

أحكام الالتزام المالي في الأحوال الشخصية

دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري

رسالة مقرمة لنيل شهادة دكتوراه (العلوم تخصص شريعة وقانون)

تحت إشراف :

أ/د: محمود بوترة

تقديم الطالبة :

فاطمة الزهراء لقشيري

الجامعة الاصلية	الدرجة العلمية	الاسم واللقب	
كلية العلوم الإسلامية باتنة 1	أستاذ التعليم العالي	أ. د. صليحة بن عاشور	الرئيس
كلية العلوم الإسلامية باتنة 1	أستاذ التعليم العالي	أ. د. محمود بوترة	المشرف والمقرّر
كلية الحقوق جامعة الجلفة	أستاذ التعليم العالي	أ. د. مسعود عز الدين	عضو ممتحن
كلية الحقوق جامعة جيجل	أستاذ التعليم العالي	أ. د. كمال مرشد	عضو ممتحن
كلية الحقوق جامعة جيجل	أستاذ التعليم العالي	أ. د. مراد كاملي	عضو ممتحن
كلية العلوم الإسلامية باتنة 1	أستاذ التعليم العالي	د. فضيلة تركي	عضو ممتحن

إهداء

إلى روح والدي الذي زرع فينا حب العلم والسعي في طلبه
إلى الأمية التي أحبت العلم فتعلمت عن كبر وحفظت القرآن : أمي قدرة عيني

إلى ملهمي وسندي : زوجي أحمد

إلى إخوتي وأخواتي خصوصا أختي الكبرى شريفة . . .

إلى أسرتي الثانية أمي فاطمة وعمي راجح

إلى أولادي : إخلاص، صلاح الدين، إشراق النور، محمد مجد الدين، نسيبة.

إلى رفيقات دربي ونبض قلبي : أسماء ساكر، حبيبة بوعوينة .

فاطمة الزهراء

شكر

أقدم بالشكر الجزيل إلى الأستاذ الدكتور محمود بوترعة الذي تفضل بالإشراف على هذا البحث ولم يأل وسعا في النصح والتوجيه، كما لا يفوتني شكر كل من أعانني من قريب أو بعيد على إنجاز البحث وعلى رأسهم زوجي الأستاذ أحمد بولقصيبات وأولادي إخلاص، صلاح الدين وإشراق النور، ومجد الدين .

شكر خاص

أقدم بجزيل الشكر للجنة المناقشة الموقرة على ما تكبدته من عناء قراءة الرسالة وتصحيحها جزا الله الجميع بكل خير.

مقدمة

الحمد لله وكفى والصلاة والسلام على عباده الذين اصطفى، الحمد لله الذي يسر طريق طلب العلم الشرعي وزينه في قلوبنا.

لا جدل في أن المال قوام الحياة، وأن المسائل المالية كانت ولا تزال محطّ جدل كبير في التشريعات المختلفة. والشريعة الإسلامية إنما أتت لإقرار العدل الذي غالبا ما يعجز البشر عن معرفته وتحديد ماهيته؛ ناهيك عن إقامته والحفاظ عليه. ولعل أصعب مجالات تجسيد العدالة: مجال الأسرة، حيث تتداخل العلاقات الأسرية والعواطف والصلات مع المصالح المادية، لذلك جاء تنظيم الشريعة الإسلامية لهذا المجال تنظيما دقيقا مفصلا وقاطعا في كثير من أحكامه. إلا أن هذا التنظيم لا يخلو من إفساح بعض المساحات وتركها حرة للأطراف؛ سواء ما كان مندرجا تحت مسمى الاشتراط في العقد أو ما يدخل في مجال الإبراء والتنازل عن الحقوق.

لهذا وذاك فقد جاء البحث الذي بين أيدينا:

أحكام الالتزام المالي في الأحوال الشخصية

دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري

يراد بالالتزام المالي في الأحوال الشخصية، دراسة الحالات التي يكون فيها الشخص مدينا لزوج أو قريب سواء كان ذلك واجبا ماليا حدده الشرع (النفقة) أم كان نتيجة أو شرط في عقد الزواج من جهة، أو التزامات ذات طبيعة تعويضية كبذل الخلع والتعويض عن الطلاق التعسفي.

وهنا لابد من التأكيد على الطبيعة غير المالية لعقد الزواج فهو عقد غير مالي له آثار مالية، فمن الطبيعي أن تختلف هذه الآثار عن مثيلتها في العقود المالية أصالة. كما يدخل في ذلك أيضا الالتزام بنفقة الأقارب وهو ذو طبيعة تختلف عن الالتزامات المالية بين الزوجين سمينهاها التزامات تكافلية.

قد يتساءل البعض، عن جدوى المقارنة بين الفقه الاسلامي وقانون الأسرة الجزائري؛ مع العلم أن هذا القانون مستمد من الشريعة الإسلامية فكيف تكون

المقارنة بين الشيء نفسه، ويسجل هنا، أن هذا الاستمداد لم يكن وفيًا للشريعة الإسلامية في جميع الأحوال؛ سواء من حيث النصوص القانونية أو من حيث الأعمال القضائية. لذلك فالبحث من بين أهدافه الأساسية، هي بالدرجة الأولى تمييز نواحي مخالفة الشريعة أو التزيد فيها من جهة أو اتباع الشاذ من الأقوال، والأمر يخص كذلك القرارات القضائية، التي تتصدى لقضايا مستجدة لم يشملها التقنين التي تكثر فيها المخالفات للشريعة الإسلامية، إضافة عدم تمحيص كثير من الأعراف بتمييز ما يتوافق منها مع الشريعة الإسلامية وما يتعارض معها .

كما لا يخفى، أن قوانين الأسرة المستمدة من الشريعة الإسلامية، قد تعرضت إلى جملة من التعديلات تصب في تطبيق مبدأ المساواة من جهة أو حماية حقوق الإنسان من جهة أخرى . ولن نهج كثير من الباحثين الشرعيين في تناول تلك التعديلات أو المطالبات بالتعديل يحتاج إلى مراجعة؛ حيث أن فئة من الباحثين تصنفها في باب الأحكام التي تتغير بتغير الزمان، وفئة أخرى تبحث في الفتاوى القديمة المشابهة من أجل التبرير لذلك التعديل أو ذاك، وهو ما كان السعي إلى التنبيه إليه أثناء معالجة البحث.

قوانين الأسرة الغربية في تأسيسها على حرية التعاقد، تكرر الفلسفة الليبرالية المقدسة للحرية الفردية، والتي تجعل النظام الاجتماعي في درجة متأخرة عن مصلحة الفرد. تلك المصلحة التي ينفرد هذا الأخير بتحديدتها عن طريق التعاقد الحر، خلا بعض القيود، كقيد عدم مخالفة النظام العام والذي نظرا لما يحمله من غموض واتساع وخضوعه للسلطة التقديرية للقاضي، لا يكاد يكون قيذا فعليا على حرية التعاقد. وهنا يقول كاربونييه وهو أحد كبار فقهاء القانون المدني الفرنسي أن قانون الأسرة الذي كان الفلاسفة يقدمونه على أساس أنه قانون روحاني إنساني تغير في العصر الحديث إلى قانون للعلاقات المالية، فهو قانون توزيعي تقسيمي¹.

أما الالتزامات المالية في مجال الأسرة في الشريعة الإسلامية، فهي محددة بالكتاب والسنة، ويمكن تصنيفها على أنها التزامات مرجعها الشرع، فعقد الزواج

¹ CARBONNIER, Jean , , flexible droit, Paris , LG.D.J ,3^{ème} édit , 1976 p.187.

وما يترتب عنه من آثار، ليس عقدا مدنيا، أو عقدا كغيره من عقود المعاملات التي الأصل فيها الإباحة. فهذا العقد له خصوصية واستثناءات سوف يكون هذا البحث مجالا لدراستها وبيان النتائج المترتبة عليها. لكن ذلك، لا يعني عدم دخول التعاقد في إقرار جوانب من تلك الالتزامات والتنازل عن البعض الآخر، بقيد ما سمي بعدم مخالفة مقتضى العقد مع الاختلاف بين الفقهاء في ذلك بين التوسيع والتضييق.

لقد كانت تعديلات 2005 نقطة ارتكاز للتكيف مع اتفاقية مكافحة التمييز¹ cedaw التي عمل المشرع على مراعاة تطبيق مبدأ المساواة في إنشاء عقد الزواج وإنهائه. بذلك فإن قانون الأسرة وتعديله الأخير بدأ ينحى نحو وضع معايير جديدة - ولن كانت في ظاهرها تبدو غير مخالفة للشريعة؛ إلا أن البواعث من ورائها قد تفضي إلى جعلها تنحرف عن المقاصد الشرعية للتشريع .

لابد أن نشير إلى أن النقاش في هذا البحث نقاش داخلي وخارجي، فهو نقاش داخلي من حيث ما نعيشه من تحولات تشريعية مختلفة ومطالبات بالتغيير، وهو نقاش خارجي، أي مع جهات خارجية من علماء ومنظمات دولية؛ لأن الكثير من التعديلات والمطالبات بالتعديل إنما مردها إلى الضغط الخارجي والتأثر بالحياة الغربية .

الإشكالية

تضم أحكام الالتزام المالي في الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، مجموعة من الحقوق والواجبات المالية؛ تنظم وفق قواعد وغايات تجلت لنا من خلال الاستقرار والتحليل، فهي تقوم على التوازن والتقابل وهذا فيما يخص الالتزامات بين الزوجين فكل حق مالي يقابله واجب غير مالي يسقط بسقوطه في الغالب . هذا من جهة، ومن ناحية ثانية؛ فإنها تقوم على تمييز المرأة عكس التوجه الغربي العالمي، وهو ما سميناه مبدأ مراعاة خصوصية المرأة، حيث لا مساواة بين الرجل والمرأة في الأعباء المالية فالرجل هو الذي يدفع والمرأة

¹ اعتمدت هذه الاتفاقية من قبل الجمعية العامة للأمم المتحدة في 18/12/1978 ولاقت قبولا من المجتمع الدولي، ماعدا الولايات المتحدة التي وقعت عليها عام 1980 ولم تصادق إلى الآن.

المستفيدة، وما تدفعه المرأة كالخلع مثلا ليس إلا إرجاعا لما دفعه الزوج -
الصداق - أو تعويضا عما أنفقه.

كما انطلقنا من أن لمختلف الالتزامات المالية في الأحوال الشخصية غايات
تتكامل مع بعضها لحفظ الأسرة، تترأسها غاية التماسك الأسري المتضمنة لغاية
التقليل من النزاعات الأسرية، وغاية كبح الطلاق، فغاية سد الحاجات وتوثيق صلة
القرابة وفي الختام غاية جبر الضرر.

فيكون السؤال الرئيس للبحث :

- ما مدى تجسيد قانون الأسرة الجزائري وتطبيقاته القضائية لمرجعية
الشريعة في أحكام الالتزام المالي؛ وذلك من حيث اعتبار مبدأ التوازن في الأعباء
ومراعاة خصوصية المرأة. من جهة ومدى تحقيقه لغايات التماسك الأسري وسد
الحاجات والتكافل ؟

وتتفرع عنه الأسئلة التالية :

- ماهي أوجه التشابه والاختلاف بين قانون الأسرة الجزائري والفقهاء الإسلامي
في أحكام الالتزام المالي في الأحوال الشخصية.

- ما هي العلاقة التي تربط الالتزامات المالية في الأحوال الشخصية في الفقه
الإسلامي ؟

- هل كان قانون الأسرة الجزائري في مجال الالتزامات المالية مواكبا
للتحولات الاجتماعية مستجيبا لمطالب التغيير ؟

- إلى أي مدى تأثر قانون الأسرة الجزائري في مجال الالتزامات المالية -في
تعديله الأخير- بالقوانين الغربية من جهة، وباتفاقية سيداو من جهة أخرى ؟

أسباب اختيار الموضوع

من خلال تدريسي لمقياس قانون الأسرة لسنوات، لفتت انتباهي الأهمية
الخاصة للجوانب المالية لأحوال الشخصية، ومدى تأثيرها في أحكام الأسرة من
زواج وطلاق، مما دعاني إلى التصدي لبحثها.

كما أن اتجاه الكثير من القوانين العربية والإسلامية إلى تكريس المبادئ الغربية (حرية التعاقد، مبدأ المساواة) في تقرير الالتزامات المالية، وهو ما نعتبره منحى خطيرا يحتاج إلى وقفة متأنية ودراسة مستفيضة . ذلك أنه من الإشكالات المعرفية التي يقع فيها الكثير من الباحثين؛ هي الكلام عن تطبيق مبدأ المساواة أو الإعجاب به، دون الاطلاع على النتائج القانونية التي تنتج عن تطبيقه في العلاقات الأسرية .

وما شدّ اهتمامي بالموضوع أيضا، تلك الآثار الجسيمة التي خلفتها النزاعات المالية على العلاقات الأسرية، سواء ما كان منها عدم فهم للأحكام الشرعية وسوء تطبيقها كواجب الإنفاق، وبدل الخلع، أوالمطالبة بالتعويضات المبالغ فيها والتي لم ينزل الله بها من سلطان، وما لكل هذا وذاك من آثار وخيمة على الأسرة . فمعركة تنظيم الأموال داخل الأسرة هي المعركة القادمة التي ستخاض وقد بدأت فعلا في الدول العربية والإسلامية .

أهداف البحث

- 1- بيان مدى تطابق أحكام قانون الأسرة الجزائري في مجال الالتزام المالي مع أحكام الشريعة الإسلامية .
- 2- تمييز أحكام الالتزامات المالي الأصيلة والدخيلة وبيان نواحي مخالفة الشريعة أو التزيد فيها من جهة أو اتباع الشاذ من الأقوال.
- 3- معالجة إشكالية تقنين الأحكام الفقهية من حيث التمييز بين القطعي والظني، والثابت والمتغير في مجال الالتزام المالي في الأحوال الشخصية .
- 4- بحث حكم بعض القضايا المستجدة : كتقنين إلزام الزوجة العاملة بالاشتراك في الإنفاق ...

أهمية البحث

1 - تقييم مدى التزام قانون الأسرة الجزائري بأحكام الفقه الإسلامي في مجال الالتزام المالي، وتحديد النقائص التي يلزم استدراكها.

2- إجلاء منهج العدالة الشرعية في توزيع الحقوق والواجبات فيما يتعلق بالجانب المالي للأحوال الشخصية وتفنيد شبهة اللامساواة .

3- تحديث وتحيين النقاشات العصرية المتصلة بالالتزامات المالية في الأحوال الشخصية، كتطبيق مبدأ المساواة في باب الإنفاق، والتعويض عن الأضرار...

4- معالجة المواضيع التقليدية كالصداق، الإنفاق... في الإطار العصري خصوصا من حيث المصطلحات والصيغة .

الدراسات السابقة والمراجع المعتمدة

إن البحوث المتوفرة القريبة من موضوع الأطروحة كتبت تحت مسمى الذمة المالية، منها : الذمة المالية للزوجة في الفقه الإسلامي لنوال عبد المعطي، رسالة دكتوراه في الفقه وأصوله، الجامعة الأردنية، 2008، الذمة المالية للزوجين لعمر صلاح مهدي الحافظ العزاوي، دراسة مقارنة، ط1، 2010. و أما غيرها من البحوث فقد تناولت أحد جوانب البحث: أحكام النفقة الزوجية في الشريعة الإسلامية، عبيدي، محمد يقوب طالب، دار الفضيلة، مصر، 2004. التعويض عن الاضرار في بعض مسائل الأحوال الشخصية لمسعودة إلياس، رسالة دكتوراه بجامعة تلمسان كلية الحقوق 2010 حيث اهتمت الباحثة بالجانب القانوني للموضوع مع نقص في التأصيل الشرعي، ورسالة الإلزام في الأحوال الشخصية لوليد حامد ربيع، طبعة دار النفائس، الأردن ط1، 2007 التي كانت حافلة بالنصوص الشرعية مع نقص في مواكبة القضايا المستجدة . أما وجود بحث بذات العنوان فلم نطلع عليه .

أما المراجع المعتمدة، فإن مباحث الالتزام المالي من صداق و نفقة، ومتعة ...، ليست بالجديدة، فكل كتب الفقه الإسلامي غنية بالنقاشات المختلفة

والتفريعات الغزيرة . أما المعاصرون، فقد اعتمدت على أوائل ما كتب في الأحوال الشخصية؛ كالمقارنات التشريعية لسيد عبد الله علي حسين، والأحوال الشخصية لكل من قدرى باشا وشرحه للأبياني، والأحوال الشخصية للعلامة محمد محي الدين عبد الحميد وللشيخ أبو زهرة. إضافة إلى شروح قوانين الأسرة العربية الكثيرة. أما مراجع قانون الأسرة الجزائري فقد اعتمدنا على القليل الذي كتب فيه كالزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري لعبد العزيز سعد وشرح قانون الأسرة الجزائري، لبالحاج العربي، وأحكام الزوجية وآثارها لنفس الكاتب، وللعوثي بن ملحمة قانون الأسرة بين الفقه والقضاء، الدراسة القيمة عبد السلام هرنان محطات قانون الأسرة الجزائري في الماضي والحاضر، وللجيلالي تشوار الفرنسية Réflexion sur les questions épineuse du droit de la famille Algerien، وشرح قانون الأسرة لبن شويخ رشيد .

و تحقيقا لأصالة الدراسة في جانب القوانين الغربية، اعتمدنا على كتب القانون المدني الفرنسي، وكتب الأنظمة المالية Régimes matrimoniaux Malaurie 2004 والدراسة هامة Loi et Genre .Pichar marc

المنهجية

بالنسبة للمناهج المتبعة في تحقيق أهداف البحث، فقد كان اعتمادنا على عدة مناهج كالمناهج الاستقرائي بالنسبة للأحكام الفقهية والنصوص القانونية، والمنهج المقارن وذلك في المقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري . كما لا يستغني البحث عن آلية التحليل لكل من الأحكام الفقهية من جهة، ونصوص قانون الأسرة من جهة ثانية . أما التركيب فقد استعملناه في اقتراح الحلول والنصوص القانونية البديلة .

الخطوة

من خلال لاستقرائنا للأحكام المتعددة للالتزامات المالية في الأحوال الشخصية تتبعنا لمفاصل الموضوع توصلنا إلى تصنيف الالتزامات المالية عدة أصناف : التزامات ذات طبيعة تبادلية كالصداق والإنفاق، التزامات ذات طبيعة

تكافلية : نفقة الأقارب، التزامات ذات طبيعة تعويضية كبذل الخلع والمتعة والتعويض عن الطلاق التعسفي .

لذلك فقد كان تقسيم البحث كما يأتي :

فصل تمهيدي : محددات الالتزام المالي في الأحوال الشخصية

المبحث الأول : مفهوم الالتزام المالي

المبحث الثاني : مفهوم الأحوال الشخصية

المبحث الثالث : مفهوم النمة المالية

الفصل الأول: الالتزامات التبادلية

المبحث الأول : الالتزام بالصداق

المبحث الثاني : الالتزام بالانفاق

الفصل الثاني: الالتزامات المالية التعويضية

المبحث الأول : الالتزام بدل الخلع

المبحث الثاني : الالتزام بدفع المتعة

المبحث الثالث : الالتزام بالتعويض عن الطلاق التعسفي

الفصل الثالث: الالتزامات التكافلية (نفقة الأقارب)

المبحث الأول :محددات نفقة الأقارب

المبحث الثاني : شروط نفقة الأقارب

المبحث الثالث : قواعد الانفاق على الأقارب

المبحث الرابع : نفقة الأقارب في التطبيق

خاتمة

فصل تمهيدي: محددات الالتزام المالي في الأحوال الشخصية

إن موضوع البحث المقدم : أحكام الالتزام المالي في الأحوال الشخصية، يحتاج الولوج فيه إلى ضبط محددات نراها أساسية حتى ينتظم عقد فصوله، وتنسجم أغصان فروعه، وهذه المحددات هي : مفهوم الالتزام المالي، والأحوال الشخصية من جهة . كما لا تستقيم دراسة الالتزام المالي إلا بالتقديم لها بالتقعيد لموضوع الذمة المالية في كل من الشريعة والقانون ومسألة الذمة للمرأة بشكل أخص.

المبحث الأول : مفهوم الالتزام المالي

تتأسس إشكالية البحث على ضبط مصطلح الالتزام المالي، وتحديد نطاق استعماله . وهو ما حرصنا على الاهتمام به؛ فكان المبحث الأول من الفصل التمهيدي مقسماً إلى مطلبين: مطلب حول مصطلح الالتزام، ومطلب حول مصطلح المال .

المطلب الأول : مفهوم الالتزام

يتميز مصطلح الالتزام بأنه يمثل وجهين لعملة واحدة، فبه يعبر عن طرفي علاقة الدائنية . كما يتجذر مصطلح الالتزام في الفقه الإسلامي غريباً حديثاً . من هذا وذاك يقسم هذا المطلب في فرعين فرع في الالتزام عند الفقهاء، وفرع ثان للالتزام عند القانونيين .

الفرع الأول : الالتزام عند الفقهاء

الالتزام¹ مصطلح حديث الاستعمال في لغة الفقه، وقد يتبادر للذهن أنه غربي المنشأ ترجمة لـ obligation أو نظرية الالتزامات في القانون المدني الغربي

¹ الالتزام لغة" الاعتناق وأصله من لزم بمعنى ثبت ودام فهو والإلزام من مادة واحدة، ويقال التزم الشيء أو الأمر، أوجبه على نفسه، والتزمه أي اعتنقه، فهو ملتزم والتزمته بمعنى جعلته في عنقي، فمعى إلزام الشخص نفسه ما لم يكن لازماً له" أبو الحسين أحمد بن فارس بن زكريا، معجم مقاييس اللغة، تحقيق وضبط عبد السلام هارون، دار الجيل، بيروت، ط2، ت د، 245/5، ابن منظور، لسان العرب، دار صادر، بيروت، ص 12 /541، الرازي، محمد بن أبي بكر، مختار الصحاح، مكتبة لبنان، ط د، 249، 1986.

الحديث¹. لكن قراءة في مصادر الفقه الاسلامي وأصوله، تجعلنا نتقاطع مع مصطلح الالتزام، وهو ما يؤكد أصالة المصطلح رغم عدم شيوع استعماله عند الفقهاء. قال الشاطبي²: "لأن من شرط تعلق الخطاب إمكان فهمه، لأنه إلزام يقتضي التزاماً"³. وجاء في الفروق: "العبارة الكاشفة عن الذمة أنها معنى شرعي مقدر في المكلف قابل للالتزام واللزوم.... ومن اجتمعت له هذه الشروط رتب الشارع عليه تقدير معنى فيه يقبل إلزامه أرش الجنایات وأجر الإجازات... ويقبل التزامه أشياء اختاراً من قبل نفسه لزمه، وإذا فقد شرط من هذه الشروط، لم يقدر الشرع هذا المعنى القابل للإلزام والالتزام"⁴. كما جاء في البحر الرائق: "لأن النكاح معاوضة مال بغير مال، فجعلنا التزام المال ابتداء"⁵، ويقول في موضع آخر عن الولي: "لأنه من أهل الإلتزام"⁶، كما يقول أيضاً: "إنما يلزم المال بالالتزام"⁷، ويقول الخطاب: "إلزام الشخص نفسه شيئاً من المعروف.... وقد يطلق في عرف الناس على شيء أخص من ذلك وهو التزام المعروف بلفظ الإلتزام، وهو الغالب في عرف الناس اليوم"⁸.

¹ ظهرت كلمة obligation في اللغة الفرنسية في بدايات القرن الثالث عشر 1235 من أجل التعبير عن فعل تعهد، التزم action engager وهو كما الآن تمييز التعهد والفعل الأصلي الذي تتعهد، وفي القرن الرابع عشر والخامس عشر أخذ الإلتزام مضموناً أكثر عمومية من الرابط الأخلاقي. أنظر:

Langue Française, Le Robert, Paris, 1992, La Rey, Alain, Dictionnaire Historique de Art ,obliger.cité par :

Histoire des obligations www.webu2.upmf-grenoble.fr/haiti/

² هو إبراهيم بن موسى أبو إسحاق الخمي، الغرناطي، المعروف بالشاطبي، ت 750-1388م، أصولي حافظ من أصمة المالكية له كتاب الموافقات، الإفادات والانشادات، الاعتصام، الزركلي، الاعلام، دار العلم للملايين، بيروت لبنان، ط2002، ص15، ط75/1

³ الشاطبي، أبو إسحاق، الموافقات في أصول الشريعة، دار الفكر العربي، ط د، ت د، ص 285/1. وانظر: ربيع، وليد حامد، الإلتزام في الأحوال الشخصية، دار النفائس، الأردن، ط 1، 2002، ص 47.

⁴ القرافي، شهاب الدين، الفروق، تحقيق عبد الحميد الهنداوي، المكتبة العصرية، بيروت، لبنان، ط 1، 2002، ص 201/3.

⁵ بن نجيم، زين الدين بن إبراهيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ضبطه وخرج أحاديثه الشيخ زكريا عميرات، منشورات علي بيضون، دار الكتب العلمية، ط، 1997، ص 286/3.

⁶ المرجع نفسه، ص 305/3.

⁷ المرجع نفسه، ص 131/4.

⁸ الخطاب، تحرير الكلام في مسائل الإلتزام، ص 68.

ومن تعريفات الفقهاء المعاصرين، تعريف العلامة الزرقا¹: "كل علاقة شرعية بين شخصين يكون أحدها مكلفا تجاه الآخر أن يقوم بعمل فيه مصلحة ذات قيمة للآخر، أو أن يتمتع عن عمل مناف لمصلحته مهما كان مرجع تلك العلاقة"². وهو تعريف غير جامع لعدم تضمنه الالتزام بإعطاء شيء. ونجد تعريف مصطفى شلبي من أجمع التعاريف: "كل تصرف متضمن إنشاء حق من الحقوق أو إنهاءه، أو إسقاطه، سواء أكان من شخص واحد كالوقف أو الطلاق المجرد عن المال والإبراء، أم من شخصين كالبيع والتجارة والطلاق على مال"³.

الفرع الثاني: الالتزام عند القانونيين

عرف فقهاء القانون المدني الفرنسي الالتزام عدة تعريفات، منها الفقيه كورنو Cornu الذي عرفه بأنه الرابط القانوني الذي يخول بسببه لشخص - المدين - الذي يكون مطالباً بإعطاء شيء لشخص آخر - الدائن - وهو على اختصاره يفي بالمطلوب دون دخول عناصر غريبة عن الالتزام⁴.

وعرف أيضاً بأنه: "رابطة أو علاقة قانونية ذات طبيعة مالية بين شخصين بمقتضاها يلتزم أحدهما بأن يؤدي للآخر عملاً معيناً أو يتمتع لصالحه عن أداء معين"⁵. وانتقد مصطلح رابطة⁶، واستعوض عنها بكلمة (حالة) وهو ما جاء به مشروع

¹ رجل قانون وأستاذ فرنسي 1929-2007 من مؤلفاته Linguistique juridique- Droit civil

Wikipedia.org/wiki/Gerard_cornu_(professeur) يوم 06/09/2016 الساعة 23:00

² الزرقا، مصطفى أحمد، المدخل إلى نظرية الالتزام العامة في الفقه الإسلامي، دار القلم، دمشق، ط1، 1999، ص26.

³ شلبي، مصطفى، المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي، مطبعة دار التأليف، مصر، 1962، ط د، ص366.

⁴ « L'obligation est le lien de droit (vinculum juris) en vertu duquel une personne, le débiteur, est tenue une certaine prestation envers une autre, le créancier » CORNU, Gérard, Droit civil, introduction au droit, Montchrestien, Edition Alpha, Paris, 13^{ème} édit, p.256, Malaurie Philippe, Aynes, Laurent, Les Obligations, Défrinois, 2^{ème} édit, 2005, p 01.

⁵ السعدي، محمد صبري، شرح القانون المدني الجزائري، دار الهدى، الجزائر، ط1، 1992، 11/1، أبو السعود، رمضان، مصادر الالتزام في القانون المصري واللبناني، الدار الجامعية، بيروت، ط1، 1990، ص9.

⁶ السعدي، محمد صبري، مرجع سابق، ص ص12-14.

القانون المدني المصري : في المادة 121 " الالتزام حالة قانونية أو وضع قانوني يلتزم بمقتضاه شخص بإعطاء شيء أو بفعله أو بالامتناع عن فعله"¹.

ونرجح مصطلح الرابطة على الحالة، لتضمنه تعدد أطراف علاقة الالتزام دون الحاجة إلى إضافة . فيكون التعريف المقترح هو الرابطة الشرعي المنشئ لعلاقة الدائنية .

الرابطة : ذلك أن الالتزام هو عملية وصل بين طرفين أو أكثر .

الشرعي : ومعناه أن هذا الرابطة لم ينشئه الأشخاص بل أنشأه الشارع .

علاقة الدائنية : ونقصد به كل من الدائن والمدين، فعبارة علاقة تدل على كل منهما .

ويرى الزرقا²، أن الالتزام يختلف عن الحق الشخصي كما يدعي القانونيون³، ذلك أن الحق الشخصي يحمل معنى الدائنية، أما الالتزام فيحمل معنى المديونية، وإن كانا في الحقيقة طرفي علاقة واحدة. فهما متقابلان لا مترادفان⁴:

الالتزام ← سلبي ← الافتقار

¹ السعدي محمد صبري، مرجع سابق، ص14.

² هو مصطفى أحمد الزرقا فقيه سوري من مواليد 1904 بجلب الشهباء من أبرز مؤلفاته الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد، توفي عام 1999، أنترنت

³ الحق الشخصي "كل علاقة شرعية بين شخصين يكون أحدهما مكلفا تجاه الآخر أن يقوم بعمل فيه مصلحة ذات قيمة للآخر مهما كان مرجع تلك العلاقة" الزرقا، المدخل إلى نظرية الالتزام العامة، مرجع سابق، ص19. و أنظر السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2005، الطبعة الثالثة الجديدة، ف1، وجاء في الفقرة الثالثة من المادة 69 من القانون المدني العراقي : " 3 – ويؤدي التعبير (الالتزام) وبلفظ (الدين) نفس المعنى الذي يؤديه التعبير بلفظ (الحق الشخصي)." أنظر الموقع

www.legislations.gov.iq/lodLawBookKa.aspx?SC=1201200372926

يوم 2013/10/12

وانظر: السعدي محمد صبري، مرجع سابق، ص11

⁴ الزرقا، مصطفى أحمد، المدخل إلى نظرية الالتزام العامة في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص94. ونشير هنا إلى أن مصطلح الحق الشخصي إنما نشأ من تقسيم القانون المدني الحديث للحقوق المالية، إلى حقوق عينية، وحقوق شخصية، " الحق العيني (droit réel) هو سلطة معينة يعطيها القانون لشخص معين على شيء معين . أما الحق الشخصي فهو رابطة بين شخصين، دائن ومدين " انظر في ذلك السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، ص115/1.

الحق الشخصي ← إيجابي ← الاستغناء

وهنا يقول السنهوري: "والحق الشخصي هو الالتزام: ويسمى حقاً إذا نظر إليه من جهة الدائن، وديناً إذا نظر إليه من جهة المدين"¹.

مما سبق، فإن اختيارنا لمصطلح الالتزام، نصبو من خلاله إلى الدقة في التعبير عن إشكالية البحث، المتمحورة حول تحديد الحقوق والواجبات المالية في الأحوال الشخصية، حيث بهذا المصطلح ينضبط موضوع البحث الذي هو تحديد الدائن والمدين في الباب المذكور. حيث أن البحوث المشابهة، تستعمل مصطلحي الحقوق أو الواجبات المالية، بينما مصطلح الالتزام يعبر بلفظ واحد على طرفي العلاقة: الدائن والمدين.

المطلب الثاني: مصطلح المال

إن مصطلح المال من المصطلحات التي لم تتطور كثيراً من حيث مدلولها ومضمونها؛ إذ لا نكاد نجد اختلافاً بين مفهوم المال بين الفقه الإسلامي والفقه القانوني، وهذا ما سيظهر لنا من خلال فروع هذا المطلب في بيان مفهوم المال في كلا المنهجين.

الفرع الأول: المال في الفقه الإسلامي

عرف الفقهاء المال² تعريفات متفاوتة الدقة، وهي مقسمة من حيث عناصرها إلى قسمين: القسم الأول تعريف الجمهور، القسم الثاني تعريف الحنفية. وثمرة الخلاف هي في إدخال المنافع في الأموال أو إخراجها منها.

¹ السنهوري، عبد الرزاق أحمد، الوسيط، مرجع سابق، 1 / 115 وما بعدها.

² المال في اللغة: جاء في لسان العرب: "المال معروف، وهو ما ملكته من جميع الأشياء، ومال الرجل يمول مؤولاً إذا صار ذا مال" لسان العرب، ج11، ص636.

فمن تعريفات الجمهور تعريف الحنابلة: " المال ما فيه منفعة مباحة لغير حاجة أو ضرورة"¹.

أما الحنفية، فقد عرفوا المال: " ما يميل إليه الطبع ويمكن ادخاره إلى وقت الحاجة والمالية إنا تثبت بتمول الناس كافة أو بتقوم البعض"².

ذلك أن إضافة الحنفية شرط إمكان الإدخار، فيه إخراج للمنافع وعدم اعتبارها من الأموال³. ولقد انتقد منهج الحنفية السابق، ونرجح مذهب الجمهور في تمول المنافع لتوفر عنصر الانتفاع وتمول الناس كعنصرين أساسيين للمالية⁴

ويقترح الزرقا تعريفاً بديلاً: " المال كل عين ذات قيمة مادية بين الناس"⁵، وينتج عن هذا التعريف، أن عناصر المالية هي:

- العينية: " ويراد بها أن يكون المال شيئاً مادياً ذو وجود خارجي " .

-العرف: " أن يعتاد الناس كلهم أو بعضهم تموله أو صيانته، بحيث يجري فيه بذل ومنع"⁶.

لا ونرى أن هذا التعريف دقيق من حيث اشتماله على العنصرين المذكورين للمال، مما يحقق فيه شرطي الجمع والمنع .

الفرع الثاني: المال في القانون

الفقه القانوني يتجه إلى اعتبار كل ما يتعارف الناس تداوله والاعتياض عنه، داخلاً في المال، وبالتالي تنعقد عليه العقود المختلفة¹. ومصطلح " bien " في الفقه

¹ ابن النجار، تقي الدين محمد الفتوحى، منتهى الإيرادات، تحقيق عبد الغني عبد الخالق، 339/1.

² ابن نجيم، مرجع سابق، 430/5.

³ للتفصيل في الموضوع أنظر الزرقا، مصطفى أحمد، المدخل إلى نظرية الالتزام العامة، مرجع سابق، ص123، محي الدين معطي، نوال، الذمة المالية للزوجة في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية الجزائري، رسالة دكتوراه في الفقه وأصوله، الجامعة الأردنية، 2008، ص11.

⁴ للتفصيل في الخلاف أنظر: أوهاب، نذير بن محمد الطيب، حماية المال العام في الفقه الإسلامي، أكاديمية نايف للعلوم الأمنية، الرياض، ط2001، 1، 1422، ص 10 وما بعدها .

⁵ الزرقا، مصطفى أحمد، المدخل إلى نظرية الالتزام العامة، مرجع سابق، ص127.

⁶ المرجع نفسه، ص126.

والقانون المدني الفرنسي يركز على المادية والحيازة² سواء كانت عامة أم خاصة³. كما أن التعريف يميز المال عن الحقوق التي هي امتيازات غير مادية. ولقد نظمتها نصوص عديدة في القانون الفرنسي⁴.

أما القانون المدني الجزائري، فلم يعط تعريفاً مباشراً للمال، بل نحى منحى الاستثناء، بإخراج ما هو ليس بمال: "كل شيء غير خارج عن التعامل بطبيعته أو بحكم القانون يصلح أن يكون محلاً للحقوق المالية. وأشياء التي تخرج عن التعامل بطبيعتها هي التي لا يستطيع أحد أن يستأثر بحيازتها وأما الخارجة بحكم القانون فهي التي يجيز القانون أن تكون محلاً للحقوق"⁵. وهي المادة ذاتها المنصوص عليها في القانون المدني المصري⁶، فالأشياء غير القابلة للتعامل بطبيعتها هي كما جاء المذكرة الإيضاحية: "التي يمكن أن ينتفع بها كل الناس بغير أن يحول انتفاع بعضهم دون انتفاع البعض الآخر كالهواء والماء الجاري، وأشعة الشمس"⁷، أما القسم الثاني، وهي الأشياء التي تخرج عن التعامل بحكم القانون، فقد جاء في ذات المذكرة الإيضاحية: "هي التي ينص القانون على عدم جواز التعامل فيها بوجه عام كالحشيش والأموال العامة"⁸.

وإذا كان الالتزام في المعاملات المدنية، إنما ينصرف إلى المعاملات المالية دون الحاجة إضافة لفظة "مالي"، فإن إضافة "مالي" لمصطلح الالتزام في الأحوال

¹ الزرقا، مصطفى أحمد، المرجع نفسه، ص129.

² "bien" : "une chose matérielle d'appropriation", Cornu Gérard, Capitan Henri, Vocabulaire juridique, PUF, Paris, 8^{ème} édit, 2007, p.114.

³ "privée ou publique" Serge Braudo, Dictionnaire juridique, internet, www.Dictionnaire-juridique.com/definition/biens.php

يوم 2013/10/23.

⁴ Code civil : art. 516 et s, 544 et s, 711 et s, 815 et s, 1267 et s, 1873-1 et s

.L. du 12 juil. 1909 et D 26 mars 1910 sur les biens de famille

⁵ المادة 682 من الأمر 58-75 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975 المتضمن القانون المدني الجديدة الرسمية العدد 78 المؤرخة في 30/09/1975 معدل ومتمم.

⁶ المادة 81 من ق م مصري، السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، ص6/8.

⁷ السنهوري، عبد الرزاق، الوسيط، مرجع سابق، ص 7/8.

⁸ السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، ص 8-7/8.

الشخصية، راجع إلى أن الالتزامات في الأحوال الشخصية منها المالي وغير المالي،
وبحثنا يقتصر على الالتزامات ذات الطبيعة المالية دون غيرها.

المبحث الثاني: مفهوم مصطلح الأحوال الشخصية

مصطلح الأحوال الشخصية في القانون ناتج عن تقسيم القانون المدني إلى قسمين: قسم الأحوال الشخصية وقسم المعاملات: "فقواعد الأحوال الشخصية هي التي تنظم علاقة الفرد بأسرته. وقواعد المعاملات هي التي تنظم علاقة الفرد بغيره من الأفراد من حيث المال"¹. وهو يختلف عن الحق الشخصي بمعنى الالتزام من جهة، وعن مصطلح الحقوق الشخصية ذي المحتوى المغاير².

المطلب الأول: نشأة مصطلح الأحوال الشخصية

ظهر مصطلح الأحوال الشخصية في الفقه الإيطالي إبان القرنين الثاني عشر والثالث عشر، في محاولة لحل مشاكل "تنازع القوانين" آنذاك، وذلك بين النظامين القانونيين السائدين في تلك الحقبة³: القانون الروماني صاحب التطبيق العام في إيطاليا كافة، والقانون المحلي الذي كان محدود التطبيق في مدن معينة، فسار القانون الروماني إلى تمييز هذين النظامين، فأطلق مصطلح "حال" على النوع الثاني، ثم قسم هذه الأحوال إلى أحوال متعلقة بالأموال، وأحوال متعلقة بالأشخاص⁴. واستقر هذا التقسيم في القوانين الغربية مع الاختلاف في تحديد مضمون مصطلح الأحوال الشخصية ضيقاً واتساعاً، حيث تبلور هذا الاختلاف في قوانين ودراسات القانون الدولي الخاص⁵.

¹ السنهوري، عبد الرزاق، الوسيط في القانون المدني، مرجع سابق، ص 115/1 .

² الشمري، حيدر ساعد، قانون الأحوال الشخصية العراقي بين المقتضى والمبتغى والبدل، أنترنت،

www.iasj.net/iasj.net?func=fulltext&aId=29571

يوم 2013/11/12.

³ عبد الله، عز الدين، القانون الدولي الخاص، الهيئة المصرية العامة للكتاب، مصر، 1986، ط9، ص ص13/2-

27.

⁴ أسراج، محمد، الموسوعة الفقهية، مرجع سابق، أنترنت .

⁵ المرجع نفسه.

أما في العالم الإسلامي، فلم يعرف الفقهاء- مصطلح الأحوال الشخصية¹، إنما ظهر هذا المصطلح في أواخر القرن التاسع عشر، ومن بين من استعمله العلامة محمد قديري باشا في مصنفه المعروف "بالأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية". وأورد في مقدمته أن الكتاب "يشتمل على الأحكام المختصة بذات الإنسان من حين نشأته إلى حين منيته وتقسيم ميراثه بين ورثته"².

ويذكر بعض الباحثين أن اختيار هذا المصطلح إنما كان تجسيدا لتمكين الطوائف غير المسلمة في الدولة العثمانية من الاحتكام لرؤساء طوائفهم أو لمحاكمهم القنصلية في القضايا التي تشملها الأحوال الشخصية دون غيرها. ناهيك عن تزامن ذلك مع بدايات حركة التقنين متأثرة بالفكر القانوني الغربي، وحيث تجلّى ذلك التأثير في اقتباس بعض المصطلحات القانونية التي يعد أبرزها مصطلح الأحوال الشخصية³.

ويرجع استعمال مصطلح الأحوال الشخصية، إلى شيوعه في العصر الحديث، رغم أننا نفضل مصطلحا أكثر أصالة كأحكام الأسرة مثلا، رغم عدم اشتماله لكل القضايا التي يتضمنها مصطلح الأحوال الشخصية كما أسلفنا.

المطلب الثاني: تعريف الأحوال الشخصية

عرفت الأحوال الشخصية⁴ عدة تعريفات منها "الأحكام التي تتصل بعلاقة الإنسان بأسرته بدأً بالزواج، وانتهاءً بتصفية التركات والميراث"¹. والمسجل هنا هو

¹ الأشقر، عمر سليمان، الواضح في شرح قانون الأحوال الشخصية الأردني رقم 26 لعام 2010، دار النفائس، ط2012، 5، ص11.

² الأشقر، عمر سليمان، مرجع سابق، ص11.

³ المرجع نفسه، وبالموازاة مع تبلور هذا المصطلح، أصدر العثمانيون قانون حقوق العائلة سنة 1917 مقتبسين هذا المصطلح المستحدث أيضا من الغرب، أنظر المرجع نفسه.

⁴ هنا يجدر بنا التساؤل حول سبب استعمال لفظ الأحوال بدل القوانين، فنجد بحوث القانون الدولي الخاص تتعرض إلى المسألة، يقول عز الدين عبد الله: "يراد بنظرية الأحوال: مجموعة القواعد الفقهية، التي وضعها رجال الفقه في

الوقوف على صعوبة إعطاء تعريف جامع مانع للأحوال الشخصية؛ لغياب أساس علمي يجعل التعريف ينضبط من جهة، ولأنّ الناس لا يفرقون بدقّة بين القضايا المالية والقضايا الشخصية. أضف إلى ذلك أن بعض القضايا لها طبيعة مزدوجة، يظهر ذلك في الميراث مثلاً². والنقاش الذي دار وما زال يدور في الفقه والقانون؛ يتمحور حول معايير ضبط المواضيع التي يشملها مصطلح الأحوال الشخصية .

حكم محكمة النقض المصرية

يعد حكم محكمة النقض المصرية الشهير بتاريخ 21 / 6 / 1934م مرحلة فاصلة في تحديد مضمون مصطلح الأحوال الشخصية، حيث نص هذا الحكم على أن: "الأحوال الشخصية هي مجموع ما يتميز به الإنسان عن غيره من الصفات الطبيعية أو العائلية التي رتب القانون عليها أثراً قانونياً في حياته ككونه إنساناً ذكراً أو أنثى وكونه زوجاً أو أرمل أو مطلقاً أو ابناً شرعياً، أو كونه تام الأهلية أو ناقصها لصغر سن أو عته أو جنون، أو كونه مطلق الأهلية أو مقيداً بسبب من أسبابها القانونية، أما الأمور المتعلقة بالمسائل المالية فكلها بحسب الأصل من الأحوال العينية، ولذا فالوقف والهبة والوصية والنفقات على اختلاف أنواعها ومناشئها من الأحوال العينية لتعلقها بالمال وباستحقاقه وعدم استحقاقه"³، ولقد انتقد هذا التعريف؛ لنقصانه من جهة وغموضه من جهة أخرى، مثل إدخال النفقات في الأحوال العينية، فرغم كونها من

أوروبا القديمة لفض النزاع.... " . من هذا، فقد يكون استعمال لفظ الأحوال بدل القوانين إنما لسبب كون أصل هذه القواعد هو النظريات الفقهية لا السلطة السياسية .

¹ الزحيلي، وهبة، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر، دمشق، سوريا، ط 1991، ص 9/7، سراج، محمد، مرجع سابق، أنترنت، الجندلي، حامد، مرجع سابق، ص 17.

² عبد العال، عكاشة محمد، قواعد النزاع في القانون المصري، دار المطبوعات الجامعية، 2002، القسم الثاني، ص 565 .

³ نقض مدني مصري في 21/06/1934، مجلة المحاماة، ص 15، ص 78، عن عكاشة عبد العال، مرجع سابق، ص 566.

الالتزامات المالية، إلا أنها من جوهر الأحوال الشخصية ؛ إذ هي أثر من آثار كل من الزواج والعلاقة العائلية¹. كما أن المشرع المصري أضاف إلى ذلك : الوقف والهبة والوصية القائمة على فكرة التصديق المؤسس على العقيدة الدينية، وهو ما أخرجها آنذاك من اختصاص المحاكم المدنية إذ لم تكن مخولة بالنظر في القضايا التي تتضمن " عنصرا دينيا"².

جاء في المادة 28 من لائحة التنظيم القضائي للمحاكم المختلطة الصادرة بالقانون رقم 49 لسنة 1937م، مايلي " تمثل الأحوال الشخصية المنازعات والمسائل المتعلقة بنظام الأسرة، وعلى الأخص الخطبة والزواج وحقوق الزوجين وواجباتهما المتبادلة والمهر ونظام الأموال بين الزوجين والطلاق والتطيق والتفريق والبنوة والإقرار بالأبوة وإنكارها والعلاقات بين الأصول والفروع، والالتزام بالنفقة للأقارب والأصهار وتصحيح النسب والتبني والوصاية والقوامة والحجر والإذن بالإدارة، وكذلك المنازعات والمسائل المتعلقة بالهبات والمواريث وغيرها من التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت وبالغيبه وباعتبار المفقود ميتا"³. وقد جاءت القوانين الصادرة بعد إلغاء المحاكم المختلطة في مصر والخاصة بنظام القضاء والسلطة القضائية في مصر، لتؤكد هذا التعريف⁴.

و يمكن تلخيص النقاش في هذه مسألة في موضوع أساسي هو تحديد المعيار المعتمد في تمييز القضايا هل هي من ضمن الأحوال الشخصية أم لا ؟ هل المعيار هو: الشخص أم العائلة أم العقيدة الدينية المرجعية⁵ ؟ .

ف نجد أغلب القوانين العربية والإسلامية تعتمد معايير الشخص، العائلة، والمرجعية الدينية. حيث مرجعية الدين بالنسبة لتلك المسائل . ومن ناحية القضاء ولم

¹ عبد العال، عكاشة محمد، المرجع نفسه، ص566.

² عبد العال، عكاشة محمد، قواعد التنازع في القانون المصري، دار المطبوعات الجامعية، 2002، القسم الثاني، ص566.

³

⁴ عبد العال، عكاشة محمد، المرجع نفسه، ص566

⁵ الجندلي، حامد، مرجع سابق، ص20.

يعد هناك أثر لتحديد نطاق الأحوال الشخصية بعد توحيد القضاء في مصر وفي أغلب الدول العربية والاسلامية¹، وبقي أثر ذلك في القانون الدولي الخاص². ونجد أن نطاق الأحوال الشخصية يتجه إلى التقلص، وذلك بسبب الدعوات إلى توحيد جميع أبواب القانون المدني وفي ذلك يقول حسن بغدادي: "فمن الواضح أن قواعد الأحوال الشخصية سواء أكانت مستقاة من الفقه الاسلامي أو من مرجع آخر تعتبر جزءا لا يتجزء من أحكام القانون المدني، ومن الواجب أن تكون دراسة تلك الأحكام أي أحكام الأحوال الشخصية داخلة في نطاق دراسة القانون المدني حتى تخضع لأساليب الدراسة الحديثة"³.

من هذا فإن مواضيع الأحوال الشخصية:

- أحكام الأهلية والولاية والوصاية على الصغير.

- أحكام الأسرة من خطبة وزواج....

- أحكام أموال الأسرة من ميراث...، ووصايا وأوقاف، ونحوها مما يعد تصرفا

مضافا لما بعد الموت⁴. وعلى ذلك سارت أغلب قوانين الأسرة في البلدان العربية⁵.

المطلب الثالث: مصطلح الأحوال الشخصية في القانون الجزائري

المعتمد في القانون الجزائري هو مصطلح قانون الأسرة⁶، أما في التنظيم

القضائي فقد استعمل مصطلح الأحوال الشخصية والمواريث⁷، وعدل إلى رفة شؤون

¹عبد العال، عكاشة محمد، مرجع سابق، ص566.

²المرجع نفسه، ص567.

³بغدادى حسن، مرجع سابق، ص100.

⁴بلتاجي، محمد، الأحوال الشخصية، ص7، الهامش، الزحيلي، وهبة، الفقه الاسلامي، 6/7.

⁵الأشقر، عمر سليمان، مرجع سابق، ص14.

⁶ قانون رقم 84-11 مؤرخ في رمضان 1404 الموافق 09 يونيو 1984 يتضمن قانون الأسرة معدل ومتمم بالأمر 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005.

⁷ أنظر القانون العضوي رقم 05-11 المؤرخ في 17 يوليو 2005، الجريدة الرسمية رقم 51، مؤرخة في 20 يوليو 2005، ص6.

الأسرة والمواريث¹ أو مصطلح شؤون الأسرة². ولم يعرف القانون الجزائري الأحوال الشخصية نصا، وهو بالتالي م يحدد المواضيع التي هي من الأحوال الشخصية حصرا. وبالنظر إلى المادة 423 من ق إ م، نجدها قد عدت أنواع الدعاوى التي يختص قسم شؤون الأسرة بالفصل فيها:"

- 1- الدعاوى المتعلقة بالخطبة والزواج والرجوع إلى بيت الزوجية، وانحلال الرابطة الزوجية، وتوابعها حسب الحالات والشروط المذكورة في قانون الأسرة .
- 2- الدعاوى المتعلقة بالنفقة والحضانة والزيارة .
- 3- الدعاوى المتعلقة بإثبات الزواج وإثبات النسب.
- 4- الدعاوى المتعلقة بالكفالة .
- 5- الدعاوى المتعلقة بالولاية وسقوطها، والحجر والغياب والفقدان والتقديم

3"

لكن هذه المادة كما يبدو؛ لم تذكر دعاوى التركات، وكذلك الدعاوى المتعلقة بترشيح القاصر والترخيص بالتصرف⁴.

كما أن المادة الثالثة مكرر من قانون الأسرة نصت على تدخل النيابة كطرف أصلي في كل ما يتعلق بتطبيق قانون الأسرة¹. والإشكال الذي سجل هو في التطبيقات

¹ المادة 13 من القانون عضوي رقم 11-12 المؤرخ في 24 شعبان 1432، الموافق ل11 يوليو 2011، يحدد تنظيم المحكمة العليا واختصاصها، الجريدة الرسمية، عدد 42، المؤرخ في 29 شعبان 1432، الموافق ل31 يوليو 2011.

² جاء في الفقرة الثانية من المادة 32، من القانون 08-09 المؤرخ في 18 صفر 1429 الموافق ل25 فبراير 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية الجريدة الرسمية "؟؟؟ تفصل المحكمة في جميع القضايا، لاسيما المدنية والتجارية والبحرية والاجتماعية والعقارية وقضايا شؤون الأسرة والتي تختص بها إقليميا" المادة 06 من القانون العضوي 05-11 مؤرخ في 10 جمادى الثانية 1426 الموافق ل17 يوليو سنة 2005 يتعلق بالتنظيم القضائي : غرفة شؤون الأسرة، المادة 13 من نفس القانون، :قسم شؤون الأسرة ،"

³ سعد، عبد العزيز، إجراءات ممارسة دعاوى، شؤون الأسرة، أمام أقسام المحاكم الابتدائية، دار هومة، الجزائر، 2013، ص38.

⁴ سعد، عبد العزيز، إجراءات ممارسة دعاوى، شؤون الأسرة، أمام أقسام المحاكم الابتدائية، مرجع سابق، ص39.

القضائية الجزائرية، لتناقضها في تمييز القضايا التي هي الأحوال الشخصية، إذ نجد بعض قرارات المحكمة العليا تعتبر بعض مواضيع قانون الأسرة ليست من مواضيع الأحوال الشخصية، كالنفقة مثلا²، وهو أمر غير دقيق سواء من جهة تضمن قانون الأسرة الجزائري للنفقة، أم من جهة الفقه الذي استقر على اعتبار النفقات من الأحوال الشخصية القرار رقم 335844 المؤرخ في 2005/05/18 الذي اعتبر النفقة من مسائل الأحوال الشخصية، وذلك لم يكن بصورة صريحة وإنما بصورة ضمنية، وذلك في معرض الرد على الوجه المثار من طرف الطاعن والمتعلق بدعوى عدم إبلاغ النيابة العامة لملف القضية؛ حيث جاء: (القرار محل الطعن .. أشار إلى أن قضاة الموضوع لمجلس قضاء الشلف قد استمعوا إلى طلبات النيابة العامة، وأن هذه الأخيرة لا يمكن أن تقدم طلباتها دون الاطلاع على ملف قضية الحال مما يجعل الوجه الأول غير مؤسس يتعين معه رده)³، وقد يكون ما ذهبت إليه المحكمة العليا مرجعه التآثر بالقانون الفرنسي .

وهناك مجال آخر يمكن أن نتبع فيه مواضيع الأحوال الشخصية في القانون الجزائري، وهو القانون الدولي الخاص حيث نصت المادة 10 من القانون المدني

¹ قانون رقم 84-11 مؤرخ في رمضان 1404 الموافق 09 يونيو 1984 يتضمن قانون الأسرة معدل ومتمم بالأمر 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005. وانظر سعد عبد العزيز، أبحاث تحليلية في قانون الإجراءات المدنية الجديد، دار هومة، الجزائر، 2011، ص 172.

² وجاء في القرار: "حيث أن المسمى (ت.م) قد طلب نقض وإبطال القرار الصادر عن مجلس قضاء الجزائر بتاريخ 97/01/05 القاضي بتأييد الحكم الصادر عن محكمة سيدي محمد 041/14 القاضي بالطلاق والتعويض وحضانة البنيتين مع نفقتهما وبدل الإيجار مع تعديله بخفض نفقة البنيتين " حيث نجد أن القرار قد استند على عدة أوجه منها: إغفال قاعدة جوهرية في الإجراءات حيث لم يعرض الملف على النائب العام المادة 141 من قانون الإجراءات المدنية، حيث كان رد المحكمة العليا " لكن وحيث أن" الملف لا علاقة له بحالة الأشخاص، بل يتعلق بخصوص النفقة وعليه فالوجه غير مؤسس".

قرار رقم 189260، قرر في 1998/04/21، اجتهاد قضائي، 2001، عدد خاص، ص 213 - 215، وهو ما عارضه القرار 335844 المؤرخ في 2005/05/18 والذي اعتبر النفقة من الأحوال الشخصية .
³ نشرة القضاة لسنة 2010، العدد 65، ص (315-318).

الجزائري: " يسري على الحالة المدنية للأشخاص وأهليتهم قانون الدولة التي ينتمون إليها بجنسيتهم "1.

فلاحظ هنا أن القانون استعمل مصطلح الحالة المدنية ولم يستعمل مصطلح الأحوال الشخصية من جهة، وفي تحديده للفئة المسندة : الحالة المدنية والأهلية كما أضاف محاور في المواد اللاحقة المادة 11، م13 مكرر في النسب، م 13 مكرر 2 الكفالة، المادة م12 المتعلقة بالزواج والآثار الشخصية والمالية للزواج، م 14، النفقة بين الأقارب...وهي معظم مواضيع الأحوال الشخصية المذكورة .

وتظهر فائدة تحديد محتوى ومواضيع الأحوال الشخصية في هذا البحث، من خلال ضبط مباحث الأحوال الشخصية التي يشملها الالتزام المالي . فإضافة إلى الآثار المالية لكل من الزواج والطلاق، يفترض أن تدخل كل من الهبة، الوقف والوصايا، كالاتزامات مالية في الأحوال الشخصية؛ لكننا حذفناها بغية ضبط الموضوع منهجيا .

¹ القانون 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق ل26 سبتمبر سنة1975 المعدل بالقانون رقم 05-10 المؤرخ في يونيو 2005.

المبحث الثالث: مفهوم الذمة المالية ومسألة ذمة المرأة المالية

لا تتضح معالم الالتزام المالي إلا بدراسة مسألة الذمة المالية، والنتائج الشرعية والقانونية التي تتفرع عنها، من جهة، ومن جهة ثانية فإن قضية الذمة المالية للمرأة، ومدى استقلالها عن زوجها، من القضايا المفصلية في معالجة إشكالية بحثنا؛ فتم إفرادها بمطلب مستقل ونالت من البحث أكثر من غيرها .

المطلب الأول : الذمة المالية بين الشريعة والقانون

مصطلح الذمة معروف في الفقه الإسلامي قديماً وحديثاً، كما هو معروف في القانون. لكن مدلولها - أي الذمة - يختلف بين الفقه الإسلامي والفقه القانوني، لذلك فقد حاولنا تناولها من الجانبين بغية تمييز الفوارق وتدقيق المصطلح .

الفرع الأول : مفهوم الذمة المالية عند فقهاء الشريعة

عرف الفقهاء المتقدمون مصطلح الذمة في كتاباتهم المتقدمة، وكأي مصطلح ناشئ فقد اختلفوا -رحمهم الله- في تعريفه¹، وخطوا في كثير من الأحيان بينها وبين الأهلية (أهلية الوجوب)² قال القرافي³ : " اعلم أن الذمة أشكلت على كثير من الفقهاء ، وجماعة يعتقدون أنها أهلية المعاملة"⁴.

¹ جاء في مختار الصحاح : " والذمام الحرمة، وأهل الذمة أهل العقد، وجاء أيضاً الذمة الأمان في قوله - صلى الله عليه وسلم : " ويسعى بذمته أديانهم " الرازي، محمد بن أبي بكر، مختار الصحاح، مكتبة لبنان، ط د، 1986، ص 150، ومثل ذلك في التعريفات: " الذمة لغة العهد، لأن نقضه يوجب الذم، كما أورد صاحب لسان العرب : " الذمة والذمام هما بمعنى العهد والأمان والضمان والحرمة والحق، ابن منظور، مرجع سابق، ص 1087/1.

نلاحظ من خلال هذه التعريفات، أن اللغويين يطلقون لفظ الذمة على كل من العهد، الحرمة، الضمان والحق ...

² تعريف أهلية الوجوب : "صلاحيته -أي الإنسان لوجوب الحقوق المشروعة له وعليه " ابن نجيم، زين الدين بن ابراهيم، فتح الغفار بشرح المنار، مطبعة مصطفى الحلبي وشركاه، مصر، 1936، ط د، 89/3.

³ القرافي هو احمد بن إدريس الملقب بشهاب الدين عالم بارع في الفقه والأصول والتفسير والحديث من مؤلفاته التنقيح في اصول الفقه وانوار البروق في أنواع الفروق ت سنة 684، ابن فرحون، الديباج المذهب في معرفة علماء أعيان المذهب، تحقيق محمد الأحمد أبو النور، دار التراث للطبع والنشر، ص 53/2.

⁴ القرافي، شهاب الدين، مرجع سابق، ص ص 226/3-230-231.

وتتأرجح تعريفات الأصوليين للذمة بين اعتبارها وصفاً، مثل الجرجاني: " وصف يصير الشخص به أهلاً للإيجاب وعليه"¹، ومنهم من قال بأنها ذاتا: " نفس لها عهد فإن الإنسان يولد له ذمة صالحة للوجوب له وعليه عند جميع الفقهاء، بخلاف سائر الحيوانات"².

وغير بعيد عن الوصف والذات، ذهب القرافي إلى تعريفها: " العبارة الكاشفة عن الذمة أنها معنى شرعى مقدر فى المكلف قابل للالتزام والالتزام... ومن اجتمعت له هذه الشروط رتب الشارع عليه تقدير معنى فيه يقبل إلزامه أرش الجنائيات وأجر الإجازات... ويقبل التزامه أشياء اختياراً من قبل نفسه لزمه، وإذا فقد شرط من هذه الشروط، لم يقدر الشارع هذا المعنى القابل للالتزام والالتزام"³. وأشار إلى شروطها فقال: "و هذا المعنى جعله الشارع مسبباً على أشياء خاصة منها البلوغ ومنها الرشد فمن بلغ سفيها فلا ذمة له"⁴، فنجد هنا يعتبرها أهلية الأداء.

ومن المعاصرين، نجد السنهوري⁵ يعرف الذمة على أنها وصف: " الذمة فى الفقه الإسلامى هى وصف شرعى يفترض الشارع وجوده فى الإنسان ويصير به أهلاً للإلتزام والالتزام أى صالحاً لأن يكون له حقوق وعليه واجبات"⁶. أما الشيخ مصطفى

¹ الجرجاني، ص 143. ومثل ذلك تعريف عبد الوهاب خلاف: " الذمة هى الصفة الفطرية الإنسانية التى بها تثبت للإنسان حقوق قبل غيره، ووجب عليه واجبات لغيره"، عبد الوهاب خلاف، علم أصول الفقه، مكتبة الدعوة الإسلامية، مصر، ط 8، ت د، ص 136.

² جاء فى شرح علي حيدر للأحوال الشخصية، أن الذمة اصطلاحاً بمعنى النفس والذات حيث يقول المؤلف: "ولهذا فسرت المادة 612 الذمة بالذات: علي حيدر، تعريب فهمي الحسيني، دار الجيل، ص 225.

³ القرافي، شهاب الدين، مرجع سابق، ص 230/3.

⁴ القرافي، شهاب الدين، مرجع سابق، ص ص 226 - 230 - 231، وانظر: السبكي، تاج الدين، الأشباه والنظائر، دار الكتب العلمية، بيروت ط 1، 1991، ص ص 263/1-264.

⁵ ولد السنهوري فى 19 صفر 1313 هـ / 11 أغسطس سنة 1895 م بمدينة الإسكندرية شارك فى إعداد عدد من الدساتير العربية، من آثاره القانون المدنى المصرى ومذكرته الإيضاحية.. وشرحه الوسيط وقانون البيئات - بما فيه من قواعد الإثبات الموضوعية والإجرائية. توفي فى 197/07/21 بتصرف عن wikipedia

https://ar.wikipedia.org/wiki/%D8%B9%D8%A8%D8%AF_%D8%AD

يوم 2016/07/16، الساعة 15:21.

⁶ السنهوري، عبد الرزاق، مصادر الحق فى الفقه الإسلامى، دار الفكر للطباعة والنشر، ط د، ت د، ص 20/1.

الزرقا فقد اعتبرها محلاً: " هي محل اعتباري في الشخص تشغله الحقوق التي تتحقق عليه"¹.

وباستقراء تعريفات الذمة المختلفة، فإننا يمكن أن نصنفها كالتالي :

- هناك من ساوى بين الذمة وأهلية الأداء².

- وهناك من اعتبرها هي ذاتها أهلية الوجوب³.

- ورأي ثالث هو اعتبار الذمة محل الحقوق والالتزامات.

إن الذمة ليست أهلية الأداء فلا يشترط فيها التمييز والإدراك وقد ذكر الشيخ الزرقا: " أن ما يوجد في كتب الأصول من اشتراط التكليف لوجود الذمة أو غير ذلك ناشئ من استعمال الذمة بمعنى الأهلية للصلة الوثيقة بينهما⁴، ذلك أن الصبي المميز معدوم الأهلية لكنه ذو ذمة، وليست الذمة أهلية الوجوب كما ذهب إلى ذلك كثير من الفقهاء المتقدمين، وذلك بالنظر إلى مراحل ثبوت أهلية الوجوب فنجد أن للجنين أهلية وجوب ناقصة، دون أن تثبت له ذمة إلا بالميلاد حياً⁵.

ونرى كما ذهب إليه فئة من الباحثين المعاصرين⁶، أن الذمة هي وعاء ومحل الالتزامات والحقوق. وهذا الوعاء يتوأكب وجوده مع الأهلية سكوناً وحركة، فيسكن عند انعدامها أو نقصانها أداء أو وجوباً، ويتحرك عند قيامها أداء أو وجوباً .

¹ الزرقا، مصطفى أحمد، المدخل إلى نظرية الالتزام، مرجع سابق، ص 210، ص 197، وعلق الفتلاوي على تعريف الزرقا بأنه ناقص، لأنه اشتمل على الديون دون الحقوق، أنظر الفتلاوي، منصور، نظرية الذمة المالية دراسة مقارنة بين الفقهاء الوضعي والإسلامي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ط 2010، ص 1، ص 123.

القرافي، شهاب الدين، مرجع سابق، 3/ 200 .²

³ وهم فقهاء المالكية، أنظر ابن الشاط، إدرار الشروق على أنواع الفروق، مطبوع على حاشية الفروق، مرجع سابق، 3/380.

⁴ الزرقا، مصطفى أحمد، المدخل إلى نظرية الالتزام، مرجع سابق، ص 197.

⁶ الزحيلي وهبة، حيث يقول : "لا يفترض ثبوت دين على إنسان إلا بتصور محل اعتباري مفترض مقدر وجوده في كل الإنسان، هذا المحل المقدر المفترض هو الذمة، الزحيلي، وهبة الفقه الاسلامي وأدلته، ص 52/4. الفتلاوي، مرجع سابق، ص 105. يقول الفتلاوي: " فالرأي الذي يذهب إلى أن الذمة هي نفس الإنسان باعتبار أن نفس الإنسان محل لعهودها، يخلط بين الشيء الحال ومحلّه، حيث تعتبر تسمية الإنسان بالذمة من قبيل تسمية الشيء

الفرع الثانى : الذمة المالية فى القانون

أولا : تعريفها : عرفت الذمة المالية عند القانونيين : أنها مجموع العلاقات القانونية ذات القيمة المالية التي موضوعها إيجابا أو سلبا الشخص نفسه منظورا إليه مكونا وحدة قانونية¹ ومصطلح الذمة مأخوذ من الفقه الإسلامى². وعند رجال القانون للذمة عنصران: إيجابى ويسمى أصول الذمة، وسلبى ويسمى خصوم الذمة³.

يذكر فريق من الباحثين المعاصرين، أن أهم فرق بين الذمة فى الفقه الإسلامى والفقه القانونى الغربى، هي أن الفقه الإسلامى يوسع من نطاق الذمة إلى الحقوق والالتزامات المالية وغير المالية⁴. وهو حكم يفتقر إلى الدقة، ذلك أن الوصول إليه يكون نتيجة الاستقراء الكامل للمؤلفات الفقهية والأصولية الغزيرة والمتنوعة حسب مراحل تطور الفقه الإسلامى . ذلك أننا نجد ابن عرفة فى حدوده وهو من المتأخرين، يعرف الذمة: " ملك متمول كلى حاصل أو مقدر، " قال الشارح : "تخرج عنه ما أمكن حصوله، من نكاح، أو ولاية، أو وجوب حق فى قصاص أو غيره، مما ليس متمولا إذ

الذي حل فيه " عن ابن أمير الحاج، التقرير، 165/2، " وعلى هذا ذهب أغلب الفقهاء إلى نقل تعلق الحقوق والالتزامات من نفس الإنسان إلى محل يفترض وجوده فى الإنسان فقالوا إن الذمة وصف يصير به الإنسان أهلا لما له وعليه" أنظر: ابن نجيم، فتح الغفار بشرح المنار، 89/3، محي الدين معطي، نوال، مرجع سابق، ص11.

¹ « Le patrimoine est l'ensemble des rapports de droit appréciables en argent qui on pour sujet actif ou passif une même personne et qui ont envisagés comme formant une universalité juridiques » Terre, Fenouillet, op.cit ,p.47, Cornu, Gérard,op. cit , p .08.

وانظر ما يقارب هذا التعريف: الفتلاوي، منصور حاتم، مرجع سابق، ص17.

² حسنين محمد، الوجيز فى نظرية الحق بوجه عام، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1985، ص138-139.

ويبين حسنين أهمية فكرة الذمة المالية: "فكرة الذمة المالية تعطينا تصورا قانونيا للقواعد التي تحدد حق الدائن على أموال مدينه بوصفها مجموعة مستقلة عن عناصرها، فتضم أموال المدين الحاضرة والمستقبله، وتضعها فى إطار علمي، وتيسر لنا استنباط القواعد التي تحكم هذه المجموعة، وهي أن حق الدائن يتعلق بها وليس بعين معينة من أموال مدينه فهي وسيلة قانونية technique juridique ذات فائدة علمية وعملية تبرر بقاءها" محمد حسنين، مرجع سابق، ص147.

³ المراجع نفسها.

⁴ السنهوري، عبد الرزاق، مصادر الحق فى الفقه الإسلامى، مرجع سابق، ص24. الهامش، محي الدين معطي، نوال، مرجع سابق، ص11.

لا يسمى ذلك في العرف ذمة¹. فنرى من خلال هذا، إشارة إلى أن عرف الفقهاء قد سار في الأخير على إطلاق الذمة على الأمور المالية دون غيرها .

ثانيا : أحكام الذمة المالية في القانون

- لا يمكن أن تثبت للشخص أكثر من ذمة مالية واحدة شاملة للجانبين السلبي والإيجابي².

- الذمة غير قابلة للتجزئة بحسب الأصل³.

- تتعلق الذمة بالشخص لا بأمواله، فلا يحق للدائنين الاعتراض على أي دين سواء كان متأخرا أو متقدما في الثبوت⁴ .

- الذمة ضمان عام لكل الديون بلا تمييز لدين على آخر، إلا إذا وجد لصاحب دين حق عيني، كالرهن أو كانت بعض الحقوق الشخصية ذات امتياز، كالنفقات⁵.

المطلب الثاني : الذمة المالية للمرأة بين الشريعة والقانون

تعد قضية الذمة المالية للمرأة من القضايا التي نالت قسطا وفيرا من النقاش والدراسة، رغم حسم الشريعة الإسلامية في ذلك. إلا أن اللبس وقع من الانتقاص أو الانعدام الذي مس الذمة المالية للمرأة الغربية إلى عهد قريب؛ فكأن ذات العيب موصومة به الشريعة الربانية فلزم التوضيح والتبيين.

الفرع الأول: الذمة المالية للمرأة في الشريعة

للمرأة في الفقه الإسلامي، ذمة مالية مثلما للرجل . فإذا أسلفنا أن الذمة هي وعاء الحقوق والالتزامات؛ فإن للمرأة هذا الوعاء مثلها مثل الرجل، فلا تأثير لأنوثتها

¹الرصاع، أبو عبد الله الأنصاري، شرح حدود ابن عرفة، تحقيق : محمد أبو الأجنان والظاهر المعموري، دار الغرب الاسلامي، بيروت، لبنان، ط1993، 1، القسم الأول، ص399.

² منصور إسحاق ابراهيم منصور، مرجع سابق، ص231، الزحيلي، وهبة، مرجع سابق، ص4/ 53.

³ منصور، إسحاق ابراهيم منصور، ص231.

⁴ الزحيلي، وهبة، مرجع سابق، ص4/ 53.

⁵ المرجع نفسه.

فى ما دخل أو يخرج من هذا الوعاء، فهى وحدها هى المسؤولة والمتحملة للالتزامات

قال الشافعى: "فمن بلغ راشدا من الرجال والنساء: أيهما صار إلى ولاية ماله فله أن يفعل فى ماله ما يفعله غيره من أهل الأموال وسواء فى ذلك المرأة والرجل وذات زوج كانت أو غير ذات زوج وليس الزواج من ولاية مال المرأة بسبيل"¹.

أولا: استقلالية الذمة المالية للزوجين

لا يؤثر الزواج على الذمة المالية لكلا الزوجين؛ إذ يحتفظ كل زوج بماله الخاص وديونه. وأثر ذلك أن عقد الزواج يبقي كلا الزوجين منفصلي الذمة، فلا يغير فى وضعيتهما المالية²، إلا فيما يخص إيجاب الإنفاق على الزوج وحده³. ولقد دلت على ذلك أدلة شرعية كثيرة منها:

- قوله تعالى: "وَأَتُوا النِّسَاءَ صَدَقَاتِهِنَّ نِحْلَةً بَيْنَ طِبْنٍ لَكُمْ عَسَ"

شَعْرٍ مِّنْهُ نَفْسًا بِكُلُّوهُ هَنِيئًا مَّرِيئًا"⁴، فجعل المولى عز وجل تصرف

¹ الشافعى، محمد بن إدريس، الأم، اعتنى به حنان عبد المنان، بيت الأفكار الدولية، الرياض، السعودية، ط د، ت د، ص 595. وانظر أيضا: الشريينى، شمس الدين محمد ابن الخطيب، مغنى المحتاج إلى معاني ألفاظ المنهاج، دار المعرفة بيروت لبنان، ط 1/1997، ص 216/2، وقال مالك لا يرفع عن المرأة الحجر حتى تتزوج وتلد أو يمضى عليها سنة فى بيت زوج، ورد ابن قدامة: "وإنما اعتمد على إيجاب الأب لها على النكاح ولنا أن نمنع ذلك ولن سلمناه، فإنما أجبرها على النكاح لأن اختيارها للنكاح ومصالحة لا يعلم إلا بمباشرة والبيع والشراء والمعاملات ممكنة قبل النكاح" ابن قدامة المقدسى، موفق الدين، المغنى، تحقيق عبد الله بن عبد المحسن التركي، عبد الفتاح محمد الحلو، دار عالم الكتب، الملكة العربية السعودية، ط 6، 1997، 601/3-602، ونرى أن هذا اجتهاد غايته الاحتياط لمال المرأة وليس تطبيق لنص شرعي لا تجوز مخالفته، قال ابن حزم: "ولا يجوز الحجر على امرأة ذات زوج ولا بكر ذات أب... إذا حاضت كالرجل سواء سواء" ابن حزم الأندلسي، أبو محمد علي بن أحمد محمد، المحلى، إدارة الطبعة المنيرية، مصر ط د، 1350هـ، ص 309/8

² العربي، بلحاج، أحكام الزوجية وآثارها فى قانون الأسرة الجزائري، دار هومة، الجزائر، 2013، ص 40، العزاوي، عمر صلاح الحافظ، الذمة المالية للزوجين فى الفقه الإسلامى والقانون الوضعى، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، ط 2010، ص 107 وما بعدها.

³ سيأتي التفصيل فى الالتزام بالإنفاق فى المبحث الثانى من فصل الالتزامات المالية التبادلية.

⁴ سورة النساء، آية 4.

المرأة مع الزوج فى التعاملات المالية كالأجانب، فحيث لا يحل له أخذ مال الأجنبي حتى تطيب نفسه بذلك، فالحال كذلك بالنسبة لمال الزوجة وإذا كان الأمر كذلك فى ما يخص المهر الذي إنما تملكته من قبل الزوج، فمن باب أولى حرمة باقى مال الزوجة عليه¹.

-والدليل الثانى : قوله تعالى : " نِصْفُ مَا تَرَكَ أَزْوَاجُكُمْ إِنْ لَمْ

يَكُنْ لَهُنَّ وَوَلَدٌ فَإِنْ كَانَ لَهُنَّ وَوَلَدٌ فَلَكُمْ الرُّبْعُ مِمَّا تَرَكَ مِنْ

بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِيَنَّ بِهَا أَوْ دِيْنٍ"²، فإذا كان مال المرأة يورث عنها، وديونها لازمة فى مالها لا فى مال زوجها أو وليها، وهو ما يدل على أهلية المرأة فى التملك والتصرف، وأن أثر تصرفاتها لابد لازمة لها³.

أما من السنة فالأحاديث كثيرة منها:

- 1 - عن ابن عباس - رضى الله عنه - قال شهدت الفطر مع النبي - صلى

الله عليه وسلم وأبي بكر وعثمان - رضى الله عنهم يصلونها قبل الخطبة، ثم يخطب بعد ثم أقبل يشقهم حتى جاء النساء معه بلال، فقال : يا أيها النبي إذا جاءك المؤمنات يبأيعنك ثم قال عندما فرغ منها "أنتن على ذلك" قالت امرأة واحدة لم يجب غيرها : نعم لا يدري حسن من هي قال: " فتصدقن " فبسط بلال ثوبه ثم قال :هلم لكن فداء أبي وأمي فيلقين الفتح والخواتيم فى ثوب بلال " ⁴. ووجه الاستدلال أن هذا الحديث مروى عن يوم عيد، والسنة فيه خروج النساء، متزوجات، وأبكار ...، والنبي - صلى الله عليه وسلم - عندما قبل صدقاتهن لم يستفصل منهن عن قبول أزواج

¹ الشافعي، محمد بن إدريس، مرجع سابق، ص 596.

² سورة النساء، آية 12.

³ الشافعي، محمد بن إدريس، ص 596.

⁴ أخرجه البخاري، كتاب العيدين، باب موعظة الإمام للنساء العيد، رقم 979، وكتاب اللباس، باب القلائد والسخاب للنساء، رقم 5881، صحيح البخاري، ضبط صدقي جميل العطار، دار الفكر للطباعة والنشر، بيروت لبنان، ط د، ت د، ص 231 وص 1499.

المتزوجات منهن أم لا، مما يدل على جواز تبرع المرأة من مالها دون إذن زوجها دون قيد¹.

-2- الدليل الثانى من السنة، عن زينب امرأة عبد الله أنها قالت: قال رسول الله -صلى الله عليه وسلم-: "تصدقن يا معشر النساء ولو من حليين" قالت: فرجعت إلى عبد الله فقلت: إنك رجل خفيف ذات اليد، فالتفت له أيسعني أن أضع صدقتي فيك وفي بني أخي- أخ لي يتامى - فقال عبد الله - سلي عن ذلك النبي - صلى الله عليه وسلم - قالت فأتيت النبي - صلى الله عليه وسلم - فإذا على بابه امرأة من الأنصار يقال لها زينب تسأل عما أسأل عنه فخرج إلينا بلال فقلنا: انطلق إلى رسول الله - صلى الله عليه وسلم - فقال: "من هما" فقال: "زينب" فقال: "أي الزيانب" فقال: زينب امرأة عبد الله وزينب الأنصارية فقال: "نعم لهما أجران أجر القرابة وأجر الصدقة"². ووجه الاستدلال بين من عدم اشتراط النبي - صلى الله عليه وسلم - على الصحابيات المستفسرات قبول أزواجهن تبرعهن، إذ لا يجوز تأخير البيان عن وقت الحاجة³.

-3- والحديث الآخر الذي فى الباب، عن كريب مولى ابن عباس أن ميمونة بنت الحارث أخبرته أنها أعتقت وليدة ولم تستأذن النبي - صلى الله عليه وسلم - فلما كان يومها الذي يدور عليها فيه قالت: أشعرت يا رسول الله إنى أعتقت وليدتي قال: أو فعلت؟ قالت: نعم قال: أما إنك لو أعطيتها أخوالك كان أعظم لأجرك⁴، ووجه الاستدلال فى عدم استثمار ميمونة للنبي - صلى الله عليه وسلم - فى عتقها

¹ العسقلاني، ابن حجر، مرجع سابق، 2/ 592-595، ابن قدامة، موفق الدين، مرجع سابق، ص 603/6.

² رواه أحمد، حديث زينب امرأة عبد الله رضى الله عنهما - رقم 16027، مسند أحمد، ص 447/12، ولفظ آخر رقم 8848، ص 27/9.

³ ابن قدامة، موفق الدين، مرجع سابق، 603/6.

⁴ أخرجه البخاري كتاب الهبة والتحريرى عليها، باب هبة المرأة لغير زوجها، صحيح البخاري، رقم 2592، طبعة دار الفكر، ص 622.

لوليدتها دون استئذانه، ثم اعترض النبي صلى الله عليه وسلم - عليها بعد علمه بالعتق¹.

4- ما روي عن أسماء - رضي الله عنها، قالت كنت أخدم الزبير خدمة البيت وكان له فرس وكنت أسوسه، قال ... ثم أصابت خادما ... و ذكرت السيدة أسماء حديثا ثم قالت فبعته الجارية (أي لرجل أجنبي) فدخل علي الزبير وثنمها في حجري، فقال هبها لي، قالت إني قد تصدقت بها²، فلا أسماء رضي الله عنها - استأذنت الزبير قبل التبرع، ولا هو اعترض عن التصرف³.

ثانيا : الخلاف حول تقييد تبرع المرأة المتزوجة

اختلف الفقهاء حول هذه المسألة إلى رأيين رئيسيين :

-الرأي الأول: وهو رأي الجمهور من الحنفية والشافعية والحنابلة، ويتضمن القول بأهلية المرأة البالغة الرشيدة ذات الزوج في التبرع، مثلها مثل الرجل الرشيد دون أي استثناء⁴.

جاء في كتاب المغني لابن قدامة : " ولأن من وجب دفع ماله إليه لرشد جاز له التصرف فيه من غير إذن، كالغلام، ولأن المرأة من أهل التصرف، ولا حق لزوجها في مالها فلم يملك الحجر عليها في التصرف بجميعة⁵."

¹ العسقلاني، ابن حجر، فتح الباري بشرح صحيح البخاري، تحقيق عبد القادر شيبه أحمد، الرياض السعودية، ط، 2001، 259/5 وما بعدها .

² أخرجه مسلم، كتاب السلام، باب جواز إرداف المرأة الأجنبية إذا أعييت في الطريق، صحيح مسلم، رقم 2182 الحافظ مسلم القشيري النيسابوري، دار طيبة، الرياض، السعودية، ط1426، 1-2006، ص1041، رقم 2182 .

³ القاضي عياض، أبو الفضل عياض بن عياض اليحصبي، إكمال المعلم بفوائد مسلم، تحقيق يحي إسماعيل، الوفاء للطباعة والنشر، المنصورة، مصر، ط1، 1998، ص78/7.

⁴ الشافعي، محمد ابن إدريس، مرجع سابق، ص 596. الشرييني، شمس الدين، مرجع سابق، ص 140/3، ابن قدامة، موفق الدين، مرجع سابق، ص 604/6، ابن حزم الأندلسي، أبو محمد علي، مرجع سابق، أحمد بن محمد، مرجع سابق، ص8/417.

⁵ ابن قدامة، مرجع سابق، ص603/6،

الرأى الثانى : وعلى خلاف الرأى السابق، ترجح عند المالكية¹ ولأحمد رواية مشابهة² الحجر على الزوجة من قبل زوجها فى التصرف فى مالها، وذلك فى التبرعات دون غيرها من التصرفات. لم يترك الإمام مالك - رحمه الله - هذا المنع على إطلاقه، بل قيده بما لا يزيد على الثلث، قياساً على الوصية، فلا يجوز لها التبرع بما زاد عن الثلث دون موافقة الزوج³. ويعد تبرعها بما زاد عن الثلث ماض ما لم يردّه الزوج⁴، وللزوج رد جميع ما تبرعت به، وهو هنا متميز عن إبطال تبرع المريض حيث يبطل ما زاد عن الثلث فقط، كما للمرأة إنشاء ما أبطله الزوج بعد مضي مدة وليس للمريض ذلك⁵.

أولاً : ما روي عن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - قال فى خطبة خطبها: "لا يجوز لامرأة عطية إلا بإذن زوجها" وفى لفظ " لا يجوز لامرأة عطية فى مالها إلا بإذن زوجها إذ هو ملك عصمتها"⁶.

- ويستدل من الحديث عدم جواز تبرع الزوجة بمالها دون موافقة الزوج⁷.

¹الدسوقي المالكي، ابن عرفة، حاشية الدسوقي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1996، ص 500/4، البغدادي، القاضي عبد الوهاب، المعونة، تحقيق عبد الحق حميش، منشورات دار قرطبة، ط د، ت د، ص 483/2.
² ابن قدامة، موفق الدين، مرجع سابق، ص 602/6.

³ ابن عرفة الدسوقي المالكي، مرجع سابق، 500/4، البغدادي، القاضي عبد الوهاب، مرجع سابق، ص 483/2.

⁴ الدسوقي المالكي، ابن عرفة، مرجع سابق، ص 501/4. كما حدد الفقه المالكي مدة عام على قول ونصفه على قول آخر بين تبرعين "و كأنه للبعد صار ما لا برأسه لم يقع فيه تبرع" المرجع نفسه، ص 502.

⁵ عليش، تقريرات عليش على حاشية الدسوقي، ابن عرفة الدسوقي المالكي، مرجع سابق، ص 502/4.

⁶ رواه أحمد، عن عمر بن شعيب عن أبيه وجده، مسند أحمد، شرحه ووضع فهارسه أحمد شاكر، أحمد ماهر الزين، دار الحديث، القاهرة، ط1، 1416، 1-1995، رقم 6728، ص 275/6، ورواه أبو داود كتاب الإجارة، باب عطية المرأة بغير إذن زوجها، رقم الحديث 3547، سنن أبي داود، دار ابن حزم، ط 1، 1998، ص 546. ورواه النسائي، عن عبد الله بن عمر، باب عطية المرأة بغير إذن زوجها، كتاب الزكاة، رقم 2332، النسائي، أحمد بن شعيب النسائي، السنن الكبرى، تحقيق، منعم شلبي، مؤسسة الرسالة بيروت لبنان، ط 1، 2001، ص 53/3-54، و رواه محمد بن يزيد القزويني، دار ابن حزم الأندلسي، أبو محمد علي، مرجع سابق، بيروت لبنان، ط 1، 2001، ص 355.

⁷ ابن قدامة، موفق الدين، مرجع سابق، ص 603/6.

ومن السنة أيضا، ما روي أن امرأة كعب ابن مالك أتت النبي - صلى الله عليه وسلم - بحلي لها فقال له - صلى الله عليه وسلم - : " لا يجوز للمرأة عطية حتى يأذن زوجها فهل استأذنت كعبا ؟ فقالت: فبعث رسول الله - صلى الله عليه وسلم - إلى كعب، فقال : هل أذنت لها أن تتصدق بحليها، قال: نعم، فقبله رسول الله - صلى الله عليه وسلم -¹. ودلالة الحديث واضحة فى النص على عدم جواز عطية المرأة دون إذن الزوج ولو كانت رشيدة.

الأدلة من القياس: أما من القياس، فقد سرد أنصار هذا الرأي، مجموعة من الأقيسة : نذكر منها :

-1- للزوج حق التمتع والتجمل بمال الزوجة، قياسا على حق السيد على رقيقته، وعلى السفية لحق وليه²، كما قاسوا هذا التعلق على تعلق حقوق الورثة بمال المريض، فيبنى عليه الحجر عليها فى التبرع بأكثر من الثلث مثلما هو فى الوصية³.

ويناقش هذا الاستدلال أن هذه الأقيسة المذكورة مؤسسة على عوارض الأهلية، أي أن تعلق حق الغير بمال الشخص المعنى إنما هو لنقصان أهليته . ونية الإضرار بالورثة؛ إلا أننا نجد من ذهب إلى هذا الرأي من لمالكية، يؤسسون تعلق حق الزوج، بمال الزوجة، استدلالا بقوله - صلى الله عليه وسلم - عن أبي هريرة - رضي الله عنه - : "تنكح المرأة لأربع لمالها ولحسبها وجمالها ولدينها فاظفر بذات الدين تربت يداك"⁴، وأضافوا أن العادة جرت على انتفاع الزوج بمال زوجته، فكأنه تساوى وضعه وحال الورثة فى مال المريض، فيكون الحجر على الزوجة فى التبرع بما زاد عن الثلث قياسا على ذلك⁵.

¹ أخرجه ابن ماجة فى كتاب الهبات، باب عطية المرأة بغير إذن زوجها، رقم 2389. سنن ابن ماجة، ص 355.

² الدسوقي المالكي بن عرفة، مرجع سابق، ص 501/4-500.

³ ابن قدامة، موفق الدين، مرجع سابق، ص 604/6، العزاوي، عمر صلاح مهدي حافظ، مرجع سابق، ص 64 .

⁴ رواه البخاري، كتاب النكاح، باب الأكفاء فى الدين، رقم الحديث 5090، صحيح البخاري، ص 346.

⁵ ابن حزم الأندلسي، أبو محمد علي، مرجع سابق، ص 313/8، ابن قدامة، موفق الدين، مرجع سابق، ص 604/6.

مناقشة أدلة المالكية :

1- أما الحديث الذي هو صلب الاستدلال عند أصحاب الرأي المقيد لحرية تصرف الزوجة، فقد ناقشه الفقهاء من جهتين :

- أما من جهة السند، فهو مرسل، لأن شعيباً لم يدرك محمد بن عبد الله بن عمرو، وقال عنه ابن حزم أنه صحيفة منقطعة¹.

أما من جهة المتن، فقد حمله المعارضون، على الندب وليس على سبيل اللزوم، فالأولى الاستئذان، قال الآبادي: " عند أكثر الفقهاء هذا على معنى حسن العشرة واستطابة نفس الزوج بذلك إلا أن يكون ذلك في غير الرشيدة² كما أن الحديث يمكن حمله عدم جواز التبرع بمال الزوج دون إذنه فحمل العلماء قوله - صلى الله عليه وسلم - : (مالها) على مال الزوج الموجود بيدها³ .

أما ابن حزم فقال: " وعلى فرض صحته فهو منسوخ بحديث ابن عباس في قبول النبي - صلى الله عليه وسلم - لصدقة النساء دون الاستفصال منهن⁴ .

كما أن مسألة التبرع بما دون الثلث لا دليل عليها" التحديد بذلك تحكّم ليس فيه توقيف⁵.

2- أما الاستدلال بحديث تنكح المرأة لأربع، ففيه تحميل للحديث فوق ما يحتمل، جاء في المحلى: " وهذا تحريف للسنة عن مواضعها وأغث ما يكون من القياس وأشدّه بطلاناً"⁶.

¹ ابن حزم الأندلسي، أبو محمد علي، مرجع سابق، ص 426/8.

² الآبادي، أبو الطيب محمد شمس الحق العظيم، عون المعبود شرح سنن أبي داود، دار ابن حزم، ط 1، 2005، ص1611.

³ المرجع نفسه.

⁴ ابن حزم الأندلسي، أبو محمد علي، مرجع سابق، ص 426/8.

⁵ ابن قدامة، موفق الدين، مرجع سابق، ص 604/6.

⁶ ابن حزم، المحلى، مرجع سابق، 310/8، العزاوي، عمر صلاح الحافظ، مرجع سابق، ص 60.

3- ونوقش القياس على تبرع المريض مرض الموت " أن المرض سبب يفضى إلى وصول المال للورثة، بينما الزوجية تجعل الرجل من أهل الميراث، فهي أحد وصفين فلا يثبت الحكم بانفرادها، وإلا لجاز الحجر للمرأة على الرجل في ماله لأن الزوجة ترث منه أيضا¹. ومن وجه آخر، فإن تبرع المريض موقوف، فإذا عوفي من مرضه صح تبرعه، لكننا نجد أن المالكية قد أبطلوا تبرعات المرأة المتزوجة في الأحوال كلها، حيث المعتمد في القياس أليس للفرع أن يزيد على أصله، يقول ابن قدامة: " وانتفاعها بماله أكثر من انتفاعه بمالها، وليس لها الحجر عليه"². ورد ابن حزم على هذا القياس ردا مطولا في المحلى ومما قال: " لا علة تجمع بين المرأة الصحيحة والمريض ولا شبه بينهما أصلا"³.

من خلال عرض النقاش الذي دار بين العلماء في مختلف مصنفاتهم⁴، على اختلاف مذاهبهم، نرى أن الرأي الراجح هو رأي الجمهور، لقوة أدلتهم من الكتاب والسنة وتوافقها مع القواعد العامة، قال ابن حجر⁵: " وأدلة الجمهور من الكتاب والسنة كثيرة"⁶ والفقهاء المعاصرون أيدوا رأي الجمهور¹، وجنح البعض إلى رأي المالكية². مع حمل الأدلة المانعة على الأدب والمشورة لا على سبيل الإلزام .

¹ ابن قدامة، موفق الدين، مرجع سابق، ص 6/ 604.

² ابن قدامة، موفق الدين، مرجع سابق، ص 6/ 604.

³ ابن حزم، المحلى، مرجع سابق، ص 3/8؛ حيث يقول: " إن كانت محتاجة إلى التقرب إلى الله فما الذي أوجب أن تمنع من التقرب إلى الله بالكثير الزائد على الثلث كغيرها ... والمحجور السفية محتاج بإقراركم إلى ما يقرب به إلى الله تعالى لنا... فأبيحوا له الثلث أيضا بهذا الدليل السخيف أيضا فإن قالوا المرأة ليست سفية قلنا فأطلقوها على مالها ودعوا هذا التخليط بما لا يعقل " الصفحة نفسها.

⁴ كثرت الآثار في هذه المسألة عن عمر ابن الخطاب -رضي الله عنه وعمر بن عبد العزيز، وشريح وعطاء بن رباح وسفيان الثوري، والزهري، وابن سيرين، وغيرهم وفيهم من يقول بقول الجمهور، ومنهم من يقول بقول مالك، ومنهم من روي عنه القولان، أنظر: ابن حزم، أحمد بن محمد، مرجع سابق، ص 8/ 416.

⁵ هو شيخ الاسلام ولمام حفاظ زمانه قاضي القضاة شهاب الدين أبو الفضل أحمد بن علي الكنانى العسقلانى ثم المصرى الشافعى ولد سنة 773 برع فى الحديث من مصنفاته شرح البخارى وتهذيب التهذيب والإصابة فى تمييز الصحابة توفي فى ذى الحجة سنة 852. السيوطى جلال الدين، ص 552-553.

⁶ العسقلانى، ابن حجر، مرجع سابق، ص 272/5.

إن تقييد تصرفات المرأة بالتبرع بأكثر من الثلث، إضافة إلى أنه لا دليل عليه فيه إخراج للمرأة، فكلما أرادت القيام بتبرع ما، كان عليها جرد ممتلكاتها، حتى ولو كانت زهيدة، وتقييم الثلث فيها، ثم الرجوع إلى الزوج في ذلك. ذلك ففرج الرأي الأقوى من حيث الأدلة وهو حرية المرأة الراشدة في التصرف في أموالها، وذلك ما أيده قرار مجلس مجمع الفقه الإسلامى الدولى المنبثق عن منظمة المؤتمر الإسلامى المنعقد فى دورته السادة عشر بدبى، الإمارات العربية المتحدة من 09-14 أبريل الذى جاء فيه: " للزوجة الأهلية الكاملة والذمة المالية المستقلة التامة ولها الحق المطلق فى إطار أحكام الشرع مما تكسبه من عملها ولها ثروتها الخاصة ولها حق التملك والتصرف بمالها " ³.

الفرع الثانى : الذمة المالية للمرأة فى القوانين الوضعية

أولاً : الذمة المالية للمرأة فى القوانين الغربية

إن المسائل المالية هى من القضايا الشائكة، التى بقيت محطّ جدل كبير فى أنظمة وقوانين الأسرة الغربية. حيث تعاقبت عليها مراحل مختلفة منذ تحررها من الأنظمة القديمة، وذلك سعياً منها للتكيف مع مبدأى العدالة والمساواة ⁴، كما أن

¹ يقول وهبة الزحيلي: " وهذا الرأي هو الأوجه لأن ذمة المرأة المالية مستقلة عن ذمة الزوج فى الإسلام، وهذا من مفاخر الشريعة التى أعطت المرأة أهلية كاملة فى التملك والتصرف" الفقه الإسلامى أدلته، 4507/6 .

² الرفعى، عبد السلام، الولاية على المال، مرجع سابق، ص 214.

³ <http://www.zawjan.com/art-361.htm>

⁴ COJEVE, Alexandre, Esquisse d'une phénoménologie du droit, Galimare, 1981, p.485.

الفردية¹ Individualisme قد تركت لمساتها على كل التشريعات، خصوصا العلاقات الأسرية والمالية منها على وجه أخص².

وفى ما يأتى سنأخذ القوانين الفرنسية كنموذج للدراسة، حيث تأثرت بها باقى الأنظمة الغربية أو هي مشابهة لها . فقد كانت فى الماضى قائمة على أساس إعطاء الزوج السلطة المالية الكاملة، وعدم الاعتراف بأهلية المرأة وبالذمة المالية للزوجة³، فحتى القانون المدنى الفرنسى 1804 جعل من المرأة المتزوجة فاقدة للأهلية، كما كانت أغلب القوانين تقرر تفوق الرجل الطبيعى على المرأة⁴.

ثم أصبحت المرأة، نتيجة تطبيق مبدأ المساواة المدنية *égalité civile*، تملك استقلالية ومساواة تامة مع الزوج فى الحقوق والواجبات⁵.

ورغم ما سبق من تطور، فإن الفقهاء الغربيين ومنهم شراح القانون الفرنسى، يعتبرون أن الزواج يؤثر تأثيرا كبيرا فى الوضعية المالية للزوجين، وأنه ينتج آثارا مالية على الأشخاص أكثر من أى علاقة⁶.

¹ STECK , Philippe , Droit et Famille, Paris , Economica ,p.15.

² من الباحثين الغربيين من يقيم هذه التحولات تقييما سلبيا، يقول فيليب ستاك، لا يوجد قانون قد تغير جذريا فى حوالى ثلاثين سنة مثل قانون الأسرة الفرنسى، وأن ما ينفجر ويتكسر منذ ثلاثين سنة هو ذلك المفهوم القانونى للعائلة .

ibid, p.12.

³ ibid.

⁴ Pichard ,Marc, Genre et rapport patrimoniaux entre époux , in La loi et le Genre , études critiques de droit francais, c.n.r.s Editions , Paris, 2014,p339.

و فى هذا يقول الفقيه الفرنسى مازو :

“ La femme est l’associée de l’homme. Dans cette association indissoluble, chacun à ses attributions propres, fixé par la nature elle-même .La puissance n’appartient pas à l’homme , mais à dieu qui en confère seulement l’exercice »Mazeud , Henri , Une famille sans chef,D,1951,XXXIII ,p.141 et s , cité par Pichard ,Marc, op.cit, p339 .

⁵ STECK , Philippe ,ibid , p.19, MALAURIE, Philippe ,AYNES, Laurent , Les régimes matrimoniaux ,Paris, Editions Juridiques Associeés , 2004, p.34.

أعطيت الأهلية الكاملة للمرأة المتزوجة فى فرنسا فى 18 فيفري 1938 .

أقر قانون 23 ديسمبر 1985 المساواة بين الزوجين فى تسيير أموالهما وأموال أولادهما.

STECK , Philippe ,op.cit, p.15.

⁶ MALAURIE, Philippe , AYNES, Laurent , op.cit, p.01.

نصت المادة 1400 من القانون المدني الفرنسي: أن الاشتراك المالي يتقرر في حالة عدم وجود عقد مالي بين الزوجين أو تصريح الزوجين بأنهما يتزوجان تحت نظام الاشتراك المالي¹.

فعلى الرغم من النص على استقلال الذمة المالية للزوجين، فإنهما إن لم يبرما عقداً مالياً؛ فإن نظام الاشتراك القانوني هو الذي يطبق عليهما إجبارياً، المادة نصت 1400 من القانون الفرنسي، على أن الملكية تكون مشتركة بين الزوجين في حالتين، الأولى إذا صرح الزوجان بأن زواجهما يخضع لنظام الاشتراك في الأموال المكتسبة، والثانية إذا سكت الزوجان عن اختيار نظام مالي لحياتهما الزوجية²، وعندما كان ينظر للاشتراك المالي كمخلفات عدم أهلية المرأة التاريخية، أصبح ينظر إليه كوجه من وجوه تطبيق مبدأ المساواة بين الزوجين³.

أما نظام انفصال الأموال في القانون الفرنسي، فهو يتركز على ركيزتين أساسيتين هما: كل زوج مستقل استقلالاً تاماً في الانتفاع بأمواله والتصرف فيها، سواء ما كان مملوكاً قبل الزواج أم بعده. أما الركيزة الثانية فهي تحمل كلا الزوجين

يقول كاربونييه وهو من كبار فقهاء القانون المدني الفرنسي منتقداً تحولات قانون الأسرة الفرنسي، ومبيناً أنه بينما كان الفلاسفة يفضلون فيما يخص قانون الأسرة ما يتعلق بالشخص جسماً وروحاً، أصبح في العصر الحالي قانوناً لتوزيع الأموال والسلطات:

" Dans le droit de la famille, les philosophes préfèrent visiblement ce qui touche à la personne, chair ou spiritualité. Mais le portrait qu'ils tracent de la famille d'aujourd'hui s'en trouve peut-être déformé. Car le droit de la famille est un diptyque, ou les relations personnelles ont pour pendant des relations pécuniaires. Dans ce second volet – concrètement, ce sont surtout, avec des éléments des régimes matrimoniaux, les successions et les libéralités – le droit retourne à sa vocation essentielle: il redevient attributif, distributif, divisoire » CARBONNIER, Jean, flexible droit, Paris, LG.D.J, 3^{ème} édit, 1976, p.187.

¹ André Lucas, Code civile, Lexis Nexis Litec, Paris, 25^{ème} édit, 2006 p.820.

² الحمداني، رعد مقداد، النظام المالي للزوجين الحمداني، الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع، عمان، 2003، ط.1، ص.60.

³ الداودي عمار عبد الواحد عمار، العلاقات بين الزوجين، جدلية التجديد والتقليد في القانونين التونسي والمقارن، مركز النشر الجامعي، تونس، 2007، ص. 426.

للاللتزامات والديون الناشئة عن تصرفاته المالية سواء ما كان موجودا قبل الزواج أو ما بعد عقد الزواج¹.

ثانيا : الذمة المالية للمرأة فى القانون الجزائرى

قبل التطرق إلى القانون الجزائرى، لا بد من الإشارة إلى أن أغلب القوانين العربية، قد نصت أغلب ما وقع بين أيدينا على المساواة بين الرجال والنساء فى كل التصرفات المدنية²، كما نصت على مبدأ استقلال الذمة المالية للزوجين. وهنا لا بد أن نشير إلى اللبس الذى وقع فيه بعض الباحثين المعاصرين، وهو الخلط بين استقلال الذمة المالية وما يسمى فى القوانين الغربية بنظام انفصال الأموال الزوجية³، ذلك أن من نتائج نظام انفصال الأموال الغربى؛ وهو وجوب الانفاق الأسرى على الزوجين كلاهما بصفة متساوية وبنسبة مداخلهما، وهو ما يتنافى مع الشريعة الإسلامية التى تقر الاستقلال المالى للزوجين، مع إيجاب الانفاق على الزوج وحده أصالة.

ولم يخالف القانون الجزائرى الشريعة الإسلامية فى تقرير الاستقلالية المالية الكاملة للمرأة الراشدة، حيث أعطى للمرأة الأهلية الكاملة للتصرف، مثلها مثل الرجل، جاء فى المادة 40، من القانون المدنى: "كل شخص بلغ سن الرشد متمتعا بقواه

¹ العزاوي، عمر صلاح مهدي حافظ، مرجع سابق، ص 304.

² المادة 46 من القانون المدنى العراقى " كل شخص بلغ سن الرشد متمتعا بقواه العقلية غير محجور عليه يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية"، المادة 34 من المجلة التونسية " لا ولاية للزوج على أموال زوجته الخاصة " الأمر المؤرخ فى 6 محرم 1376 (13 اوت 1956) يتعلق بإصدار مجلة الأحوال الشخصية. كما نصت المادة 62 من قانون الأحوال الشخصية الإماراتى " المرأة الرشيدة حرة فى التصرف فى أموالها، ولا يجوز للزوج التصرف فى موالها دون رضاها، فكل منهما ذمة مالية مستقلة"، المادة 35، فقرة 4، من قانون الأحوال لشخصية المغربى، " للمرأة حريتها الكاملة فى التصرف بأموالها دون رقابة الزوج، إذ لا ولاية للزوج على أموال زوجته" وكذلك المادة 49، من المدونة الجديدة رقم 3-7 الصادرة فى 2004.

³ العزاوي، عمر صلاح مهدي الحافظ، مرجع سابق، ص 63، الحمداني، رعد مقداد، النظام المالى للزوجين الحمداني، الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع، عمان، 2003، ط.1 ص 38 وما بعدها .

العقلية ولم يحجر عليه، ويكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية¹. أما قانون الأسرة الجزائري، فقد نص على استقلال الذمة المالية للزوجين موافقة للشريعة الإسلامية، فقد نصت المادة 37 فقرة 1: " لكل من الزوجين ذمة مالية مستقلة عن ذمة الآخر " 2 .

¹ الأمر رقم 58-75 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم السابق الذكر .

² من القانون 84-11 المتضمن قانون الأسرة، المعدل والمتمم السابق الذكر.

الفصل الأول: الالتزامات المالية التبادلية

كما سبق بيانه في المقدمة، فقد سمينا هذا الصنف من الالتزامات تبادلية لأنها التزامات تقابلها واجبات تسقط بسقوطها. و تجدر الإشارة إلى أن استقراءنا لمباحث الالتزامات المالية في الأحوال الشخصية؛ استنتجنا من خلاله أن أغلب الأحكام المالية لمسائل الزواج والطلاق تتركز على عنصرين أساسيين هما: طبيعة الصداق، طبيعة الإنفاق . ذلك أن تحقيق التوازن المالي في الالتزامات المالية الناشئة عن عقد الرابطة الزوجية وحلّها مرتبط بشكل محوري مع الطبيعة الفقهية لهذين الموضوعين.

المبحث الأول : الالتزام بالصدّاق

إن أحكام الصداق¹ التفصيلية مؤسسة على معنى العوضيّة دون أن يضيق ذلك المعنى فيكون كالبيع. لذلك كان تصنيف الصداق في الالتزامات التبادلية. ولا يخفى أن الصداق في الفقه الإسلامي، مباحثه كثيرة ومسائله عديدة. لكننا، سنركز في هذا المبحث على دراسة أهم مسائله المؤثرة في الذمة المالية لكل من الزوجين، من جهة. ومدى تجسيد مبادئ وغايات الالتزامات المالية في تقنين الأسرة. بناء على ذلك فإن هذا المبحث يمكن تقسيمه إلى ثلاثة مطالب: الطبيعة الفقهية للصدّاق، استحقاق الصداق وسقوطه، ومطلب أخير حول تصرف الزوجة في المهر.

المطلب الأول : الطبيعة الفقهية للصدّاق

تكمن أهمية دراسة الطبيعة الفقهية للصدّاق في محاولة فهم موقع الصداق في إنشاء عقد الزواج، وبالتالي ضبط الآثار الشرعية التي تترتب على تخلف المهر عن العقد؛ سواء كان ذلك إغفالا أم اتفاقا على إسقاط. والتركيز على هذا العنصر راجع إلى أنه من العناصر التي طالها تعديل 2005، وذلك بجعل الصداق يتغير من مصف الأركان إلى قائمة الشروط.

الفرع الأول: تعريف الصداق

عرفت المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون العربي السوري الموحد الصداق: "المهر هو الحق المالي الذي تستحقه المرأة على الرجل بعقد الزواج أو بالدخول بشبهة"²

¹الصداق في اللغة: (صدق) جاء في معجم مقاييس اللغة: "الصاد والداد والقاف أصل يدل على قوة في الشيء قولاً وغيره. وأصل هذا من قولهم شيء صدق، أي صلب.... والصداق : صداق المرأة سمي بذلك لقوته وأنه حق يلزم أنظر : بن فارس، أبو الحسين أحمد، مرجع سابق، ص3/339.

² الزرقا وآخرون، مشروع القانون العربي الموحد للإقليمين السوري والمصري، دار القلم، دمشق، ط1، 1996،

كما عرفه قانون الأسرة الجزائري: " هو ما يدفع نحلة للزوجة من نقود وغيرها من كل ما هو مباح شرعا تتصرف فيه كيف تشاء "1 .

ولقد دلت أدلة شرعية كثيرة على وجوب الصداق منها: من الكتاب قوله تعالى: ﴿وَأَتُوا النِّسَاءَ صَدَقَاتِهِنَّ نِحْلَةً فَإِنْ طِبْنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِّنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ

هَنِيئًا مَّرِيئًا﴾²، جاء في الدر المنثور: " وأخرج ابن أبي حاتم عن مقاتل

﴿وَأَتُوا النِّسَاءَ صَدَقَاتِهِنَّ نِحْلَةً فَإِنْ طِبْنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِّنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ

هَنِيئًا مَّرِيئًا﴾ يقول أعطوا النساء ﴿صَدَقَاتِهِنَّ﴾ . يقول: مهورهن، وأخرج

ابن أبي حاتم عن عائشة ﴿نِحْلَةً﴾ قالت: واجبة، وأخرج ابن جريج عن ابن زيد

في الآية قال النحلة في كلام العرب النحلة: الواجب . يقول لا ينكحها إلا بشيء واجب

لها³ وقوله تعالى أيضا: ﴿بِمَا اسْتَمْتَعْتُمْ بِهِ مِنْهُنَّ فَآتُوهُنَّ أَجُورَهُنَّ

بَرِيضَةً﴾⁴ . ومن السنة " التمس ولو خاتما من حديد" ⁵. أما الإجماع، قال

الماوردي: " واجتمعت الأمم على أن صداق الزوجات مستحق"⁶.

وفي الأنظمة الغربية القديمة، عرف نظام مشابه لنظام الصداق هو نظام الدوطة

أو البائنة وهي: "مال يقدم لمصلحة الزوج ويخصص للإنفاق على شؤون الزوجية" وهو

1 المادة 14 من القانون 84-11 المتضمن قانون الأسرة، المعدل والمتمم السابق الذكر.

2 سورة النساء، آية 4.

3 السيوطي، جلال الدين، الدر المنثور في التفسير بالمأثور، تحقيق عبد بن عبد المحسن التركي، مركز هجر للبحوث والدراسات، القاهرة، مصر، ط 1، 2003، ص 226/4.

4 سورة النساء، آية 24

5 رواه البخاري، كتاب النكاح، باب تزويج المعسر لقوله تعالى: ﴿إِنْ يَكُونُوا فُقَرَاءَ يُغْنِيهِمُ اللَّهُ مِنْ فَضْلِهِ﴾، رقم 5087، صحيح البخاري ضبط صدقي جميل عطا، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت لبنان، ط د، ت د، ص 1307.

6 الماوردي، أبو الحسن علي بن محمد، الحاوي الكبير، تحقيق علي معوض - عادل عبد الموجود، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، ط، 1994، ص 1، ص 390/9 - 392.

عكس نظام المهر في الإسلام¹، وما زال هذا النظام مطبق عند بعض الطوائف المسيحية في لبنان، والذي ألغي في فرنسا بموجب قانون 1965².

الفرع الثاني: المهر بين العطاء والعض

لا يكتمل التقديم لموضوع الصداق إلا بمناقشة مسألة هل المهر عطاء خالص للمرأة أم عوض وما هي الحكمة من إيجابه على الزوج؟ يقول محمد عبده: "... ولذلك قال "نحلة" فالذي ينبغي أن يلاحظ أن هذا العطاء آية من آيات المحبة وصلّة القربى، وتوثيق عرى المودة والرحمة، وأنه واجب محتم لا تخيير فيه كما يتخير المشتري والمستأجر، وترى عرف الناس جارياً على عدم الاكتفاء بهذا العطاء بل يشفعه بالهدايا والتحف"³، وقال في موضع آخر: "إن حكمة المهر للمرأة أن تطيب نفسها برياسة الرجل عليها، وهو مع ذلك تكريم لها"⁴، كما اعتبره البعض عربون وعنواناً لإظهار الرغبة في المرأة⁵. "ثم إنه لو أبيع أن يتزوج الرجل بعين الاحتقار والمهانة، فلا تحن بينهما العشرة، ولا تطيب إقامتها معه فيؤدي ذلك إلى فصم العروة، ولا يعز ذلك على الرجل لأنه ما فقد شيئاً، ولا أنفق في سبيل الوصول إليها شيئاً، وهو المالك لأمر الافتراق..⁶ كما أن فائدة الصداق في أن المرأة هي الطرف الأضعف في العلاقة الزوجية، وللزام الزوج بالمهر فيه تقوية كفتها أمام كفة الرجل .

¹ أنظر: العزاوي، عمر صلاح مهدي حافظ، مرجع سابق، ص 297.

² Malaurie , op.cit, p.17. Steck , Philippe , op.cit , p.26.

³ رضا، رشيد، حقوق النساء في الإسلام، نداء للجنس اللطيف، دار الشهاب، باتنة، الجزائر، ط د، ت د، ص 17.

⁴ المرجع نفسه.

⁵ سعد، عبد العزيز، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 133.

⁶ عبد الحميد، محي الدين، مرجع سابق، ص 133. ويضيف محي الدين عبد الحميد قولاً نسوقه لأهميته: "...لذلك كانت جميع التكاليف المالية واجبة على الرجل دون المرأة، وكانت العملية في داخل البيت من نصيب المرأة من غير أن تكون واجبة عليها، لمعنى راعته هذه الشريعة ومن التكاليف الواجبة على الرجل: المهر والنفقات بجميع أنواعها، وهذا هو الموافق لطباع الجنسين جميعاً... وكل شيء يقال، أوسموه به غير هذا التقسيم العادل فإنه من نزوات الطباع المنكوسة التي لا تسير على فطرة الله التي فطر الناس عليها" ص 134.

بينما ذهب عدد غير قليل من الفقهاء، إلى اعتبار الصداق عوضاً، استدلالاً بقوله تعالى: ﴿ وَمَا اسْتَمْتَعْتُمْ بِهِ مِنْهُنَّ بَعَثُوهُنَّ أَجْرَهُنَّ بَرِيضَةً ﴾¹ قال صاحب الأحكام: " هذا نص على أنه يسمى أجرة، ودليل هذا أنه في مقابل المنفعة البضعية، لأن ما يقابل المنفعة يسمى أجرة... ولقد اختلف الناس في المعقود عليه ما هو؟ بدن المرأة أو منفعة البضع أو الحل²."

وناقش فئة من الباحثين، قول بعض الفقهاء بأن الصداق في مقابل الاستمتاع، بأنه يتنافى ومعنى كلمة نحلة المذكورة في القرآن، والتي تعني: عطاء، والعطاء لا يقابله عوض، وفي ذلك مخالفة للغة، فيكون المهر بذلك تبياناً لأهمية عقد الزواج في الإسلام وعربون محبة³.

ويتأكد القول بأن المهر ليس مقابل الاستمتاع، كون الاستمتاع مشترك بين الزوجين، وهو دائم طيلة الحياة الزوجية. بينما المهر مال محدود قل أو كثر، فحتى النفقة التي تستمر طيلة الحياة الزوجية ولم يتفق على تكييفها على أنها مقابل الاستمتاع. كما أن استحقاق المرأة نصف المهر عند الطلاق قبل الدخول لخير دليل على ذلك⁴.

إن تكييف الصداق على أنه مقابل الاستمتاع، أدى بكثير ممن كتب في الفقه الإسلامي من الغربيين إلى اعتبار المهر ثمناً للمرأة؛ فذهبوا إلى القول بأن المرأة تبيع نفسها أو بضعها للرجل مقابل المهر⁵. مما لا يخفى تناقضه مع الطبيعة غير المالية لعقد الزواج والبعد الإنساني للعلاقة الزوجية في الشريعة الإسلامية.

¹ سورة النساء، آية 24

² ابن العربي، أبو بكر محمد، أحكام القرآن، مراجعة محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت، ط3، 2003، ص 512/1.

³ بغدادي، مولاي ملياني، حقوق النساء في الإسلام، قصر الكتاب، الجزائر، طد، 1997، ص120.

⁴ الشاذلي، فتوح عبد الله، الحقوق الإنسانية للمرأة بين التشريعات الوطنية والمواثيق الدولية، مصر، دار الجامعة الجديدة، 2010، ص169.

⁵ TCHOUAR.E DJILALI ,Réflexion sur les questions épineuses du code Algérien de la famille,Office des publication universitaires, Alger, 2004, p.12 est suite.

إن الصداق نحلة من الله واجب على الزوج؛ أي أن الله جعله نحلة للمرأة عن طريق إيجابه على الرجل. وبربطه بالأحكام المالية لعقد الزواج، نرى أن الغاية والحكمة من الصداق إنما هي إضافة إلى أنه مقابل استحلال البضع استشعاراً لخطورته؛ إذ هو: "ضرورة الحل، إذ جعله الله علماً على الفرق بين النكاح والسفاح"¹، و"إبانة لشرف المحل"². فإن الغاية الأساسية منه هي تأهيل الزوج عملياً لواجب الانفاق، وذلك حتى يترسخ في ذهن الرجل أن العلاقة الجنسية التي تكون سبباً للانجاب تتبعها تكاليف مادية.

ذلك أن العلاقة بين الرجل والمرأة تكون روحانية عذرية؛ أما إذا عبرت إلى العلاقة الجسدية فإن المال هنا يدخل لا كثمن للعلاقة، بل كإشعار نفسي وتكوين عملي للتبعات المادية التي تلي هذه العلاقة، خصوصاً وأننا نعلم أن الرجل غالباً ما يتهرب من تبعات الأبوة في العلاقة غير الشرعية، وأن الدول الغربية تضع ترسانة من القوانين والآليات لحصول المرأة على نفقة الابن غير الشرعي.

أما قانون الأسرة الجزائري، فقد وافق الشريعة الإسلامية من خلال استعماله للفظ نحلة، حيث جاء في المادة 14 من قانون الأسرة: "الصداق هو ما يدفع نحلة للزوجة من نقود أو غيرها ..".

الفرع الثالث: المهر ومبدأ المساواة

بما أن كل دراسة لا بد أن توضع في سياقها التاريخي والحضاري، فإنه كما سبق وأكدنا أن التحديات التي تواجه المسلمين في هذا العصر هي تلك الشبهات المتعلقة بحقوق النساء وقضية المساواة التامة بين الزوجين في الحقوق والالتزامات. فبالنظر إلى مبدأ المساواة والاتفاقيات التي أكدته والتي منها اتفاقية مكافحة التمييز ضد المرأة³؛ والتي يسعى إلى فرض تطبيقها على قوانين الدول الإسلامية خصوصاً، بالنظر

¹ بن العربي، أبو بكر، مرجع سابق، ص 1/500.

² المرغياني، أبو بكر، مرجع سابق، ص 2/489.

³ أنظر اتفاقية القضاء على كافة أشكال التمييز ضد المرأة المادة 16 فقرة ج فإن الدول الأطراف تضمن نفس الحقوق والمسؤوليات أثناء الزواج وبعد فسخه

إلى ما سبق، فإن إيجاب المهر على الزوج وحده يعدّ أول خرق لمبدأ المساواة؛ لكن شبهة اللامساواة هنا هي مختلفة عن غيرها من الشبهات، كعدم المساواة في الميراث مثلا، لأنها شبهة لصالح المرأة؛ فالرجل هنا هو الذي يبذل المال والمرأة هي المستفيدة؛ فهو هنا خرق لصالح المرأة، وليس لصالح الرجل كما هو معهود في القوانين التي تصنف أنها قديمة أو غير حديثة.

مما سبق فإن تطبيق الاتفاقية المذكورة كما هو منادى به؛ حاليا بفضي إلى إلغاء الصداق، والاخلال بالتوازن المالي الذي وضعه الشرع والذي يضع كل من المرأة والرجل أمام التزاماته من جهة، وحرمان المرأة من امتياز مالي لا تدعي أي امرأة أنها في غنى عنه بحجة المساواة التامة مع الرجل: ﴿ قَالَ أَتَسْتَبْدِلُونَ الَّذِي هُوَ أَدْنَىٰ بِالَّذِي هُوَ خَيْرٌ ﴾¹.

الفرع الرابع: الصداق ركن أم شرط في العقد

أولا: في الفقه الإسلامي

لا خلاف في أن المهر² واجب على الرجل وحده¹، لكن الفقهاء اختلفوا في الطبيعة الفقهية للصداق وذلك من حيث تأثيره في عقد الزواج: فمن قائل أنه ركن² من

www.un.org/womenwatch/cedaw/text/03607937.pdf

سورة البقرة، آية 60.

تقاس الفقهاء شروط الصداق على شروط الثمن باعتباره مال، وكونه كالثمن في شرط الطهارة والانتفاع الشرعي به ويعلمه والقدرة عليه، فكل ما جاز أن يمتلك أو يباع وأن يكون عوضا جاز أن يكون صداقا، مع سلامته من الغرر، وأن يكون معلوما فلا يجوز إلا في نكاح التفويض، ذلك بأن يكون معينا أو مجهولا جهالة يسيرة، وضابط الجهالة الفاحشة أن تؤدي إلى التنازع بين المتعاقدين، واليسيرة مالا تؤدي إلى ذلك أنظر: أبو عبد الله محمد بن إدريس الشافعي، الأم، اعتنى به حسان عبد المنان، بيت الأفكار الدولية، ص 916، ابن رشد، بداية المجتهد، مرجع سابق، 2/ 2524، ابن تيمية الجد، أبو البركات مجد الدين، المحرر في الفقه، تحقيق محمد حامد الفقي، دار الكتاب العربي، المجلد الثاني 31/1، ابن جزي، أبو القاسم محمد، القوانين الفقهية، تحقيق، محمد بن أحمد بن سيدي مولاي، دون معلومات طبع، ص 197، البغدادي، القاضي عبد الوهاب، مرجع سابق، ص 751/2، ابن الجلاب، أبو القاسم عبيد الله بن الحسين، التفرع، تحقيق حسين بن سالم الدهماني، دار الغرب الإسلامي، بيروت لبنان، ط 1،

أركان العقد، وهم بعض فقهاء المالكية³، لكن آخرين اتفقوا على إعطائه وصف الشرط؛ فقالوا بأنه شرط من شروط الصحة، ذلك أنه لا يجوز التواطؤ على تركه، قال الآبي: "أما الصداق فشرط صحة"⁴. كما يبين المرغيناني مدققاً: "لأن النكاح عقد انضمام وازدواج في اللغة فيتم بالزوجين"⁵.

1987، 37/2، عبد الحميد، محي الدين، الأحوال الشخصية، دار الكتب العلمية، بيروت، ط 2003، ص 141 - 134.

ومن القضايا التي كانت محل نقاش في الفقه الإسلامي، هل يجوز أن يكون المهر منفعة يستأجر عليها؟ فبينما أجازها مالك في رواية له وأصبح وسحنون والشافعية الحنابلة، محتجين بقوله تعالى: "إني أريد أن أكحك إحدى ابنتي هاتين على أن تأجرني ثمانية حجج"، سورة القصص، آية 27، وقوله - صلى الله عليه وسلم - : "أنكحوا الأيامى منكم والعلائق، قيل مرا العلائق قال: ما تراضى عليه الأهلون ولو قضيباً من أراك"، فإذا حصل التراضي من الأهلون على إجارة، جاز عقد الزواج، كما أن المنفعة يجوز أخذ العوض عليها فجاز بناء على ذلك كونها صداق، وجاء في مشروع قانون الأحوال الشخصية الموحد: "يصلح أن يكون مهراً كل ما يصح التزامه شرعاً مالا أو عملاً أو منفعة مما لا ينافي كرامة الزوج وقوامته في الأسرة"² الزرقا، مصطفى وآخرون، مرجع سابق، ص 73.

أما الرأي الثاني، وهو رأي أبو حنيفة والإمام مالك في رواية عنه وابن القاسم إلى عدم جواز النكاح في الإجارة - مع ملاحظة أن الرواية المشهورة عن الإمام مالك القول بالكراهة. وحجة هذا الفريق أن شرع من قبلنا ليس شرعاً لنا فهو غير لازم والإجارة في حد ذاتها إنما هي استثناء من بيع الغرر المجهول. مغني المحتاج، مرجع سابق، ص 292/3، بداية المجتهد، 24/2، سلمان نصر، مرجع سابق، 135. و نرجع في ذلك إلى تعريف المال وشروط المال، وما سجلناه من نقاش حول إخراج المنافع من المالية، أنظر في ذلك مطلب تعريف من الفصل التمهيدي. وفي هذا، نورد قول ابن رشد: "وسبب اختلافهم هل يجري النكاح في ذلك مجرى البيع من القصد في التشاح أو ليس المبلغ بل القصد منه أكثر من ذلك المكارمة؟ فمن قال يجري في التشاح مجرى البيع قال كما لا يجوز النكاح، ومن قال ليس مجراه إذ المقصود منه إنما المكارمة قال: يجوز" بداية المجتهد، 25/2.

¹ الوطء في دار الإسلام لا يخلو عن عقر (حد) أو عقر (مهر) احتراماً لإنسانية المرأة، أنظر: الزحيلي، وهبة، مرجع سابق، ص 251/7.

² (وركنه) عام للأركان الأربعة أي التي يتوقف وجوده عليها ولن تم تكن داخلية في ماهيته "الآبي، عبد السميع جواهر الإكليل، دار الفكر، بيروت لبنان، ط 2، ص 277/1. الركن: "ما يقوم به الشيء من التقوم، إذ قوام الشيء بركنه... وقيل ركن الشيء ما يتم به وهو داخل فيه بخلاف شرطه وهو خارج عنه" الجرجاني، علي بن محمد بن علي، التعريفات، تحقيق عادل أنور خضر، دار المعرفة، بيروت، لبنان، 2013، ص 105.

³ الآبي، عبد السميع، الإكليل، مرجع سابق، ص 277/1.

⁴ ابن جزى الكلبي الغرناطي، أو القاسم محمد بن أحمد، مرجع سابق، ص 336.

⁵ المرغيناني، أبو بكر، الهداية شرح بداية المبتدي، تحقيق، محمد محمد عامر وحافظ عاشور حافظ، دار السلام، القاهرة، مصر، ط 2، 006، ص 489/2.

ومنهم من لم يبين هل هو ركن أم شرط، ولكنه صرح أنه واجب على الرجل¹، فلا يجوز نكاح بلا مهر مع عدم اشتراط ذكره عند العقد؛ فيصح عقد الزواج من دون تسميته، لقوله تعالى: ﴿وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ وَقَدْ بَرَضْتُمْ لَهُنَّ بَرِيضَةً بَيْنَ صَفِّ مَا بَرَضْتُمْ²﴾ وهو ما نحا إليه المالكية والشافعية³. كما ذهب فريق آخر، إلى اعتباره أثرا من آثار عقد النكاح⁴؛ فيصح النكاح ولو بدون ذكره لصحة نكاح التفويض وهو عقد بلا ذكر مهر، إلا إذا تراضيا على إسقاطه فلا يصح العقد⁵، غير أن بعض الحنفية ذهب إلى تصحيح العقد حتى لو اشترط ألا مهر لها⁶. وأكدت المذكرة الإيضاحية للمشروع العربي الموحد: "ويجب بمجرد العقد الصحيح، سواء أسمى عند العقد أم لم يسم، فهو أثر من آثار الزواج ومترتب عليه، ومن أحكامه الإلزامية التي أوجبها الشارع"⁷.

¹ المرغيباني، أبو بكر، مرجع سابق، ص 489/2.

² البقرة، آية 235.

³ ابن العربي، أبو بكر محمد بن عبد الله، أحكام القرآن، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، ط د، ت د، ص 292/1، الماوردي، أبو الحسن علي بن محمد، مرجع سابق، ص 9 / 390، قال صاحب الحاوي ناقلا قول الشافعي: "قال تعالى: لا جناح عليكم... الآية فدل أن عقدة النكاح بالكلام وأن ترك الصداق لا يفسدها".

⁴ محدة، محمد، الخطبة والزواج دراسة مدعمة بالأحكام والقرارات القضائية، شهاب 2000، باتنة، الجزائر، ط 2، 1994، ص 252 يقول الدكتور محمد محدة: "لكن الشيء الذي يقوله حتى من قالوا بركنيته هو أنه لا يجوز الاتفاق على إسقاطه، فمن نظر مثلا إلى ما قاله كلا من ابن عرفة والنفاوي عند شرحهما لقول أبي زيد القيرواني "أو صداق" يجد الأول منهما يقول: "ومعنى كونه ركنا أنه لا يصح اشتراط إسقاطه لأنه يشترط تسميته عند العقد" ابن عرفة، حاشية الدسوقي 2 / 294، الزحيلي، وهبة، مرجع سابق، ص 7 / 250، أنظر أيضا سعد، عبد العزيز، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، دار البعث، قسنطينة، الجزائر، ط 2، 1989، ص 133.

⁵ الخرشبي، أبو عبد الله محمد، شرح الخرشبي على مختصر خليل، المطبعة الأميرية، بولاق، مصر، ط 2، 1317، 172/3.

⁶ المرغيباني، أبو بكر، مرجع سابق، ص 489/2.

⁷ المذكرة الإيضاحية للمشروع العربي الموحد، الزرقا وآخرون، مرجع سابق، ص 73.

مما سبق، فإنّ الراجح أن عدم تحديد المهر في العقد لا يؤثر في صحة العقد. ذلك أن القول بأن عدم تحديد الصّدّاق في العقد يؤدي إلى البطلان؛ يتعارض مع الطبيعة غير المالية لعقد الزواج، إذ هو عقد إنساني بالدرجة الأولى: "وجعلنا بينكم مودة ورحمة" و مع الحكمة المذكورة من الصّدّاق بأنه تشريف وتكريم للمرأة وليس ثمنًا للارتباط بها، من جهة. ومن جهة آخر فإن ما يضمن حق المرأة في الصّدّاق هو بقائه في ذمة الزوج بعد الزواج إن لم يسلمه إياها.

ثانياً : في قانون الأسرة

أما قانون الأسرة الجزائري، فإنّ الأمر يختلف بين النص المتضمن قانون الأسرة قبل تعديل 2005 وبين النص المعدل، فبينما كان الصّدّاق يعدد في الأركان¹؛ أصبح مسمى ضمن الشروط²، كما نصت المادة 15 من نفس القانون على وجوب تحديد المهر في العقد³، وهو ما يدل على عدم جواز إسقاطه⁴. لكن إيجاب تحديد الصّدّاق في العقد لا يعني بطلان العقد عند عدم التحديد، على إطلاقه؛ فنجد المادة 33 من القانون نفسه تنص على أن بطلان العقد الخالي عن الصّدّاق إنّما يكون قبل الدخول، أما بعد الدخول فالعقد صحيح ويثبت صدّاق المثل، وهو ما أكدته المحكمة العليا بأن "عدم تحديد الصّدّاق لا يبطل الزواج لأنه عند النزاع يقضي للزوجة بصدّاق المثل"⁵.

وهنا لا بد من التساؤل عن الهدف من التعديل الذي جاء في 2005 والذي نقل عنصر الصّدّاق من الأركان إلى الشروط: هل هدفه التماشي مع ما ذهب إليه جمهور الفقهاء أم غير ذلك؟ إن ما نميل إليه هو أن هذا التعديل بعيد عن غاية الانسجام مع الراجح في الفقه الإسلامي ويميل إلى ذات التوجه المذكور وهو التوافق مع اتفاقية

¹ المادة 9 من القانون 84-11 المتضمن قانون الأسرة، المعدل والمتمم السابق الذكر.

² المرجع نفسه.

³ المرجع نفسه.

⁴ العربي، بلحاج، أحكام الزوجية وآثارها في قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 340.

⁵ بلحاج، العربي، أحكام الزوجية وآثارها في قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 341، المحكمة العليا غ، أش،

ملف 210422.

مكافحة التمييز، حيث يتساوى طرفا عقد الزواج الزوج والزوجة، فينعقد الزواج بمطلق التراضي، وباقي العناصر تتحول إلى شروط.

المطلب الثاني: استحقاق الصداق وسقوطه

وهي الحالات التي تجعل الصداق قل أو كثر¹، يصير التزاما ماليا، أي دينا في ذمة الزوج، أو يسقط من ذمته بعد ثبوته. ومن هذا فإن لهذا المبحث أهمية خاصة لاتصاله المباشر بإشكالية البحث. يقول محي الدين عبد الحميد: "المهر واجب بوجود العقد وجوبا غير مستقر... عرضة لأن يسقط أو يتتصف " 2، وهي الحالات التي سيأتي ذكرها .

الفرع الأول: استحقاق الصداق كاملا

أولا: الدخول: اتفق الفقهاء على أن الدخول يوجب كامل المهر³، لقوله تعالى: ﴿بِمَا اسْتَمْتَعْتُمْ بِهِ مِنْهُنَّ بَعَّاثُوهُنَّ أَجُورَهُنَّ بَرِيضَةً﴾⁴ وقوله تعالى وَإِنْ

¹ إذا كان الفقهاء قد اتفقوا على عدم وجود حدٍّ لأكثر المهر لقوله تعالى: "وإن أردتم استبدال زوج مكان زوج وآتيتم إحداهن قنطارا فلا تأخذوا منه شيئا أتأخذونه بهتانا وإثما مبينا "النساء. آية 20، إلا أنهم رحمهم الله قد تباينت آراءهم حول أقل الصداق: فمن قائل أن الصداق محدد وهو من الحقوق المشتركة بين الله عز وجل وبين العبد، فأقله هو حق الله تعالى، وما زاد فهو حق المرأة، نحى هذا المنحى، كل من الحنفية والمالكية، إلا أنهم لم يسلكوا المسلك ذاته في ذلك التحديد، فمن عشرة دراهم فضية استقر عليها رأي الحنفية، فلا يجوز النكاح بأدنى منها، إلى ربع دينار ذهبي أو ثلاثة دراهم فضية، وقال ابن شبرمة: "أقله خمسة دراهم قياسا على نصاب السرقة": لأن البضع عضو مستباح ببذل المال فلا بد أن يكون قياسا على قطع اليد". المرغيباني، أبو بكر، مرجع سابق، ص ص 489 - 490، ابن رشد، مرجع سابق، ص 21/2، القاضي عبد الوهاب، مرجع سابق، ص 2/750.

وهنا يمكن أن نتساءل: هل للصداق قيمة رمزية، فيصح الزواج بما لا قيمة مادية له؛ أو بأيسر وأسفه الأشياء التي لا تملك بذاتها قيمة مادية، أم أن الصداق يجب أن يكون ذو قيمة مادية فعلية، فلا يصح من دونها. والراجح هو كون الصداق ذو قيمة مادية لأن الحكمة الشرعية منه لا تتحقق إلا بهذه الصيغة.

² عبد الحميد، محمد محي الدين، مرجع سابق، ص 40.

³ القاضي عبد الوهاب، التلقين، تحقيق ودراسة محمد سعيد ثالث الغاني، دار الفكر، بيروت، د ط، 1995، الجزء

ص 290؛ مغني المحتاج، 297/3، ابن تيمية الجدي، أبو البركات مجد الدين، صدر سابق، 35/2.

⁴ سورة النساء، آية 24

أَرَدْتُمْ إِسْتِبْدَالَ رَوْحِ مَكَانِ رَوْحٍ وَءَاتَيْتُمْ إِحْدِيَهُمْ فِنْطَارًا فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا أَتَأْخُذُونَهُ بُهْتَنًا وَإِثْمًا مُّبِينًا ﴿١﴾ وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ وَقَدْ بَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا بَرَضْتُمْ ﴿٢﴾ فهذه الآيات الثلاث تعاضدت على الدلالة على وجوب المهر بالدخول³. ومفاد هذه الآيات أن الوطء موجب للمهر، ويلحق بالدخول الحقيقي، الدخول الفعلي والوطء بشبهة أو الزواج الفاسد، وهو في تلك الحالات غير ساقط إلا آداء أو إبراء⁴. وفي ذلك تأكيد للطبيعة التبادلية للالتزام بالصداق.

أما قانون الأسرة، فلم يخالف الفقه الإسلامي في تأكيد استحقاق المرأة المهر بالدخول، إذ نصت المادة 16 من القانون: "تستحق الزوجة الصداق كاملاً بالدخول.."⁵ وفي ذلك تحقيق لغاية الكبح عن الطلاق، ذلك أن جعل الدخول بالمرأة مجرداً عن المهر يجعل الطلاق سهلاً، فقد يتحول عقد الرجل على المرأة إلى وسيلة للاستمتاع ثم الطلاق، لأن الرجل لم يدفع شيئاً للوصول إلى المرأة.

الوفاة: اتفقت كلمة الفقهاء، على استحقاق الزوجة كامل المهر بالوفاة⁶، لكن الخلاف نشأ حول مسألة اقتران الوفاة بعدم تسمية المهر، فهل تكون مسقطة لحق

1 النساء، آية 20.

2 البقرة، آية 235.

3 أنظر: سلمان نصر، أحكام الصداق، مجلة المعيار، كلية أصول الدين، جامعة الأمير عبد القادر، قسنطينة، ع2004، 9، ص45.

الزحيلي، وهبة، مرجع سابق، ص 251/7.

5 المادة 16 من القانون 84-11 المتضمن قانون الأسرة، المعدل والمتمم السابق الذكر، سعد، عبد العزيز، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 135.

6 بن نجيم، زين الدين ابن ابراهيم، مرجع سابق، ص 256/3، ابن جزي، مرجع سابق، ص 153، الشربيني، شمس الدين، مرجع سابق، ص 57297/3، ابن تيمية الجد، أبو البركات مجد الدين، مرجع سابق، ص 35/2، ابن حزم، مرجع سابق، ص 281/9.

المرأة في المهر؟: فمن قائل أن الزوجة مستحقة لمهر المثل¹، وهم الحنفية والشافعية في قول والحنبلة والظاهرية²، وذهب المالكية والشافعية إلى أنه لا مهر لها ولها الميراث³.

وهو ما أخذ به قانون الأسرة الجزائري، وعمل به القضاء⁴. حسب المادة 16 من ذات القانون المذكورة سابقا. حيث لم يخالف الشريعة الإسلامية في جعل الصداق يثبت كاملا بالوفاة. لكن قانون الأسرة كعادته في الاقتضاب والإيجاز وعدم التفصيل، لم يحدد الاختيار في حالة عدم تسمية المهر، وهو أمر ضروري، لفض النزاع، خصوصا لما هو معروف من تسليم المهر قبل الدخول أو تسميته.

¹ قال الشافعي في الأم: "ومتى قلت مهر نسائها، فإنما أعني أخواتها وعماتها وبنات أعمامها نساء عصبتها وليس أمها من نسائها وأعني مهر نساء بلدها لأن مهور البلدان تختلف... إلى أن يعدد رحمه الله معايير الشباب والجمال، والعقل والهيئة واليسر، أنظر: الشافعي، مرجع سابق، ص 926، وللتفصيل أكثر أنظر: ابن نجيم، البحر الرائق، مرجع سابق، ص 302/3، وجاء في مشروع قانون الأحوال الشخصية العربي الموحد 'و مهر المثل للمرأة هو المهر الذي تتزوج عليه عادة في المجتمع نفسه بمثل هذا الزوج امرأة تقاربها وقت العقد سنا وجمالا ومالا ومكانة وأسرة وعقلا ودينا وبكارة وما إلى ذلك من الصفات التي يختلف المهر باختلافها في عرف الناس' الزرقا، مصطفى وآخرون، مشروع القانون العربي الموحد للإقليمين السوري والمصري، دار القلم، دمشق، ط1، 1996، الزرقا وآخرون، مرجع سابق، ص 75. وأساس فكرة مهر المثل، هو تحقيق غاية فض التنازع بين الناس، عند عدم التسمية أو فساد التسمية.

² الكاساني، علاء الدين أبو بكر، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط 2، 1986، ص 295/2، الشيرازي، أبو

إسحاق، المذهب في فقه الإمام الشافعي، ضبط الشيخ زكريا اعميرات، دار الكتب العلمية، بيروت

لبنان، ط 1995، ص 466/2، ابن حزم، مرجع سابق، ص 483/9.

³ واستدلوا بحديث: "أن ابنة عبيد ابن الله ابن عمر، كانت تحت ابن لعبد الله ابن عمر، فمات ولم يدخل بها ولم

يسم لها صداقا، فابتغت أمها صداقها فقال عبد الله ابن عمر ليس لها صداق، وكان لها صداق لم نمسكه ولم

نظلمها فأبت أمها أن تقبل ذلك، فجعلوا بينهم زيد بن ثابت فقضى أن لا صداق لها ولها الميراث" رواه مالك في

الموطأ برواية يحيى بن يحيى الليثي، كتاب النكاح، باب ما جاء في الصداق والحباء، حديث رقم 1109، ص 375.

⁴ "ولما كان من الثابت - في قضية الحال - أن زوج المطعون ضدها توفي الزوج قبل الدخول دون أن يحكم بفسخ

العقد أو بالطلاق فإن قضاة المجلس برفضهم طلب أب الزوج باسترجاع نصف الصداق لوفاة ابنه قبل الدخول،

طبقوا المبادئ الفقهية تطبيقا سليما" قرار رقم 45301 بتاريخ 987/03/09، المجلة القضائية، 1992، العدد 3،

ص 66.

الخلوة : خلوة الاهتداء، وهي اجتماع الزوجين في مكان يأمان فيه دخول أجنبي عليهما¹، بشرط انعدام الموانع الحسية والشرعية²، فيمكن الاتصال بينهما، وهي على خلاف اللمس والقبلة حيث ذكر ابن المنذر الإجماع على عدم ايجابها لكامل المهر³ وفي أثر هذه الخلوة خلاف بين الفقهاء .

الرأي الأول : ومفاده بأن مجرد الخلوة موجب للمهر، ولو اتفقا على عدم الوطاء وهم الحنفية والحنابلة⁴.

واستدلوا على ذلك بقوله تعالى : ﴿ وَإِنْ أَرَدْتُمْ بِاسْتِبْدَالِ زَوْجٍ مَّكَانَ زَوْجٍ وَءَاتَيْتُمْ إِحْدِيَهُمْ فِنْطَارًا فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا أَتَأْخُذُونََهُ بِهْتِنًا وَإِثْمًا مُّبِينًا ﴾ وَكَيْفَ تَأْخُذُونََهُ وَقَدْ أَفْضَى بَعْضُكُمْ إِلَى بَعْضٍ وَأَخَذْنَ مِنْكُمْ مِيثَاقًا غَلِيظًا ﴿٥﴾⁵ نهى الزوج عن أخذ شيء مما ساق إليها من المهر عند الطلاق وأبان عن معنى النهي لوجود الخلوة، كذا قال الفراء : " أن الإفضاء مأخوذ من الفضاء من الأرض، وهو الموضع الذي لا نبات فيه ولا بناء ولا حاجز يمنع من إدراك ما فيه، فكان المراد منه الخلوة على هذا الوجه، وهي التي لا حائل فيها ولا مانع من الاستمتاع"⁶، وأضاف: " الإفضاء أن يخلو بها ولن لم يجامعها"⁷.

¹ ابن نجيم، زين الدين بن إبراهيم، البحر الرائق، مرجع سابق، 295/3.

² ابن عابدين، حاشية رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، تحقيق عادل أحمد عبد الموجود والشيخ عل معوض، دار عالم الكتب، الرياض، العربية السعودية، ص4/249.

³ قال ابن منذر: " وقد أجمع أهل العلم أن رجلا لو تزوج امرأة ثم يمسه بيده أو قبلها بحضرة جماعة ولم يخل بها وطلقها أن لها نصف الصداق إن كان سمي لها صداقا، والمتعة إن لم يكن سمي لها صداقا، ولا عدة عليها". الإجماع لابن منذر، حققه أبو حماد صغير أحمد بن محمد حنيف، ط2، مكتبة الفرقان، عجمان، مكتبة رأس الخيمة مكتبة مكة الثقافية، الإمارات العربية، 1999، ص31، ابن نجيم، زين الدين بن إبراهيم، البحر الرائق، مرجع سابق، ص3/296.

⁴ الكاساني، علاء الدين، مرجع سابق، 291/2، الشيرازي، أبو إسحاق، مرجع سابق، 60/2، ابن حزم، المحلى، مرجع سابق، ص9/281.

⁵ سورة النساء، آية 20 و21.

⁶ الكاساني، علاء الدين، مرجع سابق، ص2/292.

⁷ الفراء، أبو إسحاق إبراهيم، معاني القرآن، تحقيق أحمد يوسف نجاتي، محمد علي النجار، الدار المصرية للتأليف والترجمة القاهرة، دت، ص1/295.

. وأما الإجماع فقد أجمع الصحابة من الخلفاء الراشدين وغيرهم على اعتبار الخلوة موجبة لكامل المهر¹.

أما الرأي الثاني: " فقد قال بأن الخلوة غير موجبة لكامل المهر، وهم المالكية والشافعية والظاهرية، واستثنى المالكية حالة ادعاء أحد الزوجين الإصابة فيكون لمدعيها كمال المهر²، وسندهم في ذلك: قوله تعالى: " وإن طلقتموهن... الآية³ فذهبوا إلى أن المسيس المذكور في الآية هو الوطاء، تأسيساً على ما قاله ترجمان القرآن: عبد الله بن عباس: " اللبس والمس والمباشرة إلى الجماع، ولكن الله كنى عنه "4 . والدليل الثاني الذي استدل به هذا الفريق، أن المسيس كناية لما يستقبح ذكره، والخلوة لا استقباح فيها فيكنى عنها⁵ . ومن الأدلة أيضاً على ما ذهبوا إليه، قوله تعالى: " وقد أفضى بعضكم إلى بعض... الآية"، حيث حملوا لفظ الإفشاء على الجماع رواية عن ابن عباس بناء على أن أصل الإفشاء في اللغة هو المخالطة⁶.

ولقد ذهب مشروع القانون العربي الموحد للإقليمين السوري والمصري، إلى اعتبار المهر لا يكمل إلا بالدخول (الوطاء)، ويعتبر الزفاف أو (ليلة البناء) دليلاً على الدخول غير قابل لإثبات العكس إلا بإقرار من يدعيه أو بقاء الزوجة بكراً⁷ . وهو ما أخذ به قانون الأسرة وكذا القضاء الجزائري: " ولما كان ثابتاً في قضية الحال أن الزوج لم يدخل بزوجه بعد انتقالها إلى داره لكونه كان في حالة اعتقال مما يتعذر

¹ الكساني، علاء الدين، مرجع سابق، 292/2، ابن قدامة، موفق الدين، مصدر سابق، مرجع سابق، 8/62.

² ابن جزي، مرجع سابق، ص338، ابن قدامة، موفق الدين، مصدر سابق، ص8/62.

³ سورة البقرة، آية 237.

⁴ أخرجه البيهقي في سننه كتاب العدد، باب لا عدة على التي لم يدخل بها زوجها، ص7/425.

⁵ الماوردي، أبو الحسن بن حبيب، المرجع السابق، ص12/175.

⁶ ابن عطية، المحرر الوجيز في تفسير الكتاب العزيز، تحقيق عبد السلام عبد الشافي محمد، دار الكتب العلمية، بيروت، ط2، 1993، ص30/1.

⁷ الزرقا، مصطفى وآخرون، مرجع سابق، ص78.

إتمام الخلوة ومن ثم فإن المجلس القضائي لما قضى بالطلاق واستحقاق الزوجة
لكامل الصداق..¹

وهناك اتجاه تميز به المالكية عن غيرهم من الفقهاء، اعتبروه قرينة على
الدخول، وهو مكوث الزوجة سنة في بيت الزوج، جاء في الشرح الصغير: "و(تكمل)
الصداق المسمى أو صداق المثل (بوطء وإن حرم) ...و بسبب (إقامة سنة) وإن لم
يطأها ولا تلذذ بها (إن بلغت وأطاقت)"².

وإذا نظرنا في الأثر الذي تحدثه الخلوة بالمرأة دون دخول شرعي، سواء من
الناحية النفسية والمجسدة في انتهاك خصوصيتها، أم من الناحية الاجتماعية فيما يقال
ويشاع، حيث يكون الزوج قد خلا بها دون أن تنال مركز الزوجة المدخول بها، بإشهار
النكاح، فتكون بذلك مستحقة لكامل المهر. و من ناحية ثانية فإن حالها لا يستوي
وحال المطلقة قبل الدخول ولا الخلوة الفعلية.

أما قانون الأسرة الجزائري فقد سكت عن حكم الخلوة الصحيحة³ وذلك كعادته في
الايجاز والاقتضاب.

الفرع الثاني: استحقاق نصف المهر المسمى

أولاً: الطلاق قبل الدخول

أ/ في الفقه الإسلامي

يثبت للزوجة نصف الصداق المسمى في الطلاق قبل الدخول¹ الذي سمي فيه
المهر، لقوله تعالى: ﴿ وَإِنْ طَلَّفْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ

¹ غ.أ.ش، المحكمة العليا، قرار رقم 49283 بتاريخ 1988/05/09، المجل القضائية، ع 2، 1992، ص 44، عن
العربي، بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 217/1.

² الدردير، الشرح الصغير بهامش بلغة السالك، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، مصر، 1340هـ، ص 383/1، الأبي،
عبد السميع، جواهر الإكليل، مرجع سابق، ص 317/1، بلحاج، العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائر،
مرجع سابق، ص 222.

³ سعد، عبد العزيز، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 136.

لَهُنَّ بَرِيضَةٌ مِّنْ نَّفْسِهِ مِثْلُ مِمَّا بَرَّيْتَهُ لِمَنِ النَّسَبُ إِذُنَ الْفَاحِشَةِ ﴿٢٤﴾². قال الدردير: " وضامن لابنته صدّاقها النصف بالطلاق قبل الدخول وجميعه بالفساد ولا رجوع لهم على الزوج إلا أن يصرح بالحماله³ مطلقا أو يضمن بعد العقد "⁴. بذلك يكون للزوجة نصف الصداق بالعقد⁵. نص قديري باشا في أحكامه م 84: " إذا طلق الزوج زوجته، وكان قد سمى لها مهرا وقت العقد، فلا يجب عليه إلا نصفه ولن لم يكن سلمه إليها، عاد النصف الآخر إلى ملكه بالطلاق مجردا عن القضاء أو الرضا"⁶.

بينما اعتبر فريق كبير من الفقهاء إعطاء المرأة المطلقة قبل الدخول نصف الصداق، جبرا لألم الفراق وهو ما يسمى بلغة العصر تعويضا عن الضرر المعنوي، إلا أن الأبياني، بين ذلك تبيينا عجيبا فقال: " وإنما وجب النصف لأن معنا قياسين متعارضين أحدهما يقتضي ثبوت كل المهر والآخر يقتضي عدم ثبوت شيء منه، فإذا نظرنا إلى المعقود عليه عاد لها سالما، أسقطنا كل البديل، ولو نظرنا إلى أن الزوج فوت الملك باختياره، أوجبنا كل المهر، فوجب النصف لتعارض الأقيسة "⁷.

¹ ابن نجيم، زين الدين بن إبراهيم، البحر الرائق، مرجع سابق، ص 253/3، الدردير، أقرب المسالك، مكتبة رحاب، الجزائر، ص 78، أبو البركات، مجد الدين بن تيمية، مرجع سابق، المجلد الثاني، ص 35/1.

² سورة البقرة، آية 235.

³ الحماله: " الكفالة والضمان والزعامة" ابن جزوي، مرجع سابق، ص 489.

⁴ الدردير، مرجع سابق، ص 78.

⁵ الأبي، عبد السميع، جواهر الإكليل، مرجع سابق، ص 317/1.

⁶ الأبياني، زين الدين، مرجع سابق، ص 229/1.

⁷ ويضيف: " فإذا تزوج ر جل امرأة بمهر معلوم، فإنها تستحقه بمجرد العقد كما عرفته أول الفصل، وإن كان هذا الاستحقاق غير متأكد إذ بالطلاق قبل الدخول ينتصف هذا المسمى، فكل من الزوجين يستحق النصف، وهذا لا كلام فيه، وإنما الكلام في أنه هل يعود النصف إلى الزوج بمجرد الطلاق أو يتوقف عوده على قضاء القاضي أو تراضي الزوجين على ذلك " الأبياني، زين الدين، شرح الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية لقديري باشا، تحقيق مركز الدراسات الفقهية والاقتصادية، محمد أحمد سراج، علي جمعة، دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع الترجمة، ط 2006، ص 220/1.

وبهذا، يتبين الفرق بين النكاح والبيع، فلا توجد في البيع صيغة يتنصف فيها الثمن إلزاماً، فإذا كان البيع علاقة مالية محضة، فالنكاح علاقة إنسانية ذات آثار مالية.

ثانياً: في قانون الأسرة: لقد وافق قانون الأسرة الشريعة الإسلامية في إيجاب نصف الصداق في الطلاق قبل الدخول¹، وذلك في المادة 16 من ذات القانون .

ثانياً : نوع الفرقة التي تستحق بها الزوجة نصف المهر

أ/ في الفقه الإسلامي

والفرقة المقصودة هي الفرقة التي جاءت من قبل الزوج²، يستوي في ذلك الطلاق والفسخ، الفرقة بالإيلاء واللعان، والردة، إبائه الإسلام، وارتكابه ما يوجب حرمة المصاهرة³، أما إذا كانت الفرقة من قبلها أو بسبب منها فلا شيء لها⁴، قال الفقيه ابن جزى المالكي: "إنما يجب لها نصف الصداق إن طلقها قبل البناء اختياراً منه، فإن فسخ النكاح أو رده الزوج بعيب في الزوجة لم يجب لها شيء"⁵، أما الشافعية، فأكدوا ذلك، جاء في مغني المحتاج: "الفرقة الحاصلة من جهة الزوجة قبل الدخول... أولاً من جهتها (بل بسببها كفسخه، تسقط المهر المسمى ابتداءً والمفروض الصحيح مهر المثل في كل ما ذكر، لأنها إذا كانت هي الفاسخة فهي المختارة للفرقة، فكأنها ألفت المعوض قبل التسليم، ولن كان هو الفاسخ بعيبها فكأنها هي الفاسخة"⁶.

ب/ في قانون الأسرة

¹ سعد، عبد العزيز، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 136.

² أبو البركات، مجد الدين بن تيمية الجد، مرجع سابق، المجلد الثاني، ص 35/1.

³ الأبياني، زين الدين، مرجع سابق، ص 224/1.

⁴ المرجع نفسه .

⁵ ابن جزى، مرجع سابق، ص 338.

⁶ الشربيني، شمس الدين، مرجع سابق، ص 309/3.

ولقد أغفل قانون الأسرة الجزائري النص على نوع الفرقة التي تستحق بها الزوجة نصف المهر¹، على خلاف قوانين الأسرة العربية².

أما العمل القضائي، فقد لاحظنا لبسا في مسألة أخذ المطلقة قبل الدخول نصف الصداق، فبينما صدرت بعض القرارات مؤسدة على حق المطلقة قبل الدخول نصف المهر المسمى دون النظر في سبب الطلاق³، جاءت قرارات أخرى متضمنة عدم أحقية المطلقة قبل الدخول لنصف المهر في حالة كون الفرقة بسبب منها، وذلك مثل: "ولما كان ثابتا في قضية الحال أن الأب لم يستعمل ولايته كما هو مطلوب منه شرعا بل هو الذي رفض إتمام الزواج، فإن المجلس بقضائه برد ما قبضته من الصداق الذي ثبتت مسؤوليته فيه طبق صحيح القانون"⁴.

نلاحظ هنا أن القضاء قد طبق منطق المسؤولية التقصيرية⁵، شابه في ذلك القضاء السوري، في بعض قراراته التي تضمنت أن "الاشتراك في المسؤولية عن الطلاق بين الزوجين يؤثر في تحديد مصير نصف الصداق"⁶. ففي مسألة لها أحكام

¹ بن شويخ، رشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، الجزائر، الدار الخلدونية، 2008، ص73.

² مثلا المادة 45 من قانون الأحوال الشخصية الأردني، قانون رقم 36 لعام 2010: "الفرقة التي يجب نصف المهر المسمى بوقوعها قبل الدخول أو الخلوة الصحيحة هي الفرقة التي جاءت من قبل الزوج سواء أكانت طلاقا أم فسحا كالفرقة بالإيلاء واللعان والردة وإبء الزوج الإسلام إذا أسلمت زوجته وبفعله ما يوجب حرمة المصاهرة". وانظر: الأشقر، عمر سليمان عبد الله، الواضح في شرح قانون الأحوال الشخصية الأردني رقم 26 لعام 2010، دار النفائس، الأردن، 2012، ص181.

³ أنظر: غ. أ.ش، المحكمة العليا 16/10/1993، قرار رقم 96801، اجتهاد قضائي، عدد خاص، 2001، ص266 أيضا رقم قرار 143725، 1996/09/24، اجتهاد قضائي، عدد خاص، 2001، ص269، وأيضا غ. أ. ش، المحكمة العليا، قرار رقم 39022، بتاريخ 1986/01/27، المجلة القضائية، عدد 1989، ص105.

⁴ غ.أ.ش، المحكمة العليا 1988/11/21، ملف رقم 51612، م ق، 1992، عدد 2، ص562.

⁵ " المسؤولية التقصيرية تقوم على الإخلال بالالتزام قانوني واحد لا يتغير هو الالتزام بعدم الإضرار بالغير " السنهوري، عبد الرزاق، الوسيط، مرجع سابق، 847/2.

⁶ وهو ما جاء في الاجتهاد القضائي السوري: "إن تقدير الإساءة وانعكاسها على المهر هو من إطلاقات سلطة المحكمين بلا معقب، ولن الاشتراك في المسؤولية عن التفريق لا يوجب تنصيف المهر، لأن اللغة لا تؤيد ذلك

شرعية واضحة، فالمرأة إذا أرادت الخروج من الرابطة الزوجية رغم إرادة زوجها إبقاءها، فالطريق الشرعي هو الخلع، والذي يتضمن إرجاع الصداق أو تقديم بدل مالي مناسب، مقابل حل الرابطة الزوجية¹.

ذلك أن الذي يفهم من كلام الفقهاء : " بسبب منها " إنما مقصوده هو ارتكاب الزوجة ما يؤدي إلى الفرقة كالردة، ولرضاع زوجة صغيرة له ...، ولا يراد بكلامهم الفرقة التي تكون بطلب من الزوجة رغما عن الزوج، كما يفهم من القرارات المذكورة . كما أن مجرد كون الطلاق بحكم القاضي تفريقاً قضائياً، يكون بطلب من الزوجة، فيسقط المهركله.

وفي قرار آخر: " إن القضاء بالطلاق طبقاً لأحكام المادة 05 من قانون الأسرة، بدل المادة 52 منه دون تحديد المسؤولية عن هذا التفريق، يعد خطأ في تطبيق القانون"²، وبالرجوع إلى المادة 52 : " إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها"³، وهو ما يدل على أن المراد هو تحديد المسؤولية للحصول على نصف الصداق، حيث اعتبره القرار تعويضاً .

ومن الباحثين المعاصرين من اقترح تعديلاً للمادة يفصل في نوع الفرقة : "و تستحق نصفه عند الطلاق قبل الدخول بها اختياراً"⁴. وهو اقتراح نؤيده، لأنه يحصر

والعرف لا يقيدته" قرار قضائي صادر عن المحكمة الشرعية الثانية في دمشق، رقم القرار 257/257/أساس/565/لعام2010.

انترنت www.lawsyria.net/?cat=526&paged=4 يوم 2014/06/14.

¹ سيأتي الكلام عن الخلع في فصل لاحق.

² غ،أ،ش، المحكمة العليا، 2001/02/23، ملف رقم 256857، م.ق، 2001 عدد 2، 294، بلحاج العربي، مرجع سابق، قانون الأسرة في الفقه والقضاء، مرجع سابق، ص.86.

² غ،أ،ش، المحكمة العليا، 1993/07/13، ملف 92714، عدد1، ص.128، آث ملويا، لحسين بن الشيخ، المنتقى في قضاء الأحوال الشخصية، دار هومة، الجزائر، 2005، ص1/126.

³ المادة 52 من القانون 84-11 المتضمن قانون الأسرة، المعدل والمتمم السابق الذكر.

⁴ بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2010، ص 224.

بدقّة الحالة التي تستحق فيها المطلقة قبل الدخول نصف المسمى وهي حالة اختيار الزوج فراقها فقط. ذلك أن من مستحدثات هذا العصر أن الطلاق أصبح يتم في أروقة القضاء، فيختلط الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج مع التفريق القضائي بطلب من الزوجة، والفقهاء الاسلامي وكذا النصوص الشرعية عندما تطلق لفظ الطلاق فالمقصود هو الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج لأنه هو صاحب الحق الأصلي في حل الرابطة الزوجية في الشريعة الإسلامية .

ثالثاً: هل يجتمع نصف المسمى مع التعويض؟

مما سبق خلصنا إلى أن تمكين المطلقة قبل الدخول من نصف الصداق غايته جبر ضرر المفارقة؛ لأنه بأي حق تحصل المرأة على مال الزوج، والزواج لم يتم. فإذا أضفنا إلى حصولها على نصف الصداق، حصولها على التعويض، فإن في ذلك تزيدياً على الشريعة العادلة يؤدي إلى غبن كبير للزوج، لأن الزوجة سوف تكون قد حصلت بذلك على تعويضين على ذات الضرر.

لكن النظر في العمل القضائي، نجد أن المحكمة العليا، قد أيدت الحكم بالتعويض عن ضرر "إطالة مدة الخطوبة" في الطلاق قبل الدخول، إضافة إلى حصولها على نصف الصداق المسمى¹.

إن الحكم بالتعويض في حالات الطلاق قبل الدخول، قد تضمن إخلالاً بمبدأ التوازن السابق ذكره، فإذا كان وجود الصداق أصله هو نحلة وعطاء ومكرمة للمرأة،

¹ غ،أ،ش، المحكمة العليا قرار رقم 37290، بتاريخ 2006/11/15، مجلة المحكمة العليا، عدد 1، ص 487، حيث جاء في القرار: "لكن حيث يتضح من خلال القرار المنتقد بأن مبلغ التعويض المحكوم به على الطاعن القدر بـ 100000 دج هو تعويض للمطعون ضدها جبراً للضرر الذي أصابها من جراء تفويت فرصة الزواج عليها، باعتبار أن الطاعن طلب الفسخ بعد مدة طويلة من الانتظار التي انتظرتها المطعون ضدها أثناء فترة الخطوبة ولم تحقق هدفها في الزواج بالطاعن وبالتالي فإن ما قضى به قضاة الموضوع من تعويض يتماشى والقانون ... ولكن من جانب آخر فإن قضاة الموضوع أسأوا تطبيق القانون وخاصة المادة 16 من ق. أ باعتبارهم لم يفصلوا في نصف الصداق الذي كان ينبغي الحكم بإرجاعه للطاعن باعتبار أن الطلاق وقع بينه وبين المطعون ضدها قبل الدخول مما يتعين نقض القرار جزئياً في هذا الشأن".

فإذا تعذر هذا الهدف فإن أخذ النصف كاف للحصول على جبر الضرر. دون جمعه بالتعويض.

الفرع الثالث: سقوط الصداق

كما يثبت الصداق في ذمة الزوج بحالات محددة؛ يسقط عنه واجب دفعه للزوجة إذا توفرت شروط وظروف، تجعل التوازن يختل حيث يكون دفع المهر دون أي مقابل من جهة، وعدم تحقيقه لغاية جبر الضرر من جهة أخرى .

أولاً: في الفقه الإسلامي

يسقط الصداق في الحالات التالية :

1 - إذا فسخ النكاح قبل الدخول¹. ذلك أن الفسخ يرجع الحال إلى ما كان عليه قبل العقد، فلا تتعلق بالزوج التزامات مالية لأنه لا ضرر بالطلاق ولا دخول فعلي يرجع الزوجة ثيباً.

2 إذا تبرعت المرأة به لزوجها أو أبرأته منه، مع اعتراض من ذهب إلى أن المهر إنما هو حق مشترك بين المولى عز وجل والمرأة، فلا يجوز لها التنازل عن حق الله، فالمالكية بناء على هذا، يوجبون على الرجل دفع ربع دينار قبل الدخول وهو ما يمثل حق الله وقيمة أقل المهر عندهم².

3- إذا توفي الزوج قبل الدخول في نكاح التفويض، فيسقط الصداق عند المالكية؛ أما عند الحنفية فلها الصداق كاملاً³. وهنا التساؤل هل عدم تسميته تمنعه من الدخول في ذمة الزوج، فإذا مات لم يكن ديناً في ذمته، أم أنه يثبت في ذمته بالعقد فلا تؤثر الوفاة في ثبوته، وهو الراجح في نظرنا.

¹ الشريبي، شمس الدين، مرجع سابق، ص 270/3، سعد، عبد العزيز، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 137.

² ابن نجيم، البحر الرائق، مرجع سابق، ص 162/3.

³ الكاساني، علاء الدين، مرجع سابق، ص 291/ 2، ابن نجيم، زين الدين بن إبراهيم، مرجع سابق، ص 256/3.

4- إذا قتلت الزوجة زوجها فيسقط الصداق عند المالكية والشافعية¹، وهو تطبيق لقاعدة الجرائم لا تكون سببا للنعم .

ثانيا : في قانون الأسرة

لم يتكلم قانون الأسرة عن حالات سقوط المهر، ولم يخصها بمادة تعددها، وهو من نقائص هذا القانون التي يجب أن تتدارك. إلا أن قانون الأسرة في الفقرة الثانية من المادة 33: "إذا تم الزواج بدون شاهدين أو صداق أو ولي في حالة وجوبه يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه" فالقانون هنا ذكر حالة واحدة من حالات سقوط المهر وهي حالة الفسخ قبل الدخول، وهي جاءت موافقة للشريعة الإسلامية. وباقي الحالات تدخل في إطار تطبيق المادة 222. لكن يبقى من الضروري النص على باقي الحالات في القانون فضا للنزاع.

المطلب الثالث: تصرف الزوجة في المهر

الأصل هو حرية تصرف المرأة في مهرها، دون إذن من وليها أبا كان أم جدا، وليس للزوج ولاية على مال زوجته: "إلا بما يحفظ شرفه ونسبه، فلها أن تتصرف بغير إذنه سواء كانت رشيدة أو غير رشيدة وبلا إذن أبيها أو جدها عند عدمه أو وصيها إن كانت رشيدة"². لكن الخلاف وقع في تجهز المرأة من الصداق هل يلزمها تأسيسا على العرف أم الأمر يبقى على أصله وهو مطلق حرية التصرف. من ذلك جاء هذا المطلب في فرعين، فرع في تصرف الزوجة في المهر في الفقه الاسلامي وفرع في المقارنة مع قانون الأسرة.

الفرع الأول: في الفقه الإسلامي

¹محددة، محمد، مرجع سابق، ص 273.

²الأبباني، زين الدين، مرجع سابق، ص 248/1، جاء في متن الأحكام الشرعية، "فيجوز لها بيعه، ورهنه، ولجارتها، وإعارته، وهبته بلا عوض من زوجها ومن والديها ومن غيرهم" المرجع نفسه نفس الصفحة. وانظر مبحث الذمة المالية من الفصل التمهيدي.

ذهب جمهور الفقهاء، إلى أن الصداق حق خالص للزوجة فلا تلزم بالتجهيز منه¹، جاء في المحلى: "ولا يجوز أن تجبر المرأة أن تتجهز بشيء أصلاً، لا من صداقها الذي أصدقها ولا من غيره... سائر مالها، والصداق كله لها تفعل فيه كل ما شاءت لا إذن للزوج في ذلك ولا اعتراض"²، وقد نصت المادة 112 من الأحكام الشرعية: "ليس المال بمقصود في النكاح فلا تجبر المرأة على تجهيز نفسها من مهرها ولا من غيره ولا يجبر أبوها على تجهيزها من ماله"³.

ولقد خالف المالكية الجمهور، فقالوا بلزوم التجهيز من الصداق، قال الدردير: "ولزمها التجهيز بما قبضته قبل البناء على العادة ولا تقضي ديناً ولا تنفق منه إلا المحتاجة"⁴ "وإن وهبت له الصداق قبل قبضه رشيدة أو ما يصدقها به جبر على دفع أقله، وجاز بعد البناء"⁵. وحجة المالكية في ذلك العرف الذي جرى على تكليف الزوجة بتجهيز بيت الزوجية⁶.

الفرع الثاني: في قانون الأسرة

وأما المعاصرون فقد ذهبوا إلى ترجيح حرية تصرف المرأة في مهرها⁷، وهو ما أخذت به قوانين الأسرة، ومنها قانون الأسرة الجزائري الذي نص على تملك الزوجة للصداق وحرية تصرفها التامة فيه⁸. ورغم مخالفته لمذهب المالكية الذي مازال العرف جارياً بالعمل به في الجزائر. وهو اختيار وجيه لأن ما ذهب إليه المالكية أساسه

¹ "يقصد بجهاز مسكن الزوجية، ما يعد به مسكن الزوجية من أثاث وفرش وأدوات منزلية عند زفاف الزوجة إلى زوجها" القدومي، مروان، مرجع سابق، ص 133.

² ابن حزم، مرجع سابق، ص 507/9.

³ الأبياني، زين الدين، مرجع سابق، ص 248/1..

⁴ الدردير، مرجع سابق، ص 82، الأبي، عبد السمیع، جواهر الإكليل، مرجع سابق، ص 318/1.

⁵ الدردير، مرجع سابق، ص 82.

⁶ أبو زهرة، محمد الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص 227، القدومي، مروان، مرجع سابق، ص 137.

⁷ القدومي، مروان، مرجع سابق، ص 138.

⁸ المادة 14 من القانون 84-11 المتضمن قانون الأسرة، المعدل والمتمم السابق الذكر.

العرف، ويبقى الأصل هو استقلال الذمة المالية للمرأة. فكأننا إذا أزمنا المرأة بالتجهز من مهرها، نكون قد أبطلنا فكرة العطاء " نحلة " وكل الغايات التي ذكرناها في الحكمة من المهر. فما تهناً المرأة بما أنعم الله عليها، حتى تجد نفسها مكبلة بتكاليف إضافية لإعداد الجهاز، والذي غالباً ما يفوق قيمة الصداق الذي سلم لها، كما أن تأسيس مذهب المالكية على العرف، يبقيه محددًا بالزمان والمكان والأشخاص فلا يعمم، فإذا تغير كل من الزمان والمكان أمكن تغيير الحكم.

ونختم مبحث الصداق بذكر نتائج البحث في هذا الفصل، وهي أن الصداق تعتريه حالات ثلاث تختلف طبيعته فيهن:

- يكون نحلة وعطاء عند العقد الصحيح والدخول بالمرأة، فهو ملك خالص لها.

- وهو مقابل استحلال البضع في الفرقة من النكاح الفاسد بعد الدخول، والوطء بشبهة.

- ويكون تعويضاً مالياً جبراً لألم الفراق في الطلاق قبل الدخول حيث يحق للمرأة نصف الصداق.

كما أن من الجدير التنويه أن أحكام الصداق في قانون الأسرة الجزائري كانت موافقة للفقهاء الإسلاميين جمهوراً ومالكية، وأن التعديل الأخير 2005 كان صائباً من حيث عدم اعتبار الصداق من الأركان وعدم اشتراط النص عليه في العقد، رغم أننا نرى أنه يصب في تطبيق مبدأ المساواة مجازاً لاتفاقية سيداو.

المبحث الثاني : التزام الزوج بالإنفاق على الزوجة

يتربح الالتزام بالإنفاق على عرش الحقوق الزوجية في الشريعة الإسلامية، فالفقهاء متفقون على وجوب نفقة الزوجة على الزوج دون خلاف¹. عرفها ابن عرفة: " النفقة ما به قوام معتاد حال الآدمي دون سرف"². والالتزام بالإنفاق واجب على الزوج قضاء وديانة، أما ديانة فامتناع الزوج عن آدائها بلا عذر؛ يجعله آثماً عند الله يوم القيامة، أما قضاء فإن للقاضي معاقبة الممتنع الموسر، ولإلزامه بدفع النفقة للزوجة إلزاماً³.

إن الالتزام بالإنفاق في الشريعة الإسلامية له طبيعة خاصة، فعلى خلاف القوانين الأخرى؛ فهو يقع على عاتق الزوج وحده، وهو واجب عليه ولو كانت الزوجة غنية، إذ ليس أساسه حاجة الزوجة أو افتقارها، وإنما هو التزام تعاقدي يتضمنه عقد الزواج ابتداءً، وهو من الالتزامات التبادلية لأن وجوب النفقة منوط بالقيام بحق الزوج كما يأتي بيانه⁴.

المطلب الأول: الالتزام بالإنفاق بين الشريعة والقانون

تعاضدت النصوص الشرعية كتاباً وسنة على تأكيد التزام الزوج بالإنفاق على الزوجة، كما تضمن قانون الأسرة الجزائري النص على أن نفقة الزوجة من أولى الواجبات التي يتحملها الزوج . من ذلك فهذا المطلب سينقسم إلى فرعين : فرع في الأدلة الشرعية على وجوب الإنفاق، وفرع ثان في الالتزام بالانفاق في قانون الأسرة.

1 ابن قدامة، موفق الدين، مرجع سابق، ص347/11، ابن حزم، مرجع سابق، ص 88/10، ابن رشد، محمد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دار الفكر، بيروت، لبنان، ط د، 2001، ص 44/2، ابن تيمية الجد، أبو البركات مجد الدين، مرجع سابق، ص 214/2، وجاء في سبل السلام : " جمع نفقة والمراد بها الشيء الذي يبذله الإنسان فيما يحتاجه هو أو غيره من الطعام والشراب وغيرهما " الصنعاني، محمد بن اسماعيل الأمير، سبل السلام شرح بلوغ المرام، صححه وعلق عليه محمد عبد العزيز الخولي، دار الجيل بيروت، ط د، ت د، ص 3 / 1160.

2 ابن عرفة، مرجع سابق، ص321.

3 ربيع، وليد خالد، الإلزام في الأحوال الشخصية، دراسة فقهية مقارنة، دار النفائس، الأردن، ط1، 2007، ص182.

4 الشرييني، شمس الدين، مرجع سابق، ص 558/3، ويذهب الحنفية إلى أن النفقة ليست عوضاً بل صلة، فلا تثبت في ذمة الزوج إلا بالتراضي أو التقاضي، الكاساني، علاء الدين، مرجع سابق، ص 26/4، وانظر الشويعر، محمد عبد السلام، أثر عمل المرأة في النفقة المرأة الزوجية، المملكة العربية السعودية، مركز التميز البحثي، ط 1، 2011، ص11.

الفرع الأول: أدلة الالتزام بالإنفاق

دلّت أدلة شرعية كثيرة على وجوب الإنفاق على الزوجة من الكتاب والسنة والمعقول، فمن الكتاب، قوله تعالى: ﴿وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾¹، والمراد بهنّ الزوجات² وقوله تعالى أيضا: ﴿لِيُنْفِقَ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِ﴾³، وقوله تعالى: ﴿أَسْكِنُوهُنَّ مِمَّنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِّنْ وُجْدِكُمْ وَلَا تَضَارَّهُنَّ لِتَضَيِّفُوا عَلَيْهِنَّ وَإِنْ كُنَّ عَائِلًا فَرْتَحِمْنَ﴾⁴، فالآية تتضمن أمرا بالإنفاق على المعتدة، فكان أمرا بالإنفاق على الزوجة من باب أولى، بما أن "الأمر بالإسكان أمر بالإنفاق، إذ الزوجة لا تصل إلى النفقة دون الخروج والاكتساب"⁵.

أما من السنة، فقوله - صلى الله عليه وسلم - لهند لما شكت إليه شح زوجها: "خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف"⁶، جاء في سبل السلام: "دل على وجوب نفقة الزوجة والأولاد على الزوج وظاهره وإن كان الولد كبيرا، لعموم اللفظ وعدم الاستفصال، فإن أتى ما يخصه من حديث آخر؛ وإلا فالعموم قاض بذلك وفيه دليل على أن

¹سورة البقرة آية، 231.

²عبيدي، محمد يعقوب طالب، أحكام النفقة الزوجية في الشريعة الإسلامية، دار الفضيحة، مصر، 2004، ص 36.

³سورة الطلاق، آية 07.

⁴سورة الطلاق، آية 06.

⁵الكاساني، علاء الدين، مرجع سابق، ص 15/4.

⁶أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب النفقات، باب إذا لم ينفق الرجل، رقم 5364 طبعة دار الفكر، ص ???، ورواه مسلم في صحيحه، كتاب الأقضية، باب قضية هند، حديث رقم 1714، تحقيق نظر أبو قتيبة الفاريابي، دار طيبة، الرياض، السعودية، ط 1، 2006، ص 820، رواه أحمد، عن عائشة، رقم 23999، مسند أحمد، ص 235/17، ورواه النسائي، كتاب القضاء، 34، قضاء الحاكم على الغائب إذا عرفه، رقم 4949، السنن الكبرى للنسائي، ص 721/5، ورواه بن ماجه، كتاب التجارات، باب ما للمرأة من مال زوجها رقم 2293.

الواجب الكفاية من غير تقدير للنفقة وإلى هذا ذهب جماهير العلماء¹. قال الكاساني: "ولو لم تك النفقة واجبة لم يحتمل أن يأذن لها بالأخذ من غير إذنه"².

الإجماع: أجمع الفقهاء على وجوب نفقات الزوجات على أزواجهن البالغين مع استثناء الناشز منهن والصغيرة التي لا يستمتع بها عند الحنفية³.

المعقول: ومن الأدلة العقلية على وجوب إلزام الزوج بالإنفاق ما سماه جمهور الفقهاء بالاحتباس، جاء في البدائع: "المرأة محبوسة بحبس النكاح حقا للرجل ممنوعة عن الاكتساب بحقه فكان نفع حبسها عائد إليه فكانت كفايتها عليه⁴، لقوله - صلى الله عليه وسلم - "الخارج بالضمان"⁵. وبالنظر إلى ما ذهب إليه الفقهاء، نجد أنهم يجعلون الالتزام بالإنفاق من جهة الزوج مقابل الالتزام بالاحتباس من جهة الزوجة.

الفرع الثاني: في قانون الأسرة

نصت معظم التشريعات الأسرية العربية على إلزام الزوج وحده بالإنفاق على الزوجة، استمدادا من الشريعة الإسلامية⁶، فجاء في المادة 37 من القانون 84-11

¹ الصنعاني، سبل السلام، 1162/3، ومن الاختلافات حول هذا الحديث هل هو فتيا أو حكم، لأن النبي - صلى الله عليه وسلم - لم يطلب بيئة ولم يحضر أبا سفيان، المرجع نفسه.

² الكاساني، علاء الدين، مرجع سابق، ص 16/4.

³ ابن حزم، أبو محمد علي، مراتب الإجماع، مرجع سابق، ص 181، ابن قدامة، موفق الدين، مرجع سابق، ص 348/11.

⁴ الكاساني، علاء الدين، مرجع سابق، ص 16/4، ابن قدامة، موفق الدين، مرجع سابق، ص 348/11.
⁵ أخرجه، أبو داود، كتاب البيوع فيمن اشترى عبدا فاستعمله، حديث 3508، سنن أبي داود، ص 541، وابن ماجه، كتاب التجارات حديث 2243، سنن ابن ماجه، ص 333.

⁶ عبد الناصر توفيق العطار، الأسرة وقانون الأحوال الشخصية رقم 100 لسنة 1985، مصر، المؤسسة العربية الحديثة، د. ط، د. ت، ص 34، أنظر: قانون الأحوال الشخصية السوري: المادة 72 الفقرة 1 من المرسوم التشريعي رقم 59 الصادر في 1953/9/17، المغرب: الفصل 35 الفقرة 1 من ظهير شريف رقم 1.57.343 كعج(1)، الأردن: المادة 6

من قانون المؤقت رقم (61) لسنة 1976 المتضمن قانون الأحوال الشخصية (1)، ص 128، قانون الأحوال الشخصية الإماراتي م 66 من القانون 28 - 2005 المتضمن قانون الأحوال الشخصية.

المتضمن قانون الأسرة الجزائري أنه يجب على الزوج نحو زوجته: النفقة الشرعية¹، لكن هذه المادة عدلت تعديلا كاملا لتنص على استقلال الذمة المالية للزوجين وذلك في الأمر 05-02 المعدل للقانون السابق، فقد كانت المادة 37 وما بعدها تميز بين حقوق وواجبات كل من الزوج والزوجة فجاء التعديل الأخير وجمع الحقوق والواجبات في المادة 36، وألغيت المادتين 38 و39². ويعد ذلك محاولة لتجسيد مبدأ المساواة في الحقوق والواجبات بين الزوجين. ذلك أن استعمال ألفاظ ك: على كل زوج، أو كلا الزوجين يحمل محتوى جندي³ أي المساواة بين الرجل والمرأة الحقوق والواجبات⁴. وذلك باعتبار أن أي توزيع للحقوق والواجبات بين الزوجين بصورة مختلفة؛ يعتبر تجسيدا للتمييز ضد المرأة.

رغم ذلك، فقد تم الحفاظ على المادة 74 من نفس القانون: "تجب نفقة الزوجة على زوجها بالدخول بها أو دعوتها إليه ببينة"، وهو ما يدل على الإبقاء على أصل وجوب الإنفاق على الزوج⁵. إلا أن التعديل السابق الذكر يعتبر تمهيدا للتطبيق الكامل لمبدأ المساواة بين الزوجين في الحقوق والواجبات والتي من بين واجب الإنفاق.

المطلب الثاني : الالتزام بالإنفاق ومبدأ المساواة

من النوازل المطروحة حديثا تطبيق مبدأ المساواة في توزيع الحقوق والواجبات بين الزوجين ومن بين هم الواجبات واجب الإنفاق.

¹ سعد، عبد العزيز، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 199 - 222، بن ملحّة، الغوثي، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط.2005، ص1، ص79. العربي، بلحاج، أحكام الزوجية وأثارها، مرجع سابق، ص577، بن شويخ، رشيد، مرجع سابق، ص146.

² Randeloux, Nejma, Petit histoire de code de la famille Algérien de 1962 à nos jours , internet ; www.huffpostmagreb.com/2. Le 14/04/2017.

³ " ويعني هذا المصطلح أنّ الأدوار التي يقوم بها أي من الجنسين هي أدوار تشكلها الظروف الاجتماعية وليس الاختلاف البيولوجي؛ فعلى سبيل المثال إذا كانت تربية الأطفال وأعباء العمل المنزلي مرتبطة تقليديا بالمرأة فإن ذلك ليس له علاقة بتكوينها البيولوجي كإمرأة " مسرد مفاهيم ومصطلحات النوع الاجتماعي، منشورات المبادرة الفلسطينية لتعميق الحوار العالمي والديمقراطية، رام الله، فلسطين، ط1، 2006، ص10.

⁴ Pichar, Marc, op.cit , p 343 .

⁵ سعد، عبد العزيز، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، الجزائر، دار هومة، ط4، 2010، ص 99-100 .

الفرع الأول : المساواة في الإنفاق في القوانين الغربية (فرنسا نموذجا)

تنص الفقرة الأولى من المادة 214 من القانون المدني الفرنسي أنه إذا لم تحدد اتفاقية مالية أو اتفاقية خاصة بمشاركة الزوجين في الأعباء المالية للزوج، فإنه يجب عليهما المشاركة في تلك الأعباء بنسبة تحدد باحترام قدراتهما المالية¹. وبالنظر في هذه المادة، يتبين أن المساهمة في الأعباء المادية للزوج ترجع إلى حرية التعاقد المالي، فيملك الزوجان التفاهم حول توزيع مشاركتها في الأعباء العائلية². فإن لم يكن ذلك طبق عليهما مبدأ المساواة، كما نصت المادة 203 من نفس القانون على تقاسم الزوجين الرعاية المالية لأبنائهما حسب مواردتهما³. من خلال هذه المواد، نلاحظ أثر تطبيق مبدأ المساواة المدنية ومبدأ حرية التعاقد على قانون الأسرة.

وبعدما كان يعتبر تطبيق مبدأ المساواة في الإنفاق، من مظاهر التطور والتقدم في التشريعات المعاصرة؛ انتقد بعض الباحثين الغربيين ما تضمنه القانون المدني الفرنسي من وجوب الإنفاق على الزوجين بحسب قدراتهما، بأن الزوج الذي لا يعمل ويمكث بالبيت سواء كان رجلاً أم امرأة سوف يكون مستفيداً من أموال الزوج الآخر دون عمل. وهو نقض في الصميم لتجسيد المساواة في العلاقات الزوجية في الجوانب المالية. ثم يطرح الباحث إمكانية العدول عن مبدأ المساواة كمقسم الحقوق والواجبات الزوجية⁴؟

مما أوردناه، لا بد أن يلاحظ من يناهز بتقليد الغرب في مجال الأسرة، أن الحضارة الغربية في حركة مستمرة من البحث عن الذات، واتباعها يعني السير في تلك الدوامة بلا هدى .

¹TERRE,Francois, FENOUILLET, Dominique, Droit civil ,Paris, DALLOZ ,6^{ème} édit ,1996,p.355.

² Ibid,p.356

³ LUCAS, André,Code civile,Litec ,2006 ,p.118.

⁴ Pichar,Marc,op.cit ,pp 353-354.

الفرع الثاني: التوجه نحو إلزام الزوجة بالإنفاق في القوانين العربية

تصاعدت بعض المطالبات¹، كما اتجهت بعض القوانين العربية، نحو إقرار مشاركة الزوجة في الإنفاق، جاء في الفصل 23 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية: "على الزوج أن يعامل زوجته بالمعروف ويحسن عشرتها ويتجنب إلحاق الضرر بها وأن ينفق عليها وعلى أولاده على قدر حاله وحالها في عامة الشؤون المشمولة في حقيقة النفقة، والزوجة تساهم في الإنفاق إن كان لها مال، وعلى الزوجة أن ترعى زوجها باعتباره رئيس العائلة .."²، رغم أنها تبقي على أصل وجوب الإنفاق على الزوج، حيث جاء في الفصل 38 من ذات القانون "يجب على الزوج أن ينفق على زوجته المدخول بها وعلى مفارقتة مدة عدتها"، فنلاحظ من خلال المادة، أنها فرضت على الزوجة المساهمة في الإنفاق إذا كانت ذات مال، وذلك دون الإشارة إلى أن هذه المساهمة سببها إعسار الزوج. كما أن نفس القانون في الفصل 39 "لا يلزم الزوج بالنفقة إذا أعسر إلا أن الحاكم يتلوم له بشهرين، فإن عجز بعد إتمامهما عن الإنفاق طلقت عليه زوجته، وإذا كانت عالمة بعسره حين العقد فلا حق لها في طلب الطلاق"، وهو ما يطرح إشكالا في تطبيق مفهوم مساهمة الزوجة، فهل هي واجبة عليها سواء كان الزوج موسرا أم معسرا - أخذا عن القوانين الغربية - أم أن ذلك أمر تطوعي، وذلك لترتيب القانون التفريق للاعسار، المأخوذ من الشريعة الإسلامية؟

أما التشريع الصومالي، فقد جاء فيه "يساهم كل من الزوج والزوجة في تكاليف الحياة الزوجية بالنسبة لدخل كل منهما وفي حالة عدم قدرة أحدهما على المساهمة يلتزم الآخر بتحمل أعباء وتكاليف الحياة الزوجية"³، من خلال هذه المادة، نرى أن

¹ هبة المرمي، اقتراحات المنظمات النسائية لتعديل قانون الأحوال الشخصية أنظر:

www.khankaway.net/vb/showthread.php?16902

كاترين ميخائيل، المساواة الدستورية والقانونية الكاملة للمرأة مع الرجل، أنظر:

www.alhewar.org/débat/show.art.asp?ad20102924

² الأمر المؤرخ في 6 محرم 1376 (13 أوت 1956) يتعلق بإصدار مجلة الأحوال الشخصية الرائد الرسمي، عدد 66، الصادر في 17 أوت 1956، دار إسهامات في أدبيات المؤسسة 2010.

³ www.emary.edu/ifl/legal/somalia-html#text

المشرع الصومالي قد حذو القوانين الغربية في إشراك الزوجين في الإنفاق على الأسرة بنسبة دخل كل منهما¹، وفي حالة إعسار أحد الزوجين يصبح الإنفاق واجبا على الزوج الموسر، كما تنص المادة 43 من نفس القانون: " لكل من الزوجين الحق في طلب الفسخ في الحالات التالية: إذا أعسر الزوجان، وأصبح كلاهما غير قادر على القيام بالتزامه بالإنفاق، وفي هذه الحالة يصدر القاضي حكمه بعد مضي ستة أشهر من تاريخ طلب الفسخ"².

وإذا بحثنا عن الدافع نحو هذا التوجه - الإلزام القانوني للزوجة بالإسهام في نفقات بيت الزوجية - نجد مبررين: تطبيق مبدأ المساواة بين الزوجين في الحقوق والواجبات، استجابة لدعوات الأمم المتحدة، من خلال اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة³، مبرر التغيير الاجتماعي: أي عمل المرأة والذي يعد أمرا مستحدثا، وإذا نظرنا إلى القانون الفرنسي، فنجده يؤسس لذلك على أساس حرية التعاقد، إضافة إلى تطبيق مبدأ المساواة السابق ذكره⁴.

أولا / مبرر المساواة : لقد سال حبر كثير في الكلام عن مسألة المساواة بين الجنسين، وليس المقام مناسباً للمساجلة حول هذا الموضوع، لكننا نطرح تساؤلا هو: هل المساواة غاية في حد ذاتها، أم هي طريق لغاية العدالة ؟ ذلك أن الأنظمة القانونية المختلفة مجمعة على غاية العدالة. ومتباينة في الكيفيات المؤدية إليها، والشريعة الإسلامية إنما سعت إلى تحقيق العدالة في الحقوق والواجبات بين الزوجين عن طريق

¹الحمداني، رعد مقداد، مرجع سابق، ص127.

² المرجع نفسه .

³ مما جاء في الاتفاقية : " .. وإذ تدرك أن دور المرأة في الانجاب لا ينبغي أن يكون أساسا للتمييز، بل أن تنشئة الأطفال تتطلب بدلا من ذلك تقاسم المسؤولية بين الرجل والمرأة والمجتمع ككل، وإذ تدرك أن تحقيق المساواة الكاملة بين الرجل والمرأة يتطلب إحداث تغيير في الدور التقليدي للرجل وكذلك في دور المرأة في المجتمع والأسرة" انظر مقدمة اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة :

www.un.org/womenwatch/cedaw/text/03607937.pdf

يحياوي، أعمر، المساواة في الحقوق بين الرجل والمرأة في القانون الدولي والتشريع الجزائري، دار الأمل، تيزي وزو، الجزائر، 2010، ص24.

⁴ TERRE , Francois, Droit civil, op.cit, p356.

التوازن والتكامل وليس بالمساواة الحرفية التي تتبناها القوانين الغربية، ومن بينها الاتفاقية المذكورة¹، والتي تولد التنافس والتباين بين الزوجين.

ومن ذلك، أن إلزام الزوجة بالمشاركة في الأعباء المالية لبيت الزوجية، سوف يخل بالنظام المتوازن الذي جاءت به الشريعة الإسلامية، حيث أن الزوج ملزم شرعا بتقديم الصداق، ثم هو ملزم بنفقة زوجته وأبنائه، ويتعلق بهذا عنصر هام هو الميراث، فالمرأة عندما تتساوى مع الرجل في الدرجة والجهة تكون معه عسبة، تأخذ نصف نصيبه ﴿يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثَيَيْنِ﴾²؛ لأنها من جهة أخرى ليست عليها أعباء مالية في بداية الزواج (الصداق) ولا أثناء الحياة الزوجية (النفقة).

إن ما تفرضه اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، حيث نصت على ضمان الدول الأطراف " نفس الحقوق والمسؤوليات أثناء الزواج وبعد فسخه"³، نرى أنها بذلك تسعى إلى التدخل، في مجال يتسم بالكثير من الخصوصية الاجتماعية والثقافية بين الشعوب، فإذا نظرنا إلى الدول الغربية، نجد أن هناك تباينا واضحا في قوانينها للأسرة، وهذا بناء على الاختلاف الاجتماعي، التاريخي والطائفي⁴.

وهنا لا بد أن نوضح، أن السماح بانتقاد نظام قانوني وتصنيفه أو وصفه بتقدمي أو رجعي، يحترم إنسانية المرأة أو يهينها، هذا الأمر، يحتاج إلى قواعد دقيقة حتى يستقيم، ويتسنى قبوله من مختلف الشعوب، لأن بناء هذه الانتقادات على معيار وحيد هو المساواة الحرفية السطحية في الحقوق والواجبات، غير كاف؛ فإعفاء المرأة

¹ اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة.

² سورة النساء، آية 11 .

³ انظر: الفقرة ج من المادة 16 من اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، المرجع السابق.

⁴ يقول كاربونييه: "

" Toutes les sociétés d'aujourd'hui –le tier monde mis à l'écart-industrielles et consommatrice sont beau paraitre terriblement leurs droit ne sont pas unifiés, sur tous leurs droits de la famillele droit de la famille demeure le siège des particularismes nationauxCARBONNIER, Jean, ibid, p.135.

من واجب الإنفاق في الشريعة الإسلامية رغم عدم استجابته لمبدأ المساواة إلا أنه يصب في رواق التكريم والصيانة والرعاية، فالمرأة المسلمة بهذا الحكم قد نالت أكثر من المساواة .

فالمسألة أعقد من معيار المساواة الحسابية: فمن المبادئ التي يؤسس عليها النظام القانوني إلى الغايات التي يسعى لتحقيقها، إلى مجموع القوانين ومدى ترابطها في تحقيق غايات النظام القانوني، كلها عناصر أساسية في تقييم أي نظام قانوني .

ب/ مبرر التغيير الاجتماعي: (عمل المرأة) : ذهب البعض، إلى أن ممارسة المرأة لعمل مهني مأجور، يستوجب إلزامها قانوناً بالإنفاق¹، كما استندوا، إلى أن إلزام الشريعة الإسلامية للزوج وحده بالإنفاق، إنما كان مرجعه عدم شيوع ممارسة النساء لعمل مهني مأجور آنذاك² يقول أحدهم : " الواقع أن العدل والمنطق، يفرضان إلزام الزوج بالنفقة كمبدأ، ولكن دون إغفال الواقع الذي توجد فيه أوضاع تجعل الزوجة كذلك ملزمة بالمساهمة في نفقة البيت الزوجي، ويتعلق الأمر خاصة بحالات ممارستها لعمل مأجور....، صحيح أن في أغلب الحالات العملية تقوم الزوجة فعلياً بالإنفاق،... غير أن مع ذلك ينبغي أن يتدخل القانون بالنص الإلزامي"³ .

ودعموا هذا التوجه مبينين أن الزوجة العاملة تقتص جزءاً من وقتها المخصص للأسرة، فتحصل به على دخل، والمنطق والعدل يفرضان تعويض ذلك الانتقاص بالمساهمة في الإنفاق على الأسرة، من جهة، ومن جهة أخرى، فقد ظهر تقسيم

¹الحمداني، رعد مقداد، مرجع سابق، ص133.

²المرجع نفسه، ص134.

³الخمليشي أحمد، الأسرة بين التنظير والواقع، المجلة العربية للفقهاء والقضاء، تصدر عن الأمانة العامة لجامعة الدول العربية، مجلس وزراء العرب، العدد 18، نيسان 1997، ص81 وما بعدها، عن الحمداني، رعد مقداد، مرجع سابق، ص133.

جديد للأدوار بين الزوجين في المجتمع مؤسس على المساواة في الحقوق والواجبات¹، فكأن هذه المساهمة أصبحت سارية بالعرف، فلا مانع من تقنينها، بما أن العرف يعد أحد مصادر القانون².

ونجد أن هذا المبرر، ينطوي على طرح مشكلة أعمق هي: هل يجب أن تتبع التشريعات التغيرات الاجتماعية؟ وما هي التشريعات التي تبقى، والقوانين التي لا بد أن تزول؟ فالشريعة الإسلامية تتميز بكونها شريعة خالدة، وأن ثبات أحكامها المستمدة من الوحي هو جوهرها³، ومسألة وجوب الإنفاق على الزوج وحده، أمر قطعي ثابت بالكتاب والسنة والإجماع كما سبق ذكره، وهو ليس اجتهاد فقهي ظرفي يمكن تغييره باجتهاد آخر، لتغير الزمان أو المكان⁴. فقد كانت نساء كثيرات ذوات مال في تاريخنا، ولم نعلم قاضيا ألزم زوجة بالإنفاق بناء على غناها⁵.

إن القوانين الوضعية الحديثة في سيرورتها التشريعية، تكون حريصة على تحقيق المصلحة الحاضرة للمطالبين بإقرار تعديل أو إلغاء قوانين معينة... هذه المصلحة الآنية، والمطالب المستعجلة لفئة من الناس حتى ولو كانت أغلبية، أو استطاعت أن تحوز على الأغلبية الأصوات في المؤسسات التشريعية، سيكون لها

¹Hadjira Denouni, Hocine Ben cheikh, L'évolution des rapports entre époux en droit Algérien de la famille, Ed Dahleb, Alger, 1998. Cité par: مرجع سابق ص 265،

مسعودي رشيد، النظام المالي للزوجين في التشريع لجزائري، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2005، بدون ترقيم، الخاتمة، أنترنت :

<http://dSPACE.univ-tlemcen.dz/bitstream/112/2693/3/rachid.pdf>

² الحمداني، رعد مقداد، مرجع سابق، ص 135، وإذا نظرنا إلى العرف، فهناك الكثير من الأعراف التي يمكن تصنيفها بالفسادة، حيث تعود الأزواج أخذ رواتب زوجاتهم كاملة دون رضاهن، فهل من الصواب تقنين ذلك؟

³ كمال الدين إمام، محمد، الفقه الإسلامي، تاريخ العقل الفقهي، مصر، دار الجامعة الجديدة، 2004، ص 27.

⁴ منصور، محمد خالد، دلالة قاعدة " لا مسأغ للاجتهاد في مورد النص القطعي قطعي الثبوت والدلالة " عند الأصوليين، مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون، الجامعة الأردنية مجلد 27، عدد 2، نوفمبر 2000، شعبان 1421، 362-383، ص 370، فلوسي مسعود، الثابت والمتغير من أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، المعيار، دورية تصدرها كلية أصول الدين والشريعة والحضارة الإسلامية بجامعة الأمير عبد القادر، قسنطينة، الجزائر، العدد: 9، جمادى الأولى 1425/جويلية 2004، 435-460، ص 442-443.

⁵ الصابوني، عبد الرحمان، الإتجاهات الحديثة في قوانين الأحوال الشخصية العربية، مؤتمر الأسرة الأولى، الأسرة العربية في وجه التحديات والمتغيرات المعاصرة، دار ابن حزم، ط 2003، ص 118.

تأثير طال الزمن أو قصر على الأجيال اللاحقة. ومن المنطقي، أن آثار تلك التشريعات لن تكون متساوية في كل مناحي التشريع، السياسية، والاقتصادية والاجتماعية والأسرية .

إن التشريعات الأسرية لها خطورة خاصة في الأثر الاجتماعي الذي تحدثه، فهي تمس الفئة الأضعف: المرأة والطفل، من جهة، وتؤثر تأثيراً مباشراً في البناء الاجتماعي للمجتمع من جهة أخرى. لذلك، فإن تعديل قوانين الأسرة وإنشاء قواعد جديدة، لا بد أن يراعي فيما يقره من تعديلات، الانعكاسات الاجتماعية لهذا التعديل. ولن كان تجسيد تلك المراعاة لا يتسنى دائماً، لأنه نوع من الاستشراف، ذلك أن ظهور نتائج تلك التشريعات لا يكون إلا على المدى البعيد.

يقابل هذا، أن أغلب التشريعات الأسرية في الشريعة الإسلامية، قطعية ثابتة غير قابلة للتغيير مع تغير الأزمان، ومع وجود مجال واسع من الاختلافات الفقهية الفرعية. ج/ حرية التعاقد: فإذا قيل، أن للزوجين الحرية أثناء إبرام عقد الزواج، في وضع ما يشاءان من الشروط، انطلاقاً من مبدأ حرية التعاقد على غرار القوانين الغربية، وأن في الشريعة الإسلامية ما يقابله من حرية الزوجين في الاشتراط، فيناقش هذا القول، بأن الشروط المقترنة بالعقد أو الشروط الجعلية، مشروطة في الشريعة الإسلامية بعدم مخالفة مقتضى العقد، والتي يعد إيجاب النفقة على الزوج وحده من أهم المقتضيات الشرعية لعقد الزواج فإذا شرطت المرأة أو شرط الزوج إسقاط حقها في النفقة فيبطل الشرط ويصح العقد¹.

وهنا، يجب التساؤل: إذا كان الأصل في المعاملات المدنية المالية هو توسيع مجال الإرادة، بناء على مبدأ سلطان الإرادة². لكن، هل هناك تطابق بين مجال المعاملات المدنية المالية العادية والعلاقات المالية في إطار الأسرة ؟ .

بمعنى، أنه إذا كانت العلاقة الناشئة بين المتعاقدين في المعاملات المدنية مؤقتة، والباعث لها هو تحقيق أكبر قدر من الإشباع المادي الذي تحركه الأناية

¹ ابن قدامة، موفق الدين، مرجع سابق، ص 486/9 .

² TERRE, Francois, FENOUILLET, Dominique, opcit, p.356.

والمصلحة الفردية. فإن العلاقات الأسرية طبيعتها التآبد، وهي تبنى على المسامحة لا على المشاحة، وترمي إلى تحقيق مصلحة الأسرة والمجتمع معا وعلى المدى الأبعد، فكيف يتم إخضاعها إلى ذات المعايير.

الفرع الثالث: آثار إلزام الزوج وحده بالإنفاق على الأسرة والمجتمع

إن الغاية من إعفاء المرأة من الالتزام بالإنفاق؛ هو توفير الأمان الاقتصادي الذي يعد من أهم عناصر الاستقرار النفسي، مما يتيح لها القيام بدورها كأم وزوجة. وذلك دون أن تكون مرهقة نفسيا وجسديا بسبب التفكير في لقمة العيش لها أو لأولادها، فإذا أرادت التكسب فليكن باختيارها وليس بدافع الحاجة أو الواجب¹.

ومن جهة أخرى فإن المرأة عندما لا تجد مالا فإنها تتعرض للتكسب بعرضها، أو امتهان مهن تمس شرفها وهو ما حرص التشريع الإسلامي على الوقاية منه. وهنا تختلف نفقة الزوجة عن نفقة القرابة، فهي تجب دون اشتراط العجز أو يسار الزوج، بينما نفقة القرابة فيشترط فيها إفسار طالب النفقة ويسار من تجب عليه².

إن إلزام الزوجة بالمشاركة في نفقات الزوجية، يؤدي في نظرنا إلى دفعها إلى التكسب، لأن عدم امتلاكها مالا أو أجرا، وبالتالي عدم مشاركتها في نفقات البيت، يجعلها مقصرة بصورة ما، فتكون بذلك عالة على الزوج، فيختل التوازن النفسي داخل الأسرة، إذ تضطر إلى السعي للعمل، ولو كانت غير راغبة، إما حفاظا على أولادها، أو حماية لنفسها³.

¹ الحافظ، ثناء محمد إحسان، مرجع سابق، ص ص 219-222، عبيدي، طالب، مرجع سابق، ص 39.

² ابن قدامة، موفق الدين، المغني، تحقيق عبد الله بن عبد المحسن التركي، عبد الفتاح محمد الحلو، دار عالم

الكتب، الرياض، ج 11/ص 348، عبد الحميد، محمد محي الدين، مرجع سابق، ص ص 225-226.

³ أشارت دراسة قام بها معهد الاقتصاد الألماني والمعهد الاقتصادي والاجتماعي التابع لاتحادات نقابات العمال الألمانية سنة 1994، مفاده أن الأمهات في نحو 50 % من الشركات يضطرن إلى الغياب عن العمل لتربية أولادهن، أنظر: يحيوي، أعر، مرجع سابق، ص 264.

إن أساس العلاقة الزوجية هو المودة والرحمة وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ ﴿٦٠﴾¹ فالتشريعات الجيدة هي التي تقوي علاقة المودة وتقلل من النزاعات الزوجية، ولا ريب أن تحول الزوجين إلى شريكين ماليين يعد بؤرة من بؤر النزاعات التي وجب سدها، وذلك بجعل الإنفاق الأسري مسؤولية أحد الزوجين فقط، ولا يخفى أن الزوج هو الأكثر تأهيلاً لمتطلبات هذا الدور .

ويؤكد ذلك، أن المساواة بين الزوجين في الالتزام بالإنفاق، وإن كان دافعه التضامن بين الزوجين²، قد أدى إلى اختلاط الالتزامات المالية للزوجين، ونتج عن ذلك تنظيمات تشريعية مختلفة من أجل معالجة النزاعات المالية بين الزوجين؛ وهو بين الأسباب التي أدت إلى نشوء الأنظمة المالية الغربية المختلفة³. لذلك فالزام الزوج وحده بالإنفاق إضافة للغايات التشريعية السابقة، يعد آلية لتجسيد لمبدأ الوقاية خير من العلاج، فهو صمام أمان ضد النزاعات المالية بين الزوجين .

والأمر الذي لا بد من الإشارة إليه في الختام، هو أن بعض من كتب عن أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية من الغربيين، لم يشيروا عند كلامهم عن إلزام الزوج وحده بالإنفاق على الزوجة ولو كانت غنية⁴، إلى أن هذا تمييز للشريعة، وتكريم للمرأة، كما تعودوا الانتقاص من الأحكام الخاصة بالمرأة في الشريعة الإسلامية، بل ذكروا ذلك دون إنصاف.

ولا بد من التنويه أن التركيز على هذا العنصر -أي المساواة بين الزوجين في الإنفاق- الهدف من ورائه التنبيه إلى خطورة هذا التوجه، لمخالفته أساساً هما من

¹ سورة الروم آية 20.

²Pichar, Marc, op.cit, p 354.

³MALAUERIE, Philippe , op.cit, pp.16-15

⁴ Esposito JL , Women in muslim family law , Syracuse University presse ,U.S.A , 1982 ,p 28, Malaurie , op.cit, p11.

أساسيات أحكام الأسرة هو مراعاة خصوصية طبيعة المرأة، وبالتالي التأثير على تماسك الأسرة بفتح باب من أبواب النزاعات هو النزاعات المالية.

المطلب الثالث: أسباب وجوب نفقة الزوج

كما سبقت الإشارة إليه، فقد ذهب الفقهاء إلى أن سبب وجوب نفقة الزوجات هو الاحتباس¹، ذلك أن القاعدة العامة هي: كل من حبس لمصلحة غيره ومنفعته فنفته واجبة على من كان حبسه لمصلحته ومنفعته². وهو تطبيق قاعدة الخراج بالضمان³، أي أن كل كسب يجب أن يقابله عوض .

الفرع الأول: الاحتباس مفهومه وضوابطه

في بيان المقصود بالاحتباس هناك من عمم فقال بأنه "...الذي يمكن معه استيفاء أحكام الزواج"⁴. وهناك من ضبطه بالاستمتاع، فبين أنه تمكين الزوج من استيفاء حقوقه الزوجية والتمكن من الاستمتاع بها دون امتناع منها، والذي يتحقق بتمام التسليم حقيقة أو حكماً فتكون مستعدة للدخول والانتقال إليه⁵.

إن هذا المعنى يؤكد فلسفة التشريع القائمة على الحقوق المتبادلة في عقد الزواج، والتي تعد ترجمة للمصالح المتبادلة، وهذه الأخيرة لا تتحقق إلا باحترام كل من

¹ ابن نجيم، زين الدين إبراهيم، البحر الرائق، مرجع سابق، ص293/4، قال الكاساني: " وأما سبب وجوب هذه النفقة فقد اختلف العلماء فيه قال أصحابنا سبب وجوبها استحقاق الحبس الثابت بالنكاح للزوج عليها وقال الشافعي السبب هو الزوجية وهو كونها زوجة له ربما قالوا ملك النكاح للزوج عليها وربما قالوا القوامية، ولنا أن حقّ الحبس الثابت لها بسبب النكاح مؤثر في استحقاق النفقة لها عليها عليه فأما الملك فلا أثر له لأنه قول بعوض مرة وهو المهر فلا يقابل بعوض آخر، إذ العوض الواحد لا يقابل بعوضين ولا حجة في الآية لأن فيها إثبات القوامية بسبب النفقة لا إيجاب النفقة بسبب القوامية " الكاساني، علاء الدين، مرجع سابق، ص16/4.

² أبو زهرة، محمد، محاضرات في عقد الزواج وآثاره، دار الفكر العربي، القاهرة، ط د، 1974، ص296، عبيدي، يعقوب طالب، مرجع سابق، ص29.

³ سبق تخريجه، ص75.

⁴ أبو زهرة، محمد، محاضرات في عقد الزواج وآثاره، مرجع سابق، ص297.

⁵ عبيدي، يعقوب طالب، مرجع سابق، ص29.

الزوجين لواجباته، يؤيد ذلك قوله تعالى: ﴿ وَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْنَ بِالْمَعْرُوفِ ﴾¹. وهو تأكيد لتصنيف الالتزام بالإنفاق في الالتزامات التبادلية .

ولم يذكر قانون الأسرة الجزائري مصطلح الاحتباس على أهميته. وذلك رغم ذكره لمصطلح النشوز؛ ذلك أن الكلام عن النشوز يفضي إلى إقرار واجب الاحتباس مقابل للالتزام بالإنفاق.

الفرع الثاني : خدمة الزوجة لزوجها

أولا : خدمة الزوجة لزوجها في الفقه الإسلامي

لا يجوز أن يفهم من مما سبق أن وجوب النفقة هو مقابل خدمة المرأة للزوج فتكون كالأجيرة، يدل على ذلك قول جمهور الفقهاء بعدم وجوب خدمة المرأة لزوجها؛ بل ذهب الكثير منهم إلى جعل نفقة الخادم من مشتقات النفقة الواجبة على الزوج². لكن فريق آخر قال بلزوم خدمة المرأة لزوجها؛ لس مقابل الالتزام بالإنفاق، لكن تأسيسا على العرف.

الرأي الأول: وهم القائلون بعدم وجوب خدمة المرأة لزوجها مطلقا؛ ومنهم مالك والشافعي وأبو حنيفة وأهل الظاهر³. وقد أسسوا ما ذهبوا إليه على أن " عقد النكاح إنما اقتضى الاستمتاع وليس الاستخدام " ⁴ هذا من جهة، ومن ناحية ثانية، ناقشوا أن ما ورد من خدمة فاطمة -رضي الله عنها - لعلي كرم الله وجهه - وخدمة أسماء -

¹ سورة البقرة، آية 228.

² ابن نجيم، زين الدين إبراهيم، البحر الرائق، مرجع سابق، ص 310/4، محمد ابن رشد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دار الفكر، بيروت، لبنان، 2001، ص 44/2.

³ ابن قدامة، موفق الدين، مرجع سابق، ص 226/1، شمس الدين محمد بن عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير لأبي البركات سيدي أحمد الدردير، وبهامشه تقارير المحقق عليش شيخ السادة المالكية، خرج أحاديثها محمد عبد الله شاهين، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1996، ص 510/2، حاشية ابن عابدين، مرجع سابق، ج.3، ص 589-588، أحمد محمد علي داوود، الأحوال الشخصية، دار الثقافة، عمان الأردن، ط 2009، ص 392/1، المجالي، عبد الحميد، حكم خدمة المرأة لزوجها، دراسة فقهية مقارنة بقانون الأحوال الشخصية، دراسات الشريعة والقانون، تصدر عن عمادة البحث العلمي الجامعة الأردنية، عمان الأردن، المجلد 31، العدد 2، 2004، ص 267-285 .

⁴ ابن قدامة، موفق الدين، مرجع سابق، ص 226/10 .

رضي الله عنها - لزوجها الزبير - رضي الله عنه - هي من التطوع ومكارم الأخلاق بين الأزواج، من جهة أخرى¹. قال ابن حزم: "ولا يلزم المرأة أن تخدم زوجها في شيء أصلاً"² إلى أن قال: "ونحن لا نمنع ذلك إذا تطوعت به المرأة وإنما نتكلم عن سر الحق الذي تجب به الفتيا والقضاء بالإنزاه"³. وقال ابن نجيم: "جاء في أدب القاضي لو فرض ما يحتاج إليه من الدقيق والدهن واللحم والإدام، فقالت لا أعجن ولا أخبز ولا أعالج شيئاً من ذلك لا تجبر عليه وعلى الزوج أن يأتيها بمن يكفيها عمل ذلك"⁴. وبين أحدهم: "ومعنى أن تكون المرأة راعية في بيت زوجها لا يعني أن تقوم بجميع أنواع الخدمة في البيت وإنما المقصود هو الإشراف العام على شؤون البيت والخدمة، وأن ما تعارف عليه الناس من خدمة المرأة في البيت إنما هو (تبرع وإحسان منها إلى زوجها وحسن معاشرة وفعل معروف ولا يجب عليها شيء من ذلك)"⁵.

أما الرأي الثاني في المسألة فهم القائلون بوجوب خدمة الزوجة لزوجها⁶، واستندوا في ذلك على العرف استمداداً من قوله تعالى: ﴿ وَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْنَّ بِالْمَعْرُوفِ ﴾⁷، ولتعارض ذلك مع القوامة، فإذا لم تخدمه بل هو الذي خدمها فهي القوامة عليه، كما استدلوا: "المهر في مقابل البضع، وكل الزوجين يقضي وطره من صاحبه فإنما أوجب الله سبحانه نفقتها وكسوتها في مقابل استمتاعه بها وخدمتها"⁸. مضيفين بأن "العقود المطلقة إنما تنزل على العرف والعرف خدمة المرأة

¹ ابن قدامة، موفق الدين، مرجع سابق/10/226، عبيدي، يعقوب طالب، مرجع سابق، ص 62.

² ابن حزم، أبو محمد علي، مرجع سابق، ص 73/10.

³ ابن حزم، أبو محمد علي، مرجع سابق، ص 74/10.

⁴ ابن نجيم، زين الدين ابن إبراهيم، البحر الرائق، مرجع سابق، ص 310/4.

⁵ عزام، أحمد، مراعاة الجانب الشعوري عند المرأة في الكتاب والسنة، مجلة الجامعة الإسلامية غزة، المجلد 19، العدد 1، محرم 1432، يناير 2011، 199-243، ص 222.

⁶ الخرشبي، أبو عبد الله محمد، مرجع سابق، ص 4/187، عبيدي، يعقوب طالب، ص 72، القدومي، مروان، مرجع سابق، ص 126.

⁷ سورة البقرة، آية 228.

⁸ عبيدي، يعقوب طالب، مرجع سابق، ص 72.

....¹ "أتبعوا كل ذلك بإقرار النبي- صلى الله عليه وسلم- للصحابة إخدام أزواجهن مع علمه بالكارهة والراضية² .

كما أن هناك من المعاصرين من يرجح وجوبها على ذات الأساس وهو العرف³، لكن الإشكال يقع فيما لو تغيرت الأعراف، وأصبح العرف هو خدمة الأزواج لنسائهم أو على الأقل مشاركة نسائهم أعباء البيت، كما هو شائع في التقاليد الغربية، فهل يحتكم إلى هذا العرف على الأقل بالنسبة للمسلمين الجدد من الغربيين؟. ومما أوردناه من استدلالات نرجح الرأي القائل بعدم وجوب خدمة المرأة لزوجها، لكون أدلة المعارضين ظنية، فهي إما توسيع بلا دليل لمسألة القوامة أو مؤسسة على العرف؛ والأعراف خاضعة لتقلبات الزمان والمكان والعباد . ذلك أن ما هو شائع من أن الإسلام يكرس التقسيم التقليدي⁴ للوظائف داخل الأسرة حيث يعمل الزوج خارج المنزل والمرأة داخله - هذا التقسيم - ما هو إلا مغالطة كما بينت نصوص الفقه التي أوردناها . فلأمر راجع لتفاهم الزوجين بالمعروف والتراضي، فيكون مسألة خاصة بينهما . أما ما هو شائع في أغلب بلاد الإسلام من التقسيم التقليدي للأدوار بين الأزواج فنجد أغلب النساء لا يستنكرن هذا الوضع؛ لكن للمرأة الراضية لهذا الوضع لها أن تخرج منه بالاشتراط حتى لا تطبق عليها قاعدة المعروف عرفا كالمشروط شرطاً⁵.

ثانيا :خدمة المرأة لزوجها مقارنة بقانون الأسرة الجزائري

¹المرجع نفسه.

²عبيدي، يعقوب طالب، مرجع سابق، ص72.

³المرجع نفسه، ص73.

⁴ Pichar, Marc, op.cit , p 35.3

⁵ لكننا نسجل عدم رضا فئة لا يستهان بها من النساء عن تمادي الكثير من الأزواج في التخلي عن المسؤولية وإلقاء أغلب الأعباء الأسرية على الزوجة وقضاء الوقت في الترفية والخروج مع الأصدقاء، وكل ذلك باسم الدين . وهو منه براء.

نصت المادة 39 من قانون الأسرة الجزائري قبل التعديل أنه "يجب على الزوجة طاعة الزوج ومراعاته بصفته رئيس العائلة" وهو ما يمكن اعتباره تأسيسا لواجب الخدمة الزوجية . لكن تعديل 2005 ألقى المادة 39 وجمع حقوق وواجبات الزوجين بصفة متساوية في الصيغة الجديدة للمادة 36 حيث استعمل القانون لفظي التعاون والتشاور، ولم يميز بين واجبات الزوج وواجبات الزوجة¹. فلم يذكر الخدمة في الواجبات الزوجية. فالقانون المعدل في 2005 لم يبين ما هو الالتزام الذي تلتزم به الزوجة مقابل التزام الزوج بالإنفاق، وهو ما يظهر أنه تجسيد أولي لمبدأ المساواة بين الزوجين في الحقوق والواجبات. مع أنه بالنظر في العرف الجزائري؛ فالى غاية الثمانينات فقد كان السائد هو التقسيم التقليدي للوظائف بين الزوجين². ورغم تغير الأدوار بدخول المرأة ميدان العمل إلا أن نصيب الزوجة من الخدمة بقي تقريبا على حاله ولا يكاد يظهر أثر المساواة في الواجبات المنزلية بين الزوجين.

فإذا جئنا للمقارنة بين قانون الأسرة والفقهاء الإسلامي؛ نجد أن القانون الجزائري قد شابه الرأي القائل بعدم وجوب خدمة المرأة لزوجها . وذلك من خلال عدم النص على التزام الزوجة بالخدمة المنزلية قانونا . مما يخضع النزاع حول ذلك يفصل فيه بالرجوع الى الاتفاق أو العرف.

المطلب الرابع : شروط ووقت وجوب النفقة على الزوجة

لقد نظمت الشريعة الاسلامية الالتزام بالإنفاق تنظيما مفصلا، زاده فقهاء المذاهب تدقيقا وتفريعا، وذلك من أجل تجسيد الطبيعة التبادلية لهذا الواجب فلا الزوجة

¹ المادة 36 من القانون 84-11، المتضمن قانون الأسرة، المعدل والمتمم -مذكور سابقا.

²Boutefnouchet , Mostafa , La famille Algérienne évolution et caractéristiques récentes S.N.E.D, Alger, 2^{ème} édit ,1992, p217.

تبقى بلا نفقة وهي المتفرغة في بيت زوجها، والزوج يبذل المال لزوجة غائبة عن بيتها غير مؤدية لواجباتها.

الفرع الأول : شروط وجوب النفقة بين الفقه الاسلامي وقانون الاسرة

أولاً : أن يكون العقد صحيحاً، فالعقد الفاسد يجب فسخه، فلا تعتبر الزوجة محبوسة في ظل هذا العقد لحق الزوج، إذ أن التمكين لا يصح مع صفة الفساد فلا يتوجب ما يقابله¹. جاء في البحر الرائق: "ولا نفقة لها فيها - عدة النكاح الفاسد - لأن وجوبها باعتبار الملك الثابت بالنكاح وهو منتف هنا"² وما نص عليه ق.أ.ج في المادة 74 السابق ذكرها³، فللزوجة المطالبة قضائياً بالنفقة ما لم يصدر حكم قضائي يقضي بانحلال الزواج⁴.

ثانياً : أن تكون الزوجة مطيقة للوطء : والفقهاء حول هذا الشرط رأيان :

الرأي الأول: وهو قول الحنفية⁵ والمالكية⁶ والحنابلة⁷، وأظهر القولين للشافعي⁸، وذلك بناء على أن وجوب النفقة على الزوج؛ إنما تقرر كمقابل للتمكين من الاستمتاع، فإذا لم يتحقق الاستمتاع فلا نفقة للزوجة كما لو نشزت⁹.

الرأي الثاني : ذهب هذا الرأي إلى استحقاق الزوجة النفقة ولو كانت صغيرة، وبه قال الثوري، والظاهرية، وهو قول الشافعي، مستدلين بعموم قول النبي -صلى الله

¹ الدسوقي، ابن عرفة، مرجع سابق، ص 508/2، ابن حزم، أبو محمد، علي، مراتب الإجماع، مرجع سابق،

ص141.

² ابن نجيم، زين الدين إبراهيم، البحر الرائق، مرجع سابق، ص300.

³ بلحاج، العربي، أحكام الزوجية وأثارها، مرجع سابق، بن شويخ، رشيد، مرجع سابق، ص 145.

⁴ سعد، عبد العزيز، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 223.

⁵ ابن نجيم، زين الدين إبراهيم، البحر الرائق، مرجع سابق، ص 305/4.

⁶ الدسوقي، ابن عرفة، حاشية الدسوقي، مرجع سابق، ص 508/2، بلغة السالك، ص 418/1،

⁷ ابن قدامة، موفق الدين، مرجع سابق، ص 348/11، الكلوثاني، مرجع سابق، ص 92/1.

⁸ الشربيني، شمس الدين، مرجع سابق، ص 574/3.

⁹ ربيع، وليد خالد، مرجع سابق، ص 177.

عليه وسلّم - : ولهنّ عليكم رزقهنّ وكسوتهنّ بالمعروف" دون تفريق بين حالة وأخرى¹، أضف إلى أن تعذر الوطء في الصغيرة أمر خارج عن إرادتها فلا تسقط نفقتها كما لو مرضت².

وبالنظر في أقوال الفقهاء وأدلتهم، نرجح وجوب نفقة الزوجة الصغيرة³، وهو ما ذهب إليه بعض المعاصرين⁴. ذلك أن النصوص الشرعية السابقة سردها، إنما قصرت وجوب النفقة على وصف الزوجية دون تفصيل، فإذا تحقق هذا الوصف مع شرط الاحتباس، فلا يوجد مانع شرعي يمنع عنها النفقة، فهي لم تخل بالالتزام من جهتها، كما أن الزوج هو الذي اختار انتقالها إلى بيته؛ فكيف يحرمها من النفقة لصغر سنها أو لعدم إطاقتها الوطء.

ولم يذكر قانون الأسرة مسألة نفقة الصغيرة، لإلزامه بسنّ الزواج وهو 19 سنة⁵، لكن الفقرة الثانية من المادة 7 التي تنص "يكتسب القاصر أهلية التقاضي فيما يتعلق بآثار عقد الزواج من حقوق والتزامات"، وبما أن الالتزامات المالية هي من أهم الالتزامات الناشئة عن عقد الزواج، فيكون الزوجان القاصران أهلا للتقاضي مما يستلزم ثبوت الالتزامات المالية في حق الزوج ولو كانت الزوجة قاصرة، خصوصا وأن القانون لم يحدد سنا أدنى لزواج القصر⁶.

من ذلك، كان الأولى تخصيص هذا العنصر بمادة تقضي بوجوب نفقة الصغيرة حفظا لحقوقها، وتمكينها من المطالبة بحقوقها بصورة صريحة.

¹ ابن حزم، أبو محمد علي، المحلى، مرجع سابق، ص 88/10.

² ابن النجيم، البحر الرائق، مرجع سابق، ص 309/4.

³ جاء في البحر الرائق: "بلوغ الغلام بالاحتلام والإحبال والإنزال والآفتى يتم له ثمانية عشرة سنة والجارية بالحيض والاحتلام والحبل والآفتى يتم لها سبع عشرة سنة..." ص ص 153-154.

⁴ وليد خالد ربيع، مرجع سابق، ص 177.

⁵ المادة 7 مكرر، من القانون 84-11 المتضمن قانون الأسرة، المعدل والمتمم، وانظر: العربي، بلحاج، أحكام الزوجية وآثارها، مرجع سابق، ص 585.

⁶ بويزري، آث عيسى، دراسة نقدية لقانون الأسرة الجزائري جزء 2، انترنت

ثالثا : وهو تنفيذ محتوى عقد الزواج المتمثل بحل الاستمتاع، وذلك بتسليم الزوجة نفسها لزوجها تسليما تاما، وهو إما أن يكون تسليما فعليا، أو بإظهار استعدادها للدخول. يستوي في ذلك أن تدعو الزوجة أو وليها إلى الدخول؛ فالامتناع عن التسليم يسقط النفقة. أما إن امتنعت حتى تقبض المهر، أو رجاء أن يهين الزوج المسكن الشرعي، فلها النفقة، وهو ما عليه جمهور الفقهاء¹. وغاية الشرط تحقيق مقصد الشرع من النكاح، ذلك أنه لا يخفى أن الإبقاء على واجب الإنفاق مع الامتناع من جهة الزوجة، يجمع على الزوج ضررين: تخلف مقصد الزواج، وضرر ذهاب ماله². وهو يعد تطبيقا لمبدأ التوازن في الأعباء وتجسيذا لمعنى الالتزام التبادلي.

وهو ما أخذ به قانون الأسرة الجزائري في المادة 74 المذكورة³. فجاء موافقا للجمهور الفقهاء، مجسدا لمبدأ التوازن والتبادل في الحقوق والواجبات بين الزوجين. رابعا : ألا يفوت حق الزوج في احتباس الزوجة بغير مسوغ شرعي ولسبب ليس من جهته وهذا في حالة النشوز مثلا، قال بن منذر: "وأجمعوا على إسقاط النفقة على الزوج الناشز، وانفرد الحكم فقال لها النفقة"⁴. وسيأتي التفصيل في حكم النشوز في فرع مسقطات النفقة .

ومن الأمور التي لا بد من الإشارة إليها فيما يخص مصطلح الاحتباس، أن هذا المصطلح قد يوحي بظلال قد تكون سلبية في زمن يتهم الاسلام بقهر المرأة، لذا نقترح تغييره إلى مصطلح التفرغ لممارسة المسؤوليات العائلية مثلا .

الفرع الثاني : وقت ابتداء وجوب نفقة الزوجة

اختلف الفقهاء في وقت ابتداء وجوب النفقة الزوجية، وسبب الاختلاف السؤال هل النفقة مقابل الاستمتاع :

¹ ابن عابدين، مرجع سابق، ص644/2، الخرشى، أبو عبد الله محمد، مرجع سابق، 184/3، ابن قدامة، موفق الدين، مرجع سابق، ص348/11، الكلوذاني، مرجع سابق، ص92/1.

² وليد خالد ربيع، مرجع سابق، ص178.

³ سعد، عبد العزيز، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص223، العربي، بلحاج، أحكام الزوجية وآثارها، مرجع سابق، ص583، بن شويخ، رشيد، مرجع سابق، ص146.

⁴ ابن المنذر، مرجع سابق، ص109، العربي، بلحاج، أحكام الزوجية وآثارها، مرجع سابق، ص583.

1. ذهب الحنفية¹ والظاهرية² والشافعية³ في رأي مرجوح، إلى أن النفقة تجب بالعقد، إذا كانت المرأة صالحة للاستمتاع، ولم تمتنع بلا حق من الانتقال إلى بيت الزوج، بشرط عدم النشوز. ودليل هذا الفريق عموم الآيات والأحاديث التي تقدم ذكرها في حكم النفقة، حيث أن تلك النصوص قد أوجبت النفقة على الزوج مطلقاً دون تحديد بشرط تمكنه من الاستمتاع⁴.

2- واعترض على هذا الفريق، بأن هذه النصوص عامة خصصها فعل النبي - صلى الله عليه وسلم - حيث عقد على عائشة - رضي الله عنها - وهي بنت ست سنين ودخل بها بعد سنتين، ولم ينقل أنه أنفق عليها قبل الدخول، ولو كان حقاً لما منعها إياه، ولو وقع لنقل إلينا⁵.

وذهب المالكية إلى توقيت بداية الإنفاق من الدخول أو الدعوة إليه⁶، أما الشافعية والحنابلة فحددوا ذلك بصورة مختلفة معتمدين على ضابط أساسي هو ضابط: التسليم، وسند الجميع في ذلك هو أن الإنفاق يلتزم به الزوج مقابل الاستمتاع قياساً على البيع: فإذا سلم البائع المبيع وجب على المشتري تسليم الثمن من ناحية ثانية⁷. ونوقش بأن عدم نقل إنفاق النبي - صلى الله عليه وسلم - على عائشة قبل الدخول لا يعني عدم حصوله⁸، كما بنى هذا الرأي مذهبه على أن الإنفاق مقابل

¹ ابن عابدين، مرجع سابق، ص 644/2.

² ابن حزم، أبو محمد علي، المحلى، مرجع سابق، ص 88/10.

³ الشريبي، شمس الدين، مرجع سابق، ص 435/3.

⁴ ابن حزم، أبو محمد علي، لمحلى، مرجع سابق، ص 88/10.

⁵ الشريبي، شمس الدين، مرجع سابق، ص 435/3.

⁶ الدسوقي، ابن عرفة، مرجع سابق، ص 508/2، الخرشي، أبو عبد الله محمد، ص 183/4.

⁷ ابن قدامة، موفق الدين، مرجع سابق، ص 366/11.

⁸ ربيع، وليد خالد، مرجع سابق، ص 175.

الاستمتاع، ينقضه وجوب نفقة المريضة والحائض والنفساء والرتقاء¹، ونحوها من الأعدار التي تمنع الاستمتاع حقيقة أو حكماً، لكن ذلك لم يسقط النفقة عن الزوج².
الترجيح:

وبالنظر في الأدلة المستدل بها من الطرفين، نجد أن أدلة الفريق القائل بأن وقت وجوب النفقة هو العقد هو الأرجح³؛ لعموم الآيات الواردة في ذلك. لكن ذلك يخالف مبدأ التوازن في الأعباء. فبدراسة تطور عقد الزواج والالتزامات المالية الناشئة عنه، نجده يبتدئ بالالتزام بدفع الصداق قبل الدخول، فإذا كان الالتزام بالإنفاق واجب أيضاً على الزوج بالعقد وقبل الدخول، فإنه ينتج عن ذلك القول بأن: الزوج يتحمل عبئين ماليين هما: دفع الصداق، والإنفاق على الزوجة، وذلك دون أن ينال مقابل ذلك شيئاً. ويؤكد كذلك ما ذهب إليه الشافعية في الجديد، فقالوا بأن العقد يوجب المهر، وهو لا يوجب عوضين مختلفين الصداق والنفقة لجهالة النفقة، والعقد لا يوجب مالا مجهولاً⁴.

ويزيد ذلك تأكيداً، ما نعيشه في أيامنا من إطالة الفترة الفاصلة بين العقد والدخول لسنوات: تكون في غالب الأحيان من أجل إتمام الاستعداد المادي للزواج من مسكن وتكاليف العرس، فإذا انضاف إليها إلزامه بالإنفاق على الزوجة وهي لا تزال في بيت أبيها؛ فإننا نكون أمام نوع من اللاتوازن في الأعباء. لذلك فنرجح القول بأن الإنفاق إنما يجب من الدخول الحقيقي حتى لا نجمع على الزوج غرمين بلا غنم. وهو ما استقر عليه القضاء المصري: "عدم الزفاف دليل عدم الإنفاق" وذلك بناء على

¹الرتقاء: " التي انسَدَ فرجها يقال امرأة رتقاء بينة الرتق لا يستطاع جماعها لارتقاء ذلك الموضع منها " الشيرازي، أبو إسحاق إبراهيم، المذهب في فقه الإمام الشافعي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط 1، 1995، ص 148/3.

² الرملي، شمس الدين، نهاية المحتاج، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط 2003، ص 203/7.

³ ربيع، وليد خالد، مرجع سابق، ص 176.

⁴ الشرييني، شمس الدين، مرجع سابق، ص 3/ 435.

العرف¹. لكن في حالة تماطل الزوج عن الدخول لسنوات دون عذر، فإن للزوجة المطالبة بنفقتها في تلك الفترة رفعا للحرج وإزالة للضرر².

الفرع الثاني : في قانون الأسرة

أما قانون الأسرة الجزائري، فقد نصت المادة 74 من ق. أ. ج، على نفقة الزوجة بالدخول أو بدعوتها إليه ببيينة³. مما يتبين منه أن المطالبة بالنفقة تكون بشرط تحقق الدخول، فيبتدئ حسابها من ذلك التاريخ، ومن جهة ثانية فقد نصت المادة نفسها على شرط دعوة الزوجة الزوج إلى الدخول ببيينة. وبناء على ما سبق ذكره من استحقاق الزوجة غير المدخول بها للنفقة عند إطالة مدة الانتظار؛ فإنه على الزوجة إقامة البيينة بأنه قد دعت الزوج للدخول فتماطل؛ فإذا ثبت ذلك حكم لها بالنفقة للمدة الثابتة⁴. فيكون قانون الأسرة بذلك موافقا للرأي القائل بوجوب النفاق بالدخول من جهة، ومن جهة ثانية مجسدا لمبدأ التوازن في الأعباء.

المطلب الرابع : مشتملات النفقة وتقديرها بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة

إذا كانت المشتملات الأساسية للنفقة الطعام واللباس والسكنى هي محل اتفاق إلا أن الاختلاف طال بعض القضايا التي لم يرد بشأنها نص كنفقات العلاج مثلا، كما أن تقدير النفقة باعتباره من الأمور الاجتهادية نال قسطا كبيرا من الدراسة في ثنايا كتب الفقه الاسلامي .

الفرع الأول : مشتملات النفقة

أولا : الطعام والكسوة والسكنى

¹ 30/1500 طنطا (1930/07/13) ت س مش 277/13، أنظر قمحاوي، محمد حامد، عبد الله، السيد عمر، أحكام الأحوال الشخصية للمسلمين، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، مصر، 1986، ط د، ص350.

² سعد، عبد العزيز، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص222.

³ أنظر المادة 74 من القانون 84-11، المتضمن قانون الأسرة، المعدل والمتمم المذكور سابقا، وانظر العربي، بلحاج، أحكام الزوجية وآثارها، مرجع سابق، ص580.

⁴ سعد، عبد العزيز، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص224.

قال تعالى في وصف الجنة ﴿١١٧﴾ إِنَّ لَكَ أَلَّا تَجُوعَ فِيهَا وَلَا تَعْرَى ﴿١١٨﴾ وَأَنَّكَ لَا

تَظْمَأُ فِيهَا وَلَا تَصْحَى ﴿١١٩﴾¹، من خلال هذه الآية، والآيات السابقة في وجوب النفقة، وحتى من تعريف النفقة، وهي مابه قوام الآدمي، يتبين أن مشتملات النفقة هي ما يحتاجه الإنسان من طعام ولباس وسكنى، والتي من دونها لا تستقيم له حياة². أما السكن، فلا بد أن نشير أن الفقهاء قد فصلوا في شروط المسكن الذي يجب توفيره للزوجة جاء في كنز الدقائق: "والسكنى في بيت حال عن أهله وأهلها"³.

وإذا جئنا للمقارنة بقانون الأسرة نجد أن المادة 78 ق، أ، ج قد نصت على: "تشمل النفقة الغذاء والكسوة والعلاج والسكن أو أجرته، وما يعبر من الضروريات في العرف والعادة"، وهي المشتملات ذاتها التي ذكرها الفقهاء ما عدا ما ذكر في نفقات العلاج كما سيأتي بيانه⁴.

لكن العنصر الذي لا بد من التعليق عليه، هو استعمال لمصطلح الضروريات، ذلك أن الضروريات في الفقه الإسلامي: "تلك المصالح التي لا تستغني عنها الحياة البشرية ولا يقوم لها شأن بدونها أو اختلال حياتهم بشكل بليغ لا يطاق .. فإن الحاجيات تطلق على المصالح التي لا تبلغ مرتبة الضرورة لكن فقدهم لها ضيق وحرج ونكد"⁵، كما أن: "الضرورة حالة تستدعي إنقاذاً، أما الحاجة فهي حالة تستدعي تيسيراً وتسهيلاً، فهي مرتبة دون الضرورة؛ إذ يترتب على الضرورة ضرر عظيم في إحدى الكليات الخمس، ويترتب على الحاجة مشقة وحرج، لكنه دون الضرر المترتب على

¹ سورة طه، آية 115-116.

² ابن قدامة، موفق الدين، مرجع سابق، ص 348/11، الأمير، محمد بن محمد، الإكليل، مرجع سابق، ص 30/2.

من قرارات المحكمة العليا: يحق للمرأة المطلقة المطالبة بمصاريف النفاس باعتبارها من عناصر النفقة " قرار رقم 502268 بتاريخ 2009/06/10، مجلة المحكمة العليا، 2010، العدد 1، ص 219، سايس، جمال، مرجع سابق ص 1481.

³ ابن قدامة، موفق الدين، مرجع سابق، ص 348/11، الأمير، محمد بن محمد، الإكليل، مرجع سابق، ص 32/2، ابن نجيم، زين إبراهيم، البحر الرائق، مرجع سابق، ص 327/4.

⁴ سعد، عبد العزيز، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 227.

⁵ الريسوني، أحمد، مدخل إلى مقاصد الشريعة، دار الكلمة، مصر، ط 2010، ص 93.

الضرورة"¹، لذلك نقترح تعديل المادة 78 " تشمل النفقة الغذاء والكسوة والعلاج والسكن أو أجرته، وما يعبر من الحاجيات في العرف والعادة".

ثانيا : مسألة نفقات العلاج بين الفقه الإسلامي وقانون الاسرة الجزائري

أ/ في الفقه الإسلامي: من القضايا التي كانت ولا تزال محل خلاف بين الفقهاء، هل الطبيب يدخل في مشتملات النفقة، فمنهم من قال بأن مصاريف العلاج لا تدخل في النفقة شرعا، فالزوج خالي الذمة عن علاج زوجته، لأنها غير مذكورة في مشتملات النفقة شرعا². ومن المعاصرين، من يرى بأن نفقة التمريض تجب في حالة الأمراض العادية التي لا يكاد يخلو إنسان منها، أما العمليات الجراحية المكلفة؛ فهنا نفرق بين حالتين: إذا كان الزوج فقيرا وكانت غنية، فإن نفقات العلاج لا تجب عليه، أما لو كان موسرا وكانت فقيرة فتكون واجبة عليه³. كما أن هناك من أرجعها إلى العرف: يقول محمد جواد مغنية⁴: " وعلى أية حال، فإن الشرع لم يحدد النفقة، وإنما أوجبها على الزوج، وترك تقديرها إلى أهل العرف، وعلينا نحن . والحال هذه . أن نرجع إليهم، ولا نحكم بوجوب شيء على الزوج إلا بعد العلم بأنه من النفقة في نظرهم، وليس من شك أن أهل العرف يذمون الزوج القادر، ويستنكرون عليه إذا أهمل زوجته

¹ التهامي عبد الله، ضوابط الضرورة في الشريعة الإسلامية، ملتقى أهل الحديث، أنترنت

<http://www.ahlalhdeth.com/vb/showthread.php?t=254045>

يوم 2016/7/02، الساعة 9:03.

² " لأنّ المداواة لا تجب عليه أصلا " ابن نجيم، زين الدين إبراهيم، البحر الرائق، مرجع سابق، ص309/4، الكلواذاني، مرجع سابق، ص 92/1.

³ مغنية، محمد جواد، الفقه على المذاهب الخمسة، مؤسسة الصادق للطباعة والنشر، ط1، 2011، ص 393 .

⁴ محمد جواد مغنية عالم من علماء لبنان الشيعة ولد 1333 وتوفي سنة 1400، 1904-1979، له مؤلفات كثيرة في الفقه والفكر .

https://ar.wikipedia.org/wiki/%D9%85%D8%AD%D9%85%D8%AF_%D8%AC%D9%88%

يوم 2019/07/27، الساعة 13:15.

المحتاجة إلى العلاج، وتركها بدون تطبيب، تماماً كما يذمون الوالد إذا أهمل أولاده المرضى مع قدرته على شراء الدواء وأجرة الطبيب¹. ولقد تحول موضوع عدم دخول نفقات العلاج في مشتملات النفقة إلى أداة من أدوات الشبهات التي تتهم من خلالها الشريعة بالانتقاص من حقوق المرأة².

أما ما ذهب إليه الفقهاء المتقدمون، فهو اجتهاد لا يستند على دليل من الكتاب أو السنة، فنحن لسنا ملزمين بالأخذ به، والظاهر أن قولهم -رحمهم الله- قد كان مبنيًا على ظروف عصرهم، يقول الدكتور وهبة الزحيلي: "ويظهر لدي أن مداواة لم تكن في الماضي حاجة أساسية، فلا يحتاج الإنسان غالباً إلى العلاج، لأنه يلتزم قواعد الصحة والوقاية، فاجتهاد الفقهاء مبني على عرف قائم في عصرهم، أما الآن فقد أصبحت الحاجة إلى العلاج كالحاجة إلى الطعام والغذاء، بل أهم"³.

كما رجح البعض دخول نفقات العلاج في مشتملات النفقة الشرعية، مدعماً ما ذهب إليه بأن ما يصيب الزوجة عادة من الأمراض هو نتيجة أتعاب الحياة الزوجية، فالعامل البسيط يستحق من رب العمل كبير عناية إذا مرض⁴.

إن التوجيهات المسألة عارية عن الدقة، لأنه إذا سلمنا بأن وجوب نفقة الزوجات أصالة هو بسبب الاحتباس الذي يمنعها من التكسب الذي تنفق على نفسها ومنها علاج أمراضها، فإن نفقات العلاج تكون داخلة لا محالة في مشتملات النفقة

¹ مغنية، محمد جواد، مرجع سابق، ص 393.

² أنظر مثلاً: مقال للمحامي أحمد ماهر، جريمة الأثوثة.

<https://www.facebook.com/ahmed1maher1/posts/958508454233896?fref=nf&pnref=story>

يوم 23/01/2016، 12:27.

³ صقر، نبيل، مرجع سابق، ص 274.

⁴ عبيدي، يعقوب طالب، مرجع سابق، ص 108.

دون الحاجة إلا النص على ذلك، فلا حاجة هنا إلى القول بأن ما يصيب الزوجة عادة من الأمراض هو نتيجة أتعاب الحياة الزوجية.... إلخ مما سبق ذكره من المبررات . أو قياس مركز المرأة المتزوجة على العامل الأجير لما فيه من مهانة .

كما أن عدم ذكر نفقات العلاج في مشتملات النفقة، إنما يرجع إلى كون المرض من الأحوال الطارئة على الحياة، وليس موجودا أصالة في سيرورة الحياة الطبيعية للإنسان كحاجته للغذاء والملبس والسكنى .

أما الرأي القائل بأن نفقات العلاج تختلف بين حالة كون الزوجة غنية أو فقيرة، فإن صاحب هذا الرأي يخلط بين طبيعة النفقة الزوجية التي أساسها عقد الزواج فهي التزام تعاقدي، فتجب كما سبق بيانه مع غنى المرأة وفقرها، بين نفقة القرابة التي إنما تجب بشرط الحاجة والعجز عن الكسب¹. فما دامت الزوجة محبوسة عن الكسب لمنفعة زوجها، فوجب عليه إطعامها وكسوتها، وإسكانها؛ فهي أيضا محبوسة عن الكسب للحصول على نفقات العلاج، خصوصا وأن نفقات العلاج في زمننا قد أصبحت ذات بال .

أما نفقات العلاج الباهضة، فتأخذ حكم حال الزوج عسرا وغنى؛ فإذا كانت حالته تسمح بتغطية هذه النفقات دون إفقاره واستدانته فتلزمه، أما لو كانت حالته لا تمكنه من الوفاء بتلك النفقات الباهضة، فلا لوم عليه ولا يكلف الله نفسا إلا وسعها.

ب/ قانون الأسرة الجزائري

أما قانون الأسرة فقد خالف ما ذهب إليه رأي الفقهاء المتقدمين من عدم الالتزام بنفقات العلاج، وتبنى ما ذهب إليه الفقهاء المعاصرون وذلك في المادة 78.. ونفقات العلاج فلم يستثن نفقات العلاج من مشتملات النفقة إجمالا دون تفصيل، وكان الأولى التفصيل، خصوصا وأن الدولة الحديثة تتكفل بكثير من قطاعات الصحة، فمثلا إذا وضعت الزوجة، أو المطلقة حملها في عيادة خاصة، والعيادة العامة موجودة، فهل يلزم الزوج بدفع التكاليف إذا طالبت الزوجة قضاء، كما أننا قد نشهد منازعات حول عمليات التجميل في المستقبل؟.

¹ أنظر أنظر مبحث شروط نفقة الأقارب من الفصل الثالث..

أما العمل القضائي فقد أضاف مصاريف وضع الحمل كنفقة إضافية يلتزم بها الزوج في عدد من القضايا¹. وهو اجتهاد وجيه، ذلك أن الولادة فيها الكثير من النفقات تتوجب الالتزام بتغطيتها من الأب.

الفرع الثاني: تقدير النفقة

أولا : نفقة التمكين ونفقة التمليك

يقدم الفقه الإسلامي صورتين من صور استيفاء الزوجة لنفقتها هما، التمليك والتمكين، أما نفقة التمكين فهو الطريق الذي يتولى الزوج توفير النفقة بجميع أقسامها : ما تحتاجه من غذاء، واللائق من الملبس، والسكن الشرعي المناسب، فما دام الزوج غير مقصر في عنصر من عناصر النفقة، فليس للزوجة مطالبة قضاء بنفقة مفروضة².

أما الصنف الثاني من أصناف النفقة، فهي نفقة التمليك وهي التي تكون بفرض القاضى، وذلك عند مطالبة الزوجة بنفقتها عند امتناع الزوج أو تقصيره في توفير احتياجات الزوجة من المأكل والمسكن والملبس، وهو مقدار من المال لتحقيق كفايتها من المأكل والملبس يدفع كل أسبوع أو كل شهر، مع مراعاة الأحوال من حيث الغلاء والرخص³.

ولم يحدد قانون الأسرة الجزائري طريق استيفاء الزوجة لنفقتها فيبقى الأمر على العرف . وفيما نعلم أن العرف الجزائري على نفقة التمكين وليس التمليك.

ثانيا: أساس تقدير النفقة

أ/هل يعتبر في النفقة الكفاية أم التقدير ؟

¹ العربي بلحاج، أحكام الزوجية وآثارها، مرجع سابق، ص587. من قرارات المحكمة العليا : يحق للمرأة المطلقة المطالبة بمصاريف النفاس باعتبارها من عناصر النفقة "غ.أ.ش، المحكمة العليا، قرار رقم 502268 بتاريخ 2009/06/10، مجلة المحكمة العليا، 2010، العدد 1، ص219، سايس، جمال، مرجع سابق، ص 1481.

² ابن نجيم، زين الدين إبراهيم، البحر الرائق، مرجع سابق، ص294/4، عبيدي، يعقوب طالب، مرجع سابق، ص41.

³ ابن قدامة، موفق الدين، مرجع سابق، ص 353/11.

إذا فرض القاضي النفقة للزوجة، فإن الإشكال الذي يطرح هو على أي أساس يتم تقديرها، فالجمهور على أن النفقة تفرض على الكفاية وليس فيها تقدير ملزم¹. والرأي الثاني هو للشافعي في الجديد، والقاضي أبو يعلى من الحنابلة، فمفاده أن النفقة مقدرة بمقدار محدد، فقال القاضي أبو يعلى: "مقدارها رطلان من الخبز في كل يوم اعتبارا بالكفارات، وهذا المقدار لا يختلف في الكمية يسارا أو إعسارا، وإنما يختلف في الصفة والجودة، وسبب الاختلاف هو تردد قياس النفقة في هذا الباب على الإطعام في الكفارة أو على الكسوة ذلك أنهم اتفقوا على أن الكسوة غير محددة وأن الطعام محدود"².

وبينوا أنه لو فتح للنساء باب الكفاية على إطلاقه لكان ذلك مدعاة للتنازع³، يقول صاحب البدائع بعدما أورد قوله تعالى: "وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف" "مطلقا عن كل تقدير فمن قدر فقد خالف النص ولأنه أوجبها باسم الرزق ورزق الإنسان كفايته" ونرجح تقديرها على الكفاية، لأن مقصد الشرع من النفقة وهو تحقيق تفرغ الزوجة وعدم انشغالها بالسعي للكسب، فإذا لم تنل من الزوج إلا ما يسد حاجتها دون تحقيق الكفاية فهو مدعاة لعدم رضاها؛ وما ينتج عنه من تطلعها للاشتغال أو تقصيرها في واجباتها .

ب- هل يعتبر في تقدير النفقة حال الزوج أم حال الزوجة؟

اختلف الفقهاء في المعتبر في النفقة هل هو حال الزوج أم حال الزوجة :

أ- الرأي القائل أن المعتبر هو حال الزوج، وهو قول الشافعية وبعض الحنفية، فإن كان موسرا أنفق نفقة الموسر، وإن كان معسرا أنفق نفقة المعسر⁴ .

ب- المعتبر هو حال الزوجة، وقال به فريق آخر من الحنفية⁵ .

¹ ابن قدامة، موفق الدين، مرجع سابق، ص348/11، الدسوقي، ابن عرفة، حاشية الدسوقي، مرجع سابق، ص 509/2، الكاساني، علاء الدين، مرجع سابق، ص 23/4، الكلواذاني، مرجع سابق، ص 91/2.

² الكاساني، علاء الدين، مرجع سابق، ص 23/4، ابن رشد، محمد القرطبي، مرجع سابق، ص 64/2.

³ الماوردي، أبو الحسن بن حبيب، مرجع سابق، ص 424/11.

⁴ الكالبيولي، عبد الرحمان، مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط 1، 1998، ص 176/2، ابن نجيم، زين الدين إبراهيم، البحر الرائق، ص 297/4.

⁵ ابن نجيم، زين الدين إبراهيم، البحر الرائق، مرجع سابق، ص 297/4.

ت- المعتبر هو حالهما معا، وهو رأي جمهور الحنفية وظاهر قول المالكية والمنصوص عن الحنابلة¹، وجاء في مجمع الأنهر: "وفي المختلفين بينهما"². من خلال ما سبق من الاستدلالات الشرعية، نرجح الرأي القائل بأن المعتبر هو حال الزوج من جهة اليسر والعسر لأنه الذي ينفق، وللزامه بالإنفاق على أساس آخر فيه إرهاب له بما لا يطيق. لكن إذا كان التفاوت كبيرا بين حال الزوجة وحال الزوج؛ فتكون مراعاة حالهما معا رفعا للخرج على الزوج المتضرر سواء كان الرجل أم المرأة. وهو ما يتوافق مع مبدأ التوازن في الأعباء، لأن إلزام الزوج بالإنفاق حسب حال زوجته فيه إخلال بهذا المبدأ، فهو تكليف للزوج بما لا يطيق.

أما قانون الأسرة الجزائري، فقد نص المادة 79: "يراعي القاضي في تقدير النفقة حال الطرفين"³. فرغم موافقة هذا القانون لأحد المذاهب الفقهية؛ إلا أن هذا الاختيار مجاني لمبدأ التوازن في الأعباء كما سبق ذكره. حيث أن تطبيقه قد يؤدي إلى تكليف الزوج بما لا يطيق.

2- السلطة التقديرية للقاضي في تقدير النفقة

بما أن الشرع لم يقدر النفقة، فإن للقاضي سلطة تقديرية واسعة في تقدير النفقة المطالب بها من طرف الزوجة، وذلك عند الاختلاف بين الزوجين والتنازع، فيقتدر النفقة إذا كان الزوج معسرا ويوسعها إذا ثبت يساره، كما قد يتوسط، محتكما إلى العرف في كل ذلك⁴. ويمكن للزوجة المطالبة بزيادة مقدار النفقة تبعا لتغير

¹ ابن قدامة، موفق الدين، مرجع سابق، ص 348/11، ابن نجيم، زين الدين إبراهيم، البحر الرائق، مرجع سابق، ص 297/4، حيث جاء فيه: "واستدل في الهداية بحديث هند فإن اعتبر حالهما، وأما النص فنقول بموجبه أنه مخاطب بقدر وسعه والباقي في ذمته. وحاصله أنه جمع بين الآية الحديث واتفقا على وجوب نفقة الموسرين إذا كانا موسرين وعلى نفقة المعسرين إذا كانا معسرين، إنما الاختلاف فيما إذا كان أحدهما موسرا والآخر معسرا فعلى ظاهر الرواية الاعتبار لحال الرجل".

² الكالبيولي، عبد الرحمان، مرجع سابق، ص 176/2، وبه قال الكلواذاني من الحنابلة "كذلك إذا كان أحد الزوجين غنيا والآخر فقيرا ألزم وسط المؤونة" ص 91/2.

³ أنظر المادة 79 من القانون 84-11، المتضمن قانون الأسرة، المعدل والمتمم المذكور سابقا.

⁴ بركات، محمود محمد ناصر، السلطة التقديرية للقاضي في الفقه الإسلامي، دار النفائس، الأردن، 20 14، ط2، ص 386-387.

الأحوال من غلاء الأسعار وكبر الأطفال وزيادة متطلباتهم، وهو ما قرره قانون الأسرة الجزائري في المادة 79 المذكورة " يراعي القاضي في تقدير النفقة حال الطرفين وظروف المعاش ولا يراجع تقديره قبل مضي سنة من الحكم"¹، وأكدته القضاء من خلال الحكم بعدم جواز الطعن بحجية الأمر المقضي في النفقات².

المطلب الخامس : سقوط النفقة

ذكر الفقهاء عدة حالات لسقوط نفقة الزوجة، مأخوذة أساسا من شروط استحقاق الزوجة للنفقة (النكاح الصحيح والاحتباس)، أهمها النكاح الفاسد، ونشوز الزوجة . وهي تجسيد للطبيعة التبادلية لواجب الإنفاق، وللتوازن في الأعباء بين حقوق وواجبات الزوجين.

الفرع الأول: النكاح الفاسد

جمهور الفقهاء على أن الزوجة لا تستحق النفقة في النكاح الفاسد³، لفقدان شرط صحة العقد، فذهب الحنفية والظاهرية، إلى أنه لا نفقة لها مطلقا، سواء كانت حاملا أم غير حامل "لأن حق الحبس لا يثبت في النكاح في الفاسد"⁴. حيث لا يجوز احتباس المرأة فيه؛ فتسقط نفقتها⁵. أما مالك والشافعي، ففرقوا بين الحامل والحائل، أما الحامل، فإن النفقة تجب للحمل وليس لها، لأن الولد لاحق به كما لو حملت به في نكاح صحيح⁶.

¹ أنظر المادة 79 من القانون 84-11، المتضمن قانون الأسرة، المعدل والمتمم المذكور سابقا.

² غ.أ.ش، المحكمة العليا، قرار رقم 136604، بتاريخ 1996/04/23، المجلة، 1997، العدد 2، ص 89، سايس، جمال، مرجع سابق، ص 878.

³ " الفساد عند الفقهاء ما كان مشروعاً بأصله غير مشروع بوصفه " الجرجاني، علي بن محمد بن علي، مرجع سابق، ص، 153. وانظر في ذلك : ابن نجيم، زين الدين إبراهيم، البحر الرائق، مرجع سابق، ص 294/4.

⁴ ابن عابدين، حاشية ابن عابدين على البحر الرائق، ص 294/4، الكاساني، علاء الدين، مرجع سابق، ص 416، ابن حزم، أبو محمد علي، المحلى، مرجع سابق، ص 491/9.

⁵ شتوان، بلقاسم، نماذج من الزوجات المحرومات من النفقة، مجلة المعيار، تصدر عن كلية أصول الدين والشريعة الحضارة الإسلامية، بجامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، قسنطينة – الجزائر، العدد التاسع جمادى الأولى 1425/ جويلية 2004، 387-415، ص 386.

⁶ الشربيني، شمس الدين، مرجع سابق، 577/3، ابن قدامة، موفق الدين، مرجع سابق، ص 372/11.

الفرع الثاني: النشوز

أولاً: في الفقه الإسلامي

نشوز المرأة مأخوذ من النشز وهو المرتفع من الأرض، "الخارجة عن منزل زوجها المانعة نفسها منه"¹، أو هو "عصيان الزوجة لزوجها فيما عليها مما أوجبه النكاح"². وسقوط نفقة الناشز هو قول عامة أهل العلم³. جاء في بداية المجتهد: "أما الناشز فالجمهور أنها لا تجب لها نفقة، وشذّ قوم فقالوا تجب لها النفقة، وسبب الخلاف، معارضة العموم للمفهوم، وذلك أن عموم قوله - عليه الصلاة والسلام - : "ولهن رزقهن وكسوتهن بالمعروف" يقتضي أن الناشز وغير الناشز في ذلك سواء، والمفهوم من أن النفقة هي مقابلة الاستمتاع يوجب ألا نفقة للناشز"⁴.

وفيما يلي فصل في أدلة الجمهور :

1- من القرآن: قوله تعالى: "وَاللَّاتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ .. " إذا كان الله قد أذن للزوج في هجر زوجته في المضجع، لخوف نشوزها فحسب؛ كان مباحا ترك الإنفاق عليها"⁵.

2- واستنتجوا من ذلك أيضا أن الأمر بالهجر فيه منع للزوجة لحظها في صحبة الزوج، والصحبة أمر مشترك بين الزوجين، أما الإنفاق فهو حق حصري للزوجة " فإن كان النشوز يسقط الحق المشترك كان إسقاطه للحق الخالص أولى"⁶.

3- من السنة استدلوا بحديث النبي -صلى الله عليه وسلم- : إن لكم على نسائكم حقا ولنسائكم عليكم حقا لكم عليهن ألا يوطئن فرشكم أحدا تكرهونه،

¹ ابن نجيم، زين الدين إبراهيم، البحر الرائق، مرجع سابق، ص303/4.

² شتوان، بلقاسم، مرجع سابق، ص396.

³ الشربيني، شمس الدين، مرجع سابق، ص 572/3، ابن قدامة، موفق الدين، مرجع سابق، ص348/11.

⁴ ابن رشد، محمد القرطبي، مرجع سابق، ص 44/2. الأمير، محمد بن محمد، مرجع سابق، ص 332/2.

⁵ عبيدي، يعقوب طالب، مرجع سابق، ص 128.

⁶ السرخسي، شمس الدين، المبسوط، دار المعرفة، بيروت، ط د، ص186/5.

وعليهن ألا يأتين بفاحشة مبينة، فإن فعلن فإن الله تعالى قد أذن لكم أن تهجروهن في المضاجع وتضربوهن ضرباً غير مبرح فإن انتهين فلهن رزقهن وكسوتهن بالمعروف"¹.

أما الظاهرية، فشدوا بالقول بعدم سقوط نفقة الناشز، ودليلهم أن الأمر بالإنفاق على الزوجات لم يخصص بنوع معين من الزوجات مما يقتضي وجوب النفقة الزوجية على الأزواج مطلقاً². ونوقشت أدلة الظاهرية بأن الإجماع الذي نقل في المسألة يعد مخصصاً لعموم النصوص الواردة في وجوب النفقة³. ونقل الإجماع ابن المنذر⁴، كما نقله الاتفاق ابن حزم ذاته في مراتب الإجماع⁵.

والراجح هو مذهب الجمهور، وهو ما يتماشى ومقصد الإسلام من النكاح، ومضمون تشريع القوامة، فإذا نشزت فلا تستحق النفقة، وهو تأكيد لما ذكرناه من الطبيعة التبادلية لحق النفقة.

وصور النشوز كثيرة؛ منها ما صورته أن تمتنع عن الانتقال إلى بيت الزوجية، أو تغادره بعد الانتقال⁶، إلا إذا كان المنزل غير مستوفٍ للشروط الشرعية كعدم توفر المرافق الشرعية أو وجود من لا ترضى بالسكنى معه من أهله، أو وجود ضرة لها⁷، وبهذا جاء الاجتهاد القضائي⁸ " اشتراط الزوجة الأولى توفير سكن منفرد لها للرجوع؛

¹ سبق تخريج الحديث، ابن عربي، مرجع سابق، ص 186/1.

² ابن حزم، أبو محمد علي، مرجع سابق، ص 88/10.

³ حامد ربيع، وليد، مرجع سابق، ص 181.

⁴ ابن المنذر، مرجع سابق، ص 110.

⁵ ابن حزم، مراتب الإجماع، حسن أحمد أسبر، دار ابن حزم، ط 1، 1998، بيروت، لبنان، مرجع سابق، ص 141.

⁶ ابن نجيم، زين الدين إبراهيم، البحر الرائق، مرجع سابق، ص 303/4.

⁷ شتوان، بلقاسم، مرجع سابق، ص 397.

⁸ وردت عدة قرارات للمحكمة العليا حول المسكن الشرعي، منها " متى تبين في قضية الحال أن قضاة الموضوع قضوا بأن للطاعة الحق في المعاش المستقل عن أهل الزوج دون السكن المستقل فإنهم خالفوا القانون لأن للزوجة الحق شرعاً في السكن المستقل عن أهل الزوج " وفي قرار آخر " غير أن رفض الزوجة شغل المسكنين اللذين وضعهما الزوج تحت تصرفها تنفيذاً للحكم الذي أمرها بالعودة إلى منزل الزوجية له ما يبرره إذا كانا غير مطابقين لما اشترطه هذا الحكم . إن الحكم الصادر عندئذ بالتطليق يكون صحيحاً لعدم قيام الزوج بتنفيذ حكم العودة إلى منزل الزوجية " قرار رقم غير موجود، بتاريخ 1968/12/11، نشرة القضاة، العدد، 5، ص 25.

لا يشكل حالة نشوز¹، كما قرر أيضا²: " من المقرر شرعا أنه " يحق للزوجة أن تطلب سكنا منفردا عن أهل الزوج وذلك لقول خليل في مختصره في باب النفقة (ولها أن تمتنع أن تسكن مع أقاربه)"³.

وتعود نفقة الناشز إذا رجعت عن نشوزها، فإذا تم الرجوع وزوجها غائب؛ فإنه يلزم أن ترفع أمرها للقاضي فيحكم بطاقتها ثم يرسل إلى الزوج معلما إياه بالحكم فتعود نفقتها بتسلمه لحكم طاقتها⁴.

اختلف الفقهاء فيما إذا أخلت المرأة بالاحتباس من غير نشوز، ففي القديم كان يمثل لذلك بسفر المرأة في تجارة أو لقضاء حاجة فميز الفقهاء إذا كان السفر بإذن الزوج أو بغير إذنه، فمن قائل بوجوب النفقة لها⁵. وذهب فريق بعدم وجوبها حتى وإن كان السفر بإذن الزوج⁶.

ثانيا : النشوز في قانون الأسرة

نصت المادة 1/37 من القانون القديم (قانون 11/84 المؤرخ في 1984/06/09) : " يجب على الزوج نحو زوجته النفقة الشرعية حسب وسعه إلا إذا ثبت نشوزها "، لكن نجد تعديل 2005 خال عن أحكام نفقة الناشز، فيحتكم إلى المادة

¹ قرار 364855 بتاريخ، 2006/07/12، مجلة المحكمة العليا 2006، العدد2، ص 469، سايس، جمال، مرجع سابق، ص1367، وانظر أيضا قرار رقم 315374، بتاريخ 2004/09/22، نشرة القضاة، العدد، 2010، ص65، ص371، سايس، جمال، مرجع سابق، ص 1525.

² " اعتمادا للقواعد الشرعية التي تقر للزوجة الحق في المطالبة بإسكانها منفردة مستقلة عن أهله ولو لم تكن تحفظت بذلك الحق حين عقدة النكاح أو سبق لها أن سكنت مع أقارب بعلها ثم اشتكت الضرر بسبب جوارهم" رقم القرار غير موجود، بتاريخ 1971/03/03، نشرة القضاة، 1972، العدد2، ص35، سايس، جمال، مرجع سابق، ص88/1.

³ قرار رقم 159732، بتاريخ 1997/05/13، المجلة القضائية، 1997، العدد2، ص100، سايس، جمال، مرجع سابق، ص 885/2.

⁴ الكلواذاني، مرجع سابق، ص 94/2، بركات، محمد محمود ناصر، مرجع سابق، ص387.

⁵ الكلواذاني، مرجع سابق، ص 94/2.

⁶ الشرييني، شمس الدين، مرجع سابق، ص 575/3، الماوردى، أبو الحسن بن حبيب، مرجع سابق، ص 85/9.

222 التي ترجع إلى الشريعة الإسلامية¹، وهوما عمل به القضاء "و أن نفقة الإهمال لا تدفع للزوجة الناشز"². حيث يجب أن يثبت نشوز الزوجة بحكم قضائي³.

الفرع الثاني : الإبراء من النفقة

كما تسقط النفقة بالإبراء بشرط أن يكون عن قضاء أو تراض ثم مضت مدة بعد ذلك وإلا لا يصح الإبراء⁴. يقول صاحب البدائع: "لا يصح الإبراء لأن الإبراء إسقاط الواجب فيستدعي تقدم الوجوب والنفقة تجب شيئاً فشيئاً على حسب مرور الزمن فكان الإبراء إسقاط قبل الوجوب فلم يصح"⁵.

ولم يفصل قانون الأسرة كعادته في سقوط النفقة بالإبراء، رغم أهمية هذا العنصر ودقته. فهو يتضمن الإعفاء من الالتزام؛ فلا يحدث إخلال بمبدأ التوازن في الأعباء؛ لوقوعه برضا الزوجة صاحبة الحق في النفقة .

المطلب السادس: الأحوال الطارئة على التزام الزوج بالإنفاق وآثارها

إن حاجة الزوجة للإنفاق مستمرة لا تنقطع، لكن قيام الزوج بتلك المسؤولية قد تعثره أحوال من التخلف، سواء كان ذلك امتناعاً إرادياً مع قدرة أم كان إعساراً واقعاً خارج إرادة الزوج .

الفرع الأول : الامتناع عن النفقة

¹ العربي، بلحاج، أحكام الزوجية وآثارها، مرجع سابق، ص599،598.

² قرار رقم 103793 بتاريخ 19/04/1994، نشرة القضاة، 1997، العدد51، ص96، سايس، جمال، مرجع سابق، ص 856/2.

³ "يبقى التزام الزوج بالإنفاق على زوجته المقيمة عند أهلها قائماً مادامت لم يثبت نشوزها بحكم قضائي" غ.أ.ش، المحكمة العليا، قرار رقم بتاريخ 2008/11/12، مجلة المحكمة العليا، 2008، العدد2، ص317، سايس، جمال، مرجع سابق، ص 1465 /3.

⁴ ابن نجيم، زين الدين إبراهيم، البحر الرائق، مرجع سابق، ص 299/4.

⁵ الكاساني، علاء الدين، مرجع سابق، ص 16/4.

إذا امتنع الزوج عن الإففاق على زوجته، فهنا نفرق بين حالتين، إذا كان الزوج موسرا، ويختلف الحال هنا أيضا، فيما إذا كان له مال ظاهر معروف، واستطاعت الزوجة نيل كفايتها من ذلك المال دون إذنه، فيجوز لها ذلك، وهو رأي الجمهور استدلالا بحديث هند¹. فإذا لم يكن لها ذلك، ورفعت أمرها إلى القاضي ولم يكن عالما بإعساره، لم يحبسها من أول مرة، بل يلزمه بالنفقة ويهدده بالحبس، فإن كررت الزوجة دعواها مرتين أو ثلاث كان للقاضي الحكم بحبسها كما هو في الديون العادية، ومدة الحبس غير محددة فهي خاضعة لسلطة القاضي التقديرية، والضابط فيها هي ما يكفي من الوقت ليرجع عن امتناعه إن كان له مال، ضجرا من الحبس فيؤدي ما عليه من دين النفقة².

" ومن منع النفقة والكسوة وهو قادر عليها فسواء كان غائبا أم حاضرا فهي دين في ذمته يؤخذ منه أبدا ويقضى منه في حياته وبعد موته ومن رأس ماله يضرب به الغرماء لأنه حق لها فهو دين قبله"³.

كما يختلف حال المال المنفذ عليه قضاء إلى قسمين أو حالين :

الحال الأولى : أن يكون المال من جنس النفقة فإن القاضي له أن يقضي للزوجة بحقها في النفقة اتفاقا⁴.

الحال الثانية: وأما إذا كان المال من غير جنس النفقة كالعروض والعقار، فقد اختلف الفقهاء في شأن بيع هذا المال واستيفاء نفقة الزوجة منه، استمدادا من الخلاف المعروف في باب بيع مال المدين لأداء الدين، قال خليل: " .. وبيعت داره بعد ثبوت ملكه"⁵، وقال ابن قدامة أن حديث هند لم يفرق بين أنواع المال⁶. أما أبو حنيفة فقال

¹ الدسوقي، ابن عرفة، مرجع سابق، ص 518 / 2، ابن قدامة، موفق الدين، مرجع سابق، ص 360/11، ابن حزم، أبو محمد علي، المحلى، مرجع سابق، ص 92/10.

² بركات، محمد محمود ناصر، مرجع سابق، ص 386-387.

³ ابن حزم، أبو محمد علي، المحلى، مرجع سابق، ص 91/10.

⁴ ابن قدامة، موفق، مرجع سابق، ص 363/11.

⁵ الأمير، محمد بن محمد، مرجع سابق، ص 334/2.

⁶ ابن قدامة، موفق الدين، مرجع سابق، ص 363/11.

بأن الحاكم لا يملك أن يبيع شيئاً من مال الممتنع عن الإنفاق، وبني ذلك على عدم نفاذ بيع المال إلا بإذن وليه والقاضي لا ولاية له على الرشيد، وهو رأي مرجوح لأن الراجح هو جواز بيع مال المدين، إذا كان البيع هو الوسيلة الوحيدة لأداء الدين¹.

الإمتناع عن الإنفاق في قانون الأسرة الجزائري

أما قانون الأسرة الجزائري، فلم نجد نصاً يجيز التنفيذ في أموال الزوج من أجل استيفاء دين النفقة، ما عدا ما نصت عليه المادة 57 مكرر على جواز الفصل على سبيل الاستعجال في دعاوى النفقة. ويتابع الزوج جزائياً عند الامتناع عن النفقة: "من المقرر قانوناً أن يتحمل المسؤولية الجزائية كل من امتنع عمداً ولمدة تفوق شهرين عن تقديم المبالغ المالية المقررة قضاء لإعالة أسرته ويبقى الافتراض عن عدم الدفع العمدي ما لم يثبت العكس"².

الفرع الثاني: التفريق لعدم الإنفاق بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة

أولاً: في الفقه الإسلامي

سواء كان الزوج ممتنعاً عن الإنفاق أو كان معسراً "الشخص العاجز الذي لا يستطيع الوفاء لزوجته بما أوجبه الله لها من نفقة شرعية بأي وجه من الوجوه"³. فإن للزوجة حق طلب التفريق لعدم الإنفاق، قال خليل: "ولها الفسخ إن عجز عن نفقة حاضرة لا ماضية"⁴. لكن المالكية اشترطوا عدم علمها بفقره⁵. وعلى خلاف بين الفقهاء من جمهور⁶ وحنفية¹، تنافس الفريقان في تدعيم مذهبهم بالأدلة والأقيسة.

¹ ربيع، وليد خالد، مرجع سابق، ص 185.

² قرار 34791، بتاريخ 984/11/19، صقر، نبيل، قانون الأسرة نصاً وفقها وتطبيقاً، دار الهدى، عين امليلة الجزائر، 2006، ص 173.

³ الخرشى، أبو عبد الله محمد، مرجع سابق، ص 198/4.

⁴ الأمير، محمد بن محمد، مرجع سابق، ص 33/2.

⁵ ابن قدامة، موفق الدين، مرجع سابق، ص 366/11.

⁶ بن جزي، أبو القاسم محمد بن أحمد، القوانين الفقهية، ص 221، الخرشى، أبو عبد الله محمد مرجع سابق، ص 196/2، الشربيني، شمس الدين، ص 443/3، الصنعاني، محمود بن إسماعيل الأمير، مرجع سابق، 1170/3، الكلواذاني، مرجع سابق، ص 94/2.

فبينما استدل الجمهور بقوله تعالى: "فأمسكوهن بمعروف أو سرحوهن بمعروف ولا تمسكوهن ضرارا لتعتدوا"² للقول بجواز تطليق القاضي الزوجة على زوجها لعدم الإنفاق، استدل الحنفية بقوله تعالى: ﴿وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ﴾³، وقوله تعالى ﴿لِيُنْبِئَ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِ وَمَنْ قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنْبِئْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَّا آتَاهَا سَيَجْعَلُ اللَّهُ بَعْدَ عُسْرٍ يُسْرًا﴾⁴ لمنع التفريق القضائي لتخلف واجب الإنفاق⁵.

ومناط الخلاف هو الوصف الفقهي للالتزام بالإنفاق، فبينما كيفه الجمهور على أنه عوض عن التمكين، وأنه خال عن التبرع، مال الحنفية إلى القول بأنه إضافة إلى كونه جزاء الاحتباس، كما سبق بيانه، فإن فيه "ناحية صلة فهي -أي النفقة - جزاء فيه نوع الصلة أو هي صلة وجزاء معا"⁶.

ويتضمن رأي الحنفية ما سبق ذكره من الطبيعة غير المالية لعقد الزواج، وهو ما يميزه عن باقي العقود المدنية، لذلك فتخلف التزام مالي هو أحد آثار عقد الزواج؛ لا يجب أن يفضي إلى حل الرابطة الزوجية.

كما جاء في بداية المجتهد: "وسبب اختلافهم تشبيه الضرر الواقع من العنة لأن الجمهور على القول بالتطليق على العنين حتى لقد قال ابن المنذر إنه إجماع، وربما

1 ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، تحقيق عادل أحمد عبد الموجود، على محمد معوض، دار عالم الكتب، الرياض طبعة خاصة، 2003، ص306/6.

2 سورة البقرة، آية 231.

3 سورة البقرة، آية 279.

4 سورة الطلاق، آية 70، السرخسي، مرجع سابق، ص191/5.

5 جاء في البحر الرائق: "لأن لو فرّق بينهما لبطل حقه ولو لم يفرق بينهما لتأخر حقهما والأول أقوى في الضرر لأن النفقة تصير دينا بفرض القاضي فيستوفي في الثاني وفوت المال وهو تابع في النكاح فلا يلحق با هو المقصود وهو التوالد فلا يقاس العجز عن الإنفاق على العجز عن الجماع في المجبوب والعنين" ابن نجيم، البحر الرائق، مرجع سابق، ص312/4.

6 عبيدي، يعقوب طالب، مرجع سابق، ص91.

قالوا النفقة في مقابلة الاستمتاع بدليل أن الناشز لا نفقة لها عند الجمهور، فإن لم يجد النفقة سقط الاستمتاع فوجب الخيار¹. واستدلوا أيضا بالاستصحاب، وذلك بقولهم تثبت العصمة بالإجماع فلا تنحل إلا بالإجماع أو بدليل من كتاب الله أو سنة نبيه².

إن التفريق لعدم الإنفاق هو تطبيق لقاعدة: " لا ضرر ولا ضرار" وما يتفرع عنها كقاعدة الضرر يزال³، و (أي ضرر أشد من تركها بلا نفقة)⁴، كما أن من الفقهاء من شبهه بالتفريق للعنة والإيلاء⁵، لكننا نرى أنه بالرغم من أن الزوجة تتضرر من كل من العنة وعدم الإنفاق، لكن الاختلاف واضح بين الضررين؛ ذلك أن النفقة يمكن للزوجة الحصول عليها من غير الزوج سواء من مالها الخاص أو من وليها، أو الاستدانة على ذمة زوجها، لكن الإحصان لا يكون إلا بزوجها، فلا تستوي أوجه الضرر خلافا لمن قال بذلك .

وكرر على قول الحنفية بأن القرآن قد أمر بإنظار المعسر، قال صاحب الفروق: " أنا لم نلزمه النفقة مع العسرة وهو نظير الإلزام بالدين، وإنما أمرنا برفع ضرر يقدر عليه، وهو إطلاقها لمن ينفق عليها ... والإمساك على الجوع والعري ليس من المعروف، فيتعين التسريح بإحسان"⁶، وأكد البعض ذلك: "...فهو إخلال بموجب عقد الزواج، ووجوب الإنفاق نظير الاحتباس فكان عدلا أن يرفع الضرر عن الزوجة بإعطائها حريتها كاملة متى طلبت ذلك فإن قبلت البقاء فهي صاحبة الحق"⁷. فما زواج

¹ ابن رشد، محمد القرطبي، مرجع سابق، ص 42/2.

² المرجع نفسه.

³ ابن قدامة، موفق الدين، مرجع سابق، ص 362/11.

⁴ الصنعاني، محمد بن إسماعيل الأمير، مرجع سابق، ص 3 / 1170.

⁵ البغدادي، القاضي عبد الوهاب المالكي، مرجع سابق، ص 524/1.

⁶ شهاب الدين القرافي، الفروق، تحقيق د عبد الحميد الهنداوي، المكتبة العصرية صيدا، بيروت، ط1، 2002، "143، النووي، المجموع، المكتبة السلفية، المدينة المنورة، ص 18 / 269.

⁷ سيد عبد الله علي حسين، مرجع سابق، ص 252/1.

أغلب النساء للرجال إلا رجاء الدنيا كما نقل عن الإمام مالك، فأصبح ذلك المعروف كالمشروط في العقد¹.

إن سقوط النفقة للنشوز، يتناسب مع الطبيعة التبادلية للالتزام بالإنفاق، مما يبني عليه حق الزوجة في طلب التفريق عند العجز عن الإنفاق. رغم الفارق في حالة الإعسار التي تختلف عن الامتناع عن النفقة، لأن النشوز يقابله الامتناع عن النفقة. ذلك أن إرادة كل من الزوجين تدخل فيهما، لكن الإعسار لا تدخل فيه إرادة الزوجين. مع ذلك نرجح التفريق لعدم الإنفاق، ذلك أن المرأة نادرا ما تطلبه إلا إذا تضررت فعلا. أو كان الزوج سيئ العشرة فلا تجد ما يدفعها للصبر على فقره، كما قالت العرب "أحشفا وسوء كيلة"².

ثانيا : التفريق لعدم الإنفاق في قانون الأسرة الجزائري

أخذ قانون الأسرة الجزائري على غرار قوانين الأسرة العربية³ بهذا الاتجاه، حيث نصت الفقرة 1 من المادة 53 من قانون الأسرة: "يجوز للزوجة أن تطلب التطلاق لأسباب الآتية: 1- عدم الإنفاق بعد صدور الحكم بوجوبه لم تكن عالمة بإعساره وقت الزواج مع مراعاة المواد 78، 79، 80، 4". كما أن قانون الأسرة الجزائري قد اشترط عدم

¹ ابن قيم الجوزية، زاد المعاد في هدي خير العباد، ص 277/4.

² الحشفت من التمر: الردئ، حيث يجف ويصلب قبل نضجه فلا يكون له نوى، ابن منظور، مرجع سابق، ص 47/9. والمثل لمن يجمع بين صفتين مكروهتين .

³ الفصل 39 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية: " لا يلزم الزوج بالنفقة إذا أعسر إلا أن الحاكم يتلوم له بشهرين فإن عجز عن الإنفاق طلقت عليه زوجته".

⁴ بن ملح، الغوثي، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، مرجع سابق، ص 105. ويجب أن يصدر حكم قضائي بالامتناع عن النفقة "حيث أن القرار المنتقد لم يخالف المادة 1/53 من ق، أ وذلك لأن هذه المادة - لا تشترط اعتبار الزوج ممتنعا عن الإنفاق، إلا إذا توبع قضائيا وأدين من أجل ذلك، بل يمكن اعتبار الزوج ممتنعا عن الإنفاق عن زوجته متى أثبتت زوجته بكل الوسائل امتناعه الإنفاق بعد صدور الحكم بوجوبه الأمر الذي يجعل الوجه الثاني هو الآخر غير وجيه مما يتعين رفضه وتبعاً لذلك الطعن" غ.أ.ش، المحكمة العليا، قرار رقم 118475 بتاريخ 1995/05/02، نشرة القضاة، 199، العدد 49، ص 241، وانظر أيضا غ.أ.ش، المحكمة العليا، قرار رقم 335844 بتاريخ 2008/05/18، نشرة القضاة، سايس، جمال، مرجع سابق، ص 819/2، العدد 65، 2010، ص 315.

علم الزوجة بإعسار الزوج لكي تحصل على الطلاق من القاضي وذلك لأن علمها يتضمن موافقة على العيش الصعب¹، وهو أخذ برأي المالكية السابق الذكر. فقانون الأسرة الجزائري في هذه المسألة لم يخالف الشريعة الإسلامية ولم تخرج نصوصه عن مجمل الاتجاهات الفقهية. كما أنه كان مواكبا لما ساد في القوانين العربية لأحوال الشخصية من الأخذ بالتفريق لعدم الإنفاق.

ويعد التوجه الشائع بحل الرابطة الزوجية لعدم الإنفاق، رغم عدم مخالفته للشريعة الإسلامية؛ إلا أنه يتضمن تسهيل الطلاق، ومجارة لتيار أنصار المساواة. فبالنظر إلى غاية التماسك الأسري والتقليل من الطلاق؛ فإن رأي الحنفية هو الأكثر تحقيقا لتلك الغاية دون أن يشمل الممتنع عن الإنفاق إهمالا مع قدرة.

وفي ختام فصل الالتزامات المالية التبادلية، فقد كان بذل الجهد فيه في غربة الأحكام الفقهية الغزيرة، والاكتفاء بالأحكام الأساسية المتعلقة بإشكالية البحث. ومن جهة ثانية فأمام غزارة تلك الأحكام فإنه عند المقارنة مع قانون الأسرة الجزائري لا نجد ما يقابل الكثير من التفريعات الفقهية في القانون. ذلك لكون قانون الأسرة الجزائري اتسم بالاقتراب كما سبق بيانه. رغم أن الإحالة إلى الشريعة الإسلامية في 222 لا يحل المشكل فلا بد للنص على تلك التفريعات قانونا قطعاً للنزاع.

وما خلصنا إليه من المقارنة، هو عدم خروج نصوص ق.أ.ج عن الفقه الإسلامي سواء في أحكام الصداق أم الإنفاق. رغم أننا أشرنا إلى التوجه نحو تطبيق مبدأ المساواة من خلال تعديل 2005. لذلك، فوضعا للبحث في سياقه المعاصر، فقد بحثنا مبدأ المساواة وتأثيره على كل من الصداق وواجب الإنفاق.

¹ سعد، عبد العزيز، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 232.

الفصل الثاني : الالتزامات المالية التعويضية

كما سبق البيان، فإن تبويب البحث وتقسيمه و تصنيف الالتزامات المالية في الأحوال الشخصية، قد أفضى إلى طرح تقسيم ثلاثي للالتزامات، فبعد الالتزامات التبادلية تأتي الالتزامات التعويضية وهي موضوع الفصل الثاني من الرسالة . وجاءت تسمية هذا الصنف من الالتزامات تعويضية من خلال تحليل طبيعة تلك الالتزامات و الأحكام المتعلقة بها، حيث نجدها تصب في تحقيق غاية جبر الضرر الواقع على الزوجة أو على الزوج فكان الفصل متضمنا ثلاثة مباحث: الالتزام ببذل الخلع، الالتزام بدفع متعة المطلقة، الالتزام المستحدث: التعويض عن الطلاق التعسفي، ندرس كل عنصر بعد عرضه في الفقه الإسلامي و نقارن بينه وبين قانون الأسرة الجزائري و تطبيقاته القضائية.

المبحث الأول: الالتزام ببذل الخلع

إضافة إلى نظام الطلاق الذي يملكه الزوج، أقر التشريع الإسلامي نظاماً أخرى لحل الرابطة الزوجية، هي التفريق القضائي من جهة، والخلع¹ من ناحية ثانية. فالخلع وهو "عقد معاوضة على البضع تملك به المرأة نفسها ويمك الزوج العوض"². وهو يشكل فسحة للزوجة إن هي رغبت عن الاستمرار في الحياة الزوجية وزوجها فيها راغب. هذا الترتيب موضوعه مال تدفعه الزوجة إلى الزوج فيطلقها طليقة بائنة. إن التزام الزوجة ببذل المال هو التزام من نوع خاص ذلك أن الزوجة تحصل على الطلاق مقابل دفع المال. ولقد صنفنا الخلع في الالتزامات التعويضية نظراً للمضمون التعويضي الذي يحمله بذل المرأة للمال؛ فهو إرجاع للصدّاق من جهة، وتطبيب خاطر زوج لا يريد فراق زوجته من جهة أخرى³.

المطلب الأول: الطبيعة الفقهية للخلع

يعالج هذا المطلب الطبيعة الفقهية للخلع، وذلك من خلال فرعين، فرع في مشروعية الخلع وفرع في التكيف الفقهي والقانوني للخلع، وذلك حتى يتسنى ضبط أحكام البذل بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة.

الفرع الأول: مشروعية الخلع

¹ الخلع هو استعارة من خلع اللباس؛ لأن كل واحد منهما لباس للآخر، فإن فعلاً ذلك فكأن كل واحد نزع لباسه عنه. أنظر: موسى، حسين، الصعيدي، عبد الفتاح، الإفصاح في فقه اللغة، دار الفكر العربي، ط 2، د.ت، ص 1 / 342.

² ابن عرفة، مرجع سابق، ص 275، وعرف أيضاً "حل العقدة الزوجية بلفظ الخلع وما في معناه مقابل عوض تلتزم به المرأة" عبد الحميد، محي الدين، مرجع سابق، ص 328. أما الفرق بين الخلع والطلاق على مال، فيشترك كل من الخلع والطلاق على مال في اشتراط وموافقة والزوجة، ووقوع الطلاق البائن، من جهة، ولزوم العوض في ذمة المختلعة من جهة أخرى. بينما يفترق الطلاق على مال، من ناحية بطلان العوض، حيث يؤدي بطلانه في الخلع إلى وقوع الطلاق البائن، أما بطلانه في الطلاق على مال فإنه يؤول به إلى الطلاق الرجعي، عبد الحميد، محي الدين، مرجع سابق، ص .

³ الزحيلي، محمد، التعويض المالي عن الطلاق، دار المكتبي، دمشق، سوريا، ط 1، 1998، ص 26، الشاعر، ناصر الدين محمد، حكم زيادة بدل الخلع عن المهر، مجلة دراسات، علوم الشريعة والقانون، الجامعة الأردنية، المجلد، العدد 570، 2010، 2-575، ص 570.

أما مشروعية الخلع فهي مؤسسة على قوله تعالى: ﴿ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يَفِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا ابْتَدَتْ بِهِ تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَأَؤْتِيكُمْ بِهِمْ أَلَّا يَفِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا ابْتَدَتْ بِهِ تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا ۗ وَالَّذِينَ يَتَّبِعُوا هَذِهِ السُّبُلَ يَكُونُوا كَالَّذِينَ هَرَسُوا خِطْمًا أَفْجًا يَتَرَدَّدُونَ وَلَنْ يَسْمَعُوا لَكُمْ حَتَّىٰ تَقُولُوا لَهُمْ حَقَّ حَقِّهِمْ لِصِدْقَتِهِمْ ۗ إِنَّ اللَّهَ عَلِيمٌ خَبِيرٌ ۗ ﴾¹ والآية خطاب للأزواج، تتضمن نهيهم أن يأخذوا من أزواجهم شيئاً على وجه المضارة،² ويقول الرازي: "اعلم أنه تعالى كما منع الرجل أن يأخذ من امرأته شيئاً عند الطلاق استثنى مسألة الخلع"³. والآية تضمنت جواز الخلع إذا خاف الزوجان أن لا يقيما حدود الله، فكان الخلع وسيلة إلى تمكينهما من إقامة حدود الله، أي حقوق وواجبات الزوجية⁴.

أما من السنة، فعن ابن عباس أن امرأة ثابت بن قيس أتت النبي صلى الله عليه وسلم فقالت: يا رسول الله، ثابت بن قيس ما أعتب عليه في خلق ولا دين، ولكن أكره الكفر في الإسلام، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "أتردين عليه حديقته"، قالت: نعم، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "أقبل الحديقة وطلقها تطليقة"⁵.

و الخلع مجمع على مشروعيته⁶.

الفرع الثاني: التكيف الفقهي والقانوني للخلع

¹ سورة البقرة، آية 229.

² القرطبي، أبو عبد الله محمد، الجامع لأحكام القرآن، دار الكتاب العربي، بيروت، ط.د، د.ت، ص 136/3.

³ الرازي، أبو بكر، التفسير الكبير ومفاتيح الغيب، دار الفكر، ط 3، 1985، ص 107/5.

⁴ ابن قيم الجوزية، شمس الدين، إعلام الموقعين، مرجع سابق، 4/ ص 112.

⁵ أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الطلاق، باب الخلع وكيف الطلاق فيه، رقم الحديث 5275، صحيح البخاري، ص 394.

⁶ قال ابن حجر: "و أجمع العلماء على مشروعيته إلا بكر بن عبد الله المزني التابعي المشهور، فإنه قال: لا يحل للرجل أن يأخذ من امرأته في مقابل فراقها شيئاً؛ لقوله تعالى: ﴿فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا﴾ فأوردوا عليه: ﴿فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يَفِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا ابْتَدَتْ بِهِ﴾، فادعى نسخها بآية النساء)، أنظر: ابن حجر العسقلاني، أحمد، فتح الباري بشرح صحيح البخاري، رقم كتبه وأبوابه وأحاديثه عبد الباقي (محمد) وأخرجه الخطيب محب الدين، ج9، د.ط، بيروت، دار المعرفة، د.ت، ص 395، القرطبي، أبو عبد الله محمد، المرجع نفسه، ص 140. ابن المنذر، مرجع سابق، ص 117، أما ابن حزم فقد ذهب إلى عدم انعقاد الإجماع على الخلع، ذكرا مجمل الاختلافات، أنظر: مراتب الإجماع، بعناية حسن إسبر، دار ابن حزم، بيروت، ط1، 1998، ص 130.

⁶ القرطبي، أبو عبد الله محمد، المرجع نفسه، ص 140.

كيف الفقهاء الخلع تكييفين مختلفين لكل منهما نتائج متباينة، فمنهم من صنفه في فئة العقود¹، ومنهم من عده يمينا. وهو عند الحنفية يمين في من جانب الزوج، عقد معاوضة من جهة الزوجة فيكون الخلع من جهة الزوجة عقد، لأنها إنما تبذل المال مقابل الحصول على عصمتها، فيكيف الخلع على أنه عقد معاوضة². وإذا كان معاوضة فتلزمه أحكام المعاوضات، منها: أنها لا تلزم بمجرد الإيجاب بل بصدور القبول من العاقد الثاني، كما يشترط فيها تحقق رضا العاقد وعلمه بمدلول العقد الذي يعقده، إضافة إلى جواز اشتراط الخيار وعدم جواز تعليقها على الشروط، وإضافة إلى زمن مستقبل³.

ومن آثار كون الخلع عقداً أن الزوجة إذا ابتدأت بطلب الخلع، فلها الرجوع في الإيجاب إذا لم يتصل بقبول الزوج، أو عند قيامها أو قيامه من المجلس، فإن قبل بعد رجوعها أو قيامها بطل الخلع⁴. "وصح الخيار لها ولو أكثر من ثلاثة أيام بأن قال خالعتك على كذا على أنك بالخيار ثلاثة أيام، فقبلت جاز الشرط عند أبي حنيفة، حتى لو اختارت في المدة وقع الطلاق ووجب المال، لو ردت لا يقع، ولا يجب وعندهما شرط الخيار باطل والطلاق واقع والمال لازم"⁵.

كما يكون الخلع يمين من جهة الزوج، بناء على أن هذا الأخير قد علق فراقها على آدائها المال له والتعليق يمين⁶. فإذا كان كذلك، فإن اليمين ملزمة لمن صدرت

¹ "الخلع هو الافتداء، إذا كرهت المرأة زوجها وخافت ألا توفيه حقه، أو خافت أن يبغضها فلا يوفيهما حقه فلها أن تفتدي منه، ويطلقها إن رضي هو، وإلا لم يجبر هو ولا أجبرت هي، إنما يجوز بتراضيهما" ابن حزم، أبو محمد، مرجع سابق، ص 235، وأنظر في تفصيل ذلك: المحاميد، شويش هزاع، عزام، حمد فخري، رضا الزوج في المخالعة، مؤتة للبحوث والدراسات، تصدر عن جامعة مؤتة، الأردن، المجلد التاسع عشر، العدد الرابع، 2004، ص 215-249، ص 222.

² عبد الحميد، محي الدين، مرجع سابق، ص 330.

³ المرجع نفسه.

⁴ عبد الحميد، محي الدين، مرجع سابق، ص 332، "لأن عقود المعاوضة ما لم تتم بالإيجاب والقبول في المجلس فلن أوجبها الحق في العدول عنها وليس لها أن تعلق الخلع على شرط ولا أن تضيفه إلى زمان مستقبل لأن التمليكات لا تقبل التعليق ولا الإضافة" المرجع نفسه.

⁵ طهماز، عبد الحميد محمود، مرجع سابق، ص 228/2.

⁶ المرجع نفسه، ص 330/2.

منه بمجرد صدورهما، دون اشتراط الرضا، مع عدم جواز الخيار من جهة، وجواز التعليق على الشروط والإضافة إلى الزمان المستقبل¹.

الفرع الثالث: طرفا الخلع

أولاً : شروط المختلعة

يشترط الفقهاء في المختلعة أهلية التبرع، وسبب اشتراط أهلية التبرع، أن المختلعة تبذل المال للحصول على فك العصمة والتي ليست شيئاً مادياً، فكأنها أصبحت متبرعة بالمال، فلزم اشتراط تحقق صفة التبرع². ويقصد بأهلية التبرع إضافة، إلى شروط الأهلية : البلوغ والعقل، ألا تكون محجوراً عليها بسفه ولا مريضة مرض الموت . ويفصل الحنفية في خلع المريضة مرض الموت: "مريضة اختلعت من زوجها بمهرها ثم ماتت، ينظر إلى ثلاثة أشياء :إلى ميراثه منها ،إلى بدل الخلع، وإلى ثلث مالها، فيجب أقلها لا الزيادة"³.

أما المحجور عليها ؛ إذا كانت تريد الخلع فإن وليها هو الذي يباشره من الناحية المالية، فإن منعها من التصرف في مالها لا يعني منعها من التصرف في مصير حياتها الزوجية.

ولم يذكر قانون الأسرة هذا الشرط رغم أهميته في حماية أموال المرأة المختلعة، لذا نقترح إضافة مادة تؤكد هذا العنصر.

ثانياً: إرادة الزوج ودورها في الخلع

إن تأكيد الطبيعة التعاقدية للخلع عند جمهور الفقهاء ؛ ينبني عنه ضرورة توفر رضا الزوج إذا طلبت الزوجة الخلع .لكن فريق آخر من الفقهاء وعلى رأسهم الإمام

¹ عبد الحميد، محي الدين، مرجع سابق، ص.330

² ابن نجيم، مرجع سابق، ص 4/126، محي الدين عبد الحميد، مرجع سابق، ص 340.

³ ابن نجيم، زين الدين إبراهيم، مرجع سابق، ص 4/126.

الشوكاني وفي رأي لابن تيمية¹، وابن رشد²، ذهب إلى وجوب إجابة الزوج طلب المرأة إلى الخلع³. فقال الشوكاني : "إنه يجب على الزوج الإجابة لطلب زوجته؛ لأنه ليس من صارف يصرف أمره صلى الله عليه وسلم عن الوجوب الذي هو حقيقة الأمر ما لم تكن قرينة تصرفه عنها"⁴. وقد اختلف كلام الإمام ابن تيمية في ذلك⁵. ونورد قول أبو زهرة : أن "الطلاق بيد الرجل يوقعه إذا أحس بالنفرة من العشرة الزوجية مع من ارتبط بها، وقد تكون المرأة لا تحس بهذا الإحساس، والرجل مستمسك بها أشد الاستمساك، فشرع الله الخلع لتفتدي نفسها، بأن تعطي زوجها ما قدم في سبيل ذلك الزواج من مال .."⁶. كما أن من الباحثين المعاصرين من أثبت بعد إعادة دراسة الأدلة الواردة في الخلع، رجحان الرأي القائل بحكم القاضي بحل الرابطة الزوجية خلعا ولو دون موافقة الزوج⁷. حيث يقول الغندور: "ولني أرى وجهة رأي أهل الظاهر لأنهم يجعلون الخلع في حال ما إذا كرهت الزوجة زوجها، كما أن الطلاق يكون إذا كره الزوج زوجته"⁸.

طبيعة الخلع في قانون الأسرة الجزائري

¹ فقال الإمام شمس الدين بن مفلح: "واختلف كلام شيخنا في وجوبه وألزم به بعض حكام الشام المقادسة الفضلاء" ابن مفلح، شمس الدين، الفروع، منشورات محمد علي بيضون، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1997، ص 265/5.

² هو محمد بن علي بن محمد بن عبد الله الشوكاني. فقيه مجتهد من كبار علماء اليمن، من أهل صنعاء. ولد بهجرة شوكان باليمن، وولي قضاء صنعاء سنة 1229. ومات حاكما بها. وكان يرى تحريم التقليد. له 114 مؤلفا. أنظر: الشوكاني محمد، البدر الطالع لمحاسن من بعد القرن السابع، ط1، بيروت، منشورات محمد علي بيضون، دار الكتب العلمية، 1998، ص 106 وما بعدها.

³ حيث يقول : "و الفقه أن الفداء إنما جعل للمرأة في مقابلة ما بيد الرجل من الطلاق، فإنه لما جعل الطلاق بيد الرجل إذا فرك³ المرأة، جعل الخلع بيد المرأة إذا فركت الرجل". ابن رشد، أبو الوليد، مرجع سابق، ص 55. و أنظر : المحاميد، شويش هزاع، عزام، حمد فخري، مرجع سابق، ص 230.

⁴ الشوكاني، محمد، نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار، مكتبة الكليات الأزهرية، القاهرة، د.ط، د.ت، ص 34 / 8.

⁵ الزبياري، عامر، أحكام الخلع في الشريعة الإسلامية، د.ط، بيروت، دار ابن حزم، 1997، ص 78.

⁶ أبو زهرة، محمد، الأحوال الشخصية، د.ط، القاهرة، دار الفكر العربي، د.ت، ص 340.

⁷ الشاعر، ناصر الدين، ص 580.

⁸ الغندور، أحمد، الأحوال الشخصية، في التشريع الإسلامي، مكتبة الفلاح، الكويت، دولة الإمارات العربية المتحدة، ط4، 2001، ص 462.

إذا جئنا إلى قوانين الأسرة العربية، فقد كانت إلى عهد ليس بالبعيد تتبنى الطبيعة التعاقدية للخلع؛ فمشروع قانون الأحوال الشخصية الموحد مثلا، والذي عرفه في المادة 85 منه بأنه: "تطبيق الزوجة لقاء عوض بلفظ الخلع أو الطلاق أو ما في معناه كالمباراة"¹، بالرجوع إلى المذكرة الإيضاحية المرفقة بالمشروع سماه الفداء، والافتداء يحتاج إلى تراض من الطرفين، فالخلع طلاق يقوم على أساس تعاقدية (...)².

لكن التوجهات الأخيرة لقوانين الأسرة العربية، هي تبني حكم القاضي بالخلع بناء على طلب الزوجة ولو دون موافقة الزوج³. وذلك تحت أسباب ومبررات عدة، منها التأثير بالغرب⁴ والاستجابة للمواثيق الدولية كاتفاقية سيداو سابقة الذكر. فعدم الاعتراف بإرادة الزوج في الخلع ما هو إلا تجسيد للمساواة بين الزوجين في حل الرابطة الزوجية⁵. كما اعتبرت من الأسباب أيضا، صعوبة إثبات الضرر من جهة، وطول إجراءات التفريق القضائي من ناحية ثانية⁶.

أما قانون الأسرة الجزائري، فيمكن فهم الطبيعة القانونية للخلع من خلال التعريفات المختلفة التي سردتها الباحثة. حيث نجدهم تارة يستنبطونها من أصل نص المادة (54) من قانون الأسرة الجزائري، وتارة يؤسسونها من فهمهم لنظام الخلع. فعلى سبيل المثال، نجد الأستاذ عبد العزيز سعد يعرفه بأنه: "عقد اتفاقي وثنائي الأطراف ينعقد عادة بعوض من الزوجة لمبلغ من المال المعلوم المتقوم شرعا مقابل طلاقها، وبقبول صريح من الزوج لهذا العرض وللطلاق ..". أما الغوثي بن ملحمة فقد مال إلى أن تطبيق الزوجة عن طريق الخلع، هو بيد الزوج، مثما أن حل الرابطة الزوجية هو بإرادة الزوج وهذا يتأكد من قوله تعالى: "فلا تعضلوهن لتذهبوا ببعض ما آتينهوهن"⁷. أما الدكتور بن شويخ رشيد الذي عرف الخلع انطلاقا من نص المادة

¹ الزرقا، مصطفى وآخرون، مرجع سابق، ص 181.

² أنظر المذكرة الإيضاحية للمادة (85) من مشروع قانون الأحوال الشخصية الموحد، المرجع نفسه، ص 181.

³ المحاميد، شويش هزاع، عزام، حمد فخري، مرجع سابق، ص 218.

⁴ المرجع نفسه.

⁵ اتفاقية سيداو، الفصل 16.

⁶ المحاميد، شويش هزاع، عزام، حمد فخري، مرجع سابق، ص 218-219.

⁷ سورة النساء، آية 19.

(54) حيث قال: "الخلع هو اتفاق الزوجين على الطلاق نظير عوض (فدية) تدفعه الزوجة لزوجها إذا كرهت العشرة والعيش مع زوجها .." ¹. وهذه التعريفات كتبت قبل التعديل الجديد 2005 لذا فهي تؤكد على الطبيعة العقدية للخلع . وفي إحدى التعليقات على قرار من قرارات المحكمة العليا في الخلع: "الخلع نظام شرعه الله تعالى لمعالجة بعض شؤون الحياة الزوجية وهو حل الرابطة الزوجية متى ثقلت على الطرفين أو على أحدهما وأصبح الخلاص منها مرغوبا ..."². كما عرفه قرار آخر بأنه: "رخصة للزوجة تستعملها لفدية نفسها من الزوج مقابل مبلغ مالي تعرضه عليه"³. وهي قرارات تسكت عن عنصر إرادة الزوج في الخلع كما هو ظاهر.

حتى جاء تعديل 2005، حيث أمسى يقع بإرادة الزوجة ويصدره القاضي دون حاجة إلى موافقة الزوج. جاء في المادة 54: "يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل مالي. إذا لم يتفق الزوجان على المقابل المالي للخلع، يحكم القاضي بما لا يتجاوز صداق المثل وقت صدور الحكم".

مقارنة بين الخلع في الفقه الإسلامي والخلع في قانون الأسرة الجزائري

وفي ما يلي مقارنة بين تنظيم الخلع في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري . فأما أوجه التشابه فإن الخلع وسيلة شرعية لحل الرابطة الزوجية . رغم أن قانون الأسرة قد نص على صورة واحدة فقط وهي حالة طلب الزوجة الفرقة، والخلع في الفقه الإسلامي قد يكون بطلب الزوج.

أما بالنسبة لنقطة الخلاف الأساسية بين تنظيم الخلع في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة فهي أن الطبيعة الجديدة للخلع المتضمنة في تعديل 2005 تلغي دور القاضي في الحكم بالخلع فهو يقضي به بناء على طلب المرأة وله أن يلزم الزوج

¹ بن شويخ، رشيد، أحكام الخلع في الشرع والقانون والقضاء، المعيار، مرجع سابق، ص 236 - 248.

² القرار نفسه، ص 82.

³ غ. أ.ش، المحكمة العليا، قرار رقم 216239، المؤرخ في: 16/03/1999، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص، سنة 2001، ص 138-141 .

بقبول البذل . فالقاضي هنا كإداري لا يتدخل في تقدير الوقائع . وهذه الصورة من صور الخلع لم نجد لها مثيلا في المذاهب الفقهية المختلفة التي تعطي للقاضي دورا فعليا في حل النزاع والحكم بالخلع .

مما سبق، فالصيغة التي جاء بها قانون الأسرة الجزائري ولن سميت خلعا فهي ترمي إلى تطبيق مبدأ المساواة بين الزوجين في إنهاء الرابطة الزوجية ؛ وذلك كما كان إلغاء الولي تجسيدا للمساواة في إنشاء الرابطة الزوجية.

نستنتج مما ذكر أن تنظيم الخلع بهذه الطريقة لا يراعي خصوصية المرأة من جانب التسرع في طلب الطلاق . ولا يحقق التماسك الأسري بتسهيله فك الرابطة الزوجية . وفي الأخير فإن لا يجسد غاية التوازن في الأعباء المذكورة لأن ما تقدمه المرأة غالبا ما لا يتناسب مع ما أنفقه الزوج .

المطلب الثاني : بدل الخلع

بدل الخلع هو المال الذي تلتزم المختلعة بدفعه إلى زوجها مقابل خروجها من العصمة . ولدراسة احكام البذل نقسم هذا المطلب إلى ثلاثة فروع هي : الخلع والمهر، بدل الخلع والمسؤولية عن الشقاق، وفي الأخير فرع عن دور القاضي في النزاع حول البذل.

الفرع الأول : الخلع والمهر

أولا: بين شروط المهر وشروط بدل الخلع

ذهب جمهور الفقهاء إلى أن كل ما صح التزامه شرعا جاز أن يكون بدلا في الخلع، وإذا قبل الزوج الخلع على خمر أو خنزير صح الخلع، وليس على المرأة من شيء . وهناك من الفقهاء، من ضبط بدل الخلع بالمهر فقالوا بأن كل ما صح أن

يكون مهراً صحّ بدلاً في الخلع¹؛ لأن ما صلح عوضاً للمتقوم أولى أن يصلح لغير المتقوم، فإن البضع غير متقوم حالة الخروج ومتقوم حالة الدخول، وهو قياس الأولى. واشتراط الشافعي وأبو حنيفة معلومية الصفة والوجود²، أما مالك فأجاز جهالة الوجود والقدر والمعدوم، كجواز الغرر³. وأساس الخلاف فيما سبق من الشروط هو في قياس العوض على البيوع أو الهبات والوصايا، فمن قاسه على البيوع، اشترط فيه ما يشترط في البيوع، ومن شبهه بالهبات جعله خالياً عن تلك الشروط⁴.

فقد يكون كالمهر مالا متقوماً خال عن الجهالة المؤدية إلى التنازع، كما يمكن أن يكون منافع مقومة بالمال مع وجوب تحقق شرط الإباحة⁵. ويختلف بدل الخلع عن الصداق في عنصرٍ وحيد، هو الحد الأدنى للمهر، حيث يضع الفقهاء حداً لأقل المهر، بينما ليس هناك حد لأقل بدل الخلع⁶.

ثانياً: حكم الزيادة على المهر

اختلف الصحابة والعلماء في حكم الزيادة على المهر في الخلع بين مجيز ومانع⁷، وسبب الاختلاف يعود إلى: "اختلافهم في تكييف الخلع، وفي تفسير

¹ مو لانا الشيخ نظام الفتاوى الهندية، ضبط عبد اللطيف حسن عبد الرحمان، دار الكتب العلمية، ط 1، 2000، 1 / 524، عبد الحميد، محي الدين، مرجع سابق، ص 333، بن ملحّة، الغوثي، قانون الأسرة بين الفقه والقضاء، مرجع سابق، 113.

² ابن رشد، مرجع سابق، ص 55.

³ المرجع نفسه.

⁴ المرجع نفسه.

⁵ عبد الحميد، محي الدين، مرجع سابق، ص 333.

⁶ المرجع نفسه.

⁷ ذهب الجمهور إلى عدم تحديد مقدار البدل لا بأقل المهر ولا بأكثره على أساس أن الخلع عقد معاوضة، فيكون بمطلق التراضي، وهو قول عثمان بن عفان وابن عمر، وظاهر القرآن الجواز لعدم تقييده بمقدار معين، وبهذا قال مالك والشافعي وأبو ثور، وروي مثل ذلك عن جماعة من الصحابة والتابعين، وذهب فريق آخر إلى أنه لا يجوز أن يأخذ أكثر مما أعطاه، فإن حصل ذلك وقع الخلع بقدر المهر الذي قد أعطاه وبطل الزائد، وذهب إلى ذلك عطاء والأوزاعي والزهرى والحسن البصري وطاووس وأبو بكر من الحنابلة والشوكاني. أنظر: الرازي، أبو بكر، مرجع سابق، ص 109-110، العسقلاني، ابن حجر، مرجع سابق، ص 397، ابن نجيم، مرجع سابق، ص 129/4 وما بعدها،

النصوص الواردة في الباب، وفي توثيق أو تضعيف روايات الزيادة¹. فالمجيزون للزيادة يؤسسون ذلك على تكييف الخلع في المعاوضات، والتي تقوم على مطلق التراضي، ولعموم قوله تعالى: " فيما افتدت " من جهة، ومن ناحية ثانية قوله تعالى: " فَإِنْ طَبِنَ لَكُمْ ،" وذلك رغم مناقشة الرافضين للآية الأخيرة: " بأن المرأة هنا دفعت هن طيب خاطر ... فكيف يقاس علي ذلك دفع المرأة لإعطاء مالها لزوج لا ترغب فيه"². أما المانعون، فأهم ما استدلوا به قوله تعالى: " ولا يحل لكم أن تأخذوا مما آتيتموهن شيئاً إلا أن يخافا ألا يقيما حدود الله فإن خفتم ألا يقيما حدود الله ألا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به "³، فيكون قوله تعالى " فيما افتدت به " محمولاً على قوله تعالى: " مما آتيتموهن " أي من الصداق وليس من كل مالها وإلا كان كما جاء في تذييل الآية: " تلك حدود الله فلا تعتدوها "⁴. كما استدلوا بحديث خلع زوجة ثابت ابن قيس، حيث قال النبي - صلى الله عليه وسلم - " خذ الحديقة وطلقها تطليقة " و ذلك دون مفاوضة مع زوجها حول العوض⁵. من غير نغفل دخول الزيادة عن المهر في باب أكل المال بالباطل⁶؛ حيث يأخذ الزوج الزيادة بلا مقابل " وهذا يفوق عضل الجاهلية لأنهم كانوا يعضلوهم ليذهبوا ببعض ما آتوهن، وهنا لم يكفهم بعض ولا كل ما آتوهن بل أرادوا المطالبة بالزيادة عليه "⁷. ويتعلق بما سبق، حرمة أخذ أموال الناس بغير رضاهم؛ ورضى المرأة بالزيادة عن المهر غير متصور في غالب الأحوال، فإن دفعت الزيادة على ما أعطائها، كانت في ذلك مجبرة لأجل التخلص من رابطة الزواج على الأرجح؛ فيغلب انعدام الرضا⁸.

ابن قدامى موفق الدين، مرجع سابق، ج8، ص 176، ابن حزم، أبو محمد، مرجع سابق، ص 240، وأنظر في تفصيل ذلك: الشاعر، ناصر الدين، مرجع سابق، ص 575.

¹ الشاعر، ناصر الدين، مرجع سابق، ص 575.

² المرجع نفسه، ص 578.

³ سورة البقرة، آية 229.

⁴ الشاعر، ناصر الدين، مرجع سابق، ص 579.

⁵ المرجع نفسه.

⁶ ابن رشد، مرجع سابق،

⁷ الشاعر، ناصر الدين محمد، مرجع سابق، ص 579.

⁸ المرجع نفسه.

لقد سبق الكلام حول لقول بأن الخلع هو من قبيل المعاوضات، لكنه يبقى قياسا مع الفارق، فالزوجة المختلعة لا تعاوض مالا بمال أو بمنفعة، ولكنها تبذل العوض في الخلع مقابل الحصول على الطلاق البائن من جهة، ومن ناحية ثانية فإن دفع الزوج للصداق ابتداء، يجعل الخلع يحمل معنى إرجاع الصداق، فليس بعيدا أنه يتضمن معنى التعويض على الزوج عما بذله من مال لغاية الحصول على الزوجة الراغبة حاليا في فراقه. فالخلع آلية شرعية لتحقيق التوازن المالي، فكما كان عقد الزواج لصالح المرأة ماليا بحصولها على المهر، فإن الخلع ما هو إلا إرجاع للحال لما كانت عليه. من خلال ما سبق، فإن معنى إرجاع الصداق، والمضمون التعويضي للخلع، يستلزم أن مقدار الخلع لا بد أن يكون مضبوطا بضابط المهر عند التنازع: "وهو ما يعني إعطاء القضاء صلاحية إنفاذ الخلع جبرا بمقابل رد الزوجة المهر ومتعلقاته للزوج من غير زيادة"¹.

وقوانين الأسرة العربية سارت في ذلك على المنوال ذاته²، غير أن قانون الأسرة الجزائري لم يذكر للبدل ضابطا فيكون تطبيق المادة 222 من القانون نفسه التي تحيل على الشريعة الإسلامية.

الفرع الثاني: بدل الخلع والمسؤولية عن الشقاق

كما ميز الفقهاء في مقدار العوض، بين جهة الشقاق وتأثيرها في استحلال الزوج بدل الخلع وطيبه له ديانة وقضاء. أما قضاء؛ فإن مال الفدية يملكه الزوج مهما كانت جهة الشقاق³، أما ديانة؛ فإن بدل الخلع لا يطيب له إذا كان الشقاق متمحضا عنه⁴، كمن يريد استبدال زوجة مكان أخرى فالأحرى تطليقها دون عوض.

¹ المرجع نفسه، ص 581.

² المادة 118 من مدونة الأسرة المغربية، وجاء في المادة 20، من القانون رقم 01 سنة 2000: "فإن لم يتراضيا وأقامت الزوجة دعواها وافتدت نفسها وخالعت زوجها بالتنازل عن جميع حقوقها المالية الشرعية وردت عليه الصداق الذي أعطاه لها حكمت المحكمة بتطليقها عليه"، المادة 88 من القانون العربي الموحد، ص 183.

³ الفتاوى الهندية، ص 519/1. أبو زهرة، الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص 332.

⁴ الفتاوى الهندية، ج/1، ص 519.

وقد أجاز الجمهور بناء على قوله تعالى: ﴿فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حَدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ﴾¹ أخذ الفدية على الطلاق، وأجمعوا على منع أخذ مآلها إلا أن يكون النشوز وفساد العشرة من قبلها²، قال البهوتي³: "إذا كرهت المرأة زوجها لخلقه أو خلقه أو كرهته لنقص دينه أو لكرهه، وخافت إثما بترك حقه فيباح لها أن تخالعه .. ويسن له إجابتها"⁴. فالخوف من عدم إقامة حدود الله، يعني ذلك فيما يجب عليهما من حسن الصحبة وجميل العشرة⁵.

و لم ينص قانون الأسرة الجزائري على هذا الفرق، كما أن جعل الخلع يتم بطلب من الزوجة يلغي هذا الفرق فلا فائدة من تحديد جهة الشقاق.

الفرع الثالث: سلطة القاضي في تحديد البديل عند النزاع مقارنة بين الفقه وقانون الأسرة الاجتهاد القضائي الجزائري في ظل قانون 1984 على أن الاختلاف في مقدار العوض لا يؤثر على صحة الخلع⁶. (حل عقد الزواج نظير عوض تلتزم به الزوجة

¹ سورة البقرة، آية 229.

² ابن المنذر، مرجع سابق، ص 117، القرطبي، أبو عبد الله محمد، المرجع نفسه، ص 137. ابن جرير الطبري (محمد)، جامع البيان في تفسير القرآن، دار الفكر، بيروت، ت د، ص 2/ 288.

³ هو منصور بن يونس بن صلاح الدين بن حسن بن أحمد بن علي بن ادريس الشهير بالبهوتي المصري. كان إماما فقيها متبحرا، أصوليا مفسرا. أخذ عن الشيخ يحيى بن شرف موسى الحجاوي الدمشقي، والشيخ عبد الله الدونشري الشافعي. من مؤلفاته: شرح الإقناع للحجاوي، شرح زاد المستقنع للحجاوي. أنظر: البغدادي، محمد جميل المعروف بابن الشطي، مختصر طبقات الحنابلة، دراسة زملي، أحمد، ط1، بيروت، دار الكتاب العربي، 1986، ص 53-52.

⁴ البهوتي، منصور بن إدريس، شرح منتهى الإرادات، ج3، د.ط، رئاسة إدارة البحوث العلمية والإفتاء والدعوة والإرشاد، المملكة العربية السعودية، د.ت، ص 107.

⁵ القرطبي، أبو عبد الله محمد، المرجع نفسه، ص 138.

⁶ منها " من المقرر شرعا أنه إذا اتفق الزوجان على مبدأ الخلع وليس على مبلغه، فلقضاء الموضوع السلطة المطلقة لتحديده بناء على الصداق المعجل، وما يثبت لهم من ظلم، وينتج عن الخلع بمجرد قبوله فسخ الزواج دون حاجة إلى اشتراط أدائه فورا، إذ يمكن فوق ذلك تأجيل دفعه، كما يسوغ أن يكون شيئا غير موجود وقت الاتفاق" المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية ق 1968/05/22 وأيضا " من المتفق عليه فقها في أحكام الشريعة أنه في حالة الاتفاق بين الزوجين على مبدأ الخلع والاختلاف على مقداره فإن أمر تقديره يعود لقاضي الموضوع باعتباره أن ذلك يعتبر اتفاقا على مبدأ الطلاق بالخلع ثم الحكم بالطلاق، وتأكيدا لهذا المبدأ يستوجب نقض القرار الذي يقضي برجع الزوجة لمحل الزوجية إذا طلبت الطلاق بخلع على مقدار صداقها واشترط الزوج مبلغا قدره 500000 دج رغم

ومقداره يحدّد بالتراضي بين الطرفين، ولا دخل للقاضي في الشريعة الإسلامية¹. كما جاء في قرار آخر: "إن المادة المذكورة 54 ق. أ تسمح للزوجة بمخالعة نفسها من زوجها على مال من دون تحديد نوعه، كما يتفق الطرفان على نوع المال وقدره وفي حالة عدم اتفاقهما يتدخل القاضي لتحديده على ألا يتجاوز ذلك قيمة صداق المثل وقت الحكم دون الالتفات إلى عدم قبول الزوج بالخلع الذي تطلبه الزوجة لأن ذلك يفتح الباب للابتزاز والتعسف الممنوعين شرعا"². فنجد أن المادة 54 تضمنت تدخل القاضي في حالة اتفاق الزوجين على مبدأ الخلع، وتنازعهما في البذل، فيحكم بصداق المثل³. ولا بد من الإشارة أنه بالنظر إلى كتب الفقه الإسلامي المختلفة لا نجد ذكرا لمهر المثل في النزاع حول الخلع. ذلك أن الوظيفة الاجتماعية لمهر المثل هي فض النزاع في حالة فساد التسمية من جهة، وفي حالة انعدام التسمية في نكاح التفويض، أو في الدخول في نكاح فاسد. ذلك أن الانتقال من رد المهر المسمى إلى مهر المثل يكون في غالب الأحيان فيه غبن للزوج. حيث يكون مهر المثل وهو معيار اجتماعي متغير؛ فيه إنقاص للبذل المؤسس على إرجاع المهر المسمى وهو ما دفعه الزوج فعلا للمرأة.

كما أن اعتماد مهر المثل معيارا لفض النزاع بين الزوجين قد يفتح الباب للابتزاز حيث تدعي الزوجة النزاع من أجل تخفيض مبلغ البذل؛ من إرجاع المهر المسمى إلى إرجاع مهر المثل إذا كان أقل منه، خصوصا في حالات الزيجات ذات المستوى الاجتماعي الغني حيث يكثر التغالي في المهور⁴. كما أن خلال اطلاعنا على أحكام البذل وجدنا أن المرجع في البذل هو المهر المسمى وليس مهر المثل كما هو مذكور

انصراف إرادة الطرفين إلى الطلاق وطلبهما له معا " قرار بتاريخ 1985/04/22 رقم 36709 وانظر شامي، أحمد، مرجع سابق، ص 240-241.

¹ غ.أ.ش، المحكمة العليا، قرار رقم 21305، بتاريخ 1980/02/25، المجلة القضائية، سنة 1982، عدد 1، ص 82-79.

² غ أ ش م، المحكمة العليا، قرار رقم 83603 بتاريخ 1992/07/12 المجلة القضائية - العدد الخاص باجتهاذ غرفة الأحوال الشخصية والموارث، الغوثي، بن ملحة، مرجع سابق، 2001، ص 134.

³ شامي، أحمد، مرجع سابق، ص 240.

⁴ بن شويخ، رشيد، شرح قانون الأسرة، مرجع سابق، ص 211.

في القانون . لأن مهر المثل كما سبق له حالتان على الحصر هما : عدم التسمية، وفساد التسمية.

المطلب الرابع: آثار الخلع

الأثر الأول للخلع هو وقوع الطلاق البائن¹ ولن قال أطلقك طلقة رجعية².

أما الناحية المالية للخلع، فإن له آثارا تختلف حسب المذاهب :

1- لزوم الزوجة العوض الذي ذكر في الخلع³، ذلك أن الزوج إنما علق طلاقها على رضاها بالبدل.

2- أما أبو حنيفة، فقد ذهب إلى أن الخلع يسقط جميع الحقوق المالية للزوجة على الزوجة⁴، جاء في البحر الرائق: "إذا قال خالعتك ولم يسم شيئا فقبلت فإنه خلع مسقط للحقوق"⁵ وأضاف أبو يوسف بأن ذلك لا يكون إلا إذا كان الخلع بلفظ المباراة⁶، أما محمد من المذهب ذاته فسقوط الحقوق المالية عنده، منوط بالنص عليه⁷.

كما "أن الافتداء يدل على الانفصال التام والانخلاع من كل حقوق المالية كانت ثابتة بهذا الزواج،"⁸ أما الجمهور ومحمد من الحنفية، فذهبوا إلى لا يسقط إلا ما اتفقا عليه "و لأن الزيادة على ما نص عليه تكون إلزاما بما لم يلتزم به وهذا لا يجوز"⁹.

¹ بلغة السالك، مرجع سابق، 88، محي الدين عبد الحميد، مرجع سابق، ص 337.

² بلغة السالك، مرجع سابق، 88.

³ مولانا الشيخ نظام، مرجع سابق، ص 519/1 .

⁴ المرجع نفسه، ص 1/ 520.

⁵ ابن نجيم، مرجع سابق، "119.

⁶ جاء في شرح حدود ابن عرفة: "المبارأة التي تباري زوجها قبل البناء والمختلعة التي تختلع من كل ما لديها والمفتدية التي تعطي بعض ما لديها وكله سواء"، ويذكر الشارح أن "الرواية الأصح هي: "المبارأة التي لا تأخذ ولا تعطي" ص 275.

⁷ محي الدين، عبد الحميد، مرجع سابق، ص 338.

⁸ الغندور، مرجع سابق، ص 474.

⁹ الغندور، مرجع سابق، 575.

- 3- سقوط كل نفقة معجلة، وما سلمه لها من مهر لم تستحقه¹.
- 4- أما ما ثبت في ذمة أحد الزوجين للآخر من ديون لا علاقة لها برابطة الزوجية فلا تسقط بإجماع العلماء الثلاثة².
- 5- و إذا كانت بين الزوجين حقوق ثبتت بمقتضى زوجية سابقة، فإنها لا تسقط بالخلع في الزوجية الحالية³.
- 6- كما لا تسقط نفقة عدة زوجته بالخلع إلا أن يتفقا عليها، فهي ولن كانت حقا قد ثبت لها بهذه الزوجية؛ ليست كذلك في وقت الخلع، وإنما تثبت بعد الخلع وهذا بإجماع العلماء الثلاثة⁴.
- 7- وعند الحنفية الطلاق على مال لا يسقط الحقوق المالية السابقة بين الزوجين⁵.
- 8- " الخلع في النكاح الفاسد لا يسقط المهر لأنه ليس بخلع"⁶.

و بالنظر في قانون الأسرة الجزائري، فهو كما سبق ذكره، جاء مقتضبا في مادة الخلع، فلم يذكر بابا للآثار القانونية التي تتبع الخلع رغم أهميتها البالغة.

¹ وصورة ذلك: " لو عقد زواجه عليها على مهر قدره ثلاثون دينارا، وجعل عاجله عشرين دينارا وآجله عشرة دنانير وجعل أقرب الأجلين الطلاق والموت، ثم عجل لها الثلاثين كلها فالعشرة جزء من المهر لا تستحقه، وإن كان ثابتا في ذمة الزوج وقت الخلع" محي الدين عبد الحميد، مرجع سابق، ص 338.

² محي الدين، عبد الحميد، مرجع سابق، ص 339.

³ المرجع نفسه

⁴ المرجع نفسه

⁵ ابن نجيم، البحر الرائق، مرجع سابق، ص 322/4.

⁶ المرجع نفسه، ص 296/3.

المبحث الثاني : الالتزام بمتعة المطلقة

المتعة¹ هي ما يؤمر الزوج بإعطائه الزوجة لطلاقه إياها²، وردت في القرآن الكريم في كثير من النصوص حتى اعتبر عدد النصوص الواردة في المتعة كثير مقارنة مع النصوص الواردة في أحكام الأسرة عموماً، قال تعالى: ﴿وَلِلْمُطَلَّقاتِ مَتَعٌ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّفِينَ﴾³. وقال تعالى: ﴿يَأْتِيهَا النَّبِيءُ فَلِأَزْوَاجِكِ إِنْ كُنْتُمْ تُرِدْنَ الْحَيَاةَ الدُّنْيَا وَزِينَتَهَا فَتَعَالَيْنَ امْتِعْكُنَّ وَاَسْرِخْكُنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا﴾⁴. ويقول عز و علا: ﴿لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً وَمَتَّعُوهُنَّ عَلَى الْمَوْسِعِ فَذَرَهُ، وَعَلَى الْمُفْتِرِ فَذَرَهُ، مَتَعًا بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ﴾⁵، وقول سبحانه أيضاً: ﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ بِمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُونَهَا فَمَتَّعُوهُنَّ وَسَرَّخُوهُنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا﴾⁶. والمتعة لا يشترط فيها إثبات الإساءة من الزوج؛ بل تجب أو تندب بمجرد الطلاق.

¹ " المتعة عدة المطلقة قوله تعالى " وللمطلقات متاع بالمعروف " يعني متعهن سوى المهر على قدر ميسرته" الدامغاني، الحسين بن محمد، قاموس القرآن، تحقيق عبد العزيز سيد الأهل، دار العلم للملايين، بيروت، لبنان، ط3، 1980، ص428. وجاء في الشرييني،: " أن وجوب المتعة مما يغفل النساء عن العلم بها فينبغي تعريفهن وإشاعة حكمها بتعريفهن ذلك " الشرييني،، مرجع سابق، 3/318.

² ابن عرفة، مرجع سابق، ص183. وجاء في الشرييني،: " مال يجب على الزوج دفعه لامرأته المفارقة في الحياة وما في معناه بشروط تأتي "الشرييني،، مرجع سابق، ص 3/215.

³ سورة البقرة، آية 241 .

⁴ سورة الأحزاب، آية 28 .

⁵ سورة البقرة، آية 236 .

⁶ سورة الأحزاب، آية 49.

المطلب الأول : الالتزام بالمتعة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة

يعد الالتزام بدفع المتعة للمطلقة من الأمور الخلافية في الفقه الإسلامي . ورغم نص بعض القوانين العربية على وجوبها ؛ إلا أن قانون الأسرة الجزائري أغفل النص عليها . ويرجع ذلك لنصه على التعويض على الطلاق التعسفي.

الفرع الأول : الالتزام بالمتعة في الفقه الإسلامي

ذهب جمهور الفقهاء إلى القول بوجوب المتعة للمطلقة¹، على اختلاف بينهم في محل الوجوب كما سيأتي، ورغم اعتمادهم على الآيات نفسها، إلا أنهم اختلفوا في الدلالة عليها². وخالف الظاهرية فقالوا بلزومها لكل مطلقة¹، وأن الحاكم يجبره على

¹ المرغيباني، الهداية، مرجع سابق، ص 494/2، ابن رشد، مرجع سابق، ص 78/2.

الزحيلي، وهبة، مرجع سابق، 316/7، وما بعدها، بن داود، عبد القادر، المرجع نفسه، ص 252. نصر، سلمان، سطحي، سعاد، أحكام الطلاق في الشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة مع قانون الأسرة، دار الهدى، عين اميلية، الجزائر، ط د، 2003، ص 200 وما بعدها .

² ملخص نقاش الفقهاء الأجلء في الأدلة الواردة في المتعة : أما الوجه الأول، فإن قوله تعالى: ﴿ وَمَتَّوَهُنَّ ﴾ الأحزاب، 49 لأنه أمر، والأمر يقتضي الوجوب إلا بقريئة تصرفه إلى الندب، الوجه الثاني: قوله تعالى: ﴿ متاعا بالمعروف حقا على المحسنين ﴾ البقرة، 236.

وقوله (حقا عليه) وهي من ألفاظ الإيجاب الأكثر تأكيدا. الوجه الثالث: قوله تعالى: ﴿ حقا على المحسنين ﴾ تأكيد لإيجابه، إذ جعل المولى عز وجل المتعة شرط الإحسان، وعلى كل مسلم أن يكون من المحسنين، وكذلك قوله تعالى: ﴿ حقا على المتقين ﴾ قد دل قوله (حقا عليه) على الوجوب، وقوله تعالى: ﴿ حقا على المتقين ﴾ غايته تأكيد إيجاب المتعة الوجه الأول: أنه إنما ذكر المتقين والمحسنين تأكيدا لوجوبها، وليس تخصيصهم بالذكر نفيا لإيجابها على غيرهم، كما قال تعالى ﴿ هدى للمتقين ﴾ سورة البقرة، 2 و ﴿ وهو هدى للناس كافة ﴾ وقوله تعالى: ﴿ شهر رمضان الذي أنزل فيه القرآن هدى للناس ﴾ البقرة، 185 فلم يكن قوله تعالى: ﴿ هدى للمتقين ﴾ موجبا لأن لا يكون هدى لغيرهم ؛ كذلك قوله تعالى: ﴿ حقا على المتقين ﴾ و ﴿ حقا على المحسنين ﴾ غير ناف أن يكون حقا على غيرهم.

الوجه الثاني: إذا كانت المتعة واجبة على المتقين والمحسنين بالآية، فهي واجبة على غيرهم بقوله تعالى: ﴿ فمتوهن ﴾ وسرحوهن سراحا جميلا وهي عامة في الجميع بالاتفاق، لأن كل من أوجبها من فقهاء الأمصار على المحسنين والمتقين أوجبها على غيرهم.

الوجه الثالث: أن قول المخالفين يؤول إلى أن المتعة لا تكون ندبا أيضا، ذلك أن ما كان ندبا يستوي فيه المتقون وغيرهم. كما أن أنه لو حملت الآية على ما سبق نكره، يكون كلام الله تعالى: ﴿ حقا على المحسنين ﴾ ﴿ حقا على المتقين ﴾ لغوا وباطلا، وهذا مما لا يجوز اعتقاده. قاله ابن حزم في الرد عليهم: "كل مسلم على أديم الأرض فهو بقول لا إله إلا الله محمد رسول الله من جملة المتقين بقوله ذلك وإيمانه من جملة المحسنين .. و لو لم يقع اسم متق ومحسن على من يحسن ويتقي في كل أفعاله لم يكن محسن متق بعد رسول الله .. فيكون قول الله لغوا وباطلا وهذا لا يحل لأحد أن يعتقده ولا فرق

ذلك ولو راجعها في العدة أو مات أحدهما². و سبب اختلاف أهل العلم في المتعة هو هل الأمر: "ومتعوهن" في الآية على الوجوب أم على الندب؟³، "فقال ابن عباس وابن عمر وجابر بن زيد والحسن والشافعي وأحمد وعطاء وإسحاق وأصحاب الرأي: المتعة واجبة للمطلقة قبل البناء والفرص⁴، ومندوبة في حق غيرها، وقال مالك وأصحابه: المتعة مندوب إليها في كل مطلقة وإن دخل بها إلا في التي لم يدخل بها وقد فرض لها فحسبها ما فرض لها ولا متعة لها"⁵.

ومن أدق ما استدل به القائلون بالندب قول صاحب المعونة من المالكية: "لأن الطلاق تأثيره الإسقاط دون الإيجاب، بدليل سقوط نصف المهر المسمى قبل الدخول،

بين قوله تعالى من المحسنين ومن المتقين وبين قوله من المسلمين ومن المؤمنين والمعنى في كل ذلك واحد ولا فرق" ابن حزم، مرجع سابق، ص 245/1.

أن ما ذكره المخالفون من أن هذه الآية، وهي قوله تعالى: ﴿وَلَمَّا طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً﴾ نسخت التي بعدها ﴿وَلِلْمُطَلَّقاتِ مَتَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ﴾، فإنه لا يصح؛ لانعدام الدليل، قال ابن حزم: "لا يصدق أحد على إبطال حكم آية منزلة إلا بخبر ثابت عن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - فكيف وليس في الآية التي ذكر شيء يخالف التي زعم أنها نسختها؟ فكلتاها حق" ومن بين أهم استدلالات المخالفين، عدم تخصيص المتقين والمحسنين في سائر الديون من الصداق وسائر عقود المداينات عند ورود إيجابها عليهم، وتم تخصيصهم عند الأمر بالمتعة، مما يفضي إلى الندب. ونوقش ذلك بقولهم: كيف يكون التأكيد صارفاً للفظ من الإيجاب إلى الندب؛ كما أن: "عقد النكاح لا يخلو من إيجاب البذل إن كان مسمى، فالمسمى وإن لم يكن فيه تسمية فمهر المثل، ثم كانت حاله إذا كان فيه تسمية أن البضع لا يخلو من استحقاق البذل له مع ورود الطلاق قبل الدخول، وفارق النكاح بهذا المعنى سائر العقود؛ لأن عود المبيع إلى ملك البائع يوجب سقوط الثمن كله، وسقوط حق الزوج عن بضعها بالطلاق قبل الدخول لا يخرجها من استحقاق بدل ما وهو نصف المسمى، فوجب أن يكون ذلك حكمه إذا لم تكن فيه تسمية، والمعنى الجامع بينهما ورود الطلاق قبل الدخول" المرغيباني، الهداية، 492/2، الزحيلي، وهبة، مرجع سابق، 316/7، نصر، سلمان، سطحي، سعاد، مرجع سابق، ص 200 وما بعدها.

¹ ابن حزم، محمد، مرجع سابق، 245/10.

² المرجع نفسه.

³ ابن رشد، مرجع سابق، 78/2 - 79.

⁴ نصر، سلمان، سطحي، سعاد، مرجع سابق، ص 200.

⁵ ابن جزى، القوانين الفقهية، مرجع سابق، ص 384، بن داود، عبد القادر، الآثار المالية للطلاق بالنسبة للزوجة، مجلة المعيار، تصدر عن كلية الشريعة والحضارة وأصول الدين، جامعة الأمير عبد القادر، قسنطينة، العدد التاسع، جويلية 2004، 249 - 286، ص 252.

ولأنه نوع من البيونة كالموت، ولأن الحقوق التي يتعلق وجوبها بالنكاح للمرأة لا بد أن تكون معتبرة بها وبالزوج كالمهر والنفقة، فأما بالرجل وحده فليس فيها¹.

ونرى أن قوله تعالى حقا على المحسنين، المتقين، الغاية منه الزيادة في التأكيد على الرجال المطلقين من أجل عدم إمساك المتعة عن نسائهم المطلقات، ذلك أن الرجل يبذل الصداق بصدر رحب وهو يرجو إتمام زواجه، ويبذل النفقة بصدر أرحب وهو يتعايش مع زوجته، لكن النفس الشحيحة تأبى الإنفاق على من هي خارجة عن عصمتها، وستدخل في عصمة رجل آخر، إلا إذا كانت هذه النفس تقية محسنة، فالتأكيد هنا - والله أعلم - له غاية الترغيب في عدم التقاعس في تنفيذ المتعة، وليس في أصل تشريع وجوب المتعة .

ومن الحكم التي نراها من عدم قطعية إيجاب المتعة؛ أن الزوجة قد تكون هي التي دفعت الزوج لطلاقها بسوء عشرتها، فلا يكون من المنطقي تغريم الزوج بتمتعها وهي المفسدة للعلاقة الزوجية، فترك ذلك لمكان التقوى والإحسان عند الزوج .

الفرع الثاني : المتعة في قانون الأسرة

لم ينص قانون الأسرة الجزائري على التزام المطلق بدفع المتعة إلى مطلقته . وذلك على خلاف كثير من قوانين الأسرة العربية . لكننا نجد بعض القرارات القضائية تحكم للمطلقة بالمتعة اجتهادا منها².

المطلب الثاني: لمن تكون المتعة

من القضايا التي طالها الخلاف الواسع في الفقه الإسلامي، مسألة تحديد الوصف الشرعي لنساء اللواتي تجب أو تندب لهن المتعة، فتباينت الأفهام في ضبطهن وتحديد شروطهن.

الفرع الأول : أنواع المطلقات التي تجب لهن المتعة

¹ البغدادي، القاضي عبد الوهاب المالكي، مرجع سابق، 98/2.

² غ.أ.ش، المحكمة العليا قرار رقم 438660 بتاريخ 1986/10/29، المجلة القضائية، عدد 2، ص.41، سايس، جمال، ص662/2.

اتفق الفقهاء القائلون بوجوب المتعة على أنها التزام على كل زوج؛ يستوي في ذلك الحر والعبد والمسلم والذمي،¹ لكنهم فصلوا في المطلقات اللاتي تجب لهن المتعة .

الرأي الأول : وهو القائل بوجوبها لكل مطلقة، لعدم تخصيص الأدلة لمطلقة دون أخرى²، وفي رواية عن أحمد³، وهم في ذلك مستدلين بظاهر الآيات القرآنية السابق ذكرها، وذلك حتى لو كانت الفرقة من نكاح فاسد⁴، ومن الأدلة على ذلك قول الله تعالى: ﴿وَلِلْمُطَلَّقاتِ مَتاعٌ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ﴾⁵، قال ابن حزم: "إن الله تعالى إذ ذكر أن لها نصف ما فرض لها لم يقل لا متعة لها .."⁶، ويناقش هذا الرأي بأن النصوص الشرعية مربوطة بعضها ببعض، ومكملة لبعضها لتشكل نظرية متكاملة .

الرأي الثاني: هو أنما تجب المتعة للمطلقة المفوضة قبل الدخول⁷، وقد روي عن ابن عباس قال: إذا فوض إلى الرجل فطلق قبل أن يمس ؟ فليس لها إلا المتاع، وهو قول

¹ الشريبي، مرجع سابق، ص 317/3.

² البغدادي، القاضي عبد الوهاب المالكي، مرجع سابق، 98/2.

³ وقد روي ذلك عن علي بن أبي طالب، والحسن، وسعيد بن جبیر، وأبي قلابة، والزهری، وقتادة، والضحاك، وأبي ثور، وهو رواية عن أحمد، وأبلغ من بالغ في ذلك مذهب الظاهرية، قال ابن حزم: (المتعة فرض على كل مطلق واحدة أو اثنتين أو ثلاثا أو آخر ثلاث وطئها أو لم يطأها فرض لها صداقها أو لم يفرض لها شيئا أن يمتعها، وكذلك المفتدية أيضا ويجبره الحاكم على ذلك أحب أم كره)، ولا يسقط التمتع عنده عن المطلق مراجعته إياها في العدة ولا موته ولا موتها، والمتعة لها أو لورثتها، ولم يستثن إلا من انفسخ نكاحه منها بغير طلاق. وقد حكى ابن حزم هذا المذهب عن جملة من السلف لا بأس من ذكر أقوالهم هنا مبتورة عن أسانيدها، فعن إياس بن عامر: أنه سمع علي بن أبي طالب يقول: لكل مطلقة متعة، وعن الزهري قال: لكل مطلقة متعة، وسئل ابن شهاب عن المملكة والمخيرة ؟ فقال ابن شهاب: كل مطلقة في الأرض لها متاع، وعن الزهري، قال: للمختلعة المتعة، التي جمعت، والتي لم تجمع سواء، وعن سعيد بن جبیر قال: لكل مطلقة متعة وتلا قوله تعالى: ﴿وَلِلْمُطَلَّقاتِ مَتاعٌ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ﴾ البقرة، آية 241، وعن أبي قلابة، قال: لكل مطلقة متعة، وعن عطاء قال: لكل امرأة افتلتت نفسها من زوجها فلها المتعة أنظر أبو البركات مجد الدين ابن تيمية، مرجع سابق، ص 37/2.

⁴ فقد نص الفقهاء - رحمهم الله - على أن النكاح الفاسد بعد الدخول يترتب عليه ما يترتب على النكاح الصحيح، وعلى ذلك فتجري فيه أحكام المتعة وغيرها كما تجري في النكاح الصحيح. في العقد الفاسد ابتداء.

⁵ سورة البقرة، آية 241.

⁶ ابن حزم، محمد بن علي، مرجع سابق، ص 247/10.

⁷ قال ابن قدامة: (ويحتمل أن يحمل الأمر بالمتاع في غير المفوضة على الاستحباب لدلالة الآيتين اللتين ذكرناهما على نفي وجوبها، جمعا بين دلالة الآيات والمعنى، فإنه عوض واجب في عقد، فإذا سمي فيه عوض صحيح، لم يجب غيره، كسائر عقود المعاوضة، ولأنها لا تجب لها المتعة قبل الفرقة، ولا ما يقوم مقامها، فلم تجب لها عند الفرقة، كالمتوفى عنها زوجها)

سفيان الثوري، والحسن بن حي، والأوزاعي، وأبي حنيفة، وأصحابه¹. وفي رواية عن أحمد².

الرأي الثالث: لكل مطلقة متعة إلا التي فرض لها، ولم تمس، فحسبها نصف الصداق³. قال صاحب المعونة: "فإنه لما سقط نصف المهر المسمى لها بالطلاق وهو أكد من المتعة، امتنع أن يجب لها شيء مستأنف"⁴. ويقول المرغيباني: "أن المتعة خلف عن مهر المثل في المفوضة لأنه سقط مهر المثل ووجبت المتعة والعقد يوجب العوض فكان خلفا، والخلف لا يجامع الأصل ولا شيئا منه، فلا تجب مع وجوب شيء من المهر، وهو غير جان في الإيحاء فلا تلحقه الغرامة به فكان من باب الفضل"⁵، وفي ذلك تأكيد على الطبيعة التعويضية لنصف الصداق وللمتعة، فيكون للمطلقة أحدهما .

وبناء على القول بأن لكل مطلقة متعة؛ فإن المختلعة تأخذ حكم المطلقة فتكون لها المتعة، لكن فريق من الفقهاء ذهب إلى أن المختلعة لا حق لها في المتعة لأنها "دفعت

فإن فرض لها بعد العقد، ثم طلقها قبل الدخول، فلها نصف ما فرض لها، ولا متعة، قال ابن قدامة: (وهذا وعن أحمد أن لها المتعة، يسقط المهر. وهو قول أبي حنيفة، لأنه نكاح عري عن تسميته، فوجبت به المتعة، كما لو لم يفرض لها) أنظر: المرغيباني، مرجع سابق، ص 492/2.

¹ أعلم أن الطلاق الذي تجب فيه المتعة ما يكون قبل الدخول في نكاح لا تسمية فيه سواء فرض بعده أو لا أو كانت التسمية فيه فاسدة كما في البدائع قال في البحر وإنما تجب فيما لم تصح فيه التسمية من كل وجه فلو صحت من وجه دون وجه لا تجب المتعة وإن وجب مهر المثل بالدخول كما إذا تزوجها على ألف درهم وكرامتها أو على ألف وأن يهدي لها هدية فإذا طلقها قبل الدخول كان لها نصف الألف لا المتعة مع أنه لو دخل بها وجب مهر المثل لا ينقص عن الألف كما في غاية البيان لأن المسمى لم يفسد من كل وجه لأنه على تقدير كرامتها والإهداء يجب الألف لا مهر المثل اه وقد مناه عن البدائع في تعليق ذلك أنه لا مدخل لمهر المثل في الطلاق قبل الدخول، إلا أن أبا حنيفة قال: "من تزوج ولم يذكر مهرا ثم فرض لها مهرا برضاها وبرضاها - وقد فرض لها القاضي مهر المثل - ثم طلقها قبل أن يدخل بها، فإن ذلك المهر يبطل، ولا يجب لها إلا المتعة" السرخسي، مرجع سابق، ص 286 /7.

² ابن تيمية الجد، أبي البركات مجد الدين، مرجع سابق، ص 37/2.

³ يقول ابن العربي: "والحكمة في ذلك أن الله سبحانه وتعالى قابل المسيس بالمهر لما لحق الزوجة من رخص العقد ووصم الحل الحاصل للزوج بالعقد فإذا طلقها قبل المسيس والفرض ألزمه الله المتعة كفؤا لهذا المعنى ولهذا اختلف العلماء في وجوب المتعة فمنهم من رآها واجبة لظواهر الأمر بها وللمعنى " أحكام القرآن، ص 1/291 وانظر أيضا ابن حزم، مرجع سابق، ص 247/10.

⁴ البغدادي، القاضي عبد الوهاب المالكي، مرجع سابق، ص 98/2.

⁵ المرغيباني، برهان الدين أبي بكر، مرجع سابق، ص 494-495.

شيئا من عندها أو أسقطت واجبا كان لها، فامتنع أن يلزم لها شيء مستأنف¹. وحتى إذا قلنا بالرأي الذي يعطي للمختلعة المتعة فإن ذلك مؤسس على مذهب الجمهور القائل بأن الخلع يكون بقبول الزوج، فلا تختلع بغير موافقته، فالأمر يختلف عن الخلع الذي يكون بغير موافقة الزوج الذي أخذت به قوانين الأسرة الحديثة، ومنها قانون الأسرة الجزائري²، فالأمر هنا لا يستقيم، حيث يكون الزوج غير راغب في الفرقة، وتلزم الزوجة ببذل عوض له، ثم يلزم هو بتمتعها، فهذا لا يستقيم في نظرنا، ففيه إخلال بالتوازن التشريعي في الالتزامات المالية السابق ذكره، وبالغاية التشريعية لكل من الخلع والمتعة .

الفرع الثاني: شروط المطلقة المستحقة للمتعة

فصل الفقهاء القائلون بوجوب المتعة في شروط المطلقة المستحقة لها، متفقين على أهم شرط لاستحقاق المرأة المطلقة المتعة ؛ وهو عدم ثبوت الطلاق بسببها³. جاء في مغني المحتاج : " و (فرقة لا بسببها) ...⁴ فإن كان بعد دخول فيجب لها المتعة، فإن كانت الفرقة بسببها كإسلامها وفسخه بعيبها فلا متعة لها سواء قبل الدخول أو بعده :يقول البلتاجي : " كذلك لا وجه لما يراه ابن حزم من أن المفترية (ومن في معناها) تجب لها المتعة، لأن المتعة إنما وجبت شرعا تعويضا عن استقلال الرجل بحق الطلاق وإنهاء الزوجية المشتركة بإرادته المنفردة ... فالمتعة إنما وجبت في الشريعة لتجبر هذه الحاجات النفسية والمادية وذلك إنما يتأتى حينما يكون الطلاق من قبل الرجل ولا تكون المرأة طالبة له راضية عنه ولا يكون بسبب من جهتها " فلا تسلى عن المشقة التي تلحق بها⁵ . وهو تأكيد على الطبيعة التعويضية للمتعة، فلا حاجة لتعويضها عن الفراق.

¹ البغدادي، القاضي عبد الوهاب المالكي، مرجع سابق، ص 99/2، البلتاجي، محمد، الأحوال الشخصية، دار السلام، القاهرة، مصر، ط1، ت د، ص112.

² المادة 54 من القانون 84-11 معدل بالأمر رقم 05 -02، سبق ذكره.

³ الشريبي، مرجع سابق، ص 318/3.

⁴ مغني المحتاج المحتاج، مرجع سابق، ص318/3.

⁵ الشريبي، مرجع سابق، ص318/3، البغدادي، القاضي عبد الوهاب المالكي، المعونة، مرجع سابق، ص 99/2،

ابن تيمية الجد، مجد الدين أبو البركات، مرجع سابق، ص 37/2.

مما سبق، فإن الطبيعة التعويضية للمتعة تتنافى مع وجوبها لكل مطلقة . وأنها لا تجتمع مع نصف الصداق، لأنه هو أيضا له طبيعة تعويضية كما أسلفنا¹. ومن ناحية ثانية فإننا نؤكد ترجيح عدم استحقاق المرأة المتسببة في الطلاق أو المختلعة للمتعة، لأن صفة التعويض هنا تنفي، حيث تكون الزوجة هي المستفيدة من الطلاق والراغبة فيه والزوج هو المتضرر.

من قرارات المحكمة العليا، عدم تمتع الزوجة المساهمة في المسؤولية عن الطلاق² " حيث أنه من المقرر شرعا وقضاء أن نفقة المتعة تمنح للزوجة مقابل الضرر الناتج عنها من طلاق غير مبرر وبما أن القرار المطعون فيه قضى بإسناد الظلم إلى الزوجين معا فلا سبيل لتعويض الزوجين أحدهما ومنح للزوجة... يعرض القرار للنقض في هذه الجزئية أيضا"³. وهو أمر مخالف لما سبق ذكره من أحكام المتعة، ذلك أن الطلاق المقصود هو الصادر بالإرادة المنفردة للزوج ولا يدخل هنا في دوامة إثبات من هو الطرف المتضرر كما هو الحال في الطلاق التعسفي، كما سيأتي تفصيله .

المطلب الثالث : مقدار المتعة

يعد تقدير المتعة من الأمور الاجتهادية، لكن فهم طبيعة المتعة والغاية التشريعية منها، يجعل ضبط مقدارها قريب من الأذهان، وذلك من حيث الطبيعة

¹ قال الشرييني،: " جميع المهر وجب في مقابلة استيفاء منفعة البضع فخلا الطلاق عن الجبر أي التعويض، بخلاف من وجب لها النصف فإن بضعها سلم لها فكان الشطر جابرا للإيحاء " الشرييني،، مرجع سابق، ص218/3.

² " والزوجة هنا أقامت دعوى التطلق واستجابت المحكمة لطلبها ووافق المجلس عليه وحكم بتطليقها وإذا كان الإهمال المعتمد عليه في الحكم بذلك قد سهل لها التطلق، فهو وحده يعد عقابا للزوج ولا يزداد عليه غيره وتحميله جميع مال غير واجب عليه كما أن إدماج المتعة مع نفقة العدة فيه جعل بكل منهما الأمر الذي يعيب القرار ويعرضه للنقض في هذين الجزئين " غ.أ.ش، المحكمة العليا قرار رقم 438660 بتاريخ 1986/10/29، المجلة القضائية، عدد.2، ص.41، سايس، جمال، ص662/2.

³ غ.أ.ش، المحكمة العليا، قرار رقم 39731 بتاريخ 1986/01/27، المجلة القضائية،، 1993 عدد4 ص61، سايس، جمال، مرجع سابق، ص705.

التعويضية عن الفراق¹، وكذا تمكين المطلقة من التسيير المالي للمرحلة الانتقالية، وذلك إلى غاية استقرار أوضاعها وتبين مرجع مالي لها تعيش منه بعدما كان الزوج ينفق عليها . كما يعتبر العرف من ناحية أخرى، إعمالاً لقوله تعالى: "وَلِلْمُطَلَّقاتِ مَتَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ"² . ومن نقاشات الفقهاء الأجلاء، هل المعتبر في المتعة هو حال الزوج أم حال الزوجة . فالقول الأول: أن المتعة معتبرة بحال الزوج³، يسارا وإعسارا، فأعلاها خادم، وأدناها كسوة يجوز لها أن تصلي فيها، إلا أن يشاء هو أن يزيداها، أو تشاء هي أن تنقصه، وقد نص عليه أحمد، وهو وجه للشافعية⁴، واستدلوا على ذلك بقول الله تعالى: ﴿عَلَى الْمَوْسِعِ قَدْرُهُ وَعَلَى الْمُقْتِرِ قَدْرُهُ﴾⁵، "وهذا نص في أنها معتبرة بحال الزوج وأنها تختلف، ولو أجزأ ما يقع عليه الاسم سقط الاختلاف. ولو اعتبر بحال المرأة لما كان على الموسع قدره وعلى المقتر قدره"⁶.

القول الثاني: هو معتبر بحال الزوجة، وهو وجه للشافعية⁷، لأن المهر معتبر بها كذلك؛ والمتعة قائمة مقامه. وفي رواية عن أحمد أنها مقدرة بما يصادف نصف مهر المثل، لأنها بدل عنه فيجب أن تتقدر به. وهذه الرواية تضعف لوجهين، أحدهما، أن نص الكتاب يقتضي تقديرها بحال الزوج، وتقديرها بنصف مهر المثل يوجب اعتبارها بحال المرأة، لأن

¹ حمادو، نذير، شبهات وردود حول تشريع الطلاق في الإسلام، مجلة المعيار، تصدر عن كلية الشريعة والحضارة وأصول الدين، جامعة الامير عبد القادر، قسنطينة، العدد التاسع، جويلية 2004، من 335-348، ص 342، ويقول الشيخ القرة داغي " فالزوج أوحشها بالطلاق فأوجبنا المتعة صلة ورفعاً لوحشة الانفصال، وتسلية لها عما أصابها من الأذى، وجبرا لها عن إيحاشها بالفراق . فهذه الأمور كلها أضرار معنوية وأدبية وشرع لها الشرع المتعة تعويضا عن المرأة المطلقة المتضررة" أنظر :موقع أ د القرة داغي

http://www.qaradaghi.com/portal/index.php?option=com_content&view=category&id=9:2009-04-11-15-09-29&layout=blog&Itemid=7

سورة البقرة، آية 241.

³ قال صاحب الهداية : " والصحيح أنه يعتبر حاله عملا بالنص، وهو قوله تعالى : " وعلى الموسع قدره وعلى المقتر قدره " البقرة 236 ثم هي لا تزداد على نصف مهر مثلها ولا تنقص عن خمسة دراهم ويعرف ذلك في الأصل " المرغيباني، مرجع سابق، ص 492/2.

⁴نصر، سلمان، سطحي، سعاد، مرجع سابق، ص 202.

⁵سورة البقرة، آية 236 .

⁶نصر، سلمان، سطحي، سعاد، مرجع سابق، ص 202.

⁷المرجع نفسه.

مهرها معتبر بها لا بزوجها. أما الثاني، أننا لو قدرناها بنصف المهر لكانت نصف المهر، إذ ليس المهر معينا في شيء ولا المتعة¹.

القول الثالث: أن المعتبر هو حالهما: "من يسار الزوج وإعساره ونسبها وصفاتها"².

القول الرابع: يجرى في المتعة كل ما يقع عليه الاسم، كما يجرى في الصداق ذلك³.

الرأي الثاني: أنه يرجع في تقديرها إلى الحاكم، وهو أحد قولي الشافعي ورواية عن أحمد لأنه أمر لم يلزم الشرع فيه بقدر محدد، فيرجع إلى اجتهاد الحاكم كسائر المجتهدين⁴. ونرى أن الأرجح في المسألة هو بما تراضى عليه الطرفان، فإذا تنازعا؛ فالقاضي هو الذي يفصل في هذه الأمور عند التنازع، فهو الأعم بحال الزوجين. على ألا تخرج المتعة عن طبيعتها التعويضية.

ولقد ذهب التقنين المصري إلى جعل الحد الأدنى للمتعة هو "مقدار نفقة سنتين على الأقل"⁵، وهو مبلغ كبير، وانتقد ذلك بأنه كان الأولى تركه للقاضي⁶. ذلك أن الزوج قد يطلق زوجته بعد مدة قصيرة من الزواج، وتكون قد أخذت المهر، ثم يلزم بأداء نفقة سنتين⁷، وهو ما يكون إثقالا له بالالتزامات المالية غير المبررة.

أما ما يجب أن تشتمله المتعة، فقد تباينت اجتهادات فقهاء المذاهب في ذلك، استنادا على بعض الآثار الواردة في ذلك. فقد أنتج لنا الفقه الإسلامي آراء متنوعة حول ما يمكن أن يصلح متعة؛ منها أنها أعلاها خادم إن كان، ثم كسوة ثم نفقة⁸، ومنها أدناها الدرع والخمار وثوبا تصلي فيه، وهو قول ابن عباس، والزهري، والحسن قال ابن عباس: أعلى المتعة الخادم ثم دون ذلك النفقة، ثم دون ذلك الكسوة. ونحو ما ذكرنا في

1. أنظر مبحث الالتزام بالصداق ص 1.41

2 الشرييني، مرجع سابق، ص 218/3، ابن تيمية الجد، أبو البركات مجد الدين، مرجع سابق، ص 37/2.

3. نصر، سلمان، سطحي، سعاد، مرجع سابق، ص 202.

4 ابن تيمية الجد، أبي البركات مجد الدين، مرجع سابق، ص 37/2.

5 البلتاجي، محمد، مرجع سابق، ص 115.

6 المرجع نفسه.

7 المرجع نفسه.

8 ابن حزم، مرجع سابق، ص 248/10.

أدناها قال الثوري، والأوزاعي، وعطاء، ومالك، وأبو عبيد، وأصحاب الرأي، قالوا: درع وخمار وملحفة¹.

إن المتعة لا تقاس على الصداق، ذلك للاختلاف في طبيعة كل منهما؛ فإذا كان الاستحلال والتودد للزوجة هما الغايتان الأساسيتان للصداق. وهو كما سبق ذكره، ذو طبيعة عوضية؛ حيث يبذله الزوج وهو يرجو نكاح المرأة، فكيف تقاس المتعة والزوج يدفعها وهو مدبر عنها. إن المتعة تعويض عن ألم الفراق ووحشته من جهة، والمرأة في حاجة فعلية لها لانعدام من ينفق عليه بعدما كانت نفقتها على زوجها من ناحية ثانية.

إن تشريع المتعة هو التزام مالي لصالح المرأة؛ لذلك فهو تطبيق لمبدأ اعتبار خصوصية المرأة السابق الذكر. ومن جهة ثانية فإن الزام الزوج بدفع المتعة يعتبر كابحاً لإرادة الزوج المنفردة في الطلاق؛ وبالتالي فهو من وسائل تحقيق التماسك الأسري لذا

نقطة

¹ المرغياني، مرجع سابق، ص 492/2.

عليها في قانون الأسرة وذلك بدلا عن التعويض عن الطلاق التعسفي . والفرق كما سيأتي بيانه في مبحث الطلاق التعسفي هو في اشتراط اثبات التعسف .

المبحث الثالث: الالتزام بالتعويض عن الطلاق التعسفي

إذا كانت المتعة هي الالتزام المالي الذي قرره الشارع الحكيم على حل الرابطة الزوجية فإن قوانين الأسرة الحديثة، قد أضافت التزاما جديدا لهذا الالتزام هو التعويض عن الطلاق التعسفي. وبين مؤيد ومعارض وبين معتبر له بديلا عن المتعة، تتوالى تفرعات هذا المبحث مركزة على ما تبناه القانون الجزائري وعمل به القضاء.

المطلب الأول: الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج

الأصل بحسب طبيعة عقد الزواج أن يكون حل الرابطة الزوجية بإرادة كلا الطرفين وهما هنا الزوج والزوجة؛ لكن الشارع الحكيم شاء أن يجعل الطلاق بيد الزوج¹، أو ما يسمى بلغة القانون: طلاقا بالإرادة المنفردة² Répudiation، حيث يقول المولى عز و علا: ﴿ أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ ﴾³. فإذا قيل ما الحكمة من ذلك وما الغاية الاجتماعية من هذا التشريع، خصوصا مع استفزاز البعض لتشريعات الأسرية المستمدة من الشريعة الإسلامية، وبالأخص تلك التي تتضمن تفضيلا ظاهريا للرجل على المرأة⁴. فقد بذل الفقهاء قديمهم وحديثهم، جهدا كبيرا في

¹ عبد الله علي حسين، سيد، مرجع سابق، ص 254/1، يقول أحمد محمد شاکر: "واقترضت حكمة الله تعالى أن يشرع لعباده الإذن للرجل بالانفراد بالطلاق دون المرأة لما في ذلك من المصلحة الظاهرة، فلو لم يأذن بذلك كان الطلاق باطلا كله إلا أن يرضى الطرفان كسائر العقود" شاکر، أحمد محمد، نظام الطلاق في الإسلام، مكتبة السنة، القاهرة، ص. 11-12، الزحيلي، محمد، التعويض المالي عن الطلاق، دار المكتبي، دمشق سورية، ط1998، ص14.

² إذا كان الشائع هو استعمال كلمة répudiation كمرادف للطلاق بالإرادة المنفردة، إلا أننا نجد MILLIOT Louis يذكر المصطلح على أنه شامل لجميع أنواع حل الرابطة الزوجية في الشريعة الإسلامية، لأنها تسمى طلاقا، أنظر:

MILLIOT, Louis, Introduction à l'étude du Droit Musulman, Recueil Sirey, Paris5, p.347.

³ سورة الطلاق، آية 1.

⁴ وانظر مثلا على ذلك ما كتبه لحسين بن الشيخ آث ملويا: "و إذا كان النص القرآني عندما جعل الطلاق بيد الرجل كان مطابقا للمنطق والعرف السائد أثناء نزوله ولا للمنطق السليم، وعلى ذلك فإن جعل المشرع الجزائري للعصمة بيد الزوج صار غير متماشيا مع روح العدل والإنصاف ولا مع التطور الحضاري الحاصل، والقول بعدم جواز مخالفة النص القرآني ليس في محله، فكثيرا ما كان من الصحابة يخلفون مضمون نص قرآني إذا رأوا تجاوز الزمن

بيان ما للرجال من أفضلية من الناحية العقلية والنفسية في الحرص على العلاقة الزوجية، فلا يقعون في فخ التسرع إلى فك عرى الميثاق الغليظ هذا من جهة، وهو ما يمكن أن نسميه بالمؤيدات الفطرية .

ومن جهة أخرى، فإن إلزام الزوج ببذل المهر، وتوفير المسكن، والإنفاق على الزوجة؛ يجعله حريصاً على عدم نقض البناء الذي بناه وتكبد العناء المادي في إرساء قواعده، وذلك من خلال قوله تعالى: "الرجال قوامون على النساء بما فضل الله بعضهم على بعض وبما أنفقوا"¹ وهو ما نسميه المؤيدات التشريعية.

إن الطلاق قد يكون مرحلة لا مفر منها في العلاقة الزوجية، لكن التساؤل الذي يطرح هو كيف تواجه الأسرة: الزوج والزوجة والأولاد هذه المرحلة بأقل الخسائر والتضحيات؟ لكن جوهر هذا التدبير الإلهي في نظرنا، هو النأي بالنزاعات الزوجية عن المحاكم، وذلك بعدم فتح الباب أمام التنازع بين الزوجين أمام الملاء وما ينتج عن ذلك من فضح أسرار البيوت، وكشف المستور من العيوب.

فإذا سئلنا عن فائدة التنازع بين الزوجين أمام القضاء، فإننا لا نجد في ذلك فائدة ماعدا ما يذكر من محاولات الصلح، ذلك أن القاضي لا يستطيع أن يلزم الزوج بالاحتفاظ بزوجه وعدم طلاقها، وإسكانها معه والإنفاق عليها؛ وهو لا يريد لها زوجة؟؟ فالجاري عملياً هو أن تلك المنازعات إنما الغاية منها هي تكييف الطلاق بأنه طلاق تعسفي؛ وبالتالي تغريم الزوج بقيمة مالية هي التعويض عن الطلاق التعسفي .

ولا بد من الإشارة إلى أنه قبل تقنين التعويض عن الطلاق التعسفي، حدث تطور سابق هو مسألة إشراف القضاء على الطلاق، ذلك أن الأصل في الشريعة الإسلامية هو وقوع الطلاق دون إشراف القضاء²، وبعدها ثار سجال كبير في بدايات

له، وقد حدث ذلك في عهد الخليفة الثاني عمر بن الخطاب عند رفض إعطاء الصدقة للمؤلفة قلوبهم .. "آث ملويا، مرجع سابق، ص 1 / 216-217، وانظر حمادو، نذير، شبهات حول تشريع الطلاق في الإسلام، مجلة المعيار، تصدرها كلية أصول الدين والشريعة والحضارة، قسنطينة، الجزائر، ع 9، جويلية 004، ص 336-348.

¹ سورة النساء، آية 34، أنظر عبد الحميد، محي الدين، مرجع سابق، ص 255 وما بعدها، البوطي، محمد سعيد، المرأة بين طغيان النظام الغربي ولطائف التشريع الرباني، دار الفكر، دمشق، سورية، 2000، ص ص 136-137.

² عبد الله علي حسين، سيد، مرجع سابق، ص 1/255.

القرن الماضي حول المسألة، استقر وقوع الطلاق تحت إشراف القضاء في غالبية الدول العربية والإسلامية¹. ثم إن تدخل القضاء في إيقاع الطلاق، تطور إلى تقدير مدى وجود التعسف في الطلاق .

المطلب الثاني : الطلاق بين الإباحة والحظر

لا يمكن مناقشة مسألة الطلاق التعسفي والتعويض عنه؛ إلا بوضع النقاط على الحروف في مسألة هل الأصل في الطلاق الحظر أم الإباحة . ذلك أن المستقر عليه في الفقه الإسلامي هو أن الحكم الأصلي للطلاق هو الإباحة مع الكراهة عند بعض الفقهاء بناء على حديث: " أبغض الحلال عند الله الطلاق"²، وهو ما أيدته نصوص القرآن والسنة النبوية " كقوله تعالى: "الطلاق مرتان"، إذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن"³، كما أن حديث: أبغض الحلال عند الله الطلاق"⁴، صريح في أن الطلاق على كراهيته حلال⁵، " كما أنه" ليس المراد بالبغض التحريم بل المراد كونه ليس مرغوبا فيه لأن فيه اللوم"⁶، " والمكروه (أي من الطلاق) الواقع بغير سبب مع استقامة الحال وهذا هو القسم المبعوض "⁷. أما شيخ الإسلام ابن تيمية فيقول: "

¹ الزحيلي، محمد، مرجع سابق، ص 18.

² يقول الدردير: " اعلم أنه استشكل هذا الحديث بأن المباح ما استوى طرفاه وليس بمبعوض ولا أشد مبعوضة والحديث يقتضي ذلك لأن أفعال التفضيل بعض ما يضاف إليه، وأجيب بأن المعنى أقرب الحلال للبغض الطلاق فالمباح لا يبغض بالفعل لكن قد يقرب له إذا خالف الأولى..... ليس المراد بالحلال ما استوى طرفاه، بل ليس بحرام فيصدق بالمكروه وخلاف الأولى " الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك، للعلامة أحمد الدردير مع حاشية الصاوي، دار المعارف القاهرة، ص535/2.

³ سورة الطلاق، آية1، الشافعي، محمد ابن إدريس، مرجع سابق، ص1022.

⁴ روا أبو داود كتاب الطلاق، باب في كراهية الطلاق، حديث رقم 2177، سنن أبي داود، ص334، ورواه ابن ماجه، كتاب الطلاق، باب حدثنا سويد بن سعيد، رقم 2018، سنن ابن ماجه، ص299.

⁵ الشافعي، محمد ابن إدريس، مرجع سابق، ص1022. .

⁶ الدردير، مرجع سابق، ص 536/2.

⁷ الصنعاني، سبل السلام، مرجع سابق، 1076/3. ويقول ابن تيمية " ويكره لغير حاجة، وعنه يحرم ويباح عند الحاجة إليه " ابن تيمية، الفتاوى الكبرى، 5/33، يقول صاحب المبسوط: " وليقاع الطلاق مباح ولن كان مبغضا في الأصل عند عامة العلماء ... ولأن إزالة الملك بطريق الإسقاط فيكون مباحا في الأصل ... مباح لما فيه من معنى إزالة الرق ومبغض لما فيه من معنى كفران النعمة... ومعنى النعمة إنما يتحقق عند موافقة الأخلاق فأما عند عدم

الطلاق المباح " وهو ما يدل على اعتباره مباحا بالأصالة. مما سبق لا يحتاج إلى زيادة تأكيد أن الطلاق حكمه الأصلي هو الإباحة .

إلا أن هناك من الباحثين المعاصرين من ذهب إلى القول بأن الأصل في الطلاق الحظر لا الإباحة¹. من ذلك سجلات القضاء المصري الأولى حول هذه المسألة، حيث تم نقض حكم إحدى المحاكم المصرية والذي جاء فيه: "فقضت حكمة الله وجود مشروعية الطلاق، فهو إذن حق مشروع، ولكن للضرورة"². والقول بإباحته للضرورة، دلالة على أن محرم كالميتة والخنزير، الضرورة تعني ... حسب القاعدة الفقهية، "الضرورات تبيح المحظورات"³، وهذا الاجتهاد لم يقل به أحد⁴.
مما سبق، نرجح أن الأصل في الطلاق الإباحة، لقوة الأدلة ورجحانها.

موافقة الأخلاق فاستدامة النكاح بسبب لامتداد المنازعات فكان الطلاق مشروعاً مباحاً .." السرخسي، المبسوط، دار المعرفة، بيروت لبنان، ص 6/ 13 .

¹إلياس، نعيمة مسعودة، التعويض عن الضرر في بعض مسائل الزواج والطلاق، رسالة دكتوراة، كلية الحقوق جامعة تلمسان، 2010، دون ترقيم الصفحات، أنترنت،

dspace.univ-tlemcen.dz/bitstream/112/2692/3/mas3ouda.pdf

يوم 2016/07/03، الساعة 11:05.

مظفر حسين، شذى، التعويض عن الطلاق التعسفي في الشريعة الإسلامية والقانون دراسة مقارنة، مجلة رسالة الحقوق العلمية، المجلد الأول، العدد الأول، 2009، ص 176. ساجدة عفيف عتيلى، ريحانة بنت حاج عبد الله، مرجع سابق، ص 391 .

² مجلة القضاء الشرعي، السنة الثالثة، العدد 7، 8، 3 عن الزحيلي، محمد، مرجع سابق، ص 13.

³ أنظر في تعريف الضرورة : السدلان، صالح بن غانم، القواعد الفقهية الكبرى وما تفرع عنها، دار بلنسية، 1417 الرياض، ص 249_250.

⁴ ومما جاء في حكم المحكمة : " فالطلاق دون حاجة أو ضرورة فهو بغي أو ظلم وعدوان، ويكون الطلاق بهذه الصورة كفران لنعمة الزواج وتكران لهذا الرباط المقدس وكل كفران محظور. فالطلاق محظور لأن نظام الزواج مشرع لمصلحة الفرد والأسرة والمجتمع، وبقاء نوع بني الإنسان إبطال لهذه المصلحة والإبطال مفسدة والمفسدة أساس كل محظور" الزحيلي، محمد، مرجع سابق، ص 13.

المطلب الثالث: مفهوم التعسف وضوابطه

إن المطالبة بالتعويض أساسها نظرية التعسف¹، وهو " أن يمارس الشخص فعلا مشروعاً في الأصل، بمقتضى حق شرعي ثبت له - بعوض أو بغير عوض - أو بمقتضى إباحة مأذون فيها شرعاً على وجه على وجه يلحق بغيره الأضرار أو يخالف حكمة المشروعية"². فيكون بذلك الطلاق تعسفياً؛ متى استعمل مناقضاً لقصد الشارع منه وهو وضع حد للرابطة الزوجية عند وجود سبب لذلك. إذا لا يجوز تحول الطلاق إلى طريق إلى إيذاء الزوجات³. وعرف أيضاً: " هو الخروج به عن الحكمة التي اقتضت إباحته كالطلاق في مرض الموت... و كالطلاق من غير سبب معقول، رغم تنازل الزوجة عن موقفها وتشبثها بالعودة إلى الحياة الزوجية، ولكن رغم ذلك يتمادى الزوج في موقفه المتصلب والمتناقض مع قوله تعالى: " فإن أطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلاً"⁴.

ولقد كان التعسف في استعمال الحق، مجالاً لنقاشات حادة في القانون المدني الفرنسي، حيث اعتبره الأستاذ سافاتيه⁵ مظهراً جلياً لتنازع الحق والأخلاق، حيث يستعمل حقه ويخلّ بواجبه الأخلاقي⁶. لكن ما هو المظهر القانوني لهذا الإخلال الأخلاقي؟ ذلك أن المشكلة الأساسية هي في تحديد معيار التعسف، فمن المعيار الشخصي متمثلاً في الخطأ بكل وجوهه، استقر القضاء الفرنسي والمصري على اعتماد المعيار الموضوعي في ضبط التعسف " ممثلاً في غاية الحق، وهي تحقيق المصلحة،

¹ بن داود، عبد القادر، مرجع سابق، ص 256.

² الدريني، فتحي، نظرية التعسف في استعمال الحق، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط 1981، ص 3، ص 46-47.

³ ساجدة عفيف عتيلي، ریحانة بنت حاج عبد الله، العلاقة بين التعويض عن الطلاق في قانون الأحوال الشخصية الأردني ومتمعة الطلاق في الشريعة، مجلة بحوث إسلامية واجتماعية متقدمة، المجلد 2، أكتوبر 2012، من 388-418، ص 390، أنظر المادة 134 من قانون الأحوال الشخصية الأردني، حيث عرفته: " الطلاق الذي يوقعه الزوج لغير سبب معقول".

⁴ سورة النساء، الآية 34.

⁵ تقيّة، عبد الفتاح، محاضرات في قانون الأحوال الشخصية، منشورات ثالثة، الجزائر، ص 58.

⁶ السيد شوقي، التعسف في استعمال الحق، طبيعته ومعياره في الفقه والتشريع والقضاء، دار الشروق، مصر، 2008، ص 114-115.

فثمة تعسف في استعمال الحق متى انعدمت المصلحة في استعمال الحق وكانت هذه المصلحة مرجوحة على الضرر الذي يصيب الغير من جراء ذلك وكانت المصلحة غير مشروعة¹، وفصل القضاء المصري: "فيعد متعسفا في استعمال حقه من استعمل سلطاته التي خولها إياه دون تحقيق منفعة له، أو كانت هذه المنفعة غير جدية أو كانت تافهة، وغير مشروعة"².

" غير أن المعيار في ذلك يقوم على أساسين: أحدهما شخصي أو ذاتي ويتمثل في النية أو الباعث وثانيهما موضوعي وهو الموازنة بين الحقوق والظروف التي أحاطت باستعمال الحق"³ " فالمعيار هو ضمان حالة التوازن طبقا للقاعدة الشرعية لا ضرر ولا ضرار"، وهذا ما تجسده السلطة التقديرية للقاضي"⁴.

فإذا كان ضبط معيار التعسف عقبة كؤودا في الالتزامات المدنية، فكيف به في الأحوال الشخصية؟ وهنا نتساءل عن كيفية ضبط التعسف في الطلاق، سواء وفقا للمعيار الشخصي أم الموضوعي؟ أم هما معا.

المطلب الرابع: التعويض عن الطلاق التعسفي في ميزان الشريعة

لا يوجد في الفقه الإسلامي ما يسمى بالتعويض عن الطلاق التعسفي، إذ لا يعرف في نصوص الشريعة مصطلح الطلاق التعسفي ولا مصطلح التعويض عنه⁵. ويجدر بنا التساؤل هل لهذه الفكرة نشأة فوقية، فجاءت من الفقه الغربي⁶، أم تحتية، أي من الفساد الاجتماعي، وهو هنا شيوع التساهل في أمر الطلاق. أما الفقهاء

¹ السيد، شوقي، مرجع سابق ص 476.

² المرجع نفسه، ص 477.

³ الدريني، فتحي، مرجع سابق، ص 242، تقيّة، عبد الفتاح، مرجع سابق، ص 59.

⁴ تقيّة، عبد الفتاح، مرجع سابق، ص 59.

⁵ عتيلي، ساجدة عفيف، بنت حاج عبد الله، ريحانة، مرجع سابق، ص 389.

⁶ فقد احتوى القانون الفرنسي 1930 على وجوب التعويض على الزوج المخطيء، أنظر عبد الله علي حسين، سيد، مرجع سابق، ص 259/1. وانظر في ذلك أيضا: زكي، صلاح الدين، فكرة سبب التطبيق، دراسة مقارنة في القانونين الإنجليزي والفرنسي، مجلة القانون والإقتصاد، العدد الثالث والرابع، 1972، 87-158، ص 152 وما بعدها.

المعاصرون فهم في ذلك فريقان، فريق يؤيد الحكم بالتعويض على الزوج المطلق، إذا ثبت تعسفه، وفريق ينفي موافقة إلزام المطلق بالتعويض للشريعة الإسلامية.

الفرع الأول: الفريق القائل بجواز الحكم بالتعويض

أما الفريق القائل بجواز الحكم بالتعويض، فقد اعتمد على عدة أدلة منها :

1- أهم ما استدل به أصحاب هذا الفريق هو ما سبقت مناقشته في القول بأن الأصل في الطلاق الحظر إلا لحاجة، فإذا أوقعه الرجل لغير حاجة كان آثماً، والإثم يستلزم أن حق الطلاق استعمل استعمالاً سيئاً، فيكون بذلك مستوجباً للتعويض¹. "و ليس من المروءة أو الإنسانية ولا من الإيمان أن يتزوج شخص بامرأة ولغير سبب يطلقها فهو باستعماله ذلك الحق الذي أعطي له قد أساء إلى نفسه وإلى غيره، ثم قالت : فالمحكمة ترى مع المدعية أحقيتها في طلب التعويض من المدعي عليه ضماناً لها من الضرر بسبب سوء استعماله لهذا الحق"². وهناك ممن قال بأن الطلاق لا يباح إلا لحاجة، بين أن تلك الحاجة لا يمكن إخضاعها لقواعد الإثبات؛ لكونها مسألة تقديرية، فيكون صاحب الحق في الطلاق وهو الزوج وحدة الذي يملك هذا الحق التقديري، فهو بذلك يخرج عن نطاق نظرية التعسف في استعمال الحق³.

2- ومن الاستدلالات أيضاً قول بعضهم بأنَّ إيجاب التعويض هو من باب السياسة الشرعية في رفع الظلم عن المرأة، فالطلاق التعسفي مدعاة لفقرها وعوزها، وهو ما نوقش بأن المرأة المطلقة التي لا مال لها لا تكون بال معيل فنفتها على وليها ولن يمكن لها ولي فنفتها على بيت مال المسلمين⁴.

¹ عتيلي، ساجدة عفيف، بنت حاج عبد الله، ريحانة، مرجع سابق، ص391.

² مجلة القضاء الشرعي، السنة الثالثة، العدد 7، 8، 3 عن الزحيلي، محمد، مرجع سابق، ص10.

³ عتيلي، ساجدة عفيف، بنت حاج عبد الله، ريحانة، مرجع سابق، ص392.

⁴ المرجع نفسه، ص392.

3- كما قاس أصحاب هذا الرأي التعويض على المتعة المقررة في الشرع، ونوقش بأن المتعة مقررة في جميع أحوال الطلاق سواء ما كان تعسف أم لا، وهي تجسيد لتقدير الاعتراف حسن العشرة وتطبيب خاطر¹.

4- ومن غريب ما استدل به قياس التعويض على توريث مطلقة المريض مرض الموت، ونوقش بان الفارق يبدو جليا، فالميراث حق أصلي للزوجة حرما الزوج منه بطلاقها، وهل التعويض حق أصلي²؟.

5- و منهم من قاس التعويض على بدل الخلع، فبما أن الزوجة مطالبة بدفع بدل الخلع عند طلبها الخروج من الرابطة الزوجية، حيث تستقر كراهيتها للزوج ورغبتها عن الاستمرار في العيش معه دون إضرار منه لها؛ فلها كذلك أن تحصل عن التعويض عند طلاقها من زوجها دون رغبة منها أو إخلال منها بواجباتها الزوجية³. ونوقشت هذه الحجة بأن دفع الزوجة بدل الخلع إلى زوجها هو نوع من إرجاع الصداق وغيره من النفقات التي تكبدها الزوج في بناء عش الزوجية، ثم هاهي المرأة تنقض ما بناه؛ بطلبها الطلاق وهي لم تتكبد خسارة من الناحية المادية؛ فلا يكون هناك تشابه يقاس عليه بين المركز المالي لكل من الرجل والمرأة⁴. هو ما جعل الأمر يلتبس على البعض: قد يكون بدايات التأثير بالقوانين الغربية في تطبيق قواعد المسؤولية العقدية كما سيأتي.

و ردت محكمة النقض المصرية: "إن الطلاق حق مطلق للزوج بحكم الشريعة الغراء ولأن الزوجة عند زواجها التي قد كانت على بينة من حق زوجها هذا، إذن هي تعلم وقت التعاقد النتائج قد تترتب على عقدها، فلا يجوز لها أن تنظم منها، ولأن

¹ المرجع نفسه، ص393.

² عتيلي، ساجدة عفيف، بنت حاج عبد الله، ريحانة، مرجع سابق، ص393.

³ المرجع نفسه، ص394.

⁴ الزحيلي، محمد، مرجع سابق، ص26، عتيلي، ساجدة عفيف، بنت حاج عبد الله، ريحانة، مرجع سابق، ص394.

الشريعة وهي القانون الخاص الذي يخضع له عقد الزواج، قصرت حق الزوجة عند الطلاق على مؤخر الصداق ونفقة العدة، دون التعويض¹.

ومن جهة أخرى فالطلاق في الشريعة الإسلامية، حق انفرادي للزوج كما سبق تقريره، فليس معقولا إعطاء الرجل حق الطلاق ومطالبته بدفع تعويض إذا طلق²، فالجواز الشرعي ينافي الضمان³.

كما ذهب أصحاب هذا الفريق إلى تأسيس قولهم بلزوم التعويض المالي على الطلاق على أساس المسؤولية العقدية، ونوقش ذلك بأن عقد النكاح غير مالي فلا مجال لفرض التعويض المالي على فسخه أو إنهائه، بناء على المسؤولية العقدية⁴، لأن المسؤولية العقدية هي إضافة الشيء إلى سببه، أي أن المسؤولية المترتبة على الزوج تكون بسبب عقد الزواج، وتعتمد المسؤولية العقدية على الإخلال بما تقتضيه طبيعة العقد أو الإخلال بالشرط الذي اشترطه أحد العاقدین صراحة أو دلالة، أي تكون المسؤولية العقدية لوجود الخطأ العقدي الذي يترتب عليه ضرر مع توفر علاقة السببية بين الخطأ والضرر⁵. فلا يجوز الحكم بالتعويض بناء على المسؤولية العقدية إلا إذا اشترطت الزوجة الحصول على التعويض إذا طلقها الزوج⁶.

¹ استئناف مصر 1927/12/18، مجلة المحاماة السنة الثامنة، ص 496، عن الصابوني، عبد الرحمان، مدى حرية الزوجين في الطلاق دراسة مقارنة، دار الفكر، ط2، 1968، ص 100/1 .

² الزحيلي، محمد، المرجع نفسه، ص 17.

³ أنظر في قاعدة الجواز الشرعي ينافي الضمان مقال : طلاحفة، محمد، قاعدة الجواز الشرعي ينافي الضمان وتطبيقاتها في الفقه الإسلامي والقانون، المجلة الأردنية للدراسات الإسلامية، المجلد الثاني، العدد 4، 1427-4، 2006، أنترنت <http://repository.aabu.edu.jo/jspui/bitstream/123456789/93/1/245.pdf>

يوم: 2016/07/03، الساعة 13:00.

⁴ " الخطأ العقدي هو عدم تنفيذ المدين لالتزامه الناشئ من العقد " المادة 215 ق .م مصري : " إذا استحال على المدين أن ينفذ التزامه عينا حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه " السنهوري، عبد الرزاق، الوسيط، مرجع سابق، المجلد الثاني، 735/1.

⁵ الزحيلي، محمد، مرجع سابق، ص 25.

⁶ المرجع نفسه، 26.

وهنا لا بد من التنبيه كما سبق في المقدمة، بأن المنهج الذي يتبعه الكثيرون وهو الذي يتضمن وضع نظام ثم البحث له عن التبرير الشرعي أو المنطقي، هو منهج فاسد لا يستقيم .

الفرع الثاني: الراضون للحكم بالتعويض عن الطلاق التعسفي

وعلى خلاف الداعين إلى تقرير التعويض عن الطلاق التعسفي، عارض عدد كبير من الفقهاء المعاصرين الحكم بالتعويض عن الطلاق التعسفي، فبالإضافة إلى المناقشات التي ذكرت، أضاف المعارضون الاستدلالات التالية :

1- أول ما استدل به هذا الفريق هو ما سبق تقريره من أن الأصل في الطلاق الإباحة، حيث من طلق زوجته يكون قد استعمل حقه الذي خوله له الشرع، فلا يكون فعله هذا مرتبا للمسؤولية عن الضرر الذي يصيب الزوجة من الطلاق¹.

2- والاستدلال الثاني، هو صعوبة الإثبات، فحتى لو قلنا بحظر الطلاق، فإنه حتى يحكم القاضي بالتعويض لا بد من إثبات التعسف، وإذا استدل المعارضون للتعويض بهذا الدليل وحدة لكفى، إذا ما فائدة التباكي على المرأة المظلومة وكيفيات حفظ حقوقها، ثم يقف كل ذلك أمام صخرة الإثبات.

ولقد أسلفنا الحديث عن اعتبار الفقهاء عقد الزواج من عقود المعاوضات، فحتى إن قبل الاصطلاح، فمجاله الاستمتاع والمهر، لا يتعداه إلى حق الطلاق، وهنا نورد قول السنهوري: "والحق مصلحة ذات قيمة مالية يحميها القانون، فلا يدخل في بحثنا هذا، إذن لا الحقوق العامة ولا الحقوق المتعلقة بالأحوال الشخصية ولن كانت حقوقا ليست بذات بقيمة مالية"². إذ هو ترتيب التزام مالي على سلوك ليس ذا طبيعة مالية .

إن ما يسمى بالتعسف في الطلاق ليس نازلة، بل ممكن الحدوث في زمن الرسالة، ذلك أن أي زوج يمكن أن يتعسف في طلاق زوجته، لكن لا السنة النبوية ولا

¹ عتيلي، ساجدة عفيف، بنت حاج عبد الله، ريحانة، مرجع سابق، ص396.

² السنهوري، عبد الرزاق، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص5/1.

نصوص الكتاب، نصت على وجوب التعويض، بل ما أكدت عليه النصوص هو أن الطلاق مبعوض، كما أن القرآن لم يرشد إليه عند كراهية الزوجة¹ فإن كرهتموهن فعسى أن تكرهوا شيئاً ويجعل الله فيه خيراً كثيراً¹.

إن التعويض عن الطلاق التعسفي فيه إخلال بالتوازن المالي في الالتزامات المالية، بين الزوجين، إذ هو زيادة للأعباء المالية على الزوج بسبب مسألة صعوبة الإثبات وهي التعسف : قصد الإضرار، مخالفة قصد الشارع .

ومن جهة أخرى، فإن المحاكم تصبح - وقد أصبحت فعلا - حلقة للصراع من حيث التقاذف بين الزوجين، وإفشاء أسرار الزوجية... حيث يقول الزوج أي شيء من عيوب زوجته للإفلات من دفع التعويض . وهنا يأتي الاختلاف بين المتعة والطلاق التعسفي حيث يدفع المطلق المتعة للمرأة دون تأسيس ذلك على الخطأ.

وإذا كانت الغاية من ترتيب التعويض عن الطلاق التعسفي، هي لجم الأزواج عن التساهل في الطلاق، وبالتالي التقليل من حالات الطلاق، لكن ما نراه حالياً هو زيادة نسب الطلاق حتى مع فرض التعويضات والتكاليف الباهضة .

المطلب الخامس: الطلاق التعسفي في التطبيق

عرفت الجزائر وقوع الطلاق تحت إشراف القضاء والحكم بالتعويض عن الطلاق التعسفي من خلال قانون 59 المؤرخ في 17/09/1959 الذي مدد تطبيقه². وقبل ذلك لم يكن معمولاً بالحكم بالتعويض عن الأضرار، لكن المجلس الأعلى أقره لموافقته لنظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي³ كما أقر قانون الأسرة 84 الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج تحت إشراف القضاء⁴، وجاء في المادة 52 منه : " إذا تبين للقاضي تسعف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها

¹ سورة النساء، آية 19.

² هرنان، عبد الرحمان، محطات قانون الأسرة الجزائري في الماضي والحاضر، منشورات المجلس الإسلامي الأعلى، الجزائر، 2012، ص 48.

³ هرنان، عبد الرحمان، مرجع سابق، ص 49.

⁴ المادة 49 من القانون 48-11 المؤرخ في 9 رمضان 1404 الموافق لـ 9 يونيو 1984 " لا يثبت الطلاق إلا بحكم " تقية، عبد الفتاح، ص 54.

¹، فيكون بذلك قد شرع التعويض عن الطلاق التعسفي، لكن دون أن يحدد معيار التعسف، ولا حد التعويض وترك ذلك للسلطة التقديرية للقضاة .

الفرع الأول: معيار التعسف

أما معيار التعسف، فقد ذكر بعض الشراح أن يكون الطلاق: "...دونما سبب معقول وأن الزوجة سيصيبها بذلك ضرر"². وذكر آخر: "أن يثبت للقاضي أن الزوج طالب الطلاق لم يكن يرغب فيه لتفادي مشكلة معينة ولا دفعا لضرر من الزوجة ودون أن تكون هناك مصلحة شخصية"³. أما السبب المعقول فلا نراه معيارا منضبطا، لكثرة اختلاف الناس حول ما يعتبر سببا معقولا للطلاق، أما تضرر الزوجة من الطلاق فمن البديهي أن كل زوجة تتضرر من الطلاق إلا من كانت ترجوه أو تطلبه. وقد استقر القضاء الجزائري على اعتبار إصرار الزوج على الطلاق دون مبرر، وتشبث الزوجة بالرجوع إلى بيت الزوجية⁴، وأساس ذلك "أن الزوج لو كان يريد تأديبها فقد اتعظت، ورجعت عن موقفها وتمسكت بالعودة إلى منزل الزوجية، في حين نجده هو يرفض استمرار الحياة الزوجية رغم إذعانها له وهذا ما يتناقض مع قوله تعالى " فإن أظعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلا"⁵، والغريب في هذا الكلام أنه يخلط بين مرحلة الخصام قبل وقوع الطلاق، وبعد وقوعه، واتخاذ قرار الطلاق، الذي يعتبر نقطة اللارجع، فلا نعلم معنى للقول بأن الزوج الذي اتخذ قرار تطليق زوجته يريد في الحقيقة تأديبها؟ وتعقب صاحبة الكلام: "وبهذا يخرج الطلاق عن الحكمة التي اقتضت إباحته فيصبح ذلك تعسفا في استعمال حق الطلاق الذي شرع علاجا لما صعب علاجه بالطرق الأخرى"⁶وهنا نتساءل هل الطلاق علاج؟ أم هو إنهاء للعلاقة وليس علاج للمشكلة.

¹ المادة 52 من القانون 48-11 المؤرخ في 9 رمضان 1404 الموافق لـ 9 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة، المعدلة بالأمر 06-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005، تقيية، عبد الفتاح، مرجع سابق، ص 56.

² تقيية، عبد الفتاح، مرجع سابق، ص 57.

³ إلياس، مسعودة نعيمة، مرجع سابق، أنترنت، بدون ترقيم الصفحات.

⁴ المرجع نفسه.

⁵ المرجع نفسه.

⁶ المرجع نفسه.

الفرع الثاني: عبء الإثبات

وهنا لا بد من تحديد أي من الزوجين عليه أن يثبت التعسف أو عدمه، فالقضاء السوري¹ والأردني² يعفي الزوجة من إثبات التعسف. أما في الجزائر، فقد جاء في الاجتهاد القضائي: "على الزوج أن يثبت أن طلاقه كان لسبب معقول"³، "حيث أن التعسف مفترض في جانب الزوج إذا لم تكن لديه أسباب دعت لإيقاع الطلاق، وعلى الزوجة إثبات الضرر الذي أصابها، وبالتالي يلزم الزوج بالتعويض، كما أن المحكمة أن تستخلص من وقائع الدعوى وتقدير البحث الاجتماعي والبيانات الشخصية المستمعة فيما إذا كان الزوج متعسفا أم لا؟ حيث لا يمكن اعتباره متعسفا إذا اشتركت معه الزوجة في التقصير، فقد يحدث أن يكون تقصيرها وسوء سلوكها هو السبب الرئيسي لإيقاع الطلاق ونسبة التقصير قليلة من جانب الزوج وإثبات التعسف من عدمه أما إثبات عدم التعسف فيقع على عاتق الزوج المطلق"⁴.

وهنا لا بد من مناقشة مسألة الأصل وخلاف الأصل، لأن ما يلزم إثباته ما يقع خلاف الأصل⁵ ونعود إلى ما بدأنا به من أن أصل الطلاق هو الإباحة فلا حاجة للزوج لبيان سببه.

وإذا كان التعسف يخضع للسلطة التقديرية للقضاة، فهو من مسائل الموضوع التي لا تخضع لرقابة المحكمة العليا. لكن نجد قرارات نقض تتعلق بالتعسف، قد أسست نقضها على الرقابة على الوقائع، مثل: "من المقرر قانوناً أن الزوجة تستحق التعويض في حالة نشوز الزوج أو تعسفه في الطلاق..... ومتى تبين في قضية

¹ محكمة النقض السورية 1956 عن الصابوني، عبد الرحمان، مرجع سابق، ص 2/56.

² جاء في قرار الاستئناف رقم 19859 "لا تكلف الزوجة المطلقة لإثبات التعسف في الطلاق ولن الذي يكلف للإثبات هو الزوج المطلق إذا ادعى لطلاقه سببا مشروعاً وأكثرت الزوجة ذلك" عتيلي، مرجع سابق ص 402.

³ تقيّة، عبد الفتاح، مرجع سابق، ص 60.

⁴ شذي، حسين مظفر، مرجع سابق، ص 182.

⁵ السيوطي، جلال الدين، الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية، بيروت، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط 1، 1983، ص 137.

الحال أن قضاة الموضوع للمطعون ضدها بالتعويض دون أن يحصل من الطاعن أي تعسف أو نشوز، فإنهم بقضائهم كما فعلوا خالفوا القانون¹.

الفرع الثالث : تقدير التعويض

اختلفت القوانين العربية حول مسألة التعويض، وسكت قانون الأسرة الجزائري عن وضع معالم للتعويض تاركاً ذلك لاجتهاد القضاة.

ويمكن تسجيل ثلاثة معايير أساسية :

1- درجة التعسف في الطلاق².

2- حالة الزوج المالية عسراً ويسراً³.

وفي بعض القوانين العربية يقدر التعويض بما لا يتجاوز نفقة سنتين⁴، وانتقدت مسألة الاعتماد على النفقة في تقدير التعويض : "والذي أراه أنه إن كان الزوج قد تعسف في الطلاق فقد تعسفت القوانين التي أخذت بمبدأ التعويض في مقدار العقوبة المالية وفي تكييفها لها فرفع البؤس والفاقة حق من الحقوق الواجبة على الأقربين في دائرة الأسرة أولاً فإن لم يوجد أحد منهم كان حقا على الدولة"⁵. وفي القانون العراقي ليس للمحكمة تقدير التعويض بصورة مباشرة، فهو إما أن يكون باتفاق الطرفين، فإن لم يتفقا يكون تقدير ذلك للخبراء⁶.

¹ غ.أ.ش المحكمة العليا، رقم 210451 بتاريخ 1998/11/17، المجلة القضائية، اجتهاد قضائي، عدد خاص، 2001، ص.252، سايس، جمال، مرجع سابق، ص 1125.

² شذى، حين مظفر، مرجع سابق، ص182.

³ المرجع نفسه، ص182.

⁴ المرجع نفسه.

⁵ السرطاوي، محمود، فقه الأحوال الشخصية، دار الفكر، عمان، ط1، 2008، ص136 .

⁶ شذى، حسين مظفر، مرجع سابق، ص182.

أما تقدير التعويض، فقد ذهب بعض الشراح إلى: "وفقا لطبيعة الطلاق التعسفي ولحالة الزوج المالية وللقاعدة الشرعية لا ضرر ولا ضرار"¹، وهنا لا من مناقشة مسألة أن التعويض يراعى فيه حالة الزوج .

والواقع في المحاكم هو ادعاء الزوجات رغبتهن في البقاء مع أزواجهم والاستمرار في الحياة الزوجية، من أجل الحصول على التعويض من جهة. ومن جهة ثانية فإنه من نتائج كثرة الأعباء المالية على المطلقين، أصبح الكثيرون يلجأون إلى التحايل على القانون، فيضرون بزوجاتهم حتى يتم إلجاؤهن إلى طلب الخلع، فقضايا الطلاق أصبحت عملياً حساسية .

¹ تقيّة، عبد الفتاح، مرجع سابق، ص 57 - 59.

الثالث: الالتزامات المالية التكافلية الوصلية

سمينا هذا الفصل الالتزامات التكافلية الوصلية؛ بناء على الطبيعة التكافلية لنفقة الأقارب على اختلاف درجاتهم، لأن الغاية منها تحقيق مقصد التكافل¹ بين الناس وقضاء حاجاتهم وعدم تضييع الفقير منهم. أما الوصلية فلأن نفقة القريب إضافة إلى تحقيقها للغايات الإنسانية والاجتماعية من جهة، فهي تهدف إلى توثيق عرى الأسر وصلة الأرحام من جهة أخرى.

وفلسفة التكافل في الإسلام قائمة على أساس أن المال مال الله². وأن أحوال الناس متقلبة في الفقر والغنى، أما فلسفة التواصل فهي مؤسسة على أن الأقربون أولى بالمعروف³.

¹ عرف التكافل ب: "التعاون لسد الحاجة المشروعة لتحصيل الصلاح للفرد أو المجموعة ودرء الفساد عن الفرد أو المجموعة في عاجل والآجل" وغلانت، فاطمة الزهراء، البعد المقاصدي لمبدأ التكافل في الإسلام، رسالة دكتوراه في الفقه والأصول، كلية العلوم الاجتماعية والإسلامية، باتنة، 2010/2009 .

² علوان، عبد الله، التكافل الاجتماعي في الإسلام، دار السلام للطباعة والنشر، ط د، ص 27.

³ وفي ذلك كلام نفيس لابن باديس رحمه الله في تفسير قوله تعالى: "وآت ذا القربى حقه" سورة الإسراء آية 26: "ابتداءً بالقرب لوجوه : الأول لأنه مقتضى طبيعة الترتيب، الثاني : تأكيد حق القريب، الثالث أن من حكمة التربية أن يبدأ من الأوامر بما تعين فطرة النفوس الإنسانية على قبوله ببداية الفكرة أو بشعور العاطفة وكلتا هاتين يحجب للنفس إيتاء حق القريب فابتدئ به في الأمر ليكون تقبله - أي النفس - له أحسن ومبادرتها للامتثال أسرع، فإذا سخت النفوس بإيتاء حق القريب ومرنت عليه اعتادت الإيتاء وصار من ملكاتها فسهل عليها إيتاء كل حق ولو كان لأبعد الناس، وشيء آخر هو أن الأقارب قد تكون بينهم المنافسات والمنازعات لقرب المنازل، أو تصادم المنافع أو التشاح على الموارد ما لا يكون بين الأبعد، فيقطعوا حق القرابة ويهدموا بناء الأسرة، ويعود عليهم أولاً بالوئال وثانياً على مجتمعهم - والمجتمع مؤلف من أسر - بالتضعف فكان هذا من جملة ما يقتضي الابتداء بحقهم إلى المقترضيات المتقدمة الأخر" ابن باديس، عبد الحميد بن محمد، مجالس التذكير، علق عليه وخرج آياته وأحاديثه أحمد شمس الدين، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، ط2، 2003، ص 89 .

المبحث الأول : محددات الالتزام بنفقة الأقارب

نتكلم في هذا المبحث في مطلبين، مطلب تأسيسي للفصل نتناول الأدلة الشرعية على الالتزام بنفقة الأقارب، ومطلب تكميلي شروط نفقة الأقارب. مع مقارنة كل ذلك بأحكام قانون الأسرة الجزائري.

المطلب الأول : مشروعية الالتزام بنفقة الأقارب

لا تتم دراسة الالتزام بنفقة الأقارب إلا بعد التأصيل الشرعي لهذا الواجب، وذلك بعد التعريف في الفرع الأول، ثم عرض أدلة هذا الصنف من الالتزامات المالية في الكتاب والسنة والاجماع في الفرع الثاني.

الفرع الأول : تعريف الالتزام بنفقة الأقارب

سبق تعريف الالتزام في الفصل التمهيدي، كما سبق تعريف النفقة في مبحث الالتزام بالإنفاق، والقرباة أنواع منها قرابة الولادة، وقرابة غير الولادة، وهذه الأخيرة، تنقسم إلى قسمين قرابة رحمية كالأخوة والخوولة والعمومة، وقرابة غير رحمية كأبناء العمومة والأخوال والخالات¹.

أما اعتبار واجب الإنفاق التزاما، فإنه على الرغم من أن الالتزام بنفقة الأقارب يختلف عن الالتزام بنفقة الزوجات من حيث أن النوع الأخير من الالتزام يكون الزوج فيه مختار للعلاقة مع الزوجة؛ وهو بالتالي راض عن كل التبعات الناتجة عن تلك العلاقة بما فيها المالية منها. لكن علاقة القرابة جبرية لا اختيارية، لذلك فتسميته بالالتزام يكون مع الفارق، حيث أن الإرادة منعدمة، لكن كون هذه العلاقة منتجة لتبعات مالية يكون بها الشخص دائما ومدينا فيبقى مصطلح الالتزام صالحا في نظرنا للاستعمال في هذا الباب كغيره من سابق الأبواب.

وتتميز نفقة الأقارب عن نفقة الزوجة؛ في أن نفقة الزوجة واجبة على زوجها وإن كانت موسرة، والسبب الداعي لهذا التفريق أن نفقة القريب تجب بسبب صلة الرحم

¹ الكاساني، علاء الدين، مرجع سابق، ص 30/4.

التي تجمع بين الطرفين والصلة لا تكون إلا للمحتاج، في حين وجبت النفقة للزوجة على زوجها لحبس الزوجة نفسها على زوجها وتفرغها له بحكم عقد الزواج الذي يربط بينهما لأنها باعتبار الحاجة في حقهم -أي الأقارب - وفي حق المرأة معاوضة عن الاحتباس¹.

الفرع الثاني: أدلة الالتزام بنفقة الأقارب

نفقة الأقارب واجبة شرعاً²، وقد ثبت ذلك بالكتاب، السنة، الإجماع والمعقول أما الكتاب، فقد ورد فيه آيات كثيرة، تدل على وجوب الإنفاق على الأقارب، منها ما يلي:

1- قوله تعالى: وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ لَا تُكَلَّفُ نَفْسٌ

إِلَّا وُسْعَهَا لَا تُضَارَّ وَالِدَةٌ بِوَلَدِهَا وَلَا مَوْلُودٌ لَهُ بِوَالِدِهِ وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَلِكَ ﴿٣﴾.

فهذه الآية من الأدلة الرئيسية في الإلزام بالإنفاق على الأقارب، فقد سمي المولى عز وعلا الزوج بـ "المولود له" منها -عز وعلا- على علة إيجاب الإنفاق، والتي هي "الولادة له"، وبيان ذلك أنه إذا علق الحكم بمشتق فيكون مبدأ الاشتقاق علة لذلك الحكم، فلما كان إيجاب الإنفاق على الأم بسبب الولد؛ فمن باب أولى إلزام الزوج بالنفقة على ولده⁴.

2- والنص القرآني وَإِنْ كُنَّ أُولَاتٍ حَمَلٍ فَأَنْفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّىٰ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ

فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ وَأَتَمِّرُوا بَيْنَكُمُ الْمَعْرُوفِ وَإِنْ تَعَاَسَرْتُم فَسُتْرُوعٌ لَهُ

أُخْرَى ﴿٥﴾⁵، فيه دلالة أن الرضاعة وهي نوع من التغذية والمؤونة التي يقوم بها

عيش الصغار، وهو ما يقتضى الإلزام بالإنفاق عليهم⁶.

¹ أبو زهرة، محمد، الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص 432.

² الماوردي، أبو الحسن بن حبيب، مرجع سابق، ص 477/11، الكلوزاني، مرجع سابق، ص 95/2.

³ سورة البقرة، آية 233.

⁴ الكاساني، علاء الدين، مرجع سابق، ص 30/4.

⁵ سورة الطلاق، آية 6.

⁶ الماوردي، أبو الحسن، الحاوي الكبير، مرجع سابق، ص 477/11.

3- وهناك مجموعة كبيرة من النصوص التي يوصي فيها المولى عز وجل بالإحسان للوالدين والقربى، والإحسان متضمن للعناية الكاملة والتي منها الإنفاق، منها قوله تعالى: ﴿وَوَصَّيْنَا الْإِنْسَانَ بِوَالِدَيْهِ حُسْنًا﴾¹، ولا يخفى أن من أهم أوجه الإساءة ترك الوالدين والأقرباء بلا نفقة،².

والسنة النبوية حافلة بالأحاديث التي تلزم بالإنفاق على الأقارب، ومن ذلك ما رواه بهز بن حكيم عن أبيه عن جده قال: قلت: (يا رسول الله من أبر: قال: أمك، قلت: ثم من؟ قال: أمك، قال: قلت: يا رسول الله ثم من؟ قال: أمك. قال: قلت: ثم من؟ قال: أباك، ثم الأقرب فالأقرب)، وفي لفظ: (الأدنى فالأدنى)³، ومن ذلك أيضا وما رواه طارق المحاربي قال: قدمنا المدينة، فإذا رسول الله - صلى الله عليه وسلم - قائم على المنبر، يخطب الناس، وهو يقول: (يد المعطى العليا، وأبدأ بمن تعول: أمك وأباك، وأختك وأخاك، ثم أدناك أدناك)⁴.

وأما الإجماع فقد أجمعت الأمة على وجوب نفقة الوالدين والأولاد الفقراء، يقول ابن المنذر: "أجمع أهل العلم، على أن نفقة الوالدين الفقيرين الذين لا كسب لهما ولا مال، واجبة في مال الولد؛ وأجمعوا أن على المرء نفقة أولاده الأطفال الذين لا مال لهم"⁵.

¹ سورة العنكبوت، آية 8 . وقوله تعالى أيضا: (ووصينا الإنسان بوالديه حملته أمه وهنا على وهن وفصاله في عامين أن اشكر لي ولوالديك إلى المصير) سورة لقمان، آية 14، وقوله عز شأنه: (واعبدوا الله ولا تشركوا به شيئا وبالوالدين إحسانا وبذي القربى)، سورة النساء، آية 36، وآية (وآت ذا القربى حقه)، سورة الإسراء آية 26.

² الكاساني، مرجع سابق، ص 30/4.

³ راه أبو داود، كتاب الأدب، باب في بر الوالدين، رقم 5139، سنن أبي داود، ص 775، ورواه البيهقي، كتاب النفقات، رقم 15756، باب من أحق منهما بحسن الصحبة، السنن الكبرى، البيهقي، أبو بكر أحمد بن الحسين البيهقي، تحقيق عبد القادر عطا، منورات محمد علي بيضون، بيروت، لبنان، ط 2003، 3، -1424، ص 3/8. ورواه ابن ماجة، كتاب الأدب، باب في ب الوالدين، رقم 2657، سنن ابن ماجة، ص 553.

⁴ رواه النسائي في سننه، كتاب الزكاة، باب أيتهما اليد العليا، رقم 2323، السنن الكبرى للنسائي، مرجع سابق، ص

50/3 .

⁵ ابن المنذر، مرجع سابق، ص 110.

وأما المعقول بالنسبة لقرابة الولادة فالحكمة هي الجزئية " وأما العبرة فإن وجود البعضية بينهما وأن يعتق كل واحد منهما على صاحبه كما تعتق نفسه ولا يشهد له كما لا يشهد على نفسه فوجب أن ينفق كل واحد على صاحبه كما ينفق على نفسه "1. ومن ناحية ثانية. فإنه من البدهي وليس فقط من المعقول أنه إذا كان الوالدان تعباً ولم يألوا جهداً في الاهتمام بالصغير وهو ضعيف لا يستطيع الاستقلال بالتكسب، فإذا كبر واستغنى عنهما بالتكسب، وأصبح الوالدين هما العاجزين عن الإنفاق على نفسيهما، فمن المعقول أن الواجب يعود على أولادهما في رد الجميل والعناية بالوالدين كما اعتنيا بهم في الصغر².

أما بالنسبة لبقية الأقارب فإن الحكمة والغاية الأساسية من الالتزام بالإنفاق عليهم هي تحقيق التكافل بين أفراد المجتمع، ذلك أن الفقير إما أن يتكفل به أقربه أم تتكفل به الدولة، أو يضيع ويهلك . فإذا كانت الدولة غير قادرة على التكفل بالفقراء لفقر أو فساد، فلا يجوز أن ندع الفقراء يهلكون وأقاربهم موسرون . ولا يغيب عن الذهن أن هناك مشكلة أخرى وهي معرفة الفقراء في المجتمع؛ إذ من الصعب تحديدهم إذا لم يطلبوا الإعانة حفظاً لكرامتهم، فيكون الأقارب هنا هم المخولون لمعرفة أصحاب الحاجات من بين أقاربهم دون غيرهم من الجهات المختصة إن وجدت.

المطلب الثاني : محددات نفقة الأقارب بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة

تضمن قانون الأسرة الجزائري عدداً محدوداً من المواد المنظمة للالتزام بنفقة الأقارب . كما كانت تلك المواد مختصرة مقتضبة كأغلب مواد قانون الأسرة . ناهيك أن القليل الذي كتب في شرح قانون الأسرة كان مركزاً على الزواج والطلاق وآثارهما مغفلاً أو مقللاً من الاهتمام بأحكام نفقة الأقارب . كل هذا وذاك يصعب عملية المقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري هذا الفصل كما سيأتي .

الفرع الأول : نفقة الأقارب في قوانين الأسرة المقارنة

¹ الماوردي، أبو الحسن، الحاوي، مرجع سابق، ص 474/11، الكاساني، علاء الدين، مرجع سابق، ص 31/4.

² الكاساني، علاء الدين، مرجع سابق، ص 30/4.

النفقة على الأقارب معروفة في القوانين المقارنة وليس في الشريعة الإسلامية وحدها¹. فوجد القانون المدني الفرنسي يلزم بالانفاق الوالدين والأبناء على عمود النسب، إضافة إلى الزوجين ووالدي الزوجين بشروط محددة².

أما قوانين الأسرة العربية، فاستمدادها من الشريعة الإسلامية بصفة أساسية جعلها لا تغفل النص على التزام شرعي كالالتزام بنفقة الأقارب³؛ وذلك مع الاختلاف بينها في المذاهب الفقهية المتبناة.

الفرع الثاني: مقارنة بين محددات نفقة الأقارب بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة

أولاً: من حيث التعريف: لم يعرف قانون الأسرة الجزائري الإنفاق ولا الأقارب كعادة المدونات القانونية. لذلك فبتطبيق المادة 222 من ذات القانون يرجع إلى الشريعة الإسلامية من أجل ضبط التعاريف؛ فلا يكون هناك اختلاف بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة في تحديد مدلول نفقة الأقارب.

ثانياً : من حيث النصوص الملزمة

نصت المادة 75،76،77 على الالتزام بنفقة الأقارب، متفقة مع الشريعة الإسلامية، حيث جاء في المادة 75 من قانون الأسرة: "تجب نفقة الولد على الأب مالم يكن له مال .." ونصت المادة 77: "تجب نفقة الأصول على الفروع والفروع

¹Voirin, Pierre, Goubeux, Gilles, Op, cit, p205 .

² Malaurie, Philippe, Fulchiron, Huges,, La famille, Défrénois , L.G.D.J , Paris, 3^{ème} edit,2009, p 663-664.

³ أنظر المادة 187 من القانون رقم 36 لعام 2010 المسمى قانون الأحوال الشخصية المنشور في الجريدة الرسمية رقم 5061 تاريخ 2010/10/17. انترنت Farraj lawyer.com.

على الأصول حسب القدرة والاحتياج ودرجة القرابة في الإرث "، نسجل هنا تخصيص القانون لنفقة الولد بمادة منفصلة؛ رغم دخول نفقة الأبناء تحت حكم نفقة الأصول على الفروع . وذلك على خلاف الفقه الإسلامي الذي ينظمها في ذات الباب .

وهنا لا بد من الإشارة إلى أنه حتى لو كان غرض المشرع الجزائري تخصيص نفقة الأبناء بالأهمية، فكان الأصح هو ترتيب المادة التي تخصص الأبناء بعد المادة التي توجب النفقة على الأصول والفروع .

المبحث الثاني : شروط الالتزام بنفقة الأقرارب

إذا كانت نفقة الزوجات أساسها التعاقد، فيلزم بها الأزواج ولو كانت المرأة موسرة، حيث يثبت لهن تبعاً لذلك حق التفريق لعدم الإنفاق. فإن نفقة الأقرارب ذات طبيعة مختلفة تماماً لأنها تنشأ بتحقيق ازدواجية لازمة هي إعمار طالب النفقة ويسار مقدمها . فهو التزام غايته سد الحاجات والقضاء على الغبن يقع على كاهل من كانت له القدرة.

المطلب الأول : إعمار المنفق عليه

أما إعمار المنفق عليه، فالفقهاء متفقون على أن كل نفقة على قريب إنما تلزم بشرط تحقق حاجته لتلك النفقة، فإذا كان مستغنياً بماله، مكتفياً في حاجاته الأساسية فلا نفقة له¹.

ولكن ما هو حد الإعسار، أو ما هو ضابط المعسر الذي يستحق النفقة على قريبه؟ ففي ذلك تباينت آراء الفقهاء وتفاوتت؛ فمن قائل أن الضابط هو حل الصدقة وعدم وجوب الزكاة على مستحقها². كان الفريق الأخير أكثر ضبطاً، فقيّدوا تعريف المعسر بضابط من " لا يملك قوت عشر ليال غير ما استثنى له من الكسوة والمنزل ونحوه"³.

¹ الماوردي، أبو الحسن، مرجع سابق، ص478/11، الكلوزاني، مرجع سابق، ص 95/2.

² الكالبيولي، مجمع الأنهر، مرجع سابق، ص195/2، أبو زهرة، محمد، الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص 443.

³ الكاساني، مرجع سابق، ص34/4.

ونستنتج من هذه الآراء، أن المعسر الذي يستحق النفقة على غيره هو من ليس عنده ما يكفي في حاجاته الأصلية كلها أو بعضها، فإن لم يكن عنده شيء أصلاً فرضت له النفقة حسب كفايته، وإن كان عنده ما يكفي بعض حاجاته فرض ما يكمل كفايته.

وهو ما أخذت به قوانين الأسرة العربية¹، فاشتراط قانون الأسرة الجزائري لوجوب نفقة الولد " ما لم يكن له مال " ²... أن قضاة الموضوع لما قضوا بالإنفاق على من لا يستحق النفقة كالبنت المتوفية أو البنات اللواتي يعملن ولهن كسب فإنهم كما فعلوا خالفوا القانون³.

ولا يكفي لاستحقاق النفقة أن يكون القريب فقيراً، بل لابد أن يكون مع ذلك عاجزاً عن الكسب، وهو شرط محل اتفاق بين الفقهاء ما عدا نفقة الفروع على أصولهم، فالقريب الفقير القادر على الكسب، يكون مستغنياً بكسبه أو قدرته، فيمتنع أن يكون في حال ضرورة قد يهلك فيها؛ إذا امتنع قريبه عن الإنفاق عليه⁴. كما أن إيجاب النفقة على القريب القادر على الكسب مدعاة إلى التقاعس عن العمل والكد وانتشار روح الاتكال بين الشباب القادر على العمل وهو ما نشهده في كثير من بلاد الإسلام. و"هو ما عبر عنه قانون الأسرة: "وتسقط بالاستغناء عنها بالكسب"⁵.

¹ أنظر المادة 175 من مشروع قانون الأحوال الشخصية العربي الموحد، مرجع سابق، 309، المادة 187، من قانون الأحوال الشخصية الأردني، الأشقر، عمر سليمان، مرجع سابق، ص 363.

² المادة 75 من القانون 84-11، المتضمن قانون الأسرة، المعدل والمتمم - مذكور سابق، سعد، عبد العزيز، مرجع سابق، 224.

³ غ. أ. ش. المحكمة العليا، قرار رقم 138958 بتاريخ 1996/07/09 المجلة القضائية، عدد 1، 1998، ص 123، عن دلاندة، يوسف، قانون الأسرة مدعم بأحدث مبادئ واجتهادات المحكمة العليا، دار هومة، الجزائر، 2005، ص 126.

⁴ الكاساني، مرجع سابق، ص 34/4.

⁵ المادة 75 من القانون 84-11، المتضمن قانون الأسرة، المعدل والمتمم - مذكور سابقاً-

لكن الخلاف طال نفقة الأصول، فذهب الحنفية¹ والشافعية في قول²، والظاهرية؛ إلى أن نفقة الأصل واجب على قريبه، ولو مع قدرته على الكسب³، وذلك لأن الله - سبحانه وتعالى - نهى عن إيذاء الوالدين، ولو بأدنى أنواع الأذى، وهو التأفيف بقوله - سبحانه ﴿وَقَضَىٰ رَبُّكَ أَلَّا تَعْبُدُوا إِلَّا إِيَّاهُ وَبِالْوَالِدَيْنِ إِحْسَانًا إِمَّا يَبُلُغَنَّ عِنْدَكَ الْكِبَرَ أَحَدُهُمَا أَوْ كِلَاهُمَا فَلَا تَقُلْ لَهُمَا أُفٍّ وَلَا تَنْهَرهُمَا وَقُلْ لَهُمَا قَوْلًا كَرِيمًا﴾⁴،

أليس في إلزام الآباء بعناء العمل عن كبر مع غنى الأبناء ويسارهم؛ إيذاء يتجاوز التأفيف، هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى، فإن الشرع أضاف مال الابن إلى الأب "بلام التمليك" حيث يقول - صلى الله عليه وسلم -: "أنت ومالك لأبيك"⁵، فكان مال الابن كمال الأب؛ ولأن الولد كسب أبيه فكان كسب الولد ككسب أبيه. لكن الإشكال يقع في حالة إعسار الابن فذهب فقهاء الحنفية على وجوب نفقة الأب المعسر ولو مع فقر الابن حيث لا يشترط ما سبق من امتلاك الابن للفضل من النفقة أو بلوغه الزكاة كما سبق ذكره⁶. وفصل بعض فقهاء الحنفية فقالوا بأنه إذا كان الأب معسرا والابن فقيرا لم يفرض له نفقة خاصة بل يأكل مع عيال الابن⁷.

بينما ذهب المالكية⁸ والشافعية في قول⁹، إلى أن الأب إذا كان فقيرا كسوبا لم تجب النفقة له على ابنه، لأن نفقته وجبت على ابنه للحاجة، ومع كسبه لا تتحقق

¹ ابن نجيم، البحر الرائق، مرجع سابق، ص 349/4.

² النووي، المجموع، مرجع سابق، ص 299/18.

³ ابن حزم، المحلى، مرجع سابق، ص 108/10، ابن نجيم، البحر الرائق، مرجع سابق، ص 349/4، مما جاء فيه جواز سرقة الأب من مال ابنه إذا امتنع عن الإنفاق عليه ولم يوجد قاض يفرض له النفقة .

⁴ سورة الإسراء، الآية 23.

⁵ سبق تخريجه

⁶ ابن نجيم، البحر الرائق، مرجع سابق، ص 349/4.

⁷ المرجع نفسه.

⁸ الخرشبي، مرجع سابق، ص 202/4، الدسوقي المالكي، ابن عرفة، حاشية الدسوقي، مرجع سابق، ص 501/3.

⁹ النووي، المجموع، مرجع سابق، ص 299/18، الدسوقي المالكي، ابن عرفة، حاشية الدسوقي، مرجع سابق، ص 501/3.

حاجته، ومعنى ذلك أنه لا يجبر الولد على نفقة أبيه إذا كان الأب كسوباً، لأنه يعتبر غنياً بقدرته على الكسب.

إن القول بتساوي الوالدين مع غيرهم من الأقارب فيه الكثير من الحيف مع سبق فضل الوالدين في الإنفاق والبذل وفائق العناية بأولادهم، فمن البدهي أن يكون للأولاد زيادة في حق الوالدين عن غيرهم من الأقارب، فيتعين الإنفاق عليهم ولو مع القدرة على الكسب .

ومن بين ما أشار إليه الفقهاء مسألة وجوب الإنفاق على الأبوين مع إعسار الابن فذهب الحنفية إلى إلزام الابن المعسر على نفقة أبويه المعسرين استثناء من شرط يسار المنفق¹.

أما قانون الأسرة الجزائري فقد أوجب نفقة الأصول على الفروع "حسب القدرة والاحتياج ودرجة القرابة في الإرث"²، فلم تذكر المادة مسألة الالتزام بالإنفاق على الأصل القادر على الكسب بصورة صريحة إلا إذا فسرنا لفظ الاحتياج الوارد في المادة، على أنه يشمل الفقر دون العجز عن الكسب .

هذا، وللعجز حالات مختلفة نص عليها الفقهاء منها، العجز للصغر والأنوثة، للمرض....، أما الصغر، فيكون الشخص صغيراً من الولادة إلى البلوغ، ذلك أن الطفل في هذه المرحلة يكون عاجزاً عن الكسب، فتلزم نفقته إذا لم يكن له مال. فبينما حددت بعض القوانين سقوط نفقة الصغير ببلوغه "الحد الذي يتكسب به أمثاله"³، وضبط كذلك بسن الخامسة عشر⁴، وحدد قانون الأسرة ذلك بلوغه سن الرشد⁵، وهو سن التاسعة

¹ ابن نجيم، البحر الرائق، مرجع سابق، 4/349.

² المادة 77 من القانون 48-11 المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم المذكور سابقاً .

³ المادة 195 من ق.أ.ش. الأردني .

⁴ جاء في الفقرة ج من المادة 175 من مشروع قانون الأحوال الشخصية الموحد " إذا أتم الغلام الخامسة عشرة عاجزاً عن الكسب لآفة بدنية" مشروع قانون الأحوال الشخصية الموحد، مرجع سابق، ص309.

⁵ المادة 75 من القانون 84-11 المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم المذكور سابقاً .

عشر حسب التعديل الجديد لقانون الأسرة¹ . لكن المشكل يثار في حالة البطالة وهي عدم حصول الشاب على عمل رغم قدرته على ذلك ففي رواية عن أحمد أنه يستحق النفقة².

وإذا كان الصغر واضحا في المنع من الكسب، فإن الأنوثة مختلفة في ذلك؛ فالظاهر أن النساء قادرات على الكسب، وهو المشاهد في مختلف المجتمعات، لكننا نرى أن المقصود من القول باعتبار الأنوثة من مظاهر العجز؛ هو عدم إجبار المرأة على التكسب للحصول على رزقها. ذلك أن المرأة إذا أُجبرت على الكسب تفرض عليها كثير من الأعمال التي تتنافى وطبيعتها الأنثوية أو التي تمس بشرفها، فالمرأة عرض وامتهانها يؤدي إلى انتشار الفساد في المجتمع . ناهيك على وظيفة الأمومة التي تختص بها المرأة من حمل وولادة والتي تكون في كثير من الأوقات مانعة للمرأة من التكسب . فالمقصود إذا باعتبار الأنوثة من أسباب العجز؛ أن الأنثى لا تكون في جميع أحوالها قادرة على الكسب، ولا تستطيع ممارسة جميع الأعمال وفي جميع الأوقات - كاللبل مثلًا - دون المساس بأنوثتها، بتكليفها ما لا تطيق، أو بوظيفتها الأساسية : الأمومة من جهة، أو التعرض لشرفها من ناحية أخرى .

وإذا نظرنا إلى الموضوع من منظور تطبيق مبدأ المساواة، فنجد هنا حيادا على هذا المبدأ، إذ ميز الفقهاء بين الذكر والأنثى في استحقاق النفقة مع القدرة على الكسب، وهو تمييز كما سبق وأن ذكرنا لصالح المرأة . وينتج عن ذلك أن تطبيق مبدأ المساواة في قانون الأسرة³، يؤدي إلى حرمان النساء من هذا الامتياز، وإجبارهن على الخروج إلى ميدان العمل مساواة مع الرجال.

¹ المادة 7 من قانون 84-11 المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم المذكور سابقا .

² " فإن كان صحيحا مكلفا إلا أنه لا حرفة له فقال شيخنا ظاهر كلام أحمد يحتمل روايتين : إحداهما يستحق النفقة أيضا " الكلوذاني، مرجع سابق، ص 95/2.

³ أنظر في الكلام عن مبدأ المساواة ص 76.

وهو ما أخذ به قانون الأسرة¹ ينتهي الالتزام بالإنفاق على البنات إلى الدخول وأكده القضاء "...فإن نفقتهن تبقى على والدهن إلى الدخول بهن أي إلى أن تنتقل نفقتهن إلى أزواجهن طبقا للمادة 75 من نفس القانون"¹.

وقد يكون العجز أيضا لأجل العيوب البدنية أو العقلية، فالفقير البالغ قد تمنعه العيوب البدنية أو العقلية عن الكسب وتجعل منه عاجزا، ويضاف إلى ذلك الشيوخوخة التي لا يمكن معها الكسب². "لما ثبت - في قضية الحال- أن الولد المنفق عليه معوق ويتقاضى منحة شهرية فإن القضاة بقضائهم بحقه في النفقة لأن المنحة التي يتقاضاها مجرد إعانة لا تكفي حاجياته طبقوا صحيح القانون"³. فالخلاف هنا وقع في تكييف المنحة التي يحصل عليها الولد العاجز عن الكسب هل تتحقق بها صفة الاستغناء بماله؟؟، ولو فرض القضاة حلا وسطا؛ وهو كون النفقة التي يلزم بها الأب تكون مكملة للمنحة التي يحصل عليها الولد لكان أدق في تطبيق الضابط الشرعي والمادة المستقاة منه. كما اعتبر الفقهاء طلبة العلم من العاجزين عن الكسب، ذلك أن اشتغالهم بتحصيل العلم والدراسة يمنعهم من التكسب، واشتغالهم بالكسب يضيع

¹ غ.أ.ش، المحكمة العليا، قرار 189258 رقم بتاريخ 1998/04/21، المجلة القضائية، 2001، ص 200. وفي قرار آخر: "بدعوى أن القرار المنتقد قد رفض نفقة البنيتين (م، م) على اعتبار أنهما قد بلغتا سن الزواج مع أن المادة 75 تقضي بأن الأنثى تستحق النفقة إلى الدخول" أنظر قرار رقم 218736 بتاريخ 1999/02/16. اجتهاد قضائي، المجلة القضائية، عدد خاص، 2001، ص 206، سايس، جمال، مرجع سابق، ص 1011.

² حاشية الدسوقي، مرجع سابق، 503/4، الفقرة ج من المادة 175 من مشروع الأحوال الشخصية الموحد، مرجع سابق، ص 309، المادة 75 من القانون 84-11 المتضمن قانون الأسرة، المعدل والمتمم.

³ ذلك أن الوجه الوحيد الذي اعتبر مخالفا للقانون هو: "قضاة الموضوع قضوا على الطاعن بنفقة الولد المعوق حركيا وعقليا مع أن يأخذ منحة من الحماية الاجتماعية مبلغ 2500 ج شهريا وهذا يعتبر الولد صاحب كسب والمادة 75 من ق. أ تلزم الأب بالإنفاق على الولد الذي ليس له كسب"، غ.أ.ش، المحكمة العليا، غ.أ.ش، المحكمة العليا، القرار رقم 179126 بتاريخ 1998/02/17، اجتهاد قضائي، المجلة القضائية، عدد خاص، 2001، سايس، جمال، مرجع سابق ص 1026.

العلم¹. هذا، واشترط آخرون توفر الإستقامة والجد في طلب العلم النافع². والراجح في نظرنا هو إعفاء طلبة العلم من لزوم التكسب؛ ذلك أن إلزامهم بالاكْتساب للإنفاق يمنعهم من تحصيل العلم، ويفضي إلى ضياع التعلم وتعطيل ركب الحضارة، ويتأكد هذا في زماننا حيث العلوم غزيرة وتحصيلها ضرورة من ضرورات الأمة. وحددت بعض القوانين: "طلب العلم الضروري لأمثاله"³ كضابط لوجوب نفقة الابن القادر على الكسب، واعتبر قانون الأسرة الجزائري مزاولة الدراسة سببا من أسباب وجوب الإنفاق على الأولاد⁴، وهم ما يتفق مع الرأي المذكور الذي يعتبر طلبة العلم من العاجزين عن الإنفاق على أنفسهم، من جهة. ومن جهة ثانية، فهو مواكب لمتطلبات العصر السابق تأكيدها. لكن إطلاق الالتزام على "مزاولة الدراسة" تعميم يحتاج إلى تفصيل، خصوصا لما يعرفه التعليم في زمننا من تشعب أنواع المستويات الدراسية، لذا نقترح الأخذ بما ذهب إليه القانون الأردني من الإلزام بالإنفاق على الأولاد إلى نهاية المرحلة الجامعية الأولى⁵.

المطلب الثاني : يسار المنفق

أما الشرط الثاني هو يسار المنفق، ومضمونه أن يكون المنفق مالكاً نفقة فائضة عن حاجات نفسه، ويتجسد اليسار بأمرين: أولهما تحقق النفقة الزائدة عن

¹ ملتقى الأبحر على هامش مجمع الأنهر، مرجع سابق، ص 197/2. ابن عابدين: (أنه تلزم على المسلمين كفاية طالب العلم إذا خرج لطلب حتى لو امتنعوا عن كفايته يجبرون كما يجبرون في دين الزكاة إذا امتنعوا عن أدائه تنقيح الفتاوى الحامدية، لابن عابدين، خباب، حمد حاجة طلبة العلم إل التفرغ العلمي

<http://www.almoslim.net/node/171658>

يوم 2076/07/28، الساعة 10:00

² الكالبيولي، مجمع الأنهر، مرجع سابق، ص 197/2

³ الفقرة ج من المادة 175 من مشروع الأحوال الشخصية الموحد، مرجع سابق، ص 309.

⁴ المادة 75 من القانون 84-11، المتضمن قانون الأسرة، المعدل والمتمم المذكور سابقا.

⁵ القانون الأردني، "يلزم الأب المؤسر بنفقة تعليم أولاده في جميع المراحل التعليمية بما في ذلك السنة التمهيديّة قبل الصف الأول الأساسي إلى أن ينال الولد أول شهادة جامعية على أن يكون الولد أهلا للتعلم" المادة 190 من ق.أ.ش الأردني .

الحاجة، والثاني توفر المقدرة على الكسب¹. وتبقى لقرابة الولادة استثناءات، فقد ذهب الفقهاء إلى وجوب النفقة، حتى لو كان المنفق معسراً، وذلك بناء على معنى الجزئية السابق الذكر، فكما لا تسقط عنه نفقة نفسه لعسره، لا تسقط عنه نفقتهم لذلك².

وتمايزت آراء الفقهاء الأجلاء، في وضع حدٍّ لليسار كما سبق تباينها في بيان ضابط الإعسار، ذلك أن أنه مما لا يخفى أنها من الأمور الاجتهادية التي تختلف حسب الزمان والمكان والبيئة الاجتماعية. فبين نصاب الزكاة³ ونصاب الحرمان من الصدقة⁴، مال فريق ثالث إلى القول بأن الموسر هو من له مرجع كسب مستمر، يحقق له الكفاية ولعياله شهرياً ويزيد⁵، أما القول الرابع والذي مال إليه الجمهور: "هو من له مرجع كسب دائم، يكفي نفقته ونفقة عياله كل يوم ويزيد"⁶. هذا، ووفق الكمال بن الهمام بين القولين لمحمد بن الحسن الشيباني فقال: إن الأول في خصوص أهل الغلة أي الدخول، والآخر خاص بذوي الحرف الذين يكسبون يوماً بيوم⁷. وهو توجيه دقيق للمسألة.

والراجح، هو ما ذهب إليه جمهور الفقهاء بأن الموسر هو من كان عنده فضل كفايته من نفقة كل يوم. فهو موسر بقدر هذا الفضل، ذلك أن النصاب معتبر في حقوق الله تعالى، بينما النفقة حق العبد؛ وإنما الأمر الذي يعتبر فيها إمكان الأداء ممن وجبت في حقه⁸، ويؤيده -أيضاً- قول الرسول - صلى الله عليه وسلم -: "ابدأ

¹ ابن نجيم، البحر الرائق، زين الدين ابراهيم، مرجع سابق، ص 4/349، الماوردي، الحاوي الكبير، مرجع سابق، ص 11/478، الكلوذاني، مرجع سابق، ص 2/96.

² ابن نجيم، البحر الرائق، مرجع سابق، ص 4/349.

³ ابن نجيم، البحر الرائق، مرجع سابق، ص 4/349، ونصاب الزكاة : عشرون مثقالاً من الذهب أو مائتا درهم من الفضة . انظر الكاساني، مرجع سابق، ص 4/35.

⁴ الكاساني، مرجع سابق، ص 4/35.

⁵ المرجع نفسه.

⁶ المرجع نفسه.

⁷ الكاساني، مرجع سابق، ص 4/35، أبو زهرة، محمد، الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص 446.

⁸ الكلوذاني، مرجع سابق، ص 2/96 .

بنفسك فتصدق عليها، فإن فضل شيء فلاهلك، فإن فضل عن أهلك شيء فلذي قرابتك¹.

لكن غيره من القوانين العربية فصل في ذلك؛ فالقانون الأردني ذكر حالة عجز الأب عن الإنفاق " ما لم يكن الأب عاجزا عن النفقة والكسب لآفة بدنية أو عقلية "، كما بينت المادة 188 من القانون نفسه أن النفقة عندها تنتقل إلى من يلي الأب في الالتزام بالإنفاق عند عدمه، مع بقاء ما أنفق دينا يرجع به عليه الأب إذا حضر أو أيسر².

المطلب الثالث: اتحاد الدين

جمهور الفقهاء على أن اتحاد الدين بين من وجبت عليه النفقة ومستحقها من أقاربه ليس بشرط في وجوبها³، ومن ثم تجب نفقة الفرع المسلم على الأصل الكافر وبالعكس فلا يستحق الفرع على أصله أو بالعكس نفقة؛ وذلك للنهي الوارد عن بر من يقاتلنا في الدين بقوله - تعالى - : ﴿ إِنَّمَا يَنْهَاكُمْ اللَّهُ عَنِ الَّذِينَ قَاتَلُوكُمْ فِي الدِّينِ ﴾⁴، وفصل الحنفية حيث جاء في كنز الدقائق: " ولا تجب مع اختلاف الدين إلا بالزوجية والولادة"⁵ وذلك لذات معنى الجزئية السابق تأكيده، وجزء المرء مثل نفسه، فكما لا تمنع نفقة نفسه لكفره لا تمنع نفقة جزئه⁶.

¹الكاساني، مرجع سابق، ص، 4/ 36.

²المادة 187 وانظر المادة 188: " إذا كان الأب غائبا ويتعذر تحصيل النفقة للولد منه، أو كان الأب فقيرا قادرا على الكسب لكن كسبه لا يزيد عن كفايته، أو كان لا يجد كسبا، يكف بنفقة الولد من تجب عليه النفقة عند عدم الأب وتكون هذه النفقة دينا للمنفق على الأب يرجع بها عليه متى حضر أو أيسر "، من قانون الأحوال الشخصية الأردني، الأشقر، عمر سليمان، مرجع سابق، ص 363.

³ المطيعي، تكملة المجموع، ص 297/18، الشرييني، مرجع سابق، ص 585/3.

⁴ سورة الممتحنة آية 9.

⁵ ابن نجيم، البحر الرائق، مرجع سابق، ص 4/ 352.

⁶المرجع نفسه.

وخالف الحنابلة، فقالوا بأن اختلاف الدين مانع من وجوب النفقة قياساً على منع التوارث، لأنهم كما ذكرنا من قبل - يجعلون الإرث هو الضابط لوجوب النفقة بين الأقارب¹. - وفي رأي آخر للحنابلة تجب على عمود النسب مع اختلاف الدين².

والراجح هو ما ذهب إليه الجمهور، لأنه يتفق مع روح الشريعة في وجوب الإحسان لذوي القربى بغض النظر عن دينهم . حيث أن النهي عن التوارث لاختلاف الدين قد ورد فيه نص صريح؛ بينما لم يرد نص في النهي عن نفقة الأقارب لاختلاف الدين، رغم أن الفترة النبوية كان فيها أقارب للمسلمين منهم الكفار والكتابين، ولم يرد الأثر في حرمانهم من النفقة وهم في حاجة إليها لاختلافهم في الدين .

كما أن القياس على التوارث قياس مع الفارق، فإذا كان التوارث يحدث مرة واحدة في العمر، كما قد لا يحدث إذا لم يترك المتوفى مالا؛ فإن النفقة يحتاجها الإنسان خلال سائر أيام حياته، فأثر المنع من التوارث بسبب اختلاف الدين يمنع الوارث من الحصول على ثروة احتمالية في حياته تكون إضافة إلى أمواله المكتسبة، أما منع مستحق النفقة من الحصول عليها بسبب الاختلاف في الدين فيؤدي على هلاكه وانهدام مرتكزات حياته .

هذا ولم يذكر قانون الأسرة اتحاد الدين كشرط من شروط الالتزام بنفقة الأقارب، عملاً بمذهب الجمهور. وهو اختيار صائب لتحقيقه غاية التكافل بتوسيعه دائرة المستفيدين من نفقة الأقارب.

¹ ابن تيمية الجذ، أبو البركات مجد الدين، مرجع سابق، ص 2/ 119.

² المرجع نفسه.

المبحث الثالث: قواعد الإنفاق على الأقارب

إذا كان الفقهاء متفقون على وجوب نفقة الوالدين والأولاد، فإن الخلاف سجل في تفاصيل ذلك الالتزام من جهة، وفيمن تجب له النفقة من الأقارب من غير الوالدين والأبناء من ناحية ثانية.

المطلب الأول : قاعدتي الوراثة والرحم المحرمة

ذهب الحنفية إلى وجوب نفقة الولادة ورحم محرم، أما الحنابلة فمالوا إلى وجوب النفقة لسائر الورثة في الجملة¹، بينما يرى الظاهرية وجوبها لكل موروث، ولكل ذي رحم محرم، سواء كان بفرض أو تعصيب، فلا نفقة لبعيد موسر لحجبه قريب معسر². فإن وجد ابن وجد فعلى الجد سدس النفقة وباقيها على الإبن³.

وترجع تلك الأقوال إلى الخلاف في تفسير قوله تعالى: (وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف لا تكلف نفس إلا وسعها لا تضار والدة بولدها ولا مولود له بولده وعلى الوارث مثل ذلك)⁴؛ وذلك أن عطف قوله عز وعلا: (وعلى الوارث مثل ذلك) على قوله: (وعلى المولود له)، ومعناه: وعلى الوارث مثل ما على المولود له من النفقة والكسوة⁵.

وعارض الشافعية القول بالعطف السابق، وذهبوا إلى أن العطف الذي يصح هو (وعلى الوارث مثل ذلك) معطوفاً على قوله - تعالى - : (لا تضار والدة بولدها) فيكون المعنى: "على الوارث عدم الإضرار بالوالدة"، وهذا مروى عن ابن عباس - رضي الله عنهما - "وهو أعلم بالقرآن من غيره فقد صرف ذلك إلى ترك المضارة لا إلى

1 الكلوذاني، مرجع سابق، 296، المحرر، مرجع سابق، ص 117/2.

2 المحرر، مرجع سابق، ص 117/2.

3 الكلوذاني، مرجع سابق، ص 2/96.

4 الكاساني، علاء الدين، مرجع سابق، ص 31/4.

5 المرجع نفسه، ص 31/4.

النفقة والكسوة فكان معناه: لا يضار الوارث باليتيم، كما لا تضار الوالدة والمولودة بولدهما¹.

رد الجمهور على جواب الشافعية أن قواعد اللغة لا تحتل عطف" وعلى الوارث مثل ذلك على: منع المضارة². هذا، وجاء في البحر الرائق أن نفقة الوالدين والأبناء هي على أساس معنى الجزئية وليس الميراث³.

والذي يترجح من الدراسة السابقة، تعدي واجب الإنفاق إلى الأقارب من غير الأبوين والأولاد المباشرين، كما أن اعتبار معيار الإرث في توزيع هذا الواجب هو الأرحح من حيث الأدلة والمنطق ويسر التطبيق.

وهو ما أخذ به قانون الأحوال الشخصية العربي الموحد: "فيما عدا الأولاد الصليبين والأب والأم تجب نفقة كل فقير عاجز عن الكسب على وارثه من أقاربه المحارم الموسرين"⁴، ونصت الفقرة د: "إذا تعدد المحارم الموسرون كلف بالنفقة من هو مقدم على غيره في الإرث".

أما قانون الأسرة، فقد نصت المادة 77 السابقة الذكر على وجوب الالتزام بالإنفاق بين الأصول والفروع فقط ولم تذكر الحواشي، رغم اعتماد القانون على درجة القرابة في الإرث كمعيار في الإلزام بالإنفاق، إلا أن هذا المعيار لا فائدة عملية له مادام الالتزام بالإنفاق محصور في الأصول والفروع، فكان يكفي النص " حسب درجة القرابة"، لأن القانون لم يأخذ برأي الحنابلة القائل بأن النفقة تلزم كل وارث كما سبق بيانه.

¹ الشافعي، مرجع سابق، ص 950-951.

² الكاساني، علاء الدين، مرجع سابق، ص 31/4.

³ ابن نجيم، البحر الرائق، مرجع سابق، ص 351/4.

⁴ الفقرة الأولى من المادة 178 من قانون الأحوال الشخصية العربي الموحد. المذكور سابقا.

لذا نقترح تعديل هذه المادة وتوسيعها إلى الحواشي الوارثين لما في ذلك من خير، فهي لا تضر المنفق لأن إنفاقه مشروط باليسار والزيادة عن حاجاته، وتنفع المنفق عليه ولو لم يكن من أصول وفروع المنفق، فلو كان لغني عم أو أخ ولم يكن له أصل أو فرع، فإن إزماءه بالإنفاق عليه زيادة في التوسعة على الفقير دون الإضرار بالمنفق.

إذا كان الفقهاء متفقون على وجوب نفقة الوالدين والأولاد، فإن الخلاف سجل في تفاصيل ذلك الإلزام من جهة، وفيمن تجب له النفقة من الأقارب من غير الوالدين والأبناء.

المطلب الثاني : الاقتصار على الأصول والفروع

ذهب المالكية إلى أن النفقة تجب للأب والأم المباشرين على الابن والبنات وللأب والبنات على أبيهما المباشر دون أمهما، فهي لا تجب لغير هذه الأصناف الأربعة من أصول وفروع¹. بينما ذهب الشافعية إلى أن النفقة واجبة لجميع الأصول والفروع دون غيرهم، من الحواشي، إذ النفقة واجبة على عمودي النسب فقط. هذا، وإن الأب والأم يشملان جميع الأجداد والجذات، كما يشمل لفظ الولد جميع الأبناء والبنات من الأحفاد أيضاً²، والأصناف الناتجة عن هذه القاعدة هي :

¹ الدسوقي المالكي، ابن عرفة، حاشية الدسوقي، مرجع سابق، ص 503/4.

² المرجع نفسه، ص 503/4.

الفرع الأول: نفقة الأب على الأولاد المباشرين

اتفق الفقهاء على أنه يجب على الأب نفقة ولد الصلب ذكراً كان أم أنثى¹، واستدلوا على ذلك بالكتاب والسنة والإجماع والمعقول، فإضافة إلى النصوص التي سبق ذكرها، استدل الفقهاء بـ :

1- حديث هند بنت عتبة السابق الذكرخذي من ماله بالمعروف ما يكفيك ويكفي ولدك²، فقد أباح النبي - صلى الله عليه وسلم- لهند أن تأخذ للولد من مال أبيه بالمعروف من غير إذنه، ولولا أنه حق لما أباح لها ذلك، لحرمة التعرض لمال المسلم بغير إذنه³.

2- وما رواه أبو هريرة - رضي الله عنه - قال: أمر رسول الله - صلى الله عليه وسلم - بالصدقة، فقال رجل: يا رسول الله عندي دينار؟ فقال: ((تصدق به على نفسك، قال: عندي آخر؟ قال: تصدق به على ولدك، قال: عندي آخر؟ قال: تصدق به على زوجتك - أو قال على زوجك - قال: عندي آخر؟ قال: تصدق به على خادمك، قال: عندي آخر؟ قال: أنت أعلم به⁴ ذلك أن النبي - صلى الله عليه وسلم - أمر بالإنفاق على الولد بعد الإنفاق على النفس والأمر للوجوب، فتكون النفقة على ولد الصلب واجبة⁵ .

وأما الإجماع، فقد أجمع العلماء على أن على الأب نفقة أولاده الذين لا مال لهم⁶.

1 الشافعي، مرجع سابق، ص951، ابن نجيم، البحر الرنق، مرجع سابق، 340/4، الماوردي، أبو الحسن، الحاوي الكبير، مرجع سابق، 478/11، قال الماوردي: " وأحق الناس بتحمل نفقة الولد أبواه إذا استكملتا فيهما شروط الالتزام فإن أعسر بها أو مات فقد اختلف الفقهاء فيمن تجب عليه بعد الأب " ص487/11.

2 سبق تخريجه، ص74.

3 الكاساني، مرجع سابق، 160/4، الماوردي، أبو الحسن، الحاوي الكبير، مرجع سابق، 7-6/15.

4 رواه أبو داود، كتاب الزكاة، باب في صلة الرحم، رقم 1961، سنن أبي داود، ص265.

5 الماوردي، أبو احسن، الحاوي الكبير، مرجع سابق، ص77/15.

6 المغني، مرجع سابق، ص 257/9، الشرح الكبير، مرجع سابق، ص 276/9.

والاستدلال العقلي الذي يذكره الفقهاء هو توفر معنى الجزئية في الأبناء؛ كما يجب عليه الإنفاق على نفسه وإحيائها، يجب عليه الإنفاق على ولده -وهو بعضه- وإحيائه¹.

" ولأن نسب الأولاد لاحق له فيكون عليه غرم النفقة وذلك لأنه لا يشاركه في هذه النسبة فلا يشاركه أحد فيما ينبنى عليها وهو النفقة لأن من له غرم النسب يكون عليه غرم النفقة"²، ومن جهة ثانية " فإن هذه القرابة مفترضة الوصل محرمة القطع بالإجماع، والإنفاق من باب الصلة فكان واجبا وتركه مع القدرة للمنفق وتحقق حاجة المنفق عليه يؤدي إلى القطع فكان حراما"³. ولا يحبس أب وإن علا في دين على ابن وإن نزل إلا في النفقة ذلك أن الامتناع عن الإنفاق إتلاف للنفس⁴.

وهوما أخذت به قوانين الأسرة العربية؛ فجاء في قانون الأحوال الشخصية الأردني: "إذا لم يكن للولد مال فنفقته على أبيه، لا يشاركه فيها أحد ما لم يكن الأب فقيرا عاجزا عن النفقة والكسب، لآفة بدنية أو عقلية"⁵، وهو ما أخذ به قانون الأسرة الجزائري، وعمل به القضاء، حيث نصت المادة 75 على أن نفقة الولد تجب على والده بشرط عدم امتلاكه للمال⁶.

الفرع الثاني: نفقة الابن على الأبوين المباشرين

¹ الماوردي، أبو احسن، الحاوي الكبير، مرجع سابق، ص77/15.

² ابن نجيم، البحر الرائق، 340/4، ربيع، وليد حامد، الإلزام في الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص 208.

³ ربيع، وليد حامد، الإلزام في الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص 208.

⁴ ابن نجيم، البحر الرائق، مرجع سابق، ص 341/4

⁵ المادة 187 من قانون الأحوال الشخصية الأردني الأشقر، عمر سليمان، مرجع سابق، ص363.

⁶ المادة 75 من القانون 84-11 المؤرخ في 09 رمضان 1404 المعدل بالأمر 05-02 المؤرخ في 8 محرم 1426 الموافق ل27 فبراير 2005 حيث نص المادة: " تجب نفقة الولد على الأب ما لم يكن له مال "، سعد، عبد العزيز، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 224 - 225.

اتفق الفقهاء في جميع المذاهب الإسلامية على أنه يجب على الولد نفقة الأبوين المباشرين¹. واستدلوا على ذلك بالكتاب والسنة والإجماع والمعقول: فمن الكتاب قوله تعالى: " وصاحبهما في الدنيا معروفا"².

لقد أضاف - صلى الله عليه وسلم - مال الابن إلى الأب باللام حيث قال: "لأبيك واللام في العربية تدل على الملك، ولن يدل هذا الحديث على أن الأب مالك لمال ابنه مطلقاً سواء احتاج إليه أم لا، فلا أقل من أن يدل على أنه يمتلكه عند الحاجة إليه"³.

2- وما روته عائشة - رضي الله عنها - أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - قال: (إن أطيب ما أكل الرجل من كسبه، وإن ولده من كسبه فكلوا من أموالهم)⁴، فهذا الحديث صريح في أن مال الولد يكون حلالاً طيباً لوالده، لأن النبي - صلى الله عليه وسلم - جعل الولد من كسب أبيه، وإذا كان الولد كسب الأب، كانت نفقته عليه⁵.

وأما الإجماع: فقد أجمع العلماء على أن نفقة الوالدين الفقيرين اللذين لا كسب لهما ولا مال واجبة في مال الولد⁶.

ويؤكد ذلك عقلاً، ذات معنى الجزئية السابق ذكره في وجوب نفقة الأولاد، فكما أن ولد المرء بعضه، فهو بعض أبيه، فيجب الإنفاق عليه لذات العلة. هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى؛ فإن وجوب الإحسان من الأولاد لأبائهم، أكد من وجوب الإحسان من الآباء لأبنائهم لسبق الآباء العناية الفائقة بالأولاد في الصغر⁷. وبالنظر

¹ ابن نجيم البحر الرائق، مرجع سابق، 348/3.

² سورة لقمان، آية 15، أنظر ابن نجيم، البحر الرائق، مرجع سابق، ص 348/4- الدسوقي المالكي، ابن عرفة، مرجع سابق، ص 503/4.

³ الكاساني، علاء الدين، مرجع سابق، ص 30/4.

⁴ رواه ابن ماجه، كتاب التجارات، باب ما للرجل من مال ولده، رقم 2290، سنن ابن ماجه، ص 340.

⁵ الكاساني، علاء الدين، ص 30/4.

⁶ ابن المنذر، مرجع سابق، ص 42.

⁷ ابن حزم، مرجع سابق، ص 108/10.

في الأحكام الشرعية، نجد أن حق الوالد أكثر إجلالا من حق الولد: فهو لا يقتاد بقتله، ولا يحد بقذفه، فكانت نفقته أوجب¹.

وليُجاب الإنفاق على الوالدين؛ فيه طمأنة لهما أن الأولاد الذين يشقون من أجلهم، الآن لن يضيعوهما عندما يحل العجز وتطرق الشيخوخة أبواب العمر².

وألزم قانون الأسرة في المادة 77 الفروع بنفقة الأصول متى توفر شرطا الإعسار واليسار للابن، مع احترام درجة القرابة والإرث، فإذا كان الأقرب معسرا فينتقل واجب الإنفاق إلى من يليه في القرب من الأصل المعسر بشرط أن يكون الكل وارثا³ "وأن القضاء بإسقاط حق الأم عندما طلبت النفقة من أولادها رغم أن هذا الحق مقرر لها شرعا وقانونا هو حكم باطل ومخالف للشرع والقانون"⁴.

و اختلف في الضابط في توزيع واجب الإنفاق على الأولاد؛ جاء في مختصر خليل: "ووزعت على الأولاد وهل على الرؤوس أو الإرث أو اليسار؟ أقوال"⁵. والمذهب عند المالكية هو القول الثالث أي حسب اليسار⁶.

الفرع الثالث: نفقة الأجداد والجندات والأحفاد

بينما يذهب المالكية اقتصار النفقة - كما سبق ذكره - على الأبناء الصليبين والبنات الصليبات دون غيرهم¹. ذهب جمهور الفقهاء إلى توسيع النفقة الواجبة إلى

¹ الماوردي، أبو الحسن، الحاوي الكبير، مرجع سابق، ص78/15.

² السوسي، أحمد ماهر، الثقة بين الناس في أحكام الأحوال الشخصية، مجلة الجامعة الإسلامية، غزة، المجلد الرابع عشر، العدد الثاني، يونيو، 2006، ص:1-38، ص27.

³ المادة 77 من القانون 48-11 المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم المذكور سابقا. سعد، عبد العزيز، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص226.

⁴ غ.أ.ش، قرار رقم 254643، بتاريخ 2000/11/21، المجلة القضائية 2001، العدد2، ص290.

⁵ الأمير، محمد بن محمد، الإكليل شرح مختصر خليل، مرجع سابق، ص 36/2.

⁶ الخرشي، مرجع سابق، ص204/4.

الأجداد والجدات وأولاد الأولاد². وأقام جمهور الفقهاء ما ذهبوا إليه على عدة أسس أكثرها لغوية، وذلك في سعة لفظ الأب والأم إلى كل والد ووالدة ولن علو، وسعة لفظ الولد إلى كل ولد ولن نزل .

كقوله تعالى : (مَلَّةٌ أَبِيكُمْ إِبْرَاهِيمَ)³، فالله - سبحانه وتعالى - سمي إبراهيم - عليه الصلاة والسلام - أباً ولن كان هو جداً بعيداً⁴، وهذا يدل على أن اسم الأب شامل للجد. وقوله تعالى : (حرمت عليكم أمهاتكم وبناتكم)⁵، ذلك، أن المراد بذلك كل أنثى ولدت الولد، أو ولدت من ولده، ولن علت فالأم اسم لكل أنثى لها على الإنسان ولادة، فيدخل في ذلك الأم الدنيا وأمهاها وجداتها، وأم الأب وجداته ولن علون، وكذلك المراد بالبنات في الآية كل الفروع ولن نزلن⁶. و نوقش بأن " إن الله تعالى فرض للأم الثلث ولم تستحقه الجدة وحجب الإخوة بالأب فلو كانت هذه الألفاظ تتناول هذه الطبقات على اختلاف فيها بطريق التواطؤ حقيقة لزم التعميم وإلا لزم ترك العمل بالدليل وهو خلاف الأصل فدل ذلك على أن اللفظ إنما يتناول هذه الطوائف بطريق المجاز والأصل عدم المجاز"⁷

كما أوردوا قوله تعالى : (يوصيكم الله في أولادكم للذكر مثل حظ الأنثيين)⁸، فلا شك أن لفظ الولد في الآية شامل لولد البنين أيضاً⁹، كما أن بينهما قرابة توجب العتق

¹ الدسوقي المالكي، ابن عرفة، حاشية الدسوقي، مرجع سابق، ص 503/4، القرافي، الفروق، مرجع سابق، 194/3.

² ابن نجيم، البحر الرائق، مرجع سابق، 348/4، الشافعي، مرجع سابق، ص 951.

³ سورة الحج، الآية 78.

⁴ الماوردي، أبو الحسن، الحاوي الكبير، مرجع سابق، ص 79/15.

⁵ سورة النساء، الآية 23.

⁶ الجصاص، ابن العربي، أحكام القرآن، ص 65/3.

⁷ القرافي، الفروق، مرجع سابق، ص 114/3.

⁸ القرافي، الفروق، مرجع سابق، ص 114/3، سورة النساء من الآية 11.

⁹ ابن نجيم، البحر الرائق، مرجع سابق، ص 348/4.

ورد الشهادة فأشبهه الولد والوالد القريبين¹، ولأنه لما قام الجد مقام الأب في الولاية، واختص دون الأم بالتعصيب وجب أن يقوم مقامه في التزام النفقة²، أو ليس الولد هو بعض من جده أوجدته؟ فكما وجبت النفقة للولد فإنها تجب لولد الولد أيضاً³.

بينما استدلت المالكية بقولهم أن النصوص الواردة لم تذكر صراحة غير الأب والأم والأولاد الصليبين في وجوب نفقة الأقارب، فلا يجوز أن يتوسع إلى غيرهم من الأجداد والجدات والأحفاد، فهم ليسوا بآباء حقيقيين. ولم يسلم رأي المالكية من النقد؛ حيث اعترض عليهم بأن لفظ " الولد " الذي أوردته الآية : (والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف لا تكلف نفس إلا وسعها لا تضار والدة بولدها ولا مولود له بولده وعلى الوارث مثل ذلك)⁴ بوصفه منفقاً عليه، إنما هو شامل للابن والبنت تأسيساً على قوله تعالى: (يوصيكم الله في أولادكم للذكر مثل حظ الأنثيين)⁵، وإن لفظي "الابن والبنت" يشملان الحفدة : ذكورا وإناثا بناء على الآية السابقة الذكر (حرمت عليكم أمهاتكم وبناتكم وأخواتكم)⁶، كما أن المالكية أنفسهم ذهبوا إلى أن لفظ " الأمهات " يشمل الجدات أيضاً بناء على قوله تعالى : (يوصيكم الله في أولادكم) توسعاً في العموم⁷.

ونرى أن الراجح هو وجوب نفقة الأجداد وإن علوا وللأولاد وإن سفلوا، ذلك لقوة الأدلة⁸، خصوصاً المتعلقة منها بدلالة لفظ الأب والولد وما أوردنا من مناقشة

¹ الماوردي، أبو الحسن، الحاوي الكبير، مرجع سابق، ص 79/15.

² الماوردي، أبو الحسن، الحاوي الكبير، مرجع سابق، ص 77/15.

³ الدسوقي المالكي، ابن عرفة، حاشية الدسوقي، مرجع سابق، ص 522/2.

⁴ سورة النساء، الآية 23.

⁵ سورة النساء، الآية 11.

⁶ ابن عربي، أحكام القرآن، مرجع سابق، 372/1.

⁷ المرجع نفسه .

⁸ ربيع، وليد حامد، مرجع سابق، الإلزام في الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص 212.

على أدلة المالكية. هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى، الجد والجدّة هما سبب في وجود الفرع، وهو جزء منهما، فيجب عليه الإنفاق عليهما، كما هو واجب لأبويه المباشرين، وولد الولد هو أيضا بعض من جده أوجدته، فلما كانت النفقة واجبة للولد فإنها تجب لولد الولد قياساً .

ونجد أن قانون الأسرة قد خالف المالكية وأوجب نفقة الأجداد والجدات والأحفاد لأن لفظ الأصول يمتد إلى غير الأبوين المباشرين كما جاء في المادة 77 السابق ذكرها¹...لما قضوا بحق الزيارة للجد الذي يعتبر أصلا للولد وهو بمنزلة والده المتوفى كما تجب عليه النفقة².

الفرع الرابع: انفاق الأم على ولدها المباشر

ذهب جمهور الفقهاء إلى التزام الأم بالإنفاق على ولدها المباشر³، فذهب الحنفية إلى أنه إذا غاب الأب ولم يترك نفقة وكانت الأم ذات مال أنفقت من مالها وعلى الأب الرجوع عليها. لاوخالف المالكية فقالوا ليس عليها ذلك⁴ واستدل الجمهور بقوله - تعالى-: (والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين). فلما ألزمت الأم بما يعجز الأب عنه من الرضاع، فتكون ملزمة بما عجز الوالد عنه من الإنفاق⁵، وإذا كانت النفقة واجبة على الأب "وولادته من طريق الظاهر"، فتكون واجبة على الأم "وولادتها من طريق القطع أولى"⁶، وإذا كانت الجزئية هي سبب الإنفاق، فكذاك تلزم

¹ كذلك ما أخذت به مجلة الأحوال الشخصية التونسية، الفصلين 43-44، سعد، عبد العزيز، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص226.

² غ.أش المحكمة العليا، قضية(ش.أ) ضد(م.س) قرار رقم 189181 بتاريخ 21.04.1998،المجلة القضائية، عدد خاص،2001،ص192.كما أعتت المحكمة العليا الجد المعسر من واجب الإنفاق لوجود الأم الموسرة، غ.أش، قرار رقم 259422 بتاريخ 2001/07/18، مجلة المحكمة العليا 2004، ع 2، ص231.

³ابن نجيم، البحر الرائق، مرجع سابق، 335/4.

⁴ الخرشي، مرجع سابق، ص205/4.

⁵ حاشية الدسوقي، مرجع سابق، ص 524/2.

⁶ المهذب، مرجع سابق، ص159/3، الشربيني، مرجع سابق، ص205/3، الكاساني علاء الدين ص32/4، القانون الماوردي، الحاوي، الكبير، مرجع سابق، ص489/11.

الأم لأن البعضية قائمة. هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى، فكما أن الجزئية في الأم متحققة، وفي الوالد إنما هي بطريق الظن، فلما تحمل الأب الإنفاق بالمظنونة، كان إلزام الأم باليقين أولى. ومن جهة ثالثة، أنه لما تحمل الولد نفقة أبويه وجب أن يتحمل أبواه نفقته¹. فإن الأم أشبهت الأب في رد الشهادة ووجوب العتق، بسبب القرابة². ونوقشت هذه الأدلة بأنه لو صح القياس هنا، لكان الإنفاق واجبا على الأم مشاركة مع الأب.

ويمكن الإجابة عليه بأن المشاركة تمنعها النصوص الدالة على أن الأب مادام حيا قادرا، فإنه يلتزم وحده بالإنفاق على أولاده، ومن ذلك قوله تعالى: (وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف)³. وقوله تعالى: (فإن أرضعن لكم فأتوهن أجورهن). وعلى هذا فإنه يعمل بالقياس في غير هذه الحالة⁴.

واستدل المالكية لمذهبهم بما يلي:

1- قوله - تعالى - : قال مالك " لا تجب على الأم ولا مدخل للنساء في تحمل النفقات لقوله تعالى: (الرجال قوامون على النساء بما فضل الله بعضهم على بعض وبما أنفقوا من أموالهم)"⁵ فأوجب النفقة لهن، ولم يوجب النفقة عليهن⁶. نوقش هذا الاستدلال بأن الآية وردت في نفقات الزوجات، وليس في نفقات الأقارب⁷.

¹ الماوردي، الحاوي الكبير، مرجع سابق، ص 480/11 .

² النووي، المجموع، مرجع سابق، ص 295/18.

³ المطيعي، تكملة المجموع، مرجع، ص 296/18.

⁴ الماوردي، أبو الحسن، الحاوي الكبير، مرجع سابق، ص 480/ 11.

⁵ الماوردي، مرجع سابق، 480/11، سورة البقرة، الآية 233.

⁶ الحاوي الكبير، 480/11.

⁷ المرجع نفسه.

وهنا لا بد من التمييز لزوم الإنفاق على من عندها مال، ولزوم التكسب المفروض على الآباء.

ومن التطبيقات في قوانين الاسرة العربية، نجد أن القانون الأردني قد اعتبر أن الالتزام بنفقة الابن واجب حصري على الأب لا يشاركه فيه أحد¹. مما يستفاد منه عدم وجوب النفقة على الأم ولو كان لها مال .

والراجح، هو ما سبق وأن ذكرناه في مبحث الالتزام بالإنفاق أي عدم وجوب الإنفاق على الزوجة. لكن قانون الأسرة الجزائري قد أخذ بالرأي المرجوح وأوجب في المادة 76 من ق.أ النفقة على الأم في حالة عجز الأب عن الإنفاق وكانت موسرة ذات مال². وإذا كان كلا الوالدين عاجزين عن الإنفاق، يذكر بعض الشراح أن واجب الإنفاق ينتقل إلى إلى خزينة الدولة، بينما الفقه على أن واجب الإنفاق ينتقل إلى الأقرب، وهو ما عمل به القضاء "... مع أنه كان عليهم التأكد من احتياج الولدين للنفقة وأن أم الولدين المطعون ضدها عاملة ولها دخل لأن النفقة لا تنتقل إلى الجد

¹ المادة 187 من ق أ الأردني .

² المادة 76 من القانون 48-11 المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم المذكور سابقا .، سعد، عبد العزيز، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 224.

إلا إذا كانت الأم بدون دخل طبقا لما توجبه المادتين 76 و77 من ق.أ..¹. كما أن يسار الزوجة لا يلزمها بنفقة أولادها مادام الأب قادرا على الإنفاق².

المبحث الرابع : نفقة الأقارب في التطبيق

يتولى هذا المبحث دراسة كيفية صرف نفقة الأقارب سواء من حيث تقديرها، أو وقت انتهائها، أو تحولها من حق إلى واجب . كما أولينا معيار الكفاية عناية خاصة لأهميته البالغة .

المطلب الأول : تقديرها

لقد اعتمد الفقهاء معيار أساسيا في تقدير النفقات هو معيار الكفاية³، قال الخادمي⁴ - رحمه الله - " أي ما يكف عن الحاجات ويدفع الصّورات

1 غ.أ.ش، المحكمة العليا، قرار رقم 390381 بتاريخ 2007/05/09، مجلة المحكمة العليا، العدد 2، 2008، ص.195، سايس 1453.

2 غ.أ. ش المحكمة العليا (ع ف) ضد (خ ع) قرار رقم 237148 بتاريخ 2002/02./22، المجلة القضائية، ع 2001، 1، ص 2001، وانظر قرار " إنّ قضاة الموضوع بقضائهم بإلغاء افقة المقضي بها في الحكم المستأنف بحجة يسر الزوجة رغم عدم إثبات عسر المطعون ضده أخطأوا في تطبيق القانون " غ.إ.ش، المحكمة العليا، قرار رقم 237448، بتاريخ 2000/02/22، المجلة القضائية، ع 2001، 1، ص 287.

3 الشرييني، مرجع سابق، ص 587/3، الكاساني، مرجع سابق، 35/4، وانظر الموسوعة الفقهية، ج 35، أنترنت

<http://www2.islam.gov.kw/books/mosoaa/035.doc>

يوم 2016/02/18 الساعة 22.39

4 الخادمي (1176 - 1113) هـ / (1701 - 1763م) هو محمد بن محمد بن مصطفى بن عثمان، أبو سعيد الخادمي الحنفي. هو فقيه أصولي، من علماء الحنفية. أصله من بخارى، ومولده ووفاته في قرية «خادم» من توابع قونية، اشتهر بدرس ألقاه في أيا صوفيا باستنبول، في تفسير الفاتحة، من آثاره : مجمع الحقائق في أصول الفقه وشرحه منافع الدقائق، حاشية على درر الحكام في فقه الحنفية. شرح الرسالة الوالدية للغزالي شرح بها رسالة أبيها الولد لأبي حامد الغزالي، رسالة في تفسير البسملة. الزركلي، خير الدين، الأعلام، دار العلم للملايين، بيروت، ط 15، 2002، ص 68 / 7.

وَالْفَاقَات ... وقال: «كفأفا» قَدَر كفاية بلا زيادة، ولا نقصان، أو ما يقوتهم ويكفيهم بحيث لا يشوشهم الجهد، ولا ترهقهم، ولا تذلهم المسألة والحاجة¹.

ومعيار الكفاية مأخوذ من حديث هند السابق الذكر "خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف"²، ولقوله تعالى: "وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف"³ "والمعروف: قدر الكفاية، ولأنها نفقة واجبة، لدفع الحاجة، فتقدرت بالكفاية..."⁴. وفي ضبط الكفاية نورد قول الماوردي: "وأما تقدير العطاء فمعتبر بالكفاية"، ثم قال: "والكفاية معتبرة من ثلاثة أوجه: أحدها عدد من يعوله... والثاني عدد ما يرتبطه من الخيل والظهر، والثالث الموضع الذي يحله في الغلاء والرخص"⁵. وتكون كفاية الفرد بإشباع حاجاته الأساسية، وذلك بدفع الهلاك عن الشخص فعليا أو تقديراً، وكل ذلك بما يتلاءم مع حاله وحال من يدخل نفقته بلا تبذير ولا إقتار⁶.

فيجب للقريب بذلك ما يكفيه من المأكل والمشرب والملبس والسكنى والرضاع إن كان رضيعاً والخادم إن كان يحتاج إلى خدمة⁷. أما نفقات العلاج، فلم يذكر الفقهاء دخولها في مشتملات النفقة كما أسلفنا، لكن من القوانين العربية الحديثة من اعتبرها

¹ الخادمي، بريقة محمودية في شرح طريقة محمدية وشريعة نبوية في سيرة أحمديّة، مطبعة الحلبي، 1343، ص 25/3.

² سبق تخريجه، ص 74.

³ سورة البقرة، آية 233.

⁴ حاشية الدسوقي، مرجع سابق، ص 502/4.

⁵ الماوردي، أبو الحسن بن حبيب، الأحكام السلطانية الولايات الدينية، تحقيق مبارك البغدادي، دار ابن قتيبة، الكويت، ط1، 1989، ص 269.

⁶ السبهاني، عبد الجبار، الكفاية وأدلة اعتمادها في اقتصاد إسلامي، انترنت

<http://al-sabhany.com/index.php/2013-01-10-19-22-08>

يوم 2016/02/18 الساعة 23:13

⁷ الدسوقي المالك، ابن عرفة، مرجع سابق، ص 502/4، الموسوعة الفقهية، ج 35، أنترنت

<http://www2.islam.gov.kw/books/mosoaa/035.doc> 22.39 الساعة 2016/02/18

كذلك، كالقانون الأردني الذي يلزم الأب بنفقات علاج أولاده، فإذا أعسر وأنفق غيره رجع عليه بما أنفق إذا أيسر¹.

لم ينص قانون الأسرة على تقدير نفقة الأقارب على غرار قوانين الأسرة العربية الأخرى، حيث جاء في القانون الأردني: "يراعى في تقدير نفقة الأولاد حال الأب يسرا وعسرا على ألا تقل عن حد الكفاية"². كما فصل القانون الأردني على خلاف القوانين العربية الأخرى في نفقات التعليم³. أما القانون الجزائري فلم يشر إلى نفقات التعليم، وقد يكون ذلك على أساس مجانية التعليم في الجزائر في جميع المراحل الدراسية.

إن اعتبار تغير الأحوال والأسعار والحاجات يوجب مراجعة الأحكام الصادرة في النفقات، من جهة. كما لا تكون خاضعة إلى مبدأ حجية الأمر المقضي فيه، من ناحية أخرى " من المقرر قانوناً أنه يجوز للقاضي مراجعة النفقة بعد مضي سنة من الحكم ولا يجوز الطعن بحجية الشيء المقضي فيه في النفقة تبعا للمستجدات التي تطرأ على المعيشة والنفقات بصفة عامة. ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بخرق القانون ليس في محله"⁴.

المطلب الثاني: وقت انتهائها

كما بينا أن شرط الحصول على النفقة هو العجز عن الكسب، فمن المنطقي أنها تسقط بالاستغناء عنها بالكسب⁵. ذكرت المادة 75 من ق. أ: "وتسقط بالاستغناء عنها بالكسب"، وهنا لا بد من التفصيل، هل المقصود هو الكسب الفعلي أم القدرة على

¹ المادة 192 و 194 من ق. أ. ش. الأردني، الأشقر، عمر سليمان، مرجع سابق، ص 365.

² المادة 189 من ق. أ. ش. الأردني، الأشقر عمر سليمان، مرجع سابق، ص 363.

³ من غريب ما ورد في القانون الأردني: "إذا اختار الولي المكلف بالإنفاق على المحضون تعليمه في المدارس الخاصة عدا السنة التمهيديّة، فلا يملك الرجوع عن ذلك، إلا إذا أصبح غير قادر على نفقات التعليم الخاص أو وجد المسوغ المشروع لذلك" المادة 191 من ق. أ. ش. الأردني، واعتبر ذلك تدخلا في خصوصيات الأسر خصوصا مع الارتفاع الفاحش لأسعار المدارس الخاصة، الأشقر عمر سليمان، مرجع سابق، ص 364.

⁴ غ. أ. ش. المحكمة العليا، قرار رقم 136604، قضية (م أ) (خ ز)، تاريخ القرار 1996/04/23، المجلة القضائية 1997، العدد، ص 89.

⁵ الكاساني، مرجع سابق، ص 35/4، حاشية الدسوقي، مرجع سابق، ص 503/4.

الكسب . خصوصا ما نعرفه اليوم من انتشار البطالة وغياب فرص العمل للشباب، حيث هناك من أدخل هذه الحالة في باب العجز، وأجب نفقة الابن إذا كان بطالا ولو كان قادرا على الكسب¹. وهناك من اعتبر "عدم تيسر الكسب" سببا من أسباب وجوب الإنفاق².

أما بالنسبة للبنات فتجب نفقتها إلى الدخول بها إن لم يكن لها مال³، وفصل مشروع ق. أ. ع الموحد: "وتعتبر الأنثى عاجزة عن الكسب حتى تتزوج أو تكسب فعلا، ما لم يظهر تعنتها في اختيار البطالة على عمل مناسب لأمثالها كسلا أو عنادا"⁴. أما الشافعية فذهبوا إلى أن نفقة البنت تسقط بالبلوغ مثل الذكر: "قال الماوردي: إذا احتلم الغلام أو حاضت الجارية سقطت نفقتها"⁵.

ولقد سار القضاء على ذلك: "ولما كان من الثابت في قضية الحال أن القرار المطعون فيه قضى بنفقة الابن البالغ من العمر 21 سنة لمدة سابقة يكون خالف القانون"⁶. فبين القرار أن بلوغ الابن سن الرشد يجعل نفقته ساقطة، وجاء أيضا: "أن القضاة لما قضوا بحرمان البنات من النفقة دون توضيح السبب المعتمد عليه في حكمهم مع أن نفقة البنت تبقى على عاتق والدها إلى أن تنتقل إلى بيت الزوجية أو حصولها على كسب"⁷.

¹ سعد، عبد العزيز، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 225.

² فقرة ج من المادة 175، من مشروع قانون الأحوال الشخصية الموحد، مرجع سابق، ص 309.

³ فإن دخلت بزواج فقير بقيت نفقتها في أبيها، الدسوقي المالكي، ابن عرفة، مرجع سابق، ص 4/ 503.

⁴ الفقرة ج من المادة 178 من ق.أ.ش. العربي الموحد، مشروع قانون الأحوال الشخصية الموحد، مرجع سابق، ص 310.

⁵ الماوردي، أبو الحسن، الحاوي الكبير، مرجع سابق، ص 484/11.

⁶ غ.أ.ش، المحكمة العليا، قضية (ز.م) ضد (ز.ن) قرار رقم 57227 بتاريخ 1989/12/25، المجلة القضائية، عدد 4، سنة 1991، ص 106، عن دلاندة، يوسف، مرجع سابق، ص 126.

⁷ غ.أ.ش، المحكمة العليا، قضية (س.ز) ضد (م.م)، ملف رقم 128736، بتاريخ 1999/02/16، إ.ق.غ.خ، 2001، ص 2006، دلاندة، يوسف، مرجع سابق، ص 206.

المطلب الثالث : مسائل متفرقة

1- إذا سرقت، أو هلكت النفقة المقدمة، والمنفق عليه في حاجة إلى النفقة فعلى المنفق أداء النفقة مرة أخرى، لأنها تجب على سبيل الموساة لدفع الحاجة المنجزة ومازالت الحاجة باقية¹.

2- إن جاء وقت أداء النفقة للمنفق عليه غير أنه لم يكن في حاجة إلى نفقة جديدة فلا يجوز له طلب النفقة الجديدة؛ لأن نفقة القريب لا تؤدي إلا لحاجة القريب، ولا حاجة في هذه الحال².

3- نفقة الأصول والفروع واجبة دون توقف على قضاء القاضي، فإذا كان لشخص مال في بيته من جنس النفقة؛ جاز لمن يستحق النفقة عليه سواء كان من أصوله وفروعه أن يأخذ منه بالمعروف ما يحتاج إليه في نفقته دون توقف على رفع الأمر إلى القاضي، وإذا رفع الأمر إلى القاضي فتكون كلمته في ذلك بمثابة الفتوى المقوية على الوصول إلى الحق وليست حكماً حقيقياً، هذا بخلاف نفقة الحواشي بعضهم على بعض فإنه يوقف وجوب أدائهما على القضاء، وهذا عند الحنفية³، أما عند الجمهور فيجوز ذلك مطلقاً⁴.

نفقة الأقارب بما في ذلك نفقة الأصول والفروع تسقط بمضي المدة ما لم تكن مستدانة بإذن من وجبت عليه أو بإذن القاضي، فإذا مضت المدة المحددة للنفقة⁵، دون أن يأخذ القريب نفقته المفروضة له على قريبه، سقطت نفقة المدة الماضية، ولا تصير ديناً على من حكم عليه بها، لأن نفقة الأقارب وجبت لدفع الحاجة، وقد دفعت

¹ ابن نجيم، زين الدين ابن ابراهيم، البحر الرائق، 4/301. حيث تسقط النفقة عن الموسر بمضي المدة، الدسوقي المالكي، ابن عرفة، مرجع سابق، ص 4/503، الخرشي، مرجع سابق، ص 4/204.

² ابن نجيم، زين الدين ابن ابراهيم، البحر الرائق، مرجع سابق، ص 4/301.

³ الكاساني، مرجع سابق، ص 4/35.

⁴ المرجع نفسه.

⁵ الكاساني، مرجع سابق، ص 4/35، الخرشي، مرجع سابق، ص 3/204.

الحاجة في المدة الماضية¹، وحكم بعض الفقهاء بعدم سقوط نفقة الطفل بسبب مرور الوقت، ولو لم يطلبها أحد ممن يهتم بمصالحه².

أما ترتيب من تجب عليه النفقة فعند الحنفية مثلاً : النفقة تكون على الأقرب في قرابة الولادة وغيرها من الرحم المحرم، فتجب على الابن دون ابن الابن لمن وجبت له النفقة على الابن وابن الابن وتجب على الأب دون الجد لمن وجبت نفقته على الأب والجد، وإذا حدث أن استويا في القرب، ولأحدهما ما يرجحه وجبت النفقة عليه وحده، وإن كان كل منهما وارثاً، فمن كان له ابن وأب فالنفقة واجبة له على ابنه دون أبيه؛ لأن الابن كسب الأب من جهة، ولقوله صلى الله عليه وسلم: (أنت ومالك لأبيك)، وفي قرابة غير الولادة من ذوى الرحم تكون النفقة على الأقرب أيضاً، فإن استويا فى القرب، وأحدهما وارث فالنفقة واجبة عليه وحده بسبب رجحانه من هذه الناحية وتكون عليهما على قدر الميراث، إن كان كلاهما وارثاً³.

كما قد يتحول وجوب أداء النفقة إلى حق في المطالبة بالنفقة إذا تغيرت، وتحولت الشروط اللازمة في المنفق والمنفق عليه، ومثال ذلك أنه إذا وجب على الابن أن ينفق على والده الفقير، يستمر هذا الوجوب طيلة يسار الابن وإعسار الأب، أما إذا صار الابن فقيراً عاجزاً عن الكسب بعد أن كان موسراً، وصار الأب موسراً بعد أن كان فقيراً، ففي هذه الحالة يتحول وجوب الأداء إلى حق الطلب في النفقة، وهذه الميزة لا توجد في غير نفقة الأقارب.

¹ ابن نجيم، زين الدين ابن ابراهيم، البحر الرائق، 301/4، الماوردي، أبو الحسن، الحاوي الكبير، مرجع سابق، ص 493/11.

² أبو زهرة، محمد، الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص 458.

³ الكاساني، مرجع سابق، ص 31/4-32، وأنظر الترتيب عند الشافعية، الماوردي، أبو الحسن، الحاوي، مرجع سابق، ص 480/11 وما بعدها.

ناتي إلى نهاية الفصل الأخير من البحث و الذي سميناها الالتزامات التكافلية الوصلية، بحثت فيها نفقة الأقارب محدداتها شروطها وقواعدها صم تطبيقها، وهي تسعى الى تحقيق التوازن في الأعباء المذكور كأهم غاية لأحكام الالتزام المالي في الأحوال الشخصية فهي لا تقع إلا على الموسر و لا ينالها إلا المحتاج . غاياتها التكافل و سد الحاجات، وهو ما يتكامل مع غاية التماسك الأسري، أما المقارنة مع قانون الأسرة الجزائري؛ فأول ما سجلناه هو الاقتضاب و عدم التفصيل، خصوصا في الجانب الإجرائي اللازم للحصول عليها، كما تم اقتراح بعض التعديلات سواء في باب القواعد كاقترح توسيع واجب الانفاق الى الحواشي أو في الأحكام التفصيلية لبعض القضايا كنفقة.....ات الدراسات.....ة .

خاتمة

بعد هذه المسيرة مع الالتزامات المالية في الأحوال الشخصية، والتي درسنا فيها أهم أحكام الالتزام المالي في الاحول الشخصية؛ نأتي إلى المحطة الأخيرة من البحث وهي الخاتمة ونتائج البحث. وهنا لابد أن نشير إلى أن أهم نتيجة أو اكتشاف توصلنا إليه من هذه الدراسة هي تصنيف الالتزامات المالية: التزامات مالية تبادلية: الصداق والإنفاق، التزامات مالية ذات طبيعة تعويضية: وهي كل من المتعة وبدل الخلع، والتعويض عن الطلاق التعسفي، والتزامات مالية تكافلية وصلية: نفقة الأقارب. وفائدة ذلك في تكييف الأحكام الشرعية المتعلقة بالالتزامات المالية.

1- مصطلح الالتزام ليس مصطلحا غربي المنشأ كما يبدو، بل أثبتنا ضمن كتب الفقهاء المتقدمين لهذا المصطلح بنفس المعنى المعاصر.

2- لقد استعملنا مصطلح الأحوال الشخصية نظرا لشيوعه في العصر الحديث، رغم أننا نفضل مصطلحا أكثر أصالة كأحكام الأسرة مثلا، وإن كان لا يشمل كل القضايا التي يتضمنها مصطلح الأحوال الشخصية.

3- سار عرف الفقهاء المتأخرين على إطلاق الذمة على الأمور المالية دون غيرها. وهو يخالف ما يذكره فريق من الباحثين المعاصرين من أن أهم فرق بين الذمة في الفقه الإسلامي والفقه القانوني الغربي، هي أن الفقه الإسلامي يوسع من نطاق الذمة إلى الحقوق والالتزامات المالية وغير المالية ذمة.

4- تمتلك المرأة في الإسلام ذمة مالية مستقلة عن زوجها استقلال تاما، وإن ذهب المالكية إلى تقييد تبرعها بالثلث؛ فقد رجحنا رأي الجمهور. ولقد كان قانون الأسرة الجزائري متفقا مع رأي الجمهور.

5 - من خلال استقراءنا لمباحث الالتزامات المالية في الأحوال الشخصية، استنتجنا أن أغلب الأحكام المالية المسائل الزواج والطلاق تتركز على عنصرين أساسيين هما: طبيعة الصداق، طبيعة الإنفاق. أن تحقيق التوازن المالي في الالتزامات المالية الناشئة عن عقد الرابطة الزوجية وحلها مرتبط بشكل محوري مع الطبيعة الفقهية لهذين الموضوعين.

6- وضع الفقهاء قواعد للمعاملات، وأخضعوا لها مسائل الأحوال الشخصية، ثم استثنوا خضوع مسائل الأحوال الشخصية لبعض تلك القواعد. وكان الأولى عدم إخضاع أحكام الأحوال الشخصية أصلاً للقواعد العامة في المعاملات المالية للطبيعة الخاصة والتميزة لهذه الأحكام كما سبق تفصيله.

7- كما لاحظنا قلة النصوص الشرعية في مجال المعاملات المالية خصوصاً في الكتاب بالمقارنة مع نصوص الأحوال الشخصية، وهو ما يؤكد تفرداً من حيث الأحكام فلا من بد وضع قواعدها الخاصة.

8 - إن أحكام الالتزام المالي في مسائل الزواج والطلاق إضافة إلى ارتكازها على مبدأ التوازن في الأعباء المذكور في المقدمة؛ فهي وسيلة من وسائل التماسك الأسري بالتقليل من النزاعات من جهة بتحديد الحقوق والواجبات المالية من جهة وبكبح الطلاق من جهة ثانية عن طريق ترتيب التكاليف المالية على الزوجين.

9- من بين أهم النتائج التي توصلنا إليها إثبات التوازن المالي في الالتزامات المالية بين الزوجين مع بقاء المرأة دائماً هي الدائنة للرجل في العلاقة الزوجية. بناء على ذلك، يجب احترام التوازن المالي المذكور ذلك أن الإخلال به في قانون الأسرة بسبب تطبيق مبدأ المساواة من جهة وأحكام التعويض عن الأضرار من جهة أخرى أو مراعاة التغيرات الاجتماعية من نواح أخرى يؤدي إلى التأثير على كافة الأحكام الشرعية المستمدة من الشريعة الإسلامية.

10- تضم أحكام الالتزام المالي في الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، مجموعة من الحقوق والواجبات المالية؛ تنظم وفق قواعد وغايات تجلت لنا من خلال الاستقراء والتحليل: فهي تقوم على التوازن والتقابل وهذا فيما يخص الالتزامات بين الزوجين فكل حق مالي يقابله واجب غير مالي يسقط بسقوطه في الغالب. هذا من جهة، ومن ناحية ثانية؛ فإنها تقوم على تمييز المرأة عكس التوجه الغربي العالمي، وهو ما سميناه مبدأ مراعاة خصوصية المرأة، حيث لا مساواة بين الرجل والمرأة في الأعباء المالية حيث الرجل هو الذي يدفع والمرأة المستفيدة، وما تدفعه المرأة كالخلع مثلاً ليس إلا إرجاعاً لما دفعه الزوج الصداق - أو تعويضاً عما أنفقته.

11- أما ما يخص الغايات التي رصدناها لمختلف أنواع الالتزامات المالية في الأحوال الشخصية، فتتأسسها غاية، تحقيق التماسك الأسري وذلك بالتقليل من النزاعات الأسرية، وكبح الطلاق، فغاية سد الحاجات وتوثيق صلة القرابة وفي الختام غاية جبر الضرر.

كما بيننا ارتباط الكثير من أحكام الالتزام المالي بأحكام الأحوال الشخصية ذات الطبيعة غير المالية مثل الطلاق والطاعة الزوجية، ذلك أن الإخلال بأحكام الالتزام المالي بإدخال موزع جديد : مبدأ المساواة مثلا، فإن ذلك سوف يؤثر على العلاقات الزوجية الأخرى التي ترتبط ارتباطا مباشرا بالالتزامات المالية ؟

12- إن تقسيم الالتزامات المالية بين الزوجين على أساس مبدأ المساواة يعد مرحلة بدائية من العدالة البساطة تطبيقها. لكن التوزيع الشرعي لتلك الالتزامات مرحلة متطورة لاحتوائها عبقرية التعقيد في بناء الالتزامات المالية ذلك، فبإيجابه الإنفاق على الزوج وحده يحافظ على أنوثة المرأة وتفرغها الكامل للأسرة دون أن يمنعها من التكسب بحسب الأصل، ويقلل النزاعات المالية بالانفصال التام لأموال الزوجين .

13- إن قانون الأسرة الجزائري لم يحتو على مخالفات صريحة للقطعي من الأحكام الشرعية في مجال الالتزامات المالية . كما لم يكن وفيها للمذهب المالكي في كثير من الأحكام. من جهة ثانية فقد كانت نصوصه مقتضبة جدا في كثير من الأحكام المالية، وكثير من المواد لا بد من التفصيل فيها لفض النزاع.

14- إن المقارنة التي قمنا بها بين قانون الأسرة الجزائري والفقهاء الإسلامي حاولنا فيها إخضاع النصوص القانونية لمدى انسجامها مع المبادئ الأساسية للالتزامات المالية التي ذكرناها: مبدأ التوازن في الاعباء ومبدأ احترام خصوصية المرأة من جهة. ومن جهة ثانية مدى تحقيق تلك النصوص للتماسك الأسري.

15- من بين القضايا التي اهتمنا بها قضية المصطلحات فناقشنا بعض المصطلحات كمصطلح المعاوضة والاحتباس، اقترحنا إلغاء اعتبار عقد الزواج من المعاوضات، وكذلك مصطلح الاحتباس واستبداله بمصطلح التفرغ مثلا.

13- أحكام الصداق في قانون الأسرة الجزائري كانت أغلبها موافقة للفقهاء الإسلامي

جمهوريا ومالكية، وأن التعديل الأخير 2005 كان صائبا من حيث عدم اعتبار الصداق من الأركان وعدم اشتراط النص عليه في العقد. رغم أننا بيننا أن ذلك كله يصب في باب تطبيق مبدأ المساواة بين الزوجين في إنشاء الرابطة الزوجية.

14- إن إلزام الزوجة بالإنفاق مساواة مع الزوج مخالف للنصوص القطعية التي تلزم الزوج وحده بالإنفاق . وغم أن قانون الأسرة الجزائري لم ينص على المساواة بين الزوجين في واجب الإنفاق، إلا أن بوادرا ذلك واضحة في إلغاء المادتين 38-39. 15- من الاقتراحات في هذا المجال : تعديل المادة 78" تشمل النفقة الغذاء والكسوة والعلاج والسكن أو أجرته، وما يعبر من الحاجيات في العرف والعادة". وذلك بدل مصطلح الضروريات .

16- تعد المرأة متبرعة فيما أنفقته بمحض إرادتها إذا لم تذكر العكس وتشهد على ذلك .

17- إن تنظيم قانون الأسرة للخلع قد جاء مقتضبا جدا، لذا فنقترح وضع قانون مفصل تفصيلا دقيقا الأحكام الخلع والآثار التي ينتجها . أما بالنسبة لنقطة الخلاف الأساسية بين تنظيم الخلع في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة فهي أن الطبيعة الجديدة للخلع المتضمنة في تعديل 2005 تلغي دور القاضي في الحكم بالخلع فهو يقضي به بناء على طلب المرأة وله أن يلزم الزوج بقبول البدل . فالقاضي هنا يصبح إداري لا يتدخل في تقدير الوقائع . وهذه الصورة من صور الخلع لم نجد لها مثيلا في المذاهب الفقهية المختلفة والتي تعطي للقاضي دورا فعليا في حل النزاع والحكم بالخلع .

18- الصيغة التي جاء بها قانون الأسرة الجزائري ولن سميت خلعا فهي ترمي إلى تطبيق مبدأ المساواة بين الزوجين في إنهاء الرابطة الزوجية؛ وذلك كما كان إلغاء الولي تجسيدا للمساواة في إنشاء الرابطة الزوجية.

19- إن تنظيم الخلع بهذه الطريقة لا يراعي خصوصية المرأة من جانب التسرع في طلب الطلاق . ولا يحقق التماسك الأسري بتسهيله فك الرابطة الزوجية . وفي الأخير فإن لا يجسد غاية التوازن في الأعباء المذكورة لأن ما تقدمه المرأة غالبا ما لا يتناسب مع ما أنفقته الزوج .

أن المرجع في البذل هو المهر المسمى وليس مهر المثل كما هو مذكور في القانون . لأن مهر المثل له حالتان على الحصر هما : عدم التسمية، وفساد التسمية. بالتالي نقترح إلغاء المادة التي تنص على ذلك كما نقترح اشتراط أهلية التبرع في المرأة المختلعة لحماية أموالها .

20- إن تشريع المتعة هو التزام مالي لصالح المرأة؛ لذلك فهو تطبيق لمبدأ اعتبار خصوصية المرأة السابق الذكر. ومن جهة ثانية فإن الزام الزوج بدفع المتعة يعتبر كاجبا لإرادة الزوج المنفردة في الطلاق؛ وبالتالي فهو من وسائل تحقيق التماسك الأسري لذا نقترح النص عليها في قانون الأسرة وذلك بدلا عن التعويض عن الطلاق التعسفي . لم ينص قانون الأسرة الجزائري على التزام المطلق بدفع المتعة إلى مطلقة . وذلك على خلاف كثير من قوانين الأسرة العربية . لكننا نجد بعض القرارات القضائية تحكم للمطلقة بالمتعة اجتهادا منها.

21- رغم احتدام النقاش حول التعويض عن الطلاق التعسفي، والتوجه إلى تعميم إقراره . بيننا أن هذا التعويض يخل بمبدأ التوازن في الأعباء . لذا نقترح إلغاء هذا التعويض، وإثبات المتعة لكل مطلقة ما عدا من طلبت الطلاق أو تسببت فيه ووضع معايير دقيقة للقضاة تخضع لرقابة المحكمة العليا في تطبيقها.

22- بالنسبة للالتزامات التكافلية الوصلية وهو ما سمينا به نفقة الأقارب، فإن قانون الأسرة، قد نص في المادة 77 السابقة الذكر على وجوب الالتزام بالإنفاق بين الأصول والفروع فقط ولم تذكر الحواشي، واعتماد القانون على درجة القرابة في الإرث كمعيار في الالتزام بالإنفاق، لذا نقترح تعديل هذه المادة وتوسيعها إلى الحواشي الوارثين لما في ذلك من خير.

23- إن تطبيق مبدأ المساواة في قانون الأسرة في مجال الالتزامات المالية؛ يجعل المرأة هي الطرف الخاسر؛ وذلك رغم ما يظهر لها من مكاسب مضمونة على سبيل الحرية؛ لأنها ستزيد على نفسها أعباء مالية أعفاها الشارع الحكيم منها . وما تسميه كرامة سيكون فرصة لغبتها من جهة وفجوة للنزاعات المالية على مختلف المستويات.

24- من بين سجلناه أيضا أن الكتاب الغربيين رغم ما تعودوه من الانتقاص من

القوانين المستمدة من التشريعات الإسلامية في جانب عدم المساواة بين الرجال والنساء كالميراث مثلا؛ ولا ينوهون بالتمييز لجانب المرأة في مسألة الالتزامات المالية سواء في المهر أم في إعفاء المرأة من مسؤولية الإنفاق.

أما الآفاق والتوصيات المقترحة للبحث :

أ- دراسة العلاقات المالية داخل الأسرة من خلال تقسيم أنواع الالتزامات : تبادلية، تعويضية، تكافلية وصلية.

ب- بحث قياس الأحوال الشخصية على المعاملات .

ج- الإثبات في الأحوال الشخصية في المجالي المالي.

د- تكفل الدولة بالمطلقات بصورة جدية وبإجراءات سريعة.

هـ- التطوير الإجرائي والقضائي النفقات الأقارب .

وفي ختام الختام، فقد أصاب فيروس الحرية والمساواة مختلف أنظمة الأسرة، ومنها أحكام الالتزام المالي في أغلب القوانين العربية ومنها قانون الأسرة الجزائري، على اختلاف في المقصد، لكن البحث والدراسة والإرادة كافية لتصفية تلك الأنظمة مما أصابها من شوائب بائذنه .

فہارس

فهرس الآيات القرآنية

الآية	الصفحات
<p align="center"><u>- سورة البقرة</u></p> <p>(أَتَسْتَبْدِلُونَ الَّذِي هُوَ أَدْنَىٰ بِالَّذِي هُوَ خَيْرٌ) آية 61 (وَإِنْ طَلَقْتُمْوهن مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ... آية 235 (وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ آية... 228 (فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ... آية 229 (وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ ... آية 231 (وَالْوَالِدَاتُ يُرْضَعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلِينَ كَامِلِينَ... 233 (لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَقْتُمْ النِّسَاءَ... آية 236 (وَاللِّمُطَلَّقاتِ مَتَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ... آية 241 (وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ... آية 279 (فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ آية 231</p>	<p align="center">54 56،59،63 88،87 118،128، 74 188 132 132 111 111</p>
<p align="center"><u>- سورة النساء</u></p> <p>(وَآتُوا النِّسَاءَ صَدَقَاتِهِنَّ .. آية 4 (يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ... الآية 11 (وَ لَكُمْ نِصْفُ مَا تَرَكَ أَزْوَاجِكُمْ... آية 12 (فَإِنْ كَرِهْتُمُوهُنَّ فَعَسَى أَنْ تَكْرَهُوا... آية 19 (حَرَمْتَ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتِكُمْ وَبَنَاتِكُمْ) آية 23 (وَإِنْ أَرَدْتُمْ اسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَكَانَ زَوْجٍ... آية 21 (وَ قَدْ أَفْضَى بَعْضُكُمْ ...) آية 21 (فَمَا اسْتَمْتَعْتُمْ .. " آية 24 (فَإِنْ أَطَعْتُمْ فَلَ تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلًا آية 34</p>	<p align="center">35،50 183 ، 182،80 35 150 182،183 59،61، 61 50،52،58 147،154</p>
<p align="center"><u>سورة الإسراء</u></p> <p>(:إِمَّا يَبْلُغَنَّ عِنْدَكَ الْكِبَرَ أَحَدُهُمَا أَوْ كِلَاهُمَا... آية 23</p> <p align="center"><u>-سورة طه-</u></p> <p>(إِنَّ لَكَ أَلَّا تَجُوعَ فِيهَا...116،115</p>	<p align="center">167 97</p>
<p align="center"><u>-سورة الحج-</u></p> <p>(مَلَأْنَا بَنِينَ كَاتِبِينَ وَكُنَّا بِأَبْصَارِهِمْ نَحْمَلُ أَثْقَالَهُمْ... آية 78</p>	<p align="center">182</p>

<p>132</p> <p>132</p> <p>162</p>	<p align="center"><u>-سورة الأحزاب-</u></p> <p>(يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ قُلْ لِأَزْوَاجِكَ إِن كُنْتُنَّ تُرِدْنَ... آية 28)</p> <p>(يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ... آية 49)</p> <p align="center"><u>-سورة العنكبوت-</u></p> <p>(ووصينا الإنسان بوالديه حسنا8آية</p>
<p>85</p>	<p align="center"><u>-سورة الروم-</u></p> <p>(وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ... آية 20)</p>
<p>145،143</p> <p>74،161،185</p> <p>74،111</p> <p>173</p>	<p align="center"><u>-سورة الطلاق-</u></p> <p>(يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ .. آية 1)</p> <p>(فإن أرضعن لكم .. آية 6)</p> <p>(لينفق ذو سعة من سعته) آية 07</p> <p align="center"><u>سورة الممتحنة</u></p> <p>(إنما ينهاكم الله عن الذين قاتلوكم... آية 9</p>

فهرس الأحاديث النبوية الشريفة

الصفحة	الحديث
118.....	"أتردين عليه حديثه
145.....	" أبغض الحلال عند الله الطلاق "
50	" التمس ولو خاتما من حديد.....
37.....	"أما أنك لو أعطيتها
105.....	"إنّ لكم على نساءكم حقا.....
37.....	إني قد تصدقت بها
180	"إن أطيب ما أكل الرجل من كسبه
74،183،187.....	" خذي ما يكفيك وولدك.....
36.....	" تصدقن يا معشر النساء
39	"تتكح المرأة لأربع
94.....	عقد على عائشة وهي بنت ست
35	"فتصدقن.....
39.....	"لا يجوز لامرأة عطية فهل استأذنت كعبا
38.....	"لا يجوز لامرأة عطية
178	يا رسول الله عندي دينار.....
162.....	يا رسول الله من أبر:.....
162.....	"يد المعطى العليا
75.....	"الخراج بالضمان".....
167،191.....	"أنت و مالك لأبيك".....
33.....	أنّ ميمونة بنت الحارث أعتقت وليدة

فهرس الأعلام

140 ، 38	أحمد ابن حنبل
179.....	إبراهيم - عليه السلام -
58،103،108،159.....	ابن المنذر
42	ابن حجر
172	بن الهمام
142 ، 118	ابن تيمية
118	ابن رشد
212،172،167،165،28	ابن عباس
32	ابن عرفة
134	ابن عمر
84،106،122،127	أبو حنيفة
118	أبو زهرة
172	أبو عبيد
160	أبو يوسف
34،84	أسماء - رضي الله عنها -
139 ، 134	الأوزاعي
32،33	بلال
169،138	البلتاجي
125	البهوتي
134	جابر بن زيد
30	الجرجاني
134.....	الحسن
15.....	. الحطاب
187	الخادمي
115	ثابت بن قيس
138،88	الثوري
115.....	الرازبي
138	الزهري

34	الزبير.....
34.....	زينب امرأة عبد الله.....
18,30,152	السنهوري.....
34,134.....	الشافعي.....
35.....	شعيب.....
118	الشوكاني.....
134	عطاء.....
47,177,91.....	عائشة - رضي الله عنها.....
118	الغندور.....
31	كعب بن مالك.....
16.....	كورنو. CORNU, Gérard.....
29,33	القرافي.....
22.....	قدري باشا.....
168	المرغياني.....
134,185	مالك.....
187,190.....	الماوردي.....
16,17,19,31	مصطفى الزرقا.....
33	ميمونة بنت الحارث.....
71,106,174,184.....	هند.....

فهرس المصادر والمراجع

_القرآن الكريم

1- كتب التفسير

ابن عطية، المحرر الوجيز في تفسير الكتاب العزيز، تحقيق عبد السلام عبد الشافي محمد، دار الكتب العلمية، بيروت، ط 1993، 2 .

الرازي، أبو بكر، التفسير الكبير ومفاتيح الغيب، دار الفكر، ط 3، 1985 .

السيوطي، جلال الدين، الدر المنثور في التفسير بالمأثور، تحقيق عبد بن عبد المحسن التركي، مركز هجر للبحوث والدراسات، القاهرة، مصر، ط 1، 2003 .

الطبري، محمد ابن جرير، جامع البيان في تفسير القرآن، دار الفكر، بيروت، ت د .

الفراء، أبو إسحاق إبراهيم، معاني القرآن، تحقيق أحمد يوسف نجاتي، محمد علي النجار، الدار المصرية للتأليف والترجمة القاهرة، دت .

2- كتب الحديث وشروحه:

الآبادي، أبو الطيب محمد شمس الحق العظيم، عون المعبود شرح سنن أبي داود، دار ابن حزم، ط 1، 2005 .

الصنعاني، محمد بن اسماعيل الأمير، سبل السلام شرح بلوغ المرام، صححه وعلق عليه محمد عبد العزيز الخولي، دار الجيل بيروت، ط د، ت د .

العسقلاني، محمد ابن حجر، فتح الباري بشرح صحيح البخاري، رقم كتبه وأبوابه وأحاديثه عبد الباقي وأخرجه الخطيب محب الدين،، بيروت، دار المعرفة، ط د، دت .

العسقلاني، ابن حجر، فتح الباري بشرح صحيح البخاري، تحقيق عبد القادر شيبه أحمد، الرياض السعودية، ط، 2001، .

العسقلاني، ابن حجر، فتح الباري بشرح صحيح البخاري، تحقيق عبد القادر شيبه أحمد، الرياض، السعودية، ط، 2001 .

الحافظ مسلم القشيري النيسابوري، صحيح مسلم، دار طيبة، الرياض، السعودية، ط1، 1426، 1-2006 .

القاضي عياض، أبو الفضل عياض بن عياض اليحصبي، إكمال المعلم بفوائد مسلم، تحقيق يحي إسماعيل، الوفاء للطباعة والنشر، المنصورة، مصر، ط1، 1998
البخاري، إسماعيل، صحيح البخاري، ضبط صدقي جميل العطار، دار الفكر للطباعة والنشر، بيروت لبنان، ط د، ت د .

مسند أحمد، شرحه ووضع فهارسه أحمد شاكر، أحمد ماهر الزين، دار الحديث، القاهرة، ط1، 1416، 1-1995 .

سنن أبي داود، دار ابن حزم، ط 1، 1998، ص546.

النسائي، أحمد بن شعيب النسائي، السنن الكبرى، تحقيق، منعم شلبي، مؤسسة الرسالة بيروت لبنان، ط1، 2001،

الحافظ أبي عبد الله محمد بن يزيد القزويني، سنن ابن ماجة، دار ابن حزم الأندلسي، أبو محمد علي، بيروت، لبنان، ط1، 2001 .

3- معجم اللغة والمصطلحات والأعلام

ابن منظور، لسان العرب، دار صادر، بيروت .

أبو الحسين أحمد بن فارس بن زكريا، معجم مقاييس اللغة، تحقيق وضبط عبد السلام هارون، دار الجيل، بيروت، ط2، ت د .

الجرجاني، علي بن محمد بن علي، التعريفات، تحقيق عادل أنور خضر، دار المعرفة، بيروت، لبنان، 2013 .

الرازي، محمد بن أبي بكر، مختار الصحاح، مكتبة لبنان، ط د، 1986 .

الرصاص أبو عبد الله الأنصاري، شرح حدود ابن عرفة، تحقيق : محمد أبو الأجنان والظاهر المعموري، دار الغرب الاسلامي، بيروت، لبنان، ط1، 1993 .

الزركلي، الأعلام، دار العلم للملايين، بيروت، لبنان، ط 2002، 15 .

مسرد مفاهيم ومصطلحات النوع الاجتماعي، منشورات المبادرة الفلسطينية لتعميق الحوار العالمي والديمقراطية، رام الله، فلسطين، ط6، 1، 200.

4- الكتب الفقهية والقانونية

الآبي، عبد السميع، جواهر الإكليل، دار الفكر، بيروت، لبنان، ط، د.ت.

ابن باديس، عبد الحميد بن محمد، مجالس التذكير، علق عليه وخرج آياته وأحاديثه أحمد شمس الدين، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، ط2، 2003.

ابن جزبي، أبو القاسم محمد، القوانين الفقهية، تحقيق، محمد بن أحمد بن سيدي مولاي، دون معلومات طبع.

ابن الجلاب، أبو القاسم عبيد الله بن الحسين، التفرغ، تحقيق حسين بن سالم الدهماني، دار الغرب الإسلامي، بيروت لبنان، ط1، 1987.

ابن حزم الأندلسي، أبو محمد علي بن أحمد محمد :

- المحلي، إدارة الطبعة المنيرية، مصر ط د، 1350هـ.

-مراتب الإجماع، بعناية حسن إسبر، دار ابن حزم، بيروت، ط1، 1998.

ابن تيمية الجد، أبو البركات مجد الدين، المحرر في الفقه، تحقيق محمد حامد الفقي، دار الكتاب العربي.

ابن عابدين، حاشية رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، تحقيق عادل أحمد عبد لموجود والشيخ عل معوض، دار عالم الكتب، الرياض، العربية السعودية وطبعة دار الفكر .

ابن عابدين، حاشية رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، تحقيق عادل أحمد عبد لموجود والشيخ عل معوض، دار عالم الكتب، الرياض، العربية السعودية 2003.

ابن العربي، أبو بكر محمد، أحكام القرآن، مراجعة محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت، ط3، 2003.

ابن العربي، أبو بكر محمد بن عبد الله، أحكام القرآن، دار الكتب العلمية، بيروت
لبنان، ط د، ت د.

ابن قدامة، موفق الدين، المغني، تحقيق عبد الله بن عبد المحسن التركي، عبد
الفتاح محمد الحلو، دار عالم الكتب، الرياض.

ابن المنذر، الإجماع، حققه أبو حماد صغير أحمد بن محمد حنيف، ط 2، مكتبة
الفرقان، عجمان، مكتبة رأس الخيمة مكتبة مكة الثقافية، الامارات العربية، 1999.

ابن نجيم، زين الدين بن ابراهيم :- فتح الغفار بشرح المنار، مطبعة مصطفى
الحلبي وشركاه، مصر، 1936، ط د.

-البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ضبطه وخرج أحاديثه الشيخ زكريا عميرات،
منشورات علي بيضون، دار الكتب العلمية، ط، 1986.

أبو زهرة، محمد:- محاضرات في عقد الزواج وآثاره، دار الفكر العربي، القاهرة، ط
د، 1974.

- الملكية ونظرية العقد، دار الفكر العربي، ط د، ت د.

-أبو زهرة، محمد، الأحوال الشخصية، د.ط، القاهرة، دار الفكر العربي، د.ت.

الأبياني، زين الدين، شرح الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية لقديري باشا، تحقيق
مركز الدراسات الفقهية والاقتصادية، محمد أحمد سراج، علي جمعة، دار السلام للطباعة
والنشر والتوزيع الترجمة، ط 2006، 1.

آث ملويا، لحسين بن الشيخ، المنتقى في قضاء الأحوال الشخصية، دار هومة،
الجزائر، 2005.

الأشقر، عمر سليمان عبد الله، الواضح في شرح قانون الأحوال الشخصية الأردني
رقم 26 لعام 2010، دار النفائس، الأردن، ط د، 2012.

- أوهاب، نذير بن محمد الطيب، حماية المال العام في الفقه الإسلامي، أكاديمية نايف للعلوم الأمنية، الرياض، ط2001، 1، 1422.
- بركات، محمود محمد ناصر، السلطة التقديرية للقاضي في الفقه الإسلامي، دار النفائس، الأردن، 2014، ط2.
- بلحاج، العربي : -الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، 2010.
- أحكام الزوجية وآثارها في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة، الجزائر، 2013.
- البغدادي، القاضي عبد الوهاب، المعونة، تحقيق عبد الحق حميش، منشورات دار قرطبة، ط د، ت د.
- بغدادى، مولاي ملياني، حقوق النساء في الاسلام، قصر الكتاب، الجزائر، ط د، 1997.
- بن شويخ، رشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، الجزائر، الدار الخلدونية، 2008.
- بن ملحّة، الغوثي، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط2005، 1.
- البلتاجي، محمد، الأحوال الشخصية، دار السلام، القاهرة، مصر، ط1، ت د.
- البهوتي، منصور بن إدريس، شرح منتهى الإرادات، د.ط، رئاسة إدارة البحوث العلمية والإفتاء والدعوة والإرشاد، المملكة العربية السعودية، د.ت.
- البوطي، محمد سعيد، المرأة بين طغيان النظام الغربي ولطائف التشريع الرياني، دار الفكر، دمشق، سورية، 2000.
- الحمداني، رعد مقداد، النظام المالي للزوجين الحمداني، الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع، عمان، 2003، ط1.

- الخطاب، أبو عبد الله محمد بن محمد تحرير الكلام في مسائل الالتزام، تحقيق عبد السلام محمد الشريف، دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، ط 1، 1984.
- حسنين محمد، الوجيز في نظرية الحق بوجه عام، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1985، حسنين محمد، الوجيز في نظرية الحق بوجه عام، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1985.
- الخادمي، بريقة محمودية في شرح طريقة محمدية وشريعة نبوية في سيرة أحمدية، مطبعة الحلبي، 1343.
- الخرشي، أبو عبد الله محمد، شرح الخرشي على مختصر خليل، المطبعة الأميرية، بولاق، مصر، ط 2.
- 1317.
- خلاف، عبد الوهاب، علم أصول الفقه، مكتبة الدعوة الإسلامية، مصر، ط 8، ت د.
- تقية، عبد الفتاح، محاضرات في قانون الأحوال الشخصية، منشورات ثالثة، الجزائر، ت د، ط د .
- الداودي، عمار عبد الواحد عمار، العلاقات بين الزوجين، جدلية التجديد والتقليد في القانونين التونسي والمقارن، مركز النشر الجامعي، تونس، 2007.
- داوود، أحمد محمد علي، الأحوال الشخصية، دار الثقافة، عمان الأردن، ط 1، 2009.
- الدردير، الشرح الصغير بهامش بلغة السالك، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، مصر، 1340هـ.
- الدسوقي المالكي، ابن عرفة حاشية الدسوقي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط 1، 1996.
- دلاندة، يوسف، قانون الأسرة مدعم بأحدث مبادئ واجتهادات المحكمة العليا، دار هومة، الجزائر، 2005.

الدريني، فتحي، نظرية التعسف في استعمال الحق، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط 1981، 3.

-ربيع، وليد خالد، الإلزام في الأحوال الشخصية، دراسة فقهية مقارنة، دار النفائس، الأردن، ط 1، 2007.

-الرملي، شمس الدين، نهاية المحتاج، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط 2003، 3.

-الريسوني، أحمد، مدخل إلى مقاصد الشريعة، دار الكلمة، مصر، ط 2010، 1.

-رضا، رشيد، حقوق النساء في الإسلام، نداء للجنس اللطيف، دار الشهاب، باتنة، الجزائر، ط د، ت د.

-الزحيلي، محمد، التعويض المالي عن الطلاق، دار المكتبي، دمشق سورية، ط 1998، 1.

-الزحيلي، وهبة، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر، دمشق، سوريا، ط 1991، 1.

الزرقا، مصطفى وآخرون، مشروع القانون العربي الموحد للإقليمين السوري والمصري، دار القلم، دمشق، ط 1، 1996.

الزرقا، مصطفى أحمد:- المدخل إلى نظرية الالتزام العامة في الفقه الإسلامي، دار القلم، دمشق، ط 1، 1999.

-المدخل الفقهي العام، دار القلم، دمشق، ط 2، 2004.

الزرقا - أحمد بن الشيخ، شرح القواعد الفقهية، دار القلم، دمشق، ط 1989، 2.

الزبياري، عامر، أحكام الخلع في الشريعة الإسلامية، د.ط، بيروت، دار ابن حزم، 1997.

السبكي، تاج الدين، الأشباه والنظائر، دار الكتب العلمية، بيروت ط 1، 1991.

السدلان، صالح بن غانم، القواعد الفقهية الكبرى وما تفرع عنها، دار بننسية، الرياض 1417.

السرخسي، شمس الدين، المبسوط، دار المعرفة، بيروت، ط د.

السرطاوي، محمود، فقه الأحوال الشخصية، دار الفكر، عمان، ط 1، 2008.

السعدي، محمد صبري، شرح القانون المدني الجزائري، دار الهدى، الجزائر، ط 1، 1992، 1 سعد، عبد العزيز: الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، دار البعث، قسنطينة، الجزائر، ط 2، 1989.

- قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، الجزائر، دار هومة، ط 4، 2010.

- إجراءات ممارسة دعاوى، شؤون الأسرة، أمام أقسام المحاكم الابتدائية، دار هومة، الجزائر، 2013،

- أبحاث تحليلية في قانون الإجراءات المدنية الجديد، دار هومة، الجزائر، 2011.

السنهوري، عبد الرزاق: - الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2005، الطبعة الثالثة.

- نظرية العقد، دار الفكر، بيروت، لبنان، ط د، ت د.

- مصادر الحق في الفقه الاسلامي، دار الفكر للطباعة والنشر، ط د، ت د.

السيد، شوقي، التعسف في استعمال الحق، طبيعته ومعياره في الفقه والتشريع والقضاء، دار الشروق، مصر، 2008.

السيوطي، جلال الدين، الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية، بيروت، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط 1، 1983.

الشاذلي، فتوح عبد الله، الحقوق الإنسانية للمرأة بين التشريعات الوطنية والمواثيق الدولية، مصر، دار الجامعة الجديدة، 2010.

الشاطبي، أبو إسحاق، الموافقات في أصول الشريعة، دار الفكر العربي، ط د، ت د، ص 285/1.

الشافعي، محمد بن إدريس، الأم، اعتنى به حنان عبد المنان، بيت الأفكار الدولية، الرياض، السعودية، ط د، ت د.

- الشربيني، شمس الدين محمد ابن الخطيب، مغني المحتاج إلى معاني ألفاظ المنهاج، دار المعرفة، بيروت، لبنان، ط 1997/1.

شاكرا، أحمد محمد، نظام الطلاق في الاسلام، مكتبة السنة، القاهرة، ط د، ت د .
شلبي، مصطفى، المدخل في التعريف بالفقه الاسلامي، مطبعة دار التأليف، مصر، 1962، ط د

الشويعر، محمد عبد السلام، أثر عمل المرأة في النفقة المرأة الزوجية، المملكة العربية السعودية، مركز التميز البحثي، ط 1، 2011.

الشوكاني، محمد، نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار، مكتبة الكليات الأزهرية، القاهرة، د.ط، د.ت

الشيرازي، أبو إسحاق إبراهيم، المهذب في فقه الإمام الشافعي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط 1، 1995.

الصابوني، عبد الرحمان، مدى حرية الزوجين في الطلاق دراسة مقارنة، دار الفكر، ط 2، 1968.

صقر، نبيل، قانون الأسرة نوا وفتحها وتطبيقا، دار الهدى، عين اميلية الجزائر، 2006.

طهماز، عبد الحميد محمود، الفقه الحنفي في ثوبه الجديد، دار القلم، دمشق، ط 1، 2000.

عبد الله، عز الدين، القانون الدولي الخاص، الهيئة المصرية العامة للكتاب، مصر، 1986، ط 9.

عبد العال، عكاشة محمد، قواعد التنازع في القانون المصري، دار المطبوعات الجامعية، 2002

عبد الحميد، محي الدين، الأحوال الشخصية، دار الكتب العلمية، بيروت، ط
د، 2003.

عبيدي، محمد يعقوب طالب، أحكام النفقة الزوجية في الشريعة الإسلامية، دار
الفضيلة، مصر، 2004.

العربي، بلحاج :

- - شرح قانون الأسرة الجزائري

- - أحكام الزوجية وآثارها،

العزاوي، عمر صلاح الحافظ، الذمة المالية للزوجين في الفقه الإسلامي والقانون
الوضعي، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، ط 2010، 1.

الطار، عبد الناصر توفيق، الأسرة وقانون الأحوال الشخصية رقم 100 لسنة
1985، مصر، المؤسسة العربية الحديثة، د.ط، د.ت.

علوان، عبد الله، التكافل الاجتماعي في الإسلام، دار السلام للطباعة والنشر، ط
د، د.

العلواني، نشوة، عقد الزواج والشروط الإتفاقية في ثوب جديد، دار ابن حزم، بيروت،
لبنان، ط 1، 2003.

الغدور، أحمد، الأحوال الشخصية، في التشريع الإسلامي، مكتبة الفلاح، الكويت،
دولة الإمارات العربية المتحدة، ط 4، 2001.

الفتلاوي، منصور، نظرية الذمة المالية دراسة مقارنة بين الفقهاء الوضعي
والإسلامي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ط 2010، 1.

القرافي، شهاب الدين، الفروق، تحقيق د عبد الحميد الهنداوي، المكتبة العصرية
صيда، بيروت، ط 1، 2002.

قمحاوي، محمد حامد، عبد الله، السيد عمر، أحكام الأحوال الشخصية للمسلمين،
دارالمطبوعات الجامعية، الاسكندرية، مصر، 1986، ط د.

- الكاساني، علاء الدين أبو بكر، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط 2، 1986.
- الكاليبولي، عبد الرحمان، مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط 1، 1998.
- الكلوذاني، أبو الخطاب محفوظ، الهداية في فروع الفقه الحنبلي، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، ط1، 2002.
- الكعبي، خليفة علي، نظام الاشتراك المالي بين الزوجين وتكييفه الشرعي، دار النفائس، الأردن، ط2010، 1 .
- كمال الدين إمام، محمد، الفقه الاسلامي، تاريخ العقل الفقهي، مصر، دار الجامعة الجديدة، 2004.
- الماوردي، أبو الحسن علي بن محمد:
- الحاوي الكبير، تحقيق علي معوض - عادل عبد الموجود، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، ط، 1994، 1.
- الأحكام السلطانية الولايات الدينية، تحقيق مبارك البغدادي، دار ابن قتيبة، الكويت، ط1، 1989.
- محدة، محمد، الخطبة والزواج دراسة مدعمة بالأحكام والقرارات القضائية، شهاب 2000، باتنة، الجزائر، ط 2، 1994،
- المرغيانى، أبو بكر، الهداية شرح بداية المبتديء، تحقيق، محمد محمد عامر وحافظ عاشور حافظ، دار السلام، القاهرة، مصر، ط 2، 2006.
- نصر، سلمان، سطحي، سعاد، أحكام الطلاق في الشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة مع قانون الأسرة، دار الهدى، عين اميلية، الجزائر، ط د، 2003.
- مغنية، محمد جواد، الفقه على المذاهب الخمسة، مؤسسة الصادق للطباعة والنشر، ط1، 2011.

مولانا الشيخ نظام، الفتاوى الهندية، ضبط عبد اللطيف حسن عبد الرحمان، دار
الكتب العلمية، ط 1، 2000.

هرنان، عبد الرحمان، محطات قانون الأسرة الجزائري في الماضي والحاضر،
منشورات المجلس الإسلامي الأعلى، الجزائر، 2012.

يحياوي، أعر، المساواة في الحقوق بين الرجل والمرأة في القانون الدولي والتشريع
الجزائري، دار الأمل، تيزي وزو، الجزائر، 2010.

5- فهرس النصوص القانونية

-اتفاقية القضاء على كافة أشكال التمييز ضد المرأة المادة 16 فقرة ج فإن الدول
الأطراف تضمن نفس الحقوق والمسؤوليات أثناء الزواج وبعد فسخه

www.un.org/womenwatch/cedaw/text/03607937.pdf

-الأمر 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة
1975 المتضمن القانون المدني الجديدة الرسمية العدد 78 المؤرخة في
1975/09/30 معدل ومتمم.

قانون 84-11 الصادر في 09 رمضان 1404 الموافق 09 يونيو 1984 المعدل
والمتمم بالأمر 05-02 الصادر في 27 فيفيري 2005، جريدة رسمية 15 ص 19.

-القانون العضوي رقم 05-11 المؤرخ في 17 يوليو 2005، الجريدة الرسمية
رقم 51، مؤرخة في 20 يوليو 2005.

-القانون عضوي رقم 11-12 المؤرخ في 24 شعبان 1432، الموافق ل 11 يوليو
2011، يحدد تنظيم المحكمة العليا واختصاصها، الجريدة الرسمية، عدد 42، المؤرخ في
29 شعبان 1432، الموافق ل 31 يوليو 2011.

-من القانون 08-09 المؤرخ في 18 صفر 1429 الموافق ل 25 فبراير 2008
المتضمن قانون الإجراءات المدنية الجريدة الرسمية .

-قانون الأحوال الشخصية السوري : المرسوم التشريعي رقم 59 الصادر في 1953/9/17، ا

-المغرب :من ظهير شريف رقم 1.57.343 كعح(1)، الأردن :المادة 67 من قانون المؤقت رقم (61) لسنة 1976 المتضمن قانون الأحوال الشخصية.

- قانون الأحوال الشخصية الإماراتي من القانون الاتحادي 28 - 2005 المتضمن قانون الأحوال الشخصية .

-عدد94 لسنة 1998 المؤرخ في 9نوفمبر1998، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، عدد 91، المؤرخ في 13 نوفمبر 1998.

-قانون اتحادي رق 28م لسنة 2005،قانون الأحوال الشخصية، مادة 62.
القانون المدني العراقي القانون 40 لسنة 51.

www.legislations.gov.iq/lodLawBookKa.aspx?SC=120120037

2926

الدوريات

داود، عبد القادر، الآثار المالية للطلاق بالنسبة للزوجة، مجلة المعيار، تصدر عن كلية الشريعة والحضارة وأصول الدين، جامعة الأمير عبد القادر، قسنطينة، العدد التاسع، جويلية2004 .

بن شويخ،رشيد، أحكام الخلع في الشرع والقانون والقضاء، المعيار، تصدر عن كلية الشريعة والحضارة وأصول الدين، جامعة الأمير عبد القادر، قسنطينة، العدد التاسع، جويلية2004، ص 236 - 248

حمادو، نذير، شبهات وردود حول تشريع الطلاق في الإسلام،مجلة المعيار، تصدر عن كلية الشريعة والحضارة وأصول الدين، جامعة الامير عبد القادر، قسنطينة، العدد التاسع، جويلية2004،من 335-348.

زكي، صلاح الدين، فكرة سبب التطليق، دراسة مقارنة في القانونين الإنجليزي والفرنسي، مجلة القانون والإقتصاد، العدد الثالث والرابع، 1972، 87 - 158.

ساجدة عفيف عتيلي، ريحانة بنت حاج عبد الله، العلاقة بين التعويض عن الطلاق في قانون الأحوال الشخصية الأردني ومتعة الطلاق في الشريعة، مجلة بحوث إسلامية واجتماعية متقدمة، المجلد 2، أكتوبر 2012، من 388 - 418.

سلمان، نصر، أحكام الصداق، مجلة المعيار، كلية أصول الدين، جامعة الأمير عبد القادر، قسنطينة، ع2004، 9.

السوسي، أحمد ماهر، الثقة بين الناس في أحكام الأحوال الشخصية، مجلة الجامعة الإسلامية، غزة، المجلد الرابع عشر، العدد الثاني، يونيو، 2006.

الصابوني، عبد الرحمان، الاتجاهات الحديثة في قوانين الأحوال الشخصية العربية، مؤتمر الأسرة الأول، الأسرة العربية في وجه التحديات والمتغيرات المعاصرة، دار ابن حزم، ط2003، 1.

الشاعر، ناصر الدين محمد، حكم زيادة بدل الخلع عن المهر، مجلة دراسات، علوم الشريعة والقانون، الجامعة الأردنية، المجلد، العدد 570، 2010، 2-575.

شتوان، بلقاسم، نماذج من الزوجات المحرومات من النفقة، مجلة المعيار، تصدر عن كلية أصول الدين والشريعة الحضارة الإسلامية، بجامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، قسنطينة - الجزائر، العدد التاسع جمادى الأولى 1425 / جويلية 2004، 387-415.

عزام، أحمد، مراعاة الجانب الشعوري عند المرأة في الكتاب والسنة، مجلة الجامعة الإسلامية غزة، المجلد 19، العدد 1، محرم 1432، يناير 2011، 199 - 243.

فلوسي مسعود، الثابت والمتغير من أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، المعيار، دورية تصدرها كلية أصول الدين والشريعة والحضارة الإسلامية بجامعة الأمير عبد القادر، قسنطينة، الجزائر، العدد: 9، جمادى الأولى 1425/جويلية 2004، 435-460 .

القدومي، مروان، جهاز المرأة في ضوء الشريعة وقانون الأحوال الشخصية، مجلة جامعة النجاح للأبحاث (العلوم الإنسانية)، المجلد 19، (1)، 2005

مظفر حسين، شذى، التعويض عن الطلاق التعسفي في الشريعة الإسلامية والقانون دراسة مقارنة، مجلة رسالة الحقوق العلمية، المجلد الأول، العدد والأول، 2009.

المجالي، عبد الحميد، حكم خدمة المرأة زوجها، دراسة فقهية مقارنة بقانون الأحوال الشخصية، دراسات الشريعة والقانون، تصدر عن عمادة البحث العلمي الجامعة الأردنية، عمان الأردن، المجلد 31، العدد 2004، 2، ص 267-285.

المحاميد، شويش هزاع، عزام، حمد فخري، رضا الزوج في المخالعة، مؤتمة للبحوث والدراسات، تصدر عن جامعة مؤتمة، الأردن، المجلد التاسع عشر، العدد الرابع، 2004، 215 - 249 .

منصور، محمد خالد، دلالة قاعدة " لا مساغ للاجتهاد في مورد النص القطعي قطعي الثبوت والدلالة " عند الأصوليين، مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون، الجامعة الأردنية مجلد 27، عدد 2، نوفمبر 2000، شعبان 1421، 362-383.

6- فهارس القرارات القضائية

قرار رقم غير موجود، بتاريخ 1968/12/11، نشرة القضاة، العدد 5، ص 25.

رقم القرار غير موجود، بتاريخ 1971/03/03، نشرة القضاة، 1972، العدد 2، ص 35.

المجلس الأعلى، قرار رقم 39022، بتاريخ 1986/01/27، المجلة القضائية، عدد 1989، 1، ص 105.

المجلس الأعلى، قرار رقم 45301 بتاريخ 1987/03/09، المجلة القضائية، 1992، العدد 3، ص 66.

المجلس الأعلى، قرار رقم 49283 بتاريخ 1988/05/09، المجلة القضائية، ع 2، 1992، ص 44.

المجلس الأعلى، 1988/11/21، ملف رقم 51612، م ق، 1992، عدد، 2، ص 52.

غ.أ.ش، المحكمة العليا، 1993/07/13، ملف 92714، عدد 1، ص 128.

غ.أ.ش، المحكمة العليا 1993/10/16، قرار رقم 96801، اجتهاد قضائي، عدد خاص، 2001، .

غ.أ.ش، المحكمة العليا، قرار رقم 103793 بتاريخ 1994/04/19، نشرة القضاة، 1997، العدد 51، ص 96.

غ.أ.ش، المحكمة العليا، قرار رقم 118475 بتاريخ 1995/05/02، نشرة القضاة، 199، العدد 49، ص 241.

غ.أ.ش، المحكمة العليا، قرار رقم 136604، بتاريخ 1996/04/23، المجلة القضائية، 1997، العدد 2، ص 89.

غ.أ.ش، المحكمة العليا، قرار رقم 138958 بتاريخ 1996/07/09، المجلة القضائية، عدد 1، 1998، ص 123.

غ.أ.ش، المحكمة العليا، قرار رقم 143725، 1996/09/24، اجتهاد قضائي، عدد خاص، 2001، ص 269.

غ.أ.ش، المحكمة العليا، قرار رقم 159732، بتاريخ 1997/05/13، المجلة القضائية، 1997، العدد 2، ص 100.

غ.أ.ش، المحكمة العليا قرار رقم 179126 بتاريخ 1998/02/17، اجتهاد قضائي، المجلة القضائية، عدد خاص، 2001 .

غ.أ.ش، المحكمة العليا، القرار رقم 179126 بتاريخ 1998/02/17، اجتهاد قضائي، المجلة القضائية، عدد خاص، 2001.

غ.أ.ش، المحكمة العليا، قرار رقم 189260، قرار بتاريخ 1998/04/21، اجتهاد قضائي، 2001، عدد خاص، ص 213 - 215.

غ.أ.ش المحكمة العليا، رقم 210451 بتاريخ 1998/11/17، المجلة القضائية، اجتهاد قضائي، عدد خاص، 2001، ص 252.

غ.أ.ش، المحكمة العليا، قرار رقم 218736 بتاريخ 1999/02/16. اجتهاد قضائي، المجلة القضائية، عدد خاص، 2001، ص 206.

م، ع، غ، أ، ش، 2001/02/23، ملف رقم 256857، م، ق، 2001 عدد 2، 294 .

غ.أ.ش، المحكمة العليا، قرار رقم 315374، بتاريخ 2004/09/22، نشرة القضاة، العدد، 2010، 65، ص 371.

غ.أ.ش، المحكمة العليا، القرار 335844 المؤرخ في 2005/05/18.

غ.أ.ش، المحكمة العليا، قرار 364855 بتاريخ، 2006/07/12، مجلة المحكمة العليا 2006، العدد 2، ص 469 .

غ.أ.ش، المحكمة العليا، قرار 335844 رقم بتاريخ 2008/05/18، نشرة القضاة 819/2، العدد 65، 2010، ص 315 .

غ.أ.ش، المحكمة العليا، قرار رقم 469390 بتاريخ 2008/11/12، مجلة المحكمة العليا، 2008، العدد 2، ص 317 .

غ.أ.ش، المحكمة العليا، قرار رقم 502268 بتاريخ 2009/06/10، مجلة المحكمة العليا، 2010، العدد 1، ص 219.

7- المراجع الأجنبية

-André Lucas , Code civile, Lexis Nexis Litec ,Paris, 25ème édit ,2006.

–Boutefnouchet , Mostafa , La famille Algérienne évolution et caractéristiques récentes S.N.E.D, Alger, 2^{ème} édit ,1992

–CARBONNIER, Jean , flexible droit, Paris , LG.D.J ,3^{ème} édit , 1976,

–COJEVE, Alexandre, Esquisse d'une phénoménologie du droit, Galimare ,1981.

–Cornu Gérard , Capitan Henri , Vocabulaire juridique, PUF , Paris, 8^{ème} édit ,2007

–CORNU, Gérard , Droit civil, introduction au droit, Montchrestien, Edition Alpha, Paris, 13^{ème} édit.

–Esposito JL, Women in muslim family law, Syracuse University presse ,U.S.A , 1982 .

–LUCAS, André,Code civile,Litec ,200.

–MALAURIE, Philippe ,AYNES, Laurent , Les régimes matrimoniaux ,Paris, Editions Juridiques Associeés , 2004.

–Maurie Philippe , Aynes , Laurent , Les Obligations, Défrinois, 2^{ème} –
édit , 2005.

–Maurie, Philippe, Huges, Fulchiron, La famille, Défrénois , L.G.D.J , Paris, 3^{ème} edit,2009.

–MILLIOT, Louis, Introduction à l'étude du Droit Musulman, Recueil Sirey , Paris5.

- Pichard ,Marc, Genre et rapport patrimoniaux entre époux , in La loi et le Genre , études critiques de droit francais, c.n.r.s Editions , Paris, 2..

-STECK , Philippe , Droit et Famille, Paris , Economica.

-TCHOUAR .E DJILALI ,Réflexion sur les questions épineuses du code Algérien de la famille,Office des publication universitaires, Alger, 2004,

-TERRE,Francois , FENOUILLET, Dominique , Droit civil ,Paris, DALLOZ ,6^{ème} édit ,1996,

Gérard , Capitan Henri , Vocabulaire juridique, PUF , Paris, 8^{ème} édit ,2007.

8- الرسائل الجامعية

-وغلانت، فاطمة الزهراء، البعد المقاصدي لمبدأ التكافل في الإسلام، رسالة دكتوراه في الفقه والأصول، كلية العلوم الاجتماعية والإسلامية، باتنة، 2010/2009 .

-إلياس، نعيمة مسعودة، التعويض عن الضرر في بعض مسائل الزواج والطلاق، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة تلمسان، 2010، دون ترقيم الصفحات، أنترنت،

dspace.univ-

tlemcen.dz/bitstream/112/2692/3/mas3ouda.pdf

-مسعودي، رشيد، النظام المالي للزوجين في التشريع لجزائري، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2005، بدون ترقيم، الخاتمة، أنترنت :

<http://dspace.univ->

tlemcen.dz/bitstream/112/2693/3/rachid.pdf

وم 2016/07/03، الساعة 11:05.

-محى الدين معطي، نوال، الذمة المالية للزوجة في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية الجزائري، رسالة دكتوراه في الفقه وأصوله، الجامعة الأردنية، 2008
-نعيرات، أيمن أحمد محمد،، الذمة المالية للمرأة في الفقه الإسلامي رسالة ماجستير، جامعة النجاح الوطنية، نابلس فلسطين، 2009.

9- مواقع الأنترنت

-بويزري، آث عيسى، دراسة نقدية لقانون الأسرة الجزائري جزء 2، انترنت

www.juricertainement.70hmor/t12-topic

Histoire des obligations www.webu2.upmf--

grenoble.fr/haiti/

www.lawsyria.net/?cat=526&paged=4

<http://www.zawjan.com/art-361.htm>

-هبة المرمي، اقتراحات المنظمات النسائية لتعديل قانون الأحوال الشخصية أنظر:

www.khankaway.net/vb/showthread.php?16902

-كاترين ميخائيل، المساواة الدستورية والقانونية الكاملة للمرأة مع الرجل،

www.alhewar.org/débat/show.art.asp?ad20102924

-التهامي عبد الله، ضوابط الضرورة في الشريعة الإسلامية، ملتقى أهل الحديث،

أنترنت

<http://www.ahlalhdeth.com/vb/showthread.php?t=254045>

يوم 2016/7/02، الساعة 9:03.

المحامي أحمد ماهر، جريمة الأنوثة .

<https://www.facebook.com/ahmed1maher1/posts/95850845>

[4233896?fref=nf&pnref=story](https://www.facebook.com/ahmed1maher1/posts/958508454233896?fref=nf&pnref=story)

يوم 23 / 01 / 2016، 12:27.

internet, www. Serge Braudo, Dictionnaire juridique,
Dictionnaire – juridique.com/definition/biens.php

يوم 23 / 10 / 2013.

-الشمري، حيدر ساعد، قانون الأحوال الشخصية العراقي بين المقتضى والمبتغى والبديل،
أنترنت،

-خباب، حمد، حاجة طلبة العلم إل التفرغ العلمي

<http://www.almoslim.net/node/171658>

يوم 28 / 07 / 2016، الساعة 10:00

www.iasj.net/iasj.net?func=fulltext&ald=2957

Randeloux, Nejma, Petit histoire de code de la famille Algérien de 1962 à nos jours , internet ; www.huffpostmagreb.com/2. Le 14/04/2017.

فهرس الموضوعات

مقدمة

- 13..... فصل تمصدي : مصادرات الالتزام المالي في الأحوال الشخصية
- 14..... المبحث الأول : مفهوم الالتزام
- 14..... المطلب الأول : الالتزام عند الفقهاء
- 16..... المطلب الثاني : الالتزام عند القانونيين
- 18..... المبحث الثاني : مصطلح المال
- 18..... المطلب الأول : المال في الفقه الإسلامي
- 19..... المطلب الثاني : المال في القانون
- 21..... المبحث الثالث : مفهوم مصطلح الأحوال الشخصية
- 21..... المطلب الأول : نشأة مصطلح الأحوال الشخصية
- 22..... المطلب الثاني : تعريف مصطلح الأحوال الشخصية
- 25..... المطلب الثالث : مصطلح الأحوال الشخصية في القانون الجزائري
- 29..... المبحث الرابع : مفهوم الذمة المالية ومسألة ذمة المرأة المالية
- 29..... المطلب الأول : الذمة المالية بين الشريعة والقانون
- 29..... الفرع الأول : مفهوم الذمة المالية عند فقهاء الشريعة
- 32..... الفرع الثاني : الذمة المالية في القانون
- 33..... المطلب الثاني : الذمة المالية للمرأة بين الشريعة والقانون
- 33..... الفرع الأول : الفرع الأول : الذمة المالية للمرأة في الشريعة
- 34..... أولا : استقلالية الذمة المالية للزوجين
- 37..... ثانيا : الخلاف حول تقييد تبرع المرأة المتزوجة
- 42..... الفرع الثاني : الذمة المالية للمرأة في القوانين الوضعية
- 42..... أولا : الذمة المالية للمرأة في القوانين الغربية
- 42..... ثانيا : الذمة المالية للمرأة في القانون الجزائري
- 47..... الفصل الأول : الالتزامات المالية التبادلية
- 49..... المبحث الأول : الالتزام بالصداق
- 49..... المطلب الأول : الطبيعة الفقهية للصداق
- 49..... الفرع الأول : تعريف الصداق
- 51..... الفرع الثاني : المهر بين العطاء والعوض
- 53..... الفرع الثاني : المهر ومبدأ المساواة
- 54..... الفرع الثالث : الصداق ركن أم شرط في العقد
- 54..... أولا : في الفقه الإسلامي
- 57..... ثانيا : في قانون الأسرة
- 58..... المطلب الثاني : استحقاق الصداق وسقوطه
- 58..... الفرع الأول : استحقاق الصداق كاملا
- 63..... الفرع الثاني : استحقاق نصف المهر المسمى

- 63..... أولاً : الطلاق قبل الدخول
- 65 ثانياً : نوع الفرقة التي تستحق بها المرأة نصف المهر
- 68..... ثالثاً: هل يجتمع نصف المسمى مع التعويض
- 69..... الفرع الثالث : سقوط الصداق
- 69..... أولاً : في الفقه الإسلامي
- 70..... ثانياً : في قانون الأسرة
- 70..... المطلب الثالث : تصرف الزوجة في المهر
- 71..... الفرع الأول : في الفقه الإسلامي
- 71..... الفرع الثاني: في قانون الأسرة
- 73..... المبحث الثاني: التزام الزوج بالإنفاق
- 73..... المطلب الأول : الالتزام بالإنفاق بين الشريعة والقانون
- 74 الفرع الأول : أدلة الالتزام بالإنفاق
- 75 الفرع الثاني : في قانون الأسرة
- 76..... المطلب الثاني : الالتزام بالإنفاق ومبدأ المساواة
- 77 الفرع الأول : المساواة في الإنفاق في القوانين الغربية (فرنسا نموذجاً)
- 78..... الفرع الثاني : التوجه نحو إلزام الزوجة بالإنفاق في القوانين العربية
- 84..... الفرع الثالث : آثار إلزام الزوج وحده بالإنفاق على الأسرة والمجتمع
- 86 المطلب الثالث: أسباب وجوب نفقة الزوجة
- 86..... الفرع الأول : الاحتباس مفهومه وضوابطه
- 87 الفرع الثاني : خدمة الزوجة لزوجها
- 87..... أولاً : خدمة الزوجة لزوجها في الفقه الإسلامي
- 89..... ثانياً: خدمة المرأة لزوجها مقارنة مع قانون الأسرة الجزائري
- 90..... المطلب الثالث : شروط ووقت وجوب النفقة على الزوج
- 91..... الفرع الأول : شروط وجوب النفقة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة
- 93..... الفرع الثاني: وقت ابتداء وجوب النفقة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة
- 94..... أولاً: في الفقه الإسلامي
- 96..... ثانياً : في قانون الأسرة
- 96..... المطلب الرابع: مشتملات النفقة وتقديرها بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة
- 96..... الفرع الأول : مشتملات النفقة
- 96..... أولاً: الطعام والكسوة والسكنى
- 98..... ثانياً: مسألة نفقات العلاج
- 101..... الفرع الثاني : تقدير النفقة

- أولا : نفقة التمكين ونفقة التملك 101
- ثانيا أساس تقدير النفقة 101
- المطلب الخامس : سقوط النفقة 104
- الفرع الأول: النكاح الفاسد 104
- الفرع الثاني : النشوز 105
- أولا : في الفقه الإسلامي 106
- ثانيا: في قانون الأسرة 107
- المطلب السادس: الأحوال الطارئة على التزام الزوج بالإنفاق وآثارها 108
- الفرع الأول : الامتناع عن النفقة 108
- الفرع الثاني : التفريق لعدم الإنفاق 110
- أولا : في الفقه الإسلامي 110
- ثانيا : في قانون الأسرة 113
- الفصل الثالث : الالتزامات التعويضية 116
- المبحث الأول: الالتزام ببدل الخلع 117
- المطلب الأول : الطبيعة الفقهية للخلع 117
- الفرع الأول : مشروعية الخلع 117
- الفرع الثاني : التكيف الفقهي والقانوني للخلع 118
- الفرع الثالث : طرفا الخلع..... 120
- أولا : شروط المختلعة 120
- ثانيا : إرادة الزوج ودورها في الخلع 120
- المطلب الثاني : بدل الخلع 124
- الفرع الأول: الخلع والمهر..... 124
- أولا : بين شروط المهر وشروط البدل 124
- ثانيا حكم الزيادة على المهر..... 125
- الفرع الثاني: بدل الخلع والمسؤولية عن الشقاق..... 127
- الفرع الثالث : سلطة القاضي في تحديد بدل النزاع..... 128
- المطلب الرابع : آثار الخلع 130
- المبحث الثاني : الالتزام بدفع متعة المطلقة 132
- المطلب الأول : الالتزام بالمتعة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة 133
- الفرع الأول : الالتزام بالمتعة في الفقه الإسلامي 133
- الفرع الثاني : في قانون الأسرة 135
- المطلب الثاني: لمن تكون المتعة 135
- الفرع الأول : أنواع المطلقات التي تجب لهن المتعة 137

- 138..... الفرع الثاني : شروط المطلقة المستحقة للمتعة.....
- 141..... المطلب الرابع : مقدار المتعة.....
- 143..... المبحث الثالث : الالتزام بالتعويض عن الطلاق التعسفي.....
- 143..... المطلب الأول : الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج.....
- 145..... المطلب الثاني : الطلاق بين الإباحة والحظر.....
- 147..... المطلب الثالث : مفهوم التعسف وضوابطه.....
- 148..... المطلب الرابع : التعويض عن الطلاق التعسفي في ميزان الشريعة.....
- 149..... الفرع الأول : الفريق القائل بجواز الحكم بالتعويض.....
- 152..... الفرع الثاني : الرافضون للحكم بالتعويض عن الطلاق التعسفي.....
- 153..... المطلب الخامس : الطلاق التعسفي في التطبيق.....
- 154..... الفرع الأول : معيار التعسف.....
- 155..... الفرع الثاني : عبء الإثبات.....
- 156..... الفرع الثالث : تقدير التعويض.....
- 158..... الفصل الرابع : الالتزامات التكافلية الوصلية (نفقة الأقارب).....
- 160..... المبحث الأول : محددات الالتزام بنفقة الأقارب.....
- 160..... المطلب الأول : مشروعية الالتزام بنفقة الأقارب.....
- 161..... الفرع الأول : تعريف الالتزام بنفقة الأقارب.....
- 166..... الفرع الثاني : أدلة الالتزام بنفقة الأقارب.....
- 163..... المطلب الثاني : محددات نفقة الأقارب بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة.....
- 164..... الفرع الأول : نفقة الأقارب في قوانين الأسرة المقارنة.....
- 164..... الفرع الثاني : مقارنة بين محددات نفقة الأقارب.....
- 164..... أولا : من حيث التعريف.....
- 164..... ثانيا : من حيث النصوص الملزمة.....

165	<u>المبحث الثاني : شروط الالتزام بنفقة الأقارب</u>
165	<u>المطلب الأول : إفسار المنفق عليه</u>
171	<u>المطلب الثاني : يسار المنفق</u>
173	<u>المطلب الثالث: اتحاد الدين</u>
175	<u>المبحث الثالث: قواعد الإنفاق على الأقارب</u>
175	<u>المطلب الأول : قاعدتي الوراثة والرحم المحرمة</u>
177	<u>المطلب الثاني : الاقتصار على الأصول والفروع</u>
177	الفرع الأول: نفقة الأب على الأولاد المباشرين.....
179	الفرع الثاني: نفقة الابن على الأبوين المباشرين.....
181	الفرع الثالث: نفقة الأجداد والجدة والأحفاد.....
184	الفرع الرابع: إنفاق الأم على ولدها المباشر.....
187	<u>المبحث الرابع : نفقة الأقارب في التطبيق</u>
187	<u>المطلب الأول : تقديرها</u>
189	<u>المطلب الثاني: وقت انتهائها</u>
190	<u>المطلب الثالث : مسائل متفرقة</u>
194	خاتمة.....
199	فهرس الآيات القرآنية.....
201	فهرس الأحاديث النبوية.....
202	فهرس الأعلام.....
204	فهرس المصادر والمراجع.....
229	فهرس الموضوعات.....

ملخص

البحث المقدم المعنون بأحكام الالتزام المالي في الأحوال الشخصية دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، هو محاولة لتقديم دراسة نوعية للالتزامات المالية في الأحوال الشخصية مقارنة بقانون الأسرة الجزائري. ذلك أن طبيعة الأحوال الشخصية وما تنشئه من علاقات بين الأشخاص لا تخلو من التزامات مالية متنوعة؛ سواء في العلاقات الزوجية أو الأقارب. و من خلال محاولة الإجابة عن الإشكالية المطروحة : ما مدى تجسيد قانون الأسرة الجزائري وتطبيقاته القضائية لمرجعية الشريعة في أحكام الالتزام المالي وذلك من حيث اعتبار مبدأي التوازن في الأعباء ومراعاة خصوصية المرأة . من جهة ومدى تحقيقه لغايات التماسك الأسري وسد الحاجات والتكافل ؟ فتناولنا بالدراسة الالتزامات المالية الناشئة عن عقد الزواج من صداق ونفقة وسمينا التزمات تبادلية، والالتزامات المالية الناشئة عن انحلال الرابطة الزوجية، وهي التعويضات المختلفة : بدل الخلع، المتعة والتعويض عن الطلاق التعسفي، إضافة إلى فصل أخير حول نفقة الأقارب حيث سميناهما التزمات تكافلية وصلية.

أما المقارنة بقانون الأسرة الجزائري، فقد نهجنا فيها منهج بيان المسائل التي كان قانون الأسرة وفيها للشريعة الإسلامية باعتبارها المرجع الأساسي لهذا القانون حسب المادة 222 من القانون نفسه. هذا من جهة، و ناقشنا الاختيارات الفقهية للقانون و اقترحنا مواد بديلة مركزين على التعديلات الأخيرة للقانون سنة 2005 من جهة ثانية.

وأما نتائج البحث التي أثبتتها الدراسة، فمنها أن الالتزامات المالية في الأحوال الشخصية ذات نظام بديع من حيث التقابل والتكامل بين الالتزامات المالية المختلفة لا يغبن أحد على حساب الآخر. كما أنه من النتائج التي توصلنا إليها أنه في مجال العلاقة الزوجية؛ الزوجة هي دائمة دائنة للزوج، فهي ليست ملزمة بأي التزام مالي، حتى في الخلع فأصله هو إرجاع الصداق الذي سبق تقديمه، وتعويض الزوج على ما أنفق عليها، وهذا الامتياز ولن كان فيه مخالفة لمبدأ المساواة، من جهة و ما أوصت به الاتفاقيات الدولية كاتفاقية مكافحة التمييز ضد المرأة مثلا، إلا أنه امتياز لصالح المرأة و عدم المساواة لكن لصالح النساء و هو امتياز غايته مكافأة صفة الضعف فيهن . وأن قانون

الأسرة الجزائري رغم عدم مخالفته للفقہ الإسلامي؛ إلا أن التأثير بالاتفاقيات المؤسسة على مبدأ المساواة ظاهر في تعديلات 2005، وفي المجال المالي ظهر الاختلال في التوازن المالي بين الزوجين في الخلع جليا.

Abstract

The presented study, the ahkam of financial obligations in family law, is a comparative study between Islamic jurisprudence and the Algerian family law. It is an attempt to provide a qualitative study of financial obligations in family law. The family relationships are not free of various financial obligations, both in marital relations and in relatives. And by trying to answer the problem posed: does the Algerian family law and its judicial applications take the Sharia as a source of the ahkam of financial obligations. In terms of considering the principles of balancing the burdens and taking into account the specificity of the situation of women. On the one hand, and the extent of its achievement for the purposes of family cohesion, needs and interdependence? The financial obligations arising from the dissolution of the marital relationship, namely: the allowance for divorce, and compensation for arbitrary divorce, in addition, a final chapter is on the maintenance of relatives.

The results of the study, are that the financial obligations in Islamic family law, have an admirable system in terms of complementarity between the various financial obligations that do not prejudice one another. It is also a result of our findings that in marital relationship, the wife is always a creditor of the husband, she is not bound by any financial obligation, even in khula which is the return of the dowry that was previously provided, and compensation of the husband on what was spent on them. The principle of equality, on the one hand, as recommended by international conventions such as the Convention on the Elimination of Discrimination against Women, for example. And that the Algerian family law, although not contrary to Islamic

jurisprudence; but that the impact of principle of equality is apparent in the 2005 amendments.

Résumé

Les relations familiales engendrent des obligations morales et des obligations pécuniaire .Notre thème de recherche vise les obligations de nature matérielle. Il est évident que l'argent est l'élément essentiel de la survie humaine ; ce qui fait des questions pécuniaire une question piédestal dans le droit de la famille dans les diverses cultures.

Cette étude entre dans ce contexte, et elle vise comme but de déterminer les multiples genres d'obligations pécuniaires dans le droit musulman, d'un coté , et à établir une comparaison avec le droit Algérien de la famille d'un autre coté.Le droit musulman qui est fondé sur le principe de la justice en partageons des obligations entre les hommes et les femmes. Ce qui diffère des exigences de la mondialisation du droit de la famille basée sur le principe d'égalité, et qui devenue un sujet de débat et de demande de réforme. Le droit de la famille Algérien a connu cette vague de réformes visant la mondialisation, ce que cette thèse tende à éclaircir, en se basant sur des multiples angles de recherche.

Pour atteindre ce but, cette thèse est divisée en quatre chapitres

-Chapitre préliminaire : les déterminants de l'obligation pécuniaire dans le droit de statut familiale.

-Chapitre premier : les obligations réciproque.

-Chapitre deux : les obligations indemnitaires.

-Chapitre trois : les obligations de solidarité familiale.

-Conclusion.