الجمهـــوريـــة الجزائـــريـــة الديمقـــراطيـــة الشعـــبيـــة
جـــــامعة مـــــولود معمـــــري تيـــــزي وزو
كليـــــة الحقـــــوق و العلـــوم السياسيـــة
قســـــم القانـــــون نظـــــام ل.م.د

الحماية القانونية للمرأة المطلّقة بعد الحكم بالطّلاق

مـــــذكرة لـــــنيل شـــــهادة المـــــاستر فـــــي القـــانون
تخـــصص القانون الخاص الداخلي.

إعداد الطالبة:
- سعاد صونية

تحت إشراف:
- د/ زايدي حميد

لجنة المناقشة:

شيهـــاني عمر	أستـــاد مساعد" أ"	جامعة تيزي - وزو	رئيســـــا
زايـــدي حميـد	أستـــاذ محاضـر"ب"	جامعة تيزي - وزو	مشـرفا ومقـررا
زوانـــتي بلحسن	أستـــاد مساعد "أ"	جامعة تيزي - وزو	ممتحنـــــا

تاريخ المناقشة : 2016/10/02

إهداء

أهدي هذا العمل المتواضع إلى أغلى ما أملك، أبي وأمي اللّذان منحا لي كل ما عندهما بدون تعب ولا ملل ولم يبخلا علي بشيء من أجل إيصالي إلى هذه المرتبة العلمية، فلهما كل الفضل في هذا، فإن نجحت فذلك نجاحهما.

صونية

كلمة شكر

الشكر لله أولا وأخيرا الذي
وهب لي العقل والعزيمة على إتمام عملي. ثم أتقدم بخالص شكر والتقدير
إلى **أعضاء لجنة المناقشة** لقبولهم مناقشة هذه المذكرة
وبالأخص الأستاذ المحترم " **زايدي حميد**"
الذي تفضل بقبوله الإشراف على هذه المذكرة وعلى كل النصائح والتوجيهات
التي قدمها لي طوال فترة إنجازي لهذا العمل.
دون أن أنسى أن أشكر جميع الأساتذة الكرام في كلية الحقوق جامعة مولود معمري تيزي - وزو.
كما أتقدم بالشكر الجزيل إلى كل **الزملاء**
وكل من ساعدني على إتمام هذا العمل سواء
من قريب أو من بعيد.

قامة المختصرات

ق.أ.ج	قانون الأسرة الجزائري
ق.م.ج	قانون المدني الجزائري
ق.ع.ج	قانون العقوبات الجزائري
ج.ر	جريدة رسمية
غ.أ.ش	غرفة الأحوال الشخصية
م.ع	المحكمة العليا
م.ق	المجلة القضائية
ص.ص	من الصفحة إلى الصفحة
ص	صفحة
ج	جزء
ط	الطبعة
د.س.ن	دون سنة النشر

يشكل الزواج البنية الأساسية التي يقام عليها المجتمع وهو الرخصة الشرعية والقانونية الوحيدة التي تنظم بواسطتها علاقة الرجل بالمرأة وتجعلها حلالا، وهو شرع الله لعباده لقوله تعالى: " وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُم مِّنْ أَنفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِّتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُم مَّوَدَّةً وَرَحْمَةً ۚ إِنَّ فِي ذَٰلِكَ لَآيَاتٍ لِّقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ "[1].

ونظرا للأهمية الكبرى لعقد الزواج فإن الله سبحانه وتعالى لم يجعله عقدا ماديا فحسب كبقية العقود، بل رفع من شأنه وجعله عهداً وميثاقا غليظاً بين الزوجين، يربط بينهما رباط المودة والرحمة مدى الحياة لقوله تعالى: "وَكَيْفَ تَأْخُذُونَهُ وَقَدْ أَفْضَىٰ بَعْضُكُمْ إِلَىٰ بَعْضٍ وَأَخَذْنَ مِنكُم مِّيثَاقًا غَلِيظًا "[2].

وقد نص المشرع الجزائري في المادة 04 من قانون الأسرة الجزائري أن الزواج: "**عقد رضائي يتم بين الرجل والمرأة على الوجه الشرعي من أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحصان الزوجين والمحافظة على الأنساب**".[3]

إلا أنه قد تسوء العشرة ويشتد الخلاف بين الزوجين ويفقد الزواج معانيه السامية، ولا يبقى علاج لهذه المعضلة سوى فك الرابطة الزوجية، ومن هذا المنطلق، أجازت الشريعة الإسلامية الطلاق ولكن وفق ضوابط شرعية، من خلال التصرف الأحادي للزوج بإرادته المنفردة، أو بإتفاق إرادتي الزوجين، أو بلجوء الزوجة للقضاء لطلب الخلع أو التطليق.

قال تعالى: "الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ ۖ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ".[4]

---

[1]– سورة الروم: الآية 21.

[2]– سورة النساء: الآية 21.

[3]– قانون رقم 84–11 مؤرخ في 9 رمضان 1404 هـ، الموافق 7 يونيو لسنة 1984 يتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر رقم 05–02 المؤرخ في 27 فبراير 2005، (ج ر،ع 15).

[4]– سورة البقرة الآية 229.

قال الرسول صلى الله عليه وسلم: " **أبغض الحلال إلى الله الطلاق**"[1].

هذه النصوص من الكتاب والسنة، تدل على أن الطلاق وإن كان مشروعا إلا أنه لا ينبغي اللجوء إليه إلا عند الضرورة القصوى وذلك لما يترتب عليه من هدم للأسرة دونما سبب مشروع.

وتقليلا من آثار الطلاق عمدت الشريعة الإسلامية إلى تقييده من خلال فرض التحكيم العائلي مصدقا لقوله تعالى: "وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا إِن يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا ۗ "[2].

كما رتب الشارع عن الطلاق مجموعة من الآثار المادية والمعنوية للطلاق تتمثل في الحقوق المالية والمعنوية، وهذه الحقوق هي حقوق تخص المرأة المطلّقة وتشمل الصداق المؤخر إن وجد ونفقة المعتدّة مع تعيين مسكن لقضاء فترة العدة، وحقها في متاع البيت الزوجية، إضافة إلى حقها في المتعة، كما أنها تستفيد من حق حضانة أو زيارة أولادها إذا كانت أُمّاً، وحقوق أخرى إلي جانب المحضون باعتبارها حاضنة وهذا إلى غاية بلوغ الولد المحضون سن العاشر أو السادس عشر في حالة تمديد سن الحضانة بالنسبة للاستفادة من أجرة الحاضنة والسكن، وإلى غاية بلوغ سن الرشد وحتى إلى غاية إتمام الدراسة بالنسبة للنفقة وإلى حين زواج البنت أو توفرها على الكسب.

عملنا على تناول كل حق من هذه الحقوق من منطلق الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، حيث أن المشرع الجزائري حماية للمرأة المطلقة حدد هذه الحقوق، كما رتب عقوبات عن الإمتناع عن دفع النفقة المنصوص عليها في المادة 331 من ق.ع.ج، أو منع الأم المطلّقة من زيارة أولادها في المادة 328 من ق.ع.ج.

---

[1]– رواه أبو داود وإبن ماجة بإسناد صحيح والحاكم وصححه، أنظر: وهبة الزحلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج 7، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، ط 2، سوريا، 1984، ص 357.

[2]– سورة النساء الآية 35.

أسباب إختيار الموضوع:

1. إنتشار الطلاق في المجتمع بشكل لافت ولأتفه الأسباب ترتبت عنه مشاكل إجتماعية وقانونيا كثيرة، لذلك حاولت من خلال هذه المذكرة أن ألم ولو بشكل مختصر وأوضح الأحكام القانونية والشرعية المتعلقة بموضوع حماية المطلّقة بعد الحكم بطلاق.

2.ضرورة دراسة الموضوع حماية المرأة المطلقة بعد الحكم بالطلاق بصفة شاملة جامعة لشتات أجزائه، حيث إقتصرت الدراسات السابقة لهذا الموضوع على دراسات جزئية كل لمسائله كل على حدى دون أن تجمع أجزاءه بدراسة شاملة فقها وقانونا.

3.الرغبة في جمع شتات الموضوع لتكون المرأة على معرفة ودراية بهذه الحقوق، حيث ثبت في الكثير من الأحيان أن جهلها لحقوقها كان سبب في الظلم الواقع عليها في المجتمع.

أهداف البحث وأهميتها:

- البحث في مدى كفاية النصوص القانونية في ضمان الحماية للمرأة في قانون الأسرة الجزائري والآليات القانونية التي وضعها المشرع لتوفير هذه الحماية.
- موضوع الحماية القانوني للمرأة المطلقة بعد الحكم بالطلاق موضوع ذا أهمية خاصة، لأنه يتعلق بمصير الأم و الأولاد بعد الطلاق.
- إن المواضيع المتعلقة بالأسرة عموما لا يمكن أن تدرس بالإعتماد على القانون وحده، بل لا بد من الرجوع إلى الفقه الإسلامي الذي يعتبر مرجعا مهما لا يمكن إغفاله، نظرا لأهمية الحلول التي يعطيها والتي يعتمد عليها القاضي في حال عدم وجود نص قانوني، ومن ثمَّ فإنه من الأهمية أن نبين مواطن النقص والغموض في النص القانوني والذي يتطلب الرجوع إلى الفقه الإسلامي.

و من هنا نطرح من خلال هذه الدراسة الإشكالية التالية:

- **هل وفق المشرع من خلال قانون الأسرة الجزائري في توفير الحماية القانونية الكافية للمرأة المطلّقة؟**

المنهج المعتمد:

لقد اعتمدنا في دراستنا لهذا الموضوع على كل من المنهج الوصفي الذي يناسب الدراسات القانونية التي تهدف إلى التعرف على موقف المشرع من بعض المسائل القانونية، والمنهج التحليلي باعتباره أكثر المناهج اعتمادا عند تحليل النصوص القانونية.

إطار الدراسة:

نتناول موضوع حماية المرأة المطلّقة بعد الحكم بالطلاق من خلال أحكام قانون الأسرة الجزائري، ونظرا لإرتباط الموضوع محل الدراسة بالفقه الإسلامي، وكون الشريعة الإسلامية مصدرا مهما من مصادر قانون الأسرة الجزائري وفقا لنص المادة 222 من ق.أ.ج، فإننا سنرجع إلى الفقه الإسلامي كلما إقتضى الأمر ذلك.

وللإجابة على إشكالية الدراسة ارتأينا أن نقسما البحث لفصلين:

الفصل الأول: الحماية القانونية للمطلّقة.

الفصل الثاني: الحماية القانونية للمطلّقة التي لها أولاد.

الفصل الأول

الحماية القانونية للمطلّقة

إن أبغض الحلال عند الله الطلاق، ولذلك عملت الشريعة الإسلامية وكذا المشرع الجزائري على قيد هذا الحق –الطلاق– بمجموعة من الحقوق منحها الشرع والقانون للمرأة المطلّقة حماية لها حتى لا تشعر أن حقوقها قد أهدرت.

فالله سبحانه وتعالى حفاظا على إستمرارية الأسرة، كلف الرجل وألزمه بدفع هذه الحقوق المالية، فحين يتقدم على الطلاق، لا بدّ أن يضع في حسابه هذا التكليف فيندفع إلى التريث والتروي في إيقاع الطلاق.[1]

كما أن المشرع الجزائري حماية للمرأة المطلّقة نص على هذه الحقوق إذ حصرها في نفقة المعتدّة ونصيبها في متاع البيت (لمبحث الأول)، إضافة إلى حقها في جبر ضرر الطلاق (المبحث الثاني).

وهذه الحقوق تحوزها المرأة سواء لها أولاد أم لا.

[1]– مبروك المصري، الطّلاق وأثاره من قانون الأسرة الجزائري، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2010، ص 35.

المبحث الأول

حماية المطلّقة من خلال منحها الحق في نفقة العدّة ومتاع البيت

تستحق المطلّقة النفقة طيلة فترة العدّة، ما دامت في منزل الزوجية، وهذا لإمتداد إحتباسها لحق زوجها إلى أن تنتهي عدّتها، لأنها في حكم الزوجية وهذا بموجب المادة 61 من ق.أ.ج (المطلب الأول)، كما لها الحق في متاع بيت الزوجي، فغالبا ما تساهم الزوجة في تكوين متاع البيت عبر الجهاز أو شراء بعض اللّوازم خاصة إذا كانت عاملة وذلك بموجب المادة 73 من ق.أ.ج (المطلب الثاني).

المطلب الأول

حق المطلّقة في نفقة العدّة

خول المشرع الجزائري في قانون الأسرة للمطلّقة الحق في نفقة العدّة وذلك بموجب المادة 61 من ق.أ.ج، وهذا إتباعا للشريعة الإسلامية فالمرأة تستحق النفقة والسكنى طيلة فترة العدّة، وذلك لامتداد احتباسها لحق زوجها إلى أن تنتهي عدّتها. وقد عرفت العدّة بأنها فترة زمنية محدّدة شرعا وقانونا للتي فارقها زوجها تنتظرها وجوبا لتتأكد هي ويتأكد الناس من براءة رحمها حتى إذا تزوجت بعد ذلك فإن نسب زوجها الجديدة لا يختلط بنسب زوجها الأول[1]، وهذا إما بثلاث قروء وهي عدّة المطلّقة المدخول بها التي تحيض، وإما بثلاثة أشهر وهي عدّة اليائس من المحيض، وإما بالولادة وهي عدّة الحامل وإذا كان تعريف العدّة واضحا فما هو تعريف نفقة العدّة والحكمة من مشروعيتها (الفرع الأول) وما هي أحكمها شرعا وقانونا (الفرع الثاني).

[1]– فضيل سعد، شرح قانون الأسرة الجزائري في الزواج والطّلاق، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر،1986، ص 348.

الفرع الأول

تعريف نفقة العدّة والحكمة من مشروعيتها

إذا وقع الطلاق بين زوجين بسبب من أسباب الطلاق وكانت الزوجة مدخولا بها، وجب عليها أن تعتد[1]، أما بنسبة للمطلّقة التي لم يدخل بها فلا عدّة عليها[2] لقوله تعالى:" يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُّونَهَا ۖ فَمَتِّعُوهُنَّ وَسَرِّحُوهُنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا "[3] فإذا إعتدّت المطلّقة حكم لها بنفقة العدّة وحيث لا تجب العدّة فإنه لا يمكن الحكم بالنفقة لأن هذه الأخيرة مقابل الإحتباس الحاصل بموجب العدّة،[4] وإذا إنتهت مدّة العدّة، ينتهي معها حقها في النفقة، فما هي نفقة العدّة (أولا) وما الحكمة من مشروعيتها (ثانيا).

أولا: تعريف نفقة العدّة.

عرفت المادة 78 من ق.أ.ج النفقة على أنها: " **تشمل النفقة: الغذاء والكسوة والعلاج، والسكن أو أجرته، وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادّة**" ويتبين من هذا النص أن المشرع عرف النفقة ببيان مضمونها، والنفقة المقصودة هنا هي النفقة بالمفهوم المطلق، وليس مقتصر على نفقة الزوجة فقط، فقد نص المشرع على وجوب نفقة الزوجة

---

[1]– قادر محمد خضر، نفقة الزوجة في الشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة، دار اليازوري العلمية لنشر والتوزيع، الأردن، 2010، ص 179.

[2]– فضيل سعد، المرجع السابق، ص 354.

[3]– سورة الأحزاب الآية 49.

[4]– بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ط 4، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005، ص 314.

على زوجها في المادة 74 ق.أ.ج[1]، ومن المعلوم أن النفقة التي يلتزم بها الزوج نحو زوجته خلال الحياة الزوجية هي نفسها التي يلتزم بها نحوها خلال فترة العدّة بعد الطلاق[2]، وبالرجوع إلى نفقة الزوجة، وكذا نفقة المطلّقة المعتدّة، فهي في نظر المشرع طعام وكسوة ومسكن وعلاج، أما ما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة فلم يبينه المشرع تاركا ذلك للإجتهاد الفقهي وإجتهاد القاضي بحكم سلطته التقديرية.[3]

والمراد بنفقة العدّة إذن هو ما تستحقه المعتدّة من النفقة أثناء العدّة من غذاء ولباس ومسكن وعلاج وغيره.

ثانيا:الحكمة من مشروعية نفقة العدّة.

كرم الله تعالى المرأة أعظم تكريم سواء كانت أما أو أختا أو زوجة، وكفل لها ضمان حقوقها، ومن ضمن تلك الحقوق التي كفلها لها النفقة، فقد أوجبها للزوجة على زوجها وحتى للمطلّقة على طليقها، فقد فرض الشارع الحكيم العدّة على المطلّقة ومنعها من الزواج في هذه الفترة حتى تنقضي، ولكنه لم يتركها بدون أن يضمن لها مؤونة طعامها وشرابها ومسكنها وملبسها.

فأوجب على المطلّق الإنفاق عليها لأنه هو الذي بيده عقدة النكاح، ولأن العدّة حق من حقوقه، فهي ممنوعة من الزواج حتى تنقضي العدّة صيانة لنسله، وقد تكون المطلّقة لا عائل لها فإذا ألزمنها بالعدّة ومنعناها من الزواج مع عدم إنفاق الزوج يؤدي ذلك إلى هلاكها أو

---

[1]– غناي زكية، "حقوق المطلقة بين الشريعة وقانون الأسرة"، بحث لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق بن عكنون، الجزائر، 2010– 2011، ص 86.

[2]– غناي زكية، المرجع السابق، ص 75.

[3]– المرجع نفسه، ص 87.

إنحرافها لتضمن لقمة عيشها وهذا ما لا يرضاه ديننا، لذلك ألزم المطلّق بالنفقة عليها حتى تنتهي العدّة. [1]

الفرع الثاني

حكم نفقة العدّة في الشريعة الإسلامية والقانون الأسرة الجزائري.

يلتزم الزوج المطلّق بدفع نفقة العدّة لزوجته المطلّقة طيلة مدّة العدّة إلى أن تنتهي، فنتساؤل هل هذه النفقة هي حق لكل المطلقات المعتدّات دون إستثناء أم هناك من هنّ من لا تستحقها؟

للإجابة على هذا السؤال يتطلب دراسة المطلّقات المعتدّات اللّواتي تستحق نفقة العدّة في الشريعة إسلامية (أولا) والقانون الجزائري (ثانيا).

أولا :المطلّقة المعتدّة المستحقة لنفقة العدّة والسكنى شرعا.

لا خلاف بين الفقهاء في **أن المطلّقة قبل الدخول** لا نفقة لها، لأنه لا عدّة عليها، ولا خلاف بينهم في أن **المطلّقة رجعيا بعد الدخول** نفقتها تجب لها كاملة على طليقها خلال مدّة العدّة، سواء كانت حاملا أو غير حامل لقيام الزوجية بينهما حكما.[2] وذلك لقوله تعالى " **وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ ۚ وَلَا يَحِلُّ لَهُنَّ أَن يَكْتُمْنَ مَا خَلَقَ اللَّهُ فِي أَرْحَامِهِنَّ إِن كُنَّ يُؤْمِنَّ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ ۚ وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَٰلِكَ إِنْ أَرَادُوا إِصْلَاحًا** "[3]

---

[1]– وفاء معتوق حمزة فيلاش، " الطلاق وأثاره المعنوية والمالية في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة"، رسالة مقدمة لنيل درجة الماجستير، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة أم القرى، السعودية، 1985، ص307.

[2]– جميل فخري محمد جانم، آثار عقد الزواج في الفقه والقانون، دار الحامد للنشر والتوزيع، الأردن، 2009، ص 275.

[3]– سورة البقرة الآية 228.

ولقوله أيضا: " يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا الْعِدَّةَ ۖ وَاتَّقُوا اللَّهَ رَبَّكُمْ ۖ لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِن بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخْرُجْنَ إِلَّا أَن يَأْتِينَ بِفَاحِشَةٍ مُّبَيِّنَةٍ "[1]

إضافة إلى ذلك قول رسول الله صلى الله عليه وسلم "**إنما النفقة والسكنى للمرأة إذا كان لزوجها عليها رجعة**" [2] فهذا الحديث جاء صريحا في أن للمطلّقة طلاقا رجعيا الحق في النفقة والسكنى .

وقد أثبت إبن حزم الظاهري حق المطلّقة رجعيا في النفقة والسكن بقوله: "**و أما كل مطلّقة للذي طلّقها عليها الرجعة – ما دامت في العدّة– فلا يحل لها الخروج من بيتها الذي كانت فيه إذا طلقها، ولها عليه النفقة والكسوة**"[3]

وعليه فإن المعتدّة من طلاق رجعي لها الحق في النفقة والسكن في فترة العدّة إلاّ إذا أتت بفاحشة مبينة.[4]

أما بالنسبة **لنفقة المعتدّة من طلاق بائن**، فهنا ثار خلاف فقهي في وجوب النفقة والسكنى للمطلّقة بائنا إذا لم تكن حاملا.

فالحنفية يجيزون لها حق نفقة العدّة والسكنى حائلا أم حاملا لقوله تعالى:" أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنتُم مِّن وُجْدِكُمْ وَلَا تُضَارُّوهُنَّ لِتُضَيِّقُوا عَلَيْهِنَّ "[5] وهذا يعني أن الله أمر بإسكان المطلّقات

---

[1]– سورة الطلاق الآية 01.

[2]– ليلي حسن الزوبعي، أحكام العدّة في الشريعة الإسلامية، دار الكتب العلمية، لبنان، 2007، ص113.

[3]– شامي أحمد،" السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة، دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية"، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2014، ص 322.

[4]– الفاحشة هي كل أمر قبيح تتعدى فيه حدها، مثل الزنا والسرقة، وإيذائها لأهل الزوج وخروجها من منزلها الذي يلزمها أن تعتدّ فيه منه، فإذا فعلت إحدى هذه الأفعال وهي في عدّتها فلمطلقها إخراجها من بيته وذلك لإتيانها الفاحشة. نقلا عن : مبروك المصري، المرجع السابق، ص 472.

[5]– سورة الطلاق الآية 6.

بغير تفرقة بين المعتدّة من الطلاق البائن أو الرجعي ويدّل على وجوب السكن لهن جميعا، والأمر بإسكان المطلّقات في الآية يفيد وجوب النفقة لهن أيضا، ومما لاشك فيه أن ترك النفقة من أكبر الأضرار، لأن المرأة محبوسة في العدّة لحق الزوج وهي ممنوعة عن الخروج لا تقدر على إكتساب المال، فلو لم تكن نفقتها على طليقها ولا مال لها لهلكت أو ضاق عليها وهذا لا يجوز شرعا ولذلك يلزمه سكنها ونفقتها.[1]

أما **المالكية والشافعية** فقالوا لها الحق في السكنى دون نفقة العدّة ،لأن الزوجية بالطلاق البائن انقطعت فأشبهت بالمتوفى عنها زوجها ،فلا تجب لها النفقة واستدلوا بقوله تعالى:" أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنتُم مِّن وُجْدِكُمْ وَلَا تُضَارُّوهُنَّ لِتُضَيِّقُوا عَلَيْهِنَّ "[2] فالآية أوجبت السكنى للمطلّقة في كل حال وأوجبت لهنّ النفقة بشرط إذا كنّ أولات حمل، فدّل على أنهن إذا لم يكنّ أولات حمل فلا نفقة لهنّ.[3]

أما **الحنابلة والظاهرية** منعوها من النفقة والسكنى لأن النفقة تكون للزوجة والمطلّقة البائن لم تعد زوجة للمطلق فهي في حكم الأجنبية ولم يبقي إلّا مجرد إعتدادها منه، ولو وجبت لها السكنى فقط لوجبت لها النفقة أيضا وأما أن تجب لها السكنى دون النفقة فالنص والقياس يدفعه واستدلوا بحديث فاطمة بنت قيس عن النبي (ص) في المطلّقة ثلاثا قال: "**ليس لها سكنى ولا نفقة**"[4].

---

[1]– شامي أحمد، مرجع سابق، ص 322.

[2]– سورة الطلاق الآية 6.

[3]- إسماعيل أبا بكر علي البامبري، أحكام الأسرة (الزواج والطلاق بين الحنفية والشافعية) دراسة مقارنة بالقانون، دار الحامد لنشر والتوزيع،الأردن، 2009، ص ص 429-430.

[4]– صحيح مسلم، ج2، كتاب الطلاق، باب المطلقة ثلاثا لا نفقة لها.

وإتفق الفقهاء على إستحقاق الحامل المطلّقة طلاقا بائنا النفقة والسكنى وقد إستدلوا بقوله تعالى : " وَإِن كُنَّ أُولَاتِ حَمْلٍ فَأَنفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّىٰ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ " [1]

ذلك لأن النفقة تجب جزاء الإحتباس، والحامل محبوسة على الزواج صيانة لحملها، ولأن الحمل ولده، فيلزمه الإنفاق عليه، ولا يمكنه الإنفاق عليه إلا بإنفاق على أمه[2] وعليه فإذا كانت المطلقة حاملا لها نفقة وسكنى حتى تضع حملها، ثم إن السكن بحد ذاته نفقة فإذا أوجبت السكنى أوجبت النفقة[3].

ثانيا:المطلّقة المعتدّة المستحقة لنفقة العدّة قانونيا.

قضى المشرع الجزائري بحق المطلّقة في النفقة والسكنى خلال فترة العدّة وذلك من خلال المادة 61 من ق.أ.ج والتي تنص على ما يلي : **"لا تخرج الزوجة المطلّقة ولا المتوفى عنها زوجها من السكن العائلي ما دامت في عدّة طلاقها أو وفاة زوجها إلاّ في حالة الفاحشة المبينة ولها الحق في النفقة في عدّة الطلاق"**[4]

وما يتضح لنا من خلال إستقراء هذه المادة أن المشرع الجزائري أقر بحق المطلّقة في النفقة بكل ما تشمله المادة 78 من ق.أ.ج[5]، طيلة مدّة عدتها، دون أن يميّز بين الرجعية والبائن ولا بين الحامل والحائل[6]، وبهذا يكون قد تبنى رأي المذهب الحنفي.[1]

---

[1]– سورة الطلاق الآية 6.

[2]– جميل فخري محمد جائم، المرجع السابق، ص 275.

[3]– إسماعيل أبا بكر علي البامبري، المرجع السابق، ص 431

[4]– أمر رقم 05–02، المرجع السابق.

[5]– تنص المادة 78من ق.أ.ج" **تشمل النفقة :الغذاء والكسوة والعلاج، والسكن أو أجرته، وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة.**"

[6]– قبزيلي مليكة، "حقوق المطلقة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري"، رسالة لنيل درجة الماجستير في العلوم الإسلامية، كلية العلوم الإسلامية، جامعة الجزائر، 2003، ص 162.

وهذا ما أكده الأستاذ عبد العزيز سعد بقوله: " كل مطلّقة معتدّة تستحق النفقة من مال زوجها طيلة مدة عدتها، ويجب على مطلّقها أن يتحمل نفقة العدّة" [2]

كما أن المشرع الجزائري لم يربط حق المرأة في نفقة العدّة بأسباب وقوع الطلاق أو نوع الطلاق فإن المطلّقات في الجزائر يستحقنها في كل الحالات ،[3]وذلك يعتبر من مبادئ العدل على أساس أن المعتدّة في هذه الفترة تكون محتبسة عن الزواج بأمر الشرع ولإستبراء رحمها، وعلى القاضي أن يحكم بها ويحددها إجمالا أو شهريا، ويشير إليها في الحكم نفسه الذي يقضي فيه الطلاق سواء طلبتها الزوجة أو لم تطلبها فيدفعها المطلق على مطلّقته وفقا لقواعد إجراءات التنفيذ إما بصفة رضائية أو بطريقة جبرية ،وذلك لأن النفقة حق ثابت شرعا من الحقوق الزوجية ولا تسقط إلا إذا أسقطها الشارع في بعض الأحوال المحدد شرعا، أو تنازلت عنها الزوجة صراحة [4]. ولقد ألزم المشرع الجزائري القاضي عند تقديره لنفقة العدّة أن يراعي حال وظروف معاش كل من الزوج والزوجة يسرتاً أو عسرتاً (المادة 79 من ق.أ.ج).[5]

هذا وقد أكدت المحكمة العليا على وجوب نفقة العدّة على المطلق تجاه مطلّقته ، في قرار لها الصادر بتاريخ 1984/10/22 بقولها "**متى كان من المقرر شرعا نفقة العدّة تظل واجبة**

---

[1]– تقية عبد الفتاح، " الطلاق بين أحكام تشريع الأسرة والاجتهاد القضائي"، رسالة لنيل شهادة دكتوراه في القانون، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر،2005–2006، ص 196.

[2]–عبد العزيز سعد،الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، ط3، دار هومة لطباعة والنشر والتوزيع،1996، ص291.

[3]– طالبي سرور،"حماية حقوق المرأة في التشريعات الجزائرية مقارنة مع إتفاقيات حقوق الإنسان"، بحث لنيل شهادة الماجستير، تخصص القانون الدولي والعلاقات الدولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 1999–2000، ص 78.

[4]– شامي أحمد، المرجع السابق، ص 325.

[5]– تنص المادة 79 من ق.أ.ج " **يراعي القاضي في تقدير النفقة حال الطرفين وظروف المعاش ولا يراجع تقديره قبل مضي سنة من الحكم**"

على زوجها سواء كانت ظالمة أو مظلومة، فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا لأحكام الشريعة الإسلامية"[1]

وحق نفقة العدّة ربطه المشرع الجزائري بشرط عدم خروج المطلّقة من منزلها، أما إذا خرجت من بيت الزوجية أو سكنت منزلا أخر دون ضرورة يقدّرها الشارع تسقط نفقة العدّة.[2]

لكن في الواقع غالبا ما تترك الزوجة بيت الزوجية وتستقر في بيت أهلها طوعاً أو كراهية، وهذا لأن الزوج كثيراً ما يطردها من البيت.[3]

المطلب الثاني

حق المطلّقة في متاع بيت الزوجية

إن للمرأة أمتعة وأغراض تأخذها معها إلى بيت الزوجية يوم زواجها حسب العادات والأعراف السائدة في كل منطقة، والذي يمثل الجهاز أو متاع البيت، كما أنها قد تكون عاملة وتساهم في تكوين متاع بيتها الزوجية ولكن قد يحصل الطلاق وتغادر المطلّقة بيت الزوجية، ولذلك يحق لها أخذ نصيبها في المتاع المنزلي[4]، وأهم مشكلة تشغل محاكمنا وقضاتنا في الوقت الحاضر هي تلك الإختلافات والنزاعات التي تنشأ بين الزوجين عند طلاقهما بسبب إختلاف حول ملكية متاع البيت، فكل واحد من الزوجين يزعم أن أثاث بيت الزوجية ملكه، وحق له كله أو بعضه وفي الغالب لا يكون لديهما الدليل أو بينة، يقنع الجهة القضائية

---

[1]– ق م ع، الصادر بتاريخ 1984/10/22، ملف رقم 34327، م ق 89/3، ص 69. نقلا عن شامي أحمد، المرجع السابق، ص 325.

[2]– بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 377.

[3]– لوعيل محمد لمين، المركز القانوني للمرأة في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2004، ص128.

[4]– تبودوشت نعيمة، " الطلاق وتوابع العصمة الزوجية في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي"، رسالة لنيل شهادة الماجستير في القانون، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة بن عكنون، الجزائر، 2000–2001، ص 264.

المختصة بأن هذا الشيء المنازع عليه ملك خالص للزوج أو ملك خالص للزوجة[1]، وعليه فما هو تعريف متاع بيت الزوجية (الفرع الأول) وما هي أحكام قسمته شرعا وقانونا (الفرع الثاني).

الفرع الأول

التعريف بمتاع البيت

لقد تعددت التعاريف المقدمة لمتاع بيت الزوجية سواء لغة (أولا) وإصطلاحا (ثانيا) أو فقها(ثالثا).

أولا :التعريف بمتاع البيت لغة.

المتاع هو الأثاث والمال، والجمع أمتعة .

قال الأزهري: المتاع في الأصل كل شيء ينتفع به ويأتي الفناء عليه في الدنيا.

والمتاع السلعة والمنفعة وما تمتعت به .[2]

ثانيا :التعريف بمتاع البيت إصطلاحا.

يراد بمتاع البيت في مجال العلاقة الزوجية كل ما يوجد في البيت الزوجية مما ينتفع به في الحياة من أثاث ومفروشات وأجهزة منزلية وغيرها، سواء كان هذا المتاع من الجهاز الذي

---

[1]– تقية عبد الفتاح، المرجع السابق، ص ص 383–384.

[2]– أبو الفاضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور الإفريقي المصري، لسان العرب، المجلد الثالث عشر، دار صادر، ط 5، لبنان، د س ن، ص 13–15.

تأتي به الزوجة لبيت الزوجية عند زفافها أو كان من ممتلكات الزوج أو كان من أدوات منزلية وجدت بعد الزفاف.[1]

ثالثا: التعريف الفقهي لمتاع البيت.

عرفه الدكتور جميل فخري محمد جانم بقوله: هو كل ما يحضره الزوجان أو أحدهما قبل أو بعد الدخول مما يلزم إستعماله في بيت الزوجية.[2]

والمتاع ثلاثة أنواع حسب المادة 73 من ق. أ.ج:

1. نوع يصلح للزوج دون الزوجة كأدوات الحلاقة.
2. نوع يصلح للزوجة دون الزوج كالمجوهرات وأدوات الزينة.
3. نوع يصلح لكلايهما ويستعملانه معا كالأواني وغيرها.[3]

الفرع الثاني

أحكام قسمة متاع البيت

سنتطرق من خلال هذا الفرع إلى أحكام قسمة متاع البيت الزوجية شرعا (أولا) وأحكام قسمته في قانون الأسرة الجزائري (ثانيا)

أولا :أحكام قسمة متاع بيت الزوجية شرعا :

أجمع فقهاء الشريعة الإسلامية أنه في حالة اختلاف الزوجين في أثاث بيت الزوجية، فادعى كل منهما ملكية هذا الأخير، أن يكون الأثاث لمن أقام البينة منهما، وإن أقاما كلاهما البينة

---

[1]– بوشفرة نبيلة،" الحقوق المالية للمرأة والطفل بعد الطلاق، بحث لنيل ديبلوم الدراسات العليا المعمقة في قانون الخاص، كلية العلوم القانونية والإقتصادية والإجتماعية ، جامعة سيدي محمد بن عبد الله، فاس، 2005–2006، ص 40.

[2]– جميل فخري محمد جانم، المرجع السابق، ص211 .

[3]– الأمر رقم 05–02، المرجع السابق.

رجحت بينة من يدعي خلاف الظاهر،لأن البينات شرعت لإثبات خلاف الظاهر، أما إذا لم تكن لأحدهما بينة ، اختلف الفقهاء في ملكية أثاث البيت الزوجين إلى عدّة أراء[1]:

1. الشافعية.

ذهب الشافعية إلى أنه في حالة اختلاف الزوجين في ملكية أثاث بيت الزوجية، أو اختلف أحدهما مع ورثة الأخر، أو اختلف ورثتهما، فإن أقام أحدهما البينة يكون الأثاث له، أما إذا لم تكن لأحدهما بينة فينقسم الأثاث بينهما مناصفة، سواء في ذلك ما يصلح لهما وغيره،[2] بعد أن يحلف اليمين وذلك لكون الظاهر مع الزوجين.[3]

2. المالكية.

ذهب المالكية، إلى أنه إذا إختلف الزوجان في متاع البيت، فإدعى كل واحد منهما أنه له ولا بينة لهما أو لأحدهما، فما كان من متاع النساء حكم به للمرأة مع يمينها، وما كان من متاع الرجال حكم به للرجل مع يمينه، أما ما يصلح لهما كالنقود مثلا فهو للرجال بعد أداء اليمين[4]، وما يعرف لأحدهما فهو له من غير يمين .[5]

3. الحنفية.

وافق أبو حنيفة ومحمد المالكية رحمهم الله في أنه ما يصلح للرجال، فهو للرجال بعد أداء اليمين ذلك لأن الظاهر شاهد له، وأما ما لنساء هو للمرأة بعد اليمين لأن الظاهر شاهد لها، وأما ما يصلح لهما ففي مذهب الحنفية رأيان:

---

[1]– قيس عبد الوهاب الحيالي، ملكية أثاث بيت الزوجية، دار العامد للنشر والتوزيع، الأردن، 2008، ص88.

[2]– محمد أبو زهرة، محاضرات في عقد الزواج وآثاره، دار الفكر العربي، ط2، مصر،1971، ص 255.

[3]– قيس عبد الوهاب الحيالي، المرجع السابق، ص 89.

[4]– أحمد محمد علي داود، الأحوال الشخصية ،دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن،2009، ص 360.

[5]– وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته ،ج7، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع ،ط2، سوريا، 1984، ص 113.

الرأي الأول: رأي أبي يوسف

أن القول قول الزوجة في مقدار ما يجهز به مثلها في العادة، وقول الزوج في الباقي، لأن الظاهر يكون شاهد للمرأة في مقدار جهاز مثلها ففي الغالب لا تزف الزوجة إلاّ بجهاز يليق بمثلها وما زاد عن ذلك يحكم به للزوج لأن البيت بيته ويده هي المتصرفة فيه.

الرأي الثاني: لأبي حنيفة ومحمد

أن ما يصلح لهما يكون القول فيه للزوج مع اليمين، لأنه صاحب البيت ويده صاحبة التصرف فيه. [1]

ثانيا : أحكام قسمة متاع بيت الزوجية قانونا.

لم يتكلم المشرع الجزائري على الجهاز ولم يتطرق إلى أحكامه، غير أن الظاهر من خلال قراءة المادة 14 من ق.أ.ج، أنها لا توجب على الزوجة متاعا وجهاز بل تقرر أن الصداق حق للزوجة تتصرف فيه كما تشاء وفق مصلحتها، وبالتالي لا يجوز لأي كان أن يرغمها في تجهيز البيت وتأثيثه من مالها الذي قبضته كصداق لها فقد جاء في المادة 14 من ق.أ.ج: "**الصدّاق هو ما يدفع نحلة للزوجة من نقود أو غيرها من كل ما هو مباح شرعًا، وهو ملك لها تتصرف فيه كما تشاء**"[2]

هذا وإن متاع البيت قد يختلط مع الصداق وقد يصعب أحيانا كثيرة التفريق بين ما هو جزء من الصداق وما هو جزء من متاع البيت بإعتبار أن العرف المتبع في الجزائر وفي الكثير من البلدان العربية والإسلامية يلزم الزوجة بتجهيز نفسها وتجهيز بيت الزوجية بما قبضته من صداق، على الرغم من أن الصداق هو ملك لها وحدها شرعا وقانونا وتتصرف فيه

---

[1]- وهبة الزحيلي ، المرجع السابق، ص113.

[2]- أمر رقم 05-02، المرجع السابق .

كما تشاء، ولكن العرف والتفاخر، وحب الظهور بمظهر الغنى والثراء جعل المرأة تنفق كل مهرها وأحيانا تضيف إليه ما كانت تجمعه من مالها أو ما قد أخذته من أهلها على تجهيز نفسها وعلى تجهيز بيت الزوجية فتأخذ معها حاجات كثيرة كان يجب أن تكون من ملتزمات الزوج مثل: آلة الغسيل والبراد، وجهاز تلفزيون، وأثاث غرفة النوم وقاعة الجلوس ولوازم المطبخ.[1]

فإن كانت الزوجة إشترته من مهرها، فهو ملك لها إذ أن الصداق حقها وليس حق للزوج ولا غير الزوج، وسماحها للزوج بإستعماله لا يعني هبته أو التنازل عنه.[2]

والمرأة قد تساهم مع زوجها في شراء أثاث ومتاع البيت خاصة إذا كانت عاملة، ولا أحد يستطيع إنكار مساهمة الزوجة في ملكية كثير من أغراض البيت ومتاعه.

لكن عند وقوع الطلاق، وعدم التفاهم على قسمة الأمتعة، غالبا ما يلجأ الأطراف إلى القضاء من أجل الفصل في النزاع وإعطاء كل ذي حق حقه، وقد عالج المشرع الجزائري هذه المسألة بنص المادة 73 من ق.أ.ج: "**إذا وقع نزاع بين الزوجين أو ورثتهما في متاع البيت، وليس لأحدهما بينّة، فالقول للزوجة أو ورثتها مع اليمين في المعتاد لنساء، القول للزوج أو ورثته مع اليمين في المعتاد للرجال والمشتركات بينهما يقتسمانها مع اليمين**"[3]

من خلال نص المادة يتضح لنا أن المشرع الجزائري قد وضع قاعدة عقلانية يعتمد عليها القاضي في النزاعات القائمة بين الزوجين حول متاع البيت، وحتى يفصل القاضي في ذلك، ينبغي مراعات النقاط التالية:

---

[1]– فضيل سعد، المرجع السابق ،ص 312 .

[2]– شامي أحمد، المرجع السابق، ص 355.

[3]– أمر رقم 05–02، المرجع السابق.

1. التأكد من وجود الأمتعة:

ففي حالة رفع الدعوى أمام القضاء يجب التأكد أولا من وجود الأمتعة ومشاهدتها سواء كانت في مسكن الزوجية أو في مكان أخر، فإذا كانت الأمتعة محل إنكار من الطرف الأخر فالمسألة هنا مسألة إثبات والتي تؤول إلى مبدأ القاعدة العامة في القانون المدني الجزائري وفي الفقه الإسلامي والتي توضح أن " **البينة على من ادعى واليمين على من أنكر**" فإذا أنكر الطرف الأخر وجود الأمتعة أصلا فإنه يؤدي اليمين، وتسمى يمين النفي وحتى يستفيد مقدم قائمة الأمتعة (المدعي) عليه أن يثبت ذلك بالبيّنة، وقد يعترف الطرف الأخر أن مقدم القائمة قد تسلم تلك الأمتعة المذكورة، ففي هذه الحالة يصبح هو المطالب بإقامة الدليل على صحة كلامه [1]. وهذا ما قضت به المحكمة العليا في قرارها الصادر في 1999/03/16 بقولها "**من المقرر قانونا أنه في حالة إنكار وجود المتاع المطالب به عند أحد الزوجين تطبق القاعدة العامة في الإثبات "البينّة على من ادعى واليمين على من أنكر.**

ومتى تبين _في قضية الحال _ أن المدعي عليه أنكر وجود الأمتعة المطالب بها فإن قضاة الموضوع لما قضوا برفض الدعوى في الحال دون تطبيق القاعدة العامة في الإثبات بتوجيه اليمين للمدعى عليه خالفوا القانون وعرضوا قرارهم لإنعدام الأساس القانوني، ومتى كان كذلك إستوجب نقض القرار المطعون فيه."[2]

---

[1]- شامي أحمد، المرجع السابق، ص 355.

[2]-م ع ،غ أ ش، قرار بتاريخ 1999/03/16، ملف رقم 216836، إ- ق، عدد خاص، 2001، ص355.نقلا عن: نفس المرجع، ص 355.

2. حالة وجود البيّنة أو الدليل:

إن وجود الدليل أو البيّنة على تملك الأمتعة، لا يثير أيّ إشكال، فإذا قدّم أحد الزوجين الدليل على تملك شيّئًا من الأشياء، فإنه يقضي له بذلك، فلا بدّ من معرفة أن الشيء الخاص بالمرأة لا مانع من أن يَتَمَلَّكهُ الرجل إذا أقام على ذلك بيّنة، ولو كان من لوازمها، فإن جاء بالبيّنة على أنّ ذلك له انتهى النزاع لصالحه.

فقد يشتري الرجل لزوجته طاقما ذهبيا باهض الثمن، فعلى الرغم من أن المجوهرات من لوازم المرأة فما دام أنه قدم الدليل على ملكه فله الحق في إسترداده.

الشيء نفسه 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.

وعند غياب البيّنة أو الدليل من كل طرف فإن اليمين هي الفاصلة في مثل هذا النزاع طبقا للمادة 73 من ق.أ.ج فكل ما هو معتاد للمرأة فإنه من نصيبها مع اليمين، واليمين التي تقدمها المرأة هي يمين تكميلية، فالأمتعة الخاصة بالنساء تعتبر شاهدا عرفيًّا وحجة لها. وما هو معتاد للرجال ومتعلق بهم فهو ملك للرجل مع اليمين.[1]

أما الأمتعة المشتركة التي يمكن للطرفين الإشتراك فيها، فإنهما يقسمانها مع اليمين، وهو ما يتفق ومذهب الشافعية والحنابلة وهو ما قضت به المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 1998/04/21 الذي ينص على أنه : "**من المقرر قانونا أن المشتركات بين الزوجان في الأمتعة يقسمها مع اليمين**".[2]

---

[1]– عمري رشيد، " تنازع الزوجين في جهاز البيت، دراسة مقارنة"، مجلة أكادمية محكمة متخصصة تطرح دراسات وبحوثا قانونية، العدد 2، كلية الحقوق والعلوم السياسية، معسكر، 2010، ص 112.

[2]- م ع، غ أ ش، قرار بتاريخ 1998/04/21، ملف رقم 189245، إ- ق، عدد خاص، 2001، ص 242 نقلا عن: شامي أحمد، المرجع السابق، ص 356.

وتجدر الإشارة هنا إلى أن توجيه اليمين قبل التأكد من وجود المتاع المتنازع فيه يعدّ خرقا للقانون، فقد أثار الإجتهاد القضائي هذه النقطة ووضح أن الإكتفاء بتوجيه اليمين قبل معرفة وجود أو عدم وجود الأمتعة المتنازع فيها، يعتبر بمثابة انعدام التسبب وخرقا لقواعد الإثبات[1]، وهذا ما تبين من خلال القرار الصادر بتاريخ 1992/10/27 والذي ينص "**على أن توجيه اليمين للمطعون ضدها قبل التأكد من وجود المسوغ المتنازع عليه قصور في التسبب وخرق للقانون.**"[2]

كما أن مسألة تقسيم المتاع مسألة فنية حسب الإجتهاد القضائي، ترجع إلى أهل الخبرة كالصناع والتجار، ولا ترجع إلى القضاة وخاصة عندما تكون المبالغ المطلوبة مرتفعة.[3]

المبحث الثاني

حماية المطلّقة من خلال منحها الحق في جبر ضرر الطلاق

من أبرز الظواهر التي تفشت في المجتمع الجزائري، وأصبحت تهدد سلامته، ظاهرة الطلاق وذلك بالنظر إلى الآثار الخطيرة التي تنجم عنه والتي تمس الزوجين المطلّقين، والأسرة والأولاد بل وحتى المجتمع.

ومن خلال حوادث الطلاق التي تصل مسامعنا نجد أن الزوج كثيرا ما يتعسف في استعمال حقّه هذا، ويقدم على تطليق زوجته لأتفه الأسباب دون أن يوجد ثمة داع حقيقي أو مبرر معقول لذلك، وهذا من شأنه أن يلحق ضرراً بالمرأة.

---

[1] – عمري رشيد، المرجع السابق، ص 112.

[2] – م ع. غ أ ش. قرار بتاريخ 1992/10/27، ملف رقم 86097، عدد خاص، 2001، ص 233.

[3] – عمري رشيد، المرجع السابق، ص 112.

وسعيا من بعض العلماء والمفكرين لمعالجة هذه الظاهرة، حاولوا اقتراح جملة من الحلول لتقليل من حوادث الطلاق، والتخفيف من أثاره، وكذا للحد من سوء استعمال الزوج لحقه هذا، ومن بين الحلول المقترح لذلك أن يفرض على الزوج المطلق تعويض لمطلقته.

غير أن بالرجوع إلى الشريعة الإسلامية نجد أن الله عز وجلّ، وضع علاجا من شأنه أن يخفف الضرر الواقع على المرأة المطلقة، فإن طلق الزوج زوجته صار لهذه الأخيرة حقا ماليا يدفعه لها لجبر ضرر الطلاق[1]، ويطلق على هذا الحق المالي الذي يعطيه المطلق لمطلّقته في الشريعة الإسلامية إسم "المتعة".

وتأثرا بهذا الحكم الشرعي جعل المشرع للمطلّقة ما يجبر ضررها وهو التعويض وقد جاء في المادة 52 من ق.أ.ج بما يلي: "**إذا تبين للقاضي تعسف الزوج من الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها**".[2]

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

وفي هذا الصدد يرى الكثير من الباحثين المعاصرين أن التعويض عن الطلاق التعسفي الذي تنص عليه الأحوال الشخصية العربية ومن بينهم قانون الأسرة الجزائري مصدره المتعة التي شرعت لجبر ضرر المطلّقة الناجم من الطلاق لذلك فلابد من التعرض لتعريف المتعة والحكمة من مشروعيتها (المطلب الأول) وما موقف المشرع الجزائري من المتعة وعلاقتها بالتعويض عن الطلاق التعسفي (المطلب الثاني).

---

[1]- قبزيلي مليكة، المرجع السابق، ص 96.

[2]- الأمر رقم 05-02، المرجع السابق.

[3]- غناي زكية، المرجع السابق، ص 6.

المطلب الأول

مفهوم متعة المطلّقة

تتطلب دراسة مفهوم المتعة تعريفها لغتا وإصطلاحا وقانونيا (الفرع الأول)، ثم بيان حكمها(الفرع الثاني) والحكمة من مشروعتها (الفرع الثالث).

الفرع الأول

تعريف متعة المطلّقة

تعددت التعاريف المقدمة لمتعة المطلقة سواء عند اللّغويين (أولا) أو الفقهاء (ثانيا) وحتى في التشريعات (ثالثا).

أولا: المتعة لغة.

المتعة إسم للتمتيع كالمتاع، وهي كل ما ينتفع به[1]، ومتعة المرأة ما وُصِلتْ به بعد الطلاق مما ينتفع به .[2]

ثانيا: المتعة فقها.

عرفها المالكية بأنها "ما يعطيه الزوج لمن طلقها زيادة على الصداق لجبر خاطرها المنكسر بألم الفراق". وعرفها الشافعية بقولهم بأنها " المال الذي يدفعه الرجل إلى إمرأته لمفارقته إياها بشروط".[3]

---

[1]– القاموس المحيط، ص 762. لسان العرب، ج 5، ص 432. نقلا عن : قبزيلي مليكة، المرجع السابق،ص97.

[2]– أبو الفاضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور الإفريقي المصري، المرجع السابق، ص 14.

[3]– بن زيطة عبد الهادي، تعويض الضّرر المعنوي في قانون الأسرة الجزائري، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2007، ص 152.

أما الحنفية والحنابلة فلم يقوموا بتعريفها بالرغم من ورود أحكام في كلا المذهبين.[1]

وأما عن المعاصرين فقد عرفها البعض أنها: "المال الذي يدفعه الرجل لمطلقته بسبب مفارقتها إياه تطييبا لخاطرها، وتعويضا لما أصابها من ألم الفراق".[2]

ثالثا: التعريف القانوني للمتعة في قانون الأسرة الجزائري.

بالرجوع إلى قانون الأسرة نجد أن المشرع الجزائري لم ينص على المتعة ولا أوردّ تعريفا لها، وإنما أوردّ بدلها التعويض عن الطلاق التعسفي وهو ما دفع بعض الشراح إلى اعتبار ذلك التعويض من قبيل المتعة وأنه المسمى القانوني لهذا الغرض الشرعي.

الفرع الثاني

حكم المتعة

تعددت أراء الفقهاء في حكم المتعة، فذهب **أبو حنيفة** إلى أن المتعة تكون واجبة للمطلّقة في حالة واحدة، وهي عند طلاق الزوج لها قبل الدخول و قبل تسمية الصداق، ومستحبة لغيرها، واستندوا في ذالك إلى قوله تعالى:" لَّا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِن طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمَسُّوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً ۚ وَمَتِّعُوهُنَّ عَلَى الْمُوسِعِ قَدَرُهُ وَعَلَى الْمُقْتِرِ قَدَرُهُ مَتَاعًا بِالْمَعْرُوفِ ۖ حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ " [3]

ووجه الاستدلال بالآية أن قوله تعالى: " ومَتّعُوهُنَّ" جاء على صيغة الأمر والأمر يكون دائما للوجوب، إلا إذا كانت الفرقة من قبلها، واستثنوا المطلّقة قبل الدخول مع تسمية من المتعة

---

[1]– عبد العزيز سمية، " متعة الطلاق وعلاقتها بالتعويض عن الطلاق التعسفي في الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري "، مجلة علمية محكمة، العدد 16، تصدر عن جامعة أكلي محند أولحاج، قسم العلوم القانونية، بويرة، 2014، ص 104.

[2]– قبزيلي مليكة، المرجع السابق، ص 97.

[3] – سورة البقرة الآية 236.

إلا أنهم أوجبوا لها نصف المهر لقوله تعالى: "وَإِن طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ إِلَّا أَن يَعْفُونَ أَوْ يَعْفُوَ الَّذِي بِيَدِهِ عُقْدَةُ النِّكَاحِ"[1]

وتأخذ المطلّقة بعد الخلوة حكم المطلّقة بعد الدخول التي لا تجب لها المتعة باعتبار أنها تستحق كل مهرها، ومن خلال ما سبق يمكن استنتاج أن المتعة واجبة للمطلّقة إذا توفرت الشروط التالية:

1- أن لا يسبق الاتفاق على مهر.

2- أن لا تكون هناك خلوة صحيحة بين الزوجين.[2]

ويري **المالكية**، أن المتعة مستحبة لكل مطلّقة بعد الدخول، باستثناء بعض المطلّقات وهنّ :

1-المطلّقة قبل الدخول والتي سمي لها المهر، لأنها تأخذ نصف المهر.

2-المطلّقة عن مال تدفعه لزوجها.

3-المطلّقة التي فوضها زوجها في أمر طلاقها.

4-المطلّقة التي اختارت فسخ عقد زواجها.

5-المرأة التي اختارت المفارقة بسبب عيب في زوجها.

6-المرأة التي وقع اللعان بينها وبين زوجها.[3]

أما **الحنابلة** فقد ذهبوا إلى أن المتعة واجبة للمطلّقة قبل البناء، إلا التي سمي لها مهر فلها نصف المهر، ومستحبة للمطلقة بعد الدخول سواء سمي لها المهر أو لا.[4]

---

[1]- سورة البقرة، الآية 237.

[2]- أحمد فتحي بهنسي، نفقة المتعة بين الشريعة والقانون، دار الشروق، مصر، 1988، ص 25.

[3]- أحمد نصر الجندي، الحضانة والنفقات في الشرع والقانون، دار الكتب القانونية، مصر، 2004، ص 172.

[4]- وهبة الزحيلي ، المرجع السابق، ص 320.

ويري **الشافعية** أن المتعة واجبة لكل مطلقة سواء طلقها زوجها قبل أو بعد الدخول[1] لقوله تعالى:" وَلِلْمُطَلَّقَاتِ مَتَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ ۖ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ" .

واستثنى الشافعية من وجوب المتعة للمطلقة قبل الدخول التي سمي لها مهر .

والخلاصة أن الشافعية أوجبوا المتعة لكل مطلّقة إلا المطلقة قبل الدخول التي سمي لها مهر ، والمالكية إستحبوها لكل مطلقة بعد الدخول، والحنفية والحنابلة إستحبوها لكل مطلقة إلا المفوضة المطلقة قبل الدخول التي تزوجت بلا مهر والراجح حسب الدكتور الفضيل وهبة الزحيلي هو ما ذهب إليه مذهب الشافعية وذلك لما لمتعة المطلقة من تطييب لخاطرها وتخفيف لألم الفراق لها .[2]

الفرع الثالث

الحكمة من مشروعية المتعة للمطلّقة

إتفق العلماء على مشروعية المتعة للمطلّقة وإن اختلفوا في وجوبها، و لقد دلّت آيات كثيرة على مشروعية المتعة منها قوله تعالى:" وَمَتِّعُوهُنَّ عَلَى الْمُوسِعِ قَدَرُهُ وَعَلَى الْمُقْتِرِ قَدَرُهُ مَتَاعًا بِالْمَعْرُوفِ"[3] ، فحفظا لحقوق المطلّقة التي كانت تعيش في بيت الزوجية وتنفق من نفقته، شرعت المتعة دعمًا ماديًا[4]من شأنها مساعدة المرأة في هذه المرحلة الحرجة من حياتها وخاصة إذا كانت فقيرة ولا معين لها .[5]

---

[1]– أحمد نصر الجندي، المرجع السابق، ص 173.

[2]- [2]– وفاء معتوق حمزة فيلاش، المرجع السابق، ص 287.

[3]– سورة البقرة، الآية 236.

[4]– نجلاء بنت حمد بن علي المبارك ، "متعة المطلقة ، دراسة حديثية موضوعية "،مجلة العدل، العدد 52، جامعة الأميرة نورة بنت عبد الرحمان ،كلية الآداب، الرياض،1932هـ ، ص 161.

[5] – قبزيلي مليكة، المرجع السابق، ص99.

وفي المتعة للمطلّقة تطييب لخاطرها من ألم الفراق، وجبر لها من إستيحاش الطلاق، وتخفيف مما يلحق بها من الإبتذال بالعقد وقلة الرغبة فيها بالطلاق.[1]

وتشريع الإسلام للمتعة يندرج ضمن مقاصده بالمحافظة على الأعراض، وصون كرامة الناس من القيل والقال، ولهذا أمر حتى في حالة الطلاق الذي يتسبب في الغالب النزاع والبغضاء بأن لا ننسى المودة والإحسان[2]. لقوله تعالي:" وَلَا تَنسَوُا الْفَضْلَ بَيْنَكُمْ"[3]

وقد بيّن محمد عبده [4]–رحمه الله– الحكمة من متعة الطلاق بقوله: "إن في هذا الطلاق غضاضة وإيهاما للناس أنّ الزوج ما طلقها إلاّ وقد رابه منها شيء، فإذا هو متعها متاعا حسن تزول هذه الغضاضة ويكون هذا المتاع الحسن بمنزلة الشهادة بنزاهتها والإعتراف بأنّ الطلاق كان من قبله أي لعذر يختص به، لا من قبلها، أي لا لعلّه فيها، لأنّ الله تعالى أمرنا أن نحافظ على الأعراض بقدر الطاقة، فجعل هذا التمتيع كالمرهم لجرح القلب لكي يتسامح به الناس فيقال: إنّ فلانا أعطى فلانة كذا وكذا فهو لم يطلقها إلاّ لعذر وهو آسف عليها معترف بفضلها، لا أنه رأى فيها عيبا أو رابه من أمرها شيء ".

المطلب الثاني

موقف المشرع الجزائري من المتعة وعلاقتها بالتعويض عن الطلاق التعسفي

من الثابت شرعا أنه إذا طلق الرجل زوجته يترتب في ذمته متعة لمن طلقها، تخفيفا عنها من وحشة الطلاق، وهذا من عناية الشارع الحكيم بالمرأة في هذا الوقت العصيب، فما

---

[1]– نجلاء بنت حمد بن علي المبارك، المرجع السابق ، ص 162.

[2]– بن زيطة عبد الهادي ، المرجع السابق ، ص 154.

[3]- سورة البقرة الآية 237.

[4]– هو عبد الواحد بن التين، أبو محمد السفاقسي، محدث مالكي، صاحب شرح البخاري المشهور، نقلا :عن قبزيلي مليكة، المرجع السابق، ص 99 .

موقف المشرع الجزائري من متعة المطلقة (الفرع الأول) وما علاقتها بالتعويض عن الطلاق التعسفي (الفرع الثاني).

الفرع الأول

موقف المشرع الجزائري من متعة المطلّقة

المشرع الجزائري لم ينص على المتعة وإنما إكتفى بذكر التعويض عن الطلاق التعسفي كبديل عنها[1]، إذ جاء في المادة 52 ق.أ.ج " **إذا تبين للقاضي تعسف الزوج من الطلاق حكم للمطلّقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها**".[2]

والذي يمكن إستخلاصه من نص هذه المادة أن الحكم على الزوج المطلق بالتعويض لزوجته المطلّقة يتطلب شرطين أساسيين:

1- أن يتبيّن للقاضي تعسف الزوج في طلاقه، حيث يثبت لديه انتفاء أي سبب مشروع أو مبرر معقول دفع الزوج إلى طلب الطلاق.

2- أن يلحق الزوجة المطلّقة ضرر من جراء هذا الطلاق.[3]

وهذا معناه أنه إذا إختل شرط من هذين الشرطين تفقد المطلّقة حقها في التعويض.

وفي الواقع القول بأن الأمر يتعلق بتعويض يحتاج إلى وقفة، ذلك أن التعويض عن الضرر يلزمه عنصر الخطأ كما أنه يقدر وفقا للقواعد العامة بحسب الضرر الناجم عن الخطأ أو التجاوز، في حين أن تقدير المتعة يكون حسب يسر المطلق وحال المطلّقة.[4]

---

[1]- بن زيطة عبد الهادي، المرجع السابق ، ص 161.

[2]- الأمر رقم 05-02، المرجع السابق.

[3]- عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 306.

[4]- بوشفرة نبيلة، المرجع السابق، ص 32.

ومن الناحية العملية فهناك تضارب في الإجتهادات القضائية، فالقضاء الجزائري لم يحسم المسألة ولم يبين موقفا موحدا، ولعل ذلك راجع لتطبيق المادة 222 من ق.أ.ج.[1]

فالرأي الأول من القضاة فصل بين المتعة والتعويض عن الطلاق التعسفي حيث جاء في إحدى قرارات المحكمة العليا ما يلي:"**من الأحكام الشرعية أن للزوجة المطلقة طلاقا تعسفيا نفقة العدّة، ونفقة الإهمال ونفقة المتعة وكذلك التعويض الذي قد يحكم به لها من جراء الطلاق التعسفي، وينبغي عند الحكم تحديد طبيعة المبالغ المحكوم بها لصالح المطلّقة، وفي أي إطار تدخل، والقضاء بما يخالف أحكام هذا المبدأ يستوجب نقض القرار الذي منح للزوجة المطلقة مبلغا إجماليا من النقود مقابل الطلاق التعسفي**".[2]

نجد إذن أن هذا القرار ذهب إلى إعطاء المطلّقة متعة وتعويض في أن واحد، وذلك على أساس أن المطلّقة تستحق التعويض من جراء الطلاق التعسفي، وتستحق نفقة متعة كغيرها من النفقات من عدّة وإهمال وفقا لمبادئ الشريعة الإسلامية.[3]

بالرجوع إلى ما سبق من أحكام الفقه الإسلامي، وما كان من تعريف للمتعة، فإنها تمنح للزوجة عند الطلاق لجبر خاطرها، وبمفهوم المخالفة فإن الزوجة التي تختار فراق زوجها لا تستحق المتعة، وهو نفس الأساس القانوني لإستحقاق المطلّقة طلاقا تعسفيا للتعويض. فمعنى ذلك لو جمعت المتعة والتعويض في أن واحد، تكون المطلّقة قد أخذت تعويضين عن نفس الضرر.[4]

---

[1]– تنص المادة 222 من ق.أ.ج " **كل ما لم ينص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية** ".

[2]– م ع. غ أ ش. المؤرخ في 1986/04/07، ملف رقم 41560، م ق 1989، العدد2، ص69. نقلا عن: شامي أحمد، المرجع السابق، ص 305.

[3]– مسعودة نعيمة إلياس، "التعويض عن الضرر في بعض مسائل الزواج والطلاق، دراسة مقارنة"، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية ،جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان،2009–2010، ص 308.

[4]– مسعودة نعيمة إلياس، المرجع السابق ، ص 308.

نلاحظ أن أساس الحكم بالتعويض هو نفسه أساس إستحقاق المتعة، فكيف يمكن للقاضي الحكم بهما معاً و في آن واحد.

فالمتعة المستحقة للزوجة إنما لجبر خاطرها نتيجة الطلاق، ولا تتضرر الزوجة من الطلاق إلا الذي كان خلاف رغبتها، فإن هي رضيت به فلا حق لها في المتعة، وكذلك الحال لو طلبت هي فراق زوجها، وبذلك فإن المتعة تشترك مع التعويض في مدلول واحد. وذلك أنه في حالة الطلاق التعسفي فإن المتعة تتحول إلى تعويض يجبر الضرر الذي يحصل للزوجة نتيجة هذا الطلاق الجائر.[1]

أما الرأي الثاني فقد جاء مخالف لهذا الموقف وأعتبر المتعة تعويضا عن الطلاق التعسفي وهذا ما جسده قضاء المحكمة العليا في قرار جاء فيه ما يلي: "**إذا كانت أحكام الشريعة الإسلامية تقرر للزوجة التي طلقها زوجها متعة تعطى لها تخفيفا عن 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 بإسم متعة وبدفع مبلغ آخر كتعويض**".[2]

وعليه فهذا القرار القضائي يضع الحد لإمكانية الجمع بين المتعة والتعويض، وبتالي يمكن القول أن التعويض والمتعة وجهان لعملة واحد، لا يمكن للقاضي الحكم بهما في وقت واحد تطبيقا لمبدأ عدم جواز الجمع بين التعويض عن ضرر واحد، فالضرر الناجم عن الطلاق التعسفي لا يستحق إلاّ تعويض واحد هو نفسه المتعة.[3]

---

[1]– المرجع نفسه، ص 309.

[2]– قرار المحكمة العليا، مؤرخ في 1885/04/8، ملف رقم 35912 م ق 1989، العدد 1، ص 89، نقلا عن : نفس المرجع ، ص 310.

[3]– مسعودة نعيمة إلياس، المرجع السابق ، ص 310.

وعليه يمكن القول بأن ما ذهب إليه القضاء الجزائري يعتبر رأيا اجتهاديا وسطا بين إيجاب المتعة شرعا، وتقرير الحق في التعويض قانونا، وهذا لا يستقيم لإختلاف موجب كل من المتعة والتعويض، فإن إتحد في الحكمة فقد اختلافا في السبب، ومن ثم يكون لكل منهما حكمه الخاص.[1]

الفرع الثاني

العلاقة بين متعة الطلاق والتعويض عن الطلاق التعسفي

إن العلاقة بين المتعة والتعويض هي أن كلاً منهما يجب للمرأة المطلّقة على زوجها بعد الطلاق لها عن الضرر الذي أصابها، فهما يشتركان في علة واحدة وهي رفع الضرر، وذلك يكون بدفع المال إليها إما عن طريق المتعة كما قررت الشريعة الإسلامية، أو عن طريق التعويض كما قرره القانون. وفي هذا يقول د/ محمد الزحيلي: "**متعة الطلاق هي الصورة الشرعية، والعلاج الفقهي لتعويض المرأة عن الطلاق، والتخفيف عما أصابها من أضرار مادية ومعنوية، وأن هذه المتعة شاملة لكل مطلقة، وخاصة إذا أخذنا بأوسع المذاهب في هذا الموضوع، وأنها واجبة قضاء يلزمه القاضي بها**"[2]

ويتضح أن المتعة والتعويض هما تعويضان عن الضرر الذي يصيب المطلّقة جراء طلاقها، سواء كان الضرر ماديًا أو معنوياً.

قد يشتبه الحق المالي للمطلّقة بين المتعة والتعويض، وهو ما يلاحظ من خلال ما جاءت به بعض الإجتهادات القضائية الصادرة عن المحكمة العليا التي لم تفرق في ذلك، ولذلك لا بّد من بيان أوجه الشبه والإختلاف بين المتعة التعويض، فيما يلي:

---

[1]– شامي أحمد، المرجع السابق، ص 307.

[2]– محمد الزحيلي، التعويض المالي عن الطلاق، دار المكتبي، دمشق، 1418هـ، نقلا عن: شامي أحمد، نفس المرجع، ص 299.

أولا: أوجه الشبه بين المتعة والتعويض:

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

1.إن كلا من المتعة والتعويض عن الطلاق التعسفي يجبان بعد الطلاق البائن، الذي يزيل الحل بين الزوجين، لذلك فالمطلقة رجعيا لا تستحق المتعة ولا التعويض إلا بعد إنقضاء العدة.

2.إن كلا من المتعة والتعويض غير مقدرين بقدر محدود، بل إن أمرهم متروك للقاضي، يقدّرهما حسب الظروف وحسب حال الزوج.

3.إن كلا من المتعة والتعويض وجبا جبرا لخاطر المرأة تخفيفا لها عن آلامها، وتعويضا لها عما أصابها من ضرر بإيقاع الطلاق عليها.

4.إن كلا من المتعة والتعويض لا يؤثران على الحقوق الزوجية للمرأة كالمهر والنفقة.

5.إن كلا من المتعة والتعويض لا تجبان إلا إذا كانت الفرقة من قبل الزوجة ، أما إذا كانت من قبل الزوج فتجب المتعة لكل مطلّقة، ويجب التعويض إذا كانت الفرقة من قبل الرجل إذا كان طلاقه تعاسفيا.[1]

ثانيا: أوجه الإختلاف بين المتعة والتعويض:

تختلف المتعة عن التعويض في النقاط الأتية:

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

[1]- شامي أحمد، المرجع السابق، ص 300.

2. إن المتعة تجب في جميع حالات الفرقة سواء كانت طلاقا أم فسخا، وسواء أكان الطلاق من الزوج أم من القاضي، أما التعويض فإنه يجب في حالة الطلاق التعسفي، والتطليق للضرر. [1]

3. تجب المتعة بمجرد الطلاق لكل مطلّقة، بغض النظر عن كون الزوج المطلّق متعسفا في الطلاق أم لا بينما التعويض لا يجب إلا إذا كان الطلاق تعسفيا.

4. المتعة مشروعة في الفقه الإسلامي تسلية للمرأة المطلّقة و جبرا لخطرها، بغض النظر عن كونها تضررت من جراء طلاقها أولم تتضرر، بينما التعويض في قانون الأسرة مشروع لرفع الضرر الذي يلحق بالزوجة المطلّقة نتيجة تعسف زوجها في طلاقتها. [2]

ومن خلال هذه الدراسة لا يمكن القول بأن التعويض والمتعة شيء واحد، لأنه يجب تمتيع المطلّقة بمجرد الطلاق ولو لم يصبها ضرر، ثم الحكم بالتعويض إذا أصيبت المطلّقة بضرر حماية لها من الطلاق التعسفي، وعلى ذلك يجب على المشرع الجزائري أن ينص على المتعة بصورة صريحة، سواء بالنسبة للمطلّقة قبل الدخول في حالة عدم تسمية الصداق، أو للمطلّقة بعد الدخول من غير التعويض. وذلك بإضافة فقرة جديدة المادة 3/16 [3] من ق.أ.ج التي تنص على أنه: "**وتمتيع المطلقة قبل الدخول في حالة عدم تسمية الصداق**".

وتعديل المادة 52 من ق.أ.ج على شكل التالي: "**يلزم كل مطلق بتمتيع مطلّقته إذا كان الطلاق من جانبه، وإذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلّقة بالتعويض في ضرر اللاحق بها**" [4]

---

[1]- شامي أحمد، المرجع السابق، ص 301.

[2]- قبزيلي مليكة، المرجع السابق، ص 126.

[3]- تنص المادة 16 من ق.أ.ج على أنه " **تستحق الزوجة الصداق كاملا بالدخول، أو بوفاة الزوج، وتستحق نصفه عند الطلاق قبل الدخول** "

[4]- مسعودي رشيد ، النظام المالي للزوجين في التشريع الجزائري"، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون ، كلية الحقوق ،جامعة أبي بكر بالقايد ، تلمسان ، 2005-2006 ،ص73.

وفي ختام الحديث عن مستحقات المطلقة التي تستحقها حتى ولو لم يكن لها أولاد ، لا يفوتني التعريج على مؤخر الصداق كحق من الحقوق التي تستحقها المرأة المطلقة، بعد الحكم بالطلاق إذا كان بعض الصداق لا يزال في ذمة الزوج، فهو من قبيل الديون التي للزوجة على زوجها.

الفصل الثاني

الحماية القانونية للمطلّقة التي لها أولاد

بعد أن بينا كيفية توفير الحماية القانونية للمرأة المطلّقة من خلال منحها حق نفقة وسكن وقت العدّة والحق في متاع البيت الزوجية وجبر ضرر الطلاق، سنبين في هذا الفصل الحماية القانونية للمطلّقة التي لها أولاد من خلال بيان الحقوق التي منحها لها القانون بإعتبارها أُماً والتي تتمثل في المقام الأول في حضانة الأولاد فبعد إنحلال الرابط الزوجية لابد من إسناد حضانة الأولاد لأحد الزوجين ممن هو أحق بها قانونا وشرعا. ولعلها تكون الأم مبدئيا لكونها الأنسب والأجدر بها، أما إذا أسندت حضانتهم للأب فلها الحق في زيارتهم (المبحث الأول).

ويرافق حق المرأة في الحضانة، حقوق أخرى مقررة صراحة للمحضون بالدرجة الأول وبصورة أصلية، فلولا وجوده في ظّل العلاقة الزوجية المنفكة لما إستحقت الحاضنة تقريرها الحق فيها، ويتجلى ذلك فيما تتطلبه الحضانة من نفقة على المحضون وأجرة الحضانة، ومسكن لممارسة الحضانة، فالزوج ملزم بتوفير مسكن ملائم لذلك أو بدفع أجرته إذا تعذر عليه وذلك حماية لها ولمحضونها من خطر التشرد، (المبحث الثاني). لكن هذه الحقوق لا تكون أبدية بإعتبار أن الحق في ممارسة الحضانة ليس كذلك، فهو ينتهي إما مؤقتا وذلك بسقوطها عن مستحقها، وإما نهائيا بإنتهاء مدتها.

المبحث الأول

حماية المطلّقة من خلال منحها الحق في الحضانة أو الزيارة

تعتبر الحضانة واحدة من أهم المسائل التي أولتها الشريعة الإسلامية وكذا المشرع الجزائري عناية خاصة لما تخلفه من آثار إيجابية وسلبية في حياة الفرد والأسرة والمجتمع، وذلك لما لها من دور كبير في تنشئة الطفل وتهيئته للحياة المستقبلية حتى يكون عضوا صالحا في المجتمع .

وإذا كانت الحياة قائمة بين الزوجين، فإن موضوع الحضانة غير مطروح لكون الأبوين يشرفان معا وبشكل مباشرة على تربية الأولاد.

أما إذا إفترق الأبوين، فالحضانة تؤول لمن تتحقق معه مصلحة المحضون و للأم في هذا حق الأولية من الأب، ما لم يقم بها مانع يمنع تقديمها (المطلب الأول)، غير أن إذا لم تسند إليها الحضانة لا تقطع جذريا من المحضون، بل يبقى لها حقا لفائدتها ولفائدة المحضون، وهو حق زيارة هذا الأخير (المطلب الثاني).

المطلب الأول

حماية المطلّقة من خلال منحها الأولوية في الحضانة

جعلت الشريعة الإسلامية وكذا المشرع الجزائري الأم أولى بحضانة أولادها متى توافرت شروط ذلك سواء كان طلب الفرقة من طرف الزوج أو من طرفها، فقد إتفق جمهور الفقهاء على أن الأم أحق الناس بحضانة طفلها إذا طلّقت من أبيه، سواء كانت معتدّة أو منقضية العدّة، ولا يحق لأحد أن ينازعها في ولدها أو ينزعه منها ولو كان أباه

إذ متى طلبت بحقها هذا وتمسكت به أجيبت إله[1]، وهذا لأنّ الأمّ هي المدرسة الأولى للطفل، وبالتالي لها التأثير البالغ في الحياة النفسية وإستقرارها لدى الطفل من حيث تربيته وتهذيب أخلاقه، وإستقامة سلوكه، بالإضافة إلى ذلك فالأم هي مصدر الغذاء بالنسبة للطفل في بداية تكوينه الجسدي والعقلي وهي كذلك منبع العطف والحنان، ومجرى الحب والشفقة.[2]

وهذا إسناد شرعي بقي عليه المشرع الجزائري في قانون الأسرة إذ ينص في الفقرة الأولى من المادة 64 من ق.أ.ج أن " **الأمّ أولى بحضانة ولدها، ثم الأب، ثم الجدّة لأم، ثم الجدّة لأب، ثّم الخالة، ثم العمة، ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك**"[3] هذه المادة جعلت الأم أولى بحضانة أولادها أما الأب فهو في المرتب الثانية، فالحضانة بنسبة للسلطة التشريعية الجزائرية حق وواجب قرر لصالح المرأة نظرا للأهمية والمكانة المرموقة التي تتمتع بها الأم بالنسبة لأطفالها.[4] سنتطرق في هذا المطلب إلى تعريف الحضانة وحكمها ومدّتها (الفرع الأول) ثم بعد ذلك سنحدد شروط أحقية الأمّ المطلّقة بها (الفرع الثاني).

الفرع الأول

تعريف الحضانة وحكمها ومدّتها

نستعرض في هذا الفرع تعريف الحضانة لغة وإصطلاحا وقانونا (أولا) وبيان حكمها (ثانيا) ومدّتها (ثالثا).

---

[1]- قبزيلي مليكة، المرجع السابق، ص 202.

[2]- كربال سهام، "الحضانة في قانون الأسرة الجزائري"، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون، تخصص عقود ومسؤولية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أكلي محند ولحاج، البويرة، 2012-2013، ص 42.

[3]- الأمر رقم 05-02، المرجع السابق.

[4]- طالبي سرور، المرجع السابق، ص 79.

أولا: تعريف الحضانة

أ. لغة:

الحضانة بفتح الحاء وكسرها مؤخوذة من الحضن وهو الجنب –ما دون الإبط إلى الكشح ، يقال: حضن الشيء إذا ضمّه إليه وجعله تحت حضنه، ومنه حضن الطائر بيضه أي ضمّه تحت جناحيه،[1] وعند الإنسان يطلق على عملية الحنان حين تضم الأمّ إبنها إلى صدرها وهي تعنقه وتلتصق به فتعطي هذه الكلمة معاني في ضم الشيء وحفظه والحنان عليه،[2] وتسمى الأم حينئذ حاضنة.

ب. إصطلاحا:

هي تربية وحفظ من لا يستقل بأمور نفسه، كطفل وكبير مجنون أو معتوه، وذلك برعاية شؤونه وتدبير طعامه وملبسه ونومه وتنظيفه وغسيله وغسل ثيابه ونحوها.[3]

وعرفت أيضا بأنها إلتزام شرعي وقانوني بتدبير شؤون الطفل ورعايته جسمياً وروحياً وعلمياً ممن له الحق في ذلك شرعاً.[4]

جـ. قانونا:

عرّف المشرع الجزائري الحضانة في المادة 62 من ق.أ.ج:

---

[1]– المصباح المنير، ص76، لسان العرب، ج1،ص 661، نقلا عن: قبزيلي مليكة، المرجع السابق، ص198.

[2]– فضيل سعد، المرجع السابق، ص 369.

[3]– محفوظ بن صغير، "الإجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري"، أطروحة دكتوراه علوم في العلوم الإسلامية، تخصص فقه وأصوله، كلية العلوم الإجتماعية والعلوم الإسلامية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2008–2009، ص 666.

[4]– قبزيلي مليكة، المرجع السابق، ص 199.

"الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسّهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا".[1]

حيث ركز المشرع في تعريف الحضانة على أسبابها وأهدافها محددا بذلك نطاق الحضانة ووظائفها الأساسية، ومن هنا فإنه يتعين على المحكمة عندما تحكم بالطلاق وتفصل في حق الحضانة أن تراعي كل هذه الجوانب التي تضمنها هذا التعريف.[2]

ويرى الأستاذ عبد العزيز سعد أن التعريف الوارد في المادة 62 من ق.أ.ج يعتبر أحسن تعريف على الرغم من احتواءه على أهداف الحضانة وأسبابها وذلك لشموليته على أفكار لم يشملها غيره من القوانين العربية، حيث أنه تعريف يتّسم بالعموميّة، ويجمع كل ما يتعلق بحاجيات الطفل الدينية والصحية والخلقية والتربوية والمادية.[3]

ومن هنا فإن أهداف الحضانة تظهر فيما يلي:

1. **تعليم الولد:** و يقصد به التعليم الرسمي والتمدرس.
2. **تربية الولد على دين أبيه:** حيث يجب أن يربي على قيم الدين الإسلامي.
3. **السهر على حماية المحضون:** فإذا كانت الحضانة رعاية وحماية فلابد أن تشمل هذه الحماية كل أشكالها، فيجب أن لا يكون الطفل عرضة لأي اعتداء مادي كالضرب والتعذيب، أو اعتداء معنوي كتخويف والشتم، بالشكل الذي قد ينجم عن ذلك اضطرابه نفسياً أو عقلياً.[4]

---

[1] – الأمر رقم 05-02، المرجع السابق.

[2] _ أحمد فراج حسين، أحكام الأسرة في الإسلام، (الطلاق وحقوق الأولاد ونفقة الأقارب)، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1988، ص 225.

[3] – عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 21.

[4] – عبد المطلب عبد الرزاق حمدان، الحضانة وأثرها في تنمية سلوك الأطفال في الفقه الإسلامي، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2008، ص 6.

4.حماية الطفل من الناحية الخلقية: وذلك بتنشئته على الأخلاق وتهذيبه وإعداده لأن يكون فردا صالحاً وسوياً، وأن لا يترك عرضة لشارع ورفقاء السوء.

5. حماية المحضون صحيا: حيث يجب أن يلقى الطفل العناية الصحية الكاملة من قبل الحاضنة، خاصة في سنوات الأولى من حياته، وذلك بأن يتلقى كل التلقيحات اللاّزمة والدورية، وأن يعرض على طبيب كلما استدعت الحاجة.[1]

ثانيا: حكمها.

الحضانة واجبة شرعا، إذ لا سبيل لحفظ المحضون من الهلاك إلاّ بها، فهي من قبيل حفظ النفس الذي أوجبه الله عزّ وجل.

وهذا الوجوب يكون كفائيا إذا تعدد المستحقون للحضانة، أما إذا وجد حاضن واحد فقط فهي فرض عين عليه.[2]

وقد ثبتت مشروعية الحضانة بالسنة النبوية الشريفة منها، ما ورد عن عبد الله بن عمر- رضي الله عنهما- أنه سمع رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول: "**كلكم راع وكلكم مسؤول عن رعيته ...**"[3]

---

[1]- بن عصمان نسرين إيناس، "مصلحة الطفل في قانون الأسرة الجزائري"، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير، قانون الأسرة المقارن، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2008-2009، ص 114.

[2]_ قبزيلي مليكة، المرجع السابق، ص 201.

[3]- أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الجمعة، باب الجمعة في المدن والقرى، ج1، ص 267 نقلا عن: نفس المرجع ، ص 201.

ثالثا: مدّة الحضانة.

نصت المادة 65 من ق.أ.ج على المدّة المقررة قانونا لإنتهاء الحضانة: " **تنقضي مدّة حضانة الذكر ببلوغه 10 سنوات، والأنثى ببلوغها سن الزواج، و للقاضي أن يمدد الحضانة بالنسبية للذكر إلى 16 سنة إذا كانت الحاضنة أُماً لم تتزوج ثانية. على أن يراعي في الحكم بانتهائها مصلحة المحضون**".[1]

يفهم من هذا النص أن الحضانة لها مدّة معينة لا يمكن أن تستمر وقتا طويلا، ويلاحظ أن هذا النص جاء بقاعدتين:

القاعدة الأولى:

متعلقة بإنقضاء المدّة بحكم القانون، وتكون ببلوغ المحضون الذكر عشر (10) سنوات، والمحضون الأنثى ببلوغها سن الزواج والمقرر حسب المادة 7 من قانون الأسرة بتسعة عشر (19) سنة.

ومعنى ذلك أنه ببلوغهما هذا السن، لم يعد الأبوين حق التنازع على حضانة أي واحد منهما أمام القضاء، ففي هذا السن تنتهي الحضانة بقوة القانون، هذا كأصل عام.[2]

القاعدة الثانية:

متعلقة بتمديد مدّة الحضانة بناءًا على طلب الحاضن، حسب مقتضيات المحضون، وبالتالي فيكون للقاضي سلطة تقديرية في تمديد مدّة الحضانة، إلاّ أن سلطته هذه غير مطلقة بل مقيدة بالشروط القانونية التالية:

---

[1] _ الأمر رقم 05-02، المرجع السابق.

[2] – مداني هجيرة نشيدة، "حقوق الطفل بين الشريعة والقانون"، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع القانون الخاص، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر 1، 2011-2012، ص 135.

1. يخص طلب التمديد، المحضون الذكر فقط فلا يجوز للأم أو لغيرها طلب تمديد حضانة الأنثى بعد إنتهائها.

2. أن يكون الحد الأقصى للتمديد 16 سنة وبتالي فيمكن للقاضي أن يمدد الحضانة إلى سن أقل 16 سنة وهذا حسب ما تتطلبه مصلحة المحضون، ولكن لا يمكن له تجاوزها. وبالنسبة لهذا الشرط فكان من الأجدر على المشرع أن يترك تحديد هذه المدّة إلى القاضي، لأن الأطفال وإن كانوا في نفس السن إلاّ أنهم يختلفون عن بعضهم البعض، والقاضي وحده يمكنه مراعاة كل حالة على حدى مراعيا في ذلك مصلحة المحضون.

3. أن تكون الحاضنة الأم، فلا يجوز لغيرها طلب تمديد الحضانة.

4. أن تكون هذه الأم الحاضنة غير متزوجة.

5. أن يكون طلب تمديد الحضانة خلال سنة من نهاية العشر سنوات، فإذا فاتت المدة دون أن يكون للأم عذر في تأخرها سقط حقها في المطالبة بالتمديد.[1]

كما أن النص لم يشر إلى مسألة هامة، كثيرا ما تثار بالنسبة للمحضون وهي رغبته في الإنتقال، فكثيرا ما يرفض الطفل بعد الحكم بإنتهاء الحضانة العيش والإنتقال إلى الجهة التي تسند لها الحضانة بسبب تعوده على العيش مع أمه مثلا لفترة طويلة.وهنا يكون القاضي أمام مسألة شائكة تستدعي الموازنة بين أمرين وهما:

– إما تطبيق النص القانوني بالحكم بإنتهاء حضانة الأم وبالتالي يعود الصغير إلى العيش مع أبيه حتى ولو رفض ذلك، وإما الأخذ بعين الإعتبار رغبة الصغير في الإنتقال من عدمه آخذا في الحسبان مصلحته.[2]

---

[1]– بن عصمان نسرين إيناس، المرجع السابق، ص 126.

[2]– بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدّل(دراسة مقارنة ببعض التشريعات العربية)، دار الخلدونية، الجزائر، 2008، ص 258.

الفرع الثاني

شروط أحقية الأم المطلّقة بالحضانة

حسب قانون الأسرة الجزائري سواء قبل التعديل أو بعده فإننا لا نجد نصا واضح وصريح يحدد شروط الواجب توفرها في الحضانة ما عدا نص المادة 62 من ق.أ.ج التي تنص في فقرتها الثانية "**ويشترط في الحاضن أن يكون أهلا للقيام بذلك**"[1]، و نلاحظ من خلال هذه المادة أن حقّ الحضانة لا يثبت للأم ـ ولا غيرها من الحواضن ـ إلاّ إذا كانت أهلا له، وهذه الأهلية لا تتحقق إلا بتوافر جملة من الشروط يمكن بها تحقيق الغاية المنشودة من الحضانة، ولتحديد الشروط الواجب توفرها في المرأة المطلّقة التي لها أولاد حتى تكون أهلةً للقيام بحضانة أولادها يمكن الرجوع إلى نص المادة 222 ق.أ.ج، التي تحيلنا إلى قواعد الشريعة الإسلامية في حالة عدم وجود نص يتعلق بمسألة معينة، وبالرجوع إلى أراء فقهاء الشريعة الإسلامية فيما يخص الشروط الواجبة توفرها في المرأة المطلّقة لتحضن أولادها فهي:

أولا: الشروط العامة:

1.البلوغ:

الحضانة هي رعاية الولد، لذلك لا يعقل لمن هو ليس أهلا للولاية أن تسند له الحضانة، فالصغيرة التي لا تتولى شؤون نفسها لا يمكن الإعتماد عليها لتولي شؤون غيرها لأن الحضانة مهمة شاقة لا يتحمل مسؤوليتها إلاّ الكبار، لذلك يشترط فيها أن تكون بالغة[2]

---

[1]– الأمر 05-02، المرجع السابق.

[2]– محمد كمال الدين إمام، أحكام الأسرة الخاصة بالفرقة بين الزوجين وحقوق الأولاد في الفقه الإسلامي والقانون والقضاء، دراسة لقوانين الأحوال الشخصية، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2008، ص 149.

سن الرشد المدني أي 19 سنة كاملة حسب نص المادة 40 من ق.م.ج. [1]

أما فيما يتعلق بالصغيرة التي تزوجت قبل بلوغ السن القانوني بموجب ترخيص من رئيس المحكمة فالمشرع الجزائري لم يشر إلى هذه النقطة صراحة، ولكن يمكن القول أنه ما دامت الفتاة مؤهلة للزواج فإنها بذلك تصبح أهلا لتحمل المسؤولية الناتجة عن الزواج، وتتحمل بتالي نتائج فشل هذا الزواج، فالأمّ تقدر على تربية الطفل وهي متزوجة رغم صغر سنها فإنها كذلك تقدر على إحتضانه وهي مطلّقة. إلاّ إذا ثبت عدم قدرتها على ذلك وهذا ما نستنتجه من الفقرة الأخيرة من المادة 7 من ق.أ.ج التي جاءت فيها "**لا يكتسب الزوج القاصر أهلية التقاضي فيما يتعلق بآثار عقد الزواج من حقوق وإلتزامات**"[2]

2.العقل:

إتفق الفقهاء أن من شرط الحاضنة أن تكون متمتعة بكامل قواها العقلية، فلا حضانة لمن بها جنون أو عته، لأن الحضانة نوع من الولاية وكل من المجنونة والمعتوهة تحتاج هي ذاتها إلى من يتولى أمورها، فلا يعقل أن يوكل إليها تدبير شؤون غيرها.

كما أن ترك الولد عند مثل هذه الحاضنة يشكل خطرا عليه، لأنه يكون عرضة للهلاك، في حين أن الهدف من الحضانة تحقيق مصلحة المحضون بدفع الضرر عنه وجلب النفع له، ويستوي في الجنون أن يكون مطبقا -أي دائما ومستمرا- أو أن يكون متقطعا، أي يأتي صاحبه أحيانا ويزول عنه أحيانا أخري[3]، وإلى جانب العقل إشترط

---

[1]- الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان 1393 الموافق لـ 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني، ج ر ع 78، المؤرخ في 24 رمضان 1395 الموافق لـ 30 سبتمبر 1975 المعدل والمتمم، حيث تنص المادة 40 منه على: "**كل شخص بلغ سن الرشد متمتعا بقواه العقلية ، ولم يحجر عليه، يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية وسن الرشد 19 سنة كاملة**".

[2]- كربال سهام، المرجع السابق، ص 19.

[3]- قبزيلي مليكة، المرجع السابق، ص 204.

المالكية الرشد، فلا حضانة عندهم لسفيه مبذر كي لا يتلف مال المحضون أو ينفق عليه منه ما لا يليق.[1]

3.القدرة على الحضانة:

المراد بذلك أن تكون الأم الحاضنة قادرة على صيانة ولدها المحضون والقيام بأعباء الحضانة، وعليه فلا حضانة لمن عجزت عنها بسبب مرض أقعدها الفراش، أو عاهة حالت بينها وبين رعاية شؤون الصغير،[2] فالقدرة يجب أن تكون جسدية ومادية.

ويجب التفرقة بين المرض الذي لا يخشى منه خطرا ويتوقع من إصابته ضرر، كالصداع اليسير والحمى الطارئة، وهذا النوع من المرض لا يؤثر على حق الحضانة.

أما المرض الذي يطول فهو ذلك الذي يخشى منه على المصاب به، بل وعلى غيره كالجذام والسل والجرب، ويكون مانعا ومؤثرا على حق الحضانة.[3]

أما عن موقف القضاء الجزائري في إعتبار القدرة شرط أساسيا لممارسة الحضانة فيظهر جليا في العديد من قرارات المحكمة العليا إذ جاء في قرارها المؤرخ في 1984/07/09 " **من المقرر في الفقه الإسلامي وجوب توفر شروط الحضانة، ومن بينها القدرة على حفظ المحضون ومن ثم فإن القضاء بتقرير حق ممارسة الحضانة دون توفر هذا الشرط يعد خرق لقواعد الفقه الإسلامي**".[4]

---

[1]– كربال سهام، المرجع السابق، ص 20.

[2]– قبزيلي مليكة، المرجع السابق، ص 207.

[3]– كربال سهام، المرجع السابق، ص 21.

[4]– م ع، غ أ ش، قرار بتاريخ 1984/07/09، ملف رقم 3391، م ق 1989، ع 04، ص 76.

ولا ينبغي أن يفهم من هذا أن من شرط الحضانة أن تكون سليمة من كلّ الأمراض وخالية من أي عاهة، بل العبرة بالقدرة على الحضانة أو عدمها.[1]

4.الأمانة:

إشترط جمهور الفقهاء في الحاضنة أن تكون مأمونة على تربية المحضون وعلى أخلاقه وأدبه، وعليه فلا حضانة للمرأة الفاسقة عندهم،[2] لأنها غير مأمونة على تربية المحضون، ويخشى منها على الصغير تعلم الفسق فالفاسقة كشاربة الخمر أو الراقصة أو غيرها غير أمنة في الشرع على حضانة وتربية الصغير[3]، لأن ترك ولدها معها غالبا ما يؤدي إلى ضياعه وذلك بسبب إنشغالها عنه وإهمالها له، كما يمكن أن يتأثر بسلوكها السيئة فينشأ على طريقتها وسيرتها.[4]

فقد إتفق **الحنفية** على أن الفسق مانع من موانع الحضانة إلا أنهم إختلفوا حول درجة الفسق فهم يفرقون بين الفسق المطلق الذي يمنع الحضانة وبين الفسق الأقل حدّة.

أما **المالكية** و**الشافعية** و**الحنابلة** فإتفقوا على أن الفسق مانع من موانع الحضانة، لأن الفاسق لا يمكن الإعتماد عليه في تربية الصغير ولا ثقة فيه، بل يخشى منه أن ينشأ فاسقا مثله.[5]

---

[1]- قبزيلي مليكة، المرجع السابق، ص 207.

[2]- نفس المرجع ، ص 205.

[3]- غناي زاكية، المرجع السابق، ص 212.

[4]- قبزيلي مليكة، المرجع السابق، ص 207.

[5]- أحمد نصر الجندي، الطلاق والتطليق وأثارهما، دار الكتب القانونية، مصر، 2004، ص ص 599-600.

ثانيا:الشروط الخاصة.

1. أن لا تتزوج الحاضنة بغير قريب محرم للمحضون:

من شروط الأم المطلّقة حتى تحتفظ بحقها في حضانة ولدها أن لا تتزوج بأجنبي عنه، وهذا ما إتفق عليه الأئمة الأربعة، **المالكية، الشافعية، الحنابلة والحنفية**، و حجتهم في ذلك ما رواه عبد الله بن عمر إذ إمرأة قالت: "**يا رسول الله إن إبني هذا كان بطني له وعاء وحجري له حواء و ثديي له سقاء و زعم أبوه أن ينزعه مني**" فقال صلى الله عليه وسلم: "**أنت أحق به ما لم تنكحي**"[1]، فهذا الحديث جعل لها حق الحضانة حتى تتزوج فيسقط عنها، هذا إذا تزوجت بأجنبي عن الصغير.[2]

أما إذا تزوجت بذي رحم محرم للصغير مثل عمه فإن حضانتها لا تسقط لأن العم صاحب حق في الحضانة، وله من صلته بطفل وقرابته منه ما تحمله على الشفقة ورعاية حقه.[3]

والهدف من الشرط أن تكون متزوجة بغير ذي رحم محرم منه، أنها تكون قد أمسكته عن زوج أجنبي عنه ربما لا يعطف عليه، فيتعرض الطفل لنظرات القسوة والبغض والأذى،[4] لأن زوج الأم الأجنبي عادة ما يبغض ولد زوجته فيهينه ويعامله بقسوة وجفاء، مما قد يلحق به الضرر والأذى. وهذا ما بينه الدكتور عبد العزيز عامر بقوله: "**وأن زوج الأم من شأنه أن يبغض الصغير، ولد زوجته، ولا يشفق عليه، ولما كانت له القوامة على المرأة فإن هذا الولد، إن ظلّ مع أمه رغم تزوجها، فإنّه سيعيش عادة عيشة لا تصلح لكي تربي فيه كريم**

---

[1]– جمال الدين عبد الله بن يوسف الزيلعي، نصب الراية في تخريج أحاديث الهداية، ج الثالث، كتاب الطلاق، باب حضانة الولد ومن أحق به، مؤسسة الريان، 1995، ص 265.

[2] – عبد المطلب عبد الرزاق حمدان، المرجع السابق، ص 39.

[3]– بن عصمان نسرين إيناس، المرجع السابق، ص 51.

[4]– عمرو عيسى الفقي، الموسوعة الشاملة في الأحوال الشخصية، ج2، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، 2005، ص 187.

الصفات وحسن الأخلاق، عيشة لا يشعر فيها بالعطف من الرجل الذي يعيش معه، فينشأ وتنشأ معه عُقد تحيل حياته المستقبلية إلى شر ونفور وسوء طباع، فلا يكون صالحا لنفسه ولا للمجتمع أما إحتمال أن يكون زوج الأم على خلاف ذلك فإنه إحتمال نادر والنادر لا يقام له وزن، ولا يكون له حكم".[1]

أما عن موقف المشرع الجزائري في هذه المسألة فتنص المادة 66 من ق.أ.ج على أنه: "**يسقط حق الحاضنة بالزواج بغير قريب محرم، وبالتنازل، ما لم يضر بمصلحة المحضون**"[2]

وعليه يفهم من هذه المادة أن كل إمرأة تمّ طلاقها من زوجها بحكم قضائي أسند إليها حضانة أولادها منه فإن حق الحضانة يسقط حتما بحكم القانون بمجرد تزوجها أثناء فترة الحضانة برجل أجنبي أو برجل لا تربطه بأولادها المحضونين قرابة محرمة.

وقد كرست المحكمة العليا هذا المبدأ في العديد من قرارتها، حيث جاء في القرار المؤرخ في 1986/05/05 "**من المقرر في أحكام الشريعة الإسلامية أنه يشترط في المرأة الحاضنة ولو كانت أُماً أن تكون خالية من الزواج أما إذا كانت متزوجة فلا حضانة لها لإنشغالها عن المحضون، مما يستوجب معه نقض القرار.**"[3]

وعليه وخدمة لمصلحة المحضون فإن سقوط الحضانة بزواج الحاضنة بغير قريب محرم تقع عليه عدّة إستثناءات منها:

- عدم وجود من يحضن الطفل غير الأم.
- أن يكون الحاضن الذي يليها غير مؤمون على الطفل أو عاجزا على حضانته.

---

[1]– قبزيلي مليكة، المرجع السابق، ص 210، أنظر: عبد العزيز عامر، الأحوال الشخصية، ص 261.

[2]– الأمر رقم 05-02، المرجع السابق.

[3]– م ع، غ أ ش، 1986/05/05 ملف رقم 40418 م ق 89، عدد 2 ص 75.

- ألاّ ينازع الأم في محضون بعد زواجها أحد ممن لهم الحق في الحضانة، ويبدأ حساب المدّة من يوم الزواج إلى إنقضاء السنة كاملة وذلك وفقا لمادة 68 من ق.أ.ج.
- أن يترك الأب المحضون لأمه عن تراضي.

وهذه الإستثناءات كان على المشرع أن يذكرها بهدف تخفيف من صرامة هذه المادة.[1]

2. عدم إقامة الحاضنة بالصغير في بيت يبغضه:

يرى أغلب الفقهاء أن إقامت الحاضنة مع من يبغضه ويكرهه الصغير يعرضه للأذى والضياع، فلا حضانة للأم التي تسكن مع من يكره ولدها. [2]

3. شرط ألا تمتنع الحاضنة عن تربية الولد مجانا عند إعسار أبيه:

إن إمتناع الأم عن حضانة الصغير مجانا عند إعسار الأب مسقط لحقها في الحضانة، فعدم الإمتناع يعتبر شرطا من شروط الحضانة .[3]

4. عدم الإستطان بالمحضون في بلد أجنبي:

إشترطت الشريعة الإسلامية في الحاضنة عدم الإنتقال بمحضون إلى بلد أخر غير بلد أبيه، ومعنى هذا عدم السفر بالمحضون سفر نقله وإنقطاع إلى مكان بعيد عن أب المحضون قدّره المالكية بستة بُرد فأكثر، وهو حوالي 132 كلم، فلو سافرت الحاضنة الأم مسافة ستة برد فأكثر كان للأب حق أخذ المحضون وسقطت الحضانة عن الأم. والهدف من ذلك هو عدم الإبتعاد بالمحضون عن أبيه للسماح له برؤيته وزيارته.[4]

---

[1]- لوعيل محمد لمين، المرجع السابق، ص 113.

[2]- أحمد نصر الجندي، الطلاق والتطليق وأثارهما، المرجع السابق، ص 603.

[3]- عبد القادر بن حرز الله، المرجع السابق، ص 360.

[4]- غناي زكية، المرجع السابق، ص 221.

وقد ورد في نص المادة 69 ق.أ.ج: " **إذا أراد الشخص الموكول له حق الحضانة أن يستوطن في بلد أجنبي رجع الأمر للقاضي في إثبات الحضانة له أو إسقاطها عنه، مع مراعاة مصلحة المحضون**".[1]

طبقا لهذا النص إذا أرادت الأم الحاضنة أن تسافر بالمحضون إلى بلد خارج الجزائر وبغرض الإستطان الدائم بهذا البلد فإن حقها في الحضانة يسقط إلاّ إذا تحصلت على رخصة من القاضي الذي يحكم بتثبيت الحضانة إذا كانت في ذلك مصلحة للمحضون أو إسقاطها وحرمان المرأة من هذا الحق إذا كانت هذه الإقامة تضر بالمحضون.[2]

5. الإسلام:

لا خلاف بين الفقهاء المسلمين في أن المرتدّة لا تستحق حضانة الطفل المسلم، ولكنهم إختلفوا في إستحقاق المرأة الغير المسلمة حضانة الطفل المسلم على رأيين.[3]

الرأي الأول:

ذهب **الشافعية والحنابلة** وفريق من **المالكية** أنه لا حضانة لكافر على مسلم إطلاقا.[4] لإختلاف الدين لأنها قد تخرجه من الإسلام ولأن الحضانة من باب الولاية فلا ولاية لكافر على مسلم لأن الله عز وجل لم يجعل للكافر ولاية على المسلم،[5] حيث قال تعالى: " وَلَن يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا ".[6]

---

[1] _ الأمر 05-02، المرجع السابق.

[2] – لوعيل محمد لمين، المرجع السابق، ص 116.

[3] – محمود علي السرطاوي، شرح قانون الأحوال الشخصية، دار الفكر ناشرون وموزعون، ط 3، الأردن، 2010، ص368 .

[4] – نفس المرجع، ص 368 .

[5] – أحمد نصر الجندي، الطلاق والتطليق وأثارهما، المرجع السابق، ص 606.

[6] – سورة النساء، الآية 141.

الرأي الثاني:

ذهب **الحنفية** و**الظاهرية** و**المالكية** في الراجح عندهم إلى جواز حضانة الكافرة للمسلم إذا توافرت فيها شروط الحضانة وتستمر حضانتها إلى أن يعقل الأديان.[1]

أما عن موقف المشرع الجزائري من هذه المسألة فقد أكدت المادة 62 من ق.أ.ج على أن يربى الطفل على دين أبيه، ولا فرق بين مسلمة وغير مسلمة في مسألة الحضانة، ويتضح من خلال تفحص أحكام وقرارات القضاء أنه تمسك بموقف الإمام مالك رضي الله عنه، حيث سوى بين الأم المسلمة والغير المسلمة في إستحقاقها الحضانة، وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 1989/03/13، حيث جاء فيه: "**من المقرر شرعا وقانونا أن الأم أولى بحضانة ولدها ولو كانت كافرة إلاّ إذا خيف على دينه، وأن حضانة الذكر إلى البلوغ و حضانة الأنثى حتى سن الزواج، و من ثمة فإن القضاء بخلاف ذلك يعد خرقا لأحكام الشريعة و القانون**".[2]

وبتالي فإن إتحاد الدين بين الحضانة والطفل ليس بشرط، فإن كان مسلم متزوجا مسيحية وله بنت منها وإفترقا، فإن إختلاف الدين الذي بينها وبين إبنتها لا يمنع حقها في الحضانة إذ تكون مسلمة تبعا لأبيها ويستمر حق الحضانة ثابتا لها مع إختلاف الدين، إلاّ إذ خيف على الطفل إفساد دينه، و بالتالي ينزع الطفل من يدها.[3]

---

[1]- محمود علي السرطاوي، المرجع السابق، ص 368.

[2]_ م ع، غ أ ش، قرار بتاريخ 1989/03/13، ملف رقم 52221، نقلا عن: كربال سهام، المرجع السابق، ص27.

[3]– محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، مصر، د س ن، ص 408.

المطلب الثاني

حماية المطلّقة من خلال منحها الحق في زيارة المحضون

إن رؤية المحضون حق لكل من الوالدين، وليس لمن له حق الحضانة منع غير الحاضن من رؤية وزيارة المحضون، لأن المنع فيه حمل على قطيعة الرحم، وهذا إثم عظيم، وذنب كبير، ومحرم شرعا، وله آثار وخيمة ليس فقط على الممنوع من الزيارة بل على المحضون أيضا، ممّا يخالف المقصود الأسمى للحضانة وهو حفظ مصالح المحضون، لذا نجد أن فقهاء الشريعة الإسلامية (الفرع الأول) وكذا المشرع الجزائري أكدوا على هذا الحق (الفرع الثاني).

فرع الأول

حق زيارة المحضون في الشريعة الإسلامية

حق الزيارة يأتي بمعنى مجيء الشخص إلى أخر لرؤيته والبقاء معه مدّة معينة.[1]

وقد عرفها بعض الفقه على أنها رؤية المحضون والإطلاع على أحواله المعيشية والتربوية والتعليمية.[2]

يرى **المالكية** أن لكل من الأب والأم الحق في رؤية صغارهما المحضونين، فلو كان الطفل في حضانة أبيه فللأم الحق في أن تراه مرّة كل يوم إذا كان صغيرا، أما إذا كان كبيرا

---

[1]– رشدي شحاته أبوزيد، رؤية المحضون في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية (دراسة مقارنة)، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، 2011، ص 74.

[2]– حمدو زكية،" "مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة (دراسة مقارنة) "، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص ، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2005، ص 196.

فلها رؤيته كل أسبوع مرة، ونفس الحكم ينطبق على الأب قبل بلوغ الصغير سن التعليم،أما بعد بلوغ هذا السن فله حق الرؤية والإطلاع عليه من آن إلى أخر لتولي تأديبه وتعليمه[1].

أما **الشافعية** فيرون أن حق الزيارة يكون بعد بلوغ المحضون سن التمييز وإختياره العيش مع أحد الوالدين، وأما في ما يخص ميعاد الزيارة فتكون مرّة في الأسبوع أو أكثر، لا كل يوم، إلاّ في حالة ما إذا كانت المسافة بين منزله ومنزلها قريبة.

أما **الأحناف** فيرون أن للأم الحق في رؤية ولدها إذا كان في حضانة أبيه فقد قدر حق زيارة الأم لإبنها مرّة كل أسبوع.

أما **الحنابلة** فقد رأوا أن الصغير المميز له حق إختيار الإلتقاء نهارا مع أبيه أو أمه، أما إذا كان المحضون بنتا وكانت عند أبيها بعد بلوغها سبع سنوات من عمرها فللأم حق زيارتها في أوقات خروج الأب.[2]

الفرع الثاني

حق زيارة المحضون في قانون الأسرة الجزائري

جاء في الشطر الثاني من المادة 64 ق أ على أنه: "... **على القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة**".[3]

وهذا يعني أن إسناد حضانة الطفل بعد فك الرابطة الزوجية تفرض ابتعاده عن أحد والديه لذا يمنح القانون للطرف الذي إبتعد عنه حق الزيارة فإذا حكم بإسناد الحاضنة إلى الأم، يحكم بعد ذلك تلقائيا بحق الزيارة للأب، أما في حالة ما إذا حكم بإسناد الحضانة

---

[1]– كربال سهام، المرجع السابق، ص 77.

[2]– المرجع نفسه، ص 78

[3]– الأمر رقم 05-02، المرجع السابق.

للأب، يحكم للأم بحق زيارة المحضون لمرات معينة، ولا يجوز لأي منهما أن يمنع الطرف الآخر من رؤية المحضون بسبب الخصومات التي قد تنشب بينهما.

فالمادة 64 السالفة الذكر قد أمرت القاضي بإعطاء حق الزيارة ولو غفل عنها المعني بالأمر، وأن الحكم يكون معيباً إذا نطق بإسناد الحضانة دون نص على حق الزيارة، وبالتالي يكون المشرع قد أخرجَ القاضي من دائرة القاعدة القانونية التي مفادها أنه لا يجوز للقاضي أن يحكم بما لم يطالبهُ الخصوم.[1]

إستقر القضاء في الجزائر على أن حق الزيارة يمنح في العطل والأعياد والمناسبات الدينية والوطنية على أن الزائر للمحضون له الحق في ذلك مرة كل أسبوع، أي خلال العطلة وأن أكثر من ذلك غير معمول به وغير متبنى من طرف القضاء.[2]

ويعتبر هذا الحق من الحقوق التي حملها القانون نظراً لأهميته البالغة والرعاية الدائمة لمصلحة المحضون، فقد رتّب المشرع عقوبات جزائية لمن يخلّ بهذا الحق ويعبث به، إذ تنص المادة 328 من ق.ع.ج" **يعاقب بالحبس من شهر إلى سنة، وبغرامة من 500 إلى 5000 دينار الأب أو الأم أو أيّ شخص أخر لا يقوم بتسليم قاصر قضي بشأن حضانته بحكم مشمول بالنفاذ المعجل، أو بحكم نهائي إلى من له الحق في المطالبة به، وكذلك كل من خطفه ممن وكلت إليه حضانته أو من الأماكن التي وضعه فيها أو أبعده عنه أو عن تلك الأماكن أو حمل الغير على خطفه أو إبعاده حتى و لو وقع ذلك بغير تحايل أو عنف. وتزداد عقوبة الحبس إلى ثلاث سنوات إذا كانت قد أسقطت السلطة الأبوية عن الجاني.**[3]

---

[1]– باديس ديابي، المرجع السابق، ص 90.

[2]_ نفس المرجع ، ص 92.

[3]– الأمر رقم 66–156 المؤرخ في 18 صفر 1386هـ الموافق ل 8 يونيو 1966 المتضمن قانون العقوبات، ج ر، ع 49، الصادر في 20 صفر 1386 الموافق ل 10 يونيو 1966 المعدل والمتمم.

فالواقع يشهد بأن بعض الحاضنين بمجرد حصوله على حق الحضانة، فإنه يبذل كلّ ما في وسعه لمنع مُفارقه من رؤية أبنائه، ويسعى إلى قطع صلتهم بقرابتهم، بل إنّ البعض يخبرهم بموت الطرف الأخر وهو لا يزال على قيد الحياة، وهم لا يدركون خطورة قطع الرحم في الشّرع والأخطار النفسية والإجتماعيّة والتربويّة الناتجة عن هذا الحرمان.

المبحث الثاني

حماية المطلّقة من خلال منحها حقوق بإعتبارها حاضنة

الحق في الحضانة غالبا ما يكون للأم وهذا لوفرة شفقتها وحنانها وصبرها على تربية الأولاد ورعايتهم في كل الجوانب المتعلقة بحياتهم لكن هذا لا يعني أنها عندما تقوم بواجباتها يتنصل الأب إلتزاماته، لأن الأولاد تحت حضانة الأم وعليها تدبير شؤونهم لوحدها، بل إن مسؤوليته إتجاه أولاده تظل قائمة بالرغم من إنفصالهم عنه، فيبقى مسؤولا على تسيير الحياة المادية لهم وهذا عن طريق الإنفاق عليهم ودفع مقابل لحاضنتهم (المطلب الأول). كما أنه ملزم بتوفير مكان يأوي أطفاله وأمهم ويحميهم من التشرد ، وبالرغم من أنه من مشتملات النفقة إلاّ أن أهميته كبيرة بالنسبة للصغار، (المطلب الثاني).

المطلب الأول

حماية حق المطلّقة من خلال منحها الحق في نفقة المحضون وأجرة الحضانة

الحضانة تتطلب مجهودا كبيراً في تربية المحضون فهي تتطلب النفقة لصالح المحضون(الفرع الأول)، إضافة إلى عمل الحاضنة الشاق والمتعب الذي يأخذ منها مجهود ماديا ومعنويا وطاقة جسدية، ولأن الحضانة هي نوع من الخدمة فيمكن للحاضنة أن تطلب أجرة مقابل العناية التي تبذل لمصلحة المحضون (الفرع الثاني).

الفرع الأول

حق المطلّقة في نفقة المحضون

من واجبات الأب على أولاده واجب النفقة، وذلك بحكم الشرع والقانون، لقوله سبحانه وتعالى: " وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ" [1] وهذا الواجب يبقى مستمرا حتى بعد الطلاق للطفل المحضون .

وقد نصت المادة 78 من ق.أ.ج في تعريفها للنفقة في مفهومها العام على: "**تشمل النفقة:الغذاء والكسوة والعلاج، والسكن أو أجرته، وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة**"[2]. وهذا معناه أن النفقة هي كل ما يحتاجه إليه الإنسان لإقامة حياته من طعام وكسوة وعلاج، وسكن وخدمة وكل ما يلزم بحسب العرف والعادة، وهي ما يصرفه الزوج على زوجته وأولاده وأقاربه بحسب المتعارف عليه بين الناس، وحسب وسع الزوج.

والنفقة تجب للفروع على الأصول، كما تجب للأصول على الفروع حسب القدرة والإحتياج، والأصل أن النفقة تعود إلى سببين إثنين هما: الزواج والقرابة.[3]

وبخصوص نفقة المحضون فإن المشرع الجزائري إستمد وجوبها من مال أبيه، إن لم يكن للمحضون مال، و هذا ما ذهب إليه أئمة المذاهب الأربعة في الشريعة الإسلامية[4]،حيث تنص المادة 75 من ق.أ.ج على:" **تجب نفقة الولد على الأب ما لم يكن له مال، فبالنسبة للذكور إلى سن الرشد، والإناث إلى الدخول، وتستمر في حالة ما إذا**

---

[1]– سورة البقرة الآية 233.

[2] – الأمر رقم 05–02، المرجع السابق.

[3]– بن عصمان نسرين إيناس، المرجع السابق، ص 118.

[4]_ باديس ديابي، المرجع السابق، ص84.

كان الولد عاجزا لآفة عقلية أو بدنية، أو مزاولا للدراسة وتسقط بالإستغناء عنها بالكسب"[1]

ويسقط واجب النفقة عن الأب المعسر، فلكي تكون نفقة الأب على إبنه فلا بد أن يكون الأب قادرا، وأن يكون الإبن محتاجا لها، لكونه لا مال له، ولكونه صغير السن، أو ذا عاهة أو مزاولا لدراسة إلى إن يستغنى عنها بالكسب، فيما تضل البنت محل نفقة من طرف الأب إلى غاية زواجها لتصبح النفقة بعد ذلك واجبة على الزوج.[2]

وتكون النفقة في الأصل للأولاد الشرعيين فقط دون الأولاد الناتجين من علاقة الزنا والتبني، مع مراعاة الحكم الوارد في المادة 116 من ق.أ.ج[3] بخصوص كفالة الأولاد إذ يعتبر الولد المكفول في حكم الولد الشرعي فيما يخص النفقة.[4] ولا يحق للأم الحضانة التنازل عن نفقة الأولاد فالنفقة حق للمحضون.[5]

وينتقل واجب النفقة من الأب إلى الأم في حالة ما إذا كان الأب معسرا وعاجزا عن النفقة، وهذا ما نصت عليه المادة 76 من ق.أ.ج: **"في حالة عجز الأب تجب نفقة الأولاد على الأم إذا كانت قادرة على ذلك".**[6]

فالمشرع نقل واجب النفقة من الأب العاجز عنها إلى الأم بشرط قدرتها على النفقة، أي أن يكون لها مال يُمكنُها من النفقة على أولادها سواء بالعمل أو التجارة أو غيرها [7]، فإذا

---

[1]– الأمر رقم 05–02، المرجع السابق.

[2]– باديس ديابي، المرجع السابق، ص 84.

[3] – تنص المادة 116 من ق.أ.ج على: **"الكفالة إلتزام على وجه التبرع بالقيام بولد قاصر من نفقة وتربية ورعاية، قيام الأب بإبنه وتتم بعقد شرعي".**

[4]– مداني هجيرة نشيدة، المرجع السابق، ص 148.

[5]– م.ع ،غ. أ.ش، قرار مؤرخ في 2004/01/21، م ق، العدد 2، لسنة 2004، ص 373.

[6]– الأمر 05–02، المرجع السابق.

[7]– عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 225.

فإذا كانت الأم موسرة والأب قادر على الكسب فإن يسرها لا يمكن أن يكون حجة له لإسقاط النفقة عنه أو للتذرع بحجة عدم العمل، أو الإعسار ما دام قادرا على العمل.

ويرى بعض الفقهاء القانونيون أن إعسار الأب ترجمت في القانون بكلمة "عجز" والمقصود بها عدم القدرة التامة على الإسترزاق، لا لكونه فقيرا أو معسرا ومتقاعسًا، وإلاّ تقاعس الآباء عن الكسب والنفقة على أبنائهم المحضونين لدى مطلقاتهم. فلابد أن يقوم الدليل على عجز الأب وقدرة الأم على الإنفاق.[1]

وللقاضي وحده سلطة تقدير النفقة المستحقة للطفل المحضون، إذ ليس للحاضنة أن تفرض على الأب مبلغا معينا، كما أنه ليس للأب أن يدفع المبلغ الذي يحدده هو نفسه، ومع ذلك بإمكانه إذا كان قادرا أن يمنح لأبنائه أكثر من المبلغ المحدد قضاء ولكن ليس له أن يمنحهم اقل منه،[2] ويراعى القاضي في تقديره لمبلغ النفقة جملة من المعايير ذكرتها المادة 79 من ق.أ.ج إذ تنص على انه : "**يراعي القاضي في تقدير النفقة حال الطرفين وظروف المعاش ولا يراجع تقديره قبل مضي سنة من الحكم**".[3] مع العلم أنه عند المراجعة يعتمد على نفس المعايير التي إعتمد عليها في أول مرّة في تقدير النفقة[4].

كما يمكن للمطلّقة المطالبة بالنفقة المتراكمة لشهور سابق لمدّة لا تتجاوز سنة قبل رفع الدعوى بالنفقة، وذلك تطبيقا لما جاء بنص المادة 80 من ق.أ.ج التي تنص" **تستحق النفقة من تاريخ رفع الدعوى وللقاضي أن يحكم بإستحقاقها بناءا على بينة لمدّة لا تتجاوز سنة قبل رفع الدعوى**".[5]

---

[1]– بن عصمان نسرين إيناس، المرجع السابق، ص 118.

[2]– أحمد نصر الجندي، الطلاق والتطليق وأثارهما، المرجع السابق، ص 163.

[3]– الأمر 05-02، المرجع السابق.

[4]– مداني هجيرة نشيدة، المرجع السابق، ص153.

[5] – الأمر 05-02، المرجع السابق.

ونظرا لأهمية النفقة في إستقرار حياة الطفل خاصة بعد الطلاق أحاطها الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري بحماية خاصة، تتمثل في معاقبة الممتنع عن أدائها .فعند إمتناع الأب عن أداء النفقة المحكومة عليه قضاء بحكم نهائي عن أدائها لأولاده وزوجته يقوم للمطلّقة حق المطالبة بنفقة المحضون لإرتباط هذه النفقة بالحضانة، فلا يمكن للمرأة المطلّقة أن تمارس حضانتها للطفل إلاّ بتحقيق الإنفاق عليه.

وعليه فإذا أقامت المطلّقة دعوى أمام المحكمة المختصة وكان الغرض منها إلزام المدعي عليه (الأب) بالنفقة المستحقة قانونا، وحكمت بإلزام المدعي عليه بالنفقة المطلوبة، وأن هذا الحكم قد بلغ إلى المحكوم عليه (الأب) وإمتنع عن التنفيذ مدّة أكثر من شهرين فإن من حق المطلّقة المحكوم لها بالنفقة أن تتوجه بشكاية إلى وكيل الجمهورية مصحوبة بنسخة تنفيذية من الحكم تكون قد حازت قوة القضية المقضية. وبعد إحالة المحكوم عليه الممتنع عن تسديد النفقة المقررة قضاء فإن المحكمة تحكم بإدانته بجنحة الامتناع عن دفع مبالغ النفقة المقررة قضاء.[1] بعد أن تتحقق من توفر كل شروط المنصوص عليها في المادة 331[2] من ق ع ج والمتمثلة في:

1. الإمتناع العمدي عن أداء النفقة.
2. صدور حكم قضائي نهائي بدفع النفقة.
3. مرور شهرين عن تاريخ التسديد ولم يسدد الأب النفقة المحكوم بها للأولاد.

---

[1]– عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، شرح أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل، دار هومة، ط 3، الجزائر، 2011.

[2]– تنص المادة 331 يعاقب بالحبس من 6 أشهر إلى 3 سنوات و بغرامة من 50000دج إلى 300000دج كل من إمتنع عمدا، ولمدة تتجاوز الشهرين عن تقديم المبالغ المقررة قضاء لإعادة أسرته، وعن أداء كامل قيمة النفقة المقررة عليه إلى زوجه أو أصوله أو فروعه، وذلك رغم صدور حكم ضده بإلزامه بدفع نفقة إليهم.
ويفرض أن عدم الدفع عمدي ما لم يثبت العكس، ولا يعتبر الإعسار الناتج عن الاعتداء على سوء السلوك أو الكسل أو السكر عذرا مقبولا من المدين في أية حالة من الأحوال.

ويعاقب تبعا لذلك بعقوبة الحبس من 6 أشهر إلى 3 سنوات وبغرامة مالية من 50000 دج إلى 300000 دج حسب نص المادة 331 من ق.ع.ج مع العلم أن القانون يفرض أن عدم الدفع عمدي ما لم يثبت العكس، كما أن إعسار الزوج مهما كانت صفته، لا يعد عذرا مقبولا لإعفائه من النفقة طبقا للفقرة الثانية من أحكام المادة المذكورة أعلاه كما يجب دفع مبلغ النفقة المحكوم به كاملا لأن الوفاء الجزئي لا يعتد به .

ومما يعيب القانون الجزائري في هذا الصدد هو إطالته لمدّة الإمتناع عن تقديم النفقة المقررة قضاء والمقدرة بشهرين فأكثر، وكان الأجدر أن لا تتجاوز هذه المدة شهرا واحدا على الأكثر، وهذا حتى لا يلحق الأولاد الحاجة والضرر جراء فقدانهم لأبسط ضروريات الحياة.

وتجدر الإشارة إلى أن المشرع الجزائري من أجل ضمان حصول المرأة المطلّقة على حقها في نفقة المحضون أنشأ صندوقا خاصا بالنساء الحاضنات للأطفال ممن واجهن مشاكل في تحصيل النفقة (ليس لكل مطلّقة الحق في الإستفادة من الصندوق بل الحاضنة فقط) أطلق عليه صندوق النفقة، وذلك بموجب القانون رقم 15-01 المؤرخ في 04 يناير 2015 وقد حددت المادة 3 من هذا القانون الأسباب التي بموجبها يمكن لمن له مصلحة اللّجوء إلى الصندوق وذلك كالتالي " **يتم دفع المستحقات المالية للمستفيد إذا تعذر التنفيذ الكلي أو الجزئي للأمر أو الحكم القضائي المحدّد لمبلغ النفقة بسبب إمتناع المدين بها عن الدفع أو عجزه عن ذلك أو لعدم معرفة محل إقامته . يثبت تعذر التنفيذ بموجب محضر يحرره محضر قضائي.**"[1]

إن هذا النص يحدد النفقة المستحقة وهي النفقة المحكوم بها عن طريق أمر أو حكم قضائي، وهذا يعني أن الصندوق يتكفل بدفع مبلغ النفقة المحكوم بها بدلا من المدين بها

[1] _ قانون رقم 15-01 المؤرخ في 13 ربيع الأول 1436هـ الموافق ل 4 يناير 2015، ج ر ع 1 مؤرخ في 16 ربيع الأول 1436هـ الموافق ل 7يناير 2015، ص7.

على أن يتم الرجوع عليه بعد ذلك من طرف الصندوق و هذا ما جاء في المادة 9 [1] من نفس القانون .

الفرع الثاني

حق المطلّقة في أجرة الحضانة

لما كانت الحضانة خدمة للمحضون والقيام بشؤون حياته من طعام وشراب ولباس وتربية، فهي عمل مشروع يمكن الإعتياض عنه بالمال، هذا العمل الذي تقوم به الحاضنة من رعاية وحفظ وصيانة للمحضون خلال فترة الحضانة تستحق به أجرا، يسمى أجرة الحاضنة، وهي تختلف عن نفقة المحضون، فهذه الأخيرة تسدد لتغطية حاجيات المحضون، أما الأجرة فهي تقدم للحاضنة عوضا لخدمتها إذا طالبت بها،[2] ويؤدي هذه الأجرة المكلف بنفقة المحضون وذلك وفقا لتقدير قاضي المحكمة الذي يؤخذ بعين الإعتبار الظروف المادية والإجتماعية لكل حالة على حدّة.[3]

رغم أن المشرع الجزائري قد نص على نفقة المحضون في المواد 77، 78، 79 من ق.أ.ج إلاّ أنّه لم يتطرّق إلى أجرة الحاضنة وهذا الموقف السلبي للمشرع الجزائري بصدد هذه المسألة لا يجعلنا نتغاضى عما ورد بنص المادة 222 من ق.أ.ج، والتي تحيل في كل ما لم يرد فيه نص إلى أحكام الشريعة الإسلامية. مما يقتضي الأخذ بما ذهب إليه فقهاء الشريعة الإسلامية، وبالرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية نجدوا أن الفقهاء ليسوا على قول واحد في هذه المسألة ، فقد إختلف الفقهاء في إثبات أجرة الحاضنة للأم أو غير الأم، فإذا

---

[1] _ تنص المادة 9 من القانون 15-01 على أن" يتولي أمين الخزينة للولاية تحصيل المستحقات المالية لصالح صندوق النفقة من المدينين بالنفقة، بناء على أمر بالإرادة تصدره المصالح المختصة وفقا لأحكام المنصوص عليها في التشريع المعمول به ".

[2] – محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، دار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، ط4، 1983، ص767.

[3] – بوشفرة نبيلة، المرجع السابق، ص 48.

كانت الحاضنة هي غير الأم، فهنا اتفقوا على أن لها أجر الحضانة [1]من تاريخ قيامها بالعمل لأنها تقوم به لصالح الأب إذ ترعى صغيره وتحفظه.[2]

أما إذا كانت الحاضنة هي الأم ففي هذه الحالة ثار حولها خلاف.

فالمالكية إعتبروا الحضانة حقّا للأم فلم يفرضوا لها أجرا لأنها تقوم بواجباتها تجاه ولدها.[3]

أما **الحنفية** فأجبوا لها أجرة إذا لم تكن الزوجية قائمة بينها و بين أب الولد أو لم تكن معتدة من طلاق رجعي من أب المحضون، بخلاف ما إذا كانت الزوجية قائمة أو العدّة فإنها لا تستحقها لأن في وقت العدّة تكون نفقتها واجبة على زوجها لإستمرار الرابطة الزوجية، فلا يجوز أن تأخذ نفقتين من شخص واحد.

أما **الشافعية والحنابلة** فقد أجازوا للأم الحضانة بعد الطلاق طلب أجرة الحضانة مقابل حضانة أولادها في جميع الحالات.[4]

وعليه كان على المشرع الجزائري أن يتدخل ويحسم هذه المسألة، وخاصة وأن أجرة الحضانة هو أمر ضروري ليس فقط بالنسبة للحاضنة بل أيضا للمحضون، وحصول الحاضنة على مقابل ما لي هو تحفيز لها على القيام بالأداء على أكمل وجه، لكي لا يكون هناك ضرر على المحضون لأن الحضانة جاءت لحماية المحضون لا للإضرار به.

---

[1]– شامي أحمد، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة، المرجع السابق، ص 424.

[2]– مداني هجيرة نشيدة، المرجع السابق، ص 159.

[3]– محمود علي السرطاوي، المرجع السابق، ص 379.

[4]– قبزيلي مليكة، المرجع السابق، ص 250.

المطلب الثاني

حماية المطلّقة من خلال منحها الحق في سكن الحضانة

إنّ المطلّقة الحاضنة تحتاج عادة إلى مسكن لتباشر فيه الحضانة وفي هذا الصدد ألزم المشرع الجزائري في المادة 72 من ق.أ.ج المعدلة بالأمر رقم 05-02 في حالة الطلاق وأيا كانت الصورة التي يقع فيها أب المحضون بتوفير مسكن مخصص للقيام بواجب الحضانة من رعاية وتربية وحفظ للمحضون من كل الجوانب لتفادي ما يمكن أن ينجر عن عدم الإستفادة من سكن الحضانة من تشرد للأطفال ووقوعهم ضحية الآفات الإجتماعية، وإن تعذر عليه توفيره يكون عليه دفع بدل الإيجار، وهذا الإلتزام يبقى قائما إلى غاية إنهاء الحضانة أو سقوطها شرعا أو قانونا.

فما هي الشروط القانونية الواجبة توافرها لإمكانية الحكم للمطلّقة الحاضنة بمسكن الحضانة؟ (الفرع الأول)، وما هي الضمانات القانونية التي تضمن لها ولمحضونها الحق في سكن الحضانة؟ (الفرع الثاني).

الفرع الأول

شروط تمتع الحاضنة بمسكن الحضانة

قبل تعديل قانون الأسرة في 2005 عالج المشرع الجزائري مسألة سكن الحضانة في المادتين 72 و52 إذ وجد فيهما تعارضا كبيرا بين الإطلاق والتقييد إذ تنص الفقرات 2، 3 و4 من المادة 52 على: " **وإذا كانت حاضنة ولم يكن لها ولي يقبل إيوائها، يضمن حقها في السكن مع محضونها حسب وسع الزوج، ويستثنى من القرار بالسكن مسكن الزوجية، إذا كان وحيدا. تفقد المطلقة حقها في السكن في حالة زواجها أو ثبوت إنحرافها**".

ومن خلال هذا النص يتضح أنه يجب أن تتوفر مجموعة من شروط لكي يحكم للحاضنة بسكن وهي:

1. أن يحكم للمطلّقة بالحضانة:

معنى هذا أن يصدر حكم قضائي نهائي بطلاقه ويتضمن إسناد حق الحضانة إليها.[1]

2. أن لا يكون للحضانة ولي يقبل إيوائها.

3. أن يكون للمطلّق أكثر من مسكن:

معنى ذلك أن يكون المسكن المطلوب تأمينه أو ضمانه للمطلّقة ليس هو مسكن الزوجية ذاته، لأن مسكن الزوجية ذاته لا يمكن إعطاءه للمطلّقة بحكم المادة 52 من ق.أ.ج إلاّ إذا كان للزوج أكثر من مسكن واحد، حيث يجوز للمحكمة في هذه الحال أن تمنحها لها ولمحضونيها وتترك المسكن الآخر للمطلّق.[2]

4. أن يكون للحاضنة محضونان بصفة الجمع تبعا لنص القانون.

في حين نجد المادة 72 من قانون 84-11 تقرر خلافا لنص المادة 52 من نفس القانون إذ تنص " **نفقة المحضون وسكناه من ماله إذا كان له مال، وإلا فعلى والده أن يهيئ له سكنا وإن تعذر فعليه أجرته**" مما أدى إلى تضارب الإجتهادات القضائية لأن المادة 52 تقيد المادة 72 التي هي عمومية في لفظها ومعناها وللإجتهاد القضائي عذره في التناقض الذي كان سائداً لأن النصوص القانونية نفسها متعارضة على ما سبق بيانه.

ولذلك كان لا بد من إعادة صياغة النص للمادة 72 بصورة أفضل تشير إلى وجوب النفقة على الأب وكذلك توفير المسكن فإن تعذر يكون عليه دفع بدل الإيجار للحاضنة.هذا ما كان من خلال التعديل الأخير بموجب الأمر رقم 05-02 فحسم المسألة تناقض

---

[1]- تقية عبد الفتاح، قضايا شؤون الأسرة من المنظور التشريع والقضاء، دار ثالة، الجزائر، 2011، ص 145.

[2]- عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 307.

الإجتهادات بإلغاء فقرات الثانية والثالثة وحتى الرابعة وبتعديل المادة 72[1]، فأصبح نصها كالأتي" **في حالة الطلاق يجب على الأب أن يوفر لممارسة الحضانة سكنا ملائما للحضانة وإن تعذر ذلك فعليه دفع بدل الإيجار.**

وتبقى الحضانة في بيت الزوجية حتى تنفيذ الأب للحكم القضائي المتعلق بالسكن".[2]

ما يتضح لنا من خلال المادة 72 المعدلة أنه تم إستدراك النقص التشريعي المؤدي غالبا إلى تعارض الإجتهاد القضائي حيث جاء في المادة المعدلة جمع شتات المادتين 52 و72 في صيغة واحدة ترفع اللبس.[3]

كما أنه لإمكانية تطبيق هذه المادة تطبيقا سليما وإمكانية الحكم للمطلّقة الحاضنة بسكن مناسب لتقيم فيه هي ومحضونها يجب توافر الشروط الأتية:

1.أن تكون الحاضنة هي المطلّقة وهي أم المحضون، ذلك أنه لو كان من أسندت إليه المحكمة حق الحضانة هي الجدة أو الخالة مثلا لكان من الممكن نقل المحضون إلى مسكن الجدّة أو الخالة لتمارس فيه حق الحضانة ولا يحتاج الأمر إلى توفير سكن للحاضنة.

2.أن يصدر حكم قضائي نهائي بطلاقها يتضمن إسناد حق الحاضنة إليها بغض النظر عن كون المحضون واحداً أو أكثر.

3.أن يكون للأب مسكن ملائم يمكن أن يمنحه لمطلّقته لتمارس فيه حق حضانة ولده أو أولاده أما إذا لم يكن له مسكن يوفره للحاضنة فعليه دفع بدل الإيجار،[4] وهذا ما قضت به

---

[1]- شامي أحمد، قانون الأسرة الجزائري طبقا لأحدث التعديلات (دراسة فقهية و نقدية مقارنة)، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2010، ص ص 128- 129.

[2]- الأمر 05-02، المرجع السابق.

[3]- تنص المادة 52 من قانون الأسرة المعدل بموجب الأمر رقم05 -02 بقولها: "**إذ تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها**".

[4]- شامي أحمد، قانون الأسرة الجزائري طبقا لأحدث التعديلات، المرجع السابق، ص ص 329 - 330.

المحكمة العليا في قرار لها بتاريخ 2002/07/31 بقولها " **لا يعفى الوالد من توفير السكن أو دفع الإيجار بإعتبارهما من مشمولات النفقة حتى ولو كان للحاضنة مسكن**"[1]

وبهذا فإن المشرع الجزائري رفع تماما التعارض الذي كان قائما بين المادتين 52 و72 من قانون رقم 84-11 فلم تعد المادة 52 المعدلة تشترط عدد للمحضونين ولا عدم وجود ولي يقبل إيواء الحاضنة لأن نفقة المحضون وسكناه تقع شرعا على عاتق أبيه وليست على عاتق جده لأمه، وهو موقف كل المذاهب الفقهية، وما يتوافق أيضا مع المادة 72 المعدلة من قانون المعدل بالأمر رقم 05-02.[2]

وتجدر الإشارة أن هناك بعض الملاحظات بشأن ما ورد في المادة 72/2 التي نصت على: " **وتبقى الحاضنة في بيت الزوجية حتى تنفيذ الأب للحكم القضائي المتعلق بالسكن**" وهي:

- أن المشرع الجزائري لم يقيد حق الحاضنة في مسكن الحضانة، إنما أطلق القول بأنه للمطلّقة الحاضنة هذا الحق ولم يفرق بين الحاضنة التي لها مسكن والحاضنة التي ليس لها مسكن مع أن هذا التفريق مهّم جدّا في الحالات التي يكون للمطلّقة مسكن أخر غير مسكن مطلّقها، حيث يعفى ذلك الزوج من الخروج من مسكنه الذي قد لا يكون في إستطاعته الحصول على غيره.

- أنه لا يمكن تصور بقاء المطلّقة في بيت مطلّقها بعد صدور حكم الطلاق إذ أصبحت بذلك أجنبية، فكيف يعقل بقاؤهما في بيت واحد إلى غاية تنفيذ حكم المتعلق بالسكن الذي عادة ما تطول مدّة تنفيذه، ولا تسمى حينئذ بيت الزوجية، لأن الزوجية لم تعد قائمة بل تسمى بيت مطلّقها.

---

[1]- م ع،غ أ ش، قرار بتاريخ 2002/07/31، ملف رقم 288072، م ق 2004، عدد1، ص 285. نقلا عن: شامي أحمد، قانون الأسرة الجزائري طبقا لأحدث التعديلات، المرجع السابق، ص330.

[2]- نفس المرجع ، ص331.

الفرع الثاني

ضمانات توفير مسكن الحضانة

جاء المشرع الجزائري من خلال نص المادة 72 من ق.أ.ج بضمانتين تضمن توفير سكن للحاضنة ومحضونها، تتمثل في:

1.دفع الأب بدل الإيجار للحاضنة في حالة تعذر توفير السكن الملائم لممارسة الحضانة، فقد خفف المشرع من عبء الأب في تنفيذ إلتزامه عينيا، فإن كان في إعداده لمسكن الحاضنة إرهاق له حكم عليه بأجرة مسكن، وذلك سواء كانت للحاضنة سكنا خاصا بها أو لا، وهذا ما أكده قرار المحكمة العليا الصادر في 2002/07/31: "**لا يعفى الوالد من توفير السكن أو دفع بدل الإيجار بإعتبارها من مشمولات النفقة ولو كان للحاضنة سكن**".[1]

2.بقاء الزوجة بمسكن الزوجية لغاية توفير الأب لمسكن الحاضنة، وهذا الإجراء قصد المشرع من خلال إستحداثه دفع الأب إلى تنفيذ إلتزامه بتوفير المسكن الملائم للحضانة خصوصا عندما لا تجد الأم المطلّقة بعد إنتهاء العدّة مكانا تلجأ إليه ولو بشكل مؤقت ريثما يوفر مسكنا للحضانة.[2]

إلاّ أنه لا يمكن تصور قيام نزاع بين الزوجة و زوجها يصل إلى حد الطلاق وأن الزوجة ما زالت في مسكن الزوجية إلى غاية صدور حكم الطلاق أو الحكم المتعلق بمسكن الحضانة، وهذا يكاد يكون في حكم المستحيل، وذلك لأن الزوجة إما أن تكون قد خرجت أو

---

[1]– ق.م.ع الصادر بتاريخ 2002/07/31 ملف 288072، م ق 2004، عدد 1، ص 185. نقلا عن: باديس ديابي، المرجع السابق، ص 195.

[2]– بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص 260.

أخرجت من البيت الزوجية، وذلك لأن كلا الزوجين أو أحدهما لم يطيق الجلوس أو الإقامة مع الزوج الأخر أثناء فترة النزاع.[1]

كما يمكن التساؤل في هذا الصدد عن ما هو الأساس الشرعي والقانوني لبقاء الحاضنة في بيت الزوجية رغم كون الطلاق بائن، فالمطلّقة تصبح أجنبية على مطلّقها فكيف للأجنبية أن تقيم ببيت رجل أجنبي عنها؟[2].

وقد فصلت المحكمة العليا في المسألة من قبل من خلال ما جاء بإحدى قرارتها التي تقضي أن الحكم على الطاعن بأن يسلم الحاضنة طابقا من الفيلا التي يقيم فيها لممارسة الحضانة مع أنه أصبح أجنبيا عنها وعدم إحترام القضاء للترتيب المشار إليه في المادة 72 ق.أ.ج يعد خطأ في تطبيق القانون.[3]

---

[1]– أحمد شامي، قانون الأسرة الجزائري طبقا لأحدث التعديلات، المرجع السابق، ص 330.

[2]– باديس ديابي، المرجع السابق، ص 87.

[3]– ق م ع، المؤرخ في 2005/12/14، رقم الملف 348644، نشرة القضاء، العدد 59، ص 244، نقلا عن: باديس ديابي، قانون الأسرة على ضوء الممارسة القضائية، دار الهدى، الجزائر، 2012.

من خلال دراستنا لموضوع حماية المرأة المطلّقة بعد الحكم بالطلاق في القانون الأسرة الجزائري وصلنا إلى عدّة نتائج نستطيع أن نجملها فيما يلي:

- المشرع الجزائري في موضوع حماية المرأة المطلّقة أقر بحقها في النفقة بكل ما تشمله المادة 78 من ق.أ.ج، طلية مدّة عدتها، دون أن يميز بين الرجعية والبائن ولا بين الحامل والحائل. كما أنّه لم يربط حق المطلّقة في النفقة العدّة بأسباب وقوع الطلاق أو نوع الطلاق فإن المطلّقات في الجزائر يستحقنها في كل الحالات وهذا بموجب المادة 61 من ق.أ.ج.
- كما أقر في المادة 73 من ق.أ.ج بحقها في متاع البيت الزوجية.
- لم يتطرق المشرع الجزائري في مواد قانون الأسرة لأي نص قانوني في ما يتعلق بنفقة المتعة، وهذا ما جعل قضاة المحاكم غير مستقرين على رأي واحد في الحكم بها.
- المتعة تغني عن التعويض في الطلاق التعسفي، وتكون تعويضا عن الضرر، لألم فراق الزوجة لزوجها، فتجب في كل طلاق أوقعه الزوج بإرادته المنفردة، وفي كل فرقة حصلت من جهة الزوج، ولا تجب في الفرقة التي تكون بسبب من الزوجة.

ومن هنا يجب على المشرع الجزائري التفريق بين المتعة والتعويض عن الطلاق التعسفي، لاختلاف موجب كل من المتعة والتعويض فإذا اتحد في الحكمة فقد اختلفا في السبب، ومن ثم لكل منهما حكمه الخاص.

- جعل المشرع الأم أولى بحاضنة أولادها ما لم يقم بها مانع يمنع تقديمها بموجب المادة 64 من ق.أ.ج كما أقر لها حق الزيارة إذا لم تكن حاضنة، لكن ترك العبارة غامضة، فلم يحدد معناها ولا المكان الذي تجرى فيه ولا الزمان، مما قد يتسبب في بعض الإشكالات والنزاعات بين المحضون له (الأب) والحاضنة (الأم).

- أهمل المشرع تحديد شروط الحضانة بالرغم من أهميتها فاكتفى في نص المادة 62 من ق.أ.ج بقوله "ويشترط في الحاضن أن يكون أهلا للقيام بذلك" مما يقتضي ضرورة الرجوع إلى الفقه الإسلامي حسب المادة 222 ق.أ.ج لتحديد هذه الشروط، فكان الأجدر به أن يحددها ليضمن التطبيق السليم للنص وكذا ليسهل المهمة على القاضي.
- يعتبر قانون 15-01 المتضمن بإنشاء صندوق النفقة في نظري خطوة مهمة خطاها المشرع الجزائري لرفع المشقة على الحاضنة، وتوفير الرعاية للطفل المحضون، إذ يعتبر هذا الصندوق أمل الكثير من المطلّقات الحاضنات لتخلص من تماطل الزوج في دفع النفقة، فهي ستتوجه مباشرة لصندوق النفقة الذي يمنحها المبلغ المالي الذي حكم به القاضي، وستعمل الدولة بعدها على استرجاع المال من الزوج عن طريق القانون.
- جاء المشرع بنص المادة 72 من ق.أ.ج بعد التعديل بغية حماية المرأة المطلقة ومحضونها من الآثار الاجتماعية والنفسية التي يمكن أن تلحق بهما بعد الطلاق بسبب عدم وجود مسكن يأويهما، إلاّ إن هذا النص جاء معيبا وقاصرا من عدّة جوانب يمكن تلخيصها فيما يلي:

- من خلال هذه المادة لم يحدد المشرع موصفات سكن الحضانة واكتفى بعبارة "الملائمة".
- وبالرجوع إلى الفقرة الثانية من نفس المادة نجدها تطرح مشكل إمكانية الجمع أجنبيين إذا لم ينفذ الأب الحكم القضائي المتعلق بالسكن ومرت فترة العدّة وهو أمر غير مقبول شرعا.

- المشرع أهمل التعرض لمصير المطلّقة التي ليس لها أولاد بعد إنتهاء مدّة العدّة ومصير المطلّقة التي لها أولاد بعد انتهاء مدّة الحضانة.
- أمام سكوت المشرع على بعض الأحكام، فإنه يتعين على القاضي الرجوع إلى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا كان القاضي غير متخصص في أحكام الشريعة فهل هذا يعني ضياع حق المطلقة؟

ولهذا كان على المشرع أن يسهل على القاضي مهمته بتوضيح الأحكام وعدم إحالته إلى مبادئ الشريعة في كل مرّة.

ختاما إن تعديل قانون الأسرة الذي مرّ عليه أكثر من عشر سنوات من تعديله هو بأمس الحاجة إلى تعديل أخر يأخذ بعين الاعتبار أخر ما توصلت إليه النقاشات القانونية الفقهية منها والقضائية وحتى الشرعية لتجاوز كل هذه الإختلالات لأنه ما زالت تعتريها بعض النقائص من الأحسن أن يتداركها حتى تكتمل الحماية التي يهدف إليها.

قائمة المصادر والمراجع:

أولا: المصادر

- القرآن الكريم

ثانيا: المراجع

1)- الكتب

1. أبو الفاضل جمال الدين بن مكرم ابن المنظور الإفريقي المصري، لسان العرب، ط 5، المجلد الثالث عشر، دار صادر، لبنان، د س ن.

2. أحمد فراج حسين، أحكام الأسرة في الإسلام (الطلاق وحقوق الأولاد ونفقة الأقارب)، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1988.

3. أحمد محمد علي داود، الأحوال الشخصية، دار الثقافة لنشر والتوزيع، الأردن، 2009.

4. أحمد نصر الجندي، الحضانة والنفقات في الشرع والقانون، دار الكتب القانونية، مصر 2004.

5. ــــــــــــــ، الطلاق والتطليق وآثارهما، دار الكتب القانونية، مصر 2004.

6. إسماعيل أبا بكر على البامبري، أحكام الأسرة الزواج والطلاق بين الحنفية والشافعية (دراسة مقارنة بالقانون)، دار الحامد لنشر والتوزيع، الأردن، 2009.

7. باديس ديابي، أثار فك الرابطة الزوجية (التعويض، النفقة، عدّة، الحضانة، متاع)، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2008.

8. ــــــــــــ، قانون الأسرة على ضوء الممارسات القضائية، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2013.

9. بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ط 4، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005.

10. بن زيطة عبد الهادي، تعويض الضرر المعنوي في قانون الأسرة الجزائري، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2007.

11. بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدّل(دارسة مقارنة ببعض التشريعات العربية)، دار الخلدونية، الجزائر، 2008.

12. جمال الدين عبد الله بن يوسف الزيلحي، نصب الراية في تخريج أحاديث الهداية، ج3، كتاب الطلاق، باب حضانة الولد ومن أحق به، مؤسسة الريان، لبنان، 1995.

13. جميل فخري محمد جانم، آثار عقد الزواج في الفقه والقانون، دار الحامد للنشر والتوزيع، الأردن، 2009.

14. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج7، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، ط 2، سوريا، 1984.

15. لوعيل محمد لمين، المركز القانوني للمرأة في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2004.

16. ليلي حسن الزوبعي، أحكام العدّة في الشريعة الإسلامية، دار الكتب العلمية، لبنان، 2007.

17. مبروك المصري، الطلاق وأثاره من قانون الأسرة الجزائري، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2010.

18. محمد أبو زهرة، محاضرات في عقد الزوج وأثاره، ط 2، دار الفكر العربي، مصر، 1971.

19. ـــــــــــــ، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، مصر، د س ن.

20. محمد كمال الدين إمام، أحكام الأسرة الخاصة بالفرقة بين الزوجين وحقوق الأولاد في الفقه الإسلامي والقانون والقضاء (دراسة لقوانين الأحوال الشخصية)، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2008.

21. محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، ط4، دار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، 1984.

22. محمود علي السرطاوي، شرح قانون الأحوال الشخصية، ط3، دار الفكر ناشرون وموزعون، الأردن، 2010.

23. عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، ط 3، دار هومة لطباعة والنشر والتوزيع، 1996.

24. عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، ط 3، شرح أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل دار هومة، الجزائر، 2011.

25. عبد الفتاح تقية، قضايا شؤون الأسرة من منظور التشريع والقضاء، دار ثالة، الجزائر، 2011.

26. عبد المطلب عبد الرزاق حمدان، الحضانة وأثارها في تنمية سلوك الأطفال في الفقه الإسلامي، دار الجامعة الجديدة، مصر،2008.

27. عمرو عيسى الفقي، الموسوعة الشاملة في الأحوال الشخصية، ج2، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، 2005، ص 187.

28. فضيل سعد، شرح قانون الأسرة الجزائري، في الزواج والطلاق، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1986.

29. قادر محمد خضر، نفقة الزوجة في الشريعة الإسلامية (دراسة مقارنة)، دار اليازوري العلمية لنشر والتوزيع، الأردن، 2010 .

30. قيس عبد الوهاب الحيالي، ملكية أثاث بيت الزوجية، دار العامد للنشر والتوزيع، الأردن، 2007.

31. رشدي شحاته أبوزيد، رؤية المحضون في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية(دراسة مقارنة)، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، 2011.

32. شامي أحمد، قانون الأسرة الجزائري طبقا لأحداث التعديلات، دراسة فقهية ونقدية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2010.

2)- الرسائل والمذكرات :

أ. رسائل دكتوراه:

1.بوشفرة نبيلة،" **الحقوق المالية للمرأة والطفل بعد الطلاق**"، بحث لنيل ديبلوم الدراسات العليا المعمقة في قانون الخاص، شعبة القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والإقصادية والاجتماعية، جامعة سيدي محمد بن عبد الله، فاس، 2005-2006.

2.حمدو زكية، "**مصلحة المحضون في القانون المغاربية للأسرة(دارسة مقارنة)**" رسالة لنيل شهادة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبوكر بلقايد، تلمسان، 2004-2005.

3.محفوظ بن صغير، "**الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري**"، أطروحة دكتوراه علوم في العلوم الإسلامية، تخصص فقه و أصول، كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الإسلامية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2008-2009.

4.مسعودة نعيمة إلياس، "**التعويض عن الضرر في بعض مسائل الزواج والطلاق (دراسة مقارنة)**"، رسالة لنيل شهادة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2009-2010.

5.مسعودي رشيد، "**النظام المالي للزوجين في التشريع الجزائري**"، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون، كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2005-2006.

6.غناي زكية، "**حقوق المطلقة بين الشريعة وقانون الأسرة**"، بحث لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق بن عكنون، الجزائر، 2010-2011.

7.شامي أحمد، "**السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة (دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية)**"، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2013-2014.

8.تقية عبد الفتاح، **الطلاق بين أحكام تشريع الأسرة والاجتهاد القضائي**، رسالة لنيل شهادة دكتوراه في القانون، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2006.

ب. المذكرات

- **مذكرات الماجستير:**

1.بن عصمان نسرين إيناس، "**مصلحة الطفل في قانون الأسرة الجزائري**"، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير قانون الأسرة المقارن، كلية الحقوق ، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2008-2009.

2.وفاء معتوق حمزة فيلاش، "**الطلاق وأثاره المعنوية والمالية في الفقه الإسلامي**"، دراسة مقارنة، مذكرة مقدمة لنيل درجة الماجستير، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة أم القرى، السعودية، 1985.

3.طالبي سرور، "**حماية حقوق المرأة في التشريع الجزائري مقارنة مع إتفاقيات حقوق الإنسان**"، بحث لنيل شهادة الماجستير، تخصص القانون دولي والعلاقات دولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 1999-2000.

4.مداني هجيرة نشيدة، "**حقوق الطفل بين الشريعة والقانون**"، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع الخاص، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر1، 2011-2012.

5.قبزيلي مليكة، "**حقوق المطلقة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري**"، رسالة لنيل درجة الماجستير في العلوم الإسلامية (تخصص أصول الفقه)، كلية العلوم الإسلامي، جامعة الجزائر، 2003.

6.تبودوشت نعيمة، "**الطلاق وتوابع العصمة الزوجية في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي**" مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة بن عكنون، الجزائر، 2000-2001.

- **مذكرات الماستر:**

1. كربال سهام، "**الحضانة في قانون الأسرة الجزائري**"، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون، تخصص عقود ومسؤولية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أكلي محند أولحاج، بويرة، 2012-2013.

3)- المقالات:

1.نجلاء بنت حمد بن علي المبارك، "**متعة المطلقة(دراسة حديثية موضوعية)**"، مجلة العدل، العدد 52، جامعة الأميرة نورة بنت عبد الرحمان، كلية الأدب، الرياض، 1932هـ، ص158 ص204.

2.عبد العزيز سمية، "**متعة الطلاق وعلاقتها بالتعويض عن الطلاق التعسفي في الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري**"، مجلة علمية محكمة، العدد16، تصدر عن جامعة أكلي محند أولحاج، قسم العلوم القانونية، بويرة، 2014، ص99 ص135.

3.عمري رشيد،" **تنازع الزوجين في جهاز البيت (دراسة مقارنة)**"، مجلة أكادمية محكمة متخصصة تطرح دراسات وبحوثا قانونية، العدد2، كلية الحقوق والعلوم السياسية، معسكر، 2010، ص93 ص116.

4)-النصوص القانونية:

-أمر رقم 66-156 المؤرخ في 18 صفر 1386 هـ الموافق لـ 20 يونيو 1966 يتضمن قانون العقوبات الجزائري المعدل و لمتمم.

-أمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان 1395 هـ الموافق لـ 27 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم.

-قانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 رمضان 1404 هـ، الموافق لـ 9 يونيو 1984، يتضمن قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 18 محرم 1426 الموافق لـ 2 فبراير 2005، ج ر عدد 15، الصادرة بتاريخ 2005/02/27.

-قانون رقم 15-01 مؤرخ في 13 ربيع الأول عام 1436 هـ الموافق لـ 4 يناير 2015، يتضمن إنشاء صندوق النفقة، ج ر عدد 1 مؤرخ في 16 ربيع الأول 1436 هـ الموافق ل 7 يناير 2015.

الفهرس

مقدمة.....1

الفصل الأول:الحماية القانونية للمطلقة 5

المبحث الأول: حماية المطلّقة من خلال منحها الحق في نفقة العدّة و متاع البيت الزوجية6

المطلب الأول: حق المطلّقة في نفقة العدّة 6

الفرع الأول: تعريف نفقة العدّة والحكمة من مشروعيتها.....7

أولا : تعريف نفقة العدّة.....7

ثانيا : الحكمة من مشروعية نفقة العدّة.....8

الفرع الثاني: حكم نفقة العدّة والسكن في الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري.....9

أولا : المطلّقة المعتدّة المستحقة لنفقة العدّة والسكنى شرعا.....9

ثانيا : المطلّقة المعتدّة المستحقة لنفقة العدّة قانونيا 12

المطلب الثاني: حق المطلّقة في متاع بيت الزوجية 14

الفرع الأول: التعريف بمتاع بيت الزوجية 15

أولا :التعريف بمتاع البيت الزوجية لغة 15

ثانيا :التعريف بمتاع بيت الزوجية إصطلاحا 15

ثالثا :التعريف الفقهي لمتاع بيت الزوجية.....16

الفرع الثاني: أحكام قسمة متاع البيت 16

أولا :أحكام قسمة متاع بيت الزوجية شرعا 16

ثانيا :أحكام قسمة متاع بيت قانونا 18

المبحث الثاني: حماية المطلّقة من خلال منحها الحق في جبر ضرر الطلاق 22

المطلب الأول: مفهوم متعة المطلّقة..... 24

الفرع الأول: تعريف متعة المطلّقة 24

أولا : المتعة لغة 24

ثانيا : المتعة فقها 24

ثالثا : التعريف القانوني للمتعة في قانون الأسرة الجزائري 25

الفرع الثاني: حكم متعة المطلّقة..... 25

الفرع الثالث :الحكمة من مشروعية المتعة للمطلقة 27

المطلب الثاني: موقف المشرع الجزائري من المتعة وعلاقتها بالتعويض عن الطلاق التعسفي 28

الفرع الأول: موقف المشرع الجزائري من متعة المطلّقة 29

الفرع الثاني: العلاقة بين متعة الطلاق والتعويض عن الطلاق التعسفي 32

أولا : أوجه الشبه بين المتعة والتعويض 33

ثانيا :أوجه الإختلاف بين المتعة والتعويض 33

الفصل الثاني: الحماية القانونية للمطلّقة التي لها أولاد 36

المبحث الأول: حماية المطلّقة من خلال منحها الحق في الحضانة أو الزيارة..... **37**

المطلب الأول: حماية المطلّقة من خلال منحها الأولوية في الحضانة **37**

الفرع الأول: تعريف الحضانة وحكمها ومدّتها **38**

أولا : تعريف الحضانة **39**

1. لغة **39**
2. إصطلاحا **39**
3. قانونا **39**

ثانيا: حكم الحضانة **41**

ثالثا: مدّة الحضانة **42**

الفرع الثاني: شروط أحقية الأم المطلّقة بالحضانة **44**

أولا :الشروط العامة **44**

ثانيا :الشروط الخاصة..... **48**

المطلب الثاني: حماية المطلّقة من خلال منحها الحق في زيارة المحضون **53**

الفرع الأول: حق زيارة المحضون في الشريعة الإسلامية **53**

الفرع الثاني: حق زيارة المحضون في قانون الأسرة الجزائري **54**

المبحث الثاني: حماية المطلّقة من خلال منحها حقوق بإعتبارها حاضنة **56**

المطلب الأول: حماية المطلّقة من خلال منحها الحق في نفقة المحضون وأجرة الحضانة **56**

الفرع الأول: حق المطلّقة في نفقة المحضون **57**

الفرع الثاني: حق المطلّقة في أجرة الحضانة **62**

المطلب الثاني: حماية المطلّقة من خلال منحها الحق في سكن الحضانة..... **64**

الفرع الأول: شروط تمتع الحاضنة بمسكن الحضانة **64**

الفرع الثاني: ضمانات توفير مسكن الحضانة **68**

خاتمـــــــــة **70**

قائمـة المراجـع **73**

الفهرس..... **80**