

جامعة أبي بكر بلقايد - تلمسان

كلية الحقوق والعلوم السياسية



القواعد الموضوعية والإجرائية في المنازعات المادية للطلاق (دراسة مقارنة بين قانون الأسرة الجزائري والقانونين المغربي والتونسي)

رسالة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه في القانون الخاص

تحت إشراف الأستاذ:

د. غلاي محمد

إعداد الطالب:

لإتي محمد

أعضاء لجنة المناقشة

رئيسا	جامعة تلمسان	أستاذ التعليم العالي	- أ.د. يوسف فتيحة
مشرفا ومقررا	جامعة تلمسان	أستاذ محاضر "أ"	- د. غلاي محمد
مناقشا	المركز الجامعي - مغنية	أستاذ محاضر "أ"	- د. نعوم مراد
مناقشا	المركز الجامعي - مغنية	أستاذ محاضر "أ"	- د. جازول صالح

السنة الجامعية : 2018-2019

إهداء

إلى روح والديّ أبي وأمّي تغمّدهما الله بواسع رحمته
إلى زوجتي وبناتي سارة وأسماء فاطمة ونجاة وابني عثمان
إلى أساتذة الحقوق كلّهم
إلى كلّ من ساهم ولو بالقدر اليسير في إنجاز هذه الرسالة
إلى إخواني وأخواتي وجميع أقاربي
أهدي هذه الرسالة

شكر وتقدير

قبل كلّ شيء، أشكر الله عزّ وجلّ الذي وفّقني لإتمام هذه
الرّسالة.

كما أتقدّم بالشكر الجزيل للأستاذ الفاضل الدكتور محمّد
غلامي على حسن الإشراف والتوجيه.

ولا يفوتني كذلك أن أشكر الأستاذة الدكتورة دنوني هجيرة
التي كان لها الفضل في إعداد وإنجاز هذه الأطروحة.

والشكر موصول أيضا لكلّ من ساهم ولو باليسير في إيصال
هذا البحث إلى منتهاه وأخصّ بالذكر الأستاذة الفاضلة
الدكتورة بوخاتم آسيا والأستاذ رقيق عبد الصمد الذين
سأهما مساهمة تستحقّ الشكر والتقدير.

المختصرات

ر.ر.ج.ت: الرائد الرسمي	أ.د: الأستاذ الدكتور
الجمهورية التونسية	أ.ق.غ.أ.ش: اجتهاد قضائي غرفة
ن.ق: نشرة القضاة	الأحوال الشخصية
م.ج: المجلة الجزائرية	إ.ق: اجتهاد قضائي
ق.إ.م: قانون الإجراءات المدنية	م.أ.م: المجلس الأعلى المغربي
ق.إ.م.إ: قانون الإجراءات المدنية والإدارية	د: دكتوراه
د.ت: دون تاريخ	ج.ر: الجريدة الرسمية
ه: هجري	ط: الطبعة
م.ع.غ.أ.ش: المحكمة العليا-غرفة الأحوال الشخصية	ص: الصفحة
م.ق: مجلة قضائية	ق.أ.ج: قانون الأسرة الجزائري
م.أ.ش: مدونة الأحوال الشخصية	د.ط: دون طبعة
م.ت.ت: محكمة التمييز التونسية	م: مجلد
	د.م.ج: ديوان المطبوعات الجامعية
	ر.ر: الرائد الرسمي

Abréviations :

Alg: Alger

Art: Article

CAF: code Algérien de la famille

Edit: Edition

OPU: office des publications
universitaires

P: page

تعتبر الأسرة في معظم الشرائع والدساتير الخلية الأساسية التي يبنى عليها المجتمع البشري، ولذلك كانت ولا تزال محلّ اهتمام الفقهاء والمشرّعين وسائر المهتمّين بالدراسات القانونية والاجتماعية والنفسية.

فالأسرة تتداخل فيها مجموعة من العناصر الدينية والقانونية والأخلاقية والعرفية، وهذا ما يصعب من مهمة المشرّع في وضع القواعد الحاكمة لها في مرحلة النشأة والتكوين أو في مرحلة الانحلال.

وبعدما تنشأ الأسرة قد تعترضها بعض العوامل التي تؤدّي إلى انحلالها كالطلاق والفسخ أو الوفاة، وإذا كان انقضاء الحياة الزوجية بوفاة أحد الزوجين أو كلاهما لا يثير أيّ إشكال ما عدا فيما يتعلّق بالميراث والوصية فإنّ الطلاق وعلى العكس من ذلك يؤدّي إلى الكثير من الإشكالات ولاسيما المالية منها كالصداق ومناخ البيت والنفقة والسكن....

ونظرا لآثار السلبية التي يخلفها الطلاق على الزوجة والأولاد فقد وضع رجال القانون وفقهاء الشريعة الإسلامية جملة من القواعد حماية لحقّ المطلقة والأولاد من هذه الآثار.

ولقد اختلفت القوانين المغاربية في الجزائر والمغرب وتونس حول هذه القواعد في بعض الجوانب واتفقت في جوانب أخرى، ويرجع السبب في ذلك إلى اختلاف المذاهب التي استمدّت منها هذه القواعد.

إنّ هذا الاختلاف لم ينحصر في القواعد الموضوعية والإجرائية، بل امتدّ إلى القضاء حيث تجلّى في كثير من القرارات الصادرة في القضايا المالية للطلاق.

ومع اختلاف القوانين المغربية بشأن قواعد النزاع المالية للطلاق وانعكاسات ذلك على القضاء، فقد اتّسمت بعض القواعد بالقصور والغموض وعدم الانسجام والملائمة فيما بينها، فمن حيث الإجراءات لا يزال النزاع في هذه الدول يخضع للقواعد العامّة المقرّرة في قوانين الإجراءات، ومن هنا يمكن طرح الإشكاليّة التالّيّة:

إنّ النزاع المادّي للطلاق وإن كان متعلّقًا بالمال له خصوصيات يتميّز بها عن المنازعات المدنيّة والتجاريّة، وهذه الخصوصيّة يجب أن تتجلّى في القواعد الموضوعيّة والإجرائيّة التي تحكمه من نشأته إلى نهايته.

والسؤال الذي يطرح هنا إلى أيّ مدى وفّق المشرّعون في الدول المغربية الثلاثة الجزائر والمغرب وتونس في وضع القواعد المناسبة لخصائص المنازعات الماديّة للطلاق؟

إنّ هذا السؤال يؤدّي بنا إلى طرح جملة من الأسئلة الفرعيّة هي:

- ما هي الأحكام التي تضمّنتها القواعد الموضوعيّة المتعلّقة بالمنازعات الماديّة للطلاق؟

- ما مضمون القواعد الإجرائيّة وما مدى ملائمتها للقواعد الموضوعيّة؟

- ما مدى مطابقة قواعد النزاع المالي للطلاق مع القواعد الشرعيّة؟ وكيف تعامل القضاء معها؟

كلّ هذه الأسئلة سنحاول الإجابة عنها من خلال تحليل قواعد النزاع المالي للطلاق بنوعها الموضوعي والإجرائي، وسوف نركّز على أهمّ القضايا المطروحة أمام القضاء باستمرار وهي: الصداق ومتاع البيت ومسكن ونفقة المطلّقة والمحضون.

أما بالنسبة لأسباب اختيار الموضوع، فمن الأمور التي أصبحت شائعة والتي لا تخفى على أحد كثرة النزاعات المتعلقة بالأسرة وتزاحمها أمام القضاء، فلا يمرّ يوم لا ترفع فيه دعوى طلاق أو دعوى نفقة أو خلع أمام المحاكم، وهذه الظاهرة لا شكّ في أنها تشكّل تحدّيًا كبيرًا للجهات القضائية وللمشرّع على حدّ سواء، ففي كثير من الحالات يجد القاضي نفسه أمام حالات من النزاع يستعصى حلّها إمّا بسبب فراغ تشريعي أو غموض في القواعد.

وهذا ما دفعني لاختيار موضوع الدراسة لعلّي أوفّق في توضيح ما استغلق من هذه القواعد وتفسير ما خفي منها لتكون بمثابة حلول يستأنس بها في بعض القضايا. ومن الأسباب التي دفعتني إلى البحث في هذا الموضوع أيضا تعميق التخصص بالاطّلاع على قوانين الأسرة في المغرب وتونس واتّجاه القضاء في هاتين الدولتين. وهناك سبب آخر هو ارتباط الموضوع بالشرعية الإسلاميّة والبحث فيه بحث في أحكام هذه الشرعية التي لا غنا للباحث القانوني عنها ولاسيما إذا تعلق بحثه بقانون الأسرة.

إنّ إثراء المكتبة القانونيّة كان هو الآخر من الدوافع في اختيار الدراسة بسبب النقص الكبير التي تعاني منه هذه المكتبة من الدراسات القانونيّة المتخصّصة في مجال الأسرة، ومن الأسباب أيضا أنّ هذه الرسالة تعتبر تكملة وامتدادا لرسالة الماجستير التي تناولت فيها المنازعات الماديّة للطلاق في قانون الأسرة الجزائري فأردت أنّ أوسّعها إلى القانونين المغربي والتونسي.

ومن الدوافع النفسيّة التي كانت من وراء اختيار هذا الموضوع، الرّغبة في بحث قضايا الأسرة التي يجد فيها الباحث بالإضافة إلى الحقائق العلميّة المتعة والتفاعل سواء أثناء الكتابة أو المحاضرة أو المداخلات في الملتقيات والأيام الدراسيّة.

وهناك دافع نفسيّ آخر يتمثّل في أنّ الدراسة تمسّ من قريب بعض الفئات الضعيفة كالمرأة والطفل التي تحتاج إلى عناية أكبر من طرف المشرّع.

وبالنسبة لأهميّة الدراسة فتستمد من العلاقة القائمة بين القواعد الموضوعيّة والإجرائيّة، فالقاعدة الإجرائيّة يجب أن تهدف إلى خدمة القاعدة الموضوعيّة وأن لا يقع التناقض بينهما لأنّه في حالة إبطال العمل القانوني بسبب خرق احدي القواعد الإجرائيّة يؤدّي إلى إلغاء جميع الآثار المتربّة عن القاعدة الموضوعيّة.

- تعتبر محاولة للكشف عن الأوضاع القانونيّة والتنظيميّة للمنازعات الماديّة للطلاق، وكيفيّة التعامل مع قواعدها.

-الوقوف على القصور في القواعد الموضوعيّة والإجرائيّة التي تحكم النزاع الماديّ للطلاق.

-محاولة لتحقيق الملائمة والانسجام بين القواعد الموضوعيّة والإجرائيّة.

-الاستفادة من القوانين محلّ الدراسة في استحداث قواعد جديدة في القضايا الماديّة للطلاق.

-قد تكون الدراسة مقدّمة للتفكير في وضع قانون إجراءات خاص بالأسرة.

وتكمن أهميّة الدراسة كذلك في أنّ قواعد النزاع المالي للطلاق لم يطرأ عليها أيّ تغيير منذ وضعها أوّل مرّة في الفقه الإسلامي القديم، وأنّ الفقه الإسلامي المعاصر بمجامعه الفقهيّة المختلفة لم يصدر عنه أيّ اجتهاد بشأنها، ومن هنا جاءت هذه

الدراسة لتكون محفزاً لهذا الفقه ودفعه للتفكير في بعض الحلول للإشكالات المتعلقة بهذه القواعد .

أما بالنسبة لأهداف الدراسة، فقد قصدت من خلالها التوصل إلى ما يلي:

- التعرف على القواعد الموضوعية التي تحكم المنازعات المادية للطلاق التي تضمنتها التشريعات. الأسرية في الجزائر والمغرب وتونس من حيث المضمون وما تنطوي عليه من ثغرات وقصور.

- الوقوف على القواعد الإجرائية المحددة للطرق والآليات المتبعة أمام القضاء.

تسليط الضوء على القواعد الشرعية والفقهية المعتمدة في النزاعات المادية للطلاق وكيف تعامل معها المشرع والقضاء في الدول الثلاثة.

- إبراز مبادئ القضاء في المنازعات المادية للطلاق.

أما بالنسبة للدراسات السابقة وبالرغم من الجهد الذي بذلته في البحث عنها فلن أعتز إلا على النزر اليسير، وحتى هذا الذي حصلت عليه ليس له علاقة مباشرة بالموضوع فهو عبارة عن بحوث تتعلق بالجوانب المالية للأسرة كالنفقة والسكن ومتاع البيت....

ومن أهم ما حصل عليه منها ما يلي:

- النظام المالي للزوجين في التشريع الجزائري (دراسة مقارنة) وهي رسالة دكتوراه للأستاذ -مسعودي رشيد- والتي تناول فيها الأنظمة المالية وما يتعلق بها من أحكام، وقد استفدت منها في تحديد بعض المفاهيم المتعلقة بالصدّاق والنفقة والوقوف على أحكام الاشتراك المالي للزوجين في حالة النزاع وبعض الأحكام المتعلقة بالمنازعات حول السكن العائلي المشترك.

-إجراءات ممارسة دعاوى شؤون الأسرة أمام أقسام المحاكم الابتدائية للأستاذ -عبد العزيز سعد- وقد أخذت منه بعض القواعد الإجرائية الخاصة بالنفقة الواجبة للزوجة والأولاد وبالتحديد قواعد الاختصاص في قضايا هذا النوع من النفقة.

-قانون الأسرة الجزائري دليل القاضي والمحامي مادة بمادة على ضوء أحكام الشريعة الإسلامية والاجتهاد القضائي للأستاذ -نجيمي جمال- والذي اعتمدت عليه في انتقاء بعض القرارات الصادرة في المنازعات الصادرة في الطلاق واستخراج المبادئ القضائية منها.

-عدّة الطلاق الرجعي وآثارها على الأحكام القضائية للدكتور -نور الدين لمطاعي- وقد أخذت منه بعض القواعد الإجرائية الخاصة بالقضاء المستعجل في القضايا المادية للطلاق.

ولقد اعتمدت في دراستي على خليط من المناهج، منها:

-المنهج المقارن الذي أعملته في المقارنة بين قواعد النزاع في القوانين الثلاثة من حيث الموضوع ومن حيث الإجراءات للوقوف على مواطن الخلاف ونقاط الاتفاق بين هذه القواعد.

-المنهج الاستقرائي وقد وضّفته في جمع النصوص القانونية والقواعد الشرعية والقرارات القضائية وأقوال الفقهاء تحليلها.

-المنهج الوصفي، وقد اعتمدت عليه في التعليق على بعض القواعد من حيث الشكل والصياغة.

أما عن طريقتي في الدراسة، فأبدأ أولاً بعرض النصوص القانونية في التشريعات المغاربية الثلاثة الخاصة بكل مسألة ثم أقوم باستخراج القواعد

الموضوعية التي تضمنتها ثم أخضعها بعد ذلك للتحليل والمناقشة، وبعد ذلك أعرضها على قواعد الشريعة الإسلامية لأتبيّن مدى مطابقتها لهذه القواعد.

لا أنتقل من قضية إلى قضية حتى أبين موقف القضاء منها، معتمداً في ذلك تحليل القرارات القضائية ومقارنتها بالقواعد القانونية والقواعد الشرعية.

لقد اقتضى عنوان الرسالة تقسيماً ثنائياً يتكوّن من بابين:

-الباب الأوّل، ويتضمّن قواعد النزاع حول الصداق ومتاع البيت.

-الباب الثاني، ويتعلّق بالنزاع حول إسكان ونفقة المطلّقة والمحضون.

فبالنسبة للبَاب الأوّل فقد جمعت فيه بين النزاع حول الصداق والنزاع حول متاع البيت لشدة التشابه بينهما، فالصداق قد يختلط في بعض الأحيان بمتاع البيت ممّا يصعب من تحديد القواعد التي تحكم كلّاً من هما، وكذلك الأمر بالنسبة للمسكن والنفقة فهما قرينان لا ينفك أحدهما عن الآخر وهذا التداخل ينعكس بدوره على قواعد النزاع بشأنهما، أمّا العلاقة القائمة بين الباب الأوّل والثاني فتكمن في أنّ كلّ هذه المنازعات تنتمي على جنس واحد.

هذا ولقد واجهتني أثناء البحث عدّة عقبات أهمّها ندرة المراجع المتخصصة، والتي كانت من بين الأسباب الرئيسية التي حالت دون إنجاز هذه الرسالة في وقتها المحدّد، فقد اضطررت إلى جمع أكبر عدد من المراجع العامّة التي تناولت الموضوع بطريقة غير مباشرة أو تلك التي احتوت على بعض الإشارات المتعلقة بالدراسة، وهذا ما كلفني الوقت والجهد الكبيرين قبل أن أتمكّن من جمع المادّة العلميّة، وهناك عقبة أخرى لا بدّ من ذكرها هنا تتعلّق بطبيعة الموضوع ذاته فإنّ الدراسات القانونية المقارنة مع أحكام الشريعة الإسلامية تحتاج إلى جمع أكبر عدد من النصوص

والقواعد والقرارات القضائية، ويزداد الأمر صعوبة إذا كان البحث يتعلّق بقوانين ودول أخرى، فليس من السهل الحصول على قرارات القضاء فيها والوقوف على التعديلات القانونيّة في تلك الدول.

الباب الأول:

قواعد النزاع حول صداق

المطلقة ومتاع البيت

كلّ نزاع مهما كان محلّه، يخضع لنوعين من القواعد، موضوعية وإجرائية، فالقواعد الموضوعية تحدّد نطاق الحقّ المتنازع فيه من حيث الثبوت والاستحقاق والسقوط والانقضاء، أمّا القواعد الإجرائية فهي الأدوات المحرّكة لها أمام القضاء.

وبالرغم من أهمية المنازعات المتعلقة بالصداق ومتاع البيت والأموال المشتركة بين الزوجين، فلا يزال هناك نقص وقصور في القواعد التي تحكمها، فلا التشريع بادر بسدّه في التعديلات الأخيرة لقانون الأسرة، ولا القضاء اهتدى مع كثرة وكثافة القضايا المطروحة عليه، إلى قواعد ومبادئ تملأ هذا الفراغ.

أمّا القواعد التي وضعها الفقه الإسلامي، فهي الأخرى في حاجة إلى تجديد وإثراء لكي تواكب التطور الواقع في العلاقات المالية بين الزوجين.

ولدراسة وتحليل قواعد النزاع حول الصداق ومتاع البيت والأموال المشتركة في قانون الأسرة الجزائري بالمقارنة مع القانونين المغربي والتونسي، قسمت هذا الباب إلى فصلين:

الفصل الأول: قواعد النزاع حول الصداق.

الفصل الثاني: قواعد الاختلاف حول متاع البيت والأموال المشتركة.

الفصل الأوّل:

قواعد النزاع حول صداق المطلّقة

يُثير النزاع حول صداق المطلّقة مجموعة من الإشكالات القانونية منها:

- تمييز الصداق عن الأنظمة المشابهة له كالهبة والشرط وغيرهما.

- الغموض في بعض القواعد الموضوعية والإجرائية التي تحكمه، ولاسيما المتعلقة بتحديد الصّدّاق في العقد.

- مفهوم صداق المثل ومعايير تحديده.

- المقصود بالدخول كمؤكّد للصداق.

- قواعد الاستحقاق الجزئي للصّدّاق.

- قواعد إثبات الحق في الصّدّاق وطرق الفصل فيه.

كلّ ذلك، نحاول معالجته في مبحثين، القواعد الموضوعية للنزاع حول

الصداق في مبحث أوّل، وإثبات النزاع حول الصداق في مبحث آخر.

المبحث الأول:

القواعد الموضوعية في النزاع حول صداق المطلقة

يحكم النزاع في الصداق من حيث الموضوع المواد 14، 15، 16، من قانون الأسرة الجزائري، فالمادة 14 تتعلق بتعريف الصداق، والمادة 15 تتضمن مجموعة من الأحكام المتعلقة بتحديد الصداق في العقد وقضايا تعجيله وتأجيله، أما المادة 16 فتناولت مؤكّدات الصداق وقواعد استحقاقه الكلي والجزئي.

وفي مدونة الأسرة المغربية، خصّص المشرع المغربي للقواعد الموضوعية للنزاع في الصداق سبع مواد، المادة 26 الخاصة بتعريف الصداق، والمادة 27 المتعلقة بتحديد الصداق في العقد، والمادة 28 التي تناولت شروط الصداق وحقّ الزوجة فيه، والمادتين 30 و 31 المتعلقتين بقضايا تعجيل الصداق وتأجيله، والمادة 32 التي تضمنت استحقاق الصداق.

وبالنسبة للمشرع التونسي، فقد نظّم القواعد الموضوعية للنزاع حول الصداق في ثلاثة فصول، الفصل 3 الخاص بطبيعة الصداق، والفصل 12 المتعلق بالضوابط الشرعية للصداق، والفصل 13 الذي نصّ على حقّ الزوجة في الامتناع عن الالتحاق ببيت الزوجية إذا لم يدفع لها المهر، وصيرورة المهر ديناً في الذمة بعد البناء.

لهذا كلّه، يعالج هذا المبحث ثلاثة مطالب، المطلب الأول نخصّصه لتعريف الصداق والأنظمة المشابهة له، والثاني لقواعد تحديد الصداق وقضايا تعجيله وتأجيله، والأخير لدارسة قواعد استحقاق الصداق.

المطلب الأوّل:

تعريف الصداق وتمييزه على الأنظمة المشابهة:

يلزم قبل دراسة قواعد النزاع حول الصداق، أن نقف على تعريف الصداق، لنتصوّر حقيقته، وندرك ماهيته (فرع أوّل). ولنميّزه عن المصطلحات ذات الصلة، كالشرط ومتاع البيت والجهاز (فرع ثانٍ).

الفرع الأوّل:

تعريف الصداق:

عرّف المشرّع الجزائري الصداق في المادة 14 من قانون الأسرة بما يلي:
"الصداق هو ما يدفع نحلة للزوجة، من نقود أو غيرها من كلّ ما هو مباح شرعاً، وهو ملك لها تتصرّف فيه كما تشاء"¹.

وعرّفه المشرّع المغربي في المادة 26 من المدوّنة بالنص التالي: "الصداق هو ما يقدّمه الزوج لزوجته إشعاراً بالرغبة في عقد الزواج، وإنشاء أسرة مستقرّة، وتثبيت أسس المودّة والعشرة بين الزوجين، وأساسه الشرعي هو قيمته المعنوية والرمزية، وليس قيمته المادية"².

¹ المادة 14 من القانون 11/84، مؤرّخ في 9 رمضان عام 1404هـ، الموافق لـ 9 يونيو سنة 1984 المتضمن قانون الأسرة المعدّل والمتّم بالأمر رقم 02/05 المؤرّخ في 27 نوفمبر 2005، المنشور ب ج، 15 سنة 2005.

² المادة 26 من ظهير شريف رقم 1.04.22، صادر في 12 من ذي الحجة 1424 (3 فبراير 2004) رقم 70.03 بمثابة مدونة الأسرة.

أما المشرّع التونسي، فإنه لم يعرفّ الصداق، وإنما اكتفى بذكر ضوابط المال الذي يصلح أن يسمى صداقاً، حيث جاء في الفصل 26 من المجلة ما يلي: "كلّ ما كان مباحاً ومقوماً بالمال، تصلح تسميته مهراً ، وهو ملكٌ للمرأة"¹.

لقد تضمّنت النصوص السابقة القواعد التالية:

- الصداق هو ما يقدمه الزوج لزوجته²
- الصداق لا ينحصر في النقود فقط³، بل قد يكون من غيرها كالخدمات.
- كلّ ما صحّ التزامه شرعاً صلح أن يكون صداقاً مما يتفق مع نظام العقود والمعاملات.⁴
- الصداق ملك للزوجة دون سواها.⁵
- الغرض من دفع الصداق هو الرغبة في إبرام عقد الزواج وإنشاء أسرة متماسكة. بالتأمل في القواعد السابقة، يتبين أنّ بعضها متفق عليه بين القوانين الثلاثة، وبعضها مختلف فيه، فالمتفق عليه أنّ الصداق التزام يقع على الزوج، وأنّ محله لا يتقيّد بمال معين، وأن يكون مباحاً شرعاً.

¹ الفصل 12 من أمر عليّ مؤرخ في 6 محرم 1376، 13 أوت 1956 يتعلّق بإصدار مجلة الأحوال الشخصية الرائد الرسمي عدد 66 الصادر في 17 أوت 1956.

² لحسن بن شيخ آث ملويا، المرشد في قانون الأسرة ، ط3، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2016، ص50.

³ المرجع نفسه، ص50.

⁴ عبد القادر بن حرز الله -الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري ط.1- دار الخلدونية -الجزائر 2007 ص134-135

⁵ عبد القادر داودي، أحكام الأسرة بين الفقه الإسلامي وق آ ج ، د ط، دار البصائر للنشر والتوزيع، الجزائر 2010، ص133.

كما اتفقت هذه القوانين على أنّ الصّدّاق ملك للزوجة (م 14 من قانون الأسرة، م 29 من المدوّنة، ف 13 من المجلّة التونسية) مع الإشارة هنا إلى أنّ هذه القاعدة لا علاقة لها بتعريف الصّدّاق.

أمّا القواعد المختلف فيها، والتي انفرد بها المشرّع المغربي، فهي قاعدة الغرض من دفع الصّدّاق، وقاعدة الأساس الشرعي للصّدّاق، فالمشرّع المغربي جعل الغرض من الصّدّاق، الرغبة في إبرام عقد الزواج وإنشاء أسرة مستقرة.

واعتبر القيمة المعنوية الأساس الشرعي للصّدّاق، وليس القيمة المادية وهذه المسائل لا ترتبط بتعريف الصّدّاق كذلك.

وعليه، فإنّ الصّدّاق في القانونين الجزائري والمغربي، هو المال الذي يجب على الزوج نحو زوجته¹، وهذه القاعدة لا خلاف بشأنها في الشريعة والقانون، لكن ما يلاحظ على التعريف القانوني للصّدّاق، أنّ المشرّعين لم يتقيّدوا في وضعه بالقواعد المنطقية التي تقضي بأن يكون التعريف جامعاً مانعاً، فالقول بأنّ الصّدّاق هو ما يدفع للزوجة من نقود وغيرها لا يمنع من دخول الهبة أو الهدية في هذا التعريف، لأنّها تعتبر أيضاً مما يقدّم للزوجة، وكذلك قد تكون من النقود أو من غيرها.

ومم يعاب على المشرّع الجزائري في تعريفه للصّدّاق أنه اعتبره ملكاً للزوجة مع أنّ ملكية الزوجة للصّدّاق تعتبر أثراً من آثاره وحكماً من أحكامه، وهذا ما يجب تفاديّه في التعريف.

¹ بالحركة كمال، محاضرات تنظيم الأسرة، جامعة ابن زمر، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، <http://www.fsjes.agadir.info>. وانظر، لوعيل محمد لمين، المركز القانوني للمرأة في قانون الأسرة الجزائري، د. ط، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر 2004، ص132.

وبالتالي، فإنّ المادة 14 من قانون الأسرة، جمعت بين تعريف الصداق وأحكامه.

أمّا المادة 26 من المدوّنة، فهي الأخرى لم تتقيّد بقواعد التعريف، حيث عرّفت الصداق بالغاية منه، مم أضفى على تعريفه عدم الدقة والوضوح.

وأما المشرّع التونسي، فإنّه لم يضع في المجلّة تعريفاً للصداق، واكتفى بتحديد ضوابطه الشرعية، وبذلك تفادى الانتقادات الموجّهة للمشرّعين الجزائري والمغربي، وكان الأجدر بهما أن يتركا التعاريف للفقهاء والفقهاء فهم أولى وأحقّ بها.

ولقد ذهب بعض شرّاح القانون إلى أنّ تعريف المادة 14 للصداق مطابق لتعريف الفقه الإسلامي له¹، فإلى أيّ مدى يصحّ هذا القول؟

إنّ الإجابة على هذا السؤال تحتمّ علينا التعرّض لتعريف الصداق عند فقهاء الشريعة.

لقد عرف فقهاء الشريعة الإسلامية الصداق بصيغ متعدّدة منها:

1- "الصداق هو المال الذي تستحقّه الزوجة على زوجها بالعقد عليها أو بالدخول بها"².

2- "العوض في النكاح، سواء سمّي في العقد أو فرض بعده بتراض الطرفين، أو الحاكم أو العوض في نحو النكاح كوطء الشبهة ووطء المكره"³.

¹ عبد الفتاح تقيّة، قانون الأسرة مدعماً بأحدث الاجتهادات القضائية والتشريعية (دراسة مقارنة)، ط1، دار الكتاب الحديث، القاهرة 2012 ص 128.

² عبد الفتاح تقيّة، المرجع السابق، ص126، عبد الرزاق مجيد كوران، المهر وأحكامه في التشريع العراقي والشريعة الإسلامية (دراسة مقارنة)، بحث منشور بموقع www.kyc.org

³ وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلّته (الجزء7)، ط32، دار الفجر لبنان 2008.

3- "ما يجعل للزوجة في نظير الاستمتاع بها"¹.

لقد اتفقت التعريفات الفقهية السابقة على أنّ الصداق هو المال الذي تستحقّه الزوجة بالعقد عليها أو الدّخول بها، وبعضها وسّع من مفهومه، فجعله عوضاً عن وطء الشبهة ووطء المكره كذلك.

أمّا التعريف الثالث، وهو تعريف المالكية فمُنْتَقَد من عدّة وجوه، لأنّ الصداق لم يشرّع في مقابل الاستمتاع بالزوجة²، فكلا الزوجان يستمتع بالآخر.

وبالرجوع إلى السّؤال المطروح، وبعد النّظر والتأمّل في التعريفات الفقهية للصداق، أقول لا توجد مطابقة تامّة بينها وبين التعريفات القانونية له، فالتعريفات الفقهية تقيّدت بالعناصر التي تدخل في ماهية الصداق، وهي كونه مالاً وكونه مرتبطاً بعقد الزواج أو الدّخول، فلم تدرج فيه ما لا علاقة له بحقيقته مثل اعتباره ملكاً للزوجة كما فعل المشرّع الجزائري في المادة 14 ولم تعرّف الصداق بالغرض منه كما فعل المشرّع المغربي في المادة 26 من المدوّنة.

وعلى أساس ما تقدّم، أقترح تعديل المادة 14 كالتالي: "الصداق هو المال الذي تستحقّه المرأة على الرجل بالعقد عليها أو الدّخول بها."

¹ جمال فخري محمد حاكم، أثار عقد الزواج في الفقه والقانون، ط1، دار الحامد للنشر والتوزيع، الأردن، 2009، ص112.

وانظر محمد بكر إسماعيل، الفقه الواضح من الكتاب والسنة على المذاهب الأربعة (م2)، ط2، دار المنار للنشر والتوزيع، القاهرة 1997، ص35.

وانظر كذلك: محمد جمعة عبد الله، الكواكب الدرية في فقه المالكية، المكتبة الأزهرية للتراث، القاهرة، 2014، ص163.

² لوعيل محمد لمين، مرجع سابق، ص132.

هذا وفي غياب تعريف دقيق للصدق، تظل إشكالية تمييزه عن الأنظمة المشابهة له قائمة في حالة النزاع، وهذا ما سنوضحه فيما يلي:

الفرع الثاني: الصدق والأنظمة المشابهة له

من الإشكالات التي يثيرها النزاع حول وصف المال المقبوض، صعوبة التمييز بين ما يعد صدقاً وما يعد شرطاً – أو هدية أو جهازاً¹، وأساس هذا الإشكال يرجع إلى التشابه الكبير بين هذه الأنظمة مع الصدق.

ومن هنا ارتأينا أن نحدّد نقاط التشابه وأوجه الاختلاف بين الصدق والأنظمة المذكورة.

أولاً: الصدق و الهدية:

من القواعد المقررة في الشريعة والقانون، أن الهدية كالهبة تملك بلا عوض، وهذا ما نصّت عليه المادة 202 من قانون الأسرة الجزائري.

فالعطية والهبة والنحلة والصدقة والهدية معانيها متقاربة، وكلها تملك في الحياة بلا عوض، واسم العطيات شامل لجميعها²، والمعيار الذي يميّز بينها هو القصد، فإنّ قصد بالإعطاء ثواب الآخرة فهي صدقة، وإنّ قصد التودّد فهديّة، وإن لم يقصد شيئاً ممّا ذكر فهبة وعطية ونحلة³.

¹ عيسى حداد، عقد الزواج (دراسة مقارنة)، د ط، منشورات جامعة باجي مختار، عنابة، الجزائر، 2006، ص195.

² Benmelha ghouti –le droit patrimonial algérien de la famille - o.p.u- Alger p255

³ حرير عبد الغاني، الهبة في القانون الجزائري، بحث منشور لموقع <http://tribuneldz.blogspot.com/2018>

وانظر: سعدي حسين جبر، مسائل في الفقه المقارن تكثر الحاجة إليها، ط1، دار الحامد، الأردن، 2006، ص212.

ومن هنا يقع الإشكال في صعوبة التمييز بين الصداق والهدية، باعتبار أنّ كلاهما تملك بلا عوض، ولتجاوز ذلك، يجب التركيز على عناصر الاختلاف بين النظامين، وهي أنّ الصداق تستحقه الزوجة بسبب العقد عليها أو الدخول بها، في حين تقدم الهدية للزوجة وغيرها من الأهل والأقارب والأصدقاء، فالهدية ليست ركناً ولا شرطاً في عقد الزواج، ولا حتى أثراً من أثاره، خلافاً للصدّق، إذ يتمّ الزواج صحيحاً بدونها.¹

ومن عناصر الاختلاف بين المصطلحين، أنّ الهدية يمكن أن تقدّم من الزوجة لزوجها، بينما لا يدفع الصداق إلا من طرف الزوج أو من ينوب عنه. وهناك ضابط آخر يميّز به الصداق عن الهدية، هو أنّ المال الذي يدفع لأحد أقارب الزوجة بمناسبة عقد الزواج، لا يدخل في الصداق، بل هو في حكم الهبة أو الهدية، فهي لمن جعلت له.²

وبالتالي، لا يعدّ الصداق هدية، بل هو حقّ لازم شرعاً للمرأة، وأمّا الزائد على المهر فهو من حيث تعدّد مسمياته واختلاف أنواعه، مختلف باختلاف الأعراف. وتظهر أهمية التمييز بين الصداق والهدية في القواعد الواجبة التطبيق على النزاع.

¹ خالد سماحي، النظرية العامة لعقود التبرعات (دراسة مقارنة)، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، تحت إشراف الأستاذ د. رايس محمد، جامعة أبو بكر بلقايد، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تلمسان 2012/2013، ص313.

² عبد القادر داودي، المرجع السابق، ص133.

فأَيّ خطأ في توصيف محلّ النزاع يُوَدِّي إلى خطأ في تطبيق القانون، فالقواعد تقضي باسترداد نصف الصداق في حالة الطلاق قبل البناء إذا كان الزوج عَجَلًا للزوجة كل المهر، بينما لا يكون الأمر كذلك بالنسبة للهدايا.

بدفع الصداق تبرأ ذمّة الزوج فلا يطالب بدفعه مرّة أخرى، وهذا في الحالة التي يثبت فيها أنّ ما قدّمه هو من الصداق، أمّا إذا حكم بأنّه هديّة فتبقى ذمّته مشغولة بالصداق.

والخلاصة أنّ القوانين المغاربية الثلاثة لم تضع قواعد للتمييز بين الصداق والهدية، تاركة ذلك لأعراف الناس وتقاليدهم، وكان ينبغي أن يسدّ هذا الفراغ التشريعي حماية للحقوق في حالة النزاع.

ثانياً: الصداق والشرط

قد يختلط الصداق بالشرط في حالة النزاع، ومن القواعد المقرّرة في هذا الشأن أنّ كلّ ما تشترطه المرأة أو وليّها من مال في عقد الزواج ويرضي به الخاطب يدخل في الصداق ويأخذ أحكامه سواء أكان نقدًا أو غيره.

أمّا ما يشترطه الوليّ لنفسه أو المرأة من الأموال لتشتري به متاعًا أو أدوات مهنة ولا يذكر في العقد، لا يلحق بالصداق وإنّما يخضع لقواعد الاشتراط المالي¹.

وكذلك لا يعدّ صداقًا ما يعطيه الزوج أو وليّه لوليّة المرأة أو أحد إخوتها أو أعمامها إن لم يكن كالشرط، بل كان على وجه الصلّة أو الشكر، وليس للزوج حقّ المطالبة به إن وقع نزاع حوله إلّا إذا وقع التصريح بأنّه معدود من الصداق.²

¹ المرجع نفسه، ص133.

² عبد القادر داودي، المرجع السابق، ص133.

قال بعض الحنفية: "إذا دفع الزوج مقدارا من المال منفصلا عن المهر وزائداً ففي تلك الحالة تكون الزوجة ملزمة بما اشترطه الزوج، لأنّه في معنى الهبة بشرط العوض، وفيما يجوز للواهب الرجوع فيما لم يتحقّق العوض، غير أنّ الزوج إذا سكت بعد الزفاف عن المطالبة بالجهاز زماناً يدلّ على الرضا اعتبر ذلك هبة غير مشروطة فلا يكون له بعد ذلك الحقّ في المطالبة بشيء.¹

من خلال هذا القول يظهر الفرق بين الصداق وبين لمال الزائد الذي يدفعه الزوج للزوجة، ويشترط عليها أن تجهّز به نفسها، فإنّ هذا المال يعتبر هبة بعوض، ومعنى ذلك أنّ الزوج لم يدفع هذا المال مع أنّه ليس ملزماً إلاّ ليحصل على منفعة معنوية.

وهي أن يجد المرأة في هيئة تليق بالعروس، ولا سيما إذا كانت فقيرة وكان هو غنياً، وهذا من الشروط التي يجب الوفاء بها، فإذا صرفت هذا المال الزائد في غير الغرض الذي حدّده الزوج لها، كان من حقّه أن يطالبها به.

وعليه يمكن صياغة القاعدة كما يلي: كلّ مال ذكر مقترنا بالعقد ولم يعترض عليه الزوج يعدّ صداقاً ما لم يقض عرف بخلاف ذلك.

وتظهر أهمية التمييز بين الصداق والشّروط في القواعد الواجبة التطبيق على كلّ منهما، فالصداق من الناحية القانونية يخضع في تحديد ماهيته للمادّة 14 من قانون الأسرة الجزائري و المادّة 26 من المدوّنة المغربية، بينما تسري على الشرط قواعد الاشتراط المالي وهي المقرّرة بموجب المواد 19، 32، 35، بالنسبة للقانون

¹ مروان قديمي، جهاز المرأة في ضوء الشريعة وقانون الأحوال الشخصية، مقال منشور بمجلة جامعة النجاح للأبحاث (م/19)، جامعة النجاح الوطنية، كلية الشريعة، فلسطين، 2005، ص16.

الجزائري وللمادة 47 من المدونة المغربية بالنسبة للقانون المغربي والتي نصت على ما يلي: "الشروط كلها ملزمة، إلا ما خالف منها أحكام العقد ومقاصده وما خالف القواعد الآمرة للقانون، فيعتبر باطلاً والعقد صحيحاً¹."

ومن فوائد التمييز بين الصداق والشرط أنّ الزوجة لها كامل حرية التصرف في الصداق بينما في الشرط تكون حرّيتها مقيدة بالغرض الذي حدده الزوج. ونشير في الأخير إلى أنّ القوانين الثلاثة لم تضع قواعد خاصة يمكن اعتمادها في التمييز بين الصداق والشرط، وبذلك تبقى القواعد العرفية والعادات هي المحكمة في ذلك، كما سبق ذكره بالنسبة للصداق والهدية.

ثالثاً: الصداق والدوطة

ومن المصطلحات الشديدة الشبه بالصداق، ما يسمّى بالدوطة أو البائنة، وهي المال الذي تقدّمه المرأة أو وليّها بمناسبة الزواج بقصد المساهمة في تأسيس وتحمل أعباء الحياة الزوجية²، وهذا هو المفهوم الخاصّ للدوطة، أمّا معناها العام، فيشمل ما يقدمه الغير من أموال إلى الزوجين بمناسبة الزواج، سواء من طرف الوالدين أو الأقارب³، وهذه الأموال تكون حبيسة ولا يجوز الحجز عليها⁴.

¹ المادة 47 من مدونة الأسرة المغربية.

² La dot occidentale est un ensemble de biens apportés par la femme ou par sa famille pour subvenir aux besoins du nouveau ménage qui se fonde. Isabelle Akouhaba Arani, la dot dans le code des personnes et de la famille des pays d'Afrique occidentale francophone (cas du Bénin du Burkina-Faso, de la cote d'Ivoire et du Togo), Research Partnership 3/2008 p.8.

³ مسعودي رشيد، النظام المالي للزوجين في التشريع الجزائري (دراسة مقارنة)، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون تحت إشراف أ.د. دنوني هجيرة، جامعة أبو بكر بلقايد، كلية الحقوق، تلمسان 2006/2005، ص 29.

دربة أمين -قواعد التنزاع المتعلقة بالزواج وانحلاله -دراسة مقارنة -مذكرة لنيل شهادة ماجستير تحت إشراف أ.د. بن حمو عبد الله -جامعة أبو بكر بلقايد -كلية الحقوق -تلمسان 2007-2008 ص 26

وقد تأخذ الدوطة شكل مبلغ من النقود، أو شكلاً آخر عقاراً أو منقولاً¹.

ويرجع نظام الدوطة في أصله إلى القانون الروماني ولا زال معروفاً في كثير من الدول الغربية، وينشأ نظام الدوطة باتفاق مالي بين الطرفين ويخضع لقواعد هذا الاتفاق أو الأعراف السائدة، والدوطة ليست ركناً ولا شرطاً في عقد الزواج إذ الزواج يقع صحيحاً بدونها².

ومنه، فإنّ الصداق يتميز عن الدوطة في أنّ الزوج هو الذي يلتزم بتقديمه إلى الزوجة، أما الدوطة فقد تقدّم من طرف الزوجة أو الزوج بحسب الاتفاق أو الأعراف السائدة وحتى من الأقارب في بعض الحالات.

الصداق يعتبر ركناً أو شرطاً في الزواج أو أثراً من آثاره عند بعض الفقهاء، ويكون ملكاً للزوجة تتصرف فيه بكلّ حرّية، أمّا الدوطة فإنّ الاتفاق الذي ينشئها هو الذي يحدّد مصيرها وأحكامها.

وممّا يجب ملاحظته هنا، أنّ المشرّع الجزائري ترجم لكلمة "صداق" بكلمة (Dot)³، وهي ترجمة غير دقيقة، وتبعه في ذلك الكثير من الفقهاء وشراح القانون، حيث اعتمدوا في كتاباتهم وشروحهم على هذه الترجمة⁴.

¹ محمد حسين منصور، النظام القانوني للأسرة في الشرائع الغير إسلامية، د. ط، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2003، ص325.

² المرجع نفسه، ص326.

³ Att 14 du CAF « Le dot est ce qui est versé à la future épouse en numéraire ou autre bien qui soit légalement licite cette dot lui revient en toute propriété et elle en dispose librement ».

⁴ Tchouar Djilali, Réflexions sur les questions épineuses du CAF, O .P.U, Alger 2004, p11.

وفي رأيي، أنّ الترجمة الصحيحة للصدّاق، هي أن تبقى الكلمة على أصلها العربي وتكتب « SADAK » بدل « DOT »، لأنّ الصداق كما بيّنا سابقاً، له معنى محدّد في الشرع فهو المال الذي تستحقّه الزوجة بالعقد عليها أو بالدخول بها. أمّا الدوطة، فمعناها أوسع من ذلك كما مرّ معنا، وقد تتشابه مع الصداق إذا كان الزوج هو الملزم بها حسب الاتفاق، ولكن هذا التشابه لا يجعل منها صداقاً بالمفهوم الشرعي للصدّاق.

ونشير في الأخير إلى أنّ قوانين المغرب العربي لا تعرف نظام الدوطة وهو شائع في الدّول الغربية وفي بعض البلدان العربية كمصر.

رابعاً: الصداق والجهاز والشّوار والشبكة

لقد سبق تعريف الصداق بأنه المال الذي يدفع للزوجة نحلة من نفود وغيرها، أو هو كما عرفه الفقهاء اسم للمال الذي تستحقّه الزوجة بالعقد عليها أو الدخول بها. بهذا التعريف، قد يختلط الصداق مع الجهاز والشّوار والشبكة مم يستدعي الوقوف على مواطن الاختلاف بينه وبين هذه الأنظمة.

ولابدّ من الإشارة قبل ذلك إلى أنّ القوانين المغاربية لم تعرّف هذه الأنظمة بخلاف الصداق، وبالتالي يلزم البحث عن تعريفها في الفقه.

1-الصداق والجهاز:

الجهاز هو الأثاث الذي تعدّه الزوجة أو يعدّه الزوج لبيت الزوجية، وقد يعدّه الأبوان أو أحد الأقارب احتفاءً بالزواج ورغبة في إدخال السرور والبهجة على الزوجين¹.

بمقارنة التعريفين السابقين، يتبين الفرق بين الصداق والجهاز فالجهاز هو عبارة عن ملابس وأدوات وحلّي تجهّزه به المرأة نفسها ليلة زفافها، إمّا من مالها الخاصّ أو مال وليّها أو أحد أقاربها وقد يدفع لها الزوج مبلغاً من المال زيادةً على الصداق تستعين به على تجهيز نفسها، أمّا الصداق فهو المال الذي يقدمه الزوج للمرأة بمناسبة الزواج.

والقاعدة، أنّ المرأة ليست مسؤولة عن تجهيز بيت الزوجية، وهي قاعدة ليست آمرة، فإذا جرى العرف بأن المرأة هي التي تجهّز بيتها من مالها الخاصّ، أو من المهر الذي تقبضه من الزوج، أو جرى العرف باشتراك الزوجين في التجهيز، كان ذلك في مقام الشرط، ينبغي الأخذ به، والعرف محكم كما يقول الفقهاء².

ويرى المالكيّة أنّ الجهاز واجب على الزوجة بمقدار ما تقبضه من المهر، فإذا لم تقبض شيئاً فلا تلتزم بشيء إلا إذا اشترط الزوج التجهيز عليها أو كان العرف يلزمها به ودليلهم في ذلك القواعد العرفيّة³.

ومادامت القوانين لم تضع تعريفاً للجهاز، تبقى التعريفات الفقهيّة هي المرجع في تمييزه عن الصداق، وفي بعض الحالات يرجع إلى القواعد العرفيّة.

¹ محمد بكر إسماعيل، المرجع السابق، ص45.

² محمد بكر إسماعيل، المرجع السابق، ص45.

³ وهبة الزحيلي- الفقه الإسلامي وأدلته -ج7- ط- دار الفكر -دمشق 2010 ص320

يقول الغوتي بن ملحّة:

"ويعتبر من الصداق ما جرى عليه عرف الناس بتقديمه للزوجة قبل الزفاف كالثياب والمصوغ أو غير ذلك، وهذا ما يسمّى في المجتمع الجزائري بالجهاز، وكذلك ما يقدّمه الزوج لزوجته بعد الدخول، وهذا ليس على وجه الهدايا ، لأنّ المتداول بين الناس أن يكون ذلك بمنزلة الشرط في عقد الزواج لفظاً"¹.

والخلاصة تبقى القواعد العرفية هي الحكم في تحديد الحالات التي يعدّ فيها الجهاز صداقاً والحالات التي يستقلّ فيها عنه.

2-الصداق والشوار:

وأما الشوار فهو: "كلّ ما تأتي به الزوجة عادة في ليلة زفافها من ثياب وغيرها وهو واجب على الزوج زيادة على الصداق".

إنّ هذا التعريف يجعل الشوار يقترب كثيرا من الجهاز وبالتالي، فإنّه يخضع لنفس القواعد والأحكام التي يخضع لها الجهاز، مع الإشارة إلى أنّ المشرّع المغربي وضع في المدونة المغربية قاعدة خاصة بالشوار واعتبره ملكاً للزوجة.

3-الصداق والشبكة:

وهناك مصطلح آخر له شبه كبير بالصداق وهو ما يسمّى بالشبكة، وهي عبارة عن هديّة عينية من الذهب أو الفضة ونحو ذلك من الجواهر، يشترط أهل

¹ الغوتي بن ملحّة، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، ط1، د.م.ج الجزائر، 2005، ص57.

المرأة على الخاطب أن يقدّمها لمخطوبته، وتخضع في أحكامها للقواعد العرفية وتعتبر أمراً ضرورياً قد يصل إلى مرتبة الصداق.¹

على أساس ما سبق تبقى إشكالية تمييز الصداق عن المصطلحات الشبيهة به لا تزال قائمة، ولا سيما في حالة النزاع حول وصف المقبوض.

وسيبقى الوضع على حاله في غياب الضوابط والمعايير القانونية التي تميّز هذه الأنظمة عن بعضها البعض.

وإلى جانب هذا الإشكال، فهناك قضايا أخرى، تتعلّق بتحديد الصداق في العقد والقواعد التي تحكمه، وهذا ما سندرسه فيما يلي:

المطلب الثاني:

النزاع حول تحديد الصداق

نصّ لمشرّع الجزائري في قانون الأسرة على ضرورة تحديد الصداق في العقد. وكذلك فعل المشرّع المغربي في المدونة، بينما خلت المجلة التونسية من هذه القواعد.

ولقد تضمّنت المادّتان 15 من قانون الأسرة و27 من المدونة المغربية كلاهما قاعدة واستثناءً.

وعليه، سندرس القاعدة في فرع أوّل، والاستثناء في فرع آخر.

¹ محمد بكر إسماعيل، المرجع السابق، ص24/25.

الفرع الأوّل:

القاعدة في تحديد الصداق

القاعدة المتفق عليها، بين المشرّع الجزائري والمشرّع المغربي أن يحدّد الصداق في العقد، وهذا ما نصّت عليه المادة 15 من قانون الأسرة حيث جاء فيما يلي: "يحدّد الصداق في العقد سواء أكان معجلاً أو مؤجلاً"¹ والمادة 27 من المدونة بما يلي: "يحدّد الصداق وقت إبرام العقد"².

أمّا المشرّع التونسي، فلم ينصّ على هذه القاعدة في المجلة.

وعليه، سنقتصر على دراستها في القانون الجزائري والمغربي من حيث المضمون (أولاً) ثمّ نخصّص فقرة لدراسة قواعد تعجيل وتأجيل الصداق (ثانياً).

أولاً: مضمون قاعدة تحديد الصداق

لقد نصّت المادة 15 من قانون الأسرة وكذلك المادة 27 من المدونة على أن يكون الصداق محدّداً في العقد دون أن تبيّن المراد من التحديد، وهذا ما يطرح مجموعة من التساؤلات حول مفهوم تحديد الصداق في العقد وكيفية تحديده، وحكم هذا التحديد ومدى انسجام قواعد تحديد الصداق في القانون مع القواعد الشرعية.

إنّ كلمة "يحدّد" المستعملة في القانونين الجزائري والمغربي تحتمل معنيين، معنى الكتابة ومعنى التسمية، ومن هنا دخل النصّ القانوني الغموض.

¹ المادة 15 من القانون 11/84 .

² المادة 27 من مدونة الأسرة المغربية.

وإلى غاية اليوم، لم يصل شرّاح القانون إلى مفهوم دقيق لمصطلح تحديد الصداق إلاّ على بسبيل الإشارة¹.

والذي أراه أنّ المقصود من تحديد الصداق هو تسميته في العقد لا الكتابة، لأنّ المشرّع الجزائري في المادة 15 رتب على عدم تحديد الصداق في العقد صداق المثل، والمعلوم من القواعد أنّ صداق المثل يستحقّ في حالة عدم التسمية، وليس في حالة عدم الكتابة.

وممّ يقوّي هذا القول أنّ المشرّع المغربي اعتبر الزواج الخالي من تسمية الصداق زواج تفويض، والقاعدة أنّ زواج التفويض يكون في حالة السكوت عن ذكر الصداق وليس في حالة عدم كتابته.

وعليه، فإنّ الإبهام الذي يعتري قاعدة تحديد الصداق في القانونين الجزائري والمغربي يمكن رفعه باستبدال كلمة يحدّد بكلمة يكتب أو يدوّن.

وممّ يؤخذ على قاعدة تحديد الصداق في القانونين الجزائري والمغربي، أنّها لم تحدّد الكيفية التي يتمّ بها هذا التحديد ولا الجهة التي يتمّ أمامها.

وهذا مظهر آخر من مظاهر الغموض الذي تتميز به القاعدة.

وإذا رجعنا إلى القواعد الشرعية والأعراف المتبعة نجد صوراً عديدة لتحديد

الصداق في العقد منها ما يلي:

- أن يفرضه الزوج على نفسه وترضى به الزوجة.
- أن يفرضه الغير ويرضى به الزوجان.

¹ تشوار جيلالي، مقياس من قانون الأسرة الجزائري، السنة الثالثة، القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد كلية العلوم القانونية والسياسية، تلمسان 2014/2015، ص52.

• أن يحدده القاضي عند الاختلاف.

إلى غير ذلك من التفاصيل التي لا يمكن ضبطها.

وبالتأمل في المادة 15 من قانون الأسرة والمادة 27 من المدونة المغربية يمكن القول بأنهما تستغرقان كل هذه الكيفيات في تحديد الصداق.

فالمهم أن يتم تحديد الصداق في العقد سواء تم ذلك من طرف الزوجين أنفسهما أو من غيرها ورضيا به أو حدّد قضاءً في حالة النزاع.

والسؤال الذي يجب طرحه هنا، ما أهمية التنصيص على تحديد الصداق في

العقد؟

لقد ذهب البعض¹ إلى أن المشرع الجزائري في المادة 15 من قانون الأسرة أوجب تحديد الصداق في العقد كضمانة لحق الزوجة في حالة النزاع.

إن هذا القول ليس له سند شرعي ولا قانوني، فالقواعد الشرعية في أغلبها لا توجب تسمية الصداق في العقد عملاً بقوله تعالى: ﴿لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً﴾².

ففي الآية الكريمة دلالة على أن الزواج يصحّ بدون تسمية للصداق لأنّ الطلاق لا يكون إلا من زواج صحيح.

أمّا من حيث افتقاره إلى السند القانوني، فإنّ المادتين بصياغتهما الحالية ليس فيهما ما يدلّ على وجوب تحديد الصداق، وهذا خلافاً لنصّ المادة 15 من قانون الأسرة قبل التعديل التي كانت توجب صراحة تحديد قيمة الصداق في العقد.

¹ لحسين بن الشيخ، المرجع السابق ص50.

² سورة البقرة، الآية 236.

وسواء أوجب المشرّع تحديد الصداق في العقد أو لم يوجبه فإنّ القاعدة تبقى بدون قيمة ما لم يبادر المشرّع إصدار قواعد يولي من خلالها أهمية لتوثيق الصداق وحجّيته في الإثبات، والتقليل من شأن التصريحات التي يدلي بها كل طرف في حالة النزاع.

ومم يقلل من قيمة قاعدة تحديد الصداق أنّ المشرّع الجزائري في المادّة 17 من قانون الأسرة أجاز ثبات النزاع حول الصداق بالبينة ولم يشترط الكتابة، وكذلك فعل المشرّع المغربي في المادّة 33 من المدوّنة.

ومن القواعد التي لها ارتباط بقاعدة تحديد الصداق قاعدة مقدار الصداق وهذه القاعدة لم ينصّ عليها المشرعون وبالتالي يبقى المرجع فيها إلى أحكام الشريعة الإسلامية طبقاً للمادّة 222 من قانون الأسرة، بالنسبة للجزائر وإلى المشهور من المذهب المالكي طبقاً للمادّة 400 بالنسبة للمغرب وبالرجوع إلى القواعد الشرعية، فإنّ الرأى الغالب في الفقه الإسلامي أن لا حدّ أدنى ولا أعلى للصداق. خلافاً للمالكية المقدّر عندهم بثلاثة دراهم من الفضة كحدّ أدنى وللأحناف الذين قدّروه بربع دينار ذهبي أو عشرة دراهم من الفضة.¹

وهذا التقدير الذي قال به المالكية والحنفية لا يستند إلى قاعدة شرعية ولا إلى حجة معتبرة.

¹ محمد بكر إسماعيل، المرجع السابق، ص37.

أما من حيث الحد الأعلى للصداق، فإنّ القواعد تقضي بأن لا حدّ أعلى له عملاً بقوله تعالى: ﴿وَأَتَيْتُمُ إِحْدَاهُنَّ قِنطَارًا فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا أَتَأْخُذُونَهُ بُهْتَانًا وَإِثْمًا مُّبِينًا﴾¹.

ولكن عدم تحديد حدّ أعلى للصداق لا يعني أن يفرض للزوجة مبلغ يفوق الخيال ويخرق القواعد العرفية، فالآية الكريمة لا يمكن إعمالها بمعزل عن القواعد والنصوص الشرعية التي تؤكد على التيسير وعدم المغالاة في المهور، هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإنّ عدم تحديد مبلغ أدنى للصداق لا ينبغي أن يكون ذريعة للإجحاف بحق الزوجة في تحديد صداق لا يليق بمقامها، ولكن يستحب للرجل والمرأة على السواء أن لا يبالغ في مقدار المهر بالزيادة.²

لما روية أنّ الرسول صلى الله عليه وسلّم قال: "إنّ أعظم النساء بركة أيسرهنّ مؤنة"³

ومع التأكيد على تحديد الصداق في العقد، فإنّه لا يشترط أن يعجل كلّ للزوجة، بل تركت القوانين الثلاثة الحرية للأطراف في قضايا تعجيله وتأجيله، وفي غالب الأحوال تكون القواعد العرفية هي المرجع في ذلك، مع الإشارة إلى أنّ هذه القوانين لم تفصل في هذه المسائل باستثناء المشرّع المغربي الذي انفرد ببعض القواعد الخاصّة بتعجيل الصداق وتأجيله.

وفيما يلي، نتناول بالدراسة قواعد تعجيل وتأجيل الصداق، بحسب وضعها في القوانين محلّ المقارنة.

¹ سورة النساء، الآية 20.

² بن شويخ رشيد، شرح قانون الاسرة الجزائري، ط.1، دار الخلدونية، الجزائر 2008، ص76

³ أخرجه الإمام أحمد في مسنده، ج6، ص82

ثانيا: قواعد تعجيل الصداق وتأجيله.

القاعدة في الحقوق أن تكون معجلة الأداء، ولكن مراعاة لظروف الناس المتباينة من حيث الفقر والغنى، والعسر واليسر، وضعت القوانين والشرائع بعض الاستثناءات على هذه القاعدة تسمح بتأجيل الحقوق والديون، حيث أجاز قانون الأسرة الجزائري ومع القانونان المغربي والتونسي أن يكون الصداق معجلاً أو مؤجلاً كله أو بعضه طبقاً للمادة 15 السالفة الذكر والمادة 30 من المدونة المغربية بنصها التالي: "يجوز الاتفاق على تعجيل الصداق أو تأجيله إلى أجل مسمى، كلاً أو بعضاً"¹. وكذلك، لا مانع في المجلة التونسية من تعجيل الصداق وتأجيله، إلا أن المشرع التونسي لم ينص على ذلك صراحة بل ضمناً في الفصل 13 من المجلة حيث جاء فيها يلي: "ليس للزوج أن يجبر المرأة على البناء إذا لم يدفع المهر ويعتبر المهر بعد البناء ديناً في الذمة، لا يتسنى للمرأة إلا المطالبة به فقط، ولا يترتب عن تعذر الوفاء به الطلاق"².

يفهم من هذا النص الأخير جواز تأجيل الصداق، لأن المهر لا يصير ديناً في الذمة إلا إذا كان مؤجلاً، وكذلك سائر الديون.

وعليه، فإن القوانين المغاربية الثلاثة متفقة على جواز تعجيل الصداق وتأجيله، ومفاد ذلك أن الزوج لا يجب عليه أن يدفع لزوجته كل المهر أو أي مقدار منه وقت إنشاء العقد أو قبل دخوله بها، بل يعمل بما اتفق عليه العاقدان في تعجيل

¹ المادة 30 من المدونة المغربية.

² الفصل 13 من المجلة التونسية.

المهر كلّهُ أي دفعة أثناء إبرام عقد الزواج، أو تأجيله إلى ما بعد الدّخول أو تعجيل بعضه وتأجيل البعض الآخر.¹

إذا، فهناك ثلاث حالات لتعجيل الصداق وتأجيله، تعجيل الكلّ أو تأجيل الكلّ، تعجيل البعض وتأجيل البعض والمرجع في كلّ ذلك القواعد العرفية مثل قاعدة "المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً وقواعد العقود، وما وضعه فقهاء الشريعة بهذا الشأن.

ولقد استمدّت قاعدة تعجيل وتأجيل الصداق من مذهب جمهور الفقهاء² وهنا، لا بدّ من التعرّض بإيجاز لهذا المذهب لمعرفة مدى انسجام القواعد القانونية مع القواعد الشرعية من القواعد الشرعية المقرّرة، جواز تعجيل الصداق كلّهُ أو بعضه إلى أجل قريب أو بعيد، كما يجوز تعجيل بعضه وتأجيل البعض الآخر.

وانّ الاتفاق على شيء من ذلك ملزم للطرفين، وإذا سكت عن التأجيل والتعجيل ولم يكن هناك عرف بالتعجيل والتأجيل استُحقّ الصداق حالاً³، لأنّ حكم المسكوت عنه حكم المعجّل، ولأنّ الصداق أثر من آثار العقد وحكم من أحكامه، وهذا هو الأصل⁴.

فإذا لم يؤجّل صراحة أو عرفاً عمل بالأصل.

¹ مصطفى إبراهيم الزلمي، أحكام الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي المقارن، دراسة مقارنة. ص

² أحمد فراج حسين، - أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية، دار الجامعة الجديدة الإسكندرية، مصر 2004 - ص205.

³ جابر عبد الهادي سالم الشافعي، أحكام الأسرة الخاصّة بالزواج في الفقه الإسلامي والقانون، والقضاء، د ط، دار الجامعة الجديدة للنشر الإسكندرية، مصر 2007، ص284.

⁴ أحمد محمد علي داود، الأحوال الشخصية (ج1، ج2)، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمّان الأردن، 2009، ص264.

ومن القواعد المقررة في الفقه المالكي أنه لا يصح تأجيل الصداق إلا إذا كان معيناً¹ والسؤال المطروح هنا، كيف تعاملت القوانين الثلاثة مع هذه القواعد.

في البداية، نقول بأن القوانين الثلاثة لم تتعامل مع قواعد تعجيل وتأجيل الصداق بنفس الكيفية، فالمشرع الجزائري لم ينص في قانون الأسرة على ضوابط التأجيل وشروطه وحلول الأجل، خلافاً للمشرع المغربي الذي انفرد ببعض القواعد نظمتها المادة 31 من المدونة الخاصة بتحديد أجل الصداق وإعطاء الحق للزوجة في المطالبة بالمؤجل عند حلوله وإلزام الزوج بالأداء عندما يصير الصداق مستحقاً.

فكل هذه التفاصيل لم ينص عليها المشرع الجزائري في قانون الأسرة لا قبل التعديل ولا بعده، ولا المشرع التونسي في المجلة. وعليه فإن دفع المؤجل من الصداق ينصرف إلى تاريخ الطلاق أو الوفاة² في قانون الأسرة الجزائري.

ومن الحالات التي لم تنص عليها القوانين الثلاثة حالة السكوت عن التأجيل والتعجيل، وكان ينبغي أن لا تغفل هذه المسألة نظراً لأهميتها في حالة النزاع، ولذلك وضع لها الفقهاء قاعدة مفادها العمل بالأصل في حالة السكوت عن تأجيل الصداق وتعجيله³. والأصل هو التعجيل.

وعند أبي حنيفة يتبع بشأنها عرف البلد الذي وقع فيه العقد،⁴ وهذا الاتجاه فيه حلول لكثير من الإشكالات التي يثيرها النزاع حول الصداق المؤجل:

¹ وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، المرجع السابق، ص

² عبد العزيز سعد، ق.أ.ج في ثوبه الجديد، أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل، د ط، دار هومة للطباعة والنشر، الجزائر، 2007، ص47/48.

³ عبد الفتاح تقيّة، المرجع السابق، ص135.

⁴ المرجع نفسه، ص135.

الفرع الثاني:

الاستثناء من قاعدة تحديد الصداق.

ذكرنا فيما سبق، أنّ الأصل في القانونين الجزائري والمغربي هو تحديد الصداق في العقد، إلا أنّ هذا الأصل يردّ عليه استثناء في الحالة التي لم يحدّد فيها الصداق.

ولقد تمّت صياغة هذا الاستثناء بصيغ تثير بعض التساؤلات من حيث المحتوى (أولاً) ومن حيث الآثار (ثانياً).

أولاً: محتوى الاستثناء:

مع التأكيد على تحديد الصداق في العقد، فقد أجاز المشرعان الجزائري والمغربي على سبيل الاستثناء أن تصدر صيغة العقد بدون تسمية للصداق. وهذا ما دلت عليه المادة 15 من قانون الأسرة بنصها التالي: " وفي حالة عدم تحديد قيمة الصداق تستحقّ الزوجة صداق المثل" والمادة 27 من المدونة بنصّها التالي: "وفي حالة السكوت عن تحديده يعتبر العقد زواج تفويض".

لقد تناول النّصّان السابقان الحالة التي يخلو فيها عقد الزواج من تحديد الصداق، ولم يوضّحاً المقصود من ذلك فهل يراد بعدم تحديد الصداق عدم التحديد الفعلي الذي يعني السكوت عن ذكر المهر، أم عدم التحديد الحكمي الذي يكون في حالة التسمية الفاسدة للصداق أم يمكن أن تشمل عبارة المشرّع الحالتين معاً.

قبل الإجابة عن هذا السؤال، لابدّ من التمييز بين حالة السكوت عن ذكر الصداق في العقد، وحالة التسمية الفاسدة.

إذا كان السكوت عن تحديد الصداق والتسمية الفاسدة له يرتبّان نفس الأثر، وهو استحقاق الزوجة لصداق المثل، أو المتعة في حالة الطلاق قيل الدخول، فإنّهما يختلفان من حيث الماهية، ففي الحالة الأولى، أي السكوت عن تحديد الصداق تصدر صيغة العقد بدون صداق كأن يقول الزوج مثلاً للولي أو للمرأة زوجيني نفسك ولا يذكر بها مهر.

وقد يصدر العقد خالياً من التسمية في حالة التفويض وهذا ما أخذ به المشرع المغربي في المدونة.

أما الحالة الثانية، أي حالة التسمية الفاسدة للصداق، فتكون عندما لا تتوافر في الصداق المسمّى الضوابط الشرعية والقانونية.

ومنها أن يسمّى الصداق في العقد، أو بعده بالتراضي، أو بحكم القاضي¹ بالقدر المتفق عليه بين الفقهاء، ومنها أن يكون الصداق مقوّمًا بالمال ومباحًا شرعًا وأن يكون معلوماً.

فإذا اختلّت هذه الضوابط أو اختلّ واحد منها فسد الصداق. ومم يدخل في غير المحدّد حكماً، الصداق الذي فيه غرر²، كالأموال المستقبلية، والثمار قبل بدو صلاحها³، وأرباح الشركات التي لم تتحقق بعد كأن يجعل الرجل صداقاً لزوجته ما تحقّقه شركته من أرباح في المستقبل.

¹ عبد الفتاح تقيّة، المرجع السابق، ص132

² المرجع نفسه، ص130، انظر كذلك صالح عبد السميع الأبّي، الثمر الداني شرح رسالة ابن أبي زيد القيرواني، د.ط، د ت ص373

³ ابن رشد الحفيد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، تحقيق محمد صبحي حسن، (ج3)، ط1، مكتبة ابن تيمية، القاهرة 1425هـ، ص51.

وعليه، فإنّ المادتين 15 من قانون الأسرة، و27 من المدونة لا تحتل الحالتين معاً، عدم التحديد الفعلي وعدم التحديد الحكمي فالمادة 15 بعبارتها التالية: "في حالة عدم تحديد قيمة الصداق... تدلّ على أن المقصود هو عدم التحديد الفعلي أي السكوت.

أمّا المادة 27 من المدونة، ففيها دلالة صريحة على أنّ المراد هو عدم التسمية، فعبارة المشرّع المغربي "في حالة السكوت عن تحديده"، لا تشمل التسمية الفاسدة.

وعليه، نقترح تعديل جزئي للمادة 15 من قانون الأسرة كالتالي: "وفي حالة عدم تحديد قيمة الصداق أو التسمية الفاسدة له، تستحقّ الزوجة صداق المثل بعد الدخول.

ثانياً: آثار عدم تحديد الصداق في العقد

من القواعد المقررة في قانون الأسرة الجزائري أنّ الزوجة التي لم يحدّد لها صداق في العقد تستحقّ صداق المثل، بمعنى أنّ صداق المثل هو الأثر المترتب على عدم تحديد الصداق في العقد.

وفي المدونة المغربية، يعتبر الزواج الخالي من تسمية الصداق زواج تفويض، فما الفرق بين صداق المثل وزواج التفويض باعتبارها أثريين لعدم تحديد الصداق في قانون الأسرة وفي المدونة.

لقد عرّف الفقهاء، صداق المثل بأنه "مهر امرأة تماثل الزوجة من أسرة أبيها كأختها، أو عمّتها، أو بنت أختها، أو بنت عمّتها"¹.

وقيل هو ما يرغب به مثل الزوج في مثل الزوجة، باعتبار دين ومال وجمال وحسب ونسب.²

وعليه، فإنّ صداق المثل هو الصداق الذي يليق بالمرأة التي لم يُسم لها صداق في العقد، أو يسمّى لها تسمية فاسدة، بالقياس مع الصداق الذي أُصدقت به أختها أو أحد قريباتها، فإن لم توجد، حدد لها صداق على أساس الدين والجمال والحسب والنسب...

أمّا زواج التفويض، فهو الأثر الذي رتبته المشرّع المغربي في المادة 27 على عدم تحديد الصداق في العقد، ولكن دون أن يبيّن المقصود منه.

وبالرّجوع إلى كتب الفقه الإسلامي، نجدها عرفت زواج التفويض بأنه الزواج الذي يفوّض فيه أحد الطرفين - الزوج أو الزوجة - الطرف الآخر في تحديد الصداق، فإذا كان الزوج هو المفوّض يبقى من حقّ الزوجة أن تقبله أو ترفضه قبل الدّخول بها، فإنّ قبلته فلا إشكال، وإن رفضته يخير الزوج بين الطّلاق والزيادة.

¹ محمد كمال الدين إمام، الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي، ط1، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، لبنان 1996، ص127.

² محمد جمعة عبد الله، المرجع السابق ص168، وانظر السيد سابق، فقه السنة (م2)، ط3، دار الكتاب العربي، لبنان 1977، ص163.

فإذا أختار الطلاق قبل الدخول، تستحق المتعة¹ لقوله تعالى: ﴿لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنِ طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً، وَمَتَّعُوهُنَّ عَلَى الْمَوْسِعِ قَدْرَهُ وَعَلَى الْمَقْتَرِ قَدْرَهُ مَتَاعًا بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ﴾²

ومن قواعد التفويض، أن للزوجة الامتناع عن الدخول قبل فرض الصداق³. وإذا دخل بها ووطئها من غير فرضٍ نستحقّ صداق المثل، وإن لم يدخل بها أو مات قبل تحديد الصداق فلا صداق لها⁴.

وعليه، فإنّ الفرق بين صداق المثل المنصوص عليه في المادة 15 من قانون الأسرة ونكاح التفويض الذي ورد في المدونة المغربية يكمن في أنّ الصداق المحدد بمقتضى التفويض قد يزيد على صداق المثل أو يقل، لأنّ العبرة هنا بما تراضيا عليه الأطراف.

أمّا إذا وقع النزاع حول تحديد الصداق، فإنّ الفقرة الثانية من المادة 27 تجعل تحديده من صلاحيات القاضي الذي يتقيد في الحكم به بضوابط ومعايير صداق المثل، وهذه القاعدة لم ينص عليها المشرع الجزائري في قانون الأسرة ولا المشرع التونسي، وهذا نوع من الفراغ التشريعي الذي ينبغي سدّه.

وما يلاحظ على المشرع الجزائري أنّه لم يضع المعايير والضوابط التي يحدّد على أساسها صداق المثل، كما أنّه لم ينصّ على الحالات الأخرى التي يستحقّ فيها هذا النوع من الصداق.

¹ محمد جمعة عبد الله، المرجع السابق، ص 168.

² سورة البقرة، الآية 236.

³ محمد جمعة عبد الله، المرجع السابق، ص 168.

⁴ ابن جزري، القوانين الفقهية، د ط، د ت، ص 136.

وأمام سكوت قانون الأسرة عن هذه القواعد، يجد القاضي نفسه ملزماً بتجاوزه إلى قواعد الشريعة الإسلامية وأحكامها طبقاً للمادة 222 من هذا القانون وذلك بـ:

- استثمار تباين آراء الفقهاء، بما يخدم مصلحة المرأة وقدرة الرجل.
- اعتماد معيار البلد أو ما يعرف بالعرف الخاص، فالمعايير التي ذكرها الفقهاء لن تعد في غالبها تتسجم مع أعراف هذا العصر.¹

ومن هنا، كان ينبغي على المشرع الجزائري، وهو بصدد تعديل المادة 15 من قانون الأسرة أن يضيف إليها فقرة جديدة على النحو التالي، "ويراعى في تحديد صداق المثل الوسط الاجتماعي للزوجين ومستوى المعيشة والأعراف السائدة.

وهذا النقد، يوجّه أيضاً للمشرع المغربي الذي لم يحدّد المقصود من زواج التفويض في المادة 27، ولم يبيّن أحكامه وترك المجال مفتوحاً أمام القضاء، للبحث عن قواعده في المذهب المالكي طبقاً للمادة 400 من مدونة الأسرة.

وهذا ما ذهب إليه المجلس الأعلى المغربي في إحدى قراراته التالية: "يعتبر حفل الزفاف وإشهاره بين الناس دليلاً على الإيجاب والقبول، ويكون الزواج صحيحاً إذا اقتضته ظروف استثنائية حالت دون الإشهار به ، وإذا تمّ الدخول دون تحديد صداق، فإنّ الزواج يعتبر من نكاح التفويض، تستحقّ المرأة صداق المثل عن مهرها، مادام لم يتمّ الاتفاق على إسقاطه" وهذه هي الحالة الوحيدة التي اتّفق فيها القضاء المغربي مع قانون الأسرة الجزائري، حيث أعطى للزوجة المدخول بها في نكاح التفويض الحقّ في صداق المثل، ولقد جاء قراره منسجماً مع القواعد، لأنّ

¹ جمال ولد خسال، الميسر في شرح قانون الأسرة الجزائري، ط2، شركة الأصالة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2012، ص84.

الزوجة لا تستحقّ صداق المثل في جميع الأحوال لمجرّد عدم تحديده في العقد، فقد يكون لها الحقّ في المتعة إذا طلّقت قبل الدّخول.

والخلاصة، أنّ القوانين الثلاثة لم تعط للنزاع حول الصداق في جوانبه الموضوعية ما يستحقه من القواعد، فالنصوص القانونية السابقة ليست لها قيمة كبيرة في حالة الاختلاف، مادامت لم ترتب أيّ أثر على إغفال ذكر الصداق في العقد ما عدا صداق المثل في قانون الأسرة وزواج التفويض في المدوّنة.

وحتى هذين الأثرين لم توضع لهما المعايير و القواعد التي تضبطهما.

أمّا المشرع التونسي، فإنّه لم يول أدنى اهتمام لقواعد تحديد الصداق في العقد.

من المتفق عليه شرعاً وقانوناً أنّ الزوجة لا تستحق الصداق بمجرّد تحديده في العقد، بل لابدّ من توافر شروط أخرى لاستحقاقه واكتماله منها الدخول، أو الوفاة قبل الدّخول وقد لا تستحق الصداق كله إذا طلّقت قبل الدّخول.

وبالرغم من أهميّة هذه القواعد في حالة النزاع، فإنّ القوانين الثلاثة لم تتحرّ الدّقة والوضوح في وضعها، هذا ما نخصص له المطلب الموالي.

المطلب الثالث:

قواعد استحقاق الصداق

من القواعد المتفق عليها بين القوانين الثلاثة، أنّ الصداق يتأكّد ويكتمل في حالتين: حالة الدّخول وحالة الوفاة قبل البناء.

ومن القواعد المقررة أيضاً، أنّ المطلّقة قبل الدّخول لا تستحقّ إلاّ نصف الصداق.

ولقد نصّت على هذه القواعد المادّة 16 من قانون الأسرة الجزائري، و المادّة 32 من المدوّنة المغربية، وتقرّرت بموجب الفصول 13، 22، 33 من المجلّة التونسية.

ومع اتّفاق القوانين الثلاثة على هذه القواعد في عمومها، فقد اختلفت في بعض الجزئيات، وهذا ما سنبيّنه في فرعين، الأوّل نخصّسه لقواعد الاستحقاق الكلّي للصدّاق، والثاني لقواعد الاستحقاق الجزئي.

الفرع الأوّل:

قواعد الاستحقاق الكلّي للصدّاق

نصّت المادّة 16 من قانون الأسرة الجزائري على ما يلي: "تستحقّ الزوجة الصداق كاملاً بالدخول أو بوفاة الزوج"¹.

وجاء في المادّة 32 من المدوّنة المغربية أنّ الزوجة تستحقّ الصداق كلّه بالبناء أو الموت قبله.²

أمّا الفصل 13 من المجلّة التونسية فقد ورد فيه ما يلي: "ليس للزوج أن يجبر المرأة على البناء إذا لم يدفع المهر ويعتبر المهر بعد البناء ديناً في الذمّة لا يتسنّى للمرأة إلاّ المطالبة به فقط. ولا يترتّب عن تعذّر الوفاء به الطلاق"³.

¹ المادّة 16 من القانون 11/84 المرجع السابق.

² المادّة 32 من المدوّنة المغربية.

³ الفصل 13 من المجلّة التونسية.

إنّ القواعد المقرّرة في النصوص السابقة تفيد أنّ الزوجة لا يتسنى لها المطالبة بالصداق المحدّد بمجرد العقد عليها، لأنّ هذا الحقّ لا يثبت لها إلاّ بحلول أجل الدّفع وهو الدّخول .

ومع ذلك، فقد جرت العادة أن يعجّل الزوج الصداق أو بعضه قبل الدّخول، فالقاعدة ليست آمرة ولا علاقة لها بالنظام العام.

ويبقى للزوجة الحقّ في المطالبة بأداء الحال من الصداق قبل بداية المعاشرة الزوجية . (أي قبل الاتصال).

أمّا إذا وقعت المعاشرة الزوجية قبل الأداء، أصبح الصداق ديناً في ذمّة الزوج، إلاّ أن هذه القاعدة قررها المشرّع التونسي في الفصل 13 السالف الذكر، دون المشرّعين الجزائري والمغربي.

ومن أهمّ ما تثيره قواعد الاستحقاق الكلي للصداق في القوانين الثلاثة، أنّها لم تبيّن المقصود بالدّخول أو البناء، فهل يشمل الخلوة الصّحيحة أو ما يسمّى بالدّخول الحكمي، وهل يشترط الاتصال بالزوجة، أم مجرد الاختلاء يكفي ولو بدون مسيس؟ إنّ القواعد القانونية المقرّرة ليس فيها الإجابة الكاملة على هذا السؤال، ولذلك يلزم البحث عن مفهوم الدّخول على ضوء القواعد الشرّعية ومبادئ القضاء.

فمن القواعد المقرّرة عند جمهور الفقهاء أنّ الصداق يستحقّ بالاتصال بالزوجة، وهو المعروف عندهم بالمسيس المأخوذ من قوله تعالى: ﴿لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ أَوْ تَقَرِّضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً..﴾¹.

¹ سورة البقرة، الآية 236.

ومن القواعد أيضاً أنّ الدخول بالزوجة يعتبر قرينة على الاتصال، غير أنّ هذه القاعدة يردّ عليه استثناء، وهو أنّ الزوج إذا بنى بالزوجة وبقيت عنده سنة، وجب لها جميع الصداق ولو بدون اتّصال، كأن تكون مريضة أو يكون بالزوج مانع لا يستطيع معه الوطء.¹

ولقد خرج أبو حنيفة وبعض الحنابلة على القاعدة التي تشترط الاتصال لاكتمال الصداق، واعتبروا مجرد الخلوة كاف لتأكيد الصداق² ولو بدون اتّصال، لأنّ الخلوة عندهم قرينة على الدخول³، أي الاتّصال الجنسي.

وعليه، فإنّ الزوجة تستحقّ الصداق كاملاً بالاتّصال بها عند المالكية والشافعية، وتستحقّه بمجرد الخلوة عند الحنفية والحنابلة، ولو بدون جماع، مع ضرورة الإشارة إلى الاستثناء المقررّ في الفقه المالكي وهو بقاء الزوجة عند زوجها مدة سنة.

وبالرجوع إلى القواعد القانونية المقرّرة بشأن الاستحقاق الكلّي للصداق ومقارنتها بالقواعد الشرعية، لا يمكن الجزم بالموقف الفقهي الذي تأثرت به القوانين الثلاثة، لأنّ مصطلح الدخول مصطلح عام يحتمل الدخول الحقيقي الذي يعني الاتّصال كما يحتمل الدخول الحكمي أي الخلوة بدون اتّصال.

¹ لحسين بن الشيخ آث ملويا - المرجع السابق، ص152، عبد الفتاح تقيّة، المرجع السابق، ص141، بلحاج العربي، الوجيز في شرح ق.أ.ج (ج1) ط3، دم.ج، الجزائر، 2004، ص110.

² السيد سابق، المرجع السابق، - ص161.

³ لحسن بن شيخ آث ملويا ، المرجع السابق، ص171.

هذا، ولقد استقرّ القضاء في الدّول الثلاثة على أنّ الزوجة تستحقّ الصداق كاملاً بالخلوة الصحيحة، وذلك بالرغم من عدم التنصيص عليها صراحة في القانون، تجلّى ذلك في القرارات التالية:

"من المتفق عليه فقهاً، أنّ الخلوة الصحيحة توجب جميع الصداق المسمّى، ومن ثمّ فإنّ النعي على القرار المطعون فيه بما يثيره الطاعن بعدم الدّخول بزوجه غير مبرّر، ويستوجب رفضه"¹.

وجاء في قرار آخر: "من المقررّ فقهاً وشرعاً أنّ الزوجة تستحقّ الصداق كاملاً بمجرد الدّخول واختلاء الزوج بها.

ومنه فإنّ القضاء بخلاف هذا المبدأ، يعدّ خرقاً للأحكام الشرعية. ولما كان ثابتاً في قضية الحال، أنّ الزوج لم يدخل بزوجه بعد انتقالهما إلى داره لكونه كان في حالة اعتقال، مم يتعدّر إتمام الخلوة.

ومن ثمّ، فإنّ المجلس القضائي لمّا قضى بالطلاق واستحقاق الزوجة لكامل الصداق، يكون بقضائه كما فعل، خرق القواعد الشرعية، وانتهاك النصوص القانونية، ومتى كان ذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه"²

يتبيّن من قراري المحكمة العليا السابقين، أنّ مجرد الاختلاء بالزوجة موجب لاكتمال الصداق وتأكيدّه، ففي القرار الأوّل أسّس الطاعن طعنه على عدم الدّخول بالزوجة لإسقاط حقّها في الصداق الكامل طبقاً للمادة 16 من قانون الأسرة، لكن المحكمة العليا رفضت هذا الطعن على أساس القواعد الشرعية التي تعتبر الخلوة

¹ م. ع. غ. أ. ش، 1984/11/19، ملف رقم 35107، م. ق، 1990، عدد2، ص55.

² م. ع. غ. أ. ش، 1988/05/09، ملف رقم 49283، م. ق، 1992، عدد2، ص44.

الصحيحة كافية لاستحقاق الصداق، إلا أنها بالغت في التعليل عندما اعتبرت القاعدة محلّ اتفاق بين الفقهاء، وهي ليس كذلك نظرًا للخلاف القائم بشأنها والذي سبق ذكره. أمّا القرار الثاني الذي جاء عكس الأول، فقد قبلت فيه المحكمة الطعن ونقضت قرار المجلس على أساس أنّ الزوج لم يدخل بزوجته، ولم يخل بها، لأنّه كان في حالة اعتقال، ممّ يتعذرّ معه إتمام الخلوة دون أن تبين معنى إتمام الخلوة. وما ذهب إليه القضاء الجزائري بشأن اكتمال الصداق بالخلوة، فقد درج عليه القضاء المغربي في قراراته التالية:

"حيث أنّ العادة محكمة، وأنّ الدخول ثبت منذ زيارتها له في داره، إذ مظنة الدخول هو الاختلاء وليس مقصوراً على وليمة الزفاف فحسب"¹

وجاء في قرار آخر للمجلس الأعلى المغربي ما يلي: "من المقرر في الفقه المالكي، أنّ المدّعية إذا اختلى بها الزوج خلوة اهتداء بإقرارها أو شهادة الشهود، لو حلفت امرأتان على دعواها، واستحققت المهر كلّهُ"².

وبذلك، يكون القضاء المغربي قد أخذ بالخلوة الصحيحة كمؤكّدة للصداق، ومكمّلة له، معتمداً في ذلك على المذهب المالكي، مع أنّ هذا المذهب اشترط لاكتمال الصداق الاتّصال ولم يكتف بمجرّد الخلوة. إلاّ إذا مكثت الزوجة في بيت زوجها سنة. فحينئذ تستحقّ المهر كلّهُ كما بيّنا سابقاً، وبالتالي فإنّ ما ذهب إليه المجلس الأعلى المغربي في هذا القرار غير واضح.

¹ قرار صادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 75/12/18 تحت رقم 226 الملف عدد 47508 منشور بكتاب مدونة الأسرة والعمل القضائي المغربي لمحمد بفقير، ط 2، منشورات دراسات قضائية، المغرب 2001، ص ² قرار صادر عن المجلس الأعلى، المرجع السابق، ص 42.

وفي قرار آخر اعتبر المجلس الأعلى المغربي الخلوة الشرعية قرينة على الوطء، وأنّ الزوجة مصدّقة بيمينها ولو كانت متلبسة بمانع شرعي كالحيض وغيره.¹

إذا، فلا خلاف بين القضاء الجزائري والمغربي بالنسبة لتأكيد واكتمال الصداق بالخلوة الصحيحة، وهو ما استقرّر عليه القضاء التونسي أيضا إحدى قرارات محكمة التعقيب التونسية الذي جاء فيه ما يلي:

"إنّ العبرة بالدخول تتمثّل في الخلوة بين الزوجين وإسدال الستائر دون اشتراط حصول الاتصال الجنسي"².

وجاء في قرار تعقيبي آخر: "حيث أنّ الخلوة بين الزوجين تؤكّد الدخول، وعلى من يدّعي العكس إثبات ذلك. ومعنى الخلوة أن يجتمع الزوجان في مكان بأمان فيه إطلاع الغير"³.

وبذلك، لم يشترط قضاء التعقيب التونسي لاكتمال الصداق وتأكيد الإتيان الجنسي، بل مجرد اختلاء الزوج بزوجته يكفي لاستحقاق المهر، متأثراً في ذلك بالمذهب الحنفي وبعض الحنابلة، وهذا خلافاً للقضاء الجزائري والمغربي اللذين لم يظهر من خلال القرارات السابقة المذهب الفقهي الذي تأثراً به.

¹ قرار صادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 22/09/78 عدد 346 ملف عدد 66387 منشور بكتاب "الاجتهاد القضائي في م أ ش لإدريس بالمحجوب ص 19.

² قرار تعقيبي عدد 1258 مؤرّخ في 07 جويلية 2005.

³ قرار تعقيبي عدد 23997 مؤرّخ في 22 ماي 2003.

وعليه، فإنّ الزوجة تستحقّ الصداق كلّهُ في القوانين الثلاثة بالدخول أو البناء بها، إلاّ أنّ ما يؤخذ على هذه القوانين أنّها لم توضح المقصود من الدخول المؤكّد للصداق.

وبالتأمّل في ما استقرّ عليه القضاء في الدّول الثلاثة بشأن قاعدة الدخول يتبيّن أنّ هذا القضاء متفق على أنّ الدخول يشمل الخلوة الصحيحة وهي كافية دون اتّصال لاكتمال الصداق.

الفرع الثاني:

الاستحقاق الجزئي للصداق

من القواعد الموضوعية المتفق عليها بن القوانين الثلاثة، أنّ الزوجة تستحقّ نصف الصداق إذا طلّقت قبل الدخول، والأساس في ذلك، نصّ المادة 16 من قانون الأسرة التالي: "وتستحقّ نصفه عند الطلاق قبل الدخول"¹.

وما نصّت عليه المادة 32 من المدوّنة المغربية حيث جاء فيها ما يلي: "تستحقّ الزوجة نصف الصداق المسمّى إذا وقع الطلاق قبل البناء"² ونفس القاعدة نصّ عليها الفصل 53 من المجلّة التونسية بما يلي: "إذا وقع الطلاق قبل الدخول فاللزوجة نصف المسمّى من المهر"³.

¹ المادة 16 من قانون 11/84 .

² المادة 34 من المدوّنة المغربية .

³ الفصل 33 من المجلّة التونسية .

وعليه، فإنّ المطلقة قبل الدخول لا تستحقّ من الصداق إلاّ نصفه في القوانين المغاربية الثلاثة، وهذه القاعدة لا إشكال فيها، حيث جاءت متطابقة ومتفقة مع القواعد الشرعية، ومع الرأى الغالب في الفقه الإسلامي.

ومع ذلك فإنّ النصوص القانونية السابقة تثير بعض الملاحظات والتساؤلات، فالمادّة 16 من قانون الأسرة لم تبيّن الصداق الذي يكون محلاً للتشطير، الصداق المسمّى أم صداق المثل.

وهذا الإشكال ليس مطروحاً في القانونين المغربي والتونسي، اللذين نصّ صراحة في المادّة 32 من المدوّنة والفصل 33 من المجلّة التونسية على أن الصداق الذي يكون محلاً للتشطير هو المسمّى.

ويبقى السّؤال مطروحاً في القوانين الثلاثة بالنسبة للمطلقة قبل الدخول التي لم يحدّد لها صداق في العقد، فهل تستحقّ نصف صداق المثل، بمعنى هل يحدّد لها صداق المثل ثمّ تعطى نصفه، أم تستحقّ المتعة.

إنّ المقرّر في الفقه الإسلامي أن الصداق الذي يكون محلاً للتشطير هو المحدّد في العقد، سواء حدّد عند العقد أو بعده، وهذه القاعدة متفق عليها بين الجمهور.

ومن الفقهاء من اشترط أن يكون الصداق قد سمّي عند العقد تسمية صحيحة، أمّا إذا كانت التسمية فاسدة، أو حدد الصداق بعد العقد، فلا تستحقّ إلاّ المتعة عملاً بقوله تعالى: ﴿لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ أَوْ تَقَرِّضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً

فَمَتَّعُوهُنَّ عَلَى الْمَوْسِعِ قَدْرَهُ وَعَلَى الْمُقْتَرِ قَدْرَهُ مَتَاعًا بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ¹.

ومن هنا، فلا سبيل أمام القاضي في حالة النزاع حول صداق المطلقة قبل البناء، إلا الرجوع إلى القواعد الشرعية طبقاً للمادة 222 من قانون الأسرة الجزائري، والمادة 400 من المدونة المغربية التي تحيل صراحة على المذهب المالكي دون غيره من المذاهب، والذي ينتهي به إلى الحكم للمطلقة قبل الدخول بالمتعة.

هذا، ولقد انفرد المشرع المغربي بالنص على الحالات التي يسقط فيها الصداق في المادة 32 من المدونة بما يلي:

لا تستحق الزوجة الصداق قبل البناء.

1- إذا وقع فسخ عقد الزواج:

2- إذا وقع ردّ عقد الزواج بسبب عيب في الزوجة، أو كان الردّ من الزوجة بسبب عيب في الزوج،

3- إذا حدث الطلاق في زواج التفويض.

وعليه، فإنّ الصداق يسقط طبقاً للمادة 32 من المدونة في ثلاث حالات، حالة الفسخ، ورد أحد الزوجين للآخر بسبب العيب، وفي حالة زواج التفويض، وهو الزواج الذي خلا من ذكر الصداق.

ولقد اتفق المشرع المغربي مع المشرع الجزائري في الحالة الأولى

¹ سورة البقرة، الآية 236.

أي حالة سقوط الصداق بسبب فسخ عقد الزواج، حيث نصّت المادة 32 من قانون الأسرة على أنّ الزواج إذا تمّ بدون ولي، أو شهود، أو صداق، يفسخ قبل الدّخول، ولا صداق فيه.

إلا أنّ الفرق بين المادة 32 من المدوّنة والمادة 32 من قانون الأسرة يكمن في أنّ هذه الأخيرة حدّدت حالات الفسخ بينما تركته المادة 32 من المدونة مفتوحاً.

أمّا بالنسبة لحالة ردّ الزوجين للأخر بسبب العيب فإنّ المشرّع المغربي لم يحدّد العيوب التي تكون سبباً للرد سواء من قبل الزوج أو الزوجة، وبالتالي يكون المرجع، فيها قواعد المذهب المالكي طبقاً للمادة 400 من المدوّنة.

وبالنسبة لسقوط الصداق بسبب الطلاق قبل البناء في زواج التفويض، لم يحدّد المشرّع المغربي في هذه الحالة ما الذي تستحقّه المطلّقة بدلا منه، وكان ينبغي أن يبيّن ذلك.

أمّا المشرّع الجزائري في قانون الأسرة، فإنّه لم ينصّ على حالات سقوط الصداق قبل البناء¹، ممّ يلزم الرّجوع إلى القواعد الشرعية بشأنها عملاً بأحكام المادة 222 من قانون الأسرة.

وكذلك جاءت المجلّة التونسية خالية من هذه المسقطات، ولكن بدون إحالة على مذهب من المذاهب الفقهية.

¹ لقد استقرّ القضاء الجزائري على أنّ مسؤولية الزوجة عن الطلاق تسقط حقّها في نصف الصداق إذا كان العدول عن إتمام الزواج بسببها (لحسن بن الشيخ - المرجع السابق، ص 128)

وهذا ما يفتح الباب على مصراعيه أمام اجتهاد القضاة دون التقيّد بأي مصدر من المصادر ما عدا القواعد العرفية واقتناع القاضي بما يحقّق العدالة ومصالح الأطراف المتنازعة.

المبحث الثاني:

إثبات النزاع حول الصداق

لم يتفق القانون الجزائري مع القانون الغربي حول قواعد الإثبات في النزاع حول الصداق، وبالتالي جاءت مختلفة من حيث المضمون، ومن حيث التطبيقات القضائية لها، أمّا القانون التونسي فلم ينصّ على هذه القواعد في المجلّة، وأحال بشأنها على القواعد العامة في القانون المدني.

ولقد اجتهد الفقه الإسلامي القديم في وضع بعض القواعد الإجرائية لحلّ النزاع حول الصداق، والتي لم يطرأ عليها أي تعديل إلى يومنا هذا. وسنعالج هذه القواعد في جوانبها القانونية والفقهية في مطلب أول. ونخصّص المطلب الثاني للتطبيقات القضائية لها.

المطلب الأوّل:

الجوانب القانونية والفقهية لإثبات النزاع حول الصداق

سندرس تحت هذا المطلب الجوانب القانونية لإثبات النزاع حول الصداق في فرع، والجوانب الفقهية لها في فرع آخر.

الفرع الأوّل:

الجوانب القانونية لإثبات النزاع حول الصداق

لقد تضمنت المادّة 17 من قانون الأسرة الجزائري، والمادّة 33 من المدونة المغربية مجموعة من الإجراءات الواجب إتباعها في كلّ النزاع حول الصداق، فالمادّة 17 نصّت على ما يلي:

في حالة النزاع حول الصداق بين الزوجين أو ورثتها وليس لأحدهما بينة وكان قبل الدخول فالقول للزوجة أو ورثتها مع اليمين، وإذا كان بعد البناء فالقول للزوج أو ورثته مع اليمين.

ونصّت المادة 33 من المدونة على ما يلي: "إذا اختلف في حال الصداق قبل البناء، فالقول قول الزوجة، أمّا بعده فالقول قول الزوج.

إذا اختلف الزوجان في قبض الصداق المؤجّل، فعلى الزوج إثبات أدائه.
لا يخضع الصداق لأيّ تقادم.

وعلى الرغم من أنّ المشرّع التونسي نظم مسألة المهر في الفصلين 12 و13 من مجلّة الأحوال الشخصية إلاّ أنّهما لا يشتملان على حكم النزاع حول الصداق، وحتىّ الفصول من 25 إلى 28 من ذات المجلّة والتي وردت تحت عنوان "في التنازع بين الزوجين" لا تتضمن حلّاً له.¹

من خلال التأمّل في المادتين السابقتين نلاحظ أنّهما تضمنا مجموعة من القواعد الإجرائية الخاصة بفصل النزاع حول الصداق

فالمادة 17 من قانون الأسرة اشتملت على القواعد التالية:

الفصل في النزاع حول الصداق يكون على أساس البيّنة.

القول قول الزوجة أو ورثتها مع اليمين إذا وقع النزاع قبل الدخول؟

القول قول الزوج أو ورثته مع اليمين إذا كان النزاع بعد الدخول.

¹ خدام هجيرة -حرية المرأة في القوانين المغربية للأسرة (دراسة مقارنة) -رسالة مقدّمة لنيل درجة دكتوراه في القانون الخاص تحت إشراف أ.د. تشوار الجيلالي -جامعة أبو بكر بلقايد -كلية الحقوق والعلوم السياسية
تلمسان 2017-2018 ص 360-361

أمّا المادّة 33 من المدوّنة فقد احتوت على قاعدتين هما:

القول قول الزوجة: إذا كان النزاع في حال الصداق قبل البناء.

يقع عبء إثبات أداء الصداق المؤجّل على الزوج إذا تعلّق النزاع حول

قبضة.

بمقارنة القواعد الإجرائية السابق، يظهر الخلاف بينها بكلّ وضوح، فالمشرّع الجزائري في قانون الأسرة، اعتمد البينة كأساس للفصل في النزاع حول الصداق خلافاً للمشرّع المغربي، وبالتالي يكون الإثبات في قانون الأسرة الجزائري¹ بكلّ وثيقة ثبت دفع الصداق إلى الزوجة كالوصل البريدي أو الشهود والقرائن.

وبالنسبة لقاعدة الاعتماد على أقوال الزوجين أو رتثهما، فإنّ المشرّع الجزائري اعتمدها وعمّمها على النزاع بمختلف صورته، سواء تعلّق بالقبض أو بالتسمية أو بالمقدار، بينما أخذ بها المشرّع المغربي في حالة النزاع حول قبض الحال من الصداق مع عدم اشتراط اليمين التي اشترطتها المادّة 17 من قانون الأسرة.

هذا، ولقد انفرد المشرّع المغربي في المادّة 33 من المدوّنة بقاعدة حدّد من خلالها كيفية وعبء الإثبات في حالة النزاع حول قبض المؤجّل من الصداق، حيث جعلت عبء الإثبات فيه على عاتق الزوج، وهذه القاعدة مستمدّة من القاعدة العامّة التي تقضي بأنّ المدين هو الذي يقع عليه إثبات الأداء.

وممّا يؤخذ على المادّة 17 والقواعد التي تضمّنتها أنها لم تميّز بين صور النزاع حول الصداق، خلافاً لما هو مقرّر في الفقه الإسلامي ومن هنا دخلها الغموض.

¹ Benmalha ghaouti –le droit algérien de la famille– o.p.u– Alg93 p.94

أمّا المادّة 33 من المدوّنة، فهي الأخرى لم تسلم من نقد حيث تضمّنت صورتين فقط للنزاع، النزاع حول قبض الحال من الصداق والخلاف حول أداء الصداق المؤجّل، وسكتت عن بقية الصور الأخرى مع كثرتها وتعدّدها، ومنها النزاع حول التسمية، وحول المقدار وحول صفة المقبوض...إلخ.

وفي الأخير، يبقى النزاع حول الصداق في القوانين المغاربية مفتقرًا إلى القواعد الإجرائية، كما هو مفتقر إلى القواعد الموضوعية.

الفرع الثاني:

الاختلاف حول الصداق على ضوء القواعد الشرعية

لقد اختلف الفقه الإسلامي حول طرق فصل النزاع في الصداق، وسبب اختلافهم يرجع إلى عدّة اعتبارات منها زمن النزاع ومكانه وصوره، كما كان للقواعد العرفية أثر في هذا الاختلاف. وسنتطرق فيما يلي لهذه القواعد.

من القواعد المقرّرة في الفقه الإسلامي، أنّ الحكم في النزاع حول الصداق يكون لصاحب البيّنة¹، وهذه القاعدة اعتمدها الحنفية في النزاع حول وصف المقبوض، وإذا لم تكن لأحدهما، بيّنة تطبّق قواعد العرف وعند الشافعية يحكم لصالح الزوج في حالة التصريح بأنّ ما قدّمه هو صداق أو هدية²، ما لم يكن لأحدهما بيّنة.

¹ قاسم بن محمد بن قاسم الأهدل - الصداق في الشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة في المذاهب الأربعة، رسالة ماجستير تحت إشراف الد. محمد محمود إبراهيم الخضراوي. جامعة الملك عبد العزيز - كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، المملكة السعودية 1401هـ: ص335/337.

² المرجع نفسه، ص336.

أما المالكية، فالقاعدة عندهم أنّ ما أعطى للزوجة عرفاً في العقد أو قبله فهو صداق وما يقدّم بعده فهو هديّة¹.

وبالملاحظ هنا، أنّ القوانين المغاربية الثلاثة لم تنصّ على هذه القواعد، وبالتالي يكون التحاكم بشأن النزاع حول وصف المقبوض إلى المذهب المالكي في القانون المغربي طبقاً للمادّة 400 من المدوّنة أو إلى أحكام الشريعة الإسلامية بمختلف مذاهبها في القانون الجزائري طبقاً للمادّة 222 من قانون الأسرة.

أما إذا كان النزاع حول مقدار الصداق بأنّ ادّعت الزوجة ألفين وأدعى الزوج ألفاً فالقاعدة أن يحكم لصاحب البيّنة عند الحنفية، وفي حالة العجز عن إقامتها من الطرفين، فالقول قول الزوج بيمينه، لأنّه هو المذكر عملاً بقاعدة "البيّنة على المدّعي واليمين على من أذكره" وقاعدة "ولكن اليمين على المدعي عليه"².

وعند أبي حنيفة ومحمد يحكم لمن كان قوله شبيهاً صداق المثل مع اليمين، فإذا ادّعت الزوجة صداق المثل، حكم لها بيمينها

فإذا نكلت عن اليمين، حكم لها بما ادّعاه الزوج ، لأنّ نكولها إقرار منها بما ادّعاه الزوج³

وإذا ادّعى الزوج ما يساوي صداق المثل أو أقلّ منه، حكم للزوجة به فإن امتنع عن الحلف حكم للزوجة لما ادّعته، لأنّ امتناعه عن اليمين إقرار بما ادّعته¹.

¹ المرجع نفسه، ص336.

² محمد رأفت عثمان، فقه النساء في الخطبة والزواج، ط، دار الاعتصام للطبع والنشر والتوزيع، القاهرة د ت ، ص146.

³ قاسم بن محمد، المرجع السابق، ص329.

وإذا كان صداق المثل أكثر ممّا ادّعى الزوج أو أقلّ ممّا ادّعت الزوجة، وجهت اليمين إلى كلّ منهما، فإن حلفا حكم بمهر المثل.² وإن حلفا أحدهما ونكل الآخر، حكم على الممتنع بقول الحالف. وفي الحالة التي تستحقّ فيها الزوجة نصف الصداق، فالقاعدة أن يكون الحكم لصاحب البيّنة، وفي حالة العجز عن البيّنة يكون الحكم لمن يشهد له الظاهر، وهو متعة المثل، فمن يشهد له حكم له بنصف ما يدّعيه من المسمّى.

فإن كانت متعة المثل تساوي نصف ما تدّعيه الزوجة أو أكثر، كان القول قولها، وإن كانت تساوي نصف ما يدّعيه الزوج أو أقلّ، كان القول قوله. وإن تشهد متعة المثل لأحدهما بأن كانت أكثر من نصف ما يدّعيه الزوج أو أقلّ من نصف ما تدّعيه الزوجة فالضرورة قاضية بمتعة المثل.³

ولقد وافق الشافعية الأحناف حول النزاع في مقدار الصداق. أمّا المالكية، فالقاعدة عندهم أنّ الزوجين إذا ادّعيا ما يشبه مهر المثل يتحالفان ويتفاسخان⁴ ما لم يرض أحدهما بقول الآخر، ولا يكون ذلك إلاّ بحكم القاضي. وإذا حلف أحدهما ونكل الآخر، كان القول قول الحالف.

¹ المرجع نفسه، ص329 وانظر عبد الوهاب خلاف، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، ط2، دار القلم للنشر والتوزيع، الكويت 1990، ص98.

² محمد بن عبد الكريم الرافي، المحرر في فقه الإمام الشافعي، تحقيق أبي يعقوب نشأة بن كمال، ط1، دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع، القاهرة 2013، ص1028.

³ قاسم بن محمد، المرجع السابق، ص323.

⁴ بلقاسم شنوان، الخطبة والزواج والطلاق في الفقه المالكي وقانون الأسرة، — جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، كلية أصول الدين والشريعة والحضارة الإسلامية، قسم الشريعة والقانون، قسنطينة الجزائر، السنة الجامعية، 2013-2014، ص61.

وإن نكل معاً، كان بمنزلة إذا حلف جميعاً.

وإن كان الاختلاف بعد الدخول فالقول قول الزوج بيمينه¹

أمّا إذا كان الاختلاف حول قبض الصداق، فالحكم فيه يكون على أسا قول الزوجة بيمينها عند الجمهور، لأنّ الأصل عدم القبض، وعلى الزوج إثبات الأداء بالبيّنة.

ويرى الشافعية والحنابلة أنّ القول قول الزوجة بعد الدخول أيضاً².

أمّا الحنفية فقد حكّموا القواعد العرفية في هذه الصورة من النزاع، فإنّ لم يكن هناك عرف بتقديم شيء من المهر قبل الدخول في البلد الذي حصل فيه النكاح، كان القول قول الزوجة بيمينها قبل الدخول، وعلى الزوج إثبات ما يدّعيه بالبيّنة، وإلاّ فلا يقضي له بشيء ويحكم لها لما تدّعيه بعد اليمين عملاً بالقاعدة "البيّنة على المدّعي واليمين على من أنكر"

وإن كان العرف صار بتقديم جزء من المهر قبل الدخول، كان القول: قول الزوج مع يمينه، إذا حصل النزاع في أصل القبض.

أمّا إذا كان الخلاف في قبض المعجل وليس في أصل القبض، وذلك بأن ادّعى أنّه أوفأها المعجل كلّه وادّعت هي أنّه أوفأها بعضه، فالقول قولها ولا يلتفت إلى العرف³.

¹ المرجع نفسه، ص 61.

² ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد (ج2)، ط6، دار المعرفة للطباعة والنشر لبنان 1992، ص31.

³ الجزيري عبد الرحمان، الفقه على المذاهب الأربعة.

أمّا المالكية، فالقاعدة عندهم أنّ القول قول الزوج بيمينه في النزاع حول قبض الصداق إذا كان حصل بعد الدّخول¹ ولكن بشروط أربعة.

○ إن لم يكن العرف تأخير.

○ ولم يكن الصداق مرهوناً.

○ ولم يكن الصداق مكتوباً.

○ وادّعى بعد البناء دفعه لها قبله.

فإن تخلف شرط من هذه الشّروط فالقول لها بيمين وعليه البيان².

هذه القواعد تطبق إذا كان النزاع حول قبض الحال من الصداق.

أمّا إذا تنازعا في مؤجّل الصداق فالقول للزوجة كسائر الديون عملاً بالقاعدة

التالية: "من ادّعى الدّفع فلا يبرئه إلاّ البيّنة أو اعتراف من ربّ الدّين".

بعد عرض قواعد النزاع في الصداق المقرّرة في الفقه الإسلامي، ودراستنا

لما تقرّر في القانونين الجزائري والمغربي بشأنها، نقول بأنّ المشرّع الجزائري لم

يعتمد مذهباً بعينه ولا رأياً محدّداً في وضع المادّة 17 من قانون الأسرة، وإنّما لفق

بين عدة آراء فقهية، دون أن يأخذ بعين الاعتبار صور النزاع التي وضعت على

أساسها القواعد الشرعية، فجاءت المادّة 17 عامّة، لكلّ حالات النزاع سواء تعلّق

بالقبض أو المقدار أو التسمية، وهذا مظهر من مظاهر عدم الانسجام بين المادّة 17

والقواعد الشرعية.

¹ محمد جمعة عبد الله، المرجع السابق، ص 177.

² بن جزي أحمد القوانين الفقهية في تلخيص مذهب المالكية، د ط، د ت، ص 340.

أما المادة 33 من المدونة فقد استمدّها المشرع المغربي من مذهب المالكية في النزاع حول قبض الصداق دون أن ينصّ على شروط إعمالها.

وبالنسبة لبقية القواعد الشرعية المتعلقة بإثبات النزاع حول الصداق، فإنّ القوانين لم تنصّ عليها.

وبالتالي فلا مانع من اعتمادها في حالة النزاع طبقاً للمادة 222 من قانون الأسرة والمادة 400 من المدونة التي أحالت صراحة على المذهب المالكي في حالة عدم النصّ.

وكخلاصة يبقى توثيق الصداق وتحديد في العقد الضمانة الوحيدة لحمايته في حالة النزاع إلى جانب القواعد العرفية، إلّا أنّ هذه الأخيرة لما تمتاز به من عدم الاستقرار قد لا يكون لها أثر كبير في حل النزاع حول الصداق بالإضافة إلى أنّ البحث عنها يزيد من أعباء القضاء.

المطلب الثاني:

التطبيقات القضائية لقواعد إثبات النزاع حول الصداق

لقد كانت المادة 17 من قانون الأسرة الجزائري محلّ تطبيق في القضاء، كما كان للمادة 33 من مدونة الأسرة تطبيقات قضائية على مستوى المجلس الأعلى المغربي.

وكذلك طبق القضاء بعض القواعد الشرعية لم تنصّ عليها القوانين، كالقاعدة الخاصة بالنزاع حول المسيس باعتباره مؤكّداً ومكمّلاً للصداق.

وعليه سندرس هذه التطبيقات في فرعين متتالين، التطبيقات القضائية للقواعد القانونية في فرع أول، والتطبيقات القضائية للقواعد الشرعية في فرع آخر.

الفرع الأول:

التطبيقات القضائية للقواعد القانونية

لقد تجلّت تطبيقات المادة 17 من قانون الأسرة الجزائري في عدّة قرارات قضائية منها ما يلي:

"من المقرّر شرعاً وقانوناً، أنه في حالة النزاع على الصداق بين الزوجين أو وريثتهما وليس لأحدهما بيّنة، وكان قبل الدخول فالقول للزوجة أو وريثتها مع يمينها، وإذا كان بعد البناء فالقول للزوج أو وريثته مع اليمين.

ومن ثمّ فإنّ القضاء بخلاف هذا المبدأ يعدّ مخالفة للقواعد الشرعية أو القانونية.

كما كان من الثابت في قضية الحال، أنّ جهة الاستئناف التي أيدت الحكم المستأنف لديها القاضي على الطاعن بأدائه للمطعون ضدها، مؤخّر صداقها دون مراعاة القاعدة المتعلقة بالخلاف بين الزوجين على الصداق، فإنّ بقضائها كما فعلت، خالفت القواعد الشرعية والقانونية.

ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه¹

لقد تضمّن القرار السابق حالة اختلاف الزوجين حول الصداق وليس لأحدهما بيّنة، والذي انتهى بنقض قرار المجلس على أساس مخالفة القاعدة المتعلقة بالنزاع حول الصداق، والمقصود هنا، المادة 17 من قانون الأسرة، لكن السؤال يطرح بالنسبة للقواعد الشرعية، فما هذه القواعد التي تمّ خرقها من طرف المجلس؟

¹ م ع غ أش بتاريخ 1989/06/05، ملف رقم 54198، م ق 1990 عدد 4 ص 80.

وهكذا في كثير من القضايا تكتفي المحكمة العليا بتبرير قراراتها بمخالفة القواعد الشرعية، دون أن تشير إلى قاعدة واحدة منها.

ولقد استقرّ قضاء المحكمة العليا على نفس المبدأ في القرار الصادر بتاريخ 1991/06/18 والذي جاء فيه ما يلي: "من المقرّر قانوناً، أنّه في حالة النزاع على الصداق بين الزوجين أو ورثتهما، وليس لأحدهما بيّنة، وكان قبل الدخول. فالقول للزوجة أو ورثتها مع اليمين، وإن كان بعد البناء، فالقول للزوج أو ورثته مع اليمين. ومن ثمّ فإنّ القضاء لما يخالف هذا المبدأ، يعد مخالفاً للقانون وجاء في إحدى حيثياته" ولما كان الثابت في قضية الحال، أنّ قضاة الموضوع الذين منحوا المصوغ باعتباره صداقاً إلى الزوجة دون القيام بما هو واجب شرعاً في هذه المسألة، خالفوا القانون.

ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار جزئياً¹.

ما يلاحظ على القرار السابق أنّ المحكمة العليا اعتمدت فيه على أنّ قضاة الموضوع لم يقوموا بما هو واجب شرعاً دون أن يبيّنوا ما هو هذا الواجب، فإذا كان المقصود منه مخالفة القواعد الشرعية في النزاع حول الصداق فإنّ معظم هذه القواعد ليست متطابقة مع المادة 17 من قانون الأسرة كما بيّنا سابقاً.

¹ م. ع. غ. أ. ش بتاريخ 1991/06/18 ملف رقم 73515 . م ق العدد 4/1992 ص 69.

الفرع الثاني:

موقف القضاء من توثيق الصداق:

ولقد كان للمحكمة العليا اتجاه آخر بالنسبة للنزاع حول مؤخر الصداق، يتجلى في القرار التالي الذي جاء فيه ما يلي: "من المقرر شرعاً أنه في حالة نشوء خلاف بين الزوجين على مؤخر الصداق، يؤخذ بقول الزوجة مع يمينها إذا لم يدخل بها، وبعد البناء يكون القول للزوج مع يمينه.

إذا ما تمت مخالفة هذا المبدأ، يستوجب نقض القرار الذي قضى على الزوج برد مؤخر الصداق المتنازع فيه.¹

وفي قرار آخر للمحكمة العليا جاء ما يلي: "أن مؤخر الصداق الثابت بعقد رسمي هو حق الزوجة، وعلى الزوج يقع عبء إثبات الوفاء به"²

بالتأمل في القرارين أعلاه، يبدو وكأنهما متناقضان، فبالرغم من أن موضوع النزاع واحد، وهو مؤخر الصداق، اختلفت المحكمة بشأنه، فالقرار الأول اعتمد فيه قضاة المحكمة على ما هو مقرر شرعاً في حالة الخلاف بين الزوجين على مؤخر الصداق، وهو قول الزوجة مع يمينها قبل الدخول، وقول الزوج مع اليمين بعد الدخول، ولكن هذا المبدأ يخالف مضمون المادة 17 التي تجعل الحكم لصاحب البينة ثم الانتقال إلى أقوال الزوجين عند عدم وجود البينة.

أما القرار الثاني فقد اعتمد فيه قضاة المحكمة العليا على قاعدة "من ادعى الدفع فلا يبرئه إلا البينة أو الاعتراف من رب الدين" وفي هذا استبعاد المادة 17 من

¹ م. ع. غ. أ. ش، 1987/01/12 ملف رقم 44058، م. ق، 1989، عدد2، ص97.

² م. ع. غ. أ. ش، 2001/10/17 ملف رقم 264555، م. ق العدد 2/2003، ص 282.

قانون الأسرة التي لا تجعل البيّنة الطريق الوحيد لإثبات النزاع لأنّ في حالة انعدامها يؤخذ بأقوال أحد الزوجين.

وفي نظري، أنّ ما ذهبت إليه المحكمة العليا في هذا القرار، هو نوع من الاجتهاد القضائي المقيد لأحكام المادة 17 من قانون الأسرة، فيما يخصّ النزاع حول مؤخر الصداق الموثق في عقد رسمي.

ومن الاجتهادات القضائية المغربية أنّ ما ضمن بالعقد الرسمي هو حجة قاطعة على قبض الزوجة لصداقها نظراً لقيمتها الثبوتية.

والقاعدة هي: تأييد الحكم المستأنف فيما قضى به أنّ ما ضمن بعقد الزواج هو حجة قاطعة على قبض الزوجة لصداقها نظراً للقيمة الثبوتية التي منحها المشرع للعقود الرسمية ومنها عقد الزواج.

والذي جاء في إحدى حيثياته ما يلي:

"وحيث أنّ المستأنفة ولئن كانت قد بنت استئنافها على أساس أنّها أكّدت للمحكمة الابتدائية عدم توصلها بالصداق، والتمست توجيه اليمين الحاسمة للمدعى عليه، مع تطبيق قاعدة النكول دون أن تستجيب المحكمة لطلبها، إلاّ أنه بالرجوع إلى معطيات النّازلة، نجد أنّ عقد زواج الطرفين المضمن أصله بمذكرة حفظ عدد 12 صحيفة 171 وثيقة عدد 181 بتاريخ 16/08/2010 توثيق الحسيمة.

قد تضمن أنّ مبلغ الصداق قدره عشرون ألف درهم، وأنّ الزوجة قد قبضت من الزوج جميع الصداق المذكور قبضاً ثابتاً، وأبرأته منه براءة تامّة، فبرئ الزوج، فلا يحقّ للزوجة بعد أن أشهدت العدلين على أنّها قبضت جميع الصداق.

وبعد كل ذلك أنها لم تتسلم صداقها وتلتزم توجيه اليمين الحاسمة للزوج ما دام أن ما ضمن بعقد الزواج هو حجة قاطعة على قبض الزوجة لصداقها...دون الاستجابة لطلبها توجيه اليمين الحاسمة للزوج، لعلّه أنه بالرّجوع إلى رسم الزواج يتبيّن أنّ الزوجة قد قبضت كامل الصداق قد علّ قضاءه تعليلاً سليماً ويكون دفع المستأنفة غير جدّي ويتعيّن رده.

وعليه فإنّ الصداق المضمن بعقد رسمي حجة على قبضه في القضاء المغربي خلافاً للقضاء الجزائري الذي اعتبره حقاً للزوجة وألزم الزوج بإثبات أدائه. وفي نظري أنّ الصداق الموثق في عقد رسمي لا يعتبر قرينة على قبضه ومن ثمّ يترجح اتجاه القضاء الجزائري فيما ذهب إليه عندما جعل إثبات أدائه على عاتق الزوج.

الفرع الثاني:

التطبيقات القضائية لقاعدة الدّخول كمؤكّد للصداق

لقد اتّفتت القوانين الثلاثة على أنّ الصداق يتأكّد ويكتمل بالدّخول، ولقد ذكرنا في ما سبق أنّ هذه القوانين لم تحدّد موقفها من الخلوة الصحيحة وأثرها على اكتمال الصداق.

وإلى جانب هذا الفراغ الموضوعي، فهناك فراغ أيضاً في القواعد الإجرائية المعتمدة في النزاع حول الدّخول كمؤكّد للصداق. وهذا ما دفع بالقضاء أن يعتمد بعض المبادئ في النزاع المقرّرة في الفقه الإسلامي، وهو ما يتجلّى فيما يلي من القرارات.

"إنّ إثبات أو نفي ادّعاء الزوج عدم المسيس وادّعاء الزوجة المسيس يوم الدّخول بها يكون فيه الحكم القول قولها بيمينها، إن حلفت استحقت الصداق كاملاً، وإن نكلت حلف الزوج وتشاطر صداقها، فإن نكل صدقت واستحقت كامل صداقها".

ومضمون هذا القرار الصادر من المحكمة العليا في الجزائر أنّه في حالة ما إذا طالبت الزوجة الزوج أو المطلق في حالة الطلاق بكامل صداقها فدفعت بعدم الاتصال بها وتمسكت هي بالمسيس فإنّ الحكم يكون لصالحها بناءً على قولها مع اليمين. وإن رفضت اليمين فلم تحلف رُدّت إلى الزوج، فإن حلفت استحقت نصف الصداق، عملاً بقاعد تشطير الصداق لأنّ نكولها وحلف الزوج يعتبر قرينة على عدم الدّخول.

أمّا إذا نكل الزوج أو المطلق حكم لها بكامل صداقها، لأنّ نكول الزوج في هذه الحالة يعتبر كذلك قرينة على الدّخول الحقيقي. ولقد اعتمدت المحكمة العليا في قرارها السابق على القاعدة المقرّرة في الفقه المالكي، وخلاصة ما توصل إليه بهذا الشأن أنّ الزوجة أو المطلّقة إذا ادّعت المسيس وليس بينهما خلوة لزمته اليمين وبرئ من نصف الصداق فإن نكل حلفت واستحقت جميعه¹

ومن المبادئ التي استقرت عليها محكمة التعقيب التونسية بشأن قاعدة الدّخول كمؤكّد للصداق، أن الدّخول يحصل بتوفر الخلوة وواقعة الخلوة كافية لوحدها لإثبات الدّخول دون اشتراط الإشهار أو حصول اتّصال جنسي بين الزوجين، حيث اعتبرت

¹ م. ع. غ. أ. ش بتاريخ 19/11/1984، ملف رقم 34262، م ق 1990، عدد 1، ص 75.

في قرار تعقيبي مؤرّخ 07 جويلية 2005: "أنّ العبرة بالدّخول تتمثّل في الخلوة بين الزوجين وإسداد الستائر دون اشتراط حصول الاتصال الجنسي"¹.

وقد عرّفت محكمة التعقيب الخلوة باجتماع الزوجين في مكان يأمنان فيه اطلاع الغير حيث صدر قرار تعقيبي مدني جاء فيه ما يلي: "حيث أنّ الخلوة بين الزوجين تؤكّد الدّخول وعلى من يدّعي العكس إثبات ذلك، ومعنى الخلوة أن يجتمع الزوجان في مكان يأمنان فيه اطلاع الغير ولم يوجب المشرع الإشهاد على الدّخول، وإنّما أوجبه عند عقد الزواج بصريح الفقرة الثانية من الفصل الثالث من مجلّة الأحوال الشخصية، وحيث أنّ محكمة القرار المطعون فيه مع تسليمها بتحقيق الخلوة بين الزوجين المتداعيين فإنّها اعتبرت أنّ الدّخول لم يتمّ إشهاره بالإشهاد عليه وبذلك تكون وضعت شرطاً لتحقيق البناء لم يأت به القانون الأمر الذي يستوجب النقض

بالتالي فإنّ الزوجة في القضاء المغربي يكفيها لاستحقاق كامل صداقها إثبات واقعة اختلاء الزوج بها ولو لم يتمّ الاتّصال بها وهذا خلافاً للقضاء الجزائري الذي اشترط المسيس كما بيّنا سابقاً.

وفي رأي أنّ ما ذهب إليه القضاء التونسي هو المرجّح لأنّ إثبات الخلوة أيسر من إثبات الاتّصال الجنسي ولا يحتاج إلى يمين التي أصبحت في زماننا مجردة من أي قيمة.

¹ خالد المؤدّب، الدخول في القانون التونسي وفقه القضاء، مقال منشور بموقع [http:// www.point-juridique.com](http://www.point-juridique.com)

الفصل الثاني:

النزاع حول متاع البيت والأموال المشتركة

بعد الدراسة الموضوعية والإجرائية لقواعد النزاع حول الصداق، ننتقل في هذا الفصل إلى معالجة قواعد الاختلاف في متاع البيت والأموال المشتركة. وكما أنّ للنزاع حول الصداق صوراً وأشكالاً، فكذلك الخلاف حول أثاث بيت الزوجية لا ينحصر في صورة واحدة، فقد يقع حول ملكية المتاع، وقد يتعلّق بوجوده....

وكذلك الأمر بالنسبة للأموال المشتركة، فإنّ النزاع بشأنها لا يقلّ تعقيداً عن النزاع في متاع البيت، ولا سيما فيما يتعلّق بمصير هذه الأموال بعد الطلاق أو الوفاة، حيث تنازعها عدّة أنظمة منها: قواعد الميراث والوصيّة، وقواعد المديونية وغيرها....

وبالرغم من شيوع المنازعات المتعلقة بمتاع البيت وطرحها بإلحاح على القضاء، فإنّها لا تزال تفتقر إلى قواعد دقيقة تحكمها إن على المستوى الموضوعي وإن على المستوى الإجرائي.

وحتى القضاء لم يستقرّ على مبادئ محددة يمكن الاعتماد عليها في سد الفراغ التشريعي المذكور.

أما الفقه الإسلامي، فإنّه لم يجمع إلى يومنا هذا على قواعد بشأن النزاع، فكل ما توصل إليه الفقهاء مجرد آراء واجتهادات مستمدة في معظمها من القواعد العرفية.

وعليه، سنقسم هذا الفصل إلى مبحثين، ندرس في المبحث الأول قواعد النزاع حول ملكية البيت وفي الثاني قواعد النزاع حول الأموال المشتركة.

المبحث الأول:

قواعد النزاع حول متاع البيت

من التحديات التي تواجه القضاء بصفة عامة والقضاء المغربي على وجه الخصوص، النزاع حول أثاث بيت الزوجية، ولاسيما إذا تعلق الأمر بتحديد ملكية هذه الأثاث وإثباتها، ويرجع السبب في ذلك إلى عدم وجود قواعد قانونية تحدد من الزوجين أحق بملكية متاع البيت.

ولقد كان لهذه التحديات أثر سلبي على القرارات القضائية التي اتسمت في بعض الحالات بالاضطراب والتناقض.

أمّا ملكية المتاع في الفقه الإسلامي فقد اختلفت بشأنها آراء الفقهاء، فبعضها جعل الملكية للزوج، وبعضها للزوجة، ورأي آخر جعلها مشتركة بين الزوجين. وسنعالج هذه القواعد في مطلبين، نخصص الأول منهما لمفهوم متاع البيت وتمييزه عن الأنظمة المشابهة له والثاني لقواعد تحديد مالك المتاع.

المطلب الأول:

متاع البيت والأنظمة المشابهة له

إنّ اختلاط أموال الأسرة وممتلكاتها تفرضها الحياة المشتركة بين الأفراد، ولا يكون للتمييز بين هذه الأموال أهمية مادامت الحياة الزوجية يسودها الهدوء والاستقرار، إنّما تظهر أهمية ذلك في حالة النزاع.

ومن الأموال التي يجب التفرقة بينها في حالة النزاع، متاع البيت والجهاز والصداق والأموال المشتركة.

وللتمييز بين هذه الأنظمة، نخصّص ثلاثة فروع، ندرس في الأول متاع البيت والصداق، وفي الفرع الثاني متاع البيت والجهاز، أما الفرع الثالث فنخصّصه لمتاع البيت والأموال المشتركة.

الفرع الأول:

متاع البيت والصداق

لم تضع القوانين المغاربية تعريفا لمتاع البيت، كما فعلت بالنسبة للصداق.

ولقد بيّنا سابقا أنّ التعريف الفقهي للصداق أدقّ من التعريف القانوني، ولذلك سنجعله أساسا للتمييز بين المتاع والصداق، عرّف الفقهاء الصداق بأنّه: "المال الذي تستحقّه الزوجة بالعقد عليها أو بالدخول"¹

أما متاع البيت فقد عرّفه البعض بأنّه: "ما ينتفع به في بيت الزوجية، ويشمل الجهاز وغيره من أثاث البيت والأدوات المنزلية وغيرها"².

وعرّفه آخرون بأنّه: "أدوات المنزل ومفروشاتة وأوانيه وسوى ذلك من الأشياء التي ينتفع بها"³

ومن التعريفين السابقين، يظهر بوضوح الفرق بين متاع البيت والصداق، فالصداق ملك للزوجة تتصرّف فيه بكلّ حرّية، أما متاع البيت فهو مال مشترك بين أفراد

¹ عبد الفتاح تقيّة، المرجع السابق، ص128

² حفصية دونية - أحكام النفقة ومتاع البيت كأثر من آثار الطلاق في ق.أ.ج - شهادة ماجستير في العلوم القانونية ص40 وكذلك جامعة حمه لخضر الوادي - كنيّة الحقوق والعلوم الإسلامية - قسم الحقوق السنة الجامعية 2014/2015 ص40

العربي بختي - أحكام الطلاق وحقوق الأولاد في الفقه الإسلامي - دراسة مقارنة بقانون الأسرة الجزائري ط1 للنشر والتوزيع - الجزائر 2013 ص200³ - كنوز الحكمة

الأسرة، إلا أنّ الإشكال قد يثار عندما تشتري الزوجة متاعا للبيت من صداقها دون أن يكون لها سند بذلك، فإذا وقع النزاع حوله، لا يكون أمامها إلاّ الإثبات بالبيّنة، فإن عجزت وادّعى الزوج أنّه من المتاع من غير بيّنة، ففي هذه الحالة لا يجد القاضي قاعدة يطبقها على النزاع ماعدا المادة 73 من قانون الأسرة وليست المادة 17، وقد يلجأ إلى قاعدة البيّنة على المدّعي واليمين على من أنكر.

ومن المعايير التي يمكن اعتمادها في التفرقة بين الصداق ومتاع البيت، معيار العرف، فإذا جرى العرف على أنّ الصداق لا يكون إلاّ من مال معيّن عدّ ذلك من الصداق، عملا بالقاعدة الفقهية "العادة محكمة" وقاعدة "المعروف عرفا كالمشروط شرطا".

ومن الأعراف الجارية في الجزائر أنّ الذهب والحليّ يعتبر من الصداق، أمّا غرفة النوم والأسرة فهي من متاع البيت.

الفرع الثاني:

متاع البيت والجهاز

لم تضع القوانين الثلاثة تعريفا لمتاع البيت ولا للجهاز، أمّا الفقه فقد وضع بعض التعريفات يمكن الاعتماد عليها في التمييز بينهما، ومنها ما يلي:

متاع البيت هو: "كلّ ما ينتفع به في بيت الزوجية من أثاث وأدوات منزلية فهو إذا كلّ ما يوجد ببيت الزوجية ممّا ينتفع به في المعيشة، سواء كان من الجهاز أو من أدوات منزلية جدّت بعد الزفاف"¹

¹ عبد السلام عبد القادر، النزاع حول متاع البيت بين النصّ التشريعي والاجتهاد القضائي، مجلة الأحياء، العدد5 كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الإسلامية -جامعة باتنة الجزائر 2002 ص260

وأما الجهاز فهو كلّ ما تجهّز به العروس نفسها من ثياب وأدوات للزينة وتحمله معها إلى البيت الزوجية وقد هزّ المرأة نفسها من مالها الخاص أو مم قبضته من الصداق. أو يجهّزها أبوها أو أحد أقاربها¹ إذ ليس هناك قواعد آمرة تحدّد طريقة معيّنة للتجهيز.

وقيل هو الأثاث الذي تعدّه الزوجة أو يعدّه الزوج لبيت الزوجية، أو يعدّه أبواهما احتفاءً بالزواج ورغبة في إدخال السرور والبهجة على الزوجين، وهي عادة قديمة وعرف متّبّع في كثير من البلدان ولا تتناقض مع القواعد الشرعية².

وقيل هو: "ما يعدّ به مسكن الزوجية من أثاث وفراش وأدوات منزلية عند زفاف الزوجة إلى زوجها، وهو جزء من النفقة التي أوجبها الله على الزوج"³.

ومن خلال التعريفات السابقة لمتاع البيت والجهاز يظهر الفرق بينهما، فالجهاز خاص بالزوجة وهو ملك لها مهما كان مصدر التجهيز، والقاعدة أنّ المرأة لا تلتزم بتجهيز نفسها ولا إعداد بيت الزوجية إلاّ إذا كان عرف جار يقضي بخلاف ذلك.

وكذلك يكمن الفرق بين المتاع والجهاز في أنّ الجهاز محصور في أشياء محدّدة كالثياب والحليّ وأدوات الزينة وقد يضاف إليها الفرش والأغطية، وأما متاع البيت فلا حصر له، فكلّ ما يوجد في بيت الزوجية سواء قبل الدخول أو بعده من مستلزمات السكن كغرفة النوم والخزانات واللوحات الزيتية والتحف يعدّ من متاع البيت.

¹ السيّد سابق، فقه السنة (م2) ط3، دار الكتاب العربي، لبنان 1977، ص167/168

² محمد بكر إسماعيل، المرجع السابق ص43

مروان قدومي، جهاز المرأة في ضوء الشريعة وقانون الأحوال الشخصية، مقال منشور بمجلة جامعة النجاح للأبحاث (م19)(1) فلسطين 2005 ص13³

وبالتالي فإنّ متاع البيت يشمل الجهاز، فكلّ متاع جهاز ولكن ليس كلّ جهاز متاع. فالجهاز جزء من المتاع ومع ذلك لا يأخذ حكمه خلافاً للأصل والقاعدة التي تقضي بأنّ الجزء يتبع الكلّ.

الفرع الثالث:

متاع البيت والشوار والشبكة

لقد استعمل المشرّع المغربي في مدوّنة الأسرة بمصطلح الشوار، فما المقصود منه وما الفرق بينه وبين متاع البيت؟ المراد بالشوار من الناحية الاصطلاحية هو كلّ ما تأتي به الزوجة عادة في ليلة زفافها أو قبله أو بعده من أفرشة وأغطية وأوان إلى بيت الزوجية ليكون جزءاً من متاع البيت.¹

وبهذا التعريف يمكن القول بأنّ الشوار في الفقه المغربي هو نفسه الجهاز في الفقه الإسلامي، وبالتالي فإنّ الفرق بينه وبين متاع البيت هو الفرق بين الجهاز ومتاع البيت.

والظاهر أنّ قواعد العادات والأعراف قد تساعد على التمييز بين ما يدخل في الشوار وما يدخل في متاع البيت، وهي عادات وأعراف ينبغي على القضاء في الدول التي تأخذ بهذا النظام أن ينتبه إليها للفصل في النزاعات المتعلقة بمتاع البيت.

أمّا بالنسبة لمتاع البيت والشبكة، فالفرق بينهما يكمن في أنّ الشبكة هي عبارة عن هديّة عينيّة من ذهب وفضّة أو نحو ذلك من الجواهر تقدّم قبل الزواج وفي بعض الأحيان تجعل في مرتبة الصداق²

¹ محمد الكشور - المرجع السابق ص 561

² محمد بكر إسماعيل - المرجع السابق ، ص 24/25

وقيل هي: "قطعة من الحلي ترتديها الخطيبة لإعلان خطبتها"¹

وبالتالي فإنّ الشبكة تختصّ بها العروس وهي مرتبطة بالخطبة وتقترب أكثر من الصداق إلاّ أنه لا تخضع لقواعده.

ولابدّ من الإشارة إلى أنّ نظام الشبكة ليس معروفا في القوانين المغاربية، وهي عادة منتشرة في كثير من المدن والقرى المصرية والبلاد الإسلامية الأخرى.

الفرع الرابع:

متاع البيت والأموال المشتركة

إنّ التمييز بين متاع البيت والأموال المشتركة يعتبر من أكبر التحدّيات التي تواجه القضاء في حالة النزاع، والسبب في ذلك يرجع إلى التشابه الكبير بين النظامين ، فما المقصود بالأموال المشتركة وما هو الفرق بينها وبين متاع البيت؟ للإجابة على هذا السؤال، لابدّ من تحديد المدلول الاصطلاحي للأموال المشتركة، فهي "مجموعة الأحكام التي تنظّم العلاقات المالية بين الزوجين خلال مدّة الزواج وبعده"²، وهو نظام معروف ومنتشر في الدول الغربية.

ولقد عرّف المشرّع التونسي في القانون 94 سنة 1998 الملكية المشتركة بأنّها نظام يختاره الزوجان عند إبرامه ويهدف إلى جعل العقارات ملكا مشتركا بين الزوجين متى كانت من متعلّقات العائلة"³

¹ شبكة الخطوبة- وتسمى الشبكة في بلاد ميزاب الجزائر شرمية- ويكيبيديا الموسوعة الحرّة

² بالحاج العربي، بحوث قانونية في ق.أ.ج الجديد -د.م.ج، الجزائر 2004 ص 149

³ ناصر إيمان- مقال منشور بموقع <http://naitreimemmasri.over.bmog.com>

إنّ هذا التعريف خاص بنوع واحد من الأموال المشتركة وهو العقارات، لكن في الواقع لا ينحصر إلاّ الاشتراك المالي في العقارات فقط بل يشمل أيضا المنقولات والمرتبات وغيرها.

وهناك تعريف آخر للمال المشترك هو: "المال الذي حصل بعد فترة الزواج بحيث ساهم كلّ من الزوجين وشاركا في تحصيله وتنميته، سواء كانت المساهمة مباشرة أم غير مباشرة"¹

أمّا متاع البيت فهو كما بيّنا سابقا اسم لجميع أدوات وأواني الدار والبسط والأرائك والأجهزة الكهربائية المختلفة وغيرها من أدوات المنزل.

وعليه فالأموال المشتركة عبارة عن شركة ينشئها الزوجان فيما بينهما بحيث يساهم فيها كلّ منهما بمبلغ من المال يخصص بناء ثروة الأسرة وتأثيث البيت وقضاء الديون بحسب العقد والنظام المتفق عليه.

أمّا متاع البيت فلا ينشأ بعقد، بل هو التزام يقع على عاتق الزوج على أساس التزامه بالنفقة والسكن ومستلزماته ما لم يوجد عرف يقضي بخلاف ذلك.

وتظهر أهميّة التمييز بين الأموال المشتركة و متاع البيت في القواعد الواجبة التطبيق على كلّ منهما، فالأموال المشتركة تخضع لأحكام المادة 36 من قانون الأسرة والمادة 49 من المدونة المغربية، كما تحكمها قاعدة العقد شريعة المتعاقدين.

وكذلك، تظهر أهميّة التفرقة بين النظامين في قواعد الإثبات، فالإثبات في الأموال المشتركة يكون وفق القواعد العامّة في الإثبات، في حين يكون الإثبات في متاع

معلمين محمد شهيد، شرعية المال المشترك بين الزوجين في الفقه الإسلامي والقانون الماليزي- مقال منشور بمجلة الشريعة والقانون بماليزيا- العدد 3/2016 ص 5¹

البيت حسب القواعد المقررة في المادة 73 من قانون الأسرة والمادة 34 في مدونة الأسرة المغربية و الفصل 26 المجلة التونسية.

وفي الأخير، نقول بأن إشكالية التمييز بين متاع البيت والأنظمة المشابهة له لا تزال مطروحة وبحدّة أمام القضاء، فلا التشريع ولا الفقه استطاع أن يهتدي إلى قواعد دقيقة وضوابط محدّدة لرفع هذا الإشكال.

لذلك تبقى القواعد العرقية هي الحكم في التمييز بين هذه الأنظمة، بالرغم مما يميّز به من بقاء في التكوين وعدم الاستقرار والثبات.

المطلب الثاني:

قواعد تحديد مالك المتاع

يعتبر الوصول إلى تحديد مالك المتاع من القضايا التي تشغل القضاء، ومرّد ذلك أنّ القوانين لم تضع القواعد الموضوعية التي تحدّد من من الزوجين أحقّ بملكية متاع البيت، إضافة إلى اختلاف فقهاء الشريعة بشأن هذه المسألة.

أمّا القضاء الجزائري، فقد حسم الموضوع وافترض الزوج هو المالك لأثاث البيت. وعليه سنعالج قواعد تحديد مالك المتاع من خلال ثلاثة فروع، نخصص الفرع الأول لقاعدة البيّنة كأساس لتحديد المالك، والفرع الثاني لطبيعة المتاع كأساس للملكية وفي الفرع الثالث ندرس الملكية المفترضة للمتاع في القضاء الجزائري.

الفرع الأول:

البينة كأساس ملكية متاع البيت

لقد اتفقت القواعد القانونية مع القواعد الشرعية على أنّ ملكية متاع البيت تؤول في حالة النزاع إلى صاحب البيّنة، وهذه قاعدة عامّة تطبّق على سائر الحقوق المدنية والأسرية وغيرها.

ولقد أخذ بقاعدة البيّنة كأساس لملكية المتاع المشرّع الجزائري في المادة 73 من قانون الأسرة بنصّها التالي: "إذا وقع النزاع بين الزوجين أو ورثتهما في متاع البيت وليس لأحدهما بيّنة.."¹

واعتمدها المشرّع المغربي بنصّ المادة 34 من المدوّنة حيث جاء فيها ما يلي: "غير أنّه إذا لم يكن لدى أيّ منهما بيّنة، فالقول للزوجة"²

وأقرّها المشرّع التونسي في الفصل 26 من المجلّة التونسية بما يلي: "إذا اختلف الزوجان في متاع البيت ولا بيّنة لهما..."³

ما يستفاد من القواعد السابقة أنه إذا وقع النزاع حول ملكية متاع البيت بأن يدّعي احد الزوجين ملكيته لمتاع معيّن فلا يسمع له إلاّ إذا أثبت ما يدّعيه بالبيّنة.

والملاحظة على النصوص القانونية السابقة، أنّها لم تبيّن المقصود بالبيّنة، فهل تحمل على معناها الواسع الذي يعني أيّ حجة تبيّن الحقّ وتجليه، أم على مفهومها الضيق الذي ينحصر في شهادة الشهود.

¹ المادة 73 من قانون 11/84

² المادة 34 من المدوّنة المغربية .

³ الفصل 26 من المجلّة التونسية.

ولا بدّ من الإشارة هنا، إلى أنّ مدلول البيّنة كطريق لإثبات النزاع حول ملكية المتاع يختلف عن مدلولها المدني، فالبيّنة في القانون المدني تأتي في مقابل الكتابة، والقاعدة المدنية أنّ النزاع إذا تجاوز مائة ألف دينار لا يجوز إثباته بالبيّنة.

وهذه القاعدة لا تطبّق على النزاع في متاع البيت، فمهما كانت قيمة المتاع المدّعى به لا تشترط الكتابة لإثباته، ولا بدّ هنا من إعادة النظر في هذه القاعدة حيث أصبح متاع البيت يقدر بالملايين، ومعنى إعادة النظر يحدّد المشرّع قيمة للمتاع لا يجوز إثباتها بالبيّنة ولو مع وجود المانع الأدبي.

هذا ولقد استمدّت القوانين الثلاثة قاعدة البيّنة كأساس لتحديد مالك المتاع من رأي جمهور الفقهاء.¹ المالكية والشافعية والحنابلة، فالقاعدة عندهم أنّ المتاع ملك لصاحب البيّنة وإن أقاما بيّنتين ترجّح بيّنة من يثبت خلاف الظاهر.²

ومعنى ذلك أنّ الزوجة إذا أقامت بيّنة على أنّ ما يصلح للرجال ملك لها رجّحت بيّنتها لمخالفتها الظاهر لأنّ الظاهر في هذه الحالة يشهد للزوج بمعنى أنّ ما يصلح للرجل هو ملك له في الظاهر.

وبالمقابل إذا أثبت الزوج أو المطلّق أنّ المصوغ ملك له، رجّحت بيّنته لأنّ الظاهر يشهد للمرأة، وهكذا.. وعليه، فإنّ قاعدة البيّنة هي الأصل في إثبات النزاع حول ملكيّة المتاع، فلا ينبغي تجاوزها إلى قواعد أخرى إلاّ في حالة العجز عن إقامتها.

¹ ابن جزري محمد بن احمد، القوانين الفقهية في تلخيص مذهب المالكية، تحقيق أ.د محمد بن سيدي محمد مولاي د.ط.د.ت.ص 353

² أبو زهرة، الأحوال الشخصية، د.ط. دار الفكر العربي - القاهرة 1950 ص 232

ولقد كانت قاعدة البيّنة كوسيلة لإثبات ملكية المتاع محلّ تطبيق في القضاء على مستوى الدول المغاربية الثلاثة الجزائر والمغرب وتونس، من خلال بعض القرارات منها "إنّ النزاع القائم بين الزوجين حول المصوغ الذي عجزت عن إثبات ملكيتها له بالكتابة سوى حيازتها لبعض الفاتورات دون تشكيل دليل كامل لملكيتها له كلّه فإنّه يجوز حسمه بوسيلة إثبات أخرى كاليمين المتمّمة، مادامت الفاتورات المذكورة تشكّل لصالح الزوجة قرينة جديرة التعزيز بهذه الوسيلة إلى جانب المصوغات التي تنسب عادة بالنظر إلى طبيعتها للمرأة.

والقضاة الذين استبعدوا طلب الزوجة الرامي إلى تثبيت ادّعاءها بالشهود، يكونون قد خالفوا أحكام المادة 335 من القانون المدني¹ التي تجيز في مقتضاها حسم النزاع بوسائل إثبات غير الكتابة ممّا يتعيّن معه نقض القرار.

ما يستخلص من القرار السابق أنّ الزوجة التي ادّعت ملكيتها لمصوغ لم تقدّم بشأنه سوى بعض الفاتورات وطلبت تثبيت ادّعاءها بشهادة الشهود، لكن قضاة الموضوع لم يستجيبوا لهذا الطلب، فاعتبرت المحكمة ذلك مخالفة لأحكام المادة 335 من القانون المدني.

وبعد التأمل في ما ذهبت إليه المحكمة العليا، نقول بأنها خالفت نصّ المادة 222 من قانون الأسرة عندما اعتمدت في نقضها للقرار على قواعد القانون المدني ولم تعتمد على القواعد الشرعية.

¹ تنصّ المادة 335 من القانون المدني الجزائري: "يجوز الإثبات بالشهود فيما كان يجب إثباته بالكتابة إذا وجد مبدأ ثبوت بالكتابة وكلّ كتابة تصدر من الخصم ويكون من شأنها أن تجعل وجود التصرف المدعى به قريب الاحتمال تعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة.

وكان على المحكمة العليا أن تؤسس نفضها للقرار على قاعدة "البينة على المدعى واليمين على من أنكر".

ومهما يكن، فإنّ قاعدة البينة كأساس لإثبات ملكية متاع البيت يعترضها كثير من الإشكالات بعضها يتعلّق بالشهود والشهادة على أشياء تعدّ أسرار البيوت التي لا يطلع عليها إلاّ من كان يعيش بداخلها وباستمرار.

وبسبب قصور البينة وتعذر إقامتها في كثير من نزاعات الأسرة، اجتهد فقهاء الشريعة في البحث عن قواعد بديلة عن قاعدة البينة، فاهتدوا إلى قاعدة طبيعة المتاع واستعماله وقاعدة الملكية المشتركة.

وسنلقي الضوء على هذه القواعد البديلة فيما يلي:

الفرع الثاني:

قاعدة الاستعمال كأساس لملكية المتاع

لقد اعتمدت القوانين الثلاثة قاعدة استعمال المتاع أساسا لملكيتها، فالمشرّع الجزائري اعتمدها في المادة 73 من قانون الأسرة بالنصّ التالي: "إذا وقع النزاع بين الزوجين أو ورثتهما في متاع البيت وليس لأحدهما بينة، فالقول للزوجة أو ورثتها مع اليمين في المعتاد للنساء، والقول للزوج أو ورثته مع اليمين في المعتاد للرجال...."¹

واعتمدها المشرّع المغربي في المادة 34 كما يلي: "كلّ ما أنت به الزوجة من جهاز وشوار يعتبر ملكا لها".

إذا وقع النزاع في باقي الأمتعة فالفصل فيه يخضع للقواعد العامة للإثبات.

¹ المادة 73 من قانون 11/84

غير أنّه إذا لم يكن لدى أيّ منهما بيّنة، فالقول للزوج بيمينه في المعتاد للرجال وللزوجة بيمينها في المعتاد للنساء....

أمّا المعتاد للرجال والنساء معا فيحلف كل منهما ويقتسمانه ما لم يرفض أحدهما اليمين ويحلف الآخر فيحكم له¹

أمّا المشرّع التونسي، فقد نصّ عليها في الفصل 26 من المجلّة بمايلي: "إذا اختلف الزوجان في متاع البيت ولا بيّنة لهما، فالقول للزوج بيمينه في المعتاد للرجال، وللزوجة بيمينها في المعتاد للنساء، وإن كان من البضائع التجارية فهو لمن يتعاطى التجارة منهما بيمينه". أمّا في المعتاد للرجال والنساء معا فيحلف فيه كلّ منهما ويقتسمانه.

وأضاف الفصل 27 من المجلّة قاعدة خاصّة بالورثة تضمنت ما يلي: "إذا مات أحد الزوجين ووقع النزاع في متاع البيت بين الحيّ و ورثة الميت كان حكم المورث حكم الوارث في الفصل المتقدّم"²

من خلال النصوص السابقة يتّضح لنا أنّ المشرّعين الثلاثة وضعوا قاعدة عقلانيّة يعتمد عليها القاضي في حلّ النزاعات القائمة بين الزوجين حول متاع البيت.³

¹ المادة 34 من المدوّنة المغربية.

² الفصل 26 من المجلّة التونسي.

³ بوخاتم أسية -الحقوق الماليّة للمرأة في القوانين المغاربية للأسرة (دراسة مقارنة) -رسالة مقدمة لنيل درجة دكتوراه

تحت إشراف أ.د تشوار جيلالي -جامعة أبو بكر بلقايد -كلية الحقوق والعلوم السياسية -لمسان 2015-2016 ص 421

لقد اتفقت النصوص القانونية السابقة على أنه إذا وقع النزاع بين الزوجين على متاع البيت، فالحكم فيه يكون على أساس قاعدة البيّنة، فإن تعذرت تطبق قاعدة استعمال المتاع، ومفادها أن يحكم بالمتاع للرجال أو للنساء حسب الاستعمال عرفاً، وهي قرينة بسيطة مضمونها ملكية كل من الزوجين لما يصلح له وهي قابلة لإثبات العكس.¹

ومع اتفاق القوانين الثلاثة على قاعدة الاستعمال في حلّ النزاع حول متاع البيت، لم تحدّد شروط تطبيقها تطبيقاً سليماً إذ يجب أن تتوافر لتطبيقها عدّة شروط بعضها يتعلّق بمعنى متاع البيت وبعضها يتعلّق بمكان وكيفية حلف اليمين.²

فمن شروط تطبيق القاعدة، أن يكون النزاع حل ملكية المتاع وليس حول وجوده، وأن يكون المتاع موجوداً بالفعل حتّى يتمكّن القاضي من رؤيته والتمييز بين ما يصلح للرجال وما يصلح للنساء وما هو المشترك بينهما، مع الإشارة هنا إلى أنّ القاضي لا يعتمد على رؤية المتاع فيكتفي فقط بالقوائم الموجودة بين يديه.

ومن شروط تطبيق القاعدة كذلك، أن يتعلّق النزاع بمتاع البيت وليس بنظام آخر مشابه له كالصداق أو الجهاز أو الأموال المشتركة، لأنّ هذه الأنظمة تحكمها قواعد خاصة بها.

هذا ويبقى التمييز بين هذه الأنظمة ومتاع البيت من صلاحيات القاضي.

محمد حسين منصور - النظام القانوني للأسرة في الشرائع الغير إسلامية - د.ط - دار الجامعية للنشر - ص 325 الإسكندرية 2003

بوجاني عبد الحكيم - إشكالات إنعقاد وإنحلال الزواج - مذكرة لنيل درجة الماجستير - تحت إشراف أ.د حميدو زكية²

جامعة أبو بكر بلقايد - كلية الحقوق والعلوم السياسية - تلمسان 2013-2014 ص 219

ومن شروط تطبيق القاعدة، أن لا يكون بيد أحد المتنازعين بيّنة لأنّ في حالة إقامة البيّنة يكون الحكم على أساسها.

والسؤال الذي يطرح هنا، ما هي المرجعية الفقهية لقاعدة الاستعمال؟

قبل التعرّض لقاعدة الاستعمال في الفقه الإسلامي لا بدّ من الإشارة إلى أنّ الفقهاء لم يعتمدوا في وضعها على نصوص قطعية، فكلّ ما توصلوا إليه قائم على آراء واجتهادات مستمدّة في معظمها من الأعراف والمبادئ العامة للشريعة الإسلامية ولذلك اختلفوا بشأنها اختلافا كبيرا وهذا ما نوضّحه فيما يلي.

من القواعد التي اعتمدها الفقهاء في فصل النزاع حول متاع البيت أنّه إذا وقع الاختلاف بشأنه بين الزوجين، تدّعي هي بأنه ملكها ويدّعي هو بأنه ملكهن وكان الاختلاف في حياتهما فما يصلح إلاّ للرجال كالكتب ونحوها فالقول فيه قول الزوج بيمينه، وما لا يصلح إلاّ للنساء كأدوات الزينة والخياطة فالقول فيه قول الزوجة بيمينها لأنّ الظاهر شاهد لها.¹

والمشتركات بينهما فقد اختلف فيها فقهاء المذهب الحنفي، فمنهم من قال بأنّها نصفان ما لم يكن لأحدهما بيّنة وقال آخرون القول قول المرأة.²

وذهب الشافعي إلى أنّ المتاع بينهما،³ سواء في ذلك ما يصلح لهما أو غيره، إلاّ إذا قام الدليل على خلافه.

¹ محمد أبو زهرة-المرجع السابق ص231

² المرجع نفسه، ص231 وانظر الكاسائي، أبو بكر بن مسعود ، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، الجزء 3 د.ط دار الكتب العلمية، لبنان د.ت ص 555

³ الكاسائي، المرجع نفسه، ص555 -الشافعي محمد بن إدريس الأم الجزء5، ط1، مكتبة الكليات

الأزهرية1961 ص96

وقال أبو حنيفة ومحمد إنّ القول قول الزوج في كلّ ما يصلح لهما، لأنّ المسكن مسكنه.¹

هذا إذا كان الاختلاف في حياتهما، وكذلك الحكم لا يختلف بعد وفاتهما إلاّ أنّ أبا حنيفة انفرد بالحالة التي يكون فيها النزاع بين ورثة الزوج مع الزوجة فقرّر أنّ الظاهر يكون شاهداً للمرأة لأنّها واضعة اليد.²

ومن القواعد المعتمدة في المذهب المالكي، أنّ الحكم يكون للمرأة في المعتاد للنساء كالحليّ والملابس بشرطين إنّ لم تكن في حيازته ولم تكن المرأة معروفة بالفقر وإلاّ فالقول له باليمين إلاّ ما يناسب جهازها.

عن سحنون، ما هو من متاع النساء للمرأة دون يمين وعن ابن القاسم، ما هو من متاع النساء للمرأة دون يمين وكذا للرجل فيما هو من متاع الرجال.³

وإن لم يكن في البيت إلاّ ما يناسب الرجال كالأسلحة وبيع النجارة أو معتادا لهما كالأواني فالقول له بيمين إلاّ أن يكون في حوزها الخاص بها أو يكون فقيراً فلا يقبل قوله ويكون القول لها.

وإن تنازعا في الصنعة كالغزل مثلاً وكانت صنعتها الغزل، فيكون القول قولها إلاّ أن يثبت أنّ الكتّان له فشريكان وإن اشترى الزوج متاعاً يصلح للنساء كالحليّ فادّعتة المرأة، وأنّه اشتراه لها من مالها، وادّعى هو أنّه اشتراه لنفسه من ماله حلف، وقضى

¹ حفصية دونية، المرجع السابق، ص74

الاسكندرية 2002² رمضان علي السيد الشرنباسي - أحكام الأسرة في الشريعة الإسلاميّة - د. ط - دار الجامعيّة ص801

³ محمّد بن عرفة، المختصر الفقهي (الجزء 4)، د. ط، مؤسسة خلف للأعمال الخيرية، دبي الإمارات العربيّة 2014

له به، فإن نكل حلفت وقضى لها به فإن اشتراه منها أو شهدت بيّنة أنه اشتراه لنفسه
قضى له به بلا يمين، وعكس هذه المسألة يقال في المرأة إذا اشترت ما شأنه
للرجال.¹

مما سبق يتبيّن أنّ الفقه الإسلامي بمذاهبه المختلفة متّفق على أنّ ملكية متاع البيت
تؤول لصاحب البيّنة ولا يعتدّ بطبيعة المتاع وصلاحيّاته للرجال أو النساء إلاّ في
حالة العجز عن إقامتها، إلاّ أنّ قاعدة البيّنة وكذلك قاعدة طبيعة المتاع لم تعد كلاهما
تواكب التطوّر الذي حصل في العلاقات المالية بين الزوجين، حيث أصبح متاع البيت
يقدر بمبالغ كبيرة.

هذا ولقد انفرد المذهب المالكي ببعض القواعد الخاصّة بالنزاع حول الصنعة داخل
الأسرة وهي قاعدة لو استثمرت من طرف الفقه المعاصر ورجال القانون يمكن أن
تضع حلولاً لكثير من الإشكالات التي تثار بشأن النزاع حول متاع البيت.

وهذا ما انتبه إليه المشرّع التونسي عندما اعتبر الحكم بالبضائع التجارية لمن يزاول
التجارة.

ومن القواعد الهامة قاعدة ملكيّة الأثاث على أساس الإرادة إذ يمكن للزوجة أن
تشرط على زوجها أن يكون لها ملكيّة أثاث بيت الزوجيّة في حالة ما إذا وقع
الطلاق.²

¹ الحبيب بن طاهر، الفقه المالكي وأدلّته (الجزء 3)، ط3، مؤسسة المعارف للطباعة والنشر، لبنان 2005

ص32 وانظر محمّد جمعة عبد الله، المرجع السابق: ص177

بوراق فتيحة -الإشتراط في عقد الزواج (دراسة مقارنة بين القانون الجزائري والقانون المغربي) -رسالة

²ماجستير -

الفرع الثالث:

مالك المتاع وفق قواعد الملكية المشتركة

ذكرنا فيما سبق أنّ قاعدة البيّنة في تحديد مالك المتاع لم تعد مجدية، وهو ما دفع بالفقهاء والمشرّعين إلى استحداث قواعد بديلة، هي قاعدة طبيعة المتاع وقاعدة الملكية المشتركة ولقد أخذت بقاعدة الملكية المشتركة للمتاع القوانين الثلاثة طبقاً للمادة 73 من قانون الأسرة الجزائري والمادة 34 من المدوّنة المغربية والفصل 26 من المجلة التونسية.

فالمادة 73 نصّت على ما يلي: "والمشتركات بينهما يقسمانه مع اليمين" ، وجاء في المادة 34 من المدوّنة: "أمّا المعتاد للرجال والنساء معا فيحلف كلّ منهما ويقسمانه". ونفس القاعدة نصّ عليها الفصل 26 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية كالتالي: "أمّا المعتاد للرجال والنساء معا فيحلف فيه كلّ منهما ويقسمانه".

تقضي قاعدة الملكية المشتركة في تحديد مالك المتاع المقرّرة بموجب النصوص السابقة أنّه في حالة النزاع حول متاع البيت وكان ممّا يصلح للرجال والنساء معا، وبعد استنفاد قاعدة البيّنة وقاعدة طبيعة المتاع، فإنّ القاضي يلجأ إلى قواعد القسمة.

وممّا يؤخذ على القوانين الثلاثة بالنسبة لقاعدة الملكية المشتركة، أنّها لم تنص على شروط تطبيقها، ولذلك ارتأينا أن نقف على هذه الشروط لأهمّيّتها، فمن شروط تطبيق القاعدة أن يكون المتاع مشتركا بين الرجال والنساء من حيث الاستعمال، كمتاع النوم

والأكل والتسليم كاللوحات الزيتية، ومن الشروط أيضا أن لا يكون بين يدي أحد المتنازعين بيّنة على ملكية المتاع المشترك وأن لا يقرّ أحدهما به للآخر.

ويرجع تحديد المتاع المشترك إلى السلطة التقديرية للقاضي بالاعتماد على القواعد العرفية والعادات والتقاليد، فما يعتبر متاعا مشتركا في بعض المناطق قد لا يكون كذلك في مناطق أخرى.

وبالنسبة للمرجعية الفقهية لقاعدة الملكية المشتركة فقد أخذها المشرعون في الدول الثلاثة من رأي ابن القاسم المالكي.¹

والذي يجعل المتاع المشترك بين الزوجين قسمة بينهما، أو بين ورثتهما بعد الوفاة بالتساوي مع اليمين خلافا لقول المالكية في المسألة حيث جعلوا المتاع المشترك ملكا للزوج وحده.

وتطبيقا لقاعدة الملكية المشتركة في القضاء، صدرت عدّة قرارات منها، قرار المحكمة العليا التالي: "من المقرر قانونا أنّ المشتراكات بين الزوجين في الأمتعة يقسمانها مع اليمين".

ومتى تبين في قضية الحال أنّ القرار المنتقد بشأن الأمتعة باستثناء جهاز التلفاز والمقياس الزمني والراديو، لأنها لم تقدّم بشأنها أي دليل رغم أنّها تعتبر من الأمتعة المشتركة قد خالف أحكام المادة 2/73 من قانون الأسرة، مما يستوجب نقض القرار المطعون فيه جزئياً.

وجاء في قرار آخر لنفس المحكمة ما يلي: "يتقاسم الزوجان في حالة النزاع الأثاث المشترك بينهما مع توجيه اليمين".

¹ بن الشيخ آث ملويا، المرجع السابق، ص 572

الفرع الرابع:

قاعدة افتراض ملكية المتاع:

لم يساير قضاء المحكمة العليا قانون الأسرة لجزائري بالنسبة لقواعد النزاع في متاع البيت في حالة المتاع المشترك، فجاءت قراراته متّسمة بالتناقض والاضطراب، فأحيانا يجعل المتاع المشترك بين الزوجين فسمة بينهما مع اليمين وأحيانا يفترض ملكيتها للزوج وهذا ما يتجلّى في ما يلي من القرارات.

"من المقررة قانونا أنّ المشتركات بين الزوجين في الأمتعة يقسمانها مع اليمين".

ومتى تبين في قضية الحال أنّ القرار المنتقد بشأن الأمتعة باستثناء جهاز التلفاز والمقياس الزمني والراديو لأنها لم تقدّم بشأنها أيّ دليل رغم أنها تعتبر من الأمتعة المشتركة قد خالف أحكام المادة 2/73 من قانون الأسرة، مما يستوجب نقض القرار المطعون فيه جزئياً¹

وجاء في قرار آخر ما يلي: "من المقررّ شرعا وقانونا أنّ أثاث البيت مبدئياً هو ملك للزوج وعلى الزوجة أن تثبت عكس ذلك"²

وورد في قرار آخر: "من المستقرّ قضاء وشرعا أنّ أثاث البيت المخصّص للاستعمال الثنائي بين الزوجين يعتبر ملكا للزوج ما لم تثبت الزوجة بالبيّنة أنّ ذلك ملك لها"³.

¹ م.ع.غ.أ.ش، 1998/04/21، ملف رقم 189245 إ.ق.غ.أ.ش، عدد خاص، ص242

² م.ع.غ.أ.ش، 1987/12/07، ملف رقم 44858، م.ق، 1990، عدد4، ص50

³ م.ع.غ.أ.ش، 1989/01/16، ملف رقم 52212 م.ق، 1991 عدد3، ص55

من خلال القرارات السابقة لا يمكن الجزم بموقف المحكمة العليا من قاعدة المتاع المشترك بين الزوجين، ففي القرار الأول استندت المحكمة في نقض قرار المجلس على مخالفة المادة 2/73 وفي القرارين الثاني والثالث اعتبرت الشركات ملكا للزوج مبدئيًا ما لم تثبت الزوجة أنها ملك لها.

ومن هنا يظهر التناقض جليًا في ما ذهبت إليه المحكمة العليا بشأن النزاع حول الأثاث المشترك، ولعلّ السبب في هذا الاضطراب يرجع إلى خلوّ قانون الأسرة من القواعد الموضوعية الخاصة بملكية متاع البيت، وقد يرجع إلى اختلاف الفقهاء بشأنها.

إنّ ما ذهبت إليه المحكمة العليا في القرارين السابقين يتعارض بالكلية مع المادة 73 من قانون الأسرة والقواعد التي تضمّنتها، أعني قاعدة البيّنة وقاعدة طبيعة المتاع وقاعدة الملكية المشتركة.

فبالنسبة لمعارضته قاعدة البيّنة، أنّ المادة 73 تطالب كلا الزوجين بإثبات ملكية المتاع مهما كانت طبيعته سواء أكان ممّا يصلح للرجال أو للنساء أو لهما جميعاً، في حين اعتبرت المحكمة العليا المتاع المشترك ملكا للزوج ووضعت عبء الإثبات على عاتق الزوجة.

وبالنسبة لمعارضته لقاعدة طبيعة المتاع أنّ هذه القاعدة تجعل المتاع المخصّص للرجال فقط ملكا للزوج مع اليمين وليس المتاع المشترك .

م.ع.غ.أ.ش، 2002/03/13، ملف رقم 277411 م.م.ع 2004، عدد2، ص359

م.ع.غ.أ.ش، 1997/06/10، ملف رقم 163381 إ.ق.غ.أ.ش، ص239

م.ع.غ.أ.ش، 1999/03/16، ملف رقم 216836 إ.ق.غ.أ.ش، ص245

أما معارضته لقاعدة الملكية المشتركة فتكمن في أنّ هذه القاعدة تجعل المتاع المشترك مناصفة بين الزوجين وليس ملكا للزوج.

والخلاصة أنّ قرار المحكمة الذي اعتبر المتاع المشترك ملكا للزوج لا يستند إلى قاعدة قانونية في قانون الأسرة ولا إلى القاعدة مجمع عليها في الفقه الإسلامي بل إلى العرف السائد والمبادئ القانونية التي توجب النفقة على الزوج، والنفقة تشمل السكن ومستلزماته.

المبحث الثاني:

النزاع حول وجود متاع البيت

لم يضع المشرع الجزائري ولا التونسي في المجلّة قواعد للنزاع حول وجود متاع البيت.

ولقد تبين فيما سبق، أنّ المادة 73 من قانون الأسرة والفصل 26 من المجلّة التونسية لا يمكن إعمالهما إلاّ إذا كان النزاع متعلّقاً بملكية المتاع.

وخلافاً للمشرّعين الجزائري والتونسي، فإنّ المادة 34 من المدوّنة المغربية تضمّنت قاعدة يمكن تطبيقها سواء تعلّق النزاع بملكية المتاع أو بوجوده.

وأمام سكوت قانون الأسرة والمجلّة التونسية عن قواعد النزاع حول وجود المتاع، فلا مناص من اللجوء إلى القاعد العامّة في إثباته، ومنها قاعدة البيّنة على المدّعي واليمين على من أنكر.

وفيما يلي نسلّط الضوء على هذه القاعدة من حيث المضمون (مطلب أوّل) والتطبيقات القضائية لها (مطلب ثان).

المطلب الأوّل:

مضمون قاعدة البيّنة على المدّعي واليمين على من أنكر

لتحديد مضمون قاعدة البيّنة على المدّعي واليمين على من أنكر لابدّ من الوقوف على مفهوم البيّنة على المدّعي في فرع أوّل ثمّ اليمين على من أنكر في فرع آخر.

الفرع الأول:

مفهوم البيّنة على المدّعي

البيّنة في الاصطلاح شهادة الشهود باعتبار أنّها أقوى من غيرها في إظهار الحقّ وإثباته، علماً بأنّ البيّنة هي كلّ ما يبيّن الحقّ، فلا يقتصر مفهومها على الشهادة، وهذا المفهوم الموسّع للبيّنة هو ما تفسّر القاعدة على ضوءه.

ولقد بيّنا فيما سبق أنّ مفهوم البيّنة في قانون الأسرة يختلف عن مفهومها المدني، فإذا كان القانون المدني يشترط في الإثبات بالبيّنة أن لا يزيد المبلغ المتنازع فيه عن مائة ألف دينار فإنّ هذا الشرط ينتفي إذا تعلّق الأمر بالنزاع حول متاع البيت، فمهما كانت قيمة المتاع المختلف فيه، يجوز إثباته بشهادة الشهود أو بأيّ بيّنة أخرى كالفواتير والوثائق العرفية، أو حتى العقود الرسمية إن وجدت.

أمّا المدّعي، فهو الشخص الذي يزعم أنّ له حقّاً في ذمّة شخص آخر. وبهذا الادّعاء يعتبر الطرف الضعيف في النزاع ولذلك يحتاج إلى بيّنة تقويّ جانبه.¹

والمدّعي في النزاع حول متاع البيت قد يكون الزوج أو الزوجة، أو المطلّق أو المطلّقة أو ورثتهما بعد الوفاة، والقاعدة هنا أنّ المدّعي هو من يدّعي خلاف الظاهر ولذلك يصعب تحديده، فتحديد وتمييز المدّعي من المنكر عقبة أمام القاضي يعتبر تجاوزها خطوة هامّة نحو فكّ النزاع.

ومثال ذلك، أن يدّعي المطلّق أنّ مطلقته أخذت كلّ ما في بيت الزوجية من متاع، فالظاهر أنّ المتاع باق في مكانه والإنسان بريء حتّى تثبت إدانته، ومن قواعد

¹ عماد محمد فوزي ملوحيّة - القواعد الإجرائيّة في الشريعة الإسلاميّة - دراسة تطبيقية على قاعدة البيّنة على من ادّعى واليمين على من أنكر - دار الجامعة الجديدة للنشر - د. ط - الإسكندرية 2009 ص 130

المشهوره بقاء الشيء على ما كان عليه، وقد تكون المطلّقة هي المدّعية إذا زعمت أنّ مطلقها أخلى البيت من كلّ ما كان فيه من متاع.

وأصل القاعدة قوله صلى الله عليه وسلّم: "لو يعطى الناس بدعواهم لادّعى ناس دماء رجال، وأموالهم ولكن اليمين على المدّعى عليه".¹

ومن القواعد المتفرّعة عن القاعدة "الثابت بالبرهان كالثابت بالعيان" ومعناها أنّ البيّنة الشخصية العادلة كالثابت بالعيان وهو المشاهدة، فكما أنّ الأمر المشاهد بحاسّة البصر لا يسع الإنسان مخالفته فكذلك ما يثبت بالبيّنة المزكاة لا يصوغ مخالفته.

الفرع الثاني:

قاعدة اليمين على من أنكر

وأما الشق الثاني من القاعدة وهو اليمين على من أنكر، والمنكر هو الطرف الأقوى في العلاقة لأنّه يتمسك بقاعدة الأصل براءة الذمّة أيّ خلوّها من أيّ حقّ للغير، ولذلك اكتفي منه بالحلف عند عجز المدّعي إثبات ما يدّعيه.

اليمين في القانون المدني نوعان، اليمين الحاسمة وهي التي يوجّهها أحد الخصمين إلى الآخر حسماً للنزاع وهي التي نصّ عليها الفصل من 492 من المجلّة التونسية.

واليمين المتمّمة هي التي يوجّهها القاضي من تلقاء نفسه إلى أحد الخصمين الذي قدّم للمحكمة أدلّة غير كافية.² وعليه، فإنّ اليمين الحاسمة تختلف عن اليمين المقرّرة في القاعدة "البيّنة على المدّعي واليمين على من أنكر" وإن كانت تشبهها في جانب مهمّ

¹ رواه مسلم في صحيحه.

² محمد علي التقرتي - في قسمة متاع البيت بين الزوجين المتخاصمين في القانون التونسي - مقال منشور بموقع

<http://www.ruedemalte.com>

وهو أنها تحسم النزاع، إلا أنها تختلف عنها في أنّ هذه اليمين لا يوجّهها الخصم، كما لا يوجّهها القاضي للطرف الذي يختاره كما هو الشأن في اليمين المتممة. وتختلف كذلك عن اليمين المتممة لأنّ الشروط الخاصة بها لا تنطبق على اليمين الخاصة بالأمتعة¹ وأنها لا توجّه تكملة لدليل ناقص وإنما تكملة للنصاب الشرعي فهي يمين شرعية.²

وفي القانون التونسي ما يسمّى بيمين الاستيفاء وهي تشبه اليمين المتممة وقد أخذ بها القضاء التونسي في النزاع حول متاع البيت فقد جاء في قرار محكمة التعقيب أنّ النزاع المتعلّق بالعارفة التي استولى عليها الزوج أمر يقع إثباته بجميع وسائل الإثبات في صورة تعذر إثبات ذلك كتابة عملاً بأحكام الفقرة الأخيرة من الفصل 478 من مجلة الالتزامات والعقود "يمكن للمحكمة اعتماد بيّنة المعقّب ضدّها وتعزيزها بأداء اليمين الاستفائية وهي يمين قانونية يمكن اللجوء إليها في صورة الخلاف بين الزوجين حول العارفة."³ مع الإشارة هنا إلى أنّ المجلة التونسية أحالت في النزاع حول متاع البيت على قواعد الإثبات المدني، وهذا خلافاً لقانون الأسرة الجزائري الذي أحال في حالة عدم وجود النصّ على أحكام الشريعة الإسلامية طبقاً للمادة 222 منه ومع ذلك وجدنا القضاء الجزائري في كثير من القرارات يعتمد قواعد الإثبات المدني في النزاع حول الصداق ومتاع البيت.

¹ عبد الفتاح تقيّة-المرجع السابق، ص

عبد الرحيم بن نجي-اليمين في التشريع المغربي ومجال أعمالها في القضايا الأسرية- مقال منشور بمجلة والأعمال

² القانون <http://www.droitentreprise.com>

³ محمد علي النقرتي-المرجع السابق

المطلب الثاني:

مبادئ القضاء في النزاع حول وجود المتاع

لقد استقرّ القضاء في الدول المغاربية الثلاثة على مجموعة من المبادئ بعضها يتعلّق بالبيّنة كوسيلة لإثبات النزاع حول متاع البيت وبعضها يرتبط باليمين، وهذا ما نتناوله في فرعين، نخصّص الفرع الأوّل لموقف القضاء من إثبات النزاع حول وجود المتاع بالبيّنة والآخر ندرس فيه التطبيقات القضائية لقاعدة اليمين على من أنكر في النزاع حول وجد المتاع.

الفرع الأوّل:

إثبات النزاع حول وجود المتاع على ضوء القضاء

لقد استقرّ القضاء في الدول المغاربية على تطبيق قاعدة البيّنة على المدّعي واليمين على من أنكر في النزاع حول وجود المتاع، يتجلى ذلك في عدّة قرارات منها ما يلي:

" من المقررّ قانوناً أنه في حالة إنكار وجود المتاع المطالب به عند أحد الزوجين تطبّق القاعدة في الإثبات "البيّنة على من ادّعى واليمين على من أنكر".

ومتى تبيّن في قضية الحال أنّ المدّعي عليه أنكر وجود الأمتعة المطالب بها، فإنّ قضاة الموضوع لمّا قضوا برفض الدعوى في الحال دون تطبيق القاعدة العامّة في الإثبات بتوجيه اليمين للمدّعي عليه خالفوا القانون وعرضوا قرارهم لانعدام الأساس.

ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه.¹

¹ م.ع.غ.أ.ش، 1999/03/16، ملف رقم 216836 إ.ق.غ.أ.ش، عدد خاص ص 245

الزوج ينكر وجوده ولم تثبت المدّعية ذلك فإنّ الواجب هو تطبيق القاعدة " البيّنة على المدّعي واليمين على من أنكر"¹

وجاء في قرار آخر ما يلي: "لما كان المدّعي عليه قد أبدى استعداداه لتمكين مطلقته من الأشياء المثبتة في رسم بيت الزوجية دون غيرها مما جاء في المقال، فقد كان على المحكمة أن تقارن ما جاء في هذا الرسم مع ما جاء في مقال الدعوى وتكلف المدّعية بالبيّنة عمّا هو زائد، تكون المحكمة قد قلبت عبء الإثبات حين قضت عليه بتمكين مطلقته بجميع الأشياء التي تدّعي بها بعلّة أنّه لم يحدّد الأثاث والحليّ التي لم يشملها رسم الزوجية واستخلصت عن خطأ أنّ ذلك يعدّ إقرارا لها بها."²

يتجلى من خلال قراري المجلس الأعلى المغربي السابقين أنّ المبدأ في إثبات النزاع حول وجود المتاع يتجسّد في تطبيق القاعدة العامّة.

لم يميّز القضاء الجزائري بين اليمين المتمّمة المنصوص عليها في القانون المدني واليمين المقرّرة بموجب قاعدة البيّنة على المدّعي واليمين على من أنكر، فقد ذهبت المحكمة العليا في إحدى قراراتها أنّ اليمين في النزاع حول متاع البيت يمين شرعية لا يتوقّف أداءها على طلب الخصم.³

وجاء في بعض حيثيات قرار آخر للمحكمة العليا ما يلي: "إنّ المطعون ضدها قد وجّه لها القاضي الأوّل تأدية اليمين طبقا للمادة 73 المذكورة على أنّها تركت ببيت

¹ قرار صادر عن م.أ.م بتاريخ 16/6/87 في الملف عدد 85/6628 منشور بمجلة المحاماة عدد 28

ص 86 وما يليها.

² م.أ.م، بتاريخ 29/9/87 عدد 100 في الملف العقاري، عدد 85/5713 منشور بمجلة قضاء المجلس

الأعلى عدد 41، ص 139 وما يليها.

³ م.ع.غ.أ.ش بتاريخ 25/01/1982 ملف رقم 265445، ن.ق.1982 عدد خاص، ص 243

الزوجية أثنائها ومصوغها قد امتنعت عن تأدية اليمين الموجهة لها وذلك يعتبر نكولا منها، وأنّ المادة 347 من القانون المدني تعتبر الناكل الخاسر لدعواه، وهو مبدأ عام يشمل اليمين الحاسمة والمتممة المنصوص عليها في المادة 348 من القانون المدني وأنّ اليمين بمعنى المادة 73 من قانون الأسرة هي يمين متممة¹

وإلى جانب هذا الخلط حول تحديد طبيعة اليمين المعتمدة في النزاع حول متاع البيت، فذاك خلط آخر وقع فيه القضاء الجزائري بين قواعد اليمين المدنية واليمين الواردة في قاعدة البيّنة على المدّعي... يظهر في القرار التالي: "حيث أنّه بعد الاطلاع على ملف القضية يتبيّن أنّ الحكم المستأنف المؤيّد بالقرار المطعون فيه وجّه اليمين الحاسمة للزوجة المطلقة مع أنّ هذه اليمين لا توجّه أصلا من طرف القضاة بل من قبل الأطراف الذين يعينهم حسم النزاع.

من خلال الحكم المستأنف يتبيّن أنّ الزوج لم يطالب بتوجيه اليمين الحاسمة للزوجة، بل طالب بأن توجّه إليه اليمين على عدم ترك المطلقة لديه الأمتعة التي تطالب بها، معترفا بقائمة قدّمها هو وأبدى استعداد له لردّها ما ورد فيها إلى مطلقته على أن يؤدي اليمين حول عدم ترك غيرها من الأمتعة من طرف الزوجة لديه، فاعتبار قضاة الموضوع التي وجهوها للزوجة في الإثبات أيّ البيّنة على المدّعي واليمين على من أنكر.

ونفس المبادئ تجلّت في قرارات محكمة التعقيب التونسية منها ما يلي: "إنّ دعوى استحقاق العارفة تستلزم إثبات ملكية أصول تلك العارفة في جانب القائم بها كما أنّ

¹ م.ع.غ.أش بتاريخ 14/04/1992 ملف رقم 81850، إ.ق.غ.أش عدد خاص، ص 230

الإدعاء بحصول الاستيلاء عليها يستوجب التأييد بإحدى وسائل الإثبات كالبيّنة واليمين"

وكخلاصة، نقول بأنّ القضاء في الدول الثلاثة مستقرّ على أنّ إثبات النزاع حول وجود المتاع يكون وفق القاعدة العامّة في الإثبات وهي البيّنة على المدّعي واليمين على من أنكر مع الإشارة إلى أنّ القانونين الجزائري والتونسي لم ينصا على هذه القاعدة خلافاً للمشرّع المغربي.

وبسبب عدم وجود قواعد تحدّد تطبيق قاعدة البيّنة على المدّعي واليمين على من أنكر في المنازعات الأسرية وقعت بعض الاضطرابات والإشكالات في أعمال هذه القاعدة منها عدم التمييز بين اليمين الواردة فيها واليمين المدنية من جهة والخلط بين القاعدة والمادة 73 من جهة أخرى.

يمينا حاسمة يعدّ خرقاً لأحكام المادة 343 من القانون المدني التي تنظّم هذه اليمين، كما أنّ اعتبارهم اليمين الموجهة لها تطبيقاً لأحكام المادة 73 من قانون الأسرة يعدّ خطأ في تطبيق هذه المادة، ممّا يدعو إلى نقض القرار المطعون فيه.

يظهر من خلال القرار السابق أنّ التعامل مع قواعد اليمين في النزاع حول متاع البيت لم يتطابق مع قاعدة البيّنة على المدّعي واليمين على من أنكر وليس اليمين الحاسمة ولا اليمين الواردة في المادة 73 من قانون الأسرة.

وعليه نقترح تعديل المادة 73 من قانون الأسرة على النحو التالي: "إذا وقع النزاع حول ملكية متاع البيت وليس لأي من الأطراف بيّنة، فالقول للزوجة أو ورثتها مع اليمين في المعتاد للنساء والقول للزوج أو ورثته مع اليمين في المعتاد للرجال، وإذا

كان من البضائع التجارية أو أدوات الحرفة فالقول فيه مع اليمين لمن يمارس التجارة أو الحرفة منهما. والمشتركات يقسمانها مع مناصفة مع اليمين.

المادة 73 مكرر: "إذا وقع النزاع حول وجود المتاع فالفصل فيه يخضع لقاعدة البيّنة على المدّعي واليمين على من أنكر.

المبحث الثاني:

قواعد الاختلاف في الأموال المشتركة

لقد سبق تعريف الأموال المشتركة بين الزوجين بأنّها مجموعة الأحكام التي تنظّم العلاقات المالية بين الزوجين خلال فترة الزوّاج وبعده.

وممّ لا شكّ فيه، أنّ هذا النظام يثير عدّة إشكالات ولاسيما في حالة النزاع من حيث القواعد التي تحكمه في شقّه الموضوعي والإجرائي.

ولقد استحدثت القوانين المغربية الثلاثة بعض القواعد الموضوعية، نظّمت من خلالها جانبا من العلاقات المالية بين الزوجين دون أن تضع القواعد الإجرائية الخاصة بتطبيقها في حالة النزاع وأحالت بشأنه على القاعد العامّة.

وسنعالج هذه القواعد من حيث الموضوع في مطلب أوّل ثمّ القواعد الإجرائية العامّة في مطلب آخر.

المطلب الأوّل:

القاعدة والاستثناء في الأموال المشتركة

القاعدة المشتركة بين القوانين المغربية الثلاثة أنّ لكلّ واحد من الزوجين ذمّة مستقلة.

بعدما اتفقت القوانين الثلاثة على استقلالية الذمّة للزوجين، وضعت استثناء على هذه القاعدة يتضمّن جواز الاتفاق على الأموال المشتركة، مع الإشارة على أنّها اختلفت فيما بينها حول بعض الأحكام المتعلقة بهذا الاستثناء، وعليه سندرس القاعدة في فرع والاستثناء في فرع آخر.

الفرع الأول:

استقلالية ذمة الزوجين في القوانين المغربية

في القوانين المغربية الثلاثة، ليس لأحد من الزوجين ولاية على أموال الآخر، فكلّ ذمته المستقلة.

ولقد تقررت هذه القاعدة بموجب الفقرة الأولى من المادة 37 من قانون الأسرة التي نصت على أنه " لكلّ من الزوجين ذمة مالية مستقلة عن ذمة الآخر" وبموجب الفقرة الأولى من المادة 49 من مدونة الأسرة المغربية التي نصت على نفس القاعدة وبنفس الصياغة.

أمّا في المجلة التونسية، فقد اختلفت القاعدة من حيث الصياغة حيث ورد في الفقرة الأولى من الفصل 24 من هذه المجلة أن لا ولاية للزوج على أموال زوجته الخاصة بها.

لقد تضمّنت النصوص السابقة مجموعة من القواعد الموضوعية كرّست مبدأ الاستقلال النظري للذمة المالية لكلّ واحد من الزوجين، ولقد اتفق المشرعان الجزائري والمغربي على القاعدة شكلا ومضمونا، بينما خالفهما المشرع التونسي فيها من حيث الصياغة، فنصّ على أن لا يكون للزوج ولاية على أموال زوجته الخاصة بها، وفي هذا تكريس لمبدأ الاستقلالية بطريقة ضمنية.

ويترتب على قاعدة الاستقلالية في القوانين المغربية، أنّ لكلّ من الزوجين كافة السلطات على أمواله دون رقابة لأحدهما على الآخر، فلا يحقّ للزوج أن يأخذ شيئا من مال زوجته قلّ أو كثر، كما أنه لا يجوز له أن يمنعها من التصرف في

أموالها¹، والعكس بالعكس فلا ولاية للزوجة على أموال زوجها إلا في حدود ما أوجبه القانون و الشرع لها كالنفقة والمسكن والصداق...

وفي هذا الصدد يقول الله تعالى: "وَإِنْ أَرَدْتُمْ اسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَكَانَ زَوْجٍ وَأَنْتُمْ إِحْدَاهُنَّ قِنطَارًا فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا أَتَأْخُذُونَهُ بُهْتَانًا وَإِثْمًا مُبِينًا"²

وقال تعالى: "وَلَا تَتَمَنَّوْا مَا فَضَّلَ اللَّهُ بِعِضْكُمْ عَلَى بَعْضٍ، لِلرِّجَالِ نَصِيبٌ مِمَّا كَتَبْنَا وَلِلنِّسَاءِ نَصِيبٌ مِمَّا كَتَبْنَا"³

ولقد استمدت القوانين الثلاثة قاعدة استقلالية الذمة المالية للزوجين من إجماع الفقهاء، حيث أنهم اتفقوا على أن لا سلطان لأموال زوج على أموال الآخر، ومن أهم ما توصلوا إليه بهذا الشأن أن لكل شخص ذمة مالية مستقلة عن ذمة الآخر، تخوله حرية التصرف في أمواله دون التوقف على إذن وإرادة الآخر سواء أكان هذا التصرف تبرعا كالهبة والوصية أو معاوضة كالبيع والشراء، وهذه من القواعد المقررة عند الجمهور من الحنفية والشافعية والحنابلة.

ومن المستحب ومتطلبات المعاشرة بالمعروف أن تستأذن الزوجة لأن هذا ما يطيب خاطر الزوج⁴ ويجنب الحياة الزوجية الكثير من النزاعات

ومن القواعد أيضا أن يلتزم كل من الزوجين بوفاء الديون المترتبة بذمته دون أن يؤثر الزواج في ذلك.¹

¹ بلحاج العربي، المرجع السابق، ص153

² سورة النساء الآية20

³ سورة النساء الآية 32

⁴ مهداوي حسين -دراسة نقدية للتعديلات الواردة على قانون الأسرة في مسائل الزواج وآثاره -شهادة ماجستير في قانون الأسرة تحت إشراف أ.د تشوار جيلالي -جامعة أبو بكر بلقايد -كلية الحقوق -تلمسان 2009-2010

وعليه، وطبقا لقواعد الشريعة تظلّ المرأة سيّدة أموالها والمالكة الوحيدة لكلّ ما كانت تملكه قبل الزواج ولكلّ ما يؤول إليها بعده من مال منقول أو عقار وهذا ما انفقت عليه القوانين المغربية الثلاثة والتي جاءت منسجمة مع موقف جمهور الفقهاء بهذا الشأن.

ولا بدّ أن نشير هنا إلى أن المالكية والحنابلة خالفوا جمهور الفقهاء وقيدوا تبرّعات الزوجة إذا تجاوزت ثلث أموالها بإذن الزوج، وهذا الاستثناء لم تأخذ به القوانين الثلاثة.

وبالنسبة لقاعدة استقلالية الذمّة في القضاء، فقد تجلّت في عدّة أحكام قضائية منها الحكم الصادر عن المحكمة الابتدائية بالدار البيضاء الذي جاء فيه ما يلي: "الأصل هو أنّ لكلّ واحد من الزوجين ذمّة مستقلة عن ذمّة الآخر."²

وجاء في حكم آخر ما يلي: "لكلّ من الزوجين ذمّة مالية المستقلة عن ذمّة الآخر، واقتسام أيّ استثمار أو توزيع أيّة أموال مكتسبة أثناء قيام الزوجية، يتطلّب قيام اتفاق بين الزوجين على توزيعهما عند المفارقة"³

إنّ الحكم السابق بعدما كرّس مبدأ استقلالية الذمّة المالية للزوجين، اشترط أن لا يتمّ اقتسام أو توزيع أيّة أموال إلاّ بناء على اتفاق وفي هذا تأكيد للقاعدة.

¹ دنوني هجيرة، النظام المالي للزوجين في التشريع الجزائري، المجلّة الجزائرية، 1994، العدد 1 ص 168 وما يليها

² حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بالدار البيضاء 06/04/24 تحت عدد 4478 في الملف عدد 04/685 منشور بمجلّة محاكمة، عدد 6، ص 305 وما يليها.

³ حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بالدار البيضاء 07/03/28 تحت عدد 1288 في الملف عدد 108، منشور بمجلّة المحاكم المغربية ص 147 وما يليها عدد 04/5887.

الفرع الثاني:

الاستثناء على قاعدة استقلالية الذمة

إذا كانت استقلالية الذمّتين وفي مقدّمها ذمّة الزوجة هي أبرز قواعد الشريعة الإسلامية والمشرّع الأسري¹، فإنّ

القوانين المغاربية قد وضعت استثناء على هذه القاعدة يسمح للزوجين بتخصيص جزء من أموالهما لإدارة شؤون الأسرة في شكل عقد أو اتفاق بينهما.

وهذا ما ورد في الفقرة الثانية من المادة 37 من قانون الأسرة حيث نصّت على ما يلي: ".....على أنه يجوز للزوجين أن يتّفقا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق حول الأموال المشتركة بينهما التي يكتسبانها خلال الحياة الزوجية، وتحديد النسب التي تؤول إلى كلّ واحد منهما"² وهذا يعتبر من المستجدات في قانون الأسرة الجزائري المعدّل.³

وهذه القاعدة نصّت عليها المادة 49 من المدوّنة المغربية بما يلي: "غير أنه يجوز لهما في إطار تدبير الأموال التي ستكتسب أثناء قيام الزوجية الاتفاق على استثمارها وتوزيعها."

¹ بوكايس سمّية - المساواة بين الجنسين في قانون الأسرة الجزائري في ضوء اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة - رسالة ماجستير تحت إشراف أ.د. تشوار جيلالي - جامعة أبو بكر بلقايد - كلية الحقوق والعلوم السياسية - تلمسان 2013-2014 ص 83

² المادة 37 من القانون 11/84 المعدل والمتمم بالأمر 02/05 /المرجع السابق

³ وحياني جيلالي - مظاهر المساواة بين الزوجين في قانون الأسرة الجزائري على ضوء الاتفاقات الدولية - شهادة ماجستير تحت إشراف أ.د. دنوني هجيرة - كلية الحقوق - جامعة أبو بكر بلقايد - تلمسان 2008-2009

يضمّن هذا الاتفاق في وثيقة مستقلة في عقد الزواج¹، يقوم العدلان بإشعار الطرفين عند زواجهما بالأحكام السالفة الذكر.

إذا لم يكن هناك اتفاق، فيرجع للقواعد العامة للإثبات مع مراعاة عمل كل واحد من الزوجين وما قدّمه من مجهودات وما تحمله من أعباء لتنمية أموال الأسرة² أما المشرّع التونسي، فلم ينصّ صراحة على الاستثناء، ولكن بالرجوع إلى الفصل 23 من المجلة يمكن القول بأنه أخذ به حيث أوجب فيه على الزوجين التعاون على تسيير شؤون الأسرة.³

وعليه، فإنّ الاستثناء الوارد على قاعدة استقلالية الذمة في القوانين المغاربية يتضمّن آلية لتدبير الأموال المكتسبة أثناء الحياة الزوجية لا قبلها ولا بعدها، ومثال ذلك أن يتزوَّج طبيب مع طبيبة، فيتفقان على أنّ مدخول أحدهما ينفق في الشؤون المعيشية للعائلة، ومدخول الثاني يستثمر في مجال تجاري ما أو في غيره، ويشترط أن يتم ذلك في إطار عقد الاشتراك المالي وهو عبارة عن اتفاق اختياري رسمي يحدد فيه كلّ من الزوجين مقدار ما يريده في الذمة المالية المشتركة بينهما والنسب التي تؤول إليه منها في حالة النزاع وكيفية التصرف فيها.⁴

¹ EDUGE Rude Antioiane –le mariage et le divorce dans le code marocain de la famille.
Le nouveau droit à légalité entre l'homme et la femme [HTTPS:// JOURNAL OPEN
EDITION ORG](https://journalopenedition.org)

² المادة 49 من المدونة المغربية/المرجع السابق

³ الفصل 3/23: "وبالتعاون على تسيير شؤون الأسرة وحسن تربية الأبناء وتصريف شؤونهم بما في ذلك التعليم والسفر والمعاملات المالية.

⁴ عيدوني عبد الحميد ----- رسالة ماجستير تحت إشراف أ.د حميدو زكية -جامعة أبو بكر بلقايد -

كلية الحقوق والعلوم السياسية -تلمسان 2013-2014 ص 85

أما الأموال الطارئة التي لا علاقة لها بالعقد المتعلق بالتدبير المالي للزوجين مثل أموال الإرث أو الوصية والهبة، فتبقى خاضعة لقاعدة الاستقلالية.

مع العلم أنّ الاتفاق على تدبير وتسيير الأموال المكتسبة لا صلة لها بالنظام العام، بحيث يمكن الاتفاق على ما يخالفه بإدخال هذه الأموال في إطار التدبير المالي المشترك.

والجدير بالذكر، أنّ قواعد النظام المالي في القانونين الجزائري المغربي لا تفرض نظاما معينا على المقبلين على الزواج، بل تركت لهما الحرية في اختيار العلاقات المالية التي تناسب مصالحهما.

ومع اتفاق المشرعين في الدول الثلاث على الاستثناء فقد اختلفوا في بعض أحكامه التفصيلية، فبالنسبة للمشرع الجزائري أجاز أن يكون الاتفاق مقترنا بعقد الزواج أو في عقد لاحق له، بينما اشترط المشرع المغربي أن يفرغ في وثيقة مستقلة، كما أنّ المشرع المغربي خالف الجزائري في الحالة التي لم يتم فيها الاتفاق على الأموال المشتركة والتي أحال فيها في حالة النزاع على القواعد العامة في الإثبات وهذه الحالة لم ينصّ عليها المشرع الجزائري في قانون الأسرة.

أما أوجه الشبه بين قانون الأسرة والمدونة المغربية فتتمثل في تحديد الأموال التي تكون محلّ اتفاق بين الزوجين وحصرها في الأموال التي تكتسب أثناء الحياة الزوجية.

وعلى أساس الأحكام التي انفرد بها المشرع المغربي بخصوص الاتفاق على الأموال المشتركة، يمكن القول بأنّ المادة 49 من المدونة توفر أكثر حماية لأموال الزوجين،

ولاسيما الفقرة الثالثة منها التي تلزم العدلين بإشعار الطرفين بأحكام الاتفاق وخطورته.

ومم ينبغي ملاحظته، أنّ قوانين الأسرة في البلدان المغاربية، بل في الدول العربية والإسلامية قاطبة ما زالت بعيدة عن التنظيم المحكم والدقيق للعلاقات المالية بين الزوجين وهذا قصور تشريعي يجب تداركه بسرعة لأنّ الفراغ التشريعي في هذه المسائل الهامة، وبخاصّة بعد خروج المرأة إلى ميدان العمل ودورها الذي صار ملحوظا في تنمية ممتلكات الأسرة يعتبر مصدرا لكثير من النزاعات المالية بين الزوجين.

الفرع الثالث:

نظام الكد والسعاية في القضاء المغربي

بالرغم من أنّ نظام الكدّ والسعاية الذي يعتبر استثناء من قاعدة استقلالية الذمة أو قريبا منه، فقد خصّصت له فرعا، نظرا لما يميّز به من أحكام.

وطبقا لهذا النظام، فإنّ الزوجة في القانون المغربي متى أثبتت مساهمتها الفعلية في تنمية أموال الأسرة يكون لها الحق في نصيب معيّن من مال الزوج زيادة على مستحقّاتها الأخرى وهذا ما يسمّى بنظام الكد والسعاية، وهو صورة من صور النظام الاشتراك المالي وأنّ العلاقة بين النظامين هي علاقة تقارب تأخذ صورة المساهمة في تنمية المال المشترك بين الزوجين.¹

¹ خليفة علي الكعبي - نظام الاشتراك المالي بين الزوجين وتكييفه الشرعي - ط1 - دار النفائس للنشر والتوزيع -

ولقد تضاربت أراء الباحثين المتخصّصين حول أصل نظام سعاية الزوجة، فهناك من رده إلى حكم أصدره الخليفة عمر بن الخطاب، وهناك من اعتبره نتاجا لاجتهاد فقهي.

جاء في كتاب النوازل للشيخ عيسى بن علي العلمي، أنّ المرأة لا تجبر على الخدمة إلاّ على سبيل التطوّع وطيبة النفس، وإذا صرّحت بالامتناع من الخدمة واشترطت الشركة في الغزل والنسيج أو فيهما وأباح لها زوجها ذلك فلا إشكال في اشتراكها في ذلك المعمول.

والظاهر أنّ هذا الاجتهاد الفقهي ينسجم كليّاً مع الحكم الصادر عن الخليفة عمر بن الخطاب.¹

ولقد أرجع بعض الفقهاء قاعدة سعاية الزوجة إلى العرف والعادة ومن المعلوم أنّ للعرف مكانة كبيرة في الفقه المالكي.

أمّا بالنسبة لنظام السعاية في القضاء، فقد تجلّى في كثير من القرارات منها ما يلي: "إنّ الثابت فقها وقضاء أنّ الكدّ السعاية هو مقابل الشغل وحقّ الجراية ومعناه حق المرأة في الثروة التي ينشئها ويكونها الزوج خلال فترة الزواج بحيث تحصل على جرايتها مقابل ما بذلته من مجهودات مادية ومعنوية في تكوين هذه الثروة وسبق وأن

ورد في الأثر أنّ عامر بن الحارث كان قصّاراً وامرأته حبيبة بنت زريق ترقم الأثواب حتى اكتسبا مالا كثيرا¹ فمات عامر، وترك الأموال فأخذ ورثته مفاتيح المخازن والأجنحة، واقتسموا المال، ثمّ قامت عليهم زوجته وادّعت عمل يدها وسعايتها، فترافعت مع الورثة لأمر المؤمنين عمر بن الخطاب رضي الله عنه - فقضى بينهما أي هي وزوجها، شركة المال نصفين، فأخذت الزوجة النصف بالشركة والربع من نصيب الزوج بالميراث لكونه لم يترك أولادا وأخذ الورثة الباقي أي الربع بينهم.

ونظرا لمكانة عمر بن الخطاب رضي الله عنه - عند الإمام مالك فقد جاء في أجوبة التونسي "اتفق مالك وأصحابه أنّ كلّ امرأة ذات صنعة وسعاية مثل نسيج وغزل أنّها كانت شريكة فيما بينها وبين زوجها (مشار إليه في كتاب الواضح في شرح مدوّنة الأسرة لمحمد الكشور، ص 577)

طلبت السعاية في عهد الخليفة عمر بن الخطاب رضي الله عنه وهو ما يعرف بنازلة زريق زوجة عمر بن الخطاب.¹

وجاء في قرار آخر ما يلي: "الكذب والسعاية عرف محلي لا يطبق إلا في المناطق التي يسود فيها"

وفي قرار آخر أكدت محكمة الاستئناف بالجديدة أن الزوجة التي تدعي حقها كذا وسعاية، إنما تطالب به لحق عالق بدمّة زوجها، فهو حق أقرب إلى الحق الشخصي منه إلى الحق العيني.

وهو ما يجعله غير قابل للتسجيل بالرسم العقاري.

يستفاد من القرارات السابقة، أن القضاء المغربي مستقر على تطبيق قاعدة سعاية الزوجة ومساهمتها في ثروة الأسرة وفي ذلك تتجلى الحماية القضائية للجهود التي تبذلها الزوجة إلى جانب زوجها في بناء وتنمية أموال العائلة.

ولقد استند القضاء المغربي في ذلك على حكم عمر بن الخطاب رضي الله عنه والمشهور في الفقه المالكي وكذلك العرف، وهذا بالرغم من عدم النص على القاعدة في المدونة المغربية، لأن المادة 49 وإن كانت تجيز للزوجين الاتفاق على الأموال المشتركة فلا تدل صراحة ومباشرة على قاعدة السعاية.

والذي أراه أن القاعدة المذكورة لا تستند فقط إلى العرف أو قول الخليفة عمر بن الخطاب أو الرأي المشهور في المذهب المالكي وإنما تجد أساسها كذلك في الواقع المعيش، فمن ينظر إلى المرأة الريفية أو الجبلية سواء في الدول المغاربية يجد العمل

¹ حكم صادر من المحكمة الابتدائية بتاريخ 02/12/26 في الملف عدد 99/385 منشور بالمنقح من عمل القضاء في تطبيق مدونة الأسرة الجزء الأول ص 64 ما يليها.

الذي تقوم به يتضاءل أمامه عمل الزوج فمن سقي الماء إلى جلب الحطب ومن حرث الأرض واقتلاع الأشجار إلى بناء الدور، ومن حصد الزرع ودرسه وجمعه وتذريته ونقله وطحنه إلى رعي الماشية، بالإضافة

إلى البيع والشراء وحمل الأثقال على الظهر، زيادة على وظيفة الأمومة وربّة البيت، لذلك لا تزال القوانين في الدول المغاربية خاصّة والدول العربية والإسلامية بصفة عامة مجحفة ومقصّرة أيّما تقصير في حقّها.

وحتىّ نظام الكد والسعاية الذي كان ولا يزال محلّ تطبيق في القضاء المغربي لم يعط حقّه من القواعد الموضوعية والإجرائية ونظرا لأهميّة هذا النظام ودوره في حماية مساهمة الزوجة في بناء وتنمية ثروة الأسرة ولاسيما في حالة النزاع، أرى من الضرورة اعتماده في قانون الأسرة الجزائري.

المطلب الثاني:

إثبات المساهمة المالية للزوجين وإشكالاته

لم يضع المشرّع الجزائري ولا التونسي، قواعد لإثبات النزاع حول الأموال المشتركة للزوجين ومساهمة كلّ منهما في تنمية ثروة الأسرة خلافا للمشرّع المغربي الذي أحال في ذلك على القواعد العامة طبقا للمادة 49 من المدونة.

وعليه، سنخصّص تحت هذا المطلب فرعين، ندرس في الأوّل منهما قواعد إثبات النزاع حول المساهمة المالية للزوجين، والآخر نخصّصه للإشكالات التي تثيرها هذه القواعد على مستوى القضاء.

الفرع الأول:

قواعد إثبات المساهمة المالية للزوجين

لم يحدّد المشرّع الجزائري طريقا لإثبات دعوى المساهمة المالية للزوجين ودعوى المكتسبات أثناء الحياة الزوجية، كما أنه لم يضع القواعد التي يعتمد عليها القاضي في قسمة هذه المكتسبات في حالة النزاع، وهذا بخلاف المشرّع المغربي الذي أحال في المادة 49 من المدوّنة على القواعد العامة في حالة عدم الاتفاق كما أشرنا سابقا.

وبالرجوع إلى المادة 2/37 التي تنصّ على أنّ الاتفاق حول الأموال المشتركة بين الزوجين يجوز أن يكون في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق، نستنتج أنّ المشرّع الجزائري في هذه المادة اعتبر الكتابة هي الأصل في إثبات الأموال المشتركة وهذه قاعدة عامة لا جدال حولها، ولكن هذا لا يعني عدم الإثبات بالوسائل الأخرى كالبيّنة والقرائن طبقا للمادة 335 من القانون المدني التي أجازت الإثبات بوسائل أخرى غير الكتابة في حالة وجود مانع أدبي أو مادّي أو في حالة فقدان الدائن للسند الكتابي بسبب أجنبي.

وبالتالي، فلا مانع في قانون الأسرة من تطبيق القواعد العامة في إثبات النزاع حول الأموال المشتركة بين الزوجين، وهذا ما تجسّد في قرار المحكمة العليا التالي: "من المقرر قانونا، أنّ العقد يتمّ بمجرد تبادل الطرفين التعبير عن إرادتهما، ومن المقرر أيضا أنّ العقد العرفي يعتبر صادرا ممن وقّعه ما لم يذكر صراحة ما هو منسوب إليه ومن ثم فإنّ النعي على القرار المطعون فيه بمخالفة القانون والخطأ في تطبيقه في غير محلّه ويستوجب رفضه، و لما كان من الثابت، في قضية الحال أنّ الطاعن لا يرى اتّفاقه مع مطلقته باقتسامه المنزل الزوجي معها والزوجية قائمة بينهما طبقا

للعقد العرفي الممضى من قبله فإنّ قضاة المجلس بتأييدهم الحكم المستأنف لديهم القاضي بإرجاع الغرفة

والمطبخ للمطعون ضدها طبقوا صحيح القانون، ومتى كان كذلك، استوجب رفض الطعن".

ما يلاحظ على القرار السابق أنّه خالف قواعد الإثبات المدني التي تقضي بأنّ النزاع المتعلّق بالعقار لا يجوز إثباته بغير العقد الموثق، وهذا ما لم تأخذ به المحكمة العليا في هذا القرار حيث اعتبر العقد العرفي حجة في إثبات النزاع حول قسمة المنزل الذي يعتبر من الأموال العقارية، ولعلّ السبب في ذلك يرجع إلى عدم وجود قواعد إثبات خاصّة بالنزاع حول الأموال المشتركة، ولاسيما العقارية منها أمّا المشرّع المغربي، فقد ميّز في إثبات دعوى الأموال المشتركة بين حالتين في المادة 49 من المدوّنة، حالة الاتفاق وحالة عدم الاتفاق.

ففي الحالة الأولى يكون الإثبات وفق العقد المكتوب الذي يتضمّن نوع الأموال محلّ الاتفاق وطرق استثمارها وإدارتها والنسب التي تؤول إلى كلّ من الزوجين. وفي الحالة الثانية يكون الإثبات طبقاً للقواعد العامة.

وبالنسبة لإثبات الأموال المشتركة بالاتفاق المكتوب، فإنّ المشرّع لم يبيّن طبيعة هذا الاتفاق ولا شكله وحجّيته في الإثبات.

وبالتالي يبقى خاضعاً في كلّ ذلك للقواعد العامّة في إنشاء العقود.

ولقد كرّس القضاء المغربي قاعدة الإثبات هذه بموجب قرار 09/10/21 الذي جاء فيه ما يلي: "في حالة عدم وجود اتفاق بين الزوجين على استثمار وتوزيع الأموال المكتسبة أثناء قيام العلاقة الزوجية فيرجع للقواعد العامّة للإثبات مع مراعاة عمل كلّ

واحد من الزوجين في مجهوداته في تنمية أموال الأسرة، ولذلك فالزوجة يكون من حقّها التعويض متى قامت بأعمال إلى جانب زوجها لتنمية موارد الأسرة ومراقبة أعمال البناء واستخلاص واجبات الكراء من المكثرين بشكل مساهمة في تنمية أموال الأسرة تعوّض الزوجة عنه نعم¹

وجاء في قرار آخر: "الأصل في النظام المالي للزوج هو استقلال ذمّة كلّ من الزوجين الذين يمكنهما الاتفاق كتابة على تعديله وفي غياب الاتفاق المذكور فلا مجال الحديث عن الأموال المشتركة المكتسبة خلال فترة الزواج.²

ومفاد هذا القرار، أنّه في حالة عدم الاتفاق على الخروج على قاعدة الاستقلالية فلا تطبّق قواعد النظام المالي وإنّما يرجع إلى القواعد العامّة.

أمّا القرار الذي قبله، فقد أعطى الحقّ للزوجة في التعويض مقابل مساهمتها في بناء وتنمية موارد الأسرة، ولكن بعد إقامة الدليل على هذه المساهمة وفق القواعد العامّة للإثبات في حالة عدم وجود الاتفاق، ومعنى هذا أنّ الاتفاق المكتوب هو الأصل في إثبات المساهمة.

ومن المبادئ التي استقرّ عليها القضاء المغربي أنّ عبء إثبات المساهمة في بناء الأسرة يقع على عاتق الزوجة، وهذا ما ورد في القرار التالي: "وتتحمل الزوجة

¹ قرار صادر عن المجلس الأعلى المغربي بتاريخ 2009/10/21 تحت عدد 520 في الملف عدد 08/8

منشور بالمجلة المغربية للدراسات القانونية والقضائية، عدد 2، المغرب، ص 276

² حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بالبيضاء بتاريخ 2009/07/23 تحت عدد 7326، في الملف عدد 09/300،

منشور بكتاب مدوّنة الأسرة والعمل القضائي المغربي لمحمد فقير، المرجع السابق/ ص 62

عبء إثبات سعايتها بشكل فعّال في تنمية ثروة زوجها طبقا للقاعدة العامّة التي توجب البيّنة على المدّعي.¹

وعليه، يمكن القول بأنّ الإحالة على القواعد العامّة في إثبات النزاع حول الأموال المشتركة لا يخل من إشكال ومنها صعوبة إعداد الدليل المسبق والموانع الكثيرة التي تحول دون الاتفاق المكتوب على تسيير الأموال المشتركة، ومن هنا تقع المسؤولية على المشرّع في استحداث قواعد تحدد معالم النظام المالي وتبيّن طبيعة الاتفاق ومضمونه وحجّيته في الإثبات وتعطي القاضي السلطة التقديرية في تقسيم المال بين المتنازعين في حالة عدم جود الاتفاق المكتوب والبيّنة، مع مراعاة الأنظمة الأخرى التي يمكن أن تختلط قواعدها مع قواعد النظام المالي كنظام الإرث والوصيّة والنفقة ومتاع البيت وغيرها.....

وفي الأخير، نقول بأنّ التشريع والقضاء في المغرب خطيا خطوة متقدّمة بشأن النزاع حول الأموال المشتركة بخلاف الوضع في الجزائر الذي لا يزال فيها القانون والقضاء بعيدين عن مواكبة التطوّرات المالية في العلاقات الأسرية.

الفرع الثاني:

تأملات في قواعد الأموال المشتركة

بعد التأمل والنظر في قواعد الأموال المشتركة بين الزوجين المقرّرة في القوانين المغربية الثلاثة، يتبيّن أنّ هناك ثغرات عديدة لم توضحها هذه القوانين منها،

¹ محمد رياض، تأملات في مدونة الأسرة وأهم إشكالات تطبيقاتها العملية، مجلة القانون والأعمال <http://www.droitentreprise.com>

عدم تحديد الأموال التي تكون محلاً للاتفاق بين الزوجين وعليه، فإنّ أيّ مال منقول كان أم عقار يمكن أن يدخل في المال المشترك.

ومن الثغرات أنّ هذه القوانين لم تقيد الزوجين بنظام معيّن، بل تركت لهما الحرية الكاملة في اختيار الطريقة المناسبة في تنظيم علاقتهما المالية بما يخدم مصالح الأسرة واستقرارها وبالتالي فإنّ هذا النظام لا تزال معالمه غامضة لدى كثير من الأسر في هذه الدول.

وكذلك، لم تحدد هذه القوانين طبيعة العقد المالي المنظم للأموال المشتركة ولا الجهة التي يتم أمامها تحرير هذا العقد، وتركت الخيار للزوجين في إبرامه سواء أمام الموثق أو في ورقة عرفية أو في طلب وثيقة الزواج، كما تركت لهما أمر تحديد بنوده

لم ترتب القوانين الجزاء المترتب على مخالفة بنود العقد ولم تحلّ في ذلك على قاعدة العقد شريعة المتعاقدين وإن كان هذا يفهم من النصوص، وبالتالي لم تضع الحماية الكافية لما تضمنه هذا العقد من حقوق ولاسيما في حالة النزاع ومم يؤخذ على المشرّع الجزائري أنّه لم يحدد الوسيلة التي يعتمدها الزوجان في حالة النزاع لإثبات مساهمتهما في بناء الأسرة وهذا بخلاف المشرّع المغربي الذي أحال على القواعد العامة في حالة عدم وجود الاتفاق.

كما يلاحظ على هذه القوانين أنّها تفتقر إلى قواعد وآليات اقتسام الأموال المشتركة في حالة انحلال الرابطة الزوجية.

بالرجوع إلى الفقرة الأخيرة من المادة 49 من المدونة التي نصت على ما يلي: "... مع مراعاة عمل كل واحد من الزوجين وما قدمه من مجهودات وما تحمّله من أعباء لتنمية أموال الأسرة."

نلاحظ أنّ المشرّع المغربي جعل العمل المنزلي في دائرة اهتمام رجال القانون والقضاء.¹

ومع ذلك يبقى الإشكال قائماً بالنسبة لكيفية إثبات العمل المنزلي الذي تقوم به الزوجة وتساهم به في تنمية أموال الأسرة.

إنّ قواعد الأموال المشتركة تتشابه في جوانب كثيرة مع قواعد النزاع حول متاع البيت ولاسيما في حالة النزاع حول المتاع المشترك أو السكن المشترك وفي هذه الحالة يجد القاضي نفسه أمام تحديد تطبيق القواعد القانونية المناسبة لكلّ نظام.

لم يتعرّض قانون الأسرة الجزائري بعد التعديل ولا القانونين المغربي والتونسي لموضوع الديون المستحقة على كلّ من الزوجين وهذا نوع من الفراغ التشريعي الذي يجب سدّه، خاصة وأنّ الديون داخل الأسرة تعتبر من المواضيع الخطيرة قد تؤدي إلى نتائج وخيمة على الرابطة الزوجية ذاتها إذا لم تضبط بقواعد قانونية محددة.

لم تنصّ القوانين الثلاثة على الجزاء المترتب على مخالفة قواعد الاتفاق المالي.²

¹ إيمان ناصري، نظام الأموال بين الزوجين في القانون التونسي

<http://www.matreimennasri.over.blog.com>

² عيساوي عبد النور - حقوق المرأة المتزوجة في ضوء المواثيق الدولية وقانون الأسرة الجزائري - رسالة لنيل شهادة دكتوراه في القانون الخاص تحت إشراف أ.د. تشوار جيلالي - كلية الحقوق - جامعة أبو بكر بلقيد - تلمسان

2014-2015 ص 484

وفي الأخير، نقول إنّ أهم قضية ترتبط بقواعد الأموال المشتركة النزاع حول مسكن الزوجية المشترك ومدى مساهمة كل طرف في بنائه أو ترميمه، ومع ذلك فقد أهملها المشرعون في الجزائر والمغرب ولم يغيروا لها أدنى اهتمام، وكان ينبغي أن تخص بقواعد واضحة ودقيقة مع الإشارة هنا إلى أنّ المشرع التونسي قد تنبّه لهذه المسألة بإصداره لقانون 94 لسنة 1998 المؤرخ في 09 نوفمبر 1998¹ الذي اعتبر العقارات المتأنتية ملكيتها من هبة أو إرث أو وصية لا تدخل في نظام الاشتراك إلا إذا نصّ المعنيان بالأمر على خلاف ذلك صراحة بعقد الزواج أو بعقد لاحق شريطة أن تكون مخصصة للاستعمال العائلي.

ويترتب على نظام الاشتراك في الملكية العقارية للزوجين حقوق وواجبات تتمثل في حسن إدارة الأملاك المشتركة والتصرف فيها، وذلك يربط كل القرارات المتعلقة بها بموافقة الزوجين ولتحقيق ذلك يجوز لكل واحد من الزوجين القيام بجميع الأعمال الرامية إلى حفظ الأملاك المشتركة وإدارتها والانتفاع بها والقيام بجميع الأعمال النافعة مادية كانت أو قانونية.

وكما لا يجوز إنشاء الحقوق العينية على العقار ولا كراه للغير لمدة تفوق ثلاث سنوات ولا تجديد كرائه لمدة تتجاوز ثلاث سنوات إلا برضا الزوجين معا.

كما لا يصح التبرع بالمشترك أو شيء منه إلا برضا كل من الزوجين كما أعطى هذا القانون حق اللجوء إلى القضاء لإنهاء حالة الاشتراك إذا تصرف أحد الأطراف في العقار بما يعرض مصالح الطرف الآخر أو مصالح الأسرة إلى التلف.

¹ إيمان ناصري-المرجع السابق.

وإلى جانب ما لهذا القانون¹ من إيجابيات في حماية الأموال العقارية المشتركة بين الزوجين، فإنّه لا يخل من سلبيات أدت بالبعض إلى القول بأنّ هذا القانون قد أحدث فجوة عميقة في مؤسسة الزواج وحوّلها إلى شركة ربحية مادّية وأنتج عدم الثقة بين الطرفين في حالة الفصل، ومن الشراح التونسيين من اعتبره مخالفا لقواعد المجلّة نفسها.

وفي رأيي أنّه لا مانع من الأخذ بإيجابيات هذا القانون في إثراء قانون الأسرة الجزائري ولاسيما قواعد التصرف في الأملاك العقارية المشتركة التي جاء بها.

¹ حدد القانون عدد 91 لسنة 1998 المؤرّخ في 9 نوفمبر 1998 المتعلّق بنظام الاشتراك في الأملاك بين الزوجين مفهوم الملكية المشتركة وهو نظام يختاره الزوجان عند إبرام عقد الزواج أو بعد إبرامه ويهدف إلى جعل العقارات ملكا مشتركا بين الزوجين متى كانت من متعلّقات العائلة، المنشور بالرائد الرسمي للجمهورية التونسية، عدد 91 المؤرّخ في 13 نوفمبر 1998

الباب الثاني :

النزاع حول مسكن ونفقة المطلقة والمحضون.

لا تتحصر المنازعات الماديّة للطلاق في الصداق ومَتاع البيت بل تشمل موضوعات أخرى، قد تكون أهمّ وأخطر منها، كالنزاع حول إسكان المطلقة والمحضون ونفقتهما وما يثيره من إشكالات موضوعية وإجرائية تتعلق بحق البقاء في مسكن الزوجية خلال فترة العدة، وحق المطالبة بالنفقة المستحقة للمطلقة والأولاد بعد الطلاق، والإجراءات المتبعة بشأنه أمام القضاء.

وبالرغم من أهمية هذا النوع من القضايا وآثاره السلبية على الأسرة والمجتمع، فإنه لا يزال يفتقر إلى القواعد الموضوعية والإجرائية التي تحكمه في حالة النزاع.

أمّا الفقه والقضاء فلم يصدر عنهما أيّ اجتهاد يسدُّ هذا الفراغ إلا في نطاق محدود.

وسوف نتوقف عند هذه القواعد في جوانبها القانونية والفقهية والقضائية في إطار هذا الباب من خلال فصلين، نخصص الفصل الأوّل لقواعد النزاع حول إسكان المطلقة والمحضون، والآخر لقواعد النزاع حول نفقة المطلقة والأولاد.

الفصل الأول:

قواعد النزاع حول إسكان المطلقة والمحضون

يحكم النزاع حول إسكان المطلقة والمحضون من حيث الموضوع القواعد المقررة في قانون الأسرة الجزائري بالنسبة للجزائر، وما ورد في مدونة الأسرة والمجلة التونسية بالنسبة للمغرب وتونس.

والجدير بالملاحظة، أنّ هذا النوع من المنازعات تنازعه مجموعة من القواعد، تتوزع بين القانون المدني وقوانين الأسرة، وحتى القانون التجاري والقانون الدولي الخاص في بعض القضايا، وهذا ما يصعب من مهمة المشرع في توحيد القواعد بشأنه.

ومن حيث الإجراءات، تحكم النزاع القواعد التي ضمها قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري وما ورد في المسطرة المدنية المغربية وما تقرر بموجب مجلة المرافعات المدنية والتجارية التونسية.

وعليه، سنخصص هذا الفصل لدراسة قواعد النزاع حول إسكان المطلقة والمحضون في مبحثين، ندرس في المبحث الأول أساس حق المطلقة والمحضون في الإسكان، والآخر نخصصه للمبادئ القضائية والإجراءات المتبّعة في قضايا إسكان المطلقة والمحضون.

المبحث الأول:

أساس حق المطلقة والمحضون في الإسكان

لحق المطلقة والمحضون في الإسكان أساس قانوني، يتمثل في مجموع القواعد القانونية المقررة له، والتي اشتملت عليها قوانين الأسرة، وأساس فقهي أو شرعي وهو ما وضعه فقهاء الشريعة من قواعد وأحكام لهذا الحق.

وسندرس تحت هذا المبحث، الأساس القانوني لحق المطلقة والمحضون في الإسكان (المطلب الأول) والأساس الفقهي لحق المطلقة والمحضون في الإسكان (المطلب الثاني).

المطلب الأول:

الأساس القانوني لحق المطلقة والمحضون في الإسكان

تتمتع المطلقة والمحضون في القوانين المغاربية الثلاثة بالحق في الإسكان، طبقاً لما تقرر بشأنه من قواعد.

ولقد ميّزت هذه القوانين بين المطلقة غير الحاضن في التمتع بهذا الحق وبين الحاضن والمحضون.

وعليه، سنعالج هذه القواعد في فرعين، حق المطلقة غير الحاضن في البقاء في السكن (الفرع الأول)، وحق الحاضنة والمحضون في الإسكان (الفرع الثاني).

الفرع الأول:

قواعد إسكان المطلقة غير الحاضن

المقصود بالمطلقة غير الحاضن الزوجة التي طلقت بحكم قضائي وليس لها أولاد صغار تحضنهم أو التي لها أولاد، إلا أنّ القاضي لم يسند لها الحضانة لسبب من الأسباب.

ومع ذلك، فقد قررت لها القوانين المغربية الحق في البقاء في المسكن العائلي، طبقاً للمادة 61 من قانون الأسرة الجزائري بنصها التالي: "لا تخرج الزوجة المطلقة ولا المتوفى عنها زوجها من السكن العائلي ما دامت في عدة طلاقها"¹. وبموجب المادة 131 من مدونة الأسرة المغربية حيث جاء فيها ما يلي: "تعتد المطلقة المتوفى عنها زوجها في منزل الزوجية، أو في منزل آخر يخصص لها"².

وطبقاً لنص المادة 84 من المجلة التونسية التالي: "تسكن الزوجة خلال العدة في بيت الزوجية أو للضرورة في مسكن ملائم لها، وللوضعية المادية للزوج، وإذا تعذر ذلك حدّدت المحكمة تكاليف السكن في مبلغ يودع كذلك ضمن المستحقات بكتابة ضبط المحكمة"³.

لقد اشتملت النصوص السابقة على جملة من القواعد هي:

- النهي عن اخراج المعتدة من طلاق أو وفاة من السكن العائلي قبل انقضاء عدتها⁴.

¹ - قانون رقم 11/84 .

² - المادة 131 من مدونة الأسرة، .

³ - المادة 84 من المجلة التونسية، .

⁴ - نور الدين لمطاعي، عدة الطلاق الرجعي وأثارها على الأحكام القضائية ط2، الجزائر 2009، ص

- تقضي المطلقة عدتها إما في مسكن الزوجية أو في منزل آخر.¹
- إذا كانت الضرورة تحول دون بقاء المعتدة في بيت الزوجية، يلتزم الزوج المطلق بتوفير مسكن يليق بها بحسب وسعه.
- في حالة التعذر عن توفير السكن الملائم، تحكم المحكمة على المطلق بمبلغ من المال لتغطية مصاريف السكن.
- يتبين من خلال القواعد المشار إليها أعلاه، أنّ مسكن الزوجية هو المكان الذي يجب على المطلقة أن تقضي فيه عدتها، ولا يجوز للزوج أو غيره إخراجها أو طردها منه إلا لضرورة وهذا محل اتفاق بين القوانين الثلاثة.
- ومع اتفاقها على هذا الحق، فقد اختلفت حوله في بعض الجزئيات، منها أن المشرع الجزائري اعتبر السكن العائلي هو المكان الوحيد الذي ينبغي على المطلقة أن تعتد فيه، في حين أجاز لها المشرع المغربي أن تقضي عدتها إما في منزل الزوجية، أو في منزل آخر ملائم.
- أما المشرع التونسي، فقد فصل أكثر في هذه المسألة، حيث أعطى الحق للمعتدة في أن تعتد إما في بيت الزوجية أو في منزل آخر ملائم لها في حالة التعذر والضرورة، وإذا لم يوجد مسكن الزوجية، وعجز الزوج المطلق عن توفير سكن ملائم لمطلقته، حكمت عليه المحكمة بمبلغ من المال كبديل إيجار يودع ضمن مستحقات المطلقة بكتابة ضبط المحكمة.
- ونظرا لارتباط قواعد حق المعتدة في الإسكان بقواعد العدة يستحسن بنا أن نسلط الضوء على هذه القواعد.

¹ - محمد الكشيبور، المرجع السابق، ص343.

بالنسبة لقواعد العدة في قانون الأسرة الجزائري فقد تقررت بموجب المادة 58 حيث جاء فيها ما يلي: "تعد المطلقة المدخول بها غير الحامل بثلاثة فروع، واليأس من المحيض بثلاثة أشهر من تاريخ التصريح بالطلاق، وبمقتضى المادة 59 الخاصة بعدة المتوفى عنها زوجها والمادة 60 المتعلقة بعدة الحامل والتي نصت على ما يلي: "عدة الحامل وضع حملها، وأقصى مدة الحمل عشرة (10) أشهر من تاريخ الطلاق أو الوفاة."

ونصت عليها المادة 136 من المدونة المغربية بالتالي:

تعد غير الحامل بما يلي:

- 1- ثلاثة أطهار كاملة لذوات الحيض.
- 2- ثلاثة أشهر لمن لم تحض أصلا، أو التي يبست من المحيض، فإن حاضت قبل انقضائها، استأنفت العدة بثلاثة أطهار.
- 3- تتربص متأخرة الحيض أو التي لم تميزه من غيره تسعة أشهر، ثم تعد بثلاثة أطهار¹

أما عدة الحامل فقد نصت عليها المادة 133 بما يلي: "تنتهي عدة الحامل بوضع حملها أو سقوطه"².

¹ - المادة 131 من مدونة الأسرة المغربية، المرجع السابق.

² - المرجع نفسه.

أما قواعد العدة في القانون التونسي، فقد نظمتها الفصول 34، 35، 36 من المجلة، فالفصل 34 أوجب على كل امرأة فارقتها زوجها بطلاق بعد الدخول، أو مات عنها قبل الدخول أو بعده أن تتربص مدة العدة.¹

والفصل 35 نص على عدة المطلقة غير الحامل، وحددها بثلاثة أشهر، كما حدد عدة الحامل بوضع حملها، وأقصى مدة الحمل سنة من تاريخ الطلاق أو تاريخ الوفاة.²

أما الفصل 36 فقد نص على عدة زوجة المفقود³

بعد عرض النصوص المتعلقة بالعدة، نشير إلى أن الذي يهمننا منها قواعد عدة المطلقة، والتي بمقتضاها تتمتع بالبقاء في بيت الزوجية ما دامت في عدتها.

ولقد اختلفت القوانين الثلاثة بخصوص عدة المطلقة في بعض الجزئيات، منها مدة عدة المطلقة غير الحامل، فالمشروع الجزائري حددها بثلاثة قروء، وحددها المشروع المغربي بثلاثة أطهار، في حين حددها المشروع التونسي بثلاثة أشهر. ومنها كذلك أن المشريعين الجزائري والمغربي نصا على عدة اليأس من المحيض خلافا للمشروع التونسي، كما انفرد المشروع المغربي بالحالة التي تتأخر فيها المرأة عن الحيض.

¹ - الفصل 34 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية، المرجع السابق.

² - المرجع نفسه

³ - المرجع نفسه

وعليه، يتبين الفرق بين أحكام العدة في القوانين الثلاثة، فمصطلح القرء الذي استعمله المشرع الجزائري معنيين معنى الحيض، ومعنى الطهر¹ وكان ينبغي على المشرع أن لا يستعمل هذا اللفظ تفاديا لللبس والتأويل.

وبالمقابل، استعمل المشرع التونسي مصطلح الأشهر، وهو لفظ دقيق ليس فيه أي لبس.

مع ذلك يبقى الإشكال قائما بالنسبة لاحتساب مدة العدة وبداية سريانها، فالمشرعان الجزائري والمغربي حددا بداية السريان بيوم تاريخ التصريح بالطلاق²، وهي عبارة غير دقيقة فهل المقصود من التصريح بالطلاق تصريح الزوج أثناء فترة الصلح، أم المقصود النطق بالحكم بالطلاق من طرف القاضي. ولإزالة هذا الغموض أقترح استعمال عبارة "من تاريخ الحكم بالطلاق بدل التصريح".

أما عدة المطلقة الحامل فقد اتفقت القوانين الثلاثة على أن عدتها تمتد إلى وضع الحمل، والذي حدده المشرع الجزائري أقصاه لعشرة أشهر وحدده التونسي بسنة كاملة.

وأضاف المشرع المغربي حكما خاصا بالسقط وهي الحالة التي يسقط فيها الحمل قبل أوانه والتي تتقضي معه عدة الحامل في التشريع المغربي، وهي إضافة في محلها بسبب تكرار هذه الحالات في الواقع.

¹ - بختي العربي، نظام الأسرة في الإسلام والشرائع والنظم القانونية القديمة، ط1، مؤسسة كنوز الحكمة، الجزائر 2013، ص 254.

² - حسين بن شنع آث ملويا، المرشد في قانون الأسرة، ط 3، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر 2016، ص 199.

والخلاصة أن مدة بقاء المطلقة بمسكن الزوجية تختلف بحسب العدة ومدتها، فالقراء الذي أخذ به المشرع الجزائري مدته ليست كمدة الطهر الذي اعتمده المشرع المغربي، وهو يختلف عن الأشهر الثلاثة المنصوص عليها في المجلة التونسية. ومهما يكن، فإن مسؤولية تحديد بداية سريان العدة وانقضائها تقع على المرأة. ومن القواعد المسكوت عنها في القوانين الثلاثة، تداخل العدد وانتقالها من نوع لآخر ومنها حالة المطلقة رجعيًا التي يكون لزوجها الحق في مراجعتها وهي في العدة، وحكمها أن تنتقل من عدة الطلاق إلى عدة الوفاة، وتتهدم عدة الطلاق الرجعي. أما إذا طلقت طلاقًا بائنًا ثم مات زوجها وهي في العدة تستمر في عدة الطلاق البائن مع الإشارة إلى أن الطلاق بعد صدور الحكم يعتبر بائنًا في القانون الجزائري، وكذلك أغفل المشرع الجزائري عدة الصغيرة.

الفرع الثاني:

حق الحاضنة والمحضون في الإسكان

لقد تم النص على قواعد إسكان الحاضنة في قانون الأسرة الجزائري ضمن المادة 72 المعدلة بالأمر 02/05 بما يلي: "في حالة الطلاق، يجب على الأب أن يوفر لممارسة الحضانة سكرًا ملائمًا للحاضنة، وإن تعذر ذلك فعليه دفع بدل الإيجار" وتبقى الحاضنة في بيت الزوجية حتى تنفيذ الأب الحكم القضائي المتعلق بالسكن.

وضمن الفصل 56 من المجلة التونسية الذي جاء فيه: "مصاريف شؤون المحضون تقدم من ماله إن كان له مال، وإلا فمن مال أبيه، وإذا لم يكن للحاضنة مسكن فعلى الأب إسكانها مع المحضون".

أما المشرع المغربي، فقد نص على هذه القواعد في المادة 168 من المدونة بما يلي: "تعتبر تكاليف سكن المحضون مستقلة في تقديرها عن النفقة وأجرة الحضانة وغيرها.

يجب على الأب أن يهيئ لأولاده محلا لسكناهم وأن يؤدي المبلغ الذي تقدره المحكمة لكرائه مراعية في ذلك أحكام المادة 191.

- لايفرغ المحضون من بيت الزوجية إلا بعد تنفيذ الأب الحكم الخاص بسكن المحضون.

- على المحكمة أن تحدد في حكمها الإجراءات الكفيلة بضمان استمرار تنفيذ هذا الحكم من قبل الأب المحكوم عليه."

لقد تضمنت النصوص السابقة مجموعة من القواعد الموضوعية والإجرائية بعضها متفق عليه بين القوانين الثلاثة وبعضها مختلف فيه.

فمن القواعد المتفق عليها، أن الإسكان حق ثابت للمحضون، وأنّ عبء توفيره يقع على عاتق الأب في القانونين الجزائري والمغربي¹ في جميع الأحوال، وخالفهما المشرع التونسي في ذلك حيث اشترط لالتزام الأب بالإسكان، أن لا يكون للحاضنة سكن.

وإذا تعذر على الأب توفير السكن لأولاده يلتزم بدفع بدل الإيجار أو الكراء، وهذه القاعدة متفق عليها بين القانونين الجزائري والمغربي ولم ترد في المجلة التونسية.

¹ - سعد عبد العزيز، الزواج والطلاق في ق أ ج، ط3، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر 96، ص 304.

ومن القواعد التي انفرد بها المشرعان الجزائري والمغربي بقاء الحاضنة والمحضون في السكن الزوجي إلى حين تنفيذ الأب الحكم الخاص بالسكن، إلا أنهما اختلفا فيما يثبت له هذا الحق، للمحضون أم للحاضنة؟ بالنسبة لقانون الأسرة، يثبت للحاضنة وفي المدونة المغربية للمحضون، وهذا الاختلاف مردّه إلى جدل فقهي قائم حول من هو صاحب الحق في السكن، الحاضنة أم المحضون. ومع ذلك، يبقى الاختلاف شكليا فقط، إذ لا يمكن تصور بقاء المحضون في بيت الزوجية دون الحاضنة ولا العكس.

ومهما يكن، فإن تطبيق القاعدة في الواقع تعترضه الكثير من العقبات، خاصة وأن الزوجة بمجرد أن يشتد النزاع بينها وبين الزوج تغادر بيت الزوجية.¹ وبالتالي فإنّ المشرّع الجزائري لم يوفّق في هذه الفقرة عندما نصّ على بقاء الحاضنة في بيت الزوجية حتى تنفيذ الأب للحكم القضائي المتعلّق بالسكن وذلك للأسباب التالية، هذه الفقرة يمكن فهمها إذا كانت الحاضنة هي الأم أي زوجة الأب ولكن قد تكون الحاضنة غير الأم كالخالة أو العمّة.

الطلاق في قانون الأسرة الجزائري هو طلاق بائن فكيف يمكنها أن تقيم في بيت مع رجل أجنبي.²

¹ - سعد عبد العزيز، قانون الأسرة في ثوبه الجديد، ط3، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر 2018، ص 160.

² يوبي سعاد - الحضانة في القانون الدولي الخاص - رسالة دكتوراه - تحت إشراف ا.د يوسف فتيحة - جامعة أبو بكر بلقايد - كليّة الحقوق والعلوم السياسية - تلمسان 2018-2019 ص 79

ومم استحدثته المشرع المغربي وانفرد به، أن تقدير بدل الإيجار يعود إلى المحكمة، وهذه القاعدة وإن كان العمل بها قائما في القضاء الجزائري، فإن المشرع لم ينص عليها.

ومن الإضافات التي وردت في المدونة المغربية إلزام المحكمة بتحديد في حكمها الإجراءات الكفيلة بضمان استمرار تنفيذ الحكم القاضي بالسكن، والتي تعد أيضا مظهر من مظاهر الحماية التي أولاها المشرع المغربي الحق المحضون في الإسكان.

والنتيجة، أن المشرع المغربي أحاط حق المحضون في الإسكان بمجموعة من الضمانات لم يرد لها ذكر في القانونين الجزائري والتونسي.

وفي الأخير، نشير إلى أن القوانين الثلاثة لم تختلف كثيرا عما وضعه الفقه الإسلامي من أحكام وقواعد بشأن إسكان المحضون.

المطلب الثاني:

الأساس الفقهي لحق المطلقة والمحضون في الإسكان

لم تخرج القوانين المغاربية الثلاثة على قواعد إسكان المطلقة والمحضون المقررة في الفقه الإسلامي وهذا ما نحاول تبياناه في فرعين، نخصص الفرع الأول للسند الشرعي لحق المطلقة في الإسكان، والفرع الآخر القواعد الشرعية في إسكان المحضون.

الفرع الأول:

السند الشرعي لحق المطلقة في الإسكان

يستند حق المطلقة في الإسكان إلى رأي جمهور الفقهاء المستمد من قوله تعالى: "أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِنْ وَجْدِكُمْ"¹، وقوله تعالى: "لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخْرُجْنَ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفَاحِشَةٍ مُبَيَّنَةٍ"² وقوله تعالى: "وَإِنْ كُنَّ أُولَاتٍ حَمْلٍ فَأَنْفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّى يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ"³.

من الآيات السابقة، استمدَّ فقهاء الشريعة قاعدة مفادها أن المعتدة من طلاق رجعي تستحق السكنى وكذا الحامل حتى تضع حملها. وهذه من القواعد المتفق عليها بين الفقهاء⁴ أما القواعد المختلف فيها فهي:

- للمطلقة المبتوتة (ثلاثا) السكنى دون النفقة، وهو قول المالكية والشافعية.⁵

- لها السكن والنفقة كالرجعية والحامل، وهو قول الحنفية.⁶

من خلال القواعد السابقة وكذا النصوص القانونية الخاصة بحق المطلقة في الإسكان، يتضح أن المشرعين الثلاثة تأثروا بالمذهب الحنفي والمذهب المالكي في إسكان المطلقة ثلاثا.

1 - سورة الطلاق، الآية 6.

2 - سورة الطلاق، الآية 1.

3 - سورة الطلاق، الآية 6.

4 - حامد عبده الفقهي، أحكام الرجعة في الفقه الإسلامي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2003، ص 194. ابن أبي زيد القيرواني، رسالة ابن أبي زيد، د.ط، دار الفضيلة للنشر والتوزيع والتصدير، القاهرة، د.ت، ص 138.

محمد جمعة عبد الله، المرجع السابق، ص 241.

5 - محمد بكر إسماعيل، المرجع السابق، ص 129.

6 - المرجع نفسه، ص 129.

وعلى هذا الأساس، يبقى حق المطلقة في البقاء في مسكن الزوجية ثابتا شرعا وقانونا، سواء أكانت حاملا أم غير كامل، وسواء أكان الطلاق بائنا أم رجعيا، فلا يجوز إخراجها منه بل إن إخراجها يعد من قبيل التعدي على حد من حدود الله، وعلى حق من حقوق العباد¹.

ودليل الاعتداء على حد من حدود الله هو أن الآية الكريمة بعد ما نهت الأزواج عن إخراج المطلقات من بيت الزوجية، ذكرت أن هذا الحكم هو حد من حدود الله "وَتِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ"²

أما دليل التعدي على حقوق العباد، فهو أن المطلقة الرجعية لا يزال حق الزوج في مراجعتها قائما وبالتالي لا يجوز لأحد أن يطردها من مسكن الزوجية³. وفي رأيي، أن مذهب الحنفية في قضايا السكن يتماشى مع الواقع الذي أصبحت أزمة السكن فيه تتفاقم يوما بعد يوم، وحتى الدول أصبحت عاجزة عن وضع البرامج والحلول لمواجهتها.

ومن هنا يصبح حرمان المطلقة ثلاثا من البقاء في سكن الزوجية خلال العدة لا يزيد الأمر إلا تعقيدا وهذا ما تفاداه المشرعون في الدول الثلاث.

¹ - لمطاعى نور الدين، المرجع السابق، ص 258.

² - سورة الطلاق، الآية 1.

³ - حامد عبده الفقي، المرجع السابق، ص 114.

الفرع الثاني:

قواعد إسكان الحاضنة والمحضون

أما بالنسبة لمسكن الحضانة وحق الحاضنة والمحضون فيه، فإنه لا خلاف بشأنه بين الفقهاء، إذ ثابت عندهم أن المحضون سواء أكان ابناً أو ابنة له الحق في الإسكان كعنصر من عناصر النفقة الواجبة على أبيه، إذا توافرت بعض الشروط، منها أن لا يكون للحاضنة مسكن يؤويها.

ومن القواعد المقررة في المذهب المالكي، أن تقرير السكن للحاضنة يكون باجتهاد الحاكم، فينظر إلى حال الزوجين، فإن كانت موسرة فلا سكنى لها على الأب بل عليها، وإنما عليه سكنى ولده فقط، وإن كانت معسرة وجب عليه لها السكنى¹. وهذه القاعدة هي التي أخذ بها المشرع التونسي حيث اشترط في الفصل 56 من المجلة لتوفير سكن الولد وأمه أن لا يكون للحاضنة سكن.

أما المشرعان الجزائري والمغربي فلم يقيد حق إسكان المحضون والحاضنة بهذا الشرط.

ومع ذلك، يبقى تطبيق قواعد إسكان الحاضنة والمحضون خاضعا لجملة من الشروط:

- صدور حكم قضائي نهائي بالطلاق، يتضمن إسناد حق الحضانة إلى المطلقة.

- أن تكون الحاضنة هي المطلقة وهي أم المحضون.

¹ - وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته (ج 7)، ط32، دار الفكر، سوريا 2010.

- أن يكون للأب مسكن ملائم يمكن أن يوفره لمطلقاته لتمارس فيه الحضانة. أما إذا عجز عن إيجاد مسكن لها فيلتزم ببديل الإيجار¹.

- أن لا يكون للمطلقة الحاضن مسكن خاص بها، وهذا الشرط وضعه المشرع التونسي كما أسلفنا.

إن الحضنة في المذهب المالكي لا تستحق السكن إلا إذا كانت معسرة، ويرجع تقدير ذلك إلى القاضي.

أما إسكان المحضون فهو ثابت له على الأب في جميع الأحوال، سواء كان موسرا أو معسرا، وفي هذا خروج على القاعدة العامة التي تجعل نفقة الإنسان من ماله.

جاء في الشرح الصغير "وللحاضنة قبض نفقته وكسوته بالاجتهاد والسكنى، لا أجرة للحضانة"، ومعنى هذا القول أن للحاضنة أمّا كانت أم غيرها الحق في قبض نفقة وكسوة المحضون باجتهاد من الحاكم أي القاضي... ولها السكن أيضا بحكم القاضي واجتهاده، فيما يخصها ويخص الولد، فيما يخص الولد ففي ماله على أبيه، وما يخصها فعليها. قال المتيطي، فيما يلزم الأب للولد، كذا يلزمه الكراء لمسكنه، هذا هو القول المشهور المعمول به المذكور في المدونة وغيرها. قال سحنون: "تكون السكنى على حسب الاجتهاد" بمقارنة قواعد الفقه المالكي الخاصة بإسكان الحاضنة والمحضون مع ما تقرر في القوانين الثلاثة بهذا الشأن نقول بأن هذه القوانين جاءت متطابقة مع هذه القواعد ولاسيما في اعتبار سكن المحضون التزاما يقع على الأب، وإن تعذر فعليها بدل الإيجار، إلا أن هناك بعض الملاحظات يحسن الوقوف عندها،

¹ - سعد عبد العزيز، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، المرجع السابق، ص 159.

فالمشرع الجزائري ألزم الأب أن يوفر السكن للحاضنة، في حين ألزمه المشرع المغربي بأن يوفره لأولاده المحضون ولم يذكر الحاضنة.

أما المشرع التونسي فقد خالفهما حيث جعل مصاريف المحضون من ماله إن كان له مال، ولا يلتزم الأب بإسكانه إلا إذا كان معسرا. وكذلك الحاضنة ليس لها على الأب الحق في الإسكان إلا إذا لم يكن لها مسكن.

وبالتالي، فإن الحكم بإسكان الحاضنة والمحضون يرجع إلى السلطة التقديرية للقاضي في المذهب المالكي، ولكن هذه القاعدة لم يتبناها أي من القوانين المغربية الثلاثة، كما أن الأب هو الملزم بتوفير السكن لهما جميعا مع مراعاة حالة الزوجين والمحضون من حيث اليسار والإعسار طبقا لما نص عليه المشرع التونسي في المجلة.

المبحث الثاني:

المبادئ والإجراءات القضائية في قضايا إسكان المطلقة والمحضون

لقد استقر القضاء في الدول الثلاث -الجزائر والمغرب وتونس- على مجموعة من المبادئ في قضايا إسكان المطلقة والمحضون، بعضها جاء منسجماً مع القواعد المقررة في قوانين هذه الدول وبعضها كان عبارة عن اجتهادات قضائية اهتدى إليها القضاء في غياب النص.

وبالرغم من أهمية المبادئ القضائية المشار إليها، فإنها لا تكفي لوحدها في استرجاع حقّ البقاء في المسكن إذا صار مهدداً من طرف الزوج أو غيره، ولذلك وضع المشرعون أمام المطلقة جملة من الإجراءات القانونية يتعين عليها إتباعها لاسترداد حقّها المغتصب والرجوع إلى مسكن الزوجية بأسرع وقت ممكن.

ولدراسة هذه المبادئ والإجراءات نقسم هذا المبحث إلى مطلبين إذ يتم تخصيص الأول منهما لمعالجة المبادئ القضائية في قضايا إسكان المطلقة والمحضون. والآخر لإجراءات المطالبة بحق البقاء في مسكن الزوجية ومسكن الحضانة والرجوع إليه في حالة الطرد منه.

المطلب الأول:

مبادئ القضاء في قضايا إسكان المطلقة والمحضون

لقد استقر القضاء على جملة من المبادئ في قضايا إسكان المطلقة والمحضون، بعضها جاء متطابقاً مع القواعد الموضوعية التي سبقت دراستها، والبعض الآخر توصل إليه القضاء في الدول الثلاث بواسطة الاجتهاد القضائي سداً للفراغ الحاصل في التشريع.

وستقتضي دراسة هذه المبادئ تقسيم المطالب إلى فرعين الفرع الأول نخصه لمبادئ القضاء الجزائري في قضايا إسكان المطلقة والمحضون، والفرع الثاني يتضمن مبادئ القضاء المغربي في قضايا إسكان المطلقة والمحضون.

الفرع الأول:

مبادئ القضاء الجزائري في قضايا إسكان المطلقة والمحضون

لا يمكن الوقوف على المبادئ التي استقر عليها القضاء الجزائري في قضايا إسكان المطلقة والمحضون إلا من خلال القرارات القضائية الصادرة في هذا الشأن ونظرا لكثرتها تقتصر على بعضها، ومنها ما يلي:

- إن إسكان المطلقة أثناء العدة التزام يقع على عاتق الزوج على أساس التزامه بالنفقة، والتي يعتبر السكن عنصرا من عناصرها وهذا المبدأ تقرر بموجب قرار المحكمة الصادر بتاريخ 2007/04/11 وقد جاء فيه: { نفقة المطلقة ومنها المسكن أثناء العدة على عاتق الزوج}¹

ومن المبادئ، أن السكن طبقا للمادة 72 من قانون الأسرة مرتبط بممارسة الحضانة ومعنى ذلك أن إسناد الحضانة هو علة توفير السكن للحاضنة. وهذا ما تقرر بموجب قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 2009/07/08 حيث جاء فيه {المبدأ: لا يحق للبنات بعد انتهاء الحضانة، المطالبة ببدل الإيجار، ويحق لها مطالبة وليها بالنفقة} وجاء في حيثيات المحكمة العليا "لكن حيث أن بدل الإيجار حق منحه المشرع للمطلقة الحاضنة طبقا لأحكام المادة 72 من ق.أ، وبالتالي فالمطعون ضدهما (بناتان

¹ - م.ع.غ.أ.ش، قرار رقم 390091، بتاريخ 2007/04/11، م ق 1/2008 ص 245.

بالغتان) ليس لهما الحق في المطالبة ببطل الإيجار، بل لهما الحق في المطالبة والدهما الإنفاق عليهما وفق أحكام المادة 75 من ق.أ.¹

يتضح من هذا المبدأ أن حق المحزون في الإسكان ينقضي بالبلوغ، خلافاً للنفقة التي تستمر بالنسبة للأنثى إلى الزواج، وهذا ما يتعارض مع المبدأ السابق الذي يجعل المسكن عنصراً من عناصر النفقة، كما يفهم منه أن البنت إذا بلغت هي التي تتحمل تكاليف السكن من النفقة التي تحصل عليها من أبيها والتي لا تتجاوز أربعة آلاف دينار في أحسن الأحوال عن كل شهر، وهو مبلغ لا يغطي ثلث بدل الإيجار. ومن هنا لم يكن هذا المبدأ بأي حال من الأحوال في مصلحة البننتين البالغتين، وبخاصة أن قانون الأسرة يلزم الأب بالإنفاق على بناته إلى الزواج، وأن المسكن عنصر من عناصر النفقة، كما أن القرار لم يحدد معنى البلوغ وهو مصطلح شرعي وليس قانوني.

ومن المبادئ كذلك أن مكان سكن الحضانة يتحدد إما بمكان تواجد بيت الزوجية، أو بمكان تواجد أهل الحضانة وهذا المبدأ تقرر بموجب قرار المحكمة العليا بتاريخ 2010/11/11 والذي جاء في إحدى حيثياته "أنّ الحاضنة طالبت من قضاة الموضوع تخصيص مسكن لها بجوار أهلها، في حين كان الزوج المطلّق قد وفر لها سكن في المدينة التي يوجد فيها بيت الزوجية، وقد استجاب لها القضاة وحكموا لصالحها على أساس المادة 72 من ق.أ.مّ عرض قرارهم للطعن من طرف المحكمة العليا بحجة أن المادة المذكورة لم تلزم الزوج بتوفير السكن في مكان معين"². وهذا صحيح ولكن المادة 72 المستند إليها لم تجعل اختيار مكان الحضانة من حق الزوج

¹ - م.ع.غ.أ.ش، قرار رقم 506369، بتاريخ 2009/07/08، م ق 2/2009، ص 306.

² - م.ع.غ.أ.ش، قرار رقم 581700، بتاريخ 2010/11/11، م ق 1/2011، ص 252.

وحده، واشترطت في السكن أن يكون ملائماً لممارستها فقط، سواء كان في مدينة بيت الزوجية، أو في مكان آخر. وعليه كان ينبغي التركيز على طبيعة المسكن ومدى ملائمته للحضانة بدل المكان الذي يوجد فيه.

ومن المبادئ التي استقر عليها القضاء الجزائري أن الأب إذا رفض إيواء ابنته معه وجب عليه توفير سكن لها أو بدل إيجار، وهذا ما تقرر بموجب قرار المحكمة العليا المؤرخ بتاريخ 2012/05/17 وقد جاء فيه: "الأب ملزم بتوفير سكن أو بدل إيجار لابنته المنقضية حضانتها ببلوغها سن الزواج، في حالة امتناعه عن ضمّها إليه ورفضه إقامتها معه في بيته"¹.

وهذا التزام آخر أثقل به القضاء الجزائري كاهل الزوج، حيث حملّه عبء توفير السكن أو بدل إيجار لابنته المنقضية حضانتها وقد ألزمه المشرع قبل ذلك بإسكانها وهي في سن الحضانة، ولكن القضاء اشترط لهذا الالتزام امتناع الأب عن إيواء ابنته معه.

ومهما يكن، فليس من العدل أن نحمل الأب إسكان ابنته البالغة لمجرد أنه رفض إقامتها معه، فالأب قد تكون له ظروف تحول دون ذلك.

إن هذا المبدأ يفتح الباب أمام تساؤلات كثيرة، منها هل يلتزم الأب الذي له عدّة بنات، خمس أو ست، أن يوفر لكل واحدة منهن سكناً أو بدل إيجار إذا بلغت؟ والحل في رأيي أن تبقى البنت في مسكن الحضانة حتى الزواج إذا رفض الأب إسكانها معه، ولا ينبغي تحميله عناء البحث عن سكن آخر، أو بدل الإيجار وبخاصة إذا كان لا يزال يدفع بدل الإيجار لأولاده الصغار.

¹ - م.ع.غ.أ.ش، قرار رقم 686369، بتاريخ 2012/05/17، م ق 2/2012، ص 257.

ومن المبادئ ما جاء في قرار المحكمة العليا المؤرخ في 2009/01/14:
 {يتعين على الوالد عند تخصيص مسكن لممارسة الحضانة مراعاة مصلحة
 المحضون¹}. وفي قضية الحال، وفرّ الوالد سكنا لممارسة الحضانة في مدينة أخرى،
 غير أن قضاة الموضوع ألزموه بدفع بدل الإيجار لمسكن في المدينة التي ولد فيها
 الأبناء، ويزاولون فيها دراستهم.

يظهر من هذا المبدأ، أن الوالد هو الذي يقدر مصلحة الأبناء عند توفير السكن
 لهم تحت رقابة القضاء، بمعنى أن المحكمة يمكن أن تعترض عليه وتحكم بخلاف ما
 عرضه الزوج على أساس مصلحة تقدرها هي.

ويدخل في تقدير المصلحة عدة عناصر منها الدراسة وصحة المحضون
 وأمنه... إلخ.

ومن المبادئ أن امتلاك الحاضنة لسكن لا يعفى الوالد من توفير سكن لها...²
 وهذا المبدأ جاء خلافا لما ذهب إليه المشرع التونسي في الفصل 56 من المجلة
 السابق.

وفي رأيي أن المحكمة العليا لم تراع الظروف الاجتماعية التي يمر بها
 المجتمع الجزائري ولاسيما في موضوع السكن الذي أصبح أزمة تتفاقم مع الأيام، ثم
 ما هي الحكمة من إلزام الزوج المطلق بإسكان الحاضنة أو دفع بدل الإيجار إذا كانت
 تملك سكنا، وكان هو فقيرا.

¹ - م.ع.غ.أ.ش، قرار رقم 477191، بتاريخ 2009/01/14، م ق 2/2009، ص 275.

² - م.ع.غ.أ.ش، قرار رقم 288072، بتاريخ 2002/07/31، م ق 1/2004، ص 279.

وكذلك استقرّ قضاء المحكمة العليا على أن الحاضنة تفقد حقها في البقاء بمسكن الزوجية في حالة بيعه إذا كان مستأجرا. وهذا ما تقرر بموجب قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 2001/03/28. والذي جاء في إحدى حيثياته ما يلي: "إن المطعون ضدها سبق لها أن استفادت من السكن موضوع النزاع قصد ممارسة الحضانة لأبناء المتوفى عندما كان مستأجرا لهذا المسكن الذي وقع التنازل عنه لفائدة الطاعن الذي اشتراه بعقد مؤرخ في 1992/03/21، وعليه فالمطعون ضدها لم يبق لها أي حق للتمسك بهذا المسكن على أساس ممارسة الحضانة..."¹

ومن المبادئ التي استقر عليها هذا القضاء أن بدل إيجار سكن المحضون يسري من تاريخ صدور الحكم الفاصل في الحضانة²، وأن تنازل الأم عن حقوقها لا يعني التنازل عن حقوق المحضونين³، وأن الأب إذا وفر مسكنا لممارسة الحضانة زال التخيير⁴، وأن الالتزام ببديل الإيجار هو التزام بدلي (وليس تخييري) في حالة عدم الوفاء بالالتزام الأساسي وهو توفير السكن⁵.

ومن المبادئ أيضا أن القضاء ببقاء الزوجة في المسكن الزوجي بعد الطلاق تنفيذا لبنود عقد الزواج قضاء سليم⁶، وأن بدل الإيجار يعتبر من نفقة المحضون، ولا

¹ - م.ع.غ.أ.ش، قرار رقم 258532، بتاريخ 2001/03/28، م ق 1/2002، ص 316.

² - م.ع.غ.أ.ش، قرار رقم 331833 بتاريخ 2005/06/15، م ق 1/2005، ص 315.

³ - م.ع.غ.أ.ش، قرار رقم 384529، بتاريخ 2007/04/11، م ق 2/2008، ص 291.

⁴ - م.ع.غ.أ.ش، قرار رقم 474255، بتاريخ 2009/01/14، م ق 2/2009، ص 267.

⁵ - م.ع.غ.أ.ش، قرار رقم 566381، بتاريخ 2010/09/16، م ق 2/2010، ص 268.

⁶ - م.ع.غ.أ.ش، قرار رقم 253111، بتاريخ 2000/10/17، م ق 2/2003، ص 278.

تطاله أحكام حجية الشيء¹ المقضي أي يمكن إعادة النظر فيه والمطالبة به في أي وقت.

ومم درج عليه قضاء المحكمة العليا، أن بدل الإيجار يتعين إذا كان السكن غير لائق،² وأن بقاء المطلقة الحاضنة ببيت الزوجية بقاء مؤقت ينقضي بتنفيذ الحكم القاضي بالسكن أو بدل الإيجار³، وأن انتفاع الحاضنة بحق الإيجار ليس سندا للملكية ولا يسمح بإبطال عقد التنازل⁴.

إن المبادئ السابقة هي عبارة عن اجتهادات قضائية في مادة السكن ترقى إلى مصاف القواعد القانونية والتي كان لها الدور الكبير في سد الفراغ التشريعي في قانون الأسرة الجزائري.

الفرع الثاني:

تطبيقات القضاء المغربي في قضايا إسكان الحاضنة والمحضون

أما القضاء المغربي، فقد كانت له بعض التطبيقات في قضايا إسكان الحاضنة والمحضون خالف القضاء الجزائري في بعضها واتفق معه في بعض. وسنركز هنا على المبادئ المختلف فيها، وهي:

-
- 1 - م.ع.غ.أ.ش، قرار رقم 481857، بتاريخ 2009/1/14، م ق 2/2009، ص 292.
 - 2 - م.ع.غ.أ.ش، قرار رقم 0729230، بتاريخ 2013/03/14، م ق 2/2013، ص 276.
 - 3 - م.ع.غ.أ.ش، قرار رقم 684955، بتاريخ 2011/04/14، م ق 2/2011، ص 176.
 - 4 - م.ع.غ.أ.ش، قرار رقم 0742023، بتاريخ 2013/03/14، م ق 1/2014، ص 319.
 - 4 - م.ع.غ.أ.ش، قرار رقم 81197، بتاريخ 1990/12/23، م ق 1/1996، ص 85.

بالنسبة لسن المحضون الذي يفقد معه الحق في الإسكان لم يقيد القضاء المغربي بحد معين، خلافا للقضاء الجزائري الذي اعتبر البلوغ سببا لانقضاء حق المحضون في الإسكان.

ولقد دل على هذا المبدأ قرار المجلس الأعلى بتاريخ 05/11/23 حيث جاء فيه: "استحقاق تكاليف سكن المحضون ورد في المادة 168 من مدونة الأسرة مطلقا دون تقييد بسن معين للمحضون مراعاة لحقوقه"

وإذا رجعنا إلى المادة 72 مكرر من قانون الأسرة نجدها هي الأخرى لا تقيّد استحقاق المحضون للسكن بسنّ معيّنة كذلك، كالمادة 168 من المدونة المغربية.

وبالتالي ما ذهب إليه القضاء المغربي في عدم تقييد إسكان المحضون ببلوغه سن معينة قضاء سليم ومنسجم مع القواعد، ومن المبادئ المختلف فيها كذلك، أن تكاليف سكن المحضون مستقلة في تقديرها على النفقة وأجرة الحضانة، ولقد جاء هذا المبدأ تطبيقا للفقرة الأولى من المادة 168 حيث نصت على ما يلي: "تعتبر تكاليف سكنى المحضون مستقلة في تقديرها عن النفقة وأجرة الحضانة وغيرهما".

ومن المبادئ أيضا أن الحكم بواجب السكن (بدل الإيجار) في حالة تهيئة مسكن للمحضون من طرف الأب مخالف للقواعد. وهذا ما تقرر بموجب قرار المجلس الأعلى بتاريخ 07/12/02 الذي جاء فيه المادة 168 من مدونة الأسرة، تخير الأب بين تهيئة مسكن لأبنائه، أو أداء الكراء للسكن، والمحكمة لما قضت بأداء واجب السكن رغم أنه أثبت أمامها بأنه وفر سكنا لائقا لابنه تكون قد خرقت مقتضيات المادة المحتجّ بها مما يعرض قرارها للنقض.

إن هذا المبدأ هو ما استقر عليه القضاء الجزائري في القرار المؤرخ في 2009/01/14 حيث اعتبر أن الأب إذا وفر مسكنا لممارسة الحضانة، زال التخيير.

ولقد ذكرنا فيما سبق أن التزام الأب بتوفير سكن الحضانة هو التزام بدلي وليس تخييري في القضاء الجزائري.

ولقد ذهب القضاء المغربي أن الإسكان على الأب لابنه غير العاقل أو غير القادر على الكسب، ولابنته إذا لم يكن لها مال مطلقا، إلا إذا وجبت نفقتها على زوجها بالدخول، وتجب لها نفقة السكن لأنها نفقة بالأصالة، وذلك تطبيقا لقواعد الفقه الإسلامي المحال عليها بالمادة 400 من مدونة الأسرة.

وهذا ما جاء في إحدى حيثيات قرار المجلس الأعلى بتاريخ 08/06/25 "والمحكمة مصدرة القرار المطعون فيه، ألزمت الطالب بسكنى ابنته، ولو بلغت سن الرشد القانوني وانتهت بذلك من حضانتها، تكون قد طبقت الفقه الواجب التطبيق في الموضوع تطبيقا سليما.

ومم استقر عليه القضاء المغربي، أن سكن الحاضنة مع أهلها، لا يشكل سببا لإسقاط واجب السكن خاصة، وأنه مفروض لمصلحة المحضون، لقد بني هذا المبدأ على أن سكن الحضانة حق للمحضون وليس للحاضنة وبذلك حسم الجدل القائم حول هذه المسألة هل السكن حق للحضانة أم حق للمحضون.

فإذا كان الجواب أن السكن حق للحاضنة من أجل رعاية المحضون فإنه لا يجب على الأب توفير السكن لها ما دام لها سكن شخصي أو لها سكن زوجي، وكذلك عندما تكون هذه الحضانة قد انقضت قانونا.

وإن كان الجواب أن السكن حق للمحضون، فإنه يترتب على الأب بعد الطلاق توفير سكن ملائم لابنه أو أبنائه، أو إلزامه بدفع مقابل إيجاره من أجل ممارسة حق حضانة المحضون، وإن انقضت مدة الحضانة، فإنه لم يعد يجب على الأب توفير سكن الولد المحضون بموجب المادة 72 من قانون الأسرة والمادة 168 من المدونة المغربية، وكذلك إذا تزوجت الحاضنة، وسكنت مع محضونها بمسكن الزوجية.

وخلاصة القول أن القضاء الجزائري متفق مع القضاء المغربي في أن الأب هو الملزم بإسكان ابنه أو أبنائه المحضون حتى ولو كانت الحاضنة تملك سكنا، لأن الحضانة مقررة لمصلحة المحضون، خلافا للقضاء التونسي الذي اشترط إلزام الأب بالإسكان أن لا يكون للحاضنة سكنا.

وبالنسبة لانقضاء حق المحضون في الإسكان إذا بلغ سن الرشد فإن القضاء المغربي لم يقيد ذلك بسن محددة حيث اعتبر واجب الإسكان في حكم النفقة بالنسبة للبنات لا ينقص إلا بالزواج ووجوب النفقة على زوجها.

أما القضاء الجزائري فقد قيد استمرار الحق في إسكان البنات أو البنات يرفض الأب إيواهن.

وعليه، فإن مبادئ القضاء السابقة هي بمثابة قواعد قانونية بالرغم من أن قوانين الأسرة لم تنص عليها، وعلى المشرعين في الجزائر والمغرب أن يأخذوها بعين الاعتبار في أي تعديل قادم.

المطلب الثاني:

القواعد الإجرائية في النزاع حول حق المطلقة والمحضون في الإسكان

قد يلتزم الزوج بعد صدور الحكم بالطلاق بقواعد إسكان المطلقة والمحضون. وفي هذه الحالة تستمر هي ومحضونها في مسكن الزوجية دون إشكال، وقد تغادره طواعية وتلتحق بأهلها ولا تطالب بحقها بالبقاء في بيت الزوجية، لكن في الغالب لا تجري الأمور على هذا النحو، ففي كثير من الحالات يقوم الزوج المطلق بطرد مطلقة من البيت بمجرد أن يحدث النزاع بينهما وقد يقع ذلك حتى قبل صدور الحكم بالطلاق، وأمام هذه الحالة إذا أرادت المطلقة أن تبقى في السكن مدة العدة أو مدة الحضانة أو تعود إليه بعد طردها منه، ما عليها إلا أن تسلك طريق القضاء المستعجل طبقاً لقواعد قانون الإجراءات المدنية أو قواعد قانون الأسرة.

ولقد رسمت القوانين المغربية الثلاثة للمطلقة والمحضون هذا الطريق بصيغ مختلفة، نخصص لتبيانها فرعين، ندرس في الفرع الأول إجراءات التقاضي بشأن المطلقة والمحضون في السكن وفي الفرع الثاني إجراءات الاستعجال بشأن بقاء المطلقة والمحضون في بيت الزوجية.

الفرع الأول:

التقاضي بشأن المطلقة والمحضون في السكن طبقاً للقواعد العامة

في الوقت الذي قررت القوانين الثلاثة للمطلقة والمحضون الحق في الإسكان، فقد وضعت جملة من القواعد الإجرائية التي يتعين على هذه الأخيرة أن تعتمد في المطالبة بحقها بالبقاء في السكن والعودة إليه في حالة طردها منه، ومن هذه القواعد ما يلي:

للزوجة المطلقة الحق في رفع دعوى قضائية استعجالية طبقا لنص المادة 183 من قانون الإجراءات المدنية أمام المحكمة التي يقع بدائرة اختصاصها مسكن الزوجية التي طردت منه، لأجل استصدار أمر استعجالي يقضي بإلزام المدعى عليه -الزوج المطلق- بعدم التعرض للمدعية في الدخول إلى مسكن الزوجية، مع منعه من طردها من هذا المسكن طوال فترة عدة طلاقها الرجعي.

ويعتبر اختصاص القاضي المستعجل من قبيل الاختصاص النوعي لعدم توافر شروط الاستعجال في أي حالة كانت عليها الدعوى¹.

إن هذه القاعدة تطبق سواء بالنسبة للمطلقة في حالة طردها من مسكن الزوجية خلال فترة العدة، أو المطلقة الحاضن في حالة إخراجها منه قبل تنفيذ الزوج المطلق للحكم القضائي الخاص بالسكن. كما تطبق في جميع القضايا المدنية والتجارية والأسرية إذا توافر فيها عنصر الاستعجال، وهذا العنصر متوافر وبكل وضوح في مادة إسكان المطلقة والمحضون، وبالتالي يبقى من حقها أن ترفع دعاها الاستعجالية في الحال ومن ساعة إلى ساعة، حتى وإن كان ذلك في أيام العطل، أو خارج أوقات العمل المعهودة².

وذلك كله استنادا إلى القواعد التي تضمنتها المواد 183، 184، 186 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري.

¹ - طاهري حسين، الوسيط في شرح قانون الإجراءات المدنية، ط2، دار ربحانة للنشر والتوزيع، الجزائر 2001، ص 79.

² - نور الدين المطاعي، المرجع السابق، ص 260.

ويجب على قاضي الأمور الاستعجالية طبقاً للمادة 184 المذكورة أن يفصل على وجه السرعة والاستعجال في طلب المطلقة المتضمن البقاء بمسكن الزوجية خلال فترة العدة، أو خلال مدة الحضانة، أو الرجوع إليه في حالة الطرد. ويكون الأمر الاستعجالي الذي سيصدر في هذه القضية معجلة النفاذ بقوة القانون وغير قابل للمعارضة استناداً لنص المادة 188 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.¹

وهذا يعتبر خروجاً على قاعدة الأثر الموقوف لطرق الطعن العادية، فإن التنفيذ المعجل يسمح للمحكوم له بأن ينفذ حكمه بعد التبليغ.²

أما قواعد الاستعجال في القانون التونسي، فقد تضمنتها الفصول 201 إلى 212 من المجلة التونسية، والتي بمقتضاها يجوز للمطلقة أن ترفع دعوى استعجالية ومؤقتة أمام القضاء التونسي تطالب من خلالها هذا القضاء بالحكم لها بالرجوع إلى بيت الزوجية³. ويرجع الاختصاص في ذلك إلى رئيس المحكمة الابتدائية أو الحاكم المعين من طرفه أو حاكم الناحية في الصور التي خصصه القانون بالنظر فيها⁴.

¹ - جاء في نص المادة 188 من ق إ م ما يلي: "تكون الأوامر الصادرة في المواد المستعجلة معجلة النفاذ بكفالة أو بدونها. وهي غير قابلة وى للاعتراض على النفاذ المعجل، وفي حالات الضرورة القصوى يجوز للرئيس حتى قبل قيد الأمر أن يأمر بالتنفيذ بموجب المسودة الأصلية للأمر".

² - ابراهيمي محمد، الوجيز في الإجراءات المدنية (الجزء الثاني)، د.ط.د.م.ج، الجزائر 2001، ص 152.

³ - الجمهورية التونسية (وزارة العدل وحقوق الإنسان)، الفصل 201 من قانون عدد 130 لسنة 1959 يتعلق

بادراج مجلة المرافعات المدنية والتجارية، الرائد الرسمي عدد 56.

⁴ - المرجع نفسه.

ويشترط في الطالب (المطلقة) أن يحضر بنفسه الجلسة وإلا طرح الطلب¹.
(الفصل 205)

وإذا لم يحضر المطلوب (المطلق) بعد بلوغ الاستدعاء يحكم عليه كما لو كان
حاضرا². (الفصل 2/205).

ويجوز للقاضي الإستعجالي أن يستدعي الخصوم حتى في أيام العطل (الفصل
206).

ويقع تنفيذ الأذن الاستعجالية بعد أربع وعشرين ساعة من تاريخ وقوع
الإعلام بها، ما لم يأذن بخلاف ذلك الحاكم الذي له الحق في منح آجال على وجه
الفصل.

وبالنسبة لقواعد القضاء المستعجل في القانون المغربي فقد وردت في الفصول
(148، 149، 150، 151، 152، 153، 154) حيث تضمنت الإجراءات المتبعة
أمام المحاكم في المسائل والطلبات ذات العنصر الاستعجالي والضروري، ومنها
طلب الإبقاء في مسكن الزوجية أو العودة إليه³.

فالفصل 148 جعل الاختصاص بالنظر بالاستعجال من صلاحيات رؤساء
المحاكم الابتدائية، وهذه قاعدة مشتركة بين القوانين الثلاثة. وحدد ميعاد الاستئناف
في حالة الرفض بخمسة عشر يوما من يوم النطق.

¹ - الفصل 205 من قانون 130 لسنة 1959، المرجع السابق.

² - الفصل 206، المرجع نفسه.

³ - المملكة المغربية وزارة العدل والحريات (مديرية الشريعة)، الفصل 148 من ظهير شريف بمثابة قانون رقم
1.74.447 بتاريخ 11 رمضان 1394 (28 شتنبر 1974) بالمصادقة على نص قانون المسطرة المدنية الجديدة
الرسمية عدد 3230 مكرر، بتاريخ 13 رمضان 1394 (30 شتنبر 1974)، ص 2741.

كما يختص رئيس المحكمة الابتدائية وحده بالبتّ بصفته قاضيا للمستعجلات في الصعوبات المتعلقة بتنفيذ حكم أو سند قابل للتنفيذ أو الأمر بالحراسة القضائية¹... (الفصل 149).

ويمكن أن يقدم الطلب في غير الأيام والساعات المعينة للقضاء المستعجل في حالة الاستعجال القصوى² (الفصل 150).

إن الأوامر الاستعجالية مشمولة بالإنفاذ المعجل بقوة القانون، ويمكن للقاضي مع ذلك أن يقيد التنفيذ بتقديم كفالة وهذه من القواعد الإجرائية التي خالف فيها المشرع المغربي المشرعين الجزائري والتونسي.

الفرع الثاني:

إجراءات الاستعجال بشأن بقاء المطلقة والمحضون في مسكن الزوجية

بالإضافة إلى القواعد الإجرائية العامة التي تعتمد عليها المطلقة في البقاء ببيت الزوجية، أو العودة إليه في حالة طردها منه، فإن هناك قواعد أخرى تضمنتها قوانين الأسرة في الدول المغاربية الثلاث منها ما ورد في المادة 57 مكرر من قانون الأسرة الجزائري حيث جاء فيها ما يلي: "يجوز للقاضي الفصل على وجه الاستعجال بموجب أمر عادي بذيل عريضة في جميع التدابير المؤقتة، ولا سيما ما تعلق منها بالنفقة والحضانة والزيارة والمسكن"³.

¹ - الفصل 149، المرجع نفسه.

² - الفصل 150، المرجع نفسه.

³ - المطاعي نور الدين، المرجع السابق، ص 265.

إن هذا النص يتضمن قاعدة إجرائية ترسم للمطلقة الطريق الذي تسلكه للمطالبة بالبقاء في بيت الزوجية أو العودة إليه وهو إجراء بسيط، يتمثل في تقديم طلب في شكل عريضة إلى رئيس قسم شؤون الأسرة بحسب التعديل الأخير لقانون الإجراءات المدنية والإدارية، الذي يقوم بدوره بالتأشير على الأمر في أسفل هذه العريضة من غير حضور المدعى عليه، أو تكليف بالحضور له، أو حتى علمه بهذا الأمر.

ومن هذه القواعد أيضا ما ورد في المادة 126 من المدونة المغربية التي نصت على ما يلي: "في حالة عرض النزاع بين الزوجين على القضاء وتعذر المساكنة بينهما، للمحكمة أن تتخذ التدابير المؤقتة، التي تراها مناسبة بالنسبة للزوجة والأطفال تلقائيا أو بناء على طلب، وذلك في انتظار صدور الحكم في الموضوع، بما فيها اختيار السكن مع أحد أقاربها، أو أقارب الزوج، وتنفذ تلك التدابير فورا على الأصل عن طريق النيابة العامة."¹

يتضمن النص السابق مجموعة من الإجراءات القضائية هي عبارة عن تدابير مؤقتة يتخذها قاضي الموضوع في حالة تعذر الإصلاح أو المساكنة بين الزوجين، والمتمثلة في اختيار السكن للمطلقة والأولاد، إما مع أقارب الزوجة المطلقة، أو أقارب الزوج، والتي يتم تنفيذها عن طريق النيابة العامة.

بمقارنة المادة 121 من المدونة مع المادة 57 مكرر من قانون الأسرة

الجزائري نستنتج ما يلي:

¹ - المادة 121 من مدونة الأسرة المغربية، المرجع السابق.

حسب المادة 121 من المدونة، يتخذ القاضي التدابير المؤقتة الخاصة بسكن المطلقة والأولاد تلقائيا أو بناء على طلب، في حين تشترط المادة 57 مكرر أن تقدم عريضة بشأنها.

إن هذه التدابير الوقتية تنفذ فوراً على الأصل عن طريق النيابة العامة نظراً لما لها من مؤهلات كتسخير القوة العمومية وهذا الإجراء لم تنص عليه المادة 57 مكرر.¹

إن القاضي حسب المادة 121 لا يتخذ التدابير المؤقتة إلا إذا تعذرت المساكنة بين الزوجين، بينما لم تشترط المادة 57 هذا الشرط، وإن كان معمولاً به في القضاء. وبالنسبة للقواعد الإجرائية الخاصة بإسكان المطلقة والمحضون في القانون التونسي، فقد تضمنها الفصل 32 من المجلة التونسية حيث نص في فقرته الرابعة على ما يلي: "وعلى قاضي الأسرة أن يتخذ ولو بدون طلب، جميع القرارات الفورية الخاصة بسكنى الزوجين وبالنفقة وبالحضانة وبزيارة المحضون، ويمكن للطرفين أن يتفقا صراحة على تركها كلا أو بعضاً. ما لم تتعارض ومصالحة الأبناء القصر."²

وجاء في الفقرة السادسة ما يلي: "وتنفذ القرارات الفورية على المسودة وتكون غير قابلة للاستئناف أو التعقيب، ولكنها قابلة للمراجعة من طرف قاضي الأسرة، ما لم يصدر الحكم في الأصل.

وجاء في الفقرة السابعة ما يلي: وتقضي المحكمة ابتدائياً في الطلاق، بعد فترة تأمل تدوم شهرين قبل طور المرافعة، كما تقضي في جميع ما يتعلق بآثاره، وتحدد

¹ محمد الأزهر، شرح مدونة الأسرة، ط7، المغرب 2015، ص26

² - الفصل 32 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية، المرجع السابق.

مبلغ الجراية التي تستحقها المفارقة بعد انقضاء العدة، وتبت في الوسائل المتأكدة موضوع القرارات الفورية الصادرة عن قاضي الأسرة.

إن أول ما تجدر الإشارة إليه بالنسبة للإجراءات الاستعجالية في القانون التونسي تحديد القاضي المختص بالنظر والبت في القرارات الفورية، وهو قاضي الأسرة كما ورد في المادة 32 من المجلة السالف ذكرها، وهذا ما لم يفعله المشرع الجزائري في قانون الأسرة، حيث جعل النظر في هذه التدابير من صلاحيات القاضي من غير تحديد، تاركا الباب مواربا أمام كثير من التأويلات، فهل المقصود به رئيس المحكمة، أم قاضي شؤون الأسرة، أم أي قاض آخر. ومن هنا كان على المشرع الجزائري وهو بصدد تعديل قانون الأسرة أن يستعمل في المادة 57 مكرر رئيس قسم شؤون الأسرة بدل القاضي لينسجم مع التعديل الجديد لقانون الإجراءات المدنية والإدارية.

وكذلك الأمر بالنسبة للمشرع المغربي في المدونة الذي استعمل مصطلح المحكمة وهي كلمة مبهمة تحتمل عدة تأويلات.

ومن أهم ما ينبغي قوله بالنسبة للتدابير المؤقتة في قوانين الأسرة المغاربية الثلاثة، أن قواعدها جاءت متفقة في جوانب، ومختلفة في جوانب أخرى. فأما المتفق عليه فهي شروط اتخاذ هذه التدابير، وأهمها عنصر الاستعجال والضرورة، وسرعة النظر فيها، وعدم التقيد بوقت في اتخاذها، إذ يمكن الفصل فيها حتى في الأعياد والمناسبات إذا أمكن ذلك.

وأما المختلف فيه، فيتمثل في مدد النظر في هذه القرارات ومواعيد إعادة النظر فيها عن طريق الاستئناف، والطعن أو التعقيب (في القانون التونسي).

الفصل الثاني:

النزاع حول نفقة المطلقة والأولاد

إن قواعد النزاع حول نفقة المطلقة والأولاد لا تقل أهمية عن قواعد الإسكان التي سبقت معالجتها، فالنفقة والسكن قرينان يصعب الفصل بينهما، ولذلك ارتأينا أن نخصص هذا الفصل لدراسة المنازعات المتعلقة بنفقة المطلقة والأبناء في جوانبها الموضوعية والإجرائية على ضوء القوانين الثلاثة -الجزائري والمغربي والتونسي- مع استجلاء موقف الفقه الإسلامي والقضاء من هذه القضايا.

وسيتم ذلك في مبحثين، نخصص المبحث الأول لقواعد النزاع حول نفقة المطلقة، والثاني للمنازعات المتعلقة بنفقة الأولاد.

المبحث الأول:

سند وإجراءات النزاع حول نفقة المطلقة

يحكم النزاع حول نفقة المطلقة في قانون الأسرة الجزائري المادة 61 الخاصة بنفقة العدة، والمادة 80 المتعلقة بنفقة الإهمال وفي القانون المغربي، تحكمه القواعد التي تضمنتها المواد 84، 195، 196 من مدونة الأسرة المغربية، بينما خصص المشرع التونسي الفصول (32-38-39-40-41-42) من مجلة الأحوال الشخصية للتنظيم الموضوعي لهذه المنازعات.

وإلى جانب هذه القواعد، فقد وضعت التشريعات المغاربية الثلاثة الإجراءات الواجب على المطلقة إتباعها في سبيل المطالبة بحقها في النفقة.

وعليه، سنقسم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب، نخصص المطلب الأول للقواعد الموضوعية في النزاع حول نفقة العدة، والمطلب الثاني للنزاع حول نفقة الإهمال، والمطلب الثالث ندرس فيه إجراءات النزاع حول نفقة المطلقة.

المطلب الأول:

القواعد الموضوعية في النزاع حول نفقة العدة

من القواعد الموضوعية المتفق عليها بين القوانين الثلاثة، أن المطلقة تستحق نفقة العدة ما دامت في عدتها، وهذا ما نحاول تبينه من خلال المعالجة القانونية والفقهية والقضائية لهذه القواعد في ثلاثة فروع متتالية، نخصص الفرع الأول للأساس القانوني لنفقة العدة، وندرس في الفرع الثاني المرتكزات الفقهية لنفقة العدة، ثم نختم المطلب بالتطبيقات القضائية لنفقة العدة بفرع ثالث.

الفرع الأول:

الأساس القانوني لنفقة العدة

تستحق المطلقة نفقة العدة في قانون الأسرة الجزائري بمقتضى المادة 61 التي نصّت على ما يلي: "ولها النفقة في عدة الطلاق"¹، وتستحقها في القانون المغربي بمقتضى نص المادة 196 من مدونة الأسرة التالي: "المطلقة رجعيًا يسقط حقها في السكنى دون النفقة، إذا انتقلت من بيت عدتها دون موافقة زوجها، أو دون عذر مقبول، المطلقة طلاقًا بائنًا إذا كانت حاملًا تستمر نفقتها إلى أن تضع حملها، وإذا لم تكن حاملًا، يستمر حقها في السكن فقط إلى أن تنتهي عدتها"².

وفي المجلة التونسية، تثبت نفقة العدة للمطلقة وفق القاعدة المقررة في الفصل 38 بالنص التالي: "يجب على الزوج أن ينفق على زوجته المدخول بها أثناء مفارقتها إيّاها مدة عدتها"³.

بعد عرض المواد الخاصة بنفقة العدة، نقول في البداية أن الالتزامات الزوجية تنقضي بمجرد انحلال الرابطة الزوجية⁴، غير أن هذه القاعدة ترد عليها بعض الاستثناءات منها، أن الزوجة المطلقة لا تخرج من بيت الزوجية ويجب على الزوج شرعا وقانونا أن ينفق عليها وهي في بيتها حتى تنقضي عدتها ثم يصرحها⁵.

¹ - المادة 61 من القانون 11/84، المرجع السابق.

² - المادة 196 من المدونة المغربية.

³ - الفصل 38 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية، المرجع السابق.

⁴ - Patrick Nicoleau, droit de la famille, ellipses, Edit Marketing. Paris 95. P182.

⁵ يوسفات علي هاشم، الخلع والطلاق بالتراضي في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل درجة ماجستير في القانون تحت إشراف أ.د يوسف فتيحة، جامعة أبو بكر بلقايد، كلية الحقوق، لمسّان 2008-2009 ص101

ولقد أخذت بهذا الاستثناء القوانين المغربية الثلاثة، حيث اعتبرت نفقة العدة من مستحقات المطلقة ما دامت في عدتها.

ولابد من الإشارة هنا، إلى أن الأصل في نفقة العدة أنها تشتمل على كل العناصر التي تشتمل عليها النفقة الزوجية، أو النفقة الغذائية، من طعام وكسوة وعلاج وسكن وكل ما هو ضروري في العرف والعادة طبقا للمادة 78 من قانون الأسرة.¹

ومع ذلك فقد جرى القضاء بالحكم للمطلقة بمبلغ مالي، وهذا المبلغ يعتبر نفقة حكما وليس حقيقة والسبب في ذلك، أن المطلق لا يستطيع أن يوفر للمطلقة عناصر النفقة بعد انفكاك الرابطة الزوجية.

أما بالنسبة لقواعد نفقة العدة في القوانين الثلاثة، فقد اختلفت هذه الأخيرة بشأنها في بعض الجوانب منها أن المشرع المغربي نص في المدونة على أن نفقة العدة لا تسقط في حالة الطلاق الرجعي حتى ولو خرجت المطلقة من بيت عدتها بلا مبرر شرعي.

كما أنه ميز في حالة الطلاق البائن بين الحامل وغير الحامل فأقر النفقة للأولى ولم يقرها للثانية.

وأما المشرع التونسي، فإن القاعدة التي أوردها في الفصل 30 من المجلة يعترئها بعض الغموض حيث استعمل مصطلحات لا تتناسب مع الطلاق، وهي الزوج والزوجة فالزوج يفقد صفة الزوجية بمجرد الطلاق، وكذلك لا تسمى المرأة زوجة

¹ - وتقابلها في المدونة المغربية المادة 189 وهذا نصها: "تشمل النفقة الغذاء والكسوة والعلاج، وما يعتبر من الضروريات والتعليم للأولاد، مع مراعاة أحكام المادة 168 أعلاه" نلاحظ أنها أضافت نفقة تعليم الأولاد لعناصر النفقة وهو ما لم يرد في المادة 78 من قانون الأسرة.

بعد المفارقة وإن كانت في حكم الزوجة في حالة الطلاق الرجعي، لكن المشرع التونسي لم يشر إلى ذلك، فسامها زوجة ولو كان الطلاق بائنا وهذا فيه نوع من الغرابة، وهو ما تفاداه المشرع الجزائري حيث استعمل مصطلح مطلقة.

أما المشرع المغربي فقد وقع هو أيضا فيما وقع فيه المشرع التونسي، إذ استعمل في المادة 196 من المدونة (المطلقة رجعيا) ثم جاء بعدها بعبارة "دون موافقة زوجها" وقد يعذر المشرع المغربي في ذلك إذا كان يعتبر المطلقة رجعيا في حكم الزوجة والرجل في حكم الزوج، ومع ذلك كان ينبغي أن تستعمل المصطلحات المناسبة والدقيقة وهي المطلقة والمطلق.

أما مصطلح "مفارقة" التي استعملها المشرع التونسي في الفصل 38 من المجلة، فتحتمل عدة معان، منها الطلاق والفسخ، مما يدل على أن الزوجة التي فسخ نكاحها تستحق هي الأخرى النفقة ما دامت في عدتها. وهذه الحالة لم يأخذ بها المشرعان الجزائري والمغربي، مع أنها لا تتعارض مع قواعد الفقه الإسلامي.

وما تجدر الإشارة إليه، أن المشرع التونسي لم يميز في إقرار النفقة للمطلقة بين أنواع الطلاق، كونه رجعيا أو بائنا، ولا بين أصناف المطلقات، حوامل كن أو حوائل. وهو بذلك يتفق مع المشرع الجزائري في هذه المسألة.

وما ذهب إليه المشرعان الجزائري والتونسي هو رأي جمهور الفقهاء، خلافا للمشرع المغربي الذي أخذ بمذهب المالكية حيث أقر للمطلقة البائن غير الحامل الحق في السكنى دون النفقة.

والذي أراه، أن التمييز بين حالات الطلاق وأصناف المطلقات في استحقاق النفقة لا مبرر له لعدة اعتبارات منها:

- أن المطلقة غير الحامل تحتاج إلى من ينفق عليها ولاسيما إذا كانت فقيرة.
- أن المطلقة غير الحامل حتى ولو كانت بائنا بينونة صغرى أو كبرى فمن المحتمل أن تعود إلى مطلقها بعقد جديد في الحالة الأولى، أو بعقد جديد كذلك بعد أن تطلق أو يتوفى عنها زوجها في الحالة الثانية.
- مراعاة قواعد الصلة والإحسان، والميثاق الغليظ، والمعاشرة الزوجية السابقة على الطلاق.

الفرع الثاني:

المرتكزات الفقهية لنفقة العدة

تستحق المعتدة من طلاق نفقة العدة على أساس نظرية الاحتباس والتي تعني أن كل من حبس لغيره وجبت نفقته.¹

وتطبيقا لهذه النظرية، وضع فقهاء الشريعة بعض القواعد حماية لحق المعتدة في النفقة.

والجدير بالملاحظة، أن هؤلاء الفقهاء لم يجمعوا على قاعدة واحدة بهذا الشأن، وإنما اختلفوا في ذلك على أساس الاعتبارات المذكورة آنفا، وهي التمييز بين حالات الطلاق وأصناف المطلقات.

ومن أهم ما تقرر في الفقه الإسلامي من قواعد بهذا الشأن "أن المعتدة من طلاق رجعي تستحق النفقة حاملا كانت أم حائلا ما دامت في عدتها، وأما البائن فقد اختلفوا بشأن نفقتها وسكناها فالقاعدة عند أبي حنيفة أنه لا فرق بينها وبين المعتدة من

¹ - تقيّة عبد الفتاح، المرجع السابق، ص187، محمد حسين منصور، النظام القانوني للأسرة في الشرائع غير الإسلامية، د.ط دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2003، ص276

طلاق رجعي، بينما اشترط الشافعي ومالك لنفقتها أن تكون حاملا، وانفرد أحمد فلم يجعل لها نفقة ولا سكن¹.

وعليه فإن المشرعين الجزائري والتونسي اعتمدا رأي جمهور الفقهاء، بينما أخذ المشرع المغربي في المدونة بما ذهب إليه المالكية والشافعية، ولا أرى مبررا لما ذهب إليه.

يقول ابن رشد الحفيد بخصوص سكنى المبتوتة ونفقتها ما يلي: "... واختلفوا -أي الفقهاء- في سكنى المبتوتة ونفقتها إذا لم تكن حاملا على ثلاثة أقوال، أحدهما أن لها السكنى والنفقة، وهو قول الكوفيين، والقول الثاني أنه لا سكنى لها ولا نفقة، وهو قول أحمد وأبي داود وأبي ثور وإسحاق وجماعة، والثالث أن لها السكنى ولا نفقة، وهو قول مالك والشافعي وجماعة².

الفرع الثالث:

التطبيقات القضائية لنفقة العدة.

لقد سار القضاء الجزائري على رأي جمهور الفقهاء وما تقرر في المادة 61 من قانون الأسرة بشأن النزاع حول نفقة العدة، وهذا ما يتجلى من خلال القرارات التالية:

¹ - عيسيو أسماء، حق المطلقة الحاضنة في مسكن الزوجية وإشكالاته المثارة أمام القضاء، مذكرة نهاية التكوين، المعهد الوطني للقضاء، الجزائر 2004، ص8.

- بكر إسماعيل محمد، المرجع السابق، ص129.

² - عبد الكريم حامدي، الجامع المفيد في أسباب اختلاف الفقهاء عند الإمام ابن رشد الحفيد (المجلد الثاني)، ط1، دار ابن حزم للطباعة والنشر والتوزيع لبنان 2009، ص 93/92.

"متى كان من المقرر شرعا أن نفقة العدة تظل واجبة للزوجة على زوجها سواء كانت ظالمة أو مظلومة فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا لأحكام الشريعة الإسلامية إذا كان من الثابت أن قضاة الاستئناف أيدوا الحكم المستأنف فيما قضى به، ومن ذلك تقرير نفقة عدة للزوجة، فإن وجه الطعن المؤسس على خرق قواعد الشريعة الإسلامية باعتبار أن الزوجة اعترفت بارتكاب فاحشة الزنا، وأن المقرر شرعا إسقاط جميع حقوق الزانية، يكون غير مقبول فيما ذهب إليه من حرمان المطلقة من تقرير نفقة العدة، ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن."

إن القاعدة التي تبناها القرار السابق أن نفقة المعتدة تظل واجبة للمطلقة في جميع الأحوال، سواء كانت ظالمة أو مظلومة. حتى ولو اعترفت الزوجة بارتكابها فاحشة الزنا، لكن هذا التوجه يثير التباسا حول ما ورد في المادة 61 من قانون الأسرة. الذي اعتبر إتيان الزوجة الفاحشة المبيّنة من مسقطات الحق في البقاء في السكن العائلي، فالمادة المذكورة لم توضح مصير الحق في النفقة هل يسقط كذلك، أم المقصود سقوط الحق في الإسكان فحسب هذا ولقد تميزت التطبيقات القضائية لنفقة العدة بحالة من الاضطرابات، وصلت إلى حد التناقض ففي بعض القرارات، اعتبرت المحكمة العليا نفقة العدة حقا ثابتا لا يسقط إلا إذا أسقطها الشارع في بعض الأحوال، وهذا ما جسده القرار التالي: "حيث أن كل مطلقة بعد البناء، عليها أن تعتد وهي في أثناء هذه المدة محبوسة من أجل الزوج، وعلى كل مطلق أن ينفق على مطلقته."

فالنفقة حق ثابت شرعا من حقوق الزوجية، يتعين على القاضي الحكم بها طلبتها الزوجة أو لم تطلبها، ولا تسقط إلا إذا أسقطها الشارع...¹

وإلى جانب هذا القرار صدر قرار آخر مناقض له تماما على الشكل التالي:
"من المقرر فقها وقضاء، أن نفقة العدة تمنح لكل زوجة مطلقة في جميع الحالات لأنها مقررة لها شرعا"².

إن ما وقع فيه قضاء المحكمة العليا من اضطرابات بشأن نفقة العدة مردّه إلى غموض القواعد الموضوعية وعدم دقة النصوص القانونية.

أما موقف القضاء المغربي بشأن نفقة العدة، فلم يخرج عن القاعدة التي تضمنتها المادة 196 من المدونة المغربية، والتي لا تعط للبائن الحق في نفقة العدة إلا إذا كانت حاملا، يظهر ذلك من خلال قرار المجلس الأعلى التالي:

"إن المطلقة غير الحامل طلاقا بائنا لا تستحق النفقة أثناء العدة، والمحكمة المصدرة للقرار المطعون فيه لما قضت بالنفقة للمطلوبة (المدعى عليها) في النقض تكون قد خرقت المادة 196 من مدونة الأسرة"³.

طبقا للقرار السابق يعتبر الحكم للمطلقة البائن غير الحامل بنفقة العدة مخالفا للقواعد المقررة في مدونة الأسرة، وهذا ما اختلف فيه القضاء المغربي مع القضاء الجزائري الذي لا يفرق في الحكم بالنفقة بين الحامل وغير الحامل.

¹ - م.ع.غ.أ.ش، بتاريخ 1984/10/22، تحت رقم 34327، م.ق، العدد 3/1989، ص 69.

² - م.ع.غ.أ.ش 14/02/1986، ملف رقم 40351، قرار منشور بكتاب قانون الأسرة لبلحاج العربي، ص 322.

³ - قرار صادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 08/9/3 تحت عدد 405 في الملف عدد 07/123 منشور بمجلس قضاء المجلس الأعلى عدد 70 ص 155 وما يليها.

المطلب الثاني:

النزاع حول نفقة الإهمال

بالإضافة إلى نفقة العدة، تستحق المطلقة نوعا آخر من النفقات على أساس قواعد المديونية وهي نفقة الإهمال.

ولقد نظمت القوانين الثلاثة هذا النوع من النفقة بقواعد مختلفة من حيث الشكل ومن حيث المضمون.

وعليه سنحاول في هذه المطلب تسليط الضوء على القواعد الموضوعية المقررة لحق المطلقة في نفقة الإهمال في فرع أول وقواعد سقوط نفقة الإهمال في فرع آخر.

الفرع الأول:

القواعد الموضوعية المقررة لنفقة الإهمال

من القواعد المقررة فقها وقانونا أن النفقة واجبة للزوجة على زوجها فإذا أداها لها برئت ذمته وسقط حقها في المطالبة بها، أما إذا امتنع أو تماطل في أدائها صارت دينا في ذمته، لا يسقط إلا بالأداء أو الإبراء. ومن القواعد أيضا أن الزوجة تستحق نفقة الإهمال ما لم تنفك الرابطة الزوجية.

ولقد اختلفت القوانين الثلاثة حول القواعد التي تحكم هذه النفقة، فالمشرع الجزائري لم يضع قواعد موضوعية للمديونية بالنفقة، واكتفى في ذلك بالمادة 80 التي نصت على ما يلي:

"تستحق النفقة من تاريخ رفع الدعوى إلى صدور الحكم بالنفقة، وللقاضي أن يحكم بها ببينة لسنة قبل رفع الدعوى".¹

أما المشرع المغربي، فقد خصص لنفقة الإهمال المادة 195 من المدونة بنصها التالي: "يحكم للزوجة بالنفقة من تاريخ إمساك الزوج عن الإنفاق الواجب عليه، ولا تسقط بمضي المدة إلا إذا حكم عليها بالرجوع لبيت الزوجية وامتنعت".²

وفي القانون التونسي، تستحق الزوجة أو المطلقة النفقة الماضية بموجب الفصل 41 بنصه التالي: "إذا أنفقت الزوجة على نفسها بقصد الرجوع على زوجها الغائب فلها مطالبته بذلك".³

ما يمكن قوله بعد النظر والتأمل في النصوص السابقة أن نفقة الإهمال لا يمكن الحكم بها بأثر رجعي من حيث المبدأ. وإنما يحكم بها وتستحق ابتداء من تاريخ رفع دعوى المطالبة بها، ولكن كاستثناء من هذا المبدأ أجازت المادة 80 من قانون الأسرة الجزائري للقاضي أن يحكم بها بأثر رجعي لمدة لا تتجاوز سنة قبل رفع الدعوى، بشرط تقديم البينة واثبات ظروف استحقاقها وأسباب طلبها⁴ هذا بالنسبة لنفقة الإهمال في القانون الجزائري.

أما حكمها في المدونة المغربية، فإن القاضي يحكم بها للزوجة أو المطلقة من تاريخ إمساك الزوج عن الإنفاق. وهذه القاعدة ليست مقررة في قانون الأسرة، ولا

¹ - المادة 80 من القانون 11/84، .

² - المادة 195 من المدونة المغربية، المرجع السابق.

³ - الفصل 41 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية، المرجع السابق.

⁴ - سعد عبد العزيز، اجراءات ممارسة دعاوى شؤون الأسرة أمام أقسام المحاكم الابتدائية، ط2، دار هومة،

الجزائر 2014، ص 205.

في المجلة التونسية، كما أن الاستثناء الذي أورده المشرع الجزائري في المادة 80 لم تنص عليه المدونة، فبإمكان الزوجة أو المطلقة في القانون المغربي المطالبة بنفقة الإهمال لسنين عديدة قبل رفع الدعوى.

هذا وأن هذه القواعد لا تخل من نقد، فالمادة 80 من قانون الأسرة تتسم بنوع من الغموض الذي أثار جدلا بين الفقهاء والشرّاح حول المقصود بالدعوى الواردة فيها، هل هي دعوى طلاق أم دعوى نفقة، وكذلك المقصود بالنفقة هل من نفقة الزوجة، أم نفقة عدة، أم نفقة الأبناء والأقارب.

ذهب البعض إلى أن المراد بالدعوى الواردة في المادة 80 هي دعوى طلاق، لأن النفقة تنقضي بمجرد صدور الحكم بالطلاق، وبالتالي لا مجال للحديث عن النفقة إلا ما تعلق بنفقة العدة.¹

وفي رأبي، أن الدعوى هي دعوى نفقة إهمال إذ يمكن المطالبة بها حتى بعد الطلاق إذا ثبتت في ذمة الزوج قبله أي أثناء فترة الزواج.

ومن الانتقادات التي يمكن أن توجه للمشرع المغربي أنه ترك أجل المطالبة بنفقة الإهمال مفتوحا، وهو ما تفاداه المشرع الجزائري عندما حدد الأجل بسنة قبل رفع الدعوى وقد أصاب في ذلك حسب رأبي، لأن المطالبة بالنفقة لسنين عديدة قبل رفع الدعوى يطرح إشكالات كثيرة، أمام القضاء على رأسها الإثبات.

فالمشرع الجزائري أغلق الباب أمام التكاثر والتماطل في المطالبة بالنفقة، وبالأخص قد يكون السبب وراء ذلك الرغبة في الانتقام² ولا بد من الإشارة إلى أن

¹ - عبد الفتاح تقيّة، المرجع السابق، ص243.

² - سمار عبد العزيز، كل ما يتعلق بالنفقة في قانون الأسرة الجزائري. <http://www.mohamah.net/Law/>

المشروع التونسي لم يضع قواعد لنفقة الإهمال في المجلة التونسية، فالفصل 41 السابق نص على نفقة زوجة الغائب وأعطاهما الحق فيه إذا أنفقت على نفسها أثناء غيابه في أن ترجع عليه لما أنفقت إذا رجع حتى ولو طلقت منه بحكم قضائي.

وبالنسبة لنفقة الإهمال في الفقه الإسلامي، فالقاعدة المقررة بشأنها عند جمهور العلماء أن النفقة تصبح دينا قويا سواء حكم بها القضاء أم لم يحكم بها، وسواء تم تحديدها بالاتفاق أم لم يتم، جاء في مختصر خليل ما يلي: "... فالماضي في ذمته وإن لم يفرضه حاكم، ورجعت بما أنفقت عليه غير صرف، وإن معسرا..."¹، أما الحنفية، فالنفقة عندهم لا تصير دينا في ذمة الزوج إلا بحكم القاضي أو الاتفاق.

والحاصل، أن القوانين الثلاثة تأثرت في قواعد النفقة الماضية برأي الجمهور، حيث لم يشترط أي من هذه القوانين للمطالبة بها، الاتفاق أو الحكم القضائي.

الفرع الثاني:

تقادم نفقة الإهمال

يخضع تقادم النفقة الماضية لما نص عليه الفصل 42 من المجلة التونسية حيث نص على ما يلي: "لا تسقط النفقة بمضي المدة وما نصت عليه المادة 195 من مدونة الأسرة المغربية حيث جاء فيها ما يلي: "يحكم للزوجة بالنفقة من تاريخ إمساك الزوج عن الإنفاق الواجب عليه، ولا تسقط بمضي المدة إلا إذا حكم عليها بالرجوع لبيت الزوجية وامتنعت"².

¹ - خليل بن اسحاق، مختصر العلامة خليل، دك، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، لبنان 1981، ص 166.

² - بلغيث عمارة، الوجيز في الاجراءات المدنية، دط، دار العلوم للنشر والتوزيع، الجزائر 2002، ص 48.

يعتبر سقوط النفقة بمضي المدة، من المواضيع الجديرة بالاهتمام في قضايا الأسرة، لارتباطها -أي النفقة- بحق أقرته الشرائع والقوانين، وأي مساس به أو تعديل في أحكامه يجب أن يتم وفق قواعد وضوابط مدروسة.

وبالرجوع والتأمل في النصوص القانونية المتعلقة بسقوط النفقة بالتقادم، نقول بأن النفقة لا تسقط بمضي المدة في القانون التونسي، ولو طالت، كذلك الحكم في القانون المغربي (م 195 من المدونة) إلا أن هذا الأخير أورد استثناء من القاعدة، ونص على سقوط النفقة في الحالة التي ترفض فيها المطلقة تنفيذ الحكم القاضي عليها بالرجوع إلى بيت الزوجية.

أما المشرع الجزائري فإنه لم ينص صراحة على سقوط النفقة الزوجية بمرور الزمن، ولكن بالنظر في المادة 80 من قانون الأسرة التي لا تعط الحق للدائن بالنفقة إلا في نفقة سنة قبل رفع الدعوى، يمكن القول بأن هذه المادة قد تضمنت الحكم بسقوط نفقة السنوات السابقة على السنة التي سبقت رفع الدعوى.

ويبقى السؤال مطروحا بالنسبة للقواعد الحاكمة لتقادم نفقة الإهمال، فهل يرجع فيها إلى القواعد العامة المقررة في القانون المدني، أم إلى أحكام الشريعة الإسلامية طبقا للمادة 222 من قانون الأسرة الجزائري والمادة 400 من المدونة المغربية.

إن هذا السؤال سيبقى مطروحا، ما لم يتدخل المشرع إما بالإحالة على قواعد القانون المدني، أو بوضع قواعد خاصة بتقادم حق المطلقة في نفقة الإهمال.

المطلب الثالث:

إجراءات النزاع حول نفقة المطلقة

تسري على النزاع حول نفقة المطلقة من حيث الموضوع، قواعد قانون الأسرة، وأحكام الشريعة الإسلامية فيما لا نص فيه، طبقا للمادة 222 منه، ومن حيث الإجراءات تحكمها قواعد الإجراءات المدنية والإدارية بالنسبة للجزائر. وكذلك الأمر بالنسبة للنزاع في القانونين المغربي والتونسي، فإنه يتميز بازدواجية المصدر في الموضوع والشكل.

والجدير بالملاحظة، أن إجراءات النزاع حول نفقة المطلقة لم تتل حظها من التعديل في قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، ولا سيما فيما يتعلق بالمسائل التي تثير إشكالات قانونية وواقعية أمام القضاء كقواعد الإثبات ولذلك حاولنا في هذا المطلب تسليط الضوء على القواعد الإجرائية للنزاع حول نفقة المطلقة في القانون الجزائري، بالمقارنة مع الإجراءات المعتمدة بشأنه في القانونين المغربي والتونسي من خلال فرعين، نخصص الأول لقواعد الاختصاص في النزاع حول نفقة المطلقة والفرع الثاني لقواعد الإثبات.

الفرع الأول:

قواعد الاختصاص في النزاع حول نفقة المطلقة

يؤول الاختصاص النوعي في قضايا النفقة إلى المحكمة الابتدائية، وإلى المجلس القضائي كهيئة استئناف.

ونص القانون على أن القاعدة في تحديد الاختصاص المحلي هو الارتكاز على موطن المدعى عليه¹ إلا ما استثنى بنص.

وسندرس تحت هذا الفرع قواعد الاختصاص في النزاع حول نفقة المطلقة كما هي مقررة في القوانين الثلاثة.

أولاً: قواعد الاختصاص النوعي في النزاع حول نفقة المطلقة

بحكم الاختصاص النوعي في النزاع حول نفقة المطلقة في القانون الجزائري المادة 423 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، إلا أن هذه القاعدة تثير بعض التساؤلات حول وجودها وأهميتها مع وجود المادة 37 من هذا القانون.

وفي القانون المغربي، يخضع الاختصاص النوعي في قضايا النفقة للفصل 18 من قانون المسطرة المدنية، وفي القانون التونسي للفصل 41 من مجلة المرافعات المدنية والتجارية، ويسمى النظر الحكمي.

أ- الاختصاص النوعي في النزاع حول نفقة المطلقة طبقاً للقواعد العامة:

إن القوانين الثلاثة متفقة فيما بينها على أن الاختصاص النوعي في قضايا الأسرة يؤول إلى المحكمة الابتدائية وهذا ما قرره المادة 33 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بنصها التالي: "تفصل المحكمة بحكم في أول وآخر درجة في الدعاوى التي لا تتجاوز قيمتها مائتي ألف دينار/200000دج.

¹ - الفصل 18 من ظهير شريف بمثابة قانون رقم 1.74.447 بتاريخ 11 رمضان 1394 (28 شتنبر 1974) بالمصادقة على نص قانون المسطرة المدنية، الجريدة الرسمية عدد 3230 مكرر بتاريخ 13 رمضان 1394 (30 شتنبر 1974)، ص 2741.

إذا كانت قيمة الطلبات المقدمة من المدعي لا تتجاوز مائتي ألف دينار (200000 دج) تفصل المحكمة بحكم في أول وآخر درجة حتى ولو كانت قيمة الطلبات المقابلة أو المقاصة القضائية تتجاوز هذه القيمة. وتفصل في جميع الدعاوى الأخرى بأحكام قابلة للاستئناف.

ويؤول الاختصاص بالنظر في الاستئناف إلى المجلس القضائي طبقاً للمادة 34 من نفس القانون، وفي القانون المغربي يتقرر الاختصاص النوعي في قضايا الأسرة بموجب الفصل 18 من المسطرة المدنية بنصها التالي: "تختص المحاكم الابتدائية مع مراعاة الاختصاصات الخاصة المخولة إلى أقسام قضاء الغرب بالنظر في جميع القضايا المدنية والأسرية والتجارية والإدارية والاجتماعية ابتدائياً وانتهائياً مع حفظ حق الاستئناف".

ولقد حدد الفصل 13 من المسطرة الدعاوى التي تنتظر فيها المحكمة ابتدائياً كالتالي: "تختص المحاكم الابتدائية بالنظر:

- ابتدائياً مع حفظ حق الاستئناف أمام غرف الاستئناف بالمحاكم إلى غاية عشرين ألف درهم (20000 درهم).

- وابتدائياً مع حفظ حق الاستئناف أمام المحاكم الاستئنافية في جميع الطلبات التي تتجاوز عشرين ألف درهم (20000).

- يبتّ ابتدائياً طبقاً لأحكام الفصل 12 أعلاه، مع حفظ حق الاستئناف أمام المحاكم الاستئنافية"

والفصل 12 نص على الدعاوى التي يكون فيها المبلغ غير محدد.

وفي القانون التونسي، يؤول الاختصاص النوعي إلى المحاكم الابتدائية طبقاً للفصل 40 من مجلة المرافعات المدنية والتجارية، وإلى محاكم الاستئناف بالنظر في استئناف أحكام المحاكم الابتدائية على أساس الفصل 41 من المجلة.

تتفق القواعد السابقة على تكريس مبدأ التقاضي على درجتين بحيث يجوز الطعن بالاستئناف في جميع الأحكام الصادرة عن المحاكم في الدرجة الأولى وفي جميع المواد حتى ولو كان وصفها خاطئاً، وفي هذا تمكين للهيئات الإستئنافية من بسط ولايتها على الأحكام الابتدائية لمنع التعسف ومراقبة التكييف القانوني.¹

ومع اتفاقها على مبدأ التقاضي على درجتين فقد اختلفت في بعض جوانبه التطبيقية، ومن ذلك هيئة الاستئناف، ففي القانون الجزائري يؤول الاختصاص بالنظر في الاستئناف إلى المجالس القضائية وذلك على حسب قيمة الدعاوي، وفي القانون التونسي يتم الاستئناف أمام المحاكم الإستئنافية.

هذا ويثور الإشكال في القانون الجزائري بالنسبة لدعاوي النفقة التي لا تتجاوز قيمتها 200000 دج، فهل ينظر فيها ابتدائياً وانتهائياً طبقاً للمادة 33 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية أم ابتدائياً طبقاً لما جرى به العمل في القضاء، وسبب هذا التساؤل أن المادة 33 اشترطت في الاستئناف أن يتجاوز النزاع (200000 دج)، بينما وردت المادة 57 من قانون الأسرة المجردة من هذا الشرط.

وإذا أجرينا مقارنة بسيطة بين المادة 33 ومن قانون الإجراءات والمادة 57 مكرر من قانون الأسرة الجزائري نستطيع القول بأن المادة 57 لم تقيد إستئناف

¹ - بربرة عبد الرحمان، المرجع السابق، ص 81.

الجوانب المادية للطلاق بقيمة معينة وإنما وردت عامة تشمل جميع الدعاوى مهما كانت قيمتها.

وعليه فإن التساؤل حول علاقة المادة 426 والمادتين 33 و34 لا يزال مطروحا بسبب التعديلات التي يدخلها المشرع على القواعد والتي تفتقر في بعض الأحيان إلى الدقة والوضوح.

إن هذا الإشكال ليس مطروحا في القانون المغربي ولا التونسي إذ لا يوجد في المدونة والمجلة التونسية مادة تشبه المادة 57 مكرر من قانون الأسرة التي من أساس هذا الإشكال.

وبالتالي فإنّ العلاقة القائمة بين المادة 33 والمادة 57 علاقة تخصيص، فالمادة 57 يعمل بها في قضايا الطلاق وآثاره والمادة 33 يعمل بها في القضايا المدنية. ومن هنا، فإنّ المحاكم الابتدائية في الجزائر تفصل في قضايا النفقة ابتدائيا مهما كانت قيمتها، وهذا ما ينطبق أيضا على المحاكم المغربية والتونسية.

ب: صلاحيات قسم شؤون الأسرة في القانون الجزائري

إنّ إدراج قضايا الأسرة ضمن القضايا المدنية والتجارية وإخضاعها لنفس القواعد لا يتناسب مع خصوصيات الأسرة وما تتطلبه من سرية وسرعة في إصدار الأحكام وتنفيذها، وهذا ما دفع بالمشرع الجزائري إلى استحداث بعض القواعد الإجرائية الخاصة بشؤون الأسرة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ومنها ما ورد في المادة 426 التي حددت صلاحيات قسم شؤون الأسرة بالدعاوى المتعلقة بالزواج والطلاق وآثارهما، وقد تناولها على سبيل الحصر سواء عددا أو وصفا والملاحظ هنا أنّ النصّ تضمّن عبارة على "الخصوص"

وهو ما يستنتج منه أنّ الأمر يتعلّق باختصاص المحكمة النوعي في هذا الجانب ممّا يسمح للخصوم بإثارة الدفع الرامي إلى القضاء بعدم اختصاص المحكمة المطروح أمامها النزاع متى لم تكن مختصّة بموجب هذا النص ومن ثمّ فأيّ نزاع تشمله هذه المادة أو ما يكن مشتقّاً منه يتعيّن طرحه أمام محكمة شؤون الأسرة وليس غيرها وهنا يظهر دور القاضي في التمييز بين أنواع النزاعات الخاصة بشؤون الأسرة.¹

ولا أعتقد أن المشرع الجزائري باستحداث هذه المادة قد أضاف شيئاً جديداً إلى قواعد الاختصاص النوعي الواردة في المادة 33 و34 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

إنّ الشيء الجديد الذي جاء به المشرع هو مجرد إجراء تنظيمي داخلي، حيث كانت أقسام المحكمة قبل التعديل تنتظر في جميع الدعاوى المدنية والتجارية وغيرها، أما اليوم فلم يعد لها ذلك الاختصاص، فإذا تمت جدولة قضية نفقة أمام القسم المدني فلا بد أن تحال على قسم شؤون الأسرة لينظر فيها قاضي الأسرة، وليس لقاض آخر النظر والبت فيها، وبهذا يكون المشرع الجزائري قد خطا خطوة نحو التخصص القضائي الذي يتطلب المزيد من الخطوات، ومع ذلك يؤخذ على المشرع الجزائري أنه لم يحدد طبيعة الاختصاص والصلاحيات التي حولها لقسم شؤون الأسرة، وعلاقتها بالنظام العام، وكذا مصير الدعاوى المذكورة في المادة 426 (ق أ م أ) إذا ما تم رفعها أمام قسم آخر من أقسام المحكمة طبقاً للمادتين 33 و34 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

¹ سائح سنقوفة - شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية - ج 1، د. ط- دار الهدى الجزائر 2001، ص 580

ثانيا: الاختصاص المحلي في النزاع حول نفقة المطلقة

إذا كانت قواعد الاختصاص النوعي في النزاع حول نفقة المطلقة لا تثير إشكالات إلا في بعض الجوانب، فإن قواعد الاختصاص المحلي خلافا لذلك تطرح تساؤلات جديرة بالوقوف عندها.

وقبل ذلك، لا بد من الإشارة إلى أن القاعدة في تحديد الاختصاص المحلي هو الارتكاز على موطن المدعى عليه.¹

ومن المتفق عليه بين أغلب القوانين، أن الاختصاص المحلي ليس من النظام العام، بحيث يجوز لأطراف النزاع الاتفاق على مخالفة قواعده، إلا أن بعض التشريعات خرجت على هذه القاعدة بالنسبة لقضايا معينة، فالمرجع الجزائري في الفقرة الثانية من المادة 40 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية اعتبر قواعد الاختصاص في دعوى النفقة من القواعد التي لا يجوز الاتفاق على مخالفتها، حيث ورد فيها ما يلي: "فضلا عما ورد في المواد 37، 38، 46 من هذا القانون ترفع الدعاوى أمام الجهات القضائية المبينة أدناها دون سواها وذكر من بينها النفقة.

إن عبارة المشرع "دون سواها" تدل على أن الاختصاص المحلي في دعوى النفقة يعتبر خروجاً على القاعدة العامة، وللقاضي أن يثير عدم اختصاصه تلقائياً حتى ولو لم يثيره أطراف الخصومة، وما يلاحظ على المشرع في الفقرة الثانية من المادة 40 أنه حدد الاختصاص الإقليمي في دعوى النفقة بمحكمة الدائن بها التي يكون موضوعها النفقة الغذائية، وهذا ما يطرح عدة تساؤلات حول المحكمة المختصة في

¹ - بلغيت عمارة، المرجع السابق، ص 48.

دعاوى النفقات الأخرى كنفقة الإهمال وهل هي محكمة الدائن بالنفقة طبقا للمادة 40 أم محكمة المدعى عليه طبقا للقاعدة العامة.

ولرفع هذا اللبس لابد من استعمال مصطلح نفقة فقط من غير تقييد لتشمل جميع دعاوى النفقة.

أما قاعدة الاختصاص المحلي في دعوة النفقة في المسطرة المدنية المغربية فقد نص عليها الفصل 3/28 حيث جاء فيه "تقام الدعاوى خلافا لمقتضيات الفصل السابق أمام محكمة موطن أو محل إقامة المدعى عليه أو موطن أو محل إقامة المدعى باختیار هذا الأخير، وذكر من بينها دعوى النفقة.

ما يميز قواعد الاختصاص المحلي في القانون المغربي عما ورد في المادة 40 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية أنها خيرت المدعى في دعوى النفقة بين محكمتين، محكمة موطن أو محل إقامة المدعى عليه أو محكمة موطن أو محل إقامة المدعي، وجعلت الاختيار في ذلك للمدعي لأن هذه القواعد ليس فيها ما يدل على أنها إلزامية بحيث لا يجوز الخروج عليها.

وما يميّزها كذلك أنها لم تقيّد دعوى النفقة بالنفقة الغذائية مثل ما فعل المشرع الجزائري، ولم تقيّد الاختصاص بمحكمة واحدة كما بينا سابقا، وفي هذا توسعة على أطراف النزاع، لأن تحديد المحكمة بمحكمة الدائن تثير عدة إشكالات خاصة إذا كانت دعوى النفقة متعلقة بدعوى الطلاق ففي هذه الحالة قد يضطر الأطراف إلى المثول أمام محكمتين، محكمة الطلاق ومحكمة الدائن بالنفقة عندما تغير المطلقة محل إقامتها، وعليه فإن المشرع المغربي قد أصاب عندما خير أطراف النزاع بين محكمتين لأن بهذا الخيار لا يمكن أن ترفع الدعوى أمام محكمتين مختلفتين.

وكذلك خرج المشرع التونسي على القاعدة العامة في الاختصاص المحلي في دعوى النفقة، وهذا ما دل عليه الفصل 30 من مجلة المرافعات المدنية والتجارية كما يلي: "المطلوب شخصا كان أو ذات معنوية تلزم محاكمته لدى المحكمة التي بدائرتها مقره الأصلي أو مقره المختار." والمطلوب هنا هو المدعى عليه.

أما في حالة تعدد المطلوبين، فالطالب مخير في رفع نازلته لحاكم الجهة التي بها مقر أحدهم ونصت الفقرة الثالثة من الفصل 36 على ما يلي: "في قضايا النفقات، المحكمة التي بدائرتها مقر الدائن بالنفقة.

بالنص السابق، لم يختلف المشرع التونسي عن المشرع الجزائري، وبالتالي فإن نفس ما قلناه حول المادة 40 ينسحب على الفصل 36 من مجلة المرافعات المدنية والتجارية التونسية.

والخلاصة أن تخيير أطراف دعوى النفقة بين جهات قضائية متعددة، هو الذي ينبغي أن يعتمد تفاديا للإشكالات العملية التي سبق ذكرها.

المطلب الثاني:

إثبات نفقة المطلقة

تتفق القوانين الثلاثة في أنها لم تضع قواعد إجرائية خاصة بإثبات نفقة المطلقة، وهذا ما دفع بالقضاة إلى اعتماد قواعد الفقه الإسلامي أو القواعد العامة، وذلك بالرغم من عدم التناغم والانسجام بينها وبين القواعد الموضوعية.

ولقد بينا سابقا أن المشرع الجزائري اشترط في المادة 80 إثبات نفقة الإهمال بالبينة دون أن يبيّن المقصود من هذه البينة ولا الإجراءات الواجب اعتمادها بشأنها.

هذا ولم نعثر في القوانين المغربي ولا التونسي على هذا الشرط.

وبالنسبة للفقهاء الإسلامي فقد وضع بعض القواعد كانت محل تطبيق في القضاء كما أشرنا من قبل.

وعليه سنعالج الإجراءات المعتمدة في إثبات نفقة المطلقة في جوانبها الفقهية والقضائية من خلال فقرتين ندرس في الفقرة الأولى الوسائل الفقهية المعتمدة في إثبات دعوى النفقة، وفي الفقرة الثانية إثبات المطلقة على ضوء القضاء.

الفرع الأول:

الوسائل الفقهية لإثبات حق المطلقة في نفقة الإهمال

لم تحدد القوانين الثلاثة الإجراءات التي يتعين على القاضي اعتمادها في إثبات النزاع حول نفقة المطلقة ولذلك وجدنا القضاء الجزائري يعتمد على القواعد العامة المقررة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية أو القواعد المقررة في الفقه الإسلامي كما هو الشأن بالنسبة للقضاء المغربي.

ولذلك أردنا أن نلقي الضوء على الحلول التي اهتدى إليها الفقه الإسلامي في إثبات النزاع حول النفقة. ولا بد أن نشير في البداية إلى أن القواعد الإجرائية المعتمدة في إثبات النزاع حول نفقة المطلقة تختلف بحسب ما إذا كانت المطلقة ببيت الزوجية، أو عند أهلها.

فإذا تعلق الخلاف بالامتناع عن أداء النفقة وكانت في بيت الزوجية - أي خلال فترة العدة - وادعت عدم الإنفاق، فإن القول قول الزوج المطلق مدع الإنفاق مع يمينه، ولا يقبل قول المرأة في ذلك ولا في دعواها أنه لم يكسها أو لم ينفق عليها فيما

مضى من الزمن، أو خلال عدتها، وبهذه القاعدة قال المالكية، وحجتهم في ذلك تكذيب العرف وشواهد الحال والقرائن الظاهرة ودوام العشرة.¹

لأن بقاء الزوجة في بيت الزوجية بعد الخلاف وعدم طردها منه يعتبر قرينة على صحة إدعاء الزوج بالإنفاق، ولكنها قرينة بسيطة تقبل إثبات العكس بكافة طرق الإثبات.

أما إذا كانت المطلقة عند أهلها أو ببيت آخر خارج بيت الزوجية، فإن القول قولها، وهذه القاعدة يدعمها الواقع والقرائن كذلك، إذ يحتمل أن يكون المطلق قد طرد المطلقة من بيت الزوجية بالقوة نتيجة استحكام الخلاف بينها وامتنع عن الإنفاق عليها إمعانا في أذاها، وعلى أساس ما تقدم، فإن القواعد التي وضعها الفقه الإسلامي تستمد قيمتها من الواقع.

ومع ذلك، لم يعتمدها القضاء الجزائري، فالأمر بالنسبة لقضائنا في المسألة لا يخرج عن فرضين، الفرض الأول أن يقر الزوج بأنه فعلا لم ينفق على زوجته، وفي هذه الحالة لا إشكال يطرح، حيث يحكم للزوجة بنفقة الإهمال المستحقة لها على أساس قاعدة الإقرار سيد الأدلة، الذي يجعل القاضي يصدر حكمه وضميره مرتاح مهما كان الحكم²، والفرض الثاني أن ينكر الزوج المطلق ما تدعيه مطلقته من عدم الإنفاق عليها مما يجعل عبء إثبات ذلك على عاتق المطلقة، والذي يكون بشهادة الشهود، خاصة الجيران الذين يشهدون أن الزوج غادر بيت الزوجية، وأنه لا يسأل

¹ - بن عائشة لخضر - إثبات الحقوق المالية للزوجين - دراسة مقارنة تحليلية نقدية - مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون - جامعة أبو بكر بلقايد - كلية الحقوق - تلمسان 2011-2012 ص 52.

² - لبياض محمد عبد الفتاح، وسائل الإثبات في التشريع المغربي، بحث منشور لموقع

.Labyadd.blogspot.com

عن زوجته وأبنائه، أو أن الزوجة عند أهلها منذ مدة معينة، وأنه لا يسأل عنها. وقد يثبت المطلق عكس ذلك بأن يقدم وصولات بريدية تثبت أنه كان يرسل لها مبالغ مالية أثناء تواجدها بمنزل أهلها¹.

وعليه فإن وسيلة الإثبات في قضايا النفقة تبقى قاصرة ولا أرى حلا لهذا الإشكال كالإقرار أو على الأقل ما توصل إليه الفقه الإسلامي من قواعد.

الفرع الثاني:

الاتجاهات القضائية في فصل النزاع حول نفقة الإهمال

لم يقلّ اهتمام القضاة بقضايا النفقة عن اهتمامهم بمنازعات السكن، وهذا ما لمستته في العديد من القرارات الصادرة في هذا الشأن، فمن المبادئ التي استقر عليها القضاء الجزائري أن الحكم بأكثر من المطلوب أو بما لم يطلب لا يفتح بابا للنقض، إلا إذا صحبته مخالفة قانونية، غير أن نفقة الإهمال واجبة شرعا للمطلقة ما لم تنفك العصمة.

ما يستفاد من القرار السابق أن نفقة الإهمال لا يحكم بها للمطلقة إلا إذا طلبتها وأن القاضي يتقيد بالمبلغ الذي طلبته حتى ولو كان لا يتناسب مع الحالة المالية للزوج، وهذا المبدأ يجعل نفقة الإهمال تختلف عن نفقة العدة التي يتعين على القاضي الحكم بها طلبتها المطلقة أم لم تطلبها.

هذا ما صدر به قرار المحكمة العليا بتاريخ 1985/12/30 حيث جاء فيه ما

يلي:

¹ - تقيّة عبد الفتاح، المرجع السابق، ص 242.

"بالإضافة إلى هذا، فإن نفقة الإهمال قد طلبت أمام المحكمة، كما أن نفقة العدة واجبة شرعا لكل مطلقة، ولو لم تطالب بها الزوجة المطلقة ومن ثم فإن المجلس عندما حكم بها، طبق قواعد النفقة، مما يتعين رفض الطعن.¹

وما يستفاد منه، أن نفقة الإهمال تظل واجبة للمطلقة ما لم تنفك العصمة، بمعنى ما لم يصير الطلاق بائنا إذ بذلك تتحل العصمة.

ومن المسالك القضائية الجديرة بالملاحظة، ما ورد في قرار المحكمة العليا بتاريخ 1990/04/16 الذي خالف أحكام المادة 80 من قانون الأسرة حيث جاء فيه ما يلي: "من المقرر أنه ليس بالضرورة أن يكون تاريخ سريان النفقات في جميع الأحوال من يوم رفع الدعوى، إذ يجوز للقاضي أن يحكم بها بأثر رجعي من يوم خروج الزوجة من بيت الزوجية."²

في هذا القرار مخالفة صريحة للمادة 80 التي تعطي للمطلقة الحق في نفقة سنة قبل رفع الدعوى وليس من يوم خروجها من بيت الزوجية.

ومم استقر عليه القضاء الجزائري، أن إعسار الزوج الناتج عن السكر أو عدم العمل، لا يعد سببا وعترا مقبولا لعدم تسديد النفقة.

إن المبادئ السابقة اعتمدها القضاء الجزائري في غياب القواعد القانونية، وهذا مظهر آخر من مظاهر الفراغ القانوني الذي يعاني منه قانون الأسرة في المنازعات المتعلقة بالنفقة.

¹ - م.ع.غ.أ.ش، 1985/12/30، ملف رقم 38620، منشور بكتاب قانون الأسرة بلحاج العربي، المرجع السابق ص426.

² - م.ع.غ.أ.ش، 1990/04/16، ملف رقم 59967، بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 426.

أما القضاء المغربي، فإنه لم يخرج في فصل النزاع حول نفقة الإهمال على القاعدة الفقهية المقررة في المذهب المالكي، والتي مرت معنا وهي التمييز في الحكم بالنفقة للزوجة أو المطلقة بينما إذا كانت في بيت الزوجية وفي حوزة الزوج، أو كانت عند أهلها، ولقد تجلّى تطبيق هذه القاعدة في كثير من قرارات المجلس الأعلى منها القرار المؤرخ في 78/2/14- ص 265 الذي جاء فيه ما يلي: "ما دام قد ثبت أن الزوجة التي تطالب بالنفقة كانت بمنزل والديها مع أبنائها،

ولم يثبت الزوج إدعائه الإنفاق، فإن القول قولها مع يمينها، وأن المحكمة لما اعتبرت قول الزوج مع يمينه، ورفضت دعوى النفقة، تكون قد تجنبت الصواب مما يعرض قرارها للنقض"¹.

لقد اشترط القرار السابق للحكم للزوجة بالنفقة شرطين، أن تكون في بيت أهلها، وأن يعجز الزوج أو المطلق عن إثبات الإنفاق عليها، وهذا الشرطان يسهل تحقيقهما.

وإذا ادعى المطلق الإنفاق ولم تقدم المطلقة أي دليل يخالف ما ادّعاه توجه له باليمين عن الفترة قبل الطلاق، وهذا المبدأ تجسد في قرار المجلس الأعلى بتاريخ 05/4/27 الذي جاء فيه: "إن المحكمة مصدرة المطعون فيه لما ثبت لها أن المطلوب في النقض حاضر بالبلد، ويدعي الإنفاق على زوجته وابنه منها، ولم تدحض الطاعنة إدعائه بدليل مقبول، وقضت بيمينه عن الفترة ما قبل الطلاق، تكون قد طبقت القاعدة

¹ - المرجع السابق نفسه، ص 428.

الفقهية المنصوص عليها في هذا الصدد تطبيقا صحيحا، ولم تقلب عبء الإثبات. ف جاء قرارها معلّلا تعليلا كافيا.¹

و خلاصة القول أن مسالك القضاء الجزائري في النزاع حول نفقة الإهمال تختلف تماما عن مسالك القضاء المغربي بشأنه، ولا سيما فيما يتعلق بقواعد الإثبات، فالقضاء الجزائري استقر على اعتماد قواعد البينة وأحيانا يحكم للمطلقة بغير بينة بينما لم يخرج القضاء المغربي عن القاعدة الفقهية التي تميز في الحكم بالنفقة بين كون الزوجة أو المطلقة في بيت الزوجية أو عند وليها، مع الإشارة إلى أن هذه القاعدة لا يطبقها القضاء المغربي إلا في حالة العجز عن إقامة البينة. وعليه، فإن البينة هي الأصل في إثبات النزاع حول نفقة الإهمال في القضاء الجزائري والمغربي.

¹ - قرار صادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 05/4/27 تحت عدد 240 في الملف 04/315 منشور بكتاب مدونة الأسرة والعمل القضائي المغربي محمد بفقير، المرجع السابق، ص 267.

المبحث الثاني:

قواعد النزاع حول نفقة الأبناء

يثير النزاع حول نفقة الأبناء جملة من المسائل لابدّ من التوقف عندها، منها الشخص الذي يقع على عاتقه هذا الالتزام ومتى ينقضي وكيفية إثباته في حالة النزاع.

وممّ ينبغي الإشارة إليه، أنّ نفقة الأولاد والمنازعات بشأنها، لا تختلف كثيرا عن النزاعات التي سبقت دراستها حيث الموضوع، أو من حيث الإجراءات.

ولقد وضع الفقه الإسلامي بعض القواعد الموضوعية تقرّر بموجبها حقّ الأبناء في النفقة، والتي كانت محلّ تطبيق في القوانين المغاربية الثلاثة، مع اختلاف بينها في الصياغة والمضمون.

وسنعالج تحت هذا المبحث، قواعد المنازعات المتعلقة بنفقة الأبناء من خلال الشخص الملزم بنفقة الأبناء بين القاعدة والاستثناء (المطلب الأول) انقضاء نفقة الأبناء والاستثناءات الواردة عليه (المطلب الثاني)، مسالك القضاء في النزاع حول نفقة الأبناء (المطلب الثالث).

المطلب الأول:

الشخص الملزم بنفقة الأبناء

من القواعد العامّة، أنّ نفقة الإنسان من ماله إن كان له مال، وإن لم يكن له مال فنفقته على أقرب الناس إليه، ولقد أخذت القوانين الثلاثة بهذه القاعدة حيث

ألزمت الأب بالنفقة على أولاده كاستثناء من القاعدة، معتمدا في ذلك على قواعد الشريعة الإسلامية مع إدخال بعض الإصلاحات بما يتماشى مع طور الأسرة.¹

وكذلك تلتزم الأم أو الزوجة بالإنفاق على الأولاد أو الأسرة في هذه القوانين مع نوع من الاختلاف بينها، فالمشرع الجزائري اشترط لانتقال الالتزام بالنفقة إلى الأم عجز الأب في حين لم يشترط المشرع المغربي ذلك، وفي القانون التونسي، تنفق الزوجة على الأسرة على سبيل المشاركة.

ويمكن في القانونين المغربي و التونسي، أن يكون الالتزام منشئا للحق في النفقة ، فإذا التزم شخص بنفقة شخص آخر وجبت عليه حتى ولو لم تكن بين أطراف الالتزام أي قرابة.

وعليه، سندرس هذه القواعد في فرعين، الفرع الأول نخصّصه للالتزام القانوني بالنفقة على الأبناء، والفرع الآخر للالتزام بالنفقة على أساس الإرادة

الفرع الأول:

الالتزام القانوني بالإنفاق على الأبناء

لم تتفق القوانين المغاربية الثلاثة على الشخص الذي يقع عليه الالتزام بالنفقة على الأبناء.

وهذا ما يتجلى في النصوص التالية:

* نصّت المادة 75 من قانون الأسرة الجزائري على ما يلي: "تجب نفقة الولد على الأب ما لم يكن له مال".

¹ Hernane abed arrahmen –la hadana dans ses rapports avec la puissance paternelle en droit algérien o.p.u Alg p96

* "ونصت المادة 197 من المدونة المغربية على أنّ النفقة على الأقارب تجب على الأولاد للوالدين وعلى الأبوين لأولادهما طبقاً لأحكام هذه المدونة"

* وفي المجلة التونسية، فإنّ الزوج هو الذي يتحمل تكاليف النفقة على الزوجة والأبناء، وتساعده في ذلك الزوجة، إن كان لها مال، طبقاً للفصل 23 الذي نصّ على ما يلي: "على الزوج بصفته رئيساً للعائلة، أن ينفق على الزوجة والأبناء على قدر حاله وحالهم في نطاق مشمولات النفقة، وعلى الزوجة أن تساهم في الإنفاق على الأسرة إن كان لها مال.

إنّ النصوص السابقة تظهر الفرق بين القوانين الثلاثة فيما يتعلق بقواعد الالتزام القانوني بالنفقة على الأبناء، فالقاعدة في قانون الأسرة الجزائري أنّ نفقة الوالد تقع على عاتق الأب ما لم يكن له مال بشرط أن يكون الأب قادراً على الإنفاق¹ طبقاً للمادة 76 من هذا القانون.

في حين جعل القانونان المغربي والتونسي الالتزام بالنفقة على الأولاد، مشتركاً بين الأبوين، فلم يعد الأب في هذين القانونين المسؤول الوحيد عن نفقة الأبناء.

ولعلّ السبب من وراء هذا الاتجاه، ما حصل من تطوّرات في العلاقات المالية بين الزوجين، حيث أصبحت المرأة تخرج من البيت للعمل وتكتسب أموالاً قد تفوق الأموال التي يكتسبها الزوج.

¹ حابي فتيحة، النفقة وفق القانون والشريعة الإسلامية، د ط، دار الأمل للطباعة و النشر، الجزائر 2014، ص: 23.

وفي الفقه الإسلامي تخضع نفقة الولد للقاعدة التي تقضي بأن نفقة كل إنسان من ماله الخاص إن كان له مال¹، أو من كسبه إن كان قادراً على الكسب، فإن لم يكن له مال، وكان غير قادر على الكسب، فنفقته واجبة على أقرب الناس إليه، عَصَبَةً أو رَحِمًا²، ومن المعلوم أنّ الأب هو أقرب الناس إلى الولد، وهذا ما أخذ به المشرّع الجزائري في قانون الأسرة (م 75 ق أ ج).

ولقد استمدّ الفقهاء هذه القاعدة من قوله تعالى: " وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ"³.

ومن قول الرسول صلى الله عليه وسلم لهند زوج أبي سفيان " خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف"⁴، عندما اشكت إليه بخل زوجها في النفقة عليها وعلى أولادها⁵.

ولقد أجمع الفقهاء على أنّ على المرء نفقة أولاده الأطفال الذين لا مال لهم. ومن المعقول أنّ ولد الإنسان بعضه، فكما يجب عليه أن ينفق على نفسه، فكذلك على بعضه⁶.

بالرجوع إلى القواعد القانونية المحددة للشخص الملزم بالنفقة على الأبناء ومقارنتها بالقواعد الشرعية نقول بأنّ ما ذهب إليه المشرعون في الدول المغاربية

¹ أحمد محمود الشافعي، الطلاق وحقوق الأولاد و الأقارب د ط، الدار الجامعية، بيروت 1987: ص 178، وانظر غربي صورية -حماية الحقوق المالية للقاصر في قانون الأسرة الجزائري -رسالة ماجستير -تحت إشراف أ.د حميدو زكية-جامعة أبو بكر بلقايد -كلية الحقوق والعلوم السياسية -تلمسان 2014-2015 ص 25.

² بكر محمد إسماعيل، المرجع السابق، ص 166/167.

³ سورة البقرة، الآية 233.

4

⁵ بكر محمد إسماعيل ، المرجع السابق، ص 167.

⁶ بن فوزان الفوزان عبد العزيز، حقوق الأولاد في الشريعة الإسلامية ، مقال منشور بموقع

figh.islam.message.com

الثلاثة جاء متطابقا مع ما تقرّر في الفقه الإسلامي الذي أجمع على أنّ الأب هو المطالب بالإنفاق على أولاده الفقراء والعاجزين عن الكسب، إلا أنّ هذه القوانين اختلفت في توزيع المسؤولية عن نفقة الأبناء بين الأب والأمّ، فالمشرّع الجزائري لم يلزم الأم بالنفقة على الأولاد إلا في حالة عجز الأب، بينما جعل المشرّع المغربي الالتزام بالنفقة على الأبناء، مشتركا بين الأبوين في حين لم يكلف المشرّع التونسي الأم أو الزوجة بالإنفاق على الأسرة إلا على سبيل مساعدة الزوج أو الأب على ذلك.

أمّا بالنسبة لمسؤولية الأم أو الزوجة عن الإنفاق، فإنّ الالتزام بالنفقة لا ينتقل إليها في قانون الأسرة إلا في حالة عجز الأب، وهذا ما نصّت عليه المادة 76 حيث جاء فيما يلي: "في حالة عجز الأب تجب نفقة الأولاد على الأم إذا كانت قادرة على ذلك".

وفي القانون التونسي، تلتزم الأم في حالة عسر الأب بالإنفاق على أولادها، وهي مقدّمة في ذلك على الجدّ، كما نصّ الفصل 47 من المجلة التونسية.

ونصّ الفصل 129 من المدوّنة المغربية على أنّ الأمّ تلتزم بالإنفاق على ولدها في حالة عجز الأب بشرط أن تكون غنية، وهذه القاعدة تشبه إلى حدّ كبير القاعدة التي تضمّنتها المادة 76 من قانون الأسرة الجزائري.

وبالتالي، فإنّ القوانين المغربية الثلاثة متّفقة فيما بينها على أنّ الالتزام بالنفقة على الأبناء ينتقل إلى الأم في حالة عسر أو عجز الأب عن الإنفاق.

إنّ ما ذهب إليه القوانين المغربية من إلزام الأم أو الزوجة بالإنفاق على الأبناء ليس له أساس متين في القواعد الشرعية، إذ المتفق عليه بين معظم المذاهب

الفقهية المالكية والشافعية والحنابلة أنّ الأب أو الزوج هو المكلف بالإنفاق على الأولاد والزوجة معاً حتى ولو كانت هذه الأخيرة غنية، وإذا ما أنفقت على نفسها أو ولدها في غيابه أو حضرته كانت متطوعة ويبقى من حقّها الرجوع عليه إذا أيسر. وخالصة ما جاء من قواعد في مسؤولية الأم عن الإنفاق في الفقه الإسلامي ما يلي:

"أنّ الأم تجبر على الإنفاق على الأبناء من طرف القاضي إذا كانت موسرة وإلا استدانّت ثمّ يصير ذلك ديناً في ذمّة الزوج، وهذه القاعدة مقرّرة في الفقه الحنفي"¹.

وعند المالكية لا تجب على الأم النفقة على صغارها² في حياة الأب ولا بعد موته، لا في يسره ولا في عسره³.

ويرى الشافعية أنّ الأم إذا عجزت عن الوصول إلى القاضي كان لها أن تنفق على ولدها من مالها بقصد الرجوع عليه أي الولد - أو على أبيه، وتشهد على ذلك. ومن قواعد الحنابلة أنّ الأم ترجع على الزوج بما تتفقه عليها وعلى أولادها في غيبته سواء حكم القاضي في ذلك أو لا⁴.

وما يمكن قوله بعد النظر والتأمّل في القواعد القانونية والقواعد الشرعية السابقة، وبالرجوع إلى الواقع المعيش أنّ الأم إذا كانت غنية وكان الزوج فقيراً أو

¹ علام شوقي،، نفقة الأم الموسرة على أولادها عند غياب الأب، بحث منشور بموقع www.dar.elifta.org

² أحمد بخيت الغزالي، عبد الحلیم محمد منصور علي، أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة، ط1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ص481.

³ علام شوقي، المرجع السابق.

⁴ المرجع نفسه.

غائبًا تلتزم بالنفقة على نفسها وأولادها بحسب ما تقتضيه الأعراف، على أن يصير ما تنفقه ديناً في ذمة الزوج أو الأب، إلا أن القوانين لم تعترف لها بهذا الحق.

الفرع الثاني:

الالتزام بالإنفاق على أساس الإرادة

لقد انفرد المشرعان المغربي والتونسي بقاعدة تفيد أن من التزم بنفقة الغير، صغيراً كان أو كبيراً لزمه ما التزم به، وهذا ما نصت عليه المادة 205 من المدونة المغربية بما يلي: " من التزم بنفقة الغير صغيراً كان أو كبيراً لمدة محدودة، لزمه ما التزم به، وإن كانت المدة غير محدودة، اعتمدت المحكمة على العرف في تحديدها".

وما نصّ عليه الفصل 37 من المجلة التونسية بما يلي: "أسباب النفقة هي الزوجية والقرابة والإلزام" وورد في الفصل 49 من المجلة نفسها ما يلي: "من التزم بنفقة الغير كبيراً كان أو صغيراً لمدة محدودة لزمه ما التزمه، وإن كانت المدة غير محدودة وحددها الأب فالقول قوله في ذلك".

إنّ القواعد السابقة تقوم على أساس نظرية الالتزام المدني والتي من تطبيقاتها العقد شريعة المتعاقدين.

كما تستمد وجودها وقيمتها مما تقرر في الشريعة الإسلامية من المبادئ والقواعد التي تؤكد على الوفاء بالعقود والالتزامات.

وعلى هذا الأساس، فإنّ كلّ من التزم في القانونين المغربي والتونسي بالنفقة على شخص صغير أو كبير، قريب أو بعيد، وجب عليه الوفاء بما التزم به.

والسؤال الذي يجب طرحه، ما قيمة هذه القاعدة ما دام أن التشريع في المغرب وتونس قد أوجب النفقة على الوالدين للأولاد والأصول على الفروع

والفروع على الأصول، فالنفقة إذا واجبة بالقانون ولا تحتاج إلى اتفاق أو إلزام، والجواب أن هذه القواعد تتضمن أحكاماً عامةً أمّا قواعد الالتزام بالنفقة فهي محدّدة من حيث المدّة كما أنّها تطبّق حتى في حالة سقوط الحقّ في النفقة، فمثلاً إذا التزم الأب بالنفقة على ابنه الغني الراشد لزمه ما التزم به.

وكذلك تظهر أهمية القاعدة في حالة الطلاق، فكثيراً ما يمتنع الأب عن النفقة على أبنائه الصغار، فإذا التزم بالنفقة عليهم خلال مدّة محدودة، كالمدّة بين رفع الدّعى والحكم بالطلاق وجب عليه الإنفاق على أساس هذا الالتزام ولو لم يصدر حكم قضائي بالنفقة، وكذلك الأمر إذا ما التزم بمبلغ من المال يدفعه لأبنائه خلال فترة زمنية معينة وجب عليه الوفاء به، ولو كان ذلك بعد انقضاء مدّة الحضانة.

ولقد كانت قاعدة الالتزام بالنفقة على الغير محلّ تطبيق في القضاء المغربي والتونسي تجلّى في بعض القرارات منها، القرار الصادر عن المجلس الأعلى المغربي التالي: "إنّ محكمة الموضوع حينما خفضت مبلغ نفقة الأولاد إلى 300 درهم تكون قد خالفت التزام المطلوب في النقض في عقد الطلاق بأن يؤدّي نفقة أولاده بحساب 400 درهم في الشهر لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين، ولقاعدة أنّ من التزم بشيء لزمه الأمر الذي جعل القرار معرّضاً للنقض¹.

يدل القرار السابق على أنّ المرجع في الحكم بنفقة الملتزم بها هو العقد شريعة المتعاقدين، و ذلك في غياب النصّ على أحكامها في المدونة.

¹ قرار صادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 90/04/03 تحت عدد 815 في الملف عدد 87/5318 منشور بكتاب مدونة الأسرة و العمل القضائي المغربي لمحمد بفقير ط2 منشورات دراسات قضائية بالمغرب 2011، ص284.

ومن المبادئ التي استقرّ عليها القضاء المغربي كذلك، أنّ الالتزام بنفقة الحمل يلزم الملتزم سواء أكان الحمل شرعياً أو غير شرعي.

ونظراً لأهمية قاعدة الالتزام بالنفقة، كان ينبغي أن لا يخلو منها قانون الأسرة الجزائري.

ويبقى السؤال مطروحاً بالنسبة للالتزام الأمّ بالنفقة نحو أولادها، هل تجبر هي الأخرى على تنفيذ ما التزمت به أمام القضاء.

إنّ قواعد الالتزام بالنفقة المقررة في المدونة والمجلة التونسية لم تميّز بين الأب والأم في ذلك، وبالتالي، فلا فرق بين الوالد والوالدة، في أداء النفقة المستحقة على أساس الالتزام.

ولقد صدر حكم قضائي من محكمة تونسية قضى بالزام المطلقة بالإففاق على أبناءها وطلاقها، واعتبر البعض سابقة أولى من نوعها، معلقاً عليه بأن المحكمة تكون قد أسست حكمها على الاتفاقات الدولية الخاصة بالمرأة والطفولة، والتي تعتبر تونس عضواً فيها، ونسى أنّ المجلة التونسية تلزم أي شخص بالإففاق بناءً على التزامه.

المطلب الثاني:

نفقة الأولاد بين الانقضاء والاستمرار

من القواعد المقررة أن نفقة الصغير تنقضي ببلوغه سنّ الرشد، إلا أنّ القوانين المغاربية الثلاثة خرجت على هذه القاعدة بالنسبة لبعض الفئات لاعتبارات معينة كالعجز والإعاقة وطلب العلم.

أما الفقه الإسلامي فقد وضع بعض القواعد حدد من خلالها حالات انقضاء نفقة الأبناء، وحالات استمرارها.

كلّ ذلك، سندرسه في فرعين نخصّص الفرع الأول لقواعد انقضاء نفقة الأبناء، والفرع الثاني للإستثناءات الواردة عليها.

الفرع الأوّل:

انقضاء نفقة الأولاد

القاعدة المشتركة بين القوانين الثلاثة أنّ التزام الأب بالنفقة على أولاده الذكور يستمرّ إلى بلوغهم سنّ الرّشد، وهذا ما تقرّر بموجب الفقرة الأولى من المادّة 75 من قانون الأسرة الجزائري حيث نصّت على ما يلي: "تجب نفقة الولد على الأب، ما لم يكن له مال، فبالنسبة للذكور إلى سنّ الرّشد" وبمقتضى الفصل 46 من المجلّة التونسية بنصّها التالي: "يستمرّ الإنفاق على الأبناء حتى بلوغهم سنّ الرّشد" ونفس القاعد تضمّنتها المادّة 198 من المدوّنة المغربية حيث جاء فيها ما يلي: "تستمرّ نفقة الأب على أولاده إلى حين بلوغهم سنّ الرّشد"

وهكذا، يلتزم الأب في القوانين الثلاثة بالإنفاق على أولاده الذكور حتّى بلوغهم سنّ الرّشد، لأنّ هذا السنّ قرينة على قدرة الولد على الكسب والاستغناء بنفسه عن الغير.

ولقد اختلفت القوانين حول سنّ الرّشد القانوني الذي ينقضي عنده التزام الأب بالإنفاق، فحدّده المشرّع الجزائري بتسعة عشر سنة كاملة وحدده المشرّع التونسي بعشرين سنة، والمشرّع المغربي بثمانية عشرة عاما.

ولابدّ من الإشارة هنا إلى أنّ الفصل الثالث من قانون الالتزامات والعقود، قد أحال أحكام الأهلية على المدوّنة بالنصّ التالي: "الأهلية المدنية للفرد تخضع لقانون أحواله الشخصية" وهذه الإحالة ليس منصوصًا عليها لا في القانون المدني

الجزائري، ولا في قانون الالتزامات والعقود التونسي، وهنا يثور التساؤل حول سنّ الرشد الذي تنقضي به نفقة الابن، هل المرجع في تحديده القانون المدني أم أحكاما الشريعة الإسلامية طبقاً للمادة 222 من قانون الأسرة.

ونفس الإشكال يظلّ مطروحاً بالنسبة لسن الرشد في المجلة التي لم تحدّد المرجع الذي تؤخذ منه أحكامه.

وفي الفقه الإسلامي تنقضي نفقة الولد بالبلوغ والذي اختلف الفقهاء بشأنه، إذ حدّده الحنفية والشافعية ب 15 سنة للذكر والأنثى، وروى عن أبي حنيفة أنه حدّده ب 15 للغلام و 17 للبنات¹، وحدده المالكية ب 18 عاماً عند عدم وجود باقي العلامات.

قال خليل في مختصره: "والصبي لبلوغه بثمانى عشر، أو الحلم أو الحيض أو الحمل أو الإنبات".

وعليه، فإنّ نفقة الولد على أبيه تنقضي بظهور علامات البلوغ ولا يعتدّ بالسنّ إلاّ في حالة عدم ظهورها.

ومن الإشكالات التي تثار في القانونين الجزائري والتونسي، نفقة الولد القاصر الذي يؤذن له بالزواج طبقاً للمادة 7 مكرر من قانون الأسرة، والفصل 5 من المجلة التونسية²، فهل تسقط نفقته على أبيه بالزواج أم طبقاً للمادة 75 من قانون الأسرة والفصل 46 من المجلة التونسية.

¹ تشوار جيلالي، الزواج و الطلاق تجاه الاكتشافات الحديثة للعلوم الطبية و البيولوجية.

² "يجب أن يكون كلّ من الزوجين خلواً من الموانع الشرعية وزيادة على ذلك ، فكلّ من لم يبلغ عشرين سنة كاملة من الرجال وسبعة عشر سنة كاملة من النساء لا يمكنه أن يبرم عقد الزواج، وإبرام عقد الزواج دون السنّ المقرّر يتوقف على إذن خاص من المحاكم.... الفصل 5 من المجلة التونسية، المرجع السابق.

الظاهر أنّ الزواج وسيلة لترشيد القاصر، إذ يصبح مسؤولاً عن تصرفاته المرتبطة بالزواج والأسرة، وبالتالي فإنّ نفقة الأب عليه تسقط بالزواج، وهذا مجرد رأي شخصي، فيبقى الغموض يسود العلاقة بين المادة 75 والمادة 7 مكرّر من قانون الأسرة بالنسبة للقانون الجزائري، وبين الفصل 5 والفصل 46 من المجلة التونسية . وإلى حين صدور تشريع يرفع هذا الغموض، أقترح إضافة عبارة إلى نصّ المادة 75 من قانون الأسرة لتصبح كالتالي: "تجب نفقة الولد على الأب، ما لم يكن له مال، فبالنسبة للذكور إلى سنّ الرشد أو زواج القاصر والبنت إلى الدّخول. وتبقى الفقرات الأخرى كما هي.

الفرع الثاني:

الاستثناءات على قاعدة انقضاء نفقة الولد

تستمرّ نفقة الأولاد بعد بلوغهم سنّ الرشد في حالات معينة حدتها القوانين الثلاثة، وهذه الحالات هي نفقة البنت والولد المزاول للدراسة، والولد المعاق والعاجز عن الكسب.

فبالنسبة لنفقة البنت أو البنات، اتّفقت القوانين الثلاثة على أنها لا تسقط إلاّ بالدّخول في زواج صحيح، لأنّ في هذه الحالة ينتقل الالتزام بنفقتها من كاهل الأب إلى الزوج، وأضاف المشرعان المغربي والتونسي حالة أخرى تسقط فيها نفقة البنت وهي توافرها على الكسب، وهذه الحالة لم يذكرها المشرّع الجزائري في المادة 75 من قانون الأسرة، ولكن لا مانع من اعتمادها في حالة النزاع طبقاً للقاعدة العامّة التي تقضي بأن نفقة الإنسان من ماله إذا كان له مال.

ومن الحالات الاستثنائية التي تستمرّ فيها نفقة الأولاد بعد الرشد مزاولة الدراسة والإعاقاة.

أما مزاولة الدراسة، فقد جعلها المشرّع الجزائري في قانون الأسرة سبباً في استمرار نفقة الولد على أبيه من غير تحديد مدّة تنقضي عندها، وذلك خلافاً للمشرّعين المغربي والتونسي اللذين حددا مدّة الإنفاق بخمس وعشرين سنة، فإذا بلغ الولد الطالب للعلم هذه السنّ، انقضى التزام أبيه بالنفقة عليه في هذين القانونين، في حين يبقى الوالد ملتزماً بالنفقة على أولاده ما داموا في طلب العلم بلغوا من السنّ ما بلغوا في قانون الأسرة الجزائري.

وعليه، فإن ما يمكن ملاحظته بالنسبة لاستمرار نفقة طالب العلم من الأولاد في القوانين الثلاثة، أن تحديد السنّ التي تنقضي عندها النفقة بخمس وعشرين سنة التي قال بها المشرعان المغربي والتونسي لا تتلاءم مع الواقع، إذا في هذا العمر وبعده يكون طالب العلم في أمسّ الحاجة إلى من ينفق عليه وبخاصّة إذ كان يواصل دراساته العليا، وبالتالي فإنّ المشرّع الجزائري كان أكثر واقعية عندما ترك المدّة التي تتوقّف عندها نفقة طالب العلم مفتوحة.

وهذا رأي السلف من فقهاء الحنفية، وهو المختار، إذ تكليف طالب العلم النافع المجد الناجح بالاشتغال لكسب القوت، يؤدّي إلى تعطيله عن تحصيل العلم والتفرّغ للبحث الأمر الذي يؤثر تأثيراً سيئاً على النهضة العلمية¹.

¹ فراج حسين أحمد، أحكام الأسرة في الإسلام، د ط ، دار الجامعة الجديدة الإسكندرية، 2004، ص: 269.

إنّ إلزام الوالد بالنفقة على ولده الراشد المواصل للدراسة وتحميلة وحده أعباء ذلك تكليف في غير محلّه ولا يشجّع على طالب العلم، وكان ينبغي أن تتقاسم الدولة مع الآباء هذه المصاريف.

ومن الاستثناءات الواردة على قاعدة انقضاء نفقة الأبناء حالة الإعاقة، فالابن المعاق تستمرّ نفقته على والده ما دام في حالة إعاقة، ذهنية كانت أو جسدية، وهذه النفقة لا تنتضي عند سنّ معينة وهذا ما صرّح به المشرّع التونسي في الفصل 46 من المجلّة السابقة حيث جاء فيه ما يلي: "كما يستمرّ الإنفاق على الأبناء المعوقين العاجزين عن الكسب بقطع النظر عن الكسب" والعجز عن الكسب يتحقق بالصغر والأنوثة والمرض المانع من الكسب كالعمى والشلل والعتة والجنون، وطلب العلم الذي يشغل عن الكسب اعتبره الفقهاء بمنزلة العاجز عن الكسب فتجب له النفقة على أبيه¹

ويشترط لاستمرار نفقة الولد المعوق شرطان، الإعاقة ويرجع في تقديرها إلى الخبراء، والعجز عن الكسب، وهنا يتبادر سؤال إلى الذهن ألا تكفي الإعاقة وحدها لاستمرار النفقة، والجواب أنّها غير كافية لأنّ المعاق إذا كانت إعاقته خفيفة يستطيع معه التكسب والاستغناء والواقع شاهد على ذلك.

وفي جميع الأحوال، تسقط نفقة جميع المذكورين بالكسب والاستغناء عملاً بالقاعدة العامة "نفقة الإنسان من ماله إن كان له مال أو كان قادراً على الكسب".

وعليه نقتراح تعديل المادة 75 من قانون الأسرة الجزائري بإلغاء الفقرة الأولى والإبقاء على الفقرة الثالثة والرابعة

¹ زكي حسين زيدان، الحماية الشرعية والقانونية، د ط، درا الكتاب القانوني، مصر 2009، ص: 204.

المطلب الثالث:**مسالك القضاء في النزاع حول نفقة الأبناء**

لم تضع القوانين المغربية الثلاثة قواعد خاصة بإثبات النزاع حول نفقة الأبناء، ما عدا ما ورد في المادة 80 من قانون الأسرة، التي اشترطت في المطالبة بالنفقة الماضية البينة، ولكن هذه المادة يعترئها الكثير من الغموض، فالمشرع لم يبين فيها المقصود من النفقة، هل هي نفقة المطلقة أم نفقة الأولاد أم الأقارب كما بيّنا سابقا.

وأمام هذا الوضع، تبقى القواعد العامة هي المرجع في إثبات النزاع حول نفقة الأبناء، كما كان للقضاء بعض الإسهامات في النزاع حول نفقة الأبناء. وعليه، سنقسّم هذا المطلب إلى فرعين، نخصّص الفرع الأول لمبادئ القضاء في إثبات نفقة الولد وندرس في الفرع الثاني التطبيقات القضائية لقواعد نفقة الولد واستمرارها.

الفرع الأول:**مبادئ القضاء في إثبات نفقة الولد**

لقد استقرّ القضاء في الدول المغربية على جملة من المبادئ في إثبات نفقة الولد، تجلّت فيما يلي:

من المبادئ التي استقرّ عليها القضاء الجزائري أنّ إثبات دفع نفقة الأبناء إذا كان الزوج حاضرا بالبلد ويدّعي الإنفاق على زوجته وأبنائه منها، يكون فيه القول له بيمينه والقضاء بما يخالف هذا المبدأ يعدّ خرقا لمبادئ وأحكام الشريعة الإسلامية.¹

ونفس المبدأ استقرّ عليه القضاء المغربي في قراره الصادر بتاريخ 70/05/08 الذي جاء فيه ما يلي: "القاعدة الفقهية أنّ الواجب شرعا هو أنّ القول قول مدّعي الإنفاق الذي يوجد المنفق عليه في كفالتة."²

يتبيّن من القرارين السابقين أنّ الزوج إذا كان حاضرا وادّعى الإنفاق فيكون القول قول قوله مع اليمين وهذه القاعدة مستمدة من الشرع وليس منصوصا عليها في التشريع وإنما طبّقها القضاء الجزائري طبقا للمادة 222 من قانون الأسرة واعتمدها القضاء المغربي على أساس المادة 400 من مدونة الأسرة وهي قاعدة لو يحسن استثمارها لأدت إلى حلول كثيرة للإشكالات التي يثيرها إثبات النزاع حول النفقة، ومما استقرّ عليه القضاء الجزائري واتفق فيه مع القضاء المغربي أنّه لا يحكم بالنفقة للولد إلاّ بعد إثبات الزوجية والنسب، وهذا ما تجلّى في القرار التالي: "إنّ نفقة الأولاد تجب على الأب إذا ولدوا من فراش صحيح ناشئ من عقد صحيح شرعا وأنّ القضاء بخلاف هذا المبدأ يعدّ خرقا لقواعد الشريعة الإسلامية."³

وهذا ما ذهب إليه القضاء المغربي في القرار التالي: "إنّ الثابت من وثائق الملف أنّ البنت ازدادت بتاريخ 97/11/07 بينما طلاق المطلوبة كان بتاريخ 99/07/22 أي

¹ م.ع.غ.أ.ش مؤرّخ ب 84/01/09 ، ملف رقم 32156 م.ق 1989 عدد 2 ص 53

قرار صادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 70/05/08 تحت عدد 71، منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى،

² عدد 21 ص 22 وما يليها مأخوذ من كتاب -محمد بفقير- المرجع السابق ص 274

³ م.ع.غ.أ.ش مؤرّخ ب 87/02/07 ، ملف رقم 47915 م.ق 1970 عدد 3 ص 65

أنها ازدادت على فراش الزوجية وتنتسب إلى الطاعن إلى حين ثبوت العكس بناءً على قاعدة الولد للفراش مما يجعل نفقتها واجبة عليه إلى أن يتم الحسم في نفي نسبها من طرف القضاء.¹

طبقاً للقرارين السابقين لا يحكم القضاء سواء في الجزائر أو في المغرب بالنفقة للولد إلا بعد إثبات النسب والذي يكون على أساس قاعدة الولد للفراش، وهي قاعدة جلية منشأها الفقه الإسلامي وليس لها محل في القوانين المغاربية الثلاثة بهذه الصيغة.

ومن المبادئ القضائية في إثبات النزاع حول نفقة الأبناء أن شهادة عدم العمل بأجر لا تعفي الأب من النفقة على الأولاد، في هذا القرار اعتمد القضاء الجزائري على قرائن الأحوال إذ يحتمل أن يكون للأب مصدر أو مصادر أخرى للرزق والتكسب كالتجارة أو الصناعة أو الزراعة، وبالتالي فهو مسلك سديد ومظهر من مظاهر الحماية القضائية لنفقة الولد.

على المبدأ نفسه استقرّ القضاء المغربي في قراره التالي: "...المحكمة عندما اعتبرت أنّ الابن المطلوب الحكم بنفقاته وأجرة حضانته قد ازداد بتاريخ 77/04/17 وبلغ قادراً على الكسب ولم تجادل المطلوبة بصفة جدية في شواهد العمل المدلى بها وصرّحت سقوط نفقاته وأجرة حضانته ابتداء من تاريخ 2000/02/14 فإنّها تكون قد خالفت المدونة والفقه المقرّر."²

قرار صادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 07/05/30 تحت عدد 313 في الملفّ الشرعي عدد 4410207 منشور العمل القضائي الأسري لإدريس الفاخوري ، الجزء 1 ص 449 وما يليها¹ بكتاب قرار صادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 03/09/17 تحت عدد 395 في الملفّ الشرعي عدد 532103 منشور المجلس الأعلى عدد 61 ص 123 وما يليها - محمد بفقير - المرجع السابق - 276² بمجلة قضاء

الفرع الثاني:

تطبيقات قضائية لقواعد انقضاء نفقة الولد واستمرارها

كان لقواعد نفقة الولد واستمرارها تطبيقات مختلفة في القضاء المغربي، والسبب يرجع لاختلاف هذه القواعد في حدّ ذاتها، هذا ما نبينه فيما يلي من قرارات

- "إنّ نفقة الولد المحضون تسقط بوفاة أبيه المطلوب"¹

لقد تناول القرار السابق سقوط نفقة الولد بوفاة الأب وهذا المبدأ لم تنصّ عليه القوانين المغربية الثلاثة، وإن كان العمل به جاريا في العرف والقضاء.

ونشير هنا إلى أنّ القرار المذكور يعتبر تقييدا للقاعدة العامة التي تقضي باستمرار نفقة الولد إلى سنّ الرشد أو الدخول بالنسبة للبننت، فطبقا لهذا القرار تنقضي نفقة الولد بوفاة الأب ولو لم يبلغ سنّ الرشد، وتنقضي كذلك نفقة البننت بوفاة أبيها حتى ولو لم تتزوج ولم يتمّ الدخول بها.

وبالتالي فلا يحقّ للابن ولا للبننت المطالبة بالنفقة من تركة الأب إلاّ إذا كانت دينا في ذمّته بحكم القضاء أو الإلزام طبقا لقاعدة "لا تركة إلاّ بعد سداد الديون"، وقاعدة "الإلزام" الذي سبقت دراسته.

ومما استحدثه القضاء في الجزائر، أنّ الأمّ الحاضنة ليس لها الحقّ في التنازل عن نفقة المحضون، وهذا ما جاء في قرار المحكمة العليا التالي: "لا يحقّ للأمّ الحاضنة التنازل عن نفقة الأولاد ما دامت النفقة حقّ للمحضون."²

قرار صادر عن المجلس الأعلى المغربي بتاريخ 69/03/10 عدد 11، منشور بمجلة القضاء الأعلى، عدد 5،

¹ص 60 ما يليها، بفقير -المرجع السابق-

طبقاً لهذا القرار لا يعتبر تنازل الأمّ ولو كانت حاضنة سبباً لانقضاء نفقة الأولاد وأساس هذا المبدأ الجدل الفقهي الذي مرّ معنا في المباحث السابقة وهو هل النفقة حقّ للحاضنة أم للمحضون؟

وهنا نلاحظ أنّ القضاء الجزائري حسم الأمر وأخذ بالرأي الذي يعتبر الحضانة حقّ للولد.

ومن التطبيقات التي استقرّ عليها القضاء بشأن استمرارية نفقة الأولاد فقد ظهرت في عدّة قرارات، منها قرار المجلس الأعلى المغربي الذي جاء فيه ما يلي: "لا تسقط نفقة الأنثى عن أبيها حتىّ يدخل بها زوجها ولو بلغت 22 سنة"¹

وبنفس المبدأ صدر القرار التالي: "تبقى نفقة البنت على والدها ملازمة لها ولا تسقط عنه إلاّ بالدخول أو الاستغناء عنها بالكسب"²

إنّ النفقة تسمّر في الإناث إلى حين الدخول على الأزواج وتنقطع بذلك، فإن تأيّم قبل البلوغ رجعت إليها النفقة أمّا إذا كانت بالغة فتتقطع نفقتها على والدها حسب رأي بن عاصم.³

إنّ إجراء مقارنة بسيطة بين القرارين السابقين يتبيّن أنّ القضاء الجزائري متفق مع القضاء المغربي في أنّ نفقة البنت لا تسقط على كاهل والدها إلاّ بالدخول من زواج

قرار صادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 28/06/82 عدد 463 مّلف عدد 53793، منشور بكتاب عبد العزيز لتوفيق قضاء المجلس الأعلى في الأحوال الشخصية والعقار، من سنة 1957 إلى 2002 ص 153 وما يليها
قرار صادر عن المحكمة العليا م.ع.غ.أ.ش مؤرّخ ب 23/02/2005 مّلف رقم 318418 م.ق العدد 20051
ص 283²

قرار صادر على المجلس الأعلى المغربي بتاريخ 27/04/05 في المّلف عدد 43204 منشور بالمنقّى من عمل القضاء في³

تطبيق مدوّنة الأسرة جزء 1 ص 382 وما يليها مأخوذ من كتاب محمد بفقير -المرجع السابق- ص 276

صحيح وهذا ما تقضي به القواعد والنصوص التي سبق دراستها، إلا أن قرار المجلس الأعلى المغربي تضمّن مبدأ لم يتضمّنه قرار المحكمة العليا وهو حالة البنت التي تطلّق وتعود إلى أبيها حيث ميّز بشأنها بين حالتين، حالة البنت الغير بالغة والتي أثبت عليها النفقة على أبيها بحكم الأصل وحالة البنت البالغة التي تسقط نفقتها عن أبيها.

إنّ هذا المبدأ لم تنصّ عليه القوانين المغاربية الثلاثة ولم تضع له قواعد وإنما اعتمد فيها القضاء المغربي على المشهور من مذهب مالك طبقاً للمادة 400 من المدونة المغربية.

ومن المسائل التي بثّ فيها القضاء في غياب النصّ، نفقة الابن الراشد إذا أصيب بإعاقة بعد بلوغه سنّ الرشد، فهل يعود الالتزام بنفقته على أبيه؟

جاء في قرار محكمة الاستئناف بأقادير: "إنّ المادة 198 من مدونة الأسرة تتعلّق بمن بلغ وهو في حالة العجز ولم يرد بها حالة من أصيب بالعجز بعد أن بلغ وارتفع وجوب الإنفاق على أبيه بدليل إشارة تلك المادة إلى كلمة -الاستمرار- فإنّه وإن اختلف الأئمة فيما إذا كانت النفقة تعود للولد الذكر البالغ إذا ما أصيب بعجز فقد اشترطوا في سائر الحالات أن يكون الولد فقيراً ليس له مال ينفق منه.

فقد ورد في فتح الباري للإمام العسقلاني: "إن كانت لهم (الأولاد) أموال فلا وجوب على الأب"

وعند الحطّاب في مواهب الجليل: " إذا بلغ الولد زمنا وقلنا استمرت نفقته فإن صحّ سقطت، فإن عادت إليه الزمان لم تعد نفقته على الأب لكن إن كان للولد الزمن مالا ثم ذهب فإنّ نفقته تعود على الأب " ¹

إلى جانب هذا القرار صدر قرار آخر من المجلس الأعلى المغربي يقضي بأنّ القرار الذي يقضي للولد بالنفقة بعد تجاوز السنّ القانوني يكون عرضة للنقض ² ومعناه أنّ القاضي يحكم بنفقة الولد ما لم يتجاوز سنّ الرشد طبقا للمادة 198 من المدونة المغربية فالسنّ المعتبر في الحكم بالنفقة من عدمه وما يبلغه الولد يوم صدور الحكم حتى ولو كان مستحقا للنفقة أثناء رفع الدعوى،

وعلى أساس هذين القرارين نقول بأنّ القرار الذي يقضي للولد الزمن بالنفقة بعد ما يتجاوز سنّ الرشد يعتبر قيّدا واستثناءا من القرار الذي يحدّد حقّ الولد في النفقة على أبيه بسنّ الرشد.

قرار صادر من محكمة الاستئناف بأكادير بتاريخ 07/09/18 من الملف عدد 23507 منشور بالمنتقى من عمل في تطبيق مدونة الأسرة الجزء 1 ص 380 محمد بفقير - المرجع السابق - ص 279 ¹ القضاء
قرار صادر عن المجلس الأعلى المغربي بتاريخ 2001/07/05 عدد 722 في الملف الشرعي عدد 53497
الملف عدد 1 ص 119 وما يليها ² منشور بمجلة

الخاتمة:

- بعد الدراسة الموضوعية والإجرائية لقواعد النزاع المادي للطلاق في قانون الأسرة الجزائري بالمقارنة مع القانونين المغربي التونسي خلصنا إلى النتائج التالية:
- عدم الدقة في حديد المدلول الاصطلاحي للصدّاق متاع البيت مما يطرح إشكالية اختلاط المفاهيم بينهما وبين المصطلحات ذات الصلة.
 - سوء اختيار المصطلحات القانونية المناسبة لصياغة النصوص بما أضفى الغموض على بعض القواعد.
 - عدم الانسجام والملائمة بين القواعد الموضوعية والقواعد الإجرائية في بعض القضايا.
 - افتقار بعض القواعد الموضوعية إلى الإجراءات المفعلة لها أمام القضاء.
 - الاكتفاء بقاعدة وحيدة في بعض المسائل، كما هو الشأن بالنسبة للنزاع حول متاع البيت.
 - وضع القواعد الموضوعية في أبواب لا تناسبها.
 - الاعتماد على القواعد الإجرائية العامة التي لا تناسب في بعض الأحيان مع قضايا الأسرة.
 - اختلاط القواعد الإجرائية الخاصة بشؤون الأسرة مع القواعد الإجرائية العامة أدى إلى صعوبة تحديد العلاقة بين هذه القواعد في حالة النزاع وكيفية التعامل معها، ومن ذلك قواعد الاختصاص.

-إدراج بعض القواعد الإجرائية ضمن القواعد الموضوعية في قوانين الأسرة كالمادة 73 الخاصة بالنزاع حول متاع البيت والمادة 57 مكرّر المتعلقة بالتدابير الإستعجالية

-عدم مسايرة بعض القواعد الموضوعية والإجرائية للتطور الواقع في العلاقات المالية بين الزوجين.

-افتقار العقود المستحدثة في قانون الأسرة إلى القواعد الموضوعية والإجرائية التي تحكمها في حالة النزاع.

-أنّ بعض المنازعات المادية للطلاق تتازعها مجموعة من القواعد القانونية والشرعية والعرفية مما يصعب من عملية الاجتهاد القضائي طبقاً للمادة 222 من قانون الأسرة.

-أنّ إشكالية إثبات المنازعات المادية للطلاق المطروحة أمام القضاء لم يولي لها المشرعون الأهمية في التعديلات التي طرأت على قوانين الإجراءات المدنية.

-أنّ القوانين المغاربية الثلاثة مع اتفاقها على قواعد النزاع المادي للطلاق في كثير من الجوانب الموضوعية والإجرائية فقد اختلفت في بعض أحكامه.

-لا تزال بعض المنازعات المادية للطلاق تفتقر إلى القواعد الإجرائية كالنزاع حول نفقة الأبناء على سبيل المثال.

-افتقار النزاع حول مساهمة الزوجة في بناء ثروة الأسرة إلى القواعد الموضوعية والإجرائية ولاسيما قواعد الإثبات.

-بالرغم من أهمية وخطورة النزاع حول إسكان المطلقة والمحضون فإنّ المشرعين في الدول الثلاث لم يوفوه حقّه من القواعد.

-تعتبر النيابة العامة طرفاً أصلياً في قضايا الأسرة في القوانين الثلاثة، إلا أن هذه الأخيرة لم تضع القواعد الإجرائية للقيام بهذا الدور.

التوصيات

وفي الختام نوصي بما يلي:

-إعادة النظر في صياغة بعض القواعد الموضوعية، كالقواعد الخاصة بتعريف الصداق وتحديدته في العقد وقواعد النزاع حول متاع البيت.

-الجمع بين قواعد الصداق ومتاع البيت في نفس الباب، نظراً للتجانس الكبير بينهما.

-استحداث فقرة جديدة في قانون الأسرة أو باباً خاصاً بمنازعات الأسرة.

-التفكير الجاد في وضع قانون إجراءات خاص بمنازعات الأسرة، وأن يكون مستقلاً عن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

-وضع آليات خاصة بالاجتهاد القضائي في قضايا الأسرة وضرورة الرجوع إلى علماء الشريعة الإسلامية وفقهائها بشأنه ولو على سبيل الاستشارة والاستئناس، ولتحقيق ذلك نقترح إنشاء هيئة من العلماء والفقهاء المختصين في قضايا الأسرة تكون تابعة للمحاكم.

قائمة المراجع:

المصادر:

-القرآن الكريم

-صحيح مسلم.

-مسند الإمام أحمد.

المراجع العربية

1-إبراهيمي محمد، الوجيز في الإجراءات المدنية (الجزء الثاني)، د.ط. د.م.ج، الجزائر 2001 .

الجمهورية التونسية (وزارة العدل وحقوق الإنسان)، الفصل 201 من قانون عدد 130 لسنة 1959 يتعلق بإدراج مجلة المرافعات المدنية والتجارية، الرائد الرسمي عدد 56

2- ابن اسحاق خليل، مختصر العلامة خليل، دك، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، لبنان 1981

3-ابن جزري محمد بن احمد، القوانين الفقهية في تلخيص مذهب المالكية، تحقيق أ.د. محمد بن د.ط.د.ت

4-ابن رشد الحفيد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، تحقيق محمد صبحي حسن، (ج3)، ط1، مكتبة ابن تيمية، القاهرة 1425هـ.

5-ابن ملحة الغوثي، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، ط1، د.م.ج، الجزائر 2005.

6-ابن طاهر الحبيب، الفقه المالكي وأدلته،(ج3)، د.ط، مؤسسة المعارف للطباعة والنشر، لبنان 2005.

- 7- بن عرفة محمد ، المختصر الفقهي (الجزء4)، د.ط، مؤسسة خلف للأعمال الخيرية، دبي الإمارات العربية 2014
- 8- أبو زهرة، الأحوال الشخصية ، د.ط دار الفكر العربي -القاهرة 1950
- 9- آث ملويا لحسن بن شيخ ، المرشد في قانون الأسرة ، ط3، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2016.
- 10- إسماعيل محمد بكر ، الفقه الواضح من الكتاب والسنة على المذاهب الأربعة (م2)، ط2، دار المنار للنشر والتوزيع، القاهرة 1997.
- 11- الأزهر محمد، شرح مدونة الأسرة، ط7، المغرب 2015
- 12- الأهدل قاسم بن محمد بن قاسم - الصداق في الشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة في المذاهب.
- 13- الشرنباسي رمضان علي السيد -أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية -د.ط - دار الجامعية 1 الاسكندرية 2002
- 14- الرافعي محمد بن عبد الكريم ، المحرر في فقه الإمام الشافعي، تحقيق أبي يعقوب نشأة بن كمال، ط1، دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع، القاهرة 2013
- 15- الزحيلي وهبة - الفقه الإسلامي وأدلته -ج7 -د.ط -دار الفكر -دمشق 2010
- 16- إمام محمد كمال الدين ، الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي، ط1، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، لبنان 1996
- 17- الزامي مصطفى إبراهيم ، أحكام الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي المقارن، دراسة مقارنة.
- 18- الكاساني أبو بكر ابن مسعود، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، (ج3)، د.ط، دار الكتب العلمية، لبنان، د.ت.

- 19-الكشور محمد، الواضح في شرح مدوّنة الأسرة، ط3، الدار البيضاء.2015
- 20- الكعبي خليفة علي-نظام الاشتراك المالي بين الزوجين وتكييفه الشرعي ط1 -
دار النفائس للنشر والتوزيع -الأردن2009
- 21 - الفقيّ حامد عبده ، أحكام الرجعة في الفقه الإسلامي، دار الجامعة الجديدة،
الإسكندرية، 2003.
- 22- القيرواني ابن أبي زيد ، رسالة ابن أبي زيد، د.ط، دار الفضيلة للنشر والتوزيع
والتصدير، القاهرة، د.ت.
- 23- الشافعي أحمد محمود ، الطلاق وحقوق الأولاد و الأقارب د ط، الدّار الجامعية،
بيروت 1987
- 24- الشافعي محمد بن إدريس، الأم، (ج3) ، ط1، مكتبة الكليات الأزهرية1961.
- 25- بختي العربي-أحكام الطلاق وحقوق الأولاد في الفقه الإسلامي -دراسة مقارنة
بقانون الأسرة الجزائري ط1 -كنوز الحكمة للنشر والتوزيع -الجزائر 2013
- 26 - بخيت الغزالي أحمد ، عبد الحلّيم محمد منصور علي، أحكام الأسرة في الفقه
الإسلامي دراسة مقارنة ، ط1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية.
- 27-بفقيّر محمد، مدوّنة الأسرة والعمل القضائي المغربي، ط2، منشورات دراسات
قضائية، المغرب 2011
- 28- بربارة عبد الرحمان، شرح ق.أ.م.أ، ط2، دار بغداد للطباعة والنشر
والتوزيع، الجزائر.2009
- 29- بالحاج العربي، بحوث قانونية في ق.أ.ج الجديد -د.م.ج، الجزائر.2004
- 30- بالحركة كمال، محاضرات تنظيم الأسرة، جامعة ابن زمر، كلية العلوم القانونية
والاقتصادية والاجتماعية.

- 31- بلغيث عمارة، الوجيز في الاجراءات المدنية، دط، دار العلوم للنشر والتوزيع، الجزائر 2002
- 32- تشوار جيلالي، مقياس من قانون الأسرة الجزائري، السنة الثالثة، القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد كلية العلوم القانونية والسياسة، تلمسان 2015/2014
- 33- نفية عبد الفتاح ، قانون الأسرة مدعماً بأحدث الاجتهادات القضائية والتشريعية (دراسة مقارنة)، ط1، دار الكتاب الحديث، القاهرة 2012
- 34- جابر عبد الهادي معالم الشافعي، أحكام الأسرة الخاصة بالزواج في الفقه الإسلامي والقانون، والقضاء، د ط، دار الجامعة الجديدة للنشر الإسكندرية، مصر 2007.
- 35- جبر سعدي حسين ، مسائل في الفقه المقارن تكثر الحاجة إليها، ط1، دار الحامد، الأردن، 2006 .
- 36- جمعة محمد عبد الله، الكواكب الذرية في فقه المالكية، المكتبة الأزهرية للتراث، القاهرة، 2014.
- 37- حابي فتيحة، النفقة وفق القانون والشريعة الإسلامية، د.ط، دار الأمل للطباعة والنشر، الجزائر. 2014
- 38- حامدي عبد الكريم ، الجامع المفيد في أسباب اختلاف الفقهاء عند الإمام ابن رشد الحفيد (المجلد الثاني)، ط1، دار ابن حزم للطباعة والنشر والتوزيع لبنان
- 39- حاكم أمال فخري محمد ، أثار عقد الزواج في الفقه والقانون، ط1، دار الحامد للنشر والتوزيع، الأردن، 2009.
- 40- حداد عيسى ، عقد الزواج (دراسة مقارنة)، د ط، منشورات جامعة بابي مختار، عنابة، الجزائر، 2006.

- 41- داودي عبد القادر ، أحكام الأسرة بين الفقه الإسلامي وق أ ج ، د ط، دار البصائر للنشر والتوزيع، الجزائر، 2010.
- 42- داود أحمد محمد علي ، الأحوال الشخصية (ج1، ج2)، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمّان الأردن، 2009.
- 43- ديابي باديس ، أثار فكّ الرابطة الزوجية، د.ط، دار الهدى الجزائر. 2008.
- 44- دنوني هجيرة، النظام المالي للزوجين في التشريع الجزائري، المجلة الجزائرية، 1994، العدد1
- 45- ذيب أحمد، قواعد الطلاق وضوابط الفراق، د.ط، دار هوما لطباعة والنشر والتوزيع الجزائر 2015
- 46- ذيب عبد السلام، قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، د.ط، موفم للنشر، الجزائر. 2009.
- 47- زكي حسين زيدان، الحماية الشرعية والقانونية، د ط، درا الكتاب القانوني، مصر 2009
- 48- سابق السيد ، فقه السنّة (م2)، ط3، دار الكتاب العربي، لبنان 1977
- 49- سعد عبد العزيز، الزواج والطلاق في ق أ ج، ط3، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر 96
- 50- سعد عبد العزيز، قانون الأسرة في ثوبه الجديد، ط3، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر 2018.
- 51- سمار عبد العزيز، كل ما يتعلق بالنفقة، قانون الأسرة الجزائري.
- 52- سنقوفة سائح -شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية -ج1 ، د.ط-دار الهدى الجزائر 2001

- 53- شنوان بلقاسم ، الخطبة والزواج والطلاق في الفقه المالكي وقانون الأسرة،—
جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، كلية أصول الدين والشريعة والحضارة
الإسلامية، قسم الشريعة والقانون، قسنطينة الجزائر، السنة الجامعية، 2013-2014،
54- طاهري حسين، الوسيط في شرح قانون الاجراءات المدنية، ط2، دار ربحانة
للنشر والتوزيع، الجزائر 2001.
- 55- عبد السلام عبد القادر، النزاع حول متاع البيت بين النصّ التشريعي والاجتهاد
القضائي، مجلة الأحياء، العدد5 كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الإسلامية-جامعة
باتنة الجزائر 2002
- 56- عثمان محمد رأفت ، فقه النساء في الخطبة والزواج، د ط، دار الاعتصام
للطبخ والنشر والتوزيع، القاهرة د ت
- 57- لمطاعي نور الدين ، عدة الطلاق الرجعي وأثارها على الأحكام القضائية ط2،
الجزائر 2009
- 58- لو عيل محمد لمين، المركز القانوني للمرأة في قانون الأسرة الجزائري، د ط،
دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2004.
- 59- عماد محمد فوزي ملوحيّة -القواعد الإجرائيّة في الشريعة الإسلاميّة -دراسة
تطبيقية على قاعدة البيّنة على من ادّعى واليمين¹ على من أنكر -دار الجامعة
الجديدة للنشر -د.ط -الإسكندرية 2009
- 60- منصور محمد حسين -النظام القانوني للأسرة في الشرائع الغير إسلاميّة -د.ط
-دار الجامعيّة للنشر -الإسكندرية 2003
- 61- نجيمي جمال، قانون الأسرة الجزائري، دليل القاضي والمحامي، ط2، دار
هوما، الجزائر 2017

62- ولد خسال جمال ، الميسّر في شرح قانون الأسرة الجزائرية، ط2، شركة الأصالّة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2012.

المجّلة القضائية

1- م.ق 1982 عدد خاص

2- م.ق 1989 عدد2

3- م.ق 1989 عدد3

4- م.ق 1990 عدد1

5- م.ق 1990 عدد2

6- م.ق 1990 عدد4

7- م.ق 1991 عدد3

8- م.ق 1992 عدد2

9- إ.ق 1992 عدد خاص

10- م.ق 1996 عدد1

11- إ.ق 1997 عدد خاص

12- أ.ق 1999 عدد خاص

13- م.ق 2002 عدد1

14- م.ق 2003 عدد2

15- م.ق 2004 عدد1

16- م.ق 2005 عدد1

- 17- م.ق 2008 عدد 1
- 18- م.ق 2008 عدد 2
- 19- م.ق 2009 عدد 2
- 20- م.ق 2010 عدد 2
- 21- م.ق 2011 عدد 1
- 22- م.ق 2011 عدد 2
- 23- م.ق 2012 عدد 1
- 24- م.ق 2013 عدد 2
- 25- م.ق 2014 عدد 1
- 26- م.ق.م.أ عدد 41

مقالات:

1- قدومي مروان ، جهاز المرأة في ضوء الشريعة وقانون الأحوال الشخصية، مقال منشور بمجلة جامعة النجاح للأبحاث جامعة النجاح الوطنية، كلية الشريعة ، فلسطين 2005

2- معلمين محمد شهيد، شرعية المال المشترك بين الزوجين في الفقه الإسلامي والقانون الماليزي- مقال منشور بمجلة الشريعة والقانون بماليزيا- العدد 3/2016

مذكرات دكتوراه

1- بوخاتم آسية -الحقوق الماليّة للمرأة في القوانين المغاربية للأسرة (دراسة مقارنة) رسالة مقدمة لنيل درجة دكتوراه

- تحت إشراف أ.د تشوار جيلالي -جامعة أبو بكر بلقايد -كلية الحقوق والعلوم السياسية -لمسان 2015-2016
- 2- خدام هجيرة -حرية المرأة في القوانين المغربية للأسرة (دراسة مقارنة) -رسالة مقدّمة لنيل درجة دكتوراه في القانون الخاص تحت إشراف أ.د تشوار الجيلالي - جامعة أبو بكر بلقايد -كلية الحقوق والعلوم السياسية تلمسان 2017-2018
- 3- سماحي خالد ، النظرية العامّة لعقود التبرّعات (دراسة مقارنة)، رسالة دكتوراه في القانون الخاصّ، تحت إشراف الأستاذ د.رايس محمد، جامعة أبو بكر بلقايد، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تلمسان 2012/2013.
- 4- عيساوي عبد النور -حقوق المرأة المتزوّجة في ضوء المواثيق الدوليّة وقانون الأسرة الجزائري -رسالة لنيل شهادة دكتوراه في القانون الخاص تحت إشراف أ.د تشوار جيلالي -كلية الحقوق -جامعة أبو بكر بلقايد-تلمسان 2014-2015
- 5- مسعودي رشيد، النظام المالي للزوجين في التشريع الجزائري (دراسة مقارنة)، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون تحت إشراف أ.د دنوني هجيرة، جامعة أبو بكر بلقايد، كلية الحقوق، تلمسان 2005/2006.
- 6- يوبي سعاد -الحضانة في القانون الدولي الخاص -رسالة دكتوراه -تحت إشراف ا.د يوسف فتيحة -جامعة أبو بكر بلقايد -كلية الحقوق والعلوم السياسية- تلمسان 2018-2019

مذكرات ماجستير

1- بن عائشة لخضر -إثبات الحقوق المالية للزوجين- دراسة مقارنة تحليلية نقدية-
مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون- جامعة أبو بكر بلقايد- كلية الحقوق -
تلمسان 2011-2012

2-بوجاني عبد الحكيم -إشكالات إنعقاد وإنحلال الزواج -مذكرة لنيل درجة
جامعة أبو بكر بلقايد-كلية الحقوق والعلوم الماجستير -تحت إشراف أ.د حميدو زكية
السياسية -تلمسان 2013-201

3-بوراق فتيحة -الإشتراط في عقد الزواج (دراسة مقارنة بين القانون الجزائري
والقانون المغربي) -رسالة ماجستير تحت إشراف أ.د حميدو زكية -جامعة أبو بكر
بلقايد -كلية الحقوق والعلوم السياسية -تلمسان 2015-2016

4-بوكايس سميّة -المساواة بين الجنسين في قانون الأسرة الجزائري في ضوء اتفاقية
رسالة ماجستير تحت إشراف أ.د تشوار القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة
جبلالي -جامعة أبو بكر بلقايد -كلية الحقوق والعلوم السياسية -تلمسان 2013-
2014

5-دربة أمين -قواعد النزاع المتعلقة بالزواج وانحلاله -دراسة مقارنة -مذكرة لنيل
شهادة ماجستير تحت إشراف ا.د بن حمو عبد الله -جامعة أبو بكر بلقايد -كلية
الحقوق -تلمسان 2007-2008

6- دونية حفصية - أحكام النفقة ومتاع البيت كأثر من آثار الطلاق في ق.أ.ج -
شهادة ماجستير في العلوم القانونية وكذلك جامعة حمه لخضر الوادي - كلية الحقوق
والعلوم الإسلامية -قسم الحقوق السنة الجامعية 2014/2015

7-عيدوني محمد-رسالة ماجستير تحت إشراف أ.د حميدو زكية -جامعة أبو بكر
بلقايد-كلية الحقوق -تلمسان 2013-2014

- 8- عيبو أسماء، حق المطلقة الحاضنة في مسكن الزوجية وإشكالاته المثارة أمام القضاء، مذكرة نهاية التكوين، المعهد الوطني للقضاء، الجزائر 2004 .
- 9- غربي صورية -حماية الحقوق المالية للقاصر في قانون الاسرة الجزائري - رسالة ماجستير -تحت إشراف أ.د حميدو زكيّة-جامعة أبو بكر بلقايد -كلية الحقوق والعلوم السياسية -تلمسان 2014-2015
- 10- مهداوي حسين -دراسة نقدية للتعديلات الواردة على قانون الأسرة في مسائل الزواج وآثاره - شهادة ماجستير في قانون الأسرة تحت إشراف أ.د تشوار جيلالي -جامعة أبو بكر بلقايد -كلية الحقوق -تلمسان 2009-2010
- 11- وحياني جيلالي - مظاهر المساواة بين الزوجين في قانون الأسرة الجزائري على ضوء الاتفاقات الدولية -شهادة ماجيستار تحت¹ إشراف أ.د دنوني هجيرة -كلية الحقوق -جامعة أبو بكر بلقايد -تلمسان 2008

المراجع الفرنسية

- Isabelle Akouhaba Arani, la dot dans le code des personnes et de la famille des pays d'Afrique occidentale francophone (cas du Bénin du Burkina-Faso, de la cote d'Ivoire et du Togo), Research Partnership 3/2008 p.8.

Att 14 du CAF « Le dot est ce qui est versé à la future épouse en numéraire ou autre bien qui soit légalement licite cette dot lui revient en toute propriété et elle en dispose librement ».

-Tchouar Djilali, Réflexions sur les questions épineuses du CAF, O .P.U, Alger 2004

-Benmalha ghouti –le droit patrimoniale algérien de la famille
o.p.u Alg

-EDUGE Rude Auntouane –le mariage et le divorce dans le code
marocain de la famille. Le nouveau droit à légalité entre l’homme
et la femme HTTPS:// JOURNALE OPEN EDITION ORG

Patrick Nicoleau, droit de la famille, ellipses, Edit Marketing. Paris

-Hernane abed arrahmen –la hadana dans ses rapports avec la
puissance paternelle en droit algérien o.p.u Alg

مواقع إلكترونية

-<http://tribuneldz.blogspot.com/2018>

-[http:// www.point-juridique.com](http://www.point-juridique.com)

- <http://naitreimemasri.over.bmog.com>

محمد علي التقرتي- في قسمة متاع البيت بين الزوجين المتخاصمين في القانون

- <http://www.ruedemalte.com> مقال منشور بموقع

عبد الرحيم بن نجي-اليمين في التشريع المغربي ومجال إعمالها في القضايا

الأسرية- مقال منشور بمجلة القانون والأعمال

<http://www.droitentreprise.com>

<http://www.mohamah.net/Law/>

لبياض محمد عبد الفتاح، وسائل الإثبات في التشريع المغربي، بحث منشور لموقع

Labyadd.blogspot.com

بن فوزان الفوزان عبد العزيز، حقوق الأولاد في الشريعة الإسلامية ، مقال منشور

figh.islam.message.com

بموقع

علام شوقي،، نفقة الأم الموسرة على أولادها عند غياب الأب، بحث منشور بموقع

www.dar.elifta.org

[.http://wwwfsjes.agadir.info](http://wwwfsjes.agadir.info)

الفهرس:

1.....	مقدّمة
9.....	الباب الأوّل: قواعد النزاع حول صداق المطلّقة ومتاع البيت
11.....	الفصل الأوّل: قواعد النزاع حول صداق المطلّقة
12.....	المبحث الأوّل: القواعد الموضوعية في النزاع حول صداق المطلّقة
13.....	المطلب الأوّل: تعريف الصداق وتمييزه على الأنظمة المشابهة
13.....	الفرع الأوّل: تعريف الصّداق
18.....	أولاً: الصداق و الهدية:
20.....	ثانياً: الصداق والشرط
22.....	ثالثاً: الصداق والدوطة
24.....	رابعاً: الصداق والجهاز والشوّار والشبكة
25.....	1-الصداق والجهاز:
26.....	2-الصداق والشوار:
26.....	3-الصداق والشبكة:
27.....	المطلب الثاني: النزاع حول تحديد الصداق
28.....	الفرع الأوّل: القاعدة في تحديد الصداق
28.....	أولاً: مضمون قاعدة تحديد الصداق

- 33..... ثانيا: قواعد تعجيل الصداق وتأجيله.
- 36..... الفرع الثاني: الاستثناء من قاعدة تحديد الصداق
- 36..... أولا: محتوى الاستثناء:
- 38..... ثانيا: آثار عدم تحديد الصداق في العقد
- 42..... المطلب الثالث: قواعد استحقاق الصداق
- 43..... الفرع الأول: قواعد الاستحقاق الكلي للصداق
- 49..... الفرع الثاني: الاستحقاق الجزئي للصداق
- 54..... المبحث الثاني: إثبات النزاع حول الصداق
- 54..... المطلب الأول: الجوانب القانونية والفقهية لإثبات النزاع حول الصداق
- 54..... الفرع الأول: الجوانب القانونية لإثبات النزاع حول الصداق
- 57..... الفرع الثاني: الاختلاف حول الصداق على ضوء القواعد الشرعية
- 62..... المطلب الثاني: التطبيقات القضائية لقواعد إثبات النزاع حول الصداق
- 63..... الفرع الأول: التطبيقات القضائية للقواعد القانونية
- 65..... الفرع الثاني: موقف القضاء من توثيق الصداق
- 67..... الفرع الثاني: التطبيقات القضائية لقاعدة الدخول كمؤكّد للصداق
- 70..... الفصل الثاني: النزاع حول متاع البيت والأموال المشتركة
- 71..... المبحث الأول: قواعد النزاع حول متاع البيت

- 71المطلب الأول: متاع البيت والأنظمة المشابهة له
- 72الفرع الأول: متاع البيت والصداق
- 73الفرع الثاني: متاع البيت والجهاز
- 75الفرع الثالث: متاع البيت والشوار والشبكة
- 76الفرع الرابع: متاع البيت والأموال المشتركة
- 78المطلب الثاني: قواعد تحديد مالك المتاع
- 79الفرع الأول: البيئة كأساس ملكية متاع البيت
- 82الفرع الثاني: قاعدة الاستعمال كأساس لملكية المتاع
- 88الفرع الثالث: مالك المتاع وفق قواعد الملكية المشتركة
- 90الفرع الرابع: قاعدة افتراض ملكية المتاع
- 93المبحث الثاني: النزاع حول وجود متاع البيت
- 93المطلب الأول: مضمون قاعدة البيئـة على المدعي واليمين على من أنكر
- 94الفرع الأول: مفهوم البيئـة على المدعي
- 95الفرع الثاني: قاعدة اليمين على من أنكر
- 97المطلب الثاني: مبادئ القضاء في النزاع حول وجود المتاع
- 97الفرع الأول: إثبات النزاع حول وجود المتاع على ضوء القضاء
- 103المبحث الثاني: قواعد الاختلاف في الأموال المشتركة

- المطلب الأول: القاعدة والاستثناء في الأموال المشتركة 103
- الفرع الأول: استقلالية ذمة الزوجين في القوانين المغربية 104
- الفرع الثاني: الاستثناء على قاعدة استقلالية الذمة 107
- الفرع الثالث: نظام الكد والسعاية في القضاء المغربي 110
- المطلب الثاني: إثبات المساهمة المالية للزوجين وإشكالاته 113
- الفرع الأول: قواعد إثبات المساهمة المالية للزوجين 114
- الفرع الثاني: تأملات في قواعد الأموال المشتركة 117
- الباب الثاني : النزاع حول مسكن ونفقة المطلقة والمحضون 122
- الفصل الأول: قواعد النزاع حول إسكان المطلقة والمحضون 124
- المبحث الأول: أساس حق المطلقة والمحضون في الإسكان 125
- المطلب الأول: الأساس القانوني لحق المطلقة والمحضون في الإسكان 125
- الفرع الأول: قواعد إسكان المطلقة غير الحاضن 126
- الفرع الثاني: حق الحاضنة والمحضون في الإسكان 131
- المطلب الثاني: الأساس الفقهي لحق المطلقة والمحضون في الإسكان 134
- الفرع الأول: السند الشرعي لحق المطلقة في الإسكان 135
- الفرع الثاني: قواعد إسكان الحاضنة والمحضون 137

المبحث الثاني: المبادئ والإجراءات القضائية في قضايا إسكان المطلقة والمحضون.....	140
المطلب الأول: مبادئ القضاء في قضايا إسكان المطلقة والمحضون.....	140
الفرع الأول: مبادئ القضاء الجزائي في قضايا إسكان المطلقة والمحضون.....	141
الفرع الثاني: تطبيقات القضاء المغربي في قضايا إسكان الحاضنة والمحضون.....	146
المطلب الثاني: القواعد الإجرائية في النزاع حول حق المطلقة والمحضون في الإسكان.....	150
الفرع الأول: التقاضي بشأن المطلقة والمحضون في السكن طبقا للقواعد العامّة.....	150
الفرع الثاني: إجراءات الاستعجال بشأن بقاء المطلقة والمحضون في مسكن الزوجية.....	154
الفصل الثاني: النزاع حول نفقة المطلقة والأولاد.....	158
المبحث الأول: سند وإجراءات النزاع حول نفقة المطلقة.....	159
المطلب الأول: القواعد الموضوعية في النزاع حول نفقة العدة.....	159
الفرع الأول: الأساس القانوني لنفقة العدة.....	160
الفرع الثاني: المرتكزات الفقهية لنفقة العدة.....	163

- 164 الفرع الثالث: التطبيقات القضائية لنفقة العدة
- 167 المطلب الثاني: النزاع حول نفقة الإهمال
- 167 الفرع الأول: القواعد الموضوعية المقررة لنفقة الإهمال
- 170 الفرع الثاني: تقادم نفقة الإهمال
- 172 المطلب الثالث: إجراءات النزاع حول نفقة المطلقة
- 172 الفرع الأول: قواعد الاختصاص في النزاع حول نفقة المطلقة
- 173 أولاً: قواعد الاختصاص النوعي في النزاع حول نفقة المطلقة
- أ- الاختصاص النوعي في النزاع حول نفقة المطلقة طبقاً للقواعد العامة: 173
- ب: صلاحيات قسم شؤون الأسرة في القانون الجزائري..... 176
- 178 ثانياً: الاختصاص المحلي في النزاع حول نفقة المطلقة
- 180 المطلب الثاني: إثبات نفقة المطلقة
- 181 الفرع الأول: الوسائل الفقهية لإثبات حق المطلقة في نفقة الإهمال
- 183 الفرع الثاني: الاتجاهات القضائية في فصل النزاع حول نفقة الإهمال
- 187 المبحث الثاني: قواعد النزاع حول نفقة الأبناء
- 187 المطلب الأول: الشخص الملزم بنفقة الأبناء
- 188 الفرع الأول: الالتزام القانوني بالإنفاق على الأبناء

193	الفرع الثاني: الالتزام بالإتفاق على أساس الإرادة
195	المطلب الثاني: نفقة الأولاد بين الانقضاء والاستمرار
196	الفرع الأول: انقضاء نفقة الأولاد
198	الفرع الثاني: الاستثناءات على قاعدة انقضاء نفقة الولد
201	المطلب الثالث: مسالك القضاء في النزاع حول نفقة الأبناء
201	الفرع الأول: مبادئ القضاء في إثبات نفقة الولد
204	الفرع الثاني: تطبيقات قضائية لقواعد انقضاء نفقة الولد واستمرارها
208	الخاتمة:
211	قائمة المراجع:
224	الفهرس:

ملخص

تتعلّق الدراسة بقواعد المنازعات المادّية للطلاق في قانون الأسرة الجزائري بالمقارنة مع القانونين المغربي والتونسي.

ونظرا لتشعب هذه القضايا وكثرتها فقد تمّ التركيز على أربع منها وهي:

التزاع حول الصداق ومتاع البيت، والمنازعات المتعلقة بإسكان ونفقة المطلقة والخصون.

فبالنسبة للقسم الأوّل فقد تركّز البحث فيه حول قواعد تحديد الصداق في العقد واستحقاقه وقواعد إثباته.

أمّا متاع البيت فقد انصبّ البحث فيه حول قواعد ملكيته وقواعد التزاع في وجوده.

وفيما يتعلّق بالنوع الثالث والرابع فقد تمّ تسليط الضوء فيها على القواعد المقرّرة لحقّ المطلقة والخصون في النفقة والإسكان وإجراءات المطالبة به واسترداده في حالة التزاع.

كلمات مفتاحية: قواعد موضوعيّة، قواعد إجرائيّة، نزاع مادّي طلاق، صداق متاع البيت، سكن، نفقة.

Résumé

Cette recherche a pour objectif d'étudier les règles de litiges relatives aux effets matériels de divorce dans le code algérien de la famille comparé par les codes marocain et tunisien.

Nous nous sommes basé sur quatre types de litiges, SADAK, trucs maison, logement et Nafaka de divorcée et de l'enfant en cas de garde.

Cette étude en faite a été purement analytique comparative.

Mot clés : règles de fond – règles de procédures – litige – divorce – SADAK – trucs maison -logement – NAFKA

Abstract

This research aims at studying the rules of legislatives litigation linked to materiel effects of divorce in the code of the Algerian family compared to those of morocco and Tunisia.

We have based on four types of litigation that are: SADAK, house stuff, housing and Nafaka of the divorced woman and the cuddled.

This study deed was purely analytic and comparative.

Key-words: substantive rule – procedure rule- material litigation- divorce –SADAK – House stuff– housing and nafaka.