

جامعة أبو بكر بلقايد - تلمسان

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم القانون الخاص



الحقوق المالية للمرأة في القوانين المغاربية للأسرة

- دراسة مقارنة -

أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص

تحت إشراف:

أ.د. تشوار جيلالي

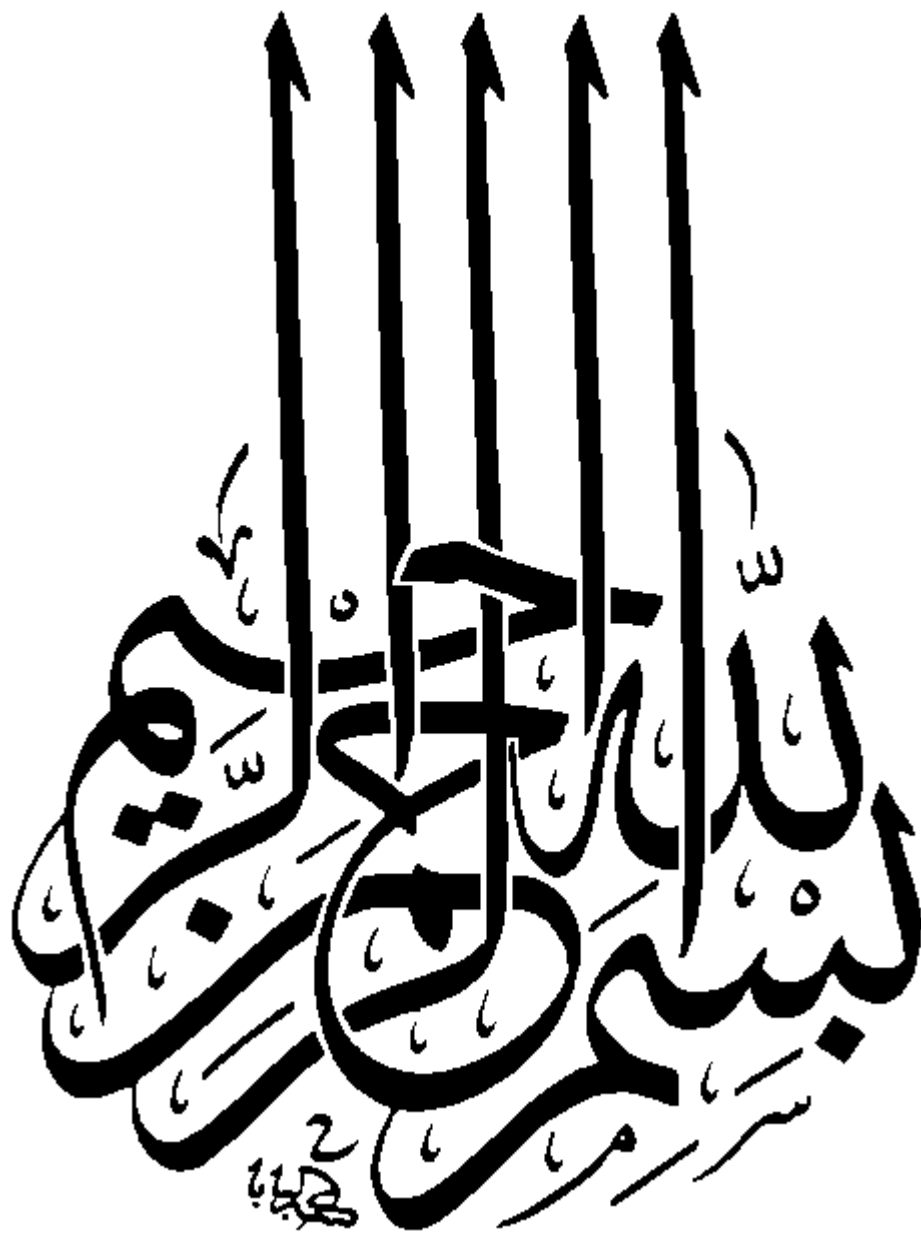
من إعداد الطالبة:

بوخاتم آسية

لجنة المناقشة:

رئيسا	جامعة تلمسان	أستاذ	أ.د. تشوار حميدو زكية
مشرفا ومقررا	جامعة تلمسان	أستاذ	أ.د. تشوار جيلالي
مناقشا	جامعة أدرار	أستاذ	أ.د. حمليل صالح
مناقشا	جامعة وهران	أستاذ	أ.د. يقاش فراس

السنة الجامعية : 2015-2016



" إني رأيت أنه لا يكتب إنسانا كتابا في
يومه، إلا قال في غده: لو غير هذا لكان
أحسن، ولو زيد كذا لكان يُستحسن، ولو
قدم هذا لكان أفضل، ولو ترك هذا لكان
أجمل، وهذا من أعظم العبر، وهو دليل
على إستيلاء النقص على جملة البشر".

الأصفهاني

شكر وتقدير

في مستهل هذا البحث، يقتضي واجب الاعتراف بالجميل أن أعبر عن شكري وتقديري لكل ما تلقّيته من عون صادق ومساهمة فعالة، من أستاذي المحترم "تشوار جيلالي" وعلى كل ملاحظاته وتوجيهاته القيمة رغم كثرة مشاغله والتزاماته.

والشكر الجزيل لأعضاء اللجنة المحترمة

الذين قبلوا عناء مناقشة هذه الرسالة وشرفوني بذلك:

- الأستاذة الفاضلة: تشوار حميدو زكية.

- الأستاذ: حمليل صالح.

- الأستاذ: يقاش فراس.

كما أتقدم بالشكر الجزيل إلى كل من ساعدني على إنجاز هذا العمل، والعرفان لمن حرّك طاقتي

بدعواتهما والديّ الكريمين.

والحمد لله وما توفيقني إلا به سبحانه.

إهداء

- إلى والدي الكريمن حفظهما الله وأطال في عمرهما .
- إلى زوجي الكريم وولديّ العزيزين : صبرينة ويوسف .
- إلى أختي وإخوتي، وفقهم الله في حياتهم .
- إلى عائلة زوجي؛ الوالدين الكريمن أطال الله في عمرهما .
- الإخوة والأخوات والأزواج والأبناء .

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ
بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

قائمة أهم المختصرات:

أولاً: باللغة العربية

ج:	جزء.
ص:	الصفحة.
ط:	الطبعة.
غ.أ.ش.م:	غرفة الأحوال الشخصية والمواريث.
غ.أ.ش:	غرفة الأحوال الشخصية.

ثانياً: باللغة الفرنسية

L.G.D.J :	Librairie général de droit et de jurisprudence.
N° :	Numéro.
Op.cit :	Ouvrage précédemment cité.
P :	Page.
PP :	De la page à la page.
V :	Volume
D.E.S :	Diplôme des Etudes Supérieures
R.T.D :	Revue Tunisien de Droit
I.B.L.A :	Institut de Belles Lettres Arabes

مقدمة

كانت المرأة قبل الإسلام مهانة مهدورة الحقوق، وقد اختلفت الحضارات القديمة في معاملتها للمرأة وتباينت أحكامها بشأنها حسب رغبات وهوى كل مجتمع من تلك المجتمعات.

كانت المرأة عند اليونان والرومان لا تملك لنفسها أمرا ولا نهيا ولا يزيد وضعها عن كونها سلعة، فالتشريع اليوناني والروماني، لم يكن يعترف أصلا بأية حقوق للمرأة، وكان يعتبروها مخلوقا أقل قيمة إنسانية من الرجل فهي يجب أن تقتصر على تدبير شؤون المنزل والأمومة والحضانة⁽¹⁾.

أما في شريعة حمو رابي⁽²⁾، فكانت تعتبر المرأة في عداد الماشية وليس لها أهلية التملك والتصرف، فلم يكن لها أية حقوق مالية. وكان الرجل إذا قتل ابنه رجل آخر فعليه أن يسلم ابنته له ليقتلها أو يسترقها كيفما يشاء⁽³⁾.

لم يكن للمرأة عند الهنود في شريعة منو أو مانوا⁽⁴⁾ أي حق من الحقوق فهي تابعة وخاضعة لأبيها في شبابها، أو زوجها أو ولدها عند تأيمها إذا كان لها أبناء، وإلا فإنها لأقرباء بعلمها، ولا يجوز ترك أمرها لها، فهي قاصرة طيلة حياتها إذ كل ما تملكه يعود لأبيها أو زوجها أو ولدها، فهي غير صالحة للاستقلال بنفسها. وفي الميراث لا تراث

(1) انظر، بغدادي مولاي ملياني، حقوق المرأة في الشريعة الإسلامية، قصر الكتاب، البليدة، الجزائر، 1997، ص 52.

(2) حمو رابي، الملك الذي حكم بابل بين عامي 1750-1792 ق.م، وقد بلغت القوانين التي سنّها أو شرعها 282 قانونا، ووجدت شريعة حمو رابي في عام 1700 لتكون من أوائل الأنظمة المكونة من مجموعة من القوانين في تاريخ البشر، وركزت شريعة حمو رابي في قوانينها على السرقة والزراعة وإتلاف الممتلكات وحقوق المرأة وحقوق الأطفال وحقوق العبيد والقتل والموت والمصابات، رقت البنود من 1 إلى 282 مع الإشارة إلى البند 13 والبنود من 66 إلى 99 والبند 110 و 111 مفقودة على عمود طوله 8 أدم ويعرض هذا العمود

في متحف اللوفر في باريس، أنظر موقع Ahmed Hassan Bizhat.com

(3) مصطفى السباعي، المرأة بين الفقه والقانون، دار الوراق للنشر والتوزيع، ودار السلام للطباعة والنشر والتوزيع القاهرة، 1998، ص 13.

(4) شريعة منو أو مانوا كانت سائدة في الهند في القرن الثالث عشر قبل الميلاد وركزت على الجوانب القانونية والمسائل اللاهوتية وواجبات الفرد في الدين والعبادات والأخلاق وسنت العقوبات التي تطهر المذنب لما بعد الموت، وليس للمرأة في هذه الشريعة حق مستقل عن أبيها أو زوجها أو ولدها فإذا مات هؤلاء وجب عليها أن تنتمي إلى رجل من أقارب زوجها أنظر موقع www.huraan.com

زوجها لأنها بضاعته، ولا ولدها لأنها مستولدة أبيه ولا أبيها لأنها قطعة من مملوكاته معروضة للبيع تحت اسم التزويج⁽¹⁾.

المرأة عند اليهود في مرتبة الخادم، ولأبيها الحق في بيعها قاصرة، ولا تترث إلا إذا لم يكن لأبيها ذرية من البنين، وإذا آل الميراث إليها لعدم وجود أخ لها ذكر لم يجز لها أن تتزوج من سبط آخر، ولا يحق لها أن تنقل ميراثها إلى غير سبطها⁽²⁾.

كانت المرأة في الجاهلية مهضومة الحقوق بشكل عام، فهم يرون المرأة كالمناج، فكان إذا مات أحدهم جاء وليه فوضع عليها ثوبه فلا تستطيع أن تتزوج حتى يوافق هو على ذلك أو تفتدى نفسها منه بمال، ويجسونها على الصبي حتى يكبر إذا شاء تزوجها وإذا شاء زوجها من يشاء وأخذ صداقها ما لم تكن أمه فلم يكن ينكحها⁽³⁾. ولم يكن لها حق في الإرث بل هي نفسها موروثه وليس لها على زوجها أي حق لم يوجد عندهم قانون يمنع من النكاح بها فهي مهضومة في كثير من حقوقها⁽⁴⁾. والذي يقرأ التاريخ الجاهلي من حيث معاملته للمرأة ومكانتها وحقوقها يجد أن المرأة كانت مهضومة الحقوق سواء في الملكية والتصرف أو في الميراث والمهر، وهي نفسها موروثه فلا عجب من ذلك كله إذا ما علمنا أنها كانت مسلوقة من حق الحياة.

شع نور الإسلام، وألقى بظلاله على الكون وشمل برحمته البشرية أجمع، ونشر المحبة والعدالة الإنسانية دونما تمييز بين أفراد البشر من ذكر وأنثى، وكان للمرأة النصيب الأوفر من هذه العدالة فقد رفع الدين الإسلامي الحنيف الظلم الذي كان يحيط بها ويكتم حركتها. ويعيقها عن دورها الإنساني في المجتمع، هذا الدور الذي رتبته الله سبحانه وتعالى لها، وخلقها لممارسته⁽⁵⁾.

(1) مصطفى السباعي، المرجع السابق، ص 13.

(2) انظر، محمد علي البار، عمل المرأة في الميزان، دار مسلم للنشر، الرياض، 1994، ص 17-18.

(3) محمد علي البار، المرجع السابق، ص 17.

(4) مصطفى السباعي، المرجع السابق، ص 18.

(5) انظر، فتيحة مصطفى عطوي، الإجهاض بين الشرع والقانون والطب، ط01، المنشورات الحقوقية صادر بيروت، 2001، ص 41.

فكانت الصرخة الأولى في الإسلام لمنع وأد المرأة والعقوبة لفاعل هذا الجرم البغيض، قال تعالى: ﴿ وَإِذَا الْمَوْءُودَةُ سُئِلَتْ ^(٨) بِأَيِّ ذَنْبٍ قُتِلَتْ ^(٩) ﴾ (1). كما نهي الله سبحانه عن التشاؤم والتطير بولادتهما قال تعالى: ﴿ وَإِذَا بُشِّرَ أَحَدُهُم بِالْأُنثَىٰ ظَلَّ وَجْهُهُ مُسْوَدًّا وَهُوَ كَظِيمٌ ^(٢٨) يَتَوَارَىٰ مِنَ الْقَوْمِ مِنْ سُوءِ مَا بُشِّرَ بِهِ ^(٢٩) أَيُمْسِكُهُ عَلَىٰ هُونٍ أَمْ يَدُسُّهُ فِي التُّرَابِ أَلَا سَاءَ مَا يَحْكُمُونَ ^(٣٠) ﴾ (2).

ورفع الإسلام الحيف عن المرأة باعتبارها مخلوقا أدنى من الرجل وساواها في الإنسانية مع رفيقها الرجل، وجاءت الآية الكريمة لتؤكد ذلك بقولها تعالى: ﴿ يَا أَيُّهَا النَّاسُ اتَّقُوا رَبَّكُمُ الَّذِي خَلَقَكُمْ مِنْ نَفْسٍ وَاحِدَةٍ وَخَلَقَ مِنْهَا زَوْجَهَا وَبَثَّ مِنْهُمَا رِجَالًا كَثِيرًا وَنِسَاءً ^(٣١) وَاتَّقُوا اللَّهَ الَّذِي تَسَاءَلُونَ بِهِ ^(٣٢) وَاللَّارْحَامَ ^(٣٣) إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلَيْكُمْ رَقِيبًا ^(٣٤) ﴾ (3).

فالعدالة الإسلامية شملت المرأة كما شملت الرجل في كل المجالات والميادين، وجعلتها شريكة له في كافة الحقوق والواجبات الدينية والدينية، وجعلتها شريكة له في مسألة خلافة الأرض (4).

وضع الإسلام الميزان الحق لكرامة المرأة، وأعطاه حقوقها كاملة غير منقوصة، ورفع عن كاهلها وزر الإهانات التي لحقت بها عبر التاريخ. فأعلن إنسانيتها الكاملة وأهليتها الحقوقية التامة إذ اعترف الإسلام للمرأة بحقوقها الشخصية كاملة وكذلك حقوقها المدنية والسياسية وعاملها على أنها إنسان كامل الإنسانية له حقوق وعليه واجبات والقرآن والأحاديث فياضة النصوص التي تؤكد هذا كله. وقرر لها أهلية تامة

(1) سورة التكويد، الآيتان 8، 9.

(2) سورة النحل، الآيتان 58-59.

(3) سورة النساء، الآية 01.

(4) فتيحة مصطفى عطوي، المرجع السابق، ص 42.

في جميع التصرفات، فلها الحق والأهلية للإرث والهبة والوصية والدين والتملك والتعاقد والالاكتساب دون أن يكون ذلك متوقفا على موافقة الرجل وأذنه مهما كانت صلة الرجل بها.

والمرأة إذا كانت قد حصلت في أوروبا وأمريكا على بعض حقوق المساواة، فإن الإسلام كان أول من أعطى المرأة حقوقها وأعاد إليها كرامتها. فالمرأة في الإسلام تحتفظ شخصيتها القانونية المستقلة ولها الحق في التملك وإبرام العقود، وجعل لها ذمة مالية مستقلة عن الغير أيا كان صلة هذا الغير بها، وأنه لحق للمرأة المسلمة أن تفخر جميع نساء العالم بسبق شريعته وحضارتها جميع شرائع العالم وحضارته في تقرير حقوقها كافة والاعتراف بكرامتها اعترافا إنسانيا لا يشوبه غرض ولا هوى.

أما بالنسبة لقوانين الأسرة المغاربية المستمدة جل أحكامها من الشريعة الإسلامية، اعترفت هي الأخرى بحقوق المرأة وذلك من خلال صياغتها للنصوص القانونية، ولما كانت عملية تقنين الحقوق ضمن نصوص تشريعية هي الركيزة الأساسية لتنظيم المجتمعات والسبيل الأفضل للتطور والرقى بالمجتمع، جاءت المبادرة التونسية في إصدار مجلة الأحوال الشخصية في 13 أوت 1956⁽¹⁾، وكذلك مبادرة المشرع المغربي في إصدار مدونة الأحوال الشخصية سنة 1957⁽²⁾ وصدور قانون الأسرة الجزائري سنة 1984⁽³⁾.

ومن زاوية القانون الجزائري الذي كان محل لجدال حاد بين مؤيد ومعارض، فذهب البعض إلى اعتبار قانون الأسرة انتصار لأحكام الشريعة الإسلامية وجدار منيع في بناء قواعد الأسرة الجزائرية بناء صحيحا وإحصائها من التشتت والانحراف، ذلك لأنه نابع من أحكام الشريعة الإسلامية، وصدور قانون الأسرة هو انتصار على المشككين في أن أحكام الشريعة الإسلامية لا تصلح أن تكون قانونا يمكن تطبيقه في الواقع العملي.

(1) صدرت هذه المجلة بالأمر المؤرخ في 13 أوت 1956، منشور بالرائد الرسمي، 17 أوت 1956، عدد 66، ص 1544.

(2) صدرت مدونة الأحوال الشخصية الملعاة غداة استقلال المغرب بواسطة خمسة ظهائر شريفة، كان أولها بتاريخ 22 نوفمبر 1957، وكان آخرها بتاريخ 03 أفريل 1958.

(3) قانون رقم 84-11، مؤرخ في 09 رمضان 1404 الموافق لـ 09 يونيو 1984، يتضمن قانون الأسرة، الجريدة الرسمية العدد 24، المؤرخة في 12 جوان 1984.

وذهب البعض الآخر إلى اعتبار قانون الأسرة قانون جائر يقوم على مبدأ عدم المساواة بين الرجل والمرأة في الحقوق، وأنه أنصف الرجل على حساب المرأة⁽¹⁾. لم يمض على الشروع العملي في تطبيق قانون الأسرة لسنة 1984 أكثر من عشر سنوات، حتى بدأت المطالبات والاقتراحات بالتعديل الجزئي له. والواقع، أمام غموض بعض نصوص قانون الأسرة، وإشكالات تنفيذ بعضها الآخر، وإغفاله لمعالجة مسائل مهمة، ونظرا لحاجات المجتمع المتجددة وظروف العصر المتطورة، وأثار العولمة على القوانين الداخلية، وانطلاقا من التطور الهائل الذي عرفته مكانة المرأة في المجتمع الجزائري، ازدادت حدة المطالبة بتغيير قانون الأسرة من طرف بعض الهيئات والأحزاب السياسية والجمعيات النسوية⁽²⁾.

وتفاديا لاستغلال وضعية المرأة، ومنعا للمزايدات السياسية الإيديولوجية، ونظرا للمستجدات الوطنية والتحديات المعاصرة، وجمعا للاتجاهات المتباينة، قرر فخامة رئيس الجمهورية عبد العزيز بوتفليقة تأسيس اللجنة الوطنية، المكلفة بمراجعة قانون الأسرة. وبمقتضى الأمر الرئاسي رقم 02/05 المؤرخ في 27 فبراير 2005⁽³⁾ إدخال تعديلات تشريعية جديدة مست قانون الأسرة وكانت هذه التعديلات استجابة لمطامح المرأة وسعيا لتكريس مبدأ المساواة بين الجنسين في مسائل الزواج والطلاق ولو نسبيا.

ومن أهم التعديلات التي أدخلها المشرع الجزائري والتي كرس فيها مبدأ المساواة بين الجنسين تكريس الرضا في عقد الزواج جعله الركن الوحيد (المواد 04، 09 و33 من قانون الأسرة المعدل)، المساواة في سن الزواج (المادة 07 المعدلة)، إلغاء ولاية الإيجابار على المرأة (المادة 12 ألغيت والمادة 13 المعدلة)، حق الزوج في اشتراط عدم الزواج والحق في العمل (المادة 19 المعدلة)، إحداث النظام المالي للزوجين (المادة 37 معدلة)،

(1) انظر، ناصر الدين مروك، قانون الأسرة بين النظرية والتطبيق، مجلة الفكر القانوني، 2004، العدد 4، ص 53.

(2) انظر بلحاج العربي، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد، ط 01، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2012، ص 34 - 35.

(3) الأمر رقم 02-05، بتاريخ 27 فيفري 2005، الجريدة الرسمية 2005/02/27، العدد 15، ص 19 وما بعدها.

مراعاة ضرر المرأة عند الطلاق المادتين 52، 53 للمعدلتين والمادة 53 مكرر، التوسع في حالات التطليق (المادة 53 المعدلة)، وحق الزوجة في الخلع دون موافقة الزوج (المادة 54 معدلة)...

أما بالنسبة للمغرب، لم توضع مدونة الأحوال الشخصية إلا سنة 1957 حين صدور ظهير 22 نوفمبر 1957، المنظم لأحكام الزواج والطلاق، ثم ظهير 18 ديسمبر 1957 المنظم لأحكام الولادة ونتائجها، ثم ظهير 25 يناير 1958 الخاص بأحكام الوصية، وأخير ظهير 3 أبريل 1958 الخاص بأحكام المواريث.

وتقول الأستاذة فتيحة أبو زيد بخصوص مدونة الأحوال الشخصية "مدونة الأحوال الشخصية التي هي القانون الذي يخص المرأة، ضمن لها جميع حقوقها وصان كرامتها وتمتعها بجميع ما يمكن أن تتمناه، ولا عجب في ذلك مادامت مستقاة من الشريعة الإسلامية. إلا أن نصوصها جاءت مرنة تترك المجال للتفسير والافتناع والتأويل الشخصي، فجعل تطبيقها يأتي بعكس ما هدفت إليه، وجعلت المرأة التي تجهل حقيقة النصوص تعتقد أنها مهضومة الحقوق⁽¹⁾.

ولم يطرأ أي تعديل على مدونة الأحوال الشخصية بعد وضعها إلى غاية 1993 صدر الظهير⁽²⁾ رقم 1.93.347 بتاريخ 22 ربيع الأول 1414 الموافق لعاشر سبتمبر 1993 عدلت بموجبه الفصول 5، 12، 41، 148، 156، كما أضيف الفصل 52 مكرر، وألغي الفصل 60 وكان هذا التعديل ينصب على الطلاق والحضانة والولاية.

ومنذ سنة 1993 لم تعرف مدونة الأحوال الشخصية الملغاة أي تعديل رغم المناداة بذلك من طرف الجمعيات النسائية، ومن هذه الجمعيات من إلتجأ إلى فكرة المليون توقيع، علما أن الكثير من الاقتراحات بشأن تعديل هذه المدونة مستمدة من مؤتمر مكسيكو سيتي الذي نظم سنة 1975، ومؤتمر الإسكان والتنمية بالقاهرة سنة 1994،

(1) انظر فتيحة أبو زيد، أوضاع المرأة في الإسلام، ص 11، مقتبس عن خالد بنيس، قوانين الأسرة بين الواقع والتشريع، دار نشر المعرفة الرباط، المغرب، 1993، ص 11.

(2) ظهير بمثابة قانون صادر في 10 سبتمبر 1993، منشور بالجريدة الرسمية، تحت عدد 4222، الصادرة في 22 سبتمبر 1993.

ومؤتمر سكن سنة 1995. وتوجهت هذه المطالب بخطة إدماج المرأة في التنمية في مارس 1995، وقد ثارت هذه الأخيرة نقاشا حادا بين المؤيدين والمعارضين، وأفرزت صراعا سياسيا محتدا استهلكته وسائل الإعلام بقوة، وترجم من خلال مسيرتي الرباط والدار البيضاء يوم 12 مارس 2000، فكان التحكيم لمحمد السادس علما أن الملك الراحل الحسن الثاني قد صرح سنة 1991 أن تعديل المدونة مسألة دينية، ومن ثم فهي ترتبط بالمجال الخاص بأمير المؤمنين⁽¹⁾. وقد بادر جلالة الملك محمد السادس إلى تشكيل لجنة لإعادة النظر في مقتضيات مدونة الأحوال الشخصية في أبريل 2001 ورسم لها منهاج عملها الرامي إلى احترام أحكام الشريعة الإسلامية، وفق اجتهاد يتلاءم ومتطلبات التوجه الحداثي. وقد عملت هذه اللجنة أزيد من سنتين، لتتمكن من تقديم نتائج أشغالها بتاريخ 12 سبتمبر 2003، ليعلن صاحب الجلالة بعد ذلك عن التعديلات التي خلصت إليها هذه اللجنة، في خطاب افتتاح الدورة البرلمانية يوم 10 أكتوبر 2003 والتي لخصها كالتالي:

- بتبني صياغة حديثة بدل المفاهيم التي تمس بكرامة وإنسانية المرأة، وجعل مسؤولية الأسرة تحت رعاية الزوجين، وذلك باعتبار النساء شقائق للرجال في الأحكام مصداقا لقول المصطفى صلى الله عليه وسلم: "لا يكرمهن إلا كريم، ولا يهينهن إلا لئيم".

- جعل الولاية حقا للمرأة الرشيدة، تمارسه حسب اختيارها ومصلحتها، اعتمادا على أحد تفاسير الآية الكريمة القاضية بعدم إجبار المرأة على الزواج بغير من ارتضته بالمعروف: ﴿وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ إِذَا تَرَاضَوْا بَيْنَهُم بِالْمَعْرُوفِ﴾⁽²⁾. وللمرأة بمحض إرادتها أن تفوض ذلك لأبيها أو لأحد أقاربها.

(1) محمد الأزهر، شرح مدونة الأسرة، ط03، مطبعة دار النشر المغربية، الدار البيضاء، المغرب، 2008، ص 09.

(2) سورة البقرة، الآية 232.

وهكذا فإن الأمر تجاوز التعديل أو التتميم إلى وضع مدونة جديدة⁽¹⁾ شكلا وموضوعا، باتباع منهج تشريعي مغاير لما كانت عليه مدونة الأحوال الشخصية، مع إعادة النظر في بعض الأحكام أو تعديلها أو إلغائها بعضها أو وضع أحكام جديدة⁽²⁾. وعملت مدونة الأسرة على إدخال جملة من المقتضيات الهادفة إلى تحقيق المساواة بين الرجل والمرأة في حدود ما تسمح به المقتضيات الشرعية ووفقا لمبدأ المساواة كما هو مقرر في الشريعة الإسلامية.

فمن أسمى مظاهر المساواة في مدونة الأسرة تخلي المشرع عن التمييز بين الحقوق والواجبات الخاصة بالزوجة والحقوق والواجبات الخاصة بالزوج، وتنصيبه على الحقوق والواجبات المتبادلة بين الزوجين (المادة 51 من المدونة). كما أنه من مظاهر المساواة، رفع سن الزواج إلى 18 سنة بالنسبة للفتاة والفتى على السواء (المادة 19).

أما بالنسبة لتونس، فقد شكل إصدار مجلة الأحوال الشخصية في 13 أوت 1956 حدثا تشريعيا بالغ الأهمية إذ هو من أوائل الإصلاحات التشريعية الهامة التي أقدمت عليها تونس المستقلة إذ لم تكن أهمها على الإطلاق وسبق صدورها وضع الدستور نفسه، وقد أثارت هذه المجلة منذ صدورها الإعجاب حتى أن كبار رجال القانون اعتبروها صرحا تشريعيا⁽³⁾.

وكان الهدف الإستراتيجي لهذه المجلة هو بالتأكيد تحرير المجتمع التونسي من الوضعية الدونية التي كان عليها بسبب ما كرسه الاستعمار لدى العموم من عادات بالية تشيع مضامين الجهل والتخلف لتركيز الاستعمار الثقافي إلى جانب الاستعمار السياسي والاقتصادي.

(1) ظهير شريف، رقم 1.04.22 صادر في 12 من ذي الحجة 1424/فبراير 2004، بتنفيذ القانون رقم 7003 بمخابة مدونة الأسرة، الجريدة الرسمية، رقم 5184، الصادرة بتاريخ 2014/02/05.

(2) محمد الأزهر، المرجع السابق، ص 8 - 10.

(3) - A. COLOMER, Le code du statut personnel tunisien, revue algérienne tunisienne et marocaine de législation et de jurisprudence, 1957, p 115.

وتبعاً لما اتسمت به الإرادة السياسية من رجاحة الرؤيا المستقبلية، تبلورت عنها قناعة حكيمة مفادها أن لا تطور ولا رقي بل لا مستقبل لشعب يرفض رجاله تمتع نساءه بنفس الحقوق التي يتمتعون بها. ولذلك كان لابد من تحرير المرأة للوصول إلى تحرير المجتمع باعتبارها نصف المجتمع الذي تربي كل النشء من الجنسين⁽¹⁾.

منذ صدورها سنة 1956، ظلت مجلة الأحوال الشخصية بحاجة إلى مزيد من الدعم والقرارات القانونية الهادفة، وهو ما أنجر على أرض الواقع ودون تردد، فقد تمت مراجعة العديد من أحكامها وإثرائها باتجاه تكريس مكانة المرأة على أساس مفاهيم الشراكة والاحترام المتبادل بين الزوجين وهي تحريرات تدرج في صميم مبادئ حقوق المرأة كجزء لا يتجزأ من المنظومة الشاملة لحقوق الإنسان.

الأکید أن أهم تنقيح خضعت له مجلة لأحوال الشخصية هو التنقيح المصادق عليه في 1993/07/12⁽²⁾ باعتباره يعد من أهم التنقيحات لشموله عدد كبيراً من الفصول المتعلقة أساساً بتنظيم المعاملات في الأسرة الواحدة سواء عند قيامها أو عند انحلالها. ويمكن القول أن هذا التنقيح كان متجهاً نحو تدعيم تماسك الأسرة وذلك بتدعيم حقوق المرأة وجعلها شريكة فاعلة في الأسرة. ويظهر هذا جلياً من حذف واجب الطاعة واستبداله بالتعاون بين الزوجين في تصريف شؤون الأسرة في إطار الاحترام المتبادل بينهما لحماية أجيال المستقبل⁽³⁾.

(1) انظر، سامية دولة، مجلة الأحوال الشخصية بين الاجتهادات التشريعية والقضائية، مجلة القضاء والتشريع، تونس، جانفي 2007، ص 34.

(2) قانون عدد 74 لسنة 1993، مؤرخ في 12 جويلية 1993، يتعلّق بتنقيح مجلة الأحوال الشخصية منشور بالرائد الرسمي للجمهورية التونسية، الصادر في 30 جويلية 1993، ص 104.

(3) انظر، سوفيّة بن عاقلة، خمسينية مجلة الأحوال الشخصية من المساواة إلى الشراكة الفاعلة، مجلة القضاء والتشريع، تونس، أكتوبر 2006، ص 131.

ركز هذا القانون على مفهوم الأسرة كوحدة اجتماعية ووحدة اقتصادية وعلى المساواة في الواجبات والحقوق بين الزوجين، وأحل مفهوما جديدا جعله أساسا لجميع العلاقات الأسرية هو مفهوم التعاون بين الزوجين. وهذه النظرة الجديدة للأسرة، ككيان اجتماعي واقتصادي واحد، تأكدت في جميع النصوص القانونية الصادرة بعده والمتصلة بالأسرة⁽¹⁾ كقانون الاشتراك في الملكية بين الأزواج⁽²⁾.

فقد ساهمت مجلة الأحوال الشخصية بالتنقيحات والإضافات الجوهرية التي شملتها وشملت المنظومة التشريعية منذ التغيير في دفع قاطرة تحديث الأسرة التونسية وضمان توازنها وعدم تشبثها بالجدور الحضارية المناضلة في المجتمع التونسي، والارتقاء بها وتطوير مساهمتها في مسار التنمية الشاملة والمستدامة بالبلاد. وأن حقوق المرأة في تونس تمثل عنصرا أساسيا من مقومات المشروع المجتمعي للتغيير الذي يعتبر حقوق المرأة جزء لا يتجزأ من حقوق الإنسان ودعامة لتوازن الأسرة واستقرار المجتمع بما يساهم في الارتقاء بمشاركة المرأة التونسية في مسار التنمية الشاملة من مرتبة المساواة إلى منزلة الشراكة الفاعلة وجعل من مجلة الأحوال الشخصية نموذجا يتحدى به في سياق رؤية تونسية تقوم على الاجتهاد والانفتاح والتسامح والتضامن⁽³⁾.

ليس أمرا جديدا إذا ما قلنا أن الأسرة هي اللبنة الاجتماعية الأولى وعنصرها الرئيسيان هما: الزوج والزوجة، وبصلاحها يصلح المجتمع كله، وبارتباكها يرتبك المجتمع كله، وهي المدرسة الأولى التي لا يغيب عن أذهان أبناءها ما أودعوه في أذهانهم فيها، لما يتوفر لها من فرصة التبكير في التكوين العقلي والنفسي للإنسان. فعلاج أمورها يجب ألا يكون نابعا عن هوى جامح في وضع القناعات المسبقة، ثم السعي للدفاع عنها، أن

(1) القانون عدد 94 لسنة 1998، المؤرخ في 09 نوفمبر 1998، الرائد الرسمي عدد 91، المؤرخ في 13 نوفمبر 1998، ص 2284.

(2) انظر، فاطمة الزهراء بن محمود، تطور قانون الأسرة من خلال مجلة الأحوال الشخصية، مجلة القضاء والتشريع، تونس، مارس 2006، ص 25.

(3) انظر، سارة الكانون جراية، كلمة الاحتتام الرسمي للملتقى حول موضوع مجلة الأحوال الشخصية دعامة لحقوق الإنسان، مجلة القضاء والتشريع، تونس، أبريل 2008، ص 173.

المعالجة يجب أن تتبع من الجبلبة البشرية والفطرة الإنسانية والمقومات الخلقية لكلا ركني الأسرة⁽¹⁾، هما المرأة والرجل⁽²⁾.

ولتكوين الأسرة وقيامها بدور المحافظة على سواد الأمة وكذا تأمين استمراريتها، شرع الله سبحانه وتعالى الزواج وجعله من سنة دينه، ومنهاج شريعته، حيث جمع بين الأرحام المتقطعة والأنساب المتفرقة مصداقا لقوله جلت قدرته ﴿ وَهُوَ الَّذِي خَلَقَ مِنَ الْمَاءِ بَشَرًا فَجَعَلَهُ نَسَبًا وَصِهْرًا ۗ وَكَانَ رَبُّكَ قَدِيرًا ۝ ﴾⁽³⁾.

فالفطرة التي فطر الله الناس عليها قضت بضرورة اجتماع الذكور بالإناث، دفعا إلى بقاء النوع البشري لتعمر الأرض وتستغل كنوزها وتسخر قواها الطبيعية طوال المدة التي أراد الله أن تبقى هذه الأرض إليها ولولا هذه الجبلبة التي برأ الله عليها الإنسان لفنيت الأرض في أقصر زمان⁽⁴⁾. فالزواج⁽⁵⁾. شرع لمصلحة المجتمع وكذلك لحفظ كيان الأسرة فهو وحده مناط التمييز بين الجائز والممنوع، بين الشرعي وغير الشرعي في العلاقات الجنسية.

(1) انظر، محمد محروس المدرس الأعظمي، المسؤوليات الإدارية للأسرة في الشريعة الإسلامية والاجتهادات الفقهية، ط 01، دار الإعلام، الأردن، 2002، ص 29.

(2) "للمرأة دور في الحياة يفوق دور الرجل في انعكاساته على مستقبل الأسرة وفي المجتمع بعامه فهي الأمر، والرضعة، والمربية والحارس اليقظ لببت الزوجية وعلى موافقتها تتوقف نتائج عظيمة، تتعلق باستقرار الأسرة ودوام وظيفتها الاجتماعية، وعليه، فإن مسؤوليتها في إدارة أغلب شؤون البيت هي مسؤولية متميزة، وينتظر منها وضع السياسة التربوية والأخلاقية للأسرة، كما ينتظر منها أن تكون الظهير الأقوى لزوجها، وهي المعين الوحيد له عند عودته إلى بيته في تبديد تعب ومعاثاته خارج الدار. وعلى المرأة أن تبعد عن نفسها فكرة (خدمة الغير) عند تعاملها مع زوجها، بل عليها أن تضع في حسابها فكرة المشاركة وفكرة توزيع الاختصاصات". محمد محروس المدرس الأعظمي، المرجع السابق، ص 40.

(3) سورة الفرقان، الآية 54.

(4) انظر، محمد الشافعي، الزواج في مدونة الأسرة، ط 02، المطبعة والوراقة الوطنية، مراكش، المغرب، 2010، ص 5.

(5) عرفت المادة الرابعة من قانون الأسرة الجزائري المعدلة الزواج على أنه "عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي، من أهدافه تكوين أسرة أسأها المودة والرحمة والتعاون وإحصان الزوجين"، وعرفت مدونة الأسرة المغربية في المادة الرابعة: "الزواج ميثاق تراضي وترباط شرعي بين رجل وامرأة على وجه الدوام غايته الإحصان والعفاف وإنشاء أسرة مستقرة برعاية الزوجين طبقا لأحكام هذه المدونة"، أما مجلة الأحوال الشخصية التونسية غضت الطرف عن تعريف قانوني له".

وتعد الخطبة مقدمة لعقد الزواج وتوطئه له وقد أقام الشارع ومن بعده تشريعات الأسرة المغربية على أحكام يكفل عن طريقها لعقد الزواج الاستمرار والبقاء، لأنه أراد أن يكون عقد الزواج عقد العمر، لإقامة أسرة، وتحصين النفوس، وحفظ النسل. وقد يرافق الخطبة في الغالب دفع المهر، أو تقديم الهدايا ثم يتم عدول أحد الطرفين عن الخطبة فإذا وقع ذلك ترتب عن العدول عن الخطبة آثار مالية، وضعت لها تشريعات الأسرة الأحكام اللازمة لمعالجتها، وإقامة العدالة بين أطراف الخطبة، كما أنه قد يرافق العدول عن الخطبة أفعال ينتج عنها أذى وأضرار تلحق بالطرف الآخر فهنا يجب التعويض للطرف المتضرر.

إن أهمية عقد الزواج تأتي بالدرجة الأولى من الحقوق والآثار المترتبة على هذا العقد، فبتلك الحقوق تظل الأسرة متماسكة مترابطة، فكل حق أو واجب مترتب على عقد الزواج له أهمية بالغة في حياة الفرد زوجا كان أو زوجة والد كان أو ولدا أما كانت أو بنتا، فمن الحقوق المترتبة على عقد الزواج والتي لها أهمية بالغة في نفس الزوجة هي المهر والنفقة.

الصداق يطلق عليه كذلك المهر أو النحلة وهو ما يبذله الزوج لزوجته لإشعارها بالرغبة في عقد الزواج الصحيح فهو ليس عوض أو مقابل للاستمتاع بالمرأة أو ثمن لها. ويعد مهر الزوجة بوصفه موضوع التزام محمول على الزوج منذ إبرام العقد ميزة تشريعات الأسرة المغربية والتي وإن اعترفت به بوصفه مؤسسة إسلامية، إلا أنها تباينت في نظرتها إلى بعض أحكامه. ومن جانب آخر، مهما كانت المرأة غنية، فإن نفقتها على الزوج، وإذا أنفقت من مالها فإن ذلك يعتبر دينا على الرجل، وتجب النفقة في وجود عقد الزواج. ومع عدم نشوز الزوجة والنفقة تكون في الإطعام والكسوة والسكن والعلاج، وسائر ما تحتاج إليه حسب حالها، بشرط أن تكون عنده، فإذا خرجت من

عنده من دون مسوغ شرعي لا تستحق النفقة لأن وجوب النفقة مشروط بعدم النشور وهو التمرد على الزوج بمنعه من حقوقه أو فعل المنفرات⁽¹⁾.

وقد خصت تشريعات الأسرة المغاربية نفقة الزوجة بعدة مقتضيات وأدخلت عليها تعديلات تتماشى مع إلغاء المشرع المغاربي لواجب طاعة الزوجة زوجها، وهو إلغاء منطقي يتماشى مع واجب التعاون المجدي والشراكة البناءة اللذين يتطلبان تساوي الشريكين المتعاونين دون تسلط من أحدهما على الآخر. وبهذا غلب المشرع المغاربي أساليب التعاون والشراكة بين الزوجين إذ أصبحت الزوجة باعتبارها شريكة للزوج ملزمة بالمساهمة في الإنفاق على الأسرة إن كان لها مال.

كما أن الشريعة الإسلامية أقرت وقبل التشريعات الوضعية الحديثة بحق المرأة في التصرف في مالها وأقرت لها شخصيتها المدنية الكاملة وبحقها كالرجال في ذمة مالية مستقلة. وفي هذا المجال، قوانين الأسرة المغاربية لم تأت بجديد بل كرست ما أقرته الشريعة الإسلامية بحق المرأة في التصرف وفي التملك وباستقلالية ذمتها المالية، غير أن تلك القوانين أجازت للزوجين الخروج عن مبدأ استقلالية الذمة بالاتفاق أو الاشتراك في الأموال المكتسبة أثناء الحياة الزوجية وذلك بإحداث نظام قانوني اختياري ينخرط فيه الزوجان عند زواجهما بضبط حدود وتعامل الزوجين في الأملاك العائلية وخاصة ما يكتسبانه من أملاك بعد الزواج وذلك تجسيدا لمبدأ سلطان الإدارة.

من الأسس التي يقوم عليها الزواج، الحياة الهنيئة، الإنجاب، التعاون إقامة الطمأنينة، غرس جذور الفضيلة بين أفراد المجتمع، غير أن هذه الأهداف السامية للزواج تبقى دائمة مقرونة بوجوب التفاهم والتآزر بين الزوجين. أما إذا تعاكست المفاهيم، ودب الشقاق وتنافرت الطباع وساءت العشرة. فيصبح أمر حل رابطة الزواج أحسن

(1) فتيحة مصطفى عطوي، المرجع السابق، ص 48.

علاج للزوجين، وأسباب الطلاق ودواعيه فهي تختلف من شخص إلى آخر ومن جيل إلى جيل، وتتنوع من تشريع إلى آخر، فهي متغيرة بحسب المكان والزمان⁽¹⁾.
 ودرجت قوانين الأسرة المغاربية من جانبها في فرض قيودا على الطلاق تتمثل في وجوب إجراء محاولات الصلح من طرف القاضي قبل النطق بالطلاق. كما أن الطلاق ولو كان رغبة الزوج لأي سبب من الأسباب إلا أنه لا تكون له قيمة قانونية إلا إذا وقع بين يدي القاضي وعدم الاعتداد بالطلاق الذي يقع خارج جهة القضاء. وكما أن إرادة الزوج في إنهاء الرابطة الزوجية تثير مشاكل فيما يتعلق بالالتزامات المالية المترتبة عن الإنهاء القانوني للزواج بالطلاق. فباستثناء نفقة العدة الممنوحة للمطلقة، والتي أجمعت عليها المذاهب الفقهية والقوانين المغاربية للأسرة والتي تمثل تواسلا للالتزام بالإنفاق على المفارقة إلى أن يتبين براءة رحمها من الحمل. إلا أن المواقف تباينت حول الطلاق بوصفه يمثل في حد ذاته سببا لقيام التزام مالي آخر موضوعه التعويض عما يترتب عن هذا الطلاق من أضرار.

الأصل أن الطلاق حق للزوج، وهو حق ثابت في القرآن والسنة ولا جدال في ذلك، إلا أن الشريعة الإسلامية قد فتحت للزوجة بابا في فك الرابطة الزوجية، فأجازت لها طلب التطلق بالإرادة المنفردة، متى كان بقائها مع الزوج يسبب لها ضرار، وفي ذلك إنصاف لها ورفعها لكل ظلم عليها⁽²⁾. ومن هذا المنظور أكدت قوانين الأسرة المغاربية هذا الحق بل توسعت فيه وعددت مجموعة من الحالات أو الأسباب التي تعطى للمرأة الحق في التطلق والحق في التعويض متى استطاعت إثبات الضرر اللاحق بها.

بالإضافة إلى الحقوق المالية الثابتة للمرأة والناجمة عن الزواج أو انحلاله، فهناك حقوقا مالية معترف بها للمرأة سواء كانت متزوجة أو غير متزوجة تترتب عن الميراث الذي يلعب دورا كبيرا في إثراء الذمة المالية للمرأة بتغييرها نحو الإيجاب. فأعطى الشرع

(1) انظر، فاضلي إدريس، قانون الأسرة بين الثابت والمتغير، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، جامعة الجزائر، 1996، العدد 04، ص 632 - 633.

(2) فاضلي إدريس، المرجع السابق، ص 629.

الإسلامي ومن بعده التشريعات المغاربية للأسرة المرأة الحق في إرث والديها، وأقاربها، وجعل لها نصيبا مفروضا مصداقا لقوله تعالى: ﴿لِلرِّجَالِ نَصِيبٌ مِّمَّا تَرَكَ الْوَالِدَانِ وَالْأَقْرَبُونَ وَلِلنِّسَاءِ نَصِيبٌ مِّمَّا تَرَكَ الْوَالِدَانِ وَالْأَقْرَبُونَ مِمَّا قَلَّ مِنْهُ أَوْ كَثُرَ ٤٠ نَصِيبًا مَّفْرُوضًا﴾ (1).

هذه الآية تعد قاعدة عامة في تثبيت شرعية الإرث الذي يحق للجنسين الرجال والنساء، كما يعد تشريعا حقوقيا لسنة جديدة لم تكن مألوفة من قبل وهي توريث المرأة (2).

وبالتالي، فإن قضية المرأة في العصر الحاضر من أعظم التحديات التي تواجه البشرية خاصة عندما خرجت من بيتها وأصبحت تشاطر الرجل في عمله، فما من مكان يعمل فيه الرجل إلا أصبحت المرأة تعمل فيه إلى جانبه.

وكذلك الغزو الثقافي والفكري الذي شنّه الغرب على المسلمين، يريد من ذلك سلخ الأمة الإسلامية عن عقيدتها، وقد ساعده في ذلك التطور العلمي والتكنولوجي، وساعده من يؤمن بأفكاره ممن هم في الداخل، فأصبحوا يفكرون في غزو الأسرة المسلمة للتقليل من ترابطها وتآلفها، فقاموا بتحريضها وتعبئتها وقد نجحوا في ذلك فأصبحنا اليوم نسمع أمورا لم تكن من قبل كالمساواة بين الرجل والمرأة، وظهور الجمعيات النسوية وجمعيات حقوق المرأة وغيرها كثير، هذا ما دفعني إلى دراسة جانب من هذا الموضوع والمتعلق بالحقوق المالية للمرأة في القوانين المغاربية للأسرة، لأبين من خلاله مكانة حقوق المرأة في ظل هذه القوانين، وأن سبب اختياري لهذا الموضوع هو أولا حب البحث في قوانين الأسرة وبخاصة المسائل المتعلقة بالمرأة. وكذلك من أجل إلقاء الضوء على الصورة المشرقة لقوانين الأسرة المغاربية والمستمدة جلها من أحكام الشريعة

(1) سورة النساء، الآية 07.

(2) انظر، حسنين المحمدي بوادي، حقوق المرأة بين الاعتدال والتطرف، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006، ص 261، 262.

الإسلامية من خلال نظرتها لحقوق المالية للمرأة وإعطاء الصورة المشرفة عن المجتمع المسلم، خاصة أن المجتمعات الغربية لم تعترف بحقوق المرأة المالية إلا منذ فترة وجيزة. كذلك ظهور بعض المستجدات في هذا الموضوع التي تحتاج إلى تبيان حكمها منها عمل المرأة ومساهمتها في الإنفاق على الأسرة وفي ملكية أموال الأسرة. كذلك ما آل إليه أمر المرأة في البلدان المغاربية بالنسبة لحقوقها المالية، فمازالت الجمعيات النسوية تطالب بالمساواة التامة بين الذكر والأنثى في جميع المسائل، وبالخصوص المساواة بين الرجل والمرأة في الميراث.

وأما الصعوبات التي واجهتني هي قلة الكتب التي تناولت هذا الموضوع بشكل مباشر مما اضطرني إلى جمع شتات هذا الموضوع من الكتب الفقهية الحديثة منها والقديمة، والرجوع إلى أمهات الكتب في كل مسألة فقهية، كذلك قلة الأحكام والقرارات القضائية وخاصة أن الدراسة تحتاج إلى تبيان موقف القضاء المغربي من تطبيق النصوص القانونية.

إنّ الإشكالية التي يمكن أن نطرحها لمعالجة هذا الموضوع تتمثل فيما يلي: ما مدى مراعاة القوانين المغاربية للأسرة لحقوق المرأة المالية والترتبة عن الزواج وانحلاله؟ هل من حماية قانونية مناهة لهاته الحقوق؟ هل أنصفت المرأة في الأنصبة مقارنة مع الرجل ما حقيقة قاعدة تفضيل الذكر على الأنثى في الميراث؟ وهل تمكنت قوانين الأسرة المغاربية من تكريس نظرة مستحدثة للأسرة قوامها التكافؤ بين الرجل والمرأة في الحقوق والواجبات؟

وبالنظر لإحاطة الفقه الإسلامي لهاته الحقوق، وبالنظر إلى الإشكالية المطروحة، يتعين علينا اعتماد المنهج المقارن سواء بين قوانين الأسرة المغاربية الثلاث (الجزائر، المغرب، تونس) أو بينها وبين الفقه الإسلامي لأنه كان سباقا لهذه المسألة ولأن قوانين الأسرة المغاربية مستمدة منه ولا مناص من اعتماد المنهج التحليلي أو الاستقرائي وبالإجمال تقتضي الإجابة على الإشكاليات سابق طرحها تقسيم الدراسة إلى ثلاثة فصول:

- الفصل الأول: الحقوق المالية للمرأة والمتربة عن الزواج.
- الفصل الثاني: الحقوق المالية للمرأة كأثر لانحلال الرابطة الزوجية.
- الفصل الثالث: حق المرأة في الميراث.

الفصل الأول

الحقوق المالية للمرأة المترتبة

عن الزواج

لما كان عقد الزواج من أخطر العقود التي يجريها الإنسان في حياته، ومن أهم التصرفات ذات الشأن الكبير، لما اشتمل عليه من حقوق والتزامات عديدة، عظيمة الأثر وطويلة الأمد، فقد اختصه المشرع المغربي بمقدمات تمهيدية لإبرام العقد وهو ما يسمّى عادة بالخطبة أو الوعد بالزواج، والخطبة ليست إلاّ تمهيدا لعقد الزواج المنشود وليس من شأنها الإلزام بإنجاز هذا العقد، وأنّ العدول عنها حق شرعي.

غير أنّ الخطبة التي تنتهي من غير زواج تطرح بعض المشاكل القانونية تتعلق أساسا بمصير الصداق إذا كان قد دفع كله أو جزء منه، والهدايا التي قدّمها الخاطبين لبعضهما البعض فضلا عن الأضرار المادية والمعنوية التي يمكن أن تنتج عن العدول والتي تمكن المتضرر من المطالبة بالتعويض (المبحث الأول).

والمعلوم أنّ كل أمر مشترك بين اثنين أو أكثر ينشئ حقوقا وواجبات لكل من القائمين به على الآخر، وعقد الزواج لا يخرج عن هذه القاعدة، فهو عقد يجمع بين اثنين، له أهداف سامية ومقاصد ربانية، وهذا ما يوجب لكل من طرفيه حقوقا على الطرف الآخر، وبقيام كل منهما بما عليه وأخذ ما له، في إطار من التعاون والود والاحترام حتى تتحقق أغراض الزواج. وإنّ أهمية عقد الزواج تتأثّر بالدرجة الأولى من الحقوق والآثار المترتبة عليه، ومن بني هذه الحقوق والتي لها أهمية بالغة في نفوس النساء حق الزوجة في الصداق (المبحث الثاني). وتجنبنا لمختلف النزاعات المالية بين الزوجين أعطت قوانين الأسرة المغربية الدور لإرادة الزوجين في تحديد الشؤون المالية بينهما وذلك عن طريق إقرار إمكانية التدبير المشترك للأموال المكتسبة أو اللجوء إلى نظام الاشتراك في الأموال مع الاحتفاظ بقاعدة استقلال الذمة المالية كأصل عام (المبحث الثالث). وإذا كان عقد الزواج لا يؤثر على استقلالية ذمة الزوجين، فكل واحد منهما يبقى محافظا على ذمته المالية، إلاّ أنّ هذا العقد يربّب التزاما ماديا في ذمة الزوج، وهو النفقة التي تعتبر من أهمّ حقوق الزوجة (المبحث الرابع).

المبحث الأول:

الحقوق المالية للمخطوبة.

نظرا لقداسة عقد الزواج وأهميته وما يترتب عليه من آثار ونتائج فقد جعل الشارع له مقدمه هي الخطبة⁽¹⁾ التي تعد أول خطوة في سبيل تكوين الرابطة الزوجية. وعليه، فإن أهميتها من أهمية الزواج، ونظرا للمقصد من تشريعها تكون وسيلة للتعارف والتقارب بين الخاطبين من أجل تحقيق التراكن المطلوب فيها والذي يعد ممهدا لإبرام الزواج⁽²⁾.

وإذا كان الغرض من عقد الزواج هو الاستمرار في تلك العشرة وذلك الالتئام مع دوام المودة والوئام حتى ينطبع ذلك على الأولاد الدين هم الهدف الأسمى والأرقى منه، لا بد أن يكون كل منهما على بصيرة من أمر صاحبه، ومن سيكون قرينا له في حياته، ومن سيكون جزءا لا يتجزأ من أولاده وذريته وطريق ذلك كله هو الخطبة⁽³⁾.

والخطبة لغة: من الخطب وهو الشأن والأمر الصغير، وخطبة المرأة دعوتها للزواج⁽⁴⁾.

واصطلاحا اتفقت تعريفات الفقهاء⁽⁵⁾، للخطبة بأنها التماس النكاح.

فالخطبة في الشرع طلب الرجل الزواج من امرأة صالحة للعقد عليها خالية من الموانع الشرعية التي تحول دون إبرام العقد.

(1) انظر، عبد الرحمان الصابوني، نظام الأسرة وحل مشكلاتها في ضوء الإسلام ط01، دار الفكر دمشق، 2001، ص 41.

(2) انظر، بن زيطة عبد الهادي، تعويض الضرر المعنوي في قانون الأسرة الجزائري، ط01، دار الخلدونية، الجزائر، 2007، ص 63.

(3) انظر، محمد محدة، سلسلة فقه الأسرة الخطبة والزواج، ط02، مطابع عمار، الجزائر، 1994، ص 237.

(4) انظر، ابن منظور جمال الدين، لسان العرب، ج01، دار بيروت، للطباعة والنشر، دون سنة، ص 360؛ الزبيدي محمد مرتضى، تاج

العروس، ط1، ج01، مادة خطب، دار صادر بيروت، 1306هـ، ص 237.

(5) عرفها الإمام محمد أبو زهرة بأنها طلب الرجل يد امرأة معينة للزوج والتقدم إلى ذويها ببيان حاله ومفاوضتهم في أمر العقد، انظر محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، 1950، ص 28؛ وعرفها الأستاذ بلحاج العربي على أنها التماس الزواج من امرأة معينة بتوجيه الالتماس إليها أو إلى وليها، انظر العربي بلحاج، أبحاث ومذكرات في القانون والفقه الإسلامي، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1996، ص 606.

ولقد عرفها المشرع الجزائري بقوله "الخطبة وعد بالزواج"⁽¹⁾، وذكرت مجلة الأحوال الشخصية التونسية الخطبة تحت عنوان "المراكنة" وجعلها الفصل الأول وعدا بالزواج أو مواعده به، وليس بزواج، وبالتالي لا يقضي به كزواج أبدا. ولقد عرفتها مدونة الأسرة المغربية في المادة الخامسة منها بأنها "تواعد رجل وامرأة على الزواج وتتحقق بتعبير طرفيها بأي وسيلة متعارف عليها تفيد التواعد على الزواج ويدخل في حكمها قراءة الفاتحة وما جرت به العادة والعرف من تبادل الهدايا". وهكذا يلاحظ أن تعريف الخطبة في مدونة الأحوال الشخصية المغربية⁽²⁾ أدخلت عليه تعديلات إذا كان التعريف السابق لها أي المنسوخ ينص على "أن الخطبة وعد بالزواج".

أما التعريف الحالي فلقد اعتبرها "تواعد بالزواج" أي وعدين متبادلين معبر عنهما من قبل الطرفين معا بقصد الزواج المستقبل، وهذا التحول يمكن القول أن المشرع أراد من ورائه إشعار المعنيين معا بالمسؤولية الأسرية المشتركة منذ فترة الخطوبة⁽³⁾. ترتب الخطبة آثارا شرعية وقانونية كمقدمة هامة انطلاقا من مركزها الحقوقي الذي تحتله لإبرام عقد الزواج، وقبل التطرق لدراسة هذه الآثار لا بد من معرفة طبيعة الخطبة كتصرف إرادي بين الخاطبين وبيان مركز ذلك من خلال ما تمهد به للعقد فيبقى لكل من الخاطب والمخطوبة حق العدول عنها بإرادته المنفردة دون الرجوع إلى الطرف

(1) انظر، المادة 05 من قانون رقم 84-11 المؤرخ في يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر 05-02، المؤرخ في 27 فبراير 2005.

(2) - كان ينص الفصل الثاني من مدونة الأحوال الشخصية الملغاة أن الخطبة وعد بالزواج وليست بزواج، والراجح أن مشروع مدونة الأحوال الشخصية اعتمد كلمة "وعد" باعتبارها مصطلح قانوني ينصب على الوعد بالتعاقد أي ما يفرضه الشخص على نفسه بالإضافة إلى المستقبل لا على سبيل الالتزام في الحال وهو ما ينص عليه الفصل 14 من قانون الالتزامات والعقود مجرد الوعد لا ينشأ التزاما، حيث يتوقف إنشاء العقد محل الوعد على إعلان الطرف الموعد له عن إرادته إلا أن مشروع مدونة الأسرة، وتماشيا مع روح إرادة المشرع في المساواة بين الرجل والمرأة التي عبر عنها في المادة الرابعة عبر عن الخطبة بكونها تتحقق بتعبير طرفيها بأي وسيلة متعارف عليها تفيد التواعد على الزواج، أي وعد متبادل بينهما لأن كلمة وعد المستعملة في مدونة الأحوال الشخصية يفيد لغة من طرف واحد أما التواعد فتفيد تبادل الوعد. محمد الأزهر، المرجع السابق، ص 565 - 570.

(3) - انظر، الطاهر كركر، العدالة الأسرية، دراسة في ضوء مدونة الأسرة، كتاب الزواج، ط1، مطبعة أنفو، فاس، 2009، ص 61.

الآخر. وإن كان العدول حقا مقررا لكل من الخاطب والمخطوبة، فإن هذا العدول قد تصاحبه أضرار مادية وأخرى أدبية وقد يكون الخاطب دفع للمخطوبة المهر كله أو بعضه أو تبادلا الهدايا فما مصير تلك الأموال يا ترى؟ وما نصيب المخطوبة منها؟

المطلب الأول:

طبيعة الخطبة.

شرع الله عز وجل الخطبة لتكون مقدمة من مقدمات الزواج ووسيلة من وسائله، وهي تنطوي على الكثير من المنافع والفضائل والحكم البالغة، ولما كان عقد الزواج من أهم العقود وأكثرها أثرا حيث يتميز عن بقية العقود أنه على التأييد، لا يحدد بزمن على خلاف العقود الأخرى، فكان لا بد من إعطاء كل الخاطبين الفرصة الكافية للتعرف⁽¹⁾؛ والتعارف لكي يطمئن الطرفان على سلوك وأخلاق وعادات كل منهما وهذا بهدف إقامة الحياة الزوجية على أسس سليمة ودعائم قوية⁽²⁾.

وقد جرت الأعراف بتقدم أهل الخاطب إلى أهل المخطوبة، فيقرؤون الفاتحة، ثم يتفقون على المهر وإعداد الجهاز، كما جرى العرف أن يتقدم الخاطب بالهدايا للمخطوبة، فما هو الحكم فيها لو تم العدول عن الخطبة، وأثر ذلك في رد الهدايا والمهر، وهل يجب التعويض في حال تم العدول للطرف الآخر. لكن قبل الكلام عن هذه الحقوق المالية التي تستحقها المخطوبة يتطلب منا أولا تحديد مركز الخطبة وذلك بتحديد طبيعتها في كل من الفقه الإسلامي (الفرع الأول)، والقوانين الوضعية (الفرع الثاني).

الفرع الأول:

طبيعة الخطبة في الفقه الإسلامي.

الخطبة في الفقه الإسلامي وعد أو تواعد بإنشاء عقد الزواج فهي ليست من قبيل التعاقد فلا تعتبر عقد حتى لو تم تقديم بعض الهدايا ودفع المهر فهي مجرد فكرة تمهيدية

(1) انظر، نائف محمد الرجوب، أحكام الخطبة في الفقه الإسلامي، ط1، دار الثقافة، عمان، 2008، ص 59.

(2) انظر، بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ط03، ج 01، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2004، ص

تعطى كلا من الطرفين الحق في دراسة فكرة الزواج ومدى جديتها ومدى صلاحيتها بالنسبة له⁽¹⁾.

وتستمد الخطبة طبيعتها في الفقه الإسلامي من معناها اللغوي الذي لا يكاد يفارق المعنى الإصطلاحي. فالخطبة هي طلب أو التماس المرأة للزواج وبالتالي فهي ذلك الإجراء الذي يقوم به راغب الزواج من أجل تبليغ نيته إلى من يريد الارتباط بها⁽²⁾. فالخطبة ليست عقد له قوة الإلزام التي في العقود ولكن أقصى ما تؤديه إذا تمت أن تكون مجرد وعد لإبرام عقد الزواج وليس للوعد بعقد قوة الإلزام⁽³⁾.

ولذلك فإن الفقهاء يميزون لكل من الطرفين حق العدول عن الخطبة لأنها غير ملزمة على الإطلاق وإن كان الوفاء بالوعد مطلوباً ومستحباً، فأخلاقياً لا ينبغي للإنسان أن ينقض وعده ويرجع في عزمه إلا إذا كانت ثمرة ضرورة⁽⁴⁾. لتنافيه مع خلق الوفاء بالعهد الذي حثت الآيات الكريمة عليه في مثل قوله تعالى: ﴿... وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ إِنََّّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْئُولاً﴾⁽⁵⁾. وقوله صلى الله عليه وسلم: "آية المنافق ثلاث: إذا حدث كذب وإذا وعد أخلف وإذا أؤتمن خان"⁽⁶⁾.

واعتبار الخطبة وعداً ملزماً يترتب مفسدة عظيمة تتمثل في إبرام الزواج على كره، وهذا ما ينافي مقاصده التشريعية وتنعدم فيه الألفة والتراحم وبالتالي يسلك الزوجان

(1) انظر، عبد المجيد محمود مطلوب، الوجيز في أحكام الأسرة الإسلامية، ط1، مؤسسة المختار، مصر، 2004، ص 21؛ أحمد فراج

جسين، أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية، دار الجامعة الجديدة، الأزارطة، 2004، ص 68؛ محمد أبو زهرة. المرجع السابق، ص 34.

(2) بن زبيطة عبد الهادي، المرجع السابق، ص 65.

(3) محمد سمارة، المرجع السابق، ص 62.

(4) عبد المجيد محمود مطلوب، المرجع السابق، ص 21.

(5) سورة الإسراء، الآية 34.

(6) رواه البخاري في صحيحه في كتاب الإيمان، باب علامة المنافق، ج 01، رقم الحديث 33، دار الفيحاء، دمشق، دار الرباط،

1999، ص 121؛ وواد مسلم في صحيحه في كتاب بيان خصال المنافق، ج 01، رقم الحديث 78، دار المعني، الرياض، دار ابن حزم،

بيروت، لبنان، 1998.

سبيل الطلاق وما يجره من ويلات وهذا لا يستقيم، إذ كيف يبيح الشارع الطلاق في حالة اشتداد الحاجة لمن نشده، ثمّ يجرم عليه فسخ الخطبة وهي أقل شأنًا من الزواج⁽¹⁾. وما نص عليه فقهاء الشريعة أمر له وزنه واعتباره لكي يقوم عقد الزواج على أساس متكامل من الرضا فإن في ذلك مصلحه الجميع خاصة والمجتمع عامة لأنه عقد الحياة الذي يستمر بين طرفيه إلى نهاية العمر وفي الإلزام به نتيجة الخطبة حمل لهما على إنشاء حياة زوجية بالإكراه وفي هذا ضرر أكبر ويفوق ضرر العدول عن الخطبة⁽²⁾. ونخلص إلى أن الخطبة شرعا لا تعدو أن تكون وعد بالزواج وليس بعقد فهي لا تتسم بأي وصف من أوصاف العقد ولا يترتب عليها أي أثر من آثاره، ويتبين من كل هذا ما يلي:

- إن آثار، عقد الزواج لا تسري على المخطوبة فتعتبر المخطوبة أجنبية تأخذ جميع أحكامها من تحريم الخلوة بها⁽³⁾، لأنه لا يؤمن مع الخلوة الواقعة ما نهى الله عنه، فإذا وجد محرم جازت الخلوة لامتناع وقوع المعصية مع حضوره⁽⁴⁾. فعن جابر رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم، قال : "من كان يؤمن بالله واليوم الآخر، فلا يخلون بامرأة ليس معها ذو محرم منها، فإن ثالثهما الشيطان"⁽⁵⁾. عدم تحريم أقارب المخطوبة على الخاطب، بمجرد الخطبة، بل يعتبرن أجنبيات عنه كأمتها وأختها أو عمته لأن الحرمة تثبت بالعقد أحيانا وبالدخل أحيانا أخرى ولا شيء من ذلك في الخطبة⁽⁶⁾.

وما دامت الخطبة وعد بالزواج، وليست عقد ملازما فالعدول هم إنجازهم حق من الحقوق التي يملكها كل من المتواعدين ولم يجعل الشارع لا خلاف الوعد عقوبة مادية

(1) عبد الهادي بن زيطة، المرجع السابق، ص 74.

(2) عبد المجيد محمود مطلوب، المرجع السابق، ص 22.

(3) عبد القادر داودي، الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية، ط 01، دار البصائر، الجزائر، 2007، ص 47.

(4) السيد سابق، فقه السنة، ط 02، دار الفتح لإعلام العربي، مصر، 1999، ص 316.

(5) البخاري، كتاب النكاح، باب لا يخلون رجل بامرأة إلا بمحرم (4817).

(6) عبد القادر داودي، المرجع السابق، ص 47.

يجازي بمقتضاها المخلف وإن عد ذلك خلقا ذميما ووصفه بأن من صفات المنافقين، إلا إذا كانت هناك ضرورة ملزمة تقتض عدم الوفاء عدم التوارث بين الخاطبين⁽¹⁾.
نخلص أن الخطبة في الفقه الإسلامي لا تعدو مجرد وعد بالزواج غير ملزم، والوعد بالعقد ليست له قوة العقد إطلاقا في إلزام طرفيه بآثار العقد، فهل القوانين الوضعية جرت على هذا المنوال هذا ما سنعرفه من خلال تحديد طبيعة الخطبة في القوانين الوضعية.

الفرع الثاني:

طبيعة الخطبة في القانون الوضعي

لقد نصت أغلب القوانين العربية على أن الخطبة وعد بالزواج وهذا ما جاء في المادة الخامسة من قانون الأسرة الجزائري⁽²⁾، على أن الخطبة وعد بالزواج ولكل من الطرفين العدول عنه. فالواضح من خلال هذا النص أن المشرع حدد الطبيعة القانونية للخطبة بأنها وعد بالزواج من جهة، ومن جهة أخرى اعتبر هذا الوعد غير ملزم، أي أجاز لكلا الطرفين العدول عنها. فالملاحظ على هذه الفقرة هي استعمال لفظ "الوعد" من حيث الصياغة القانونية فهذا المصطلح له دلالاته من الناحية القانونية⁽³⁾. في النظرية العامة للعقد في القانون المدني باعتباره الشريعة العامة يتضح من خلال المادة 72 منه أن الوعد بالتعاقد في النطاق المدني ملزم للواعد، أما قانون الأسرة فيبدو أنه يخالف هذه القاعدة فمن جهة اعتبر الخطبة وعد بالزواج ومن جهة أخرى اعتبرها غير ملزمة، أجاز لكل الطرفين حق العدول عنها.

(1) السيد سابق، المرجع السابق، ص 317.

(2) للإشارة فإن وصف الوعد بالزواج ليس جديدا على القانون الجزائري إذ نصت المادة الرابعة من الأمر رقم 59-274 المؤرخ في 04/02/1959 على أن الوعد بالزواج الصادر من جانب واحد أو من الجانبين لا يعتبر زواجا ولا يرتب أي التزام بإبرام الزواج، وجاء في المادة الأولى من مجلة الأحكام الشرعية الجزائرية الصادرة عام 1907 بأن الوعد بالنكاح في المستقبل وبمجرد قراءة الفاتحة دون إجراء عقد صحيح كل منهما لا تتعد به نكاح وللخاطب العدول عن خطبها وللمخطوبة أيضا رد الخاطب الموعود بتزوجها منه، أنظر، عبد العزيز سعد، نظام الحالة المدنية في الجزائر، ط 02، دار هومة، الجزائر، ص 331، انظر محمد محمدا، المرجع السابق، ص 1995/49.

(3) انظر أكثر تفصيل حول الاختلاف بين الخطبة والوعد بالتعاقد، عبد الرزاق الشيخ نجيب، طبيعة الخطبة في رؤية فقهية جديدة، مجلة الحقوق الكويت، مارس 2001، العدد الأول، 2001، ص 365.

وحتى لا يكون هناك تضارب الأحكام في القانون المدني وقانون الأسرة في المصطلح القانوني الواحد، ولأن توحيد مفهوم المصطلح القانوني مسألة مهمة من الناحية القضائية والتطبيقية كان على المشرع العدول عن هذه الصياغة في قانون الأسرة وإيجاد صياغة أخرى بديلة عن مصطلح الوعد لتحقيق الغرض المقصود، فكان عليه استبدال لفظ الوعد بلفظ تمهيد ليصبح النص على النحو التالي: "الخطبة تمهيد للزواج ولكل طرف حق العدول عنها"⁽¹⁾. وهو ما جاء في الفصل الأول المادة 2 من مجلة الأحوال الشخصية، "كل من المواعد بالزواج والمواعدة به لا يعتبر زواجا ولا يقضي به". كما تنص المادة 05 من مدونة الأسرة المغربية⁽²⁾ على أن: "الخطبة تواعد رجل وامرأة على الزواج".

وقد سكت المشرع الفرنسي ولم يتعرض لأي بيان حول طبيعة الخطبة غير أن أغلب فقهاء القانون المدني في فرنسا قد قرروا أن الخطبة مقدمة من مقدمات الزواج، وليست لها قوة العقد وتخضع لمبدأ الرضائية والحرية التامة⁽³⁾. إذا كانت غالبية التشريعات قد أعطت وصف الخطبة بأنها وعد بالزواج، فهل يقع عليها ما يقع على الوعد بالتعاقد الذي نظمته القانون المدني بشأن العقود والالتزامات التي ترتبها؟ أم أنها وعد بالتعاقد من نوع خاص؟ لقد انقسم فقهاء القوانين الوضعية حول الطبيعة القانونية للخطبة إلى زميرتين اثنتين، الأولى تراها عقداً والثانية تراها وعداً.

(1) الرشيد بن شويخ، أحكام الخطبة في الزواج دراسة مقارنة في أحكام الفقه والقانون والقضاء، مداخلة أقيمت من طرف مجموعة البحث في القانون والأسرة 06/15 مارس 2007 بعنوان مدونة الأسرة بعد ثلاث سنوات من التطبيق الحصيلية والمعوقات، سلسلة الندوات، 2008، ص 77.

(2) صدرت المدونة بمقتضى القانون رقم 03-70 المؤرخ في 03 فبراير 2004، الجريدة الرسمية للمملكة المغربية 2004/02/05، عدد 5184، ص 418.

(3) محمد محدة، المرجع السابق، ص 46.

تقوم فكرة الطبيعة العقدية للخطبة على أساس أنها عقد بين الطرفين ، وهو عقد صحيح وملزم ، وقد ظهرت هذه الفكرة في القرن التاسع عشر في الفقه الفرنسي ، حيث اعتبر الخطبة عقدا يرتب التزاما بعمل يتحول عند عدم الوفاء به إلى تعويض¹ . وقد ظهرت هذه النظرية هناك غداة صدور القانون المدني سنة 1804 إذ أراد الشراح أمام سكوت المشرع من تنظيم الأحكام المتعلقة بالخطبة أن يؤسسوا الأمور المتعلقة بها على الأحكام العامة للقانون المدني ، وخصوصا تلك المنصوص عليها في المادة 1142 ، والتي تنص على أنه "كل التزام بعمل أو بامتناع عن عمل يتحول إلى تعويض إذا لم يقيم المدين بتنفيذه" .

وبالإضافة إلى ذلك فقد طبق الفقه الفرنسي على الوعد بالزواج قاعدة العقد شريعة المتعاقدين المنصوص عليها في المادة 1134 من القانون المدني، وهي قاعدة لا يمكن استبعادها إلا إذا وجد نص خاص يقضي بذلك ، ولا وجود لمثل هذا النص في مجال الخطبة في التشريع المدني الفرنسي² .

وقد سار القضاء الفرنسي من خلال مجموعة من الأحكام الصادرة عنه في الاتجاه الذي تبناه الفقه أعلاه ، فقد جاء مثلا في حكم قديم لمحكمة تولوز : "الخطبة عقد ملزم يرتب التزامات تبادلية بين المتعاقدين بإتمام الوعد بالزواج ، وهذا الوعد يخول كلا منهما دعوى لإجبار الآخر على الوفاء به، لكن طبيعة هذا الارتباط تقضي بأن يتحول بالضرورة إلى التزام بالتعويض يلتزم به من يرفض التنفيذ طبقا للمبادئ العامة التي أخذ بها القانون الفرنسي³ .

¹ - Cf. F. LAURENT, principes de droit civil français, tome2, 3^{ème} édition, Bruxelles, 1978, n° 404-405.

² - Cf. M. PLANIOL et G. RIPERT, Traité pratique de droit civil français, 2^{ème} édition, tome2, L.G.D.J, 1992, n°81.

³ - Cf. M. PLANIOL et G. RIPERT, Toulouse, 16 Février 1813, Rep. Dalloz, v. mariage n° 83.

مقتبس عن محمد الكشور، الوسيط في شرح مدونة الأسرة، الكتاب الأول، عقد الزوج وآثاره، ط2، دون دار النشر، 2009، ص190.

لكن رغم هذا إلا أن الأحكام التي قالت بالنظرية العقدية للخطبة في فرنسا خلال القرن 19 ، بل وأحيانا خلال القرن العشرين لم تكن تمثل الاتجاه الغالب في فرنسا آنذاك، إذ صدرت إلى جانبها أحكام أخرى تفصل في النتائج التي تترتب على العدول عن الخطبة ، وفي مدى أحقية الخاطب المتروك في التعويض بسبب عدول الطرف الآخر. وكانت تلك الأحكام تميز بين ما إذا كان الضرر ناتجا عن مجرد العدول عن الخطبة ، وبين ما إذا كان ناتجا عن سبب آخر ، ولا تقرّ التعويض إلا في هذه الحالة الأخيرة فقط. ومع ذلك فإنّ الخلاف بين المحاكم قد خفّ في هذا الصدد على إثر صدور قراراتين هامين عن محكمة النقض الفرنسية ، الأولى في 30 ماي 1838 والثاني في 11 جوان من نفس السنة هجرت من خلالها النظرية العقدية للخطبة. وقد استقر القضاء الفرنسي بعد ذلك ، مؤيدا من جانب هام من الفقه ، على عدم الحكم بالتعويض عن الخطبة لمجرد العدول عنها، وإنما يشترط لذلك وجود ظروف أخرى مستقلة عن فعل العدول نفسه ، طبقا للمبادئ العامة للمسؤولية التقصيرية¹.

كما أن النظرية العقدية للخطبة قد وجدت تطبيقات لها في القضاء المصري ، فقد عرفت بعض المحاكم تطبيقات لهذه النظرية ، إذ ذهبت محكمة القاهرة الابتدائية في حكمها الصادر في 17/06/1952 إلى القول بأنّ "الخطبة تنشئ علاقات بين الطرفين لا يمكن تجاهلها كما لا يمكن إغفال اعتبارها ولا تجريدتها من أي اعتبار قانوني ، ففيها يصدر إيجاب يقترن بقبول على الوعد بالزواج ، فهي ارتباط قانوني وعقد قائم، وقد كان هذا الوعد ثابتا بين طرفي النزاع كتابة مما يستلزم لفسخه إجراء خاص بالالتجاء إلى المجلس المالي الفرعي بمصر، وفي هذا العقد يلتزم كل من الطرفين بإجراء التعاقد النهائي، لأن الوعد بالتعاقد لا شيء إلا حقا شخصيا، إلا أن العدول عن الوفاء بهذا الالتزام يوجب التعويض، وليس في هذا ما يمس حرية الزواج إطلاقا، إذ لكل من الطرفين أن يعدل عن وعده"⁽²⁾.

¹ - محمد الكشور ، المرجع السابق ، الكتاب الأول ، ص 190.

⁽²⁾ انظر محكمة القاهرة، 17/06/1952 مقتبس عن أنور العمروسي أصول المرافعات الشرعية، دار الفكر الجامعية، 2001، ص 461.

فهذا الاتجاه من القضاء المصري ذهب إلى تقرير أن الخطبة عقد سبق عقد الزواج ولا يتم فسخ هذا العقد إلا بمبرر مقبول وفي غياب هذا المبرر لا يمكن إبرام الزواج رغما عن إرادة الطرفين وإنما يكون ذلك بمقابل، أي إلزام الطرف العادل عن الخطبة بتعويض الطرف الآخر عن الأضرار التي تترتب عن هذا العدول⁽¹⁾.

فالخطبة إذن من الناحية القانونية هي كالناحية الشرعية لا تعدو أن تكون وسيلة للتعارف وفقا أحكام الشرع وتحديد الشروط الموضوعية والشكلية لإبرام عقد الزواج. وقد دأب القضاء الجزائري على تكريس ما ذهب إليه قانون الأسرة من خلال اجتهاداته المختلفة، فقد قررت المحكمة العليا أن الأصل في الخطبة أنها مقدمة للزواج وليست زواجا⁽²⁾. وهذا ما جاء في أحد قراراتها: "من المقرر كذلك، أن الأصل في الخطبة وفي غالب الأحيان هي مقدمة للزواج وليست زواجا، غير أنها قد تتجاوز مرحلة التماس النكاح إلى النكاح الشرعي وتصبح فعلا زواجا شرعيا إذا واكبها تحديد شروطه وتحققت أركانه، ومن ثم فإن القضاء بما يتفق مع هذا المبدأ يعد قضاء صحيحا".

وهذا ما ذهبت إليه كذلك أحكام القضاء المغربي حيث جاء في إحدى القرارات: "حيث أن الخطبة وعد بالزواج، وليست زواجا، ويدخل في حكمها قراءة الفاتحة وما جرت به العادة والعرف من تبادل الهدايا، حيث أن العلاقات خارج إطار الزواج لا يترتب عنها شيء وهي محض زنا"⁽³⁾.

(1) أنظر، مسعودة نعيمة إلياس، التعويض عن الضرر في بعض مسائل الزواج والطلاق، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، 2009-2010، ص 31.

(2) انظر، المجلس الأعلى، غرفة الأحوال الشخصية، 1984/11/19، ملف رقم 34046، المجلة القضائية، 1990، العدد الأول، ص 67، وكذا القرار رقم 81129 الصادر بتاريخ 1992/03/17، المجلة القضائية العدد الثالث، 1994، ص 62.

(3) محكمة الاستئناف بالرباط 1988/02/15 ملف عدد 85/6917 مجلة الإشعاع، 1991، عدد 05، يونيو 191، ص 118. مقتبس عن عبد السلام زوير، شرح مدونة الأسرة، منشورات جمعية نشر المعلومة القانونية والقضائية، سلسلة الدراسات والأبحاث الرباط، 2008، العدد 07، ص 17.

جرت العادة في كثير من الدول العربية أنه لما يتقدم أقارب الخاطب إلى أقارب المخطوبة خاطبين، فإن ثم الاتفاق على التواعد بالزواج قرأت الفاتحة تبركا بهذا التصرف الذي يستنتج عنه ميثاق غليظ.

ولقد تعرض المشرع الجزائري للفاتحة في المادة السادسة المعدلة بموجب الأمر 02-05 حيث اعتبر اقتران الخطبة بالفاتحة لا يعد زواجا أي معنى ذلك أن قراءة الفاتحة لا تخرج عن حكمها مجرد وعد بالزواج، لكن الفقرة 02 من المادة ذاتها جاءت بحكم جديد اعتبرت فيه اقتران الخطبة بالفاتحة بمجلس العقد يعتبر زواجا متى توافر ركن الرضا وشروط الزواج المنصوص عليها في المادة 09 مكرر من هذا القانون.

وبهذا يكون المشرع الجزائري قد رفع التناقض الذي كان واقعا فيه قبل تعديل نص المادة السادسة من قانون رقم 84-11. التي كانت تعتبر الفاتحة مجرد وعد بالزواج وتخضعها لنفس الأحكام المبينة في المادة الخامسة، لأن الخطبة إن صحبتها قراءة الفاتحة أو تلتها وتوافرت أركان الزواج فالعقد العرفي (الشرعي) يعد قد أبرم.

وإذا كان العقد العرفي قد تم وتوفرت فيه كل الأركان التي يتطلبها الشرع الإسلامي والتشريع الوضعي، فإن هذا العقد إن لم يسجل رسميا ولم يتم الدخول، ويعد مجرد وعد بالزواج وهذا ما كانت تنص عليه المادة السادسة قبل التعديل بقولها: "يمكن أن يقترن الخطبة أو تسبقها بمدة غير محددة.

تخضع الخطبة والفاتحة لنفس الأحكام المبينة في المادة 5 أعلاه".

والمتعرف عليه في المجتمع الجزائري بأن قراءة الفاتحة تأتي بعد إبرام عقد الزواج لأن التبرك في العرف يحصل بإنشاء الميثاق الغليظ، إلا أن الفقرة 02 من المادة السادسة من قانون الأسرة أقرت الأمور رأسا على عقب وأخلطت الأمر على الدارسين لهذا النص حيث جاء محتواه "تخضع الخطبة والفاتحة لنفس الأحكام المبينة في المادة الخامسة أعلاه".

ونص المادة الخامسة يعتبر الخطبة وعد بالزواج وليست عقدا معنى ذلك أن إبرام العقد الشرعي والذي لم يتم تحريره لدى الموثق وتسجيله في سجل عقود الزواج في

مصلحة الحالة المدنية أو تحريره لدى ضابط الحالة المدنية لا فرق بينه وبين الخطبة وهذا الحكم يترتب عليه نتائج جد خطيرة.

فلو فرضنا أنه أبرم العقد الشرعي أثناء الخطبة أو بعدها ولم يسجل لدى الجهات المختصة وتوفى الزوج ونقول الزوج لأنه في نظر الشرع الإسلامي صار زوجا وصارت هي زوجة له فإنه طبقا لأحكام الشرع الإسلامي عليها أن تعتد عده وفاة كما أنها ترثه وإن توفيت هي فإنه يرثها كما لها نصف المهر أن طلقها ولها كله عند وفاته.

ومن الآثار التي يترتب على حكم ف 02 من المادة السادسة، أيضا أن الفرقة بين الزوجين لا تحتاج إلى طلاق لأنها ليست زوجة.

ثم إن المشرع في ف 02 من المادة السادسة اعتبر العقد غير المسجل حكمه حكم الخطبة ويأتي في المادة 22 من قانون الأسرة⁽¹⁾، ويناقض حكمه هذا بالنسبة لمن تم العقد عليها ولم يسجل تمّ الدخول بها مما نستنتج من نص المادة 22 أن العقد يعد قد حصل لأنه تطلب توافر أركانه وإلا لم يتم تسجيله.

وإذا اعترف بهذا العقد لما لم يعترف به إذا توافرت أركانه ولم يتم الدخول. وخلاصة القول كله أنه يجب البحث عن وقوع العقد أو عدم وقوعه وبغض النظر عن قراءة الفاتحة، فإن تمت أركان العقد وشروط صحته سواء سجل أو لم يسجل فإن عقد الزواج يعد قد تمّ وتترتب عليه آثار عقد الزواج، ولا يعد في حكم الخطبة، أما إن لم يتم العقد فإننا نعتبر التصرف أو قراءة الفاتحة بمثابة خطبة ليس إلا.

أما على المستوى التطبيقي فإن الأحكام القضائية قد تضاربت فأحيانا تعطى المحاكم تفسيرات للفاتحة على أنها خطبة وأحيانا تكيفها على أنها عقد زواج.

ومن هذه الأحكام قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 1992/03/17 ملف رقم 81129 جاء فيه ما يلي: "حيث أنه بالفعل فإن الشهود الذين وقع الاستماع إليهم سواء أمام القاضي الأول أو أمام العضو المقرر يذكرون حضورهم لوليمة الخطبة أو فاتحة

(1) تنص المادة 22: "يثبت الزواج بمسخرج من سجل الحالة المدنية، وفي حالة عدم تسجيله ثبت بحكم إذا توافرت أركانه وفقا لهذا القانون ويتم تسجيله بالحالة المدنية".

الخطبة، أن المحققين لم يضبطوا الأسئلة التي تساعد على التفريق بين ما حضره الشهود هل هو مجرد حضور خطبة على معنى المادة 05 من قانون الأسرة، أم أنهم حضروا مجلس العقد على معنى المادة 09 من نفس القانون، بينما الفاتحة فهي ليست ركنا من أركان الزواج وليست شرطا لوقوع الخطبة وإنما هي من باب التبرك والدعاء وعلى ذلك يجب التفريق بين الفاتحتين".

وفي قرار آخر⁽¹⁾، للمحكمة العليا صادر بتاريخ 14/04/1992 اعتبرت اقتران الخطبة بالفاتحة زواجا لتوفير جميع أركانه، أي أنها اعتبرت الفاتحة بمثابة عقد ومما جاء فيه ما يلي: "من المقرر قانونا أنها يمكن أن تقترن الخطبة مع الفاتحة أو تسبقها بمدة غير محددة، ومن المقرر أيضا أن يثبت الزواج بتوفر أركانه المقررة شرعا، ومتى تبين في قضية الحال أن أركان الزواج قد توافرت وتمت بمجلس العقد وأنه ثم اقتران الخطبة بالفاتحة وبعد ذلك عدل الطاعن عن الزواج بالامتناع عن الدخول لأنه اعتبر الفاتحة كالخطبة تسمح لكل من الطرفين بالعدول عنها.

وأن قضاة المجلس بقضائهم بإلغاء حكم المحكمة القاضي برفض الدعوى والقضاء من جديد بصحة الزواج الواقع بين الطرفين لتوفر أركانه، والسماع إلى الشهود والأمر بتسجيله، فإنهم كما قضاوا قد طبقوا صحيح القانون، ومتى كان ذلك استوجب رفض الطعن.

وهو نفس الاتجاه التي ذهبت إليه في قرار آخر⁽²⁾، حيث جاء "فيه أن اقتران الخطبة بالفاتحة بمجلس العقد تعتبر زواجا متى توافرت أركانه طبقا للمادة 09 من قانون الأسرة، ومتى تبين في قضية الحال أن الخطبة لم تسبق الفاتحة حتى تعتبر وعد بالزواج طبقا للمادة 05 من قانون الأسرة وإنما اقترنت الخطبة بالفاتحة أثناء مجلس العقد بحضور

(1) انظر المحكمة العليا، ع.أ.ش 14/04/1992، ملف رقم 81877، مجلة الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص، 2001، ص 50.

(2) انظر، المحكمة العليا، غ.أ.ش، 04/04/1995، ملف رقم 111876 مجلة الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص، 2001، ص 36.

الشهود والولي وتحديد الصداق، وبالتالي فإن اقتران الخطبة بالفاثحة في هذه الحالة يعتبر زواجا صحيحا متى توافرت أركانه طبقا للمادة 09 من قانون الأسرة.

وعليه فإن قضاة الموضوع باعتبارهم الفاتحة مثل الخطبة تعتبر وعدا بالزواج رغم تقديم الطاعنة لشهودها على وقوع الزواج وتوافر أركانه، فإنهم بقضائهم كما فعلوا أخطؤوا في تطبيق القانون، ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه".

وما يستخلص أن تعديل المادة السادسة جاء سدا لذريعة وغلق باب كان مفتوحا شكل فادح وفاضح باسم الزواج العرفي فبمجرد اقتران الخطبة بالفاثحة دون سائر شروط صحة الزواج الشرعي كان من الناس من يتمسك بأن هذا الزواج عقد شرعي ويطالب قضائيا بإثباته مما جعل الزواج العرفي مطية لركوب الحيل الشرعية تحت غطاء القانون، مما تعين معه تقنين ما توصلت إليه المحكمة العليا في اجتهاداتها بصدد عدم اعتبار الخطبة المقرنة بالفاثحة دون سائر شروط العقد زواجا لأن اقتران الفاتحة بالخطبة دون سائر الشروط جرت في عرف المجتمع مجرى التبارك لا العقد الشرعي والخطبة مقدمة للزواج وليست زواجا، فإن اقترنت شروط صحة عقد الزواج فهي زواج شرعي غير مسجل ومن تم أمكن اعتبارها عقدا شرعيا تستحق بعد ذلك إثباته وتصحيحه بموجب حكم قضائي بموجب أحكام المادة 22 من نفس القانون.

ومجمل القول أن المادة السادسة المعدلة ضمت قاعدة عامة واستثناء وبذلك تكون قد حلت مشكلا كان قائما منذ زمن وهو اعتبار الفاتحة المقرنة بالخطبة وعد بالزواج رغم توافر شروط الزواج وبذلك زال هذا الإشكال.

وبالرجوع إلى المادة الخامسة من مدونة الأسرة المغربية التي تنص على "أن الخطبة تواعد بين رجل وامرأة على الزواج تتحقق الخطبة بتعبير طرفيها بأي وسيلة متعارف عليها تفيد التواعد على الزواج ويدخل في حكمها قراءة الفاتحة وما جرت به العادة العرف من تبادل الهدايا".

نستخلص من هذه المادة أن المشرع المغربي قد سوى بين الخطبة وقراءة الفاتحة بمعنى آخر أن الفاتحة لا تخرج عن حكمها وعد بالزواج وترتب نفس الآثار المترتبة على

الخطبة. فإن تلاوتها لا تغير القيمة القانونية للوعد بالزواج، وأن الخطبة ليست زواجا ولو اقترنت بقراءة الفاتحة، وإنما تعني مجرد ترشيح الفتى زواجا في المستقبل⁽¹⁾. أما بالنسبة لمجلة الأحوال الشخصية التونسية فلم تتعرض لقراءة الفاتحة واكتفت بالنص على أن الخطبة وعد بالزواج ولا ترقى بمرتبة الزواج.

ولقد أحسن المشرع التونسي عندما اكتفى بالنص على الخطبة وحدها دون الكلام عن الفاتحة حتى لا يختلط الأمر بين الخطبة وقراءة الفاتحة والآثار المترتبة عليهما. الأصل أن تنقض الخطبة عادة بمجرد تحقيق الغرض الأساسي المتوخى منها والمتمثل في إبرام عقد الزواج، وقد تنقض الخطبة لأسباب كوفاة الخاطب أو المخطوبة أو عدول أحدهما عنها بإرادته المنفردة، فما حكم العدول عن الخطبة؟

المطلب الثاني:

حكم العدول عن الخطبة.

الخطبة اتفاق رضائي يتم بإيجاب وقبول ويتعلق هذا الاتفاق بوعد بعقد الزواج، فهي ليست عقد يلتزم فيه الطرفان بالتزامات لها قوة الإلزام، وإذا لم تكن للخطبة قوة الإلزام لأحد الطرفين فلكل منهما أن يتحلل منها ويعدل عن خطبه⁽²⁾، والسؤال الذي يثار هو مدى جواز عدول أحد الطرفين عن الخطبة بعد أن تحقق الركون والتقارب بينهما؟ وهو ما سنحاول معرفته في كل من الفقه الإسلامي والقانون الوضعي.

(1) انظر، محمد الشافعي، أحكام الأسرة في ضوء مدونة الأحوال الشخصية ط02، منشورات الجامعة المغاربية، 1995، ص 31.

(2) أحمد فراج حسين، المرجع السابق، ص 67-69.

الفرع الأول:

حكم العدول عن الخطبة في الفقه الإسلامي

رضائية الخطبة ورضائية عقد الزواج، تجعل العدول أمراً طبيعياً إذا رفض الطرفان أو أحدهما إتمام الزواج⁽¹⁾، ولقد اتفقت كلمة الفقهاء على أن الخطبة ليست عقد، ولا تحمل صفة العقد ولا تعدو أن تكون طلب النكاح أو التماس النكاح⁽²⁾.

ذهب جمهور الفقهاء⁽³⁾، إلى القول بأنه يجوز للخاطب أن يعدل عن الخطبة لسبب مشروع، وهذا حق له، كما يجوز للمنخطوبة ووليها ذلك، أما إن لم يكن هناك سبب مشروعاً، فيكره ذلك بسبب الوعد، وعللوا ذلك على أن عقد الزواج عقد عمري يدوم الضرر فيه، هو أخطر عقد لعاقديه، إذ هو موضوعه الحياة الإنسانية وهو عقد يعقد على أساس الدوام إلى نهاية الحياة⁽⁴⁾. إذا فإن لكل واحد من الخاطبين النظر في أمره ومن المصلحة التروي وترديد الأمر فيه قبل الإقدام عليه، ويقول ابن قدامة في هذا الشأن: "ولا يكره للولي الرجوع إذا رأى لها مصلحة في ذلك ولا يكره لها أيضاً الرجوع إذا كرهت الخاطب لأنه عقد عمري يدوم الضرر فيه، فكان لها الاحتياط لنفسها والنظر في حظها، إن رجعا عن ذلك لغير كره لما فيه إخلاف الوعد ولم يحرم لأن الحق بعد لم يلزمها"⁽⁵⁾.

وهذا الحكم مجمع عليه بين الفقهاء حتى المالكية⁽⁶⁾، ولكن الرأي عند المالكية في أحد أقوالهم أن للوعد بالتعاقد أثراً ملزماً في بعض الأحوال. فإن هذا القول يتعلق

(1) انظر، محمد كمال الدين إمام، الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي، ط1، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، 1996، ص 52.

(2) نايف محمود الرجوب، المرجع السابق، ص 224.

(3) قول الشافعية والحنابلة، أنظر البحرمي على الخطيب 15514، المغني لابن قدامة 52417.

(4) محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص 28.

(5) انظر، المغني لابن قدامة، ج 06، ص 604.

(6) الوعد عند مالك رضي الله عنه فيه أربعة أقوال (أولها) أنه لا إلزام فيه، ولا يقضي بمقتضاه شيء، سواء كان الوعد سبباً للدخول في شيء أو ترك شيء ترتبت عليه التزامات معارم أو لم يكن (الثاني) أن الوعد ملزم، ويقضي به في كل الأحوال (الثالث)، فلا يجب الوفاء بالوعد الذي يكون سبباً لأمر يستطيع من بذل له الوعد القيام به دون تحقيق الوعد: كمن يعد شخصاً بأن يعطيه مقداراً من المال ليسدد عنه الدين فإنه يقضي بالوفاء لأن المدين والدائن كلاهما اعتمداً على بدل الوعد، (الرابع)، إنه يجب الوفاء إذا كان الوعد له سبباً للتصرف ودخل من بذل الوعد به في التصرف بسبب ذلك الوعد، أنظر، محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص 36.

بالتزامات في الأموال دون الخطبة فقد صرحوا بما يؤكد أنّ الإلزام بالزواج لا يكون إلا بالعقد⁽¹⁾، يقول الدسوقي: "اعلم أن رد المرأة أو وليها بعد الركون للخاطب لا يجرم ما لم يكن لأجل خطبة الثاني"⁽²⁾.

وفي رأينا أن الخطبة يجب أن لا تحمل صفة الإلزام بل هي فرصة للتحري والبحث، وأن القول بعدم جواز العدول عنها يتنافى مع إلزام الخاطب بإجراء عقد الزواج وهو كاره وهذا ما يتنافى مع طبيعة عقد الزواج القائم على الرضا المتبادل.

الفرع الثاني:

حكم العدول عن الخطبة في القوانين الوضعية

تعد الخطبة تواعد بين الخطيب والمخطوبة لإنشاء عقد الزواج في المستقبل، لذا فهي بمثابة اتفاق أولي وطبيعي عن طريقه يتعرف كل من الطرفين عن الآخر. إلا أن هذه الخطبة لا تعد ملزمة لأحد الطرفين فهي مجرد وعد بالزواج وليست زواجا وبالتالي فإنها لا ترقى إلى درجة العقد ولا يترتب عنها أي أثر من آثار عقد الزواج⁽³⁾، وأنه يجوز العدول عنها والتراجع عن متابعة السير فيها في أي مرحلة من مراحلها، وفي أي وقت يريده أحد طرفي الخطبة⁽⁴⁾. وهذا ما نصت عليه المادة الخامسة من قانون الأسرة "ولكل من الطرفين العدول عنها"، وهو ما تضمنته المادة السادسة من مدونة الأسرة المغربية بنصها: "يعتبر الطرفان في فترة خطبة إلى حين الإشهاد على عقد الزواج، ولكل من الطرفين حق العدول عنها" وهو ما تمّ التنصيص عليه في الفصل الثاني من مجلة الأحوال الشخصية التونسي بشكل ضمني.

فإن عدل أحد الطرفين عن الخطبة يكون بذلك قد استعمل خالص حقه وليس لأحد عليه سبيل والمصلحة توجب أن يكون كلا طرفي عقد الزواج لهم الحرية التامة قبل

(1) انظر، عبد المجيد محمود مطلوب، المرجع السابق، ص 22.

(2) انظر، حاشية الدسوقي، ج 02، ص 317.

(3) انظر، أحمد نصر الجندي، شرح قانون الأسرة الجزائري، دار الكتب القانونية، مصر، 2009، ص 20.

(4) انظر، عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، ط3، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 1996،

إبرامه لأنه عقد الحياة. ومن المصلحة التروّي وترديد الأمر فيه حتى إذا تمّ كان ذلك برضى صحيح لم تشبه شائبة⁽¹⁾.

أما بالنسبة للقضاء الجزائري فقد قرر بأنه يجوز لكل من الخاطبين حق العدول عن الخطبة باعتبارها وعدا بالزواج وليست زواجا شرعيا ولا عقد ملزما، وهذا تطبيقا لنص المادة الخامسة من قانون الأسرة.

حيث جاء في قرار⁽²⁾. المحكمة العليا بتاريخ 1992/03/17 أنه: "من المقرر شرعا وقانونا أن الخطبة هي مجرد وعد بالزواج ولكل من الطرفين العدول عنها، وأن لصحة عقد الزواج لا بد من توفره على جميع أركانه المتمثلة في رضا الزوجين، ولي الزوجة، وشاهدين وصدّاق".

إلاّ أنّه على الخاطب أن يفي ديانة بوعده إلا إذا وجد مبررا بدفعه إلى العدول، لأنّ الوفاء بالعهد والوعد مطلوب ومندوب إليه شرعا لقوله جل جلاله: ﴿ وَأَوْفُوا بِأَلْعَهْدِ إِنَّ أَلْعَهْدَ كَانَ مَسْئُولًا ﴾⁽³⁾.

خلصنا بأنّ الطبيعة القانونية للخطبة بحسب قوانين الأسرة المغاربية هي أنّها وعد بالزواج غير ملزم، وهي ليست بزواج، وبالتالي فإنّ الخطبة لا تبيح التلاقي بين الزوجين لعدم وجد عقد الزواج، وبناء عليه فإنّ كل واحد يعتبر في هذه المرحلة أجنبيا عن الآخر، فأى اتصال جنسي يعتبر غير شرعي، وهذا ما أكّده المجلس الأعلى في قراره الصادر بتاريخ 1984/10/08 حيث جاء فيه ما يلي:

(1) انظر ، محمد خرطة، آثار العدول عن الخطبة وفق مدونة الأسرة المغربية ، مداخلة أقيمت في أشغال الندوة الدولية لمجموعة البحث في القانون والأسرة بتاريخ 15 و16 مارس بعنوان مدونة الأسرة بعد ثلاث سنوات من التطبيق، الحصيلة والمعوقات، سلسلة الندوات، 2008، ص 98.

(2) انظر، المحكمة العليا، غ.أ.ش، بتاريخ 192/03/17 ملف رقم 81129 المحلة القضائية سنة 194، العدد 03، ص 62.

(3) انظر، سورة الإسراء، 34.

"من المقرر شرعا أنّ الزواج الذي لا يتوفر على الأركان المقررة شرعا يكون باطلا، ومن ثمّ فلا تعتبر العلاقة غير الشرعية بين الرجل والمرأة زواجا، ولما كان كذلك فإنّ القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعدّ حرقا لأحكام الشريعة الإسلامية.

إذا كان الثابت في قضية الحال أنّ العلاقة التي كانت تربط بين الطرفين علاقة غير شرعية، إذ كلاهما اعترف بأنّه كان يعاشر صاحبه جنسيا، فإنّ قضاة الاستئناف بإعطائهم إسهادا للمستأنف على اعترافه بالزواج وتصحيحه وإلحاق نسب الولد بأبيه وتقرير حقوق المستأنفة حرقوا أحكام الشريعة الإسلامية"⁽¹⁾.

وما ذهب إليه القضاء هو عين الصواب لأنّ الأحكام الشرعية لا تبيح التلاقي بين الرجل والمرأة إلاّ من خلال الزواج الصحيح وأي علاقة خارج إطار الزواج هي علاقة غير شرعية ولا يمكن أن يثبت بها النسب.

أمّا مدونة الأسرة المغربية فعلى ما يبدو فإنّها تخالف ما ذهب إليه القضاء الجزائري، حيث نصّت المادة 156 على ما يلي:

"إذا تمت الخطوبة وحصل الإيجاب والقبول وحالت ظروف قاهرة دون توثيق عقد الزواج وظهر حمل بالمخطوبة نسب للخاطب للشبهة إذا توفرت الشروط التالية:

- (أ) إذا اشتهرت الخطبة بين أسرتيهما، ووافق ولي الزوج عليها عند الاقتضاء.
- (ب) إذا تبين أنّ المخطوبة حملت أثناء الخطبة.
- (ت) إذا أقرّ الخطيبان أنّ الحمل منهما.

إذا أنكر الخاطب أن يكون ذلك الحمل منه، أمكن اللجوء إلى جميع الوسائل الشرعية في إثبات النسب".

فالمشرع المغربي بهذا النصّ قد انفرد عن أغلب القوانين العربية حيث أراد تكريس أمر واقع على حساب الأحكام الشرعية التي لا تبيح التلاقي بين الرجل والمرأة إلاّ من خلال الزواج الصحيح.

(1) المحكمة العليا، غ.أ.ش، 1984/10/08 ملف رقم 34137، المجلة القضائية، عدد 04، ص 79.

مع أنّ الفقرة "ب" من النص سالف الذكر تشير وبوضوح أن تكون المخطوبة حملت أثناءها، بمعنى قبل إبرام عقد الزواج، علما بأنّ الفقرة الأولى من المادة الخامسة تعتبر الخطبة مجرد وعد بالزواج.

بالإضافة على أنّ عبارة "وحالت ظروف قاهرة دون توثيق عقد الزواج" مبهمة في مدلولها، لأنّ هناك فرقا شاسعا بين إبرام الزواج وتوثيقه، فإذا أبرم الزواج بالفاحة عرفا دون توثيقه أمام الدوائر الرسمية، فهو زواج صحيح، إذ يتعيّن إثباته بحكم قضائي وتسجيله في الحالة المدنية بعد ذلك، أمّا إذا لم يتمّ الزواج إطلاقا فلا يمكن الاعتراف بأي اتصال جنسي بين الخاطب والمخطوبة⁽¹⁾.

فالمادة تنصّ على الشبهة التي تقع خلال الخطبة، وينتج عنها اتصال جنسي على يخلف حملا بين أقلّ مدّة الحمل وأكثرها، والمشرع هنا اشترط ضرورة اقتران الإيجاب بالقبول، وما دام كذلك فإنّ الزواج يكون صحيحا إذا توفرت فيه شروط صحته، تبق مسألة التوثيق هي من الشروط الشكلية لعقد، ويعتبر حجة إثباتية قوية، فإذا كانت هناك ظروف قاهرة حالت دون توثيق عقد الزواج وظهر الحمل بالمخطوبة، ينسب الحمل للخاطب.

وهذا تكريس لمقتضيات المادة 16 التي تخول المحكمة سماع دعوى الزوجية بسائر وسائل الإثبات وكذا الخبرة، لأنّ العقد تمّ إبرامه ما دام قد اقترن بالإيجاب بالقبول، وهما أهمّ ركني العقد، حيث تنتفي الخطبة، لكن المشرع دخل في تناقض، واعتبر الآخر في مرحلة الخطبة لإثبات نسب تمّ في هذه الفترة عن طريق أعمال الشبهة، حيث كان من الأفيد البقاء على مقتضيات المادة 16 لإثبات الزوجية ومنه النسب، حتى يكون النسب شرعيا، عوض اعتماد الخطبة وإثبات النسب عن طريق الشبهة، وبعد استنفاد شروط معينة وبانتفائها لا يثبت النسب وهو نوع من التضييق في إثبات النسب عوض التوسيع الذي يطمح إليه خصوصا إثبات فترة الخطبة التي قد يتلاعب فيها الزوجان⁽²⁾.

(1) بن الشويخ الرشيد، أحكام الخطبة في الزواج، المرجع السابق، ص 91.

(2) محمد الأزهر، شرح مدونة الأسرة، ط03، مطبعة دار النشر المغربية، المغرب، 2008، ص 372.

وهذا ما ذهبت إليه محكمة الاستئناف بالدار البيضاء، حيث جاء في إحدى قراراتها ما يلي: وحيث أنه وفق المشار إليه فإنه تبني الشبهة المفضية إل نسبة الحمل للخاطب إذا حالت ظروف قاهرة دون توثيق عقد الزواج في وقته المحدد وتوافر الإيجاب والقبول والشروط المنصوص عليها في الفصل 156 من مدونة الأسرة وذلك بموافقة الولي كلما كانت ضرورية واشتهار الخطبة بين الناس وحمل المخطوبة خلال هذه الخطبة وإقرار الخطيبين بالحمل.

وحيث إن ذلك كان ثابتا حسب تصريح الطرفين أثناء جلسة البحث وكذا ما هو منصوص عليه في النكاح وحيث إن المستأنف عليه خلال هذه الفترة لم ينف نسب البنت إليه بمجرد ظهور الحمل وقبل إبرام عقد النكاح، وحيث إنه تبعا للمشار إليه أعلاه، فإن نسب البنت لاحق بالمستأنف عليه وتترتب عليه جميع الآثار وكذا الوسائل المقررة شرعا بالنفقة والتوارث وغيره وتسجيلها في دفتر الحالة المدنية⁽¹⁾.

أما القضاء التونسي فوافق القضاء الجزائري في الموضوع حيث قضت محكمة التعقيب التونسية بأنه لا يعتبر الاتصال السابق (عن البناء) بين الزوجين لعدم شرعيته ولو أنجبت فيه المرأة مولودا وللزوج حق نفي نسب هذا المولود⁽²⁾. وكما أن المولود الناتج عن اتصال جنسي لم تتم عن علاقة زواج شرعي لا يمكن أن ينسب لأبيه ولا يعتبر إلا نتيجة لعلاقة سفاح وزنا⁽³⁾.

وعلى هذا الأساس، فإن كل علاقة جنسية بين الخاطب ومخطوبته تعتبر علاقة غير شرعية، ولا تلحق نسب الولد الناتج منها بأبيه⁽⁴⁾.

(1) محكمة الاستئناف، الدر البيضاء، 2004/11/03 قرار رقم 03/1913 مقتبس عن محمد الأزهر، المرجع السابق، ص 374.

(2) محكمة التعقيب، 1975/07/15، قرار مدني، 11609، نشرية محكم التعقيب، 1975، ج02، ص 182.

(3) محكمة التعقيب، 1973/12/21، قرار عدد 9108، نشرية محكمة التعقيب، 1973، ج01، ص 144.

(4) لأكثر تفصيل انظر تشوار جيلالي، نسب الطفل في القوانين المغاربية للأسرة، محكمة العلوم القانونية والإدارية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2005، العدد 03، ص 27 وما يليها.

الخطبة التي تنتهي من غير زواج قد تطرح بعض المشاكل القانونية التي تتعلق أساساً بمصير المهر والهدايا التي قدمها أحد الخاطبين للأجر، فما حكم ما يدفعه الخاطب للمخطوبة؟

المطلب الثالث:

حكم ما يدفعه الخاطب للمخطوبة

انتهينا إلى أن الخطبة ليست زواجا، ولا إلزاما به، وأنه يجوز لكل من الطرفين العدول عنها، فإذا انتهت هذه الخطبة بالعدول عنها وكان الخاطب قد دفع بعض المال على حساب المهر أو قدم بعض الهدايا فما حكم ذلك؟ ثم أنه إذا حصل ضرر للمخطوبة نتيجة لعدول الخاطب عن خطبته فهل يحق لها المطالبة بتعويض عن هذا الضرر، وهل يعود نفس الحق للخاطب؟

الفرع الأول:

حكم ما يدفعه على حساب المهر

لما كانت الخطبة مقدمة تمهيدية تسبق عقد الزواج وتؤول إليه، فقد يرى الخاطب تقديم المهر المتفق عليه كاملا أو بعض منه في فترة الخطبة وقبل العقد حتى تستعد المخطوبة وتتهيأ للزواج بشراء ما يلزمها، ثم يطرأ ما يحول دون إبرام العقد من أحد الطرفين أو كلاهما⁽¹⁾، فما حكم المهر المقدم إن وقع العدول؟ فقد ذكر الفقهاء أن الخاطب إذا قدم المهر أو بعضه للخطيبة أو لوليها ثم فسخت الخطبة فإن له أن يسترد ما قدم لأن المهر إنما دفع على أساس إتمام الخطبة بالزواج، وإن المهر من آثار الزواج⁽²⁾، وكل ما دفع على حساب المهر لا يجب هو أو جزء منه إلا بالعقد، فإن للخاطب استرداده لأن المرأة لا تستحق هذا المال إلا بعقد الزواج وما دام هذا العقد لم يتم فيبقى المهر من حق الخاطب.

(1) انظر، عبير رنجي شاكرك القدومي، التعسف في استعمال الحق في الأحوال الشخصية، ط1، دار الفكر، الأردن، 2007، ص 65.

(2) عبد المجيد محمود مطلوب، المرجع السابق، ص 23.

ولم يتعرض المشرع الجزائري لهذه المسألة لعله قد نظر إلى عادات المجتمع الجزائري المتعارف عليها في أن المهر يدفع بعد أو أثناء العقد وليس أثناء الخطبة وبالتالي لم ينص على هذه الحالة⁽¹⁾. لكن ما يمكن قوله ما دام المهر شرط من شروط صحة الزواج وليست له أي علاقة بالخطبة، ففي حالة العدول فإن المخطوبة ملزمة بردّ المهر عينا إن كان قائما أو مثلا أو قيمته سواء كان العدول عن الخطبة من طرفه أو من طرفها لأنّ عقد الزواج لم يبرم.

أما مدونة الأسرة المغربية فلقد تضمنت حكما في الموضوع في المادة التاسعة، حيث جاء النص عليها كما يلي: "إذا قدم الخاطب الصداق أو جزء منه، وحدث عدول عن الخطبة أو مات أحد الطرفين أثناءها، فللخاطب أو لورثته استرداد ما سلم بعينه إن كان قائما وإلا فمثله أو قيمته يوم تسلمه إذا لم ترغب المخطوبة في أداء المبلغ الذي حول إلى جهاز تحميل المتسبب في العدول ما قد ينتج عن ذلك من خسارة بين قيمة الجهاز والمبلغ المؤدى فيه"⁽²⁾.

والمشرع المغربي يعتبر المهر من شروط العقد⁽³⁾، فالصداق مرتبط أساسا بإبرام عقد الزواج، فإذا لم يتم ذلك وفي جميع الأحوال سواء حالة العدول عن الخطبة أو موت الرجل والمرأة أو أحدهما، فإن المرأة أو ورثتها ملزمون برد المهر أو قيمته أو مثله. وقد تتعجل المخطوبة التصرف في الصداق بشراء جهاز البيت، وترفض أداء المبلغ أي قيمة المهر الذي تم تحويله إلى جهاز، فإن الخسارة الناتجة يتحملها من تسبب في العدول عن

(1) انظر، بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، ط01، دار الخلدونية، الجزائر، 2008، ص 48.

(2) هذا النص يقترب من نص المادة الرابعة من قانون الأحوال الشخصية السوري التي نصت على ما يلي: "إذا دفع الخاطب المهر نقدا واشترت به المرأة جهازها ثم عدل الخاطب للمرأة الخيار بين إعادة مثل المهر أو تسليم الجهاز".

(3) تنص المادة 13 فقرة 2 من مدونة الأسرة على "يجب أن يتوفر في عقد الزواج الشروط التالية:

2...- عدم الاتفاق على إسقاط الصداق...".

الخطبة، حيث تتحملها المرأة إذا كان العدول من طرفها أو الرجل إذا كان هو الذي عدل عن الخطبة⁽¹⁾.

وعليه فإن كان الزوج الخاطب هو الذي تراجع عن الخطبة لزمه تسلم الأشياء التي حولها إليها مبلغ الصداق.

فإن كان النجار مثلاً أو الخياط ما يزالان دائنان بأجرة النجارة أو الخياطة يتعيّن عليه أدائها لأنّ المخطوبة كانت قد اشترت الفراش أو الثوب استعداداً للزفاف، فلا مبرر لإرغامها على تملك هذه الأشياء وإرجاع مبلغ الصداق نقداً إلى الخاطب وعلى العكس، إذا كانت هي التي عدلت عن الخطبة فعليها أن ترجع إلى الخاطب الصداق كما دفعه لها أو قيمته، ويعتبر في القيمة يوم منحه للمخطوبة لا يوم إرجاعه، ولا يلزم بأخذ الجهاز ولا غيره⁽²⁾.

وقد تدّعي المخطوبة من أجل الاحتفاظ بالصداق أو بنصفه أن الزواج قد أبرم فتكون مدعية عليها أن تثبت ما تدعيه، وقد يستعان في حل المسألة بالعوائد والأعراف السائدة في المكان الذي يوجدان به⁽³⁾.

(1) لقد تعرّض القانون السوري لمسألة المهر الذي يكون نقداً أو تشتري به المرأة أشياء جهازية أو تشتري به الخاطب أشياء جهازية لها بتكليف منها أو من وليها الشرعي، فإنّ القانون في هذه الحالة فرّق بين كون العدول من طرفه أو من طرفها، فإن كان العدول من طرف المخطوبة فعليها إعادة قيمته نقداً، وإن كان العدول من طرف الخاطب فللمخطوبة الخيار بين إعادة الجهاز أو دفع قيمته، وهذا مضمون المادة الرابعة وهذا نصها: "1- إذا دفع الخاطب المهر نقداً واشترت المرأة به جهازها ثمّ عدل الخاطب فللمرأة الخيار بين إعادة مثل النقد أو تسليم الجهاز.

2- إذا عدلت المرأة فعليها إعادة المهر أو قيمته.

والذي يبدو أنّ القانون في هذه المادة لم يأخذ من أي مذهب فقهي، وإنّما ذهب إليه معتمداً على قواعد العدالة والإنصاف عندما فرّق بين العدول من الخاطب والعدول من المخطوبة في حالة شراء الجهاز من المهر، ولذلك لرفع الضرر عن المخطوبة في حالة عدول الخاطب فخيرها بين إعادة مثل النقد أو تسليم الجهاز، إذ لو ألزمتها برّد مثل المهر أو قيمته، فقد ألزمتها بأن تتحمّل الأضرار التي لحقتها من شراء الأثاث أو الجهاز. وأمّا إذا كان العدول من جهة المخطوبة فيجب عليها إعادة المهر أو قيمته، فمن العدل أن تتحمل المخطوبة هذه الأضرار، لأنّها كانت سبباً فيها. انظر، أسامة محمد منصور الحموي، أثار العدول عن الخطبة في الفقه والقانون المقارن، دراسة مقارنة، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد 27، 2011، العدد 03، ص 420 - 421.

(2) انظر، أحمد خرطبة، أثار العدول عن الخطبة وفق مدونة الأسرة المغربية، إشكالات تطبيقية، ندوة مدونة الأسرة، تعديلات سنوات، المرجع السابق، ص 101.

(3) محمد الكشور، المرجع السابق، الكتاب الأوّل، ص 184.

ولم تتعرض مجلة الأحوال الشخصية التونسية لمسألة الصداق أثناء الخطبة، فكان من المستحسن لو تعرض كل من المشرع الجزائري والتونسي لهذا الموضوع، فقد تكون هناك حالات معينة يتم فيها دفع الصداق أو المهر أثناء الخطبة لإبراز الجدية في الزواج. لكن هذا لا يمنع القاضي في حالة وقوع نزاع حول الصداق في مرحلة الخطبة من الرجوع إلى تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية وإلزام المخطوبة برده لعدم تعلق حقها به إذ لم تصبح زوجه ويد المخطوبة عليه يد أمانة وحكمه حكم الوديعة. والإشكال يطرح كذلك في حالة تبادل الهدايا التي عادة ما يلجأ إليها الأطراف لتقوية المحبة والمودة أو توريط بعضهما البعض عن طريقها فتصبح أداة ضغط معنوي تدفع من قدم الهدايا أكثر إلى إتمام مسيرته.

فما حكم الهدايا المقدمة في فترة الخطبة وما هو نصيب المخطوبة منها؟

الفرع الثاني:

حكم الهدايا

جرت العادة أن يقترب الخاطب من خطيبته ويتودد إليها بتقديم الهدايا في فترة الخطبة، وذلك لخلق جوٍّ من الألفة والمودة بينهما وإظهار رغبته في الاقتران بها والهدية عادة ما تكون متبادلة بين الخاطبين فليست مقصورة على طرف واحد، فإذا حصل ذلك في فترة الخطبة ثم عدل أحدهما أو كلاهما فما حكم ما قدم من هدايا.

الهدية والهبة بمعنى واحد وقال في البدائع الإهداء من ألفاظ الهبة، وهي تأخذ حكمها ومن ألفاظها التخلي والإعطاء⁽¹⁾. والهبة والهدية مشروعان بالكتاب والسنة.

أما الكتاب فقولته تعالى: ﴿وَأَتُوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً فَإِنْ طِبَّنَ لَكُمْ عَنْ

شَيْءٍ مِّنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَّرِيئًا ﴿٤٠﴾ ﴿٢﴾.

أما السنة فقولته صلى الله عليه وسلم: "تمادوا تحابوا".

(1) انظر، الكاساني، علاء الدين أبو بكر، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ط2، دار الكتاب العربي، بيروت، 1982، ص 175.

(2) سورة النساء، الآية 04.

بعكس الحكم المقرّر بالنسبة للصدّاق فقد اختلف الفقهاء في حكم استرداد هدايا الخاطبين فمنهم من أجرى هدايا الخاطبين مجرى الهبة وأعطاهما حكمها، ومنهم من نظر فيها نظراً يخالف نظره للهبة المطلقة وفي هذا السياق يرى الحنفية أنّ ما قدمه الخاطب من هدايا هو في معنى الهبة، فعند العدول عن الخطبة له أن يرجع عن هبته وسترد الهدايا مادامت باقية.

أما إذا لم تكن الهدية قائمة بعينها فليس من حقه أن يعود فيها ومن صور ذلك:

- 1- هلاك الموهوب واستهلاكه، فإذا هلك الموهوب فلا سبيل إلى الرجوع في الهالك ولا سبيل إلى الرجوع في قيمته إذا كان ذا قيمة أو مثله إذا كان ذا مثل⁽¹⁾.
- 2- الزيادة في الموهوب زيادة متصلة مثال ذلك أن تكون الهبة ثوباً ثم يخيطه الموهوب له، فلا سبيل إلى الرجوع في الهبة في هذه الحالة لأن الزيادة متصلة بالأصل اتصالاً لا يفصل عنه إما إذا كانت غير متصلة فلا رجوع في الهبة.

وقد استدلووا على ذلك بما يلي: عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه أنه قال إن الرجل أحق بمهنته ما لم يثب منها⁽²⁾، وما كتبه عدى بن عدى الكندي إلى عمر بن عبد العزيز مبيناً جواز الرجوع في الهبة إلا لما منع كما قال الأحناف جاء في المحلى: "إن عدى بن عدى الكندي كتب إلى عمر بن عبد العزيز: "من وهب هبة فهو بالخيار حتى يثاب منها ما يرض، فإن نمت عدد من وهبت له، فليس لمن وهبها إلا هي بعينها، وليس له من النماء شيء"⁽³⁾.

أمّا عند الشافعية والحنابلة فقد فرّقوا بين الهدية المطلقة التي لا يرجو صاحبها منها غرضاً وبين الهدية التي تكون لغرض. أما النوع الأول وهو الهدية التي تهدى لغرض فلا يجوز عندهم الرجوع في مثل هذا النوع من الهدايا أو الهبات إلا في هبة الوالد لولده،

(1) انظر، ابن عابدين محمد أمين، رد المختار على الدر المختار، تحقيق عادل عبد الموجود على محمد معوض، ط02، دار الكتب العلمية، بيروت، 2003، ص 153.

(2) الكاساني، المرجع السابق، ص 175.

(3) انظر، ابن حزم، أبو محمد، المحلى بالأثار، تحقيق عبد الغفار سليمان، دار الكتب العلمية، بيروت، 1988، ص 129.

فقالوا تلزم الهدية أو الهبة بالقبض ولا رجوع فيها إلا للوالد فإنه يرجع فيما وهب لولده⁽¹⁾، واستدلوا على ذلك بما يلي:

1- يقول رسول الله صلى الله عليه وسلم: "العائد في هبته كالعائد في قيئه" وفي رواية أخرى العائد في هبته كالكلب يقيء ثم يعود في قيئه⁽²⁾، وكذلك قوله صلى الله عليه وسلم: "لا يحل لرجل أن يعطي عطية أو يهب هبة فيرجع فيها إلا الوالد فيما يعطى ولده، ومثل الذي يعطي العطية ثم يرجع فيها كمثل الكلب يأكل فإذا شبع قاء ثم عاد في قيئه"⁽³⁾.

أما النوع الثاني وهو الهدية التي تكون لغرض كهدية الخاطب الذي يهدى من أجل الزواج فقالوا الشافعية يرجع الخاطب في كل هدية أهداها من أجل النكاح سواء عدل هو أو عدلت هي⁽⁴⁾.

في حين يرى الحنابلة أنه إن وعدوه بأن يزوجه فزوجوها غيره، رجع فيها واعتبرها ابن تيمية كالمهر، فقال (ما قبض بسبب النكاح كالمهر)⁽⁵⁾.
غير أن المالكية ذهبوا إلى تفصيل القول بالرجوع في الهدية بحسب الذي وقع منه العدول، فإن عدل الخاطب فليس له أن يسترد الهدايا التي قدمها وإن كانت قائمة. وإن عدلت المخطوبة أو أهلها وجب عليها رد الهدايا القائمة والقيمة إن كانت هالكة وكذلك الحال إذا كانت الهدايا مقدمة من جهة المخطوبة، فإن عدلت عن الخطبة فليس لها استرداد شيء من الهدايا التي قدمتها، وإن كانت قائمة. أما إن كان العدول من جهة الخاطب استردت الهدايا القائمة والقيمة إن كانت هالكة.

(1) ابن حزم، المرجع السابق، ص 129.

(2) انظر، الشريبي، مغنى المحتاج، مطبعة مصطفى البان، مصر، 1958، ص 401.

(3) انظر، البخاري، كتاب الهبة وفضلها والتحريض عليها، باب هبة الرجل لامرأته والمرأة لزوجها رقم 2589، المرجع السابق، ص 419؛ مسلم كتاب الهبات باب لحريم الرجوع في الصدقة والهبة 1622، المرجع السابق، ص 877.

(4) رواه أبو داود، كتاب البيوع والإيجارات، باب الرجوع في الهبة رقم 3539، ص 545، الترمذي، أبواب الولاء والهبة، باب كراهية الرجوع في الهبة، رقم 12132، ص 489.

(5) انظر، الشافعي محمد بن إدريس، الأم، ط 01، دار الكتب العلمية، بيروت، 1993، ص 61-62.

وهذا التفصيل هو الأوجه والأعدل حتى لا يجمع على الطرف المهدي إليه ألم العدول وألم الاسترداد إن لم يكن هو الذي عدل عن الخطبة، ولا يجمع على المهدي ألم العدول والعزم المالي إن كان العدول من الجانب الآخر⁽¹⁾.

وفي قول آخر⁽²⁾، ذهب المالكية إلى عدم الرجوع في هدايا الخطبة مطلقا بغض النظر عن الطرف الذي وقع منه العدول، ما لم يوجد عرف أو شرط فإذا كان هناك عرف سائد أو شرط أشطره أحد الخاطبين، فإنه يعمل به في استرداد الهدايا وهو أصل المذهب ودليلهم في ذلك ما روى عن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: "أبما امرأة نكحت على صداق أو حياء⁽³⁾، أو عدة قبل عصمة النكاح، فهو لها، وما كان بعد عصمة النكاح فهو لمن أعطاه وأحق ما أكرم عليه الرجل ابنته وأخته"⁽⁴⁾.

هذا بخصوص آراء الفقهاء حول حكم الهدايا بعد العدول عن الخطبة فما هو موقف القوانين الوضعية من هاته المسألة؟

أمّا من زاوية القانون، فقد نصت الفقرة الرابعة من المادة الخامسة المعدلة⁽⁵⁾ من قانون الأسرة على أنه: "لا يسترد الخاطب من المخطوبة شيئاً مما أهداها إن كان العدول منه، وعليه أن يرد للمخطوبة ما لم تستهلك مما أهدته له أو قيمته". إن كان العدول من المخطوبة فعليها أن يرد للخاطب ما لم تستهلك من هدايا أو قيمته.

(1) انظر، عبد القادر داودي، المرجع السابق، ص 49

(2) انظر، الدردير، أبو البركات أحمد بن محمد، الشرح الصغير، على أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك خرجته مصطفى كمال وصفي، دار المعارف، القاهرة، بدون سنة، ص 348.

(3) حياء: العطاء العطية هو ما يعطيه الزوج سوى الصداق بطرق الهبة.

(4) انظر، النسائي، سنن النسائي، ط 01، دار ابن حزم، بيروت، ص 120.

(5) الملاحظ أن النص القانوني القديم قد تكلم عن الهدايا المقدمة من الخاطب فقط، ولم يتحدث عن الهدايا التي تقدم من المخطوبة لأنه وإن كان الأصل في الهدايا بحسب العرف إنما تقدم من الخاطب إلى المخطوبة فالآن مع تغير الأوضاع صار الغالب أن يتبادل الطرفان الهدايا بمناسبة الخطبة أما التعديل الجديد فقد أخذ بعين الاعتبار هذه المسألة.

والملاحظ من هذا النص أن المشرع أولا اهتماما بالنفقات التي تنفق بعد الخطبة وقبل العقد لأن كثير ما نسمع بأن الخطبة وحدها كلفته آلاف الدنانير إلى جانب ما يهديه إليها في المناسبات والمواسم والغالب فيها هو الذهب أو اللباس الفاخر وعليه نص المشرع عليها لأنها قد تؤدي إلى قيام نزاع بين الأشخاص لإحساسهم بأهمية ما دفعوه. ولقد انتهج المشرع أسلوبا واحدا في إرجاعها سواء بالنسبة للخاطب أو للمخطوبة وأخذ برأي المالكية على العموم مع بعض التعديل في هذا الرأي. فالمخالف لرأي المالكية هو ما جاء به المشرع في نهاية الفقرة حيث نص على أنه لا يقع الرد في حالة الاستهلاك وهذا الرأي هو للأحناف حيث يعد من موانع الرجوع في الهبة.

فكان على المشرع الأخذ برأي المالكية على إطلاقه لأنه رأي وجيه لكونه يحمل الطرف العادل عن الخطبة قدرا من المسؤولية تتحمل تبعه خسارة الهدايا المقدمة وينص على أنه إذا هلكت أو استهلكت يرد أو ترد مثلها إن كانت من المثليات أو قيمتها إن كانت من القيميات. لكن رغم التعديل الوارد على نص المادة الخامسة إلا أن هناك بعض المسائل بقيت عالقة لأن المشرع أغفلها منها خاصة تبيان الحكم على أساس المتسبب في العدول.

إن ربط استرجاع الهدايا بالعدول عن الخطبة، قد يبدو منطقيا سهل التطبيق، لكن الواقع عكس ذلك فمن الناحية العملية لا يتم العدول عن الخطبة بدون سبب إلا نادرا، والغالب أن يقترن بسبب ما، كان يكشف أحد الطرفين من أحوال الآخر ما يدعوه إلى إنهاء الخطبة، وقد يأتي ذلك نتيجة لإبداء بعض الشروط من هذا الجانب أو ذلك كأن يطلب الولي مهرا مرتفعا أو يشترط على الخاطب إسكان زوجته بعيدا عن عائلته، وقد يكون الخاطب هو الذي طلب تعديل أو تأجيل حفلة الزفاف بشكل يتعذر معه على المرأة قبول طلبة فيضطرها إلى إنهاء الخطبة.

في مثل هذه الحالات لا يكون معقولا الاكتفاء بالنظر إلى من أعلن فعلا عن إنهاء الخطبة دون البحث عن سبب هذا الإنهاء، وبمعنى آخر ربط مصير الهدية بالسبب المبرر

للعدول، لكن هذا الأمر يصعب من الناحية العملية فتحديد السبب الحقيقي للتراجع عن الخطبة، لا وسيلة للقاضي لتقديره إلا عن طريق المعيار الموضوعي إذ بهذا المعيار وحده يتأتى التمييز بين السبب الجدّي المبرر لإنهاء الخطبة والسبب الواهي وهذا ما لا يبدو مقبولاً في موضوع الزواج. فالأسباب المرغبة فيه أو عنه ينبغي أن تبقى شخصية تقاس بمقياس شخص صرف، فواقعة أو تصرف بسيط لا يعزف الشخص العادي عن الزواج، ولكنه بالنسبة لخطيب معين يبدو في نظره كافياً لإنهاء الخطبة فالأمر يرجع إلى تقديره الشخص، ومتى كان السبب في نظره خطير لا يمكن معه إنشاء الرابطة الزوجية تعذر تحميله مسؤولية إعلان عدوله.

بالإضافة إلى ذلك فإن ربط مصير الهدية بالسبب المبرر للعدول يشجع الراغب في الهدية على الافتراء وقذف خطيبه بما ينشئ إليه في عرضه أو أخلاقه واعتباره وليس من المصلحة في شيء إن يناقش القضاء مثل هذه الوقائع والتأكد من صحتها أو افتراءها ليتأتى له الحكم في مصير الهدية⁽¹⁾.

وهناك مسألة أخرى لم يتعرض لها المشرع وكثيراً ما تحدث في الحياة العملية وهي حالة فسخ الخطوبة بالاتفاق بين الطرفين، فنعتقد هنا أن كل واحد له الحق في استرجاع هدايا إن كان قائمة، أو قيمتها في حالة التعذر ما لم يقض الاتفاق بينها على خلاف ذلك.

وبخصوص موضوع حكم الهدايا نجد على المستوى التطبيقي قرار للمحكمة العليا بتاريخ 1999/03/16 إذ قضت بموجبه على أنه: "من المقرر قانوناً أنه لا يسترد الخاطب شيئاً مما أهداه إذا كان العدول منه، متى شيء في قضية الحال، أن الطرفين جرت بينهما خطبة زواج ثم وقع العدول عن الخطبة من طرف الخاطب، فإن القضاة بقضائهم بتأييد الحكم المستأنف والقاضي برفض إتمام الزواج وإلزام المدى عليها بردها إلى المدعى ما

(1) انظر، أحمد الخليلي، التعليق على قانون الأحوال الشخصية، ط03، ج 01، دار نشر المعرفة، الرباط، 1987، ص 51-52.

قدمه لها من هدايا وحلي ونقود أو اعتبروها صداقا دون الرد على دفع الطاعنة أخطئوا في تطبيق القانون وعرضوا قرارهم للقصور في التسبب.

ومتى كان ذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه⁽¹⁾.

أما المشرع المغربي فلقد تناول حكم الهدايا في المادة الثامنة من مدونة الأسرة بالتنصيص على أنه: "لكل من الخاطب والمخطوبة أن يسترد ما قدمه من هدايا ما لم يكن العدول عن الخطبة من قبله.

ترد الهدايا بعينها، أو بقيمتها حسب الأحوال".

ما يفهم منه أن المدونة أخذت برأي المالكية والملاحظ على النص أنه لم يعالج حكم الهدايا بشكل عام فلم ينص على تبادل الهدايا بين الطرفين.

فالمشرع الجزائري كان أكثر ضبطا للنص من نظيره المغربي عندما فرق بين العدول الذي يكون من الخاطب والعدول الذي يكون من المخطوبة، وإذا كان المشرع المغربي قد تحدث عن الهدايا التي يقدمها الخاطب، فإن المنطق القانوني وانطلاقا من الهدف المتوخى تشريعا من حكم المادة يجعلنا نسوي بين الحكم بين الخاطب ومخطوبته فيما إذا قدمت هي له بعض الهدايا.

ولقد ذهب القضاء المغربي في قرار محكمة الاستئناف، مكناس بتاريخ 07 أكتوبر 1980 إلى أحقية الخاطب في استرجاع هديته عندما تبين أن المخطوبة قد عمدت إلى العدول عن الخطبة بسوء نية لأنها تزوجت شخص آخر وإن العدول كان من طرفها، وتتلخص القضية في أن السيد ع. ز خطب الآنسة خ. ف من عائلتها قصد الزواج بها واستجابت الفتاة لهذه الخطبة التي أعلنت وذاع أمرها بين الناس. وفي أثناء فترة الخطبة تبرع الخاطب على مخطوبته بقطعة أرضية مساحتها عشرة هكتارات وهي من أجود الأراضي الموجودة بضواحي مدينة فاس، وقد سجلت تلك البقعة باسمها في السجل العقاري. بعد ذلك عمدت الفتاة المخطوبة إلى الزواج من رجل آخر غير المتبرع. رفع

(1) انظر، المحكمة العليا، غ.اش، 16/03/1999، ملف رقم 219313، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، المحلة القضائية 2001، عدد خاص، ص 39 وما بعدها.

الخاطب الأوّل دعوى على المتبرع إليها خ.ف يطلب من خلالها من القضاء الحكم له برجوعه فيما سبق له أن تبرع به، واستند في دعواه على مقتضيات الفصل الثالث من مدونة الأحوال الشخصية الملغاة.

وقد حكم القضاء المغربي في هذه النازلة بأحقية الخاطب في استرجاعه لهديته عندما تبين له أنّ ما قامت به المخطوبة هو عمل مشوب بسوء نية، واستخلص من ذلك أنّ العدول كان من جانبها وليس من جانبه، حيث جاء محتوى القرار كالتالي: "ما دامت المخطوبة لم تثبت ادعاءها بإلحاحها على الخاطب لإتمام الزواج، وما دامت تزوجت بالغير، فإنّ ذلك يعتبر بالدليل الملموس والحجة الواضحة على عدولها عن الخطبة، ولا يمكن الاحتجاج بطول أمد الخطبة خصوصا أنّ المشرع لم يحدّد للخطبة أمدا تنتهي إليه..."¹.

أما المشرع التونسي فقد نص على حكم الهدايا في الفصل الثاني من مجلة الأحوال الشخصية على أنّه: "لكل واحد من الخطيبين أن يسترد الهدايا التي يقدمها إلى الآخر، ما لم يكن العدول من قبله أو وجد شرط خاص".

لم يكن هذا الفصل قبل التعديل الذي أدخل عليه بموجب القانون عدد 74 لسنة 1993 المؤرخ في 12 جويلية ينص إلا على حق الخاطب في استرجاع الهدايا التي يقدمها لخطيبته حيث كان هذا الفصل في صيغته الأصلية محرر كما يأتي: يسترد الخاطب الهدايا التي يقدمها إلى خطيبته إلا إذا كان العدول من قبله أو وجد شرط خاص". وتعتبر الصياغة الحالية لهذا النص أكثر تلاؤما مع التطور الذي عرفه المجتمع التونسي في الوقت الحاضر حيث تطورت العقليات وأصبحت للمرأة أموال خاصة بما يحكم اقتحامها بكثافة سوق الشغل في مختلف المجالات بما يجعلها تتعامل مع محيطها الاجتماعي بنديه كامله مع الرجل، وأحيانا تكون وضعيتها المهنية تدر عليها أموالا تفوق بكثير الأموال التي يتوفر

¹ - محكمة الاستئناف بمكناس، 07 أكتوبر 1980 المنشور بمجلة رابطة القضاة، العددان 8 و9، ص 155 وما بعدها، مقتبس عن محمد الكشور، المرجع السابق، الكتاب الأول، ص 187.

عليها خطيبها بما لا يستبعد أن تكون الهدايا التي تقدمها هي لخطيبها تفوق قيمتها قيمة ما تستلمه هي منه من هدايا ومجاملات⁽¹⁾.

كذلك لا بد من التعليق على عبارة وردت في آخر الفصل 2 المشار إليه "إذا وجد شرط خاص"، فالمشرع يعتبر أنه من الممكن للطرفين أن يتفقا على أن الهدايا لا ترجع مهما كان الأمر، لكن هذا لا يخلو من الغرابة من الناحية النفسانية لأن كلا الخطيبين يمكن أن يقبل مسبقا فكرة عدم إرجاع هداياه مهما كان الأمر وحتى وإن كان العدول من قبل الطرف الآخر.

بالإضافة إلى ذلك فإن هذا الشرط يثير التعجب من الناحية القانونية الصرفة لأن الشرط يعني تعاقد وهذا التعاقد يحصل بمناسبة الخطبة التي ليست بعقد، فهذا التعاقد أمر غريب إذا تم بمناسبة واقعه قانونية لا صيغة إلزامية لها، كل ذلك إذا كان عدم إتمام الخطبة نكول⁽²⁾.

الفرع الثالث:

حكم النفقة على المخطوبة

لا بد من التفريق بين الهدية التي تقدم للمخطوبة والتي تكون بمحض اختيار الواهب، وبين النفقة التي ينفقها الخاطب على المخطوبة والتي قد تكون بمحض اختيار المنفق، وقد تفرض على المنفق فرضا كأن يشترط ولي المخطوبة على الخاطب أن ينفق عليها لمواصلة دراستها في الجامعة أو غير ذلك⁽³⁾، فهل للخاطب في هذه الحالة أن يرجع عليها أو على وليها بالنفقة إذا حصل العدول عن الخطبة؟

(1) انظر، محمد اللجمي، قانون الأسرة، تونس، 2008، ص 170.

(2) انظر، ساسي بن حليمة، محاضرات في قانون الأحوال الشخصية، مركز النشر الجامعي، تونس، 2011، ص 35.

(3) انظر، ناسف محمود الرجوب، المرجع السابق، ص 234.

لقد اختلفت كلمة الفقهاء في ذلك على قولين، بحيث يرى أنصار الاتجاه الأول الرجوع بالنفقة وهو قول الأحناف⁽¹⁾، والشافعية⁽²⁾، والحنابلة⁽³⁾. فللخاطب أن يرجع في كامل النفقة التي أنفقها على المخطوبة إذا كان العدول من جهتها، أو من جهته. فقد ذكر الأحناف في النفقة على المخطوبة صورتين: الصورة الأولى: النفقة على معتدة الغير والتي خطبت تعريضا، وأنفق عليها لأجل الزواج بعد انتهاء العدة، فإن علت وتزوجت غيره فلهم في ذلك أقوال، منها يرجع بالنفقة إذ اشترط ذلك وإلا فلا، وإلا فلا يرجع مطلقا بالنفقة، ويرجع بالنفقة إذا دفع النفقة إليها إلى غيرها.

الصورة الثانية: النفقة على المخطوبة غير المعتدة، قال ابن عابدين وأفتى للخيرية، فيمن خطب امرأة وأنفق عليها، وعلمت أنه أنفق عليها ليتزوجها فتزوجت غيره، فأجاب بأنه يرجع في ذلك، ثم قال ابن عابدين: هذا في النفقة والكسوة دون الهدية⁽⁴⁾.

أما ابن تيمية من الحنابلة قد سئل عن رجل "ملك على بين، وله مدة سنتين ينفق عليها فلما عزم الدخول وجد والدها قد زوجها بغيره فأجاب يرد إلى الأول جميع ما أخذه منه كعقوبة لهم أي للمخطوبة ووليها⁽⁵⁾.

أما أنصار الاتجاه الثاني فيرون عدم الرجوع بالنفقة إلا بعرف أو شرط سواء أكان العدول من جهتها أو من جهته وهو أحد أحوال الملكية⁽⁶⁾.

من خلال ما سبق يظهر أن النفقة على المخطوبة على نوعين النوع الأول أن يكون ولي المخطوبة قد اشترط هذه النفقة على الخاطب وفي هذه الحالة تأخذ حكم

(1) انظر، محمد الصاوي المالكي، بلغة السالك لأقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك، مطبعة البابلي، مصر، 1952، ص 379.

(2) انظر، زكريا الأنصاري، حاشية الجمل على شرح المنهج، ج 4، دار الفكر، بيروت، دون سنة، ص 129.

(3) انظر، ابن تيمية، شهاب الدين أبو العباس الحارثي، الفتاوى الكبرى، تحقيق محمد عبد القادر عطا ومصطفى، عبد القادر عطا، ط 01،

دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1987، ص 125، 126.

(4) ابن عابدين، المرجع السابق، ج 3، ص 154.

(5) ابن تيمية، المرجع السابق، ص 125، 126.

(6) محمد الصاوي المالكي، المرجع السابق، ص 379.

المهر، فيستطيع الخاطب أن يرجع في كل النفقة سواء كان العدول من جهته أو من جهتها.

والنوع الثاني أن يكون الخاطب قد اتفق على المخطوبة دون شرط وإنما بمحض اختياره ففي هذه الحالة نأخذ حكم الهدية من حيث جواز الرجوع وعدمه⁽¹⁾. والملاحظ على القوانين المغاربية للأسرة أنها لم تتعرض لمسألة النفقة على المخطوبة، هذا لا يعني أنها غير واقعة في الحياة العملية وخاصة بعدما بدأنا نلاحظ أن فترة الخطوبة أصبحت تستغرق سنوات تنفق مما يدفع في بعض الحالات بالخطاب أن ينفق على مخطوبته لكن عدم النص عليها لا يمنع القاضي في حالة وجود نزاع من الفصل فيه وذلك بالرجوع إلى تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية والتي سبق ذكرها.

الفرع الرابع:

موت أحد الخاطبين قبل العقد

قد يموت أحد الخاطبين أو كلاهما قبل العقد وبعد أن دفع شيئاً على حساب المهر، أو أهدى للمخطوبة بعض الهدايا أو اتفق عليها فما حكم ذلك؟ الوفاة كمانع طبيعي من إتمام الخطبة، وتنتهي الخطبة وتنقطع أحكامها فور حدوث الموت. فإذا توفي الخاطب أصبحت المخطوبة خالية ولورثته المطالبة بما دفع من المهر وما هو من ملحقاته عرفاً أو اتفاقاً، وليس لورثته استرداد الهدايا وما في حكمها لأنّ الفقه الراجح يعتبر أن الهدايا هبة والموت مانع من الرجوع في الهبة، فإذا توفي الخاطب فقد سقط حقه في الرجوع بموت فلا ينتقل لورثته. وإذا توفيت المخطوبة فللخاطب استرداد المهر لأنّ أساس ذلك أنّ الصادق يجب بعقد الزواج، وقد استحال تمامه بوفاة المخطوبة، أما الهدايا فلا ترد لأن موت الموهوب

(1) نايف محمود الرجوب، المرجع السابق، ص 235-236.

له مانع من الرجوع في الهبة، وقد انتقلت الهدايا إلى ملكية الورثة من مورثهم وهو الموهوب له وليس من الواهب⁽¹⁾.

أما رأي ابن تيمية من الحنابلة أنه لا يرجع الخاطب شيء مما دفع للمخطوبة إذا ماتت شريطة أن يكون وليها قد وفى له ولم يمنعه من الدخول إذ سئل عن رجل خطب امرأة فاتفقوا على النكاح، ولم يعقد وأعطى أباهما لأجل ذلك شيئاً، فماتت قبل العقد فهل له أن يرجع بما أعطى؟

فأجاب: "إذا كانوا قد وفوا له بما اتفقوا عليه، ولم يمنعه من نكاحها حتى ماتت، فلا شيء عليهم، وليس له أن يرجع بما أعطاهم كما أنه لو كان تزوجها فاستحقت جميع الصداق، وذلك لأنه يذل لهم ذلك ليتمكنوا من نكاحها وقد فعلوا ذلك وهو غاية الممكن"⁽²⁾.

في رأينا أنه إذا مات أحد الخاطبين أو كلاهما رجع الخاطب أو ورثته في المهر أو كل ما دفع على حساب المهر لأنه بدل عن حل الاستمتاع الذي يكون بالعقد وموت أحدهما قبل العقد لا يوجبه أبداً، ولا يرجع هو أو هي أو ورثتهم في الهدايا في حالة وفاتهما أو أحدهما.

وهذا ما ذهب إليه المشرع المغربي في المادة 09 من مدونة الأسرة حيث جاء فيها أنه: "إذا قدم الخاطب الصداق أو جزءاً منه، وحدث عدول عن الخطبة أو مات أحد الطرفين أثناءها فللخاطب أو ورثته استرداد ما سلم بعينه إن كان قائماً، وإلا فمثله أو قيمته يوم تسلمه"⁽³⁾.

ولقد أغفل كل من المشرع الجزائري والتونسي التعرض لمسألة وفاة الخاطبين أو أحدهما، لكن ما يمكن قوله أن الخاطب يرجع في المهر في حالة وفاة المخطوبة لأنه لا

(1) محمد كمال الدين إمام، المرجع السابق، ص 51.

(2) ابن عابدين، المرجع السابق، ج 3، ص 155.

(3) نفس الموقف الذي ذهب إليه المشرع الأردني في نص المادة 65 من قانون الأحوال الشخصية، إذا امتنعت المخطوبة أو نكص الخاطب وتوفي أحدهما قبل العقد فإن كان ما دفع على حساب المهر موجوداً، استرده عينا، وإن كان فقد بالتصرف فيه، أو تلف استرد قيمته إن كان عرضاً، ومثله إن كان نقداً أما الأشياء الأخرى التي أعطاهما أحدهما للآخر على سبيل الهدية فتجري عليها أحكام الهبة.

يجب لها شيء قبل العقد ولا يرجع هو أو ورثته في الهدايا لأنّ العرف في زمننا تقضي بذلك ولأنّ الوفاة واقعة طبيعية خارج عن إرادة الأفراد.

كثيرا ما يسلك الفتي والفتاة الراغبين في إبرام عقد الزواج، طريق الخطبة تمهيدا لذلك، وغايتهما في ذلك أن يتعرف كل منهما على أحوال الآخر معرفة جيدة، وبناء على ما تحقق لهما من خلال تلك المعرفة، وبناء على ما تأكد لهما أن يقدمان على الزواج أو يعدلان عنه، وبذلك تكون الخطبة قد حققت الغاية المتوخاة منها، وكثيرا ما يصاحب عدول أحد الخطيبين عن الخطبة خيبة أمل لدى الطرف الآخر، وقد يلحق به ذلك العدول ضررا ماديا أو معنويا حالا مباشرا، قد يأتي نتيجة الظروف التي أحاطت بالخطبة بتدخل أو عدم تدخل الطرف الآخر.

ولهذا الاعتبار وقع التساؤل من جانب الفقه حول إمكانية رفع دعوى التعويض من طرف المتضرر من الطرفين.

المطلب الرابع:

التعويض عن الضرر بسبب العدول عن الخطبة

إن العدول عن الخطبة قد يسبب أضرار مادية أو أدبية لأحد الطرفين، إذ قد تستمر الخطبة زمنا طويلا كثلاث سنوات، أو أربع ويعلم الناس بذلك ثم يعدل الخاطب وعندها تكون المخطوبة قد تقدمت في السن، فسبب لها ذلك أضرار تتمثل في تفويت فرصة الزواج أو اشتراط عليها التخلي عن دراستها استعدادا للزواج ولتكوين أسرة، ثم بعد ذلك يعدل الخاطب عن الخطبة أو يشترط عليها إعداد جهاز خاص يكون قد كلفها مبالغ مالية كبيرة أو أن الخاطب طلب منه إعداد منزل خاص كلفه ذلك مبالغ كبيرة ثم يحدث عدول من المخطوبة⁽¹⁾. إضافة إلى أن مجرد العدول يسبب أضرارا معنوية تتمثل في

(1) انظر، جميل فخري محمد جاتم، التدابير الشرعية للحد من العدول عن الخطبة، المرجع السابق، ص 122؛ عبير ربحي شاکر القدومي، المرجع السابق، ص 77؛ بن زبطة عبد القادر، المرجع السابق، ص 88.

المساس بسمعة الشخص المعدول عنه، وشرفه مما يفتح باب التأويلات والظنون السيئة فيه.

والسؤال الذي يطرح نفسه هل يجب التعويض عن هذه الأضرار أم لا؟ هل يمكن للمتضرر من العدول في هذه الحالات أن يطالب بالتعويض؟ أم أن التعويض عن العدول يتعارض في حد ذاته مع مبدأ الحرية في الزواج؟ ما هو موقف الفقهاء من هذه المسألة؟ (الفرع الأول)، وكيف عاجلت قوانين الأسرة المغاربية مشكل طلب التعويض عن ضرر في حالة العدول عن الخطبة؟ (الفرع الثاني).

الفرع الأول:

حكم التعويض عن الأضرار في الفقه الإسلامي

لم يبحث الفقهاء القدامى هذه المسألة لا ولم ينمو عليها في كتبهم، لأنها لم تقع في عصرهم⁽¹⁾. وإنما هي أمر مستحدث كثيرا ما يقع في أيامنا هذه إذ الخطبة التي رسم الإسلام طريقها وسلوك الطرفين أثناءها لا سترتب على فسخها ضرر، وإنما جاء هذا الضرر بسبب انحراف الناس عن التعاليم الإسلامية، حيث طغت المظاهر على الناس، أصبحت المرأة تطالب بجهاز خاص بل حتى مراسيم إعلان الخطبة هي الأخرى تكلف

(1) لم يتعرض الفقه الإسلامي القديم لمبدأ تعويض الضرر الناجم عن العدول عن الخطبة لعدة اعتبارات لعل من أهمها: عدم وجود نسب من أنساب الالتزام، كالإخلال بعقد أو الاعتداء على حق الغير، فالخطبة ليست عقدا بل هي مجرد وعد بإجراء العقد، والعدول إن كان قبيحا، إلا أنه لا يترتب عليه جزاء ما، كما أن الخطبة كانت تجرى على شيء من البساطة والسر فلم تكن الخطبة تستمر فترة طويلة، بل كانت تستغرق زمنا قصيرا يكون فيه الإعداد للزواج بالإضافة إلى أن الحياة الاجتماعية، لم تترك مجالاً للأضرار بالطرف الآخر عند العدول، كما يحدث غمي زمننا عندهم قوة الإيمان والالتزام بأداب الإسلام وتعاليمه من حيث العلاقة بين الخاطب والمخطوبة سواء ما يتعلق بالرؤية لإحراق الضرر في تلك البيئات التي تتمسك بتعاليم الإسلام، انظر، أسامة عمر سليمان الأشقر، المرجع السابق، ص 55؛ جميل فخري محمد جاتم، المرجع السابق، ص 123، نايف محمود الرجوب، ص 240.

يقول الشيخ شلتوت في فهم الخطبة: "لقد أساء القوم فهم الخطبة، وقالوا أنها مقدمة للزواج، وبهذا المفهوم المغلوط للخطبة، إشباع للخاطبين أن ينفردا وحدهما ويختليا في الأماكن العمومية، والصفير إلى جهات مختلفة، واعتبر ذلك تأكيدا للمحبة والوثام، وكثير ما اقترفا في ظلهم هذا الفهم الفاسد، ما لم يجهل الشرع ويمنحه السلوك النظيف، وظهر أمرهما بين الناس، فانفضمت بينهما العروة، وفسدت المخطوبة إلى بيت أهلها تحمل إنما في أحشائها، وتحمل من أوزار الخزي ما ينوء به شرفها، وشرف أسرتها، وكانت وصمة عار لا يمحي أثرها على الجبين ولعل فيما نقرأه ونسمعه ونعلمه من حوادث الخطبة ما يضيء لنا السيل في قبح هذه العادات الممقوتة التي تسربت إلينا من قوم لا يؤمنون ولا يكثرثون بسرف. انظر، الشيخ محمد شلتوت، الفتاوى، دراسة لمشكلات المسلم المعاصر، ط08، دار الشرق، بيروت، 1975، ص 225.

مبالغ كبيرة⁽¹⁾. حيث أصبح الاختلاط قويا والمباهاة أثناء الخطبة أصبحت تستترف جيوب الخاطب وبدأت تنتشر بعض العادات السيئة والأعراف الضارة من اختلاط زائد، والخروج دون محرم والظهور أمام الناس بمظهر أقرب إلى الزوجة⁽²⁾.
 أما الفقهاء المعاصرون فقد تعرضوا لهذه القضية، وذلك نتيجة لتعذر ظروف الحياة، وفساد الأخلاق، وضعف الوازع الديني والتأثر بالعادات والمفاهيم الغربية في السلوك الاجتماعي في هذا الزمان، معتمدين على القواعد الأصولية مثل قاعدة الجواز الشرعي ينافي الضمان، وقاعدة "لا ضرر ولا ضرار".

لذلك فقد اختلفوا في حكم التعويض عن ضرر العدول على ثلاث أقوال: حيث يرى الاتجاه الأول عدم التعويض، فإذا عدل أحد الطرفين عن الخطبة وترتب على ذلك ضرر بالغير فإن الطرف المتضرر لا يعرض على رأي أصحاب هذا القول، وممن قال بذلك الشيخ محمد بن حيث المطيعي: "لا وجه أن يلزم من يمتنع عن العقد بعد الخطبة من الخاطب أو المخطوبة، بتعويض لأن كل واحد منهما لا يفوت على الآخر حقا حتى يلزم بالتعويض، بل بعد الخطبة لكل واحد منهما الحرية التامة شرعا في أن يتزوج بمن شاء"⁽³⁾.

ويمكن إجمال أدلة الفريق في النقاط الآتية:

- الخطبة وعد بالزواج وليس عقدا، ولكل من الخاطبين الحق في العدول عنها في أي وقت شاء، فإذا لحق أحدهما ضرر نتيجة هذا الوعد فلا يلزم الطرف الآخر بالتعويض

(1) انظر، سعاد سطحي، التعويض عن الأضرار المادية والمعنوي الناجمة عن العدول عن الخطبة، مجلة المعيار، قسنطينة، 2004، العدد 09، ص 02.

(2) انظر، عبد الله مبروك النجار، "الضرر الأدبي ومدى ضمانه في الفقه الإسلامي والقانون، دراسة مقارنة، ط01، دار النهضة العربية، القاهرة، 190، ص 464.

(3) انظر، محمد بغيث المطيعي، مقتبس عن أسامة عمر سليمان الأشقر، مستجدات فقهية في قضايا الزواج والطلاق، ط2، دار النفائس، الأردن، 2005، ص 58.

لأنه يعلم أن النتائج والأضرار التي قد تلحق به ناتجة عن استعمال الطرف الآخر لحقه الشرعي في العدول عن الخطبة⁽¹⁾.

- من القواعد المقررة في الفقه الإسلامي أن "الجواز الشرعي ينافي الضمان"؛ أي أن من يمارس حقا مشروعاً له أو مباحاً، لا يكون مسؤولاً عما يترتب على ذلك من ضرر لأن الجواز ينافي المسؤولية، وإنما تنشأ المسؤولية عن المجازاة والاعتداء والخاطب لا يعتبر معتدياً إذ استعمل حقه في العدول⁽²⁾.

- إن الخطبة مقدمة تمهيدية لعقد خطير وهو الزواج، وقد جعل الشارع العدول عنها حقا شرعياً للخاطب إذا توفرت مبرراته، وعليه فلا بد من ترك الحرية الكاملة له بالإقدام أو الإحجام⁽³⁾، ولو حكم بالتعويض عند العدول لكان في ذلك إلزام ضمني للخاطب بالزواج من مخطوبته مع عدم رغبته، فكان في الأمر إكراها غير مباشر، وهذا أمر خطير، ويكون في هذه الحالة قد انخرق ركنه الأعظم وهو التراضي. ويقول الأستاذ محمد أبو زهرة في هذا الصدد: "ولأنه لو حمل العادل عن الخطبة مغارم، لكان في ذلك بعض الإكراه على الزواج، ويجب أن يتوفر في عقد الزواج كامل الرضى وكامل الحرية"⁽⁴⁾.

- إن الأضرار التي تترتب عن العدول سببها عدم الاحتياط والتهور والتقصير، فمن المعلوم أن العدول يتوقع من أي طرف وفي أي وقت وعليه فلا تتسرع المرأة وتستقيل من وظيفتها لتتفرغ لشؤون الأسرة فهذا تقصير في حق نفسها⁽⁵⁾، والخاطب حين أعدّ المسكن المناسب وفرش بيته قبل العقد، فقد قصر ولم يجبط لنفسه، إذ كان الاحتياط يوجب عليه أن يطلب البيت في الخطبة والزواج، قبل إقدامه على أي عمل يترتب عليه حصول ضرر له⁽⁶⁾، فتقع على المقصر تبعه تقصيره حيث غرر بنفسه ولم يغرر به أحد.

(1) انظر، نايف محمود الرجوب، المرجع السابق، ص 244، جميل محمد فخري جاتم، المرجع السابق، ص 124.

(2) أسامة عمر سليمان، الأشقر المرجع السابق، ص 58.

(3) أسامة عمر سليمان، الأشقر، المرجع السابق، ص 59، جميل محمد فخري جاتم، المرجع السابق، ص 125.

(4) محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص 37.

(5) سعاد سطحي، المرجع السابق، ص 05.

(6) جميل فخري محمد جاتم، التدابير الشرعية للحد من العدول عن الخطبة، المرجع السابق، ص 125.

- إن الحكم بالتعويض يتطلب بيان الأسباب والدوافع التي دفعت إلى العدول كما يتطلب بيان الضرر الناشئ عن العدول، وتقدير حجمه لتحديد التعويض المناسب وفي ذلك كشف بعيوب الخاطب والمخطوبة وهتك لأسرار العائلات، وفي هذا بلاء عظيم، فقد أمرنا بالسر ونهينا عن كشف الأسرار لقوله صلى الله عليه وسلم: "ومن ستر مسلماً ستره الله في الدنيا والآخرة"⁽¹⁾. لذلك كان منع التعويض دفعا لضرر أعظم وهو كشف الأسرار وإظهار عيوب الناس أمام المحاكم⁽²⁾.

- القول بالتعويض يعمق المشكلة ويوصلها ولا يجلها، ذلك أن الضرر الذي ينشأ عن الفسخ ناتج عن إعطاء الناس الخطبة فوق ما تستحقه، فالخطبة وعد، والوعد لا يجوز أن يبني عليه الناس ما تصرفات تعود عليهم بالضرر، وإذا أقر مبدأ التعويض عن الضرر فكأنما بذلك ندعو الناس للتمادي في الإضرار لعلمهم بما يترتب على هذه الأضرار من تعويض⁽³⁾. وهذا يفتح بابا كبيرا على القضاء بكثرة القضايا وتراكمها ومحاولة كل طرف النيل من الآخر بكل ما أوتي من قوة كرد فعل عن العدول عنه⁽⁴⁾.

أمّا الاتجاه الثاني يرى التعويض لكن مع التفصيل، ويتضمن هذا الاتجاه مذهبين يقولان بالتعويض، يوجب الأول منهما التعويض مطلقا دون تفصيل، أمّا الثاني فيقول بالتعويض لكن مع شيء من التفصيل.

فذهب مؤيدو المذهب الأول⁽⁵⁾ إلى القول بوجوب التعويض مطلقا من غير تفصيل في ماهية الضرر ولقد استدلوا بما يلي :

(1) انظر، صحيح مسلم، 26/9، حديث 2699.

(2) انظر، نايف محمود الرجوب، المرجع السابق، ص 245؛ جميل فخري محمد حاتم، المرجع السابق، ص 126.

(3) أسامة عمر سليمان الأشقر، المرجع السابق، ص 60.

(4) سعاد سطحي، المرجع السابق، ص 07.

(5) من الفقهاء المعاصرين الذين أخذوا بهذا الرأي فتحي الدريني، محمد شلتوت، مصطفى السباعي؛ انظر، جميل فخري محمد حاتم،

المرجع السابق، ص 126.

- قوله صلى الله عليه وسلم : " لا ضرر ولا ضرار"¹. لما كان الوعد بالخطبة ليس ملزماً ومن حق الخاطبين العدول عن الخطبة ولأنه لا يجوز الإكراه في عقد الزواج في حال من الأحوال، كان لابد من إزالة الضرر ويكون ذلك بالتعويض ، ولا تعارض بين كون العدول حقاً ، وبين تعويض الضرر، لأنّ التعويض ليس عن العدول المجرد ، بل عن الضرر الناتج عنه².

- إنّ العدول عن الخطبة ، وإن كان مباحاً ، فإنّما أبيض لهدف معين هو إقامة الفرصة لكل من الخاطبين تتفادي الارتباط بزواج لا يرتضيه ، أمّا إذا كان رافق هذا العدول خطأ أو ضرر لم يكن جدير بحماية القانون فإنّه يحق للطرف الآخر المطالبة بالتعويض ، فلا تحمي الشريعة عدولا طائشا لا يبرره مسوغ³.

- وعلى هذا فإنّ العدول إذا كان معيياً في باعته ، أو نتيجته أو مآله يوجب المسؤولية ، إذا ألحق الطرف الآخر ضرر محقق ، وهذا هو منشأ المسؤولية والحكم بالتعويض⁴.

- الاعتماد في التعويض على مبدأ التعسف في استعمال الحق حيث قالوا بأنّ العدول عن الخطبة بغير مبرر تعسف في استعمال الحق ، وذلك على أساس أنّ الخطبة عقد يلزم طرفيه ببذل الجهد بإتمام الزواج ، إلّا أنّه يعطي كلا الطرفين حق العدول عن الخطبة ، وهذا الحق يساء استعماله إذا تمّ العدول بغير مبرر وإساءة استعمال الحق أو التعسف فيه يستوجب التعويض⁵. وقد قرّر الإمامان أبو حنيفة ومالك التعويض في الضرر المترتب على إساءة استعمال الحق في مسائل الولاية على القاصر، والوكالة والإجارة وغير ذلك⁶.

¹ - انظر ، محمود بن يزيد القزويني ، ابن ماجه ، سنن ابن ماجه ، حديث 2340 ، دار إحياء التراث العربي ، 1975 ، ص 783.

² - انظر ، نايف محمود الرجوب ، المرجع السابق ، ص 247.

³ - انظر ، عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط ي شرح القانون المدني ، ج01، دار إحياء التراث العربي، 1964، ص 575.

⁴ - انظر ، أسامة عمر سليمان الأشقر ، المرجع السابق ، ص 68.

⁵ - انظر ، جميل فخري محمد جنام ، التدابير الشرعية للحد من العدول عن الخطبة ، المرجع السابق ، ص 127.

⁶ - انظر ، نايف محمود الرجوب ، المرجع السابق ، ص 246 ؛ محمد فتحي الدريني، بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي، ج02، ص 523، مقتبس عن أسامة عمر سليمان الأشقر، المرجع السابق، ص 69.

وقد اعتبر الأستاذ الدريني إساءة استعمال الحق في مسألة العدول عن الخطبة من باب التعسف في استعمال الحق ، يقول: "فبين أن التعسف هنا هو استعمال الحق أو الإباحة في غير الغاية التي تمثل وظيفته الاجتماعية، وهو منشأ المسؤولية عن الضرر الناجم عن هذا التعسف قصداً أو مالا ، ول ولم يكن ثمة تغرير أو أفعال ضارة مستقلة مصاحبة"¹.

ليس في الفقه الإسلامي حق مطلق يبيح لصاحبه التصرف كما يشاء دون مراعاة لحق الغير ، فلا تحمي الشريعة الإسلامية حقاً إلا بقدر ما يحقق لصاحبه من الغرض الذي شرع له، وتظل حمايتها للحق مبسوطة ما دام صاحبه يستعمله على الوجه الذي من شأنه تحقيق غايته لا ينحرف عنها ، فالحق إذن مقيد بالغرض الذي شرع من أجله وليس مطلقاً ، فالشارع منح حق العدول ، ولكن لا يجوز اتخاذ هذا الحق كمعاول للهدم ووسيلة للضرر².

أمّا المذهب الثاني، فهو مذهب وسطي بين الاتجاهين السابقين ، فهو لا ينفي القول بالتعويض ولا يفرط أو يبالغ في إيجابه في الوقت ذاته ، يل يحيط عملية إيجاب التعويض بمجموعة من الضوابط والمحددات الشرعية.

ولقد استدل أصحاب هذا المذهب بما استدلل به أصحاب المذهب الثاني وأضافوا:
- إن الأفعال الضارة المصاحبة للعدول هي منشأ المسؤولية والتعويض لا مجرد العدول لأنه حق مقرر شرعاً لا اعتداء فيه³ ، وأن الضرر المترتب على العدول والذي تدخل في إيقاعه الطرف الآخر أشبه ما يكون بالسبب في وقوع الضرر ، وأن تدخل الطرف العادل وتحريره هو السبب المباشر في الفعل وما ينتج عنه ، لذا فإن التعويض هو أثر من آثار الرجوع عن الخطبة⁴.

¹ - انظر ، محمد فتحي الدريني ، المرجع السابق، ص 523، مقتبس عن أسامة عمر سليمان الأشقر ، المرجع السابق، ص 69.

² - سعاد سطحي ، المرجع السابق ، ص 2، 03.

³ - جميل فخري محمد جاتم ، المرجع السابق ، ص 129.

⁴ - عبير رنجي شاكر القدوحي ، المرجع السابق ، ص 81.

- إنَّ العدول بغير مبرر لا يخلو من تغيير وضرر ، لأنَّ العادل سبق أن أكد رغبته في الزواج، ولو قمنا بتبادل الهدايا مثلاً ، ثمَّ عدل بعد ذلك ، فعدوله بغير مبرر لا يخلو من تغيير وضرر ، ولا ضرر ولا ضرار، والضرر يزال ، وطريق إزالته التعويض ، فليس التعويض لأنَّه حقاً لكن لأنَّه استعمل في وقت ينزل فيه الضرر بغيره ، ولكل حق ميقات معلوم في حكم العقل والإنصاف¹.

- إنَّ مبدأ التعويض نتيجة تدخل الطرف العادل في إيقاع الضرر يؤكد مبدآن أساسيان في الشريعة الإسلامية.

أ) مبدأ عدم الإساءة في استعمال الحق وهو ثابت ومقرر بالشريعة الإسلامية في عدد من الفروع والتفصيلات الفقهية.

ب) مبدأ الالتزام في الفقه المالكي : فإذا لزم عن الوعد ارتباط بعمل ومثله وإذا ارتبط بعقد أو قول وكان سبب ذلك الوعد ، ونشأ عن تخلف الواعد في تنفيذ وعده ضرر ما حكم عليه قضاء بتنفيذ ما وعد به.

ولما كانت الخطبة لا تحتمل التنفيذ الجبري بلزوم إتمام العقد، فإنَّه يحكم بالتعويض العادل للمتضرر من الوعد².

وقد اختلف أصحاب هذا المذهب في وجوب التعويض عن الأضرار المادية والمعنوية الناشئة عن تدخل العادل عن الخطبة أم اقتصر التعويض على الأضرار المادية فقط على قولين:

فذهب بعضهم إلى أنَّ العدول عن الخطبة إذا ترتب عليه ضرر مادي استوجب التعويض، أمَّا إذا لم يترتب على العدول ضرر مادي ، أو ترتب ضرر معنوي فلا تعويض³.

¹ - جميل فخري محمد جاتم، المرجع السابق ، ص 128 - 129.

² - عبير رنجي شاكر القدوي ، المرجع السابق ، ص 81 - 82.

³ - جميل فخري محمد جاتم، المرجع السابق ، ص 129.

يقول الإمام محمد أبو زهرة وفي الحق أننا لا نستطيع أن نقرّ الرأي الأوّل الذي يمنع كل تعويض عن الضرر بإطلاق ، كما لا نستطيع أن نقرّ الرأي الثاني ، بل نقول قولاً وسطاً فنقرّ أنّ العدول عن الخطبة في ذاته لا يكون سبباً للتعويض لأنّه حق، والحق لا يترتب عليه تعويض قط، ولكن ربّما يكون الخاطب قد تسبب في أضرار نزلت بالمخطوبة ، لا لمجرد الخطبة والعدول ، كان يطلب نوعاً من الجهاز أو تطلب هي إعداد المسكن ، ثمّ يكون العدول والضرر.

فالضرر نزل بسبب عمل كان من الطرف الذي عدل غير مجرد الخطبة ، فيعوض، وإن لم يكن كذلك فلا يعوض.

وعلى هذا يكون الضرر قسمين : ضرر ينشأ ، وللخاطب دخل فيه غير مجرد الخطبة والعدول ، كالمثالين السابقين ، وضرر ينشأ عن مجرد الخطبة والعدول من غير عمل من جانب العادل، فالأوّل يعوض والثاني لا يعوض ، إذ الأوّل كان تغريراً، والتغريب يوجب الضمان¹.

الفرع الثاني:

التعويض عن الخطبة في القوانين المغاربية للأسرة

لو كانت الخطبة لها صبغة إلزامية لقبل أن العدول من قبيل الالتزام التعاقدي فيكفي إثبات الخطبة والعدول والضرر المنجر عن العدول سواء كان مادياً أو خاصة معنوياً. لكن رأينا أن الخطبة ليست لها أي صبغة إلزامية، فكل من الطرفين يبقى حراً في إتمام الزواج⁽²⁾. فكيف من الممكن إذن الحديث عن تعويض الضرر؟ والتساؤل حول إمكانية رفع دعوى التعويض من الطرف المتضرر في إطار الأحكام العامة للمسؤولية المدنية التي تمنع كقاعدة عامة الإضرار بالغير بدون وجه حق.

¹ - الإمام أبو زهرة ، الأحوال الشخصية ، المرجع السابق ، ص 40.

⁽²⁾ - ساسي بن حليلة، المرجع السابق، ص 36.

إن المسألة جد صعبة وصعوبتها ناشئة من أن مبدأ المسؤولية يصطدم في هذا الموضوع بمبدأ آخر لا يقل عنه حرمة وهو مبدأ حرية الزواج. إذا كان مبدأ المسؤولية يهتم المجتمع من حيث أنه يحقق العدالة فيه، فإن مبدأ حرية الزواج يهتم من حيث أنه يحفظ كيان الأسرة وهي أساس المجتمع، ولأن عقد الزواج عقد مؤبد والعثرة فيه تفوت هناء دهر وتجلب شقاء سنين فعنى المشرعون بأن يكفلوا للطرفين في عقود الزواج كامل الحرية في إبرام العقد أو عدم إبرامه حتى لو سبقت العقد خطبة أو وعد بالزواج إذ أنه من المسلم به في أن الخطبة لا تلزم أحد الطرفين بإتمام الزواج⁽¹⁾.

لقد حسم المشرع الجزائري في قانون الأسرة مسألة تعويض الضرر الناجم عن العدول عن الخطبة، وذلك بعبارة صريحة وقاطعة حيث نصت المادة الخامسة منه على ما يأتي: " إذا ترتب عن العدول عن الخطبة ضرر مادي أو معنوي لأحد الطرفين جاز الحكم له بالتعويض".

يتضح من خلال هذه الفقرة أنها رتبت الحق في طلب التعويض عن الضرر لمجرد العدول الذي هو حق قانوني كرسته الفقرة الأولى من النص. فمن جهة يعطي للخاطب الحق في العدول، ومن جهة أخرى يطالبه بالتعويض كما يترتب على العدول من نتائج. وأساس هذا العدول مبني على أنه ما دام لم يوجد هناك عقد، فلا التزام فيه ولا يرتب شيئاً، لأن العادل في الخطبة لم يستعمل سوى حقه المقرر قانوناً.

فالمشرع الجزائري حسم مسألة تعويض الضرر الناجم عن العدول عن الخطبة وذلك بإقراره جواز الحكم بالتعويض. كما يمكن أن لا يكون هناك تعويض قياساً على لفظ الجواز الذي يدل على الإباحة.

ما يمكن قوله حول صياغة نص المادة الخامسة للفقرة الثالثة من قانون الأسرة أنها مرنة، وتستمد مرونتها من خلاف الفقهاء في الشريعة والقانون حول مسألة التعويض،

(1) محمد الكشور، المرجع السابق، الكتاب الأول، ص 192.

ويمكن القول أنها مصاغة بشكل يسمح لها استيعاب الخلاف أولا ثم أنها تصب في صالح دعاة التعويض مع التفصيل.

أما في المغرب، وفي غياب نص تشريعي في مدونة الأحوال الشخصية (الملغاة)، انقسم الفقه إلى فرقتين: الأولى يرى أن القانون المدني قد رتب على المسؤولية التقصيرية تعويضا يمكن أن يطبق بالنسبة للخاطب عن طريق القياس حفظا للحقوق وحرصا على جعل حد للتصرفات الطائشة التي يقوم بها بعض من لا أخلاق لهم. ومما لا شك فيه أن هذا الفقه كان يشير إلى مقتضيات الفصلين 77، 78 من قانون الالتزامات والعقود: غير أن القضاء المغربي كان يقرر عدم إمكانية تطبيق هذا القانون في مجال الأحوال الشخصية⁽¹⁾.

أما الفريق الثاني، فيأخذ بإمكانية الحكم بالتعويض استنادا كذلك إلى قواعد المسؤولية التقصيرية ولكن بشرط ألا يكون للعادل ميرر ظاهر لإنهاء الخطبة وأن لا يكون له دور في إنجاز التصرف الضار بالآخر، وإذا تخلف أحد الشرطين فلا يكون هنالك محل للتعويض ولو تحقق الضرر⁽²⁾ غير أن مدونة الأسرة وضعت حدا لهذا النقاش الفقهي عندما نصت في مادتها السابعة على أنه " مجرد العدول عن الخطبة لا يترتب عنه تعويض، غير انه إذا صدر عن أحد الطرفين فعل سبب ضررا للآخر يمكن للمتضرر المطالبة بالتعويض".

فاعتبرت المادة أن مجرد العدول عن الخطبة لا يترتب عنه في حد ذاته أي تعويض، لكن إذا صدر عن أحد الطرفين فعل سبب ضرر للآخر، يمكن للمتضرر في هذه الحالة المطالبة بالتعويض طبقا للقواعد العامة كأن يحمل الخاطب خطيئته على الاستقالة من الوظيفة أو الانقطاع عن الدراسة ثم تفسخ الخطبة دون سبب. أو أن تحمل المخطوبة

(1) قرار المجلس الأعلى بتاريخ 1982/02/11، منشور بمجلة القضاء المجلس الأعلى، العدد 31، ص 92.

(2) أحمد الخليلي، المرجع السابق، ص 43.

خاطبها على تغيير مهنته أو إنفاق مصاريف لكراء أو تأثيث شقة، ثم تتراجع دون أي سبب عن الخطبة⁽¹⁾.

فحسب نص المادة السابعة سالفه الذكر يجب التمييز بين مجرد إنهاء الخطبة بالإرادة المنفردة، وهذه مسألة مشروعة لا تحتاج حتى إلى تبرير لأنها من صميم النظام العام، ثم الأفعال والأقوال، التي قد تصاحب ذلك الإنهاء أو تسبقه أو تأتي بعده، والتي متى أحدثت ضررا للطرف الآخر، ترتبت المسؤولية المدنية الكاملة لمن صدرت منه⁽²⁾.

ولم ينص المشرع التونسي على مثل هذه المسألة وبقي النظر فيها استنادا للقضاء الذي سببني بعض أحكامه وقراراته.

وبالرجوع إلى القضاء الجزائي نجد أنه استقر على تعويض الأضرار الناجمة عن العدول، حيث قضت المحكمة العليا في قرارها⁽³⁾ الصادر بتاريخ 1991/4/23: "على العادل عن الخطبة بتعويض المخطوبة عن الأضرار المادية والمعنوية التي أصابتها من جراء فسخ الخطبة التي دامت أربع سنوات، لأن الثابت في القضية أن المدعى عليه عجز عن إقامة الدليل أن له مسكن تأوي إليه زوجته عند الزواج وهو حق ثابت شرعا للزوجة وأن الضرر قد أصاب الزوجة نتيجة انتظارها مدة أربع سنوات كخطيبة". فالعدول الذي يأتي إثر أربع سنوات عن الخطبة يعتبر تعسفيا، وانتظار الخطيبة لمدة أربع سنوات دون ان تنهي انتظارها بالزواج مع علمه بعدم إمكانية وفير مسكن وظل متماطلا طوال هذه الفترة مما ألحق ضررا بمخطوبته التي انتظرت طوال هذه الفترة كلها الحق في التعويض⁽⁴⁾.

(1) انظر محمد الشافعي، الزواج في مدونة الأسرة، ط2، سلسلة البحوث القانونية، المطبعة و الوراقة الوطنية، مراكش، 2005، ص 59.

(2) محمد الكشور، المرجع السابق، الكتاب الأول، ص 195.

(3) - انظر المحكمة العليا، غ.أ.ش. 1991/04/23، ملف رقم 73919 المجلة القضائية، 1993، العدد 01، ص 94.

(4) - إن القضاء في مصر يرفض التعويض على طول أمد الخطبة فقد قضت محكمة النقض في 1962/11/15 بأن: "استطالة أمد الخطبة، والإحجام عن إتمامها، ثم العدول عن الخطبة كل ذلك أمور لا تفيد العدول عن إتمام الزواج و لا تعد أعمالا مستقلة بذاتها عن هذا العدول، فمجرد العدول عن الخطبة لا يعد سببا للتعويض مهما استطالت مدة الخطبة إلا إذا اقترن هذا العدول بأفعال أخرى مستقلة عنه ألحقت الضرر بأحد الخطيبين". محكمة النقض المصرية، نقض مدين في 1962/11/15 طعن رقم 174 مقتبس عن أحمد نصر الجندي، مبادئ القضاء في الأحوال الشخصية، ط3، دار النهضة العربية، مصر، 1986، ص 507.

والعدول ليس دائما تعسفيا ففي الواقع هناك حالات يكون فيها العدول مبررا، لا يستوجب التعويض، كما في حالة عدول الخاطب عن الوعد بالزواج لأن ظروف عمله كضابط في الجيش توجب عليه الحصول على رخصة الزواج، وما دام أنه لم يتمكن من الحصول على هذه الرخصة رغم طلبها عدة مرات وقبول طلبه بالرفض، فبالتالي عدوله عن الخطبة يكون مبررا لأنه ليس في استطاعته إتمام إجراءات الزواج⁽¹⁾.

أما بالنسبة للقضاء المغربي وبخصوص مسألة التعويض عن الخطبة قضت المحكمة الابتدائية بمراكش بان تضرر المخطوبة المدعية من عدول الخاطب المدعى عليه عن خطبتها ثابت وهو التضرر الحاصل من فقد مورد رزقها على المستوى المادي (التوقف عن العمل) وعلى المستوى المعنوي، فإن تضررها من عدول المدعى عليه عن خطبتها دون سبب ولجرد أنه متزوج، ومرافقته لها بصفة دائمة ومستمرة علنا يشكل لها إحباطا ويقلل من فرص تقدم الغير للمطالبة بزواجها⁽²⁾.

أما المحكمة الابتدائية بالحسيمة، فإنها رفضت طلب التعويض عن الضرر سبب التغير والعدول عن الزواج بعلّة: أن القول بتغير المدعى عليه للمدعية قصد ممارسة الجنس معها لا يمكن الاستكانة إليه على اعتبار أن المدعية تبلغ من السن ما يسمح معه تدبير أمورها جيدا وتقدير أفعالها بكل دقة، خصوصا وأنها متعلمة ومربية أطفال تعي جيدا أن الخطبة وعد بالزواج وليست زواجا وبالتالي يكون الخطيبان قد استسلما معا للرغبة الجنسية ورضيت المدعية بذلك بدون إكراه، فإن لا موجب لأي تعويض لا لضرر مادي أو معنوي⁽³⁾.

(1) - CF.J.CHAPPION, Droit des femmes, Masson, Paris, 3^{ème} édition, 1984, n 72.

(2) - المحكمة الابتدائية بمراكش، 2009/06/17، الملف عدد 09/63 منشور بمجلة المقال عدد 02 ص 233، مقتبس عن محمد بفقير، مدونة الأسرة و العمل القضائي المغربي، ط2، منشورات دراسات قانونية، العدد الأول، 2011، ص 16.

(3) - المحكمة الابتدائية للحسيمة، 2007/03/22، الملف عدد 07/536، منشور بالمنتقى من عمل القضاء في تطبيق مدونة الأسرة، الجزء الأول، ص 06 و ما يليها، مقتبس عن محمد بفقير، المرجع السابق، ص 16.

أما بالنسبة للقضاء التونسي، نجد قرار صادر عن محكمة التعقيب⁽¹⁾ ولقد جاء فيه ما يلي: "إن الوعد بالزواج وإن كان غير ملزم بإتمامه لكنه من قبيل الحق الذي ينبغي عدم إساءة استعماله، وإساءة استعماله تمكن من حق المطالبة بجبر الضرر على قاعدة الجنحة المدنية لا المطالبة بغرم ناتج عن عدم الوفاء بالالتزام".

من الواضح أن محكمة التعقيب التونسية أكدت أن الوعد بالزواج لا صبغة إلزامية له، ومن الواضح كذلك أنها أكدت أن النكول هو حق، لكنها من جهة أخرى اعتبرت أنه من الممكن تعويض الضرر إذا أسيء استعمال ذلك الحق. ولو وقفت عند هذا الحد لكان تعليلها واضحاً ومنسجماً بالنسبة للأساس القانوني للتعويض فذلك الأساس يصبح إساءة استعمال الحق بعبارة أخرى التعسف في استعمال الحق كيف ما جاء به الفصل 103 م.أ.ع لكن محكمة التعقيب لم تقف عند هذا الحد وتراءى لها أن تشير إلى الجنحة المدنية كأساس للتعويض. وهذه الإشارة توحى بأن الفصل المطبق هو الفصل 82 م.أ.ع إذا كان الأمر متعلقاً بجنحة والفصل 83 م.أ.ع إذا كان الأمر متعلقاً بشبه جنحة. ومهما كان الأمر فإن هناك تناقضاً بين الأساسين القانونيين المشار إليهما صلب القرار. وحتى على فرض أننا نعتبر أن الأساس القانوني هو جنحة أو شبه جنحة مدنية فإنه لا بد من إثبات عنصر الخطأ كي يمكن الحكم بتعويض الضرر⁽²⁾.

أما بالنسبة لحكم ابتدائية صفاقس بتاريخ 1986/03/17 فقد حكمت فيه بما يلي: "وحيث أن الوعد بالزواج يترك الحرية المطلقة للخاطبين لإتمام الزواج، لكن النكول ولئن كان حقاً لكل منهما، فإنه حق لا يمكن التعسف فيه، ويترتب عن هذا التعسف بهذا الحق مسألة مدنية تحوله المطالبة بغرم الضرر من جراء عدم احترام الناكل لما يلتزم به".

يلاحظ من خلال هذا الحكم أن القاضي هنا أخذ بما قال به الإمام أبو حنيفة بعدم الإساءة في استعمال الحق، وتتلخص هذه النازلة فيما يلي: بدأت الخطبة بجفل كبير، ودامت أربع سنوات يتردد فيها الخاطب على منزل خطيبته، ويخرج معها إلى

(1) - قرار تعقيب، 03 مارس 1959، عدد 1556، مجلة القضاء والتشريع سنة 1959، عدد 06، ص 30.

(2) ساسي بن حليمة، المرجع السابق، ص 36-37.

المنتزهات وشاع أمرهما، ثم عدل عن الخطبة بعد أن أصبحت عرضة للبوار، وضياع مستقبلها والمس بسمعتها وكرامتها والمحكمة طبقت ذلك الفصل 82 من المجلة المدنية. فالضرر الناشئ عن العدول عن الخطبة ثابت في هذه النازلة، والعلاقة السببية مفترضة، ويمكن للضرر الناتج عن العدول لأن يسحب معه أضرار أخرى كالانهيار العصبي، الشيء الذي يستدعي انقطاعها عن متابعة دروسها بشكل مؤقت أو نهائي: المحكمة بنت عناصر الضرر المعنوي في المس بمشاعرها ورميها رمي النواة، وأنها منبوذة دون أن تقترب أي ذنب، الشيء الذي يفيد حيرتها وألمها وخطيئها قد ولي مدبرا، وتركها عرضا للألسن ومنعوتة بالأصابع الشيء الذي يزيد ألمانا، ناهيك عن طوال المدة أربع سنوات.

تبين مما سبق أن الخطبة هي مرحلة أساسية في أفق إبرام عقد الزواج حيث يتركز الاقتناع وتبدأ مراحل التهيء بحسن النية، بعيدا عن أي استهتار أو تلاعب، وحتى وإن تم العدول عن الخطبة، يجب أن لا يكون مشوبا بسوء نية كما يجب أن لا ترتب عليه أي أضرار، وإلا كان العادل عن الخطبة مسؤولا عن الأضرار التي ألحق بالطرف الآخر⁽¹⁾. فلنا أن نتساءل عن طبيعة الأفعال التي يأتيها الخاطب أو المخطوبة أثناء العدول فتترتب مسؤولية عنها؟ ما طبيعة هذه المسؤولية؟

تعتبر الخطبة من مقدمات الزواج وتمهيدا له، ولا تزيد أن تكون وعدا بعقد، والوعد بعقد ليس له قوة الإلزام بين طرفيه. والخطبة تختلف عن الزواج في آثاره فلا تنشئ التزامات متبادلة بين الطرفين كوجوب النفقة على الزوج والطاعة على الزوجة. كما أنها لا ترثه ولا يرثها، لأن كلا منهما لا زال أجنبيا عن الآخر. ومع ذلك فقد كثرت في الوقت الحالي حالات العدول عن الخطبة لعدة أسباب لم تكن موجودة في السابق منها الشرع في إتمام الخطبة قبل استكمال البحث والتحري عن الطرف الآخر، وكثرة الغش والرياء في الزواج. وكما أن اختلاط الخاطب بالمخطوبة يؤدي إلى

(1) محمد الأزهر، المرجع السابق، ص 70.

اكتشاف بعض العيوب في الطرف الآخر والتي يرى معها العدول. وإن كان العدول حق لكل من الطرفين إلا أن الطرف العادل ليس دائما بمنأى عن المسؤولية، والمسؤولية كما أقرها القانون المدني تقوم على ثلاث عناصر خطأ، ضرر وعلاقة سببية بين الخطأ والضرر⁽¹⁾.

ذهب البعض إلى اعتبار الضرر الناتج عن العدول عن الخطبة أساسه خطأ عقدي، يتمثل في صورة عدم احترام طرفي الخطبة لما يترتب عنها من الالتزام والتهيئة والتحضير لعقد الزواج، والحال إن اعتبرناه كذلك سنقوم بتقييد الخاطب ويجول دون احترام حقهم في العدول عن الخطبة، ثم إن الأمر يتعلق بعقد ولا بوعده ملزم بقدر ما نقول أنه اتفاق أدبي لا يرقى إلى الإلزام، ونميل إلى الخطأ التقصيري، لأن المسؤولية لا تقوم بسبب عدم إبرام عقد الزواج، بل لإتيان أحد الخطيبين أفعال تستوجب المسؤولية.

و الملاحظ أن المشرع المغربي جعل الفعل المحدث للضرر مستقلا عن العدول عن الخطبة، وهذا ما استقر عليه القضاء المصري خصوصا ما ذهبت إليه محكمة النقض المصرية في قرارها الشهير المؤرخ في 14 دجنبر 1939 الذي جاء فيه ما يلي: "أنه إذا لازمت الوعد بالزواج والعدول أفعال مستقلة عنهما استقلالا بينا، تكون هذه الأفعال قد ألحقت ضررا ماديا أو أدبيا لأحد المتعاقدين كانت هذه الأفعال موجبة للتضمنين على من صدرت منه باعتبارها أفعالا ضارة في ذاتها لا نتيجة العدول"⁽²⁾.

(1) إلياس مسعودة، المرجع السابق، ص 71.

(2) انظر محكمة النقض المصرية، نقض مدني في 14/12/1939 مجلة المحاماة، العدد 20، ص 293.

لا يكفي أن يكون هنا خطأ، بل لابد من حصول ضرر نتيجة هذا الخطأ والضرر نوعان، ضرر مادي وضرر أدبي⁽¹⁾. فإذا ألحق أحد الخطيبين ضرر مادي جراء العدول عن الخطبة كان قابلا للتعويض ولكن يشترط فيه أن يكون محققا، والضرر المحقق هو الذي يكون قد وقع فعلا أو أن يكون وقوعه في المستقبل على نحو مؤكد كأن يقوم الخاطب باستئجار الفندق لإقامة حفل الزفاف وتوزيع الدعاوى على المدعويين ثم تأتي المخطوبة لتعلن عن عدولها. فتكون النفقات التي تكبدها الخاطب ضررا ماديا محققا قابلا للتعويض بسبب العدول، أو أن تكون المخطوبة قد أعدت الجهاز والملبوسات على مقاسها ثم يأتي الخاطب ويعدل عن الخطبة فتكون النفقات الخاصة بإعداد الجهاز والملبوسات ضررا ماديا قد لحق بها من جراء العدول وهو ضرر محقق لأنه وقع فعلا⁽²⁾.

كما أن العدول غالبا يتسبب في أضرار أدبية، خصوصا بالنسبة للمخطوبة نتيجة المفاجأة الصادمة وخيبة الأمل، إضافة إلى العوامل الثقافية من عادات وأعراف وتقاليد في نظرة الناس إلى المتضرر.

ولابد من علاقة سببية بين الخطأ والضرر، بمعنى أن الخطأ هو الذي أحدث ضررا للطرف الآخر، أما إذا كان الضرر نتيجة فعل آخر وتصادف مع العدول عن الخطبة، فلا يمكن القول بوجود العلاقة السببية. وأن لا يكون الخطأ بفعل المضرور ذاته، فالمخطوبة المتهمه في فعل محل بالشرف، وتناولت الألسن هذا الفعل، وأصيبت بصدمة عصبية أحدثت لها أضرارا نفسية وعلى إثر ذلك عدل الخاطب عن خطبته وبعد ذلك تثبت

(1) الضرر المادي هو الذي يشيب الشخص سواء في جسمه أو في ماله. أما الضرر الأدبي أو المعنوي فيقسم إلى أربعة أقسام:

- 1- ضرر أدبي يصيب الجسم و ينتج عن الجروح و التلف و يسبب آلاما.
- 2- ضرر أدبي يصيب الشرف و الاعتبار و العرض، مثل القذف و السب، و هتك العرض و لإيذاء السمعة و الاعتداء على الكرامة.
- 3- ضرر أدبي يصيب العاطفة، و الشعور، و الجنان، و يلحق به كل عمل يصيب الشخص في معتقداته الدينية و شعوره الأدبي.
- 4- ضرر أدبي يشيب الشخص من مجرد الاعتداء على حق ثابت له.

انظر أكثر تفصيلا بخصوص الضرر الأدبي على علي سليمان، الضرر الأدبي و موقف التشريع الجزائري منه، كتاب نظرات قانونية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1994، ص 198-199.

(2) انظر إلياس مسعود نعيمة، المرجع السابق، ص 85.

براءتها لا يمكنها القول بأن الضرر الأدبي الذي لحق بها هو نتيجة العدول عن الخطبة لانعدام العلاقة بين الخطأ والضرر⁽¹⁾.

ما يمكن قوله أن العدول في حد ذاته لا يعتبر سببا للتعويض لأنه حق، والحق لا يترتب عليه تعويض، وإنما التعويض يكون عن الأفعال التي ألحقت ضررا ماديا أو معنويا بأحد المتواعدين، ويكون ذلك على أساس أحكام المسؤولية التقصيرية.

إذا انتهت الخطبة بالزواج وهو الغرض الأساسي المتوخى منها والمتمثل في إبرام عقد الزواج الذي يرتب حقوقا وواجبات لكلا الزوجين ومن أهم الحقوق التي تتطلبها الحياة الزوجية كما ورد في النصوص، وكما جاء في التشريعات المختلفة هي الحقوق المادية للزوجة على زوجها، لأن قيام الزوج بتلك الحقوق وسدده لمطالب الزوجة دليل على صدق علاقته بها، فلذلك أول ما تبدأ به الحياة الزوجية هو المهر الذي يقدمه الزوج هدية لزوجته كرمز على انطلاق الحياة الزوجية، وعلى قدرته على الوفاء بما تتطلبه الحياة الزوجية من عناء، وهذا ما سنعالجه في المبحث الثاني.

(1) محمد الأزهر، المرجع السابق، ص 73.

المبحث الثاني :

حق الزوجة في الصداق.

ليست المرأة هي الطرف المد عن أو الضعيف في عقد الزواج، فالإسلام يسوي بين الرجل والمرأة، وهي مساواة تترجم إلى حقوق وواجبات .
ويعد عقد الزواج واحد من أهم المساحات الفقهية التي تتحرك عليها حقوق الرجل والمرأة، في تكامل يحقق المساواة، وفي تبادل يوافق العدالة .

وقد نص القرآن الكريم على ذلك في قوله تعالى: ﴿وَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْنَ بِالْمَعْرُوفِ﴾⁽¹⁾ فالآية الكريمة تضع المبدأ العام، وتنص أحكام القرآن على تطبيقاته في ميادين كثيرة، ومجالات متعددة، والزواج الإسلامي يأتي في مقدمة هذه الميادين والمجالات⁽²⁾.

وأهمية عقد الزواج تأتي بالدرجة الأولى من الحقوق المترتبة على هذا العقد فبتلك الحقوق تظل الأسرة متماسكة مترابطة، فكل حق أو واجب مترتب على عقد الزواج له أهمية بالغة في حياة الفرد زوجا كان أو زوجة⁽³⁾.

فمن الحقوق المترتبة على عقد الزواج والتي لها أهمية بالغة في نفوس النساء هو حق الزوجة في الصداق والذي سنفصل فيه من خلال تبيان أحكامه (المطلب الأول) ومقداره وإمكانية تعجيله وتأجيله وأهلية المرأة لقبضه (المطلب الثاني)، بالإضافة إلى أنواعه وحالات استحقاقه (المطلب الثالث) واختلاف الزوجين حوله (المطلب الرابع).

(1) سورة البقرة، الآية 228.

² - أنظر، محمد كمال الدين إمام، الزواج في الفقه الإسلامي، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 1998، ص 155 .

³ - أنظر، إسماعيل أبا بكر علي البامري، أحكام الأسرة، الزواج والطلاق بين الحنفية والشافعية، ط01، دار الحامد، الأردن، 2009، ص175.

المطلب الأول :

أحكام الصداق .

الصداق في أصله التاريخي ثمن عند الشعوب البدائية فقد كان الزواج عند قدماء اليونان يتم بشراء المرأة بعدد من الثيران أو ما يساويهما يسلمها الخاطب لأبيها. وعند قدماء الرومان كان انتقال ملكية المرأة من أبيها إلى زوجها يتم بطريقة البيع بالقبض " مانسياسيو " (Mancipation) وبها يدفع الزوج الثمن ويقبض المرأة كما يقبض أي مبيع⁽¹⁾. وعند عرب الجاهلية كان المهر ثمنًا للمرأة يقبضه أبوها أو وليها ويسمى النافحة، وهو كل ما ينفج من مال الرجل أي يزيد فيه ويعظمه⁽²⁾.

وكان الصداق عادة عددا من الإبل يسوقها الخاطب إلى بيت مخطوبته، فتسمى السياق، وكان قدرها يقدر على مقدار المرأة في قوامها، وحظها في الحسن والجمال، أما عند عرب المدن فكان الصداق يدفع نقدا، وكان عبارة عن ثمن شراء المرأة يدفعه الزوج إلى أسرة الزوجة⁽³⁾.

ولما جاء الإسلام أكد عليه بوصفه من تقاليد الزواج التي عرفها الإنسان منذ قديم الزمان لكن جرده من عنصر الثمنية⁽⁴⁾، وجعله زمرا لمودة الرجل للمرأة، وكفالتة لها وضمانا لمستقبلها إذا فارقتها زوجها، فشرعه ونظمه من عدة جوانب وجعله ملكا لها⁽⁵⁾.

(1) انظر، الحسين رحو، النظام القانوني للزواج، محاولة في التأصيل، ط01، مطبعة المعارف الجديدة، المغرب، 2007، ص 214.

(2) انظر، أحمد أباش، الأسرة بين الجمود والحداثة، منشورات الحلبي الحقوقية، الرباط، المغرب، 2011، ص 100.

(3) CF. TCHOUAR Djilali, Le régime juridique de la dot en droit Algérien, Revue Algérienne de sciences juridiques économiques et politiques, Alger, 1996, n°4, p 569.

(4) يظهر مدلول الثمنية من خلال المفهوم اللغوي، فإذا تم الرجوع إلى أصول اللغة العربية بغية البحث عن المهر لوجد أنها كلمة دخيلة من أصل سامي "MOHAR" وانتقلت على العربية باسم "مهر" وهي تعني ثمن المرأة وهو مدلول يجد أساسه في المجتمعات القديمة، حيث يعتبر الرجل في الجماعات البدائية زوجته ملكا له اشتراها بماله. أحمد أباش، المرجع السابق، ص 100.

⁵ - أحمد أباش، المرجع السابق، ص 100.

الفرع الأول :

تعريفه ودليل وجوبه .

المهر⁽¹⁾ : الصداق، والجمع مهور، وقد مهر المرأة بمهرها وبمهرها مهرا وأمهرها ومهرتها فهي ممهورة، أعطيتها مهرا، وأمهرها : زوجها غيري على مهر، والمهيرة : الغالية المهر، والمهارة، الخدق في الشيء والماهر : الخاذق بكل عمل⁽²⁾.

وفي الاصطلاح ما يقدمه الزوج لزوجته إشعار بالرغبة في عقد الزواج وإنشاء أسرة مستقرة، وتثبت أسس المودة والعشرة بينه وبين زوجته. ولقد اختلفت آراء الفقهاء في حقيقة المهر بناء على ما ورد له من مصطلحات قرآنية دالة على قولين :

فاعتبره أصحاب القول الأول⁽³⁾ أنه عوض عن شيء ملكه الزوج في مقابلته وهو ملك المتعة، ومن هنا حكموا بفساد العقد إذا تزوجها على أن لا مهر لها وقبلت ذلك قياسا على البيع إذا نفي فيه الثمن. ومن الأدلة على ذلك إن القرآن سماه أجرا في قوله تعالى : ﴿... فَمَا اسْتَمْتَعْتُمْ بِهِ مِنْهُنَّ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ فَرِيضَةً وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِي مَا تَرَاضَيْتُمْ بِهِ مِنْ بَعْدِ الْفَرِيضَةِ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا حَكِيمًا﴾⁽⁴⁾.

¹ - وله ثمانية أسماء نظمها بعض الشعراء في بيت من الشعر قال :

صداق ومهر نحلة وفريضة *** حباء وأجر ثم عقر علائق .

وزاده بعضهم الطول في بيت فقال :

مهر صداق نحلة وفريضة *** طول حباء أجر علائق لقوله تعالى : ﴿وَمَنْ لَّمْ يَسْتَطِعْ مِنْكُمْ طَوْلاً﴾ [سورة النساء، الآية

25]، أنظر، حسين بن محمد المحلى الشافعي، للإفصاح عن عقد النكاح، ط01، دار القلم العربي، حلب، 1995، ص 82 ؛ نصر سلمان، أحكام الصداق في الشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة مع قانون الأسرة، مجلة المعيار، جامعة منتوري عبد القادر للعلوم الإسلامية، قسنطينة، 2004، العدد التاسع، ص 41-42.

² - ابن منظور ، المرجع السابق ، ص 184.

³ - هو قول الشافعية والمالكية، أنظر محمد بن ادريس الشافعي أبو عبد الله، الأم، ج05، ط02، دار المعرفة بيروت، 1393، ص58؛ أبي زكريا يحيى بن شرف النووي الدمشقي، روضة الطالبين، ط02، ج07، المكتب الإسلامي، بيروت، لبنان 1405، ص 249 .

⁴ - سورة النساء، الآية 24 .

أما أصحاب القول الثاني فاعتبروه هدية لازمة فرضها الشارع من غير مقابلة شيء⁽¹⁾. واستدلوا على ذلك بما يلي :

- إن القرآن سماه نحلة في قوله تعالى : ﴿ وَءَاتُوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً فَإِنْ طِبَّنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِّنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَّرِيئًا ... ﴾⁽²⁾ . والنحلة تطلق على ما ينحله الإنسان ويعطيه هبة عن طيب نفس بدون مقابله عوض .

وهذا ما تبناه المشرع الجزائري عندما عرف الصداق في المادة 14 على أنه : " ما يدفع نحلة للزوجة من نقود أو غيرها من كل ما هو مباح شرعا " ، وكان الأجدر على المشرع الاستغناء عن هذه الكلمة " نحلة " عند وضع النصوص القانونية والاكتفاء بالتنصيص على أن الصداق هو ما يدفع للزوجة لأن العبارة فضفاضة، وإن الفقه الإسلامي قد تضاربت آراؤه بشأنها، إذ منه من اعتبرها هدية، ومنه من أضفى عليها صيغة الهبة⁽³⁾ .

ونرى أن الأرجح في المسألة، والأوفق بمقاصد الشريعة الإسلامية هو القول الثاني لأن اعتبار المهر معاوضة من المعاوضات، منتقض لأنّ الشرع لم يشترط فيه شروط المعاوضات، وإنّ من المقاصد في اعتباره نحلة وهبة للمرأة تعميق لمعاني المحبة والمودة بين الزوجين بخلاف اعتباره عوضا فالهدية تنتج المحبة، وهو ما أخذ به المشرع المغربي عند تعريفه للصداق حيث نصّت المادة 26 من مدونة الأسرة على أنّه " ما يقدمه الزوج لزوجته إشعارا بالرغبة في عقد الزواج وإنشاء أسرة مستقرة وتثبيت أسس المودة والعشرة بين الزوجين وأساسه الشرعي هو قيمته المعنوية والرمزية وليس قيمته المادية" .

¹ - أنظر، محمد مصطفى شلي، أحكام الأسرة في الإسلام، الدار الجامعية، بيروت، 1983، ص 342 .

² - سورة النساء، الآية 04 .

³ - أنظر، تشوار حميد وزكية، النقص التشريعي في تنظيم ركنية الصداق، مجلة العلوم القانونية والإدارية ، 2004، عدد 02،

ص 35،36.

الملاحظ من أحكام هذه المادة أنّ المشرع المغربي اعتبر الصداق بمثابة عطية من الزوج مشعرة بالرغبة في الزواج وليس مجرد عوض أو مقابل للاستمتاع بالمرأة أو ثمن لها أو للبضع.

أمّا المشرع التونسي في تنظيمه لأحكام المهر صلب الفصول (3، 12، 13) من مجلة الأحوال الشخصية رغم أنّه لم يتعرّض للغاية النفسية من وراء دفعه إلاّ أنّه في تنقيحه الأخير الواقع في 12 جويلية 1993 قد ألغى المدلول القيمي له عبر إعادة صياغة حكم الفصل 12 من المجلة بحذفه "يجب أن لا يكون تافها ولا حد لأكثره" وهو ما تمّ تعليقه صلب مداولات مجلس النواب حول مشروع التنقيح بأنّه سعى للقضاء على فكرة ثمنية المهر⁽¹⁾.

ولقد اتفق الفقهاء على أن المهر حق واجب للمرأة على الرجل وقد دل على ذلك الكتاب والسنة والإجماع.

فجاء في قوله تعالى: ﴿... وَأُحِلَّ لَكُمْ مَّا وَرَاءَ ذَٰلِكُمْ أَن تَبْتَغُوا بِأَمْوَالِكُمْ مُحْصِينَ غَيْرَ مُسْفِحِينَ ۗ فَمَا اسْتَمْتَعْتُمْ بِهِ مِنْهُنَّ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ ۗ فَرِيضَةً ۚ وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِي مَا تَرَضَيْتُمْ بِهِ مِنْ بَعْدِ الْفَرِيضَةِ ۚ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا حَكِيمًا ۗ﴾⁽²⁾. وقال تعالى: ﴿وَأَتُوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً ۚ فَإِنْ طِبْنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِّنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَّرِيئًا ۗ﴾⁽³⁾.

كما دلت على ذلك الأحاديث الكثيرة ومنها قوله: "فإن مسها فلها المهر بما استحل من فرجها"⁽⁴⁾. إن الرسول ﷺ رأى على عبد الرحمان بن عوف درع زعفران

(1) - انظر، هيفاء القضامي، الالتزامات المالية المترتبة عن الزواج وانحلاله، مذكرة للإحراز على شهادة الدراسات المعمقة في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تونس، 1997 - 1998، ص 33.

² - سورة النساء، الآية 24.

³ - سورة النساء، الآية 04.

⁴ - أخرجه أبو داود، كتاب النكاح، باب في الولي، انظر، أبو داود، سنن أبي داود، تحقيق محمد محي الدين الحميد، دار إحياء التراث، بيروت، دون سنة، ص 229.

"فقال النبي صلى الله عليه وسلم هل تزوجت؟ فقال يا رسول الله، تزوجت امرأة من الأنصار فقال ما أصدققتها؟ قال وزن نواة من ذهب، فقال بارك الله لك، أو لم ولو بشاة" (1).

والمهر أوجبه الإسلام على الرجل دون المرأة لأن القوامة له عليها بنص الآية الكريمة ﴿الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ وَبِمَا أَنْفَقُوا﴾ (2)، فيجب عليه أن يقدم لها ما يجعلها ترضى بهذه القوامة عن طيب نفس منها وليشعرها بالرغبة فيها وأنها موضع بره وعطفه ورعايته.

وأيضاً فإن طبيعة الرجل تمكنه من السعي للرزق وكسب المال الذي تتطلبه حاجات المعيشة ونفقات الأسرة فكان من المناسب أن تكون التكاليف التي تقتضيها الحياة الزوجية كلها على الرجل أكثر من المرأة، ومن هذه التكاليف المهر (3). ولقد اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية حول تكييف الصداق، هل هو ركن من أركانه، أو أثر من أثاره؟ .

(1) البخاري، المرجع السابق، ج02، ص722.

(2) سورة النساء، الآية 34.

3- أنظر، عبد الحميد محمود مطلوب، الوجيز في أحكام الأسرة الإسلامية، ط01، مؤسسة المختار للنشر والتوزيع، مصر، 2004، ص152، أنظر، محمد محدة، الخطبة والزواج، ط02، مطابع عمار، الجزائر، 1994، ص251 .

وعلل صاحب البدائع وجوب المهر على الزوج بقوله: (أن مللك النكاح لم يشرع لعينة بل لمقاصد لا حصول لها إلا بالدوام على النكاح والقرار عليها ولا يدوم إلا بوجود المهر بنفس العقد لما يجري بين الزوجين من الأسباب التي تحمل الزوج على الطلاق من الوحشة والخشونة فلو لم يجب المهر بنفس العقد لا يبالي الزوج من إزالة هذا الملك بأذى خشونة يحدث بينهما، لأنه لا يشق عليه إزالته لما لم يخف لزوم المهر فلا تحمل المقاصد المطلوبة من النكاح، ولأن مصالح النكاح ومقاصده لا تحمل الموافقة إلا إذا كانت المرأة عزيزة مكرمة عند الزوج ولا عزة إلا بانسداد طريق الوصول إليها إلا بما له فطر عنده لأن ما ضاق طريق إصابته بعز في الأعين فيعز بها إمساكه، وما يتيسر طريق إصابته يهون في الأعين فيهون إمساكه، ومتى هانت في أعين الزوج تلحقها الوحشة فلا تقع الموافقة، فلا تحمل مقاصد النكاح، ولأن الملك ثابت في جانبها أما في نفسها إما في المتعة، وأحكام الملك في الحرة تشعر بالذل والهوان فلا بد وأن يقابله مال له خطر لينجبر الذل من حيث المعنى). أنظر علاء الدين الكاساني، بدائع الصانع، ط02، الجزء 02، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان، 1982، ص275 .

لقد ذهب جمهور الفقهاء من حنفية⁽¹⁾، وشافعية⁽²⁾، وحنابلة⁽³⁾ إلى أن المهر ليس ركنا من أركان الزواج، ولا شرطا من شروطه وإنما هو واجب على الزوج بعد العقد، ويصح العقد بدون تسمية المهر، وللزوجة مهر المثل بعد ذلك، واستدل الجمهور لرأيهم بالقرآن والسنة .

فاستدلوا بقوله تعالى: ﴿لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ أَوْ تَفَرِّضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً﴾⁽⁴⁾، رفع سبحانه الجناح على من طلق في نكاح لا تسمية فيه، والطلاق لا يكون إلا بعد النكاح، فدل على جواز النكاح بدون تسمية، وقوله تعالى: ﴿يَتَأَيُّبُ الَّذِينَ ءَامَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُونَهَا فَمَتَّعُوهُنَّ وَسَرَحُوهُنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا﴾⁽⁵⁾، والمراد منه الطلاق في نكاح لا تسمية فيه بدليل أنه أوجب المتعة بقوله: ﴿فَمَتَّعُوهُنَّ﴾، والمتعة إنما تجب في نكاح لا تسمية فيه فدل على جواز الزواج بغير تسمية.

أما دليلهم من السنة ما روى عن عبد الله بن مسعود رضي الله عنه " أن رجلا كان يختلف إليه شهرا، يسأل عن امرأة مات عنها زوجها ولم يكن فرض لها شيئا، وكان يتردد في الجواب فلما تم الشهر قال للسائل : لم أجد ذلك في كتاب الله ولا فيما سمعته من رسول الله صلى الله عليه وسلم ولكن اجتهد برأبي، فإن أصبت فمن الله وإن أخطأت فمن الشيطان والله ورسوله بريئان أرى مثل نساءها لا وكس ولا شطط، فقام رجل يقول له : معقل بن سنان وقال : إني أشهد أن رسول الله صلى الله عليه وسلم

1- الكسائي، المرجع السابق، ص 274 .

2- الشافعي، المرجع السابق، ص 58 .

3- أنظر، عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي بن محمد، المغني، ط01، ج07، دار المطبعة العلمية، بيروت، 1405، ص 211 .

4- سورة البقرة، الآية 236 .

5- سورة الأحزاب، الآية 49.

قضى في بروع بنت واشق الأشجعية مثل قضائك هذا، ثم قام أناس من أشجع وقالوا : إن نشهد بمثل شهادته ففرح عبد الله رضي الله عنه فرحا لم يفرح مثله في الإسلام لموافقته قضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم⁽¹⁾ .

وجاء في السنة أيضا عن صحة عقد الزواج من غير تسمية الصداق أنه روي عن عقبة بن عامر أن رسول صلى الله عليه وسلم قال لرجل : " أترضى أن أزوجك فلانة ؟ قال: نعم، ثم قال للمرأة أترضين أن أزوجك فلان ؟ قالت نعم، فزوج أحدهما صاحبه فدخل الرجل بها ولم يفرض لها صداقا، ولم يعطها شيئا وكان ممن شهد الحديبية وله سهم بخيربر فلما حضرته الوفاة قال : إن رسول الله صلى الله عليه وسلم زوجني فلانة ولم أفرض لها صداقا ولم أعطها شيئا، وإني أشهدكم أنني أعطيتها عن صداقها سهمي بخير، فأخذت سهمه فبعته بمائة ألف⁽²⁾ .

فهذا الحديث دل على صحة الزواج بدون ذكر الصداق وبالتالي لا يعتبر ركن من أركانه، ولا شرطا من شروطه .

بينما خالف المالكية⁽³⁾ جمهور الفقهاء في مسألة الصداق⁽⁴⁾، بحيث لا يصح عقد الزواج عند النص على نفيه، وإن تزوجها ولم يسم لها مهر فالنكاح جائز في حالة حصول الدخول ولها صداق المثل ويفسخ في حالة عدم الدخول، وإن طلقها قبل أن يتراضيا على الصداق فلها المتعة، وإن مات قبل أن يتراضيا فلها الميراث فقط .

واستدل المالكية في ذلك بالسنة ما روي عن نافع أن ابنه عبد الله بن عمر وأمها بنت زيد بن الخطاب، كانت تحت ابن لعبد الله بن عمر فمات ولم يدخل بها ولم يسم لها مهرا فابتعت أمها مهرها فقال عبد الله بن عمر : ليس لها صداق ولو كان لها صداق

¹ - أنظر، محمد بن عيسى أبو عيسى الترميذي السلمي، سنن الترميذي، ب ط، د 03، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، دس، ص 450، أحمد بن شعيب، أبو عبد الرحمان النسائي، سنن النسائي، ط02، ج 06، من تحقيق عبد الفتاح أبو غدة، مكتبة المطبوعات الإسلامية، حلب، سوريا، 1986، ص 198 .

² - أنظر، أبو داود، سنن أبي داود، ص 238 .

³ - أنظر، محمد عرفة الدسوقي، شرح الدسوقي، ب ط ج 02، من تحقيق محمد عليش، دار الفكر، بيروت، لبنان، ب س، ص 294 .

⁽⁴⁾ CF. TCHOUAR Djilali, Le régime juridique de la dot, Op.cit, p 582.

لم نمنسكه ولم نظلمها فأبت أمها أن تقبل ذلك فجعلوا زيد بن ثابت ففضى لها أن لا صداق لها ولها الميراث.

نرى أن الأرجح هو رأي الجمهور لأنّ دليلهم قوي وثابت بنص القرآن وفي قضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم بروع بنت واشق الأشجعية على جواز العقد بدون تسمية المهر ولكن يستحب تسمية المهر في العقد وأن لا يعقد النكاح إلا به لأن النبي صلى الله عليه وسلم كان يزوج بناته وغيرهن ولم يكن يخلي ذلك من صداق وقال للرجل الذي زوجه المرأة التي وهبت نفسها للنبي صلى الله عليه وسلم هل من شيء تصدقها فعندما لم يجد، قال له : التمس ولو خاتما من حديد.

أما بخصوص المشرع الجزائري وبالوقوف عند مختلف الأحكام الخاصة بالصداق في قانون الأسرة نجد أن مشرعنا تأثر بمختلف المذاهب الفقهية في الشريعة الإسلامية فاعتبر في النص الأصلي المادة 09 الصداق ركن من أركان الزواج، ثم تراجع بعد التعديل واعتبره شرطا من شروط صحة العقد أخذا برأي الجمهور من خلال تعديل المواد 09، 15، 33 من قانون الأسرة. ولهذا يجب التعرض إلى هذه الأحكام المختلفة حول موضوع الصداق باعتباره ركنا من أركان الزواج أو شرطا من شروط صحته في قانون الأسرة قبل التعديل وبعده .

1- الصداق ركن من أركان عقد الزواج : لقد نص المشرع في المادة التاسعة عن الصداق وعده ركنا من أركان الزواج بقوله : "يتم عقد الزواج برضا الزوجين وبولي الزوجة وشاهدين وصداق"، يستفاد من هذا النص أن المشرع الجزائري جعل الصداق ركنا من الأركان التي يجب مراعاتها عن إبرام الزواج. وهذا ما أكد عليه أيضا القضاء الجزائري في كثير من أحكامه حيث جاء في قرار المحكمة العليا : "أنه من المقرر شرعا وقانونا أن للنكاح أركان أربعة هي: رضا الزوجين، صداق، وشاهدين بالإضافة إلى خلو الزوجين من الموانع الشرعية"⁽¹⁾.

¹ - المحكمة العليا : غ، أش، 1989/01/02 ملف رقم 51107، المجلة القضائية، 1992، عدد 03، ص 53 .

وفي قرار آخر جاء فيه بأنه من المقرر شرعا وقانونا أن الخطبة هي وعد بالزواج ولكل من الطرفين العدول عنها ولصحة الزواج لا بد من توافر أركانه من رضا الزوجين وولي والشاهدين والصدّاق⁽¹⁾.

كما نصّ المشرع على تسمية الصّدّاق في عقد الزواج وهذا ما نصت عليه المادة 15 من قانون الأسرة بقولها: "يجب تحديد الصّدّاق في العقد سواء كان معجلا أو مؤجلا".

2- الصّدّاق باعتباره شرط من شروط الزواج : وهنا مسايرة المشرع الجزائري لرأي الجمهور مخالفا بذلك المذهب المالكي حيث نصت المادة 33 من قانون الأسرة على أن: "إذا تمّ الزواج بدون ولي أو شاهدين أو صدّاق يفسخ قبل الدخول ولا صدّاق فيه ويثبت بعد الدخول بصدّاق المثل إذا احتل ركن واحد ويبطل إذا احتل أكثر من ركن واحد." فالناظر لهذا النص يرى كأن المشرع لم يرد التأكيد على ركنيه الصّدّاق والاستمرار فيها بل رأى أن اللجوء إلى ما سار عليه جمهور الفقهاء، وهذا قصد تثبيت قواعد عقد الزواج والمحافظة بذلك على الأعراض ونسب ما أنجب من أولاد⁽²⁾.

فمن خلال المادة 33 نستخلص أن الصّدّاق أثر من آثار الزواج بسبب إجراء العقد بدون صدّاق فإذا تمّ الدخول يثبت العقد بصدّاق المثل، وهذا ما أكدّه المشرع بنص المادة 33 المعدلة بموجب الأمر 02/05 على أنه: "إذا تمّ الزواج بدون شاهدين أو صدّاق أو ولي في حالة وجوبه، يفسخ قبل الدخول ولا صدّاق فيه ويثبت بعد الدخول بصدّاق المثل".

والصدّاق كأثر من آثار الزواج يتأكد بالوفاة أي بوفاة الزوج وهذا ما قرره المشرع في المادة 16 من قانون الأسرة التي تنص على أنه: "تستحق الزوجة الصّدّاق كاملا بالدخول أو بوفاة الزوج وتستحق نصفه عند الطلاق قبل الدخول". والفرض أن

¹ - المحكمة العليا، غ، أ، ش، 17/03/1992، ملف رقم 81129، المجلة القضائية، 1994، عدد 03، ص 62.

² - محمد محدة، المرجع السابق، ص 254.

الموت وقع قبل الدخول، فيجب الصداق سواء كان مسمى أو صداق المثل فتأخذه من تركة زوجها المتوفي.

أما بعد الدخول فتأخذ ما من صداقها المؤجل من تركة الزوج لأنه دين ترتب في ذمته يستوفي من تركة بعد الوفاة. وما نخلص إليه من خلال ملاحظة المواد 09، 15، 33 من قانون الأسرة أن المشرع قد تضاربت أحكامه مما جعل الصداق يأخذ حكم الركن من جهة، مع اعتباره أثر من أثار الزواج من جهة أخرى، لكن بعد تعديل المواد بموجب الأمر 02/05 أصبح الصداق من قبيل أثار الزواج وليس ركنا فيه وبهذا يكون المشرع قد أحسن ما فعل.

في حين التزم المشرع المغربي برأي المالكية بالنسبة لشرط الصداق عندما نصّ في الفصل الخامس من مدونة الأحوال الشخصية الملغاة على أنه لا بدّ من تسمية المهر للزوجة ولا يجوز الاتفاق على إسقاطه. وفي مدونة الأسرة الحالية، وربما لرفع الحرج الذي يشعر به بعض الراغبين في الزواج من ذوي الدخل المحدود، اكتفى المشرع بالنص على وجوب عدم الاتفاق على إسقاطه، ومعنى ذلك من الناحية القانونية أن سكوت الزوجين على الصداق لا يفسد عقد الزواج وإثما الذي يفسده هو الاتفاق وبكيفية صريحة على الزواج بدون صداق⁽¹⁾.

ويؤكد المشرع موقفه هذا عندما نصّ ثانية في المادة 67 من نفس المدونة على أن عقد الزواج يتضمن ما يلي: "مقدار الصداق في حالة تسميته مع بيان المعجل منه والمؤجل، وهل قبض عيانا أو اعترافا".

ولقد تعرّض المشرع التونسي صلب الفصل الثالث من مجلة الأحوال الشخصية إلى عقد الزواج، فنصّ من بينها على تسمية المهر بشكل لا يدع مجالاً للشك وهو بذلك أراد أن يرتقي به من مجرد الأمر المستحب إلى شرط الصحة⁽²⁾ رغبة منه في حماية حقوق

(1) انظر، محمد الكشور، المرجع السابق، الكتاب الأول، ص 321.

(2) انظر، عادل البراهيمي، تسمية المهر وخواطر حول بطلان الزواج، مجلة القضاء والتشريع، تونس، 1991، عدد 06، ص 34 وما يليها.

المرأة وهو بذلك خالف ما رآه المالكية من أن التسمية ليست لصحة الزواج، فإذا انتفت وجب مهر المثل.

يغلب في الواقع العملي أن يكون الصداق عبارة عن مبلغ من النقود، ومن الناحية القانونية والشرعية لا مانع من أن يكون غير ذلك، لكن بشروط معينة.

الفرع الثاني :

شروط الصداق .

فإذا كان المهر حق للمرأة إلا أن الفقهاء نصوا على بعض الشروط بحيث لا يعتبر هذا المهر مهرا إلا بتوفرها :

أولا : كون المهر متقوما.

فالقول الأول وهو قول الحنفية والمالكية، اشترطوا أن يكون المهر مالا متقوما واستدلوا على ذلك بما يلي :

1- قوله تعالى : ﴿ وَأُحِلَّ لَكُمْ مَّا رَزَأَ ذَٰلِكُمْ أَن تَبْتَغُوا بِأَمْوَالِكُمْ ... ﴾⁽¹⁾، فالآية شرطت أن يكون المهر مالا، فمالا يكون مالا يكون مهرا .

2- قوله تعالى : ﴿ وَإِن طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمْسُوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ ﴾⁽²⁾، فقد أمر الله تعالى بتصنيف المفروض في حالة الطلاق قبل الدخول، التصنيف لا يكون إلا في المال .

بينما ذهب أصحاب القول الثاني إلى عدم اشتراط التقوم في المال وأن كل ما جاز أن يمتلك بالهبة أو الميراث جاز أن يكون صداقا⁽³⁾ .

وقد استدلوا على ذلك بما يلي :

¹ - سورة النساء، الآية 24 .

² - سورة البقرة، الآية 237 .

³ - أنظر ، علي بن أحمد بن سعيد حزم الظاهري أبو محمد ، المحلي ، د.ط، ج9 ، دار الآفاق الجديدة ، بيروت ، ص 482.

1- إطلاق الآيات الواردة في المهر، كما قال تعالى: ﴿وَأَتُوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ مِحْلَةً﴾⁽¹⁾، وقال تعالى: ﴿... وَأَتُوهُنَّ أَجُورَهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ ...﴾⁽²⁾.

2- الأحاديث الواردة في المهر بدون اشتراط أن يكون متقوما ومنها قوله صلى الله عليه وسلم: "التمس ولو خاتما من حديد"؟ فالتمس الرجل فلم يجد شيئا فقال أمعك من القرآن شيء؟ قال نعم سورة كذا قال: "زوجناكها بما معك من قرآن"⁽³⁾.

عن أنس بن مالك رضي الله تعالى عنه أن عبد الله بن عوف، قال لرسول الله صلى الله عليه وسلم: تزوجت امرأة من الأنصار فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم "كم سقت إليها"؟ قال وزن نواة من ذهب فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم "أولم ولو بشاة؟" والأرجح في هذه المسألة هو القول الثاني الذي يعتبر المهر هدية رمزية واجبة يقدمها الرجل لزوجته من غير تحديد شرعي فالصداق ليس عوضا، بل هو عربون مودة ومحبة يزيد في الصلة بين الرجل وزوجته لأن الصلة بين الزوجين أعلى وأشرف من الصلة بين الرجل وفرسه أو دابته فالذي ينبغي أن يلاحظ أن هذا العطاء آية من آيات المحبة وصلة القربى وتوثيق عرى المودة والرحمة⁽⁴⁾.

كما اختلف الفقهاء في اعتبار تحفيظ القرآن صداقا على قولين⁽⁵⁾، يرى أصحاب القول الأول: عدم جواز جعل تحفيظ القرآن الكريم صداقا وهو قول الحنفية والمالكية واستدلوا على ذلك بما يلي:

1- سورة النساء، الآية 04 .

2- سورة النساء، الآية 25 .

(3) - أخرجه البخاري مطولا في كتاب النكاح، باب التزويج على القرآن وبغير صداق، ص 921، رقم 5149؛ ومسلم في النكاح، باب الصداق وجواز كون تعليم قرآن وخاتم من حديد وغير ذلك من قليل أو كثير، ص 560، رقم 1425.

4- أنظر، الإمام شيخ محمد رشيد رضا الحسيني، حقوق النساء في الإسلام، ط 01، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2005، ص 21.

5- عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي بن محمد، المرجع السابق، ص 163.

1- إن الزوج لا استباحته إلا بالأموال لقوله تعالى: ﴿ وَأُحِلَّ لَكُمْ مَّا وَرَاءَ ذَٰلِكُمْ أَنْ تَبْتَغُوا بِأَمْوَالِكُمْ مُحْصِينَ غَيْرَ مُسْفِحِينَ ۚ فَمَا اسْتَمْتَعْتُمْ بِهِ مِنْهُنَّ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ فَرِيضَةً ۗ ﴾⁽¹⁾.

2- إن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى أن يأكل بالقرآن أو يتعوض به شيء من أمور الدنيا قال صلى الله عليه وسلم: " اقرؤوا القرآن ولا تغلوا فيه، ولا تجفوا عنه ولا تأكلوا به، ولا تستكثروا به " .

3- إن تحفيظ القرآن الكريم ليس هو المهر المراد في الحديث، وإنما معناه ببركة ما معك من القرآن أو بسبب ما معك من القرآن .

4- إن تحفيظ القرآن لا يجوز أن يقع الأقربة لفاعله .
أمّا أنصار القول الثاني، ذهب إلى جواز جعل تحفيظ القرآن الكريم صداقا للمرأة وهو قول الشافعية، واستدلوا على ذلك بما يلي :

1- إن الحديث الثابت ورد بأن رسول الله صلى الله عليه وسلم زوج ذلك الرجل تلك المرأة على تعليمه إياها سورا سماها.

2- إن تعليم القرآن يصح أخذ الأجرة عليه، فجار أن يكون صداقا.

3- إنه لا وجه لقول من قال : إن ذلك كان من أجل حرمة القرآن، ومن أجل كونه من أهل القرآن لأن في الحديث ما يبطل هذا التأويل، فقد قال صلى الله عليه وسلم :
التمس شيئاً، ثم قال له التمس ولو خاتماً من حديد، ثم قال له هل معك من القرآن شيء فقال : سورة كذا، فقال : قد زوجتكما بما معك من قرآن، أي بأن تعلمها تلك السورة من القرآن.

ونحن نرى أن الأرجح هو ما ذهب إليه أصحاب القول الثاني لصحة الحديث الوارد في ذلك ويبقى المهر حق للمرأة ولها الحرية في تحديده ولكن يستحب أن يقدم

¹ - سورة النساء، الآية 24 .

الرجل للمرأة من الهدايا باسم المهر ما تسر له النساء لأنه المقصد الأصلي من تشريع المهر.

وكما اختلف الفقهاء أيضا في جعل المنافع صداقا على قولين، فالأول : هو قول الشافعية⁽¹⁾ والحنابلة⁽²⁾، فيصح عندهم أن يتزوج الرجل على عمل معلوم كخياطة ثوب معين وبناء دار وتعليم صنعه وغير ذلك من كل ما هو مباح. ومن أدلة أصحاب هذا القول قوله تعالى حكاية عن شعيب مع موسى عليهما الصلاة والسلام ﴿ قَالَ إِنِّي أُرِيدُ أَنْ أَنْكِحَكَ إِحْدَى ابْنَتَيَّ هَاتَيْنِ عَلَيَّ أَنْ تَأْجُرَنِي ثَمَنِي حِجَجٍ ۖ فَإِنْ أَتَمَمْتَ عَشْرًا فَمِنْ عِنْدِكَ ۖ وَمَا أُرِيدُ أَنْ أَشُقَّ عَلَيْكَ ۚ سَتَجِدُنِي إِنْ شَاءَ اللَّهُ مِنْ الصَّالِحِينَ ﴾⁽³⁾.

إن منفعة الحر يجوز اخذ العوض عنها في الإجارة فجازت صداقا .

في حين يرى أصحاب القول والثاني : عدم الجواز، وهو قول الحنفية وقول عند المالكية⁽⁴⁾.

وقد فرق الحنفية بين المنافع المتعلقة بالزوج كان يصدقها خدمتها وهو حر⁽⁵⁾، أو على تعليم القرآن، فلم يجزوها، أما لو تزوجها على منافع سائر الأعيان من سكنى داره وركوب دابته والحمل عليها وزراعة أرضه ونحو ذلك من منافع الأعيان لمدة معلومة صحة التسمية. ومن الأدلة التي يعتمد عليها :

¹ - الشافعي ، الأم ، المرجع السابق ، ص 61.

² - عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي بن محمد، المرجع السابق ، ص 213.

³ - سورة القصص، الآية 27 .

⁴ - أنظر، ابن رشد، أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، تنقيح وتصحيح خالد العطار، دار الفكر، بيروت، لبنان، 1998، ص 16.

⁵ - الكاساني، بدائع الصنائع، ج02 ، المرجع السابق ، ص 278.

- 1- ما استدلووا به من قوله تعالى : ﴿ قَالَ إِنِّي أُرِيدُ أَنْ أَنْكِحَكَ إِحْدَى أَبْنَتَيَّ هَتَيْنِ عَلَيَّ أَنْ تَأْجُرَنِي تَمَنِّي حَجَجٍ ﴾⁽¹⁾. لا يصح الاستدلال به في هذا المقام، لأنه لم يشترط المنافع للمرأة، وإنما شرطها لشعيب عليه السلام، وما شرط للأب لا يكون مهرا ولو صح أنها كانت مشروطة لها وإنه إنما أضافها إلى نفسه لأنه هو المتولي للعقد، أو لأن مال الولد منسوب إلى الوالد، فهو منسوخ بالنهي عن الشغار، ثم إنه يجوز أن يكون هذا الزواج جائز في تلك الشريعة بغير بدل تستحقه المرأة، وهو منسوخ بشريعة النبي صلى الله عليه وسلم⁽²⁾.
- 2- إن المنافع ليست بأموال متقومة، ولهذا لم تكن مضمونة بالغصب والإتلاف، وإنما يثبت لها حكم التقوم في سائر العقود شرعا ضرورة دفعا للحاجة بها .
- 3- إن استخدام الحرة زوجها الحر حرام، لكونه استهانة وإذلالا وهو لا يجوز.
- وهو ما ذهب إليه المشرع التونسي في الفصل 12 من مجلة الأحوال الشخصية معرفا المهر بأنه كل شيء مقوم بالمال.
- المرأة تكون مستغنية عن المال العيني لعدم حاجتها إليه أو لغناها، وتكون في نفس الوقت مفتقرة لشيء تتعلمه، أو خدمة تؤدي لها فلماذا نحرمها من هذه الخدمة، وهي تعتقد أنها أصلح لها من المال العيني.

(1) - سورة القصص، الآية 27. ومما يأخذ من الآية الكريمة:

أ) أن تقدم الرجل المهر كان تقليدا متبعا لدى كل المجتمعات، فموسى عليه السلام ولد وترى في مصر والشيخ الذي تزوج ابنته كان في مدين جنوب الشام، عرض الشيخ الزواج مقابل مهر وتقبله موسى باعتباره عرفا جاريا في كل من مصر والشام وهما العالم المتحضر في ذلك الوقت.

ب) لم تكن هناك مشاحة ومكاسبة في تحديد المهر وإنما كان كل من المتعاقدين متسامحا في التحديد، فالشيخ قال لموسى أن تعمل ثمان سنين وإذا عملت عشر سنين فيكون ذلك تفضلا منك وتبرعا.

ج) إن الإيجاب في عقد الزواج قد يكون من جانب المرأة، وقد حدث هذا، كذلك عدّة مرات في زمن الرسول صلى الله عليه وسلم وتعودنا عليه اليوم من اعتبار عرض المرأة وأهلها الزواج من الرجل إخلالا بالحشمة والعفاف اللذين ينبغي أن تتخلق بهما المرأة هو في واقع الأمر من التقاليد التي ساهمت في انزواء المرأة واعتبارها بضاعة تفتن للزينة والاستمتاع لا رأي لها في إنشاء الرابطة الزوجية وبناء الأسرة.

د) إن المهر كان يتسلمه الأب باعتباره رب الأسرة، كل ما يكسبه أفرادها يدخل في ملكه، وهكذا كان المهر عمل موسى عليه السلام عشر سنين وخدمته لوالد زوجته برعي الغنم وغيره من الخدمات. انظر، أحمد الخليلي، المرجع السابق، ص 138.

² - الكاساني، بدائع الصنائع، ج 02، المرجع السابق، ص 260.

والمشرع الجزائري لم يحدد الأشياء التي تمهر بها المرأة بإطلاق جنسها ونوعها وقيدها بالإباحة، فكل ما يباح تملكه جائزا أن يكون مهرا، والمشرع الجزائري في الشطر الثاني من المادة 14 من قانون الأسرة جاء بعبارة مبهمة عند قوله من نقود أو غيرها من كل ما هو مباح شرعا". إذ يعاتب عليه أنه ترك المجال واسعا للتأويل والتفاسير الخاصة بكلمة "أو غيرها" فهل يفهم من وراء ذلك أنه يمكن أن يكون صداق الزوجة أجر الزوج إذا كان عاملا عندها⁽¹⁾، ومن ثم فإننا نقول بأن المنافع أيضا يجوز أن تكون مهرا أو صداقا وذلك كسكن دار أو زراعة الأرض لمدة زمنية معينة لأنها مقومة بالمال، أما المنافع التي لا قيمة لها لعدم إمكانية تقويمها بالمال فلا تصلح أن تكون مهرا⁽²⁾.

ونص المشرع المغربي في المادة 28 من مدونة الأسرة على أن: "كل ما صح التزامه شرعا صلح أن يكون صداقا". فالظاهر من هذا النص أن المشرع وسع من دائرة ما يصلح صداقا ولو أن المطلوب هو التخفيف من قيمة الصداق. فطبقا لما جاء في النص المذكور، يمكن أن يكون الصداق كل شيء قوم بالمال سواء كان منقولاً أو عقاراً، قيماً أو مثلياً، وفي كل منفعة تقابل بالمال.

ثانياً: أن يكون مباحاً.

ذلك أنه لو لم يكن مباحاً لكان حراماً والحرام لا قيمة له في نظر الشرع، كما أن الحرام لا يمكن نقل ملكيته بالبيع أو الشراء بين المسلمين وذلك كالخمر والخنزير والدم كل هذه الأمور حرام لا يجوز أن تكون مهرا لانعدام إمكانية نقل ملكيتها بالتصرف فيها أو تقويمها بالمال ولعدم جواز تملكها للمسلم.

وقد اختلف الفقهاء فيما لو سمي في الزواج صداقا محرماً، كالخمر والخنزير على قولين، يرى الأول بأن: التسمية فاسدة، والزواج صحيح، وهو قول عامة الفقهاء، منهم

(1) تشورا حميدو زكية، المرجع السابق، ص 41.

(2) محمد محدة، المرجع السابق، ص 263.

النووي والأوراغي، والشافعي، والحنفية، وحكي عن مالك⁽¹⁾. أنه كان بعد الدخول، ثبت الزواج، وأن كان قبله فسخ واستدلوا على ذلك ما يلي:

1- أنه عقد لا يفسد بجهالة العرض، فلا يفسد بتحريمه كالخلع.

2- أن فساد العرض لا يزيد على عدمه، فإنه لو عدم المهر كان العقد صحيحا، فكذلك إذا فسد.

أما القول الثاني يرى بفساد الزواج، وهو رواية عند الحنابلة، واستدلوا على ذلك بأنه زواج جعل الصداق فيه محرما، فأشبهه زواج الشغار ونحن نرى أن الأرجح في المسألة هو القول الأول، لأن المهر جزء مكمل للزواج، فلا يصح أن يفسد بسببه.

ومع ذلك، فإن قول الإمام مالك له قيمته من حيث مراعاة المفاصد التي قد تنجر على التفريق بعد الدخول، فلذلك فرق بين حالتين، وهو الصحيح، لأن الذي يقدم على تقديم مهر محرم، إما أن يكون فاسقا، فاجرا أو مستهينا بهذا العقد الجليل، فلذلك أفتى الإمام مالك بالفسخ قبل الدخول، أما بعد الدخول، فإن الصحيح هو تصحيح الفاسد بإعطاء مهر صحيح لا بالتفريق درءا لمفسدة التفريق.

ولقد اشترط المشرع الإباحة في الأشياء التي تكون مهرا عندما نص في المادة 14 بقوله: "الصداق هو كل ما يدفع نحلة للزوجة من نقود أو غيرها من كل ما هو مباح شرعا... الخ".

وهو ما أشارت إليه المادة 12 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية بقولها "كل ما كان مباحا ومقوما بمال تصلح تسميته مهرا"، أما المشرع المغربي اعتبر أن كل ما صح التزامه شرعا صلح أن يكون صداقا وهذا ما جاء في المادة 28 من مدونة الأسرة.

(1) قال مالك في المدونة في هذه المسألة : إذا دخل بما كان لها صداق مثلها، وهو بمنزلة الجنين في بطن أمه، والبعر الشارد أو الثمرة التي لم يبد صلاحها، وإن لم يدخل بها فسخ زواجها، ولم يثبتنا عليها؛ انظر مالك عبد الله بن أنس الأصبحي، المدونة الكبرى من رواية سحنون بن يزيد التنوخي، ضبطه وصححه أحمد عبد السلام، ط01، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1994، ص 147..

ثالثا: أن يكون معلوما.

ويتحقق ذلك بأن يكون خاليا من الجهالة الفاحشة، وتكون الجهالة بالجنس والنوع مثل أن يسمى لها حيوانا أو بيتا أو قنطارا أو ثوبا، وقد لتفق الفقهاء على اشتراط ذكر الجنس والنوع، واختلفوا في ذكر الوصف على قولين⁽¹⁾:

- الأول: لا تضر جهالة الوصف لأنها يسيرة لا تؤدي إلى الخلاف، وهو قول الحنفية والمالكية والحنابلة، وهم يوجبون الوسط من الصفات لا الأعلى ولا الأدنى ويخير الزوج بين دفع الوسط أو القيمة.

- الثاني: أن جهالة الوصف، تفسد التسمية، فلو سمي لها قنطار من القطن وبين نوعه ولم يبين درجة جودته فإن التسمية تكون فاسدة ويجب مهر المثل وهو مذهب الشافعية واستدلوا على ذلك بالقياس على المعاوضات المالية والأرجح هو تحديد الجنس والنوع والصفة سواء في المنتفع أو الأعيان درءا للخلاف الذي قد يحدث بسبب الجهل بأحد هذه الأمور.

أما القول بأن الجهل بالصفة لا يضر، فإن ذلك لا يصدق على عصرنا الذي أعطيت فيه النوعية قيمة كبرى، بسبب تنافس الشركات فيما بينها حيث أصبح الشيء الواحد يباع بأسعار مختلفة اختلافا فاحشا، بسبب نوعيته أو علامته المسجلة وهذا من الأجر تحديد الوصف بدقة في الأمور التي تحتاج إلى وصف.

رابعا: أن لا يكون مغصوبا.

إذا كانت الشريعة الإسلامية ألزمت الزوج بدفع مبلغ مالي للزوجة كعلامة صدق في استمرار ما توعد به وهو الخطبة، فمن غير المعقول أن يكون ما يدل الشخص به على صدقه واحترامه مال مغصوبا. وهنا يجب التفرقة بين حالتي العلم وعدمها.

فإذا كان يعلمان أي الزوج والزوجة أنه مغصوب مع كونهما راشدين فسخ العقد قبل الدخول، واستمر بعده ووجب فيه صداق المثل، وإن كان أحدهما غير راشد لكونه

(1) انظر، نور الدين أبو لحية، قبل الحب والزواج، ماذا تعرف عن الحقوق المادية للزوجة، دار الكتاب الحديث، الجزائر، 2009، ص 38.

صغيراً أو محجوز عليه فالعلم المعتبر هو علم الولي، فإن كانت الزوجة لا تعلم بالغضب صح وإن رجح المغضوب منه عليها بأخذ الشيء ترجع على الزوج بقيمته⁽¹⁾.
هذه هي الشروط الواجب توفرها في الصداق حتى يصح أن يكون صداقاً، لكن هل هناك حدّ أو مقدار بهذا الصداق؟ وهل يجوز تعجيله أو تأجيله؟ وهل للمرأة الحق في قبضه والتصرف فيه؟

المطلب الثاني:

مقدار المهر، وتعجيله وتأجيله، وأهلية المرأة لقبضه.

لقد جاءت نصوص القرآن الكريم عامة وبمجردة، بالرغم من نصّ القرآن على الصداق فإنه لا يحتوي على آية تحدّد المقدار الواجب الدفع، وعلى غرار ذلك جاءت أقوال رسول الله صلى الله عليه وسلم، وبذلك خلت السنة مع الكتاب من تحديد مقدار للصداق، إلا أنّ الفقه الإسلامي حاول أن يضع له حدّاً أدنى يمنع معه التعدي على حق الله في فرض صداق المرأة عند الزواج بها. بينما لم يوضع للصداق حداً أقصى، كما أنّ الأصل أنّ الصداق معجل يدفع بمجرد انعقاد العقد، وذلك ليحقق أهدافه المقصودة من تشريعه، وهي حسب تعليل الفقهاء تجهيز العروس، وهيئة انتقالها إلى دار الزوج، غير أنّ مبادئ الشريعة السمحاء تجعل التيسير أصلاً وهي القاعدة العامة لكل تشريع، وبذلك يصح تأجيل الصداق، وما دام الصداق حقاً للمرأة فلها حق قبضه والتصرف فيه، فهو ملك خالص لها.

الفرع الأول:

مقدار المهر.

قلنا أنّ المهر حق مالي خاص بالمرأة، فهل هناك حد أعلى لهذا الحق المالي يجوز أن يتجاوزه المتعاقدان، وحد أدنى لا يصح عقد الزواج بأقل منه؟ هذا ما سيتضح لنا فيما يأتي:

(1) محمد محمّدة، المرجع السابق، ص 267.

- مقدار المهر، وهو الحد الأعلى للمهر في الشريعة الإسلامية، فقد اتفق الفقهاء على أنه ليس لأكثر المهر حد في الشريعة الإسلامية⁽¹⁾، فيجوز بأي مقدار مهما بلغ واستدلوا على ذلك، بقوله تعالى: ﴿ وَإِنْ أَرَدْتُمْ أَسْتَبْدَالَ زَوْجٍ مَّكَانَ زَوْجٍ وَآتَيْتُمْ إِحْدَهُنَّ قِنْطَارًا فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا ۚ ﴾⁽²⁾، والقنطار هو المال الكثير.

وبقصة عمر مع المرأة، عندما أراد عمر بن الخطاب، رضي الله عنه، تحديد المهور نظرا لتغالي الناس فيها، حيث اعترضت عليه تلك المرأة وذكرت له قوله تعالى: ﴿ وَآتَيْتُمْ إِحْدَهُنَّ قِنْطَارًا ۚ ﴾⁽³⁾، فتراجع عمره⁽⁴⁾ عن رأيه، وقال أصابت المرأة وأخطأ عمر، فلم يرد نص من الشارع في ذلك، ولا تحديد إلا بنص، وحيث لا نص فلا تحديد.

- أما أقل المهر، فقد اختلف الفقهاء في ذلك فانقسموا فريقين:
فذهب الشافعية والحنابلة وابن حزم إلى أنه لا حد لأقل المهر، فكل ما كان مالا جاز أن يكون صداقا⁽⁵⁾، واستحب الشافعية أن لا يقل عن عشرة دراهم استحبابا للخروج من الخلاف مع أبي حنيفة⁽⁶⁾.

بينما ذهب المالكية والحنفية إلى أن هناك حداً لأقل المهر، وبالتالي إذا قل عن هذا الحد فلا يصح عقد الزواج بأقل منه، أما مقدار هذا الحد فاختلف فيه، فأقل المهر عند

(1) الكاساني، بدائع الصنائع، ج3، المرجع السابق، ص487، ابن رشد، المرجع السابق، ص16، ج03، ص487.

(2) سورة النساء، الآية 20.

(3) سورة النساء: آية 20.

(4) أخرجه البيهقي في كتاب الصداق، باب لا حدّ في الصداق كثر أو قل، ج7، ص380، رقم 14336، قال البيهقي هذا حديث منقطع، البيهقي، السنن الكبرى، ط01، تحقيق محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1994، ص380، وقال الألباني، ضعيف منكر يرويه مجالد عن الشعبي عن عمر، ولكن مع انقطاعه فإن الآية لا تنافي توجيه عمر إلى ترك المغالاة في مهور النساء، انظر، الألباني، إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل، ط02، إشراف محمد زهير الشاويش، المكتب الإسلامي، بيروت، لبنان، 1985، ص348.

(5) الشربيني، مغني المحتاج، ج4، ص367، ابن قدامة المغني، ج9، ص528، ابن حزم، المرجع السابق، ج6، ص644.

(6) الشربيني، مغني المحتاج، ج4، ص367.

الحنفية هو: عشرة دراهم فلا يصح العقد بأقل منه⁽¹⁾. أما المالكية فأقل المهر عندهم هو: ربع دينار أو ثلاثة دراهم، فلا يصح العقد بأقل منه⁽²⁾. هذه آراء المذاهب في أقل المهر، ولكل منهم أدلة على ما ذهب إليه، ولا أخوض في هذه الأدلة، لأن المسألة ليست عملية في زماننا، فنحن نعاني من مشكلة غلاء المهور لا رخصها، ولم يرد نص في تحديد أقل المهر أو أكثره، لأن المسلمين يختلفون يسارا وإعسارا غنى وفقرا، فالمهر قد يكون مالا كثيرا لقوله تعالى: ﴿وَأَتَيْتُمَّ إِحْدَهُنَّ قِنطَارًا﴾⁽³⁾، وقد يكون يسيرا لحديث (اذهب فطلب ولو خاتما من حديد).

وعلى الرغم من عدم وجود دليل على تحديد المهر بحد أعلى فيجوز بأي مقدار بالغ في الكثرة إلا أن الإسلام أرشد إلى عدم التغالي في المهور، فقال صلى الله عليه وسلم: "أعظم النساء بركة أيسرهن صداقا"، وقال أيضا: "خير الصداق أيسره"⁽⁴⁾. فالمغالة في المهور وتكاليف الزواج تقف حائلا أمام رغبة الشباب في الزواج وتصدهم عنه، وهذا يؤدي إلى كثير من المفاسد الخلقية والاجتماعية، وإنه إذا كان المهر قليلا أو معقولا فإن الزواج لا يكون مستعصيا عند من يريده فيؤدي إلى الإكثار من الزواج الذي رغب الشارع فيه فيكون مستطاعا للفقراء، بخلاف ما إذا كانت المهور مغالى فيها فإن الزواج حينئذ لا يستطيعه إلا الأغنياء، فيكون الفقراء غير متزوجين لا تحصل المكاثرة التي

(1) الكاساني، بدائع الصنائع، ج3، ص 487.

(2) مالك، المدونة الكبرى، المرجع السابق، ص 252؛ ابن رشد، المرجع السابق، ج2، ص 16.

(3) سورة النساء، الآية 20.

(4) أخرجه أبو داود في كتاب النكاح، باب فيمن تزوج ولم يسم صداقا حتى مات، ج2، ص 408، رقم 2117، وابن حبان في صحيحه، كتاب النكاح، باب الوالي، ج9، ص 381، رقم 4072، أنظر، ابن حبان، أبو حاتم محمد البستي، صحيح ابن حبان بترتيب ابن بلبان، رتبة علاء الدين بن بلبان الفارسي، علق على أحاديثه شعيب الأرنؤوط، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط2، 1418هـ - 1997م.

أرشد إليها رسول صلى الله عليه وسلم بقوله: "تزوجوا الودود الولود فإني مكاثر بكم الأمم"⁽¹⁾.

فليتق الله الأولياء في بناهم وشباب الأمة في عدم التغالي بالمهور وتيسير شؤون الزواج، فالإسلام حض وندب إلى ذلك وإن لم يجعل له حدا في الكثرة، فكثرة المهر لا تدل على شرف المرأة كما لا تدل على وضاعتها، بل إن نصوص الشارع جعلت المرأة قليلة المهر أكثر بركة وشرفا من كثيرة المهر، ومما يؤسف له أن بعض المسلمين يطمعون في مهور بناهم ويأخذون بعضه وأحيانا لا يوافقون على زواج بناهم إلا إذا أخذوا جزءا من مهورهن، وقد ذكرنا فيما سبق أن المهر حق للمرأة ويحرم أن يؤخذ شيء منه إلا بموافقة المرأة ورضاها التام ولا يجوز اشتراط شيء من المال لأهل العروس لا بالعقد ولا خارجه، وبخصوص قانون الأسرة فإنه لم يجعل حد لأكثر الصداق ولا لأقله. بمعنى أنه استحضر البعد الرمزي للصداق وليس ثمنا للمرأة لأن الأساس هو بناء أسرة على أسس مستقرة وأساس الصداق هو تعبير الرجل على ملاءة ذمته المالية لأنه مقدم على التزامات مالية⁽²⁾.

أما بخصوص المشرع المغربي فإنه كان مقتنعا بالرأي الذي يقول أنه لا حد لأقل المهر ولا لأكثره عندما نص في الفقرة 02 من الفصل 17 من مدونة الأحوال الشخصية الملغاة على أنه: "لا حد لأقل المهر ولأكثره". غير أن هذه القاعدة لم تعد تنسجم في شقها المتعلق بأكثر الصداق مع المادتين 26، 28 من مدونة الأسرة التي توصي بعدم المغالاة في المهور، فطبقا للتشريع المغربي الحالي فإنه كل ما رضيت به الزوجة من مال صح أن يكون صداقا بشرط فقط أن يدخل في دائرة التعامل، لأن الصداق في حقيقة الأمر لا يجب أن ينظر إلى قيمته بقدر ما يجب أن ينظر إليه كرمز للتقدير والمودة⁽³⁾.

⁽¹⁾ أخرجه أبو داود في كتاب النكاح، باب النهي عن تزويج من لم يلد من نساء، ج2، ص 373، رقم 2050، والنسائي في كتاب النكاح، باب كراهية تزويج العقيم، ج6، ص 65، رقم 3224، قال الألباني، حديث حسن صحيح، في كتاب النكاح، باب النهي عن تزويج من لم يلد من النساء، أنظر، الألباني، صحيح سنن أبي داود، ج2، ص 386، رقم 1805.

⁽²⁾ محمد الأزهر، المرجع السابق، ص 130.

⁽³⁾ محمد الكشور، المرجع السابق، الكتاب الأول، ص 328-329.

ولم يحدد المشرع التونسي نصا للمال موضوع المهر إذ أقصى ما نص عليه صلب الفصل 12 من مجلة الأحوال الشخصية قبل تنقيحه في 12 جويلية 1993 "لا حد لأكثره ولا يجب أن يكون تافها" وقد رأى البعض في هذا الإلغاء تكريسا للمفهوم النفسي للمهر⁽¹⁾.

في حين اعتبره البعض الآخر حذفاً لا مبرر له ول فائدة تجنى من ورائه، بل هو حذف من شأنه أن يوقع البلبلة في أذهان الأجيال القادمة التي تشكو شيئا فشيئا من نقص فادح في تكوينها الفقهي⁽²⁾.

الفرع الثاني:

تعجيل المهر وتأجيله.

اتفق الفقهاء على جواز تعجيل المهر، أما التأجيل فاتفقوا على جواز تأجيل المهر كله أو بعضه، ولكل منهم شروط اشتراطها، والذي يهمنا هو تعديل جزء وتأجيل جزء آخر، حيث إن ذمة الزوج تبرأ بالمعجل، وتشغل بالمؤجل، والسؤال هنا متى تستحق الزوجة مؤخر صداقها؟ وأجيب على هذا السؤال من خلال النقاط الآتية:

1- إذا كان أجل تسليم المهر المؤخر معلوما كالسنة أو الدخول أو إلى ميسرة فإن حلول أجله مبني على أجل معلوم، وبحلول هذا الأجل تستحق المرأة حقها المالي المتعلق بمؤخر الصداق، وليس لها المطالبة به قبل حلول أجله سواء طلقت أم بقيت في النكاح⁽³⁾.

2- إذا لم يعين الأجل لتسليم مؤخر الصداق، والإطلاق بالأجل لجريان العرف على ذلك، فإن أجل المطالبة به هو الفرقة بالموت أو الطلاق فيحمل على ذلك فيصير كمعلوم الأجل، والعرف هنا يقضي بترك المطالبة به إلى ذلك الحين، فإذا أطلق الأجل وطلق

(1) جاء في تقرير لجنة التشريع حول مشروع قانون 12 جويلية 1993 "تجسيذا لحفظ كرامة المرأة اقتضى المشروع الاقتصار في التعريف بالمهر على ما يبرز مفهومه وخصائصه ومميزاته والفرق الذي ينتفع بمزاياه دون التعرض لمقداره أو تحديده لأدناه وأقصاه وحذف عبارات غير لائقة تشير إلى فكرة سابقة عن المرأة"، هيفاء القضامي، المرجع السابق، ص 65.

(2) هيفاء القضامي، المرجع السابق، ص 65.

(3) الكاساني، بدائع الصنائع، المرجع السابق، ج 3، ص 515، ابن قدامة، المرجع السابق، ج 9، ص 547.

الرجل زوجته فيكون مؤخر الصداق كالا، وكذلك الحال بالموت حيث يصلح حالا به⁽¹⁾.

3- إذا أجل تسليم المهر المؤجل إلى أجل معين وحصلت فرقة قبل حلول أجله فإذا كانت الفرقة بسبب الطلاق فإن الزوجة تنتظر الأجل، وتبقى ذمة الزوج مشغولة بهذا الحق المالي المتعلق بمؤخر الصداق بعد الطلاق لحين حلول أجله وأدائه، فهو كالدين لا يجوز المطالبة به قبل حلول أجله وموعده، فالطلاق في هذه الحالة لا يجعل المهر المؤخر حالا، أما إذا كانت الفرقة بسبب الموت فإن الموت يجعل المهر المؤجل حالا فيقطع الأجل المفروض لتأدية المهر المؤجل وتجعله حالا، وذلك لانتقال الحق في ذمة الزوج التي ذهبت بوفاة إلى تركته وتعلقه بها، فالوفاة تقطع الأجل، وتجعله حالا متعلقا بالتركة وهو دين يجب الإيفاء به.

ولقد ذهب المشرع الجزائري إلى ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من جواز التعجيل أو التأجيل ويكون دائما مع المحافظة على التسمية للصداق والتعيين حيث نصت المادة 15 من قانون الأسرة على أنه "يحدد الصداق في العقد سواء كان معجلا أو مؤجلا. فالمشرع لم يشترط شرطا في النوعين ولم يفرق بين التعجيل والتأجيل من حيث الآثار وإنما يستلزم تحديد الصداق في العقد.

وفي هذا الصدد تقضي المادة 30 من مدونة الأسرة بأنه يجوز الاتفاق على تعجيل الصداق أو تأجيله إلى أجل مسمى كالا أو بعضا"، "ويؤدي الصداق عند حلول الأجل المتفق عليه، وإذا لم يكن الصداق مؤجلا بأجل فلا يحل إلا بعد البناء، وللزوجة أن تمتنع عن البناء حتى يؤدي لها الزواج الصداق كله أو ما حل منه، كما يجوز لها أن تقبل على أن يبقى الصداق دينا في ذمة الزوج"⁽²⁾.

(1) الكاساني، بدائع الصنائع، المرجع السابق، ج3، ص 515، ابن قدامة، المرجع السابق، ج9، ص 551..

(2) المادة 31 من مدونة الأسرة المغربية.

وغالبا ما يكون الهدف من تأجيل الصداق هو إثقال كاهل الزوج وإرغامه بطريقة غير مباشرة على البقاء في العلاقة الزوجية وبالتالي ضمان حقوق الزوجة عند طلاقها أو تطليقها حيث يكون المطلق ملزم بأداء الصداق المؤجل مهما كان مقداره.

الفرع الثالث:

ولاية قبض المهر وأهلية الزوجة لقبض مهرها.

هل الزوجة أن تقبض صداقها؟ وهل هي أهل لقبضه؟ وفي حالة كونها ليست أهلا لقبضه فمن له ولاية القبض.

1- إذا كانت الزوجة غير راشدة أو مجنونة أو سفیهة فليس لها ولاية قبض المهر، لأن أهليتها في هذه الحالة تكون إما ناقصة أو معدومة، ويشترط لصحة قبض المهر أن يتم القبض من كامل الأهلية أي البالغ، العاقل، الراشد، والصغيرة والمجنونة والسفیهة لا يجوز لهن قبض المهر، لأنهن لسن أهلا للتصرف وفي إعطائهن المهر تضييع له⁽¹⁾.

والذي له ولاية القبض شرعا وقانونا في هذه الحالة هو الولي⁽²⁾، فترا ذمة الزوج من الحق المالي للزوجة ناقصة الأهلية، ويعتبر هذا الدفع صحيحا معتبر وليس للزوجة بعد ذلك مطالبته به ولو بعد البلوغ، بل لها أن تطالب وليها الذي قبض مهرها من زوجها. أما إذا دفع الزوج المهر لزوجته ناقصة الأهلية فإن ذمته لا تبرا من حق الزوجة المالي المتعلق بالمهر كما لو أنكرت القبض بعد البلوغ.

2- إذا كانت الزوجة بالغة عاقلة رشيدة اتفق الفقهاء على أن لها ولاية القبض بنفسها وتبرا ذمة الزوج بهذا القبض، ليس لأحد قبض مهرها إلا بتوكيل صريح منها باستثناء الأب والجد فلهما أن يقبضا مهرها، ما لم يصدر نهي صريح منها عن قبضه، وكذلك الحال كما لو سلمه لغيرها، فالمرأة إذا كانت رشيدة لم يكن لغيرها قبض مهرها، أو أي عوض تملكه بغير أذنها.

(1) ابن عابدين، المرجع السابق، ج04، ص 314.

(2) تنص المادة 81 من قانون الأسرة على أنه: "من كان فاقد الأهلية أو ناقصها لصغر أو جنون، أو عته، أو سفه، ينوب عنه قانونا ولي، أو وصي أو مقدم طبقا لأحكام هذا القانون".

أساس هذا الحكم أنّ الصداق يعتبر من المصالح المالية للزوجة، و هي محجور عليها في مصالحها المالية قبل أن تبلغ سنّ الرشد القانوني، فإذا رشدت استقلت بتدبير شؤونها المالية، ومن ضمنها الصداق، فتطالبه منه بالكثير أو بالقليل⁽¹⁾.

والعادات جرت بقبض الآباء مهور الإبكار ليجهزون لها، من غير معارضة بذاتهم والبركر عادة تستحي من المطالبة بقبض مهرها، كما تستحي من التكلم بالزواج، فجعل سكوتها رضا يقبض الأب لمهرها، ولكن إذا نمت فلا يملك الأب القبض، ولا تبرأ ذمة الزوج، لأن الدلالة لا تعتبر مع التصريح.

كيفما كان مقدار الصداق كثيرا أو قليلا، تعتبر الزوجة مالكة له تتصرف فيه كيف شاءت، كما يمكن لها أن تنازل عنه بكامله أو عن بعضه لزوجها أو تبرع به سواء لصالحه أو لغيره دون قيد إذا كانت لها أهلية التبرع. ولحاربة بعض الأعراف التي كانت سائدة في عدة مناطق بالمغرب منعت مدونة الأسرة⁽²⁾ الزوج من مطالبة زوجته بأثاث أو غيره مقابل الصداق الذي أصدقه إياها. وبخصوص هذه المسألة خالفت مدونة الأسرة المذهب المالكي الذي يجب على الزوجة دفع ما تقبضه من صداق في تجهيز نفسها بما جرى به العرف من فراش إلا أن مدونة الأسرة سارت في هذا المجال على غرار المذهب الحنفي الذي يلزم الزوج وحده بتجهيز مسكن الزوجية بكل ما يحتاجه ولكن الواقع الاجتماعي يعكس خلاف ما ينص عليه المشرع.

والمشرع التونسي بدوره اعتبر المهر ملك للمرأة حيث نص على ذلك في الفصل 12 من مجلة الأحوال الشخصية، وهذا التنصيص فيه حماية للذمة المالية للزوجة حتى لا يطمع أفراد أهلها فيما يدفع لها الزوج من مهر ولا يطالب الزوج نفسه بعد إتمام الزواج بما سبق له أدائه للزوجة بعنوان مهرها⁽³⁾.

(1) بلحاج العربي، أحكام الزواج، المرجع السابق، ص 271.

(2) تنص المادة 293 من مدونة الأسرة: "الصداق ملك للمرأة تتصرف فيه كيف شاءت، ولا حقّ للزوج أن يطالبها بأثاث أو غيره مقابل الصداق الذي أصدّقها إياه".

(3) انظر، محمد الحبيب الشريف، الرصيد القانوني لحقوق المرأة في تونس (1956، 1999)، دون دار طبع، دون سنة طبع، ص 104.

ولقد أكد فقهاء القضاء في تونس على ضرورة التمييز من الناحية القانونية بين المهر وهديّة الخطبة أو هديّة الزواج، لأن التمييز في الواقع غير واضح بين هذه المسائل المتشابهة، نتيجة تشابك الممارسات وتداخل التقاليد.

فقد أكدت محكمة التعقيب في أحد قراراتها أن كل ما يعتبره العرف جزء من المهر لا يأخذ حكم الهدية التي يقدمها الخاطب من تلقاء نفسه تودداً ومجاملة، وتأسيساً على ذلك يتوجب على حكام الأصل التعرف على نوع الأشياء التي يقدمها الخطيب هل هي من قبيل الشوار والشرط المتعارف أو أنها قدمت على سبيل الهدية تطبيقاً لأحكام الفصل 123 من مجلة المرافعات المدنية والتجارية⁽¹⁾.

المطلب الثالث:

أنواع المهر

تكلمنا فيما سبق عن حق المرأة في المهر، وأن لها أن تتصرف فيه كيفما شاءت دون ولاية لأحد عليها فهو ملك خاص بها، والإسلام لم يكتف بذلك بل ضمن لها هذه الملكية، كما لو لم يدخل بها وسمى لها مهراً وفارقها بموت أو طلاق، أو دخل بها ولم يسم لها مهراً وفارقها بموت أو طلاق، وليبان ضمان الإسلام للمرأة حقها في ملكية المهر في هذه الحالات والمقدار الواجب منه لا بدّ لنا من الحديث عن أحوال المهر.

والمهر إما أن يكون مسمى أو غير مسمى، والمهر المسمى إما أن يجب كله وإما أن يجب نصفه، وإما أن لا يجب شيء منه ويسقط والمهر غير المسمى إما أن يجب مهر المثل وإما أن تجب المتعة.

الفرع الأول:

المهر المسمى وحالاته

المهر المسمى هو الذي يتفق عليه عند إبرام عقد الزواج ويجوز أن يكون قليلاً أو كثير فكل ما رضيت به الزوجة ووليها صح أن يكون صداقاً ولو كان تافهاً لأن الصداق

(1) محكمة التعقيب، 14 أبريل 1970، عدد 6924، نشرة القضاء والتشريع 1971، عدد 01، ص 59.

لا ينظر إلى قيمته المالية بقدر ما ينظر إليه كرمز للتقدير والمودة وشعار لبناء الأسرة⁽¹⁾. والمهر المسمى له عدة حالات إما أن يجب كله أو نصفه أو أن يسقط ولا يجب شيء منه.

أولاً: أن يجب كله.

يجب المهر المسمى للمرأة كاملاً في الحالات الآتية:

1- الدخول: أجمع الفقهاء⁽²⁾ على حكم أحقية الزوجة في الزواج الصحيح لكامل ما تمت تسميته من مهر لها، متى وقع الدخول بها، ودليل ذلك من القرآن قوله تعالى: ﴿وَإِنْ أَرَدْتُمْ أَنْ تَبْدُلُوا زَوْجَكُمْ مِمَّا كَانَتْ زَوْجِ وَءَاتَيْتُمْ إِيَّاهُنَّ قِنطَارًا فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا﴾⁽³⁾. والمعنى: أنه إذا أراد أحدكم أن يفارق زوجته ويستبدل مكانها غيرها فلا يأخذ مما أصدق الأولى شيئاً ولو كان قنطاراً. وقوله تعالى: ﴿وَكَيْفَ تَأْخُذُونَهُ وَقَدْ أَفْضَى بَعْضُكُمْ إِلَى بَعْضٍ وَأَخَذْنَ مِنْكُمْ مِيثَاقًا غَلِيظًا﴾⁽⁴⁾. حيث فسر الإفضاء بالجماع⁽⁵⁾.

فعلى الزوج أن يبادر بأداء المهر المسمى إذا وطئ زوجته لتبرئة ذمته من حق المرأة المالي المتعلق بالمهر، وكذلك لو طلقها بعد الوطء فعليه أداء المهر كله. أمّا إذا توفي بعد الوطء ولم يؤد المهر فعلى الورثة والأوصياء دفع المهر لها من التركة ومن الأدلة على وجوب المهر المسمى كله بالوطء ما يلي:

(1) أحمد الخليلي، المرجع السابق، ص 141.

(2) انظر، الغزالي، أبو حامد محمد بن محمد، الوجيز في فقه الإمام الشافعي، تحقيق علي معوض، عادل عبد الموجود، ط 01، ج 02، دار

الأرقم، بيروت، 1997، ص 31.

(3) سورة النساء، الآية 20.

(4) سورة النساء، الآية 21.

(5) انظر، الكاساني، بدائع الصنائع، المرجع السابق، ص 521.

1- أن المهر يجب بالعقد، وصار ديناً في ذمة الزوج، والدخول لا يسقطه لأنه استيفاء المعقود عليه وهو الاستمتاع، واستيفاء المعقود عليه يقرر البذل وهو المهر ولا يسقطه كما في الإجارة.

2- لأن المهر يتأكد بالدخول في العقد الفاسد، فأولى أن يتأكد بالدخول في النكاح الصحيح⁽¹⁾.

وقد نص قانون الأسرة الجزائري في المادة 16 على أنه تستحق الزوجة الصداق كاملاً بالدخول..."، وهو ما سار عليه القضاء الجزائري حيث جاء في إحدى القرارات أنه "من المقرر فقهاً وشرعاً أن الزوجة تستحق الصداق كاملاً بمجرد الدخول واختلاء الزوج بها، ومن ثم فإن القضاء بخلاف هذا المبدأ يعد خرقاً لأحكام الشريعة.

ولما كان ثابتاً في قضية الحال، أن الزوج لم يدخل بزوجته بعد انتقالها إلى داره بكونه كان في حالة انتقال، مما يتعدى إتمام الخلوة ومن ثم فإن المجلس القضائي لما قضى بالطلاق واستحقاق الزوجة لكامل صداقها يكون بقضائه كما فعل خرق القواعد الشرعية وانتهك النصوص القانونية، ومتى كان ذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه"⁽²⁾.

أما مدونة الأسرة المغربية نصت على أن الزوجة تستحق الصداق بكامله إذا دخل بها الزوج دخولاً حقيقياً بعد العقد عليها عقداً شرعياً. ويلاحظ أن مدونة الأسرة قد استبدلت مصطلح الدخول بمصطلح البناء لأنه حسب واضعي مشروع مدونة الأسرة يمس بقدر وكرامة المرأة، ولو أنه مصطلح قرآني⁽³⁾.

ولقد أضفى المشرع التونسي على المهر بعد الدخول صفة الدين وبالتالي تعتبر هذه الواقعة مؤكدة له بعد وجوبه بمجرد العقد مما يجعله ديناً قائماً لا يسقط إلا بالوفاء أو الإبراء.

(1) الكاساني، بدائع الصنائع، المرجع السابق، ص 512.

(2) انظر، م.ع، غ.أ.ش، 1988/05/09، ملف رقم 49283، المجلة القضائية، 1992، عدد 02، ص 44.

(3) محمد الشافعي، المرجع السابق، ص 143.

لقد تعرض المشرع التونسي لمسألة الدخول وعلق عليها تحقق العديد من الآثار القانونية إلا أنه كدأبه لم يعرفها وترك للقاضي مطلق الاجتهاد في تحديد مفهومها⁽¹⁾. هذا وقد ناقشت محكمة التعقيب ومحاكم الأصل مسألة الدخول في عديد المرات. بمناسبة يفصل في النزاعات المتعلقة خاصة بالنفقة، إذا كثير ما يسعى الزوج إلى نفي واقعه الدخول حتى يتنصل من مسؤوليته في الإنفاق وحماية منها للزوجة فقد اتجهت محكمة التعقيب في مرحلة أولى إلى التوسيع في مدلول الدخول فطابقت بينه وبين مدلول الخلوة في الفقه الإسلامي وهو ما يبرز من خلال القرار التعقيبي المدني المؤرخ في 20 فيفري 1973 يعتبر الدخول حاصلًا بين الزوجين إذا اختلى زوج بزوجه وأرثى عليها الستر⁽²⁾. لكن تراجع بعد ذلك وهذا ما سنراه فيما بعد.

2- **الخلوة الصحيحة:** تتحقق بين الزوجين باجتماعها منفردين في ظروف تتيح للزوج فرصة الدخول دخولًا حقيقياً بامرأته، وهما أمان مفاجأة الغير لهما، ودون أن يكون هناك مانع حسب كالمريض الشديد أو الحيض أو مانع شرعي كالصيام في شهر رمضان⁽³⁾.

غير أن الفقهاء اختلفوا في اعتبار الخلوة الصحيحة مؤكدة لوجوب الصداق بأكمله كما في الزواج الصحيح، فالحنفية ترى أنه إذا اختلى الزوج بزوجه يكون لهذه الأخيرة الصداق كاملاً كما هو الشأن في الدخول الحقيقي.

وبالنسبة للمالكية والشافعية، فإن الخلوة الصحيحة لا تؤكد الصداق بكامله للزوجة طالما الدخول الفعلي لم يقع لأن هذا الدخول في نظرهم هو الذي يؤكد حق الزوجة في الصداق كاملاً، غير أن المالكية أخذت موقفاً وسطاً إذ ترى أنه إذا مكث الزوج والزوجة مدة السنة على الأقل واستمتع بها دون دخول حقيقي، فإن الزوجة

⁽¹⁾ MASSAOUDI Salaheddine, La consommation du mariage en droit tunisien, DES droit privé, Tunis, 1979, p 50.

⁽²⁾ قرار تعقيبي، 20 فيفري 1973، عدد 9294، النشرة لسنة 1973، قسم مدني، جزء 01، ص 129.

⁽³⁾ انظر، صلاح الدين زكي، أحكام قانون الأسرة في الفقه الإسلامي والتشريع المغربي، دون دار طبع، 1985، ص 117.

تستحق حينئذ الصداق بكامله، فالملكية تعتبر إقامة الزوجين، معاً لمدة لا تقل على سنة كالدخول الحقيقي في استحقاق الصداق بكامله.

أما قانون الأسرة الجزائري، فإنه لم يشر إلى الخلوة الصحيحة كمناط لاستحقاق الصداق بكامله، غير أنه بالرجوع إلى قرارات المحكمة العليا نجد أنها سوّت بين الدخول والخلوة الصحيحة في استحقاق كامل الصداق، حيث جاء في إحدى القرارات أنه: "من المتفق عليه فقهاً أن الخلوة الصحيحة توجب جميع الصداق المسمى، ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بما يثيره الطاعن بعد إتمام الدخول بزواجه غير مبرر ويستوجب رفضه، ولما كان ثابت من وقائع الدعوى أن الطرفين عاشا كزوجين في الخارج أثناء قضاء شهر العسل وفي الداخل بمحل الزوجية لمدة طويلة في فراش واحد، الأمر الذي يتقرر به كامل الصداق ويترتب عليه توابع العصمة، وبما أن قضاة الاستئناف اعتبروا الزواج بين الطرفين صحيحاً وصرحوا بالطلاق بينهما فإنهم بقضائهم كما فعلوا يستو قرارهم وخولوه أساساً شرعياً.

ومتى كان ذلك استوجب رفض الطعن"⁽¹⁾.

وجاء في قرار آخر أنه: "من المقرر شرعاً أن انتقال الزوجة إلى بيت الزوجية واختلاء الزوج بها في بيته وغلق بابها عليها وهو ما يعبر عنه شرعاً (بإرخاء الستور) أو "خلوة الاهتداء" يعتبر دخولاً فعلياً يترتب عليه الآثار الشرعية وتنال الزوجة كامل صداقها..."⁽²⁾.

فمن خلال القرارات سالفة الذكر نفهم بأن الخلوة الصحيحة توجب كامل الصداق مثلها مثل الدخول فكان على المشرع الجزائري النص عليها في المادة 16. أما مدونة الأسرة المغربية، فإنها لم تشر هي الأخرى إلى الخلوة الصحيحة، كمناط لاستحقاق الصداق بكامله وذلك بالرغم من أن الاجتهاد القضائي بالمغرب استقر على أحكام المذهب المالكي في هذا المجال عندما قضى المجلس الأعلى بأن "تقدير الحجج

(1) انظر، المجلس الأعلى، غ.أ.ش، 1983/11/19، ملف رقم 35107، المجلة القضائية، 1990، عدد 02، ص 55.

(2) انظر، م.ع، غ.أ.ش، 1989/10/12، ملف رقم 55116، المجلة القضائية، ن 1991، عدد 01، ص 34.

خاضع لسلطة المحكمة، وأنه يتبين من دراسة الملف أن المستأنف عليها قد أصبحت ثيباً حسب الحججة (الشهادة الطبية) وحيث ثبت تبادل الزيارة بين المستأنف والمستأنف عليها حسب الحججة (لفيف)، وحيث أن العادة الجارية الآن هو اتصال العاقدين للزواج في يوم العقد، وقليل من لم يتصل أو نادر، والنادر لا حكم له، وحيث أن لعادة محكمة، وأن الدخول ثبت منذ زيارتها له في داره إذ مظنة الدخول هو الاختلاء وليس مقصورياً على وليمة الزفاف فحسب"⁽¹⁾.

وفي قرار آخر قضى المجلس الأعلى بالصدّاق كاملاً للمطلقة قبل البناء لأنها ادعت في مقالها أن الزوج "كان يعاشرها معاشرة الأزواج، ومعنى ذلك يقول (المجلس الأعلى) أنه كان يمسه كما هو الشأن في المعاشرة المذكورة فحكم لها بالصدّاق كاملاً مع إلزامها بأداء اليمين على أن الزوج مسها حين اختلائه بها"⁽²⁾.

وفي السياق ذاته قضى نفس المجلس بأن "مرافقة الزوجة في السفر والتنقل بها يعتبر شاهداً عرفياً يؤيد التلقية المدلى بها لإثبات الخلوة والقول قولها في ادعاء المسبب بعد يمينها، بالمسيب بعد الخلوة تستحق كامل الصدّاق والمتعة ويتعرض للنقض الحكم الذي اعتبر أن الخلوة كافة وحدها، لاستحقاق الصدّاق والمتعة دون أداء اليمين"⁽³⁾.

"فإثبات الخلوة خاضع للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع، ومتى ثبتت الخلوة ترتب على ذلك وقوع البناء"⁽⁴⁾.

وسميت الخلوة بذلك للهدوء، أي السكون، لأن كل واحد منهما اهتدى للآخر وسكن إليه واطمئن كما تسمى هذه الخلوة أيضاً بإرخاء الستور، فإذا ما ادعت الزوجة الوطء في هذه الحالة فالقول قولها إن لم تكن متلبسة بمانع شرعي كالحيض والإحرام،

(1) انظر، المجلس الأعلى، 08 دجنبر 1975، ملف رقم 47508 (غير منشور) مقتبس عن محمد الشافعي، المرجع السابق، ص 146.

(2) انظر، المجلس الأعلى، قرار صادر في 06 ماي 1977، مجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 20، ص 179.

(3) انظر، المجلس الأعلى، 27 ماي 1985، مجموعات قرارات المجلس الأعلى الأحوال الشخصية، 1983-1995، ص 140.

(4) انظر، المجلس الأعلى، 22 شبتمبر 1980، مجلة قضاء المجلس الأعلى، العدد 27، ص 151.

وتصديقها هذا آت من أن الرجل عادة إذا خلى بزوجته لأول مرة لا يعقل أن يتركها أو يفارقها قبل الوصول إليها، لذا كان التصديق إلى جانبها هي ما دامت بالغة رشيدة. ولقد ذهب المجلس الأعلى إلى أن الزوجة إذا ادعت المسيس يوم الدخول بها وأنكر الزوج ذلك فإن القول قولها يمينها، وإن حالت استحقت الصداق كاملاً، وأن نكلت حلف الزوج وأخذت نصف الصداق، فإن نكل صدقت هي واستحقت كامل الصداق⁽¹⁾.

ونفس الحكم ذهب إليه القضاء المغربي حيث جاء في أحد القرارات أنه من "المقرر شرعاً أن ثبوت الخلوة الشرعية قرينة على الوطاء وأن الزوجة مصدقة بيمينها في ادعائها ولو كانت متلبسة بمانع شرعي كالحيض وغيره فأحرى إن كان المانع غير ذلك كالمرض، والمحكمة لما ثبت لها حصول الخلوة وصدقت الزوجة بيمينها في ادعائها الوطاء، وقضت لها بكامل صداقها تكون قد طبقت القواعد الشرعية المقررة"⁽²⁾.

أما بخصوص المشرع التونسي فقد اتجهت محكمة التعقيب في مرحلة أولى إلى التوسيع في مدلول الدخول فطابقت بينه وبين مدلول الخلوة في الفقه الإسلامي وهو ما يبرز من خلال القرار التعقيبي المؤرخ في 20 فيفري 1973 السالف الذكر. لكن سرعان ما تراجع عن هذه التسوية المجردة وأرقت الخلوة بشرط الإشهار بالنظر إلى ما قد يسفر عن هذه التسوية من تجاوزات بسبب إقدام البعض على الاختلاء بدون علم الخاص والعام. وهو ما يبرز عبر عديد القرارات التعقيبية حيث اعتبرت في إحداها "أن الزفاف لا يكون إلا إذا اختلى الزوج بزوجته خلوة صحيحة أي أغلق الباب وأرخص الستائر وأشهر ذلك بما جرت به العادة حيث يعلم ذلك الخاص والعام والقريب والبعيد ويخرج بذلك عن نكاح الستر المنهي عنه"⁽³⁾.

(1) انظر، المجلس الأعلى، غ.أ.ش، 1984/11/19، ملف رقم 3262، المحلة القضائية، 1990، عدد 01، ص 75.

(2) المجلس الأعلى 2009/06/17، عدد 314 في الملف عدد 08/206 مشور نشرة قرارات المجلس الأعلى عرف الأحوال الشخصية والميراث، ص 141، مقتبس عن محمد بفقير مدونة الأسرة والعمل القضائي المغربي، ط02، منشورات دراسات قضائية العدد الأول 2011، ص 43-44.

(3) محكمة التعقيب، 1988/12/13، عدد 21420، النشرة 1989 قانون مدني، ص 196.

وفي الأخير نقول أن الخلوة الصحيحة كمؤكدة للصدّاق كله إنما استمدت أصلاً من خلال قرارات فقه القضاء. لكن كان من الأحسن إدراجها في نصوص قوانين الأسرة المغربية ولو بعد التعديلات التي عرفت هذه الأخيرة حتى لا يبقى مجال للاختلاف بشأنها.

3- موت أحد الزوجين قبل البناء: حيث يجب المهر المسمى كله في حالة موت أحد الزوجين قبل الدخول بالاتفاق بين الفقهاء⁽¹⁾، والمهر المسمى يجب كله بالموت قبل الدخول، لأنه وجب بالعقد والعقد لم يفسخ بالموت وقد استدلوا على ذلك بما يلي:

1- عن معقل بن سنان: (أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى في بروع بنت واشق، وكان زوجها مات ولم يدخل بها، ولم يفرض لها صداقاً فجعل لها مهر نساءها لا وكس ولا شطط).

2- لأن الموت أتمى عقد الزواج مقرراً كل أحكامه ومنها الميراث فيتقرر ويثبت به.

3- لأن المهر لما وجب بنفس العقد صار ديناً عليه، والموت لم يعرف مسقطاً للدين في أصول الشرع، فلا يسقط شيء من المهر بالموت كسائر الديون.

ولقد أخذت قوانين الأسرة بما أجمع عليه الفقهاء بأنه يجب المهر جميعه بموت أحد الزوجين حيث نصت المادة 16 من قانون الأسرة: تستحق الزوجة الصداق كاملاً بالدخول، أو بوفاة الزوج...". وهو ما نصت عليه أيضاً المادة 32 من مدونة الأسرة المغربية حيث جاء محتواها: "تستحق الزوجة الصداق كله بالبناء أو الموت قبله".

أما بالنسبة لمجلة الأحوال الشخصية التونسية لم تنص على هاته الحالة فنجد الفصل 13 ينص على أنه "ليس للزوج أن يجبر المرأة على البناء إذا لم يدفع لها المهر ويعتبر المهر بعد البناء ديناً في الذمة لا يتسنى للمرأة إلا المطالبة به فقط ولا يترتب عن تعذر الوفاء به الطلاق".

(1) انظر الكاساني، بدائع الصنائع، المرجع السابق، ج 03، ص 526.

ويمكن القول هنا أنه مادام المهر يعتبر ديناً في ذمة الزوج في حالة عدم دفعه بعد البناء فإنه يعتبر كذلك ديناً في حالة الوفاة قبل الدخول.

بالنسبة لقرارات المحكمة العليا نجد أنها طبقت المادة 16 من قانون الأسرة حيث جاء في إحدى القرارات أنه من المقرر شرعاً أن الزوجة تستحق كامل الصداق إذا توفي الزوج قبل الدخول دون أن يحكم بفسخ العقد والطلاق ومن ثم فإن النفي على القرار المطعون فيه بانتهاك القواعد الشرعية غير سديد.

ولما كان ثابت في قضية الحال، أن زوج المطعون ضدها توفي قبل الدخول دون أن يحكم بفسخ العقد أو بالطلاق، فإن قضاة المجلس برفضهم طلب أب الزوج باسترجاع نصف الصداق لوفاة ابنه قبل الدخول طبقوا المبادئ الفقهية تطبيقاً سليماً، ومتى كان ذلك استوجب رفض الطعن⁽¹⁾.

غير أن الفقهاء اختلفوا فيما إذا توفي الزوج قبل البناء وقبل تسمية الصداق، ففي هذه الحالة يرى الحنفية أن الزوجة تستحق صداق المثل كاملاً، في حين قرر المالكية أنها لا تستحق أي صداق وإنما تجب لها المتعة فقط.

ويبدو أن المشرع الجزائري قد عول على مذهب الأحناف بشأن الحالة موضع النظر أيضاً، فأثبت للمرأة فيها أحقيتها لمهر المثل بالكامل وذلك إذ قضى بعبارة عامة المدلول بأن "تستحق الزوجة الصداق كاملاً بالدخول، أو بوفاة الزوج"، وذلك دون أن ينص على استبعاد الحالة المقصودة من عموم حكم النص، وهو ما ذهب إليه أيضاً المشرع المغربي في نص المادة 32 تستحق الزوجة الصداق كله بالبناء أو الموت قبله.

لكن لنا أن نتساءل عن ما حكم المهر إذا قتلت المرأة نفسها. اختلف الفقهاء في هذه المسألة على مذهبين: ذهب جمهور الفقهاء إلى أن المهر يتأكد إذا قتلت المرأة نفسها، ولا يسقط عن الزوج شيء منه بقتل نفسها، بل يجب جميعه ودليلهم أن فوات

(1) انظر المجلس الأعلى، غ.أ.ش، 1987/03/09 ملف رقم 35301، المجلة القضائية، عدد 03، ص 06.

حق الزوج على زوجته إنما يكون بموت الزوجة فعلا، وعند إزهاق روحها يتعلق حق ورثتها بالمهر، فلا يحتمل السقوط بفعلها، إذ أن الإنسان لا يملك إسقاط حق غيره.

أما المذهب الثاني هو ما ذهب إليه زفر من الحنفية والشافعية في قول⁽¹⁾. إلى أن المهر يسقط لأنها فوتت حق الزوج عليها بجنايتها على نفسها فيسقط حقها في المهر، ما لم يكن قد تأكد بالدخول أو الخلوة قبل ذلك ولأن قتلها نفسها كارتدادها وهي إذا ارتدت قبل الدخول سقط جميع مالها⁽²⁾.

لا يوجد في القوانين العربية نص على هذه المسألة، والذي يتضح من هذه القوانين إنها تضمنتها في المواد التي أوجبت المهر في حالة الوفاة وذلك بأخذ برأي جمهور الفقهاء.

ما حكم المهر إذا قتلت الزوجة زوجها عمدا؟

إذا قتل أحد الزوجين الآخر دون قصد، فالمهر يتأكد جميعه، أما إذا قتلت الزوجة زوجها عمدا هل يتأكد المهر أم يسقط؟

اختلف الفقهاء في هذه المسألة على رأيين:

ذهب أصحاب الرأي الأول إلى أن المهر لا يسقط إذا قتلت المرأة زوجها بل يتأكد كله وقد استدلوا على ذلك بما يلي:

- ما رواه معقل بن سنان: أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى في بروع بنته واتسق، وكان زوجها مات ولم يدخل بها، ولم يفرض لها صداقا فجعل لها مهر نسائها لا وكس ولا شطط.

- لأن القتل وإن كان جناية فإن له عقوبة مقررة وهي القصاص، فلو قلنا بسقوط مهرها لأوجبنا عقوبة زائدة لم تقرر شرعا وهو غير جائز.

أما أصحاب الرأي الثاني رأوا أن المرأة إذا قتلت زوجها عمدا فإنها تحرم من الميراث وحجتهم أنها أهدت الزواج بمعصية فوتت بها على زوجها حقه وإنهاء الزواج بهذه

(1) الكاساني، بدائع الصنائع، المرجع السابق، ج 02، ص 294.

(2) جميل فخري محمد جاتم، المرجع السابق، ص 144.

الصورة من قبلها يسقط المهر متى كان قبل الدخول، كما إذا ارتدت بعد العقد وقبل الدخول.

ونفس الشيء بالنسبة لهذه المسألة لم يرد نص في القوانين المغاربية⁽¹⁾. حولها فيعمل بالراجع مما اعتمده المذاهب الفقهية.

ثانياً: أن يجب نصف المهر.

اتفق الفقهاء على أن الرجل إذا طلق زوجته قبل الدخول وقد سمى لها مهراً في العقد أو فرضه لها بعد العقد باتفاقهما فإن للزوجة في هذه الحالة نصف المهر، وذلك بقوله تعالى: ﴿ وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ ﴾⁽²⁾.

وهذا النص لا خلاف فيه فيجب العمل به، وعليه إذا طلق الرجل زوجته بعد أن سمى لها المهر وقبل الدخول فعليه أداء حق الزوجة المالي الثابت في ذمته في هذه الحالة وهو نصف المهر، وإذا كان قد أدى إليها المهر كله وجب عليها أن تبرئ ذمتها من حقه برد نصف المهر إليه، وله أن يسامحها بكل المهر ولها أن تبرئه من النصف الواجب لها حيث أرشد القرآن في حالة الطلاق قبل المسيس وتسمية المهر إلى أداب منها ترغيب كل من الزوجين للعفو والمسامحة عما يجب له لقوله تعالى: "إلا أن يعفون أو يعفو الذي بيده عقدة النكاح" وحتى لا تكون العلاقة عبارة عن ربط وحل بين الرجل والمرأة، يطلق ساعة يشاء قبل الدخول بالمرأة فيتركها تندب حظها التعس مما يدفعها لأن تفقد الثقة بالرجال، فقد وضع الإسلام حداً لهؤلاء الذين يجعلون المرأة لعبة يلهون بها يعقدون عليها ويطلقونها متى شاءوا بأن فرض على المطلق قبل الدخول نصف المهر المتفق عليه، فإيجاب نصف المهر عند الطلاق قبل الدخول فيه معنى المفارقة بالمعروف التي أمر الله بها في قوله:

(1) أخذ مشروع قانون الأحوال الشخصية الإماراتي، بما ذهب إليه المالكية من منع الزوجة من المهر إذا قتلت زوجها حيث جاء في المادة

50 منه: "إذا قتلت الزوجة زوجها قتلاً مانعاً من الإرث نسقط المهر كله، ويسترد منها ما قبضته".

(2) سورة البقرة، الآية 235.

﴿ فَأَمَّا سَكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرَحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ ﴾⁽¹⁾، وفيه تطييب لخاطر المرأة التي طلقت بغير طلب منها.

والحكمة من وجوب نصف المهر في هذه الحالة أنه بالطلاق قبل الدخول عادا المعقود عليه البضع إلى الزوجة سالما فينبغي أن يسقط المهر كله: ومن جهة أخرى فإن الزوج بهذه الفرقة فوت على نفسه أخذ بالاعتبار هاتين الحالتين فأوجب نصف المهر للزوجة تعويضا لها عن ألم الفراق، وأسقط نصفه الآخر لعود المعقود عليه إليها سالما دون أن تفقد شيئا⁽²⁾.

وهذا يدل على دقة الأحكام في التشريع الإسلامي وأنها شرعت لتحقيق مصالح العباد في العاجل والأجل معا وأن الضرورة تقدر بقدرها، وكذلك المصلحة والمفسدة تقدر بقدرها، وأنه لا ضرر ولا ضرار، فتطبيق هذه القواعد الفقهية واضح في تقرير نصف المهر على الزوج في حالة الطلاق قبل الدخول.

ولقد فنن كل من المشرع الجزائري والمشرع المغربي أحكام الآية الكريمة حيث نصت المادة 16 من قانون الأسرة الجزائري على أنه تستحق الزوجة نصفه عند الطلاق قبل الدخول". وهو نفس ما ذهبت إليه الفقرة الثانية من المادة 32 من مدونة الأسرة المغربية.

وهو ما ذهب إليه المجلس الأعلى في إحدى قراراته⁽³⁾. حيث جاء فيه أنه من المقرر شرعا أن الزوجة المطلقة بعد الدخول بها تستحق كامل صداقها، إما إذا لم يقع الدخول بها فلا تستحق إلا نصفه، ولا يعتبر دخولا ما يقع بين الزوجين، قبل إبرام الزواج من علاقات جنسية بل هو مجرد عملا غير شرعي لا يثبت عنه نسب الولد، وعليه إبرام عقد الزواج لأي تناقض بيت إثبات الزواج ونفي الولد عن الزوج.

(1) سورة البقرة، الآية 231.

(2) أنظر الكاساني، بدائع الصنائع، المرجع السابق، ج03، ص 532-533.

(3) أنظر المجلس الأعلى، غ.أ.ش، 1984/11/19، ملف رقم 34046 المجلة القضائية، 1990، عدد 01، ص 67.

وبما كان القرار المطعون فيه قضى بتصحيح عقد الزواج بعد إثبات توافر أركانه وبنفي نسب الولد فإنه بقضائه بكامل هذا كان مطبقا لأحكام الشريعة الإسلامية. أما من حيث قضائه بكامل الصداق للزوجة المطلقة قبل الدخول بها أنه يعد خروجاً عن هذه المبادئ مما يؤدي إلى نقضه وإبطاله في هذه الجزئية فقط".

أما بخصوص المشرع التونسي فهو الآخر قد أقر حق الزوجة في نصف الصداق في حالة وقوع الطلاق قبل الدخول لكن بشرط أن يكون المهر مسمى بالعقد باعتبار اقتصار الفصل 33 من مجلة الأحوال الشخصية على الحكم بإرجاع نصف المهر المسمى وهذا خلافاً للمشرع الجزائري والمغربي حيث جاء النص عام بمعنى ذلك يشمل المهر المسمى أو غير مسمى.

فلقد جاء الفصل 33 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية مؤكداً هو الآخر على أهمية مؤسسة الدخول وهو ما ينسجم مع فلسفة المشرع في تناوله تأثير البناء على الالتزامات المالية المترتبة مع قيام الزواج أو انحلاله إذ أن الدخول في هذه الحالة هو المحدد لقيمة المهر المسترد كلاً أو بعضاً إلا أن تحديد ميدان تطبيق الاسترداد الجزئي للمهر بالطلاق قبل البناء لا يكفي للإحاطة بأحكام هذا الإرجاع بل لابد من توفر شرط في المهر موضوع الاسترداد بأن يكون المهر مسمى بالعقد باعتبار اقتصار الفصل 33 على حكم إرجاع نصف المسمى منه، فإن خلت التسمية انتفى شرط من شروط الاسترداد الجزئي للمهر، والسؤال الذي يطرح ما حكم المهر في حالة عدم تسميته مع وقوع الطلاق بين الزوجين قبل البناء؟

إن حكم تسمية المهر يتصف بالتميز في القانون التونسي إذ أن الفصل 3 من المجلة قد ارتفع به من مجرد الأمر المستحب إلى شرط الصحة والمشرع بفرضه المهر المسمى صلب الفصل 33 من المجلة كشرط الاسترداد الجزئي إنما كان منسجماً مع رؤيته للطبيعة القانونية للتسمية وعليه فلا غرابة أن اعتبر المشرع مقتصرًا في أحكام الإرجاع على المهر المسمى دون غيره لغاية مدروسة سابقاً.

وبالتالي فهو يبدو في اشتراطه التسمية معزرا لجزاء البطلان النسبي للعقد الذي توصل إليه الفقه انطلاقا من الفصل 3 من المجلة بجزء آخر هو انتفاء المطالبة باسترداد المهر، إلا أن هذه النتيجة من الممكن التوصل إليها من قراءة الفصل 33 و3 من المجلة ومن الممكن أن تجد ما يناقضها صلب الفصل 22 الذي رتب عن الدخول في الزواج الفاسد استحقاق المهر المسمى أو تعيين مهر لها من طرف القاض وبالتالي فهذا الحل الذي أقره المشرع للمرأة في صورة انتفاء التسمية من الممكن نقله لسد الثغرة التي تركها في أحكام استرداد المهر صلب الفصل 33 وعليه فإنه إذا لم يوجد المسمى فالمرأة تستحق نصفه ما يعينه لها القاضي بمثابة المهر، ورغم أن نقل حكم الفصل 22 من المجلة لقراءة الفصل 33 من شأنه أن يشكك في القيمة التي أضفاها المشرع على التسمية كشرط صحة المهر، إلا أنه يبدو الحل الأكثر ملاءمة مع الفلسفة الحمائية التي دأب عليها المشرع في نظريته لحقوق المرأة⁽¹⁾.

ثالثا: أن يسقط ولا يجب منه شيء.

1- اتفق الفقهاء على أن المهر يسقط كله إذا حصلت الفرقة قبل الدخول بسبب المرأة كما لو ارتدت أو كان زوجها كافرا وأسلمت، فكل فرقة حاصلة من قبل الزوجة أو بسبب منها قبل الدخول تسقط المهر، وذلك لأن الفسخ لما كان من جهتها فلا تستحق شيئا، لأنها كالبائع الذي امتنع عن تسليم المبيع لا يستحق شيئا⁽²⁾. أما إذا كان الفسخ قبل الدخول بسبب عيب في أحد الزوجين فاختلف الفقهاء في هذه المسألة:

أ- ذهب المالكية والشافعية والحنابلة إلى أن الخيار ثبت للزوج إذا ظهر عيب في زوجته، وكذلك للزوجة، إذا ظهر عيب في الزوج، وفي هذه الحالة يسقط المهر كله، وحققتهم في ذلك: أن الفسخ إن كان من قبل الزوج لم تستحق شيئا من المهر لأن الفرقة جاءت من جهتها، فهي التي اختارت الفسخ، فكانت: كالبائع الذي امتنع عن تسليم المبيع، فلا

(1) أنظر هيفاء القضاوي، المرجع السابق، ص 148.

(2) أنظر ابن رشد، بداية المجتهد، المرجع السابق، ج 02، ص 20، 21.

تستحق البدل (المهر)، وأما إذا كان الفسخ من قبل الزوج، فهو فسخ قائم فيها فكان كفسخها، وكذلك لأنها هي التي دلست عليه بإخفاء العيب⁽¹⁾.

ب- ذهب الحنفية إلى أن الزوج لا خيار له بحال، لأنه يقدر على التخلص من الزوجة بالطلاق، وأما المرأة فلها أن تطلب التفريق إذا وجدت به عيبا كالجب والعنة، وهذا التفريق طلاق يوقعه القاضي عليه نيابة عنه إن أبي⁽²⁾.

2- الإبراء عن كل المهر بعد الدخول: إذا كانت الزوجة من أهل التبرع، وكان المهر دينا في ذمة الزوج، لأن الإبراء إسقاط والإسقاط إذا حصل من شخص تتوفر فيه أهلية الإسقاط في محل قابل للسقوط فإنه يصح إسقاطه والمهر يكون دينا في ذمة الزوج، أما لأنه جعل مهرها ما في ذمته (مؤجل)، أو لأنه كان قد جعل مهرها عينا فتلفت وهي تحت يده فصار غرمها في ذمته، ويصح الإبراء كما لو قالت: عفوت أو أبرأت أو وهبت⁽³⁾، ويصح الإسقاط ذلك بعد القبض حيث تقوم برده إليه لقوله تعالى: ﴿ فَإِنْ طِبَّنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِّنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَّرِيئًا ﴾⁽⁴⁾.

3- الخلع على المهر بعد الدخول: فإذا كان المهر غير مقبوض، وأرادت الزوجة الخلع برئت ذمة الزوج من المهر الذي في ذمته لها، وإذا كان مقبوضا وجب عليه أن ترده للزوج.

4- الفرقة بين الزوجين قبل الدخول: لفساد عقد النكاح، لأن العقد الفاسد لا حكم له قبل الدخول، ولا بعد الخلوة الصحيحة لفسادها بفساد النكاح، حيث أن الخلوة في النكاح الفاسد لا يثبت بها التمكين فلا تقام مقام الوطء.

(1) ابن القدامة، المرجع السابق، ج 09، ص 652.

(2) الكاساني، بدائع الصنائع، المرجع السابق، ج 03، ص 595.

(3) الشريبي، مغني المحتاج، المرجع السابق، ج 04، ص 397.

(4) سورة النساء، الآية 04.

ولم يتعرض المشرع الجزائري لحالات سقوط الصداق عكس نظيره المشرع المغربي الذي نص على حالات لا تسحق فيها المرأة الصداق نهائيا ما لم يكن الزوج قد دخل بزوجته، قبل البناء وهذه الحالات هي:

- 1- إذا وقع فسخ عقد الزواج لأي سبب من أسباب الفسخ.
 - 2- إذا وقع رد عقد الزواج من أحد الطرفين لعيب مستحکم في الآخر لأن الفرقة تكون هنا معللة، والزوج لم يستمتع بزوجته بعد.
 - 3- الأصل أن الطلاق قبل البناء يوجب تصف الصداق، لكن إذا تعلق الأمر بزواج التفويض⁽¹⁾. حيث تكون المرأة بسكوتهما قد تركت للزوج تحديد ذلك، وإذا تم الطلاق قبل البناء، فإن الزوجة لا تستحق أي شيء.
- فكان على المشرع الجزائري أن يضع نصا يحدد فيه الحالات التي يسقط فيها الصداق حتى لا يكون هنالك خلاف لكن هذا لا يمنع من رجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية والأخذ بالرأي الراجح بخصوص مسألة سقوط الصداق.

الفرع الثاني:

المهر غير المسمى

أما القسم الثاني من أحوال المهر فهو المهر غير المسمى، وله حالتان، إما أن يجب مهر المثل، أو أن تجب المتعة، والفقهاء اتفقوا على أن عقد النكاح من غير ذكر أو تسمية المهر صحيح، لأن المهر ليس المقصود الأصلي من النكاح⁽²⁾. ودليل ذلك

(1) إذا صدرت صيغة عقد الزواج بنفي الصداق أو مجردة من ذكره، كأن يقول لها زوجيني نفسك، فتقول قبلت أو زوجتك نفسي دون أن تذكر صداقا، ففي هذه الحالة تسمى المرأة بالمفوضة، لأن بسكوتهما تكون قد فوضت أمر تقدير صداقها إلى زوجها، ويكون لها الحق في مطالبته بعد العقد، فإن فهل وتراضيا وجب ما تراضيا عليه، وإن لم يستجب لطلبها رفعت الأمر إلى القاضي لجزره على فرصة، فإن لم يمثل قضى لها بصداق المثل أما إن سكنت عن المطالبة بذلك حتى بنى بها أو مات عنها فلها صداق المثل لأنه وجب بالعقد وتأكد بالبناء أو الموت وتؤكد مدونة الأسرة في المادة 27 على أن يحدد الصداق وقت إبرام العقد وفي حالة السكوت عن تحديده يعتبر العقد زواج تفويض، وإذا لم يراضى الزوجان بعد البناء على قدره فلي زواج التفويض، فإن المحكمة تحدده مراعية الوسط الاجتماعي للزوجين، أنظر أحمد أباش، المرجع السابق، ص 105.

(2) ابن قدامة، المرجع السابق، ج 09، ص 527.

قوله تعالى: ﴿لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَقْتُمْ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً﴾⁽¹⁾. فقد صرحت الآية بوقوع الطلاق ولا طلاق إلا بعد العقد واستقراره، وبما أن المهر غير مسمى وهو واجب للزوجة فهناك حالات يجب فيها مهر المثل، وحالات تجب فيها المتعة.

أولاً: أن يجب مهر المثل.

ذهب الجمهور من الحنفية والشافعية والحنابلة إلى أن: كل حالة يجب فيها المهر المسمى كله، يجب مهر المثل إذا لم يسم لها في العقد ولا بعده⁽²⁾. وهذا يتصور على ما بينا سابقاً في حالة الدخول الحقيقي والوطء أو بموت أحد الزوجين، فإذا دخل الرجل بزوجه ولم يسم لها المهر فلها مهر مثيلاتها وإن عقد عليها وتوفي قبل الدخول ولم يسم المهر فلها مهر مثيلاتها كذلك، أما المالكية فقد وافقوا الجمهور في مسألة الدخول وخالفوهم في مسألة الوفاة فقالوا: إذا توفي قبل أن يسمى المهر لم يجب لها المهر ووجب لها الميراث وعليها العدة.

ومهر المثل هو ذلك القدر من المال الذي يرغب الزوج دفعه ممن يساويه في الثراء والفقر والتوسط، وذلك ما هي متصفة به من صفات كالعفة والنسب والجمال بما فيه من حس ومعنوي، أو ظاهري وباطن، والدين كمسلمة أو يهودية أو نصرانية وأخيراً الحسب هو ما يحسب في المفاخرة بين الناس لأن العرب كانوا إذا تفاخروا عدوا مناقبهم ومحاسنهم وهو يحتوي على الصفات الحسنة التي يمكن أن تكون صفات مفاخرة كالعلم والكرم والشجاعة والمروءة وغيرها.

ويؤخذ بهذه الصفات إذا لم يكن للزوجة من يماثلها من عائلتها كأختها الشقيقة أو التي لأب⁽³⁾.

(1) سورة البقرة، الآية 236.

(2) ابن قدامة، المرجع السابق، ج 09، ص 599.

(3) محمد محدة، المرجع السابق، ص 278.

بالإضافة إلى الحالات سالفة الذكر والتي تستحق فيها الزوجة مهر المثل هناك حالات أخرى يجب فيها مهر المثل للزوجة وهي:

1- إذا لم يسم المهر في عقد الزواج، كأن يقول لها تزوجتك على أن لا مهر لك وتقول المرأة قبلت، فهذا الاتفاق يكون باطلا، ولا يعمل به والعقد صحيح، ويجب في هذه الحالة مهر المثل، لأن المهر أثر من أثار عقد الزواج لا يملك أحد حرمان الزوجة منه، ولو كان الزوجان قد اتفقا على ذلك، أو اشترط الزوج على زوجته ذلك فيكون هذا الاتفاق باطلا، ولا غيا والعقد صحيح ويجب لها في هذه الحالة مهر المثل، لأنه بمجرد العقد وجب لها المهر لا محالة، وحيث أنه لم يسم لها مهرا فلا سبيل إلى إيجاب شيء آخر غير مهر المثل⁽¹⁾.

2- إذا كانت هناك تسمية فاسدة للمهر كما لو كان خمرا أو خنزيرا، فهذا ليس بمال في حق المسلمين، حيث يشترط في المهر أن يكون مالا متقوما في نظر الشريعة⁽²⁾، وكذلك كما لو كان مهرها أن يطلق زوجته الأخرى فهذه تسمية فاسدة توجب مهر المثل، وكذا لو كان مجهولا جهالة فاحشة كما لو جعل ألف دينار من غير تعيين.

3- إذا زوجت المرأة البالغة العاقلة نفسها من كفى بأقل من مهر المثل وبدون إذن ولليها، ففي هذه الحالة لها ولو ليها حق رفع المهر إلى قيمة مهر المثل، ويدخل في هذا ما إذا زوج الولي غير الأب موليته بأقل من مهر المثل فلها الرجوع على الزوج بمهر المثل⁽³⁾.

4- إذا وطئ الرجل امرأة بشبهة، كأن وطئها على أمها زوجته وتبين خلاف ذلك فيجب عليه في هذه الحالة مهر المثل.

5- إذا كان المهر عينا وتلفت قبل أن تقبضها الزوجة، كأن جعل مهرها سيارة فتلفت قبل أن تقبضها الزوجة، ففي هذه الحالة يجب لها مهر المثل.

(1) ابن عابدين، المرجع السابق، ج 04، ص 243.

(2) الكاساني، بدائع الصنائع، المرجع السابق، ج 03، ص 498.

(3) ابن قدامة، المرجع السابق، ج 09، ص 540.

لم يحدد قانون الأسرة الجزائري حالات وجوب صداق المثل لتحديد مرتبا رغم أنه قد نص في المادة 15 على أنه في حالة عدم تحديد قيمة الصداق تستحق الزوجة صداق المثل، معنى ذلك أنه في حالة عدم الاتفاق على قيمة الصداق أو مقداره فهنا تستحق الزوجة صداق المثل.

بالإضافة إلى ذلك نص المشرع في المادة 33 من قانون الأسرة الفقرة 02 أنه إذا تم الزواج بدون شاهدين أو صداق أو ولي في حالة وجوبه، يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه، ويثبت بعد الدخول بصداق المثل".

طبقا لهذه الفقرة إذ أبرم عقد الزواج بدون ولي أو شاهدين أو صداق ووقع الدخول فإن الزواج يثبت وتثبت معه حق الزوجة في صداق المثل أما بالنسبة لمدونة الأسرة المغربية فإنه يعمل بصداق المثل في حالتين اثنتين:

أ- في حالة زواج التفويض لقد تعرض المشرع المغربي لزواج التفويض في المادة 27 من مدونة الأسرة عندما نصت على أنه يحدد الصداق وقت إبرام العقد، وفي حالة السكوت عن تحديده يعتبر العقد زواج تفويض.

إذا لم يتراض الزوجان بعد البناء على قدر الصداق في زواج التفويض فإن المحكمة تحدده مراعية للوسط الاجتماعي للزوجين".

وهكذا عندما سكت الزوجان عن تحديد الصداق انسجاما مع مقتضيات المادة 13 من مدونة الأسرة التي لا تفرض الاتفاق على الصداق وإنما فقط عدم الاتفاق على إسقاطه، فإننا نكون أمام زواج تفويض يجب أن يحدد فيه الصداق قبل البناء أو بعده برضى الزوجين معا، أو من أحدهما وقبول من الطرف الآخر، وإلا تولت المحكمة ذلك التحديد في حالة النزاع⁽¹⁾.

والملاحظ أن مدونة الأسرة هجرت مصطلح صداق المثل، وأصبحت هي التي تنظر في هذا الأمر إذا لم يتراضى الزوجان بعد البناء على تحديد مبلغ الصداق في زواج

(1) محمد الكشيور، المرجع السابق، الكتاب الأول، ص 331.

التفويض فالمحكمة بناء على سلطتها التقديرية تقوم بتحديد مقداره مراعية الوسط الاجتماعي لكل من الزوجين⁽¹⁾.

ب- حالة الزواج الفاسد لصدقه: قد يسمى للزوجة صداق مما لا يصح الالتزام به شرعا، أي مما لا يدخل شرعا في دائرة التعامل، حيث يفسد العقد لصداق وهو يفسخ قبل البناء ويصحح بعد البناء بصداق المثل، تطبيقا للمادة 60 من مدونة الأسرة وقد نصت على ما يلي: "يفسخ الزواج الفاسد قبل البناء ولا صداق فيه إذا لم يتوفر في الصداق شروطه الشرعية، ويصحح بعد البناء بصداق المثل، وتراعي المحكمة في تحديده الوسط الاجتماعي للزوجين".

الأصل في هذا المهر أنه لا يكون إلا للتي لم يعين لها مهرا أو عين لها ولكن فاسدا، أو لم تنكح نكاحا صحيحا، أو تمت مواطأتهما الفعلية دون العقد أصلا في الوطاء بشبهة، ولقد نص المشرع الجزائري على هذا النوع في المادة 33 عندما نص: "إذا تم الزواج بدون شاهدين أو صداق أو ولي في حالة وجوبه، يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه، ويثبت بعد الدخول بصداق المثل" فالذي يظهر من هذا النص أن الزواج إذا كان فاسدا لعدم اكتمال أحد شروطه أو فسادها كان لهذه المنكوحة صداق مثلها إذا تم الدخول بها وذلك محافظة لها على عرضها وثبوت نسب أولادها باستمرار نكاحها.

ثانيا: أن تجب المتعة بدلا من سقوطه.

تجب المتعة على الرجل إذا طلق المرأة قبل أن يدخل بها ولم يسم لها مهرا، فليس لها مهر وليس لها نصف المهر، وذلك لقوله تعالى: ﴿لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ أَوْ تَفَرَّضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً وَمَتَّعُوهُنَّ عَلَى الْمَوْسِعِ قَدَرُهُ وَعَلَى الْمُقْتِرِ قَدَرُهُ مَتَّعًا بِالْمَعْرُوفِ﴾⁽²⁾. فليس لها في هذه الحالة أي حق مالي يتعلق بالمهر على

(1) محمد الشافعي، المرجع السابق، ص 141.

(2) سورة البقرة، الآية 236.

الزوج، ولكن الدين الإسلامي دين العدل ففي مثل هذه الحالة وإن لم يجعل بها مهر إلا أنه جعل لها المتعة.

ولن أفصل في هذه المسألة لأنني سأعود إليها بالتفصيل في الفصل الثاني من الرسالة عند الكلام عن الحقوق المالية للمطلقة.

أشارت الشريعة الإسلامية إلى توثيق المديونات وكافة الحقوق⁽¹⁾ لقوله تعالى: ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدَيْنٍ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ وَلْيَكْتُب بَيْنَكُمْ كَاتِبٌ بِالْعَدْلِ﴾⁽²⁾ وأخذت قوانين الأسرة المغاربية بمضمون هذه القاعدة، بضرورة كتابة عقود الزواج، فإذا اختلف الزوجان في الصداق، كان المعول عليه ما هو ثابت في وثيقة العقد، فإن لم يدون بها شيء فهنا الإشكال يثار في حالة الخلاف في الصداق الذي يكون في أصل التسمية (الفرع الأول)، أو في مقدار المال المهور (الفرع الثاني)، وقد يكون الخلاف في قبض الصداق (الفرع الثالث)، وهذا الخلاف قد يكون بين الزوجين في حياتهما أو بين أحدهما وورثة الآخر، وبين ورثة كل منهما.

المطلب الرابع:

التزاع حول الصداق.

المهر ليس منحة للمرأة أو أجرا لها أو هبة، إنما هو حق وملك لها، فهو يعطى للمرأة لمقاصد أسمى فيطيب نفس المرأة، ويرضيها بقوامه الرجل عليها، ويؤكد صلتها، ويدعم عشرتهما وتوثق المحبة، بينهما وتسعى المرأة بأنها مطلوبة مرغوبة فيها⁽³⁾.

لكن قد يختلف الزوجان حول الصداق، فنجد أن أحكام الفقه الإسلامي كانت سباقة لهذه المسألة فوضعت حولا مناسبة لكل صورة من صور الاختلاف فهل التشريعات المغاربية أخذت بهذه الحلول أم هناك حلول أخرى.

(1) بلحاج العربي، أحكام الزواج، المرجع السابق، ص 296.

(2) سورة البقرة، الآية 282.

(3) أنظر محمد الصالح الصديق، نظام الأسرة في الإسلام، دار هومة، الجزائر، بدون سنة، ص 62-63.

إذا اختلفت الزوجان حول الصداق، فإن هذا النزاع لا يخرج عن ثلاث صور
فإما أن يكون الاختلاف في التسمية، إما في قدر المهر، وإما أن يتعلق بقبض الصداق.

الفرع الأول:

الاختلاف في التسمية.

اختلفت آراء الفقهاء في كيفية فصل النزاع في هذه الحالة بأن ادعى أحد الزوجين
تسمية المهر، وأنكر الآخر، فرأى الحنفية في هذه الحالة أن الزوج مكلف بالإثبات، فإن
عجز عن إثبات تسمية المهر وأنكرت الزوجة ذلك حلفت بأنه لم يسمى لها مهراً عملاً
بالقاعدة المقررة بينة على من ادعى واليمين على من أنكر ويثبت لها مهر المثل بشرط
أن لا ينقص عن المهر الذي اعترف به الزوج، وكذا إذا ادعت الزوجة أنه سمي لها مهر
وهو أنكر فإنها تكلف بالإثبات، فإن عجزت حلف الرجل بأنه لم يسمى لها، فإن حلف
ثبت لها مهر المثل بشرط أن لا يزيد على ما اعترفت به الزوجة⁽¹⁾.

أما المالكية فقالوا أن إقام المدعي البينة على ما يدعيه قضى له بما ادعى، وإن لم
يقم البينة كلن القول قول من شهد له العرف من التسمية وعدمها مع يمينه، فإن كان
المعتاد هو عدم التسمية وادعت الزوجة التسمية فالقول للزوج بيمينه، وإن كان المعتاد
هو التسمية فالقول قول المرأة بيمينها.

أما الحنابلة قالوا بخصوص هذه المسألة أن القول قول الزوج بيمينه لأنه يدعي ما
يوافق الأصل ولها مهر المثل بالدخول أو الموت، وإن طلقها ولم يدخل بها فلها المتعة في
حين يرى الشافعية أنه إذا ادعت المرأة تسميته وأنكر زوجها ذلك، فيبقى العقد بلا
تسمية ويجب حينئذ مهر المثل⁽²⁾.

فالملاحظ على هذه الآراء أنها غلبت اليمين في فض النزاع لم يعد موضوع تسمية
المهر مشكلة في التشريعات المغاربية التي أوجبت تسجيل عقد الزواج ومنعت سماع

(1) أنظر عبد الرحمان الجزيري، كتاب الفقه على المذاهب الأربعة، الجزء 04، دار إحياء بيروت، 1969، ص 6820-6821.

(2) أنظر وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج 4، دار الفكر، بيروت، 197، ص 6820-6821.

دعوى الزوجة إذا لم يكن الزوج مسجلا لأن في التسجيل يوضح الزوجان تسمية المهر وهذا ما نصت عليه المادة 15 من قانون الأسرة التي نصت بأنه يجب أن يحدد الصداق في العقد والمادة 67 من مدونة الأسرة المغربية تستلزم تضمين عقد الزواج مع باقي الشروط الأخرى مقدار الصداق في حالة تسميته مع بيان المعجل منه والمؤجل وهل قبض عيانا أو اعترافا.

ولقد تعرض المشرع التونسي صلب الفصل 3 من مجلة الأحوال الشخصية إلى شروط صحة عقد الزواج فنص من بينها على تسمية المهر بشكل لا يدع مجالاً للشك، وهو بذلك يرتقي بحكمة من مجرد الأمر المستحب إلى شرط الصحة رغبة منه في حماية حقوق المرأة إلا أن المشرع التونسي وإن حمد مسعاه فيما ذهب إليه من فرض التسمية كشرط صحة بغية حماية المرأة عند الطلاق بثبوت نصف المسمى من المهر. إلا أن غايته فندها الواقع وجفاها حيث أن الأغلبية الساحقة من عقود الزواج يسمى فيها المهر بمبلغ رمزي، في حين يدفع للزوجة فعليا إضعاف دلف ومن ثمة تنتفي المنفعة المنشودة من وراء التسمية القانونية الشكلية في حين يقع احترام التسمية الشفوية بين عائلي الزوجين⁽¹⁾.

لكن رغم هذا تبقى هناك حالات يثار بشأنها نزاع حول موضوع التسمية فلا مانع من الرجوع لليمين لفض هذا النزاع.

الفرع الثاني:

التنازع حول المقدار.

فالمعلوم أن نصوص القرآن جاءت عامة ومجردة، إذ أنه بالرغم من نص القرآن على الصداق، غير أننا لا نجد أي آية تحدد المقدار الواجب الدفع. وعلى غرار ذلك جاءت أقوال رسول الله صلى الله عليه وسلم وأعماله وبذلك لا نجد أي حديث يحدد مقدار الصداق.

(1) هيفاء القضايمي، المرجع السابق، ص 40.

ولكن كثيرا ما يثار النزاع حول مقدار المال المهور الذي كان محل اختلاف الفقهاء شأن الحلول المقترحة لهذا النزاع. فالمالكية يقولون أن عليهما أن يحلفا فكل يحلف على ما ادعاه إن كانا راشدين، وغلا حلف الولي، وبعد ذلك يفسخ النكاح بالطلاق وكذا إذا أنكرا معا، أما إذا حلف أحدهما وأنكر الآخر، فإنه يقضى بدعوى الخالف⁽¹⁾.

و يقرر الشافعية انه إذا اختلف الزوجان قي قدر المهر تحالفا ثم يفسخ المهر، ويجب مهر المثل، ولا يفسخ النكاح⁽²⁾. أما الحنابلة قالوا أنه إذا لم تكن بينة لأحدهما على مقداره فالقول قول من يدعى مهر المثل منهما، ولا فرق في ذلك كله أن يختلفا قبل الدخول أو بعده قبل الطلاق أو بعده، لأن المدار في الفصل بينهما أما على البينة أن وجدت وإلا فعلى الزوج في بعض الأحوال بأن يكون القول قوله بيمينه وعلى الزوجة في البعض الآخر وهو أن يكون القول قولها بينهما، وهذا الرأي موافق لرأي أبي حنيفة. ولقد جاء في المادة 15 من قانون الأسرة الجزائري: "يحدد الصداق في العقد سواء كان معجلا أو مؤجلا".

في حالة عدم تحديد قيمة الصداق تستحق الزوجة صداق المثل. هذه المادة عدلت على ما ورد في قانون 1984 الذي كان ينص على وجوب التحديد في العقد، ولم يوجب في القانون الجديد على الطرفين تحديد المهر ولذلك نص على أن الزوجة يستحق مهر المثل عند عدم التحديد، إلا أن ذلك مقيد بتحقيق الدخول بالمرأة باتفاق الفقهاء، أما لو حصل الطلاق قبل الدخول دون تسمية المهر، فليس للمرأة صداق وإنما تستحق المتعة فقط.

(1) عبد الرحمن الجزيري، المرجع السابق، ص 170.

(2) محمد ابن باديس أبو عبد الله الشافعي، الأم، المرجع السابق، ص 8، ص 284.

وفي تسمية المهر عند العقد مراعاة لمصلحة المرأة وحفظ لحقوقها المالية ودفع لأسباب الخلاف، لأن الصداق إذا حدد فقد تقرر وثبت حقا للمرأة سواء تم الدخول أو لم يتم، لو حدثت وفاة أو الطلاق، فإن للمرأة كل المال أو شطره⁽¹⁾.
أما بالنسبة لمدونة الأسرة فإن اختلاف الزوجين حول مقدار الصداق نادرا ما يحدث لأنها حسمت في الأمر خاصة بالنسبة للخطيبين الذين يقدموا على إسهاد العدلين على عقد الزواج بعد نهاية فترة الخطوبة، إذ يتعين على العدل الذي يقوم بتحرير عقد الزواج أن يضمن مقدار الصداق المتفق عليه، وهل دفع للزوجة كله أو بعضه⁽²⁾، لأن الصداق من شروط عقد الزواج، لذا لا بد التنصيص عليه في العقد، غير أن النزاع قد يثار في حاله إذا سكت الزوجين أو أحدهما أو من يتولى تزويجها عن مقدار الصداق فلم يتم التنصيص عليه في عقد الزواج، ففي هذه الحالة يطلق على العقد مصطلح زواج التفويض، وهو عقد صحيح لم يتم فيه ذكر الصداق أو تحديده.

و متى وقع نزاع بين الزوجين بعد البناء حول قدر الصداق ورفعوا أمرهما إلى المحكمة فإنه يتعين على هذه الأخيرة أن تراعي، وهي تعمل على تحديد قدره الوسيط الاجتماعي للزوجين شرط أن لا يقل عن صداق مثيلاتها⁽³⁾.

الفرع الثالث:

قبض الصداق.

يكون الاختلاف في حالة ما ادعى هو انه سلمها مقدار وتدعي أنه سلمها اقل منه فقال الجمهور أن القول قول المرأة. وقال مالك القول قولها قبل الدخول والقول قوله بعد الدخول لأن العرف بالمدينة كان عندهم أن لا يدخل الزوج حتى يدفع الصداق. في حالة عدم وجود هذا العرف يكون القول قولها أبدا⁽⁴⁾.

(1) عبد القادر داودي، المرجع السابق، ص 145.

(2) انظر إدريس الفاحوري، قانون الأسرة المغربي، أحكام الزواج، ج1، ط1، بدون مطبعة، 2005، ص 90.

(3) الطاهر كركر، المرجع السابق، ص 133.

(4) ابن رشد الحفيد، المرجع السابق، ص 31.

كما هناك نزاع آخر يثور بشأن الصداق ويتمثل في الاختلاف في مهرين والمقصود به أن يتفق الزوجان على مهر في السر ويعلنان للناس مهر غير الذي اتفقا عليه ويأخذ هذا النزاع إحدى الحالات الآتية.

أولاً: إذا اتفق الزوجان على مهر مقداره خمسة آلاف دينار وفي العلن ذكر شيئاً آخر كان يذكران أن الصداق هو عبارة عن يسارة، ففي هذه الحالة الفقه يميز بين ما: أ- إذا تبين عند العقد أن تسمية السيارة القصد منها السمعة والافتخار كان الواجب هو مهر المثل⁽¹⁾.

ب- إذا لم يبين أن تلك التسمية لم تكن للفخر والسمعة كانت هي المهر لان الأصل هو الأخذ بما ذكر في العقد.

ثانياً: إذا اتفق الزوجان سرا على مهر مقداره عشرون ألف وفي العلن ذكروا أربعون ألف فهنا كذلك يفرق بين ما إذا:

أ- اتفق على أن ما أعلنه هو للسمعة، كان مهر السر هو الواجب هنا.

ب- وإن اختلفا فالقول قول الزوجة فيلزمه مهر العلانية، إلا إذا كان الزوج قد أشهد عليها أو على وليها الذي زوجها منه أي مهرها هو المذكور سرا .

رابعاً: إذا اتفقا على مقدار من المهر في السر ثم ذكرا علنا مقدار أقل كان المهر ما اتفق عليه في السر لأن ذكرهم مقدار أقل في العلن لم يكن بقصد الحط من المهر المتفق عليه وإنما كان لغرض آخر⁽²⁾.

نجد أن المشرع الجزائري اكتفى بتنظيم النزاع حول الصداق في المادة 17 من قانون الأسرة التي تنص على أنه "في حالة النزاع في الصداق بين الزوجين أو ورثتهما وليس لأحد بينة وكان قبل الدخول فالقول للزوجة أو ورثتها مع اليمين وإن كان بعد

(1) عبد الرحمن الجزيري، المرجع السابق، ص 175.

(2) عبد الرحمن الجزيري، المرجع السابق، ص 175.

البناء فالقول للزوج أو ورثته مع اليمين". ومن هنا نستشف أن مشرعنا قد ميز بين حالتين: حالة النزاع قبل الدخول وحالة النزاع بعد النزاع.

1- في حالة النزاع قبل الدخول: فالقاضي هنا يعتمد للفصل في القضية بناء على قاعدة "البينة على من ادعى واليمين على من أنكر" فاستطاع المدعي من تقديم البينة حكم لها بمقتضاها. أما إذا لم يتمكن من ذلك، لجأ القاضي إلى اليمين وصدد دعوى الزوجة بعد تحليفها⁽¹⁾.

والقضاء الجزائري مستقر على تطبيق أحكام المادة 17 من قانون الأسرة، فقد جاء في القرار المؤرخ بتاريخ 1989/06/05 ما يلي: "من المقرر شرعا وقانونا انه في حالة النزاع على الصداق بين الزوجين أو ورثتهما وليس لأحد بينة، وكان الدخول فالقول للزوجة أو ورثتها مع اليمين، وإذا كان بعد الدخول فالقول للزوج أو ورثته مع اليمين". ومن ثم فإن القضاء بخلاف هذا المبدأ يعد مخالفا للقواعد الشرعية والقانونية ولما كان من الثابت في قضية الحال أن جهة الاستئناف التي أيدت الحكم المستأنف لديها القاضي على الطاعن بأدائه المطعون ضدها مؤخر صداقها دون مراعاة للقاعدة المتعلقة بالخلاف بين الزوجين فغن قضائها كما فعلت خالفت القواعد الشرعية والقانونية ومتى كان ذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه"⁽²⁾.

كما استقر قضاء المحكمة العليا بالنسبة للنزاع حول مؤخر الصداق على تطبيق المادة 17 من قانون الأسرة ففي قرار صادر بتاريخ 1987/01/12 قضى المجلس الأعلى "في حالة نشوء خلاف بين الزوجين على مؤخر الصداق يؤخذ بقول الزوجة مع يمينها إذا لم يدخل بها وبعد البناء يكون القول للزوج مع يمينه، ومخالفة هذا المبدأ يستوجب نقض القرار الذي قضى على الزوج برد مؤخر الصداق المتنازع عليه"⁽³⁾.

(1) هذا إذا كان النزاع حصل قبل تسجيل العقد في البلدية أو المحكمة أما إذا كان تسجيل العقد ثم حصل النزاع قبل الدخول فالكلمة لنسخة العقد. فضيل سعد، شرح قانون الأسرة الزواج والطلاق، ج1، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1986.

(2) انظر المجلس الأعلى، غ.أ.ش، 1989/06/05، ملف رقم 54198 مقتبس عن بلحاج العربي، مبادئ الاجتهاد القضائي، المرجع السابق، ص 22.

(3) نظر المجلس الأعلى، غ.أ.ش، 1987/01/12، ملف رقم 44058، م ق، 1989، عدد 02، ص 97.

2- في حالة النزاع بعد الدخول: أما إذا تم الدخول ووقع النزاع فهنا القول هو قول الزوج، ويصدق في دعواه إن كان مدعي بعد أداء اليمين، فإن امتنع عن أدائها يكون قد اعترف ببطلان أقواله وصدقت الزوجة فيما تدعيه.

أما بخصوص قرارات المحكمة العليا نجد قرار صادر بتاريخ 18/06/1991 حيث جاء محتواه كالآتي: " من المقرر قانوناً أنه في حالة النزاع حول الصداق بين الزوجين أو ورثتهما وليس لأحدهما بينة وكان قبل الدخول فالقول للزوجة أو ورثتها مع اليمين أما إذا كان بعد البناء فالقول للزوج أو ورثته مع اليمين ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفاً للقانون.

ولما كان ثابت في قضية الحال أن قضية الموضوع الذين مزجوا المصوغ باعتباره صداق إلى الزوجة دون القيام بما هو واجب شرعاً في هذه المسألة خالفوا القانون، ومتى كان ذلك استوجب نقض القرار جزئياً⁽¹⁾.

ملخص هذا القرار أن قضية الدرجة الأولى حكموا بالطلاق وألزموا الزوج بإعطاء المصوغ على أساس أنه صداق، ولما استأنف الزوج الحكم أمام المجلس القضائي أيد المجلس حكم المحكمة، لكن الزوج طعن بالنقض في قرار المجلس فأصدرت المحكمة العليا قراراً بالنقض جزئياً فيما يخص المصوغ بحجة أن قضية الموضوع طبقوا المادة 17 على النزاع ولم يتأكدوا من كون الزوجة تسلمت متأخر الصداق أم لا رغم أن المطعون ضدها قد صرحت أمام القاضي الأول أن المصوغ الذي يطالب به قد تم بيعه من طرف الزوج. وبناء على ذلك كان ينبغي على قضية المجلس أن يطبقوا القاعدة العامة في الإثبات وهي "البينة على من ادعى واليمين على من أنكر". حيث ادعت الزوجة أن زوجها قد باع المصوغ التي تطالب به وأنكر الزوج أنه مدين لها بالمصوغ وبما أنهم لم يفعلوا وطبقوا المادة 17 من قانون الأسرة عرضوا قرارهم للنقض.

(1) - انظر المحكمة العليا، غ.أ.ش.م، 18/06/1991، ملف رقم 73515، م ق، 1992، عدد 04، ص 69.

بالنسبة للمشرع المغربي فقد نظم مسألة الاختلاف في قبض الصداق في المادة 33 من مدونة الأسرة والتي جاء محتواها: "إذا اختلف في قبض حال الصداق قبل لبناء، فالقول قول الزوجة، أما بعده فالقول قول الزوج. إذا اختلف الزوجان في قبض الصداق المؤجل، فعلى الزوج إثبات أدائه.

لا يخضع الصداق لأي تقادم".

فإذا اختلف الزوجان حول قبض الصداق، فإنه يتم الاستناد على القواعد العامة للإثبات. بمعنى أنه إذا كان كأي من الطرفين وسيلة إثبات مقبولة شرعا لإثبات ما يدعيه فإنه يعمل بها، وغلا فإنه يجب التمييز بين الحال (المعجل) من الصداق وبين المؤجل منه. هكذا، فعند اختلاف الطرفين حول قبض المعجل من الصداق أي عند ادعاء الزوج الأداء وادعاء الزوجة عدم توصلها بذلك، فإنه يتم التمييز بين حالتين:

1- إذا وقع الخلاف قبل البناء والدخول بالزوجة، ولم يكن لأي من الطرفين ما يثبت به ادعاءه، فإن المشرع تبنى على القاعدة الشرعية التي تقضي بأن القول قول الزوجة، وذلك على اعتبار أن عدم الدخول يعتبر شاهدا عرفيا لصالح الزوجة، ولذلك ينبغي أن يتم تعزيزه وتعويضه باليمين، أي أداء الزوجة لليمين على صحة ذلك، مع تطبيق قاعدة النكول، وهذا مع العلم أن المشرع لم يتعرض لمسألة اليمين في المادة 33 أعلاه. وإن كان قد أشار بيمين في موضوع آخر في المادة 34 بعده.

2- أما إذا وقع الخلاف بعد البناء، ولم تكن هناك أدلة وقرائن على ذلك، فإنه يؤخذ بقول الزوج، على اعتبار أنه كان بإمكان الزوجة الامتناع من تمكين الزوج من نفسها، وعدم البناء بها إلا بعد أن يؤدي لها الحال من صداقها كما يسمح لها بذلك المشرع صراحة في المادة 31 من المدونة.

- أما بالنسبة للجزء المؤجل من الصداق، فإذا اختلف فيه الطرفان، فإن المشرع جعل عبء الإثبات على عاتق الزوج، سواء كان مدعيا أو مدعى عليه، الذي عليه إثبات أداء

الصداق المؤجل للزوجة، ما دام أنه التزام ثابت، وعلى من يدعي انقضاءه يقع عبء الإثبات، كما يقضي بذلك الفصل 400 من قانون الالتزامات والعقود⁽¹⁾.

وفي حالة وفاة الزوجة فغن الورثة يحلون مكانها في مطالبة الزوج بأداء الصداق المؤجل وفق المسطرة المذكورة، على أنه في هذه الحالة على الزوج أن يخصم نصيبه من الإرث من زوجته قبل الأداء خلال سلوك مسطرة التنفيذ، وإذا كان الزوج هو المتوفى، وحكمت المحكمة لصالح الزوجة المدعية بكالئ صداقها فإن هذا الكالئ يخصم من ديون التركة قبل قسمتها بين الورثة طبقا لمقتضيات الفصل 1248 من قانون الالتزامات والعقود، لأن الصداق يبقى دينا في ذمة الزوج في كل الأحوال المادة 30 من مدونة الأسرة ولا يسقط بالتقادم فالزوجة لها الحق أن تطالب به في حينه⁽²⁾.

أما بالنسبة لأحكام القضاء نجد قرار المجلس الأعلى بتاريخ 1990/01/26 والذي جاء فيه: "حيث أن طالب النقض اعترف في المرحلتين الابتدائية والإستئنافية بأن المطلوبة في النقض كانت تقوم بزيارته من حين لآخر في سكنه بعد أن عقد عليها، وقد ادعت المسيس بينهما هو أنكر... فإن القول قولها في ادعاء المسيس مع يمينها كنتيجة لما استحقه الزوجة المدخول بها، فإن نكلت حلف هو سقط عنه نصف الصداق"⁽³⁾.

وفي قرار آخر "حيث... أن المهر كله يستحق بالدخول، وأن البين من وثائق الملف أن الطاعن دفع بأن المطلوبة في النقض امتنعت من تنفيذ الحكم القاضي عليها بتمكينه من نفسها والدخول بها، واستدل على ذلك بمحض امتناع عدد 2002/5602 مؤرخ في 2002/06/28، إلا أن المحكمة مصدره القرار المطعون فيه لم تجب على ذلك بمقبول شرعا مكثفية في تعليل قرارها بأن المستأنف أدلى بمحض امتناع دون أن تبين

(1) انظر عبد السلام زوير، شرح مدونة الأسرة، منشورات جمعية نشر المعلومات القانونية و القضائية، سلسلة الدراسات و الأبحاث، العدد 07، نوفمبر 2008، ص 50.

(2) الطاهر كركر، المرجع السابق، ص 135-136.

(3) قرار المجلس الأعلى عدد 28 بتاريخ 1990/01/26، ملف أحوال شخصية عدد 85/4984، مقتبس عن عبد السلام زوير، شرح مدونة الأسرة، المرجع السابق، ص 51.

موقفها من هذا المحذور رغم ماله من تأثير على قضائها بما كان معه قرارها معرضاً للنقض⁽¹⁾.

ولقد وضعت مدونة الأسرة مجموعة من النصوص لحماية الصداق والنص الأول منها: أن الصداق لا يسقط بالتقادم ثم النص على هذه القاعدة ضمن مقتضيات الفقرة الأخيرة من المادة 33 من مدونة الأسرة، وقد جاء فيها أنه "لا يخضع الصداق لأي تقادم". والظاهر أن هذا النص إنما وضع لحماية الأسرة من التفكك نتيجة رفع الدعوى من الزوجة للمطالبة بحقها في الصداق الذي قد يتهدده أجل التقادم.

ومضمون المادة 33 من مدونة الأسرة لا يسري في مواجهة الزوج وحده، وإنما في مواجهة الورثة كذلك، والذين ليس لهم التمسك بالتقادم بعد وفاة الزوج لإسقاط حق الزوجة المتوفى عنها في صداقها أو في مؤخره.

2- الصداق دين ممتاز: إذا لم يكن الزوج قد أدى الصداق بكامله للزوجة، فما تبقى منه يصبح ديناً عالقا بذمته، يؤديه رضاء وإلا فجباً عن طريق القضاء ويضاف إلى ذلك وحسب التعديل الذي عرفه الفصل 1284 من قانون الالتزامات والعقود بواسطة الظهير بمثابة القانون الصادر في 10 شتمبر 1993، أن الصداق قد أصبح ديناً ممتازاً يحتل المرتبة الثالثة بعد مصروفات الجنائز ثم مصروفات مرض الموت. وتتضح أهمية الامتياز في حالة تنازع الصداق كدين مع ديون أخرى في حالة وفاة الزوج أو في حالة تصفية قضائياً⁽²⁾.

3- الصداق دين مضمون برهن حيري: جاء في الفصل 163 من ظهير 02 يونيو 1915 المطبقة على العقارات المحفوظة أن "الرهن الإجباري هو المخول بحكم قضائي بدون رضی المدین ولا یخول إلا فی الحالات الآتية:

أولاً: للقاصرين والمحجورين لضمان أوليائهم على أملاك هؤلاء الأولياء.

(1) قرار المجلس الأعلى عدد 239 بتاريخ 2005/04/27 في الملف تاشرعي عدد 2004/1/2/85، مقتبس عن عبد السلام زوير، المرجع السابق، ص 52.

(2) محمد الكشور، المرجع السابق، الكتاب الأول، ص 346.

ثانيا: للزوجة على أملاك زوجها ضمانه لما أنت به في صداقها ولحقوقها الناشئة عن النظام المالي لها، وللتعويض عن الالتزامات المطالب بها الزوج ولاستبدال ما فوته من أملاكها بأملاك أخرى⁽¹⁾.

أما بالنسبة لموقف المشرع التونسي من مسألة النزاع حول الصداق لا نجد نص محدد يوضح لنا كيفية فض النزاع لكن المشرع التونسي وضع ضمانات قانونية لاستحقاق المهر وتختلف هذه الضمانات باختلاف تنفيذ العقد من عدمه فالمهر حق للزوجة وهو مضمون منذ إبرام العقد ويتواصل ضمانه ويقوى بعد تنفيذه بالدخول. أ- قبل الدخول: بالرجوع للفصل 33 من مجلة الأحوال الشخصية يمكن استخلاص ضمانين أولهما نتمتع به الزوجة بصريح عبارات الفصل 33 وثانيهما مستمد ضمينا منه. 1- الامتناع عن الدخول: فلقد أقر المشرع التونسي للزوجة حقا شرعيا في الامتناع عن الدخول قبل تسلمها معين المهر المتفق عليه وهو في إرسائه لهذا الضمان يعد مقلدا للمذاهب السنية التي اعترفت بحق المرأة في الامتناع عن الدخول قبل قبض الصداق. و إذا كان المشرع الجزائري والمشرع المغربي قد تكلم عن المعجل والمؤجل من الصداق فإن المشرع التونسي لم يميز بين هذين الشكلين من الدفع لأنه قد ضمن للمرأة تعويضا في حال الطلاق عبر الجراية العمرية⁽²⁾، وبالتالي لم تقم الحاجة للتنصيص على المهر المعجل بل ترك الأمر لمحض اتفاق الطرفين فإذا اتفقا صراحة على التأجيل لا يثار إشكال إما إذا لم يقع الاتفاق فالفصل 13 من مجلة الأحوال الشخصية في إقراره حق المرأة في الامتناع عن تنفيذ التزامها ما دام الزوج لم ينفذ التزامه بإعطاء المهر. وهذا ما وجدته مجالا لتطبيقه قضائيا حيث بم تعتبر المحاكم امتناع المرأة في هذه الحالة وجها من أوجه النشوز بل جعلته من مطلق حقها⁽³⁾.

(1) أحمد أباش، المرجع السابق، ص 125.

(2) - Khadidja DJELLOULI, La dot à travers le passé et le présent en Tunisie, DES, Tunis, 1972, p36.

(3) - محكمة التعقيب ، 1968/10/22 ، عدد 6246 ، مجلة القضاء و التشريع 1969 ، ص 48.

2- إمكانية المطالبة بالطلاق: انطلاقاً من قراءة عكسية لأحكام الفصل 13 من مجلة الأحوال الشخصية فإن للزوجة إذا ماطل زوجها في تنفيذ التزامه بأداء معين المهر رغم التنبيه عليه بصفة قانونية أن تطالب بالطلاق للضرر على معنى الفقرة 03 من الفصل 31 من مجلة الأحوال الشخصية. فالزوج امتنع عن الدفع رغم التنبيه عليه تنطبق عليه صفة المدين المماطل وامتناعه يعد في هذه الحالة غير شرعي إن لم يكن مبرراً قانوناً وبالتالي يعتبر أساساً للمطالبة بالطلاق للضرر.

ب- بوقوع الدخول: لقد أضفى المشرع التونسي على المهر بعد الدخول صفة الدين وبالتالي تعتبر هذه الواقعة مؤكدة له بعد وجوبه بمجرد العقد مما يجعله ديناً قائماً لا يسقط إلا بالوفاء أو الإبراء.

ونخلص في الأخير إلى أن المهر له قيمة كبيرة في نفسية المرأة، وفي إثراء ذمتها المالية. وأن الزواج لا يؤثر على ذمتها المالية.

تظل الزوجة طبقاً للشريعة الإسلامية وقوانين الأسرة المغربية سيّدة أموالها والمالكة الوحيدة لكل ما كانت تملك قبل الزواج، ولكل ما يؤول إليها بعده من مال منقول أو عقار، ولها مطلق الحرية في إدارته والتصرف فيه كما تشاء دون تدخل من الزوج.

ولا تسأل عم يتعاقد عليه الزوج من ديون وليس عليها أن تساهم في أعباء المعيشة ولا في مصاريف تربية الأبناء من أموالها الخاصة إذ الزوج هو المسؤول الوحيد عن ذلك، وهذا كله يؤكد استقلالية ذمة الزوجة عن ذمة الزوج.

المبحث الثالث:

حق الزوجة في ذمة مالية مستقلة.

لم تكن مسألة الذمة المالية للزوجين من الأمور التي تناقش أثناء دراسة أحوال الأسرة ومشاكلها من طرف فقهاء القانون. لكن بفعل التغيير الذي لحق المجال الاقتصادي للأسرة في مدة قصيرة، نتيجة الاحتكاك بالتقدم الغربي، برزت إلى الوجود مجموعة من التناقضات التي أدت بتفاعلاتها إلى ظهور أفكار قانونية وفلسفية تختلف جزئياً عما كانت عليه من قبل، فأصبحت فجأة الذمة المالية للمرأة قضية تحتل صفحات الصحف الأولى، رغم أن الشريعة الإسلامية كانت سباقة إلى تنظيمها واعترافها للمرأة بحقها في ذمة مالية مستقلة.

إلا أنه بالنظر إلى الحيف الذي غالباً ما تتعرض له المرأة بعد الطلاق، حيث تخرج من بيت الزوجية حالية الوفاض لا شيء لها سوى متعتها ونفقتها أثناء العدة، فقد أخذت بعض الأصوات النسائية تطالب بمبدأ الاشتراك في الأموال وأصبح من أهم المطالب الملحة التي نادى المنظمات الإنسانية بإدراجها في قوانين الأسرة المغاربية، إلا أن التشريعات المغاربية أبقت على نظام فصل الذمة المالية للزوجين وفق ما أقرته الشريعة الإسلامية (المطلب الأول). ونظر لما يوفره من ضمانات ونتائج للمرأة المتزوجة (المطلب الثاني).

لكن على الرغم أن المبدأ المقرر في الفقه الإسلامي والتشريعات العربية والذي يتمثل بانفصال ذمة الزوج عن ذمة الزوجة لا يعني عدم وجود نظام يحكم الأموال الزوجية، ذلك أن الانفصال لا يكون انفصالا كاملاً بحكم الحياة المشتركة بين الزوجين، وما يترتب عليها من علاقات مالية وأحكام تتعلق بأموال الزوجين، ومن تلك الأحكام يتكون العقد المالي الأمر الذي اضطر بعض التشريعات العربية الحديثة إلى إقرار بوجود

نظام انفصال الأموال، مع خروجها على هذا النظام في حالات استثنائية لتداخل العلاقات الزوجية من الناحية المالية. ⁽¹⁾ (المطلب الثالث).

المطلب الأول:

التأصيل الشرعي والقانوني لفكرة الذمة المالية بين الزوجين:

إن تحقيق الاستقرار والثبات داخل إي مجتمع لا يمكن أن يتم إلا بوضع قواعد لتنظيم العلاقات المالية بين الأفراد، و لا شك إن الاعتراف للشخص بالحق في الذمة المالية ومنحه حق الملكية عليها تظل أول الخطوات في اتجاه إرساء إطار لتنظيم الأموال، ويصبح الأمر أكثر أهمية إذا كان لهذا الشخص صفة الزوج أو الزوجة ⁽²⁾. لذلك فقد عملت التشريعات المغاربية على إقرار المبدأ المتعارف عليه في الشريعة الإسلامية والقائم على الفصل بين أموال الزوجين، غير أنه لا يمكن استجلاء هذا الاعتراف القانوني قبل بيان المقصود بالذمة المالية.

الفرع الأول:

الذمة المالية في الفقه الإسلامي:

لقد اختلف فقهاء الإسلام في تحديدهم مفهوم الذمة ⁽³⁾ المالية، فذهب بعضهم إلى أنها صفة شرعية يفترض الشارع وجدوها في الإنسان، وذهب آخرون إلى أنها نفس الإنسان ذاتها ⁽⁴⁾، وبناء عليه فقد عرفها القارافي من المالكية بأنها معني شرعي مقدر في المكلف قابل للإلزام والالتزام، ثم أتبع ذلك بما يدل على قصده فقال أن هذا المعني جعله

⁽¹⁾ أنظر عمر صلاح الحافظ مهدي العزاوي، الذمة المالية للزوجين في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، ط 01، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2010، ص 104.

⁽²⁾ أنظر محمد أفاض أحريف، النظام المالي للزوجين على ضوء مدونة الأسرة، بحث لينل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، جامعة سيدي محمد بن عبد الله، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية ظهر المهرز، فاس، 2005-2006، ص 13.

⁽³⁾ -الذمة لغة الأمان، ولهذا سمي المعاهد ذميا لأنه أعطي الأمان على ضمان الجزية التي تؤخذ منه، قال ابن منظور في الذمة: العهد والإل: الحلف وقيل في العهد والأمان والضمان والحرمة والحق. أنظر ابن منظور، المرجع السابق، ص 60.

⁽⁴⁾ - أنظر، البزدوي، أبو الحسن علي بن محمد بن الحسين، أصول الإمام البزدوي، مطبوع على هامش كاشف الأسرار، ضبط وتعليق وتخريج محمد المعتصم بالله البغدادي، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان، 1997، ص 396 - 397.

الشارع مبنيًا على أشياء خاصة منها البلوغ والضد وعدم الحجر فمن اجتمعت فيه هذه الصفات رتب الشارع عليها تقدير معني فيه يقبل إلزامه والتزامه بتصرفاته⁽¹⁾.

من هذا المنطلق يمكن أن نعرف الذمة المالية في الفقه الإسلامي بأنها وصف شرعي يفترض الشارع وجوده في الإنسان يصير به أهلاً للإلزام والالتزام، أي صالحاً لأن تكون له حقوق وعليه واجبات مالية، وهي بهذا المفهوم وثيقة الصلة بأهلية الوجوب التي تعني صلاحية الإنسان لأن تكون له حقوق وعليه واجبات، فهي مترتبة على وجود الذمة وكلاهما تلازم الإنسان منذ ميلاده⁽²⁾.

أما فيما يتعلق بالمجال الأسري، فقد عملت الشريعة الإسلامية على العناية بالمال واهتمت بحفظه من الضياع، وشرعت مجموعة من الوسائل الوقائية لحمايته من كل تطاول عليه. كما حثت الآباء والأولياء على رعاية وحماية أموال أبنائهم الصغار، ونهت إلى الوصية به إلى من يثقون به إذ يقول الله تعالى: ﴿وَابْتَلُوا الَّذِينَ يَتِمُّونَ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ^ط﴾⁽³⁾، والخطاب في الآية الكريمة يحث على رعاية أموال اليتامى في الصغر ودفعها لهم بالبلوغ وخطاب عام يتعلق بالذكر والإناث. ومن صميم تنظيمها لأموال الأسرة بصفة عامة فقد اهتمت الشريعة الإسلامية بأموال الزوجين، وأولتها أهمية بالغة، وعملت على تنظيمها وفق مناهج تتلاءم مع الظروف الاجتماعية والاقتصادية التي يعيشها الزوجين، بل إنها اعتنت بأموال الزوجين عناية فائقة وأحاطتها بالترتيبات اللازمة منذ مرحلة ما قبل الزواج. ومن المعلوم أنه من المبادئ الأساسية المعمول بها في هذا الشأن هو استقلال كل زوج بذمته المالية، يقول سبحانه وتعالى: ﴿... لِلرِّجَالِ نَصِيبٌ مِّمَّا كَتَبْنَا^ط وَلِلنِّسَاءِ نَصِيبٌ مِّمَّا

(1) - أنظر، القرابي، أبو عباس أحمد ابن ادريس بن عبد الحمان الصنهاجي، الفروق أنوار البروق في أنواع الفروق، تحقيق محمد أحمد سراج وعلي جمعة محمد، الفرق الثالث والثمانون والمائة بين قاعدة الذمة وبين قاعدة أهلية المعاملة، دار السلام، القاهرة، 2001، ص 1020.

(2) - أنظر عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ج 01، مطابع دار المعارف، مصر، 1967، ص 20.

(3) - سور النساء، الآية 06.

﴿...﴾⁽¹⁾ وقوله عز وجل: ﴿... فَإِنْ طِبَّنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِّنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَّرِيئًا﴾⁽²⁾. فالزواج في الإسلام لا أثر له على أموال الزوجين سواء كانت منقولا أو عقارا اكتسب قبل الزواج أو بعده⁽³⁾. فالمهر المفروض للزوجة مثلا هو حق خالص لها يثبت بمجرد إبرام عقد الزواج وليس لأحج حق في شيء منه سواء في ذلك الزوج أو غيره حيث يقول تعالى: ﴿وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا﴾⁽⁴⁾. فالمرأة في هذا كاشقيها الرجل لها ذمتها المالية المستقلة وهي تتمتع بحق القيام بكل المعاملات التي من شأنها إثراء هذه الذمة، وبذلك يكون الإسلام سباقا على غيره من الرائع الأخرى وكذا على القوانين الغربية في اعترافه للزوج بحقوقها المالية لتحقيق كيانها البشري والاقتصادي بما يسمح لها بموقعة أفضل داخل الأسرة.

الفرع الثاني:

تكريس القوانين المغاربية لمبدأ استقلال الذمة المالية للزوجين

لقد حسمت القوانين المغاربية في مسألة نوع النظام المالي للزوجين فأقرت صراحة أن لكل واحد من الزوجين ذمة مالية مستقلة. فإذا كان الزواج يجمع بين الرجل والمرأة، فهل يمكن لهذا الاقتران أن يجعل من كلا الزوجين شخصية واحدة على غرار بعض التشريعات الغربية⁽⁵⁾، وما هو مصير

(1) - سورة النساء، الآية 32.

(2) - سورة النساء، الآية 04.

(3) - أنظر، محمد الشافعي الزواج في مدونة الأسرة، ط 01، المطبعة والوراقة الوطنية مراكش، 2005، ص 05.

(4) - سورة البقرة، الآية 229.

(5) - فالزواج في غالب الدول الغربية يؤدي إلى اندماج وانصهار كلي لشخصية الزوجة في شخصية زوجها لا على مستوى الأموال فحسب بل على مستوى الاسم أيضا، الشيء الذي أدى مؤخرا إلى بروز منظمات نسائية تطالب بالمساواة بين الرجل والمرأة داخل العائلة وتندد بميمنة اسم الزوج على اسم زوجته، فكلما تعلق الأمر بالحديث عن الاسم غلا ودارت المناقشات حول اسم المرأة، لأن هذه الأخيرة تنتقل من عائلة أبها لتدخل عائلة زوجها، وهذا المرور من عائلة إلى أخرى هو الذي يؤدي عند الاقتضاء على تغيير حالة المرأة، وإن كانت قوانين وأعراف بعض الدول الغربية تنص بأنه من الضروري أن تحمل الزوجة اسم زوجها ولقبه، فإنها أصبحت الآن تكرر الطابع الإرادي للاسم قصد استقلال الزوجين والقضاء على التمييز بينهما في مجال الاسم، ويتجلى هذا الاتجاه في حرية اختيار اسم مشترك من طرف الزوجين

أموالهما التي ستصبح جنبا إلى جنب خلال الحياة الزوجية؟ برجعنا إلى قانون الأسرة الجزائري، نجد أن المشرع قد اعترف للمرأة المتزوجة بشخصيتها المستقلة عن شخصية الزوج واعتبرها عضو كامل الأهلية داخل الأسرة، دون تمييز بينها وبين الرجل في مباشرة حقوقها وتحمل التزاماتها، إلا ما فرضته الخصوصيات الناتجة عن الصيغة الفيزيولوجية والبيولوجية لكلا الجنسين وما ينتج من تمايز بينهما.

فالمرأة شريكة الرجل لكونها إنسانا كاملا مما يحتم أن تتمتع مثلا بسائر الحقوق خصوصا بعدما تأكد علميا أن التفاوت الحاصل بينهما واختلافهما هو اختلاف عضوي بسيط لا تأثير له على الحقوق التي يجب أن يتمتع بها أو المسؤوليات التي يجب أن يتحملها داخل الأسرة. وعليه، فالمرأة لها كامل الحق في التملك والانفراد بدمتها المالية التي تبقى مخصصة لمعاملتها المالية وهي في ذلك تعتبر مستقلة بذاتها غير تابعة أو مكملة لخدمة الزوج.

وترتبيا على ذلك فكل ما تشمله الذمة المالية من عناصر إيجابية وسلبية ملكية صاحبها، وهو وحده المسئول عنها.

فالصداق مثلا هو ملك خالص للزوجة تتصرف فيه كما تشاء ولا حق للزوج في مطالبتها بأثاث أو غيره مقابل الصداق الذي أصدقه إياها. غير أنه بالنسبة للزوج فإن قاعدة استقلاله بدمته المالية تتسم ببعض المرونة والنسبية إذ تجب عليه النفقة الواجبة للزوجة والأبناء.

ولقد نص المشرع الجزائري في المادة 37 من قانون الأسرة بشكل صريح على أنه لكل واحد من الزوجين ذمة مالية مستقلة عن ذمة الآخر، وهو ما ذهب إليه كذلك المشرع المغربي في المادة 49 من مدونة الأسرة. وهو ما نستشفه أيضا من الفصل 24 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية الذي جاء محتواه أنه " لا ولاية للزوج على أموال

حيث يقرن يوم زواجهما ما إذا كان يرغب كل واحد منهما في الاحتفاظ باسمها يتفقان على اسميهما اسما عائليا مشتركا، أنظر محمد الشافعي، أحكام الأسرة في ضوء مدونة الأحوال الشخصية، ط03، دار ونيبي للطباعة والنشر، 1998، ص 213.

زوجته الخاصة بها"، إذن فالذي يتزوج هما الزوجان وليس الأموال⁽¹⁾، لكن ما هي مكونات هذه الذمة التي تتمتع الزوجة بملكيته الخاصة؟
 فيمكن تحديد مكونات ذمتها المالية في ما يلي:

- الأموال المنقولة والعقارات التي اكتسبتها قبل إبرام عقد الزواج.
 - الديون المستحقة لها اتجاه الغير والديون التي بذمتها لفائدة الغير.
 - ما قد يؤول إليها عن طريق الهبة أو الإرث أو الوصية أو عن طريق تعويض شخصي.
 - الصداق والهدايا التي يقدمها الزوج أثناء الخطبة وعند إبرام عقد الزواج.
 - ما تحضره لبيت الزوجية من أثاث وأمتعة ومجوهرات ومواد أخرى.
- فالاعتراف القانوني للمرأة المتزوجة بالحق في ذمة مالية مستقلة ليس أبدا نوع من الترف القانوني أو نتيجة للجموع التشريعي، إنما هذا الاعتراف القانوني جاء لرفع الحيف والقهر المسلط على المرأة المتزوجة التي كانت تعدّ مجرد إنسان ثانوي داخل الأسرة لا تتمتع بحق ممارسة الحقوق المالية التي يرتبها عقد الزواج، فكان لا بد أمام حتمية التغيير والتطور أنصافها ورد الاعتبار لها بتمتعها باستقلالها المالي امتداد لاستقلالها بشخصيتها القانونية.

كذلك تتجلى غاية الاعتراف القانوني للمرأة بالذمة المالية في ضرورة الحفاظ على التوازن المالي للأسرة، فمما لا شك فيه أن الظروف الاقتصادية الحالية عرفت تطورا كبيرا نتيجة انخراط المرأة في سوق الشغل وولوجها العمل المأجور، فكان لا بد من إعادة النظر في التزامات وحقوق كل طرف، وهذا طبعا ما أدّى إلى مجموعة من النتائج.

(1) – Omar Mounir, La modawana, le nouveau droit de la famille, imprimerie Najah Al Jadida, Rabat, 2005, pp 41-42.

المطلب الثاني:

النتائج المترتبة على مبدأ استقلال الذمة المالية للزوجين:

إذا اعتبرنا أن تمتع الزوجة بذمة مالية مستقلة هو سبيل لإقرار العدل والمساواة بين الزوجين⁽¹⁾ في تحمل أعباء الحياة الزوجية والاستفادة المشتركة من الحقوق التي ترتبط بها، فإن أول حق يترتب عن الاستقلال المالي للزوجة هو حرية التصرف في مالها " الفرع الأول" غير أنه إذا كان كل حق يقابله واجب فلا بد أن تتقاسم مع زوجها عبئ الإنفاق على الأسرة " الفرع الثاني".

الفرع الأول:

حرية الزوجة في التصرف في مالها:

الزواج ليس له أي أثر على استقلال أهلية الزوجة في التملك والتعاقد، فتظل الزوجة طبقاً للشريعة الإسلامية سيّدة أموالها والمالكة الوحيدة لكل ما كانت تملك قبل الزواج ولكل ما يؤول إليها بعده من مال منقول أو عقار ولها مطلق الحرية في إدارته والتصرف فيه كما تشاء دون تدخل من الزوج، ولا تسأل عما يتعاقد عليه الزوج من ديون⁽²⁾.

(1) - وهذا ما حاول المجتمع الدولي تكريسه خاصة بعد بروز الأفكار الفلسفية التي كانت تنادي بحقوق الإنسان والمساواة ونبذ التمييز والتهميش الممارس على المرأة بصفة عامة والمتزوجة بصفة خاصة، فجاءت كل المواثيق الدولية الصادرة خلال النصف الثاني من القرن العشرين منادية بمبادئ الحرية والمساواة بين الزوجين.

الفصل الثالث من العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية نص على أن تتعهد الدول الأطراف بتأمين الحقوق المتساوية للرجال والنساء في تمتع جميع الحقوق المدنية والسياسية، أما العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية فكان أكثر دقة في تخصيصه بالحماية للمرأة المتزوجة وضمن استقلال شخصيتها داخل الأسرة، فبعدما نص الفصل الثالث على أن تتعهد الدول الأطراف بضمن مساواة الرجال والنساء في حق الاستمتاع بجميع الحقوق المدنية والسياسية جاء الفصل الثالث والعشرون ليحث الدول الأطراف على اتخاذ الخطوات المناسبة لتأمين المساواة في الحقوق والمسؤوليات المالية والمعنوية عند الزواج وأثناء قيامه وعند فسخه، وهذا إن دل على شيء فإنما يدل على الوعي المبكر لدى المجتمع الدولي بأن إنصاف المرأة في التنمية وإعادة الاعتبار لها داخل المجتمع ككل، وانسجاماً مع هذا التوجه، سعت اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة إلى تحقيق مساواة نموذجية بين الجنسين في الحقوق والواجبات والقيمة الإنسانية، فعاجت بإسهاب الحقوق الأسرية للمرأة للقضاء على التمييز ضدها في كافة الأمور المتعلقة بالزواج والعلاقات الأسرية، وبوجه خاص ضمان تمتعها بنفس الحقوق التي للزوج في ما يتعلق بملكية وحيازة الممتلكات والإشراف عليها وإدارتها، أنظر فريدة بناني، حق تصرف الزوجة في مالها حق شرعي وقبول تشريعي، ط 01، مطبعة دار تنمى للطباعة والنشر، مراكش، 1995، ص 72-73.

(2) - أنظر، علي علي سليمان، نظرات قانونية مختلفة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، د، س، ص 64.

فعقد الزواج عقد شخصي لا عقد مالي، والمال ليس مقصود أصليا فيه، فالزواج لا يعطي للرجل أي حق في أن يتدخل في تصرفات زوجته المالية، ومما يدل على كمال واستقلال أهلية الزوجة في النواحي المدنية واحتفاظها بشخصيتها القانونية المستقلة بعد الزواج وخصائص هذه الشخصية من الأهلية والذمة هو احتفاظها باسمها واسم أبيها وعائلتها فلا تتبع زوجها في اسمه ولقبه.

ويقول مصطفى السباعي في هذا الشأن: " لا تمحي شخصية المرأة في حياتها الزوجية الجديدة ولا تطغي عليها شخصية الزوج الحقوقية والاجتماعية، فالمرأة لا تزال تنسب إلى عائلتها وتحمل اسمها واسم أبيها وهي مستقلة تمام الاستقلال في شؤونها المالية الخاصة لا سلطان للزوج ولا للأب عليها في هذه الشؤون، تبيع وتشتري وتؤجر وتستأجر وتتصرف سائل التصرفات التي تحتاج إلى الأهلية الكاملة في المعاملات" (1).

فبالتالي هي تمارس جميع العقود والمعاملات المالية وغير المالية باسمها ونسبتها الأولى إلى أبيها، فالمرأة تحتفظ بشخصيتها المدنية المستقلة بعد الزواج وكذا الحال بالنسبة لأهليتها في التملك والتعاقد. هذه الأهلية لا تقيد بالزواج، فالمرأة بعد زواجها تمتلك ما كانت تملكه قبل الزواج من الأهلية الكاملة لمباشرة المعاملات المدنية وإبرام العقود بكافة أنواعها.

غير أن فقهاء المذاهب في تناولهم لهذا الحق - حق تصرف الزوجة في مالها- وقفوا مواقف متباينة بين من يقيد أهلية المرأة المتزوجة وبين من يطلقها.

فذهب جمهور الفقهاء من حنفية وشافعية وحنابلة إلى أن للمرأة المتزوجة البالغة العاقلة التصرف في مالها كله بالتبرع والمعاوضة (2) لأن ذمتها مستقلة عن ذمة الزوج، واستدلوا في ذلك بقوله تعالى: ﴿... فَإِنْ ءَادَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمَ

(1) -أنظر مصطفى السباعي، شرح قانون الأحوال الشخصية، ط09، ج01، دار النيرين ودار الوراق، بيروت، دمشق، 2001، ص 28.

(2) -أنظر محمد الشافعي، الزواج في مدونة الأسرة، المرجع السابق، ص 251.

أَمْوَالَهُمْ^ط ﴿١﴾ وقوله تعالى: ﴿وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ...﴾^(٢). وبمفهوم المخالفة، فإن الرشيدة من النساء إما أن تتبرع بمالها وتجري ما تشاء من المعاملات العوضية أو التبرعية. إلا أن المالكية لهم رأي آخر في هذا فهم يقولون بوجوب حصول الزوجة على إذن من الزوج للتصرف في أموالها بالتبرع فيما جاوز الثلث، حيث استدلوا إلى أحاديث يري البعض أنها ضعيف لخلل سندها، كحديث " لا يجوز لامرأة عطية إلى بإذن زوجها"^(٣). ويبدو أن هدف المالكية من هذا التحجير الجزئي على أهلية المرأة هو حماية للزوجة نفسها من التبرع بمالها بدون حد، حيث إذا فقدت زوجها القائم عليها وجدت في مالها ما يقوم به أودها، كما أن للزوج الذي تجب عليه النفقة يجوز له أن يعترض على زوجته عند محاولتها منعه من الإرث عن طريق تفويت أموالها^(٤).

إلا أن هذا التبرير رغم وجهاته، فإنه لا يمكن اعتماده للنيل من أهلية المرأة في التبرع لان حق الإرث لم يشرع في مقابل النفقة وهذا ما يستفاد من نص المادة 37 من قانون الأسرة الجزائري حيث للزوجة أن تحتفظ بملكية أموالها مستقلة أو تتفق مع زوجها على استثمارها وتنميتها وهذا ما يستفاد كذلك من نص المادة 49 من مدونة الأسرة المغربية.

أما مجلة الأحوال الشخصية التونسية قد نصت في الفصل 24 أنه " لا ولاية للزوج على أموال زوجته الخاصة بها".

يستنتج من هذه النصوص القانونية الأحكام الآتية:

- أن قوانين الأسرة المغاربية تقر بالاستقلال المالي للزوجين خلال الزواج، فهذا الأخير لا أثر له على مال الزوجين، حيث يحتفظ كل منهما بدمته المالية المستقلة عن ذمة الآخر.

(1) - سورة النساء، الآية 06.

(2) - سورة النساء، الآية 05.

(3) - أنظر فريدة بناني، المرجع السابق، ص 14.

(4) - أنظر محمد الشافعي، المرجع السابق، ص 251.

- أن الزواج لا يمس أهلية المرأة، فهي تبقى كاملة الأهلية بعد الزواج إن كانت متمتعة بقواها العقلية ولم يثبت سفهها.
 - أن للزوجة كامل الحرية في التصرف في أموالها، يستوي في ذلك أن يكون التصرف بعوض أو بدونه من بيع وشراء وهبة وإعارة وغير ذلك من التصرفات المالية، دون أن يتوقف ذلك على رضا الزوج.
 - أن تصرفات المرأة المتزوجة بغير عوض صحيحة وغير متوقفة على موافقة الزوج حتى لو استغرقت كل مالها ومن تم ليس للزوج الحق في إبطالها.
- وبهذا تكون القوانين المغاربية للأسرة أخذت برأي الجمهور ولم تتركس الفتوى التي جاء بها المذهب المالكي مخالف للمذاهب الأخرى، والتي مفادها أن تصرف الزوجة في مالها بدون عوض لا ينفذ إلا في حدود الثلث، أما ما زاد عن الثلث يتوقف على موافقة الزوج فإن أقدمت على ذلك دون إذنه، كان تصرفها غير نافذ من حق الزوج إبطاله.

فهذا الاعتراف القانوني للمرأة يبقى توجهها محمودا من قبل المشرع المغربي، بل يظل شيئا مطلوبيا ومرغوبا فيه بشرط احترام الأخلاق والآداب بما يصون شرف الأسرة وكرامتها.

الفرع الثاني:

مساهمة الزوجة في الإنفاق على بيت الزوجية

إن من أعقد المسائل وأكثرها حدة والتي تناقش اليوم داخل الأسرة مسألة مشاركة المرأة زوجها في الإنفاق إذا كانت موظفة أو صاحبة أجر أو ثروة، ولأن كان هذا الأمر معمولا به في كثير من الأسر من أجل التعاون على أعباء الحياة ومتطلباتها، فإنه في بعض الأحيان يكون عمل المرأة خارج بيتها ومطالبة الزوج إياها بالمساهمة معه في الإنفاق عاملا من عوامل التفرقة بينهما. هذا الإشكال ناتج من صعوبة تجديد طبيعة ومستلزمات العالقة المتبادلة بين الزوجين داخل الأسرة، وما يتبعه ذلك من تقسيم العمل

بينهما فيما يتعلق برعاية الأسرة وتسيير شئونها، صعوبة تنبع بالدرجة الأولى من عدم وجود معيار يمكن اعتماده كأساس لتوزيع الأعباء بين الزوجين.

فالمقرر شرعا أن المرأة حرة في التصرف في مالها وغير ملزمة بالمساهمة مع زوجها في الإنفاق على الأسرة والمشاركة في الأعباء والتكاليف العائلية كأصل عام، لكن الظروف الاقتصادية والاجتماعية والحياة الصعبة جعلت الزوجة تشارك في الإنفاق على الأسرة بطريقة أو بأخرى.

فالوضعية الجيدة للزوجة سواء كانت ثرية أو عاملة تفرض عليها أن تستعمل بعض المصاريف الخاصة بإدارة البيت وتربية الأولاد للمحافظة على أسرتهما، وخاصة في وقتنا الراهن الذي أصبح يفرض على الزوجة ذلك نظرا لارتفاع مستوى المعيشة وخاصة إذا كان الزوج بطالا أو منخفض الدخل أو عاجزا بسبب المرض أو الإعاقة ولن أطيل في هذه المسألة لأنني سأتناولها بالتفصيل عند الكلام عن موضوع نفقة الزوجة.

وفي الأخير نخلص إلى أن أول ميزة تحسب لنظام فصل الأموال كونه يحفظ للمرأة حقوقها المالية ويعزز استقلالها ويمكنها من حريتها في استثمار أموالها لحسابها الخاص، دون أن يكون لزوجها الحق في التدخل بمنعها أو تقييد حريتها بأي نوع من أنواع التقييد. وهي في ذلك غير مطالبة بالإنفاق على نفسها ولا على أولادها من مالها مهما قلا أو كثر. كما تبرز أهمية إقرار مبدأ الذمة المالية المستقلة لكل واحد من الزوجين في الحرص على عدم اغتناء احدهما على حساب الذمة المالية للآخر أو السعي إلى ركوب مطية الزواج وبهدف هذا الاغتناء، بعيدا عن القيم والغاية السامية لعقد الزواج.

كما أن إقرار هذا المبدأ من شأنه أن يخول لكل واحد من الزوجين الحفاظ على ثروته المكتسبة قبل الزواج وتنميتها في استقلال تام عن الذمة المالية للزوج الآخر سواء بشكل إيجابي أو سلبي.

وتبرز أهمية هذا التمييز بشكل أكبر حين استحضار كون الذمة المالية لأحد الزوجين لا تكون دائما ايجابية وملئية، لأن الشخص قد تكون ذمته المالية سلبية من خلال تحمله لديون سابقة أو يحل أجلها بعد إبرام عقد الزواج أو يقوم بتصرفات تحمله

مسؤولية شخصية تجاه الغير فيكون هو وحده الملزم بالوفاء بديونه ومن ماله الخاص دون أن يمتد أثر هذه الديون على الذمة المالية وممتلكات الزوج الآخر⁽¹⁾، إلا برضاها وفي حالات خاصة وبصفة تكميلية لا أصلية.

وكما يجد هذا المبدأ تبريراته في الحرص على عدم اغتناء أحد الزوجين على حساب الآخر خصوصا عندما تكون ذمة أحدهما سلبية، ولعل أن أخطر ما في الذمة المشتركة أن الزوج يمكنه أن يغامر بأمواله وأموال زوجته فيتسبب في إفلاسها، خاصة إذا علمنا أن الزوج هو الذي يتولي عادة استثمار أموال الأسرة بمفرده. إضافة على هذا فنظام فصل الأموال يسهل القسمة عند انقضاء الزواج بطلاق أو وفاة.

فمبدأ فصل الأموال مبدأ حقوقي ثابت ضمن قوانين الأسرة المغاربية، لكن مع تطور المجتمع وتغير أوضاع المرأة والرجل معا في العائلة وحصول تبدل في الوظائف والأنشطة والحقوق، لم تعد النصوص القانونية المنظمة للحياة المالية وأمالك الزوجين المكتسبة بعد الزواج قادرة على تنظيم الواقع الجديد، واتضح أن الاكتفاء باعتماد نظام الفصل في الأملاك بين الزوجين وحده كمبدأ عام، يمثل أحد أسباب هشاشة الروابط الزوجية، هذا ما جعل المشرع المغربي يلطف من حدة هذا المبدأ ويترك للزوجين حرية الاتفاق على الاشتراك في الأموال المكتسبة خلال الحياة الزوجية.

المطلب الثالث:

الاتفاق على الاشتراك في الأموال المكتسبة:

لقد كرست كل قوانين الأحوال الشخصية للدول الإسلامية مبدأ فصل الأموال بين الزوجين، غير أن المشرع المغربي لطف من حدة هذا المبدأ حيث أكد على دور إرادة الزوجين عند إبرام الزواج في تحديد الاتفاقات التي يرغبان في تضمينها في عقد مستقل من أجل تنظيم علاقتهما المالية وخصوصا فيما يتعلق بثروتهما المكتسبة خلال

(1) - أنظر الملكي حسين، مقال منشور بجريدة العلم، 04 ماي 2004، عدد 19705، ص 03.

الحياة الزوجية لضمان حقوقهما معا. فاستثناء من قاعدة استقلال الذمة المالية للزوجين، أقر المشرع الجزائري قاعدة آخري اختيارية تخضع لإرادة الزوجين وذلك ما نص عليه في المادة 37 وهو ما أقرته مدونة الأسرة المغربية في الفقرة الأولى من الفصل 49.

أما المشرع التونسي فرأى ضرورة سن قانون خاص لضبط وتنظيم نظام الاشتراك في الأملاك بين الزوجين وهو القانون رقم 94 لسنة 1998 المؤرخ في 09 نوفمبر 1998⁽¹⁾ من أجل تحسيس العازمين على الزواج وحتى المتزوجين بأهمية العلاقة المادية والمالية التي تنشأ بينهم خاصة بعدما اقتحمت الزوجة ميدان العمل وأصبح لها في غالب الأحيان دخل محترز تدخل تشريعي أراد من خلاله المشرع حسم ما يمكن أن يحدث من مشاكل وخلافات بين الأزواج في كل ما يتعلق بالمشاكل المالية وإشكالات الملكية العقارية.

هذه النصوص التي جاء بها المشرع المغربي هي نتيجة إدخال مبدأ سلطان الإرادة إلى ميدان العلاقات الأسرية، التي ظل أمر التقرير في أغلب قواعدها حكرا على المشرع منذ أمد طويل وبذلك أصبح الزوجان أحرار في إبرام ما يشاء من العقود وبما يقررا من الشروط، كل ذلك في إطار عد الخروج على أمر نهي عنه الشارع أو حرمة.

كما تجد فكرة العقد المالي سندها في نظريتي فقه الشروط وفقه الصلح اللتان يأخذ بهما الفقه الإسلامي في العالقة بين الزوجين والذي بمقتضاهما يمنح الحق للمرأة في إن تشتط لنفسها مما يحفظ حقوقها يطمئننها على مصيرها ومصير أولادها مستقبلا.

ودارسة فكرة العقد المالي بين الزوجين في القوانين المغاربية تحتم علينا دراسة إمكانية الاشتراك في الأموال المكتسبة أثناء الحياة الزوجية (الفرع الأول)، ونظام الاشتراك في الأملاك بين الزوجين (الفرع الثاني).

(1) - القانون عدد 94 لسنة 1998 المؤرخ في 09 نوفمبر 1998 الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، عدد 91 المؤرخ في 13 نوفمبر 1998..

الفرع الأول:

إمكانية الاشتراك في الأموال المكتسبة.

يقول الإمام مالك " ليس للزوج قضاء في مال امرأته قبل دخوله بها ولا بعده " هذا القول يترجم أحقية المرأة في أموالها من منقولات أو عقارات الأمر الذي يخولها التصرف فيها كيفما شاءت بدون أدني تدخل من زوجها، لأنه ليس له أي حق على مال زوجته، مهرا كان أو نفقة، أو إرثا، فكل منهما مستقل بذمته المالية، والزوج ليس له حق تملك أي شيء من مال زوجته ما لم تفوضه في ذلك أو تهبه له دون إكراه منه وعلى اعتبار أنهما قد يكسبان أموالا أثناء قيام الزوجية، الأمر الذي يطرح عدة مشاكل في حالة النزاع، خصوصا بعد الافتراق (1).

إن تأمين المساواة الفعلية بين الزوجين تتم من خلال إيتاء كل ذي حق حقه انطلاقا من هذه الفكرة، وبهدف مواجهة ضعف الوازع الديني الذي أنتجه الواقع والمتمثل في عدم تقدير تضحيات الزوجة خلال فترة الزواج قام المشرع بالتأكيد على أن الزوجين شريكين في تدبير الشؤون المالية للأسرة (2).

فأجاز المشرع الجزائري للزوجين من خلال نص المادة 37 من قانون الأسرة الاتفاق في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق على تنظيم الأموال المشتركة بينهما، وكذا تحديد النسب التي تؤول إلى كل واحد منهما، وخصوصا بعد خروج المرأة إلى ميدان العمل والتوظيف حيث أصبح راتبها الشهري مصدر للمشاكل الزوجية التي قد تنتهي بالطلاق في أغلب الحالات بعدما تكون قد ساهمت في تنمية أموال الأسرة خلال فترة الزوجية مما أدى بالمشرع الجزائري إلى إنصافها في هذا الخصوص من خلال نص المادة 37 الفقرة الثانية، ذلك أنه عند الافتراق، قد يستأثر الزوج بكل الثروة الزوجية دن إعاراة الاهتمام إلى كدها ومساهماتها ومجهودها في تنمية أموال الأسرة.

(1) - محمد الأزهر، المرجع السابق، ص 180-181.

(2) - أنظر، السعيد الروبيو، تدبير الأموال المكتسبة أثناء الزواج، مداخلة أُلقيت في ندوة مدونة الأسرة بعد ثلاث سنوات من التطبيق، الحصيلة والمعوقات، مرجع سابق، ص 272.

فقد أحسن المشرع صنعا عندما أجاز للزوجين أن يتفقا على كيفية تسيير الأموال المشتركة التي يكتسبها أثناء الزواج وتحديد النسب التي تؤول إلى كل واحد منهما وهذا وفقا لمساهمة كل واحد من الزوجين، وهذا يخص الأموال المكتسبة خلال فترة الزواج، ولا تتناول ما كان يملكه كل واحد منهما ملكية خاصة قبل إبرام الزواج. فإذا لم يكن بين الزوجين اتفاق أو عقد شركة لتنمية أموال الأسرة فإن أمر تقويم هذه الأموال المشتركة يخضع للقواعد العامة⁽¹⁾.

أما بالنسبة للمشرع المغربي فلقد أفردت مدونة الأسرة المادة 49 لتنظيم الأموال المكتسبة بين الزوجين خلال فترة الزواج، مستحضرة في ذلك أحكام الشرع الإسلامي مستعدة ما يعرف في بعض القوانين الوضعية من إبرام عقد الزواج في إطار فصل الأموال أو الأموال المشتركة. لقد جاء في المقطع الأول من المادة المذكورة: " لكل واحد من الزوجين ذمة مالية مستقلة عن ذمة الآخر".

وفي إطار المنظور الجديد والبعيد الذي ابتغاه المشرع لما يجب أن يسود أجواء الأسرة من تعاون من أجل النهوض بأعبائها كل واحد من موقعه⁽²⁾ أصبح وفقا للمادة المذكورة للزوجين أن يتفقا في إطار تدير الأموال التي ستكتسب مستقبلا خلال الحياة الزوجية على استثمارها وتوزيعها.

غير أن هذا الاتفاق يجب أن يكون مضمنا ليس في رسم الزواج وإنما في وثيقة مستقلة عنه أي يمكن تحرير هذه الوثيقة من طرف العدلين اللذان حررا عقد الزواج، أو من طرف عدلين آخرين أو يمكن اللجوء إلى الموثق. كما يمكن أن يضمن هذا الاتفاق في وثيقة عرفية يكتبها الطرفان أو ينوب عنهما الغير في ذلك⁽³⁾، الأمر يتعلق بنظام اختياري وليس وجوبي، كما أن المسألة متروكة لإرادة الأطراف، حيث يتم إقرارها في

(1) أنظر، بلحاج العربي، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد، ط 01، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2012، ص 425.

(2) الطاهر كركر، المرجع السابق، ص 172.

(3) أنظر محمد الشافعي، قراءة في المادة 49 من مدونة الأسرة، مداخلة أقيمت في ندوة مدونة الأسرة بعد ثلاث سنوات...، المرجع السابق، ص 266.

وثيقة مستقلة عن عقد الزواج، وبالتالي فهذا الاتفاق الرضائي يخضع لقاعدة العقد شرعية المتعاقدين.

في ضوء ما سبق، يمكن القول بأنه لم يكن هناك ما يمنع من إبرام عقد تدبير الأموال المكتسبة أثناء الزواج ولو في ظل المدونة القديمة، مادام الأمر يتعلق بتصرف رضائي لا يتعارض مع القانون أو النظام العام. إضافة إلى ذلك حتى لو لم يتم الاتفاق على تدبير الأموال المكتسبة فذلك لا يعني ضياع حقوق أحد الأطراف وخصوصا الزوجة. فالاتفاق يتعلق في جانب منه بطريقة توزيعها وطبقا للفقرة الأخيرة من المادة 49 التي تنص على أنه "إذا لم يكن هناك اتفاق فيرجع للقواعد العامة للإثبات". وبمعنى آخر لو انعدم الاتفاق يحق للزوجة اقتسام الأموال المكتسبة أثناء الزواج بعد إثبات مساهمتها في تكوين هذه الأموال ويتم تقدير نصيب كل طرف من قبل المحكمة التي يقع عليها مراعاة مجهودات كل واحد من الزوجين⁽¹⁾.

يتجلى من مقتضيات المادة 49 من مدونة الأسرة أن الزوجة أصبحت شريكة في الأموال المكتسبة خلال الحياة الزوجية، سواء حصل اتفاق بين الزوجين أو لم يحصل بحيث يرجع في هذه الحالة للقواعد العامة للإثبات مع مراعاة عمل كل واحد منهما وما قدمه من مجهودات وما تحمله من أعباء لتنمية أموال الأسرة. فالخطاب المضمن في هذه المادة جاء غير محدد فهو يهم الزوجين معا حيث يحق لكل منهما إثارة تقسيم الثروة المكتسبة خلال الزواج والمطالبة به، سواء في حالة وجود اتفاق أو عدم وجوده وإن كان الغالب أن الخطاب موجه ضمنا لصالح الزوجة. وبخصوص هذه المسألة، يري بعض الفقهاء أن أساس تقسيم الثروة المكتسبة خلال الزواج يوجد في التراث المغربي وخاصة ما اصطلح عليه في الجنوب المغرب عند أهل سوس بحق الكد والسعاية أي ما يسمى تامازالت أو التغراد أو حق الشقا كما هو معمول به في الشمال⁽²⁾.

(1) السعيد الروبيو، المرجع السابق، ص 273.

(2) محمد الشافعي، قراءة في المادة 49.....، المرجع السابق، ص 268.

وحق الكد والسعاية معناه أن المرأة تكون قد ساهمت في تنمية ثروة الزوج، فهي شريكة له فيها، فإذا طلقها يلزم بأن يرد عليها نسبة تكافئ مجهودها ومساهمتها عملاً أو مالا أو هما معاً، والشيء نفسه إذا مات الزوج، حيث تأخذ نسبة عملها وشقاها قبل توزيع التركة والقضاء⁽¹⁾ المغربي يأخذ بهذا العرف الذي يكرم المرأة ولا يبخسها حقها. وبخلاف ما سار عليه عرف الكد والسعاية، يتضح أن مقتضيات المادة 49 من مدونة الأسرة تشمل كل من الزوجة والزوج⁽²⁾. كما أن هذه المادة جاءت عامة وغير مقيدة بمجال معين أو نشاط معين، ولا ينحصر تطبيقها على المرأة القروية التي تشتغل خارج البيت، بل يشمل كذلك الزوجة الموظفة وغيرها. فمقتضيات المادة 49 تستفيد منها كل الزوجات، سواء كانت تعمل خارج المنزل أو بقيت دون قيامها بأي عمل، مما يطرح السؤال التالي: هل عمل كل واحد من الزوجين وما قدمه من مجهودات وما يحمله من أعباء لتنمية أموال الأسرة، كما هو منصوص عليه في المادة 49، أي أن المرأة المتزوجة التي لا تقوم بأي عمل خارج البيت أصبح لها نصيب مقدر من طرف القاضي في الثروة المكتسبة خلال الحياة الزوجية وذلك في حالة غياب اتفاق بين الزوجين على تدبير وتقسيم هذه الثروة، بمعنى أن العمل المنزلي أصبح عملاً منتجا مقوماً بالمال⁽³⁾.

(1) قرار المجلس الأعلى رقم 44 بتاريخ 1978 حاس فيه: "الاستفادة التي تحصل للزوجين، إذا ثبت أن ما سيتفاداه ناتج عن عملهما المشترك تجعل حق الكد والسعاية ثابتين للزوجين، وتستحق بذلك نسبة من الثروة المنشأة خلال فترة الحياة الزوجية"، قرار المجلس الأعلى رقم 177 بتاريخ 12 ماي 1980 ومما جاء فيه: "تراعي في تقدير السعاية، بعد ثبوتهما، الدمنة وحق باقي بالسعاية على قدر عمله، لا فرق بين الذكر والأنثى فيها هو استفاد خلال فترة الحياة الزوجية...."، أنظر محمد الأزهر، المرجع السابق، ص 182. وبخصوص تقدير الكد والسعاية تخضع لسلطة المحكمة التقديرية طالما كان قضاؤها مقلداً وراعت في ذلك المحكمة نسبة مساهمة الزوجة المطلقة في تنمية أموال مطلقها ووضعية الطرفين، وما تضمنته الخبرة من عناصر إيجابية، قرار صادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 2006/10/11 تحت عدد 579 في الملف الشرعي عدد 06/245، مجلة قضاء المجلس عدد 66 ص 135 وما تليها.

(2) - إذا أدلى الزوج بوثائق تثبت مساهمته في العقارات التي تدعي مطلقته ملكيتها لها، فيجب على المحكمة أن تجري بحثاً أو خبرة للتحقق من صحة تلك الوثائق، وبالتالي صحة أو عدم صحة تلك المساهمة، قرار صادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 2008/12/03 تحت عدد 566 في الملف الشرعي عدد 07/28، مجلة المناهج القانونية عدد 13 و 14 ص 268 وما يليها مقتبس عن محمد بفقير، المرجع السابق، ص 59.

(3) - حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بالبيضاء بتاريخ 2006/04/24 تحت عدد 4478 في الملف عدد 04/685، مجلة محاكمة عدد 6 ص 305 جاء فيه: "الأصل أن لكل واحد من الزوجين ذمة مستقلة عن ذمة الآخر، ويمكن أن يتفقا على طريقة معينة لتدبير الأموال المكتسبة خلال أيام الحياة الزوجية ويحدد طريقة إدارة واستثمار هذه الأموال وتوزيعها بنسبة معينة بينهما ويضمن الاتفاق كتابة وفي حالة الخلاف يتم الرجوع إلى القواعد العامة للإثبات مع مراعاة عمل كل واحد منهما، العمل اليومي للزوجة أو داخل البيت هو مساهمة

إذا كان حق الزوجة في تنمية أموال الأسرة أثناء قيام العلاقة الزوجية ثابت لها بواسطة القواعد العامة للإثبات وفقا لقيم العدل والمساواة والمعاشرة بالمعروف، تجب الإشارة إلى أن نص المادة 02/37 من قانون الأسرة الجزائري جاء على شكل مبدأ قانوني يعطي للزوجين الحق في الاتفاق في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق حول الأموال المشتركة بينهما التي يكتسبها أثناء مدة الزواج وتحديد النسب التي تؤول إلى كل واحد منهما، لكنه لم يتطرق إلى التفاصيل ولم يحدد الأموال المشتركة ولا كيفية استثمارها، ولا حتى كيفية توزيعها في حالة النزاع وغير ذلك من المسائل خصوصا أمام عمومية هذا النص الوحيد⁽¹⁾.

كذلك يؤخذ على المادة 49 من مدونة الأسرة بعض الغموض والالتباس حيث لم يتطرق المشرع إلى مشكل التصرف في الأموال المكتسبة بعوض أو غير عوض من طرف أحد الزوجين خلال الحياة الزوجية. كما أنه لم يبين وقت المطالبة بتقسيم هذه الأموال بعبارة أخرى، هل هذا التقسيم يكون عند الطلاق أو التطلق، أو يمكنه طلبه حتى عند الوفاة، وفي الأخير نقول أنه على الرغم من التنصيص على إفراغ اتفاق الزوجين في قالب مكتوب، فإن اللجوء إلى هذا النوع من الاتفاقات بقي غير مألوف من طرف النساء، سواء عند إبرام الزواج أو بعده لأن هناك عدة عوامل اجتماعية، أخلاقية، نفسية تدفع الأطراف المتعاقدة إلى عدم طرح مسألة الاتفاق بينهما ابتداء على تدبير واستثمار الأموال التي يمكن أن تكتسب مستقبلا، بل يمكن أن ينظر إليها بأنها أصبحت تمس الثقة المفترضة بين الزوجين وتثير الحرج بينهما بحسب ما هو مألوف عند الناس، مما يفسر قلة حالات الاتفاق على استثمار الأموال خلال الحياة الزوجية.

منتجة عند التقسيم لأن عقد الزواج للعشرة الزوجية ولا يلزم الزوجة خدمة البيت، حق الزوجة في الثروة التي كونها الزوج خلال فترة الزواج هو حق يجد سنده في الشريعة الإسلامية وفي الفقه الإسلامي وهو الحق الذي يحقق للزوجة نوعا من الاستقرار المادي إذا ما انتهت العالقة الزوجية مقابل مجهوداتها وعنايتها إلى جانب الزوج.

⁽¹⁾ بلحاج العربي، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة...، المرجع السابق، ص 426.

إلا أن أمل المشرع التونسي ورغبته في تدعيم تماسك الأسرة دفعته على تجاوز الروابط العاطفية بين الزوجين إلى تنظيم العلاقات المالية بينهما لتقوية الترابط الأسري، تاركا لهما حرية اختيار العيش في ظل نظام الفصل في الأملاك أو في ظل نظام موازي يشتركان بموجبه في أملاكهما.

الفرع الثاني:

نظام الاشتراك في الأملاك بين الزوجين:

لقد حظيت الأسرة في البلاد التونسية منذ الاستقلال بالاهتمام البالغ من طرف الدولة والحرص الكامل على استقرارها باعتبارها النواة الأولى للمجتمع بداخلها تقع تربية الطفل الذي هو رجل الغد، لذلك عقب الاستقلال مباشرة كان صدور مجلة الأحوال الشخصية في 13 أوت 1956، هذه المجلة التي استطاعت أن تبني مجتمعا جديدا متحضرا وتم يوم صدور نظام التفرقة بين مال الزوجين، بما صرح به الفصل 24 منها بقولة: "لا ولاية للزوج على أموال زوجته الخاصة بما " فهي سيدة أموالها ولها مطلق حرية إدارتها والتصرف فيها ولم يعد للزوج ولاية على ممتلكات زوجته، وقد نهج المشرع التونسي نفس منهاج الشريعة الإسلامية⁽¹⁾.

غير أن بتطور المجتمع التونسي واستقرار الخيارات الأساسية في خصوص الدور الحيوي الذي تضطلع به المرأة العاملة في تنمية موارد العائلية وتنظيم نفقاتها، وإزاء الاشتراك الواقعي والفعلي الذي تقتضيه الحياة الزوجية أصبحت النصوص التقليدية غير قادرة على تأطير العلاقات المالية داخل الأسرة، علاوة على أن نظام التفرقة في الأموال كمبدأ قانوني عام مثل أحد مظاهر هشاشة الروابط الزوجية مما فتح الباب أمام المشرع للتدخل وتنظيم العلاقات المالية للأسرة وتجسيدها للإرادة السياسية التي أكدها رئيس الجمهورية لدى إشرافه يوم 10 نوفمبر 1997 على تجمع نسائي كبير أن سيادته أكد:

(1) أنظر الطيب اللومي، دراسة حول القانون عدد 94 لسنة 98 المؤرخ في 09 نوفمبر 1998 المتعلق بنظام الاشتراك في الأملاك بين الزوجين، المجلة القانونية التونسية، المركز الجامعي، تونس 1999، ص 21.

"... وحرصا منا على توفير أفضل الظروف لاستقرار الأسرة وتوازنها بادرنا منذ أيام بمشروع قانون سيقرض على مصادقة مجلس النواب في المدة القريبة ويتعلق بنظام الاشتراك في الأملاك بين الزوجين يمكنهما من اختيار هذا النظام إذا أراد ذلك عند إبرام عقد الزواج أو بتاريخ لاحق يجعل عقار أو جملة من العقارات المقتناة بعد الزواج ملكا مشتركا بينهما متى كانت متعلقة بالمصلحة العائلية وهو نظام إضافي أردناه متكامل الأحكام بما يضمن حقوق كافة الأطراف ويخدم مصلحة العائلة وتماسكها ويرسخ الروابط القائمة بين أفرادها⁽¹⁾ .

ومن هذا المنطلق صدر هذا القانون⁽²⁾ الذي جاء كنتيجة حتمية للثغرات الحاصلة في المجتمع التونسي والتحويلات الاجتماعية التي شهدتها. أن أمل المشرع ورغبته في تدعيم تماسك الأسرة دفعته إلى تجاوز الروابط العاطفية بين الزوجين إلى تنظيم العلاقات المالية بينهما لتقوية الترابط الأسري، تاركا لهما حرية اختيار العيش في ظل نظام الفصل في الأملاك أو في ظل نظام موازي يشتركان بموجبه في أملاكهما.

إن المتأمل في أحكام التشريع المتعلق بنظام الاشتراك في الأملاك بين الزوجين يقف على عدة مميزات وخصوصيات⁽³⁾. - أن هذا النظام اختياري⁽⁴⁾ وليس إجباري ويمكن أن يختاره الأشخاص أثناء إبرام عقد الزواج كما يمكن أن يختاره أيضا بعد ذلك على أن يكون ذلك بعقد لاحق وبموجب

(1) Mohamed charfi, Le droit tunisien de la famille entre l'islam et la modernité, RTD , 1973, p16.

(2) القانون عدد 94 لسنة 8 المؤرخ في 09 نوفمبر 1998، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية عدد 91 المؤرخ في 13 نوفمبر 1998.

(3) ويجد موقف المشرع التونسي تبريره في أمرين:

الأول: هو موقف الفقه الإسلامي الذي أقره بإجماع كل الفقهاء لاستقلالية المالية الكاملة من الزوجين لذلك فإن إقرار المشرع التونسي للصيغة الاختيارية لنظام الاشتراك جعله لا يتناقض مع أحكام الفقه الإسلامي ولا يعارضها، فالاشتراك يؤسس على عقد إرادي نابع من رغبة الزوجين لإلزام فيه ولا إكراه.

الثاني: هو الاتجاه العام للتشريعات الحديثة الذي اتجه في أغلبه إلى إقرار نظام الاشتراك الاختياري، انظر أعمار عبد الواحد عمار الداودي، العلاقات بين الزوجين جدلية التقليد والتجديد في القانونين التونسي والمقارن، مركز النشر الجامعي، تونس، 2007، ص 427.

(4) جلال الدين بتوكتيف، المرجع السابق، ص 74.

حجة رسمية، وهذا ما أقره المشرع التونسي صلب أحكام الفصل الأول من القانون عدد 94 لسنة 1998.

- إن هذا النظام متى اختاره الطرفان لا يمكن أن يؤدي إلى المساس بقواعد الإرث⁽¹⁾.
- لا يمكن أن يدخل المهر في الأملاك المشتركة ويبقى خاصا بالزوجة تطبيقا لأحكام الفصل الرابع من هذا القانون واعتبارا أن المهر أيضا ركن من أركان صحة الزواج تطبيقا للفصل 03 من مجلة الأحوال الشخصية.
- لا يمكن الأخذ بالوكالة في عقد الزواج إلا متى تضمن صراحة رأي الموكل في مسألة الاشتراك في الملكية وعند السهو عن ذكر ذلك فإن النظام المعتمد هو نظام التفرقة في الأملاك وهذا تطبيقا لأحكام الفصل الخامس من القانون المتعلق بنظام الاشتراك في الأملاك بين الزوجين.

أولاً: قيام نظام الاشتراك في الملكية:

أول ما تجدر ملاحظته هنا أن المشرع جعل نظام الاشتراك في ملكية يتعلق بالعقارات فقط وذلك لما لها من أهمية في الثروة العائلية ولما لها من انعكاسات على حياة العائلة في صورة انحلال الرابطة الزوجية لسبب ما، لذلك يمكن القول أن المنقولات تخرج عن نظام الاشتراك في الملكية وبالتالي فإن إثبات ملكيتها يخضع لنظام القانون العام، وإذا ادعى أحد الزوجين ملكيتها فله أن يثبت ذلك بجميع الوسائل مهما كانت قيمة المنقول⁽²⁾.

1- الأملاك أو العقارات الخاضعة لنظام الاشتراك في الأملاك بين الزوجين:

انطلق المشرع من فكرة أساسية في قانون نظام الاشتراك في الأملاك بين الزوجين وهي إعطاء الزوجين الحرية الكاملة في اختيار هذا النظام أو نظام التفرقة بين أموال الزوج والزوجة. كما أعطى إمكانية حصول اختيار نظام الاشتراك في الأملاك يوم

(1) انظر، نجية الشريف، قانون الاشتراك في الملكية بين الزوجين، ط 01، الشركة التونسية للنشر وتوزيع فنون الرسم، تونس، 2003، ص

14.

(2) -أنظر، نجية الشريف، المرجع السابق، ص 15.

الدخول في الحياة الزوجية مباشرة وبين حصوله في تاريخ لاحق. كما اقتضى ذلك الفصل الأول من القانون المذكور الذي جاء فيه أيضا أن النظام يمكن أن يشمل عقار واحد أو عقارات يجعلها ملكا مشتركا بين الزوجين متى كان ذلك العقار أو تلك العقارات من متعلقات العائلة⁽¹⁾. ولتحديد إن كانت العقارات من متعلقات العائلة أم لا فإن المشرع حددها بثلاثة عناصر وهي على التوالي:

- الزمن المكتسب فيه العقار.

- السبب المكتسب به العقار.

- كيفية استعمال العقار أو استعمال دخله.

أ- الزمن المكتسب به العقار:

لقد اعتبر المشرع أن العقارات المكتسبة بعد الزواج أو بعد إبرام عقد الاشتراك مشتركة بين الزوجين تطبيقا لأحكام الفصل 10 من القانون المتعلق بنظام الاشتراك في الأملاك بين الزوجين. فهذا النظام لا يشمل إلا العقارات التي تم اكتسابها بعد إبرام عقد الزواج وكذلك الشأن في حالة اختيار هذا النظام بعد إبرام الزواج بعقد مستقل فإن الاشتراك أيضا يتسلط على الأملاك المكتسبة بعد تاريخ ذلك العقد.

ب- السبب المكتسب به العقار:

لقد حدد المشرع أسباب اكتساب ملكية العقارات بالفصل 22 من مجلة الحقوق العينية وذلك بقوله "تكتسب الملكية بالعقد والميراث والتقادم والالتصاق ومفعول القانون وفي المنقولات بالاستيلاء أيضا".

في حين نص الفصل 10 في فقرته الأول من نظام الاشتراك بين الزوجين على أنه تعتبر مشتركة بين الزوجين العقارات المكتسبة بعد الزواج أو بعد إبرام عقد الاشتراك ما لم تؤل ملكيتها إلى أحدهما بوجه الإرث أو الهبة أو الوصية بشرط أن تكون مخصصة لاستعمال العائلة أو لمصلحتها سواء كان الاستعمال مستمرا أو موسميا أو عرضيا".

(1) - أنظر، الطيب اللومي، المرجع السابق، ص 25.

فيمكن القول أن العقار المكتسب بعد قيام الاشتراك في الملكية يعتبر ملكا مشتركا بين الزوجين مهما كان سبب تملكه على معني الفصل 22 من مجلة الحقوق العينية ما عدا الذي خرج عنها بنص خاص، ما عدا ما استثناءه القانون بوجه صريح ومثل ذلك الأملاك المنجرة ملكيتها لأحد الزوجين بوجه الهبة أو الوصية أو الإرث. وقد استثناءها المشرع لأن مصدر ملكيتها لم يكن نتيجة مساهمة الزوجين في اكتسابها بل كانت نتيجة انتقالها من ثروة أحد الأفراد إلى ذلك الزوج المسندة له لغاية في ذاته أو نتيجة لقرابته الدموية من مالها السابق.

غير أن هذا الاستثناء للعقارات المذكورة يمكن للزوجين الاتفاق على مخالفته وهذا ما اقتضته الفقرة الأخيرة من الفصل 10 المذكور⁽¹⁾.

ج- وجه استعمال العقار أو استعمال دخله:

ينحصر الاشتراك قانونا في العقارات المخصصة للعائلة والسكن العائلي⁽²⁾ دون سواها من العقارات والتي تم اكتسابها من قبل أحد الزوجين بتاريخ لاحق لتحرير عقد الزواج المتضمن لاختيار نظام الملكية المشتركة أو لتاريخ الحجة الرسمية المحررة لاحقا. إن اقتصار مناط الاشتراك في الأملاك في هذا الصنف بالذات هو اختيار تشريعي فرضه دون المسكن العائلي في ضمان تواصل الحياة الزوجية، علاوة على أن الأسرة التونسية تعبر اهتماما كبير أو تبذل جهدا جهيدا لاكتساب ذلك المسكن باعتباره من المقومات الأساسية للحياة العائلية. إن حصر الاشتراك في الأملاك في هذا الصنف بالذات من العقارات جاء نتيجة المشاكل والتراعات السائدة في الواقع والمتمثلة في المساهمة المالية

(1) - قد أورد المشرع صورة يعتبر فيها العقار مشتركا بين الزوجين أثناء قيام نظام الاشتراك في الأملاك وهو موضوع الفصل 12 من القانون الذي جاء محتواه: " إذا استعمل أحد الزوجين مداخيل أو أموال مشتركة لتحسين عقار خاص به أو للزيادة فيه فإن ذلك العقار يصبح مشتركا بحكم القانون متى تساوت أو فاقت قيمة الزيادة أو التحسينات القيمة الأهلية لذلك العقار عند قيام نظام الاشتراك إما كانت قيمة الزيادات والتحسينات أقل من القيمة الأصلية للعقار فأن العقار يبقى خاص بصاحبه، وأصبح المالك مدينا بما أخذه".

(2) - الصيغة العامة هي عبارة عامة في حاجة للضبط خاصة أن المشرع لم يجددها ويعرفها بكل دقة وإنما اكتفى بذكر بعض الأمثلة في الفصل 11 الذي ينص: تعد عقارات مخصصة لاستعمال العائلة أو لمصلحتها، العقارات المكتسبة بعد الزواج والتي تكون بها صيغة سكنية (كتلك الموجودة بمناطق سكنية) أو المقتناة من بائعين عقاريين مختصين في إقامة محلات السكن أو الممولة بقروض سكنية، أو العقارات المنصوص في عقود اقتنائها على أنها ستستعمل للسكن.

أو العينية للزوجة في تشييد محل سكني للعائلة أو المساهمة في شرائه إلا أنه كثير ما يتم تحرير حجة الملكية باسم الزوج فقط، مما ينجر عن ذلك من نزاعات حول ملكية محل الزوجية بعد انفصام الرابطة بالطلاق أو الوفاة، خصوصا أن الزوجة كثيرا ما لا وتوفق في إثبات مساهمتها وقد تعيقها القواعد العامة للإثبات من إثبات حقها في ملكيتها لمحل السكن إلى جانب زوجها لذلك أعتبر قانون 1998 حقها في الملكية المشتركة للسكن العائلي خصوصا عند مساهمتها المادية والفعالية في تشييده أو شرائه⁽¹⁾.

2- إجراءات قيام نظام الاشتراك في الأملاك بين الزوجين:

ما يمكن ملاحظته أن المشرع لم يتحدث عن كافة الإجراءات التي ينبغي توافرها فقد اهتم بالنواحي الأساسية التي لها طابع خاص تاركا باقي الأحكام ينظمها القانون العام وذلك حتى لا يقع تكرار الأحكام القانونية الموجودة بعدد المجالات على أن ما يجب التأكيد عليه هنا أن هذه الإجراءات تتعلق بالزوجين وأخري تتعلق بمحوري العقود.

فبالنسبة للأولى: يجب على الزوجين أن يصرحا علنا على أن النظام الذي اختاره كل منهما بعد سؤلهما من طرف ضابط الحالة المدنية أو عدول الإشهاد وفي صورة إبرام العقد عن طريق الوكالة فيجب أن يضمن عقد الوكالة النظام الذي اختاره الموكل أما بالنسبة للقاصر فإن والديه يحلان محله في اختيار النظام الذي يروم اختياره أو القاضي باعتباره ولي من لا ولي له⁽²⁾.

أما بالنسبة للإجراءات المتعلقة بمحوري العقود، فنلاحظ أن المشرع حملهم العديد من الواجبات طبق ما هو وارد في الفصل 07 من نفس القانون⁽³⁾.

(1) - انظر بديع بن عباس، نظام الاشتراك في الأملاك بين الواقع والقانون، مجلة القضاء والتشريع، أكتوبر 2009، ص 61.

(2) - نجية الشريف، المرجع السابق، ص 20.

(3) - ينص الفصل 07 على أنه: يجب على الأمور العمومي المكلف بتحرير عقد الزواج أن يذكر الطرفين بأحكام الفصلين الأول والثاني من هذا القانون وأن ينص على جوامها بالعقد.

وعلى الأمور العمومي المحرر للحجة توجيه مضمون منها إلى ضابط الحالة المدنية بمكان ولادة كل من الزوجين في أجل عشرة أيام من تحريرها وعلى هذا الأخير إدراج ذلك بدفاته.

ويعتبر الزواج المبرم دون تنصيب على رأي الزوجين في نظام الأملاك الزوجين بمثابة اختيار لنظام التفرقة في الأملاك.

وتنص الفقرة 02 من الفصل 08: "على الأمور العمومي المحرر للحجة القيام بمقتضيات الفقرة 02 من الفصل السابع من هذا القانون".

ثانياً: آثار قيام نظام الاشتراك في الأملاك بين الزوجين:

إذا اختار الزوجان نظام الاشتراك في الأموال، فإن هذا الاختيار سيترتب عليه آثار واقعية وقانونية سواء أثناء قيام هذا النظام أو حتى بعد انتهائه لسبب من الأسباب.

1- إدارة الأملاك المشتركة والديون المترتبة عليها:

إن غاية المشرع من وراء إرساء قواعد تهدف إلى تنظيم إدارة الأملاك المشتركة هو تحقيق مصلحة، وهي مصلحة تقتضي الالتزام بإدارة الأملاك المشتركة وما يترتب عليها من ديون وأعباء.

أ- إدارة الأملاك موضوع نظام الاشتراك:

متى ثبت وجود أملاك اكتسبت بين الزوجين وثبت كونها خاضعة لنظام الاشتراك فإن إدارتها تكون بين الزوجين فلكل منهما الحق في القيام بجميع الأعمال الرامية لحفظ تلك الأملاك وإدارتها والانتفاع بها والقيام بجميع الأعمال النافعة لحمايتها والمحافظة عليها أو تحسينها مهما كان نوع هذا الأعمال مادية كانت أو قانونية⁽¹⁾. وهذا يتماشى مع مقتضيات الفصل 23 من مجلة الأحوال الشخصية بعد تنقيحه بالقانون عدد 74 لسنة 93 المؤرخ في 12 جويلية 1993 والذي جعل الزوج والزوجة على قدم المساواة من حيث التصرف في شؤون العائلية وبات من واجبهما التعاون في إدارة شؤونهما. ومن بين هذه الشؤون إدارة الأملاك المشتركة للزوجين. وبذلك فإن الفصل 16 من قانون 94 لسنة 1998 ينسجم ويساير مقتضيات الفصل 23 من مجلة الأحوال الشخصية وتعتبر موضحاً ومتمماً لأحكامه وإن ورد بقانون خاص ومستقل عن المجلة المذكورة⁽²⁾. وفي صورة نشوب خلاف بين الزوجين حول صيانة المشترك أو التصرف فيه خاصة إذا

وينص الفصل 09 منها على أنه : "تسلط خطية قدرها مائة دينار على المأمور العمومي الذي لا يقوم بما اقتضته الفقرتان الأولى والثاني من الفصل السابع والفقرة الثانية من الفصل الثامن من هذا القانون".

(1) - أن أعمال الإدارة المقصودة بالفصل 16 من القانون تشمل أساساً حفظ الملك بتسيجه أو تعيين حارس عليه أو ترميمه أما التسيير فإن يشمل التوسيع وحتى الثمار وبيع المحصول أما القيام بالأعمال التحسينية فإنها تشمل تزويق المشترك وتحسين مظهره أو الزيادة في خدمته، أنظر نبيل القن وجمال الزرلي، نظام الاشتراك في الأملاك بين الزوجين في القانون التونسي، مجلة القضاء والتشريع، جوان 1999، ص 91.

(2) - الطيب اللومي، المرجع السابق، ص 35.

حدث وأساء أحد الزوجين التصرف في تلك الأملاك وأصبح مبدرا لها، ففي هذه الصورة بإمكان الزوج الآخر رفع يد ذلك الزوج المبدر للأموال المشتركة بالالتجاء إلى القضاء الاستعجالي⁽¹⁾ الذي يستجيب لمطلبه إذا ثبت له سوء تصرف الزوج الآخر غير أن ما سيقض به سيكون مؤقتا وعلى الأحرص من الطرفين القيام بقضية في الأصل لدى المحكمة المختصة طبقا لأحكام القانون العام⁽²⁾.

وقد أورد المشرع فقرة أخيرة بالفصل 16 من القانون 94 لسنة 1998 تدل على أن إدارة الأملاك المشتركة للزوجين هي تعتبر من الشؤون العائلية وعليه ليس بواجب على أي واحد من الزوجين أن يحاسب الآخر عن إدارة لتلك الأملاك.

إما أعمال التصرف التي تكون من قبيل التفويت في تلك الأملاك أو توظيف حقوق عينية عليها أو تسوغها للغير بما يفوق مدة الثلاث سنوات أو تجديد تسويغها بما يجعل المدة السابقة والمدة الجديدة تفوق الثلاث سنوات فإن ذلك يصبح يتطلب رضا كلا الزوجين. ومعنى ذلك أنه إذا أقدم أحد الزوجين على عمل من هذا القبيل، فإنه لا يكون صحيحا إلا برضا الطرف الآخر وهذا تماشيا مع صياغة الفقرة الأولى من الفصل 17 من القانون المتعلق بنظام الاشتراك في الأملاك⁽³⁾. وفي حالة تعذر تصريح أحد الطرفين بإرادته أو إذا ثبت سوء تصرفه أو تبديده، فإنه يمكن للزوج الآخر بعد استصدار حكم استعجالي القيام بذلك دون التوقف على رضا الطرف الآخر تطبيقا للفقرة الثانية من الفصل 17 سالف الذكر.

ولقد نص الفصل المذكور على حالتين تستدعيان تدخل القضاء الاستعجالي، فالحالة الأولى تم تعذر التصريح بالإرادة والتي لم يبينها المشرع، إلا أنه بالرجوع إلى

(1) - تنص الفقرة 2 من الفصل 16 : على أنه " غير أنه يجوز لكل واحد منهما أن يستصدر حكما استعجاليا قاضيا بدفع يد قرينة مؤقتا عن الإدارة متى أثبت سوء تصرفه أو تبديده".

(2) - نجمة الشريف، المرجع السابق، ص 20.

(3) تنص الفقرة الأولى من الفصل 17 من القانون المتعلق بالاشتراك في الأملاك على أنه " لا يصح التفويت في المشترك ولا إنشاء الحقوق العينية عليه ولا كرائه لغير لمدة تفوق الثلاثة أعوام ولا تجديد كرائه بما يجعل مجمل مدة الكراء تتجاوز الثلاث أعوام إلا برضا كلا الزوجين".

القواعد العامة فإننا نجد حالات متعددة منها المرض والغيبة أو تواجد أحدهما بالسجن وغيرها من الحالات.

إن تدخل القضاء الاستعجالي في هذه الحالة به ما يبرره خاصة وأن عنصر التأكد قائم بالذات إضافة إلى الرغبة في المحافظة على مصلحة المشترك.

أما الحالة الثانية التي تثير إشكالا هي الحالة التي تخص سوء التصرف في إدارة المشترك إلا أنها تختلف عن الأولى من حيث النتائج القانونية، ذلك أن هذه الأخيرة ترمي إلى رفع اليد مؤقتا عن الإدارة، أما الثانية فهي ترمي إلى الإذن بإجراء أحد الأعمال المتعلقة بالتصرف في المشترك والذي يجمع بين الحالتين، لمصلحة المشترك والمحافظة عليه وتدخل القضاء الاستعجالي لتحقيق ذلك⁽¹⁾.

ب- الديون المترتبة على المشترك:

إن نظام الاشتراك في الملك لا يقتصر على الجانب الإيجابي للخدمة المالية بل يشمل أيضا الجانب السلبي منها باعتبار أن اكتساب ملكية المشترك يترتب عليها تحمل ديون وأعباء وقروض سكنية وما ينجر عن ذلك من تداين وقواعد وهذا ما جاء حسب صريح الفصل 13⁽²⁾ من القانون 94 لسنة 1998.

لكن مع ذلك نلاحظ أن هذا القانون قد استثنى تصرفات معينة من أحد الزوجين والتي قد تتسبب في تحميل المشترك عبئا ثقيلًا والتي من الممكن أن تسبب حتى في تلاشيها وهذه التصرفات هي التي تتعلق خاصة بالديون الموثقة برهن.

والملاحظ أن هذه الديون ولئن كان منشأها هو الملك المشترك إلا أنها مع ذلك لا تعتبر من الديون المشتركة والتي يتحملها المشترك إلا متى كانت هذه الديون قد حصلت بموافقة الطرفين ورضائهم، أي يجب أن تتوفر فيها في نفس الوقت شرطان أساسيان، شرط أن يكون سبب الدين. الملك المشترك، وأن تكون حصلت الموافقة بين الزوجين

(1) جلال الدين بوكنيف، المرجع السابق، ص 102 - 103.

(2) ينص الفصل 13 من القانون المتعلق بالاشتراك في الأملاك على أنه: "تعد مشتركة الديون و الأعباء المترتبة عن اكتساب ملكية المشترك أو استغلاله وإدارته أو الانتفاع به أو التفويت فيه".

على هذا الرهن أو الدين وهذه الحقيقة فيها حماية للطرفين من كل احتيال أو سوء تصرف من أحدهما فيقع أثقال كاهل المشترك وإغراقه في ديون لا مبرر لها أو ديون صورية لحرمان الزوج الآخر من نصيبه من المشترك لأسباب خفية أو بعيدة خاصة إذا بدأت الحياة الزوجية في الفتور والتلاشي⁽¹⁾.

كما أنّ إدارة أو تصرف أحد الزوجين في الأملاك المشتركة بطريقة تعرض مصالح العائلة للخطر وتبدد مكاسبها هو سبب يبرر طلب انتهاء الاشتراك وتصفية المشترك وقسمته.

2- انتهاء الاشتراك في الأملاك وتصفية المشترك:

إنّ المشرع التونسي جمع الاشتراك في الأملاك نظاما اختياريا، لذلك نجده قد التزم بهذا التوجه عند تناوله أوجه انتهائه، فجعل الأسباب التي ينتهي بها الاشتراك بعضها ناتج عن إرادة الطرفين كاتفاقهما على العدول عنه، وبعضها ناتج عن موقفهما كزوجين من الحياة الزوجية كوقوع الطلاق بينهما، أو وفاة أحدهما أو فقدانه. ويؤول انقضاء الاشتراك إلى ترتيب آثار تتمثل أساسا في تصفية الأملاك المشتركة قسمتها.

أ- انتهاء الاشتراك: حدد المشرع في الفصل 18 من القانون 1998 أوجه انقضاء النظام الاختياري وحصرها في خمس حالات وهي وفاة أحد الزوجين، الطلاق، فقدان أحدهما، تفريق أملاكهما قضائيا أو إتفاقيا.

وبتأمل حالات الفصل 18 يتضح أن الاشتراك ينقضي إما قانونيا أو قضائيا أو اتفاقيا⁽²⁾. وذلك إما أثناء قيام الحياة الزوجية أو انقضائها ويمكن حصر حالات الانقضاء حال قيام الرابطة الزوجية في الإنهاء بالاتفاق أو بالقضاء.

(1) نجية الشريف، المرجع السابق، ص 24.

(2) جمال القن وجمال الزرلي، المرجع السابق، ص 102 وما بعدها.

فإنهاء الاتفاقية تضمنته أحكام الفصل 21 من القانون وفرض المشرع ضرورة مرور سنتين على تاريخ اختيار النظام المتفق على تغييره، كتضمن ذلك صلب حجة رسمية أو خضعه إلى مصادقة رئيس المحكمة الابتدائية لمقر إقامة الزوجين مع ضرورة إشهاره حفاظاً على مصالح الأطراف وضمناً لحقوق الغير.

أما الإنهاء القضائي، فإنه يكون ممكناً إن وجدت أسباب كسوء الإدارة أو سوء التصرف في المشترك تطبيقاً للفصل 20، الأمر الذي يعرض مصالح القرين إلى التلف، فيفرض هذا الالتجاء إلى القضاء والقيام بدعوى أهلية من قبل أحد الزوجين دون الغير. أما الانقضاء حال انفصام الرابطة الزوجية، فإن ذلك يتم بالطلاق أو بانعدام تواجد أحد القرينين بوفاته أو بفقده، وهي صورة تطرح مسألة التاريخ الفعلي لانتهاء الاشتراك⁽¹⁾.

ب- تصفية المشترك: لقد أتى المشرع بأحكام خاصة لتصفية المشترك في نظام الاشتراك وهي تقدم على الأحكام العامة الواردة بسائر المجالات الأخرى. والملاحظ أن المشرع صلب الفصل 22 من هذا القانون صرح أنه في صورة إنهاء الاشتراك في الأملاك في غير صورة الاتفاق على تنهيته فإنه يقع الالتجاء إلى المحكمة لتسمية مصف المشترك الذي يقوم بإعداد قائمة للأملاك المشتركة والديون المتعلقة بها. ويمكن تسمية المصفي من طرف القاضي الإستعجالي وأيضاً عن طريق محكمة الأصل. ولا يمكن بأي حال تسميته بمقتضى إذن على عريضة كما هو الشأن بالنسبة لتصفية الشركات، وهذا راجع أساساً لما يعطيه المشرع من أهمية لموضوع تصفية المشترك في نظام الاشتراك في الأملاك ضرورة أن سماع الأطراف المعنية من طرف القاضي إمكانية اتفاهم على مصف للمشترك تعينه المحكمة أمراً هاماً خاصة أننا سنجد في قسمة المشترك مهما كان سبب إنهائه عدم صورة الاتفاق على وجوب تدخل المحكمة وهذا لا نجد سوا في القسمة العادية أو في قسمة التركات.

(1) بديع بن عباس، المرجع السابق، ص 66-67.

ونلاحظ هنا أن المصفي عليه إحصاء الأموال التي اكتسبت في ظل ذلك النظام وحصر الديون التي حملت عليه وف يظله أيضا فقط.

ج- قسمة المشترك: إن قسمة المشترك بين الزوجين أو بين ما بقي منهما على قيد الحياة ومن كان وارثا للزوج المتوفى ستكون عن طريق المحكمة إن لم يكن سبب إنهاء الاشتراك في الأملاك بين الزوجين باتفاقهما.

وقد وضع المشرع قسمة المشترك تحت نظر المحكمة بعيدا عن كل ما من شأنه الإجحاف أو المس بحقوق الطرف الآخر هذا إلى جانب ما فيه من ضمانات للدائنين لأن التجاء أحد الزوجين أو أحد ورثة المتوفى منهما لطلب إتمامها تحول لدائن الملك المشترك حق التدخل في تلك الدعوى لطلب حفظ حقوقه وحتى صدور الحكم الصادر في خصوص تلك القسمة حسب ما اقتضته الفقرة الثانية من الفصل 23 من قانون نظام الاشتراك في الأملاك⁽¹⁾. كما نلاحظ أن المشرع أعطى إمكانية إبرام اتفاق بين الطرفين خارج المحكمة، لكن الاتفاق يجب أن يبرم أثناء نشر دعوى القسمة. كما يجب أن يقع تقديمه للمحكمة لتطلع عليه وتقضي بإمضائه ولكل واحد من الدائنين للزوجين أو للمشارك حق طلب تعديل كتب الاتفاق بما يتماشى وحقوقه على ذلك المشترك⁽²⁾.

أما فيما يتعلق بالنسبة التي تسلمها كل من الزوجين فقد اقتضى الفصل 25 من القانون المذكور أن قسمة المشترك تكون منصفة بين الزوجين.

ولا يقع الالتفات إلى نسبة ما ساهم به كل منهما في تنمية المشترك والعبارة هي في تحديد الأموال الراجعة لنظام الاشتراك ثم قسمتها منصفة بين الزوجين يوم إنهاء الاشتراك وقسمته.

وللمحكمة مطلق الاجتهاد في تحديد الطرق التي تقع لها القسمة مع مراعاة مصلحة المشترك ومصلحة الدائنين ولها أيضا أن تقوم بالتعديل مراعاة لمصلحة المشترك.

(1) الطيب اللومي، المرجع السابق، ص 46.

(2) - انظر الفصل 23 من قانون 1998.

أما إذا اتضح أن الديون التي على المشترك تتجاوز قيمته فيقع عندئذ توزيع تلك الديون على الزوجين أو ما بقي على قيد الحياة وورثة الهالك إنصافاً بينهما.

لأن مثل قانون نوفمبر 1998 حلاً وسطياً وتوافقياً بين نظام التفريق في الأموال المترسخ في تقاليد الأسر التونسية المتأثرة بالشريعة الإسلامية وبين نظام الاشتراك المطلق في الأموال بين الزوجين إلا أنه احتوى على عديد النقائص التي حدت من تطبيقاته واللجوء إليه من قبل المقبلين على الزواج.

ومن نقائص النظام التشتت في الإشهارات الذي يطرح عديد الإشكاليات من ذلك أن دفاتر الحالة المدنية غير قادرة على استيعاب ما يتفق عليه الأطراف وما قد يدخلوه من تغييرات وما قد يضيفونه من اختيارات، وذلك راجع لعدم إرساء المشرع لنظام إشهار متكامل يفترض تخصيص سجل متعلق بنظام الأموال بين الأزواج بجميع تفاصيله.

إن المشرع التونسي لم يكن يبحث من خلال إرسائه لهذا النظام إلى تحقيق مصلحة اقتصادية أو دفع الأسرة إلى تكوين ثروة مالية، إنما كان يرمي إلى حماية وجود الأسرة وضمان استقرارها الذي لا يكفله إلا وجود محل السكني الذي يشترك الزوجان في بناء أركانها لتحقيق للأسرة تماسك بنائها وهو تضيق تميز به قانون 09 نوفمبر 1998 من شأنه أن يضعف الذمة المالية للأسرة ويجعلها قاصرة على العقار المعد لسكن العائلة.

و للسائل أن يتساءل لماذا قانون بأكمله، وكل هذه الفصول لتنظيم الاشتراك في خصوص محل سكني للعائلة بالأساس؟

وإذا كان محل سكني الزوجين هو العقار الوحيد الخاضع لنظام الاشتراك، فلماذا يوصف بكونه اشتراك في الأملاك والحال أنه ملك واحد؟

فكان على المشرع التونسي أن يكتفي بالتنصيص على الحماية الموجهة للسكن العائلي بمجلة الأحوال الشخصية، وأن يكون قانون 04 مارس 2008⁽¹⁾ المتعلق بتنقيح

(1) القانون عدد 20 لسنة 2008، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية عدد 21 بتاريخ 11 مارس 2008، ص 105.

الفصل 56 من مجلة الأحوال الشخصية بإضافة ست فقرات له كإضافة الفصل 56 مكرر صلب نفس المجلة كافيا بتوفير الحماية القانونية لمحل سكن العائلة، عندما فرض التنصيب على حق السكنى أو البقاء سند التفويت أو الرهن الذي يكون محل سكنى العائلة مرتبا جزئا ردعيا في صورة الإخلال بهذا الالتزام⁽¹⁾.

رغم التغيرات والنقائص والعيوب الواردة لقانون الاشتراك في الأملاك فإنه لا يخلو من الإيجابيات، فقد استحدث نظاما في قضاء عربي إسلامي معاد له كما كرس حرية الزوجين في اختياره أو عدم اختياره، والأهم من كل ذلك هو أنّ هذا النظام قد حدّد مفهوم الشراكة والمساواة بين الزوجين بما يتناسب مع مجتمع تغيرت هياكله التقليدية، وأصبح يساير ما يحصل من تغيرات مادية وإيديولوجية شاملة⁽²⁾.

وأهمية القانون لا تقتصر على هذا فقط بل تضاف إليها أهم ميزة من مميزاته وهي مرونته التي تتجسد في قابليته للتوسع وقابليته للتغيير والإلغاء⁽³⁾.

وإذا كان عقد الزواج لا يؤثر على استقلالية ذمة الزوجين، فكل واحد منهما يبقى محافظا على ذمته المالية، إلا أنّ هذا العقد يربط التزاما ماديا في ذمة الزوج وهو النفقة التي تعتبر من أهمّ حقوق الزوجة. ونظام النفقات في الإسلام دليل واضح على طابعه الإنساني الرحيم وواحد من تلك النظم التي وضعتها الشريعة الإسلامية الخالدة لتحقيق التكافل الاجتماعي للأمة وترسيخ أواصر المحبة بين أفراد الأسرة بوجه عام، وبين الزوجين بوجه خاص.

ويعتبر موضوع النفقة بصفة عامة، ونفقة الزوجة بصفة خاصة من أهمّ المواضيع المتعلقة بالأسرة، ولهذا سنفصل في هذا الحق فيما يلي:

(1) بديع بن عباس، المرجع السابق، ص 70-72.

(2) انظر، منصف المحواشي، المساواة والشراكة الزوجية في تشريعات الأحوال الشخصية التونسية، الثابت والمنحول، كتاب الحماية القانونية للأسرة بين الواقع والطموح، ط01، دار الحامد للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2011، ص 45.

المبحث الرابع :

حق الزوجة في النفقة.

لقد رتب الشارع الحكيم حقوقا وواجبات على كل من الزوجين بناء على مقتضى عقد الزواج، كما بينت الآيات القرآنية والأحاديث النبوية ذلك بالتفصيل، ومن هذه الحقوق النفقة الزوجية التي هي من مقتضيات عقد النكاح، ومن الحقوق المالية الثابتة للزوجة على زوجها، وقد جعل الإسلام النفقة التي يدفعها الرجل لزوجته وأولاده أعظم أجرا مما ينفق في سبيل الله لحديث أبي هريرة، رضي الله عنه (دينار أنفقته في سبيل الله ... أعظمها أجرا الذي أنفقته على أهلك".

هذا الحق المالي ضمنه المشرع الجزائري في المادة 74 من قانون الأسرة⁽¹⁾ بقولها "تجب نفقة الزوجة على زوجها بالدخول أو دعوتها إليه بيته ...". ونصت المادة 194 من مدونة الأسرة على أنه تجب نفقة الزوجة على زوجها بمجرد البناء، وكذا إذا دعته للبناء بعد أن يكون قد عقد عليها". وجاء في الفصل 38 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية أنه يجب على الزوج أن ينفق على زوجته المدخول بها وعلى مفارقتها مدة عدتها".

إن هذا الاتجاه التشريعي يعكس تأثيرا واضحا بأحكام الشريعة الإسلامية إذ لا خلاف بين الفقهاء في أن نفقة الزوجة واجبة شرعا على زوجها فقد جاء في كتاب الله العزيز قوله تعالى: ﴿ وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ ﴾⁽²⁾. كما قال عز وجل: ﴿

(1) بالرجوع إلى قانون الأسرة، نجد أن المادة 37 منه قبل التعديل كانت تنص على أنه: "يجب على الزوج نحو زوجته النفقة الشرعية حسب وسعه إلا إذا ثبت نشوزها...". يعني أنه جعل نفقة الزوجة واجب على الزوج، إلا أنه بعد التعديل فقد خصص المشرع المادة 37 للحدوث عن الذمة المالية للزوجين، وكذا الأموال المشتركة بينهما، دون أن يشير إلى واجب النفقة، غير أن هذا لا يعني أنه قد أعفى الزوج من واجب النفقة على زوجته لأنه قد نصذ بالتفصيل على ذلك في الفصل الثالث من قانون الأسرة تحت عنوان النفقة من المادة 74 إلى المادة 80.

(2) سورة البقرة، الآية 233.

لِيُنْفِقَ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِ ^ط وَمَن قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنْفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَا آتَاهَا سَيَجْعَلُ اللَّهُ بَعْدَ عُسْرٍ يُسْرًا ⁽¹⁾. وقوله تعالى: ﴿أَسْكِنُوهُنَّ مِّن حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِّنْ وُجْدِكُمْ وَلَا تَضَارُّوهُنَّ لِيُضَيِّقُوا عَلَيْهِنَّ ^ع وَإِنْ كُنَّ أَوْلَاتٍ حَمَلٍ فَأَنْفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّىٰ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ ^ع﴾ ⁽²⁾.

كما نجد في السنة ما يدل على إيجاب النفقة على الرجل قوله صلى الله عليه وسلم في خطبة حجة الوداع "اتقوا الله في النساء، فإنهن عندكم عوان، لا يملكن لأنفسهن شيئا، وإنما أخذتموهن بأمانة الله، واستحللتم فروجهن بكلمة الله، لكم عليهن حق ألا يوطئن فرشكم أحدا ولا يأذن في بيوتكم لأحد تكرهونه، فإن خفتم نشوزهن فعظوهن وهجروهن في المضاجع واضربوهن ضربا غير مبرح، ولهن عليكم كسوتهن ورزقهن بالمعروف" ⁽³⁾.

وروى أن رجلا جاء إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال ك "ما حق المرأة على الزوج؟" فقال صلى الله عليه وسلم: "أن يطعمها إذا طعم ويكسوها إذا كسى، وإلا يهجرها إلا في المبيت، ولا يضربها ولا يقبح" ⁽⁴⁾.

ومن الأدلة من المعقول والقياس على وجوب نفقة الزوجة على زوجها أن المرأة محبوسة المنافع على الزوج وهو أساس إلزام الزوج بالإنفاق على زوجته وهذا يرجع إلى ما له عليها من حقوق الاحتباس الاستمتاع والطاعة، ولذلك إذا أخلت الزوجة بهذه الالتزامات أو بعضها فقدت حقها في النفقة.

ويجد واجب النفقة على الزوجة أساسه إلى جانب الأسس المذكورة أعلاه في الفلسفة العامة للشريعة القاضية بقوامه الرجل على المرأة لقوله سبحانه:

(1) سورة الطلاق، الآية 07.

(2) سورة الطلاق، الآية 06.

(3) أخرجه مسلم في كتاب الحج، باب حجة النبي صلى الله عليه وسلم رقم 1218، المرجع السابق، ص 484.

(4) أخرجه أبو داود، في كتاب النكاح، باب في حق المرأة على زوجها رقم 2142، المرجع السابق، ص 418.

﴿الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ وَبِمَا أَنْفَقُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ﴾⁽¹⁾.

إلا أن المفاهيم التي تأسست عليها النفقة يصعب قبولها في هذا العصر، فواجب الاستمتاع أصبح محمولا على الزوجين والنظرة إليه تغيرت تماما بتغير النظرة إلى المرأة، فلم تعد هاته الأخيرة وعاء للذة أو وسيلة للاستمتاع وأصبح من حقها إقامة علاقة جنسية متوازنة مع زوجها تحقق لطرفيها الاستمتاع المتبادل.

وأصبحت نظرية الاحتباس المؤسسة على واجب الطاعة والخضوع الكامل تتناقض مع البناء الحديث للعلاقات الزوجية المؤسسة على المساواة أو في أسوأ الحالات على التوازن فلم يعد من المستساغ مطالبة المرأة بالاحتباس لفائدة زوجها فلهااته الأخيرة حقوق من بينها حقها في العمل، وفي المعاملة المتكافئة مع زوجها بما في ذلك المشاركة الفاعلة في تسيير شؤون الأسرة.

إن القول أن واجب النفقة هو أثر من آثار الزواج لا يستقيم إلا في ظل علاقات زوجية تقوم على تقاسم الواجبات وأساس هذا التقسيم تحقيق العدل والمساواة بين الزوجين⁽²⁾. بحيث لا يحمل أحدهما واجبا دون أن يحمل الثاني واجبا يقابله. فليس التكليف بالنفقة الاستمتاع أو الاحتباس أو العلاقة الزوجية، بل هو تكليف الطرف المقابل بالقيام بالشؤون المنزلية. ويمكن تغيير الحكم كلما تغير الوضع فإذا كانت تحتم العادات والتقاليد في عصر النبوة، وضع المرأة بقاءها في المنزل ويلزم الزوج بالكسب

(1) سورة النساء، الآية 34.

(2) والجدير بالذكر في هذا الصدد أن قانون الأسرة الجزائري المعدل سنة 2005 جمع حقوق وواجبات الزوجين معا في مادة واحدة وهي المادة 36 المعدلة، حيث أدمج فيها خليط من الحقوق الزوجية، وهذا انطلاقا من مبدأ المساواة حتى يعمل على رعاية الأسرة والبيت بكل سكينه ومحبة واطمئنان وعلى هذا الأساس قرر المشرع إلغاء المادتين 38 و 39 من قانون الأسرة، وهو نفس ما سار عليه المشرع المغربي في المادة 51 من مدونة الأسرة حيث جمع فيها الحقوق والواجبات المتبادلة بين الزوجين، ونفس ما انتهجه المشرع التونسي في الفصل 23 من مدونة الأحوال الشخصية التي جاء فيها ما يجب لكل من الزوجين على صاحبه.

والارتزاق، فإن تغير هاته التقاليد والعادات وتغير وضعية المرأة تفرض تغييرا في الواجبات المكلفة بها⁽¹⁾.

ومن ثمّ، فالنفقة ليست هبة أو تبرعا من الزوج لزوجته، وليست أيضا سدا لحاجتها إن كانت محتاجة، بل هي واجبة لها على الزوج بشروط محدّدة وبمشملاقتها (المطلب الأول)، كما أنّ هذه النفقة تتميز بعدّة خصائص ومميزات تجعلها تنفرد عن باقي النفقات، كما يجب تقديرها وفقا لمعايير محدّدة (المطلب الثاني)، كما أنّ هناك حالات تسقط بموجبها النفقة عن الزوج وامتناع الزوج عن الإنفاق يترتب عليه آثار (المطلب الثالث).

المطلب الأول:

شروط استحقاق نفقة الزوجة ومشملاقتها.

سبق القول أنّ من حقوق الزوجة على زوجها أن ينفق عليها سواء كانت فقيرة أو غنية، عاملة أو متفرغة لشؤون البيت، ولم يفرض الله على الزوجة أن تنفق على زوجها، ولا أنّ تساهم في نفقات البيت ولو كانت غنية⁽²⁾.

إذ تعتبر نفقة الزوجة نتيجة من نتائج الزواج الصحيح، وأثر من الآثار المترتبة عليه لكن حتى تستحق الزوجة النفقة على زوجها لا بد من توافر شروط معينة.

الفرع الأول:

شروط استحقاق نفقة الزوجة.

إن الآثار التي تترتب على عقد النكاح لا تجب كلها بمجرد العقد بل هناك أمور لا تستحق إلا إذا توافرت شروط معينة زيادة على العقد ومن هذه الأمور التي لا تجب بمجرد العقد النفقة.

(1) ساسي بن حليمة، المرجع السابق، ص 446.

(2) انظر محمد ابن معجوز، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية ووفق مدونة الأحوال الشخصية، ط01، ج 02، مطبعة النجاح الجديدة،

الدار البيضاء، المغرب، 1994، ص 106.

أولاً: صحة النكاح وتسليم الزوجة نفسها لزوجها.

يشترط لوجوب نفقة الزوجة أن يكون عقد النكاح صحيحاً، لأن سبب وجوب النفقة هو حق الحبس الثابت للزوج على زوجته بسبب عقد النكاح الصحيح. فإذا كان النكاح فاسداً لا يثبت به حق الحبس للزوج عليها، فلا تجب لها النفقة، لأن الواجب على الزوجين في غير النكاح الصحيح أن لا يتعاشرا معاشرة الأزواج فلذا لم يتحقق حق الاحتباس والتمكين الذي هو سبب وجوب النفقة الزوجية⁽¹⁾.

وإذا حكم القاضي للزوجة بنفقة على زوجها على أساس أن عقد النكاح بينهما صحيح ثم ظهر فساد، كان للزوج أن يرجع عليها بما حكم القاضي عليه من نفقة. وتسليم الزوجة نفسها لزوجها تسليماً حقيقياً أو حكماً يعني أن تمكن المرأة نفسها لزوجها، تمكينا تاماً، إما بتسليم نفسها أو بإظهار استعدادها لتسليم نفسها إلى الزوج بحيث لا تمتنع عند الطلب سواء دخل الزوج بها أو لم يدخل، دعت الزوجة أو وليها إلى الدخول بها أم لم تدعه. فإن ظلت في بيت أهلها برضاه واختياره وجبت نفقتها عليه وإن منعت المرأة نفسها أو منعها وليها، أو تساكنتا بعد العقد فلم تبدل ولم يطلبه فلا نفقة لها وإن أقاما زمناً. فإن النبي صلى الله عليه وسلم، تزوج عائشة رضي الله عنها ودخل عليها بعد سنتين ولم ينفق إلا بعد دخوله وإن كان الامتناع عن تسليم نفسها بحق فلها النفقة، كالامتناع لتسليم المهر المعجل أو الحال، أو لتهيئة مسكن لائقاً شرعاً⁽²⁾.

أما إذا كان امتناع الزوجة عن تسليم نفسها إلى زوجها امتناعاً غير مشروع لكونه بغير حق، فلا نفقة لها كما لو كانت قد استوفت كامل مهرها المعجل ودعاها إلى التنقل إلى بيتها الشرعي الذي أعده لها فامتنعت ولم تنتقل، تعتبر بهذا الامتناع غير المشروع ناشزاً.

(1) انظر محمد يعقوب طالب عيدك، أحكام النفقة الزوجية في الشريعة الإسلامية، دار الهدى النبوي، مصر، 2004، ص 36.

(2) انظر، محمد خضر قادر، نفقة الزوجة في الشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة، دار البازوري، الأردن، عمان، 2010، ص 40.

وتسقط نفقتها ويقاس على ذلك ما إذا منعت زوجها من دخول بيتها الذي يقيم معها فيه، غير أنّ هذا السقوط مقيد بمدّة النشوز، فإن عادت إلى أصلها عاد حقها في النفقة ولا حق لها في المطالبة بعد بنفقتها عن فترة نشوزها⁽¹⁾. وسنفضل في مسالة النشوز وحق الزوجة في النفقة عند الكلام عن مسقطات النفقة.

ثانيا: أن تكون الزوجة صالحة للاستمتاع.

ولا يشترط لذلك سن خاص، بل يقدر بحسب حال الزوجة، إذ قد تكون صغيرة بدينة تطيق، وقد تكون كبيرة هزيلة لا تطيق فإذا كانت صغيرة تطيق الوطاء وسلمت نفسها، فإن النفقة تجب على الزوج ولو كان صغيرا لا يعرف الوطاء⁽²⁾. حتى تكون المرأة محل متعة الزوج يجب أن لا تكون معيبة بالأمراض التي تمنع الزوج من مخالطتها.

ولقد اتفق الفقهاء في حالة الزوجة المريضة، إذ مرضت قبل الزفاف ولا يمكنها الانتقال إلى بيت زوجها فلا تستحق النفقة لأن الاحتباس غير ممكن⁽³⁾. أما إذا كان يمكنها الانتقال أو أبدت استعدادها لذلك وزفت سليمة إلى البيت الزوجي ثم مرضت فلها النفقة ما دامت في بيت الزوجية، ولو كان مرضها مزمنا، لأن الاحتباس قد تم كاملا، والحقوق الدائمة لا تسقط بالأمور العارضة، لأن المرض أمر طارئ لا دخل للزوجة فيه⁽⁴⁾.

كما لا تسقط نفقة الزوجة إذا مرضت في بيت أهلها، إلا إذا طلب الزوج العودة إلى البيت وامتنعت، لأن بامتناعها تصبح ناشرة أي خارجه عن طاعة الزوج بغير حق⁽⁵⁾.

(1) أحمد أبان، المرجع السابق، ص 176.

(2) انظر، نور الدين أبو حية، قبل الحب والزواج ماذا تعرف عن الحقوق المادية للزوجة، دار الكتاب الحديث، 2009، ص 121.

(3) محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص 273.

(4) أنظر، محمد حسن منصور، النظام القانوني للأسرة في الشرائع الغير إسلامية، دار الفكر الجامعي، مصر، 2000، ص 280.

(5) أنظر، أحمد نصر الجندي، النفقات والحضانة، والولاية على المال في الفقه الملكي، دار الكتب القانونية، مصر، 2006، ص 20.

كما يسري على الزوجة المجنونة حكم الزوجة المريضة، فإذا جنت الزوجة قبل الزفاف فلا نفقة لها، أما إذا جنت بعد الزفاف فإن النفقة تجب لها. أما إذا كان الزوج هو المريض، وكان عدم الانتفاع من الاحتباس من قبل الرجل، فإن النفقة تكون واجبة عليه لأن الزوجة قامت بكل أحكام الزواج الممكنة من قبلها فحق عليه أن ينفق عليها⁽¹⁾.

بالإضافة إلى هذه الشروط يجب أن يكون الزوج موسرا وهو الذي يقدر على النفقة بماله أو كسبه، فلو كان معسرا فلا نفقة عليه مدة إعساره بقوله تعالى: "لا يكلف الله نفسا إلا ما أتاها".

ولقد أخذ قانون الأسرة الجزائري بما تم الاتفاق عليه بين الفقهاء حيث ورد في المادة 74 على "أن تجب نفقة الزوجة على زوجها بالدخول بها أو بدعوتها إليه ببينه مع مراعاة أحكام المواد 78، 79، 80 من هذا القانون".

مع العلم أن المدخول بها أو التي دعت إليه لا تصح إلا أن تكون بالغة، ذلك أنه جاءت في نفس القانون المادة 07 التي تحدد أهلية الزواج في حق الرجل والمرأة بـ 19 سنة، والمرأة في هذه السن عادة ما تكون بالغة.

من هذا الإطار يرى الدكتور الغوتي بن ملححة أن الأصح هو وجوب النفقة للزوجة من يوم انعقاد الزواج لأنها أصبحت محبوسة له من ذلك اليوم⁽²⁾. ولقد نصت مدونة الأسرة في المادة 194 على أنه يجب نفقة الزوجة على زوجها بمجرد الدخول بها وكذلك إذا دعت للدخول، يفهم من هذا أن شرط وجوب النفقة مرتبط بشرط التمكين أو التخلية في إبداء الزوجة استعدادها للالتحاق ببيت الزوجية، ولو ربطت هذا الاستعداد ببعض الشروط التي لها حق التمسك بها، مثل أن تشترط أداء المهر الحال، أو إعداد مسكن الزوجية الملائم وما إلى ذلك من التزامات الزوج التي يمنحها القانون حق إلزامه تنفيذها قبل الانتقال إلى بيت الزوجية.

(1) محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص 274.

(2) انظر الغوتي بن ملححة، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، ط01، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005، ص 80.

وبعبارة أخرى يتحقق شرط وجوب النفقة متى عبرت الزوجة عن موافقتها على الانتقال إلى منزل زوجها أو امتنعت عن ذلك وكان امتناعها قائم على مبرر مقبول شرعاً⁽¹⁾.

ونجد أنّ المحكمة العليا أقرت للزوجة الحق في السكن في العديد من قراراتها، حيث جاء في قرار صادر لها بتاريخ 1985/11/04 أنّه : "من المقرر شرعاً أنّ للزوجة الحق في مطالبة زوجها بإسكانها منفردة ومستقلة عن أهله، ولو لم تكن قد احتفظت بهذا الحق حين أبرم عقد الزواج أو سبق أن سكنت مع أقارب زوجها ثمّ اشتكت بسبب الضرر الذي لحق منهم، فإنّ القضاء بما يخالف هذه الأحكام يعدّ خرقاً لما أقرته من مبادئ، وعليه يستوجب نقض القرار الذي ألزم باستئناف الحياة الزوجية مع زوجها بمنزل أهله بسبب أزمة السكن السائدة في العاصمة"⁽²⁾.

كما اعتبرت إسكان الزوجة بعيدة عن أقارب زوجها حق من حقوقها، وإنّ تهادى الزوج في رفض طلب توفيره لها لا يخول له الشرع إجبارها على العودة إلى السكن الذي يسكنه أقاربه وخاصة مع الضرة ولو لم تثبت الضرر لها بمشاجرة ونحوها⁽³⁾.

يتضح من مقتضيات المادة 194 سالفه الذكر أنّ نفقة الزوجة لا تستحق إلا من وقت البناء بها أو بالدعوة إليه من طرفها سواء بنى الزوج أو رفض البناء يشترط فقط أن تكون الزوجة صالحة للدخول. وقد حكم القضاء المغربي بأن رفع دعوى النفقة من جانب الزوجة غير المدخول بها يمثل في الحقيقة دعوة إلى الدخول تستحق بها النفقة. وفي هذا الصدد جاء في قرار للمجلس الأعلى "أن الحكم المطعون فيه حين اعتبر المطالبة القضائية بحقوق الزوجة دعوة إلى الدخول موجبة للنفقة على الزوج ابتداء من تاريخ

(1) انظر أحمد الخليلي، المرجع السابق، ص 217.

(2) المجلس الأعلى، غ.أ.ش، 1985/11/04، ملف رقم 38311، مقتبس عن بلحاج العربي، مبادئ الاجتهاد القضائي، المرجع السابق، ص 43.

(3) المجلس الأعلى، غ.أ.ش، 1986/01/13، ملف رقم 39390، المجلة القضائية، 1990، عدد 01، ص 62.

المطالبة لم يخرق الفصل 117 من مدونة الأحوال الشخصية الذي لم ينص على إجراءات خاصة بتحقيقها الدعوة إلى الدخول، ولم يرد فيه كما صرح به الحكم المذكور ما يفيد أن الدعوة للدخول يجب أن تسبق تاريخ المطالبة بالنفقة⁽¹⁾. وبذلك يكون قد رفع الإحراج عن تطبيق مقتضيات الفصل 117 من مدونة الأحوال الشخصية الملغاة والتي حلت محلها المادة 194 من مدونة الأسرة ويتمثل هذا الإحراج في المطالبة بالبناء في جلسة علنية وأمام هيئة المحكمة⁽²⁾.

في قرار آخر صادر بتاريخ 2009/02/04 جاء فيه: "أنه طبقا للمادة 194 من مدونة الأسرة فإن نفقة الزوجة تجب على زوجها بمجرد البناء، وكذا إذا دعت للبناء بعد أن يكون قد عقد عليها، والعمل القضائي دأب على اعتبار دعوى المطالبة بالنفقة بمثابة الدعوى إلى الدخول تستحق معها الزوجة النفقة من تاريخها والمحكمة لما قضت للمطلوبة ابتداء من تاريخ رفع دعواها للمطالبة بها أمام عجز الطاعن عن إثبات الإنفاق بعد هذا التاريخ تكون قد أقامت قضاءها على أساس وعللت قرارها تعليلا سليما"⁽³⁾.

وفي قرار آخر صادر بتاريخ 2009/03/25 جاء فيه "أن تاريخ المقال الافتتاحي الذي تقدمت به الطالبة للمطالبة بنفقتها كان هو 2005/09/19 وأن المحكمة لما اعتبرت أن هذه الدعوى تعد بمثابة دعوة إلى الدخول بها، وأن الطالبة تستحق نفقتها من تاريخ رفعها فإنه كان عليها أن تحدد بداية استحقاق نفقتها من تاريخ المقال المذكور الذي هو 2005/09/19 ولذا هي لم تفعل، وحددتها ابتداء من 2006/05/19 دون أن تبين سندها

(1) قرار 08 ماي 1970 ، مجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 21، ص 18 وما يليها، مقتبس عن محمد الكشور، المرجع السابق، ص 445.

(2) محمد الكشور، المرجع السابق، ص 445.

(3) قرار صادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 2009/02/04 تحت عدد 60 في الملف عدد 08/329، منشور بأهم قرارات المجلس في تطبيق مدونة الأسرة، ص 187، مقتبس عن محمد بفقير، المرجع السابق، ص 263.

في ذلك فإن قرارها جاء غير مبني على أساس، وناقص التعليل الذي هو بمثابة انعدامه ومعرضا للنقض⁽¹⁾.

وبذلك يكون قد رفع الإحراج الناتج عن تطبيق مقتضيات الفصل 117 من مدونة الأحوال الشخصية الملغاة والتي حلت محله المادة 184 من مدونة الأسرة، ويتمثل هذا الإحراج في المطالبة بالبناء في جلسة علنية وأمام هيئة المحكمة⁽²⁾.

كما تعرض المشرع التونسي صلب أحكام الفصل 23 من مجلة الأحوال الشخصية المنظم للعلاقات والواجبات الزوجية إلى واجب النفقة، حيث بأنه على الزوج بصفته رئيس العائلة أن ينفق على الزوجة والأبناء على قدر حاله وحالهم في نطاق مشمولات النفقة⁽³⁾، نجد أن المشرع التونسي قد ربط بين الإنفاق والرئاسة، وهو ربط مستمد من الفقه الإسلامي في منحى منه ذلك أن مفهوم الرئاسة ليس سوى الوجه العصري لما كان الفقهاء يطلقون عليه القوامة⁽³⁾.

ونص في الفصل 38 من مجلة الأحوال الشخصية على أنه: "يجب على الزوج أن ينفق على زوجته المدخول بها وعلى مفارقتها مدة عدتها".

لقد ربط المشرع التونسي بين واجب النفقة والدخول، فالنفقة لا تجب على الزوج إلا من تاريخ الدخول وهو ما أكده فقه القضاء التونسي⁽⁴⁾ في عديد من القرارات

(1) قرار صادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 2009/03/25 تحت عدد 125 في الملف 08/123، مقتبس عن محمد بفقير، المرجع السابق، ص 188.

(2) محمد الكشور، المرجع السابق، ص 445.

(3) هيفاء القضامي، المرجع السابق، ص 52.

(4) إلا أنه نزلت بعض القضايا محدثة بعض التوقف فصدر حكم نهائي من محكمة الكاف، تحت عدد 4771، بتاريخ 30 ديسمبر 1976 بأداء نفقة زوجة لم يدخل بها وإنما دعت على الدخول وتأييد هذا الحكم بقرار من محكمة التعقيب تحت عدد 1229 بتاريخ 15 جويلية 1977، كما صدر حكم يماثله من محكمة ناحية مارت في 03 فيفري 1982 تحت عدد 301 واعتبر أنّ الزوجة غير المدخول بها مستحقة للنفقة بعد امتناع الزوج من الاستجابة للبناء من تاريخ الدعة إليه على أساس أنّ النفقة تستحق لا بالعقد والدخول فقط بل باحتباس الزوجة على ذمة الزوج، وعلى أساس أنّ الفقه المالكي الذي أخذت عنه المجلة يوجب الإنفاق في مثل هذه الصورة ح محمود شيمام، وجوب نفقة الزوجة بالدخول، مجلة القضاء والتشريع، تونس، جويلية، 1983، ص 10.

إذ جاء في إحداها "أن الزوجة لا تستحق النفقة من زوجها إلا بالدخول بها فالحكم لها قبل الدخول فيه خرق للقانون يوجب النقص"⁽¹⁾.

فمجلة الأحوال الشخصية التونسية جعلت النفقة للمدخول بها دون غيرها وصرحت بذلك في الفصل 38 الذي لا يقبل أي تأويل، وكان من الأحسن على المشرع التونسي أن يوجب النفقة لغير المدخول بها عند الدعوة منها للدخول والبناء، وذلك بتنقيح الفصل 38 وجعله شاملا لذلك كما فعل كل من المشرع الجزائري والمغربي، حيث أعطى الحق في النفقة للزوجة المدخول بها والتي دعت للدخول.

الظاهر أن سبب تأخير النفقة إلى حين البناء من المنظور الفقهي إنما لما يترتب على عقد الزواج من أحقية الزوج في إحتباس زوجته عليه ودخولها في طاعته لاستبقاء المقصود من الزواج، واعتبار الزوجة محتبسة على زوجها يكون حائلا يمنعها من الخروج للتكسب الذي يوجب على الزوج الإنفاق عليها لسد احتياجاتها⁽²⁾.

فإذا كانت النفقة واجبة على الزوج، فالواجب عليه أيضا أن يلي ما يدخل تحت مشتملاتها.

الفرع الثاني:

مشمولات النفقة.

إن النفقة هي ذلك الالتزام القائم بين الأزواج أثناء الزواج وبين الأصول والفروع ولقد اكتفى المشرع بتعداد مشتملات النفقة سواء كانت للزوجة أو الفروع أو الأصول على أنها الغذاء والكسوة والعلاج والسكن وأجرته وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة، ورتبها حسب أهميتها في حياة الإنسان. وهذا ما جاء بالنص عليه في المادة 78 من قانون الأسرة. ومن هنا فإن المشرع وعند تطرقه للنفقة نجد بأنه ذكر أنواعها وكان

(1) محكمة التعقيب، مؤرخ في 10 ماي 1983، عدد 7664، مجلة القضاء والتشريع، 1985، عدد 1، ص 64.

(2) محمد الكشور، المرجع السابق، ص 446.

ذلك على سبيل المثال، فلم يحدد مشتملاتها تحديداً جامعاً والدليل على ذلك ما ذكره في ختام المادة ما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة.

وهذه الأنواع من النفقات المذكورة في المادة أعلاه يتناسب مع حاجة الزوجة الضرورية، وتكرس العمل بمبادئ وأحكام الشريعة الإسلامية وبمقتضى ما نص عليه الشارع الحكيم في قوله: ﴿وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾⁽¹⁾.

فيجب على الزوج أن يتولى الإنفاق على زوجته وكسوتها بمعنى أن يقدم لها أصنافاً من الطعام وكل ما تحتاجه حسب قدرته، فإذا وفر لها ما تحتاج إليه من طعام وثياب حسب حالته المالية والاجتماعية أو حسب حالتها معها وجب على الزوجة قبولها.

أما إذا امتنع كان لها أن ترفع الأمر إلى القاضي ليلزمه بالإنفاق، وله أن يفرض لها أصنافاً من الطعام يكلف الزوج بإحضارها أو يقدر لها مقدار من النقود لتشتري به ما تحتاج إليه وهو أيسر وأضبط كما يجب على الزوج كسوة زوجته⁽²⁾.

المشرع الجزائري أضاف العلاج إلى النفقة فصار حقاً للزوجة على زوجها وليس مجرد تفضل منه لها، فنصّ في المادة 78 على "أنّ النفقة تشمل الغذاء والكسوة والعلاج والسكن أو أجرته". وقد اتبع في ترتيبها أهميتها في حياة الإنسان فقدم العلاج على السكن أو أجرته متى تعذر على الرجل توفيره.

فالمشرع الجزائري ساير في ذلك متطلبات العصر الحالي وازدياد الحاجة إلى العلاج وسعته في المدلول، فلم يعد يقتصر على محاربة المرض الحال بالشخص، وإنما يمتدّ إلى الرعاية الطبية في حالة الحمل أو بعده وعند عدم وجوده إضافة لمكافحة الأمراض التي قد تصاب بها المرأة لأنّ ضرورة العلاج أكثر من ضرورة الطعام والشراب⁽³⁾.

(1) سورة البقرة، الآية 233.

(2) انظر محمد خضر قادر، المرجع السابق، ص 57.

(3) فضيل سعد، المرجع السابق، ص 177.

ويجب للزوجة أيضا مسكن لائق بها إما بملك أو كراء أو إعارة وفقا لقوله سبحانه وتعالى: ﴿أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِنْ وَجْدِكُمْ﴾⁽¹⁾.

ويكون المسكن والكسوة على قدر يسار الزوج أو إعساره ويجب أن يتوفر في المسكن الأوصاف الآتية:

- أن يكون مشتملا على كل ما يلزم السكن من أثاث وفراش وأواني ومرافق وغيرها مما تحتاجه الأسرة ويراعي في ذلك حالة الزوج المالية من يسر وعسر ووضع الاجتماعى⁽²⁾.
- أن يكون خاص بالزوجين دون غيرهما أما إذا كان يشغلان سكنا مع الغير حتى وإن كان مع أحد الأقارب فإنه لا يعتبر سكنا شرعيا إذا لم تتحقق الحرية الكاملة للزوجة.
- أن يكون المسكن مأمونا وإلا فلا يعد مسكنا على الإطلاق، بل أن مظاهر الأمن أن يكون بين جيران صالحين حتى تكون الزوجة فيه آمنة على نفسها ومالها.
- وإذا كان المسكن مستوفيا للشروط السابقة، اعتبر مسكنا شرعيا ويبقى واجب توفير المسكن سواء كانت الزوجية قائمة أو في إطار الحضانة⁽³⁾.

ومن المفيد الإشارة إليه في هذا السياق أن المشرع لم يخصص في قانون الأسرة بندا مستقلا عن السكن المنفرد للزوجة كحق لها، بل ورد ضمن العناصر العامة للنفقة الواردة في المادة 78 من قانون الأسرة. والسؤال المطروح لماذا المشرع لم ينص على حق الزوجة في السكن المنفرد بعيدا عن أهل الزوج مادام منصوص عليه في الشريعة الإسلامية وما دام الاجتهاد القضائي الجزائري مستقر على منح الحق للزوجة في المطالبة بإسكانها في سكن منفرد وهذا ما تؤكده عدّة قرارات قضائية، فلقد قضت المحكمة العليا في إحدى قراراتها بأنه: "من المقرر شرعا أنه يحق للزوجة أن تطلب سكنا منفردا عن أهل الزوج وذلك لقول خليل في مختصره في باب النفقة (ولها أن تمتنع أن تسكن مع أقاربه) ومن ثم فإن

(1) سورة الطلاق، الآية 06.

(2) انظر يوسف قاسم، حقوق الأسرة في الفقه الإسلامى، دار النهضة العربية، القاهرة، 1987، ص 257 بلقاسم شتوان حق الزوجة في السكن شرعا وقانونا، مجلة المعيار، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، قسنطينة، 2003، العدد 05، ص 72.

(3) Ghouti BENMALHA, Le droit algérien de la famille, office des publications universitaires Alger, 1993, p 219.

قضاة الموضوع لما حكموا في قضية الحال بعدم إمكان تلبية طلب الزوجة في الانفراد بالسكن من عائلة زوجها الذي يعتبر بمثابة حق لها فإنهم خالفوا أحكام الشريعة الإسلامية وعرضوا قرارهم للنقض ومتى كان ذلك استوجب نقض القرار⁽¹⁾.

واعتبر القضاء الجزائري في إحدى قراراته أن القضاء للزوجة بالمعاش المستقل عن أهل الزوج دون السكن يعد خرقاً ومخالفة للقانون، حيث قررت المحكمة العليا أنه "من المقرر شرعاً أن للزوجة الحق في السكن المستقل عن أهل الزوج وذلك لقول خليل "ولها أن تمتنع أن تسكن مع أقاربه". ومتى تبين في قضية الحال أن القضاة لما قضوا بأن للطاعنة الحق في المعاش المستقل عن أهل الزوج دون السكن المستقل فإنهم خالفوا القانون لأن للزوجة الحق شرعاً في السكن المستقل عن أهل الزوج ولهذا يتعين نقض القرار المطعون فيه"⁽²⁾.

فالزوجة لها حق السكن المستقل، لكن أمام أزمة السكن كأزمة عامة في المجتمع، قرر الفقه الجزائري بأن الزوج قد وفره لها، إن استطاع أن يوفر لها غرفة في شقة مع أهله، مع مرافقتها الضرورية⁽³⁾.

أما بالنسبة للمشرع المغربي، فقد نصت الفقرة الأولى من المادة 189 من مدونة الأسرة على ما يلي: "تشمل النفقة الغداء والعلاج والكسوة وما يعتبر من الضروريات والتعليم للأولاد، مع مراعاة أحكام المادة 168 أعلاه". والظاهر من هذا النص أن المشرع المغربي حدد مشمولات النفقة في عناصر وردت هذه العناصر على سبيل المثال لا على سبيل الحصر بدليل أن المشرع نفسه قد قرر أنه يمكن أن يضاف إليها ما يعتبر من الضروريات في عرف الناس وعاداتهم، وقد قرر المشرع وجوب مراعاة أحكام المادة 168 التي تعتبر تكاليف سكني المحضون مستقلة في تقديرها عن النفقة.

(1) المحكمة العليا غ.أ.ش، 1997/05/13، ملف 159732، المجلة القضائية 1997، عدد 02، ص 100.

(2) المحكمة العليا غ.أ.ش، 1998/05/19، ملف 189339، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، 2001، عدد خاص، ص 216.

(3) بلحاج العربي، أحكام الزواج... المرجع السابق، ص 460.

والملاحظ من نص المادة 189 أن المشرع المغربي لم يتكلم عن السكنى وهي واجبة على الزوج من خلال نصوص أخرى، ومن ذلك المادة 196 من مدونة الأسرة التي صيغت بالكيفية الآتية "المطلقة رجعيًا يسقط حقها في السكنى دون النفقة إذا انتقلت من بيت عدتها دون موافقة زوجها أو دون عذر مقبول".

ولقد ورد في الفصل 50 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية أنه "تشمل النفقة الطعام والكسوة والمسكن والتعليم وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة" هو تحديد نجده مقاربا لما اعتبره الفقه داخلا في عموم النفقة وهو ما أخذت به القوانين العربية المقارنة مع اختلاف طفيف حول مسألة التعليم. ولم يشد المشرع عن هذه القاعدة فجعلها عامة لجميع مشمولات النفقة بما في ذلك انسحابها على السكن كعنصر عام يدخل ضمن الواجب، حيث أطلق المشرع عبارة السكن صلب الفصل 50 من مجلة الأحوال الشخصية دون أن يحدد شروطه بل ترك الأمر لاجتهاد القاضي خاصة في حال مغادرة الزوجة المسكن تضايقا منها، وهو ما نظرت فيه محكمة التعقيب في قرار بتاريخ 04 فيفري 1986⁽¹⁾. وأحقت فيه للزوجة الامتناع عن السكنى مع أبناء الزوج وكأنها اعتبرت السكنى المشتركة لا يتحقق بها شرط السكن القانوني على معنى الفصل 50 من مجلة الأحوال الشخصية.

وقد انفرد المشرع التونسي عن بقية التقنينات العربية بالتنصيص على التعليم كعنصر لا غنى لواجب الإنفاق عنه وهو ما يدل على الأهمية التي ما فتئ يتبوؤها في عصرنا. أضف إلى ذلك أن النص عليه إنما هو مواكبة لما أصبح القانون يفرضه من إجباريته. ولم يشر الفصل 50 إلى العلاج كمشتمل من مشتملات النفقة، لكن يمكن من خلال صياغته سحب ضرورات العرف على مصاريف العلاج.

فإذا كانت نفقة الزوجة واجبة على الزوج بمشتملاتها إلا هذه النفقة تتميز بعدة خصائص، كما أن تقديرها متوقف على معايير محددة.

(1) قرار محكمة التعقيب، 04 فيفري 1986، عدد 13627، نشريّة 1986، ج 01، ص 107.

المطلب الثاني:

خصائص ومقدار نفقة الزوجة.

إن النفقة كما سبق القول تشمل الطعام والكسوة والعلاج والمسكن وكل ما يلزم مستحقيها في معيشته حسب العرف، وهذه النفقة تقوم من قبل الملتزم بها دون أن تطلب منه، وقد تقوم من قبل القضاء في حالة الامتناع.

ونفقة الزوجة تتميز بعدة خصائص ومميزات تجعلها تنفرد عن باقي النفقات (الفرع الأول). كما لنا أن نتساءل عن مقدار هذه النفقة أو بالأحرى معرفة ما تقدر به هذه النفقة (الفرع الثاني).

الفرع الأول:

خصائص نفقة الزوجة.

تتميز نفقة الزوجة بخصائص معينة متصلة بصفة النفقة كدين وما يترتب على هذا الدين من امتيازات.

أولاً: دين نفقة الزوجة وحكم تعجيلها.

فإذا كانت الطبيعة القانونية للنفقة على أنها دين، إلا أن الغموض بقي يشوب مسألة زمن اكتسابها صفة الدين بالنسبة لإنفاق الزوج. لقد اختلف الفقهاء حول تحديد زمن ثبوت دين النفقة حيث ذهب الأئمة الثلاث مالك والشافعي وابن حنبل إلى أن نفقة الزوجة لتصير ديناً على زوجها بمجرد وجوبها وامتناع الزوج عن أدائها وإذا صارت ديناً تكون ديناً قوياً لا تسقط إلا بالأداء أو الإبراء كسائر الديون⁽¹⁾، وقالت الحنفية بأنها لا تصير ديناً بمجرد الامتناع بعد الوجوب، وإنما تكون كذلك إذا حكم بها القاضي أو تراضي على تقديرها الزوجان⁽²⁾.

(1) المغني، المرجع السابق، ص 249.

(2) ابن عابدين، المرجع السابق، ص 594-595.

أما بالنسبة للمشرع الجزائري فقد نصت المادة 80 من قانون الأسرة بأنه: "تستحق النفقة من تاريخ رفع الدعوى وللقاضي أن يحكم باستحقاقها بناء على بينة لمدة لا تتجاوز سنة قبل رفع الدعوى". وعليه فإن تاريخ استحقاق النفقة يبدأ من تاريخ رفع الدعوى إلى تاريخ صدور الحكم.

غير أن المشرع قد أجاز وبصفة استثنائية أن يقدرها لمدة سابقة عن رفع الدعوى، وذلك تقديرا للظروف التي تكون فيها المرأة والتي أخرتها عن رفع الدعوى لكي تفتح فرصة لزوجها لمراجعة نفسه، وبمعنى أدق منع المشرع القاضي أن يحكم بالنفقة لمدة أكثر من سنة قبل رفع الدعوى وإلا يراجع حكمه قبل مرور سنة على صدور الحكم⁽¹⁾.

يتبين من نص المادة 80 سالفه الذكر أن المشرع قد وضع حداً لو غير حاسم لكل المشاكل التي كانت تنشأ بشأن تاريخ استحقاق النفقة المطلوب الحكم بها، ونرى أن المشرع عندما حدّد المدّة سنة واحدة للحكم بالنفقة صدّد الباب أمام جميع الإدعاءات المحتملة من طرف الزوجات، إذ قد تدّعي الزوجة أن زوجها أهملها سنوات عديدة قبل رفع الدعوى وهذا كله من أجل الانتقام من الزوج، فالمشرع بعمله هذا راعى حال الزوج حيث لو لم تحدّد المدّة لوجد الزوج نفسه مدانا بنفقة باهظة لسنوات عدّة.

ولكن الحكم بالنفقة فيما قبل الدعوى وبسنة يحتاج إلى دليل من المرأة تثبت امتناع الزوج عن الإنفاق على الزوجة ولو امتد ذلك سنوات إلا أن القانون منع الحكم بالنفقة لمدة أكثر من سنة سابقة على الإدعاء حتى لا يترك مجالاً لإرهاق الزوجة زوجها، إذ تترك مطالبته بالنفقة سنوات طويلة ثم تطالبه بها مرة واحدة فيقع في الحرج والضيق⁽²⁾. ويرى الدكتور محمد محدة "أن القول بتحديد المدّة له ميزتين وهما:

1- أنه يجعل الزوجة في حال اطمئنان وعدم خشية من فوات حقها في النفقة مدة سنة وفي هذا دفع إلى عدم الإسراع أو اللجوء إلى المحاكم فلعله يحصل صلح أو تراضي حولها،

(1) تنص المادة 78 على أنه: "يراعي القاضي في تقدير النفقة حال الطرفين وظروف المعاش ولا يراجع تقديره قبل مضي سنة من الحكم".

(2) عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 229.

وذلك بما يعلمه المشرع من أثر للمصالحة بين الزوجين من ذهاب تلزم العلاقات وإطفاء نار العداوة وغيرها.

2- أن تحديد مدة سنة يحمل الزوجة على المطالبة بحقها أولاً بأول وفي هذا تخفيف على الزوج وعدم إرهاق له، ذلك أن إطلاق جواز المطالبة قد يخرجه ويستنفذ ثروته ومورد رزقه وفي هذا إضرار به الشيء الذي جعل تحديد مدة المطالبة بسابق النفقة لصالح الزوجين معاً⁽¹⁾.

وتطبيقاً لذلك، قضت المحكمة العليا في إحدى قراراتها أنه: "من المقرر قانوناً أنه تستحق النفقة من تاريخ رفع الدعوى وللقاضي أن يحكم باستحقاقها بناء على بينة لمدة لا تتجاوز سنة قبل رفع الدعوى"⁽²⁾.

كما قضت في إحدى قراراتها: "من المقرر أنه ليس بالضرورة أن يكون سريان النفقات في جميع الأحوال من يوم رفع الدعوى، إذ يجوز للقاضي أن يحكم بها بأثر رجعي من يوم خروج الزوجة من بيت الزوجية"⁽³⁾.

أما بالنسبة للمشرع المغربي فقد نصت المادة 195 من مدونة الأسرة على أنه "يحكم للزوجة بالنفقة من تاريخ إمساك الزوج عن الإنفاق الواجب عليه ولا تسقط بمضي المدة إلا إذا حكم عليها بالرجوع لبيت الزوجية وامتنعت". وهكذا إذا حكمت المحكمة للمرأة بالنفقة، في حالة ما إذا كان الزوج ممتنعاً عن الإنفاق، فإن الحكم يجب أن يحكم بتحديد النفقة المستحقة للزوجة من تاريخ إمساك الزوج عن الإنفاق، وليس من تاريخ الحكم، وتبقى النفقة مستمرة وتعتبر ديناً على الزوج إذا لم يؤديها ولا تسقط بأي حال من الأحوال إلا في حالة ما إذا كانت الزوجة ناشزاً⁽⁴⁾.

(1) محمد محده، المرجع السابق، ص 373-374.

(2) المحكمة العليا، غ.أ.ش، 1989/12/25، ملف رقم 57506، المجلة القضائية 1991، عدد 03، ص 65.

(3) المحكمة العليا، غ.أ.ش، 1990/04/16، ملف رقم 59967، غير منشور، مقتبس عن بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 154.

(4) محمد الأزهر، المرجع السابق، ص 438؛ محمد الشافعي، المرجع السابق، ص 223.

وإذا ادعت الزوجة عدم الإنفاق عليها، فعلى المحكمة أن تعتمد جميع الوسائل الكفيلة بالإثبات إلا أن القضاء المغربي استقر على القاعدة المقررة فقها قول الزوج بيمينه إذا كانت الزوجة في بيت الزوجية والقول قول الزوجة بيمينها إذا لم تكن في بيت الزوجية، وهذا ما جاء في قرار صادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 14/02/1978 أنه: "مادام قد ثبت أن الزوجة التي تطالب بالنفقة كانت بمثل والديها مع أبنائها ولم يثبت الزوج ادعاءه الإنفاق فإن القول قولها مع يمينها وأن المحكمة لما اعتبرت قول الزوج مع يمينه ورفضت دعوى النفقة تكون قد تجنبت الصواب مما يعرض قرارها للنقض"⁽¹⁾.

أما المشرع التونسي لم يربط زمن الوجوب باستصدار حكم النفقة وإنما تستحق الزوجة إنفاق زوجها عليها منذ الدخول بها ويتواصل ذلك طوال مدة المساكنة الزوجية، فهي تصبح ديناً يمكنها المطالبة به من تاريخ تحقق الوجوب طبقاً للفصل 38 من مجلة الأحوال الشخصية.

وذلك ما أكدته محكمة التعقيب في قرارها المؤرخ في 10 ماي 1983⁽²⁾ وتفيد وقائع القضية قيام المدعية بوصفها زوجه لدى محكمة الموضوع ضد زوجها الذي تركها بحالة إهمال، طالبة الحكم بإلزامه بالإنفاق على زوجته المدعية، فتعقبه الزوج متمسكا بعدم وقوع الدخول.

وقد اعتبرت محكمة التعقيب أنه طبقاً لأحكام الفصل 38 من مجلة الأحوال الشخصية فإن الزوجة لا تستحق من زوجها النفقة إلا من تاريخ بنائه بها، وبالتالي لا يلزم بها لها قبل حصول الدخول. وإهمال المحكمة للثبوت في شأن وقوع البناء بالزوجة من عدمه، هو ركن أساسي لاستحقاق النفقة لا يجوز إغفاله بعد إثارته والدفع به، من شأنه أن يجعل حكمها خارقاً للقانون ومعرضاً للنقض.

(1) قرار صادر عن المجلس الأعلى، 14/02/1978 تحت عدد 117 في الملف الاجتماعي عدد 64250 ، مجلة قضاء المجلس الأعلى العدد 26، ص 140.

(2) محكمة التعقيب، 10 ماي 1983، عدد 7664، نشريّة محكمة التعقيب، 1983، الجزء الثاني، ص 184.

إذا عجل الزوج نفقة زوجته ثم طراً ما يوجب سقوط النفقة، كنشوز الزوجة أو موت أحد الزوجين فليس للزوج أو لورثته في رأي أبي حنيفة وأبي يوسف أن يسترد شيئاً منها لأن النفقة صلة أو هبة والزوجية من موانع الرجوع في الهبة. وقال باقي الأئمة أن للزوج أن يسترد نفقة المدة الباقية، فإن كانت قائمة أخذها، وإن كانت مستهلكة أخذ مثلها إن كانت مثليه، وقيمتها إن كانت قيمة، لأن النفقة عوض وجزاء احتباس الزوجة في المدة، فإن فات الاحتباس في بعض المدة فلا تستحق في مقابلها شيئاً من النفقة فيلزمها أن ترد ما يقابل نفقة تلك المدة⁽¹⁾.

وإذا حصل وإن دفع الزوج لزوجته نفقة معجلة فله أن يسترد نفقة المدة الباقية، خاصة إن كان سبب سقوط النفقة الزوجة.

ولقد أخذ المشرع التونسي برأي الجمهور حيث نص في الفصل 51 "تسقط النفقة بزوال سببها ويرد إلى المنفق ما أجبر على دفعه بدون سبب"⁽²⁾.

النفقة تسقط بزوال سببها وسبب النفقة في القانون التونسي هو الزوجية أي حالة الزواج. بمعنى الدخول وتوابعه.

ولم ينص المشرع الجزائري وكذلك المغربي على هذه المسألة فيعمل بالراجح من المذهب المعتمد.

ثانياً: الإبراء والمقاصة بدين نفقة الزوجة.

الإبراء من دين النفقة تصرف قانوني صادر عن الزوجة، يرتب آثاره متى كانت الزوجة رشيدة وإلا صارت النفقة ديناً في ذمة الزوج وهذه النفقة لا تعتبر ديناً عند فقهاء الحنفية إلا بعد تقديرها بالقضاء أو التراضي، في حين تعتبر عند المالكية والشافعية والحنبلية ديناً في ذمة الزوج، بمجرد الامتناع عن الإنفاق بعد ثبوت وجوبها.

(1) وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 818.

(2) انظر، محمد مصطفى شلي، أحكام الأسرة في الإسلام، دراسة مقارنة بين المذاهب السنية والمذهب الجعفري والقانون، ط 04، الدار الجامعية، بيروت، 1983، ص 471.

أما النفقة المستقبلية فلا يصح الإبراء منها بالاتفاق، لأنها لم تجب بعد إلا ما كان منها عن مدة واحدة من المدد التي لزم فيها النفقة بشهر أو أسبوع أو يوم بشرط أن تكون المدة قد بدأت بالفعل فإذا بدأ الشهر مثلا، وجبت النفقة فيه ويصح الإبراء، ولا يصح الإبراء مما بعدها، إذ لو أبرأته من نفقة شهرين مستقبليين قد بدأ الأول منها صح الإبراء عن الشهر الأول وبطل عما بعده. ويستثنى من القاعدة السابقة إبراء المخالعة مقابل نفقة العدة، لأن الإبراء هنا مقابل عوض، وهو تخليصها من عقد الزواج، فيعتبر استيفاء للنفقة قبل وجوبها⁽¹⁾.

الإبراء معناه التنازل عن النفقة هو تصرف قانوني صادر عن الإرادة المنفردة للزوجة يرتب كامل آثاره، متى كانت الزوجة تامة الرشد غير مصابة بما يؤثر في إدراكها.

ولم ينص المشرع الجزائري في قانون الأسرة عن إبراء الزوج من النفقة لكن بالرجوع للقواعد العامة في القانون المدني فيجوز للمرأة أن تبرء زوجها من دين النفقة حيث نصت المادة 305 من القانون المدني على أنه: "ينقضي الالتزام إذا برأ الدائن مدينه اختياريا ويتم الإبراء متى وصل إلى علم المدين ولكن يصبح باطلا إذا رفضه المدين". وهو ما نص عليه المشرع المغربي في الفصل 340 من قانون الالتزامات والعقود: "ينقض الالتزام بالإبراء الاختياري الحاصل من الدائن الذي له أهلية التبرع والإبراء من الالتزام ينتج أثره ما دام المدين لم يرفضه صراحة".

أما بالنسبة لمجلة الأحوال الشخصية التونسية فنجد الفصل 42 من المجلة يتحدث عن الأداء فحسب، ولعل الفصل الوحيد الذي تعرض فيه المشرع التونسي إلى مسألة السقوط بالإبراء هو الفصل 1464 من مجلة الالتزامات والعقود حيث لن يعتبر النفقة موضوع صلح والصلح حسب الفصل 1458 من مجلة الالتزامات والعقود مرادف

(1) أحمد أباش، المرجع السابق، ص 181.

للتنازل، فالمشرع أراد حماية المرأة من كل الضغوطات غايتها حملها على التنازل عن المطالبة بحقوقها في النفقة.

يحدث في بعض الأحيان أن يكون للزوج دين على زوجته كضمن شيء باعه لها، في الوقت الذي يكون على الزوج نفقة متجمدة، فإذا أراد أحدهما إسقاط ما عليه نظير ما له عند الآخر بطريق المقاصة، فهل يجب إلى ذلك؟

إذا كان دين النفقة قد اختلف فيه الفقهاء، فإنه عند الأئمة الثلاثة دين صحيح فتقع المقاصة بين الدينين جبراً، عند طلب أحدهما لا فرق أن يكون الطالب الزوج أو الزوجة وذلك لتساوي الدينين في القوة ولا يكون للآخر حق الامتناع.

غير أن الحنابلة اشترطوا لإيجاب طلب المقاصة، فيما إذا كان الطلب من الزوج عن النفقة المستقبلية، أن تكون الزوجة موسرة، فإذا كانت معسرة لا يجب إلى طلبه إلا إذا رضيت الزوجة⁽¹⁾.

لم يتعرض قانون الأسرة الجزائري إلى موضوع المقاصة بين دين نفقة الزوجة ودين الزوج على زوجته، وإزاء سكوت المشرع يرى بعض الشراح⁽²⁾. الرجوع إلى رأي الجمهور لأن دين النفقة كدين للزوج للزوجة، كلاهما كدين للثاني ولو اختلف سبب الدين فلا مانع من الأخذ بالمقاصة.

ويرى الدكتور بلحاج العربي أنه تجوز المقاصة إذا طلبت الزوجة ذلك باختيارها لأن المقاصة قد يكون فيها إضرار بالزوجة، لأنها قد تكون بحاجة إلى النفقة كما لو كانت معسرة، فكيف تنفق على نفسها إذا أجرينا المقاصة بين دينها الذي يعتبره القانون من الديون الثابتة والممتازة ودين زوجها بناء على طلبه مستغلاً إعسارها وفقرها؟ وهذه كلها دلالات يجب على القاضي مراعاتها قبل الحكم بالمقاصة في دين النفقة⁽³⁾.

(1) محمد مصطفى شلي، المرجع السابق، ص 475-476.

(2) انظر فضيل سعد، شرح قانون الأسرة... المرجع السابق، ص 193.

(3) بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 458-459.

فمسألة المقاصة واردة بين الزوجين، وخاصة بحسب التعديل الجديد الذي يأخذ باستقلالية الذمة المالية لكل واحد من الزوجين ويسمح بالاتفاق على تدبير الأموال المكتسبة، فكان الأفضل وجود نص خاص يعالج الموضوع بدلا من الرجوع إلى أحكام القانون المدني.

أما المشرع المغربي فقد نص صراحة على أنه لا تجوز المقاصة بين دين النفقة ودين الزوجة فقد جاء في مطلع الفصل 365 من قانون الالتزامات والعقود أنه لا تقع المقاصة: 1- إذا كان سبب أحد الدينين نفقة أو غيرها من الحقوق التي لا يجوز الحجز عليها...". فعليه إذن وتطبيقا لهذا النص، فلا يستطيع الزوج مثلا أن يتمسك في مواجهة زوجته المدينة بالمقاصة بدعوى أنه دائن لها بمبلغ ما ما لم توافق هي على ذلك لأن الأمر هو في نهاية المطاف عبارة عن حماية مقررة لها. والظاهر أن الطبيعة المعيشة للنفقة هي التي كانت وراء إملاء هذه القاعدة كما أملت عيوبها⁽¹⁾.

وهو نفس المسار الذي اتجه عليه المشرع التونسي حيث نص في الفصل 378 من مجلة الالتزامات والعقود: "لا تجوز المقاصة في أحوال أولا: إذا كان سبب أحد الدينين نفقة أو شيئا آخر مما لا تجوز عقلمته".

ثالثا: امتياز دين نفقة الزوجة.

دين نفقة الزوجة مقدم على أي دين آخر يمكن أن يترتب على الزوج لأولاده أو أقاربه، وكان الشرع الإسلامي بالإضافة إلى ذلك يعتبر دين نفقة الزوجة دينا ممتازا. بمعنى أنه يحصل من المدين قبل الديون الأخرى وذلك بالنظر إلى طبيعة النفقة وحاجة المرأة إليها للحياة⁽²⁾.

وقد جاء في رد المختار على الدر المختار، في فقه الحنفية: "... وهي مقدمة على ديونه، وقيل يبيع الحاكم ما سوى الأزار إلا في البرد، وقيل ما سوى دست من الثياب

(1) محمد الكشور، المرجع السابق، ص 474، محمد الشافعي، المرجع السابق، ص 223.

(2) انظر، بشير البيلاي، قوانين الأحوال الشخصية في لبنان، ط04، دار العلم للملايين، بيروت، لبنان، 1982، ص 115.

وإليه مال الحلواني وقيل دستين وإليه مال السرخسي ولا تبايع عمامته، والدست من الثياب ما يلبسه الإنسان ويكفيه لتردده في حوائجه جمع دستوت⁽¹⁾.

وجاء في الفقه المالكي أنه "تبايع على الإنسان دار سكنه في نفقة زوجته سواء كان حاضرا أو غائبا ولا تبايع في نفقة أولاده أو أبويه بعد ثبوت الملكية وثبوت الحيازة"⁽²⁾.

لم يرد في قانون الأسرة الجزائري نص في هذه المسألة، لكن بالرجوع إلى القانون المدني فإن المادة 993 منه نصت على ما يلي يكون للديون التالية امتياز على جميع أموال المدين من منقول وعقار ...

النفقة المستحقة في ذمة المدين لأقاربه عن الأشهر الستة الأخيرة فنص هذه الفقرة قرر امتياز دين نفقة الأقارب، وقد علمنا أن أسباب النفقة هي الزوجية والقرابة، وبالتالي فالنص جاء غامضا بذكره مصطلح أو عبارة "لأقاربه" لكن بالرجوع إلى نص الفقرة باللغة الفرنسية⁽³⁾. فإنه يبدو أن المشرع الجزائري اعتبر الزوجة من الأقارب، وبالرغم من أنها لا تعد منهم، ويكون بذلك سوى في مرتبه الامتياز بين دين نفقة الزوجة ودين نفقة الأقارب من أصول وفروع، وخاصة أن المادة 983 من القانون المدني الجزائري نصت على أنه وإذا كانت الحقوق الممتازة في مرتبه واحدة فإنها تستوفى عن طريق التسابق ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك أما بالنسبة للمشرع المغربي يعتبر تعديل الفصل 1248 من قانون الالتزامات والعقود بالظهير بمثابة قانون الصادر في عاشر سبتمبر 1993 من أهم

(1) ابن عابدين، المرجع السابق، ج 02، ص 187.

(2) انظر محمد العلوي العابدي، الأحوال الشخصية والميراث في الفقه المالكي، ط 01، إفريقيا الشرق، 1996، ص 201.

(3) لأحد أفراد عائلة « aux personnes de sa famille ... » وفي هذا يقول محمد حسين و"تشمل الامتياز نفقة الزوجة إذا تشملها عبارة أقارب أو بعبارة أسرته Sa famille كما وردت في النص الفرنسي للمادة 993 وليس في هذا قياس، فحقوق الامتياز لا تفسر بالقياس، ولا من باب أولى والزوجة نوع من القرابة التي تشمل أيضا قرابة النسب وقرابة المصاهرة". انظر محمد حسنين، الوجيز في التأمينات الشخصية والعينية في القانون المدني الجزائري، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1986، ص 224.

التعديلات حيث صارت النفقة دينا ممتازا تحتل المرتبة الثالثة بعد مصروفات الجنازة ومصروفات المريض⁽¹⁾.

ولقد بينت المادة 193 من مدونة الأسرة ترتيب المستحقين للنفقة في حالة عجز الملزم بها. "إذا كان الملزم بالنفقة غير قادر على أدائها لكل من يلزمه القانون بالإنفاق عليه، تقدم الزوجة، ثم الأولاد الصغار ذكورا أو إناثا، ثم البنات، ثم الذكور من أولاده ثم الأم ثم الأب".

أما المشرع التونسي في الفصل 199 من مجلة الحقوق العينية جعل النفقة من الديون الممتازة بمعنى أن للزوجة أولوية في استخلاص دين النفقة من أموال المدين بالتنفيذ عليها بالأفضلية على بقية الدائنين.

ولقد حدد الفصل 53 من مجلة الأحوال الشخصية ترتيبا وأولوية في قائمة المدينين بالنفقة وفي مقدمتهم الزوجة، حيث ينص على أنه: "إذا تعدد المستحقون للنفقة ولم يستطع المنفق القيام بالاتفاق عليهم جميعا قدمت الزوجة على الأولاد والأولاد الصغار على الأصول".

رابعا: دين النفقة لا يقبل الحجز لدى الغير.

نظرا للدور المعيشي الذي تلعبه النفقة، فإن المشرع الجزائري قد أدخلها في زمرة الديون التي لا تقبل الحجز لدى الغير فبالرجوع إلى المادة 636 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية تنص على أنه فضلا: "على الأموال التي تنص القوانين الخاصة على عدم جواز الحجز عليها، لا يجوز الحجز على الأموال الآتية:

4- النفقات المحكوم بها قضائيا إذا كانت قيمتها لا تتجاوز ثلثي (2/3) الأجر الوطني الأدنى المضمون".

9- المواد الغذائية اللازمة لمعيشة المحجوز عليه ولعائلته لمدة شهر واحد".

(1) أحمد أباش، المرجع السابق، ص 180.

وهو ما سلكه كذلك المشرع المغربي فبعدما نص في الفصل 448 من قانون المسطرة المدنية على أنه "يمكن لكل دائن ذاتي أو اعتباري يتوفر على دين ثابت إجراء حجز بين يدي الغير بإذن القاضي على مبالغ ومستندات لمدينة والتعرض على تسليمها له" إلا أنه قرر أن الحكم السابق لا يطبق متى كان موضوع الحجز عبارة عن نفقات كيفية كانت الجهة المستفيدة منها، أي سواء تعلق الأمر بنفقة زوجة في العصمة أو بنفقة مطلقة أو بنفقة فرع أو أصل.

ونظرا لطابع النفقة المعيشي، فإنه يعتبر الدين، المترتب عنها دينا محمولا وغير مطلوب، أي أن الزوج مطالب بأدائه للزوجة في المكان الذي تتواجد به، فإن الدعاوى المتعلقة بالنفقة تكون أمام محكمة موطن الشخص المقرر له قبض النفقة، وهذا ما نصت عليه المادة 40 فقرة 02 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

وهو ما سارت عليه المسطرة المدنية المغربية حيث جاء في الفقرة التالية من الفصل 28 بأن دعوى النفقة تقام أمام محكمة موطن أو محل إقامة المدعي عليه أو موطن وإقامة المدعي باختيار هذا الأخير".

بالإضافة إلى ما سبق فإن مبلغ النفقة كدين في ذمة الزوج لصالح الزوجة لا يسقط بالتقادم فقد جاء صراحة في المادة 195 من مدونة الأسرة المغربية أنه: "يحكم للزوجة بالنفقة من تاريخ إمساك الزوج عن الإنفاق الواجب عليه ولا تسقط بمضي المدة إلا إذا حكم عليها بالرجوع لبيت الزوجية وامتنعت". معناه أن النفقة كدين لا يطاله التقادم المسقط أبدا.

ونفس الحكم نجده في مجلة الأحوال الشخصية التونسية حيث جاء في الفصل 42 أنه: "لا تسقط نفقة الزوجة بمضي المدة". وبالرجوع إلى قانون الأسرة الجزائري لا نجد نصا مماثلا، لكن المعلوم أن نفقة الزوجة لا تسقط بمضي المدة.

ولا يجوز الصلح بين الزوجين على حق النفقة الشرعية، وإنما يجوز على طريقة أدائه أو على أداء أقساطه التي استحقت فعلاً⁽¹⁾. وهذا ما نص عليه المشرع المغربي في الفصل 1102 من قانون الالتزامات والعقود على أنه: "لا يجوز الصلح على حق النفقة وإنما يجوز على طريقة أدائه أو على أداء أقساطه التي استحقت فعلاً".

وعلى الرغم من أن المجلس الأعلى قد سبق أن قرر أن قانون الالتزامات والعقود لا يطبق في مجال الأحوال الشخصية الملغاة فإنه قد تمسك بتطبيق الفصل 1102 أعلاه لإبعاد لفيث يثبت صلحا بين الزوجين بخصوص النفقة⁽²⁾.

والصلح حسب الفصل 1458 من مجلة الالتزامات والعقود التونسية مرادف للتنازل والفصل 1464 من نفس المجلة لن يعتبر النفقة موضوع صلح.

خامسا: نفقة زوجة الغائب.

لقد اختلف الفقهاء في كيفية إيجاب النفقة على الغائب، فذهب الجمهور إلى وجوب النفقة عليه عن الماضي ولو لم يفرضها حاكم، وتكون دينا في ذمته وقال أبو حنيفة أنها لا تجب إلا بإيجاب الحاكم⁽³⁾، ودليل الجمهور أن عمر رضي الله عنه كتب إلى أمراء الأجناد في رجال غابوا عن نسائهم: "أن يأخذوهم بأن ينفقوا أو يُطَلَّقُوا، فإن طَلَّقُوا بعثوا بنفقة ما حبسوا"⁽⁴⁾.

وهذا إجبار على الطلاق عند الامتناع عن الإنفاق، ولأن الإنفاق عليها من ماله يتعذر كان لها الخيار كحال الإعسار، بل هذا أولى بالفسخ فوجب إزالته.

ورأى الحنفية أنه لا يقض بنفقة في مال شخص إلا لزوجة الغائب وأولاده الصغار ووالديه. فإذا غاب الزوج وطلبت زوجته من القاضي فرض نفقة لها، فإن كان له مال

(1) بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 457.

(2) محمد الكشور، المرجع السابق، ص 472-473.

(3) ابن رشد، المرجع السابق، ص 89؛ وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 813.

(4) انظر الإمام محمد بن إسماعيل الكيلاني الأمير اليميني الصنعاني، سبل السلام شرح بلوغ المرام من جمع أدلة الأحكام، ط 01، ج 03، دار الفكر، بيروت، 1988، ص 427.

ظاهر يمكن أخذ النفقة منه قضى لها القاضي من ماله، بعد أن يحلفها بالله بأن زوجها ما أعطاها من النفقة رعاية لمصلحة الغائب.

ونأخذ في رأي الحنفية والشافعية كفيلا منها بالنفقة رعاية لمصلحة الغائب لأنه ربما استوفت النفقة أو طلقها الزوج وانقضت عدتها وكذلك يحلفها في رأي المالكية بأنها تستحق النفقة على زوجها الغائب، وأنه لم يترك لها مالا تنفق منه، ولأوكل لها وكيلا ينفق عليها. وتسمى هذه اليمين بيمين الاستيثاق. واتفق الفقهاء على أنه إذا أنفقت المرأة على نفسها من مال، زوجها الغائب ثم ظهر أنه قد مات قبل إنفاقها حسب ما أنفقته على نفسها من ميراثها أو بأمر من الحاكم⁽¹⁾.

ونصت المادة 112 من قانون الأسرة على ما يلي: "لزوجه المفقود أو الغائب أن تطلب الطلاق على الفقرة الخامسة من المادة 53 من هذا القانون". ونصت المادة 53 منه على أنه يجوز للزوجة أن تطلب التطلاق للأسباب التالية: "الغيبه بعد مضي سنة دون عذر ولا نفقا وعلى هذا الأخذ القانون الجزائري في مسألة نفقة زوجة الغائب باجتهاد المالكية فإنه إذا تضررت الزوجة بسبب غياب زوجها بعد مضي سنة من الغيبه أن ترفع دعوى تطلب التطلاق"⁽²⁾.

وبتحليل ما تضمنته المادة 53 فقرة 05 من قانون الأسرة نستنتج أنه لا يجوز للزوجة أن تطلب من المحكمة أن تحكم لها بتطبيق لغيبه الزوج، إلا إذا توفرت ثلاثة شروط:

- 1- أن يتغيب الزوج عنها غيبه تفوق السنة من يوم غيابه إلى يوم رفع الدعوى عليه.
- 2- أن تكون غيبه الزوج دون عذر شرعي مقبول.
- 3- غياب بدون عذر ولا نفقة، وبدون أن يترك مالا لزوجته تنفقه على نفسها، أما إذا غاب الزوج أكثر من السنة بدون عذر، ولكن ترك مالا يمكن للزوجة أن تنفق منه على نفسها في هذه الحالة لا يجوز لها أن تطلب التطلاق.

(1) وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 814.

(2) بلحاج العربي، أحكام الزواج... المرجع السابق، ص 456.

يخضع غياب الزوج بدون عذر ولا نفقة إلى السلطة التقديرية للقضاة، لأنّ مهمّتهم تقدير الوقائع وإثباتها، والحكم عليها بما هو مناسب لها، كما يجوز للقاضي أن يحكم بالنفقة للزوجة من الأموال المملوكة للزوج الغائب، التي هي تحت حيازة الزوجة، وتحت حيازة الغير، ويكون الأخذ بقدر الكفاية، هذا لأنّ أحكام النفقة مشمولة بالنفذ المعجل طبقاً لأحكام المادة 57 مكرر من قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر رقم (02-05)، وهكذا إذا توفرت الشروط المطلوبة أعلاه يجوز للزوجة أن تطلب التطليق لغياب الزوج طبقاً لأحكام المادة 53 والمادة 112 من قانون الأسرة، ونستنتج من محتوى المادتين أنّ سبب التطليق هو معاقب الزوج لفعل الأضرار بزوجته منم جهة التطليق لرفع الضرر عليها.

أما المشرع المغربي فقد نص في المادة 103 مدونة الأسرة على حاله التطليق لعدم إنفاق الغائب حيث جاء فيها: "تطبق الأحكام نفسها على الزوج الغائب في مكان معلوم بعد توصله بمقال الدعوى.

إذا كان محل غيبة الزوج مجهولاً، تأكدت المحكمة بمساعدة النيابة العامة من ذلك ومن صحة الزوجة، ثم ثبت في الدعوى على ضوء نتيجة البحث ومستندات الملف".
فيحيل هنا المشرع على المادة السابقة حيث تطبق نفس الأحكام السابقة على الزوج إذا كان غائباً في مكان معلوم، وبعد توصله بمقال الدعوى الرامية إلى طلب التطليق لعدم الإنفاق المنصوص عليها في المادة 102 والتي جاء محتواها كالآتي: للزوجة طلب التطليق بسبب إخلال الزوج بالنفقة الحالة الواجبة عليه وفق الحالات والأحكام الآتية:

- 1- إذا كان للزوج مال يمكن أخذ النفقة منه، قررت المحكمة طريقة تنفيذ نفقة الزوجة عليه، ولا تستجيب لطلب التطليق.
- 2- في حالة ثبوت العجز تحدد المحكمة حسب الظروف أجلاً للزوج لا يتعدى ثلاثين يوماً لينفق خلاله وإلا طلقت عليه، إلا في حالة ظرف قاهر أو استثنائي.
- 3- تطلق المحكمة الزوجة حالاً، إذا امتنع الزوج عن الإنفاق ولم يثبت العجز.

أما إذا كان محل غيبه الزوج مجهولا، لعدم توفر عنوانه تعمل المحكمة على التأكد بأنه فعلا غائب في مكان مجهول، ومن مدى صحة دعوى الزوجة الهادفة إلى التطليق لعدم الإنفاق ومهما تأكدت المحكمة من ذلك إلا ثبت في دعوى طلب التطليق بعدم الإنفاق معتمدة على نتيجة البحث والمستندات المتوفرة لديها.

المشرع المغربي سواء في المدونة القديمة أو في ظل النصوص الحالية لمدونة الأسرة أخذ بما اتفق عليه الفقه الإسلامي، حيث تقاضي المرأة زوجها الحاضر أو الغائب من أجل الإنفاق عليها، كما يجوز لها أن ترفع دعوى التطليق لعدم الإنفاق والمحكمة تقرر الوسيلة المناسبة لتنفيذ نفقة الزوجة عليه⁽¹⁾.

ولقد تعرض المشرع التونسي إلى أحكام نفقة زوجة الغائب في الفصل 40 من مجلة الأحوال الشخصية الذي جاء نصه كآتي: "إذا غاب الزوج عن زوجته ولم يكن له مال ولم تترك لها نفقة ولم يقيم أحد بالإنفاق عليها حال غيابه ضرب له الحاكم مدة شهر عسى أن يظهر ثم طلقها عليه بعد ثبوت ما سلف وحلف المرأة على ذلك".

لقد ورد الجزء واضحا صلب الفصل 40 من مجلة الأحوال الشخصية وذلك عبر صياغة المشرع جملة شرطية فكانت جملة الشرط "إذا غاب الزوج عن زوجته" واتبعتها بجملة جواب الشرط "ضرب به الحاكم أجلا مدة شهر ثم طلق".

وبالتالي كشفت هذه الصياغة عن مراد المشرع في تقييد الجزء بتحقيق شروط، إذ أن الغياب كواقعه مجردة لا يترتب عنها جزاء الطلاق بل أن انتفاء النفقة هو الذي يؤدي إلى إيقاع التفريق بين الزوجة وزوجها الغائب بالطلاق.

فقد جعل المشرع أول صورة من صور انتفاء النفقة هو انتفاء وجود مال للزوج عينا كان أو نقدا. يبدو أن التفسير لظاهر اللفظ لا يبقى بالمعنى لأن مجرد وجود مال للزوج الغائب لا يعني أنه واقع تحت تصرف الزوجة بالإنفاق وإنما يعتبر الزوج وحده المخول قانونا بالتصرف فيه. وبالتالي فتفسير عبارة المشرع التي اقتصر فيها على "لم تكن

(1) انظر، إدريس الفاحوري، انحلال الرابطة الزوجية في مدونة الأسرة مع أحدث الاجتهادات القضائية، ط01، دار أبي رفرق للطباعة والنشر، الرباط، 2012، ص 166-167.

له مال" يكون بالرجوع إلى الموقف الحنفي. بمعنى عدم جود مال ظاهر يقضي فيه القاضي لفائدة الزوجة والأبناء فإن كان للغائب مال ظاهر فالزوجة غير محقة في طلب الطلاق بتوفر نفقتها وهو ما يستشف من قراءة عكسية للفصل 40⁽¹⁾.

ولم يقتصر المشرع على وضع صورة وحيدة لانتفاء النفقة وهي عدم وجود مال ظاهر للزوج وإنما انفرد بالتنصيص على عدم وجود من ينفق على الزوجة زمن غياب الزوج، فمن قصد المشرع بذلك يا ترى؟ والد الزوجة أو قرابتها، أم قرابة الزوج؟ وهل تشمل الفرضية الزوجة نفسها إن كان لها مال؟

بالرجوع إلى الفصول القانونية المنظمة لأحكام النفقة بموجب القرابة⁽²⁾، فإن نفقة البنت تسقط عن والدها بوجوبها على زوجها. بمعنى منذ الدخول وتحقق الزوجية وباعتبار أن زوجة الغائب لازالت مرتبطة بعري الزوجية فنفتها لا تجب على والدها قانونا ولا على أصول الأب تفریعا عن ذلك ومن ثمة فالمشرع لم يقصد أشخاصا معينين في درجة القرابة وملزمين بالإنفاق، وإنما يبدو أنه عنى وجود من ينفق على الزوجة على وجه الفضل. أما فيما يتعلق بفرضية إنفاق الزوجة على نفسها فهي وإن لم ينص عليها الفصل 40 من مجلة الأحوال الشخصية إلا أنها تعد فرضية مبطنة ضمنا باعتبار أن الفصل 41 من نفس المجلة مكن الزوجة من الرجوع على زوجها الغائب بمقدار ما أنفقته وبالتالي ففي ذلك إقرار من المشرع بإمكانية إنفاق الزوجة على نفسها مما يجردها من حق المطالبة بالطلاق أما إذا انتفت نفقة الزوجة في أي من هذه الصور فإن القاضي يصدر حكمه بالطلاق⁽³⁾.

(1) هيفاء القضامي، المرجع السابق، ص 89-90.

(2) ينص الفصل 46 (نقح بالقانون 4 لسنة 1993 في 12 جويلية 1993) على أنه "يستمر الإنفاق على الأبناء حتى بلوغ سن الرشد أو بعده إلى نهاية مراحل تعلمهم على ألا يتجاوزوا الخامسة والعشرين من عمرهم، وتبقى البنت مستحقة للنفقة إذا لم يتوفر لها الكسب، أو لم تجدد نفقتها على زوجها كما يستمر الإنفاق على الأبناء المعوقين العاجزين عن الكسب بقطع النظر عن سنهم".

(3) هيفاء القضامي، المرجع السابق، ص 90-91.

فبعدما تعرضنا لخصائص نفقة الزوجة والتي تعتبر بحق ضمانات تشريعية تكفل لطالبات النفقة اقتضاء حقوقهن وخلصنا أن نفقة الزوجة واجبة على زوجها، فلنا أن نتساءل عن مقدار هذه النفقة أو بالأحرى كيفية تقدير نفقة الزوجة؟

الفرع الثاني:

مقدار نفقة الزوجة.

إن معرفة مقدار النفقة ضروري حتى يمكن للزوجة مطالبة زوجها بها إذ امتنع عن إيصالها إليها ومقدار النفقة يتطلب منا معرفة نوعا النفقة (أولا) ثم أساس تقدير النفقة (ثانيا).

أولا: نوعا النفقة.

النفقة الزوجية نوعان هما نفقة تمكين ونفقة تمليك.

1- نفقة تمكين:

الأصل في وجوب النفقة أن يوفر الزوج لزوجته ما تحتاج إليه من طعام وكسوة ومسكن، ويهيئ لها ما تحتاج إليه بالرضا والاتفاق، وتتصرف الزوجة بما وضعه الزوج بين يديها حسب حاجتها بصدق وأمانة، وهذه هي الصورة الحقيقية للعلاقة الزوجية القائمة على الثقة والمحبة والود والوفاق⁽¹⁾. مصداقا لقوله تعالى: ﴿وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً﴾⁽²⁾.

كما أن هذه الطريقة أو هذه الكيفية في استيفاء الزوجة لنفقتها تزيد من الألفة بين الزوجين وتزيد من الترابط فيما بينهما، وتساهم في تحقيق حسن المعاشرة فيما بينهما وتشعرهما بالتعاون ومساعدة الزوج بتقديم ما تحتاجه الزوجة⁽³⁾.

(1) انظر، جميل فخري محمد حاتم، أثار عقد الزواج في الفقه والقانون، ط 01، دار حامد، عمان، الأردن، 2009، ص 247.

(2) سورة الروم، الآية 21.

(3) انظر، عبد الكريم زيدان، المفضل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية، ط 03، ج 07، الرسالة، بيروت، 1997، ص

وقد نص الفقهاء على استيفاء الزوجة نفقتها بهذه الطريقة أو بهذه الكيفية حيث جاء "رد المحتار على الدر المختار لابن عابدين" في فقه الحنفية: "الزوج هو الذي يلي الإنفاق على زوجته إلا إذا ظهر عند القاضي مطله فحينئذ يفرض لها النفقة"⁽¹⁾. وفي "معنى المحتاج" في فقه الشافعية ولو أكلت معه أي أكلت الزوجة مع زوجها على العادة سقطت نفقتها في الأصح لجريان العادة به في زمن النبي صلى الله عليه وسلم، وبعده من غيره نزاع ولا إنكار ولا خلاف ولم ينقل أن امرأة طالبت بنفقة بعده"⁽²⁾. وفي الشرح الكبير للدردير في فقه المالكية: "وسقطت نفقتها إن أكل معها كانت مقررة الكسوة كالنفقة، فإن كساها معه فليس لها غيرها"⁽³⁾.

نستخلص أن هذه الطريقة هي المثلى في الاستيفاء، وهي المنفقة مع مقتضى الحياة الزوجية السعيدة المستقرة وفي الملائمة لها.

إذا كان الزوج بخيلاً لا يعطي زوجته ما يكفيها أو لا يعطيها مطلقاً جاز للزوجة أن تأخذ من ماله ولو بغير إذنه ما يكفيها وولدها بالمعروف⁽⁴⁾، لحديث الإمام البخاري عن عائشة رضي الله عنها أن هندا امرأة أبي سفيان قالت: يا رسول الله إن أبا سفيان رجل شحيح، وليس يعطيني ما يكفيني وولدي إلا ما أخذت منه وهو لا يعلم، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف".

2- نفقة قمليك:

أما إذا ترك الزوج زوجته بلا نفقة، أو قصر بخل في توفير النفقة الزوجية لها من غير حق شرعي بحيث يلحق بها الضرر، فلها الحق في هذه الحالة أن تطلب من القاضي

(1) ابن عابدين، المرجع السابق، ص 649.

(2) انظر، شمس الدين محمد بن محمد الخطيب الشربيني، معنى المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ط 01، ج 05، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 194، ص 115.

(3) أنظر، أبو البركات سيدي أحمد بن محمد العدي الشهير بالدردير، الشرح الكبير في حاشية الدسوقي، ط 01، ج 03، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1996، ص 487.

(4) انظر، حسن صلاح الصغير عبد الله، الجوانب الفقهيّة للقوامة الزوجية، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الأزاريطة، مصر، 2007، ص 39.

أن يفرض لها نفقة، ومتى ثبت للقاضي قيام الزوجية بينهما، وتركها دون نفقة أو تقصيره في النفقة دون مبرر شرعي، فرض لها نفقة عينية كمقادير من الطعام واللباس أو نقدية ك مبلغ من المال لتتولى هي الإنفاق على نفسها.

النفقة تجب بحسب الأصل وجوب تمكين، فإذا أحلّ الزوج بواجب تمكين زوجته من نفقتها بكافة عناصرها عليه، بامتناعه عن الإنفاق كلية أو بالقدر الكافي الواجب شرعا، وجبت عليه النفقة وجوب تملك، فتقدر في الأغلب الأعمّ مبلغ من النقود إمّا بالاتفاق أو بحكم القضاء⁽¹⁾. وهو ما ذهبت إليه القوانين المغاربية للأسرة، حيث نصت على أنه يجب الفصل في دعاوى النفقة بشكل استعجالي لارتباطها بالطعام والشراب والكسوة والمسكن حفاظا على مصالح المرأة والأبناء، وبأن تتبع فيها الإجراءات المستعجلة فيما يتعلّق بالمواعيد وسرعة الحكم فيها، وهو ما أشار إليه التعديل الجديد لقانون الأسرة في المادة 57 مكرر.

وهو أيضا ما حكمت به المحكمة العليا في قرار لها من أنّه "يجوز للزوجة رفع دعوى أمام القضاء المستعجل للمطالبة بنفقة وقتية لها ولأبنائها إلى غاية صدور الحكم في الموضوع"⁽²⁾.

وهذا اجتهاد سليم، لأنّ النفقة لها طابع معيشي، وانتظار الحسم في الدعوى سيضر لا محالة بالمرأة والأولاد، ثمّ إنّ المطالبة بنفقة وقتية دائمة استعجالية إنّما هو تدبير مؤقت لا يمس بأصل الحق ولا بحقوق الطرفين⁽³⁾. ويكون الأمر القاضي المؤقتة لحين صدور الحكم، مشمولاً بالنفذ المعجل بقوة القانون، رعاية لحاجة الزوجة والأولاد ريثما تنتهي الدعوى المرفوعة أمام القضاء⁽⁴⁾.

(1) انظر، صلاح الدين زكي، أحكام قانون الأسرة في الفقه الإسلامي والتشريع المغربي، دون دار نشر، دون مكان نشر، 1985، ص 167-168.

(2) المحكمة العليا، غ.أ.ش، 2005/01/19، ملف رقم 333042، مجلة المحكمة العليا، 2005، العدد 01، ص 321.

(3) بلحاج العربي، أحكام الزواج، ... المرجع السابق، ص 448.

(4) انظر، عبد العزيز سعد، قانون الأسرة في ثوبه الجديد، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2007، ص 156-157.

وهو نفس ما ذهب إليه المشرع المغربي حيث جاء في مطلع الفصل 179 مكرر من قانون المسطرة المدنية "أنه ييث في طلبات النفقة باستعجال وتنفيذ الأوامر والأحكام في هذه القضايا رغم كل طعن".

أمّا المشرع التونسي هو الآخر نصّ على أنه ينفذ الحكم بالنفقة بقطع النظر عن الاستئناف وهو ما احتواه الفصل 39 من مجلة المرافعات المدنية والتجارية، وذلك من أجل تسهيل وتبسيط إجراءات النفقة.

ثانياً: أساس تقدير النفقة.

اتفق الفقهاء على أن النفقة الواجبة للزوجة هي نفقة الكفاية بلا إسراف ولا تفتير في حدود المعروف، وفي حدود طاقة الزوج وهذا أخذاً بقوله تعالى: ﴿لِيُنْفِقَ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِ ۗ وَمَن قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنْفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَا آتَاهَا سَيَجْعَلُ اللَّهُ بَعْدَ عُسْرٍ يُسْرًا﴾ (1).

فالآية الكريمة صريحة باعتبار حال الزوج يسارا أو إعسار في الإنفاق على الزوجة ورغم هذا قرر جمهور الفقهاء بأن النفقة تقدر بحال الزوجين معا، أي بحسب حال الزوج يسرا وعسرا، وحال الزوجة المنفق عليها مع مراعاة مستوى الأسعار ومع اعتبار التوسط.

وذهب المالكية إلى أنه يراعي في تقدير النفقة حال الزوج عسرا ويسرا مع مراعاة أحوال الزوجية (2) لقوله تعالى: ﴿وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾ (3). والمعروف هنا هو الكفاية، وهو ما يكون مقبولا بالعرف بين الناس لقول النبي صلى الله عليه وسلم لهند بنت عتبة خذي من ماله ما يكفيك وولدك بالمعروف".

(1) سورة الطلاق، الآية 07.

(2) ابن قدامة، المرجع السابق، ص 230.

(3) سورة البقرة، الآية 233.

ومن زاوية القانون نصت المادة 79 من قانون الأسرة الجزائري على أنه "يراعي القاضي في تقدير النفقة حال الطرفين وظروف المعاش، ولا يراجع تقديره قبل مضي سنة من الحكم".

وعليه فإن تقدير النفقة في قانون الأسرة الجزائري يخضع للسلطة التقديرية للقاضي المختص على حسب حال الطرفين اعتباراً من يوم الطلب، وهذا على أساس مراعاة حال الزوج المالية وتغير الأسعار في الأسواق وظروف المعيشة.

على أن يراعى في هذا ألا تقل النفقة عن الحاجات الضرورية للزوجة مهما كان وضع الزوج من العسر، ومن هذا تجوز زيادة النفقة وتنقيصها بتغير حال الزوج أو أسعار البلد. غير أنه لا تسمع دعوى الزيادة أو النقص قبل مضي سنة على فرض النفقة إلا في الحالات الاستثنائية الطارئة، لأن الغالب أن لا تتبدل في أقل من تلك المدة.

وبالرجوع إلى أحكام القضاء نجد أنها في مجملها تأخذ بعين الاعتبار حال الزوج عند تقدير النفقة حيث قضى المجلس الأعلى سابقاً بأنه "أنه من المقرر قانوناً أن عدم الإطلاع على الوضعية المادية والاجتماعية للزوج وعلى مرتبه الشهري وإغفال ذكر السندات التي اعتمدت عليها في تقدير مبلغ النفقة يجعل القرار يستوجب النقض"⁽¹⁾.

وجاء في قرار آخر له أنه "من المقرر فقها وقضاء أن النفقة المستحقة للزوجة يعتمد على حال الزوجين يسراً أو عسراً، ثم حال مستوى المعيشة ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفة للقواعد الشرعية.

بما كانت جهة الاستئناف في قضية الحال، قضت بتخفيض النفقة المحكوم بها للزوجة ابتداءً 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 ومتى كان ذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه"⁽²⁾.

(1) المجلس الأعلى، غ.أ.ش، 1980/12/15، ملف رقم 32812 المحلة القضائية 1981، ع 02، ص 105.

(2) المجلس الأعلى، غ.أ.ش، 1987/02/09، ملف رقم 44630 المحلة القضائية 1990، ع 03، ص 55.

وكذا القرار الصادر في 1999/03/16 إذ جاء فيه بأنّه : "في تقدير النفقة يراعي القاضي حال الطرفين وظروف المعاش"⁽¹⁾.

إنّ خلاصة مجمل هذه القرارات تؤكد بأنّ تقدير النفقة يخضع للسلطة التقديرية للقاضي المختص على حسب حال الطرفين اعتبارا من يوم الطلب مراعيًا في ذلك تغير الأسعار في الأسواق إن كانت مراعاة حال الزوج وحالة الأسعار واجبة عند الفرض لثلاً يضار أحد الطرفين، فيجب مراعاة ذلك الفرض عند التغير الطارئ على أحدهما، فإن تغيرت حالة المزم بالنفقة من اليسر إلى العسر أو بالعكس فرضت النفقة من جديد حسب الواقع، وكذلك عند تغير الأسعار من الرخص إلى الغلاء أو العكس، غير أنّه لا تسمع دعوى الزيادة أو الإنقاص قبل مضي سنة على فرض النفقة لأنّ الأسعار لا تتبدل في أقل من تلك المدّة، وهذا ما استقرّ عليه القضاء في قراره الصادر عن المحكمة العليا الذي مفاده أنّه: "من المقرر قانوناً أنّه لا يجوز للقاضي مراجعة النفقة إلاّ بعد مضي سنة من الحكم ولا يجوز الطعن بحجية الشيء المقضي فيه في النفقة تبعاً للمستجدات التي تطرأ على المعيشة والنفقات بصفة عامة، ومن ثمّ فإنّ النعي على القرار المطعون فيه بخرق القانون ليس في محله، ولما كان ثابتاً في قضية الحال أنّ الطاعنة رفعت دعوى في سنة 1993 تطلب فيها تعديل حكم 1988/09/07 ومراجعة مبالغ النفقة التي أصبحت لا تكفي حاجيات أولادها بما فيها مصاريف المعيشة والمدرسة وأجرة السكن فإنّ القضاة بقضائهم بتعديل النفقة طبقوا صحيح القانون"⁽²⁾.

أما بالنسبة لمدونة الأسرة المغربية ومن خلال نص المادة 189 الفقرة الثانية منها على أنّه "يراعي في تقدير ذلك التوسط ودخل المزم بالنفقة وحال مستحقها، ومستوى الأسعار والأعراف والعادات السائدة في الوسط الذي تفرض فيه النفقة".

(1) المحكمة العليا، 1999/03/16، ملف رقم 216886، مقتبس عن فضيل العيش، شرح وحيز لقانون الأسرة الجديد، مطبعة طالب، الجزائر، 2007-2008، ص 73.

(2) المحكمة العليا، 1996/04/23، ملف رقم 136604، مقتبس عن نبيل صقر، قانون الأسرة نصاً، فقهاً، وتطبيقاً، دار الهدى، الجزائر، 2006، ص 280.

نلاحظ أن المدونة سارت على غرار الفقه المالكي⁽¹⁾، في اعتبار حالة الزوجة وتركت أمر تقديرها للقضاء الذي يجب عليه أن يراعي يسر الزوج وذلك من خلال الوثائق والمستندات الإثباتية، ويتحدد مبلغ النفقة في حالة النزاع، يجب عليها أن تأمر بإجراء بحث حول وضعية الزوج المالية، وحالة الزوجة الاجتماعية⁽²⁾.

وحتى تصل المحكمة إلى تقدير عادل فهي تعتمد حسب المادة 190 من مدونة الأسرة "... على تصريحات الطرفين وحججهما مراعية أحكام المادتين 185، 189 أعلاه ولها أن تستعين بالخبراء في ذلك".

تعمل المحكمة على إصدار حكم يفيد في تقدير النفقة تقديرا منصفًا تراعي فيه مداخليل الملمزم بها، ولكي تتأتى لها ذلك لابد من الاعتماد على جميع الوسائل الإثباتية التي تبين مداخليل الملمزم بالنفقة، ولها في ذلك أن تستند على أية وثيقة تساعد في الوقوف على المداخليل الحقيقية، إضافة إلى تصريحات الطرفين، أي الملمزم بالنفقة والمستفيد منها خصوصا الزوجة في حالة انحلال ميثاق الزوجية.

وعلى هذا الأساس فإن الوقوف على تقدير النفقة يحتم على المحكمة أن تراعي ما سبق وأن تعمل على اعتماد جميع الوسائل الإثباتية، ولها أن تستعين بالخبرة أو إجراء بحث في تقدير النفقة⁽³⁾.

ولقد استقر القضاء المغربي في الكثير من الأحكام على إجراء بحث من أجل تقدير النفقة، وهكذا ذهب المجلس الأعلى إلى ما يلي: "يجب على المحكمة قبل أن تحكم على

(1) محمد الكشور، المرجع السابق، الكتاب الأول، ص 456.

(2) وقد كان العمل يجري بفاس على أن القاضي يعين شخصا معروفا بالعلم والاستقامة والفهم والاطلاع على الأسعار والأعراف التي تجري بها النفقة بحسب الأوساط ويوليه تقدير ما تستحقه الزوجة التي تطلب تقدير نفقتها الواجبة لها على زوجها، ويقوم هذا الشخص ويسمى (الفارض) بدراسة كل حالة مع مراعاة حالة الزوجة ويسر الزوج أو عسره، ومستوى البلد والعرف الجاري فيه، وحاجات الزوجة، ويقدر النفقة التي تستحقها ليحكم القاضي بها. انظر، محمد ابن معجوز، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية وفق مدونة الأحوال الشخصية، ط01، ج02، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، المغرب، 1994، ص 116.

(3) محمد الأزهر، المرجع السابق، ص 190-191.

الزوج بالنفقة للزوجة أن تأمر بإجراء بحث حول وضعية الزوج المالية وحالة الزوجة الاجتماعية وإلا تعرض حكم الزوجة للنقض"⁽¹⁾.

وجاء في قرار آخر لذات المجلس الأعلى: أن المحكمة مصدرية القرار المطعون فيه في إطار سلطتها التقديرية ومن خلال ما استخلصته من وثائق الملف حددت النفقة المحكوم بها معتبرة في هذا التحديد دخل المزم بالنفقة وظروف مستحقها ومستواهم المعيشي وعاداتهم الاستهلاكية والتوسط، فجاء بذلك قرارها وفق مقتضيات المادتين 189، 190 من مدونة الأسرة⁽²⁾.

وفي قرار آخر "إن تقدير النفقة وتوابعها من سلطة محكمة الموضوع أن هي أقامته على أسباب شائعة وإذ هي قضت بالرفع من واجب النفقة، مراعية في ذلك دخل الزوج بوصفه متقاعدا أو يتقاضى راتبا قدره ستة آلاف درهم إضافة إلى ما يتوفر عليه من اعتماد في البنك وعلى ما صرح به من مدخوله الشهري من عقاراته التي يستفيد من كرائها تكون قد أقامت قضائها على أساس..."⁽³⁾.

يستخلص من القرارات السابقة أنه يراعى في تقدير النفقة التوسط ودخل المزم بها، وحال مستحقها، ومستوى الأسعار والأعراف والعادات السائدة في الوسط الذي تفرض فيه النفقة، ولقضاء الموضوع الصلاحية في تحديد مقدار النفقة لأنهم غير مجبرين بالأخذ بالقدر المطالب به، بل يكون بوسعهم الحكم بأقل منه أو أكثر ما دامت العناصر التي يعتمد عليها هي عناصر واقعية وليست قانونية، غير أن المحكمة تعتمد في تقدير النفقة على تصريحات الطرفين وحججهما، كما يمكن لها أن تستعين بالخبراء⁽⁴⁾.

(1) المجلس الأعلى، 1972/06/12، عدد 134 مجلة المجلس الأعلى عد 25، ص 143، مقتبس عن محمد الأزهر، المرجع السابق، ص 191.

(2) المجلس الأعلى عدد 463، 12 أكتوبر 2005 في الملف الشرعي عدد 2005/1/2/370 قرار غير منشور، مقتبس عن محمد الكشور، المرجع السابق، ص 457.

(3) قرار شرعي عدد 260 14 ماي 2008 في الملف الشرعي عدد 2007/1/2/704 غير منشور مقتبس عن محمد الكشور، المرجع السابق، ص 257.

(4) محمد الشافعي، المرجع السابق، ص 218.

ويجب أن يفصل في دعوى النفقة في أجل أقصاه شهر واحد⁽¹⁾، ويبقى الحكم الصادر بتقدير النفقة ساري المفعول إلى أن يصدر حكم آخر يحلّ محله ويسقط حق المحكوم له بالنفقة⁽²⁾.

يمكن للزوجة طلب الزيادة في النفقة، كما يمكن للزوج طلب إعادة النظر في النفقة المفروضة عليه، إذا أصبحت وضعيته المادية لا تمكنه من أدائها لأسباب اجتماعية أو اقتصادية، غير أنّ المشرع قيد طلب الزيادة في النفقة أو الإنقاص منها في الزمان، فالمادة 192 من مدونة الأسرة لا تقضي بالحكم بالزيادة أو الإنقاص قبل مرور سنة على فرضها إلاّ في ظروف استثنائية، فإعادة النظر في طلب النفقة سواء بالزيادة أو بالإنقاص منها يخضع للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع⁽³⁾.

أما المشرع التونسي هو الآخر أخذ بقدر وسع المنفق وحال المنفق عليه وحال الوقت والأسعار وهو ما جاء في الفصل 52 من مجلة الأحوال الشخصية. "تقدر النفقة بقدر وسع المنفق وحال المنفق عليه وحال الوقت والأسعار". إذا يحدّد مقدار النفقة انطلاقاً من الوضعية المادية لكل من الزوجين، وبحسب الظروف الاقتصادية، فكل تغير يطرأ على الإمكانيات المالية للطرفين أو على ظروف المعيشة بوجه عام، ينجم عنه تحويراً لمبلغ النفقة بجميع عناصرها. إذا كانت النفقة واجبة على الزوج، إلاّ أنّ هذا الواجب له ما يسقطه، فهناك حالات تسقط بها النفقة الواجبة للزوج على زوجته، كما أنّ امتناع الزوج عن الإنفاق يسبب ضرراً للزوجة، هذا ما يعطي لها الحق في اللجوء إلى القضاء والمطالبة بمعاقبة الزوج الممتنع عن أداء النفقة لها، والحق في طلب التفريق.

(1) تنصّ الفقرة الثانية من المادة 190 من مدونة الأسرة " يتعيّن البث في القضايا المتعلقة بالنفقة في أجل أقصاه شهر واحد".

(2) تنصّ الفقرة الثانية من المادة 191 من مدونة الأسرة "الحكم الصادر بتقدير النفقة، يبقى ساري المفعول إلى أن يصدر حكم آخر يحلّ محله أو يسقط حق المحكوم له في النفقة".

(3) محمد الشافعي، المرجع السابق، ص 219.

المطلب الثالث:

مسقطات نفقة الزوجة وأثار الامتناع عن الإنفاق على الزوجة.

إن دفع النفقة التزام مفروض شرعا، ومقرر قانونا ومعمول به قضاء، غير أنه قد تطرأ أسباب سواء على الملتزم بأداء النفقة أو مستحقي النفقة، تجعل من هذا الالتزام بدفعها سقط بقوة القانون فما هي الحالات التي تسقط فيها نفقة الزوجة (الفرع الأول). كما أنه لا خلاف بين الفقهاء أن نفقة الزوجة، على زوجها سواء كانت موسرة أو معسرة إنما الخلاف إذا عسر الزوج بالنفقة ولم ترض الزوجة البقاء معه فهل لها أن تطلب من القاضي الطلاق؟ (الفرع الثاني).

الفرع الأول:

مسقطات نفقة الزوجة.

لقد تكلم فقهاء الشريعة الإسلامية بإسهاب في حالات سقوط نفقة الزوجة كما تطرقت بعض قوانين الأحوال الشخصية ولو شكل غير مفصل إلى حالات سقوط نفقة الزوجة وذلك بخلاف قانون الأسرة الجزائري الذي أغفل التطرق إلى هذه المسألة فما هي حالات سقوط النفقة الزوجة؟

أولا: حالة فساد العقد.

ونقصد بفساد العقد الذي لا يترتب عليه شيء مطلقا لأن الأصل في العلاقة بين الرجل والمرأة هو التحريم، حتى يقوم سبب شرعي يثبت الحل هو العقد الصحيح، فإن وجد نقل تلك العلاقة من التحريم إلى الحل، وإن وجد غير مستوف لشروط الصحة فهو غير معترف به من الشارع ولا يترتب عليه حكما شرعيا. ولذلك لا تثبت نفقة ولا طاعة ولا توارث بأي حال ولا حق لأحدهما على صاحبه. وعلى هذا فالمرأة المعقود عليها بعقد فاسد أو الموطوءة بشبهة لا نفقة لهما لأنهما فقدتا الشرط التي تجب به النفقة لهما وهو صحة العقد، ولم يتحقق أيضا سبب النفقة وهو الاحتباس المشروع المؤدي

للمقصود من الزواج، لأن من تزوج امرأة بعقد فاسد أو دخل بامرأة بشبهة لم يجز له احتباسها ويجب عليهما الفراق⁽¹⁾.

الفسخ هو الجزاء الذي قرره المشرع الجزائري على العقد الفاسد الذي لم يستوف الشروط المنصوص عليها في القانون، فإذا ما تبين سبب من أسباب الفساد قبل الدخول، فسخ الزواج دون صداق. أما إذا تبين بعد الدخول يثبت بصداق المثل طبقاً للمادة 33 الفقرة الثانية.

أما مدونة الأسرة المغاربية فعالجت أحكام الزواج الفاسد في المادة 59 وما يليها⁽²⁾. "ويكون الزواج فاسداً إذا اختل فيه شرط من شروط صحته طبقاً للمادتين 60 و 61 ومنه ما يفسخ قبل البناء، ويصحح بعده ومنه ما يفسخ قبل البناء وبعده.

أما مجلة الأحوال الشخصية التونسية تعرضت للزواج الفاسد في الفصل 22 من المجلة التي جاء نصها كالآتي: "يطل الزواج الفاسد وجوباً بدون طلاق ولا يترتب على مجرد العقد أي أثر ويترتب على الدخول الآثار التالية فقط أ- استحقاق المرأة المهر المسمى أو تعيين مهر لها من طرف الحاكم ب- ثبوت النسب. ت- وجوب العدة على الزوجة وتبتدئ هذه العدة من يوم التفريق ث- حرمة المصاهرة".

يتبين من خلال النصوص سالفه الذكر أن قوانين الأسرة المغاربية قد أخذت بالزواج الفاسد، ويكون الزواج فاسداً إذا اختلّ فيه شرط من شروط صحته⁽³⁾، ومنها

(1) انظر، بلقاسم شتوان، نماذج من الزوجات المحرومات من النفقة، مجلة المعيار، جامعة الأمير عبد القادر، قسنطينة، 2004، العدد 09، ص 387.

(2) تنص المادة 60 من مدونة الأسرة على أنه: "يفسخ الزواج الفاسد قبل البناء ولا صداق فيه إذا لم تتوفر في الصداق شروطه الشرعية، ويصحح بعد البناء بصداق المثل، وتراعي المحكمة في تحديده الوسط الاجتماعي للزوجين".

وتنص المادة 61 على أنه: "يفسخ الزواج الفاسد لعقده قبل البناء وبعده وذلك في الحالات الآتية:

- إذا كان الزواج في المرض المخوف لأحد الزوجين، إلا أن يشفى المريض بعد الزواج.

- إذا قصد بالزواج تحليل الميثوتة لمن طلقها ثلاثاً.

- إذا كان الزواج بدون ولي في حالة وجوبه.

يعتد بالطلاق أو التطليق الواقع في الحالات المذكورة أعلاه قبل صدور الحكم بالفسخ".

(3) تنص المادة 33 فقرة 2 من قانون الأسرة: "إذا تمّ الزواج بدون شاهدين أو صداق أو ولي في حالة وجوبه، يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه، ويثبت بعد الدخول بصداق المثل". ونصت المادة 59 من مدونة الأسرة: "يكون الزواج فاسداً إذا اختلّ فيه شرط من شروط

إذا لم يكن الصداق المتفق عليه متوافر على شروطه الشرعية، حيث يتعيّن التصريح بفسخ الزواج في هذه الحالة إذا كان الدخول لم يتمّ بعد، أمّا إذا كان الدخول (البناء) قد تمّ فإنّ العقد يصحح ويعتبر بالتالي قد انعقد بزواج المثل، وتسمى هذه الحالة عموماً بالزواج الفاسد لصدّاقه، هناك حالات أخرى يكون فيها عقد الزواج فاسداً لعقده، ويتعيّن التصريح فيه بفسخ عقد الزواج سواء قبل البناء أو بعده، وقد حدّدها المشرع المغربي في نص المادة 61 من مدونة الأسرة، وكذلك المادة 63 من نفس المدونة⁽¹⁾.

والقاعدة هي أنّ الزواج الفاسد لعقده إذا تمّ فسخه قبل البناء لا يترتب عنه شرعاً أي أثر، ولا يستحق به الصداق ولا النفقة ولا الإرث، وليس على المرأة فيه عدّة ولا استبراء، أمّا إذا تمّ فسخ الزواج الفاسد لعقده بعد البناء، فإنّ هذا العقد يترتب كل آثار الزواج الصحيح، وذلك عن المدة السابقة لتاريخ التصريح بالفسخ، حيث يستحق به الصداق كاملاً وتستحق به النفقة⁽²⁾. وهو ما نصّ عليه المشرع المغربي في المادة 64 من المدونة حيث جاء فيها أنّ: "الزواج الذي يفسخ تطبيقاً للمادتين 60 و61 أعلاه لا ينتج أي أثر قبل البناء، ويترتب عنه بعد البناء آثار العقد الصحيح إلى أن يصدر الحكم بفسخه". وهو نفس اتجاه القضاء المغربي حيث جاء في قرار للمجلس الأعلى: "أنّ عدم توافر شروط صحة النكاح... لا يتنافى مع ثبوت ركن العقد الذي يترتب عليه في حالة عدم توافر شروط صحة العقد آثار النكاح الفاسد التي من جملتها وجوب نفقة الزوجة قبل الحكم بالفسخ، وثبوت نسب الولد وما يترتب عليه من الالتزام بالإنفاق عليه وغيره، وأنّ المحكمة حين قدرت في نطاق السلطة المخولة لها قيمة البينة المثبتة لركن العقد، قد قضت تبعاً لذلك بأداء النفقة المطلوبة التي تجب للزوجة في النكاح الفاسد قبل

صحته طبقاً للمادتين 60 و61 بعد، ومنه ما يفسخ قبل البناء ويصح بعده، ومنه ما يفسخ قبل البناء وبعد". وينص الفصل 21 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية أنّ "الزواج الفاسد هو الذي اقترن بشرط يتنافى مع جوهر العقد أو انعقد بدون مراعاة أحكام الفقرة الأولى من الفصل الثالث والفقرة الأولى من الفصل الخامس والفصول 15 و16 و17 و18 و19 و20 من هذه المجلة".

(1) تنصّ المادة 63 من مدونة الأسرة: "يمكن للمكره أو المدلس عليه من الزوجين بوقائع كان التدليس بها هو الدافع لقبول الزواج أو اشتراطها صراحة في العقد أن يطلب فسخ الزواج قبل البناء وبعده خلال أجل لا يتعدّى شهرين من يوم زوال الإكراه ومن تاريخ العلم بالتدليس مع حقه في طلب التعويض".

(2) عبد السلام زوير، المرجع السابق، ص 84 - 85.

الحكم بالفسخ الذي كان على المحكمة أن تصرح به تلقائياً، كما تجب للولد الذي قضت المحكمة ضمناً بلحوق نسبه وفق ما يحتميه الشرع"⁽¹⁾.

ثانياً: الزوجة المريضة.

اختلف الفقهاء⁽²⁾ في هذه الحالة على النحو التالي:

ذهب الحنفية⁽³⁾ إلى أن للزوجة نفقة على زوجها إن مرضت في بيته لأن الاحتباس بحقها قائم، والانتفاع بها ممكن كحفظ البيت والاستئناس ونحوه. وإذا مرضت في بيته وانتقلت بإذن إلى بيت أهلها، فلها النفقة إلا إذا طالبها بالانتقال لبيته، وامتنعت عن الانتقال بأية وسيلة، فلها النفقة لأنها سلمت نفسها لزوجها فلا تكون ناشزة إلا إذا امتنعت عن الانتقال لغير عذر.

وأما إذا مرضت الزوجة قبل تسليم نفسها لزوجها، وكانت غير قادرة على الانتقال بأية وسيلة، فلا نفقة لها، لأنها لم تسلم نفسها له، وإن أمكنها الانتقال فلها النفقة إلا إذا طالبها بالانتقال فامتنعت.

وذهب الشافعية⁽⁴⁾ إلى أنها تستحق النفقة ما لم تمتنع عن الانتقال إلى بيت الزوجية، بينما ذهب المالكية⁽⁵⁾ إلى القول بأنه تجب النفقة للزوجة مع المرض الخفيف

(1) المجلس الأعلى، 1973/03/12، ملف عدد 37192، مجموعة قرارات المجلس الأعلى في مادة الأحوال الشخصية، 1965 - 1989، ص 214، مقتبس عن عبد السلام زوير، المرجع السابق، ص 85.

(2) وقد اختلف الفقهاء بشأن نفقة الزوجة الصغيرة، وتنقسم هذه الحالة إلى ثلاثة أقسام هي:

القسم الأول: صغيرة لا يمكن الانتفاع بها لا في الخدمة ولا في الاستئناس فلا نفقة لها بإجماع الفقهاء.

القسم الثاني: صغيرة يمكن الدخول بها، فإن لها النفقة كالكبيرة، لأن أحكام الزواج يمكن استيفاؤها منها.

القسم الثالث: صغيرة يمكن الانتفاع بها في الخدمة أو المؤسسة ولكن لا يمكن الدخول بها فقد اختلف الفقهاء فيها على قولين:

الأول: ذهب جمهور الفقهاء إلى أنه لا نفقة لها لأن المقصود من العقد لا يمكن استيفاؤه.

الثاني: ذهب الشافعية في قول وأبو يوسف من الحنفية إلى وجوب النفقة لها لإمكان الانتفاع بالخدمة والاستئناس قياساً على الخائض والنفساء فإنهما لا تستمتع بهما ولهما النفقة. انظر، أبي البركات أحمد بن محمد أحمد الدردير، الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك، خرج أحاديثه وفهرسه وقرر عليه بالمقارنة بالقانون الحديث للدكتور مصطفى كمال وصفي، دار المعارف، مصر، 1392، ص 729-730؛ ابن عابدين، المرجع السابق، ص 574، ابن رشد، المرجع السابق، ص 454.

(3) ابن عابدين، المرجع السابق، ص 575.

(4) الشريبي، معنى المحتاج، المرجع السابق، ص 438.

(5) الدردير، الشرح الصغير، المرجع السابق، ص 729-730.

الذي يمكن معه الاستمتاع، والمرض الشديد الذي لا يمكن معه الاستمتاع، ولم يبلغ صاحبه حد النزاع، أما إذا بلغ المرض حد النزاع، وكان قبل الدخول إذا دعيت للدخول، فلا نفقة لها، أما إذا كان المرض بعد الدخول فتجب لها النفقة.

ذهب الحنابلة⁽¹⁾ إلى أن المريضة تستحق النفقة سواء أكان مرضها قبل الدخول والانتقال إليه إن بذلت نفسها لإمكانية الاستمتاع بها، أم حصل بعد الدخول والانتقال إلى بيت الزوجية، لأن الاستمتاع ممكن ولا تفريط من جهتها، وإن منع من الوطاء.

لم تتطرق القوانين المغاربية للأسرة لنفقة المريضة لكن بالرجوع للقضاء الجزائري نجد أن المجلس الأعلى سابقا قضى في إحدى قراراته بأنه "من المتفق عليه فقها وقضاء أن الحكم بنفقة الزوجة المريضة مدة سنة يتوقف على تحديد أجل العلاج، ويتوقف كذلك على ضرورة بقائها في بيت الزوجية ولو حكما والقضاء بما يخالف ذلك، يستوجب نقض القرار الذي بعد أن صرح بالتطبيق بطلب من الزوجة سبب مرضها، قضى بدفع النفقة لها لمدة سنة"⁽²⁾.

ما يفهم من هذا القرار بأن الزوجة المريضة تستحق النفقة لكن بشرط بقائها في بيت الزوجية.

جاء في حكم للمحكمة الابتدائية بوزان المغربية بأن "نفقة الزوجة تشمل التمريض بالمقدر المعروف والمقصود بمصاريف التمريض هي المصاريف العادية البسيطة أما المصاريف المرتفعة أو الباهظة التي تتطلبها عملية الولادة وإجراء عملية جراحية عند الاقتضاء، فإنها تشكل مصاريف مستقلة ولا علاقة لها بالنفقة"⁽³⁾.

يستخلص من هذا الحكم أن القضاء المغربي ربط نفقة العلاج بنفقة الزوجة، لكن حددها في المصاريف البسيطة، أما المصاريف الباهظة فاعتبرها مصاريف مستقلة عن نفقة

(1) ابن قدامة، المغني: المرجع السابق، ص 285.

(2) انظر المجلس الأعلى، غ.أ.ش، 10/02/1986 المجلة القضائية سنة 1989، عدد 01، ص 111.

(3) حكم صادر في 24 نوفمبر 1999، مجلة الإشعاع، العدد 25، ص 277 ما يليها، مقتبس عن محمد الكشور، المرجع السابق، ص 447.

الزوجة. ما يفهم منه أنّ الزوج ملزم بالإففاق على زوجته فترة مرضها، بالإضافة إلى ذلك يجب أن يتحمّل مصاريف علاجها البسيطة. ما يمكن قوله أنّ النفقة على الزوجة المريضة يعتبر أمرا حسنا توجهه المروءة، ويحتمه حسن المعاشرة بين الزوجين، ولاسيما إن كان الزوج موسرا.

ثالثا: نفقة الزوجة العاملة.

تعتبر قضايا الزوجة العاملة⁽¹⁾ من أهم القضايا التي تعرض على المحاكم وتسترعي انتباه الفقه القانوني المعاصر، فالمرأة المتزوجة قد تخرج إلى العمل ودنيا الوظائف إما بقصد المساهمة في تحمل أعباء الحياة وتكاليفها الباهظة إلى جانب الزوج الذي لم يعد راتبه الشهري كافيا لتغطية جميع المصاريف التي تتطلبها بيت الزوجية، وأما لأن المؤهلات العلمية أو المهنية للزوجة تقتضي منها المساهمة في الحياة العملية وأنه من الجور أن تحبس نفسها لخدمة الزوج والبيت فقط⁽²⁾.

ومن هنا نتساءل عن الزوجة المحترفة ومدى حقها في النفقة ومدى حق زوجها من منعها العمل؟

يكاد يجمع الفقه الإسلامي أن سبب وجوب نفقة الزوجة على زوجها هو العقد الصحيح لكن بشرط الاحتباس، فالسبب المباشر في استحقاق الزوجة نفقتها على زوجها ليس هو عقد الزواج بل احتباس الزوج لزوجته ودخولها في طاعته، ليتمكن من جني زواجه واستيفاء حقوق الزوجية⁽³⁾. ولذلك فالنفقة لا تعد تبرعا من قبل الزوج لأنها لا تعطى للزوجة بلا عوض بل هي واجبة على الزوج في مقابل الاحتباس، في مقابل ماله

(1) حق المرأة في العمل حق كرسه الدستور الجزائري من خلال المادة 55 من دستور 1996، المعدل والمتمم بموجب القانون رقم 19-08 المؤرخ في 2008/11/15 المتضمن التعديل الدستوري التي تنصّ على أنّه "لكل مواطن الحق في العمل"، وكذا نصّ المادة 29 بقولها "كل المواطنين سواسية أمام القانون ولا يمكن أن يتدرع بأي تمييز يعود سببه إلى المولد أو العرق أو الجنس أو الرأي أو أي شرط أو أي ظرف آخر شخصي أو اجتماعي".

(2) انظر، إدريس الفاحوري، المركز القانوني للمرأة المغربية من خلال نصوص مدونة الأحوال الشخصية، دون دار نشر، 2002، ص 54.

(3) انظر بدران أو العينين بدران، الزواج والطلاق في الإسلام فقه مقارن بين المذاهب الأربعة السنية والمذهب الجعفري والقانون، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، ص 234.

من حقوق عليها، في مقابل قيامها على البيت ومصالحه، فهي عوض كالأجرة أو جبتها الشارع على سبيل المقابلة.

لا يوجد نص صريح في قانون الأسرة الجزائري، يخول للزوجة الخروج إلى العمل والاحتراف خارج البيت أو يمنعها من ذلك لكن بالرجوع إلى المادة 19 من الأمر رقم 02/05 نجدها نصت 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".

ومن هنا إذا كان الزوج عالما لدى العقد بأن زوجته موظفة أو نص على وظيفتها في العقد فالزوج هنا يعد راضيا بعمل الزوجة لأن علمه المسبق بالعمل وكذلك علمه اللاحق، يعتبر قرينة على قبوله الاحتباس الناقص، ولكن هل يسقط حقه في منعها من العمل بعد ذلك إذا أراد؟ يذهب جانب من الفقه الإسلامي بأن رضى الزوج بأن تخرج زوجته للعمل لا يسقط حقه من منعها بعد احتباسها لحق الزوج وتفرغها لخدمته فإذا لم تتحقق ذلك أمكنه العدول عن ترخيصه بالاحتراف.

وإذا رجعنا إلى المادة 09/53 من الأمر السابق نجدها تنص على أنه من بين أسباب مطالبة الزوجة بالتطبيق مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج.

وبالتالي إذا اشترطت الزوجة حين العقد بقاءها في عملها ومنعها الزوج من ذلك فيما بعد، فلها الحق في طلب التطبيق. وهناك اجتهاد للقضاء الجزائري يتبين من حيثياته أن عمل الزوجة لا يسقط حقها في النفقة ويلزم الزوج بالإنفاق عليها ولو كانت عاملة، حيث قررت المحكمة العليا⁽¹⁾: "من المقرر شرعا أن غنى الزوجة لا يسقط حقها وحق أولادها في النفقة دون مبرر شرعي أن قضاة الموضوع بقضائهم بإلغاء النفقة المقضي بها في الحكم المستأنف بحجة يسار الزوجة الطاعنة رغم عدم إثبات عسر المطعون ضده أخطؤوا في تطبيق القانون.

(1) المحكمة العليا 2000/11/21، ملف رقم 251660، مجلة الاجتهاد القضائي، 2001، عدد خاص، ص 284.

والوجه الأول الذي قدمته الطاعنة (الزوجة) مأخوذ من خطأ القرار المطعون فيه في تطبيق القانون وفي بيان ذلك تقول أن القرار قضى بإلغاء النفقات المقضى بها بالحكم المستأنف على أساس يسارها كطبيبة في المستشفى مع أن هذا لا يعتبر مستندا لإسقاط حقها وذلك من دون حاجة لمناقشة أوجه الطعن".

ولنا أن نتساءل عما إذا كان من الجائز أن يشترط الزوج على زوجته العاملة بأن تساهم في نفقات البيت؟

إن في المسألة تفصيلا تفرضه مجموعة أمور منها ما يكون عند العقد ومنها ما ينشأ بعد إنجازه ذلك أن المرأة لما يتزوجها زوجها موظفة أو ذات حرفة تفرض عليها عدم الاحتباس في البيت مدة من النهار أو الليل. وأما يتزوجها غير محترفة ثم يطرأ احترافها بعد إنجاز العقد، فبالنسبة للمرأة التي تتزوج وهي محترفة مهنة معينة إذا كان زوجها اشترط عليها عند العقد أن تساهم في النفقة لنقص الاحتباس ووافقت عليها عند العقد فإنه يجب عليها أن تفي بما التزمت به لأن الله تعالى أمر بالوفاء بالعقود.

وليس في اشتراط الرجل أن تساهم معه زوجته الموظفة في النفقة مقابل تجاوزه عن حقه في الاحتباس وموافقتها على ذلك تحليل حرام أو تحريم حلال⁽¹⁾.

وبالنسبة للمرأة يتزوجها زوجها غير محترفة ثم يطرأ احترافها، فإن كان زوجها اشترط عليها متى احترفت تشاركه في النفقة ووافقت على ذلك وجب عليها الوفاء، وإن لم يحصل شرط بهذا فإن المسألة يرجع فيها إلى ما يتفقان عليه. ومن هنا يظهر أن الشرط عند العقد وتراضي الزوجان بعد إنجازه عاملان حاسمان للمسألة من دون أن يغير الأصل فيها وهو وجوب النفقة للمرأة على زوجها.

وأخيرا نتساءل عما إذا كان من حق الزوج أن يسقط نفقة زوجته العاملة؟ يذهب جانب من الفقه الإسلامي⁽²⁾ إلى القول بأن رضى الزوج بأن تخرج زوجته إلى

(1) انظر عبد الرحمان العمراني، المرأة هل تساهم مع زوجها في النفقة منشورات الجمعية المغربية للتربية ورعاية الأسرة، دون دار نشر، دون سنة، ص 49.

(2) انظر شمس الدين السرخسي، المسوط، ط01، ج 05، مطبعة السعادة، مصر، 1324، ص 181.

العمل لا ينفي حقه في أن يسقط نفقتها، لأن سبب النفقة هو احتباسها وتفرغها لخدمته فإذا لم يتحقق هذا الحق بشروطه ومقتضياته فلا نفقة.

وبالرجوع إلى روح الشريعة الإسلامية وقوانين الأسرة المغربية نرى بأن رجوع الزوج فيما قبله ورضى به بمحض إرادته سواء بعلمه المسبق أو باشتراط ذلك في العقد لا يعطي له الحق في إسقاط نفقة زوجته لأنه ليس ضمن أسباب سقوطها التحاق المرأة بالعمل.

ويتفرع عن هذه المسألة أن الرجل إذا عجز عن النفقة وكانت زوجته موسرة هل تلزم بالنفقة عليه وعلى أبنائها منه؟

إن مساهمة الزوجة في الإنفاق على البيت يشعرها بأهميتها ودورها الإيجابي في تحمل الأعباء المادية إلى جانب زوجها، فالزواج شراكة قوامها التعاون والتفاني في صالح الأسرة، فالإسلام جعل التعاون بين المسلمين أمرا من شعار إسلامهم لخير الجميع، وما دام الأمر كذلك، فإن الزواج القائم على أساس التآخي والمحبة والتفاهم يقتضي من الزوجة العاملة بأن تساهم بقسط من مالها في الإنفاق على بيت الزوجية الذي هو بيتها وأولادها⁽¹⁾.

وفي هذا الإطار، نصت المادة 76 من قانون الأسرة على أنه "في حالة عجز الأب تجب نفقة الأولاد على الأم إذا كانت قادرة على ذلك". ونصت المادة 199 من مدونة الأسرة: "إذا عجز الأب كلياً أو جزئياً عن الإنفاق على أولاده وكانت الأم موسرة، وجبت عليها النفقة بمقدار ما عجز عنه الأب".

والمادة 23 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية تنص "على الزوجة أن تساهم في الإنفاق على الأسرة إن كان لها مال".

وبمقارنة هذه التشريعات الثلاثة يمكن تسجيل الملاحظات التالية:

(1) إدريس الفاحوري، المرجع السابق، ص 66.

- المشرعان الجزائري والمغربي ربطا نفقة الزوجة بحالة عجز الأب عن الإنفاق وهو ملزما أصلا بذلك.

- كما أن المشرعين السابقين قصر التزام المرأة بالنفقة على الأولاد، وبعبارة أخرى إذا كان الزوج عاجز عن الإنفاق ولم يكن للزوجين أولاد لا تكون الزوجة ملزمة بالنفقة. وقد أحسن المشرع التونسي صنعا عندما بعدم ربطه نفقة الزوجة على بيت الزوجية بوجود الأولاد، عندما أقر مبدأ مساهمة الزوجة في الإنفاق إن كان لها مال بدون قصر الإنفاق على الأولاد⁽¹⁾.

وبالتالي فإن خروج المرأة إلى العمل أصبح من ضروريات فليس من صالح المجتمع أن يجلس المرأة في المنزل ويضيع إمكاناتها ومساهماتها مع أنها تمثل نصف المجتمع الذي لا يمكن أن يقوم على نصفه فقط وإلا تعرض للحرَج والضيق والضرر مع أن القواعد الشرعية تقضي بأن "الضرر يزال" ويتحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام "والضرورات تبيح المحظورات". وخاصة إذا علمنا بأن هناك مخاطر عديدة تهدد الزوجة غير العاملة من بينها.

- أنه في حالة عجز الأب عن الإنفاق لمرض أو عاهة أو شيخوخة أو طرد من العمل، فإن الأسرة تتعرض لمخاطر الفقر والتشرد والضياع.

- كذلك الزوجة بعد طلاقها وخاصة بعد انتهاء عدتها، قد لا تجد قوت يومها الأمر الذي يعرضها لمخاطر اجتماعية وأخلاقية.

- كذلك في حالة إسناد الأم حضانة أولادها، فإن هذا الأمر يكبدها مصاريف باهظة بعد الطلاق أمام ارتفاع مستوى المعيشة وما يحتاج إليه الأطفال في سن التمدرس من لباس وأدوات وعلاج⁽²⁾.

(1) انظر محمود العنابي، حول مساهمة الزوجة في الإنفاق على العائلة، مجلة القضاء والتشريع، تونس، 1974، العدد 07، ص

14.

(2) إدريس الفاحوري، المرجع السابق، ص 68-71-72.

فالمرأة العاملة تساهم بشكل أوفر في تحقيق مصلحة الأسرة عن طريق توفير الحماية المادية الكافية لها⁽¹⁾.

ولهذا نجد أن التشريعات المغربية عندما أجازت للزوجين الحق في الإنفاق على تدبير الأموال المكتسبة أثناء الحياة الزوجية، ما هو إلا استجابة للواقع الذي تعيشه الأسر المغربية، إذ أصبحت المرأة تساهم بشكل أوفر في تحسين أوضاعها الاقتصادية، وتبذل مجهودات طيلة حياتها الزوجية داخل البيت وخارجه، كما تضطر أحيانا إلى تأدية أعمال شاقة لمواجهة متطلبات الحياة المتزايدة، فتكون بذلك قد ساهمت في تكوين الثروة المالية للأسرة⁽²⁾، وفي الإنفاق على أفرادها.

رابعا: سقوط النفقة بالنشوز.

إن كانت النفقة حق للزوجة على زوجها إلا أن هذا الحق يسقط بنشوز الزوجة. النشوز لغة⁽³⁾ أصله الارتفاع مأخوذ من النشز وهو المكان المرتفع؛ وفي الشرع عصيان الزوجة لزوجها فيها عليها مما أوجبها النكاح، وتسمى ناشزا فكأنها ارتفعت عن طاعة زوجها وقال تعالى: ﴿وَالَّتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ﴾⁽⁴⁾. وهذا يحصل بالامتناع من فراشه أو خروجها من منزله بغير إذنه أو امتنعت من الانتقال معه إلى مسكنه أو من السفر معه وهذه لا نفقة لها.

وما يجدر الإشارة إليه أن المادة 37 من قانون الأسرة قبل التعديل كانت تنصّ على أن النشوز من مسقطات النفقة، إلا أنه قد عدل المادة وألغى هذا الحكم⁽⁵⁾. ولم

(1) انظر، تشوار حميدو زكية، مصلحة المخضون في ضوء الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية، دراسة نظرية تطبيقية، دار الكتب العلمية، بيروت، 2008، ص 499.

(2) انظر، تشوار حميدو زكية، بعض حقوق المرأة المستحدثة بمقتضى الأمر 05-02 المعدل لقانون الأسرة، مجلة العلوم القانونية والإدارية والسياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2011، العدد 12، ص 65.

(3) ابن منظور، المرجع السابق، ص 258.

(4) سورة النساء، الآية 34.

(5) كما ألغى المادة 01/39 التي كانت تنصّ على طاعة الزوجة لزوجها بصفته ربّ الأسرة، للعلم أن القوامة التي نادى بها التشريع الإسلامية توجب على المرأة أمرا وعلى الرجل أمورا، منها القيام على النساء بالحماية والرعاية والولاية والكفاية، وهي أمور ليست استبدادية ولا مقهورة، بل هي المسؤولية والتكليف الذين يقعان عليه أكثر مما يقع عليها، انظر، تشوار جيلالي، تحفظات الجزائر على بعض بنود

يتعرض المشرع الجزائري إلى تعريف النشوز، واكتفى بذكر حالته في المادة 55 من قانون الأسرة والتي تنص على أنه "عند نشوز أحد الزوجين يحكم القاضي بالطلاق والتعويض للطرف المتضرر".

نستنتج من نص المادة سالفة الذكر بأن النشوز قد يصدر من الزوجة كما قد يصدر من الزوج إلا أن النشوز المسقط للنفقة هو نشوز الزوجة، ومن صور النشوز التحاق الزوجة ببيت والدها أو أحد أقاربها. وعليه فإن امتناع الزوجة عن تنفيذ الحكم النهائي الصادر ضدها والقاضي برجوعها إلى بيت الزوجية يعد نشوزا ويسقط بالتالي حقها في النفقة.

وصدر في هذا الصدد قرار عن المجلس الأعلى بتاريخ 1986/05/05 قضى بأنه: "في حالة امتناع الزوجة عن استئناف الحياة الزوجية المحكوم بها بأحكام أصبحت نهائية يعتبر نشوزا وبالتالي تفقد حقوقها من نفقة وغيرها"⁽¹⁾.

كما اعتبرت المحكمة العليا "أن امتناع الزوجة عن الرجوع إلى بيت الزوجية بعد أهانتها من الزوج لا يعتبر نشوزا"⁽²⁾. وكما أن "الزوج الذي لم يوفر لزوجته سكنا مستقلا عن أهله، مما جعلها ترفض الرجوع إلى بيت الزوجية فإن قضاة الموضوع بقضائهم بعدم نشوز الزوجة طبقوا صحيح القانون"⁽³⁾.

وعلى كل حال، يبقى التزام الزوج بالإففاق على زوجته المقيمة عند أهلها قائما لكونها مازالت في عصمته، ما دام لم يثبت نشوزها بحكم قضائي⁽⁴⁾.

الاتفاقيات المتعلقة بحقوق المرأة الأسرية بين التراجع والتمسك، مجلة العلوم القانونية والإدارية والسياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2011، العدد 12، ص 14.

(1) المجلس الأعلى، غ.أ.ش، 1985/05/05، ملف رقم 14718، غير منشور، مقتبس عن بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 451.
(2) المحكمة العليا، غ.أ.ش، 1998/05/19، ملف رقم 189324، مجلة الاجتهاد القضائي للأحوال الشخصية، 2001، عدد خاص، 147.

(3) المحكمة العليا، غ.أ.ش، 1999/02/06، ملف رقم 213669، مجلة الاجتهاد القضائي لعرفة الأحوال الشخصية، 2001، عدد خاص، ص 219.

(4) المحكمة العليا، غ.أ.ش، 2008/11/12، ملف رقم 466390، مجلة المحكمة العليا 2008، العدد 02، ص 317.

والنشوز أمر وجوبي يمكن قيام البرهان عليه بأي طريق من طرق الإثبات الشرعية، فيمكن إثباته بشهادة الشهود وإقرار الزوجة. ومتى ثبت بأي طريق، ترتب عليه أثره من حرمان الزوجة الناشز من نفقتها مادامت كذلك، فيحق للزوج أن يطلب الحكم بمنعها من نفقتها لنشوزها، ويثبت ذلك بالبينة. وفي هذا السياق أصدر المجلس الأعلى قرار بتاريخ 1984/07/09 والذي مفاده "أن سقوط النفقة الزوجية لا يكون إلا بعد ثبوت أنها بلغت بالحكم النهائي برجعها محل الزوجية، وبعد ثبوت امتناعها عن تنفيذ هذا الحكم مما يجعلها ناشزا ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بالخطأ في تطبيق الشريعة الإسلامية في غير محله ستوجب الرفض"⁽¹⁾.

وعليه تطبيقا لما استقر عليه القضاء فلا يثبت نشوز الزوجة إلا عن طريق محضر الإنذار الموجه لها بالرجوع إلى المسكن الزوجي وبحضور الزوج مضافا إليه محضر الامتناع عن التنفيذ، وعلى أساس هاتين الوثيقتين يمكن للزوج أن يطالب بالطلاق لنشوز الزوجة.

ولعلّ السبب الذي جعل القضاة لا يعتبرون النشوز خصوصا إذا كان من الزوجة إلا ما كان خارج البيت هو لمقتضيات الإثبات، فعندما يطلب القاضي من الزوجة العودة إلى بيت الزوجية والقيام بالواجبات الشرعية ولا تستجيب لهذا الأمر، فإنّ القاضي يأخذ هذا الامتناع ضدها ويعتبرها ناشزا⁽²⁾.

أما بالنسبة للمشرع المغربي وبخلاف مدونة الأحوال الشخصية الملغاة، أهملت مدونة الأسرة أحكام النشوز حيث لم يسن لها المشرع نصوصا صريحة ضمن هذه المدونة، ولكنه قرر في المادة 195 من نفس المدونة بأن الزوجة التي غادرت بيت الزوجية

(1) المجلس الأعلى، غ.أ.ش، 1984/07/09، ملف رقم 33762، المجلة القضائية 1989، عدد 02، ص 119.

(2) انظر، بن شويخ الرشيد، وضعية حقوق المرأة المطلقة في الجزائر، مجلة العلوم القانونية والإدارية والسياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2011، العدد 12، ص 113 - 114.

وصدر حكم بضرورة رجوعها إلى بيت الزوجية وامتنعت عن العودة، تسقط عنها النفقة عن المدة الموالية، للامتناع عن الرجوع بعد إثبات واقعه الامتناع⁽¹⁾.

إذن على الزوج الذي يريد أن يستفيد من أحكام هذه المادة أن يرفع دعوى إلى المحكمة بطلب فيها من القاضي أن يأمر الزوجة الناشز بأن ترجع إلى بيت الزوجية، ثم عند امتناعها من تنفيذ ذلك الأمر، أن يرفع دعوى ثانية يطالب من خلالها بإيقاف النفقة، ويصبح هذه الحكم الأخير حاله صدوره حجة يدفع بها الزوج دعوى زوجته الناشز⁽²⁾.

وتطبيقاً للقاعدة أعلاه جاء في قرار للمجلس الأعلى أن الطاعن سبق له أن صرح بأنه "لا يمكن أداء النفقة للمدعية مادامت تمتنع من الرجوع إلى بيت الزوجية، رغم الحكم الصادر عليها وأدلى بنسخة من الحكم بالرجوع وبمحضر الامتناع من تنفيذه، ولم تجب المحكمة على ذلك طبقاً للقانون الذي ينص على إمكان إيقاف تنفيذ النفقة في هذه الحالة لأن ثبوت الامتناع من الرجوع إلى بيت الزوجية وإن كان لا يؤثر على وجوب النفقة فإنه يكون واقعه قانونية وضرورية يجب مناقشتها في نطاق الفصل 123 من مدونة الأحوال الشخصية"⁽³⁾.

وفي إطار مدونة الأسرة جاء في قرار المجلس الأعلى بشأن النشوز والرجوع إلى بيت الزوجية طبقاً لمقتضيات المادة 95 منه "يجوز للمحكمة إيقاف نفقة الناشز إذا صدر عليها حكم بالرجوع وامتنعت عن تنفيذه والمحكمة لما ثبت لها أن الطالبة تمتنع من تنفيذ الحكم القاضي بالرجوع إلى بيت الزوجية المعين فيه وقضت بإيقاف نفقتها تكون قد طبقت الفصل المذكور التطبيق الصحيح ولا ضير عليها إن هي لم تستجب لما تمسكت به الطالبة من تخصيص مسكن لها مادام لم يثبت أن بيت الزوجية المعين في الحكم القاضي

(1) محمد الشافعي، المرجع السابق، ص 221.

(2) محمد الكشور، المرجع السابق، ص 450.

(3) المجلس الأعلى، 1984/11/12، مجموعة قرارات المجلس الأعلى في مادة الأحوال الشخصية، الجزء الأول (1965 إلى 1989)

إدريس بلمحجوب، الرباط، 1995، ص 87.

بالرجوع غير مستوف للشروط المقررة شرعا⁽¹⁾. وفي كافة الأحوال تشترط تطبيق مقتضيات أعلاه أن لا تكون الزوجة الناشز حاملا لأن الحمل وعلى ما أكدته المشرع المغربي نفسه مانع من إيقاف النفقة ولو كانت الزوجة في حالة طلاق⁽²⁾. لاعتبارات حمائية بالنسبة لذلك الحمل الذي يتضرر من هذا الإيقاف.

أما بخصوص المشرع التونسي، فإن مصطلح النشوز لم يكن موضع استعمال في أي فصل من فصول مجلة الأحوال الشخصية فهي عبارة قد استنبطها فقه القضاء التونسي من أحكام الفقه الإسلامي الذي يمنع الزوجة الناشز حقها في مطالبة الزوج بالإفراق عليها. لكن إذا ما تم البحث عن تعريف للنشوز فإن الموقف الفقهي يبدو متراوفا في تذبذبه، حيث وإن اتفقت على أمر اعتبار النشوز مسقط لحق الزوجة في النفقة إلا أنه لم يحدد الواجبات التي تمثل الإخلال بها نشوز، حيث ذهب اتجاه أول إلى تأسيس النشوز كسبب للحرمان من النفقة على الفصل 23 من مجلة الأحوال الشخصية⁽³⁾.

وبالتالي فكل إخلال من الزوجة بواجباتها الزوجية التي لم يضبطها هذا الفصل بصفة حصرية يعد نشوزا. في حين اعتبر البعض الآخر النشوز مصطلحا لا يمكن التوسع فيه وعليه فقد دعا⁽⁴⁾ إلى تحديده انطلاقا من الفصلين 37 و38 من مجلة الأحوال الشخصية. وبذلك فإن سقوط النفقة يراعي فيها الإخلال على وجه الحصر بالدخول خاصة وأن الفصل 51 من نفس المجلة قد نص صراحة على أن النفقة تسقط بزوال سببها وسبب النفقة في القانون التونسي هو الزوجية أي حالة الزواج. بمعنى الدخول وتوابعه،

(1) قرار عدد 66 صادر في 2 فبراير 2005 في الملف الشرعي عدد 2004/1/2/437، غير منشور، مقتبس عن محمد الكشيبور، المرجع السابق، ص 450.

(2) تنص الفقرة الثانية من المادة 196 من مدونة الأسرة على ما يلي: "المطلقة طلاقا بانئا إذا كانت حاملا، تستمر بنفقتها إلى أن تضع حملها، وإذا لم يكن حاملا، يستمر حقها في السكن فقط إلى أن تنتهي عدتها".

(3) انظر بن حليمة ساسي، الطلاق لنشوز الزوجة، تعليق على محكمة التعقيب مؤرخ في 10 جويلية 173، مجلة القضاء والتشريع 1976، عدد 07، ص 11.

(4) انظر تافطناسي علي، نشوز الزوجة بين الشريعة والقانون، مجلة القضاء والتشريع، 1975، عدد 3، 4، 5، ص 05.

ولذلك اقتصر فقه القضاء في قراراته على اعتبار النشوز مرادفا للإخلال بواجب المساكنة.

فقد استقر القضاء التونسي على اعتبار "أن امتناع الزوجة عن مساكنة زوجها بدون مبرر شرعي يمثل نشوزا منها، وبالتالي إخلال في القيام بواجباتها المفروضة عليها نحو زوجها لأنه لا يتصور بناء علاقة زوجية متينة مع غياب الزوجة عن محل الزوجية لانتهاء الغاية المقصود من عقد الزواج"⁽¹⁾. إذ تعد المساكنة من أهم الواجبات الزوجية وأجدرها بالاهتمام، باعتبارها تمثل الغرض الأصلي والأساسي من عقد الزواج.

وجاء في قرار آخر "إن إصرار الزوجة على موقفها السلبي بمغادرتها محل الزوجية ورفضها معايشة زوجها وامتناعها بالرغم من التنبيه عليها عديد المرات ودعوها للمساكنة والرجوع إلى البيت الزوجي يشكل ضررا للزوج ويلحق بها صفة الناشز"⁽²⁾.

فإذا كان نشوز الزوجة يعد سببا مسقطا للنفقة فهل إعسار الزوج يسقط عنه

النفقة أم لا؟

خامسا: إعسار الزوج.

المعسر بالنفقة الزوجية هو الشخص العاجز الذي لا يستطيع الوفاء لزوجته بما أوجبه الله من نفقة شرعية بأي وجه من الوجوه اختلف الفقهاء في حكم نفقة زوجة المعسر الذي لا يملك شيئا ولا كسب له على النحو التالي، حيث ذهب الظاهرية وهو رأي عمر بن الخطاب⁽³⁾ رضي الله عنه إلى أن نفقة زوجة المعسر تسقط فقط. وأضاف الظاهرية بأنها إذا كانت غنية كلفت بالنفقة على زوجها ولا ترجع عليه شيء أن أيسر واستدلوا على ذلك بقوله سبحانه وتعالى: ﴿ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ لَا تُكَلَّفُ نَفْسٌ إِلَّا وُسْعَهَا ﴾⁽⁴⁾.

(1) قرار تعفيبي، مدني، 6 أكتوبر 1987، عدد 17711، نشرية محكمة التعقيب، 1987، ص 231.

(2) محكمة التعقيب، 12 نوفمبر 1996، عدد 50912، نشرية محكمة التعقيب، 1996، ج 02، ص 283.

(3) ابن حزم، المحلى، المرجع السابق، ص 254.

(4) سورة البقرة، الآية 233.

وذهب عامة الفقهاء⁽¹⁾ إلى أن نفقة زوجة المعسر لا تسقط ولكنهم اختلفوا في طلب الطلاق أو الصبر على زوجها.

إذا كان الزوج غير قادر على الإنفاق لإعساره أو لفقره، فلا تجب عليه نفقة لقوله تعالى: ﴿لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَاءً آتَلَهَا سَيَجْعَلُ اللَّهُ بَعْدَ عُسْرٍ يُسْرًا﴾⁽²⁾، وإنما تلزم الموسرة أو الغنية بالإنفاق على زوجها وأولادها مدة إعسار الزوج مادام الزوج ليس في وسعه، ولم يؤت مالا، فإنه لا يكلف بالإنفاق، فإذا حكم على الزوج بالنفقة، ولم يمكن استيفاؤها من الزوج لعسر مالي أصابه أو لعارض آخر من غياب أو سجن أو غير ذلك، وجب على من يكلف بالإنفاق عليها من أب أو جد أو أخ أن ينفق عليها بالقدر المفروض، فإذا دفع ذلك كان من حقه أن يرجع على الزوج حين يمكن الاستيفاء منه فإن أنفقت الزوجة على زوجها يبقى ديننا في ذمته موسرا أو معسرا.

أما لو أنفقت على نفسها وولدها عند غيبه الزوج وسفره كان لها حق المطالبة بما أنفقته على نفسها وولدها، ولها أن تدخل مع بقية الغرماء بدينها⁽³⁾.

والمشرع الجزائري لم يتكلم عن سقوط نفقة الزوجة في حالة الإعسار وفي كل الأحوال، فإن الزوجة في حالة إعسار الزوج مخيرة إما أن ترضي بالبقاء معا من غير نفقة، وإما أن تطلب التطلق لعدم الإنفاق طبقا لنص المادة 53 الفقرة الأولى أو الفقرة الخامسة من قانون الأسرة، فإذا ادعى الزوج الإعسار وعدم القدرة على الإنفاق، وقام بإثبات الإعسار بشهادة الشهود المدعمة باليمين جاز للمحكمة أن تمنحه أجلا للحصول على المال لقوله تعالى "سيجعل الله بعد عسر يسرا" فإن يئس منه القاضي حكم بالتطلاق.

وفي هذا السياق جاء قرار للمحكمة العليا 1989/11/27: من المقرر قانونا أن تطلق الزوجة لعدة الإنفاق والحكم لها به دون يمين يعد مخلا للأحكام الشرعية الإسلامية، ومن ثم فإن القضاء بخلاف هذا المبدأ يعد خرقا للقانون.

(1) ابن عابدين، المرجع السابق، ص 591-592، ابن قدامة، المرجع السابق، ص 243.

(2) سورة الطلاق، الآية 7.

(3) بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 453.

ولما كان ثابتا في قضية الحال أن المجلس القضائي لما قضى بتطليق الزوجة والحكم بتعويضها في غياب الزوج دون الإجراءات المنصوص عليها قانونا ودون أداء اليمين فيما يخص النفقة فبعضائهم كما فعلوا، خالفوا القانون وانتهكوا أحكام الشريعة الإسلامية ومتى كان ذلك استوجب نقض وإبطال القرار المطعون فيه⁽¹⁾.

وتطبيقا لما ورد في قانون الأسرة الجزائري أن الزوج القادر الممتنع عن الإنفاق على زوجته، ظالم لها ولها طلب التطليق إذا كان امتناعه تعنتا بشرط أن لا يكون للزوج مال ظاهر يمكن من خلاله تنفيذ النفقة جبرا⁽²⁾.

أما بخصوص مدونة الأسرة المغربية فالمشرع قد أخذ بما أتفق عليه الفقه حيث تقاضى المرأة زوجها من أجل الإنفاق عليها، وهذا ما نصت عليه المادة 102 من المدونة: "للزوجة طلب التطليق بسبب إخلال الزوج بالنفقة الحالة الواجبة عليه وفق الحالات والأحكام الآتية:

1- إذا كان للزوج مال يمكن أخذ النفقة منه قررت المحكمة طريقة تنفيذ نفقة الزوجة عليه ولا تستجيب لطلب التطليق.

2- في حالة ثبوت العجز، تحدد المحكمة حسب الظروف، أجلا للزوج لا يتعدى ثلاثين يوما لينفق خلاله وإلا طلقت عليه إلا في حالة ظرف قاهر أو استثنائي.

3- تطلق المحكمة الزوجة حالا، إذ امتنع الزوج عن الإنفاق ولم يثبت العجز".

فطبقا لهذا النص وفي الحالة الأولى، فإن المحكمة تقرر وسيلة لتنفيذ نفقة الزوجة عليه، إذا كان له مال يمكن استخلاص مبلغ النفقة منه. أما إذا ثبت بأنه عاجز عن الإنفاق وليس له مال يمكن استخلاص مبلغ النفقة منه تحدد المحكمة وحسب ظروف الحال أجلا لا تتعدى ثلاثين يوما، لينفق خلاله على زوجته وإن لم يفعل طلقت عليه إلا إذا كانت هناك ظروف قاهرة أو حالة استثنائية حالت دون الإنفاق. والطرف الاستثنائي هنا يجب أن يكون طارئا ومؤقتا وليس دائما كأن يجلب به مرض مفاجئ يحول دون

(1) المحكمة العليا، غ.أ.ش، 1989/11/27، ملف رقم 56249، المجلة القضائية، 1992، عدد 02، ص 51.

(2) بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة، المرجع السابق، ص 189.

خروجه إلى العمل أو حادثة أو غيرها من الطوارئ التي توقفه عن العمل أو الإنتاج. أما إذا أصر الزوج على عدم الإنفاق ولم يثبت العجز، فإن المحكمة تطلق عليه، وعدم إثبات العجز يفيد الإصرار على عدم الإنفاق ملاءة ذمته، وصدور حكم بالإنفاق مع الامتناع عن التنفيذ يعتبر سببا موجبا للتطليق بعدم الإنفاق⁽¹⁾.

أما المشرع التونسي لم يتعرض مباشرة إلى شرط يسار الزوج المطالب بالنفقة لكن التأويل العكسي لأحكام الفصل 39 من مجلة الأحوال الشخصية يؤكد أن المشرع يشترط يسار الزوج لمطالبته بالإنفاق على الزوجة⁽²⁾، حيث نص الفصل 39 بأنه: "لا يلزم الزوج بالنفقة إذا أعسر إلا أن الحاكم يتلوم له بشهرين فإن عجز بعد إتمامها عن الإنفاق طلقت عليه زوجته، وإذا كانت الزوجة عالمة بعسره حين العقد فلا حق لها في طلب الطلاق".

لقد أقرّ فقه القضاء التونسي نفس الموقف إذ جاء في إحدى القرارات التعقيبية بأنه "إحدى القرارات التعقيبية لا يعفى الزوج من الإنفاق على زوجته، حتى وإن كانت تتقاضى مرتبا شهريا، والحكم الذي قضى بخلاف ذلك يكون مستهدفا للنقض لأنه قد خالف النصوص التي جاءت بها مجلة الأحوال الشخصية إذ أن وجو مشاركة الزوجة في الإنفاق على العائلة إن كان لها مال لا يعفى الزوج من واجب النفقة"⁽³⁾.

يسقط واجب الإنفاق عن الزوج المعسر بصفة محددة في الزمن لأن في إطلاق السقوط ضرر جسيم يلحق بالزوجة، وعليه فهو سقوط مقيد بمهلة شهرين يصر بها القاضي بناء على دعوى الزوجة المرفوعة على زوجها المعسر، وهو تحديد يبدو أن الغاية منه الاعتدال لا الإجحاف بكل الزوجين. فهي مدة يمكن للزوج فيها أن يكتسب لقوت زوجته وأسرته أما إذا جاوزها عد متهاونا وخيف على زوجته وخشي عليها الانحراف.

(1) محمد الأزهر، المرجع السابق، ص 288.

(2) عمار عبد الواحد عمار الداودي، المرجع السابق، ص 467.

(3) محكمة التعقيب، 14 أفريل 1981، نشرية القضاة 1981، عدد 4701، الجزء الأول، ص 195.

لكن هذه الحالة لا تثار إلا إذا لم يكن للزوج من مانع سوى انتفاء العمل. أما إذا كان المانع مزمنًا لا عارضًا كشيخوخة أو سقوط بدني شامل فيبدو أن التلوم لا جدوى من ورائه، وبالتالي فإنه يبدو من المنطق أن يترك أمر التلوم من عدمه لاجتهاد القاضي الذي يدرك من حال الزوجين والأدلة المقدمة إن كان الزوج يرجي يساره وبالتالي اضطباعه بواجبه الأصلي في الإنفاق أم لا يرجي منه ذلك. فإذا مرت المهلة دون تحقق المراد من ورائها إلا وهو رجوع الزوج للقيام بواجباته المالية، يفتح الباب للطلاق لعدم الإنفاق الذي يبدو كجزء مسلط على الزوج لإخلاله بواجبه القانوني⁽¹⁾.

فإذا كان إعسار الزوج وإخلال الزوجة بواجباتها يعد إعفاء كلي من النفقة في نظر المشرع التونسي. فهناك حالة آخر للإعفاء من النفقة لكن إعفاء جزئي فقط وهي مساهمة الزوجة في الإنفاق على الأسرة، إذ جاء النص عليها في الفصل 23 من مجلة الأحوال الشخصية بقوله "... وعلى الزوجة أن تساهم في الإنفاق على الأسرة إن كان لها مال".

نقحت هذه الفقرة بمقتضى القانون عدد 74 لسنة 1993 المؤرخ في 12 جويلية 1993 المتعلق بتنقيح بعض فصول مجلة الأحوال الشخصية أن التغيير الذي أدخل على صياغة الفقرة تتمثل في إكساء مساهمة الزوجة بالوجوب بعد أن كانت الصياغة القديمة لا تؤكد هذا الأمر "والزوجة تساهم في الإنفاق على العائلة إن كان لها مال". مما أثار اختلافات في تأويلها بين رجال القانون بين قائل بوجوب المساهمة وقائل باختيارها.

فالالاتجاه القائل بوجوب النفقة اعتبر أن الإقرار باختيارية النفقة وإخضاعها لإرادة الزوجة يفقدها كل مدلول قانوني هذا علاوة على أن العنوان الذي يندرج تحته الفصل 23 من المجلة وهو "في ما يجب على الزوجين" معتبرا هذا العنوان يظفي الصيغة الإلزامية على مساهمة الزوجة في الإنفاق⁽²⁾.

(1) هيفاء القضامي، المرجع السابق، ص 80-81.

(2) انظر العنابي محمود، حواطر حول مساهمة الزوجة في الإنفاق على العائلة، مجلة القضاء والتشريع، جويلية 1974، العدد 2، ص 13.

أما الاتجاه الثاني القائل باختيارية مساهمة الزوجة في النفقة فيرى أن المشرع تعرض إلى إمكانية مساهمتها في النفقة مجرد مساهمة إن كان لها مال⁽¹⁾. وقد اعتمد فقه القضاء التونسي الرأي القائل باختيارية النفقة واعتبرت أغلب المحاكم أن مساهمة الزوجة في النفقة لا يتعدى حدود المساعدة الجزئية والبسيطة. فقد جاء في إحدى قراراتها أنه: "يوجب القانون على الزوج الإنفاق على زوجته المدخول بها كما اقتضى مساهمة الزوجة في الإنفاق على العائلة إن كان لها مال، ولكن ذلك لا يدعو مجرد مساهمة ومساعدة منها، ولا يفيد ذلك أن تنفق على نفسها وإعفاء الزوج كلياً من واجب الإنفاق، ولذلك فإن القرار المنتقد قد أساء تطبيق القانون لما اعتبر أن عمل الزوجة وتقاضيتها لمقابل مالي يعفى زوجها من واجب الإنفاق"⁽²⁾.

فصياغة الفقرة تؤكد إرادة تشريعية في تكريس توازن في العلاقات الزوجية وتمثل نقلة نوعية في مؤسسة النفقة، فبعد أن كان هذا الواجب ملقى على عاتق الرجل دون سواه، أصبحت الزوجة مطالبة هي الأخرى بالإنفاق على الأسرة، لكن ليست ملزمة في ذلك ولا تعتبر مقصرة إذا لم تقم بواجب الإنفاق بل بالعكس لها الحق في طلب التطليق وفي متابعة الزوج.

تقوم حياة الزوجان على دعائم ثلاثة أساسية السكن والمودة والرحمة، فإذا اختلت هذه الدعائم سادت الفوضى وحلّ محلّ السكن الاضطراب، ومحلّ المودة البغضاء ومحلّ الرحمة القسوة وأمسى كل طرف عدوًّا لأخيه وامتنع عن أداء الحق إليه، ومن أهمّ الحقوق التي قد يمتنع الزوج عن أدائها حق النفقة لزوجته، لأنّ فيها قوام حياتها وحف ماء وجهها من المسألة والمسكنة، فما هو آثار هذا الامتناع؟

(1) انظر، محمد المحجوب الطريطر، مساهمة الزوجة الإنفاق على العائلة، مجلة القضاء والتشريع، جويلية 1974، العدد 07، ص 08.

(2) محكمة التعقيب، 14 أفريل 1981، عدد 7410، النشرة 1981، جزء 01، ص 195.

الفرع الثاني:

أثار الامتناع عن الإنفاق.

إنه لا خلاف بين الفقهاء أن نفقة الزوجة على زوجها سواء كانت موسرة أو معسرة، إنما الخلاف إذا أعسر الزوج بالنفقة ولم ترض الزوجة البقاء معه فهل لها الحق شرعا وقانونا أنا تطلب التطلاق للضرر الذي يحصل لها ليفرق بينها وبين زوجها؟
أولا : طلب التطلاق.

اختلف الفقهاء في هذه المسألة إلى رأيين؛ إذ يرى الأئمة الثلاثة مالك وشافعي وأحمد رضي الله عنهم أجمعين جواز طلب الزوجة التفريق لعدم الإنفاق⁽¹⁾. وقد استدلوا بقوله تعالى: ﴿الطَّلُقُ مَرَّتَانٍ ط فِيمَسَاكٍ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٍ بِإِحْسَنِ ط﴾⁽²⁾. وقوله عز وجل: ﴿وَلَا تُمَسِّكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُوا ط﴾⁽³⁾. ووجه الاستدلال بالآية الأولى أن البقاء مع عدم الإنفاق إضرار وإمساك بغير معروف، وكان عليه حقا أن يطلق زوجته. وجاء في الجامع لأحكام القرآن للقرطبي "الإمساك بمعروف هو القيام بما يجب لها من حق على زوجها، ولذلك قال جماعة من العلماء: أن من الإمساك بالمعروف أن الزوج إذا لم يجد ما ينفق على الزوجة أن يطلقها، فإن لم تفعل خرج عن حد المعروف، فيطلق عليه الحاكم من أجل الضرر اللاحق بها من بقائها عند من لا تقدر عن نفقتها والجوع لا صبر عليه"⁽⁴⁾.

ووجه الاستدلال بالآية الثانية: أن الله هي الأزواج عن إمساك زوجاتهم الضرر بمن، لأن في هذا الإمساك ضرا حيث يعتدي الزوج على زوجته حين يمسكها فلا هو يحسن إليها بالإنفاق، ولا هو يتركها لعلها تجد سواه، فالمعسر إذن حينما يمسك زوجته

(1) الدردير، المرجع السابق، 745، 746، الشريبي، المرجع السابق، ص 442-445.

(2) سورة البقرة، الآية 229.

(3) سورة البقرة، الآية 231.

(4) انظر، أبو عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ط 05، ج 03، دار الكتب العلمية، بيروت، 186، ص

دون أن ينفق عليها ودون أن يطلق هو ضار بزوجته معتد عليها، والقرآن منعه من ذلك فإن فعل فللقاضي رفع الظلم إذا ما اشتكت إليه الزوجة، وذلك بأن يأمره بطلاقها فإن لم يفعل طلقها القاضي⁽¹⁾.

وقول النبي صلى الله عليه وسلم "لا ضرر ولا ضرار"، والحديث فيه نهي عن الإضرار بالناس ابتداءً، وعن مضارهم سبب ما وقع منهم من ضرر وفي الحديث دليل على فسخ النكاح بعيوب النكاح أو الإعسار⁽²⁾. ما روى عن الصحابة عن عمر رضي الله عنه كتب إلى أمراء الأجناد في رجال غابوا عن نسائهم: "أن يأخذوا بأن ينفقوا أو يطلقوا، فإن طلقوا بعثوا بنفقة ما حبسوا"⁽³⁾.

كما أجمع الفقهاء على أن لزوجة العين أن تطلب الطلاق وذلك لتضررها، والضرر بعدم الإنفاق أشد وقعا من الضرر بالغة⁽⁴⁾. ويرى الإمام أبو حنيفة رضي الله عنه عدم التفريق عند امتناع الزوج عن الإنفاق إذا كان الزوج معسرا واستدل لرأيه بقوله تعالى: ﴿لِيُنْفِقَ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِ ۗ وَمَن قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنْفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَّا آتَاهَا ۗ سَيَجْعَلُ اللَّهُ بَعْدَ عُسْرٍ يُسْرًا﴾⁽⁵⁾.

ومن السنة النبوية الشريفة أن نساء النبي صلى الله عليه وسلم سأله ما ليس عنده فاعتزلهن شهر فدل ذلك الاعتزال على أن المرأة ليس لها أن تطالب زوجها بما ليس عنده. وأنها تكون ظالمة إن طالبت بذلك وتستحق العقاب على المطالبة وإلا ما اعتزلهن

(1) انظر، عبد الرحمان الصابوني، مدى حرية الزوجين في الطلاق في الشريعة الإسلامية دراسة مقارنة مع الشرائع السماوية وقوانين الأحوال الشخصية العربية والأجنبية، ط 02، دار الفكر، بيروت، 1968، ص 836.

(2) انظر، بلقاسم شتوان، امتناع الزوج عن الإنفاق وحق الزوجة في طلب التفريق شرعا وقانونا، مجلة المعيار، جامعة الأمير عبد القادر، قسنطينة، 2001، عدد 1، ص 150.

(3) الصنعاني، المرجع السابق، ص 427.

(4) عبد الرحمان الصابوني، المرجع السابق، ص 827.

(5) سورة الطلاق، الآية 07.

رسول الله صلى الله عليه وسلم، وإذا كانت المطالبة ظلما تستحق عليها العاقب، فأولى أن لا يكون طلب التفريق إذا كان الزوج معسرا⁽¹⁾.

ولقد وضع الأئمة الثلاثة القائلون بجواز التفريق لعدم الإنفاق شروطا سبب عجز الزوج عن الإنفاق على زوجته ويمكن إجمالها فيما يأتي:

- ثبوت عجز الزوج عن النفقة بأنواعها المختلفة في الحال أو المستقبل.

- أن تجعل الزوجة عند إبرام العقد حالة من حيث فقره وعدم قدرته على الإنفاق، فإن هي علمت بحالته المالية ورضيت به فلا يحق إما بعد ذلك أن تعود وتطلب الفسخ لعدم الإنفاق.

- إذا ادعى الزوج العجز عن النفقة، أو إذا امتنع عن الإنفاق مع أنه لم يثبت إعساره، فإن القاضي يطلق عليه، هذا إذا لم يكن له مال ظاهر وإلا أخذ من ماله جبرا، ما يكفي نفقة الزوجة.

كما اختلف الفقهاء في التفريق للإعسار بين الزوجين اختلفوا كذلك في مدة التأجيل والإهمال، فالإمام مالك رضي الله عنه يؤجل شهر والإمام الشافعي يؤجل ثلاثة أيام⁽²⁾، هذا بالنسبة للفقهاء الإسلاميين، فما هو الحال بالنسبة لقوانين الأسرة المغاربية؟

لقد نصت المادة 53 في فقرتها الأولى من قانون الأسرة الجزائري في أحكام التطلاق لعدم الإنفاق بنصها كآتي: "يجوز للزوجة أن تطلب التطلاق للأسباب التالية:

- عدم الإنفاق بعد صدور الحكم بوجوبه ما لم تكن عالمة بإعساره وقت الزواج مع مراعاة المواد 78-79-80 من هذا القانون".

إن تحليل نص هذه الفقرة يساعد على استخلاص الشروط التي يجب توفرها لقيام حق الزوجة في طلب التطلاق والتي يمكن حصرها فيما يلي:

(1) الصنعاني، المرجع السابق، ص 427.

(2) بلقاسم شتوان، المرجع السابق، ص 156.

- أن تكون الزوجة قد رفعت دعواها من قبل تطالب فيها بالنفقة وصادر حكم من المحكمة بذلك لكنه امتنع عن تنفيذ هذا الحكم حيث نصت المادة 1/53: "عدم الإنفاق بعد صدور الحكم بوجوبه...".

فإن كانت الدعوى لأول مرة للمطالبة بالنفقة فإن القاضي يحكم لها ويعيدها إلى بيت الزوجية، إلا إذا ثبت الامتناع بعد الحكم، فإن رفعت دعوى التطليق فإن القاضي يستجيب لها⁽¹⁾.

- أن لا تكون عالة بإعساره وفقره وقت الزواج فإن كانت عالة بحالته المالية يسقط حقها في التطليق لعدم الإنفاق بسبب رضائها بحاله. ويقع عبء الإثبات هنا على عاتق الزوج بكافة وسائل الإثبات. أما إذا استطاعت الزوجة أن تثبت حالة تغير الزوج أثناء عقد الزواج بحيث تظاهر أنه غني والحال أنه فقير، أو أن عسره جاء بعد زواجهما وأنه عمد وأصر على عدم الإنفاق طلق عليه القاضي في الحال⁽²⁾.

- أن يكون الإنفاق الممتنع عن تقديمه للزوجة والتي يحق لها طلب التطليق بسببه هو إنفاق مثل زوجها على مثلها، وبحسب مدخولاته وموارد رزقه، لأنه لا يجوز أن تزعم عدم الإنفاق عليها إذا طلبت طلبات يفوق دخل زوجها، وتعجزه عنها⁽³⁾.

تجدر الإشارة إلى أن قانون الأسرة الجزائري وإن نص على عدم الإنفاق كسبب من الأسباب التي تمنح للزوجة طلب الحكم لها بالتطليق من زوجها، فإنه لم يفرق بين حالتين وهما حالة عدم الإنفاق مع قدرة الزوج على ذلك وهو ما نسميه بالامتناع عمدا عن الإنفاق المقرر شرعا وقانونا.

وحالة عدم الإنفاق مع عجز الزوج جسديا يقعه عن العمل من أجل كسب رزقه ورزق زوجته وأولاده، وهما حالتان يجب التفريق أو التمييز بينهما ويجب أن لا يكون حكمهما في القانون حكما واحدا.

(1) فضيل سعد، المرجع السابق، ص 272.

(2) بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 276-277.

(3) عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 256-257.

كما أن قانون الأسرة لم يحدد مقدار النفقة التي إذا أعسر الزوج بها وامتنع عنها فرق القاضي بينهما.

وكما أنه لم ينص على أي أجل يتعين مروره بين تاريخ الحكم بوجوب النفقة وتاريخ إقامة الدعوى أو طلب التطلاق بموجبها.

ويرى الدكتور بلحاج العربي ضرورة الرجوع إلى أحكام الفقه المالكي لتكملة النص باعتباره مصدر التشريع في هذه المسألة وليس كما ذهب بعض الشراح استناداً إلى المادة 222 من قانون الأسرة باعتبار أن بعض المذاهب لا تعترف أصلاً بالتطلاق لعدم الإنفاق أو التفريق لإعسار الزوج⁽¹⁾.

ويرى الأستاذ عبد العزيز سعد أن مدة عدم الإنفاق التي يجب على الزوجة مراعاتها في هذا المجال لإمكانية تمتعها بحق طلب التطلاق هي المدة التي وردت الإشارة إليها في المادة 333 من قانون العقوبات وهي شهرين متتاليين.

أما بالنسبة للقضاء وشأنه في هذه المسألة فنجد أن المجلس الأعلى قضى في إحدى قراراته أنه: "متى كان من المقرر فقها وقضاء في أحكام الشريعة الإسلامية أن عدم الإنفاق على الزوجة لمدة تزيد على شهرين متتابعين يكون مبرراً لطلبها التطلاق عن زوجها وذلك وفقاً لما نص عليه الفقيه ابن عاصم يقول: "الزوج إن عجز عن الإنفاق لأجل شهرين دون استحقاق بعدهما الطلاق لا من فعله وعاجز عن كسوة كمثلته" فإن القضاء بما يخالف أحكام هذه المبادئ يعد خرقاً لقواعد فقهية مستمدة من الشريعة الإسلامية.

إذا كان الثابت أن المطعون ضده أدين جزئياً من محكمة الجرح تتهمة الإهمال العائلي وحكم عليه غيابياً بسنة حبسا منفذة، فإن قضاة الاستئناف برفضهم طلب الطاعنة المتعلق بالتطلاق خرقوا أحكام هذا المبدأ الشرعي، ومتى كان ذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه تأسيساً على الوجه المثار من الطاعنة في هذا الشأن"⁽²⁾.

(1) بلحاج العربي، المرجع السابق، 279-280.

(2) المجلس الأعلى، غ.أ.ش، تاريخ 19/11/1984، ملف رقم 4791، مجلة قضائية، 1989، عدد 3، ص 76.

كما قضت المحكمة العليا في قرار لها بأنه "من المقرر قانوناً أنه يجوز تطليق الزوجة عند تضررها ومن المقرر أيضاً أنه إذا تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها ومتى تبين في قضية الحال، أن الزوجة طلبت التطليق لتضررها من ضرب الزوج طردها وإهما لها مع أولادها وعدم الإنفاق عليهم الأمر الذي يجعلها محقة في طلب التطليق والتعويض معا لثبوت تضررها، وعليه فإن قضاة الموضوع لما قضوا بتطليق الزوجة وتعويضها طبقوا صحيح القانون"⁽¹⁾.

فمن خلال القرارات سالفة الذكر نستخلص أن عدم الإنفاق يعطي الحق للزوجة في طلب التطليق بعد صدور الحكم بموجبه، لكن يجب على الزوجة أن تراعي حالة زوجها، فتصبر معه وخاصة إذا كان عدم الإنفاق خارج عن إرادته إلى أن يستطيع أن يلي لها نفقتها، لأن أضرار التطليق يمكن أن تكون أكثر من أضرار عدم الإنفاق.

أما بالنسبة للمشرع المغربي وانطلاقاً من المادة 102 من مدونة الأسرة فعلى المحكمة في حالة امتناع الزوج عن الإنفاق اتخاذ الإجراءات حسب الحالات الآتية:

- 1- إذا امتنع الزوج عن الإنفاق على زوجته وكان له المال ظاهر يمكنه الإنفاق منه، ألزم القاضي أن يحدد تلقائياً طريقة تنفيذ النفقة لها كالأمر بالاقطاع من راتبه إذا كان موظفاً أو مستخدماً أو الأمر بتحويل مبلغ النفقة من ريع له أو من حسابه البنكي إليها.
- 2- إذا أثبت عجز الزوج عن الإنفاق على زوجته، تمهله المحكمة مدة لا تتعدى 30 يوماً حتى يتسنى له الحصول على ما ينفق منه عليها، فإن لم يف بذلك طلقها عليه، إلا إذا وجد ظرف قاهر أو استثنائي وتلك حالة مؤقتة موكول تقديرها إلى المحكمة، فإن مضى الأجل وزالت حالة الاستثناء وثبتت قدرته واستعداده للنفقة حكم عليها بما. وإن بقي عاجزاً عن الإنفاق وتمسكت الزوجة بطلب التطليق فإن القاضي يأمر الزوج بأن يطلق زوجته، فإن امتنع طلقها عليه ولم يثبت عجزه، وأصر على عدم الإنفاق، طلقت عليه المحكمة زوجته في الحال درءاً للضرر الذي قد يلحقها. والمقصود بالتطليق في الحال أن

(1) المحكمة العليا، غ.أ.ش، 1998/07/21 ملف رقم 192665، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، 2001، عدد خاص،

يتم ذلك بشكل فوري دون ما حاجة لمنحه مهلة بعد إصراره في مرحلة الصلح على الامتناع عن الإنفاق.

ولقد حددت المادة 122 من مدونة الأسرة طبيعة التطليق لعدم الإنفاق، حيث جاء محتواها على أن "كل طلاق قضت به المحكمة فهو بائن إلا في حالي التطليق للإيلاء وعدم الإنفاق". ومعنى هذا التطليق سبب عجز الزوج عن الإنفاق على زوجته طلاق رجعي ما لم يكن مكتملا للثلاث، غير أنه يبقى من حقه مراجعتها في العدة إذا ثبت استعداده لذلك⁽¹⁾.

أما القانون التونسي اتخذ نفس منهج الإمام مالك في إقراره الطلاق حال إعسار الزوج بعد إمهاله من القاضي، وهذا جاء النص عليه في الفصل 39 من مجلة الأحوال الشخصية بقوله: "لا يلزم الزوج بالنفقة إذا أعسر إلا أن الحاكم يتلوم له شهرين فإن عجز بعد تمامها عن الإنفاق طلقت عليه زوجته وإذا كانت الزوجة عالمة بعسره حين العقد فلا حق لها في طلب الطلاق".

ولقد جعل هذا النص الزوجة العالمة بالعسر مجردة من حق طلب التفريق لعدم الإنفاق، ذلك أنها مطالبة بالصبر وملازمة الزوج المعسر في إعساره طالبت المدة أو قصرت. وبالتالي فواجبه في الإنفاق عليها يسقط كلياً مادامت تعلم بذلك وهو سقوط غير مقيد بأجل حيث أن المشرع لم يضع أجل أقصى لصبر الزوجة العالمة بعسر زوجها، وإنما ترك الأمر مطلقاً، الشيء الذي يخشى منه انتهاكاً لحقوق هذه الأخيرة التي تكون قد قبلت الزواج رغم إعسار الزوج ظناً منها أن الأزمة ستنتفج. أما إذا طال أمدها لشهور أو سنوات فيبدوا أن حقها في الطلاق يبقى مشروعاً وممكناً، إذ لا يجب أن تتحول وأجبتها في الانتظار إلى استرقاق.

ومن جهة أخرى فإن مسألة عدم قدرة الزوجة على طلب الطلاق قد لا تلحق ضرر بهذه الأخيرة إن كانت تعمل ولها من الموارد ما يكفل قوتها وقوت أبنائها. أما إذا

(1) أحمد أباش، المرجع السابق، ص 295-296.

كانت قابضة بالبيت والزوج معسر عاجز عن الإنفاق، فإن الإشكال يكون حادا في طرحه لأن تجريد المرأة من حقها في طلب الطلاق بحجة أنها كانت عاملة بعسره زمن العقد ليس تجريدا مقتصر مطلق من الحق وإنما لها تأسيس دعواها على الفصل 31 للمطالبة بفك العصمة الزوجية بسبب ما حصل لها من ضرر.

ولكن نظرا لأهمية النفقة واعتبارها من أهم الآثار المالية المترتبة في ذمة الزوج. بموجب عقد الزواج لم تكن القوانين المغربية للأسرة بإعطاء الزوجة حق طلب التطليق بل تعدت ذلك إلى الحكم بحبس الزوج الممتنع عن الإنفاق.

ثانيا: الآثار الجزائية المترتبة على الامتناع عن الإنفاق.

إذا كانت قوانين الأسرة المغربية ومن قبلها قواعد الشريعة الإسلامية قد قررت إلزام الزوج بالإنفاق على زوجته ضمانا لاحترام مبدأ التعاون والتكافل بين كامل أفراد الأسرة الذي أقرته الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، فإن التخلي عن القيام بالإنفاق المطلوب يعتبر نوعا من التخلي عن الالتزامات الزوجية الذي يستوجب الإثم والعقاب، ولقد تم تدعيم هذا المبدأ بالجزاء الذي تضمنته المادة 331 من قانون العقوبات الجزائري، جاء فيها ما يلي:

نصت المادة 331 من قانون العقوبات على: "يعاقب بالحبس من ستة (6) أشهر إلى ثلاث سنوات وبغرامة من 50.000 دج إلى 300.000 دج كل من امتنع عمدا ولمدة تتجاوز الشهرين عن دفع المبالغ المقررة قضاء 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 يعتبر الإعسار الناتج عن الاعتياد على سوء السلوك أو الكسل أو السكر عذرا مقبولا من المدين في أية حالة من الأحوال...".

من خلال هذا النصّ يتبيّن وجوب توفر عدّة شروط لقيام هذه الجنحة، منها ضرورة وجود أساس شرعي عائلي لأداء النفقة ووجود حكم قضائي يحكم بأداء النفقة لصالح الدائن، وركن مادي يتمثل في الامتناع عمدا عن دفع النفقة.

وعليه، فإذا أقامت الزوجة دعوى أمام المحكمة المختصة وكان الغرض منها إلزام المدعى عليه بالنفقة المستحقة قانونا، وحكمت بإلزام المدعى عليه بالنفقة المطلوبة، وأنّ هذا الحكم بُغِيَ إلى المحكوم عليه وامتنع عن التنفيذ مدّة أكثر من شهرين، فإنّ من حق الشخص المحكوم له بالنفقة - أي الزوجة - أن توجه شكاية إلى وكيل الجمهورية مصحوبة بنسخة تنفيذية من الحكم تكون قد حازت قوة القضية المقضية، وبمحضر امتناع عن التنفيذ يحرره العون المكلف بالتنفيذ فإنّ المحكمة بعد أن تتحقق من توفر كل شروط المادة 331 قانون العقوبات تحكم بإدانة المتهم بجنحة الامتناع عن دفع النفقة وتسلب عليه الجزاء القانوني المناسب⁽¹⁾.

ما يلاحظ على المادة 331 من قانون العقوبات الجزائي خروج المشرع على القواعد العامة المتعلقة بإثبات القصد الجنائي، فنصّ على أنّ عدم الدفع يعتبر عمدا ما لم يثبت العكس، كما أنّه جعل الاختصاص المحلي في الدعاوى الخاصة بالنفقة من اختصاص محكمة موطن أو محل إقامة مستحق النفقة وهو الدائن أي الزوجة. والمعلوم أنّ جريمة عدم تسديد النفقة هي جنحة مستمرة إلى حين التخلص التام من دفع المبالغ المقررة على المتهم.

كما أنّ بانقطاع الزوجية تصبح النفقة دينا مدنيا، لا يشكل أساسا للمتابعة الجنائية.

ووفقا لهذه الشروط قضت المحكمة العليا بأنه: "من المقرر قانون أن يعاقب كل من امتنع عمدا ولمدة تتجاوز الشهرين عن تقديم المبالغ المقررة قضاء لا عالة أسرته، وعن أداء كامل قيمة النفقة المقررة عليه لزوجته أو أصوله أو فروعها.

(1) عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 109-110.

ومن ثم يتعين لقيام الجريمة توفر شرط أساسي هو وجود العلاقة الشرعية، ولما ثبت في قضية الحال، أن العلاقة الزوجية انقطعت بسبب الطلاق، فالنفقة المحكوم بها لفائدة المطلقة تعتبر ديناً يتعين على هذه الأخيرة تنفيذ الحكم للحصول عليها، ولا تشكل أساساً للمتابعة الجزائية.

وعليه فإن قضاة الموضوع بإدانتهم للطاعن على أساس جريمة الإهمال العائلي يكونوا قد أخطؤوا في تطبيق القانون وعرضوا قرارهم للنقض⁽¹⁾. كما قضت ذات المحكمة بأن: "عدم تسديد النفقة رغم صدور أمر استعجالي يلزم بدفعها بالاستناد على انعدام حكم أو قرار نهائي لتبرئة المتهم يعد خرقاً للقانون.

من المقرر قانوناً أن يتحمل المسؤولية الجزائية كل من امتنع عمداً ولمدة تفوق الشهرين عن تقديم المبالغ المالية المقررة قضاء لإعالة أسرته، ويبقى الافتراض عن عدم الدفع عمدياً، ما لم يثبت العكس ومتى ثبت صدور أمر قضائي استعجالي يلزم المتهم بدفع النفقة فإن قضاة المحلي قد خرقوا القانون عندما قضوا بالبراءة لصالحه بدعوى أنه لا يوجد حكم أو قرار نهائي في النزاع مما يتعين نقض وإبطال قرارهم المنتقد⁽²⁾.

من خلال القرارات سالفة الذكر نستخلص أن الزوج الممتنع عن أداء النفقة المستحقة للزوجة لمدة تفوق الشهرين يعتبر مرتكباً لجريمة الامتناع عن دفع النفقة، ويجب أن يعاقب وتبقى السلطة التقديرية للقاضي في تسليط العقوبة المناسبة حسب وقائع كل قضية.

أما المشرع المغربي بعدما بيّن في الفصل 479 من القانون الجنائي الأحكام الخاصة بجريمة إهمال الأسرة والعقوبة المخصصة لها، أضاف في الفصل 480 من نفس القانون ما يلي: "يعاقب بنفس العقوبة من صدر عليه حكم نهائي أو قابل للتنفيذ المؤقت بدفع نفقة إلى زوجته أو أحد أصوله أو فروعه وأمسك عمداً عن دفعها في موعدها المحدد. وفي حالة العود يكون الحكم بعقوبة الحبس حتمياً.

(1) المحكمة العليا، غ.ج، 1993/11/23، ملف رقم 102548، مجلة القضائية 1994، عدد 02، ص 282.

(2) المحكمة العليا، غ.ج، 1995/04/16، ملف رقم 124384، مجلة قضائية، 1995، عدد 2، ص 192.

والنفقة التي يحددها القاضي تكون واجبة الأداء في المحل المستحق لها ما لم ينص الحكم على خلاف ذلك.

من الواضح جدا أن تطبيق مقتضيات هذا النص في جانبها المتعلق بالنفقة الواجبة للزوجة يقتضي بدهاء وكشرط أولى توافر عنصرين أساسيين مفترضين هما:

- قيام رابطة زوجية صحيحة أو وجود الزوجة في عدة من طلاق رجعي.
- تقرير النفقة بحكم قضائي نهائي أو مؤقت⁽¹⁾.

وبالإضافة إلى العنصرين السالفين، لا بد من توافر الركن المادي والركن المعنوي لهذه الجريمة مع تحريك الدعوى العمومية عن طريق تقديم شكوى من الزوجة.

يتمثل الركن المادي لجريمة الامتناع عن أداء النفقة المنصوص عليها ضمن الفصل 480 في الامتناع عن دفع مبلغ النفقة المحكوم به قبل أو بعد ضرورة الحكم نهائيا. وإن كان المشرع المغربي، وطبقا للفقرة الثالثة من الفصل 481 من نفس القانون، قد أوجب منح الزوج مهلة لا يمكن أن تتجاوز خمسة عشرة يوما لكي يسدد ما عليه، خلافا للمشرع الجزائري الذي حددها بشهرين.

ويتوافر القصد الجنائي عمليا في هذه الجريمة متى أخطر الزوج بالحكم الصادر ضده والذي يلزمه بأداء مبلغ النفقة إلى زوجته ومع ذلك رفض الامتثال له أي تنصرف إرادته إلى التملص منه بعد الانصياع للحكم المذكور.

وتوقف المتابعة على شكوى صادرة عن الزوجة طبقا لما نصت عليه الفقرة الثانية من الفصل 481 من القانون الجنائي⁽²⁾.

فحسب المستفاد من هذا النص أنه لا يمكن للنيابة العامة أن تحرك لمتابعة الجنائية ضد الزوج الممتنع عن تنفيذ الحكم القاضي عليه بأداء نفقة زوجته إلا بعد توصلها

(1) محمد الكشور، المرجع السابق، ص 465.

(2) تنص الفقرة الثانية من الفصل 481 من القانون الجنائي على أنه "لا يجوز رفع هذه الدعاوى الأبناء على شكوى من الشخص المهمل أو المستحق للنفقة أو نائبه الشرعي، مع الإدلاء بالسند الذي يعتمد عليه، غير أنها ترفع مباشرة من طرف النيابة العمومية عندما يكون النائب المذكور هو المقترف للجريمة...".

بشكوى بذلك من الزوجة صاحبة المصلحة، أو ممن ينوب عنها بكيفية قانونية صحيحة، ما لم يكن هذا النائب هو المقترف للجريمة.

والظاهر أن ربط المتابعة بشكوى صادرة عن الزوجة في هذه الحالة إنما يمليه وجوب الحفاظ على الأسرة من التفكك الذي قد يتولد نتيجة لمتابعة الزوج والحكم بحبسه.

أما بالنسبة للعقوبة المقررة للجريمة جاء في مطلع الفصل 479 من القانون الجنائي الخاص بجريمة إهمال الأسرة المحال على عقوبته بمقتضيات الفصل 480 من نفس القانون ما يلي:

"يعاقب بالحبس من شهر إلى سنة وبغرامة من 200 إلى 2000 درهم أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط...".

يتضح من هذا النص أن القاضي الجنائي المغربي يتمتع بسلطة تقديرية واسعة في هذا المجال لأن له أن يتصرف في العقوبة الحبسية بين حديها شهر وسنة وفي الغرامة بين حديها 200 و2000 بل وله أن يقتصر على الحكم بالحبس وحده أو بالغرامة وحدها وأن يجعل الحبس نافذا أو موقوف التنفيذ⁽¹⁾.

ومع ذلك وطبقا للفقرة الثانية من الفصل 480 من القانون الجنائي فيجب على القاضي الجنائي أن يحكم حتما بالعقوبة الحبسية في حالة العود ثانية إلى ارتكاب ذات الجريمة.

بينما القانون التونسي فاعتبر الزوج القادر على الإنفاق والمتردد عن القيام بواجبه مرتكبا لجنحة وبالتالي عرضه للتتبع الجزائي⁽²⁾، إذ جاء الفصل 53 مكرر ناصا على أن "كل من حكم عليه بنفقة أو بالجرایة المنصوص عليها بالفقرة الثالثة من الفصل 31 جديد

(1) محمد الكشور، المرجع السابق، ص 470.

(2) وقد استحدثت الجريمة أول الأمر بأمر مؤرخ في 22 ماي 1926 المنقح بأمر 13 سبتمبر 1928 وكان يحتوي على فصلين أولهما يتعلق بالجريمة وأركانها وعقابها وثانيهما يتعلق بقواعد الاختصاص وطرق التظلم إلى حين صدور القانون عدد 07 المؤرخ في 18 فيفري 1981 الذي ألغاه وأضاف فصلا جديدا في مجلة الأحوال الشخصية وهو الفصل 53 مكرر.

وبالفقرتين الخامسة والسادسة من الفصل 32 جديد من هذه المجلة فقضى عمدا شهرا بدون دفع ما حكم عليه بأدائه يحاكم بالسجن مدة تتراوح بين الثلاثة أشهر والعام وبخطية من مائة دينار إلى ألف دينار"، ثم تدخل المشرع من جديد بمقتضى القانون عدد 74 المؤرخ في 12 جويلية 1993 ليجعل الأداء موجبا للإيقاف التتبع أو المحاكمة أو تنفيذ العقاب إلى جانب بعته صندوق ضمان النفقة والجزاية.

ومتى أحل الزوج بواجب الإنفاق على معنى الفصل 23 من مجلة الأحوال الشخصية، فأوجب توفر ركنين لتحقيق الجنحة، أولهما يتمثل في قضاء المحكوم عليه حكم نفقة شهرا واحدا بدون دفع ما عليه رغم بلوغ الإعلام إليه. وتتأسس الجنحة إذا انضم الركن المعنوي المتمثل في القصد إلى الركن المادي.

كثيرا ما يتعطل سير مؤسسة الزواج ويجب في أوصالها الوهن فيضحى استمرارها محالا لتبلغ في آخر المطاف مرحلة الانحلال بالطلاق، وعليه إذا وقعت الفرقة بين الزوجين، تنتقل إلى أصل قيم نادى به الإسلام هو تسريح بإحسان وهو المفارقة بالمعروف⁽¹⁾، وانطلاقا من هذا المبدأ النبيل، يجد أن الفقه الإسلامي ومن بعده قوانين الأسرة المغاربية نظم آثار الفرقة بالمعروف، فوضع أحكاما اعتبرها حق الشرع لا يجوز للزوجين ولا لغيرهما أن يغيروا منها أو يتنازلوا عنها، كما رتب أحكاما جعلها حقا للزوج المفارق وأحكاما أخرى جعلها للزوجة المفارقة، ولأن الحقوق الخاصة بهذه الأخيرة منها ما هي شخصية ومنها ما هي مادية فسنتكفي بدراسة الحقوق المادية وبالأحرى الحقوق المالية التي تستحقها المطلقة بعد فكّ الرابطة الزوجية (الفصل الثاني).

⁽¹⁾ انظر، يوسف القرضاوي، الحلال والحرام في الإسلام، مكتبة وهبة، القاهرة، 1977، ص 178.

الفصل الثاني

الحقوق المالية للمرأة

كأثر لانحلال الرابطة الزوجية

قد تصاب الحياة الزوجية بما لا يستطيع معه العشرة، وتصبح جحيما بعد أن كانت سكنا وراحة، ومصدر لشقاء لا يحتمل بعد أن كانت خيرا ونعمة، فلو لم تتح الشريعة الإسلامية الطلاق لنكدت عيشة الزوجين معا، ولا استحال على كل واحد منهما القيام بواجباته. بل قد يدعو ذلك كل واحد منهما إلى الفساد، واستمرار هذا الواقع المرير يؤدي إلى مساوئ اجتماعية وآثار سلبية على الأسرة⁽¹⁾.

واتقاء لهذه المساوئ وصونا لنظام العائلة عالج الإسلام أحكام الطلاق وفق نظام لا مثيل له، فراعى حال كلا الطرفين، وفرض على كلاهما أحكاما معينة يجب عليهما الالتزام بها بعد حصول الفرقة. وما يهمننا في موضوع بحثنا هو المرأة المطلقة، فنجد أن الفقه الإسلامي ومن بعده التشريعات المغاربية للأسرة قد راعت حالتها وفرضت لها حماية تصون حقوقها.

ومن بين هذه الحقوق الحق في النفقة بأنواعها (المبحث الأول) بالإضافة إلى حقها في المطالبة بالتعويض (المبحث الثاني) وحقها باعتبارها مطلقة مرضعة أو مطلقة حاضنة، زيادة على حق آخر ذات صيغة مالية كثيرا ما يثار بشأنه تنازع بين الطرفين وهو متاع البيت (المبحث الثالث).

(1) انظر، عثمان التكروري، شرح قانون الأحوال الشخصية، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2004، ص 175.

المبحث الأول:

النفقات المستحقة للمطلقة.

إذا كانت النفقة من أولى الواجبات الملقاة على عاتق الزوج ومن أهم حقوق الزوجة، فإن هناك ما يرتبط بهذا الحق، فالمعتدة مثلاً ما دامت في العدة فهي محتسبة لحق زوجها ولا يحل لها أن تتزوج غيره حتى تنقضي عدتها ولهذا تجب لها على مطلقها النفقة بمشتملاتها⁽¹⁾ (المطلب الأول).

والزوجة إذا طلقها زوجها دون رضاها ولا بسبب من قبلها تستحق فوق نفقة عدتها متعة تعويضا لها عن الفرقة بينها وبين زوجها (المطلب الثاني) بالإضافة إلى نفقة الإهمال (المطلب الثالث).

المطلب الأول:

نفقة العدة.

كلمة الطلاق في نظر الإسلام هي وقف مؤقت لعلاقة تحتاج إلى إعادة النظر، وليست حسما صارما لمدة العلاقة.

ومن هنا لا يرتضي الإسلام هذه في كل وقت بل جعل لها أوقاتا خاصة. وبعد وقوعها كما رسم، استبقى الحياة الزوجية داخل البيت مدة طويلة لعل المياه تعود إلى مجاريها، لعل مشاعر الجفاء تبرد وعواطف الحنان تغلب. وهذا ما جاء في قوله تعالى:

﴿ يَأْتِيهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا الْعِدَّةَ ۖ وَاتَّقُوا اللَّهَ رَبَّكُمْ ۖ لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَلَا تَخْرُجْنَ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفَحِشَةٍ مُبَيَّنَةٍ ۚ وَتِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ ۚ وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ ۚ لَا تَدْرِي لَعَلَّ اللَّهَ يُحْدِثُ بَعْدَ ذَلِكَ أَمْرًا ۖ ﴾⁽²⁾.

(1) - انظر، أحمد فتحي البهنسي، نفقة المتعة بين الشريعة والقانون، ط1، دار الشروق، 1988، ص 19.

(2) - سورة الطلاق، الآية 01.

والجملة الأخيرة تشير إلى حكم بقاء المرأة في البيت فهو لا يزال بيتها كما يشير إلى سبب جعل الطلاق في وقت محدد، فهو لا يجلب وقت الحيض، ولا يجلب في طهر تم فيه الاتصال بين الزوجين فله زمانا محدد يجلب فيه⁽¹⁾.

فتعتبر العدة في الشريعة الإسلامية جزءا مكتملا لعقد الزواج، إذ يمكن للزوج أن يرجع زوجته وتستمر الحياة الزوجية، فهي بمثابة الوسيلة للمصلحة وهي إمكانية تصليح الصدع الذي وقع بين الزوجين وتنج عنه الطلاق حفاظا على مصلحة الحفاظ على استقرار واستمرار معنى الزوجية وما تتضمنه من رفق وتعاون ومحبة⁽²⁾.

فعلى المرأة المطلقة احترام الأجل الذي أوجبه الشرع لانقضاء ما بقي من آثار الزواج ولهذا يجب لها على مطلقها النفقة خلال فترة العدة التي تختلف باختلاف سببها (الفرع الأول) كما أن هناك حالات لاستحقاق هذه النفقة (الفرع الثاني) وحالات أخرى تسقط فيها نفقة العدة (الفرع الثالث).

الفرع الأول:

تعريف العدة وأنواعها.

العدة مأخوذة من العد والإحصاء أي ما تحصيه المرأة وتعهده من الأيام والأشهر وهي اسم للمدة التي تنتظر فيها وتمتنع عن التزوج بعد وفاة زوجها أو فراقه لها⁽³⁾. فالعدة هي الأجل الذي ضربه الله سبحانه وتعالى لمن وقع فراق بينهما وبين زوجها ليحل لها نكاح غيره، أما قبل أن تنتهي هذه الفترة الزمنية اللاحقة على الفرقة فإنها تستطيع الزواج بزوجها الأول فقط ما لم يكن سبب فراقها وفاة الزوج⁽⁴⁾. والحكمة من العدة هي بالدرجة الأولى معرفة براءة الرحم حتى لا يكون هناك اختلاط الأنساب، كذلك إعطاء فرصة للزوجين لإعادة الحياة الزوجية إلى مجراها

(1) - انظر، محمد الغزالي، قضايا المرأة بين التقاليد الراكدة والوفاة، ك1، در الانتفاضة، الجزائر، 1992، ص 185-186.

(2) - انظر، عبد القادر بن عزوز، أحكام فقه الأسرة، ط1، دار قرطبة، الجزائر، 2008، ص 175.

(3) - انظر، أحمد محمد عساف، الأحكام الفقهية في المذاهب الإسلامية الأربعة، المجلد الثاني، ط2، بيروت، 1987، ص 410.

(4) - فضيل سعد، المرجع السابق، ص 347.

الطبيعي. ويرى الدكتور محمد كمال الدين إمام: "أن العدة من الأمور التعبدية التي يعمل بها ولا تلتبس لها حكمة فلو كانت لاستبراء الرحم لاكتفى فيها بجيذه وما وجبت على الصغيرة التي لا تحيض وعلى اليائسة التي انقطعت حيضها ولو كانت لتمكين الزوج من المراجعة ما وجبت في الطلاق البائن"⁽¹⁾.

ويرى الإمام محمد أبو زهرة أن العدة شرعت للحداد على الزواج السابق فلا يصح للحرمة الكريمة أن تتزوج فور طلاقها إذ يعد ذلك إهانة بالزواج الأول والعشرة التي قامت فيه وهي تستوجب الوفاء له⁽²⁾.

تختلف مدة العدة باختلاف سببها وما إذا كان عدة طلاق أو فسخ أم عدة وفاة. وفي كلتا الحالتين تختلف العدة بحسب ما إذا كانت المعتدة حاملاً أم لا، من ذوات الحيض أم لا، ولذا فالعدة أنواع: عدة القروء، عدة الشهور وعدة الحامل.

فعدة القروء نص عليها المشرع الجزائري في المادة 58 من قانون الأسرة وهي كالاتي: تعتد المطلقة المدخول بها غير الحامل ثلاثة قروء... "وهذا النص مأخوذ من قوله سبحانه وتعالى: ﴿وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ﴾⁽³⁾ ولقد اختلف الفقهاء في معنى القروء الذي عبر به الله سبحانه وتعالى في القرآن الكريم، والمقصود بالقرء لغة مشتركة بين الطهر والحيض ويجمع على أقرء وقروء وللفقهاء آراء للتفسير حيث يرى الحنفية والحنابلة أن المراد بالقرء الحيض لأن الحيض معروف لبراءة الرحم، وهو المقصود بالعدة، بينما يرى المالكية والشافعية أن القرء هو الطهر لأنه تعالى أثبت التاء في العدد ثلاثة، فدل على المعدود مذكر، وهو الطهر لا الحيض⁽⁴⁾.

(1) - انظر، محمد كمال الدين إمام، الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي، ط1، المؤسسة الجامعية للدراسات للنشر والتوزيع، بيروت، 1996، ص 283-284.

(2) - محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص 371.

(3) - سورة البقرة، الآية 228.

(4) - انظر، محمد بن أحمد بن جزى الغرناطي، القوانين الفقهية في تلخيص مذهب المالكية والتنبيه على مذهب الشافعية والحنفية والحنبلية، المكتبة العصرية، بيروت، 2002، ص 260.

فالخلاف أنه إذا طلقها في طهر انتهت عدتها عند الذي يرون أن القراء هو الطهر. بمجيء الحيضة الثالثة لأنه يحتسب لها الطهر الذي طلقت فيه، أما بخصوص الذين يعتبرون القراء هو الحيض فعدتها لا تنقضي إلا بانقضاء الحيضة الثالثة.

ما يمكن استخلاصه من هذه الآراء أن الرأي الذي يعتبر القراء بمعنى الحيض هو الذي يتماشى مع الواقع لأن المرأة تعرف براءة رحمها بالحيض فإذا حاضت تبين أنها غير حامل وإذا استمر الطهر تبين غالباً وجود الحمل.

مهما كان الخلاف بين الفقهاء حول المراد من القراء، سارت مدونة الأسرة المغربية على منوال المالكية واعتبرت بدورها القراء طهراً وذلك في المادة 136 فقرة 01 منها التي تقض بأن غير الحامل تعد بثلاثة أطهار كاملة لذوات الحيض. وبناء على هذا فإن المرأة إذا كانت تبيض وطلقت بعد الدخول فعدتها إن لم تكن حاملاً أن تنتظر ثلاث أطهار⁽¹⁾. لم يتعرض المشرع التونسي لعدة القراء واكتفى بعدة الأشهر حيث نص الفصل 35 من مجلة الأحوال الشخصية على ما يلي: "تعد المطلقة غير الحامل مدة ثلاثة أشهر كاملة.."

لم يفرق المشرع التونسي بين المطلقة التي تبيض والمطلقة التي لا تبيض وجعل العدة واحدة بالنسبة لكلا الحالتين. المرأة تعد بالقراء إذا استكملت أربعة أوصاف: أن تكون ممن يحضن فعلاً، وأن يكون سبب الفراق بينها وبين زوجها الطلاق، وأن يكون قد دخل بها أو ما يجري مجرى الدخول وهو الخلوة الصحيحة لكونها في حكم الدخول، فإن لم يدخل بها فلا عدة عليها بالقراء، وأن لا تكون حاملاً وقت الفرقة.

قد تبني المشرع الجزائري في قانون الأسرة الرأي السائد عند الفقهاء والقائل بالألا عدة للزوجة غير المدخول بها، وذلك ما يستشف من المادة 58 من قانون الأسرة. فالمشرع من خلال هذه المادة عدد على سبيل الحصر الزوجات المطلقات الواجب عليهن الاعتداد، وذكر المدخول بها غير الحامل والمدخول بها اليائس من الحيض، ولم يذكر

(1) - انظر، محمد الشافعي، الطلاق والتطليق في مدونة الأسرة، ط1، المطبعة والوراقة الوطنية، مراكش، 2010، ص 164.

المطلقة غير المدخول بها. ويعني ذلك بمفهوم المخالفة أن المطلقة غير المدخول بها مستثناة من هذه المادة، وفي ذلك تبني لما جمع عليه الفقهاء.

وأكد قضاة المحكمة العليا هذا التوجه من خلال عدّة قرارات منها القرار الصادر في 18/06/1996 والذي جاء محتواه كما يلي: "من المقرر شرعا أنه تستوجب العدة للمرأة المطلقة والمتوفى عنها زوجها ولا تستوجب للمرأة المطلقة غير المدخول بها. ولما كان في قضية الحال أن المطعون ضدها طلقت من زوجها الأول قبل الدخول، وأعدت الزواج ثانية في الأسبوع الأول من طلاقها فإن القضاة برفضهم لطلب الطاعن نفي الزواج لعدم إتمام العدة من الزواج الأول. والحكم بصحة الزواج ورجوع الزوجة إلى البيت الزوجي طبقوا صحيح القانون، ومتى كان ذلك استوجب رفض الطعن"⁽¹⁾. وفي معرض تأسيسه خلص القرار إلى أن الوجه الأول المأخوذ من انعدام الأساس القانوني بدعوى أن القرار المطعون فيه قد اعتبر الزواج الحاصل بين الزوجين زواجا شرعيا وأنها زفت إلى زوجها الثاني بعد أربعة أيام فقط من طلاقها من زوجها الأول.

وقد وردت المحكمة العليا بأن الوجه في غير محله ذلك أن العدة لا تجب على المطعون ضدها التي طلقت قبل الدخول من زوجها الأول وتزوج من ساعة طلاقها. وتأكيدا لقول الفقهاء بأن الخلوة الصحيحة تعتبر دخولا تجب بها توابع العصمة بما فيها العدة تبني القضاء الجزائري هذا الاتجاه من خلال قراراته والتي من بينها القرار الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 18/06/1991 والذي جاء فيه ما يلي:

"من المقرر شرعا وقانونا أنه إذا أبرم عقد الزواج صحيح وتأكّدت الخلوة بين الزوجين، أصبح الحق في جميع توابع العصمة وكامل صداقها حتى ولو لم يقع احتفال بالدخول ومن ثم فإن النفي على الحكم المطعون فيه بمخالفة القانون غير سديد.

ولما كان من الثابت -في قضية الحال- أن الطاعن أبرم عقد الزواج أمام ضابط الحالة المدنية بالبلدية المفترض فيه الشروط المطلوبة، وأن المحكمة تأكّدت من وقوع

(1) - المحكمة العليا، غ. أ. ش، 18/06/1996 ملف رقم 137571، المجلة القضائية 1997، عدد 02، ص 93.

الدخول والاختلاء بين الزوجين، فإن القاضي الذي منحها جميع توابع العصمة والصداق بعد الطلاق طبق الشرع والقانون تطبيق سليما، ومتى كان ذلك استوجب رفض الطعن⁽¹⁾.

من خلال هذا القرار نجد أن قضاة المحكمة العليا أكدوا أن قاضي المحكمة قد اعتبر الزواج صحيحا وأن اختلاء الزوج بزوجته كاف لجعل العلاقة الزوجية قائمة بين الزوجين. وقد تبنت المحكمة العليا حيثيات قاضي الدرجة الأولى في اعتباره الخلوة الصحيحة شأنها شأن الدخول الحقيقي كونه دخولا حكما مما جعل الأثار ثابتة.

وفوق كل ذلك اعتبرت المحكمة العليا وجود عقد زواج مسجل مدنيا ومستوف لكافة أركانه وشروطه دليلا على وجود خلوة صحيحة ودخول تم ولم تم دون احتفال مما يجعل جميع الجوانب المنجزة عن الطلاق منتجا لأثارها وأولها العدة.

وقد نص المشرع المغربي في المادة 130 من مدونة الأسرة على أنه "لا تلتزم العدة قبل البناء والخلوة الصحيحة إلا للوفاة". لأن الحكمة من العدة في التأكد من خلوة المرأة من أي حمل، وتحاشيا لأي التباس إذ ظهر الحمل، خوفا من اختلاط الأنساب، فهي مرتبطة أساسا بالمعاشرة "الوطء" وإذا كان هذا الأخير منعما فلا داعي للعدة. وهكذا، فإن الطلاق الذي يكون قبل الدخول "البناء" لا يمكن للمرأة أن تعتد فيه لانعدام المسيس، والشيء نفسه إذ لم تثبت الخلوة الصحيحة أو ما يطلق عليه الدخول الحكمي، فبانعدام هذين العنصرين تنعدم العدة حيث يمكن للمطلقة أن تتزوج مباشرة بعد الطلاق دون أن تعتد.

أما بالنسبة لعدة الشهور تعرض لها المشرع من خلال نص المادتين 2/58 و59 من قانون الأسرة، ونجد أنه فرق بينهما تبعا لطبيعة كل نوع من هذين النوعين.

فالمادة 2/58 تكلمت عن النوع الأول ألا وهو عدة اليأس من الحيض حيث نصت على ما يلي: "تعتد المطلقة...، واليأس من الحيض بثلاثة أشهر من تاريخ

(1) - المحكمة العليا، غ. أ. ش، 18/06/1991 قرار رقم 74375، المجلة القضائية 1993، عدد 01، ص 61.

التصريح بالطلاق". وهذا النص مأخوذ من قوله تعالى: ﴿وَالَّتِي يَسِّنَ مِنَ الْمَحِيضِ مِنْ نِسَائِكُمْ إِنْ أُرْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ وَالَّتِي لَمْ تَحِضْ^ع﴾⁽¹⁾. والنوع الثاني يتعلق بالمرأة التي توفي عنها زوجها وسبب وجوب العدة في هذه الحالة هو الوفاة إظهارا للحزن بفوات نعمة الزواج. وشرط وجوب العدة في هذه الحالة هو الزواج الصحيح فتجب العدة على المتوفي عنها زوجها، سواء أكانت مدخولا بها أم غير مدخول بها وسواء أكانت ممن يحضن أم ممن لا يحضن⁽²⁾. وعدة المتوفي عنها تكون بتمام أربعة أشهر وعشرة أيام لقوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ وَيَذُرُونَ أَزْوَاجًا يَتَرَتَّبْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا^ط﴾⁽³⁾، وهو ما نصت عليه المادة 59 من قانون الأسرة بقولها: "أن المتوفي عنها زوجها تعتد بأربعة أشهر وعشرة أيام". وإذا كانت المرأة المتوفي عنها زوجها حاملا فتنتهي عدتها بوضع الحمل. غير أن الفقهاء يقولون أن العدة في هذه الحالة تكون بأبعد الأجلين. فإذا كان الحمل قد نزل قبل مضي أربعة أشهر وعشرة أيام أكملت العدة إلى أربعة أشهر وعشرة أيام، وإن كان الحمل لازال في بطن المرأة أكثر من ذلك انتظرت حتى تضع حملها⁽⁴⁾.

لكن إذا رجعنا لقوله تعالى فنقول أن عدة المتوفي عنها زوجها الحامل تنتهي بوضع حملها.

والملاحظ أن مدة أربعة أشهر وعشرة أيام هي مدة قصوى لمعرفة حقيقة رحم المرأة المتوفي عنها زوجها باعتبارات الطفل في بطن أمه يقض أربعين يوما نطفة وأربعين يوما علقة وأربعين يوما مضغة تم تنفخ فيه الروح⁽⁵⁾.

(1) - سورة الطلاق، الآية 04.

(2) - مصطفى العدوي، أحكام الطلاق في الشريعة الإسلامية، دار الإمام مالك، الجزائر، 1997، ص 156.

(3) - سورة البقرة، الآية 234.

(4) - انظر، أحمد الشرباصي، يسألونك في الدين والحياة، ط04، دار الجليل، بيروت، 1980، ص 278.

(5) - انظر، فضيل سعد، المرجع السابق، ص 352.

ولقد عبر القرآن الكريم على أطوار النشأة الإنسانية⁽¹⁾ بقوله تعالى: ﴿وَلَقَدْ خَلَقْنَا الْإِنْسَانَ مِنْ سُلَالَةٍ مِّن طِينٍ ﴿١٢﴾ ثُمَّ جَعَلْنَاهُ نُطْفَةً فِي قَرَارٍ مَّكِينٍ ﴿١٣﴾ ثُمَّ خَلَقْنَا النُّطْفَةَ عَلَقَةً فَخَلَقْنَا الْعَلَقَةَ مُضْغَةً فَخَلَقْنَا الْمُضْغَةَ عِظْمًا فَكَسَوْنَا الْعِظْمَ لَحْمًا ثُمَّ أَنْشَأْنَاهُ خَلْقًا آخَرَ ﴿١٤﴾ فَتَبَارَكَ اللَّهُ أَحْسَنُ الْخَالِقِينَ ﴿١٥﴾﴾⁽²⁾ وبالرجوع إلى نص المادة 59 من قانون الأسرة، نجد أن عدة المتوفي عنها زوجها من نفس عدة زوجة المفقود من حيث المدّة، ولا تختلفان إلا من حيث بداية حساب العدة، وهذا باعتبار أن عدة المتوفي عنها زوجها يبدأ حسابها من يوم الوفاة وعدة زوجة المفقود تبدأ في حسابها من يوم صدور الحكم بفقدها⁽³⁾.

أما بالنسبة لمدونة الأسرة المغربية نجد أنه تخضع لقاعدة الاعتداد بالأشهر ثلاث طوائف من النساء:

أ- المرأة التي لا تحيض في الأحوال العادية أما لصغر في السن وإما لدخولها في سن اليأس، وبما أن المرأة في مثل هذه الأحوال لا تحيض، فإنه لا يمكن عمليا حساب عدتها بالأطهار ولا بالحیضات ولذلك فقد حددت عدتها ثلاثة أشهر طبق لنص المادة 136.

ب- المستحاضة ومتأخرة الحيض، والمستحاضة هي المرأة التي يستمر نزول الدم منها بعد انتهاء الوقت المعتاد للحيض فتعجز من ثم عن تمييزه هل هو دم حيض، أم هو دم غيره ناتج عن حالة مرضية مثلا ومتأخرة الحيض هي المرأة التي تتخلف عنها دم الحيض عن الوقت المعتاد لا سبب غير معروف.

(1) - انظر، تشوار جيلالي، الزواج والطلاق اتجاه الاكتشافات الحديثة للعلوم الطبية والبيولوجية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2001، ص 74.

(2) - سورة المؤمنون، الآيات 12، 13، 14.

(3) - انظر، المادة 109 من قانون الأسرة الجزائري.

وطبقا لمدونة الأسرة، فإن متأخرة الحيض أو التي لم تميزه عن غيره تتربص تسعة أشهر تم تعد بثلاثة أطهار، فتكون فترة الانتظار سنة بكاملها واستمدت مدونة الأسرة هذا الحكم من الفقه المالكي⁽¹⁾.

ج- المتوفي عنها زوجها فعدها متى كانت غير حامل وقت وفاة الزوج تكون أربعة أشهر وعشرة أيام من تاريخ الوفاة.

حيث تقضي المادة 132 من مدونة الأسرة بأن: "عدة المتوفي عنها زوجها غير حامل أربعة أشهر وعشرة أيام كاملة".

وهو نفس ما سار عليه المشرع التونسي بخصوص عدة المتوفي عنها زوجها حيث حددها الفصل 35 بأربعة أشهر وعشرة أيام كاملة.

كما أن الفصل 36 من مجلة الأحوال الشخصية نص على أن تعدد زوجة المفقود عدة الوفاة بعد صدور الحكم بفقدانه أما عدة الحامل نصت عليها المادة 60 من قانون الأسرة بقولها أن "عدة الحامل هي وضع حملها"، وهكذا تكون العدة بوضع الحمل بالنسبة للمرأة التي حصلت الفرقة بينها وبين زوجها وهي حامل، بمعنى أن عدتها في وضع حملها، وبالرجوع إلى ذات المادة نجد أنها قد حددت مدة الحمل، إذ نصت على أن "عدة الحامل وضع حملها وأقصى مدة الحمل عشرة أشهر من تاريخ الطلاق أو الوفاة". وهذا ما نصت عليه أيضا المادة 42 من ذات القانون بقولها "وأقصاه عشرة أشهر". وأكدته في باب النسب المادة 43 من قانون الأسرة بالتنصيص على أنه "ينسب الولد لأبيه إذ وضع الحمل خلال عشرة (10) أشهر من تاريخ الانفصال أو الوفاة".

ولقد جاء ذلك تطبقا لقوله عز وجل: ﴿ وَأُولَاتُ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ ﴾⁽²⁾، وكذلك من شرح رسول الله صلى الله عليه وسلم وما روي عن صحابته،

(1) - انظر، محمد الكشور، الوسيط في شرح مدونة الأسرة، الكتاب الثاني، انحلال ميثاق الزوجية وآثاره، ط2، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، 2009، ص 280.

(2) - سورة الطلاق، الآية 04.

حيث روى الميسور بن مخرجة أن سبيعة الأسلمية نفست بعد وفاة زوجها بليال وجاءت إلى النبي صلى الله عليه وسلم فاستأذنته أن تنكح فأذن لها⁽¹⁾.

وعلى هذا المنوال سارت مدونة الأسرة حيث تقضي في مادتها 133 بأن عدة الحامل تنتهي بوضع حملها أو سقوطه، مما تجدر الإشارة إليه أن المدونة تنص على أن أقصى أمد الحمل وبالتبعية أقصى مدة العدة هي سنة من تاريخ الوفاة أو الطلاق⁽²⁾.

وإذا أدعت المعتدة الريبة في الحمل وتوزعت في ذلك يرفع الأمر إلى المحكمة التي يستعين بذوي الاختصاص من الخبراء لكي يحددوا ما في بطنها هل حمل أو مجرد علة لتقرر استمرار العدة أو انتهائها كما نصت على ذلك المادة 134 من مدونة الأسرة. وفي هذا الصدد جاء قرار للمجلس الأعلى على أنه يلتجأ إلى التحليل الطبي لمعرفة ما في الرحم علة أو حملاً إذا بقيت الريبة في الحمل بعد انقضاء السنة من تاريخ الطلاق أو الوفاة ولا تلجأ إلى هذه الوسيلة في نفي السبب⁽³⁾.

كما أنه بتحديد أقصى أمد الحمل في سنة من تاريخ الطلاق أو الوفاة يكون المشرع قد وضع حداً لنظرية ما يسمى بالحمل "الراقد" أو "النائم" والتي كان يعتمد عليها كحيلة في بعض الأوساط لإلحاق النسب (غير الشرعي) بالأب. فعن طريق تحديد مدة أقصى للحمل، تم إقصاء هذا المعتقد من ذهن العديد من الناس وأصبحت الشهادة المعتبرة شرعاً هي التي تشهد بتحريك الحمل وحياته⁽⁴⁾.

والمشرع التونسي بدوره اعتبر أن عدة الحامل وضع حملها وحدد أقصى مدة الحمل سنة من تاريخ الطلاق أو تاريخ الوفاة. وهذا ما جاء في الفصل 35 من مجلة الأحوال الشخصية. وهذا على عكس المشرع الجزائري الذي حددها بعشرة أشهر.

(1) - انظر، رمضان علي السيد الشرنباصي، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، الدار الجامعية، الإسكندرية، 2001، ص 75.

(2) - تنص المادة 135 من مدونة الأسرة على أنه: "أقصى مدة الحمل سنة من تاريخ الطلاق أو الوفاة".

(3) - المجلس الأعلى، 02 ذو القعدة 1391، مجموعة قرارات المجلس الأعلى في مادة الأحوال الشخصية، (1965-1989)، ص 184، مقتبس عن محمد الشافعي، الطلاق والتطليق...، المرجع السابق، ص 166.

(4) - المجلس الأعلى، 81/09/15، عدد 527 في الملف الاجتماعي عدد 92/299، مجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 30، ص 95 وما يليها، مقتبس عن محمد بيقير، المرجع السابق، ص 160.

ولكن يكون ما ذهب إليه القانون الجزائري لم يخرج عن المعتاد لأنه حدد أقصى مدة الحمل بعشرة أشهر، وهذا لا يشمل الحالات النادرة التي يمكن أن تقع. وصحيح أنه لا ينبغي أن نبنى الأحكام القضائية على النادر القليل لكن الاحتياط يؤكد اعتباره، كحالة نادرة تستثنى من قاعدة عامة، فالحمل عادة بين تسع أشهر وعشرة، وما زاد فهو نادر تعرض فيه المرأة على الطبيب الشرعي للتأكد⁽¹⁾.

بعدما تعرضنا لأنواع العدة وبما أن دراستنا تتعلق بالمرأة المطلقة وما لها من حقوق مالية يجعلنا نتساءل عن وضعية المطلقة في فترة العدة وهل من حقوق تثبت لها خلال هذه الفترة؟

فنرى أن التشريعات المغاربية للأسرة قد راعت حالة هذه المطلقة خلال فترة العدة فوضعت أحكاما تبين ما هو واجب عليها وما هو حق لها خلال هذه المدة. فمن بين الواجبات التي فرضها المشرع على المطلقة في فترة العدة واجب الاعتداد في بيت الزوجية، إذ تنص المادة 61 من قانون الأسرة على أنه "لا تخرج الزوجة المطلقة ولا المتوفى عنها زوجها من السكن العائلي ما دامت في عدة طلاقها أو وفاة زوجها إلا في حالة الفاحشة المبينة".

ومصدر هذا النص قوله تعالى: ﴿لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَلَا يُخْرِجَنَّ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفَاحِشَةٍ مُبَيَّنَةٍ﴾⁽²⁾. من خلال هذه الآية الكريمة يتبين لنا أن الزوجة التي فارقتها زوجها بوفاة أو طلاق تعتد في المنزل الذي كانت تعاشر فيه زوجها، ولا يجوز لها أن تعتد في منزل آخر إلا في حالة الفاحشة المبينة، أو لعذر يبيح لها ذلك كأن ينهدم المنزل مثلا⁽³⁾.

والهدف من بقاء المطلقة في البيت يتجلى في الأمرين التاليين:

(1) - انظر، المصري مبروك، الطلاق وآثاره في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة، الجزائر، 2010، ص 403.

(2) - سورة الطلاق، الآية 01.

(3) - عثمان التكروري، المرجع السابق، ص 246.

أ- الحفاظ على ماء الرجل، وهذه مسألة مطلوبة في الطلاق الرجعي والطلاق البائن.
 ب- جعل المرأة المطلقة في متناول الزوج المطلق في الطلاق الرجعي بالخصوص والذي قد تنازعه نفسه إليها مرة أخرى فتكبر في عينه مثلاً فيراجعها، وهو ما يستفاد من قوله تعالى ﴿لَا تَدْرِي لَعَلَّ اللَّهَ تَحْدِثُ بَعْدَ ذَلِكَ أَمْرًا﴾ (1).

وقد تبني المشرع المغربي حكم الآية القرآنية الكريمة، فنص في المادة 131 من مدونة الأسرة على أن المطلقة تعتد في بيت الزوجية أو في بيت آخر يخصص لها. في حالة ما إذا كانت الزوجة أصلاً خارج بيت الزوجية عند إجراءات الطلاق، وربما تكون أخذت جميع حوائجها منه، وترك الزوج البيت أو أرجعه لصاحبه المكري أو توقف عن أداء واجبات الكراء، كما قد تكون المشاكل والتراعات قد وصلت إلى حد قد يهدد حياة أحد الطرفين، أو من شأنه الحاق ضرر كبير بالأطفال، في مثل هذه الحالات يمكن للمطلقة أو المتوفي عنها زوجها قضاء فترة العدة في منزل آخر يخصص لها، على أن يكون واجب الكراء على عاتق المطلق (2).

ولم تنص مجلة الأحوال الشخصية التونسية على بقاء المعتدة في بيت الزوجية لكن بالرجوع إلى الآية الكريمة نجد أن الخطاب موجه إليه أي المطلق فلا يحق له أن يخرجها منه لأن الأمر يتعلق بحق من حقوق الله بدليل أن الآية وبعد إبرازها للحكم ﴿لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ﴾، أضافت ﴿وَتِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ﴾. ومن أجل رفع الإبهام كان على المشرع التونسي أن يتبنى حكم الآية القرآنية وينص على ذلك في فصول مجلة الأحوال الشخصية.

ومن أحكام العدة، يمتنع على المطلقة الزواج في فترة العدة برجل أجنبي ولها ذلك بعد انتهاء العدة. أما خلال فترة العدة فالحق محوّل لزوجها الذي طلقها إذا كان طلاقه

(1) - سورة الطلاق، الآية 01.

(2) - انظر، عبد السلام زوير، شرح مدونة الأسرة، الزواج والطلاق والتطليق، جمعية نشر المعلومة القانونية والقضائية، الرباط، 2008، ص 233.

رجعيا. مع العلم أن هناك من يرى أن هذا الطلاق الواقع بإرادة الزوج لا يحل الرابطة الزوجية إلا إذا صرح به القاضي⁽¹⁾.

فيمكن للزوج أن يراجع زوجته أثناء محاولة الصلح ولا يحتاج إلى عقد جديد ويراجعها بعد صدور الحكم بالطلاق، وهنا لا بدّ من عقد جديد⁽²⁾، وهذا بالفعل ما قضت به المحكمة العليا في قرارها بتاريخ 2000/02/22 أنه : "من المقرر قانون أنه بعد صدور الحكم بالطلاق فإنّ المراجعة لا تتمّ إلاّ بعقد جديد.

ومتى تبين في قضية الحال أنّ الزوجة طلقت بسبب الضرر الحاصل من طرف الزوج طبقا للمادة 06/53 من قانون الأسرة فإنّ قضاة الموضوع، وفي هذه الحالة تكون مراجعة الزوج بعقد جديد، ومتى كان ذلك استوجب رفض الطعن"⁽³⁾.

ما يفهم من القرار أنّ للزوج الحق في إعادة زوجته بعد صدور الحكم بالطلاق ويكون ذلك بعقد جديد، وهذا بالفعل مطابق لقوله تعالى: ﴿ وَنُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَلِكَ إِنْ أَرَادُوا إِصْلَاحًا ﴾⁽⁴⁾ ، فيمكن أن يكون الزوج قد استعجل في طلب الطلاق أو في دفع الزوجة لطلبه وبعد صدور الحكم يندم على ذلك، فالقانون يسمح له بإعادة زوجته وهذا شيء إيجابي لأنه يؤدي إلى جمع الشمل مرة أخرى وخاصة إن كان هناك أطفال، لأنّ المعلوم أنّ الطلاق يؤثر سلبا على حالتهم النفسية والاجتماعية، وهو ما تعرض له المشرع المغربي في نص المادة 124 من مدونة الأسرة "للزوج أن يراجع زوجته أثناء العدة" إذا رغب الزوج في إرجاع زوجته المطلقة طلاقا رجعيا أشهد على ذلك عدلين، ويقومان بإخبار القاضي فورا.

(1) - Tchouar Djilali, Réflexions sur les questions épineuses du code algérien de la famille, office des publications universitaires, Alger, 2004, p 176.

(2) - المادة 50 من قانون الأسرة الجزائري.

(3) - المحكمة العليا ، غ.أ.ش.م، 2000/02/22، ملف رقم 239349، المجلة القضائية، 2001، عدد خاص ، ص 107.

(4) - سورة البقرة ، الآية 228.

يجب على القاضي قبل الخطاب على وثيقة الرجعة استدعاء الزوجة لإخبارها بذلك، فإذا امتنعت ورفضت الرجوع، يمكنها اللجوء إلى مسطرة الشقاق المنصوص عليها في المادة 94 أعلاه".

وقد جاء في أحد القرارات المجلس الأعلى ما يلي: "أن للزوج من الطلاق الرجعي أن يراجع مطلقته بدون صداق ولا ولي أثناء العدة وبذلك فالمحكمة عندما تبث لديها إرجاع الطاعن من خلال الوثائق وسلطتها التقديرية إلى بيت الزوجية بعد شهرين من طلاقها رجعيًا وحكمت عليه بنفقتها لم تكن في حاجة إلى التأكد من رسم الرجوع لأنه وكما ذهب إليه جمهور المالكية لا تجب الشهادة في الرجعة وإنما تستحب ولذلك لم تخرق الفصل 5 من مدونة الأحوال الشخصية (المادة 16 من مدونة الأسرة) الذي لا موجب لتطبيقه لأنه لا تتعلق بحالة إرجاع الزوج لزوجته المطلقة"⁽¹⁾.

كما يثبت نسب الولد الذي تلده المعتدة خلال فترة العدة من زوجها السابق إذا كان هذا الولد قد وقعت ولادته بين أقل وأقصى مدة الحمل المحددة قانونًا. وبهذا قضت المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 1998/05/19 بقولها "من المقرر شرعًا أن الزواج في العدة باطل ومن المقرر قانونًا أن أقل مدة الحمل ستة أشهر وأقصاها عشرة أشهر. ومتى تبين -في قضية الحال- أن الزواج وقع على امرأة لازالت في عدة الحمل، وأن الحمل وضع بعد أربعة أشهر من تاريخ الزواج الثاني، وإن قضاة الموضوع بقضائهم باعتبار الطاعنة بنت الزوج الثاني، اعتمادًا على قاعدة الولد للفراش، مع أن الزواج ثاني باطل شرعًا فإن بقضائهم كما فعلوا خالفوا القانون وخرقوا الشريعة الإسلامية، وحتى كان ذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه بدون إحالة"⁽²⁾.

وتأسيسًا لقرارهم أكد قضاة المحكمة العليا أن القرار المنتقد قد اعتبر الطاعنة بنتا للزوج الثاني بقاعدة الولد للفراش، مع أن هذا الزواج باطل شرعًا لأنه وقع على امرأة

(1) - قرار صادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 1984/12/27 تحت عدد 828 في الملف عدد 1037 منشور بكتاب الاجتهاد القضائي في مدونة الأحوال الشخصية لإدريس بلمحجوب، ص 50.

(2) - المحكمة العليا، غ. أ. ش. م، 1998/05/19، ملف رقم 183825، المجلة القضائية 2001، عدد خاص، ص 73.

لازالت في العدة لأن عدتها وضع حملها، ومادام الزواج الثاني باطلا، لا يعتبر فراشا زيادة على أن أقل مدة الحمل هي ستة أشهر ولا يمكن الحاقه بالزواج الثاني بأي حال مما يعني أن الطاعنة هي من الفراش الأول لوالدها وعليه الوجهان مؤسسان الأمر الذي يتعين معه نقض القرار المطعون فيه".

ومن أحكام العدة كذلك وجوب النفقة على المطلق والتي أوجبتها المادة 61 من قانون الأسرة والمادة 196 من مدونة الأسرة المغربية.

سنعرض أولا لحالات استحقاق نفقة العدة تم حالات سقوط هذه النفقة.

الفرع الثاني:

حالات استحقاق نفقة العدة.

إن الكلام على نفقة العدة يوجب علينا في بداية الأمر التمييز بين عدة الوفاة وعدة الطلاق⁽¹⁾.

فالمتوفي عنها زوجها لا نفقة لها على زوجها المتوفي سواء كانت حاملا أو حائلا، لأنه لا سبيل لفرض نفقة على زوج توفي وانتهى ملكه بالوفاة وأصبحت زوجته وارثه في تركته، بالإضافة أن الوفاة تنهي الزوجية فلم يعد سبب الوجوب قائما⁽²⁾. وسبب ذلك أن تربصها بنفسها في فترة العدة ليس لحق الزوج الذي توفي، وإنما التربص يكون حقا للشرع.

فالفقهاء متفقون على عدم استحقاق المرأة المعتدة من الوفاة النفقة، ويخالفهم في ذلك الإمام مالك رضي الله عنه بشأن حق السكن إذ أعطاهما حق السكن سواء كانت حامل أم غير حامل⁽³⁾.

فعدم استحقاق المرأة المتوفي عنها زوجها النفقة منطقي لأنه كيف نلزم من توفي بدفع النفقة وزوجته وارثة في تركته. أما بخصوص حق السكن فنقول أن الإمام مالك قد

(1) - فضيل سعد، المرجع السابق، ص 361.

(2) - انظر، أحمد نصر الجندي، الحضانة والنفقات في الشرع والقانون، دار الكتب القانونية، مصر، 2004، ص 150.

(3) - انظر، محمد جواد مغنية، الأحوال الشخصية على المذاهب الخمسة، ط01، دار العلم للملايين، بيروت، 1964، ص 100-101.

راعي حالها بإعطائها الحق في السكن في فترة العدة وسأيره المشرع الجزائري بهذا الرأي حيث نصت المادة 61 من قانون الأسرة على أنه: "لا تخرج المطلقة ولا المتوفى عنها زوجها من السكن العائلي ما دامت في عدة طلاقها أو وفاة زوجها...". وهو ما نصت عليه كذلك المادة 131 من مدونة الأسرة: "تعتد المطلقة والمتوفى عنها زوجها في منزل الزوجية، أو في منزل آخر يخصص لها".

أما المعتدة من طلاق قد تكون معتدة من طلاق رجعي، وقد تكون معتدة من طلاق بائن، اتفق الفقهاء على أن المعتدة من طلاق رجعي تستحق النفقة والسكن بعد الطلاق الرجعي لأن هذا الطلاق لا يرفع النكاح ولا يزيل الحل، فتبقى المطلقة رجعيًا في أجل العدة زوجة حكما، لهما لغيرها من الزوجات⁽¹⁾ والله سبحانه وتعالى يؤكد ذلك في قوله تعالى: ﴿وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ﴾⁽²⁾.

في حين لم يتفق الفقه بشأن المطلقة طلاقا بائنا بينونة صغرى بحيث انقسم بعضهم إلى مؤيد والبعض الآخر إلى معارض. فذهب الحنفية إلى أن لها النفقة والسكن⁽³⁾ لأنه لم يرد في كتاب الله ما يدل على خلاف ذلك، فالرجوع إلى مدلول الآية: ﴿لِيُنْفِقَ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِ﴾⁽⁴⁾ ، والآية التي أمر بها إسكان المعتدة في قوله تعالى: ﴿أَسْكِنُوهُنَّ مِّن حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِّن وُجَدِكُمْ وَلَا تُضَارُوهُنَّ لِتُضَيِّقُوا عَلَيْهِنَّ﴾⁽⁵⁾ ، وتلك التي أمر الله بها أن تبقى المعتدة في بيتها بقوله: ﴿لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِّن بُيُوتِهِنَّ وَلَا تَخْرُجَنَّ

(1) - رمضان علي السيد الشرنباص، المرجع السابق، ص 81.

(2) - سورة البقرة، الآية 228.

(3) - انظر، الكاساني، بدائع الصنائع، ج03، ط02، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان، 1982، ص 209.

(4) - سورة الطلاق، الآية 7.

(5) - سورة الطلاق، الآية 6.

إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفَحِشَةٍ مُّبَيِّنَةٍ ﴿١﴾، "فإنه لا فرق عند الأحناف بين مطلقة وأخرى سواء كان طلاقها رجعياً أم بائناً فلها الحق في النفقة بأنواعها.

بينما المالكية⁽²⁾ قالوا أن المطلقة بائناً وهي حائل بمعنى غير حامل لها السكن دون النفقة، وهذا الرأي هو نفسه ما ذهب إليه الشافعية⁽³⁾، بمعنى أنهم يسقطون نفقتها واستدلوا لقوله تعالى: ﴿وَإِنْ كُنَّ أُولَاتٍ حَمْلٍ فَأَنْفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّى يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾⁽⁴⁾ وهذه الآية فيها دليل على أن المطلقة بائناً لا نفقة لها. والملاحظ أن الإمام مالك رضي الله عنه أعطى للمطلقة طلاقاً بائناً حق النفقة إذا كانت حاملاً⁽⁵⁾.

أما المطلقة طلاقاً بائناً بينونة كبرى أو المطلقة ثلاثاً أو المطلقة البتة لا تستحق نفقة العدة شرعاً⁽⁶⁾، وإن كانت قوانين الأسرة المغاربية لم تنص على حكمها وبالتالي يبقى الحكم فيها منوط بالرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية، وسند عدم استحقاقها حديث فاطمة بنت قيس رضي الله عنها الذي رواه الشعبي أن أبا عمرو بن حفص طلقها البتة وهو غائب -وفي رواية طلقها ثلاث- فأرسل إليها وكيله بشعير فسخطته، فقال والله مالك علينا من شيء فجاءت رسول الله صلى الله عليه وسلم فذكرت ذلك له فقال: (ليس لك عليها نفقة)، وفي لفظ (ولا سكني)⁽⁷⁾.

أما المشرع الجزائري فنص في المادة 61 من قانون الأسرة على المطلقة بصفة عامة ما يفهم من أنه أعطى للمطلقة الحق في النفقة والسكن في فترة العدة دون تمييز بينما إذا

(1) سورة الطلاق، الآية 1.

(2) - انظر، مالك بن أنس، المدونة الكبرى، ج05، دار صادر، بيروت، د. س، ص 471.

(3) - محمد جواد مغنية، المرجع السابق، ص 100.

(4) - سورة الطلاق، الآية 06.

(5) - انظر، أحمد نصر الجندي، الطلاق والتطبيق وآثارهما، دار الكتب القانونية، مصر، 2004، ص 553.

(6) - انظر، بن داود عبد القادر، الآثار المالية للطلاق بالنسبة للزوجة في قانون الأسرة الجزائري، الإشكاليات وحلها، مجلة المعيار، جامعة

الأمير عبد القادر، قسنطينة، 2004، العدد التاسع، ص 260.

(7) - رواه مسلم في صحيحه وصححه الحافظ ابن حجر في بلوغ المرام من أدلة الأحكام، دار ابن حزم، بيروت، لبنان، 2000، ص

كانت مطلقة من طلاق رجعي أم من طلاق بائن لأنه المشرع الجزائري لا يعتد إلا بالطلاق الصادر بموجب حكم قضائي والذي يعتبر طلاقاً بائناً.

ولكن بالرجوع إلى نص المادة 58 من قانون الأسرة التي تنص على ما يلي: "تعتد المطلقة المدخول بها غير الحامل بثلاثة قروء واليأس من الحيض بثلاثة أشهر من تاريخ التصريح بالطلاق." من خلال هذا النص يتضح أن المشرع أقر عدة الطلاق الرجعي عندما جاء بعبارة "من تاريخ التصريح بالطلاق"، والتصريح الذي يقصده المشرع في هذا المقام تصريح الزوج الذي يوقع الطلاق بإرادته المنفردة طبقاً لنص المادة 48 من قانون الأسرة، ولم يقصد به أبداً تصريح القاضي لأنه لو حقيقة لم يقر المشرع بعدة الطلاق الرجعي فلماذا لم يأت بعبارة "من تاريخ صدور الحكم" بدلاً من عبارة "من تاريخ التصريح بالطلاق". هذا من جهة، ومن جهة أخرى، وبالرجوع إلى نص المادة 50 من قانون الأسرة نجد أنه ورد بها ما يلي: "من راجع زوجته أثناء محاولة الصلح لا يحتاج إلى عقد جديد"، أي أن المشرع أقر بوجود حق الزوج في مراجعة زوجته التي طلقها بإرادته المنفردة، وذلك دون حاجة إلى عقد جديد طالما تم استعمال هذا الحق أثناء محاولة الصلح. وكما هو معروف شرعاً أن مراجعة الزوج لزوجته المطلقة دون حاجة إلى عقد جديد لا يكون وبل ولا يتم إلا إذا كان في أثناء عدة الطلاق الرجعي، فحق الرجعة مرتبط ارتباطاً وثيقاً بها⁽¹⁾.

أما بالنسبة للقضاء الجزائري، فنجد أنه أقر بدوره الحق في نفقة العدة للزوجة على زوجها سواء كانت ظالمة أو مظلومة وهذا ما جاء في قرار المحكمة العليا بتاريخ 1984/10/22: "من المقرر شرعاً أن نفقة العدة تظل واجبة للزوجة على زوجها سواء كانت ظالمة أو مظلومة، فإن القضاء وما يخالف أحكام بهذا المبدأ يعد خرقاً للأحكام الشرعية، إذا كان الثابت أن قضاة الاستئناف أبدوا الحكم المستأنف فيما قضى به ومن ذلك تقرير نفقة العدة للزوجة، فإن وجه الطعن المؤسس على خرق قواعد الشريعة

(1) - انظر، نور الدين لمطاعي، عدة الطلاق الرجعي وآثارها على الأحكام القضائية، ط02، دار فسييلة، الجزائر، 2009، ص 56.

الإسلامية باعتبار أن الزوجة اعترفت بارتكاب فاحشة الزنا وأنه من المقرر شرعا اسقاط جميع حقوق الزانية، يكون غير مقبول فيما ذهب إليه حول حرمان المطلقة من نفقة العدة، ومتى كان ذلك استوجب رفض الطعن⁽¹⁾. طبقا لهذا القرار نستنتج أن القضاء اعترف بحق المطلقة في نفقة العدة سواء كانت ظالمة أو مظلومة كما رأى أن اعتراف الزوجة بارتكاب فاحشة الزنا لا يسقط حقها في نفقة العدة.

أما بخصوص مدونة الأسرة المغربية وان كانت قد اعتبرت المطلقة رجعيا أصلا في حكم الزوجة ولها نفس الحقوق المترتبة للزوجة حقيقة، فإنها تفقد حقها في السكنى دون النفقة إذا انتقلت من بيت عدتها دون موافقة زوجها أو دون عذر مقبول طبقا لما نصت عليه المادة 196 بقولها: "المطلقة رجعيا يسقط حقها في السكنى دون النفقة إذ انتقلت من بيت عدتها دون موافقة زوجها أو دون عذر مقبول".

أما المطلقة طلاقا بائنا لا تستحق النفقة ولا السكنى ولكن إذا تبث أنها حامل، فإن نفقتها تستمر إلى أن تضع حملها. أما إذا لم يكن كذلك، فلا نفقة لها ويبقى لها فقط حق السكنى في بيت الزوجية أثناء فترة العدة كما نصت على ذلك الفقرة الثانية من المادة 196 من المدونة وهو ما أكدته المادة 84 "تسكن الزوجة خلال فترة العدة في بيت الزوجية، أو للضرورة في مسكن ملائم لها وللوضعية المادية للزوج، وإذا تعذر ذلك حددت المحكمة تكاليف السكن في مبلغ يودع كذلك ضمن المستحقات بكتابة ضبط المحكمة".

وقد جاء في إحدى قرارات المجلس الأعلى: "أن المطلقة غير الحامل طلاقا بائنا لا تستحق النفقة أثناء العدة، والمحكمة المصدرة للقرار المطعون فيه لما قضت بالنفقة للمطلوبة في النقص تكون قد خرقت المادة 196 من مدونة الأسرة"⁽²⁾.

(1) - المحكمة العليا، غ. أ. ش، 1984/10/22، ملف رقم 34327، المجلة القضائية 1989، العدد 03، ص 69.

(2) - المجلس الأعلى، 2008/9/3 تحت عدد 405 في الملف عدد 07/126 منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 70، ص 155

وما يليها.

أما بشأن مجلة الأحوال الشخصية التونسية وبالرجوع إلى الفصل 38 الذي جاء محتواه كالاتي "يجب على الزوج أن ينفق على زوجته المدخول بها وعلى مفارقتها مدة عدتها". ما يفهم من الفصل 38 أن النفقة ثابتة لكل مطلقة بغض النظر عن نوع الطلاق سواء كان طلاقاً بائناً أم طلاقاً رجعياً.

وقد أقرت محكمة التعقيب هذا المبدأ في قرارها المؤرخ في 25 نوفمبر 1986 وتفيد وقائع القضية قيام المدعية في الأصل لدى محكمة البداية بسوسة طلباً بالحكم بتطليقها من زوجها بموجب الضرر، فقد أساء الزوج معاشرتها وتركها بحالة إهمال ودون نفقة. فصدر الحكم بعدم سماع الدعوى لعدم ثبوت الضرر. فاستأنفته المدعية وقضت محكمة الدرجة الثانية بنقض الحكم الابتدائي في جميع ما قضى به، والقضاء من جديد بالطلاق بين الزوجين طلاقاً أولى بعد البناء بموجب الضرر من الزوج، وتغريم هذا الأخير وإلزامه بأداء النفقة لمفارقتها بداية من تاريخ القيام إلى انتهاء عدتها، فتعقب الزوج القرار الاستثنائي ناعياً عليه الإفراط في السلطة لكونه قضى بنفقة العدة من غير أن يطلبها المعقب ضدها، فاعتبرت محكمة التعقيب أنه طالما كان الطلاق بعد البناء فإن الفصل 38 من مجلة الأحوال الشخصية قد أوجب الحكم بنفقة العدة ولو لم يطلبها الزوجة⁽¹⁾. وإذا كانت هذه هي حالات استحقاق نفقة العدة فهناك حالات سقط فيها هذه النفقة.

الفرع الثالث:

حالات سقوط نفقة العدة.

تسقط نفقة العدة عن الزوج في الحالات الآتية:

1- إذا كان الزواج فاسداً أو كان الدخول بشبهة، فإن نفقة العدة تسقط عن الرجل ويكمن ذلك في أن سبب استحقاق نفقة العدة معتبر فيه حال الزواج الصحيح وخلال فترة العدة تكون الزوجة محتبسة شرعاً لحق الزوج. أما بخصوص الزواج الفاسد والدخول

(1) - محكمة التعقيب ، 25 نوفمبر 1986 ، عدد 16304 ، نشرة محكمة التعقيب ، 1986 ، الجزء الثاني ، ص 210.

بشبهة فإنهما لا يكونان سبب في احتباس الرجل للمرأة، إذ يجب عليهما أن يتفارقا فوراً وبالتالي لا تستحق المرأة نفقة عدة في هذه الحالة⁽¹⁾. هذا يتعلق بالفقه الإسلامي، أما في قوانين الأسرة المغاربية⁽²⁾ إذ تم اكتشاف العقد الفاسد بعد الدخول، فإن العقد يستمر رغم فساده ولا يجب فسخه ويكون مثل العقد الصحيح وأثاره بعد الدخول تكون مثل أثار العقد الصحيح معنى هذا وجوب العدة ونفقة العدة.

2- أن تكون العدة سبب وفاة الزوج⁽³⁾ وسبب ذلك أن تربصها بنفسها في فترة العدة ليس لحق الزوج الذي توفي، وإنما التربص يكون حقاً للشرع، هذا بالإضافة إلى أن الزوج بالوفاة ينتهي ملكه، وليس هناك احتباس لمصلحته. كما أن تركة المتوفي تنتقل إلى غيره من ورثته، والزوجة إحدى هؤلاء الورثة، ولذلك لا وجه لإيجاب نفقة للوارث على وارث آخر ولا إيجاب هذه النفقة في ارث الشخص المستحق لها.

3- المعتدة من فرقة جاءت من قبل الزوجة بسبب محذور شرعاً كارتدادها عن الإسلام⁽⁴⁾.

4- كذلك الزوجة التي تخالع نفسها من زوجها⁽⁵⁾ مقابل نفقة العدة المقررة لها شرعاً وقانوناً وهذا ما قضى به المجلس الأعلى في الجزائر بقوله "حيث أن كل مطلقة بعد البناء عليها أن تعتد وهي في أثناء هذه المدة محبوسة من أجل الزوج، وعلى كل مطلق أن ينفق على مطلقتها، فالنفقة حق ثابت شرعاً من حقوق الزوجية تتعين على القاضي الحكم بها طلبتها أم لم تطلبها ولا تسقط إلا إذا أسقطها الشارع في بعض الأحوال المحددة شرعاً أو سمحت فيها الزوجة صراحة بخلع، والمجلس له الحق في الحكم بها إذا أغلفها القاضي الأول، فالوجه، إذن غير سديد ويتعين رفضه"⁽⁶⁾.

(1) - أحمد نصر الجندي، الحضانة والنفقات، المرجع السابق، ص 150.

(2) - المادة 33 من قانون الأسرة الجزائري، والمادة 60 من مدونة الأسرة المغربية، والفصل 22 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية.

(3) - انظر، أحمد محمود الشافعي، الطلاق وحقوق الأولاد والأقارب، دراسة مقارنة بين المذاهب في الفقه الإسلامي، دار الجامعية الجديدة، بيروت، 1987، ص 127.

(4) - رمضان علي السيد الشرنباصي، المرجع السابق، ص 82.

(5) - CF Ghouti BENMALHA, Op.cit, p 211.

(6) - المجلس الأعلى ع. ق. خ، 1971/02/10، مقتبس عن بلحاج العربي، مبادئ الاجتهاد، المرجع السابق، ص 110.

وهو كذلك ما ذهب إليه المجلس الأعلى بالمغرب الذي جاء فيه أحد قراراته "أن الطلاق الخلعي لها لم يتضمن تنازل المطلوبة عن أجره الحضانة، وإنما تضمن تنازلها عن نفقتها أثناء العدة وعن متعتها ليس إلا، والمحكمة لما قضت للمطلوبة بأجره حضانتها يكون قرارها جاء مصادفا للصواب"⁽¹⁾.

إضافة إلى نفقة العدة التي تستحقها المطلقة هناك نفقة المتعة التي تعطى للمطلقة لتطيب نفسها عن ألم الطلاق.

المطلب الثاني:

حق المطلقة في المتعة.

فإذا كان الطلاق مفتاح لإنهاء عقد الزواج عند عدم إمكانية استمرار الحياة الزوجية، وقد أباحه الإسلام من أجل المصلحة إلا أن نسبة الطلاق في تزايد مستمر مما يدل على أن الأزواج أصبحوا لا يراعون لأحكام الشرع ولا يكثرثون للوضع التي تؤول إليها الأسرة بعد الطلاق من تفكك، وبما أن المتضررة بصفة أولية من فك الرابطة الزوجية هي المطلقة لما تعانیه في مجتمعات لا ترحم أقر لها الله عز وجل الحق في المتعة فما المقصود بالمتعة وما دليل مشروعيتها؟ (الفرع الأول) وهل تجب لكل المطلقات؟ (الفرع الثاني) وكيف تقدر المتعة؟ (الفرع الثالث).

الفرع الأول:

تعريفها ودليل مشروعيتها المتعة.

المراد بالمتعة شرعا ما تمتع به الزوجة وتعطاه تعويضا لها عن الفرقة بينها وبين زوجها من الثياب التي تلبسها المرأة للخروج عادة أو ما يعادلها من مال أو أي عوض. وفي اللغة هي الشيء الذي يتبلغ به ويستعان به على ترويح الحال في الدنيا⁽²⁾.

(1) - المجلس الأعلى، 2008/09/10، الملف عدد 08/133، منشور بأهم قرارات المجلس الأعلى في تطبيق مدونة الأسرة، ص 113

وما يليها، مقتبس عن محمد بفقير، المرجع السابق، ص 215.

(2) - أحمد فتحي همنسي، المرجع السابق، ص 25.

والمتعة كما عرفها بعض الفقهاء هي ما يقدمه الزوج لزوجته جبراً وترفيها وتخفيفاً لما يصيبها من أسف وحسرة ووحشة سبب استعمال الرجل حق الطلاق الذي منحه الله إياه على سبيل الاستثناء، وحرمها إياه⁽¹⁾.

وعرفها المالكية⁽²⁾ بأنها الاحسان إلى المطلقات حين الطلاق أما دليل مشروعية المتعة مستنتج من القرآن الكريم في قوله تعالى: ﴿لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ أَوْ تَفَرِّضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً وَمَتَّعُوهُنَّ عَلَى الْمَوْسِعِ قَدَرُهُ وَعَلَى الْمُقْتِرِ قَدَرُهُ مَتَّعًا بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْحَسَنِينَ﴾⁽³⁾ وقوله تعالى: ﴿وَلَمَّا طَلَّقْتِ مَتَّعٌ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ﴾⁽⁴⁾. كذلك قوله تعالى: ﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُونَهَا فَمَتَّعُوهُنَّ وَسَرَخُوهُنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا﴾⁽⁵⁾.

أما حكمة مشروعية المتعة فتمثل فيما للطلاق من آثار وخيمة في الصدور وفي عواطف المرأة التي تعتبر الزواج رأس مالها في الحياة، فشرع الله عز وجل المتعة جبراً لقلبها المكسور ورداً لاعتبارها ومواساة وتطيباً لنفسها، وصيانة لعواطفها من الاهتزاز والانهيار، وإبعاد شبح الوحشة عنها بسبب الفراق⁽⁶⁾، ومن حكم مشروعية المتعة كذلك أنها بمثابة الشهادة بتراهة المرأة والاعتراف بأن الطلاق كان من قبله وذلك يبعد عنها ريب وشك⁽⁷⁾.

(1) - انظر، معوض عبد التواب، موسوعة الأحوال الشخصية، ط7، الجزء الثاني، منشأة المعارف الإسكندرية، 1997، ص 906.

(2) - انظر، أبي عبد الله مالك بن أنس الأصبحي، موطأ الإمام مالك، ط2، المكتبة العلمية، د.س، ص 199.

(3) - سورة البقرة، الآية 236.

(4) - سورة البقرة، الآية 241.

(5) - سورة الأحزاب، الآية 49.

(6) - انظر، آل نواب عبد الرب نواب الدين، موسوعة المرأة المسلمة المعاصرة، ط01، دار العاصمة للنشر والتوزيع، الرياض، 2000، ص 148-149.

(7) - محمد رشيد رضا، تفسير القرآن الكريم المشهور بتفسير المنار، دار المعرفة، بيروت، لبنان، 1993، ص 430.

الفرع الثاني:

وجوب نفقة المتعة.

وإن كان الفقهاء متفقون بشأن مشروعية المتعة ألا أنهم اختلفوا في وجوبها من عدمها.

فالحنفية لهم رأيين، إذ قد تكون عندهم المتعة واجبة وقد تكون مستحبة، تكون واجبة لمفوضة طلقت قبل الدخول والخلوة والمفوضة هي المرأة التي فوضت أمر زواجها لوليها الذي زوجها بلا مهر تم طلقت قبل الدخول بها أو الخلوة الصحيحة⁽¹⁾. واستدلوا هنا بقوله تعالى: ﴿لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً وَمَتَّعُوهُنَّ ...﴾⁽²⁾، ففي هذه الآية أمر الله عز وجل بالمتعة، والأمر يقتضي الوجوب وأكد سبحانه ذلك في آخر الآية بقوله: ﴿حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ﴾⁽³⁾.

والمتعة في هذه الحالة هي بدل الواجب قبل الدخول وهو نصف المهر وبدل الواجب لأنه يقوم مقامه⁽⁴⁾.

وأما متعة مستحبة فهي تكون في حالة طلاق الرجل زوجته بعد الدخول ولم يسم لها المهر، فعندئذ تستحق المطلقة مهر المثل كله ويثاب مطلقها إذ أعطائها متعة مع مهر المثل⁽⁵⁾.

أما عند الشافعية⁽⁶⁾، فهي واجبة لكل مطلقة إذا كان الفراق من قبل إلا مطلقة واحدة وهي المطلقة قبل الدخول التي يسمي لها المهر⁽⁷⁾.

(1) - أحمد نصر الجندي، الحضانة والنفقات...، المرجع السابق، ص 171.

(2) - سورة البقرة، الآية 236.

(3) - سورة البقرة، الآية 236.

(4) - وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 6830.

(5) - معوض عبد التواب، المرجع السابق، ص 907.

(6) - انظر، محمد بن إدريس أبو عبد الله الشافعي، الأم، ج5، دار الفكر، بيروت، دس، ص 287.

(7) - أحمد فتحي همنسي، المرجع السابق، ص 38.

بينما الحنابلة⁽¹⁾، فيرون أن المتعة تجب على كل زوج لزوجته التي فوضت أمر زواجها لوليها، وذلك إذ طلقت قبل الدخول بها، واستدلوا بقوله تعالى: ﴿لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً وَمَتَّعُوهُنَّ عَلَىٰ أَلْوَسِ عَاقِبَتِهِ وَعَلَىٰ الْمُقْتَرِ قَدْرَهُ مَتَاعًا بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَىٰ الْحَسَنِينَ﴾، وقالوا أن المتعة قائمة مقام نصف المهر في حق من يسمي لها مهر⁽²⁾.

ويرى المالكية⁽³⁾، أن المتعة مندوبة لكل مطلقة أي مستحبة، والمطلق أمر بالمتعة لتطبيب نفس المرأة عما يرد عليها من ألم الطلاق، وسيلة على الفراق. ووجه استحبابها بالنسبة لهم ظاهرة من قوله تعالى: ﴿حَقًّا عَلَىٰ الْمُتَّقِينَ﴾⁽⁴⁾ وفي موضع آخر: ﴿حَقًّا عَلَىٰ الْحَسَنِينَ﴾⁽⁵⁾، وفي هذا قالوا أن المطلقات ثلاثة أقسام:

- مطلقة قبل الدخول وقبل التسمية فلها المتعة وليس لها شيء من الصداق.
- مطلقة قبل الدخول وبعد التسمية، فلا متعة لها.
- مطلقة بعد الدخول، سواء أكانت قبل التسمية أم بعدها، فلها المتعة، وأنه لمتعة لمطلقة تختار فراق زوجها، ولا لمن اختارت فسخ عقد زواجها، ولا بالنسبة للمختلعة ولا الملاعنة⁽⁶⁾.

فهذه كانت آراء فقهاء العصر القديم، أما بخصوص آراء الفقه المعاصر يقول الدكتور أحمد الغندور في هذا الشأن: "أن الاختلاف في وجوب المتعة وعدمه جاء مرجحا للقائلين بوجوبها، وهي جبر للإيجاش الذي يصيب المطلقة عند الطلاق. ولذلك

(1) - انظر، ابن قدامة، المغني والشرح الكبير، مطبعة المنار المصرية، دس، ص 47.

(2) - أحمد نصر الجندي، الحضارة والنفقات في الشرع والقانون، المرجع السابق، ص 173.

(3) - أبي عبد الله مالك بن أنس الأصبحي، المرجع السابق، ص 200.

(4) - سورة البقرة، الآية 241.

(5) - سورة البقرة، الآية 236.

(6) - وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 6831.

تكون المتعة واجبة لكل مطلقة يتحقق فيها هذا السبب ولا تكون واجبة لمن كانت هي السبب في الطلاق"⁽¹⁾.

وبالاستناد إلى هذه الآراء يمكن القول أن المتعة واجبة، لكل مطلقة استنادا إلى الآيات القرآنية بعدة صيغ للتأكيد على المتعة، وكذلك بالاستناد إلى عمل النبي صلى الله عليه وسلم ورأى الفقهاء المعتمدين وكذلك استنادا إلى القاعدة الشرعية بالحفاظ على مصالح الناس ومشاعرهم، وبما أن نعمة الزواج نعمة جديرة بالحفاظ عليها، وفقدانها شيء مؤلم وحزين وتكون المتعة تعويضا عما فات المرأة من هذه النعمة المشهودة⁽²⁾.

لم ينص قانون الأسرة الجزائري على المتعة، وإنما أورد بدلها التعويض عن الطلاق التعسفي، وهو ما دفع بعض الشراح⁽³⁾ إلى اعتبار ذلك التعويض من قبيل المتعة وأنه المسمى القانوني لهذا الفرض الشرعي. وبالمقابل فإن المتبع لاجتهاد المحكمة العليا يطلع بوضوح على سير بعض القضاة⁽⁴⁾ على خطي منح المتعة للمطلقة وقد جاء في هذا الشأن قرار للمحكمة العليا (المجلس الأعلى سابقا) 1986/04/07 قضت بمقتضاه بأن: "من الأحكام الشرعية أن للزوجة المطلقة طلاقا تعسفيا نفقة عدة، نفقة إهمال، نفقة متعة.

وكذلك التعويض الذي قد يحكم به من جراء الطلاق التعسفي، وينبغي عند الحكم تحديد طبيعة المبالغ المحكوم بها لصالح المطلقة وفي أي إطار تدخل والقضاء بما يخالف هذا المبدأ يستوجب نقض القرار الذي منح للزوجة المطلقة مبلغا إجماليا من النقود مقابل الطلاق التعسفي"⁽⁵⁾.

(1) - انظر، أحمد الغندور، الأحوال الشخصية في التشريع الإسلامي، مقتبس عن عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 309.

(2) - انظر، ياسين عمر الزبياري، الاختلاف بين الزوجين في متاع البيت، ط01، دار دجلة، عمان، 2009، ص 45.

(3) - انظر، بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1999، ص 233.

(4) - كان القضاء الجزائري قبل الاستقلال يفرض للمطلقة تعويضا تحت اسم المتعة، كما صدر بذلك قرار من مجلس قضاء الجزائر بتاريخ

1924/11/12 نقلا عن Ghouti BENMALHA, op.cit, p 125.

(5) - المجلس الأعلى، غ. أ. ش، 1986/04/07، ملف رقم 41560، المجلة القضائية عدد 02، ص 69.

وهذا ما ذهب إليه أيضا المشروع التمهيدي لتعديل قانون الأسرة حيث كان ينص في المادة 52 المعدلة: "إذ تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة حكم للمطلقة بتعويض عن الضرر اللاحق بها زيادة على حقها في المتعة".

إلا أن الملاحظ أن تعديل قانون الأسرة صدر مع إبقاء المادة 52 كما كانت عليه سابقا فيما يخص هذه المسألة. ومعنى ذلك أن المشرع لم ينص على المتعة واستعمل فقط كلمة التعويض وربطه بالضرر الذي يصيب الزوجة نتيجة الطلاق التعسفي، إذ نبين للمشرع بأنه لا يوجد فرق بين المتعة والتعويض⁽¹⁾ ما دامت الحكمة من وراء ذلك هو جبر الضرر وإرضاء خاطر الزوجة بسبب الفراق الذي ألحقه بها زوجها، وأن الفرق الوحيد بين المتعة والتعويض هو أن المتعة مصدرها الشرع وأن التعويض مصدره القانون. لكن السؤال الذي يطرح هل القضاء سيستغني عن استعمال مصطلح المتعة؟ والسؤال الآخر الذي يطرح نفسه هل تغني المتعة عن التعويض عن الطلاق التعسفي؟ والإجابة سنها عند الكلام عن التعويض عن الطلاق التعسفي.

أما بالنسبة للتشريع المغربي فقد نص الفصل 60 من مدونة الأحوال الشخصية الملغاة على ما يلي: يلزم كل مطلق، بتمتع مطلقته إذا كان الطلاق من جانبه بقدرة يسره وحالها إلا التي يسمي لها الصداق وطلقت قبل الدخول".

فالظاهر من القراءة المتأنية لهذا النص إن المشرع المغربي قد اعتنق رأي الإمام الشافعي بالنسبة لنطاق المتعة وعليه فإن المطلقة تستحق المتعة في حالتين اثنتين.

أ- في حالة الطلاق قبل الدخول مع عدم تسمية الصداق الواجب للزوجة، وهذه فرضية صعبة التحقق عمليا في مدونة الأحوال الشخصية الملغاة ما دام أنه يجب على العدلين وحسب الفصل 42 يجب ذكر "مقدار المهر مع التنصيص فيه على المعجل منه والمؤجل وهل قبض عيانا أو اعترافا"

(1) - وهو ما ذهب إليه المجلس الأعلى، غ. أ. ش، 1985/04/08، ملف 3592، المجلة القضائية، عدد 1989، عدد 01، ص 89.

ب- في حالة الطلاق بعد الدخول، سواء كان هذا الطلاق رجعياً أم بائناً بينونة صغرى أم كبرى.

وهكذا لا تجب المتعة على الزوج المطلق إذا كان طلاقه قد تم باختياره على ما ستفاد بكيفية ضمنية من مقتضيات الفصل 60 أعلاه. أما بعد تعديلات 10 سبتمبر 1993 التي أدخلت على مدونة الأحوال الشخصية نص الفصل 52 مكرر من مدونة الأحوال الشخصية الملغاة، والذي حل محل الفصل 60 والذي نصّ على أنه: يلزم كل مطلق بتمتع مطلّقه إذا كان الطلاق من جانبه بقدر يسره وحالها، إلا التي يسمى لها الصداق وطلقت قبل الدخول.

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

ويتمثل الجديد الذي جاء به المشرع المغربي من خلال الفقرة الثانية من الفصل 52 مكرر في إعطاء المتعة دوراً جزائياً عند تحقق شرطين.
أ- أن يكون الطلاق بدون مبرر.

ب- أن يترتب على هذا الطلاق ضرر يصيب الزوجة المطلقة والظاهر أن هذا الحكم جاء متأثر بالقواعد العامة للمسؤولية التقصيرية عموماً وبأحكام التعسف في استعمال الحق على وجه الخصوص والتي تعد تطبيقاً لتلك المسؤولية.

أما بصدور مدونة الأسرة اعتبر المشرع المغربي المتعة أثراً للطلاق من خلال تعداد المستحقات المالية للزوجة طبقاً لأحكام الفقرة الأولى من المادة 84 من مدونة الأسرة التي نصت على أنه "تشمل مستحقات الزوجة الصداق المؤخر إن وجد ونفقة العدة والمتعة التي يراعي في تقديرها فترة الزواج والوضعية المالية للزوج وأسباب الطلاق ومدى تعسف الزوج في توقيعه".

وقد أحال المشرع على هذا المقتضي من خلال:

- المادة 97 المنظمة لمضمون حكم التطليق للشقاق.

- المادة 113 المنظمة للحكم الصادر في دعوى التطليق لأحد الأسباب المنصوص عليها في المادة 98 من مدونة الأسرة.

وهكذا صارت المتعة في مدونة الأسرة حقا للزوجة المنفصلة عن زوجها سبب الطلاق أو الشقاق أو التطليق، قبل الدخول أو بعده، سمي لها صداق أو لم يسم. ومن هنا يكون المشرع قد تخلى عن المذهب الشافعي، وأخذ برأي الظاهرية في هذا الموضوع⁽¹⁾. أما بخصوص المشرع التونسي لم يستعمل هو الآخر مصطلح المتعة واكتفى فقط بالتعويض عن الضرر وجعله حقا لكل من الزوجة والزوج وهذا ما جاء في الفصل 31 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية.

هكذا وخلافا للمشرع الجزائري والمشرع التونسي، أصبحت المتعة في القانون المغربي حقا ماليا باعتبارها من آثار الطلاق، ومن ضمن المستحقات المالية للزوجة طبقا لمقتضيات المادة 84 من مدونة الأسرة. ولذا أصبحت المتعة لكل مطلقته بدون استثناء وبغض النظر عن طالب إنهاء الرابطة الزوجية. كما أن نطاق تطبيقها أصبح واسعا باعتبارها تعويضا عن الضرر الذي يلحق بالزوجة. وما يلاحظ أن كل من الزوجين يمكن أن يكون سببا في الطلاق إلا أنه في جميع الأحوال، فإن الزوجية تستحق المتعة ولو كان سبب الطلاق أو التطليق راجعا إليها وفق مقتضيات المادة 97 من مدونة الأسرة. فإذا كان الفقهاء قد اختلفوا بشأن وجوب المتعة من عدمها، فقد اختلفوا كذلك بشأن تقديرها.

(1) - إدريس الفاحوري، انحلال الرابطة الزوجية...، المرجع السابق، ص 214 - 215..

الفرع الثالث:

تقدير المتعة.

أما بشأن مقدار المتعة فقد اختلف الفقهاء في هذه المسألة فذهب الحنفية إلى أن المتعة ثلاثة أتواب ودرع وخمار وملحفة، يعتبر حال الرجل في تقديرها وفي رواية حالهما معا، ولا تزيد عن نصف مهر المثل، ولا تنقص عن خمسة دراهم⁽¹⁾.

أما المالكية فذهبوا إلى أن المتعة غير مقدرة فليس لها حد في القليل ولا في الكثير، ويراعي فيها حال الزوج، فهذا يمتع بخادم، وهذا بأثواب، وهذا بثوب، وهذا بالنفقة، لأن الله تعالى لم يقدرها ولم يحددها⁽²⁾. وذهب الشافعية إلى أن كان موسرا أمتعها بخادم، وإن كان متوسطا أمتعها بثلاثين درهما، وإن كان معسرا فبمقنعه، ولذا تنازعا قدره الحاكم ولا بأس بأن يزيد على نصف مهر المثل لإطلاق الآية ذلك ومتعوهن على الموسع قدره وعلى المقتر قدره متاعا بالمعروف ويراعي في تقديرها حال الزوج والزوجة معا، اعتبر حال الزوج، وحال الزوجة لأنها بدل المهر والمهر معتبر بحالها⁽³⁾. أما الحنابلة فذهبوا إلى أن الحد الأعلى للمتعة خادم، والحد الأقصى كسوة تصح فيها الصلاة، ويراعي في ذلك حال الزوج من يسر وعسر⁽⁴⁾.

وذهب الظاهرية إلى قول قريب من قول المالكية حيث قالوا أنها غير مقدرة بمقدار معين من المال بل يرجع للعرف، لأنه لا نص في الموضوع، وإذا رجعنا إلى الصحابة نجد أن كلا منهم متع حسب حاله دون تحديد حسب ما كان معروف عندهم يومئذ⁽⁵⁾.

والقاضي يحكم بالمتعة مما هو معروف في زمنه، وله أن يقدرها بالمال أخذا بعين الاعتبار حال الزوج، على أن لا تزيد عن نصف مهر المثل في حالة الاختلاف بين الزوج

(1) الكاساني، بدائع الصنائع، المرجع السابق، ص 545.

(2) مالك، المدونة الكبرى، المرجع السابق، ص 240.

(3) الشريبي، مغني المحتاج، المرجع السابق، ص 199.

(4) ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، ص 589.

(5) ابن حزم، المحلى، المرجع السابق، ص 317.

ومطلقاته، وللزوج أن يزيد عن نصف مهر المثل باختياره وهكذا يتضح عدالة التشريع الإسلامي وتتجلى هذه العدالة في أدق صورها حتى بعد الطلاق.

وأما من زاوية القانون فإن المشرع الجزائري لم يتناول مسألة تحديد نفقة المتعة، ولكن بالرجوع لأحكام المادة 222 من قانون الأسرة، التي تحيلنا إلى أحكام الشريعة الإسلامية، فالشارع الحكيم لم يحدد قدرا معيناً للمتعة، بل ترك أمر تقديرها للعرف وحسب حال الزوج المطلق والزوجة المطلقة من غنى وفقر، غير أن المشرع الجزائري تناول المتعة من قبيل التعويض. وبالمقابل فإنه من الناحية العملية، هناك بعض الاجتهادات القضائية للمحكمة العليا، التي تجيز للقضاة منح المتعة للمطلقة، وإن اختلفوا في المقدار فإنهم اتفقوا بأن يعطي للزوجة المتعة حسب السلطة التقديرية تقاضي شؤون الأسرة، وهو ما قضت به المحكمة في قرار لها بتاريخ 1991/08/18 بقولها "من المستقر على القضاء أن تحديد مبالغ المتعة والتعويض، ونفقة العدة ترجع للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع، غير أنهم ملزمون بذكر أسباب تحديدها ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد قصورا في التعليل.

ولما كان من الثابت - في قضية الحال - أن قضاة المجلس برفعهم لمبالغ المتعة والتعويض والنفقة المحكوم بها في محكمة أول درجة، دون أن يبينوا أسباب ذلك شأوا قرارهم بالقصور في التعليل"⁽¹⁾.

وهو نفس ما جاء في قرار لها بتاريخ 1991/05/21 حين قضت " أن تحديد نفقات العدة والمتعة والنفقة العداية للزوجة المطلقة وأولادها المحضونين وحق الحاضنة في السكن تخضع لسلطة قضاة الموضوع التي حولها لهم القانون ولا رقابة للمحكمة العليا عليهم في ذلك"⁽²⁾.

وعليه فكل مطلقة تستحق نفقة متعة من مال زوجها، ويجب على مطلقها أن يتحمل نفقة المتعة، وعلى القاضي أن يحكم بما ويجدها إجماليا، ويشير إليها في نفس

(1) - المحكمة العليا، غ.أ. ش، 1991/06/18، ملف رقم 75029، المجلة القضائية، العدد 02، 1994، ص 65.

(2) - المحكمة العليا، غ.أ. ش، 1991/05/21، ملف رقم 73602، نشرة القضاة، 1995، العدد 47، ص 149.

الحكم الذي يقضي فيه بالطلاق، فيدفعها المطلق لمطلقته، وفقا لقواعد إجراءات التنفيذ، إما بصفة رضائية أو بصفة جبرية⁽¹⁾.

وعليه، يجب على القاضي في هذه الحالة أن يراعي حال كل من الزوج والزوجة وهذا على أساس مراعاة، ومدة الحياة الزوجية، وأسباب الطلاق، عند تقديره لنفقة المتعة. وهو ما قضت به المحكمة العليا في قرار لها بتاريخ 1986/01/27 حين قضت بأنه "من المقرر شرعا وقضاء أن المتعة تمنح للزوجة مقابل الضرر للناتج بها من طلاق غير مبرر ويسقط بتحميلها جزء من المسؤولية فيه ولما كان ثابتا -في قضية الحال- أن القرار المطعون فيه قضى بإسناد الظلم إلى الزوجين معا، فلا سبيل لتعويض أحدهما ومنح المتعة للزوجة ومتى كان ذلك استوجب النقص جزئيا فيما يخص المتعة"⁽²⁾.

وهو ما أكدته في قرار لها بتاريخ 1986/12/29 بقولها "من القواعد المقررة شرعا أن المتعة لمن طلقها زوجها وليست لمن طلقت نفسها بحكم، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالف للنصوص الشرعية في فرض المتعة.

ولما كان من الثابت في قضية الحال أن الزوجة أقامت دعوى التطليق واستجابت المحكمة لطلبها ووافق المجلس عليه الذي يعد وحده عقابا للزوج سبب إهماله، فإن القضاء بالمتعة للمطلقة يعد مخالفا للنصوص الشرعية ومتى كان ذلك استوجب نقض القرار جزئيا يخص المتعة"⁽³⁾. وعليه، يمكن القول بأن ما ذهب إليه القضاء الجزائري يعتبر رأي صوابا عندما حول للقاضي سلطة تقديرية في تقدير نفقة المتعة.

أما بالنسبة للمشرع المغربي فقد تناول ذلك من خلال أحكام المادة 84 من مدونة الأسرة، حيث ترك أمر تقدير المتعة لقاضي شؤون الأسرة، لكن لم يعطي له سلطة تقديرية واسعة، بل وضع له معايير يجب عليه الاعتماد عليها في تقدير المتعة.

(1) - انظر، شامي أحمد، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة (دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية) رسالة دكتوراه

في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2014/2013، ص 313.

(2) - المحكمة العليا، غ. أ. ش، 1986/01/27، ملف رقم 39731، المجلة القضائية، 1993، العدد 04، ص 61.

(3) - المحكمة العليا، غ. أ. ش، 1986/12/29، ملف رقم 43860، المجلة القضائية، 1993، العدد 02، ص 41.

فالمتعة تقدر بناء على أربعة معايير لزوماً يتجلى في قدرة الزواج كلما كانت المدة طويلة كلما كان احتمال الزيادة في مبلغ المتعة قائماً، والوضعية المالية للزوج كلما كان الزوج ميسوراً كانت المتعة مرتفعة والعكس صحيح، وأسباب الطلاق ومدى تعسف الزوج في توقيعه، إذ غالباً ما تراعى المحكمة عند تقديرها للمتعة مدى تعسف الزوج من عدمه في توقيع الطلاق وما يمكن أن يلحق الزوجة من أضرار، وإما إذا كانت أسباب الطلاق مبررة أو غير مبررة منسوبة للزوج أو للزوجة أو مشتركة بينهما⁽¹⁾.

وهكذا فالمتعة قد ترتفع وقد تنخفض وتتحكم في ذلك الارتفاع أو الانخفاض العناصر التي عينها المشرع وهي عناصر وردت على سبيل المثال لا الحصر⁽²⁾. وفي هذا الصدد جاء في قرار للمجلس الأعلى ما يلي: "إن تقدير مستحقات الطلاق تستقل به محكمة الموضوع طالما كان تقديرها معللاً طبقاً للقانون والمحكمة عللت قرارها بأن الطالب يعمل مترجماً حسبما هو مذكور في عقد النكاح وأنه كان متعسفاً في طلاق المطلوبة، لأنه لم يبرر الطلاق لسبب مقبول، وبذلك فإنها تكون قد راعت وضعية العارض باعتباره مترجماً، وإنه كان يؤكد أنه مستعد لأداء جميع مستحقات الطلاق، وأنه أنذر من طرف المحكمة لإثبات وضعيته المالية ولم يدل شيء مقبول، كما أخذت بعين الاعتبار وضعية المطلوبة التي طلقت دون سبب مقبول، مما يجعل قرارها مبيناً على أساس⁽³⁾.

وجاء في قرار آخر "أن تقدير المتعة يعتمد على عدة عناصر محددة في المادة 84 وليس على مدى تعسف الزوج في توقيع الطلاق مما يكون معه المحكمة استعملت سلطتها التقديرية وبنيت قضائها على أسباب سائغة⁽⁴⁾.

(1) - محمد الشافعي، المرجع السابق، ص 62-63.

(2) - محمد الكشور، المرجع السابق، الكتاب الثاني، ص 76.

(3) - المجلس الأعلى 06/11/22، ملف عدد 06/208، منشور بالملتمى من عمل القضاء في تطبيق مدونة الأسرة الجزء الأول، ص 104 وما يليها مقتبس عن محمد عفيفير، المرجع السابق، ص 93.

(4) - المجلس الأعلى 07/11/28 بحث عدد 600، الملف الشرعي 6/1/2/551، مقتبس عن محمد بفقير، المرجع السابق، ص 93.

وجاء في قرار آخر أيضا: "حيث أن تقدير المتعة واجب يبقى خاضعا لسلطة المحكمة على أن تبني ذلك على أسباب سائغة وإذ هي عللت قرارها بأنه بالرجوع للمستحقات المترتبة على الطلاق يتضح أنها لم تراعى كافة عناصر المادة 84 من مدونة الأسرة بخصوص أسباب الطلاق والوضعية المالية للزوج مما وجب معه تخفيض واجب المتعة إلى القدر المناسب للعناصر المذكورة وذلك بعدما أطلعت على وثائق الملف، تكون قد ردت على دفع الطاعنة وعللت قرارها بما فيه الكفاية"⁽¹⁾.

في الواقع أعمال المشرع المغربي لهذه المعايير فيه استجابة لمطالب الفقه المنادي بالرقى بالمتعة إلى مستوى التعويض الحقيقي، خاصة وأنه راعي مدة الزوجية والأضرار التي تمكن أن تلحق بالمرأة. وأكثر من هذا، فالطلاق جعل تحت مراقبة القضاء، وهذه المراقبة التي تمكن القاضي عبر سلطته التقديرية من تقييم مدى تعسف الزوج في إيقاع الطلاق، فيقدر أثر ذلك المتعة المستحقة.

من هنا فإن المشرع المغربي ما زال متشبثا باصطلاح المتعة دون التعويض، بالرغم من أن بعض الفقه يرى بأنه ليس هناك مانع شرعي أو قانوني من حرمان المطلقة من التعويض إلى جانب حقها في المتعة متى كان الزوج متعسفا في إيقاع الطلاق⁽²⁾. وهذا ما قضى به المجلس الأعلى في قرار له صادر بتاريخ 2008/12/03 على أنه "يجب عدم خلط بين الحق في المتعة والسكن خلال العدة كمستحقات للزوجة عن الطلاق أو التطليق ومن بين حقها في التعويض عن الضرر في حالة التطليق للضرر، لأن كل منهما مستقل عن الآخر والحكم بأحدهما لا يمنع من الحكم بالآخر... نعم"⁽³⁾.

(1) قرار شرعي 26 نوفمبر 2008 ، عدد 546 ، ملف عدد 2008/1/2/385 ، غير منشور مقتبس عن محمد الكشور، المرجع السابق، الكتاب الثاني، ص 76.

(2) انظر، إدريس الفاحوري، الزواج والطلاق في مدونة الأحوال الشخصية، ط06، دار النشر الجسور، وجدة، 1999-2000، ص 285.

(3) المجلس الأعلى، 2008/12/3، ملف 06/398، منشور بمجلة الملف عدد 14، ص 269 وما يليها، مقتبس عن محمد بفقير، المرجع السابق، ص 93.

كما أقر المجلس الأعلى بأن المتعة لا يحكم بها إلا في حالة الطلاق أو التطليق الذي يتم بناء على طلب الزوج. أما في حالة التطليق للشقاق بناء على طلب الزوجة فإنه لا يحكم لها بمتعة، وإنما يحكم لها بالتعويض بعد أن تثبت مسؤولية الزوج عن الفراق. وإلى جانب المتعة تستحق المطلقة نفقة الإهمال.

المطلب الثالث:

نفقة الإهمال.

يراد بنفقة الإهمال تخصيص لمطلق حق الزوجة في النفقة، فهو تخصيص لعموم استحقاقها وتقييد للمطلق حقها في الإنفاق، فالإهمال مفترض مع قيام النزاع ولذلك يراد بنفقة الإهمال حق الزوجة والأولاد في النفقة من تاريخ قيد الدعوى أمام المحكمة أو بأثر رجعي لمدة أقصاها سنة واحدة قبل رفع الدعوى بالبينة المثبتة. فالإهمال السابق عن رفع الدعوى بمدة أقصاها عام ليس مفترضا بل مثبتا يجب إثباته بالبينة التي تؤكد وجود الإهمال⁽¹⁾ وفقا لأحكام المادة 80 من قانون الأسرة والتي جاء نصها كالآتي: "تستحق النفقة من تاريخ رفع الدعوى وللقاضي أن يحكم باستحقاقها بناء على بينة لمدة لا تتجاوز سنة قبل رفع الدعوى"⁽²⁾.

فالملاحظ من هذا النص أن المشرع الجزائري حدد تاريخ استحقاق النفقة من تاريخ رفع الدعوى وتسجيلها في كتابة ضبط المحكمة إلى تاريخ صدور الحكم، فهذا هو الأصل المعمول به لأن المشرع أورد استثناء عن هذا الأصل هو إمكانية تقدير النفقة لمدة سابقة عن رفع الدعوى نتيجة إهمال الزوج لزوجته خلال الفترة التي تسبق الحكم بالطلاق.

وهو ما أكدته المحكمة العليا في قرار لها بتاريخ 16/04/1990 بقولها: "من المقرر أنه ليس بالضرورة أن يكون تاريخ سريان النفقات في جميع الأحوال من يوم رفع

(1) - عبد القادر بن داود، الآثار المالية، المرجع السابق، ص 269.

(2) - يقابل هذه المادة الفقرة السابعة من المادة 99 من القانون رقم 78 لسنة 1931 المعدل بالقانون رقم 100 لسنة 1985 لقانون الأحوال الشخصية المصري التي تنص على أنه: "لا تسمع دعوى النفقة عن مدة ماضية لأكثر من سنة لهايتها تاريخ رفع الدعوى".

الدعوى إذ يجوز للقاضي أن يحكم بها بأثر رجعي من يوم خروج الزوجة من بيت الزوجية"⁽¹⁾. ولا يجوز للقاضي أن يحكم بنفقة لما قبل رفع الدعوى ولا لما بعد صدور الحكم إلا في الحالة التي يتضمن فيها الحكم القضاء بالطلاق، وإسناد حق الحضانة إلى المطلقة"⁽²⁾. كما يجب على قاضي شؤون الأسرة الفصل في دعوى النفقة بشكل استعجالي⁽³⁾ لارتباطها بالطعام والشراب والكسوة والمسكن، حفاظا على مصالح الزوجة والأولاد بأن تتبع فيها الإجراءات المستعجلة فيما يتعلق بالمواعيد والسرعة الفصل فيها، وذلك طبقا لأحكام المادة 57 مكرر من قانون الأسرة وهو ما أكدته المحكمة العليا في قرار لها بتاريخ 2005/01/19 بقولها "قاضي الاستعجال مختص للحكم للزوجة وللأبناء بنفقة، قبل الفصل في الدعوى، من حيث الموضوع"⁽⁴⁾.

ولقد أجاز المشرع الجزائري أن يقدر القاضي النفقة الزوجية قبل سنة عن رفع الدعوى، وذلك تقدير للظروف التي تكون فيها المرأة والتي أخرجتها عن رفع الدعوى لكي تفتح فرصة لزواجها بمراجعة نفسه، غير أن المشرع منع القاضي بأن يحكم بالنفقة بمدة أكثر من سنة قبل رفع الدعوى، وأن لا يراجع حكمه قبل مرور سنة على الحكم طبقا لأحكام المادة 79 من قانون الأسرة. ولكن قبل الحكم بالنفقة من طرف القاضي يجب على الزوجة أن تثبت بأن زواجها لم ينفق عليها خلال مدة سنة قبل رفع الدعوى، فإذا انعدمت البينة تعذر القول والاشهاد بادعاء الزوجة بذلك. كما أنه ليس بالضرورة أن يكون تاريخ سريان النفقات في جميع الأحوال من يوم رفع الدعوى، إذ يجوز للقاضي أن

(1) - المحكمة العليا، غ. أ. ش، 1990/04/16، ملف رقم 59967، غير منشور، مقتبس عن بلحاج العربي، قانون الأسرة مع تعديلات 02-05، المرجع السابق، ص 440.

(2) - كما يجوز للقاضي أن يحكم نفقة مؤقتة للزوجة أو الأولاد بموجب حكم تمهيدي أثناء إجراءات المرافعة، ثم يفصل القاضي بصفة نهائية مع الفصل في الموضوع النزاع، بلحاج العربي، الوجيز في شرح...، المرجع السابق، ص 350.

(3) - وهو ما نصت عليه أحكام المادة 425 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بقولها "بممارسة رئيس قسم شؤون الأسرة الصلاحيات المخولة لقاضي... حيث كان قبل تعديل قانون الإجراءات المدنية والإدارية رقم 08-09 رئيس المحكمة هو الذي يقوم بإصدار التدابير الاستعجالية.

(4) - المحكمة العليا، غ. أ. ش، 2005/01/19، ملف رقم 333042، مجلة المحكمة العليا، 2005، عدد 01، ص 321.

يحكم بأثر رجعي من يوم خروج الزوجة من بيت الزوجية، فإنه يجوز للقاضي أن يحكم باستحقاقها بناء على بيته لمدة لا تتجاوز سنة قبل رقع الدعوى.

وإذا كان الزوج غائبا عن الزوجة ولم يرسل لها النفقة، فلها أن تطلب من القاضي فرض لها نفقة، لأن النفقة تكون واجبة عليه سواء كان حاضرا أم غائبا، فإن كان له مال كالنقود والغلال، وهي بيد الزوجة فرض القاضي لها نفقة مناسبة.

وإذا كان هذا المال لدى الغير كان يكون بنكا مثلا واعترف هذا الأخير بالزوجية فرض القاضي لها من هذا المال ما يكفيها، وهذه المسائل للقواعد العامة في الإثبات.

وقد يكون الزوج مفقودا أو أصابه عجز، وبالتالي فإن مشكل النفقة يكون مطروحا للزوجة والأولاد. ولهذا كان على المشرع ألا يغفل هذه المسألة، ويجد حولا لها من باب تحقيق الحماية القانونية للأسرة.

ويبدو أنه وجد حلا يليق بها، وهو أنه أعطاهما الحق في أن تطلب التطليق لغياب ولفقدان زوجها حسب المادة 53 التي أحالت إليها المادة 112، وأن كان الأمر هنا تريد الإنفاق لا تريد الطلاق⁽¹⁾.

فالأصل في وجوب النفقة أن تثبت بمجرد امتناع الزوج عن الإنفاق على زوجته، ولو امتد ذلك لسنوات، إلا أن المشرع الجزائري منع القاضي من الحكم بالنفقة لمدة سنة سابقة على الادعاء، حتى لا يترك مجالا لإرهاق الزوجة لزوجها، إذ تترك مطالبته بالنفقة سنوات كثيرة تم تطالبه بها مرة واحدة فيقع في الضيق والحر، وذلك عكس المشرع المغربي والتونسي اللذين اعتبرا نفقة الزوجة دينا لا يسقط بالتقادم.

إذن، مبلغ النفقة كدين في ذمة الزوج لصالح الزوجة لا يسقط أبدا بالتقادم أي بمرور المدة وهذا الحكم أجمع عليه المالكية والشافعية والحنابلة حيث أن النفقة عندهم لا تسقط إلا بالأداء أو بالإبراء أو بوفاة الزوج⁽²⁾. وقد أخذ التشريع المغربي صراحة بهذا الحكم في الفصل 121 من مدونة الأحوال الشخصية الملغاة والتي حلت محلها المادة 195

(1) - بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص 148.

(2) - محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص 291.

من مدونة الأسرة عندما نصت على أنه يحكم للزوجة بالنفقة من تاريخ إمساك الزوج عن الإنفاق الواجب عليه ولا تسقط بمضي المدة"، أي أن النفقة كدين عالق بذمة الزوج لا يطاله التقادم المسقط أبدا.

على أنه متى تم الحكم لصالح الزوجة بمبلغ النفقة، وجب عليها في هذه الحالة أن تطالب بتنفيذ هذا الحكم داخل أجل ثلاثين سنة تطبيقا لمقتضيات الفصل 428 من ق.م.م⁽¹⁾.

وهو ما سار عليه قضاء المجلس الأعلى حيث جاء في أحد قراراته: "أن الحكم بنفقة المطلوبة ونفقة ابنتها قد تضمن أنها كانت خارج بيت الزوجية فاعتبره بذلك وعن صواب قرينة قضائية على عدم الإنفاق واستمراره، والطاعن يثبت للمحكمة بدليل خلافه، فتبقى ذمته عامرة بالمطلوب"⁽²⁾.

وقد اعتبر المشرع التونسي أن النفقة المتجمدة تظل منذ وجوبها قائمة معمرة لذمة الزوج وبالتالي لا تسقط بمضي المدة طبق الفصل 42 من مجلة الأحوال الشخصية. وفي الأخير يبدو أن المشرعين المغربي والتونسي أراد حماية المرأة عبر تمكينها من حقها في النفقة طال الزمن أم قصر في حين ذهب المشرع الجزائري إلى حماية الزوج بتحديد زمن السقوط.

فإذا كانت المطلقة تستحق النفقات المشار إليها سابقا، إلا أنه يجب الوقوف عن ما تعانيه المرأة الزوجة أو المطلقة من مشكل تحصيل النفقات بالطرق القانونية التي بقيت بدون جدوى لذلك كان يجب التفكير في آلية جديدة تمكن من ضمان صرف النفقة.

(1) - محمد الكشور، المرجع السابق، الكتاب الأول، ص 471.

(2) - المجلس الأعلى، 2005/02/16، الملف 04/594، منشور بأهم قرارات المجلس الأعلى في تطبيق مدونة الأسرة، ص 191 وما يليها، مقتبس عن محمد بفقير، المرجع السابق، ص 266.

المطلب الرابع:

ضمان صرف النفقة.

لا يكفي أن يكون بيد المطلقة حكم قضائي يمنحها نفقتها ونفقة محضونها، كما لا يكفي إزالة كل العقبات الإجرائية التي تسبب في تأخير ضرورة ذلك السند قابلاً للتنفيذ بجعله مشمولاً بالنفاذ المعجل بقوة القانون لكي تنتهي متاعبها في الحين ويكفل لها حقها في اقتضاء ما صدر به الحكم دون تأخير، وذلك لما قد يلجأ إليه المحكوم رغم التبعات الجزائية من أجل جريمة عدم دفع النفقة، من أضرار في التمادي والمماطلة ورفض الإذعان للحكم الصادر مدة.

هذا كله جعل المشرع يفكر في آلية جديدة تسهل للمطلقة تحصيل نفقتها ونفقة من يكون في حضانتها وتمثل هذه الآلية في تكفل الدولة عن طريق إنشاء صندوق النفقة⁽¹⁾ والذي فصّح عنه المشرع الجزائري مؤخرًا.

ولقد سبقه في ذلك المشرع التونسي⁽²⁾ بعدما نص الفصل 53 مكرر من مجلة الأحوال الشخصية بعد تنقيحه بقانون 12 جويلية 1993 على: أن يتولى صندوق النفقة وجراية الطلاق دفع مبالغ النفقة وجراية الطلاق الصادرة بها أحكام باتة تعذر تنفيذها لفائدة المطلقات وأولادهن من المحكوم عليه بسبب تلذذه، وذلك وفقا للشروط المنصوص عليها بالقانون المحدث للصندوق ويحل الأخير محل المحكوم لهم في استخلاص المبالغ التي دفعها".

من المنطلق الوعي بالصعوبات التي تواجهها المطلقات في تدبير معيشتهم ومجاها تكاليف الإنفاق على أنفسهن وعلى محضونيهن عند تماطل المحكوم عليه في الوفاء بالنفقة وجراية الطلاق المحكوم لفائدتهن ولفائدة محضونيهن بصفة منتظمة، بادر المشرع منذ سنة

(1) - قانون رقم 15-01 مؤرخ في 13 ربيع الأول عام 1436 الموافق لـ 04 يناير 2015. تضمن إنشاء صندوق النفقة، الجريدة الرسمية 07 يناير 2015، العدد 01.

(2) - لقد نظم المشرع التونسي صندوق ضمان النفقة وجراية الطلاق بالقانون 65 المؤرخ في 5 جويلية 1993 يتعلق بإحداث صندوق النفقة وجراية الطلاق. والأمر عدد 1655 لسنة 1993 المؤرخ في 09 أوت 1993 يضبط إجراءات تدخل صندوق النفقة وجراية.

1993 ببعث صندوق خاص لضمان دفع النفقة وجراية الطلاق الصادرة في شأنها أحكام باثة لفائدة المطلقات وأولادهن إذا تعذر تنفيذها على المحكوم عليهم مباشرة بسبب تلذهم في تسديد ما عليهم، رغم مضي ما يزيد عن شهر من تاريخ مبادرتهم بإعلام المحكوم عليه تلك الأحكام ورغم رفع أمرهن للنيابة العمومية بغرض تتبع المحكوم عليه جزائيا من أجل ذلك التقاعس المشكل لجريمة إهمال العيال على أن يحل الصندوق المذكور بعد ذلك محل المحكوم لهم لاسترجاع المبالغ التي دفعها من المحكوم عليهم وذلك حفاظا على توازناهم المالية.

وضمنا لاستمرارية الصندوق وتسيير على المستفيدين من خدماته عهد بإرادته للصندوق القومي لضمان الاجتماعي⁽¹⁾.

ينحصر تدخل صندوق ضمان النفقة وجراية الطلاق في تسديد مال النفقة وجراية الطلاق المحكوم بها لفائدة المطلقات وأبنائهن الصادرة شأنها أحكام باثة، بما يعني أنه لا تنطوي في مجال تدخله النفقة، المحكوم بها لفائدة الأصول والمحمولة على الفروع⁽²⁾، ولا حتى النفقة المحكوم بها لفائدة المطلقات وأبنائهن إذا كانت الأحكام القاضية لها لا تزال قابلة للطعن بالاستئناف أو بالتعقيب، وذلك رغم أن الطعن في الأحكام الصادرة بالنفقة بإحدى الوسيلتين المذكورتين تلك لا يعطل تنفيذها بالنظر إلى صبغتها المعيشية. كما لا يدخل ضمن مجال تدخل صندوق النفقة الصادرة بموجب قرارات فورية لفائدة النساء التي لا تزال قضايا الطلاق المتعلقة بهم جارية، ولا الأصول الصادرة لفائدتهم أحكاما تقضي بإلزام فروعهم بالإنفاق عليهم في نطاق ما تخوله أحكام الفصل

(1) - حاز الصندوق القومي لضمان الاجتماعي المحدث بالقانون 14 سبتمبر 1960 تجربة مشهود بها باعتباره مؤسسة عمومية عريقة وناجحة تتمتع بالمار بشري مقتدر، وتميز بمرونة في التصرف بمهارة في استخلاص ديونها وتستفيد من خدماتها كافة المعنيين من التونسيين.

إذا تواجد لها فروع بكافة جهات البلاد وولاياتها الثلاث العشرين، انظر، الحبيب الشريف، المرجع السابق، ص 116-117.

(2) - يستند حصر مجال تدخل الصندوق في الزوجة والأبناء دون الأصول إلى سببين اثنين الأول يتمثل في الحرص على تفادي إثقال كاهل الصندوق بأعباء قد تؤثر على توازناته المالية، والثاني لوجود صناديق ومؤسسات اجتماعية أخرى منها مأوى العجز يمكن للأصول اللجوء إلى خدماتها عند الاقتضاء، محمد اللجمي، المرجع السابق، ص 519.

44 من مجلة الأحوال الشخصية لوجود هياكل أخرى يمكنهم اللجوء إليها عند الاقتضاء⁽¹⁾.

ولا يتدخل الصندوق لتسديد تلك الأموال إلا من تاريخ تقديم الطلب للجهة المكلفة بالتصرف في أمواله وإتمام تكوين الملف اللازم لذلك، بما يعني أنه لا يضمن تسديد مبالغ النفقة، أو جرایة الطلاق التي حلت قبل ذلك التاريخ والتي يتأخر المحكوم عليه في تسديدها⁽²⁾.

للانتفاع بخدمات صندوق ضمان النفقة وجرایة الطلاق في الحدود المتقدم بيانها، يتعين على المحكوم لفائدها بالنفقة أو جرایة الطلاق أن تكون ملفا لدى ذلك الصندوق ويجب أن تشتمل الملف على الوثائق التالية:

- مطلب للحصول على النفقة أو الجرایة يجرى باعتماد مطبوعة معدة للغرض تسحب من المكاتب الجهوية للصندوق القومي للضمان الاجتماعي، ويوجه إلى المكتب الجهوي للصندوق القومي للضمان الاجتماعي الكائن بدائرة المحكمة الابتدائية التي رفعت لدى وكيل الجمهورية بها شكوى في إهمال عيال.
- نسخة من الحكم القاضي بالنفقة أو بجرایة الطلاق.
- نسخة مطابقة للأصل من محضر إعلام المدین بالحكم.
- شهادة في تقديم شكایة من أجل إهمال العيال.
- مضمون من دفاتر الحالة المدنية لكل من المحكوم لفائدهم بالنفقة أو بجرایة الطلاق.
- شهادة حضور بالنسبة للأبناء المزاولين تعليمهم الثانوي.
- نسخة مطابقة للأصل من شهادة الترسيم الجامعي بالنسبة للأبناء الذين يزاولون تعليمهم العالي.

(1) - هذا ما يفهم من الفصل 02 من القانون المحدث للصندوق والذي نص على أنه "يمكن للمطلقات وأولادهن الصادرة لفائدهم أحكام بآلة متعلقة بالنفقة وجرایة الطلاق وتعذر تنفيذها لتلذذ المدین، أن يتقدموا للصندوق بمطلب في الحصول على المبالغ المستحقة. ويثبت تلذذ المدین إذا تعلق به قضية إهمال عيال طبقا لمقتضيات الفصل 53 مكرر من مجلة الأحوال الشخصية ويتولى صندوق صرف مبالغ النفقة، والجرایة لمستحقيها مشاهرة ي أجل لا يتجاوز 15 يوما من تاريخ تقديم الطلب المستوفي للشروط القانونية وذلك بواسطة حوالات بريدية".

(2) - محمد اللجمي، المرجع السابق، ص 520.

نسخة من بطاقة معاق بالنسبة للابن المعاق.

- التزام يحمل إمضاء البنت معرف به تشهد فيه أنها بدون زرق نسخة من الحكم المسند أن وقع إسنادها لغير الأبوين⁽¹⁾.

ولقد وضع الصندوق القومي للضمان الاجتماعي لدى كافة فروع مطبوعات على ذمة المواطنين المعنيين مع إرشادات مفيدة حول الإجراءات والشروط الواجب احترامها.

أما وظيفة الاسترجاع فقد تحدث عنها الفصل 03 من القانون المحدث للصندوق لما نص على أنه يحل الصندوق محل مستحقي النفقة أو الجراية في ما لهم من حقوق على الشخص المطالب بالمبالغ المحكوم بها، ويخول له استخلاص تلك المبالغ في حدود ما قام بدفعه⁽²⁾.

وضمنا لنجاعة ممارسة هذا الحق منع القانون ديون الصندوق بالامتياز العام لخزينة الدولة وخول له استخلاص تلك الديون بواسطة بطاقات جبر يصدرها الصندوق القومي للضمان الاجتماعي ويكسيها وزير الشؤون الاجتماعية الصبغة التنفيذية وهي وإن كانت قابلة للاعتراض إلا أن الاعتراض عليها لا يعطل تنفيذها⁽³⁾.

إضافة إلى ذلك وظف المشرع على مقدرا النفقة وجراية الطلاق المدفوعة من الصندوق والتي لم يقع تسديدها من طرف المحكوم عليه، غرامة تأخير تحمل على المدين لفائدة الصندوق وتحسب على أساس الفائض القانوني المعمول به في المادة المدنية بداية من تاريخ إنذار المدين من طرف مصالح الصندوق. كما وظف عليه لفائدة الصندوق معلوم يدفع من أصل الدين بقدر بخمسة بالمائة من تلك المبالغ بعنوان مصاريف

(1) - لقد عدد الفصل 2 من الأمر 9 أوت 1993 هذه الشروط.

(2) - محمد الحبيب الشريف، المرجع السابق، ص 118.

(3) - الفصل الرابع من القانون عدد 65 لسنة 1993 المتعلق بإحداث صندوق النفقة.

التصرف⁽¹⁾، ويحق للصندوق علاوة على ذلك استرجاع مصاريف استخلاص الدين الذي دفعه⁽²⁾.

ولاعتبارات إنسانية لم يحدد التشريع المتعلق بهذا الصندوق سقفاً لمقدار النفقة أو الجراية الذي لا يمكن تجاوزه عند صرف النفقة من قبل الصندوق لفائدة مستحقيها. ولذلك فإن المقدار المالي المحكوم به قضائياً هو نفسه الذي يصرف لمن حكم لفائدته سواء كانت المرأة المطلقة أو أبنائها.

وأيضاً لضمان عدم إقصاء البعض من الانتفاع بخدمات هذا الصندوق سبب عدم حمل كلا من الزوجين الجنسية التونسية، فإنه لم يقع اعتماد ذلك من ضمن الشروط الواجب توفرها للتمتع بخدمات الصندوق إذ أن المفارقة التونسية من زوج أجنبي والمفارقة الأجنبية من زوج تونسي تتمتعان بخدمات الصندوق بشرط أن تكون المنتفعة مقيمة بالبلاد التونسية.

وكذلك الشأن بالنسبة إلى أبناء المرأة المطلقة، فهم يتمتعون بخدمات الصندوق إذ يكفي أن يكون أحد الأبوين له الجنسية التونسية. وبمعنى آخر، يتمتع الأبناء دون تمييز جنسي بينهم بخدمات الصندوق، ويتواصل صرف تلك النفقة للذكور إلى بلوغهم سن الرشد أو بعده إلى نهاية مراحل التعليم على ألا تتجاوز سنهم الخامسة والعشرين سنة. أما بالنسبة إلى نفقة البنت التي لا مكاسب لها، فإن نفقتها تتواصل إلى أن تجب نفقتها على زوجها. وأمّا بخصوص الأبناء المعوقين العاجزين عن الكسب فإنه بتواصل صرف نفقتهم بقطع النظر عن سنهم.

إن صندوق النفقة وجراية الطلاق الذي دخل حيز العمل الفعلي منذ 1993/09/13 قد عرف نسقاً حثيثاً من النشاط وإقبالاً لا بأس من المعنيين. والملاحظ

(1) - الفصل الخامس من القانون 65 لسنة 1993.

(2) - الفصل السادس من القانون 65 لسنة 1993.

حسب الإحصائيات⁽¹⁾ أن الصندوق يؤدي دورا اجتماعيا وإنسانيا متزايد الأهمية ولكنه يكبد المجموعة الوطنية تضحيات مادية جسيمة.

كما أن المعطيات بينت أن الأطفال (أولاد الطلاق) هم أكثر المستفيدين من خدمات صندوق النفقة وجرية الطلاق بأضعاف عدد النساء رغم أنهن يتمتعن بتدخل الصندوق بوجهين اثنين أي عند الحكم لهن بالنفقة أو عند الحكم لهن بجرية الطلاق. كما يستفاد من التوزيع الجغرافي لخدمات الصندوق أن كثافة الطلبات تختلف حسب الولايات ربما تماشيا مع حجم ظاهرة الطلاق وقضايا إهمال العيال أو حسب الظروف الاجتماعية والاقتصادية لكل منطقة، حيث لوحظ إقبال أقل على الصندوق في المناطق ذات الصبغة الفلاحية وهو ما يمكن تفسيره أيضا بجهل الإجراءات الجديدة وعدم الوعي بالإمكانات القانونية⁽²⁾.

هذا هو صندوق النفقة وجرية الطلاق والذي يعتبر إنجاز رائد من قبل المشرع التونسي والذي كان سباقا للمسألة عن نظيره المشرع الجزائري، وكذلك المشرع المغربي الذي لاحظ أن حجم قضايا النفقة المعروضة على أقسام شؤون الأسرة بمختلف محاكم المملكة باتت ظاهرة قضائية، نظرا لارتفاع معدلاتها مقارنة مع القضايا الأخرى التي تعرض على القضاء، والأسوأ من ذلك أن غالبيتها تبقى بدون تنفيذ أو تنتهي بإهمال الأسرة حيث يقضي المحكوم عليه مدّة حبسية معينة وتبقى مصالح الأبناء والزوجة في مهبط الريح. أمام هذا الوضع الذي بات مفزعة يهزّ مضجع العديد من الأسر كان لابدّ للمشرع المغربي من التدخل بإحداث حساب خصوصي للخرينة العامة يسمى صندوق التكافل العائلي ابتداء من فاتح يناير 2011، بمقتضى المادة 16 من قانون المالية 2010 حدّد كيفية وشروط الاستفادة من الصندوق وفق مساطر قضائية تحوّل للمطلقة المعوزة

(1) من يوم 13 سبتمبر 1993 إلى غاية 31 ديسمبر 1993 سجل 37 تدخلا من جملة 145 مطلباً، وقد ارتفع العدد ليشمل عدد المنتفعين به في سنة 2003 حوالي 8405 أسرة؛ إحصائيات عن وزارة شؤون المرأة والطفولة والمسنين، مقتبسة عن حسيبة العربي، التشريعات الاجتماعية المتعلقة بحماية الأسرة، مجلة الأحوال الشخصية وصندوق ضمان النفقة وجرية لطلاق، مجلة القضاء والتشريع، تونس، 2006، العدد 06، ص 25-26.

(2) - محمد الحبيب الشريف، المرجع السابق، ص 120.

وأبناؤها الاستفادة من مخصصات مالية محدّدة يرجع لرئيس المحكمة الاختصاص في تحديدها.

يندرج موضوع التكافل العائلي ضمن سلسلة من الإجراءات التي اتخذها المشرع المغربي ضمن سياسة تشريعية وفي إطار إصلاح يروم النهوض بأوضاع الأسرة المغربية المعوزة في حالة انتهاء العلاقة الزوجية بالطلاق أو التطليق.

ووعيا من أعلى سلطة في البلاد بالوضع المأساوي الذي يعيشه الأبناء وأمّهم المطلقة جاءت المبادرة التي دشنها الخطاب الملكي بمناسبة افتتاح السنة القضائية بتاريخ 29 يناير 2003 ليحث مختلف الفاعلين بوضع دراسة متأنية لإنشاء صندوق يضمن نفقة المطلقات وأبنائهنّ، وهو الأمر التي تمت معاودته والتأكيد عليه بمناسبة افتتاح الدورة البرلمانية يوم 10 أكتوبر 2003، وتمّت ترجمة هذا التوجه الملكي في 30 ديسمبر 2009 بمناسبة إصدار قانون المالية 2010، حيث نصّت المادة 16 في فقرتها الأولى والثانية "يحدث ابتداء من فاتح يناير 2011 حساب خصوصي يسمى صندوق التكافل العائلي".

وتفصيلا لمقتضيات المادة أعلاه صدر القانون رقم 10-41 المتعلق بتحديد شروط مساطر الاستفادة من هذا الصندوق الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.10191 بتاريخ 7 محرم 1432هـ الموافق لـ 13 ديسمبر 2010م، ناهيك عن مجموعة من المذكرات والمناشير الوزارية الصادرة عن الوزارة الوصية على قطاع العدل التي بسطت مجموعة القواعد والأحكام الإجرائية في سبيل تطبيق أمثل لمساطر صندوق التكافل العائلي وتحقيق إرادة وفلسفة المشرع من ذلك.

تفاديا للإكراهات التي كانت تعترض تنفيذ أحكام النفقة التي تبقى عالقة خصوصا بالنسبة للمطلقات المحتاجات مع أبنائهنّ، حاول المشرع المغربي إيجاد بديل عن طريق الاستفادة هذه الفئة من مخصصات مالية في إطار حساب خاص ضمن شروط وإجراءات حدّدها القانون وتنظيما لمساطر الاستفادة من صندوق التكافل أوقفها المشرع على أساسين:

- أولاً أن يكون صاحب الطلب ضمن الفئة المحددة قانوناً والتي وضعها المشرع على سبيل الحصر.

- توفر الشروط التي حددها القانون بشكل صريح وأوضح إضافة إلى ذلك حددت الجهة المختصة بالبحث في طلبات الاستفادة من مخصصات الصندوق ممثلة في رئيس المحكمة المصدرة للمقرر القضائي أو المحكمة المكلفة بالتنفيذ.

ما يلاحظ أن القانون المحدث لهذا الصندوق أقصى شريحة مهمة واقتصر على المطلقات المعوزات وأبنائهن من جهة، ثم هزالة المبالغ المرصدة والمخصص المالي الذي لا يمكنه أن يتجاوز 350 درهم للشخص في حده الأقصى علماً أنه يمكن بأقل من ذلك حسب السلطة التقديرية لرئيس المحكمة ناهيك عن بعض الإجراءات والشروط التعجيزية مما يحول دون تحقيق الصندوق لغاياته وأهدافه⁽¹⁾. أما المشرع الجزائري لم يفصح عنه إلا في بداية السنة الجارية⁽²⁾.

دخل قانون صندوق النفقة حيز التنفيذ في بداية شهر فيفري عبر كافة محاكم شؤون الأسرة في الجزائر بعد تم نشر مضمون القانون في الجريدة الرسمية مؤخراً⁽³⁾، حيث تم تحديد الإجراءات القانونية لاستفادة المرأة المطلقة الحاضنة من النفقة المالية.

وسيري صندوق النفقة النور بعدما أثار الكثير من الجدل عقب الإعلان عنه من قبل رئيس الجمهورية في 08 مارس 2014، حيث اعتبره بعض النواب والمحامين وسيلة

(1) - انظر، إبراهيم زعنون، صندوق التكافل العائلي في ضوء التشريع المغربي:

www.etudiants.fejes.c4.press.com

(2) - لقد سبق وأن تضمن مشروع قانون الأسرة الأحكام الخاصة بهذا الصندوق وذلك في المادتين 80 مكرر التي كانت تنص على أنه "ينشأ طبقاً للشروط والكميات المحددة في التشريع المعمول به صندوق عمومي لدفع النفقة الغذائية، بما فيها أجرة السكن التي بقي تحصيلها بطرق التنفيذ القانونية دون جدوى". والمادة 80 مكرر التي كانت تنص على: "دون الإخلال بالتشريع المعمول به يمكن دفع كل نفقة غذائية بما فيها أجرة السكن المحددة بموجب المادة 80 مكرر من هذا القانون 12 تحل الخزينة العمومية بقوة القانون محل الدائن في الاستفادة من إجراء الدفع المنصوص عليه في هذه المادة 13. فضلاً عن طرق التنفيذ الأخرى يمكن لوكيل الخزينة الاقتطاع من حساب المدين 14 تحديد كميّات تطبيق هذه المادة عن طريق التنظيم" إلا أن هذه المواد لا نجد لها أثر في الأمر 02/05 المعدل لقانون الأسرة.

(3) - قانون رقم 15-01 المؤرخ في 13 ربيع الأول عام 1436 الموافق ل 4 يناير سنة 2015، يتضمن إنشاء صندوق النفقة، الجريدة الرسمية 07 يناير 2015، العدد 01.

لزيادة نسب الطلاق، فيما رأى فيه آخرون مكسبا للمرأة والطفل وهذا بعد تخصيص مبلغ مالي للمرأة الحاضنة بعد امتناع الزوج عن تقديم النفقة. ولقد تضمن القانون 16 مادة مقسمة إلى أربعة فصول، فعالج الفصل الأول الأحكام العامة في ثلاث مواد. أما الفصل الثاني خصص للإجراءات الاستفادة من المستحقات المالية وتضمن ستة مواد أما الفصل الثالث تعرض للأحكام المالية من خلال سبع مواد وأخير الفصل الرابع خصص للأحكام نهائية وجاءت في خمس مواد. ولقد أكد المحامي المعتمد لدى المحكمة العليا مهدي عمر في تصريح للشروق⁽¹⁾، على أن دخول صندوق النفقة حيز التطبيق سيكون بصيص أمل للكثير من المطلقات الحاضنات للتخلص من مشاكل العدالة والجري وراء الزوج من أجل مبلغ النفقة ولسنوات ونوه بأن مبلغ النفقة يبقى من تقدير قاضي شؤون الأسرة مثلما جرت عليه العادة في قضايا النفقة أمام محامي شؤون الأسرة، وإن الاختلاف يكمن في أنه بدل أن تتعامل الزوجة مع طليقتها وتنتظر تنفيذ الحكم، فهي ستوجه مباشرة لصندوق النفقة الذي يمنحها المبلغ المالي الذي حكم به القاضي وستعمل الدولة بعدها على استرجاع المال من الزوج عن طريق القانون.

لكن بالرجوع إلى الفصل الثالث من القانون المتضمن إنشاء صندوق النفقة يستخلص أن المطلقة لا يمكنها اللجوء للصندوق إلا في حالة التعذر الكلي أو الجزئي للأمر أو الحكم القضائي المحدد لمبلغ النفقة، سبب امتناع المدين لها عن الدفع أو عجزه عن ذلك أو عدم معرفة محل إقامته. وتبث تعذر التنفيذ بموجب محضر يحضره محضر قضائي.

ونص القانون الخاص بصندوق النفقة على أن القاضي المختص يفصل في طلب الاستفادة من المستحقات المالية الذي تتقدم به المطلقة الحاضنة في أجل أقصاه خمسة أيام من تاريخ تلقيه الطلب، على أن يتم تبليغ الأمر، إلى كل من الطرفين (الدائن والمدين)

(1) - انظر إلهام بوثلجي، هكذا يفصل القضاة في الاستفادة من صندوق النفقة، جريدة الشروق، 05 فيفري 2015، العدد 4639.

والمصالح المختصة في أجل أقصاه 48 ساعة. وفي حالة وجود أي إشكال يعترض الاستفادة من هذه المستحقات، يفصل قاضي شؤون الأسرة فيه في أجل أقصاه ثلاثة أيام⁽¹⁾، على أن تتولى المصالح المختصة الأمر بصرف المستحقات للمستفيد في أجل أقصاه 25 يوما من تاريخ التبليغ⁽²⁾.

وحدد القانون طريقة تحصيل إيرادات الصندوق والتي يتم اقتطاعها من مخصصات ميزانية الدولة ومبالغ النفقة التي يتم تحصيلها من المدينين بها والرسوم الجبائية أو شبه جبائية التي نشأ وفقا للتشريع المعمول به لصالح هذا الصندوق. بالإضافة إلى الهبات والوصايا كل الموارد الأخرى⁽³⁾.

ما يمكن استخلاصه من هذه النصوص القانونية المنظمة لصندوق النفقة إنها جاءت لحماية النفقة الغذائية للأطفال المحضونين بوجه أخص لأنها هي التي تمثل أشكالا كبيرا من حيث تحصيلها. أما شأن نفقة المطلقة ففي الغالب لا تثير أي إشكال نظرا لقيمتها.

وفي انتظار ما سيكشفه الواقع عن التطبيق الفعلي لهذا الصندوق الذي أبدى بشأنه المحامي مهدي قلقة من تطبيق هذا الصندوق، حيث أكد أنه سيكتفه عدة عراقيل خاصة مع مشكل انخفاض أسعار البترول والتقشف، وستجد الدولة نفسها أمام ملايين القضايا لأشخاص يمتنعون عن تسديد المبالغ المالية التي دفعتها الدولة في إطار صندوق النفقة. وهذا بسبب الحيل التي ينتهجها الأزواج لعدم التسديد مثل منح العدالة عنوان خاطئ ما يعرقل التنفيذ أو تبليغ الأحكام القضائية وهي المشكلة بقول المحامي التي كانت تعرقل تحصيل النفقة بشكلها القديم أمام المحاكم⁽⁴⁾.

(1) - المادة 05 من القانون المتضمن إنشاء صندوق النفقة.

(2) - المادة 06 من القانون المتضمن إنشاء صندوق النفقة.

(3) - المادة 10 من القانون المتضمن إنشاء صندوق النفقة.

(4) - إلهام بوثلجي، المرجع السابق، ص 8.

لذا كان الطلاق حقا لمن بيده عقدة النكاح يستعمله في أي وقت شاء، فإنّ هذا الحق لا يخلو من احتمال التعسف فيه، كما أنّ هناك حالات أخرى لانحلال الرابطة الزوجية يمكن أن يصاحبها ضرر للمطلقة، وبالتالي فلها الحق في طلب التعويض متى ثبت تعسف الزوج ومتى أثبتت الضرر الحاصل لها من جراء طلبها التطليق أو من جراء نشوز الزوج لها.

المبحث الثاني:

حق المطلقة في التعويض.

لقد جعل الفقه الإسلامي الطلاق بيد الرجل لحكمة أرتاها، ولما يتصف به عادة الزوج من تفكير وتدبير وتقدير للعواقب قلما تتجلى هذه الصفات في الزوجة مع ما يضاف إلى ذلك من خصائص طبيعية وانفعالات نفسية تجعلها سريعة الغضب قوية العاطفة، سريعة الاندفاع. فكل هذه الصفات وغيرها تحجب عليها الموازنة وتقدير تحمل التبعية التي تلزم الرجل من نفقة عدة ونفقة أولاد والتضحية بكثير مما أنفقه لإتمام عقد الزواج، كل هذه الالتزامات تجعل الرجل قبل الإقدام على الطلاق القيام بالتفكير مما يقدم عليه ومما يلحقه من ضرر من تلك التبعات بما فيها التعويض عن الطلاق التعسفي⁽¹⁾ (المطلب الأول).

فكما أباح الشارع الحكيم للزوج أن يوقع الطلاق إذا دعت الحاجة إليه أباح للزوجة أيضا حق الانفصال عن زوجها إن هي كرهته ولم تطق العيش في كنفه. وذلك باللجوء إلى القضاء وطلب التطلق ومتى استطاعت إثبات الضرر اللاحق بها كان لها الحق في المطالبة بالتعويض (المطلب الثاني).

وكما قد يكون الخلاف والشقاق بين الزوجين مرجعه نشوز الزوج وكراهيته لزوجته فهنا يمكنها رفع أمرها للقاضي والحكم لها بالطلاق ويكون لها حق في التعويض (المطلب الثالث).

المطلب الأول:

حق المطلقة في التعويض عن الطلاق التعسفي.

الزواج رابطة مقدسة سماها الحق سبحانه وتعالى بالميثاق الغليظ، ومن ثمة فهي تفرض على طرفيها حسن المعاشرة التي تحتزل الكثير من المعاني السامية مثل الاحترام

(1) - انظر، فاضلي إدريس، قانون الأسرة بين الثابت والمتغير، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، 1991، ج34، عدد 04، ص

والود والإخلاص، وبانعدام تلك المعاني واختلال التوازن الأسري يصر إلى الافتراق بالكيفية التي حددها الله سبحانه وتعالى والمتمثلة في الإمساك بالمعروف أو التسريح بالإحسان⁽¹⁾.

لقد أعطى المشرع الجزائري حق الطلاق للرجل، وذلك بإرادته المنفردة حيث جاء في المادة 48 من قانون الأسرة: "يجل عقد بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج". وعليه، اعتبرت هذه المادة الطلاق بالإرادة المنفردة صورة من صور فك الرابطة الزوجية، إلا أنه يلاحظ من خلال هذا النص أن المشرع قد عزف عن تبني تعريف قانوني للطلاق واكتفى ببيان إحدى حالات انحلال الرابطة الزوجية بالطلاق، ولم يتطرق حقيقية إلى تعريفه وبيان أركانه وشروطه وضوابطه، وفي ذلك محاولة التملص من أي التزام يقع عليه لتبينه إحدى التعاريف الفقهية وترك ذلك لما هو مقرر في الفقه الإسلامي على غرار مسائل أخرى⁽²⁾ ضمنها في المادة 222 من قانون الأسرة عندما نص على أن "كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية" وقد تناول المشرع أحكام هذه الصورة (الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج) من خلال الموارد (49-50-51-52) وما يمكن ملاحظته الفقرة الأولى من المادة 49، أن الطلاق لا يثبت إلا بموجب حكم قضائي وأن أي طلاق عرفي يقع شفهيًا ضمن قواعد الفقه الإسلامي لا يعتد به قانونًا، ولا يحتج به الاتجاه الغير⁽³⁾.

أما بخصوص مدونة الأسرة، فإنها خصصت لأحكام الطلاق 16 مادة (المواد من 78 إلى 93) ونصت في مادتها 70 على أنه "لا ينبغي اللجوء إلى حل ميثاق الزوجية بالطلاق أو التطليق إلا استثناء وفي حدود الأخذ بقاعدة أخف الضررين نظر لما يترتب على انحلال الزواج من آثار سلبية على الأسرة وعلى الأطفال، بل حتى على المجتمع".

(1) - محمد الكشور، المرجع السابق، الكتاب الثاني، ص 07.

(2) - انظر، إدريس ذيايي، صور فك الرابطة الزوجية على ضوء القانون والقضاء في الجزائر، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2007، ص 8-7.

(3) - انظر، محفوظ بن صغير، قضايا الطلاق في الاجتهاد الفقهي وقانون الأسرة الجزائري، دار الوعي، الجزائر، 2012، ص 24.

فالطلاق في مدونة الأحوال الشخصية كان يمارسه الزوج على اطلاقه وحتى في غيبة الزوجة. أما في إطار مدونة الأسرة لم يعد هناك وجود للطلاق الانفرادي الذي يوقعه الزوج بالاعتماد على إرادته المنفردة وحدها بعيدا عن كل رقابة قضائية، وهكذا فقد نصت المادة 78 من مدونة الأسرة على أنه "الطلاق حل ميثاق الزوجية يمارسه الزوج والزوجة تحت رقابة القضاء وطبقا لأحكام هذه المدونة".

وتفرض نصوص المواد من 80 إلى 88 من مدونة الدخول في إجراءات قضائية تتوج بالحصول على إذن من المحكمة يسمح للزوج بتوقيع الطلاق أمام العدلين المنتصين للأشهاد تم صدور قرار بذلك من المحكمة بين المشرع كل مضامينه.

ومراقبة المحكمة للطلاق لا يعني مطلقا أنها تحكم به، وإنما هي تأذن بتوقيعه بعد إيداع مستحقات الزوجة والأطفال بصندوق المحكمة. وقد قيل أن سبب وضع الطلاق تحت إشراف القضاء هو تعسف الأزواج في ذلك مما ساهم في تشتيت كثير من العائلات، وقد قيل أن سبب ذلك هو مواقف القضاء الأوربي الذي يعتبر الطلاق بصورته الشرعية مخالف للنظام العام عندهم، حيث يصر على عدم الاعتراف به⁽¹⁾.

وجعل الطلاق تحت مراقبة القضاء هو استجابة للحركات النسائية التي كانت دائما تعتبر الطلاق الذي يوقعه الزوج في ظل مدونة الأحوال الشخصية إجحاف في حق المرأة وأضرار كذلك بالأسرة بل حتى المجتمع⁽²⁾.

كذلك تعتبر تونس من بين الدول العربية التي أسندت الطلاق إلى القضاء، وكان ذلك منذ صدور مجلة الأحوال الشخصية سنة 1956. فقبل هذه المجلة كان الطلاق بيد الزوج التونسي وذلك غرار ما يجري به العمل في باقي الدول الإسلامية. وقد تطرق الطاهر الحداد في كتابه الشهير 1931 امرأتنا في الشريعة والمجتمع إلى مسألة الطلاق وبين عيوبه وأثاره على وضعية المرأة والأطفال معا، كما طالب بإسناده إلى المحكمة⁽³⁾، الأمر

(1) - محمد الكشور، المرجع السابق، الكتاب الثاني، ص 32.

(2) - محمد الشافعي، المرجع السابق، ص 20.

(3) - انظر، الطاهر الحداد، امرتتا في الشريعة والمجتمع، ط2، تونس 1977، ص 78، مقتبس من محمد الشافعي، المرجع السابق، ص 17.

الذي أحدث ضجة في الأوساط الاجتماعية والدينية في تونس وتعرض الحداد أنداك لحملة شنّها عليه رجال الدين وشيوخ الزيتونة إن ما دعا إليه الطاهر الحداد في الثلاثينات من القرن العشرين لم تتحقق فعلا، إلا بعد صدور مجلة الأحوال الشخصية سنة 1956 التي ألغت امتياز الرجل في حل عصمة الزوجية وأصبح الطلاق لا يقع إلا أمام المحكمة، سواء بتراض الزوجين معا، أو بناء على طلب أحدهما بسبب ما حصل له من ضرر أو عند رغبة الزوج انشاء الطلاق أو عند مطالبة الزوجة به.

يتضح مما سبق، أن مجلة الأحوال الشخصية التونسية أدخلت تغييرا جوهريا على أحكام الطلاق وذلك بالمقارنة مع المشرع الاسلامي، حيث لا يمكن انهاء العلاقة الزوجية إلا بموجب حكم قضائي، كما أن هذه المجلة حددت الصور التي يمكن على أساسها الحكم بالطلاق وما يمكن أن تترتب عليه من تعويضات سواء بالنسبة للزوج أو للزوجة⁽¹⁾.

عند تصميم الزوج على إيقاع الطلاق لا يمكن التحكم في إرادته ولو تبين للقاضي أنه ظلم زوجته باستعمال هذا الطلاق، وليس للقاضي في هذه الحالة سوى جبر الضرر المترتب عن الطلاق التعسفي، وتبرز سلطة القاضي هنا في الحكم بالتعويض للمطلقة، ومن هنا سنتطرق إلى مفهوم الطلاق التعسفي وحالات ثبوته (الفرع الأول) والحكم بالتعويض (الفرع الثاني) وعلاقة المنعة بالتعويض (فرع ثالث).

الفرع الأول:

مفهوم الطلاق التعسفي وحالات ثبوته.

الكلام عن الطلاق التعسفي يحتم علينا الكلام أولا عن تعريف التعسف (أولا)، ثم الطلاق التعسفي (ثانيا)، وحالاته (ثالثا).

(1) - محمد الشافعي، المرجع السابق، ص 17.

أولا تعريف التعسف.

التعسف لغة: مأخوذ من الفعل الثلاثي عسف فالتعسف: السير على غير هدى، وركوب الأمر من غير تدبير، وركوب مغارة بغير قصد.

وعسف فلان فلانا: إذ ركبه بالظلم ولم ينصفه، ورجل عسوف: إذ كان ظلوماً، ولم يقصد الحق⁽¹⁾، وعسف في الأمر: إذ فعله من غير روية. والتعسف في الأصل: أن يأخذ المسافر على غير طريق ولا جاده ولا علم؛ فنقل إلى الظلم والجور⁽²⁾.

التعسف اصطلاحاً: يظهر أن مصطلح التعسف من المصطلحات الحديثة التي لم يذكرها الفقهاء قديماً في مصنفاتهم، ولم يتطرقوا لها، كمنظريه متحققة ذات أركان وأسس؛ وإن كان قد تعرضوا لمسائل منها، وبنوا على أساسها أحكاماً.

ومن الأمثلة الكثيرة المعروضة في كتب الفقه، والذالة على أنهم قد فهموا النظرية وطبقوا أحكامها ما جاء في باب المعاملات كما في منع الاحتكار، وفي المناكحات كما في تزويج الفتاة من الكفء بغير إذن الولي أن عطلها، وفي السياسات كما في منع عمر التزويج من الكنايات⁽³⁾.

وأما الفقهاء المعاصرون فقد عرضوا لهذا المصطلح، ووضعوا له تعريفات متعددة فقد عرفه مصطفى السباعي بأنه: "إساءة استعمال الحق، بحيث يؤدي إلى ضرر بالغير"⁽⁴⁾. وعرفه الشيخ محمد أبو زهرة بأنه: "استعمال الحق بشكل يؤدي إلى الإضرار بالغير، أما لتجاوز حق الاستعمال المباح عادة، أو لترتب ضرر بالغير أكبر من منفعة صاحب الحق"⁽⁵⁾. وعرفه الدريني بأنه: "مناقضة قصد الشارع في تصرف مأذون فيه شارع حسب الأصل".

(1) - انظر، أبو بكر محمد بن الحسن المعروف بالدردير، جمهرة اللغة، تحقيق رمزي منير بعلبكي، ج2، دار العلم للملايين، بيروت، 1987، ص 840.

(2) - ابن منظور، لسان العرب، المرجع السابق، ص 245-246.

(3) - انظر، القدومي عبير زكي شاكرا، التعسف في استعمال الحق في الأحوال الشخصية، دار الفكر، عمان، 1428، ص 17.

(4) - انظر، مصطفى السباعي، شرح قانون الأحوال الشخصية 070، مطبعة جامعة دمشق 1385، ص 272.

(5) - انظر، محمد أبو زهرة، التعسف في استعمال الحق، المجلس الأعلى لرعاية القانون والآداب، القاهرة، 1963، ص 91.

وقد ضرب لنا الدريبي مثلاً للتفريق بين التعسف والمجازة⁽¹⁾، ما لو أوصى أحد بأكثر من الثلث، فإنه يعد مجاوزاً حدود حقه الذي منحه إياه الشرع، وهو التصرف في حدود الثلث، ففعله غير مشروع في الأصل، لأنه لا يستند إلى حق، والتعسف فرع وجود الحق فهو إذن متعدد لا متعسف.

أما إذا أوصى بالثلث أو بما دونه، وقصد بذلك مضرة الورثة مثلاً، وقامت الأدلة والقرائن على هذا القصد عد متعسفاً، لأن أصل الفعل مشروع، لكنه استعمله لا بقصد تحقيق المصلحة من تشريعه، وإنما للأضرار بالورثة⁽²⁾.

ثانياً: مفهوم الطلاق التعسفي.

إن الطلاق التعسفي بهذا المصطلح أمر مستجد لم يذكره الفقهاء قديماً في كتبهم وإنما تطرقوا لمضمونه بمصطلحات وأسماء أخرى كالطلاق الحرام والطلاق المكروه، أما هذا المصطلح فكانت نشأته مع نشأة نظرية التعسف. وسمي الطلاق تعسفياً لأن الزوج صاحب الصلاحية في إيقاع الطلاق قد استخدم صلاحيته على خلاف مقصد الشارع من إيقاع الطلاق هوأنها الرابطة الزوجية عند وجود سبب يبرز إنفائها، فلا يجوز استخدام الطلاق وسيلة لإيذاء الزوجة⁽³⁾.

وكانت نشأته مرتبطة بالبحث الاجتماعي الذي عرض على محكمة مصر الكلية فقضت فيه بتاريخ 20 يناير 1926.

ويتلخص موضوع الدعوى في أن سيدة تقدمت لمحكمة مصر مدعية أنها كانت تشتغل بمهنة التدريس، وتتقاضى مرتباً قدره 110 جنيهاً، فعرض عليها المدعي عليه

(1) - يلاحظ أن بعض حالات الطلاق غير المشروع لا يعود بسبب عدم مشروعيتها إلى التعسف في الطلاق، وإنما إلى مجاوزة بعض القيود الشرعية التي اشترطها الإسلام في الطلاق، ومن ذلك الطلاق البدعي هو الطلاق في الحيض أو في طهر مسها فيه. فهو نوع من الطلاق خارج عن موضوع التعسف في الطلاق. لأنه طلاق مخالف لقيود شرعية ومن ذلك أيضاً طلاق الثلاث بلفظ واحد أو في مجلس واحد، إذ هو طلاق محرم مخالف للسنة عند أكثر الفقهاء. فهو طلاق مخالف لحدود الطلاق المشروع وليس طلاقاً تعسفياً، انظر، أيمن مصطفى دباغ، التعسف في الطلاق (حقيقته، معايير، حالاته، الجزاء المترتب عنه)، مجلة جامعة الأقصى، 2014، المجلد 18، العدد الأول، ص 68-69.

(2) - انظر، فتحي الدريبي، النظريات الفقهية، ط4، جامعة دمشق، سوريا، 1417، ص 131.

(3) - انظر، ساجدة عفيف محمد رشيد عتيلى، الطلاق التعسفي والتعويض عنه بين الشريعة الإسلامية والقانون الأردني، مذكرة ماجستير في الفقه والتشريع، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية نابلس، فلسطين، 2011، ص 39.

الزواج، فتردد في قبول عرضه، لعلهما أنه يجب عليها قانوناً سابقاً" عند قبوله تقديم استعفائها من مهنتها التي تزاولها، وأخيراً قبلت الزواج وقدمت الاستقالة، وفي شهر أكتوبر 1924 تم العقد بينهما ودخل بها، ولكن لم يمضي على هذا الزواج إلا مدة وجيزة، حيث طلقها المدعي عليه، في ديسمبر 1924.

فرفعت المدعية دعواها، مطالبة المدعي عليه بأن يدفع لها خمسة آلاف جنيه بصفة تعويض، لأن هذا الطلاق قد أضر بها مادياً وأدبياً، وأنه ليس للزوج في إيقاعه هذا الطلاق مخطئاً، بل أتماً، وما دام هناك ضرر وخطأ كان التعويض واجباً، وأنه وإن الطلاق حقاً مشروعاً إلا أنه من المبادئ المقررة قانوناً، أنه لا يجوز للشخص أن يسيء استعمال حقه - بحسب نظرية التعسف - وإلا كان ملزماً بالتعويض، لاسيما إذا لوحظ أن المدعي عليه غرر بالمدعية، وأوهمها أنها ستستعويض عن حياتها المدرسية بحياة زوجية دائمة الرباط، وكان دفاع الزوج أن الطلاق حق مشروع في الشريعة وأنه ليس للزوجة المطلقة إلا مؤخر صداقها ونفقة عدتها.

ولكن محكمة مصر الكلية رفضت هذا الدفاع، وقضت بإلزام المدعي عليه، بأن يدفع للمدعية مبلغ ألف جنيه، بصفة التعويض⁽¹⁾.

أما من الناحية القانونية فإن جل التشريعات العربية لم تضع تعريفاً للطلاق التعسفي، ونصت في ثانياً موادها القانونية، على شروط تحققه وكيفية التعويض عنه في حالة ثبوت تعسف الزوج. وهو ما تبناه المشرع الجزائري من خلال نص المادة 52 من قانون الأسرة: "إذ تبين تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها" أما المشرع المغربي فقد تكلم عن تعسف الزوج عند تقدير المتعة وهو ما جاء في المادة 84 من مدونة الأسرة "... والمتعة التي يراعى في تقديرها فترة الزواج والوضعية المالية للزوج وأسباب الطلاق ومدى تعسف الزوج في توقيعه".

(1) - ساجدة عفيف محمد رشيد عتيلي، المرجع السابق، ص 39-40.

فالمشرع المغربي لم يستعمل مصطلح التعويض وإنما استعمل بدله المتعة لكن مهما تغيرت المصطلحات، فإن المهم هو أن يعي القاضي مدى الأضرار المادية والمعنوية التي تلحق المطلقة. إذ كان الطلاق بدون مبرر مقبول، خصوصا إذا كان المقصود به إلحاق الضرر بالمرأة⁽¹⁾.

لم يرد ضمن نصوص مجلة الأحوال الشخصية التونسية مصطلح تعسف الزوج، لكن رغم ذلك أورد المشرع التونسي مصطلح التعويض بصفة صريحة لا لبس فيها صلب الفصل 31 من المجلة الفقرة 24 الذي نص فيها يقضي لمن تضرر من الزوجين بتعويض عن الضرر المادي والمعنوي الناجم عن الطلاق في الحالتين المبينتين بالفقرتين 2 و3 أعلاه، فجعل من التعويض عن الطلاق إنشاء أو للضرر أثر ماليا موحدًا.

لا يمكن الحكم على تصرفه ما بالتعسف إلا إذا انطبقت عليه معايير نظرية التعسف في استعمال الحق، فحتى نحكم على المطلق بأنه متعسف في استعمال حق الطلاق الذي جعله الله تعالى بيده، لا بد من دراسة معايير التعسف على واقعة الطلاق. فإذا انطبقت هذه المعايير على تلك الحادثة، كان الرجل المتعسف بإيقاعه الطلاق ويحكم بالتعويض وإلا فلا. وتمثل معايير التعسف في استعمال الحق في معيارين هما: المعيار الشخصي المعيار المادي.

1- تطبيق المعيار الشخصي على الطلاق التعسفي يمكن تطبيق المعيار الشخصي على تعسف الرجل في استعماله حق الطلاق من خلال ما يلي:

أ- تعمد قصد الإضرار، فقد يكون هدف الرجل المطلق من إيقاع الطلاق قصد الإضرار بالزوجة، وقد يكون الدافع إلى ذلك الطلاق الانتقام والكراهية؛ أو أن يكون طبعه وفكره سويين، وفي ذلك يكون متعسفا في إيقاعه.

(1) - محمد الأزهر، المرجع السابق، ص 243.

ومثال ذلك: أن يقوم الرجل بتطليق زوجته، لأنها خرجت لزيارة والديها دون إذنه لاضطرارها لذلك فهي تزور رحمها، وهذا واجب عليها وبطلانها لها يكون قد تعسف في ذلك⁽¹⁾.

ب- استعمال الحق في غير الغرض الذي شرع من أجله، وبيان ذلك أن الطلاق شرع ليكون حلاً للخلافات الزوجية المتحكمة، والتي لا يمكن معها استمرار الحياة الزوجية بين الزوجين، وفق المقاصد التي تسرع من أجلها الزواج، أي أن الطلاق شرع إذا استحالت الحياة الزوجية؛ فاستعمال الحق في إيقاع الطلاق لغير هذا السبب يكون متعسفاً.

2- تطبيق المعيار المادي على الطلاق التعسفي: ويكون ذلك من خلال الموازنة بين ما ينتج عن ذلك الفعل من مصالح وما ينتج عنه من مفساد، فقد يكون لذا الرجل سبب لإيقاع الطلاق، لكن هذا السبب يكون مبرراً كافياً. فإذا طلق الرجل زوجته للتخلص من ذلك السبب، يكون قد الحق بها أضراراً، فالزوج في هذه الحالة يكون قد حقق مصلحة ولكن هذه المصلحة لا تتناسب مع مقدار الضرر الذي ألحقه بالزوجة، بالموازنة بين المصلحة والمفسدة نجد الرجل متعسفاً في استعمال حقه⁽²⁾.

ما يمكن استخلاصه هو أن تطبيق معايير التعسف على الطلاق الذي يوقعه الزوج على زوجته دون سبب أو مبرر شرعي، تشير إلى اعتباره مخالفة لقصد الشارع والغاية منه إيقاع الضرر بالزوجة، فإذا أوقع الزوج الطلاق على زوجته بهذا الوصف فإن طلاقه في هذه الحالة يعد تعسفياً، لأن الزوج المطلق تجاوز حقه الممنوح له، حيث أنه طلقها بهذه المتجاوزة للأسس والمعايير الشرعية التي أرسى قواعدها وأسسها الإسلام، بدقة متناهية بعيدة عن الإجحاف بحق أي من الزوجين⁽³⁾.

(1) - انظر، رسمية عبد الفتاح موسى الدوس، دعوى التعويض عن الطلاق التعسفي في الفقه الإسلامي، ط01، دار قنديل للنشر والتوزيع، عمان، 2010، ص 55.

(2) - انظر، فتحي الدريني، التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، ط02، دار البشير، عمان، 1998، ص.

(3) - شامي أحمد، المرجع السابق، ص 315.

ولقد بينت المادة 124 مكرر من القانون المدني الجزائري⁽¹⁾ المعايير التي يشكل بها الاستعمال التعسفي للحق خطأً. ويتبين من هذه المادة أن المشرع أخذ بنظرية التعسف بضوابطها الواردة في الفقه الإسلامي، وأنه صاغها على شكل مبدأ عام يسري بالنسبة لجميع الحقوق، سواء كانت عينية أو شخصية أو معنوية، بل يسري في جميع نواحي القانون. وقد راعى المشرع في تحديد هذه الضوابط الثلاثة المعيار العام في الخطأ، وهو السلوك المألوف للشخص العادي الذي يهين للقاضي ما يمكن للاسترشاد به لمعرفة استعمال الحق غير المشروع، وأن الانحراف هذا السلوك في استعمال الحق لا يعتبر تعسف إلا إذا اتخذ صورة من الصور الثلاث التي عددها المادة 24 مكرر من القانون المدني⁽²⁾.

أما بالنسبة للمشرع التونسي تزامنت الإحالة إلى الفصل 103 من مجلة الالتزامات والعقود مع البحث على أساس قانوني لتعويضات المالية عن الطلاق إنشاءً، فكان المحاكم لم تكتف بالفصل 31 من مجلة الأحوال الشخصية كمؤسس لهذا التعويض بل أرادت وضع أساس يجد منطقة في قواعد القانون المدني؛ الفصل 103 من مجلة الالتزامات والعقود.

لقد بدت المحاكم متشبته بنظرية التعسف كأساس للطلاق إنشاءً ولذلك ما انفكت تتحدث عن اعتساف في استعمال الحق⁽³⁾ وعن تعسف في استعمال حق الطلاق⁽⁴⁾ وأحيان أخرى يستعمل ألفاظ ترادف ذلك المفهوم وتنتمي لنفس الحقل الدلالي اللغوي

(1) - تنص المادة 124 مكرر من الأمر المعدل للقانون المدني الصادر في 20 جان 2005، بقولها: يعتبر استعمال الحق تعسفياً في الأحوال التالية:

- 1- إذا وقع بقصد الإضرار بالغير.
 - 2- إذا كان يرمي إلى الحصول على فائدة قليلة بالنسبة إلى الضرر الناشئ للغير.
 - 3- إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة.
- (2) - انظر، بلحاج العربي، أبحاث ومذكرات في القانون والفقه الإسلامي، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، 1996، ص 25.
- (3) - محكمة فقهية، 1963/09/13، عدد 10063، مجلة القضاء والتشريع، 1962، عدد 10، ص 72.
- (4) - محكمة التعقيب، 1963/11/18، عدد 2773، النشرة 1963، ص 90.

كتجاوز الحق⁽¹⁾ وإفراط في الحق، تم إنها كلما ذكرت الطلاق إنشاء إلا وعبرت عنه بمصطلح الطلاق التعسفي⁽²⁾. لكن لجوء فقه القضاء لم يلق استحسانا فقهيها عاما، حيث أن هناك⁽³⁾ من اعتبر أن الفصل 103 من مجلة الالتزامات والعقود ورد بالباب الثالث من المجلة الذي عنوانه "في الالتزامات الناشئة عن الجرح وما يتزل مترلتها"، ومن ثمة لا متسع لاحتوائها حالة إنشاء الطلاق بإرادة منفردة، إلا أن هذا الرأي خالفه فيه البعض الآخر⁽⁴⁾ فاعتبر أن الفصل 103 من مجلة الالتزامات والعقود جاء بقاعدة عامة للقانون لتحقيق توازن أخلاقي واجتماعي من ثمة كان امتدادها لتشمل الميدانين التعاقدية والتقصيري على حد سواء.

لقد رأى البعض أن حق الطلاق محظور في القانون التونسي لابد من تبريره لترع تلك الصبغة عنه فإن استعمل بإرادة منفردة من أحد الطرفين عد متعسفا فيه ومبطنانية الإضرار بالطرف الآخر وهو موقف دافع عنه الأستاذ "بورمانز"⁽⁵⁾. بقوله "أن الفعل الضار بمعنى الطلاق في هذه الحالة لا يمكن تبريره إلا بإثبات ما يتزع عنه صبغته المحظورة أي إما موافقة الضحية وإما حالة الضرورة وبالتالي يؤدي الالتجاء إلى الفصل 31 من مجلة الأحوال الشخصية في فقرته الثالثة إلى استعمال تعسفي لحق الطلاق".

في حين ذهب الأستاذ كرو⁽⁶⁾ إلى أن "الطلاق حق بمعنى فعل جائز ولكن من يمارس هذا الحق يجبر على التعويض فكان المشرع قد سمح بإلحاق الضرر بالغير لكن هذا

(1) - محكمة التعقيب، 1965/5/25، عدد 3346، نشرية 1965، ص 23.

(2) - محكمة التعقيب، 1975/04/30، عدد 1186، نشرية 1975، الجزء الأول، ص 163.

(3) - انظر، العياري محمد صالح، هل مبدأ حضر التعسف في ممارسة الحق متسع للمسؤولية عن الطلاق، مجلة القضاء والتشريع، نوفمبر 1978، ص 07.

(4) - BENHAMMOU Nadhir, Essai sur l'abus des droits à travers l'article 103 du coc, Mémoire DEA privé, Tunis, 1984, pp 4et 8..

(5) - Maurice BORRMANS, Divorce et abus de droit en Tunisie, Revue Ibla 1967, n2-3, p254

مقتبس عن هيفاء القضامي، المرجع السابق، ص 113.

(6) - انظر، كرو الهادي، المرأة في مجلة الأحوال الشخصية، مجلة القضاء والتشريع 1977، ص 34.

التعويض لا يمكن أن يفسر إلا بالنظرية القائلة أن الحق وأن كان شرعياً إلا أن ممارسته قد تلحق الضرر بالغير لذا فهو تعسف في استعمال الحق ومن هنا وجب التعويض".
وعليه فقد انطلق الأستاذ "بورمانز" من تكييف الطلاق بوصفه فعلاً محظوراً في الأصل في حين جعل الأستاذ كرو الطلاق حقاً جائزاً بمقتضى القانون إلا أن الاختلاف في التكييف لم يمنعهما من الإقضاء إلى نتيجة واحدة وهي انطباق مفهوم التعسف على حق إنشاء الطلاق.

بالرجوع إلى الفصل 31 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية فإنه يتبين أن الصياغة اللغوية توحى بالجواز لا الحظر إذ وردت عبارة "يقضي بالطلاق" بصفة مطلقة خارج كل قيد أو حد. وعليه فإن نظرية التعسف من الممكن تبنيها بالاعتماد على هذا الركن فهل من مجال لانطباق نية الإضرار؟

لقد اعتبر فقه القضاء أن نية الإضرار سواء كانت صريحة أو مبطنة، مفترضة في الطلاق إنشاءً، فإن نفى طالب الطلاق عنه هذه النية أعفى من التعويض لاعتبار أن القصد أحد الأركان الأساسية لنظرية التعسف في استعمال الحق وهو سارت عليه محكمة التعقيب في العديد من قراراتها، منها القرار الصادر سنة 1963⁽¹⁾ والذي ورد في حيثياته "بحيث أن مطلب التعويض التي قامت به الطاعنة لدى محكمة الموضوع كان مؤسساً على التعسف في استعمال حق الطلاق بموجب الفصل 103 من مجلة الالتزامات والعقود وعلى هذا الأساس كان يجب على محكمة الاستئناف البحث هل أن المطعون ضده قد تجاوز استعمال حقه في طلب الطلاق وقصد بطلب فك العصمة الإضرار بالطاعنة؛ وبذلك بدت المحكمة متشبثة بهذه النظرية لتأسيس التعويض عن هذا الطلاق وحتى وإن بدا التشبث مصطنعاً يفض إلى نتائج يمجها المنطق فتحول المحاكم على إثرها إلى مثابة الخبير النفسي الذي يقلب الأمر على عدة أوجه قبل الجزم في آخر المطاف بتوفر نية الأضرار وهو ما يظهر من خلال القرار الاستئنافية الصادر في 13 جويلية 1966⁽²⁾، والذي ورد

(1) - محكمة التعقيب، 1963/11/18، ملف عدد 2773، الشريعة 1963، ص 90.

(2) - قرار استئنافية، 13 جويلية 1966، عدد 59027، مجلة القضاء والتشريع، 1967، عدد 02، ص 69.

فيه ما يلي: "وحيث أن الزوج عوض أن يسعى إلى تدارك حالة أبنائه المتسببة عن تفريط والديهما وعدم قيامهما بواجباتهما رأياً أن الحل الوحيد لتدارك هذه الحالة هو طلاق زوجته وأم بنية وهذا أعظم مظهر للتعسف إذ كان من الممكن اتخاذ الحل الذي ارتضاه الآن في تربية أبنائه بنقلهم إلى مكان عمله وبنقل والدتهم معهم... وحيث يتضح مما تقدم أن الضرر الحاصل من الطلاق كان ناشئاً عن تعمد الإضرار بها" وبالتالي فقد أمكن للمحكمة أن تتوصل إلى نية الإضرار بتحليل الوقائع ومختلف الإمكانيات المتاحة للشخص⁽¹⁾. إلا أنها بفرضها توفر نية الإضرار لتأسيس التعويض خالفت صريح الفصل 31 من مجلة الأحوال الشخصية وحملته أكثر مما يجتمل من تأويل بحصرها مجال التعويض في تحقق نية الإضرار في حين أن الفصل المذكور جعل حق الطلاق مطلقاً وبالتالي فالتعويض عنه إلى بمجرد وقوعه⁽²⁾ بل أن المحاكم في تشبثها بنية الإضرار كشرط لاعتبار نظرية التعسف أساساً للتعويض عن الطلاق إنشاءً ضيقت من مجال انطباقها وذلك لأن الفقرة 02 من الفصل 103 تعرضت إلى حالة الضرر الفادح الممكن اجتنابه أو إزالته ولم تفرض توفر نية الأضرار. وعليه، ليس بغريب أن يؤدي هذا بنية الإضرار إلى تجاوز المحاكم نظرية التعسف كأساس للتعويض عن الطلاق إنشاءً، لقد برز هذا التجاوز على إثر صدور عدة قرارات بدت فيها المحاكم غير مقيدة بمفهوم التعسف طبقاً للفصل 103 من مجلة الالتزامات والعقود وإنما متفهمة لطبيعة حق الطلاق بوصفه حقاً منحة القانون وأقر مشروعيته ولكنه جعله يمارس بثمن فمن يرغب في الطلاق بإرادة منفردة له ذلك دون بيان أسبابه ودوافعه شريطة أن يتحمل الغرامات المترتبة عن انفصام الرابطة الزوجية.

وهو ما برز من خلال العديد من القرارات التي من بينها القرار الصادر في 1975/04/30⁽³⁾ والذي صرحت فيه المحكمة بأنه "لا يطالب القائم بالطلاق بإنشاء بيان

(1) - هيفاء القضاوي، المرجع السابق، ص 114.

(2) - العياري محمد صالح، المرجع السابق، ص 07.

(3) - محكمة التعقيب، 1975/04/30، عدد 2022، النشرة 1975، ج 02، ص 24.

الأسباب التي دفعته إلى ذلك القيام إذ له مطلق الحق في ذلك غير أنه يتحمل نتائج قيامه التعسفي وذلك بتعويض الضرر الحاصل للطرف المقابل". إذ رغم أن المحكمة لم تبرح تطلق على الطلاق إنشاء لفظ "التعسفي".

غير أنها تخلت عن البحث عن نية الإضرار واعتبرت التعويض قانوني إلى مجرد وقوع الطلاق ولا موجب لمناقشة دوافع المطالبة به أو مد وجاهتها، وذهبت إلى اعتبار أن الفصل 31 من مجلة الأحوال الشخصية هو الأساس الأقوم والأوحد للتعويض حينما اعتبرت صلب قرارها المؤرخ في 1990/09/25⁽¹⁾ "أن الفصل 31 من مجلة الأحوال الشخصية هو الأساس القانوني الأمثل الذي اختاره المشرع للتعويض عن الضرر الناجم عن الطلاق وليس لمحكمة الموضوع أن تدخل عناصر الفصل 107 من مجلة الالتزامات والعقود عند تقدير الغرامة لتعلق هذا الفصل بتعويض الضرر الناجم عن الجنحة وما شابهها". وبالتالي كان لموقف المحاكم انعكاس على منطوق أحكامها فقد تخلت عن عديد المصطلحات كطلاق تعسفي أو جنحة تقصيرية لتقصر على وصف الطلاق انطلاقاً من الفصل 31 من مجلة الأحوال الشخصية، وبالتالي، تجعل مبناه نفس الفصل وليس غيره.

ثالثاً: حالات وقوع التعسف في استعمال الحق في الطلاق.

التعسف في استعمال حق الطلاق يتخذ عدة حالات وهي الطلاق دون سبب أو مبرر معقول، طلاق المريض مرض الموت.

1- الطلاق دون سبب أو مبرر معقول:

إن فكرة الطلاق التعسفي قائمة على أساس عدم وجود مبرر أو سبب معقول للطلاق، ولا يعني هنا عدم وجود سبب أصلاً للطلاق، بل لا يكاد يوجد طلاق من غير سبب ولكن هل هذا السبب معقول ومبرر لإنهاء الرابطة الزوجية؟ أم أنه سبب لا يعقل أن يكون دافعاً لإنهاء الرابطة الزوجية وهدماً للعش الزوجي ودعائمه؟

(1) - محكمة التعقيب، 1990/09/25، عدد 26158، النشرة 1990، ص 145.

وقد اختلفت التفسيرات حقيقة هذا السبب المعقول وماهية الأسباب الأخرى إن وجدت، وهذا الاختلاف سببه في اختلاف الأعراف والتقاليد الاجتماعية من مكان لآخر وحتى البلد الواحد، ومن زمان لآخر، ومن شخص لآخر، حيث يختلف مفهوم التعسف في إيقاع الطلاق بالنسبة لشخصين، وإن كان يقيمان في البلد نفسه والفترة الزمنية ذاتها، بحسب اختلاف النشأة الاجتماعية لكل منهما⁽¹⁾.

وبناء على هذا يتضح أن هذا العنوان تدرج تحته صور لا حصر لها فكل طلاق وقع لسبب ما، وكان هذا السبب غير معقول لإنهاء الرابطة الزوجية بقدسيته كان طلاقاً تعسفياً.

لقد سمحت المادة 48 من قانون الأسرة للزوج حق إيقاع الطلاق بإرادته المنفردة، وبالمقابل نجد المادة 49 المعدلة من نفس القانون تفرض على القاضي إجراء عدة محاولات الصلح قبل النطق بحكم الطلاق. ويكون هذا من خلال جلسة سرية يحضرها الزوج والزوجة يتمكن القاضي بواسطتها من فحص أسباب الطلاق والتأكد من جديتها ودافعها وإن كان الزوج غير ملزم بالإفصاح عن الأسباب التي دفعته إلى إيقاع الطلاق. وهذا ما أقرته المحكمة العليا في إحدى قراراتها⁽²⁾ حيث جاء فيه: "لكن حيث أن المادة 48 من قانون الأسرة أعطت الحق للزوج في إيقاع الطلاق بإرادته المنفردة، ومعنى هذا أنه يحق للزوج أن لا يفصح للقاضي عن الأسباب التي دفعته للطلاق، ويختار هكذا تحمل المسؤولية في ذلك عن طيب خاطر إما تجنباً للحرع أو تخطياً لقواعد الإثبات، بخلاف الأزواج الذين يعطون التبريرات والأسباب الدافعة لطلب الطلاق بحق أو بغير حق بهدف أبعاد المسؤولية عنهم وبالتالي فإن الوجه غير مؤسس...".

(1) - ساجدة عفيف محمد رشيد عتيلى، المرجع السابق، ص 68.

(2) - المحكمة العليا، غ. أ. ش، 1999/06/15، ملف رقم 223019، مجلة الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، 2001، عدد خاص، ص 105.

وإذ لم يؤسس الزوج طلاقه على سبب جدي اعتبر متعسفا في طلاقه. والملاحظ أن المشرع الجزائري لم يحدد الأسباب المعقولة التي تبيح الطلاق دون تعويض بل ترك تقدير ذلك إلى القاضي.

فالقاضي من خلال فحص مواقف الطرفين يتمكن من الموازنة بين الدافع إلى استخدام الزوج لحق الطلاق وبين الآثار المترتبة عن هذا الاستعمال، فيستتج القاضي التعسف من الدوافع التي أدت بالزوج إلى الطلاق هل هي مبررة أم غير مبررة.

يتضح لنا أن الطلاق كمي يعتبر تعسفيا لا بد من توفر الشروط التالية أن يكون الطلاق دون سبب معقول، أي أن يصيب الزوجة من جراء ذلك ضرر وأن لا يكون الطلاق برضا الزوجة أو بناء على طلبها لأن هذا يعد سبب من الأسباب المعقولة، وهو ما ذهبت إليه المحكمة العليا في قرارها الذي جاء فيه "متى كان من المقرر قانونا أن التعويض يجب على الزوج الذي طلق تعسفا زوجته ونتج عن ذلك ضرر لمطلقته، فإن كل زوجة بادرت بإقامة دعوى قد تطليقها من زوجها وحكم لها به، فالحكم لها بالتعويض غير شرعي ومن تم القضاء بخلاف هذا المبدأ يعد فهما خاطئا للقانون.

ولما كان من الثابت - في قضية الحال - أن الزوجة هي التي طلبت التطليق فإن قضاة المجلس الذين وافقوا على الحكم الابتدائي وتعديلا له برفع مبلغ التعويض ونفقة العدة ونفقة الإهمال بالرغم من تصريح الحكم الابتدائي بأن الزوجة رفضت الرجوع فإنهم بقضائهم كما فعلوا فهموا المادة 52 من قانون الأسرة فهما خاطئا.

ومتى كان ذلك استوجب نقض القرار جزئيا في التعويض والسكن ونفقة الإهمال⁽¹⁾.

أما إذا كان في الزوجة عيب يمنع من الوصول إلى الأهداف الأساسية من الزواج كالعقم مثلا، فقد استقر القضاء على اعتبار الطلاق الذي يوقعه الزوج بدافع عقم الزوجة طلاقا تعسفيا وهو ما ذهبت إليه المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 15

(1) - المحكمة العليا، غ. أ. ش 1989/03/27، ملف رقم 853017، المجلة القضائية 1991، عدد 01، ص 56.

نوفمبر 2006، والذي جاء محتواه كآلاتي: "حيث يتعين تذكير الطاعن بأن عقم الزوجة أو عدم قدرتها على الإنجاب هي من المسائل التي تخرج عن إرادتها، وهذه المسألة لا تعد من الأسباب القانونية التي تخول للزوج الطلاق وتحميل المطلقة مسؤوليته، وبالتالي يعتبر الزوج قد تعسف في طلاقه وتجاوز في استعمال حقه في الطلاق، وأن تقدير مبلغ التعويض عن الضرر هو من الأمور الموضوعية الخاضعة لرقابة قضاة الموضوع شريطة أن يوضحوا العناصر التي اعتمدها في تقدير المبلغ المحكوم به، وأن قضاة المجلس أشاروا إلى ذلك في قرارهم الذي جاء معللا تعليلا كافيا.

حيث فضلا عن كون عدم الإنجاب لا يعد من الأسباب الشرعية القانونية التي تخول للزوج حق الطلاق وإعفاءه من المسؤولية والتعويض، فإن قضاة الموضوع ناقشوا موضوع الدعوى مناقشة قانونية وأبدوا وجهة نظرهم بخصوص الشهادة الطبية المقدمة من قبل الطاعن والتي تؤكد عدم صحة أقواله، وإن قضاة المجلس لما قضوا بالصورة المذكورة يكونوا بذلك قد أعطوا الأساس القانوني، الأمر الذي يتعين معه رفض الطعن"⁽¹⁾.

كما أن الطلاق لا يعتبر تعسفيا إلا بتمام الدخول وان ما يحكم به من تعويض عن الطلاق قبل الدخول إنما هو تعويض عن ضرر معنوي وليس من طبيعة التعويض عن الطلاق التعسفي. وهذا ما أكدته المحكمة العليا في إحدى قراراتها التي جاء فيها ما يلي: "من المقرر قانونا أن تقدير الضرر مسألة موضوعية من اختصاص قضاة الموضوع.

ومتى تبين -من قضية الحال- أن الأسباب التي اعتمدها عليها المستأنف في طلب الطلاق قبل الدخول غير ثابتة وأن عدم إتمام الزواج بالدخول يلحق ضررا معنويا

(1) - المحكمة العليا، غ. أ. ش. م، 15 نوفمبر 2006، ملف رقم 373707، مجلة المحكمة العليا، 2007، العدد 01، ص 502-

بالمستأنفة. وعليه فإن قضاة المجلس قضائهم بطلاق الزوجة قبل الدخول والحكم بتعويضها طبقوا صحيح القانون مما يستوجب رفض الطعن⁽¹⁾.

أما بالنسبة للمشرع المغربي لم يتبنّ نظرية "التعسف في استعمال الحق خلافا للمشرع الجزائري والتونسي وإنما جعل تعسف الزوج معيار من المعايير المعتمدة في تقدير المتعة. فتعسف الزوج في طلاقه لزوجته يساهم في رفع قيمة المتعة.

ما يلاحظ بالنسبة للمشرع التونسي من خلال نص الفصل 31 من مجلة الأحوال الشخصية أنه سوّى بين الزوجين في طلب الطلاق، فإذا رغب الزوج في إنشاء الطلاق حكم له القاضي بذلك، كما باستطاعة الزوجة المطالبة بالطلاق ويستجيب لها القاضي في طلبها دون البحث عن سب الطلب مثلها مثل الزوج في ذلك. وهكذا فالقانون التونسي وضع الزوجين على قدم المساواة في طلب الطلاق تحقيقا للعدل في أسمی معانيه ولم يهضم حق المرأة في ذلك⁽²⁾.

وبالإضافة إلى الطلاق بغير مبرر شرعي الذي يعتبر من صور الطلاق التعسفي هناك صورة أخرى هي طلاق المريض مرض الموت.

2- الطلاق المريض مرض الموت:

مرض الموت هو الذي يخاف منه الهلاك غالبا، بمرض، أو غيره ويعقبه الموت، أو هو المرض الذي اتصل به الموت وكان من الأمراض التي يغلب فيها الهلاك عادة ولا تزيد عن سنة. وبتعيين أدق هو المرض الذي فيه الغالب موت المريض وعجزه عن القيام بمصالحه خارج البيت سواء أقعده في الفراش أو لا⁽³⁾.

ومرض الموت لا نجد له تعريفا في قوانين الأسرة المغاربية، ولكن عرفته مجلة الأحكام العدلية بأنه المرض الذي يعجز المريض فيه عن رؤية مصالحه الخارجة عن داره

(1) - المحكمة العليا، غ. أ. ش، 1999/03/16، ملف رقم 216885، مجلة الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، 2001، عدد خاص، ص 256.

(2) - انظر، لحسن بن الشيخ آيت ملويا، المنتقى في قضاء الأحوال الشخصية، الجزء الثاني، دار هومة، الجزائر، 2005، ص 221-222.

(3) - انظر، رشاد السيد إبراهيم عامر، تصرفات المريض مرض الموت في القانون المدني الجزائري، مقارنة بالشريعة الإسلامية والقوانين الأخرى، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، جامعة الجزائر، 1989، ص 32.

ان كان من الذكور، ويعجز عن رؤية مصالحة الداخلة في داره إن كان من الاناث، والذي يكون فيه خوف الموت في الأكثر، ويموت وهو على ذلك الحال، قبل مرور سنة سواء كان ملازماً للفراش، أو لم يكن وإذا امتد مرضه، وكان دائماً على حال واحد ومضى عليه سنة يكون في حكم الصحيح، وتكون تصرفاته كتصرفات الصحيح ما لم يمتد مرضه وتتغير حاله، أما إذا اشتد مرضه، وتغير حالة وتوفي قبل مضي سنة فيعتبر مرضه اعتباراً من وقت التغير إلى الوفاة مرض الموت⁽¹⁾.

وما يهمننا في تصرفات المريض مرض الموت هو طلاقه، فلا يعتبر المريض قاصداً الفرار من ميراث زوجته وهو الحياد عن غاية استعمال الحق الذي يعتبر أساس قيام نظرية التعسف في استعمال الحق إلا إذا تحقق في طلاقه لها شروط نذكرها فيما يلي:

- 1- أن يطلقها في مرض الموت طلاقاً بائناً لأن الطلاق الرجعي يثبت فيه الميراث دائماً سواء كان برضاه أو بغيره ما دامت في العدة وان كان المشرع الجزائري قد حسم مسألة الميراث بعد الطلاق بالنص على أن الزوجة ترث زوجها أن توفي وهي في عدة الطلاق.
- 2- أن يكون طائعاً مختاراً غير مكره عن هذا الطلاق⁽²⁾.
- 3- أن يكون الطلاق البائن بعد الدخول الحقيقي، فلو كان الطلاق البائن قبل الدخول الحقيقي لا يستحق ميراثاً لعدم تحقق الفرار منه، لأن العدة لا تجب بهذا الطلاق والميراث أثر من آثار الزواج، ولا يمكن شيء من آثار الزواج إلا في حالة وجود الزواج أو العدة.
- 4- أن يكون الطلاق البائن دون رضا الزوجة، فلو طلبت منه الطلاق مختارة فأوقعه فلا ثرت لأنها رضيت بإسقاط حقها لأن رضاها بالفرقة قد أنزل عنه مظنة الفرار من ميراثها وكذلك الحال إذ دفعت إليه مالا كي يطلقها، أو رفعت أمرها للقاضي تطلب التطلق.
- 5- أن تستمر أهلية الزوجة للميراث من وقت الطلاق إلى وقت الوفاة⁽³⁾.

(1) - ساجدة عفيف محمد رشيد عتيبي، المرجع السابق، ص 70.

(2) - محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص 320.

(3) - انظر، دنوبي هجيرة، تصرفات الشخص في مرض الموت وحماية الأسرة، مجلة العلوم القانونية، كلية الحقوق، تلمسان، 2004، ص

فإذا لم تكن أهلاً للميراث وقت الطلاق بأن كانت كافرة وهو مسلم فلا يثبت لها الميراث، كونها محرومة باختلاف الدين طلاق المريض مرض الموت واقع وهو صحيح ولا خلاف بينه وبين الطلاق في الأحوال العادية إلا في استحقاق المطلقة للميراث لم تتعرض قانون الأسرة الجزائري لحكم طلاق المريض مرض الموت. لكن بالرجوع إلى قرارات المحكمة العليا فنجد أن تعتبر الطلاق. الصادر من الزوج في مرض الموت طلاق صحيح شرعاً وقانوناً ويبقى حق المطلقة في الميراث ثابت وهو ما جاء في قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 17 مارس 1998: "لكن حيث أن المرض مهما كانت خطورته لا يمنع الزوج من إيقاع الطلاق، وعليه فالطلاق المحكوم به صحيح شرعاً وقانوناً بخلاف الميراث، فإن حق الطاعنة فيه ثابت شرعاً ثابتاً شرعاً إذا طلقت في مرض الموت، لأنه وجود لأي تلازم بين العدة والحق في الميراث حتى ولو وقعت الوفاة بعد مدة طويلة من انقضاء عدتها لاحتمال أن طلاقه لها كان بنية حرمانها من الميراث، عملاً بقاعدة المعاملة بنقيض المقصود⁽¹⁾.

فيما يخص مدونة الأسرة، فإنها لم تتطرق إلى مرض الموت وإنما تعرضت به بصفة عابرة في بعض المواد منها الزواج في مرض المخوف لأحد الزوجين⁽²⁾، وإقرار الأب بالنسب وهو في مرض الموت⁽³⁾، ورجوع الموصي عن وصيته أو إلغائها في مرضه⁽⁴⁾. وبالنسبة لطلاق المريض مرض الموت، يجب الرجوع إلى مذهب الإمام مالك الذي أحالت عليه المادة 400 مدونة الأسرة حيث تترث الزوجات طبقاً لهذا المذهب ولو طلقها في مرض الموت وانقضت عدتها منه وتزوجت بغيره، ولا يرثها إذا ماتت لأنه هو

(1) - المحكمة العليا، غ. أ. ش 17 مارس 1998، ملف رقم 179696، مجلة الاجتهاد القضائي، لغرفة الأحوال الشخصية، 2001، عدد خاص، ص 99.

(2) - جاء في المادة 61 من مدونة الأسرة: يفسخ الزواج الفاسد لعقده قبل البناء وبعده، وذلك في الحالات الآتية:

- إذا كان الزواج في المرض المخوف لأحد الزوجين، إلا أن يشفى المريض بعد الزواج....

(3) - نصت المادة 160 من المدونة على أنه: "يثبت النسب بإقرار الأب بينونة المقرية، ولو في مرض الموت...".

(4) - جاء في المادة 286 من المدونة "للموصي حق الرجوع في وصيته وإلغائها، ولو التزم بعد الرجوع فيها، وله إدخال شروط عليها وإشراك الغير فيها، وإلغاء بعضها كما شاء وفي أي وقت يشاء في صحته أو مرضه".

الذي فوت على نفسه حقه في الإرث. وهو ما قضى به المجلس الأعلى في قرار صادر بتاريخ 1993/05/05 أن المطلقة من مرض مخوف مات فيه المطلق، تكون في حكم الزوجة، فيما يرجع للإرث وترته مع بقية الورثة. إذا أقامت المدعية المطلقة الحجة على أن المطلق كان مريضا بالسرطان، فإن ادعائها أنه مات منه، متمسكا بقاعدة الاستصحاب، التي تفترض بقاء الأصل الثابت إلى أن يثبت عكسه⁽¹⁾.

ونفس الأمر بالنسبة لمجلة الأحوال الشخصية التونسية هي الأخرى لم تتعرض لطلاق المريض مرض الموت وان كانت قد أشارت إلى مرض الموت في موضوع الهبة وبالخصوص الفصل 206 حيث اعتبر المشرع التونسي أن الهبة في مرض الموت تعتبر وصية. أما بالنسبة لطلاق المريض مرض الموت فيرجع شأنه إلى أحكام الشريعة الإسلامية.

فإذا كانت هناك حالات يعتبر الزوج متعسفا في استعمال حقه في الطلاق، فهناك أثر مترتب عن هذا الطلاق تتمثل في تعويض المطلقة عن الضرر الذي لحق بها.

الفرع الثاني:

الحكم بالتعويض.

إن الإرادة الفردية للزوج في حالة فصم روابط الزواج تعفيه من تقديم العلل التي تمكنه من تأسيس الأسباب القانونية للطلاق⁽²⁾.

ومن المعلوم أنه إذا ما قرر الزوج إيقاع الطلاق لا يمكن التحكم في إرادته ومنعه من الطلاق حتى ولو تبين للقاضي أنه قد تعسف في استعمال هذا الحق لأن العصمة بيده يجلها متى شاء وهذا بالفعل ما أكده المجلس الأعلى في قراره الصادر بتاريخ 1986/01/13 "حيث أن الشريعة الإسلامية قررت بأن العصمة بيد الزوج يجلها متى شاء

⁽¹⁾ - المجلس الأعلى، 1993/05/05، ملف رقم 925092، مجلة المحاكم المغربية، العدد 71، ص 78، مقتبس عن عبد السلام زوير، المرجع السابق، ص 100.

⁽²⁾ - C.f Djilali TCHOUAR, Réflexions sur les questions épineuses du code algérien de la famille, office des publications universitaires, Alger, 2004, pp 175-176.

وأراد وبالتالي فإنه لا يسوغ لأحد رد قصده مهما عزم على ذلك⁽¹⁾، وإنما سلطة القاضي هنا تتمثل في الحكم بالتعويض للمطلقة لتخفيف الضرر الذي لحق بها من جراء طلاق زوجها.

ولقد اختلف الفقهاء المعاصرون في الحكم بالتعويض عن الطلاق التعسفي إلى فريقين، فريق يرى مشروعية التعويض عن الطلاق التعسفي، وفريق لا يرى مشروعية هذا التعويض.

وذهب إلى مشروعية هذا التعويض عبد الرحمان الصابوني، مصطفى السباعي. وأهم ما استندوا إليه: أن الطلاق التعسفي ضرر، والضرر يستوجب التعويض، ولأنه كما أن للزوجة أن تدفع مقابلاً للخلع، كذلك الزوج يجب أن يدفع مقابلاً للطلاق⁽²⁾.
ومن ذهب إلى عدم مشروعية التعويض والاكتفاء بنظام المتعة: محمد أبو زهرة محمد الزحيلي، بدران أبو العينين؛ نور الدين عبر، محمود السرطاوي، عمر الأشقر، وأهم ما استندوا إليه صعوبة إثبات التعسف في الطلاق أو عدمه، لأنه في الغالب يتعلق بحاجات نفسية خفيه، لا يتيسر الحسم القضائي فيها، ويؤدي ذلك إلى كشف أسرار حياة زوجية أمام القضاء وفضحها أمام الشأن العام. كما قد يؤدي إلى اختراع أسباب غير حقيقية لخلاص الواحد منهما من صاحبه، وقد يؤدي إلى إجبار الزوج على الاستمرار في حياة لا يرتضيها، وهو ما يقلب تلك الحياة بؤساً وشقاء على جميع أطرافها وهذا كله لا يحدث في نظام المتعة، لأنها لا تتطلب إثارة أسباب الطلاق أمام القضاء وفضح الأسرار الزوجية⁽³⁾.

(1) - المجلس الأعلى، غ. أ. ش 1986/01/13، ملف رقم 39589، غير منشور، مقتبس عن بلحاج العربي، الاجتهاد القضائي...، المرجع السابق، ص 66.

(2) - انظر، عبد الرحمن الصابوني، مدى حرية الزوجين في الطلاق، ط02، دار الفكر، بيروت، 1968، ص 117؛ مصطفى السباعي، شرح قانون الأحوال الشخصية، ط07، مطبعة جامعة دمشق، سوريا، 1385، ص 276.

(3) - محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص 304؛ محمود علي السرطاوي، شرح قانون الأحوال الشخصية، ط01، دار الفكر، عمان، 1997، ص 286؛ بدران أبو العينين بدران، الفقه المقارن للأحوال الشخصية، دار النهضة العربية، بيروت، 1967، ص 308-309.

ومسألة التعويض عن الطلاق التعسفي من المسائل الفقهية المستجدة التي بحثها الفقهاء المعاصرون ولم يبحثها الفقهاء القدامى، ربما بسبب تغير النظرة إلى الطلاق وإلى المطلقات في عصرنا، على نحو أصبح يلحق ضررا بالمطلقة لم يكن يلحقها في عصور التشريع والاجتهاد السابقة. وسبب اختلاف الفقهاء المعاصرين في المسألة هو التعارض الظاهري بين الأصل الشرعي العام الذي يقضي بضمان الضرر وبالتعويض عنه، وبين خصوصية الأحوال الشخصية، فمن رأي الضرورة تعميم الأصل المذكور على كل أفعال المكلفين بما فيها الأحوال الشخصية، قال بضرورة التعويض عن الطلاق التعسفي، ومن رأي أن الأحوال الشخصية لها خصوصية تقتضي استثنائها من ذلك الأصل، عارض فكرة التعويض عن الطلاق التعسفي⁽¹⁾.

فإذا طلق الرجل زوجته دون سبب مقبول، فإنه يكون قد تسبب بإيقاع الضرر عليها بتعسفه في استعمال حقه، دون إبراز أسباب جدية تحت سلطة القاضي التقديرية، فإن الضرر يكون ثابتا ومفترضا ولا يمكن إدراكه بالإزالة، فيتدارك عندئذ بالتعويض القضائي، وذلك جبر للضرر، وتخفيفا من الألم الذي لحق بها بما يتناسب مع حالة الزوج المادية ودرجة التعسف⁽²⁾، والقاضي لا يحكم بالتعويض إلا بالاستناد إلى أساس قانوني. والتعويض يرجع تقديره إلى السلطة التقديرية للقاضي بالاعتماد على معايير معينة. أولا: الأساس القانوني الذي يستند إليه القاضي في تقدير التعويض عن الطلاق التعسفي.

لا تستحق المطلقة التعويض إلا إذا أثبتت مسؤولية الزوج عن الطلاق، وقد قضت المحكمة العليا في 1986/01/27 أنه: "من المقرر شرعا وقضاء أن المتعة تمنح للزوجة مقابل الضرر الناتج لها من طلاق غير مبرر، ويسقط بتحميلها جزء من المسؤولية فيه، ولما كان الثابت في قضية الحال أن القرار المطعون فيه قضى بإسناد الظلم إلى الزوجين معا، فلا

(1) - أيمن مصطفى الدباغ، المرجع السابق، ص 88-89.

(2) - عبد الرحمن الصابوني، المرجع السابق، ص 109.

سبيل لتعويض أحدهما ومنح المتعة للزوجة، ومتى كان ذلك استوجب تقضى القرار جزئياً فيما يخص المتعة"⁽¹⁾.

فالحكم بالتعويض وفقاً لاجتهاد المحكمة العليا يستلزم إذن تحمل الزوج كافة المسؤولية، أي أن دوافع الطلاق كانت من جانبه، فإذا كان جانب من المسؤولية يقع على عاتق الزوجة فقدت حقها في التعويض؛ فالضرر وفقاً لهذا القرار ثابت إذا كان الطلاق غير مبرر، ولا داعي لإثبات الزوجة تضررها من هذا الطلاق.

فالحكم بالتعويض لا يقع على الطلاق مهما كان بمعنى آخر ليست كل مطلقة تستحق التعويض بل يجب أن تكون زوجها متعسفا في طلاقها، ومما الحق بها ضرراً. وعموماً نستنتج من المادة 52 من قانون الأسرة أن المشرع قد قيد الحكم بالتعويض بشرطين هامين:

الشرط الأول: أن يتأكد القاضي أن الهدف من الطلاق ليس لتحاشي مشكلة معينة، ولا درء لضرر ألحقته به الزوجة وإثماً لنزوة شخصية⁽²⁾ أو بقصد الإضرار بالزوجة أي دون أن يكون هناك مصلحة أو فائدة شرعية، كأن يطلقها ليتزوج من أخرى أو أن يطلقها لأنها لم تعد الطعام في الوقت المناسب وهو ما قضت به المحكمة العليا في قرارها بتاريخ 1998/11/17 بقولها: "من المقرر قانوناً أن الزوجة تستحق التعويض في حالة نشوز الزوج أو تعسفه في الطلاق، ومن ثم فإن القضاء بخلاف هذا المبدأ يعد مخالفاً للقانون، ومتى تبين من قضية الحال، أن قضية الموضوع قضوا للمطعون ضدها بالتعويض دون أن يحصل من الطاعن أي تعسف أو نشور، فإنهم بقضائهم كما فعلوا خالفوا القانون، مما يستوجب نقض القرار المطعون فيه جزئياً"⁽³⁾.

(1) - المحكمة العليا، غ. أ. ش، 1986/01/27، ملف رقم 39731، المحلة القضائية 1993، العدد 04، ص 61.

(2) - عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 305.

(3) - المحكمة العليا، غ. أ. ش، 1998/11/17، ملف رقم 210451، مجلة الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، 2001، عدد خاص، ص 252.

من هنا يتضح لنا أن مسؤولية الزوج في استعمال حقه بالطلاق التعسفي هو الأساس القانوني الوحيد لاستحقاق المطلقة للتعويض، في حالة الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج، ومن تم بانعدام التعسف الذي يثبت بمشاركة الزوجة في المسؤولية في الطلاق أو بوقوعه كلية على مسؤوليتها يجعلها تفقد هذا الحق.

الشرط الثاني: أن يلحق الزوجة ضرر حقيقي من جراء الطلاق، فإن كان الضرر الأدبي أو المعنوي غالبا ما يصاحب الطلاق، فإن الضرر المادي يحتاج إلى إثبات، كأن أوقفها عن وظيفتها أو دراستها وتزوجها تم طلقها من غير سبب. فيرتكز هذا الأساس على الموازنة بين ما يجنيه صاحب الحق من استعماله لحقه، وبين ما يصيب الغير من ضرر جراء هذا الاستعمال⁽¹⁾.

وما دام الطلاق بيد الزوج، فدور القاضي هنا يكون الكشف عن إرادة الزوج، وليس له السلطة في رفض هذه الرغبة أو الإرادة، وذلك لاعتبار أنها غير مبررة في حالة ما إذا لم يقدم الزوج أي سبب أو عذرا لهذا الطلاق، أو في حالة عدم قدرته على إثبات ما يدعيه، أو لأنه فضل السكوت على التلويح والتجريح فالقاضي هنا ملزم بأن يحكم للمطلقة بالتعويض المناسب؛ وهو ما قضت به بالمحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 15/06/1999 السابق ذكره.

من خلال هذا القرار فإن القاضي يخرج عن القواعد العامة في الإثبات التي تقضي بأن البينة على ما ادعى، وان من يعجز عن إقامة البينة على صحة دفعاته يخسره دعواه، إلا أنه في مسائل الطلاق فالقاضي يحكم بالطلاق بناء على إرادة الزوج، دفعته إلى إيقاع الطلاق، سواء لعدم قدرته على إثباتها، أو لتجنب الحرج لأنها تدخل في صميم الأمور الشخصية بين الزوج والزوجة، ولا يمكن في هذا الحال أن يعاب على قرار القاضي بالطلاق بالقصور بالتسبب لأنه مجرد كاشف لإرادة الزوج.

(1) - فضيل سعد، المرجع السابق، ص 366.

إما إذا اعتمد الزوج في إيقاع الطلاق على تقصير من طرف الزوجة، فعليه إثبات ما يدعيه، وللقاضي السلطة التقديرية في اتخاذ ما يراه مناسباً بشأن المسؤولية التي يحملها لهذا الزوج بالنظر إلى مواقف الأطراف ودفعاتهم وقد جاء في هذا شأن قرار للمحكمة العليا في 2000/05/23 بقولها:

إن القرار الذي يكون مسبباً بما فيه الكفاية لا يكون مشوباً بالقصور في التسبب، ومتى تبين في قضية الحال أن الحال أن المطعون ضده لم يشترط العذرية في عقد الزواج فإن بناءً بها يذهب كل دفع بعدم العذرية، وعلياً فإن قضاة الموضوع بقضائهم بتحميل الطاعنة المسؤولية عن الطلاق وحرمانها من التعويض عرضوا قرارهم للقصور في التسبب⁽¹⁾.

فإذا أقام الزوج دعوى الطلاق على أساس إخلال الزوجة بمسؤولياتها فيقع عليه إثبات ذلك في هذه الحال، ولما كان ثابتاً من خلال هذا القرار للمحكمة العليا أن الزوج أقدم على إيقاع الطلاق على أساس أنه اكتشف أنها غير عذراء بعد الدخول بها، مع أنه لم يشترط عذريتها عند إبرام عقد الزواج، ففي هذه الحالة عليه عبئ إثبات أنها غير عذراء، إلا أن البناء بها يسقط هذا الدفع، وما دامت دفعاته غير مبررة ومعللة يتحمل وحده مسؤولية الطلاق، ويثبت لها الحق في التعويض مقابل ذلك.

ومن خلال ما سبق ذكره يتضح أن الأساس القانوني لاستحقاق المطلقة للتعويض هو التعسف في استعمال الحق في الطلاق وليس على أساس المسؤولية التقصيرية؛ وهذا ما قضت به المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 2000/02/22 بأنه "أن الحكم بالتعويض عن الضرر طبقاً لقواعد المسؤولية التقصيرية لا يمكن أن يشمل التعويض عن الطلاق"⁽²⁾. وذلك لأن التعويض على أساس المسؤولية التقصيرية يقوم على أساس الخطأ الذي يلحق الضرر، وهذا ما لا يمكن أن يشمل التعويض المحكوم به حالة الطلاق.

(1) - المحكمة العليا، غ. أ. ش، 2000/05/23، ملف رقم 141417، مجلة الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، 2001، عدد خاص، ص 111.

(2) - المحكمة العليا، غ. أ. ش، 2000/02/22، ملف رقم 335656، المجلة القضائية، 2000، عدد 01، ص 282.

فالتعويض هنا يقوم على وجود حق، واستعمال هذا الحق قد يلحق ضررا بالغير سواء بقصد أو بغير قصد، فإذا كان الضرر اللاحق بالمطلقة يفوق المصلحة التي حققها المطلق كان ذلك تعسفا من جانبه وتبث لها التعويض، فاستعمال الطلاق حتى ولو تضررت به الزوجة، لا يمكن أن يكون خطأ يرتب المسؤولية التقصيرية لأنه مخول شرعا وقانونا للزوج.

بالنسبة للمشرع المغربي فقد أعطى للزوجة أحقية الحصول على التعويض في كل طلاق أو تطليق تبث أنه وقع بتعسف الزوج أو أضر بها، وهو ما ورد من خلال المادة 84 من مدونة الأسرة والتي تنص أنه: تشمل مستحقات الزوجة: الصداق، المؤخران وجد، ونفقة العدة، والمتعة التي يراعي في تقديرها فترة الزواج والوضعية المالية للزوج، وأسباب الطلاق، ومدى تعسف الزوج في توقيعه وجاء في دليل العملي لمدونة الأسرة المغربية بقولها: "عند الحكم بتعويض لفائدة أحد الزوجين تراعي المحكمة في تقديره مدى مسؤولية المتسبب منهما في الفراق". كما جاء فيه أيضا: "كلما أحكمت المحكمة بالتطليق أمكنها أن تحدد في نفس الحكم مبلغ التعويض المستحق لزوجته عنه طبقا للقواعد العامة المنصوص عليها في قانون الالتزامات والعقود.

والتعويض عن الضرر لا يدخل ضمن مستحقات الأخرى التي يحكم بها نتيجة الطلاق التعسفي، ولا يحكم القاضي بهذا التعويض تلقائيا؛ بل يتعين على المتضرر المطالبة به إما بمقال مكتوب أو بواسطة تصريح أمام المحكمة، وتقدير قيمة التعويض موكل إلى سلطة المحكمة، التي عليها أن تراعي في تحديدها مدى الضرر الحاصل وتأثيره على شخص المطلقة"⁽¹⁾.

أما من الناحية العملية فإن القضاء المغربي كرس ذلك في عدة قرارات منها قرار المجلس الأعلى بتاريخ 2007/11/28 والذي قضى بأنه: "أن تعسف الزوج في إيقاع الطلاق ليس العنصر الوحيد في تقدير المتعة، وإنما يؤخذ بعين الاعتبار بقية العناصر

(1) - الدليل العملي، مدونة الأسرة المغربية، وزارة العدل، مطبعة فضالة المحمدية، 2006، ص 72.

الأخرى المنصوص عليها في المادة 84 والتي تدخل ضمن السلطة التقديرية للمحكمة التي لا معقب عليها إذ بنت قضائها على أسباب سائغة، مما يجعل الفرع من الوسيلة بدون جدوى⁽¹⁾.

وهناك قرار آخر صادر عن محكمة الاستئناف بالرباط بتاريخ 2009/01/14 والتي قضت بأنه: "حصول الضرر أساس الحكم بالتعويض في الطلاق... نعم، يكون حكم القاضي بعدم قبول طلب التعويض قد صادف الصواب. طالما أنه لا يوجد ما يفيد تضرر الزوجين من جراء الطلاق"⁽²⁾.

وفي هذا المقام لا بد من الإشارة أن العمل القضائي أثبت أن الحكم بالطلاق التعسفي لا يصدر إلا بعد وضع الزوج لكافة مستحقات الزوجة، وأن عدم وضع المبالغ يعتبر تراجعاً إذ كان هو المدعي.

أما بالنسبة للمشرع التونسي وكما سبق القول فقد اعتبر الفصل 31 من مجلة الأحوال الشخصية هو الأساس الأقوم والأوحد للتعويض وهو اتجاه لقي استجابة قضائية من خلال القرارات التعقبية التي تفتّنت إلى الثغرات التي عليها النظام القانوني للتعويض إن هي اقتصرت في تأسيسها على قواعد المسؤولية المدنية. مجلة الالتزامات والعقود.

ثانياً: تقدير التعويض عن الطلاق التعسفي.

أما بالنسبة لتقدير وتحديد التعويض في حالة الطلاق التعسفي فإن التشريعات المغربية لم تتطرق لذلك من خلال أحكام قانون الأسرة الجزائري والمدونة الأسرة المغربية ومجلة الأحوال الشخصية التونسية، إذ استقرت التشريعات الثلاث على مبدأ التعويض عن الطلاق التعسفي، ولكن لم تحدد قيمة هذا التعويض، ولم تحدد حد أدنى أو

(1) - المجلس الأعلى، 2007/11/28، غير منشور، مقتبس عن محمد الشافعي، المرجع السابق، ص 73-74.

(2) - محكمة استئناف الرباط، 2009/01/14، مجلة المعيار، 2009، عدد 42، ص 278، مقتبس عن محمد الشافعي، المرجع السابق،

أقصى بخلاف بعض التشريعات العربية⁽¹⁾ وأمام سكوت التشريعات المغاربية للأسرة بشأن عن تقدير التعويض، إلا أن المشرع الجزائري أجاز ذلك للقاضي بشؤون الأسرة بموجب ماله من سلطة تقديرية، وهذا ما قضت به المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 1991/06/18 بأنه "من المستقر عليه قضاء أن تحديد مبالغ المتعة والتعويض وبنفقة العدة ترجع للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع، غير أنهم ملزمون بذكر أسباب تحديدها، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد قصورا في التعليل"⁽²⁾.

وفي قرار آخر للمحكمة العليا بتاريخ 2006/07/12 قضت بأنه "تحديد التعويض عن الطلاق التعسفي يعد من المسائل التقديرية التي يختص بها قضاة الموضوع بدون غيرهم". فالقاضي عندما يحكم بالتعويض عن الضرر المترتب عن الطلاق التعسفي يستلزم عليه أن يبين الأسباب التي دفعته لرفع قيمة التعويض، لاسيما إذا حكم بغير ما هو مألوف، كأن تكون مثلا الحياة الزوجية قد طالت لفترة تجاوزت سنين عديدة⁽³⁾، أما إذا حكم القاضي بتعويض معين سواء قل مقداره أو زاد فإن رغم ماله من سلطة تقديرية فهو مجبر على تسبيب ذلك وإلا كان قراره معيبا للقصور في التسبيب.

فتقدير التعويض المستحق للمطلقة هو من صلاحيات القاضي الذي يفصل في قضية الطلاق، وهو يخضع لسلطته التقديرية ولا يمكن تقييده أو حصره، وعلى القاضي أن يأخذ بعين الاعتبار بعض المعطيات وهي مرتب الزوج وظروف المعيشة، وحتى عدد سنوات الحياة الزوجية التي قضيناها معا⁽⁴⁾.

كما يجب أن يراعي القاضي في تقدير التعويض عن التعسف الزوج في الطلاق جسامة الضرر الذي أصاب المطلقة وكذا ارتفاع الأسعار وتغيرها، وهي مسألة متروكة

(1) - بخلاف ما ذهب إليه المشرع المصري حيث نصت المادة 18 مكرر من القانون 25 لسنة 1920 بقولها "الزوجة المدخول بها في زواج صحيح إذا طلقها زوجها دون رضاها ولا سبب من قبلها تستحق فوق عدتها متعة تقدر بنفقة سنتين على الأقل وبمراعاة حال المطلق يسرا وعسرا ظروف الطلاق ومدى الزوجية، ويجوز أن يرخص للمطلق في سداد هذه المتعة على أقساط".

(2) - المحكمة العليا، غ. أ. ش، 1991/06/18، ملف رقم 75099، المجلة القضائية 1999، عدد 01، ص 69.

(3) - عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 282.

(4) - مسعودة نعيمة إلياس، المرجع السابق، ص 304.

لتقدير قاضي الموضوع. ولذلك فإن إقرار مبدأ التعويض عن الطلاق التعسفي في قانون الأسرة يعتبر وسيلة ناجعة في الحد من الطلاق⁽¹⁾.

وجاءت المادة 52 لتوجب التعويض عن الضرر اللاحق بالمطلقة تعسفيا بصفة عامة، غير أنه لم تبين نوعه، هل يشمل الضرر المعنوي أم يقتصر على المادي فقط، غير أنه يمكن استنتاج نية المشرع من خلال النقاط الآتية:

- إذا كان لفظ الضرر ينصرف لغويا إلى ما كان ضد النفع، في الاصطلاح إلى النقص من الحقوق والأذى مطلقا، فإنه بتحكيم العرف الخاص في استعمال اللفظ وتقديمه على الحقيقة اللغوية⁽²⁾، يمكن استنباط اتجاه المشرع إلى اعتبار نوعي الضرر المادي والمعنوي في هذا التعويض، إذ نص المشرع على جواز التعويض عن ضرر العدول عن الخطبة سواء كان ضرار ماديا أو معنويا. إذا كان قانون الأسرة قد رتب على العدول عن الوعد بالزواج التعويض عن الضرر المادي أو المعنوي وأساس هذا التعويض هو التعسف في استعمال حق العدول، فيكون كذلك من باب القياس الأولي أن يحتل الضرر الوارد في المادة 52 الضرر المعنوي وهذا أسوة بالمادة 05 التي يتضمن تطبيقا لنظرية التعسف في استعمال الحق. كما أن مسوغ التعويض لا يرقى لمرتبة الطلاق الذي يحكم على رابطة عقدية بالانحلال، وذلك باعتبار أن آثار فسخ الوعد بالعقد غير ملزمة بخلاف آثار فسخ العقد التي لها الصفة الإلزامية من العقد⁽³⁾.

- إن موقف الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا يؤكد اتجاه القضاة لتضمين الضرر المعنوي في التعويض عن الطلاق التعسفي، وفي هذا الشأن قضت المحكمة العليا بما يلي: "إذ كانت أحكام الشريعة الإسلامية تقرر للزوجة المطلقة متعة تخفيفا لها عن ألم فراق زوجها هي في حد ذاتها تعتبر تعويضا، فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعتبر خرقا لأحكام الشريعة، لذلك يستوجب نقض القرار الذي قضى للزوجة المطلقة بدفع مبلغ

(1) - شامي أحمد، المرجع السابق، ص 231.

(2) - انظر، تقيّة عبد الفتاح، تفسير النصوص والقواعد الفقهية، دار الكاهنة، الجزائر، ص 202.

(3) - بن زيطة عبد الهادي، المرجع السابق، ص 190.

مالي باسم متعة وآخر كتعويض"⁽¹⁾. هذا القرار وإن كان يمثل أحد تناقضات المحكمة العليا بشأن المتعة والتعويض إلى أنه يستبان من مفهومه أن الضرر المعنوي معني بالتعويض عن الطلاق التعسفي. كما استقر قضاء المحكمة العليا على أن حكم قضاة الموضوع بالتعويض المادي والمعنوي للزوجة من جراء طلاق زوجها بإرادته المنفردة هي من مسائل التي تخضع لسلطتهم التقديرية"⁽²⁾.

ويمكن القول بأن تقدير قاضي شؤون الأسرة يكون بناء على معيار شخص يتحرى من خلاله الأسباب والدوافع الحدية التي دفعت الزوج إلى توقيع الطلاق، ومدى طلوع الزوجة فيه، أي يتمثل في النية أو الباعث، وآخر موضوعي تتمثل في الموازنة بين الحقوق والظروف التي أحاطت باستعمال الحق. فإذا تبث تعسف الزوج، وجب على القاضي أن يحكم بالتعويض، ومبلغ التعويض غير محدد سواء في الضرر المادي أو الضرر المعنوي، وهو متروك للسلطة التقديرية للقاضي، وليس بالاستناد إلى حالة الزوج غنياً كان أم فقيراً، وإنما مقدار التعويض يكون على حساب الضرر اللاحق بالزوجة ولا يمكن تحديد مبلغ لكل مطلقة.

أما فيما يخص أساس التعويض فهو مسؤولية الزوج على الطلاق طبقاً لأحكام المادة 52 من قانون الأسرة والمادة 124 مكرر من القانون المدني.

إلا أن استعمال الرجل لهذا الحق يختلف في طبيعته عن نظرية الحق في القانون المدني وفق المادة 124 مكرر التي موضوعها أن صاحب الحق مخول به قانوناً إذا ما استعمله في حدود ما ذكره في هذه المادة يكون متعسفاً في استعمال الحق. وبالتالي يحمل المتعسف مسؤولية تعسفه ويلزم بالتعويض. فمسألة الإثبات في وجود التعسف تقع على الطرف المتضرر، فإن ما استعمل الشخص حقه القانوني في إحداث أثر قانوني، فالأصل أنه لا يلام على استعماله لهذا الحق إلا أن تبث أنه متعسف فيه لأضرار بالغير، وعلى

(1) - المحكمة العليا، غ. أ. ش، 1985/04/08، ملف رقم 35912، المجلة القضائية 1989، العدد الأول، ص 89.

(2) - المحكمة العليا، غرفة القانون الخاص، 1969/05/29، مقتبس عن بلحاج العربي، مبادئ الاجتهاد القضائي، مرجع سابق، ص 75.

المتضرر إثبات التعسف سعياً وراء تعويضه ولا يلزم من استعمال حقه بإثبات ميسورات استعماله لمن الحق وفق المادة 124 مكرر.

ويكمن الاختلاف بين حق الزوج في استعماله الحق في الطلاق وبين الحق في القانون المدني في مسألة الإثبات أن الزوج يعد بصفة آلية متعسفاً في استعمال الحق تجاه الزوجة إلا أن أثبت هو عكس ذلك إذ أنه من طبيعة خاصة لأنه مصدره العصمة الزوجية المستمدة أساساً من الشريعة الإسلامية وأن تعويض الزوجة في حال الطلاق لا ينطلق من المادتين 124 و124 مكرر من ق.م. وإنما مصدره مسؤولية الزوج في الطلاق كونه صاحب العصمة الزوجية شرعاً.

وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 2000/02/22 والذي جاء فيه ما يلي: "إن الحكم بالتعويض عن الضرر طبقاً لقواعد المسؤولية التقصيرية لا يمكن أن يشمل التعويض عن الطلاق وفي تأكيدها على هذا المبدأ جاء في القرار لكن وحيث أن التعويض والنفقة المحكوم لهما هي ناتجة عن مدى تحمل الزوج مسؤولية الطلاق وتقدير نفقة الإهمال وهذه المبالغ لا تدخل في تعويض الأضرار الناتجة عن التعسف الذي يكون بنية إلحاق الضرر بالغير كما لا تدخل في التعويض الناتج عند المسؤولية التقصيرية وهي الأضرار المنصوص عليهما في المادتين 41 و124 من ق.م.

وبالتالي فلما كان مبلغ التعويض والنفقة المحكوم بهما لا تدخل تحت أضرار المنصوص عليهما في هاتين المادتين فإن قضاة الاستئناف لم يخالفوا القانون وأن قرارهم يكون سليماً غير أنه تجدر الإشارة إلى أن الطاعنة إن كان قد لحقها ضرر ناتج عن التعسف بمفهوم المادة 41 من ق.م. أو لحقها ضرر ناتج عن المسؤولية التقصيرية طبقاً لمقتضيات المادة 124 من ق.م. فعليها أن تبث الضرر المذكور في دعوى مستقلة وتطلب التعويض مقابل ذلك"⁽¹⁾.

(1) - المحكمة العليا، غ.أ.ش، 2002/02/22، ملف رقم 235367، المحلة القضائية 2001، عدد 01، ص 275.

وفي ذلك تأكيد على أن الحق الأصل المخول للزوج في إيقاع الطلاق من طبيعة خاصة يختلف عن الحق المنصوص عليه في القانون المدني.

والمرجع المغربي بدوره جعل تقدير مستحقات الطلاق للسلطة التقديرية للقاضي لكن مع التعليل وهذا ما جاء في أحد قرارات المجلس الأعلى: "أن تقدير مستحقات الطلاق تستقل به محكمة الموضوع طالما كان تقديرها معللا طبقا للقانون والمحكمة عللت قرارها بأن الطالب يعمل مترجما حسب ما هو مذكور في عقد النكاح وأنه كان متعسفا في طلاق المطلوبة، إلا أنه لم يبرر الطلاق بسبب مقبول، وبذلك فإنها تكون قد راعت وضعية العارض باعتباره مترجما، وأنه كان يؤكد بأنه مستعد لأداء جميع مستحقات الطلاق، وأنه أنذر من طرف المحكمة لإثبات وضعيته المالية ولم يدل بشيء مقبول، كما أخذت بعين الاعتبار وضعية المطلوبة التي طلقت بدون سبب مقبول، مما يجعل قرارها مبنيا على أساس⁽¹⁾.

أما بالنسبة للمشرع التونسي وباعتبار أن الفصل 31 من مجلة الأحوال الشخصية قسم الضرر الناجم عن فك عصمة الزوجية إلى ضرر مادي وآخر معنوي، فإن المحاكم اعتمدت في مرحلة أولى معيار الضرر اللاحق وما خلفه في نفس المتضرر من آثار نفسية وخسائر مادية حالية ومنتوقعة. لذلك اتسمت عناصر التقدير باتصالها بالمضرة وتفاوتها حسب تفاوت حجم الأضرار، وهو تقدير اعتمد فيه طول المدة التي استمرت عليها الزوجية باعتبار أن المضرة تكون أعمق وأشد إذا تواصلت العشرة سنوات طوال. فقد جاء في قرار تعقيبي مدني مؤرخ في 30 نوفمبر 1965 "وحيث اتضح من أوراق القضية وخاصة رسم الصداق والحكم الصادر بالطلاق وبطاقة ولادة المستأنفة أن المدة التي قضتها هاته الأخيرة في الحياة الزوجية تناهز العشر سنوات"⁽²⁾ وهو نفس العنصر الذي

(1) - المجلس الأعلى، 06/11/22 في الملف عدد 06/208، منشور بالمنتقى من عمل القضاء في تطبيق مدونة الأسرة، الجزء الأول، ص

104 وما يليها مقتبس عن محمد نبقي، المرجع السابق، ص 93.

(2) - محكمة التعقيب، 30 نوفمبر 1965، عدد 58223، مجلة القضاء والتشريع، 1966، ص 70.

تم اعتماده في قرار تعقيبي مدني مؤرخ 06 جوان 1978⁽¹⁾ حيث يتبين من الأسباب التي أوردها الحكم الواقع إقراره من طرف الحكم المنتقد لأن غرامه الطلاق قدرت على أساس أن الطاعنة ستفقد بعد الطلاق شريك حياتها وستعيش محرومة من الحياة الزوجية بعد أن قضت مع مفارقتها اثني عشر عام تقريبا".

كما أن المحاكم اعتبرت أن سن الزوجة على جانب كبير من الأهمية لتقدير حجم المضرة اللاحقة لها وبالتالي لاحتساب مبلغ التعويض، ذلك أن وضع حد للحياة الزوجية يكون أنكى وأدهى إذا كانت الزوجة مسنة أمضت زهرة شبابها في خدمة الزوج وتربية الأبناء، الشيء الذي يجعلها فاقدة لفرصة التزوج ثانية أو إيجاد شغل. وهو ما عناه البعض بقوله "فليس سواء حالة زوجية متعلقة بالسنين والأبناء تتضرر من الطلاق ضارا جديا وجسيم تتحتم مواجهته بتعويض على مستواه وطلاق وقع قبل البناء واستتبع ضارا معنويا يمكن إصلاحه ولو بتعويض رمزي"⁽²⁾. وقد برز هذا المعيار في عديد القرارات منها ما ورد في قرار استثنائي في مؤرخ 19/07/1966 إذ جاء في حيثياته ما يلي: "وستخرج هذه الزوجة من جنتها إلى مستقبل مجهول أظلم هذا على أن عمرها تجاوز الأربعين عاما بحيث فقدت كل أمل في الحياة الزوجية" ولعل من بين العناصر التي أثارت اختلافًا في فقه القضاء زمن الأخذ بها رغم ارتباطها الوثيق بالصبغة المعاشية للتعويضات مسألة العنصر المادي كمعيار للتعويض.

فلقد اقترن رفض اعتماد العنصر المادي مع تبني المحاكم لعناصر تقديرية مستقاة من قواعد المسؤولية التقصيرية إلا أن تجاوز فقه القضاء لهذا الأساس واقتصاره على الفصل 31 من مجلة الأحوال الشخصية كمبنى للتعويض جعل منه بقبل فكرة إدماج العنصر المادي كأحد عناصر تقدير التعويض التي لا غنى عنها. ولذلك كان فقه القضاء مستقرا حول ضرورة اعتبار العنصر المادي عند التقدير بصفة متضافرة مع عنصر المضرة دون أن يطغى أحدهما على الآخر. ولهذا اعتبرت محكمة التعقيب في قرار صادر في 15

(1) - محكمة التعقيب، 1978/6/6، عدد 2022، مجلة القضاء والتشريع، 1980، ص 96.

(2) - العياري محمد صالح، المرجع السابق، ص 115.

ديسمبر 1992 "أن اعتماد الثراء كقاعدة لتقدير غرامات الطلاق هو تبرير غير قائم على أساس قانوني سليم لتعارضه مع مبدأ التعويض عن الضرر المقرر بالفصل 31 من مجلة الأحوال الشخصية العنصر المادي لا يعد العنصر الأساسي أو الأهم وإنما كعنصر تكميلي لمعرفة مستوى العيش الذي لقيته الزوجة في كنف الحياة الزوجية"⁽¹⁾. وجاء في قرار آخر: "من المتفق عليه فقها وقضاء لتقدير التعويض بفرعية المعنوي والمادي للمتضررة من الطلاق المبني على رغبة الزوج إنشاء يعتمد مدة المعاشرة وعمل الزوج ودخله الحقيقي وأهمية الضرر الناتج عن ذلك الطلاق ووقعه على مشاعرها وآثاره في محيطها الاجتماعي. وما ألفتته من نمط الحياة في ظل الرابطة الزوجية، على أن يكون التعويض عادلا، وهي أسس أكدها المشرع وركز عليها أحكامه بالفصل 31 من مجلة الأحوال الشخصية"⁽²⁾.

وخلافا للمشرع الجزائري والمشرع المغربي تناول المشرع التونسي شكل التعويض، إذ اعتبر المشرع إثر تنقيح 18/02/1981 أن التعويض لا يعد واحد عن الضارين المادي والمعنوي، ولذلك ميّز في شكل الإسناد حسب صنف المضرة ففي صورة الضرر المعنوي فإن التعويض يكون دفعه واحدة في شكل رأس مال وذلك بتقدير وقع الطلاق على نفس المتضررة ودرء حسرتها. أما فيما يتعلق بالضرر المادي فقد منح المشرع المرأة امتياز تمارس وفقه حق الخيار بين الجراية ورأس المال دفعة واحدة بل أن صياغة الفصل 31 من مجلة الأحوال الشخصية تجعل من الجراية هي الشكل الأصلي للتعويض ما لم تخير المرأة الشكل الثاني إذا كانت لها حظوظ وافرة في التزوج أو كان لها مورد رزق قار. ومن ثمة، تبرز خصوصية التعويض على معنى الفصل 31 من مجلة الأحوال الشخصية بازدواجية شكل الإسناد إضافة إلى ازدواجية في الطبيعة القانونية

(1) - محكمة التعقيب، 15/2/1992، عدد 33748، النشرة 1992، ص 175.

(2) - قرار محكمة التعقيب، 8 مارس 1994، عدد 38803، مجلة المحاكمة المغربية عدد 79178، ص 198، مقتبس عن عبد السلام زوير، المرجع السابق، ص 117.

تظهر بصفة جلية حين الوقوف عند الجراية فالجراية تعد هي ميزة مجلة الأحوال الشخصية التونسية مقارنة مع نظام التعويضات ضمن قواعد المسؤولية المدنية.

تتسم التعويضات المالية حسب الفصل 31 من مجلة الأحوال الشخصية بنظام قانوني متميز متصل بطبيعتها القانونية. فالتعويض عن الضرر المادي والمعنوي لا يثير أشكالا إذا تم في رأس مال، وإنما أهمية النظام القانوني تبرز من خلال الجراية كشكل متميز للتعويض عن الضرر المادي للمطلقة ذلك أن إسنادها يكون بصفة شهرية في شكل مبلغ يدفع لها. بيد أن الصبغة المعاشية لهذا المبلغ تجعله قابلا للمراجعة حتى لا يؤدي مرور الزمن وتغير الوقت والأسعار إلى تفاوت في قيمة هذه الجراية.

لقد حدد 31 من مجلة الأحوال الشخصية إمكانية المراجعة بصفة صريحة وجعلها سمة النظام القانوني لهذا الشكل من التعويض عن الضرر المادي في قالب جراية.

فقد ورد بالفصل 31 صراحة "وهذه الجراية قابلة للمراجعة ارتفاعا وانخفاضا بحسب ما يطرأ من متغيرات وتستمر إلى أن تتوفى المفارقة أو يتغير وضعها الاجتماعي بزواج جديد بحصولها على ما يكون معه في غنى الجراية"، وهو ما يلخص أسباب التعديل المتصلة بتغير الوضع المادي للقرينين المفارقين في حين تتعلق الأخرى بتغير الظروف الاقتصادية.

أ- تغير الوضع المادي:

إن تغير الوضع المادي للمفارق يفتح المجال أمامه للمطالبة بتعديل الجراية المحكوم بها عليه باعتبار التعديل حق مشروع له حتى لا يجد نفسه في حالة من الخصاصة التي قد تدفعه إلى اعتراف الجريمة والاحتيايل للتصدي لمطالب مطلقته، ولذلك اعتمدت المحاكم في ذلك على أحكام الفصل 52 من مجلة الأحوال الشخصية حين النظر إلى مطالب التعديل⁽¹⁾. أما إذا كان موضوع المراجعة طلب الترفيع في الجراية وهي الحالة الغالب اللجوء إليها من قبل المفارقة، فإن زيادة المداخيل المادية للمفارق وحصوله على

(1) - جاء الفصل 52 من مجلة الأحوال الشخصية على أنه: "تقدر النفقة بقدر وسع وحال المنفق عليه وحال الوقت والأسعار".

أموال طائلة لا تبرر المراجعة الآلية لمجرد ثبوت الإثراء بل لا بد من أن تبين المدعية عدم قدرتها على مجابهة المصاريف بتلك الجراية الزهيدة. وهذا ما يظهر جليا من خلال قرار تعقيبي مدني صادر في 30 أبريل 1991، وهو قرار وان اتصل فيه طلب المراجعة بالنفقة، إلا أن الموقف الذي اتخذته المحكمة يمكن سحبه على الجراية باعتبارات عناصر التقدير واحدة حيث أجابت المحكمة على طلب الزوجة في ترفيع نفقة أبنائها تبعا لما أضحى الزوج يتمتع به من موارد مالية طائلة بأن "الترفيع في النفقة المحكوم بها للمتفق عليه ممكن كلما ازدادت حاجيات هذا لأخير وضعفت لديه القدرة الشرائية تبعا لتغير ملحوظ في الحياة الاقتصادية وارتفاع الأسعار أما مجرد تضاعف دخل المتفق في حد ذاته فلا يبرر الترفيع لكون المنفق عليه ليس شريكا ولا محاصها فيما يزداد من أمواله"⁽¹⁾.

ولكن لا يجب أن يؤخذ عبارة تغير الوضع المادي باستحائها على حالة المفارق فحسب، بل من الممكن أن يؤدي تغير الحالة المادية للمطلقة إلى طلب تعديل الجراية بالتخفيف فيها، إذ أن روح الفصل 31 من مجلة الأحوال الشخصية يجعل من الامكانية قائمة للتخفيف في قيمة، بحيث أصبحت المرأة ولها مصدر رزق دوي أن يصل بها الأمر إلى الاستغناء عن الحرية إذا كان هذا المورد لا يكفل لها حياة تضاهاي ما اعتدته في كنف مفاريقها. لكن يبدو أن المحاكم صارت على اعتبار تغير الوضع المادي للمفارقة سببا للإلغاء لا التعديل وبذلك يكون القضاء في تلك الصورة قد حقق نتيجة معاكسة للنتيجة التي عان يصبوا إليهما المشرع من وراء سن الجراية العمرية وهي تمتيع المرأة بما اعتادت بم من مستوى للعيش في ظل الحياة الزوجية⁽²⁾.

ب- تغير الظروف الاقتصادية:

يقصد بالظروف الاقتصادية في هذه الحال جميع العوامل التي من شأنها أن يكون لها تأثير للمفارقة وهو ما تعرضت له محكمة التعقيب بصفة مقتضبة وذلك لاتصال هذا

(1) - محكمة التعقيب، 1991/04/30، عدد 26654، النشرة 1991، ص 189.

(2) - تعليق الأستاذ بن حليلة على قرار استئنائي مدني 1990/12/26، عدد 1487، مجلة القضاء والتشريع، 1992، عدد 2، ص

العنصر بوقائع مادية تخرج عن مجال اختصاصها كمحكمة قانون بتنصيبها في أحد حيثيات قرار صادر عنها في 02 مارس 1993 على أن شرط القيام بقلب تعديل يستلزم مراعاة تغير الأسعار أو قيام مقتضيات جديدة لم تكن قائمة عند صدور الحكم الأصلي وهي الميراث العملية والمدنية التي برر طلب المراجعة والتعديل. وبالتالي فمعينة تغير المتطلبات المعاشية للمطلقة وازدياد حاجتها يقتضي الأخذ عن التقدير بالظرف الاقتصادي المهيمن المالي على المجمع كحل أنداك بالرجوع إلى قواعد متصلة بما يصطلح تسميته بالتضخم المالي وما يترتب عنه في تفاوت بين القدرات المالية للقرن وأسعار السوق مما يؤدي إلى اختلال في مستوى المعيشة لأفراد مجموعة ما بمن فيهم المطلقة⁽¹⁾.

ولقد جمع قرار 13 ديسمبر 2007 عناصر تقدير غرامة الطلاق حيث جاء محتواه "إن تقدير غرامة الطلاق إنشاء من الزوج سواء المادية أو المعنوية يتم على أساس أهمية الضرر وما رتبه من ألم ولوعة وخسارة للزوجة بالنظر لسنها عند الطلاق والمدة التي قضتها في المعاشرة الزوجية مع التعرض بالبيان للحالة الاجتماعية والمادية للطرفين والوقوف على حقيقة الوضع المادي للزوج لاستبانة ما اعتادته الزوجة من نمط عيش طل الحياة الزوجية للوصول إلى ملائمة الضرر وعدل التقدير"⁽²⁾.

لم يجعل المشرع التونسي الجراية دينا مستمرا في الزمن إلا ما لا نهاية، وإنما اعتبر بعض الوقائع الطارئة على المفارقة سببا في سقوط الحق. هذا وقد حددها الفصل 31 من مجلة الأحوال الشخصية بحصول الوفاة أو بتغير الوضع الاجتماعي بزواج جديدا أو حصولها على ما تكون معه في غنى عن الجراية، جعل الفصل 31 من وفاة المفارقة سببا في سقوط حق الجراية. وهو ما يجد أساسه في قاعدة في النفقات مفادها "لا معاشات بعد الموت" لأن الورثة ليسوا خلفاء للمرأة في استخلاص جرايتها⁽³⁾ باعتبار طبيعتها المعاشية الشخصية البحتة، ناهيك وأن المقصود من وراء الجراية هو حفظ أو المفارقة وتوفير

(1) - محكمة التعقيب، 02 مارس 1993، عدد 30341، النشرة 1993، ص 280.

(2) - محكمة التعقيب، 13 ديسمبر 2007، عدد 14648، نشرة محكمة التعقيب، 2004، ص 259.

(3) - العياري محمد صالح، الورثة ليسوا خلفاء لأسلافهم في متابعة قضايا الطلاق، مجلة القضاء والتشريع، 1983، عدد 4، ص 98.

مستوى عيش يضاهاى المستوى الذي عهدته قبل الطلاق. أما إذا توفيت فلا موجب للإبقاء على الجراية ما دام المقصود قد انتفى وهو نفس الحكم الذي رتبته المشرع في صورة زواج المفارقة.

كما أن تغير الوضع المادي للمفارقة يعتبر سببا من أسباب إلغاء الجراية وهو ما أورده المشرع في جملة "بحصولها على ما تكون معه في غنى عن الجراية بصيغة شوبها الغموض. وبالتالي يطرح التساؤل عن ماهية هذا الشيء الذي يؤدي حصوله إلى جعل المفارقة في غنى عن الجراية؟

لقد وردت العبارة مطلقة في معناها إلا أن المدلول العام لها هو حصول المرأة على مال يجعلها تتمتع بالمستوى المعيشي الذي عهدته زمن الزوجية المنفصمة، وبالتالي تكون في غير حاجة لمبلغ الجراية المدفوع لها مشاهرة. وهذا المال من الممكن افتراضا أن تكون له مصادر عدة إذ قد يتأتى من مرتب شهري حصيلة وظيفية لاحقه للطلاق وللحكم بالجراية كما يمكن أن تكون الهبة أو الإرث أحد مصادره⁽¹⁾.

ولكن يبدو أن الفرضية الوحيدة التي تعرض لها فقه القضاء هي فرضية حصول المرأة على عمل وهو ما جاء في القرار التعقيبي المؤرخ في 19 فيفري 1999: "طالما تبث أن للزوجة جراية قارة من شغلها فإنه لا يمكن الحكم لها بجرايتين قارتين وتكون بذلك غير محقة لطلب الجراية"⁽²⁾. وهو نفس ما ذهب إليه قرار 26 فيفري 1999 الذي جاء فيه "يؤخذ من الفصل 31 من مجلة الأحوال الشخصية بأنه يمكن الجمع بين أجرين قارين وحينئذ فإن الزوجة التي تعمل ولها دخل قار لا تستحق الجراية"⁽³⁾ ولقد جرم المشرع التونسي عدم أداء الجراية حيث تعرض إلى أركان جريمة عدم "أداء النفقة أو الجراية" المنصوص عليها صلب الفصل 53 مكرر من مجلة الأحوال الشخصية والتي يعد مجال انطباقها مشتركا بين النفقة والجراية وبالتالي فهي توفر ضمانا للمرأة حتى لا يبادر المطلق

(1) - هيفاء القضاى، المرجع السابق، ص 127.

(2) - محكمة التعقيب، 19 فيفري، عدد 69250، نشرية محكمة التعقيب 1999، الجزء الثاني، ص 324.

(3) - محكمة التعقيب، 26 فيفري، عدد 69301، نشرية محكمة التعقيب 1999، الجزء الثاني، ص 328.

بالتنكيل بها ورفض دفع المستحقات المتصلة بالنفقة في قائم الحياة الزوجية أو أثر الطلاق بالجرائية، ولقد سبق وان تكلمنا عن هذا الضمان حين الكلام عن جراء عدم الإنفاق. ويبقى لنا هنا الكلام عن الدور الذي يضطلع به صندوق النفقة وجرية الطلاق فيما يتصل بالجرية فقد نص الفصل 2 من القانون عدد 65 المحدث لهذا الصندوق⁽¹⁾ على مجال تدخله بقوله يمكن: "يمكن للمطلقات وأولادهن الصادرة لفائدتهن أحكام باتة متعلقة بالنفقة أو بجرية الطلاق وتعذر تنفيذها لتلذذ المدين أن يتقدموا لصندوق النفقة وجرية الطلاق بمطلب للحصول على المبالغ المستحقة ويثبت تلذذ المدين إذا تعلق به قضية إهمال عيال طبقا لمقتضيات الفصل 53 مكرر من مجلة الأحوال الشخصية ويتولى الصندوق صرف مبالغ النفقة أو الجرية لمستحقيها مشاهرة في أجل لا يتجاوز الخمسة عشر يوما من تاريخ تقديم الطلب المستوفي للشروط القانونية".

إن إحداث الصندوق المذكور يعد تعزيز للغاية من وراء إحداث جنحة الفصل 53 مكرر من مجلة الأحوال الشخصية وضمانا متضافرا مع المدى الجزري للفصل المذكور، لأن القيام بدعوى عدم دفع الجرية وان يعد ضمانا لحق المفارقة إلا أن البعض يبادرون بالتلذذ عن الدفع بصفة قصدية رغم صدور حكم بات بالجرية⁽²⁾. وبالتالي، فحين تسعى المفارقة لرفع دعواها على أساس الفصل 53 مكرر فإنها تبقى في خاصة إلى حين المحاكمة بل إن المحاكمة والتتبع الجزأين لن يغنيا عنها شيئا. ولذلك فإن تمكينها من استخلاص جزأيتها مباشرة من قبل الصندوق الضمان بوصفه ممثلا لحقوق المفارقة ومطالب في الآن ذاته غرامة عن كل يوم تأخير⁽³⁾ وهو من شأنه أن يرد دفع بصفة مسبقة كل من تسول له نفسه هذا الصنيع، إلا أن المشرع بإقراره هذا التدخل الحمائي المقترن بالعقوبة الجزائية لم يجعل أحكام الفصل 53 مكرر مطلقة بل رتب عن الدفع إيقاف التنفيذ الجبري بالسجن رغبة منه في إرساء مصالحه، ولكن هذه الخاصية من الجائز أن ينجم عنها أثر

(1) - قانون عدد 65 الصادر في 5 جويلية 1993.

(2) - هيفاء القضاوي، المرجع السابق، ص 132.

(3) - الفصل 05 فقرة أولى من القانون المحدث للصندوق.

سليبي خطير ركز عليه أحد رجال القانون⁽¹⁾ إذ قد يعمد أحد المدنيين من باب النكالة والانتقام إلى ابقاء الدائنة في حالة خصاصة تلهث وراء إجراءات تدخل المحكمة للقضاء لها بالجرائية تم وراء إجراءات تدخل الصندوق، ولما يجد نفسه مهددا بعقوبة جزائية يتولى الوفاء بما تخلد بدمته من دين فتقف التبعات ويزول الخطر وقد تساعد على إعادة الكرة مرات حتى يشفي غليله من الانتقام أو يدفع بالمطلقة إلى اليأس والإحباط مخيرة عدم طرق باب الإجراءات القانونية الذي قد يؤدي إلى ضياع حقوقها⁽²⁾، لذلك كان المشرع محقا حينما رتب عن العود استمرار تعهد الصندوق بدفع جراية المطلقة بقطع النظر عن التبعات المنصوص عليها بالفصل 53 مكرر من مجلة الأحوال الشخصية⁽³⁾.

كما أن النظام القانوني للجرائية يظهر بعد الوفاة من خلال الفقرة 04 من الفصل 31 حيث تصبح الجراية دينا على التركة في حالة وفاة المفارق وتصفي عندئذ بالتراض مع الورثة أو على طريق القضاء بتسديد مبلغها دفعة واحدة يراعي فيها سنها في ذلك التاريخ". وبالتالي فقد جعل المشرع الجراية دينا على التركة. ولكن هذا الدين لا يمكن استخلاصه إلا بإثباته، ويقع عبء ذلك على المفارقة التي تتولى الإدلاء بسدها التنفيذي، وهو الحكم النهائي القاضي لها بالجرائية، كما يتولى إثبات أن ما في الشكرا يفي بدينها وأن المدعي عليهم ورثة وهي كلها إجراءات تخضع فيها إلى القواعد الجاري بها العمل وفق ما نصت عليه مجلة المرافعات المدنية والتجارية.

(1) - انظر، الشريف محمد الحبيب، صندوق ضمان النفقة وجراية الطلاق، ط01، دار الميزان للنشر والتوزيع، سوسة، أبريل 1994، ص 43.

(2) - الشريف محمد الحبيب، المرجع السابق، ص 43.

(3) - ينص الفصل من الأمر عدد 671 لسنة 1998 المؤرخ في 16 مارس 1998 والمتعلق بتنقيح الأمر عدد 1655 لسنة 1993 المؤرخ في 9 أوت 1993 المتعلق بإجراءات صندوق ضمان النفقة وجراية الطلاق: "يقوم الصندوق الوطني للضمان الاجتماعي بدراسة المطلب ويتخذ عند توفير الشروط القانونية قرارا بتحمل النفقة وجراية الطلاق ولا يجوز في كل الحالات أن يتجاوز فترة تكفل الصندوق المذكور بالمستحقات المحكوم بها الثمانية أشهر خلال السنة المدنية الواحدة. ويشترع في صرف هذه المبالغ لمستحقيها في الأجل المحدد بالقانون مشاهرة وبواسطة حوالات أو تحويلات بريدية أو عن طريق تحويلات بنكية غير أنه في صورة عود المدين للتلذذ ويقطع النظر عن التبعات من أجل عدم دفع النفقة أو جراية الطلاق المنصوص عليها بالفصل 53 مكرر من مجلة الأحوال الشخصية يتعهد الصندوق الوطني للضمان الاجتماعي مباشرة بمواصلة صرف مبلغ النفقة وجراية الطلاق لمستحقيها بمجرد استظهارهم بما يثبت عود المدين للتلذذ على أن لا تتجاوز فترة تكفل الصندوق للمستحقات المحكوم بها المدة المبينة بالفقرة الأولى من هذا الفصل.

وبالتالي، يبدو أن هذه الحماية التي تميز النظام القانوني للجراية إنما تعود إلى طبيعة هذه المؤسسة وإلى امتداد تنفيذها في الزمن، فعلى عكس رأس مال الذي يستخلص صبرة واحدة بحيث لا خوف على المفارقة من كيد مفارقتها أو ورثة فإن الأمر خلاف ذلك بالنسبة للجراية التي تكون بسبب دفعها مشاهرة موضوع تلذذ من قبل المحكوم عليه. وبالتالي كان لزاماً أن يتدخل المشرع من أجل إكساء هذه الجراية هذه الحماية المبينة آنفاً حتى يحصن المرأة من كل طارئ يطرأ من شأنه أن يهدد حقها في التعويض المالي. ولعل هذه الحماية هي التي جعلت البعض يتحدث عن ميز أحدثه المشرع بقانون 18 فيفري 1981 حسب جنس المستحق، فالجراية هي امتياز نسائي بحث، ومن ثمة كانت الضمانات بها ذات طابع فتوي هي الأخرى تنطبق على جنس النساء دون الرجال، لأن مقصد المشرع هو حماية المرأة خصوصاً بالنظر لهشاشة وضعها الاجتماعي الناجم عن كونها مطلقة وبنظام الجراية عن الطالق نقول أن المشرع التونسي تميز عن كل من المشرع الجزائري والمشرع المغربي، ووضع حماية حقيقية لحقوق المالية للمطلقة.

الفرع الثالث:

علاقة المنفعة بالتعويض.

بالرجوع إلى نظرية التعسف في استعمال الحق نجد أن الفقهاء القدامى قد أخذوا بها وطبقوها في أحكامهم، مع أنها لم تكن معروفة عندهم بهذا الاسم وبتطبيق نظرية التعسف على الطلاق، نجد أن في إيجاب المنفعة على المطلق تطبيقاً عملياً لها. وفي ذلك بقول زياد صبحي ذياب: "بل إنني أذهب إلى أبعد من ذلك" فأقول: إن في إيجاب المنفعة على المطلق تطبيقاً عملياً لنظرية التعسف في استعمال الحق، ولتوضيح ذلك فأقول: إن الأصل في الطلاق الخطر، فإن طلق الرجل زوجته بدون سبب، فقد استعمل حق الطلاق الممنوح له استعمالاً مناقضاً لما شرع هذا الحق له، وبذلك يكون قد تعسف باستعمال حقه. أما إذا استعمل هذا الحق لحاجة أو لسبب معين، فإن الله سبحانه وتعالى الذي يعلم خائنة الأعين وما تخفي الصدور، عالم الغيب والشهادة، الذي لا يعزب عن علمه مثقال حبة من خردل، قد علم أن الضرر الذي يلحق بالمرأة بوقوع

الطلاق أكبر من المصلحة التي يجنيها الزوج منه، وخصوصا إذا علمنا أن الصبر على سوء خلق الزوجة أولى من طلاقها، وإذا كان الضرر أكبر من المنفعة، كان الرجل متعسفا في استعمال حق الطلاق وإذا تعسف الرجل في استعمال حقه فإنه يجب عليه الجزاء وقد رتب الله سبحانه وتعالى على التعسف في استعمال حق الطلاق المتعة جزاء وفاقا. وإذن فإن المتعة: هي تعويض يجب للمطلقة على مطلقها خيرا لخاطرها المنكسر بالطلاق وتسلية لما عن الفراق وتخفيفا لإحاش الطلاق وهذا ما علل به العلماء سبب وجوب المتعة⁽¹⁾.

مما سبق يتضح لنا أن هناك علاقة بين هذين الأمرين وتتضح العلاقة بعد دراسة أوجه الشبه بينهما، ومميزات إحداهما على الآخر. أولا: أوجه الشبه بين المتعة والتعويض.

هناك نقاط تتفق فيها المتعة مع التعويض في الطلاق التعسفي يمكن إبرازها فيما يلي:

- إن كلا من المتعة والتعويض عن الطلاق التعسفي، إنما يكونان بعد الطلاق الذي لا رجعة فيه، أما الطلاق الرجعي، فلا متعة ولا تعويض⁽²⁾.
- إن كلا من المتعة والتعويض غير مقدرين بقدر محدود بل أن أمرهما متروك للقاضي، يقدرهما حسب الظروف وحسب حال الزوج.
- إن كلا من المتعة والتعويض لا تجبان إذا كانت الفرقة من قبل المرأة، أما إذا كانت من قبل الرجل فتجب المتعة لكل مطلقة، ويجب التعويض إذا كانت الفرقة من قبل الرجل إذا كان طلاقه تعسفيا.
- إن كلا من المتعة والتعويض يجبان على الزوج لزوجته المطلقة، جبرا لخاطرها وتعويضا عما لحقها من ضرر معنوي ومادي.

(1) - انظر، زياد صبحي ذياب، متعة الطلاق، ص 106، مقتبس عن جميل فخري محمد جنام، متعة المطلقة وعلاقتها بالتعويض، دار الحامد للنشر والتوزيع، عمان، 2008، ص 236.

(2) - ساجدة عفيف محمد رشيد عتيبي، المرجع السابق، ص 148.

- إن كلا من المتعة والتعويض يجبان على الزوج ولا يؤثران على الحقوق الزوجية الأخرى كالمهر والنفقة وغيرهما من الحقوق⁽¹⁾.

وبالرغم من أن المتعة تشبه التعويض في بعض الأوجه إلا أنها تتميز عنه بوجوده.

ثانياً: أوجه الاختلاف بين المتعة والتعويض.

تختلف المتعة عن التعويض في الأموال التالية:

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

- إن نطاق المتعة أوسع من نطاق التعويض حيث أن التعويض لا يجب إلا إذا وقع الرجل الطلاق بإرادته المنفردة ودون سبب مقبول، بينما تجب المتعة بمجرد الطلاق سواء كان بسبب أو بغير سبب وسواء حصل ضرر أم لا.

- إن المتعة تجب في جميع حالات الفرقة سواء كانت طلاقاً أم فسخاً وسواء كان الطلاق من الزوج أو من القاضي، أما التعويض، فإنه يجب في حالة واحدة، وهي إيقاع الزوج الطلاق.

- عندما ما تجب المتعة للمطلقة في الفقه الإسلامي لا يسمح للمطلق أن يثير الأسباب التي دفعته للطلاق، أما في التعويض عن الطلاق فقد سمح له القانون حتى يدفع عن نفسه التعويض أن يثير الأسباب التي دعت للطلاق، فإن كانت أسباباً معقولة كلف لإثباتها في حالة الإنكار، فإن أثبتها فلا يحكم للمطلقة بالتعويض⁽²⁾.

بعدما تعرضنا لأوجه الشبه والاختلاف بين المتعة، فإن السؤال الذي يطرح نفسه،

هل تغني المتعة عن التعويض عن الطلاق التعسفي؟

(1) - جميل فخري محمد جاتم، المرجع السابق، ص 234؛ ساجدة عفيف محمد رشيد عتيبي، المرجع السابق، ص 149.

(2) - جميل فخري محمد جاتم، المرجع السابق، ص 234-235.

ثالثاً: هل تغني المتعة عن التعويض عن الطلاق التعسفي؟

للإجابة على هذا السؤال نجد أن الفقهاء المعاصرين قد اختلفوا في هذه المسألة على قولين، فذهب جمع من الفقهاء إلى أن المتعة تغني عن التعويض المفروض لها في القانون، بل إنها الصورة الحقيقية للتعويض عن الضرر الواقع بالطلاق. ومن بين الفقهاء عبد الرحمان الصابوني الذي اعتبر أن مصدر المادة 117 من القانون السوري⁽¹⁾ هو ما ورد من إيجاب المتعة في الفقه. ذاكراً أن مستند التعويض هو مبدأ السياسة الشرعية العادلة المانعة لظلم المرأة وتعويضها للفقر بسبب تعنت الزوج، وأنه ربما استند هذا الحكم إلى المتعة المعطاة للمطلقة التي جعلها القرآن الكريم بالمعروف⁽²⁾. ويقول وهبة الزحيلي: "ومما سبق يظهر أن متعة الطلاق هي الصورة الشرعية، والعلاج الفقهي لتعويض المرأة عن الطلاق ولتخفيف عما أصابها من أضرار مادية ومعنوية، وأن هذه المتعة شاملة لكل مطلقة، وخاصة إذا أخذنا بأوسع المذاهب في هذا الموضوع"⁽³⁾.

بل أن السرطاوي يرى أن القوانين التي أخذت بمبدأ التعويض قد تعسفت في ذلك، ويرى العدول عن مبدأ التعويض إلى الأخذ بنظام المتعة حيث تغني عن التعويض ولا تعسف فيها ويقول في هذا الشأن "والذي أراه أنه أن تعسف الزوج بالطلاق، فقد تعسفت القوانين التي أخذت بمبدأ التعويض في مقدار العفوية المالية وفي تكييفها لها، وهذا بشأن التشريع الذي يضعه البشر عن أنفسهم، وأرى لذلك العدول عدد مبدأ التعويض الذي يقدره البشر، فتختلف فيه العقول، وتتدخل الأهواء، إلى الأخذ بنظام المتعة الذي أقرته الشريعة الإسلامية"⁽⁴⁾.

(1) - تنص المادة 117 من قانون الأحوال الشخصية السوري على أنه "إذا طلق الزوج الزوجة وتبين للقاضي أن الزوج متعسف في طلاقها دون سبب معقول وأن الزوجة سيصيبها بذلك بؤس فراقه جاز للقاضي أن يحكم لها على مطلقها بحسب حالة الزوج ودرجة تعسفه بتعويض لا يتجاوز مبلغ نفقة سنوا لأمتالها فوق العدة وللقاضي أن يجعل التعويض جملة أو شهرياً بحسب مقتضى الحال.

(2) - انظر، عبد الرحمن الصابوني، شرح قانون الأحوال الشخصية السوري، الطلاق وآثاره، ط05، المطبعة الجديدة، دمشق، 1979، ص 52.

(3) - وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 532.

(4) - انظر، محمد علي السرطاوي، شرح قانون الأحوال الشخصية الأردني، انحلال عقد الزواج والآثار المترتبة عليه، منشورات الجامعة الأردنية، عمان، الأردن، 1995، ص 45.

بينما ذهب بعض الفقهاء المعاصرين، إلى أن المتعة لا تغني عن التعويض عن الطلاق التعسفي ومن أقوالهم قول عبير القدومي "وأرى أن المتعة لا تغني عن التعويض عن الطلاق التعسفي ولا تحل محله، لأن المتعة إنما تجب لكل مطلقة قبل الدخول التي لم يسمى لها مهر وتستحب لغيرها، والتعويض يجب لكل مطلقة ما دام أنه ثبت أنه لا بد مباشرة لها في إيقاع الطلاق، لأن الطلاق إن وقع غالباً ما يكون لاختلاف الزوجين فيما بينهم، وهي طرف فيه لكن قد يكون السبب المباشر في الطلاق تصرفات الزوج اللامسؤولة، مما يترتب عليه ردة فعل الزوجة الراضية فينشأ الخلاف، وبذلك يظهر لنا أن التعويض يجب لمن لا متعة واجبة لهن، فلا تغني المتعة بذلك عن التعويض، لأنها تجب لفئة مغايرة عن تلك التي يجب لها التعويض"⁽¹⁾.

ومن الآراء التي تميز المتعة عن التعويض بالنسبة للطلاق التعسفي رأي الأستاذ بن داود عبد القادر، إذ يستشهد باجتهاد المحكمة العليا التي يظهر فيها بجلاء الفصل بين نفقتي المتعة والتعويض قائلاً: والتعويض عن الطلاق التعسفي ليس أمراً استحدثه المشرع الجزائري، أو حكماً مدنياً مقتبساً من نص المادة 124 من القانون المدني، بل هو موجود في الشريعة الإسلامية وتاريخ القضاء الإسلامي، ويحكم به القضاء الوطني مع الخلل في التطبيق"⁽²⁾. وهو بذلك يشير إلى اختلاط الأمور الذي وقع فيها بعض القضاة في الأحكام الموجبة للتعويض باسم المتعة أو الراضية لإيجابهما في آن واحد. ويؤكد هذا بقوله أن مرجع ذلك الخلط هو إغفال الاجتهاد القضائي للأحكام الأساسية للشريعة الإسلامية في حل المنازعات أمام القضاء مثل التقليد والتلفيق، أي تقليد مذهب فقهي معين دون الالتزام بتطبيق المشهور في المذهب وهذا ما يظهر في بعض الأحكام القضائية التي توجب المتعة باسم التعويض وتؤسس ذلك على القول المشهور في الفقه المالكي

(1) - عبير القدومي، المرجع السابق، ص 172.

(2) - انظر، عبد القادر بن داود، الآثار المالية للطلاق بالنسبة للزوجة في قانون الأسرة الجزائري وإشكاليات حلها، مجلة المعيار، جامعة الأمير عبد القادر، قسنطينة، 2004، العدد التاسع، ص 249.

بندب المتعة وعدم إلزام القاضي بالحكم بها، وهو تناقض صارح كما يظهر ناتج عن عدم فهم طبيعة كل من المتعة والتعويض عن الطلاق التعسفي⁽¹⁾.

وإذا كان قانون الأسرة الجزائري لم ينص على المتعة إلا أن بعض القضاة كانوا يحكمون للمطلقة بمبلغ من المال ويلزمون الزوج بدفعه لها بسبب الطلاق التعسفي تحت تسميات مختلفة فتارة يصفونه متعة وتارة يطلقون عليه مصطلح تعويض.

لقد جاء في هذا الشأن قرار للمحكمة العليا المجلس الأعلى سابقا في 1986/04/07 قضت بمقتضاه بأن "من الأحكام الشرعية أن للزوجة المطلقة طلاقا تعسفيا نفقة عدة، نفقة إهمال، نفقة متعة، وكذلك التعويض الذي قد يحكم به جراء الطلاق التعسفي، وينبغي عند الحكم تحديد طبيعة المحكوم بها لصالح المطلقة وفي أي إطار تدخل والقضاء بما يخالف احكام هذا المبدأ استوجب نقض القرار الذي منح للزوجة المطلقة مبلغا اجماليا من النقود مقابل الطلاق التعسفي"⁽²⁾.

ومن استقرائنا لهذا القرار نجد أنه قد ذهب إلى إعطاء المطلقة متعة وتعويض في آن واحد، بحيث اعتبر المطلقة تستحق التعويض من جراء الطلاق التعسفي واستحق نفقة متعة كغيرها من النفقات وفقا لمبادئ الشريعة الإسلامية، لكن إلى أي مدى يمكن الأخذ بعين الاعتبار هذا القرار القضائي؟

فلو رجعنا إلى تعريف المتعة نجد أنها تمنح للزوجة عن الطلاق لجبر خاطرها وبمفهوم المخالفة أن الزوجة التي تطلب فراق زوجها لا تستحق المتعة وهو نفس الشيء بالنسبة لاستحقاق التعويض. فمعنى ذلك لو جمعت المتعة والتعويض في آن واحد تكون المطلقة قد أخذت تعويضا عن نفس الضرر مرتين، وهذا ما يمكن أن يلزم للقاضي بالحكم، إما بالتعويض أو المتعة لاشتراكهما في المدلول حيث كل من التعويض والمتعة أساس الضرر اللاحق للزوجة.

(1) - عبد القادر بن داود، الآثار المالية، المرجع السابق، ص 250.

(2) - المجلس الأعلى، غ. ا. ش، 1986/04/07، ملف رقم 41560، المجلة القضائية 1986، عدد 02، ص 69.

وهذا ما جاء به قرار المجلس الأعلى الصادر في 1985/04/08 حيث قضى بأنه: إذا كانت أحكام الشريعة الإسلامية تقرر للزوجة التي طلقها زوجها متعة تعطي لها تخفيف على ألم فراق زوجها لها، وهي في حد ذاتها تعتبر تعويضا فإن القضاء بما يخالف أحكام هذا المبدأ يعتبر خرقا لأحكام الشريعة الإسلامية لذلك يستوجب نقض القرار الذي قضى للزوجة المطلقة بدفع مبلغ مالي لها باسم المتعة وبدفع مبلغ آخر كتعويض⁽¹⁾. وإن كان هذا القرار قد وضع حدا بين المتعة والتعويض حيث أن المتضررة من الطلاق التعسفي لا يستحق إلا تعويضا واحدا هو نفسه المتعة. إلا أن موقف المحكمة العليا بشأن هذا الحكم بين المتعة والتعويض قد ساد نوع من التردد، حيث قضت كما قلنا في قرارها الصادر بتاريخ 1986/04/07 بأنه "من الأحكام الشرعية أن للزوجة المطلقة طلاقا تعسفيا، نفقة عدة، نفقة إهمال، نفقة متعة وكذلك التعويض عن الطلاق التعسفي"⁽²⁾. وجاء في قرار صادر بتاريخ 1986/12/29 على أنه: "من القواعد المقررة شرعا أن المتعة لمن طلقها زوجها وليست لمن طلقت نفسها بحكم ومن تم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا للنصوص الشرعية في فرض المتعة، ولما كان من الثابت في قضية الحال أن الزوجة أقامت دعوى التطلق واستجابت المحكمة لطلبها ووافق المجلس عليه يعد وحده عقابا للزوج بسبب إهماله، فإن القضاء بالمتعة للمطلقة يعد مخالفا للنصوص الشرعية، ومتى كان ذلك استوجب نقض القرار جزئيا فيما يخص المتعة"⁽³⁾.

ما يمكن قوله أن المشرع الجزائري يرى بأنه لا يوجد فرق بين المتعة والتعويض ما دامت المحكمة من وراء ذلك هو جبر الضرر وإرضاء خاطر الزوجة بسبب الفراق الذي ألحقه بها الزوج. والفرق الوحيد بين المتعة والتعويض هو أن المتعة مصدرها الشرع وان التعويض مصدره القانون، لكن السؤال الذي يبقى مطروح هل القضاء يستغني عن استعمال كلمة متعة؟

(1) - المجلس الأعلى، غ. ا. ش، 1985/04/08، ملف رقم 41560، المجلة القضائية 1989، عدد 01، ص 89.

(2) - المجلس الأعلى، 1986/04/07، ملف عدد 41560، المجلة القضائية 1986، عدد 02، ص 69.

(3) - المجلس الأعلى، 1986/12/29، ملف 43860، المجلة القضائية 1993، العدد الثاني، ص 41.

فإذا كانت مدونة الأسرة المغربية قد أقرت للمطلقة الاستفادة وجوبا من المتعة، هل يمكن للمطلقة أن تتقدم بطلب ترمي من خلاله الحكم لها بتعويض كامل عن الطلاق، وبعبارة أخرى هل هذا التعويض يعد مسألة مستقلة عما قرره مدونة الأسرة للمطلقة من متعة أم أن المتعة المقررة للمطلقة تمثل التعويض وتعبير عنه ولا يمكن الجمع بينهما؟

بخصوص هذه المسألة، اقترح خلال مناقشة مشروع مدونة الأسرة أمام مجلس البرلمان التعبير بالتعويض بدلا من عبارة المتعة الواردة في المادة 84، غير أن وزير الأوقاف والشؤون الإسلامية أجاب بأن استبدال عبارة "المتعة" بعبارة "التعويض" يعني عنه كون التعبير "بالمتعة" في المادة 84 كإحدى مستحقات المطلقة هو لفظ قرآني ويفيد تعويض المطلقة وهو في نظره أفضل عبارة التكريم بالنسبة للمرأة من كلمة التعويض⁽¹⁾.

ويذهب بعض الفقه إلى القول "أن المتعة تقوم مقام التعويض، ويراعي فيها يسر الزوج، وحال الزوجة، واسم المتعة أشرف من اسم التعويض وأكرم فهو يسمو بعقد الزواج على أن يكون عقد تشغيل تستحق الزوجة بمقتضاه تعويضا بعدها طردها طردا تعسفيا من بيت الزوجية أو مقر عملها الأسري تم إن المتعة تغطي معنويا مالا يستطيع التعويض تغطيته، إذ أي تعويض يمكن أن يغطي خسارة المرأة في زوجها وبيتها ومستقبلها وعواطفها ووضعها الاجتماعي".

ويقول في موقع آخر من نفس الصفحة "ومع ذلك فإن النساء يرغبن في الحصول على تعويض عن الضرر، الذي يلحقهن من جراء الطلاق، وإن يقدر ذلك التعويض بقدر الضرر الحاصل فلا نرى في ذلك بأسا، تعتقد أن الشريعة تتسع لمفهوم تعويض

(1) - المقتضيات الجديدة لمدونة الأسرة من خلال أجوبة السيد وزير العدل والسيد وزير الأوقاف والشؤون الإسلامية عن الأسئلة والاستفسارات المثارة أثناء مناقشة مشروع المدونة أمام مجلس البرلمان، وزارة العدل، سلسلة الشروح والدلائل، 2004، العدد 04، ص 128 مقتبس عن محمد الشافعي، المرجع السابق، ص 64.

الضرر الحاصل من جراء الطلاق كما تتسع لتعويض عن أي ضرر آخر والنبي صلى الله عليه وسلم قال: "لا ضرر ولا ضرار"⁽¹⁾.

فمدونة الأسرة أبقت على المتعة من بين مستحقات المطلقة وخولت لها الحق في طلب التعويض، غير أن قضاء الأسرة لم يستقر على رأي موحد للحكم بالتعويض إل جانب المتعة، حيث هناك اتجاهين مختلفين:

الأول يتمثل في الحكم للمطلقة بالتعويض إلى جانب المتعة دفعة واحدة، والثاني يحكم بالمتعة فقط دون التعويض بدعوى أنه راعى حجم الضرر عند تقديره لمبلغ المتعة. فيما يخص الاتجاه الأول، هناك عدة أحكام قضائية صادرة عن بعض قضاء الأسرة تقضى بالتعويض إلى جانب المتعة، منها على سبيل المثال الحكم الصادر عن ابتدائية الناظور الذي جاء فيه "حيث ثبت للمحكمة من خلال استقراء مجمل وثائق الملف وما تضمنته جلسات أن طلب التعويض المقدم من طرف المدعية مؤسسا طالما أثبتت أن تصور المدعي عليه للحياة الزوجية جعل استمرارها متعذرا وأدى إلى تضرر المدعية من ذلك من عدم التحاقها بعملها كأستاذة استجابة لرغبته وبذلك يكون المدعي عليه هو المسؤول فيما ألت إليه العلاقة الزوجية والتي انتهت بالتطليق وحيث أن طلب التعويض المقدم من طرف المدعية مؤسسا ويتعين الاستجابة له وفق ما سيعلن عنه في منطوق الحكم"⁽²⁾.

وفي حكم آخر صادر عن ابتدائية الدار البيضاء قضي بما يلي: "حيث تبث للمحكمة من خلال الاطلاع على رسم الزواج واجب المتعة مقدره في مبلغ 10000 درهم حيث أن زواج المدعي عليه بدون علم الزوجة الأولى ورضائها بما ضرار ماديا

(1) - انظر، عبد الكريم المدغري، المرأة بين أحكام الفقه والدعوة إلى التغيير، ط01، مطبعة فضالة، المحمدية، 1999، ص 190.

(2) - ابتدائية الناظور 21 يونيو 2006، عدد 1105، ملف 2005/1571 غير منشور، مقتبس عن محمد الشافعي، المرجع السابق،

ومعنويًا مما يجعلها محقة في طلب التعويض عن هذه الأضرار وحيث أن المحكمة مما لها من سلطة تقديرية تحدد التعويض المستحق في مبلغ 7500 درهم⁽¹⁾.

وإذا كان هذا الاتجاه يقر بالتعويض عن الضرر إلى جانب المتعة ويقضي للمطلقة بما معاً، فإن هناك بعض أقسام قضاء الأسرة تحكم بالمتعة فقط مراعية عند تحديدها حجم الضرر الحاصل بالمطلقة، فحصول هذه الأخيرة على متعتها بموجب الإذن الذي أصدرته المحكمة بوضع المستحقات المترتبة عن الطلاق يعد مانعاً يحول دون حصولها على تعويض إضافي بعد حصولها على متعتها يكون غير مؤسس قانوناً لتعارضه مع القاعدة العامة التي مفادها أن الضرر لا يجبر مرتين⁽²⁾.

يلاحظ مما سبق أن هذه الاجتهادات القضائية تخلط بين المتعة والتعويض عن الضرر في حالة الطلاق التعسفي الذي يستوجب توفر أركان المسؤولية من خطأ وضرر وعلاقة سببية، بل ينبغي التمييز بين المتعة والتعويض حيث أن التعويض يعتمد على الأركان الثلاثة المذكورة أعلاه إذا توفرت كانت هناك مسؤولية مدنية وان اختلفت فلا وجود لها.

أما المتعة فحسب المادة 84 من مدونة الأسرة فهي واجبة بقوة القانون سواء كان هناك خطأ نتج عنه ضرر أم لم يكن هناك خطأ لأن تعسف الزوج في إيقاع الطلاق ليس عنصراً لازماً للحكم بالمتعة بل إن أثره يقتصر فقط على الرفع من مقدارها في حالة ثبوت تعسف من طرف الزوج فالطلاق التعسفي ليس إلا حالة من الحالات التي تعطي للمطلقة الحق في التعويض، إذ أن هناك حالات أخرى تمكنها من المطالبة بالتعويض ولو هي التي طلبت التطلق.

(1) - ابتدائية دار البيضاء، 07 مارس 2006، عدد 06/35/37 ملف 05/3026 غير منشور، مقتبس عن محمد الشافعي، المرجع السابق، ص 66.

(2) - ابتدائية الحسيمة، 2006/04/24، المنتقى من عمل القضاء في تطبيق مدونة الأسرة، الجزء الأول، وزارة العدل، سلسلة الشروح والدلائل، 2009، العدد 10، ص 116.

المطلب الثاني:

حق المطلقة في التعويض في حالة الحكم بالتطليق.

لقد راعى الله جل جلاله المرأة ودورها في إنهاء الرابطة الزوجية فشرع لها الافتداء بالمال، إذا كرهت زوجها، ولكن إنهاء الزواج بالافتداء قد لا يرفع الحرج كله عن المرأة إذا تعنت الزوج ورفض البذل المقترح، أو طلب بدلا مرتفعا لا يقدر المرأة على دفعه وأمام هذا الوضع فتح لها المشرع طريق القضاء لطلب حل الرابطة الزوجية بواسطة التفريق دفعا للضرر عنها وإنصافا لها حسبما أقره المشرع.

ولقد اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية حول الأسباب المبررة لطلب التطليق، بينما حددها قانون الأسرة في المادة 53. وفي التشريع المغربي هناك طلب التطليق بسبب الشقاق والمنظم بالمواد من 94 إلى 97 من مدونة الأسرة، تم هناك الأسباب التقليدية الأخرى للتطليق والتي تم تعدادها ضمن المادة 98 من ذات المدونة.

أما بالنسبة للمشرع التونسي، وانطلاقا من المبدأ الذي كرسه مجلة الأحوال الشخصية المتعلقة بحق الزوجين في الانخراط الحرفي مؤسسة الزواج، فإن المبدأ الثاني يقابله تعلق بحق طلب الطلاق الذي هو الآخر يمارسه الرجل والمرأة على حد السواء، وذلك على مستوى أسباب الطلاق لا مفاضلة بين الزوجين في أسباب طلب الطلاق وفق ما نصت عليه مقتضيات الفصل 31 من مجلة الأحوال الشخصية التي حددت ثلاث صور لطلب الطلاق وهي متمثلة في رضا الزوجين على إيقاع الطلاق أو في طلب أحد الزوجين الطلاق سبب ما حصل له من ضرر أو في رغبة الزوج إنشاء الطلاق أو في مطالبة الزوجة به⁽¹⁾.

ومن خلال الفصل 31 فقرة 02 نجد أن المشرع التونسي أعطى للزوجة حق طلب الطلاق بسبب ما حصل لها من ضرر، وأعطى لها الحق في التعويض عن الضرر المادي

(1) - انظر، سامية دولة، مجلة الأحوال الشخصية بين الاجتهادات التشريعية و القضائية، مجلة القضاء والتشريع، تونس، 2007، ص 37-38.

والمعنوي الناجم عن هذا الطلاق، بعكس المشرعين الجزائري والمغربي اللذين حدّدا لها أسبابا يستند إليها في طلب التطليق. والحقيقة أن هذه الأسباب تتصل جميعها بالضرر في مفهومه العام والذي قد تتعرض له الزوجة أثناء حياتها الزوجية وهو ضرر حرمه الله عز وجل بقوله: ﴿وَلَا تُمَسِّكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُوا^ع وَمَنْ يَفْعَلْ ذَلِكَ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ^ع﴾⁽¹⁾ وبقوله كذلك: ﴿أَلطَّلِقَ مَرَّتَانِ^ط فإِمْسَاكُ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحُ بِإِحْسَانٍ﴾⁽²⁾. وفي غياب الإمساك بالمعروف فيجب على القضاء أن يتدخل رفعا للظلم الذي تتعرض له الزوجة في هذا المجال. ويحكم لها بالتعويض عما لحقها من أضرار وهو ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 53 مكرر من قانون الأسرة بقولها على أنه: "يجوز للقاضي في حالة الحكم بالطلاق أن يحكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها" وهو ما نص عليه المشرع المغربي في المادة 101 بقولها: "في حالة الحكم بالتطليق للضرر، للمحكمة أن تحدد في نفس الحكم مبلغ التعويض المستحق عن الضرر".

الفرع الأول:

حالات التطليق.

فحق المطلقة في التعويض مرتبط بأسباب التطليق وهذه الأسباب التي نصت عليها قوانين الأسرة المغربية يمكنها تصنيفها إلى ثلاث مجموعات رئيسية وهي التطليق بسبب الإخلال بالالتزامات الزوجية (أولا)، التطليق بسبب الضرر (ثانيا)، التطليق بسبب العيوب (ثالثا).

أولا: التفريق بسبب الإخلال بالالتزامات الزوجية والعائلية.

إن الحياة الزوجية يترتب عنها حقوق والتزامات زوجية متبادلة، وإخلالها أحدهما بالتزاماته الزوجية يؤدي إلى الإضرار بكيان الأسرة ككل، فإذا كان الإخلال من طرف الزوجة، جاز للزوج تطليقها باعتبار بيده. أما إذا تخلى الزوج عن القيام بواجباته

(1) - سورة البقرة، الآية 231.

(2) - سورة البقرة، الآية 229.

والتزاماته الزوجية دون سبب شرعي أو جدي، كامتناع الزوج عن نفقة زوجته، أو هجر الزوج لزوجته في المضجع مدة لا تطيقها، أو غيبته أو حبسه دون أن يترك مالا تنفق منه، فهنا هل يجوز للزوجة رفع أمرها للقاضي لطلب التطليق لدفع الضرر عما لحقها جراء إخلال الزوج بتلك الالتزامات هذا ما سنعرض إليه من خلال النقاط الآتية:

1- التفريق لعدم الإنفاق:

إن نفقة الزوج على زوجته واجب شرعي؛ وقد سبق وأن تعرضنا لهذا الواجب عند الكلام عن نفقة الزوجة ونظر لتفادي التكرار سنحاول التركيز على ما يتعلق بالتطليق فقط.

فإذا تجاهل الزوج أو قصر أو امتنع عن الإنفاق عليها، كان لها الحق في طلب التطليق، وقد أعطى المشرع الجزائري للزوجة هذا الحق أخذا برأي الجمهور الفقهاء في جواز التفريق لعدم الإنفاق، مراعيًا بذلك مصلحة الزوجة ووضعا الحد لعدم القيام الزوج بمسؤوليته المالية وتماونه في الإنفاق على زوجته حيث جاء في المادة 01/53 من قانون الأسرة بقولها: "يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للأسباب التالية 1- عدم الإنفاق بعد صدور الحكم بوجوبه ما لم تكن عاملة بإعساره وقت الزواج، مع مراعاة المواد 78 و79 و80 من هذا القانون.

يعاب على المشرع أنه قد أورد في الفقرة الأولى من المادة 53 نصا عاما يطبق في كل الحالات بدون استثناء⁽¹⁾، فلم يتعرض المشرع لحالة الزوجة العاملة وهل تسقط نفقتها في حالة إذا اتفقت مع زوجها على تحمل بعض الأعمال المالية؟ كذلك يؤخذ أيضا على المشرع عدم تحديده للمدة التي يجب انتظارها بعد الحكم بالنفقة على الزوج وامتناعه تنفيذه؟ فهناك من يرى أن المدة التي يجب على الزوجة انتظارها لكي تطلب

(1) - انظر، تشوار جيلالي، حق الزوجة في الطلاق بين النقااص القانونية والتطور الاجتماعي، قانون الأسرة والتطورات العلمية، مخبر القانون والتكنولوجيات الحديثة، كلية الحقوق، جامعة وهران، 2007، ص 77.

التطليق في شهرين قياسا على المدة التي وردت في المادة 333 من قانون العقوبات والتي تعاقب من امتنع عمدا عن تنفيذ حكم النفقة لمدة تتجاوز شهرين.

وبالرجوع إلى أحكام المادة 53 فقرة أولى نرى أن المشرع لا يجيب على الزوجة في طلب التفريق بينها وبين زوجها، إلا بعد أن ترفع دعوى أولى مطالبة من خلالها الزوج بالنفقة، وتقديمها ما يثبت ذلك في حالة إنكاره أو إقراره بالمدعي به عليه، وبعد استصدار الزوجة لحكم بوجوب النفقة، وامتنع الزوج عن تنفيذ هذا الحكم، فهنا يجوز للزوجة بعد ذلك رفع دعوى أخرى مطالبة بالتفريق، وهو ما يعني أن الحكم القضائي الممنوع تنفيذه من طرق الزوج بمثابة قاعدة إثبات موضوعية، تعفى من تقرر لمصلحته وهو الزوجة عن الإثبات فينتقل عبء الإثبات إلى الطرف الآخر.

وإن هذا الإجراء الذي انفرد به المشرع الجزائري كشرط للحكم للزوجة بطلب التفريق، يتعارض مع المبدأ العام لدعوى التطليق لعدم الإنفاق، وهو رفع الضرر الواقع على الزوجة من جراء امتناع الزوج عن الإنفاق قصدا أو لإعساره، حيث تتحمل الزوجة عبئ إثبات عدم إنفاق زوجها عليها، وبعدها تستصدر حكما قضائيا تلزم الزوج فيه بالإنفاق، وبعد مرور شهرين من صدور هذا الحكم يجوز لها رفع دعوى أخرى تطالب فيها بالتطليق لعدم الإنفاق.

أما بالنسبة للقضاء الجزائري فإن المجلس الأعلى قضى في إحدى قراراته بأن عدم الإنفاق على الزوجة لمدة أكثر من شهرين متتابعين يكون سببا كافيا لتبرير طلبها المتعلق بالتطليق...⁽¹⁾.

وفي قرار آخر، أيدت المحكمة العليا الحكم الصادر عن محكمة الحراش بتاريخ 1993/11/17 والقاضي بالتطليق بين الزوجين، وذلك بقولها "ومتى تبين - في قضية الحال - أن الزوجة طلبت التطليق لتضررها من ضرب الزوج وطردها وإهمالها مع أولادها

(1) - المجلس الأعلى، غ. أ. ش، 1984/12/19، ملف رقم 34784، المجلة القضائية 1989، عدد 03، ص 74-75.

وعدم الإنفاق عليهم الأمر لجعلها محقة في طلب التطلق والتعويض معا لثبوت تضررها...".

أما المشرع المغربي نظم حالات التطلق لعدم الإنفاق وأحكامها في مادتين هما المادة 102 من مدونة الأسرة ويتعلق بطلب التطلق سبب إخلال الزوج بالنفقة الواجبة عليه والمادة 103 التي يمددا أحكام المادة 102 إلى الزوج العاني في مكان معلوم أو مجهول. ولقد سبق وشرحنا هاتين المادتين عندما تكلمنا عن النفقة الواجبة للزوجة وامتناع الزوج عن أدائها. فلا حاجة لإعادة تكرارها.

فعندما ترفع الزوجة دعوى طلب التطلق لعدم الإنفاق على زوجها، فمن المفروض أنه يجب عليها وباعتبارها مدعية أن تثبت عدم الإنفاق الذي تدعيه طبقا للقاعدة الفقهية التي تقضي بأن البيئة تقع دائما على المدعي⁽¹⁾.

تنص المادة 122 من مدونة الأسرة على أن "كل طلاق قضت به المحكمة هو بائن إلا في حالتي التطلق للإيلاء وعدم الإنفاق".

معنى هذا أن التطلق بسبب عجز الزوج عن الإنفاق على زوجته طلاق رجعي، ما لم يكن مكتملا للثلاث، غير أنه يبقى من حقه مراجعتها في العدة إذ تبث استعداده لذلك⁽²⁾.

أما بالنسبة لقرارات المجلس الأعلى، يجد قرار صادر بتاريخ 1999/06/22 الذي جاء فيه: ".. حيث أن المحكمة ردت على دفع الطالب بأنه أمام امتناعه عن أداء النفقة وإصراره على ذلك بالرغم من إرغامه زجريا يجعل دعوى المدعية الرامية إلى تطلقها منع لعدم الإنفاق مؤسسة، وأنها لا ترى موجبا لإهماله لأداء النفقة ما دام قد أصر على عدم الإنفاق بصفة صريحة في محضر الامتناع، وبذلك تكون قد أجابت ضمينا على محضر الامتناع المحتج به من طرفه الأمر الذي كان معه القرار معللا بما فيه الكفاية"⁽³⁾.

(1) - محمد الكشور، المرجع السابق، الكتاب الثاني، ص 153.

(2) - أحمد أباش، المرجع السابق، ص 296.

(3) - المجلس الأعلى، 1999/06/22، ملف عدد 345/97، مقتبس عن عبد السلام زوير، المرجع السابق، ص 159.

وكذلك جاء في قرار آخر "أن المحكمة اعتمدت على الحكم 97/971 الصادر بتاريخ 1997/07/21 والقاضي على الطاعن بأداء النفقة والصدّاق المطلوبة في النقص، وعلى محضر التحري المنجز في ملف التنفيذ عدد 98/638 بتاريخ 1998/04/17 بعد ثلاثة أيام من تاريخ إعلانه استعداده لأداء نفقتها بجلسة البحث ليغادر المغرب إلى ألمانيا تاركا المطلوبة في النقص بدون نفقة، واستخلصت من ذلك إصراره على عدم الإنفاق وقضت بالتطبيق دونما حاجة إلى بحث ملاءة ذمة الطاعن أو عسره، وجاء بذلك قرارها مؤسسا ومعللا بما فيه الكفاية⁽¹⁾.

وجاء في قرار آخر أن "توصل المدعي عليه في دعوى التطليق لعدم الإنفاق بصفة قانونية، وتخلفه عن الحضور لا يستوجب معا إنذاره بأن ينفق أو يطلق عليه، لا يستوجب معه إنذاره بأن ينفق أو عليه، لأن عدم إنفاقه في الماضي وعدم حضوره رغم توصله قرينة على إصراره على عدم الإنفاق على زوجته"⁽²⁾.

أما المشرع التونسي فقد نص الفصل 39 من مجلة الأحوال الشخصية على ما يلي: "لا يلزم الزوج بالنفقة إذا أعسر، إلا أن الحاكم يتلوم له شهرين فإن عجز بعد إتمامها عن الإنفاق طلقت عليه زوجته. وإذا كانت الزوجة عاملة بعسره حين العقد فلاحق لما في طلب الطلاق".

فالمعسر هنا تسقط عنه النفقة بصفة جزئية خلال مدة الإهمال التي يعينها القاضي ويحفظ للزوجة حق طلب الطلاق، كما يسقط عن الزوج الإنفاق بصفة كلية إذا كانت الزوجة عاملة بعسره عند إبرام عقد الزواج ويسقط حقها في طلب الطلاق.

كما حول المشرع للزوجة الطلاق للغياب عند إعسار الزوج الغائب بالنفقة إذ نص الفصل 40 من مجلة الأحوال الشخصية على أنه "إذا غاب الزوج عن زوجته ولم يكن له مال ولم يترك لها نفقة ولم يقيم أحد بالإنفاق عليها حال غيابه ضرب له الحاكم أجلا مدة شهر عسى أن يظهر تم طلق عليه بعد ثبوته ما سلف وحلف المرأة على ذلك".

(1) - المجلس الأعلى، 2000/02/01، ملف عدد 98/407 مقتبس عن محمد بفقير، المرجع السابق، ص 123.

(2) - المجلس الأعلى، 2000/10/18، الملف 98/12/475 مقتبس عن محمد بفقير، المرجع السابق، ص 123.

وهذا الحكم مستمد من المذهب المالكي، فالغائب الذي لم يترك لزوجته مالا ولم يوكل وكيلا بدفع النفقة عنه في غيابه، ولم تسقط الزوجة النفقة عنه حال غيبته، فإنه يطلق عليه بعد حلف الزوجة اليمين على ما ذكرت، فالإعسار بالنفقة مع غياب الزوج يلحق ضررا بالزوجة يسمح لها بطلب الطلاق⁽¹⁾.

2- التفريق للهجر في المضجع:

نلاحظ أن المشرع الجزائري من خلال نص المادة 03/53 من قانون الأسرة حول الزوجة حق طلب التطلق لهجر زوجها للمضجع فوق أربعة أشهر من القاضي باعتبار أن القاضي صاحب الولاية العامة التي جعلها له الشرع، وبالتالي فليس في الأصل للزوج أن يستبد في معايشة زوجته، أو يمنعها حقا مخلولا لها من قبل الشرع أو يضرها بما لا تحمل والمقصود بالهجر هو أن يدير الزوج ظهره لزوجته في الفراش، ولا يهتم الاهتمام المطلوب منه كزوج فلا يعتبرها زوجته بجانبه وقد يغادر فراش الزوجية، ويتركها عن قصد ودون سبب شرعي، وذلك لمدة تزيد عن مدة أربعة أشهر أما إذا كان الهجر لسبب مشروع ومقبول كان يكون بهدف التأديب من طرف الزوج فلا يجوز للزوجة طلب التطلق، بشرط أن يكون هذا الهجر متوافر على الأوصاف التالية:

- أن يكون الهجر تعبيراً عن غضب الزوج من سلوك زوجته وتصرفاتها التي تكون فاحشة وغير صائبة يستوجب تقويم يسترها بالموعظة الحسنة وذلك حتى تعود الزوجة إلى رشدها.

- ألا يتجاوز الهجر أربع أشهر ولو ليوم واحد حتى يتعذر تطبيق المادة 3/538 التي جاء فيها الهجر في المضجع فوق أربعة أشهر"، وهي المدة القصوى التي ينفذ فيها صبر الزوجة على زوجها.

(1) - انظر، سنية العش ملاك، مساهمة الزوجة في الإنفاق على الأسرة، المجلة القانونية التونسية، مركز النشر الجامعي، تونس، 2007، ص

وتجدر الإشارة أنه إذ وقع الهجر المتعدد أي لعدة مرات، وفي أوقات مختلفة ومتفرقة، وأنه وقع لعذر شرعي أو مرض أو سبب وجود الزوج بمكان آخر من أجل العلم أو العمل، فهنا لا يسمح للزوجة طلب التطليق لأن الهجر في هذه الحالات كان بالمبرر الشرعي والأسباب معقولة ونية الإضرار غير موجودة.

ولقد اعتبرت المحكمة العليا أن هجر الزوجة لمدة تفوق سنة يعتبر ضرار يخولها حق طلب التطليق، وهو ما جاء في حيثيات القرار الصادر بتاريخ 2009/02/11 حيث أن القاضي الأول ابرز في حيثياته بأن الطاعن يزوج ثانية بدون علم المدعية التي تضررت من زواجه الثاني، إذ يتبين من وقائع الدعوى بأن الطاعن لم يعدل بين الزوجين لكونه هجر المطعون ضدها في المضجع لمدة تفوق السنة، وهو من جملة الأضرار المعتبرة شرعا طبقا للمادة 53 فقرة 10. من قانون الأسرة⁽¹⁾.

لم يتعرض المشرع الجزائري لحالة الإيلاء وهو أن يحلف الزوج ألا يقرب زوجته مدة أربعة أشهر. فالهجر في المضجع الوارد في المادة 3/53 من قانون الأسرة تختلف عن الإيلاء فهو لا يعد يمينا، مع العلم أن الإيلاء ترفع الزوجة بمجرد انتهاء المدة أمرها للقاضي ويحكم لها بالتطليق أما فيما يخص بمسألة الإثبات، فما دام أن المسألة شخصية فيمكن اللجوء اليمين، بأن تحلف الزوجة يمينا بأن زواجها لم يقربها فوق أربعة أشهر، على أن هذه اليمين تختلف عن يمين الإيلاء، فهو خاص بالإثبات فقط⁽²⁾.

أما بالنسبة للمشرع المغربي فقد تناول الهجر في المضجع من خلال أحكام المادة 6/98 من مدونة الأسرة بقولها للزوجة طلب التطليق بناء على أحد الأسباب التالية: "إيلاء والهجر".

ومن ثم يتضح لنا أن المشرع المغربي يجيز للزوجة أن تطلب التطليق للهجر في المضجع أو للإيلاء. وهو نفس ما أخذ به المشرع الجزائري، لكن هناك اختلاف بسيط يكمن أن المشرع المغربي تكلم عن التفريق بالإيلاء، وذلك من خلال أحكام المادة 112

(1) المحكمة العليا، غ.أ.ش.م، 11 فيفري 2009، ملف رقم 480240، مجلة المحكمة العليا، 2009، العدد 01، ص 281، 282.

(2) - تشوار جيلالي، حق الزوجة في الطلاق، المرجع السابق، ص 87.

من المدونة بقولها إذا آلى الزوج من زوجته أو هجرها، فللزوجة أن ترفع أمرها إلى المحكمة التي تؤجله أربعة أشهر، فإن لم يفئ بعد الأجل طلقتها عليه المحكمة".
أخذ المشرع المغربي لما ذهب إليه الفقه، فالقاضي يؤجل الزوج أربعة أشهر، فإن لم يفئ بعد أي أن لم يمسه في الأربعة الأشهر طلقتها عليه، دفعا للضرر وهذا قول المالكية والحنفية.

والطلاق الناتج عن الإيلاء والهجر يعد طلاقا رجعيا، يعطي الحق للزوج في مراجعة زوجته، أثناء فترة العدة. ويجب أن تكون الرجعة مصحوبة بالوطء حتى لا تتضرر الزوجة أكثر، وإلا اعتبرت فترة الهجر، وهكذا إذ رجع الزوج عن إيلاءه، وباشر زوجته سقطت الدعوى، وعليه الكفارة⁽¹⁾. لقوله سبحانه تعالى: ﴿ إِنَّمَا يُرِيدُ الشَّيْطَانُ أَنْ يُوقِعَ بَيْنَكُمُ الْعَدَاوَةَ وَالْبَغْضَاءَ فِي الْحَمْرِ وَالْمَيْسِرِ وَيَصُدَّكُمْ عَنْ ذِكْرِ اللَّهِ وَعَنِ الصَّلَاةِ فَهَلْ أَنْتُمْ مُنْتَهُونَ ﴾⁽²⁾.

وقد جاء في حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بميدلت ما يلي: "لئن أعطت المادة 112 من مدونة الأسرة، للزوجة التي هجرها زوجها بأن ترفع أمرها إلى المحكمة التي تؤجله أربعة أشهر، فإن لم يفئ بعد الأجل طلقتها عليه المحكمة، فإن هذا الأمر حسب الفقه المالكي لا ينسحب على الزوج المتخلى بسبب عذر من مرض أو سجن أو غيبة"⁽³⁾.

3- التفريق للغيبة والحبس:

يقرر الفقه الإسلامي في عمومته أن من بين الحقوق المتبادلة بين الزوجين وجوب مساكنة كل منهما للآخر داخل بيت الزوجية نفسه، إلا أنه قد يغيب الزوج عن زوجته

(1) - محمد الأزهر، المرجع السابق، ص 306-307.

(2) - سورة المائدة، الآية 91.

(3) - المحكمة الابتدائية بميدلت 2007/01/15 الملف عدد 05/1103 منشور بالمنتقى من عمل القضاء في تطبيق مدونة الأسرة، الجزء الأول، ص 171 وما يليها، مقتبس عن محمد بفقير، المرجع السابق، ص 133.

مدة طويلة أو قصيرة لعمل أو دراسة أو تجارة أو حبس أو غير ذلك، فتضرر الزوجة من ذلك، وتكون تلك المدة التي غاب فيها عنها مثار للشكوك والأوهام، وقد لا يكون معها في البيت من يؤنسها ويدفع عنها وحشة الانفراد، كما أنها قد تخشى على أخلاقها وعفتها على الانحراف والانخراط في ردهات الرذيلة والوقوع في الزنى⁽¹⁾.

ويلاحظ أن المشرع الجزائري أعطى للقاضي السلطة التقديرية من خلال المادة 5/53 من قانون الأسرة: "يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للأسباب التالية: الغيبة بعد مرور سنة بدون عذر ولا نفقة".

ما يتضح لنا من خلال هذه الفقرة أن المشرع الجزائري وضع شروط لقبول طلب الزوجة بالتفريق بينها وبين زوجها وهي تتمثل فيما يلي:

أ- أن تكون الغيبة أكثر من سنة كاملة، تبدأ من يوم غيبته إلى غاية يوم رفع الدعوى عليه، لأنه لا يجوز لها أن ترفع دعوى ضد زوجها الغائب لتطليقها إذا كانت مدة غيابه لا تزيد عن سنة. وقد ذهب المشرع الجزائري في المادة 114 من قانون الأسرة إلى أنه: "يصدر الحكم بفقدان أو موت المفقود بناء على طلب أحد الورثة أو من له المصلحة أو النيابة العامة: "وبعد صدور الحكم بفقدان أو الغيبة فإنه وفقا لنص المادة 112 من قانون الأسرة يحق لزوجة الغائب أو المفقود أن تطلب الطلاق بناء على المادة 05/53 من هذا القانون.

ب- أن يكون هذا الغياب بدون عذر مقبول، ودون سبب شرعي، إذ يكون بذلك متعمدا الإضرار بالزوجة، أما إذا كان الغياب لعذر مقبول كما لو كان لطلب العلم أو لطلب العيش أو لأداء الواجب الوطني مثلا، فلا يجوز المطالبة بالتطليق.

ج- عدم الإنفاق عليها طول هذه المدة، أو لم يترك لها مالا تستطيع الإنفاق منه على نفسها عن أولادها، فلو ترك لها مالا يمكنها أن تنفق منه، فلا يجوز لها طلب التطليق.

(1) - انظر، أحمد الغندور، الأحوال الشخصية في التشريع الإسلامي، ط1، مكتبة العلاج، 1972، ص 521.

وهنا يعاب على المشرع تعليقه حق المرأة في طلب التطليق بعدم ترك مال لها في الغيبة، فكان عليه الاستغناء عن هذا الشرط والاكتفاء بالمدة وانعدام العذر، وخاصة إذا رجعنا إلى الفقه الإسلامي نجد أن كل من المالكية والحنابلة يعترفون بحق التطليق للغيبة، حتى لو ترك الزوج لزوجته مالا، وحدد المالكية المدة ستة أشهر بعذر أو بدونه، بينما حدد الحنابلة من سنة إلى ثلاث سنوات بغير عذر⁽¹⁾.

أما بالنسبة لحبس الزوج، فقد أجاز المشرع الجزائري في طلب التفريق من خلال المادة 4/43 من قانون الأسرة بقولها... الحكم على الزوج عن جريمة فيها مساس بشرف الأسرة وتستحيل معها مواصلة العشرة والحياة الزوجية، فيشترط بموجب هذا النص للزوجة في طلب التفريق توفر الشروط الآتية:

1- يجب عليها قبل كل شيء أن تثبت بالطرق القانونية أن زوجها الذي تريد أن تنفصل عنه بالتطليق قد ارتكب جريمة ماسة بشرف الأسرة، وأنه قد صدر ضده حكما قضائيا حائزا لقوة الشيء المقضي فيه.

2- أن تستحيل مع ارتكاب الجريمة وصدور الحكم فيها مواصلة العشرة والحياة الزوجية، لما ينتج من خلافات حادة وخصومات مستحكمة بين الزوجين.

ما يتضح من نص المادة أن المشرع لم يحدد مدة الحبس ولا فيما إذا كان المحكوم به في شأن الجريمة مقيدا للحرية أم لا، فيكون النص عاما متضمنا جميع أنواع العقوبات، متى كانت الجريمة فيها مساس بشرف الأسرة واستحال معها دوام العشرة.

فالمشرع الجزائري منح للزوجة الحق في طلب التطليق في حالة ارتكاب الزوج لفاحشة مبينة، طبقا لأحكام المادة 07/53، وهي حالة أو سبب من أسباب التطليق التي انفرد بها المشرع الجزائري دون سواه من التشريعات العربية، وإن كانت هذه الحالة يمكن إدراجها في الفقرة الرابعة من المادة 53 من قانون الأسرة، لأن الفاحشة جريمة فيها مساس بشرف الأسرة، ومعاقب عليها قانونا بالحبس. والمقصود بالفاحشة هو فعل الزنا،

(1) - تشوار الجيلالي، حق المرأة في الطلاق، المرجع السابق، ص 91.

مما يمس بالأمانة الزوجية وبكرامة الزوجة. وعليه فإذا تبين للزوجة أو تبث لديها أن زوجها قد ارتكب فاحشة بهذا المعنى، وأنها لم تعد تطيق العيش معه، فإنه يجوز لها إن رغبت في التطليق بينها وبين زوجها أن ترفعها أمرها إلى القاضي مطالبة بتطليقها. كما يقع عليها إثبات ذلك أمام القاضي، وذلك بتقديم الأدلة والحجج ما يكفي لإثبات فعل الفاحشة تقتنع بذلك⁽¹⁾.

فكان على المشرع إعادة النظر في الفقرة 07 من المادة 53 من قانون الأسرة وإدراجها ضمن الفقرة 04 من ذات القانون.

أما المشرع المغربي فقد نظم أحكام الغيبة في المادتين 104 و105 من مدونة الأسرة ويلاحظ أن المشرع المغربي سار وفق ما قال به الإمام مالك، حيث اشترط غياب سنة كاملة لكي ترفع الزوجة دعوى على زوجها الغائب، إذا تضررت من هذا الغياب. والزوجة كما تتضرر بالأقوال من كلام فاحشة إلى الأفعال من ضرب وغيره، فهي تتضرر كذلك من غياب زوجها عليها ضررا ماديا ومعنويا. والغيبة تعني قيامه ببلدة غير البلدة التي تقيم فيها الزوجة، أما الغيبة الناتجة عن هجر بيت الزوجية والقيام بنفس المدينة، فلا تنظيها أحكام التطليق للغيبة⁽²⁾.

غير أن المحكمة لا تنطق بهذا التطليق بمجرد تقديم الطلب إليها بل تتخذ عدة إجراءات حتى تتأكد من هذه الغيبة ومدتها ومكانها بكل الوسائل، وبخلاف ما كان يجري العمل في ظل مدونة الأحوال الشخصية (الملغاة) أصبحت المحكمة تبلغ الزوج (المدعي عليه) المعروف العنوان مقال الدعوى للجواب عنه، مع إشعاره بأنه في حالة ثبوت الغيبة، تستحكم المحكمة بالتطليق إذا لم يحضر للإقامة مع زوجته المدعية أو لم ينقلها إليه⁽³⁾ المحكمة وبمساعدة النيابة العامة تقوم بكل إجراء تراه مفيدا لتبليغ دعوى زوجته إليه بما في ذلك ضرب أجل وتعيين قيم للبحث عنه والدفاع عن مصلحة أمام

(1) - عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 275.

(2) - محمد الأزهر، المرجع السابق، ص 292.

(3) - المادة 104 من مدونة الأسرة.

القضاء فإن لم يحضر رغم كل ذلك حكمت المحكمة بتطبيق زوجته منه، وفي هذا الإطار، غالباً ما تلجأ المحكمة في هذه الفرضية إلى مؤسسة الإذاعة التي تديع إعلاناً في أوقات معلومة تؤكد فيه أن الزوج المعنى بالأمر، إذا لم يحضر خلال الأجل الذي ضربته المحكمة له فإنها ستطلق زوجته منه حسب الشرع والقانون⁽¹⁾.

ولا تكلف الزوجة بإثبات الضرر الذي تدعيه من غيبة زوجها عنها مدة تفوق السنة وإنما تصدق في ادعائها أنها تضررت من تلك الغيبة هذا الضرر بما لا يتأتى لها إثباته، ولذلك بنى المشرع الخطأ الذي ترتبه عنه الضرر لها قرينة قطعية ويقع التطبيق بسبب الغيبة بائناً وفق لمنطوق المادة 122 من المدونة⁽²⁾.

والملاحظ كذلك أن المشرع المغربي لم يربط الغيبة بعدم الإنفاق أو عدم وجود مال تأخذ منه الزوجة للإنفاق كما فعل المشرع الجزائري، وإنما يحق للزوجة طلب التطبيق للغيبة ولو كان للزوج مال. وهذا ما ذهب إليه المجلس الأعلى في قرار له بتاريخ 2000/10/18 الذي جاء "يمكن للزوجة أن تطلب التطبيق لغيبة الزوج إذا تضررت من بعده عنها، ولو كان له مال يستطيع الإنفاق منه، وذلك بعد ثبوت الغيبة، واتصال الزوجية وكونه غائباً قبل البناء أو بعده بموضع أو غير معين"⁽³⁾.

أما بالنسبة لتطبيق الزوجة بسبب سجن الزوج، فقد أحسن المشرع بالنص عليه في مدونة الأسرة في المادة 106 لأن خلو مدونة الأحوال الشخصية الملغاة من أي نص قانوني يميز التطبيق لسجن الزوج، جعل الاجتهاد القضائي المغربي يختلف بخصوص هذه المسألة بين رافض ومؤيد. لكن المجلس الأعلى حاول التدخل من خلال بعض قراراته لسد الفراغ الشرعي في مدونة الأحوال الشخصية الملغاة عندما قضى "لكن رد على الوسيلة فإن الطاعن لما كان غائباً بمقتضى حكم جنائي قضى عليه بعشر سنوات سجناً

(1) - محمد الكشور، المرجع السابق، الكتاب الثاني، ص 162-163.

(2) - أحمد أباش، المرجع السابق، ص 299.

(3) - المجلس الأعلى، 2000/10/18 تحت عدد 979 في الملف عدد 96/1/2/852 منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 57 و58 ص 157 وما يليها، مقتبس عن محمد بفقير، المرجع السابق، ص 129.

وقد بنت المدعية مقالها على طلب الإنفاق عليها التطليق للضرر الحاصل لها من هجرها وهجر فراشها وعدم الإنفاق عليها فإن محكمة الاستئناف لما قضت بتأييد الحكم الجنائي تكون قد طبقت الفصل 56 من مدونة الأحوال الشخصية الملغاة مما يجعل قرارها معللا تعليلا سليما⁽¹⁾ أو كذلك "إدانة الزوج بالحبس لمدة ثلاث سنوات نافذة من أجل التزوير تشكل ضررا للزوجة يجعلها محقة في طلب التطليق لحرمانها من حقوقها الشرعية التي منها المعاشرة والمساكنة"⁽²⁾.

أو "إدانة المطلوب (زوج الطالبة) بجيازة ونقل والاتجار في المخدرات ومعاقبته بثلاث سنوات حبسا وتواجده في السجن تنفيذًا لتلك العقوبة، فإن ذلك يشكل ضررا لاحقا بزوجته يبرر فك عصمتها منه"⁽³⁾.

ويلاحظ أن الاتجاه القضائي، سواء على صعيد محاكم الموضوع أو على مستوى المجلس الأعلى، قد لعب دورا كبيرا في التمهيد لبلورة الاجتهاد الذي سار عليه بخصوص التطليق لسجن الزوج ضمن مدونة الأسرة في مادتها 106⁽⁴⁾ التي جاء فيها "إذا حكم على الزوج بأكثر من ثلاث سنوات سحنا أو حبسا، جازا للزوجة أن تطلب التطليق بعد سنتين من اعتقاله".

الملاحظ أن المشرع المغربي اغفل التنصيص على الطبيعة القانونية للحكم المبرر لتطليق الزوجة بسبب سجن زوجها. غير أن الدليل العملي لمدونة الأسرة يوضح بأن الزوجة لا يجوز لها أن تطلب التطليق إلا إذا صار الحكم القاضي بسجن أو حبس زوجها لمدة ثلاث سنوات نهائيا لكن يمكنها تقديم الطلب بعد مرور سنتين من تاريخ اعتقاله سواء صدر الحكم أو لا⁽⁵⁾.

(1) - المجلس الأعلى، 21 يوليوز 1992، مقتبس عن محمد الشافعي، المرجع السابق، ص 135.

(2) - المجلس الأعلى، 23 يناير 2002، مجلة قضاء المجلس الأعلى، 2003، العدد 61، ص 90.

(3) - المجلس الأعلى، 23 ماي 2001، التقرير السنوي لمجلس الأعلى لسنة 2001، ص 101.

(4) - محمد الشافعي، المرجع السابق، ص 135.

(5) - أحمد أباش، المرجع السابق، ص 299.

أما بالنسبة لمجلة الأحوال الشخصية التونسية لم تتعرض لحالة الغيبة أو السجن الزوج وهل بإمكان الزوجة المطالبة بالطلاق استنادا إلى الضرر الفصل 31 من المجلة؟ فقد جاء في قرار صادر عن محكمة استئناف صفاقس "ان ضرر الزوجة ثابت باعتراف المستأنف عليه لدى القاضي الصلاحي بكونه أودع السجن نتيجة ارتكابه لجريمة السرقة وقد برر تصرفاته هذه لتوفير طلبات زوجته الملحة والكثيرة في طلب المال ثم أضافت وحيث أن هذا الزعم لا يبرر ارتكابه للسرقة وبالتالي دخوله السجن واعتباره ذوي السوابق الشيء الذي يشكل ضررا على معنى الفصل 31 من مجلة الأحوال الشخصية فقرته الثانية"⁽¹⁾.

ثانيا: التطليق للعيوب.

تنص المادة 53 فقرة 02 على أنه يجوز أن تطلب التفريق للعيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج، والمراد بالعيوب هو كل نقصان بدني أو عقلي يجعل الحياة الزوجية لا يستطيع أن تحقق غايتها، كالعيوب التناسلية مثل الجرب والخصاء والعنة. وقد اختلف الفقهاء في التفريق للعيوب، في حين يرى الأحناف⁽²⁾ بأنه يحق للزوجة أن تطلب التفريق، إذا وجدت زوجها مصابا بأحد الأمراض التناسلية التي تحول دون تحقيق الاتصال الجنسي، والعيوب هي العنة والجرب، والخصي والخنوثة. بينما ذهب المالكية، الشافعية، والحنابلة⁽³⁾ إلى أن حق التفريق للعيوب هو حق مشترك للزوجين، فكل منهما أن وجد بصاحبه عيبا فله الحق في التفريق وقد حاول بعض الفقهاء حصر تلك العيوب وتبعاً لذلك فلا يجوز للزوجة أن تطلب التفريق. إلا بناء على وجود سبب من الأسباب التي ذكرها الفقهاء. في حين اتجه فريق آخر من الفقهاء إلى عدم حصر تلك العيوب. وقد حسم المشرع الجزائري حين نص على جواز طلب التطليق للعيوب التي

(1) - قرار محكمة استئناف صفاقس، 1994/3/9، عدد 4572، مقتبس عن محمد التريكي، الضرر في دعوى الطلاق، مجلة القضاء والتشريع، 1998، ص 104.

(2) - الكاساني، بدائع الصنائع، المرجع السابق، ص.

(3) - الشريبي، معنى المحتاج، المرجع السابق، ص 203؛ ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، ص 597.

تحول دون تحقيق الهدف من الزواج، ولم يحصر تلك العيوب في أسباب محددة وإنما اتجه إلى وضع قاعدة عامة وهي أن كل عيب يؤدي إلى عدم تحقيق الهدف من الزواج يعد سببا يسمح للزوجة أن تطلب التطليق، والمشرع الجزائري لم يجعل هذه العيوب مشتركة بين الزوجين، بل اشترط أن تكون هذه العيوب في الزوج وحده دون أن يشترطها في الزوجة. أما إذا أراد حل عقد الزواج فله أن يستعمل حقه في الطلاق دون حاجة لاستناده إلى تلك الأسباب، وإذا استند إلى واحد من تلك الأسباب فإنه يرمي من ذلك نفي التعسف عن نفسه في استعمال حقه في الطلاق.

أما بالنسبة لقرارات المحكمة العليا نجد القرار الصادر بتاريخ 1984/11/19 والذي جاء محتواه كالآتي: "متى كان من المقرر في الفقه الإسلامي وعلى ما جرى به القضاء أن إذا كان الزوج عاجزا عن مباشرة زوجته يضرب له أجل سنة كاملة من أجل العلاج، وأن الاجتهاد القضائي استقر على أن تكون الزوجة أثناء المدة بجانب بعلاها وبعد انتهائها فإن لم تتحسن حالة مرضه حكم للزوجة بالتطليق وعليه فإن القضاة بما يخالف هذه المبادئ يعد خرقا للشريعة الإسلامية، إذا كان الثابت أن قضاة الاستئناف لم يحترموا هذه القاعدة الشرعية، واعتبروا أن الفترة التي مكثت فيها الزوجة سابقا بسكن زوجها دون استطاعة هذا الأخير مباشرتها جنسيا تعد كافية لإثبات عجزه المستمر عن ذلك، والحال أن الاجتهاد القضائي استقر على أن السنة التي تمنح للزوج يبدأ مفعولها من يوم تاريخ تنفيذ الحكم القضائي بها، فإن هؤلاء القضاة خالفوا مبادئ وأحكام الشريعة الإسلامية فيما قضوا فيه، ومتى كان ذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه تأسيسا على هذا الوجه المثار من الزوج الطاعن"⁽¹⁾.

ما يلاحظ أنه وان كان المشرع الجزائري قد سكت عن إهمال الزوج مدة محددة فإنه يظهر لنا من خلال هذا القرار أن قضاء المحكمة العليا قد أقر ذلك صراحة.

(1) - المجلس الأعلى، غ. أ. ش، 1984/11/19، ملف رقم 34784، المجلة القضائية العدد 03، 1989، ص 73.

كما اعتبر قضاء المحكمة العليا أن العقم يجيز للزوجة طلب التطليق للعيوب، وذلك في قرار لها بتاريخ 1999/02/16 حين قضت بأنه "من المقرر قانوناً أنه يجوز للزوجة أن تطلب التطليق لكل ضرر معتبر شرعاً، ومتى تبين في قضية الحال أن المعاشرة الزوجية كانت طويلة بين الزوجين وأن الطاعن لم ينجب أطفالاً طيلة هذه المدة، مما أدى بالزوجة إلى أن تطلب التطليق لتضررها لعدم الإنجاب وعليه فإن قضاة الموضوع بقضائهم بتطليق الزوجة بسبب العيب الذي يحول دون تحقيق الهدف من الزواج طبقوا القانون تطبيقاً سليماً ومتى كان استوجب رفض الطعن"⁽¹⁾.

كما قررت المحكمة العليا بأن عيوب الفرج ليست كلها موجبة للتطليق. بمجرد الادعاء بها، بل لا بد من مفرقة مصيرها، ومدى قابلية العيب للعلاج، ولا يتم ذلك إلا بتقرير الخبرة الطبية، وفي هذه الحالة لا بد من ضرب أجل للمصاب للعلاج، فإن وقع الحكم عليه قبل معرفة ذلك، وضرب أجل للعلاج فذلك مخالف للأحكام الإسلامية⁽²⁾.

يتضح من خلال هذا القرار أن الفصل في دعوى التفريق بعيوب تناسلية سواء كانت مانعة من الوطاء حسباً أو معدية، أما في الحال أو بعد التأجيل للعلاج مرجعة إلى الخبرة الطبية فإذا قررت أن العيب، كالعنة والخصاء مثلاً يمكن زواله خلال مدة مناسبة يؤجل الزوج للعلاج واستقر القضاء على التأجيل سنة كاملة⁽³⁾ أما إذا أثبتت الخبرة أن العيب مستحکم - كالحب مثلاً - لا يمكن البرء منه أو يطول برؤه يفرق القاضي بين الزوجين في الحال إذا أصرت الزوجة على ذلك.

أما المشرع المغربي فقد ذهب في المادة 107 من المدونة على أنه يحق لأي من الطرفين (الزوج أو الزوجة) طلبت إنهاء العلاقة الزوجية أمام المحكمة عند ثبوت وجود.

1- العيوب المانعة من المعاشرة الزوجية.

(1) - المحكمة العليا، غ. أ. ش، 1999/02/16، ملف رقم 111571، المجلة القضائية 2001، عدد خاص، ص 199.

(2) - المجلس الأعلى، غ. أ. ش، 1982/02/08، ملف رقم 26697، نشرة القضاة، 1982، عدد خاص، ص 254.

(3) - المجلس الأعلى، غ. أ. ش، 1984/11/19، ملف رقم 34784، المجلة القضائية 1989، عدد 3، ص 73.

2- الأمراض الخطيرة على حياة الزوج الأخر أو على صحته والتي يرجى الشفاء منها داخل السنة.

ما يلاحظ أن المشرع المغربي وضع معيارا عاما للعيوب المبررة لطلب التطلق من الزوجين دون تحديد حالات أو صور لهذه العيوب سواء على سبيل الحصر أو والمثال، وبالتالي ترك المجال مفتوحا أمام القضاء لتدارك أي جديد في الموضوع، مع مراعاة التطور العلمي والطبي المتزايد يوما بعد يوم وكذلك للتحقق من شروط اعتبار أي عيب مبرر لطلب التطلق، وفق معيار موضوعي يستند على المنع من المعاشرة الزوجية أو على تشكيل خطر على حياة الزوج الأخر أو على صحته والتي يرجى الشفاء منها داخل السنة.

وقد نص المشرع في المادة 108 على شرطين مشتركين لقبول طلب أحد الزوجين إنهاء العلاقة الزوجية للعيوب:

- 1- إلا أن يكون الطالب عالما بالعيوب حين العقد.
 - 2- ألا يصدر من طالب الفسخ ما يدل على الرضى بالعيوب بعدم العلم بتعذر الشفاء.
- أما بخصوص المادة 109 من ذات المدونة تعرضت لمآل الصداق في التطلق للعيوب بنصها "لا صداق في حالة التطلق للعيوب عن طريق القضاء قبل البناء، ويحق للزوج بعد البناء أن يرجع بالصداق على من غرر به أو كتم عنه العيب قصدا.
- إذا تم التطلق للعيوب قبل الدخول "البناء" فإن الزوجة لا تستحق أي صداق، أما بعد الدخول فللزوج أن يطالب بمبلغ الصداق ممن غرر به وكتم عنه العيب عن قصد، الزوجة أو الولي عند الاقتضاء، حيث يكونان عاملين بالعيوب وتسترا عليه. أما في حالة إذا كان الزوج عالما بالعيوب المستحکم ورغم ذلك قبل الزواج، حيث تم العقد بجميع شروطه وأركانها، تم طلق الزوجة قبل الدخول "البناء" ففي هذه الحالة يستحق الزوجة نصف الصداق، لأنه لم يدخل بها فالمشرع هنا يعتبر الزواج صحيحا وتطبق عليه نفس آثار الطلاق قبل الدخول وهو ما نص عليه المشرع في المادة 110 من مدونة الأسرة.

أما بخصوص المادة 111 من المدونة فنصت على أنه يستعان بأهل الخبرة من الأخصائيين في معرفة العيب أو المرض فجاء المشرع بمقتضيات هذه المادة للتأكيد على المرجع والأساس لتطبيق أحكام التطلاق للعيب وهو رأي أهل الاختصاص الذين تستعين بهم المحكمة في إطار الخبرة التي تأمر بإجرائها عملاً بالمادة 111 من مدونة الأسرة. ومن زاوية القضاء نجد القرار الصادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 1996/10/29 والذي جاء فيه ما يلي "جرى العمل في الفقه المالكي بتحديد عيوب الزوج إلى لا يرجى برؤها في ثلاثة هي الجب والعنة والإحصاء. أما الاعتراض فهو من العيوب التي يمهل فيها القاضي المعترض لمدة سنة.

المحكمة التي أعرضت عن تطبيق هذه الأحكام الفقهية المتعلقة بالاعتراض والتي هي واجبة التطبيق تكون قد خرقت القانون"⁽¹⁾.

وفي قرار آخر جاء فيه "إذا اثبت للمحكمة أن الزوج عنين يشكو من علة لا يرجى شفاءها، وإن الزوجة لازالت بكر عذراء رغم استمرار المعاشرة ببيت الزوجية بينهما لمدة ثلاث سنوات فإن للمتضرر حق طلب التطلاق"⁽²⁾ وهو ما ذهب إليه المجلس الأعلى في قرار له صادر بتاريخ 2006/01/25 بقوله العيب الجنسي بالزوج لا يمنع زوجته من الحمل منه، يثبت العيب الجنسي المؤدي إلى تطلاق الزوجة من زوجها بواسطة الخبرة الطبية"⁽³⁾.

بخلاف العيوب المانعة من المعاشرة الزوجية التي يرتب آثارها في الحال، فبالنسبة لأمراض العقلية أو البدنية الخطيرة على حياة الزوج الآخر أو على صحته، فالقاضي لا يسمح بالتفريق أو بالرد إذا تأكد أنه لا يرجى الشفاء منها داخل السنة، والقاضي

(1) - المجلس الأعلى، 1996/10/29، الملف عدد 93/5807، مقتبس عن محمد بفقير، المرجع السابق، ص 130.

(2) - المجلس الأعلى، 02/10/30، الملف عدد 02/1/2/365، مجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 61، ص 95، مقتبس عن محمد بفقير، المرجع السابق، ص 131.

(3) - المجلس الأعلى، 2006/01/25، مجلة المناهج القانونية، 2006، العدد 09-510، ص 199، نقلا عن محمد الشافعي، المرجع السابق، ص 98.

يستعين هنا بشهادة صادرة من الخبراء أو من ذوي الاختصاص، أما إذا ثبت خلاف ذلك فالقاضي يقضي بإنهاء الرابطة الزوجية في الحال⁽¹⁾.

وبالرجوع للقضاء التونسي يبدو أن فقه قضاء محكمة التعقيب قد أعطى حلاً متباينة لكل من العجز الجنسي والمرض بصورة عامة خاصة في فترة أولى تخلت عنه ذلك فالنسبة للمرض كان الاتجاه وقت ما إنه يمكن طلب بموجب الضرر إذا توفرت في المرض شروط أهمها أن يكون خطير ألا يرجى شفاؤها أو أن يكون معدياً أو حائلاً دون الاتصال الجنسي⁽²⁾. لكن محكمة التعقيب أقلعت عن هذا الاتجاه لاحقاً لتتخذ موقفاً معاكساً وتثبت عموماً عليه معللة موقفها هذا بأن المرض غير كاف للحكم بالطلاق للضرر لأن القرين لا حول له فيه بحيث لم ينتج عن خطأ⁽³⁾. وعلى خلاف هذا التحليل وعلى الرغم من تأكيد بعض المحاكم بما فيها محكمة التعقيب في بعض قراراتها أن العجز الجنسي مبرر لطلب الطلاق بموجب الضرر دونما حاجة إلى إثبات خطأ في جانب المدعي عليه⁽⁴⁾، يظل الرأي السائد في فقه القضاء التونسي أن العجز الجنسي مرتبط بالخطأ وهناك من يرى الخطأ في علم الزوج بعجزه الجنسي قبل الزواج ومع ذلك أقدم عليه وهناك من يفسر الخطأ على أنه إخلال الواجبات الزوجية على معنى الفصل 23 من مجلة الأحوال الشخصية.

إن هذا الاتجاه أي ربط العجز الجنسي والمرض كضرر محول لطلب بموجب وجود خطأ في جانب المدعي عليه موقف لا يتجانس واتجاه المشرع بالفقرة الثانية للفصل 31 من مجلة الأحوال الشخصية الذي ينص على أنه يحكم بالطلاق بناء على طلب أحد الزوجين سبب ما حصل له من ضرر ومبدئياً فهذا النص واضح بحيث لا يقبل تفسيراً فإذا ما حصل ضرر للقرين يمكنه أن يطلب إيقاع الطلاق على معنى تلك الفقرة

(1) - محمد الكشور، المرجع السابق، الكتاب الثاني، ص 193.

(2) - محكمة التعقيب، 1974/04/2، ملف 10079، مقتبس عن محمد التريكي، المرجع السابق، ص 118.

(3) - محكمة التعقيب، 1981/12/15، ملف 5929، مقتبس عن محمد التريكي، المرجع السابق، ص 118.

(4) - محكمة التعقيب، 1990/1/23، ملف 24212، مقتبس عن محمد التريكي، المرجع السابق، ص 113.

وقد يعني ذلك سواء كان الضرر ناجماً عن خطأ القرين المدعي عليه أو عن أمر خارج عن إرادته فالمهم أن الحياة الزوجية وسبب ذلك الضرر لم يعد في نظر الطالب من الزوجين⁽¹⁾.

ثالثاً: التطبيق للضرر وصوره.

قد تصطدم الحياة الزوجية بما يعكر صفوها، فيغلب عليها الشقاق والخصام، مما يجعل أحد الطرفين أو كليهما لا يطيق البقاء مع الآخر، فيسعى إلى إنهاء العلاقة الزوجية بطلب التفريق من القاضي، أو سبب مخالفة الزوج الشروط المتفق عليها في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق، فيسبب لها ضرراً، أو قام الزوج بالزواج من امرأة مرة أخرى وسبب للزوجة الأولى ضرراً، فهنا يجوز للزوجة المطالبة بالتفريق.

وهذه الحالات الثلاث (التفريق لمخالفة الشروط؛ التفريق للشقاق المستمر؛ والتفريق لتعدد الزوجات)؛ يجمعها عنصر الضرر، لذلك تم إلحاقها بالتطبيق للضرر، ويكون كل منها نوعاً من أنواع الضرر وصورة من صورته.

1- التطبيق لمخالفة الشروط المتفق عليها بين الزوجين:

هذا ما نصت عليه المادة 53 فقرة 09 وهذه الفقرة هب إحدى بنود التعديل الأخير لقانون الأسرة، وتبدوا أهمية هذا السبب المبرر لطلب التطبيق في أن الإخلال بشرط المتفق عليه ابتداءً في عقد الزواج قد يؤدي إلى ضرر بالغ بالزوجة، وتصير حياتهما الزوجية إلى الاختلاف بسبب مخالفة هذا الشرط، والذي غالباً ما يتعلق بمسألة تعد مهمة في نظرها، وإلا كانت لتشرطها في العقد ويستند التطبيق سبب مخالفة الشروط إلى مبدأ حرية التعاقد وحرية الاشتراط⁽²⁾.

وتأتي نص المادة 53 فقرة 09 كأثر خاص للمادة 19 من قانون الأسرة التي نصت على أنه يجوز للزوجين أن يشترطاً في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق كل الشروط

(1) - محمد التريكي، المرجع السابق، ص 119.

(2) - بن زبيطة عبد الهادي، المرجع السابق، ص 139.

التي يريها ضرورية، ولاسيما بشرط عدم تعدد الزوجات وعمل المرأة ما لم يتناف هذه الشروط مع أحكام القانون".

أما على المستوى التطبيقي نجد قرار المجلس الأعلى في 1971/03/03 الذي قضى بأنه "حيث أنه من المقرر فقها وقضاء جواز اشتراط الزوجة في عقد الزوجة ما تشاء من الشروط التي تكون لها فيها فائدة، بشرط أن لا تحلل حراما، وبشرط أن لا تناقض روح العقد، وحيث أن قضاة الموضوع استنتجوا من الوقائع ومن الوثائق بما لهم من سلطة تقديرية: أن الزوج بإصراره على إخراج زوجته من بلدها يعتبر مخلا بأحد الشروط التي تضمنها عقد الزواج التي التزم بها، بما يترتب عليه فك العصمة، وعليه فإنهم لم يخالفوا أحكام الفقه الإسلامي، ويعتبر الوجه غير سديد"⁽¹⁾.

وفي قرار آخر للمحكمة العليا بتاريخ 1991/02/16 جاء فيه: "من المقرر قانونا أنه يجوز طلب التطلاق لكل ضرر معتبر شرعا، ولاسيما عند مخالفة شروط تعدد الزوجات أو التوقف عن النفقة، أو أي ضرر آخر ينتج عن بقاء العصمة الزوجية، ولما كان من الثابت -في قضية الحال- أن المجلس القضائي عندما قضى بتطلاق الزوجة بسبب بقائها مدة تقارب الخمس سنوات، لا هي متزوجة ولا هي مطلقة باعتبارها خرجت من بيت الزوجية وأخذت كل أشياءها منه واستحالت الحياة الزوجية فإن القضاة كما حكموا طبقوا صحيح القانون ومتى كان ذلك استوجب رفض القرار"⁽²⁾. ومن هنا فإن: "التشريع والقضاء الجزائي يجيزان للزوجة طلب التطلاق لمخالفة الشروط المتفق عليهما وخول سلطة التقديرية لقاضي الموضوع في تقدير ذلك. أما بالنسبة للمشرع المغربي فقد نظم التطلاق في مادتين 98-99 من مدونة الأسرة، حيث جاء في المادة 99 ما يلي: "يعتبر كل إخلال يشترط في عقد الزواج ضرر مبرر لطلب التطلاق"⁽³⁾. فلم يوضح

(1) - المجلس الأعلى، غ. ا. ش، 1971/03/03، نشرة القضاة، 1972، عدد 02، ص 99.

(2) - المحكمة العليا، غ. ا. ش، 1999/02/16، ملف رقم 111571، مجلة الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، 2001، عدد خاص، 2001، ص 199.

(3) - أحمد أباش، المرجع السابق، ص 285.

المشرع المقصود بشرط من شروط العقد وهو ما دفع الدليل العملي لمدونة الأسرة إلى توضيح أن كل إخلال من الزوج يشترط في عقد الزواج سواء كانت من الشروط التي يكون مضمونها واجبا بالعقد نفسه أو من الشروط التي التزم بها الزوج بمحض إرادته يعتبر ضررا مبررا لطلب الزوجة التطليق. غير أن التطليق سبب إخلال الزوج بشرط من شروط عقد الزواج يعتبره في جوهره تطبيقا من تطبيقات التطليق، وتبقى مع ذلك حالاته جد محددة بل لا يشكل في ذاته نسبة مهمة في إنهاء ميثاق الزوجية من قبل الزوجة ويرجع سبب ذلك إلى غياب تضمين الشروط أصلا في عقود الزواج أو حتى في اتفاقات لاحقا عليها لأسباب ذات أبعاد اجتماعية وثقافية⁽¹⁾.

يتضح من خلال الأسباب المبررة للتطليق والمتضمنة في المادة 98 من مدونة الأسرة أن التطليق للإخلال بشرط من شروط عقد الزواج هو سبب التطليق مستقل عن التطليق للضرر، غير أن المشرع يعتبرهما من باب المترادفتين كما يبدو ذلك من عنوان الفرع الموالي الخاص بعرض تلك الأسباب وكذلك من خلال مقتضيات المادة 99 من المدونة التي تقضي بأنه يعتبر كل إخلال بشرط من عقد الزواج ضرر مبرر لطلب التطليق.

2- التطليق للشقاق بين الزوجين.

الأصل أن تكون الحياة بين الزوجين قائمة على أساس من المودة والرحمة والطمأنينة ولكن ولما كان من المتوقع في بعض الأحيان وعند بعض الأزواج، أن لا تجري الحياة بينهما وفق هذا الأصل، بخاصة عندما تسرد حياتهما البغضاء والشحناء وعندما لا يجعل أحدهما الله رقيبا على أقواله وأفعاله فقد شرع للزوجين أو للمتضرر منهما من الاستمرار بتلك الحياة الجحيمية، أن يرفع أمره إلى القاضي لطلب التفريق للشقاق المستمر بينهما⁽²⁾، وذلك طبقا لأحكام المادة 8/53 من ق.أ والتي تنص:

(1) - محمد الشافعي، المرجع السابق، ص 118.

(2) - شامي أحمد، المرجع السابق، ص 176.

يجوز للزوجين أن تطلب التطلق للأسباب التالية: الشقاق المستمر للزوجين...
 "وبالرجوع إلى الاستشهاد القضائي الذي حاول تعريف الشقاق المستمر، فإننا نلاحظ
 أن هذا الاجتهاد كان سابقا على تعديل المادة 53 من قانون الأسرة بإضافة سببا من
 أسباب التطلق وهو الشقاق المستمر، وبالرجوع إلى اجتهادات المحكمة العليا نجد القرار
 الصادر بتاريخ 1996/09/24 الذي جاء فيه: "من المستقر عليه أن استفحال الشقاق بين
 الزوجين يقضي بالتفريق القضائي شرعا.

ولما كان ثابتا -في قضية الحال- أن المطعون ضدها تضررت من جراء استفحال
 الخصام مع زوجها لمدة طويلة، مما نتج عنه إصابتها بمرض الأعصاب وأصبحت الحياة
 مستحيلة بينهما، فإن القضاة بقضائهم بتطبيق الزوجة "لهذا السبب كاف للتفريق
 القضائي، طبقوا صحيح القانون"⁽¹⁾.

ما يلاحظ من هذا القرار أن المحكمة العليا قد أخذت بسبب لم يكن منصوصا
 عليه في المادة 53 قبل التعديل 2005 وهو الخصام الشديد والطويل الذي يسبب ضررا
 للزوجة بحيث تصبح العشرة الزوجية مستحيلة بين الزوجين، وبالتالي يمكن القول أن
 المحكمة العليا وفق هذا القرار قد عرفت الشقاق المستمر بين الزوجين بذلك الخصام
 المستفحل بين الزوجين والذي دام لمدة طويلة ترتب عليه ضرر شرعي، يجعل الحياة
 الزوجية مستحيلة الاستمرار.

وجاء في قرار آخر: "من المستقر قضاء أنه يجوز تطلق الزوجة لاستفحال طول
 الخصام بين الزوجين وطول مدته بين الزوجين باعتباره ضررا شرعيا.
 ومتى تبين - في قضية الحال- أن الزوجة تضررت لمدة طول الخصام مع الزوج
 وأن الزوج هو المسؤول عن الضرر لأنه لم يمتثل للقضاء بتوفير سكن منفرد للزوجة، مما
 يجعل الزوجة متضررة ومحقة في طلبها التعويض.

(1) - المحكمة العليا، غ. ا. ش، 1996/06/24، ملف رقم 139353، المجلة القضائية 1992، عدد خاص، ص 96.

وعليه فإن قضاة الموضوع لما قضوا بتطليق الزوجة لطول الخصام وبتظلم الزوج طبقوا صحيح القانون⁽¹⁾.

وبقراءتنا لهذا القرار، فإننا نلاحظ انه تأكيد لقرار المحكمة العليا السابق ذكره بحيث اعتبرت المحكمة العليا أن مجرد استفحال الخصام بين الزوجين وطول مدته هو ضرر يصيب الزوجة يجعل طلبها التفريق لاشتداد الخصام مؤسسا قانونا وبقراءتنا لهذه القرارات القضائية نلاحظ أنها كرست اجتهاد قضائيا مفاده أن الزوجة التي يطول ويستمر خلافها وخصامها مع زوجها لها الحق في طلب التطليق على هذا الأساس وهو الشقاق المستمر.

كما نلاحظ من خلال هذه القرارات أن المحكمة العليا تأخذ بمفهوم ضيق للشقاق المستمر الناشئ عن لجوء الزوجة للقضاء لحل نزاع أسري صدر فيه حكم ضد الزوج، ورفض هذا الأخير تنفيذه.

ولم تلجأ المحكمة العليا من خلال هذه القرارات إلى تعيين حكمين للإصلاح والتوفيق بين الزوجين، ومن تم نقول أن المحكمة العليا لا تشترط للتطليق بسبب الشقاق المستمر بين الزوجين اللجوء إلى التحكيم المنصوص عليه في المادة 56 من قانون الأسرة: ونعتبر ذلك مخالفا لما يقضي به الفقه الإسلامي في اشتراطه اللجوء إلى التحكيم كلما نشأ شقاق بين الزوجين⁽²⁾ تطبيقا لقوله سبحانه وتعالى: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَأَبْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا﴾⁽³⁾.

(1) - المحكمة العليا، غ. ا. ش، 15/06/1999، ملف رقم 224655، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، 2001، عدد خاص، ص 129.

(2) - انظر، عبدو احمد، المفهوم القضائي للشقاق المستمر بين الزوجين كسبب للتطليق في قانون الأسرة، مجلة البحوث والدراسات القانونية، جامعة البليدة، ص 158.

(3) - سورة النساء، الآية 35.

وبناء على ما سبق نلاحظ أن إضافة الفقرة الثامنة للمادة 53 من قانون الأسرة هو تكريس لاجتهاد قضائي سابق منح للزوجة حق التطليق كلما خصامها وخلافها مع زوجها أمام القضاء.

وإن الفقرة الثامنة من المادة 53 من قانون الأسرة قد جعلت نص المادة 56 من قانون الأسرة بدون جدوى، فبعد تعديل المادة 53 أصبح من مصلحة الزوجة أن تطالب بالتطليق على أساس الشقاق المستمر، وليس على أساس الشقاق المنصوص عليه في المادة 56 لأن تطبيقها يقتضي أن ترفع الزوجة دعوى للتطليق بسبب الضرر المعترف شرعا، وترفض دعواها العجز عن إثبات الضرر تم تكرر دعواها مرة أخرى.

يعتبر التطليق للشقاق من أهم المستجدات التي جاءت بها مدونة الأسرة، إذ صار من الممكن أن يكون أي نزاع مهما كانت طبيعته ولو تعلق بالإخلال بالحقوق والواجبات المتبادلة، سببا لإجراء مسطرة الشقاق التي أصبحت بمثابة أهم ملاذ للزوجة التي لا تستطيع إثبات الضرر اللاحق بها من زوجها في دعوى التطليق وهذه المسطرة يمكن الأخذ الزوجين أو هما معا اللجوء إليها والاستفادة من إجراءاتها⁽¹⁾.

لم يحدد المشرع المغربي في مدونة الأسرة المقصود من مصطلح الشقاق المبيح للتطليق بين الزوجين. وجاء في الدليل العملي الذي وضعته وزارة العدل بخصوص توضيح مقتضيات مدونة الأسرة "الشقاق هو الخلاف العميق والمستمر بين الزوجين لدرجة يتعذر معها استمرار العلاقة الزوجية"⁽²⁾ وحسب بعض الباحثين "الشقاق يفيد من منظور مدونة الأسرة اختلال الاحترام والود بين الزوجين وارتفاع أحدهما عن الآخر معناه له بشكل يخل بالحقوق والواجبات المتبادلة بينهما ويحول دون استمرار علاقتهما"⁽³⁾.

(1) - أحمد أباش، المرجع السابق، ص 274.

(2) - وزارة العدل، سلسلة الشروح والدلائل، الدليل العلمي لمدونة الأسرة، دار القلم، الرباط، 2004، العدد الأول، ص 71.

(3) - الحسيني العلمي، مسطرة الشقاق في المدونة، مجلة المعيار، العدد 32، ص 165 وما بعدها، مقتبس عن محمد الكشور، المرجع السابق، ص 129.

وفي نظر الأستاذ محمد الكبشور يقصد بالشقاق انعدام كل ما يربط عادة بين الزوجين من حب ووثام وود واحترام⁽¹⁾.

وعبارة الشقاق وردت في عدة آيات من القرآن الكريم، غير أن الآية التي اعتمدها المشرع المغربي كسند شرعي لوضع مسطرة التطليق بسبب الشقاق هي قوله عز وجل: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا﴾⁽²⁾.

وانطلاقاً من الآية أعلاه نظم المشرع المغربي التطليق بين الزوجين سبب الشقاق ضمن المواد من 94 إلى 97 من مدونة الأسرة وبالإضافة إلى هذه النصوص الأربعة فقد أحال المشرع على مقتضيات أخرى داخل مدونة الأسرة يمكن اللجوء فيها إلى مسطرة الشقاق، وهذه الحالات هي:

- 1- إذا طلب الزوج الإذن له بالتعدد ورفضت الزوجة، وثبت للمحكمة تعذر استمرار العلاقة الزوجية.
- 2- إذا نحل الزوجان أحدهما أو كلاهما بالحقوق والواجبات المتبادلة بينهما المنصوص عليها في المادة 51 من مدونة الأسرة.
- 3- إذا تعذر على الزوجة إثبات ضرر زوجها لها، يمكنها وفق لمقتضيات المادة 100 من المدونة أن تطلبه من المحكمة حل نزاعها مع زوجها على أساس الشقاق.
- 4- إذا أصرت الزوجة على طلب الخلع ولم يستجب الزوج لذلك يمكن للمحكمة البت في الطلب على أساس الشقاق دون حاجة إلى فتح ملف جديد في الموضوع وفقاً للمادة 120 من مدونة الأسرة.

(1) - محمد الكبشور، المرجع السابق، الكتاب الثاني، ص 129.

(2) - سورة النساء، الآية 35.

ولنا أن نتساءل عن الشقاق المبرر للتطليق. هل مجرد ادعاء وجود الشقاق من أحد الزوجين، أو منهما معا، يؤدي بصفة آلية إلى الحكم بالتطليق أم لا بد من أن تتوفر شروط ما؟

تنص المادة 94 من مدونة الأسرة علما أنه : إذا طلب الزوجان أو أحدهما من المحكمة حل نزاع بينهما يخاف منه الشقاق، وجب عليها أن تقوم بكل المحاولات لإصلاح ذات البين طبقا لأحكام المادة 82 أعلاه".

تنص المادة 97 من نفس المدونة على أنه "في حالة تعذر الإصلاح واستمرار الشقاق أثبتت المحكمة ذلك في محضر وتحكم بالتطليق وبالمستحقات طبقا للمواد 83 و84 و85 أعلاه مراعية مسؤولية كل من الزوجين عن سبب الفراق. في تقدير ما يمكن أن تحكم به على المسؤول لفائدة الزوج الأخر، يفصل في دعوى الشقاق في أجل لا يتجاوز ستة أشهر من تاريخ تقديم الطلب".

وبالتمعن جيدا في هذين النصين، يتبين أن المشرع المغربي لم يطلب أي شرط خاص بشأن الشقاق المؤدي إلى التطليق بين الزوجين⁽¹⁾.

يتضح من خلال هاتين المادتين أن المشرع لم يحدد طبيعة الشقاق المبرر للتطليق وخصائصه، الأمر الذي لا يسهل على المحكمة معرفة حدود صلاحيتها في قبول أو رفض التطليق بسبب الشقاق. فالمشرع لم يحدد حالات معينة لنطاق الشقاق الذي أصبح مفهوما واسعا لا يشتمل حالة معينة، وهذا ما دفع العديد من الزوجات إلى سلوك مسطرة الشقاق لإنهاء الرابطة الزوجية حيث أصبح يحتل الصدارة الأولى في قائمة الطلاق والتطليق لأسباب أخرى. فمسطرة التطليق للشقاق أصبحت متبعة من طرف النساء التي عجزن عن إثبات الضرر، بل الأكثر من ذلك ذهبت بعض المحاكم الدنيا إلى أن هدف المشرع هو السماح للزوجات التي لم يستطعن إثبات الضرر اللجوء إلى مسطرة الشقاق، مما يؤكد على عدم وجوب إثبات أسباب الشقاق. كما أن موقف بعض المحاكم يتماشى

(1) - محمد الكشور، المرجع السابق، الكتاب الثاني، ص 132.

مع فلسفة وروح تعديل مدونة الأسرة الرامية إلى التيسير على الزوجات في طلب التظليق حتى لو عجزن عن إثبات الضرر، أي الاعتراف للزوجة بحقوقها المماثل للزوج في إنهاء ميثاق الزوجية⁽¹⁾. وهذا ما جاء في تعليل أحد الأحكام الصادرة عن المحكمة الابتدائية بمراكش. قسم قضاء الأسرة بتاريخ 25 نوفمبر 2004 حيث أن ما تمسك به المدعي عليه من أن الضرر المزعوم من طرف الزوجة غير ثابت وبالتالي فطلب التظليق غير مبني على أساس دفع مردود قانونا.

ذلك أن فلسفة مشروع مدونة الأسرة الذي أحدثت مؤسسة التظليق للشقاق أراد أن يخرج عن النظرية للتظليق الواجب تأسيسه على عنصر الضرر، ولذلك يسمح للطرفين في كل حالة يتعذر فيها على الزوجة إثبات الضرر اللجوء لطلب التظليق للشقاق لأن الأمر الجوهرى في نظر المشرع هو النظر إلى مؤسسه الزواج باعتبارها كيانا ينبغي الحفاظ عليه ورأب كل خلل يعتره من خلال الاعتراف للزوجة بحقوقها المماثل للرجل في إنهاء العلاقة الزوجية في كل مرة برغبتها في إنهاء استمرار العلاقة الزوجية، وعناء عليه فإنه أمام تصريح الزوجة برغبتها في إنهاء رابطة الزواج تكون حالة الشقاق متوفرة ويتعين الاستجابة لطلب الزوجة والحكم بتظليقها من عصمة زوجها طلقه بائنة للشقاق".

والملاحظ أن المدونة وبمقتضى المادة 82 التي أحالت عليها المادة 94 أعطت للقضاء كامل الصلاحية في اختيار أي مؤسسة للصلح دون قيد أو شرط، فالهدف والغاية هو الإصلاح وإنقاذ الأسرة وضمان استمرار قيامها⁽²⁾. وإذا قررت المحكمة بعين حكيمين للإصلاح بين الزوجين واستقصاء أسباب الخلاف بينهما، فإن المدونة أكدت في المادة 95 أعلاه أن الحكيمين إذا توصلا إلى الإصلاح بين الزوجين يجرران تقريرا من ثلاث نسخ يوقع من طرف الحكيمين والزوجين، يتضمن الصلح أو الاتفاق المتوصل إليه، ويقدم

(1) - محمد الشافعي، الطلاق والتظليق، المرجع السابق، ص 100.

(2) - انظر، عبد الله أبو عوض، أثر الاجتهاد الفقهي والقضائي في تعديل مدونة الأسرة المغربية، دراسة تأصيلية في المادة 400، منشورات دار الأمان، الرباط، المغرب، 2011، ص 278.

التقرير للمحكمة التي تسلم نسخة منه لكل واحد من الزوجين وتحتفظ بالنسخة الثالثة بالملف، وتضمن موقفه الزوجين من الصلح المذكور. بمحضر الجلسة، وتصدر المحكمة حكمها في الملف بالإشهاد على الصلح الذي تم التوصل إليه من الطرفين.

أما إذا لم يتوصل الحكيم إلى موقف موحد في التقرير أو في تحديد المسؤولية أو أسباب الشقاق أو لم يقدم التقرير خلال الأجل المحدد لهما من طرف المحكمة، أمكن لهذه الأخيرة تعيين خلف لهما أو بالاستعانة بوسيلة أخرى للصلح كمجلس العائلة أو اجراء بحث إضافي بواسطة هيئة المحكمة أو القاضي المقرر⁽¹⁾. ولقد نصت المادة 97 من مدونة الأسرة على أنه في "حالة تعذر الإصلاح واستمرار الشقاق، تثبت المحكمة ذلك في محضر وتحكم بالطلاق...".

وعليه تترتب على عدم الإصلاح من الزوجين المتنازعين عدة آثار قانونية من أبرزها الانتقال إلى مسطرة التطلاق التي تنهي العلاقة بين الزوجين⁽²⁾.

وتحكم المحكمة بالتطلاق للشقاق في أجل لا يتجاوز ستة أشهر تحسب من تاريخ تقديم الطلب إلى المحكمة وليس من تاريخ انجاز المحضر القاضي بعدم الصلح ومقتضى هذا أنه لا يمكن للمحكمة أن ترفض الطلب سواء قدم من الزوجة أو الزوج. كما ذهبت إلى ذلك بعض المحاكم التي قضت بأنه: "لا يمكن للمحكمة أن تفرض على الطرفين العيش تحت سقف واحد أمام إصرار الزوجة على إنهاء العلاقة الزوجية"⁽³⁾: "أو لأن تمسك المدعية بإتمام الرابطة الزوجية يجعل حال الشقاق متوفرة وهو ما يبرر إنهاء الرابطة الزوجية"⁽⁴⁾.

(1) - عبد السلام زوير، المرجع السابق، ص 134.

(2) - محمد الكشور، المرجع السابق، الكتاب الثاني، ص 143.

(3) - المحكمة الابتدائية بفاس، 23 ماي 2005، مجلة المعيار، العدد 34، ص 288، مقتبس عن محمد الشافعي، الطلاق والتطلاق، المرجع السابق، ص 107.

(4) - المحكمة الابتدائية بمراكش، 03 مارس 2005، غير منشور، مقتبس عن محمد الشافعي، الطلاق والتطلاق، المرجع السابق، ص 107.

يترتب على التطليق بسبب الشقاق طليقة بائنة واحدة تطبيقاً للمادة 122 من مدونة الأسرة التي تجعل "كل قضت به المحكمة هو بائن إلا في حالي التطليق للإيلاء وعدم الإنفاق".

وتطبيقاً للفقرة الأولى من المادة 128 من مدونة الأسرة فإن الحكم القاضي بالتطليق سبب الشقاق لا يقبل أي طعن في جزئه القاضي بإنهاء العلاقة الزوجية. كذلك إن الحكم بالتطليق للشقاق يخص المستحقات المالية للزوجة المطلقة فالمحكمة عندما تحكم بالتطليق للشقاق فإنها تحكم كذلك بمستحقات الزوجة المطلقة طبقاً للموارد 83، 84، 85 من مدونة الأسرة حيث أحال المشرع على هذه المواد بواسطة المادة 97 من نفس المدونة. ويلاحظ أن المادة 84 حددت مستحقات الزوجة في مؤخر الصداق إن وجد، نفقة العدة، واجب السكنى عند الاقتضاء، والمتعة غير أنه يتضح من مجمل هذه مقتضيات أن المستحقات المنصوص عليها في المادة المذكورة أعلاه تتعلق بالطلاق الرجعي، والحال أن الزوجة التي يحكم بتطليقها للشقاق تعتبر مطلقة طلاقاً بائناً كما تنص على ذلك المادة 122 من المدونة، ومن ثمة فإنها لا تستحق النفقة خلال فترة العدة ماعداً إذا كانت حاملاً فتستمر نفقتها إلى أن تضع حملها. وهو ما عليه المادة 196، أما المتعة، فإنها واجبة على الزوج ضمن مستحقات الزوجة المطلقة للشقاق، ولو كانت هي المسؤولة عن الشقاق الذي كان سبباً في حل ميثاق الزوجية حيث يتجلى من مقتضيات المادة 97 من مدونة الأسرة. أن المشرع لم يربط استحقاق المتعة بالمسؤولية عن الفراق، فالمطلقة للشقاق تستحق المتعة ولا يمنع الحكم للمفارق بالتعويض من الحكم بالمتعة، لأن المتعة تتعلق بإنهاء العلاقة الزوجية والتعويض متعلق بجبر الضرر الحاصل للطرف الأخر، سواء كان هو الزوج أو الزوجة.

غير أن مستحقات الزوجة قد تتأثر إيجاباً أو سلباً متى أدخلنا في الاعتبار مسؤولية الطرف الذي كان سبباً في الشقاق المؤدي إلى الفرقة بين الطرفين. وفي هذا الصدد تنص مدونة الأسرة صراحة على إمكانية الحكم بالتعويض حيث يمكن للطرف المتضرر من إنهاء الرابطة الزوجية بسبب الشقاق أن يطالب الطرف المسؤول عن ذلك بالتعويض عن

الضرر الذي لحقه شخصيا من جراء إنهاء ميثاق الزوجية وذلك بصرف النظر عن المستحقات المترتبة للزوجة والأطفال أن وجدوا والتي يحكم بها وجوبا طبقا للمواد 83، 84، 85 من المدونة بعد تعذر الإصلاح بين الزوجين.

أما بالتعويضات الخاصة بالمسؤولية فيجب أن تطلب، وعلى من يطالب بالتعويض في إطار دعوى الشقاق أن يثبت خطأ الطرف الآخر أو على الأقل تعسفه.

3- التطبيق لمخالفة الأحكام الواردة في المادة 08 من قانون الأسرة.

يجيز المشرع الجزائري الزواج بأكثر من زوجة واحدة، وذلك من خلال أحكام المادة 08 من قانون الأسرة ومن خلال نص هذه المادة يتبين لنا أن المشرع قيد التعدد بوضع شروط موضوعية للتعدد: المبرر الشرعي وتوفر شروط نية العدل وشروط إجرائية متمثلة في إلزام الزوج بإخبار الزوجة السابقة واللاحقة، وتقديم طلب الترخيص بالزواج إلى رئيس المحكمة الذي يتأكد من موافقتهما، مع التحقق من إثبات الزوج للمبرر الشرعي وقدرته على توفير العدل والشروط الضرورية للحياة الزوجية، وله السلطة التقديرية لقبول الطلب والترخيص بالزواج أو رفضه. ونص المشرع في المادة 08 مكرر من قانون الأسرة على أنه "في حالة التدليس يجوز لكل زوجة رفع دعوى قضائية ضد الزوج للمطالبة بالتطليق" معنى ذلك أن الزوج إذا أضاف امرأة أخرى إلى عصمته دون أن يعلمها أنه متزوج بسواها، ودون أن يعلم زوجته الأولى بعزمه الزواج بأخرى، ولم ترضيا بالوضع الجديد، كان لكل منهما طلب التطليق. وهو ما أقرته المحكمة العليا في قرار لها بتاريخ 2005/01/19 بقولها: "لا يكفي الرفض دعوى التطليق من أجل الضرر، علم الزوجة بزواج زوجها من امرأة أخرى، ويجب إثبات عدم رضاها بهذا الزواج"⁽¹⁾.

كما أن المشرع الجزائري نصّ في المادة 06/53 من قانون الأسرة على أنه "يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للأسباب مخالفة الأحكام الواردة في المادة 08 أعلاه"، وهو ما أكدته المحكمة العليا في قرار لها بتاريخ 2006/07/12 والتي قضت بأنه "عدم العدل بين

(1) - المحكمة العليا، غ. ا. ش، 2005/01/19، ملف رقم 334060، مجلة المحكمة العليا 2005، عدد 01، ص 325.

الزوجات يشكل الضرر المعترف شرعا طبقة للفقرة 06 من المادة 53 من قانون الأسرة، ويربر بالتالي حق الزوجة المتضررة في طلب التطلاق⁽¹⁾.

وعليه يبدو أن المشرع قد أخرج من دائرة عموم الضرر المعترف، حالة مخالفة أحكام المادة الثامنة وجعلها سببا مستقلا من أسباب التطلاق من خلال نص المادة 53 فقرتها السادسة من قانون الأسرة.

أما بالنسبة المشرع المغربي فلم يتناول صراحة لتعدد الزوجات وذلك أخذ بالمذهب المالكي، ولكن بالرجوع إلى أحكام المادة 01/99 والتي تقر بأنه يعتبر كل إخلال بشرط في عقد الزواج ضررا مبرر لطلب التطلاق...".

من هنا يتضح لنا إذا اشترطت الزوجة على زوجها عدم التزوج عليها بامرأة أخرى، وأخل الزوج بهذا الشرط، فإنه يجوز للزوجة المطالبة بالتفريق بينها وبين زوجها لتعدد الزوجات ومخالفة الشروط المتفق عليها. أما بالنسبة للتطلاق للضرر، قد تناوله المشرع الجزائري من خلال أحكام المادة 53 فقرة 10 من قانون الأسرة بقولها "كل ضرر معتبر شرعا". بحيث أعطى تسع حالات لطلب الزوجة للتطلاق في 53، وكل هذه الحالات كما سبق التعرض لها تلحق ضررا بالزوجة، ويعيق استمرار الحياة الزوجية بل وتجعلها مستحيلة أيضا.

إن المشرع الجزائري لم يتقيد بضرر معين، فأجاز للزوجة إذا تضررت من تصرفات زوجها التي تتنافى مع مقتضى الشرع وأهداف عقد الزواج أن ترفع أمرها إلى القاضي لتطلب التطلاق، فإذا ادعت الزوجة أضرار الزوج بها بأي نوع من أنواع الضرر الذي لا يستطيع معه دوام العشرة بينهما، وثبت ما ادعته من الضرر أو عجز القاضي عن الإصلاح بينهما طلقها عليه.

إن هذا النص القانوني القائل "كل ضرر معتبر شرعا" يعتبر من أكثر النصوص مرونة وخدمة لمصلحة المرأة، حيث أطلق الضرر الموجب للتفريق بين الزوجين دون

(1) - المحكمة العليا، غ. أ. ش، 2006/07/12، ملف رقم 35997، مجلة المحكمة العليا، 2006، عدد 02، ص 441.

حصر ذلك في إيذاء مادي أو معنوي، ودون تحديد درجة الضرر من حيث الشدة والخفة، أو من وقوع الضرر مرة واحدة أو بشكل متكرر، وإنما الفاصل في كل ذلك هو السلطة التقديرية للقاضي، فهو الذي يعين ويقدر وقوع الضرر موضوع الدعوى، مع الاستناد إلى ما جرى عليه الشرع والعرف والاجتهاد القضائي.

فللزوجة وفق هذا المبدأ أن تطالب زوجها بالتطبيق للضرر الذي أصابها من أقواله أو أفعاله أو سلوكياته، طالما لا تستطيع مواصلة العشرة معه، سواء كانت هذه التصرفات الضارة شتما أو سبا أو ضربا أو إغراضا عنها، أو ابتزاز لأموالها، أم إجحافا بحقوقها المترتبة عن عقد الرابطة الزوجية⁽¹⁾.

أما من الناحية العملية، فقد قضت المحكمة العليا في عدة قرارات لها بذلك، ومنها القرار الصادر في 1986/01/23 بقولها: "أن التعدي على الزوجة وإهانتها ومس كرامتها بصفة صيرت علاقتهما الزوجية أمرا مستحيلا هي أسباب كافية لتبرير تطبيقها والمصادقة على الحكم المعاد، وعليه فالقرار لم يخالف قواعد النفقة فيما يتعلق بالطلاق وإثباته"⁽²⁾.

كما قضت في قرار آخر لها بتاريخ 1986/05/05 بقولها: "ان تصريح الطاعن أمام الحاضرين بأنه لم يجد زوجته بكرا، ومع ذلك يحتفظ على أنهما لم تكن كذلك وان القصد هو تليخ سمعتها، والظعن في شرفها لا غير، ومن تم فالحكم بتطبيقها هو الجزاء الشرعي في القضية عما أصابها من ضرر، وموافقة المجلس على الحكم هو ما تقرره القواعد الشرعية"⁽³⁾.

ومن هنا يجب على القاضي التحقق أولا من وجود الضرر وعلى الزوجة طالبة التطبيق أن تثبت ذلك بكل وسائل الإثبات، وهذا ما أقرته المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 1989/11/27 حين قضت بأنه: "من المقرر شرعا وقانونا أنه عند الحكم

(1) - انظر، دليلة براف، التطبيق للضرر المعتر شرعا في الاجتهاد القضائي الجزائري، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، جامعة سعد دحلب، البليدة، ص 214.

(2) - المحكمة العليا، غ. أ. ش، 1986/01/23، ملف رقم 39025، غير منشور، مقتبس عن بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 266.

(3) - المحكمة العليا، غ. أ. ش، 1986/05/05، ملف رقم 40429، نشرة القضاة، 1989، عدد 44، ص 179.

بالتطبيق يتعين على القاضي تبيان نوع الضرر اللاحق بالزوجة، وذكر وسائل إثبات الضرر، فإذا ثبت الضرر للقاضي بشهادة الشهود، فلا بد من ذكرهم على الصفة التي يتطلبها القانون، ومن ثم يستوجب نقض القرار الذي اكتفى بذكر المادة 53 فقط، وذلك لعدم مراعاته للقواعد الشرعية في التطبيق"⁽¹⁾.

فإذا كان الضرب تدعيه الزوجة هو ضرب أو شتم الزوج لما أوجبت على القاضي التأكد من ذلك، ولا يكون ذلك بالشهادات الطبية فقط، بل بحكم جزائي يدين الزوج على جناحة الضرب، أو على الأقل بشهادة شهود حضروا واقعة الضرب أو الشتم. وهذا ما قضت به المحكمة العليا في قرارها بتاريخ 2001/01/23 بقولها: "إن ضرب الزوجة المبرح يعتبر من الأضرار المعتبرة شرعا التي تستوجب التخليق دون اشتراط صدور حكم جزائي، حيث بالرجوع إلى الحكم المطعون فيه، وإلى عريضة الطعن ووقائع الملف يثبت أن قاضي الموضوع عندما قضي بالتخليق للمطعون ضدها، تأكد لديه توفر الضرر المعتبر شرعا، وذلك باعتداء الطاعن على المطعون ضدها بالضرب والجرح العمدي، وذلك ما اعترف به الطاعن على شخصيا أمام المحكمة، وصرح نادما على ما وقع منه على شخص المطعون ضدها بالضرب والجرح العمدي، وفيما يخص على أن قاضي الموضوع رفض إرجاء الفصل في دعوى التخليق إلى حين صدور الحكم الجزائي ببراءته فهذا الدفع غير ملزم به القاضي الموضوع، فهو دفع مردود، وعليه فالحكم محل الطعن جاء مسببا تسببا كافيا، الأمر الذي يجعل الوجه الوحيد غير مؤسس ويتعين رفضه، حيث مما يتعين معه رفض الطعن"⁽²⁾.

وقد سلك المشرع المغربي نفس المسلك من خلال أحكام المادة 02/98 من مدونة الأسرة، والمادة 02/99 من نفس القانون بقولها "يعتبر ضررا مبررا الطلب التخليق، كل

(1) - المحكمة العليا، غ. ا. ش، 1989/11/27، ملف رقم 54490، غير منشور، مقتبس عن بلحاج العربي، الاجتهاد...، المرجع السابق، ص 974.

(2) - المحكمة العليا، غ. ا. ش، 2001/01/23، ملف رقم 258555، المجلة القضائية، 2002، عدد 02، ص 419.

تصرف من الزوج أو سلوك مشين أو مخل بالأخلاق الحميدة يخلق بالزوجة، إساءة مادية أو معنوية تجعلها غير قادرة على الاستمرار في العلاقة الزوجية".

فالمشرع المغربي صوراً اعتبرها ضرراً يبيح للزوجة طلب تطليقها من زوجها، وترك ذلك للسلطة التقديرية للقاضي، فيما يخص إلحاق الإساءة المادية أو المعنوية بالزوجة، بكيفية تجعلها غير قادرة على الاستمرار في علاقتها مع زوجها الذي يضر بها. وهو ما قضت به محكمة فاس في حكم لها بتاريخ 2005/05/23 بقولها "إقدام الزوج على ضرب وجرح زوجته يعتبر سلوكاً مشيناً يلحق الضرر المادي والمعنوي بها، طلب الزوجة التطليق بناء على ذلك يبقى مؤسساً ويتعين الإستجابة له". أما بالنسبة للمشرع التونسي فإنه لم يعرف الضرر الذي يخول لأحد الزوجين طلب الطلاق واكتفى بالقول في الفصل 31 من مجلة الأحوال الشخصية "يحكم بالطلاق بناء على طلب أحد الزوجين بسبب ما حصل له من ضرر"⁽¹⁾.

واحتوى الفصل 31 صراحة على حق التعويض للمتضرر من الطلاق فالمحاكم أكدت على ضرورة ثبوت الضرر حتى يحق للطرف المتضرر التعويض، وهو ما ذهبت إليه محكمة التعقيب في قرار لها صادر في 1988/12/17 "أن الضرر الوارد به في الفصل 31 من مجلة الأحوال الشخصية هو أمر له وجه قانوني لكثير منه موضوعي وعلى ذلك فإن محكمة الأصل يتعين عليها بصفة جلية أن تثبته بأدلة قاطعة"⁽²⁾ إذ ليس من القانوني والمنطقي في شيء أن يقضي بتعويض في حين أن الضرر ليس ثابتاً في حق ضحية الطلاق بيد أن ذلك المنطق يعتريه احتلال إذ ما تم تقييم الشرط الثاني الواجب توفره في الضرر للحكم بالتعويض وهو نية الإضرار عمداً أو على وجه الخطأ وهو ما دأبت عليه محكمة التعقيب بحيث أن انتقاء نية الإضرار لا يجعلها تقضي بالطلاق للضرر في عدة صور

(1) - المحكمة الابتدائية بفاس، 2005/05/23، الملف عدد 04/2003، منشور بمجلة المعيار، عدد 34، ص 295 وما يليها، مقتبس

عن محمد بفقير، المرجع السابق، ص 117.

(2) - محكمة التعقيب، عدد 20425، بتاريخ 1988/12/7 النشرة 1988، مجلة القضاء والتشريع 1992، ص 113 مع تعليق

الأستاذ بن حليلة.

كالمرض اللاحق للزوج والذي اعتبرته "مصبية طبيعية حلت بالزوج لا تكون وحدها سبب لطلب الطلاق بضرر من الزوجة مع تغريمها للزوج وحرمانها من حضانة أولادها منه"⁽¹⁾. إلا أنه شرط ينتفي موجهه في صورة تقييم تعويض الضرر عن الطلاق، فلا ضرورة للبحث عن معيار القصد وإلا أدى الأمر إلى الحكم بالطلاق للضرر دون التعويض والحال أن الفصل 31 من مجلة الأحوال الشخصية أطلق التعويض دون تقييد بشرط نية الإضرار لأن القصد تعانيه المحكمة أثناء تقدير الوقائع المثبتة للضرر المقضي للطلاق. أما إذا قضي، فإن الضرر الناجم عنه ثابت هو الآخر بنص الفصل 31 من مجلة الأحوال الشخصية. ولكن يبدو أن محكمة الاستئناف بسوسة في قرار صادر في 27 جوان 1990 خلطت بين النظام القانوني للضرر الناجم عن الطلاق حيث اعتبرت أنه "لئن كان ثبوت الضرر يؤدي حتما إلى ضرورة حكم بالطلاق فإن الأمر خلاف ذلك بالنسبة للتعويض إذ لا يحكم به إلا إذا توافرت شروطه وعناصره الواجب الرجوع في شأنها إلى قواعد القانون العامة، ذلك أنه من بين شروط التعويض الأساسية أن يكون المطالب به قد تسبب فيه سواء عن خطأ أو عمدا تطبيقا لأحكام الفصلين 82 و83 من مجلة الالتزامات والعقود. "فنفس الضرر رتبت عنه المحكمة حكيمين أولهما ثبوته المتأتي من العجز الجنسي للزوج، وبالتالي فقد اعتبرته مفضيا إلى إيقاع الطلاق للضرر، إلا أنها نفت إمكانية التعويض باختفاء عنصر القصد والخطأ. بمعنى أننا بصدد قبول المحكمة لطلاق للضرر دون تعويض رغم أن القرار المذكور قد صدر بعد تنقيح الفصل 31 من مجلة الأحوال الشخصية، فالمحكمة خيرت الرجوع إلى المسؤولية التقصيرية ونفت التعويض المنصوص عليه بصريح الفصل 31، وهو تناقض بين احتاطت له محكمة التعقيب في قرار هام صادر بتاريخ 18 جانفي 1988، حيث اعتبرت أن محكمة الأصل لما اعتبرت العجز الجنسي سببا يحول دون استمرار العلاقة الزوجية ولم تعتبره ضررا يبيح طلب التعويض تكون قد أساءت تطبيق القانون"⁽²⁾ وبالتالي، فموقف محكمة التعقيب في هذا القرار يبدو

(1) - محكمة التعقيب عدد 15391، 1986/06/17، النشرة 1986، ج 02، ص 208.

(2) - محكمة التعقيب، 1986/01/18، عدد 16285، النشرة 1986، الجزء 02، ص 199.

أحسن رد على قرار محكمة الاستئناف رغم أن الأول يسبقها زمنيا إلا أن وحدة الوقائع والموقف من شأنها أن تبرر هذا الاعتماد.

إن جميع أسباب التطلاق التي تعرضت لها قوانين الأسرة المغاربية، والتي يمكن للزوجة إذ ما توافرت أن تطلب من القاضي تطليقها من زوجها، وبالتدقيق في هذه الأسباب، فكلها تعد نوعا من الضرر الذي يصيب الزوجة أثناء الحياة الزوجية والذي يستحيل معها مواصلة العشرة الزوجية، وعلى القاضي أثناء نظر دعوى التطلاق أن يتأكد أولا من وجود هذا الضرر ويحكم بالتعويض لطالبة التطلاق فلنا أن نتساءل هل الحكم بالتعويض جائز في جميع دعاوى التطلاق؟

الفرع الثاني:

التعويض عن التطلاق.

إن المشرع الجزائري لم يتطرق لمسألة التعويض عن الضرر في حالة التطلاق في قانون 84-11 إلا بعد تعديل القانون بموجب الأمر 05-02 في المادة 53 مكرر من قانون الأسرة بقولها: "يجوز للقاضي في حالة الحكم بالتطلاق أن يحكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها".

من هنا فإن المشرع الجزائري لم ينص على إمكانية التعويض في حالة الحكم بالتطلاق، بل حدد حالات التطلاق فقط في القانون رقم 84-11 وسكت عن مسألة التعويض، ولأجل ذلك تعارضت الأحكام القضائية بين ما يجيز التعويض ومن لا يجيزه في حالة الحكم بالتطلاق.

فقد كان اجتهاد المحكمة العليا في السابق، أنه لا يجوز للزوجة طالبة التطلاق الحصول على التعويض، وهو ما قررتة في قرارها الصادر بتاريخ 1986/12/29 بقولها: "من القواعد المقررة شرعا أن المتعة لمن طلقها زوجها وليست لمن طلقت نفسها بحكم، ومن تم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا للنصوص الشرعية في فرض المتعة، ولما كان من الثابت في قضية الحال أن الزوجة أقامت دعوى التطلاق، واستجابت المحكمة لطلبها ووافق المجلس عليه، الذي يعد وحده عقابا للزوج بسبب إهماله، فإن القضاء

بالمتعة للمطلقة يعد مخالفاً للنصوص الشرعية، ومتى كان ذلك استوجب نقض القرار جزئياً فيما يخص المتعة⁽¹⁾.

وفي قرار آخر للمحكمة العليا صادر بتاريخ 1988/11/11 قضت بأنه "من المقرر شرعاً أن المتعة شرعت للمرأة التي يختار زوجها فراقها وليس للمرأة التي تختار فراق زوجها، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفاً للقواعد الشرعية لما كان من الثابت في قضية الحال أن قضاة المجلس بتأييدهم الحكم المستأنف فيه القاضي بتطبيق المطعون ضدها من الطاعن، والحكم بالمتعة يكونوا بقضائهم كما فعلوا خالفوا القواعد الشرعية"⁽²⁾.

من هنا يتضح أن قضاة الموضوع كانوا يعتبرون أن التعويض أثر من آثار الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج، وإن الزوجة لو تضررت من استمرار الحياة الزوجية فإنه يجوز لها أن تطلب التطلق، وهذا التطلق يعتبر تعويضاً لها في حد ذاته وهو ما أقرته المحكمة العليا في قرار لها الصادر بتاريخ 1991/10/01 بقولها: "ان الطلاق بطلب من الزوجة يعتبر تطلقاً، يحكم لها به عند الاقتضاء دون تحميل الزوج أية مسؤولية داعية للتعويض"⁽³⁾.

إلا أن المحكمة العليا تراجعت عن هذا المبدأ، واعتبرت أنه يجوز للزوجة طالبة التطلق أن تطالب بالتعويض، وهو ما قضت به المحكمة العليا في قرار لها بتاريخ 1996/04/23 على أنه: "من المقرر قانوناً أنه يجوز للزوجة طلب التطلق مع التعويض استناداً على وجود ضرر معتبر شرعاً، ولما ثبت في قضية الحال أن القضية تتعلق بزواج تام الأركان إلا أن الزوج تأخر عن الدخول بزواجه لمدة خمس سنوات فإنه بذلك يعتبر تعسفاً في حقها ويبرر التعويض الممنوح لها، مما يتعين رفض الطعن"⁽⁴⁾.

(1) - المحكمة العليا، غ. ا. ش، 1986/12/29، ملف رقم 43860، المجلة القضائية 1993، عدد 02، ص 41.

(2) - المحكمة العليا، غ. ا. ش، 1988/11/21، ملف رقم 51614، المجلة القضائية 1990، عدد 04، ص 67.

(3) - المحكمة العليا، غ. ا. ش، 1991/01/01، ملف رقم 739922، النشرة القضائية 1995، عدد 47، ص 153.

(4) - المحكمة العليا، غ. ا. ش، 1996/04/23، ملف رقم 335435، المجلة القضائية 1998، عدد 01، ص 130.

وهو ما أكدته في قرار آخر لها بتاريخ 1998/07/11 حين قضت بأنه: "من المقرر قانوناً أنه يجوز تطليق الزوجة عند تضررها، ومن المقرر أيضاً أنه إذا تعسف الزوج في الطلاق يحكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها، ومتى تبين في قضية الحال أن الزوجة طلبت التطليق لتضررها من ضرب الزوج وطردها وإهمالها مع أولادها وعدم الإنفاق عليهم الأمر الذي يجعلها محقة في طلب التطليق والتعويض معا لثبوت تضررها، فإن قضاة الموضوع لما قضاوا بتطليق الزوجة وتعويضها طبقوا صحيح القانون، ومتى كان ذلك استوجب رفض الطعن"⁽¹⁾.

وهو نفس الشيء بالنسبة لها في قرار بتاريخ 1999/06/15 بقولها: "من المستقر عليه أنه يجوز تطليق الزوجة لاستفحال الخصام وطول مدته بين الزوجين باعتباره ضرراً شرعياً، ومتى تبين في قضية الحال أن الزوجة تضررت من طول مدة الخصام مع الزوج وأن الزوج هو المسؤول عن الضرر لأنه لم يمثّل للقضاء بتوفير سكن منفرد للزوجة، مما يجعل الزوجة متضررة ومحقة في طلبها التعويض، وعليه فإن قضاة الموضوع لما قضاوا بتطليق الزوجة لطول الخصام وبتظلم الزوج وتعويض الزوجة طبقوا صحيح القانون ومتى كان ذلك استوجب رفض الطعن"⁽²⁾.

وفي غياب نص تشريعي يميز الحكم بالتعويض في حالة التطليق استقر هذا المبدأ في القضاء الجزائري حتى صدور الأمر 05-02 المعدل والمتمم لقانون الأسرة والذي نص صراحة في المادة 53 مكرر على أنه: "يجوز للقاضي في حال الحكم بالتطليق أن يحكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها".

والتعويض الذي تطالب به الزوجة في هذه الحالة، هو تعويض عن فك الرابطة الزوجية وألم فراق زوجها، أم هو تعويض عما أصابها من ضرر دفع بها إلى طلب فك

(1) - المحكمة العليا، غ. أ. ش، 1998/07/11 - ملف رقم 2222665، مجلة الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، 2002، عدد خاص، ص 116.

(2) - المحكمة العليا، غ. أ. ش، 1999/06/15، ملف رقم 226665، مجلة الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، 2002، ص 999.

الرابطة الزوجية بواسطة القاضي، لأن التطليق الذي يوقعه القاضي هو طلاق منشىء ينشئه بطلب من الزوجة في حالة الضرر وأثبتت ذلك أنما يوقعه نيابة عن الزوج الذي يمسك زوجته بغير معروف ولا يعاشرها بإحسان⁽¹⁾.

فالمشرع الجزائري لم يبين لنا أي معيار وضابط للتمييز بين كون السبب الصادر عن الزوج تجاه زوجته يشكل ضررا للزوجة أم لا، وهذا يعني أن تقييم السبب ومعرفة كونه ضارا أو غير ضار ينبغي أن يقيم من وجهة نظر اجتماعية وثقافية، لأن ما يعتبر ضارا وجارحا لزوجة ما، قد لا يكون كذلك لغيرها، لهذا فإن معيار الضرر هو معيار شخص، وأن مهمة القاضي في التفريق بين الفعل الضار وغير الضار مهمة صعبة⁽²⁾.

ومن هنا فإن تفريق القاضي بينهما، والحكم بالتعويض لصالح الزوجة المطلقة تكون لإزالة الضرر والأذى الذي أصيبت به، فالتعويض هنا يكون عما لحق الزوجة من ضرر من طرف زوجها، وليس عن ألم فراق الزوج عند الحكم بالتطليق لأنها هي التي طلبت ذلك.

وبالرجوع إلى أسباب التطليق في المادة 53 من قانون الأسرة، نجد أن الأضرار الناجمة عنها قد تكون مادية أو معنوية، فالتطليق لعدم الإنفاق يلحق أذى بالزوجة كونها مسؤولة الزوج الذي يفترض فيه النفقة طبقا لأحكام المادة 78 من قانون الأسرة. أما فيما يخص الفقرات من 02 إلى 09 من المادة 53 فكلها أضرار معنوية لأنها تمس الزوجة في عاطفتها وكرامتها وشرفها، وبذلك يكون المشرع الجزائري قد وسع من دائرة الضرر المعنوي المعترف أساسا لطلب الزوجة التتطليق.

فمعيار الضرر الذي يترتب عليه استحالة العشرة بين الزوجين، هو المعيار الشخص فهو يختلف، باختلاف بيئة الزوجين وثقافتهما ووسطهما الاجتماعي، ففعل معين قد يكون أمرا ماديا عاديا في وسط معين، وقد يكون ضارا حسبما في وسط آخر،

(1) - مسعودة نعيمة إلياس، المرجع السابق، ص 238.

(2) - انظر، عبد العزيز سعد، قانون الأسرة في ثوبه الجديد، دار هوميه، الجزائر، 2005، ص 171.

وتقدير ما إذا كان الضرر من شأنه استحالة دوام العشرة بين الزوجين من الأمور الموضوعية، دون رقابة عليها من المحكمة العليا متى أقام قضاءه على أسباب سائغة⁽¹⁾. وباعتبار أن الضرر مسألة موضوعية فإن إثباته بكل الوسائل القانونية وهو ما قضت به المحكمة العليا في قرار لها بتاريخ 1999/05/18 بقولها من المقرر قانوناً أنه يجوز للزوجة أن تطلب التطلق لكل ضرر معتبر شرعاً كما أن تقدير الضرر يخضع للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع.

ومتى تبين - من قضية الحال - أن الزوجة متضررة من عدم الإنفاق والضرب التي تعرضت له من طرف الزوج فإن القضاة الموضوع بقضائهم بتطبيق الزوجة لثبوت تضررها فإن تقديرهم كان سليماً وطبقوا صحيح القانون⁽²⁾.

فالقاضي يعتمد في تقديره مدى قيام الضرر استناداً إلى معيارين أساسيين هما المعيار الموضوعي والمعياري الشخصي، ولا بد للقاضي من بيان عناصر الضرر التي بموجبها يحكم بالتعويض وتقديره، ولا يستلزم هنا تقدير القاضي لكل عنصر على حدة، وإنما يستطيع دمج كل هذه العناصر وتقدير تعويض إجمالي عنها مرة واحدة. وهو ما أكدته المحكمة العليا في قرار لها بتاريخ 2000/06/20 حين قضت بأنه: "من المستقر عليه قضاء أنه يمكن تعويض الزوجة الطالبة للطلاق في حالة تضررها فعلاً.

ومن الثابت - في قضية الحال - أن الطاعنة متضررة فعلاً سبب تعرضها للضرب المبرح من طرف زوجها والذي أدى إلى سقوط حملها، وأن القرار المطعون فيه بقضائه بعدم استحقاق الطاعنة للتعويض لأنها هي طلبت الطلاق دون أن ينظر إلى الضرر اللاحق بها جراء الضرب مما يستوجب نقض القرار المطعون فيه جزئياً فيما يخص التعويض".

(1) - مسعودة نعيمة إلياس، المرجع السابق، ص 240.

(2) - المحكمة العليا، غ. ا. ش، 1999/05/18، ملف رقم 222134، مجلة الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، 2001، عدد خاص، ص 126.

ما يمكن ملاحظته من خلال هذا القرار أنه ركز على ضرورة بيان الضرر من خلال بيان أن الزوجة الطاعنة قد تضررت فعلا، فالضرر هو محقق وحال، كما أنه مس بمصلحة مادية ومعنوية للطاعنة جراء الاعتداء الذي كان من طرف الزوج فأدى إلى سقوط حملها. فهذه العناصر في مجملها تجعل من طلب التعويض مجابا من طرف القاضي وعلى أساسها يتم تقدير التعويض، وقد استقر الاجتهاد القضائي على أن مسألة تقدير مبلغ التعويض المحكوم به يستقل به قاضي شؤون الأسرة، وذلك ما دام أنه لا يوجد نص يلزم القاضي بمعايير معينة أو مبلغ محدد يستند إليه في تقدير ذلك، فيكفي أن يكون تقديره مبنيا على أسس ثابتة بأوراق الدعوى المعروضة أمامه التي تبين حجم الأضرار المادية والمعنوية التي تكون قد ألحقت الزوجة، وذلك أن التعويض يقدر بمقدار الضرر وجودا وعدما⁽¹⁾.

أما بالنسبة للمشرع المغربي فقد تعرض للتعويض عن الضرر في صريح الفصل 101 حيث جاء فيما يلي "في حالة الحكم بالتطبيق للضرر للمحكمة أن تحدد في نفس مبلغ التعويض المستحق عن الضرر".

وقد سمحت المادة 100 من مدونة الأسرة بأن تثبت وقائع الضرر اللاحق بها من زوجها بكل وسائل الإثبات الممكنة وشهادة الشهود الذين تسمع إليهم المحكمة في غرفة المشورة بحضور أطراف النزاع فقط حفاظا على أسرار الأسرة. مهما يكن فإن الزوجة ملزمة بإثبات حصول ضرر يحول دون دوام العشرة، وان يكون هذا الضرر شخص، حيث يبقى للقاضي تكييفه التكييف القانوني الصحيح، تم التصريح بكونها تتضرر من هذا الزوج ضررا يبيح تطبيقها أو العكس ومحكمة الموضوع السلطة العامة في تقدير أدلة الدعوى وفي بحث الدلائل والمستندات المقدمة لها تقديمها صحيحا.

ولقد سبق الاجتهاد القضائي سواء على مستوى محاكم الموضوع أو على صعيد المجلس إلا على أن تعرض أكثر من مرة لقضايا الضرر الذي يمكن أن يندرج في إطار

(1) - شامي أحمد، المرجع السابق، ص 204.

المادة 99 من مدونة الأسرة. كما هو الشأن بالنسبة للسب والشتم والضرب والجرح⁽¹⁾، أو لانعدام الكفاءة لكون الزوجة متدينة والزوج فاسد الأخلاق أو اتهام الزوج لزوجته بالزنى⁽²⁾، أو إبقاء الزوجة بكرا عذراء منذ تزويجها وهي في بيت الزوجية مع زوجها في فراش واحد⁽³⁾ والضرر قد يكون ماديا أو جسمانيا كالضرب والجرح يمكن أن تكون معنويا كالسب والقذف والإهانة وقد اعتبر المجلس الأعلى أن إدانة الزوج بتهمة الاحتيال والنصب وانتحال صفة وكيل الملك من باب الضرر المعنوي الذي يبرر طلب التظليق للضرر⁽⁴⁾.

فإذا لم تستطع المرأة إثبات الضرر، أو أن الوسائل الإثباتية المدلى بها غير كافية ولم تكون قناعة كافية للقاضي وأصرت على طلب التظليق في هذه الحالة يمكنها اللجوء إلى مسطرة الشقاق⁽⁵⁾ والتي تحكمها المواد من 94 إلى 97 من مدونة الأسرة دون حاجة إلى فتح ملف جديد في الموضوع. وإذا اقتنع القاضي بالوسائل الإثباتية التي أدلت بها الزوجة وحكم بالتظليق للضرر، فإنه يحدد في نفس الحكم مبلغ التعويض للمستحق للمرأة، سواء كان هذا التعويض ماديا أو معنويا يراعي فيها نسبة الأضرار التي لحقتها، ومدى إساءة الزوج لها وهو تعويض عما لحقها من ضرر نفسي من جراء الإساءة والافتراق، ما لم يكن قد ألحق بها أضرار مادية نتيجة ضرب أو جرح هذا إضافة إلى مستحقات الزوجة. ومسألة التعويض عن الضرر المستحدثة في مدونة الأسرة لها ما يبررها، لإزالة الأضرار التي تلحق بالزوجات، وقد يتعلق الأمر بأضرار بليغة جسدية أو مادية أو معنوية، بل قد يستفحل الأمراض في بعض الأحيان إلى أمراض عصبية أو خلل عقلي.

(1) - محكمة الاستئناف بمراكش، 04 يناير 1994، مجلة المحامي العددان 25-26، ص 274.

(2) - المجلس الأعلى، 21 يوليوز 1987، منشورات المجلس الأعلى في ذكراه الأربعين (1962-1995)، الرباط، 1997، ص 115.

(3) - المجلس الأعلى، 18 أكتوبر 2000، مجلة القضاء الأعلى، العدد 57-58، ص 161.

(4) - المجلس الأعلى، 16 أكتوبر 2000، الملف الشرعي عدد 96/02/400، قرار غير منشور، مقتبس عن محمد الكشور، المرجع

السابق، الكتاب الثاني، ص 172.

(5) - محمد الأزهر، المرجع السابق، ص 283.

وعلى هذا الأساس، فإن المحكمة لما لها من سلطة تقديرية يجب أن تحكم بتعويض يناسب هذه الأضرار، كما أن المحكمة لا تحكم به تلقائياً بل يتعين على المتضررة المطالبة به إما مقال مكتوب أو بواسطة تصريح أمام المحكمة ويكون للمحكمة السلطة التقديرية في الحكم بتعويض ما يناسب حسامه الضرر وأثاره، ولكن مع الأخذ بعين الاعتبار ما تم مراعاته عند تحديد المحكمة للمتعة التي تستحقها الزوجة والتي يراعي تقديرها بالإضافة إلى مدة قيام الزوجية والوضعية المادية للزوج وأسباب التطلاق ومدى تعسف الزوج الذي يشمل بالضرورة ذلك الضرر الذي ألحقه بالزوجة ودفعها لطلب التطلاق. غير أنه يتعين على المحكمة أن توضح العناصر التي اعتمدها لتحديد أي مبلغ مستحق به للزوجة⁽¹⁾.

وهو ما ذهب إليه المجلس في قرار صادر له بتاريخ 2008/12/03 على أنه يجب عدم الخلط بين الحق في المتعة والسكنى خلال العدة كمستحقات للزوجة عن الطلاق أو التطلاق وبين حقها في التعويض عن الضرر في حالة التطلاق للضرر، لأن كل منهما مستقل عن الآخر والحكم بأحدهما ليمنع من الحكم بالآخر⁽²⁾. أما المشرع التونسي فنص على التعويض بصريح الفصل 31 من مجلة الأحوال الشخصية الذي جاء فيه ما يلي: يحكم بالطلاق.

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

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

ويقضي لمن تضرر من الزوجين بتعويض عن الضرر المادي والمعنوي الناجم عن الطلاق في الحالتين المبينتين بالفقرتين الثانية والثالثة أعلاه. بمقتضى الفصل الرابع من الفصل المذكور يقضي بالتعويض لمن تضرر من الطلاق سواء كان الطلاق بموجب الضرر أو كان إنشاء برغبة خاصة من أحد الزوجين، والتعويض يشمل الضرر المادي

(1) - محمد الشافعي، الطلاق والتطلاق، المرجع السابق، ص 123-124.

(2) - المجلس الأعلى، 2008/12/23، الملف 06/398، عدد 557، مجلة الملف عدد 14 ص 269 وما يليها مقتبس عن محمد بفقير، المرجع السابق، ص 122.

والمعنوي وتقدير التعويض يكون مرتبطاً أساساً بالضرر. وهو ما ذهبت إليه محكمة التعقيب في إحدى قراراتها حيث أكدت أن تقدير التعويض عن الضرر يراعي فيه وقع ذلك الضرر على المضرور ومدى تأثيره دون الالتفات أو اعتبار لحالة من تسبب فيه⁽¹⁾ يسراً أو عسراً وهو يتماشى مع ما يقره الفقه وتقتضيه مبادئ العدل والإنصاف. إذا رجعنا للفصل 31 من مجلة الأحوال الشخصية نلاحظ أن المشرع لمح إلى عناصر تقدير الضرر المادي لما أورد بالفقرة الخامسة قوله "وبالنسبة للمرأة يعوض لها عن الضرر المادي بجراية على قدر ما اعتادته من العيش في ظل الحياة الزوجية بما في ذلك المسكن وهي قابلة للمراجعة".

ولعل عرض المشرع من وضع هذا النص هو المحافظة على مستوى عيش ونمط حياة الزوجة حتى لا تشعر بالحرمان بعد بجموبة تنحرف وهو ماله تأثير مباشر على سمعة بقية أفراد الأسرة وهو ما يجعل مبدأ التواصل الأسري مستمر حتى بعد فسخ عقد الزواج⁽²⁾.

ولقد سبق وفصلنا في موضوع جراية الطلاق عند الكلام عن الطلاق إنشاءً وهو نفسه في حالة الطلاق للضرر فلا حاجة لإعادته فإذا كانت التشريعات المغاربية للأسرة أعطت الحق للزوجة في طلب التطلق متى توافرت الأسباب المنصوص عليها قانوناً وأجازت للقاضي أن يحكم بالتعويض لطالبة التطلق إلا أنه في حالة إذا كان السبب هو نشوز الزوج وكرهيته فهل لها الحق في طلب الطلاق وطلب التعويض؟

المطلب الثالث:

الحق في التعويض في حالة نشوز الزوج

إن استقرار الحياة الزوجية غاية من الغايات التي تحرص على تحقيقها الشريعة الإسلامية، والأصل في عقد الزواج أنه عقد أبدي، ومن أجل هذا نعتبر الصلة بين

(1) - محكمة التعقيب، 1981/01/6، عدد 4534، مقتبس عن محمد التريكي، المرجع السابق، ص 151.

(2) - محمد التريكي، المرجع السابق، ص 154.

الزوجين من أقدس الصلات وأوثقها ولعل أكبر دليل على هذه القدسية أن الله سبحانه وتعالى وصف العقد بين الزوجين بالميثاق الغليظ في قوله تعالى: ﴿وَأَخَذَ مِنْكُمْ مِيثَاقًا غَلِيظًا﴾⁽¹⁾. وعليه فإنه لا ينبغي الإخلال بالعلاقة الزوجية ولا التهوين أو التقليل من شأنها، ولعل من أهم آثار عقد الزواج هي الحقوق والواجبات بين الزوجين إلا أنه قد يحدث أحيانا أن قصر أحد الزوجين في واجباته الزوجية أو يخل بها فيتعدى كل واحد منهما حقوق الآخر مما ينجم عن ذلك خلل في العلاقة الزوجية ويؤثر هذا على كيان الأسرة.

قد تتطور الخلافات التي تقع بين الزوجين حتى تصل إلى مخالفة أوامر الله ويقع النشوز بين الزوجين.

والنشوز قد يكون من المرأة وذلك بعصيانها لزوجها وترفعها عنه وتعالها عليه وامتناعها عن أداء حقوق وبغضها له وقال تعالى: ﴿وَالَّتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَأَهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ وَأَضْرِبُوهُنَّ فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلًا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا كَبِيرًا﴾⁽²⁾.

والنشوز قد يكون من الزوج وذلك باستعلائه على امرأته، وضياع محبتها من قلبه، فينفر منها ولا يؤانسها ولا يحدثها، فيكون في هذه الحالة قد وقع منه النشوز قال جل وعلا: ﴿وَإِنْ أَمْرَأَةٌ خَافَتْ مِنْ بَعْلِهَا نُشُوزًا أَوْ إِعْرَاضًا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًا وَالصُّلْحُ خَيْرٌ وَأُحْضِرَتِ الْأَنْفُسُ الشُّحَّ وَإِنْ تُحْسِنُوا وَتَتَّقُوا فَإِنَّ اللَّهَ كَانَ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرًا﴾⁽³⁾.

(1) - سورة النساء، الآية 21.

(2) - سورة النساء، الآية 34.

(3) - سورة النساء، الآية 128.

والذي يهمننا نحن في دراستنا هو نشوز الزوج فلنا أن نتساءل عن أحكام نشوز الزوج (الفرع الأول) والآثار القانونية المترتبة عنه (الفرع ثاني).

الفرع الأول:

نشوز الزوج.

النشوز في اللغة أصله الارتفاع وفي الاصطلاح، نشوز الرجل تركه البيت الزوجي من غير مبرر شرعي وظلمه لزوجته.

ولقد نص المشرع الجزائري على نشوز الزوجين في المادة 55 بقوله: "عند نشوز أحد الزوجين يحكم القاضي بالطلاق وبالتعويض للطرف المتضرر". وقد وقع المشرع الجزائري في خطأ فادح، إذ ذكر اللفظ الصحيح في النص العربي للمادة 55 من قانون الأسرة بعبارة نشوز، بينما في النص الفرنسي لنفس المادة⁽¹⁾ ذكر إحدى صور النشوز وهو مغادرة البيت الزوجي من طرف أحد الزوجين⁽²⁾.

والنشوز معناه ارتفاع أحد الزوجين عن طاعة صاحبه فيما يجب له. ونشوز الرجل يكون بجفاه وإضراره بالمرأة⁽³⁾، ومعناه القضائي هو عدم امتثال الزوج لأحكام عقد الزواج ورفض تنفيذ أحكام القضاء الملزمة له بذلك⁽⁴⁾.

إذا خافت المرأة أن يترفع عنها زوجها وتكبر ولاحظت منه عبوسا وغلظة لسوء خلقه فيها أو خلق، أو أكبر سن أو ميل منه إلى زوجة أشب وأجمل، فلا بأس أن تضع عنه بعض حقوقها أو تضع عنه حقوقها لتسترضيه بذلك⁽⁵⁾. حتى لا يقع في المحذور من التقصير في أداء واجبه نحوها، فلما أن نتصالح معه بإسقاط حقها أو بعضه من مبيت أو

(1) - النص الفرنسي للمادة 55 من قانون الأسرة:

« En cas d'abandon du domicile conjugal par l'un des époux... ».

(2) - انظر، بن داود عبد القادر، الطلاق بإرادة الزوجة حال ما تكون العصمة بيدها ومشكلة النشوز بين غموض القانون واختلاف الاجتهاد القضائي، موسوعة الفكر القانوني، دار الهلال، دون سنة، ص 106.

(3) - محمد محدة، المرجع السابق، ص 362.

(4) - فضيل سعد، المرجع السابق، ص 340.

(5) - انظر، عبد الله عبد المنعم العسيلي، الفروق الفقهية بين الرجل والمرأة في الأحوال الشخصية، دراسة فقهية، ط01، دار النفائس، الأردن، 2011، ص 226.

نفقة، كما فعلت سودة مع النبي صلى الله عليه وسلم حينما جعلت يومها لعائلته على أن تبقى هي في عصمته، فذلك جائز بل مندوب إليه بنص الآية⁽¹⁾.

فقد وجه الإسلام الزوجة إلى ضرورة البحث عن سبب هذا النشوز والإعراض من زوجها، فقد يكون السبب تقصيرها في أداء حقوقه، فإن كان السبب هو إهمالها لحقوقه، فعليها أن تحرص على إيفائه حقوقه وتهيئ له السكن والراحة والمودة التي ألفت بين قلبيهما في بدء الحياة وان كان السبب في استمالة أخرى له فليحاول فعل كل ما يجعله راضيا مسرورا.

يقول الله سبحانه وتعالى مبينا الحل في آية النشوز: ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يُصَلِّحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًا وَالصُّلْحُ خَيْرٌ﴾⁽²⁾، فليتفاهما ويتصارحا ويحاولا إزالة كل ما بينهما من خلاف حتى لا تتفاقم الأمور، ولو أدى ذلك بالمرأة أن تتنازل عن بعض حقوقها حتى تنقذ أسرتها وبيتها، ولاشك أن الصلح بين الزوجين مع تنازلهما عن بعض حقوقها خير من انقطاعها.

وقد يتجاوز الزوج حده، فيكون هو المخطئ والمقصر في العلاقة الأسرية ولا دخل للزوجة في هذا التقصير، فربما لا يؤدي الواجبات المفروضة عليه، كان يمتنع عن الإنفاق على بيت الزوجية بدون سبب.

إذا قصر الرجل في معاملة زوجته فعليها أن تصبر أولا، فإن تكرر أذى الزوج لها فيمكنها أن تشكوا أمرها إلى أهلها أو أهل الخير والإصلاح فإن صلح الأمر فيها ونعمت، وان استمر الزوج في عناده لجأت المرأة إلى القضاء لأخذ حقها سواء بالطلاق أم غيره، وهو ما نص عليه المشرع الجزائري في نص المادة 55 حيث أعطى للزوجة الحق في اللجوء إلى القضاء في حالة النشوز والمطالبة بالطلاق، ولم ينص المشرع المغربي عن حالة نشوز الزوج كسبب من أسباب طلب الطلاق من الزوجة وهو نفس الحال بالنسبة

(1) - انظر، عبد المؤمن بلقاني، التفريق القضائي بين الزوجين في الفقه الإسلامي، دار الهدى، الجزائر، 2000، ص 135.

(2) - سورة النساء، الآية 128.

للمشرع التونسي لكن هذا لا يعني عدم وجود نشوز زمن الزوج وأن الزوجة لا يحق لها أن تطلب فك الرابطة الزوجية في حالة النشوز بل بالرجوع إلى الضرر كسبب من أسباب التطليق بالمسبة للمشرع المغربي وبالرجوع إلى الفصل 31 من مجلة الأحوال الشخصية التي اعتبر الضرر صورة من صور الطلاق، يستخلص أن طلب الطلاق للنشوز يندرج تحت الضرر الذي يعطي للزوجة متى أثبتته الحق في الطلاق والحق في التعويض.

الفرع الثاني:

حق التعويض للمتضررة.

تنص المادة 55 من قانون الأسرة: "عند نشوز أحد الزوجين يحكم القاضي بالطلاق وبالتعويض للطرف المتضرر.

إذا تمعنا في هذه المادة، يتضح لنا أنه عند الحكم بالطلاق لنشوز الزوج تستحق الزوجة التعويض جراء الضرر بها لأن فك الرابطة الزوجية كانت بتظلم من الزوج. وعليه فإن المشرع الجزائري منح حق التعويض عند فك الرابطة الزوجية لنشوز أحد الزوجين هو أثر قانوني نص عليه قانون الأسرة. أما بالنسبة لتقدير مبلغ التعويض فيخضع للسلطة التقديرية للقاضي الذي يشير إليه في نفس الحكم بالطلاق باعتبار أن المشرع لم يحدد معيار تقدير التعويض ولا تاريخ بداية استحقاق التعويض. وهذا ما قرره المحكمة العليا في أحد اجتهاداتها: "من المقرر قانونا أن تقرير الضرر مسألة موضوعية من اختصاص وتقدير قضاة الموضوع"⁽¹⁾. غير أنه على القاضي أن يراعي مدى تحمل الزوج مسؤولية الطلاق في حالة نشوزه وهذا ما جاء في حيثية لي قرار المحكمة العليا: "لكن وحيث أن التعويض والنفقة المحكوم بهما هي ناتجة عن مدى تحمل الزوج مسؤولية الطلاق"⁽²⁾.

(1) - المحكمة العليا، غ. أ. ش، 1999/03/16، ملف رقم 216865، مجلة الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص، ص 356.

(2) - المحكمة العليا، غ. أ. ش، 1998/12/15، ملف رقم 214290، مجلة الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص، ص 194.

ولقد أكدت المحكمة العليا على منح حق التعويض في العديد من قراراتها منها ما جاء في أحد مبادئها، "من المقرر أن الزوجة تستحق التعويض في حالة نشوز الزوج أو تعسفه في الطلاق، ومن تم فإن القضاء بخلاف هذا المبدأ يعد مخالفاً للقانون، ومتى تبين من قضية الحالة، أن قضاة الموضوع لما قضاوا للمطعون ضدها بالتعويض دون أن يحصل من الطاعن أي تعسف أو نشوز يستوجب نقض القرار المطعون فيه جزئياً"⁽¹⁾.

وجاء في قرار آخر: "أنه من المقرر قانوناً أنه عند نشوز أحد الزوجين يحكم القاضي بالطلاق والتعويض للطرف المتضرر.

ومتى تبين في قضية الحال أن الطاعن ثبت نشوزه بامتناعه عن توفير السكن المنفرد المحكوم به للزوجة وتعويضها، طبقوا صحيح القانون. ومتى كان ذلك استوجب رفض الطعن"⁽²⁾.

وفي نفس السياق جاء قرار للمحكمة العليا: "من المقرر قانوناً أنه" يحق للزوجة أن تطلب التطلق لكل ضرر معتبر شرعاً ومن المقرر أيضاً أنه في حالة الطلاق يحكم القاضي بالتعويض للطرف المتضرر.

ولما كان ثابتاً أن الضرر اللاحق بالزوجة كان مبالغ فيه متعسفاً من طرف الزوج، فإن تطلق الزوجة وحده لا يكفي لجبر الضرر وتعويضها مقابل الأضرار اللاحقة بها، فإن القضاة بقضائهم بتعويض الزوجة نتيجة إثبات الضرر من طرف الزوج طبقاً لأحكام المادة 55 من قانون الأسرة قد طبقوا القانون"⁽³⁾.

(1) - المحكمة العليا، غ. ا. ش، 1998/11/17، ملف رقم 210451، مجلة الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص، ص 252.

(2) - المحكمة العليا، غ. ا. ش، 1998/04/21، ملف رقم 189226، مجلة الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، 2001، عدد خاص، ص 144.

(3) - المحكمة العليا، غ. ا. ش، 1997/12/23، ملف رقم 181648، المجلة القضائية 1997، عدد 01، ص 69.

وطبقا لهذه القرارات القضائية نقول أنه في حالة نشوز الزوج لزوجته تستحق المتضررة فوق طلاقها تعويضا لما أصابها من ضرر من جراء هذا النشوز. بعد ما انتهينا من دراسة حق المطلقة في التعويض تنتقل لدراسة حقوق أخرى ذات صبغة مالية يمكن للمطلقة المطالبة بها.

المبحث الثالث:

الحقوق المالية الأخرى.

من الطبيعي أن تناط حضانة الطفل لوالديه: بحيث لا يفصل عنهما أو عن أحدهما إلا لضرورة راجحة، فواجب الوالدين في حضانة واجب طبيعي فطري لما جبلا عليه من الرحمة والشفقة والرفق بفلذة كبدهما، فهما أجدر الناس بحضانته، ومن حقه عليهما أن ينشأ في كنفهما، لما في ذلك من أسباب ارتقاء كثير من وظائفه. والوالدان مسؤولان بالتشاور بينهما عن رعاية طفلهما، ومصالحة وكيفية معيشته⁽¹⁾.

وغالبا ما يكون الطفل المحضون رضيعا فله الحق في الرضاع سواء كان من أمه أو من غيرها في العامين الأولين من عمره لقوله عز وجل: ﴿ وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ ﴾⁽²⁾. ويدخل حق الطفل في الرضاع ضمن ايلائه عناية فائقة واتخاذ كل التدابير الممكنة للنمو الطبيعي له بالحفاظ على سلامته الجسدية والنفسية والعناية بصحته وقاية وعلاجاً، غير أن هذا الحق، وإن كان حقا طبيعيا، ليس واجبا على الأم بالإجماع إلا ما كان منه نبأ. لكن حاجة الطفل لكي ينعم بشخصية منسجمة النمو مكتملة التفتح، لا يمكن أن تتم إلا برعاية والديه في جو يسوده الحنان والأمن المعنوي والمادي، مما يجعل فصل الطفل الصغير عن أمه غير مستساغ إلا في ظروف استثنائية، وإن كانت الحضانة والرضاع لا تتم بمقابل ما دامت الزوجية قائمة إلا أنه في حالة الطلاق كثيرا ما يثار بشأنها نزاع فما هو حق المطلقة الحاضنة (المطلب الأول) وهل للمطلقة المرضعة أجره (المطلب الثاني).

أهم وأخطر أثر من آثار الطلاق تعقيدا، وأشدهما خصاما بين المتطالقين هو النزاع القائم حول محتويات منزل الزوجية، وما يشتمله من أثاث ومفروشات قد يكون الزوج جهز بها بيت الزوجية، وقد تكون الزوجة قد جلبتها معها يوم زفافها، وعند الطلاق

(1) - أحمد أباش، المرجع السابق، ص 196.

(2) - سورة البقرة، الآية 233.

والفراق يصبح كل من واحد من الزوجين المتطالقين، يزعم أن بعضا من الأثاث بيت الزوجية ملك له وفي الغالب إلا عم لا يكون بيد أحدهما أو كليهما دليل أو بيان قاطع يقنع القاضي بأن الشيء محل النزاع ملك خالص للزوج أو ملك خالص للزوجة⁽¹⁾ وهنا يثار النزاع فكيف يثبت حق المطلقة في متاع البيت (المطلب الثالث).

المطلب الأول:

حق المطلقة الحاضنة.

الحضانة هي عبارة عن رعاية الولد والقيام بشؤونه وهذه العناية تشتمل مسؤولية الطرفين الأب والأم، وقد وضع أصول التشريع في القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة مهام كل من الطرفين من حيث الإحاطة والشمول، فكان واجب الأم الحمل والإرضاع وواجب الأب الإنفاق ومشمولات الرعاية وحسن التربية حد مشترك ولا يمكن تحديده إلا بقدر ما يشعر به الطرفان من عظم المسؤولية⁽²⁾.

وقد اختلفت الفقهاء في تكييف الحضانة هل هي حق خالص لله تعالى، أم هي حق للحاضنة أم حق للصغير؟

فيمكن القول أن الحضانة تشمل الأمور الثلاثة معا، فهي حق لله تعالى باعتبار ضرورة حفظ النفس وحماتها تحقيقا للمصلحة الاجتماعية، وهي حق للحاضنة باعتبار الأم أحق بإرضاع ولدها وأكثر شفقة وحنانا عليه، وهي حق للمحضون لأنه يضيع بتركها وحق المحضون أقوى من حق الحضانة لأن بإسقاط الحضانة لا يسقط حق الصغير.

فالمعلوم أنه إذا كانت الزوجية قائمة بين الأب والأم فإن الحضانة تمارس من الطرفين الاثنين، لكن في حالة وقوع الفرقة بين الزوجين فالأم أحق بالولد من أبيه. وهذا راجع لكونها أعرف بالتربية وأقدر عليها، ولها من الصبر ما ليس عند الرجل وعندها

(1) - عبد العزيز سعد، قانون الأسرة، المرجع السابق، ص 147.

(2) - عثمان التكروري، المرجع السابق، ص 265.

كذلك من الوقت ما ليس عنده، فالأم قدمت في الحضانة رعاية لمصلحة الطفل حيث روي عن عبد الله بن عمروان امرأة قالت يا رسول الله هذا كان بطني له وعاء، وحجري له حواء وثديي له سقاء، وزعم أبوه أن يتزعه مني فقال: "أنت أحق به ما تنكحي".

لكن في هذه الحالة نتساءل هل المطلقة لما أجرا مقابل قيامها بالحضانة؟

الفرع الأول:

استحقاق أجره الحضانة.

ما دامت الحضانة هي تربية الصغير فهي ليست إلا عملا من الأعمال التي تقوم بها الحاضنة لحساب والد المحضون وبالتالي يجب أن يقابل هذا العمل أجر يلزم من تجب عليه نفقة الصغير.

فخلال فترة قيام الزوجية بين الأم الحاضنة ووالد المحضون فلا تستحق الأم أجره حضانة صغيرها لوجوبها عليها ديانة، لأن الأب أثناء هذه الفترة يقوم بالإنفاق على زوجته الحاضنة حقيقة أو حكما في أثناء العدة. إلا أن الاختلاف وقع بين الفقهاء في استحقاق الأم أجر الحضانة خلال فترة العدة، فهناك رأي قال أن المطلقة تستحق أجر الحضانة بمجرد الطلاق سواء كان الطلاق بائنا أو رجعيا⁽¹⁾.

فالعدة عندهم ليست مانعة من الأجر ويرون أن أجر الحضانة ليس من النفقة وإنما هو أجر مقابل القيام وما دامت الحاضنة قامت به من يوم الطلاق فإنها تستحق أجر عليه.

أما رأي آخر يفرق بين الطلاق الرجعي والطلاق البائن، فالمطلقة بائنا تستحق أجر الحضانة من تاريخ طلاقها لأنه كما هو معلوم أن الطلاق ينهي الزوجية⁽²⁾، أما في

(1) - انظر، محمد بن أحمد بن جزى الغرناطي، القوانين الفقهية في تلخيص مذهب المالكية والتنبيه على مذهب الشافعية والحنفية والحنبلية، المكتبة العصرية، بيروت، 2002، ص 314.

(2) - أحمد نصر الجندي، الطلاق والتطليق...، المرجع السابق، ص 689-690.

الطلاق الرجعي، فإن المطلقة لا تستحق أجر الحضانة خلال العدة⁽¹⁾، أما بعد انتهاء فإن المطلقة تستحق أجر الحضانة.

فالمطلقات الحاضنات يختلفن فهناك من ترضى القيام بالحضانة أجر ومن هن من تطالب بأجرة رعاية المحضون، ففي الحالة الأخيرة ان وجدت من تتبرع بالقيام بشؤون المحضون مجانا فهل تقدم هذه الأخيرة على المطلقة الحاضنة؟ للإجابة على هذا التساؤل ينبغي التفرقة بين الحالات الآتية⁽²⁾:

- إذا كانت المتبرعة من أهل الحضانة وللصغير مال قدمت المتبرعة على صاحبه الحق في الحضانة سواء كان الأب موسرا أو معسرا حفاظا على مال المحضون.

- إذا كانت المتبرعة من أهل الحضانة وليس للصغير مال، وكان الأب معسرا لا يستطيع دفع الأجرة يعطي للمتبرعة لأن إعطائه للأم مع وجود المتبرعة يترتب عليه إلزام الأب لا داع وفي هذا إضرار الأب.

- إذا كانت المتبرعة من أهل الحضانة، والصغير ليس له مال وكان الأب موسرا قدمت صاحبه الحق في الحضانة على المتبرعة وهذا لمصلحة المحضون.

- إذا لم تكن المتبرعة من أهل الحضانة، قدمت صاحبه الحق في الحضانة على المتبرعة سواء كان الأب موسرا أو معسرا وسواء كان للصغير مال أو لم يكن له وهذا كله من أجل مصلحة المحضون.

- أما في حالة إذا امتنعت الأم أو من يليها في استحقاق الحضانة للصغير إلا بأجر ولم توجد متبرعة بالحضانة من محارم الصغير ولم يكن للصغير مال فإن الأم تجبر على الحضانة والقيام على شؤون الصغير وتكون أجرهما في تلك الحالة دينا على الأب يلزم بأدائه متى أيسر.

من خلال هذه الآراء نقول أن في كل الحالات يجب مراعاة مصلحة المحضون أولا ثم يلي بعد ذلك مراعاة حال المحضون ووالده من اليسر والعسر. ومصلحة المحضون

(1) - انظر، كمال صالح البناء، موسوعة الأحوال الشخصية، دار الكتب القانونية، مصر، 1997، ص 259.

(2) - بدران أبو العينين بدران، المرجع السابق، ص 557-558.

تكون إلا إذا كان تحت رعاية أمه ولذا نقول أنه من الأفضل أن تقدم الأم على المتبرعة حتى لو بقي أجر الحضانة دينا في ذمة الزوج.

أما من زاوية القانون، فالمشرع الجزائري لم يعالج أجر الحضانة بخلاف المشرعين التونسي والمغربي الذين نصا عليها في الفصل 65 من المحلة والمادة 167 ف02 من المدونة حيث نصت الأولى على أن: "لا تأخذ الحاضنة أجر إلا على خدمة شؤون المحضون من طبخ وغسل وثياب ونحو ذلك بحسب العرف" والثانية على أن: "لا تستحق الأم أجر الحضانة في حالة قيام العلاقة الزوجية أو في عدة من طلاق رجعي". وبمفهوم مخالفة المادة 167 فالحاضنة تستحق أجر إذا بانت من زوجها، لأنه في حالة الطلاق الرجعي يعتبر في حكم الزوجة، وبهذا يكون المشرع قد أخذ بما ذهب إليه الجمهور.

أجر الحضانة تقع على المكلف بنفقة المحضون وهي غير أجر الرضاعة والنفقة⁽¹⁾، ويستحقها من تاريخ صدور الحكم بها، وكذلك أينما حلت وارتحلت سواء كانت يعيش بالمغرب أو خارجه، بمعنى أنها تستحق أجر الحضانة طالما تحمل هذه الصفة كحضانة. فالمشرع عندما اعتبر هذا الاختلاف بين أجر الحضانة وغيرها، فإنه كان يقصد من وراء ذلك استقلال الخدمة التي تقدمها الحاضنة لمحضونها وعدم اختلاطها مع غيرها من الواجبات⁽²⁾.

وبمعنى آخر أنه لا تلازم بين نفقة الأطفال وأجر حضانتهم، وهذا ما قرره المشرع في مطلع المادة 167 من مدونة الأسرة بدليل أن أحدهما قد تنتهي دون الأخرى، وهو ما أكده قرار للمجلس الأعلى جاء فيه "حيث ثبت صحة ما عابه الطاعن على القرار في الشق المتعلق باستمرار أداء أجر الحضانة إلى ما بعد تجاوز سن استحقاقها إذ أن البنت مريم تبلغ من العمر 23 سنة والابن يوسف 19 سنة وهما طالبان يدرسان بالجامعة بالخارج وأن المحكمة لما قضت على الطاعن باستمرار أجر الحضانة عليهما رغم بلوغهما هذا السن تكون قد بنت قرار على غير أساس، مما يتعين معه نقضه في هذا الجزء

(1) - المادة 167 ف 01.

(2) - محمد الشافعي، الطلاق والتطويق...، المرجع السابق، ص 223.

المتعلق بأجرة الحضانة وحيث أنه بخصوص الشق المتعلق بتقدير النفقة، فإن المحكمة المصدرة للقرار المطعون فيه ولما لها من سلطة تقديرية في تحديد مقدار النفقة قد راعت دخل المزمم بها وحال مستحقها ومستوى الأسعار، مما يكون معه قرارها فيما يخص تحديد النفقة مرتكزا على أساس⁽¹⁾.

وسكون الحاضنة عن طلب أجرة الحضانة مندرج تاريخ الطلاق وعدم وجود ما يبرر سكوتها طيلة هذه المدة يجعلها في حكم المتبرعة، ولقد نقض المجلس الأعلى القرار الاستثنائي الذي قضى بهذه الأجرة منذ وقوع الطلاق إلى تاريخ الطلب لعل أنها لا تتقدم دون بيان السند القانوني الذي اعتمدت عليه المحكمة في هذا القرار⁽²⁾. فأجرة الحضانة التي لم تطالب بها الحاضنة خلال وقتها تدخل في حكم المتبرعة بها ولا يقضي لها بهذه الأجرة إلا من تاريخ رفع الدعوى⁽³⁾ ولقد نصت المادة 175 من مدونة الأسرة على أن زواج الأم الحاضنة يعني الأب من أجرة الحضانة بل حتى من تكاليف سكن المحضون، لأن الإنفاق في هذه الحالة ينتقل إلى زواج أمه⁽⁴⁾.

كما أن ليس هناك ما يمنع أن تكون أجرة الحضانة مقابل للخلع وهو ما يفهم من قرار المجلس الأعلى بتاريخ 2008/09/10 الذي جاء فيه أن الطلاق الخلعي لما لم يتضمن تنازل المطلوبة عن أجرة الحضانة، وإنما تضمن تنازلا عن نفقتها أثناء العدة وعن متعتها ليس إلا، والمحكمة لما قضت للمطلوبة بأجرة حضانتها يكون قرارها جاء مصادفا للصواب⁽⁵⁾.

(1) - المجلس الأعلى، 01 نوفمبر 2007، منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى، العدد 68، ص 66، مقتبس عن محمد الكشور، المرجع السابق، الكتاب الثاني، ص 476.

(2) - المجلس الأعلى، 2007/02/21، مجلة قضاء المجلس الأعلى، العدد 68، ص 63، مقتبس عن محمد الشافعي، الطلاق والتطليق...، المرجع السابق، ص 225.

(3) - المجلس الأعلى، 11 نوفمبر 2006، قرارات المجلس الأعلى، أهم القرارات الصادرة عن غرفة الأحوال الشخصية والميراث، الجزء الأول، الرباط، 2007، ص 246.

(4) - محمد الشافعي، الطلاق والتطليق...، المرجع السابق، ص 225.

(5) - المجلس الأعلى، 2008/09/10، الملف 08/133، منشور بأهم قرارات المجلس الأعلى في تطبيق مدونة الأسرة، ص 113 وما يليها، مقتبس عن محمد بفقير، المرجع السابق، ص 215.

وبالرجوع إلى الفصل 65 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية، نجد أن المشرع ربط أجره الحضانة بما تقوم به الحاضنة من حفظ المحضون مما قد يضره وصيانته وتنظيف جسمه وغسل ثيابه وتهيين طعامه وذلك حسب العرف.

أما سكوت المشرع الجزائري عن أجره الحضانة لا يعني أنه لا يجوز للحاضنة المطالبة بها ما دمنا قد وضحنا سابقا آراء الفقهاء في هذه المسألة وما دامت هناك حالة إلى الفقه الإسلامي بمقتضى المادة 222 من قانون الأسرة حتى وإن كان الملاحظ في مجتمعنا أن الحاضنة لا تطالب إلا بنفقة المحضونين، إلا أنه يمكن للقاضي استنادا إلى هذه الآراء يلي طلب المطلقة وبحكم لها بها.

هذا عن أجره الحضانة، لكن إذا كانت المطلقة هي الحاضنة فأين تمارس هذه الحضانة؟

الفرع الثاني:

حق المطلقة الحاضنة في السكن.

قد ضمن المشرع الجزائري للمرأة المطلقة إذا كانت حاضنة حقها في السكن مع محضونيتها قبل تعديل قانون الأسرة وبعد تعديله.

فقبل التعديل كانت تنص المادة 52 فقرة 02 من قانون الأسرة على أنه "... إذا كانت حاضنة ولم يكن لها ولي يقبل إيوائها يضمن حقها في السكن مع محضونها حسب وسع الزوج.

ويستفاد من نص هذه المادة أنه عند الحكم بالطلاق وفي حالة إذا كانت المطلقة حاضنة أي لها أطفال من مطلقهما فإن المشرع ألزم الزوج المطلق بأن يضمن لها السكن مع محضونيتها لكن بشروط يمكن تلخيصها فيما يلي:

- أن تكون المطلقة حاضنة أي تستند إليها حضانة الأطفال عند الحكم بالطلاق سواء قل عدد المحضونين أو أكثر، حق الحاضنة في السكن لا يتقيد بعدد المحضونين فيكفي أن تكون حاضنة لطفل واحد فيلزم الأب بتوفير سكن لممارسة الحضانة⁽¹⁾.

- الشرط الثاني أن لا يكون لها ولي يقبل إيوائها وقد ورد هذا الشرط في نص المادة 52 فقرة 02 السالفة، أي لا يكون لها ولي يستقبلها ويؤمن لها مسكنها⁽²⁾.

ما يؤخذ على هذا الشرط أن الغالب أن يكون للحاضنة ولي لكن التقليل منهم من قبل إيواء بناتهم المطلقات وبالخصوص الحاضنات لهم، فهذا الشرط حرم الكثير من الحاضنات من التمتع بمسكن لممارسة الحضانة.

الشرط الثالث أن تتوفر قدرة الزوج على ضمان السكن، فإذا لم يكن في وسعه سقط حقها فيه فالقاضي يراعي حال، الطرفين وظروف المعاش، وحال الزوج وقدرته على تحقيق هذا الطلب لمطلقاته ومحضونها.

ويجب أن يكون المسكن المطلوب تأمينه للمطلقة ليس هو مسكن الزوجية ذاته، وهذا ما نصت عليه المادة 52 من قانون الأسرة، إذا لا يمكن للمطلقة أن تعيش مع مطلقها الذي أصبح أجنبيا عنها.

وهكذا كان النص القانوني يقرر للمطلقة الحق في الإسكان التي بعد توافر الشروط السالفة الذكر وكما أنه يقرر حالات تفقد فيها المطلقة هذا الحق، فما هي هذه الحالات.

(1) - وهذا ما قضت به المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 1994/11/02 والذي جاء محتواه كالآتي: "ولما ثبت من قضية الحال - أن قضاة المجلس أسسوا قرارهم المنتقد على أن الطاعنة لا يحق لها المطالبة بسكن لممارسة الحضانة، وبأجرته، إلا إذا كانت حاضنة لأكثر من ولدين فإنهم بذلك قد أساءوا بتطبيق القانون وكان يتوجب عليهم إلزام المطعون ضده بتوفير سكن أو تسليم أجرته"، انظر، يوسف دلاندة، قانون الأسرة مدعم بأحدث مبادئ واجتهادات المحكمة العليا في مادي الأحوال الشخصية والمواريث، دار هوميه، الجزائر، 2003، ص 81.

(2) - عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 307.

1- إذا كان مسكن الزوجية وحيدا وفق لأحكام المادة 52 ف03 من قانون الأسرة ويثور التساؤل هنا حول المعنى المراد من لفظ "وحيد" فهل يعني به السكن بأكمله أو جزء منه، أو أنه يشترط تعدد المساكن حتى تستفيد المطلقة من هذا الحق؟

للإجابة عن هذا التساؤل نجد أن المحكمة العليا قد قضت بتاريخ 1998/03/17 بأنه "من المقرر قانونا للحاضنة الحق في البقاء في مسكن متى ثبت أن الزوج مسكنا آخر ومتى تبين في قضية الحال أن الطابق السفلي ممنوح لممارسة الحضانة، فإن قيام الزوج بهبة هذا الطابق لوالديه بعد صدور الحكم بالطلاق يعتبر تقريرا واحتيالا لقصد الطاعنة من ممارسة الحضانة، وعليه فإن القرار المنتقد عندما ألغى الحكم المستأنف فيما يخص السكن الممنوح للطاعنة في الفيلا التي يملكها المطعون ضده خالف أحكام المادة 52 من قانون الأسرة مما يستوجب نقض القرار جزئيا فيما يخص السكن"⁽¹⁾.

فمن خلال هذا القرار يتضح بأنه إذا كان مسكن الزوجية يحتوى على أكثر من جزء أو طابق وكان كل جزء مستقل عن الآخر فإنه يمكن تخصيص جزء مستقل لممارسة الحضانة، إذا لم يكن للزوج غير مسكن الزوجية فإن حق المطلقة فيه سقط.

2- إذا حكم لها القاضي بالسكن تم تزوجت بعد ذلك فإن حقها في المسكن يسقط وهنا يعود السكن إلى مالكة الأصلي، وهو المطلق بمجرد العقد مع الزوج الجديد، فلا يصح أن تعقد مع رجل آخر ليتخذا لهما المسكن المحكوم به لممارسة الحضانة مسكنا جديد للزوجية سواء كان الزوج الجديد من أقارب المحضون أو أجنبيا عنه⁽²⁾ وهذا وفق لنص المادة 52 فقرة 04 من قانون الأسرة.

3- يسقط حقها في السكن كذلك إذا ثبت انحرافها خلقيا، ويعني ذلك أن المطلقة التي تحكم لها المحكمة بالسكن، تم تستعمله للفسق وفساد الأخلاق واستقبال الرجال الغرباء ستفقد هذا الحق وذلك أن الحكم بالسكن للمطلقة الحاضنة هو لغاية مشروعة هي

(1) - المحكمة العليا، غ. ا. ش، 1998/03/17، ملف رقم 179558، المجلة القضائية 2001، عدد خاص، ص 210.

(2) - فضيل سعد، المرجع السابق، ص 338.

ممارسة الحضانة وحفظ المطلقة من التشرّد هي وأبنائها، فلو انحرفت وارتكبت فاحشة، أمر القاضي بإخراجها من السكن وفقا لنص المادة 52 فقرة 04 من قانون الأسرة. هذا عما كان عليه حق المطلقة في السكن وفقا نص المادة 52 من قانون الأسرة قبل تعديلها. أما بعد تعديلها قد أدخل المشرع عليها أحكاما جديدة. فما هي؟ إن تعديل قانون الأسرة قد مس هذه المسألة بتعديل المادة 52 بإلغاء فقراتها من الثانية إلى الرابعة وكذا تعديل المادة 72 منه واستبدالها بفقرتين وهما في حالة الطلاق، يجب على الأب أن يوفر لممارسة الحضانة، سكن ملائما للحضانة، وان تعذر ذلك فعليه دفع بدل الإيجار، وتبقى الحاضنة في بيت الزوجية حتى تنفيذ الأب للحكم القاضي المتعلق بالسكن".

وطبقا للنص الجديد تكون أمام حالتين:

الأولى: وتمثل في أن يعرض الأب سكنا للحاضنة وهنا يحكم القاضي به إذا تبين له بأن ذلك السكن ملائم أي أن يتوفر فيه كل وسائل العيش من ماء وكهرباء وأن لا يكون منعزلا عن السكان.

الثانية: أن لا يعرض الأب سكنا لممارسة الحضانة، أو أنه يعرض سكنا غير ملائما لممارسة الحضانة، فهنا يحكم القاضي عليه بأن يدفع للحاضنة بدل الإيجار الشهري ويحدد مقداره طبقا لحال الطرفين، على أن يكون كافيا بغية إيجار سكن ملائم ولا تخرج الحاضنة من بيت الزوجية إلا بعد تنفيذ الأب للحكم القاضي بالسكن⁽¹⁾ غير أن نص المادة 72 من قانون الأسرة لم يفلت من الانتقادات ومن أبرز هذه الانتقادات والمتعلقة بموضوع دراستنا هي كما يلي:

(1) - انظر، لحسين بن شيخ آث ملويا، المرشد في قانون الأسرة مدعما باجتهاد المجلس الأعلى والمحكمة العليا من 1982 إلى سنة 2014، دار هوم، الجزائر، 2014، ص 241-242.

- استعمال مصطلح بيت الزوجية ليس في محله بل الأصح بيت المطلق⁽¹⁾ لأن أين عقدة النكاح بعد الطلاق..

- كذلك بخصوص فقرة 02 من المادة 72 من ذات القانون التي تقضي بأن تبقى الحاضنة في بيت الزوجية حتى تنفيذ الأب للحكم القضائي بالسكن، فإن إبقاء المطلقة والمطلق في نفس البيت يؤدي حتما إلى تحليل حرمة الله، كان على المشرع في هذه الحالة تعديل نص المادة 61 من نفس القانون التي تنص على أن الزوجة المطلقة لا تخرج من السكن العائلي ما دامت في عدة طلاقها. بمفهوم المخالفة أنه ينبغي عليها أن تغادر السكن بمجرد انقضاء عدتها حتى ولو كانت حاضنة، وان كان هذا غير محقق في مجتمعنا لأن كما هو معروف أن المرأة بمجرد أن ينطق الرجل بالطلاق حتى تجمع حاجياتها وتضع نصب أعينها بيت أهلها⁽²⁾.

لكن هذا لا يمنع من القول أن المشرع رعى بعض الحالات حيث هناك عائلات يرفضن إيواء بناتهم المطلقات وخصوصا إذا كن مع أطفالهن، وهذا يجعل بقاء الحاضنة في بيت مطلقها حتى تنفيذ الحكم المتعلق بالسكن حماية لها ولحضورها.

وبالرجوع إلى القضاء الجزائري، نجد أنه أقر للمطلقة الحاضنة الحق في السكن وهذا من خلال القرارات العديدة للمحكمة العليا حيث جاء في إحداها "حيث من الثابت قانونا أن للحاضنة الحق في المطالبة بسكن لممارسة الحضانة أو بدل الإيجار في حالة تعذر ذلك، وثبت لقضاة الموضوع أن للمطعون ضدها حكما بإسناد حضانة البنت مريم لها، وان المادة 72 من قانون الأسرة تنص على ضمان حق الحاضنة في السكن أو بدل الإيجار لممارسة الحضانة وان محاولة الطاعن التخلص من هذا الالتزام بدعوى أن المطعون ضدها موظفة وأن دويها يملكون السكن لإيوائها رغم عدم تقديمه للدليل على ادعائه فهذا ليس سببا قانونيا لإعفائه من هذا الواجب المفروض من طرف النص أعلاه

(1) - انظر، حميد تشوار وزكية، مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2005، ص 139.

(2) - حميدو تشوار وزكية، المرجع السابق، ص 140.

التي تكرس حق الحاضنة في السكن أو بدل الإيجار لممارسة الحضانة، ولما صادق قضاة الموضوع على الحكم القاضي للطاعنة ببدل الإيجار استنادا إلى المادة 72 من قانون الأسرة فإنهم طبقوا صحيح القانون⁽¹⁾.

وجاء في قرار آخر: "حيث متى كانت المطعون ضدها حاضنة لطفل واحد، فإنها تستحق السكن أو بدل الإيجار بغض النظر عن عدد الأطفال المحضونين، وأما حكم للحاضنة ببدل الإيجار فإن قضاة الموضوع قد طبقوا القانون بطريقة سليمة، مما يتعين رفض هذا الوجه لعدم قانونيته"⁽²⁾.

وبدل الإيجار الذي يحكم به القاضي هو مخصص لفائدة المحضونة لممارسة حضانتها وليس لفائدة الحاضنة، فهو مرتبط بممارسة الحضانة، وهو ما أكدته المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 13 يناير 2011 بقولها "لكن حيث أن بدل الإيجار الذي يلزم الطاعن بدفعه للمطعون ضدها طبقا لأحكام المادة 72 من قانون الأسرة مخصص لفائدة المحضونة لممارسة حضانتها، وليس لفائدة الحاضنة، ومن ثم فإن تحديد الإيجار لمدة معينة لا يعني الطاعن من دفع بذلة، الأمر الذي يجعل الوجه الثاني غير مؤسس كذلك ويتعين عدم الاعتداد به، والقضاء نتيجة لذلك برفض الطعن..."⁽³⁾.

كما أن توفير سكن للحاضنة أو دفع بدل الإيجار هو مقيد بأن تمارس الحضانة في الجزائر لا في الخارج، وهو ما جاء في إحدى حيثيات قرار المحكمة العليا بأنه "حيث بخصوص الشق الثاني من الوجه المتعلق ببدل الإيجار، فتبين بالرجوع إلى القرار المطعون فيه بأن قضاة المجلس قضوا بإلزام الطاعن بتوفير السكن الملائم لممارسة الحضانة أو دفع بدل الإيجار وفقا للمادتين 72 و78 من قانون الأسرة، فإن ذلك مقيد بأن تمارس الحضانة في الجزائر، لا في الخارج، ومتى كانت الحاضنة تمارس الحضانة بفرنسا فإن الأب لا

(1) - المحكمة العليا، غ. أ. ش. م، 13 يوليو 2005، ملف رقم 339617 مقتبس عن حسين بن شيخ آث ملويا، المرشد...، المرجع السابق، ص 249.

(2) - المحكمة العليا، غ. أ. ش. م، 14 يناير 2009، ملف رقم 481857، مجلة المحكمة العليا 2009، عدد 2، ص 234.

(3) - المحكمة العليا، غ. أ. ش. م، 13 يناير 2011، ملف رقم 594435، مجلة المحكمة العليا 2011، عدد 2، ص 268.

يكون ملزما بتوفير السكن ولا يبدل الإيجار ، مما يجعل الوجه سديد في هذا الشق ويتجاوب له فيه...⁽¹⁾

وفي الأخير نقول بأن المشرع بتعديله المادة 72 من قانون الأسرة قد صد كل الأبواب أمام الزوج المطلق من التهرب من توفير مسكن لممارسة الحضانة، غير أنه لا يمكن أن نتجاهل ما يعاني منه مجتمعنا من بطالة وأزمة سكن.

أما بالنسبة للمشرع المغربي وبخلاف ما كان جري به العمل في ظل مدونة الأحوال الشخصية الملغاة، لم يعد يعتبر سكنى المحضون عنصرا من عناصر النفقة، بل أصبحت تكاليف السكنى مستقلة في تقديرها عن النفقة وأجرة الحضانة وغيرهما⁽²⁾.

ولقد ذهب المجلس الأعلى إلى أن استحقاق تكاليف سكنى المحضون ورد في المادة 168 من مدونة الأسرة مطلقا دون تقييد بسن معين للمحضون مراعاة لحقوقه⁽³⁾.

فالأحقية في سكنى الحضانة مقررة لفائدة جميع الأولاد الذين هم في سن الحضانة، سواء كانوا ذكورا أو إناثا، لا فرق في ذلك بين انحلال ميثاق الزوجية بالطلاق أو التطليق أو الفسخ. كما أن المشرع فرض للمحضون واجب السكن بدون تمييز في السن لأن المادة 168 من مدونة الأسرة لما اعتبرت سكنى المحضون مستقلة في تقديرها عن النفقة وأجرة الحضانة، لم يشترط في المحضون سنا معينة حتى يستفيد من هذا الحق وإنما جاءت على إطلاقها بدون قيد ولا شرط، وفي ذلك مراعاة لحقوق المحضون. بمعنى أن المحضون سواء كان رضيعا أو غير رضيع، تكون تكاليف سكناه وجوبا على أبيه من ولادته إلى حين بلوغه سن الرشد القانوني للذكر والأنثى على حد سواء⁽⁴⁾. غير أن بعض محاكم الموضوع خرجت عن هذا الاتجاه وتبنت اجتهاد ضيقا ومخالف لمقتضيات المادة 168 من مدونة الأسرة عندما قضت بأن "مسكن الرضيع المحضون في مدة الرضاع هو حجر أمه

(1) - المحكمة العليا، غ. أ. ش. م، 12 ماي 2011، ملف رقم 622754، مجلة المحكمة العليا 2012، عدد 1، ص 306-307.

(2) - المادة 168 من مدونة الأسرة.

(3) - المجلس الأعلى، 7 أكتوبر 2005، مجلة الملف، 2006 العدد 9، ص 231، مقتبس عن محمد الشافعي، الطلاق والتطليق...، المرجع السابق، ص 227.

(4) - محمد الشافعي، الطلاق والتطليق...، المرجع السابق، ص 227.

ولا حق للحاضنة -سواء أما أو غير- في تكاليف سكنى الرضيع المحضون⁽¹⁾. ولكن المجلس الأعلى تقضي القرارات التي تبنت هذا التأويل حيث ذهب إلى القول أن: "القرار المطعون فيه لما قضي برفض طلب واجب سكن المحضون لعله أنه لا زال في حضن أمه معتمدة في ذلك الاجتهاد حيث لا اجتهاد مع النص تكون قد خرقت القانون ولم تجعل لقضائها أساس سليما"⁽²⁾.

فعلى الأب أن يهيئ لأولاده محلا لسكناهم، أو أن يؤدي المبلغ الذي تقدره المحكمة لكرائه مراعية في ذلك المادة 191 وما بعدها، ولا يفرع المحضون من بيت الزوجية إلا بعد تنفيذ الأب الخاص بسكنى المحضون، تفاديا لتعريضه للتشرد والصباع وهو ما قضى به المجلس الأعلى⁽³⁾.

فالمادة 168 من مدونة الأسرة تقضي باستقلالية واضحة بين مصاريف سكنى المحضون وبين أجرة النفقة والحضانة وغيرها من التكاليف الأخرى، كما أنها لم تتطرق لأحقية الحاضنة في الاستفادة من السكن، ولكن ما دامت الحضانة تعني خدمة المحضون من طرف الحاضنة بكيفية مستمرة، فإنه لا يتصور أن يكون لهذه الأخيرة مسكنا مستقلا عن المسكن الذي يقيم فيه المحضون، بل تكون الحضانة ملازمة لهذا الأخير وبالتالي تستفيد معه بالتبعية من السكن المخصص له دون أن تساهم في تكاليفه. فالحاضنة تقاسم المحضون في السكن الذي أعده الأب عينيا أو بأداء مستحقاته الكرائية دون أن تستغله في أغراضها الشخصية أو التنازل عنه للغير، بل يمنع عليها القيام بما يمكن أن يتعارض مع مصلحة المحضون. ويلاحظ أن مضمون التزام الأب بسكنى المحضون تتحكم فيه سلطة القضاء، حيث أصبح الأب مخيرا بين الأعداد سكن خاص بأولاده وأمهم الحاضنة لهم، أو

(1) - محكمة الاستئناف الجديدة، 18 يناير 2005، مجلة الملف 2004 العدد 6، ص 286.

(2) - المجلس الأعلى، 7 دجنبر 2005، مقتبس عن محمد الشافعي، الطلاق والتطويق، المرجع السابق، ص 227.

(3) - المجلس الأعلى، 11 أكتوبر 2000، مجلة القضاء والقانون، العدد 146، ص 119.

أن يؤدي لهم مقابل الكراء الذي توافق عليه المحكمة أن رأيه منصفاً أو تعيد تقديره في إطار سلطتها التقديرية متى تبين لها خلاف ذلك⁽¹⁾.

أما بخصوص المشرع التونسي، فإن سكوته صلب مجلة الأحوال الشخصية عن تحميل الأب، بصفة مستقلة وصریحة واجب إسكان أسرته حال قيام العلاقة الزوجية، من باب السهوء. بل يقينا منه أن تعريف النفقة بالفصل 50 من نفس المجلة، الذي يجعل مشمولاتها المسكن، كاف لإنهاء هذه المسألة وتقنينها⁽²⁾ إلا أن هذا اليقين الذي صاحبه، في تشريع واجبات الأب طيلة تواصل الحياة الزوجية تمكنت منه الظنون واتسعت به الاحتمالات بعد انفصال الزوجين، الأمر الذي جعله بالفصل 56⁽³⁾ من المجلة المذكورة يقر ارتجالاً بصفة صريحة واجب إسكان حاضنة أبنائه، والمقصود بواجب إسكان الحاضنة

(1) - محمد الشافعي، الطلاق والتطليق...، المرجع السابق، ص 228.

(2) - انظر، نور الدين عمر، تدعيم واجب إسكان الحاضنة حماية للأسرة وتأصيلاً لمصلحة المحضون، مجلة القضاء والتشريع، تونس، أكتوبر 2009، ص 336.

(3) - هذا الفصل بمقتضى القانون عدد 20 لسنة 2008 مؤرخ في 04 مارس 2008 بإضافة الفقرات (2 و3 و4 و5 و6 و7) وإضافة الفصل 56 مكرر ولقد جاء نص الفصل 56 كما يلي: "مصاريف شؤون المحضون تقام من ماله وإلا فمن مال أبيه، وإذا لم يكن للحاضنة مسكن فعلى الأب إسكانها مع المحضون ويترتب للحاضنة عند إلزام الأب بإسكانها مع محضونها حق البقاء في المسكن الذي على ملك الأب ويزول هذا الحق بزوال موجبة.

وفي صورة إلزام الأب بإسكان الحاضنة مع المحضون في المسكن الذي تسوغه يستمر الأب على أداء معينات الكراء إلى زوال الموجب. وعند إلزام الأب بأداء منحة السكن لفائدة الحاضنة ومحضونها يتم تقديرها بحسب وسع الأب وحاجيات المحضون وحال الوقت والأسعار. ولا يجوز حق البقاء الممنوح للحاضنة ومحضونها بالمسكن الذي على ملك الأب دون إمكانية التفويت فيه بعوض أو بدونه أو رهنة شريطة التنصيص على هذا الحق بسند التفويت أو الرهن.

ويمكن مراجعة الحكم المتعلق بسكنى الحاضنة إن طرأ تغيير في الظروف والأحوال وتنظر المحكمة في مطالب المراجعة وفقاً لإجراءات القضاء الاستعجالي وعليها عند البت في تقدير أسباب المراجعة مع مراعاة مصلحة المحضون.

وتبقى القرارات الفورية الصادرة عن قاضي الأسرة بخصوص سكنى الحاضنة ومحضونها قابلة للمراجعة طبق للإجراءات المقررة لها. وينص الفصل 56 (مكرر) يعاقب بالسجن من ثلاثة أشهر إلى عام وبخطية من مائة دينار إلى ألف دينار كل من يتعمد التفويت بعوض أو بدونه في محل سكنى أزم الأب بإسكان الحاضنة ومحضونها به أو رهنه دون التنصيص بسند التفويت أو الرهن على حق البقاء المقرر للحاضنة ومحضونها قاصداً حرمانها من هذا الحق.

ويعاقب الأب بنفس العقوبات المقررة بالفقرة المتقدمة إذا تسبب في إخراج الحاضنة من المحل المحكوم بإسكانها ومحضونها به وذلك إما بتعمده فسخ عقد الكراء بالتراضي مع المكري أو عدم أداء معينات الكراء الحالية عليه وفي صورة الحكم عليه بمنحه سكن قضائه شهراً دون دفع ما حكم عليه بأدائه.

ولا يجوز في الحالتين الأخيرتين الجمع بين تتبع الأب من أجل هذه الجريمة وجريمة عدم دفع مال النفقة ويترتب عن التسوية إيقاف التبعات أو المحاكمة أو تنفيذ العقاب".

إلزام الأب، بتدبير أمر إقامة من عهد لها، حفظ وتربية أبنائه: سواء كانت زوجته أو غيرها من النساء.

ولقد مثل واجب إسكان الحاضنة موضوع اختلافات فقهية، إذ وقع اعتباره حقا ومكسبا آخر للمرأة التونسية، يعزز مكانتها، ويذود عن دورها كأم⁽¹⁾ وهناك من رأى فيه تعبير عن حق الحاضنة في السكنى⁽²⁾. والحال أن مصلحة الطفل الفضلى هي المركز الأساسي لهذا الواجب. ومل ما خرج عنها لا يعدو أن يكون عنصر من عناصر توازن كل ما ارتبط بها إما على المستوى العملي، فإن المتمتع في هذا الواجب قبل تنقيح 2008/03/04 مع إمامه بتبعات التقاعس فيه، من عظم المآسي للأبناء وعديد الأوضاع الاجتماعية الصعبة والحرجة، يقف حتما على الضرورة التي دعت لهذا التنقيح الذي ثبت، مرة أخرى احتكام المشرع نهج حماية الأسرة وإعلاء شأن مصلحة الطفل حتى تتأصل كميّار تحكّم له، كل النصوص والمقتضيات إلى أقصى درجات المراعاة والملائمة⁽³⁾.

فكيف تدعم واجب إسكان الحاضنة بعد تنقيح التشريعي الأخير (قانون عدد 20 لسنة 2008)؟

فمن قراءة الفصل 56 وفق صيغته المنقحة، والفصل 56 مكرر المضاف للمجلة. يتضح أن هذا الواجب قد تدعم من خلال الآليات التي أقرت لتفعيله ومن خلال حرص المشرع على زجر الممارسات الضارة بهذا الواجب في خلال الفصل 56 يتضح لنا أن واجب إسكان الحاضنة قد تعزز بحقها في البقاء بالمسكن الذي على ملك أو أن تسوغ الأب وبقي واجبا ليؤسس حقها التمتع بمنحة السكن عند الاقتضاء.

اقتضت الفقرة الثانية من الفصل 56، أنه يترتب للحاضنة عند إلزام الأب بإسكانها مع المحضون حق البقاء في المسكن الذي على ملك الأب ويزول هذا الحق

(1) - انظر، الطيب اللومي، سكن الحاضنة، المجلة القانونية، تونس، جوان 2007، ص 07.

(2) - انظر، المنصف زغاب، سكن الحاضنة على ضوء تنقيح 2008/03/04، المجلة القانونية، تونس، أبريل 2008، ص 17.

(3) - نور الدين عمر، المرجع السابق، ص 337.

بزوال موجه". ما يلاحظ على الفقرة أنها تلزم الأب بإسكان الحاضنة والذي يعتبر شرطاً مع ملكيته لترتيب حق البقاء.

كما أنه يلاحظ أن المشرع استعمل عبارة "المسكن الذي على ملك الأب" إذ لا يجب أن يفهم على أنه محل الزوجية الذي على ملك الأب، بل أي مسكن تثبت ملكيته له، ربما أراد المشرع من خلال ذلك إعطاء أكثر الضمانات للحضانة لأبناء المالك لأكثر من محل سكني، حتى يتسنى لها ممارسة حقها في البقاء بمحل الزوجية أو بغيره الجدير بالذكر في الصدد أنه كان يحسن بالمشرع لو أقمم عبارة "محل الزوجية" كخيار أول، إضافة للمسكن الذي على ملك الأب، حتى لا يفتح المجال للآباء المالكين لأكثر من محل، كي يعمدوا الإخراج الحاضنة ومحتوياتها من محل الزوجية لمحل آخر، خاصة أن كان الأول مما يراعي مصلحة المحضون الفضلي⁽¹⁾.

ولقد نصت الفقرة الثالثة من الفصل 56 المذكور أنه "وفي صورة إلزام الأب بإسكان الحاضنة مع المحضون في المسكن الذي تسوغه يستمر الأب على أداء معينات الكراء إلى زوال الموجب". ما يفهم من هذه الفقرة أن المشرع ألزم الأب بالاستمرار على دفع الكراء من أجل بقاء الحاضنة بالمحل المسوغ: فالمشرع تعرض لحالتين أو وضعيتين، الأولى حين يكون الأب مالكا للمسكن والثانية التي يكون فيها متسوغا، فكان سهلا عليه ترتيب حق البقاء بالمسكن الأول، ولم يستطع ترتيبه صراحة على محل ترجع ملكيته لمن لا صلة له بالأبناء وحاضنتهم، فجعله حقا مستترا يتمظهر في إلزام الأب بالتواصل على دفع معينات الكراء.

أما بخصوص الفقرة الرابعة من الفصل 56 نصت على أنه "عند إلزام الأب بأداء منحة السكن لفائدة الحاضنة ومحتوياتها يتم تقديرها بحسب وسع الأب وحاجيات المحضون وحال الوقت والأسعار". والملاحظ أن العناصر الواجب اعتبارها في تقدير المنحة تقترب من العناصر التي أوردها الفصل 52 من مجلة الأحوال الشخصية والمتعلقة

(1) - نور الدين عمر، المرجع السابق، ص 339.

بتقدير النفقة، وكأن المشرع أراد القول أن منحة السكن لا تعدو أن تكون وجه من أوجه الإنفاق ولم يقف المشرع عند إقرار حق الحاضنة في السكن، بل تدخل بالفصل 56 مكرر الواقع إضافته لمجلة الأحوال الشخصية محاولاً سن الإجراءات الكفيلة بمنع الممارسات الضارة بحقوق المرأة والطفل، ويضمن الحماية اللازمة للحق في السكني المقرر من المحكمة لفائدة الحاضنة المحضون. وبالرجوع للفصل 56 مكرر، يتضح أن المشرع عمل فعلاً على التصدي لهذه الممارسات وذلك بتجريم فعل تعمد عدم التنصيص على حق بقائها بسند التصرف في ملكية العقار وكذلك تجريم فعل التسبب في إخراج الحاضنة من محل سكني الحضانة.

فصت الفقرة الأولى من الفصل 56 مكرر أنه "يعاقب بالسجن من ثلاثة أشهر إلى عام وبخضية من مائة دينار إلى ألف دينار كل من يتعمد التفويت بعوض أو بدونه في محل سكني ألزم الأب بإسكان الحاضنة ومحضونها به أو رهنه دون التنصيص بسند التفويت أو الرهن على حق البقاء المقرر للحاضنة ومحضونها قاصداً حرمانها من هذا الحق.

يتضح من خلال هذه الفقرة، أن جريمة التنصيص على حق بقاء الحاضنة بسند التفويت أو الرهن، لا تقوم من غياب التنصيص المطلوب، بل يجب أن يتوفر قصد حرمان الحاضنة من هذا الحق. وكان يحسن بالمشرع لو عدل عن عبارة "قاصداً حرمانها من هذا الحق"، حتى يوفر مزيداً من الضمانات للحاضنة خاصة لما في إثبات عنصر القصد من صعوبة، إذ قد يعمد الأب وفي كل الأحوال إلى بيع محل سكني الحاضنة الذي ألزم بإسكانها فيه دافعاً بأنه لم يقصد حرمانها من حق البقاء⁽¹⁾.

وجريمة عدم التنصيص على حق الحاضنة في البقاء بسند التصرف في الملكية لا تقوم إلا بعد أن يقع إلزام الأب بإسكانها بالمحل موضوع ملكيته وهو أمر منطقي، إذ لا يمكن الاعتراف للحاضنة بحق البقاء قبل ذلك التاريخ، خاصة إذا علمنا أن صيغة

(1) - نور الدين عمر، المرجع السابق، ص 345.

الإسكان التي سيقع الزام الأب تحتكم أساسا لمصلحة المحضون والتي تقضي أن لا يقطن بالمسكن الذي على ملك الأب.

ولقد سحبت الفقرة الثانية من الفصل 56 مكرر نفس عقاب الفقرة الأولى السجن من ثلاثة إلى عام والخطية من مائة دينار إلى ألف على الأفعال المكونة لهذه الجريمة حين نصت على أنه "يعاقب بنفس العقوبات المقررة بالفقرة المتقدمة إذا تسبب في إخراج الحاضنة من المحل المحكوم بإسكانها ومحتونها به وذلك إما بتعمده فسخ عقد الكراء بالتراضي مع المكري أو عدم أداء معينات الكراء الحالة عليه وفي صورة الحكم عليه بمنحة بسكن، قضائه شهرا دون دفع ما حكم عليه بأدائه".

يتضح من خلال هذا النص، أن المشرع استدل على جريمة التسبب في إخراج الحاضنة، من محل سكني الحضانة من خلال ثلاث وضعيات الأولى فسخ عقد الكراء بالتراضي مع المالك والثانية عدم أداء معينات الكراء الحالة عليه والثالثة قضائه شهرا دون دفع ما حكم عليه بأدائه.

وتجدر الإشارة الأخيرة إلى أن التسوية بخصوص هذه الجرائم، من شأنها إيقاف الإجراءات سواء كانت في طور التتبع، المحاكمة، أو تنفيذ العقاب. ومن هنا يتأكد بصورة واضحة وجلية أن الغاية من هذه الإجراءات ليست الزجر في حد ذاته بل أولا وأساسا الردع وصولا لضمان سكني أو إسكان الحاضنة.

وهكذا نقول بأن المشرع التونسي دعم واجب إسكان الحاضنة من أجل مصلحة المحضون ومن أجل حماية الأسرة، التي إن كان الطلاق سببا في تصدعها فإنه من شأن هذه الضمانات تشد تماسكها فما آليات تفعيل واجب الإسكان، والتي جاءت بحق الحاضنة البقاء بالمسكن الذي على ملك أو في تسوغ الأب، كحقها في منحة السكن عند الاقتضاء، إلا لبقاء الطفل داخل وسطه الأسري بما يحقق له السلامة والتوازن، وما آلية الحماية القائمة على زجر التحيل على هذا الواجب، بتجريم التسبب في إخراج الحاضنة من محل سكني الحضانة، كتجريم عدم التنصيص على حق بقائها بسند التصرف في ملكية العقار بالتفويت أو الائتمان إلا للذود عن ذلك الخيار، الطفل، وتلك القيمة

الجديرة بالحماية، الأسرة⁽¹⁾. هذا بخصوص حق المطلقة الحاضنة. إلا أنه في كثير من الحالات ما يكون أحد المحضونين في أشهره الأولى، وبالتالي فإنه يحتاج إلى حليب أمه حتى ينمو ويكبر، ففي حالة إذا أرضعت المطلقة صغيرها الذي من مطلقها فهل تستحق أجر الرضاع؟

المطلب الثاني:

المطلقة وأجرة الرضاع.

لقد أثبتت الدراسات العلمية أن لبن الأم أفضل للطفل مما عداه⁽²⁾؛ والأطباء يبحثون الأمهات على إرضاع أطفالهم للفائدة الكبيرة التي يحتويها لبن الأم وهذه الحقيقة العلمية تدل على حكمة قوله تعالى: ﴿ وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ^ط لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ ﴾⁽³⁾.

ومن ثم اتفق الفقه الإسلامي على أن الرضاع واجب على الأم ديانة سواء كانت متزوجة بأب الرضيع أم كانت مطلقة منه وانتهت عدتها، فإن امتنعت عنه مع القدرة عليه كانت مسؤولة عن ذلك أمام الله⁽⁴⁾.

والرضاع في الشرع اسم لتغذية الصغير من الثدي في مدة مخصوصة سواء من الأم أو من غيرها⁽⁵⁾.

(1) - نور الدين عمر، المرجع السابق، ص 346.

(2) - حيث أنه روي أنه صلى الله عليه وسلم قال: "ليس لبن يرضع به الصبي أعظم بركة عليه من لبن أمه". انظر، أبي الوليد محمد بن أحمد بن رشد، مقدمات ابن رشد، الجزء الأول والثاني، دار صادر، بيروت، بدون سنة طبع، ص 381.

(3) - سورة البقرة، الآية 233.

(4) - عثمان التكروري، المرجع السابق، ص 259.

(5) - انظر، محمد كمال إمام، الطلاق عند المسلمين، دراسة فقهية وقانونية، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 1999، ص 187.

الفرع الأول:

مدى إلزام بإرضاع ولدها.

رغم اتفاق الفقهاء على أن الرضاع واجب على الأم إلا أنهم اختلفوا في مدى إلزاميته.

فبخصوص الأحناف قالوا: إن إرضاع الأم ولدها واجب عليها ديانة لقوله تعالى: ﴿ وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ ۖ ﴾⁽¹⁾. وعند المالكية يجب على الأم المتزوجة بأب الرضيع أو الرجعية أي المطلقة رجعياً إرضاع ولدها من الأب صاحب العصمة أو المطلق رجعياً ويكون الإرضاع بنفسها، أو تستأجر لإرضاعه أن لم يكن لها لبن، استثنى المالكية من هذا الوجوب الزوجة التي لا ترضع إن كانت من أشرف الناس الذين لا يرفعون أولادهم فلا يلزمها إرضاعه، أو كانت مريضة شرط أن يقبل ولدها ثدي امرأة أخرى غيرها⁽²⁾، أما بخصوص المطلقة بئنا لا يلزمها إرضاع ولدها من مطلقها إلا إذا تعينت هي الإرضاع.

بينما يرى الشافعية أن على الأم إرضاع ولدها اللبن النازل أول الولادة ويسمونه (اللّبأ) وبعد إرضاع هذا اللّبأ يجب عليها الرضاع إذا لم يوجد غيرها، وهذا الوجوب ينتفي إذا وجدت أجنبية ترضع الصغير ومن ثم لا تجبر الأم على الإرضاع عند الشافعية⁽³⁾، أما الحنابلة يرون أن إرضاع الصغير يتحملة الأب وليس له إجبار أم الصغير على إرضاعه سواء كانت الزوجة قائمة أو كانت الزوجة مطلقة، إلا إذا اضطرت الأم للإرضاع ولدها لعدم وجود سواها أو أن الرضيع لا يأخذ ثدي غيرها فهنا إرضاعها له يصبح واجب عليها⁽⁴⁾.

(1) - سورة البقرة، الآية 233.

(2) - يقول صاحب كتاب الشرح الصغير (وعلى الأم المتزوجة بأبي الرضيع أو الرجعية رضاع ولدها من ذلك الزوج بلا أجر تأخذه من الأب إلا لعلو قدر، بأن كانت من أشرف الناس الذين من شأنهم عدم إرضاع نسائهم أولادهم، فلا يلزمها رضاع)، الدردير، المرجع السابق، ص 705.

(3) - عبد الله عبد المنعم عبد اللطيف العبيلي، الراضع المحرم في الفقه الإسلامي، ط1، دار ابن الجوزي، القاهرة، مصر، 2005، ص 76.

(4) - عبد الله عبد المنعم عبد اللطيف العبيلي، المرجع السابق، ص 76 - 77.

وبالرغم من إمكانية استغناء الطفل عن حليب أمه كغذاء جسدي فإن الغذاء الروحي ينقصه متى اعتمد الحليب الاصطناعي لغذائه لأنه معلوم أن الحليب الاصطناعي يشبع الرضيع إلا أنه لا يمده بالعطف والحنان الذي يوجد لدى الأم⁽¹⁾. ولهذا من الأفضل أن تلزم الأم بإرضاع صغيرها دون ترك الخيار لها بين ثديها والحليب الاصطناعي إلا في حالات استثنائية كالمرض مثلاً. والخلاصة أن الأم إذا كانت مطلقة فلا تجبر على الإرضاع، لأن الإرضاع كالنفقة ونفقة الصغير على أبيه لقوله سبحانه وتعالى: ﴿وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾⁽²⁾.

فإذا رفضت المطلقة إرضاع ولدها فلا إجبار عليها بل على الأب أن يستأجر من تقوم بإرضاع الصغير، لكن هناك حالات تجبر فيها المطلقة على الإرضاع⁽³⁾ وهي على النحو التالي:

- 1- إذا امتنع الطفل عن قبول الثدي غير ثدي أمه وامتنع كذلك على تناول المستحضرات الطبي الحديثة لتغذية الأطفال، فهنا تلزم المطلقة بالإرضاع وهذا لمصلحة الصغير ولبقاء وجوده.
- 2- تجبر المطلقة بإرضاع صغيرها كذلك إذا لم يكن للصغير ولا للأب مال يمكنه من استئجار مرضعه ولم يوجد من يتبرع بذلك فهنا على الأم القيام بالرضاع للضرورة، ومتى أرضعت المطلقة صغيرها هل لها الحق في المطالبة بأجرة الرضاع؟

(1) - فضيل سعد، المرجع السابق، ص 204.

(2) - سورة البقرة، الآية 233.

(3) - انظر، عبد الفتاح إبراهيم بمنسي، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية "فقها وقانونا"، مطبعة الإشعاع الفنية، الإسكندرية، دون سنة، ص 161، عبد الرحمن الصابوني، المرجع السابق، ص 20.

الفرع الثاني:

استحقاق المطلقة أجره الرضاع.

من المقرر أن الأم لا تستحق أجر إرضاع صغيرها متى كانت الحياة الزوجية قائمة بينها وبين والد هذا الرضيع، غير أن للإشكال يطرح بالنسبة للمطلقة إذا كنا أن نتساءل عما إذا كانت تستحق أجره إرضاع صغيرها الذي هو من مطلقها؟

إذا كانت المرضعة معتدة من طلاق رجعي فإنها لا تستحق أجره إرضاع صغيرها على أبيه الذي هي زوجته حكما لأنها تستحق عليه النفقة⁽¹⁾. والإرضاع هنا واجب عليها لقوله تعالى: ﴿ وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ ﴾⁽²⁾ ومن خلال هذه الآية يكون الإرضاع واجب على الأم ديانة مقيد رزقها على الأب والمعلوم أن المطلقة ما دامت في العدة فزوجها قائم للإنفاق عليها ولهذا لا تستحق أجره الرضاع.

أما بخصوص الإرضاع في عدة الطلاق البائن، يرى المالكية وجوب الأجر للأم على الأب إذا أرضعت ولده وهي في عدتها من طلاقه البائن عملا لقوله تعالى: ﴿ فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ ﴾⁽³⁾ وعند الأحناف قولان، أحدهما أنها لا تستحق أجره على الإرضاع لأن النفقة واجبة لها وهي في العدة من طلاق بائن؛ والقول الثاني يرى وجوب الإرضاع لأن الطلاق البائن ينهي الزوجية فتصبح أجنبية وبالتالي لا تستحق أجر الإرضاع⁽⁴⁾.

أما إذا انقضت العدة فتستحق الأم المطلقة نفقة الرضاع كسائر المرضعات بل هي أولى من غيرها نظرا لوفور شفقتها وحنانها على الطفل⁽⁵⁾.

(1) - محمد بن جزى الغرناطي، المرجع السابق، ص 274.

(2) - سورة البقرة، الآية 233.

(3) - سورة الطلاق، الآية 06.

(4) - أبي عبد الله مالك بن أنس الأصبجي، المرجع السابق، ص 206.

(5) - عبد الرحمن الصابوني، المرجع السابق، ص 204.

ولا تستحق المطلقة أجره إرضاع الصغير لأكثر من سنتين عملا بقوله تعالى:

﴿ وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ ﴾⁽¹⁾.

أما المشرع الجزائري الأسري فإنه لم يشير إلى أجره الرضاع، وإن كان قبل التعديل قانون الأسرة يكتفي باعتبار إرضاع الأولاد واجب على الزوجة حيث كانت تنص المادة 39 منه قبل إلغائها "يجب على الزوجة... إرضاع الأولاد عند الاستطاعة..". سكوت المشرع الجزائري عن أجره الرضاع تستوجب الرجوع إلى أحكام الفقه الإسلامي وإن كان الغالب أن المطلقات لا تطالبن بأجره الرضاع وإنما تطالبن بالنفقة الغذائية لمحضوئهن، لكن هذا لا يمنع القاضي من الحكم بما متى طلبتها المنطقة استنادا إلى رأي الإمام مالك.

أما فيما يخص مدة استحقاق أجره الرضاع، فقد اتفق الفقهاء في سنتان فقط، فمتى أتم الرضيع حولين كاملين، لا يمكن للمرضعة اللحق في المطالبة بأجره الرضاع وهو ما أكدته المحكمة العليا في قرارها بتاريخ 1991/03/23 بقولها: "من المقرر شرعا أن مدة الرضاعة الكاملة هي عامين فقط، ومن تم فإن النفي على القرار المطعون فيه بانعدام الأساس القانوني غير وجيه يستوجب رفضه"⁽²⁾.

غير أن المشرع المغربي تناول ذلك من خلال المادة 54 فقرة 04 من مدونة الأسرة بقولها إرضاع الأم أولادها عند الاستطاعة".

فالواضح هنا أنه من الواجبات الملقاة على عاتق الأم إرضاع أولادها عند الاستطاعة مما يفيد ضمنا أن ذلك الحق يسقط بعدم الاستطاعة إذ القاعدة لا تكليف بما فوق الطاقة؛ فالأم تستحق أجره الرضاع بعد انتهاء الزوجية والعدة ولا تستحقها في حالة الزوجية والعدة من طلاق رجعي.

(1) - سورة البقرة، الآية 233.

(2) - المحكمة العليا، غ. أ. ش، 1991/04/23، ملف رقم 71727، المجلة القضائية 1993، عدد 02، ص 47.

وبالرجوع إلى أحكام المادة 167 فقرة 01 من مدونة الأسرة والتي تفيد أن أجره الحضانة ومصاريفها على المكلف بالنفقة المحضون وهي غير أجره الرضاعة والنفقة وهو ما أكده المشرع المغربي من خلال المادة 201 من المدونة والتي نصت على أجره رضاع الولد على المكلف بالنفقة وحتى تستحق المطلقة هذه الأجره يجب أن يتم الرضاع في فترة الحولين الأولين من عمر الرضيع.

أما بالنسبة لمقدار أجره الرضاع، فقد ألزم المشرع المغربي أب المحضون بأداء أجره الرضاع، دون توضيحه لكيفية تقدير هذه الأجره، مما يبرر استخدام القاضي لسلطته التقديرية، ما لم يتفق الطرفان على مقدارها فالقاضي حال رفع النزاع إليه، وعدم وجود أجر متعارف عليه، يعتمد إلى تفعيل سلطته التقديرية مراعيًا في ذلك كون الأجره، وإنما هي مقابل للالتزام بعمل، خلافا لما هو الأمر عليه بالنسبة لتقدير مبلغ النفقة.

والمشرع التونسي نص على الإرضاع في الفصل 48 الذي جاء فيه "على الأب أن يقوم بشؤون الإرضاع لما يقتضيه العرف والعادة إذا تعذر على الأم إرضاع الولد". ما يفهم منه أن على الأم إرضاع ولدها وفي حالة إذا تعذر عليها ذلك سواء لمرض أو لغيره تحمل الأب شؤون الإرضاع بما فيها أجره الرضاع بما يقتضيه العرف والعادة.

ما يفهم منه أنه في حالة الطلاق يتحمل الأب أجره الرضاع إن طالبت بها المطلقة.

وعموما تبقى قضايا أجره الرضاع قليلة إن لم تقل منعدمة من الناحية العملية. وهذا راجع لما تتميز به الأم من عاطفة وحنان اتجاه رضيعها الذي ينسبها طلب أجره. بالإضافة إلى هذه الحقوق هناك حقوق أخرى كثيرا ما يثار بشأنها تنازع بين الطرفين.

المطلب الثالث:

حق المطلقة في متاع البيت.

من الطبيعي أن المعيشة المشتركة بين الزوجين تستلزم توفير وسائل العيش اللازمة من أثاث وأدوات منزلية، كما أن الزوجة غالباً ما تساهم في تكوين متاع البيت عبر الجهاز أو الشوار أو شراء بعض اللوازم مما يفرض حين الانفصال أن تأخذ نصيبها من المتاع المنزلي.

المتاع لغة كل ما ينتفع به انتفاعاً قليلاً من باق وينقض عن قريب والمراد بمتاع البيت ما ينتفع في بيت الزوجية من أثاث وأدوات منزلية⁽¹⁾. ولقد اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية في مدى إلزامية الزوجة في إعداد مسكن الزوجية وتأثيثه.

فالمالكية قالوا أن الجهاز واجب على الزوجة بمقدار ما تقبضه من المهر، فإن لم تقبض شيئاً فلا تلزم شيئاً، إلا إذا اشترط الزوج التجهيز عليها، أو كان العرف يلزمها به، واستدلوا بأن العرف جرى على أن الزوجة هي التي تعد بيت الزوجية وتجهزه بما يحتاج، وأن الزوج إنما يدفع المهر لهذا الغرض، ويلزمها أن تتجهز بالمهر على العادة من حضر أو بدو. ولا يلزمها أن تتجهز بأزيد منه إلا لشرط أو عرف⁽²⁾.

والراجح في المذهب الحنفي أن المرأة لا تجبر على تجهيز نفسها من مهرها ولا من غيره ولا يجبر أبوها على تجهيزها من ماله⁽³⁾.

فالزوجة إذن قد تساهم في إعداد بيت الزوجية، وهذا بالفعل يزيد من جمال وروعة البيت خاصة أن المرأة معروفة بذوقها المتميز، لكن قد لا تدوم العشرة بين الزوجين فيكون الفراق هو سبيل كل واحد منهما. غير أن هذا الفراق يثير نزاع

(1) - بدران أبو العينين بدران، المرجع السابق، ص 230.

(2) - محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص 225.

(3) - انظر، محمد أحمد سلاج، الزواج، ديوان المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1999، ص 198.

بخصوص متاع البيت فكيف عالج الفقه الإسلامي هذا النزاع (الفرع الأول) وما هو موقف قوانين الأسرة المغاربية من هذه المسألة.

الفرع الأول:

موقف الفقه الإسلامي من النزاع حول متاع البيت.

قد يقع خلاف بين الزوجين في حالة الافتراق، بشأن تملك شيء من متاع البيت وكان الشيء مما يملكه الرجال غالباً، أو النساء غالباً ويشهد العرف بذلك. فماذا يكون للنساء من هذا المتاع. وماذا يكون للرجال؟ ففي هذه المسألة رأيان مشهوران للفقهاء.

ذهب أصحاب الرأي الأول أنه إذا اختلف الزوجان في متاع موضوع في البيت الذي كان يسكنان فيح حال قيام الرابطة الزوجية، أو بعدما وقعت الفرقة بفعل من الزوج أو الزوجة، ولا بينة لهما، فإنهما يحلفان، فإن حلفا جميعاً، فالمتاع بينهما نصفان، وهذا ما أخذ به الشافعي وابن حازم وسفيان الثوري.

فقد قال الشافعي: "إذا اختلف الرجل والمرأة في متاع البيت الذي هما فيه ساكنان، وقد افترقا أو لم يفترقا أو مات أحدهما، فاختلف ورثتهما أو ورثة أحدهما بعد موته، فذلك كله سواء، والمتاع إذا كان ساكني البيت في أيديهما معاً، فالظاهر أنه في أيديهما كما تكون الدار في أيديهما أو في يد رجلين فيحلف كل واحد منهما لصاحبه على دعواه، فإن حلفا فالمتاع بينهما نصفان، لأن الرجل قد يملك متاع النساء بالشراء والميراث وغير ذلك، والمرأة قد تملك متاع الرجال بالشراء والميراث وغير ذلك، فلما كان هذا ممكناً وكان المتاع في أيديهما، لم يجزان بحكم فيه إلا بهذا، لكيقونة الشيء في أيديهما"⁽¹⁾. كما علل الشافعي قوله: "فالقياص الذي لا يعذر أحد عندي بالغفلة عنه، أن هذا المتاع في أيديهما معاً، فيحلف كل منهما لصاحبه على دعواه، فإن حلفا جميعاً

(1) - محمد بن إدريس الشافعي، ط02، ج05، دار المعرفة، بيروت، 1393، ص95.

فهو بينهما نصفين. ولأنه في يدهما فجعل بينهما، كما لو تدعى البيت التي يسكن فيها"⁽¹⁾.

أما أصحاب الرأي الثاني قالوا أنه إذا اختلف الزوجان في متاع البيت فاخصما فيما يصلح للرجال كالسلاح والعمامة والقميص والقباء والسراويل والفرس ونحوه، فهو للرجل، وما يصلح للنساء عادة كالدرع، والخمار، والمغازل، والحلي والحريز، والصندوق وما أشبه ذلك فهو للزوجة. وهذا ما أخذ به الحنفية والمالكية والحنابلة⁽²⁾.

قال الدردير من المالكية "أن التنازع الزوجان قبل البناء أو بعده في متاع البيت أي الكائن فيه للمرأة المعتاد للنساء فقط يمين كالحلي وما يناسبها من الملابس ونحوها، أن لم يكن في حوز الرجل الخاص، ولم تكن فقيرة معروفة به، وإلا فلا يقبل قولها فيما زاد على صداقها"⁽³⁾.

وقال ابن قدامة: "وإذا تنازع الزوجان في متاع البيت حال الزوجية أو بعد الفرقة أو تنازع ورتتها بعد موتها أو أحدهما وورثة الآخر ولا بينه لهما، حكم بما يصلح للرجال من ثيابهم وعمائمهم وسلاحهم ونحو ذلك للرجل، وما يصلح للنساء من ثيابهن ومقانعهن وحليهن ومغازلهن ونحو ذلك للمرأة"⁽⁴⁾.

ومن خلال أقوال الفقهاء في اختلاف الزوجين في ملكية متاع البيت، فإننا نرى بأن ما ذهب إليه جمهور الفقهاء هو الراجح، وذلك في اختصاص كل من الزوجين بما يصلح له من متاع البيت.

(1) - انظر، الشيرازي، المهذب في فقه الإمام الشافعي، ضبط وتصحيح الشيخ زكريا عميرات، ط01، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1995، ص 317.

(2) - أحمد قدرى باشا وشرحه محمد زيد الإيباني، الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية، تحقيق محمد أحمد سراج وعلي جمعة، ط02، دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع والترجمة، القاهرة، 2009، ص 298-300.

(3) - الدردير، الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي، ج02، طبعة مصطفى بابي الحلي، دون سنة، ص 336.

(4) - ابن قدامة، الكافي في فقه الإمام الميجل أحمد بن حنبل، ج04، المكتب الإسلامي، بيروت، دون سنة، ص 505.

إما إذا كانت هناك أشياء يشترك الرجال والنساء عادة في تملكها وفي استعمالها بحيث لا يستأثر بها في الواقع العملي للرجال وحدهم أو النساء وحدهن، فإنهما يخلفان معا ويقتسمانها.

هذا كان باختصار موقف الفقه الإسلامي من قضى النزاع حول متاع البيت فما هو موقف قوانين الأسرة المغاربية من هذه المسألة.

الفرع الثاني:

موقف قوانين الأسرة المغاربية من النزاع حول متاع البيت.

لم يتكلم المشرع الجزائري على الجهاز ولم يتطرق لأحكامه، غير أن الظاهر من قرأه المادة 14 من قانون الأسرة، نجد أنها لا توجب على الزوجة متاعا ولا جهازا، بل تقرر أن الصداق حق للزوجة تتصرف فيه كما تشاء، وبالتالي لا يجوز لأي كان أن يرغمها في تجهيز البيت وتأثيثه من مالها التي قبضت كمهر لها، لما جاء في المادة 14 من، قانون الأسرة بقولها أن "الصداق هو ما يدفع نخله للزوجة من نقود أو غيرها من كل ما هو مباح شرعا، وهو ملك يتصرف فيه كما تشاء".

لكن بالرجوع إلى الواقع نجد أن المرأة تساهم مع زوجها في شراء أثاث ومتاع البيت، خاصة إذا كانت عاملة، فغالبا ما يكون لها دور فعال في النهوض بحاجيات البيت المختلفة ومستلزماته، ولا أحد يستطيع إنكار مساهمته الزوجة في ملكية كثير من أغراض البيت.

ومن هنا يعد النزاع حول أثاث بيت الزوجية من أعقد المسائل المثارة في المحاكم، وذلك كأثر من آثار الطلاق، وأكثر غموضا، وتعقيدا وأشدّها خصاما بين المطلقين وللفضل بينهما. فإن المشرع الجزائري عالج هذه المسألة في المادة 73 من قانون الأسرة بقولها: "إذا وقع النزاع بين الزوجين أو ورثتهما في متاع البيت وليس لأحدهما بينة فالقول للزوجة أو ورثتهما مع اليمين في المعتاد للنساء والقول للزوج أو ورثته مع اليمين في المعتاد للرجال والمشاركات بينهما يقتسمانها مع اليمين".

من خلال هذا النص يتضح لنا أن المشرع وضع قاعدة عقلانية يعتمد عليها القاضي في حل النزاعات القائمة بين الزوجين حول متاع البيت لكن قبل أن يفصل القاضي ينبغي عليه مراعاة النقاط التالية:

أ- التأكد من وجود الأمتعة: أول شيء عند رفع الدعوى يجب على القاضي التأكد من وجود الأمتعة ومشاهدتها سواء كانت في بيت الزوجية أو في مكان آخر، فإذا كانت الأمتعة محل إنكار من الطرف الآخر تطبق القاعدة الفقهية "البينة على من ادعى واليمين على من أنكر"⁽¹⁾. فإذا أنكر الطرف الآخر وجود الأمتعة أصلاً، فإنه يؤدي اليمين وتسعى يمين النفي وهو ما قضت به المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 1999/03/16 بقولها من المقرر قانوناً أنه في حالة إنكار وجود المتاع المطالب به عند أحد الزوجين تطبق القاعدة العامة في الإثبات "البينة على من ادعى واليمين على من أنكر" ومتى تبين في قضية الحال أن المدعي عليه أنكر وجود للأمتعة المطالب بها، فإن قضاة الموضوع أما قضاة برفض الدعوى في الحال دون تطبيق القاعدة العامة في الإثبات بتوجيه اليمين للمدعي عليه خالفوا القانون وعرضوا قرارهم لانعدام الأساس القانوني ومتى كان ذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه"⁽²⁾.

ب- حالة وجود البينة: إن وجود الدليل أو البينة على تملك الأمتعة، لا يثير أي إشكال، فإذا قدم أحد الزوجين الدليل على تملك شيئاً من الأشياء، فإنه يقضي له بذلك، فلا بد من معرفة أن الشيء الخاص بالمرأة لا مانع من أن يملكه الرجل إذا أقام على ذلك البينة، ولو كان من لوازمها، فإن جاء البينة على أن ذلك له انتهى الفراغ لصالحه. أما بالنسبة للمرأة، فإذا أقامت البينة على تملك شيء، يختص به الرجال وهو من لوازمهم، فلها الحق في أخذه ما دام أنها أقامت الدليل على ذلك. وهذا ما أخذت به المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 1986/05/05 أنه من المعروف فقهاً حول

(1) - عبد العزيز سعد، قانون الأسرة في ثوبه..، المرجع السابق، ص 151.

(2) - المحكمة العليا، غ. أ. ش، 1999/03/16، ملف رقم 216836، مجلة الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، 2001، عدد خاص، ص 245.

اختلاف الزوجين في متاع البيت أن ما يخص النساء للنساء، ومن تم فاليمين في هذه الحالة قررها الشارع وجعلها على من يسانده العرف، والزوجة أثبتت بفاتورة أنها اشترت جهاز تلفزيون وأن الزوج اعترف بأن الخزانة ذات ثلاثة أبواب هي للزوجة، وكانت اليمين عليها لكون موضوع النزاع خاص بالنساء مما يستوجب رد هذا الوجه⁽¹⁾.

وعند غياب البينة أو الدليل من كل طرف فإن اليمين هي الفاصلة في مثل هذا النزاع طبقا للمادة 73 من قانون الأسرة، فما هو معتاد للنساء ومتعلق بهن، فإنه من حق النساء مع اليمين، واليمين التي تقدمها المرأة هي يمين تكميلية فالأمتعة الخاصة بالنساء تعتبر شاهدا عرفيا وحجه لها، وما هو معتاد للرجال ومتعلق بهن. فهو ملك للرجال مع اليمين.

أما الأمتعة المشتركة بينهما فإنهما يقسمانها مع اليمين، وهو ما قضت به المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 1998/04/21 بقولها "من المقرر قانونا أن المشتريات بين الزوجين في الأمتعة تقسمانها مع اليمين. ومتى تبين في قضية الحال أن القرار المنتقد لما أيد الحكم القاضي على الطاعنة بأداء اليمين بشأن الأمتعة باستثناء جهاز التلفزة والمقياس الذهبي والراديو لأنها لم تقدم بشأنها أي دليل رغم أنها تعتبر من الأمتعة المشتركة قد خالف أحكام المادة 2/73 من قانون الأسرة، ومما يستوجب نقص القرار المطعون فيه جزئيا"⁽²⁾.

وهو ما أكدته المحكمة العليا في قرار لها بتاريخ 2002/03/13 حين قضت "بتقاسم الزوجان، في حالة النزاع، الأثاث المشترك بينهما مع توجيه اليمين"⁽³⁾.

(1) - المحكمة العليا، غ. أ. ش، 1986/05/05، ملف رقم 41437، غير منشور، مقتبس عن بلحاج العربي، قانون الأسرة مع تعديلات الأمر 02-05 ومعلقا عليه بمبادئ المحكمة العليا (1966-2008)، ط3، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2007، ص 402.

(2) - المحكمة العليا، غ. أ. ش، 1998/04/21، ملف رقم 189245، مجلة الاجتهاد القضائي، 2001، عدد خاص، ص 242.

(3) - المحكمة العليا، غ. أ. ش، 2002/03/13، ملف رقم 277411، مجلة المحكمة العليا، 2004، عدد 2، ص 359.

وبخصوص تأدية اليمين، لم ينص المشرع على المكان الذي يجب أن تؤكد فيه هذه اليمين. ولا على الكيفية والإجراءات الواجب اتباعها عند أداء اليمين المنصوص عليها في المادة 73 من قانون الأسرة. وأمام هذا السكوت وعدم بيان مكان وكيفية أداء من هذا اليمين سلك القضاة طرقاً مختلفة واتجهوا اتجاهات متباينة. فمن بين القضاة من يصدر حكماً قبل الفصل في الموضوع يوصف بأنه حكم تمهيدي ويوصف أحياناً حكم تحضيري يقررون بموجبه إلزام الزوج أو الزوجة بحلف هذا اليمين مساء يوم الجمعة بعد صلاة العصر بمسجد فلان⁽¹⁾. وقد أقرت المحكمة العليا هذا الطريق حيث جاء في قرارها الصادر بتاريخ 08 ديسمبر 2011 الذي جاء فيه "أن تطبيق المادة 73 من قانون الأسرة يستلزم أن يكون المتاع محل النزاع موجوداً، بينهما الطاعنة تدعي أنها تركته بيت الزوجية، في حين أنكر المطعون ضده ذلك، ولذلك فإن القاعدة العامة في الإثبات هي التي تطبق والتي تقضي بأن البينة على المدعي أي الطاعنة واليمين على من أنكر أي المطعون ضده وهذا ما قضي به القرار محل الطعن لما وجه اليمين القانونية للمطعون ضده، وعليه فإن هذا الوجه غير مؤسس ويتعين رفضه حيث أن المادة 193 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية تنص على أن تؤدي اليمين من قبل الخصم الذي وجهت له شخصياً بالجلسة أو في المكان الذي يحدده القاضي وبالتالي فإن القرار المطعون فيه لما نص على أداء اليمين القانونية من قبل المطعون ضده بالمسجد الكبير بسيدي بلعباس لم يخالف أية قاعدة جوهرية في الإجراءات"⁽²⁾.

أما فيما يخص تحديد قيمة الأشياء المتنازع عليها بين الزوجين، فاختلقت بشأنها المحكمة العليا فخولت سلطة تحديدها للقاضي وفي قرار آخر جعلت هذه المسألة من اختصاص أهل الخبرة والفنيين وهذا ما نستشفه من القرارين الآتيين.

(1) - عبد العزيز سعد، قانون الأسرة في ثوبه الجديد، المرجع السابق، ص 151-152.

(2) - المحكمة العليا، غ. أ. ش. م، 08 ديسمبر 2011، ملف رقم 666627، مجلة المحكمة العليا، 2012، عدد 01، ص 250-

ذهبت المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 1988/04/11 بقولها "من المقرر قانوناً أنه إذا اختلفت الزوجان حول قيمة الأمتعة، فالقاضي سلطة في تحديد ذلك، ولا يجوز له تحويل سلطته إلى شخص آخر، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفاً للقانون.

ولما كان من الثابت في قضية الحال أن المجلس القضائي لما ترك الأمر بيد المنفذ لتحديد قيمة مبلغ الأمتعة يكون قد تخلى عن عمله يخصه وحده، وبقضائه كما فاعل خالف القانون.

ومتى كان ذلك كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه جزئياً فيما يخص الأمتعة"⁽¹⁾.

وفي قرار آخر صادر بتاريخ 1999/05/18 والذي جاء فيه "تقييم مبالغ المتاع مسألة فنية ترجع إلى أهل الخبرة من الصناع والتجار وليس إلى القضاة أن القرار المنتقد مشوب بانعدام الأساس القانوني لما أيد الحكم المستأنف القاضي بدفع مبالغ مالية مقابل متاع المطعون ضدها، لأن تقدير الحكم المتاع مسألة فنية يتولاها أهل الخبرة من الصناع وتجار خاصة عندما تكون المبالغ المطلوبة مرتفعة وليس القضاة، مما يستوجب نقض القرار المطعون فيه"⁽²⁾.

وبعد استعراض هذين القرارين يتضح لنا أن الراجح هو القرار الثاني أي أن تحديد قيمة المتاع تكون من اختصاص أهل الخبر كالصناع والتجار، ولا تكفي السلطة التقديرية للقاضي وحدها لتقييمها حتى يكون التحديد دقيقاً ومنصفاً.

لكن ما يقال في الأخير بخصوص متاع البيت، فإنه نظر لعدم وجود الضمانات الكافية فيما يخص مساهمة المرأة في الثروة العائلية يجعل الكثير من النساء يتحفظن في المساهمة أو يساهمن بحرص شديد، فبمجرد أن يبدأ الشقاق يجنم على الأسرة تبدأ الزوجة

(1) - المحكمة العليا، غ. أ. ش، 1988/04/11، ملف رقم 49302، المجلة القضائية 1992، العدد 02، ص 40.

(2) - المحكمة العليا، غ. أ. ش، 1999/05/18، ملف رقم 222651، مجلة الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، 2001، عدد خاص، ص 248.

في أخذ متاع البيت إلى بيت أهلها أو يقوم الزوج بطردها فتترك كل متاعها في البيت الزوجي فيبدأ الزوج في إتلاف وتبذير هذا المتاع انتقاماً من الزوجة فلا بد من وجود ما يضمن حقوق الطرفين في المتاع وذلك يكون إما بتدوين مالهما من متاع أو السماح لهما باستعمال جميع وسائل الإثبات⁽¹⁾.

كما نصت على ذلك المادة 73 من مشروع قانون الأسرة التي نصت على أنه: "إذا وقع الخلاف بين الزوجين أو ورثتهما في متاع البيت وليس لأحدهما بينة فالقول للزوجة أو ورثتها مع اليمين في المعتاد للنساء والقول للزوج أو ورثته مع اليمين في المعتاد للرجال والمشاركة بينهما تقسمانها مع اليمين، يتم الإثبات بكل الوسائل، وتقوم الحكم القضائي محل سند الملكية".

فإذا كان مشروع التعديل اقترح تعديل المادة 73 إلا أن التعديل الصادر لم يشر إلى ذلك بالرغم من أنه تعرض إلى نوع جديد من أموال الأسرة والمتمثلة في تلك الأموال التي يكتسبها خلال الحياة الزوجية والتي نص عليها في المادة 37 وهي كالاتي: "لكل واحد من الزوجين ذمة مالية مستقلة عن ذمة الآخر، غير أنه يجوز للزوجين أن يتفقا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق حول الأموال المشتركة بينهما التي يكتسبها خلال الحياة الزوجية وتحديد النسب التي تؤول إلى كل واحد منهما". فكان على المشرع هنا أن يعيد صياغة المادة 73 صياغة جديدة تتماشى مع نص المادة 37.

وقد حاول مشرع مدونة الأسرة أن يحيط نوعاً ما ببعض مظاهر النزاع حيث أن الزوجة في بعض الأحيان وحسب بعض التقاليد، تحضر معها بعض الأجهزة خصوصاً ما هم مستحکم في بعض المناطق من عادات، حيث يصادق الزوجة وعليها هي تجهيز البيت، والحال أن الصداق ملك للزوجة، وليس مقابلاً لما ستجهز به البيت. من هذا المنطلق فإن كل ما تحضره الزوجة من جهاز وشوار يعتبر ملكاً لها بإجماع الفقهاء، وهو

(1) - انظر، مسعودي رشيد، النظام المالي للزوجين في التشريع الجزائري، دراسة مقارنة رسالة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2006، ص 278.

ما أخذت به مدونة الأسرة، فسواء اشترت المرأة الشوار بنفسها أو اشتراه من له النيابة عنها.

وفي حالة النزاع، فإنه يلجأ في ذلك إلى القواعد العامة للإثبات، فمن أثبت ملكيته للأمتعة، وأقنع القاضي بالوسائل الإثباتية المدلى بها، فإنه يحكم له بذلك⁽¹⁾. فلقد تطرق المشرع المغربي إلى مشكلة النزاع حول متاع البيت في الباب الخاص بالصداق وهو لم يخرج مطلقاً عما قرره الفقه المالكي في هذا الصدد⁽²⁾. حين نصت المادة 34 من مدونة الأسرة على ما يلي: "كل ما أتت به الزوجة من جهاز وشوار يعتبر ملكاً لها.

إذا وقع نزاع في باقي الأمتعة فالفصل فيه يخضع للقواعد العامة للإثبات غير أنه إذا لم يكن لدى أي منهما بينه، فالقول للزوج بيمينه في المعتاد للرجال، والقول للزوجة بيمينها في المعتاد للنساء، أما المعتاد للرجال والنساء معا فيحلف كل منهما ويقتسمانه، ما لم يرفض أحدهما اليمين ويحلف الآخر فيحكم له".

ما يتضح لنا من خلال هذه المادة أن المشرع المغربي حذا حذو نظيره الجزائري حيث وضع عد أحكام يعتمد عليها القاضي في النزاعات القائمة بين الزوجين حول متاع البيت، وتمثل فيما يلي:

1- إن كل ما أتت به الزوجة إلى بيت الزوجية كجهاز أو شوار، فهو ملك خالص لها، وبالتالي لا يمكن للزوج أن ينازعها في تلك الملكية، إلا إذا أثبت أنها تنازلت له عنه.

2- إذا أثار نزاع حول الأمتعة الأخرى الموجودة داخل البيت الزوجية، فإنه يرجع في ذلك إلى القواعد العامة في الإثبات.

3- إذا تواجدنا أمام وضع ليس لأي من الزوجين وسيلة لإثبات ملكيته للمتنازع فيه، نطبق القرينة التي تقضي بأن ما هو معتاد للرجال يأخذه الزوج بيمينه، وإن ما هو معتاد للنساء تأخذه الزوجة بيمينها، وإن ما هو معتاد للرجال والنساء فيحلفان معا ويقتسمانه. لم يتطرق المشرع المغربي خلافاً للنصوص الملغاة إلى القاعدتين الآتيتين.

(1) - محمد الأزهر، المرجع السابق، ص 148.

(2) - محمد الكشور، المرجع السابق، الكتاب الثاني، ص 497.

أ- في النزاع حول متاع البيت "إن كان من البضائع التجارية فهو لمن يتعاطى التجارة منهما... (1).

ويعتقد أن هذا الحكم تستوعبه المادة 34 من مدونة الأسرة، إذ أن الاتجار مثلا في الآلات الالكترونية قرينة قوية على ملكية عدد كبير من هذه الآلات لمن يتعاطى هذه التجارة حالة تواجد تلك الآلات داخل بيت الزوجية أثناء النزاع لكن تبقى هذه القرينة بسيطة لا قاطعة يمكن دحضها بوسيلة أقوى.

ب- نص الفصل 40 من مدونة الأحوال الشخصية الملغاة بشأن النزاع حول متاع البيت بين الزوج وورثة الزوج الأخر: على ما يلي "إذا مات أحد الزوجين ووقع النزاع في متاع البيت بين الحي وورثة الميت كان حكم الوارث حكم الموروث في الفصل السابق". والمقصود بالفصل السابق المشار إليه في النص أعلاه، الفصل 39 من قانون الأحوال الشخصية الملغى، والذي كان ينظم كيفية حل النزاع بين الزوجين بخصوص متاع البيت. والحكم المضمن بالفصل 40 من مدونة الأحوال الشخصية الملغاة من باب القواعد العامة الواجبة التطبيق ولو بدون نص، إذا هو من مقتضيات نظرية الاستخلاف بعد الوفاة.

أما بخصوص موقف القضاء من مسألة النزاع حول متاع البيت نجد قرار المجلس الذي جاء ما يلي: "وحيث يستخلص مما تقدم أن الجهازين المذكورين (جهاز التلفاز وآلة التبريد) لا يختص أحد الزوجين عادة بملكيتها التي لم تثبت لأحدهما مما يستدعي تلقائيا تطبيق الفصل 39 من مدونة الأحوال الشخصية الذي ينص على أن المتاع المعتاد للرجال والنساء معا يحلف كل منهما ويقتسمانه"⁽²⁾. ما يمكن ملاحظته من هذا القرار من جهة أولى، ان اعتبار الشيء من المعتاد للرجال أو من المعتاد للنساء أو مما لا يشترك

(1) - هذه الفقرة كانت ضمن مقتضيات الفصل 39 من قانون الأحوال الشخصية الملغى، غير أنها سحبت من مقتضيات المادة 34 من مدونة الأسرة، محمد الكشيبور، المرجع السابق، الكتاب الثاني، ص 498-499.

(2) - المجلس الأعلى، قرار رقم 128 صادر في 1982/02/08، ملف رقم 90754، مقتبس عن محمد الكشيبور، المرجع السابق، الكتاب الثاني، ص 500.

في تملكه الرجال والنساء عادة مسألة موضوع تختلف باختلاف ظروف المكان والزمان، وما قرره المجلس الأعلى يدخل ضمن السلطة التقديرية للقاضي.

ومن جهة ثانية، فإن ما قرره المجلس الأعلى بتوقف على صحته كون المرأة من ذوات الدخل، إما إذا كانت مأكثة في البيت لا تمارس أي نشاط أو عمل خارج البيت تستفيد منه، ولم يكن لها أي مورد مادي، فإنه في مثل هذه الحالة تقوم القرينة لصالح الزوج فيتملك الشيء المتنازع عليه بيمينه.

ومن القواعد التي قررها المجلس الأعلى في هذا الصدد أن ما ضمن بعقد الزواج أن متاع في ملكية الزوجة فهو لها يجب أن تسترده في حالة الطلاق، أما ما زاد على ما في العقد وضمن بمقال الدعوى عليها - أي الزوجة - أن تقيم البينة على ملكيتها له⁽¹⁾. ما لم يكن هناك إقرار من الزوج يستفيد منه.

فإن ادعاء الزوج أن الزوجة قد أخذت أغراضها المضمنة بعقد شوارها من بيت الزوجية فيه اعتراف الزوج بوجود الشوار، ويجب عليه إثبات ما يدعيه. وإذا ما أنكرت الزوجة ما ادعاه الزوج دون إثبات فلا يحكم لها إلا بعد تأديتها اليمين الإنكار، وهو ما قضى به المجلس الأعلى في قرار له بتاريخ 2004/07/28 على أنه: "حقاً، لقد صح مانعته الوسيلة على القرار المطعون فيه ذلك أن الطاعن يدعي أن المطلوبة في النقض قد أخذت أمتعتها المذكورة برسم شوارها عدد... فهو مدع بأنها أخذت حوائجها ولا بينة له على ذلك، وهي مدعي عليها فعليها إذن يمين الإنكار التي طلبها المدعي بأنها لم تأخذ حوائجها مع إعمال قاعدة النكول لقول: (والمدعي عليه باليمين في عجز مدع عن التبيين)؛ وبما أن المحكمة مصدرية القرار لم تحكم بيمين الإنكار رغم طلب الطاعن لهذه اليمين واستمرار المطلوبة في إنكارها أخذها حوائجها فإنها تكون قد أخطأت في تطبيق الفقه والقانون في هذا الشأن..."⁽²⁾.

(1) - المجلس الأعلى، 1987/09/29، مجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 41، ص 139 وما بعدها.

(2) - المجلس الأعلى، 2004/07/28، مجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 62، ص 119.

أما بالنسبة للمشرع التونسي هو الآخر هذا حذو المشرع الجزائري والمشرع المغربي ذهب المشرع إلى وضع قرينة بسيطة وهي أن ما للرجال عادة يأخذه الزوج يمينه كملايس الرجال، ومستلزمات عمله حسب طبيعة وظيفته أو صناعته، وما للنساء عادة تأخذه الزوجة يمينها كملايس النساء وما يخص عملها أو وظيفتها ان كانت تعمل.

أما المعتاد للرجال والنساء من حيث التملك والاستعمال، فإنهما يخلفان معا ويقتسمانها، أما إذا رفض أحدهما اليمين وحلف الآخر فيأخذه هذا الأخير، لأن رفض الأول يعد كأنه إقرار منه بملكية الطرف الآخر للأشياء المتنازع حولها وهذا ما جاء في الفصل 26 من مجلة الأحوال الشخصية.

ولقد وضع المشرع التونسي قرينة بسيطة بالنسبة إذا كان محل النزاع بين الزوجين بضائع تجارية فهو لمن يتعاطى التجارة منهما يمينه ولكن يمكن إثبات العكس.

أما بالنسبة لموت أحد الزوجين ووقع النزاع في متاع البيت بين الحي والورثة فبمقتضى الفصل 27 كان حكم الوارث حكم المورث في الفصل المتقدم أي الفصل 26 والذي جاء نصه كالآتي: "إذا اختلف الزوجان في متاع البيت ولا بينة لهما فالقول للزوج يمينه في المعتاد للرجال وللزوجة يمينها في المعتاد للنساء وان كان من البضائع التجارية فهو لمن يتعاطى التجارة منهما يمينه، أما في المعتاد للرجال والنساء معه فيحلف فيه كل منهما ويقتسمانه".

وفي الأخير نقول أن تشريعات الأسرة المغاربية قد سايرت الفقه الإسلامي في الاعتماد على قاعدة البينة على من ادعى واليمين على من أنكر وفي حالة عدم أعمال هذه القاعدة لعدم وجود البينة نذهب إلى قرينة بسيطة مفادها أن ما للرجال عادة يأخذه الرجل، وأما ما للنساء عادة تأخذه الزوجة، أما الأشياء التي تشترك عادة في ملكيتها الاثنان فإنهما يخلفان معا ويقتسمانها.

فإذا كانت هناك حقوق مالية للمرأة تنجم عن الرابطة الزوجية أو عن انحلالها، فهناك حقوق مالية معترف بها للمرأة سواء كانت متزوجة أو غير متزوجة، إما عن طريق الميراث أو الوصية أو الهبة كسبل تسمح للمرأة الحصول على أموال تدخل في

ذمتها المالية، وتمكنها من حق التملك وإقامة الثروة بالطرق الشرعية، كما يمكن لهذه الأساليب أن تلعب دورا اجتماعيا في حماية المرأة العاطلة أو القاصرة. وسأكتفي في دراستي هاته على حق المرأة في الميراث نظرا لخصوصية هذا الموضوع، ونظرا لما يثيره من جدل بشأن تفضيل الرجل على المرأة وأن الميراث هضم حقها ، هل هذا صحيح؟

الفصل الثالث

حق المرأة في الميراث

كانت المرأة في الجاهلية لا تملك من أمرها شيئاً، وكانت لا ترث، بل تورث كما تورث الدابة والمتاع، وكان الذي يرثها أبناء زوجها بعد موت أبيهم، إذ يتسابقون إليها فأبهم سبق ووضع عباءته عليها، أصبحت ملكاً له، فإن شاء تزوجها وإن شاء زوجها، وأكل مهرها، وإذا لم يوجد أبناء، ورثها إخوته، ويصور لنا تعالى هذا الواقع بقوله سبحانه: ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَرِثُوا النِّسَاءَ كَرِهًا⁽¹⁾﴾. فهم لا يجرمونها من ميراثها فقط، بل تعاملوا معها بوصفها سهماً من سهام الإرث⁽²⁾، ومع هذا فإن المرأة كانت ترث في حالات معينة، كما لو كانت وحيدة والديها، أما إذا وجد رجل واحد ولو في طبقات الإرث المتأخرة، فإنها تحرم من الإرث.

والمرأة في الديانات الأخرى لا تعطى إرثاً كذلك، ويتعاملون معها كالقاصر بل كانت تورث كما يورث المتاع كذلك.

أما حال المرأة في الشرع الإسلامي الحنيف، فقد قرر الإسلام حقها في الميراث كما هو من حقوق الرجال، وأنكر على أهل الجاهلية ما كانوا يفعلونه بحقها، قال الله تعالى: ﴿لِلرِّجَالِ نَصِيبٌ مِّمَّا تَرَكَ الْوَالِدَانِ وَالْأَقْرَبُونَ وَلِلنِّسَاءِ نَصِيبٌ مِّمَّا تَرَكَ الْوَالِدَانِ وَالْأَقْرَبُونَ مِمَّا قَلَّ مِنْهُ أَوْ كَثُرَ⁽³⁾ نَصِيبًا مَّفْرُوضًا⁽³⁾﴾.

ونظام الميراث في الإسلام، باب عظيم من أبواب النظام الاقتصادي والمالي⁽⁴⁾، ذلك أنه يوزع تركة الميت لورثة محددين، وبأنصبة معلومة محددة، تولّى رب العزة فرضها، وبين كيفية تقسيمها، لذلك تتوازن الأموال في أيدي الورثة وتتعاقد في توزيع حكيم فرضاً رب العالمين وأحكم الحاكمين. فلا تظلم أنتى لضعفها ولا يجور رجل لقوته

(1) سورة النساء، الآية 19.

(2) انظر، المطهري مرتضى، نظام حقوق المرأة في الإسلام، ط2، الدار الإسلامية، بيروت، 1991، ص 218.

(3) سورة النساء، الآية 7.

(4) انظر، جابر عبد الهادي سالم الشافعي، مقاصد الشريعة الإسلامية في نظام الميراث، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2014، ص

وبأسه، بل يأخذ كل واحد من الذكور والإناث حقه المحدد له، الموافق لحاجاته ووجوه إنفاقه، والمناسب لمسؤولياته والتزاماته. فتشريع نظام الميراث في الإسلام لم يأت لمصلحة المرأة أو الرجل أو ضدها، فهو لم يحارب المرأة، كما لم يحارب الرجل، لقد أخذ التشريع الإسلامي في اعتباره سعادة الرجل والمرأة معاً، وبالتالي سعادة المجتمع البشري من خلال عدم إغفال القوانين، والأسس التي جاءت بها يد التكوين القادرة المدبرة لحقوق أي منهما.

ولمعالجة هذا الموضوع (ميراث المرأة) قمت بتقسيمه إلى ثلاث مباحث، سأتناول في المبحث الأول توريث المرأة، أما المبحث الثاني خصصته للحالات التي تترث فيها المرأة وأنصبتها، أما المبحث الثالث فسأتناول فيه ميراث بعض الحالات الخاصة ومقارنة ميراث المرأة مع الرجل.

المبحث الأول:

توريث المرأة.

الميراث مبدأ معترف به بين الشعوب والأجناس القديمة والحديثة وهو عريق في الأمم مع الاختلاف في النظم والتباين في الأسباب، كما عرفتة العرب في جاهليتها، والأمم الغربية كالرومان واليونان⁽¹⁾.

ولقد عرفه قدماء المصريين، وكانت طريقة التوريث عندهم أن يحل أكبر الأسرة محل الميت في زراعة الأرض والانتفاع بها دون ملكها، لأنها كانت مملوكة للفراعنة⁽²⁾. أما نظام الميراث لدى الرومان كان أكثر تقدماً من نظام الميراث عند اليهود، إذ أن الرومان حاولوا تحديد حصص للورثة مما يسهل عملية التوزيع بين الورثة. كما أن هذا النظام أعطى للمرأة حقاً في الميراث حيث ساوى بينها وبين الذكر. وكما حصر هذا النظام أسباب الميراث في القرابه، وولاء العتاقة وهذا يعني أنه لم يجعل الزوجية سبباً من أسباب الميراث، كما ساوى في الميراث بين الولد الشرعي والولد المتبني وولد الزنى⁽³⁾.

أما طريقة الميراث عند قدماء اليونان كانت كطريقته عند قدماء الرومان ولا تمتاز عنها إلا بأمور قليلة، كالقضاء بصحة الوصية بعد سماع الخصومة بين الموصى ومن ينازعه في وصيته من أقاربه.

ولم يكن للأب عند اليونان حق التصرف في أمواله إلا بقيود لا بد من مراعاتها وكان له أن يؤثر بعض أبنائه على بعض، ولكن لم يكن له أن يحرم بعض أبنائه حرمان مطلقاً. وكان القانون اليوناني يقض إذا لم يكن للرجل أبناء كان له أن يوصي بماله لمن يشاء، وإذا مات بلا وصية ورثه إخوته، ثم أبناءهم، ثم أبناء أبنائهم، ثم أعمامه ثم أخواله.

(1) أنظر، بلحاج العربي، أحكام التركات والميراث على ضوء قانون الأسرة الجديد، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2009، ص 29.

(2) أنظر، قيس عبد الوهاب الحياي، ميراث المرأة في الشريعة الإسلامية والقوانين المقارنة، ط01، دار الحامد، الأردن، 2008، ص 22.

(3) أنظر، بدران أبو العينين بدران، أحكام التركات والميراث في الشريعة الإسلامية، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، 1981، ص 23.

ولم يكن للمرأة عند اليونان حق في الإرث، وكانوا إذا لم يجدوا للमित وارثا بحثوا عن أرشد الذكور من أقربائه لتوريثه، فإذا لم يوجد في أسرته ذكورا قصدوا إلى الذكور من أسرة امرأته فأعطوها ميراثه⁽¹⁾.

أما في الشريعة اليهودية فإن نظام الإرث كان يقوم على حرمان الإناث من الميراث مطلقا في حاله وجود الذكر، كما أنه يعطى للولد البكر حظ الأنثيين من أخوته الصغار ولو ولد من زواج غير شرعي وأن الزوج يرث زوجته. أمّا الزوجة لا يحق لها في إرث زوجها بالرغم من أنها تساهم في تكوين الثروة كما أن الأم لا ترث أحد من أبنائها، وإذا توفيت يرثها ابنها دون ابنتها ومن هنا كان نظام الميراث عند اليهود يقوم على تفضيل الذكور على الإناث في جميع الطبقات⁽²⁾.

لا يوجد عند المسيحيين نظام خاص بالإرث، لأن الديانة المسيحية اهتمت بالجانب الخلفي والروحي دون الجانب التشريعي، ومن ثم فإن بعض رجال الكنيسة قد استنبطوا بعض قواعد الإرث من التشريعين اليهودي والروماني وغيرهما⁽³⁾.

وبهذا يتبين لنا بأنه رغم معرفة الأمم السابقة على الإسلام بنظام الميراث فقد كانوا يختلفون في توزيع التركات، وكان هناك ظلم وجور للنساء كما أن الشريعة اليهودية وكذا المسيحية لم تصل إلى ما وصل إليه نظام الميراث من سمو وحق وعدل، وإقرار لحق المرأة في الميراث. وقبل الكلام عن أدلة توريث المرأة في الشريعة الإسلامية (المطلب الثاني) لابد من معرفة الأسباب التي كانت تحرم المرأة من حقها في الميراث في الجاهلية ومقارنة نظام الميراث في الجاهلية مع نظام الميراث في الإسلام (المطلب الأول).

المطلب الأول:

ميراث المرأة في الجاهلية.

كانت أسباب الميراث عند الجاهلية تنحصر في ثلاثة: القرابة، المحالفة والتبني.

(1) بلحاج العربي، أحكام التركات والموارث، المرجع السابق، ص 29.

(2) أنظر، منصور كافي، الموارث في الشريعة الإسلامية والقانون، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، الجزائر، 2008، ص 10.

(3) أنظر، رمضان علي السيد الشرنياص، أحكام الميراث بين الشريعة والقانون منشأة المعارف، الإسكندرية، 2002، ص 14.

1- تعد القرابة سببا من أسباب الميراث عند عرب الجاهلية إلا أنه يجب أن يتحقق فيها شروط، لكي يستحق القريب الميراث من قريبة وهي كما يأتي:

أ- الذكورة، فيشترط في الوارث أن يكون ذكرا، أما إذا كانت أنثى فإنها لا ترث شيئا من تركة الميت.

ب- البلوغ، فيشترط أن يكون الذكر بالغا، فالابن على الرغم من أنه الحافظ لذكر أبيه من بعده وعماد عائلته، إلا أنه لا يرث إن كان صغيرا لم يبلغ وينتقل الميراث إلى أقرب قريب إلى المتوفي يتحقق الشروط.

ج- القدرة على القتال، فيشترط في الوارث أن يكون قادرا على حمل السلاح ليدافع عن القبيلة ويحمي ديارها⁽¹⁾.

2- الولاء (المخالفة)، أن ظروف معيشة العرب المتمثلة في الغزوات المستمرة كانت تستلزم عقد التحالف بين القبائل ثم توسعوا في الأمر وتعدها حتى أصبح التحالف معروفا بين الأفراد، وكان لعقد المخالفة صيغة معروفة وهي (دمي دمك وهدمي هدمك، وترثني أرثك، وتطلب بي وأطلب بك) فإذا قبل الطرف الآخر تمت المخالفة بينهما فإذا مات أحدهما قبل الآخر ولم يترك وارثا قريبا مستوفيا لشروط الميراث يصبح الحليف الحق الوارث لحليفة المتوفي⁽²⁾.

3- التبني: فقد كان الرجل منهم يتبنى ابن غيره فينسب إليه دون أبيه من النسب ويرثه إذا كان بالغا، لأنه كان يتزله منزلة الابن الصليبي من النسب ويعامله معاملة، والابن النسبي لا يرث إلا إذا كان كبيرا بالغا يجوز القيمة ويحمي العشيرة.

وقد سبق وقلنا أن نظام الميراث في الجاهلية يشترط الذكورة بمعنى حرمان المرأة من الميراث فما هي أسباب حرمان المرأة؟

(1) قيس عبد الوهاب الحيايلى، المرجع السابق، ص 32 - 33.

(2) أنظر، أحمد بن علي الرازي الجصاص، أحكام القرآن، ج 03، دار المصحف القاهرة، 370 هـ، ص 04.

الفرع الأول:

سبب حرمان المرأة من الميراث في المجتمع الجاهلي.

كانت المرأة في الجاهلية لا تملك من أمرها شيئاً، وكان الذي يرثها أبناء زوجها بعد موت أبيهم، إذ يتسابقون إليها، فأبهم سبق ووضع عباءته عليها، أصبحت ملكاً له، فإن شاء تزوجها وإن شاء زوجها وأكل مهرها، وإذا لم يوجد أبناء، ورثها إخوته، ويصور لنا المولى تعالى هذا الواقع بقوله: ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَرِثُوا النِّسَاءَ كَرِهًا^ط﴾⁽¹⁾، فهم لم يحرموها من الميراث فحسب، بل تعاملوا معها بوصفها سهماً من سهام الإرث⁽²⁾. وتتمثل أسباب حرمان المرأة من الميراث فيما يلي:

1- كانت المرأة في الجاهلية ممنوعة من الميراث، لأنها ليست بذات أهلية في نظر الجاهلين، بحجة أنها لا تحمل السلاح ولا تدوذ عن الحياض والقبيلة كما يفعل الرجل. وكان هذا حال كل الضعفاء من النساء والأطفال فهم لا يحاربون ولا يركبون فرساً ولا ينكأون عدواً، ولا يدفعون غنيمة الحروب ولا يخوضون غمارها، لذلك فهم لا يورثون إلا من أطاق القتال⁽³⁾.

ولما جاء الإسلام أبطل هذه العادة الجاهلية الظالمة واعتبر حجتهم داحضة واهية ففرض للنساء والأطفال ذكورا وإناثاً أنصبه معلومة بينها في كتابه وجعلها فريضة من الله ووصية يوصى بها عباده، فأنزل الله تعالى قوله: ﴿لِلرِّجَالِ نَصِيبٌ مِّمَّا تَرَكَ الْوَالِدَانِ وَالْأَقْرَبُونَ وَلِلنِّسَاءِ نَصِيبٌ مِّمَّا تَرَكَ الْوَالِدَانِ وَالْأَقْرَبُونَ مِمَّا قَلَّ مِنْهُ أَوْ كَثُرَ^ج نَصِيبًا مَّفْرُوضًا﴾⁽⁴⁾.

(1) - سورة النساء، الآية 19.

(2) - انظر، المطهري، مرتضى، نظام حقوق المرأة في الإسلام، ط02، الدار الإسلامية، بيروت، 1991، ص 218.

(3) - أنظر، الطبري ابن جرير، جامع البيان عن تأويل أي القرآن، قدم له الشيخ خليل الميس، دار الفكر، بيروت، لبنان، 1415 _ 1995، ص 349.

(4) - سورة النساء، الآية 07.

2- وهناك سبب آخر ورئيسي لحرمان المرأة من الإرث يتجلى في الحفاظ على الثروة، والحيلولة دون انتقال ثروة الأسرة إلى أسرة أخرى. فالاعتقاد القديم يقول إن أبناء الرجل أبناؤه وجزء من أسرته، أما أبناء بنات الرجل فليسوا أبناءه ولا جزءا من أسرته، بل يعدون جزءا من أسرة والد زوج البنت، فلو حازت البنت على الإرث، لا تنقل هذا المال فيما بعد إلى أبنائها الذين هم ليسوا من أسرة والدها، بل من أسرة واد زوجها، فإرث البنت يفيض إلى انتقال الثروة والمال إلى أسرة غريبة أخرى⁽¹⁾.

3- كانوا يجعلون للمتبنى الدخيل نصيبا في تركة من تبناه ويحرمون بذلك ذوي القرابة، أو ينقصونهم حقهم ضررا وعدوانا ولما جاء الإسلام والعرب على هذه العادة، أقر نظام التبني أول الأمر حتى أن الرسول صلى الله عليه وسلم تبني زيد بن حارثة ثم أبطل الإسلام هذا النظام لدرء عدة مفسد منها اختلاط الأنساب والحيلولة دون الأضرار بالورثة بقول الله تعالى: ﴿ وَمَا جَعَلَ أَدْعِيَاءَكُمْ أَبْنَاءَكُمْ ﴾⁽²⁾، وقول الله تعالى: ﴿ أَدْعُوهُمْ لِأَبَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ فَإِنْ لَمْ تَعْلَمُوا آبَاءَهُمْ فَاِخْوَانُكُمْ فِي الدِّينِ وَمَوَالِيكُمْ ﴾⁽³⁾.

الفرع الثاني:

تقويم نظام الميراث عند الجاهلية ومقارنته بنظام الميراث في الإسلام.

من البديهي أن نظام الميراث عند عرب الجاهلية كان يتناسب مع ظروف حياتهم القائمة على الحروب والغارات بين القبائل كما أنهم كانوا خاضعين لعادات ظالمة جائرة، لأنهم قوم لن تلن لهم جوانب الحياة، وليس لهم دين يعصمهم من الخطأ والزلل وينظم لهم

(1) انظر، درادكة ياسين، أحمد إبراهيم، الميراث في الشريعة الإسلامية، مؤسسة الرسالة، دار الأرقم، عمان، 1980، ص 34.

(2) سورة الأحزاب، الآية 4.

(3) سورة الأحزاب، الآية 5.

شؤونهم، فتناحروا على ما بيدهم، من خير وبغي بعضهم على بعض، وظلت كل قبيلة تتربص بالأخرى، ومن هنا نشأ إيثارهم الرجال بالميراث دون النساء والصغار⁽¹⁾.

وعلى فرض كون المرأة لا تحمل سلاحا ولا تخوض الحروب وغمارها، فإنها ليست أولى بالميراث، وفي ذلك يقول ابن العربي: "وقد كان هذا من الجاهلية تصرفا بجهل عظيم، فإن الورثة الصغار والضعاف كانوا أحق بالمال من الأقوياء، فعكسوا الحكم، وأبطلوا الحكمة، فضلوا بأهوائهم، وأخطؤوا في آرائهم"⁽²⁾.

فقد جاء الإسلام والعرب قد تعودوا على نظام في الميراث فسلك التشريع الإسلامي معهم مبدأ التدرج في التشريع في كثير من الأحكام، فلم يشرع نظام الميراث في الإسلام دفعة واحدة وإنما شرع بالتدرج شيئا فشيئا لئلا يثقل على النفوس.

ففي البداية لم يبلغ الإسلام أسباب الميراث التي كانت معروفة عند عرب الجاهلية وهي القرابة والتبني والحلف، فهذه الأسباب استمر العمل بها بعد ظهور الإسلام فترة من الوقت إلى أن استقرت العقيدة في نفوس العرب، وعندئذ بدأ تشريع الميراث في الإسلام فأبطل أولا ما اعتادوا عليه من توريث الرجال دون الأطفال والنساء بقوله تعالى: ﴿لِّلرِّجَالِ نَصِيبٌ مِّمَّا تَرَكَ الْوَالِدَانِ وَالْأَقْرَبُونَ وَلِلنِّسَاءِ نَصِيبٌ مِّمَّا تَرَكَ الْوَالِدَانِ وَالْأَقْرَبُونَ مِمَّا قَلَّ مِنْهُ أَوْ كَثُرَ نَصِيبًا مَّفْرُوضًا﴾⁽³⁾. وقوله تعالى: ﴿يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثِيَيْنِ﴾⁽⁴⁾، فهاتين الآيتين رفعنا الظلم عن المرأة وردت إليها حقوقها في الميراث حيث أوجب الإسلام توريث النساء والرجال ولم يفرق بين صغير وكبير ولا ذكر وأنثى، بل جعل لكل نصيب في الميراث سواء قل الإرث أم

(1) قيس عبد الوهاب الحيايلى، المرجع السابق، ص 34 - 35.

(2) أنظر، ابن العربي، أبو بكر محمد بن عبد الله، أحكام القرآن، تحقيق علي محمد البجاوي، دار الخيل بيروت، لبنان، 1987، ص 328.

(3) سورة النساء، الآية 07.

(4) سورة النساء، الآية 11.

كثير وسواء رضي المورث أو لم يرض، فرد إلى النساء اعتبارها في الميراث وقضى على الظلم والجور شأنها⁽¹⁾.

وبذلك هدم الإسلام قواعد الجاهلية من قصر الاستحقاق على الذكور الكبار، وأقام نظام التوريث على أساس نظام محكم يحول دون تكريس الأموال في يد واحدة، أو حرمان أفراد الأسرة من جهود الآباء والأبناء والأقارب والأزواج.

فقد تولى الحق سبحانه وتعالى قسمة الموارث بكل أحكامها وحيثياتها في ثلاث آيات كريمة في سورة النساء، على أسس من العدل والمساواة والأنصاف، بتوريث الرجال والنساء، والمرأة والصغير بخلاف ما كان في الشرائع القديمة، وهذا انطلاقاً من قوة القرابة (الأقرب فالأقرب) باعتبارها الميزان الشرعي للميراث مما يحقق العدالة الاجتماعية في الإرث والتكافل بين أفراد العائلة وهم يرثون⁽²⁾.

وبهذا يتميز نظام الإرث في الإسلام بسميزات عديدة، تجعل منه نظاماً فريداً في تحقيق العدالة، بحيث لا يدانيه في هذا نظام سابق عليه، أو لاحق له، وسأتناول بعض الميزات على سبيل المثال، لا الحصر:

- إن الميراث إجباري في الإسلام بالنسبة إلى الوارث والمورث، فلا يملك المورث أن يمنع أحد ورثته من الميراث، والوارث يملك نصيبه جبراً من غير اختيار منه ولا حكم قاض، فليس له أن يرد ميراثه من الميت لأنه ينتقل إليه حكماً دون حاجة إلى قبول منه. وإذا كان الميراث إجبارياً فليس معنى ذلك أن الوارث يتحمل ديون المورث لأن الميراث في القرآن غنم لا غرم فيه فديون الميت مضمونة في حدود تركته فقط⁽³⁾.

(1) جابر عبد الهادي سالم الشافعي، المرجع السابق، ص 132 - 133.

(2) بلحاج العربي، أحكام التركات والموارث، المرجع السابق، ص 34.

(3) أنظر، عبد الرحمان الصابوي، نظام الأسرة وحل مشكلاتها في ضوء الإسلام، ط01، دار الفكر، دمشق، 2001، ص 237.

- إن الإسلام جعل الإرث حقا لأحب الناس إلى قلب المتوفي، ويتجلى هذا في حصر الإرث في أسباب ثلاثة: القرابة الحقيقية، الزوجية، الولاء (القرابة الحكمية) وهكذا لم يخرج الإسلام بالإرث عن نطاق الأسرة⁽¹⁾.

- ليس للمتوفي أن يرسم ويحدد طريقة توزيع أمواله من بعده، فيحرم من يريد، ويعطي من يشاء، اللهم إلا في حدود ثلث أمواله يوصى بها وجوه الخير⁽²⁾.

- لم يفرق الإسلام في استحقاق الإرث بين قادر على حمل السلاح وغير قادر عليه فأعطى المرأة والأطفال حق الإرث كالرجال، وبهذا يمتاز نظام الإسلام عن الأنظمة التي كانت تحرم هؤلاء من الإرث، كالنظام الذي كان معروفا عند العرب قبل الإسلام، فتوريث هؤلاء يمنعهم من ذل الحاجة، والانزلاق في مهاوي الرذيلة، ويحفظ عليهم كرامتهم⁽³⁾.

- أنه جعل للزوجة نصيبا من الميراث واعتبر الصلة الزوجية كصلة القرابة وفي ذلك احترام للرابطة الزوجية، وتقدير لأثارها الروحية والنفسية والاجتماعية⁽⁴⁾.

- إن الإسلام جعل أساس المفاضلة في الإرث هو الحاجة، ولذا جعل نصيب ابن المتوفي أكثر من نصيب أبيه، لأن ابن المتوفي يستقبل الحياة فهو في حاجة إلى المال لمواجهة تبعاتها المرهقة، بخلاف أب المتوفي فهو قد استدبر الحياة ولم يعد بحاجة إلى المال إلا بالقدر الذي يحفظ شيخوخته، ويمنعه ذل السؤال⁽⁵⁾. ولهذا المعنى فضل الرجل على المرأة في الميراث، لأن مطالب الابن في الحياة وفي نظام الإسلام نفسه أكثر من مطالب أخته، فهو المكلف بإعالة نفسه متى بلغ سن الرشد، وهو المكلف بدفع الصداق لزوجتهن ونفقة الأولاد،

(1) رمضان علي السيد الشرنباصي، أحكام الميراث، المرجع السابق، ص 17.

(2) انظر، محمد سمارة، أحكام التركات والمواريث في الأموال والأراضي، ط01، الدار العلمية الدولية ودار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2002، ص25.

(3) رمضان علي السيد الشرنباصي، أحكام الميراث بين الشريعة...، المرجع السابق، ص 17.

(4) عبد الرحمان الصابوني، نظام الأسرة، المرجع السابق، ص 238.

(5) رمضان علي السيد الشرنباصي، أحكام الميراث، المرجع السابق، ص 17.

وهو المكلف بإعالة أبيه أو أقربائه إذا كانوا فقراء في حين أن البنت لا تكلف بتكاليف مالية⁽¹⁾.

الميراث قرره الله تعالى في كتابه الحكيم وجعله فريضة محكمة لا يلحقها تبديل ولا تغيير ووصي به المسلمين، قال الله تعالى: ﴿يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثَيَيْنِ﴾⁽²⁾، كما بين الله تعالى أن أحكام الإرث ومقاديره هي حدوده حدها لعباده، ولا يرضى اعتداء عليها، أو تغيير لها فقال الله تعالى: ﴿تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ﴾⁽³⁾ وَمَنْ يُطِعِ اللَّهَ وَرَسُولَهُ يُدْخِلْهُ جَنَّاتٍ تَجْرِي مِنْ تَحْتِهَا الْأَنْهَارُ خَالِدِينَ فِيهَا ذَلِكَ الْفَوْزُ الْعَظِيمُ ﴿١٣﴾ وَمَنْ يَعْصِ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَيَتَعَدَّ حُدُودَهُ يُدْخِلْهُ نَارًا خَالِدًا فِيهَا وَلَهُ عَذَابٌ مُهِينٌ ﴿١٤﴾⁽⁴⁾. ومن هنا تولى الله تعالى تبين توزيع الإرث وتعيين أنصبة للمستحقين مخافة الزيع والظلال، وعدم العدل فيها قائلاً في كتابه الكريم: ﴿يُبَيِّنُ اللَّهُ لَكُمْ أَنْ تَضِلُّوا وَاللَّهُ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمٌ﴾⁽⁵⁾، فبلغ هذا العلم من الدقة المتناهية ما عجزت عنه كل العقول الراغبة في التعليق عليه⁽⁵⁾.

فنظام الميراث الإسلامي جاء لتحقيق العدالة المطلقة بين الناس، فأثبتته لنساء حقهن في الميراث، وأصبحت المرأة أصيلة في الميراث كالرجل تماماً، فما هي أدلة توريثه المرأة في الشريعة الإسلامية.

(1) أنظر الإمام محمد أبو زهرة، أحكام التركات والموارث، دار الفكر العربي، القاهرة، 1963، ص 198.

(2) سورة النساء، الآية 11.

(3) سورة النساء، الآيتان 13 و 14.

(4) سورة النساء، الآية 176.

(5) أنظر عبد الله أبو عوض، أثر الاجتهاد الفقهي والقضاء في تعديل مدونة الأسرة المغربية، دراسة تأصيلية في المادة 400، منشورات دار

الأمان، الرباط، 2011، ص 171.

المطلب الثاني:

أدلة توريث المرأة في الشريعة الإسلامية.

يعتبر نظام الميراث في الإسلام نظاماً اجتماعياً يعمل على تقوية الصلات والروابط والتماسك وروح التعاون والتكافل بين أفراد الأسرة وفي ذلك صلاح المجتمع. فجعل الإسلام الميراث لأقرب الناس للميت وهم أهله وعشيرته، لأنه انتصر بهم في حياته وكثير ما يكون لهم دخل في تكوين ثروته، وبالتالي كان من الواجب أن ينتصر الورثة بماله بعد وفاته وفي ذلك تعويض لهم عن فقدانه فكان العزم بالغنم⁽¹⁾. وقد أبطل الإسلام كل ما كان عليه العرب والعجم من حرمان النساء من التملك أو التضييق عليهن في التصرف بما يملكن، واستبدال أزواج المتزوجات منهن بأموالهن، فأثبت لهن حق الملك بأنواعه والتصرف بأنواعه المشروعة، فشرع الوصية والإرث لهن كالرجال، وزادهن ما فرض لهن على الرجال من مهر الزوجية والنفقة على المرأة وأولادها وإن كانت غنية⁽²⁾.

فالإسلام أعطى للمرأة نصيباً من الميراث، فالأم، والزوجة، والبنت، وبنت الابن، والأخت وأمثالهن، كل هؤلاء لهن نصيب معين من مال الميت يضمن حياة مصونة من مذلة العيش وهوان الفاقة⁽³⁾، من استقراء الآيات الكريمة والسنة النبوية المطهرة وإجماع الصحابة يتضح وجود أدلة عديدة في وجوب توريث المرأة.

الفرع الأول:

أدلة توريث المرأة في القرآن الكريم.

فقد تولى الحق سبحانه وتعالى قسمة الموارث بكل أحكامها وحيثياتها في ثلاث آيات كريمة في سورة النساء، وهذه الآيات دلت دلالة قاطعة على وجوب توريث النساء وهذا يتضح مما يأتي:

(1) جابر عبد الهادي سالم الشافعي، المرجع السابق، ص 121.

(2) محمد رشيد رضا الحسيني، حقوق النساء في الإسلام، ط01، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2005، ص 19.

(3) عبد الرحمان الصابوني، نظام الأسرة، المرجع السابق، ص 238.

1- قوله تعالى: ﴿يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثِيَيْنِ ۚ فَإِن كُنَّ نِسَاءً فَوْقَ اثْنَتَيْنِ فَلَهُنَّ ثُلُثَا مَا تَرَكَ ۚ وَإِن كَانَتْ وَاحِدَةً فَلَهَا النِّصْفُ ۚ وَلِأَبَوَيْهِ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا السُّدُسُ مِمَّا تَرَكَ إِن كَانَ لَهُ وَلَدٌ ۚ فَإِن لَّمْ يَكُن لَهُ وَلَدٌ وَوَرِثَهُ أَبُوَاهُ فَلِأُمِّهِ الثُّلُثُ ۚ فَإِن كَانَ لَهُ إِخْوَةٌ فَلِأُمِّهِ السُّدُسُ ۚ مِّن بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ ۚ ءَابَاؤُكُمْ وَأَبْنَاؤُكُمْ لَا تَدْرُونَ أَيُّهُمْ أَقْرَبُ لَكُمْ نَفَعًا ۚ فَرِيضَةٌ مِّنَ اللَّهِ ۚ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا حَكِيمًا ﴿١١﴾ (1).

2- قول الله تعالى: ﴿وَلَكُمْ نِصْفُ مَا تَرَكَ أَزْوَاجُكُمْ إِن لَّمْ يَكُن لَّهُنَّ وَلَدٌ ۚ فَإِن كَانَ لهنَّ وَلَدٌ فَلِكُمُ الرُّبْعُ مِمَّا تَرَكَنَّ ۚ مِّن بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِيَن بِهَا أَوْ دَيْنٍ ۚ وَلَهُنَّ الرُّبْعُ مِمَّا تَرَكَتُم إِن لَّمْ يَكُن لَّكُمْ وَلَدٌ ۚ فَإِن كَانَ لَكُمْ وَلَدٌ فَلَهُنَّ الثُّمُنُ مِمَّا تَرَكَتُم ۚ مِّن بَعْدِ وَصِيَّةٍ تُوصُونَ بِهَا أَوْ دَيْنٍ ۚ وَإِن كَانَ رَجُلٌ يُورِثُ كَلَلَةً أَوْ امْرَأَةً وَلَهُ أَخٌ أَوْ أُخْتٌ فَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا السُّدُسُ ۚ فَإِن كَانُوا أَكْثَرَ مِن ذَلِكَ فَهُمْ شُرَكَاءُ فِي الثُّلُثِ ۚ مِّن بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصَى بِهَا أَوْ دَيْنٍ غَيْرِ مُضَارٍّ ۚ وَصِيَّةً مِّنَ اللَّهِ ۚ وَاللَّهُ عَلِيمٌ حَلِيمٌ ﴿١٢﴾ (2).

3- قول الله تعالى: ﴿لِلرِّجَالِ نَصِيبٌ مِّمَّا تَرَكَ الْوَالِدَانِ وَالْأَقْرَبُونَ وَلِلنِّسَاءِ نَصِيبٌ مِّمَّا تَرَكَ الْوَالِدَانِ وَالْأَقْرَبُونَ مِمَّا قَلَّ مِنْهُ أَوْ كَثُرَ ۚ نَصِيبًا مَّفْرُوضًا ﴿٧﴾ (3).

4- وقوله تعالى: ﴿يَسْتَفْتُونَكَ قُلِ اللَّهُ يُفْتِيكُمْ فِي الْكَلَلَةِ ۚ إِنِ امْرُؤٌ هَلَكَ لَيْسَ لَهُ وَلَدٌ وَلَهُ أختٌ فَلَهَا نِصْفُ مَا تَرَكَ ۚ وَهُوَ يَرِثُهَا إِن لَّمْ يَكُن لَهَا وَلَدٌ ۚ فَإِن كَانَتَا اثْنَتَيْنِ

(1) سورة النساء، الآية 11.

(2) سورة النساء، الآية 12.

(3) سورة النساء، الآية 07.

فَلَهُمَا الثُّلُثَانِ مِمَّا تَرَكَ^ج وَإِنْ كَانُوا إِخْوَةً رِّجَالًا وَنِسَاءً فَلِلَّذَكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثَيَيْنِ^ق
يُبَيِّنُ اللَّهُ لَكُمْ أَنْ تَضِلُّوا^ط وَاللَّهُ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمٌ ﴿١٧٦﴾ ﴿١﴾.

وقد ذكروا في سبب نزول آيات الموارث، أن مستضعفين آخرين أتوا إلى النبي صلى الله عليه وسلم، لكي ينصفهم ويدفع عنهم ظلم الجاهلية وقسوتها، فقد أخرج أحمد وأصحاب السنن من حديث جابر بن عبد الله رضي الله عنه قال: جاءت امرأة سعد بن الربيع فقالت: يا رسول الله هاتان ابنتا سعد بن الربيع، قتل أبوهما معك في أحد، وإن عمهما أخذ مالهما، قال: "يقض الله في ذلك" فترلت آية الميراث فأرسل إلى عمهما فقال: "أعط ابنتي سعد الثلثين وأمهما الثمن، فما بقي فهو لك" (2).

والمتدبر لهذه الآيات الكريمة يلاحظ أمور عديدة:

أ- تولى الله سبحانه وتعالى تحديد نصيب كل وارث بنصوص قطعية الدلالة تأكيداً على وجوب توريث النساء ولم يترك الأمر لتقدير المتوفي وهذا يعبر عن نظرة الإسلام إلى علاقة الإنسان بالمال باعتباره خليفة الله في الأرض والمال أمانة لديه.

ب- من تأمل الآيات الكريمة وتدبرها يتضح أن أغلب أصحاب الفروض هم من النساء تأكيداً من الله سبحانه وتعالى على ميراثهن ومنعاً من غبن حقهن بالاجتهاد غير المسوغ لتقليل نصيبهن.

ج- إن الله سبحانه وتعالى راعي في تقسيم الإرث النفع والمصلحة، وهذه نصوص قطعية الدلالة لا يجوز الاجتهاد فيها، أما لو ترك الأمر للبشر فقد يعطون من لا يستحق ويمنعون من يستحق كما كان عليه الحال في الجاهلية والأمم السابقة يمنع النساء والصغار من الميراث (3).

(1) سورة النساء، الآية 176.

(2) أنظر، عبد الحميد محمود طهاز، حقوق الإنسان في سورة النساء، ط01، دار القلم والدار الشامية، دمشق، بيروت، 1993، ص 26.

(3) قيس عبد الوهاب الحيايلى، المرجع السابق، ص 45.

د- يوصي الله الوالدين بأولادهم، وما أجملها من وصية، فهو سبحانه أرحم بأولادنا منا، أي يأمر الله بالعدل في الأولاد، فإن أهل الجاهلية كانوا يجعلون الميراث للذكر دون الإناث، فأمر تعالى بالتسوية بينهم في أصل الميراث⁽¹⁾.

الفرع الثاني:

أدلة تورث المرأة في السنة النبوية الشريفة.

هناك بعض الفروع يعتبر مصدر التورث فيها السنة النبوية كميراث الجدة، حيث ثبت بالسنة النبوية الشريفة عندما جاءت الجدة (أم الأب) إلى أبي بكر الصديق رضي الله عنه، تسأله ميراثها فقال: (ما لك في كتاب الله شيء وما علمت لك في سنة رسول الله شيء، فارجعي حتى أسأل الناس، فسأل الناس فقال الصغيرة بن شعبة: حضرت رسول الله صلى الله عليه وسلم أعطها السدس، فقال أبو بكر: هل معك غيرك، فقام محمد بن مسلمة، فقال مثلما قال الصغيرة بن شعبة فأنفذه لها أبو بكر رضي الله عنه. ثم جاءت الجدة الأخرى (أم الأم) إلى عمر بن الخطاب رضي الله عنه تسأله ميراثها، فقال: (ما لك في كتاب الله شيء، وما كان القضاء الذي قضى به ألا لغيرك، وما أنا بزائد في الفرائض، ولكن هو ذلك السدس فإن اجتمعما فيه فهو بينكما، وأيكما خلت به فهو لها)⁽²⁾. وميراث بنت الابن مع البنت والأخت مع البنت، ودليل ذلك ما رواه هزيل بن شرحبيل، قال: (سئل أبو موسى الأشعري عن رجل توفي عن ابنة، وابنة ابن، وأخت، فقال للإبنة النصف وللأخت النصف، ثم قال: إئت ابن مسعود، فسأل السائل ابن مسعود رضي الله عنه وأخبره بما قاله أبو موسى الأشعري، فقال لقد ضللت إذن وما أنا من المهتدين أقضي فيها بما قضى فيها رسول الله صلى الله عليه وسلم، للبنت النصف،

(1) عبد الحميد محمود طهاز، المرجع السابق، ص 26.

(2) أخرجه أبو داوود، كتاب الفرائض، باب في الجدة، ج 03، رقم 2894، المكتبة العصرية صيدا، بيروت، دون سنة، ص 213، والترمذي في كتاب الفرائض، باب في ميراث الجدة، ج 04، رقم 2107، دار الغرب الإسلامي، بيروت، 1998، ص 32.

ولابنة الابن السدس تكملة الثلثين، وما بقي للأخت، فلما أتينا أبو موسى وأخبرناه بقول ابن مسعود، قال: لا تسألوني ما دام هذا الخبر فيكم⁽¹⁾.

فهنا ترث ابنة الابن السدس تكملة الثلثين، حيث أن ابنة الابن ترث فرض البنات الصليبات عند فقدهن، وفي هذه الحالة لم يبق من نصيب البنات الصليبات غلا السدس، فتأخذ ابنة الابن تكملة الثلثين، ويدل هذا الحديث كذلك على ميراث الأخت الشقيقة بالتعصيب إذا وجد معها بنت صليبه أو ابنة ابن، فلها الباقي بعد نصيب البنت إلا أن يستغرق أصحاب الفروض ولم يبق لها شيئاً، والعصوبة هنا العصابة مع الغير⁽²⁾.

الفرع الثالث:

أدلة توريث المرأة في الاجتهاد.

هناك فروع أخرى استنبطها الفقهاء من النصوص الأصلية مثل ميراث الأم ثلث الباقي بعد فرض أحد الزوجين عندما ينحصر الإرث بين الأب والأم وأحد الزوجين، فظاهر الآية أن يكون فرض الأم هو ثلث المال لأن الآية جعلت مناط استحقاق الأم للثلث أن لا يكون للميت فرع وارث أو جمع من الإخوة.

وهذا الشرط متحقق فينبغي أن تأخذ ثلثة التركة، ولم تأخذ ثلث الباقي بعد فرض أحد الزوجين، حتى لا يزيد نصيبها على نصيب الأب، أما إذا وجد الجد في هذه الحالة فإنها تأخذ ثلث التركة لا ثلث الباقي لأن الجد لا يقوم مقام الأب في هذه الحالة وتسمى هذه المسألة بالعمرية لقضاء عمر بن الخطاب رضي الله عنه بذلك⁽³⁾.

كاجتهاد أبي بكر الصديق رضي الله عنه في الكلالة، فقد سئل عن الكلالة فقال: "أقول فيما برأي فإن يكن صواباً فمن الله وإن يكن خطأ فمني ومن الشيطان والله

(1) أخرجه البخاري، كتاب الفروض، باب ميراث، ابنة ابن مع أبنه، رقم 6736، دار ابن الهيثم، القاهرة، 2004، ص 1163.

(2) ابن قدامة، المرجع السابق، ص 367.

(3) الشريبي شمس الدين محمد بن محمد الخطيب، معني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، تحقيق علي محمد معوض وعادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1994، ص 18.

ورسوله بريثان منه، الكلالة من لا ولد له ولا والد، فلما ولي عمر بن الخطاب قال: "إني لأستحي أن أخالف أبا بكر في رأي رآه، الكلالة من لا ولد له ولا والد⁽¹⁾." وهكذا تولى الشارع في الإسلام الخلافة في الثلثين، ولقد جعلهما في أسرته لا يخرجان عنها بل يوزعان في دائرتهما، وذلك لأن منافع الأسرة متبادلة فيما بين أحادها فالقوي فيها يحمي الضعيف، والغني فيها يمد الفقير بماله، ويعينه على نوائب الدهر. وقد أوجب الشارع للفقير العاجز عن الكسب نفقة في مال قريبه الموسر، ما دام قادرا، وفي ماله فضل يعطى منه، فكان ذلك التبادل الذي أقره الإسلام، وأوجب بعضه، وحث على ما لم يوجبه بحكم القضاء سببا في أن جعل الخلافة للأسرة في ثلثي مال المتوفي إجباري عنه من غير أن يكون له دخل في ذلك التوزيع، بل كان التوزيع بوصية الله العادلة، بدل وصية غيره القاسطة⁽²⁾، فجعل القاعدة الأساس للتوريث هي القرابة والزوجية، فالقريب سواء كان ذكر أم أنثى له نصيب مفروض في تركة قريبه المتوفي لقوله تعالى للرجال نصيب مما ترك الوالدان والأقربون وللنساء نصيب مما ترك الوالدان والأقربون مما قل منه أو كثر نصيبا مفروضا". ومن خلال هذا الكلام لنا أن نتساءل عن الحكمة من توريث المرأة.

المطلب الثالث:

الحكمة من توريث المرأة.

كانت المرأة تشتري وتباع كالبهيمة والمتاع، وكانت تكره على الزواج، وعلى البغاء، وكانت تورث ولا ترث، وكانت تملك ولا تملك، وكان أكثر الذين يملكونها يجبرون عليها التصرف فيما تملكه بدون إذن الرجل وكانوا يرون للزوج الحق في التصرف بما لها من دونها، وقد اختلف الرجال في بعض البلاد في كونها إنسانا ذا نفس وروح خالدة كالرجل أم لا، وفي كونها نلقن في الآخرة أم لا؟ وكانت أعظم الشرائع

(1) أنظر، إسماعيل بن كثير القرشي، تفسير القرآن العظيم، جزء الأول، مطبعة عيسى الخليلي، القاهرة، دون سنة، ص 460.

(2) محمد أبو زهرة، أحكام التركات والموارث، المرجع السابق، ص 196.

تبيح للوالد بيع ابنته وكان بعض العرب يرون أن للأب الحق في قتل ابنته بل وفي وأدها (دفنها حية) أيضا وكان منهم من يرى أنه لا قصاص على الرجل في قتل المرأة ولا دية⁽¹⁾.

جاء الإسلام فاعتبر الذكر كالأُنثى، فالكل هبة من الله عز وجل "يهبه لمن يشاء إنثا ويهب لمن يشاء الذكور"⁽²⁾، وأسقط تقاليد المجتمع الجاهلي التي كانت تبيح وأد البنت لا لذنوب اقترفتها لكونها بنتا ويقول الله عز وجل: ﴿وَإِذَا بُشِّرَ أَحَدُهُمْ بِالْأُنْثَىٰ ظَلَّ وَجْهُهُ مُسْوَدًّا وَهُوَ كَظِيمٌ ﴿٥٨﴾ يَتَوَارَىٰ مِنَ الْقَوْمِ مِنْ سُوءِ مَا بُشِّرَ بِهِ ۚ أَيُمْسِكُهُ عَلَىٰ هُونٍ أَمْ يَدُسُّهُ فِي التُّرَابِ أَلَا سَاءَ مَا يَحْكُمُونَ ﴿٥٩﴾﴾⁽³⁾.

وانتقل بالفتاة من سبب يدعو إلى الخجل والتشاؤم إلى سبب لدخول والديها الجنة فقال عليه الصلاة والسلام "من ابتلى من البنات فشيء، فأحسن إليهن كن له سترا من النار"⁽⁴⁾.

وأعطى الإسلام للمرأة نصيبا من الميراث سواء كان الميراث المتروك قليلا أو كثيرا فهدم قاعدة سيئة متمكنة من عرب الجاهلية، فجعل القاعد الأساس للتوريث هي القرابة والزوجية، فالقريب سواء كان ذكر أم أنثى له نصيب مفروض في تركة قريبة المتوفي لقول الله تعالى: ﴿لِّلرِّجَالِ نَصِيبٌ مِّمَّا تَرَكَ الْوَالِدَانِ وَالْأَقْرَبُونَ وَلِلنِّسَاءِ نَصِيبٌ مِّمَّا تَرَكَ الْوَالِدَانِ وَالْأَقْرَبُونَ مِمَّا قَلَّ مِنْهُ أَوْ كَثُرَ ۚ نَصِيبًا مَّفْرُوضًا﴾⁽⁵⁾.

وإجمالا يمكننا بيان الحكمة من توريث المرأة في النقاط الآتية:

(1) محمد رشيد رضا الحسيني، المرجع السابق، ص 10.

(2) سورة الشورى، الآية 49.

(3) سورة النحل، الآيتان 58-59.

(4) أنظر، محمد مرهف حسن أسد، تأملات في المرأة بين الأصالة والمعاصرة، ط01، دار وحي القلم، بيروت، لبنان، 2004، ص 48.

(5) سورة النساء، الآية 7.

- إن الله سبحانه وتعالى خلق الذكر والأنثى من نفس واحدة مصداقا لقوله تعالى: ﴿ هُوَ الَّذِي خَلَقَكُمْ مِنْ نَفْسٍ وَاحِدَةٍ وَجَعَلَ مِنْهَا زَوْجَهَا لِيَسْكُنَ إِلَيْهَا ﴾⁽¹⁾، وقول الرسول صلى الله عليه وسلم: "النساء شقائق الرجال" فالرجل والمرأة سواء في الكرامة الإنسانية ولا فرق بينهما ومن ثم ليس ثم مسوغ لإعطاء الذكر الحق في الميراث وحرمان المرأة منه⁽²⁾.

- لا يخفى أن الأسرة هي اللبنة الأولى في بناء المجتمع، ولذا فقد اهتم الإسلام بتقويمها، وعنى بأحكام الروابط بين أفرادها فلهذا لم يحرم الإسلام أقارب الميت من الميراث لأن الإنسان مفطور بطبعة على إثارة أهله، وذوى قرابته على غيره ثم إن عدم توريث الأقارب ينشأ عنه قطع الوشائج والصلوات بين أفراد الأسرة الواحدة، مما يساعد على التفكك والوهن في المجتمع بأسره⁽³⁾، ومن ثم فإنه يعطى الميراث للأقرب إلى المتوفي الذي يعتبر شخصه امتداد في الوجود لشخصه، من غير تفرقة بين كبير ولا صغير وبين ذكر وأنثى، ولذلك كان أكثر الأسرة حظا في الميراث الأولاد، الذكور والإناث ومن ينتسبون إليه⁽⁴⁾.

- من الأسس التي يقوم عليها الميراث في الشريعة الإسلامية الود والرفق في القرابة وهذا يكون في النساء كالأُم والبنت والأخت فهؤلاء النساء لا باعت على توريثهم سوى الود والرفق فليس فيهم معنى الحماية والنصرة⁽⁵⁾.

- إنصاف الضعفاء وملاحظة حاجاتهم يعد من الأسس الهامة المعتمدة في نظام الميراث في أحكام الشريعة الإسلامية، فالإسلام حينما جاء كانت المرأة وهي مخلوف ضعيف بطبيعته، متاعا يورث ولا يرث ففض على هذا الوضع الشاد وحرمة بقول الله تعالى: ﴿

(1) سورة الأعراف، الآية 189.

(2) قيس عبد الوهاب الحيايلى، المرجع السابق، ص 50.

(3) رمضان علي السيد الشرنباصي، أحكام الميراث، المرجع السابق، ص 09.

(4) محمد أبو زهرة، أحكام التركات والموارث، المرجع السابق، ص 197.

(5) قيس عبد الوهاب الحيايلى، المرجع السابق، ص 51.

يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَرِثُوا النِّسَاءَ كَرْهًا ﴿١﴾، وسبب نزول الآية هو أنه كان إذا مات الرجل كان أولياؤه أحق بامرأته إن شاء بعضهم تزوجها وإن شاؤوا وجوها، وإن شاؤوا لم يزوجوها فهم أحق بها من أهلها فترلت الآية⁽²⁾.

وجعل الإسلام للمرأة بنتا كانت أو أما أو زوجة أو أختا نصيبا في تركة أبيها وزوجها أقاربها، بخلاف ما كانت عليه بعض الشرائع والقوانين الوضعية السابقة من عدم توريثها.

- إن نظام الميراث يحقق مبدأ الاستخلاف في المال بتكريس مبدأ كون المال مال الله وإن الإنسان مستخلف فيه، وكل جيل يسلمه إلى من ورائه، وهو بدورهم يحرصون على تسليمه لمن بعدهم في أحسن حال وبذا يتحقق الخلافة الحقة للإنسان على هذا الأرض.

ويعتبر نظام الميراث في الإسلام من الوسائل الإيجابية في تفتيت الثروة وإعادة توزيعها، ويحول دون تجمع الثروة في يد واحدة⁽³⁾.

وتوريث النساء يؤدي إلى تحقيق هذا الهدف بجلاء، إذ أن المرأة قد تتزوج رجلا ليس من أسرتها ومن ثم تنتقل الأموال إلى الأسر الأخرى كي لا تكس عند طبقة معينة⁽⁴⁾.

إن التأمل في أحكام ميراث المرأة في الإسلام ليقون إيقانا لا يخالطه ريب من عدالة وإنصاف هذا الدين الذي راعى حقها في الميراث، وأكد على إنسانيتها بإعطائها نصيبا من التركة، لأنها أهل للاستحقاق والتملك، وتلبية لنداء الفطرة التي فطر الله الناس عليها من حبّ التملك فقال تعالى: ﴿ وَتَأْكُلُونَ التُّرَاثَ أَكْلًا لَمًّا ﴿١٩﴾ وَتُحِبُّونَ الْمَالَ حُبًّا جَمًّا ﴿٢٠﴾ ﴾⁽⁵⁾.

(1) سورة النساء، الآية 19.

(2) أنظر، سيد الجميلي، أحكام المرأة في القرآن، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان، دون سنة، ص 52.

(3) جابر عبد الهادي سالم الشافعي، المرجع السابق، ص 125 - 126.

(4) قيس عبد الوهاب الحيايلى، المرجع السابق، ص 52.

(5) سورة الفجر، الآيتان 19-20.

وقد ورد في القرآن الكريم آيات وضحت الحقوق الثابتة للمرأة، كما وضحته لغيرها، ونصّت تلك الآيات على إرثها سواء كانت هي من الأصول أو الفروع أو الحواشي، مراعية حق القرابة والحاجة، وهو ما اتبعته كذلك قوانين الأسرة المغاربية، ولتوضيح ذلك سأتناول حالات ميراث المرأة والأنصبة المقدرة لها شرعا وقانونا.

المبحث الثاني:

الحالات التي تترث فيها المرأة وأنصبتها.

يلعب الميراث دورا كبيرا في إثراء الذمة المالية للمرأة بتغييرها نحو الإيجاب، فالمرأة لها حقوق في تركة الهالك تختلف أنصبتها فيها حسب درجة قرابتها كأم أو زوجة أو أخت.

فطبقا لقواعد الشريعة الإسلامية صارت المرأة صاحبة فرض بعدما كانت في العصر الجاهلي لا يعترف لها بحقوقها في الميراث، فأصبحت المرأة تترث النصف والثلثين إذا كانت بنتا أو مجموعة من البنات، وترث السدس إذا كانت أما أو جدة أو أختا لأب، كما أقرت الشريعة الإسلامية حق وارثه الربع أو الثمن للزوجة من تركة زوجها⁽¹⁾، كل هذه الأنصبة المقررة للمرأة كانت مفصلة بآيات قرآنية، وقد تبنتها التشريعات المغاربية للأسرة مضيئة إليها بعض القضايا التي وردت ضمن السنة النبوية.

لقد تناول قانون الأسرة الجزائري أحكام الميراث في الكتاب الثالث، من المادة 126 إلى 183 أي 57 مادة، أما المشرع المغربي فقد عالج أحكام الميراث في الكتاب السادس من مدونة الأسرة، من المادة 321 إلى 395، أما بخصوص مجلة الأحوال الشخصية التونسية فقد تناولت أحكام الميراث في ثمانية أبواب من الفصل 85 إلى الفصل 151 وكل هذه الأحكام مستمدة كليا من الشريعة الإسلامية.

والإرث أنواع إرث بالفرض فقط، وإرث بالتعصيب فقط وإرث بهما معا؛ أي بالجمع بينهما في مسألة واحدة، وإرث بهما لكن دون الجمع بينها، ويتبين على هذا التنوع تنوع في الورثة.

يختلف النصيب الشرعي للمرأة في الميراث حسب صفتها وحسب صفة الوارثين معها، فقد تكون صاحبة فرض محدد وهي الحالة الغالبة كما قد تترث بالتعصيب، كما قد تكون من ذوي الأرحام فترث في حالة عدم وجود أصحاب فرض ولا عصبية.

(1) أنظر، لوكيل محمد امين، المركز القانوني للمرأة في قانون الأسرة الجزائري، ط2، دار هومة، الجزائر، 2006، ص 145.

المطلب الأول:

ميراث المرأة بالفرض.

الفروض جمع فرض، والمرادية هنا المقدار المعين شرعا لكل وارث من التركة، ويسمى بالسهم أو النصيب وأصحاب الفروض هم الورثة الذين قدرت لهم الشريعة أنصبا معينة في التركة⁽¹⁾. ولعل هذا التقدير من الشرع هو الذي يبرر الأولوية التي يحظى بها أصحاب الفروض، حيث تقع البداءة بهم في التوريث لقوله تعالى: ﴿فَرِيضَةً مِّنَ اللَّهِ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا حَكِيمًا﴾⁽²⁾، وقوله سبحانه وتعالى: ﴿مِمَّا قَلَّ مِنْهُ أَوْ كَثُرَ نَصِيبًا مَّفْرُوضًا﴾⁽³⁾، وقوله صلى الله عليه وسلم "ألحقوا الفرائض بأهلها فما بقي فهو لأولى رجل ذكر"⁽⁴⁾.

ولقد عرف المشرع الجزائري ذوي الفروض في نص المادة 140 الذي جاء محتواها كالاتي "ذوي الفروض هم الذين حددت أسهم في التركة شرعا"، وهو نفس ما اتجه إليه المشرع حيث أوردت المادة 337 من مدونة الأسرة تعريف للفرض بأنه سهم مقدر للوارث في التركة ويبدأ في التوريث بأصحاب الفروض.

وهو ما تبناه المشرع التونسي في الفصل 91 من مجلة الأحوال الشخصية بأن الفروض هو سهم مقدر بوارث في التركة ويبدأ في التوريث بأصحاب الفروض". وهذه الفروض المحددة شرعا في كتاب الله، وسنة رسول الله صلى الله عليه وسلم، وبالإجماع لا تخرج عن ستة وهي النصف والرابع والثلثان والثلث والسدس⁽⁵⁾.

(1) بلحاج العربي، أحكام التركات والموارث، المرجع السابق، ص 131.

(2) سورة النساء، الآية 11.

(3) سورة النساء، الآية 07.

(4) انظر، ابن حجر العسقلاني، فتح الباري شرح صحيح البخاري، ط01، ج12، مطابع دار البيان الحديثة، مكتبة الصفا، 2003،

ص 13.

(5) وهو ما نصت عليه المادة 143 من قانون الأسرة الجزائري، والمادة 341 من مدونة الأسرة المغربية، والفصل 92 من مجلة الأحوال

الشخصية التونسية.

ولقد حددت المادة 142 من قانون الأسرة الوارثات من النساء بالفرض في البنت، وبنت الابن وإن نزلت، والأم والزوجة والجددة. ومن الجهتين وإن علت، والأخت الشقيقة، الأخت لأب والأخت لأم وهو ما نص عليه الفصل 91 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية.

"... ومن النساء: 1- الأم، 2- الجدة، 3- البنت، 4- بنت الابن وإن سفلت، 5- والأخت الشقيقة، 6- والأخت لأب، 7- الأخت لأم، 8- الزوجة".
أما المشرع المغربي فقد حدد الورثة بالفرض في المادة 337⁽¹⁾، وهم الأم والجددة والزوج والزوجة والأخ لأم والأخت لأم، أما المادة 340 فقد تعرضت للوارث بالفرض أو التعصيب ولا يجمع بينهما أربعة: البنت وبنت الابن، والأخت الشقيقة، والأخت لأب.

فالوارثات من النساء إذن ثمانية سنقف على ميراث كل واحدة منهن على حدة.

الفرع الأول:

ميراث البنت وبنت الابن.

عالج الإسلام أحكام ميراث البنات معالجة حكيمة بتحديد أنصبتهم من التركة مع كل وارث، كي لا تنحصر التركة بيد بعض الورثة كالذكور فقط ولضرورة إنفاق البنات على أنفسهن حسب حاجتهن ولتوسيع دائرة الانتفاع من التركة، فقد نص القرآن الكريم على مقادير إرثهن وكذلك حددت الشريعة الإسلامية وبعض المسائل الاجتهادية المجمع عليها أموال في ميراثهن.

(1) مدونة الأحوال الشخصية المغربية، كانت تحصر الوارثين بالعرض فقط في أربع نساء هن: الأم والجددة والزوجة والأخت للأم" ويبدو أن محل ما جاء في مدونة الأسرة حيث لا يكون كل من الزوج والأم لأم ابني عم المالكة وإلا فيجمعان بين الفرض والتعصيب، أنظر، محمد المهدي، نظام الإرث في ضوء مدونة الأسرة والعمل القضائي، مطبعة أنفون فاس، 2011، ص 195.

أولاً: ميراث البنت.

البنت الصلبية هي بنت الميت من صلبه، أي بنت الإنسان مباشرة أو البنت بالواسطة ويقصد بها البنت وأن نزلت وبنت الابن وإن نزلت⁽¹⁾. وقد نص القرآن الكريم على ميراث البنات الصليات وجمع أحكام ميراثهن بقوله تعالى: ﴿يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثَيَيْنِ^ع فَإِن كُنَّ نِسَاءً فَوْقَ اثْنَتَيْنِ فَلَهُنَّ ثُلُثًا مَّا تَرَكَ^ط وَإِن كَانَتْ وَاحِدَةً فَلَهَا النِّصْفُ^ع﴾⁽²⁾.

ترث البنات التركة بالفرض ولهن حالتان النصف والثلاثان.

1- النصف: ترث البنت فرض النصف بالإجماع⁽³⁾، إن كانت منفردة وعدم وجود معصب لها من درجتها لقوله تعالى: ﴿وَإِن كَانَتْ وَاحِدَةً فَلَهَا النِّصْفُ﴾، فالآية تدل بصراحة على إن نصيب البنت الواحدة نصف تركة المتوفي.

ومثالها: مات شخص عن زوجة وبنت وعم.

فللزوجة الثمن لوجود الفرع الوارث المؤنث (البنت)، والنصف للبنت الواحدة، أما باقي التركة فهو للعم لأنه عصبه، فأصل المسألة من (8) أسهم، للزوجة (1) وللبنات (4) وللعم (3).

2- الثلاثان: لا خلاف بين الفقهاء⁽⁴⁾، على أن البنات الصليات إن كن أكثر من اثنتين فلهن الثلاثان من التركة إذا لم يوجد من يعصبهن من أبناء المتوفي ودليل ذلك قول الله تعالى: "فإن كان نساء فوق اثنتين فلهن ثلثا ما ترك"⁽⁵⁾.

(1) أنظر، عبد الرحمن بن محمد معوض الجزيرين الفقه على المذاهب الأربعة، ط2، دار الكتب العلمية، بيروت، 2002، ص 233.

(2) سورة النساء، الآية 11.

(3) أنظر، لوكيل محمد امين، المرجع السابق، ص 145.

(4) أنظر، موفق الدين عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي، المغني على مختصر الخرقي ومعه الشرح الكبير على متن المقنع للإمام شمس الدين عبد الرحمن بن قدامة المقدسين تحقيق محمد عبد القادر عطا، ط01، ج 06، دار الكتب العلمية، بيروت، 2009، ص 273؛ أنظر، أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي القرطبي الظاهري، المحلى بالأثار المحقق عبد الغفار سليمان البنداري، ط01، ج 08، دار الكتب العلمية، بيروت، 2010، ص 267.

(5) أنظر، محمد أحمد شحاتة حسين، الميراث الأنثوي، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، 2013، ص 58.

ومثال ذلك: مات شخص عن زوجة وثلاث بنات وعم.
 للزوجة فرض الثمن من التركة لوجود الفرع الوارث المؤنث، وللثلاث من البنات
 الثلثان لأنهنّ جمعن وللعن باقي التركة تعصيبا، فأصل المسألة من (24) سهما، للزوجة
 (3) أسهم، وللثلاث من البنات (16) سهما، وللعن (5) أسهم.
 أما بخصوص ميراث البنيتين فإن الله تعالى نص على نصيب البنت الواحدة في
 الميراث والثلاث منهن فأكثر، أما نصيب البنيتين فلم يذكر صريحا في الآية فأجمع الصحابة
 وجمهور الفقهاء⁽¹⁾، على أن نصيب البنيتين الثلثان كنصيب الثلاثة فما فوق، وذلك لأن
 النبي صلى الله عليه وسلم أمر بإعطاء أبي سعد بن الربيع الثلثين بدلالة الحديث الشريف
 عن جابر بن عبد الله رضي الله عنه "قال جاءت امرأة سعد بن الربيع فقالت يا رسول
 الله هاتان ابنتا سعد بن الربيع قتل أبوهما معك يوم أحد شهيدا وإن عمهما أخذ ما لهما
 فلم يدع لهما مالا، فقال: "يقضي الله في ذلك" فترلت آية الميراث فأرسل الرسول صلى
 الله عليه وسلم إلى عمهما فقال: "أعط ابنتي سعد الثلثين وأمهما الثمن وما بقي فهو
 لك"⁽²⁾.

ولقد نص قانون الأسرة الجزائري على أنه تستحق البنت النصف بشرط انفرادها
 عن ولد الصلب ذكرا أو أنثى طبقا لنص المادة 144 فقرة 2، وأنها تستحق الثلثين (2/3)
 إذا وجدت بنتان فأكثر بشرط عدم وجود الابن هذا ما نصت عليه المادة 147 فقرة أولى
 وهو نفس ما تبنته مدونة الأسرة المغربية حيث نصت المادة 342 من المدونة على أن
 أصحاب النصف خمسة ... البنت بشرط انفرادها عن ولد الصلب ذكرا أو أنثى"،
 وجاء في المادة 345 أن أصحاب الثلثين أربعة ... بنتان فأكثر بشرط انفرادهما عن
 الابن".

(1) ابن حزم، المحلى بالأثار، المرجع السابق، ص 266.

(2) أنظر، أبي الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، تحقيق هيثم جمعه هلال، مؤسسة
 المعارف، بيروت، 2006، ص 749.

وهو نفس ما سارى عليه المشرع التونسي حيث نص في الفصل 93 من مجلة الأحوال الشخصية على أن أصحاب النصف خمسة منهم أربعة بنات ... 2 البنت بشرط انفرادها عن ولد الصلب ذكرا كان أو أنثى ...". وضبط الفصل 103 من ذات المجلة المناب الشرعي للبنت باعتبارها من ذوي الفروض إذ أورد أن بنات الصلب لهن أحوال ثلاثة النصف للواحدة إذا انفردت 2- والثلاثان للاثنتين فصاعدا ...".

البنت الصلبية لا تحجب أبدا من الميراث، وذلك لانعدام الوساطة بينها وبين أبيها، بينما تحجب الإخوة والأخوات لأم حجب حرمان، وتحجب الأخت الشقيقة أو لأب عن فرضها المتمثل في النصف وتصير معها عاصبة مع الغير، كما تحجب عند تعددهن بأن كن بنتين صليبتين فأكثر بنت الابن على أن ترث بالفرض، وذلك لاستيفاء البنات نصيبهن المتمثل في الثلثين⁽¹⁾.

ثانيا: ميراث بنت الابن.

بنت الابن هي بنت غير مباشرة للمتوفي⁽²⁾، بل تنتسب إلى المتوفي بطريق الابن مهما نزلت درجة أبيها، فتشمل بنت الابن وبنت ابن الابن مهما نزل، ذهب جمهور الفقهاء إلى أن لفظ الأولاد يذكر على أولاد من صلبه ذكورا أو إناثا وتطلق مجازا على أولاد الابن ذكورا أو إناثا، وبهذا أجمعوا أن بنات الابن وإن نزل أبوهن يأخذن حكم البنات الصليات عن عدمهن⁽³⁾، فإذا عدم البنون فحكم أولادهم حكمهم، لأنهم يدخلون في عموم الآية الكريمة "يوصيكم الله في أولادكم للذكر مثل حظ الأنثيين فإن كن نساء فوق اثنين فلهن ثلثا ما ترك وإن كانت واحدة فلها النصف فلبت الابن أحوال البنت الصلبية في الميراث عند عدمها ولها حالة أخرى عند وجود البنت الصلبية الواحدة، هي استحقاقها لسدس تكملة الثلثين ودليل ذلك ما ثبت بحديث ابن مسعود رضي الله

(1) أنظر، نصر سلمان، سعاد سطحي، أحكام الموارث في الفقه الإسلامي، ط01، دار الفجر، الجزائر، 2007، ص 117.

(2) منصور كافي، المرجع السابق، ص 61.

(3) أنظر، موفق الدين الرحي، شرح المنظومة الرحبية، شرح الإمام محمد بن سبط الماردن، والإمام عبد الرحمن بن محمد بن قاسم مع أسئلة وأجوبة الشيخ عبد العزيز محمد سلمان، ط01، اعتنى به مركز المنبر للبحث العلمي، دار ابن الجوزي، القاهرة، 2008، ص 44.

عنه في صحيح البخاري "أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى في بنت وبنت ابن وأخت بأن للبنت النصف ولبنت الابن السدس تكملة للثلثين وما بقي للأخت".

ما نستخلصه أن ميراث بنت الابن بالفرض ثلاث حالات:

1- النصف للواحدة: تترث بنت الابن فرض النصف بشروط أن تكون منفردة، عدم وجود بنات صليبيات، عدم وجود معصب لها ومعصبها ابن الابن. مثال ذلك: مات شخص عن ابنة ابن وأم وأخ.

فلبنت الابن النصف، وللأم السدس، وللأخ باقي التركة لأنة عصبية، فأصل المسألة (6) سهام، لبنت الابن (3) سهام، وللأم سهم واحد (1)، وللأخ سهمان (2).
2- الثلثان وهو فرض الاثنتين فأكثر من بنات الابن ويرثنه مهما كانت درجاتهن بشرط عدم وجود البنات الصليبيات وعدم وجود معصب لهن.

مثال ذلك: مات رجل ثلاث بنات ابن، وأم وزوجة وأخ.

فلبنات الابن الثلثان، وللأم السدس، وللزوجة الثمن، وللأخ الباقي لأنه عصبية.
3- السدس: تترث بنت الابن الواحدة أو أكثر فرض السدس، مع البنت الصلبية تكملة للثلثين لقول ابن مسعود رضي الله عنه، وتترث فرض السدس بثلاثة شروط عدم وجود معصب لها أو لهن في الدرجة، عدم وجود عاصب أعلى منهن درجة يحجبهن عدم وجود جمع من البنات الصليبيات (اثنان فأكثر).

مثال ذلك: مات شخص عن بنت وبنت ابن وعم.

فللبنت النصف، ولبنت الابن السدس تكملة للثلثين، وللعلم الباقي فهو عصبية. ولقد نص المشرع الجزائري على أنه تستحق بنت الابن النصف بشرط انفرادها عن ولد الصلب ذكرا كان أو أنثى وولد الابن في درجاتها وهذا نصت عليه المادة 160 فقرة رابعا من قانون الأسرة، ونصت المادة 147 فقرة ثالثة من نفس القانون على أنه لبنات الابن الثلثان إذا كن اثنتين فأكثر بشرط عدم وجود ولد الصلب، وابن الابن في درجاتهما". أما فرض السدس فتعرضت له المادة 149 ولبنت الابن السدس ولو تعددت بشرط أن تكون مع بنت واحدة وإلا يكون معها ابن ابن في درجاتها.

أما بخصوص مدونة الأسرة المغربية فقد نصت المادة 342 منها على أن أصحاب النصف خمسة ... بنت الابن بشرط انفرادها عن ولد الصلب ذكر كان أو أنثى". أما فرض الثلثين يتصور في حالة وجود بنتي ابن فأكثر بشرط أن تنفرد عن بنت الصلب وهو ما جاء في المادة 345 من المدونة أن أصحاب الثلثين أربعة: بنتا الابن فأكثر بشرط انفرادهما عن ولد الصلب ذكر كان أو أنثى، وابن الابن في درجتها".

وطبقا لنص المادة 347 من المدونة فإن "بنت الابن ترث السدس سواء كانت واحدة أو متعددة بشرطين، أن تكون معها بنت صلب واحدة وأن لا يكون معها ابن ابن في درجتها" ويلاحظ هنا أنها أحلت بشرط ثالث وهو ألا يوجد ابن أعلى منها سواء كان ابن صليبي أو ابن ابن أعلى درجة منها وإلا أسقطها⁽¹⁾.

أما مجلة الأحوال الشخصية التونسية هي الأخرى تعرضت لميراث الحفيدة حيث نص الفصل 93 من المجلة على أن أصحاب النصف خمسة منهم أربعة إناث 3- بنت الابن بشرط انفرادها عن ولد الصلب ذكر كان أو أنثى وابن الابن ...". أما الفصل 98 من المجلة فقد نص على أن السدس فرض سبعة 3- بنت الابن بشرط كونها مع بنت واحدة وأن يكون معها ابن ابن".

وحدد الفصل 104 من المجلة المناب بالفرض للحفيدة إذ نص على أن "بنات الابن كبنات الصلب ولهن ست حالات: النصف للواحدة إذا انفردت 2- الثلثان للثنتين فصاعدا عند عدم بنات الصلب 3- ولهن السدس مع الواحدة من بنات الصلب تكملة للثلثين 4- لا يرثن مع اثنتين من بنات الصلب فصاعدا إلا أن يكون معهن ابن ابن ذكر مساو لهن 5- وأسفل منهن ويكون الباقي بينهم للذكر مثل حظ الأنثيين. 6- السقوط بابن الصلب".

إن بنت الابن تكون حاجبة للإخوة والأخوات لأم حجب حرمان، وتكون هي الأخرى محجوبة حجب حرمان بابن الميت، وللتبني هنا فإن كل بنت ابن مهما نزلت

(1) أنظر، محمد المهدي، المرجع السابق، ص 129.

درجتها يحجبها ابن الابن الأعلى منها درجة، كما ينقل بنت الابن من الميراث بالفرض إلى السقوط العدد من البنات أو بنات الابن الأعلى منها درجة، وقد تنقذ من السقوط إذا وجد معها ابن ابن ولو أنزل منها درجة وهو الذي يعرف بالابن المبارك⁽¹⁾.
كما أن كل من البنت الصليبية وبنت الابن يرد عليهما⁽²⁾، ما بقي من التركة بعد أصحاب الفروض وذلك بحسب نصيبتهم وهذا كله عند انعدام العاصب لأنه في حالة وجوده لا يوجد الرد لأن العاصب يستحوذ على كل ما يبقيه أصحاب الفروض بعد أخذ فروضهم.

(1) أنظر، نصر سلمان وسعاد سطحي، المرجع السابق، ص 122.
(2) الرد هو زيادة في الأنصاء ونقص في السهام، أي صرف الباقي من التركة عن فروض الورثة إذا لم يكن هناك عاصب، تستحقه أصحاب الفروض بقدر فروضهم الرد على أصحاب الفروض محل اختلاف بين الفقهاء رحمهم الله، لأن لم يرد فيه نص في القرآن الكريم ولا سنة تقضي الأخذ به، فهو موضع اجتهاد الصحابة رضوان الله عليهم ومن بعدهم، وقد اختلف الفقهاء في الرد إلى قولين. ذهب أصحاب القول الأول إلى الأخذ بالرد على الورثة إلا أنهم اختلفوا فيمن يرد عليهم ومن لا يرد عليهم من أصحاب الفروض فذهب اتجاه إلى الرد على جميع أصحاب الفروض إلا الزوجين، وهو قول جمهور الصحابة والتابعين منهم عمر وعلي ابن مسعود وابن عباس، والحسن البصري والثوري، وبه قال الحنفية، والحنابلة في الأصح عندهم. وحجتهم قول الله تعالى: ﴿ وَأُولُوا الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ فِي

كِتَابِ اللَّهِ ﴾ [سورة الأنفال، الآية 75]. فاستدلوا أن أصحاب الفروض من ذوي أرحام الميت، هم أولى بماله وأحق به من غيرهم، أما الزوجين فلا يرد عليهما لانعدام الرحم في حقهما، ولا يدخلان في عموم الآية.
أما الاتجاه الثاني فذهب إلى الرد على جميع أصحاب الفروض بما فيهم الزوجين وهو قول الخليفة عثمان بن عفان بأنه يرد على الزوجين، كما يرد على غيرهم من أصحاب الفرائض وحجته أن الزوجين هم من الورثة ومن أصحاب الفروض المقدره، فحكمهم في الميراث كحكم باقي الورثة وحيث أدخل النقص عليهم في العول فالأولى الرد عليهم.

بينما ذهب أصحاب القول الثاني إلى عدم الأخذ بالرد وهو قول زيد بن ثابت رضي الله عنه فلا يرد على أحد من أصحاب الفرائض شيء بعدما أخذوا فرائضهم ولكن نصيب الباقي من التركة يعد أخذ أصحاب الفروض هو حق لبيت المال إن كان منتظماً وحجتهم قول الله تعالى: ﴿ وَمَنْ يَعْصِ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَيَتَعَدَّ حُدُودَهُ ﴾ [سورة النساء، الآية 14]، بما أن الفروض مقدره من الله تعالى وأن الله قد أعطى كل ذي فرض فرضه فلا يجوز الزيادة عليها وإن الزيادة على الفرض فيه مجاوزة لما حده الله تعالى، أنظر شمس الدين محمد عرفه الدسوقي حاشية الدسوقي على شرح الكبير، تحقيق سدى الشيخ محمد عليش، دار إحياء الكين العربية، عيسى البابي الحلبي، مصر، دون سنة، 368، ابن قدامة، المغني، ص 185.

فإذا كان مجموع السهام أقل من أصل المسألة، ولا يوجد بين الورثة المستحقين عاصب يستحق الباقي، فهنا يتوجب الرد على ذوي الفروض نسبة فروضهم وهذا ما نصت عليه المادة 167 من قانون الأسرة⁽¹⁾.

والمادة 349 من مدونة الأسرة المغربية⁽²⁾. ما يفهم من نص المادتين أن البنت الصلبية وبنت الابن يرد عليهما بحسب نصيهما. أما بخصوص القانون التونسي جاء بحكم مغاير حيث خالف بعض القواعد العامة في الميراث⁽³⁾. جاء في الفصل 143 مكرر⁽⁴⁾: "عند فقد العصبة ولم تستغرق الفروض التركة يرد الباقي منها على أصحاب الفروض بنسبة فروضهم.

أما البنت تعددت أو انفردت أو بنت الابن وأن نزلت فإنه يرد عليهما الباقي ولو مع وجود العصبة بالنفس من الإخوة والعمومة وصندوق الدولة".

لم تتضمن مجلة الأحوال الشخصية عند صدورها سنة 1956 ما يفيد الرد على ذوي الفروض عند فقد العصبة، فكان الحل قبل سنة 1959 يتمثل في انتقال الباقي إلى صندوق الدولة وذلك عملاً بمقتضيات المذهب المالكي الذي غالباً ما تفسر المحاكم أحكام مجلة الأحوال الشخصية على ضوءه، إلا أن تنقيح سنة 1959 أقر حلاً مخالفاً يتمثل في الرد الذي يمكن البنت أو بنت الابن من كامل الميراث إذا توفرت لهن الشروط.

إن الأخذ بنظام الرد فيه ابتعاد من المشرع التونسي عن مقتضيات المذهب المالكي وعمل بأحكام المذهب الحنفي وخاصة بأقوال المتأخرين من أصحاب هذا المذهب، ويتضح من ذلك أن المشرع التونسي لما أراد تقنين هذه المسألة لم يكن من المبدعين في

(1) تنص المادة 167 من قانون الأسرة: إذا لم تستغرق فروض التركة ولم يوجد عصبة من النسب رد الباقي على غير الزوجين من أصحاب الفروض بنسبة فروضهم ويرد باقي التركة إلى أحد الزوجين إذا لم يوجد عصبة من النسب أو أحد أصحاب الفروض النسبية، أو أحد ذوي الأرحام".

(2) نصت المادة 349 فقرة 06 من مدونة الأسرة المغربية "... فإذا وجد وارث واحد بالفرض رد عليه الباقي، وإذا تعدد الورثة بالفرض، ولم تستغرق الفروض التركة رد عليهم الباقي حسب نسبهم في الإرث".

(3) أنظر، بن شويخ الرشيد، الوصية والميراث في قانون الأسرة الجزائري، ط1، دار الخلدونية، الجزائر، 2008، ص 156.

(4) أضيف بالقانون عدد 77 لسنة 1959 المؤرخ في 19 جوان 1959.

مبدأ العمل بها لأنه استمدتها من الفقه الإسلامي ممثلاً بالمذهب الحنفي الذي يستند إلى قوة القرابة التي تجمع أصحاب الفروض بالمورث، فأقر بأحقيتهم في الإرث عند فقد العصبة وبحجبتهم لصندوق الدولة، واتخذ موقفاً مناقضاً للمذهب المالكي⁽¹⁾.

إلا أن هذه الملاحظة لا تستقيم إذا نظرنا إلى الفقرة الثانية من الفصل 143 مكرر من مجلة الأحوال الشخصية التونسية والتي تمكن البنت أو بنت الابن من التفرد بكامل التركة وحجب بعض العصبة بالنفس وهم الأخ والعم وصندوق الدولة.

وهذا الحل لا يقبل به الفقه الإسلامي السني إطلاقاً فهو يرفض أن تنفرد البنت بكامل المال المتروك رغم وجود أحد الورثة بالتعصيب وتجرح هذه الملاحظة إلى التساؤل عن الفلسفة التي قادت المشرع التونسي إلى صياغته لتلك الطريقة؟

إن الإجابة عن هذا التساؤل تكمن في تقصي نظرة المشرع التونسي للبنت والمرأة عموماً، فهو يبحث عن تحسين وضعيتها وتقريبها من وضعية الرجل أو مساواتها معه، ولا يمكن لهذه الوضعية إلا أن تكون مشجعة وحافزة لتحسين حالة المرأة في المجتمع التونسي، فيكون الرد بذلك لبنة نضاف إلى بعض البنات الأخرى التي اكتسبتها المرأة التونسية في مجلة الأحوال الشخصية⁽²⁾.

وبالرجوع إلى الفصل 143 مكرر فإنه يضع شرطين أساسيين ليكون هناك رد:

1- أن لا يكون هناك عاصب.

2- أن لا يستغرق الفروض التركة.

(1) أنظر، أحمد بن طالب، الرد في الميراث، الأحداث القانونية التونسية، عدد 06، دون دار نشر، 1992، ص 58.

(2) تقول الأستاذة سكيمة بوراوي في هذا السياق:

« Cette technique du rodd est évidemment faite en faveur des femmes », voir son article, la constante inégalité entre les sexes ou de l'antinomie entre droit interne et conventions internationales, revue tunisienne de droit, 1983, pp 425.441,

مقتبس عن أحمد بن طالب، المرجع السابق، ص 59.

ومبدئياً، وبالإقتصار على الفقرة الأولى من الفصل 143 مكرر، فإن مصطلح العصبية لا يثر إشكالا كبيرا إذ يكفي وجود أحدهم حتى يمتنع الرد، لكن بالنظر في الفقرة الثانية من الفصل 143 مكرر يستدعى الملاحظات التالية:

- 1- أن هذه الفقرة استثنت ثلاثة أنواع من العصبية بالنفس لا يؤثر وجودهم في الرد على البنت أو بنت الابن وهم الإخوة والعمومة وصندوق الدولة.
- 2- أن صياغة النص العربي للفقرة الثانية جاءت منقوصة في إقصائها للعمومية إذ وردت، ولو مع وجود العصبية بالنفس من الإخوة والعمومة.

même en présence... «أما النص الفرنسي فهو أشمل إذ ينص d'héritiers "acebs" par eux-mêmes, de la catégorie des frères, des oncles paternels et leurs descendants ... »

ولذلك فإن عدم الإشارة إلى ابن العم في النص العربي قد يبعث على الاعتقاد بأنه إن وجد فإنه يحرم البنت من الرد، لكن هذا الغموض يمكن حله بالرجوع إلى أحكام الفصل 117 من مجلة الأحوال الشخصية الذي ينص "إذا اتحدت الرتبة واختلفت الدرجة قدم القريب درجة على البعيد درجة" وعليه فإذا حرم العم من التعصيب فإن ابن العم يحرم منه أيضا.

ومثال ذلك: مات عن زوجة وبنت وابن عم.

للزوجة : الثمن لوجود الفرع الوارث المؤنث.

وللبنت النصف لانفرادها.

وابن العم الأصل أنه عاصب إلا أنه محجوب بالفقرة 02 من الفصل 143 مكرر.

فأصل المسألة من 8 سهام للزوجة سهم واحد، وللت 04 سهام، والباقي 03

سهام لم يأخذها ابن العم فتد على البنت فيصبح لها $3+4 = 7$ فرضا وردا.

3- إن إشارة الفقرة الثانية إلى أن صندوق الدولة بوصفه عاصبا لا يؤثر وجوده في الرد على البنت أو بنت الابن، تبدو متناقضة مع الفقرة الأولى من الفصل 143 مكرر، ففي

هذه الفقرة يؤسس المشرع الرد عند فقد العصابة، ويعني ذلك أن صندوق الدولة ليس عاصبا بهذا المعنى، أي ليس وارثا أصلا لأنه لا يتصور انعدامه حسيا أو حكما⁽¹⁾.

ما يستنتج أن المشرع التونسي بإقحامه للرد ولفكرة أن الفروع وإن كانوا الإناث يمكنهم حجب الحواشي، زعزع الأسس الأكثر ثبوتا لقانون الموارث الإسلامي، وبذلك خسرت العائلة التونسية سندا هاما تقوم عليه امتيازات العصابة.

فالفقرة الثانية من الفصل 143 مكرر من مجلة الأحوال الشخصية رفعت البنت وبنت الابن إلى مرتبة العصابة بالنفس الذين يمكنهم حجب بقية الوارثين طبقا لشروط الميراث، وهذا الحجب الذي تمكنت منه البنت إزاء بعض العصابة بالنفس لم يكن إلى حد صدور قانون الرد إلا من اختصاص الذكور وبذلك تكون البنت قد تساوت مع الابن في الحجب وهذا يوضح سعي المجلة التونسية إلى الاقتراب من نظام المساواة إلا أنه ومع هذا، لا ينبغي أن نقر بأن الرد يحقق مساواة تامة مع الرجل أو أنه ينصهر ضمن تشريع يقول بالمساواة الكاملة بين الجنسين لأن واقع الأمر خلاف ذلك لكن ذلك لا يمنع من القول بأن الرد ولئن كان نظاما استثنائيا فإنه مكسبا هاما للمرأة التونسية ويقوم دليلا على مساندة المشرع التونسي لتطور العصر وعلى الهاجس الذي يحدوه في أن يرى المرأة والرجل بجمعهما مركب واحد يقودهما نحو المساواة⁽²⁾.

وتجدر الإشارة هنا: إلى أنه طبقا لأحكام التزويل أو الوصية الواجبة المنصوص عليها في قوانين الأسرة المغاربية، فإن للحفيدة المحرومة أن تأخذ مثل نصيب أصلها، كما لو كان حيا بالشروط القانونية المحددة.

تقتضي فكرة التزويل غير وارث منزلة وارث، فيأخذ النصيب الذي يكون للمترل منزله لو بقي حيا إلى وفاة المالك.

(1) أحمد بن طالب، المرجع السابق، ص 66 - 67.

(2) أحمد بن طالب، المرجع السابق، ص 80 - 85 - 87.

استعملت فكرة التزويل في الفقه الإسلامي بطريقتين: الوصية الواجبة⁽¹⁾، إلا أن بعض القوانين قد أخذت بها إلى جانب الوصية الواجبة مثل مدونة الأسرة المغربية التي عاجلت أحكام التزويل (من المواد 315 إلى 320) أما الوصية الواجبة تعرضت لها من خلال (المواد من 369 إلى 372).

ويتسم التزويل هنا بطابع الوصية، فهو شكل من أشكال الوصايا، يستمد أساسه من إرادة الموصي والعبارات المستعملة في وصيته.

والمستفيد من التزويل قد يكون حفيدا للهلك حرم من ميراثه سواء بسبب الحجب، أو لكونه غير وارث كأولاد البنت، كما قد يكون أجنبيا على الهالك، ويكون التزويل في حدود نصاب الوصية أي ثلث التركة.

- التزويل كطريقة لتوريث ذوي الأرحام: لا يقوم التزويل هنا على الوصية وإنما يعتبر مجرد وسيلة لتوريث ذوي الأرحام نظرا لعدم تعيين فروض لهم في حين أنهم ليسوا بعصبة للهلك.

- الوصية الواجبة هي وصية مالية ثابتة للأحفاد في تركة جدهم أو جدتهم إذا توفرت شروط معينة أو بعبارة أدق هي الحصة الواجبة للأحفاد المحرومين من الإرث في تركة جدهم أو جدتهم في حال وفاة أهلهم قبل أهله أو معه سواء كان أهلهم هو الأب أو الأم⁽²⁾.

(1) ارتبطت مؤسسة الوصية الواجبة بابن حزم ويعتبر هذا الفقيه الظاهري أول من قال بها في إطار الثورة التي قادها على صعيد العدالة الاجتماعية بفهم جديد منه اعتبارات عدالة لنظام الاستحقاق في الميراث، فذهب إلى أن كل من حرم من قرابة المالك ميراثه أهلا للاستفادة من ثروته له حق بمقتضى القرآن سواء كان ذلك الحرمان راجعا لمانع من الإرث أو سبب الحجب أو لأنه لم يكن أصلا وارثا، بل لقد ذهب إلى أبعد من ذلك حيث جعل للفقراء والمساكين الذين يحضرون قسمة التركة نصيبا فيها، ولقد اعتمد ابن حزم فيما ذهب إليه على الآية الواردة في سورة البقرة: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِنْ تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةُ لِلْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ﴾ [سورة البقرة، الآية 180]. وخالف ابن حزم بقية الفقهاء الذين رأوا أنها

نسخت بآيات الموارث في سورة النساء؛ ابن حزم الأندلسي، المحلى، ج9، دار التراث، القاهرة، ص 314.

(2) انظر، محمد التاويل، الوصية الواجبة في الفقه الإسلامي، نشر معهد الإمام مالك سيدي سليمان، المغرب، 2009، ص 09.

ولقد عالج المشرع الجزائري أحكام التتيريل⁽¹⁾ في المواد 169 إلى 172 من قانون الأسرة وجعله في منزلة الميراث، قاطعا الطريق على الاجتهادات الفردية التي أضاعت حقوقا كثيرة لعدم الانتباه تارة للأزمة التي شرعت لها والأمكنة، وأخرى للتحرر الذي طالما حاربه المجددون في بداية القرن العشرين⁽²⁾.

وقد اختلفوا الباحثين في تفسير المادة 169 من قانون الأسرة التي أوجبت التتيريل للأحفاد مطلقا من جهة الذكور والإناث على السواء.

إلا أن البعض وبالأخص الأساتذة الموثقين ذهبوا إلى أن لفظ الحفيد يشمل أولاد الابن دون أولاد البنت، ويرون على أنهم من ذوي الأرحام، وهم غير وارثين أصلا فلا يجب لهم التتيريل فلفظ الأحفاد جاء عاما دون تحديد⁽³⁾.

أما على المستوى التطبيقي، فإننا نجد قرار صادرا عن المحكمة العليا⁽⁴⁾ اعتبرت فيه أن التتيريل يشمل أبناء الأولاد ويشمل أولاد البنات، وهو ما قضت به محكمة الدرجة الأولى بتلمسان والذي اعتبرت فيه أن التتيريل يشمل أولاد الأبناء وأولاد البنات. بينما جهة الاستئناف ألغت هذا الحكم وفسرت لفظ الحفده على أنه مقتصر على أولاد الأبناء

(1) عرف التتيريل مرحلتين أساسيتين في التشريع الجزائري، المرحلة الأولى ما قبل صدور قانون الأسرة 1984 كان يعمل بالوصية على أساس مذهب الإمام مالك بن أنس ولم تكن هذه الوصية لتنفيذ إلا بتوفر شروط أهمها الإشهاد عليها ولا تكون إلا لمن هو عدل، وهذا ما قضت به المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 25 نوفمبر 1997 في الملف عدد 173556 والمتعلق بقسم الأحوال الشخصية بقولها: "من المقرر شرعا أن عقد التتيريل قبل صدور قانون الأسرة كان اختياريا ولا يحتاج إلى أي شكل رسمي، وتقبل فيه شهادة الأقارب طبقا للمذهب المالكي".

وثانيا المرحلة الثانية صدور قانون الأسرة 1984 وأحكام التتيريل جاءت في مدونة قانون الأسرة الجزائري من المادة 169 إلى 172، أنظر بن مرزوق عبد القادر، أحكام التتيريل كوسيلة لحماية الأسرة، مجلة الحجة، ص 132 - 133.

فأصبح التتيريل بعد صدور قانون الأسرة تلقائيا بحكم القانون هذا ما أقرته المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 2006/01/04 في الملف رقم 309029، مجلة المحكمة العليا، 2006 العدد 01، ص 443.

(2) أنظر، محمد بن سالم، التتيريل على ضوء قانون الأسرة الجزائري، مجلة المحكمة العليا، 2006، العدد 01، ص 43.

(3) أنظر، دعيش أحمد، التتيريل في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة، الجزائر، 2009، ص 142.

(4) المحكمة العليا، غ.أ.ش، 2002/12/25 ملف رقم 290934، مقتبس عن بن شويخ الرشيد، الوصية والميراث، المرجع السابق،

فقط دون البنات. أما المحكمة العليا فإنها اعتبرت أن التزويل يشمل الاثنين معا⁽¹⁾. وبالتالي نقضت القرار الصادر عن مجلس قضاء تلمسان وبدون إحالة، مما يعني أن المحكمة العليا أيدت محكمة الدرجة الأولى فيما ذهبت إليه.

وفي قرار آخر بتاريخ 2005/02/14 اعتبرت فيه أن التزويل يشمل ابن البنت أيضا بحيث يجل محل والدته المتوفاة قبل أمها، وهذا بعدما رفض مجلس قضاء الجزائر هذا التزويل وكذلك الشأن حكم المحكمة الابتدائية سيدي أحمد بالجزائر، واعتبرت المحكمة العليا بأن ما ذهبت إليه المحكمة الابتدائية ومجلس قضاء الجزائر ينطبق قبل صدور قانون الأسرة لا بعد صدوره، كما أن المحكمة العليا لم تجز للحفيد الجمع بين التزويل والوصية معا بقولها وما دام الطاعن قد آل إليه جزء من تركة جدته عن طريق التزويل فلا يحق له أخذ جزء من مخلفاتها بواسطة الوصية لأن المادة 171 من قانون الأسرة تمنع ذلك⁽²⁾. فكان على المشرع تحديد لفظ الأحماد بصورة صريحة ومحددة كما فعل المشرع المغربي والتونسي الذي شمل الوصية الواجبة أولاد الابن والبنت معا وبصورة صريحة.

فنصت المادة 369 من مدونة الأسرة على أنه: "من توفي وله أولاد ابن أو أولاد بنت ومات الابن أو البنت قبله أو معه وجب لأحفاده خولاء في ثلث تركته وصية بالمقدار والشروط الآتية: "ومنه يتبين أن المستفيدين من الوصية الواجبة هم الأحفاد أي أولاد الابن وإن نزل وأولاد البنت، واحد كانوا أو أكثر، وهذا بخلاف ما كانت تنص عليه مدونة الأحوال الشخصية في الفصل 266⁽³⁾. من ثبوت الحق في الوصية الواجبة

(1) بالرغم من أن المحكمة العليا في قرار سابق قد أشارت إلى أن المقصود من التزويل هو ابن الابن الذي توفي أبوه قبل الجد، فحاء في قرار بتاريخ 1994/03/22 من المقرر شرعا أن التزويل لا يتم إلا بين الأصول والفروع، ويكون بتزويل الفرع منزلة الابن المتوفي من قبل الأصل ليأخذ المتزول مناب المتوفي في حدود ما قرره القانون والشرع، ولا يجوز الحكم بغير ذلك، المجلة القضائية، 1995، عدد 1، ص 134.

(2) المحكمة العليا، غ.أ.ش، 2005/12/14، ملف رقم 335503، المجلة القضائية 2005، عدد 02، ص 388.

(3) كان ينص الفصل 266 من مجلة الأحوال الشخصية الملغاة من توفي وله أولاد ابن وقد مات ذلك الابن قبله أو معه، وجب لأحفاده هوؤلاء في ثلث تركته وصية بالمقدار والشروط الآتية.

لأولاد الابن فقط، وهذا ما كان محل انتقاد من منطلق أن ذلك تخصيص من دون مخصص⁽¹⁾.

وعليه إذا مات الولد ابن كان أو بنتا في حياة أبيه أو أمه أو معهما وترك أولاد فإن هؤلاء يستحقون نصيبا مقدرًا في تركة جدهم أو جدتهم باسم الوصية الواجبة إذا كانوا محجوبين عن الميراث على أن العبرة في تطبيق المادة 369 أعلاه حسب قرار للمجلس الأعلى⁽²⁾. من تاريخ وفاة الجد لا بتاريخ قسمة تركته، أي أن العبرة في استحقاق الأحفاد الوصية الواجبة في ظل مدونة الأسرة هي بوفاة الجد أو الجدة بعد دخول المدونة حيز التطبيق⁽³⁾.

والملاحظ أن المشرع المغربي تناول أحكام الوصية الواجبة وأحكام التزويل المقصود به توريث شخص آخر عن طريق الوصية إليه مع تزويله منزلة ولده بصفة خاصة، أو أحد ورثته بصفة عامة.

فقد نصّت مدونة الأسرة في المادة 315 على أن: "التزويل إلحاق شخص غير وارث بوارث وإنزاله منزلة".

وأحكام التزويل هي أحكام الوصية النافذة بعد الموت سواء الشكلية منها أو الموضوعية مع فرق بسيط هو أن الأصل في الوصية أن يقسم الموصى به الموصى لهم بالتساوي بين الذكور والإناث إلا أن يصرح الموصي بالتفاضل وأن الأصل في التزويل أن نقسم بين المتزولين إذا كانوا ذكورا أو إناثا بالتفاضل للذكر مثل حظ الأنثيين، إلا أن يصرح المتزول بالمساواة بينهم.

نظرا إلى أن أحكام التزويل هي نفسها أحكام الوصية الإرادية النافذة بعد الموت إلا ما تعلق بالتفاضل.

(1) محمد المهدي، المرجع السابق، ص 81.

(2) قرار عدد 139، 1 أبريل 2009، منشور في نشرة قرارات المجلس الأعلى سلسلة 2010، جزء الرابع، ص 159.

(3) محمد المهدي، المرجع السابق، ص 81.

وعليه فإنّ بالنسبة إلى عدم تشابه الوصية الواجبة بالوصية الاختيارية المفروضة بالقانون تسمى واجبة، أمّا الوصية الأخرى فتسمى بالوصية، أو الوصية الاختيارية أو الإرادية، أو التزليل.

- الوصية الواجبة مفروضة قانوناً لفائدة الحفدة والحفيدات حصراً، بينما الوصية الاختيارية يمكن أن تكون لهم ولغيرهم من الأقربين والأجانب، وقد تكون للأشخاص الطبيعيين أو للأشخاص المعنويين.

- مقدار الوصية الواجبة محدد قانوناً، ولا يملك الجدّ أو الجدّة تحديد حصتها بخلاف الوصية الإرادية أو التزليل فإنّ الموصي يملك تحديد مقدارها ما لم يتجاوز ثلث التركة إلاّ إذا أجازها الورثة والحفدة في بعض الصور.

- الوصية الواجبة إذا تمت شروطها تعتبر موجودة حتى ولو لم يعقدها الجد أو الجدّة، بينما الوصية الاختيارية أو التزليل لا تعتبر موجودة إلاّ إذا عقدها الموصي في حياته⁽¹⁾.

فتبقى مسألة التزليل من أهمّ المسائل التي ينبغي مزيد الاعتناء بها لاسيما أهل التوثيق والفقهاء، وهي أن يتزل الإنسان غير وارث متزلة وارث، وقد نصّ الفقهاء على أن التزليل من باب الوصية يخرج قبل قسمة التركة، يعني أن ضرره يدخل على عامة الورثة، وتكون القسمة بين المتزليين للذكر من حظ الأنثيين⁽²⁾.

والمشرع التونسي بدوره سوى في استحقاق الوصية الواجبة للإناث والذكور من أولاد الأبناء إناثاً أو ذكوراً للمتوفي قبل مورثهم وهو ما جاء في الفصل 191 من مجلة الأحوال الشخصية المقدم بالقانون، عدد 77 لسنة 1959 المؤرخ في 19 جوان 1959 بقوله: "من توفي وله أولاد ابن ذكراً أو أنثى مات والدهم أو والدتهم قبله أو معه وجبت

(1) انظر، العلمي الحراق، الوصية الواجبة وتطبيقاتها الإرثية وفق مدونة الأسرة، ط01، مطبعة Cana Print، دون مكان نشر، 2012، ص 47-50.

(2) انظر، عبد الكريم شهبون، الشافي في شرح مدونة الأسرة، ط01، الجزء الثاني، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، المغرب، 2006، ص 221.

لهؤلاء الأولاد وصية على نسبه حصّة ما يرثه أبوهم أو والدتهم عن أصله المالك باعتبار موته أثر وفاة أصله المذكور بدون أن يتجاوز ذلك ثلث التركة".

إنّ غاية التشريع التونسي من الأخذ بالوصية الواجبة في إرساء مضامين التكافل بين أفراد الأسرة الواحدة عندما يصيب أحدهم مكروها ولعلّ من أشدّها حالة يُتم الأبناء سيما القصر منهم، وحرصا على مصلحتهم الفضلى، فإنّه لم يقع اعتماد آلية الوصية الواجبة وفق ما جاء به المذهب الظاهري بحسب وإثما تمّ إدخال تحويرات عليها لجعلها تواكب روح التطور والتجديد والحدّثة التي كانت محله الأحوال الشخصية سبّاقة إلى تكريسها من خلال تبني المشرع مبدأ عدم التمييز في أحكام الوصية الواجبة بفضل اعتماده:

- المساواة بين الموصى من الجنسين أي الجد أو الجدّة.

- المساواة بين الأحفاد من الجنسين.

- المساواة بين الأحفاد المولودين من جهة الفرع الوارث من الجنسين⁽¹⁾.

ما يمكن قوله أن المشرع التونسي أراد التمهيد عبر هذه المساواة الجزئية التي أقامها بين الأخ والأخت عند انفراد أحدهما عن الآخر في محاولة منه إلى إقامة مساواة شاملة بينهما بالنسبة لمقدار ما يرثانه، لاسيما وأن القانون المتعلق بالوصية الواجبة قد صاحبه العمل بقواعد الرد على البنت مع وجود العصبوبة بالنفس من الإخوة والعمومة وصندوق الدولة، فكانت مؤسسة الوصية الواجبة مناسبة لتكريس هذا الاتجاه، في المساواة بين الذكر والأنثى إلا أن المشرع لم يذهب بعيدا في ذلك حيث مثل رجوعه لتطبيق قاعدة للذكر مثل حظ الأنثيين حالة اجتماع الأخت مع الأخ حدا لهذا الاتجاه وقصرا له فقط على صورة الانفراد⁽²⁾.

(1) سامية دولة، المرجع السابق، ص 41.

(2) أنظر، لؤي عطا الله، الوصية الواجبة، مذكرة دراسات معمقة في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تونس، 1992، ص

- من خلال المواد 169 إلى 172 من قانون الأسرة والمواد 369 إلى 372 من مدونة الأسرة المغربية والفصلين 191 و 192 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية نستخلص الضوابط القانونية للتزويل وهي:
- وفاة المورث وهو الجد أو الجدة حقيقة أو حكما.
 - تحقق حياة المتزل له (الحفيد) عند موت المورث، فإن مات معه ولم يعلم من توفي قبل الآخر فلا ميراث ولا تزويل أيضا.
 - يشترط للتزويل ألا يكون هؤلاء الأحماد وراثين أصلا من المتوفي مهما كان نصيبهم في الميراث قليلا أو كثيرا.
 - ألا يكون المتوفي قد وهب حال حياته، أو أوصى للحفيد بمثل ما يستحقه بالتزويل، فإن كان أقل من ذلك وجب له التزويل بمقدار ما يتم به نصيبه من التركة.
 - يشترط ألا يكون الحفيد قد ورث من أبه أو أمه ما لا يقل عن نصيب مورثه من تركة أبيه أو أمه⁽¹⁾.

مثال لحل مسألة التزويل:

- ماتت امرأة وتركت بنتين وبنات ابن مات قبل أمه وأخت الأب وخلفت 54000 دينارا.
- الحالة الأولى: اعتبار والد البنت حيا، فيكون كأن التركة فيها بنتين وابن وأخت لأب، فلو حلت عاديا لكانت الأخت لأب محجوبة الفرع الوارث المذكور، إذ تقسم التركة بين الابن والبنتين بالتعصيب للذكر مثل حظ الأنثيين للابن 27000 دينار ولكل بنت 13500 دينار ولا شيء للأخت لأب.
- غير أن هذا الحل لا يطبق في مسائل التزويل لأنها من باب الوصايا، فيجب ألا تتجاوز الثلث فيكون نصيب الابن $1/3 \times 54000 = 18000$ ومعلوم أن الوصية تنفذ قبل توزيع التركة، فيخصم الثلث أي $54000 - 18000 = 36000$ دينار.

(1) بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص 57.

الحالة الثانية: بعد خصم نصيب الابن مقيد بالثلث تنشأ مسألة ثانية للورثة الحقيقيين، وهم بنتان وأخت لأب، فيكون للبنتان الثلثان (2/3) فرضا لتعدّدهما وانعدام المعصب المساوي لهما في الدرجة، وللأخت الباقي تعصبا مع الغير فيكون للبنتين $2/3 \times 36000 = 24000$ أي لكل واحدة منهنّ 12000 والباقي للأخت لأب وهو 12000. والملاحظ من هذا المثال أنّ نصيب بنت الابن (18000) تفوق نصيب البنت (12000 دينار).

أثار فرض بنت الابن وعلا خلاف ابن الابن اضطرابا على نظام الاستحقاق وصل إلى حدّ الشذوذ، حيث كثيرا ما يفوق نصيبها بعنوان الوصية الواجبة، البنت الصلبية وهي الأقرب منها درجة إلى الهالك. ويرى الأستاذ محمود شمام أنّ هذا الشذوذ لا يدعو إلى الاستغراب لاعتبار الوصية مقدمة على الميراث، وهي استثناء من القاعدة، وقد يتصور هذا حتى في الوصية الاختيارية، فهذا يأخذ الثلث، وقد يأخذ الأبناء الصليبيون إذا تعدّوا دون ذلك بكثير ولا بدّ لكل قاعدة من استثناء⁽¹⁾.

وفي الأخير نقول أنه قد أحسن المشرع المغربي والتونسي بتعميم الوصية الواجبة على أحفاد من مات مورثهم قبلهم كافة، وهذا في إطار رفع التمييز الجنسي بين الأحفاد وإزالة الميز عن قضية المرأة.

فبعدها بيّنا ميراث البنت وبنت الابن، فإنّ للأُم والجدة الصحيحة نصيب أيضا في تركة الهالك.

(1) انظر، محمود شمام، الوصية الواجبة في الفقه والقانون، دار النجاح للطباعة والنشر والتوزيع، تونس، دون سنة، ص 134.

الفرع الثاني:

ميراث الأم والجدة الصحيحة.

ترث الأم في ابنها وفي بنتها بسبب القرابة من نوع الأمومة المباشرة وترث الجدة بسبب القرابة من نوع الأمومة غير المباشرة.
أولاً: ميراث الأم.

إن المتأمل في ميراث الأم يجدها أنها ترث في جميع حالاتها بالفرض لا بالتعصيب ولا تكون الأم قط عصة لأنه لا يوجد من يعصبها⁽¹⁾. ولها ثلاث حالات فهي ترث ثلث التركة وسدسها فرضاً في نص القرآن الكريم وتأخذ ثلث الباقي مع أحد الزوجين وأب باجتهاد الصحابة.

الأم لا تكون إلا صاحبة فرض، وهي مرتبطة بالأب باستحقاقها في بعض الأحوال.

1- استحقاق الأم السدس: تأخذ الأم فرض السدس بصورتين كما نصت الآية الكريمة ﴿وَلِأَبَوَيْهِ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا السُّدُسُ مِمَّا تَرَكَ إِنْ كَانَ لَهُ وَلَدٌ فَإِنْ لَّمْ يَكُنْ لَهُ وَلَدٌ﴾⁽²⁾.

- أن يكون هناك فرع وارث ذكراً أو أنثى مهما نزل.

- أن يكون هناك جمع من الإخوة أو الأخوات، اثنان فأكثر لقوله تعالى: ﴿فَإِنْ كَانَ لَهُ إِخْوَةٌ فَلِأُمَّهِ السُّدُسُ﴾⁽³⁾.

وأقل الجمع اثنان كما هو مجمع عليه⁽⁴⁾، ولفظ الجمع في الإخوة يطلق على الاثنين، فتحجب بهما من الثلث إلى السدس من أي جهة كانوا أو من الجهتين.

(1) محمد أبو زهرة، أحكام التركات والموارث، المرجع السابق، ص 130.

(2) سورة النساء، الآية 11.

(3) سورة النساء، الآية 11.

(4) أنظر، ابن رشد، المرجع السابق، ص 751، أنظر شمس الدين محمد عرفه الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، تحقيق سيدي الشيخ محمد عليش، دار إحياء الكتب العربية، عيسى ناجي الحلبي، مصر، دون سنة، ص 461.

ومثال ذلك: مات شخص عن أم، زوجة، وبنت وعم.
 فللأم السدس بوجود الفرع الوارث المؤنث (البنت).
 وللزوجة الثمن وللبنات النصف وللعم الباقي تعصيبا.
 ومثال آخر: ماتت امرأة عن أم وزوج، وأخوان لأم.
 فللأم السدس لوجود جمع من الأخوة، وللزوج النصف.
 ولجمع الأخوة للأم الثلث.

2- استحقاق الأم الثلث: تترث الأم الثلث فرضا عند عدم وجود الفرع الوارث مطلقا، وعند عدم وجود جمع من الإخوة ودليل ذلك قوله تعالى: ﴿ فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ وُلْدٌ وَوَرِثَهُ أَبَوَاهُ فَلِأُمِّهِ الثُّلُثُ ﴾ (1).

ومثالها: مات شخص عن أب وأم، فللأم الثلث والأب الباقي تعصيبا.

3- استحقاق الأم ثلث الباقي بعد أصحاب الفروض: تترث الأم ثلث الباقي من التركة بعد فرض أحد الزوجين، فإذا كانت الأم تستحق ثلث جميع المال عند عدم وجود الفرع الوارث مطلقا، وعدم وجود جمع من الإخوة إلا أنه يستثنى من ذلك مسألتان هما (زوج، أم، أب) (زوجة، أم، أب) فلا تعطى جميع المال، رغم عدم وجود الفرع الوارث والجمع من الإخوة وإنما جعلوا لها في هاتين المسألتين ثلث الباقي ليصدق عليها أيضا أخذت الثلث عن الجملة" (2).

وقيل ثلث الباقي تأدبا مع القرآن الكريم والمحافظة على لفظه، وسميت هاتان المسألتان بالعمريتين لأن أول من قضى بهما الخليفة عمر بن الخطاب رضي الله عنه، وأجمع عليهما الصحابة رضوان الله عليهم والأئمة الأربعة، وتسمى كذلك

(1) سورة النساء، الآية 11.

(2) الدردير، حاشية الدسوقي، المرجع السابق، ص 461.

بالغراوين⁽¹⁾. لأن الأم غرت فيها بأن أخذت الثلث لفظا لا معنى، فقيل لها الثلث هو ثلث الباقي.

فللأم في هاتين المسألتين ثلث الباقي وللأب الباقي بعد فرض النصف للزوج في الأولى، والرابع للزوجة في الثانية، وهو يساوي سدسا في الأولى، ربعا في الثانية بالنسبة لأصل المسألة.

وحجتهم في ذلك أن الله سبحانه وتعالى أعطى الأم الثلث كاملا إذا انفرد الأبوان بالميراث لقوله تعالى: "فإن لم يكن له ولد وورثه أبواه فلأمه الثلث"، فللأبوين إذا انفردوا كامل المال بينهما إثلاثا، فلأم ثلثه، وللأب ثلثاه ولأن الأب أقوى من الأم، لأنه يساويها في الفرض ويزيد عليها في التعصيب فلا يجوز أن تكون أزيد سهما منه بمجرد الرحم، لذلك قالوا فإن للأم ثلث ما بقي بعد فرض الزوجين وللأب ضعف نصيب الأم وهذا على قولهم يوافق مفهوم الآية سالفة الذكر⁽²⁾.

إذ أنه لو أخذت الأم ثلث المال كله، لكانت حصتها ضعف حصة الأب، إذا كان الوارث معها زوج، ولكانت حصتها بنسبة متساوية من الحصة الأب إذا كان الوارث معها الزوجة وهذا يتعارض مع النص الذي يقضي أن يكون الأب ضعفها إذا لم يوجد ولد ولا إخوة⁽³⁾.

والقاعدة الغالبة في الفرائض أن الذكر والأنثى إذا اجتمعا وكانا في درجة واحدة، فإن الذكر يأخذ ضعف ما تأخذه الأنثى.

وبالرجوع إلى قوانين الأسرة المغاربية نجد أنها سارت على منوال أحكام الشريعة الإسلامية في توريث الأم، حيث بالرجوع إلى قانون الأسرة الجزائري نجد المادة 149

(1) سميتا بالغرويين لشهرتهما بين الفرضيين واشتهار الخلاف فيهما بين الصحابة رضي الله عنهم كاشتتهار الفرس الغراء بين الخيل فهو في الأصل استعارة تصريحية وصارت حقيقة عرفية، ويقال للواحدة منهما إحدى الغروين ولا يقال لها غراء الاصطلاح خصص الغراء بالأكدرية وكما يقال لهما الغراوان يقال لهما العمريتان لوقوعهما في زمن سيدنا عمر بن الخطاب رضي الله عنه، أنظر، الإمام أبي عبد الله سيدي محمد الخرشني، شرح خاشية ابن العباس سيدي أحمد بن الخياط، ط01، المكتبة العصرية، بيروت، 2009، ص 48.

(2) أبي عبد الله سيدي محمد الخرشين المرجع السابق، ص 49.

(3) محمد سمارة، المرجع السابق، ص 171، نصر سلمان وسعاد سطحي، المرجع السابق، ص 90.

تنص بأن للأم السدس بشرط وجود الفرع الوارث أو عدد من الإخوة سواء كانوا وارثين أم محجوبين، كما جاء في المادة 148 فقرة أولى بأن لها الثلث بشرط عدم وجود الفرع الوارث أو عدد من الإخوة سواء كانوا أشقاء أو لأب، أو لأم ولو لم يرثوا وهو ما تناولته أيضا المادة 160 فقرة ثالثة.

غير أن الأم إذا اجتمعت مع أحد الزوجين وأب، كان لها ثلث ما بقي بعد فرض أحد الزوجين وبهذا يكون المشرع أخذ برأي الجمهور في مسألة الغراوين طبقا لنص المادة 177⁽¹⁾.

- فأولى الغراوين: (زوج، وأم، وأب) للزوج النصف، وللأم ثلث الباقي، وللأب الباقي.

- ثانية الغراوين: (زوجة، وأم، وأب) فلزوج الربع، وللأم ثلث الباقي، وللأب الباقي. وبالرجوع إلى المادة 347 من مدونة الأسرة المغربية نجد أن الأم ترث السدس بشرط وجود الولد أو ولد الابن أو اثنين فأكثر من الإخوة وارثين أو محجوبين".

وترث الأم الثلث في متروك ولدها بشرط ألا يكون له فرع وارث من ابن أو بنت أو ولد ابن وإن سفل، ذكر كان أو أنثى، وألا يكون له اثنان فأكثر من الإخوة أشقاء أو لأب أو لأم ذكورا كانوا أو إناثا مختلطين وارثين أو محجوبين⁽²⁾، وإلى هذا أشارت المادة 346 من مدونة الأسرة أما بخصوص مسألة الغراوين تطرقت المدونة إليها في المادة 366 فنصت إذا اجتمعت زوجة وأبوان، فللزوجة الربع وللأم ثلث ما بقي وهو الربع وللأب ما بقي، فإذا اجتمع زوج وأبوان، فللزوجة النصف وللأم ثلث ما بقي وهو السدس وما بقي للأب".

أما بالنسبة لمجلة الأحوال الشخصية التونسية نص الفصل 97 منها في إطار تعداد أصحاب الفروض على أن "أصحاب الثلث ثلاثة منهم ... الأم بشرط عدم الفرع

(1) أنظر، تنص المادة 177 من قانون الأسرة: "إذا اجتمعت زوجة، أبوان، فلزوجة الربع الأم ثلث ما بقي وللأب ما بقي.

فإذا اجتمع زوج وأبوان فللزوجة النصف والأم ثلث ما بقي وهو السدس وما بقي للأب".

(2) محمد المهدي، المرجع السابق، ص 106.

الوارث وعدم اثنين فأكثر من الإخوة...". أما الفصل 98 من مجلة الأحوال الشخصية فقد نص على أن السدس فرض سبعة 2- الأم بشرط وجود الولد أو ولد الابن أو اثنين فأكثر من الإخوة وارثين أو محجوبين...".

واعتنى الفصل 107 من ذات المجلة بضبط مناب الأم من تركة أولادها ذكورا أو إناثا، فذكر أنه للأم أحوال ثلاثة: 1- السدس إذا كان للميت ولدا وولد ابن وإن سفل أو مع اثنين من الإخوة فصاعدا كيفما كانت جهتهما للأبوين أو لأب أو لأم. 2- ولها ثلث كل المال عند عدم المذكورين. 3- ولها ثلث ما بقي بعد فرض أحد الزوجين وذلك في مسألتين، إحداهما زوج وأبوان، والثانية زوجة وأبوان، ولو كان مكان الأب جد فللأم ثلث المال بعد فرض أحد الزوجية".

ومن هنا فإن الأم لا تحجب حجب حرمان على أية حال، فمتى وجدت ورثت أما السدس (1/6)، وأما الثلث (1/3) التركة وأما ثلث الباقي في مسألة الغراوين ولكنها تحجب حجب نقصان من الثلث إلى السدس في حالة وجود الفرع الوارث أو عدد من الإخوة.

وتحجب الأم جميع الجدات سواء كانت أم الأم أو أم الأب لأنها أقرب منهن درجة للميت.

لكن في حالة عدم وجود الأم هل تترث الجدة وهو نصيبها؟

ثانيا: ميراث الجدة.

الجدة هي أم الأم وأم الأب وإن علتنا، وللجدة في الإسلام نصيبا في الميراث فهي تأخذ أقل نصيبا، يمكن أن تأخذ الأم وهو السدس من التركة سواء انفردت فيه أو شركتها فيه جدة أخرى فأكثر من جهة الأب أو من جهة الأم الجدة الوارثة هي الجدة الصحيحة (كأم الأم أو أم الأب)⁽¹⁾. هي كل جدة أدلت بمحض الإناث كأم الأم وأمهاهما المدليات بإنات خلص أو بمحض الإناث إلى الذكور كأم أم الأب، والتي لا

(1) عبد الرحمان الصابوني، المرجع السابق، ص 256.

يدخل في نسبتها إلى الميت جد غير صحيح كأب بين أمتين والجددة التي يدخل في نسبتها إلى الميت جد غير صحيح تسمى بالجددة غير صحيحة أي (غير وارثة) وهي كل جدة أدلت بذكر إلى إناث، كأب الأم، وأم أبي أم الأب، أي من أدلت بذكر بين أمين⁽¹⁾. فالجددة ليس في كتاب الله عز وجل فرض مسمى لها، والأصل في ميراثها السنة النبوية والإجماع وهي لا تترث إلا بالفرض والسدس إجماعاً⁽²⁾ عند عدم وجود الأم، كما أن للجددة أم الأب عند فقد الأب السدس فإن اجتمعتا كان السدس بينهما⁽³⁾.

ومشروعية إرث الجددة من السنة والإجماع، من السنة عن قبيصة بن ذؤيب قال: جاءت الجددة إلى أبي بكر رضي الله عنه يسأله ميراثها قالك فقال لها: مالك في كتاب الله شيء، ومالك في سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم شيء، فارجعي حتى أسأل الناس، فسأل الناس، فقال أبو بكر رضي الله عنه هل معك غيرك؟ فقام محمد بن مسلمة الأنصاري، فقال مثل ما قال المغيرة بن شعبه، فأنفذه لها أبو بكر، قال ثم جاءت الجددة الأخرى إلى عمر بن الخطاب رضي الله عنه تسأله ميراثها، فقال مالك في كتاب الله شيء، ولكن هو ذاك السدس، فإن اجتمعتا فيه فهو بينكما، وأيتكما خلت به فهو لها⁽⁴⁾.

وقد أجمع الصحابة والتابعين ومن بعدهم فقهاء المذاهب رحمهم الله أن للجددة الصحيحة فرض السدس وإن كثرن يشتركن فيه إن لم يكن للميت أم⁽⁵⁾. اتفقوا على أن الأم تمنع من الميراث جميع الجدات من أية جهة كن، إذا فقدت الأم قامت أمها مقامها، وأنها تجتمع في الميراث مع الأب ومع الجد لأب، وأن لها السدس

(1) محمد بن أحمد بن سهل شمس الأئمة السرخسي، المبسوط، دار المعرفة، بيروت، 1993، ص 165.

(2) ابن رشد القرطبي، المرجع السابق، ص 756، موفق الدين الرحي، شرح المنظومة الرحبية، المرجع السابق، ص 58، ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، ص 189.

(3) ابن رشد، المرجع السابق، ص 756.

(4) رواه الترميذي، السنن، كتاب وياق الفرائض عن رسول الله صلى الله عليه وسلم، ص 419.

(5) أنظر، محمد جواد مغنية، الأحوال الشخصية على المذاهب الخمسة، ط 01، دار العلم للملايين، بيروت، 1964، ص 267.

معهما، كما أنه لا خلاف في توريث جدتين معا ولهما عند المذاهب الأربعة السدس يقتسمونه بالسوية⁽¹⁾.

مثال ذلك: مات شخص عن أم، وبنت، وأم الأم، وأم الأب، وأخ شقيق. فلأم السدس، وللبنت النصف، وللأخ الشقيق باقي التركة، لأنه عصبه، وأم الأم، وأم الأب محجوبتان بالأم.

مثال آخر: مات شخص عن بنت وأخ شقيق وأم الأم.

فللبنت النصف وللجدة (أم الأم) السدس، وللأخ الشقيق الباقي تعصيا.

إذا اجتمعتا جدتان من جهة واحدة فالقربة تحجب البعيدة، وإن اجتمعتا من جهتين بأن كانت إحداهما من جهة الأب والأخرى من جهة الأم، فإن كانت البعيدة هي التي من جهة الأب فهي محرومة، وإن كانت العكس فهم مشتركتان في السدس، كل جدة انفصلت عن الميت بذكر غير الأب فهي محرومة مثل أم والد الأب وأم والد الأم بخلاف أم الأب نفسه وأم أمه وأم أم أمه⁽²⁾.

مثال ذلك: مات شخص عن أخ شقيق وأم أم الأم، وأم الأب. تشترك الجدتان بالسدس لأن القريبة من جهة الأب لا تحجب البعيدة من جهة الأم، والباقي للأخ الشقيق.

قد جاء ميراث الجدة في المادة 149 فقرة رابعة من قانون الأسرة التي نصت على أنه للجدة السدس (1/6) سواء كانت لأم أو لأب وكانت منفردة فإن اجتمعت جدتان وكانتا في درجة واحدة قسم السدس بينهما، أو كانت التي لأم أبعد، فإن كانت هي الأقرب اختصت بالسدس". وهو ما أقرته مدونة الأسرة حيث نصت المادة 347 منها على أن "أصحاب السدس ... الجدة إن كانت منفردة سواء كانت لأم أو لأب، فإن اجتمعت جدتان قسم السدس بينهما إذا كانتا في رتبة واحدة أو التي لأم أبعد، فإن كانت التي لأم أقرب اختصت بالسدس".

(1) محمد جواد مغنية، المرجع السابق، ص 267.

(2) أنظر، محمد العلوي العابدي، الأحوال الشخصية والميراث في الفقه المالكي، ط01، إفريقيا الشرق، 1996، ص 305 - 306.

وهو نفس ما سارى عليه المشرع التونسي حيث نص الفصل 98 من مجلة الأحوال الشخصية على أن "السدس فرض سبعة 6- الجدة إذا كانت منفردة سواء كانت لأم أو لأب فإن اجتمعت جدتان قسم السدس بينهما إن كانتا في رتبة واحدة أو التي لأم أبعد فإن كانت التي لأم أقرب اختصت بالسدس".

وحدد الفصل 111 من المجلة المناسب الشرعي بوجه الفرض للجدة فنص على أنه للجدة السدس لأم كانت أو لأب واحدة أو أكثر إذا كن في درجة واحدة أو كانت التي لأب أقرب كأم الأب وأم الأم وأم الأب فتنتقل به التي للأم ولا تترث الجدة لأب مع وجود الأب ولا تترث الجدة للأم ولا الجدة للأب مع وجود الأم". كان هذا نصيب الأم والجدة من تركة الهالك، وللزوجة أيضا الحق في الميراث، في تركة زوجها المتوفي.

الفرع الثالث:

ميراث الزوجة.

لقد حفظ الإسلام حق الزوجة في الميراث وجعل الزوجية سببا لاستحقاق الميراث فالزوجة لها نصيبا ثابتا في تركة زوجها المتوفي، لقد ثبت ميراث الزوجة في القرآن الكريم لقوله تعالى: ﴿ وَلَهُنَّ الْرُّبُعُ مِمَّا تَرَكْتُمْ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَكُمْ وَلَدٌ فَإِنْ كَانَ لَكُمْ وَلَدٌ فَلَهُنَّ الثُّمُنُ ﴾ (1).

فالزوجة بعقد نكاح صحيح هي أقوى صلة اجتماعية فورث الله تعالى الزوج من زوجته وورث الزوجة من زوجها، وذلك لوجود السبب (الزوجية) لكونها شريكة له في الحياة بيسرها وعسرهما، وربما ساهمت هي معه في جمع الثروة التي تركها الزوج، فهما كالشريكين المتعاونين على المصالح، فمن العدالة أن يكون لها نصيب يعينها عن الحاجة والفقر فالزوجة لا تترث إلا بالفرض وقد ثبت ذلك في الكتاب وأكدته السنة النبوية (2).

(1) سورة النساء، الآية 12.

(2) الشريبي، المرجع السابق، ص 12.

فقد ثبت ميراث الزوجة في القرآن الكريم ولها حالتان⁽¹⁾:

الحالة الأولى: تراث الزوجة الربع من تركة زوجها المتوفي بشرط عدم وجود الفرع الوارث سواء كان منها أو من غيرها، ودليل ذلك قوله تعالى: ﴿الزُّبُعُ مِمَّا تَرَكْتُمْ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَكُمْ وَّلَدٌ﴾⁽²⁾.

مثال ذلك: مات شخص عن زوجة وعم.

فللزوجة الربع وللعمة الباقي لأنه عصبية، فأصل المسألة من (4) للزوجة سهم واحد، وللعمة ثلاثة سهام.

الحالة الثانية: تراث الزوجة الثمن عند وجود الفرع الوارث سواء كان منها أو من غيرها ودليل ذلك قوله تعالى: ﴿فَإِنْ كَانَ لَكُمْ وَّلَدٌ فَلَهُنَّ الثُّمُنُ مِمَّا تَرَكْتُمْ﴾⁽³⁾.

مثال ذلك: مات شخص عن زوجة، وابن ابن.

فللزوجة الثمن، ولابن الابن الباقي، فأصل المسألة من ثمانية، للزوجة سهم واحد، ولابن الابن الباقي.

أما بالنسبة للسنة النبوية نجد الحديث الذي ثبت عن جابر بن عبد الله رضي الله عنه قال: جاءت امرأة سعد بن الربيع، فقالت يا رسول الله هاتان ابنتا سعد بن الربيع قتل أبوهما معك يوم أحد شهيدا وأن عمهما أخذ ما لهما فلم يدع لهما مالا فقال: "يقضي الله في ذلك" فتزلت آية الموارث، فأرسل رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى عمهما فقال: "أعط ابنتي سعد الثلثين وأمهما الثمن وما بقي فهو لك".

ووجه الاستدلال هو إعطاء فرض الثمن للزوجة الواحدة أو الزوجات إن تعددن فيقسم الثمن بينهم بالتساوي، أو الربع سويا وذلك لأنه لا يعقل أن تأخذ كل واحدة من الزوجات الميت الأربعة الربع، لأنه يستغرق جميع التركة أو تأخذ كل واحدة منهن

(1) موفق الدين الرحي، المرجع السابق، ص 46.

(2) سورة النساء، الآية 12.

(3) سورة النساء، الآية 12.

الثلث في حالة وجود الفرع الوارث لأن ذلك يستغرق نصف التركة، ولا شك أنه في حالة وجود الفرع الوارث لأن ذلك يستغرق نصف التركة، ولا شك أنه في حالة أخذهن للربع لو وجد معهن أب الميت فإنه لا يبقى له من التركة شيء لأنه وارث بالتعصيب وهذا غير معقول، إذ كيف يسقط من التركة وهو أقرب للميت من زوجته إذ تقدم العلاقة النسبية على العلاقة السببية⁽¹⁾.

فمن كرم الله تعالى وفضله على الزوجين، بأن جعل نصيب الزوجين يتوافق مع ما هو مألوف شرعا من جعل نصيب الذكر ضعف نصيب الأنثى، تحقيقا لمبدأ العدل في توزيع المسؤوليات بين الرجل والمرأة، ولا يقصد الإقلال من شأنها وإلحاق الظلم والحيث بها، فالرجل هو المكلف بالمهر والإنفاق عليها وعلى غيرها.

تستحق الزوجة ميراثها من زوجها بشرط أن يكون عقد النكاح صحيحا شرعا سواء حصل الدخول أو خلوة أو لم يحصل باتفاق جمهور الفقهاء⁽²⁾. والميراث واجب للباقي منهما، ولا ميراث إلا في زواج صحيح.

فإن كان عقد النكاح باطلا أو فاسدا، فلا ترث الزوجة منه مطلقا وإن حصل فيه دخول للفقهاء فيه أقوال ذهب الجمهور إلا أنه لا توارث فيه إذا مات أحدهما ولو قبل التفريق بينهما⁽³⁾. بينما ذهب المالكية أنه إذا مات أحدهما قبل فسخ العقد الفاسد ورثه الآخر، كزواج الشغار فقد ثبت فيه الإرث عندهم⁽⁴⁾.

ترث الزوجة نصيبها إذا توفي زوجها في عدة الطلاق باتفاق الفقهاء⁽⁵⁾. رحمهم الله لأن الطلاق الرجعي لا يقطع الزوجة ما بقيت في العدة بدليل أنه يملك مراجعتها بدون عقد ولا مهر جديدين رضيت الزوجة بذلك أم لم ترض فيكون الزواج قائما

(1) نصر سلمان وسعاد سطحي، المرجع السابق، ص 82.

(2) أنظر، ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، ص 266، ابن حزم الأندلس، المحلى بالآثار، المرجع السابق، ص 277.

(3) أنظر، أبي يحيى زكريا الأنصاري، حاشية البحريني، على منهج الطلاب، مطبعة مصطفى محمد، مصر، دون سنة، ص 247.

(4) أنظر، أحمد بن غنيم بن سالم ابن مهنا النفراوي الأزهري المالكي، الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني، تحقيق الشيخ عبد الوارث محمد علي، دار الكتب العلمية، بيروت، 1997، ص 408.

(5) محمد جواد مغنية، المرجع السابق، ص 247؛ ابن قدامة، المرجع السابق، ص 269.

بالطلاق الرجعي، وتبقى أحكامه، منها التوارث بين الرجل والمعتدة سواء في الصحة أو في المرض، يتوارثان ما لم تنقضي العدة. فإذا انتهت العدة انتهى معها ملك الزوج، فلا ميراث لها.

أما الطلاق البائن بينونه صغرى يزيل الزوجية بمجرد صدوره وإذا زالت الرابطة الزوجية، فإن المطلقة تصير أجنبية عن زوجها فلا يرث أحدهما الآخر إذا مات قبل انتهاء العدة أو بعدها. كما أن البائن بينونة كبرى يأخذ جميع أحكام البينونة الصغرى بما فيها عدم التوارث.

وقد استثنى الحنفية والمالكية والحنابلة من الطلاق البائن طلاق في حالة المرض (طلاق الفار) أي الهارب وهو طلاق الزوج زوجته وهو في مرض موته طلاقاً بائناً بقصد الفرار من الميراث وحرمانها منه دون طلبها أو رضاها، فإنها ترثه ليرد عليه قصده رفعا للضرر عنها⁽¹⁾.

ودليل ذلك عن ابن جريج قال أخبرني ابن أبي مليكة أنه سأل ابن الزبير عن الرجل الذي يطلق المرأة فيبتهها ثم يموت وهي في عدتها، فقال عبد الله بن الزبير رضي الله عنه، طلق عبد الرحمن بن عوف رضي الله عنه ثماضر بنت الأصبغ الكلبية فبتهها ثم مات وهي في عدتها فورثها عثمان رضي الله عنه⁽²⁾.

يتبين من الأثر أن أمير المؤمنين عثمان بن عفان رضي الله عنه قضى بتوريث بنت الأصبغ الكلبية لما طلقها زوجها عبد الرحمن بن عوف رضي الله عنه ثلاثاً في مرض موته.

وهذا يوافق القاعدة المشهورة من تعجل الشيء قبل أوانه عوقب بحرمانه: فإن السبب الذي يمنع أحد الزوجين لا على التعيين من إرثه من الآخر هو تقدم موته، وهذا يحتمل وقوعه عليها وعليه، فلما أراد الزوج التنصل من هذا السبب الموضوع بوجه عام،

(1) أنظر، مالك بن أنس بن مالك بن عمرو الأصبحي المدني، المدونة، دار الكتب العلمية، بيروت، 1994، ص 86.

(2) أخرجه الشافعي في المسند، كتاب الطلاق والرجعة، ص 294، رقم 1412 والبيهقي في السنن الكبرى، كتاب الخلع والطلاق، باب ما جاء في توريث المبتوتة، في مرض الموت، ص 593، الحديث رقم 15124.

والخروج من دائرة احتمال وقوعه عليه دونها، وعمل على حصر عدم الإرث من جانبها بهذا السبب الخاص المحضور استعماله لمثل هذا المقصد السيئ عوقب برد عمله عليه، وحرمانه ثمرة بتوريثها⁽¹⁾.

ولتعليل توريث الزوجة المطلقة بائنا في مرض الموت يلاحظ أن هناك من بنى توريثها على المصلحة برفع الضرر عن الزوجة، وهناك من بناه على مبدأ سد الدرائع فقالوا بتوريثها منعا لوقوع المحرم مآلا وهو التوصل بطلاقها إلى حرمانها من الإرث. بينما ذهب الشافعية⁽²⁾ والظاهرية إلى أنها لا ترثه أي أن الزوجة المطلقة بائنا في مرض الموت طلاق الفار لا ترثه سواء قصد حرمانها أم لا. فطلاق المريض عندهم كطلاق الصحيح لأن الطلاق يقطع الزوجية⁽³⁾.

وقد اختلف الفقهاء في وقت استحقاق الزوجة للميراث فذهب الحنفية أنها ترثه ما لم تنقضي العدة، فإذا انقضت العدة فلا ترث منه لانقطاع الزوجية بعد العدة⁽⁴⁾. بينما ذهب المالكية ترثه مطلقا ولو انقضت عدتها وتزوجت غيره أم لا، وسواء طالت المدة أم لا، لأن علة الميراث هي النية لدى الزوج بحرمانها من تركته أورد قصده عليها بتوريثها⁽⁵⁾. بينما ذهب الحنابلة انقضت العدة ما لم تتزوج غيره فإذا تزوجت سقط حقها لأنها تنازلت عنه بالزواج.

اتفق الفقهاء على أن زوجة المفقود ترث من زوجها الذي ثبتت موته ما لم تتزوج⁽⁶⁾. إلا أنهم اختلفوا في ميراثها إن تزوجت، ذهب الحنفية والظاهرية إلى أن زوجة المفقود لا يحق لها أن تفسخ أو تتزوج، فهي امرأته حتى يأتيها الخبر، وتنفق عليها من مال

(1) محمد مصطفى الزحيلي، المرجع السابق، ص 424.

(2) أنظر، محمد بن ادريس بن العباس بن عبد المطلب الشافعي أبو عبد الله، الأم، ط 02، ج 05. دار المعرفة، بيروت، 1973، ص 254.

(3) أنظر، إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي أبو إسحاق، المهذب في فقه الإمام الشافعي، دار الكتب العلمية، بيروت، دون سنة، ص 408.

(4) السرخسي، المبسوط، المرجع السابق، ص 154.

(5) أحمد بن غنيم بن سالم ابن مهنا النفاوي الأزهرى المالكي، المرجع السابق، ص 420.

(6) مالك بن أنس، المدونة، المرجع السابق، ص 32؛ ابن حزم، المحلى، المرجع السابق، ص 316.

له، فإذا حكم بموته القاضي اعتدت عدة الوفاة من ذلك الوقت، وقسم ما له بين ورثته الموجودين في ذلك الوقت بينما ذهب المالكية إلى تفصيل ميراث زوجة المفقود⁽¹⁾.

- إن جاء موته قبل أن تنكح زوجها غيره، فإنها ترثه.

- إن تزوجت وجاء موته قبل الدخول ورثته، وفرق بينهما واستقبلت عدتها من يوم الموت.

- إن جاء موت المفقود بعد دخول الثاني، لم يفرق بينهما، ولا إرث لها.

وذهب الشافعية⁽²⁾ إلى أن زوجة المفقود التي تزوجت، ثم ظهر أنه ميت فعليها

العدة منه وهي ترثه، بينما قال الحنابلة أنه إذا تزوجت ولم يدخل بها الثاني فإنها ترثه، فإن دخل بها الثاني، وكان الزوج الأول قد قدم واختارها ثم مات، فإنها ترثه ويرثها⁽³⁾.

هل ترث الزوجة من دية زوجها؟

الدية هي المال المؤدى في نظير دم المقتول، ولا خلاف بين الفقهاء رحمهم الله من أن الدية موروثة لمن وجبت له، وأجمع الفقهاء على أن الزوجة تشارك ورثة المتوفي في استحقاقها من دية زوجها⁽⁴⁾. وذلك لما ثبت بن المسيب رضي الله عنه قال: "كان عمر بن الخطاب رضي الله عنه يقول: "الدية للعاقلة ولا ترث المرأة من دية زوجها شيئاً، حتى قال له الضحاك بن قيس رضي الله عنه: (كتب إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن أورث امرأة أشيم الضبابي من دية زوجها)⁽⁵⁾، فرجع عن ذلك عمر رضي الله عنه وترك قوله".

(1) مالك بن أنس، المدونة، المرجع السابق، ص 32.

(2) انظر، علي بن محمد بن حبيب البصري البغدادي، الشهير بالماوردي أبو الحسن، الحاوي الكبير في فقه الإمام الشافعي، ط 01، المحقق الشيخ علي محمد معوض، والشيخ عادل عبد الموجود، دار الكتب العلمية، بيروت، 1999، ص 89.

(3) ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، ص 263.

(4) الشافعي، الأم، المرجع السابق، ص 89؛ ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، ص 262، ابن حزم، المحلى بالأثر، المرجع السابق، ص

117.

(5) أخرجه أبو داود في السنن، كتاب الفرائض، باب في المرأة ترث من دية زوجها، ص 425، رقم 2110، والسنن الكبرى،

كتاب الفرائض تورث المرأة من دية زوجها، ص 119.

وبالرجوع إلى قانون الأسرة الجزائري فنجد أن الزوجة لا تترث إلا بالفرض ويكون إما الربع في حالة عدم وجود الفرع الوارث من هذه الزوجة أو من غيرها وهو ما نصت عليه المادة 145 فقرة ثانية وترث الثمن وإذا كان للزوج فرع وارث طبقا لنص المادة 146 من قانون الأسرة.

وهو ما نجد في نصوص مدونة الأسرة خاصة المادتين 343 و 344، لا فرق ذلك بين أن تكون الزوجة واحدة أو أكثر، فلا يزيد الفرض بزيادتهن ولا ينقص بنقصان عددهن⁽¹⁾.

وهو ما ذهب إليه المشرع التونسي في الفصل 102 من مجلة الأحوال الشخصية أن الزوجة أو الزوجات لهن حالتان: 1- الربع لواحدة أو أكثر عند عدم الولد أو ولد الابن وإن سفل، 2- الثمن مع الولد أو ولد الابن وإن سفل".

ولا تشترط للتوارث بين الزوجين أن يقع البناء أو الدخول أو الخلوة بينهما فمادام عقد الزواج صحيحا فإن كلا منهما يرث الآخر لأن البناء ليس ركنا في عقد الزواج⁽²⁾. وهذا ما جاء في المادة 130 من قانون الأسرة الجزائري: "يوجب النكاح التوارث بين الزوجين ولو لم يقع بناء". والمشرع المغربي بدوره يعتبر الزوجية سببا لإرث أحد الزوجين في الآخر، حيث يرث الزوج زوجته عند وفاتها، وترث الزوجة زوجها عند وفاته بمجرد العقد، أي ولو لم يقع الدخول، مادامت العصمة الزوجية قائمة بينهما حتى الوفاة، على أن تاريخ اعتبارهما زوجين يبدأ من لحظة سماع العدلين بالإيجاب والقبول منهما وتوثيقه، لا من لحظة إعطاء الإذن بتوثيق عقد الزواج من طرف قاضي الأسرة المكلف بالزواج، ولا من لحظة خطاب قاضي التوثيق على رسم الزواج.

(1) محمد المهدي، المرجع السابق، ص 108.

(2) الحسن بن شيخ آت ملويا، المرشد في قانون الأسرة، المرجع السابق، ص 358.

أما إذا لم تثبت العلاقة الزوجية، فإنها لا تكون سببا للتوريث بينهما⁽¹⁾، وفي هذا الصدد جاء في إحدى حيثيات المجلس الأعلى أنه: "حيث لم يثبت تزوج الطاعنة بالهالك بصفة شرعية، فانتفى بذلك السبب الموجب لإرثها فيه وهو الزوجية"⁽²⁾.

غير أنه إذا كان الزواج قد استوفى كافة أركانه وشروط صحته وانتفت الموانع سواء كانت مؤبدة أو مؤقتة، المنصوص عليها في قانون فإنه يعتبر صحيحا وينتج بالتالي جميع إشارة من الحقوق والواجبات التي رتبها الشريعة بين الزوجين، ومن بينها حق التوارث.

كما أن بطلان الزواج معناه هدم الزواج وإعادة الطرفين إلى الحالة التي كانا عليها قبل الزواج، وبالتالي فهما أجنبيان عن بعضهما البعض وعلى ذلك فلا توارث بينهما حيث نصت المادة 131 من قانون الأسرة على أنه: "إذا ثبت بطلان النكاح فلا توارث بين الزوجين".

وهو ما يفهم من المادة 58 من مدونة الأسرة التي تنص على أن: "تصرح المحكمة ببطلان الزواج تطبيقاً لأحكام المادة 57 بمجرد إطلاعها عليه أو بطلب ممن يعنيه الأمر. يترتب على هذا الزواج بعد البناء الصداق والاستبراء، كما يترتب عليه عند حسن النية لحوق النسب وحرمة المصاهرة". وعليه، لا يوجد ضمن هذه المادة الحق في التوارث بين الزوجين، ويفهم كذلك من نص الفصل 22 من مجلة الأحوال الشخصية لم ترتب الميراث كأثر من آثار بطلان الزواج.

ولقد تعرّضت المادة 132 من قانون الأسرة إلى حق المطلقة في الإرث خلال فترة العدة حيث جاء نص المادة كالتالي: "إذا توفي أحد الزوجين قبل صدور الحكم بالطلاق أو كانت الوفاة في عدة الطلاق استحق الحي منهما الإرث".

(1) محمد المهدي، المرجع السابق، ص 68.

(2) المجلس الأعلى، 1986/01/28، الملف الشرعي 85/4261، منشور في مجلة قضاء المجلس الأعلى، نوفمبر 1989، عدد 42 - 43، ص 159، مقتبس عن محمد المهدي، المرجع السابق، ص 68.

ما يفهم من المادة أنّ المطلقة تستحق الحق في الإرث في حالتين، الأولى إذا وقعت الوفاة في فترة العدة، والثانية في حالة وقوع الوفاة قبل صدور الحكم، وما يعاب على نص المادة أنّه ما دام المشرع لم يأخذ بالطلاق الرجعي فلماذا نصّ على استحقاق الإرث في فترة العدة. فالمعلوم أنّه إذا طلق الزوج زوجته من عقد صحيح ثم توفي بعد الطلاق فإنّها لا ترثه لأنّ طلاقها الواقع أمام المحكمة يعتبر طلاقاً بائناً، والطلاق البائن لا توارث فيه بين الزوجين، فكان على المشرع أن يكتفي بالنص على أنّه إذا توفي أحد الزوجين قبل صدور الحكم بالطلاق استحق الحيّ منهما الإرث.

والمادة 124 من مدونة الأسرة التي اعتبرت المطلقة رجعيًا في حكم الزوجة وبالتالي لها الحق في الميراث إذا وقعت وفاة الزوج في العدة.

وتعتبر المطلقة بائناً في مرض الموت في حكم الزوجة إذا لم ترضى بالطلاق، ومات المطلق في ذلك المرض وهي في عدتها بشرط أن تستمر أهليتها للإرث، وهو ما جاء في قرار المحكمة العليا بتاريخ 21 ديسمبر 1993 وجاء في حيثيات القرار حيث بالرجوع إلى الحكم المطعون فيه وإلى عقد الزواج تبين أن عقد الزواج صحيح، وأنه وقع خطأ في الكتابة وسهو فقط وليس هناك عقد آخر، وأن النسخة المرفقة بالملف توضح ذلك، وعليه فالطلاق وقع صحيحاً من المطلق، وبخصوص حق الزوجة المطلقة في الميراث، إذ يعتبر الفقهاء الزوجة التي طلقها زوجها ومات وهي في عدتها تعتد بأبعد الأجلين وتستحق منابها من الميراث، أي يعتبر أنّها ماتزال زوجة ولو كان الطلاق صحيحاً فهي في حكم الزوجة.

أما إذا طلقها زوجها وهو مريض مرض الموت ولو كان الطلاق بائناً وهي في عدتها وثبت أنه قصد حرمانها من الميراث، فإنّها تعتد بأطول الأجلين الطلاق أو الوفاة، فاعتبارها مطلقة بائناً ليست بزوجة مند وقوع الطلاق وباعتبارها أنّها ورثت من مطلقها والميراث لا يكون إلا للزوجة.

فقد اعتبر الزواج قائماً حكماً وقت الوفاة في حق الميراث فقط لقيام الدليل على ثبوته خلال القواعد، وهو معاملة الزوج بنقيض مقصوده ويبدو أن هذا موضوعاً آخر

يتعلق بالميراث ولا يتعلق بإيقاع الطلاق، مما يجعل الوجه المتأثر غير مؤسس ويتعبن رفضه⁽¹⁾.

وجاء في قرار آخر: "أن المرض مهما كانت خطورته لا يمنع الزوج من إيقاع الطلاق، وعليه فالطلاق المحكوم به صحيح صرعا وقانونا بخلاف الميراث فإن حق الطاعة فيه ثابت شرعا إذا طلقت في مرض الموت، لأنه لا وجود لأي تلازم بين العدة والحق في الميراث حتى ولو وقعت الوفاة بعد مدة طويلة من انقضاء عدتها لاحتمال أن طلاقه لها كان بنية حرمانها من الميراث عملا بقاعدة المعاملة بنقيض المقصود⁽²⁾.

والقضاء المغربي بدوره أقر أن الطلاق إذا وضع في مرض الموت استحقت المطلقة الإرث وهو ما جاء في قرار المجلس الأعلى: "الحجة المثبتة لمرض الهالك أثناء إيقاعه الطلاق وإقراره قضاء بأنه مصاب بمرض عضال أصبح معه غير قادر على القيام بشؤونه اليومية إلا بمساعدة الغير هي مقدمة على الموجب النافي الذي يفيد إثنية المطلق.

القاعدة أن الزوج إذا طلق زوجته وهو مريض مرضا مخوفا واتصل به هذا المرض إلى أن توفي فإن زوجته المطلقة ترث فيه"⁽³⁾.

والزوجة ترث أيضا بالرد، إذا لم يوجد أي وارث للزوج، تأخذ الزوجة كل التركة فرضا وردا، ونفي الشيء بالنسبة إلى التعدد فيأخذن كل التركة فرضا وردا، وتقسم على عدد الرؤوس وذلك طبقا للمادة 167 فقرة 02 من قانون الأسرة الجزائري التي تنص على أنه: "ويرد باقي التركة إلى أحد الزوجين إذا لم يوجد عصبه من النسب، أو أحد أصحاب الفروض النسبية، أو أحد ذوي الأرحام".

يلاحظ على هذه المادة أن المشرع الجزائري جعل الرد على أحد الزوجين في آخر مرحلة وقدم ذوي الأرحام عن الرد على أحد الزوجين في حين يكون أحدهما قد ساهم

(1) المحكمة العليا، غ.أ.ش، 21 ديسمبر 1993، ملف رقم 101444، المجلة القضائية 1996، عدد 02، ص 75.

(2) المحكمة العليا، غ.أ.ش، 17 مارس 1998، ملف رقم 179696، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، 2001، عدد خاص، ص 99.

(3) المجلس الأعلى، 2009/05/13، تحت عدد 229، ملف عدد 06/518، نشرة قرارات المجلس الأعلى غرفة الأحوال الشخصية والميراث، ص 94، وما يليها مقتبس عن محمد بفقير، المرجع السابق، ص 333.

بقسط كبير في هذه التركة، وعلى ذلك يكون من غير المنطقي أن يقدم ذوي الأرحام عن الزوجة، وكان على المشرع أن يأخذ برأي عثمان بن عفان رضي الله عنه الذي أخذ بالرد على إطلاقه، فأوجبه على جميع أصحاب الفروض النسبية والسببية، مادام الغرم يلحقهم جميعا وهو العول فالغنم يلحقهم جميعا وهو الرد تطبيقا لقاعدة الغرم بالغنم⁽¹⁾.

وهو ما فعله المشرع التونسي حيث أخذ بمذهب عثمان بن عفان لأنه لم يجعل أي استثناء على ميراث ذوي الفروض بالرد ويتضح ذلك من خلال الفصل 143 مكرر الفقرة الأولى: "عند فقد العصبية ولم تستغرق القروض التركة يرد الباقي على أصحاب الفروض بنسبة فروضهم" وهو نفس ما اتجهت إليه مدونة الأسرة المغربية⁽²⁾ وذلك بالتنصيص في المادة 349 فقرة السادسة: على أنه "... فإذا وجد وارث واحد بالفرض رد عليه الباقي". وبما أن الزوجة صاحبة فرض فيرد عليها الباقي.

طريقة حل مسائل الردّ بصفة عامة هي أن نستخرج أصل الفريضة كما في الأحوال العادية، فإن بقي شيء فإننا نصرف عنه النظر، نعود لنجمع أنصبة الورثة، ونعتبر المجموع الحاصل هو أصل الفريضة الجديد فرضا وردا.

من تطبيقات ذلك:

توفي وترك: زوجة، وبناتا. فللزوجة الثمن (1/8)، وللبنت (1/2).

(1) أنظر، مسعودي رشيد، النظام المالي للزوجين في التشريع الجزائري، دراسة مقارنة، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2005 - 2006، ص 115.

(2) سار القانون المغربي بناء على ظهير ملكي رقم 1-62-154 المؤرخ في 29 جمادى الأولى عام 1382 موافق لـ 29 أكتوبر 1962 على أن ذوي الفروض كلهم يجب أن يرد عليهم حيث نصّ فصله الأوّل على أنه:

إذا كانت للدولة حقوقا إرثية بصفتها وارثة بالتعصيب، فإنّ الحظ الذي ينوب بيت المال يتخلى عنه للورثة الفرضيين إن كان موجودين ويوزع هذا الحظ بين الشركاء في الإرث بالنسبة للجزء الموروث المخصص بكل واحد منهم".

وجاء في الفصل الثاني من الظهير المذكور "إذا لم يكن هناك ورثة فرضيون فإنّ مصلحة الأملاك المخزنية بوزارة المالية تحوز الميراث لفائدة بيت المال". ونلاحظ هنا أنّ نصّ الظهير صريح في الرد على جميع ذوي الفروض بما فيهم الزوج والزوجة بدلا له صيغة العموم المستفادة من لفظ "للورثة الفرضيين"، فالقانون المغربي جنح إلى التعميم، وأحسن فعلا إذ في ذلك تجنب لمسائل معقدة في الحل، حين يكون في النازلة له زوجة أو زوجة مع ذوي فروض آخرين؛ انظر، محمد رياض، أحكام الموارث بين النظر الفقهي والتطبيق العملي وفق مدونة الأسرة الجديدة، ط03، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، المغرب، 2009، ص 175 - 176.

أصل المسألة من (8) للزوجة منها (1)، وللبنت منها (4) وبقي من (8) = (3) ، فنغض الطرف عن (3) كأن لم تكن، ونعود لنصيب الزوجة هو (1)، ونصيب البنت هو (4) ونجمعهما فيصبحان (5) فنقول أصل المسألة الآن فرضا وردا هو (5) بدل (8) وأصبح نصيب الزوجة هنا (1/5) وهو أكثر من (1/8) ونصيب البنت (4/5) وهو أكثر من (4/8).

كما يجب الإشارة إلى أنه قد ينقص نصيب الزوجة في حالة إرثها للثمن فيصير تسعا نظرا للقول⁽¹⁾، وذلك في المسألة المسماة بالمنبرية وهي زوجة وأب: وأم وبنتان.

24- للزوجة الثمن (1/8)، وللأم السدس (1/6)، وللأب السدس (1/6) وللبنتين الثلثان (2/3) أصل المسألة من (24) للزوجة منها (3)، وللأم منها (4)، وللأب منها (4) وللبنتين (16)، ومجموع الأنصبة (27) بدلا من (24).

وتسمى هذه المسألة بالمنبرية لأن عليا بن أبي طالب رضي الله عنه أفتى فيها وهو على المنبر يخطب، فقال في نصيب الزوجة صار ثمنها تسعا، نظرا لدخول العول على نصيبها الأصلي، إذ صار نصيبها (3) من (27) وهو يمثل التسع لا الثمن الحقيقي من (24)⁽²⁾.

وقد نص قانون الأسرة على هذه المسألة في المادة 179 إذ جاء فيها: "إذا اجتمعت زوجة وبنتان وأبوان صحت فريضتهم من أربعة وعشرين وتعول إلى سبعة وعشرين، للبنتين الثلثان، ستة عشر، وللأبوين الثلث، ثمانية وللزوجة الثمن ثلاثة ويصير ثمنها تسعا".

وهو ما نصت عليه مدونة الأسرة المغربية في المادة 368 أما مجلة الأحوال الشخصية التونسية فلم تنص صراحة على المسألة المنبرية لكن بالرجوع إلى الفصل 112 من المجلة الذي نص على العول بقوله: إذا زادت أنصباء أصحاب الفروض على التركة

(1) العول هو زيادة في السهام ونقص في الأنصبة ويكون ذلك عند ازدحام فروض الورثة وعجز أصل المسألة عن الوفاء بما عرفه مشروع القانون العربي الموحد للأحوال الشخصية في المادة 269 بقوله: "العول نقص في أنصبة ذوي الفروض نسبه فروضهم، إذا زادت السهام على أصل المسألة"، أنظر عبد الفتاح تقييه، المرجع السابق، ص 100.

وعرفته المادة 166 العول هو زيادة سهام أصحاب الفروض على أصل المسألة.

(2) محمد رياض، المرجع السابق، ص 171.

قسمت بينهم نسبة أنصبتهم في الإرث" فإنه يفهم منه أنه أخذ بالمسألة المنبرية بصورة ضمنية.

كان هذا ميراث الزوجة، وقد يكون للهالك أخوات فهل هن الحق في تركة أخيهن وما هو نصيبهن منها؟

الفرع الرابع:

ميراث الأخوات.

الأخت إما أن تكون شقيقة أي لأبوين أو أخت لأب أو أخت لأم ويختلف نصيب كل واحدة عن الأخرى.

أولاً: ميراث الأخت الشقيقة.

يطلق على الإخوة والأخوات الشقيقات أو لأب بالحواشي، وقد ثبت ميراثهن بالكتاب والسنة والإجماع.

جاء في قوله تعالى: ﴿يَسْتَفْتُونَكَ قُلِ اللَّهُ يُفْتِيكُمْ فِي الْكَلَالَةِ ۚ إِنَّ أُمَّرُؤًا هَلَكَ لَيْسَ لَهُ وُلْدٌ وَلَا هِيَ أُمٌّ فَلَهَا نِصْفُ مَا تَرَكَ ۚ وَهُوَ يَرِثُهَا إِنْ لَمْ يَكُنْ لَهَا وُلْدٌ ۚ فَإِنْ كَانَ ثَلَاثَتْنِ فَلَهُمَا الثُّلُثَانِ مِمَّا تَرَكَ ۚ وَإِنْ كَانُوا إِخْوَةً رِجَالًا وَنِسَاءً فَلِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثِيَيْنِ ۗ يُبَيِّنُ اللَّهُ لَكُمْ أَنْ تَضِلُّوا ۗ وَاللَّهُ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمٌ ۝﴾⁽¹⁾. فهذه الآية الكريمة فيها دلالة واضحة على ميراث الإخوة والأخوات لأبوين أو لأب وفرضهم في حال الانفراد والجمع.

وقد أجمع جمهور الفقهاء على أن المراد بهذه الآية ولد الأبوين وولد الأب⁽²⁾. وقد جعل الله تعالى ميراث الأخوات بالفرض، وعند الاختلاط بالتعصيب، وفرق بين ميراث الأخ والأخت عند عدم الاختلاط دون أولاد الأم.

(1) سورة النساء، الآية 176.

(2) ابن رشد، بداية المجتهد، المرجع السابق، ص 752؛ ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، ص 168؛ ابن حزم، المحلى بالأنبار، المرجع السابق، ص 286.

وقد ثبت ميراث الأخت في السنة المطهرة لحديث هزيل بن شرحبيل قال: "يسئل أبو موسى عن ميراث بنت و بنت ابن وأخت، فقال للبنت النصف وللأخت النصف، وآت بن مسعود قسيتابعي، فשל ابن مسعود رضي الله عنه وأخبر بقول أبي موسى فقال: "لقد ظلمت إذن وما أنا من المهتمدين، أقضي فيها بما قضى النبي صلى الله عليه وسلم، للأبنة النصف لابنه الابن السدس تكملة للثلثين وما بقي للأخت، فأتينا أبا موسى فأخبرناه بقول ابن مسعود رضي الله عنه فقال لا تسألوني مادام هذا الخبر فيكم".

الأخت الشقيقة هي أخت الميت من أمه وأبيه، ويطلق على الإخوة والأخوات الأشقاء "بنو الأعيان" لقوة قرابتهم من الميت ولأنهم يشتركون معه في الأب والأم، فكأنهم من ذاته وعينه، وأعيان القوم أختيارهم⁽¹⁾.

والأخت الشقيقة ترث بالفرض أو بالتعصيب والأخوات لأبوين كالبنات في فرضهن⁽²⁾. أي أن للواحدة النصف إذا انفردت، وللأثنين فأكثر الثلثان وبهذا يكون لهن حالتين:

الحالة الأولى: النصف ترث الأخت الشقيقة النصف عندما تكون منفردة بأربعة شروط وهي:

- 1- عدم وجود معصب لها وهو الأخ الشقيق.
- 2- عدم المساوى لها وهي الأخت الشقيقة.
- 3- عدم وجود الفرع الوارث مطلقا الابن وابن الابن وإن نزل وبنت الابن وإن نزل أبوها.
- 4- عدم وجود الأصل المباشر من الذكور كالأب والجد من قبل الأب لقوله تعالى: ﴿إِنَّ أُمَّرَأًا هَلَكَ لَيْسَ لَهُ وُلْدٌ وَلَا هِيَ أُمُّهُ فَلَهَا نِصْفُ مَا تَرَكَ﴾⁽³⁾.

(1) ابن عابدين، حاشية رد المختار، المرجع السابق، ص 775؛ أبو زهرة، أحكام التركات، المرجع السابق، ص 121.

(2) موفق الدين الرحي، المرجع السابق، ص 43.

(3) سورة النساء، الآية 176.

مثال ذلك: توفي شخص عن أخت وعم.

فلأخت النصف وللعم الباقي.

الحالة الثانية: الثلثان للأختين الشقيقتين فأكثر الثلثان بشروط⁽¹⁾. وهي:

1- عدم وجود المعصب لها.

2- عدم وجود الفرع الوارث.

3- عدم وجود الأصل من الذكور كالأب والجد.

مثال ذلك: توفي شخص عن أختين شقيقتين وعم.

فلأختين الشقيقتين الثلثان وللعم الباقي تعصيباً.

ودليل إرثهم الثلثان من القرآن الكريم والسنة النبوية المطهرة فمن القرآن الكريم

قول الله تعالى: ﴿ فَإِنْ كَانَتَا اثْنَتَيْنِ فَلَهُمَا الثُّلُثَانِ مِمَّا تَرَكَ ﴾⁽²⁾. ومن السنة النبوية ذكر

أهل العلم أن آية الكلاله نزلت في قصة جابر بن عبد الله رضي الله عنه لما مرض وسأل

عن إرث أخواته السبع أو التسع منه، فقد جاء في الحديث الشريف عن إرث المنكدر

سمع جابر بن عبد الله رضي الله عنه يقول: "مرضت فعادني رسول الله صلى الله عليه

وسلم وأبو بكر رضي الله عنه، وهما ماشيان، فأباني وقد أعغمي علي، فتوضأ رسول الله

صلى الله عليه وسلم فصب علي وضوءه، فأفقت، فقلت يا رسول الله، كيف أصنع في

مالي؟ كيف أقض في مالي؟ فلم يجبني حتى نزلت آية المواريث"⁽³⁾. ففي هذا الحديث

الشريف دلالة واضحة على أن أحكام ميراث الأخوات تضمنتها آية المواريث.

والجدير بالملاحظة أن آية المواريث نصت على نصيب الأختين ولم تبين نصيب ما

فوق الاثنين، وهذا على العكس من نصيب البنات الصليات، فالآية بينت نصيب الأكثر

من الاثنين من البنات، ولم تبين نصيب الاثنين، فجاء في حق البنات قوله تعالى: ﴿ فَإِنْ

(1) ابن رشد، بداية المجتهد، المرجع السابق، ص 752؛ ابن حزم، المحلى بالأثر، المرجع السابق، ص 266.

(2) سورة النساء، الآية 176.

(3) الحديث مصدق عليه أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الفرائض، باب ميراث الأخوات والإخوة، المرجع السابق، ص 787، رقم

الحديث 6743، ومسلم في صحيحه كتاب الفرائض، باب الكلاله، رقم 4123.

كُنَّ نِسَاءً فَوْقَ اثْنَتَيْنِ فَلَهُنَّ ثُلُثًا مِمَّا تَرَكَ⁽¹⁾. وجاء في حق الأخوات قوله تعالى: ﴿فَإِنْ كَانَتْ أُمَّتَيْنِ فَلَهُمَا الثُّلُثَانِ مِمَّا تَرَكَ⁽²⁾﴾. لأن فرض الأكثر يفهم من الآية الكريمة التي بينت نصيب البنات فإذا كان البنات الثلاث فأكثر لا يأخذن إلا الثلثين مع قرهيم للميت فالأولى بالأخوات الشقيقات أن لا يأخذن أكثر من الثلثين⁽³⁾.

ولقد نص القانون الجزائري في المادة 144 فقرة رابعة من قانون الأسرة على أنه تستحق الأخت الشقيقة النصف (1/2) شرط انفرادها وعدم وجود الشقيق، والأب، وولد الصلب، وولد الابن ذكرا كان أو أنثى، وعدم وجود الجد الذي يعصبها. كما نص في المادة 03/147، على أنه للاثنتين فأكثر الثلثان (2/3) بشرط عدم وجود الشقيق الذكر، أو الأب، أو ولد الصلب.

وهو ما ذهب إليه المشرعان المغربي والتونسي بشأن ميراث الأخت الشقيقة فجاء في المادة 342 من المدونة "أصحاب النصف خمسة ... الأخت الشقيقة بشرط انتفاء الشقيق والأب وإن علا، وولد الصلب ذكرا كان أو أنثى، وولد الابن ذكرا كان أو أنثى".

والملاحظ على المدونة في هذا النص أنها أغفلت شرط انتفاء شقيقة أخرى إذ لو وجدت معها شقيقة أخرى لورثت حظها من الثلثين⁽⁴⁾. ففرض الثلثين يتصور في حالة تعدد الشقيقات، وفي هذا تنص المدونة في المادة 345 على أن: "أصحاب الثلثين أربعة: الشقيقتان فأكثر بشرط انفرادهما عن الشقيق وعن الأب وإن علا وعن الفرع الوارث". يدخل في هذا الفرع الوارث ولد الابن وإن سفل، ذكرا كان أو أنثى، فلو كان ذكر لحجبها من الميراث، ولو كانت أنثى لعصبتها.

(1) سورة النساء، الآية 11.

(2) سورة النساء، الآية 176.

(3) أنظر، عماد الدين أبي الفداء إسماعيل بن كثير الدمشقي، تفسير ابن كثير، تحقيق شعيب الأرنؤوط ومحمد أنس مصطفى الخن، ط01،

دار الرسالة العالمية، سوريا، 2010، ص 451.

(4) محمد المهدي، المرجع السابق، ص 130.

وهو ما نص عليه المشرع التونسي في الفصل 93 من مجلة الأحوال الشخصية على أن أصحاب النصف خمسة 4- الأخت الشقيقة بشرط انتفاء الأب وولد الصلب ذكر كان أو أنثى وولد الابن كذلك والشقيق...". ونص الفصل 96 من نفس المجلة على أن "أصحاب الثلثين أربعة كلهن إناث ... 3- الشقيقات بشرط انفرادها عن الأب وعن واد الصلب ذكرا كان أو أنثى وعن الشقيق الذكر...". وحدد الفصل 105 منها "نصيب الأخت الشقيقة بموجب الفرض الشرعي، حيث جاء فيه أن الأخوات الشقائق لهن خمس حالات 1- النصف للواحدة إذا انفردت 2- والثلثان للثنتين فصاعدا...".

والأخت الشقيقة تحجب بالابن، والأب، وابن الابن وإن نزل وهو ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 164 قانون الأسرة ونص عليه المشرع المغربي في المادة 358 قشرة رابعة من مدونة الأسرة والفصل 96 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية.

كما يرد على الأخت الشقيقة، مقدار نصيبها، كمن مات وترك أختا شقيقة فإنها تراث التركة النصف فرضا لانفرادها وعدم وجود المعصب المساوي لها في الدرجة، وتأخذ النصف الباقي ردا فتحوز بذلك جميع التركة أو كمن مات وترك اختين شقيقتين فقط فإنهما يرثان، الثلثان فرضا لتعددتهما وانعدام المعصب المساوي لهما في الدرجة، وتأخذان الثلث الباقي ردا، فتحوزان التركة كلها لكل واحدة منهما النصف فرضا وردا⁽¹⁾.

ثانيا: ميراث الأخت لأب.

الأخت لأب هي أخت الميت من أبيه فقط، والإخوة لأب سواء كانوا ذكورا أو إناثا يسمون بنو العلات والعللة هي الضرة، فهم بنو الضرائر، فكل أم هي ضرة لأم الأخر، فالإخوة لأب أبوهم واحد وأمهاهم مختلفات⁽²⁾. اتفق جمهور الفقهاء على أن الأخت لأب تقوم مقام الأخت الشقيقة عند فقدها بالإجماع⁽³⁾، كما تقوم بنت الابن

(1) نصر سلمان وسعاد سطحي، المرجع السابق، ص 128.

(2) ابن عابدين، رد المختار، المرجع السابق، ص 775.

(3) موفق الدين الرحي، المرجع السابق، ص 69.

مقام البنت عند فقدها، ودليل توريثها هو ما استدل به الجمهور على توريث الأخت الشقيقة بأية الكلالة⁽¹⁾. فيكون للأخت لأب نفس أحوال الأخت الشقيقة عند فقد الشقيقة أو أكثر فللأخوات من الأب ثلاث حالات:

الحالة الأولى النصف: ترث الأخت لأب المنفردة النصف بخمسة شروط عدمية وهي:

- 1- عدم وجود المعصب لها (الأخ لأب).
 - 2- عدم وجود المساوى لها (الأخت لأب).
 - 3- عدم وجود الفرع الوارث مطلقا.
 - 4- عدم وجود الأب المباشر.
 - 5- عدم وجود الإخوة والأخوات الشقيقات.
- أي أن الأخت لأب ترث بالشروط الأربعة للأخت الشقيقة مع وجود شرط خامس وهو عدم وجود الإخوة الأشقاء معها، والسبب اجتماع القرابة بين الأخت الشقيقة والأخت لأب من جهة، فتزل الأخت لأب منزلة الأخت الشقيقة عند عدمها. مثال ذلك: مات شخص عن أخت لأب وزوج. فللأخت لأب النصف، وللزوج النصف، واصل المسألة من سهمين للأخت لأب سهم واحد، وللزوج السهم الآخر.

والحالة الثانية الثلثان: ترث الأخوات لأب الثلثين شروط خمس وهي⁽²⁾:

- 1- أن يكون اثنين فأكثر.
 - 2- عدم وجود المعصب (الأخ لأب).
 - 3- عدم وجود الفرع الوارث مطلقا.
 - 4- عدم وجود الأب.
 - 5- عدم وجود الإخوة والأخوات الشقيقات.
- مثال ذلك: مات شخص عن أم وأختين لأب، وزوجة.

(1) سورة النساء، الآية 176.

(2) محمد العلوي العابدي، المرجع السابق، ص 307.

فللأم السدس، وللأخوات لأب الثلثان، وللزوجة الربع. فأصل المسألة من (12) سهما، وتعمل إلى (13) سهما.

الحالة الثالثة السدس: تترك الأخت لأب الواحدة فأكثر السدس تكملة للثلثين مع الأخت الشقيقة الواحدة، المستحقة لفرض النصف إذا لم يكن معها أخ لأب يعصبها، قياسا على بنت الابن مع البنت، وقد ثبت ميراث بنات الابن السدس تكملة للثلثين بالأثر الذي قال فيه ابن مسعود أنه قضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم⁽¹⁾، إن كنت واحدة انفردت به وإن كن أكثر فالتركة بينهما بالتساوي، فلا تسقط الأخت لأب عند الجمهور بالأخت، الشقيقة الواحدة.

مثال ذلك: توفي شخص عن أم، وزوجة، وأخت شقيقة، وأخت لأب.

فللأم السدس وللزوجة الربع وللأخت الشقيقة النصف، وللأخت لأب السدس، تكملة للثلثين، فأصل المسألة من (12) سهم، للأم (2) وللزوجة (3) وللأخت الشقيقة (6) وللأخت لأب (2) فتعمل المسألة إلى (13) سهما.

الأخت لأب هي كل أنثى شاركت الميت في أبيه مباشرة، وهي لا تترك عند وجود الفرع والأصل الوارثين، والأخ الشقيق والأخت الشقيقة إذا كانت عصب مع الغير، فإن لم يوجد واحد من هؤلاء أخذت حقها فرضا ولا يخرج عن النصف، الثلثان، السدس.

ولقد نصت المادة 144 فقرة خامسة من قانون الأسرة على أنه للأخت لأب النصف بشرط انفرادها عن الأخ والأخت لأب وعمما ذكر في الشقيقة. كما جاء في المادة 147 فقرة رابعة من نفس القانون بأنه للأختين لأب فأكثر الثلثان شرط عدم وجود الأخ لأب وما ذكر في الشقيقين. أما المادة 149 فقرة سادسة منه نصت على أنه للأخت لأب السدس، ولو تعددت بشرط أن تكون مع شقيقة واحدة، وانفرادها عن الأخ لأب، والأب والولد ذكرا كان أو أنثى.

(1) محمد أبو زهرة، أحكام التركات...، المرجع السابق، ص 121.

وبالرجوع إلى مدونة الأسرة نجد أن المادة 342 نصت على فرض النصف للأخت لأب حيث جاء فيها: "أصحاب النصف خمسة ... الأخت لأب شرط انفرادها عن الأخ والأخت لأب، وعمن ذكر في الشقيقة".

أما فرض الثلثين ولا يتصور إلا في حالة تعدد الأخوات لأب نصت عليه المادة 345 من المدونة: "أصحاب الثلثين ... الأختان لأب فأكثر بشرط انفرادهما عن الأخ لأب وعمن ذكر في الشقيقين".

كما تراث الأخت من جهة الأب سدس متروك الهالك واحدة كانت أو متعددة شرط أن تكون مع شقيقة واحدة وانفرادها عن الأب والأخ لأب والولد ذكرا كان أو أنثى وهو ما نصت عليه المادة 347 من مدونة الأسرة.

وعلى نفس المنوال ساوى المشرع التونسي بخصوص نصيب الأخت لأب حيث نص الفصل 93 من المجلة على أن أصحاب النصف خمسة منهم أربعة إناث، 5- الأخت لأب بشرط انفرادها عمّن ذكر في الشقيقة وعن الأخ والأخت لأب ...". أما الفصل 96 من المجلة أعطى للأختين لأب نصيب الثلثين بشرط انفرادهما عمّن ذكر في الشقيقين وعن الأخ لأب". وبخصوص فرض السدس نص عليه الفصل 98 فأعطى للأخت لأب السدس بشرط كونها مع شقيقة واحدة وانفرادها عن الأب والولد ذكرا أو أنثى وعن الأخ لأب. أما الفصل 106 من ذات مجلة فقد حدد مناب الأخوات من جهة الأب فنص على أن: "الأخوات لأب لهن سنة أحوال:

- 1- النصف للواحدة إذا انفردت. 2- الثلثان للثنتين فصاعدا عند عدم الأخوات الشقائق.
- 3- السدس مع الأخت الواحدة الشقيقة ...".

أن الأخت لأب تكون محجوبة حجب حرمان من الميراث عند وجودها مع الأب إنفاقا والجد إن علا عند أبي حنيفة، خلافا لمذهب المالكية والشافعية والحنابلة إذ لا يجبوها به بل يورثونها معه، وبالفرع الوارث مطلقا المباشر وغير المباشر وإن نزل أبوه، والأخ الشقيق، والأخت الشقيقة في حالة ميراثها بالتعصيب مع الغير أي في حالة وجودها مع البنت أو بنت الابن، وذلك لأن الأخت الشقيقة في هذه الحالة تكون قد

حازت الباقي بعد أخذ البنات فرضهن، فلا يبقى للأخت لأب شيء. كما أنها تحجب حجب نقصان بالأخت الشقيقة الواحدة، إذ تنقلها من النصف إلى السدس تكملة للثلثين نصيب الأخوات، كما تحجبها عن الإرث بالفرض الأختان الشقيقتان فصاعداً. كما أن الأخت لأب يرد عليها الفاض بعد أخذ أصحاب الفروض فروضهم، وذلك بحسب سهامها من التركة.

وميراث الأخت الشقيقة أو لأب تحتم علينا الكلام عن المسألة الأكدرية⁽¹⁾. والمسألة الأكدرية في علم الفرائض هي حالة استثنائية من حالات الجد العصبي مع الإخوة، فللأخت الشقيقة أو لأب حالة في الإرث كانت موضع خلاف بين الصحابة رضوان الله عليهم، وهي نصيبهن مع الحد بوجود زوج وأم. وصورة هذه المسألة ماتت امرأة وتركت زوج، وأم، وأخت شقيقة أو للأب وجد، وقد ذهب الفقهاء فيها إلى أربعة أقوال⁽²⁾. وعلى النحو الآتي:

قول أبي بكر رضي الله عنه بإسقاط الأخت، وجعل للزوج النصف وللأم الثلث والسدس للجد، وبهذا فالمسألة لا تحول، وقد أخذ بهذا القول الحنفية القول الثاني هو قول عمر رضي الله عنه وابن مسعود هو أن يعطى للزوج النصف وللأم السدس وللأخت النصف وللجد السدس وذلك على جهة العول وذلك لأنهم لا يفضلان الأم على الجد فعالت المسألة من 6 إلى 8 القول الثالث هو قول علي ابن أبي طالب وزيد رضي الله عنهما بأن للزوج النصف وللأم الثلث وللأخت النصف وللجد السدس فريضة فالمسألة تعول إلى تسعة.

والقول الرابع هو قول زيد رضي الله عنه وهو المشهور وهم ضم نصيب الأخت وهو النصف إلى سدس الجد، فقسمة بينهما للذكر مثل حظ الأثنين، وذلك لثلا يكون

(1) وقيل أن سبب تسمية هذه المسألة بالأكدرية فيه عدة أقوال، وذلك لأن مذهب زيد بن ثابت تكدر منها فليست على قياس أصله، وقيل سميت بذلك نسبة إلى السائل عنها أنه كان رجلاً فرضياً اسمه أكر فخطأ فيها وقيل أن الجد كدر على الأخت ميراثها بارتجاعه، ابن عابدين، رد المختار، المرجع السابق، ص 776.

(2) ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، ص 200، ابن رشد، بداية المجتهد، المرجع السابق، ص 756.

حظ الأخت أكثر من حظ الجد، فالأخت لا تستحق معه إلا بالمقاسمة كما لو أنه لو لم يفرض للأخت لسقطت، وليس في الفريضة من يسقطها، وبه أخذ المالكية والشافعية وأحمد حمهم الله⁽¹⁾.

وتوضيح ذلك للزوج النصف وللأم الثلث والأخت والجد عصبية، فأصل المسألة من (6) وعالت إلى (9).

وبهذا فتضرب المسألة في عدد رؤوس الجد والأخت وهي (3) فنصح من 27 سهما، منها (12) سهما للجد والأخت توزع بينهم للجد (8) وللأخت (4).

وبه أخذت قوانين الأسرة المغاربية فنص قانون الأسرة الجزائري على المسألة الأكدرية والغراء⁽²⁾. في المادة 175 وجاء فيها: "لا يفرض للأخت إلا في الأكدرية وهي: زوج والأم، وأخت شقيقة أو لأب وجد فيضم الجد ما حسب له إلى ما حسب لها ويقسمان للذكر مثل حظ الأنثيين أصلها من ستة، وتعول إلى تسعة، وتصبح من سبعة وعشرين، للزوج تسعة وللأم ستة، وللأخت أربعة، وللجد ثمانية.

ونصت عليها مدونة الأسرة المغربية في المادة 361 وهو نفس نص قانون الأسرة الجزائري وهو نفس ما جاء في الفصل 146 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية.

فكانت هذه هي حالات ميراث الأخت للأب فما هو الحال بالنسبة للأخت لأم.

ثالثا: ميراث الأخت للأم.

هي أخت الميت من جهة أمه فقط، ويسمون الإخوة للأم (الذكور والإناث) بنو الأخياف لكونهم من أصلين مختلفين ونسب مختلف، فأباؤهم مختلفون وأمهم واحدة، والأخياف مأخوذة من قولهم فرس أخيف إذا كانت إحدى عينه مخالفة للأخرى⁽³⁾.

(1) ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، ص 201.

(2) سماها مالك بالغراء لشهرتها أو الغرور الأخت فيها يفرض النصف ولم تأخذ إلا بعضه، أي عبد الله سيدي محمد الخرشني، المرجع السابق، ص 67.

(3) السرخسي، المبسوط، المرجع السابق، ص 154، ابن عابدين، رد المختار، المرجع السابق، ص 275.

والأخت للأم ترث دائما بالفرض فقط، ولا ترث بالتعصيب ولو كان معها أخوها، فإنهم يأخذون الفرض بينهم بالتساوي، وأنهم ليسوا عصابة بسبب إدلائهم إلى الميت بقراءة الأم وحدها، فهي سبب توريتهم، وأنهم لا يصيرون عصابة بالغير ولا مع الغير، فالذكور والإناث على سواء بالإرث عند الانفراد وعند الاجتماع فلا تفضيل للذكر على الأنثى⁽¹⁾.

فالأخوات للأم لا يرثن إلا بالفرض، ولهن حالتان⁽²⁾:

الحالة الأولى: ترث الأخت للأم السدس بشروط وهي:

1- أن تكون منفردة.

2- عدم وجود الفرع الوارث مطلقا.

3- عدم وجود الأصول من الذكور كالأب والجد وإن علا.

ودليل ميراث الأخت للأم السدس قوله تعالى: ﴿ وَإِنْ كَانَ رَجُلٌ يُورَثُ

كَأَنَّ أَوْ أُمَّرَأَةً وَلَهُ إِخٌ أَوْ أُخْتٌ فَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا السُّدُسُ ﴾⁽³⁾. وذكر الفقهاء أن

المراد بالأخت في الآية الكريمة هي الأخت للأم إجماعا⁽⁴⁾.

مثال ذلك: مات شخص عن أخت شقيقة وأخت لأب، وأخت لأم وجدّة.

فللأخت الشقيقة النصف، وللأخت لأب السدس تكملة للثلثين، وللأخت لأم السدس والجد السدس.

الحالة الثانية: الثلث يرث أولاد الأم الثلث بثلاثة شروط وهي:

1- عدم وجود الفرع الوارث مطلقا.

2- عدم وجود الأصل من الذكور الأب أو الجد وإن علا.

(1) أحمد بن غنيم بن سالم ابن مهنا القراوي الأزهرى المالكي، المرجع السابق، ص 415.

(2) موفق الدين الرحي، المرجع السابق، ص 53.

(3) سورة النساء، الآية 12.

(4) ابن رشد، بداية المجتهد، ...، المرجع السابق، ص 752.

3- أن يكون اثنين فصاعدا ذكورا أو إناثا أو هما معا، فيقسم الثلث بينهم بالسوية ودليل إرث الإخوة للأم الثلث ﴿ فَإِنْ كَانُوا أَكْثَرَ مِنْ ذَلِكَ فَهُمْ شُرَكَاءُ فِي الثُّلُثِ ﴾⁽¹⁾.

بينت الآية السوية في الثلث عند اجتماع الذكور والإناث فلا فرق بين ميراث الذكر والأنثى اجتماعا وانفرادا على حد السواء وهو ما دل عليه لفظ الآية (فهم شركاء في الثلث)، لأن لفظ الشركة إذا أطلق فإنه يقتضي المساواة بينهم، وحصرت الآية نصيب الأكثر من الواحدة في الثلث فلا يزيد عليه⁽²⁾. لأن إدلاء أولاد الأم إلى الميت هم بالأم، ففرض الواحد منهم أقل فرض لها وهو السدس وفرض الأكثر منهم مثل فرضها الأعلى وهو الثلث، فلا يفرض لهم أكثر من فرض الأم، كي لا يؤدي إلى تفضيل نصيب المدلي على نصيب المدلي به لذلك لا يفضل الذكور على الإناث في أولاد الأم لأن التفضيل هو اعتبار العصوبة وهو منتفية في قرابة الأم⁽³⁾.

مثال ذلك: مات شخص عن أختين وأم، وأختين شقيقتين. فلأختين الشقيقتين الثلثان، وللأخوات لأم الثلث.

تحجب الأخت للأم مع أنها صاحبة فرض عند جمهور الفقهاء حجب حرمان بالفرع الوارث مطلقا كالأب وابن الابن وإن نزل والبنت وبنات الابن وإن نزلن وبالأصل المذكور (كالأب والجد وإن علا) وذلك لأن الله تعالى شرط ميراثهم بالكلالة⁽⁴⁾.

(1) سورة النساء، الآية 12.

(2) أنظر، أبي حكيم عبد الله ابن إبراهيم الخيري القرظي، التلخيص في علم الفرائض تحقيق ناصر بن فنخير الفريدي، مكتبة العلوم، المدينة المنورة، 1415، ص 165.

(3) السرخسي، المبسوط، المرجع السابق، ص 170.

(4) المراد باصطلاح الكلالة الوارد في هذه الآية فهو فقد الولد والوالد، أي الابن والبنت وابن الابن وإن نزل وبنات الابن وإن نزلت، والأب والجد لأب وإن علا، أبي عبد الله سيدي محمد الخرشبي، المرجع السابق، ص 52. وورد ذكر مصطلح الكلالة أيضا في آخر سورة النساء قوله تعالى "يستفتونك قل الله يفتيكم في الكلالة".

ومن زاوية القانون نصت المادة 149 فقرة 07 من قانون الأسرة الجزائري على أن الأخ للأُم السدس بشرط أن يكون منفردا ذكرا كان أو أنثى، وعدم وجود الأصل والفرع الوارث. أما المادة 148 من نفس القانون فحددت نصيب الإخوة للأُم في الثلث بشرط انفرادهم عن الأب والجد لأب وولد الصلب وولد الابن ذكرا كان أو أنثى. وهو نفس ما ذهب إليه المشرع المغربي في مدونة الأسرة وبالأخص المادة 347 "أصحاب السدس ... الأخ للأُم أو الأخت للأُم، بشرط أن يكون واحدا ذكرا كان أو أنثى، وبشرط انفراده عن الأب والجد والولد، وولد الابن ذكرا كان أو أنثى".

وإرث الثلث الذي يكون في حالة تعدد الإخوة أي وجود اثنين فما فوق ذكورا أو مختلطين، وعدم وجود من يحجبهم وهذا ما نصت عليه المدونة في المادة 346: "أصحاب الثلث ثلاثة ... المتعدد من الإخوة بشرط انفرادهم عن الأب والجد للأب وعن ولد الصلب وولد الابن، ذكرا كان أو أنثى".

وهو ما انتهجه المشرع التونسي في الفصل 100 من مجلة الأحوال الشخصية حيث نص على أن "ميراث الإخوة للأُم لهم أحوال ثلاثة، السدس للواحد، الثلث للثنتين فصاعدا ذكورهم وإناثهم في القسمة سواء. 3 والسقوط عند وجود ابن أو ابن ابن وإن سفل ووجود بنت أو بنت ابن وإن سفلت ووجود أب أو جد".

والملاحظ أن الإخوة للأُم مستثنون من قاعدة للذكر مثل حظ الأنثيين فمتى اجتمعوا ورثوا الثلث بالتساوي والسر في ذلك أن القياس يقتضي أنهم لا يرثون لأنهم من قوم آخرين لأن جهة الأم تنشر، لكن راعي الشارع تلك القرابة فأعطاهم كالمواساة لهم لا كالميراث فلذلك استتوا فيه ولم يجاوز بهم الثلث لأن ذلك شأن المواساة⁽¹⁾.

والكلام عن ميراث الإخوة للأُم يجتم علينا الوقوف عند المسألة المشتركة هي حالة استثنائية من القاعدة العامة في توريث العصبات حين اجتماعهم مع ذوي الفروض،

(1) أبي عبد الله سيدي محمد الخرشي، المرجع السابق، ص 46.

فإن الإخوة للأم والإخوة الأشقاء أو لأب إذا اجتمعوا فلا حجب بينهم ولا إسقاط، إلا في حالة واحدة يجتمع فيها زوج وأم واثان من ولد الأم، وإخوة لأبوين ذكرا فأكثر منفردا أو مع إناث، فهذه هي صورة المسألة المشتركة وسميت بالمشاركة لتشريك الإخوة الأشقاء مع الإخوة للأم.

فقد روى عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه أسقط ولد الأبوين عندما عرضت عليه هذه المسألة، عن الحكم بن مسعود الثقفي، قال: قضى عمر بن الخطاب رضي الله عنه في امرأة توفيت وتركت زوجها وأمها، وإخوتها لأمها وإخوتها لأبيها وأمها، فأشرك عمر بين الإخوة للأم، والإخوة للأب في الثلث" فقال له رجل أنك لم تشرك بينهم عام كذا وكذا، فقال عمر رضي الله عنه: "تلك على ما قضينا يومئذ، وهذه على ما قضينا"⁽¹⁾.

فقد قضى فيها بالمرّة الأولى بالحرمان حرمان الإخوة الأشقاء لاستغراق الفروض التركية، ثم رفعت مسألة أخرى نظيرتها، فأراد القضاء فيها كالأول، فقام عليه الأشقاء، وقالوا هب أن أبانا حمارا أو حجرا ملقي في اليم، أليست أمنا واحدة، فقضى لهم بالتشريك في الثلث مع الإخوة لأم في الفرض لا بالتعصيب.

ولهذا قد اختلف الفقهاء في مسألة توريث الإخوة الأشقاء في المشتركة إلى قولين القول الأول إسقاط الإخوة الأشقاء وعدم مشاركتهم الإخوة للأم الثلث وهو قول أبي بكر وعمر وعلي وابن مسعود وابن عباس رضي الله عنهم، وبه قال أبو حنيفة وأحمد⁽²⁾. وحثهم أن الإخوة الأشقاء عصبه لا فرض لهم مقدر، فإذا استغرق أصحاب الفروض التركية، ولم يبق شيء وجب إسقاط العاصب⁽³⁾، مستدلين بقوله صلى الله عليه وسلم "الحقوا الفرائض بأهلها فما بقي للأولى رجل ذكر".

(1) أخرجه عبد الرزاق الصنعاني في المصنف، كتاب الفرائض، ج10، رقم الحديث 19005، ص 249.

(2) السرخسي، المبسوط، المرجع السابق، ص 145، ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، ص 176.

(3) ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، ص 176.

والقول الثاني إن الإخوة الأشقاء يشاركون الإخوة للأم في الثلث ويأخذون حكمهم في التسوية بين ذكرهم وإناثهم، وهذا قول آخر لعمر وعثمان وزيد بن ثابت رضي الله عنه وبه قال مالك والشافعي⁽¹⁾. وحجتهم أن الإخوة الأشقاء ساووا الإخوة للأم في القرابة التي يرثون بها فوجب أن يساوهم في الميراث، فإنهم جميعا من ولد الأم، ويزيدون عليهم قرابة من جهة الأب.

وأخذت القوانين المغاربية للأسرة في هذه المسألة يقول عمر ومذهب مالك والشافعي، وهو أقوى نظرا وأصح منطقا وأقرب إلى العدالة إلى روح الإسلام. حيث نص عليها قانون الأسرة في المادة 176 التي جاء فيها: "يأخذ الذكر من الإخوة كالأنتى في المشتركة وهي زوج وأم أو جدة وإخوة لأم، وإخوة أشقاء.

فيشتركان في الثلث الإخوة للأم والإخوة الأشقاء الذكور والإناث في ذلك سواء على عدد رؤوسهم لأن جميعهم من أم واحدة".

ونصت عليها مدونة الأسرة المغربية في المادة 365 وهو نفس نص المادة 176 من قانون الأسرة، وهو ما ذهب إليه أيضا المشرع التونسي في الفصل 144 من مجلة الأحوال الشخصية الذي جاء كالآتي: "إذا تركت المرأة زوجها وأما لو جدة وإخوة للأم وشقيقا فأكثر فإن الإخوة للأم والأشقاء يقسمون ما فضل عن فرض الزوج والأم أو الجدة بينهم على السواء، لا فرق في ذلك بين الذكر والأنثى والشقيق والذي للأم، فلو كان مع الأشقاء إخوة لأب سقطوا".

فالملاحظ على الفصل 144 إسقاط الإخوة للأب فهم لا يعتبرون كالإخوة الأشقاء بمعنى آخر أنهم لا يرثون، لأن التسوية بين الإخوة في الميراث هي خاصة بالإخوة للأم والإخوة الأشقاء أي التي تربط أم واحدة.

(1) أحمد بن غنيم بن سالم، المرجع السابق، ص 88.

فبعدها بينا الحالات التي تترث فيها المرأة بالفرض استنتجنا أن النساء ميراثهن أكثر بالفرض، إلا أن هذه الفروض تتأثر بوجود ورثة آخرين، ومن بين الورثة التي تتأثر بهم المرأة في الميراث هم العصبات، فكيف تترث المرأة بالتعصيب؟

المطلب الثاني:

ميراث المرأة بالتعصيب.

المستحقون للتركة بعد أصحاب الفروض هم العصبات⁽¹⁾. والعصبات هم الأقارب الذين يستحقون التركة بعد أصحاب الفروض من غير توسط بينهم وبين الميت أتي، وهم قرابة من جهة الأب ليس لهم فرص مقدر⁽²⁾، فيكونون عصبه ماداموا ذكورا، وقد يكونون سبب في تعصيب غيرهم، كالابن مع البنت فالبنت هي صاحبة فرض، وبسبب وجود أخيها الذي هو من درجتها تصبح عصبه، فينقلها من الفرض إلى التعصيب، أو تكون الأنثى عصبه مع أنثى أخرى كالأخت أو أكثر مع البنت الصلبية الواحدة.

(1) التعصيب في اللغة: مصدر عصب يعصب تعصبيه، والمعصب كالمحدث، وهو مشتق من العصب، بمعنى الشد والمنع والتقوية والإحاطة، ومنها العصابة التي تسد رأس الإنسان وتحيط به، وعصبة الرجل بنوة وقرابته الذكور من جهة أبيه وأقومه الذين يتعصبون له وينصرونه، وسموا بذلك لإحاطتهم به أو لشد بعضهم إزر بعض.

ومنه قوله تعالى: ﴿ قَالُوا لَئِن آكَلَهُ الذَّنْبُ وَنَحْنُ عُصْبَةٌ إِنَّا إِذًا لَخَسِرُونَ ﴾ [سورة يوسف، الآية 14] ﴿ إِن قَرُونَكُمْ كَانَ مِنْ قَوْمِ مُوسَى فَبَغَى عَلَيْهِمْ ۖ وَأَاتَيْنَاهُ مِنْ الْكُنُوزِ مَا إِنَّ مَفَاتِحَهُ لَتَنُوءُ بِالْعُصْبَةِ أُولَى الْقُوَّةِ ﴾ ، [سورة القصص، الآية 76] وكذلك قوله عز وجل: ﴿ إِنَّ الَّذِينَ جَاءُوا بِالْإِفْكِ عُصْبَةٌ مِنْكُمْ لَا تحْسَبُوهُ شَرًّا لَكُمْ بَلْ هُوَ خَيْرٌ لَكُمْ ﴾ [سورة النور، الآية 11].

والتعصيب في الاصطلاح: الإرث بلا تقدير، والعصبة كل ذكر لا يدل إلى الميت بأنثى، ولا يدخل فيه أحد من جهة الأم لأن التعصيب من النصر والمعونة وهو خاص بالذكر لقول النبي صلى الله عليه وسلم: "ألحقوا الفرائض بأهلها فما بقي فهو لأولى رجل ذكر".

والعاصب هو من يجوز المال أو ما أبقته الفرائض إن وجدت، حيث يأخذ الوارث العاصب جميع المال عند الانفراد وإذا كان معه صاحب فرض أخذ ما بقي بعض، أنظر ابن عبد الله الخرشبي، المرجع السابق، ص 71 - 72.

(2) السرخسي، المبسوط، المرجع السابق، ص 143.

أما الوارثات من النساء بالتعصيب فمن البنات، وبنات الابن، والأخوات لأبوين والأخوات لأب فمنهن من يرث مع الذكور فتصبح عصبه به، ومنهن من ترث مع أنثى فتصبح عصبه معها.

فالعصبه النسبية ينقسمون إلى ثلاثة أقسام وهي عصبه بالنفس، عصبه بالغير، عصبه مع الغير.

وسنقتصر في دراستنا على العصبه بالغير ومع الغير، دون التطرق إلى العصبه بالنفس⁽¹⁾. لأنها تختص بميراث الذكور.

الفرع الأول:

العصبه بالغير.

الأنثى ليست عصبه في حقيقتها، لأنه لا يحصل التناصر بها وإنما تعتبر عصبه في حالتين من الميراث، وهي حتى في هاتين الحالتين هي عصبه حكمية لا حقيقية وذلك لاعتبار الشارع لها⁽²⁾.

العصبه بالغير هي الأنثى التي تصير عصبه بمن هو بدرجتها من ذكر وهو عصبه بنفسه، فتصير عصبه به⁽³⁾.

وهن أربع نساء يصرن عصبه بأخواتهن، فالبنات بالابن، وبنات الابن بابن الابن، والأخوات لأب وأم بأخيهن، والأخوات لأب بأخيهن.

فالعصبه بالغير هي كل أنثى فرضها النصف إذا كان أو أكثر بشرط أن يكون بجهتها نفسها وفي قوة قرابتها، وبالدرجة نفسها أو دونها إذا احتاجت إليه. يخرج بالقول نفسه الزوجة والأم والأخت وأم والجدة لأنهن لا يرثن النصف والثلاثان.

(1) العصبه بالنفس: هو كل ذكر يدلي إلى المتوفي دون أن يتوسط بينه وبين المتوفي أنثى، كالابن، وابن الابن، والأب والجد، وابن العم والعصبه بالنفس مقسمة إلى أربع جهات مقدمة بعضها على بعض، وهي بنوة، أبوه وأخوة وعمومة، وتوريثهم يكون بحسب الجهة، فإن أتحدوا في الجهة كالمفاضلة في الدرجة، فإن أتحدوا في الجهة والدرجة فالمفاضلة بقوة القرابة، محمد مراي، المرجع السابق، ص 57 - 58.

(2) أنظر، محمد سمارة، المرجع السابق، ص 209.

(3) أنظر، موفق الدين الرحي، المرجع السابق، ص 73.

أحكام العصبة بالغير أن يشرك العاصب والمعصوب جميعا في أخذ جميع التركة إن لم يكن معهم صاحب فرض أصلا، أو كان معهم صاحب فرض محجوب بهما ويشترك العاصب والمعصوب جميعا في أخذ جميع الباقي من التركة بعد أصحاب الفروض غير المحجوبين، ويشتركان فيها للذكر مثل حظ الأنثيين". ولا تتحقق العصبة بالغير إلا بشروط نلخصها فيما يلي:

- أن تكون الأنثى صاحبة فرض، فإذا لم تكن صاحبة فرض لا تصير عسبة بالغير، فمثلا بنت الأخ الشقيق لا تصير عسبة مع ابن الأخ الشقيق، لأنها ليست صاحبة فرض كذلك العممة لا تعد عسبة بالغير مع العم.

- أن تكون الأنثى والذكر الذي يعصبها من جهة وقوة قرابة واحدة، فالأخت الشقيقة لا يعصبها الأخ لأب لأنهما وإن استويا في الجهة (الإخوة) إلا أنهما مختلفان في قوة القرابة، فالأخت الشقيقة أقوى قرابة من الأخ لأب، فالأخت الشقيقة يعصبها الأخ الشقيق، والأخت لأب يعصبها الأخ لأب، لأنهما بقوة قرابة واحدة بالجهة نفسها.

- أن تكون الأنثى ومن يعصبها في درجة واحدة أو بدرجة أقل منها إذا احتاجت إليه فالبنات الصلبية مثلا يعصبها الابن الصليبي، فتكون معه عسبة بالغير. أما إذا وجد مع البنت الصلبية ابن ابن فإنه يعصبها، لأنه في درجة أقل منها بل تبقى صاحبة فرض، ويرث ابن الابن الباقي بعد أصحاب الفروض، أما إذا وجدت بنت ابن مع ابن ابن فيعصبها سواء كان أخ لها أو ابن عم سواء احتاجت إليه أو لم تحتاج إليه، لاتحادهما في القوة والدرجة.

- أن يكون المعصب للأنثى الأصل فيه أنه عاصب بنفسه، لأنه لو كان صاحب فرض لا يكون معصبا لغيره، فمثلا الأخ للأم لا يعصب الأخت للأم لأنه وإن توافرت كل طرق المساواة، إذ يساويها في الجهة والدرجة والقوة، إلا أنه ليس عاصبا بنفسه إنما هو صاحب فرض⁽¹⁾.

(1) نصر سلمان وسعاد سطحي، المرجع السابق، ص 163 - 164؛ بلحاج العربي أحكام التركات والموارث، المرجع السابق، ص 229 - 230؛ قيس عبد الوهاب الحيايلى، المرجع السابق، ص 61 - 62.

ترث البنت الصلبية الواحدة فأكثر مع الابن من درجتها واحد كان أو أكثر بالتعصيب⁽¹⁾. وتسمى عسوبة البنت بأخيها عسبة بالغير، فإذا اجتمعت البنت بأخيها فلا يكون لها ميراث مقدر، وإنما تقسم التركة كلها أو الباقي منها بعد أخذ أصحاب الفروض فروضهم بينها وبين من يعصبها من أبناء المتوفي، فيكون للذكر مثل حظ الأنثيين ودليل ذلك قوله تعالى: "يوصيكم الله في أولادكم للذكر مثل حظ الأنثيين"⁽²⁾.

ففي الآية الكريمة دلالة واضحة على أن للبنت سهم واحد وللابن سهمان وبهذا انتقل نصيبها من الفرض إلى التعصيب، فيتضح أن العسوبة قد تؤثر بالنقصان فلولا عسوبتها مع أخيها التي استحققت بها الثلث لأخذت فرض النصف. مثال ذلك: مات شخص عن ابن وبنت وأم.

ففي هذه الحالة تأخذ الأم فرض السدس، وباقي التركة تشترك فيه الابن والبنت تعصيباً للذكر مثل حظ الأنثيين.

وميراث بنت الابن بدوره ينتقل من الفرض إلى التعصيب ولها حالتان:

الحالة الأولى: التعصيب بابن الابن الذي من درجتها فيرثان جميع التركة أو الباقي بعد أصحاب الفروض للذكر ضعف الأنثى لقوله تعالى: "يوصيكم الله في أولادكم للذكر مثل حظ الأنثيين".

الحالة الثانية: ترث بنت الابن مع ابن ابن الإبن الأدنى درجة منها، أحاجاتها إليه عند استغراق البنات الصليات فرض الثلثين، أي يعصبها ابن ابن الإبن إذا كانت محرومة.

والتعصيب يؤثر في ميراث بنت الابن على النحو الآتي:

1- قد تؤثر العسوبة في أصل الاستحقاق (كبنت ابن، ابن ابن الإبن مع بنتين) فلو لا عضوبتها به لسقطت بنت الابن، ففي هذه الحالة يسمى المعصب بالقريب المبارك، فالعاصب لبنات الابن قد يكون من درجتهن، أو أنزل منها إذا احتاجت إليه، أما إذا لم

(1) السرخسي، المبسوط، المرجع السابق، ص 14؛ ابن حزم المحلى بالأثر، المرجع السابق، ص 266.

(2) سورة النساء، الآية 11.

تحتاج إليه بأن بقي لها شيء من نصيب البنات فإنه لا يعصبها فتأخذ فرضها، ويقتى هو عصة بنفسه فيأخذ الباقي بعد أصحاب الفروض⁽¹⁾.

2- قد تؤثر العصوبة في الحرمان (كبت ابن، ابن ابن، مع بنت وزوج وأبوين فلو عصبوتها لكان لها فرض السدس عائلا وفي هذه الحالة يسمى المعصب بالقريب المشؤوم لأنه حرماها من الميراث.

3- قد لا تؤثر العصوبة شيئا (كبت بنت ابن، ابن ابن) فللبنت النصف وبنت الابن وابن الإبن الباقي تعصبا للذكر ضعف الأنثى⁽²⁾.

والأخت الشقيقة تكون عصة بالأخ الشقيق فأكثر وللذكر مثل حظ الأنثيين لقوله تعالى: ﴿وَإِنْ كَانُوا إِخْوَةً رِجَالًا وَنِسَاءً فَلِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثِيَيْنِ ۗ﴾⁽³⁾. فالتركة كلها لهم أو ما بقي منها بعد إعطاء أصحاب الفروض ونفس الشيء بالنسبة للأخت لأب فأكثر فتكون عصة بالغير أي تكون عصة مع الأخ للأب فأكثر وترث معه باقي التركة بعد أصحاب الفروض تعصبا للذكر مثل حظ الأنثيين لقوله تعالى: "وإن كانوا إخوة رجالا ونساء فللذكر مثل حظ الأنثيين، وإن الأخت للأب لا يعصبها إلا من في درجتها أي مماثل لها في النسب وهو الأخ للأب إجماعا، ولا يعصبها الأخ الشقيق بل يحجبها⁽⁴⁾. وذلك بخلاف بنت الابن يعصبها من هو أسفل منها.

وبالرجوع إلى قوانين الأسرة المغاربية نجد أن درجة العصبات تلي ذوي الفروض في المرتبة"⁽⁵⁾، ولقد عرف المشرع الجزائري العاصب في نص المادة 150 من قانون الأسرة

(1) شمس الدين محمد عرفه الدسوقي، المرجع السابق، ص 460.

(2) الدردير، حاشية الدسوقي، المرجع السابق، ص 460.

(3) سورة النساء، الآية 176.

(4) الخرشبي، المرجع السابق، ص 72.

(5) ترتيب العصبات بعد أصحاب الفروض هو ترتيب تقييم لا ترتيب استحقاق لأن العصة في بعض الحالات قد يحجبون بعض أصحاب الفروض حجب حرمان أو حجب نقصان، فالميراث بالتعصيب مجهول بداية لكنه معلوم نهاية وخاصة بعد أصحاب الفروض، بلحاج العربي، أحكام التركات والمواريث، مرجع سابق، ص 222.

التي جاء فيها: "العاصب هو من يستحق التركة كلها عند انفراده، أو ما بقي منها بعد أخذ أصحاب الفروض حقوقهم وإن استغرقت الفروض التركة فلا شيء له". وهو ما ذهبت إليه المحكمة العليا حينما قضت "بأنه من المقرر شرعا وقانونا أن العاصب هو من يستحق التركة كلها عند انفراده"⁽¹⁾.

وطبقا لنص المادة 155 من قانون الأسرة العاصب بغيره هو كل أنثى عصبها ذكر

وهي:

- 1- البنت مع أخيها.
- 2- بنت الابن مع أخيها، أو ابن عمها المساوي لها في الدرجة أو ابن عمها الأسفل درجة بشرط أن لا ترث بالفرض.
- 3- الأخت الشقيقة مع أخيها الشقيق.
- 4- الأخت للأب مع أخيها لأب.

وفي كل هذه الأحوال يكون الإرث للذكر مثل حظ الأنثيين "

والعصبات بالغير حسب ما ورد في المادة 351Q من مدونة الأسرة هي كالاتي:

- 1- البنت مع الابن.
- 2- بنت الابن وإن نزلت مع ابن الابن وإن نزل، إذا كان في درجتها مطلقا أو كان أنزل منها إذا لم ترث بغير ذلك.
- 3- الأخوات لأبوين مع الإخوة لأبوين والأخوات لأب مع الإخوة للأب والإرث بينهم في هذه الأحوال للذكر مثل حظ الأنثيين.

أما مجلة الأحوال الشخصية التونسية عرفت العاصب بالغير في الفصل 119 الذي

جاء فيه أن العاصب بغير كل أنثى عصبها ذكر وهن أربعة:

- 1- البنت بنت الابن.
- 3- الأخت الشقيقة والأخت للأب.

(1) المحكمة العليا، غ.أ.ش، 1991/05/21، ملف رقم 74123، المجلة القضائية، 1993، عدد 04، ص 83.

فالبنات يعصبنها أخوها وترث معه كل المال أو البقية للذكر مثل حظ الأنثيين، وبنات الابن يعصبنها أخوها وابن عمها المساوي لها في الدرجة من غير شرط ويعصبنها ابن الابن الأسفل عنها بشرط أن لا يكون لها في الدرجة من غير شرط ويعصبنها ابن الابن الأسفل عنها بشرط أن لا يكون لها دخل في الثلثين، والأخت الشقيقة أو لأب يعصبنها أخوها وجدها الذي يكون معها كأخ لها".

ويدقق الفصل 120 من نفس المجلة على أن "من لا فرض لها من الإناث وأخوها عاصب لا تصير عاصبة بأخيها كالعم مع العمة وابن العم مع بنت العم وابن الأخ مع بنت الأخ فالمال للعاصب وليس لأخته منه شيء".

الفرع الثاني:

العصبة مع الغير.

العاصب مع غيره هو كل أنثى تصير عاصبة باجتماعها مع أخرى، فهذا نوع خاص أيضا بالإناث على أن المقصود هنا الأخوات الشقيقات والأخوات لأب عند اجتماعهن مع البنت واحدة أو أكثر، أو بنت الابن وإن نزلت واحدة أو أكثر فيأخذن الباقي من التركة بعد أخذ ذوي الفروض فروضهم.

جاء عن ابن مسعود رضي الله عنه في بنت وبنات ابن وأخت أن النبي صلى الله عليه وسلم قض لإبنة النصف ولأبنة الابن السدس تكملة للثلثين، وما بقي فلأخت" وفيه دلالة على أن الأخت مع البنت عصبة تعطي بقية الميراث⁽¹⁾.

والعصبة مع الغير ليس لها ميراث مقدر، فهي لا تشترك في الميراث مع من صارت عصبة معها، كما الحال في العصبة بالغير، فيرث أصحاب الفروض فروضهم والباقي ترثه العصبة مع الغير، فإذا استغرقت الفروض التركة فلا شيء للعصبة مع الغير في هذه الحالة⁽²⁾.

(1) أنظر، محمد اليميني الصنعاني، سبل شرح بلوغ المرام من جمع أدلة الأحكام، ط07، تحقيق إبراهيم عصر، دار الحديث، مصر، 1992، ص 955.

(2) قيس عبد الوهاب الحيايلى، المرجع السابق، ص 63.

وتصير الأخت الشقيقة بمثابة ومترلة الأخ الشقيق، والأخت للأب، مترلة الأخ للأب فتحجب كل منهما من يحجبه أخوها، إذ الأخت الشقيقة تحجب من يحجبه الأخ الشقيق، وعليه تحجب الأخ للأب والأخت للأب وابن الأخ الشقيق وابن الأخ للأب. هذا مع ملاحظة أن الوارثة بهذه الصفة أي بالتعصيب مع الغير لا يمكن بأي حال من الأحوال أن يزيد نصيبها على النصف، لأنه لا يتصور ميراثها بهذه الصفة إلا مع وجود الحد الأدنى من الفرع الوارث المؤنث المباشر أو غير المباشر والتي تحوز الميراث بهذه الصفة⁽¹⁾.

الفرق بين العصبة بالغير والعصبة مع الغير، أن العصبة بالغير يكون عصبة بنفسه، فتتعدى العصوبة إلى الأنثى أما العصبة مع الغير لا تكون عصبة أصلاً، فالعصوبة تتحقق بينهما بدون مشاركة، بل تكون عصوبة تلك العصبة اجتمعت مع ذلك الغير ولم تشاركه، وإن وجه الاختصاص معها فإنها للقران والقرابة ويتحقق بين شخصين بغير المشاركة في الحكم فتكون هي عصبة دون ذلك الغير، فهنا أنها قد تستعار للشروط فهي شرط العصوبة⁽²⁾.

وبالرجوع إلى قانون الأسرة الجزائري وبالضبط المادة 156 نجد أنها تحصر العصبة مع الغير في اثنين فقط وهما الأخت الشقيقة أو لأب عند وجود واحدة فأكثر من بنات الصلب، أو بنات الابن بشرط عدم وجود الأخ المساوي لها في الدرجة أو الجد. وأكدت المادة 157 من نفس القانون على أنه لا تكون الأخت للأب عاصبة إلا عند عدم وجود أخت شقيقة.

وهو ما نصت عليه المادة 352 من مدونة الأسرة "العصبة مع الغير الأخوات لأبوين أو لأب مع البنت أو بنت الابن وإن نزل ويكون لها الباقي من التركة بعض الفروض.

(1) أنظر، عبد المجيد عبد الحميد الديباني، أحكام الموارث والتركات والوصية في الشريعة الإسلامية، ط01، دار الكتب الوطنية، بنغازي، 1990، ص 123.

(2) ابن عابدين، حاشية رد المختار على الدار المختار، المرجع السابق، ص 776.

تعتبر في هذه الحالة الأخوات لأبوين كالأخوة لأبوين وتعتبر الأخوات لأب كالأخوة لأب ويأخذن أحكامهن بالنسبة لباقي العصابات في التقديم بالجهة والدرجة والقوة".

وهو ما سلكه المشرع التونسي في الفصل 112 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية الذي ينص على أن "العاصب مع الغير كل أنثى تصير عاصبة باجتماعها مع أخرى وهما اثنان.

1- الشقيقة فأكثر مع بنت أو بنات أو بنت ابن أو بنات ابن.

2- الأخت للأب مع البنت أو بنات أو بنت الابن أو بنات الابن".

المطلب الثالث:

ميراث المرأة بالرحم.

لم يرد في القرآن الكريم ولا في السنة النبوية المطهرة تفصيل لميراث ذوي الأرحام. والرحم في اللغة، موضع تكوين الجنين، ووعائه في البطن والقراية أو أسبابها والجمع أرحام⁽¹⁾.

الرحم في الشرع: كل قريب⁽²⁾.

ذوي الأرحام في اللغة هم الأقارب مطلقا سواء كانوا أصحاب فروض أو العصابات أو غيرهم من الأقارب⁽³⁾.

ذوي الأرحام في اصطلاح الفرضيين: هم الأقارب الذين لا فرض لهم ولهم عصابة كبنات الإخوة وبنات الأعمام⁽⁴⁾.

(1) أنظر، ابراهيم مصطفى، أحمد الريات، حامد عبد القادر، محمد البخار، المعجم الوسيط دار الدعوة، استنبول، تحقيق مجمع اللغة العربية، القاهرة، 1989، ص 335.

(2) أنظر، محمد بن محمد بن عبد الرزاق الحسيني الملقب بمرتض الزبيدي، تاج العروس من جواهر القاموس، تحقيق المحققين، دار الهداية، الرياض، دون سنة، ص 433.

(3) أنظر، ابن قدامة، المرجع السابق، ص 83، ابن رشد، المرجع السابق، ص 339.

(4) أنظر، محمد أبو زهرة، أحكام التركات والموارث، المرجع السابق، ص 169.

فالمقصود بذويي الأرحام في أصل الوضع الشرعي واللغوي هم الأقارب مطلقاً، أي كل من انتسب إلى الميت بقربة سواء كانت القربة من قبل الأب أو الأم أو كانوا أصحاب فروض أو عصاب أو غيرهم من الأقارب⁽¹⁾. وبهذا المعنى جاء قوله تعالى: ﴿وَأُولُوا الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ فِي كِتَابِ اللَّهِ﴾⁽²⁾.

وذكر أهل العلم أن الوارث لا يخرج من أن يكون ذا رحم وثمة ثلاثة أنواع، قريب وهو ذو سهم، قريب هو عصبه، قريب ليس بذئ سهم ولا عصبه. وغالبا ما يكونون من الإناث أو الذكور الذين تتوسط بينهم وبين الميت أنثى هذا كله في الغالب لأنه قد يكون من ذوي الأرحام من لا تتوسط بينهم وبين الميت أنثى كالعمة، فإنه يتوسط بينها وبين الميت ذكر وهو الأب، ورغم ذلك فهي من ذوي الأرحام⁽³⁾.

الفرع الأول:

حكم توريث ذوي الأرحام.

اختلف الصحابة والتابعين والفقهاء من بعدهم في توريث ذوي الأرحام اختلافاً كبيراً⁽⁴⁾. إلى قولين:

فذهب أصحاب القول الأول إلى توريثهم⁽⁵⁾: قالوا يرثون إذا لم يكن للميت ذو فرض ولا عصبه ولا أحد من الورثة إلا الزوج أو الزوجة، فيأخذون التركة أو ما تبقى منها بعد أخذ الزوجين فروضهم.

(1) أنظر، عبد الحميد عبد الحميد الديباني، أحكام الموارث والتركات والوصية في الشريعة الإسلامية، الجامعة المفتوحة، طرابلس، 1995، ص 157.

(2) سورة الأحزاب، الآية 06.

(3) نصر السلطان وسعاد سطحي، المرجع السابق، ص 185.

(4) أنظر، السرخسي، المبسوط، ص 30، ابن قدامة، المرجع السابق، ص 205.

(5) من الصحابة الذين قالوا بتوريثهم على ابن أبي طالب، وابن مسعود، وابن عباس وأبو درداء، وأبو عبيدة بن الجراح رضي الله عنهم، من التابعين عمر بن عبد العزيز، شريح، الحسن البصري، ومن الفقهاء أبو حنيفة وأحمد بن حنبل، أبو يوسف، ومن قال بتوريثهم متأخروا، المالكية والشافعية رحمهم الله، السرخسي، المبسوط، ص 30، وابن قدامة، المغني، ص 206.

واستدلوا بقوله تعالى: ﴿ وَأُولُوا الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ فِي كِتَابِ اللَّهِ ﴾ (1).

تدل الآية الكريمة على أن أولو الأرحام بعضهم أحق من بعض فيما كتب الله وحكم به، فالحكم بالميراث في هذه الآية عام شمل كل الأقارب (2)، بعد أن بينت آيات المواريث أنصبة أصحاب الفروض والعصبات، فالباقون من ذوي الأرحام أولى بالميراث بعدهم، وكذلك استدلوا بقوله تعالى: ﴿ لِلرِّجَالِ نَصِيبٌ مِّمَّا تَرَكَ الْوَالِدَانِ وَالْأَقْرَبُونَ وَلِلنِّسَاءِ نَصِيبٌ مِّمَّا تَرَكَ الْوَالِدَانِ وَالْأَقْرَبُونَ مِمَّا قَلَّ مِنْهُ أَوْ كَثُرَ ۚ نَصِيبًا مَّفْرُوضًا ﴾ (3).

ووجه الاستدلال أن لفظ الرجال والنساء والأقربين يشمل ذوي الأرحام (4). واستدلوا بقول رسول الله صلى الله عليه وسلم: "من ترك مالا فلورثته ومن ترك كلاً فإلينا".

دل نص الحديث على أن توريث ذوي الأرحام أولى من بينت المال تربطه بالميت رابطة الأخوة في الدين، فهو لسائر المسلمين، فذو الرحم أحق من الأجانب (5). وكذلك استدلوا بقول أبي أمامة بن سهل بن حنيف قال: كتب مع عمر بن الخطاب إلى أبي عبيدة: أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: "الله ورسوله مولى من لا مولى له والخال وارث من لا وارث له" (6).

(1) سورة الأحزاب، الآية 6.

(2) قيس عبد الوهاب الحيايلى، المرجع السابق، ص 65.

(3) سورة النساء، الآية 07.

(4) ابن رشد، المرجع السابق، ص 749.

(5) ابن قدامة، المرجع السابق، ص 185.

(6) أخرجه الترميذي في سنة كتاب الفرائض، باب ما جاء في ميراث الخال، المرجع السابق، ص 493، الحديث رقم 2103، والنسائي في السنن، كتاب الفرائض، باب ذكر اختلاف ألفاظ الناقلين لخبر عائشة، ص 115، رقم الحديث 6318، مؤسسة الرسالة، بيروت، 2001، ص 115.

فنص الحديث على توريث الخال عند عدم وجود من يرث من أصحاب الفروض والعصبات فهو من ذوي الأرحام، فيلحق به غيره منهم⁽¹⁾.
بينما ذهب أصحاب القول الثاني إلى عدم توريثهم⁽²⁾. فقالوا إن لم يكن وارث تؤول التركة إلى بيت المال، واستدلوا بآيات الموارث، فقالوا إن الله تعالى قد نص فيها على بيان توريث أصحاب الفروض والعصبات ولم يذكر ذوي الأرحام، ولم يرد نص قاطع من كتاب الله أو سنة بتوريثهم، وبهذا فإن بيت المال أحق بالإرث، إذا لم يكن للميت أصحاب فروض أو عصاب أو من يرد عليه منهم.
والراجع هو ما ذهب إليه أصحاب القول الأول، القائلين بتوريثهم وأن توريثهم مقدم على بيت المال بسبب القرابة، وذلك بعموم قوله تعالى: "وأولوا الأرحام بعضهم أولى ببعض في كتاب الله" فالآية عامة في استحقاق الأقارب فإذا انعدم الوصف الخاص بكونهم أصحاب فروض أو عصابات، فهم ينطبق عليهم الوصف العام، ولا منافاة بين الاستحقاق بالوصف العام والوصف الخاص.
وذوي الأرحام بدورهم ينقسمون إلى أصناف بعضها مقدم على البعض الآخر في الميراث.

الفرع الثاني:

أصناف ذوي الأرحام ومراتبهم وطريقة توريثهم.

ذوي الأرحام هم الأقارب الذين ليسوا من أصحاب الفروض، ولا العصبات، فكل قريب له صلة قرابة بالميت ولا يرث بطريق الفرض أو التعصيب فهو من ذوي الأرحام.

وذوي الأرحام أصناف بحسب جهة قرابتهم للميت، كما اختلف الفقهاء في توريثهم.

(1) ابن حزم، المحلى بالأثر، المرجع السابق، ص 348.

(2) ابن حزم، المحلى بالأثر، المرجع السابق، ص 348.

أولاً: أصناف ذوي الأرحام ومراتبهم.

ذوي الأرحام أربعة أصناف بعضها مقدم على بعض، ويكون ترتيبهم كترتيب العصبات وعلى النحو الآتي⁽¹⁾:

الصنف الأول: من ينتمي إلى الميت، وهم الفروع كأولاد البنات وأولاد بنات البنين وإن نزلوا.

الصنف الثاني: من ينتمي الميت إليهم، وهم الأصول، كالجد غير الصحيح والجدات غير صحيحات وإن علون.

الصنف الثالث: من ينتمي إلى أبوي الميت، وهم فروع أبويه كأولاد الأخوات وبنات الإخوة وأولاد الإخوة للأم ومن يدلي بهم وإن نزلوا.

الصنف الرابع: من ينتمي إلى أجداد الميت: وهم فروع الأجداد كالعمومة والخؤولة، وأولادهم وإن نزلوا، ومن أي جهات كانوا وتأتي مرتبة ذوي الأرحام، بعد الرد على أصحاب الفروض.

فتصنيف ذوي الأرحام على هذا النحو يترتب عليه استحقاق الميراث فإن وجد الصنف الأول، فإن الأصناف الأخرى لا تستحق الميراث رغم وجودهم وهكذا الأصناف الأخرى، فوجود أي صنف يحجب الصنف الأخر الذي يليه⁽²⁾.

إلا أن الأشكال الأخرى والذي اختلف فيه الفقهاء أيضا هو كيفية توريث ذوي الأرحام.

ثانياً: طريقة توريث ذوي الأرحام.

اختلف العلماء في كيفية توريث ذوي الأرحام إلى ثلاثة مذاهب وعلى النحو الآتي:

(1) السرخسي، المبسوط، ص 6؛ ابن البركات عبد الله بن أحمد بن محمود، المرجع السابق، ص 397.

(2) موفق الدين الرحي، المرجع السابق، ص 177.

المذهب الأول: أهل الرحم ويسمى مذهب التسوية وهي أن يسوي بين ذوي الأرحام في اقتسام التركة، لا فرق بين القريب والبعيد والذكر والأنثى في العطاء. وفي هذا قال السرخسي رحمه الله: (يسمون أهل الرحم، لأنهم سووا بين الأقرب والأبعد في الاستحقاق، وثبتوا الاستحقاق بأصل الرحم)⁽¹⁾. وهذه طريقة مخالفة لمبادئ الشريعة في الميراث، ولم يقل بها إلا عدد قليل قيل الاثنان فقط مثال ذلك: مات شخص عن ابن بنت وبنت أخ، وبنت عم، يقسم المال بينهم أثلاثا.

المذهب الثاني: أهل التزويل وهي أن يجعل كل شخص بمرتبة من يدي به من الورثة⁽²⁾، فيرثون بتزويلهم مرتبة أصولهم ممن كانوا أصحاب فروض أو عصابات فيخصص لهم نصيبه من التركة، كما لو كانوا هم الورثة أحياء. ثم يعطي نصيب كل واحد منهم إلى فروعه من ذوي الأرحام للذكر ضعف حظ الأنثى.

- فيجعل ولد البنات وولد الأخوات بمرتبة أمهاتهن.
- ويجعل بنات الإخوة وبنات الأعمام وولد الإخوة من الأم بمرتبة آبائهم.
- يجعل الأخوال والخالات وأب الأم بمرتبة الأم.
- يجعل الأعمام من الأم والعمات بمرتبة أخيهما وهو الأب.
واستثنوا من هذه القاعدة الأخوال، والخالات، فإنهم يتزولون بمرتبة الأم، وكذلك الأعمام لأم والعمات، يتزولون مرتبة الأب.

مثال ذلك فمن مات عن خاله وعمه، كان للخالة الثلث بمرتبة الأم وللعمة الثلثان بمرتبة الأب الذي يأخذ الباقي، واستدلوا بذلك إلى أن الخليفة عمر بن الخطاب رضي الله عنه (أعطى العمة الثلثين والخالة الثلث)⁽³⁾. أي أعطى العمة ما كان يستحقه الأب،

(1) أنظر، السرخسي، المبسوط، المرجع السابق، ص 30.

(2) أنظر، ابن قدامة، المرجع السابق، ص 206.

(3) أخرجه سعيد بن منصور في السنن، كتاب الفرائض، باب العمة والخالة، الدار السلفية، الهند، 1982، ص 88. رقم الحديث 153، والدرامي عن السنن كتاب الفرائض باب في ميراث ذوي الأرحام، ج 04، رقم الحديث 3022، دار المغني، السعودية، 2000، ص 1947.

وأعطى الخالة ما كانت تستحقه الأم هذا ما ذهب إليه المالكية والشافعية والحنابلة⁽¹⁾، وحثهم أن استحقاق الإرث لا يمكن إثباته بالرأي، وليس هناك نص أو إجماع في بيان نصيبهم من التركة، فلا سبيل إلى إقامة المدلى مقام المدلى به، فيعطي نصيبه ويؤيد هذا الرأي ما روي عن ابن مسعود رضي الله عنه أنه قضى في بنت بنت وبنت أخت، قال أن المال بينهما نصفان، لأن البنت والأخت لو كانتا على قيد الحياة، تقاسمتا المال كذلك، لذلك أعطيت بنت كل منهما نصيب أمها⁽²⁾.

المذهب الثالث أهل القرابة: سمو الوارثين من ذوي الأرحام بطريقة أهل القرابة، وذلك لأنهم يقدمون في الميراث الأقرب فالأقرب إلى الميت قياساً على العصبات⁽³⁾. ويكون التوريث:

أ- بتقديم الجهة.

ب- وقرب الدرجة.

ت- وقوة القرابة كما في العصبات على أن للذكر مثل حظ الأنثيين.

وحتتهم أن ذوي الأرحام عصبات بالنسبة إلى الميت، فإن كانوا ذكورا منهم، فهم عصبات حقيقيون، وإن توسط بينهم وبين الميت أنثى فهم عصبات حكما، قدمت البنوة على الأبوة، ثم قدمت هي على الأخوة، هكذا ترتيب العصبات حكما⁽⁴⁾. ما يستنتج أن ذوي الأرحام أربعة أصناف مقدم بعضها على بعض.

ويرث ذوي الأرحام التركة أو الباقي منها بعد فرض أحد الزوجين إن وجد ويرث ذوي الأرحام بواقع للذكر ضعف نصيب الأنثى، إن تشاؤوا في الدرجة والأداء وقوة القرابة.

وإن الضوابط العامة لميراث ذوي الأرحام تتمثل فيما يلي:

(1) الشيخ شمس محمد الخطيب الشربيني، المرجع السابق، ص 11.

(2) الشيخ شمس محمد الخطيب الشربيني، المرجع السابق، ص 11.

(3) ابن عابدين، المرجع السابق، ص 792.

(4) السرخسي، المرجع السابق، ص 05.

1- أولاهم بالميراث أقربهم إلى الميت درجة.
 2- فإن استواو في الدرجة قدم من يدلي يوارث على من يدلي بذوي رحم أصله لأب، ومن كان أصله لأب فهو أولى ممن كان أصله لأم.
 فإن اختلفوا في الحيز⁽¹⁾. فالثلثان لقرابة الأب والثلث لقرابة الأم.
 والراجح في طريقة توريث ذوي الأرحام هي طريقة أهل القرابة لأنها الأقوى بالتوريث لتقديم الأقرب فالأقرب.
 فقال النووي رحمه الله "مذهب أهل التترييل أقيس ومذهب أهل القرابة أقوى لذلك كانت الفتوى عند فقهاء الحنفية رحمهم الله على مذهب أهل القرابة"⁽²⁾.
 مثال تطبيقي لتوريث ذوي الأرحام بالطرائق الثلاث:
 مات شخص وترك بنت بنت، وبنت بنت ابن، وابن بنت بنت، فيكون حل المسألة كالآتي:

أ) على طريقة أهل الرحم:

تقسم التركة بينهم ثلاثاً، سهم لبنت البنت، وسهم لبنت بنت ابن، وسهم لابن بنت البنت أي تقسم بالسوية لاشتراكهم في علة الإرث وهي الرحم وتساويهم فيها.
 ب) أمّا على طريقة أهل التترييل:

فيتزل كل واحد من ذوي الأرحام منزلة أهله فتكون بنت البنت بمنزلة البنت، وبنت بنت ابن بمنزلة بنت الابن، وابن بنت البنت بمنزلة بنت البنت، وعليه يكون لبنت البنت نصيب أمّها وهو النصف لانفرادها وعدم وجود المعصب المساوي لها في الدرجة، ولبنت بنت ابن نصيب أمّها وهي بنت الابن وهو السدس تكملة الثلثين هذا من جهة، ولكونها أدلت للميت بوارث، ولا شيء لابن بنت البنت لأنّه بمنزلة أمّه وهي بنت البنت، وهي غير وارثة، فيتزل منزلتها في عدم الإرث.

(1) الحيز: من حزت الشيء إذا جمعته، وانحاز الشيء، ضم بعضه على بعض أو أكب عليه، ويقال أنا في حيزه وكنفهن وحوزة الرجل، ما في حيزه وهو مجاز، فهو جهة القرابة.

(2) أنظر، السرخسي، المرجع السابق، ص 05، ابن عابدين، المرجع السابق، ص 792.

(ج) أمّا على طريقة أهل القرابة:

فتكون التركة كلها خالصة لبنت البنت، ولا شيء لبنت بنت الابن، وكذلك لا شيء لابن بنت البنت، وذلك لأنّ بنت البنت أقرب منهما درجة، إذ هي مدلية للميت بواسطة واحدة وهما مدليان له بأكثر من واسطة، فقدمت في أخذ جميع التركة عليهما⁽¹⁾.

ولقد نصّ المشرع الجزائري في المادة 180 من قانون الأسرة⁽²⁾. على أنه إذا لم يوجد ذو فروض أو عصابة آلت التركة إلى ذوي الأرحام. ما يفهم منه أن المشرع أخذ بالمذهب القائل بتوريث ذوي الأرحام وأكد المشرع الإرث بحق الرحم في المادتين 157 فقرة ثانية والمادة 168 من قانون الأسرة حيث نصت المادة 167: على أنه: "يرد باقي التركة إلى أحد الزوجين إذا لم يوجد عصابة من النسب أو أحد أصحاب الفروض النسبية، أو أحد ذوي الأرحام". أما المادة 168 تنص على أنه: يرث ذوو الأرحام عند الاستحقاق على الترتيب الآتي:

- أولاد البنات وإن نزلوا، وأولاد بنات الابن وإن نزلوا.
- فأولاهم بالميراث أقربهم إلى الميت درجة، فإن استووا في الدرجة فولد صاحب الفرض أولى من ولد ذوي الرحم، وإن استووا في الدرجة ولم يكن فيهم ولد صاحب الفرض أو كانوا كلهم يدلون بصاحب فرض، استركوا في الإرث ومرتبة ذوي الأرحام في الميراث عند فقهاء المالكية (القائلين بتوريثهم) تكون بعد مرتبة الرد على أصحاب الفروض غير الزوجين بنسبة فروضهم فإذا لم يكن أحد للمتوفي من أصحاب الفروض ولا العصابات، فإن الباقي بعد نصيب الزوج أو الزوجة يكون لذوي الأرحام، فإن لم يوجد أحد الزوجين يكون الميراث كله لذوي الأرحام⁽³⁾. وهذا ما نصت عليه المادة 167 من قانون الأسرة.

(1) نصر سلمان وسعاد سطحي، م 202 - 203.

(2) كما أن المادة 139 فقرة ثالثة جعلتهم في المرتبة الثالثة بعد أصحاب الفروض والعصابات.

(3) أنظر، بلحاج العربي، أحكام التركات والموارث، المرجع السابق، ص 241.

وعليه فإن ميراث ذوي الأرحام يكون كالآتي:

- إذا كانوا ذو رحم واحد، فإنه ينفرد بالميراث كله، إذا لم يترك الهالك أحدا، ويأخذ الباقي بعد نصيب الزوجين عند انعدام أصحاب الفروض النسبية والعاصب.

إذا تعدد ذوو الأرحام فإنهم يرثون عن طريق التزليل وذلك بتزليل كل واحد من ذوي الأرحام منزلة أصله الوارث الذي يتصل به إلى الميت، فيأخذ ذو الرحم ميراث أصله الذي يتصل به إلى الميت.

فولد البنت ذكرا كان أو أنثى يأخذ نصيب البنت، وولد الأخت يأخذ نصيب الأخت وابن الأخ يأخذ نصيب الأخ مع مراعاة أحكام المواد من 169 إلى 172.

ويكون أحقهم في الميراث أسبقهم إلى الوارث لا إلى الميت فإذا كان المتوفي قد ترك ابن بنت، وابن بنت ابن، فإن المستحق ابن البنت وإذا ترك بنت ابن، ابن بنت بنت، فإن الذي يستحق الميراث بنت الابن دون ابن بنت البنت، لأنها تتصل بالميت بصاحب فرض وهو بنت الابن، والآخر لا يتصل بصاحب فرض بل بذوي الأرحام⁽¹⁾.

ما يلاحظ على قانون الأسرة أنه لم يعط تفصيلا دقيقا لأصناف ذوي الأرحام مراتبهم، وإنما حدّد صنفا واحدا فقط من جهة الفروع، وأعطى قاعدة عامة للجهات الأخرى دون تفصيل، كان على المشرع تفصيل الموضوع تفصيلا شاملا حتى لا تختلط الأمور وتسهل مهمة التطبيق.

وقد ذهبت المحكمة العليا في قرار لها⁽²⁾ إلى أن القضاء بحجب الأخت للأب بسبب الأحفاد المتزولين منزلة الأم في التركة يعد مخالفة للشرع وتفسيرا خاطئا للقانون لأن أبناء البنت من ذوي الأرحام، هم غير حاجبين لأصحاب الفروض طبقا لأحكام المادة 168 وبذلك يكون نصيب الأخت للأب ثابتا في التركة، وترثه مع البنات السبعة عصبية.

(1) أنظر، بلحاج العربي، أحكام التركات والموارث، المرجع السابق، ص 241 - 242.

(2) المحكمة العليا، غ.أ.ش، 18/04/2001، ملف رقم 256446، مجلة القضائية 2003، عدد 01، ص 357.

وهذا اجتهاد في محله، لأن القانون خص أبناء الابن في المادة 164 من قانون الأسرة بحجب الأخت للأب، أما أبناء البنت فإنهم من ذوي الأرحام وأن تزويلهم منزلة أمهم المتوفيه وفقا للمادة 169 إنما هو ميراث استثناء بالتزويل لا يمكن بأي حال أن يضاربه أصحاب الفروض الأصليين فالمشروع الجزائري ورث ذوي الأرحام بعكس المشروع المغربي والتونسي الذي لم يورث ذوي الأرحام وإنما أعطوا الميراث لبيت المال إذا لم يكن هناك.

فنصت المادة 349 فقرة 06 "من مدونة الأسرة بيت المال⁽¹⁾. إذا لم يكن هناك وارث، حيث تتولى السلطة المكلفة بأمالك الدولة حيازة الميراث، فإذا وجد وارث واحد بالفرض رد عليه الباقي وإذا تعدد الورثة بالفرض ولم يستغرق الفروض التركة رد عليهم الباقي حسب نسبهم في الإرث.

ذكر الأستاذ علال الفاسي رحمه الله في تقريره على مدونة الأحوال الشخصية المغربية أن المشهور في مذهب المالكية هو عدم توريثهم إلا أنه اتفق شيوخ المذهب بعد المائتين، ومال لترجيحه متأخرو فقهاءنا كالشيخ بنيس، وابن الخياط، إلى أن ذوي الأرحام يرثون، وهو مذهب أغلبية الصحابة وشطر من أئمة الصدر الأول.

وهو المنقول ترجيحه عن الشيخ رشيد رضا ولاسيما هذا الزمان، إذ رجح توريثهم عند عدم وجود أحد من ذوي الفروض، أو العصبية، لأنهم يقومون مقامهم ثم يأتي بعدهم بيت المال⁽²⁾.

قال الشيخ محمد أبو زهرة: ولذلك لما فسد نظام بيت المال في القرن الثالث الهجري واستمر الفساد، كان من علماء الشافعية والمالكية من أفتوا بأن ذوي الأرحام يأخذون بدل بيت المال.

(1) أورد المشروع المغربي لفظ بيت المال مع أنه منذ القرن الرابع الهجري لم يعد بيت المال منتظما، وما لبث أن اندثر ولم يبق له أي، وأن الدول الحديثة أحلت محله الخزينة العامة، محمد المهدي، المرجع السابق، ص 112.

(2) عبود رشيد عبود، الأحوال الشخصية، قواعد ونصوص وشرح، مكتبة الرشاد، الدار البيضاء، المغرب، ص 250.

وقد صار ذلك الرأي هو المفتى به من بعد، ولقد صرح الشافعي بأن أخذ ذوي الأرحام في هذا الحال هو من باب رعاية المصلحة، لا من باب التوريث، إذ التوريث لا بد أن يثبت بنص أو حمل على نص⁽¹⁾.

واقترح الأستاذ علال الفاسي رحمه الله توريثهم حيث كان هو المقرر لتدوين مدونة الأحوال الشخصية آنذاك قبل صدورها عام 1957 مستندا في ترجيح ذلك إلى كثرة القائلين بتوريثهم من الصحابة، وعدد كبير من أئمة الاجتهاد، وما استند إليه متأخرو المالكية أنفسهم من أسباب وجيهة لتوريثهم كما ذكر نفس الحكم بالنسبة للرد. وإنه من الغريب أن يأخذ بأحكام الرد وهو خلاف المشهور ولا يؤخذ بتوريث ذوي الأرحام وهو رأي الجمهور والأغلبية الكبرى مع أن المدونة أقرت الوصية الواجبة، ولم تقرّ طلاق الثلاث المجموع بلفظ واحد، والطلاق باليمين والحرام، وقيدت الرضاع بخمس رضعات، وكل ذلك خلاف ما يعرفه المذهب.

وقام الأستاذ المذكور رحمه الله ببيان كيفية توريثهم على حسب جهات معينة من جهة الفرع وجهة الأصل، وجهة الأخوة وجهة العمومة.

لكن اللجنة المكلفة بتدوين المدونة لم تساعد على ذلك وبقي الأمر على ما كان عليه من عدم توريثهم وهو المشهور في المذهب. قال الشيخ خليل: (ثم بيت المال، ولا يرد ولا يدفع لذوي الأرحام)⁽²⁾.

وهو ما نص عليه الفصل 115 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية الذي حدد مراتب العصبية بالنفس وجعل في حالة عدم وجود العصابات الحق في الإرث لصندوق الدولة.

وأشارت الفقرة الثانية من الفصل 143 مكرر إلى أن صندوق الدولة بوصفه عاصبا لا يؤثر وجوده في الرد على البنت أو بنت الابن، وتبدو متناقضة مع الفقرة الأولى من نفس الفصل، ففي هذه الفقرة يؤسس المشرع الرد عند فقد العصبية، ويعني ذلك أن

(1) محمد أبو زهرة، أحكام التركات والميراث، المرجع السابق، ص 219.

(2) محمد رياض، المرجع السابق، ص 192.

صندوق الدولة ليس عاصبا بهذا المعنى، أي ليس وارثا أصلا، لأنّه لا يتصور انعدامه حسياً أو حكماً.

ولا يجوز القول بالردّ على ذوي الفروض إلاّ في نظام الموارث. لا يرى في صندوق الدولة وارثاً بأي وجه، كما هو الشأن في لمذهب الحنفي الذي يسمح بالرد على ذوي الفروض عند فقد العصبه ويقدم ذوي الأرحام عند فقد هؤلاء وأولئك على بيت المال من الحصول على شيء في التركة إلاّ عند فقد الوارث مطلقاً.

فالمشرع التونسي أخذ بمذهب المالكية بصفة عامة في تنظيمه للموارث، فنصّ في الفصل 114 من المجلة على أنّ صندوق الدولة وارث بصفة عاصب بالنفس لكنه عمل برأي الحنفية في الفصل 143 مكرر وبعيدا عن تحليل وضع صندوق الدولة في القانون التونسي، هل هو وارث أم لا يجوز تأكيد أنّ التناقض بين الفقرتين الأولى والثانية من الفصل 143 مكرر، لا يعدو أن يكون ظاهريا لا أصليا ولو كان كذلك لما أمكن العمل بنظام الردّ أصلا⁽¹⁾.

ويمكن عندئذ تفسير هذا التضارب:

إمّا يكون الإشارة إلى صندوق الدولة في الفقرة الثانية من باب الزيادة، يمكن الاستغناء عنها، أو أنّ ينبّه إلى وجوب إقصاء صندوق الدولة وافترض عدم وجوده، في إطار النظرية المالكية حتى يتيسر الردّ.

وخلاصة القول أنّ صندوق الدولة في الفصل 143 مكرر ليس وارثاً وأنّ العصبه بالنفس المراد فقدهم هم كل من ذكر وفي الفصل 114 من المجلة، ما عدا صندوق الدولة⁽²⁾.

وخلاصة القول أنّ المشرعين المغربي والتونسي أخذوا بالرأي القائل بعدم توريث ذوي الأرحام خلافاً للمشرع الجزائري الذي أحسن فعلا بتوريثه لذوي الأرحام.

(1) أحمد بن طالب، المرجع السابق، ص 67 - 68.

(2) منشور وزير العدل، قواعد الرد في الميراث، مجلة القضاء والتشريع، تونس، 1960، ص 71؛ مقتبس عن أحمد بن طالب، المرجع السابق، ص 69.

بعدها بينا حالات ميراث المرأة سواء بالفرض أو بالتعصيب أو بالرحم، إلا أن هناك حالات خاصة فقد تكون هاته المرأة مفقودة أو متبناة أو بنت زنا، أو كافرة فكيف يكون ميراثها في هاته الحالات. كما أنه يثير البعض سؤالاً مفاده لماذا فضل الإسلام الرجل على المرأة في الميراث حيث جعل نصيبها في الميراث نصف نصيب الرجل فهل فعلاً الإسلام ظلم المرأة في الميراث؟

المبحث الثالث:

ميراث بعض الحالات الخاصة وشبهة تفضيل الرجل على المرأة في الميراث. الناظر في نظام الميراث في الشريعة الإسلامية يجد أن الشارع قد راعى فيه الكثير من المقاصد العامة في الشريعة الإسلامية، فيتحقق مقصد حفظ الدين في نظام الميراث في منع المرتد من الميراث، وجعل اختلاف الدين مانعا من موانع الميراث، كما يتحقق مقصد حفظ النفس في نظام الميراث في منع القاتل من الميراث، ويتحقق مقصد حفظ النسل والعرض في نظام الميراث في منع ولد الزنا من ميراث الرجل الذي زنا بأماً هذا الولد، ومنع ميراث واد اللعان من الملاعن، وكذلك تحريم الميراث بسبب التبني. كما أن هناك مقصد وحكمة من جعل نصيب الذكر ضعف نصيب الأنثى في بعض الحالات الميراث.

هذا كله يدفعنا للتساؤل عن ميراث بعض الحالات الخاصة التي تكون فيها المرأة، فقد تردت هاته الأخيرة أو تكون تدين بديانة غير الإسلام، كما قد تكون بنت زنا أو لعان أو متبناة فهل ترث في هاته الحالات؟ (المطلب الأول). وهل قاعدة للذكر مثل حظ الأنثيين قد ظلمت امرأة وأنقصت من شأنها؟ (المطلب الثاني).

المطلب الأول:

ميراث بعض الحالات الخاصة.

يشترط لثبوت الإرث ثلاثة شروط أولهما موت المورث حقيقة أو حكما وموته حقيقة معروف، وموته حكما يكون بحكم القاضي بموته، وذلك في حال المفقود الذي لا تعلم حياته ولا موته، وثانيهما يحقق حياة الوارث بعد الموت⁽¹⁾. وثالثهما إلا يوجد مانع من موانع الإرث، ومن موانع الإرث اختلاف الدين والردة والقتل واللعان، فما تأثير موانع الإرث على ميراث المرأة؟

(1) محمد أبو زهرة، أحكام التركات والموارث، المرجع السابق، ص 80.

الفرع الأول:

ميراث المرتدة والغير مسلمة.

المرتد هو الراجح عن الدين الإسلامي بمحض إرادته واختياره حتى لو رجع إلى دين آخر، والمرتد لا يقر عن رده واد على دينه الذي انتقل إليه وحكم المرتد أنه يستتاب فإن عاد إلى الإسلام أصبح مسلماً وإن أصر على رده قتل إن كان رجلاً، أما المرأة فتحبس حتى تتوب أو تموت⁽¹⁾، ولا خلاف بين الفقهاء⁽²⁾ في أن المرتدة لا تراث من غيرها مطلقاً من تجمعها وإياهم سبب من أسباب الميراث لأنها في حكم الميتة والميتة لا تراث شرعاً وهذا لقوله، عليه الصلاة والسلام "من بدل دينه فاقتلوه".

كما أنفقت كلمة الفقهاء⁽³⁾. على أن اختلاف الدين مانعاً من موانع الإرث فلا يرث الكافر بدين الإسلام ذكراً كان أو أنثى من مسلم سواء كان متبعاً لدين آخر كاليهودية والنصرانية أو لا بدين يدين فالكفر كله ملة واحدة قال تعالى: ﴿وَالَّذِينَ كَفَرُوا بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ﴾⁽⁴⁾. أما المسلم فهل يرث من الكافر؟ فذهبت كلمة الفقهاء الأربعة⁽⁵⁾. رضوان الله عليهم على أن لا يرث المسلم من الكافر بغض النظر إن كانت العلاقة بينهما قرابة أو زوجية حجتهم فيما ذهبوا إليه قوله صلى الله عليه وسلم (لا يرث المسلم الكافر، ولا الكافر المسلم) وقوله عليه الصلاة والسلام (لا يتوارث أهل ملتين شيء).

ولقد جاء في قانون الأسرة الجزائري وبالضبط في المادة 138 منه أنه "يمنع من الإرث اللعان والردة".

(1) أنظر، محمد جواز مغنية، المرجع السابق، ص 216 - 217.

(2) أنظر، السرخسي، المرجع السابق، ص 30.

(3) أنظر، ابن قدامة، المرجع السابق، ص 165، ابن حزم، المرجع السابق، ص 304.

(4) سورة الأنفال، الآية 73.

(5) أنظر، السرخسي، المرجع السابق، ص 30، ابن قدامة، المرجع السابق، ص 165.

ويعاب على المشرع اقتصره على استعمال لفظ الردة فقط، بل كان عليه أن يضيف أيضا لفظ اختلاف الدين حتى يشمل الحكم القرابة مع اختلاف الدين، كالزوجين (مسلم ومسيحية)، فهنا لا توارث بينهما بسبب اختلاف ديانتهم⁽¹⁾.

وسكوت المشرع لا يعني أن قد أسقطه من موانع الإرث، لأنه عملا بالقاعدة التي قررها القانون في المادة 222 من قانون الأسرة "كل ما لم يرد به نص يرجع فيه إلى الشريعة الإسلامية" والشريعة الإسلامية في هذا الخصوص، تنص على أنه لا يرث المسلم الكافر ولا يرث الكافر المسلم، وهو ما سارت عليه المحكمة العليا في قرارها المؤرخ في 1995/07/25. من أنه من الثابت شرعا أنه لا يرث الكافر المسلم ولا المسلم الكافر، ولا يتوارث أهل الملتين شيئا، فإنه من موانع الميراث الكفر وأن الطاعن لم يتلفظ بالشهادتين أمام الجهة المؤهلة لذلك إلا بعد وفاة أمه المسلمة وعليه فلا توارث بينهما⁽²⁾.

وجاء في قرار آخر للمحكمة العليا بأنه: "يجب الميراث لمن كان مسلما يوم موت المورث، ومن أسلم بعد موته فلا حق له في الميراث حسب قول الإمام مالك، وأن القضاء بمنح صفة الوارثة للزوجة الأجنبية التي لم تعتنق الإسلام في حياة زوجها إلا بعد وفاته هو مخالفة للقانون"⁽³⁾.

وهذا قرار سليم وصائب، لأن الزوجة لم تعتنق الإسلام حال حياة زوجها المورث فلا يصح أن تعتبر وارثة له، لقوله صلى الله عليه وسلم "لا توارث بين ملتين" وعقد الزواج الموجود بينها والمورث، لا يعتبر أساسا لحقها في الميراث⁽⁴⁾.

كما نصت المادة 332 من مدونة الأسرة المغربية على أنه "لا توارث بين المسلم وغير المسلم" وهذا يعني أن الكفر يعد مانعا من الإرث سواء كان أصليا أو عارضا بسبب الارتداد، وسواء اتصف به الوارث أو المورث فلا يرث المسلم غير المسلم سواء

(1) أنظر، ابن شويخ الرشيد، الوصية والميراث، المرجع السابق، ص 86.

(2) المحكمة العليا، 1995/07/25، ملف رقم 123051، مجلة قضائية، 1996، عدد 01، ص 113.

(3) المحكمة العليا، 2001/06/20، ملف رقم 244899، مجلة قضائية، 2003، عدد 1، ص 345.

(4) بلحاج العربي، أحكام التركات والموارث، المرجع السابق، ص 118.

كان هذا الأخير كتابيا أم غير كتابي، وكذلك العكس، ولهذا فإن الزوجة المسيحية أو اليهودية لا تترث في زوجها المسلم إذا مات، وبالمثل فإنه أيضا لا يرثها إذا ماتت، ومن جهة أخرى فإن أبناء الزوجة غير المسلمة يتبعون أباهم المسلم في الدين، ولذلك فلا توارث بينها وبين هؤلاء الأبناء⁽¹⁾.

ولم تنص مجلة الأحوال الشخصية التونسية على الكفر واختلاف الدين كمانع من موانع الميراث، إلا أن القضاء التونسي كرس المانع الديني للزواج والميراث وذلك في قرار "حورية" الصادر في 1966/01/31 وتتمثل وقائع قضية حورية في قسمة عقار كائن بكرنيش سوسه بين أربعة أشقاء إرثا في والدتهم زينب كانت من بينهم المدعوة حورية التي تزوجت سنة 1945 بأجنبي يحمل الجنسية الفرنسية فاعتبرها أحد أشقائها (الطاعن) مرتدة عن دينها وبالتالي لا تترث في والدتهم المسلمة فتقضى المحكمة الابتدائية لصالح دعوى القسمة لفائدة جميع الورثة بمن فيهم حورية وقد تقرر هذا الحكم من طرف محكمة الاستئناف فتعقبه الطاعن وقضت محكمة التعقيب بالرفض أصلا في 1966/01/31 وهو ما عرف بقرار حورية⁽²⁾. وقد اعتمدت محكمة التعقيب في قرار حورية المذكورة الشبكة التأويلية التالية:

- تزوج المسلمة بغير المسلم يعتبر من المعاصي العظمى.
- الشريعة الإسلامية تعتبر هذا الزواج باطلا من أساسه.
- لكن هذا الزواج لا يعتبر ردة إلا إذا ثبت أن الزوجة اعتنقت دين زوجها غير المسلم.
- لم يثبت أن المطعون ضدها حورية خرجت عن الدين الإسلامي أو اعتنقت غيره من الأديان حتى يصح القول أنها مرتدة.

(1) أحمد الخليلي، المرجع السابق، ص 245.

(2) محكمة التعقيب، 1966/01/31، عدد 3384، مجلة القضاء والتشريع، 1967، عدد جوان، ص 37.

إلا أن صدور القرار التعقيبي في 2009/02/5⁽¹⁾. وهو قرار مبدئي على غاية من الأهمية لنضجه وبنائه المنهجي لدرجة أن بعض الدارسين اعتبره "أحد أهم منارات فقه القضاء التونسي"⁽²⁾.

وفعلا قد أحدث هذا القرار ولأول مرة تحولا جوهريا في فقه قضاء محكمة التعقيب بتطبيقها اتفاقية دولية تتعلق بالمرأة بعد أن ظلت منذ أكثر من أربعين عاما أسيرة قرار "حورية" الذي كرس المانع الديني للزواج والميراث⁽³⁾.

وأطلق عليه قرار ثريا أما وقائع القضية فيه فإنها تفيد قيام المدعين في الأصل ضد بنتي شقيقهم المدعوتين ثريا ودلال لطلب حرمانهما من إرث والدهما بالاستناد إلى الاختلاف في الدين المترتب حسب قولهم عن زواج إحداهما ومعاشرة الأخرى بغير مسلم فقضت محكمة البداية بعدم سماع الدعوى فاستأنف المدعون في الأصل هذا الحكم وقضت محكمة الاستئناف بتونس بإقرار حكم البداية معتبرة خلو الأحوال الشخصية من كل قاعدة مكرسة للدين كمانع للزواج أو الإرث فتتعقبه الطاعنون وقضت محكمة التعقيب بالرفض أصلا وهو ما عرف بقرار "ثرثيا".

فالملاحظ من الوهلة الأولى تشابه الوقائع في قرار "حورية" وقرار "ثرثيا" لكن الحل فيهما جاء مختلفا اختلافا جذريا من حيث البناء المنهجي وقواعد التأويل والمرجعية القانونية وحتى النظرة إلى المرأة وعلى سبيل المقارنة مع ما جاء بقرار "حورية" فإن محكمة التعقيب في قرار "ثرثيا" قد اعتمدت الشبكة التأويلية التالية:

1- عبارة (من) الواردة بالفصل 88 من مجلة الأحوال الشخصية في قوله (القتل العمد من موانع الإرث) لا تدل على وجود موانع أخرى للإرث سكت عنها المشرع وإنما تدل

(1) محكمة التعقيب، 2009/02/05، عدد 31115، مجلة القضاء والتشريع 2009، عدد مارس، مع تعليق القاضي السيد مالك الغزواني.

(2) أنظر، مصطفى الشريف، المساواة بين الرجل والمرأة في الزواج والميراث من خلال فقه القضاء التونسي (قرار "ثرثيا" نموذجا)، مجلة المحاماة، مركز الدراسات والبحوث للمحامين التونسيين، 2012، عدد ممتاز، ص 87.

(3) مصطفى الشريف، المرجع السابق، ص 87.

على إضافة المشرع بالفصل المذكور القتل العمد لموانع الإرث الأخرى المنصوص عليها بمجلة الأحوال الشخصية.

2- قراءة الفصل 88 من مجلة الأحوال الشخصية لا تكون إلا بالرجوع إلى المبادئ الأساسية التي يقوم عليها النظام القانوني التونسي كما وردت في الدستور والاتفاقيات الدولية المصادق عليها.

3- النظام القانوني التونسي يفصل بين معتقد الشخص وتمتعه بحقوقه المدنية.

4- النظام القانوني التونسي يمنع التمييز بين الأفراد لاعتبارات دينية.

5- النظام القانوني التونسي يمنع التمييز بين الجنسين⁽¹⁾.

وترتد هاتان الشبكتان إلى إشكالية واحدة تتمحور حول مدى تكريس القانون التونسي لموانع دينية على حرية المرأة في الزواج وحققها في الميراث؟

قد أجاب قرار "حورية" على ذلك بقيام المانع الديني للزواج والميراث مستندا إلى قراءة معينة من الفقه الإسلامي في حين أجاب قرار "ثريا" باستبعاد المانع الديني مستندا إلى تأويل مستحدث يقوم على قراءة أحكام مجلة الأحوال الشخصية بالرجوع إلى الدستور والاتفاقيات الدولية ومنها اتفاقية كوبنهاغن⁽²⁾. والميثاق الدولي المتعلق بالحقوق المدنية والسياسية⁽³⁾. وكامل المنظومة القانونية التونسية مقرا من خلال ذلك الحقوق الأساسية للإنسان وأخصها الحرية الدينية والمساواة بين الجنسين.

فمن الملاحظ أم معركة التأويل ظلت تدور منذ صدور قرار حورية سنة 1966 حول مفهوم الموانع الشرعية الواردة بالفصل الخامس من مجلة الأحوال الشخصية بخصوص صحة الزواج بأن يكون كل من الزوجين خلوا من تلك الموانع كما كانت

(1) أنظر، مصطفى الشريف، المرجع السابق، ص 88 - 89.

(2) صادقت الجمهورية التونسية على اتفاقية كوبنهاغن للقضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة المؤرخة في 18/12/1979 وذلك بموجب القانون عدد 68 لسنة 1985 المؤرخ في 12/07/1985، ثم نشرها بالأمر عدد 1821 المؤرخ في 25/11/1991 الرائد الرسمي عدد 85 في 13/12/1991، ص 1868.

(3) انضمت تونس لهذا الميثاق بمقتضى القانون عدد 30 لسنة 1968 المؤرخ في 29/12/1968 وتم نشره بالأمر عدد 1098 لسنة 1983 المؤرخ في 21/11/1983 الرائد الرسمي عدد 79 في 06/12/1983، ص 4253.

تدور حول الفصل 88 من نفس المجلة إن جاء على سبيل الحصر أو المثال؟ هذا في ظاهر التحليل القانوني أما في الجوهر فإن معركة التأويل كانت تدور في الحقيقة حول المساواة بين الجنسين في الزواج والميراث وهو ما أوضحته محكمة التعقيب في قرار ثريا بقولها "أن ضمان مبدأ المساواة المنصوص عليه بالفصل 6 من الدستور والفصل 26 من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية يوجب عدم التمييز بين الأفراد لاعتبارات دينية مما يمنع تعليق الحق في الإرث على اعتبارات متعلقة بعقيدة الوارث، وبالتالي فإن إقحام المانع الديني بالفصل 88 من مجلة الأحوال الشخصية يؤدي إلى خرق الفصل السادس من الدستور والاتفاقيات الدولية التي تضمن المساواة بين المواطنين.

فالقول حينئذ بعدم وجود المانع الديني للزواج بالفصل 05 من مجلة الأحوال الشخصية وللإرث بالفصل 88 من نفس المجلة بالنسبة للمرأة هو تكريس لمبدأ المساواة بين الجنسين في القانون وهو ما عبرت عنه محكمة التعقيب في قرار "ثريا" بقولها: "أن ضمان حرية زواج المرأة على قدم المساواة مع الرجل المكرسة بالفصل 16 من اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة يمنع من القول بوجود أي تأثير لمعتقد المرأة على حرمتها في الزواج وبالأثر على حقها في الميراث" فالمرشح للزواج من حقه اختيار قرينة دون تقييد بدينه ويشمل هذا المبدأ كلا الجنسين المرأة والرجل على السواء وبذلك تكون محكمة التعقيب قد كرست المساواة الفعلية بين الجنسين في القانون.

ما يمكن استخلاصه أن فقه القضاء التونسي يسعى لتطعيم مجلة الأحوال الشخصية بمبادئ حقوق الإنسان، لذلك لم يكتف القاضي بقراءة الفصل 05 من مجلة الأحوال الشخصية قراءة ضيقة ومنعزلة، وإنما توخى أسلوباً يعتمد النظر فيما جاءت به الاتفاقيات الدولية من قواعد، وفيما كرسه الدستور من مبادئ، يمكن القول أن فقه القضاء قد كرس منهجاً جديداً في قراءة أحكام مجلة الأحوال الشخصية يقوم على مبادئ حقوق الإنسان كما وردت بالدستور والاتفاقيات الدولية.

رغم صدور قرار "ثريا" فإن مبدأ المساواة بين الجنسين لم يشمل كافة المجالات وبالأخص مجالين اثنين يتعلق الأول بالمنشور الصادر عن وزير العدل في 05/11/1973

حول تحجير زواج التونسية المسلمة بغير المسلم ومنع إبرام تلك العقود إلا في صورة الإدلاء بما يثبت اعتناق الزوج الدين الإسلامي وهو منشور لا يزال ساري المفعول إلى اليوم في الإدارة التونسية ولدى ضابط الحالة المدنية رغم مخالفته للدستور واتفاقية كوبنهاغن والاتفاقيات الدولية التي جاءت بعدها وللتأويل الذي أعطته محكمة التعقيب في قرار "ثريا" الأمر الذي يقتضي عاجلا إلغائه، وإلا فسيبقى أمام وضعيتين متناقضتين وربما مضحكتين حيث تقيم "ثريا" بمحكمة التعقيب في حين تقيم "حورية" فكر وممارسة بالإدارة ولدى ضباط الحالة المدنية وبينهما مسافة كبيرة ما بين السماء والأرض.

أما المجال الثاني الذي لم يشمل إلى اليوم مبدأ المساواة فيتعلق بالمساواة في الإرث بين الجنسين ولعل قرار "ثريا" والمخاض الذي تشهده الساحة الثقافية والقانونية في تونس بعد 2011/01/14 قد يدفع بالمشروع التونسي على ابتداع الحل الملائم لثورة قامت أصلا على المساواة بين المواطنين وضعها رجالا ونساء على السواء⁽¹⁾.

والجدير بالذكر هنا، أن اختلاف الدين لا يمنع الوصية بعكس ما هو متبع في نظام الميراث، فالإسلام ليس شرط لصحة الوصية، والوصية من المسلم لغير المسلم أو من غير المسلم للمسلم صحيحة شرعا وقانونا، وهذا ما يستنتج من المادة 200 من قانون الأسرة وما نص عليه الفصل 174 من مجلة الأحوال الشخصية وما يفهم من نص المادة 281 من مدونة الأسرة.

الفرع الثاني:

ميراث القتالة.

جعل الله النفس الإنسانية مخلوقا مكرما عنده، فقد خلق الله الإنسان بيده وأمر ملائكته الكرام بالسجود له، وفضله على كثير مما خلقه، ولذلك شرع الله من التشريعات ما يحافظ على النفس الإنسانية، فقد جعل الله سبحانه وتعالى العدوان على النفس بالقتل جريمة كبرى، وجعل حرمة العدوان على النفس واحدة فالمرأة كالرجل

(1) مصطفى الشريف، المرجع السابق، ص 92 - 93 - 95 - 96.

والطفل كالشيخ والغني كالفقير، وجعل سبحانه وتعالى القصاص عقوبة للعدوان على النفس بالقتل ردعا لهذه الجريمة⁽¹⁾.

ويتحقق مقصد حفظ النفس في نظام الميراث في منع القاتل أو القاتلة من الميراث، فقد اتفق الفقهاء⁽²⁾. على أن القتل يعد مانعا من موانع الميراث، فإذا قتل الوارث مورثة فإنه لا يرث منه لقوله صلى الله عليه وسلم "ليس للقاتل من الميراث شيء"، وقوله صلى الله عليه وسلم "لا يرث القاتل من المقتول شيئا"، ولأن القاتل قد استعجل الإرث بالقتل والقاعدة الفقهية تقضي بأن استعجال الشيء قبل أو أنه عوقب بحرمانه فتحرم القاتلة من الميراث بالإضافة إلى ذلك أن توريث القاتلة يؤدي إلى الفساد لأنه لو جعل للقاتل رجلا كان أو امرأة الحق في الميراث لسارع الناس إلى الخلاص من مورثهم بقتلهم وهذا يؤدي إلى الفساد والفوضى بين الأفراد في المجتمع وهذا لا يجوز بأي حال⁽³⁾.

وإذا كانوا الفقهاء قد اتفقوا على أن القتل مانع من موانع الميراث إلا أنهم اختلفوا في نوع هذا القتل إلى عدة آراء منها ما يلي: فذهب الحنفية⁽⁴⁾. إلى أن القتل الذي يمنع من الميراث هو القتل الذي يستوجب عقوبة القصاص أو الكفارة مع الدية، ويرى الحنابلة⁽⁵⁾. بأن القتل المانع من الميراث هو القتل الذي يستوجب القصاص أو الكفارة فيشمل القتل العمد العدوان وشبه العمد والخطأ والقتل بالتسيب والقتل من غير المكلف لأنه تجب فيه الدية.

بينما يرى الشافعية⁽⁶⁾. أن كل قتل يمنع الإرث سواء أكان القتل عمدا أم غيره وسواء أكان من مكلف أم من غير مكلف وسواء أكان بحق أو بغير حق وسواء كان

(1) جابر عبد الهادي سالم الشافعي، المرجع السابق، ص 82.

(2) ابن قدامة، المرجع السابق، ص 291.

(3) جابر عبد الهادي سالم الشافعي، المرجع السابق، ص 86.

(4) ابن عابدين، المرجع السابق، ص 489.

(5) ابن قدامة، المرجع السابق، ص 161.

(6) أنظر، الشريبي، المرجع السابق، ص 25.

بعذر أو بغير عذر وذلك لعموم قوله صلى الله عليه وسلم "لا يرث القاتل من المقتول شيئاً".

ويرى المالكية⁽¹⁾ أن القتل المانع من الميراث هو القتل العمد العدوان سواء كان بطريق المباشرة أو التسبيب، أما القتل الخطأ فإنه لا يمنع القاتل من إرث المال الذي لمورثه ولكن يمنع الإرث من الدية، وكذلك لا يعد القتل مانعا من الميراث عند المالكية إذا كان القتل عمد بحق كالقتل قصاصا أو حد أو دفاعا عن النفس.

ما يمكن قوله في هذا الخصوص أنه ما دام التوارث بين الأشخاص يقوم على أساس النصره ولا شك أن القتل يقطع الوشائج، وأن توريث القاتل يؤدي إلى الفساد، لأنه لو جعل للقاتل الحق في الميراث لسارع الناس للتخلص من مورثيهم بقتلهم، ولا شك أن ذلك يؤدي إلى الفساد والله عز وجل لا يحب الفساد، إن القتل جريمة والحصول على مال الميت نعمة ومن غير المعقول أن يكون ارتكاب الجرائم سببا لحصول النعم. وبالتالي، فإنه يمنع القاتل من الميراث.

ونرى أن ما ذهب إليه المالكية من التفريق بين القتل العمد والقتل الخطأ هو الأرجح، فلا يمكن حرمان القاتل خطأ من إرث المال الذي لمورثه لانتفاء صفة العمد. وقد أخذت قوانين الأسرة المغاربية برأي المالكية في هذه المسألة حيث جاء في المادة 135 من قانون الأسرة الجزائري على أنه يمنع من الميراث الأشخاص الآتية أوصافهم:

- 1- قاتل المورث عمدا وعدوانا سواء كان القاتل فاعلا أصليا أو شريكا.
- 2- شاهد الزور الذي أدت شهادته إلى الحكم بالإعدام وتنفيذه.
- 3- العالم بالقتل أو تدبيره إذا لم يخبر السلطات المعنية".

(1) الدسوقي، المرجع السابق، ص 486.

وتنص المادة 136 من نفس القانون، على أن الممنوع من الإرث للأسباب المذكورة أعلاه لا يحجب غيره، كما أن المادة 137 منه، تقضي بأنه يرث القاتل الخطأ من المال دون الدية أو التعويض.

ومن هنا، فإن القتل المانع من الإرث في القانون الجزائري هو القتل العمدي والعدواني، بغير حق ولا عذر قانوني، أما القتل الخطأ فإنه لا يمنع من الميراث، لأن القاتل خطأ ليس له القصد الجنائي⁽¹⁾.

وهو ما سارت عليه المحكمة العليا من أنه: "من المقرر قانوناً أن قاتل المورث عمداً والممنوع من الإرث شرعاً لا يحجب غيره، ولما تبين في قضية الحال، أن القاتل هو والد الطاعن، في قضية الراهنة، وإذا كان الأب هو القاتل فإن الابن لا يحرم من الميراث كعاصب، لأن والده لا يحجبه طبقاً لأحكام المادة 136 من قانون الأسرة وعليه فإن قضاة الموضوع لما اعتبروا الطاعن محجوباً حجب حرمان بسبب القتل الذي قام به والداه، فإنهم أخطأوا في تطبيق القانون مما يستوجب نقض القرار المطعون فيه"⁽²⁾.

وإلى هذه الأحكام أشارت المدونة المغربية في المادة 333 بنصها "من قتل مورثه عمداً وإن أتى يشبهه لم يرث من ماله، ولا ديته، ولا يحجب وارثاً، من قتل مورثه خطأ ورث من المال دون الدية وحجب". وهي عينها مذهب الإمام مالك.

وقد كان على المشرع أن يقيد القتل العمد بالعدوان احترازاً، كما لو كان القتل عمداً لا على وجه العدوان⁽³⁾، كما في الحالات التي نصّ عليها الفصل 124 من القانون الجنائي المغربي⁽⁴⁾.

(1) بلحاج العربي، أحكام التركات والموارث، المرجع السابق، ص 112.

(2) المحكمة العليا، غ.أ.ش، 1995/07/25، ملف رقم 122724، المحلة القضائية، 1998، عدد 01، ص 127.

(3) محمد المهدي، المرجع السابق، ص 100.

(4) ينص الفصل 124 من القانون الجنائي المغربي: لا جنابة ولا جنحة ولا مخالفة في الأحوال التالية:

- إذا كان الفعل قد أوجبه القانون وأمرت به السلطة.

- إذا اضطر الفاعل مادياً إلى ارتكاب الجريمة، أو كان في حال استحالة عليه معها استحالة مادية اجتنابها، وذلك لسبب خارجي لم يستطع مقاومته.

ونص الفصل 88 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية على أن القتل العمد من موانع الإرث فلا يرث القاتل سواء كان فاعلا أصليا أم شريكا أو كان شاهد زور أدت شهادته إلى الحكم بالإعدام وتنفيذه.

كان هذا عن ميراث القاتلة فما هو حكم ميراث بنت الزنا وبنت اللعان والمتبناة؟

الفرع الثالث:

ميراث بنت الزنا وبنت اللعان والمتبناة.

حرصت الشريعة الإسلامية على حفظ النسل والنسب والعرض لكي تستقر العائلة ويتم دفع أسباب الخصومات الناشئة من الغير المجبولة عليها النفوس، ودفع الشك الذي يتطرق إلى الأنساب.

ويتحقق مقصد حفظ النسل والعرض في نظام الميراث في منع ميراث ولد الزنا من الرجل الذي زنا بأم هذا الولد، ومنع ميراث ولد الملاعن، وكذلك تحريم الميراث بسبب التبني⁽¹⁾.

الزنا يمنع التوارث بين الزاني ومن تخلق من مائه، فلا يرث إحداهما الآخر ولا تنسب إليه، فلا يرث الزاني من ابنته من الزنا ولا في أولادها، كما لا ترث بنت الزنا في الزاني ولا في أصوله أو فروعه أو حواشيه، والأصل في ذلك حديث الرسول صلى الله عليه وسلم "أيما رجل عاهر بجرة أو أمه فالولد ولد زنا لا يرث ولا يورث".

وفي المقابل، فإن بنت الزنا ترث من أمها بصفقتها بنتها، وترث من أولاد أمها بصفقتهم أخوة للأم فقط، وترثها أمها بصفقتها أما وترث أبناءها بصفقتها جدة.

لم يعالج المشرعان الجزائري والتونسي، خلافا للتشريع المغربي، نسب الطفل غير الشرعي، رغم سكوت المشرع الجزائري عن هاته المسألة، إلا أن المحكمة هي مجبرة بإخضاع حكمها للنصوص الشرعية، ويتضح للمتبع لأحكام الشرع، بخصوص نسب

– إذا كانت الجريمة قد استلزمته ضرورة حالة الدفاع الشرعي عن نفس الفاعل أو غيره، أو عن ماله أو مال غيره، بشرط أن يكون الدفاع متناسبا مع خطورة الاعتداء".

(1) جابر عبد الهادي سالم الشافعي، المرجع السابق، ص 99.

هذا الطفل، مدى الحماية التي أقرتها هذه الأحكام للمركز القانوني للطفل غير الشرعي باعتبارها وسيلة قانونية، ووسيلة إثبات النسب بطريقة لا تقبل الشك. فقد اتفقت كلمة الفقهاء على أن الولد الذي تأتي به المرأة المتزوجة ينسب إلى زوجها، غير أنه إذا جاء الطفل نتيجة لعلاقة غير شرعية، فنسبه يكون على خلاف ذلك، ففي هذه الحالة ينسب إلى أمه، إذ أن نسب الولد من أمه ثابت في كل حالات الولادة الشرعية كانت أم غير شرعية، منعا من تغير الحقائق، وحفاظا لحقوق الآباء والأولاد من الضياع، وتوفير الوحدة الانسجام في الأسرة⁽¹⁾.

وهكذا أبطلت الشريعة الإسلامية ما كان في الجاهلية من إلحاق الأولاد عن طريق الزنا، فقال صلى الله عليه وسلم "الولد للفراش وللعاهر الحجر". ولقد تبنت المحكمة العليا هذا الموقف، حيث قضت في قرارها الصادر في 17 ديسمبر 1984 بأن "ابن الزنا لا ينسب إلى أبيه"⁽²⁾.

وفي قرار آخر قضت بأنه "لما تبين في قضية الحال أن مدة الحمل المحددة قانونا وشرعا غير متوفرة لأن الزواج تمّ في 1994/05/02 والولد قد ولد في 1994/05/07، وعليه فإنّ قضاة الموضوع لما قضوا برفض دعوى إثبات النسب لأنّ النسب بالعلاقة الشرعية طبقوا صحيح القانون"⁽³⁾.

وجاء في حيثيات قرار المحكمة العليا: "لكن حيث أنّه قد ثبت من الحكم المستأنف ومن القرار المطعون فيه، ومن اعتراف الطاعنة الوارد بالحكم والقرار المذكورين، وأنّ العلاقة التي كانت تربطهما بالمطعون ضده هي مجرد علاقة عاطفية، ولد حملها منه ومطالبته بالقيام بخطبتها فقد وعدا بذلك، إلاّ أنّه قد تراجع، ومن ثمّ فإنّه لا يمكن من الناحية القانونية إلزامه بالزواج بها، واعترافه بأبوته للولد الذي تدعي أنّه نتج

(1) انظر، تشوار جيلالي، النقائص التشريعية لقوانين الأحوال الشخصية المعارية في مسألة النسب، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة الجزائر، 2002، العدد 01، ص 132 - 134 - 135.

(2) المجلس الأعلى، غ.أ.ش، 1984/12/17، ملف رقم 35087، المجلة القضائية 1990، العدد 01، ص 86.

(3) المحكمة العليا، غ.أ.ش، 1998/11/17، ملف رقم 210478، المجلة القضائية، 2001، عدد خاص، ص 85.

عن تلك العلاقة، لاسيما أن المطعون ضده قد أنكر ممارسة أية علاقة جنسية معها، ومن ثمّ فإنّ قضاة المجلس بقضائهم بالمصادقة على الحكم المستأنف القاضي برفض دعواها استنادا إلى عدم وجود أية علاقة زوجية بينهم، وإلى أنّ الزواج المدعى به منعدم الأركان الشرعية، يكونون قد طبقوا القانون تطبيقا سليما...⁽¹⁾.

وهو ما قضت به محكمة التعقيب التونسية بتاريخ 02 جوان 1992، على أنّ الفصل الأوّل من مجلة الأحوال الشخصية لم يرتب عن الخطبة زواجا، ولا يقضي بأحكام الزواج فيما بين الخطيبين... فلا يحل ولا يحق للخطيبين تجاوز حدود الخطبة إلى الاتصال الذي يعتبر بالنسبة لهما اتصال غير مشروع ولا يشكل إلاّ علاقة خنائية لا ترتب نسبا⁽²⁾.

وعدم تعرض المشرع الجزائري لنسب الطفل الغير شرعي جعل يسكت كذلك عن ميراث ولد الزنا. لكن بالرجوع إلى المادة 222 من قانون الأسرة نقول بأن ولد الزنا وبالأحرى بنت الزنا لا تترث من أبيها الطبيعي ولا يرث منها لأنها لا تنسب إليه. أما مدونة الأسرة المغربية نصت على مانع انتفاء النسب في المادة 332 بقولها "لا توارث بين المسلم وغير المسلم، ولا بين من نفى الشرع نسبه"⁽³⁾. أي بين من انتفى عنه إما أصلا كما هو الشأن بالنسبة للزاني، أو بناء على دعوى والذي يبدو في حقيقة الأمر أن العلة في عدم إرث ابن الزنا في الرجل الذي تخلق من مائه هي انعدام سبب الإرث، أي القرابة المسماة أيضا بالنسب، فهنا لا نسب بين الطرفين، ذلك أن المدونة نصت في المادة 144 على أنه تكون البنوة شرعية بالنسبة للأب في حال قيام سبب من أسباب النسب وينتج عنها جميع الآثار المترتبة عن النسب شرعا"، لكن الأمر يختلف مع الأم،

(1) المحكمة العليا، غ.ش.م، 12 يوليو 2012، رقم 12-996، قرار غير منشور مقتبس عن حسين بن شيخ آث ملويا، المرشد في قانون الأسرة، المرجع السابق، ص 100.

(2) محكمة التعقيب، 1992/06/02، قرار عدد 36431، نشرية محكمة التعقيب، 1992، ص 183.

(3) النص القديم كان على النحو التالي: "لا توارث بين المسلم وغير المسلم، ولا بين من نفى الشرع نسبه ومن نفاه عنه، ولا بين ولد الزني والزاني"، وهي عبارة واضحة بخلاف العبارة الحالية فتطرح أكثر من علامة استفهام، محمد المهدي، المرجع السابق، ص 90.

فالبنوة بالنسبة لها حسب المادة 146 من المدونة تسوى في الآثار التي تترتب عليها سواء كانت ناجمة عن علاقة شرعية أو غير شرعية".

ما نستنتج أن ميراث بنت الزنا من جهة الأم ثابت طبقا للمادة 146 من المدونة. ما يمكن الإشارة إليه هنا هو ما جاءت به المدونة المغربية في المادة 156 التي سوت من حيث الآثار بين الخطبة والزواج بشأن ثبوت النسب، وقد سبق الكلام في هذه المسألة عندما تعرّضنا لموضوع الحقوق المالية للمخطوبة⁽¹⁾.

وفي الواقع لا نعرف من أي قانون اقتبس المشرع المغربي هذا النص، بحيث إذا كان ذلك نتيجة لتغريب هذه المسألة، ومن ثمّ اتباع القوانين الغريبة في هذا المجال بحكم مصلحة الطفل، فالأمر هنا يتعلّق بإحدى الكليات الخمس التي أحاطتها الشريعة الإسلامية بأحكام دقيقة لا يمكن خرقها مهما كان السبب والمصلحة المراد حمايتها، إذ أنّ مصلحة المجتمع أولى بالاهتمام من أية مصلحة أخرى في هذا المجال. فالخطبة مهما كانت مدتها وشروطها لا ترقى إلى درجة عقد الزواج، ومن ثمّ لا يمكن أن ترتب ما يرتب هذا العقد بشأن النسب⁽²⁾.

وتجدر الإشارة هنا إلى أنّ بعض الباحثين ذهبوا إلى القول بأنّ المادة 156 أشارت إلى عقد زواج غير موثق وليس إلى خطبة، وهذا الرأي لا يستند إلى أساس سليم ومخالف للصواب ولمبادئ التشريع الإسلامي وإرادة المشرع في هذا المجال⁽³⁾.

وإن كان القانون التونسي لم ينص على نسب الطفل الغير شرعي إلا أن الفصل 152 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية نص على أنه يرث ولد الزنا من الأم وقرابتها وترثه الأم وقرابتها" ما يفهم ضمنا من هذا النص أن المشرع اعترف بنسب الولد غير الشرعي من جهة الأم.

(1) راجع الصفحة 37 من الرسالة.

(2) تشوار جيلالي، نسب الطفل في القوانين المغاربية للأسرة، ... المرجع السابق، ص 13.

(3) انظر، عبد العزيز هديوي، الطلاق والملاحظات العملية المثارة على ضوء مدونة الأسرة والتشريع الإسلامية، ط01، المطبعة والوراقة الوطنية، مراكش، المغرب، 2014، ص 79.

أما بالنسبة لولد اللعان هو الذي يولد على فراش زوجية صحيحة، ونفي الزوج نسبه بعد رمي امرأته بالزنا وحكم القاضي بنفي نسبه من الزوج بعد وقوع اللعان بين الزوجين⁽¹⁾.

وصورته أن يرمي الرجل زوجته بالزنى أو ينفي نسب ولده أو بهما معا، ويعجز عن إثبات ذلك بالبينة أربع شهود عدول، فإذا أصر على ذلك طلب القاضي منه أن يشهد أربع شهادات بالله أنه لصادق فيما رماها به، ويقول في الخامسة أن لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين فيما رماها به ثم تشهد هي أربع شهادات بالله أمه لكاذب فيما رماها بهن وأن نقول في الخامسة أن غضب الله عليها إن كان من الصادقين فيما رماها به.

فإذا تم ذلك فرق القاضي بينهما ونفى نسب الولد عنه وألحقه بها وهذه الكيفية منصوص عليها في سورة النور الآيات من 07 إلى 10 وعندئذ يكون ولد اللعان كولد الزنا لا توارث بينه وبين أبيه ولا أحد من أقاربه وإنما ترثه أمه وأقاربها كما يرث من أمه وأقاربها.

ولقد نص قانون الأسرة على حالة اللعان في المادة 138 "والذي جاء محتواها كالاتي يمنع من الإرث اللعان والردة" ما يمكن ملاحظته على هذا النص أنه اعتبر اللعان من موانع الإرث، مع أنه لم ينص عليه ضمن أسباب الطلاق، بالرغم من أنه يعتبر سببا شرعيا للتفريق بين الزوجين من الناحية القضائية.

فبمجرد أن تحدث الملاعنة بين الزوجين بالطريقة المنصوص عليها شرعا يفرق القاضي بينهما في الحال.

أما ما يتعلق بالميراث بينهما، فلا يثبت بسبب الملاعنة، لانقطاع العلاقة الزوجية بينهما بسبب اللعان.

(1) محمد أبو زهرة، أحكام التركات والموارث، المرجع السابق، ص 215.

ولم يتعرض النص السابق إلى المقصود من المنع ما إذا كان يتعلق الأمر بالزوجين بين بعضهما البعض في حالة التلاعن، بالتالي لا يثبت الميراث بينهما هذا من جهة ومن جهة أخرى لم يتحدث النص عن مصير المولود بعد التلاعن، لأن الزوج إذا نفى النسب لا يثبت، وبالتالي لا يرث المولود من الزوج الملاعن بسبب الملاعنة شريطة أن ينفي النسب، ولهذا لا بد من تعديل النص كي يشمل حالة من نفي الشرع والقانون نسبه⁽¹⁾.

وذهبت المحكمة العليا في هذا الشأن، بأنه إذا وقع اللعان سقط نسب الولد ويقع التحريم بين الزوجين⁽²⁾. وأنه يمكن نفي النسب عن طريق اللعان في أجل محدد لا يتجاوز ثمانية أيام من يوم العلم بالحمل⁽³⁾. وأن قضاة الموضوع بقضائهم بصحة الزواج العرفي مع رفض إلحاق نسب الولد بأبيهن رغم أن المطعون ضده لم يبادر بنفي الحمل من يوم عمله به، وخلال المدة المحددة شرعا متمسكا بالشهادة الطبية التي لا تعتبر دليلا قاطعا، ولأن الولد ولد بعد مرور أكثر من ستة أشهر على البناء، عرضوا قرارهم للتناقض مع أحكام المادة 41 من قانون الأسرة، وأخطئوا في تطبيق المادتين 41 و 42 قانون الأسرة فيما يخص إلحاق النسب، ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه⁽⁴⁾.

وعلى هذا، فإنه إذا حصل اللعان، فلا توارث بين الزوجين، ولا بين الحمل وبين الزوج الملاعن، لأن المقصود من اللعان هو نفي الولد، وأما بينه وبين الأم فالتوارث حاصل⁽⁵⁾.

والجدير بالذكر هنا، أن المادة 40 من قانون الأسرة المعدلة بالأمر 02/05 في فقرتها الثانية نصت على أنه يجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب ومن

(1) ابن شويخ الرشيد، الوصية والميراث، المرجع السابق، ص 88.

(2) المحكمة العليا، غ.أ.ش، 1990/07/16، ملف رقم 76343، المحلة القضائية، 1991، العدد 03، ص 77.

(3) المحكمة العليا، غ.أ.ش، 1997/10/28، ملف رقم 172379، الاجتهاد القضائي، تعرفه الأحوال الشخصية، عدد 2001، عدد خاص، ص 70.

(4) المحكمة العليا، غ.أ.ش، 1993/11/23، ملف رقم 99000، الاجتهاد القضائي تعرفه الأحوال الشخصية، 2000— عدد خاص، ص 64.

(5) بلحاج العربي، أحكام التركات والموارث، المرجع السابق، ص 115.

الوسائل العلمية في هذا الشأن "البصمة الوراثية"، للتحقق من الوالدية البيولوجية غير أنه باتفاق العلماء، لا يجوز شرعا الاعتماد على البصمة الوراثية في نفي النسب، ولا يجوز تقديمها على اللعان⁽¹⁾. أن الطريق الشرعي والقانوني لنفي النسب هو اللعان فقط شروطه المعتبرة وفقا للمادة 41 من قانون الأسرة.

وقد نصت المدونة المغربية في المادة 332 لا توارث بين مسلم وغير مسلم، ولا بين من نفى الشرع نسبة وولد اللعان كما هو معلوم لا يثبت نسبه بالنفي إلا بعد الملاعنة شرعا، فهو يدخل في هذه الحالة.

إنّ مدونة الأسرة لم تبرز بوضوح المسطرة التي ينبغي اتباعها للحكم باللعان، لكن بالرجوع إلى ما استقر عليه الفقه في هذا الصدد نلاحظ بأنه لا يصوغ للقاضي أن يحكم باللعان إلاّ في الحالات التالية:

أولاً: في حالة اللعان بسبب الزنا يجب أن تكون الزوجة في عصمة الزوج إمّا حقيقة أو حكماً.

ثانياً: أن لا يتصل الزوج بزوجه بعد ملاعنتها.

ثالثاً: أن لا يكون الولد غير اللاحق بالزوج كما لو أتت به الزوجة لأقل مدة الحمل وفي ستّة أشهر أو لأكثر من أقصى مدة الحمل وهو سنة بعد الفراق.

وجاء في قرار للمجلس الأعلى بتاريخ 1987/02/03 ما يلي: الوضع لأقل من ستة أشهر ينفي النسب بغير لعان ويفسخ النكاح لأنّ الولد في هذه الحالة غير للاحق أصلاً، وبالتالي لا يحتاج إلى نفي من طرف الزوج".

رابعاً: أن لا يعترف الزوج صراحة أو ضمناً بالنسب التي يلاعن بسببه⁽²⁾.

ونفي النسب بهذا الطريق من حق الأب دون غيره، ذلك أن الأصل في دعوى نفي النسب أنها لا تسمع إلاّ ممن نسب إليه الولد، وهي حق للأب المطلوب نفي النسب

(1) وهو ما ذهب إليه مجمع الفقه الإسلامي في دورته 17 المنعقدة بمكة المكرمة في شهر جوان 2002 في قراره السابع، بلحاج العربي، أحكام التركات والموارث، المرجع السابق، ص 115.

(2) عبد العزيز هديوي، المرجع السابق، ص 83.

عنه، كما ذهب إلى ذلك المجلس الأعلى في بعض قراراته، "لا تنتقل الدعوى به إلى ورثته من بعده إلا إذا أقامها في حياته"⁽¹⁾. كما جاء في قرار آخر "لا تقبل دعوى نفي النسب بطريق اللعان إلا بشرطين: أن يكون نفي الولد فور العلم به، وأن يقر الزوج بالولد"⁽²⁾.

فإذا حدث اللعان بين الزوجين الكيفية الشرعية، واستوفى الشرطين المذكورين انتهت به عصمة الزوجة انتهاءً أبدياً، ينقطع به سبب الإرث لكل واحد منهما في الآخر، ولا يبقى بينهما توارثن وكذلك ينتهي به النسب بين الزوج والولد الذي لا عن فيه فينقطع بذلك سبب القرابة من نوع الأبوة والبنوة بينهما، على أنه حسب المادة 159 من المدونة: "لا ينتفي نسب الولد عن الزوج أو حمل الزوجة منه إلا بحكم قضائي"، أما نسبة لأمه ثابت ولذلك فهو يعطي حكم ولد الزانية، ترثها بصفقتها أما وترث فروعها بصفقتها جده، وهو ترثها بصفقتها بنت لها، ولا ترث في أصولها ولا حواشيها لأنه بنت بنت أو بنت أخت، وترث في فروعها بصفقتها أختاً للأم"⁽³⁾.

أمّا مجلة الأحوال الشخصية التونسية لم تنصّ صراحة على اللعان كمانع من موانع الإرث، لكن بالرجوع إلى الفصل 75 من المجلة نفهم أنه يمكن للزوج نفي حمل زوجته⁽⁴⁾، وأنّ الفصل 76 منها نصّ صراحة على قطع النسب والفراق الأبدي بين الزوجين في حالة نفي النسب⁽⁵⁾، وإنّ انقطاع الولد من نسب أبيه يخرج من العصبة ويسقط حقه في الإرث⁽⁶⁾.

(1) المجلس الأعلى، 10/06/2009، تحت عدد 298، نشرة قرارات المجلس الأعلى المتخصصة، 2010، السلسلة 02، الجزء 04، ص 114.

(2) المجلس الأعلى، 07/05/2008، تحت عدد 246، مجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 71، ص 159.

(3) محمد المهدي، المرجع السابق، ص 95.

(4) نص الفصل 75 من مجلة الأحوال الشخصية على ما يلي: "إذا نفى الزوج حمل زوجته فلا ينتفي إلاّ بحكم الحاكم، ويقبل في هاته الصورة جميع وسائل الإثبات الشرعية.

(5) نص الفصل 76 منها على أنه: "إذا ثبت نفي الأبوة طبقاً لأحكام الفصل السابق، فإنّه يحكم بقطع النسب والفراق الأبدي بين الزوجين"

(6) نص الفصل 72 من نفس المجلة على أنه: "انقطاع الولد من نسب أبيه يخرج من العصبة ويسقط حقه في النفقة والإرث".

أما مجلة الأحوال الشخصية التونسية لم تنص صراحة على اللعان كمانع من موانع الإرث. لكن بالرجوع إلى الفصل 75 من المجلة نفهم أنه يمكن للزوج نفي حمل زوجته. ما يستنتج من هذه النصوص أنه في حالة نفي نسب الولد ولا يكون هذا إلا باللجوء لللعان فإن ولد اللعان وبالأحرى بنت اللعان لا ترث من أبيها وحقها في إرث أمها ثابت.

أما بالنسبة لميراث المتبناة، فالمعروف أن التبني ليس بالأمر الجديد أو المستحدث بل كان موجود منذ القدم، فقد كان الرجل من عرب الجاهلية إذا أعجب بغيام أو شاب تبناه وضمه إليه مع أبناءه الأصليين وألحق نسبه إليه دون أبيه المعروف، وكان مثل ابنه الصليبي في حرمة النسب وكافة الحقوق المعتبرة فإذا مات المتبني ورثه مع أبنائه الصليبيين وإذا انفرد حاز جميع المال.

وظلت هذه العادة سارية المفعول في صدر الإسلام فترة من الزمن حتى أبطلت بتزول قوله سبحانه وتعالى: ﴿ وَأُولُوا الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ فِي كِتَابِ اللَّهِ ﴾⁽¹⁾. وقوله تعالى: ﴿ وَمَا جَعَلَ أَدْعِيَاءَكُمْ أَبْنَاءَكُمْ ذَٰلِكُمْ قَوْلُكُمْ بِأَفْوَاهِكُمْ وَاللَّهُ يَقُولُ الْحَقَّ وَهُوَ يَهْدِي السَّبِيلَ ۗ ﴾⁽²⁾ أَدْعُوهُمْ لِأَبَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ فَإِنْ لَمْ تَعْلَمُوا آبَاءَهُمْ فَاِخْوَانُكُمْ فِي الدِّينِ وَمَوَالِيكُمْ ۗ وَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ فِيمَا أَخْطَأْتُمْ بِهِ وَلَكِنْ مَا تَعَمَّدَتْ قُلُوبُكُمْ ۗ وَكَانَ اللَّهُ غَفُورًا رَحِيمًا ۗ ﴾⁽²⁾.

فألغى بذلك الإرث بالتبني، ولم يعد المتبني بأحد شيئا من التركة لا بطريق الفرض ولا بالتعصيب، وإن كان تجوز له الوصية، بمقدار الثلث والسبب فر حرامه من الميراث، أنه كاللقيط، يربيه المتبني ويضمه إليه وهو ليس يولد له بنكاح شرعي صحيح، فيحرم عليه نسبة إليه ويعيش بين أهل المتبني أجنبيا تحرم الخلوة به في حال بلوغه.

(1) سورة الأحزاب، الآية 06.

(2) سورة الأحزاب، الآيتان 04، 05.

وأما تبني النبي صلى الله عليه وسلم لزيد بن حارثة، فلم يكن كتبني الجاهلية بل تبني عليه الصلاة والسلام حسن المعاملة له كمعاملة الأب لأبنائه عطفًا وحنانًا ورقة، وكذلك نفى الله عز وجل التبني مطلقًا، وأكد سبحانه أنه لا يعامل معاملة الولد الصليبي في كثير من الأحكام حيث أمره الله تعالى بالتزوج من زوجة زيد رضي الله عنه وكانت الجاهلية تحرم ذلك على اعتبار أن زوجة المتبني كزوجة الابن الصليبي".

ولقد حرم المشرع الجزائري التبني حيث نصت المادة 46 من قانون الأسرة". يمنع التبني شرعًا وقانونًا".

والسبب في أن الشريعة الإسلامية حرمت التبني هو لمنع اختلاط الأنساب وتداخل الحقوق، لأن نظام التبني يعني إعطاء كل الحقوق التي هي للابن الحقيقي من نسب وعلاقة حرمة ونفقة واجبة وميراث، وهذا أمر باطل لا تقره الشريعة الإسلامية، إلا أنها أقرت في حقه نظام الكفالة لرعايته وتربيته وتعليمه والقيام على شؤونه وحافظت على نسبه الحقيقي إن كان معلوم النسب، ويجوز للكافل أن يملكه شيئًا حال الحياة من باب الهبة أو يوصي له بجزء من ماله⁽¹⁾.

ولقد حرم المشرع الجزائري التبني حيث نصت المادة 46 من قانون الأسرة على أنه: "يمنع التبني شرعًا وقانونًا". وأجاز الكفالة في نص المادة 119 من قانون الأسرة على "أن الولد المكفول إما أن يكون معلوم النسب أو مجهول النسب".

كما نص في المادة 120 على أنه يجب أن يحتفظ الولد المكفول بنسبه الأصلي إن كان معلوم النسب وإن كان مجهول النسب تطبق عليه المادة 64 من قانون الحالة المدنية".

غير أن الملفت للانتباه هو صدور المرسوم التنفيذي رقم 92-24 المؤرخ في 13/01/1992 الذي يقضي بالسماح للشخص الكافل والذي يكفل ولدا مجهول النسب من الأب أن يتقدم بطلب تغيير اللقب باسم هذا الولد ولفائدته، وذلك لمطابقة لقب

(1) انظر، بن الشيخ الرشيد، الطرق الشرعية والقانونية لثبوت النسب ونفيه، مجلة العلوم القانونية والإدارية، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2005، رقم 03، ص 46.

الولد المكفول بلقب الوصي. وعندما تكون أم الولد القاصر ومعلومة وعلى قيد الحياة، فينبغي أن ترفق موافقتها المقدمة في شكل عقد شرعي الطلب، وهذا أمر لا يمكن قبوله من الناحية القانونية والشرعية، لأنه يتناقض مع النصوص في مخالفته لمسألة تدرج القوانين وهي مسألة دستورية، فلا يمكن لمرسوم تنفيذي أن يعدل أو يخالف القانون، وإن أي تعديل لابد أن يكون بقانون آخر مساوي له في الدرجة، وهو من هذه الزاوية خالف أحكام المادة 120 من قانون الأسرة التي تحيل الموضوع لقانون الحالة المدنية، وكذلك خالف المادة 64 قانون الحالة المدنية التي تحول ضابط الحالة المدنية إعطاء اسم ثلاثي لجهول النسب على أن يكون الاسم الأخير لقباً عائلياً له.

وبالتالي لا حاجة لنا مطلقاً لما جاء في المرسوم، إلا إذا كان يقصد إلحاق ولد الزنا بالرجل وهو لا يقره الشريعة الإسلامية ولا يقره قانون الأسرة⁽¹⁾. إن مدونة الأسرة هي الأخرى تعتبر التبني باطلاً ولا ينتج عنه أي أثر من آثار البنوة الشرعية.

أما المشرع التونسي يختلف كثيراً عن باقي التشريعات العربية سواء في مغربها أو في مشرقها، إذ أقرت تونس بالرغم من انتمائها للعالم العربي الإسلامي التبني الذي نص عليه القانون رقم 27 الصادر بتاريخ 04 مارس 1958 في مواده من 08 إلى 13 مطبقة مبدأ المساواة بين الطفل الشرعي وغير الشرعي، ورُتب القانون التونسي آثاراً هامة على التبني من بينها حمل المتبني اسم متبناه ومعاملته معاملة الاسم الشرعي، وإعطائه نفس الحقوق والواجبات الممنوحة للابن الصلي من بينها الحق في الميراث.

وما يمكن استخلاصه من خال أحكام التبني المنصوص عليها في القانون التونسي أن تونس أخذت بنظام التبني متبعة في ذلك خطى الدول الغربية التي تبيحه، وبذلك تكون قد خرجت عن الطريق المعهود في الدول العربية والإسلامية التي حرّمت التبني وأعطت

(1) بن شويخ الرشيد، الطرق الشرعية والقانونية لثبوت النسب ونفيه، المرجع السابق، ص 47.

بديله نظام الكفالة، لأنّ في التبني إخفاء لحقيقة النسب الأصلي واغتصاب لاسم الآخرين والتعدي على حقوق ومراكز الغير.

من المسائل الهامة التي صارت تفرض نفسها على المجتمعات العربية بسبب الظروف، وما قد يحدث بسبب الحروب والكوارث والزلازل والفيضانات، ما يعرف بقضايا المفقودين، وما تطرحه هذه القضايا من إشكالات قانونية في مجال الميراث⁽¹⁾. فما مصير المرأة المفقودة من الميراث؟

الفرع الرابع:

ميراث المفقودة.

المفقودة أو المفقود هو من غاب وانقطع خبره ووقع الشك في حالة فلا يعلم أحي هو أم ميت⁽²⁾، كمن أسر أو خرج لسياحة أو تجارة أو غيرها وقد اختلف الفقهاء في المادة التي يحكم بعدها بموت المفقود، ومنشأ ذلك الخلاف راجع إلى عدم ورود نص صريح صحيح.

فمنهم من قال: انه لا يحكم بموت المفقود إلا إذا ثبت موته بدليل صحيح فمنهم من قال: أنه لا يحكم بموت المفقود إلا إذا ثبت موته بدليل صحيح أو بينه واضحة، أو مضت مدة لا يبقى فيها أحد من أقرانه حيان واختلف الفقهاء في تقدير تلك المدة على أقوال: فالحنفية قدروها بمئة إلى مئة وعشرين سنة⁽³⁾. والمالكية قدروها بسبعين إلى ثمانين⁽⁴⁾، أما الشافعية فإلا ظهر في مذهبهم أن تقدير المدة مفوض إلى اجتهاد القاضي وللحنابلة⁽⁵⁾. في ذلك تفصيل: فقالوا أن المفقود ذكرا كان أو أنثى بشكل عام نوعان:

(1) ابن شويبخ الرشيد، الوصية والميراث، المرجع السابق، ص 175.

(2) ابن عابدين، المرجع السابق، ص 328.

(3) السرخسي، المرجع السابق، ص 54.

(4) أبي العباس سيدي أحمد بن الخياط، المرجع السابق، ص 130.

(5) ابن قدامة، المرجع السابق، ص 205.

1- من فقد في مهلكة: أي في حالة يغلب على الظن فيها هلاك كحرب أو معركة قتل فيها ناس كثيرون أو فقد في مفازة يهلك الناس عادة في مثلها فإن القاضي يحكم بموته بعد مضي أربع سنين من تاريخ فقده.

2- من فقد في غير مهلكة: كمن خرج لطلب العلم، أو أداء حج في حالة الأمن ولم يعلم خبره ففيه عندهم روايتان.

الأولى: أن أمر تقدير المدة التي يحكم بعدها بموته متروك إلى القاضي. والثاني أنه ينظر به إلى أن يبلغ تسعين سنة منذ ولادته، لأن الغالب أن لا يعيش أكثر من ذلك. والرأي الراجح أن تقدير المدة يترك إلى اجتهاد القاضي، وذلك بعد البحث والتحري عن المفقود ليختار المناسب لكل حالة من الحالات.

وقد سكتت قوانين الأسرة المغاربية عن تحديد مدة التعمير وتركت الحرية للقاضي في ذلك. وهو ما نصّت عليه المادة 113 من قانون الأسرة "...وفي الحالات التي تغلب فيها السلامة يفوض الأمر إلى القاضي في تقدير المدة المناسبة بعد مضي أربع سنوات". وهو ما نصّ عليه الفصل 327 من المدونة على أنه في جميع الأحوال الأخرى يفوض أمد المدة بحكم موت المفقود بعدها إلى القاضي وذلك كله بعد التحري والبحث عنه بما أمكن من الطرق لدى الهيئات المختصة بالبحث عن المفقودين".

وإذا كانت مدونة الأسرة قد سكتت عن تحديد مدة التعمير فإنّ قانون المسطرة المدنية في الفقرة الأخيرة من الفصل 266 المتعلقة بالغبية وكيفية البحث عن الغائبين حسم الخلاف حول أجل التعمير مرجحاً مدة ثمانين عاماً وذلك بقوله "يصدر الحكم التصريحي بالوفاة في سائر الأحوال إذا انصرم أكثر من ثمانين سنة على ازدياد الغائب".

وبهذا يكون المشرع المغربي قد أخذ بقول الشيخين أبو محمد بن زيد القيرواني، وأبو الحسن الفاسي⁽¹⁾. أمّا المشرع التونسي هو الآخر فوض أمر التحري إلى الحاكم،

(1) محمد رياض، المرجع السابق، ص 56.

وذلك باستعمال كل الطرق الموصلة إلى معرفة ما إن كان المفقود حيا أو ميتا، وهذا ما جاء في الفصل 82 من مجلة الأحوال الشخصية.

لكن متى تعتبر المفقودة مفقودة؟

إذا ثبتت وفاة المفقودة بالبينة والأدلة القاطعة، فإن الحكم بوفاتها يستند إلى التاريخ الذي حددته البينة.

أما إذا اعتمد الحكم على الاجتهاد وغلبه الظن، فهناك قولان:

الأول أن الحكم بوفاتها يرجع إلى تاريخ فقدانها، وتعتبر ميتة من ذلك التاريخ، فلا تراث ممن مات قبل الحكم، وتراث المفقودة ممن كان موجودا عند تاريخ فقدانها، وهو قول أبو حنيفة ومالك.

القول الثاني: أنها تعتبر ميتة من تاريخ الحكم بوفاتها، فيراث ما لها من كان موجودا من ورثتها عند الحكم بوفاتها، لا من مات قبل ذلك، وتراث المفقودة ممن مات قبل الحكم بوفاتها وهو قول الشافعي وأحمد أما بخصوص أحكام توريث المفقودة⁽¹⁾. فتحل المسألة التي فيها المفقود ذكر كان أو أنثى حلين الأول على فرض الحياة والثاني على فرض الممات ثم ينظر إلى أنصباة الورثة الذين يورثون مع المفقودة فمن كان يرث على كل حال ولا ينقص حظه يعطي نصيبه كاملا، ومن تتأثر نصيبه يأخذ بالآخر في حقه ويوقف نصيب المفقودة مع فروق الأنصباة إلى ظهور الجال.

فإذا ظهرت حية أخذت نصيبها المحجوز وكمل للباقيين أنصباهم⁽²⁾. وإن حكم القاضي بموتها من تاريخ معين بناء على دليل، فإن كان ذلك التاريخ متأخر عن موت مورثها، استحققت نصيبها المحجوز لها وليكون لورثتها الموجودين وقت الحكم بوفاتها. وإن كان تاريخ موتها سابقا على موت مورثها، أو جهل تاريخ موتها رد هذا النصيب المحجوز إلى ورثة مورث المفقودة.

(1) أبي العباس سيدي أحمد بن الخياط، المرجع السابق، ص 130 - 131.

(2) ابن قدامة، المرجع السابق، ص 210، ابن إسحاق ابن الفلح الحنبلي، المبدع في شرح المقنع، ط 02، ج 06، المكتب الإسلامي، دمشق، بيروت، دون سنة، ص 218.

أما إذا حكم القاضي بموتها باجتهاده بناء على القرائن، اعتبرت ميتة من حين فقدها عند أبي حنيفة ومالك، وعليه فلا يستحق شيئاً من نصيبها الذي حجز لها ولا يستحقه ورثتها، وإنما يرد إلى ورثة مورثيها. وقال الشافعي وأحمد تعتبر ميتة من تاريخ الحكم بوفاتها لا من تاريخ فقدها فيرث مالها من كان موجوداً من ورثتها عند الحكم بوفاتها.

وبالرجوع إلى قوانين الأسرة المغاربية نجد أن المشرع الجزائري عرف المفقود في نص المادة 109 من قانون الأسرة على أنه الشخص الغائب الذي لا يعرف مكانة ولا يعرف حياته أو موته ولا يعتبر مفقوداً إلا بحكم وأن المادة 113 من نفس القانون تلزم القاضي قانوناً بأن يحكم بوفاته، إلا بعد مضي أربع سنوات من تاريخ فقدهن وبعد البحث والتحري عنه بكل الوسائل الممكنة وفيما زاد على ذلك ترك المشرع أمر التقدير إلى القاضي يحكم بموته، بعد مضي أربع سنين، وبعد التحري عنه بجميع الطرق الممكنة التي توصل إلى بيان ما إذا كان حياً أو ميتاً، مع الأخذ بعين الاعتبار الوثائق الإدارية، وشهادة الشهود، وكذا القرائن التي يغلب عليها الهلاك المأخوذ من ظروف الدعوى⁽¹⁾.

وقد حكمت المحكمة العليا بأن الشخص الغائب يعتبر مفقوداً بعد صدور حكم قضائي يشهد بذلك، ومن ثم يمكن إصدار حكم ثان يقضي بموته بعد انقضاء أجال البحث عليه⁽²⁾.

أما فيما يخص ميراث المفقودة فلقد نص قانون الأسرة على حكمين في باب الميراث⁽³⁾.

الحكم الأول: باعتبار مورثاً لغيرها في المادة 115 حيث جاء فيها لا يورث المفقود ولا تقسم أمواله إلا بعد صدور الحكم بموته، وفي حالة رجوعه أو ظهوره حياً يسترجع ما بقي علينا من أمواله أو قيمة ما بيع منها).

(1) بلحاج العربي، أحكام التركات والموارث، المرجع السابق، ص 347.

(2) المحكمة العليا، غ.أ.ش، 1995/05/02، ملف رقم 118621، مجلة قضائية، 1995، عدد 2، ص 101.

(3) بن شويخ الرشيد، الوصية والميراث، المرجع السابق، ص 178.

الحكم الثاني: وهو الذي يهمننا باعتبارها وارثة من غيرها والوارد في المادة 193 حيث جاء فيها إذا كان الوارث مفقودا ولم يحكم بموته يعتبر حيا وفقا لأحكام المادة 113). وبهذا يكون المشرع الجزائري قد أخذ برأي الجمهور حيث تراث المفقودة من غيرها ويعتبر حيا ويفرز لها نصيبها على هذا الأساس حتى يتبين خلاف ذلك، فحياة المفقودة هي الأصل الثابت، فترث من غيرها، فيوقف المفقود من تركة مورثها نصيبها فيها، فإن ظهرت حية، أخذته، وإن حكم بموتها رد نصيبها إلى من يستحقه من الورثة وقت موت مورثها، فإن ظهرت حية بعد الحكم بوفاتها أخذت ما بقي من نصيبها في أيدي الورثة⁽¹⁾.

والملاحظ على المشرع الجزائري أنه كان من الأحسن إدراج المادتين 111 و 115 من قانون الأسرة المتعلقة بميراث المفقود ضمن الفصل الأول من الكتاب الثالث والخاص بالأحكام العامة للميراث، ولكن رغم تعديلات الأمر 02/05 المؤرخ في 27 فبراير 2005 فإن المسألة مازالت على حالها، كما أنه وتحقيقا لسياسة المشرع في هذا الخصوص والمهادفة إلى انسجام النصوص وتكاملها، فكان على المشرع إضافة فقرة ثانية للمادة 115 تكون صياغتها كالتالي: "يوقف للمفقود من تركة مورثه نصيبه فيها، فإن ظهر حيا أخذه، وإن حكم بموته رد نصيبه إلى من يستحقه من الورثة وقت موت مورثه، أما إذا ظهر حيا بعد الحكم بموته أخذ ما بقي من نصيبه في أيدي الورثة"⁽²⁾.

وكذلك بخصوص الوفاة الحكيمة التي لا يتقرر إلا بعد مرور أربع سنوات من تاريخ فقدان إذا كانت ظروف فقدان ترجح الوفاة. فهذه المدة في الوقت الحاضر طويلة جدا، وخصوصا إذا أخذنا بعين الاعتبار الظروف التي مرت بها الجزائر في السنوات الأخيرة وما حدث خلال فيضان باب الواد بالعاصمة في سنة 2001، حيث هناك بعض المفقودين لم يظهر عليهم أي أثر حتى الآن⁽³⁾. ولهذا يجب تخفيض المدة التي

(1) بلحاج العربي، أحكام التركات والميراث، المرجع السابق، ص 349.

(2) بلحاج العربي، أحكام التركات والميراث، المرجع السابق، ص 349.

(3) بن شويخ الرشيد، الوصية والميراث، المرجع السابق، ص 176.

يحكم بما القاضي بوفاة المفقود في الحالات الاستثنائية التي يغلب فيها الهلاك إلى سنة أو سنتين كحد أقصى.

أما بالنسبة للمشرع المغربي، فهو الآخر يعتبر المفقود حيا إلى أن يحكم القضاء بموته وفي هذا الصدد تنص المادة 325 من مدونة الأسرة على ما يلي "الميت حكما من انقطع خيره وصدر حكم باعتباره ميتا ...". ويستند القاضي في حكمه على أحكام المادة 327 من هذه المدونة التي تنص على ما يلي: "يحكم بموت المفقود في حالة استثنائية يغلب عليها الهلاك بعد مضي سنة من تاريخ اليأس في الوقوف على خبر حياته، أو مماته. وفي جميع الأحوال الأخرى، فيفوض أمد المدة التي يحكم بموت المفقود بعدها إلى المحكمة، وذلك كله بعد التحري والبحث عنه بما أمكن من الوسائل بواسطة الجهات المختصة بالبحث عن المفقودين".

فالمفقود يعتبر حيا، ما لم يحكم القضاء بموته، حيث يعتبر في حكم المتوفي⁽¹⁾، وتنجم عن الفقد نفس الآثار المترتبة عن الموت من إرث ...

يعتبر المفقود مستصحب الحياة بالنسبة لأمواله، أي يعتبر حيا استنادا إلى دليل الاستصحاب، أي استصحاب الحالة التي كان عليها الشخص قبل فقده، ولهذا فإن أمواله لا تقسم بين ورثته بسبب الشك في موته، ولا ميراث مع الشك، وعليه يبقى ماله موقوف إلى أن يحكم القاضي بموته، وهو ما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة 326 الذي جاء فيها: المفقود مستصحب الحياة بالنسبة لماله، فلا يورث ولا يقسم بين ورثته

(1) ذهبت المحكمة الابتدائية بالدار البيضاء إلى الحكم بتمويت بحار انقطعت أخباره ورجحت وفاته وجاء بهذا الحكم ما يلي: "وحيث سبق أن نصب قيم بحق المدى عليه بدون جدوى وحيث أدلت المدعية تدعيما لدعواها بنسخة موجزة من رسم ولادة المدعى عليه وشهادة من مندوب الصيد البحري بالبيضاء مؤرخة في 2001/11/21 تحت عدد 325/7 والذي يشهد فيها مندوب الصيد البحري بأن البحار (م.س) المسجل تحت رقم (...)، قد فقد إثر غرق مركب الصيد البحري المسمى "صفاء" رقم () وذلك ليلة 10/9 نوفمبر 2001 عرض شواطئ الدار البيضاء كما أدت برسالة تعزية من السيد وزير الصيد البحري إلى عائلة (م.س) لفقدان هذا الأخير إثر غرق سفينة الصيد صفاء وحيث يحكم بموت المفقود في حالة استثنائية يغلب فيها الهلاك بعد مضي سنة من تاريخ اليأس من الوقوف على خبر حياته أو مماته (الفصل 327 من المدونة الأسرة)، وحيث أن المدعى عليه فقد غرقا وقد مر على هذه الواقعة ما يزيد عن السنتين ولم يتحقق فيها موته ولا حياته، مما تكون معه مقتضيات الفصل المذكور متوفرة في النازلة والتالي يكون الطلب مؤسسا ويتعين بالتالي التصريح بتمويت (م.س)، المحكمة الابتدائية بالدار البيضاء، حكم عدد 151 بتاريخ فاتح مارس 2004، مقتبس عن محمد الأزهر، المرجع السابق، ص 228.

إلا بعد الحكم بتمويلته... " لكن الذي يهمنا في دراستنا هو الحالة التي تشارك فيها المرأة المفقودة الورثة الموجودين في الميراث، ففي هذه الحالة يقدر مرة كية ومرة ميتة، ويوقف الفرق بين ما ينوب الورثة على تقدير موتها وبين ما ينوبهم على تقدير حياتها، وذلك إلى أن يبت في أمرها وفي هذا تنص المدونة في الفقرة الثانية من المادة 326 "المفقود... محتمل الحياة في حق نفسه، وكذلك في حق غيره، فيوقف الحظ المشكوك فيه إلى أن يبت في أمره".

فإذا ظهرت أنها كانت حية بعد تاريخ وفاة مورثها استحققت حصتها كاملة أي ذلك الحظ الموقوف، وإذا تبين أنها كانت ميتة قبل وفاة مورثها فإنها لا تستحق شيئاً ويوزع الحظ الذي كان موقوفاً على الورثة الذين يستحقونه⁽¹⁾.

وقد عاجلت مجلة الأحوال الشخصية التونسية أحكام المفقود من الفصل 81 إلى غاية الفصل 84 حيث اعتبرت الشخص مفقوداً من انقطع خبره ولا يمكن الكشف عنه حياً، وهو ما جاء في الفصل 81 من المجلة، أما بخصوص المدة التي يحكم بها يموت المفقود فقد عاجلها الفصل 82 الذي جاء محتواه كالتالي: "إذا فقد الشخص في وقت الحرب أو في حالات استثنائية يغلب فيها الموت فإن الحاكم يضرب أجلاً لا يتجاوز العاملين للبحث عنه ثم يحكم بفقده وإذا فقد الشخص في غير تلك الحالات فيفوض أمر المدة التي يحكم بموت المفقود بعدها إلى الحاكم بعد التحري بكل الطرق الموصلة على معرفة إذا كان المفقود أو ميتاً".

أما بخصوص توريث المفقود أو المفقودة فقد عاجلته أحكام الفصل 151 "يوقف للمفقود من تركته مورثه نصيبه فيها فإن ظهر حياً أخذه وإن حكم بموته رد نصيبه إلى من يستحقه من الورثة وقت موت مورثه فإن ظهر بعد الحكم بموته أخذ ما بقي من نصيبه بأيدي الورثة".

(1) محمد المهدي، المرجع السابق، ص 192.

ما يلاحظ في الأخير أن قوانين الأسرة المغاربية قد أخذت برأي الجمهور في توريث المفقودة إلا أنها اختلفت في المدة التي يحكم بها بموت المفقودة بين السنة والسنتين وأربع سنوات، ولهذا تكرر ويقول أن على المشرع الجزائري إعادة النظر في أمد المدة التي يحكم بها بموت المفقود، وذلك بتخفيضها إلى السنة أو السنتين كما فعل المشرع المغربي والمشرع التونسي.

بعدها رأينا بعض الحالات الخاصة وبين ميراث المرأة منها فنه يتردد كثيرا قول بعضهم أن الإسلام ظلم المرأة، حيث جعل نصيبها في الميراث نصف نصيب الرجل، فهل حقا اعتبرها دون فورقها نصيبا أقل مما يرث الرجل، ما هو نطاق تطبيق قاعدة للذكر مثل حظ الأنثيين التي عدها البعض حيفا في حق المرأة؟

المطلب الثاني:

شبهة تفضيل الذكر على الأنثى في الميراث.

الميراث قرره الله تعالى في كتابه الحكيم وجعله فريضة محكمة لا يلحقها تبديل ولا تغيير ووصى به المسلمين، قال تعالى: ﴿يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثِيَيْنِ﴾ (1). كما بين الله تعالى أن أحكام الإرث ومقاديره من حدوده حدها لعباده، ولا يرضى اعتداء عليها، أو تغيير لها، فقال تعالى: ﴿تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ وَمَنْ يُطِيعِ اللَّهَ وَرَسُولَهُ يُدْخِلْهُ جَنَّاتٍ تَجْرِي مِنْ تَحْتِهَا الْأَنْهَارُ خَالِدِينَ فِيهَا ذَلِكَ الْفَوْزُ الْعَظِيمُ﴾ (2) وَمَنْ يَعَصِ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَيَتَعَدَّ حُدُودَهُ يُدْخِلْهُ نَارًا خَالِدًا فِيهَا وَلَهُ عَذَابٌ مُهِينٌ (3). ومن هنا تولى الله تعالى تبين توزيع الإرث وتعيين نصيبه للمستحقين مخافة من الزيغ والضلال وعدم العدل فيها، فائلا في كتابه الكريم: ﴿يُبَيِّنُ

(1) سورة النساء، الآية 11.

(2) سورة النساء، الآيتان 13، 14.

اللَّهُ لَكُمْ أَنْ تَضِلُّوا ۗ وَاللَّهُ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمٌ ﴿١٧٦﴾⁽¹⁾. فبلغ هذا العلم من الدقة المتناهية ما عجزت عنه كل العقول الراغبة في التعليق عليه.

إلا أننا في العصور الحديثة بدأنا نسمع موجات من الترددات الكلامية المبنية على مفاهيم لم ترق بعد إلى السطحية فكيف بما هو علمي ومعقد، تقف موقف المحاسبة لأحكام الله تعالى في أنصبة الإرث تحت شعار المساواة قائلة أن تتساوى أنصبة الرجل مع المرأة دون الوقوف على أن يكون للذكر مثل حظ الأنثيين كما أمر الله تعالى جاهلة بأبسط أحكام هذا العلم⁽²⁾. وأن الفروق في أنصبة الموارث هي أساس قضية الموارث في الفقه الإسلامي، ولا تختلف الأنصبة في الموارث طبقاً لنوع الجنس، وإنما تختلف الأنصبة طبقاً لمعايير (الفرع الأول) كما أن دراسة حالات ميراث المرأة تؤكد لنا أن التفضيل لا يعد قاعدة مطردة، فنجد أن هناك حالات ترث فيها المرأة نصف نصيب الرجل، ومنها ترث مساوية لإرث الرجل، ومنها ترث أكثر منه، ومنها ترث ولا يرث، فهذا كله يدل على أن قاعدة للذكر مثل حظ الأنثيين قاعدة استثنائية (الفرع الثاني)، كما أن تفضيل الذكر على الأنثى في الميراث من ورائه حكمة (الفرع الثالث).

الفرع الأول:

معايير اختلاف الأنصبة.

إن الفروق في أنصبة الموارث هي أساس قضية الموارث في الفقه الإسلامي ولا تختلف الأنصبة في الموارث طبقاً لنوع الجنس وإنما تختلف الأنصبة طبقاً لثلاثة معايير. أولاً: درجة القرابة بين الوارث والمورث ذكر كان أو أنثى، فكلما اقتربت الصلة زاد النصيب في الميراث، وكلما ابتعدت الصلة قل النصيب في الميراث دون اعتبار لجنس الوارثين، فالبنت الواحدة ترث نصف تركة أمها (وهي أنثى) بينما يرث أبوها ربع التركة وهو ذكر وذلك لأن الإبنة أقرب من الزوج فزاد الميراث لهذا السبب⁽³⁾.

(1) سورة النساء، الآية 176.

(2) عبد الله أبو عوض، المرجع السابق، ص 170 - 171.

(3) أنظر، علي جمعة، البيان لما يشغل الأذهان، المقدم للنشر والتوزيع، القاهرة، مصر، 2005، ص 37.

فلو كان التفاوت في الحصص مبنيًا على أساس الذكورة والأنوثة، لكان المفروض إن تتساوى حصص النساء في الحالات جميعها، فلو توفي شخص عن أم وزوجة، فالأم يأخذ الثلث والزوجة يأخذ الربع.

نلاحظ أن نصيب الأم في المسألة الأولى يزيد على نصيب الزوجة، فقدم الله سبحانه وتعالى حق الأم على المتوفي في تربيته وتنشئته على حق الزوجة في المصاحبة الطبيعية لزوجها وجهدها في خدمته ومشاركتها في تكوين ثروته... أما توفي شخص عن بنت وأم، وزوجة فللبنت النصف وللأم السدس وللزوجة الثمن، فجعل الله سبحانه وتعالى نصيب البنت في المسألة الثانية يزيد عن نصيب الأم والزوجة وفي العلة في هذا التفضيل أن حاجة البنت للمال تفوق حاجة الأم والزوجة، إذ أن البنت مقبلة على الحياة، فتحتاج المال لمعيشتها وسكنها ودراستها، عند عدم العائل لها، أما الأم والزوجة فهما أقل حاجة للمال أما لكبرهما أو جمعهما للمال فيما مضى من عمرهما.

كما أن الله سبحانه وتعالى راعى مشاعر المتوفي إذ أن الشخص يكون أكثر حنواً وعطفًا على ابنته من أمه وزوجته، دون غمط حق الأم والزوجة⁽¹⁾. وجعل الله سبحانه وتعالى نصيب الشقيقة يزيد على نصيب الأخت للأم، والعلة في هذا التفضيل قوة قرابة الأولى للمتوفي على الثانية، فهذا التفاوت في حصص النساء دليل على أن الذكورة أو الأنوثة لا تعد على للتفاضل.

ثانياً: موقع الجيل الوارث. فالأجيال التي تستقبل الحياة، وتستعد لتحمل أعبائها عادة يكون نصيبها في الميراث أكبر من نصيب الأجيال التي تستدبر الحياة وتتخفف من أعبائها، بل تصبح عادة أعباؤها مفروضة على غيرها، وذلك بصرف النظر عن الذكورة والأنوثة للوارثين والوارثات، فبنت المتوفي ترث أكثر من أمه وكلتاها أنثى، وترث بنت المتوفي أكثر من أبيه كذلك في حالة وجود أخ لها⁽²⁾.

(1) قيس عبد الوهاب الحيايلى، المرجع السابق، ص 277.

(2) علي جمعة، المرجع السابق، ص 37.

ثالثاً: العبء المالي. الذي يوجب الشرع الإسلامي على الوارث تحمله، والقيام به حيال الآخرين، وهذا هو المعيار الوحيد الذي يثمر تفاوتاً بين إناصافها، فالذكر الوارث مكلف بإعالة زوجته وأولاده، بينما أخته تكون إعالتها مع أولادها على الذكر المقترن بها. وبهذا يظهر أن الإسلام لم ينظر إلى المرأة في حكم الميراث من حيث جنسها كامرأة، بل نظر إليها من حيث وضعها الاجتماعي ومن حيث الأعباء الاقتصادي والتبعات الملقاة عليها وعلى الرجل⁽¹⁾.

الفرع الثاني:

التفضيل لا يعد قاعدة مطردة.

إن تفضيل الذكر على الأنثى في الميراث لا يعد قاعدة مطردة في الشريعة الإسلامية إذ أن هناك حالات تترث فيها المرأة نصف حصة الرجل، وحالات تترث فيها حصة أكثر من الرجل، وحالات تترث فيها ولا يرث الرجل، وحالات تترث مساوية لحصة الرجل⁽²⁾.

أولاً: الحالات التي تترث فيها المرأة نصف الرجل.

تأخذ الأنثى نصف ما يأخذ الذكر في أربع مسائل هي:

1- إذا كان أولاد الميت من صلبه ذكورا أو إناثا، تأخذ الأنثى نصف الذكر قال الله تعالى: ﴿يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثِيَّيْنَ﴾⁽³⁾، ويكون ذلك في كل الدرجات مهما نزلت وهم الأبناء مع البنات وبنات الابن، ابن الابن وهكذا بشرط أن لا تكون قرابة الفرد منهم يأتي مثل ابن البنت وبنات البنت فالإدلاء بالأنثى لا يرث.

(1) أنظر، عبد الله عبد المنعم العسيلي، الفروق الفقهية بين الرجل والمرأة في الأحوال الشخصية، ط01، دار النفائس، الأردن، 2011، ص

351 - 352.

(2) قيس عبد الوهاب الحيايلى، المرجع السابق، ص 262.

(3) سورة النساء، الآية 11.

2- انفراد الأبوين بالتركة إذا لم يكن للميت ولد أو إخوان فأكثر، فتأخذ الأم ثلث تركة ابنها، ولم يذكر نصيب الأب فاقضى ظاهر اللفظ أن للأب الثلثين، إذ ليس هناك مستحق غيره⁽¹⁾، وقد أثبت القرآن هذا في قوله تعالى: ﴿وَوَرِثَهُ أَبَوَاهُ﴾⁽²⁾ فكان الأب مستحقاً للثلثين، قال تعالى: ﴿فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ وَلَدٌ وَوَرِثَهُ أَبَوَاهُ فَلِأُمِّهِ الثُّلُثُ﴾.

3- اجتماع الأخت الشقيقة مع الأخ الشقيق أو الأخت للأب مع الأخ للأب وذلك مصداقاً لقوله تعالى: "وإن كانوا إخوة رجالاً ونساءً فللذكر مثل حظ الأنثيين".

4- الرجل له نصف تركة زوجته إذا لم يكن لها ولد، وإذا كان لها ولد فله ربع تركتها وللزوجة الربع إذا لم يكن له ولد، أما إذا كان له ولد فنصيبها من الميراث هو الثمن، ودلالة ذلك قوله تعالى: ﴿ولكم نصف ما ترك أزواجكم إن لم يكن لهن ولد فإن كان لهن ولد فلكم الربع مما تركن من بعد وصية يوصين بها أو دين ولهن الربع مما تركتم إن لم يكن لكم ولد فإن كان لكم ولد فلهن الثمن مما تركتم﴾.

ونوه أن قاعدة للذكر مثل حظ الأنثيين قد يكون لها الفضل في توريث المرأة فهناك ثلاث صور تكون فيها المرأة محجوبة حرماناً عن الميراث إلا أن يوجد معها رجل يعصبها فترث بوجوده وتسقط من دونه وهي على التوالي:

الصورة الأولى: تكون بنت الابن محجوبة عن الميراث إذا كان معها بنتان من الصلب وذلك لأن البنيتين يرثان وسقطت من الميراث إلا أن يكون معها ابن ابن (أخوها أو ابن عمها) مساو لها في الدرجة فبعضها ويصيرها وارثة فترث مع الباقي للذكر مثل حظ الأنثيين.

الصورة الثانية: القاعدة في الميراث أنه إن وجد بنت ابن وابن ابن أسفل منها (أي ابن ابن وإن سفل) فإن ابن الابن الأسفل درجة لا يعصب بنت الابن وإنما ترث الأخيرة فرضها (النصف إن كانت واحدة والثلثان إن تعددت) ويرث ابن الابن الأسفل درجة الباقي

(1) عبد الله عبد المنعم العسيلي، المرجع السابق، ص 343.

(2) - سورة النساء، الآية 11.

عنها غير أنه إن كانت بنت الابن مع اثنين من بنات الصلب فإنها تحجب ويسقط ميراثها فتحتاج إلى عصبوبة ابن الابن الأسفل منها درجة لتصير معه وارثة بالتعصيب بالغير للذكر مثل حظ الأنثيين.

الصورة الثالثة: الأخت للأب إن وجدت معها شقيقتان ورثتا الثلثان وحجبتها عن الميراث إلا أن يكون معها أخ لأب فيعصبها ويصيرها وارثة معه للذكر مثل حظ الأنثيين.

في هذه الصورة الثلاث تكون المرأة في حاجة إلى رجل يصيرها عصبوبة لترث وإلا فإنها تحرم من الميراث ولا يمكن الحديث هنا عن ظلم للمرأة أو عن تمييز بين الجنسين عند تطبيق قاعدة للذكر مثل حظ الأنثيين ذلك أن الذكر هو الذي يصير الأنثى وارثة وإن تمييزه بضعف مما ترثه المرأة لا يعد تمييزاً ضد المرأة وإنما مردده أحقية الرجل في أن يكون نصيبه أوفر من نصيب المرأة في هذه الصورة الثلاث، الأمر الذي يؤكد عدالة قاعدة للذكر مثل حظ الأنثيين، فلو لم تكن المرأة لحاز كامل الباقي ولو لم يكن الرجل لحرمت من الميراث وليس في تطبيق القاعدة انتقاص من المرأة كمرأة⁽¹⁾.

ثانياً: حالات ترث المرأة مثل الرجل.

1- قال تعالى: ﴿وإن كان رجل يورث كلالة أو امرأة وله أخ أو أخت فلكل واحد منهما السدس فإن كانوا أكثر من ذلك فهم شركاء في الثلث﴾.

هذه الآية في الإخوة للأم، فالأخ للأم له السدس، والأخت للأم لها السدس، فإن كانوا جماعة فلهم الثلث بالتساوي ولا يفضل الذكر على الأنثى، لأن أصل توريثهم هنا، الرحم فالصلة التي تجمعهم ترجع إلى عاطفة التراحم التي منشؤها الأمومة وحدها، وهم ليسوا عصبوبة لمورثهم حتى يكون الرجل امتداد له من دون المرأة فليست هناك مسؤوليات ولا أعباء تقع على كاهله بهذا الاعتبار⁽²⁾.

(1) أنظر، سناء الحداد، حواطر حول ميراث المرأة وقاعدة للذكر مثل حظ الأنثيين، مجلة المحاماة، منشورات مجمع الأطرش للكتاب المختص،

2012، عدد ممتاز، ص 81 - 82.

(2) أنظر، ابن حزم، المرجع السابق، ص 285.

- 2- قال تعالى: ﴿وَلِأَبْوَيْهِ لِكُلِّ وَاَحِدٍ مِّنْهُمَا السُّدُسُ مِمَّا تَرَكَ إِنْ كَانَ لَهُ وُلْدٌ﴾⁽¹⁾. فإذا كان للمتوفي ولد، تأخذ الأم مثلما يأخذ الأب بالتساوي، فكل منهما يأخذ سدس التركة.
- 3- قال تعالى: ﴿فَإِنْ كُنْ نِسَاءً فَوْقَ اثْنَيْنِ فَلَهُنَّ ثُلُثَا مَا تَرَكَ﴾، فإن مات الزوج وترك بنتين وأباً، تأخذ البنتان كل واحدة الثلث، ويأخذ الأب الثلث فرضاً وتعصيماً.
- 4- إن ترك المتوفي بنتين وجدان فلكل واحد الثلث، والجد له الثلث فرضاً وتعصيماً.
- 5- إن ترك بنتين وأخاً شقيقاً، فللبنتين لكل واحدة الثلث، ولأخ ثلث الباقي ويقاس على هذه الحالة الكثير من الحالات.
- 6- المسألة المشتركة: أن تترك المرأة المتوفاة زوجاً وأماً وأخوة للأم وأخاً شقيقاً فأكثر، فللزوج النصف وللأم السدس، وللإخوة للأم الثلث، ولا يبقى شيء للأخوة الأشقاء، فشاركهم عمر بن الخطاب رضي الله عنه في الثلث بين الإخوة للأم والأخوة الأشقاء بالتساوي للذكر مثل حظ الأنثيين، ولذلك سميت بالمسألة المشتركة⁽²⁾.

ثالثاً: حالات تأخذ المرأة أكثر من الرجل.

- 1- لو مات رجل وترك بنتاً وبنت ابن وابن ابن ابن، فللبنت النصف ولبنت الابن السدس، ولابن ابن الابن، الباقي وهو الثلث بينهما، فأخذت البنت مثل نصيب الذكركين.
- 2- إن ترك المتوفي بنتين وبنت ابن وابن ابن، للبنت النصف، والباقي للابن لابن الابن وبنت الابن للذكر مثل حظ الأنثيين، فأخذ ابن الابن أقل من البنت.
- 3- لو تركت امرأة زوجاً وأختاً شقيقة، وأخ لأب، فللزوج النصف وللأخت الشقيقة النصف والباقي للأخ لأب ولا باقي.

(1) - سورة النساء، الآية 11.

(2) أنظر، عبد الله عبد المنعم العسيلي، المرجع السابق، ص 344 - 345.

4- ماتت امرأة وتركت زوجا وابنتين وأما، فلبنتين الثلثان، وللأم السدس وللزوج الربع، فنصيب كل بنت أكثر من نصيب الزوج⁽¹⁾.

وهذه الحالات على سبيل المثال فقط لأنه تقاس عليها الكثير من الحالات التي تأخذ الأنثى أكثر من الذكر.

رابعا: حالات تراث المرأة ولا يرث الرجل.

هناك حالات تأخذ فيها الأنثى من الميراث، بينما لا يأخذ الذكر منها:

- لو مات رجل وترك أختين شقيقتين وإخوة لأبن أختين للأم، يكون للشقيقتين الثلثان، وللأخوات للأم الثلث، ولا شيء للإخوة للأب الذكور.

- توفيت امرأة وتركت بنتين وزوجا وأما وثلاثة إخوة فيكون للبتين الثلثان وللزوج الربع وللأم السدس، ولا يبقى شيء للإخوة⁽²⁾.

- لو مات شخص وترك أبا أم وأم أم في هذه الحالة تراث أم الأم التركة كلها، حيث تأخذ السدس فرضا والباقي ردان وأبو الأم لا شيء له، لأنه جد غير وارث⁽³⁾.

وأمثال هذه الحالة أيضا كثير ولكن اكتفى بهذه الأمثلة.

فالمرأة تأخذ نصف الذكر في أربع حالات محصورة، وتأخذ مثل الذكر وأكثر منه في حالات كثيرة، وتأخذ هي ويأخذ الذكر في حالات كثيرة، وتأخذ هي ويأخذ الذكر في حالات يصعب حصرها فهل هؤلاء الذي يحتاجون على الإسلام أنصفوا المرأة؟ أم الإسلام هو الذي أنصفها؟ وهل الإسلام ظلم امرأة؟ أم هم الذين ظلموها وظلموا أنفسهم؟

وفي قوله تعالى: "للذكر مثل حظ الأنثيين" حكمة الله تعالى.

(1) أنظر، علي جمعة، المرجع السابق، ص 41، 42، قيس عبد الوهاب الخيالي، المرجع السابق، ص 269 - 270.

(2) عبد الله المنعم العسيلي، المرجع السابق، ص 346.

(3) علي جمعة، المرجع السابق، ص

الفرع الثالث:

الحكمة من تفضيل الذكر على الأنثى.

هناك شبهة تثار بأن الإسلام ظلم المرأة لأنه أعطى الأنثى من الميراث نصف ما أعطى الذكر، لكن هذا كلام من لا علم له بالإسلام.

وقد أثارت النساء التونسيات ضجةً حول قاعدة للذكر مثل حظ الأنثيين، وطالبت بتعديل هذه القاعدة، حيث اعتبرت "جمعية النساء الديمقراطيات التونسيات" أن المجتمع التونسي بلغ درجة من النضج تسمح له بالمطالبة بالمساواة بين الرجل والمرأة بحكم أن المرأة في تونس هي شريك فاعل ومباشر في مداخل الأسرة وفي كل المسؤوليات الأخرى ما يسمح بالمطالبة بإعادة النظر في قانون الإرث تماما كما حصل في قضية الزواج وتعدد الزوجات.

فقد أقدمت "جمعية النساء الديمقراطيات التونسيات" مع جمعيات أخرى "كجمعية النساء التونسيات من أجل البحث والتنمية" و"الرابطة التونسية للدفاع عن حقوق الإنسان" إلى جانب المجتمع المدني بالمطالبة برفع بعض القوانين التي لا تزال تمنع المرأة التونسية من التحرر الكامل كقانون الميراث⁽¹⁾.

وتقول المحامية والحقوقية سعيدة بن القراش، عضوة في جمعية النساء الديمقراطيات "المساواة في الإرث مطلب ملح في الوقت الراهن، حيث لا يمكن إنكار المساهمة الاقتصادية للنساء في تنمية الثروات العائلية سواء العمل الخالص الأجر أو بإدارة أو تدبير الشأن الاقتصادي العائلي"، وتضيف الأستاذة القراش "هل يعقل قبول فكرة اللامساواة في الإرث والحال أنه أحيان كثيرة تكون النساء هي مصدر للثروة". وتتساءل أيضا هل يعقل الإبقاء على قاعدة اللامساواة في الإرث أمام حالات كثيرة حيث تتركس الزوجة عمرها من أجل التوفير لاقتناء منزل وتتكبد عبء القروض البنكية وغيرها لتجد نفسها آخر عمرها في الشارع بسبب إعمال قواعد الإرث؟ هل هذا عدل؟.

⁽¹⁾ www.france24.com/ar/20110811-tunisia-women-ask-for-equality.inheritance

من جهتها ترى الباحثة الاجتماعية رجاء بن سلامة "أن الإرادة السياسية لتعديل قانون الإرث منعدمة"، لافتة إلى أنه "بالإمكان مساواة المرأة بالرجل في الإرث دون الدخول في تناقض مع الشريعة الإسلامية، مثل ما كان عليه الأمر عندما تم حظر تعدد الزوجات.

وفي إجابتها على سبب تكتم السلطة وغياب إرادتها في تشريع المساواة في الإرث بين المرأة والرجل، قالت الدكتورة رجاء بن سلامة أن "تونس تواجه ضغوطات من بلدان عربية إسلامية مجاورة ما زالت تستنكر ما حققته المرأة في تونس من تحرر "وأنه في حال اتخاذ خطوة مماثلة قد يؤدي ذلك إلى إغضابها"⁽¹⁾.

وتظهر الحكمة من كون المرأة تأخذ نصف ما يأخذه الرجل في الميراث فيما يلي:
 - أن حكمة الله تعالى اقتضت مراعاة الجانب الاقتصادي، وهي الأعباء التي يتحملها الرجل، لكونه مسؤولاً وملتزماً بالاتفاق على الأسرة والأقارب، في حين أن المرأة غير ملتزمة شيء ولا تجب عليها نفقة زوج ولا أولاد ولا أحد من ذوي الأرحام، لأنها مكفية، أما في الزوج أو الأبناء أو الأعمام أو في الإخوة وقد راعى الإسلام في المرأة أن تفقد عائلها والمنفق عليها، أبا أو زوجا أو عما، ولا سلاح لها في الحياة إلا أنوثتها، فحماها وأعطاهما نصيبها في الميراث، مما تحتاج إليه في أحوال الحاجة، ويمكن أن يكفيها خاصة وهي غير مسؤولة إلا عن نفسها، حتى إذا ما جاءها عائل وفرت ميراثها، بل أكثر من ذلك فإن الإسلام فرض نفقتها على زوجها ولو كانت غنية، ولو كان هو فقير، فإن عليه أن يقترض لينفق عليها، ولها أن تستدين عليه إذا كان غير قادر⁽²⁾.

2- إذا تزوج الرجل، فإنه يتحمل أعباء دفع المهر للزوجة، حيث جعل الله سبحانه وتعالى من حق المرأة أن يعطيها زوجها مهرا بطيبه نفس منه، وفرضه على الرجل.

(1) www.dw.com

(2) عبد الله أبو عوض، المرجع السابق، ص 175 - 176.

فالرجل عندما يأخذ مثل المرأة في الميراث، ويدفع من ناحية أخرى مهرا لزوجته، ويؤسس بيت الزوجية ينفق الكثير، في حين أنها عندما تأخذ نصف نصيبه من الميراث، وتأخذ من زوجها المهر، فيكون قد بقي نصيبها من الميراث مدخرا وزاد فوقه المهر. جاء في كتاب "أضواء البيان" (ومال الميراث ما مسح في تحصيله عرقا ولأسباب فيه البنت، وإنما هو تمليك من الله ملكهما إياه تمليكا جبريا، فاقتضت حكم الحكيم الخبير أن يؤثر الرجل على المرأة في الميراث، وإن أدليا بسبب واحد، لأن الرجل مترقب للنقص دائما بالإنفاق على نسائه وبذل المهور لهن والبدل في نوائب الدهر والمرأة مترقبة للزيادة بدفع الرجل لها المهر وإنفاقه عليها وقيامه بشؤونها، وإيثار مترقب النقص دائما على مترقب الزيادة دائما، لجبر بعض نقصه المترقب، حكمته ظاهرة وواضحة لا ينكرها إلا من أعمى الله بصيرته بالكفر والمعاصي"⁽¹⁾.

3- أن المرء يعني بوجود أبناء له، يكونون امتدادا له، يبنون نسبا بعده فالفطرة البشرية تميل إلى بقاء الذكر وهذا يكون في الأبناء، وأبناء الأبناء، فقد جاء في القرآن الكريم على لسان زكريا (عليه السلام) قول الله تعالى "وأني خفت الموالي من ورائي وكانت عاقرا فهب لي من ذلك وليا، يرثني ويرث من آل يعقوب واجعله رب رضيا"⁽²⁾. إذ أن المرء يشعر بالضيق والاندثار وموت الذكر، إذا لم يترك بعده ذكورا ينتسبون إليه، فضلا عن إن الابن يسند أبويه في الملمات والمواقف الصعبة لهذا كله يشعر الأباء بالطمأنينة والدفء تجاه الأبناء أكثر من البنات وتثور فيهم دواعي الافتخار والاعتزاز بالابن أكثر من البنت، حتى النساء أنفسهن على الرغم من ميلهن العاطفي الأنثوي إلى بناتهن أكثر منه إلى أبنائهن، ولكنهن يشعرن بالاعتزاز بالأبناء أكثر من البنات ويجعلن نصيب التقدير والقيمة للابن أكثر منه للبنت، وهذا الاعتزاز والتقدير للابن من قبل الأبوين مسألة فطرية

(1) أنظر، عبد الله المنعم العسيلي، المرجع السابق، ص 350.

(2) سورة مريم، الآية 04.

غريزية، جبل عليها الإنسان منذ بداية خلقه⁽¹⁾، ولذلك قالت امرأة عمران في قول الله تعالى: "قالت ربي إني وضعتها أنثى والله أعلم بما وضعت وليس الذكر كالأنثى"⁽²⁾.

4- إن العلة في تفضيل الذكر على الأنثى هي الموازنة بين الحقوق والالتزامات المتقابلة بين الورثة والمتوفي إذ أن الابن يكون ملزماً بالإففاق على والديه، إذا كان فقيرين بخلاف البنت التي لا تكلف بهذا الالتزام فكان من العدل أن يرث من الوالدين أكثر مما ترث، والحكم ذاته يطبق على الأخ الشقيق أو لأب فإنه ملزم بالإففاق على أخته أو أخيه إذا كان فقير الحال بخلاف الأخت التي لا تكون ملزمة بهذا الواجب فكان من العدل أن يرث من المتوفي أكثر مما ترث.

5- إن الله سبحانه وتعالى خلق الذكر والأنثى من نفس واحدة، لقوله تعالى: "هو الذي خلقكم من نفس واحدة وجعل منها زوجها"⁽³⁾. وجعل لكل واحد منهما مميزات وقدرات لا توجد في الآخر فوهب للمرأة العاطفة الدافقة والحنان والرحمة للقيام بواجباتها الأسرية، ووهب الرجل الجلد والقوة للحصول على مصادر المعيشة له ولأسرته وإن هذه الطبيعة البشرية جعلت الرجل أقدر على الاستثمار الأموال الذي بيده من المرأة المتفرغة لشؤون أسرتها، ومن ثم قد تضاف هذه الغلة إلى التعليقات الأخرى في تفضيل الذكر على الأنثى في الميراث مما قد يؤدي إلى فائدة المجتمع عامة⁽⁴⁾.

ومما تقدم يظهر أن الإسلام لم ينظر إلى المرأة في حكم الميراث من حيث جنسها كامرأة بل نظر إليها من وضعها الاجتماعي ومن حيث الأعباء الاقتصادية والمبيعات الملقاة عليها وعلى الرجل، وبالتالي فإن قاعدة للذكر مثل حظ الأنثيين تكريم للمرأة وليست تمييز لها وأن الله أنصف المرأة وقد ذهب أحد الباحثين المنصفين وهو (غوستاف لوبون) إلى القول: إن مبادئ الموارث التي نص عليها القرآن على جانب عظيم من

(1) أنظر، قيس عبد الوهاب الحياي، المرجع السابق، ص 284 - 285.

(2) سورة آل عمران، الآية 35.

(3) سورة الأعراف، الآية 189.

(4) قيس عبد الوهاب الحياي، المرجع السابق، ص 286.

العدل والإنصاف، والشريعة الإسلامية منحت الزوجات التي يزعم أن المسلمين يعاشرهن بالمعروف حقوقاً من الموارث لا نجد مثلها في قوانيننا".

وجاء على لسان "أنا بيزنت" في كتابها: "الأديان المنتشرة في الهند" ما يلي: "أن قاعدة الإرث في الإسلام للمرأة أكثر عدلاً وأوسع حرية من ناحية الاستقلال الذي يمنحه إياه القانون المسيحي الإنجليزي، وما سنه الإسلام للمرأة يعتبر قانوناً، نموذجياً إذ تكفل بحمايتها في كل ما تملكه عن أقاربها أو زوجها أو أبيها"⁽¹⁾.

في الأخير نقول أن قاعدة للذكر مثل حظ الأنثيين التي تكررت في النص القرآني بصورة واضحة لا تقبل التأويل وفي شكل أمر "يوصيكم الله" وتلك حدود الله" وأجمع عليها فقهاء الشريعة الإسلامية فهي من كليات نظام الموارث التي لا تقبل التغيير أو الإلغاء.

(1) عبد الله أبو عوض، المرجع السابق، ص 175.

خاتمة

بعد هذه الدراسة التي قمنا من خلالها بتبيان الحقوق المالية للمرأة التي تمثل عماد المجتمع وأساسه المتين، والتي هي شقيقة الرجل، وفي ذات الحين أمه وزوجته وابنته، يتبين لنا جليا أن الله تعالى قد كرم المرأة منذ أن خلقت وجعلها على قدم المساواة مع الرجل، فهي منه وهو منها، تكمله ويكملها، تعينه ويعينها.

فالله سبحانه وتعالى قد أنزل في كتابه وعلى لسان رسوله الكريم من الأحكام ما يكفل للمرأة حقها بين التكريم والتبجيل، ويحميها من كل سوء وأذى ويصونها من كل دنس.

فالمرأة نالت حقها كاملا في ظل الإسلام، دون مطالبة منها ولا مئة من الرجل عليها، على حين أن العديد من الأمم أنكرت إنسانيتها بل نظرت إليها نظرة دونية. ولقد تمسكت قوانين الأسرة المغاربية بمبادئ الشريعة الإسلامية كأصل عام في تقرير الحقوق المالية للمرأة، إلا أن نظرة الشريعات المغاربية للأسرة قد تغيرت نوعا ما، وذلك راجع للمعاهدات الدولية والاتفاقيات التي صادقت عليها هاته الدول والمتعلقة أساسا بحقوق المرأة والتي تنص على وجوب إلغاء كل الفوارق بين الرجل والمرأة، والعمل على تحقيق المساواة بينهما.

وإن كان التمييز بين الرجل والمرأة في بعض الحقوق والأحكام ليس لأن جنس الرجل أكرم عند الله وأقرب من جنس المرأة، ولا يعني أن الرجل له السلطة والولاية على المرأة في أموالها وحقوقها وسائر شؤونها.

إن التمييز بين الرجل والمرأة في بعض الجوانب والحقوق تقتضيه الوظيفة التي خصصتها الفطرة السليمة لكل منهما، فالإسلام فرق بينهما في الوظيفة والاختصاص وسوى بينهما في الإنسانية والتكريم، وهذه الفوارق بينهما ليست فيها أي منافاة لمبدأ المساواة بينهما في الإنسانية والتكريم والحقوق والواجبات والأهلية والذمة، لأن المناط متوفر فيهما على السواء.

وفي ظل هذا المبدأ مبدأ المساواة تتناثر مواد الخطبة، فالخطبة في ظل قوانين الأسرة المغربية تعتبر تواعد بين رجل وامرأة على الزواج، والطرفان معا يعتبران في وقت خطبة إلى حين إبرام عقد الزواج، وحتى العدول عن الخطبة ممكن لكل من الطرفين، وفي حالة ما إذا صدر من أحد الطرفين فعل سبب ضررا للآخر، يمكن للمضروب المطالبة بالتعويض، كما أن لكل من الخاطب والمخطوبة أن يسترد ما قدمه من هدايا إن لم يكن العدول عن الخطبة من جانبه.

ويعتبر الصداق والنفقة من مستثنيات مبدأ المساواة بين الرجل والمرأة والتي جاءت بمثابة الرخص للمرأة والعزائم للرجل فاتحدت قوانين الأسرة المغربية بشأن تنظيمها لهذين الالتزامين المحمولين على الزوج.

فضمنت للمرأة حقها في المهر واعتبرته خاصا بها دون غيرها، لها الحرية الكاملة في التصرف فيه، وبالتالي لا يجوز التراضي بين الزوجين على التزوج بدون مهر، كما لا يجوز للزوج أن يشترط على الزوجة عدم أداء الصداق. وأساس عدم جواز التراضي على الإسقاط أو الاشتراط، هو أن الصداق يعتبر من شعائر الزواج المفروضة لتحقيق غايات أسمى، فهو بذلك من النظام العام لا يجوز للأفراد الاتفاق على إسقاطه، ودعوة الإسلام إلى التساهل في أمر المهر لم يشمل السكوت فقط، بل يمكن للزوجة أن تتنازل عن مهرها كله أو بعضه بعد بيانه وتحديد، أو أن يزيدا زوجها عن مهرها، ولكن ليس لها الاتفاق على إسقاطه، وأن مؤخر الصداق لا يسقط إلا بإبرائها هي ويجب على الزوج أدائه، ولا تبرأ ذمته منه، ويستحب هذا الأداء في حال حياته، وإذا توفي قبل الأداء فيجب على الورثة أداءه للزوجة قبل تقسيم التركة باعتباره ديناً.

وبخصوص التزام الزوج بالنفقة، فإن المشرع المغربي لم يميز بين الزوجة التي لها موارد مالية، والزوجة التي ليس لها موارد مالية، فتبقى نفقة الزوجة على زوجها، إلا في حالة وجود ما يسقط هذا الحق. وعند الحاجة، لا مانع من مساهمة الزوجة الموسرة في الإنفاق، وبالتالي لا مجال للحديث عن مدى أحقية الزوج في اشتراط مساهمة الزوجة في النفقة مقابل السماح لها بالخروج إلى العمل. وهذا راجع إلى أن مسألة مساهمة الزوجة

في النفقة أصبحت مسألة مفروضة بحكم الواقع إلى جانب أن مبدأ مصلحة الأسرة تلزم الزوجة في حالة توفرها على الموارد المالية المساهمة للرفع من المستوى المعيشي للأسرة. كما أن أمر اتفاق أو اشتراط عدم خروج المرأة إلى العمل أصبح من المسائل المخالفة للقوانين، إذ يحقّ للمرأة المتزوجة مثلاً ممارسة عمل التجارة دون أن يتوقف ذلك على إذن من زوجها.

ومن بين التحولات العميقة التي عرفتها مؤسسة الأسرة في العلاقات بين أفرادها، حلول الأسرة النووية محل الأسرة الممتدة في إطار توزيع عادل للأدوار مع ضمان الحماية الفعالة للحقوق المالية للزوجين أثناء قيام العلاقة الزوجية أو بعد انحلالها. هذه الحماية تمّ تكريسها تشريعياً في قوانين الأسرة المغربية التي جاءت برؤية جديدة للعلاقات الأسرية على مبدأ العدالة والمساواة لإحلال نوع من الطمأنينة والاستقرار بين طرفي العلاقة الزوجية، وأرست أسساً ومرتكزات للتعايش الودّي الذي يجب أن يسود جوّ الأسرة. ويمكن ملامسة أهمّ الأبعاد فحرص المشرع المغربي على رعاية الأسرة من خلال إقرار المسؤولية المشتركة للزوجين في تسيير وحماية شؤون البيت والأبناء.

وهكذا كان الهاجس الغالب على المشرع تحقيق ضمانات مالية للمرأة المتزوجة، خاصة مع تغير الوضعية الاجتماعية والاقتصادية للمرأة في الواقع الأسري. وعليه، أضحت مساهمة الزوجة مورداً أساسياً لتحقيق التنمية، الأمر الذي اقتضى حماية حقها في الثروة المكتسبة أثناء الحياة الزوجية، وتجنباً لمختلف التزاعلات المالية بين الزوجين، ثمّ إقرار إمكانية التدبير المشترك للأموال المكتسبة بمقتضى المادة 37 من قانون الأسرة الجزائري والمادة 49 من مدونة الأسرة المغربية التي أعطت لإرادة الزوجين الدور في تحديد الشؤون المالية للأسرة، مع الاحتفاظ بقاعدة استقلال الذمة المالية لكل زوج والتي تجد أساسها في مبادئ الشريعة الإسلامية.

فمسألة تدبير الأموال المكتسبة الملاحظ عليها أنه من الناحية الواقعية والعملية نادراً ما تلجأ الزوجة إلى شروط اتفاقية لضمان حقوقها لاعتبارات اجتماعية وأخلاقية، كما أنّ ظروف الحياة الزوجية العادية لا تقتضي التفكير في الأسوأ. وكما أنّ مسألة

الاستفادة من الثروة المكتسبة أثناء الحياة الزوجية تطرح بالنسبة للزوجة أكثر مما تطرح للزوج، ثم أنّ المشرع يستعمل عبارة الأموال التي ستكتسب، فهل هذا يعني أنّ الأموال المكتسبة قبل فترة الزواج لا حق للطرف الآخر في أخذ نصيب منها؟ وخصوصا إذا حافظ الزوج أو الزوجة على ممتلكات شريك حياته بالصيانة والعناية والتدبير.

ولقد تضمن المشرع التونسي نظامين للأموال بين الزوجين، نظام التفرة في الأموال بين الزوجين وتسد إلى أحكام الفصل 24 من المجلة وقانون الاشتراك في الأملاك المحدث بموجب القانون المؤرخ في 09 نوفمبر 1998 وهذا الأخير يبقى اختياريا. ويجب القول أنّ نظام الاشتراك في الأملاك لا يتصل إلاّ بالعقارات المخصصة للعائلة والسكن العائلي دون غيرها من العقارات، وبالأملاك المكتسبة من قبل أحد الزوجين بين التاريخ اللاحق لعقد الزواج الذي تضمن اختيار نظام الملكية المشتركة.

فقد وضع هذا النظام حدّا لأعراف وتقاليده كانت سائدة وكانت تجعل الأملاك وخاصة تلك التي تكتسب من جهد الطرفين بعد الزواج تسجل في غالب الأحيان باسم الزوج باعتباره ربّ العائلة وتتجاهل مساهمة الزوجة، ممّا قد ينتج عن ذلك من خلل، فقد يسيء الزوج التصرف في الأموال التي بحوزته، والحال أنّ أغلبها أو كلها متأت من جهد ثنائي. وفي حالة الافتراق بالطلاق ينفرد الزوج عادة بالملكية بعد أن يكون قد فات الزوجة إثبات ملكيتها ومساهمتها فيه. ومن جهة أخرى، مكنّ العمل بهذا القانون ضمان حق المرأة في السكن عند الانفصال سواء كانت تملك دخلا أو موردا أو لا تملك، وذلك صعوبات كثيرة كان يواجهها قاضي شؤون الأسرة عند الحسم في مسألة سكن الزوجة الحاضنة. فبنظام الأملاك المشتركة التي تكون الزوجة قد انخرطت فيها يجعلها تكتسب صفة الشريك في ملكية العقار المخصص لسكن العائلة، ومن حقها منذئذ استعماله في حدود نصيبها وإن تمّ الطلاق. وبالتالي يمكن القول أنّ قانون الاشتراك بين الزوجين قد جدّر مفهوم الشراكة والمساواة بين الجنسين، بما يتناسب مع مجتمع تغيرت هياكله التقليدية، وأصبح يساير ما يحصل من تغيرات مادية وايدولوجية شاملة.

أمّا بخصوص الحقوق المالية للمطلقة وجدنا نوعاً من التكامل بين الحقوق التي أقرتها الشريعة الإسلامية وبين أحكام قوانين الأسرة المغربية، فمثلاً نجد نفقة العدة أوجبتها الشريعة لكل مطلقة وسائرهما في ذلك المشرع المغربي. أمّا نفقة المتعة الواجبة للمطلقة لتطبيب خاطرهما على ألم الفراق، فنرى أن المشرعين الجزائري والتونسي لم ينصا عليها بعكس المشرع المغربي، وإن كان القضاء الجزائري قد حكم بها في عدة أحكام، واعتبرها بمثابة تعويض تستحقه عن مطلقها. وما يمكن قوله أن مصطلح المتعة أشرف وأكرم من مصطلح التعويض لأنه يسمو بعقد الزواج عن أن يكون عقد تشغيل تستحق الزوجة بمقتضاه تعويضاً بعد طردها تعسفاً من بيت الزوجية ومن مقرها عملها الأسري. ثمّ إنّ المتعة تغطي معنوياً ما لا يستطيع التعويض تغطيته، وتستحق في جميع الأحوال بينما لا يستحق التعويض إلاّ عند حصول الضرر.

وإذا كان الأساس الذي تقوم عليه الحياة الزوجية هو الإمساك بالمعروف أو تسريح بإحسان. فأبي إخلال بهذا المبدأ أو أي عدول من الزوج يؤدي إلى الإضرار بالزوجة أياً كان نوع هذا الضرر يعطي لها الحق في طلب التعويض متى تعسف الزوج في استعمال حقه في الطلاق، كما يعطي لها الحق في طلب التطليق، ويجوز الحكم لها بالتعويض متى أثبتت الضرر اللاحق بها ويحكم لها به أيضاً في حالة نشوز الزوج.

ولقد حرص المشرع التونسي بإصدار مجلة الأحوال الشخصية على إخضاع الطلاق لرقابة القاضي وذلك سعياً منه للمحافظة على الرابطة الزوجية، ومنع التعسف في استعمال الطلاق باعتبار الزوجية رابطة قدسية. والطلاق استثناء، له من الخطورة على الأسرة والمجتمع ما يجعل تدخل القاضي خاصة كمصالح بين الزوجين من شأنه أن ينقذ عدداً من الزوجات فضلاً عن ما يؤمنه من حماية لحقوق الطرفين والأبناء.

وقد ساوى المشرع التونسي بين الزوجين في حق طلب الطلاق عند تعذر مواصلة الحياة الزوجية في كنف الوثام، كما تدخل ليقرر ضمانات للمطلقة ما يؤهلها لمجابهة الحياة مع المحافظة على كرامتها ويعوضها جزءاً مما اعتادته من مستوى عيش فقدته بسبب إضرار زوجها بها. فتعديل الفصل 31 من المجلة منحها حق اختيار تعويض ضررها المادي

الحاصل لها من طلاقها إنشاء أو طلاقها للضرر، والذي يمكن أن يكون في شكل رأسمال جملي يدفع لها صبرة واحدة أو في شكل جناية عمرية. ويشكل الامتناع عن أدائها جريمة على معنى الفصل 53 مكرر لصبغتها المعاشية شأنها شأن النفقة، وهو ما آمنت بمقتضاه المرأة ما كان يعترضها من صعوبات عند تنفيذ الحكم الصادر لها بغرامة الطلاق من تهرب مطلقها لأمواله وامتناعه عن الدفع.

والمشرعين الجزائري والمغربي بدورهما أخضعا كل من الطلاق والتطليق لشروط وإجراءات قضائية. وهو ما يوفر للزوجة حماية من كل تعسف من قبل الزوج، وهذه الحماية تعززت أيضا من خلال توسيع حالات التطليق.

رغم كل الضمانات التي جاءت بها قوانين الأسرة المغاربية حرصا وحماية لحقوق المطلقة من نفقة عدّة و متعة وتعويض وحق في السكن، إضافة إلى جل التدابير والإجراءات القضائية التي من خلالها حرص المشرع المغاربي على تفعيل حقوق المرأة المطلقة، فإنه يلاحظ على أرض الواقع، وبوجه ملموس صعوبة تنفيذ القانون، خصوصا وأن هناك العديد من المطلقات لا زلن يعانين من الظلم والحيف، والذي يكمن في الصعوبة الكبيرة التي تواجه تطبيق الأحكام والقرارات القضائية، إذ أن القانون وحده لا يكفي لتغيير هذه الوضعية بل أن حسن تطبيقه يبقى رهينا بالظروف الاجتماعية والاقتصادية والثقافية المحيطة به وبالفاعلين المعنيين به بشكل مباشر. ذلك أن الحديث عن تأمين مستوى معيشي ملائم للمرأة بعد انحلال الرابطة الزوجية هو حديث يتعدى ويتجاوز النطاق القانوني والقضائي إلى مجال أوسع يرتبط بعدة ظروف.

إذ أن مهما كان النص القانوني محكم الصياغة وكان طرق تطبيقه على المستوى القضائي سليمة، فإن تنفيذه وتطبيقه يبقى هو المقياس والميزان الذي توزن به مصداقية الأحكام والقرارات القضائية. ولقد ضمن المشرعين المغربي والتونسي حق المطلقة كذلك في أجره الرضاع وأجره الحضانة، وهو ما يعاب على المشرع الجزائري الذي لم يتعرض لهاتين الأجرتين، غير أن هذا لا يمنع المطلقة من المطالبة بهما مادامت هناك إحالة بموجب المادة 222 من قانون الأسرة إلى أحكام الشريعة الإسلامية.

وبالنسبة لمتاع البيت، فنجد أن التشريعات المغاربية للأسرة قد سايرت الفقه الإسلامي في الاعتماد على قاعدة البينة على من ادعى واليمين على من أنكر، وفي حالة عدم إعمال لعدم وجود البينة نذهب إلى قرينة بسيطة مفادها أن ما للرجال عادة يأخذه الرجل، أما ما للنساء عادة تأخذه الزوجة، أما الأشياء المشتركة التي يشترك عادة في ملكيتها اثنان فإنهما يخلفان معا ويقتسمانها.

وبخصوص ميراث المرأة نخلص إلى أن نظام الإرث في الإسلام في غاية الدقة والوضوح، وأن أحكامه مبنية على أساس العدل والحكمة بين الناس، لأن الله تولى بنفسه، فكانت أحكامه قطعية الدلالة والثبوت، وكان للمرأة النصيب الأوفر من هذه النصوص، فغالب أنصبتها مقدره بالفرض. فقد فصل القرآن الكريم تلك الأحكام بشكل محكم بعيدا عن الخلاف والجدل والتأويل، وبينت السنة ما سكت عنه القرآن، ثم جاء اجتهاد الصحابة ومن بعدهم في أحكام محددة وموافقة للكتاب والسنة، ومن خلال دراسة أحكام ميراث المرأة في قوانين الأسرة، نرى أن الاتفاق حاصل على معظمها، وأن نصوصها جاءت موافقة لأحكام الفقه الإسلامي.

أما بخصوص قاعدة للذكر مثل حظ الأنثيين التي تكررت في النص القرآني بصورة واضحة لا تقبل التأويل وفي شكل أمر، وأجمع فقهاء الشريعة الإسلامية فهي من كليات نظام الموارث التي لا تقبل التغيير أو الإلغاء. وأن مجرد المطالبة بإلغاء تلك القاعدة الكلية فيه استفزاز ومحاولة لاجتثاث البلدان المغاربية من هويتها الإسلامية.

وأن مسألة المفاضلة في الإرث ليست مؤسسة على صفة الذكورة والأنوثة، وإنما مراعاة لمستلزمات الوصفين المرتبطة بالمحافظة على حياة الاسم والنسب، وهي رغبة أكيدة للمتوفى، إذ أن البنت تندمج دائما في عائلة زوجها وتصبح جزءا لا يتجزأ منها. وبالتالي فليس في الأمر انتقاص من إنسانية المرأة عن الرجل، بل الأمر قضت به طبيعة الحياة، فالرجل مكلف بالإنفاق على زوجته وأولاده وتقديم المهر أو الصداق لها، في المقابل ليس على المرأة أي واجب مادي.

كما أن نظام الإرث لا يصادر إرادة صاحب المال، فيمكن له عن طريق الأعمال الإرادية المنفردة إعطاء شيء لبناته أو يترك شيء لزوجته إن كانوا أحوج إلى المال. وإن قاعدة المفاضلة في الإرث ليست سوى استثناء ذلك أن نصيب الأنثى قد يكون أحياناً أوفر حظ من نصيب الذكر، والفرص التي تتاح لها أكثر من التي تتاح له ولو كان في مرتبتها، فهي في بعض الأحيان تحجبه من الإرث وأحياناً أخرى تساويه. وفي الأخير نقول أن النساء شقائق الرجال كنوعين لجنس واحد، خلقتا من نفس واحدة، لهما مهمات مشتركة كجنس أو نفس، ومهمات مختلفة كنوع ذكر وأنثى، وهي تفرقة في الأدوار أو الوظيفة الموكلة لكل منهما، مع التساوي في الحقوق والمسؤوليات. والمساواة هنا لا تعني التماثل فالرجل والمرأة يجب أن يكملا كل منهما الآخر داخل منظومة متعددة الوظائف، بدلا من أن ينافس كل منهما الآخر داخل مجتمع أحادي الجانب.

قائمة المراجع

القرآن الكريم.

أولا : باللغة العربية:

أ) المراجع العامة:

1. إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي أبو إسحاق، المهذب في فقه الإمام الشافعي، دار الكتب العلمية، بيروت، دون سنة.
2. إبراهيم مصطفى، أحمد الزيات، حامد عبد القادر، محمد البخار، المعجم الوسيط دار الدعوة، استنبول، تحقيق مجمع اللغة العربية، القاهرة، 1989.
3. ابن إسحاق ابن المفلح الحنبلي، المبدع في شرح المقنع، ط02، ج06، المكتب الإسلامي، دمشق، بيروت، دون سنة.
4. ابن العربي، أبو بكر محمد بن عبد الله، أحكام القرآن، تحقيق علي محمد البجاوي، دار الخيل بيروت، لبنان، 1987.
5. ابن تيمية، شهاب الدين أبو العباس الحراني، الفتاوى الكبرى، تحقيق محمد عبد القادر عطا ومصطفى، عبد القادر عطا، ط01، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان ، 1987.
6. ابن حبان، أبو حاتم محمد البستي، صحيح ابن حبان بترتيب ابن بلبان، رتبة علاء الدين بن بلبان الفارسي، علق على أحاديثه شعيب الأرناؤوط، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط2، 1418هـ - 1997م.
7. ابن حجر العسقلاني، فتح الباري شرح صحيح البخاري، ط01، ج12، مطابع دار البيان الحديثة، مكتبة الصفا، 2003.
8. ابن حزم ، أبو محمد، المحلى بالأثار، تحقيق عبد الغفار سليمان، دار الكتب العلمية، بيروت، 1988.
9. ابن رشد الحفيد، بداية المجتهد و نهاية المقتصد، ج2، ط1، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 1996.

10. ابن عابدين محمد أمين ، رد المختار على الدر المختار، تحقيق عادل عبد الموجود على محمد معوض، ط02، دار الكتب العلمية، بيروت، 2003.
11. ابن قدامة، الكافي في فقه الإمام المجل أحمد بن حنبل، ج04، المكتب الإسلامي، بيروت، دون سنة.
12. ابن قدامة، المغني والشرح الكبير، مطبعة المنار المصرية، دس.
13. ابن منظور، لسان العرب، ط 03، دار إحياء التراث العربي ومؤسسة التاريخ العبي، بيروت، 1999.
14. أبو البركات أحمد بن محمد أحمد الدردير ، جمهرة اللغة، تحقيق رمزي منير بعلبكي، ج02، دار العلم للملايين، بيروت، 1987.
15. أبو البركات أحمد بن محمد أحمد الدردير، الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك، خرج أحاديثه وفهرسه وقرر عليه بالمقارنة بالقانون الحديث للدكتور مصطفى كمال وصفي، دار المعارف، مصر، 1992.
16. أبو البركات سيدي أحمد بن محمد العدي الشهير بالدردير، الشرح الكبير في حاشية الدسوقي، ط 01، ج 03، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1996.
17. أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد، مقدمات ابن رشد، الجزء الأول والثاني، دار صادر، بيروت، بدون سنة طبع.
18. أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، تحقيق هيثم جمعه هلال، مؤسسة المعارف، بيروت، 2006.
19. أبو حكيم عبد الله ابن إبراهيم الخيري القرصي، التلخيص في علم الفرائض تحقيق ناصر بن فنخير الفريدي، مكتبة العلوم، المدينة المنورة، 1415.
20. أبو داود، سنن أبي داود، تحقيق محمد محي الدين الحميد، دار إحياء التراث، بيروت، دون سنة.
21. أبو زكريا يحيى بن شرف الووي الدمشقي، روضة الطالبين، ط02، ج07، المكتب الإسلامي، بيروت، لبنان 1405.

22. أبو عبد الله مالك بن أنس الأصبحي، موطأ الإمام مالك، ط2، المكتبة العلمية، د.س.
23. أبو عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ط 05، ج 03، دار الكتب العلمية، بيروت، 1986.
24. أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي القرطبي الظاهري، المخلي بالآثار المحقق عبد الغفار سليمان البنداري، ط01، ج08، دار الكتب العلمية، بيروت، 2010.
25. أبو يحيى زكريا الأنصاري، حاشية البحريني، على منهج الطلاب، مطبعة مصطفى محمد، مصر، دون سنة.
26. أحمد أباش، الأسرة بين الجمود والحداثة، ط01، منشورات الجلي الحقوقية، بيروت، 2011.
27. أحمد الخمليشي، التعليق على قانون الأحوال الشخصية، ط03، ج 01، دار نشر المعرفة، الرباط، د.س.
28. أحمد الشرباصي، يسألونك في الدين والحياة، ط04، دار الجليل، بيروت، 1980.
29. أحمد الغندور، الأحوال الشخصية في التشريع الإسلامي، ط1، مكتبة العلاج، 1972.
30. أحمد بن شعيب، أبو عبد الرحمان النسائي، سنن النسائي، ط02، ج 06، من تحقيق عبد الفتاح أبو غدة، مكتبة المطبوعات الإسلامية، حلب، سوريا، 1986.
31. أحمد بن علي الرازي الجصاص، أحكام القرآن، ج03، دار المصحف القاهرة، 370هـ.
32. أحمد بن غنيم بن سالم ابن مهنا النقراوي الأزهرى المالكي، الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني، تحقيق الشيخ عبد الوارث محمد علي، ط01، ج02، دار الكتب العلمية، بيروت، 1997.
33. أحمد فراج حسين، أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية، دار الجامعة الجديدة، الأزارطة، 2004.

34. أحمد قدري باشا وشرحه لمحمد زيد الإيباني، الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية، تحقيق محمد أحمد سراج وعلي جمعة، ط2، دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع والترجمة، القاهرة، 2009.
35. أحمد محمد عساف، الأحكام الفقهية في المذاهب الإسلامية الأربعة، المجلد الثاني، ط2، بيروت، 1987.
36. أحمد محمود الشافعي، الطلاق وحقوق الأولاد والأقارب، دراسة مقارنة بين المذاهب في الفقه الإسلامي، دار الجامعة الجديدة، بيروت، 1987.
37. أحمد نصر الجندي، الحضانة والنفقات في الشرع والقانون، دار الكتب القانونية، مصر، 2004.
38. أحمد نصر الجندي، الطلاق والتطبيق وآثارهما، دار الكتب القانونية، مصر، 2004.
39. أحمد نصر الجندي، النفقات والحضانة، والولاية على المال في الفقه الملكي، دار الكتب القانونية، مصر، 2006.
40. أحمد نصر الجندي، شرح قانون الأسرة الجزائري، دار الكتب القانونية، مصر، 2009.
41. أحمد نصر الجندي، مبادئ القضاء في الأحوال الشخصية، ط3، دار النهضة العربية، مصر، 1986.
42. إدريس الفاحوري، الزواج والطلاق في مدونة الأحوال الشخصية، ط6، دار النشر الجسور، وجدة، 1999-2000.
43. إدريس الفاحوري، قانون الأسرة المغربي، احكام الزواج، ج1، ط1، بدون مطبعة، 2005.
44. إدريس ذيابي، صور فك الرابطة الزوجية على ضوء القانون والقضاء في الجزائر، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2007.
45. أسامة عمر سليمان الأشقر، مستجدات فقهية في قضايا الزواج والطلاق، ط2، دار النفائس، الأردن، 2005.

46. إسماعيل أبا بكر علي الباصري، أحكام الأسرة الزواج والطلاق الحنفية والشافعية، ط01، دار الحامد، الأردن، 2009.
47. إسماعيل بن كثير القرشي، تفسير القرآن العظيم، جزء الأول، مطبعة عيسى الحلبي، القاهرة، دون سنة.
48. آل نواب عبد الرب نواب الدين، موسوعة المرأة المسلمة المعاصرة، ط01، دار العاصمة للنشر والتوزيع، الرياض، 2000.
49. الألباني، إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل، ط02، إشراف محمد زهير الشاويش، المكتب الإسلامي، بيروت، لبنان، 1985.
50. الإمام أبي عبد الله سيدي محمد الخرخشي، شرح خاشية ابن العباس سيدي أحمد بن الخياط، ط01، المكتبة العصرية، بيروت، 2009.
51. الإمام شيخ محمد رشيد رضا الحسيني، حقوق النساء في الإسلام، ط01، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2005.
52. الإمام محمد ابن إسماعيل الكيلاني الأمير اليميني الصنعاني سبل السلام شرح بلوغ المرام من جمع أدلة الأحكام، ط01، ج03، دار الفكر، بيروت، 1988.
53. الإمام محمد أبو زهرة، أحكام التركات والمواريث، دار الفكر العربيين القاهرة، 1963.
54. البيهقي، السنن الكبرى، ط01، تحقيق محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1994.
55. الحسين رحو، النظام القانوني للزواج، محاولة في التأصيل، ط01، مطبعة المعارف الجديدة، المغرب، 2007.
56. الزبيدي محمد مرتضى، تاج العروس، ط1، ج01، مادة خطب، دار صادر بيروت، 1306هـ.
57. السيد سابق، فقه السنة، ط02، دار الفتح لإعلام العربي، مصر، 1999.
58. الشافعي محمد بن إدريس، الأم، ط01، دار الكتب العلمية، بيروت، 1993.

59. الشريبي شمس الدين محمد بن محمد الخطيب، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، تحقيق علي محمد معوض وعادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1994.
60. الشيخ محمد شلتوت، الفتاوى، دراسة لمشكلات المسلم المعاصر، ط08، دار الشرق، بيروت، 1975.
61. الشيرازي، المهذب في فقه الإمام الشافعي، ضبط وتصحيح الشيخ زكريا عميرات، ط01، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1995.
62. الطاهر الحداد، امرتنا في الشريعة والمجتمع، ط2، تونس 1977.
63. الطاهر كركر، العدالة الأسرية، دراسة في ضوء مدونة الأسرة، كتاب الزواج، ط1، مطبعة أنفو، فاس، 2009.
64. الطبري ابن جرير، جامع البيان عن تأويل أي القرآن، قدم له الشيخ خليل الميس، دار الفكر، بيروت، لبنان، 1415 - 1995.
65. العلمي الحراق، الوصية الواجبة وتطبيقاتها الإرثية وفق مدونة الأسرة، ط01، مطبعة Cana Print، دون مكان نشر، 2012.
66. الغزالي، أبو حامد محمد بن محمد، الوجيز في فقه الإمام الشافعي، تحقيق علي معوض، عادل عبد الموجود، ط01، ج 02، دار الأرقم، بيروت، 1997.
67. الغوتي بن ملح، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، ط01، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005.
68. القرافي، أبو عباس أحمد ابن ادريس بن عبد الحمان الصنهاجي، الفروق أنوا البروق في أنواء الفروق، تحقيق محمد أحمد سراج وعلي جمعة محمد الفرق الثالث والثمانون والمائة بين قاعدة الذمة وبين قاعدة أهلية المعاملة، دار السلام، القاهرة، 2001.
69. الكاساني، علاء الدين أبو بكر، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ط2، دار الكتاب العربي، بيروت، 1982.

- 70.المطهري مرتضى، نظام حقوق المرأة في الإسلام، ط2، الدار الإسلامية، بيروت، 1991.
- 71.النسائي، سنن النسائي، ط01، دار ابن حزم، بيروت، دون سنة.
- 72.بدران أبو العينين بدران، أحكام التركات والمواريث في الشريعة الإسلامية، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، 1981.
- 73.بدران أبو العينين بدران، الفقه المقارن للأحوال الشخصية، دار النهضة العربية، بيروت، 1967.
- 74.بدران أو العينين بدران، الزواج والطلاق في الإسلام فقه مقارن بين المذاهب الأربعة السنية والمذهب الجعفري والقانون، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية.
- 75.بشير البيلاي، قوانين الأحوال الشخصية في لبنان، ط04، دار العلم للملايين، بيروت، لبنان، 1982.
- 76.بغدادى مولاي ملياني، حقوق المرأة في الشريعة الإسلامية، قصر الكتاب، البلدية، الجزائر، 1997.
- 77.بلحاج العربي ، أبحاث ومذكرات في القانون والفقه الإسلامي، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر، 1996.
- 78.بلحاج العربي، أحكام التركات والمواريث على ضوء قانون الأسرة الجديد، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2009.
- 79.بلحاج العربي، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد، ط 01، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2012.
- 80.بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ط03، ج 01، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2004.
- 81.بن شويخ الرشيد، الوصية والميراث في قانون الأسرة الجزائري، ط1، دار الخلدونية، الجزائر، 2008.

82. بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، ط01، دار الخلدونية، الجزائر، 2008.
83. تشوار جيلالي، الزواج والطلاق اتجاه الاكتشافات الحديثة للعلوم الطبية والبيولوجية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2001.
84. تشوار حميدو زكية، مصلحة المحضون في ضوء الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية، دراسة نظرية تطبيقية، دار الكتب العلمية، بيروت، 2008.
85. تقيّة عبد الفتاح، تفسير النصوص والقواعد الفقهية، دار الكاهنة، الجزائر.
86. جابر عبد الهادي سالم الشافعي، مقاصد الشريعة الإسلامية في نظام الميراث، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2014.
87. جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور الإفريقي المصري لسان العرب طبعة جديدة محققة، ط01، دار صادر، بيروت، 2000.
88. جميل فخري محمد جانم، آثار عقد الزواج في الفقه والقانون، ط01، دار الحامد للنشر والتوزيع، الأردن، 2009.
89. جميل فخري محمد جانم، التدابير الشرعية للحد من العدول عن الخطبة، ط01، دار الحامد، الأردن 2009.
90. حسن صلاح الصغير عبد الله، الجوانب الفقهية للقوامة الزوية، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الأزاريطة، مصر، 2007.
91. حسين بن محمد الحلبي الشافعي، للإفصاح عن عقد النكاح، ط01، دار القلم العربي، حلب، 1995.
92. خالد بنيس، قوانين الأسرة بين الواقع والتشريع، دار نشر المعرفة الرباط، المغرب، 1993.
93. درادكة ياسين، أحمد إبراهيم، الميراث في الشريعة الإسلامية، مؤسسة الرسالة، دار الأرقم، عمان، 1980.
94. دعيش أحمد، التزويل في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة، الجزائر، 2009.

95. رمضان علي السيد الشرنباص، أحكام الميراث بين الشريعة والقانون منشأة المعارف، الإسكندرية، 2002.
96. رمضان علي السيد الشرنباصي، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، الدار الجامعية، الإسكندرية، 2001.
97. زكريا الأنصاري، حاشية الجمل على شرح المنهج ، ج 4 ، دار الفكر، بيروت، دون سنة.
98. ساسي بن حليلة، محاضرات في قانون الأحوال الشخصية، مركز النشر الجامعي، تونس، 2011.
99. سيد الجميلي، أحكام المرأة في القرآن، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان، دون سنة.
100. شمس الدين السرخسي، المبسوط، ط 01، ج 05، مطبعة السعادة، مصر، 1324.
101. شمس الدين محمد بن محمد الخطيب الشربيني، مغنى المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ط 01، ج 05، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1994.
102. شمس الدين محمد عرفه الدسوقي حاشية الدسوقي على شرح الكبير، تحقيق سدى الشيخ محمد عليش، دار إحياء الكبن العربية، عيسى البابي الحلبي، مصر، دون سنة.
103. صلاح الدين زكي، أحكام قانون الأسرة في الفقه الإسلامي والتشريع المغربي دون دار طبع، 1985.
104. صلاح الدين زكي، أحكام قانون الأسرة في الفقه الإسلامي والتشريع المغربي، دون دار النشر، دون مكان النشر، 1985.
105. عبد الحميد محمود طهاز، حقوق الإنسان في سورة النساء، ط 01، دار القلم والدار الشامية، دمشق، بيروت، 1993.
106. عبد الحميد محمود مطلوب، الوجيز في أحكام الأسرة الإسلامية، ط 01، مؤسسة المختار للنشر والتوزيع، مصر، 2004.
107. عبد الرحمان الجزيري، كتاب الفقه على المذاهب الأربعة، الجزء 04، دار إحياء بيروت، 1969.

108. عبد الرحمان الصابوني، نظام الأسرة وحل مشكلاتها في ضوء الإسلام ط01، دار الفكر دمشق، 2001.
109. عبد الرحمن الصابوني، شرح قانون الأحوال الشخصية السوري، الجزء الثاني، الطلاق وآثاره، ط05، المطبعة الجديدة، دمشق، 1979.
110. عبد الرحمن الصابوني، شرح قانون الأحوال الشخصية السوري، الطلاق وآثاره، ط05، المطبعة الجديدة، دمشق، 1979.
111. عبد الرحمن الصابوني، مدى حرية الزوجين في الطلاق، ط02، دار الفكر، بيروت، 1968.
112. عبد الرحمن بن محمد معوض الجزيرين الفقه على المذاهب الأربعة، ط2، دار الكتب العلمية، بيروت، 2002.
113. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط ي شرح القانون المدني، ج01، دار إحياء التراث العربي، 1964.
114. عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ج01، مطابع دار المعارف، مصر، 1967.
115. عبد السلام زوير، شرح مدونة الأسرة، الزواج والطلاق والتطليق، جمعية نشر المعلومة القانونية والقضائية، الرباط، لعدد 07، 2008.
116. عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، ط3، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 1996.
117. عبد العزيز سعد، قانون الأسرة في ثوبه الجديد، دار هومه، الجزائر، 2005.
118. عبد العزيز سعد، نظام الحالة المدنية في الجزائر، ط02، دار هومة، الجزائر.
119. عبد العزيز هدوي، الطلاق والملاحظات العملية المثارة على ضوء مدونة الأسرة والتشريع الإسلامية، ط01، المطبعة والوراقة الوطنية، مراكش، المغرب، 2014.
120. عبد الفتاح إبراهيم بمنسي، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية "فقها وقانونا"، مطبعة الإشعاع الفنية، الإسكندرية، دون سنة.

121. عبد القادر بن عزوز، أحكام فقه الأسرة، ط1، دار قرطبة، الجزائر، 2008.
122. عبد القادر داودي، الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية، ط 01، دار البصائر، الجزائر، 2007.
123. عبد الكريم المدغري، المرأة بين أحكام الفقه والدعوة إلى التغيير، ط01، مطبعة فضالة، المحمدية، 1999.
124. عبد الكريم زيدان، الفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية، ط03، ج07، الرسالة، بيروت، 1997.
125. عبد الكريم شهبون، الشافي في شرح مدونة الأسرة، ط01، الجزء الثاني، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، المغرب، 2006.
126. عبد الله أبو عوض، أثر الاجتهاد الفقهي والقضاء في تعديل مدونة الأسرة المغربية، دراسة تأصيلية في المادة 400، منشورات دار الأمان، الرباط، 2011.
127. عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي بن محمدا المغني، ط01، ج07، دار الفكر، بيروت، 1405.
128. عبد الله عبد المنعم العسيلي، الفروق الفقهية بين الرجل والمرأة في الأحوال الشخصية، ط01، دار النفائس، الأردن، 2011.
129. عبد الله مبروك النجار، "الضرر الأدبي ومدى ضمانه في الفقه الإسلامي والقانون، دراسة مقارنة، ط01، دار النهضة العربية، القاهرة، 1990.
130. عبد المؤمن بلقاني، التفريق القضائي بين الزوجين في الفقه الإسلامي، دار الهدى، الجزائر، 2000.
131. عبد المجيد عبد الحميد الديباني، أحكام الموارث والتركات والوصية في الشريعة الإسلامية، ط01، دار الكتب الوطنية، بنغازي، 1990.
132. عبد المجيد محمود مطلوب، الوجيز في أحكام الأسرة الإسلامية، ط1، مؤسسة المختار، مصر، 2004.

133. عبود رشيد عبود، الأحوال الشخصية، قواعد ونصوص وشرح، مكتبة الرشاد، الدار البيضاء، المغرب، دون سنة..
134. عثمان التكروري، شرح قانون الأحوال الشخصية، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2004.
135. علاء الدين الكاساني، بدائع الصنائع، ط02، الجزء 02، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان، 1982.
136. علي بن أحمد بن سعيد حزم الظاهري أبو محمد، المحلى، د.ط، ج9، دار الآفاق الجديدة، بيروت.
137. علي بن محمد بن حبيب البصري البغدادي، الشهير بالماوردي أبو الحسن، الحاوي الكبير في فقه الإمام الشافعي، ط01، المحقق الشيخ علي محمد معوض، والشيخ عادل عبد الموجود، دار الكتب العلمية، بيروت، 1999.
138. علي جمعة، البيان لما يشغل الأذهان، المقطم للنشر والتوزيع، القاهرة، مصر، 2005.
139. علي علي سليمان، الضرر الأدبي و موقف التشريع الجزائري منه، كتاب نظرات قانونية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1994.
140. علي علي سليمان، نظرات قانونية مختلفة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، د.س.
141. عماد الدين أبي الغداء إسماعيل بن كثير الدمشقي، تفسير ابن كثير، تحقيق شعيب الأرنؤوط ومحمد أنس مصطفى الخن، ط01، دار الرسالة العالمية، سوريا، 2010.
142. عمر صلاح الحافظ مهدي العزاوي، الذمة المالية للزوجين في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، ط01، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت 2010.
143. فتحي الدريني، التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، ط02، دار البشير، عمان، 1998.
144. فتحي الدريني، النظريات الفقهية، ط4، جامعة دمشق، سوريا، 1417.

145. فتيحة مصطفى عطوي، الإجهاض بين الشرع والقانون والطب، ط01، المنشورات الحقوقية صادر بيروت، 2001.
146. فضيل العيش، شرح وجيز لقانون الأسرة الجديد، مطبعة طالب، الجزائر، 2008-2007.
147. فضيل سعد، شرح قانون الأسرة الزواج و الطلاق، ج1، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1986.
148. كمال صالح البنا، موسوعة الأحوال الشخصية، دار الكتب القانونية، مصر، 1997.
149. لحسن بن الشيخ آيت ملويا، المنتقى في قضاء الأحوال الشخصية، الجزء الثاني، دار هومة، الجزائر، 2005.
150. لحسن بن شيخ آث ملويا، المرشد في قانون الأسرة مدعما باجتهاد المجلس الأعلى والمحكمة العليا من 1982 إلى سنة 2014، دار هومه، الجزائر، 2014.
151. لوكيل محمد أمين، المركز القانوني للمرأة في قانون الأسرة الجزائري، ط2، دار هومة، الجزائر، 2006.
152. مالك بن أنس بن مالك بن أعمار الأصبحي المدني، المدونة، دار الكتب العلمية، بيروت، 1994.
153. مالك بن أنس، المدونة الكبرى، ج05، دار صادر، بيروت، د. س.
154. محفوظ بن صغير، قضايا الطلاق في الاجتهاد الفقهي وقانون الأسرة الجزائري، دار الوعي، الجزائر، 2012.
155. محمد ابن باديس أبو عبد الله الشافعي، الأم، ج8، دار الفكر، بيروت، د.س.
156. محمد ابن معجوز، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية وفق مدونة الأحوال الشخصية، ط01، ج02، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، المغرب، 1994.
157. محمد أبو زهرة، التعسف في استعمال الحق، المجلس الأعلى لرعاية القانون والآداب، القاهرة، 1963.

158. محمد أحمد سلاج، الزواج، ديوان المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1999.
159. محمد أحمد شحاته حسين، الميراث الأنثوي، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، 2013.
160. محمد الأزهر، شرح مدونة الأسرة، ط03، دار النشر المغربية، الدار البيضاء، 2008.
161. محمد التاويل، الوصية الواجبة في الفقه الإسلامي، نشر معهد الإمام مالك سيدي سليمان، المغرب، 2009.
162. محمد الشافعي، أحكام الأسرة في ضوء مدونة الأحوال الشخصية ط02، منشورات الجامعة المغربية، 1995.
163. محمد الشافعي، الزواج في مدونة الأسرة، ط 01-02، المطبعة والوراقة الوطنية، مراكش، 2005.
164. محمد الشافعي، الطلاق والتطليق في مدونة الأسرة، ط1، المطبعة والوراقة الوطنية، مراكش، 2010.
165. محمد الصالح الصديق، نظام الأسرة في الإسلام، دار هومة، الجزائر، بدون سنة.
166. محمد الصاوي المالكي، بلغة السالك لأقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك، مطبعة البابلي، مصر، 1952.
167. محمد العلوي العابدي، الأحوال الشخصية والميراث في الفقه المالكي، ط 01، إفريقيا الشرق، 1996.
168. محمد الغزالي، قضايا المرأة بين التقاليد الراكدة والوافدة، ك1، در الانتفاضة، الجزائر، 1992.
169. محمد الكشيبور، الوسيط في شرح مدونة الأسرة، الزواج وآثاره، الكتاب الأول، ط2، دون دار النشر، 2009.
170. محمد الكشيبور، الوسيط في شرح مدونة الأسرة، الكتاب الثاني، انحلال ميثاق الزوجية وآثاره، ط2، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، 2009.

171. محمد المهدي، نظام الإرث في ضوء مدونة الأسرة والعمل القضائي، مطبعة أنفون فاس، 2011.
172. محمد اليمني الصنعاني، سبل شرح بلوغ المرام من جمع أدلة الأحكام، ط07، تحقيق إبراهيم عصر، دار الحديث، مصر، 1992.
173. محمد بن أحمد بن جزى الغرناطي، القوانين الفقهية في تلخيص مذهب المالكية والتنبيه على مذهب الشافعية والحنفية و الحنبلية، المكتبة العصرية، بيروت، 2002.
174. محمد بن أحمد بن سهل شمس الأئمة السرخسي، المبسوط، دار المعرفة، بيروت، 1993.
175. محمد بن إدريس أبو عبد الله الشافعي، الأم، ج5، دار الفكر، بيروت، دس.
176. محمد بن إدريس بن العباس بن عبد المطلب الشافعي أبو عبد الله، الأم، ط02، ج05، دار المعرفة، بيروت، 1973.
177. محمد بن سالم، التزليل على ضوء قانون الأسرة الجزائري، مجلة المحكمة العليا، 2006، العدد 01.
178. محمد بن عيسى أبو عيسى الترميذي السلمي، سنن الترميذي، ب ط، د 03، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، د س.
179. محمد بن غنيم بن سالم ابن مهنا النفراوي الأزهرى المالكي، تحقيق الشيخ عبد الوارث محمد علي، ط01، دار الكتب العلمية، بيروت، 1997.
180. محمد بن محمد بن عبد الرزاق الحسيني الملقب بمرتض الزبيدي، تاج العروس من جواهر القاموس، تحقيق المحققين، دار الهداية، الرياض، دون سنة.
181. محمد جواد مغنية، الأحوال الشخصية على المذاهب الخمسة، ط01، دار العلم للملايين، بيروت، 1964.
182. محمد حسن منصور، النظام القانوني للأسرة في الشرائع الغير إسلامية، دار الفكر الجامعي، مصر، 2000.

183. محمد حسنين، الوجيز في التأمينات الشخصية والعينية في القانون المدني الجزائري، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1986.
184. محمد رشيد رضا الحسيني، حقوق النساء في الإسلام، ط01، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2005.
185. محمد رشيد رضا، تفسير القرآن الكريم المشهور بتفسير المنار، دار المعرفة، بيروت، لبنان، 1993.
186. محمد رياض، أحكام الموارث بين النظر الفقهي والتطبيق العملي، وفق مدونة الأسرة الجديدة، ط03، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، المغرب، 2009.
187. محمد سمارة، أحكام التركات والموارث في الأموال والأراضي، ط01، الدار العلمية الدولية ودار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2002.
188. محمد عرفة الدسوقي، شرح الدسوقي، ب ط ج 02، من تحقيق محمد عليش، دار الفكر، بيروت، لبنان، ب س.
189. محمد علي البار، عمل المرأة في الميزان، دار مسلم للنشر، الرياض، 1994.
190. محمد علي السرطاوي، رح قانون الأحوال الشخصية الأردني، انحلال عقد الزواج والآثار المترتبة عليه، منشورات الجامعة الأردنية، عمان، الأردن، 1995.
191. محمد كمال الدين إمام، الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي، ط1، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، 1996.
192. محمد كمال إمام، الطلاق عند المسلمين، دراسة فقهية وقانونية، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 1999.
193. محمد محدة، سلسلة فقه الأسرة الخطبة والزواج، ط02، مطابع عمار، الجزائر، 1994.
194. محمد محروس المدرس الأعظمي، المسؤوليات الإدارية للأسرة في الشريعة الإسلامية والاجتهادات الفقهية، ط01، دار الإعلام، الأردن، 2002.

195. محمد مرهف حسن أسد، تأملات في المرأة بين الأصالة والمعاصرة، ط01، دار وحي القلم، بيروت، لبنان، 2004.
196. محمد مصطفى شليبي، أحكام الأسرة في الإسلام، دراسة مقارنة بين المذاهب السنية والمذهب الجعفري والقانون، ط 04، الدار الجامعية، بيروت، 1983.
197. محمود بن يزيد القزويني، ابن ماجه، سنن ابن ماجه، حديث 2340، دار إحياء التراث العربي، 1975.
198. محمود شمام، الوصية الواجبة في الفقه والقانون، دار النجاح للطباعة والنشر والتوزيع، تونس، دون سنة.
199. محمود علي السرطاوي، شرح قانون الأحوال الشخصية، ط01، دار الفكر، عمان، 1997.
200. مصطفى السباعي، المرأة بين الفقه والقانون، دار الوراق للنشر والتوزيع، ودار السلام للطباعة والنشر والتوزيع القاهرة، 1998.
201. مصطفى السباعي، شرح قانون الأحوال الشخصية، ط09، ج01، دار النيريين ودار الوراق، بيروت، دمشق، 2001.
202. معوض عبد التواب، موسوعة الأحوال الشخصية، ط7، الجزء الثاني، منشأة المعارف الإسكندرية، 1997.
203. منصف المحواشي، المساواة والشراكة الزوجية في تشريعات الأحوال الشخصية التونسية، الثابت والمنحول، كتاب الحماية القانونية للأسرة بين الواقع والطموح، ط01، دار الحامد للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2011.
204. منصور كافي، المواثيق في الشريعة الإسلامية والقانون، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، الجزائر، 2008.
205. موفق الدين الرجي، شرح المنظومة الرحبية، شرح الإمام محمد بن سبط الماردین، والإمام عبد الرحمن بن محمد بن قاسم مع أسئلة وأجوبة الشيخ عبد العزيز محمد

- سلمان، ط01، اعتنى به مركز المنبر للبحث العلمي، دار ابن الجوزي، القاهرة، 2008.
206. موفق الدين عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي، المغنى على مختصر الخرقى ومعه الشرح الكبير على متن المقنع للإمام شمس الدين عبد الرحمن بن قدامة المقدسين تحقيق محمد عبد القادر عطا، ط 01، ج 06، دار الكتب العلمية، بيروت، 2009.
207. نايف محمود الرجوب، أحكام الخطبة في الفقه الإسلامي، ط1، دار الثقافة، عمان، 2008.
208. نبيل صقر، قانون الأسرة نضا، فقها، وتطبيقا، دار الهدى، الجزائر، 2006.
209. نصر سلمان، سعاد سطحي، أحكام المواريث في الفقه الإسلامي، ط01، دار الفجر، الجزائر، 2007.
210. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج، ط4، دار الفكر، بيروت، 1997.
211. يوسف القرضاوي، الحلال والحرام في الإسلام، مكتبة وهبة، القاهرة، 1977.
212. يوسف دلاندة، قانون الأسرة مدعم بأحدث مبادئ واجتهادات المحكمة العليا في مادتي الأحوال الشخصية والمواريث، دار هومه، الجزائر، 2003.
213. يوسف قاسم، حقوق الأسرة في الفقه الإسلامي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1987.

ب) المراجع المتخصصة:

1. أحمد فتحي البهنسي، نفقة المتعة بين الشريعة والقانون، ط1، دار الشروق، 1988.
2. إدريس الفاحوري، المركز القانوني للمرأة المغربية من خلال نصوص مدونة الأحوال الشخصية، دون دار نشر، 2002.
3. أعمار عبد الواحد عمار الداودي، العلاقات بين الزوجين جدلية التقليد والتجديد في القانونين التونسي والمقارن، مركز النشر الجامعي، تونس 2007.
4. الشريف محمد الحبيب، صندوق ضمان النفقة وجراية الطلاق، ط01، دار الميزان للنشر والتوزيع، سوسة، أفريل 1994.

5. القدومي عبير زكي شاكر، التعسف في استعمال الحق في الأحوال الشخصية، دار الفكر، عمان، 1428.
6. المصري مبروك، الطلاق وآثاره من قانون الأسرة الجزائري، دار هومة، الجزائر، 2010.
7. بن زيطة عبد الهادي، تعويض الضرر المعنوي في قانون الأسرة الجزائري، ط01، دار الخلدونية، الجزائر، 2007.
8. رسمية عبد الفتاح موسى الدوس، دعوى التعويض عن الطلاق التعسفي في الفقه الإسلامي، ط01، دار قنديل للنشر والتوزيع، عمان، 2010.
9. عبد الرحمان العمراني، المرأة هل تساهم مع زوجها في النفقة منشورات الجمعية المغربية للتربية ورعاية الأسرة، دون دار نشر، دون سنة.
10. عبير ربحي شاكر القدومي، التعسف في استعمال الحق في الأحوال الشخصية، ط1، دار الفكر، الأردن، 2007.
11. فريدة بناني، حق تصرف الزوجة في مالها حق شرعي وقيود تشريعية، ط01، مطبعة دار نتمل للطباعة والنشر، مراكش، 1995.
12. قيس عبد الوهاب الحياي، ميراث المرأة في الشريعة الإسلامية والقوانين المقارنة، ط01، دار الحامد، الأردن، 2008.
13. محمد الحبيب الشريف، الرصيد القانوني لحقوق المرأة في تونس (1956، 1999)، دون دار طبع، دون سنة طبع.
14. محمد خضر قادر، نفقة الزوجة في الشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة، دار اليازوري، الأردن، عمان، 2010.
15. محمد يعقوب طالب عيدك، الأحكام النفقة الزوجية في الشريعة الإسلامية، دار الهدى النبوي، مصر، 2004.
16. مصطفى العدوي، أحكام الطلاق في الشريعة الإسلامية، دار الإمام مالك، الجزائر، 1997.

17. نجية الشريف، قانون الاشتراك في الملكية بين الزوجين، ط 01، الشركة التونسية للنشر وتمنين فنون الرسم، تونس 2003.
18. نور الدين أبو لحية، قبل الحب والزواج ماذا تعرف عن الحقوق المادية للزوجة، دار الكتاب الحديث، 2009.
19. نور الدين لمطاعي، عدة الطلاق الرجعي وآثارها على الأحكام القضائية، ط02، دار فسيلة، الجزائر، 2009.
20. ياسين عمر الزبياري، الاختلاف بين الزوجين في متاع البيت، ط01، دار دجلة، عمان، 2009.

ج) المقالات:

1. أحمد بن طالب، الرد في الميراث، الأحداث القانونية التونسية، عدد 06، دون دار نشر، 1992.
2. البزدوي، أبو الحسن علي بن محمد بن الحسين، أصول الإمام البزدوي، مطبوع على هامش كاشف الأسرار، ضبط وتعليق وتخريج محمد المعتصم بالله البغدادي، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان، 1997.
3. الطيب اللومي، دراسة حول القانون عدد 94 لسنة 98 المؤرخ في 09 نوفمبر 1998 المتعلق بنظام الاشتراك في الأملاك بين الزوجين، المجلة القانونية التونسية، المركز الجامعي، تونس 1999.
4. الطيب اللومي، سكن الحاضنة، المجلة القانونية، تونس، جوان 2007.
5. العنابي محمود، خواطر حول مساهمة الزوجة في الانفاق علي العائلة، مجلة القضاء والتشريع.
6. العياري محمد صالح، الورثة ليسو خلفاء لأسلافهم في متابعة قضايا الطلاق، مجلة القضاء والتشريع، 1983، عدد 4.
7. العياري محمد صالح، هل مبدأ حضر التعسف في ممارسة الحق متسع للمسؤولية عن الطلاق، مجلة القضاء والتشريع، نوفمبر 1978.

8. الملكي حسين، مقال منشور بجريدة العلم بتاريخ 04 ماي 2004، عدد 19705.
- المنصف زغاب، سكن الحاضنة على ضوء تنفيح 2008/03/04، المجلة القانونية، تونس، أبريل 2008.
9. إلهام بوثلجي، هكذا يفصل القضاة في الاستفادة من صندوق النفقة، جريدة الشروق، 05 فيفري 2015، العدد 4639.
10. أيمن مصطفى دباغ، التعسف في الطلاق (حقيقته، معايير، حالاته، الجزاء المترتب عنه)، مجلة جامعة الأقصى، 2014، المجلد 18، العدد الأول.
11. بديع بن عباس، نظام الاشتراك في الأملاك بين الواقع والقانون، مجلة القضاء والتشريع، أكتوبر 2009.
12. بلقاسم شتوان حق الزوجة في السكن شرعا وقانونا، مجلة المعيار، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، قسنطينة، 2003، العدد 05.
13. بلقاسم شتوان، امتناع الزوج عن الإنفاق وحق الزوجة في طلب التفريق شرعا وقانونا، مجلة المعيار، جامعة الأمير عبد القادر، قسنطينة، 2001.
14. بلقاسم شتوان، نماذج من الزوجات المحرومات من النفقة، مجلة المعيار، جامعة الأمير عبد القادر، قسنطينة، 2004، العدد 09.
15. بن حليلة ساسي، الطلاق لنشوز الزوجة، تعليق على قرار تعقيبي مدني مؤرخ في 10 جويلية 1973، مجلة القضاء والتشريع 1976، عدد 07.
16. بن داود عبد القادر، الآثار المالية للطلاق بالنسبة للزوجة في قانون الأسرة الجزائري، الإشكاليات وحلها، مجلة المعيار، جامعة الأمير عبد القادر، قسنطينة، 2004، العدد التاسع.
17. بن داود عبد القادر، الطلاق بإرادة الزوجة حال ما تكون العصمة بيدها ومشكلة النشوز بين غموض القانون واختلاف الاجتهاد القضائي، موسوعة الفكر القانوني، دار الهلال، دون سنة.
18. بن مرزوق عبد القادر، أحكام التزويل كوسيلة لحماية الأسرة، مجلة الحجّة.

19. تافطناسي علي، نشوز الزوجة بين الشريعة والقانون، مجلة القضاء والتشريع، 1975، عدد 3، 4، 5.
20. تشوار جيلالي، النقائص التشريعية لقوانين الأحوال الشخصية المغاربية في مسألة النسب، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة الجزائر، 2002، العدد 01.
21. تشوار جيلالي، تحفظات الجزائر على بعض بنود الاتفاقيات المتعلقة بحقوق المرأة الأسرية بين التراجع والتمسك، مجلة العلوم القانونية والإدارية والسياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2011، العدد 12.
22. تشوار جيلالي، حق الزوجة في الطلاق بين النقائص القانونية والتطور الاجتماعي، قانون الأسرة والتطورات العلمية، مخبر القانون والتكنولوجيات الحديثة، كلية الحقوق، جامعة وهران، 2007.
23. تشوار حميد وزكية، النقص التشريعي في تنظيم ركنية الصداق، مجلة العلوم القانونية والإدارية، سنة 2004، رقم 02.
24. تشوار حميدو زكية، بعض حقوق المرأة المستحدثة بمقتضى الأمر 02-05 المعدل لقانون الأسرة، مجلة العلوم القانونية والإدارية والسياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2011، العدد 12.
25. حسيبة العربي، التشريعات الاجتماعية المتعلقة بحماية الأسرة، مجلة الأحوال الشخصية وصندوق ضمان النفقة وجراية الطلاق، مجلة القضاء والتشريع، تونس، 2006، العدد 06.
26. دليلة براف، التطبيق للضرر المعتبر شرعا في الاجتهاد القضائي الجزائري، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، جامعة سعد دحلب، البليدة.
27. دنوبي هجيرة، تصرفات الشخص في مرض الموت وحماية الأسرة، مجلة العلوم القانونية، كلية الحقوق، تلمسان، 2004.

28. رشيد بن الشويخ، أحكام الخطبة في الزواج دراسة مقارنة في أحكام الفقه والقانون والقضاء، مداخلة أقيمت من طرف مجموعة البحث في القانون والأسرة 06/15 مارس 2007 بعنوان مدونة الأسرة بعد ثلاث سنوات من التطبيق الحصيلة والمعوقات، سلسلة الندوات، 2008.
29. سارة كانون جراية، كلمة الاختتام الرسمي للملتقى حول موضوع مجلة الأحوال الشخصية دعامة لحقوق الإنسان، مجلة القضاء والتشريع، تونس، أبريل 2008.
30. سامية دولة، مجلة الأحوال الشخصية بين الاجتهادات التشريعية والقضائية، مجلة القضاء والتشريع، تونس، 2007.
31. سعاد سطحي، التعويض عن الأضرار المادية والمعنوي الناجمة عن العدول عن الخطبة، مجلة المعيار، قسنطينة، 2004، العدد 09.
32. سناء الحداد، خواطر حول ميراث المرأة وقاعدة للذكر مثل حظ الأنثيين، مجلة المحاماة، منشورات مجمع الأطرش للكتاب المختص، 2012، عدد ممتاز.
33. سنية العش ملاك، مساهمة الزوجة في الإنفاق على الأسرة، المجلة القانونية التونسية، مركز النشر الجامعي، تونس، 2007.
34. سوفية بن عاقلة، خمسينية مجلة الأحوال الشخصية من المساواة إلى الشراكة الفاعلة، مجلة القضاء والتشريع، تونس، أكتوبر 2006.
35. عادل البراهيمي، تسمية المهر وخواطر حول بطلان الزواج، مجلة القضاء والتشريع، تونس، 1991، عدد 06.
36. عبد الرزاق الشيخ نجيب، طبيعة الخطبة في رؤية فقهية جديدة، مجلة الكويت العدد 11، 2001.
37. عبد القادر بن داود، الآثار المالية للطلاق بالنسبة للزوجة في قانون الأسرة الجزائري وإشكاليات حلها، مجلة المعيار، جامعة الأمير عبد القادر، قسنطينة، 2004، العدد التاسع.

- 38.عبدو أحمد، المفهوم القضائي للشقاق المستمر بين الزوجين كسبب للتطبيق في قانون الأسرة، مجلة البحوث والدراسات القانونية، جامعة البليدة.
- 39.فاضلي إدريس، قانون الأسرة بين الثابت والمتغير، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، جامعة الجزائر، 1996، العدد 04.
- 40.فاطمة الزهراء بن محمود، تطور قانون الأسرة من خلال مجلة الأحوال الشخصية، مجلة القضاء والتشريع، تونس، مارس 2006.
- 41.كرو الهادي، المرأة في مجلة الأحوال الشخصية، مجلة القضاء والتشريع 1977.
- 42.مالك الغرواني، بعض انطباعات حول فقه القضاء في مادة الأحوال الشخصية، مجلة القضاء والتشريع، تونس، 2006.
- 43.محمد المحجوب الطريطر، مساهمة الزوجة الإنفاق على العائلة، مجلة القضاء والتشريع، جويلية 1974، العدد 07.
- 44.محمد خرطة، آثار الخطبة وفق مدونة الأسرة المغربية ، مداخلة أقيمت في أشغال الندوة الدولية لمجموعة البحث في القانون والأسرة بتاريخ 15 و16 مارس بعنوان مدونة الأسرة بعد ثلاث سنوات من التطبيق، الحصيلة والمعوقات، سلسلة الندوات، 2008.
- 45.محمود العنابي، خواطر حول مساهمة الزوجة في الإنفاق على العائلة، مجلة القضاء والتشريع، تونس، 1974، العدد 07.
- 46.محمود شمام، وجوب نفقة الزوجة بالدخول، مجلة القضاء والتشريع، تونس، جويلية 1983.
- 47.مصطفى الشريف، المساواة بين الرجل والمرأة في الزواج والميراث من خلال فقه القضاء التونسي (قرار "ثريا" نموذجاً)، مجللة المحاماة، مركز الدراسات والبحوث للمحاميين التونسيين، 2012، عدد ممتاز.

48. ناصر الدين مروك، قانون الأسرة بين النظرية والتطبيق، مجلة الفكر القانوني، 2004، العدد 4 ناصر الدين مروك، قانون الأسرة بين النظرية والتطبيق، مجلة الفكر القانوني، 2004، العدد 4.

49. نبيل القن وجمال الزرلي، نظام الاشتراك في الأملاك بين الزوجين في القانون التونسي، مجلة القضاء والتشريع، جوان 1999.

50. نور الدين عمر، تدعيم واجب إسكان الحاضنة حماية للأسرة وتأصيلا لمصلحة المحضون، مجلة القضاء والتشريع، تونس، أكتوبر 2009.

د) الرسائل والمذكرات:

1- الأطروحات :

1. تشوار حميدو وزكية، مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2005.

2. شامي أحمد، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة (دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية) رسالة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2013/2014.

3. مسعودة نعيمة إلياس، التعويض عن الضرر في بعض مسائل الزواج والطلاق، دراسة مقارنة ، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، 2009-2010.

2- المذكرات:

1. رشاد السيد إبراهيم عامر، تصرفات المريض مرض الموت في القانون المدني الجزائري، مقارنة بالشريعة الإسلامية والقوانين الأخرى، مذكرة ماجستير القانون الخاص، جامعة الجزائر، 1989.

2. ساجدة عفيف محمد رشيد عتيلى، الطلاق التعسفي والتعويض عنه بين الشريعة الإسلامية والقانون الأردني، مذكرة ماجستير في الفقه والتشريع، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية نابلس، فلسطين، 2011.
3. لؤي عطا الله، الوصية الواجبة، مذكرة دراسات معمقة في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تونس، 1992.
4. محمد أفاش أحر يف، النظام المالي للزوجين على ضوء مدونة الأسرة، بحث لينل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، جامعة سيدي محمد بن عبد الله، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية ظهر المهرز، فاس 2005-2006.
5. هيفاء القضا مي، الالتزامات المالية المترتبة عن الزواج وانحلاله، مذكرة للإحراز على شهادة الدراسات المعمقة في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تونس ، 1997 - 1998.

ثانيا: باللغة الفرنسية.

1. BENAMMOU Nadhir, Essai sur l'abus des droits à travers l'article 103 du coc, mémoire DEA privé, Tunis, 1984.
2. BORRMANS M., Divorce et abus de droit en Tunisie, Revue, Ibla 1967, n2-3.
3. CHAPPION J., Droit des femmes, Masson, Paris, 3ème édition, 1984.
4. CHARFI Mohamed, Le droit tunisien de la famille entre l'islam et la modernité RTD , 1973.
5. DJELLOULI Khadidja, La dot à travers le passé et le présent en Tunisie, DES, Tunis, 1972.
6. GHOUTI Benmalha, Le droit algérien de la famille, office des publications universitaires Alger, 1993.
7. LAURENT F., Principes de droit civil français, tome2, 3ème édition, Bruxelles, 1978, n° 404-405.
8. MASSAOUDI Slaheddine, la consommation du mariage en droit tunisien, DES droit privé, Tunis, 1979.

9. MOUNIR Omar, La modawana le nouveau droit de la famille, imprimer Najah Al Jadida, Rabat, 2005.
10. PLANIOL M. et RIPERT G., Toulouse, 16 Février 1813, Rep. Dalloz, v. mariage n° 83.
11. PLANIOL M. et Ripert G., Traité pratique de droit civil français, 2ème édition, tome2, L.G.D.J, 1992, n°81.
12. TCHOUAR Djilali, Le régime juridique de la dot en droit Algérien, Revue Algérienne de sciences juridiques économiques et politiques, Alger, 1996.
13. TCHOUAR Djilali, Réflexions sur les questions épineuses du code algérien de la famille, office des publications universitaires, Alger, 2004.

النصوص القانونية:

1. الأمر 13 أوت 1956 الرائد الرسمي، 17 أوت 1956، عدد 66.
2. الأمر رقم 66-154 المؤرخ في 08/06/1966 المتضمن قانون الإجراءات المدنية، الجريدة الرسمية رقم 47 المؤرخة في 09/06/1966، المعدل بالقانون رقم 08-09 المؤرخ في 25/02/2008، الجريدة الرسمية رقم 21، المؤرخة في 23/04/2008.
3. الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26/09/1975 المتضمن القانون المدني الجزائري، الجريدة الرسمية رقم 78، المؤرخة في 20/06/2005، الجريدة الرسمية رقم 44، المؤرخة في 26/06/2005، وبالقانون رقم 07-05 المؤرخ في 13/05/2007، الجريدة الرسمية رقم 31 المؤرخة في 13/05/2007.
4. قانون رقم 84-11، مؤرخ في 09 يونيو 1984، تتضمن قانون الأسرة، الجريدة الرسمية، العدد 24، 12 جوان 1984، المعدل بالأمر 05-02 بتاريخ 27 فيفري 2005، الجريدة الرسمية، العدد 15، بتاريخ 27/02/2005.
5. قانون عدد 94 لسنة 1998، المؤرخ في 09 نوفمبر 1998، الرائد الرسمي، عدد 91، المؤرخ في 13 نوفمبر 1998.
6. القانون رقم 70-03، بمثابة مدونة الأسرة، الصادر بتاريخ 03/02/2004، الجريدة الرسمية رقم 5184، بتاريخ 05/02/2004.

مواقع الأنترنت:

1. www.france24.com/ar/20110811-tunisia-women-ask-for-equality.inheritance
2. www.dw.com
3. Ahmed Hassan Bizhat.com
4. www.huraan.com

الفهرس

1	مقدمة:
18	الفصل الأول : الحقوق المالية للمرأة المترتبة عن الزواج.
19	المبحث الأول: الحقوق المالية للمخطوبة.....
21	المطلب الأول: طبيعة الخطبة.....
21	الفرع الأول: طبيعة الخطبة في الفقه الإسلامي.....
24	الفرع الثاني: طبيعة الخطبة في القانون الوضعي.....
33	المطلب الثاني: حكم العدول عن الخطبة.....
34	الفرع الأول: حكم العدول عن الخطبة في الفقه الإسلامي.....
35	الفرع الثاني: حكم العدول عن الخطبة في القوانين الوضعية.....
40	المطلب الثالث: حكم ما يدفعه الخاطب للمخطوبة.....
40	الفرع الأول: حكم ما يدفعه على حساب المهر.....
43	الفرع الثاني: حكم الهدايا.....
52	الفرع الثالث: حكم النفقة على المخطوبة.....
54	الفرع الرابع: موت أحد الخاطبين قبل العقد.....
56	المطلب الرابع: التعويض عن الضرر بسبب العدول عن الخطبة.....
56	الفرع الأول: حكم التعويض عن الأضرار في الفقه الإسلامي.....
64	الفرع الثاني: التعويض عن الخطبة في القوانين المغاربية للأسرة.....
73	المبحث الثاني : حق الزوجة في الصداق.....
74	المطلب الأول : أحكام الصداق.....
75	الفرع الأول : تعريفه ودليل وجوبه.....
84	الفرع الثاني : شروط الصداق.....
84	أولا : كون المهر متقوما.....

- 89..... ثانيا: أن يكون مباحا.
- 91..... ثالثا: أن يكون معلوما.
- 91..... رابعا: أن لا يكون مغصوبا.
- 92..... المطلب الثاني: مقدار المهر، وتعجيله وتأجيله، وأهلية المرأة لقبضه.
- 92..... الفرع الأول: مقدار المهر.
- 96..... الفرع الثاني: تعجيل المهر وتأجيله.
- 98..... الفرع الثالث: ولاية قبض المهر وأهلية الزوجة لقبض مهرها.
- 100..... المطلب الثالث: أنواع المهر.
- 100..... الفرع الأول: المهر المسمى وحالاته.
- 101..... أولا: أن يجب كله.
- 110..... ثانيا: أن يجب نصف المهر.
- 113..... ثالثا: أن يسقط ولا يجب منه شيء.
- 115..... الفرع الثاني: المهر غير المسمى.
- 116..... أولا: أن يجب مهر المثل.
- 119..... ثانيا: أن تجب المتعة بدلا من سقوطه.
- 120..... المطلب الرابع: النزاع حول الصداق.
- 121..... الفرع الأول: الاختلاف في التسمية.
- 122..... الفرع الثاني: النزاع حول المقدار.
- 124..... الفرع الثالث: قبض الصداق.
- 133..... المبحث الثالث: حق الزوجة في ذمة مالية مستقلة.
- 134..... المطلب الأول: التأصيل الشرعي والقانوني لفكرة الذمة المالية بين الزوجين...
- 134..... الفرع الأول: الذمة المالية في الفقه الإسلامي.
- 136..... الفرع الثاني: تكريس القوانين المغاربية لمبدأ استقلال الذمة المالية للزوجين.
- 139..... المطلب الثاني: النتائج المترتبة على مبدأ استقلال الذمة المالية للزوجين.....

- 139..... الفرع الأول: حرية الزوجة في التصرف في مالها
- 142..... الفرع الثاني: مساهمة الزوجة في الإنفاق على بيت الزوجية
- 144..... المطلب الثالث: الاتفاق على الاشتراك في الأموال المكتسبة
- 146..... الفرع الأول: إمكانية الاشتراك في الأموال المكتسبة
- 151..... الفرع الثاني: نظام الاشتراك في الأملاك بين الزوجين
- 153..... أولا: قيام نظام الاشتراك في الملكية:
- 157..... ثانيا: آثار قيام نظام الاشتراك في الأملاك بين الزوجين:
- 165..... المبحث الرابع : حق الزوجة في النفقة
- 168..... المطلب الأول: شروط استحقاق نفقة الزوجة ومشمولاتها
- 168..... الفرع الأول: شروط استحقاق نفقة الزوجة
- 169..... أولا: صحة النكاح وتسليم الزوجة نفسها لزوجها.
- 170..... ثانيا: أن تكون الزوجة صالحة للاستمتاع.
- 175..... الفرع الثاني: مشمولات النفقة
- 180..... المطلب الثاني: خصائص ومقدار نفقة الزوجة
- 180..... الفرع الأول: خصائص نفقة الزوجة
- 180..... أولا: دين نفقة الزوجة وحكم تعجيلها.
- 184..... ثانيا: الإبراء والمقاصة بدين نفقة الزوجة.
- 187..... ثالثا: امتياز دين نفقة الزوجة.
- 189..... رابعا: دين النفقة لا يقبل الحجز لدى الغير.
- 191..... خامسا: نفقة زوجة الغائب
- 196..... الفرع الثاني: مقدار نفقة الزوجة
- 196..... أولا: نوعا النفقة.
- 199..... ثانيا: أساس تقدير النفقة.

المطلب الثالث: مسقطات نفقة الزوجة وأثار الامتناع عن الإنفاق على الزوجة	205
الفرع الأول: مسقطات نفقة الزوجة	205
أولاً: حالة فساد العقد	205
ثانياً: الزوجة المريضة	208
ثالثاً: نفقة الزوجة العاملة	210
رابعاً: سقوط النفقة بالنشوز	215
خامساً: إعسار الزوج	220
الفرع الثاني: أثار الامتناع عن الإنفاق	226
أولاً: طلب التطلق	226
ثانياً: الآثار الجزائية المترتبة على الامتناع عن الإنفاق	233
الفصل الثاني: الحقوق المالية للمرأة كأثر لانحلال الرابطة الزوجية	239
المبحث الأول: النفقات المستحقة للمطلقة	240
المطلب الأول: نفقة العدة	240
الفرع الأول: تعريف العدة وأنواعها	241
الفرع الثاني: حالات استحقاق نفقة العدة	254
الفرع الثالث: حالات سقوط نفقة العدة	259
المطلب الثاني: حق المطلقة في المتعة	261
الفرع الأول: تعريفها ودليل مشروعيتها	261
الفرع الثاني: وجوب نفقة المتعة	263
الفرع الثالث: تقدير المتعة	269
المطلب الثالث: نفقة الإهمال	274
المطلب الرابع: ضمان صرف النفقة	278
المبحث الثاني: حق المطلقة في التعويض	289

- المطلب الأول: حق المطلقة في التعويض عن الطلاق التعسفي 289
- الفرع الأول: مفهوم الطلاق التعسفي وحالات ثبوته 292
- أولاً: تعريف التعسف. 293
- ثانياً: مفهوم الطلاق التعسفي. 294
- ثالثاً: حالات وقوع التعسف في استعمال الحق في الطلاق. 302
- الفرع الثاني: الحكم بالتعويض 309
- أولاً: الأساس القانوني الذي يستند إليه القاضي في تقدير التعويض عن
الطلاق التعسفي. 311
- ثانياً: تقدير التعويض عن الطلاق التعسفي. 316
- الفرع الثالث: علاقة المتعة بالتعويض 330
- أولاً: أوجه الشبه بين المتعة والتعويض. 331
- ثانياً: أوجه الاختلاف بين المتعة والتعويض. 332
- ثالثاً: هل تغني المتعة عن التعويض عن الطلاق التعسفي؟ 333
- المطلب الثاني: حق المطلقة في التعويض في حالة الحكم بالتطليق 340
- الفرع الأول: حالات التطليق 341
- أولاً: التفريق بسبب الإخلال بالالتزامات الزوجية والعائلية. 341
- ثانياً: التطليق للعيوب. 354
- ثالثاً: التطليق للضرر وصوره. 360
- الفرع الثاني: التعويض عن التطليق 377
- المطلب الثالث: الحق في التعويض في حالة نشوز الزوج 386
- الفرع الأول: نشوز الزوج 387
- الفرع الثاني: حق التعويض للمتضررة. 389
- المبحث الثالث: الحقوق المالية الأخرى 392
- المطلب الأول: حق المطلقة الحاضنة 393

- 394..... الفرع الأول: استحقاق أجرة الحضانة
- 398..... الفرع الثاني: حق المطلقة الحاضنة في السكن
- 411..... المطلب الثاني: المطلقة وأجرة الرضاع
- 412..... الفرع الأول: مدى إلزام بإرضاع ولدها
- 414..... الفرع الثاني: استحقاق المطلقة أجرة الرضاع
- 417..... المطلب الثالث: حق المطلقة في متاع البيت
- 418..... الفرع الأول: موقف الفقه الإسلامي من النزاع حول متاع البيت
- 420..... الفرع الثاني: موقف قوانين الأسرة المغاربية من النزاع حول متاع البيت
- 431..... الفصل الثالث: حق المرأة في الميراث**
- 433..... المبحث الأول: توريث المرأة
- 434..... المطلب الأول: ميراث المرأة في الجاهلية
- 436..... الفرع الأول: سبب حرمان المرأة من الميراث في المجتمع الجاهلي
- الفرع الثاني: تقويم نظام الميراث عند الجاهلية ومقارنته بنظام الميراث في الإسلام
- 437..... الإسلام
- 442..... المطلب الثاني: أدلة توريث المرأة في الشريعة الإسلامية
- 442..... الفرع الأول: أدلة توريث المرأة في القرآن الكريم
- 445..... الفرع الثاني: أدلة توريث المرأة في السنة النبوية الشريفة
- 446..... الفرع الثالث: أدلة توريث المرأة في الاجتهاد
- 447..... المطلب الثالث: الحكمة من توريث المرأة
- 452..... المبحث الثاني: الحالات التي تترث فيها المرأة وأنصبتها
- 453..... المطلب الأول: ميراث المرأة بالفرض
- 454..... الفرع الأول: ميراث البنت وبنت الابن
- 455..... أولاً: ميراث البنت

- 457 ثانيا: ميراث بنت الابن.
- 473 الفرع الثاني: ميراث الأم والجددة الصحيحة
- 473 أولا: ميراث الأم.
- 477 ثانيا: ميراث الجددة.
- 480 الفرع الثالث: ميراث الزوجة.
- 492 الفرع الرابع: ميراث الأخوات.
- 492 أولا: ميراث الأخت الشقيقة.
- 496 ثانيا: ميراث الأخت لأب.
- 501 ثالثا: ميراث الأخت للأم.
- 507 المطلب الثاني: ميراث المرأة بالتعصيب
- 508 الفرع الأول: العصبية بالغير.
- 513 الفرع الثاني: العصبية مع الغير.
- 515 المطلب الثالث: ميراث المرأة بالرحم.
- 516 الفرع الأول: حكم توريث ذوي الأرحام.
- 518 الفرع الثاني: أصناف ذوي الأرحام ومراتبهم وطريقة توريثهم.
- 519 أولا: أصناف ذوي الأرحام ومراتبهم.
- 519 ثانيا: طريقة توريث ذوي الأرحام.
- المبحث الثالث: ميراث بعض الحالات الخاصة وشبهة تفضيل الرجل على المرأة في الميراث
- 529 الميراث
- 529 المطلب الأول: ميراث بعض الحالات الخاصة
- 530 الفرع الأول: ميراث المرتدة والغير مسلمة
- 536 الفرع الثاني: ميراث القاتلة
- 540 الفرع الثالث: ميراث بنت الزنا وبنت اللعان والمتبناة
- 551 الفرع الرابع: ميراث المفقودة

558	المطلب الثاني: شبهة تفضيل الذكر على الأنثى في الميراث.....
559	الفرع الأول: معايير اختلاف الأنصبة.....
561	الفرع الثاني: التفضيل لا يعد قاعدة مطردة.....
561	أولاً: الحالات التي تترث فيها المرأة نصف الرجل.....
563	ثانياً: حالات تترث المرأة مثل الرجل.....
564	ثالثاً: حالات تأخذ المرأة أكثر من الرجل.....
565	رابعاً: حالات تترث المرأة ولا يرث الرجل.....
566	الفرع الثالث: الحكمة من تفضيل الذكر على الأنثى.....
571	خاتمة.....
579	قائمة المراجع.....
607	الفهرس.....



الحقوق المالية للمرأة في القوانين المغاربية للأسرة

-دراسة مقارنة-

المخلص :

تعد الحقوق المالية للمرأة من أهم الحقوق التي خصتها قوانين الأسرة المغاربية بأحكام ونصوص تشريعية مفصلة ودقيقة، سواء تعلق الأمر بالحقوق المالية الناتجة عن الزواج أو بالحقوق المالية الواجبة للمرأة المطلقة أو بحق المرأة في الميراث، وذلك حتى ولو تأويلها تتطلب منا في بعض الحالات الرجوع إلى المبادئ التي جاءت بها الشريعة الإسلامية.

ونظرا لأهمية هذه الحقوق في حياة المرأة، فإنه يستوجب توفير الحماية القانونية لضمائها وذلك بتفعيل آليات تطبيق النصوص القانونية الخاصة بها، بحيث يتطلب الأمر هنا البحث عن موقف القضاء من تطبيقه لهذه النصوص وما هي آراء الفقه حولها؟ وهل أن القوانين المغاربية قد تبنت نفس الموقف في هذا المجال؟

الكلمات المفتاحية: امرأة، حقوق، مال، زواج، طلاق، ميراث، قوانين، مغاربية.

Résumé :

Les droits patrimoniaux de la femme connaissent une importance capitale dans les codes magrébins de la famille, lesquels ont régi de tels droits par des textes aussi bien minutieux et explicites que détaillés même si leur analyse nous oblige dans certains cas de se référer aux principes du droit musulman. Ainsi en est-il des droits résultant du lien matrimonial ou de ceux dus à la femme divorcée sans pour autant méconnaître son droit à l'héritage.

En présence de l'importance de ces droits dans la vie d'une femme, il est fondamental de leur procurer une protection juridique inusable par le biais de mécanismes appropriés. Ceci nous entraîne à élucider la position de la jurisprudence quant à l'application des textes régissant ces différents droits tout en soulignant à cet égard les opinions doctrinales. Et, pour en finir, il convient de se demander si les législateurs magrébins ont embrassé une position similaire pour ce qui est de ces divers droits de la femme.

Mots clés: femme, droits, pécuniaires, mariage, divorce, succession, magrébins.

Abstract:the financial rights of women of the most importance rights, wishes summarized the Maghreb family laws provision and the texts of legislative detailed and accurate, weather a financial rights arising from the marriage of financial rights divorced women or women rights to inheritance and so even though the interpretation requires us.in some case refer to the principal that came in the Islamic sharia.

Given the importance of these rights in a women's life, it requires the provision of legal protection guaranteed by activating the application of is the owe legal texts mechanisms, so that it take her find the position of the judiciary from the application of these texts and what are of the view of the fiqh around is that the Maghreb laws have adopted the same position in this area

. **Keywords:** women, rights, money, marriage, divorce, inheritance, laws, maghrebia.