهوى، فإن وضع قاعدة شرعية أو حكما شرعيا في مسألة شرعية فإن هذه القاعدة وهذا الحكم مصاغ في حديث نبوي عظيم ليس في مقدور البشر من المشرعين الوضعيين تقنينه بأساليبهم العادية لأنها ليست معصومة من الخطأ، وهذا مهما كانت مكانة المشرع أو الفقيه من العلم بأحكام الشريعة السمحاء، ولهذا لا نجد فقهاء المذاهب الأربعة المشهورة ولا غيرهم من العلماء الكبار، لا نجد أحدا منهم وضع تقنينا للأحوال الشخصية أو غيرها، بل وضعوا أبوابا في مسائل الفقه، وشرحوا ضمنها الأحكام الشرعية لكل مسألة فقهية وألفوا بذلك أجزاء ومجلدات عديدة أغنت المكتبات الإسلامية والعربية، ولم يضع أحدهم تقنينا ينص فيه على أحكام الشرع ضمن نصوص وضعية مختصرة.

ولهذا نجد أن عملية تقنين مسائل الأحوال الشخصية بما فيها مسألة حقوق المطلقة هي ليست بالعملية السهلة، فمهما تئابرت الجهود ومهما اجتمع كبار فقهاء الشريعة والقانون ليضعوا قانونا للأحوال الشخصية منظمًا في شكل نصوص قانونية مرتكزة على مبادئ وأسس شرعية، إلا أنهم سوف يخرجون بتقنين لا يخلو من النقص.

تلك هي جلبة الإنسان، ناقص ولا كمال له إذ الكمال لله وحده، ولهذا لا نصبوا من خلال وضع قانون ينظم الأحوال الشخصية للمسلمين إلى الكمال الذي لا وصول له أبدا، إنما نصبوا لوضع نصوص مرتكزة على الشرع تهدف ولو كانت لا تخلوا من النقص إلى

إرشاد قاضي الأحوال الشخصية لتطبيق أحكام الشريعة الإسلامية على المواطن الجزائري المسلم فيما يخص أحواله الشخصية من زواج وطلاق ونفقة وعدة وحضانة وغيرها. فقاضي الأحوال الشخصية اليوم لا يمكنه الرجوع إلى كتب الفقه وأمّهات الكتب لحل القضايا المعروضة عليه، إذ أنه بهذه الطريقة سيغوص لا محالة في دقائق العلوم، وقد لا يحسن الاقتباس، مما يستوجب إرشاده بدليل مختصر يساعده في مهمته، وهذا الدليل هو "قانون الأسرة".

فقانون الأسرة إذن يجب أن تكون نصوصه مطابقة للشريعة الإسلامية في أحكامها، ولو كانت هذه النصوص ناقصة لأنها مستحيلة الكمال، لكن على الأقل يجب أن لا تتضمن أحكاما مخالفة للشريعة الإسلامية، فالمطلوب من المشرع أن يجتهد ليطبق أحكام الشريعة على الأحوال الشخصية للمواطن الجزائري، ولاشك أن نصوصه ستكون ناقصة لأنه مشرع وضعي لا ينتظر منه الكمال، لكن ينتظر منه بل المطلوب منه أن لا يخرج عن أحكام الشرع وإن جاء ناقصا، فإن اجتهد المشرع وأصاب فله أجران، وإن اجتهد وأخطأ فله أجر واحد.

هذا وفي بحثنا هذا اخترنا من مجموع نصوص قانون الأسرة، النصوص المنظمة لحقوق المطلقة فحسب، وتناولناها بالدراسة لمقارنة ما جاء فيها مع ما أقرته الشريعة الإسلامية، فما كان منها موافقا للشرع أجزأه، وما كان منها ناقصا حاولنا ليس إكمال النقص إذ ذاك ليس في مقدورنا بل سد الفراغ، وما كان منها مخالفا للشرع عارضناه معارضة شديدة واقترحنا إلغاءه مع بيان حكم الشرع فيه.

وللمطلقة ثلاثة حقوق تتمثل في حقها في المتعة، وحقها في نفقة العدة، وحقها في الحضانة.

أما حقها في المتعة فلم ينص عليه المشرع، بل نص على "التعويض عن الطلاق التعسفي"، وقد نص عليه بموجب المادة 1/52 من قانون الأسرة التي تقضي بما يلي: "إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها".

هذا النص توصلنا إلى أنه مخالف للشريعة الإسلامية، إذ أن متعة المطلقة مستحقة لهذه الأخيرة في كل أحوال الطلاق مصداقا لقوله تعالى في الآية 241 من سورة البقرة: "وللمطلقات متاع بالمعروف حقا على المتقين". وهي قد فرضت شرعا لجبر خاطر المرأة

أي تعويضاً عن الضرر المعنوي الناجم عن الطلاق، أما المشرع فهو يشترط لكي تسحقها المطلقة سواء باسم متعة أو باسم تعويض شرط أن يكون الطلاق تعسفياً، وأن يلحق المطلقة منه ضرر مادي، وهذا ما لم تشترطه الشريعة الإسلامية، مما يجعل النص مخالف لأحكامها ويتوجب بالتالي تعديله، وذلك بإلغاء شرط التعسف في الطلاق وشرط الضرر، وجعل المتعة من حق المطلقة وإن لم يتعسف الزوج في الطلاق، ولو لم يلحق الزوجة ضرر، لأن الضرر المعنوي موجود في كل أحوال الطلاق، وهو الذي يجبر بالمتعة.

وأما حق المطلقة في النفقة فهو منصوص عليه في قانون الأسرة ضمن المادة 1/37 التي تقضي بما يلي: "تجب على الزوج نحو زوجته النفقة الشرعية حسب وسعه إلا إذا ثبت نشوزها".

وهذا النص قد بينا أنه مطابق للشرع إذ أوجب النفقة للزوجة على زوجها حسب حاله هو وقد أخذ بهذا المعيار بعض فقهاء المذاهب، فهو غير مخالف للشرع، كما أن النص يسقط النفقة عن الزوجة الناشز كما هو مقرر في الشريعة، فهو نص غير مخالف للشرع، لكنه ألغي بعد التعديل.

ونظمت النفقة أيضاً في الفصل الثالث المعنون بـ "النفقة" من الباب الثاني المعنون بـ "انحلال الزواج"، وهذا بموجب المواد 74 و 78، 79، 80 من قانون الأسرة.

أما المادة 74 فقضت بما يلي: "تجب نفقة الزوجة على زوجها بالدخول بها، أو دعوتها إليه ببنية...".

هذا النص بينا أنه وإن كان غير مخالف للشرع إلا أنه ناقص من حيث أن نفقة الزوجة على زوجها تجب لها بالدخول بها، "بعقد صحيح" أو دعوتها إليه ببنية، وبشرط أن تكون صالحة للمعاشرة". فكان على المشرع إضافة هذه النقاط.

وأما المادة 78 فقضت بما يلي: "تشمل النفقة: الغذاء والكسوة والعلاج والسكن أو أجرته وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة".

هذا النص بين أنه مطابق للشرع، غير أن المذاهب الأربعة كلها متفقة على أن الزوج لا يلتزم نحو زوجته بنفقة العلاج، إلا أن الفقه الإسلامي المعاصر ألزمه بها، وبهذا لا يكون النص مخالفاً للشرع فهو سليم.

وأما المادة 79 فقضت بما يلي: "يراعي القاضي في تقدير النفقة حال الطرفين وظروف المعاش ولا يراجع تقديره قبل مضي سنة من الحكم".

وقد بينا في هذا المجال أن الفقه انقسم إلى رأيين، رأي يأخذ بحال الزوج ورأي يأخذه بحال الزوجين، وقد اختار المشرع أحدهما، وإن كان رأي أقلية الفقه إلا أنه غير مخالف للشرع.

وأما المادة 80 فقضت بما يلي: "تستحق النفقة من تاريخ رفع الدعوى وللقاضي أن يحكم باستحقاقها بناء على بيينة لا تتجاوز سنة قبل رفع الدعوى".

وقد رأينا أن هذا النص يتماشى مع أحكام الشريعة الإسلامية التي تحكم بالنفقة للزوجة من يوم شكوتها للسلطان، أما النفقة الماضية فلا تحكم لها إلا بنفقة سنة واحدة سدا لذريعة الإساءة إلى الزوج.

وخلاصة القول أن نصوص قانون الأسرة المنظمة لحق النفقة وإن كانت ناقصة إلا أنها غير مخالفة لأحكام الشريعة الإسلامية.

وأما حق المطلقة في الحضانة فهو منصوص عليه في المواد من 62 إلى 72 من قانون الأسرة.

أما المادة 62 فنصت على ما يلي: "الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا".

"ويشترط في الحاضن أن يكون أهلا للقيام بذلك".

فهذا النص يعرف الحضانة وهو نص مطابق للشريعة كما تبين غير أنه ناقص فكان على المشرع أن يقول بتربية المحضون على الدين الإسلامي مباشرة وبصيغة صريحة لأنها لا يؤمن ردة الأب في زماننا.

كما أننا اخترنا أن يمنع المشرع الأم من الحضانة إذا كانت غير مسلمة لصعوبة مراقبتها في زماننا ولصعوبة منعها من تهويد أو تنصير المحضون.

أما بخصوص الفقرة الثانية من النص المذكور فهي ناقصة جدا، اقترحنا أن يضيف فيها المشرع كل شروط الحضانة وليس فقط الأهلية.

وأما المادة 63 فألغيت.

وأما المادة 64 فقضت قبل التعديل على ما يلي: "الأم أحق بحضانة ولدها، ثم أمها، ثم الخالة، ثم الأب، ثم أم الأب، ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك، وعلى القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة". وبعد التعديل عدلت كما يلي: "الأم أحق بحضانة ولدها، ثم الأب، ثم أم الأم، ثم أم الأب ثم الخالة، ثم العمّة، ثم الأقربون درجة..." والباقي بدون تغيير.

وقد تحفظنا هنا أن نجزم بأن ترتيب الحاضنين مخالف للشرع إذ ثبت أنه مأخوذ من رواية غير مشهورة للحنابلة، إلا أنه تبين أنه مخالف للسنة ولأثر الصحابة، فالسنة أقرت بأن الخالة أم وهي مقدمة على الأب، وأثر الصحابة أقر بأن الجدة أولى من الأب، ولهذا اخترنا الإبقاء على النص كما كان قبل التعديل لأنه الأقرب إلى الشرع.

وأما المادة 65 فنصت على ما يلي: "تتقضي مدة حضانة الذكر ببلوغه 10 سنوات والأنثى ببلوغها سن الزواج، وللقاضي أن يمدد الحضانة بالنسبة للذكر إلى 16 سنة إذا كانت الحاضنة أما لم تتزوج ثانية".

فهذا النص مخالف للشرع لأن مدة حضانة الذكر أقصاها إلى بلوغه 9 سنوات، ومدة حضانة الأنثى لم يقل فقيه ببلوغها 19 سنة، بل ببلوغها المحيض أو بزواجها ودخول الزوج بها، واستحسننا الأخذ ببلوغها سن المحيض لأنها قد لا تتزوج أبدا فتطول بذلك مدة حضانتها، ومن ثم توصلنا لكون هذا النص مخالف للشرع يستوجب تعديله.

أما المادة 66 فنصت على ما يلي: "يسقط حق الحاضنة بالتزوج بغير قريب محرم وبالتنازل ما لم يضر بمصلحة المحضون".

وقد بينا أن هذا النص مطابق لأحكام الشريعة المتعلقة بسقوط الحق في الحضانة، إذ أقرت الشريعة السماح أن الحاضنة إذا تزوجت سقط حقها في الحضانة، وكذلك إذا تنازلت عن الحضانة سقط حقها فيها. ويجوز لها التنازل عنها إلا إذا اقتضت مصلحة المحضون بقاءه معها، فحينها لا يمكنها التنازل ولا تجاب في طلبها بل تجبر على الحضانة في هذه الحالة.

أما المادة 67 فنصت على ما يلي: "تسقط الحضانة باختلال أحد الشروط المرعية شرعا في المادة 62 أعلاه.

غير أنه يجب مراعاة مصلحة المحضون في الحكم المتعلق بالفقرة أعلاه".

وقد عدلت المادة 67 بإضافة فقرة إليها قضت بما يلي: "ولا يمكن لعمل المرأة أن يكون سببا من أسباب سقوط الحضانة".

فهذا النص في فقرته الأولى قضى بسقوط الحضانة إذا تخلف أحد شروطها وهذا معلوم في الشريعة الإسلامية، غير أن المشكلة في نقصه لأن المشرع لم يكن بين قبل هذا النص شروط الحضانة، فكان الأولى أن يبينها على سبيل الحصر وبدقة ثم ينص على سقوط الحضانة في حالة تخلف أحدها.

أما الفقرة المضافة فجاءت تقضي بأن عمل المرأة ليس سببا في سقوط حضانتها، والحقيقة في الشريعة الإسلامية أن عمل المرأة الذي لا يتسبب في كثرة خروجها هو الذي لا يسقط عنها حق الحضانة، أما لو تسبب في كثرة خروجها فيسقط عنها الحضانة، لأن خروجها بكثرة يؤدي إلى إهمال المحضون ومصالحته تقتضي رعاية إهماله، فكان على المشرع أن يضع شرطا لعمل المرأة وهو الذي لا يؤدي بها إلى إهمال المحضون وإلا تسقط حضانتها.

أما المادة 68 فقد قضت بما يلي: "إذا لم يطلب من له الحق في الحضانة مدة تزيد عن سنة بدون عذر سقط حقه فيها". ومعناها أنه إذا لم يطلب صاحب الحق في الحضانة حق ممارسته لهذا الحق في غضون سنة سقط حقه فيها، وقد أقر المالكية هذا التقادم وبمدة سنة كما قال المشرع، فالنص مطابق للشرع، لكن صياغته مبهمة والأصح: "إذا لم يطلب من له الحق في الحضانة ممارسة هذا الحق لمدة تزيد عن سنة..." فهو يطلب ممارسة الحق ولا يطلب مدة كما يتبين من صياغة النص، فوجب تصحيحها.

أما المادة 69 فنصت على ما يلي: "إذا أراد الشخص الموكول له حق الحضانة أن يستوطن بلد أجنبي رجع الأمر للقاضي في إثبات الحضانة له أو إسقاطها عنه، مع مراعاة مصلحة المحضون".

هذا النص قد تبين أن المشرع أراد به شرط عدم الانتقال بالمحضون المقرر في أحكام الشريعة الإسلامية، غير أنه ناقص من حيث أنه لم يحدد مسافة البلد المنتقل إليه المسقط للحضانة والمقدرة عند المالكية بستة برد فأكثر، كما أنه لا يسقط الحضانة إلا بالانتقال إلى بلد أجنبي، أما الانتقال إلى مدينة أخرى داخل حدود الجزائر فلا يسقط الحضانة وإن كانت المدينة تبعد بـ6 برد فأكثر، وهذا مخالف لمذهب المالكية، مما يستجوب تصحيحه.

أما المادة 70 فنصت على ما يلي: "تسقط حضانة الجدة أو الخالة إذا سكنت بمحضونها مع أم المحضون المتزوجة بغير قريب محرم".
وقد تبين أن هذا المبدأ مقرر في الشريعة الإسلامية، والنص جاء واضحا لا غموض فيه، فهو سليم.

أما المادة 71 فنصت على ما يلي: "يعود الحق في الحضانة إذا زال سبب سقوطه غير الاختياري". وهذا مطابق للشرع غير أن المشرع لم يبين ما هي الأسباب الاختيارية وما هي الأسباب الاضطرارية لسقوط الحضانة، كما أنه لم يحسم في مسألة زواج الحاضنة التي اختلف فيها الفقه، واستحسننا اعتبارها من الأسباب الاضطرارية التي يعود بزوالها الحق في الحضانة.

أما المادة 72 فنصت على ما يلي: "نفقة المحضون وسكناء من ماله إذا كان له مال، وإلا فعلى والده أن يهيئ له سكنا وإن تعذر فعليه أجرته".

فهذا النص المطبق لرأي المالكية قد عدل بعد التعديل ليقضي بما يلي: "في حالة الطلاق يجب على الأب أن يوفر لممارسة الحضانة سكنا ملائما للحاضنة، وإن تعذر فعليه دفع بدل الإيجار. وتبقى الحاضنة في بيت الزوجية حتى تنفيذ الأب للحكم القضائي المتعلق بالسكن".

هذا النص قد بينا مخالفته الصريحة لأحكام الشريعة الإسلامية، وعارضناه أشد المعارضة، ونقترح إلغاء الفقرة 2 منه، أما الفقرة 1 فنقترح إرجاعها إلى ما كانت عليه قبل التعديل، لأنها ألغت مبدأ شرعيا وهو أن "نفقة المحضون وسكناء من ماله إذا كان له مال". أما الفقرة 2 فاقترحنا إلغاؤها لأنها تأكل أموال الناس بالباطل وتخرج الرجل من مستقره فهي مخالفة للشرع.

وبهذه الدراسة المتواضعة نتمنى أن نكون قد ساهمنا ولو بالقليل في إعادة النظر في قانون الأسرة وتصحيحه، فما كان صحيحا وأصبنا فبتوفيق من الله وحده، وإن أخطأنا فمن أنفسنا ومن الشيطان، ونقول كما قال الحريري:

وإن تجد عيبا فسُدَّ الخلا ★ فجلّ من لا عيب فيه وعلا

والحمد لله رب العالمين

المراجع

1. مصادر القرآن:

1. القرآن الكريم.
2. عبد الرحمن بن ناصر السعدي. تيسير الكريم الرحمن في تفسير كلام المنان . دار ابن حزم.بيروت.ط1. 2003
3. علاء الدين علي بن محمد بن إبراهيم. تفسير الخازن .المكتبة التجارية الكبرى. مصر.725 هـ.
4. جاد الله محمود بن عمر الزمخشري. الكشاف عن حقائق غوامض التنزيل وعيون الأقاويل في وجوه التأويل.دار الكتاب العربي.بيروت.بدون سنة.
5. سليمان بن عمر العجيلي الشافعي. تفسير الجلالين على هامش الفتوحات الإلهية . مطبعة عيسى البابي الحلبي.مصر.بدون سنة.
6. محمد علي الصابوني. مختصر تفسير بن كثير . دار القرآن الكريم.بيروت.ط 7. 1981.
7. سيد قطب.في ظلال القرآن.دار المعرفة.بيروت.ط7. 1971.
8. محمد علي الصابوني.صفوة التفاسير.دار الصابوني.القاهرة.ط1. 1997.
9. جلال الدين السيوطي وجمال الدين المعلي. الفتوحات الإلهية .مطبعة عيسى البابي الحلبي.مصر.ط1.بدون سنة.
10. محمد رشيد رضا. التفسير المختصر المفيد للقرآن المجيد .المكتب الإسلامي. بيروت.ط 1. 1984.
11. محمود شكري الألوسي البغدادي. روح المعاني في تفسير القرآن العظيم والسبع المثاني.دار إحياء التراث العربي.بيروت. ط 4. 1985.
12. محمد فخر الدين الرازي.تفسير الفخر الرازي.دار الفكر.بيروت.ط1. 1981.
13. عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر بن فرج الأنصاري القرطبي. مختصر تفسير القرطبي.دار الكتب العلمية.بيروت.ط1. 2001.

14. أبو بكر جابر الجزائري. أيسر التفاسير لكلام العلي الكبير. دار لينة. السعودية. ط1. 1999.
15. عماد الدين أبي الفداء إسماعيل بن عمر بن كثير. تفسير بن كثير. بإشراف محمود عبد القادر الأرنؤوط. مكتبة الرشد. الرياض. ط1. 2001.
16. عبد الله شحاتة. تفسير القرآن الكريم. دار غريب. القاهرة. 2000.

2. مصادر الحديث:

1. بن حجر العسقلاني. بلوغ المرام من أدلة الأحكام. المكتبة الإسلامية. القاهرة. 2003.
2. أبو عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري. صحيح البخاري. المكتبة العصرية. بيروت. بدون سنة.
3. محمد بن علي بن محمد الشوكاني. نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار أحاديث سيد الأخبار. شركة مصطفى البابي الحلبي. مصر. ط3. 1961.
4. محمد بن إسماعيل الكحلاني. سبل السلام شرح بلوغ المرام. دار إحياء التراث العربي. بيروت. ط4. 1960.
5. محمد فؤاد عبد الباقي. اللؤلؤ والمرجان فيما اتفق عليه الشيخان. المكتبة العلمية. بيروت. بدون سنة.
6. أبو العلا محمد عبد الرحمن بن عبد الرحيم المباركفوري. تحفة الأحوذى شرح جامع الترمذي. دار الكتب العلمية. بيروت. بدون سنة.
7. بدر الدين أبي محمد محمود بن أحمد العيني. عمدة القاري شرح صحيح البخاري. دار إحياء التراث العربي. بيروت. بدون سنة.
8. أبو بكر عبد الله بن محمد بن أبي شيبه الكوفي العبسي. المصنف في الأحاديث والآثار. دار الكتب العلمية. بيروت. ط1. 1995.
9. مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري. صحيح مسلم. مطبعة عيسى البابي الحلبي. القاهرة. بدون سنة.
10. محمد ناصر الدين الألباني. صحيح سنن الترمذي باختصار السند. مكتب التربية العربي لدول الخليج. الرياض. ط1. 1988.

11. أبو طالب محمد شمس الحق العظيم أبادي. عون المعبود شرح سنن أبي داود . دار الكتب العلمية.بيروت.ط 1. 1990.
12. تقي الدين بن دقيق العيد. إحكام الأحكام شرح عمدة الأحكام .عالم الكتب، القاهرة. ط 2. 1987.
13. أبو بكر البيهقي. السنن الكبرى. دار المعرفة. بيروت. 1992.
14. جلال الدين السيوطي. سنن النسائي. دار الريان للتراث. مصر. بدون سنة.
15. علاء الدين الهندي البرهان فوري. كنز العمال في سنن الأقوال والأفعال .مؤسسة الرسالة.بيروت.1993.
16. أبو العباس الشافعي. مختصر إتحاف السادة المهرة بزوائد المسانيد العشرة . دار الكتب العلمية. بيروت. ط 1. 1996.
17. أبو الحسن الحنفي. شرح سنن ابن ماجة. دار الجيل. بيروت. بدون سنة.
18. نديم أسامة مرعشلي. موسوعة الحديث النبوي الصحيح والحسن .دار الحضارة العربية.بيروت.ط1. 1996.

3. كتب الفقه القديم:

1. ابن قدامة المقدسي. المغني. دار عالم الكتب. الرياض. 1999.
2. شمس الدين المقدسي. الفروع. عالم الكتب. بيروت. 1984.
3. ابن راشد البكري. لباب اللباب. المكتبة العلمية. تونس. 1346 هـ.
4. محمد ابن إدريس الشافعي. الأم. دار المعرفة. لبنان. بدون سنة.
5. جلال الدين عبد الرحمن السيوطي. الأشباه والنظائر. مكتبة مصطفى البابي الحلبي. مصر. 1959.
6. منصور بن يونس بن إدريس البهوتي. كشف القناع على متن الإقناع . مطبعة أنصار السنة المحمدية. مصر. 1947.
7. مالك ابن أنس. المدونة الكبرى. مطبعة السعادة. مصر. 1323 هـ.
8. شمس الدين السرخسي. المبسوط. دار المعرفة. بيروت. بدون سنة.
9. أبو محمد علي بن حزم. المحلى بالآثار. الطباعة المنيرية. مصر. 1352 هـ.

10. شرف الدين موسى المقدسي. الإقناع لطالب الانتفاع. دار هجر. الجيزة. ط1. 1997.
11. أحمد بن محمد الشنقيطي. مواهب الجليل من أدلة خليل . دار إحياء التراث الإسلامي. قطر. 1986.
12. ابن عابدين محمد أمين. حاشية رد المحتار على الدر المختار . مطبعة مصطفى البابي الحلبي. مصر. ط 2. 1966.
13. الباجي الأندلسي. المنتقى شرح موطأ الإمام مالك . مطبعة السعادة. مصر. ط 1. 1332 هـ.
14. محمد الشربيني الخطيب. مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج . مطبعة مصطفى البابي الحلبي. مصر. 1958.
15. شمس الدين الدسوقي. حاشية الدسوقي على الشرح الكبير . دار إحياء الكتب العربية. بدون سنة.
16. الشيباني. مختصر الإنصاف والشرح الكبير. المطبعة السلفية. بدون سنة.
17. شرح منتهى الياردات.
18. شمس الدين ابن قدامة المقدسي. الشرح الكبير. دار الكتاب العربي. بيروت. 1983.
19. فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي. تبیین الحقائق شرح كنز الدقائق. دار الكتاب الإسلامي. مطابع الفاروق الحديثة. القاهرة. ط 2. بدون سنة.
20. أبو عمر يوسف بن عبد الله القرطبي. الكافي في فقه أهل المدينة المالكي . دار الكتب العلمية. بيروت. ط 2. 1992.
21. بهاء الدين عبد الرحمن بن إبراهيم المقدسي. العدة شرح العمدة في فقه إمام السنة أحمد بن حنبل. دار الكتب العلمية. بيروت. ط 1. 1990.
22. ابن قيم الجوزية. زاد المعاد في هدي خير العباد . المطبعة المصرية. مصر. 1379 هـ.
23. أحمد بن محمد الصاوي. بلغة السالك لأقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك . مطبعة مصطفى البابي الحلبي. مصر. ط الأخيرة. 1952.
- 24- عبد الله بن محمود بن مودود الموصلي الحنفي. الإختيار لتعليل المختار . دار الكتب العلمية. بيروت. لبنان. بدون سنة.

25. أبو إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الفيروز أبادي الشيرازي. المذهب في فقه مذهب الإمام الشافعي. مطبعة عيسى البابي الحلبي. مصر. بدون سنة.
26. أبو إسحاق برهان الدين إبراهيم بن محمد بن عبد الله بن محمد بن مفلح الحنبلي. المبدع شرح المقنع. دار الكتب العلمية. بيروت. ط 1. 1997.
27. الهمام مولانا الشيخ نظام. الفتاوى الهندية في مذهب الإمام الأعظم أبي حنيفة النعمان. دار إحياء التراث العربي. بيروت. ط 4. بدون سنة.
28. علي الصعيدي العدوي المالكي. حاشية العدوي على كفاية الطالب الرباني لرسالة ابن أبي زيد القيرواني. المكتبة الثقافية. بيروت. بدون سنة.
29. عبد الله بن الشيخ حسن الحسن الكوهجي. زاد المحتاج بشرح المنهاج. المكتبة العصرية. بيروت. 1988.
30. عبد الغني الغنيمي. اللباب في شرح الكتاب. المكتبة العلمية. بيروت. 1993.
31. عثمان بن حسنين بري الجعلي المالكي. سراج السالك شرح أسهل المسالك. قصر الكتاب. البليدة. الجزائر. بدون سنة.
32. أبي حفص سراج الدين عمر بن علي السراج الأنصاري المصري الشافعي. التذكرة في الفقه الشافعي. دار المنارة. جدة. السعودية. ط 1. 1990.
33. علاء الدين السمرقندي. تحفة الفقهاء. دار الكتب العلمية. بيروت. ط 2. 1993.
34. أحمد بن غنيم المالكي. الفواكه الدواني على رسالة بن أبي زيد القيرواني. دار الكتب العلمية. بيروت. ط 1. 1997.
35. زكريا بن محمد الأنصاري. الغرر البهية في شرح منظومة البهجة الوردية. دار الكتب العلمية. بيروت. ط 1. 1997.
36. ابن قدامة المقدسي. عمدة الفقه في المذهب الحنبلي. المكتبة العصرية. صيدا. بيروت. ط 1. 2003.
37. زكريا الأنصاري. فتح الوهاب بشرح منهج الطلاب. دار الكتب العلمية. بيروت. ط 1. 1998.
38. محمد عليش. شرح منح الجليل على مختصر العلامة خليل. دار صادر. بيروت. بدون سنة.

39. زين الدين بن نجيم الحنفي. البحر الرائق شرح كنز الدقائق. دار الكتاب الإسلامي. القاهرة. ط2. بدون سنة.
40. أبو الحسن علي بن عبد السلام التسولي. البهجة في شرح التحفة. دار الكتب العلمية. بيروت. ط1. 1990.
41. أبو العباس أحمد بن النقيب. عمدة السالك وعدة الناسك. المكتبة العصرية.بيروت. 1982.
42. أبو عبد الله مالك بن أنس. المعونة على مذهب عالم المدينة. دار الكتب العلمية. بيروت. 1998.
43. شمس الدين الخطيب الشربيني. الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع. دار الكتب العلمية. بيروت. بدون سنة.
44. عون الدين يحيى بن هبيرة. الإفصاح عن معاني الصحاح في الفقه على المذاهب الأربعة. دار الكتب العلمية. بيروت. ط1. 1996.
45. أبو عبد الله محمد بن عبد الرحمن الدمشقي الشافعي. رحمة الأمة في اختلاف الأئمة. مؤسسة الرسالة. بيروت. ط1. 1994.
46. محمد عبد الله ولد كريم. كتاب القبس في شرح موطأ الإمام مالك بن أنس. دار الغرب الإسلامي. بيروت. لبنان. 1992.
47. أحمد بن محمد الصاوي. بلغة السالك لأقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك. البابي الحلبي. القاهرة. الطبعة الأخيرة. 1952.

4. كتب الفقه الحديث:

1. سيد قطب. في ظلال القرآن. دار المعرفة. بيروت. ط 7. 1971.
2. أحمد الحجي الكردي. أحكام المرأة في الفقه الإسلامي. دار الإمام البخاري. سوريا. 1400 هـ.
3. محمد شلنوت. الإسلام عقيدة وشريعة. دار القلم. القاهرة. بدون سنة.
4. محمد علوشيش الورتلاني. الشروط المقترنة بالعقد في الفقه الإسلامي. دار الأمة. الجزائر. ط 1. 1979.

5. علي قراعة. فقه القرآن والسنة في موضوع الطلاق في الإسلام. دار مصر. مصر. 1956.
6. وهبة الزحيلي . الفقه الإسلامي وأدلته . ج7: الأحوال الشخصية . دار الفكر. دمشق. ط 2. 1985.
7. عطية صقر. مشكلات الأسرة. مكتبة وهبة. القاهرة. بدون سنة.
8. محمد رشيد رضا. حقوق النساء في الإسلام. دار الشهاب. الجزائر. 1987.
9. عبد العظيم بدوي. الوجيز في فقه السنة والكتاب العزيز . دار ابن رجب. مصر. بدون سنة.
10. عبد الرحمن الجزيري. كتاب الفقه على المذاهب الأربعة . ج 4: قسم الأحوال الشخصية. دار الفكر. بيروت. بدون سنة.
11. مصطفى عبد الغني شيبه، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية . جامعة سبها. ليبيا. ط 1. 2001.
12. يوسف قاسم. حقوق الأسرة في الفقه الإسلامي. جامعة القاهرة. مصر. 2001.
13. علي حسب الله. الفرقة بين الزوجين. دار الفكر العربي. مصر. 1968.
14. عبد المطلب عبد الرزاق حمدان. الحقوق المتعلقة بالطفل في الشريعة الإسلامية. دار الفكر الجامعي. الإسكندرية. 2005.
15. محمد بن عبد الوهاب. أصول الإيمان. إدارة البحوث العلمية والإفتاء. السعودية. ط 2. 2001.

5. الكتب القانونية:

1. علي علي سليمان. النظرية العامة للالتزام. ديوان المطبوعات الجامعية. الجزائر. 1988.
2. فيلالى علي. الالتزامات. ج 1: النظرية العامة للعقد. موفم للنشر. الجزائر. 2001.
3. الهادي سعيد عرفة. إساءة استعمال حق الطلاق . مطبعة الأمانة. القاهرة. ط 1. 1989.
4. فيلالى علي. الالتزامات. ج 2: العمل المستحق للتعويض. موفم للنشر. الجزائر. 2001.

5. عبد العزيز سعد. الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري . دار البعث. الجزائر. 1989.
6. الشيخ محمد الزفزاف. محاضرات في آثار الطلاق. جامعة القاهرة. 1962-1963.
7. مصطفى السباعي. شرح قانون الأحوال الشخصية. ج 1: الزواج وانحلاله. مطبعة جامعة دمشق. سوريا. ط 7. 1966.
8. الغوتي بن ملح. قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء . ديوان المطبوعات الجامعية. الجزائر. ط 1. 2005.
9. بلحاج العربي. الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري . ديوان المطبوعات الجامعية. الجزائر. 1987.
10. عز الدين محمد الغرياني. دراسة مقارنة على الحضانة بين الشريعة والقانون في البلاد العربية. ELGA. فاليتا. مالطا. 1997.
11. توفيق حسن فرج. المدخل للعلوم القانونية . المكتب المصري الحديث. الإسكندرية. 1971.
12. سهيل حسين الفتلاوي. نظرية الحق. المكتب المصري. القاهرة. 2002.
13. عبد العزيز سعد. قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد . دار هومة. الجزائر. 2007.
14. عبد القادر بن حرز الله. أحكام الزواج والطلاق . دار الخلدونية. الجزائر. ط 1. 2007.
15. أحمد نصر الجندي. الطلاق والتطليق وآثارهما . دار الكتب القانونية. مصر. 2004.
16. أحمد محمد أحمد بخيت. إسكان المحضون في الفقه الإسلامي والتقنيات العربية. دار النهضة العربية. القاهرة. ط 1. 2001.
17. عبد الحميد عبد الرحمن الفقي. آثار الطلاق المالية. مكتبة الغد. القاهرة. 1996.
18. محمد أبو زهرة. الأحوال الشخصية. دار الفكر العربي. مطبعة السعادة. القاهرة. 1957.

19. محمد مصطفى شلبي. أحكام الأسرة في الإسلام . دار النهضة العربية. بيروت. ط 2. 1977.
20. بدران أبو العينين بدران. الفقه المقارن لأحوال الشخصية. ج1: الزواج والطلاق. دار النهضة العربية. بيروت. 1967.
21. محمد محي الدين عبد الحميد. الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية . دار الكتاب العربي. بيروت. ط 1. 1984.
22. عبد العزيز سعد. الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري. دار هومة. الجزائر. 1982.

6. الرسائل:

1. تقيّة عبد الفتاح. الطلاق بين تشريع الأسرة والإجتهاد القضائي . رسالة دكتوراه. جامعة الجزائر. 2007.
2. حنيفي لويظة. حل الرابطة الزوجية من طرف أحد الزوجين . رسالة دكتوراه. جامعة الجزائر. 2008. (باللغة الفرنسية)
3. لمطاعي نور الدين. عدة الطلاق وأثرها على الأحكام القضائية . رسالة دكتوراه. جامعة الجزائر. 2007.
4. محمود محمد علي. الطلاق بين الإطلاق والتقييد في الشريعة الإسلامية . رسالة دكتوراه. جامعة الأزهر. مصر. 1971.
5. محمد شوقي السيد. معيار التعسف في استعمال الحق . رسالة دكتوراه في الحقوق. جامعة القاهرة. مصر.
6. السعيد مصطفى السعيد. مدى استعمال حقوق الزوجية . رسالة دكتوراه. الجامعة المصرية. القاهرة. 1936.
7. محمد عبد الستار الجبالي. الضرر المخول للمرأة حق التطليق . رسالة دكتوراه. جامعة الأزهر. القاهرة. 1989.
8. عبد الرحمن الصابوني. مدى حرية الزوجين في الطلاق . رسالة دكتوراه. جامعة القاهرة. 1962.

9. يوسف محمود عبد المقصود. **الحقوق المالية الناشئة عن عقد النكاح** . رسالة دكتوراه. جامعة الأزهر. القاهرة.
10. سعاد إبراهيم صالح. **الطلاق بين الإطلاق والتقييد** . رسالة ماجستير. جامعة الأزهر. القاهرة. 1971.
11. محمد محمود حسين أحمد منصور. **مسكن الزوجية** . رسالة ماجستير. جامعة القاهرة. بدون سنة.

7. المقالات:

1. علي البدري أحمد الشرقاوي. **متعة الفراق** . مجلة الدراسات القانونية. جامعة أسيوط. مصر. السنة الأولى. العدد 1. 1979.
2. رشاد حسن خليل. **نفقة الزوجات في الفقه الإسلامي** . مجلة الشريعة والقانون. جامعة الأزهر. القاهرة. العدد 14. 1997.
3. حميدو زكية. **تزوج الحاضنة بغير قريب محرم كسبب مسقط للحضانة** . المجلة الجزائرية للعلوم القانونية. 2000. رقم 1.
4. حميدو زكية. **عمل المرأة الحاضنة بين نصوص قوانين الأحوال الشخصية المغربية والإجتهاادات الفقهية والقضائية** . المجلة الجزائرية للعلوم القانونية. 2002. رقم 2.
5. بلحاج العربي. **طرق الطلاق في قانون الأسرة الجزائري** . المجلة الجزائرية للعلوم القانونية. 1990. رقم 3.

8. القواميس:

1. محمد الباشا. **الكافي**. شركة المطبوعات. بيروت. ط 1. 1992.
2. محمد فريد وجدي. **دائرة معارف القرن العشرين** . دار المعرفة. بيروت. ط 3. 1971.
3. جاد الله محمود بن عمر الزمخشري. **أساس البلاغة** . دار صادر ودار بيروت. بيروت. 1965.
4. عبد الرؤوف المصري. **معجم القرآن**. مطبعة حجازي. القاهرة. ط 2. 1948.

5. أحمد المقرئ. المصباح المنير في غريب الشرح الكبير . مطبعة مصطفى البابي الحلبي. مصر. بدون سنة.
6. ابن منظور. لسان العرب. دار صادر. بيروت. ط 1. 1997.
7. علي بن هادية وآخرون. القاموس الجديد. م و ج ك و ش ت ت. الجزائر وتونس. ط 5. 1984.
8. جبران مسعود الرائد. معجم لغوي عصري . دار العلم للملايين. بيروت. ط 7. 1992.
9. المعتمد. قاموس عربي عربي. دار صادر. بيروت. ط 3. 2004.
10. المنجد في اللغة العربية المعاصرة. دار المشرق. بيروت. ط 1. 2000.
11. أحمد زكي بدر و صديقة يوسف محمود. المعجم العربي الميسر . دار الكتاب المصري و دار الكتاب اللبناني. مصر ولبنان. ط 1. 1991.
12. ابتسام القرام. المصطلحات القانونية في التشريع الجزائري . م و ق م. الجزائر. 1992.

9. الإجتهد القضائي:

1. المجلة القضائية.
2. نشرة القضاة.
3. محكمة سيدي امحمد. غرفة الأحوال الشخصية. حكم صادر بتاريخ 06 جانفي 2008. غير منشور.
4. محكمة سيدي امحمد. غرفة الأحوال الشخصية. حكم صادر بتاريخ 14 أبريل 2008. غير منشور.
5. محكمة سيدي امحمد. غرفة الأحوال الشخصية. حكم صادر بتاريخ 11 ماي 2008. غير منشور.

الفهرس

المقدمة:	ص 01
الباب الأول: حق المطلقة في جبر ضرر الطلاق	ص 07
الفصل الأول: مفهوم المتعة وعلاقته بمفهوم التعويض عن الطلاق التعسفي	ص 08
المبحث الأول: مفهوم المتعة في الشريعة الإسلامية	ص 09
المطلب الأول: أدلة المتعة	ص 09
الفرع الأول: أدلة المتعة من القرآن	ص 09
الفرع الثاني: أدلة المتعة من السنة	ص 10
الفرع الثالث: أدلة المتعة من أثر الصحابة	ص 12
المطلب الثاني: ماهية المتعة	ص 13
الفرع الأول: تعريف المتعة	ص 13
أولاً: تعريف المتعة لغة	ص 13
ثانياً: تعريف المتعة اصطلاحاً	ص 14
الفرع الثاني: إختلاف المتعة عن الصداق	ص 17
أولاً: تعريف الصداق	ص 17
ثانياً: إستقلالية المتعة عن الصداق	ص 18
الفرع الثالث: إختلاف المتعة نفقة العدة	ص 20
أولاً: تعريف نفقة العدة	ص 20
ثانياً: إستقلالية المتعة عن نفقة العدة	ص 21
المبحث الثاني: علاقة المتعة بالتعويض عن الطلاق التعسفي	ص 23
المطلب الأول: شرط التعسف في الطلاق وموقف الشريعة الإسلامية منه	ص 23
الفرع الأول: معنى الطلاق التعسفي في قانون الأسرة	ص 24
الفرع الثاني: موقف الشريعة الإسلامية من الطلاق التعسفي	ص 29
المطلب الثاني: شرط الضرر في الطلاق وموقف الشريعة الإسلامية منه	ص 36
الفرع الأول: معنى الضرر اللاحق بالمطلقة في قانون الأسرة	ص 37
الفرع الثاني: موقف الشريعة الإسلامية من الضرر اللاحق بالمطلقة	ص 40

الفصل الثاني: أحكام المتعة في الشريعة الإسلامية وموقف قانون الأسرة.....	ص 45
المبحث الأول: حكم المتعة في الشريعة الإسلامية وموقف قانون الأسرة.....	ص 45
المطلب الأول: حكم المتعة في الشريعة الإسلامية.....	ص 46
الفرع الأول: المطلقة التي تستحق المتعة.....	ص 46
الفرع الثاني: مدى إجبارية دفع المتعة على المطلق.....	ص 50
المطلب الثاني: حكم التعويض عن الطلاق التعسفي في قانون الأسرة.....	ص 53
الفرع الأول: المطلقة التي تستحق التعويض.....	ص 53
الفرع الثاني: مدى إلزامية دفع التعويض على المطلق.....	ص 54
المبحث الثاني: تقدير المتعة في الشريعة الإسلامية وموقف قانون الأسرة.....	ص 56
المطلب الأول: تقدير المتعة في الشريعة الإسلامية.....	ص 56
الفرع الأول: مقدار المتعة.....	ص 56
الفرع الثاني: أسس تقدير المتعة.....	ص 60
المطلب الثاني: تقدير تعويض المطلقة في قانون الأسرة.....	ص 63
الفرع الأول: مقدار تعويض المطلقة.....	ص 63
الفرع الثاني: أسس تقدير تعويض المطلقة.....	ص 66
الباب الثاني: حق المطلقة في نفقة العدة.....	ص 73
الفصل الأول: مفهوم نفقة العدة.....	ص 74
المبحث الأول: مدلول نفقة العدة.....	ص 75
المطلب الأول: أدلة نفقة العدة.....	ص 75
الفرع الأول: أدلة النفقة من القرآن.....	ص 75
الفرع الثاني: أدلة النفقة من السنة.....	ص 78
الفرع الثالث: أدلة النفقة من أثر الصحابة.....	ص 80
المطلب الثاني: ماهية النفقة.....	ص 82
الفرع الأول: تعريف النفقة.....	ص 83
أولاً: تعريف النفقة لغة.....	ص 83
ثانياً: تعريف النفقة في الاصطلاح الشرعي.....	ص 84

86	ص.....	ثالثا: تعريف النفقة في الاصطلاح القانوني.....
88	ص.....	الفرع الثاني: مضمون نفقة العدة.....
88	ص.....	أولا: مضمون نفقة العدة في الشريعة الإسلامية.....
89	ص.....	1- نفقة الطعام.....
91	ص.....	2- نفقة الكسوة.....
95	ص.....	3- نفقة المسكن.....
97	ص.....	ثانيا: مضمون نفقة العدة في قانون الأسرة.....
97	ص.....	1- مضمون النفقة طبقا لنص المادة 78 من قانون الأسرة.....
100	ص.....	2- موقف الشريعة الإسلامية من نفقة العلاج.....
101	ص.....	أ- موقف الفقه القديم من نفقة العلاج.....
102	ص.....	ب- موقف الفقه المعاصر من نفقة العلاج.....
104	ص.....	المبحث الثاني: شروط النفقة ومسقطاتها.....
104	ص.....	المطلب الأول: شروط النفقة ومسقطاتها في الشريعة الإسلامية.....
105	ص.....	الفرع الأول: شروط النفقة في الشريعة الإسلامية.....
105	ص.....	أولا: صحة النكاح.....
106	ص.....	ثانيا: تسليم الزوجة.....
111	ص.....	ثالثا: عدم النشوز.....
114	ص.....	الفرع الثاني: مسقطات النفقة في الشريعة الإسلامية.....
114	ص.....	أولا: موت أحد الزوجين.....
115	ص.....	ثانيا: الفرقة بمعصية الزوجة.....
115	ص.....	ثالثا: نشوز الزوجة.....
115	ص.....	المطلب الثاني: شروط النفقة ومسقطاتها في قانون الأسرة.....
116	ص.....	الفرع الأول: : شروط النفقة في قانون الأسرة.....
116	ص.....	أولا: الدخول بالزوجة.....
118	ص.....	ثانيا: صلاحية الزوجة للمعاشرة.....
120	ص.....	ثالثا: عدم نشوز الزوجة.....
123	ص.....	الفرع الثاني: مسقطات النفقة في قانون الأسرة.....

أولاً: سقوط النفقة لعدم توفر شروطها.....	ص 123
ثانياً: سقوط النفقة لانتهاء الرابطة الزوجية.....	ص 124
الفصل الثاني: أحكام نفقة العدة في الشريعة والقانون.....	ص 127
المبحث الأول: حكم نفقة العدة.....	ص 127
المطلب الأول: حكم نفقة العدة في الشريعة الإسلامية.....	ص 127
الفرع الأول: المطلقة المعتدة التي تستحق نفقة العدة.....	ص 128
أولاً: المعتدة الرجعية.....	ص 129
ثانياً: المعتدة المبتوتة.....	ص 130
1- المبتوتة الحامل.....	ص 130
2- المبتوتة الحائل.....	ص 133
الفرع الثاني: مدى وجوب نفقة العدة على المطلق.....	ص 138
أولاً: مدى التزام الزوج المطلق بنفقة العدة.....	ص 138
1- كيفية دفع النفقة.....	ص 138
2- مدى حق الزوج في استرداد النفقة المستقبلية.....	ص 140
ثانياً: مدى استحقاق المطلقة المعتدة لنفقة العدة.....	ص 143
1- إمتناع الزوج عن دفع النفقة.....	ص 143
أ- إعسار الزوج بالنفقة.....	ص 143
ب- إمتناع الزوج عن دفع النفقة ظلماً.....	ص 146
ج- غياب الزوج دون نفقة.....	ص 149
2- مدى حق الزوجة في استحقاق النفقة الماضية.....	ص 150
المطلب الثاني: حكم نفقة العدة في قانون الأسرة.....	ص 155
الفرع الأول: المطلقة المعتدة المستحقة لنفقة العدة قانوناً.....	ص 155
الفرع الثاني: مدى وجوب دفع النفقة على المطلق قانوناً.....	ص 157
أولاً: مدى التزام الزوج بدفع النفقة.....	ص 158
1- كيفية دفع النفقة.....	ص 158
2- مصير النفقة المستقبلية.....	ص 159
ثانياً: مدى استحقاق المطلقة المعتدة للنفقة.....	ص 160

1- عدم دفع الزوج للنفقة.....	ص 160
أ- إعسار الزوج عن النفقة.....	ص 161
ب- إمتناع الزوج عن دفع النفقة عمدا.....	ص 161
ج- غياب الزوج بدون نفقة.....	ص 163
2- مصير النفقة الماضية.....	ص 164
المبحث الثاني: تقدير نفقة العدة.....	ص 165
المطلب الأول: تقدير النفقة في الشريعة الإسلامية.....	ص 166
الفرع الأول: طرق تقدير النفقة في الشريعة الإسلامية.....	ص 166
الفرع الثاني: معيار تقدير النفقة في الشريعة الإسلامية.....	ص 169
المطلب الثاني: تقدير النفقة في قانون الأسرة.....	ص 174
الفرع الأول: طرق تقدير النفقة في قانون الأسرة.....	ص 175
الفرع الثاني: معيار تقدير النفقة في قانون الأسرة.....	ص 177
الباب الثالث: حق المطلقة في الحضانة.....	ص 181
الفصل الأول: مفهوم الحضانة.....	ص 182
المبحث الأول: مدلول الحضانة.....	ص 183
المطلب الأول: أدلة الحضانة.....	ص 183
الفرع الأول: أدلة الحضانة من القرآن.....	ص 183
الفرع الثاني: أدلة الحضانة من السنة.....	ص 186
الفرع الثالث: أدلة الحضانة من أثر الصحابة.....	ص 189
المطلب الثاني: ماهية الحضانة.....	ص 190
الفرع الأول: تعريف الحضانة.....	ص 191
أولاً: تعريف الحضانة لغة.....	ص 191
ثانياً: تعريف الحضانة في الإصطلاح الشرعي.....	ص 192
ثالثاً: تعريف الحضانة في الإصطلاح القانوني.....	ص 194
1- مسألة المحضون.....	ص 195
أ- المحضون في قانون الأسرة.....	ص 195

- ب- المحضون في الشريعة الإسلامية.....ص 196
- 2- مسألة تعليم المحضون.....ص 196
- أ- تعليم المحضون في قانون الأسرة.....ص 197
- ب- تعليم المحضون في الشريعة الإسلامية.....ص 198
- 3- مسألة تربية المحضون على دين أبيه.....ص 199
- أ- إسناد الحضانة إلى غير المسلم في قانون الأسرة.....ص 200
- ب- موقف الشريعة الإسلامية من إسناد الحضانة إلى غير المسلم.....ص 201
- الفرع الثاني: علاقة الحضانة بالإرضاع.....ص 204
- أولاً: مفهوم الرضاع.....ص 204
- ثانياً: إستقلالية الرضاع عن الحضانة.....ص 206
- الفرع الثالث: علاقة الحضانة بالكفالة.....ص 207
- أولاً: مفهوم الكفالة.....ص 208
- ثانياً: الفرق بين الحضانة والكفالة.....ص 210
- المبحث الثاني: شروط الحضانة ومسقطاتها وعودتها.....ص 211
- المطلب الأول: شروط الحضانة بين الشريعة والقانون.....ص 211
- الفرع الأول: شروط الحضانة في الشريعة الإسلامية.....ص 211
- أولاً: الشروط العامة للحضانة.....ص 211
- 1- عدم تزوج الحاضنة من غير محرم من المحضون.....ص 212
- 2- البلوغ والعقل والحرية.....ص 212
- 3- الإسلام والأمانة.....ص 212
- 4- الكفاءة والسلامة من الأمراض.....ص 212
- 5- عدم الانتقال بالمحضون.....ص 213
- ثانياً: إختلاف الفقهاء في شروط الحضانة.....ص 213
- 1- شروط الحضانة المختلف فيها.....ص 213
- 2- شروط الحضانة المضافة.....ص 215
- الفرع الثاني: شروط الحضانة في قانون الأسرة.....ص 216
- أولاً: شروط الحضانة المنصوص عليها في قانون الأسرة.....ص 217

- 1- شرط الأهلية.....ص 217
- 2- شرط تربية المحضون على دين أبيه.....ص 219
- 3- شرط عدم تزوج الحاضنة بغير قريب محرم.....ص 220
- 4- شرط عدم الانتقال بالمحضون.....ص 221
- ثانيا: شروط الحضانة غير المنصوص عليها في قانون الأسرة وموقف القضاء منها...ص 225
- 1- شرط الأمانة.....ص 225
- 2- شرط الكفاءة والسلامة من الأمراض.....ص 227
- المطلب الثاني: سقوط الحضانة وعودتها بين الشريعة والقانون.....ص 229
- الفرع الأول: سقوط الحضانة وعودتها في الشريعة الإسلامية.....ص 230
- أولا: مسقطات الحضانة في الشريعة الإسلامية.....ص 230
- 1- مسقطات الحضانة العامة.....ص 230
- أ- زواج الحاضنة من أجنبي غير محرم.....ص 230
- ب- سكن الحاضنة مع أم المحضون المتزوجة بأجنبي.....ص 232
- ج- الفسق.....ص 232
- د- العجز والإصابة بمرض معد.....ص 232
- 2- مسقطات الحضانة المضافة.....ص 233
- أ- الردة.....ص 233
- ب- كثرة خروج الحاضنة.....ص 233
- ج- إمتناع الأم عن الحضانة إلا بأجرة.....ص 233
- د- إنعدام الحرز.....ص 233
- هـ- السفه.....ص 234
- ثانيا: عودة الحضانة في الشريعة الإسلامية.....ص 234
- أ- الحاضنة المتزوجة.....ص 234
- ب- الحاضنة المريضة.....ص 235
- ج- الحاضنة المرتدة.....ص 235
- د- الحاضنة المحترفة.....ص 235
- الفرع الثاني: سقوط الحضانة وعودتها في قانون الأسرة.....ص 236

أولاً: مسقطات الحضانة في قانون الأسرة.....	ص 236
1- زواج الحاضنة بغير قريب محرم.....	ص 236
2- التنازل عن الحضانة.....	ص 237
3- الإخلال بشروط الحضانة.....	ص 238
4- العمل المانع من الحضانة.....	ص 239
5- التقادم.....	ص 240
6- الانتقال بالمحضون.....	ص 241
7- سكنى الحاضنة مع أم المحضون المتزوجة بغير قريب محرم.....	ص 243
ثانياً: عودة الحضانة في قانون الأسرة.....	ص 244
الفصل الثاني: أحكام الحضانة.....	ص 246
المبحث الأول: مراتب الحضانة ومدتها.....	ص 246
المطلب الأول: مراتب الحضانة.....	ص 246
الفرع الأول: مراتب الحضانة في الشريعة الإسلامية.....	ص 247
أولاً: ترتيب الحاضنين عند فقهاء الشريعة.....	ص 247
ثانياً: مناقشة آراء الفقهاء في ترتيب الحاضنين.....	ص 249
الفرع الثاني: مراتب الحضانة في قانون الأسرة.....	ص 252
أولاً: مراتب الحضانة في قانون الأسرة قبل التعديل.....	ص 252
ثانياً: مراتب الحضانة في قانون الأسرة بعد التعديل.....	ص 254
المطلب الثاني: مدة الحضانة.....	ص 257
الفرع الأول: مدة الحضانة في الشريعة الإسلامية.....	ص 257
أولاً: مدة الحضانة عند فقهاء الشريعة.....	ص 257
ثانياً: مواطن اختلاف الفقهاء في مدة الحضانة.....	ص 259
الفرع الثاني: مدة الحضانة في قانون الأسرة.....	ص 261
أولاً: مدة حضانة الذكر.....	ص 261
ثانياً: مدة حضانة الأنثى.....	ص 263
المبحث الثاني: أجره الحضانة ومكان ممارستها.....	ص 264
المطلب الأول: أجره الحضانة.....	ص 264

الفرع الأول: أجره الحضانة في الشريعة الإسلامية.....	ص 265
أولاً: أجره الحضانة عند فقهاء الشريعة.....	ص 265
ثانياً: مواطن اختلاف الفقهاء في أجره الحضانة.....	ص 267
الفرع الثاني: أجره الحضانة في قانون الأسرة.....	ص 268
المطلب الثاني: مسكن الحضانة.....	ص 269
الفرع الأول: مسكن الحضانة في الشريعة الإسلامية.....	ص 269
أولاً: الأب لا يلتزم بمسكن الحضانة.....	ص 270
ثانياً: الأب يلتزم بمسكن الحضانة.....	ص 271
الفرع الثاني: مسكن الحضانة في قانون الأسرة.....	ص 273
أولاً: مسكن الحضانة في قانون الأسرة قبل التعديل.....	ص 273
ثانياً: مسكن الحضانة في قانون الأسرة بعد التعديل.....	ص 277
1- المشاكل المترتبة عن إلغاء الفقرة 2 من المادة 52 من قانون الأسرة.....	ص 277
2- المشاكل المترتبة عن تعديل المادة 72 من قانون الأسرة.....	ص 278

خاتمة..... ص 284

المراجع

الفهرس

ملحق

ملحق

قرار رقم 35912 بتاريخ 1985/04/08

حيث أن الشريعة الإسلامية قررت لكل زوجة طلقها زوجها متعة تعطى لها تخفيفا عما حصل لها من ألم فراق زوجها لها وهي في حد ذاتها تعويضا وكان على القاضي أن يحكم للمطلقة في القضية بمبلغ يفي بالمراد تحت التعبير الشرعي وهو المتعة أو يعبر عنه بالتعويض وحده ليفسر بالمتعة، لا أن يمنحها مبلغا رمزيا زهيدا باسم المتعة ويجعل لها مبلغ آخر غير شرعي تحت اسم التعويض مما حرمها من هذا الأخير لأنه غير واجب وأجحف في حقها بالنسبة للمتعة، والمجلس إذ وافق على ذلك وهو كما ذكر فإنه حاد عن الشرع وعرض قراره للنقض الجزئي.

قرار بتاريخ 1969/06/25

من المقرر شرعا وقانونا أنه للزوج حق الطلاق بمجرد إبداء إرادته في ذلك.

قرار رقم 35992 بتاريخ 1985/03/11

الحمل مما يخفى على المرأة خاصة في أيام نشأته الأولى والحيض ليس مانعا من الحمل، فالاعتماد على إبطال دعوى المطعون ضدها على أنه وقت طلاقها كانت حائضا ليس دليلا شرعيا على أن رحمها كان غير مشغول بجنين ... فالحيض ليس دليلا كقاعدة عامة على عدم الحمل...

قرار رقم 41560 بتاريخ 1986/04/07

حيث أن الشريعة الإسلامية تقر قانونا للزوجة في تلك الحالة عدة نفقات وهي نفقة الإهمال ونفقة العدة ونفقة المتعة حتى على سبيل التعويض. وبما أن القرار المنتقد لم يؤكد ذلك فهذا يضر حقوق الزوجة التابعة لكل طلاق تعسفي وبالتالي يعتبر مخالفا للشريعة الإسلامية ومنعدما أو مقصرا في التسبيب.

قرار رقم 51614 بتاريخ 1988/11/21

من المقرر في الشريعة الإسلامية أن المتعة شرعت شرعا للمرأة التي يختار زوجها فراقها وليس للمرأة التي تختار فراق زوجها، فتطليقها على زوجها دون رضا منه يتعارض منطقيا مع إلزامه بمبالغ مالية أخرى لم يرد بها نص شرعي كما ورد في الطلاق.

قرار رقم 39022 بتاريخ 1986/01/27

حيث أن قضاة المجلس رغم عجز الطاعن من تقديم حجة تثبت بأن دفع كامل الصداق لم يعرض اليمين على المدعى عليها في الطعن وحكموا على الطاعن بدفعه تعويضا لها.

قرار رقم 53017 بتاريخ 1989/03/27

ولقد حددت المادة 52 من قانون الأسرة أن التعويض يجب على الزوج الذي طلق وتعسف في طلاقه ونتج عن ذلك ضرر بمطلقاته ...

قرار رقم 72602 بتاريخ 1991/05/21

حيث أنه بعد الإطلاع على الحكم المعاد والقرار المطعون فيه تبين من هذا الأخير وإنه قد استجاب لطلبات الطاعنة بحيث رفع من قيمة المبالغ المحكوم بها سواء فيما يتعلق بمبلغ العدة والمتعة والنفقة الغذائية للأولاد الثلاثة وأن تحديد هذه النفقات تخضع لسلطة قضاة الموضوع التي خولها لهم القانون ولا رقابة للمحكمة العليا عليهم في ذلك ...

قرار رقم 35912 بتاريخ 1985/04/08

أقام السيد (ر أ) طعنا يرمي إلى نقض القرار الذي أصدره مجلس قضاء الأغواط بتاريخ 1983/02/08 المؤيد للحكم الصادر من محكمة نفس المدينة القاضي بالطلاق الرجعي بين الزوجين ... و 6000 دج تعويضا عن الطلاق التعسفي ...

قرار رقم 55116 بتاريخ 1989/10/02

حيث أقام السيد ب م بواسطة محاميه طعنا يرمي إلى نقض القرار الذي أصدره مجلس قضاء تلمسان بتاريخ 1986/07/20 المؤيد مبدئيا للحكم الذي أصدرته محكمة الرمشي يوم 1985/10/02 القاضي بالطلاق بين الزوجين تحت مسؤوليتهما المشتركة، ومن ثم يقسم الصداق بينهما المقدر بثلاثين ألف دينار للزوجة، نصف هذا المبلغ، والحكم لها بـ: 1000 دج متعة ... وعن طريق تعديل المجلس للحكم رفع عنها نصف مسؤوليتها في الطلاق وأضافها إلى الزوج وألزمه بأن يدفع لها 7000 دج متعة...

قرار رقم 73949 بتاريخ 1991/04/23

حيث أقام السيد (ت م) طعنا بواسطة محاميه يرمي إلى نقض القرار الصادر بينه وبين (د ف) من مجلس قضاء الشلف بتاريخ 1988/10/29 المؤيد مبدئيا للحكم المعاد الصادر من محكمة العطف بتاريخ 1987/12/22 القاضي بالطلاق بين الزوجين وعلى المطلق دفع و 6000 دج متعة وتعديلا له قضى المجلس على المطلق دفع نفقة عدة ... ورفع نفقة المتعة إلى 7000 دج.

قرار رقم 72602 بتاريخ 1991/05/21

بحيث أقامت السيدة (وول) طعنا ... يرمي إلى نقض قرار صادر من مجلس قضاء تيزي وزو بتاريخ 1988/02/24 الذي قضى بتأييد الحكم المستأنف مبدئيا وتعديلا له رفع نفقة العدة ... والمتعة إلى 8000 دج.

قرار رقم 59156 بتاريخ 1990/03/19

حيث أن (ق ح ر) رفع طعنا بالنقض يرمي إلى نقض القرار الصادر بتاريخ 1986/11/17 عن مجلس قضاء سكيكدة بالمصادقة مبدئيا على الحكم المستأنف الصادر من محكمة سكيكدة بتاريخ 1985/10/03 الذي يقضي بالطلاق بين الطرفين بإرادة الزوج المنفردة والحكم للمطلقة بتعويض قدره 6000 دج ... وتعديلا له قضى برفع التعويض الممنوح للمطلقة إلى 10000 دج.

قرار رقم 215212 بتاريخ 16/02/1999

حيث أن (ب م) طلب بواسطة وكيله ... نقض وإبطال القرار الصادر عن مجلس قضاء بجاية بتاريخ 01/08/1998 القاضي بالمصادقة على الحكم المستأنف الصادر عن محكمة بجاية بتاريخ 07/02/1998 القاضي ابتدائيا بإلزام المدعي أن يدفع للمدعى عليها ... و 30000 دج تعويضا مقابل الطلاق التعسفي ...

قرار رقم 35912 بتاريخ 08/04/1985

أقام السيد (ر أ) طعنا يرمي إلى نقض القرار الذي أصدره مجلس قضاء الأغواط ... المؤيد للحكم القاضي بالطلاق الرجعي بين الزوجين ... وإسناد حضانة الأولاد الثلاثة لأهمهم وبالإفناق عليهم من قبل أبيهم بمبلغ شهري لكل واحد منهم ... وتخصيص سكن لهم ولأهمهم تتوفر فيه الشروط الضرورية للحياة ...

قرار رقم 44630 بتاريخ 09/02/1987

... وبما أن الشريعة الإسلامية والقواعد المتفق عليها فقها وقضاء بالجزائر التي تأخذ كأصل عام بالمذهب المالكي حيث تقدر النفقة المستحقة للزوجة بالخصوص على حال الزوجين يسرا وعسرا ثم حال مستوى المعيشة، ومن أجل هذا كان من اللازم على القاضي لكي يقدر نفقة الزوجة أن يبحث عن دخل الزوج وحالة معيشة الزوجة ثم يقدر النفقة حسب مستوى المعيشة السائدة في المكان الذي يعيش فيه الزوجان ...

قرار رقم 31997 بتاريخ 09/01/1984

حيث أقام السيد (ز أ) والسيد (ز ز) طعنا يرمي إلى نقض القرار الذي أصدره المجلس القضائي بعنابة بتاريخ 27 مارس 1982 الملغى جزئيا بمقتضاه الحكم الصادر من محكمة نفس المدينة يوم 30 جوان 1980 القاضي بالطلاق ... و 600 دج مقابل نفقة العدة ...

قرار رقم 89635 بتاريخ 1993/04/27

حيث أقام السيد أ.د.ع طعنا ... يرمي إلى نقض قرار صادر من مجلس قضاء بسكرة بتاريخ 1990/06/16 الذي قضى بإلغاء الحكم المستأنف، والقضاء من جديد بتطبيق المستأنفة من المستأنف عليه على مسؤوليتهما المشتركة وإلزام المستأنف عليه بأن يمكن المستأنفة نفقة عدتها بمبلغ 2000 دج...

قرار رقم 215212 بتاريخ 1999/02/16

حيث أن (ب م) طلب ... نقض وإبطال القرار الصادر عن مجلس قضاء بجاية بتاريخ 1998/08/01 القاضي نهائيا بالنسبة للطلاق بين الزوجين (ب م) و (م ي) وابتدائيا بإلزام المدعي أن يدفع للمدعى عليها مبلغ 7000 دج نفقة العدة ...

قرار رقم 127948 بتاريخ 1996/01/16

فصلا في الطعن بالنقض المرفوع بتاريخ 1994/02/15 من طرف السيد (ب ب) ... ضد الحكم الحضوري الصادر في 1993/10/31 عن محكمة سيدي عقبة التي قضت بتطبيق الزوجة على مسؤولية الزوج والحكم على (ب ب) أن يدفع لمطلقاته (خ ع) ... ومبلغ 30000 دج كنفقة العدة ...

قرار رقم 51596 بتاريخ 1988/11/07

حيث أن النفقات المحكوم بها إنما تشكل حدا أدنى للمعيشة وأنه لا يمكن الاحتجاج في هذه الحالة بعدم التقدير السليم للنفقات حتى ولو كان فلاحا بسيطا.

قرار رقم 39394 بتاريخ 1986/02/10

لكن فيما يخص السبب الأول المتعلق بالنفقة إذا كانت الزوجة نالت صداقها بموجب ما جاء في السبب الثالث فإن فرض النفقة لها لمدة سنة يتعارض مع موجب الخيار والرد الحاصلين فعلا. فاستحقاق الزوجة النفقة في مثل هذه الحالة موقوف على ضرب أجل لها للعلاج ومتوقف على بقائها ببيت الزوجية ولو حكما. وحيث أن المطعون ضدها طلقت وخرجت من بيت الزوجية

وانقطعت كل صلة لها مع زوجها فلا هي أجلت للعلاج على حساب زوجها ولا هي ببينة يستمع بها بطريق أو بآخر ومن ثم ففرض نفقة لها ليس له مستند من الشرع

قرار رقم 57506 بتاريخ 1989/12/25

حيث أن قضاة الموضوع في موضوع النفقة طبقوا قانون الأسرة المادة 80 حيث أن هذه المادة تنص على أن النفقة تستحق من تاريخ رفع الدعوى، وللقاضي أن يحكم باستحقاقها بناء على بينة لمدة لا تتجاوز سنة قبل رفع الدعوى ...

قرار رقم 51715 بتاريخ 1989/01/16

حيث نلاحظ مما سبق من العرض السابق أن الزواج تم بين الطرفين على سنة الله ورسوله وأن ما حكمت به المحكمة كان صحيحا وموافقا للشريعة الإسلامية السمحاء إلا أن المحكمة حينما حكمت بالنفقة لزوجة وللبنت فإننا لم تقدر ظروف القضية ولم تنتبه إلى الآية الكريمة التي تفرض تقدير النفقة حسب وسع ويسر الزوج حسب الآية الكريمة "وعلى الموسع قدره وعلى المقتر قدره"، وكذلك فإن قانون الأسرة في مادته 37 ف 1 النفقة الشرعية حسب وسعه إلا إذا ثبت نشوزها، ... فكان على المحكمة أن تقدر ظروف الزوج ومدخوله ووسعه والمدة الزمنية التي مرت بها القضية وطول المرافعات ومع مراعاة المادة 79 من قانون الأسرة وللمجلس الحق نظرا لطول المرافعات أن يحدد النفقة للبنت اعتبارا من تاريخ صدور القرار بعد الإحالة وحتى لا تتقل كاهل الزوج بنفقات سنوات طوال حيث يتبين مما سبق نقض القرار.

قرار رقم 136604 بتاريخ 1996/04/23

حيث أنه لا يجوز الاحتجاج بحجية الشيء المضي به فيما يخص النفقات والتي يمكن مراجعتها تبعا للمستجدات التي تطرأ على المعيشة، والنفقة تشمل الغذاء والكسوة والعلاج والسكن أو أجرته وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة كما عرضها المشرع في المادة 78 من قانون الأسرة، والمادة 79 من قانون الأسرة التي تجيز للقاضي مراجعة النفقة بعد مضي سنة.

قرار رقم 33921 بتاريخ 1984/07/09

من المقرر في الفقه الإسلامي وجوب توافر شروط الحضانة ومن بينها القدرة على حفظ المحضون ومن ثم فإن القضاء بتقرير ممارسة حق الحضانة دون توافر هذا الشرط يعد خرقاً لقواعد الفقه الإسلامي. ولما كان الثابت في قضية الحال أن الحاضنة فاقدة البصر وهي بذلك تعد عاجزة عن القيام بشؤون أبنائها ومن ثم فإن قضاة الاستئناف بإسنادهم حضانة الأولاد لها وهي على هذا الحال حادوا عن الصواب وخالفوا القواعد الفقهية ...

قرار رقم 52221 بتاريخ 13 مارس 1989

وحيث أن محكمة الأخرية أصدرت حكماً بتاريخ 1985/02/03 بالطلاق ... وأسندت حضانة الأولاد الثلاثة إلى الأم مع استحقاقهم السكن في المسكن الذي يعيشون فيه في الأخرية مع عدم السماح للأم بالخروج بهم من أرض الوطن ...

قرار رقم 50011 بتاريخ 1988/06/20

حيث أن كل حاضنة تدخل على نفسها سبباً مسقطاً لحضانتها فإن الحضانة تسقط عنها شرعاً، فإذا كانت أما وتزوجت بأجنبي وطالبت بها أمها فإنها تعطى لها شريطة أن تكون غير متزوجة بدورها وألا تسكن مع ابنتها وأن تكون قادرة على القيام بالمحضون. وحيث أن هذه الشروط لم تتوفر في الجدة ومن ثم فليست صالحة في الحضانة، والمجلس إذ أسند حضانة الولد لأبيه فإنه راعى هذه الشروط وما أتى به من تسبب لذلك يعد كافياً في الموضوع، لذا فالوجه مرفوض.

قرار رقم 43594 بتاريخ 1986/09/22

وحيث يستفاد من الرجوع إلى القرار المطعون فيه أن حضانة ولدي هذه الأخيرة والطاعن الأول أسندت لأمهما. وحيث أن والد المحضون يسكن بمدينة الخروب ولاية قسنطينة وأن أمهما تقيم حالياً بفرنسا. وحيث أنه من المستقر عليه فقها وقضاء أن بعد المسافة بين الحاضن وصاحب حق الزيارة والرقابة على الأطفال المحضون لا يكون أكثر من ستة برود. وحيث فيما يرجع إلى قضية الحال أن المسافة الفاصلة بين الحاضنة

وولي المحضونين تزيد بدون شك عن ألف كيلومتر فإن ذلك يعد مانعا لوالد المحضونين من الرقابة عليهما.

قرار رقم 56597 بتاريخ 1989/12/25

ليس من المعقول حينما يكون الوالدان يعيشان ببلد أجنبي أن تكون حضانة أولادهما بالجزائر، فالمجلس الأعلى أخذ مبدأ الحضانة وقرر أن تسند لأحد الأبوين الذي يسكن في الجزائر سواء كان أم أم أب، أما والحال أنهما يسكنان معا بفرنسا فتطبق في القضية القواعد الشرعية المعروفة في الحضانة وتكون حيث يقيمان بفرنسا أو غيرها من الدول الأجنبية فالسبب بدوره غير جدي.

قرار رقم 59013 بتاريخ 1990/02/19

حيث أنه بالرجوع إلى القرار المطعون فيه يتبين أن عنوان المدعى عليها في الطعن أنها تسكن في فرنسا وأن قضاة الموضوع مع ذلك منحوا الحضانة إلى الزوجة المطلقة كما أنهم منحوا حق الزيارة للأب مرة كل أسبوع من الساعة 9 صباحا إلى 5 مساء، ومع العلم أن الأولاد مع أمهما في فرنسا وهذا أمر غير مقبول على الأقل من الناحية العملية. حيث أن قضاة الموضوع بإعطائهم حضانة الأولاد إلى الأم التي تسكن عند أهلها في فرنسا يكونون قد أخطأوا في تطبيق القانون وابتعدوا عن مقاصد الشريعة الإسلامية من إسناد الحضانة. إن الحضانة حين تسند لأي شخص يجب أن تكون لمصلحة الأطفال الصغار فعوض أن تحضنهم في الجزائر ولو يفرضوا لها أن لم يكن لها مأوى وفي ثمن الإيجار للسكن لتأويهم أهم فيه وليكونوا قريبا من رقابة الأب الذي له حق المراقبة على أبنائه في جميع شؤونهم وتكون الزيارة ممكنة الحصول حسب القرار وحتى يمكن تطبيق المادة 62 من قانون الأسرة.

قرار رقم 52207 بتاريخ 1989/01/02

وحيث أن المجلس الأعلى قد سبق له وأن أصدر عدة قرارات في مسألة الحضانة واتخذ فيها مبدأ وهو أنه في حالة وجود أحد الأبوين في دولة أجنبية غير مسلمة وتخاصما على

الأولاد بالجزائر فإن من يوجد منهما بها يكون أحق بهم ولو كانت الأم غير مسلمة ويتأكد منها أكثر إذا كان كل من الأبوين مسلمين وكل حكم أجنبي يتعارض مع هذا المبدأ ينظر إليه من هذه الزاوية ويحول بينه وبين تنفيذه. وعليه مما ذهب إليه المجلس لموافقته على الحكم الراض لطلب وضع الصيغة التنفيذية على الحكم أو القرار الأجنبيين المستدل بمقتضاها حضانة البننتين لأمهات المقيمة بفرنسا كان على صواب، فإبقاء البننتين بفرنسا يغير من اعتقادهما ويبعدها عن دينهما وعادات أمهما وهذا ليس بقواعد النظام العام، فضلا عن ذلك أن الأب له الحق في الرقابة، وإبعادهما عنه يحرمه من هذا الحق ومن ثم فالنعي على القرار بما ورد في السبب غير مقبول.

قرار رقم 53578 بتاريخ 1989/05/22

حيث عن حضانة البنات الثلاثة لأمهات، وحيث أن مجلس قضاء سطيف أصدر بتاريخ 1986/06/01 الغرفة الجزائية حكما بالسجن لمدة ثلاثة أشهر حبسا نافذة بتهمة جنحة تعريض خلق الأولاد للخطر طبقا للمادة 350 من قانون العقوبات ف 3. حيث في قول الشيخ خليل ج 2 ص 474 / من شروط الحضانة أي أمانة الحاضن ولو أبا وأما في الدين، فلا حضانة لفاسق كشریب ومشتهر بالزنا وهو محرم، كما أن المادة 62 تنص على الحاضن: والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا، ومادامت الأم فاسدة في أخلاقها لذلك تعين نقض القرار المطعون ودون إحالة.

قرار رقم 31997 بتاريخ 1984/01/09

... فالأب طالب باسمه واسم أمه بالحضانة والأم طالبت باسمها ولأمها، وإذا كانت الأم لا تستحقها لفساد أخلاقها أو إقرارها باتخاذ وسائل غير شريفة لإثارة غضب زوجها يطلقها وثبوت ذلك عليها فإن الأب أحق بها. كما أن إسقاط حضانة الحاضنة لفساد أخلاقها وسوء تصرفاتها يسقط حق أمها في الحضانة كذلك. لأن الأم التي لا تقدر على كبح جماح ابنتها فلا تقدر أيضا على كبح جماح المحضون ومراقبته وتربيته النظيفة، وعليه فلا الأم تستحق الحضانة ولا أمها كذلك من ناحية الشرع لفقدان الثقة والأمانة فيهما معا.

قرار رقم 40438 بتاريخ 1986/05/05

إذا كانت حضانة البنت سقطت عن أمها لكونها تزوجت فكيف تستحقها أمها وهي مثلها متزوجة فهو أمر غير مقبول، فالحكم رفض طلب الجدة على هذا الأساس وعلى أن زوجها ليس من محارم البنت ولكن المجلس أسند الحضانة لها متخذاً الأولوية مبدأ ثابتاً لا يقبل الحكم ضده مع أن حضانة المرأة مقيدة إذا لم يكن لها زوج دخل بها فإن كان لها ذلك وكان غير محرم من البنت المحضونة فلا حضانة لها. يقول الشيخ خليل في باب الحضانة: والأنتى الخلو من زوج دخل، بمعنى أنه يتشترط في المرأة الحاضنة ولو أما فأحرى بغيرها أن تكون خالية من الزواج فإذا كان لها زوج فلا حضانة لها لانشغالها عن المحضون بزوجها.

قرار رقم 51894 بتاريخ 1988/12/19

تنازل الأم عن حضانة أولادها الذين أسندت حضانتهم إليها بموجب حكم بعد طلبها يقتضي وجود حاضن آخر يقبل منها تنازلها وله قدرة على حضانة الأولاد المتنازل عن حضانتهم. الأب ليس حاضناً حضانة مباشرة وإنما يحضن بغيره بينما الأم لها الحضانة المباشرة. الأب له حق الرقابة والتعهد وليس له الحضانة الحقيقية... وهذا الفرق بينهما يجعلها أكثر تكليفاً بحضانة أولادها إلا إذا حال بينها وبين ذلك حائل شرعي أو تنازلت عنها لحاضن آخر يقبل منها تنازلها فإذا لم تجد هذا الحاضن فإن تنازلها لا يكون مقبولاً.

قرار رقم 19303 بتاريخ 1979/02/05

إن المبدأ الذي استقر عليه الإجتهد القضائي هو أن الحضانة تسقط عن مستحقيها إذا لم يمارسوا ذلك الحق في خلال سنة، وبناء على ذلك فإن القضاة لما أسندوا الحضانة للجدة كانوا خالفوا المبدأ وبالتالي القواعد الشرعية في مدة الحضانة الأمر الذي يجعل قرارهم معرضاً للبطلان والنقض.

قرار رقم 51894 بتاريخ 19/12/1988

والمجلس بقبول تنازل المطعون ضدها دون وجود من يقبل الأولاد عنده وإلزام الأب بأخذهم وهو ليس حاضنا مباشرا بل يحضن بغيره وأن يكون هذا الغير من النساء راغبا رحيمًا بالأولاد الأمر الذي لا يتوفر فيه فزوجته الثانية لم تكن أكثر حنانا من أمهم التي رفضت وجودهم عندها الأمر الذي جعل قراره منعدم الأساس القانوني ومخالفا لأحكام الحضانة ...

قرار رقم 112705 بتاريخ 29/11/1994

حيث أن المحكمة العليا تثير وجها تلقائيا مأخوذ من خرق قضاة مجلس قضاء مستغانم للمادة 72 من قانون الأسرة بدعوى أن نفقة المحضون وسكناء تؤخذ من ماله إن كان له مال وإلا فعلى والده أن يهيئ له سكنا، وإن تعذر فعليه أجرته. وحيث أن الطاعنة لم تطلب بغير ما نصت عليه المادة 72 من قانون الأسرة وكان المفروض تلبية طلبها في إلزام المطعون ضده في توفير سكن للحاضنة، وإلا عليه أن يسلم لها أجرته. وحيث أن قضاة مجلس قضاء مستغانم أخطأوا لما أشاروا في قرارهم المنتقد إلى أن الطاعنة لا يحق لها المطالبة بسكن لممارسة الحضانة أو بأجرته إلا إذا كانت حاضنة لأكثر من ولدين. وحيث أن قضية الحال يطبق عليها قانون الأسرة المادة 72 منه وأن هذا القانون لا يوجد به الشرط الذي أشار إليه قضاة المجلس مما يجعل قرارهم محل الطعن قد خرق القانون وأساء تطبيقه مما جعله عرضة للنقض والإبطال

قرار رقم 215212 بتاريخ 16/02/1999

حيث أنه بالرجوع إلى الحكم المستأنف والقرار المطعون فيه يتبين أن قضاة الموضوع اعتبروا المسكن المتكون من جزأين سفلي وعلوي عبارة عن مسكنين وخصصوا بذلك الجزء السفلي للحاضنة لممارسة الحضانة وهذا يعد خطأ ولا يتماشى مع المنطق، فالشيء المجزأ يعتبر شيئا واحدا ولا يمكن اعتباره إثنان وبذلك يكون نعي الطاعن على القرار المطعون فيه وجيها وكان على قضاة الموضوع القضاء بأجرة المسكن بدلا من تخصيص الجزء السفلي من المسكن لممارسة الحضانة ليكون قضاءهم يتماشى مع المادة 72 من

قانون الأسرة وذلك كون المطلقة الحاضنة صارت بعد الطلاق أجنبية عن المطلق ولا يمكن أن يتعاشرا في مسكن واحد