الآثار المالية للطلاق بالنسبة للزوجة في قانون الأسرة الجزائري الإشكاليات و حلها.

الأستاذ/ بن داود عبد القادر

جامعة وهران.

تتعلق الإشكاليات الخمس التي نتناولها في هذه المداخلة بخمس مسائل حساسة أثير حولها جدل كبير في مختلف مراحل مناقشة قانون الأسرة الجزائري رقم :84-11

أولها : المتعة.

وثانيها : نفقة العدة.

وثالثها : نفقة الإهمال.

ورابعها : أجرة الحضانة إذا كانت المطلقة أما حاضنة.

وخامسها : حق السكنى[1] خلال فترة قضاء العدة بأنواعها و كذا لممارسة الحضانة و هو ما سنفصله لاحقا فيما يلي :

تعويض المطلقة تعسفيا على ضوء المادة : 52 من قانون الأسرة[2] ؛

تنص المادة : 52 من قانون :84 - 11 المتضمن قانون الأسرة الجزائري على ما يلي ؛ " إذا تبيّن للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها.

و هنا وجب التنبيه إلى أن التعويض عن الطلاق التعسفي ليس أمرا استحدثه المشرع الجزائري ، أو حكما مدنيا مقتبسا عن حكم المادة: 124 من القانون المدني الجزائري الصادر بالأمر 75– 58 ، بل هو موجود في الشريعة الإسلامية و تاريخ القضاء الإسلامي ، و يحكم به قضاءنا في الجزائر مع بعض الخلل في التطبيق ، مرجعه إغفال

الاجتهاد القضائي للأحكام الأساسية للشريعة الإسلامية في حل المنازعات أمام القضاء ، مثل ضوابط الاعتبار الشرعي ، و حكم التقليد والتلفيق[3] أي تقليد مذهب فقهي معين و الالتزام بأحكامه بتطبيق المشهور في المذهب و يسمى التقليد ، أو الأخذ من مختلف المذاهب باعتماد الأقوى دليلا في الأصل ، و الأيسر حكما في الاحتياط و يسمى هذا النوع بالتلفيق.

وباختصار المشكل يكمن في اختلاف المصطلحات الشرعية عن المصطلحات الوضعية ، و يشهد على وجود هذا في تاريخ الإسلام ، ما ذكرته أمهات كتب الشريعة الإسلامية ، قال صاحب : مختصر منهاج القاصدين[4] في آداب المعاشرة من كتاب النكاح؛ " مما يتعلق بالزواج الطلاق ، و هو أبغض المباحات إلى الله عز وجل ، فيكره للرجل أن يفاجئ به المرأة من غير ذنب ، و لا يجوز للمرأة أن تلجئه إلى طلاقها ، فإذا أراد الطلاق فليراع فيه أربعة أشياء...– ذكر في الثالثة - . . أن يتلطف في الأمر في الطلاق بإعطائها ما تتمتع به لينجبر الفاجع ، فقد روي عن الحسن بن علي رضي الله عنهما أنه طلق امرأة و بعث إليها بعشرة آلاف درهم ، فقالت : متاع قليل من حبيب مفارق . .) " و هذا مبلغ ضخم حينذاك ، إذ الدرهم كان في حساب العملات يومئذ من معدن الفضة ، و اعتباره قليل ، يدل على أن لا حدّ لأكثره في الغالب.

والمراد بالمتعة :

لغة :المتاع في الأصل : كل شئ يُنتفع به ويُتبلَّغُ به ويُتزوَّد و الفناء يأتي عليه في الدنيا ومتعة المرأة ما وُصلت به بعد الطلاق،وقد

متعها ،و المتعة التي ليست بواجبة و هي مستحبة من جهة الإحسان و المحافظة على العهد .[5]

و قيل في تعريفها أيضا أنها : هدية يقدمها الزوج لزوجته التي طلقها طلاقا بائنا.[6]

وشرعا: المراد بالمتعة شرعا ما تمتع به الزوجة و تعطاه تعويضا عن الفرقة بينها و بين زوجها من الثياب التي تلبسها المرأة للخروج عادة أو ما يعادلها من مال أو أي عوض، ولذا قال الفقهاء المتعة الثياب التي تكسى بها المرأة عند الخروج حسب العرف و قد تكون المتعة بقيمة ذلك أو ما يعادلها.[7]

و دليل مشروعيتها من القرآن قوله تعالى:

(لا جُناح عليكم إن طلقتم النساء ما لم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة و متعوهن على الموسع قدره و على المقتر قدره متاعا بالمعروف حقا على المحسنين ، و إن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن و قد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم إلا أن يعفون أو يعفو الذي بيده عقدة النكاح.) [8].

و كذا قوله تعالى: (يا أيها الذين آمنوا إذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل أن تمسوهن فما لكم عليهن من عدة تعتدونها فمتعوهن و سرحوهن سراحا جميلا.)[9].

و قال تعالى: (و للمطلقات متاع بالمعروف حقا على المتقين.)[10].

ودليل مشروعيتها من السنة المطهرة :

حديث يحي عن مالك أنه بلغه أن عبد الرحمن بن عوف طلق امرأة له فمتعها بوليدة أي منحها آمة تسمى وليدة قيمتها ثمانون دينارا ذهبيا على سبيل المتعة.[11]

وحديث مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر أنه كان يقول :لكل مطلقة متعة إلا التي تطلق و قد فرض لها صداق و لم تمسس فحسبها نصف ما فُرض لها.[12]

وحديث مالك عن ابن شهاب أنه قال لكل مطلقة متعة قال مالك و بلغني عن القاسم بن محمد مثل ذلك قال مالك ليس للمتعة عندنا حد معروف في قليلها و لا كثيرها.[13] و مما سبق كان حكم المتعة الأرجح هو: الوجوب لأن صيغة الأمر القرآني (فمتعوهن) تقتضي الوجوب حتى يقوم الدليل على الندب ، و الأحاديث الصحيحة جاءت مؤكدة للوجوب، و هو ما ذهب إليه الأحناف[14] ونقلوه عن عبد الله بن عمر و الإمام علي بن أبي طالب من الصحابة وسعيد بن جبير و أبو قلابة و الزهري و قتادة و الضحاك من التابعين[15]، أما الشافعية فعندهم المتعة واجبة لكل مطلقة إذا كان الفراق من قبل الزوج .

وهذا ما أخذ به الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا الجزائرية في عدة قرارات إذ قررت المحكمة العليا أن المتعة هي تعويض للزوجة التي يختار زوجها فراقها، و ليس للزوجة التي تختار فراق زوجها[16]، و بالتالي لا تستحق للزوجة في جميع قضايا فك الرابطة الزوجية و بالتالي تستحق حال الطلاق التعسفي فقط دون حالات التطليق.

خلافا للاجتهاد القضائي المصري لمحكمة النقض المصرية التي قضت في قرار لها بأن : (المتعة ؛ استحقاق المطلقة لها سواء كان الطلاق

من الزوج أو من القاضي نيابة عنه.)[17]، كما نص قانون الأحوال الشخصية المصري على استحقاقها و مقدارها في المادة: 18 مكرر[18] و التي تنص على ما يلي: (من حق الزوجة المدخول بها في زواج صحيح إذا طلقها زوجها بدون رضاها و لا سبب من قبلها في الحصول فوق نفقة عدتها على متعة تقدر بنفقة سنتين على الأقل مع مراعاة حال المطلق يسرا أو عسرا و ظروف الطلاق و مدة الزوجية ، مع جواز سداد هذه المتعة على أقساط.).

و في تسبيب أصل هذا التشريع ورد في تقرير اللجنة المشتركة المتكونة من لجنة الشؤون الدستورية و التشريعية المصرية و مكتب لجنة الشؤون الدينية و الاجتماعية و الأوقاف المؤرخ في: 06/11/ 1985 : (الأصل في تشريع المتعة هو جبر خاطر المطلقة لأن مواساتها من المروءة التي تتطلبها الشريعة الإسلامية و أساس ذلك قوله تعالى: (و متعوهن على الموسع قدره و على المقتر قدره.) و قد أقر مذهب الشافعية المتعة للمطلقة إذا لم تكن الفرقة منها أو بسببها و هو قول أحمد بن حنبل و ابن تيمية و أهل الظاهر و أحد أقوال الإمام مالك كما أن رأي المذاهب الأخرى المختلفة في المتعة أنها مستحبة للمطلقة بعد الدخول و إن كان لا يقضى بها و الأخذ بتقرير المتعة يتفق فضلا عن سنده الشرعي و الفقهي مع الأصل الاجتماعي في التكافل الاجتماعي.

أما عند الإمام مالك وأصحابه[19] و القاضي شريح[20] فالمتعة مندوب إليها مستحبة و لا وجوب فيها ، فهي مندوب إليها لكل زوجة مطلقة قبل الدخول و بعده لأن الله عز وجل وصفها في كتابه العزيز بأنها:

(حقا على المحسنين.)[21] أي على المتفضلين المتجملين و ما كان من باب الإجمال و الإحسان ليس بواجب [22]، إلا الزوجة غير المدخول بها و المسمى لها مهرا فيكفيها نصف ما فرض لها و ليس لها المتعة ، و رأي الجمهور الإمام الشافعي و الإمام أحمد و الإمام أبي حنيفة ما رأى عبد الله بن عباس و عبد الله بن عمر و جابر بن زيد بأن المتعة واجبة للمطلقة قبل الدخول وتسمية المهر و مندوبة في حق غيرها ، و بالتالي فعند الجمهور المتعة ليست واجبة في كل مطلقة و قال قوم من أهل الظاهر هي واجبة في كل مطلقة[23]، و عند ابن حزم المتعة فرض على كل مطلق واحدة أو اثنين أو ثلاثا أو آخر ثلاث وطئها أو لم يطأها ،فرض لها صداقها أو لم يفرض لها شيئا أن يمتعها و يجبره الحاكم على ذلك أحب أم كره .

ولا متعة على من انفسخ نكاحه منها بغير طلاق ،و لا يسقط التمتع عن المطلق مراجعته إياها في العدة و لا موته و لا موتها و المتعة لها أو لورثتها من رأس ماله يضرب بها مع الغرماء [24] ، و من تم أهل الظاهر حملوا الأمر على عمومه فكان رأي الجمهور أن المختلعة لا متعة لها لكونها معطية من يدها ،كالحال في التي طلقت قبل الدخول و بعد فرض الصداق ، في حين أن الظاهرية يقولون : هو شرع فتأخذ و تعطي.[25]، و تقدير المتعة لا حد لأكثره و لا لأقله عند مالك كما في المدونة و الموطأ ، و عند الجمهور العبرة بحال الزوج يسرا و عسرا ، و يشترط أن لا تزيد المتعة على مقدار نصف مهر المثل لأنها قائمة مقامه و لا تنقص عن خمسة دراهم لأنه أقل نصف المهر شرعا[26]، و بالتالي يبقى تقديرها للحاكم تبعا لملابسات كل قضية و حال طرفيها ، فيمكن

تقديرها بحال الزوجة طالما أنها تقوم مقام نصف مهر المثل و المهر يقدر بحال الزوجة لا بحال الزوج ، كما يمكن أن تقدر بحال الزوج وحده ، لأنه المكلف بالإنفاق و البذل لا يكون إلا مع القدرة إذ قال الله تعالى: (ليُنفق ذو سعة من سعته و من قُدر عليه رزقه فلينفق مما آتاه الله لا يكلف الله نفسا إلا ما آتاها.)[27] ، غير أن قانون الأسرة الجزائري لم يذكر معيارا لتقدير التعويض و لا النفقات ما عدا ما ورد بالمادة 79 من قانون الأسرة رقم: 84-11 و التي نصت على أنه : (يراعي القاضي في تقدير النفقة حال الطرفين و ظروف المعاش و لا يراجع تقديره قبل مضي سنة من الحكم.) ، و رغم خصوصية النص في النفقة فالمعيار عام في التقدير.

مع ملاحظة أن المشرع الجزائري لم ينص على المتعة إطلاقا في قانون الأسرة رقم: 84-11 إذ ورد في نص المادة: 52 أنه : (إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها .....) ، وفي إطار تطبيق هذه المادة تعارض الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا بين قرارات جعلت التعويض و المتعة اسمين لشيء واحد فلا يقضى بمبلغ يسمى تعويضا و بمبلغ آخر يسمى متعة[28] ، و قرارات أخرى جعلت من حقوق المطلقة التعويض و المتعة كاستحقاقين مختلفين[29] ، نتيجة الطلاق التعسفي لمن أراد زوجها فراقها تغليبا لرأي الشافعية الذي سبق ذكره أعلاه، كما قررت المحكمة العليا أن المتعة تمنح للزوجة مقابل الضرر الناتج بها من طلاق غير مبرر و يسقط بتحميلها جزء من المسؤولية[30] ، بينما المتعة مندوب

إليها في جميع أحوال الطلاق عند المالكية كما سبق بيانه و واجبة عند جمهور الفقهاء.

و خلافا لتناقضات المحكمة العليا بين القول أن المتعة و التعويض شيء واحد و القول أن التعويض يختلف عن المتعة ، فإن الصحيح هو أن المتعة تختلف عن التعويض ، ذلك بأن المتعة تستحق للزوجة شرعا دائما حسب وسع الزوج وأساس استحقاقها الشرع من الكتاب و السنة و إجماع الأمة مع الاختلاف بين القول بوجوبها و الندب إليها ، أما التعويض فمصدره القانون لا الشرع على أساس نظرية التعسف في استعمال الحق التي قنن المشرع الجزائري أحكامها في المادة: 41 [31] من الأمر رقم: 75-58 المؤرخ في: 1975/09/26 المتضمن القانون المدني المتمم و المعدل [32] ، و المواد 52 /1 و 55 من قانون الأسرة رقم: 84-11 [33] ، و بسبب تعارض الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا بين قرارات تقرر بأن المتعة و التعويض شئ واحد و قرارات تفرق بينهما ، يحاول المشرع الجزائري استدراك هذه النقطة في المادة: 52 مكرر من المشروع التمهيدي لتعديل قانون الأسرة الذي جرى تحضيره في عهد رئيس الجمهورية الجزائرية السابق السيد أليامين زروال و الذي لا يزال مطروحا على رفوف قبة البرلمان الجزائري مجمدا بغرض اللجوء لمناقشته حينما تستقر الأوضاع العامة للبلاد نسبيا ، حيث ذكرت المادة 52 مكرر من المشروع أن الزوجة المطلقة تستحق تعويضا زيادة على حقها في المتعة ، و بهذا فالنص الجديد إذا تمت المصادقة عليه من طرف المجلس الشعبي الوطني يكون قد حسم الخلاف بنص تشريعي يفرق بين المتعة و التعويض و لا يجعلهما اسمين لشيء واحد قطعا لتعارض

الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا بالنص الحاسم ، و طالما بقي مشروع تعديل قانون الأسرة مجرد مشروع يبقى الاجتهاد القضائي محل تعارض مستمر بدون استقرار على رأي ثابت.

و إلى هنا نتعرض فيما يأتي لأحكام نفقة العدة كأثر مالي للطلاق مسكوت عنه في الدراسات الجامعية و مهمل من مجال التعليق على الأحكام و القرارات الصادرة عن الهيئات القضائية الفاصلة في مادة الطلاق.

نفقة العدة والاستبراء ونتائجها ؛

بعد التعرض لأحكام العدة في المبحث الأول من الفصل الثاني كأثر شخصي، نتعرض لنفقة العدة في الفرع الثاني كأثر مالي، فنجد أن المطلقة في طلاق رجعي طالما أنها معلقة بعصمة زوجها طيلة فترة العدة التي ينقضي فيها ما بقي من أثار النكاح تجب لها النفقة بأنواعها من غذاء وكسوة وسكن، وفقا لأحكام الشّريعة الإسلامية، بإجماع [34] مذاهب الأمة ووفقا لأحكام قانون الأسرة رقم 84-11 سيما أحكام المادتين 61 و78 منه [35] ويراعى في تقديرها ما يراعى في تقدير النفقات بحسب حال الزوجين من اليسر والإعسار وظروف المعاش بمقتضى المادة 79 من قانون الأسرة رقم :84-11 [36]، وعلى هذا الاعتبار وجب أن نتعرض لمفهوم النفقة بوجه عام .

مفهوم النفقة :

لغة: النفقة مأخوذة إما من النُّفوق و هو الهلاك ، و إما من النَّفاق و هو الرواج ، و سمي بها المال الذي ينفقه الإنسان على عياله ، لأن في إنفاقه عليهم إهلاكا للمال المنفَق أو لأن في الإنفاق رواجا لحال

المنفَق عليه [37]، والنفقة عند ابن منظور من قولنا نفق الفرس و الدابة و سائر البهائم ينفُقُ نُفُوقا :مات و نفق البيع نَفَاقاً : راج. و نَفَقَت السِّلعة تنفُقُ نَفَاقًا : غلت ورغب فيها ، و أنفقها هو و نفقها ، و المُنَفِّقُ : من النَّفاق و هو ضد الكساد .. و النفقة : ما أُنفق ، و الجمع نِفاق و نفدت نِفاق القوم و نفقاتهم ، إذا نفدت و فنيت .. و رجل مِنفاق أي كثير النفقة ، و من باع عرضه أنفق أي من شاتم الناس شُتِم ، و النِّفاق : و هو الذي يستر كفره و يظهر إيمانه ..... [38]

وشرعا : هي ما تحتاج إليه من طعام و كسوة و مسكن و فُرش و خادمة و كل ما يلزم لمعيشتها حسب العرف و هي حق واجب على زوجها بنص القرآن. [39]

وقانونا : نص عليها المشّرع الجزائري في المادة :78 من القانون : 84-11 بأن النفقة :(تشمل الغذاء و الكسوة و العلاج و السكن أو أجرته و ما يُعتبر من الضروريات في العُرف و العادة .) ، و سند هذه المشتملات هو من الشرع الحنيف فالغذاء و الكسوة و السكن محل إجماع ، و أما العلاج فمختلف فيه ، بين قائل بأنه من مستلزمات النفقة و يلزم الزوج و بين مخالف لذلك ، فعند الحنفية و الشافعية و الحنابلة و المشهور في مذهب الإمام مالك لا تجب نفقة العلاج على الزوج و ذهب بعض المالكية إلى أنه يفترض عليه أن يعالجها بقيمة النفقة التي تفترض لها و هي سليمة من المرض [40] ويرى أبو الحسن الجعفري من فقهاء الشيعة أن الدواء إذا كان من النوع الذي تكثر الحاجة إليه بسبب الأمراض التي قلما يخلو منها إنسان فهي من النفقة الواجبة على الزوج

،وإن كان من العلاجات الصعبة التي قلما يخلو منها إنسان فهي من النفقة الواجبة على الزوج ، وإن كان من العلاجات الصعبة التي قلما تقع و تحتاج إلى مال كثير فليست من النفقة في شئ و لا يُلزم بها الزوج.

و رأينا أن المشرع الجزائري حسنا فعل حينما جعل مصاريف العلاج من مشتملات النفقة رغم الاختلاف فيها شرعا، لأن القرآن الكريم أمر بالإنفاق على الزوجات بالمعروف و الإحسان إليهن كما أسلفناه في غير ما موضع ، وبالتالي من الإحسان بالزوجة التكفل بعلاجها ، لأن في غذائها حفظ بدنها و في علاجها حفظ حياتها و هذه أولى ، فكان العلاج مقدما على الغذاء ، سيما و أن من مقاصد الشريعة الإسلامية الخمس[41] حفظ النفس[42]، وبالتالي العلاج مقدم على الغذاء لما فيه من حفظ حياة ، و لهذا قنن المشرع في قانون العقوبات تجريم فعل عدم إسعاف شخص في حالة خطر[43] ، لكن ليس كل مطلقة معتدة تستحق نفقة عدة كما سيأتي بيانه من الوجهة الشرعية أما من الوجهة القانونية ففي قانون الأسرة رقم :84-11 سكوت و فراغ كبير.

من لا نفقة لهن من المعتدات :

أربعة أصناف من المعتدات لا تستحق نفقة العدة شرعا لا قانونا وهن :

معتدة الوفاة:

لأنه لا سبيل لإيجاب نفقتها على الزوج ، لأنه بعد الوفاة لا ملك له وليس أهلا للإلزام و الإيجاب عليه ، ولا يتحمل نفقتها ورثته لأن

نفقة العدة حق شخصي على الزوج ، ولا ينوب عنه وارثوه فيه ، وطالما لم يوجبه الشرع عليه فليس دينا في ذمته ولا يستوفى من التركة.

المعتدة بسبب فرقة جاءت من قِبلها :

وهي ممنوعة ومحظورة شرعا كأن ارتدت عن دينها أو فعلت بأصول زوجها أو فروعه ما يوجب حرمة المصاهرة ، وبالتالي فهي تستحق العقاب بحرمانها من حقها في نفقة العدة[44].

المعتدة من فرقة بعد زواج فاسد أو دخول بشبهة :

كالزوجة تتزوج اليوم فتلد بعد أسبوع أو شهر فيكون زواجها فاسدا لعدم براءة الرحم حين الزواج فلا عدة لها ، لأن مثل هذا الزواج الفاسد لا يفيد احتباسا شرعيا ولا يرتب وجود النفقة ، ولما لم يذكر المشرع الجزائري تفصيل هذه الحالات يبقى مجال تطبيقها هو عموم الإحالة على الشريعة الإسلامية الواردة بالمادة :222 من قانون الأسرة رقم :84-11.

المطلقة طلاقا بائنا بينونة كبرى أو المطلقة ثلاثا أو المطلقة البّتة :

المطلقة طلاقا ثلاثا هي المطلقة طلاقا بائنا بينونة كبرى و تسمى كذلك البتة لا تستحق نفقة عدة شرعا و إن كان قانون الأسرة الجزائري لم ينص على حكمها ، وبالتالي يبقى الحكم فيها منوط بمادة الإحالة 222 بالرجوع إلى الشريعة الإسلامية ، و سند عدم استحقاقها حديث فاطمة بنت قيس رضي الله عنها الذي رواه الشَّعبي أن أبا عمرو بن حفص طلقها البتّة و هو غائب - و في رواية : طلّقها ثلاثا - ، فأرسل

إليها وكيله بشعير، فسخطته ، فقال : والله ما لك علينا من شئ، فجاءت رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فذكرت ذلك له ، فقال : (ليس لك عليه نفقة) و في لفظ : (و لا سُكنى.) [45] .

وبالتالي نخلُص إلى أن جميع المعتدات غير مَنْ ذُكرن من الممنوعات من نفقة العدة تستحق نفقة العدة كاملة، وغير الثلاث السابقات هن المطلقات بإرادة الزوج نتيجة طلاق تعسفي أو فسخ، و المعتدة لفرقة من طرف الزوجة بطلاق إذا ما كانت العصمة بيدها، وفي المطلقة بتفريق قضائي حال التطليق لأن القاضي إنما ينوب عن الزوج في تطليق زوجته إذا توافرت أسباب التطليق المكونة للضرر الموجب للتفريق.

ومن مواضع الإجماع في الشريعة الإسلامية أن نفقة العدة تسقط عن الزوجة الناشز[46] ،وبالتالي يراعي في كل موضع تستحق فيه المعتدة نفقة عدة أنها إنما تستحقها إذا لم تكن ناشزا بأن لم تخرج من مسكن العدة بغير عذر[47] ،ذلك بأن الناشز تسقط عنها النفقة بجميع مشتملاتها من غذاء وكسوة وما إليه ما عدا السكن فلا تغادر السكن إلا إذا ارتكبت فاحشة مبينة وهذا بنص القرءان الكريم لقوله تعالى :(يا أيها النبي إذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن ، و أحصوا العدة ، و اتقوا الله ربكم ، لا تخرجوهن من بيوتهن و لا يخرجن إلا أن يأتين بفاحشة مبينة، و تلك حدود الله، و من يتعّد حدود الله فقد ظلم نفسه ، لا تدري لعل الله يُحدث بعد ذلك أمراً.)[48] وبنص القانون بمقتضى المادة 61 من قانون الأسرة 84-11 [49].

لكن المشّرع الجزائري لما ترك الفراغ كبيرا في قانون الأسرة بصدد استحقاق نفقة العدة كما هو شأن الكثير من المواضيع، لم تتيسر تغطية هذا النقص وسد الفراغ عمليا بموجب أحكام المادة 222 من قانون الأسرة 84-11 في إحالتها على أحكام الشريعة الإسلامية، بسبب نقص التكوين العلمي الشرعي لقضاة المحاكم الجزائرية لأن الشريعة الإسلامية لا تحضى إلا بقدر قليل جدا في مقررات تدريس الحقوق والعلوم القانونية في الجامعات الجزائرية ومعهد القضاء بالجزائر العاصمة، وهذه حقيقة لا تُنكر.

وبالتالي إعمال المادة 222 بقي محدودا جدّا وموقوفا على الجهد الشخصي والمحصول العلمي الفردي للقضاة، ولذلك اجتهدت المحكمة العليا الجزائرية في قرار شهير لها اجتهادا أصبح سنة متبعة لدى المحاكم والمجالس القضائية أين قررت بأن :نفقة العدة تستحق للمطلقة سواء كانت ظالمة أو مظلومة وهو اجتهاد[50] بلا محل وقول ما أنزل الله به من سلطان، ولا قال به أحد من الفقهاء في جميع المذاهب المعتمدة، لأن سقوط نفقة العدة عن الناشز موضوع إجماع[51] بلا اختلاف[52]،وبالتالي رغم عدم أخذ النظام القضائي الجزائري بالسوابق القضائية مثلما هو الحال في النظام القضائي الإنجليزي، فإن اطراد عمل المحاكم على ما جرى به قضاء المحكمة العليا في القول باستحقاق نفقة العدة للمطلقة سواء كانت ظالمة أو مظلومة، هو تعميم لخطأ أصبح شائعا وجعل الصواب مهجورا، مما يقتضي من قضاء المحكمة العليا مراجعة اجتهاده في المسألة ، لأن الاستمرار في اتجاه واحد قد يحمل المشرع على تعديل القانون فيقنن الخطأ ، والخطأ إذا جرى مجرى

العادة، فالعادة محكمة [53] وهي من القواعد الأصولية الكلية ، ولقد كانت نصت عليها المادة :36 من مجلة الأحكام العدلية العثمانية[54] التي كانت القانون العثماني المطبق على بلاد الخلافة العثمانية قبل سقوط الدولة العثمانية سنة 1924 و نصها مثل ما قرره الفقهاء بلا حذف و زيادة : (العادة مُحْكَمَة.) و معنى محكمة أي هي المرجع عند النزاع لأنها دليل يبنى عليه الحكم و هي مأخوذة من الحديث الشريف : (ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن.) [55] ، ومن ثم فإن إعادة النظر في قانون الأسرة تبقى ضرورية على ضوء أحكام الشريعة الإسلامية و مستجدات المنازعات ، حسما لتناقض الاجتهادات القضائية للمحكمة العليا التي هي أصلا جهة توحيد الاجتهاد القضائي رغم تناقض اجتهاداتها في غير ما موضع.

وهنا نجد سابقة تشريعية و اجتهاد فقهي و قضائي ثري في بلد كمصر أين نجد تطبيقا للفقرة 01 من المادة 17 من القانون رقم 25 لسنة 1929 بأنه لا تأخذ المعتدة نفقة عدة لأكثر من سنة من تاريخ الطلاق فإذا مضت عليها سنة بعد الطلاق تؤمر قضاء بالكف عن المطالبة بنفقة عدة لأنه لا حق لها فيها بعد ذلك [56] ، و بالتالي فالمشرع المصري جعل حدا تسقط به دعوى المطالبة بنفقة العدة بسنة واحدة.

وفي تبرير هذا الموقف للمشرع المصري يرى الشيخ عبد الوهاب خلاف أن : (الفرق بين انقضاء العدة شرعا و بين استحقاق الحق المالي المترتب عليها و هو النفقة أن انقضاء العدة شرعا للمطلقة هو ما بيناه ، للحامل بوضع حملها و للصغيرة التي لم تحض و الآيسة التي انقطع

حيضها بثلاثة أشهر، ولمن تحيض بثلاث حيضات ، وإذا انقطع حيض واحدة من ذوات الحيض لعارض من العوارض انتظرت معتدة حتى تحيض ثلاث حيضات أو تدخل في سن اليأس فتعتد بثلاثة أشهر ، ولكن لما شاع في النساء في الكذب وادعاء انقطاع الحيض والجرأة على اليمين الباطلة لإرهاق الرجال بنفقة العدة سنين طويلة عولج أخيرا أمر العدة بالنسبة للنفقة فقط بمنع المعتدة من استحقاق نفقة العدة لمدة تزيد عن سنة من تاريخ الطلاق فهو تحديد لمدة استحقاق النفقة فقط وليس تحديدا لأجَل انقضاء العِدة ، لأن هذا لا يملكه الشارع الوضعي ، ولو أن مطلقة مضت عليها سنة من تاريخ الطلاق ولم ترفيها العادة إلا مرة واحدة أو مرتين ، فهي شرعا لا تزال معتدة ، ولا يحل لها أن تتزوج بغير مطلقها وإن كانت قانونا ليس لها بعد السنة أن تطالب بنفقة عدة.)[57] ، بينما المشرع الجزائري في قانون الأسرة رقم :84-11 لم يضع أجلا لسقوط دعوى طلب نفقة العدة ، وبالتالي من الناحية القانونية النظرية يجوز للمطلقة المطالبة بنفقة عدة لشهور عديدة ، إذا ادعت أنها مصابة باضطراب الطمث أو الحيض وأنه لا يأتيها إلا مرة واحدة بعد عدة أشهر ، والشرع يؤيدها كما سبق وأن فصلناه ، وهذه من الإشكاليات الحديثة التي قد تطرأ حتى وإن كان الاجتهاد القضائي قاصرا عن تطبيق الشريعة الإسلامية بصددها وفقا للمادة 222 من قانون الأسرة ، وبدون حاجة لتطبيق المادة 222 فإن المادة 61 من نفس القانون تقرر حق المطلقة في نفقة العدة ولا تضع مدة زمنية لسقوط الحق فيها مثل المشرع المصري .

حيث أن الطب الشرعي نفسه يؤيد هذا الطرح ، إذ المقرر طبيا أن النساء اللواتي توقفن عن تناول مانع حمل عن طريق الفم قد يعانين من انحباس طمث ثانوي Absence de periodes Secondairs لبضعة أشهر[58]، وبالتالي تأخر الحيض لا يكون سببه دائما الحمل أو الرضاع بل قد يكون التوقف عن تناول حبوب منع الحمل الطبية[59] ، وبالتالي تمتد مدة العدة و تطول مدة استحقاق نفقتها ، لكن في الجزائر عمليا لا تثار مثل هذه المسائل رغم كثرتها في الواقع ، لأن المطلقات لا تعرف أكثرهن حقوقها المقررة شرعا و لا حُسن استعمال أحكام قانون الأسرة رقم :84-11 للمطالبة بتلك الحقوق، وبالتالي لا يَرِدُ في هذا الشأن اجتهاد قضائي لأن القاضي لا يحكم بما لم يُطلب منه ، فضلا عن قلة بل انعدام الدراسات الأكاديمية و الرسائل الجامعية في مثل هذه المواضيع ، رغم أن قانون الأسرة صريح و أحكام الشريعة الإسلامية واضحة ، وبإمكان القاضي إذا استشكل عليه الأمر في طول مدة العدة و تأخر الحيض عن الزوجة المدعى عليها في الطلاق أن يلجأ إلى الخبرة الطبية الشرعية[60] قطعا للشك باليقين ، ويكون تقديرها بكثير أو قليل منوط لتقدير القاضي .

و تقدير نفقة العدة ، إنما ضابطها هو نفس ضابط ومعيار تقدير النفقات من يسر وعسر حسب ظروف المعاش ، و الاختلاف في النصوص القانونية بين هل يراعى فيها حال الزوج وحده من يسر و عسر أم حال الزوجين معا ؟، فبالرجوع إلى المذكرة الإيضاحية للقانون رقم 25 لسنة 1929 المصري[61] : (كان المتبع إلى الآن في تقدير نفقة

الزوجة على زوجها أن يراعى في ذلك حال الزوجين معا يسارا و إعسارا و توسطا فإن إختلف حال الزوجين بأن كان أحدهما موسرا و الآخر معسرا قُدر للزوجة نفقة المتوسطين فإذا كان الزوج هو الموسر أُمِرَ بأداء ما فُرِض ، و إذا كان هو المُعسر أمر بأداء نفقة المعسرين و الباقي يكون دينا عليه يؤديه إذا أيسر ، و بما أن هذا الحكم ليس متفقا عليه بين مذاهب الأئمة الأربعة ، فمذهب الشافعي و رأي صحيح في مذهب أبي حنيفة لا تقدّر نفقة الزوجة إلا باعتبار حال الزوج مهما كانت حالة الزوجة استنادا إلى صريح الكتاب الكريم : (ليُنفق ذو سعة من سعته و من قُدر عليه رزقه فليُنفق مما آتاه الله لا يكلف الله نفسا إلا ما آتاها سيجعل الله بعد عسر يسرا ، أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم.)[62] ، و بما أنه لا يجب أن تأخذ الزوجة من زوجها أكثر مما يقدر عليه لأنها تعاقدت معه على أن يُنفق عليها مما يستطيع حسب اختلاف الأزمان و الأحوال فكان من المصلحة الأخذ بالمذهب الشافعي و الرأي الآخر من مذهب أبي حنيفة في تقدير نفقة الزوجة على زوجها و لهذا وُضعت المادة 16 من المشروع[63] .كذلك بناء على الأحكام الواجب تطبيقها الآن بمقتضى القانون رقم :25 لسنة 1920 تستطيع المطلقة أن تأخذ نفقة عدة مدة طويلة بدون حق فإنها إذا كانت مُرضعة قد تدعي أن الحيض لم يأتها طول مدة الرضاعة و هي سنتان ثم تدعي بعد ذلك أنه لا يأتيها إلا مرة واحدة كل سنة و قولها مقبول في ذلك و تتوصل إلى أن تأخذ نفقة عدة مدة خمس سنين ، و إذا كانت غير مُرضع قد تدعي أن الحيض يأتيها مرة واحدة في كل سنة فتتوصل إلى أن تأخذ نفقة عدة مدة ثلاث سنين، و لما كان هذا الإدعاء خلاف العادة الشائعة في

النساء كثُرت شكوى الأزواج من تلاعب المطلقات و احتيالهن لأخذ نفقة عدة بدون حق، فرأت الوزارة أن المصلحة داعية إلى تعديل هذا الحكم بناء على ما ثبت من تقرير الطبيب الشرعي و هو أن أقصى مدة الحمل سنة و على أولي الأمر حق منع القضاة من سماع بعض الدعاوى التي شاع فيها التزوير و الاحتيال فوضعت الفقرة الأولى من المادة 17[64] من مشروع القانون.).

بينما المشرع الجزائري في قانون الأسرة رقم :84-11 لم يأخذ بمعيار مراعاة حال الزوج وحده ، فأخذ باتجاه مراعاة حال الزوجين معا وفقا لأحكام المادة :79[65] من نفس القانون ، و هو ما استقر عليه الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا من ضرورة مراعاة حال الزوجين معا يسرا و عسرا و عدم جواز تخفيض النفقة في الاستئناف دون تقدير حال الزوجين و ظروف المعاش[66]، و بهذا المشرع و مثله الاجتهاد القضائي راعى حال الزوج فقط كظرف تخفيف جزائي حين متابعة الزوج جزائيا عن جنحة عدم دفع النفقة ، معتبرا الجريمة ثابتة في حق الزوج اتجاه مستحقها ما لم تكن زوجته عالمة بإعساره وقت الزواج ، فالإعسار عذر مقبول إلا إذا كان ناتجا عن سوء السلوك أو الكسل أو السُكر فلا يكون حينئذ عذرا مقبولا وفقا للمادة 2/331 من قانون العقوبات.

و بالتالي يتعين على المشرع الجزائري تعديل أحكام العدة و استحقاق نفقتها بشكل يكون نافيا للجهالة و أكثر تفصيلا و توضيحا من الصورة الحالية التي هو عليها ، لأن أحكام المادة 61 تبقى قاصرة عن البيان الكافي لأحكام استحقاق نفقة العدة التي تقدم شرحها ، و كذا

أحكام المادة 222 من قانون الأسرة تبقى معطّلة و الأحكام القضائية تفصل في هذا الصدد بعشوائية تقديرية ، و تقدير القضاة مسألة موضوعية لا يخضعون فيها لرقابة المحكمة العليا كجهة نقض يقتصر دورها على الرقابة القانونية ، دون تقييم تقدير قضاة الموضوع لوقائع النوازل التي يفصلون فيها ، و بالتالي تبقى الحاجة ماسة لتشريع حاسم على غرار ما فعله المشرع المصري في تعديلاته المتكررة لقانون الأسرة منذ 1929 إلى 1979 ثم 1985 و أخيرا بالقانون 01 لسنة 2000.

وأخيرا فيما يتعلق بنفقة العدة الحامل تستحق نفقة العدة الموسعة لأنها متعلقة بها و بحاجة من في بطنها ، ومن أسباب ذلك كانت عدة الحامل وضع حملها ، و لا تداخل بين عدة الوفاة و الحمل و الدليل على ذلك لم يرد بشأنه نص تشريعي و بالرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية نجد حديث سُبيعة الأسلمية رضي الله عنها أنها كانت تحت سعد بن خولة - و هو من بني عامر بن لؤي ، و كان ممن شهد بدرا- ، فتوفي عنها في حجة الوداع و هي حامل ، فلم تنشب أن وضعت حملها بعد وفاته ، فلما تعلت من نفاسها تجملت للخطاب،فدخل عليها أبو السنابل بن بعكك - رجل من بني عبد الدار- ، فقال لها : ما لي أراك متجملة؟ لعلك ترجين النكاح؟! والله ما أنت بناكح حتى تمّر عليك أربعة أشهر و عشرا.

قالت سُبيعة : فلما قال لي ذلك جمعت علي ثيابي حين أمسيت ، فأتيت رسول الله صلى الله عليه و سلم ، فسألته عن ذلك ، فأفتاني بأني قد حللت حين وضعت حملي ، و أمرني بالتزويج إن بدا لي[67] قال

ابن شهاب و الزهري : و لا أرى بأسا أن تتزوج حين وضعت ، و إن كانت في دمها ، غير أنه لا يقربها زوجها حتى تطهر.[68]

و إلى هنا بعد التعرض لنفقة العدة نتعرض فيما يأتي لنفقة الإهمال وأجرة الحضانة و حق السُكنى كآخر الآثار المالية في الطلاق بالنسبة للزوجة.

نفقة الإهمال :

يراد بنفقة الإهمال تخصيص لمطلق حق الزوجة و الأولاد في النفقة، فهو تخصيص لعموم استحقاقهم و تقييد لمطلق حقهم في الإنفاق ، فالإهمال مفترض مع قيام التنازع و لذلك يراد بنفقة الإهمال حق الزوجة و الأولاد في النفقة من تاريخ قيد الدعوى أمام المحكمة أو بأثر رجعي لمدة أقصاها سنة واحدة قبل رفع الدعوى بالبينة المثبتة، فالإهمال السابق عن رفع الدعوى بمدة أقصاها عام ليس مفترضا بل مثبتا يجب إثباته بالبينة التي تؤكد وجود الإهمال وفقا لأحكام المادة: 80 من قانون الأسرة رقم: 84-11 .

و سند استحقاق نفقة الإهمال هو أنه قبل صدور حكم القاضي الكاشف للطلاق أو المنشئ له حسب الحالات تعتبر الزوجة لا تزال زوجة حُكما ، ما لم تنقضي عدتها التي تحتسب من تاريخ تصريح الزوج بالطلاق[69] بتسجيل دعواه، ، و بالتالي طالما استمرت العلاقة الزوجية مع الخصام فإن الزوجة تعتبر في حالة إهمال مفترض لهذا الاعتبار حتى يقوم الدليل على العكس ، فتستحق نفقة الزوجات المقررة بموجب المواد : 1/37 و 74 من قانون الأسرة رقم: 84-11.

وبالنسبة للأثر الرجعي لنفقة الإهمال فقد حددها المشرع الجزائري بسنة واحدة

كأقصى حد عن تاريخ رفع الدعوى من باب التيسير و رفع الحرج و أوقفها على شرط واقف هو إثبات الإهمال ببينة ، بالمعنى الواسع للبينة أي بأي دليل و ليس بالمعنى الضيق للبينة المحصور في شهادة الشهود.

و من أبرز حالات الإهمال التي كانت محل اجتهاد قضائي متميز للمحكمة العليا ،

هي حال ادعاء الزوجة إهمال زوجها لها و تركها وأولادها بلا نفقة حين غيابه ، و يُناكرها و يدعي أنه رغم غيابه عن بيت الزوجية فهو مقيم بالبلد و ترك لها ما تنفق به على نفسها ، هل تصدق الزوجة و يقضى لها بما تطلب احتياطا ، أم يصدق الزوج حملا لأحوال الناس على براءة الذمة و الصلاح ما لم يثبت العكس؟! في مثل هذا الحال قضت المحكمة العليا في قرار شهير لها[70] : (متى كان من المقرر شرعا أن إثبات دفع نفقة الأبناء من المسائل الموضوعية التي تقتضي بأنه في حالة الخلاف عليها بين الزوجين ، و الحال أن الزوج حاضر بالبلد و يدعي الإنفاق على زوجه و أبنائه منها فالقول له بيمينه ، و أن القضاء بما يخالف أحكام هذا المبدأ يعد خرقا لمبادئ و أحكام الشريعة الإسلامية.

إذا كان الثابت في قضية الحال أن نفقة الابن حُكم بها على أبيه الطاعن بدون دليل أو يمين رغم ادعائه أنه لم يترك ابنه بدون نفقة طوال فترة الفراق فإن الحكم بها عليه دون يمينه يعد حيادا عن القواعد

الشرعية المتعلقة بإثبات دفع نفقة الأبناء ، مما يترتب عليه قبول الوجه المؤسس على مخالفة أحكام هذا المبدأ ، و متى كان ذلك استوجب نقض القرار فيما قضى به بخصوص نفقة الولد.) ، و بهذا فإن الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا أن الزوج يصدق بيمينه إذا ناكر زوجته و لا يلزم بدفع نفقة إهمال لها و للأولاد إذا كان مقيما بالبلد و يدعي الإنفاق حال قيام العلاقة الزوجية .

و سند هذا الاجتهاد نجد له أثرا في تحفة ابن عاصم في فقه الإمام مالك بقوله[71] :

و من يغب عن زوجة و لم يدع * نفقة لها و بعد أن رجع

ناكرها في قولها للحين * فالقول قوله مع اليمين

ما لم تكن لأمرها قد رفعت * قبل إيابه ليقوى ما ادعت

فيرجع القول لها مع الحلف * و الرد لليمين فيهما عُرف

و حكم ما على بنيه أنفقت * كحكم ما لنفسها قد وثّقت

فإن يكن قبل المغيب طلّقا * فالقول قولها بذاك مُطلقا

إن أعملت في ذلك اليمينا * و أثبتت حضانة البنينا

فإن يكن مدعيا حال العدم * طول مغيبه و حاله انبهم

فحالة القدوم لابن القاسم * مستند لها قضاء الحاكم

و مُعسر مع اليمين صُدّقا * وموسر دعواه لن تصّدقا

و قيل بالحمل على اليسار * و القول بالتصديق أيضا جارِ

و قيل باعتبار وقت السفر * و الحكم باستصحاب حاله حَرِي.

بمعنى أن الغائب يصدق بيمينه الا إذا كانت زوجته قد رفعت دعوى نفقة ضده حال غيابه فتصدق هي بيمينها ، ووجه الترجيح فيما نرى أن عدم مقاضاة الزوجة لزوجها حال غيابه عنها لطلب النفقة يعتبر قرينة بسيطة على أنه ترك لها ما تنفقه فيصدق لذلك باليمين المتممة ، وإن كانت رفعت ضده دعوى نفقة إهمال حال غيابه أو طالبت بها حال قيام خصومة طلاق كطلب مقابل ، فتلك قرينة على عدم ترك النفقة للزوجة و أولادها. وتُحمل على أن الحاجة حملتها لطلب الإنفاق فتصدق هي بيمينها .

غير أن عمل المحاكم الجزائرية جاري في الغالب على الحكم بنفقة الإهمال بدون يمين الزوج و لا الزوجة حملا على الظاهر و على أن الإهمال مفترض بثبوت الخصام و المنازعة القضائية ، و أن نفقة الزوجة و الأولاد هي من الواجب على الزوج فلا تسقط باليمين قطعا للتحايل الذي قد يلجأ إليه بعض الأزواج ، و نفقة الزوجة واجبة بثبوت الفراش أي العلاقة الزوجية فلا تسقط إلا بالنشوز ، و بالتالي فقرار المحكمة العليا الجزائرية سالف الذكر رقم :32158 الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية بتاريخ:1984/01/09 فريد من نوعه ، ويعتبر اجتهاد قضائي متميز لأنه لا يقضى بمثل ما قضى به إلا في النادر القليل و النادر لا حكم له ، لأن العبرة بالغالب العام أو كما يقول علماء الأصول العبرة بما عمّ و ظهر و ليس بما شذّ و ندر.

والنفقة شرعا تستحق للزوجة المسلمة و الكتابية و الغنية و الفقيرة [72] ، و عند ابن حزم الأندلسي [73] إمام الظاهرية تجب

النفقة على الزوجة لزوجها الفقير و لا ترجع عليه بشيء من ذلك إن أيسر ، و برهان ذلك عنده قول الله تعالى :(و على المولود له رزقهن و كسوتهن بالمعروف لا تكلف نفس إلا وسعها ، لا تضار والدة بولدها و لا مولود له بولده و على الوارث مثل ذلك.)[74] ، و يقول : الزوجة وارثة فعليها نفقة بنص القرآن وأسند هذا الحكم للإمام علي بن أبي طالب من الصحابة رضوان الله عنهم.

و على ذلك يجب للزوجة النفقة أخذا بالتوفيق بين المذاهب السنية :

01- إذا كانت الزوجة صالحة لمتعة الزوج و لو بالمؤانسة فقط ، و لتحقيق أغراض الزوجية وواجباتها ، و كان الزواج صحيح شرعا غير فاسد و لا نكاح شبهة.[75]

02- قال أبو يوسف[76] إذا استبقى الزوج الصغيرة دون سبع سنين في بيته و أمسكها للاستئناس بها وجبت لها النفقة لرضاه بهذا الاحتباس الناقص.[77]

03- أما الزوجة المريضة مرضا يمنعها من مباشرة الزوج لها فالمفتى به أنها تستحق النفقة سواء مرضت عنده بعد زفافها إليه أو مرضت في بيت أبيها و لم تمتنع من الانتقال إليه ،[78]

غير أن المسألة خلافية و لقد نقل ابن حزم عن أبي يوسف صاحب أبي حنيفة قوله عن وجوب نفقة الزوجة المريضة على زوجها : (إن مرضت عنده بعد أن دخل بها صحيحة ، فعليه نفقتها و ليس له ردها.)[79]

04- والزوجة الناشز لا نفقة لها كما تقتضيه المادة 1/37 من قانون الأسرة رقم 84-11 [80]

وكذلك المحبوسة في جريمة وكذا المسافرة ولو لأداء فريضة الحج مع محرم لها، إلا إذا حجت مع زوجها فلها نفقة الحضر لا نفقة السفر وكذلك المحترفة التي تخرج لحرفتها نهارا إذا منعها زوجها ولم تمتنع لا تستحق نفقة [81]، إلا إذا كان الزوج معسرا ترفع يده عنها لتكتسب دون إذنه ولا يفرق بينهما عند أبي حنيفة [82]، باعتبار وجوب نفقة الزوجة بالعقد.

غير أن موجب النفقة في قانون الأسرة الجزائري هو الدخول بالزوجة وليس مجرد العقد ،وهو مذهب مالك في المسألة[83]، وبرهان وجوب النفقة في قانون الأسرة الجزائري بالدخول لا بالعقد جعل المشّرع نفقة البنت على أبيها لحين الدخول بها ولم يقل لحين عقد زواجها وفقا للمادة 75 من القانون :84-11 المتضمن قانون الأسرة .

كما تستحق المطلقة الحاضنة أجرة الحضانة شرعا إن لم تكن الزوجية قائمة بين الحاضنة وبين أبي الولد فلها حينئذ نفقة الزوجية وما لم تكن معتدة من طلاقه الرجعي ولا من طلاق بائن [84] لأن للمطلقة حينها نفقة العدة ولا يجوز الجمع بين نفقتين ،وإنما تستحق المطلقة أجرة الحضانة بعد ذلك لأنها تكون قد أصبحت أجنبية عن الزوج ، وقيامها بحضانة الصغير يعتبر عملا تستحق عليه الأجر لأنها قد حبست نفسها لأجله عن التزويج ومن ثم كان تكرار الزواج من غير ذي محرم من مسقطات الحضانة عن الأم

كما أن الحاضنة تكون قد حبست نفسها عن الكسب لأجل العناية بالمحضون و بالتالي تعتبر أجرة الحضانة من جملة النفقة على الصغير[85] تستحق للحاضنة كما لها أجرة الرضاع[86]، و لهذا كانت القاعدة الفقهية أن أجرة الحضانة في مال المحضون إن كان له مال و إلا فأجرة الحضانة على أبيه ثم على من تلزمه نفقته[87]، و هذا مما لم يقع اختلاف فيه .

و سند مشروعيتها من القرآن الكريم قول الله تعالى : (فإن أرضعن لكم فآتوهن أجورهن.) ، يقول الإمام الشوكاني في تفسير هذه الآية[88] : (الله سبحانه و تعالى قد أمر الأزواج بأن يعطوهن أجورهن فقال : فإن أرضعن لكم فآتوهن أجورهن) و أوجب ذلك على الزوج بالأمر القرآني و أكد ذلك بقوله : (و على المولود له رزقهن و كسوتهن بالمعروف .) و لفظ (على) ظاهر في الوجوب ، فإن كانت الأم راضية بالأجرة المتعارفة المتوسطة في عرف الناس فليس له نقل الرضيع إلى غيرها و إن تبرع الغير بإرضاعه بدون أجرة ، فضلا عن أن يرضى بدون ما رضيت الأم ، و قد أخبرنا رسول الله صلى الله عليه و سلم بأن الأمهات أحق بأولادهن وأوجب لهن الأجرة ، فنزعهم عنهن مخالف للقرآن و السنة و ظلم بين ، فإن طلبت فوق الأجرة المتعارفة و كان الزوج يتعاسر ذلك فلا بأس بأن ينقله منها لقول الله عز وجل : (و إن تعاسرتم فسترضع له أخرى).[89]

غير أن أجرة الحضانة و الرضاع للمحضون لم يرد في شأنها نص تشريعي خاص لا في قانون الأسرة رقم 84-11 خلافا لبعض التشريعات العربية[90] و لا في مشروع تعديل قانون الأسرة المزمع

مناقشته أمام المجلس الشعبي الوطني خلال سنة 2002 - المنقول في ملحق هذا البحث. - غير أنه يمكن إدراج هذه النفقات المخصوصة بما فيها الحق في السكنى في عموم أحكام المادة 72 التي نصت على ما يلي :

(نفقة المحضون و سكناه من ماله إذا كان له مال ، و إلا فعلى والده أن يهيئ له سكنا فإن تعذر فعليه أجرته .)

و مشتملات النفقة حددها المشرع في المادة 78 من نفس القانون ، بأنها عبارة عن الغذاء و الكسوة و العلاج ، و السكن أو أجرته ، و ما يعتبر من الضروريات في العرف و العادة ، و بهذا الحصر نفقة الحضانة و الرضاع غير محتسبة في مشتملات النفقة المقررة قانونا ، و عموم الضروريات في العرف و العادة تحكمها تقاليد البلد و المتعارف عليه في المجتمع ، غير أنه لا العرف و لا العادة في الجزائر تعرف أجرة الحضانة و لا أجرة الرضاع ، و بالتالي تكون أجرة الرضاع و الحضانة من المسكوت عنه قانونا ، و بالتالي إذا ما طلبت في منازعة قضائية يكون المرجع في الفصل هو المادة :222 من قانون الأسرة في إحالتها على أحكام الشريعة الإسلامية ، طالما أنها حق شرعي وسند استحقاقه هو الشرع الحنيف كمصدر ثاني للتشريع مقدم على العرف .

غير أن الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا يخلو كليا من التعرض لمثل هذه المسألة ، و لعل سبب هذا القصور هو عدم إثارة طلب أجرة الحضانة و الرضاع أمام القضاء جهلا من المطلقات الحواضن بحقوقهن المقررة شرعا في كل المذاهب الفقهية و المعتمدة قانونا طالما وجدت المادة 222 من قانون الأسرة .

وما يمكن للدارس ملاحظته في قانون الأسرة الجزائري في مسألة حق السكنى التعارض بين الإطلاق و التقييد بين المادتين 52 و 72 من قانون الأسرة رقم :84-11 ، حيث نجد المادة 52 تنص على ما يلي: (إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها.

و إذا كانت حاضنة و لم يكن لها ولي يقبل إيوائها ، يضمن حقها في السكن مع محضونيها حسب وسع الزوج .

و يستثنى من القرار بالسكن ، مسكن الزوجية إذا كان وحيدا.

تفقد المطلقة حقها في السكن في حالة زواجها أو ثبوت انحرافها.).

و من ثم فإن استحقاق حق السكنى لممارسة الحضانة معلق على شروط واقفة هي عدم وجود ولي للزوجة يقبل إيوائها ، و أن يكون للحاضنة محضونين جماعة و أقل الجمع في لسان العرب ثلاثة ، و تفقد المطلقة حقها في السكن في حالة زواجها أو ثبوت انحرافها ، بينما السكن ليس حقا للمطلقة بل حق للمحضون ، في حين نجد المادة 72 من نفس القانون تقرر خلافا لنص المادة :52 : (نفقة المحضون و سكناه من ماله إذا كان له مال ، و إلا فعلى والده أن يهيئ له سكنا ، و إن تعذر فعليه أجرته.) ، فجعلت هذه المادة حق السكنى للمحضون و لو كان واحدا بلا اشتراط أن يكون المحضونين ثلاثة ، كما جعلت حق السكنى للمحضون و ليس حقا للمطلقة كما ذهبت المادة 52 من نفس القانون ، فيحمل هذا التعارض على أن المادة 72 بحكم أنها تالية للمادة 52 بأنها تضمن تخصيص عموم المادة 52 و تقييد مطلق حكمها ، مراعاة

لمصلحة المحضون ووقوفا عند روح النص و الحكمة التشريعية منه، ذلك أن عموم المادة 52 تجعل أقل الجمع في عبارة (محضونيها) ثلاثة و في الترجمة الفرنسية أقل الجمع (اثنين) ، فجاء نص المادة 72 مقررا لحق المحضون في السكنى لممارسة حضانته سواء كان واحدا أو أكثر ، بورود لفظ المحضون مفردا و معرّفا بأداة التعريف : الألف و اللام التي تفيد التخصيص و الإطلاق.

و لاستدراك هذا النقص التشريعي المؤدي غالبا إلى تعارض الاجتهاد القضائي في المسألة جاء مشروع تعديل قانون الأسرة المطروح على البرلمان الجزائري ، المجلس الشعبي الوطني و الذي لم تتم مناقشته و لا المصادقة عليه بعد في مادته 02 التي نصت على ما يلي : (تضاف إلى أحكام القانون رقم :84-11 المؤرخ في 09 جوان 1984 المتضمن قانون الأسرة المذكور أعلاه ، المواد 52 مكرر و 65 مكرر.

المادة 52 مكرر: إذا كانت المطلقة حاضنة ، يحكم لها بالبقاء في المسكن الزوجي أو بتوفير مسكن لائق لممارسة الحضانة ، إذا استحال الحكم لها بالبقاء.

تفقد المطلقة حقها في السكن في حالة زواجها أو ثبوت انحرافها.)

و بهذا رُفع نسبيا التعارض الذي كان بين نص المادة 52 و المادة 72 من قانون الأسرة رقم :84-11 ، فلم تعد المادة 52 مكرر من مشروع قانون الأسرة الجديد تشترط عددا للمحضونين و لا عدم وجود ولي يقبل إيواء الحاضنة ، بل قررت حق توفير مسكن لائق لممارسة الحضانة ، و هو ما يتوافق مع المادة 72 من نفس القانون ، ما عدا التعارض الوحيد

الذي تم الإبقاء عليه بصدد اعتبار حق السكنى حق للمطلقة أو أنه حق للمحضون بين نص المادة 52 مكرر من المشروع و نص المادة 72 من قانون الأسرة.

الهوامش :

(1) استئثار المطلقة بالسكنى بعد الطلاق و هذا مما يطرح إشكالا ت كثيرة في مناقشات تعديل قانون الأسرة.

(2) نفس الحكم ينطبق علي المادة ؛ 55 من نفس القانون ، و التي تنص علي ما يلي : " عند نشوز أحد الزوجين يحكم القاضي بالطلاق و بالتعويض للطرف المتضرر . . " و الزائد عن المتعة يسمي " الأرش " في الفقه الإسلامي ، و يشمل التعويض عن الضرر المعنوي ، لكن العمل به قضائيا بهذه التسمية الفقهية القديمة نادر جدا ، فقد ورد النص عليه في قرار وحيد للمجلس الأعلى بتاريخ ؛ 14 – 03 – 1983 ملف رقم : 29236 في قضية تطليق منشور في كتاب (الاجتهاد القضائي) الذي نشرته المحكمة العليا سنة 1984.

(3) الضوابط الشرعية للأخذ بأيسر المذاهب - الدكتور وهبة الزحيلي - الجزء 2 من سلسلة : أفكار في الميزان ، طبع : مؤسسة الإسراء للنشر و التوزيع - دمشق ، سوريا سنة 1989 طبعة ثانية ، طبع للمرة الثالثة في الجزائر 1991 .

(4) الإمام الحنبلي ابن قدامة المقدسي المتوفى عام 620 ه . اختصره من كتاب منهاج القاصدين لأبي الفرج عبد الرحمن بن الجوزي ، الذي اختصره بدوره من كتاب حجة الإسلام أبو حامد الغزالي – 451 ه – 505 ه – و هو الكتاب المعروف ب : إحياء علوم الدين – مطبوع – تراجع طبعة مؤسسة الإسراء – قسنطينة ، ط 2 لسنة 1991 ، ص : 80 – 81

(5) أبو الفضل جمال الدين ابن منظور، لسان اللسان تهذيب لسان العرب ، إشراف الأستاذ عبد علي مهنا ، الجزء الثاني، الطبعة الأولى 1993 ، نشر دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، ص 533 مادة : متع.

(6) الأستاذ الدكتور : محمد رواس قلعة جي ، الموسوعة الفقهية الميسرة ، المجلد 02 دار النفائس ، بيروت ، الطبعة : 01 سنة 2000 الصفحة 1731.

(7) الدكتور أحمد فتحي بهنسي ، نفقة المتعة بين الشريعة و القانون ، دار الشروق ، بيروت لبنان، طبعة أولى سنة 1988 الصفحة : 25.

(8) من سورة البقرة : الآية 236.

(9) من سورة الأحزاب ، الآية : 49.

(10) من سورة البقرة، الآية 241.

(11) شرح محمد الزرقاني على صحيح الموطأ للإمام مالك بن أنس ، المجلد:03 ، دار المعرفة بيروت لبنان طبعة 1987 الصفحة 197 ، الحديث 1243.

(12) المصدر السابق ، الحديث 1244.

(13) المصدر السابق الحديث 1245.

(14) السرخسي ، المبسوط، الجزء 06 الصفحة 61.

(15) بهنسي، نفقة المتعة، مصدر سابق، ص 43.

(16) المحكمة العليا ، غرفة الأحوال الشخصية القرار رقم:35912 بتاريخ: 1985/04/08 المجلة القضائية : 1989 العدد: 01 صفحة:89.

(17) قرار الطعن رقم:40 لسنة 54 قضائية (أحوال شخصية.) الصادر بتاريخ:1987/05/26.

(18) من القانون 100 لسنة 1985 المعدل بالقانون :01 لسنة:2000 المتضمن قانون الأحوال الشخصية المصري.

(19) الإمام القاضي أبو الوليد الباجي، المنتقى شرح الموطأ، المدونة للإمام مالك برواية بن القاسم.

(20) شريح القاضي هو الفقيه التابعي أبو أمية شريح بن الحارث بن قيس بن الجهم الكندي قاضي الكوفة ولاه عليها عمر بن الخطاب الفاروق و تولى القضاء ستون عاما حتى بلغ 107 سنوات من عمره ، فكان قاضيا على عهد الخلفاء الأربعة و عاش إلى زمن الحجاج بن يوسف الثقفي ، و ترجمته تفصيلا في الإصابة في تمييز الصحابة لابن حجر العسقلاني ص 3880 و سير أعلام النبلاء ج04 ص 101 و 102 و تاريخ بن عساكر ص 1918 .

(21) البقرة:236.

(22) بهنسي ، نفقة المتعة، مصدر سابق ص 43 ، وكذا ابن رشد القرطبي ، بداية المجتهد و نهاية المقتصد ، المجلد 02
منشورات دار الكتب العلمية ، بيروت لبنان ، الطبعة 02 سنة 2000 ، ص 163.

(23) نفس المرجع السابق،ص 163.

(24) أبو محمد علي بن حزم الأندلسي، المحلى بالآثار ، تحقيق: الدكتور عبد الغفار سليمان البنداري ، الجزء 10 ، منشورات دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، طبعة 2000 ص 03.

(25) بداية المجتهد ، ج02 ص 163.

(26) الشيخ عبد الوهاب خلاف،أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، دار القلم، الكويت ،الطبعة 02 سنة 1990 الصفحة 89.

(27) سورة الطلاق: الآية 07.

(28) المحكمة العليا ، غرفة الأحوال الشخصية، القرار رقم: 35912 بتاريخ: 1985/04/08 المجلة القضائية 1989 العدد: 01 الصفحة: 89.

(29) المحكمة العليا ، غرفة الأحوال الشخصية القرار رقم: 41560 بتاريخ: 1986/04/07 المجلة القضائية 1989 العدد: 02 الصفحة: 69.

(30) المحكمة العليا ، غرفة الأحوال الشخصية، القرار رقم: 39731 المؤرخ في: 1986/01/27 المجلة القضائية 1993 العدد: 04 الصفحة: 61.

(31) تنص المادة 41 من القانون المدني: (يُعتبر استعمال الحق تعسفيا في الأحوال التالية:

- إذا وقع بقصد الإضرار بالغير.
- إذا كان يرمي إلى فائدة قليلة بالنسبة إلى الضرر الناشئ للغير.
- إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة.

(32) المعدل بالقانون رقم: 80-07 المؤرخ في 09 أوت 1980 و القانون رقم: 83-01 المؤرخ في: 01/29/ 1983 و القانون رقم: 84-21 المؤرخ في 1984/12/24 و القانون رقم: 88-14 المؤرخ 1988/05/03 و القانون رقم: 89-01 المؤرخ في: 1989/02/07 و المرسوم التشريعي رقم: 93-03 المؤرخ في 03/01/ 1993.

(33) تنص المادة: 52/ 1 من قانون الأسرة رقم 84-11 على ما يلي: (إذا تبيّن للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها.....) و تنص المادة: 55 من نفس القانون: (عند نشوز أحد الزوجين يحكم القاضي بالطلاق و بالتعويض للطرف المتضرر.).

(34) أبو المواهب عبد الوهاب الشعراني، الميزان الكبرى ،دار الفكر للطباعة و النشر، طبعة أولى بدون تاريخ، ج 02 ص: 138.

(35) تنص المادة: 61 من القانون 84-11 : (لاتخرج الزوجة المطلقة و لا المتوفى عنها زوجها من السكن العائلي ما دامت في عدة طلاقها أو وفاة زوجها إلا في حالة الفاحشة المبينة و لها الحق في النفقة في عدة الطلاق.) .

و تنص المادة: 78 من نفس القانون على أنه : (تشمل النفقة: الغذاء و الكسوة و العلاج، و السكن أو أجرته ، و ما يعتبر من الضروريات في العرف و العادة.) .

(36) و تنص المادة:79 من نفس القانون: (يراعي القاضي في تقدير النفقة حال الطرفين و ظروف المعاش و لا يراجع تقديره قبل مضي سنة من الحكم.).

(37) الدكتور محي الدين عبد الحميد ، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية ، دار الكتاب العربي ، بيروت ، لبنان، الطبعة الأولى سنة 1984 ، الصفحة:181.

(38) أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور ، لسان العرب ، الجزء 02 ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، الطبعة 01 سنة 93 ، مادة نفق ، الصفحة: 638.

(39) الدكتور أحمد فتحي بهنسي ، المصدر السابق ، الصفحة:12.

(40) الأستاذ محمد مصطفى شلبي ، أحكام الأسرة في الإسلام ، دار النهضة العربية ، بيروت ، الطبعة 02 سنة 1977 الصفحات 424 و 425.

(41) المقاصد الخمس هي: حفظ الدين ، حفظ النفس ، حفظ العقل، حفظ النسل ، حفظ المال ، و على هذه الخمسة مدار أحكام الشريعة الإسلامية في كل المجالات و لقد فصلها الشيخ أبو إسحاق الشاطبي في كتابه الشهير الموافقات.

(42) راجع أطروحة الأستاذ أحمد الريسوني، نظرية المقاصد عند الإمام الشاطبي ، المعهد العالمي للفكر الإسلامي ، الرياض ، السعودية ، الطبعة 04 سنة 1995.

(43) عدم إسعاف شخص في حالة خطر معاقب عليه في قانون العقوبات الجزائري على أساس جنحة بمقتضى المادة 182 بالحبس من 03 أشهر إلى 05 سنوات و بغرامة من 500 إلى 15.000 دج أو بإحدى هاتين العقوبتين.

(44) عبد الوهاب خلاف ، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية ، دار القلم ، الكويت ، طبعة 02 سنة 1990 ص 174.

(45) الإمام الحافظ أبو محمد عبد الغني المقدسي (541 -600 هـ) ، عمدة الأحكام من كلام خير الأنام (ص) ، دار ابن حزم للطباعة و النشر ، بيروت ، لبنان ، الطبعة 01 سنة 2000 الحديث 324 الصفحة 162، و الحديث رواه مسلم في صحيحه ، و صححه الحافظ ابن حجر في بلوغ المرام من أدلة الأحكام ، طبعة دار ابن حزم ،بيروت ، لبنان ، سنة 2000 الحديث :947 ، الصفحة 363.

(46) أبي المواهب عبد الوهاب الشعراني ، الميزان الكبرى ،ج 02 الطبعة 01 بدون تاريخ ، الصفحة 118.

(47) عبد الوهاب خلاف ، المصدر السابق ، ص 175.

(48) سورة البقرة ، الآية 228.

(49) المادة: 61 من قانون الأسرة :84-11 : (لا تخرج الزوجة المطلقة و لا المتوفى عنها زوجها من السكن العائلي ما دامت في عدة طلاقها أو وفاة زوجها إلا في حالة الفاحشة المبينة ، و لها الحق في النفقة في عدة الطلاق.).

(50) المحكمة العليا ، غرفة الأحوال الشخصية ،القرار :رقم :38620 بتاريخ:1985/12/30 المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، المنشور بالمجلة القضائية العدد :03 لسنة :1989 ص:69.

(51) أبي المواهب عبد الوهاب الشعراني ، الميزان الكبرى ، ج 02 الطبعة 01 بدون تاريخ ، الصفحة 118.

(52) محمد بن عبد الله بن أبي بكر الصردفي الريمي، المعاني البديعة في معرفة اختلاف أهل الشريعة ، تحقيق سيد محمد مهني ، المجلد :02 ،الطبعة :01 سنة 1999.

(53) ابن نجيم الحنفي ، الأشباه و النظائر، و بهامشه : نزهة النواظر على الأشباه و النظائر لابن عابدين ، تحقيق الدكتور محمد مطيع الحافظ ، دار الفكر، دمشق ، سورية الطبعة 02 سنة 1999 ص: 101.

(54) مجلة الأحكام العدلية عبارة عن قانون مدني عثماني منتزع من الفقه الحنفي قام بإعداده جمـــــاعة من العلماء و هم : أحمد جودت باشا وزير العدلية يومئذ و ناظر ديوان الأحكام العدلية ، و السيد سيف الدين من أعضاء شورى الدولة و السيد أحمد حلمي عضو ديوان الأحكام العدلية والسيد خليل مفتش الأوقاف الهمايونية و السيد أحمد خلوصي عضو ديوان الأحكام العدلية و السيد محمد أمين الجندي عضو شورى الدولة و السيد علاء الدين بن عابدين، و لقد تصدى لمجلة الأحكام جماعة من الشراح فجعلوا منها أعظم آثار الدولة العثمانية ، و أشهر شروحها ما كتبه الفقيه القاضي علي حيدر أفندي مُدرّس المجلة في كلية الحقوق في الأستانة عاصمة الخلافة - استانبول حاليا - و الرئيس الأول لمحكمة التمييز و أمين الفتيا ووزير العدلية في الدولة العثمانية و سمى شرحه :

(دُرر الحُكام شرح مجلة الأحكام.) و التي نقلها من التركية إلى العربية المحامي فهمي الحسيني ، و نشرتها دار الجيل ، بيروت ، لبنان في طبعة أولى سنة 1991 في أربع مجلدات حوت 3035 صفحة.

(55) عزاه ابن عابدين للبخاري في نزهة النواظر.

(56) عبد الوهاب خلاف ، ص 175.

تنص المادة:17 من المرسوم بقانون 25 سنة 1929 : (لا تسمع الدعوى لنفقة عدة لمدة تزيد عن سنة من تاريخ الطلاق كما أنه لا تسمع عند الإنكار دعوى الإرث بسبب الزوجية لمطلقة توفي زوجها بعد سنة من تاريخ الطلاق.)

(57) عبد الوهاب خلاف ، المصدر السابق ، هامش الصفحة :176.

(58) الدكتور هاني عرموش ، مراجعة الدكتور مُوفق العُمري ، دليل الأسرة الطبي المصَور، دار النفائس ، دمشق،سورية، الطبعة الأولى سنة 2000 الصفحة: 771 .

(59) المرجع السابق.

(60) المستشار عبد الحميد المنشاوي ، الطب الشرعي ودوره الفني ،دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية، مصر، طبعة أولى 1998 ، و الدكتور يحي بن لعلى ، الخبرة في الطب الشرعي ، مطبعة عمار قرفي ،باتنة ، الجزائر، بدون تاريخ.

(61) الدكتور أحمد فتحي بهنسي ، المصدر السابق ، الصفحات 23 و 24، و انظر كذلك : المستشار فتيحة قره ، الجديد في الأحوال الشخصية للمسلمين و غير المسلمين ، سلسلة الكتب القانونية ، منشأة المعارف بالإسكندرية ، طبعة 1988 الصفحة : 41 و ما بعدها.

(62) الآية 07 من سورة الطلاق.

(63) المادة 16 من قانون الأحوال الشخصية المصري رقم: 25 لسنة 1929 : (تُقدر نفقة الزوجة على زوجها بحسب حال الزوج يُسرا أو عُسرا مهما كانت حالة الزوجة.)

(64) المادة 17 من نفس القانون المصري: (لا تُسمع الدعوى لنفقة عدة لمدة تزيد عن سنة من تاريخ الطلاق ، كما أنه لا تُسمع عند الإنكار دعوى الإرث بسبب الزوجية لمطلقة توفي زوجها بعد سنة من تاريخ الطلاق.

(65) المادة: 79 من قانون الأسرة رقم: 84-11 ؛ (يُراعي القاضي في تقدير النفقة حال الطرفين و ظروف المعاش ، و لا يراجع تقديره قبل مُضي سنة من الحكم.).

(66) قرار المحكمة العليا رقم: 44630 الصادر بتاريخ: 1987/02/09 المنشور بالمجلة القضائية العدد: 03 لسنة 1990 الصفحة: 55 و ما بعدها.

(67) رواه البخاري عن المِسوَر بن مَخرَمَة ، و روى مسلم في صحيحه مثله ، و نقله ابن حجر العسقلاني في بلوغ المرام ، المصدر السابق ، الحديث 945 ، و نقل عبد الغني المقدسي مثله في عمدة الأحكام ، الحديث :325.

(68) المصدر السابق.

(69) راجع المواد: 49 و58 من قانون الأسرة الجزائري رقم: 11/84.

(70) المحكمة العليا ، غرفة الأحوال الشخصية ، القرار رقم: 32158 الصادر بتاريخ: 1984/01/09 المنشور بالمجلة القضائية العدد: 02 لسنة: 1989 الصفحة: 53 و ما بعدها.

(71) الإمام القاضي أبي بكر محمد بن عاصم الأندلسي الغرناطي ، إحكام الأحكام على تحفة الحكام فيما يلزم القضاة من الأحكام ، شرح محمد بن يوسف الكافي على منظومة بن عاصم في فقه الإمام مالك ، تحقيق مأمون بن محي الدين الجنان ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان طبعة 1994 ، الصفحات 118-120.

(72) الدكتور أحمد فتحي بهنسي ، المصدر السابق ، الصفحة :11.

(73) أبو محمد علي بن حزم الأندلسي ، المحلى بالآثار، تحقيق الدكتور عبد الغفار سليمان البنداري ، الجزء 09 الصفحة 256 ، دار الكتب العلمية، بيروت ، لبنان .

(74) سورة البقرة ، الآية :233.

(75) الأستاذ محي الدين عبد الحميد ، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية ، دار الكتاب العربي ، بيروت ، طبعة 01 سنة 1984 ص 187.

(76) أبو يوسف : ثاني كبار فقهاء الأحناف بعد أبي حنيفة و يعرف أبو يوسف و محمد بن الحسن الشيباني بالصاحبين عند الفقهاء ، و أبو يوسف هو يعقوب بن إبراهيم الأنصاري، و لد بالكوفة بالعراق سنة 113 هـ سمع الحديث و اشتغل بروايته و تبحر فيه حتى أصبح من المحدثين ، و تلقى الفقه عن أبي ليلى قاضي الكوفة و إمامها المتوفى سنة 148 هـ ، ثم أخذ الفقه عن أبي حنيفة النعمان فكان أكبر أصحابه و فقهاء مذهبه ، و لقد تولى القضاء لمدة طويلة ، و له مؤلفات أشهرها : كتاب الخراج في الأنظمة المالية ،و الرد على سيّر الأوزاعي ، و اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى ، و كانت وفاة أبي يوسف عام 183 هـ رحمه الله .

(77) أحمد فتحي بهنسي ، المصدر السابق ، الصفحة 13.

(78) عبد الوهاب خلاف ، المصدر السابق الصفحة 108 ، و محي الدين عبد الحميد ، مصدر سابق ص 188.

(79) ابن حزم الأندلسي الظاهري، المحلى بالآثار ، مصدر سابق ، الجزء 09 ص 255.

(80) المادة 37 من قانون الأسرة رقم :84-11 : (يجب على الزوج نحو زوجته :

- النفقة الشرعية حسب وسعه إلا إذا ثبت نشوزها.
- العدل في حالة الزواج بأكثر من واحدة.).

(81) الدكتور أحمد فتحي بهنسي ، المصدر السابق ، صفحة 13 .

(82) ،شيخ الأزهر الدكتور محمود شلتوت ،مقارنة المذاهب في الفقه ، مصدر سابق.

(83) الإمام مالك بن أنس ، المدونة الكبرى رواية سحنون ، الجزء 04 الصفحة 204.

(84) الإمام محمد أبو زهرة ، الأحوال الشخصية ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، طبعة :1957 الفقرة :342 الصفحة :408.

(85) المستشار عبد العزيز عامر، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية فقها و قضاء ، الجزء 02 ،دار الفكر العربي ، القاهرة ، الطبعة 01 سنة 1984 ،الصفحة 362.

(86) الإمام علاء الدين علي بن خليل الطرابلسي ، معين الحكام فيما يتردد بين الخصمين من الأحكام و يليه لسان الحكـــــام في معرفة الأحكام لأبي الوليد إبراهيم بن أبي الفضل المعروف بابن الشحنة الحنفي، دار الفكر للطباعة و النشر، توزيع شركة نور الثقافة الإسلامية ، جاكرتا ، بدون تاريخ : الصفحات 322 و 332.

(87) الدكتور عبد الرحمن الصابوني ، شرح قانون الأحوال الشخصية السوري ، الجزء 02 ، الطبعة 05 سنة 1979 الصفحة 242.

(88) الإمام الشوكاني، السيل الجرار على حدائق الأزهار ، ج 02 ص 441.

(89) المصدر السابق.

(90) المادة 142 من قانون الأحوال الشخصية السوري: (أجرة الحضانة على المكلف بنفقة الصغير و تقدر حسب حال المكلف بها.)