الجمهورية الديمقراطية الشعبية
وزارة التعليم العالي و البحث العلمي
كلية العلوم الإنسانية و الإسلامية
جامعة أحمد بن بلة وهران –1–

قسم :الشريعة و القانون **تخصص** :أحوال شخصية

أثر النصوص التشريعية على الإجتهادات القضائية في مسائل الفرقة بين الزوجين

– دراسة مقارنة بين الفقه الاسلامي وقانون الأسرة الجزائري–

رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه في الشريعة و القانون

إعداد الباحثة : **بإشراف الأستاذة و الدكتورة :**

❖ "براهيمي أسية" أ. د. "ليلى جمعي"

اللجنة المناقشة

الإسم و اللقب	الرتبة العلمية	الجامعة الاصلية	الصفة في اللجنة
أ.د. حمحامي مختار	أستاذ	رئيسا	جامعة وهران –1–
أ.د.ة. ليلى جمعي	أستاذة	مشرفا	جامعة وهران –1–
د. قاسم العيد	أستاذ	مناقشا	جامعة سيدي بلعباس
أ.د. عليان بوزيان	أستاذ	مناقشا	جامعة تيارت
أ.د. بوسماحة الشيخ	أستاذ	مناقشا	جامعة تيارت
أ.د.ة.حبار أمال	أستاذة	مناقشا	جامعة وهران –1–

السنة الجامعية :

1441هـ -1442 هـ الموافق لـ 2020م -2021م

شكر و تقدير

أبدأ بحمد المولى على فضله و نعمته في إتمام هذه الرسالة و لا يسعني في هذا المقام و في مستهل رسالتي إلا ان اتقدم بجزيل الشكر و العرفان و القدير إلى كل من مد يد العون و الإفادة لي في إنجاز هذه الرسالة حتى اكتمل بناؤها و قامت على قواعدها .

و اخص الشكر الخالص للأستاذة المشرفة "أ .د. ليلى جمعي" حفظها الله حيث تفضلت بقبول الإشراف عليا و أعطتني من جهدها و وقتها و علمها و التي ساهمت بالرأي و النصيحة أسأل الله العلي القدير أن يجزيها خير الجزاء و أن يجعل ذلك في ميزان حسناتها ،و أن يبارك لها في جهودها العلمية.

كما أزف خالص امتناني إلى السادة الاساتذة الذين جادوا بنفائسهم و أوقاتهم في قراءة هذه الاطروحة و تكرموا بقبول مناقشتها و تقييمها حتى تنتهي إلى خير مما هي عليه فأسأل الله أن يجزيهم و يضاعف أجرهم و يرفع من قدرهم.

الإهداء

أهدي ثمرة هذا الجهد إلى من قال فيهما الرحمن "**وَبِالْوَالِدَيْنِ إِحْسَانًا**" ،والديا العزيزين – **رحمهما الله**–و أسكنهما الفردوس الأعلى ،و وفقني الله إلى برّهما بعد مماتهما .

إلى زوجي الغالي "**رضا**" الذي ضحى بالنفس و النفيس و كان سندي طيلة مشوار البحث ثم رحل إلى الرفيق الأعلى رحمه الله و أسكنه الفردوس.

إلى فلذة كبدي "**ياسمين**" التي استودعتها عند المولى عز وجل رحمها الله.

إلى من بقي لي في هذه الدنيا أبنائي قرة عيني "**أحمد ياسين**" و "**يوسف**" حفظهما الله و رعاهما و وفقهما لما فيه خير.

إلى إخوتي و أخواتي و جميع أفراد عائلة زوجي إلى كل من علمني و كان سببا في وصولي لما أنا عليه اليوم و مدني في مساري العلمي و لو بالكلمة الطيبة.

لكل من هم في القلب و نسيهم قلمي.

قائمة أهم المختصرات

ج.	الجزء.
ص.	الصفحة.
ط.	الطبعة.
غ. أ. ش.	غرفة الأحوال الشخصية.
م. ق.	المجلة القضائية.
م. م.ع.	مجلة المحكمة العليا.
ن. ش.	النشرة القضائية.
ق. أ. ج.	قانون الأسرة الجزائري.
ق. م. ج.	القانون المدني الجزائري.
ق. إ. م. إ.	قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.
(د . ط)	دون طبعة.
(د . ت)	دون تاريخ.

مقدمة

مقدمة

الحمد لله الذي خلق من كل شيء زوجين و الصلاة و السلام على سيدنا محمد و على آله و صحبه أجمعين أما بعد:

إن البحث في قضايا الأسرة و أحكماها يعد من المواضيع المتجددة في بعض مسائلها الجزئية تبعا لتجدد الحوادث و الوقائع و تغير الظروف و الأحوال بما تشهده الحياة المعاصرة من تطور في مختلف المجالات.

و إذا كانت الدول الإسلامية تجتهد في صيانة تشريعاتها المتعلقة بالأسرة فإنها متأثرة مع هذا بواقع التحولات العالمية المختلفة، مما فرض على المشرع ابتكار حلول قانونية تسعى إلى التوفيق قدر المستطاع بين توجيهات الشريعة الإسلامية و بين العلاج القانوني و العلمي لمثل هذه الأوضاع الجديدة و من جهة أخرى يعد الاجتهاد القضائي و إسهاماته قصد تحقيق بعض الإصلاحات و المراجعات المتعلقة بنظام الأسرة ما يزال في بلادنا خاضعا لردود الأفعال الناجمة عن الضغوط الإيديولوجية المتطرفة و التي تحول إلى التنصل من النصوص الثابتة المتعلقة بأحكام الأسرة بدعوى قصورها و عجزها من مواكبة التطورات الإقليمية و العالمية.

و تعد مسائل الفرقة بين الزوجين بالغة الأهمية لما يترتب عنها من آثار عند تقنين الأحكام المتعلقة بها و لما كانت بعض الأحكام المتعلقة بهذه المسائل بطبيعتها لا تقبل الحسم التشريعي كونها عرضة للتغيير تبعا لاختلاف الأشخاص و الزمان و الأعراف، فضلا عن عدم استيعاب النص القانوني لجميع ما يتعلق بأحكام هذه المسائل، و ما يطرأ عليها من مستجدات فقهية، كان من الضروري أن يعطى للقاضي دور ايجابي لحسم المنازعات المتعلقة بهذه المسائل عن طريق الاجتهاد، لإسقاط الحكم القانوني و الشرعي المناسب لها.

و بما أن قانون الأسرة كغيره من القوانين الوضعية، لا يخلو من الثغرات و الغموض في مختلف نصوصه، فقد عمل المشرع الجزائري على منح سلطة تقديرية للقاضي تشمل مختلف المجالات التي

يعالجها هذا القانون، حيث منح له سلطة تقديرية في استنباط القاعدة القانونية، بالرجوع الى أحكام الشريعة الإسلامية في حالة عدم وجود النص القانوني، وذلك طبقا لأحكام المادة 222 من ق. أ. ج.[1] دون تحديد المذهب الفقهي الذي يستند إليه القاضي، و يخضع القاضي بصدد ذلك الى الرقابة القضائية التي تمارسها المحكمة العليا.

أهمية الموضوع:

تعتبر الفرقة بين الزوجين من القضايا التي لا تزال محل بحث و دراسة من قبل الباحثين و الدارسين, و رغم الأبحاث الكثيرة التي تناولته إلا أنه هناك مسائل لا تزال لم تثر بالبحث العلمي الكافي الذي يمحي الغموض عنها و يحسم النزاع القائم.

و موضوع هذا البحث يكمن في إبراز أثر النصوص التشريعية بما فيه النص الشرعي و النص القانوني على الاجتهادات القضائية للمحكمة العليا فيما يخص الفرقة بين الزوجين حيث أن هذا الموضوع يطرح مشاكل عدة في مجال العمل القضائي حيث تارة في بعض الأحكام يأخذ برأي الشريعة الإسلامية و تارة أخرى يأخذ بمفهوم النص القانوني و هذا ما أدى إلى تضارب قرارات المحكمة العليا في الموضوع الواحد.

لذلك اخترت أن يكون موضوع بحثي:

أثر النصوص التشريعية على الاجتهادات القضائية في مسائل الفرقة بين الزوجين.

- دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري.

إشكالية الموضوع:

إن أغلبية التعديلات الأخيرة المعدلة بموجب الأمر 05-02 المؤرخ في 2005/02/27 في قانون الأسرة الجزائري في مجال الفرقة بين الزوجين كانت كنتيجة حتمية لتضارب قرارات المحكمة

[1]-القانون رقم 11/84 المؤرخ في 09 جولية المعدل و المتمم بالأمر 05-02 المؤرخ في 27-فبراير-2005 المتضمن قانون الاسرة الجزائري

ليومنا هذا و لا يسلم الأمر من أن يكون محل جدل فقهي و قانوني. و على هذا فان إشكالية البحث في هذا الموضوع تقوم على أساس طرح مجموعة من الأسئلة الآتية :

ما مفهوم النص التشريعي؟ ما المقصود بالاجتهاد القضائي؟ ما مدى فعاليته في علاج قضايا الفرقة بين الزوجين؟ ما مدى تأثير النصوص الشرعية و القانونية على الاجتهادات القضائية؟ و هل المتغيرات العرفية و العلمية و البيئية تؤثر في البحث عن مصادر جديدة؟ ما هي الأسس و الضوابط التي تخضع لها العملية الاجتهادية؟ هل التعديل الأخير لقانون الأسرة بموجب الأمر 05-02 المؤرخ في 2005/02/27 ساهم في إزالة غموض و تضارب قرارات المحكمة العليا؟ هل هناك مواد واجبة للتعديل في مسائل الفرقة بين الزوجين؟

دواعي اختيار الموضوع

لقد اخترت أن يكون موضوع بحثي أثر النصوص التشريعية على الاجتهادات القضائية في مسائل الفرقة بين الزوجين لأسباب عدة منها : إجراء دراسة تحليلية مقارنة لأهم مسائل المنصوص عليها في الفرقة بين الزوجين (الطلاق- الخلع- التطليق). و أصدرت بشأنها قرارات في المحكمة العليا تمثل اجتهادات قضائية تفسيرية و الآثار الناتجة عن الفرقة.

إبراز مواطن التوافق و التعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية في قانون الأسرة الجزائري، و يرجع السبب في ذلك إلى عدم توافر أهلية الاجتهاد الفقهي بالنسبة للمشرعين في مجال الأسرة تقنيا و قضاءا. الأمر الذي يستوجب النظر في مدى موافقة التقنين و القضاء في مجال الأسرة بما هو مقرر في الشريعة الإسلامية و اجتهادات الفقهاء التي يطبقها القضاء في هذا المجال على تفاوت مراتبهم في الاجتهاد أو على اختلاف مذاهبهم الفقهية بالنسبة للقضاة المقلدين.

بيان الأهمية البالغة للاجتهاد القضائي في مجال القانون حيث لا يكاد يقل في أهميته عن دور التشريع نفسه. فلاجتهاد القضائي هو الذي يضفي على القانون طابعه العملي الحي، و هو الذي يحدد مداه و أبعاده.

الدراسات السابقة:

اهتم الباحثون بقضية الفرقة بين الزوجين إلا أن هذه الدراسات لا تكون متمحورة حول الميدان التطبيقي من حيث النقد و التحليل للاجتهادات القضائية الصادرة في هذا الموضوع فحسب اطلاعي و قراءتي لما يتصل بالموضوع لم أعثر على دراسات و بحوث علمية أكاديمية متميزة تطرقت للجانب الشرعي و القانوني و الناحية العملية لهذا الموضوع .

أما البحوث الأكاديمية ذات الصلة إلى حد ما ببعض عناصر الموضوع.

– محل البحث : فقد جاءت مقتصرة على جزئيات تخص الجانب الفقهي في الغالب. على نحو " الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي و تطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري". رسالة دكتوراه لصاحبها محفوظ بن صغير نوقشت في جامعة لحاج لخضر باتنة– سنة 2008–2009. و هي رسالة مدعمة بنصوص من قانون الأسرة الجزائري. لكن لم تتطرق إلى الميدان العملي للمحكمة من حيث الاجتهادات القضائية و تطرق إلى كل مواضيع الأسرة دون التدقيق و التنقيح فيها.

و أنا في بحثي هذا سأحاول إن شاء الله الاقتصار على مسألة الفرقة بين الزوجين (الطلاق– التطليق– الخلع) و أثارها و سأسعى من أجل دراسة علمية أكاديمية لأغلب الاجتهادات القضائية و مدى تأثرها بالنصوص القانونية و الشرعية.

المنهج المتبع:

سأتبع في هذا البحث التحليلي و المنهج المقارن لان هذه الدراسة يغلب عليها الطابع النقدي الذي أساسه التحليل و المقارنة.

– فالمنهج التحليلي يظهر عند تناول الآراء الفقية في مسائل الطلاق و التطليق و الخلع و ذلك بتحليلها و استخراج الراجح منها , و يظهر هذا المنهج أيضا أثناء تحليل قرارات المحكمة العليا.

أضف إلى ذلك المنهج المقارن كأساس في الدراسة النقدية بين الاجتهادات الفقهية و قرارات المحكمة العليا من جهة و كذا من خلال التطبيقات الفرعية لمسائل الفرقة بين الزوجين و بين ما هو منصوص عليه قانونا و قضاء من جهة، و ذلك بغرض الوصول إلى الراجح من الأقوال و المختار من

الآراء بالتطبيق. فطبيعة هذا الموضوع تستدعي التركيب بين عدة مناهج علمية للاستفادة منها بحسب ما يخدم البحث.

أهداف الدراسة:

لا شك أن البحث في موضوع بهذه الأهمية له أهداف تتمثل فيما يلي:

– الكشف عن مدى الارتباط الوثيق بين أحكام التشريع الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري، و بيان مدى مساهمة قرارات المحكمة العليا التي تمثل مبادئ قضائية يمكن الرجوع إليها في حل مشاكل الأسرة.

– بيان مدى تأثر قانون الأسرة بقرارات المحكمة العليا حيث كانت هذه الأخيرة سببا في تعديل العديد من مواد الفرقة بين الزوجية.

– تأكيد صلاحية التشريع الإسلامي للتطبيق في كل عصر و الوقوف على مزاياه من المرونة و مسايرة الواقع و التكيف المستجدات و القدرة على الاستيعاب لكل ما هو نافع و صالح و مفيد للإنسانية.

– بيان مدى السبق و الاستقلال التشريعي في هذا الموضوع و إمكانية المساهمة و تقديم الحلول لمشكلات الأسرة.

و انطلاقا من هنا، فقد حاولنا الإجابة على الإشكالية المطروحة بتطرقنا إلى دراسة أثر النصوص التشريعية على الاجتهادات القضائية في مسائل الفرقة بين الزوجين و من هنا قمنا بتقسيم بحثنا إلى فصل تمهيدي و بابين. تناولنا في الفصل التمهيدي مفهوم الاجتهاد القضائي، و مراحل تطور التشريع الأسري.

أما في الباب الأول سنتطرق إلى تضارب و إستقرار قرارات المحكمة العليا في مسائل الفرقة بين الزوجين في فصول ثلاث. الفصل الأول خصصناه لتضارب و استقرار قرارات المحكمة العليا في مسائل الطلاق بلإرادة المنفردة أما الفصل الثاني و الثالث فخصصناهم لمسائل الخلع و التطليق.

أما الباب الثاني فسنتناول فيه تضارب و استقرار قرارات المحكمة العليا في أثار الفرقة بين الزوجين و ذلك في فصلين. نتطرق في الفصل الأول لنفقة العدة و متاع البيت كأثر من آثار الفرقة، أما في الفصل الثاني سنقوم بدارسة أثر النصوص التشريعية على الاجتهادات القضائية في مسائل الحضانة.

الفصل التمهيدي

مفهوم الاجتهاد القضائي، و مراحل تطور التشريع الأسري الجزائري

فصل تمهيدي:

إن للقضاء دور مهم في الفصل بين الناس في الخصومات و إيصال الحقوق إلى أصحابها و تحقيق العدل و المساواة بين أبناء المجتمعات، و المحافظة على أمن المجتمع و أمانه كفيل بأن يجعل هذا العمل يأخذ حيزا كبيرا من اهتمام الأمة و خاصة القضاة.

كما يعد الاجتهاد الوسيلة التي يتوصل من خلالها الى معرفة الأحكام الشرعية لذا لم يغفل عنه العلماء قديما و حديثا، بل اسهموا في تفصيله، وبيان أهميته، و ضرورة استمراره في كل زمان و مكان لمعالجة ما يستجد في واقع المسلمين من قضايا و مسائل.

و مع فتح باب الاجتهاد أمام من يريد ولوجه، كان لابد من تقييده، بوضع الشروط و الأركان الضابطة لذلك إضافة إلى مجالاته و مصادره. حتى يكون الاجتهاد منضبطا فلا يكون مدخلا لإصدار أحكام باسم الشرع ممن ليس أهلا له.

و باتجاه مماثل – أو قريب منه– سار القضاء الجزائري حيث أدرك قصور نصوص القوانين التي وضعها المشرع عن معالجة بعض ما هو متوقع من الحوادث، فوجه المجتهد القضائي الى الطرق التي يمكن له اتباعها للوصول الى الحكم المطلوب، و حتى نقف على كل ذلك، كان لا بد من بحث في الاجتهاد القضائي من حيث معناه و حجيته و أهميته و شروطه و مجالاته. و باعتبار أن موضوع بحثنا مقتصر على المشرع الأسري الجزائري ارتئينا التطرق الى مراحل تطور التشريع الأسري الجزائري. و هذا ما سنتطرق إليه من خلال المباحث التالية:

المبحث الأول: تعريف الاجتهاد القضائي ،و شروط المجتهد.

المبحث الثاني: مجالات الاجتهاد.

المبحث الثالث: مراحل تطور التشريع الأسري الجزائري.

❖ المبحث الأول: تعريف الاجتهاد القضائي، و شروط المجتهد

سنتاول في هذا المبحث تعريف الاجتهاد القضائي في المطلب الأول و نخصص المطلب الثاني وشروط المجتهد .

➢ المطلب الأول: تعريف الاجتهاد القضائي

الاجتهاد القضائي مصطلح مكون من كلمتين، هما موصوف و هو : الاجتهاد، و صفة، و هو القضائي، ولابد قبل تعريف المصطلح كاملا من تعريف مكوناته.

• الفرع الأول: تعريف الاجتهاد

أولا– الاجتهاد لغة: مصدر اجتهد، و أصله جَهَدَ، الجهد بفتح الجيم و ضمها: الطاقة، و الجهد بالفتح المشقة، و الاجتهاد و التجاهد: بذل الوسع و المجهود[1]و لما كان الاجتهاد مأخوذا في اللغة من الجهد ،و هو المشقة و الطاقة :فإنه يختص بما فيه كلفة و مشقة ،فيخرج عنه ما لا مشقة فيه.

قال الرازي :[2] و هو في اللغة عبارة عن استفراغ الوسع في أي فعل كان ،يقال :استفراغ وسعه في حمل الثقيل، و لا يقال استفرغ وسعه في حمل النواة[3].

ثانيا– الاجتهاد اصطلاحا: تعددت تعريفات العلماء للاجتهاد اصطلاحا ،فقد عرّفه الرازي في المحصول بأنه : " استفراغ الوسع في النظر فيما لا يلحقه فيه لوم ،مع استفراغ الوسع فيه "[4].

---

[1]– ابن منظور :أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم الافريقي المصري، لسان العرب، مادة جهد، 15 م، بيروت الطبعة الثالثة،1414هـ، ج3، ص 134 – 135.

الجوهري ،أبو نصر ،اسماعيل بن حماد، تحقيق احمد عبد الغفور عطار، (ت 393 هـ) الصحاح :تاج اللغة و صحاح العربية، دار العلم للملايين، بيروت، الطبعة الرابعة 1407 هـ -1987 ،ج2 ، ص 406.

[2]– الرازي، فخر الدين بن محمد عمر بن الحسن البكري، قرشي النسب أبو عبد الله، الإمام المفسر، ولد في سنة 544 هـ -1150 م و توفي سنة 606 هـ -1210 م، الزركلي، خير الدين بن محمد بن علي بن فارس (1984) ،الأعلام قاموس تراجم لأشهر الرجال و النساء من العرب المستعربين و المستشرقين ، دار العلم للملايين، ط 15 أيار/مايو-2002، ج3، ص10.

[3]– الرازي ،فخر الدين بن محمد بن عمر ،المحصول في علم الأصول، دراسة و تحقيق الدكتور طه جابر فياض العلواني، مؤسسة الرسالة، الطبعة الثالثة، 1418 هـ-1997م، ج6، ص06.

[4]– الرازي ،المحصول ،مصدر سابق، ج 6، ص6 و ما بعدها.

*و قد بين هذا التعريف حقيقة الاجتهاد، من حيث أنها استفراغ الوسع، كما جاء في المعنى اللغوي، و لهذا فإن من لا يستفرغ وسعه يكون مقصرًا، و لا يعد مجتهدا بالمعنى الشرعي.

وقد عبر الآمدي[1]عن هذا المعنى بقوله :" بذل الوسع إلى أن يحس من نفسه العجز عن المزيد فيه ،كما جاء في تعريفه للاجتهاد[2].

ثم انتقل في التعريف من المعنى اللغوي ،و هو مطلق استفراغ الوسع وخصص هذا الاستفراغ في النظر والتفكير والتأمل في الواقعة و النظر في الأدلة لاستنباط الحكم[3].

التعريف الراجح :

مما سبق عرضه من تعريفات تكاد تكون متفقة من حيث المضمون ،يمكن أن يكون تعريف الآمدي هو التعريف الذي يعبر عن المعنى المقصود للاجتهاد أكثر من غيره و ذلك للأسباب التالية [4].

-استخدام المعنى اللغوي للاجتهاد و هو استفرغ الوسع بحيث جعل هناك رابطا بين المعنيين اللغوي و الاصطلاحي .

-ذكر أن الهدف من بذل الوسع، و هو طلب الظن بشيء من الأحكام الشرعية و ليس القطع ،و ذلك بحسب نظر المجتهد .

-ذكر الأحكام الشرعية، هي المطلوب استنباطها، و غيرها من الأحكام بشكل مطلق، و هذا يجعل تعريفه مقتصرا على الاجتهاد الشرعي دون سواه.

-بين أن المجتهد هو من يبذل جهدًا كبيرا بحيث لا يدخر في وسعه أدنى جهد في سبيل التوصل إلى الحكم الشرعي.

---

[1]- سيف الدين الآمدي، علي بن محمد بن سالم الثعلبي ،أبو الحسن ،ولد في آمد (ديار بكر تركيا حاليا) سنة 551 هـ-ر1156 م ،و توفي في دمشق سنة 631 هـ -1233 م ،و له عشرون مصنفا ،الزركلي ،الأعلام، مصدر سابق، ج4، ص 332.

[2]- الآمدي، أبو الحسن سيد الدين على بن أبي علي بن محمد بن سالم الثعلبي، الإحكام في أصول الأحكام، تحقيق عبد الرزاق عفيفي المكتب الإسلامي بيروت –دمشق- لبنان(د ط) ج4،ص162.

- الشوكاني: محمد بن على بن محمد بن عبد الله(1250هـ) إرشاد الفحول الى تحقيق الحق من علم الاصول، تحقيق الشيخ أحمد عز و عناية، دار الكتاب العربي، دمشق، الطبعة الأوبى1419 هـ-1998م، ج2، ص205.

قال الغزالي :" و الاجتهاد التام أن يبذل الوسع في الطلب بحيث يحن من نفسه بالعجز عن مزيد طلب" الغزالي، أبو حامد بن محمد، المستصفي، تحقيق محمد عبد السلام عبد الشاقي دار الكتب العلمية الطبعة الأولي 1413هـ-1993م ،ص 342.

[3]- الآمدي، الإحكام في أصول الاحكام، مصدر سابق، ج4، ص163.

[4]- صالح خالد صالح الشقيرات : الاجتهاد القضائي فيما لا نص فيه و تطبيقاته في الشريعة و القانون :إشراف الدكتور العبد خليل أبو عبيد : أطروحة دكتوراه في القضاء الشرعي ،كلية الدراسات العليا الجامعية الأردنية ،كانون الثاني 2007م ،ص 36.

- **الفرع الثاني: تعريف القضاء**

لقد ورد للقضاء في اللغة معاني عديدة من أبرزها:

أولا – تعريف القضاء لغة : القضاء لغةً الحُكْمْ، و أصله، قضاي، لأنه من قضيت إلاّ أن الياء لما جاءت بعد الالف همزة، و الجمع الاقضية ،و القاضي معناه في اللغة القاطع للأمور المحكم لها ،و استقضى فلان أي جعل قاضيا بحكم بين الناس ،و القضايا :الأحكام واحدتها قضية ،و أصله القطع و الفصل ،يقال :قضى يقضي قضاءً فهو قاض إذا حكم و فصل[1].

-الإحكام و الفراغ، يقال: قضاء الشيء إحكامه و إمضاؤه ،و الفراغ منه فيكون بمعنى الخَلْقْ

-الأداء و الإنهاء ،تقول قضي دينه ،و منه قوله تعالى: ﴿وَقَضَيْنَآ إِلَيْهِ ذَٰلِكَ ٱلْأَمْرَ أَنَّ دَابِرَ هَٰٓؤُلَآءِ مَقْطُوعٌ مُّصْبِحِينَ٦٦﴾[2] أي أنهيناه إليه و أبلغناه ذلك.

-الحتم و الأمر ،قال تعالى: ﴿وَقَضَىٰ رَبُّكَ أَلَّا تَعْبُدُوٓاْ إِلَّآ إِيَّاهُ وَبِٱلْوَٰلِدَيْنِ إِحْسَٰنًا﴾[3] أي أمر ربك و حتم ،و هو أمر قاطع حاتم [4].

و بعد ذكر هذه المعاني اللغوية للقضاء نخلص إلى أن كلمة القضاء في اللغة ترد لعدة معان هي : الحكم و القطع و الفصل و الفراغ و الأداء و الإنهاء و الصنع و العمل و الحتم و الأمر و الخلق و كلها معان تجمعها عملية إتمام العمل و إنهاؤه سواء بالحكم أو القطع أو الفصل أو غير ذلك.

---

[1]– ابن منظور، لسان العرب، مصدر سابق، ج15، ص 186.

[2]– سورة الحجر الآية 66.

[3]– سورة الإسراء، الآية 23.

[4]– انظر هذه المعاني و غيرها في:

– ابن منظور، لسان العرب، مصدر سابق، ج15، ص 186.

– الرازي ،زين الدين أبو عبد الله محمد بن أبي بكر عبد القادر الحنفي(66هـ)، مختار الصحاح، تحقيق يوسف الشيخ محمد، المكتبة العصرية، الدار النموذجية، بيروت–صيدا، الطبعة الخامسة،1420هـ/1999 م، ص255.

– ابن الاثير، مجد الدين أبو السعادات المبارك بن محمد بن محمد ابن عبد الكريم الشيباني (606 هـ) النهاية في غريب، الحديث و الأثر، تحقيق طاهر أحمد الزاوي– محمود محمد الطناحي، المكتبة العلمية، بيروت(1399 هـ–1979م)–ج4، ص78.

ثانيا: مفهوم القضاء في الاصطلاح : تعددت تعريفات علماء الشرعية للقضاء ،و سأورد فيما يلي بعض هذه التعريفات في المذاهب الاربعة.

1. **الحنفية** : عرّفه الكسائي[1]بأنه " الحكم بين الناس بالحق"[2]لم يتناول هذا التعريف حقيقة القضاة ،و هي فصل الخصومة بين الناس إضافة إلى أنه لم يتناول ذكر الالتزام في عملية الحكم ،كما أنه لم يأت على ذكر نوع معين من الأحكام الشرعية .

2. **المالكية** : و عرفه المالكية بأنه : " الإخبار عن حكم شرعي على سبيل الالتزام "[3]

و قد يتوهم من لفظ الإخبار أنه محتمل للصدق و الكذب و ليس هذا هو المراد ،بل هو ما يأمر به القاضي من حكم شرعي على سبيل الالتزام و يدخل في ذلك حكم الحاكمين بين الزوجين ،وفي جزاء الصيد ،إذا صدر ذلك الحكم على الوجه الشرعي [4].

3. **الشافعية** : فمن تعريفاتهم للقضاء شرعا :" أنه فصل الخصومة بين خصمين فأكثر بحكم الله تعالى"[5] وقد بين هذا التعريف ماهية القضاء و هو أنه فصل الخصومة ،و قد زاد قيد بحكم الله تعالى للدلالة على الحكم بغير حكم الله تعالى لا يعد قضاء بالمعنى الشرعي .

4. **الحنابلة** : " الالزام بالحكم الشرعي و فصل الخصومات "[6]

بين هذا التعريف حقيقة القضاة المتمثلة بإلزام أطراف الدعوى لما يصدر من حكم شرعي بهدف إلى فصل الخصومة بين المتخاصمين، في حين لم يبين من الذي يقوم بإصدار هذا الحكم.

---

[1]- أبو بكر بن احمد الكسائي، فقيه حنبلي من أهل حلب ،و قد توفي فيها سنة 578هـ - 1191 م.
- الزركلي ،الأعلام، مصدر سابق ،ج5 ، ص 215.

[2]- الكسائي : علاء الدين أبو بكر بن مسعود (ت587)، بدائع الضائع في ترتيب الشرائع، دار الكتب العلمية، بيروت، ط2، م7 ، 1406هـ-1986م ،ج7 ،ص 3.

[3]- الحطاب ،محمد ابن عبد الرحمن أبو عبد الله المغربي ،(ت954) مواهب الجليل لشرح مختصر خليل ،دار الفكر ،بيروت ،ط3، (1412-1992)، ج6، ص 86.

[4]- المصدر نفسه، ج6، ص86.

[5]- الشربيني ،شمس الدين بن محمد الخطيب ،معنى المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج ،دار الكتب العلمية بيروت، الطبعة 1 (1415هـ-1994م)، ج6 ،ص 257.

[6]- البهوتي: منصور يونس بن صلاح الدين بن حسن إبن إدريس (1051 هـ)، كشاف القناع عن متن الإقناع، دار الكتب العلمية، بيروت، (د ط) (د ت)، ج6، ص285.

التعريف المختار: مم سبق عرضه من تعريفات متعددة و ما تلاه من تعقيب يمكن أن نختار تعريف الحنابلة للقضاء و هو "الالزام[1] بالحكم الشرعي و فصل الخصومات " ،و ذلك لاستمالة أكثر من غيره على عناصر التعريف المانع و الجامع ،و ذلك بسبب:

- بيانه صفة الالزام في القضاء و هي ما يميزه عن الفتوى .4
- الإشارة إلى أن هذا الحكم لا يكون إلا ممن له صفة الالزام (و هو الحاكم أو من يقوم مقامه) و هذا يفهم من خلال لفظ "الالزام") فالإلزام لا يكون إلا من ملزم.
- بيانه لحقيقة القضاة المتمثلة بفصل الخصومات بين الناس[2]

- **الفرع الثالث: تعريف الاجتهاد القضائي كمركب**

أولا: الاجتهاد القضائي: سبق أن ذكرنا تعريف كل من الاجتهاد و القضاء في اللغة و الاصطلاح، و بما أن (الاجتهاد القضائي) مصطلح مركب منهما كان لابد أن نعرفه كمصطلح مستقل.

ورد تعريف لاجتهاد القضائي على لسان بعض المعاصرين، و من أبرز تعريفاتهم له ما يلي:

-" المسلك الذي يتبعه القضاة في أحكامهم ،أسواء منها ما يتعلق بنصوص القانون ،أم استنباط الحكم الواجب تطبيقه عند عدم النص"[3].

و هذا التعريف يشمل جميع الأحكام التي يصدرها القضاة على اختلاف درجات المحاكم سواء منها المحكمة الابتدائية ،أو الاستئناف أو المحكمة العليا ،و هو شامل أيضا الحكم في حالة وجود نص في الواقعة المعروضة أمام القضاء أو عدم وجود نص فيها .

وللقضاء عدة دلالات ، فيراد به السلطة القضائية المختلفة ، ويقصد به أيضا مجموعة الأحكام الصادرة عن المحاكم ، كما يراد به الكيفية أو الطريقة التي تعالج بها المحاكم مشكلة قانونية معينة فهي التفسير أو التأويل القضائي لقاعدة قانونية ما ، أو مجموع المبادئ القانونية المستخلصة من

---

[1]- الالزام الذي هو في ظاهر الأمر هو الذي يميز القضاء عن الفتوى مع القضاء في ان كلا منهما اخبار عن الحكم الشرعي، و لكن الذي يميز القضاء عن الفتوى أن الفتوى إخبار عن الحكم و لا إلزام فيها، أما القضاء فهو إخبار عن الحكم على سبيل الإلزام.

- أنظر: محمد رأفت عثمان النظام القضائي في الفقه الإسلامي، دار البيان، الطبعة الثانية،1415هـ-1994م، ص 15.

[2]- صالح خالد الشقيرات ،الاجتهاد القضائي فيما لا نص فيه و تطبيقاته في الشريعة و القانون ، مرجع سابق، ص 42.

[3]- مذكور، محمد سلام ،منهاج الاجتهاد في السلام ،الناشر ،جامعة الكويت ،ج2 ،ص 338 ، 1393هـ - 1973م .

استقرار أحكام القضاء على العمل بها واتباعها في مسألة معينة وهذا المعنى الأخير هو المقصود في هذا المقام ، ويطلق عليها كذلك اسم الاجتهاد القضائي .[1]

ومن ثم كان اليوم في عالم القانون والنظم القانونية أن رأي محكمة النقض (المحكمة العليا) وحدها في تفسير النص القانوني هو الإجتهاد القضائي الملزم ، ليكون الاجتهاد القضائي (كالنص القانوني) رأيا تفسيريا واحد معروفا[2]

ثانيا: الاجتهاد في العرف القضائي :

من المقرر أن أحكام المحاكم لا تعتبر حجة إلا في المسائل التي فصلت فيها ، وذلك يعني أن أحكام المحاكم لا تكون ملزمة باتباع المبادئ التي وضعتها من قبل ،ولكن الذي يحدث عمليا أنه إذا عرض على المحاكم نزاع لا يوجد نص قانوني يحكمه ،أو يكون تطبيق هذا النص محل خلاف ،فإن هذه المحاكم تسير كلها في نفس الإتجاه ،أو تختلف المحاكم فيما بينها فتقوم المحكمة العليا وهذا هو دورها الرئيسي ، بتوحيد الأجتهاد القضائي في هذه المسألة عندما تعرض عليها وهذا ما نصت عليه المادة 179 من دستور الجزائر إذ جاء فيها:" تضمن المحكمة العليا ومجلس الدّ دولة توحيد الاجتهاد القضائي في جميع أنحاء البلاد، ويسهران على احترام القانون."[3]

ومما سبق بيانه يمكن القول بأن الإجتهاد القضائي في القانون الوضعي هو ما يعبر عنه بالمبادئ القضائية أو السابقة القضائية .[4]

ثالثا: العلاقة بين الاجتهاد و الحكم القضائي: يعد الحكم القضائي النتيجة المنطقية للاجتهاد الذي يمارسه القاضي عند نظره للدعوى، ذلك أن النص التشريعي لا يكون متيسرا دائما بصدد القضية المعروضة على القاضي بل انه يكون متيسرا أحيانا إلا انه غير واف بالغرض إذ قد يكون النص التشريعي

---

[1] علي فيلالي ، مقدمة في القانون ،موفم للنشر ،طبعة جديدة ومنقحة ،2010 ، ص 268 .

–محمد سعيد جعفور ، المدخل إلى العلوم القانونية ، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر ، 2007، ص208 –211 .

[2]مصطفي الزرقاء ،ا لمدخل الفقهي العام ، دار القلم ، دمشق ، ط 2 ، ج 1 ،ص316 .

[3]– دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، الجريدة الرسمية للجمهوريّة الجزائريّة / العدد 82جريدة رسمية المؤرخة في 5 جمادى الأولى عام 1442 هـ الموافق ل 30، ديسمبر سنة2020 .

[4] محفوظ بن الصغير ، الإجتهاد القضائي في الفقه الإسسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري ، مرجع سابق ، ص233 .

غامضا يحتاج الى تفسير أو تأويل، و حيث أنه يجب على القاضي أن يصدر حكما في القضية المعروضة عليه لذا فقد اجاز له المشرع اللجوء إلى الاجتهاد في هذا المجال حيث يكون النص غامضا أو مفقودا إذ يتوجب على القاضي في كل الأحوال إصدار الحكم القضائي و لا يجوز له الامتناع عن إصدار الحكم القضائي بحجة فقدان النص التشريعي أو غموضه[1].

و في الخلاصة نقول أن الاجتهاد القضائي يعني الحال الذي تتخذه الجهة القضائية في قضية معروضة أمامها في حالتي عدم وجود النص القانوني الواجب التطبيق أو غموضه أو عدم كفايته[2].

رابعا: الفرق بين الاجتهاد الفقهي والإجتهاد القضائي :

يمكن التميز بين نوعي الاجتهاد بشكل ظاهر مبسط، فعندما يقوم به فقيه من الفقهاء يكون اجتهادا فقيها وعندما يقوم به القاضي عند النزاع المعروض عليه فيكون اجتهادا قضائيا وهذا التميز لا يعدوا أن يكون تميزا اصطلاحيا وظيفيا

ويشترك الإجتهاد القضائي مع الإجتهاد الفقهي في مطلق الإجتهاد بأن فيه استفراغ للوسع والطاقة ، ولا يعد من لم يستفرغ وسعه مجتهدا ، كما أن استفراغ الوسع والطاقة ويكون في تحصيل ظن بحكم شرعي عملي ، وبهذا يشترك الإجتهاد القضائي مع الإجتهاد الفقهي ، بمعناه العام ،إلا أن الإجتهاد القضائي إجتهاد مخصوص من حيث أنه صادر من قاض منفرد أو من هيئة قضائية ، كما أنه يكون في واقعة متنازع عليها ، وفي في هذا يتميز الإجتهاد القضائي عن مطلق الإجتهاد ،بأنه بذل للجهد في استنباط حكم في واقعة متنازع عليها ، ويكون ما توصل له القاضي من حكم ملزما لأطراف الخصومة ، وهو بذلك يتفق مع الاجتهاد الفقهي من حيث أنه استفراغ الوسع في معرفة الحكم الشرعي ، حيث يقوم به الفقيه بالبحث في حكم مسألة من المسائل للوصول إلى حكم الشرع فيها ، إلا أنه يخالفه في أن

[1]–الداقوقي، عباس قاسم مهدي. الاجتهاد القضائي (مفهومه – حالاته–نطاقه) دراسة مقارنة بالفقه السلامي معززة بالتطبيقات القضائية، المصدر القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، الطبعة الأولى، 2015، ص48-49

[2] – بوبشير محند أمقران، تغيير الاجتهاد القضائي بين النص و التطبيق، مقال جامعة ملود معمري، تيزي وزو، كلية الحقوق. ص01.

المسألة التي يبحثها الفقيه قد تكون واقعة وقد تكون متوقعة ، وقد يوجد سائل يسأل عنها وقد لا يوجد ،والحكم الذي يتوصل له المجتهد في هذه المسألة لا يعد ملزما للسائل إن وجد [1]

وبهذا نلاحظ أن الإجتهاد القضائي محصور في الدعاوى والوقائع والحوادث والنوازل المعروضة على المحاكم فقط ، وليس إجتهادا عاما كما هو الحال في الإجتهاد الفقهي ، فهو اجتهاد مختص ومحصور بالأحكام الصادرة عن القضاة في الدعاوى المعروضة عليهم [2]

وهذا الإجتهاد القضائي لا يمكن أن ينقطع باتفاق العلماء ، وهو باق إلى أن يرتفع أصل التكليف و يرث الله الأرض ومن عليها [3]

- **الفرع الرابع: تعريف النص التشريعي**
- **البند الأول: معنى النصوص لغة و اصطلاحا**

أولا : معنى النصوص لغة : النصوص جمع نص، و النَّصُ رفع الشي، يقال : نص، الحديث ينصه نصا: رفعه، و كل ما أظهر ،فقه نص، و وضع على المنصة، أي : على غاية الفضيحة و الشهرة و الظهور و كل شيء أظهرته ،فقد نصصته.

و النَّصُ التوقيف، و النص التعيين على شيء ما، و أصل النص، منتهى الأشياء و مبلغ أقصاها[4].

ثانيا :معنى النص اصطلاحا:

أولا: النص في عرف الأصوليين: المراد بالنص هو كل ملفوظ مفهوم المعنى من الكتاب و السنة سواء أكانت دلالة هذا النص قطعية، أم كانت ظنية، وهذا المعنى هو المراد بالنص في تقسيم الاصوليين للدلالات ،عبارة النص ،و دلالة النص ،و إشارة النص ،و اقتضاء النص[5].

---

[1] عبد المهدي ، أحمد العجلوني ، قواعد تفسير النصوص وتطبيقها في الإجتهاد القضائي الأردني ، مرجع سابق ، ص16

[2] محمصاني ،صبحي ، المجتهدون في القضاء من أقية السلف ، دار العلم للملاين ، ط 1 ، 1980 ، ص8 .

[3] دراز ، عبد الله ، شرح عبد الله دراز على الموافقات في أصول الشريعة للشاطبي ، (د.ط) ، (د. ت) ،ج 4 ، ص 89 .

[4]- ابن منظور ،لسان العرب ، مصدر سابق، ج7 ،ص 97.

الجوهري ،الصحاح ، مصدر سابق،ج3 ،ص 1058 .

[5]- بدران ،بدران أبو العينين ،بيان النصوص التشريعية ،طرقه و أنواعه ،الاسكندرية ،مؤسسة شباب الجامعة ،1982 ،ص 30.

و النص عند الأصوليين مرتبط ارتباطا وثيقا بمفهوم البيان، ذلك أن هاجس الإبانة عن المعنى سواء عن المعنى من جهة اللفظ أو من جهة الفحوى يظل غاية المشرع أثناء التشريع إذ لا يمكن أن يقنع النص المشرع بصلاحيته ما لم يبين عن معنى الأصول التي يستند اليها و حجيتها[1].

ثانيا النص في عرف القانونيين:

ترد كلمة النصوص كثيرا في كتب القانون و هي المواد القانونية ،و في القرارات القضائية أيضا ،ذلك أن القوانين كلها تأتي على شكل نصوص و هذه النصوص تعتبر قوالب لغوية تقدم بها القواعد القانونية التي على شكل نصوص و التي يريدها المشرع ،فالقاعدة القانونية هي الفكرة المنظمة لوضع معين ،و النص هو اللغة التي تعبر من خلالها الفكرة إلى عالم الوجود القانوني فاللغة هي أداة التعبير عن الفكرة القانونية كما تكونت لدى المشرع .

يطلق النص على كل ملفوظ مفهوم المعنى سواء أكان مادة قانونية ،أم عقدا ،فالمادة القانونية المصوغة ،تأتي للتعبير عن إرادة المشرع ،و صيغة العقد تأتي للتعبير عن إرادة المتعاقدين أو النية المشتركة لهما ،و تفاوتت هذه المادة في قوة التعبير و وضوحه بحسب الصياغة التي صيغت بما هذه المادة ،فقد تكون واضحة و قد يكون فيها نوع من الغموض ،و هذا الوضوح أو الغموض يأتي على درجات.[2] فالقوانين عبارة عن معاني عرفتها المجتمعات على مختلف العصور و التزمة بها و لو عرفا، إلا أن القانون باعتباره معنى لا يمكن أن يحقق أهدافه الإنسانية العليا إلا إذا صيغ في نصوص و مواد تحفظ المعاني القانونية من التحريف أو النسيان و هذه النصوص هي ما تسمى بحسم القانون و يقوم بوضعها الحكام و المفتون و من لهم حق التقنين ممن تختارهم السلطة الحاكمة.

---

[1] – بثينة الجلاصي النص و الاجتهاد في الفكر الأصولي (من تقديس النقل الى تسريح العقل)، رؤية للنشر و التوزيع، القاهرة، الطبعة الأولى،2011، ص 183.

[2]– العوجي، مصطفى ، القاعدة القانونية في القانون المدني ،مؤسسة بحسون للنشر و التوزيع، ص 63.يع ،بيروت ،ط1 ،1992 نقلا عن رسالة الدكتوراه ،قواعد تفسير النصوص و تطبيقاتها في الاجتهاد القضائي الاردني، ص 63.

نقلا عن العلجوني، عبد المهدي "محمد سعيد" أحمد قواعد تفسير النصوص و تطبيقاتها في الاجتهاد القضائي الأردني – دراسة أصولية مقارنة– أطروحة دكتوراه في القضاء الشرعي: تحت اشراف عبد الله إبراهيم زيدان الكيلاني، كلية الدراسات العليا، الجامعة الأردنية كانون الثاني، 2005، ص63.

فمن هذا نعرف أن المادة القانونية هي النص القانوني المكتوب الوارد في تشريع معين و المسبوق برقم مسلسل، و هو يشمل المواثيق الدولة و النصوص الدستورية و القوانين البرلمانية و القرارات الصادرة عن السلطة التنفيذية في الحالات التي يجيز لها القانون ذلك[1]

و هذا المعنى هو المراد في هذا المقام ،فهو المعنى المقصود بكلمة "نصوص" الواردة في عنوان هذه الدراسة و التي جاءت بعنوان " أثر النصوص التشريعية على الاجتهادات القضائية في مسائل الفرقة بين الزوجين"، فالنصوص التشريعية تنطبق على نصوص القرآن و السنة ،كما تنطبق على النصوص القانونية .

- **البند الثاني: مفهوم التشريع**

أولا : مفهوم التشريع في اللغة : التشريع مصدر شرع بتشديد الراء مضعف شرع بتخفيفها مأخوذ من الشريعة ،يقول صاحب مقاييس اللغة (الشين و الراء و العين أصل واحد ،و هو شيء يفتح في امتداد يكون فيه ،و من ذلك الشريعة ،

هي مورد الشاربة الماء ،و اشتق من ذلك الشرعة في الدين[2]و الشريعة ،قال الله تعالى: ﴿فَلَوۡلَآ إِذۡ جَآءَهُم بَأۡسُنَا تَضَرَّعُواْ وَلَٰكِن قَسَتۡ قُلُوبُهُمۡ وَزَيَّنَ لَهُمُ ٱلشَّيۡطَٰنُ مَا كَانُواْ يَعۡمَلُونَ٤٣﴾[3].

و جاء في معجم لسان العرب ،(الشريعة هي الموضع الذي ينحدر منه الماء و هي مشتقة من التشريع و هو إيراد الإبل شريعة لا يحتاج معها إلى نزع بالعلق و لا سقى في الحوض ،فيقال في المثل : أهون السقى التشريع.

وبها سمي ما شرع الله للعباد شريعة من الصوم و الصلاة و الحج و النكاح و غيره ،و الشريعة و الشرعة ما بين الله من الدين و أمر به ،لقوله تعالى ﴿ثُمَّ جَعَلۡنَٰكَ عَلَىٰ شَرِيعَةٖ مِّنَ ٱلۡأَمۡرِ فَٱتَّبِعۡهَا وَلَا تَتَّبِعۡ أَهۡوَآءَ ٱلَّذِينَ لَا يَعۡلَمُونَ١٨﴾"[4].على دين و ملة و منهاج و شرع الدين يشرعه شرعا سنة و في التنزيل قوله تعالى:﴿۞شَرَعَ لَكُم مِّنَ ٱلدِّينِ مَا وَصَّىٰ بِهِۦ نُوحٗا﴾ "[5] أي أظهر[1].

---

[1] – حبيب غلام رضا حسين ناماليتي، أسباب الغموض في النصوص التشريعية و القانونية و طرق بيانه، قدمت هذه الرسالة استكمالا لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في الفقه و أصوله تحت إشراف الدكتور وائل عربيات، كلية الدراسات العليا، الجامعة الأردنية، كانون الثاني،2010،ص38.

[2]– بن فارس، أبي الحسين أحمد،395 هـ –معجم مقاييس اللغة ن تحقيق عبد السلام محمد هاروون دار الفكر، ط1 ،سنة 1399هـ-1979م ،ج2 ،ص 263.

[3]– سورة المائدة، الآية رقم 48.

[4]–سورة الجاثية ،الآية رقم 18.

[5]– سورة الشورى ،الآية رقم 13.

تفيد المعاني التي أوردتها المعاجم اللغوية بمعنى التشريع عند تأملها إفادتين :

أولا : الشريعة هي الطريق الجلي الواضح المستقيم ،و التشريع هو إظهار هذا الطريق و توضيحه.

ثانيا : الارتباط القوي بين التشريع في المعنى اللغوي و التشريع في المعنى الاصطلاحي[2].

ثانيا:معنى التشريع اصطلاحا:

التشريع في الاصطلاح الشرعي و القانوني هو سن القوانين التي تعرف منها الأحكام لأعمال المكلفين و ما يحدث لهم من الأقضية و الحوادث فإن كان مصدرها التشريع هو الله سبحانه بواسطة رسله و كتبه فهو التشريع الإلهي، و إن كان مصدره الناس سواء أكانوا أفراد أم جماعات فهو التشريع الوضعي و القوانين الإسلامية نوعان: قوانين سنها الله سبحانه بآيات قرآنييه، و ألهمها رسوله و أقره عليها، و هذه تشريع إلهي محض و قوانين سنها مجتهد و المسلمين من الصحابة و تابعيهم و الأئمة المجتهدين استنباطا من نصوص التشريع الإلهي و روحها و معقولهان و هذه تعتبر تشريعا إليها باعتبار مرجعها و مصدرها ، و تعتبر تشريعا وضعيا باعتبار جهود المجتهدين في استمدادها و استنباطها[3]

و المقصود بالتشريع لدى فقهاء القانون"..... هو القواعد القانونية التي تصدر عن سلطة عامة يختصها المجتمع بوضع القانون في صورة مكتوبة "[4].أو " وضع القواعد القانونية بواسطة السلطة العامة المختصة بذلك في صورة مكتوبة ،أو هي قيام هذه السلطة بصياغة القاعدة القانونية صياغة فنية مكتوبة و إعطائها قوة الالزام في العمل"[5]

أو " وضع قواعد قانونية في نصوص تنظيم العلاقات بين الافراد في المجتمع بواسطة السلطة المختصة ،طبقا للإجراءات المقررة لذلك"[6].

---

[1]- ابن منظور ،لسان العرب، مصدر سابق، ،ج 8، ص 175.

[2]- الصاوي :محمد :النظام التشريعي في الإسلام ، المنار للطباعة ،القاهرة ، (د-ط) (د-ت)،ص 34.

[3] - عبد الوهاب خلاف، علم أصول الفقه و خلاصة تاريخ التشريع، مطبعة المدني المؤسسة السعودية بمصر (د-ط) (د ت) ، ص 219.

-محمد هندو الكليات التشريعية و أثرها في الاجتهاد و الفتوى (دراسة تأصيلية تطبيقية مقارنة) قدمت هذه الأطروحة استكمالا لمتطلبات الحصول على درجة الدكتوراه في الفقه و أصوله. تحت إشراف الدكتور عبد الرحمان ابراهيم الكيلاني، كلية الدراسات العليا، الجامعة الأردنية، تموز 2012، ص 44-45 و ما بعدها

[4]- مصطفى محمد جمال و د.عبد الحميد محمد الجمال ،النظرية العامة للقانون ،الدار الجامعية ،ص 167.

[5]- حسن كيره :المدخل إلى القانون ،منشأة المعارف.،ص 228.

[6]- توفيق ،حسن فرج ،المدخل للعلوم القانونية ،الدار الجامعية ،1993 ،ص 199.

تتمحور كل هذه التعاريف الفقهية للتشريع حول ثلاثة عناصر متكاملة :

- يتعلق الأول منها بموضوع التشريع.
- و يتعلق الثاني بشكله.
- بينما يتمثل العنصر الثالث في الجهة أو السلطة المختصة بوضعه.

و قد يطلق لفظ التشريع ،بمعنى عام ،على وضع القواعد القانونية أو استنباطها ،بصرف النظر عن نوع مصدرها سواء أكان هذا المصدر قضاء أو فقها أو عرفا أو حكومة[1].

- **الفرع الخامس: أهمية الاجتهاد القضائي.**

يشكل الاجتهاد مصدرا من مصادر استنباط الأحكام الفقهية و القضائية و القانونية ،و هو بذلك يجعل المجال واسعا لإيجاد الأحكام التي تواكب الاحداث. فما أهمية الاجتهاد بشكل عام؟

هذا ما سأحاول الإجابة عنه فيما يأتي :

أولا: أهمية الاجتهاد في الشريعة

إن أهمية الاجتهاد تنبع من أهمية التشريع ذاته ،فالهدف الاساسي من إنزال الشرائع هو تحقيق الصالح للعباد سواء في الآجل أو العاجل ،و من أجل ذلك أنزل القرآن الكريم بما احتواه من تشريعات تنظم علاقة الفرد بخالقه ،و بنفسه ،و بغيره ،ثم جاءت السنة النبوية المطهرة إكمالا لدور القرآن الكريم في تحقيق ذلك الهدف و الوصول إلى الحكم الشرعي من هذه النصوص المتضمنة للحكم يحتاج إلى بحث و اجتهاد[2].

فللاجتهاد إذن أهمية كبيرة ، و فيما يلي ذكر أهم هذه الجوانب :

1. إن نصوص القرآن الكريم و السنة النبوية على أهميتها و احتوائها على جّل الاحكام ،إلاّ أنها تبقى نصوصا محدودة و متناهية و هذه النصوص المحدودة يقابلها وقائع و أحداث غير متناهية الأمر

---

[1]- الرافعي ،مصطفى ،تاريخ التشريع و القواعد القانونية و الشرعية ،الشركة العالمية للكتاب بيروت- لبنان- ط الأولى ،1993 ،ص 09

[2]- الفضلي ،عبد الهادي ،الوسيط في قواعد فهم النصوص الشرعية ، مؤسسة الانتشار العربي بيروت،ط1، 2001، ص9 نقلا عن صالح خالد صالح الشقيرات ، الاجتهاد القضائي فيما لا نص فيه، مرجع سابق، ص86.

-الكحلاني محمد بن إسماعيل بن صلاح بن محمد الحسنى إرشاد النقاد الى تيسير الاجتهاد، تحقيق صلاح الدين مقبول أحمد، الدار السلفية- الكويت، الطبعة الأولى، 1405 هـ، ص11.

-غانم غالب ، المجامع الفقهية و أثرها في الاجتهاد المعاصر ، راجعه محمد عساف، (د ط) (د ت). ص17.

الذي اقتضى أن تكون هناك وسيلة لمواجهة هذه الأحداث المتجددة ،فكان الاجتهاد الذي يكمل الدور الذي يلعبه القرآن و السنة في معالجة تلك الوقائع المتجددة[1].

2. إن في الاجتهاد حركة علمية بناءة لبيان مقومات الشريعة الإسلامية و من أهم مرتكزات الحضارة الإسلامية ،و سبيل تحقيق الإخلاص.

للشريعة ، وطريق من طرق الحفاظ على خلودها و صلاحيتها لكل زمان و مكان ،و وسيلة التعرف على الأحكام الشرعية لما يجد من حوادث و قضايا دائمة الطروء على الحياة ، مما يراعي خاصية ختم الشرائع بالشريعة الغراء ، و هذا هو الذي يوضح يسر إتيان نصوصها بالقواعد الكلية مما يجعلها حية و مرنة و قابلة لتغطية حاجيات الناس [2] .

و إلى هذا المعنى يشير الشافعي – رحمه الله- في قوله :"كل ما نزل بمسلم ففيه حكم لازم ،أو على سبيل الحق فيه دلالة موجودة، وعليه إذا كان فيه بعينه حكم اتباعه، و إذا لم يكن فيه بعينه طلب الدلالة على سبيل الحق فيه الاجتهاد " .[3] .

3- إن في الاجتهاد تحقيق لعبادة الله سبحانه و تعالى بالكيفية التي أرادها سبحانه ،فنصوص القرآن الكريم و السنة النبوية قد تكون بحاجة إلى من يعرف في دلالات الألفاظ و مراميها ،و يعرف الناسخ من المنسوخ ، و في السنة يعرف صحيحها و ضعيفها و متواترها و آحادها ....فكيف سيتم معرفة حكم الله في أي من الوقائع التي تكون بحاجة إلى معرفة هذه الأمور بغير الاجتهاد.[4]

ثانيا: أهمية الاجتهاد في القانون

تكمن أهمية الاجتهاد القانوني في أن المشرع القانوني بقدر ما يبذل من جهد في سبيل الإحاطة بكل تفاصيل الأحكام ،فإن جهده هذا يبقى قاصرا عن الإحاطة لكل الأحكام ،ذلك لأن الحياة في تطور مستمر و متسارع ، و قد تواجه المحاكم بعض القضايا المعروضة عليها ، و لا يوجد نص في

---

[1]- ابن المقيم : أعلام الموقعين ،ج 4 ،مصدر سابق ،ص 265.

- القرضاوي، يوسف، الاجتهاد في الشريعة الاسلامية مع نظرات تحليلية في الاجتهاد المعاصر دار القلم، الكويت، الطبعة الثالثة 1420هـ-199م، ص123 و ما بعدها.

[2]-العمرى نادية شريف ،الاجتهاد في الاسلام ،مؤسسة الرسالة ،ط3 ، 1405 هـ – 1985 م ، ص260.

[3]-الشافعي ، أبو عبد الله محمد بن إدريس بن العباس (204هـ)، الرسالة للشافعي، تحقيق أحمد شاكر، مكتبة الحلبي، مصر، الطبعة الأولى،1358هـ-1940م،ص476.

[4]-الكيلاني ،عبد الله ابراهيم زيد ،السلطة العامة و قيودها في الدولة الاسلامية،رسالة دكتوراه ، الجامعة الأردنية، عمان الأردن، ص 181-182.

القانون يعالجها ، حتى و إن وجد النص فقد يكون غامضا أو يحتمل عدة معاني ، فهل تبقى هذه الوقائع تنتظر وضع قانون جديد؟.[1]

لذلك كان لا بد من وسائل يتبعها القاضي في معالجة ذلك ،فالقاضي عندما يقوم بتأويل النصوص التشريعية إنما يقوم في الحقيقة بتكميل النص التشريعي الناقص فيضع قاعدة تعالج الجانب الذي أغفله المشرع[2]، و يتولى القاضي عن طريق الاجتهاد تحديد مضمون المفاهيم القانونية ذات المحتوى العام و المجرد، كمفهوم النظام العام و الآداب العامة و مفهوم حسن النية ... إلخ

و أما إذا كان النص التشريعي غامضا كأن يكون له أكثر من دلالة، فإن القاضي عند توضيح النص عن طريق تأويله فإنه يختار معنى من بين المعاني الأخرى، فيحدد مضمون القاعدة القانونية[3]...

و في حالة وجود تناقض النصوص التشريعية بعضها البعض ، فإن القاضي هو الذي يتصدى أيضا لهذا التناقض عن طريق التأويل فيحدد السلوك الواجب اتباعه، و على القاضي أيضا أن يضمن انسجام القانون مع تطور الوقائع ،مما يتطلب اجتهادات مستمرة ،فيعمد القاضي إلى تطوير القاعدة القانونية " و تطويعها بما يتفق مع حاجات المجتمع الجديدة "[4].

ففتح باب الاجتهاد أما القضاء فيه تحفيز لهم على بذل المزيد من الجهد في التحصيل العلمي و الفكري و الثقافي ، و هذا يؤدي بدوره إلى الارتقاء بالعمل القضائي .

كما أن الهدف من وضع القوانين هو تنظيم العلاقة بين الافراد و الجماعات وصولا إلى تحقيق مصالحهم ضمن إطار العدل و المساواة [5]و فتح المجال للاجتهاد القضائي يكمل هذا الدور و يحقق ما يصبوا إليه واضع القانون .

و موضوع بحثنا يهتم بقرارات المحكمة العليا الصادرة عن غرفة الأحوال الشخصية إذ تعد هذه الأخيرة الهيئة القضائية العليا في هرم القضاء العادي و قد كلفها الدستور بتوحيد الاجتهاد القضائي،

---

[1]-الأشقر، عمر سليمان عبد الله ، الواضح في شرح قانون الأحوال الشخصية ، دار النفائس ،عمان ،ط 1 ، 1997 ،ص20.

[2]-و في الحقيقة فإن القاضي لا يكمل التشريع فحسب بل يقوم بسد النقص في كل مصادر القانون من تشريع و مبادىء الشريعة و عرف و مبادىء العدالة ...إلخ.

[3]-فيلالي علي ،مقدمة في القانون ، طبع المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية ،وحدة الرغاية الجزائر ،ط 2010 ،ص274.

[4]-تناغوا سمير عبد السيد، النظرية العامة للقانون ، منشأة المعارف ، 1986، ص507

[5]-بوضياف : عمار المدخل إلى العلوم القانونية (النظرية العامة للقانون و تطبيقاتها في التشريع الجزائري) ،جسور للنشر و التوزيع المحمدية ، الجزائر ط3 ،أكتوبر (1428 – 2007) ،ص26.

فهي محكمة قانون تسهر على تطبيقه الصحيح تراقب مدى مطابقة الأحكام المعروضة عليها لقوانين الجمهورية[1].

و تصدر قرارات المحكمة العليا بتشكيلة جماعية إما في غرفة أو في قسم مشكلة من ثلاثة قضاة على الأقل يوزع الرئيس الأول في بداية كل سنة قضائية بواسطة أمر القضاة على الغرف و الأقسام بمساعدة رؤساء الأقسام على تناسق الاجتهاد داخل الغرفة كما يسهر الرئيس الأول على تناسق الاجتهاد على مستوى المحكمة العليا.

و إذا اقتضى الأمر، تجتمع غرفتان أو أكثر في إطار الغرف المختلطة للفصل في مسألة اجتهادية مشتركة بينهما، إذ لم تتواصل التشكيلية إلى حل موحد يدعو الرئيس الأول الغرفة المجتمعة للفصل في النقطة القانونية المثيرة للاختلاف و ذلك باجتماع تشكيلة تمثل غرف المحكمة العليا كلها و يصدر حينذاك قرار مبني يفرض نفسه على الجميع، كما تجتمع الغرف المجتمعة في حالة توقع صدر قرار من شأنه تغيير الاجتهاد.[2]

و في الأخير يمكن القول أن المحكمة العليا نادرا ما تصدر عنها اجتهادات قضائية بل عملها السهر على التطبيق السليم للقانون لذا سيكون تعاملنا في هذا البحث مع قرارات المحكمة العليا المتعلقة بمسائل الفرقة بين الزوجين موضوع البحث.

➢ المطلب الثاني: شروط المجتهد.

لا زالت عبارة معاذ بن جبل [3] في شرح الأصول التي يستند إليها عند القضاء ، و إقرار الرسول صلى الله عليه و سلم السند الذي يجعل منه الأصوليون اجتهاد القاضي مصدر للقاعدة القانونية عن طريق البحث في الأدلة الشرعية على الأحكام العملية في الفقه الاسلامي.

---

[1] ذيب عبد السلام (رئيس غرفة بالمحكمة العليا) (قانون الإجراءات المدنية و الادارية الجديد، موفم للنشر، الجزائر، الطبعة الثالثة، 2012، ص44.

[2] ذيب عبد السلام ، قانون الإجراءات المدنية و الادارية الجديد ،المرجع السابق، ص45.

[3]–المقصود إجابته على سؤال النبي صلى الله عليه و سلم كيف تقضي إذا عرض لك قضاء ؟ بقوله :أقضي بكتاب الله ، فإن لم أجاد فبسنة رسول الله ، فإن لم أجتهد رأيي و لا ألو.." ،و المقصود بذلك "بذل الجهد للتوصل إلى الحكم في واقعة لا نص فيها بالتفكير و استخدام الوسائل التي هدى الشارع إلى استنباط بها فيما لا نص فيه ..

شحاتة ابراهيم ،في اجتهاد القاضي (نظرة مقارنة) ،مجلة العلوم القانونية و الاقتصادية .ص415.

–معاذ بن جبل بن عمرو بن أوس بن عدي بن كعب بن عمروا ابن أدي بن سعد بن علي بن أسد بن ساردة بن يزيد بن جشم بن الخزرج الأنصاري. و هو أحد السبعين الذين شهدوا العقبة من النصار. مات و عمر 333 سنة في السنة 18 هـ و قيل 19 هـ سنة الطاعون.

و لقد كان في هذه العبارة خلاصة لفقهاء الشريعة الاسلامية من بحث طويل ، حول الدور الصحيح للقاضي ،و ما إذا كان له أن يتجاوز حد تطبيق الشرع القائم إلى خلق قواعد جديدة ،حال عدم كفاية الأول لحل ما يثور أمام القاضي من منازعات .

فالقاضي في الشريعة يبحث في الكتاب و السنة و في إجماع أهل الرأي ،و يقيس على هذا فإن لم يجد من بعد قاعدة يستهديها حل النزع ، يجتهد رأيه مستنيرا في ذلك بالضوابط التي وضعها و أحكم ضبطها الأصوليون و على ذلك اشترط فيمن يجلس مجلس القضاء أن يكون أهلا لهذا الدور الخطير ،لذا نطرح التساؤلات التالية :

ما هي شروط المجتهد شرعا و قانونا ؟ و ما هي مجالات اجتهاده شرعا و قانونا ؟

- **الفرع الأول: شروط المجتهد**

حتى تتم عملية الاجتهاد حسب أصولها الصحيحة فإن الذي يقوم بهذه العملية لابد أن يكون أهلا لها و لذا لابد أن تتوافر فيه شروط معينة سواء أكان ذلك في الشريعة أم في القانون.

أولا: شروط المجتهد شرعا

إن للمجتهد دورا كبيرا في استنباط الأحكام الشرعية ،و نظرا لهذه المكانة الكريمة للمجتهد لابد من معرفة صفاته و شروطه التي تؤهله لهذا المنصب العظيم الذي يصير به مستنبطا للأحكام الشرعية من كتاب الله و السنة رسوله صلى الله عليه و سلم لأنه إنما يتمن من ذلك يشترط و هذه الشروط نقسمها الى قسمين:

الأول : شروط غير مكتسبة ،و هي تسمى بالشروط العامة أو شروط التكليف.

الثاني : شروط مكتسبة و هي شروط التأهيلية التي تأهل صاحبها لمنصب الاجتهاد و هذه الاخيرة تتنوع الى نوعيين ،شروط أساسية و شروط تكميلية[1].

سأحاول ذكر هذه الشروط بصفة مختصرة دون الإطالة فيما يلي

1. الشروط العامة:

أنضر القرطب، أبو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد، الاستيعاب في معرفة الأصحاب، تحقيق علي محمد البجاوي، دار الجيل، بيروت، الطبعة الأولى 1412هـ-1992، ج3، ص1403 و ما بعدها.

[1]-العمري :نادية شريف ،الاجتهاد في الإسلام ،مؤسسة الرسالة ،بيروت ،شارع سوريا ،الطبعة الثالثة ،1405 هـ -1985م ،ص 58-59.

الشرط الاول من الشروط العامة هو الإسلام و ما يتضمنه من الإيمان بالله تعالى و صفاته ،فإسلام المجتهد شرط مجمع عليه لأن المجتهد مخبر عن الله تعالى ،و نائب عن رسول الله صلى الله عليه و سلم ،ثم إن الناس يتلقون كلامه على أنه دين الله ،و لا يتصف بذلك إلا من كان مسلما[1].

أمّا الشرط الثاني و الثالث من الشروط العامة فهي أن يكون المجتهد بالغا عاقلا و بذلك تكون قوى الإنسان مكتملة قواه العقلية قد بلغت مرحلة النضج، و بالتالي تتولد عنده القدرة على البحث و التحري و التدقيق للوصول إلى الحكم الشرعي المراد استنباطه.[2]

2- الشروط التأهيلية

1. أن يكون المجتهد عالما بكتاب السنة و رسوله ،و بقواعد اللغة العربية و دلالتها ،و العلم بمواضع الاجماع ،و بأصول الفقه و قواعده و مقاصد الشريعة الإسلامية[3].

و علمه بكتاب الله تعالى يقتضي علمه بأساليب القرآن الكريم ،و آيات الأحكام و معرفة أسباب النزول و الناسخ و المنسوخ و معرفة قواعد الترجيح[4]

و علمه بالسنة المطهرة يكون من حيث فهم السنة النبوية و معرفة أحاديث الاحكام ،و معرفة حال الرواة و الجرح و التعديل[5].

و علمه بقواعد اللغة العربية بأن يكون خبيرا باللسان العربي ،نحوه و صرفه و بلاغته ،و معرفة المعاني للمفردات و تراكيبها ،و خواص و الأساليب المختلفة فيها[1] .و علمه بمواضع الاجماع ،حتى لا يفتي بخلاف الاجماع[2].

---

[1]- المرجع نفسه ،ص 61.

[2]- موسي ،سيد محمد ، الاجتهاد و مدى حاجتنا إليه ، مرجع سابق ،ص 161.

[3]-الرازي : المحصول ،مصدر سابق، ج6 ،ص 21-24.

- السبكي، تقي الدين أبو الحسن على بن عبد الكافي بن علي بن تمام بن حامد الإبهاج في شرح المنهاج، دار الكتب العلمية، بيروت، 1416هـ-1995م،ج3، ص254.

-الغزالي، أبوحامد محمد بن محمد (505هـ)، أصول الفقه و القواعد الفقهية ،مصدر سابق،ج1 ،ص 215.

- الشاطبي، الموافقات، تحقيق أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان، دار ابن عفان الطبعة الأولى 1417هـ-1997م ، ج5، ص57 و ما بعدها.

-الشوكاني ،إرشاد الفحول، مصدر سابق، ج2 ،ص 295 -296.

[4]- القرضاوي ،يوسف ،الاجتهاد في الشريعة الإسلامية ،دار القلم ،الكويت ،ط3، 1420هـ -1999 ،ص18-28 .

-العمري ،الاجتهاد في الاسلام ،مرجع سابق ،ص 64 و ما بعدها..

[5]- الرازي المحصول، مصدر سابق،ج6 ،ص 21-24.

و في هذا الموضع يقول الغزالي " أنه لايلزمه أن يحفظ جميع مواقع الإجماع و الخلاف ،بل كل مسألة يفتي فيها ،ينبغي أن يعلم فتواه (أي ما أفتى به) ،ليس مخالفا للإجماع ،إما بأن يعلم أنه موافق مذهبا من مذاهب العلماء ،أيهم كان ،أو يعلم أن هذه واقعة متولدة في العصر لم يكن لأهل الإجماع فيها خوض ،فهذا القدر فيه كفاية "[3].

و علمه بأصول الفقه ،لأن الاجتهاد بمجمله يقوم على فهم الحكم الشرعي من الأدلة الشرعية و كيفية دلالتها على الأحكام بحيث يكون المجتهد عالما بقواعد العامة و أدلته الاجمالية فيعرف الخاص و العام و المطلق و المقيد...الخ[4]

و علمه بمقاصد الشريعة فهذا وصف لابد منه لمن يريد الاجتهاد حيث قال الشاطبي :"فإذا بلغ مبلغا فهم عن الشارع فيه قصد في كل مسألة من مسائل الشريعة ،و في كل باب من أبوابها ،فقد حصل وصف هو السبب في تنزيله منزل الخليفة للنبي في التعليم و الفتيا ،و الحكم بما أراه الله"[5]

2. يشترط في المجتهد أن تتوفر فيه صفة العدالة و التقوى و الصلاح لأن الناس لا يمكن أن يتقبلوا حكما شرعيا يستنبطه شخص مرتكب للكبائر أو مصر على الصغائر ،إذ لابد للمجتهد أن يكون بعيدا عن الشبهات و التهم ،و ذلك حتى تنبني جسور الثقة في المجتهد و بين الناس الذين يريدون أن يطبقوا هذا الحكم المستنبط و هم يعتقدون أن هذا هو حكم الله في هذه المسألة أو تلك[6].

---

[1]- انظر المراجع السابقة.

[2]-القرضاوي :الاجتهاد في الشريعة الاسلامية ،مرجع سابق ،ص 43.

[3]الغزالي ،المستصفى، مصدر سابق ،1 ،ص 343.

-الرازي ،المحصول، مصدر سابق ،ج6 ،ص 61 -24.

-السبكي ،الابهاج في شرح المنهاج، مصدر سابق ،ج3 ،ص 254.

[4]-المراجع السابقة.

[5]-الشاطبي ،الموافقات في أصول الشريعة ،مرجع سابق ،ج5، ص 253-262.

- الغزالي محمد بن محمد، خير الدين الزركلي، الأعلام، مصدر سابق، ج5 ص118.

[6]- ابن قدامة ،عبد الله بن أحمد المقدسي أبو محمد (ت 620هـ) المغني ،مكتبة القاهرة (1388هـ)(1968)م ،ج10 ،ص 37.

- الحصكفي: محمد بن علي بن محمد الحصفكي، الدار المختار شرح تنوير الأبصار و جامع البحار، تحقيق عبد المنعم خليل إبراهيم، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى1423هـ-2002م،ج1 ص463.

- الحصفكي، الدار المختار ،ط2 ،دار الفكر ،بيروت 1386هـ ،ج5 ،ص 356.

القرضاوي :الاجتهاد في الشريعة الاسلامية ،مرجع سابق ،ص 63.

- العمري :الاجتهاد في الإسلام ،مرجع سابق ،ص 107.
- و يقول الاصوليين " إن العدالة شرط لقبول الفتوى و ليست شرطا لصحة الاجتهاد ،الغزالي :المستصفى، مصدر سابق، ج2، ص 350.

و هناك شرط لم يذكره الأصوليين في شروط المجتهد و هو معرفة المجتهد بالناس و الحياة و من حوله، و ذلك أنه لا يجتهد في فراغ بل في وقائع تنزل بالأفراد و المجتمعات من حوله ،فلابد للمجتهد أن يكون على حظ من المعرفة بأحوال عصره و ظروف مجتمعه ،و مشكلاته ...الخ فمعرفة الناس أصل عظيم يحتاج إليه المفتي و الحاكم و القاضي [1].

- **الفرع الثاني: شروط القاضي**

إن منصب القضاء من أهم و أخطر المناصب إذ أنه يشكل الركن الأساسي لتحقيق الأمن و الطمأنينة في أي مجتمع فالمجتمع القوى هو الذي يطمئن الناس فيه إلى أن حقوقهم مصانة و محفوظة.و أن أي اعتداء عليها يشكل بدوره اعتداء على أمن المجتمع و سلامته ،و بالتالي اعتداء على الدولة و سيادتها ،كما أن لكل إنسان أن يحصل على حقوقه غير منقوصة و أن يؤدي ما عليه من واجبات ،و من هنا جاءت أهمية القضاء في معرفة الحقوق و إيصالها إلى أصحابها .

أولا: شروط القاضي شرعا ليس من السهل القيام بمهمة القضاء، إذ لابد لمن يتصدى لها أن يكون مجتازا لما اشترطه العلماء من شروط تتمثل بالآتي:

1. **الإسلام** : اتفق الفقهاء على وجوب كون القاضي مسلما ،فلا يجوز أن يحكم كافر بين المسلمين ،أو في دعوى أحد أطرافها من المسلمين[2].

2. **العقل** :العقل شرط مجمع عليه بين الفقهاء ،لأنه مناط التكليف و لأن القضاء من باب الولاية بل هو أعظم الولايات ،و غير العاقل ليس أهلا لأي الولايات (و هي الشهادة) ،فلا يولي مختار النظر بكبر أو مرض أيضا ،أو أحمق خفيف العقل أو ناقصة[3].

---

[1]- القرضاوي ،المرجع السابق ،ص 60 ،ابن القيم : أعلام الموقعين ،ج4 ،199.

-ابن القيم الجوزية: محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد شمس الدين إعلام الموقعين عن رب العالمين، تحقيق محمد عبد السلام إبراهيم، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى -1411-1991، ج1، ص37.

[2]- الشافعي: أبو عبد الله محمد بن إدريس، الأم، دار المعرفة، بيروت، (د ط)، 1410هـ- 1990م، ج7، ص42.

- السرخسي :محمد بن أحمد بن أبي سهال شمس الأمة، المبسوط دار المعرفة- بيروت،(د-ط) 1414 هـ- 1993م، ج16، ص109.

- ابن العربي: القاضي محمد بن عبد الله أبو بكر، احكام القرآن راجع أصوله و خرج أحاديثه و علق عليهن محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الثالثة1421، 2003م،ج3، ص407.

- ابن فرجون: إبراهيم بن علي بن محمد(799هـ)، تبصيرة الحكام في أصول الأقضية و مناهج الأحكام، مكتبة الكليات الأزهرية، الطبعة الأولى، 1406هـ-1986من ج1، ص 26.- الكساني: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، مصدر سابق، ج7،ص3.

[3]- السرخسي، المبسوط، مصدر سابق، ج16 ،ص 109. -كشاف القناع، مصدر سابق ،ج6 ،ص 294.

- الخطاب، مواهب الجليل ،ج6 ، مصدر سابق، ص 87.

3. **البلوغ** : و هذا الشرط إذا اجتمع مع السابق كان الشخص مكلفا[1].

4.**الذكورة**: من المسائل الاجتهادية الخلافية اشتراط كون من يتولى القضاء ذكرا و ذهب العلماء في ذلك إلى ثلاثة مذاهب رئيسية من مجيز بإطلاق[2]إلى مجيز بقيود [3] إلى مانع بإطلاق[4]

5. **الحرية** :اشترط جماهير الفقهاء أن يكون من يتولى القضاء حرا لأن العبد ليس أهلا للشهادة ،و لأن منافعه مستحقة ليس فلا يجوز أن يصرفها للناظرين المسلمين[5].

6. **العدالة** :

إن تولية غير العادل لا تجوز و لا تنعقد مع وجود العادل في الناس و يأثم مقلدة و أحكامه مردودة و تصح تولية غير العادل للضرورة أو الحاجة لئلا تتعطل مصالح الناس ،و ذلك إذا لم يوجد في الناس من تتوافر فيه شروط القاضي و يقدم الأمثل و الأصلح[1].

-ابن فرحون: تبصرة الحكام، مصدر سابق ،ح1،ص 26.

[1]-المراجع السابقة.

[2]- يجوز تولي المرأة القضاء مطلقا ،فيجوز أن تكون قاضية حتى في الحدود و القصاص و ذهب إلى ذلك ابن جرير الطبري فيما ينسب إليه و ابن حزم الظاهري.

- ابن حجر العسقلاني، أحمد بن تعلي بن حجر، فتح الباري، شرح صحيح البخاري، رقمه محمد فؤاد عبد الباقي، قام بإخراجه و صححه محب الدين الخطيب، علق عليه عبد العزيز بن عبد الله بن باز، الدار المعرفة، بيروت، 1379هـ، ج8، ص128.

-ابن حزم الضاهري، أبو محمد علي بن احمد، المحلي بالآثار، دار الفكرن بيروت،(د ط) (د ت), ج8، ص527.

[3]- أنه تجوز ولاية المرأة القضاء فيما عدى حدود القصاص و ذهب إلى ذلك الحنفية و الإمام مالك في رواية عنه

-الزيلعي :عثمان بن علي بن محجن البارعي(743)، تبين الحقائق، شرح كنز الدقائق، المطبعة الكبرى الأمريكية- بولاق- القاهرة، الطبعة الأولى،1313ه (ثم صورتها دار الكتاب الاسلامي ط 2)، ج4، ص 187.

-الخطاب: مواهب الجليل، مصدر سابق ،ج6 ،ص 87.

[4]-لا يجوز تولي المرأة مطلقا للقضاء في أي نوع من أنواع القضايا بأسوء أكانت في قضايا الأموال أم الحدود و القصاص أم غير ذلك فذهب إلى ذلك المالكية إلا رواية عن ابن القاسم و الشافعية و الحنابلة.

-الماوردي: أبو الحسن علي بن محمد بن محمد بن حبيب البصرى(450ه) الأحكام السلطانية، دار الحديث- القاهرة ص 110.

-الخرشي، محمد بن عبد الله، (1101ه)، شرح مختصر خليل، دار الفكر للطباعة- بيروت، (د ط)(ر ت)، ج7، ص139 و ما بعدها.

-ابن قدامة، المغني، مصدر السابق، ج10، ص36.

[5]- الحطاب : مواهب الجليل، مصدر سابق ،ج6 ،ص 87.

-ابن فرحون :تبصرة الحكام، مصدر سابق ،ج1 ،ص 26.

- السرخسي ،المبسوط ، مصدر سابق ،ج16 ،ص 116.

- الكساني ،البدائع و الصنائع، مصدر سابق ،ج7 ،ص 3

- المرداوي : الإنصاف، مصدر سابق ،ج11 ،ص 176.

7. السلامة في السمع و البصر :

و هذا من الأمور المهمة ،و ذلك حتى يستطيع أن يميز المدعي من المدعى عليه و حتى يستطيع أن يرى تأثير سماع الشهود على وجه كل منهما ،لأن القاضي قد يستطيع التوصل إلى الحكم بالفراسة [2].

8. العلم بالأحكام الشرعية :

و علمه بما يشتمل على علم أصولها و الارتياض بفروعها ،و أصول الأحكام في الشرع أربعة : علمه بكتاب الله عز و جل و علومه ،و السنة المطهرة و علمها و الإجماع و القياس[3].

- **ثانيا: شروط القاضي قانونا:**

ولاية القضاء من أعلى الولايات قدرا وأجلها خطرا و أعزها مكانا و لقد أصبح مبدأ استقلال القضاء جزءا من الضمير الإنساني بحيث لم يعد من المقبول إنكاره بل أصبح مبدأ حتميا لتأمين العدالة و كفالة الحقوق و صون الحرمات.

- و من ثم كان القضاء سلطة من سلطات الدولة الثلاث، و ليس وظيفة من وظائفها، و أن يكون محايدا بعيدا، عن كل نزعة مذهبية أو عقائدية، و أن يكون القضاة متحررين من أي تدخل أو إشراف أو رقابة، هذا الوضع يفرض على القضاة التسامي عند النظر في المنازعات فوق المتخاصمين دون خوف أو ترهيب و التجرد من شوائب الهوى و الغرض.
- و من المؤكد أن خطورة الرسالة التي يصطلح بها القاضي و ثقل الأمانة التي بِديها تفرضان أن يكون اختياره قائما على شروط و ضوابط دقيقة و صارمة و التي تكلف للقضاة خيرة العناصر علما و مسلكا و أكثرها تأهيلا و استعداد لحمل أمانة العدالة و القيام بأعبائها و تبعاتها[1].

---

[1]- ناصر بركات ،محمود محمد ،السلطة التقديرية للقاضي في الفقه الإسلامي ،دار النفائس ،الأردن ،ط1 ،1427 هـ-2007 م ،ص 57.

-الحريري ،إبراهيم محمد ،القواعد و الضوابط الفقهية لنظام القضاء في الإسلام ،دار عمار ،الأردن ،ط1 ،1420هـ -1999م ،ص 38.

[2]-ابن قدامة ،المغني، مصدر سابق ،ج10 ،ص36.

- البهوتي :كشاف القناع، مصدر سابق ،ج6 ،ص 265 و ما بعدها.

-شمس الدين محمد بن أحمد الخطيب الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع ،دار المعرفة ،بيروت ،ج2 ،ص 627.

-البغوي ،أبي محمد الحسن بن مسعود بن محمد الفراء ،أدب القاضي ،(تحقيق ،إبراهية بن علي صندقجي) ،دار المنار ،ط1 ،1992 ،ص 116.

[3]- الحريري، القواعد و الضوابط الفقهية لنظام القضاء في الإسلام ،مرجع سابق ،ص 38.

- إذا كان أعضاء السلطة التشريعية يختارون عادة بطريق الانتخاب، وأعضاء السلطة التنفيذية بطريقة التعيين فإن التشريعات اختلفت حول اختيار السلطة القضائية، و لكن في الغالب و الأعم يمكن رد هذه الاختلافات حول طرق اختيار القاضي إلى طريقين أو نظامين كبيرين هما:[2] طريقة الانتخاب–طريقة التعيين.
- فلقد آخذت بعض التشريعات بمبدأ اختيار القضاة عن طريق الانتخاب العام و ذلك حرصا على استقلالهم عن السلطة التنفيذية و تماشيا مع مبدأ أن الشعب هو وحده مصدر جميع السلطات، و لا شك أن لهذه القاعدة في اختيار القضاة عيوبا كثيرة [3]،لهذا أخذت معظم الدول و منها الجزائر بمبدأ التعين بالنسبة للقضاة عامة، و يتم تعيين القاضي من قبل السلطة التنفيذية ممثلة في شخص رئيس الدولة لكونه ممثلا للشعب.

القضاة هم بالدرجة الأولى من يساهمون أساسا في تسيير مرفق القضاء بتقديم الخدمات للمتقاضين سوآءا كانت هذه الخدمة تتعلق بالأوامر الولائية أو بالفصل في الخصومات القضائية المعروضة عليهم حسب الاختصاص المحدد قانونا، و بموجب ذلك كل من يتولى منصبا في القضاء أو يحتل مركزا قانونيا يعتبر قاضيا، إذا نصت المادة 02 من القانون 04-11 المتعلق بالقانون الأساسي للقضاء المؤرخ في 06 سبتمبر 2004 على ذلك[4]

1– تعيين القضاة:

---

[1] حسين طاهري، التنظيم القضائي الجزائري(منذ الاستقلال إلى يومنا هذا و من وحدة القضاء الى ازدواجيته مع التعديلات الأخيرة المدخلة عليه)، دار هومة، الجزائر، ط2، 2008، ص53.

[2] أبو غابة، خالد عبد العظيم، طرق اختيار القضاة(دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية و التشريعات الوضعية)، دار الكتب القانونية، مصر، 2009، ص92.

[3] إ ن الاعتماد في تعيين القضاة بطريق الانتخاب المباشر أو عن طريق الهيئة التشريعية أو عن السلطة القضائية تنتج عنه مساوئ تحول دون تحقيق الغرض المقصود من وظيفة القضاء إذ يستلزم أن يكون تولي المنصب لمدة معينة، كما انه يستلزم إعادة انتخاب القضاة مما يجعل القاضي يعمل لصالح الناخبين لضمان تجديد انتخابه، أما انتخاب السلطة التشريعية للقاضي فمن شأنه أن يجعله في قبضتها و بالتالي يؤثر على استقلال القضاء، أما التقليد من قبل السلطة القضائية ففيه إمكانية تغليب المصالح الشخصية أو احتكار منصب القاضي أو توريثه و في هذا هدم لمبدأ الحياة و الاستقلال.

–انظر، أبو غابة، خالد عبد العظيم، طرق اختيار القضاة، المرجع السابق، ص97.

[4] – خليل بوصنبورة، الوسيط في شرح قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، نوميديا للطباعة و النشر و التوزيع، قسنطينة، 2010، ج1، ص38.

يعين القاضي بموجب مرسوم رئاسي بناءا على اقتراح من وزير العدل و بعد مداومة المجلس الأعلى للقضاء[1].

نصت المادة 04 من القانون 04-11 على أنه" يؤدي القضاة عند تعيينهم الأول و قبل توليهم وظائفهم اليمين التالية: " أقسم بالله العلي العظيم أن أقوم بمهمتي بعناية و إخلاص، وأن أحكم وفقا لمبادئ الشرعية و المساواة و أن أكتم سر المداولات و أن أسلك في كل الظروف سلوك القاضي النزيه و الوفي لمبادئ العدالة و الله على ما أقوله شهيد".

-تؤدى اليمين أمام المجلس القائي الذي عين القاضي في دائرة اختصاصه بالنسبة إلى قضاة النظام القضائي العادي.

- يحرر في كل الأحوال محضر أداء اليمين.

- ينصب القضاة في وظائفهم أثناء جلسة احتفالية تعقدها الجهة القضائية التي يعينون فيها، و يحرر محضر تنصيبهم.

- يمسك لكل قاض ملف إداري خاص به، يشمل على الخصوص المستندات المتعلقة بحالته المدنية ووضعيته العائلية و الوثائق المتعلقة بمساره المهني.

- يمسك رؤساء النيابة العامة و محافظو الدولة ملفات القضاة الذين هم تحت سلطتهم[2].

- **2- واجبات القضاة:**

تناول المشرع الجزائري واجبات القضاة في القانون العضوي رقم 04-11 المتضمن القانون الأساسي للقضاء و ذلك في المواد من 07 إلى 25 المتمثلة فيما يلي:

على القاضي أن يلتزم في كل الظروف بواجب التحفظ و اتقاء الشبهات و السلوكات الماسة بحياده و استقلاليته، و على القاضي أن يصدر أحكامه طبقا للمبادئ الشرعية و المساواة، و لا يخضع في ذلك إلا للقانون، و أن يحرص على حماية المصلحة العليا للمجتمع، و يجب على القاضي أن يعطي العناية الازمة لعمله، وأن يتحلى بالإخلاص و العدل، و أن يسلك سلوك القاضي النزيه و الوفي لمبادئ العدالة و يجب عليه أن يفصل في القضايا المعروضة عليه في أحسن الآجال مع سرية المداولات و ألا يطلع أيا كان على معلومات تتعلق بالملفات القضائية، إلا إذا نص القانون صراحة على خلاف ذلك.

[1] -طاهري حسين، التنظيم القضائي الجزائري، الطبعة الثانية، دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع، الجزائر، 2008، ص55.

[2] - قانون عضوي رقم 04-11، متضمن القانون الأساسي للقضاء، مرجع سابق.

يمنع على القاضي القيام بأي عمل فردي أو جماعي من شأنه أن يؤدي إلى وقف أو عرقلة سير العمل القضائي أو المشاركة في أي إضراب أو التحريض عليه.

يجب عبى القاضي المنتمي إلى أية جمعية، أن يصرح إلى وزير العدل بذلك ليتمكن هذا الأخير عند الاقتضاء من اتخاذ التدابير الضرورية للمحافظة على استقلالية القضاء[1].

يمنع على القاضي الانتماء إلى أي حزب سياسي، أو ممارسة أي وظيفة أخرى عمومية كانت أم خاصة تحقق ربحا، إلا أنه بإمكانه ممارسة التعليم بترخيص من وزير العدل، و يمنع على كل قاض أن يملك في مؤسسة بنفسه أو بواسطة الغير تحت أي تسمية، مصالح يمكن أن تشكل عائقا للممارسة الطبيعية لمهامه، أو تمس باستقلالية القضاء بصفة عامة.

لا يمكن أن يعمل القاضي بالجهة القضائية التي يوجد بدائرة اختصاصها مكتب زوجه الذي يمارس مهنة المحاماة، و إذا كان زوج القاضي يمارس نشاطا خاصا يدر ربحان وجب على القاضي التصريح بذلك لوزير العدل ليتخذ عند الاقتضاء التدابير اللازمة للحفاظ على استقلالية القضاء و كرامة المهنة.

يجب على القاضي أن يتقيد في كل الظروف سلوك يليق بشرف و كرامة مهنته.

يكتتب القاضي وجوبا تصريحا بممتلكاته و يجدد وجوبا التصريح كل خمسة سنوات، و عند كل تعيين في وظيفة نوعية[2].

ثالثا: حقوق القضاة:

وفقا للنظام الأساسي للقضاء، فإن القضاة يتمتعون أثناء ممارستهم الحرة لرسالتهم في خدمة الشعب، بحماية ضد كل تدخل في عملهم، و قد تكررت هذه الفكرة،[3] في دستور 2020حيث نصت المادة 172 على أن " تحمي الدولة القاضي وتجعله في منأى عن الاحتياج .يحدد قانون عضوي كيفيات تطبيق هذه المادة. "[4] و قد تضمن القانون العضوي رقم 04-11 أحكاما جديدة تستجيب

[1] – طاهري حسين، التنظيم القضائي للجزائر، مرجع سابق ، ص57.

[2] – حمدي باشا عمر، مجمع النصوص التي تحكم جهاز القضاء، الطبعة الثانية، دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع، الجزائر، 2008، ص 14-5.

[3] أحمد محيو، المنازعات الإدارية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1992، ص63

[4] – دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، الجريدة الرسمية للجمهوريّة الجزائريّة / العدد 82جريدة رسمية المؤرخة في 5 جمادى الأولى عام 1442 هـ الموافق ل 30 ديسمبر سنة2020 .

لتوصيات اللجنة الوطنية لإصلاح العدالة و التي من شانها إعطاء القاضي المكانة اللائقة به و تدعيم استقلاليته، و منها:

- الحماية من كل أشكال الضغوطات التي قد تمارس ضده أثناء تأدية مهامه.
- ضمان حق الاستقرار لقاضي الحكم، إذ لا يجوز نقله دون موافقته إلا من طرف المجلس الأعلى للقضاء خلال الحركة السنوية للقضاء في حالة ضرورة المصلحة و حسن سيرة العدالة.
- تقاضي راتب مقبول يحسن مستواه المعيشي و يجعله في منأى عن الحاجة و المغريات مع توفير سكن وظيفي.
- إحداث إطار أحسن لمتابعة المسار الوظيفي و تقرير نظام تقاعد مقبول بالموازاة مع الإطارات السامية للدولة[1].
- يتعين على الدولة أن تقوم بحماية القاضي من التهديدات أو السب أو القذف أو الاعتداءات أي كانت طبيعتها التي يمكن أن يتعرض لها أثناء قيامه بوظائفه، و تقوم الدولة بتعويض الضرر المباشر الناتج عن ذلك.
- لا يكون القاضي مسؤولا إلا عن خطئه الشخصي.
- يتمتع القاضي بالحق في العطل وفقا للتشريع المعمول به[2].
-

- **الفرع الثالث: هل يشترط أن يكون القاضي مجتهدا؟**

إن الشروط التي اشترطها الفقهاء في المجتهد تنطبق إلى حد كبير على الشروط التي اشترطوها في القاضي فهل نستطيع القول إن القاضي في الشريعة الإسلامية ينبغي أن يكون مجتهدا ؟و بالتالي ينبغي أن تتوافر فيه شروط الاجتهاد أم ينبغي أن يكون مقلدًا ؟

القول الأول:

1. ذهب جمهور العلماء من الحنابلة و الشافعية و المالكية في المشهور عندهم و الحنفية في غير الصحيح عندهم إلى اشتراط العلم فيمن يتولى القضاء[3]و غالبا ما يعبرون عن

[1] – آيت أودية بوجمعة، الندوة الوطنية حول إصلاح العدالة، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 2005، ص158-159.

[2] – حمدي باشا عمر، مجمخ النصوص التي تحكم القضاء، مرجع سابق، ص17-18.

[3]–البهوتي، كشاف القناع، مصدر سابق ،ج6 ،ص 295.– الماوردي :الاحكام السلطانية، مصدر سابق ،ص 112-113.

هذا الشرط بالاجتهاد فالقاضي و يصرع المالكية بأن شرط صحة التولية هو العلم أما الاجتهاد فهو واجب إن وجد أهله[1]و المراد هنا الاجتهاد المطلق.

القول الثاني:

2. الصحيح عند الحنفية أن الاجتهاد شرط كمال و أولوية[2]و لكن إن وليّ السلطان رجلا غير مجتهد مع وجود المجتهد حرم عليه ذلك و وافق الحنفية بعض المالكية منهم ابن رشد[3].

إن قضية اشتراط كون القاضي مجتهدا حتى يتولى القضاء ربما كان ذلك قديما عند توفر المجتهدين[4] –أما في هذا الزمان–مع ندرة وجود المجتهد ،فإن اشتراط مثل هذا الشرط يؤدي إلى ترك منصب القضاء شاغرا لقلة وجود من يشغله ،مما يؤدي بدوره إلى ضياع الحقوق.

و بالوقت نفسه فإن ترك المجال للجاهل بأن يتولى القضاء يؤدي –أيضا– إلى عدم معرفة صاحب الحق ،الأمر الذي يؤدي بدوره إلى ضياع الحقوق و انتشار الفوضى.

و لذلك فإن الرأي الذي يقضي بالتفريق بين وجود المجتهد و عدم وجوده هو الرأي الاقرب إلى الصواب الذي يتماشى مع الواقع ،و الله أعلم[5]*.

❖ المبحث الثاني :مجالات الاجتهاد

إن مجال الاجتهاد يختلف تبعا للوقائع المعروضة على القضاء فيما إذا ورد فيها نص تشريعي أو لم يرد فيها نص.

---

[1]– الخطاب :مواهب الجليل، مصدر سابق ،ج6 ،ص 88–89.

– الدسوقي ، محمد بن أحمد بن عرفة، الشرح الكبير للشيخ الدردير و حاشية الدسوقي، دار الفكر، (د ط)، ج4، 129.

[2]– الكساني :بدائع الصنائع، مصدر سابق، ج7 ،ص 3.–ابن الهمام :فتح القدير، مصدر سابق، ج7 ،ص 253.

[3]–الحطاب :مواهب الجليل ،ج6، مصدر سابق، ص 88–89.

–الدسوقي :على الشرح الكبير ،ج4، مصدر سابق، ص 129.

[44] –: فإذا عرض رئيس الدولة أمن له سلطة تعيين القضاة على الشخص قبول القضاء كان واجبا عليه ذلك إذا كان من أهل الجتهاد أي له القدرة على استنباط الأحكام الشرعية العملية من أدلتها التفصيلية، أو من أهل العلم و العدالة و لا يوجد قاض في البلد.

– محمد رأفت عثمان، النظام القضائي في الفقه الإسلامي، دار البيان، الطبعة الثانية، 1415هـ–1994م.ص29.

[5]– ابن الهمام :شرح فتح القدير ،ج7 ،ص 253.

–مرسي ،فاروق عبد العليم ،القضاء في الشريعة الإسلامية (حكمه و شروطه و آدابه) دراسة مقارنة ،عالم المعرفة ،جدة ،ط1 ،1405هـ– 1985م ،ص 188.

*لتفصيل حول اشتراط كون القاضي مجتهدا أو يكفي فيه أن يكون مقلدا أنظر بركات ،محمد محمد ناصر :السلطة التقديرية للقاضي في الفقه الإسلامي ،مرجع سابق ،ص 59 و ما بعدها.

الأصل في سلطة القاضي تقييده بالنص القانوني و إطلاقها فيه إذا لم يرد فيه نص قانوني صريح ، و عليه فقد يجتهد إما من خلال النصوص التشريعية التي يلتزم تطبيقها أو من خارج هذه النصوص فعند تطبيق النصوص التشريعية يضطر القاض إلى أن يجتهد في حالتين أساسيتين[1]

- عند غموض النص أو إبهامه من جهة .

-و عند النقص في النص أو سكوته عن بعض المسائل من جهة ثانية. و هناك مجالات لا يسوغ فيها الاجتهادو سنحاول التطرق اليها فيما يلي.

-كما أنه يجتهد في حالة عدم وجود النص، و هذه هي المجالات التي يسوغ فيه الاجتهاد.

➢ المطلب الأول :ما لا يسوغ فيه الإجتهاد

من المباحث الهامة في موضوع الاجتهاد ما يسمى بمجال الاجتهاد و هو ما يسوغ فيه الاجتهاد، و ما لا يسوغ فيه الاجتهاد.و لقد وردت الكثير من الأحكام التي ليس فيها مجال للاجتهاد إلا في نطاق ضيق و محدود، و يمكن لنا أن نتناول تلك الأحكام على النحو التالي:

أولا :المعلوم من الدين بالضرورة

لا يحوز الاجتهاد فيما علم من دين الله تعالى بالضرورة ،كوجوب الصلوات المفروضة و الزكوات الواجبة و تحريم الزنا و اللواط و شرب الخمر و غير ذلك بل إن أهل العلم قد كفروا و من تعمد الحكم بما يخالفها ،و اعتبروا الحكم بما يناقضها تكذيبا لله و رسوله ،قال الشيرازي[2]:" فمن خالف في شيئ من ذلك بعد العلم فهو كافر لأن ذلك معلوم من دين الله تعالى ضرورة فمن خالف فيه فقد كذّب الله تعالى و رسوله- صلى الله عليه و سلم –في خبرهما فحكم بكفره"[3].

ثانيا :الاجتهاد فيما ورد فيه نص

فلا يجوز الاجتهاد في مورد النص بمعنى يحرم القضاء و الإفتاء بما يخالف النص ،و النص قد يكون قطعيا و قد يكون ظنيا ،فالأحكام التي وردت بشأنها نصوص قطعية الثبوت و الدلالة ،بحيث لا

---

[1]- عمار بوضياف، المدخل إلى العلوم القانونية، دار جسور للنشر و التوزيع ، الجزائر، ط3، 1428هـ- 2007م، ص181 و ما بعدها.

[2]- الشيرازي ،أبو إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الفيروز أبادي ،العلامة المناظر ،ولد في فيروز أباد (في إيران حاليا) سنة 393هـ-1003م ،و مات ببغداد سنة 476هـ -1083م ،و صلى عليه المقتدي العباسي الزركلي ،الاعلام ،ج1 ،ص 51.

[3]- الشيرازي ،أبو إسحاق إبراهيم علي ،(ت476) ،اللمع في أصول الفقه ،تحقيق محي الدين مستو و يوسف على بدوي ،دار الكلم الطيب ،ابن كثير ،دمشق ،ط1 ،1416هـ -1995م ،ص 259.

تحتمل تأويلا و لا تفسيرا ،و لا شكا و هي ثابتة لا تتغير بتغير الأزمنة أو الأمكنة ،و لا يتصور أن يكون هناك اختلاف بشأنها ،أو أن يحدث فيها ،اجتهادا[1] .

و من أمثلة هذه النصوص – على سبيل المثال لا الحصر- ما جاء في قوله تعالى في شأن الزاني غير المحصن :" ﴿ٱلزَّانِيَةُ وَٱلزَّانِي فَٱجۡلِدُواْ كُلَّ وَٰحِدٖ مِّنۡهُمَا مِاْئَةَ جَلۡدَةٖۖ﴾"[2] .فهل يبقى بعد هذا النص القرآني مجال تحديد عدد الجلدات.

ثالثا :القواعد الكلية في الشريعة

إن القواعد التي جاءت بها الشريعة ،و التي غالبا ما تعرف إما بنص صريح أو بطريق الاستقراء ،بحيث يحصل من مجموع أدلة جزئية ،دليل كلي يدل دلالة قطعية على المعنى المراد من هذه القاعدة.

فعلى سبيل المثال لا مجال للاجتهاد في حكم إيقاع الضرر بالغير ،بناءا على قاعدة " لا ضرر و لا ضرار".و كذلك فإن خُلُق الصدق و العدل و الإخلاص... دلت عليها أدلة جزئية ،جعلتها ترتفع إلى مراتب القواعد الكلية التي لا ينبغي الاجتهاد في حكمها.

فليس لقائل أن يقول أريد أن أجتهد في خُلُق الصدق من حيث أن الصدق ليس خلقا حميدا ،أو هو خلق ذميم ،فلو قال ذلك شخص ما لقيل عنه أنه مجنون ،و لو قال شخص آخر إن العدل ليس مطلوبا تحقيقه لأنه يؤدي إلى ظلم فئة قليلة من المجتمع لكان واضحا أن هذا يزن الأمور بغير موازينها[3].

رابعا :المسائل المجمع عليها

لا مجال للاجتهاد في الأمور التي انعقد عليها الإجماع ،و التي أصبحت في حكم مادل عليه ،نص قطعي الثبوت و الدلالة ،فالإجماع عندما يحصل على حكم حادثة يصبح نصا ،يقول الشيرازي[4]..." ما لم يعلم من دين الرسول عليه السلام ضرورة كالأحكام التي تثبت بإجماع الصحابة و فقهاء

---

[1]- الرازي :المحصول في علم الأصول ،مصدر سابق ،ج6 ،ص 27.

-الشيرازي :اللمع في أصول الفقه، مصدر سابق، ص 129.

- الآمدي :الأحكام في أصول الاحكام مصدر سابق،ج4 ،ص 184.

- الشوكاني :إرشاد الفحول ،مصدر سابق ،ج2 ،ص 335.

- الغزالي ،المستصفى في علم الأصول ،مصدر سابق ،ج2 ،ص 354.

-الشاطبي : إبراهيم بن موسى اللخمي الغرناطي المالكي أبي إسحاف (ن 790هـ) 1415 هـ-1994م ،ج4 ،ص 155.

[2]- سورة النور الآية 02.

[3]- الدسوقي ،محمد ،الاجتهاد و التقليد في الشريعة الإسلامية ،دار الثقافة ،قطر ،الدوحة ،ط1 ،1470هـ -1987 م ،ص 81.س

[4]- الشيرازي : الشيرازي ،أبو إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الفيروز أبادي ،العلامة المناظر ،ولد في فيروز أباد (بفارس) سنة 393هـ-1003م انتقل الى شيراز ثم إلى البصرة ثم إلى بغداد ،نبغ في الشريعة و قوة الحجة ،أصبح مفتي الأمة في عصره ،بنى له العزيز

الأمصار ،و لكنها لم تعلم من دين الرسول عليه السلام ضرورة ،فالحق من ذلك واحد ،و هو ما أجمع الناس عليه ،فمن خالف في شيء من ذلك بعد العلم به فهو فاسق"[1].

➢ المطلب الثاني :ما يسوغ فيه الاجتهاد

إن مجالات الاجتهاد متعددة و فيما يأتي بيان لهذه المجالات

أولا: الاجتهاد فيما لا نص فيه

إن من أهم مجالات الاجتهاد ،الاجتهاد فيما لا نص فيه ،لأن مما هو مقرر أن الإسلام نظام حياة متكامل ،صالح للتطبيق في كل زمان و مكان ،و لما كانت نصوص القرآن الكريم ،و نصوص السنة النبوية محدودة ،و كانت الوقائع و الحوادث غير محدودة ،و لهذا فإن الشريعة الإسلامية قد اعتبرت مصادر أخرى للاستنباط غير النص فاعتبرت الإجماع و القياس و العرف و الاستحسان و الاستصحاب والاستصلاح و غيرها من المصادر ،كما اشتملت نصوص القرآن و السنة على مجموعة من المبادئ و القواعد العامة التي يمكن للمجتهد أن يرجع لها في استنباط الاحكام للمستجدات التي تستجد ،و النوازل التي تنزل[2].

يقول الشاطبي [3]:...فلأن الوقائع في الوجود لا تنحصر ،فلابد من حدوث وقائع لا تكون منصوصا على حكمها ،و لا يوجد للأولين فيها اجتهاد ،و عند ذلك ،فإما أن يترك الناس فيما مع أهوائهم ،أو ينظر فيما بغير اجتهاد شرعي ،و هو أيضا اتباع للهوى ،و ذلك كله فساد...،فإذا لابد من

نظام الملك المدرسة النظامية ،فأدارها و درس فيها ،له تصاريف كثيرة منها ،" التنمية " و " المهذب " و التبصرة" و :اللمع: و المعونة في الجدل ،توفي في بغداد سنة 476هـ - 1083م.

- الزركلي ،الأعلام، مصدر سابق، ط4 ،ج1 ،ص 51.

[1]- الشيرازي ،اللمع، مصدر سابق، ص 129.

-السوية، عبد المجيد محمد ،دراسات في الاجتهاد و فهم النصوص ،دار البشائر الإسلامية ،ط1 ،2005 ،ص 35.

[2]- أبو البصل ،عبد الناصر ،المدخل إلى فئة النوازل ،منشور في مجلة أبحاث اليرموك سلسلة العلوم الإنسانية و الاجتماعية ،المجلد 13 عدد (أ) ،1997 ،ص 125.

[3]- الشاطبي ،إبراهيم بن موسى اللحمي الغرناطي أصولي حافظ ،من أهل غرناطة ،كان من أئمة المالكية ،توفي سنة 790هـ -1388م ،الزركلي ،الأعلام، مصدر سابق ،ج3،ص 172.

الاجتهاد في كل زمان لأن الوقائع المفروضة لا تختص بزمان دون زمان "[1].و يعتبر حديث معاذ ابن حبل[2]- رضي الله عنه- خير دليل على مشروعية الاجتهاد القضائي فيما لا نص فيه [3].

كما دل على مشروعية الاجتهاد فيما لا نص فيه ما رواه البخاري[4]عن عمر ابن العاص[5] أنه سمع رسول الله صلى الله عليه و سلم يقول :" إذا حكم الحاكم فاجتهد ثم أصاب فله أجران و إذا حكم فاجتهد ثم أخطأ فله أجر"[6].

و اجتهاد الحاكم إنما يكون في المسائل التي تعرض عليه سواء أكانت جديدة م تقع من قبل أو وقعت و تكررت، و بذلك يكون الاجتهاد شاملا لمسألة لم يكون لأحد من العلماء السابقين فيها قول أو فتوى[7].

ثانيا: الاجتهاد فيما فيه نص ظني

تقدم أنه لا مجال للاجتهاد في موضع النص القطعي، و أما النص الظني فيجوز الاجتهاد فيه سواء أكانت الظنية في ثبوته أم في دلالته[8].و من هذا نجد المواضيع التي فيها مجال للاجتهاد فيما يلي :

1. الأحكام التي دلت عليها نصوص ظنية الدلالة قطعية الثبوت:

---

[1]-الشابطي ، إبراهيم بن موسى اللخمي الغرناطي المالكي (792ه) ،الموافقات في أصول الفقه تحقيق عبد الله دراز،دار الفكر ،بيروت ،م4 ،ج4 ،ص 55.

[2]- معاذ ابن جبل بن عمر و بن أوس الانصاري الخزرجي ،أبو عبيدة الرحمن ،كأن أعلم الأمة بالحلال و الحرام ،ولد سنة 20 ق.ه/603م ،و توفي في غور الأردن سنة 18 ه -639م - الزركلي ،الأعلام، مصدر سابق ،ج7 ،ص 258.

[3]- سبق تخريجه انظر الرسالة

[4] -البخاري ،محمد بن إسماعيل بن المغيرة ،أبو عبد الله ،حبر الإسلام و الحافظ لحديث رسول الله ،صاحب الجامع الصحيح ،ولدة في بخار سنة 134ه/810م ،و توفي في خرنتك من قرى سمرقندسة سنة 256ه /870م.- الزركلي ،الاعلام ،ج6 ،ص 34.

[5]- عمر ابن العاص بن وائل السهمي ،أبو عبد الله ،فاتح مصر و أحد عظماء العرب و دهاتهم ،و أولى الرأي فيهم ،ولد سنة 50 قبل الهجرة -574م ،أسلم في هدنة الحديبية ،و توفي في مصر سنة 423ه/664م ،الزركلي ،الأعلام، مصدر سابق، ج5 ،ص 79.

[6]- رواه البخاري، البخاري، محمد ابن إسماعيل (ت256ه) صحيح البخاري ترقيم و ترتيب محمد فؤاد عبد الباقي ،دار الفجر للتراث -القاهرة ،1433ه/2012 م ،كتاب الاعتصام بالكتاب و السنة ،باب أجر الحاكم إذا اجتهد أصاب أو أخطأ، رقم الحديث 7352، ص1231 .

[7]- أبو بصل ،المدخل الى فقه النوازل ،المرجع السابق ،ص 125.

[8]- الآمدي، الإحكام ،مصدر سابق ،ج4، ص 143

-الغزالي، المستصفى ،مصدر سابق ،ج2، ص 354

-الشيرازي ،اللمع في أصول الفقه، مصدر سابق، ص 259.

و من أمثلة هذا النوع النصوص القرآنية التي تكون دلالتها ظنية و من ذلك ،قوله تعالى :"﴿حُرِّمَتۡ عَلَيۡكُمۡ أُمَّهَٰتُكُمۡ وَبَنَاتُكُمۡ وَأَخَوَٰتُكُمۡ وَعَمَّٰتُكُمۡ وَخَٰلَٰتُكُمۡ وَبَنَاتُ ٱلۡأَخِ وَبَنَاتُ ٱلۡأُخۡتِ وَأُمَّهَٰتُكُمُ ٱلَّٰتِيٓ أَرۡضَعۡنَكُمۡ وَأَخَوَٰتُكُم مِّنَ ٱلرَّضَٰعَةِ﴾"[1].

فهذه الآية الكريمة قطعية من حيث ثبوتها و لا مجال للاجتهاد في إثبات أو نفي سندها ،إلا أن دلاتها على مقدار الرضاع المحرم دلالة ظنية إذ أنها أحقت التحريم بالرضاع بالتحريم بالنسب ،و لكن لم تبين الآية مقدار الرضاع المحرم...فهل هو مطلق الرضاع؟ أم رضعه واحدة؟ أم غير ذلك؟ و من أجل ذلك كانت دلالتها على هذا التحريم دلالة ظنية تحتاج الى اجتهاد يبين عدد الرضعات المطلوبة للحرمة[2].

2. الأحكام التي دلت عليها نصوص قطعية الدلالية ظنية الثبوت:

و مثال هذه الأحكام قوله صلى الله عليه و سلم " من كل خمس شاة"[3].فهذا الحديث شريف يدل دلالة قاطعة على معنى واحد لا يحتمل غيره و هو أنه إذا بلغت الإبل خمسا فإن عليها زكاة شاه ،و لكنه من حيث الثبوت، فهو ظني.

3.الأحكام التي دلت عليها نصوص ظنية في دلاتها و ثبوتها:

و هذه الأحكام تعتبر مجالا خصبا للاجتهاد، و من الأمثلة على هذا النوع ،قوله صلى الله عليه وسلم:" لا صلاة لمن يقرأ بفاتحة الكتاب" فهذا الحديث يعتبر ظنيا في ثبوته لأنه لم ينقل توارتا ... و

---

[1]- سورة النساء الآية 23.

[2] -الدسوقي ،الاجتهاد و التقليد في الشريعة الإسلامية، مصدر سابق ،ص 78 و ما بعدها.

- الشيقيرات صالح خالد صالح الاجتهاد القضائي منها لا نص فيه فتطبيقاته في الشريعة و القانون أطروحة دكتوراه تحت إشراف العبد خليل أبو عبيد ، ص 78.

[3]- رواة البخاري في صحيحه، كتاب الزكاة ،بالحديث رقم 1454 ،ص 238.

إنما [1]نقل بطريق الأحاد[2]كما أنه ظني في دلالته من حيث إمكانية دلالته على أحد المعنيين و هما:-لا صلاة صحيحة أو مقبولة إلا بفاتحة الكتاب ،أو –لا صلاة كاملة إلا بفاتحة الكتاب[3].

ثالثا : الاجتهاد في التطبيق

كما يكون الاجتهاد في البحث عن الحكم فيما لا نص فيه، و فيما فيه نص ظني في التعرف على المعنى المراد، يكون أيضا فيما فيه نص قطعي ،و ذلك بتطبيق نصوص القانون على الوقائع ،سواء أكانت دلالة النص قطعية أم كانت ظنية، و لهذا فهو أحد شقي الاجتهاد ،[4]يقول الشاطبي :" الاجتهاد على ضربين أحدهما ،لا يمكن أن ينقطع حتى ينقطع أصل التكليف و ذلك عند قيام الساعة ،و الثاني يمكن أن ينقطع قبل فناء الدنيا ،فأما الأول فهو الاجتهاد المتعلق بتحقيق المناط[5]و هو الذي لا خلاف بين الامة في قبوله ،و معناه أن يكتب الحكم بمدركه الشرعي ،لكن يبقى النظر في تعيين محله[6].و على هذا المنوال سار أبو زهرة[7]في تقسيمه الاجتهاد إلى قسمين ،أحدهما :الاجتهاد في الاستنباط و الثاني الاجتهاد في التطبيق ،و قال :" و القسم الثاني : اتفق الفقهاء على أنه لا يخلوا منه عصر من العصور ،و هؤلاء هم علماء التخريج و تطبيق العلل المستبطنة ،على الأفعال ،الجزئية فعملهم على هذا هو تطبيق ما

---

[1]- رواه الترميذي في سنة باب ما جاء أنه لا صلاة إلا بفاتحة الكتاب ،و رقم 247 و قال حديث حسن صحيح و العمل عليه عند أكثر أهل الحكم ،الترميذي ،الجامع الصحيح، مصدر سابق، ج1 ،ص330.- الترميذي، محمد بن عيسى(279ه)، سنن الترميذي، تحقيق بشار عوادا، معوف ، دار الغرب افسلامي، بيروت، 1998، ج1، ص330.

-رواه البيهقي أحمد بن حسين بن علي في السن الكبرى ،باب فرض القراءة في كل بكر(ت 458ه) سنن البيهقي الكبرى ،تحقيق محمد عبد القادر عطاط، 1424ه-2003م ،دار الكتب العلمية ،بيروت، ج2 ،ص 56 ،و اللفظ للترميذي.

[2]- الحديث المتوارث :" ما رواه جمع تحيل العادة تواطئهم على الكذب ،عن مثلهم من أول السند الى منتهاه على أن لا يحتل هذا الجمع في أي طبقة من طبقات السند"

-الخطيب محمد عجاج ،أصول الحديث (علومه و مصطلحه) دار الفكر بيروت، ط4، 1404ه/1981م ،ص 301.

[3]- الشيقرات صالح ،الاجتهاد القضائي فيما لا نص فيه ،باب زكاة الغنم ،الحديث رقم 1454 ،ص 23

[4]- العجلوني : قواعد تفسير النصوص ،المرجع السابق ،ص 35.

[5]- تحقيق المناط عند الاصوليين ،أن يقع الاتفاق على علّيه وصف ينص أو اجماع ،فيجتهد الناظر في وجوهه في صورة النوزاع التي خفى فيها وجود العلة ،كتحقيق أن النباش سارق ،فالوصف و هو السرقة علم أنه مناط الحكم ،و بقي النظر في تحقيق وجوده في هذه الصورة ،الآمدي، في أصول ، مصدر سابق، الأحكام ،ج3 ،ص 302.

[6]- الشاطبي ،الموافقات ،مصدر سابق ،ج4 ،ص 47.

[7]- أبو زهرة ،محمد بن أحمد ،من أكبر علماء الشريعة في عصره ،ولد في المحلة الكبرى بمصر ،سنة 1316ه/1898م ،و توفي في القاهرة سنة 1394ه -1974م ،و له أربعون مصنفا ،الزركلي، مصدر سابق ،الأعلام ،ج6 ،ص 25-26.

استنبطه السابقون ،و بهذا التطبيق تتبين أحكام المسائل التي لم يعرف للسابقين أصحاب الرتبة من الاجتهاد رأي فيها"[1].

و يقول الشاطبي في أهمية الاجتهاد في تطبيق الأحكام "فالحاصل أنه لابد منه بالنسبة إلى كل ناظر و حكم و مفت"[2].

و من الأمثلة التي تبين منها أهمية الاجتهاد في التطبيق عمل القاضي في الفصل بين الخصومات الذي يكون من خلال تطبيق نصوص القانون ،و لهذا فدور القاضي يكون في تطبيق القانون في مختلف القضايا المتنازع فيها ،و خلال هذه الواقعة محل النزاع يتناولها النص أم لا [3].

و اشهر الامثلة في قانون الأسرة الجزائري فرض نفقة الزوجة يحتاج إلى النظر في حال المنفق و المنفق عليه و حال الوقت. و قد نصت المادة 79 من ق. أ. ج :" يراعي القاضي في تقدير النفقة حال الطرفين ،و ظروف المعاش ،و لا تراجع تقدير قبل مضي سنة من الحكم".

فمن تحليل هذا النص يتبين لنا أنه للقاضي السلطة التقديرية و الاجتهاد لتحديد النفقة استنادا لمعايير المذكورة أعلاه في نص المادة و هذا ما يترك المجال مفتوحا أما القاضي لتقدير النفقة و تختلف باختلاف حال الزوجين.

- **الفرع الثاني: ما فيه مجال للاجتهاد في القانون:**

إن ما فيه مجال الاجتهاد في القانون يمكن الحديث عنه من ناحيتين ،ناحية الاجتهاد فيما فيه نص ،و من ناحية الاجتهاد فيما لا نص فيه.

أولا:الاجتهاد فيما فيه نص في القانون

ليست النصوص التشريعية واضحة الدلالة و صريحة بحيث لا يمكن الاجتهاد فيما إذ أن بعض ألفاظ النصوص التشريعية جاءت مطلقة تحتاج إلى تقييد و أن بعضها عام يحتاج إلى تخصيص أو مجمل يحتاج إلى بيان أو تفسير إذ لا يمكن للقاضي أن يعمل وفقا لتلك النصوص إلا بأن يخصص العلم بالخاص أو يقيد المطلق بالمقيد أو أن يفسر المجمل بالمفسر و هذه لا تحصل إلا بإعمال القواعد الاجتهادية التي نص عليها علماء الأصول بشأن التعامل مع النصوص التي تحتاج إلى إعمال القواعد الأصولية فيما و هذا هو الاجتهاد بعينه[4].

---

[1]-أبو زهرة ،محمد ،أصول الفقه ،دار الفكر ،ص 379.

[2]- الشاطبي ،الموافقات ،مصدر سابق ،ج4 ،ص 48.

[3]- العجلوني :قواعد التفسير ،المرجع السابق ،ص 37-38 .

[4]- الداقوقي ،عباس قاسم مهدي ،الاجتهاد القضائي (مفهومه- حالاته –نطاقه) ،مكتبة الأهرام –وسط البلد-، القاهرة، ط1، 2015، ص 103.

و لكثرة النصوص التشريعية التي تتضمنها القوانين المختلفة و لا اختلاف الفترات الزمنية التي يتم تشريع تلك القوانين فيما فقد يحصل تعارض بين تلك النصوص التشريعية و يسمى سراج القانون ذلك التعارض بتنازع القوانين .

أ–التنازع بين النصوص الشريعة من حيث الزمان

بنظرة بسيطة يمكن القول إذا ألغيت قاعدة قانونية وصلت محلها قاعدة قانونية أخرى فبديهي أن القاعدة الجديدة تسري من يوم نفاذها و أن القاعدة القديمة يقف سريانها ابتداءا من يوم إلغائها و هكذا استقل كل من القاعدتين القديمة و الجديدة بالمراكز و الوقائع القانونية التي تتكون في ظلها فلا يحدث أي تنازع بين القاعدتين ،و لكن الامر ليس بهذه السهولة دائما ،فغالبا ما نكون بصدد وقائع و مراكز قانونية تتكون في ظل قانون معين ،و لا تنتج كل آثارها إلا في ظل قانون جديد ،فيثور بشأنها تنازع حادي القانونيين و من أمثلة ذلك الزوجين الذين يحرمان عقد زواجهما في تاريخ سابق لقانون جديد يغير شروط الطلاق أو النفقة أو الحضانة بالتوسيع أو بالتضييق هل لهما تفادي تطبيق القانون الجديد و الاحتفاظ بالنظام القانوني السائد أثناء إبرام العقد أو على العكس هل لهما المطالبة بتطبيقه؟[1].

اقترح الفقه لحل مثل هذا التنازع القانون القديم الملغى و الجديد الذي دخل حيز التنفيذ حلولا مرتكزة على التفرقة بين مبدأين :مبدأ عدم رجعية القوانين[2]و مبدأ الأثر المباشر أو الفوري للقانون الجديد[3]و كلاهما يقبل بعض الاستثناءات.

---

[1]–زعلاني ،عبد المجيد ،المدخل للدراسة القانونية النظرية العامة للقانون، دار هومة، الجزائر، سبتمبر 2005 ص 96.

[2]– يراد بعدم رجعية القوانين أن القانون لا يسري على الماضي غير أن هذا المبدأ بعض الاستثناءات (التشريعات الأصلح للمتهم) ،القانون الذي ينصر صراحة بتطبيقه بأثر رجعي –القوانين التفسيرية).

كما ان هذا المبدأ لا يحول دائما دون ظهور تنازع بين القانون القديم و القانون الجديد ،لاسيما عند ما يتعلق الامر بمراكز قانونية مستمرة و القانون الجديد ،لاسيما عندما يتعلق الامر بمراكز قانونية مستمرة .

–فيلالي ،علي ،مقدمة في القانون ،مرجع سابق ،ص 325 و ما بعدها.

– بوضياف عمار ،المدخل إلى العلوم القانونية مرجع سابق ،ص 204 و ما بعدها.

– زعلاني ،المدخل لدراسة القانون ،المرجع السابق ،ص 97.

[3]–يقصد بمبدأ الاثر الفوري للقانون الجديد انطباقه على آثاره كل الوقائع و المراكز القانونية التي تتحقق في ظله ،فضلا عن انطباقه على هذه الوقائع و المراكز ذاتها الت يتحدث في ظله ،و من مبارراته الأساسية منع ازدواجية القانون الذي يحكم المراكز القانونية المتماثلة فتطبيق القانون الجديد إذا بأثر فوري يضمن وحدة اقلانون ،الذي يحكم المراكز القانونية ذات الطبيعة الواحدة ،كما تظهر ايضا أهمية المبدأ بالنسبة للمراكز الجارية ،كتطبيقه على آثار زواج أو طلاق تم في ظل قانون سابق ،فالقانون الجديد الذي يقيد الطلاق يطبق فورا شاملا الاشخاص المتزوجين في ظل قانون قديم لا يقيد الطلاق.– زعلاني ،المدخل لدراسة القانون ،مرجع سابق ،ص 103 –104 .

ب–التنازع بين النصوص التشريعية من حيث المكان

الاصل في سريان القانون من حيث المكان هو الإقليمية أي أن السلطة التشريعية في بلد ما عندما تشرع قانونا معينا و نأخذ ذلك التشريع الشكلية المنصوص عليها في الدستور فإن الاصل في ذلك القانون هو السريان ضمن الحدود الإقليمية لذلك البلد[1].

و إن تطبيق القانون من حيث المكان يتم وفقا لمبدأين يكمل كل واحد منهما الآخر هذين المبدأ هما مبدأ إقليمية القوانين[2] .و مبدأ شخصية القوانين[3].

ج– التعارض بين النصوص التشريعية

الاصل في النص التشريعي هو سريانه على التصرفات و الوقائع المشمولة بأحكامه إذ إن النص التشريعي. يدخل حيز التنفيذ من تاريخ نشرة في الجريدة الرسمية لذا فإن القاضي ملزم بتطبيق النص التشريعي منذ دخوله حيّز التنفيذ ،إلا إن تطبيق النص التشريعي قد يعتريه بعض العقبات الظاهرة التي تبد للوهلة الأول أنها مانعة من تطبيق النص لذا فإن على القاضي أن يرفع ذلك التعارض[4]. و يكون ذلك عن طريق الاجتهاد.

د–مفهوم التعارض بين النصوص التشريعية

التعارض هو اختلاف نصين أو حكمين أو دليل اختلافا لا يلزم من صحة أحدهما بطلان الآخر و كذلك لا يلزم من بطلان أحدهما صحة الآخر و ذلك لإمكان اجتماعهما في مسألة واحدة و جواز ارتفاعهما معا في قضية واحدة كما في التعارض الشكلي الموجود بين بعض النصوص فيجوز للقاضي أن يمهل كلا من النصين (أو الدليلين) و يعمل بثالث ،كما يحقق للمشرع أن يلغي المتعارضين معا و يأتي

---

[1]– الداقوقي ،الاجتهاد القضائي ،المرجع السابق ،ص 116.

[2]–يقصد بمبدأ إقليمية القوانين ارتباط القوانين بإقليم الدولة التي صدر فيها بحيث تسري هذه القوانين على كل ما يقع داخل الغقليم و على كل الأشخاص الموجوديين فيه و لا تمتد خارج حدود هذا الإقليم .

–زعلاني ،المدخل لدراسة القانون ،مرجع سابق ،ص 94.

[3]– يقصد بهذا المبدأ أن قانون دولة ما يطبق على رعاياها أين ما وجدوا دون غيرهم ،و العبرة في مبدأ شخصية القوانين هي جنسية الشخص ،و يتم تطبيق هذا المبدأ في القوانين المتعلقة بالأحوال الشخصية لاتصالها مباشرة بشخص الإنسان و اسرته.

– فيلالي :مقدمة في القانون ،مرجع سابق ،ص 310.

–بوضياف :المدخل إلى العلوم القانونية ،المرجع السابق ،ص 191.

[4]–الداقوقي ،الاجتهاد القضائي ،مرجع سابق ،ص 130.

يحكم أو نص أو دليل ثالث يختلف مع كل منهما ،لأنه لا تترتب أية استحالة منطقية لا على اجتماعهما و لا ارتفاعهما بخلاف التناقص[1]فإن هذه الاستحالة واردة هناك[2].

و على القاضي عند الحصول التعارض بين نصين تشريعيين من نفس المرتبة من حيث القوة التشريعية أن يعمل القاعدة الأصولية المعنية و هي " الجمع بين نصيين مهما أمكن أولي من الطرح"[3]و المراد من الجمع هو الجمع العملي أن التبعيض في العمل بين الدليلين و ذلك بان يكون حكم أحد النصيين شاملا للبعض الوقائع أو التصرفات القانونية فيما يكون حكم النص الآخر شاملا لبعض الوقائع الأخرى غير التي شملتها النص الأول[4]. و هذه العملية تعتبر اجتهاد من القاضي.

هـ- تفسير النصوص التشريعية

إن النصوص التشريعية ليست جميعا واضحة الدلالة دائما إذ إن بعض تلك النصوص قد يعتريها الغموض إما لأنها مقتضيه لا يسعف منطوقها القاضي ،في مقام التطبيق و إصدار الحكم القضائي أو لأن ألفاظها قد وردت على وجه الاجمال نحتاج إلى التفصيل أو الطلاق تحتاج إلى التقييد أو العموم تحتاج إلى التخصيص لذا و لكي يتمكن قاضي المحكمة من تطبيق تلك النصوص كان حتما ولزما عليه أن يفسر[5]تلك النصوص الغامضة وفقا لقواعد التفسير المتعارف عليها[6] ،و التفسير على أنواع:

1. **التفسير الفقهي**: و هو الذي يتولاه فقهاء و شرائح القانون بمناسبة شرحهم للقواعد القانونية للمنصوص عليها في النصوص التشريعية[7].

---

[1]- يختلف التعارض عن التناقص من حيث الشروط و الحكم .

[2]- الزلمي ،مصطفى إبراهيم ،الصلة بين علم المنطق و القانون مطبعة شفيق ،بغداد ،1986 ،ص 38.

[3]- أوبك ،محمد بن أحمد بن سيد ،الاجتهاد الاصولي دراسة في المفهوم و المنهج ،دار كنوز استبدالية ،المملكة العربية السعودية ،ط1 ،1433هـ -2012م ،ص 290 -291.

[4]- تعدات اتجاهات علماء القانون في تعريف تفسير النصوص و مراد الخلاف اختلافهم في مجال التفسير فمنهم من يقصر التفسير أنه بيان معنى النص المبهم ،حيث يقول بأنه لا مجال للتفسير عند وضوح النص و منهم و الواضع ،لما أن منهم غموضها و منهم من يتوسع في معنى التفسير ،حيث يضيق لما سبق التوفيق بين النصوص المتعارضة و تلميل النقص في التشريع

- السعدي ،محمد صبري ،تفسير النصوص في القانون المدني و الشريعة الإسلامية ،دار النهضة العربية ،القاهرة ،ط1 ،1399هـ/1979م) ،،ص 25-26.

[5]- الداقوقي ،الاجتهاد القضائي ،المرجع السابق ،ص 135.

[6]- المرجع نفسه ،ص 151.

[7]- الدقوقي : المرجع نفسه ،ص 198.

2. **التفسير التشريعي**: و هو التفسير الذي يقوم به المشرع نفسه أي الجهة التي سنت القاعدة القانونية- وعادة يصدر التفسير التشريعي لحسم الخلاف الذي قد يثور بين المحاكم بخصوص تطبيق نص معين فإزالة لهذا الغموض يتدخل المشرع ليكشف عن مضمون القاعدة[1].

3. **التفسير القضائي**: و هو مجموعة المبادئ العامة التي تتخلص من أحكام المحاكم عند تطبيقها للقانون فيما يعرض عليها من منازعات للفصل فيها[2]فالمحكمة عندما تنظر في واقعة معينة من أجل إصدار الحكم ،تقوم بعملية تفسير للنص القانوني الذي تطبقه على الواقعة تصل إلى الحكم[3].

ذ- أهمية تفسير النصوص في الاجتهاد القضائي

هناك من يعمم مفهوم التفسير، ليشمل توضيح معنى النص الغامض ،و إزالة التعارض أو التوفيق بين النصوص المتعارضة إن وجدت ،و تكميل النقص في التشريع ،كما أن هناك من يجعل التفسير متعلقا ببيان معنى النصوص ،وأما الحالات الأخرى المذكورة ،فلا تدخل عندهم في باب التفسير إلا على سبيل الاستثناء[4] و هي ليست مهمة المفسر و إنما مهمة المشرع[5].و هناك من يحدد مجال التفسير بالنصوص الغامضة فقط ،و هناك من يجعل جميع النصوص خاصة للتفسير[6].

فالتفسير النصوص درجة كبيرة من الأهمية ،فهو لا يقل عن أهمية الاجتهاد باعتبار أن تفسير النصوص يدخل في معنى الاجتهاد و مما يدل على أهمية هذا النوع من الاجتهاد.

أولا: أنه يدخل في عموم الأدلة التي بينت فضل الاجتهاد :

و هي لم تفرق بين الاجتهاد في دائرة النص ،و هو استنباط الحكم مما لا نص فيه ،روى البخاري عن عمر بن العاص- رضي الله عنه- أنه سمع رسول الله صلى الله عليه و سلم يقول :" إذا حكم الحاكم فاجتهد ثم أصاب فله أجران و إذا حكم فاجتهد ثم أخطأ فله فله أجر"[7]و هذا الاجتهاد يشمل

---

[1]- بوضياف ،المدخل إلى العلوم القانونية ،المرجع السابق، ص 220.

[2]- سلطان، أنور ،المبادئ القانونية العامة ،دار النهضة للطباعة و النشر ،بيروت ،ط4 ،1983 ،ص 158.

[3]- العجلوني، قواعد تفسير النصوص، المرجع السابق ،ص 130.

[4]- عبد الوهاب، صلاح الدين، الأصول العامة لعلم القانون، مكتبة عمان ، لأردن ،1984 ،ص 299.

[5]- مبارك سعيد عبد الكريم، أصول القانون ، منشورات وزارة التعلم العالي و البحث العلمي العراقية ،جامعة بغداد (1982 -1402) ،ص 148.

[6]- السعدي ، فسير النصوص، مرجع سابق، 25-26.

[7]- رواه البخاري، الجامع الصحيح ،كتاب الاعتصام بالكتاب و السنة ،باب أجر الحاكم إذا اجتهد فأصاب أو أخطأ ،رقم الحديث 7352 ،ج6 ،ص 1231.

جميع أنواع الاجتهاد سواء في فهم النص أم في تطبيقه ،أم في استنباط الحكم مما لا نص فيه كما تقدم ،و لهذا فهو سبب في الاجر و سبب في رفع درجة المجتهد و منزلته في الدنيا و الآخرة.

ثانيا :إن تطبيق نصوص القرآن و السنة و كذلك النصوص القانونية متوقف على الاجتهاد في تفسير النص

سواءا أكان هذا الاجتهاد في فهم النص أم في تطبيقه ،و لهذا فبدون تفسير نصوص الكتاب و السنة لا يمكن العمل بها ،كما لا يمكن العمل بالنص القانوني دون تفسيره ،و لهذا فهو على درجة كبيرة من الأهمية لأن العمل بهذه النصوص ملزم للمكلف و القاضي على حد سواء ،و لما كان العمل بهذه النصوص مترتب على فهمها و إدراك مراد المشرع و مقصده منها ،و هذا لا يمكن التعرف عليه إلا من خلال معرفة قواعد تفسير النصوص ،كان التفسير طريقا للعمل بهذه النصوص .

و هذه القواعد و الضوابط اللغوية مستمدة من استقرار الأساليب العربية ،و مما قرره أئمة اللغة العربية ،و ليست لها صيغة دينية ،فهي قواعد لفهم العبارات فهما صحيحا ،و لهذا يتوصل بها إلى فهم مواد أي قانون وضع اللغة العربية هي مثل النصوص التشريعية في أنها جميعها عبارات عربية مكونة من مفردات عربية ،و مصوغة في الأسلوب العربي ،ففهم العبارات و المفردات و الأساليب،[1] حتى القوانين التي كانت تنتمي إلى أصول أجنبي أصبحت الآن عربية ،حيث أنها نطقت باللغة العربية ،و صيغت بها ،و نشرت في الجريدة الرسمية بهما ،فيجب أن نفسر بناءا على اللغة التي أخذت بها صفة الالزام ،و يجب أن تفسر بناءا على قواعد التفسير المعتمد في اللغة العربية[2]

ثالثا : إن اتباع التفسير طريق لتحقيق العدل:

ذلك أن العدل يمثل قيمة عليا للإسلام ،و قد دعا إلى توفيرها في المجتمع من خلال النصوص الشرعية ،و الوصول إلى العدل في تطبيق النصوص ،لا يتحقق إلا إذ اتبعت القواعد العلمية الصحيحة في التفسير ،و التي تضبط عملية الاجتهاد في فهم النص ،و تبعده عن الارتحالية، العشوائية و تخلصه من شائبة الرأي الذي لا يؤيده دليل ،لأن الشرع كما القانون قد اعطى للقاضي مجالا في فهم النص ،و في تأويل معاني الالفاظ ،و الخروج بها عن معناه الظاهر , و لما كان القاضي بشرا ،يتأثر بما حوله ،مما

[1]- خلاف ،عبد الوهاب ،علم أصول الفقه: مكتبة الدعوة، دار القلم، شباب الأزهر، الكويت ،ط8، ص140- 141.

[2]- الصالح، محمد أديب : تفسير النصوص في الفقه الإسلامي، بيروت ،دمشق ،المكتب الإسلامي، ط3 ،(1404هـ/1984م) ،ص 13.

يجعل في حكمه شائبة التأثر بالأهواء و الأغراض المختلفة[1] و بذلك يخرج عن الحف العدل ،كان من الهمم ضبط عملية التفسير بقواعد ملزمة تقيد القاضي في فهم النص بحيث بعد آثما إذ تجاوزها ،كما يعرض حكمه بذلك للنسخ أو النقص.

ثانيا: الاجتهاد فيما لا نص فيه في القانون

أ–موقف التشريع الجزائري من الاجتهاد فيما لا نص فيه

ما يقال في الشريعة من ضرورة الاجتهاد فيما لا نص فيه يقال في القانون أيضا، ذلكّ أنه من المتعذر ،مهما كثرت مواد القانون أن تحيط بكل واقعة ،مما يجعل الاجتهاد فيما لا نص ضرورة في القانون أيضا.

لذا سنتعرض في هذا الجزء إلى موقف التشريع الجزائري من الاجتهاد فيما لا نص فيه، و كذا موقف قانون الأسرة الجزائري من الاجتهاد القضائي في حالة فقدان النص التشريعي.

و قد بين القانون المدني الجزائري في المادة 01 المنهج الذي ينبغي أن يسلك في الاجتهاد إذ تنص على أنه :"يسري القانون[2] على جميع المسائل التي تتناولها نصوصه في لفظها أو في فحوها ... و إذا لم يوجد نص تشريعي حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية فإذا لم يوجه فبمقتضى العرف...فإذا لم يجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي و قواعد العدالة"[3] .

فمن قراءة النص يتضح لنا أن المشرع أتاح الفرصة للقاضي في البحث و الاجتهاد في استنباط الحكم سواء عند ورود النص التشريعي بتطبيقه و عدم الاستناد لغيره إذ لا اجتهاد مع مورد النص أو عند عدم ورود النص الرجوع الي المصادر الاحتياطية التي أحلنا إليها المشرع بالترتيب الآتي.

1.فطبقا لنص المادة الأولى من القانون المدني إذ لم يوجد القاضي نصا تشريعيا فيعتمد على مبادئ الشريعة الإسلامية و يقصد بها مبادئها العامة و أصولها الكلية التي لا يختلف جوهريا باختلاف المذاهب ،دون حلولها التفصيلية و أحكامها الجزئية التي تتفاوت الآراء بشأنها بتفاوت المذاهب و الفقهاء ،و هذا في مجال المعاملات الت يهي وحدها دون العبادات قابلة للتطوير و إبداء الآداب فيها[4].

---

[1]– أيو السعود ،رمضان محمد همام محمد ،المدخل إلى القانون ،النظرية العامة للقاعدة القانونية ،الإسكندرية ،دار المطبوعات الجامعية ،مصر ،1997 ،ص 313 -314.

[2]– القانون له معنيان ،معنى موضوعي و معنى به ،القواعد التي تنظم سلوك الأفراد و معنى شكلي و هو قيام السلطة صاحبة الاختصاص لوضع القواعد القانونية في صورة مكتوبة ،و المقصود هنا هو المعنى الثاني الذي يطلق عليه الفقهاء اسم التشريع ،

– فيلالي علي ،مقدمة في القانون، مرجع سابق، ص 204 (الهامش).

[3] –الأمر رقم 57-58، المؤرخ في 20 رمضان 1395 هـ الموافق 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني.

[4]– زعلاني ،عبد المجيد ،المدخل لدراسة القانون النظرية العامة للقانون، مرجع سابق، ص 75.

2. فإن لم توجد حكم القاضي بمقتضى العرف، و يشترط في العرف أن يكون عاما و قديما ثابتا و مطردا ،و لا يتعارض مع أحكام القانون أو النظام العام و الآداب العامة.[1].

3. فإن لم يجد حلا للنزاع في المصادر السابقة جاز للقاضي الرجوع إلى قواعد العدالة ،و مبادئ القانون الطبيعي ،و إن مفهوم القانون الطبيعي هو تلك المثل العليا التي يستلهم منها المشرع القواعد القانونية الوضعية[2].

و على ضوء هذه الاعتبارات يتبين أن القاضي ،الذي يبقى في كل الحالات ملزما بالفصل في النزاعات مطالب بالاجتهاد برايه حتى يصل إلى حل يمكنه من حسم النزاع الذي لم يرد بشأنه نص تشريعي و لا مبدأ من مبادئ الشريعة الإسلامية و لا عرف ،فإحالة القاضي على مبادئ القانون الطبيعي و قواعد العداة هي في الحقيقة تكليفه بالاجتهاد فيما لا نص فيه حتى يقطع سبيل السكوت عن القضاء.

ب–موقف قانون الأسرة الجزائري من الاجتهاد القضائي في حالة فقدان النص التشريعي

أما قانون الأسرة الجزائري فقد أحال فيما لم يرد له ذكر في القانون الرجوع للأحكام الشرعية الإسلامية حيث نص المادة 222 من قانون الاسرة الجزائري :"كل من لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية"[3].

و ما يمكن ملاحظته على هذا النص التشريعي أن المشرع يحيل القاضي عند انتفاء النص التشريعي إى أحكام الشريعة الإسلامية دون تحديد مذهب معين[4]خلافا لأغلب القوانين العربية التي قيدت القاضي بالمذهب الفقهي السائد في البلد[5].

و عدم تقييد القاضي بمذهب فقهي معين يعتبر ميزة و عيب في نفس الوقت.

---

[1]– بوضياف ،عمار ،المدخل إلى العلوم القانونية، مرجع سابق، ص 1170–171.

–زعلاني، المدخل لدراسة القانون، المرجع السابق، ص79–80.

[2]– علي فيلالي ،مقدمة في القانون ،المرجع السابق ،ص 263.

[3]– القانون رقم 84–11 المؤرخ في 09 رمضان 1404هـ الموافق لـ8 جوان 1984م ،المتضمن قانون الأسرة الجزائري .

[4]– شيخ ،إسماعيل :الإشكاليات الواردة على تطبيق المادة 222 من قانون الاسرة الجزائري ،مذكرة تخرج استكمالا لمتطلبات الحصول على شهادة الماجستير في الشريعة و القانون تحت إشراف د.ليلى جمعي ،كلية العلوم الإنسانية و الحضارة الغسلامية ،جامعة وهران ،السانيا ،نوقشت سنة 1433هـ–1434هـ /20012م– 2013م ،ص 48.

[5]– مثال : ذلك قانون الأحوال الشخصية الأردني نص في المادة 183 منه على أنه " ملا ذكر له في القانون يرجع فيه إلى الراجح من أحكام الشريعة الاسلامية"وبناءا على هذه المادة يكون الراجح من مذهب أبي حنيفة نصا يرجع إليه في المسائل التي لم يرد لها ذكر في القانون

– العجلوني : قواعد تفسير النصوص و تطبيقاتها في الاجتهاد القضائي الأردني ،ص 29

فإذا اعتبرناه ميز فهذ يفتح المجال أمام القاضي في حالة عدم ورود نص تشريعي الرجوع لأي مذهب يريد و تخلف الآراء باختلاف الأزمة فرأي الفقهي الذي يصلح كحل لنزاع ما في وقت ما قد لا يصلح للنزاع آخر و في زمن آخر و لذا تتسع رقعة السلطة التقديرية للقاضي و تتنوع الأحكام و القرارات و تكون صالحة لكل زمان و مكان .

-أما القول بأن عدم تقييد القاضي بمذهب معين يعتبر عيب لأنه ينتج عنه عدة أمور منها.

1. تضارب قرارات المحكمة العليا في النزاع الواحد.

2. عدم استقرار الاجتهاد القضائي خاصة في المسائل الفقهية التي فيها خلاف ،و هذا ينتج عنه عدم توحيد الاجتهاد القضائي في البلاد و هذا عيب من العيوب التي تؤدي إلى عدم تحقيق العدالة في القانون.

❖ المبحث الثالث: مراحل تطور التشريع الأسري الجزائري

صاحب التطبيق القضائي في مجال الأحوال الشخصية في الجزائر تطورات تاريخية حاسمة ،حيث مرّ التنظيم القضائي بشكل عام في الجزائر بثلاثة مراحل و هي مرحلة ما قبل الاحتلال ،و ما بعد الاستقلال ،فكان لكل مرحلة طبيعتها و خصوصيتها في مجال تقنيين أحكام الاسرة ،مما جعل بعض موادها عرضة للتعديل أو الإلغاء أو التجديد بحسب ما تتطلبه كل مرحلة و في ما يلي بيان ذلك بإيجاز.

➢ المطلب الأول: مرحلة ما قبل صدور قانون الاسرة لسنة1984

على غرار الدول الإسلامية ،هيمنت الشريعة الإسلامية على النظام القانوني في الجزائر منذ دخول سكان الجزائر في الإسلام إلى عهد الاحتلال الفرنسي[1]و كانت أحكام المذهب المالكي تحيدا هي المطلقة على الأهالي في كل أنحاء الوطن و يستوحي هذا مما قاله ابن خلدون[2]في مقدمته:" و أما مالك- رحمه الله- فاختص بمذهبه أهل المغرب و الأندلس ،و إذ كان يوجد في غيرهم إلاّ أنهم لم

[1]- فركوس ،صالح ،المختصر في تاريخ الجزائر ،دار العلوم ،عنابة (د،ط) ،(د،ت) ،ص 217.

[2]- ابن خلدون هو ولي الدين أبوزيد عبد الرحمن الحضرمي الإشبيلي المشهور بابن خلدون ،العلامة المؤرخ المالكي ،ولد بتونس سنة 732هـ- و توفي سنة 808هـ ،له مؤلفات كثيرة منها شرح البردة ،تلخيص محصول الرازي.

- ابن عماد الحنبلي : شذرات الذهبٍ ،في معرفة أخبار من ذهب ،دار الكتب العلمية ،بيروت ،لبنان (د،ط) (د.ت) ،ج7 ،ص 76-77

يقلدوا غيره إلاّ في القليل...ثم قال : و أهل المغرب جميعا مقلدون لمالك رحمه الله.[1]فالمذهب المالكي هو مصدر القضاة في تلك الفترة ما عدا الإباضين فقد كانوا يحتكمون للمذهب الإباضي[2].

- **الفرع الأول: أثناء فترة الاحتلال**

و من بين هاته المحاولات مرسوم الحاكم العام الذي صدر في 22 مارس 1905 و كان ينص على تكوين لجنة خاصة بغرض تقنين الفقه الإسلامي و تألفت اللجنة برئاسة "مارسيل موران"MARCEL MORANDعميد مدرسة الحقوق بالجزائر ،و انتهت من عملها 16 ماي 1914 بإصدار مجلة الأحكام الإسلامية ،أو مجموعة موران ،متضمنة ما توصل إليه من نتائج في الفقه الإسلامي و القانون الفرنسي في 781 مادة موزعة على أربعة كتب ،الاحوال الشخصية ،الوقف العقاري ،الديانات.

و كان غرض الفرنسيين من هذا التقنين ،دمج ما لغي اختصاص المحاكم الاسلامية في القانون الفرسني "[3].

[4] لم يحظ هذا المشروع ،إذا بالصفة الرسمية ،و بقي الوضع على حاله إلى أنعمد المقنن الفرنسي إلى سن مجموعة من القوانين تنظم بعض مسائل الأحوال الشخصية بغرض "إحكام قبضته على الأسرة الجزائرية".

و منها على وجه الخصوص[5]:

1. القانون رقم 778/57 الصادر بتاريخ 11-07- 1957 المتضمن أحكام الولاية و الوصاية ،و القوامة و الحجز ،و أحكام المفقود ،و كيفية إثبات الزواج.

---

[1] -ابن خلدون ،عبد الرحمن أبوزيد ،المقدمة ،نشخة محققة لونان بإخراج جديد ،دار الفكر للطباعة و النشر ،بيروت ،لبنان ،1424هـ ،2004م ،ص 431.

[2]- سعد الله ،أبو القاسم ،تاريخ الجزائر الثقافي ،دار البصائر ،الجزائر،طبعة خاصة ،2007م ،ج1 ،ص 394.00

[3]- سعد الله ،تاريخ الجزائر الثقافي ،مرجع سابق ،ج4 ،ص 530.

[4]- تقنية ،محمد ،" تطور المفهوم القانوني و الاجتهاد القضائي في مجال قانون الاخوال الشخصية ،مجلة الفكر القانوني ،ع1 ،نوفمبر 1984 ،ص 18.

[5]- سعد عبد العزيز ،قانون الاسرة الجزائري في ثوبه الجديد ،دار هومة ،الجزائر ،ط4 ،2010 ،ص 8-9.

-ذيابي ،باديس ،صور فك الرابطة الزوجية على ضوء القانون و القضاء في الجزائر ،دار الهدى ،عين مليلة ،الجزائر ،2007 ،ص 70.

-العربي بلحاج ،الوجيز في شرح قانون الاسرة ،المرجع السابق ،ج1 ،ص 18.

- تقني ،عبد الفتاح ،الطلاق بين أحكام تشريع الاسرة و الإجتهاد القضائي ،رسالة دكتراه دولة في القانون تحت إشراف بن ملحة الغوتي ،جامعة الجزائر ،كلية الحقوق بن عكنون ،نوقشت سنة 2007/2006 ،ص 15.

2. الأمر رقم 274/59 المؤرخ في 1959/02/04 خص تنظيم عقود الزواج التي يعقدها الأشخاص الخاضعون للأحوال الشخصية المحلية و ذلك في عملات الجزائر و الواحات و الساورة و ذلك ما هو ثابت من خلال الجريدة الرسمية الصادرة في 1959/02/11 ،و يتكون هذا الأمر من إثني عشرة مادة ،تطرق فيها إلى مسائل تخص انعقاد الزواج و تسجيله و سن الزواج و انحلاله ،إضافة إلى إجراءات وقتية .

3. المرسوم رقم 59-7082 الصادر في 1959/09/17 الذي تضمن اللائحة التنفيذية للأمر 274/59 ،السابق الذكر.

- **الفرع الثاني: التشريع غداة الاستقلال**

لقد واجهت الدولة الجزائرية غداة الاستقلال ،فراغا هائلا في كل الميادين القانونية و التنظيمية ،فوجدت نفسها أمام مجموعة من القوانين كانت تحكم الجزائر ،وفقا لما كان يهدف إليه المستعمر من تمزيق وحدة الشعب الفكرية ،و الثقافية ،قصد إبعاده عن أصالته و مقوماته الشخصية العربية الإسلامية و خاصة في ميدان الاسرة[1].

فلقد اتخذ المشرع الفرنسي في الفترة الاستعمارية ،سياسة فرق تسد في أغلب التشريعات التي أصدرها لتنطبق على الجزائريين ،و لذا وجدت الدولة الجزائرية الحديثة نفسها أمام مجموعة من القوانين تخدم مصلحة المستعمر ،و تحقيق أغراضه أكثر مما تعمل على تنظيم شؤونها ،و تحديد علاقات أفرادها بعضهم لبعض ،و هكذا بدأ مشكل التشريع بطرح نفسه بحدة متناهية ،و أصبح المشرع الجزائري أمام اختيار صعب للغاية ،فهل يبقى على القوانين السائرة المفعول ،و هذا يتعارض مع السيادة الوطنية و مع سلوك المجتمع و أعرافه ،أو يعمد إلى سن أي تشريع ليس فقط في ميدان الأسرة ،و إنما يحتم عليه أن يشرع لكل الميادين يحل بذلك محل التشريع القديم في كل المجالات و هذا الأمر بات مستحيلا استحالة مطلقة ،لأن بين أي قانون في أي مجال يتطلب بالضرورة وقتا غير يسير ،إذ أمسى عنصر الزمن ضاغطا بكل شدة ،لا يسمح بسن أي تشريع مطلوب[2]فاضطر المشرع الجزائري إلى سن قانون 1962/12/31 مدد بواسطته العمل بالتشريع القديم و أقر في مادته الثانية :" أن كل نص تشريعي

---

[1]- تقية ،عبد الفتاح ، قانون الاسرة مدعما بأحداث الاجتهادات القضائية و التشريعية ،دراسة مقارنة ،دار الكتاب الحديث ،القاهرة ،ط1 ،1433هـ -2012م ،ص 10.

[2]- تقية عبد الفتاح ،قانون الاسرة مدعما بأحداث الاجتهادات القضائية و التشريعية ،مرجع سالبق ،ص 11.

- العربي بلحاج ،الوجيز في شرح الاسرة الجزائري ،المرجع السابق ،ج1 ،ص 199.

باطل إذا ما مس بالسيادة الداخلية أو الخارجية للدولة الجزائرية أو كان مستوحى من بواعث استعمارية أو ذا طبيعة تمييزية أو مس بالممارسة الطبيعية للحريات الديمقراطية"[1].

و بذلك استمر القضاء المتعلق بالأسرة في الجزائر وفق قواعد النظام الفرنسي حتى صدور قانون 29 جوان 1963 المتعلق بتنظيم سن الزواج و إثبات العلاقة الزوجية و الأوامر الصادرة في 23 جوان 1966 ،و 16 سبتمبر 1969 و 22 سبتمبر 1971 و الخاصة بكيفية إثبات الزواج.

و قد ألغى المشرع الجزائري بمقتضى الامر الصادر في 5 جويلية 1973 القوانين الفرنسية الداخلية ابتداءا من 1 جويلية 1975[2].

و منذ ذلك التاريخ أصبحت أحكام الشريعة الإسلامية بمقتضى المادة 01 الفقرة 02 من القانون المدني [3]" القانون المطبق وحده في مجال قضايا الأحوال الشخصية"[4].

فالمشرع الجزائري أكد أن القانون المدني هو الصفة الرسمية لأحكام الشريعة الاسلامية في مجال قضايا الأحوال الشخصية ،بموجب المادة 1 و المادة 44 و ما للدور المميز و البناء ،و الفعال للمجلس القضائي الأعلى الذي من خلاله أسند المشرع للقاضي دورا شبه تشريعي كون أن النصوص التشريعية التي سيطبقها غير محددة على وجه قاطع مانع ،و منه أيضا تواجه الوضع بعد الاستقلال بدفع القضاء الجزائري إلى المزيد من العغناية و التمحيض ،حيث أصبح القاضي يصطلح بمهمة القاضي المجتهد ،و استحضار المعايير و مفاهيمها عن كل حالة فضلا عن مهمته الأساسية[5].

➢ المطلب الثاني: ميلاد قانون الأسرة الجزائري لسنة 1984 و تعديله

لقد مر قانون الأسرة الجزائري بمرحلتين مرحلة اصداره في سنة 1984 و مرحلة تعديله بالأمر 02/05 و هذا ما سنتناوله في هذا المطلب عاى النحو الأتي:

• الفرع الأول: ميلاد قانون الأسرة

[1]- القانون الجزائري رقم 157/62 الصادر في 1962/12/31 الذي نص على ضرورة استمرارية العمل بالقانون الفرنسي فيمكا عدا مواده الاستعمارية و العنصرية أو المخالفة للحقوق و الحريات العامة.

[2]- أصدر المشرع الجزائري على سبيل المثال قانون العقوبات ،قانون الاجراءات المدنية ،قانون الإجراءات الجزائرية ،قانون البلدية ،قانون الولاية ،القانون البحري و القانون التجاري و القانون المدني و غيرها.

-انظر : العربي بلحاج ،الوجيز في شرح قانون الاسرة، مرجع سابق، ج1، ص 19 (الهامش).س

[3]- الأمر رقم 75-58 ،تامؤرخ في 26-09-1975 الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية عدد (78) ،لسنة 1975.

[4]- تقية ،محمد ،تطور مفهوم القانون و الاجتهاد القضائي في مجال قانون الأحوال الشخصية ،مرجع سابق ،ص 20.

[5]- تقية ،عبد الفتاح ،الطلاق بين أحكام تشريع الأسرة و الاجتهاد القضائي ، مرجع سابق، ص 19..

إن أول تشريع نظم الاسرة بعد الاستقلال كان القانون رقم 11/84 الصادر في 1984/06/09 بعنوان قانون الاسرة [21]فطيلة عشرين سنة من الاستقلال ظل موضوع العمل على إيجاد قانون للأسرة الجزائرية الجديدة محل أخذ و رد ،و نقاش و حوار استغراق مدة من الزمن لم يستغرقها أي قانون غيره ،و لكن بعد أن صدر قانون الاسرة من بين حماة صراع الافكار فإن بإمكان المرء أن يلاحظ أنه و إن كان لم يكن قانونا في مستوى العشريين سنة من النقاش و إعادة النقاش، إلاّ أن مجرد صدوره يعتبر نصرا للمشرعين المناضلين و مكسبا للقضاة و للمتقاضيين.[3]

هذا القانون الذي فنن أحكام الشريعة الإسلامية في الاحوال الشخصية و في حالة عدم وجود نص تشريعي يرجع لأحكام الفقه الإسلامي المشرع الجزائري في المادة 222 من قانون الاسرة التي تنص على أنه :"كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية"[4]كما أن المادة 223 "تعلن أنه " تلغى جميع الأحكام المخالفة لهذا القانون[5]

كما أن المحكمة العليا أقرت في كثير من قراراتها القضائية مبدأ الاسبقية المطلقة لتطبيق أحكام الفقه الإسلامي بدون منازع[6].

لم يخلوا قانون الاسرة الجزائري من الانتقادات باعتبار أن قواعده تتضمن بعض النقص و أحكامه تشتمل على بعض الغموض[7]إلا أنه يعتبر قد جاء في وقته بعد أن استندت الحاجة إليه ،و على فرض أنه لم يبلغ حد الكمال ،و لم يأت بأشياء جديدة غير متوقعة فإنه يكفيه أنه قد قضى على فوضى الأحكام

---

[1]- تقية ،عبد الفتاح ،قانون الاسرة مدعما بأحداث الاجتهادات القضائية ،مرجع سابق ،ص 13.

[2]- ينظر حول التسمية الصحيحة قانون الأسرة أم قانون الأحوال الشخصية

- سليمان ،علي علي ،حول قانون الاسرة ،المجلة الجزائرية ،للعلوم القانونية و الاقتصادية و السياسية ،جامعة الجزائر ،معهد القانون القانونية و الإدارية ،جوان 1986 ،ع2 ،ص 443.

- بن ملحة ،الغوثي ،قانون الأسرة على ضوء الفقه و القضاء ،ديوان المطبوعات الجامعية ،ط2 ،2008 ،ص 66.

[3]- سعد ،عبد العزيز ،قانون الاسرة في ثوبه الجديد ،المرجع السابق ،ص 10-11 .

- العربي ،بلحاج ،الوجيز في شرح قانون الاسرة الجزائري ،مرجع سابق ،ص 21.

- العيش ،فضيل ،قانون الاسرة مدعم باجتهادات قضاء المحكمة العليا ،ديوان المطبوعات الجامعية ،ط2 ،2007 ،ص 09.

[4]- القانون رقم 84-11 الصادر في 09-06-1984 المتضمن قانون الأسرة الجزائري .

[5]- القانون نفسه.

[6]- العربي ،بلحاج ،مرجع سابق،ص 21.

[7]- سعد عبد العزيز ،قانون الاسرة في ثوبه الجديد ،مرجع سابق ،ص11

-جمعي ليلى ،التطليق للضرر في قانون الاسرة الجزائري ،رسالة ماجيستير في الحقوق (قانون خاص) ،جامعة وهران معهد الحقوق و العلوم الإدارية نوقشت سنة 1994 ،ص 07.

المتضاربة [1].و الأفكار المتناقضة التي عاشها قضائنا زمنا طويلا ،و يكفيه اليوم أنه وجد المصدر و المرجع و ترك لنا أن نوجد الفهم و اسلوب التطبيق[2].

- **الفرع الثاني: تعديل قانون الاسرة بالأمر 05-02**

إن الجوانب التطبيقية لهذا القانون أظهرت في الحقيقة العديد من النقائص بسبب سوء الصياغة القانونية ،كما أظهرت البعض من التناقضات في النصوص و الأحكام الشرعية ،و كذا الفراغات التشريعية في بعض المسائل مما أدى بالمهتمين بمسائل الاسرة إلى المطالبة بمراجعة هذا القانون بإعادة صياغة نصوصه بما يحقق الجوانب القانونية و الجوانب الشرعية [3].

و لأن المصطلح الشرعي له دلالته و المصطلح القانوني له دلالته أيضا لا بد إيجاد صيغة توفق بين المصطلحين معا.

و من هنا ظهرت الحاجة للمطالبة بتعديل هذه النصوص حتى يكون القانون أكثر انسجاما يراعي فيه الجوانب القانونية و الشرعية ،و يأخذ في الحسبان التطورات الحاصلة في المجتمع من الجانب العلمي و الاقتصادي و الاجتماعي تحقيقا لمصلحة الاسرة و المجتمع.

فتعديل قانون الاسرة لا يعتبر بدعة من المشرع الجزائري بل يجب ان ينظر لهذا القانون على أنه كباقي القوانين الأخرى في المجتمع و التي خضعت كلها ،إلى التعديل في العديد من المرات ،و ينبغي وضع قانون الاسرة في هذا السياق أيضا لأن الهدف من التعديل هو تحسين القانون و تصحيح الاخطاء التي حدثت من المشرع ،و كذا مواجهة المسائل المستجدة و معالجتها شريطة أن توكل هذه المهمة لأهل التخصص[4].

و بالفعل فقد استجاب المشرع الجزائري لهذه المطالبة و قام بتعديل قانون الأسرة من خلال الأمر رقم 05-02 المؤرخ 18 محرم عام 1426 هجري الموافق 27 فبراير 2005 و الموافق بقانون 05-02 المؤرخ 25 ربيع الاول عام 1426 هجري الموافق 04 مايو 2005.

و مشروع تعديل قانون الأسرة لم يحال للمناقشة و الإثراء من خلال الهيئة التشريعية و صدر بأمر رئاسي ثم أحيل إلى البرلمان و تمت المصادقة عليه.

---

[1]- بن شويخ ،رشيد ،شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل ،دار الخلدونية ،الجزائر ،ط1 ،(1429 هـ /2008م) ،ص 09.

-المراجع السابقة.

[2]- سعد ،عبد العزيز ،قانون الاسرة في ثوبه الجديد ،مرجع سابق ،ص 11.

[3]- بن شويخ ،رشيد ،شرح قانون الاسرة الجزائرية المعدل ،مرجع سابق ،ص 10.

[4]- بن شويخ ،الرشيد ،المرجع نفسه ،ص 11.

الباب الأول:

تضارب و استقرار قرارات المحكمة العليا في مسائل الفرقة بين الزوجين

كثير من موضوعات الفقه الإسلامي تحتاج إلى إعادة الاجتهاد فيها وعمق الدراسة، حتى تعرض عصرنا بما يسد حاجة المسلم ويعالج مشكلاته الحياتية.

وأخص بالذكر موضوع الفرقة لخطورة الآثار التي تترتب عليه في المجمتع. فبعض الناس يعتبرونه هيناً وهو عند الله عظيم.

و إن من دعائم الحياة الزوجية أن تقوم أساسا على المحبة و المودة و حسن المعاشرة، فقد يحدث أن يكره الرجل زوجتهن أو تكره هي زوجها و الإسلام في هذه الحالة يوصي بالصبر و التحمل، و ينصح بعلاج أسباب هذه الكراهية، غير أنه في بعض الحالات تصبح الحياة الزوجية غير قابلة للإصلاح حينئذ يرخص الإسلام بالعلاج الوحيد الذي لا بد منهن فإن كانت الكراهية من جهة الرجل فبيده الطلاق و هو من حقوقه، و له ان يستعمله في حدود ما شرع الله، أما إذا كانت من جهة المرأة، فقد أباح لها الإسلام أن تتخلص من الرابطة الزوجية عن طريق ما يسمى الخلع.

مثلما راعت الشريعة الإسلامية حق الزوجة في رفع الضرر الواقع عليها باعتبارها الطرف الأضعف إذ أضر زوجها بها بالترافع إلى القضاء طالبة التفريق أو التطليق إعمالا للقاعدة الشرعية "الضرر يزال" و هذا ما سأحاول توضيحه في هذا الباب من خلال الفصول الآتية :

الفصل الأول : تضارب واسقرار قرارات المحكمة العليا في مسائل الطلاق بالإرادة المنفردة

الفصل الثاني: تضارب واسقرار قرارات المحكمة العليا في مسائل الخلع.

الفصل الثالث: تضارب واسقرار قرارات المحكمة العليا في مسائل التطليق.

الفصل الأول:

تضارب و استقرار قرارات المحكمة العليا في مسائل الفرقة بالإرادة المنفردة للزوج

الفصل الأول: تضارب و استقرار قرارات المحكمة العليا في مسائل الفرقة بالإرادة المنفردة للزوج

تكتسي أهمية الطلاق لكونه موضوع كل أسرة ، وما ينشأ فيها من خلافات يومية تنتهي بالتفريق أو بالصلح ، ويعتبر الطلا ق محورا أساسيا في الشريعة الإسلامية و قانون الاسرة الجزائري ،وهذه الظاهرة تفشت بكثرة في الآونة الأخيرة ،فأصبح يهدد كيان الأسرة والمجتمع في آن واحد ، مما استوجب الاعتناء بهذا الموضوع ، وابراز دور الاجتهاد القضائي في المسألة ، وبالخصوص قضاء المحكمة العليا في هذا الشأن باعتبارها المرجع في تفسير القانون وتوحيد الرأي ، وإرساء قواعد قانونية وتحديثها ، وسأحاول التطرق في هذا الفصل الى النقاط المتعلقة بالطلاق بالإرادة المنفردة للزوج التي أثارت جدلا فقيا وقانونيا وقضائيا دون التعرض إلى كل الجزئيات المتعلقة بالطلاق علي النحو الأتي :

المبحث الأول :مفهوم الفرقة و صاحب الحق فيها و الحكمة من ذلك .

المبحث الثاني : مبدأ التعسف في استعمال الحق في الطلاق وأثره على الإجتهادات القضائية .

المبحث الثالث: مدى جوازيه و وجوبية إجراء محاولة الصلح و اثر ذلك على الاجتهادات القضائية.

❖ المبحث الأول :مفهوم الفرقة و صاحب الحق فيها و الحكمة من ذلك

قد تعترض الحياة الزوجية ما يحول دون استمرارها على الوجه الذي يرضاه الله تعالى ،إما لخطأ وقع الاختيار أو لنشوء نزاع و خصومة لا تستقيم معها الحياة الزوجية أو يكون أحد الزوجين مريضا أو غير ذلك من الأسباب فلا يحقق بها الزواج أهدافه ،لذلك شرّع الإسلام التفريق بين الزوجين كضرورة شرعية اقتضتها ما آل إليه حالهما.

و طرق التفريق بين الزوجين كثيرة يجمعها مصطلح الفرقة ،فمنها فرقة بإرادة الزوج كالطلاق ،و منها فرقة بإرادة الزوجة كالخلع ،و منها فرقة تقع بقوة الشرع كما لو ارتد أحد الزوجين و منها ما يتوقف على حكم القاضي كالتفريق للعيوب ،و يحسن أولا قبل الخوض في الموضوع تبيان المراد من الفرقة لغة و اصطلاحا.

➢ المطلب الأول:مفهوم الفرقة

سنتناول في هذا المطلب مفهوم الفرقة لغة في الفرع الأول أما الفرع الثاني سنتطرق فيه للتعريف الاصطلاحي على النحو الآتي

- **الفرع الأول: الفرقة لغة**

الفرقة مصدر فرق، واصل الكلمة فرق بين شيئين على وزن نصر ،و الفرقة إسم من فارقة مفارقة و فراقا[1] و الفرق خلاف الجمع و الاسم فرقة و تفريق، و المصدر فرقة للافتراق ،و فارق الشيء باينه ،و الفرق الفصل بين الشيئين.[2]و الفرقان بالضم القرآن كالفرق و كل ما فرق بين الحق و الباطل[3]

و يلاحظ من مراجعة المعاجم اللغوية أن المعني اللغوي للتفريق يراد به الفصل بين الشيئين و المباينة بينهما، و قد وردت شواهد بمختلف اشتقاقا بها اللفظية في ثلاثة مواضع هي:

---

[1] – الرازي :مختار الصحاح ، مادة فرق ،مصدر سابق ،ج 1 ،ص 238.

[2] – ابن منظور، لسان العرب، مادة فرق ، مصدر سابق ،ج 1 ،ص 300.

– الجوهري ،الصحاح ،تاج اللغة و صحاح العربية ، مصدر سابق ،ج 4 ،ص 154.

[3] – الفيروز أبادي ،مجد الدين أبو طاهر محمد بن يعقوب (817هـ) ،القاموس المحيط ،تحقيق مكتب التراث في مؤسسة الرسالة بإشراف محمد نعيم العرقسوسي ،مؤسسة الرسالة للطباعة و النشر و التوزيع ،بيروت ،لبنان ،ط 8 ،1426 هـ – 2005م ،ج 1 ،ص 917.

- **الأول**: قوله تعالى عن السحرة:"﴿فَيَتَعَلَّمُونَ مِنۡهُمَا مَا يُفَرِّقُونَ بِهِۦ بَيۡنَ ٱلۡمَرۡءِ وَزَوۡجِهِۦۚ﴾ "[1]
- **الثاني** : قولة تعالى :" ﴿فَإِذَا بَلَغۡنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمۡسِكُوهُنَّ بِمَعۡرُوفٍ أَوۡ فَارِقُوهُنَّ بِمَعۡرُوفٖ﴾"[2]
- **الثالث** : قوله تعالى :"﴿وَإِن يَتَفَرَّقَا يُغۡنِ ٱللَّهُ كُلّٗا مِّن سَعَتِهِۦۚ﴾"[3]

- **الفرع الثاني:الفرقة في اصطلاح الفقهاء**

الفرقة و التفريق مصطلحان فقهيان هما النتيجة العملية للطلاق أو التطليق أو فسخ العقد، و قد اعتنى الفقهاء بتعريف الطلاق أكثر من اعتنائهم بتعريف الفرقة أو الفسخ و لذا فسأحاول الوصول إلى معنى الفرقة اصطلاحا من خلال نظرة الفقهاء إلى معنى الطلاق بالاعتبار الذي ذكرت لأن الطلاق هو أحد نوعي الفرقة. و الفرقة بالمجمل رفع قيد النكاح حالا أو مآلا، أو ما تنحل به عقد النكاح فينقطع به ما بين الزوجين من علاقة زوجية.[4]

- فالحنفية يرون أن الفرقة رفع لقيد النكاح[5].
- و هي عند المالكية صفة حكمية ترفع حلية تمتع الزوج بزوجته[6].
- و الشافعية يرون أنها حل لعقد النكاح أو تصرف للزوج يقطع النكاح.[7]
- أما الحنابلة فالفرقة عندهم تعني حل قيد النكاح أو بعضه[8].

و كل التعريفات تصب في معنى واحد و هو رفع قيد النكاح بين الزوجين خالا أو مآلا.

➢ **المطلب الثاني: صاحب الحق في الفرقة بين الزوجين و الحكمة من ذلك شرعا**

---

[1] – سورة البقرة: الآية 102.

[2] – سورة الطلاق: الآية 02.

[3] – سورة النساء: الآية 130.

[4] – الخفيف : على الخفيف، فرق الزواج في المذاهب الاسلامية بحث مقارن، معهد الدراسات العربية العالية 1955، ص 01

[5] – الحطاب، مواهب الجليل، مصدر سابق ، ج 4 ، ص 18.

[6] – ابن نجيم زيد الدين بن إبراهيم بن محمد(970 ه) : البحر الرائق شرح كنز الدقائق ،دار الكتاب الإسلامي ، ط 2 (د.ت) ،ج 3 ،ص 252.

[7] – الشربيني: معنى المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج ، مصدر سابق ، ج 4، ص 455.

[8] – المرداوي، الانصاف في معرفة الراجح من الخلاف ، مصدر سابق ، ج 8، ص 429.

– البهوتي: كشاف القناع عن متن الإقناع، مصدر سابق ،ج 5 ، ص 232.

قسمنا هذا المطلب إلى فرعين الأول تناولنا فيه صاحب الحق في الفرقة وتناولناه من الجانب الشرعي و القانوني والقضائي أما الفرع الثاني فتناولنا فيه الحكمة من جعل الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج .

- **الفرع الأول: صاحب الحق في الفرقة**

أولا: صاحب الحق في الفرقة شرعا

إن عقد الزواج يمكن أن نحدد أطرافه و من له صلة مباشرة بالزوج و الزوجة ، و لكل طرف من هذه الأطراف حقوق محددة في عقد الزواج بدءا بتأسيسه و تمامه وصولا إلى رفعه إذ اقتضى الأمر، و قد أعطى الشارع طرفا واحدا و هو الزوج سلطة التصرف في العقد وفق مقتضيات الشرع برفع أحكامه أصالة مع عدم إغفال حق الزوجة و الولي في ذلك وفقا لحالات تستوجب رفع العقد و هذا الحق الأصيل نستخلصه من خلال نصوص القرآن و سنة و ما أقره الفقهاء من قواعد و أحكام يمكن أن نوردها كما يلي:

أولا – النصوص القرآنية: القارئ لنصوص الكتاب المتعلقة بالفرقة بين الزوجين يلاحظ جليا أن الخطاب فيها منسوب إلى الزوج بلفظ الطلاق و قد وردت الآيات بلفظ (طلقتم النساء) في أربعة مواضع هي:

قوله تعالى:"﴿وَإِذَا طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرِّحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ ۚ وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُوا۟ ۚ وَمَن يَفْعَلْ ذَٰلِكَ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُۥ﴾[1]

– و كذا قوله تعالى:"﴿وَإِذَا طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَن يَنكِحْنَ أَزْوَٰجَهُنَّ إِذَا تَرَٰضَوْا۟ بَيْنَهُم بِٱلْمَعْرُوفِ﴾ "[2]

– و كذلك قوله تعالى:" ﴿لَّا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِن طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ مَا لَمْ تَمَسُّوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا۟ لَهُنَّ فَرِيضَةً ۚ وَمَتِّعُوهُنَّ عَلَى ٱلْمُوسِعِ قَدَرُهُۥ وَعَلَى ٱلْمُقْتِرِ قَدَرُهُۥ مَتَٰعًۢا بِٱلْمَعْرُوفِ ۖ حَقًّا عَلَى ٱلْمُحْسِنِينَ﴾"[3]

– و قوله أيضا:"﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّبِىُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا۟ ٱلْعِدَّةَ ۖ وَٱتَّقُوا۟ ٱللَّهَ رَبَّكُمْ ۖ﴾"[4].

---

[1] – سورة البقرة: الآية 231.

[2] – سورة البقرة: الآية 232

[3] – سورة البقرة: الآية 236.

[4] – سورة الطلاق: الآية 01.

و بلفظ (**فَإِن طَلَّقَهَا**) في موضعين ذات الآية هي:

– قوله تعالى:"﴿فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُۥ مِنۢ بَعۡدُ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوۡجًا غَيۡرَهُۥۖ فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا جُنَاحَ عَلَيۡهِمَآ أَن يَتَرَاجَعَآ إِن ظَنَّآ أَن يُقِيمَا حُدُودَ ٱللَّهِۗ﴾"[1].

أما الألفاظ الأخرى فكانت (**إِن طَلَّقَكُنَّ**) و الخطاب للنبي عليه السلام في "قوله تعالى: ﴿عَسَىٰ رَبُّهُۥٓ إِن طَلَّقَكُنَّ أَن يُبۡدِلَهُۥٓ أَزۡوَٰجًا خَيۡرًا مِّنكُنَّ مُسۡلِمَٰتٖ مُّؤۡمِنَٰتٖ قَٰنِتَٰتٖ تَٰٓئِبَٰتٍ عَٰبِدَٰتٖ سَٰٓئِحَٰتٖ ثَيِّبَٰتٖ وَأَبۡكَارًا ٥﴾"[2].

و لما جرى الخطاب للنساء جاءت بلفظ (**وَالْمُطَلَّقَاتُ**) كما في قوله تعالى: "﴿وَٱلۡمُطَلَّقَٰتُ يَتَرَبَّصۡنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَٰثَةَ قُرُوٓءٖۚ﴾"[3].

و هذه الآيات واضحة الدلالة أنه يمكن للزوج أن يطلق و هو الذي يملك حل عقد النكاح بإرادة منفردة منه دون شرط موافقة الزوجة، و لا نجد نصا قرآنيا واحدا يشير إلى المرأة تطلق نفسها بإرادة منفردة منها كما هو الرجل.

ثانيا: نصوص السنة:

1– حديث امرأة رفاعة القُرَظِي جاءت إلى رسول الله صلى الله عليه و سلم فقالت: يا رسول الله إن رفاعة طلقني فبت طلاقي[4]

2– حديث أبي عمر و بن حفص بن المغيرة الذي خرج مع علي بن أبي طالب إلى اليمن فأرسل إلى امرأته فاطمة بنت قيس بتطليقه كانت بينت من طلاقها"[5].

3– حديث بن عمر أنه طلق امرأته تطليقه و هي حائض فأمره النبي صلى الله عليه و سلم أن يراجعها[6].

ثانيا:صاحب الحق في الفرقة قانونا و قضاء

---

[1] – سورة البقرة: الآية 230

[2] – سورة التحريم : الآية 05.

[3] – سورة البقرة: الآية 228.

[4] – رواه البخاري: صحيحه كتاب الطلاق ، باب من أجاز الطلاق الثلاث ،مصدر سابق ، ص 905

[5] – رواه مسلم أبي الحسين: صحيح مسلم ، ترقيم و ترتيب محمد فؤاد عبد الباقي كتاب الطلاق ،باب المطلقة ثلاثا لا نفقة لا ، ،دار الفجر للتراث ،القاهرة ،1431هـ –2010م ،ص 507.

[6] – رواه مسلم :كتاب الطلاق ،باب تحريم الطلاق للحائض بغير رضاها و أنه لو خالف وقع الطلاق و يؤمر برجعتها ، مصدر سابق ، الجامع الصحيح ، ص 497.

لم يخرج قانون الأسرة الجزائري عن القاعدة التي تشكل إجماعا بالنسبة لغالبية الدول العربية و الاسلامية الجاعلة من الطلاق حق إرادي أصيل للزوج دونما الرجوع للزوجة أي أن إرادتها تنعدم أمام إرادة الزوج في إحداث هذا الأثر القانوني ، فالمادة 48 سواءً أكانت قبل التعديل التي كانت تنص على أنه:" الطلاق حل عقد الزواج و يتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين..."[1].

أما بعد التعديل فقد نصت على أنه :"مع مراعاة أحكام المادة 49 أدناه يحل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين..."[2].

أكدت المادة أن الصورة الأولى لحل الرابطة الزوجية هي الطلاق بإرادة الزوج النابعة أساسا من العصمة الزوجية المملوكة شرعا للزوج[3] ،وهذا الحق الأصل للزوج في طلاق زوجته بإرادته المنفردة مقرر له في القضاء الجزائري حيث وردت عدة قرارات للمحكمة العليا تؤيد هذا الحق سواءً أكان ذلك قبل صدور قانون الأسرة الجزائري أو بعد صدوره وحتى بعد التعديل ،ومن بين القرارات نذكر ما يلي:

ينص القرار على أنه " القرار المطعون فيه قد خالف أحكام الشريعة في الطلاق الذي هو ملك في عصمة الزوج الذي مافتئ في كل مراحل الخصام بطلب رجوع زوجته و الحكم بتطليقها من جانب قضاة الموضوع مبرز له"[4] ،و من خلال القرار السابق يتبن لنا لأن المحكمة العليا طبقت أحكام الشريعة الاسلامية التي تقر للزوج حق الطلاق بإرادته المنفردة ،و في هذا المنحنى سارت عدة قرارات للمحكمة العليا قبل صدور قانون الأسرة[5].

---

[1]االقانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 رمضان 1404هـ الموافق لـ 08 جوان 1984م المتضمن قانون الأسرة الجزائري.

[2]الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 18 محرم 1426هـ الموافق لـ 27 فيفري 2005م المعدل والمتمم للقانون رقم 84-11 المتضمن قانون الأسرة الجزائري

[3]باديس ذيابي:صورة فك الرابطة الزوجية ، مرجع سابق، ص 13.

بلحاج العربي : الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر ،ط3، 2004 ،ص 231-272 .

– ابن الشويخ الرشيد: شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، دراسة مقارنة مع بعض التشريعات الفردية،دار الخلدونية، الجزائر،ط1 ،2008م، ص 176 .

[4]القرار رقم 29236 المؤرخ في 1983/03/14 نشرة القضاة.

القرار المؤرخ في سنة، 1986، العدد3، ص 83، نشرة القضاة.

[5] القرار رقم 29213 المؤرخ في 02/14 /1983 نشرة القصاة

–:القرار المؤرخ في سنة 1986 ، نشرة القضاة العدد 3 ،ص 80 الذي ينص على "حكم القضاة الموضوع بالطلاق بين الزوجين دون أن يطلب منهم ذلك فإنهم لم يعطوا لقرارهم في جزئية الطلاق أساسيا شرعا" أي أن الطلاق بيد الزوج لا لابيد القاضي.

القرار الذي ينص على أنه " من المقرر شرعا أن للزوج حق الطلاق من جانبه وحده عملا بالقاعدة الشرعية (العصمة بيد الزوج) ، و من ثم فإن القضاء بإبقاء روابط الزوجية بين الزوجيين حتى بعد إبداء الزوج لإرادته في الطلاق يعد خرقا صريحا لهذه القاعدة الشرعية"[1].

" من المقرر قانونا أنه يحق للزوج إيقاع الطلاق بإرادتها المنفردة و من ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بالقصور في التسبب ليس في محله، و متى تبين في قضية الحال أن للزوج الحق في تحميل مسؤوليته الطلاق دون أن يفصح للقاضي عن الأسباب التي دفعته للطلاق و ذلك تجنبا للحرج أو تخطيا لقواعد الاثبات خلافا للأزواج اللذين يقدمون تبريرات لإبعاد المسؤولية عنهم ،و عليه فإن قضاة الموضوع لما قضوا بالطلاق بإرادة الزوج المنفردة دون تبرير طبقوا صحيح القانون"[2].

من خلال القرارين السابقين يتبين لنا أن المحكمة العليا طبقت نص المادة 48 من قانون الأسرة الجزائري اي بينت لنا إحدى طرق الطلاق المتمثلة في الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج و هذا موافق لأحكام الشريعة الاسلامية التي تجعل الطلاق بيد الرجل وحده[3] ،كما نلاحظ أن المشرع الجزائري ترك المادة 48 على إطلاقها و لم يضع لها قيود أي أنه يجوز للزوج أن يطلق زوجته دون تبرير و هذا ما جاء في قرار المحكمة العليا المؤرخ في 1999/06/15 السابق الذكر[4].

فالزوج المصر على الطلاق لا يلزمه القانون بتبرير طلاقه غير أن انعدام المبرر الشرعي يفتح الحق المطلق في المطالبة بالتعويض الذي يحكم به القاضي ، و تبعا لذلك فإذا حكم بالطلاق بإرادة الزوج حكم القاضي مجرد تقرير لإرادة الزوج و ليس بالحكم المنشئ للطلاق.

-:القرار رقم (غير موجود) المؤرخ في 1971/03/10 نشرة القضاة

- القرار المؤرخ في 1972 ، نشرة القضاة ،العدد 2، ص 28.

- في حين أن القانون يعترف الزوج بالحق في فصم رابط الزوجية بمحض إرادته المنفردة".

[1] - المجلة القضائية: غرفة الأحوال الشخصية و المواريث، قرار رقم 3534 المؤرخ في 1984/12/31 العدد الثاني ، سنة 1990،ص 86.

[2] - المجلة القضائية: قرار رقم 223019 المؤرخ في 1999/06/15. عدد خاص بالأحوال الشخصية سنة 2001 ،ص 104.

[3] - آث ملويا: لحسن بن الشيخ، المنتدى في قضاء الأحوال الشخصية ، دار هومة ، الجزائر،ط 2005 ، ج1 ،، ص 216.

[4] - نفس المضمون للقرار رقم 41255 المؤرخ 1986/03/24 .

- نشرة القضاء 1988، العدد 44 ،ص 155 ،إذ ينص على أنه "إن العصمة في يد الزوج و له الطلاق بإرادته المنفردة من دون حاجة إلى أن يكون تبريره فالقرار الذي خالف هذه القاعدة يستوجب نقضة".

فمن كل ما سبق يتبين لنا أن قرارات المحكمة العليا كانت مستقرة و موافقة لنصوص الشرع و القانون في أن الطلاق في يد الزوج و لا خلاف في ذلك.

الفرع الثاني :الحكمة من جعل الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج

إذا كان نظام الطلاق في الاسلام شرع لمصلحة الزوجين في حال اختلافهما و عدم تلاقيهما و بقاء الشقاق بينهما على نحوي شخصي على الحال فقد يقال لماذا كان الطلاق بيد الرجل و لم يكن بيد المرأة و هي مثله في عقد النكاح؟

و الجواب على هذا التساؤل يكون من وجوه عدة:

أولا:إن القوامة بين الزوجيين هي للرجل على المرأة و ليس العكس فالرجال كما هو معروف في المنظور القرآني قوامون على النساء، فهم ينفقون على زوجاتهم و أولادهم فهذه المسؤولية تجعلهم أكثر التزاما بالمحافظة على العلاقة الزوجية لذلك فإن من لوازم هذه القوامة أن يكون الطلاق بيد الرجل[1].

ثانيا :إن الطلاق أمر خطير جدا لأن فيه حل الرابطة الزوجية و إنهاء عقد الزواج ، فلا يجوز التعجيل في إنهاء هذا العقد و لم يجعل للمرأة لا تقليلا من شأنها و لكن من صفاتها أنها سريعة الانفعال و الغضب و الإثارة مما يؤدي الى عدم تريثها أو ترويها فتنتهي الحياة الزوجية لأدنى الأسباب و الرجل أقدر منها على حفظ نفسه عند الانفعالات و الغضب و الإثارة، فهو أحرص على توطيد أواصر الرابطة الزوجية في تلك الحالات.[2]

ثالثا:إن الطلاق يستتبع أمورا مالية من دفع مؤجل للمهر، و نفقة العدة و المتعة، و هذه التكاليف المالية من شأنها حمل الرجل التروي في إيقاع الطلاق فيكون من الخير و المصلحة جعله في يد من هو أحرص على الزوجية و أما المرأة فلا تتضرر بالطلاق.

رابعا :إعطاء حق الطلاق للرجل لا يعني انسداد الخلاص منه إن أراد الإضرار في إمساكها فالشرع الشريف جعل للمرأة حق طلب الطلاق في حالات لا تقدر معها البقاء مع زوجها، و ذلك كالإعسار في النفقة...إلخ و نحوه من العيوب و العلل التي تصعب الحياة معها.

---

[1] - آث ملويا ،المنتقى في قضاء الأحوال الشخصية ،مرجع سابق ،ص 2016.

[2] – حسين سمرة ،أحكام الأسرة في التشريع الإسلامي ،دار الهدية ،جامعة القاهرة ،ط 1 ،1432هـ - 2011م ،ص 231.

خامسا: ومع ما قدمناه فإن المرأة تستطيع عند عقد الزواج أن تشترط لنفسها حق الطلاق فإذا رضي الزوج بهذا الشرط و انعقد بهذا الشرط صار لها حق تطليق نفسها بإرادتها كما للزوج حتى تطليقها بإرادتها[1].

➢ **المطلب الثالث :أثر النصوص القانونية على الطلاق الرجعي و الاجتهادات القضائية**

إن المشرع الجزائري أعطى الزوج حق في فك الرابطة الزوجية بإرادته المنفردة في نص المادة 48، و أهمل مسألة هامة تتمثل في الطلاق العرفي [2]و مدى وقوعه شرعا لأنه جعل الطلاق في المادة 49 لا يثبت إلاّ أمام القاضي و بعد استدار حكم قضائي به مما يثير إشكالات عديدة سببها عدم مراعاة العدة الشرعية الخاصة بالطلاق، مما أدى إلى عدم الانسجام بين النصوص الشرعية و النصوص القانونية وهذا ما سنراه فيما يلي:

تنص المادة **48** من قانون الأسرة الجزائري على ما يلي: مع مراعاة أحكام المادة **49** أدناه يحل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة..."[3].

ولقد فسر العديد من القانونيين هذين النصين تفسرا غريبا إذ اعتبر أن المشرع بالطلاق الرجعي ولا يعرفه و إنما يعرف فقط الطلاق البائن الذي يتولد مباشرة عقب صدور الحكم المثبت للطلاق، و منه يتولد عن هذا التفسير الغريب أن الطلاق الذي يوقعه الزوج بإرادته المنفردة طبقا لنص المادة 48 من ق.أ و يؤكد عليه صراحة في العريضة الافتتاحية للدعوى ثم أمام قاضي شؤون الأسرة لعدة مرات أثناء جلسات

---

[1] زيدان: عبد الكريم المفصل في أحكام المرأة و بين المسلم فسي الشريعة الاسلامية، مؤسسة الرسالة، بيروت لبنان،ط2 ، 1420هـ – 2000م ،ج7، 348 -359.

– الزحيلي: وهبة، الفقه الاسلامي و أدلته، طبع في الجزائر بإذن خاص من دار الفكر بدمشق،ط1 ، 1413هـ- 1992م ، ج7 ،ص 360-361 .

– خالد عبد الرحمن ، شخصية المرأة المسلمة في ضوء القرآن و السنة ، دار المعرفة بيروت ،ط1، (1419هـ-1998م،ص 156-157.

– الذوادي محمود:،قضايا النشور و الشقاق و الطلاق في ضوء القرآن الكريم ، مجلة الشريعة و الدراسات الاسلامية تصدر عن مجلس النشر العلمي جامعة بيروت ،سنة 13 العدد 37، 1419هـ1909م ،ص 200- 201 .

[2] يقصد بالطلاق العرفي أن يتلفظ الزوج بالطلاق خارج المحكمة .

[3] الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 18 محرم 1426هـ الموافق لـ 17 فيفري 2005 المعدل والمتمم للقانون رقم 84-11 المتضمن قانون الأسرة الجزائري.

الصلح، يعتبر لغو و لا وجود له و لا يلتفت إليه بل حتى و لو استغرقت القضية مدة سنة كاملة بالمحكمة[1].

إذ يعتقدون أن الطلاق ينشأ من تاريخ صدور الحكم بالطلاق وأنه لا يقع الطلاق إلاّ أمام المحكمة[2]، فساد هذا الاعتقاد وطفى على الساحة القانونية حتى كاد أن يكون أمرا مسلما به.

وفي حقيقة الامر فإن المشرع يقر في قانون الأسرة بوجود الطلاق الرجعي وأحسن دليل على ذلك نص المواد 48-50-52-58 من نفس القانون وسنوضح ذلك في النقاط التالية:

أولا: إن الذين يعتقدون أن الطلاق لا يقع إلاّ إذا صدر حكم يقضي بذلك، فإنهم بذلك يكونون قد خرقو أحكام المادة 48 من قانون الأسرة، فأصبح لدينا الطلاق الذي يتم بإرادة القاضي بدلا من الطلاق الذي يتم بإرادة الزوج وهذا غير مسلم به لا شرعا ولا قانونا ولا قضاءً[3].

ثانيا: إن نص المادة 50 من ق.أ.ج تنص على أنه من راجع زوجته أثناء محاولة الصلح لا يحتاج إلى عقد جديد أي بمعنى أنه طالما أن فترة ومرحلة الصلح والمحددة بثلاثة أشهر لم تنتهي بعد فإن الزوج يمكن له أن يراجع زوجته التي طلقها من دون أي عقد عليها من جديد لأن الطلاق الذي أوقعه كان رجعيا.

إن المشرع عندما استعمل مصطلح" من راجع زوجته" فهو يقصد به الرجوع الذي يأتي بعد الطلاق الذي أوقعه الزوج بإرادته المنفردة طبقا لنص المادة **48**، فلو كان حقيقة أنه لا يوجد للطلاق الرجعي

---

[1] لمطاعي نور الدين، عدة الطلاق الرجعي وآثارها على الأحكام القانونية، دار فسيلة، ط2،2009، ص46-47.

[2] يرى الأستاذ عبد العزيز سعد أن المشرع لا يعترف بالطلاق الرجعي أثناء العدة ما دامت القاعدة العامة أن طلاق القاضي بائن.

- سعد عبد العزيز: الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، دار البعث للنشر والطباعة، قسنطينة ط2،1986،ص316.

-كما يرى الأستاذ بلحاج العربي أن الطلاق في الجزائر لا يقع إلاّ لدى المحكمة، أنظر في ذلك، العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ج1، ص139.

-و يرى الأستاذ فضيل سعد، أن القانون لا يعترف بالطلاق إلاّ بوجود حكم يقضي به طبقا لأحكام المادة 49 من قانون الأسرة، أنظر في ذلك سعد فضيل: شرح قانون الاسرة الجزائري، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر،1986، ج1، ص 326.

-كما يرى الأستاذ عمر زودة، أن الطلاق لا يقع إلاّ بإعلان الزوج عن إرادته أمام جهة رسمية وأنه لا يمكن إنشاء الطلاق إلاّ بموجب محرر رسمي، إذ لا يقع الطلاق إلاّ ابتداء من صدور هذا الإعلان من القاضي.

-أنظر في ذلك: عمر زودة، طبيعة الاحكام بإنهاء الرابطة الزوجية وأثر الطعن فيها انسيكوبيديا للنشر بن عكنون-الجزائر 2003، ص 33-34.

[3] راجع، (صاحب الحق الأصيل في الطلاق شرعا و قانونا و قضاءا) من الرسالة ص 55.

فلماذا يتكلم المشرع عن الرجوع؟، فالرجوع الشيء لا يطلق إلاّ على عودة هذا الشيء بعد غيابه وزواله، فالمشرع يقصد من وراء ذلك بدون أدنى شك الطلاق الرجعي.

أي أن الطلاق الذي أوقعه الزوج كان رجعيا إذ بعد ما حل الزوج عند الزواج بإرادته المنفردة فإنه يمكنه أن يراجع زوجته دون عقد جديد وهذا الحكم لا يوجد إلاّ في الطلاق الرجعي[1].

ثالثا:إن نص المادة 52 من ق.أ.ج التي تنص على ما يلي:" إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها"[2].

فمن خلال هذا النص يمكن استخراج النقاط الآتية:

- عندما جاء المشرع بعبارة " إذا تبن للقاضي تعسف الزوج في الطلاق " فهذا دليل قاطع وبصريح العبارة أن الذي يوقع الطلاق هو الزوج و ليس القاضي و إنما القاضي ينظر إلى الطلاق الذي أوقعه الزوج و يجده قد تعسف في إيقاعه بإصدار حكم لهذه المطلقة بالتعويض.
- إن المصطلح الذي استعمله المشرع في المادة 52 هو مصطلح "الطلاق"[3]وليس مصطلح الحكم بالطلاق [4]، بل بالعكس جاء لفظ الحكم بعد لفظ الطلاق أي بمعنى أنه عندما يقع الطلاق في المرحلة الأولى تأتي المرحلة الثانية وهي مرحلة الحكم.
- ففي مرحلة الأولى لا يدخل القاضي فيها على الإطلاق فهي من صلاحيات الزوج وحده" لأن العصمة بيده" وأن الزوج عندما يلجأ للطلاق فهو فقط من اجل إثبات هذا الطلاق فقط، فالقاضي يثبت في حكمه بأن الطلاق قد أوقع الزوج حقيقة فيكون كاشفا لواقعة الطلاق وليس منشأ لهذا الاخيرة[5].
- كما أنه إذا سلمنا جدلا بأن القاضي هو الذي يقرر الطلاق فلماذا إذا رأى أن الزوج طالب الطلاق قد تعسف في طلبه أي بمعنى أن الطلاق كان تعسفيا فلماذا يحكم له بالطلاق؟!

---

[1] لمطاعي نور الدين: عدة الطلاق الرجعي وآثارها على الاحكام القضائية، مرجع سابق، ص 48-49.

[2] الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 18 محرم 1426هـ-الموافق لـ 27 فيفري 2005 المعدل والمتمم للقانون رقم 84-11 المتضمن قانون الأسرة الجزائري.

[3] راجع مفهوم الطلاق في الرسالة، ص50 و ما بعدها

[4] مفهوم الحكم بالطلاق: هو صدور حكم نهائي بالطلاق.

[5] الرشيد بن شويخ، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل: المرجع السابق، ص 180.

المفروض إذا كان فيه تعسف القاضي لا يمنح له الطلاق طالما أنه هو الذي ينشئه ولا مجال للحديث عن الطلاق أو وقوعه إلاّ بحكم[1].

رابعا : و بالرجوع إلى نص المادة 58 من ق.أ.ج نجدها تنص على ما يلي:" تعتد المطلقة المدخول بها غير الحامل ثلاثة أشهر من تاريخ التصريح بالطلاق"[2]، فالمشرع يقصد بعبارة " من تاريخ التصريح بالطلاق" تصريح الزوج بالطلاق لا تصريح القاضي بالطلاق[3].

و هو ما جاء في الجلسة العامة المنعقدة يوم الإثنين 23 أفريل 1984 بمقر المجلس الشعبي الوطني عند مناقشة مشروع القانون المتضمن قانون الأسرة لسنة 1984 إذ أجاب ممثل الحكومة السيد معالي وزير العدل على النواب بشأن سيران مدة العدة بما يلي:" مدة العدة تبدأ من تاريخ النطق بالطلاق و ليس من تاريخ صدور حكم الطلاق"[4].

و خلاصة القول إن المشرع عندما نص في المادة 48 من ق.أ.ج على أنه:" لا يثبت الطلاق إلاّ بحكم" فإنه يقصد بذلك الإثبات لا غير كما سلف بيانه. فهناك فرق شاسع بين مصطلح "لا يثبت الطلاق"[5]ومصطلح " لا يقع الطلاق"[6] فالمصطلح الأول كاشف له وبالتالي منشأه.

---

[1] لمطاعي نور الدين: عدة الطلاق الرجعي وآثارها على الاحكام القضائية، مرجع سابق، ص 53.

[2] القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 رمضان 1404هـ الموافق لـ 08 جوان 1984، المتضمن قانون الأسرة الجزائري.

[3] لمطاعي نور الدين: عدة الطلاق الرجعي وآثارها على الاحكام القضائية، مرجع سابق، ص 81.

[4] أنظر إلى محضر مختصر الجلسة العامة المنعقدة يوم الإثنين 23 أفريل 1984 بمقر المجلس الشعبي الوطني الجريدة الرسمية لمداولات المجلس الشعبي الوطني الصادرة يوم الخميس 9 شعبان 1404هـ الموافق ليوم 10 ماي 1984 السنة الثالثة، العدد 48، ص 10 (نقلا عن لمطاعي نور الدين، مرجع سابق، ص 83). قد يكون القاضي أمام نص غامض يحمل دلالات مختلفة ومعان كثيرة، ومن الطرق التي يلجأ إليها القاضي لحسم الخلاف تفسير النص بأحدى طرق التفسي ومنها:

- الرجوع إلى الأعمال التحضيرية: التي يقصد بها مجموعة من الوثائق التي تبين مختلف المراحل التي مر بها النص وتتمثل مشروع أو افتتاح القانون مع بيان أسبابه ومختلف التقارير اللاحقة له كالتقرير التكميلي. ولهذه الوثائق أهمية في كشف أسرار النصوص ومقاصدها.

أنظر: بوضياف عمارو المدخل إلى العلوم القانونية، النظرية العامة للقانون وتطبيقاتها في التشريع الجزائري، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، ط3، أكتوبر 1428هـ-2007، ص 242.

[5] "لا يثبت الطلاق" يستعمل للإثبات فقط ويكون الحكم صادر بشأنه كاشف.

[6] " لا يقع الطلاق "يقصد به إيقاع الطلاق ويكون الحكم الصادر بشأنه منشأ غير كاشف

وأن القول بأن الطلاق لا يلتفت إليه إلاّ إذا أوقعه القاضي بالمحكمة، هو قول لا يستقيم مع نصوص وأحكام قانون الأسرة وأن هذا القول يصح فقط عند ما ينص المشرع صراحة على أنه الطلاق لا يقع إلا أمام المحكمة على غرار ما جاء به المشرع التونسي[1].

هناك عدة شواهد من قرارات المحكمة العليا التي توضح لنا أن القضاء الجزائري يعترف بالطلاق الرجعي نذكر منها ما يلي:

- القرار الذي قضى أنه " من المقرر شرعا وعلى ما جرى به قضاة المجلس الاعلى إن تلفظ الزوج بالطلاق يلزمه، ومن المقرر أيضا أن الرجعة لا تعتبر شرعا إلاّ أثناء قيام العدة، ومن ثم فإن القضاء بخلاف ذلك يعد خرقا لمبادئ أحكام الشريعة الإسلامية"[2].
- " من المتفق عليه فقها في أحكام الشريعة الإسلامية أن الطلاق الذي يقع من الزوج وهو الطلاق الرجعي وأن حكم القاضي به لا يغير من رجعيته لانه إنما نزل على طلب الطلاق.
- أما الطلاق البائن .....
- إن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا لأحكام و مبادئ الشريعة الإسلامية و لذلك يستوجب نقض القرار الذي اعتبر الطلاق بإرادة الزوج طلاقا بائنا"[3].

و ما يتأكد اعتراف القضاء بالطلاق الرجعي القرار المؤرخ في 09 ماي 2007 و الذي جاء فيه:" مراجعة الزوج زوجته خلال فترة العدة، جائز شرعا و قانونا ، ما دامت العصمة بيده"، حيث أن القرار

---

[1] من بين الحكومات التي تبنت فكرة وضع الطلاق بيد القاضي وأصدرت قوانين ملزمة بهذا الخصوص دولة تونس التي نصت في مجملها للأحوال الشخصية في الفصل 30 أنه "لا يقع الطلاق إلاّ لدى المحكمة".

– انظر أمر مؤرخ في 06 محرم 1376 الموافق لـ 13 أوت 1956 يتعلق بإصدار مجلة الأحوال الشخصية التونسية، فهم يرون أن علم وقوع الطلاق إلا في المحكمة اجتهاد راعي مصالح الأسرةو الأبناء والمجتمع فجعل الزواج رسميا والطلاق قضائيا www.middleestrarsparent.com

[2] المجلة القضائية، غرفة الأحوال الشخصية القرار رقم 35322 المؤرخ في 1984/12/17 المجلة القضائية 1989، العدد 4،ص 91.

[3] المجلة القضائية، غرفة الأحوال الشخصية القرار رقم 39463 المؤرخ في 1986/02/10 المجلة القضائية 1989، العدد 1 ،ص 115.

المطعون فيه صده – الزوج- تمسك بالرجوع ما دامت العصمة بيده و ان الطلاق الذي صدر منه رجعي ما دام أن تراجع عن ذلك و سعى إلى إرجاعها في خلال مدة عشرين يوما قبل فوات مدة العدة شرعا"[1].

➢ **المطلب الرابع : الطلاق بالتراضي قانونا و قضاءا**

يقصد بهذه الصورة أن كلا من الزوجيين يريدان إنهاء رابط الزوجية[2]بقناعة كلامية على أن استمراريتها أضحت ضربا من المحال لأي سبب من الاسباب أو ظرف من الظروف تجعل أحدهما أو كليهما غير قادرة على الاستمرار في هذه العلاقة فتكون بذلك إرادة الطرفين متحدة من أجل إحداث الاثر القانوني المتمثل في الطلاق[3].

فمن الوهلة الأولى يتبين أن هناك اختلافا بسيطا من حيث المفهوم بين هذه الصورة، و الصورة الاوضح المتمثلة في الطلاق بالإرادة المنفردة، و الاختلاف يكمن أساسا في موافقة الزوجة على الانفصال و ودية إحداث الامر، عكس ما نلاحظه في الصورة الأولى إذ عادة ما يلجأ الزوج للطلاق في ظل رفض الزوجة الإنفصال[4].

نعني أن هذه التفرقة لا تغير في المسألة شيئا و ليس ضروريا أن تكون صورة كافية لإحداث الأثر القانوني دون الرجوع إلى موافقة الزوجة من عدمها، فإرادة الزوجة في الطلاق ليست محل اعتبار و توافرها من عدمه لا يغير في الموقف شئ، و مع ذلك فاستحدث هذه الصورة كان من أجل عديد الفوائد.

الفائدة من استحداث صورة الطلاق بالتراضي.

يذكر رئيس غرفة الاحوال الشخصية للمحكمة العليا السيد " الهاشمي هويدي"-رحمه الله- في توضيح له نشر بالمجلة القضائية لغرفة الاحوال الشخصية – العدد الخاص- أن كثيرا ما يحدث الطلاق بالتراضي بين الأقارب و العائلات التي تفضل المحافظة على العلاقات التي بنيت بينهما، و يتم نتيجة

---

[1]المجلة القضائية، غرفة الاحوال الشخصية ملف رقم 395557 المؤرخ 2007/05/09 ، مجلة المحكمة العليا لسنة 2008،عدد2،ص 299و ما بعدها.

[2]تقية عبد الفتاح،قانون الأسرة مدعما بأحداث الاجتهادات القضائية و التشريعية ،دار الكتاب الحديث،ط1433،1هـ،2012م ،ص 216.

-بلحاج العربي : الوجيز في شرح قانون الاسرة الجزائري ، المرجع السابق ،ج1،ص 258.

[3]Anne-marie leroyer :droit de la famille presses univessitaires de France (paris)1er édition 2011,page 112.

[4]باديس ذيابي ، صور فك الرابطة الزوجية، المرجع السابق، ص24.

تنازلات متبادلة بين الزوجيين و يضيف أنه على القاضي في هذه الحالة أن يحدد العناصر التي تم بشأنها الاتفاق لأن هذا الاخير لا يغار بشأنه أي طعن باعتباره مجرد إشهاد[1].

هذا التفسير أوضح الهدف المتوخى من استحداث صورة الطلاق زيادة عن باقي الصورة في قانون الاسرة، إذ يخلص في مجمله إلى تقصير الطريق والكف عن النزاع القضائي الطويل الأمد من أجل التوصل إلى اتفاق يخص جميع الآثار المترتبة عن الطلاق والتي تحظى بموافقة الطرفين في حكم يعد إشهارا يوصف بما يوصف به الاحكام عادة.

و على هذا السياق جاءت المحكمة العليا و منها القرار الذي ينص على أنه "تأييد القاضي لاتفاق وقع أمام موظف رسمي لا يعيب في حكمه ولو لم يطالب الأطراف"[2]، حيث إن الطاعن يرمي إلى طعن القرار الصادر من مجلس قضاء المدية صادق على حكم ابتدائي وفقا به القاضي الأول على اتفاقية بالطلاق وقعت بينه وبين زوجته أمام الموثق...".

وهذا معناه أنه يمكن للزوجيين بناء على رغبتهما المشتركة[3] أو بناء على طلب أحدهما وموافقة الآخر[4]أن يتطابقا بتراضيهما بالأحسن ودون خطأ أو نزاع. وهذا ما تجلى خلال قرارات المحكمة العليا بهذا الشأن منها قرار مؤرخ في 1994/04/19 جاء فيه ما يلي:

" من المقرر قانونا أن الصلح عقد ينهي به الطرفان نزاعا قائما أو يتوقيان به نزاعا محتملا أو ذلك بأن يتنازل كل منهما على وجه التبادل عن حقه.

ومن المقرر أيضا أنه ينهي الصلح النزاعات التي يتناولها ويترتب عليه إسقاط الحقوق والادعاءات التي تنازل عنها أحد الطرفين بصفة نهائية.

و متى تبين – في قضية الحال–أن قضاة المجلس لما قبلوا استئناف الحكم القاضي بالصلح المقام بين الطرفين و الذي شهدت عليه المحكمة أخطأوا في تطبيق القانون لأن الاستئناف لا يرفع إلاّ ضد الأحكام التي صدرت إثر نزاع بين الطرفين ، بخلاف الصلح الذي يبرم بين الاطراف الذين جعلوا

---

[1] مجلة الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص لسنة 2001،

[2] نشرة القضاة: رقم القرار غير موجود، مؤرخ في 1971/03/17، نشرة القضاة لسنة 1972، العدد2، ص58.

[3] المحكمة العليا، القرار المؤرخ في 05ديسمبر 1965، عدد4، ص 1231.

[4] مجلس قضاء مستغانم 15 ديسمبر 1966، المجلة الجزائرية لسنة 1968، عدد 4، ص 1233.

حدا للنزاع و أن دور المحكمة ينحصر في مراقبة صحة و سلامة هذا الصلح ، لأن الصلح عقد ينهي به الأطراف نزاعا قائما طبقا لأحكام المادتين 159 و 462 من القانون المدني ، ومن كان ذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه"[1].

وفي معرض تأسيسها أكدت المحكمة العليا بشأن هذا القرار بأن الاستئناف لا يرفع إلاّ ضد الأحكام التي صدرت إثر نزاع بين الطرفين بخلاف الصلح الذي يبرم بين الأطراف الذين جعلوا حدا للنزاع، وأن هذا الأخير عقد ينهي به الطرفان نزاعا قائما طبقا للمادة 459 من القانون المدني، كما أنه ينهي النزاعات التي يتناولها مثل ما نصت عليه المادة 462 من نفس القانون.

و من خلال القرار نستشف أن المحكمة العليا اعتبرت ما يلي:

- الطلاق بالتراضي هو عقد صلح ينفي نزاعا قائما بين طرفين.

-دور القاضي في تجسيد الصلح (الطلاق بالتراضي) يكون بمراقبة صحة وسلامته.

الطلاق بالتراضي غير قابل للاستئناف[2].

ما يأخذ على قرار المحكمة العليا المؤرخ في 1994/04/19.

1. يأخذ على هذا القرار أنه حاول توظيف بعض الشروط والآثار التي لا تنسجم في الحقيقة وطبيعة وصورة الطلاق بالتراضي، فاعتبار الطلاق بالتراضي عقد صلح ينفي نزاعا قائما بين الطرفين على مقتضى المادة 59 من القانون[3].

المدني أمر فيه من الريب ما يجعلنا نؤكد أن الطلاق بالتراضي هو تتويج قضائي لنزاع قضائي أيضا، في الوقت الذي تتحدث فيه المادة 459 من القانون المدني عن الصلح الذي يسبق اللجوء إلى الحماية القضائية و ينهي نزاعا لم يطرح بعد أمام القاضي، فالاقتباس من هذه المادة قد يصلح في مجال تنازل كل من الطرفين عن حقوقهما على وجه التبادل و لكن ليس معنى ذلك إتقان لنزاع أو إنهاء له، لأنه موجود فعلا و مطروحا للنظر فيه من قبل القاضي.

---

[1] الاجتهاد القضائي لغرفة الاحوال الشخصية، القرار 103637 المؤرخ 1994/04/19، عدد خاص،2001، ص 94 ما بعدها.

[2] باديس ذيابي ، مرجع سابق، ص 25-26.

[3] المرجع نفسه، ص27.

2. يؤخذ على القرار أيضا أنه خوّل للقاضي مهمة مراقبة صحة و سلامة الصلح، أي الطلاق بالتراضي و حصرها في ذلك ثم أكد أن الحكم المتوجه لذلك ليس قابلا للاستئناف و في هذه الفكرة نلخص التناقص الواضح لذلك ليس قابلا للاستئناف و في هذه الفكرة نلخص التناقض الواضح إذا كيف تعطي للقاضي صلاحية مراقبة صحة و سلامة الصلح ثم يجعل من مراقبته هاته غير قابلة للمراجعة من طرف قضاة الدرجة الثانية (الاستئناف)،و هو الذي قد يبطل شروطا و يعلن عدم سلامة الصلح في نقاط قد تكون هامة للطرفين أو لأحد منهما، و في ذلك مساس بالمبدأ الدستوري القائل بالتقاضي على جانبين زيادة على أن المادة 459 و ما يليها من القانون المدني الذي استند عليها هذا القرار لم يتطرق لدور القاضي في مراقبة صحة و سلامة هذا العقد.

3. كما يطرح القرار إشكالية أخرى تخص مصطلحين متشابهين[1]لغويا وهما عقد الصلح المشار إليه على أنه الطلاق بالتراضي وكذا الصلح الذي يقوم به القاضي بحضور الطرفين في حدود ما هو مخول له القيام طبقا للمادة 49 من قانون الأسرة لإقناعهما العدول عن فكرة الطلاق حتى ولو كان متفقين عليه.

❖ المبحث الثاني: مبدأ التعسف في استعمال الحق في الطلاق وأثره على الإجتهادات القضائية

لا تنصرف مشروعية الطلاق في نظر فقهاء المذاهب إلى وجوب العمل به ،و لا ينصرف النهي عنه بالامتناع عنه، بل اختلف الفقهاء في تكيف الطلاق هل الأصل فيه الحضر أم الإباحة ؟ واستنادا لما سبق تطرح اشكالية أخرى وهي مدى تعسف الزوج في استعمال حقه في الطلاق ؟

و هذا ما سنتطرق إليه في هذا المبحث على النحو الآتي:

➢ المطلب الأول: تكيف الطلاق فقها و قانونا و قضاء

مع اتفاق العلماء على مشروعية الطلاق إلا أنهم اختلفوا حول الأصل فيه أ هو الحظر أم الاباحة ، و الأثر العلمي لهذا الخلاف يتصل بنظام الطلاق من حيث تقييده و إطلاقه ، فهل للرجل أن يطلق دون

[1] انظر :آث ملويا، المنتهي في قضاء الاحوال الشخصية ،المرجع السابق،ج1،ص 253.

حظر طالما أن الشارع أباح له الطلاق فهو صاحب الحق فيه و له أن يوقعه متى شاء و كيف شاء أم أنه محظور عليه ذلك إلا لحاجة يدعو إليها بسبب يبيح له الطلاق لأجله.

- **الفرع الأول: تكييف الطلاق فقها**

اختلف الفقهاء في ذلك إلى قولين :

القول الأول – القائلون بالإباحة و أدلتهم في ذلك:

قال فريق من الفقهاء أن الأصل في الطلاق الإباحة، ومن أقوالهم ما يأتي :

1- قال الإمام القرطبي في تفسيره :"فدل الكتاب و السنة و إجماع الأمة على أن الطلاق مباح غير محظور".[1]

2- و قال الإمام السرخسي:"و إيقاع الطلاق مباح و إن كان مبغضا في الأصل عند عامة العلماء"[2]

3-و في الدر المختار :"و إيقاع الطلاق مباح عند العامة لإطلاق الآيات "[3] ،وأدلة هذا القول :

1- من الكتاب :

قوله تعالى:" ﴿لَّا جُنَاحَ عَلَيۡكُمۡ إِن طَلَّقۡتُمُ ٱلنِّسَآءَ مَا لَمۡ تَمَسُّوهُنَّ أَوۡ تَفۡرِضُواْ لَهُنَّ فَرِيضَةٗۚ﴾ ".[4]

و وجه الدلالة : أن نفي الجناح يعني نفي الإثم و الحرج و هذا ينافي الحظر فكان مباحا .[5]

و قوله تعالى :"﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّبِيُّ إِذَا طَلَّقۡتُمُ ٱلنِّسَآءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ وَأَحۡصُواْ ٱلۡعِدَّةَۖ﴾ "[6]

" **فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِن** " وجه الدلالة من الآية أن الطلاق غير مقيد بسبب أو حاجة [7]

2- من السنة :

---

[1]- القرطبي : أبو عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري ، الجامع لأحكام القرآن ، دار الكتاب العربي ، القاهرة ،ط 1387هـ-1967م2 ، ج3 ، ص126.

[2]- السرخسي ،مصدر سابق ،ج6،ص02.

[3]- ابن عابدين : الدر المختار ، شرح تنوير مصدر سابق ، ج1 ،ص 205. ، دار الكتب العلمية بيروت ، لبنان ، ط1415،1هـ-1994 ،ج4،ص2727.

[4]- سورة البقرة : الآية 236.

[5]- ابن عابدين محمد أمين ،الدر المختار و حاشية ابن عابدين ،دار الفكر ،بيروت ،ط 2 ،1412هـ . -1992م ،ج 3 ،ص 228.

- ابن نجيم ،زين الدين ابن إبراهيم بن محمد ،مصدر سابق ،البحر الرائق ،شرح كنز الدقائق و منحة الخالق ،و بالحاشية منحة الخالق لابن عابدين ،ص 253.

[6]- سورة الطلاق ، الآية 01.

[7]- السرطاوي ،محمود علي : شرح قانون الأحوال الشخصية ، دار الفكر للنشر و التوزيع ، ص 281.

ما روي عن النبي محمد صلى الله عيه و سلم أنه طلق حفصة [1] حتى نزل الوحي يقول له راجعها

فإنها صوامة قوامة [2] و لم يكن هناك فيها صغر سن و لا ريبة [3]

3- من فعل الصحابة :

و قد فعل الطلاق الصحابة – رضي الله عنهم – كطلاق عمر رضي الله عنه أم عاصم ، و عبد الرحمن بن عوف تماضر ، و المغيرة بن شعبة الزوجات الأربع دفعة واحدة ، و أن الحسن بن علي بن أبي طالب رضي الله عنهما كان يستكثر من النكاح و الطلاق .[4]

4- القياس :أن الطلاق إزالة الملك بطريقة الإسقاط فيكون مباحا في الأصل كالإعتاق.[5]

القول الثاني :القائلون بالحظر و أدلتهم في ذلك

ذهب بعض الفقهاء[6] للقول بأن الأصل في الطلاق الحظر لا الإباحة إذا لم يوجد ما يبرره كما إذا وقع بغير سبب مع استقامة حال الزوجة .

أدلة هذا القول :

---

[1]- حفصة بنت عمر الخطاب أم المؤمنين رضي الله عنهما ، تزوجها النبي سنة ثلاث بعد استشهاد زوجها خنيس بن حذافة السهمي في غزوة أحد ، ورويأن النبي محمد طلقها ثم راجعها جمع عثمان المصحف من الصحف التي كانت عندها من جمع أبي بكر توفيت حين بايع الحسن بن علي لمعاوية – رضي الله عنه في سنة إحدى و أربعين 41هـ ، ابن عبد البر الاستيعاب ،مصدر سابق ،ج1 ، ص 45.

[2]- الهيثمي نور الدين ابن علي ، مجمع الزوائد ، باب فصل حفصة بنت عمر زوج النبي قال الهيثمي قال الطبراني رجاله رجال الصحيح . مكتبة القدس 1953 هـ ج9 ، ص245

[3]- السرخسي ، المبسوط ، مصدر سابق ،ج6 ،ص3.

- السرخسي ، المبسوط ، المصدر السابق ،ج6،ص3 .ابن عابدين ،رد المحتار ، مصدر سابق ،ج 3،ص 228 و ما بعدها

- الحطاب ،مواهب الجليل في شرح مختصر الخليل ،مصدر سابق ،ج4 ،ص 18.

- الشربيني ،مغني المحتاج ،مصدر سابق ،ج 4 ،ص 497.

- البهوتي ،كشاف القناع ،مصدر سابق ،ج 5 ،ص 232.

[5]- السرخسي المبسوط ، المصدر السابق ،ج6،ص3.

[6]- الكسائي : البدائع و الصنائع ، المصدر السابق ،ج3،ص95.

- ابن الهمام كمال الدين ، شرح فتح القدير ، دار الفكر بيروت ، ج3،ص465.

-ابن تيمية أحمد : مجموع الفتاوى ،جمع و ترتيب عبد الرحمان بن محمد بن قاسم ، مكتبة المعارف الرباط ، م 33 ،ص84.

من الكتاب : قوله تعالى :" ﴿فَإِنۡ أَطَعۡنَكُمۡ فَلَا تَبۡغُواْ عَلَيۡهِنَّ سَبِيلًاۗ﴾ ". [1]

و الطلاق من غير سبب بغي و عدوان فكان محظورا .

2- قوله تعالى :"﴿وَعَاشِرُوهُنَّ بِٱلۡمَعۡرُوفِۚ فَإِن كَرِهۡتُمُوهُنَّ فَعَسَىٰٓ أَن تَكۡرَهُواْ شَيۡـٔٗا وَيَجۡعَلَ ٱللَّهُ فِيهِ خَيۡرٗا كَثِيرٗا١٩﴾" .[2]

فالآية الكريمة تنفر المسلمين من الطلاق و تشككهم في وجدانهم و فيما يحسون به من كراهة لزوجاتهم، و تخبرهم بأن إمساك زوجاتهم و عدم اللجوء إلى طلاقهن مع كراهتهم لهم يمكن أن يحصل فيه خير كثير [3]، و الآية تحث على الصبر مع رؤية ما يكرهون فكيف يكون الأمر إذا لم يروا منهم ما يكرهن[4].

3- قوله تعالى :"﴿وَإِنۡ خِفۡتُمۡ شِقَاقَ بَيۡنِهِمَا فَٱبۡعَثُواْ حَكَمٗا مِّنۡ أَهۡلِهِۦ وَحَكَمٗا مِّنۡ أَهۡلِهَآ إِن يُرِيدَآ إِصۡلَٰحٗا يُوَفِّقِ ٱللَّهُ بَيۡنَهُمَآۗ﴾"[5] فلو كان الطلاق مباحا لما أمر الله تعالى بعث الحكمين مع وجود النزاع ، و إنما أمر بذلك لتضييق دائرة الطلاق ، فتقتصر على الحالات التي يصعب فيها التئام الأسرة ويكون ضرر البقاء فيها أكبر من الضرر الناتج عن التفريق .[6]

قال شيخ الاسلام ابن تيمية –رحمه الله – "أن الله تعالى يبغض الطلاق و إنما يأمر به الشياطين و السحرة كما قال تعالى :"﴿فَيَتَعَلَّمُونَ مِنۡهُمَا مَا يُفَرِّقُونَ بِهِۦ بَيۡنَ ٱلۡمَرۡءِ وَزَوۡجِهِۦۚ﴾ " .[7]

و إن الشيطان ينصب عرشه على البحر و يبعث جنوده فأقربهم إليه منزلة أعظمهم فتنة فيأتي أحدهم فيقول : ما زلت به حتى شرب الخمر فيقول الساعة يتوب ، و يأتي الآخر فيقول : ما زلت به

---

[1]- سورة النساء :الآية 34.

[2]-سورة النساء ، الآية 19.

[3]-ابن كثير أبو الفداء إسماعيل ابن عمر بن كثير(774هـ) ،تفسير القرآن العظيم ،تحقيق محمد حسين شمس الدين ،دار الكتب العلمية ،منشورات محمد علي بيوض ،بيروت ،ط 1419 هـ ، ج2،ص212.

– أبو عبد الله محمد بن أحمد(671هـ)،تفسير القرطبي ،تحقيق أحمد البردوني و إبراهيم أطفيش ،دار الكتب المصرية ،القاهرة ،ط2 ،1384هـ - 1964م ،ج 5 ،ص98.

-الطبري، محمد بن جرير يزيد بن كثير (310هـ) ،تفسير الطبري ، تحقيق أحمد شاكر مؤسسة الرسالة ،الطبعة الأولي ،1420هـ،2000م،ج8،ص 122 .

[4]-الصابوني : عبد الرحمن ، نظام الأسرة و حل مشكلاتها في ضوء الاسلام ، دار الفكر، ط 4 ،1392هـ-1972م ،ص116.

[5]- سورة النساء ، الآية 35.

[6]- السرطاوي : شرح قانون الأحوال الشخصية ، مرجع سابق ،ص 279.

[7]- سورة البقرة ، الآية 102.

حتى فرقت بينه و بين امرأته فيقبله بين عينيه و يقول :أنت أنت"،و لولا أن الحاجة داعية إلى الطلاق لكان الدليل يقتضي تحريمه [1].

2-من السنة :لقد وردت أحاديث كثيرة ينهى فيها الرسول الكريم عن الطلاق و من ذلك :

1- قوله صلى الله عليه و سلم :" أبغض الحلال إلى الله الطلاق " [2] و في رواية أنه قال :" ما أحل الله شيئا أبغض إليه من الطلاق ".[3]

وجه الدلالة :

أن المراد بالحلال ما قابل الحرام و هو الجائز الفعل أي المباح و المندوب و المكروه ، و لا يتناول الحديث إلا المكروه بقرنيه إضافة البغض إليه ، و المباح و المندوب لا يوصفان بأن الله يبغضهما فإن البعض يتنافى مع الطلب على سبيل الاستحسان أو الطلب على سبيل التخيير بين الفعل و الترك على وجه المساواة بينهما و عليه فيكون المعني أبغض المكروهات إلى الله الطلاق [4] .

2- قوله صلى الله عليه و سلم:" أيما امرأة سألت زوجها الطلاق في غير ما بأس فحرام عليها رائحة الجنة "[5] ، و روى مثله في الرجل الذي يخلع امرأته .

---

[1]- ابن تيمية أحمد ، مجموع الفتاوى ، مصدر سابق ، م33 ،ص 81.

-رواه أبو داود : كتاب الطاق ، باب كراهية الطلاق ، صحيح سنن أبي داود ،تحقيق شعيب الأرنؤوط ،دار الرسالة العالمية ،ط 1 ،1430هـ - 2009م ،ج3 ،ص 505 .

-رواه ابن ماجة : كتاب الطلاق ،باب حدثنا سويد بن سعيد ، سنن ابن ماجة ، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي ، دار إحياء الكتب العربية ،رقم الحديث 2018 ، ج 1 ،ص 650. ج1 ،ص650.

- أخرجه البيهقي : كتاب الخلع و الطلاق ، باب ما جاء في كراهية الطلاق ، السنن الكبرى ،مصدر سابق ،ج 7 ،ص 527 .

-كما أخرجه الحاكم في مستدركه بإسناد متصل و قال هذا صحيح الاسناد ابن حبان الحاكم : المستدرك على الصحيحين ، كتاب الطلاق ،تحقيق مصطفى عبد القادر عطا ،دار الكتب العلمية ،بيروت ،ط1 ،1411هـ - 1990م ، ج2 ،ص214.

[3]- رواه أبو داود : كتاب الطلاق ، باب كراهية الطلاق ، حديث رقم 2178 ،ج 3 ،ص 504.

- رواه البيهقي في الموضوع السابق.

[4]- ابن الهمام : شرح فتح القدير ،مصدر سابق ،ج 3 ،ص 326.

[5]- رواه ابن ماجة ، سنن ابن ماجة ، كتاب الطلاق ، 10 باب كراهية الخلع للمرأة 21 حديث رقم 2055 ، ج1 ، ص662.

- رواه الترميذي : كتاب الطلاق و اللعان ، باب كما جاء في المختلعات ، حديث رقم 1187 ، السنن ج2،ص 484 ..

فالزواج من أجل النعم و أعظمها و الطلاق من غير حاجة تدعو إليه كفران للنعمة و هدم للمصلحة التي أقامها الشرع ، و تبديد للأسرة و إلحاق ضرر كبير بالأبناء ، و ما كان شأنه كذلك كان حراما لا مباحا عملا بحديث رسول الله صلى الله عليه و سلم " لا ضرر و لا ضرار" [1]

- مناقشة أدلة القائلين بالإباحة :

نوقشت أدلة القائلين بالإباحة بما يأتي :

1- إن احتجاجهم بقول الله تعالى :"﴿لَّا جُنَاحَ عَلَيۡكُمۡ إِن طَلَّقۡتُمُ ٱلنِّسَآءَ مَا لَمۡ تَمَسُّوهُنَّ أَوۡ تَفۡرِضُواْ لَهُنَّ فَرِيضَةٗ﴾"[2].

ليس في هذه الآية دليل على إباحة الطلاق و رفع الجناح في هذه الآية خاصة بالمطلقة قبل الدخول إذ لا ضرر حينئذ فالآية لا تشمل كل الطلاق بل بعضه [3].

2- و كذلك احتجاجهم بقوه تعالى :"**فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ**" بيان لوقت إيقاع الطلاق و ليس بيانا لحكم الأصل في الطلاق .[4]

3- أما ما ورد في طلاق النبي حفصة فالحديث ضعيف ،و على فرض صحته ينبغي أن يحمل على حاجة أو سبب عملا بالأدلة الأخرى لا سيما أنه لم يروي الخبر أن النبي الكريم طلقها من غير حاجة أو سبب فوجب حمله على الحاجة لتنزيه فعل النبي عن العبث [5].

---

[1]- رواه الدار قطبي :كتاب في الأقضية و الأحكام ، باب في المرأة تقبل إذا راتدت ، سنن الدراقطبي، مصدر سابق ،ج 5 ،ص 407.

- رواه ابن ماجة :كتاب الأحكام باب من بنى في غير حقه ما يضر بجاره ،سنن ابن ماجة مصدر سابق ، ج2،ص784، قال الألباني صحيح .

-ابن الهمام : شرح فتح القدير ، مصدر سابق ،ج3،ص326.

- الألباني : محمد ناصر الدين ، صحيح سنن ابن ماجة ، المكتب الاسلامي بيروت ، ط3 ، 1408هـ-1988 ، ج7 ، ص39.

[2]- سورة البقرة ، الآية 236.

[3]- الصابوني : عبد الرحمان : مدى حرية الزوجين في الطلاق في الشريعة الاسلامية ، دراسة مقارنة دار الفكر ، بيروت ط3 ، 1403هـ-1983م ،ص96

[4]- زيدان عبد الكريم ، المفصل في أحكام المرأة و بيت المسلم في الشريعة الاسلامية ، مرجع سابق ، ج7 ، ص355.

[5]- ابن نجيم ،البحر الرائق ،شرح كنز الدقائق ،مصدر سابق ،ج 3 ،ص 254.

- ابن عابدين ، الحاشية ،مصدر سابق ،ج 3 ،ص 228.

4- و قال ابن الهمام :" و كل ما نقل عن طلاق الصحابة رضوان الله عليهم .....فمجمله وجوب الحاجة "[1].

5- و قولهم أن الطلاق إسقاط للملك كالإعتاق ، فهذا قياس مع الفارق لا يجوز لأمرين .

أن الزواج لا يفيد ملكا و إلا لتصرف المالك في ملكه بكل أنواع التصرفات من إباحة و لكنه في الحق يفيد حلا للمتعة الزوجية .

و أن الشارع سهل من أمر الإعتاق إلى حد كبير ، بقدر ما وضع العقبات في طريق الطلاق فالعلة متنافرة و القياس بينهما غير صحيح .[2]

القول الراجح :

و مما سبق يتبين رجحان القول بأن الأصل في الطلاق الحظر لا الإباحة إلا لحاجة تدعو إليه ، و هذا ما رجحه ابن عابدين في حاشيته حيث قال :" و أما الطلاق فإن الأصل فيه الحظر بمعنى أنه محظور إلا لعارض يبيحه ، و هو معنى قولهم الأصل في الحظر و الإباحة للحاجة إلى الخلاص ، فإذا كان بلا سبب أصلا لم يكن فيه حاجة إلى الخلاص ، بل يكون حمقا و سفاهة ، و مجرد كفران للنعمة وإخلاص لأبنائها و أهلها و أولادها و لهذا قالوا إن سببه الحاجة إلى الخلاص عند تباين الأخلاق و عروض البغضاء الموجبة عدم إقامة حدود الله تعالى فليست الحاجة مختصة بالكبر و الريبة كما قيل ."[3]

إن المبادئ العامة التي تحكم الطلاق تبين أن الشارع حرص على وضع العقبات أمام المطلق للتروي و التفكير بحيث لا يقدم المرء على انفصال الحياة الزوجية التي قدسها الله إلا لحاجة تدعوا إليها الضرورة فقد استحسن القرآن الكريم إلحاح الرسول صلى الله عليه و سلم على زيد بأن يمسك عليه زوجته بالرغم من استمرار الشقاق بينهما فقال في سورة الأحزاب :"﴿وَإِذۡ تَقُولُ لِلَّذِيٓ أَنۡعَمَ ٱللَّهُ عَلَيۡهِ

---

[1]- ابن الهمام :شرح فتح القدير ،مصدر سابق ،ج3،ص465.

[2]- الصابوني : مدى حرية الزوجين في الطلاق ، المرجع السابق، ص97.

[3]- ابن عابدين ، الحاشية ،مصدر سابق ،ج3 ،ص 228 .

وَأَنْعَمْتَ عَلَيْهِ أَمْسِكْ عَلَيْكَ زَوْجَكَ وَاتَّقِ اللَّهَ﴾..."[1] ،فاعتبر القرآن الامتناع عن الطلاق نوع التقوى و البر[2]و لهذا نرجح الرأي القائل أن الأصل في الطلاق الحظر و لا يباح إلا لحاجة تدعو إليه لقوة أدلته.

- **الفرع الثاني: تكيف الطلاق قانونا و قضاء**

يستخلص موقف القانون و القضاء من قضية الأصل في الطلاق على حسب موقفها من تقرير حق المطلقة دون سبب من قبلها في تعويض أو عدمه ، أما إذا قلنا أن الأصل في الطلاق الحظر ما لم يكن سبب يدعوا إليه فإن من يطلق في هذا الحال يعد مضار و بالتعبير الآخر متعسفا في استعمال الحق – و المضار يغرم و إن قلنا أن الأصل في الطلاق الإباحة فلا غرم و إن لم يكن سبب أو مسوغ شرعي .

يتبين موقف قانون الأسرة الجزائري مما قرره المشرع الجزائري في المادة 52 منه بأنه :"إذا تبين القاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر و اللاحق بها " [3].

فمن نص المادة يتبين لنا أن الطلاق سلطة تمنح للزوج يمنع التعسف في استعمالها ، و يظهر لنا مما ورد في المادة 52 أنه يجوز للقاضي عندما يحكم بالطلاق أن يحكم للمطلقة بالتعويض عما يكون قد لحقها من ضرر إذ يتبين له مما يعتمده الزوج في مبررات الطلاق إذ ما الزوج قد تعسف في طلبه الطلاق تعسفا ألحق ضررا بالزوجة [4].

و الشيء الملاحظ على المادة 52 أنها ذكرت تعسف الزوج في الطلاق دون أي توضيح ما المقصود بالتعسف و ما هي المعايير المعتمدة لاعتبار الطلاق طلاقا تعسفيا، لذلك نحاول تحديد مفهوم التعسف و معاييره و الآثار الناتجة عنه .

➢ المطلب الثاني: مدى تعسف الزوج في الطلاق واثر ذلك على الإجتهادات القضائية

---

[1]– سورة الأحزاب ، الآية 37.

[2]– الصابوني ،مدى حرية الزوجين في الطلاق ،مرجع ساب ،ص 99.

[3]–الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 18 محرم 1426 هـ الموافق ل 27 فيفري 2005 المعدل و المتمم للقانون رقم 84-11 المتضمن قانون الأسرة الجزائري . .

[4]– عبد العزيز سعد، الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق ص 305.

– بلحاج العربي ، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ، مرجع سابق ج1 ، ص235.

قبل التطرق لأهم المسائل وقرارت المحكمة العليا في مسائل تعسف الزوج في إستعمال حقه في الطلاق لابد من تحديد مفهوم التعسف ومعايره وذلك في الفرع الأول أما الفرع الثاني فقد خصصناه لتذبذب قرارات المحكمة العليا في استعمال مصطلحي المتعة و التعويض

- **الفرع الأول: مفهوم التعسف و معاييره**

أولا – مفهوم التعسف

1.**التعسف لغة** : تعسف فلان فلانا إذا ركبه بالظلم و لم ينصفه [1] ،و العسوف هو الظلوم التارك للعدل[2]

2.**التعسف شرعا** :مفهوم التعسف في استعمال الحق :

يعرف التعسف على أنه :" مناقضة قصد الشارع في تصرف مأذون فيه شرعا بحسب الأصل [3].

بمعنى هدم المقصد الشرعي من تشريع الحق [4].

وهذه المناقضة في استعمال المكلف بحقه لها معايير وهي كالآتي :

ثانيا – معايير التعسف في استعمال الحق شرعا

يقصد بالمعايير تلك الضوابط التي يعرف بواسطتها توفر الوصف التعسفي عند استعمال الحق ، و التي تصفح بمجموعها عن حقيقة النظرية .[5]

و الحقيقة أن وضع معايير للفعل التعسفي يساعد في ضبط وتحديد ماهية هذا الفعل ، ويساعد في ترتيب الجزاء المناسب و تجمع نظرية التعسف في الفقه الاسلامي بين معيارين رئيسيين هما : المعيار الذاتي و المعيار المادي.

أولا : المعيار الذاتي و هو ينقسم إلى نوعين :

أ.**معيار قصد الإضرار** : و هو أظهر المعايير و أقدمها [6].

---

[1]-ابن منظور، لسان العرب، مصدر سابق ،ج 9 ،ص 245 .

[2]-ا بن فارس :معجم مقايس اللغة ،دراسة و تحقيق زهير عبد المحسن سلطان ،مؤسسة الرسالة ،بيروت ،ط2 ،1406هـ - 1986م ،ج 1 ،ص 667.

[3]- الدريني، فتحي نظرية التعسف في استعمال الحق في القه الاسلامي مؤسسة الرسالة بيروت ، ط2 ، 1419هـ-1998م ،ص 84.

[4]- القدومي، عبير رابحي شاكر ، التعسف في استعمال الحق في الأحوال الشخصية ، دار الفكر عمان ، ط1 ، 1428هـ-2007م ،ص17.

[5]-سعيد أمجد الزهاوي : التعسف في استعمال حق الملكية في الشريعة و القانون ،جامعة بغداد 1975،ص180.

[6]-القدومي : عبير ربحي شاكر ، التعسف في استعمال الحق ،المرجع السابق ،ص36.

و قد وضح الامام الشاطبي المقصود بهذا المعيار و حكمه بقوله :" فلا إشكال في منع القصد إلا الإضرار من حيث هو إضرار لثبوت الدليل على أن " لا ضرر و لا ضرار " في الإسلام "[1] [2].

فمنا صاحب الحق لا يستعمل حقه إلا بقصد واحد هو إلحاق الضرر بالغير دون وجه حق ، و دون أن يكون له أدنى نفع من وراء هذا الاستعمال لحقه ، فيكون في هذه الحالة مسيئا في هذا الاستعمال غير المشروع فيمنع من هذا التصرف التعسفي و على هذا فإن شرط تحقق هذا المعيار أمران :

- ان يقصد صاحب الحق بفعله إلحاق الضرر بالغير .
- أن يتمحض قصده لذلك .[3]

ب . معيار المصلحة غير المشروعة :معيار استعمال الحق في غير المصلحة التي شرع الحق من أجلها .

و هذا المعيار هو المعيار الغرضي أو مناقضة قصد الشارع [4]،إذ غاية المكلف من استعمال هذا الحق على هذا الوجد المناقض ، هو تحقيق مصلحة غير مشروعة يريدها و هو على النقيض من المصلحة المأذون فيها في الحق إذ المكلف يقصد من وراء هذه المصلحة غير المشروعة تحلل محرم أو إسقاط واجب.

ثانيا – المعيار المادي : و هو بدوره ينقسم إلى نوعين

---

[1]– رواه الدار قطبي : باب في المرأة تقبل إذا ارتدت ،سنن الدار قطبي ،مصدر سابق ،ج4،ص227،سبق تخريجه.

– رواه ابن ماجة :كتاب الأحكام باب من بنيى في حقه ما يضر بجاره ،سنن ابن ماجة ،مصدر سابق ،ج2،ص784 ، قال الألباني ،صحيح .

–الألباني : محمد ناصر الدين : صحيح سنن ابن ماجة ، المكتب الاسلامي بيروت ،ط3، 1408هـ–1988م م ج 2 ،ص39.

[2]–الشاطبي :ابراهيم بن موسى بن محمد ،الموافقات في أصول الشريعة ، دار الكتب العلمي ،بيروت لبنان (د.ت) (د.ط) ،ج2 ،ص 256.

[3]– أبو حجير سعيد :نظرية التعسف في استعمال الحق و نظرية الظروف الطارئة ، مرجع سابق ،ص36.

[4]– الدريني : نظرية التعسف في استعمال الحق ، مرجع سابق ص235.

– القدومي، التعسف في استعمال الحق ، مرجع سابق ، ص40.

أ) **معيار اختلال التوازن بين المصالح المتعارضة** : أي انعدام التناسب بين مصلحة صاحب الحق و الضرر الذي يلحق بالغير [1] ، و يؤيد هذا المعيار عدد من القواعد الشرعية مثلا الضرر الأشد يزال بالأخف [2] ، و القاعدة الشرعية درء المفاسد أولى من جلب المصالح [3].فإذا تعارضت مفسدة مع مصلحة يتم دفع المفسدة غالبا ، لأن اعتناء الشرع بالممنوعات أشد من اعتنائه بالمأمورات .[4]

ب. معيار الضرر الفاحش : [5]

يعتبر الانسان مسيئا في استعمال حقه إذا كان هذا الاستعمال يترتب عليه ضرر فاحش بالغير ، حينئذ تزول المشروعية عن هذا الاستعمال من اللحظة التي ينشأ فيها هذا النوع من الضرر .

وقد اجتمعت كلمة الفقهاء على منع الإضرار بالآخرين ضررا بينا[6].

- **ثالثا: معاير التعسف في استعمال الحق قانونا**

لقد تناول القانونيون موضوع التعسف في استعمال الحق دراسة و بحثا مستفيضا استعانوا في كثير من الأحيان بالتطبيقات العلمية التي أوردها الفقهاء المسلمون.

و هم و إن اختلفوا في تأصيل الفعل التعسفي – بين مدرج له في باب المسؤولية التقصيرية و الفعل الضار[1]و بين ناظر له من خلال مناقضة صاحب الحق الغاية التي وضع لها الحق و ذلك من ناحية

---

[1] – الدريني : نظرية التعسف في استعمال الحق ، مرجع سابق ص 248.

[2]– ابن نجيم زين الدين بن إبراهيم بن محمد(970 ه)،الأشباه و النظائر،وضع حواشيه و خرج أحاديثه ،الشيخ زكريا عميرات ،دار الكتب العلمية ،بيروت،لبنان ،ط 1 ،1419ه –1999 ،ص 75. .

[3]– ابن نجيم ،الأشباه و النظائر ،مصدر سابق ،ص 78.

[4]– المرجع نفسه ص 78 .

[5]– الدريني : نظرية التعسف في استعمال الحق ، مرجع سابق ص260.

[6]– من تتبع الامثلة التطبيقية في العلاقات الجوارية من كتب الفقه يظهر لنا إجماعهم على منع الإضرار بالجار ضررا فاحشا

–الزيلعي : فخر الدين عثمان بن علي ، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق ، المطبعة الكبرى بولاق مصر، القاهرة ، ط1 ،دار الفكر ،بيروت ،1404ه 1984م ،ج 5 ،ص 337 .

–ابن عابدين :الحاشية رد المحتار ، مصدر سابق ، ج5،ص448.

– مالك بن أنس ، المدونة الكبرى دار الفكر ، بيروت،1986،ج4،ص 378.

– الرملي ،شمس الدين محمد ابن أبي العباس ،نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج ، دار الكتب العلمية ، بيروت 19993،ج5،ص 337.

– ابن قدامة ،موقف الدين أبو محمد عبد الله: المغني في فقه الإمام أحمد بن حنبل ،ط1،دار الفكر ، بيروت1958، ج5،ص 453.

– البهوتي، منصور بن يونس بن إدريس ،كشاف القناع عن متن الإقناع ، مطبعة الحكومة مكة المكرمة ،1394ه – 396/3 .

قانونية، إلا أنهم يرون أن لابد من وضع ضوابط للفعل التعسفي كما في الشريعة الاسلامية في محاولة لتحديد مفهومه و صوره و فروعه حتى يتمكن القاضي من الحكم على الوقائع المختلفة التي تعرض له في المنازعات.[2]

و بتطبيق قواعد المسؤولية على الطلاق في نظر من قال بالتعويض نجد أن الضرر الذي أصاب المرأة نتيجة للطلاق يسأل عنه الزوج لأنه استخدم حقا من الحقوق التي يرتبها عقد الزواج استخداما مخالفا لما يوجبه العقد ، فكان عمله هذا مشكلا لخطأ عقدي يرتب مسؤولية عن تعويضه، و ذلك باعتبار أن الضرر الذي أصاب المرأة مشاق من طبيعة عقد الزواج و بما أن الرجل هو الذي باشر سبب الضرر فيلزم بالتعويض على هذا الأساس[3].

- **الفرع الثاني: تذبذب قرارات المحكمة العليا في استعمال مصطلحي المتعة و التعويض**

لم تستقر قرارات المحكمة العليا على استعمال مصطلح واحد للطلاق التعسفي ،فتارة تستعمل كلمة المتعة استناداً للشريعة الإسلامية و تارة أخرى تستعمل كلمة التعويض استناداً للنص القانوني و في بعض القرارات نجد المصطلحيين معا،فيا ترى هل المتعة هي نفسها التعويض؟أم لهما علاقة ترتبط إحداهما بالأخرى؟ و هذه التساؤلات و غيرها سنحاول الإجابة عليها من خلال استقراء قرارات المحكمة العليا و تحليلها على النحو التالي:

قبل صدور قانون الاسرة ورد قرار على وجوب نفقة المتعة حيث نص على أنه :"نفقة المتعة واجبة على المطلق يحكم بها القاضي لو لم تطلب المطلقة".[4]

أما بعد صدور قانون الاسرة فلم تستقر قرارات المحكمة العليا على استعمال لفظ واحد ، فتارة تستعمل مصطلح المتعة و تارة أخرى تستعمل كلمة التعويض و من بين هاته القرارات ما يلي:

---

[1]السنهوري ،عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، دار النهضة العربية،القاهرة (د.ط)،(د.ت) ،ج1،ص 653و ما بعدها.

–و يقصد بهذا المعيار أنه إذا لم يقم المدين بتنفيذ إلتزامه الذي يوجبه العقد أو قام بتنفيذه تنفيذا معينا يكون مسؤولا عن هذا التقصير إذا توافرت أركان المسؤولية العقدية الثلاثة و هي :الخطأ العقدي /الضرر /علاقة السببية بين الخطأ و الضرر ،فإذا أصاب المتعاقد ضرر نتيجة خطأ متعاقد الآخر عقديا فإن الآخر يكون مسؤولا عن تعويض الضرر

[2]أبو زهرة محمد ، الأحوال الشخصية ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، 1436هـ – 2015م ،(د.ط) ،،(د.ت)، ص 285.

[3]أبو زهرة ، المرجع نفسه ،ص 286.

[4]رقم القرار غير موجود،نشرة القضاة1972 القرار المؤرخ في 1971/02/10، العدد 2،ص 66.

1) "إذا كانت أحكام الشريعة الإسلامية تقرر للزوجة التي طلقها زوجها متعة لها تخفيفا لها عن ألم فراق زوجها لها ،و هي في حد ذاتها تعتبر تعويضا فإن القضاء بما يخالف أحكام هذا المبدأ يعد خرقا لأحكام الشريعة الإسلامية.

لذلك يستوجب نقض القرار الذي قضى للزوجة بدفع مبلغ مالي لها باسم متعة و بدفع مبلغ آخر كتعويض"[1]

2) " من الاحكام الشرعية أن للزوجة طلاقا تعسفيا نفقة العدة،نفقة إهمال،و نفقة متعة، و كذلك التعويض الذي قد حكم بها لها من جراء الطلاق التعسفي،و ينبغي عند الحكم تحديد طبيعة المبالغ المحكوم بها لصالح المطلقة و في أي إيطار تدخل و القضاء بما يخالف أحكام هذا المبدأ يستوجب نقض القرار الذي منح للزوجة المطلقة مبلغا إجماليا من النقود مقابل الطلاق التعسفي"[2].

التعليق على القرارات:

– ما يلاحظ على القرار الأول أنه رتب للزوجة نفقة متعة تخفيفا عن آلام فراق زوجها لها في حين أن القرار الثاني، اعتبر نفقة المتعة كجزاء عن الطلاق التعسفي.

– إن القرار الأول اعتبر نفقة المتعة هي نفسها تعويض عن الطلاق على عكس القرار الثاني الذي لم يعتبرهما نفس الشيء بل اعبر أن المطلقة طلاقا تعسفيا تستحق نفقة المتعة وكذلك التعويض في المحكمة العليا لم تستقر على مفهوم واحد رغم صدور القرارين في زمن متقارب و استنادهما لأحكام الشريعة الإسلامية"[3].

و في رأي أن التذبذب في قرارات المحكمة العليا راجع لأسباب منها:

– عدم ورود المتعة في القانون حيث اكتفت المادة 52[4]من قانون الأسرة بالنص على التعويض في حالة الطلاق التعسفي عن الضرر اللاحق بالزوجة.

---

1. [1]المجلة القضائية ، غرفة الأحوال الشخصية و المواريث ، قرار رقم 35912المؤرخ في 1985/04/08 ، العدد 01،السنة 1989 ،ص 89.
2. [2]المجلة القضائية ، غرفة الأحوال الشخصية و المواريث ، قرار رقم 41560 المؤرخ في 1986/04/07، العدد 02، السنة 1989،ص 69.

[3]حيث أن القرار الأول نص على أنه:" إذا كانت أحكام الشريعة الإسلامية ..." و القرار الثاني نص على " من الأحكام الشرعية..."

[4]تنص المادة 52 على أنه:" إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها:

– عدم ضبط مفهوم مصطلح المتعة المستمد من أحكام الشريعة الإسلامية من طرف القضاة شؤون الأسرة تكوينا شرعيا على رغم من أن المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري تنص " كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى احكام الشريعة الإسلامية"[1].

كما وردت قرارات المحكمة العليا تبين فيها إسقاط المقدار المالي الذي تطالب به الزوجة كتعويض في حالة إذا طالبت بالتطليق نتيجة الضرر اللاحق بها من طرف الزوجة فنجد قرارات استعملت لفظ المتعة و قرارات أخرى استعمل فيها لفظ التعويض و من بينها ما يأتي :

1." من القواعد المقررة شرعا أن المتعة لمن طلقها زوجها و ليست لمن طلقت نفسها بحكم،و من ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا للنصوص الشرعية في فرض المتعة.

و لما كان من الثابت –في قضية الحال– أن الزوجة أقامت دعوى تطليق و استجابت المحكمة لطلبها و وافق المجلس عليها الذي يعد وحده عقابا للزوج بسبب إهماله، فإن القضاء بالمتعة للمطلقة يعد مخالفا للنصوص الشرعية.و متى كان كذلك استوجب نقض القرار جزئيا فيما يخص المتعة[2].

2." متى كان مقررا قانونا أن التعويض يجب على الزوج الذي طلق تعسفا زوجته و نتج عن ذلك ضرر لمطلقته، فإن كل زوجة بادرت بإقامة دعوى قصد تطليقها من زوجها و حكم لها به فالحكم لها بالتعويض غير شرعي و من ثم فإن القضاء بخلاف هذا المبدأ يعد فهما خاطئا للقانون و لطالما كان من الثابت في قضية الحال أن الزوجة هي التي طلبت التطليق فإن قضاة المجلس الذيين وافقوا على الحكم الابتدائي بأن الزوجة رفضت الرجوع فإنهم بقضائهم كما فعلوا فهموا المادة 52 من قانون الاسرة فهما خاطئا.

و متى كان كذلك استوجب نقض القرار جزئيا في التعويض و السكن و النفقة و الإهمال"[3]

– القانون رقم 84–11 المؤرخ في 09 رمضان 1404هـ الموافق لـ 08 جوان 1984 المتضمن لقانون الأسرة الجزائري .

[1] القانون نفسه.

[2] – ، قرار رقم 43860 المؤرخ في 1986/12/29المجلة القضائية ، غرفة الأحوال الشخصية و المواريث ، العدد 02، السنة 1993، ص 41.

[3] – قرار رقم 53017 المؤرخ في 1989/03/27 ،المجلة القضائية ، غرفة الأحوال الشخصية و المواريث ، ، العدد 01، السنة 1991،ص 56.

- من القراريين يتبين لنا أن المتعة و التعويض لا تستحقه المرأة التي طالبت التطليق بل يمنحها للمرأة التي طلقها زوجها.
- القرار الأول امتنع عن منح الزوجة المتعة مسنداً القواعد المقررة شرعا.
- القرار الثاني نقض جزئيا فيما يخص التعويض مستندا في ذلك للفهم الخاطئ لنص المادة 52 من قانون الأسرة الجزائري .

فخلاصة الأمر أن القرارين عالجا نفس الموضوع باستعمال لفظين مختلفين الأول المتعة استنادا لقواعد الشريعة و الثاني التعويض استنادا للنص القانوني و أنهما لا يحق للمرأة المطالبة بالتطليق ذلك .

إذن الإشكالية التي تطرح ما هي علاقة المتعة بالتعويض؟ هل تغني متعة الطلاق عن التعويض المطالب به؟ و مدى فاعلية إبدال التعويض بها؟ فهل من حق المرأة المطالبة بالتطليق التعويض أو المتعة اذا ألحق بها الضرر؟

➢ المطلب الثالث : متعة الطلاق و علاقتها بالتعويض عن الطلاق التعسفي

سنتطرق في هذا المطلب إلى تعريف المتعة واسس التزام الزوج بالتعويض في فرعين

• الفرع الأول :تعريف المتعة و حكمها

أولا تعريف المتعة

1. لغة: المتعة من متع ، و هو كل ما جاد، و الماتع : البالغ في الجودة و الغاية و المتاع : هو ما ينتفع به و يتبلغ به و يتزود، و الفناء يأتي عليه في الدنيا[1].

2.شرعا:المتعة هي مبلغ من المال يدفعه الزوج لمطلقته تعويضا عما أصابها من بؤس و فاقة بطلاقه إياها[2].

ثانيا: حكم المتعة

[1]ابن منظور:لسان العرب، فصل الميم كتاب العين8، مصدر سابق ،ج 8 ،ص 329 -330

– الفيومي ،أحمد بن محمد بن علي ،المصباح المنير في غريب الشرح الكبير ،المكتبة العلمية ،بيروت ،ج 2 ،ص 562.

[2]الصابوني عبد الرحمن،مدى حرية الزوجين في الطلاق، المرجع السابق،ص 120 .

اختلف الفقهاء في وجوبها ، قال بعضهم إن المتعة لكل مطلقة وجوبا و قال بعضهم بندب ذلك لا يجب و توسط آخرون فقالوا أنها تجب للمطلقة قبل الدخول إذا لم يتم لها و يندب لمن نواها .

القول الأول:

إن المتعة واجبة لكل مطلقة ،و به قال الإمام أحمد[1] في قول وابن حزم[2]و الزهري[3]و أبو ثور[4]

أدلة القول الأول: استدل أصحاب هذا القول بعموم [5] .

1.من القرآن:" ﴿وَلِلْمُطَلَّقَٰتِ مَتَٰعُۢ بِٱلْمَعْرُوفِۖ حَقًّا عَلَى ٱلْمُتَّقِينَ٢٤١﴾"[6]الآيات الواردة في متاع النساء.

- **و قوله تعالى:**"﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّبِيُّ قُل لِّأَزْوَٰجِكَ إِن كُنتُنَّ تُرِدْنَ ٱلْحَيَوٰةَ ٱلدُّنْيَا وَزِينَتَهَا فَتَعَالَيْنَ أُمَتِّعْكُنَّ وَأُسَرِّحْكُنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا٢٨﴾".[7]
- **و قال أيضا:**"﴿لَّا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِن طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ مَا لَمْ تَمَسُّوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُواْ لَهُنَّ فَرِيضَةً وَمَتِّعُوهُنَّ﴾ "[8].

وجه الدلالة:

إن الآيات الكريمة للمتعة عامة في وجوب المتعة لكل مطلقة عملا بإطلاق الآية الأولى و إيجابها للمدخول بها المسمى لها في الثانية و تقريرها حق المطلقة قبل الدخول و الفرض في الثالثة، فالأمر في

الآيات يشمل المطلقات بجميع حالاتهن[9].

2. من الأثر: استدلوا بعموم الآثار التي متع فيها الصحابة زوجاتهم .

- حيث روى أن عبد الرحمن بن عوف متع زوجته فاطمة بنت قيس لما طلقها البة[1]

---

[1]ابن قدامة ،المغني، مصدر سابق، ج7،ص 184.

[2]ابن حزم،المحلي، مصدر سابق، ج10 ،ص3.

[3]عبد الرزاق أبو بكر (211هـ) ،المصنف ،تحقيق حبيب الرحمن الأعظمي ،المجلس العلمي ،الهند ،المكتب الإسلامي ،بيروت ،ط 2 ،1403هـ ،ج 7 ،ص 70.

[4]القرطبي ، تفسير القرطبي ،مصدر سابق ،ج3 ،ص200.

[5]ابن حزم:المحلي ،ج10، ص 3 و ما بعدها. – القرطبي ، الجامع لأحكام القرآن،ج3،ص 200.

[6]سورة البقرة ، الآية 241.

[7]سورة الاحزاب، الآية 28.

[8]سورة البقرة ، الآية 236.

[9]القدومي ،عبير يحي شاكر ، التعسف في استعمال الحق في الأحوال الشخصية ، المرجع السابق،ص 197.

و متع حسن ابن علي زوجته لما طلقها بعد أن هنأته بالخلافة بعشرة آلاف درهم [2]

وجه الدلالة:إن تمتيع الصحابة كان بعد دخولهم بزوجاتهم، فدل على ان للمطلقة بعد الدخول متعة و للمطلقة قبل الدخول بنص القرآن فدل على أن المتعة واجبة لكل مطلقة[3].

القول الثاني :إن المتعة مستحبة لكل مطلقة و به قال الإمام مالك[4]و قول قديم للشافعي[5]و القاضي شريح[6] وهي متروكة للسلطة التقديرية للقاضي .

أدلة القول الثاني :

1. من القرآن الكريم:

أ.قوله تعالى :"﴿وَمَتِّعُوهُنَّ عَلَى ٱلۡمُوسِعِ قَدَرُهُۥ وَعَلَى ٱلۡمُقۡتِرِ قَدَرُهُۥ مَتَٰعَۢا بِٱلۡمَعۡرُوفِۖ حَقًّا عَلَى ٱلۡمُحۡسِنِينَ﴾"[7]. **ب.و قوله تعالى:**" ﴿وَلِلۡمُطَلَّقَٰتِ مَتَٰعُۢ بِٱلۡمَعۡرُوفِۖ حَقًّا عَلَى ٱلۡمُتَّقِينَ٢٤١﴾ "[8].

وجه الدلالة:إن الآيات الكريمة تدل بمظاهرها على وجوب المتعة للمطلقات،إلاّ ان قوله تعالى :"**حقا على المحسنين**"،"**حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ**" صرف الأمر من الوجوب إلى الندب،لان قوله "**حقا على المحسنين**" يعني المتفضلين و المتجملين،و ما كان من باب الإجمال و الإحسان فليس بواجب[9].

القول الثالث:وجوب المتعة للمطلقة قبل الدخول و قبل الفرض و استحبابها لغيرها من المطلقات إلا من طلقت قبل الدخول و قد سمى لها،فلها نصف المهر و ليس لها المتعة عند الشافعي و عند أبي حنيفة هي من المستحب لهن و به قال حنيفة[10]و الشافعية[1]و الحنابلة[2].

---

[1]عبد الرزاق،المصنف مصدر سابق ،كتاب الطلاق ، باب متعة الطلاق أثر 12253 ، ج7 ،ص72 .

[2]البيهقي، السنن الكبرى،336/7

[3]القدومي ، التعسف في استعمال الحق في الأحوال الشخصية ، المرجع السابق،ص 197.

[4]الخرشي علي ، مختصر سيدي خليل، دار الفكر، بيروت،(د.ط) (د.ت)،ج4،ص 87 .

[5]الشربي ،مغني المحتاج،مصدر سابق ،ج4 ،ص398 .

[6]القرطبي ، الجامع لأحكام القرآن ،مصدر سابق ،ج3،ص 200.

[7]سورة البقرة،الآية 236.

[8]سورة البقرة،الآية241.

[9]ابن رشد،بداية المجتهد و نهاية المقتصد،مصدر سابق ،ج2،ص 116.

–الغنمي ،عبد الغني ابن طالب بن حمادة ، اللباب في شرح الكتاب ،تحقيق محمد محي الدين عبد الحميد ،المكتبة العلمية ،بيروت ،لبنان (د.ط)،(د.ت)،ج 3 ،ص15 .

[10]الزيلعي ، تبين الحقائق ،مصدر سابق ، ج2 ، ص 140.

أدلة القول الثالث:

1.من القرآن الكريم:

قوله تعالى:"﴿وَإِن طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ إِلَّآ أَن يَعْفُونَ أَوْ يَعْفُوَاْ ٱلَّذِي بِيَدِهِۦ عُقْدَةُ ٱلنِّكَاحِ وَأَن تَعْفُوٓاْ أَقْرَبُ لِلتَّقْوَىٰ وَلَا تَنسَوُاْ ٱلْفَضْلَ بَيْنَكُمْ إِنَّ ٱللَّهَ بِمَا تَعْمَلُونَ بَصِيرٌ ٢٣٧﴾"[3].

وجه الدلالة:

إن الآيات الكريمة قررت أن غير المدخول بها واحدة من اثنتين:إما سمي لها مهراً أو لم يسمى لها مهراً ، و أما الأولى فبالطلاق قبل الدخول فلها نصف المهر،و أما الثانية فلها المتعة و هذا من دواعي العدل الرباني،و لأن الأولى كان لها نصف المهر جابرا لها لما ألم بها من ألم الفراق و أما الثانية فكانت المتعة جابرة لما أصابها من إيحاش و ابتذال بالطلاق[4].

2-و استدلوا على استحباب المتعة لباقي المطلقات بعموم الأدلة التي قررت المتعة للمطلقة و هي التي استدل بها أصحاب القول الأول و الثاني.

3- من المعقول:"إن المتعة واجبة للمطلقة قبل الدخول و قبل تسمية المهر لأنها بدل واجب و هو نصف المهر المثل و بدل الواجب واجب"[5].

الترجيح:

و بعد هذا العرض للآراء و الأدلة نجد ان القول الثالث هو رأي الجمهور أولى و أرجح،و ذلك لأن الآية الكريمة نصت صراحة على استحقاق المطلقة قبل الدخول و فرض المتعة و استحقاق غيرها نصف

---

[1]الشربني،، مغني المحتاج ،مصدر سابق ،ج 4 ،ص 398.

[2]البهوتي ،كشاف القناع عن متن الإقناع ،المصدر السابق ، ج5 ،ص 147.

[3]سورة البقرة ، الآية-236-237 .

[4]الشربي،مغني المحتاج ،مصدر سابق ،ج 4 ،ص 398.

[5]الكساني ، بدائع الصنائع،مصدر سابق ،ج2، ص 303.

المهر أو المهر كاملا على حسب الحالة،ثم إن الأدلة التي استدل بها أصحاب القولين الآخرين تتعارض مع مفهوم الآية فيجمع بينهما،و هو أولى عند إمكانية الجمع من ترجيح أحدهما بأن يقال بوجوب المتعة للمطلقة قبل الدخول و الفرض و استحبابها لبقية المطلقات إعمالا للأدلة جميعا[1].

هذا بالنسبة للمطلقة بإرادة الزوج، أما بالنسبة للمفترقة عنه أو بإرادتها كالمختلعة ،فاختلف الفقهاء في وجوب المتعة لها على قولين:

القول الأول :تجب المتعة في كل فرقة حصلت بسبب من جهته كالفرقة بالإيلاء و اللعان و الجب و العنة وردته ، أما إن حصلت الفرقة بسبب من جهتها فلا تجب كردتها و إبائها للإسلام...و كذا إن اختلعت منه و به قال الحنفية[2]و الشافعية[3]و الحنابلة[4].

القول الثاني:

لا متعة في كل فراق تختاره المرأة كالمرأة المجذوم و العنين،و لا الفسوخ و لا المختلعة و لا الملاعنة، و به قال المالكية [5]و الظاهرية[6].

و يتبن أن القول الأول هو أولى و أرجح، و ذلك لقياس هذه الفرقة التي وقعن من قبل الزوج على الطلاق كما يجب فيها للمطلقة يجب للمفارقة،لأن الفرقة وقعت بسبب من الزوج و قد لحقها الإيحاش و الابتذال الذي تجب لأجله المتعة بل و أكثر لأن الطلاق قد يكون لها يد غير مباشرة فيه،أما التفريق بسبب

العنة أو الجب فأي يد لها فيها؟[7].

---

[1]القدومي ، التعسف في استعمال الحق في الأحوال الشخصية ، المرجع السابق،ص 200.

[2]الزيلعي ، تبين الحقائق ،مصدر سابق،ج2 ،ص 140-141.

[3]الشربني،مغني المحتاج،مصدر سابق ،ج 4 ،ص398.

[4] – البهوتي،كشاف القناع ،مصدر سابق ،ج 5 ،ص 147.

-ابن قدامة المغني ،مصدر سابق ،ج 7 ،ص242.

[5] – مالك ابن أنس ،المدونة ،دار الكتب العلمية ، ط1 ،1415هـ – 1994م ،ج 2 ،ص 238.

[6]ابن حز المحلي،مصدر سابق ،ج 10 ،ص 3.

[7]القدومي،التعسف في استعمال الأحوال الشخصية، المرجع السابق،ص 201.

و ما يلاحظ عن قرارات المحكمة العليا المذكورة سابقا[1]أنها أخذت بالقول الثاني و هو أنه لا متعة في أي فراق تختاره المرأة،و مطالبة المرأة للتعويض أو المتعة عند رفعها دعوى التطليق غير مقبولة قانونا استنادا لنص المادة 52.[2] و قضاءاً استنادا لقرارات المحكمة العليا.

لكن ما يأخذ عن القانون الجزائري و كذلك المعمول به قضاءا مستند لرأي فقهي و هو رأي المالكية،إلاّ أنه في بعض الحالات التي تطالب فيها المرأة بالتطليق قد يكون بسبب ضرر لحق بها زوجها و في هذه الحالات يكون فيه إجحاف في حق المرأة.

و كذلك أرى أنه حتى لا يهضم حق المرأة في مثل هذه الحالات أن تعدل نص المادة 52 من قانون الأسرة الجزائري بالإضافة إلى الفقرة الثانية، تنص على :"في حالة طلب التطليق إذ تبين للقاضي أن سبب التطليق كان لضرر ألحقه الزوج بزوجته ألزم القاضي الزوج بالتعويض للطرف الآخر".

و هذا الرأي هو الأقوى و الأرجح و الاقرب لمبادئ العدل و المساوات.

و في الختام كقاعدة عامة أن التعويض لا يدفع إلا للمضرور و يدفعه من تسبب في الضرر أو الخطأ.

و على هذا نجد العلماء من فسر المتعة الواردة في القرآن بأنها التعويض و قال الشيخ:"المتاع الحسن بمنزلة الشهادة ،لنزاهتهما و الإعتراف بأن الطلاق كان من قبله،لعذر يختص من قبله لا من قبلها"[3].

و لما كان طلاق الزوج مضرا بها ، مسيئا لسمعتها،في بعض الظروف، فالشريعة الاسلامية رتبت على الطلاق أثر يرمي إلى تخفيف هذا الضرر عن المطلقة و ذلك بالتعويض الذي تفرضه على الزوج المطلق و يسمى المتعة[1] .

-بهنسي أحمد فتحي،نفقة المتعة بين الشريعة و القانون ،دار الشروق ، القاهرة ،ط 1 ،1408هـ 1988م ، ص 41 .

[1] أنظر الرسالة ص

- قرار رقم 43860 المؤرخ في 1986/12/29المجلة القضائية ، غرفة الأحوال الشخصية و المواريث ، العدد 02، السنة 1993، ص41 .

- قرار رقم 53017 المؤرخ في 1989/03/27 ،المجلة القضائية ، غرفة الأحوال الشخصية و المواريث ، ، العدد 01، السنة 1991،ص 56. .

[2]لتعويض استنادا لنص المادة يكون في حالة الطلاق التعسفي من جهة الزوج و ليس في حالة التطليق.

[3]محمد رشيد بن علي رضا ،تفسير المنار ،الهيئة المصرية العامة ،1990 ،د.ط ،ج 2 ،ص 340.

فالمتعة هي نفسها التعويض إذ أن المصطلح الأول مستمد من أحكام الشريعة الإسلامية في حين أن كلمة التعويض مصطلح استعمله العلماء المعاصرون و هم بذلك يقصدون المتعة.

– المتعة واجبة للمرأة المطلقة قبل الدخول و لم يسمى لها مهر و مستحبة لغيرها من المطلقات ،

–إن للحاكم أن يأمره فيكون واجبا.

- **الفرع الثاني: أسس إلتزام الزوج التعويض عن الطلاق التعسفي**

مما بنى عليه الذين قالوا بالتعويض عن الطلاق التعسفي قولهم نذكر ما يلي:

1. **تحريم الإسلام للظلم**: في قوله صلى الله عليه و سلم:"الظلم ظلمات يوم القيامة".[2]

و في الحديث القدسي :"يا عبادي إني حرمت الظلم على نفسي و جعلته بينكم محرما فلا تظالمو"[3]

ذلك أن الشريعة الإسلامية دعت إلى العدل و نهت عن الظلم،و واقع المسلمين لا سيما المقتضيات القانونية اللتي تسمح للزوج بتوقيع الطلاق بإرادته المنفردة و التسبب في أضرار تلحق المرأة فوجب بقدر درجة تعسفه[4].

2. **القياس**: بنى الذين قالوا بفرض تعويض للزوجة على زوجها إذا تعسف في طلاقها على القياس على شيئين هما

أ. **القياس على متعة المطلقة**: فقد أوضح د. مصطفى السباعي أن مسند قانون الأحوال الشخصية السوري في القول بالتعويض عن الطلاق التعسفي هو أن الله تعالى أوجب لبعض المطلقات متعة، و هي مثل ثيابها عند خروجها من بيتها و يجوز أن يقدر ذلك بدراهم، كما رغب في إعطاء المتعة لبعض

---

[1]أحمد الغندور ، الاحوال الشخصية في التشريع الإسلامي،ص 345 ، نقلا عن البهنساوي سالم،قوانين الأسرة بين عجز النساء و ضعف العلماء ،دار القلم،الكويت،ط2،1404هـ- 1984م، ص 280.

[2] – رواه البخاري ، في صحيحه كتاب المظالم و الغضب ،حديث ؤقم 2447 ،باب الظلم ظلمات يوم القيامة ،مصدر سابق ،ص 402.

–رواه مسلم ،صحيح مسلم ،كتاب البرو الصلة و الآداب ،باب تحريم الظلم ،ص 896.

[3]صحيح مسلم، كتاب البر و الصلة و الآداب ،باب تحريم الظلم ،الحديث 2577 ،ص 896.

[4]–العمراني عبد الرحمن ،الاجتهاد الفقهي المعاصر في أحكام الاسرة ،مركز جمعة الماجد للثقافة و التراث ،دبي ،الإمارات ،العربية المتحدة، ط1 ،1430هـ – 2009م ،ص 483.

المطلقات الآخر بحيث لا تخلوا مطلقة من متعة تأخذها من الزوج...فاستند قانونا إلى هذا المبدأ الشرعي، فأجاز للقاضي أن يحكم على المطلق بتعويض يتناسب مع ظلمه للمراة و تعسفه في طلاقها [1] و قد ذكر هذا المستند الدكتور وهبة الزحيلي[2] .

ب. القياس على إتلاف مال الغير:الذي عليه حكم الشريعة الإسلامية أنه على من تلف مال الغيره أن يضمنه[3].

قاعدة رفع الضرر:ذلك أن الزوج حين يطلق زوجته طلاقا تعسفيا في إيقاعه فإنه يلحق بها الضرر و الضرر يرفع في الشريعة الإسلامية و سبيل رفعه هنا أن يحكم لها بالتعويض عنه [4].

3.حق ولي الأمر في تقييد المباح: ذلك أنه لما كان عموم البلوي و سد الذرائع لها أحكامها في الإسلام، و المحافظة على الصالح العام و على كيان الأسرة التي هي كيان المجتمع، كل ذلك يدعوا إلى النظر في وضع تشريع رادع لمن أساء استعمال الحق السياسة الشرعية في الإسلام تبيح لولي الأمر أن يقيد المباح و أن يفرض عقوبة أو جزاء على من أساء[5].

- **الفرع الثالث :مناقشة فكرة التعويض عن الطلاق التعسفي**

أولا:مناقشتها من حيث أصلها

ينظر من خلال تتبع كتابات بعض الذين دعوا إلى فرض تعويض للمطلقة طلاقا تعسفيا، أن الأصل في هذه الفكرة حماية المرأة من سوء تصرف الأزواج، و هي فكرة ظهرت في الغرب[6]حيث الحقوق يقننها البشر،و اقتبسها بعض العرب و دعوا إليها و منها القانون الجزائري، غير انه إذا كان الناس لا يعرفون شيئا

---

[1] مصطفى السباعي ، المرأة بين الفقه و القانون ، مرجع سابق ،ص 146.

[2] الزحيلي وهبة ،الفقه الإسلامي و أدلته ،دار الفكر ،سوريا ،دمسق ،ط 4 ،ج 9 ،ص 922.

[3] ضمان المتلفات واجب في الشرع بالمثل حسب الإمكان لقوله تعالى"**و جزاء سيئة سيئة مثلها**"سورة الشورى الآية 37 و قوله:" **فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم**"سورة البقرة الآية 193.

-قال ابن تميمة:"فإذا ألغي نقدا أو وجوبا و نحو ذلك أمكن ضمنها بالمثل وإن كان المتلف ثيابا أو آنية أو حيوانا فهنا مثله من كل وجه.

[4] العمراني:الإجتهاد الفقهي المعاصر في أحكام الأسرة،مرجع سابق،ص 486

[5] مدكور محمد سلامي ، نظرية الإباحة عند الأصوليين و الفقهاء،دار النهضة العربية،بيروت،ط 2 ،1965 ،ص 354.

[6] Anne –Narie Leroyer .Droit De La Famille Presses Universitaires De France –Paris 1er Edition 2011,P120-121.

عن مبدأ أو قاعدة التعسف في استعمال الحق إلاّ من خلال ما عرفوه عن نظرية الفقيه الفرنسي "جوسران" فإن هذه النظرية كانت مطبقة في الفقه الإسلامي من خلال القضايا، و لهذا فمن يراجع أمهات الكتب في الفقه الإسلامي سيجد بالتأكيد ان الشريعة الإسلامية قد أخذت بالمبدأ القائل لا ضمان على من يستعمل حقه و لكنها قيدته بشروط تحقق عدم الإساءة و التعسف في استعمال الحق[1].

ثانيا: مناقشتها من حيث صعوبة التحقق في أسباب الطلاق

و هذه الصعوبة تحصل عند تطبيق الفكرة ، أي عند البحث في أسباب الطلاق و إذا كان لا يوجد نص في قانون الأسرة الجزائري يجعل طلب الزوج للطلاق موقوفا على أسباب معينة فإن القضاء [2] في بلادنا قد دأب على مسألة الزوج و عن الأسباب التي دفعته إلى طلب الطلاق و معرفة ما إذا كانت تلك الأسباب أسبابا جدية و شرعية مقبولة، أم انها كانت أسباب طائشة غير حقيقية و غير شرعية ،و عليه فإذا ثبت للقاضي أن طلب الطلاق في هذه الحالة طلب تعسفي غير شرعي و لا مبرر له فإن عليه أن يطبق نص المادة 52 من قانون الأسرة الجزائري بأن يحكم للمطلقة بما تستحقه من تعويض عن ما يمكن أن يلحقها من ضرر مادي أو معنوي كجزاء لطلب الطلاق التعسفي[3].

و القول بأن الطلاق وقع بدون سبب معقول أمر صعب التحقق منه ذلك ان مسوغات الطلاق لا تكون دائما خاضعة لوسائل الإثبات، مما يجعل من الصعب في بعض الحالات الحكم على الطلاق بأنه تعسفي أم لا، و لنضرب لذلك مثلا كراهية الزوجين الآخر ، هل يمكن إخضاعهما لإثبات ؟[4]و إن الله تعالى أقر هذا السبب في الطلاق فقال سبحانه و تعالى:"﴿فَإِن كَرِهْتُمُوهُنَّ فَعَسَىٰٓ أَن تَكْرَهُواْ شَيْـًٔا وَيَجْعَلَ ٱللَّهُ فِيهِ خَيْرًا كَثِيرًا ١١﴾"[5].

- **الفرع الرابع: مقدار المتعة و المقياس في اعتبارها**

---

[1] عبد العزيز سعد ، الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري ،مرجع سابق، ص 305.

[2] من المقرر شرعا و قضاءا أن المتعة تمنح للزوجة مقابل الضرر النت جبها عن الطلاق غير المبرر و يسقط بتحميلها جزء من المسؤولية فيه...-القرار رقم 39731 المؤرخ في 1986/01/27.

-نبيل صقر – قمراوي عز الدين ،قانون الأسرة نصا و تطبيقا ، دار الهدى ،عين مليلة،الجزائر،2008،ص 68.

[3] عبد العزيز سعد، قانون الأسرة في ثوبه الجديد ، المرجع السابق،ص 123 -124.

[4] العمراني عبد الرحمن ،الإجتهاد الفقهي المعاصر في احكام الأسرة ، مرجع سابق،ص 490 -491.

[5] سورة النساء، الآية 19.

أولا : مقدار المتعة شرعا

اختلف الفقهاء في تحديد مقدار للمتعة و بين ترك أمر التحديد إلى ظروف و ملابسات كل حالة إلى ثلاثة آراء ، و فيما يلي بيان آرائهم.

القول الأول: المتعة محددة و به قال الحنفية [1]و الشافعية [2]في قول و الحنابلة في قول[3]

القول الثاني: المتعة غير محددة بل بحسب ما يجده المطلق من قدرة و سعة و به قال المالكية [4] و الشافعية في القول الثاني [5]و كذا الحنابلة في القول الثاني[6]و الظاهرية [7]

ثم اختلف الفريقان بأي الإعتبارات تحدد المتعة سواء أقدرت أم طلقت:

1. القول الأول: يعتبر فيها حال الزوج و به قال المالكيةو قول للشافعية [8]و الحنابلة [9]و أبو يوسف و ابن همام من الحنفية [10].و استدل أصحاب هذا القول بقوله تعالى :"﴿وَمَتِّعُوهُنَّ عَلَى ٱلْمُوسِعِ قَدَرُهُ وَعَلَى ٱلْمُقْتِرِ قَدَرُهُ﴾"[11]

وجه الدلالة:إن الله سبحانه و تعالى علق المتعة على وسع الزوج و قدرته و هي تختلف عند الموسع عنها عند المقتدر[12].

قال الجصاص:" و إثبات المقدار على اعتبار حاله في الإعسار و اليسر طريقة الإجتهاد و غالب الضن و يختلف ذلك في الازمان أيضا لان الله تعالى شرط في مقدارها شيئان .

1. أحدهما اعتبرها بيسار الرجل و اعساره.

---

[1]ابن همام ، شرح فتح القدير،مصدر سابق ،ج 3 ، ص 326. – السرخسي ،المبسوط ،المصدر السابق ،ج6 ،ص 62.

[2]الشربني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج ،مصدر سابق ،ج 4 ،ص 399.

[3]ابن قدامة ، المغني ،مصدر سابق ،ج 7 ،ص 242. –البهوتي ، كشاف القناع،مصدر سابق ،ج 5 ،ص 147 و ما بعدها. .

[4]محمد عليش ، منح الجليل شرح مختصر الخليل ،دار الفكر ،بيروت ،د.ط ،1409هـ –1989م ،ج4 ،ص 194.

[5]ابن قدامة،المغني ،مصدر سابق ،ج 7 ، ص 242.

[6]ابن حزم، المحلي بالآثار ،مصدر سابق ،ج 10 ،ص 11.

[7] – محمد عليش ، منح الجليل شرح مختصر الخليل ،دار الفكر ،بيروت ،د.ط ،1409هـ –1989م ،ج4 ،ص 194.

[8]الشربني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج ،مصدر سابق ، ج 4 ،ص 399.

[9]– ابن قدامة ،الكافي في فقه الإمام أحمد ،دار الكتب العلمية ،1414هـ – 1994م ،ج 3 ،ص 76.

[10]ابن همام ، شرح فتح القدير، مصدر سابق ،327/3.– السرخسي ،المبسوط، مصدر سابق ، ج 6 ، ص 63.

– الكساني ، البدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ،مصدر سابق ،ج 2 ،ص 304.

[11]سورة البقرة،الآية 236.

[12]القدومي ، التعسف في استعمال الحق في الاحوال الشخصية ، المرجع السابق،ص 203.

2. أن يكون بالمعروف مع ذلك فوجب اعتبار المعنيين مع ذلك.[1]

2. **القول الثاني**: إنما تقدر بحال الزوجة،و به قال الشافعية في قول [2] و هو قول للحنابلة[3]و الحنفية[4].

وجه هذا القول:أن المتعة لما كانت تقوم مقام مهر وجب أن يعتبر فيها حال المرأة كما يعتبر في مهر المثل الذي هو مهر مثيلاتها[5].

القول الثالث: تقدر بحالهمامعا: و هو قول للشافعية [6]و قول الكساني من الحنفية [7] ،و استدل أصحاب هذا القول يقول تعالى:" ﴿عَلَى ٱلۡمُوسِعِ قَدَرُهُۥ وَعَلَى ٱلۡمُقۡتِرِ قَدَرُهُۥ مَتَٰعَۢا بِٱلۡمَعۡرُوفِۖ حَقًّا عَلَى ٱلۡمُحۡسِنِينَ٢٣٦﴾"[8].

وجه الدلالة:إن الآية الكريمة حددت أمرين اعتباريين للمتعة،و هما قدرة المطلقة المادية ثم وضع المرأة و مكانتها بدليل قوله تعالى :" **بِالْمَعْرُوفِ**" لانه من غير معروف أن نسوي بين متعة الشريفة و متعة الدنيئة،إن اعتبرها نافذا حال الزوج وحده[9].

الراجح:و يظهر بعد هذا العرض للمتعة و مقدارها بأن المتعة غير محدودة و إنما هي على قدر الوسع و الطاقة و هو الذي ذهب إليه الجمهور ،و القول باعتبار المتعة بحال الزوجين معا أولى من تقديرها بحاله فقط،أو حالهما دونه، و ذلك لأن الآية الكريمة التي أوجبت المتعة قدرتها بأمرين، فلا يسوغ لنا قصرها على احدهما لأن في ذلك إعمالا لبعض الآية و إهمالا لبعضها الآخر و هذا لا يجوز .

---

[1] الجصاص، أحمد ابن علي أبو بكر الرازي ،أحكام القرآن ،تحقيق عبد السلام محمد علي شاهين ،دار الكتب العلمية ،بيروت ،لبنان ،1415هـ – 1994م ،ج 1 ، ص 525.

[2] – الشرازي ،أبو إسحاق إبراهيم بن علي ،المهذب في فقه الإمام الشافعي ،دار الكتب العلمية ،د.ط ،د.ت ،ج 2 ،ص 476.،ج2،ص 63.

[3] ابن قدامة، االمغني ،مصدر سابق ،ج 7 ، ص 242.

[4] الزيعلي، تبين الحقائق،مصدر سابق ،ج 2 ،ص 140.

[5] القدومي ،التعسف في استعمال الحق في الأحوال الشخصية ، المرجع السابق،ص 203.

– فتحي بهنسي، نفقة المتعة بين الشريعة و القانون،المرجع السابق،ص 62.

[6] الشربني : المغني المحتاج،مصدر سابق ،ج 4 ،ص 399.

[7] الكساني ، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ،مصدر سابق ،ج 2 ،ص 304.

[8] سورة البقرة،الآية 236.

[9] الزيعلي، تبين الحقائق ،مصدر سابق ،ج 2 ،ص 140.

ثم إن الأحاديث الشريفة و الآثار الثابتة عن الصحابة رضوان الله قدرته و سعة ماله، ثم وضع المطلقة و شأنها في أهلها و هي اعتبارات عادلة لا غضاضة فيها[1].

ثانيا: تقدير التعويض و السلطة المخولة بتقديره

لم يحدد قانون الأسرة الجزائري مقدار التعويض و لا حال لأي من الزوجين يؤخذ بعين الإعتبار عند تقديرها ،فمبلغ التعويض عن الضرر سواء المعنوي أو المادي لا يمكن حصره بل هو متروك للسلطة التقديرية[2] للقاضي ليس بالاسناد إلى مدخول الزوج و لا بالاعتماد على وضعه الإقتصادي فقط و إنما بالاستناد إلى مقدار الضرر نفسه و بالنسبة للزوجة نفسها، حيث لا يمكن أن نضع ميزانا واحد نزن به مقدار الضرر و قيمة التعويض و تطبيقه على كل مطلقة[3].

إلاّ ان المعمول به قضاء اعتبار حالة الزوجين في تقدير المتعة و ما يؤكد هذا القرار المؤرخ في 1984/04/02 الذي ينص على أنه:" من المقرر شرعا أن تقرير ما يفرض للزوجة من حقوق على زوجها يخضع لتقدير قضاة الموضوع فإن تسبيبه و بيان حال الزوجين بيانا مفصلا من غنى و فقر يدخل في صميم القانون الذي هو خاضع للرقابة فغن القضاة بما يخالف أحكام هذا المبدأ يعد انتهاكا لقواعد شرعية مستمدة من احكام الشريعة الإسلامية.

إذ كان الثابت أن القضاء الإستئناف رفعوا المبالغ التي حكم بها للزوجة مقتصرين في تبرير ما حكموا به على الإشارة إلى حالة الطرفين و طبقتها الاجتماعية دون اعتبار لحالة و طبقة كل منهما و غناهما أو فقرهما أو غبن أحدهما أو فقر الآخر،و دون اعتبار كذلك لمقدار ما يتقضاه الزوج كأجرة شهرية لمعرفة ما إذا كان ما حكموا عليه خاصة منه المتعة التي رفعت إلى غيرها هو مألوف أن يعطي عادة بما يتناسب مع إمكانيات الزوج المادية،فإن هؤلاء القضاة فصلوا بدون سبب و إعطاء شيئ غير مألوف دون الاستناد على أية قاعدة شرعية، و متى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه جزئيا فيما يتعلق برفع مبلغ المتعة دون إحالة[4] .

---

[1] القدومي ، التعسف في استعمال الحق في الاحوال الشخصية ، المرجع السابق، ص204.

[2] – نور عويس ،التعويض في الطلاق التعسفي ، www.ijtihad net.net

[3] عبد العزيز سعد،الزواج و الطلاق في قانون أسرة الجزائرية ، مرجع سابق ،ص 306

[4] المجلة القضائية ، غرفة الاحوال الشخصية و المواريث، قرار رقم 32779 المؤرخ في 1984/04/02 ، العدد 2 الصادر سنة 1989 ،ص 61.

التعليق: من القرار يتبن لنا أن القضاء الجزائري في قضية المتعة و تحديدها أخذ بالقول الثالث و هو الداعي إلى اعتبار حال الزوجيين معا و هو الرأي الراجح و هذا أقرب للعدل و المساواة و المنطق و كذا اعتبار المتعة هي نفسها التعويض.

و السؤال الذي يطرح نفسه بعد هذا العرض لموضوع المتعة،و ما رأيناه من أنها تجب لفئة معينة من المطلقات و لا تجب لكل مطلقة و أنها تعتبر بحالها يسرا و عسرا ، فهل تغني هذه المتعة عن التعويض في حالة الطلاق التعسفي أم أن التعويض شيئ و المتعة شيئ آخر؟

ثالثا : هل المتعة تغني عن التعويض في الطلاق التعسفي

إن جمهور العلماء يعتبر أن المتعة تغنى عن التعويض في حالة الطلاق التعسف.

و وجه قولهم: إن القول بالتعويض بالإضافة إلى المتعة، أو التعويض فقط دون متعة يؤدي إلى فتح باب التخلص من التعويض عن طريق ادعاء المطلق تسبب الزوجة في الطلاق بتصرفاتها ، و إن في القول بالتعويض فقط تعطيل للنصوص التي أمرت بالتمتع ثم أنه نادرا ما نجد زوجا يطلق و يعترف بمسؤولية عن الإيقاع أو عن خطئه في ذلك فكان الحل الامثل هو القول بالتمتع في حالة الطلاق و هي تغني عن فرض التعويض.

و لان المتعة في تشريعها تبرع غير معلل فتصلح أن تكون تعويضا و ليس كما قيل بأنها قد تزيدها أسفا بتذكيرها بحسن صحبته و كريم شمائله[1].

و أرى ان المتعة لا تغني عن التعويض عن الطلاق التعسفي و لا تحل محله لان المتعة كما رجحنا سابقا إنما تجب للمطلقة قبل الدخول التي لم يسمى لها المهر،ما دام أنه ثبت أن لا يد مباشرة لها في إيقاع الطلاق لان الطلاق إن وقع غالبا ما يكون لاختلاف الزوجين فيما بينهم و هي طرف فيه، لكن قد يكون السبب المباشر في الطلاق تصرفات الزوج اللامسؤولة مما يترتب عليه ردة فعل الزوجة الرافضة فينشأ الخلاف[2].

---

[1] الصابوني ،مدى حرية الزوجين في الطلاق،مرجع سابق ،ج1،ص 124.

– الغندورأحمد ، الطلاق في الشريعة الإسلامية ،دار المعارف ،مصر،ط1، 1967 ،ص 76.

[2] القدومي ، التعسف في استعمال الحق في الاحوال الشخصية، المرجع السابق، ص 205.

و بذلك يظهر لنا أن التعويض يجب لمن لا متعة واجبة لهن، فلا تغني المتعة بذلك عن التعويض لأنها تجب لفئة مغايرة عن تلك التي يجب لها التعويض.و تكون بذلك قد شملنا جميع المطلقات ببدل الطلاق و هو إما المتعة المنصوص عليها شرعا و إما بالتعويض المقتبسة فكرته على المتعة

يفهم من مجموع الاجتهادات القضائية الصادرة عن المحكمة العليا أنه يحكم بالتعويض لكل مطلقة طلاقا تعسفيا أي غير مبرر و يحكم بالتعويض بدعوى مستقلة عن الضرر الذي لحق المطلقة و هذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 2000/02/22 الذي جاء فيه ما يلي:

"إن الحكم بالتعويض عن الضرر طبقا لقواعد المسؤولية التقصيرية لا يمكن أن يشمله التعويض عن الطلاق و أن النفقة المحكوم بهما هي ناتجة عن مدى تحمل الزوج المسؤولية الطلاق و تقدير نفقة الاهمال و هذه المبالغ لا تدخل في تعويض الأضرار الناتجة عن التعسف الذي يكون بنبة إلحاق الضرر بالغير كما لا تدخل في التعويض الناتج عن المسؤولية التقصيرية و هي الأضرار المنصوص عليها في المادتين 41[1] و 124 [2]من القانون المدني و بالتالي فلما كان مبلغ التعويض و النفقة المحكوم بهما لا تدخل تحت الأضرار المنصوص عليها في هالتين المادتين فإن قضاة الاستئناف لم يخالفوا القانون و كان قرارهم يكون سليما غير انه تجدر الإشارة إلى ان الطاعنة إن كان قد لحقها ضرر ناتج عن التعسف بمفهوم المادة 41 أو لحقها ضرر الناتج عن المسؤولية التقصيرية طبقا لمقتضيات المادة 124 من القانون المدني و عليها أن تثبت الضرر المذكور في دعوى مستقلة و تطلب التعويض مقابل ذلك و عليه فإن الأوجه المذكورة تكون غير مؤسسة الامر الذي يتعين معه رفض الطعن"[3] .

و عليه يمكن القول أن القضاء الجزائري لم يعتبر التعويض عن الطلاق أساسه الضرر بل اعتبره أثر من آثار الطلاق ، و اعتبر التعويض عن الضرر الناتج عن الطلاق التعسفي أساسه المسؤولية التقصيرية

---

[1] ملغاة بالقانون 05-10 المؤرخ في 20-06-2005 المعدل والمتمم للأمر رقم 75 -58 المؤرخ في رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني الجزائري .

[2] تنص المادة على أنه "كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه ، ويسبب ضررا للغير يلزم من كان سببا في حدوثه التعويض "عدلت بالأمر 05-10 المؤرخ في 20يونيو 2005 المعدل والمتمم للأمر رقم 75 -58 المؤرخ في رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني الجزائري .

[3] المجلة القضائية ، غرفة الأحوال الشخصية و المواريث ، القرار رقم 235367 المؤرخ في 2000/02/22 ، المجلة القضائية ، العدد 1، سنة 2001، ص 275.

قانونا استنادا للقانون المدني ،فمن خلال هذا القرار يتبين لنا أن القضاء الجزائري فقد بين التعويض عن الطلاق (المتعة) و التعويض عن الضرر الناتج عن الطلاق التعسفي دون استعمال الكلمة الشرعية و هي المتعة التي استعملت في القرارات السابقة.

- **الفرع الخامس: أوجه الشبه و الإختلاف بين المتعة و التعويض**

قد يشتبه الحق المالي للمطلقة بين المتعة و التعويض و هو ما يلاحظ من خلال ما جاءت به بعض الاجتهادات القضائية الصادرة عن المحكمة العليا التي لم تفرق في ذلك ، و لذلك لابد من بيان أوجه الشبه و الاختلاف بين المتعة و التعويض و ذلك بإيجاز فيما يلي:

أولا: أوجه الشبه بين المتعة و التعويض

هناك نقاط تتفق فيهما المتعة مع التعويض عن الطلاق التعسفي و يمكن ذكرها فيمايلي:

1. إذ كلا من المتعة و التعويض يجبان بعد الطلاق البائن الذي يزيل الحل بين الزوجين ، لذلك فالمطلقة رجعيا لا تستحق المتعة و لا التعويض إلا بعد انقضاء العدة[1]

2. اختلاف الفقهاء و في بيان الحد الأدنى و الأعلى لكل من المتعة و التعويض و كلاهما يخضعان لسلطة تقديرية للقاضي .

3. إن كلا من المتعة و التعويض لا يؤثران على الحقوق الزوجية للمرأة كالمهر و النفقة[2]

أما التعويض فهو أمر اجتهادي مختلف فيه استدل القائلون به على نظرية التعسف و التي بنيت مشروعيتها على أدلة من القرآن و السنة.

4. تجب المتعة بمجرد الطلاق لكل مطلقة بينما التعويض لا يجب إلا إذا كان الطلاق تعسفيا ..

[1] الصابوني ، مدى حرية الزوجين في الطلاق ، المرجع السابق،ص 109.

[2] محفوظ بن الصغير : الاتجتهاد القضائي في الفقه الاسلامي و تطبيقاته في قانون الاسرة الجزائري ، رسالة دكتوراه تخصص فقه و أصوله تحت إشراف عبد الكريم حامدي، جامعة الحاج لخضر، باتنة ،كلية العلوم الاجتماعية و العلوم الاسلامية ،نوقشت سنة 1430هـ 2009م ،ص 588 .

5. إن المتعة تجب للمطلقة بمجرد الطلاق من غير ان يبدي المطلق الأسباب التي دفعته للطلاق أما التعويض فإنه يجب إذا لم يكن هناك سبب مشروع الطلاق و لذلك أباحت القوانين للمطلقة أي يدافع

عن نفسه فيذكر الأسباب التي دفعته للطلاق[1] فإذا كانت معتبرة لم يحكم بالتعويض[2].

6. إن المتعة لا تجب إذا كانت الفرقة من قبل الزوجة (عن طريق الخلع) أما التعويض عن الفقرة إذا كانت من قبل الزوجة و ألحقت الضرر بالزوجة، فقد أوجب بعض الفقهاء التعويض عليها لزوجها[3].

➢ **المطلب الرابع :طلاق المريض مرض الموت و أثره على الاجتهادات القضائية**

إن قضية الطلاق في مرض الموت وجه من أوجه الطلاق التعسفي التي أثارت الجدل فأدلى الفقهاء فيها كل بدلوه، ولقد كانت ومازالت مشكلة تتبع الزوجة المطلقة التي لا يعرف مصيرها من هذا الطلاق إن كان واقعا أو معدوما، و إن كان واقعا فما الآثار المترتبة على وقوعه، و إن كان معدوما فما الإجراءات الواجب اتخاذها لاستعادة حقها ، وهذا ما سنتطرق اليه في هذا المطلب على النحو التالي :

- **الفرع الاول :تعريف المريض مرض الموت و صفاته**

البند الاول :تعريف لمرض الموت

هو حالة تعتري البدن يزول بها اعتدال الطبيعة[4] و المريض مرض الموت هو الذي يكون في حالة يغلب عليه فيها الهلاك لا محالة بسبب ما هو فيه و أن يتصل لموت به، سواء أكان الموت بسببه أم كان نتيجة سبب آخر.

البند الثاني:أوصاف مريض مرض الموت

- **الأول:** أن يكون المرض قد أعجز من نزل به عن القيام بواجباته[5].

---

[1] عن في إثارة الأسباب كشفا لأسرار الزوجية،و تبادلا للتهم من الزوجين مما قد يترتب عنه أضرار أشد خطرا من المصلحة المراد تحقيقها بالتعويض،و يتحقق بها جبر خاطر المرأة المنكسرة من الطلاق، أنظر الرسالة ص86-87 .

[2] السرطاوي محمود علي ،شرح قانون الاحوال الشخصية ، المرجع السابق،ص 284.

[3] جميل فخري محمد جابر ، التدابير الشرعية للحد من الطلاق التعسفي ،دار الحامد للنشر ،عمان ، الأردن،ط1،2009،ص 355.

[4] -السرخسي: المبسوط، مصدر سابق ،ج6، ص154- ابن نجيم ،البحر الرائق ،مصدر سابق ،ج 4 ،ص 46

- مالك ،المدونة ،مصدر سابق ،ج 2 ،ص 86.

- الشافعي ،الأم ،مصدر سابق ،ج 5 ،ص 271.

[5] - الشافعي ،الأم ،مصدر سابق ،ج 5 ،ص 271.

• **الثاني**: أن يغلب فيه الهلاك عادة وهذا أرجح لأقوال الفقهاء والأطباء المختصين في طبيعة الأمراض.

• **الثالث**: أن يعقب مرض الموت مباشرة، سواء أكان الموت بسببه أم بسبب آخر خارجي كقتل أو غرق أو حدوث مرض آخر أشد فتكا من الأول[1].

فإذا اختل واحد من هذه الأمور الثلاثة لم يعتبر المرض مرض موت ويكون التصرف تصرفه المريض في أثنائه كتصرف الأصحاء[2].

• **الفرع الثاني: حكم طلاق المريض مرض الموت**

لا خلاف بين الفقهاء أن طلاق المريض مرض الموت يقع وترتب عليه جميع آثار التي تترتب على طلاق الصحيح[3] ،إن كان الطلاق فإن اختل عقله مثلا فلا يقع طلاقه.

أما الخلاف فيقع في ميراث زوجته منه فهذا عرض لأقوالهم في المسألة والطلاق إما أن يكون رجعيا أو يكون بائنا.

القول الأول :إذا طلق المريض مرض الموت زوجته طلاقا رجعيا ثم توفي وهي في عدتها ورثه اتفاقا لبقاء الزوجية الموجبة للميراث وسائر الأحكام كالظاهر والايلاء وله مراجعتها بغير رضاها[4].

– الكولوذافي محفوظ بن أحمد بن الحسين ،الهداية على مذهب الإمام أحمد ،تحقيق :عبد اللطيف هميم ،ماهر ياسين الفحل ،مؤسسة غراس ،ط 1 ،1425هـ –2004م ، ج1 ،ص 461.

–عبد الحميد محمد محي الدين، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، دار الكتاب العربي، الطبعة الأولى،1404هـ–1984م،ص 282.

[1]الشاعر حمدة حميد، تعسف الزوج في استعمال حقه على الزوجة أصل الكتاب رسالة ماجستير دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية و قانون الأحوال الشخصية الإماراتي، كلية الدراسات الاسلامية و العربية بدبي، بإشراف محمد مقبول حسين نوقشت بالعام 1437 هـ– 1438 الموافق 2006م–2007م، طبع بدعم من الأمانة العامة للأوقاف الشارقة 1431هـ2010م،ص 226.

[2]الحفناوي محمد إبراهيم، الموسوعة الفقهية الميسرة، الطلاق، مكتبة الإيمان بالمنصورة، الطبعة الثانية،2005، ص 47.

[3]– ابن نجيم ،البحر ارائق ،مصدر سابق ،ج 4 ،ص 46.

– مالك المدونة ،مصدر سابق ، ج2 ،ص 86.

– أبو محمد جمال الدين عبد الرحيم بن الحسن بن علي الإسنوي الشافعي ،الهداية إلى أوهام الكفاية ،تحقيق مجدي محمد سرور باسلوم ،دار الكتب العلمية ،2009 ،ج 20 ،ص 506.

– ابن قدامة ،المغني ،مصدر سابق ،ج 6 ،ص 373.

[4]المصدر نفسه ،ج 6 ،ص 373.

القول الثاني: وإذا طلق مريض الموت زوجته طلاقا بائنا بناءً على طلبها أو مخالعة ثم مات و هي في العدة فلا ترثه عند الحنفية و أحمد و في رواية الشافعي في القديم لأنها رضت بإبطال حقها[1].و قال مالك و أحمد في الرواية الثالثة ترثه لأنه طلقها في مرض موته[2].

- وإذا طلقها في مرض موته طلاقا بائنا دون طلب منها أو رضاها به ولم يكن مخالعة على مال فقد اختلفت أقوال الفقهاء في ميراثها.

1. لها الميراث وذلك لسد الذرائع. وهذا قول جمهور العلماء من الحنفية والمالكية والحنابلة، غير أن هؤلاء القائلين بميراثها اختلفوا على ما يلي:

- فذهب أبو حنيفة وأحمد في رواية والشافعي في القديم إلى أنها ترث منه إن توفي وهي في العدة من الطلاق البائن[3].
- وذهب أحمد ابن حنبل في أشهر الروايتين عنه إلى أنها ترثه إن توفي وهي في العدة وبعدها ما لم تتزوج بآخر[4].
- وذهب مالك إلا أنها ترثه مطلقا سواء توفي في العدة أو بعدها تزوجت بآخر أم لم تتزوج[5].

2.لا ميراث لها و هذا مذهب الشافعي في الجديد[6]،و قد استولى على عدم إرثها بانقطاع آثار الزوجية بالطلاق البائن و الميراث لا يثبت بعد زوال سببه[7].

1.أدلة أصحاب القول الأول: واستدل هؤلاء بالسنة و الاجماع والأثر المعقول.

1. من السنة:

---

[1]- ابن نجيم ،البحر الرائق ،مصدر سابق ،ج4 ،ص 46 ابن قدامة المغني ،مصدر سابق ،ج6 ، ص 373.

[2]- مالك ،المدونة ،مصدر سابق ،ج 2 ،ص 86.الاسنوي ،الهداية ،مصدر سابق ،ج 20 ،ص 506.

[3]ابن عابدين، الحاشية ،مصدر سابق ،ج 3 ،ص 383.-الشافعي ،الأم ،مصدر سابق ،ج 5 ،ص271.ابن قدامة ،المغني ،مصدر سابق ،ج 6 ،ص 373.

[4]- ابن قدامة ،المغني ،مصدر سابق ، ج6 ،ص 373.

[5]- مالك ،المدونة ،مصدر سابق ،ج 2 ،ص 86.

[6] - الزيلعي ،تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق ،مصدر سابق ،ج 2 ،ص 246.- الشافعي ،الأم ،مصدر سابق ،ج 5 ،ص 271.
- النووي ،روضة الطالبين و عمدة المفتين ،مصدر سابق ،ج 8 ،ص 72.

[7] - المصادر السابقة .

عن سليمان ابن موسى قال: قال رسول صلى الله عليه وسلم "من قطع ميراثا فرضه الله تعالى قطع الله ميراثه من الجنة"[1]. والدلالة للحديث الشريف نص على حرمة منع الميراث من حقه أو التسبب في المنع والمطلق ثلاثا في مرضه قاطع لميراث مستحقه فلا يؤثر طلاقه في حقها بالميراث معاملة له بنقيض قصده[2].

2. **من الاجماع**:فقد ثبت إجماع الصحابة رضوان الله عليهم على توريث المبتوتة في مرض الموت. لما ورثتها عثمان ولم يرد اجماعهم أحد ممن يعتبر برأيه فيثبت[3].

3. **من القياس**:ولأنه قصد بالطلاق حرمانها من الميراث فيرد عليه قصده قياسا على من قتل مورثه بجامع أن كلا منها فعلا محرما لغرض فاسد[4].

4. **من الأثر** :ما رواه صالح عن عثمان ابن عفان أنه ورث امرأة عبد الرحمن ابن عوف حيث طلقها في مرضه[5]

وجه الدلالة إن قيام عثمان ابن عفان بتوريث المبتوتة في مرض الموت دل على عدم انقطاع ميراثها منه لاحتمال فراره من ميراثها[6].

5. **من المعقول** :ولأنه صار فارا بأن طلقها في وقت تعلق حقها في ماله وكانت وقت الطلاق ممن ترثه[7]

2.أدلة القول الثاني: و استدل أصحاب هذا القول بالقرآن الكريم و السنة و القياس والمعقول.

---

[1]أورد الهندي ، كنز العمال9/11 حديث 30400.

[2]القدومي :نظرية التعسف في استعمال الحق في الأحول الشخصية، مرجع سابق ،ص 231.

[3]السرخسي، المبسوط، مصدر سابق ،ج 6 ،ص 154.

- ابن قدامة ،المغني ،مصدر سابق ،ج 6 ،ص 373.

[4] ابن عابدي: الحاشية ،مصدر سابق ،ج 2 ،ص 246.

[5]ابن أبي شيبة، المصنف،الأثر رقم 19033 ،مصدر سابق ،ج 4 ،ص 171.

[6] – هذا و قد ورد أنه رضي الله عنه ما فر من ميراثها و إنما كانت بغية التطليق، فربما حمل على كراهته لها خصوصا و أن ابن عوف من المبشرين بالجنة فلا يعقل أن يظلم زوجته حقها، و إنما يحمل على معنى آخر في نفسه(القدومي ص 232).

[7]الزيلعي: تبيين الحقائق ،مصدر سابق ،ج 2 ،ص 98.

- ابن جزي ،القوانين الفقهية ،مصدر سابق ،ص 151.

1. **من القرآن الكريم:**

قوله تعالى"﴿فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ﴾"[1]. وجه الدلالة إن الله سبحانه و تعالى قد قطع الصلات بين الزوجين بالطلاق البائن مطلقا، و أنها لا تحل حتى تنكح غيره، فكيف يقال بتوريثها و قد باتت للأزواج و حراما عليه[2].

2. **من السنة:**عن ابن الزبير في مريض قال:" لا أرى أن ترث مبتوتة"[3]وجه الدلالة الحديث الشريف عام في عدم استحقاق المبتوتة بالطلاق الميراث سواء وقع في حال الصحة أم في حالة المرض و المخصص له فيبقى على عمومه[4]

3. **القياس:**و بالقياس على جواز عقد المريض نكاحه، بل و الطلاق أولى، لأن عقد النكاح أغلظ من حله[5]فكما جاز في النكاح و ترتبت الآثار عليه من مهر و نفقه فكذا يجوز في الطلاق و تترتب آثاره عليه من مؤخر صداق و عدم توارثه.

4. من المعقول:إن طلا ق المريض إذ كان يقصد الحرمان من الميراث فإنه حرام، ولكنه في قطع إرثها يثبت، فكما لا يرثها بالطلاق البائن في مرض موته لو ماتت قبله فإنه لا ترثه كذلك[6]وإلا حصل التناقض.

المناقشة و الترجيح :

حاول كل فريق تخليص قوله من المعارضة ،و أدلته من البطلان بمناقشة الفريق الآخر و الدفاع عن قوله و ادلته ،و فيما يلي عرض مناقشاتهم و استخلاص الرأي الراجح.

نوقشت أدلة أصحاب القول الأول بما يلي :

– أمّا استدلالهم بحديث من قطع ميراث فرضه الله فيرد عليه ،أنه على فرض صحته ،فإنه عام في حرمة قطع ميراث مستحق بهة المال مثلا ،أو بيعه ،فيبطل الاستدلال بالحديث الشريف[7].

---

[1] سورة البقرة الآية 230 .

[2] القدومي، التعسف في استعمال الحق في الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص233.

[3] رواه البخاري: صحيح البخاري، كتاب الطلاق، باب من أجاز الطلاق الثلاث ،مصدر سابق ،ص 905.

[4] القدومي ،التعسف في استعمال الحق في الأحوال الشخصية ،المرجع السابق ،ص 234.

[5] الماوردي ، الحاوي الكبير ،مصدر سابق ، ج 10 ،ص 263.

[6] النووي : أبو زكرياء يحى بن شرف: روضة الطالبين و عمدة المفتين ،مصدر سابق ،ج 8 ،ص 72.

[7] – الماروردي ،الحاوي الكبير ،مصدر سابق ،ج 9 ،ص 494.

– و أما نقلهم الإجماع على توريث المطلقة طلاقا بائنا في المرض فيرد عليه إنه قد نقل اعتراض ابن الزبير على توريث عثمان ابن عفان مطلقة عبد الرحمن ابن عوف حين قال :"لو كنت أنا لما ورثتها ،و الاجماع أن خالفه صحابي لا يثبت و لا ينعقد للمخالفة [1].

– استدلالهم بالقياس فيرد عليه ،إن الاستدلال بمنع ميراث القاتل هو استدلال العلتين ،لأن القتل يمنع ميراثا كان مستحقا ،و انتم جعلتم طلاق المريض يثبت ميراثا كان ساقطا[2].

– أما استدلالهم بالمعقول فيرد عليه :إن قولهم فر من واجب فرضه الله عليه في وقت تعلق حقها فيه مردود لأنه ما فر قط من كتاب الله بل أخذ بما فيها الميراث ،فلا يكون فارا بل متمسكا بكتاب الله[3].

و ناقش أصحاب القول الثاني بما يلي :

– أما استدلالهم بالقرآن الكريم فيرد عليه ،إن الآية الكريمة عامة في حكم المطلقة ثلاث من أنها تحرم على زوجها و تقطع العلاقة بينهما و لكن هذا في حالة الطلاق العادية دون دافع آخر أو قرائن تشير إلى قصد الإضرار كما في القرائن على هذا القصد في طلاق المريض في مرض موته .

– أما استدلالهم بحديث " لا ترث مبتوثة..." فذلك في الأحوال العادية لانقطاع الزوجية و آثارها بينهما. أما في حالة تبوث قصده العدوان عليها و ظلمها بمنعها حقها فإنها ترثه.

أما استدلالهم بالقياس فيرد عليه ،إنا لا نخالفكم في وقوع طلاق المريض كما نكاحه ،بل نقول به و يترتب بعض الآثار عليه كالعدة ،أما الميراث فإنها ترث ما دامت في العدة حتى إذ انقضت عدتها و لم يمت فلا ميراث لها[4] .

وفي الأخير يقول صاحب بداية المجتهد:" سبب خلاف الأئمة هو اختلافهم في وجوب العمل بسد الذرائع ،و ذلك أنه لما كان المريض يتهم في أن يكون إنما طلق في مرضه زوجته ليقطع حظها من

---

[1]– المصدر نفسه ،ج 10 ،ص 265.

[2] – الماوردي الحاوي الكبير ،المصدر السابق ،ج 10 ،ص 267.

[3] – ابن حزم ،المحلى ،مصدر سابق ،ج 9 ،ص 494.

[4] – القدومي ،التعسف في استعمال الحق في الاحوال الشخصية ،مرجع سابق ،ص 238.

الميراث فمن قال بسد الذرائع أوجب ميراثها و من لم يقل بسد الذرائع وقع الطلاق لم يوجب لها ميراثا"[1].

و بعد هذا العرض للآراء و أدلتها نجد أن القول الأول الداعي إلى توريث المطلقة ثلاثا في المرض موت زوجها، بشرط استمرار العدة حتى إذا انقضت فلا ميراث لها هو القول الراجح لقوة أدلته معقوليتها مع روح التشريع الإسلامي ، فالعدل يقتضي إعطاء كل ذي حق حقه.

ثم إن الصحابة رضوان الله عليهم لما ورثوا المبتوتة في مرض الموت كان هدفهم " إبطال حيل المتحايلين وسد ذريعة الطلاق في وقت تعلق الحقوق بالمال ومعاملة للفار بنقيض مقصودة، لأنه أراد إسقاط مقصود الرب"[2]، فيعمل حكم الطلاق في تحريمها و عدم عودتها إليه بزواجها من آخر وباستحقاقها مؤخر الصداق و يبطل في حق منعها الميراث فترث مادامت في العدة[3].

ويعتبر المريض مرض الموت فارا من الميراث ترث منه زوجته إذا توافرت فيه الشروط التالية :

1. أن يطلقها في مرض موته أو ما في حكمه طلاقا بائنا.
2. أن يموت بسبب المرض المتصل وهي في العدة من الطلاق[4]
3. أن تظل الزوجة أهلا للميراث من وقت طلاقها إلى وقت وفاته[5].
4. ألاّ يكون الزوج مكرها على الطلاق.

---

[1] ابن رشد: بداية المجتهد، ج2،ص 284-285.

[2] – ابن تيمة ،الفتاوى الكبرى ،مصدر سابق ،ج 3 ،ص 321.

– ابن القيم ،'لام الموقعين، مصدر سابق ،ج 3 ،ص 229 – 230.

[3] الصابوني : مدى حرية الزوجين في الطلاق، مرجع سابق ،ص 114.

– القدومي "التعسف في استعمال الحق في الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص 239.

السرطاوي ،شرح قانون الأحوال الشخصية ، المرجع السابق/(ج1،3)،ص 351.

– الشاعر، تعسف الزوج في استعمال حق الزوجة، مرجع سابق ، ص230.

– الزحلي ، وهبة الفقه الإسلامي و أدلته، طبع في الجزائر بإذن خاص من دار الفكر بدمشق،1413هـ1992م ،ط1،ج7،ص 455.

[4] المرغيناني الهداية2 مصدر سابق ،/5 .

[5] ابن ،قدامة المغني المصدر نفسه ،ج6 ،ص331 .

5. ألا تكون راضية بالطلاق فمن سألت زوجها الطلاق فطلقها بائن لا ترث منه لأنه ليس بفار و من افترت نفسها يمال لم ترث كذلك[1].

- **الفرع الثالث: موقف القانون والقضاء من طلاق المريض مرض الموت**

يظهر لي بعد استقراء نصوص قانون الأسرة الجزائري أن المشرع لم يورد نصا صريحا[2] يبين فيه حكم طلاق المريض مرض الموت لكن في النظر إلى آراء شرح القانون –التي وقفت عليها–اختلافهم في هذه المسألة فلم يفصح بعضهم عن رأي في ذلك[3]، بينما جنحت طائفة إلى القول بتوريثها تطبيقا لأحكام فقه المالكي عند بعضهم [4]الذي يرى بأن الزوجة ترث زوجها و لو طلقها في مرض الموت، و لو انقضت العدة، و تزوجت بغيره، و لو كان الطلاق برضاها و اختيارها.

سارت المحكمة العليا في أحد قراراتها في مرض موت الصحيح نافذ، إلاّ انه لا يحرم الزوجة المطلقة ميراث إذا جاء القرار بنص على أنه:" من المقرر قانونا عند وفاة أحد الزوجين نفس صدور الحكم بالطلاق أنه يستحق الحي منها الإرث و للزوجة نفس الحق إذا حصلت الوفاة أثناء عدة طلاقها، و يعتبر الفقهاء الزوجة التي طلقها زوجها و مات و هي في عدتها أن تعتد بأبعد الأجلين و تستحق منابها في الميراث و تعتبر وكأنها مازالت زوجته حتى و لو كان الطلاق صحيحا.

أما إذا طلقها وهو مريضا مرض الموت ولو كان طلاقا بائن أو مات أثناء عدتها وثبت أنه قصد

حرمانها من الميراث فإنها تعتد بأطول الأجلين، الطلاق والوفاة و عليه فالطعن في الحكم الحالي في غير محله و يرفض"[5].

و في قرار آخر حيث قررت المحكمة العليا على أنه:" حيث أن المريض مهما كانت خطورته لا يمنع الزوج من إيقاع الطلاق، و عليه فإن الطلاق المحكوم به صحيح شرعا و قانونا بخلاف الميراث فإن حق الطاعنة فيه ثابت شرعا إذا طلق في مرض الموت لأنه لا يوجد أي تلازم بين العدة و الحق في الميراث حتى و

---

[1] الزيلعي : تبيين الحقائ، مصدر سابق، ق247/2.

[2] أورد المشرع الجزائري في قانون الاسرة المادة 132 التي تنص انه إذا توفي أحد الزوجين قبل صدور الحكم بالطلاق أو كانت الوفاة في عدة الطلاق استحق الحي منها الإرث"، و السؤال الذي يطرح نفسه هل يمكن استمداد حكم المسألة من عموم النص.

[3] بن شويخ الرشيد: الوصية و الميراث في قانون الاسرة الجزائري، دار الخلدونية ، الجزائر،ط1429،1هـ-2008م ،ص 92.

[4] العربي بلحاج: الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ، المرجع السابق ،ج1،ص 242.

تقية عبد الفتاح، عوارض الطلاق بين الفقه الإسلامي و التشريع الجزائري، المجلة الجزائرية ، جامعة الجزائر ،كلية الحقوق ، العدد الثاني لسنة 2009،ص 226-227.

[5] المجلة القضائية ، غرفة الأحوال الشخصية و المواريث، القرار رقم 101444، المؤرخ في 1993/12/21 المجلة القضائيةلسنة 1996، العدد2،ص 73.

لو وقعت الوفاة بعد مدة طويلة من إن قضاء عدتها لاحتمال أن طلاقه لها كان بنية حرمانها من الميراث عملا بقاعدة المعاملة بنقيض المقصود"[1].

التعليق على القرارين:

- يتبن لنا من خلال استقراء القرارين أنهما وافقا رأي جمهور الفقهاء في إقرار لاحق الميراث للزوجة المطلقة في مرض الموت استنادا إلى القاعدة الفقهية " المعاملة بنقيض المقصود".

- أن القرارين اعتبرا الطلاق في مرض الموت صحيح ويرت آثره غير المطلقة لا تحرم الميراث.

- عدم تحديد المذهب الفقهي الذي اعتمد عليه رغم استعمال لفظ" يعتبر الفقهاء..."في القرار الأول و " ثابت شرعا..." في القرار الثاني، فكلا القرارين كان سندهم شرعي دون تحديد المذهب المتبع رغم ان المسألة مختلف فيها بين الفقهاء[2].

- يتضح لنا أن القرار الأول استند إلى رأي أبو حنيفة وأحمد، إن المطلقة ترث منه إن توفي وهي في العدة من الطلاق البائن.

- وأن القرار الثاني أخذ برأي المالكية في عدم اشتراطهما الوفاة في العدة وسكتا عن اشتراط عدم الزواج المقرر عند الحنابلة.

وخلاصة القول إن عدم وجود نص قانوني يضبط مسألة طلاق المريض مرض الموت أدى بالمحكمة العليا الاعتماد على الآراء الفقهية دون تحديد المذهب.

ومن باب العدل والمساواة ومن أجل توحيد قرارات المحكمة العليا و تفادي التناقض حبذا لو حددت المذاهب التي يرجع إليها لتوحيد القضاء في الجزائر.

وفي نفس المنحى سار قرار آخر للمحكمة العليا الذي ينص على " إن المرض مهما كانت خطورته لا يمنع الزوج من إيقاع الطلاق ما عدى إذا كان القصد من الطلاق في مرض الموت حرمان الزوجة من الميراث ومن ثم فإن قضاة الموضوع بقضائهم بطلاق الطاعنة طبقوا صحيح القانون"[3].

فمن القرار بين أنه لا بد من التأكد من الطلاق الذي أوقعه المريض مرض الموت ما إذا كان يهدف من ورائه حرمانها من الميراث، وهي مسألة وقائع يجوز إثباتها بكافة الطرق، وعلى قاضي الموضوع استنتاج القرينة الدالة

---

[1] المجلة القضائية، غرفة الأحوال الشخصية و المواريث ، القرار رقم 179696 المؤرخ في 1998/03/17 ، المجلة القضائية لسنة 2001 العدد الخاص، ص 98-99.

[2] راجع الرسالة " آراء الفقهاء في مسألة الطلاق الفار، أنظر ص96.

[3] المجلة القضائية، غرفة الأحوال الشخصية و المواريث ، القرار رقم 179696 المؤرخ في 1998/03/17 ، المجلة القضائية لسنة 2001 العدد الخاص 98 .

على ذلك ليقرر في النهاية إعطاءها الحق في الميراث من عدمه[1].

إن عدم تعرض قانون الأسرة الجزائري لهذه المسألة مما أدى لجعل المسألة للسلطة التقديرية للقاضي، و حبذا لو وضعت مادة قانونية في قانون الأسرة تنص على ما يلي:

"إذا طلق الزوج زوجته في مرض الموت كان طلاقه صحيحا و لا يحرم المطلقة من الميراث و لو بعد انقضاء العدة معاملة بنقيض قصد و هذا المنع أي لبس القضية ".

نخلص من كل هذا إلى القول بأن التعويض عن الطلاق التعسفي ، ورد مجملا في قانون الأسرة الجزائري في نص المادة 52 منه.لذلك ترتب عليه ما يلي:

1. أنه يعم جميع المطلقات المدخول بهن و غيرهن، و معلوم أن طلاق غير المدخول بها غالبا ما يكون سببه سوء تفاهم الزوجين ، فيقع الطلاق منعا لمفسدة متوقعة في الغالب، و تأخذ المطلقة عندئذ نصف الصداق و هي لم تفقد شيئا فبأي حق تعوض عن طلاقها؟[2].

2. عدم توضيح قانون الأسرة [3]هذا ما يلزم القاضي في هذه الحالة و استنادا للنص المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري الرجوع لأحكام الشريعة الإسلامية لمعرفة معايير التعسف القانون طبقا للقانون المدني.

3. لم يحدد القانون الجزائري الأسباب المعقولة التي تبيح الطلاق دون تعويض،بل ترك تقدير ذلك للقاضي بعد دراسة ملابسات الطلاق و ظروف و احوال الزوجيين و ما أدى إلى الإنفصال بينهما فإن قدر السبب و كان معقولا في نظره و دعوى التعويض و الحكم على الزوج بالتعويض حسب وضع الزوج المالي[4].

4. لم يضع المشرع الجزائري تحديد لمصطلح التعويض لذلك أثر ذلك سلبا على قرارات المحكمة العليا و تضار بها في استعمال مصطلحي المتعة و التعويض.

---

[1]المجلة القضائية ، غرفة الأحوال الشخصية و المواريث ، القرار رقم 17696 المؤرخ في 17 مارس 1998 ، المجلة القضائية العدد الخاص 2001،ص 98.

[2]العمراني ، الإجتهاد الفقهي المعاصر في أحكام الأسرة، المرجع السابق،ص 491.

[3]بلحاج العربي،الوجيز في شرح قانون الأسرة، المرجع السابق،ج1،ص 238.

[4]فضيل سعد:شرح قانون الأسرة الجزائري ، المرجع السابق،ج1،ص 334.

– من التوصيات وضع فقرة ثانية لنص المادة 52 تبين فيها معايير التعسف و تحديد مفهوم التعويض بأنه كونه المتعة المستمدة من أحكام الشريعة الإسلامية و يكون نص المادة المقترحة كالآتي: و هذا حفاظ على استقرار قرارات المحكمة العليا استنادا للنص القانوني لأنه ترك المجال مفتوح للسلطة التقديرية للقاضي يجعل الاحكام مختلفة بين قاض و آخر حيث أن ما يعتبر تعسفا ملزم للتعويض عند قاض قد لا يكون كذلك عند قاض آخر.

❖ المبحث الثالث: مدى جوازيه و وجوبية إجراء محاولة الصلح و اثر ذلك على الاجتهادات القضائية

عند الحديث عن الصلح كوسيلة للإصلاح بين الزوجين في حالات يلجأ إليها الزوجان قبل صدور الحكم بالطلاق ،يجدر بنا أن نعرض مفهوم الصلح و دليل مشروعيته و ذلك من خلال النقاط التالية :

➢ المطلب الأول :مفهوم الصلح و دليل مشروعيته

• الفرع الأول :مفهوم الصلح

أولا :لغة: يقصد بالصلح لغة زوال الفساد ،يقال أصلح الشيء أي أزال إفساده ،والصلح ضد الفساد.[1]

عرف الفقهاء الصلح بتعريفات متعددة تدور في مجملها بأنه :

"العقد الذي تزول به الخصومة بين المتخاصمين"[2] ،و قد اختلفت الصيغ و العبارات التي وردت عنهم و بيان ذلك على النحو التالي:

1. عرّفه الحنفية بقولهم بأنه :"عقد يرفع النزاع و ركنه الإيجاب و القبول"[3].
2. و قدذهب بعض فقهاء المذهب المالكي و هو ابن عرفة إلى القول بأن الصلح هو:" انتقال عن حق أو دعوى بعوض لرفع نزاع أو خوف وقوعه"[1] .

---

[1] – مجمع اللغة العربية ،المعجم الوسيط ،مصدر سابق ، ج1 ،ص 520.

[2] – عبد المنعم أحمد سلطان عيد ،وسائل فض المنازعات في مسائل الأحوال الشخصية ،دار النهضة العربية ،عبد الخالق ثروت ،القاهرة ،2011 ،ص 12.

[3] – محمد بن فرامر بن علي الشهير بملا ،دار الحكام شرح غرر الأحكام ،دار إحياء الكتب العربية ،د.ط ،د.ت ،ج 2 ،ص 395.

3. كما عرّفه فقهاء المذهب الشافعي بأنه:" عقد يقطع النزاع و تنتهي به الخصومة بين المتخاصمين"[2].

4. و ذهب بعض فقهاء الحنابلة للقول بأن الصلح:"معاقدة يتوصل بها إلى الموافقة بين مختلفين أي متخاصمين"[3].

ثانيا: تعريف الصلح في القانون: عرّفته المادة 459 من القانون المدني الجزائري بأنه:" عقد ينهي به الطرفان نزاعا قائما أو يتوقيان به نزاعا محتملا ،و ذلك بأن يتنازل كل منهما على وجه التبادل عن حقه"[4].

أما د.أحسن بوسقيعة ،فيرى أنه يمكن تعريف المصالحة أو الصلح بوجه عام بأنها تسوية لنزاع بطريقة ودية[5].

- **الفرع الثاني: دليل مشروعية الصلح**

ثبتت مشروعية الصلح في الكتاب و السنة و إجماع الصحابة.

أولا من الكتاب :قوله تعالى :"وَإِنْ طَائِفَتَانِ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ اقْتَتَلُوا فَأَصْلِحُوا بَيْنَهُمَا فَإِنْ بَغَتْ إِحْدَاهُمَا عَلَى الْأُخْرَى فَقَاتِلُوا الَّتِي تَبْغِي حَتَّى تَفِيءَ إِلَى أَمْرِ اللَّهِ فَإِنْ فَاءَتْ فَأَصْلِحُوا بَيْنَهُمَا بِالْعَدْلِ وَأَقْسِطُوا إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُقْسِطِينَ"[6].

و قوله تعالى:"﴿لَّا خَيۡرَ فِي كَثِيرٖ مِّن نَّجۡوَىٰهُمۡ إِلَّا مَنۡ أَمَرَ بِصَدَقَةٍ أَوۡ مَعۡرُوفٍ أَوۡ إِصۡلَٰحِۢ بَيۡنَ ٱلنَّاسِۚ﴾"[7].

---

[1]- محمد ابن أحمد أحمد بن محمد عليش ،منح الجليل شرح مختصر الخليل ،مصدر سابق ،ج 6 ،ص 135.

[2]- الشربيني ،مغني المحتاج ،مصدر سابق ،ج 3 ،ص 161 و ما بعدها.

[3]- ابن قدامة ،المغني ،مصدر سابق ،ج 4 ،ص 357.

[4]- الأمر رقم 75- 58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق لـ 26 سبتمبر سنة 1975 المتضمن القانون المدني المعدل و المتمم بالقانون رقم 05 -10 المؤرخ في 20 يونيو 2005.

[5] - أحسن بوسقيعة، المصالحة في المواد الجزائية بوجه عام و في المادة الجمركية بوجه خاص ،الديوان الوطني للأشغال التربوية، ط 1 ، 2001 ،ص 45. نقلا عن :أحمد شامي ،قانون الأسرة الجزائري ،طبقا لأحداث التعديلات ،دار الجامعة الجديدة ،الاسكندرية ،ط 2010 ،ص 266.

[6] - سورة الحجرات، الآية 08.

[7]- سورة النساء، الآية 114.

و قوله تعالى:"﴿وَإِنِ ٱمۡرَأَةٌ خَافَتۡ مِنۢ بَعۡلِهَا نُشُوزًا أَوۡ إِعۡرَاضٗا فَلَا جُنَاحَ عَلَيۡهِمَآ أَن يُصۡلِحَا بَيۡنَهُمَا صُلۡحٗاۚ وَٱلصُّلۡحُ خَيۡرٞۗ﴾"[1].

فوجه الدلالة من هذه الآية وغيرها أن الله أباح الصلح فالصلح عند المشاحة خير من الفراق [2]

ثانيا من السنة : عن عمر وبن عوف أن الرسول صلى الله عليه وسلم قال : " الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحا حرم حلالا أو أحل حراما[3]

ثالثا من الإجماع : أجمع الفقهاء على أن الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحا أحل حراما [4]

ودليل جواز الصلح وإشارة أن القاضي مأمور بدعاء الخصمين إلى الصلح قد وصف الله تعالي الصلح بأنه خير فقال عز وجل : " **والصلح خير** " [5]

---

[1] – سورة النساء الآية 128.

[2] الجصاص، أحكام القرآن ،مصدر سابق ،ج2،ص 354 .

[3] أخرجه الترميذي ،في الجامع الكبير ، بهذا اللفظ بزيادة الجملة الأولي وهي : " الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحا حرم حلالا أو أحل حراما ،والمسلمون على شروطهم إلا شرطا حرم حلالا أو أحل حراما " . كتاب الأحكام ،باب ما ذكر عن رسول الله في الصلح بين المسلمين رقم 1353 ،ج3 ،ص27 .

– أخرجه الحاكم في المستدرك عن كثير بن زيد عن الوليد بن رباح عن أبي هريرة ، بلفظ "المسلمون على شروطهم إلا شرطا حرم حلالا أو أحل حراما والصلح جائز بين المسلمين "،كتاب البيوع ، باب المسلمون والصلح جائز ،ج2 ،ص49 .

[4]السرخسي، المبسوط ، مصدر سابق ،ج16 ،ص 61 .

[5]سورة النساء الآية 126 .

➢ المطلب الثاني :مدى جوازيه و وجوبية إجراء محاولة الصلح قانونا و اثر ذلك على الاجتهادات القضائية

سنحاول في هذا المطلب التطرق للمراحل الثلاثة المنظمة للصلح في القانون الجزائري لمعرفة مدى جوازيته ووجوبيته وذلك على النحو التالي :

- **الفرع الأول :قبل صدور قانون الأسرة**

لم يكن هناك نص قانوني يتضمن إجراء محاولة الصلح بل كان من الضروري معرفة إجراءات المحاكمة وإجراءات التقاضي التي يجب السير في منهاجها و البحث في قواعد التطبيق المبعثرة بين طيات قانون الاجراءات المدنية[1].

عندما صدر قانون الإجراءات المدنية في سنة 1966 كان قد نص في المادة 17 منه على وجوب القيام بمحاولة الصلح في كل دعوى تتعلق بالأحوال الشخصية قبل الفصل في الموضوع ولا سيما إذا كانت الدعوى تهدف إلى الطلاق وانحلال عقد الزواج.

كما نص وجوب أن يحرر القاضي محضرا بما تم التصالح عليه تكون له قوة الحكم وقابلية التنفيذ، أو يحرر محضرا بفشل محاولة الصلح ودعوة الزوجيين إلى جلسة علنية للمحاكمة.

عدلت المادة 17 أصبحت تنص على أنه" يجوز للقاضي مصالحة الأطراف أثناء نظر الدعوى في أية مادة كانت"[2].

وبذلك أصبحت إجراءات الصلح شاملة لجميع الدعاوى المدنية بما فيها دعاوى الزواج والطلاق أصبحت أيضا اختيارية تخضع لتقدير القاضي[3].

وتبعا لذلك قضى المجلس الأعلى في قراره بأن محاولة الصلح جوازيه وجاء في أسبابه ما يلي:

-" فيما يخص الوجه المستدل به في الطعن:

أكثرت مذكرة الطعن من الكلام على عدم قيام القاضي الأول و من وراءه المجلس لمحاولة الصلح بين الزوجين، و اعتبرت ذلك من مبطلات الحكم و مخالفة القواعد الجوهري من جانب المجلس دون

---

[1] سعد عبد العزيز: الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، قسنطينة،1986، مرجع سابق، ص 279 وما بعدها.

[2] أمر رقم 71-80 مؤرخ في 11 ذي القعدة عام 1991 الموافق 29 ديسمبر سنة 1991 يتضمن تعديل وتتميم الأمر رقم 66-154 المؤرخ في 18 صفر عام 1386هـ الموافق لـ 8 يونيو سنة 1966 والمتضمن قانون الإجراءات المدنية.

[3] مقال: الطلاق في قانون الأسرة الجزائري، منشور الأنترنيت ب تاريخ2013/02/07 الموقعwww.startimes.com

أن تستدل بنص قانوني يوجبه و عليه ليس لأحد أن يلزم القضاة باتخاذ إجراء لا يفرض عليهم القانون اتخاذه ، و لا يصح لخصم أن يحاول انتزاع إجراء جعله القانون جوازيا لهم فعله.

و حيث أن للمادة الثامنةمن قانون الإجراءات المدنية من بين ما نص عليه في عوضها للنزاعات التي يكون الاختصاص فيها للمحكمة التابع لها موطن المدعى عليه دعوى الطلاق، بحيث اعتبرها القانون دعوى عادية كبقية الدعاوى الأخرى، ليست لها أي خصوصية و إذا كان الحال هكذا فالمادة **17** من نفس القانون المتعلقة بالصلح جاء النص فيها عاما، و جاء جوازيا و لا يستثني أية دعوى في أية مادة كانت و من ثم فالقاضي له الخيار بالقيام بالمصالحة بين الزوجين في دعوى الطلاق إن أمكن ذلك، و يتركه إن تعذر عليه الأمر و لا يأخذ عليه إن هو تركه....

فالقاضي هنا إما أن يلجأ إلى إجراء محاولة الصلح بين طرفي النزاع أم لا، ولا يوجد ما يلزمه إلى إتيان ذلك الإجراء[1]، فالمادة **17** من قانون الإجراءات المدنية المذكورة أعلاه تجيز للقاضي مصالحة الأطراف ولا توجب عليه.

- **الفرع الثاني :بعد صدور قانون الأسرة**

اعتبرت المحكمة العليا محاولة الصلح قبل صدور حكم الطلاق إجراء جوهريا و هو من النظام العام، ففي قرار لها بتاريخ 1994/01/18 أكدت ذلك بقوله:" و حيث أنه و بالرجوع إلى الحكم المطعون فيه يتبين أن القاضي الإبتدائي لم يراعي أحكام المادة 49 من قانون الأسرة التي تتطلب اتخاذ إجراءات الصلح بين الزوجين قبل إصدار حكم بفك الرابطة الزوجية الشيء الذي ينجز عنه نقص الحكم المطعون فيه و إحالته على نفس المحكمة"[2].

فعلى القاضي أن يحاول إجراء الصلح قبل إصدار حكمه بالطلاق وهذا في مهلة ثلاثة أشهر وإذا تغيب أحد الطرفين وتعذر إجراء محاولة الصلح يكون من حق القاضي الفصل في النزاع وتحرير محضر عدم الصلح بسبب عدم حضور أحد الطرفين وعلى ذلك قضت المحكمة العليا في قرار لها كما يلي

---

[1] آث ملويا، المنتقى في قضاء الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ج1، ص 196.

[2] نشرة القضاة، القرار رقم 96688، المؤرخ في 18/ 01 /1994 ،المجلة القضائية للمحكمة العليا ،سنة 1997 ،العدد 50 ،ص 80 و ما بعدها.

صدر في 1997/10/23 بالتأكيد على محاولة الصلح وإن تعذر علة القاضي ذلك لعدم حضور أحد الزوجين يكون له الفصل في الدعوى وسببت المحكمة العليا قرارها كما يلي:

"عن الوجه الأول المأخوذ من مخالفة قاعدة جوهرية في الإجراءات لدعوى أن المحكمة فصلت في طلب التطليق المقدم من طرف المطعون ضدها دون منح أجل الطاعن يتمكن من الحضور الشخصي أثناء جلسة صلح.

لكن حيث أنه لا يستخلص من الحكم المطعون فيه أن الطاعن قد طلب أجلا ليتمكن من الحضور الشخصي أثناء جلسة الصلح، ولكن كان يمثله محاميه، إضافة إلى أن الحكم المطعون فيه يتضمن الإشارة إلى أنه صدر بعد تأجيل القضية عدة مرات لتمكين طرفها من إبداء لفوعهما ومن جهة أخرى فالمادة **49** من قانون الأسرة تنص على إجراء محاولة الصلح من طرف القاضي يتم دون أن تتجاوز مدة الصلح ثلاثة أشهر مما يجعل الوجه غير مؤسس..."[1].

وتبعا لذلك يكون إجراء محاولة الصلح من طرف القاضي قبل الحكم بالطلاق من الإجراءات الجوهرية والتي يتردد على إغفالها بطلان الحكم[2].

وكما قضت المحكمة العليا في قرار لها مؤرخ في 1991/06/18 على ما يلي: "من المقرر قانونا أنه لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد محاولة الصلح من طرف القاضي، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خطأ في تطبيق القانون، ولما كان من الثابت في قضية الحال-أن قضاة الموضوع الذين قضوا بالطلاق بين الزوجين دون القيام بمحاولة الصلح بين الطرفين يكون قد أخطأوا في تطبيق القانون ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه"[3].

فمن خلال هذا القرار يتبين لنا كذلك أن إجراء الصلح جوهري، و خلافا لهذا نلاحظ أن المحكمة العليا في قرارها المؤرخ 1998/07/21 حيث أصدرت محكمة حسين داي حكما بالطلاق بين المدعى عليه و المدعية نهائيا، و ابتدائيا بإلزامه بتمكينها من أمتعتها حسب القائمة المرفقة، رفع المدعي عليه طعنا بالنقض ضد الحكم أعلاه و أثار ثلاثة أوجه للطعن يتمثل أحدها في إغفال المحكمة لإجراء جوهري و هو إجراء محاولة الصلح طبقا للمادة 49 من قانون الأسرة و طلب نقض و إبطال الحكم تبعا لذلك.

---

[1] نشرة القضاة، القرار رقم 174132 المؤرخ في 23 /10 /1997 ،المجلة القضائية للمحكمة العليا ،سنة 1999 ،العدد55 ،ص 179.

[2] آث ملويا: المنتقى في قضاء الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص 199.

[3] مجلة قضائية، القرار رقم75141 المؤرخ في 1991/06/18،المجلة القضائية للمحكمة العليا ، العدد الأول لسنة 1997، ص 65.

وقد قضت المحكمة العليا برفض الطعن معتبرة محاولة الصلح ليست من الإجراءات الجوهرية و جاء التسبب كالآتي:

"لكن بالرجوع إلى الحكم المطعون فيه، اتضح أن عدم محاولة الصلح هو ليست من الإجراءات الجوهرية..."[1].

وما يلاحظ على هذا القرار أنه يشكل خروجا عن نص المادة 49 أعلاه من جهة، ومن جهة أخرى خروجا عن الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا على المنوال التالي:

* فهو خروج عن نص المادة 49 أعلاه لكون المادة جعلت إجراء محاولة الصلح وجوبيا، فالنص الفرنسي يشترط لإثبات الطلاق بواسطة حكم (الطلاق أو التطليق) أن يسبقه إجراء أوولي يتمثل في محاولة الصلح التي لا تزيد عن ثلاثة أشهر وبالتالي يكون إلزاميا على القاضي السعي في الإصلاح بين الزوجين فإن نجح في مهمته حرر محضرا بالصلح ،وإن أخفق لعدم تفاهم الزوجين[2]وتنافرهما ،أو بسبب تغيب أحدهما أو تغييبهما معا عن جلسة الصلح ومرت ثلاثة أشهر فإنه يحرر محضرا بعدم الصلح.

وأما ألا يقوم إطلاقا بمحاولة الصلح، فإن ذلك إخلال بإجراء جوهري، فخطورة الطلاق وآثاره السيئة على الزوجين أو أحدهما. و لكون عقد الزواج أصله أبدي و أن إخراجه من صفة الأبدية لأمر في غاية الحساسية ، جعل المشرع يسطر إجراء إلزاميا و هو محاولة القاضي الإصلاح بين الزوجيين ، و هذا الإجراء من النظام العام و يجوز لطرفي الدعوى إثارته و لو للمرة الأولى أمام المحكمة العليا ، كما يجب على المحكمة العليا إثارته من تلقاء نفسها ، فالمادة **49** أعلاه لم تجعل إجراء محاولة الصلح جوازيا كما هو عليه الحال بالنسبة للمادة **17** من قانون الإجراءات المدنية تبعا للتفصيل الوارد سابقا.

وعلى ذلك فإن هذا الاجتهاد من المحكمة العليا لا يستساغ ، فهو خروج صريح عن النص القانوني الواضح المعالم وغير المحتاج إلى تفسيره ،كما أنه خروج عن الاجتهاد القضائي السابق للمحكمة العليا.

سبق للمحكمة العليا و أن فصلت في هذه النقطة في قرارها المؤرخ في 18 يناير 1994 المذكور أعلاه و القرارات اللاحقة ، بأن أقر في كون محاولة الصلح التي يجريها القاضي قبل الحكم بالطلاق

---

[1] القرار رقم 2001998 المؤرخ في 1998/07/21، المجلة القضائية للمحكمة العليا ،العدد 56 لسنة 1993، ص 40 وبعدها.

[2] آث ملويا: المرجع السابق، ص 200.

هي من قبيل الإجراءات الجوهرية و بالتالي هي من ضمن النظام العام،و لا يجوز للقاضي إغفال ذلك الإجراء تحت طائلة بطلان حكمه[1].

وخروج القرار الحالي للمحكمة العليا عن ذلك الاجتماع لا يوجد ما يبرره كما أنه وتبعا للمادة **18**من القانون العضوي رقم 11-12 مؤرخ في 24 شعبان عام 1432 هـ الموافق 26 يوليو سنة 2011م المتعلق بتنظيم المحكمة العليا وعملها واختصاصها ،فإن تغيير الاجتهاد القضائي لما لا يتم إلا بقرار صادر عن الغرف المجتمعة.

وقد جاء نصها كما يلي : "زيادة على الحالة المنصوص عليها في الفقرة 3 من المادة 17 أعلاه تفصل المحكمة العليا بغرفها مجتمعة عندما يكون من شأن القرار الذي سيصدر عن إحدى غرفها تغيير اجتهاد قضائي . "[2]

فالقرار محل التعليق صادر عن غرفة الأحوال الشخصية وبما أنه جاء من أجل تغيير الاجتهاد القائم بخصوص محاولة الصلح كان يجب أن تجتمع جميع غرف المحكمة العليا لإصداره[3] .

إن السبب الرئيسي الذي جعل قرارات المحكمة العليا متضاربة هي الصياغة القانونية للمادة 49 من ق.أ،حيث انتقدها الأستاذ "علي سليمان"[4]بأنها صياغة رديئة[5]و أن نص المادة لم تأتي واضحة في وجوب و إلزامية محاولة الصلح رغم أهميتها الكبيرة، بل جاء عاما فلا يستفاد وجوبها إلاّ بطريق الدلالة[6].

- **الفرع الثاني: بعد تعديل قانون الأسرة بالأمر 05-02**

لقد نصت الفقرة الأولى من المادة 49 من قانون الأسرة المعدلة على أنه "لا يثبت الطلاق إلاّ بحكم بعد محاولات الصلح يجريها القاضي دون أن تتجاوز مدته ثلاثة أشهر ابتداءا من تاريخ رفع الدعوى..."[1].

---

[1] المرجع نفسه، ص 202.

[2] الجريدة الرّسميّة للجمهور للجمهوريّة الجزائريّة /العدد 42 المؤرخ في 29شعبان عام 1432 هـ الموافق ل 31يوليو سنة 2011 م المتضمن للقانون العضوي رقم 11-12 مؤرخ في 24 شعبان عام 1432 هـ الموافق 26 يوليو سنة 2011م.

[3] ذيب عبد السلام، قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، وحدة الرغاية، الجزائر، ط3، 2012، ص 44-45.

[4] ترجمة الأستاذ علي سليمان، أستاذ في المعهد للعلوم القانونية الإدارية بن عكنون.

[5] علي سليمان، حول قانون الأسرة الجزائري مجلة جزائرية لسنة 1986.عدد 2، ص 444.

[6] العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ج1، ص 358.

و الجديد في التعديل هو أنه أقر بضرورة إجراء عدة محاولات صلح أملا في تجنب الطلاق، و ما يمكن ملاحظته من هذا النص أن محاولات الصلح إجراء إجباري يجب على القاضي القيام به قبل النطق بالطلاق،و عليه فإنه يجب على القاضي المختص بالنظر في موضوع الدعوى أن يستدعي الزوجين معا إلى مكتبه بواسطة المحضر القاضى أو بأي طريقة يراها مناسبة[2]و ذلك بمجرد تسجيل دعوى و طرحها عليه و أن يعين لهما جلسة خاصة في تاريخ محدد يستمع فيها مزاعم كل واحد من الزوجين، و ينبغي على القاضي القيام بمعالجة خلاف الطرفين بالمحكمة[3]، فالقاضي و في سبيل إنهاء النزاع بين الزوجين عن طريق الصلح بينهما يتخذ كل السبل الممكنة في ذلك حل عقد النكاح[4]و ليس الغرض منه مجرد عرض شكلي فقط، قصد إتمام و استيفاء الإجراءات الشكلية قبل الحكم[5]فإذا فشل القاضي في التوفيق بينهما فعليه أن يحاول مرة ثانية إذ يتبيّن له جدوى محاولة الصلح فنص المادة 49 المذكورة أعلاه ذكره مصطلح "عدة" دون تحديد عدد المرات هل واحدة أم اثنان أو أكثر من ذلك ، فتبقى هناك السلطة التقديرية للقاضي، و القانون أعطاه الحق في إجراء عدة محاولات الصلح قبل الطلاق على أن لا يتجاوز ثلاثة أشهر ابتداءا من تاريخ رفع الدعوى.

وبصفة عامة فإن إجراء عدة محاولات صلح من طرف القاضي يعد أحد العناصر الجوهرية[6]والإجبارية بعد تعديل المادة 49 بالأمر 05-02 لصحة العمل القضائي[7].

---

[1]الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 18 محرم 1426هـ-الموافق لـ 27 فيفري 2005 المعدل والمتمم للقانون رقم 84-11 المتضمن قانون الأسرة الجزائري.

[2]سعد عبد العزيز: قانون الأسرة في ثوبه الجديد، المرجع السابق، ص 120.

[3]زكية: تشوار حميدو مدى حماية الأسرى عبر أحكام التطليق عدالة القانون أم القاضي، مجلة العلوم القانونية و الإدارية و السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد،كلية الحقوق، تلمسان سنة 2010، رقم 10،ص 129.

[4] العربي بلحاج، طريق الطلاق في قانون الأسرة الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، جامعة الجزائر،كلية الحقوق سنة 1990ع03، ص 609.

[5]أحمد إبراهيم بيك، واصل عطاء الدين أحمد إبراهيم أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة والقانون المكتبة الأزهرية للتراث، القاهرة مصر، ط5، سنة 2009، ص 438.

[6]زكية تشوار حميدوا ، مدى حماية الأسرة عبر أحكام التطليق عدالة القانون أم القاضي، المرجع السابق، ص 129-130.

[7]نجيب محمد فتحي، ومحمود محمد غنيم، قانون إجراءات التقاضي في الاحوال الشخصية، دار الشروق، القاهرة، مصرط1، سنة 2002.

و على هذا النحو صارت قرارات المحكمة العليا بعد التعديل و حسم النزاع القائم بين جوازية و وجوبية الصلح الذي أدى إلى تضارب القرارات قبل التعديل إذ جاء في قرار المحكمة العليا أنه:

"محاولة الصلح في دعوى الطلاق تتم وجوبا أمام المحكمة فقط"[1].

فمن القرار يتبين لنا أن محاولة الصلح وجوبية ولا احتمال لفهم آخر، وفي هذا السياق صيغت المادة 439 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية المخصصة في القسم الثالث منه إجراءات الطلاق حيث نصت على أنه "محاولات الصلح وجوبية وتتم في جلسة سرية"[2].

و الواقع فإننا نعرف كيف يمكن للقاضي الجزائري القيام وفقا لنص المادة 49 المعدلة على الأقل بثلاث محاولات صلح، و ينبغي عليه أن يبذل مزيدا من الجهد للتوصل إلى الصلح بين الطرفين، و كثيرا ما يجد نفسه لاسيما في هذا المجال تحت ضغط متواصل من عدد الملفات، و ذلك سيعيقه عن بذل الجهد الحقيقي و تخصيص الوقت المتطلب لإجراء محاولات الصلح بالكيفية التي جاء بها النص القانوني.

ويبرهن الواقع المعيش بأن هذه المحاولات أصبحت عبارة عن إجراء بلا نتيجة، خاصة إذا علمنا أن المتخاصمين من الزوجين لا يلجأ إلى القضاة إلا بعد أن تبوء بالفشل كل محاولات الصلح التي قام بها أقارب الزوجيين و ذلك ممكن أن يكون في مدة زمنية شبه طويلة أكثر من ستة أشهر في بعض الحالات"[3].

➢ المطلب الثالث: الفرق بين الصلح والمصالحة

• الفرع الأول: الصلح

الصلح هو عقد من العقود المسماة المذكورة في القانون المدني و هو عقد ينهي به الطوفان نزاعا قائما أو يتوقيان به نزاعا محتملا و ذلك بان يتنازل كل منهما على وجه التبادل عن حقه، و تبعا لذلك إما أن يتم الصلح خارج القضاء أو أمام القاضي، كما أن دور القاضي لا يقتصر إذا وقع الصلح أمامه إلاّ

---

[1] مجلة المحكمة العليا: غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، القرار رقم 372130 المؤرخ في 2006/11/15، مجلة لسنة 2007، العدد الثاني، ص 463.

[2] القانون رقم 08-09 المؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق 25 فبراير سنة 2008 المتضمن قانون الاجراءات المدنية والادارية.

[3] زكية تشور حميدوا، مدى حماية الأسرة عبر أحكام التطليق عدالة القانون أم القاضي، المرجع السا بق، ص 131-132.

على الإشهاد للطرفين بذلك، و الصلح بذلك ينهي نزاعا، كما أن الإشهاد بالصلح أمام القاضي يقع نهائيا لا يجوز الاستئناف فيه.

- **الفرع الثاني: المصالحة**

المصالحة بمفهوم قانون الأسرة فهي تتم إذا توصل قاض الطلاق إلى الإصلاح بين الزوجين بحيث يرجعا إلى بعضهما ويستمر في المعاشرة الزوجية فالقاضي هنا يلعب دورا كبيرا في محاولة المصالحة بين الطرفين ولا يحكم القاضي بالطلاق إلا" بعد محاولة الصلح ولا تتجاوز المدة الممنوحة للقاضي طبقا للمادة 49 من ق.أ.ج ثلاثة أشهر.

و من أجل ذلك و اعتبارا للنقاط المثارة نستطيع القول أن الاقتباس الذي جاء به قرار المحكمة الصادرة في 1994/04/19 كونه عقد صلح طبقا للمادة 459 و ما يليها من القانون المدني لم يكون موفقا لوجود اختلاف كبير في المفهوم القانوني و الآثار المحددة للطلاق بالتراضي كصورة من صور فك الرابطة الزوجية، لكنه بالمقابل بعد نقلة نوعية و خطوة إيجابية في محاولة لإعطائه شكلا مهما عن باقي الصور الأخرى و ان صورة الطلاق بالتراضي إنما هي آلية قانونية مستحدثة للحصول على النتائج الموجودة في وقت معقول دون إحداث مشاكل و نزاعات تكون عواقبها غير محمودة.

معالجة النقائص التي وجدت على قرار المحكمة العليا الصادرة في 1994/04/19 صدر آخر في:05/23 /2000 مما على أساس المادة 48 ممن قانون الأسرة إذ جاء فيه ما يلي:" من المقرر قانونا أن الطلاق بالتراضي هو إشهار من المحكمة على رغبة الطرفين في الطلاق و لا يوصف بالابتدائية أو النهائية و لا يحق لأي من الزوجيين الطعن فيه إلا عن طريق دعوى التزوير"[1].

الواضح أن ما ذهبت إليه المحكمة العليا في قرارها الثاني كان أكثر دقة و سلامة و جاء ترسيخا لمبدأ التراضي في إحداث الأثر القانوني، فالقرار استبعد القانون المدني (**459** و ما يليها منه)لكون الاقتباس كما أشرنا سابقا لم يكن موفقا إذا اعتبرنا القرار صورة الطلاق بالتراضي .

– مجرد إشهار عن رغبة الطرفين في الطلاق وليس عقد صلح ينهي نزاعا قائما[2].

[1] الإجتهاد القضائي لغرفة الاحوال الشخصية، القرار رقم 243943 المؤرخ 2000/05/23، عدد خاص لسنة 2001، ص 12.

[2] باديس ذيابي :مرجع سابق،ص 27-28 .

– دور القاضي يكون بتوفيق إرادة الطرفين في إحداث الأثر القانوني ولا يتعدى إلى مراقبة صحة ما اتفق عليه[1].

– الطلاق بالتراضي لا يوصف لا بالابتدائية ولا النهائية.

ولا يمكن أن تكون هناك عقبات ومعوقات أمام الطرفين في جوانب متفق عليها ما لم تكون مخالفة للنظام العام والآداب العامة وفي حدود الشريعة الإسلامية، ومن ثمة جعل دور القاضي في هذا الاستشهاد محصورا في توثيق إرادة الطرفين لإحداث الطلاق، واستبعاد دوره في مراقبة صحة وسلامة ما اتفق عليه بينهما فإن جعله يوصف بالابتدائية أو النهائية لا ينسجم وطبيعته الخاصة، وهو بذلك يختلف عن باقي الاحكام في جعله مجرد إشهار لا يتصف لا بالابتدائية ولا النهائية.

أما بعد تعديل قانون الأسرة فقد توج الاجتهاد الأخير ولما فيه من فوائد علمية و ارتقى إلى قاعدة قانونية في ظل التعديل بموجب الامر 02/05 المؤرخ في 2005/02/27، فالمادة 48 من قانون الأسرة قبل التعديل عددت صور فك الرابطة الزوجية إذ نصت على ما يلي "الطلاق حل عقد الزواج و بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين 53 و 54 من هذا القانون".

ثم جاءت المادة 57 من ق.أ.ج تنص على أن "الأحكام بالطلاق غير قابلة للاستئناف ما عدى في جوانبها المادية"، والأحكام بالطلاق المشار إليها في هذه المادة تشمل الصور الأربع الوارد ذكرها في المادة 48 من نفس القانون.

أما التعديل الوارد في الأمر 02/05 المؤرخ في 2005/02/27 فقد أبقى على نفس الصور الراجحة في المادة 48 منه إذ نصت "مع مراعاة أحكام المادة 49 أدناه يحل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين 53 و54 من هذا القانون".

---

[1] و في هذا المعنى جاء قرار المحكمة العليا الذي يقضي به من المقرر قانونا أن يتم الطلاق بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين ، و يثبت بحكم بعد محاولة الصلح من طرف القاضيو متى حصل الاتفاق بين الطرفين –كقضية الحال–فإن القاضي يصادق على شروطه و لا يجوز بعد ذلك الاطراف الرجوع إليه مما يستوجب رفض الطعن الحالي".

– انظر،المجلة القضائية ، القرار رقم 138949 المؤرخ في 1996/07/09 ،غرفة الأحوال الشخصية و المواريث ، المجلة القضائية لسنة1996، العدد2،ص 77.

لكن الجديد ما أوردته المادة 57 من نفس القانون التي عدلت كما يلي: «تكون الأحكام الصادرة في دعاوي الطلاق والتطليق والخلع غير قابلة للاستئناف فيما عدى جوانبها المادية".

– فالمادة عدّدت على سبيل الحصر الصور التي تكون غير قابلة للاستئناف فيما عدى جوانبها المادية و هي الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج و التطليق و الخلع و لم تذكر الصورة الرابعة المتمثلة في الطلاق بالتراضي_و في ذلك تأكيد على أن هذه الصورة لا يسري عليهما على باقي الصور الأخرى، باعتبارها مجرد إشهار فهي لا توصف بالابتدائية و لا بالنهائية و ليست قابلة للاستئناف، لا من حيث الطلاق و لا حتى من حيث الجوانب المادية.

و على هذا النحو سارت المحكمة العليا في قرارها المؤرخ في 2007/02/14 الذي ينص على أنه :" يجوز استئناف الحكم الناطق بالتراضي في جانبه المحل بالاتفاق الحاصل بين طرفين الطلاق"[1].

وبمفهوم المخالفة أكد هذا القرار أن استئناف الحكم في الطلاق بالتراضي غير جائز لا_في الحكم ولا في الجوانب المادية إلاّ في الجانب المخل للاتفاق الحاصل بين الطرفين وهذا تأكيد لتعديل النص القانوني 48 و57 من قانون الأسرة.

وخلاصة القول رغم أن الطلاق بالتراضي صورة مستحدثة في التشريع الجزائري الذي تأثر بالتشريع الغربي وعلى وجه الخصوص التشريع الفرنسي[2].

إلاّ أنها إحدى الطرق التي تسمح للزوجين أن يتفقا على الطلاق فينهيان بذلك العلاقة بالزوجية بينهما بإرادة مجتمعة وهو منطق سليم لا يحافى في الشرع و لا مقتضى العقل السليم الذي يعتبر ما أوجدته

الإرادتان باتفاقهما يمكن لنفس هاتين الإرادتين أن تزيلها[3].

---

[1] مجلة المحكمة العليا : العدد الأول لسنة 2008،ص 24.

[2] Adolpke min koa :le code civil des francais un modèle utilisé dans les pays d'afrique franco phone.ouvrage collectif de l'universitaire paris I(panthèon –sorbonne), jone 6 ,page 523.

[3] فضيل سعد ، شرح قانون الأسرة الجزائري في الزواج و الطلاق ، المرجع السابق،ج1،ص 269.

الفصل الثاني:

تضارب و استقرار قرارات المحكمة العليا في مسائل الخلع.

العلاقة الزوجية هي علاقة تمثل استقرارا يحتاجه كل من الرجل و المرأة و لا غنى لهما عنه و لا يتحقق إلا في أسرة و بيت، و قد يحصل الخلاف بين الزوجين، و غالبا ما يتعسف الزوج في الطلاق، و قد لا يطلق، فتصبح الحياة الزوجية صعبة و لا يمكن تحملها مما قد يؤثر سلبا على مصلحة الزوجة و الأبناء .

و مراعاة من الإسلام للفطرة الإنسانية و النفس التي سواها، شرع الطلاق علاجا إنسانيا و لم يقتصر على الرجل، بل جعله أيضا حقا للمرأة إذا رغبت بإنهاء العلاقة الزوجية إن لم تؤدي حياتهما الزوجية الأسس التي قامت عليها مؤسسة الزواج من المودة و الرحمة و الطمأنينة و السكن و إنهاء المرأة حياتها الزوجية بإرادتها يسمى خلعا و افتداءا، بمعنى أن المرأة تستطيع افتداء نفسها بما تدفعه لزوجها مقابل طلاقها له إذا كرهت الحياة معه و خافت ألا تقيم حدود الله.

كما أن المشرع الجزائري تعرض لمسألة الخلع كسبب من أسباب الفرقة في مادة واحدة و هي المادة 54 من قانون الأسرة الجزائري التي تم تعديلها بالأمر 02/05 و لقد كان لاجتهادات المحكمة العليا أثرا كبيرا في هذا التغيير، و هذا ما سنتطرق إليه من خلال المباحث التالية:

- **المبحث الأول:** تعريف الخلع، مشروعيته، حكمه و الحكمة منه.
- **المبحث الثاني:** أثر النصوص التشريعية على الاجتهادات القضائية في مبدأ الرضائية في الخلع
- **المبحث الثالث:** أثر النصوص التشريعية على الاجتهادات القضائية في شروط صحة الخلع.
- **المبحث الرابع:** الآثار المترتبة على فرقة الخلع فقها و قضاءا.

❖ المبحث الأول: تعريف الخلع، مشروعيته، حكمه و الحكمة منه

يتناول هذا المبحث موضوع الخلع من حيث بيان مفهومه و مشروعيته، و حكمه، و الحكمة منه في مطلبين على النحو التالي :

➢ المطلب الأول: تعريف الخلع و مشروعيته

• الفرع الأول: تعريف الخلع

أ. لغة: جاء في لسان العرب أن الخلع هو النزع، يقول: خلعت الثوب خلعا نزعته ،و خالعت المرأة زوجها إذا افتدت منه بمالها ،فطلقها و أبانها من نفسه ،وسمي هذا الفراق خلعا لأن الله جعل النساء لباسا للرجال والرجال لباس لهنّ لقوله تعالى :"...﴿هُنَّ لِبَاسٌ لَّكُمْ وَأَنتُمْ لِبَاسٌ لَّهُنَّ﴾ ..."[1]،فإذا افتدت المرأة بمال تعطيه لزوجها ليبينها منه فأجابها إلى ذلك فقد بانت منه و خلع كل منهما لباس صاحبه.[2]

ب. اصطلاحا: عرف الفقهاء الخلع بعدة تعريفات منها:

1. **تعريف الحنفية:** أخذ المال بإزاء ملك النكاح بلفظ الخلع.[3]
2. **تعريف المالكية:** عقد معاوضة على البضع تملك به المرأة نفسها و يملك به الزوج العوض[4].
3. **تعريف الشافعية:** فرقة بعوض بلفظ طلاق أو خلع[5].
4. **تعريف الحنابلة:** فراق الزوج امرأته بعوض يأخذه الزوج منها أو من غيرها بألفاظ مخصوصة، فالخلع عندهم لابد أن يكون نظير عوض[6].

---

[1]- سورة البقرة ، الآية 187.

[2]- ابن منظور، لسان العرب ، مصدر سابق ، ج8 ،ص 76.

[3]- الزيلعي، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق ،مصدر سابق ،ج2 ،ص 267.

[4]- أبو عبد الله ،محمد بن قاسم ،شرح حدود ابن عرفة ،المكتبة العلمية ،ط1 ،1350 هـ ،ج1 ،ص 188 .

[5]- الشربيني، مغنى المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج ،مصدر سابق ،ج4،ص 430.

[6]- ابن قدامة ،المغنى ،مصدر سابق ،ج7 ،ص324.

5. **تعريف الظاهرية**:عرّف ابن حزم [1]الخلع بأنّه الافتداء ،فللمرأة أن تفتدي نفسها إذا كرهت زوجها.

و خافت أن لا توفيه حقه أو خافت أن يبغضها فلا يوفيها حقها ،فلها أن تفتدي منه و يطلقها إن رضيّ هو ،و إلاّ لم يجبر هو و لا أجبرت هي إنّما يجوز بتراضيهما.[2]

و باستقراء التعاريف السابقة للقدامى ،نجد أن الاختلاف في تعريف الخلع بين المذاهب المختلفة لم يخرج في كثير من الأحيان عن كونه اختلافا لفظيا ،كما أن كثيرا من الفقهاء اصطبغت تعاريفهم للخلع ببعض الأحكام الموجودة في مذاهبهم ،فالمدقق في تعريف الحنابلة[3]يدرك حكما من أحكام المذهب الحنبلي و هو جواز لأن يكون العوض من غير الزوجة[4]،فالملاحظ على التعاريف المنتقاة و التي قيلت في الخلع نجد معظمها[5]تؤكد على رضائية الإجراء، أي أن الخلع لا يمكن أن يقع إلا إذا رضا الطرفان ،الزوج أو الزوجة.[6]

فهذه الفكرة كانت سائدة سابقا في ظل القانون 11/84 المتعلق بقانون الأسرة ،إذ جاء في نص المادة 54 أنّه :"**يجوز للزوجة أن تخالع نفسها من زوجها على مال يتم الاتفاق عليه ،فإن لم يتفق على شيء يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت الحكم**"[7].

و رغم أن نص المادة قبل التعديل غير صريح ما إذا كانت موافقة الزوج على الخلع ملزمة ،إلا أنه بعد استقراء بعض قرارات المحكمة العليا[1] نجد أن الخلع نوعا من أنواع الفرقة لحل عقد الزواج،و يكون

---

[1]-ابن حزم ، هو أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم بن غالب بن صالح الأموي ،الفارسي الأصل ،الأندلسي القرطبي الظاهري ،كان شافعي المذهب ،ثم انتقل إلى مذهب أهل ظاهر ،روى عن أبي عمر بن الجسور و يحي بن مسعود ،جمع من الكتب في علم الحديث ،المصنفات و المستندات شيئا كثيرا ،ألّف في فقه الحديث كتابا أسماه "كتاب الإيصال إلى الفهم"، مات مشردا عن بلده و ذلك في شعبان سنة 465هـ و 72 سنة ـ ابن عماد :شذرات الذهب في أخبار من ذهب ،المصدر السابق،ج3،ص 299-300.

[2]-ابن حزم ، المحلي، الفكر ،مصدر سابق ، ج 9، ص 511.

[3]- انظر الرسالة ص 120.

[4]- محمد سامح عبد السلام، الخلع كما شرعه الإسلام ،دار النهضة العربية مصر ، 1432 هـ-2011 ، ص 28-29.

[5]- و في نفس الاتجاه سار الدكتور بلحاج العربي عند تحليله لمادة (54) من القانون 84-11 المتعلقة بقانون الأسرة حيث قال :"و عيه فإنه يمكن للزوجين أن يتراضيا على الطلاق بالخلع،و يكون هذا عن طريق اتفاق الرجل و المرأة على الطلاق لقاء مال تدفعه الزوجة لزوجها"

- بلحاج العربي ،الوجيز في شرح قانون الأسرة ، المرجع السابق ،ج1 ،ص 263.

[6]-باديس ذيابي ، صور فك الرابطة الزوجية على ضوء القانون و القضاء في الجزائر ، المرجع السابق ،ص 60.

[7]- القانون رقم 11/84 المتضمن قانون الأسرة الجزائري.

بطلب من الزوجة و يقع حتى دون موافقة الزوج و هذا كان تكريسا لقرارات المحكمة العليا و الذي سرى عليه القضاء[2].

ج. تعريف الخلع في ق.أ.ج: نص المشرع الجزائري في المادة 48 من **ق أ ج** على ثلاث طرق لحل عقد الزواج ،حيث جاء في نص المادة **"يحلّ عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج ، أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين 53 و 54 من هذا القانون"**[3].

حيث نصت المادة 54 على الطلاق بالخلع حيث جاء فيها: **"يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل مالي إذا لم يتفق الزوجان على المقابل للخلع ،يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم"**[4].

و ما نستشفه من نصوص هذه المواد أن المشرع الجزائري لم يعرّف الخلع صراحة لكن اعتبره فرقة بين الزوجين تتم بطلب من الزوجة ،إلا أن شراح **ق.أ.ج** ومنهم الأستاذ عبد العزيز سعد[5]عرّف الخلع بأنّه :"...**عقد معاوضة رضائي و ثنائي الأطراف شرّع لمصلحة الزوجة ،غايته إنهاء الحياة الزوجية بحكم قضائي بناءا على عرض أحد الزوجين و قبول الآخر تلبية لرغبة الزوجة مقابل مال معلوم ،و مُقَوَّمْ شرعا تدفعه الزوجة ،فيتفقان على نوعه أو مقداره في جلسة الحكم أو يحدده القاضي بما لا يتجاوز**

---

[1]-نص القرار على ما يلي :" متى كان من المقرر شرعا أن الخلع يعتبر عقدا رضائيا ،و لا يجوز حينئذ للقاضي أن يحكم به من تلقاء نفسه ،فإن القضاء بما يخالف أحكام هذا المبدأ يعد انتهاكا لقواعد الشريعة الإسلامية في الخلع ". - انظر ملف رقم 33652 المؤرخ 1984/06/11 ، المجلة القضائية العدد 03 لسنة 1989 ،ص 38.

[2]-"الخلع رخصة للزوجة تستعملها لفدية نفسها من الزوج مقابل مبلغ مالي تعرضه عليه و من ثم فإن قضاء الموضوع لما قضوا بتطليق الزوجة خلعا دون موافقة الزوج طبقوا صحيح القانون ".

- انظر ،الملف رقم 216239 قرار مؤرخ في 1999/03/16 المجلة القضائية (عدد خاص) الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية لسنة 2001 ،ص 138.

[3]-الأمر رقم 02/05 المؤرخ في 18 محرم 1426 هـ الموافق لـ 27 فيفري 2005 المعدل و المتمم للقانون رقم 11/84 المتضمن قانون الأسرة الجزائري

[4]-الأمر نفسه.

[5]-عبد العزيز سعد ،من مواليد سكيكدة ،حفظ القرآن في سن مبكرة و زاول تعليم الابتدائي و المتوسط بتونس و حصل على شهادة البكالوريا بالكويت ،ثم تحصل على شهادة الليسانس في العلوم القانونية من جامعة دمشق و بعد اشتغاله بالصحافة التحق بسلك القضاء عام 1965، فاشتغل عدة مناصب فيه إلى أن ارتقى إلى مستشار " المحكمة العليا "علم 1990، و صدرت له عدة كتب .

- ينظر ،ترجمة الأستاذ بظهر غلاف كتابه الزواج و الطلاق في ق.أ.ج ، ط 03 ، دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع – الجزائر 1996.

مقدار صداق المثل وقت الحكم"[1] ،ونستطيع القول أن الخلع في معناه القانوني[2]هو أن تفتدي الزوجة من زوجها بمال تبذله له ليطلقها[3]بحكم قضائي سواء رضيّ به الزوج أولم يرض ،يكفي أن تعرض الزوجة بدلا لفك الرابطة الزوجية[4].

- **الفرع الثاني :مشروعية الخلع و الحكمة من مشروعيته**

أولا : مشروعيته

لقد تبثت مشروعية الخلع في القرآن الكريم و السنة النبوية و الاجماع و المعقول .

أولا : من القرآن الكريم

قوله تعالى :"﴿ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِۖ فَإِمۡسَاكُۢ بِمَعۡرُوفٍ أَوۡ تَسۡرِيحُۢ بِإِحۡسَٰنٖۗ وَلَا يَحِلُّ لَكُمۡ أَن تَأۡخُذُواْ مِمَّآ ءَاتَيۡتُمُوهُنَّ شَيۡـٔٗا إِلَّآ أَن يَخَافَآ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ ٱللَّهِۖ فَإِنۡ خِفۡتُمۡ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ ٱللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيۡهِمَا فِيمَا ٱفۡتَدَتۡ بِهِۦۗ تِلۡكَ حُدُودُ ٱللَّهِ فَلَا تَعۡتَدُوهَاۚ وَمَن يَتَعَدَّ حُدُودَ ٱللَّهِ فَأُوْلَٰٓئِكَ هُمُ ٱلظَّٰلِمُونَ٢٢٩﴾"[5].

و الآية الكريمة ذكرت عدد الطلاق الذي يكون للرجل فيه الرجعة على زوجته و العدد الّذي تبين به زوجته منه و هو حق من حقوقه ،وله أن يستعمله في حدود ما شرع الله ،من جهة،و من جهة أخرى فقد أباح الإسلام للمرأة إن كانت الكراهية من جهتها أن تتخلص من الزوجية بطريقة الخلع ،بأن تعطي الزوج ما كانت أخذته منه بسم الزوجية ،و له أن يأخذ من زوجته مالا لتملك عصمتها[6].

فلا يجوز للأزواج أن يأخذوا مما آتوا النساء شيئا إلاّ أن يخافا عدم إقامة حدود الله التي شرعها للزوجين،فإن خافا ذلك فلا جناح على الزوج في الأخذ و على الزوجة في الإعطاء بأن تفتدي نفسها من ذلك النكاح ببذل شيء من المال يرضي به الزوج فيطلقها لأجله و هذا هو الخلع[7].

ثانيا : من السنة النبوية

---

[1]- عبد العزيز سعد ،الزواج و الطلاق ،المرجع السابق ،ص 248 – 249.

[2]- ملف رقم 115118 القرار المؤرخ في 1994/04/19 ،نشرة القضاة لسنة 1997 ،العدد 52 ،ص 106.

[3]- الغوثي بن ملحة ،قانون الأسرة على ضوء الفقه و القضاء ،ديوان المطبوعات الجامعية ،الجزائر ،ط 1 ،2005 ،ص 110.

[4]- دلاندة يوسف ،دليل المتقاضي في مادة شؤون الأسرة (الزوج و الطلاق) ،دار هومة ، الجزائر ،الطبعة الثالثة 2011 ،ص 64.

[5] - سورة البقرة ،الآية 229.

[6]- الطبري ،جامع البيان عن تأويل آي القرآن ،تحقيق محمود محمد شاكر ، مصدر سابق ،مصر ،ج 4 ،ص 538 و ما بعدها .

[7]- ابن العربي ،محمد ابن عبد الله ،أحكام القرآن ،راجعه محمد عبد القادر عطى ،دار الكتب العلمية ،بيروت ،لبنان ،ط3 ،1424هـ -2003 ،ج 1 ،ص 263 .

لقد وردت في السنة النبوية عدة أحاديث حول مشروعية الخلع ،و معظم هذه الأحاديث تدور حول حادثة واحدة و هو خلع امرأة "ثابت بن قيس"التي جاءت إلى الرسول صلى الله عليه و سلم تشكو زوجها حيث كان هذا أول خلع في الإسلام[1] ،إلاّ أن هذه الأحاديث تختلف فيما بينها من حيث الروايات و هناك اختلاف في سبب شكواها منه ،و نذكر من هذه الروايات ،ما رواه البخاري في صحيحه عن عكرمة ابن عباس (رضي الله عنه) أن امرأة ثابت ابن قيس أتت النبي صلى اله عليه و سلم فقالت :"يارسول الله ثابت ابن قيس مآ أعتب عليه في خلق و لا دين و لكني أكره الكفر في الإسلام ،فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ،أتردين عليه حديقته ،قالت :نعم ،قال رسول الله (صلى الله عليه وسلم):**"اقبل الحديقة و طلقها تطليقة"**[2].

- **ثالثا :من الإجماع**

انعقد إجماع المسلمين من السلف و الخلف على جواز الخلع الرضائي بين الزوجين بالاتفاق[3]،و دليلهم قوله تعالى :"﴿إِلَّآ أَن يَخَافَآ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ ٱللَّهِ﴾"[4].

- **رابعا :من المعقول**

إن الأصل في الطلاق أن يكون بيد الرجل ،و قد ترغب المرأة بالخلاص من الزوج لسبب أو لآخر ،و هي لا تملك حق الطلاق ،فتتفق مع زوجها على مقدار من المال تدفعه له مقابل طلاقه لها ،فإذا رضي بذلك كانت المخالعة بينهما افتداءا ما قدمه لها من أموال و بما أن الفرقة مشروعة بإرادة الزوج منفردة بالطلاق جاز باتفاق الزوجين[5].

---

[1]- هو أول خلع وقع في عصره صلى الله عليه و سلم و قيل أنه وقع في الجاهلية و هو أن عامر ابن الظرب زوّج ابنته من أب أحنية عامر ابن الحارث فلما دخلت عليه نفرت منه ،فشكا إلى أبيها فقال :لا اجمع عليه فراق أهلك و مالك و قد خلعتها منك بما أعطيتها ،و قد زعم بعض العلماء أن هذا كان أول خلع عند العرب .

- ينظر ،الصنعاني ،محمد ابن اسماعيل ،سبل السلام شرح أدلة الأحكام ،كتاب النكاح ،باب الخلع دار الحديث ،(د.ط)(د.ت)،ج 2 ،ص 247.

[2] - رواه البخاري ،رقم الحديث 5173 ،إدارة الطباعة المصرية ،مصر ،(د ت)،ج7 ،ص 83.

[3]- العسقلاني : ابن حجر ،شرح صحيح البخاري ، ج 9 ،ص 349.

[4]- سورة البقرة ،الآية 229.

[5]- المشتي منال محمود: الخلع في قانون الأحوال الشخصية، مرجع سابق ،ص 53.

➢ المطلب الثاني :الحكم التكليفي للخلع و أوصافه

إن اتفاق العلماء قائم حول جواز الخلع و مشروعيته كنوع من أنواع الفرقة [1]و تبقى دائرة الاتفاق مقصورة عند هذا الحد ،ثم يذهب الفقهاء بعد ذلك مذاهب شتى ،فمنهم من يرى جوازه في جميع الحالات ،و منهم من يرى كراهية الخلع إلا في حالات معين ،و منهم من يرى تحريم الخلع إلا أن يكون هناك من الأسباب ما يزيل الحرمة و يجعله مشروعا لذا سنحاول تتبع هذه الآراء في المذاهب المختلفة.

الفرع الأول: آراء الفقهاء

الرأي الأول–أن الخلع مباح بحسب الأصل: الأصل –عند أصحاب هذا الرأي – أن الخلع مباح بمعنى أنه"مستوى الطرفين"فلا بأس إذا كرهت المرأة زوجها أن تفتدي نفسها بعوض تدفعه ليطلق سراحها و يخالعها لا سيما و الآية الكريمة، قال تعالى:"﴿وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَن تَأْخُذُواْ مِمَّآ ءَاتَيْتُمُوهُنَّ شَيْـًٔا إِلَّآ أَن يَخَافَآ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ ٱللَّهِۖ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ ٱللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا ٱفْتَدَتْ بِهِۦۗ﴾"[2]التي يستمد منها الفقهاء دليل مشروعية الخلع تنص على نفي الجناح في علم الأصول يدل على الإباحة لا الكراهية أو التحريم[3].

و قد ذهب إلى هذا الرأي علماء المذهب الحنفي[4]كما ذهب إلى ذلك المالكية أيضا[5]و كذلك يرى الإمام ابن حزم أن الخلع"جائز"ولم ينص على غير ذلك من أحكام تكليفية تتعلق به[6].

---

[1]– محمد :سامح عبد السلام ،الخلع كما شرعه الإسلام ،مرجع سابق ،ص 53.

– زيدان عبد الكريم ،الوجيز في أصول الفقه ،ص 47.

[2]– سورة البقرة ،الآية 229.

[3] – الشوكاني :إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول ،ج1 ،ص26

[4]– الغنيمي ،اللباب في شرح الكتاب ،مصدر سابق ،ج3 ،ص 64.

[5]– واشترط المالكية لذلك أن تكون الزوجة بالغة رشيدة، أما إن كانت صغيرة فيكره الخلع ،و إن كانت سفيهة فيحرم الوعيد الوارد في الأحاديث الناهية عن طلب الطلاق.

– ابن رشد، بداية المجتهد ،مصدر سابق ،ج 2 ،ص 82.

[6]– رغم أن ابن حزم اشترط لصحة الخلع أن تكون الزوجة كارهة لزوجها و تخشى ألا توفيه حقوقه التي أوجبها الله عز و جل أو خشيت أن يبغضها زوجها فلا يوفيها حقوقها و يرى أن هذا يكفي لتطلب الزوجة الخلع دون أن يلحقها الوعيد الوارد في الأحاديث الناهية عن طلب الطلاق.

الرأي الثاني: أن الخلع مكروه بحسب الأصل: ذهب جمهور الفقهاء و منهم الأئمة الأربعة إلى أن الأصل في الخلع الكراهية.[1]

و يستدل على كراهية الخلع بما يلي :

1. قوله صلى الله عليه و سلم **"أبغض الحلال إلى الله الطلاق"**[2]

وجه الدلالة : الطلاق غير مستحب رغم جوازه ،و حيث أن الخلع نوع من الطلاق فإنه يأخذ حكمه ، فما ينطبق على الطلاق ينطبق على الخلع[3].

2. **الدليل العقلي** : فالزواج نعمة من نعم الله سبحانه و تعالى و الطلاق أو الخلع كفر لها.[4]

الرأي الثالث: أن الخلع محرم إذا كان دون سبب: إن المرأة إذا طلبت من زوجها أن يخالعها بغير سبب فقد طلبت مكانها في النار إذا كان الزوج يحسن معاشرتها ،واستدلوا على ذلك لقول النبي صلى اله عليه وسلم:**"أيّما امرأة سألت زوجها الطلاق من غير ما بأس فحرام عليها رائحة الجنة"**[5]،و هذا يدل على تحريم المخالعة لغير الحاجة ،لأن فيها إضرارا بها و بزوجها و إزالة لمصالح النكاح من غير حاجة [6].

- أنظر ،ابن حزم ،المحلي ،مصدر سابق ،ج 9 ،ص 511.

[1]- ابن الهمام ،فتح القدير،مصدر سابق ،ج 4 ،ص 188.

- الدسوقي ،جاشية ،مصدر سابق ،ج4 ،ص 430.

- الشربيني الخطيب ،مغني المحتاج ،مصدر سابق ،ج 7 ،ص 323و ما بعدها.

- ابن قدامة ،المغني،مصدر سابق ،ج7 ،ص 322.

[2]- سبق تخريجه ، أنظر الرسالةص 71 .

[3]- ابن قدامة ،المغني ،مصدر سابق ،ج 7 ،ص 322.

[4]- الخطيب الشربيني ،مغني المحتاج ،مصدر سابق ،ج 4 ،ص 430.

[5]- رواه الترميذ :و قال حديث حسن ،الترميذي ،كتاب الطلاق و اللعان باب ما جاء في الخلع سنن الترميذي ،المصدر السابق ،ج2 ،ص 484 و قال هذا حديث حسن.

- رواه أبو داود و سكت عليه ،كتاب الطلاق باب في الخلع ،سنن أبو داوود ،مصدر سابق ،ج 3 ،ص543.

- رواه الدارمي عن نوبان ،كتاب الطلاق ،باب النهي عن أن تسأل المرأة زوجها طلاقها ، سنن الدارمي ،تحقيق نبيل العمري ،دار البشائر ،بيرةت ،ط1 ،1434 هـ -2013م ،ج 1 ،ص 543.

[6]- ابن قدامة : المغني ،مصدر سابق ،ج7 ،ص 346.

أما بالنسبة إلى الزوج فالخلع حرام إذا عضل زوجته و أضر بها لتفتدي نفسها [1]لقوله تعالى:"**وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِتَعْتَدُوا وَمَنْ يَفْعَلْ ذَلِكَ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ** و هو مباح إذا أتت بفاحشة مبينة لقوله تعالى **وَلَا تَعْضُلُوهُنَّ لِتَذْهَبُوا بِبَعْضِ مَا آتَيْتُمُوهُنَّ إِلَّا أَنْ يَأْتِينَ بِفَاحِشَةٍ مُبَيِّنَةٍ...**"[2].

و الإستثناء من النهي إباحة ،و لأنها متى زنت لم يأمن أن تلحق به ولدا من غيره و تفسد فراشه ،فلا تقيم حدود الله في حقه فتدخل في قوله تعالى :" **فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ** ..."[43].

و هو مكروه لهما معا إذ اختلعا و الأحوال بينهما لاختلاف فيها و الحال بينهما عامرة و الأخلاق ملتئمة[5]،و قد يكون الخلع مندوبا عند الحاجة إليه،و ذلك كان يحلف بالطلاق بالثلاث على عدم فعل ما لابد من فعله ،كالأكل و الشرب و قضاء الحاجة ،فيخلعها ثم يفعل الأمر المحلوف عليه ،ثم يتزوجها بعقد جديد ،فلا يحنث لا نحلل اليمين بالفعلة الأولى ،ففي هذه الحالة يكون الخلع وسيلة للتخلص من وقوع الطلاق الثلاث[6].

الترجيح :لعل الرأي الراجح هو الرأي القائل بأن الأصل في الخلع هو الكراهية ، و لا نميل الى رأي القائلين[7]بأن الحكم التكليفي للخلع هو الحرمة إلّا إذا وجد ما يضر الحرمة الى الإباحة —و منهم من يجعل الصارف هو النشوز و منهم من يجعله وقوع الزوجة في الزنا و نستند في هذا إلى ما يلي :

بالنسبة للذين يشترطون وجود النشوز بين الزوجين يرد على ذلك بأن النصوص الدالة على مشروعية الخلع من الكتاب و السنة جاءت تخلوا من هذا الشرط ،فالآية الكريمة لا تشترط سوى الخوف من الله ،فضلا على أن القرآن الكريم قد وضع علاجا لحالة النشوز و ذلك في قوله تعالى "﴿**وَٱلَّٰتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَٱهۡجُرُوهُنَّ فِي ٱلۡمَضَاجِعِ وَٱضۡرِبُوهُنَّۖ فَإِنۡ أَطَعۡنَكُمۡ فَلَا تَبۡغُواْ عَلَيۡهِنَّ**

---

[1]- ابن الهمام : فتح القدير ، ج4 ،ص 194.

[2]- سورة النساء ، الآية 19.

[3]- سورة البقرة ،الآية 229.

[4]- ابن قدامة ،المغني ،مصدر سابق ،ج 7 ،ص 328.

[5]- ابن قدامة،المصدر نفسه ،المغني، مصدر سابق ،ج 7 ،ص 364.

[6]- التميمي ،تيسير رجب ،الطلاق بين تعسف المطلق و تفريق القاضي (دراسة فقهية مقارنة بقوانين الأحوال الشخصية في بعض البلدان العربية و المحاكم الفلسطينية) ،دار الفكر الفكر العربي ،القاهرة ،ط1 ،1430هـ/ 2009 م ،ص 365.

[7]-سامح عبد السلام محمد ،الخلع كما شرعه الإسلام ،مرجع سابق ،ص 58 و ما بعدها.

سَبِيلًا﴾"[1]هذا إن كان النشوز من الزوج،أما إن كان النشوز من الزوجة فالمولى عزّ و جل قال "﴿وَإِنِ ٱمۡرَأَةٌ خَافَتۡ مِنۢ بَعۡلِهَا نُشُوزًا أَوۡ إِعۡرَاضٗا فَلَا جُنَاحَ عَلَيۡهِمَآ أَن يُصۡلِحَا بَيۡنَهُمَا صُلۡحٗاۚ وَٱلصُّلۡحُ خَيۡرٞۗ﴾"[2]

أ- بالنسبة للّذين يشترطون لوقوع الزوجة في الزنا ،يرد عليهم بأن الآية التي يستندون إليها و هي قوله تعالى :"**و لا تَعْضُلُوهُنَّ لِتَذْهَبُوا بِبَعْضِ مَا آتَيْتُمُوهُنَّ إِلَّا أَنْ يَأْتِينَ بِفَاحِشَةٍ مُبَيِّنَةٍ**"، هذه الآية الكريمة لا تحرم الخلع بغير عذر ،بل هي تنص على عدم الإضرار بالزوجة و التضييق عليها لتدفع للرجل تعويضا على طلاقها منه و هو أمر محرم ،و عليه نستطيع أن نرجح ما ذهب إليه الشافعية نوعا من التكليف ،الخلع هو الكراهة و ذلك بوصفه نوعا من أنواع الفرقة التي و إن شرعها الله عز و جل فإنه يبغض وقوعها .

- **الفرع الثاني:حكمة مشروعية الخلع**

جعل الشارع الحكيم – سبحانه- الطلاق بيد رجل يملك إيقاعه حينما يشعر أنه لا يستطيع العيش بسعادة و هناء و مودة مع زوجته ،أو حين تقع النُفْرَةُ بينه وبينها مع استنفاد وسائل العلاج المتنوعة لدأب الصدع و إعادة الوفاق و المودة إلى حياتهما الزوجية ،فإذا وصل إلى هذا الحد،أو وقف أمام طريق مسدود ،فلا بأس حينئذ من إيقاع الطلاق ،لأن لا أحد يمكنه التحكم في عواطف الناس و مشاعرهم ليرغمهم على ما لا يرغبون و منه ينفرون ،فإن أرغم أحد على العيش مع من لا يحب ،فلن يدوم عيشه ما لن تتوفر فيه العاطفة الجياشة و الإحساس الصادق و الرغبة الحقيقية ،و إلاّ افتقر إلى أجواء المودة و الرحمة و افتقدت منه العشرة الحسنة ،مما يفضي إلى ضياع متطلبات بقائه و دوامه[3].

و مقابل ذلك وضع الشارع – سبحانه – الخلع في يد المرأة لتفتدي نفسها منه فتبدل له ما قدم من مهر فهي كالرجل لها مثل ماله من المشاعر و العواطف فتحس مثل ما يحس ،و قد تكون النُفْرَةُ من المرأة اتجاه الرجل ،و هذا ما تضمنته قصة ثابت بن قيس فمع حبه زوجته و رغبته بها ،إلاّ أنّها ترفض العيش معه لكرهها و بغضها له ،فلما خافت كفران العشير و الوقوع في المحظور طلبت من الرسول صلى الله عليه وسلم التفريق بينها و بينه[4]،فهي حالة قاهرة لا جدوى من استنكارها بقسر المرأة على العشرة

[1] سورة النساء ،الآية 34.

[2] - سورة النساء ،الآية 128.

[3] - أبو زهرة :الأحوال الشخصية ،مرجع سابق ،ص 280.

[4] - ابن رشد :بداية المجتهد و نهاية المقتصد ،مصدر سابق ،ج2 ،ص 81-82.

،فلا خيرا في عشرةٍ ،هذه المشاعر تسودها ،فجاء الخلع حلاً ربانيا يوجه الفطرة البشرية مواجهة صريحة واقعية شافية و يعامل النفس الإنسانية معاملة المدرك فيها من أحاسيس و عواطف[1].

و الإسلام حين أعطى للمرأة هذا الحق ،فقد سبق كثيرا من الثقافات و النظم المعاصرة التي تنادي بتحرير المرأة من الظلم و التعسف ،فالإسلام قبل عقود عديدة و أزمنة مديدة سوَّى بين الرجل و المرأة في استقلال الشخصية و كمال الأهلية في التصرفات و إبرام العقود و إنفاذها دون حجر ،و عجزت عن ذلك القوانين و النظم الوضعية المعاصرة التي لازالت تنتقص شخصية المرأة و تميز ضدها.

فالزواج رابطة مقدسة لا تقوم و لا تدوم إلاّ بالرضا و القبول ،و إلاّ فالحل إما بالطلاق الذي جعله الله بيد الرجل طريقا للخروج من أزمة بغضه زوجته ،و إما بالخلع الذي جعله الله للمرأة في الحالات التي شرع لها.

فإذا بلغ الزواج هذا الحد من الكره، و البغض و غابت عنها المودة و الحب ، بات من الضروري بل من الخير قسم معراه، مصداقا لقوله تعالى :"﴿وَإِن يَتَفَرَّقَا يُغۡنِ ٱللَّهُ كُلّٗا مِّن سَعَتِهِۦۚ وَكَانَ ٱللَّهُ وَٰسِعًا حَكِيمٗا ١٣٠﴾"[2].

فالخلع بهذا الوصف دليل على مرونة الشرعية الإسلامية وسعتها في التعامل مع المشكلات الحياتية للإنسان[3].

- **الفرع الثاني: طبيعة الخلع الشرعية و القانونية**

إن طبيعة الخلع ليست واحدة فيما يتعلق بالمتخالعين

اختلف الفقهاء في تكييف الخلع على ثلاثة أقوال :

القول الأول: أن الخلع يمين من جانب الزوج و معاوضة من جانب الزوجة و إليه ذهب الإمام أبو حنيفة[4] رحمه الله ،أما كون الخلع يمينا من جانب الزوج فلأن الزوج علّق الطلاق على قبول الزوجة بدفع الفدية فالمذكور هنا هو شرط و جزاء ،فالزوج يشترط دفع الفدية لحصول الزوجة، فبقبولها تملك هي أمر نفسها ،و يمتلك الزوج الفدية[5].

---

[1]- التميمي :تيسير رجب ، الطلاق بين تعسف المطلق و تفريق القاضي ،المرجع السابق ،ص 366.

[2]- سورة النساء ،الآية 130.

[3]- قطب ،سيد ،في ظلال القرآن ،دار الشروق ،بيروت ،القاهرة ،ط 17 ،1412 هـ ،ج 1 ،ص 249.

[4]- السرخسي :شمس الدين ،المبسوط ،مصدر سابق ،ج6 ،ص 173.

- اين الهمام :شرح فتح القدير، مصدر سابق ،ج4 ،ص 230.

[5]- الكساني :أبو بكر بن مسعود :بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ،مصدر سابق ، ج3 ،ص 151و مابعدها.

القول الثاني: أن الخلع يمين من الجانبين أي يمين من جانب الزوج و من جانب الزوجة معا ،و عليه ذهبا الصاحبان من الحنفية[1]لأنه من جانب الزوج تعليق وقوع الطلاق على قبول الزوجة بدفع الفدية و هو مع اليمين كما هو ،و أما من جانبها فهو يمين أيضا لأن قبول الزوجة شرط تمام يمين الزوج ،فقبول الزوجة يعني رضاها بدفع الفدية التي اشترطها الزوج لوقوع الطلاق .

القول الثالث: أن الخلع عقد معاوضة و إليه ذهب جمهور الفقهاء من المالكية[2]والشافعية[3]والحنابلة[4]و الظاهرية[5]لأن الخلع عقد يعتمد التراضي بين الزوجين بالإيجاب و القبول ،و يترتب عليه تمليك و تملك ،فالزوجة تدفع الفدية لزوجها مقابل الطلاق و الزوج يتملك الفدية مقابل تمليك الزوجة أمر نفسها ،و لكن الشافعية اختلفوا في حقيقة الخلع هل هي معاوضة محضة أو أنها معاوضة فيها شوب تعليق[6] ،لأن الأصل الزوج يستقل بالطلاق دون الزوجة ،و لكن وقوع الطلاق في المخالعة تعلق بقبول الزوجة [7]و من ذهب منهم إلى أن الخلع فسخ قال بأن الخلع معاوضة محضة من الجانبين لأن أحد الزوجين لا يستقل بالخلع دون رضا الطرف الآخر[8].

الترجيح :بعض النظر في أقوال الفقهاء و أدلتهم يتبن أن الرأي الراجح هو قول جمهور الفقهاء بأن الخلع عقد معاوضة لأن العبرة للمعاني فكلام الأول من الزوجين يعد إيجابا و كلام الآخر منها يعد قبولا ،و لا حاجة للقول بأن الخلع شرط و جزاء ،هذا و قد استدل الحنفية أنفسهم بنصوص كثيرة في كتبهم تدل على تسليمهم بأن الخلع عقد معاوضة ،فهم على سبيل المثال يعللون الخلع أنه طلقة بائنة لأنهم عدوا الخلع معاوضة يملك الزوج الفدية و تملك الزوجة نفسها بعد الطلاق ،قال ابن الهمام :و لأنها معاوضة

-الزيلعي ،تبيين الحقائق ،مصدر سابق ،ج 2 ،ص 267 .

[1]- الزيلعي :تبين الحقائق ،مصدر سابق ،ج2 ،ص 276.

- ابن الهمام :شرح فتح القدير ،مصدر سابق ،ج4 ،ص 230.

[2]- الدسوقي :محمد عرفة ،حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ،مصدر سابق ،ج2 ،ص 347.

[3]- الشربيني :مغني المحتاج ،مصدر سابق،ج4 ،ص 430.

[4]- ابن قدامة :عبد الله ابن أحمد ،الكافي في الفقه ،تحقيق عادل عبد الموجود و علي معوض ،مصدر سابق،ج3،ص 96.

[5]- ابن حزم ،المحلي ، مصدر سابق،ج9 ،ص 511.

[6]- النووي ،يحى ابن شرف ،روضة الطالبين و عمدة المفتين:تحقيق زهير الشاويش ،المكتب الإسلامي ، بيروت ،دمشق ،ط3 ،،1412هـ -1991م ،ج 7 ،ص 380.

[7]- مغني المحتاج ،الشربيني ،مصدر سابق، ج4 ،ص 430 .

[8]- النووي : روضة الطالبين ،مصدر سابق، ج 7 ،ص 381.

و الزوج قد ملك المال حكما لصحة هذه المعاوضة فلا بد أن تملك الزوجة نفسها حكما لها أي المعاوضة تحقيقا لها لما في جانبه"[1].

أ- آثار اعتبار الخلع يمينا :

1. أن إيجاب الزوج للخلع لا يبطل بقيامه بالمجلس ،فلو قبلت الزوجة بعد قيامه صح الخلع و وقع الطلاق .

2. للزوج الرجوع عن الخلع قبل قول الزوجة ،فلو قال الزوج لزوجته خالعتك على مئة دينار مثلا ثم أراد أن يرجع عن خلعه قبل جوابه ليملك ذلك ،و لو كان الخلع معاوضة من جانبة لصحّ رجوعه قبل قبولها[2].

3 .لا يصح للزوج أن يجعل لنفسه خيار الشرط ، فلو قال الزوج لزوجته خالعتك على أن تبرئيني من مؤخر صداقك على أن للخيار ثلاثة أيام و قبلت الزوجة وقع الطلاق في الحال و لزمها المال ،لأن اشتراط الخيار للزوج مخالف لمقتضى الخلع ،و لو كان معاوضة في حقه لصح خيار الشرط[3].

ب- آثار اعتبار الخلع عقد معاوضة :

1. وجوب تراضي الزوجين في الخلع لأنه من عقود المعاوضات.

2. وجوب العوض في المخالعة : لأنه عقد معاوضة فإن خلى عقد المخالعة عن العوض وقع طلاقا رجعيا[4]فالعوض في المخالعة هو ما يميزها عن أنواع التفريق الأخرى ،بل إن القرآن الكريم سماه فداء لما فيه من العوض مقابل التفريق ،و هو ما تدل عليه أيضا سائر الأحاديث و الآثار الواردة في هذه المسألة ،فكلها تثبت الفدية مقابل حصول الزوجة على التفريق.

3. الفرقة الواقعة بالمخالفة هي طلاق بائنة[5] وذلك حتى تكون هذه الفرقة ذات فائدة ،فالزوجة دفعت الفدية لتملك أمر نفسها[1].

---

[1]- ابن الهمام :شرح فتح القدير، مصدر سابق ،ج4 ،ص 215.

[2]- المشتي منال محمود ،الخلع في قانون الأحوال الشخصية ،مرجع سابق ،ص 62.

[3]- الجندي أحمد نصر ، التعليق على نصوص القانون و تنظيم بعض أوضاع و إجراءات التقاضي في قانون الأحوال الشخصية الصادرة بالقانون رقم 01 سنة 2000 ،دار الكتب القانونية ، مصر ، المجلة الكبرى ، ص 395.

[4]- الصابوني عبد الرحمن ، مدى حرية الزوجين في الطلاق ، دار الفكر ، بيروت ،ط3 ، 1403م ،ج 2،ص545 .

[5]- اختلف الفقهاء في نوع الفرقة الواقعة بالمخالعة ،فذهب الحنيفية و المالكية و الشافعية في الراجح عندهم و الحنابلة في قول أنها طلاق بائن ، و ذهب الحنابلة في الصحيح عندهم و هو قول الشافعي أنها فسخ ،و أشير إليه هنا لأنه ليس مدار البحث .

– ابن مودود ،عبد الله بن محمود ،الاختبار لتعليل المختار ،تعليق محمود أبو دقيقة مطبعة الحلبي ،القاهرة ،صورتها دار الكتب العلمية ،بيروت ،1356هـ -1937م ،ج3 ،ص 159..

و لم تكن الزوجة لترضى أن تخرج الفدية عن ملكها مع بقاء أمرها بيد زوجها في طلاق رجعي و إلا كانت المخالعة بالنسبة لها دون فائدة ،فالمخالعة يجب أن تحقق مقصودها و إلاّ لما لجأ إليها الزوجان ،فمقصود الزوج من الخلع هو حصوله على الفدية و مقصود الزوجة هو حصول الفرقة التي لا يستطيع الزوج الرجوع إلى زوجته إلا بمهر و عقد جديدين[2].

- **البند الثاني :الطبيعة القانونية للخلع**

لم يتعرض المشرع الجزائري لمسألة الخلع بالتفصيل و لا بطبيعته القانونية تاركا هذه الأمور لمبادئ الفقه الإسلامي التي تعتبر المصدر التفسيري له تطبيقا لنص المادة 222[3]من ق.أ.ج،فالتكليف القانون له كالطلاق على مال فيعتبر يمينا من طرف الزوج لأنه علق على طلاقها على شرط قبولها المال ،و يعتبر معاوضة لها شبه بالتبرع من جانب الزوجة التي تدفع له مبلغ من المال في مقابل تخليص نفسها من رابط الزوجية و سلطان زوجها التي أصبحت لا تطيق الحياة معه.[4]

و اعتبار الخلع طلاق على مال هو رأي المالكية و هذا ما نصت عليه إحدى قرارات المحكمة العليا التي قضت بأنه "... الطلاق على مال لا يفرض على الزوجة كما لا يفرض على الزوج، إذ أن

-ابن رشد ، بداية المجتهد ،مصدر سابق ،ج2 ،ص 83.

- الشربيني، مغني المحتاج ،مصدر سابق ،ج4 ،ص 439.

- ابن قدامة الكافي ، مصدر سابق ،ج3 ،ص 95.

[1]- ابن الهمام ، شرح فتح القدير ،ج4 ،ص 215.

[2]- الشويش هزاع المحاميد و حمد فخري عزام : رضا الزوج في المخالعة ،مجلة مؤتة للبحوث و الدراسات الجامعية ،كلية الشريعة ،المملكة الأردنية الهاشمية ،المجلد التاسع عشر ،العدد الرابع لسنة 2004 ،ص 223.

[3]- القانون رقم 84 -11 المؤرخ في 09 رمضان 1404هـ الموافق لـ 08 جوان 1984 ،المتضمن قانون الأسرة الجزائري .

-"كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه لأحكام الشريعة الإسلامية".

[4]- بلحاج العربي :الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ،مرجع سابق ،ج1 ،ص 263.

الخلع شُرّعَ لمعالجة حالات لا ترى الزوجة فيها أنها قادرة على البقاء مع زوجها فتعرض عليه مالا لمفارقتها إن قبل ثم الخلع وطلقت منه[1]".

فمن القرار يتبين لنا أن المحكمة العليا اعتبرت الخلع طلاق على مال ،و بذلك يتبن أن الرأي المالكي يطغى على أغلب القضايا التي لا يكون فيها نصا تشريعيا و بذلك يرجع إلى أحكام الفقه الإسلامي في أغلب الأحوال و ليس في كلها.

فعدم وجود نص قانوني صريح و واضح يترك المجال مفتوحا للسلطة التقديرية للقاضي و عند الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية ،فالأحكام الفقهية مختلفة بين المذاهب لذلك الترجيح يكون من طرف القاضي و السؤال الذ يطرح نفسه على أي أساس يختار القاضي مذهب دون مذهب آخر؟ و هل له في ذلك أدلة يستند إليها ؟أم هو عرف متبع لأنه في غالب يتبع الرأي المالكي؟

➢ المطلب الثالث: مبدأ الرضائية في الخلع في الفقه الإسلامي.

يقصد برضا الزوج في الخلع قبوله بالمخالعة و اخذه الفدية من الزوجة مقابل تطليقه لها و قد اختلف الفقهاء في اشتراط رضا الزوج في المخالعة على فريقين :

- **الفرع الأول: آراء الفقهاء و أدلتهم**
- **البند الأول: الفريق الأول و أدلتهم**

و هم الفقهاء القدامى ،فقد ذهب فقهاء المذاهب الأربعة[2]و الظاهرية[3]إلى أن رضا الزوج ركن في المخالعة .

- قال الكساني :"أما ركنه إذا كان بعوض الإيجاب و القبول لأنه عقد على الطلاق بعوض فلا تقع الفرقة و لا يستحق العوض بدون قبول"[4]

---

[1]- القرار رقم 26709 المؤرخ في 1982/02/08 غرفة الأحوال الشخصية ،نشرة القضاة لسنة 1982 عدد خاص ،ص 258.

[2]- الكساني : بدائع الصنائع ،مصدر سابق ،ج3 ،ص 8

- ابن رشد :بداية المجتهد ،مصدر سابق ،ج2 ،ص 81 و مابعدها.

- الشربني ،المغني المحتاج ،مصدر سابق ،ج 4 ،ص 431.

- ابن مفلح ،إبراهيم بن محمد بن عبد اله ،المبدع في شرح المقنع ،دار الكتب العلمية ،بيروت ،لبنان ،ط1 ،1418 هـ-1997م ،ج6 ،ص 272 .

[3]-ابن حزم ،المحلي بالآثار ،مصدر سابق ،ج2 ،ص 53

[4]- الكساني : بدائع الصنائع ،ج3 ،ص 145.

- و قال ابن القيم :"في تسميته سبحانه الخلع فدية دليل على أن فيه معنى المعاوضة ،و لهذا اعتبر فيه رضا الزوجين"[1].
- و قال ابن حزم :" فلها أن تفتدي منه – أي الزوج – و يطلقها إن رضي هو و إلاّ لم يجبر هو و لا أجبرت هي يجوز بتراضيهما"[2].و لا يحل الافتداء إلا و أحد الوجهين المذكورين فإن و قع بغيرهما فهو باطل.

أدلة الفريق الأول :استدل الفريق الأول على اعتبار رضا الزوج في عقد المخالعة بما يأتي :

1) من القرآن:

قوله تعالى :" ﴿وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَن تَأْخُذُواْ مِمَّآ ءَاتَيْتُمُوهُنَّ شَيْـًٔا إِلَّآ أَن يَخَافَآ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ ٱللَّهِۖ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ ٱللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا ٱفْتَدَتْ بِهِۦۗ﴾ "[3].

وجه الدلالة من الآية :يستدل بهذه الآية من وجهين :

الوجه الأول : قوله تعالى **(فَلَا جُنَاحَ)** ،في الآية السابقة يفيد رفع الإثم أي أن الفدية مباحة لا واجبة ،و لما كانت الفدية مباحة وجب فيها رضا كل من الزوجين و اختيارهما .

- قال ابن القيم :"و في الآية دليل على جوازه أي الخلع مطلقا"[4].
- و قال ابن البر :"و أجمع الجمهور منهم على أن الخلع و الفدية و الصلح أن كل ذلك جائز بين الزوجين في قطع العصمة بينهما"[5].
- و قال الزيلعي :" لأن مقتضى قوله تعالى : " **فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ**"الجواز حكما بالإباحة "[6]و معلوم أن الجواز غير الوجوب و التصرف الجائز يقتضي رضا طرفيه .

الوجه الثاني :إن الخطاب في الآية موجه للزوجين ،قال تعالى :" ﴿ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ ٱللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا ﴾"لأن الزوجين المعنيان بالتراضي على مقدار المال في عقد المخالعة ،فالزوجات هنّ المفتديات و الأزواج هم الآخذون للفدية [1].

---

[1]- ابن القيم :زاد المعاد ،مصدر سابق ،ج2 ،ص 453.

[2]- ابن حزم ،المحلي ،مصدر سابق ،ج 9 ،ص 5.

[3]- سورة البقرة ،الآية 229.

[4]- ابن القيم ،زاد المعاد ، مصدر سابق ،ج5 ،ص 196.

[5]- ابن عبد البر :يوسف ابن عبد الله ،الاستذكار ،الجامع لمذاهب فقهاء الامصار و علماء ،دار الوعي ،بيروت ،ط1 ،1414هـ ،ج17 ،ص 175.

[6]- الزيلعي ، تبن الحقائق ، مصدر سابق ،ج 3،ص 185.

2) من السنة النبوية :

قول النبي صلى الله عليه و سلم – لثابت بن قيس " اقبل الحديقة و طلقها تطليقة"[2].

وجه الدلالة :ذهب شراح الحديث الشريف إلى أن الأمر الوارد في هذا الحديث و الذي عده العلماء أصلا للخلع ،- من السنة الشريفة – إنّما هو الإرشاد و الإصلاح ،لا الإيجاب و الإلزام ،قال ابن حجر العسقلاني من عوض حديثه عن الأمر الوارد في الحديث :"هو امر إرشاد و إصلاح لا للإيجاب"[3]و بناءا على ذلك فلا يجوز إلزام الزوج بإجابة زوجته إذا طلبت الخلع.

3) من المعقول :

أ. أن في الخلع معنى المعاوضة[4]و المعاوضة لابد فيها من رضا الطرفين ،قال ابن القيّم : "و تسميته سبحانه الخلع فدية دليل على أن فيه معنى المعاوضة و لهذا اعتبر فيه رضا الزوجين "[5].

ب. أن الطلاق ملك للزوج و حق من حقوقه أقرته الشريعة الإسلامية فلا يصح إلا باختياره و رضاه ،فإذا أجبر عليه لم يصح ،و كذلك الخلع باعتباره طلاقا ،بل إن الفقهاء[6]و ضعوا ضابطا لذلك قالوا :" كل من جاز طلاقه جاز خلعه " لذلك فلا يصح أن يكون الزوج المخالع مكرها [7]و ذلك بناءا على عدم صحة طلاقه حالة إكراهه.

- **البند لثاني:الفريق الثاني و أدلتهم**

---

[1]- الرازي ، الفخر ، التفسر الكبير ،دار إحياء التراث العربي ،بيروت ،ط3 ،ج 5 ،ص 99.

[2]- الحديث سبق تخريجه ،ص124

[3]- ابن حجر :فتح الباري ، مصدر سابق ،ج9 ،ص 400.

[4]- ابن نجم :البحر الرائف ،مصدر سابق ،ج4 ،ص 86.- الدسوقي ،حاشية الدسوقي ،مصدر سابق ،ج3 ،ص 02 .

- الشيرازي ،المهذب ، مصدر سابق ،ج2 ،ص 71.- المرداوي ،الإنصاف ،مصدر سابق ،ج8 ،ص 412.س

[5]- اين القيم ،ابن عبد الله محمد ابن أبي بكر الزرعي ،زاد المعاد في هدي خير العباد ،تحقيق شعيب الأرناؤط و عبد القادر الارناؤط ،مؤسسة الرسالة ، بيروت ،ط2 ،1984 ،ج 5،ص 196.

[6]- ابن عبد البر ،الكافي في فقه أهل المدينة ،مصدر سابق ،ج1 ،ص 276.

-الموردي ،الإقناع ، مصدر سابق ،ج3 ،ص 386.

- ابن قدامة ، المغني، مصدر سابق ،ج7 ،ص 269.

[7]- البخيت محمود عبد الله ،الخلع الإلزامي دعوى الخلع بين لفقه و القانون ،المؤتمر العالمي الثالث لكلية الشريعة و القانون ،التشريعات الأردنية و العرفية المتعلقة بحقوق المرأة ،جامعة أربد الاهلية ،تاريخ 2003/07/30 ،ص 15.

ذهب الأئمة :ابن تيمية[1]،الشوكاني[2]،الصنعاني[3]من المتقدمين و المودودي[4]و الصابوني[5]و الخفيف[6]و غيره من المعاصرين ذهبوا إلى أن رضا الزوج ليس شرطا في المخالعة و يجب عليه إجابة زوجته إذا طلب الخلع و استدلوا بالأدلة التالية :

1. من الكتاب :

قوله تعالى :" ﴿ فَإِنۡ خِفۡتُمۡ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ ٱللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيۡهِمَا فِيمَا ٱفۡتَدَتۡ بِهِۦ ﴾ "[7]

وجه الدلالة :إن الخطاب في الآية موجه للحكام و الولاة ،حيث جعل الخوف لغير الزوجين ،و لو أراد الزوجين لقال :"فإن خافا" و إذا كان الخطاب موج للحكام و الولاة فإن لهم سلطة إنهاءعقد الزواج ،إذا وجد أن المصلحة تقتضي ذلك ،فإذا ادعت المرأة أنها لا تستطيع إقامة حدود الله مع زوجها لأنها تبغضه و لا تطيق الحياة معه و قد يوصلها هذا البغض إلى الوقوع في المعاصي فللقاضي أو الحاكم التفريق بينهما بالخلع[8].

2.من السنة النبوية :

ما رواه ابن عباس رضي الله عنهما من قول النبي صلى اله عليه و سلم لثابت ابن قيس: " اقبل الحديقة و طلقها تطليقا"[9].

وجه الدلالة :

الوجه الأول : الأمر الوارد في حديث الخلع إنّماهو على الاصل أي أنه يفيد لوجوب ،مالم ترد قرينته أو دليل يصرفه عن الوجوب إلى غيره ،و حيث لم ترد القرينة أو الدليل الصارف يبقى الأمر على

---

[1]-ابن تيمية تقي الدين أحمد ابن عبد الحليم ،الفتاوى الكبرى ،دار المعرفة ،بيروت ،ج4 ،ص 60.

[2]- الشوكاني محمد ابن علي ابن محمد ،تبر الأوطار ،دار الجيل ،بيروت ، 1973م ،ج7 ،ص 37.

[3]- الصنعاني محمد ،ابن إسماعيل ،سبل السلام شرح بلوغ المراب في أحاديث الأحكام ،ط4 ،تحقيق محمد عبد العزيز ،ط4،دار إحياء التراث ، بيروت ،1976 ،ج3 ،ص 167.0

[4]- المودودي أبو الأعلى ،حقوق الزوجين ،تعريب أحمد إدريس ،مكتبة القرآن ، القاهرة ،ص 63-69.

[5]- الصابوني ،مدى حرية الزوجين في الطلاق ،ص 625.

[6]-و الخفيف علي ،محاضرات عن فرق الزواج في المذاهب الإسلامية ألقاها على طلبة الدراسات العالية ،جامعة الدول العربية ،معهد الدراسات العربية العالية ،طبعة 1985م ،ص 135.،مجلد 1 .

[7]- سورة البقرة ،الآية229.

[8]- القرطبي ،الجامع لأحكام القرآن ، مصدر سابق ،ج3 ،ص 138.

[9]- سبق تخريجه ص124

أصله ،و بناءا عليه حيث تبث الوجوب ديانة فإن المرأة تستطيع المطالبة بإلزام الزوج بالفرقة إذا امتنع قياسا على كثير من الواجبات الأخرى التي تلزم الممتنع عنه بعرضها على القضاء[1].

دل الحديث أن الأمر الوارد في قول صلى الله عليه وسلم :" طلقها" هو للوجوب ،قوله تعالى " ﴿فَإِمۡسَاكُۢ بِمَعۡرُوفٍ أَوۡ تَسۡرِيحُۢ بِإِحۡسَٰنٖۗ﴾ "[2]فإن المراد يجب عليه أحد الأمران حصرا ،وقد تعذر الإمساك بالمعروف ،فتعيّن التسريح بالإحسان[3].

من آثار الصحابة :عن عمر ابن الخطاب رضي الله عنه أنه قال :" إذا أراد النساء الخلع فلا تكفروهن"[4].

وجه الدلالة :أن عدم تلبية طلب النساء الخلع و إجبارهن البقاء مع الأزواج رغما عنهن قد يؤدي بهن إلى الكفر.

4.من القواعد الكلية في الشريعة الإسلامية :"قاعدة الضرر يزال "[5].

وجه الدلالة : أن القاعد المتقدمة تقتضي إزالة الضرر الواقع على الإنسان في دينه أو نفسه أو عرضه...و أن المرأة إذا كرهت زوجها فقد يوصلها هذا الكره إلى الإضرار بدينها و نفسها و عرضها فإذا رفض الزوج إزالة الضرر بالطلاق أو الخلع الرضائي فللقاضي إزالته رغما عن الزوج تطبيقا لهذه القاعدة .

5. أقوال بعض الفقهاء في مصنفاتهم :من ذلك :

أ. قول الامام ابن رشد[6]في بداية المجتهد :" أن الفداء إنما جعل للمرأة في مقابلة ما بيد الرجل من طلاق، فإنه لما جعل الطلاق بيد الرجل إذا فرك المرأة –أي أبغضها– ،جعل الخلع بيد المرأة إذا فركت الرجل"[7].

---

[1]– العمري ،مشروعية الخلع الجبري ، مصدر سابق ،ص 09.

[2]–سورة البقرة ،الآية229.

[3]– الصنعاني ،سبل السلام ،مصدر سابق ،ج3ّ ،ص 167.

[4]–أخرجه ابن أبي شيبة مصنف ابن أبي شية ،كتاب الطلاق ،باب ما كره من الكراهية للنساء أن يطلبن الخلع ،الحديث رقم 19261 ،ج4 ،ص 196.

[5]– شبير محمد عثمان ،القواعد الكلية و الضوابط الفقهية في الشريعة الإسلامية ،دار النفائس ،عمان ،ط 2006،مجلد 1 ،ص 170.

[6]– العلامة شيخ المالكية أبو الوليد محمد ابن أحمد ابن رشد القرطبي ،فقيه عالم حافظ ،عاش 70 سنة ،توفي سنة 520هـ .

– انظر الذهبي ،سير أعلام النبلاء ،ج17 ،ص 501.

[7]– ابن رشد ،بداية المجتهد ،مصدر سابق، ج2 ،ص 51..

ب. قول الامام المردودي[1]في الإنصاف:"إذا ترك الزوج حق الله فالمرأة في ذلك كالزوج فتتخلص منه بالخلع و نحوه"[2].

وجه الدلالة من القولين اللمتقدمين :

بما أن الشرع أعطى الرجال حق الطلاق لإنهاء العلاقة الزوجية و من باب المساواة بين المرأة و ارجل أعطى الشارع الحكيم الزوج أيضا حق إنهاء العلاقة الزوجية بالمخالعة و ذلك من باب المساواة بينهما في الحقوق[3].

6 كما يمكن الاستئناس بالمبادئ العامة و روح التشريع الإسلامي

قال الصابوني :" الذي أراه في هذا الموضوع و أنا أنظر إلى المبادئ العامة أو روح التشريع الإسلامي في نظام الزواج القائم على حرية الاختيار المطلق ،و على ما منحه المشرع للزوجة من طلب التفريق للشقاق أو الضرر ،و مع ما يجوز لها أن تطلق نفسها إذا ما اشترطت ذلك حين العقد أو فوض الزوج إليها ذلك أقول و انا أنظر على موضوع الزواج أنه عش سعيد يضم زوجا و زوجة ضمن لهما الإسلام كل وسائل الإستقرار السعادة و الهناء فإذا ما فشل ذلك و استحال العيش الكريم جحيما لا يطاق فإني لا أجد إلا أن أقول بأن الزوجة إذا طلبت المخالعة من زوجها و أصرت على ذلك رغم المحاولات الإصلاح و التوفيق فيجب على الزوج إجابة طلبها[4]".

- **البند الثالث: المناقشة و الترجيح**

أولا: مناقشة الفريق الأول

1. الآية التي استدل بها الفريق الأول وجّه الخطاب فيها للحكام في قوله تعالى:"**فَإِنْ خِفْتُمْ** " و هذا يعني أن للقاضي سلطة التفريق بين الزوجين و لم يرض الزوج لأن الخطاب موجه للقضاة ابتداءا[5] ،فإن وجد القاضي مصلحة في التفريق بين الزوجين فعل ،أما استدلالهم بقوله تعالى :" **فَلَا جُنَاحَ**" فجل ما تدل عليه الآية هو مشروعية الخلع لا غير.

---

[1]- المردودي علي ابن حسن المردودي ، من علماء الحنابلة ولد سنة 817هـ توفي سنة 885هـ.

- أنظر مطبعة الأنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الغمام أحمد ابن حنبل.

[2]- المردودي ،الإنصاف ، مصدر سابق ،ج 8،ص 382.

[3]- عقلة ،نظام الأسرة في الإسلام، ج3،مرجع سابق ،ص 194.

[4]- الصابوني مدى حرية الزوجين في الطلاق ،مرجع سابق ،ص 627.

[5]- الجندي :محمد الشحات :نظرات في نظام الأسرة الاسلامية ،دار آمون ،القاهرة ،1986 ،ص 293.

2. أما الدليل الثاني وهو عمل النبي صلى الله عليه و سلم في حادثة خلع ثابت بن قيس بصفته نبيا مرشدا ،مما يقضي أن لا تكون له صفة الدوام ،فهذا دليل ضد أصحاب هذا القول، فإن ما يأمر به النبي صلى الله عليه و سلم بصفته نبيا فهو نوع من التشريع ،و له صفة الدوام[1].

3. أما الدليل الثالث :و هو أن الخلع فيه معنى المعاوضة ،و المعاوضة تقتضي رضا الطرفين، فقد أجيب عليه من وجهتين

الوجهة الأولى : إن الأحاديث الواردة في الخلع لم تذكر أن النبي صلى الله عليه وسلم تحقق من رضا ثابت بن قيس ،بل أمره بأخذ الحديقة من زوجته و تطليقها فحسب.

و يرد عليه بأن ذلك لا يسلم ،لأن ثابتا لو لم يرض بالخلع لناقش النبي صلى الله عليه وسلم في ذلك كما فعل الصحابي لقيط بن صبرة عندما أمره النبي صلى الله عليه وسلم بطلاق زوجته، فعن لقيط بن صبرة[2]أنّه قال :" قلت يا رسول الله إن لي امرأةً و إن في لسانها شيئا يعني البذاء ،قال فطلقها إذاً ،قلت : يا رسول الله إن لها صحبة ،و لي منها ولد ،قال فمرها يقول ،عظما ،فإن يك خيراً فستفعل ،و لا

تضرب ظعينتك ضربك آمتك"[3].

الوجهة الثانية :إن الفداء في الخلع هو أقرب إلى ضمان الضرر منه إلى المعاوضة ،ذلك أن الرجل قد بذل ماله في سبيل النكاح ،فإن ألزم بالطلاق دون أن يأخذ شيئا فقد لحقه الظلم ،فكان الفداء تعويضا له عن الضرر الذي لحقه ،حق لا يجتمع عليه ذهاب ماله و فراق زوجته.

ثانيا: مناقشة أدلة الفريق الثاني و الرد عليها

1. **الرد على الدليل الأول** :و هو الاستدلال بالآية الكريمة من حيث جواز خلع الحكام على الزوج دون رضاه،فيجاب عليه بما أجيب به على الفريق الأول ،و هو أن الآية إنّما جاءت لبيان مشروعية أخذ البدل في الخلع ،و ليس فيها ما يشير إلى مشروعية الخلع بغير رضا الزوج.

---

[1]- البخيت : الخلع الإلزامي ،ص 16 نقلا عن (دعوى الخلع ،رسالة ماجستير ،،ص 47).

[2]- لقيط ابن صبرة ،هو الصحابي لقيط بن نصيرة الغولي ،صحابي جليل شقة من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم كان ناحية قرب مكة ،و كان يأتي مكة كثيرا ،فيقيم بها ،ولده عاصم بن لقيط تابعي شقة.انظر ابن سعد الطبقات الكبرى ،ج5 ،ص 461.

[3] - أخرجه أبو داوود في سننه ،كتاب الطهارة ،باب في الاستئثار ،حديث رقم 142 ،ج1 ،ص 35.- قال أبو عبد الله الحاكم :هذا حديث صحيح الاسناد و لم يخرجاه.- أنظر الحاكم النيسابوري : أبو عبد الله محمد بن عبد الله :المستدرك على الصحيحين ،تحقيق مصطفى عبد القادر عطا ،دار الكتب العلمية ،بيروت ،ط1 ،1990 ،كتاب الأطعمة ،حديث رقم 7094 ،ج4 ،ص 123.

أمّا الاستدلال بتفسير الآية كما ورد في تفسير القرطبي بأنه حجة لمن جعل الخلع إلى السلطان ،فالاستدلال بهذا الدليل فيه تنظر ،لأن تتمة النص الذي أورده أصحاب هذا القول تنقص الاستدلال به حيث ورد تفسير الآية التي استند إليها هذا الفريق في تفسير القرطبي على النحو التالي :" ...جعل الخوف لغير الزوجين ،و لو أراد الزوجين لقال فإن خافا ،و في هذا حجة لمن جعل الخلع لغير الزوجين و هو قول سعيد بن جبير[1] و الحسن[2] و ابن سيرين[3] و قال شعبة[4] قلت لقتادة[5] عمن أخذ الحسن الخلع إلى السلطان ،قال عن زياد ،و كان واليا لعمر و على قال النحاس[6] و هذا معروف عن زياد ،و لا معنى لهذا القول ،لأن الرجل إذا خالع امرأته فإنما هو على ما يتراضيا به و لا يجبره السلطان على ذلك ،و لا معنى لقوة من قال هذا إلى السلطان[7] ،فقول النحاس هذا ينفي الاستدلال بهذا الدليل الذي أورده الفريق الثاني ،كما أن الخلع لو كان بيد الحاكم لطلق النبي – صلى الله عليه و سلم – زوجة ثابت بن قيس ،إلاّ أنه لم يفعل ،بل أمر ثابتا أن يطلقها و في ذلك حجة على من جعل الطلاق بيد السلطان أو الحاكم .

---

[1]– سعيد بن جبير: عالما محدثا تها، كان بختم القرآن ما بين المغرب و العشاء ،قدم أصفهان زمن الحجاج ،ثم رجع إلى الكوفة و قتل على يد الحجاج ،و لم يلبث الحجاج بعده إلاّ أياما معدودة ثم مات ،توفي سنة 95 هـ .– الذهيبي :سير أعلام النبلاء ،ج4 ،ص 324.

[2]– الحسن البصري :هو الحسن بن أبي الحسن يسار ،مولى زيد بن ثابت أمه مولاة أم المؤمنين أم سلمة – رضي الله عنها– ،كان شيخ أهل البصرة علما ،مات سنة (110هـ) و كانت جنازته مشهودة صلوا عليه عقب صلاة الجمعة بالبصرة فازدحم الناس عليه حتى إن صلاة العصر لم تقم بالجامع.– الذهبي :سير أعلام النبلاء ،مصدر سابق ،ج4 ،ص 563 ، 587.

[3]– ابن سيرين :هو الإمام محمد بن سيرين أبو بكر الأنصاري الأمني مولى أنس بن مالك رضي الله عنه ،خادم رسول الله صلى الله عليه وسلم ،ولد في نهاية خلافة الخليفة عمر ابن الخطاب –رضي الله عنه– ،سمع أبو هريرة و ابن عباس و ابن عمر و روى عن قتادة و يونس عبيد الله ،و أيوب و غيرهم ،توفي في سنة 110هـ.– الذهبي :سير أعلام النبلاء ، مصدر سابق ج4 ،ص 66 .

[4]– شعبة بن حجاج :إمام عالما جليلا ،كان حسن الرأي في أبي حنيفة و لما توفي أبو حنيفة – رحمه الله – قال : لقد ذهب فقه الكوفة ،القرطبي يوسف بن عبد البر الانتقاء في فضائل الثلاثة الأئمة الفقهاء ،دار الكتب العلمية ،بيروت ،ص 126 مجلد.

[5]– قتادة : هو قتادة بن دعامة بن قتادة السدوسي ،ضري أكمه ،حافظ عصره ،يضرب به المثل في الحفظ كان من أوعية العلم ،قدوة المفسرين و الحديثين ،توفي بالطاعون بواسطة سنة 117هـ.– الذهبي :سر أعلام النبلاء ،مصدر سابق ،ج5 ،ص 269.

[6]– النحاس: هو أبو جعفر أحمد بن محمد المراد النحاس ،توفي عام 339 هـ.

– انظر ،مؤلفه الناسخ و المنسوخ ،مجلد واحد (تحقيق : محمد عبد السلام محمد) ،مكتبة الفلاح ،الكويت ،ط1 ،1408هـ .

[7]– القرطبي :الجامع لأحكام القرآن ،ج3 ،ص 138.

2. الرد على الدليل الثاني :و هو الاستدلال بصيغة الأمر الواردة في حديث الخلع " خذ الحديقة و طلقها تطليقة" فليس فيه ما يدل على الوجوب لوجود القرينة التي تصرفه إلى الندب ،و هي أن المخالعة عقد معاوضة و المعاوضات لا تتم إلا برضا الطرفين ،و هو ما صرح به عدد من العلماء عندما ترجم لهذا الحديث ،قال ابن حجر العسقلاني في معرض شرحه لقوله صلى الله عليه وسلم (طلقها) في الحديث : "هو أمر إرشاد و إصلاح لا إيجاب "[1].

3. الرد على الدليل الثالث :و هو الاستدلال بالأثر المروى عن الخليفة عمر بن الخطاب –رضي الله عنه– فيرد عليه بأن الأمر فيه مبنى على الإصلاح و الإرشاد ،لا اللزوم و الإيجاب ،إذ لو كان الأمر كذلك لما حاول ثنى المرأة التي طلبت الخلع[2].

4. الرد على الدليل الرابع :هو الاستدلال بالقاعدة الفقهية :" الضرر يزال " فيرد عليه بأن هذه القاعدة مقيّدة بقاعدة فقهية أخرى ،وهي " الضرر لا يزال بمثله"[3]،و بناءا على هذه القاعدة فلا يجوز إزالة الضرر بمثله أو بضرر يفوقه بل الأصل إزالته بالغير ،أو على الأقل بضرر أخف منه ،و قد نشأ عن الخلع أضرار تصيب الأسرة عامة ،تفوق الضرر الواقع على المرأة حال بقائها مع زوجها.

5. الرد على دليل الخامس :و هو الاستدلال بأقوال الفقهاء في جواز الخلع بغير رضا الزوج.

– يجاب على الاحتجاج بقول الإمام ابن رشد في أن الخلع وجد للمرأة مقابل ما بيد الرجل من الطلاق ،بأن المالكية من العلماء الذين ذهبوا إلى أن الخلع عقد معاوضة ، مع أن الأصل تنزيه الزواج عن المعاوضة[4]و عقود المعاوضة تشترط رضا الطرفين ،و بالتالي فإن الاحتجاج بقول الإمام ابن رشد فهذا المقام فيه نظر.

– أما الاحتجاج بقول الإمام المرداوي :" إذا ترك الزوج حق الله ،فالمرأة في ذلك كالزوج،فتتخلص منه بالخلع و نحو :" فالجواب عليه أن التشريع اشترط صحة الخلع جبرا على الزوج ،أن يترك الآخر حق الله و مفهوم المخالفة يقتضي عدم صحة الخلع إذا لم يترك الزوج حق الله.

كما أن الإمام أحمد – رحمه الله– ،استحب للمرأة إن رأت ميل زوجها إليها أن تبقى معه و تصبر ،جاء في الإنصافاً إذا كان للرجل ميل لها و محبة ،نص الإمام أحمد أنه ينبغي أن لا تختلع منه و

---

[1]– ابن حجر : فتح الباري ،مصدر سابق ،ج9 ،ص 400و ما بعدها.

[2]– هالة طالب محمود أبو عامر : دعوى الخلع القضائي و تطبيقاتها في المحاكم مرجع سابق ،آيار 2008 ،ص 50.

[3]– الزرقا :أحمد بن الشيخ محمد :شرح القواعد الفقهية ،دار القلم ،دمشق ،سوريا ،ط 1 ،1409هـ –1989م ،ص 195.

–شبير محمد عثمان ،القواعد الكلية و القواعد الفقهية في الشريعة الإسلامية ،دار النفائس ،عمان ،ط 2006 ،ص 185.

[4]– اختلف الفقهاء في التكيف الفقهي للخلع أنظر الرسالة ص 129 .

تصبر، و قال القاضي قول الإمام أحمد ينبغي لها أن تصبر على طريق الاستحباب و الاختيار، ولم يرد بهذا الكراهة ،لأنه قد نص على جوازه في غير موضع"[1].

6. الرد على الدليل السادس :و هو الاحتجاج بالمبادئ العامة للشريعة الإسلامية ،و التي استند إليها الشيخ الصابوني فيجاب عليه ،بأن الواجب لا يسمى واجبا إلا بنص من الشارع يوجبه ،و لا نص هنا إذ أن الأمر لا يتعدى اجتهادات مختلفة ،بل إن النصوص التي أوردها شُرَاحُ الحديث تدل في مجملها على الإصلاح و الإرشاد لا الوجوب.

كما أن المبادئ العامة للشريعة الإسلامية تقتضي أن تحتفظ على أسرتها ،فلا تطلب الفرقة لأدنى سبب و لا تجعل من القانون الذي وجد أصلا لحمايتها و حماية أسرتها لا تجعل منه سيفا تمزق به هذه الأسرة ،و هي أولى الناس بحمايتها و الحفاظ عليها[2].

ثالثا: الرأي الراجح

بعد هذا النقاش لأدلة الفريقين ،و ما ارتآه شراح الحديث الشريف أن أمر النبي صلى الله عليه وسلم بالخلع جاء على سبيل الإرشاد و الإصلاح ،لا الوجوب و الإلزام ،و عليه فإنه من الأولى الأخذ بقول جمهور الفقهاء ،يندب للزوج إجابة زوجته إذا طلبت الخلع ،دون إلزامه بذلك.

فلا يصح الخلع دون رضا الزوج ،و ذلك لقوة أدلة الفريق الأول و يضاف إليها الأسباب الآتية :

1. تتجلى حكمة تشريع المخالعة في كونه أحد الوسائل الوقائية لتفادي وقوع المشكلات بين الزوجين أو المزيد منها و بخاصة عندما تجد الزوجة نفسها كارهة لزوجها و تخاف أن تقتصر في شيء من حقوقه فجاز لها أن تتفق مع زوجها على أن تتخلص من الحياة الزوجية بينما تقابل الفدية التي تدفعها له ،فكيف يتصور أن يطلق القاضي على الزوج في المخالعة دون رضا الزوج ،و بخاصية إذا كان هذا الزوج قائما على الواجبات المطلوبة منه ،ففي هذا التفريق مراعاة لجانب الزوجة على حساب الزوج ،و الشرع جاء لتحقيق مصالح العباد بالعدل رجالا و نساءا.

و الغالب في إطلاق مثل هذه الأحكام هو التعصب للنساء ،و المطالبين في هذا العصر بمساواتهن بالرجال ،و التعصب لا يصلح أن يكون باعثا لأحاكم الشرعية .

2. و لأن في إعطاء الزوجة حق التفريق بالخلع دون رضا الزوج مناقضة لقصد الشارع في اختصاص الزوج بحق الطلاق ،فإذا قلنا بإعطاء الزوجة هذا الحق فما عاد لاختصاص الزوج بحق الطلاق من فائدة ،لأن حق إنهاء العلاقة الزوجية صار بيد الزوج و الزوجة على قدم المساواة.

---

[1]- المرداوي : الإنصاف ،مصدر سابق ،ج8 ،ص 383.

[2]- هالة طالب محمود ،دعوى الخلع القضائي و تطبيقاتها في المحاكم الشرعية الأردنية ،مرجع سابق ص 52.

و من المعلوم أن الشارع الحكيم منح الزوج حق الطلاق دون الزوجة لأن الزوج أقدر على التحمل و ضبط النفس و تحليم العقل من الزوجة في أغلب الأحوال و ذلك حرصا من الشارع على المعاوضة على تماسك الأسرة و دفعا لتفككها و هدمها ،و إعطاء الزوجة حق إنهاء العلاقة الزوجية ،دون رضا الزوج فيه مصادمة لهذا المقصد الشرعي[1].

3.إن إعطاء الزوجة حق التفريق بينها و بين زوجها بالخلع دون رضا الزوج فيه فتح باب آخر لإنهاء العلاقة الزوجية بين الزوجين غير حق الزوج في تطليق زوجته ،و في هذا فتح باب عظيم لهدم الأسرة و تشريد الأولاد ،و هذا مخالف لمقصود الشارع الذي يسعى لاستقرار الأسرة لا زعزعتها و سد أبواب الطلاق و لا فتح المزيد منها.

4. إذا كان المقصد من جعل المخالعة منوطة بطلب الزوجة دون رضا زوجها هو رفع الضرر عنها فإن هذا المقصد متحقق ابتداءا في قضايا التطليق بوجود سبب مقنع ،و عليه فلسنا بحاجة إلى القول بالخلع الإلزامي الذي لا يراعي فيه رضا الزوج.

➢ المطلب الرابع :أثر النص في تغيرات مبدأ الرضائية في الخلع وفقا للتشريع و الاجتهاد القضائي الجزائري

• الفرع الأول :مرحلة ما قبل صدور قانون الأسرة لسنة 1984

سنحاول التطرق في هذا الفرع إلى مرحلتين الأولى مرحلة ما قبل الثورة و الثانية مرحلة ما بعد الإستقلال و هذا لاستقراء حالات الخلع على مستوى المحاكم آنذاك.

أولا :مرحلة ما قبل الثورة :

عرف نظام الأسرة في الجزائر أثناء الحقبة الاستعمارية تطبيق مبادئ الشريعة الإسلامية في الزواج و آثاره و كذا في الطلاق و آثاره ،و ذلك من خلال المحاكم الشرعية التي كانت موجودة آنذاك ،لكن الوضع لم يبق على حاله ،فبعد اندلاع الثورة التحريرية صدر الأمر تحت رقم 274/59 المؤرخ في 1959/02/04 خص تنظيم عقود الزواج التي يعقدها الأشخاص الخاضعون للأحوال الشخصية المحلية و ذلك في عمالات الجزائر و الواحات و الساورة و ذلك ما هو ثابت من خلال الجريدة الرسمية الصادرة في 1959/02/11.

[1]- شويش هزاع المحامية ،حمد فخري عزام :رضا الزوج في المخالعة ،مرجع سابق ،ص 237.

يتكون هذا الأمر من اثنى عشرة مادة ،تطرق فيها إلى مسائل تخص انعقاد الزواج و تسجيله و سنن الزواج و انحلال الزواج و إضافة إلى إجراءات وقتية ،فقد نصت المادة الثانية من الأمر المذكور أعلاه على أنّه " ينعقد الزواج برضا الزوجين و يجب أن يصدر الرضا شفويا و علانيا ..."

و في الباب المتعلق بانحلال الزواج و الذي خصه بثلاثة مواد ،نصت المادة السادسة على أن الزواج لا ينحل إلا بقرار من القضاء فيما عدا حالة الموت و يجب إصدار قرار انحلال الزواج بناءا على طلب يقدم من أحد الزوجين إلى القاضي المختص ،كما أن الحكم الذي يصدر بمناسبة انحلال الزواج ،يجب أن يفصل في حضانة الأولاد بما يتفق و مصلحتهم ،و كذا في طلب التعويض أو النفقة التي يبديها الزوجان عن نفسهما و عن أولادهما ،في حين ألزمت المادة من الزوجين الحضور شخصيا إلى القاضي في دعوى الطلاق ما لم يأمر القاضي بخلاف ذلك أو يعطي بعضهما من الحضور.

مما سبق نرى بأن الأمر 274/59 حل نقاط جديرة بالإشارة و هي :

1. لم يستعمل عبارة الطلاق بل استبدلها بعبارة(انحلال الزواج)و الفرق واضح بين العبارتين من منطلق الشريعة الإسلامية من حيث الآثار ،فالطلاق له آثار و هو يعد انحلال للزواج، كما أن الأنكحة الفاسدة و الباطلة يعد فسخها انحلال للزواج كذلك و لكن لها آثار أخرى تختلف جذريا عن آثار الطلاق.

2. لم يعرف هذا الأمر الصور المختلفة لفك الرابطة الزوجية ،فقد تجاهلها و لم يعترف بها .

3. حق انحلال الزواج أعطى الزوجين على حد السواء، دون تفضيل للزوج على آخر و الشرط الوحيد المستوجب المتوفر هو طلب خطي يقدم إلى القاضي[1].

ثانيا :مرحلة ما بعد الاستقلال :

و في السنوات الأولى من الاستقلال ،حاول المشرع الجزائري استدراك الأمر بشكل تدريجي،فسن القانون رقم 224/63 المؤرخ في 1963/06/29 الخاص بتحديد سن الزواج،حيث جعل السن عند الرجال ببلوغ 18 سنة و عند المرأة ببلوغ سن 16 سنة ،ثم صدر الأمر 72/69 المؤرخ في 1969/09/16 عدّل القانون 224/63 فيما يتعلق بإثبات الزواج ،في تلك الفترة لم يكن الحديث

[1]- باديس الذيابي : صور فك الرابطة الزوجية على ضوء القانون و القضاء في الجزائر ،دار الهدى ،عين مليلة ، الجزائر ،ط 2007 ،ص 70-71 .

عن الخلع إطلاقا كصورة من صور فك الرابطة الزوجية[1]،فلم يعرف ولم يعمل به في المحاكم ،اللهم إلاّ إذا استثنينا فترة ما قبل فيفري 1959 ،و استمر الوضع على حاله لغاية صدور القانون المدني بموجب أمر رقم 58/75 المؤرخ في 1975/09/26 و التي نصت المادة الأولى منه "... و إذا لم يوجد نص تشريعي، حكم القاضي بمقتضى أحكام الشريعة الإسلامية "[2].

في هذه المرة كان الرأي القائل بضرورة وجوب التراضي في الخلع بواسطة الاتفاق بين الرجل و المرأة بينهما بالإيجاب و القبول بقطع النظر عن الموجب و القائل فإذا عرضت الزوجة على الزوج مبلغا من المال مقابل مخالعتها و رفض الزوج ذلك مبديا تمسكه بزوجته ففي هذه الحالة لا يقع الخلع لعدم رضا الزوج[3].

و قد انعكس ذلك بشكل جلي على قرار المجلس الاعلى إذ جاء فيه ما يلي :"الخلع هو حل عقد الزواج نظير عرض تلتزم به الزوجة بقبولها و مقداره يحدد بالتراضي بين الطرفين و لا دخل للقاضي في تحديده ،وفقا للشريعة الإسلامية و بما أن القضاة تدخلوا لتحديد مقداره لحسم النزاع القائم بين الطرفين فيكونوا قد أخلوا بقواعد الشريعة الإسلامية مما يستوجب نقض قراراتهم"[4].

ما يمكن ملاحظته على هذا القرار أنه يتضمن أن الخلع لا يتم إلاّ برضا الزوجين حيث أنه حقيقة بالرجوع إلى القاعدة الشرعية التي تنص على أنه لا يجب على الزوج أن يجيب زوجته إلى ما تطلبه من مخالعة ،و بالاطلاع على الأسباب التي بنى عليها قضاة الاستئناف قرارهم نجد أن قضاة الموضوع أقروا اتفاق الطرفين على مبدأ الخلع و أثبتوا أن الخلاف بقي قائما بينهما على تحديد مقداره ،فتدخلوا لحسم النزاع و حكموا بتحديد مبلغ الخلع بخمسة آلاف دينار و هذا يعني أنهم ألزموا الزوج بمبلغ معين من العوض الذي تدفعه المرأة مقابل طلاقها من زوجها ،و في هذا إلزام للزوج بإيجابه لطلب زوجته ،بينما جمهور الفقهاء على أنه لا يجب على الزوج أن يجيب زوجته إلى ما تطلبه من مخالعة غير أنه يندب له ذلك و بناءا على ذلك فإن الخلع لا يتم إلاّ برضا الطرفين و اتفاقهما على مقدار العوض الذي تدفعه المرأة إلى زوجها مقابل طلاقها منه و هذا يتوقف على الإيجاب و القبول من كليهما و بالتالي فإن تقدير

---

[1]- على حسب اطلاعي لم أجد قرار للمجلس الأعلى في تلك الفترة ينص على الخلع بل كانت القرارات أغلبها في الفرقة بين الزوجين تتكلم عن الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج.

[2]- الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 1975/09/26 المتضمن القانون المدني الجزائري.

[3]- سعد ،عبد العزيز ،الزواج و الطلاق في قانون الأسرة ،مرجع سابق ،ص 249.- سعوداوي ،صديق :تغيرات مبدأ الرضائية وفق الاجتهاد القضائي الجزائري في الطلاق بالخلع ،مقال مجلة البحوث و الدراسات القانونية و السياسية ، تصدر عن كلية الحقوق ،جامعة سعد دحلب ،البليدة ،السنة الأولى ،العدد الأول ،1432هـ 2011م ،عدد خاص ،ص 167.

[4]- القرار رقم 21305 المؤرخ في 1980/02/25 نشرة القضاة لسنة 1980 ،العدد الأول ،ص 79.

مبلغه يتوقف عليهما وحدهما و ليس للقضاة حق التدخل في تحديد مبلغه لأن العصمة بيد الرجل و هو علق الخلع على مبلغ معين ،فلا يجوز إجباره بمبلغ محدد لا يوافق عليه و إلاّ يؤول الأمر إلى تطليق زوجته عليه و هذا مخالف لغرض الشارع من الخلع ،و لذلك فإن تدخل القضاة لتحديد مقدار عوض الخلع يعتبر مخالفة بينة لقواعد الشرع[1].

فالقرار السابق يبين أن مبدأ الرضائية في الخلع ملزم بين الزوجين سواء في الخلع في حد ذاته أو مقداره ،فانعدام الرضا بين الزوجين في مبدأ الفرقة على المال أو العوض المقدم من الزوجة يؤول إلى انعدام وجود الفرقة بين الزوجين عن طريق الخلع ،و في هذا السياق جاء قرار المحكمة العليا المؤرخ في 1982/02/08 إذ نص على أنه "...الطلاق على مال لا يفرض على الزوجة كما لا يفرض على الزوج ،إذ الخلع شرع لمعالجة حالات لا ترى الزوجة فيها أنها غير قادرة على البقاء مع زوجها فتعرض عليه مالا لمفارقتها إن قبل تم الخلع و طلقت منه"[2].

فعدم قبول الزوج مبدأ الخلع أو مقداره يؤدي كنتيجة حتمية إلى عدم وجود الخلع ،و هذا ما أكده قرار المحكمة العليا المؤرخ في 1984/06/11 إذ جاء فيه "... متى كان من المقرر شرعا أن يحكم به من تلقاء نفسه ،فإن القضاء بما يخلف أحكام هذا المبدأ يعد انتهاك لقواعد الشريعة الإسلامية في الخلع ،إذ كان الثابت في الحكم المستأنف و من القرار المطعون فيه أن قضاة الموضوع قد حكموا بالخلع بتحديد مبلغه دون وقوع أي اتفاق على ذلك بين الزوجين و كان الزوج غير مستوى المجلس إلغاء ذلك ،فإن هؤلاء القضاة بقضائهم بالخلع تلقائيا انتهكوا قواعد الشريعة الإسلامية ،و متى كان كذلك استوجبوا نقض القرار المطعون فيه تأسيسا على مخالفة أحكام هذا المبدأ"[3].

فالقرار يؤكد إلزامه اتفاق الزوجان على مبدأ الطلاق بالمخالعة و على بدل الخلع و أن الخلع لا يتم دون إرادة الزوج ،و أنه ليس حق لزوجة تطلبه متى شاءت و تطلق به شاءت بإرادتها المنفردة.

- **الفرع الثاني :مرحلة صدور قانون الأسرة لسنة 1984**

استمر الوضع على حالة إلى غاية بداية الثمانيات ،تاريخ صدور أول قانون جزائري للأسرة و الذي حمل رقم 11/84 بتاريخ 09 جوان 1984 القانون في مجمله لم تخرج قواعده عن إطار الشرعية الإسلامية ،و التأثر كان واضحا و بليغا بما يحدث في القضاء المصري في تلك الفترة و بالمذهب

[1]- سايس جمال:الإجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية ،قرارات المحكمة العليا ،منشورات كليك ،الجزائر ،ط1 ،2013 ،ج1 ،ص 130.

[2]- القرار رقم 26709 المؤرخ في 1982/02/08 ،نشرة القضاة لسنة 1982 عدد خاص ،ص 258.

[3]- القرار رقم 33652 المؤرخ في 1984/06/11 ،المجلة القضائية لسنة 1989 ،العدد الثالث ،ص 38.

المالكي ،و لم ينل موضوع الخلع في هذا القانون سوى نص واحد فحسب ،إذ نص في المادة 54 منه "... يجوز للزوجة أن تخالع نفسها من زوجها على مال يتم الاتفاق عليه ،فإن لم يتفقا على شيئ بحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمته صداق المثل وقت الحكم"[1] ،فمن الوهلة الأولى نستشف أن المشرع الجزائري لم يحسم الأمر فيما يتعلق بأحقية الزوجة في مخالعة نفسها دون اعتبار لموافقة الزوج.

- **البند الأول :غموض النص القانوني**

إن سكوت المشرع الجزائري عن تحديد طبيعة الخلع كحق أو عقد رضائي حيث أن المادة 54 تحدثت فقط عن إمكانية مخالعة الزوجة لنفسها مقابل مال تعطيه لزوجها دون أن يتم التوضيح إن كان لرضا الزوج اعتبار في الخلع أم لا ،ثم واصلت الحديث عن حالة الإتفاق بين الزوجين على مبلغ المال (دل الخلع) ،و أكدت أنه في حالة عدم الاتفاق بحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت الحكم.

فهذا الغموض في نص المادة جعل الشراح و القضاة يبحثون عن حل من خلال آراء الفقهاء طبقا لما نصت عليه المادة 222 من ق أ ج و التي تنص على أنه : " كل ما لم يرد في النص عليه في هذا القانون يرجع فيه لأحكام الشريعة الإسلامية "[2].

و هكذا فقد اعتبرت مرحلة ما بعد صدور قانون الأسرة امتداد للفترة التي سبقتها ،حيث أبقى القضاة و الشراح و القانونيون على سيادة الرأي القائل بضرورة اشتراط اتفاق الزوجين على مبدأ المخالعة[3] ،و قد تجلى ذلك بشكل واضح في قرارات المحكمة العليا .وإذا استقرئنا قرارات المحكمة العليا من صدور قانون الأسرة بالأمر 11/84 إلى غاية مرحلة قبيل التعديل بالأمر 02/05 يتضح لنا ما يلي :

- **البند الثاني: تعارض قرارات المحكمة العليا : في رضائية الخلع**

---

[1]- القانون رقم 11/84 المؤرخ في 09 رمضان 1404هـ الموافق لـ 08 جوان 1984 المتضمن ق.أ.ج .

[2]- القانون نفسه.

[3]-ذيابي :باديس ،صور فك الرابطة الزوجية ،المرجع السابق،ص 72 – 73 .

- آث ملويا ،الحسين بن الشيخ :المنتقى في قضاء الأحوال الشخصية ،المرجع السابق ،ج1 ،ص 419.

- تقية ،عبد الفتاح : قانون الأسرة مدعم بأحدث الاجتهادات القضائية ،مرجع سابق ،ص 217.

- سعد عبد العزيز ، الزوج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري ،مرجع سابق ،ص 249.

- الرشيد ،بن الشويخ : أحكام الخلع في الشرع و القانون و القضاء ،مقال بمجلة المعيار تعنى بالدراسات الإسلامية و الاجتماعية تصدرها كلية أصول الدين و الشريعة و الحضارة الإسلامية بجامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية ،قسنطينة ،الجزائر ، العدد التاسع ،جمادى الأول 1425هـ /جويلية 2004م ،ص 245.

1. الاجتهاد القديم

لنوضح تعارض قرارات المحكمة العليا في الخلع يجب أن نحلل القرارات المتعارضة في المسألة الواحدة على النحو التالي:

لم يكن قضاء المجلس الأعلى و معه المحكمة العليا يعتبر الخلع حقا خاصا للزوجة بل كان يشترط قبول الزوج له و على ذلك ليس للقاضي مخالعة الزوجين دون رضا الزوج و تبعا لذلك قضى المجلس الأعلى في قرار له بتاريخ 21 نوفمبر 1988 على أنه :" لا تصل سلطة القاضي إلى مخالعة الزوجين دون رضا الزوج ،فقبول هذا الأخير للخلع أمر وجوبي ،بحيث لا يكون هناك خلع دون رضاه.

و حيث أن المطعون ضدها طلبت التطليق ،و لما لم يكن لها سبب فيه أظهرت استعدادها لمخالعة زوجها و دون أن يقبله ،و القاضي إذا حكم به إنما يكون مخالفا بذلك للقواعد الفقهية الخاصة بالخلع ،الأمر الذي يعرض حكمه للنقض دون إحالة"[1].

2. كما قضت المحكمة العليا في قرارها بتاريخ 1991/09/2 بوجوب رضا الزوج للخلع حتى يكون صحيحا بقولها : "حيث أن التفسير الوارد بأسباب الحكم المطعون فيه كان مخالفا لقصد المشرع المنصوص عليه في أحكام المادة 54 من قانون الأسرة ؟،ذلك أن المشرع اشترط لصحة الخلع قبوله من طرف الزوج و لا يمكن فرضه عليه من طرف القاضي و أن أحكام المادة أعلاه تجيز للقاضي حق التدخل في الاتفاق على مبلغ الخلع فقط لا على مبدأ الخلع الذي يترك لإرادة الزوج ..."[2].

2. الاجتهاد الجديد للمحكمة العليا

لقد سارت المحكمة العليا على أن الاجتهاد السابق المخالف لنص المادة 54 ق.أ لغاية صدور قرار لها في 1994/04/19 ،و لقد قام هذا القرار بنبذ الاجتهاد السابق ،بأن اعتبر الخلع لا يحتاج في صحته إلى رضا الزوج ،فقد قضت محكمة الحروش في 1991/01/23 بمخالعة الزوجة لزوجها طبقا للمادة 54 أعلاه ،على أن تدفع له مبلغ عشر آلاف دينار ،فاستأنف الزوج الحكم أعلاه أمام المحكمة العليا ،و أثار في الوجه الثاني وجود مخالفة لقواعد الشريعة بدعوى أنه لا يحق الحكم بالخلع دون رضا الزوج ،إضافة إلى عدم رضاءه بالمبلغ المقابل للخلع.

و لقد قضت المحكمة العليا برفض الطعن لعدم اشتراط القانون رضا الزوج مسببة قرارها كما يلي :

---

[1]- القرار رقم 51728 المؤرخ في 1988/11/21 ،غرفة الأحوال الشخصية ،المجلة القضائية لسنة 1990 ،العدد الثالث ،ص 72.

[2]- القرار رقم 73885 المؤرخ في 1991/04/23 ،غرفة الأحوال الشخصية ،المجلة القضائية لسنة 1993 ،العدد الثاني ،ص 55.

" لكن و حيث أن القاضي قد طبق المادة 54 من قانون الأسرة التي أجازت للزوجة أن تخالع دون اشتراط رضا الزوج بذلك ،و عند الاختلاف في المبلغ الخاص بالخلع ،يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت الحكم"[1].

و كان الفضل في هذا الاجتهاد للأستاذ المستشار المقرر "الهاشمي هويدي" رئيس غرفة الأحوال الشخصية بالمحكمة العليا [2] .

و تواصل اجتهاد المحكمة على هذا النحو ،و في اليوم نفسه أي 1994/04/19 قضت المحكمة العليا في قضية (س.ص) ضد (ش.م) على أنه :" و بالرجوع إلى طبيعة الخلع الذي أجازته الشريعة الإسلامية وكرسه قانون الأسرة للزوجة في المادة 54 منه ،يتبيّن أن اللجوء إلى الخلع لا يكون إلاّ بعد استحالة مواصلة العشرة الزوجية بين الزوجين لأسباب خاصة ،و حملتها على عرض دفع البديل و العوض لافتداء نفسها من الزوج الذي لم يكن بإمكانهما لأسباب خاصة مواصلة الحياة الزوجية معه من أجل فك العصمة الزوجية بينهما عن طريق الخلع سواء رضي الزوج به أم لم يرض ..."[3] ،و لقد تأكد هذا الاجتهاد في قرار آخر للمحكمة العليا بتاريخ 30 يوليو 1996 و الذي جاء فيه ما يلي :

" لكن و حيث أن الخلع هو حق خولته الشريعة الإسلامية السمحاء للزوجة لفك الرابطة الزوجية عند الاقتضاء ،و ليس عقدا رضائيا كما يزعم الطاعن في عريضة طعنه ،و أن قاضي الحكم المطعون فيه عندما استجاب لطلب الزوجة المطعون ضدها في الطلاق خلط ،و قضى لها به إنا طبق في ذلك مبادئ الشريعة الإسلامية و ما تنص عليه المادة 54 من قانون الأسرة "[4].

كما قضت المحكمة العليا أيضا في قرار لها بتاريخ 21 نوفمبر 2000 على أنه " حيث أن المادة 54من قانون الأسرة لا تشترط قبول الزوج لمبدأ الخلع و لا للمبلغ الذي يطلبه منعا للإبتزاز و الاستغلال..."[5] ،و لقد تأكد هذا الاجتهاد في قرار آخر للمحكمة العليا بتاريخ 2005/07/13 و الذي جاء فيه ما يلي :" إن الخلع ليس بعقد رضائي و موافقة الزوج غير ضرورية فيه و للزوجة وحدها الحق في المخالعة نفسها من زوجها مقابل مبلغ مالي ..."[6].

---

[1]- القرار رقم 72885 المؤرخ في 1991/04/23 ،غرفة الأحوال الشخصية ،المجلة القضائية لسنة 1993 ،العدد الثاني ،ص 55.

[2]- لحسن ابن الشيخ آث ملويا :المنتقى في قضاء الأحوال الشخصية ،مرجع سابق ،ج1 ،ص 424.

[3]- القرار رقم 103793 المؤرخ في 1994/04/19 ،نشرة القضاء لسنة 1997 ،العدد 51 ،ص 96.

[4]- القرار رقم 41262 المؤرخ في 1997/07/30 ،المجلة القضائية لسنة 1998 ،العدد الأول ،ص 120.

[5]- القرار رقم 252994 المؤرخ في 2000/11/21 ،المجلة القضائية لسنة 2001 ،العدد الأول ،ص 293.

[6]- القرار رقم 336380 المؤرخ 2005/07/13 ،نشرة القضاة لسنة 2006 ،العدد 61 ،ص 328.

يمكن القول أن التناقضات لقرارت المحكمة العليا التي كانت قبل القرار 19 أفريل 1994 تعتبر رضا الزوج وجوبي أما بعد هذا القرار أصبح الخلع لا يحتاج في صحته إلى رضا الزوج كان سببا في تعديل المادة 54 حيث كانت تنص في النص القديم لها : " يجوز للزوجة أن تخالع نفسها من زوجها على مال ،يتم الاتفاق عليه ،فإن لم يتفقا على شيء يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت الحكم"[1].

عدلت المادة 54 من ق.أ.ج بموجب الأمر رقم 05-02 لسنة 2005 لتضيف عبارة "دون موافقة الزوج" و أصبحت المادة 54 من ق.أ.ج تنص على :" أنه يجوز للزوجة – دون موافقة الزوج- أن تخالع نفسها مقابل مال ... "[2].

و إذا حاولنا تحليل و مقارنة هذين النصين نود أن نشير أن التعديل الجديد كان موافقا لما كان عليه العمل في القضاء الجزائري الذي كان يعتبر حق وقت متأخر أن الخلع قد شرع لمصلحة الزوجة في صورة رخصة لتمكينها من طلب التطليق أو الطلاق من زوج أصبحت تبغضه،ولم تعد تحتمل عشرته ،ولم يمنحه لها في صورة حق من حقوق الزوجية مقابل حق الزوج في الطلاق بالإرادة المنفردة [3].

- فتعديل المادة 54 أصبح بموجب على القاضي أن يحكم للزوجة بالتطليق مقابل مال تحت تسمية الخلع بمجرد طلبه ،و بمجرد عرض مبلغ من المال مقابل الخلع ،دون أي اعتبار لإرادة الزوج أو عدم موافقته.[4]

و تبعا لذلك فإن التعديل الحالي لم يشمل فقط على تغيب و إهمال إرادة الزوج في مسألة الخلع و إنما أقر تغيبها و إهمالها أيضا في مسألة مقابل الخلع ،حيث نصت الفقرة الثانية من هذه المادة على أنه إذا لم يقبل أو لم يرضى الزوج بقسمة المبلغ المالي المقدم من الزوجة فلا عبرة لعدم قبوله و أنه يجوز للقاضي في مثل هذا الحل أن يترك إرادة الزوج جانبا ،و أن يحكم للزوج بمبلغ لا يحوز أن يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم سواء رضي بالطلاق وبمقابل الخلع أم لن يرضى ،و سواء قبل بالمبلغ المعروض عليه أو بم يقبل و في جميع الأحوال فإن حكم الطلاق في إطار الخلع و إن كان يقبل الطعن بالمقض فإنه لا يقبل أبدا الطعن فيه بطريقة الاستئناف ،و ذلك تنفيذا لما نصت عليه المادة 57 المعدلة التي جاء فيها أن الأحكام الصادرة في دعاوى الطلاق و التطليق و الخلع غير قابلة للاستئناف.

---

[1]- االقانون رقم 84 -11 المؤرخ في 09 رمضان 1404هـ الموافق لـ 08 جوان 1984 المتضمن قانون الأسرة الجزائري

[2]- الامر رقم 02/05 المؤرخ في 10 محرم 1426هـ الموافق لـ 27 فيفري 2005 المعدل و المتمم للقانون رقم 01/84.

[3]- القرار رقم 336380 المؤرخ في 2005/07/13 ،نشرة القضاة لسنة 2006 ،العدد 61 ،ص 328 .

[4]عبد العزيز سعد ،ق.أ.ج في ثوبه الجديد ،دار هومة ،ط 4 ،2010 ،ص 129.

هذا و إن ما تجدر الإشارة إليه فهو أنه و إن كان من المقبول أن لا يقبل الطعن بالاستئناف الحكم بالإطلاق الصادر بناء على الإرادة المنفردة للزوج باعتبار أن الزوج لا يلزم بتسبب طلب حكم بالطلاق فليس مفهوما جعل حكم غير قابل للطعن فيه بالاستئناف خاصة و ان الحكم بالتطليق يمكن أن يشتمل على أخطاء مادية و موضوعية و يحتاج إصلاحها إلى إعادة النظر فيها من جهة قضائية لها صلاحية الفصل في الموضوع من جديد .

أما و أن قانون الأسرة يحرم الزوجة أو الزوج من ممارسة حقهما في التقاضي على درجتين وفقا لأحكام المادة 05 من قانون الإجراءات المدنية ،فإنما نعتقد أن هذا الوضع غير سليم يستوجب إعادة النظر فيه بقصد إبقاء على حق المتقاضين في ممارسة إجراءات التقاضي على درجتين[1].

- **الفرع الثالث: مرحلة تعديل القانون بالأمر 05/02 المؤرخ في 27 فيفري 2005**

صار واضحا من خلال استعراضنا لمرحلتي ما قبل و ما بعد صدور قانون الأسرة 11/84 أن الرأي الغالب و المعمول به واقعا قانونيا هو النظر بعين الاعتبار لموافقة الزوج في مبدأ الخلع ،عندما تعرضه و أن عدم جواز مبدأ الخلع صار هذا الأخير باطلا و لا يحكم به.

فقبل صدور قانون الأسرة و منذ الاحتلال الفرنسي ،كان التأثير كبيرا بالرأي الذي ضيق على الزوجة و جعلها رهينة موافقة الزوج في الخلع و بالتالي جعل في الرأي المعاكس معزولا و مستبعدا من التطليق ،و لعل من أهم الأسباب المؤثرة التي حافظت على الرأي الأول.

1.الوضع الاجتماعي الذي كان بحياة المجتمع الجزائري و المتمم بالمحافظة الكبيرة القائمة أساسا على مركز الزوج القوي في العائلة الجزائرية ،و الذي يقابله في الزاوية الاخرى المركز الضعيف للزوجة كعنصر لا يتصور أن يصنع القرار بنفسه و لصالحه ،و بالتالي لم يكن يتصور في تلك الحقبة التاريخية إعطاء للزوجة حق للزوجة فك الرابطة الزوجية مقابلا لحق الزوج في الطلاق بالإرادة المنفردة.

2. تبنى الفقهاء و شراح القانون و التشريع الجزائري الآراء الفقهية المعتمدة أساسا على المذهب الحنفي و المبنية على أن حق الزوجة في الخلع يتناقض بشكل صارح مع مبدأ العصمة التي جعلته الشريعة الإسلامية بيد الزوج.

[1]- عبد العزيز سعد :قانون الأسرة الجزائر في ثوبه الجديد ، مرجع سابق ،ص 130 – 131.

3. قلة تطبيق الخلع في الحياة الواقعة قبل سنة 1958 بمناسبة قانون 274/59 المؤرخ في 1959/02/04 الذي خرج عن إطار الشريعة الإسلامية و وضع قواعد خاصة مغايرة تماما لما كان معمولا بها في المحاكم الشرعية.

صدور قانون الأسرة في سنة 1984 لم يغير شيئا في الوضعية السابقة بفعل أحجامه عن الإسهام في مسألة الخلع و إعطاء الرأي القانوني الفيصل الذي ينهى كل إشكال مختلف فيه[1].

فقد جاء الحديث عن الخلع مقتضبا في نص وحيد ،بدأ الكلام فيه عن جواز الزوجة مخالعة نفسها مقابل مال تدفعه ،غير أن المبدأ كان مبهما على طول الخط لأنه لم يجب عن السؤال المهم هل للزوجة الحق في مخالعة نفسها دون موافقة زوجها ؟

الحديث اقتصر فقط عن كيفية تصرف القاضي في حالة عدم الاتفاق على بدل الخلع مما أبقى الأوضاع على حالها بتغليب الرأي القائل بضرورة موافقة الزوج في الخلع ،و ذلك ما أكدته قرارات المحكمة العليا في بادئ الأمر.

رغم أن المنطق في ترتيب المواد يقول أن المادة 48 عرفت الطلاق و المادتان 51 و 52 بينت الصورة الأولى و هي الطلاق بإرادة الزوج المنفردة ثم جاءت المادة 53 منه بحالات مستوجبة لطلب الزوجة التطليق ،و في حالة إذ لم تجد الزوجة في مخالعة نفسها دون موافقة الزوج على مال تدفعه للزوج ،و بهذا التسلسل المنطقي و بعد جدال و أخذ ورد حسم المشرع الجزائري المسألة في تعديل فبراير 2005 بالنص صراحة المادة 54 على أنه :" يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل مالي ".

و ذلك تتويجا لاجتهادات المحكمة العليا التي صبت جلها في خانة الخلع كصورة من صور فك الرابطة هو حق للزوجة تستعمله وقت ما شاءت و ليس مجرد رخصته حبيسة التزكية و الموافقة من الزوج .

فعموما كان لكل اتجاه الغلبة في وقت معين ،فالرأي القائل بأن الخلع عقد رضائي بين الزوجين و ليس حقا أصيلا للزوجة تبناه القضاء الجزائري منذ الاستقلال إلى بداية التسعينيات و كان له حججه و أصوله الفقهية ،غير أن الهدف الحقيق من وجود الخلع لم يتحقق بمناسبة تبني الرأي الأول ،حيث ظل الزوج مسيطرا و صاحب القول الفصل بشأن فك الرابطة الزوجية دونما أن نجد الزوجة منفردا للتخلص من زوجية تخشى على نفسها من الوقوع في المحظور.

[1]- باديس ذيابي :المرجع السابق ،ص 74 .

و أمام الانتقادات الموجهة للرأي الأول كان لزاما تبني الرأي الكافي القائل بالحق لصالح الزوجة في مخالعة نفسها دون موافقة الزوج و للرأي حججه و أصوله[1] ،و استمر العمل القضائي بعد تعديل ق.أ.ج بالأمر 02/05 بالحكم بالخلع دون موافقة ورضا الزوج على مبدأ الخلع و أكد ذلك قضاءا في عدة قرارات للمحكمة العليا منها و التي جاء فيها :"**إن الخلع ليس بعقد رضائي و موافقة الزوج غير ضرورية فيه و للزوجة وحدها الحق في مخالعة نفسها من زوجها مقابل مبلغ مالي ،أما عدم مناقشة الزوج لقيمة المبلغ المفروض فإنه لا يشكل مانعا للحكم بالخلع**"[2].

و كما أكدت المحكمة العليا مبدأ عدم رضائية الزوج في الخلع في قرار آخر لها قضت فيه بأنه :"الخلع حق إرادي للزوجة يقابل حق العصمة للزوج"[3].

فمن القرارين يتبين لنا و بشكل واضح و جلي و صراحة ،القرارات التي تؤكد أن الخلع حق أصيل للزوجة و ليست رخصة تستعملها مقابل ما للزوج من حق في الطلاق ،سواء رضي أم لم يرض ،و هذا الكلام مؤكد بنص المادة 54 الفقرة الأولى :"... **دون موافقة الزوج**...".

❖ المبحث الثالث: شروط الخلع

للخلع شروط يجب أن تتوفر في الزوجة و الزوج و في المقابل و هذا ما سنتطرق اليه في هذا المبحث على النحو الأتي:

➢ المطلب الأول: طرفي الخلع و ما يشترط فيهما

- **الفرع الأول: في المخالع و ما يشترط فيه**

المتخالعان و أحوالهما "طرفي الخلع و ما يشترط فيهما":

و هو الزوج ،و قد اتفق الفقهاء على أنه يشترط فيه نفس شروط من يملك الطلاق و قد تحدثنا عن تلك الشروط و ما يتعلق بها في الفصل الخاص بمن يقع منه الطلاق.

---

[1]- باديس ذيابي :صور فك الرابطة الزوجية على ضوء القانون و القضاء ،مرجع سابق ،ص 79.

- سعوداوي ،تغيير مبدأ الرضائية وفق الاجتهاد القضائي الجزائري في الطلاق بالخلع ،مرجع سابق ،ص 168.

- تقية عبد الفتاح :قانون الأسرة مدعما بأحدث الاجتهادات القضائية و التشريعية ،مرجع سابق ،ص 217.

[2]- القرار رقم 3336380 المؤرخ في 2005/07/13 ،غرفة الأحوال الشخصية ،نشرة القضاء لسنة 2006 ،العدد 61 ،ص 328.

[3]- القرار رقم 56259 المؤرخ في 2011/09/15 ،غرفة الأحوال الشخصية ،مجلة المحكمة العليا ،سنة 2012 ، العدد الأول ،ص 318.

فقد نصت المذاهب الأربعة على ذلك :قال ابن قدامة :"زوج صح طلاقه صح خلعه"،لأنه إذا ملك الطلاق ،و هو مجرد إسقاط من غير تحصيل شيئ ،فلأن يملكه محصلا للعوض أولى"[1].

و في المدونة :" قلت ،أرأيت طلاق المكر و مخالعته ،قال مالك : لا يجوز طلاق المكروه فمخالعته مثل ذلك عندي"[2]،قال الشافعي :" و لا يجوز خلع زوج حتى يجوز طلاقه و ذلك أن يكون بالغا غير مغلوب عليه كان أو رشيدا أو ذميا أو مملوكا من قبل طلاقه جائز،فإذا جاز طلاقه بلاشيء يأخذه كان أخذه ما أخذ عليه فضلا أولى أن يجوز من طلاقه بلاشيء و هو في الخلع كالبالغ الرشيد"[3].

- **البند الأول :مرض المخالع**

اتفق الفقهاء[4]من الحنفية و المالكية و الشافعية و الحنابلة على أن خلع الزوج المريض مرض الموت جائز و نافذ سواء أكان بمهر أم أقل منه لأنه لو طلق بغير عوض لصح ،فلأن يصح بعوض أولى ،و لأن الورثة لا يفوتهم بخلعه شيء ،و نجد أن المالكية[5] مع قولهم بصحة الخلع ،فقد أضافوا أن الزوجة ترثه إن مات سواء كان الخلع بطلب منها (برضاها) أو كان الخلع بغير رضاها أمّا إن ماتت هي فلا ميراث للزوج و قد عللوا ذلك بأنه فار من ميراثها.

أما الحنفية[6] فقد اتفقوا مع المالكية في أن الزوجة ترثه إن مات و خالعها في المرض إذا كان الخلع بغير رضاها ،لأنه فار من ميراثها ،لكن اختلفوا مع المالكية في كون الخلع بطلب الزوجة ،فهنا لا ترثه إن مات فكأنه طلقها بسؤالها فلا ميراث لها.

و الراجح و الله أعلم من أقوال الفقهاء هو ما قال به الحنفية ،فإن بذلت المختلعة العوض برضاها لأنها أحبت فراقه بطيب نفس منها و ليس للزوج حرمانها من الميراث فهنا يعتبر الزوج فارا بخلعه ،لها فهي ترثه إن مات – و الله أعلم – ،و بالرجوع إلى ق.أ.ج نجد أن المشرع لم يورد أي نص على خلع

---

[1]- ابن قدامة المغني ،مصدر سابق ،ج5 ص 214.

[2]- مالك ابن أنس ،المدونة ،مصدر سابق ،ج2 ،ص 79.

[3]- الشافعي ،الأم ،مصدر سابق ،ج5 ،ص 214.

[4]- السرخسي :المبسوط : المصدر السابق ،ج6 ،ص 193.

- مالك بن أنس ،المدونة الكبرى ،المصدر السابق ،ج2 ،ص 241.

- الشافعي ،الأم ،المصدر السابق ،ج5 ،ص 214 .

- ابن قدامة ،المغني ،المصدر السابق ،ج7 ،ص 356.

[5]- مالك ابن أنس ،المدونة الكبرى ،المصدر السابق ،ج2 ،ص 241.

[6]- السرخسي :المبسوط ،المصدر السابق ،ج6 ،ص 193.

المريض مرض الموت و إنما ترك ذلك للمادة 222 و التي تنص :" **كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية.**"[1]

- **الفرع الثاني :سلامة إرادة الزوجة و أهلية للتصرف**

سنتناول في هذا الفرع شرط القدرة على التصرف في مالها و كذا خلع المريضة مرض الموت كالنحو التالي:

1. القدرة على التصرف في مالها :

و قد اختلف الفقهاء في اشتراط كون قابل الخلع مطلق التصرف في المال أم لا على الأقوال التالية .

- **القول الأول** :اعتبار هذا الشرط و هو مذهب الجمهور[2]فلذلك إذا بلغت رشيدة و حجر عليها لم يصح خلعها و لو خالعها بلفظ الخلع فإن كان بعد الدخول طلقها رجعيا ،و إن كان قبله طلقت بائنا و لا مال له ،و إن لم يحجز عليها يصح.
- **القول الثاني** :أنه يصح خلعها ،و يقع الفراق ،و لا يلزمها بذل العوض ،فإن كان الزوج طلقها لطليقة على ذلك المال ،فهو يملك رجعتها و هو قول الحنفية[3].
- **القول الثالث** :يصح خلع المحجور عليها لفلس ،بخلاف المحجور عليها لسفه أو صغر أو جنون و أن بذلها للعوض صحيح و هو مذهب الحنابلة[4]،أما المحجور عليها لسفه أو صغر أو جنون

---

[1]- القانون رقم 84- 11 المؤرخ في 09 رمضان 1404 هـ الموافق لـ 08 جوان 1984 المتضمن قانون الأسرة الجزائري.

[2]- و لقد لخص الشافعي مذهبه في ذلك بقوله :" جماع معرفة ما يجوز خلعه من النساء أن ينظر إلى كل من جاز أمره في ماله ،فتجيز خلعه، و من لم يجز أمره في ماله فنرد خلعه ،فإن كانت المرأة ضبية لم تبلغ أو بالغا ليست برشيدة ،أو محجوز عليها، أو مغلوب على عقلها، فاختلعت من زوجها بشيء قل أو كثر ،فكل ما أخذ على عقلها ،فاختلعت من زوجها بشيء قل أو كثر ،فكل ما أخذ منها مردود عليها، و ما طلقها على ما أخذ منها واقع عليها ،و هذا يملك الرجعة فإذا بطل ما أخذ ملك الرجعة في الطلاق الذي وقع به إلاّ أن يكون طلقها ثلاثا أو تطليقه لم يكن بقي له عليها غيرها".

- الشافعي ،الأم ،مصدر سابق ،ج5 ،ص 214.

[3]- السرخسي ،المبسوط ،المصدر السابق،ج6،ص 178.

[4]- ابن قدامة :المغني ،مصدر سابق ،ج7 ،ص 255.

- ابن قدامة ،الإنصاف ،مصدر سابق ،ج8 ،ص 391.

فلا يصح بذل العوض منها في الخلع لأنه تصرف في المال ،و ليس هي من أهله و سواء أذن فيه الولي أو لم يأذن.

و الأرجح في المسألة هو النظر في سبب طلب مخالعة المرأة لزوجها ،فإن كان سببا معتبرا ثابتا و أن علاجه يستحيل بغير الخلع جازت المخالعة و لوكانت محجورا عليها ،لأن الحجر مرتبط بإضاعة المال فيما لا مصلحة فيه ،و هذا فيه المصلحة العظيمة للمرأة و لا خلاف بين الفقهاء في أن المحجور عليه يملك شراء مثل هذا الدواء.

و الدليل على هذا هو أن الرجل المحجور عليه يملك أن يطلق زوجته ،و أنه لا يقف في سبيله أحد إذ أراد ذلك مع أنه قد بذل مالا لزوجته من النفقة و المهر ،و سيحتاج إلى مال آخر إذا أراد الزواج ،فكيف نجيز له التصرف في ماله لمثل هذه الحاجة ،و لا نجيز لها التصرف فيها ،مع أن كلا من الخلع و الطلاق يشتركان في كونهما في التفريق الشرعي ،بل في كونهما تفريقا بعوض لأن الزوج قد بذل عوض بالمهر سابقا ،و الزوجة تبذل له الخلع لاحقا فالشبه بينهما كبير ،فالطلاق و هو خلع الرجل و الخلع هو طلاق المرأة [1].

ثانيا :خلع المريضة مرض الموت

اتفق الفقهاء على أنه يجوز للزوجة المريضة مرض الموت أن تخالع زوجها في مرضها لأنه معاوضة كالبيع .

لكن اختلف الفقهاء حول مقدار العوض الذي يبذل للزوج حيث يخشى أن يقصد من الخلع محاباة الزوجة للزوج قصد أن يأخذ أكثر من حقه في ميراثها، فكانت أقوال الفقهاء على النحو الآتي :

- **القول الأول** : إذا اختلعت المريضة بمهرها الذي كان لها على زوجها ثم ماتت في العدة ،فله الأقل من ميراثه، و من المهر إن كان يخرج من ثلث مالها مهر ،و إن لم يكن لها مال سوى ذلك ،فله الأقل من ميراثه منها و من الثلث ،و إن ماتت بعد انقضاء العدة ،فله المهر من ثلث مالها ،و هو قول الحنفية ،خلافا لزفر الذي اعتبر البدل من جميع المال لا من ثلثه ،و اعتبر الخلع بالنكاح ،فإن المريض لو تزوج المرأة بصداق مثلها اعتبر من جميع مالها ،لأن ذلك من حوائجه و كذلك المريضة إذا اختلعت ،لأن من حوائجها لتتخلص من أذى الزوج[2].

---

[1]- أبو لحية ،نور الدين ، حق الزوجين في حل عصمة الزوجية ،دار الكتاب الحديث ، القاهرة ،طبعة 1428هـ /2007م ،ص 229.

[2]- السرخسي :المبسوط ،مصدر سابق ،ج6 ،ص 193.

- الكسائي ،بدائع الصنائع ،مصدر سابق ج 5 ،ص 151 و ما بعدها.

- **القول الثاني** :أنه يجوز خلع الزوجة المريضة مرضا مخوفا إن كان بدل الخلع يقدر إرثه أو أقل لو ماتت و لا يتوارثان و هو قول المالكية[1].
- **القول الثالث** : أن الخلع إن كان بمهر المثل نفذ دون اعتبار الثلث ،و إن كان بأكثر فالزيادة كالوصية للزوج ،و هو قول الشافعية [2]و تعتبر الزيادة الثلث و لا تكون كالوصية للوارث لخروجه بالخلع عن الإرث.
- **القول الرابع** :

أن للزوج ما خلعته عليه إن كان قدر ميراثه منها فما دون ،و إن كان بزيادة فله الأقل من المسمى في الخلع أو ميراثه منها ،و هو قول الحنابلة[3] ،و يتضح أن الراجح هو صحة الخلع ،إذا كانت الزوجة مريضة مرض الموت سواء كان البدل أقل أو مثل ميراثه منها ،و إن كان أكثر من ذلك فالزيادة باطلة مخافة محبات الزوجة له،ليأخذ من ميراثه منها ،فلا يجوز الزيادة على الميراث لأن هذه الزيادة من حق الورثة[4].

و بالرجوع إلى **ق.أ.ج** فلا نجد له نصا حول خلع المريضة مرض الموت لكن بالرجوع لنص المادة 204 منه نجد أنها تنص على أن الهبة في مرض الموت و الأمراض و الحالات المخيفة تعتبر وصية[5].

و باعتبار الخلع تصرف شبيه بالتبرع من جهة الزوجة فهو يأخذ حكم التبرعات الأخرى و بالرجوع إلى أحكام الوصية نجد أن المادة 185 من قانون الأسرة تنص على أنه :" **تكون الوصية في حدود ثلث التركة ،و ما زاد عن الثلث يتوقف على إجازة الورثة**"[1].

---

[1]- عن مالك في ذلك روايتان

1. لا يجوز الخلع و هو مروى في كتاب ابن الموازعن مالك ،لأنه عاوضها بالطلاق على أمر لا تملكه ،لأن الزوجة لا تمتلك مصير مالها إليه حال مرضها.

2. جواز ذلك ،رواه ابن عبد الحكم عنه ،لأن مرض أحد الزوجين لا يمنع وقوع الطلاق فلم يمنع المقصود به من إزالة الملك .

- الامام مالك ،المدونة ،مصدر سابق ،ج2 ،ص 254.

[2]- الشافعي ،الأم ،مصدر سابق ،ج5 ،ص 214.

- النووي : المجموع شرح المهذب ،ج 17 ،ص 37.

[3]- ابن قدامة ، المغني ،مصدر سابق ،ج7 ،ص 255-356.

[4]- محمد ، سامح عبد السلام ، الخلع كما شرعه الإسلام ،مرجع سابق ،ص 158.

- أبو لحية ، نور الدين : حق الزوجين في حل عصمة الزوجية ، مرجع سابق ،ص 231.

- أبوزهرة ،محمد ،الأحوال الشخصية ،مرجع سابق ، ص 340.

[5]- الأمر رقم 11/84 المؤرخ في 09 رمضان 1404هـ الموافق لـ 08 جوان 1984 ،المتضمن قانون الأسرة الجزائري.

و على ذلك يتضح من خلال نص المادتين السابقتين الذكر أن العوض إجازة الورثة لأن الوصية لا تنفذ إلاّ في حدود الثلث الأجنبي ،و الزوج أصبح أجنبيا بالخلع[2].

ثالثا. أن تكون زوجة: اتفق الفقهاء على أن الخلع لا يصح إلا مع الزوجة التي في عصمة زوجها حقيقة و هي التي لم تفارق زوجها بالطلاق البائن و نحوه ،و اختلفوا فيها لو كانت زوجته حكما و هي التي طلقها زوجها رجعيا ،و لم تنقص عدتها،هل تصح مخالعتها أم لا على قولين .

- **القول الأول** :اتفق الفقهاء على جواز خلع المعتدة من طلاق رجعي لأن زوال الملك لا يحصل بهذا الطلاق لأن الطلاق الرجعي لا يزيل ملك النكاح لإمكان مراجعتها فيصبح منها بذل المال عوضا لخلعها [3].
- **القول الثاني** :ذهب بعض الشافعية إلى عدم جواز و صحة اختلاع المطلقة رجعيا في عدتها لعدم الحاجة إلى الخلع لحريتها إلى البينونة[4] ،و يتضح أن الأرجح في المسألة القول الثاني لأن الغرض من الخلع هو تحقيق رغبة المرأة في انفصالها عن زوجها في حال عدم رضى الزوج بطلاق زوجته ،فإذ تحققت الرغبة من الرجل في طلاقها انتهى الداعي للخلع و كان فيه مضرة محضة للمرأة ،و طمع خاص من الرجل ،و هو من أكل المال بالباطل .

رابعا. أن لا يكون ملتزم العوض أجنبيا : و هو إما أن يكون ولي المرأة أو فضوليا متطوعا لن أتطرق لخلع الفضولي لأنه نادر ما يكون في وقتنا الحالي .

خلع الولي :اختلف الفقهاء في صحة خلع الولي و نفوذها على قولين :

- **القول الأول** :عدم جواز مخالعة الولي ،فليس للأب أن يخالع على شيء من ماله ابنته سواء كانت محجورا عليها ،أو لم تكن و هو قول أبي حنيفة و الشافعي و أحمد و ابن حزم [5].

---

[1]- الأمر نفسه .

[2]- الشيمي ،عبد الرحمن ،موسوعة قانون الأحوال الشخصية في شأن الولاية عن النفس ،ط 1 ، 2014 ، ص 493 – 494 .

[3]- السرخسي :المبسوط ،مصدر سابق ،ج 6، ص 175 – 176. - الخطاب :مواهب الخليل لشرح مختصر خليل ،المصدر السابق ،ج 4 ، ص 19.- الرملي:نهاية المحتاج الى شرح المنهاج ،مصدر سابق ،ج6 ،ص 395.- ابن قدامة :المغني ،المصدر السابق ،ج7 ،ص 60.

[4] - الشربني : مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج ،المصدر السابق ، ج3 ،ص 265.

[5]- السرخسي :المبسوط ،المرجع السابق ، ج4 ،ص 434.- الزيلعي ،تبيين الحقائق ،مصدر سابق ،ج 2 ،ص 273.- المرداوي ،الإنصاف ،مصدر سابق ،ج8 ،ص 386.- المرداوي ،العناية ،مصدر سابق ،ج4 ،ص 238.

و نرى أن الأرجح في المسألة هو صحة خلع الولي على اعتبارات هي :

1. النظر إلى موقف المرأة من هذا الخلع ،فإن كان ذلك موافقا لرغبتها و منسجما مع حبها للتخلص من عشرة زوجها ،فإن خلع الولي هنا يصح .

2. النظر للحياة الزوجية فإذ ما كانت هذه الحياة يسودها الشقاق و يتحكم فيها سوء العشرة ،و لا تستقر فيها السكينة ،و لم يجدي الوعضة للزوجين شيئا[1].

فإن كان الأب الظاهر عليه الشفقة على ابنته في الخلع مصلحة للمرأة جاز خلع الولي.

➢ المطلب الثاني :العوض في الخلع

العوض في الخلع هو ما تلتزم به الزوجة لزوجها مقابل الخلع و سنحاول أن نتعرض في هذا المبحث للعوض و ما يشتمله من أحكامه.

- **الفرع الاول :مقدار العوض في الخلع**

أولا :مقدار العوض في الخلع فقها

ضابط العوض عند الفقهاء أن كل ما جاز أن يكون مهرا جاز أن يكون عوضا في الخلع لأن ما صلح عوضا للمقوم ،أولى أن يصله بغير المتقوم[2] ،لكن التساؤلات التي نبحث عنها هل يمكن أن يكون مقدار البدل بمقدار المهر أو أكثر منه،أو أقل أو مساويا؟

أجمع العلماء على إجازة الخلع بالصداق الذي أصدقها إذ لم يكن مضرا بها و خافا ألا يقيما حدود الله و اختلفوا في الخلع على أكثر مما أعطاها على قولين:

- ابن قدامة :المغني ،مصدر سابق ،ج7 ،ص 351.

- ابن حزم : المحلي ، مصدر سابق ،ج 9 ، ص 526.

[1]- أبو لحية نور الدين ، حق الزوجين في حل عصمة الزوجية ،مرجع سابق ،ص 235 – 238.

[2] - ابن نجيم ، البحر الرائق ، مصدر سابق ،ج2 ،ص 261.

- المرغيناني ،الهداية شرح البداية ،ج2 ،ص 13.

- **القول الأول** : لا يجوز للزوج أن يأخذ أكثر مما أصدقها و هو مذهب الإمام طاووس بن كيسا[1]و به قال الحسن البصري[2]و عطاء[3]و الزهري[4]و الأوزاعي[5]و إسحاق ابن راهوية[1]و روي عن الحنابلة و

---

[1]- طاوس :أبو عبد الرحمن طاوس بن كيسان اليماني الجندي الخولاني مولى أبناء الفرس أحد الأعلام علما و عملا و كان فقيها جليلا أعلم التابعين بالحلال و الحرام ،توفي حاجا بمكة قبل يوم التروية و ذلك سنة ستة مائة .

- ينظر :ابن العماد : شذرات الذهب في أخبار من ذهب ،المصدر السابق ،ج 01 ،ص 134 .

- الشيرازي أبو إسحاق ابراهيم (476هـ):تحقيق إحسان عباس، طبقات الفقهاء، دار رائد العربي ،بيروت ،لبنان ،ط1 ، 1970،ج1،ص 73.

[2]- محمد ابن إسحاق ،بن يسار القرشي ،صاحب المغازي ،أحمد الائمة ،راوي عن أبيه و غيره و روى عن شعبة و يحى الأنصاري و هما شيوخه و آخون و ثقة ابن معين مرة و ضعّفة مرة أخرى.و قال الإمام أحمد صالح الحديث و قال الشافعي من أراد أن يتبحر في المغازي فهو عيال على محمد بن إسحاق و أكثر ما عيب به التدليس توفي ببغداد سنة 151 هـ .أنظر ابن عماد :شذرات الذهب ج1 ، ص 230.- السيوطي ،عبد الرحمن أبي بكر ،طبقات الحفاظ ،دار الكتاب العلمية ،بيروت ،ط1 ،1403هـ ،ج 1 ،ص 82.

الحسن البصري هو الحسن بن يسار إمام البصرة و عالمها و أحد الفقهاء الفصحاء الشجعان، له موقف مشهورة مع حكام و الولاة ،توفي سنة 110هـ.

- المزي أبو الحجاج يوسف : تهذيب الكمال في أسماء الرجال ،تحقيق بشار عودا ،معروف مؤسسة الرسالة ،بيروت ،ط3 ،(1409هـ - 1988) ،م06 ،ص 96 – 97.

[3]- عطاء :هو محمد بن أبي رباح أسلم فقيه الحجاز ،نشأ بمكة و تعلم الكتاب بتا ،كان من أجلاء الفقهاء ،مات في رمضان سنة أربع عشرة و مائة و عمره ثمان و ثمانون سنة.

- ينظر :ابن عماد ،شذرات الذهب في أخبار من ذهب ،المصدر السابق ،ج 01 ،ص 147 – 148.

[4]- الزهري أبو بكر محمد ابن عبد الله بن عبيد الله بن شهاب الزهري المدني (منسوب إلى زهرة بن كلاب) أحد فقهاء السبعة و أحد الأعلام المشهورين بسمع مع سهل بن سعد و أنس بن مالك و خلف له نحو ألفي حديث ،توفي في رمضان سنة أربع و عشرين و مائة ،دفن بماله على قارعة الطريق ليمر مارا فيدعوا له. – انظر ابن عماد ،المصدر نفسه ، ج 1 ، ص 162 – 163. – محمد طاهر بن على الهندي ،المغني في ضبط أسماء الرجال و معرفة كنى الرواة و ألقابهم و أسمائهم ،دار الكتاب العربي ،بيروت ،1982، ص 123.

[5]- الأوزعي : إمام الشاميين من كبار تابعي التابعين أبو عمر عبد الرحمن بن عمر بن محمد الأوزعي منسوب إلى الأوزاع ،قرية بدمشق و التي تسمى الآن بالعقيبة ،ولد ببعلبك سنة ثمانين ،روى عن القسم بن مخيمرة و عطاء و خلق كثير من التابعين ،و كان رأسا في العلم و

اختاره الشوكاني[2].

و استدل أصحاب هذا القول بما يأتي :

– أولا من القرآن الكريم :

1. قوله تعالى : "﴿وَلَا يَحِلُّ لَكُمۡ أَن تَأۡخُذُواْ مِمَّآ ءَاتَيۡتُمُوهُنَّ شَيۡـًٔا إِلَّآ أَن يَخَافَآ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ ٱللَّهِۖ فَإِنۡ خِفۡتُمۡ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ ٱللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيۡهِمَا﴾"[3].

فالآية الكريمة تنهى عن أخذ شيء مما أعطاها من المهر و النهي عن أخذ شيء من المهر نهى عن أخذ الزيادة على المهر من باب أولى كالنهي عن التأفف من الوالدين فإنه يكون نهيا عن ضربهما الذي هو فوق التأفف من باب أولى و بناء على ذلك فلا يجوز أخذ الزيادة [4].

–ثانيا : من السنة: ما روى عن أبي الزبير :" أن ثابت بن قيس بن شماس كانت عنده بنت عبد الله ابن أبي سلول و كان أصدقها حديقة، فقال النبي صلى الله عليه و سلم: "أتردين عليه حديقته التي أعطاك؟" قالت نعم و زيادة ،فقال النبي صلى الله عليه و سلم : أما الزيادة فلا و لكن حديقته ،قالت : نعم ، فأخذها له و خلى سبيلها فلما بلغ ذلك ثابت من قيس قال : قبلت قضاء رسول الله صلى الله عليه و سلم "[5].و الحديث يدل على عدم إباحة أخذ أكثر مما أعطاها إذ لو كان أخذ الزيادة جائز لما نهاه النبي صلى الله عليه و سلم عن ذلك[1].

العمل ،كان بارعا في الكتابة و الترسل أجاب في سبعين ألف مسألة ،مات في الحمام أغلقت عليه زوجته فنسيته ،و ذلك في صفر سبع و خمسين و مائة ببيروت. – أنظر : ابن عماد : شذرات الذهب في أخبار من ذهب ،المصدر السابق ،ج1 ،ص 241 – 242.

– محمد طاهر ابن علي الهندي : المغني في ضبط أسماء الرجال ،مصدر سابق ،ص 32.

[1]– ابن قدامة ، المغني ،مصدر سابق ،ج 7 ،ص 326. – ابن القيم ،زاد الميعاد في هدى خير العباد ،مصدر سابق ،ج 2 ،ص 453 .

– الصنعائي ،سبيل السلام ،مصدر سابق ،ج9 ،ص 245.

[2]– الشوكاني :نيل الأوطار ،مصدر سابق ،ج6 ،ص 296.

[3]– سورة البقرة ،الآية 229.

[4]– الكسائي :بدائع الصنائع ،مصدر سابق ،ج3 ،ص 150 .

– الماوردي أبو الحسن علي بن محمد (450هـ) ،الحاوي الكبير،تحقيق الشيخ علي محمد معوض و الشيخ عادل أحمد عبد الموجود ،دار الكتب العلمية ،بيروت ،لبنان ،ط1 ،1419هـ / 1999م ،ج10 ،ص13.

[5]– رواه الدارقطني ،عن أبي الزبير بإسناد صحيح ،و قال سمعه أبو الزبير من غير واحد ،كتاب النكاح ،سنن الدارقطني ،مؤسسة الرسالة ،بيروت ،لبنان ،ط1 ،1424هـ /2004م ،ج 7، ص 376.

ثالثا :ما جاء في الاثر

جاء في الأثر أنه لا يأخذ منها فوق ما أعطاها ،فعن سعيد بن المسيب [2]قال "ما أحب أن يأخذ منها ما كل ما أعطاها حتى يدع لها ما يعيشها"[3].

- **القول الثاني** :جواز الخلع بقليل المال و كثيرة و بأكثر من الصداق و لما لها كله إذا كان ذلك من قبلها و بالتراضي بينهما ،و هذا ما ذهب إليه الحنفية و المالكية [4]و الشافعية [5]و الظاهرية [6]أما الحنابلة فيرون أنه لا يستحب له أن يأخذ أكثر مما أعطاها و لكن إذ تراضيا فالخلع صحيح[7].

و من الأدلة على ذلك :

أولا :القرآن الكريم

قوله تعالى : "**فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ**... "[1] ،فظاهر الآية الكريمة يدل على رفع الجناح عنها في الأخذ و العطاء من الفداء من غير فرق يبين ما إذا كان بقدر الصداق أو زيادة عليه أو اقل منه

- ابن حجر ،العسقلاني ،فتح الباري شرح صحيح البخاري ،كتاب الطلاق ، باب الخلع و كيف الطلاق فيه ، ج 23 ،ص 1095.

- و قال ابن حجر و رجال ،إسناده ثقات ،المصدر نفسه.

[1]- محمد سامح عبد السلام ،الخلع كما شرعه الله ،المرجع السابق ،ص 106 .

[2]- سعيد ابن المسيب :هو أبو محمد بن المسيب بن حزن بن أبي وهب المخزومي سيد التابعين ولد لسنتين مضتا من خلافة عمر أخذ علمه عن زيد بن ثابت و جالس بن عباس و بن عمر و سعد بن أبي وقاص ،كما دخل على أزواج النبي صلى الله عليه وسلم ،عائشة و أم سلمة و سمع عثمان و على و صهيب ،و كان محمد بن سلمة زوج ابنة أبا هريرة جمع بين الحديث و التفسير و الفقه و الورع و العبادة كان أعلم التابعين بالطلاق و مناقبه ،و مآثره تفوت الحصر و قد صنف فيها توفي بالمدينة سنة أربع و تسعين.

- ابن عماد :شذرات الذهب في أخبار من ذهب ،المصدر سابق ، ج 1 ، ص 102 – 103 .

- الشيرازي :طبقات الفقهاء ،مصدر سابق ،ص 57-58.

الصنعائي أبو بكر الرزاق ،المصنف ،تحقيق حبيب الرحمن الاعضمي ،الناشر :المجلس العلمي ،الهند ،المكتب الاسلامي ،بيروت ،ط2 ،1403هـ باب المفتدية بزيادة على صداقها ،ج6 ،ص 503.

[4]- ابن عبد البر : الكافي في فقه أهل المدينة المالكي ،المصدر السابق ،ج2 ،ص 593 .

[5]- النووي :المجموع شرح المهذب ،المصدر السابق ،ج17 ،ص 08 .

[6]- ابن حزم ،المحلي ،المصدر السابق ،ج9 ،ص 511.

[7]- ابن قدامة : المغني ،المصدر السابق ،ج 7 ، ص 325.

و قال بوجوب العمل بإطلاق النص فإنه عدم للقليل و الكثير ،و لأنها أعطت مال نفسها بطيب منها و رضاء نفس[2]و قد قال سبحانه " فإن طيب لكم عن شيء منه نفسا فكلوه هنيئا مريئا"[3].

ثانيا :من السنة

ما روي عن أبي سعيد الخدري[4]قال كانت أختي تحت رجل من الأنصار تزوجها على حديقة ،و كان بينهما كلام فارتفعا إلى رسول الله صلى الله عليه و سلم فقال لها :"أتردين حديقته؟ فقالت : نعم و أزيد ،فخلعها فردت عليه حديقته و زادته[5].

ثالثا : من الآثار

عن نافع[1]عن مولاة لصفية بنت أبي عبيد[2]أنها اختلعت عن زوجها بكل شيء لها فلم ينكر ذلك عبد

---

[1]- سورة البقرة ،الآية 229.

[2]- الكسائي :بدائع الصنائع ،في ترتيب الشرائع ،مصدر سابق ،ج 3 ،ص 151.

[3]- سورة النساء ،الآية 04.

[4]- أبو سعيد الخذري ، عد بن مالك بن سنان بن عبيد بن ثعلبة بن الأبدر و هو خدرة بن عوف بن الحارث بن الخزرج الانصاري الخزرجي ،مشهور بكنيته أبو سعيد الخدري ،روى عن النبي صلى الله عليه و سلم الكثير ،كما روى عن أبي بكر و عمر و عثمان و علي و زيد بن ثابت و غيرهم ،كان من أفضل الصحابة و كان من الحفاظ المكثرين العلماء الفضلاء العقلاء ،خرج مع النبي صلى الله عليه و سلم إلى غزة في المطلق و عمره خمس عشرة سنة ،توفي سنة أربع و سبعين و قيل سنة أربع و ستين.

- ابن عبد البر :الاستيعاب في معرفة الاصحاب تحقيق على محمد الحاوي ،دار الجيل ،بيروت ،ط1 ،1412ه ،1992م ،ج2 ، ص602.

- ابن حجر العسقلاني ،الإصابة في تمييز الصحابة ،تحقيق :عادل أحمد عبد الموجود و على محمد معوض ،دار الكتب العلمية ،بيروت ،ط1 ،1415ه ،ج3 ،ص 210.

[5]- يقول الشوكاني في هذا الحديث أن إسناده ضعيف ليس فيه حجة لأنه بيس فيه أنه قررها صلى الله عليه و سلم على دفع الزيادة بل أمرها برد الحديقة ،فقط و يمكن القول أن سكوته بعد قولها و أزيده تقرير يؤكد الجواز.

- رواه البهيقي، كتاب، الخلع و الطلاق، باب الوجه الذي تحل به الفدية، السنن الكبرى، دار الفكر ،مصدر السابق ،ج 7 ، ص 514.

- الشوكاني، نيل الأوطار شرح منقى الاخبار من أحاديث سيد الاخيار ،مرجع سابق ،ج 6 ، ص 297.

الله بن عمر[43].

و وجه الاستدلال أن هذا الأثر و غيره من الصحابة حكموا فيها بجواز أخذ الزيادة على المهر في عوض الخلع ،و مثل هذه الوقائع تشتهر و لم يثبت إنكارها فتكون إجماعا[5].

و بعد استعراض آراء الفقهاء و أدلتهم يتبين أن الخلاف فيها إذا زاد العوض عن مقدار المهر، و لعل السبب يعود إلى أمرين :

الأمر الأول: اختلف الآثار الواردة عن الصحابة رضوان الله عليهم، فمنهم من روى تحريم الزيادة، و منهم من روى إباحتها ،ومنهم من روى كراهيتها[6].

---

[1]– نافع : هو أبو عبد الله نافع الديلمي مولي عبد الله بن عمر ،كان من بين جل التابعين و هو من المشهورين بالحديث و من الثقات الذين يؤخذ عنهم و يجمع حديثهم و يعمل به ،روى عن عائشة و أبي هريرة ،كما سمع مولاه و أبا سعيد الخدري ،و روى عنه الزهري و أيوب السرخساني ، و مالك ابن أنس، بعثه عمر ابن عبد العزيز إلى مصر يعلمهم السنن ،توفي سنة سبع عشرة و مائة.

– ابن العماد :شذرات الذهب في أخبار من ذهب ،مصدر سابق ،ج 1 ،ص 145.

– ابن خلكان :وفيات الأعيان و أبناء الزمان ،تحقيق إحسان عباس ،دار صادر ،بيروت ،ط1 ،1994،ج 5 ،ص 367 – 368 .

[2]– صفية بنت عبيد الثقفية زوج عبد الله بن عمر ،ولدت في عهد النبي صلى الله عليه و سلم ،روت عن عائشة و حفصة ،لها رواية روى عنها نافع مولى بن عمر ،تزوجت عبد الله بن عمر في عهد عمر بن الخطاب .

– ابن حجر العسقلاني : الإصابة في تمييز الصحابة ،مصدر سابق ، ج 4 ،ص 342.

[3]– عبد الله بن عمر بن حفص بن عاصم العمري ،المدني ،أبو عبد الرحمن ،كان محدثا صالحا ،آية في العلم ،غاية في العبادة وجه الرشيد بالإنكار و الموعظة الغليظة ضعفه يحى بن معين في رواية عبد الله بن أحمد عنه و قال في غيرها صالح ليس به بأيس ،زعموا أنه أخذ كتب أخيه عبيد الله فرواها و قد وثقه أحمد بن صالح المصري ،توفي سنة 73هـ .

– ابن العماد :شذرات الذهب في أخبار من ذهب ،مصدر سابق ،ج 1 ،ص 279.

[4]– رواه الإمام مالك الموطأ ،كتاب الطلاق ،باب ما جاء في الخلع ،المصدر السابق ،ص 338.

– أخرجه البيهقي في سننه ،كتاب الخلع و الطلاق ،باب الوجه الذي تحل به الفدية ،ج 7 ،ص 514.

[5]– ابن قدامة ،المغني ،مصدر سابق،ج7،ص 327.

– البويهي،كشاف القناع عن متن القناع ،مصدر سابق ،ج5 ،ص219.

[6]– ابن القيم :زاد المعاد في هدى خير العباد ،المصدر السابق ،ج2 ،ص 453.

الأمر الثاني:ما ذكره ابن رشد[1]رحمه الله حيث قال :" من شبهه سائر الأعواض في المعاملات ،رأى أن القدر فيه راجع إلى الرضا و من أخذ بظاهر الحديث لم يجز أكثر من المهر ،و كأنه رآه من باب أخذ المال بغير حق"[2].

و الأرجح – و الله أعلم- رأي الجمهور بجواز أخذ الزيادة على المهر ،مادامت قبلت ذلك و كان برضاها و مع ذلك يكره أن يأخذ الزوج منها أكثر مما أعطاها إذا كانت المرأة تعجز عنه أو كان النشور من جانبه ،لأن هذا ليس من مكارم الأخلاق و هو إضرار بالمرأة.

ثانيا :مقدار العوض في ق.أ.ج

هناك حالتين : حالة الاتفاق على البدل و حالة الخلاف عليه .

لم يورد المشرع الأسري أي نص حول مقدار يدل الخلع و بالرجوع إلى المادة الوحيدة التي خصصها المشرع للخلع ،المادة 54 نجد أنّها نصت في فقرتها الأولى على أنه :" يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل مالي "[3]،ما يمكن ملاحظته على العوض في الخلع في نص المادة أنه جاء مطلق و غير مقيد و لا محدد بقيمة معينة "مقابل مالي " إذ قد يكون أقل من قيمة الصداق أو يساويه أو أكثر منه .

و يمكن القول أن المشرع و دون أن يصرح بذلك أخذ برأي جمهور الفقهاء من أن بدل الخلع لا تقدير فيه فيكون للرجل كل ما تقدمه المرأة قليلا كان أو كثيرا لتفتدي نفسها به شريطة اتفاق الزوجين على المقدار ،و هذا الشرط يفهم من الفقرة الثانية من المادة 54 التي تنص على أنه: "عند عدم اتفاق

---

[1]- ابن رشد : هو محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن أحمد بن رشيد المالكي (الشهير بابن رشد الحفيد) ،من أهل قرطبة و قاضي الجماعة بها ،ولد سنة عشرين و خمسمائة قبل وفاة القاضي جده أبو الوليد ،روى بن رشد عن أبيه أبي القاسم و استظهر عليه الموطأ حفظا و أخذ الفقه عن ابي القاسم بن بشكوال، و أبي مروان بن مسرة ،و أبو بكر بن سمحون ،و كانت الدراية أغلب عليه من الرواية و درس الفقه و الاصول و علم الكلام ،حدث و سمع منه أبو بكر بن جهور و أبو محمد بن حوط الله ،و أبو الحسن ،من مؤلفاته : بداية المجتهد و نهاية المقتصد ،الكليات في الطب مختصر المستصفى في الاصول ،توفي في سنة خمس و تسعين و خمسمائة.

- ابن فرحون : الديباج المذهب ،إلى ص 378 - -379 .

[2]- ابن رشد: بداية المجتهد و نهاية المقتصد ،المصدر السابق ، ج2 ،ص 81.

[3]- الأمر رقم 05 – 02 المؤرخ في 18 محرم 1426هـ الموافق لـ 27 فيفري 2005 المعدل و المتمم للقانون رقم 84 – 11 المتضمن قانون الأسرة الجزائري.

الزوجين على المقابل المالي للخلع يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم"[1].

فبمفهوم المخالعة عند عدم اتفاق الزوجين على المقابل المالي يفهم أن من الفقرة الأولى أن في هذه الحالة تؤول المسألة للسلطة التقديرية للقاضي لتحديد مبلغ معين كعوض للخلع سواء كان بقدر الصداق أو زيادة عليه أو أقل منه لإطلاق النص.

في حالة الخلاف بين الزوجين على مقدار الخلع في هذه الحالة الفقرة الثانية للمادة 54 صريحة فالمشرع في هذه الحالة جعل حدا لمقدار العوض و هو أن لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت الحكم و هذا يعني أن تقدير العوض في الخلع قد جعل للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع في حالة اختلاف المتخالعين في تقديره.

- **الفرع الثاني: تغيرات مبدأ الرضائية وفق الاجتهاد القضائي في مقابل الخلع**

تظهر إشكالية مبدأ الرضائية حول المال الذي تقدمه الزوجة للزوج و الذي يتحقق به الخلع ،فهنا نرى أن في حالة عدم اتفاق الزوجين على المال أو المقابل الذي تقدمه الزوجة للزوج ،أن القاضي طبقا للقانون و بنص المادة 54 من **ق.أ.ج** تفرض عليه الحكم بصداق المثل لكن يثير هذا الحكم عدة ملاحظات أساسية.

ففي هذا الحال قد يطلب الزوج مالا كبيرا، لا تقدر الزوجة على دفعه له ،أو أن الزوجة تريد دفع مال قليل لا يرضي الزوج مما ينتج نزاعا يترك أمره للقاضي الذي إمّا :

1. أن يحكم القاضي بصداق المثل و يفوق قيمة المهر الحقيقي الذي قدمه الزوج للزوجة و هذا يكون لصالح الزوج الذي يستغل القيمة الزائدة على قيمة المهر ،و هذا ما يضر بمصلحة الزوجة التي يمكنها أن تطلب تخفيض أو إلغاء القيمة الزائدة على المهر الذي أعطاها زوجها لأن المرأة في الاصل لا يمكنها أن تتوفر على هذا المقابل أو لا تستطيع دفعه مع العلن أنها كانت في خدمة الزوج و قامت بواجباتها المنزلية المختلفة ،و كان الزوج هو من يعمل و ينفق عليها ،و أنها قامت استغلال المهر لقضاء حاجياتها العائلية.

[1]- الأمر نفسه.

2. أن يحكم القاضي بصداق المثل و يكون أقل قيمة و مقدار من المهر الحقيق فهنا للزوجة أن تستغل الفرصة و تستفيد من الزيادة الناتجة عن الفرق بين المهر الذي قدمه الزوج لها و قيمة صداق المثل الاقل من المهر التي حكم بتا القاضي وقت صدور الحكم ،و يلحق الضرر بالزوج الذي من الممكن أن يطلب قيمة المهر الذي قدمه للزوجة بالحكم له بزيادة الفرق لأنه طلب المال المستحق من قدمه للزوجة بالحكم له بزيادة الفرق لأنه طلب المال المستحق من الخلع المعادل للمهر الذي قدمه و نتيجة لأن الزوجة هي من طلبت الطلاق بالخلع ،و بالتالي تتحمل ذلك المقابل[1].

فمن باب سد الذرائع حتى لا يتضرر الزوج فعلى الاقل إذا خسر زوجته لا يخسر الصداق الذي دفعه ،و يضيف المشرع في المادة 54 فقرة على النحو التالي :" إذا تبين بأن قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم تستقل عن قيمة الصداق الذي دفعه الزوج قضي القاضي باستكمال الفرق بينهما"[2].

و لا يمكن أن يقال بأن هذا إجحافا في حق الزوجة لأن المخالعة جاءت من طرفها ،و بالتالي تتحمل نتائجها ،و في المقابل فإن الطلاق الذي يأتي من الزوج للكراهية أيضا يتحمل الزوج نتائجه من دفع مؤخر المهر إن وجب النفقة و السكن في العدة ،نفقة المتعة و ما قيل هي وجهة نظر لإيجاد التوازن بين مصلحة كل من الزوجين[3] ،و من بين أهم الاجتهادات القضائية المتعلقة بمبدأ الرضائية حول المال الذي تقدمه الزوجة للزوج بحقها في الخلع نجد :

أولا: مرحلة ما قبل صدور قانون الأسرة

يتضح لنا من قرار المحكمة العليا المؤرخ في 1980/02/25 الذي يقرر على أن : " الخلع هو حل عقد الزواج نظير عوض تلتزم به الزوجة بقبولها ،و مقداره يحدد بالتراضي بين الطرفين و لا دخل للقاضي في تحديده وفقا للشريعة الإسلامية ،و بما أن القضاة تدخلوا لتحديد مقداره لحسم النزاع القائم بين الطرفين فيكونون قد أدخلوا بقواعد الشريعة الإسلامية مما يستوجب نقض قرارهم"[4].

من القرار يتضح لنا أن الخلع لا يتم إلا برضاء الزوجين حيث أنه حقيقة بالرجوع إلى القاعدة الشرعية التي تنص على أنه لا يجب على الزوج أن يجيب زوجته إلى ما تطلبه من مخالعة و بالإطلاع

---

[1]- سعوداوي صديق :تغيرات مبدأ الرضائية وفق الاجتهاد القضائي الجزائري في الطلاق بالخلع ،مرجع سابق ،ص 169.

- الرشيد بن الشويخ :شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل ،مرجع سابق ،ص 211.

[2]- الرشيد ،بن الشويخ، المرجع نفسه، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل ،مرجع سابق ،ص 212.

[3] - سعد ،عبد العزيز ،قانون الأسرة في ثوبه الجديد ،مرجع سابق ،ص 129.

[4]- القرار رقم 21305 المؤرخ في 1980/02/25 ،غرفة الأحوال الشخصية و المواريث ،نشرة القضاة لسنة 1980 ،العدد الأول ،ص 79.

على الأسباب التي بنى عليها القضاء الاستئناف قرارهم نجد أن قضاة الموضوع أقروا اتفاق الطرفين على مبدأ تحديد الخلع و أثبتوا أن الخلاف بقي قائما بينهما على تحديد مقداره فتدخلوا لحسم النزاع و حكموا بتحديد مبلغ الخلع من العوض الذي تدفعه المرأة مقابل طلاقها من زوجها و في هذا إلزام للزوج بإيجابه لطلب زوجته إلى ما تطلبه من مخالعة عير أنه يندب له ذلك و بناءا على ذلك فإن الخلع لا يتم إلا برضا الزوجين و اتفاقهما على مقدار العوض الذي تدفعه المرأة إلى زوجها مقابل طلاقها منه و هذا يتوقف على الإيجاب و القبول من كليهما و بالتالي فإن تقدير مبلغه يتوقف عليهما وحدهما و ليس للقضاة حق التدخل في تحديد مبلغه لأن العصمة بيد الرجل و هو علق لخلع على مبلغ معين فلا يجوز إجباره بمبلغ محدد لا يوافق عليه و إلا يؤول الأمر إلى تطليق زوجته عليه و هذا مخالف لغرض الشارع من الخلع و لذلك فإن تدخل القضاة لتحديد مقدار عوض الخلع يعتبر مخالفة بينه لقواعد الشرع المشار إليها أعلاه مما يستوجب معه نقض القرار المطعون فيه[1].

فقبل صدور قانون الأسرة كان مبدأ الرضائية إلزاميا قضاءا سواء كان ذلك حول مبدأ الخلع في حد ذاته أم الرضائية بين الزوجين على مقابل الخلع ،و لا يحوز للقاضي التدخل بين الزوجين في حالة عدم رضا الطرفان في الخلع سواء على مبدأ الخلع أم على المقابل المالي الذي تدفعه الزوجة للزوج لتفتدي نفسها.

و في نفس المنحنى سار قرار المحكمة العليا إذ جاء فيه :" متى كان من المقرر شرعا أن الخلع يعتبر عقدا رضائيا ،فلا يجوز حينئذ للقاضي أن يحكم به من تلقاء نفسه ،فإن القضاء بما يخالف أحكام هذا المبدأ بعد انتهاك لقواعد الشريعة الإسلامية في الخلع.

إذا كان الثابت من الحكم المستأنف و من القرار المطعون فيه أن قضاة الموضوع قد حكموا بالخلع و بتحديد مبلغه دون وقوع أي اتفاق على ذلك بين الزوجين و كان الزوج غير راضي بمبلغ الخلع المحكوم به ،و أن الزوجة طلبت على مستوى المجلس إلغاء ذلك ،فإن هؤلاء القضاة بقضائهم بالخلع تلقائيا انتهكوا قواعد الشريعة الاسلامية .

و متى كان ذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه تأسيسا على مخالفة أحكام هذا المبدأ الشرعي [2].

---

[1]- القرار رقم 21305 ،القرار السابق.

- سايس جمال : الاجتهاد الجزائري في ماة الأحوال الشخصية ،مرجع سابق ، ج1 ،ص 130.

[2]- القرار رقم 33652 ،المؤرخ في 1984/06/11 ،غرفة الأحوال الشخصية ، المجلة القضائية لسنة 1989 ،العدد الثالث ،ص 38.

و من القرار يتبين لنا أن المحكمة العليا كانت تأخذ بإلزامية موافقة الزوج على مقدار العوض ،فمبدأ الرضائية في المقابل المالي كان ضروريا في تلك الفترة .

ثانيا:مرحلة ما بعد صدور ق.أ.ج

أما بعد صدور قانون الأسرة فنص المادة 54 صريح ،إذ في حالة اتفاق الزوجين على المقدار المالي كبدل للخلع لن يتدخل القاضي في هذه الحالة أما في حالة الخلاف فالنص صريح لاجتهاد مع مورد النص ،إذ جاءت الفقرة الثانية من المادة المذكورة أعلاه أنه :"إذا لم يتفق الزوجان على المقابل المالي للخلع ،يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم".

و بهذا سارت قرارات المحكمة العليا إذ جاء في القرار المؤرخ في 1985/04/22 على أنه : "من المتفق عليه فقها في أحكام الشريعة الإسلامية ،أنه في حالة الاتفاق بين الزوجين على مبدأ الخلع و الاختلاف على مقداره فإن أمر الاتفاق بين الزوجين على مبدأ الخلع و الاختلاف على مقداره فإن أمر تقديره يعود لقاضي الموضوع ،باعتبار أن ذلك يعتبر اتفاقا على مبدأ الطلاق بالخلع و من ثم يتعين على القاضي تقديم قيمة الخلع ثم الحكم بالطلاق .

و تأكيدا لهذا المبدأ يستوجب النقض للقرار الذي يقضي برجوع الزوجة لمحل الزوجية إذ طلبت الطلاق و بخلع على مقدار صداقها و اشترط خلعا قدره 50 ألف دينار ،و رغم انصراف إرادة الطرفين إلى الطلاق بخلع و طلبهما له معا"[1].

ما يمكن ملاحظته على هذا القرار أنّه و رغم صراحة نص المادة 54 و وضوح الأمر في مقابل الخلع إلاّ أن القاضي اجتهد وفقا للشريعة الإسلامية و استند إليها ورأى أن مقدار الخلع أو مقابل الخلع في حالة عدم اتفاق الزوجين عليه يعود أمره للسلطة التقديرية للقاضي ما من شأنه أنه لا يحكم بطلاق المثل المفروض عليه طبقا للمادة 54 ،و هذا الأمر أكدته عدة قرارات للمحكمة العليا منها أيضا القرار الذي جاءفيه :"...إن الخلع يحكم به القاضي دون اشتراط رضى الزوج و عند الاختلاف في مبلغ التعويض بحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل"[2].

و ما يمكن قوله أيضا أن الاختلاف الاجتهادي في هذا الميدان ضروري جدا بالنسبة لنص المادة 54 التي تثير إشكالية رضا كلا من الزوجين بالحكم الصادر من طرف القاضي في حالة الخلاف في مقابل الخلع ،بحيث يرى أحد الزوجين أن مقدار الخلع الذي حكم به القاضي لا يستجيب للعدالة

[1]- القرار رقم 36709 المؤرخ في 1985/04/22 ،غرفة الأحوال الشخصية ،المجلة القضائية لسنة 1989 ،العدد الأول ،ص 92

[2]- القرار رقم 103793 ،المؤرخ في 1994/04/19 ،غرفة الأحوال الشخصية ،نشرة القضاة لسنة 1997 ،العدد 51 ،ص 96.

بينهما سواء من جهة الزوج أو الزوجة[1] ،و بالتالي يمكن للمشرع أن يتدارك هذا الأمر بتعديل نص الفقرة 02 من المادة 54 من ق.أ.ج،و يصنع حدا للاجتهادات غير المستقرة و يراعي مدى مساواة مقدار الخلع الذي يحكم به القاضي بالنسبة للمهر الذي قدمه الزوج لزوجته.

- **الفرع الثالث:حكم الخلع من غير البدل**

اختلف الفقهاء في صحة إيقاع الخلع دون عوض على الأقوال التالية :

- **القول الأول** :هو خلع و هو قول مالك[2]،لأن عدم حصول العوض في الخلع لا يخرجه عن مقتضاه ،و أصل ذلك إذا خلع بحمير أو خنزير .
- **القول الثاني** :يكون طلاقا رجعيا و هو قول الشافعي[3]و رواية عن أحمد ،و قيل بأنه الرواية الصحيحة عن مالك لأنه طلاق عرا عن عوض و استيفاء عدد فكان رجعيا كما لو كان بلفظ الطلاق.

و استدلوا بقولهم :" أنه قطع للنكاح ،فصح من غير عوض ،كالطلاق ،و أن الأصل في مشروعية الخلع أن توجد من المرأة رغبة عن زوجها ،و حاجة إلى فراقه ،فتسأله فراقها فإذا أجابها حصل المقصود من الخلع ،فصح كما لو كان بعوض.

- **القول الثالث** :لا يصح الخلع إلاّ بعوض و هو قول أبي حنيفة[4]فإذا قال لها : اخلعي نفسك ،فقالت: خلعت نفسي ،لم يكن خلعا إلاّ على شيء ،إلا أن يكون نوى الطلاق ، فيكون ما نوى و إن لم ينوي الطلاق لم يكن شيئا.

---

[1]- سعوداوي ،صديق ،تغيرات مبدأ الرضائية وفق الاجتهاد القضائي الجزائري في الطلاق بالخلع ،مرجع سابق ،ص 170.

[2]- القرطبي :أحكام القرطبي ،مصدر سابق ،ج3 ،ص 145.

- ابن عبد البر :الكافي في فقه أهل المدينة ،مصدر سابق ،ج2 ،ص 593.

[3]- ابن قدامة ، المغني ، مصدر سابق ،ج7 ،ص 257.

- ابن قدامة :المغني ،المصدر نفسه ، ج7 ،ص 25.

[4]- السرخسي :المبسوط،مصدر سابق ،ج2 ،ص 189 و ما بعدها.

- الحصكفي :الدار المختار ،شرح تنوير الابصار ،مصدر سابق ،ج1 ،ص 234.

ابن عابدين ،الدار المختار و حاشية ابن عابدين ،(رد المختار)،مصدر سابق ،ج3 ،ص439.

و الأرجح في المسألة هو اعتبار رضا الزوج بذلك ،فإن رضي بالخلع من غير بدل كان خلعا ،و هذا يتفق مع المصلحة الشرعية في إتاحة الفرصة للمراجعة ،بخلاف اعتباره طلاقا ،لأن الخلع لا يعتبر من عدد الطلاق ،فيحصل الفسخ مع بقاء فرص التطليق[1].

أما قانونا فإذا رجعنا إلى نص المادة 54 من قانون الأسرة نجد أن المشرع نص على أنه :" يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل مالي ... "فنص المادة صريح و لا غموض فيه أن الخلع يقع بمقابل مالي و بمفهوم المخالعة عدم وجود مقابل مالي يؤدي حتما إلى عدم وجود الخلع و حتى في حالة الخلاف بين الزوجين في مقدار العوض فيرجع هنا الأمر للسلطة التقديرية للقاضي لتحديده بقيمة صداق المثل وقت صدور الحكم أما وقوع الخلع قانونا دون عوض فهذا غير ممكن في القضاء الجزائري و يمكن أن تدعم هذا الكلام بالمعمول به قضاءا إذا جاءت بعض القرارات مؤكدة إلزامية وجود العوض في الخلع ،حيث قضى القرار المؤرخ في 2006/10/11 بأنه :" و القاضي ملزم بالحكم به عند النطق بالطلاق خلعا سواء اتفق الطرفان عليه أم اختلفا"[2].

بالرجوع إلى الأوجه التي بنى عليه طعن القرار و نقضه حيث أن القرار المنتقد لما قضى بالخلع بناء على طلب احتياطي من المطعون ضدها و دون أن تعرض على زوجها بدل الخلع قد أساء تطبيق القانون بل و خالفه لأن الخلع في الأصل لا يطالب به بصفة احتياطية هذا من جهة و من جهة أخرى فإن كل امرأة تطالب بالخلع عليها وجوبا عرض مبلغ مالي مقابله و تبعا لذلك لا يمكن القضاء بحفظ بدل الخلع لأن القاضي ملزم بالقضاء به يوم النطق بطلاق خلعا سواء اتفق الطرفان عليه أم اختلفا طبقا لأحكام المادة 34 من ق أ و لما قضى قضاة الموضوع بمجلس تيزي وزو و بخلاف ذلك فإن قضاءهم جاء منسوبا بالقصور في الأسباب و انعدام الأساس القانوني ،الأمر الذي يتعين معه نقضه و إبطاله.

- **الفرع الرابع:الخلع على الحقوق الزوجية**

اختلف الفقهاء في كون العوض هو تبرئة المرأة زوجها من حقوقها ،كأن تبرأه من نفقة حملها ،أو من رضاع ولدها أو تقول له :طلقني و أنا برئتك من حقوقي ،أو أنا آخذ الولد بكفالته و أبرئك من نفقته و نحو ذلك على القولين :

[1]- أبو لحية نو الدين ،حق الزوجين في حل عصمة الزوجية ،مرجع سابق ،ص 252.

[2]- القرار رقم 365244 المؤرخ في 11/ 10/ 2006 ،غرفة الأحوال الشخصية ، مجلة المحكمة العليا لسنة 2007 ،العدد الأول ،ص 467.

- **القول الأول** :عدم صحة الخلع على ذلك ،و هو قول ابن حزم ،قال ابن حزم في بيان وجه الاستدلال : " لا يجوز الخلع على أن تريه من نفقة حملها أو من رضاع ولدها و كل ذلك باطل ،لأنه غير معلوم القدر و قد يزيد السعر ،و قد ينقص ،و لأنه لم يجب لها بعد فإذا خالعتها بما لا تملكه باطل و ظلم"[1].
- **القول الثاني** :إنّه يصح الخلع على ذلك و هو قول جماهير العلماء[2]و من الأدلة على ذلك.

1. أن الرضا مما يصح الاستئجار عليه لقوله تعالى :" **فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ** .." [3]
2. . فيصح أن يصح بدل الخلع.
3. أن نفقة حملها و رضاع ولدها و نفقته قد انعقد سبب وجوده و جوازه.
4. أنّه يصح الخلع بالمعدوم الذي ينتظر وجود كما تحمل أمتها و شجرها[4].

و نرى أن الارجح في المسألة و الله أعلم أن الخلع على هذا صحيح لأن الشرع اعتبر في مثل هذا تراضي الطرفين ،و قد ذكرنا أن الخلع لا يختلف عن الطلاق ،فالمطلق قد افتدى من زوجته بالمهر و الزوجة تفتدي من زوجها بعوض الخلع و بما أن المهر يصح أن يكون منفعة بنص القرآن الكريم في قصة موسى مع الشيخ الصالح فإن عوض الخلع و هو نظير المهر يصح أن يكون كذلك[5].

❖ المبحث الرابع: آثار المترتبة على فرقة الخلع

لابد أن الخلع يترتب عليه عدة آثار أولها و أظهرها هو وقوع الفرقة بين الزوجين، لهذا سنتطرق الى هذه النقطة في المطلب الاول الذي قسمته الى فرعين الاول نخص به ذكر آراء الفقهاء على نوع الفرقة التي هي نقطة إشكال ،أما الفرع الثاني فسنتطرق من خلاله الى نوع الفرقة قانونا و قضاءا.

---

[1]- ابن حزم : المحلي ،مصدر سابق ،ج9 ،ص 526.

[2]- ابن تيمية ،الفتاوى الكبرى ،مصدر سابق ،ج 3 ،ص 336.

- الكسائي : بدائع الصنائع ،ج3 ،ص 150.

- مالك :المدونة ،مصدر سابق ،ج2 ،ص 248.

- الشافعي :الأم ،مصدر سابق ،ج5 ،ص 215.

- ابن قدامة : المغني ،مصدر سابق ،ج7 ،ص 328.

[3]- سورة الطلاق،الآية 06.

[4]-أبو لحية نور الدين :حق الزوجين في حل عصمة الزوجية ،مرجع سابق ،ص 253.

[5]- المرجع نفسه ،ص 256.

أما في المطلب الثاني فقد خصصته لبيان عدة المختلعة شرعا و قانونا و هذا في فرعين.

➢ **المطلب الاول: نوع الفرقة فقها و قضاءا**

- **الفرع الاول: في نوع الفرقة بين الزوجين**

فالخلع تقع الفرقة بين الزوجين إذ هي المقصود منه ،و لأجلها بذلت المرأة مالها ،و قد اختلف الفقهاء في نوع الفرقة الواقعة بين الزوجين بسبب الخلع و ذلك على ثلاثة آراء نعرضها فيما يلي :

- **الرأي الأول**:يرى أصحاب هذا الرأي أن الخلع طلاق بائن و هو ما قال به أبو حنيفة[1] و مالك [2]و الشافعي[3] و رواية عن الإمام أحمد[4] و روى ذلك عن كثير من التابعين كسعيد بن المسيب ،و الحسن و عطاء ،كما روى عن عثمان و علي و ابن مسعود من الصحابة .
- **الرأي الثاني** :و يرى أصحاب هذا الرأي أن الفرقة الواقعة بالخلع طلاق رجعي ،فللزوج أن يراجع زوجته في العدة على أنه يرد عليها ما أخذ منها و هو رأي الظاهرية[5].
- **الرأي الثالث** :يرى أن الخلع فسخا و ليس طلاقا ،و يذهب إلى ذلك الإمام أحمد بن حنبل في رواية عنه و الشافعي [6] في القديم ،و روى عن ابن عباس و به قال طاووس و عكرمة و إسحاق و أبو ثور .

و استدل الجمهور على أن الخلع طلاقا لا فسخ بما يأتي :

أولا من الكتاب:

قوله تعالى : " ﴿فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَٰنٍ﴾ "[7]

---

[1]- السرخسي :المبسوط ،ج6 مصدر سابق ،ص 171.

[2]- ابن رشد :بداية المجتهد ،ج2مصدر سابق ،ص 83.

[3]- الشافعي :الأم ،مصدر سابق ،ج5 ،ص 275.

[4]- البويهي :كشاف القناع عن متن القناع ،مصدر سابق ،ج5 ،ص216.

[5]- ابن حزم ،المحلى بالآثار مصدر سابق ،ج9،ص517

[6]- ابن قدامة ،المغني ،مصدر سابق ،ج7،ص 328.

- الشيرازي : المهذب ،ج2 مصدر سابق ،ج2،ص 492.

[7]- سورة البقرة ، الآية 229 .

ثم ذكر حكم الافتداء المراد به الخلع فقال :"﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا ٱفْتَدَتْ بِهِۦ﴾ "[1]إلى أن قال تعالى:" ﴿فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُۥ مِنۢ بَعْدُ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُۥ﴾"[2].

فذكر المولى عز وجل الخلع بين طلاقين فهو ملحق بهما [3].

و ذكر حكم ما يترتب على الطلقة الثالثة من غير أن يذكرها و فقال " ... حتى تنكح زوجا غيره ..." ،فدل ذلك على أن الخلع هو الثالثة[4].

ثانيا :من السنة

1. ما رواه البخاري في صحيحه على الطلقة الثالثة عن ابن عباس رضي الله عنه أن امرأة ثابت بن قيس أتت النبي صلى الله عليه و سلم فقالت : يا رسول الله ،ثابت ابن قيس ما أعيب عليه في خلق و لا دين و لكني أكره الكفر في الإسلام ،فقال رسول الله صلى الله عليه و سلم أتردين عليه حديقته ،فقالت :نعم ،قال رسول الله صلى اله عليه و سلم :اقبل الحديقة و طلقها تطليقة"[5].

فقد صرح الحديث الشريف بلفظ الطلاق و ليس فيه ما يدل على أن الخلع نفسها فكان دليلا على الخلع طلاق لا فسخ.

2. ما رواه الدارقطني في سننه عن عكرمة عن ابن عباس أن النبي صلى الله عليه و سلم جعل الخلع تطليقة بائنة[6] ،استدل من قال بأن الخلع فسخ بالكتاب و السنة و عمل الصحابة .

أولا :من الكتاب

فقد قال الله سبحانه و تعالى في كتابه الكريم : ﴿فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ﴾ ،فقد وردت هذه الآية بعد قوله تعالى :" **الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ**

---

[1]- سورة البقرة ، الآية 229.

[2]- سورة البقرة ، الآية 230

[3]- الجصاص : أحكام القرآن ،مصدر سابق ،ج1 ،ص 473 و ما بعدها.

[4]- القرطبي :تفسير القرطبي، مصدر سابق ،ج2 ،ص 952.

[5]- سبق تخريجه أنظر الرسالة ص 124.

[6]- رواه الدار قطبي :و قال إنه متروك ،كتاب الطلاق ،باب الطلاق و الخلع و الإيلاء و غيره، سنن الدارقطبي، المصدر السابق، ج 5، ص38 .

- العظيم أبادي : التعليق المغني على الدارقطيني بديل سنن الدارقطني ،المصدر السابق ، ج4 ،ص 46.

بِإِحْسَانٍ[1]"و بعد ذكر الخلع في قوله تعالى : " **فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ**... "[2]و معنى ذلك أن تكون هناك طلاق رابع إذا اعتبرنا الخلع طلاقا ،فاقتضى ذلك أن يكون فسخا لا طلاق[3]، أي أنهم استندوا إلى نفس الآية الكريمة ،و لكنهم رأوا أن الله تعالى قد ذكر الطلقة الثالثة في قوله :" **فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ**... "فيكون الخلع بخلاف الطلاق[4].

ثانيا :من السنة و عمل الصحابة

1. روي في حديث ثابت بن قيس أن النبي صلى الله عليه و سلم قال لثابت خذ الذي لها عليك و اخلي سبيلها ،فقال :نعم ،فأمرها الرسول صلى الله عليه و سلم أن تتربص بنفسها حيضة واحدة و تلحق بأهلها[5] ،فعل الحديث على أن الخلع لا يترتب عليه وجوب العدة و إنّما الاستبراء بحيضة واحدة و لو كان طلقا لأمرها أن تعتد عدة الطلاق[6]كما أن لفظ :"اخلي سبيلها "تفيد بأن الخلع ليس بطلاق[7]كما أن لفظ " اخلي سبيلها " تفيد بأن الخلع ليس بطلاق [8].

قال ابن القيم :" إن الله رتب الطلاق بعد الدخول الذي لم يستوف عدده ثلاثة أحكام ،كلها منتفية عن الخلع ،أحدها أن الزوج أحق بالرجعة فيه.

2. أنه محسوب من ثلاث ،فلا تحل بعد استيفاء العدد إلا بعد زوج و إصابة.

3. أن العدة فيه ثلاثة قروء ،و قد تبث في النص و بالإجماع أنه لا رجعة في الخلع و ثبث في السنة و اقوال الصحابة أن العدة فيه حيضة واحدة ،و ثبت بالنص جواز طلقتين ،و وقوع ثالثة بعده ،و هذا ظاهر جدا في كونه ليس بطلاق[9] ،و بعد عرض أقوال الفقهاء في المسألة و عرض أدلتهم يتضح أن

---

[1]- سورة البقرة ،الآية 229.

[2]- سورة البقرة ،الآية 229.

[3]- القرطبي :تفسير القرطبي ،مصدر سابق ،ج 6 ،ص 186.

[4]- محمد ،سامح عبد الكريم ،الخلع كما شرعه الاسلام ،مرجع السابق ،ص 225 .

[5]- رواه النسائي ،كتاب الطلاق ،باب عدة المختلعة ،سنن النسائي ،تحقيق عبد الفتاح أبو غدة مكتبة المطبوعات الاسلامية ،حلب ،ط2 ،14.

[6]- الشوكاني :نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار ،من أحاديث سيد الأخيار ،مصدر سابق ،ج 6 ،ص 292.

- ابن القيم : زاد المعاد في هدى خير العباد ،المصدر السابق ،ج2 ،ص 454.

[7]- الشوكاني :نيل الأوطار مصدر سابق ، ج6 ،ص 249 – 250 .

- ابن القيم : زاد المعاد في هدي خير العباد ،المصدر السابق ،ج2 ،ص 454.

[8]- الشوكاني :نيل الأوطار ،مصدر سابق ،ج6 ،ص 292.

[9]- ابن القيم : زاد المعاد في هدي خير العباد ،المصدر السابق ، ج2 ،ص 455.

الراجح – و الله أعلم –ما ذهب إليه الجمهور من أن الخلع طلاق ينقص عدد التطليقات التي للرجل على زوجته و ذلك لصحة ما ذهبوا إليه و ما استدلو به[1].

و نرى أنه بائنا و ليس رجعيا و نضعف الرأي القائل بأنه طلاق رجعي كما ضعفه شيخ الإسلام ابن تميمية فقال : "إن مقصود الافتداء لا يحصل إلا مع البنيوية و لهذا كان حصول البنيوية بالخلع مما لم يعرف فيه خلاف بين المسلمين"[2].

- **الفرع الثاني :نوع الفرقة قانونا و قضاء.**

أولا: موقف المشرع الجزائري

لم ينص المشرع الجزائري بنص صريح على نوع الفرقة الواقعة بالخلع لكن يمكن أن نستشف ذلك من خلال استقرائنا لنصوص بعض المواد من أن الخلع قانونا يعد طلاقا[3]و ليس فسخا إذا جاءت المادة 33 [4]و المادة 34 [5]من **ق.أ.ج** تعدان أسباب فسخ النكاح و لا وجوب للخلع كسبب من أسباب الفسخ في متن المادتين السابقتين الذكر.

و زد على ذلك ما جاء في نص المادة 48 من نفس القانون أنه : " يحل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين 53 و 54

---

[1]– قد وجدنا من العلماء المحدثين من يميل إلى اعتبار الخلع فسخا و ليس طلاقا وفقا للمعتمد من مذهب الغمام أحمد بن حنبل و هو ما رجحه سيخ الإسلام ابن تميمة و تلميذه ابن القيم ،كما وجدنا من وافق الجمهور فيما ذهبوا إليه و منهم فضيلة الشيخ علي الخفيف رحمه الله الذي رجح كون الخلع طلاقا لا فسخا غير أنه عاد و قرر أنه " و لعل الأرفق بالناس أن يعد الخلع فسخا لا طلاقا "حتى لا يحتسب من عدد الطلقات.

– عبد الكريم زيداني :المفصل في أحكام المرأة ،مرجع سابق ،ج8 ،ص 22.

– علي الخفيف : فرق الزواج في المذاهب الإسلامية ،مرجع سابق ،ص 177.

[2]– ابن تيمية :الفتاوى الكبرى ،المصدر السابق ،ج3 .

– و إن كان الإمام ابن تيمية يرى أن الخلع فسخا و ليس طلاق بحال لا رجعيا و لا بائنا.

[3]– عبد العزيز سعد :الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري ،مرجع سابق ،ص 252. .

[4]– المادة 33 مكرر : " يبطل الزواج إذا اختل ركن الرضا ،و إذا تم الزواج بدون شاهدين أو صداق أو ولي في حالة وجوبه يفسخ قبل الدخول و لا صداق فيه ،و يتبث بعد الدخول بصداق المثل.

[5]– المادة 34 :"كل زواج بإحدى المحرمات يفسخ قبل الدخول و بعده ".

– الأمر رقم 05 – 02 المؤرخ في 18 محرم 1426هـ الموافق لـ 27 فيفري 2005 المعدل و المتمم للقانون رقم 84 – 11 المتضمن قانون الأسرة الجزائري .

من هذا القانون "[1]و عليه يفهم من هذه النصوص القانونية أن المشرع الجزائري اعتبر الخلع طريقا من طرق الطلاق ،و لم يعتبره فسخا ،و هذا ما كرسه القضاء حيث ثبت في قرارات المحكمة العليا على أنها اعتبرت الخلع ما هو إلاّ طلاق إذ جاء في القرار المؤرخ في 25 /02 /1980 " الخلع هو عقد الزواج نظير العوض ... "[2]و حل عقد الزواج بالمفهوم القانوني هو الطلاق بإحدى الطرق السالفة الذكر .

كما أكد ذلك قرار آخر إذ قضى : " الطلاق على مال لا يفرض على الزوجة كما لا يفرض على الزوج إذ الخلع شرع لمعالجة حالات ترى فيها الزوجة أنها غير قادرة على البقاء مع زوجها فتعرض عليه مالا لمفارقتها إن قبل تم الخلع و طلقت منه"[3].

فما يلاحظ على هذا القرار و القرار السابق نجد أن المحكمة العليا للقضاء الجزائري يعتبرون الخلع طلاقا و نوع من أنواع الفرقة بين الزوجين و ليس فسخا و في هذا اتباعهم لرأي جمهور الفقهاء.

و يعتبر الطلاق بائنا و ليس رجعيا في **ق.أ.ج** استنادا لنص المادة 50 التي تنص على أنه : "من راجع زوجته أثناء محاولة الصلح لا يحتاج إلى عقد جديد و من راجعها بعد صدور الحكم بالطلاق يحتاج إلى عقد جديد"[4].

و ما يمكن استنباطه أن الخلع يعتبر طلاقا بائنا ببينونة صغرى لأن الخلع لا يثبت إلا بحكم قضائي ،إلاّ أنه إذا تمت المخالعة و قد طلقها من قبل فكان الخلع مكملا للثلاث فهناك يكون الطلاق بالخلع بائنا ببينونة كبرى و هذا ما يمكن أن ندرجه تحت أحكام المادة :"51 من ق.أ. التي جاءت تنص :"لا يمكن أن يراجع الرجل من طلقها ثلاث مرات متتالية إلاّ بعد أن تتزوج غيره و تطلق منه أو يموت عنها بعد البناء[5].

و اعتبر القضاء الجزائري الطلاق بالخلع طلاقا بائنا حيث قضت المحكمة العليا في قرار لها أنه :" الطلاق البائن هو الذي يقع ما قبل الدخول أو يقع بناء على عوض تدفعه الزوجة لزوجها للتخلص من الرابطة الزوجية معه ،وكذلك الطلاق الذي يوقعه القاضي بناء على طلب الزوجة لدفع الضر عنها و حسم

---

[1]- الأمر نفسه.

[2]- ملف رقم 21305 المؤرخ في 1980/02/25 المحكمة العليا ،غرفة الأحوال الشخصية ،نشرة القضاء لسنة 1980. ،العدد الأول ،ص 79.

[3]- ملف رقم 26709 المؤرخ في 1982/02/08 ،المحكمة العليا ،غرفة الأحوال الشخصية ،نشرة القضاء لسنة 1982 ،عدد خاص ،ص 258.

[4]- القانون رقم 84 – 11 المؤرخ في 09 رمضان 1404هـ الموافق لـ 08 جوان 1984 م المتضمن قانون الأسرة الجزائري.

[5]- القانون نفسه.

النزاع بينهما و بين زوجها ،و أن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا لأحكام و مبادئ الشريعة الإسلامية ... "[1]

و عليه فإن القضاء سار على اعتبار الخلع طلاقا بائنا.

➢ المطلب الثاني :بيان عدة المختلعة

الخلع فرق ينحل بها عقد الزواج ،و من أحكامها العدة ،فهل تعتد المختلعة ثلاثة قروء أم حيضة واحدة؟ اختلف الفقهاء في المسألة على مذهبين :

- **الفرع الأول :عدة المختلعة شرعا**
  - **المذهب الأول :**

عدة المختلعة كعدة المطلقة ثلاثة قروء ،و هو قول الحنفية[2] و المالكية[3] و الشافعية [4]و رواية عن أحمد[5] و إليه ذهب ابن حزم الظاهري[6].

و استدل أصحاب هذا المذهب لصحة قولهم بما يلي :

1. من الكتاب :

قوله تعالى :" ﴿وَٱلۡمُطَلَّقَٰتُ يَتَرَبَّصۡنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَٰثَةَ قُرُوٓءٖ﴾ "[7].

---

[1]- القرار رقم 39463 المؤرخ في 1986/02/10 ،المحكمة العليا ،غرفة الأحوال الشخصية ،المجلة القضائية لسنة 1989 العدد الأول ،ص 115.

[2]- انظر ابن الهمام :فتح القدير ،مصدر سابق ، ج4 ،ص 191.

[3]- انظر القاضي عبد الوهاب :المعونة ، على مذهب علم المدينة ،تحقيق حميش عبد الحق ،المكتبة التجارية ،مصطفى أحمد الباز مكو المكرمة ،ج1 ،ص 439.

- القرطبي :الجامع لأحكام القرآن ،ج3 ،ص 96.

[4]- انظر الخطيب الشربيني :مغني المحتاج ،ج3 ،ص 350.

[5]- انظر ابن القيم :زاد المعاد ،ج2 ،ص 454.

- ابن قدامة :المغني ،مصدر سابق ،ج8 ،ص 97.

[6]- انظر ابن حزم :المحلي ،مصدر سابق ،ج9 ،ص 517-518.

[7]- سورة البقرة ،الآية 228.

وجه الدلالة :تنص الآية على أن عدة المطلقات ثلاثة قروء ،و الخلع طلاق فتدخل المختلعة في عموم الآية الكريمة و هو دليل على أن عدة المختلعة كعدة المطلقة[1].

2. من السنة :

ما روى عن ابن عمر أنه قال : " عدة المختلعة عدة المطلقة"[2].

وجه الدلالة :نص الأثر صريح في أن عدة المختلعة هي نفس عدة المطلقة إذ لا فراق بينهما[3]

- **المذهب الثاني :**

عدة المختلعة حيضة واحدة ،و هو قول عثمان و ابن عمر ،و ابن عباس[4]و هو المعتمد عند الحنابلة[5]و ابن تيمية و ابن القيم[6] ،و استدل أصحاب هذا المذهب بما يلي :

1. ما ورد أن امرأة ثابت بن قيس اختلعت منه "فجعل النبي صلى الله عليه و سلم عدتها حيضة"[7].

وجه الدلالة :جعل الرسول صلى الله عليه و سلم عدة المختلعة حيضة واحدة و سماها عدة"[8].

2. ما روى أن الربيع بنت معود[9] اختلعت على عهد النبي صلى الله عليه و سلم فأمرها النبي صلى الله عليه و سلم أو أمرت أن تعتد بحيضة"[1].

---

[1]- ابن الهمام :فتح القدير،مصدر سابق ،ج4 ،ص 191 .

- القرطبي : الجامع لأحكام القرآن ،مصدر سابق ،ج3 ،ص 96.

[2]- رواه أبو داوود في سننه ،كتاب الطلاق ،باب الخلع ،مصدر سابق ،الحديث رقم 2230 ،ج2 ،ص 269.

[3]- ابن الهمام :فتح القدير، مصدر سابق ،ج4 ،ص 191.

[4]- انظر ابن حزم :المحلي ،مصدر سابق ،ج7،ص330.

- ابن الهمام :فتح القدير ،ج2 ،ص 545.

[5]- انظر ابن قدامة :المغني ،ج7 ،ص 300.

[6]- انظر ابن القيم :زاد المعاد في هدى خير العباد ،المصدر السابق ،ج2 ،ص 454.

[7]- رواه أبو داوود في سننه ،الحديث رقم 2229 ،كتاب الطلاق ،باب الخلع ،ج2 ،269 .

[8]- ابن الهمام :فتح القدير ،ج4 ،ص 191.

- ابن قدامة ،المغني ،مصدر سابق ،ج8 ،ص 97.

[9]- الربيع بنت معود :هي الربيع بنت معوذ بن عقبة بن حزام بن جندب الأنصاري النجاري من بني عدي بن النجار ،كانت من المبيعات بيعة الشجرة ،روت عن النبي صلى الله عليه و سلم ،زوجها إياس بن بكير الليثي ،روت عنها ابنتها عائشة بنت أنس بن مالك و سليمان بن يسار و أبو سلمة بن عبد الرحمن و نافع مولى بن عمر ... ،روى عنها أهل المدينة كانت ربما غزت مع رسول الله صلى الله عليه و سلم.

وجه الدلالة :أمر الرسول صلى الله عليه و سلم أن تعتد بحيضة واحدة لما اختلعت من زوجها"[2].

3. لا رجعة للزوج على المختلعة ،فاعتدادها بحيضة واحدة هو مقتضى قواعد الشريعة ،لأن العدة إنّما جعلت ثلاث حيض ليطول زمن الرجعة فيتروى الزوج و يمكّن من الرجعة في مدة العدة ،فإن لم يكن رجعة ،فالمقصود براءة الرحم من الحمل فقط ،و يكفي فيه حيضة كالاستبراء ،و هو دليل على أن عدة المختلعة حيضة واحدة فقط[3].

لعل الراجح و الله أعلم رأى جمهور القائل أن العدة المختلعة ثلاثة قروء بما يلي :

1.أن هذا قول الغالبية الكثيرة من الصحابة – رضي الله عنهم- .

2.ضعف الأحاديث التي استند إليها الفريق الآخر ،و عدم صحة الاستدلال بعضها .

3.إن قول ابن عمر :أن عدة المختلعة حيضة واحدة فغير ثابت ،بل الثابت أنه قال :" إن عدة المختلعة هي عدة المطلقة " و هو القول الأصح من أقواله[4].

- **الفرع الثاني :بيان عدة المختلعة قانونا**

لم ينص المشرع الجزائري في قانون الأسرة على نص صريح حول عدة المختلعة ،و لكن باعتبار ما بيّناه فيما سبق من القانون و ما كرسه القضاء هو اعتبار الخلع طلاق بائن ،فإن عدة المختلعة يمكن أن تسقط عليها المادة المتعلقة بعدة المطلقة[5]حيث نصت المادة 58[1] من ق.أ.ج على أن المطلقة

- ينظر :ابن حجر العسقلاني :الإصابة في تمييز الصحابة ،مصدر سابق ،ج4 ،ص 293 – 294.

- ابن عبد البر :الاستيعاب في أسماء الأصحاب على هامشه ،الإصابة في تمييز الصحابة ،مصدر سابق ،ج4 ،ص 301 .

[1]- رواه الترميذي عن سليمان ،بن يسار ،و عن ابن عباس ،قال أبو عيسى ،حديث الربيع أنها أمرت أن تعتد بحيضة.

- ينظر :الترميذي :كتاب الطلاق و اللعان ،باب ما جاء في الخلع سنن الترميذي ،دار الفكر (د ،ت) ،ج2 ،ص 401.

-كما رواه ابن ماجة في سننه عن سليمان بن يسار ،كتاب الطلاق ،باب عدة المختلعة ،سنن ابن ماجة ،تحقيق فؤاد عبد الباقي ،دار إحياء الكتب العربية ،ج1 ،ص 663.

[2]- ابن الهمام :فتح القدير ، مصدر سابق ،ج4 ،ص 191.

- ابن قدامة ،المغني ،مصدر سابق ،ج7 ،ص 383.

[3]- ابن القيم :زاد المعاد في هدى خير العباد ،المصدر السابق ،ج2 ،ص 454.

[4]- انظر :ابن قدامة :المغني ،المصدر السابق ،ج7 ،ص 300.

[5]- صالحي سمية :الخلع فقها و قانونا و قضاءا ،دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي ،مذكرة مكملة لنيل شهادة الماجستير في الشرعية و القانون ،تخصص الأحوال الشخصية ،إشراف د. سعاد سطحي ،كلية أصول الدين و الشرعية و الحضارة الإسلامية ،قسم الشريعة و القانون ،جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية ،قسنطينة ،نوقشت 2008/05/26 ،السنة الجامعية 2007 -2008 ،ص 130 .

المدخول بها غير الحامل عدتها ثلاثة قروء و عليه ،فإن عدة المختلعة هي ثلاثة قروء كعدة المطلقة – و الله أعلم – .

➢ المطلب الثالث :سلطة القاضي في إيقاع الخلع و مدى مسؤولية المختلعة بإساءة استعمال حقها في الخلع

إذا كان الأصل في الخلع أن يقع بالتراضي بين الزوجين و اتفاقهما فهل يشترط الفقهاء دورا للقاضي في مسألة الخلع سواء كان هذا الدور على سبيل الرقابة ،أي وقوع الخلع أمامه و بحضوره أم أن دوره أكبر من ذلك كأن يشترط لصحة الخلع ضرورة إيقاعه أمام القاضي .فهل يترتب على الخلع آثار بمجرد المخالعة أم لابد من الترافع إلى القاضي ليفصل فيه؟ و ما مدى مسؤولية المختلعة في إساءة حقها في الخلع؟

• الفرع الاول: سلطة القاضي في إيقاع الخلع

أولا :سلطة القاضي في إيقاع الخلع فقها

اختلفت الآراء الفقهية في هذه المسألة ،و يمكن حصرها في قولين :

- **القول الأول :**

و حاصله أن الخلع يصح بدون حكم ،كما يصح إذا وقع أمام الحاكم ،و بالتالي يقع صحيحا و لا يتوقف صدوره من الحاكم أو أمامه ،فالخلع لا يحتاج إلى الترافع أمام القضاء بل يكفي اتفاق الزوجين عليه و على العوض ،و هذا ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من الحنفية [2] و المالكية [3] و الحنابلة [4] و الظاهرية [5].

و استدلوا لما ذهبوا إليه بما يلي :

أولا :من القرآن

---

[1]– القانون رقم 84 /11 المؤرخ في 09 رمضان 1404هـ الموافق لـ 08 جوان 1984م المتضمن قانون الأسرة الجزائري.

[2]– السرخسي :المبسوط ،مصدر سابق ،ج6 ،ص 173.

[3]– ابن عبد البر :الكافي في فقه أهل المدينة المالكي ،مصدر سابق ،ج2 ،ص 593.

[4]– ابن قدامة :المغني ،مصدر سابق ،ج7 ،ص 324.

[5]– ابن حزم :المحلي ،مصدر سابق ،ج90 ،ص 511.

يستفاد من قوله تعالى ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا ٱفْتَدَتْ بِهِۦ﴾ "[1]،إباحة الأخذ من الزوجة بالتراضي من غير سلطان[2].

ثانيا من السنة :

كما أخرج البخاري في صحيحه أن عمر بن الخطاب و عثمان- رضي الله عنهما – أجاز الخلع دون سلطان[3].

ثالثا من المعقول :

الخلع معاوضة لا يحتاج إلى قاضي بل يقوم على اتفاق الطرفين ،و قد جاءت الكثير من النصوص و أقوال الفقهاء دالة على ذلك حيث قالوا :إن كيف الخلع على أنه عقد معاوضة فهو كالبيع ،و إن كيف على أنه فسخ بالتراضي كان كالإقالة و كل من البيع و الإقالة لا يحتاج إلى حكم حاكم.

كما للزوج ولاية إيقاع الطلاق و للزوجة ولاية التزام العوض ،فلا معنى لاشتراط حضور القاضي في هذا العقد لأنه يعتمد على التراضي كسائر العقود[4].

القول الثاني :

لا يكفي لوقوع الخلع مجرد اتفاق إرادة الزوج و الزوجة استقلالا ،بل يجب أن يترافعا إلى القاضي و الذي يقضي بوقوع الخلع[5]و هذا ما قال به جماعة من التابعين منهم سعيد بن جبير[6]و الحسن البصري[1] ابن سرين[2].

---

[1]- سورة البقرة ،الآية 229.

[2]- ابن حجر :فتح الباري شرح صحيح البخاري ،مصدر سابق ،م2 ،ص 1092.

[3]- المصدر نفسه ،م2 ،ص 1092 – 1093 .

[4]- السرخسي :المبسوط ،المصدر السابق ،ج6،ص 173.

- الدسوقي :حاشية الدسوقي ،المصدر السابق ،ج2،ص 347.

- ابن قدامة :المغني ،المصدر السابق ،ج7 ،ص 324.

- الشافعي :الام ،المصدر السابق ،ج 5 ،ص 123.

[5]- الجصاص : أحكام القرآن ، مصدر سابق ،ج1 ،ص 395.

- الكسائي :بدائع الصنائع ،مصدر سابق ،ج5 ،ص 151 و ما بعدها.

- ابن قدامة ، المغني ، مصدر سابق ،ج 7 ،ص 324.

[6]- سعيد ابن جبير أبو عبد الله سعيد بن جبير بن هشام الكوفي المقرئ المفسر الفقيه المحدث أحد أعلام مولى بن الحارث من بني أسد ،توفي 95هـ قتله الحجاج و له تسعة و أربعين سنة .

و استدلوا لما ذهبوا إليه بما يلي :

قوله تعالى :" ﴿فَإِنۡ خِفۡتُمۡ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ﴾ "[3] .

و قوله تعالى :" ﴿وَإِنۡ خِفۡتُمۡ شِقَاقَ بَيۡنِهِمَا فَٱبۡعَثُواْ حَكَمٗا مِّنۡ أَهۡلِهِۦ وَحَكَمٗا مِّنۡ أَهۡلِهَآ﴾"[4].

فقد جعل الله تعالى الخوف في الآية الأولى لغير الزوجين في قوله تعالى :" **فَإِنْ خِفْتُمْ** " و اسنده إلى الحكام و الولاة و ليس إلى الزوجين و إلا لكان قوله تعالى : فإن خافا فجعل الخوف لغير الزوجين و هذا يدل على أن المراد بالخطاب الولاة ،و أن الخلع لا يكون إلا عندهم و بواسطتهم ،كما أن الآية الأخرى " ﴿ وَإِنۡ خِفۡتُمۡ شِقَاقَ بَيۡنِهِمَا ﴾" تدل على المراد نفسه[5].

ثانيا من السنة :

كما استدلوا من السنة ما رواه البخاري في حادثة امرأة ثابت بن قيس، فالخلع لم يتم إلا بحضور الرسول صلى الله عليه وسلم ،و بأمر فالنبي صلى الله عليه و سلم ،أمره أن يأخذ منها العوض و يفارقها[76].

- ابن العماد :شذرات الذهب ،ج 1 ،ص 108- 110.

[1]- الحسن البصري :الحسن بن أبي الحسن االبصري ،أبو سعيد إمام أهل البصرة ،ولد لسنتين بقيتا من خلافة عمر ابن الخطاب رضي الله عته ،أبوه مولى زيد بن ثابت ،و أمه مولاة أم سلمة و قيل أنه علمه الفصاحته و روعه منن بركة إعطاء أمه سلمة ثديها في صغره ،كان جامعا ،عالما ،رفيعا فقيها ،توفي في البصرة سنة 110هـ و عمره 88 سنة .

- ينظر :بن العماد :شذرات الذهب في أخبار من ذهب ،مصدر سابق ،ج1 ،ص 87.

- الشيرازي : أبو إسحاق : طبقات الفقهاء ،مصدر سابق ،ص 87.

[2]- محمد ابن شيرين الأنصاري : أبو بكر ابن أبي عمر البصري ،كان ابوه عبدا لأنس ابن مالك و أمه صفية مولاة لأبي بكر الصديق و لد سنتين بقيتا لخلافة عثمان ،روى الكثير من الصحابة ،وروى عنه الجمع الغفير من التابعين كان اصما ،توفي السجن سنة 110هـ و عمره 77 .

- ينظر : ابن العماد :شذرات الذهب ، المصدر السابق ،ج1 ،ص 137 – 138 .

- ابن حجر العسقلاني : تقريب التهذيب ،دار نشر الكتب الإسلامية الباكستان ،ط1 ،1973 ،ج 2 ،ص 169.

[3]- سورة البقرة ، الآية 229.

[4]- سورة النساء ،الآية 35.

[5]- ابن حجر :فتح الباري ،المصدر السابق ،ج2 ، ص 1093.

[6]- الحديث سبق تخريجه ،"أقبل الحديقة و طلقها تطليقة " ،أنظر الرسالة ص

[7]- ابن حجر العسقلاني : فتح الباري ،المصدر السابق ،ج2 ،ص 1093.

و ذكر الشوكاني أن أمر النبي صلى الله عليه و سلم في هذه الواقعة للوجوب و لم يرد ما يدل على صرفه عن حقيقته[1]، ورد على هذا بأن الأمر الرسول عليه الصلاة و السلام لثابت بقبول العوض ليس حكما و إنما هو إرشاد و توجيه[2].

و بعد عرض آراء الفقهاء المذكورة و أدلتهم يظهر رجحان ما ذهب إليه جمهور الفقهاء في عدم احتياج الخلع إلى سلطة القاضي و أنه يتوقف وقوعه على تراضي الزوجين، غير أنه للمرأة أن ترفع أمرها إلى القاضي إذ تعذر الحصول على الخلع من الزوج مباشرة فلذلك لابد من تدخل للقاضي في هذه الحالة[3].

- **ثانيا :موقف التشريع و القضاء من المسألة**

باستقراء نص المادة 54 من **ق.أ.ج** التي تنص على أنه : " يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل مالي".

إذا لم يتفق الزوجان على المقابل المالي للخلع يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة الصداق المثل وقت صدور الحكم"[4] و ما يتضح من النص الآن الأصل العام في الخلع أن يكون بالاتفاق بين الزوجين ،و في حالة عدم الاتفاق يتم الخلع حتى ولو دون موافقة الزوج على مبدأ الخلع فالقاضي هنا لا يتدخل إلاّ في حالة عدم اتفاق الزوجين على مقابل الخلع ،و في هذه الحالة يستعمل القاضي السلطة التقديرية له التي خوله إياها القانون بالنص الصريح لتحديد مقابل الخلع بما لا يتجاوز مقدار الصداق المثل وقت صدور الحكم و ليس للقاضي أي سلطة على الزوجين في مبدأ الخلع و هذا موافقا لرأي جمهور الفقهاء أن الخلع لا يقتصر و في هذا السياق قضت المحكمة العليا في قرارها الذي جاء فيه :" من المقرر شرعا و قانونا أن يشترط لصحة الخلع قبوله من طرف الزوج و لا يجوز فرضه عليه من طرف القاضي و من ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا لأحكام الخلع و خطأ في تطبيق القانون .

---

[1]- الشوكاني ،نيل الأوطار ،مصدر سابق ، ج12 ،ص 450.

[2]- ابن حجر المصدر نفسه ،ج2 ،ص 1093.

- الشوكاني : مصدر سابق ،ج 6 ،ص 292.

[3]- بن صغير محفوظ :قضايا الطلاق في الاجتهاد الفقهي و قانون الأسرة الجزائري المعدل بالأمر 02 – 05 ،دار الوعي ، الجزائر ،ط 1434هـ /2012 م ،ص 219.

[4]- الأمر رقم 02/05 المؤرخ في 18 محرم 1426هـ الموافق لـ 27 فيفري 2005 المعدل و المتمم للقانون رقم 84/ 11 المتضمن قانون الأسرة الجزائري .

و لما كان من ثابت في قضية الحال أن قاضي الموضوع فرض على الزوج (الطاعن) الخلع و قضى به بالرغم من أنه لا يتدخل إلاّ في حالة عدم الاتفاق على مبلغ الخلع يكون بقضاءه كما فعل أخطأ في تطبيق القانون و متى كان ذلك استوجب نقض القرار"[1].

و في نفس الاتجاه سارت قرارات أخرى للمحكمة العليا تؤكد فيها أن السلطة التقديرية للقاضي لا تكون حول مبدأ الخلع بل على مقدار بدل الخلع في حالة الخلاف عليه بين الزوجين[2].

و بما أن الخلع يعتبر طلاقا في نظر القانون فإنه لا وجود للطلاق بالخلع إلاّ إذا صدر به حكم من القضاء و هذا ما نص عليه في المادة 49 من ق.أ. التي يجاء فيها :" لا يثبت الطلاق إلاّ بحكم..."[3]

و يعتبر الحكم الذي يؤكد الطلاق الناشئ من قبل نتيجة اتفاق الزوجين عليه أو بسبب الخلع حكم بالطلاق يأتي تثبيتا لأمر حصل من قبل ،و لم يقم الحكم إلاّ بدور كاشف للطلاق[4].

- **الفرع الثاني :مدى مسؤولية المختلعة بإساءة استعمال حقها في الخلع**

بالرجوع إلى نفس المادة 54 من **ق.أ.ج** نلاحظ أن للمرأة حق الخلع بالإرادة المنفردة و بدون موافقة الزوج[5] ،و لم يلزمها القانون بالإفصاح عن الأسباب الموجبة لدعوى الخلع ،و بالرجوع إلى مواد قانون الأسرةالمتعلقة بالطلاق ،حيث أن الطلاق حق للرجل كما هو الخلع حق للمرأة و بناءا عليه نجد أن المادة 52 من ق.أ.ج تنص على ما يلي :" إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها"[6].

و وجه الدلالة هنا طالما أن الطلاق حق للرجل بإرادته المنفردة فقد يسيء استعمال حقه بأن يطلق زوجته تعسفا دون رضاها أو لسبب لا يرجع إليها ،أو بدون سبب ،ففي هذه الحالة و كما سبق أن

---

[1]- ملف رقم 33885 بتاريخ ،1991/04/23 ،المجلة القضائية ،غرفة الأحوال الشخصية ،المجلة القضائية لسنة 1993 ،العدد 02 ،ص 55.

[2].- ملف رقم 36709 المؤرخ في 22/ 1985/04 المجلة القضائية ،غرفة الأحوال الشخصية ،المجلة القضائية لسنة 1989 العدد 1 ،ص 92.

[3] - الأمر رقم 02/05 المؤرخ في 18 محرم 1426هـ الموافق لـ 27 فيفري 2005 المعدل و المتمم للقانون رقم 84 – 11 المتضمن **ق.أ.ج**

[4]- بلحاج العربي الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائر ي،مرجع سابق ،ج 1 ،ص 24.

[5]- الأمر رقم 05- 02 المؤرخ فقي 18 محرم 1426هـ الموافق لـ 27 فيفري 2005 المعدل و المتمم للقانون رقم 84 – 11 المتضمن قانون الأسرة الجزائري.

[6]- الأمر نفسه.

وضحنا في الصفحات السابقة أن القضاء يعتبر في قرارات المحكمة العليا أن الطلاق دون ذكر الاسباب يعتبر طلاق تعسفي يلزم الزوج قضاء بالتعويض .

و إن الهدف من التعويض المقرر للمرأة شرعا و قانونا و قضاءا إذا ما أساء الزوج استخدام حقه في الطلاق ،إذا فمن العدل و المساواة أن يقابل التزام الزوج بتعويض الزوجة عن الطلاق التعسفي... التزامالزوجة كذلك إذا أساءت استخدام حق الخلع بتعويض الزوج عن ذلك ، خاصة إذا كانت دعوى الخلع تابعة عن دوافع ذاتية و بدون إساءة الزوج لها أو تقصيره بأي حق من حقوقها خاصة أن مخاسر الزوج لها لبناء الأسرة لا يقف عند مهر الزوجة فقط[1].

و إن **ق.أ.ج** لم يتعرض لمثل ذلك ،بل و لم يلزم الزوجة بالإفصاح عن الأسباب الموجبة لدعوى الخلع ،و بالتالي ليس عليها بدل الخلع التعسفي إن جاز القول.

و لكن قد يلجأ الزوج في مثل هذه الحالة إلى رفع دعوى يطلب فيها تعويضا عن إساءة المختلعة لحقها في الخلع بناء على القاعدة القانونية و الشرعية التي تنص على وجوب إثبات المدعى دعواه فالمدعي هو الزوج و المدعى عليه الزوجة التي أساءت استعمال حقها في الخلع.

فالمدعي إذا ثبت دعواه بانحراف زوجته عن المسار المألوف للزوجة العادية و أنه لم يقصر في واجباتها و لم يسئ عشرتها و أن حصولها على الطلاق من المحكمة بدعوى الخلع أثر عليه و على أسرته سلبا و أن هناك أضرارا عظيمة لحقت به ،فإذا ما خلصت المحكمة إلى توافر عناصر مسؤوليتها بإساءة استعمال حقها في الخلع ،قضت له بالتعويض.

إذن نلاحظ نقص تشريعي في قانون الأسرة فمادة واحدة و وحيدة لا نفي بالغرض مقابل ما من أحكام متشعبة في الفقه الاسلامي ،فكان لابد أن ينص المشرع على مادة قانونية مقابل المادة 52 في حالة تعسف الزوجة في استعمال حقها في الخلع.

و أقترح أن يكون نصها كالآتي :" إذا تبيّن للقاضي تعسف الزوجة في الطلاق بالخلع حكم للمطلق بالتعويض عن الضرر اللاحق بها ".

خاصة و أنه بعد تعديل 2005 أصبح الخلع دون موافقة الزوج فالمرأة أصبحت مستقلة ماديا لأنها عاملة فهي تستغني عن الزوج بكل سهولة فلأتفه الأسباب أو حتى بدون سبب و لزوم نفسي ترفع دعوى الخلع و يحكم لها بذلك لأن نص المادة 54 يخدم المرأة دون مراعاة حق الرجل إذ ما ألحق به الضرر أم لا و هذا كله راجع أن النص القانوني أخذ بالرأي الفقهي القائل أن الخلع يتم دون رضا الزوج.

[1]– المشتي ،منال محمود :الخلع في قانون الأحوال الشخصية (لأحكام أثاره)،دراسة مقارنة بين الشريعة و القانون ،مرجع سابق ،،دار الثقافة ،عمان ،الاردن ،ط 1 ،ص 181.

و في خاتمة هذا الفصل يمكن استنتاج مايلي:

1. إن الخلع طريقة من طرق فك الرابطة الزوجية و الأصل فيه أنه للزوجة نظير ما للزوج من حق في الطلاق و هو مباح و يكره في حالة ما إذا كان دون سبب.

2. الأصل في الخلع أن يكون بتراضي بين الزوجين سواء على مبدأ الخلع أو على بدله ،و هذا ما أكدته المحكمة العليا في قراراتها قبل صدور قانون الأسرة و بعده.

3. إن عدم وجود نص تشريعي ينظم مسائل الخلع قبل صدور قانون الأسرة أدى إلى استناد قاضي شؤون الأسرة و كذا المحكمة العليا في قراراتها إلى أحكام الشريعة الإسلامية.

4. بعد صدور **ق.أ.ج** لسنة 1984 وضع المشرع الجزائري الاسري مادة واحدة وحيدة لتنظيم الخلع و هي غير كافية لتشمل جميع أحكامه المتشعبة في الفقه الإسلامي .

5. إن عدم وجود نصوص تشريعية كافية و صريحة و واضحة لتنظيم الخلع أدى إلى، عدم استقرار الاجتهاد القضائي في الخلع حول مبدأ الرضائية و أدى إلى تضارب قرارات المحكمة العليا ،فتارة تحكم بأن الخلع عقد رضائي يجب موافقة الطرفين و تارة أخرى تحكم بأن الخلع حق أصيل للزوجة تستعمله حتى دون موافقة الزوج.

6. إن التضاربات السالفة الذكر أدت كنتيجة حتمية للتعديل قانون الأسرة بالأمر 05 -02 بإضافة كله دون موافقة الزوج ،هذا الأمر مخالف لما عليه جمهور الفقهاء من أن الخلع عقد رضائي يتم برضا الطرفين إلاّ أن له سند الفقهي.

إن الخلع حتى ينتج آثاره القانونية يجب أن يصدر بحكم قانوني أمام القاضي ،و يعتبر هذا تثبيتا لأمر حصل من قبل فالحكم كاشف و ليس منشئ و يعتبر طلقة بائنة تجب على المختلعة أن تعتد عدة المطلقة.

الطلاق على ما هو في أحكامه كالخلع لأن كل واحد طلاق بعوض فيعتبر في أحدهما ما يعتبر في الآخر إلا أنهما يختلفان من وجه و هو أن العوض إذ أبطل في الخلع بأن وقع الخلع يكون رجعيا لأن الخلع كناية ،و الكنايات مبينات عندنا ،فأما الطلاق على مال فصريح ،و إنما تثبت البينونة بتسمي و العوض إذ صحت التسيمة فإذا لم تصح التحقت بالعدم فبقي صريح الطلاق فيكون رجعيا [1]

[1] الكساني ، البدائع و الصنائع ،ج3 ،ص 152.

الفصل الثالث:

تضارب و استقرار قرارات المحكمة العليا في مسائل التطليق

إن فرق الزوجية سواء أكانت طلاقا أم فسخا تحتاج إلى قضاء القاضي و قد لا تحتاج إليه ، و الضابط الفاصل بينهما أن كل فرقة كان سبب وقوعها أمرا خفيا غير ظاهر ،فهي متوقفة على قضاء القاضي لأن الأسباب خفية تحتاج لتقويتها بالقضاء ،و بالتالي فهي محل نظر و يتسع فيها مجال التقدير و الاجتهاد ،فلابد من إسنادها إلى القضاء حتى يحكم فيها بالحكم الصائب.

فلم تعد إرادة الزوج وحدها تحدث أثر الطلاق، فإذا كانت الصورة الأولى الأبرز من الناحية الشرعية استدلالا بما ذكر في القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة، فإن الاجتهاد و الفقه ابتداع صورة ثانية لا تقل أهمية عن الأولى من حيث طبيعتها و الآثار المتوخاة منها ،فإرادة الزوج في إحداث الطلاق لم يبق على طلاقه إذ حوله عن طريق الفقه و القانون و بصورة أخرى تتمثل في الطلاق عن طريق القاضي أو بما اصطلح على تسمية التطليق.

و بناءا على هذه الصورة يمكن للزوجة أن تفك زوجيتها ليس بإرادة منفردة ،و إنما عن طريق القاضي ،إذ ما أثبتت سببا مشروعا يجعل الحياة الزوجية مستحيلة ،فأساس هذه الصورة و التي لم يرد بشأنها نص صريح صحيح هو التيسير على الناس تجنبا للحرج و تماشيا وروح الإسلام السمحة.

و نحن في بحثنا هذا سنقتصر على الأسباب القانونية المنصوص عليها في المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري التي تخول الحق للزوجة طلب التطليق بحكم قضائي بوجود أحد الأسباب العشرة المنصوص عليها في المادة المذكورة أعلاه و أثرها على قرارات المحكمة العليا ،و ذلك بتقسيمها الى مبحثين على النحو الآتي:

المبحث الأول: الأسباب القانونية للتطليق المقيدة لسلطة القاضي وأثرها على الاجتهادات القضائية

المبحث الثاني: الأسباب القانونية للتطليق المطلقة لسلطة القاضي وأثرها على الاجتهادات القضائية

❖ المبحث الأول :الأسباب القانونية للتطليق المقيدة لسلطة القاضي وأثرها على الاجتهادات القضائية

سنحاول في هذا المبحث إظهار الأسباب القانونية المقيدة لسلطة القاضي،أي التي وضع النص القانوني شروط لتحقيق السبب ،فبتوفر هذه الشروط يحق للقاضي إيقاع الفرقة القانونية و إ ن انعدمت أو لم تكتمل هذه الشروط فلا تقع الفرقة بين الزوجين و ذلك من خلال ذكر النقاط التالية :

➢ المطلب الأول : التفريق بسبب عدم الإنفاق

ألزم الله سبحانه و تعالى الأزواج ،بواجبات قبل زوجاتهم مقابل ما أثبت لهم عليهن من الحقوق ،فقال عز وجل :" ﴿وَلَهُنَّ مِثْلُ ٱلَّذِي عَلَيْهِنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ﴾"[1]و من جملة هذه الواجبات التي التزمها الزوج ،الانفاق بكل وجوهه.

- **الفرع الأول: تعريف النفقة و أدلة وجودها**

أولا :تعريف النفقة

أ. لغة : نقول "نفق ماله"و درهمه و طعامه نفقا ،و نفاقا أي نقص و قل ،و أنفق ماله صرفه ،و قيل مأخوذة من النفوق ،و هو الهلاك ،و كل هذه المعاني متقاربة لأن جميعها يفيد نقصان مال الرجل ،و هلاكه على المنفق عليه[2].

ب. اصطلاحا : عرفها ابن عرفة بقوله :" مابه قوام معتاد الحال الآدمي دون صرف"[3].

ثانيا : حكمها: وجوبها للزوجة إذا توافرت الشروط الآتية :[4]

---

[1]- سورة البقرة ،الآية 228.

[2]- ابن منظور ،لسان العرب ،مصدر سابق ،ج10 ،ص 358.

- الرازي ،مختار الصحاح ،مصدر سابق ،ج1 ،ص316.

[3]- الرصاع :محمد بن القاسم الانصاري ،شرح حدود ابن عرفة ،المكتبة العلمية ،ط الأولي،1350 هـ ،ج1،ص227.

[4]- الكساني :بدائع الصنائع مصدر سابق ،ج4،ص 16-18

-السرخسي ،المبسوط ،مصدر سابق،ج5،ص186.

- القرافي ،أبو العباس شهاب الدين ،الذخيرة ،تحقيق سعيد أعراب ،دار الغرب الإسلامي ،بيروت ،ط1994،1،ج4،ص165.

- مالك ،المدونة ،مصدر سابق،ج2،ص180.- ابن عبد البر ،الكافي في فقه المدينة ،مصدر سابق،ج2،ص559.

- القاضي عبد الوهاب ،المعونة علة مذهب أهل المدينة ،مصدر سابق ،ج2،ص782- الشافعي ،الأم ،مصدر سابق،ج5،ص 94-95.

- ابن قدامة ،المغني ،مصدر سابق،ج8 ،ص195.

1. أن تسلم المرأة نفسها و ذلك بالدخول الحقيقي ،إذ لا تجب بمجرد العقد عليها و به قال المالكية و الشافعية و الحنابلة خلافا للحنفية الذين رأوا وجوب النفقة بمجرد العقد شريطة أن يكون هذا الأخير صحيحا .

2. أن تكون المرأة بالغة مطيقة للجماع ،فإذا كانت لم تبلغ بعد فلا نفقة لها إلا بعد النقلة(الحيض) ، و لكن المعنى الحقيقي للنقلة هو القدرة على الوطء ،و استمتاع الرجل بها، و إن كان للرجل سبب مانع من الوطء كمرض أو علّة فإنه ينفق عليها لأنها محبوسة له .

3. ألا يكون المانع من وطئتها هي المتسببة فيه ،كأن يكون العجز من جهتها و ذلك لما فيه من تفويت لحق الزوج بإمساكها مع قيام المانع ،فهنا ليس لها نفقة.

ثالثا– أدلة وجوبها : اتفق العلماء على نفقة الزوجة واجبة على زوجها ما دامت في طاعته و استدلوا بالأدلة الآتية:

أولا :من الكتاب

1. قوله تعالى :" ﴿وَعَلَى ٱلۡمَوۡلُودِ لَهُۥ رِزۡقُهُنَّ وَكِسۡوَتُهُنَّ بِٱلۡمَعۡرُوفِۚ﴾"[1].

وجه الاستدلال :ذهب المفسرون في الاستدلال بهذه الآية إلى قولين هما :

الأول :أنها أجرة رضاع الولد أوجبها الله تعالى للأم على الوالد ،و هو قول الزمهشري ،و ابن العربي

الثاني : إنها نفقة الزوجات على الإطلاق و قال منذر ابن سعد البلوطي :هذه الآية نصٌ في وجوب نفقة الرجل على زوجته و على هذا أحملها ابن الفرس"[2].

2. قوله تعالى :"﴿لِيُنفِقۡ ذُو سَعَةٖ مِّن سَعَتِهِۦۖ وَمَن قُدِرَ عَلَيۡهِ رِزۡقُهُۥ فَلۡيُنفِقۡ مِمَّآ ءَاتَىٰهُ ٱللَّهُۚ لَا يُكَلِّفُ ٱللَّهُ نَفۡسًا إِلَّا مَآ ءَاتَىٰهَاۚ سَيَجۡعَلُ ٱللَّهُ بَعۡدَ عُسۡرٖ يُسۡرٗا٧﴾"[3].

– ابن تيمية ،عبد السلام ابن عبد الله ،المحرر في الفقه على مذهب الامام أحمد بن حنبل ،مكتبة المعارف ،الرياض،ط2 ،1404هـ /1984م ،ج2،ص115.

[1]– سورة البقرة ،الآية 233.

[2]– ابن حزم محمد ابن أحمد ،كتاب التسهيل لعلوم التنزيل ،دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان، 1403هـ /1983م ،ج1 ،ص84 (نقلا عن :سعاد سطحي ،أحكام الطلاق في الشريعة الاسلامية ،مرجع سابق، ص 109)

[3]– سورة الطلاق ،الآية 07.

وجه الاستدلال :

بيّنت الآية ندب الأزواج إلى الإنفاق كل واحد من الموسر و المعسر ما بلغه وسعه و ذلك بالإيتيان بما أمره من الإنفاق على المطلقات و المرضعات على قدر طاعته"[1].

ثانيا : من السنة

أ. عن عائشة إن هند بنت عتبة قالت :"يا رسول الله إن أبا سفيان رجل شحيح و ليس يعطيني ما يكفيني و ولدي إلاّ ما أخذت منه و هو لا يعلم ،فقال : "وخذي ما يكفيك وولدك بالمعروف"[2].

ب. عن أبي هريرة رضي الله قال :"جاء رجل إلى رسول الله صلى الله عليه و سلم فقال :"يا رسول الله عندي دينار، قال :"أنفقه على نفسك" ،قال عندي آخر قال: "أنفقه على ولدك" قال: "عندي آخر" قال :"أنفقه على أهلك" و في حديث أبي العاصي عن محمد بن عجلان عن المقبري عن أبي هريرة :"على زوجتك".[3]

ج. قوله صلى الله عليه و سلم في خطبة حجة الوداع :"اتقوا الله في النساء فإنهم عوان عندكم أخذتموهن بأمانة الله و استحللتم فروجهن بكلمة الله ،و لهن عليكم رزقهن و كسوتهن بالمعروف"[4].

ثالثا – من الإجماع :

اتفق الفقهاء على أن من حقوق الزوجة على الزوج النفقة و الكسوة[5].

---

[1]– النفسي: أبو البركات ،عبد الله ابن أحمد بن محمود ،مدارك التنزيل و حقائق التأويل ،دار الكتاب العربي ،بيروت ،لبنان ،(د.ط)–(د.ت)،ج3 ،ص 546

[2]– رواه البخاري كتاب النفقات ،باب :إذا لم ينفق الرجل فللمرأة أن تأخذ بغير علمه ما يكفيها و ولدها بالمعروف ، مصدر سابق ،ص923.

– رواه مسلم ،كتاب الأقضية ،باب قضية هند ، مصدر سابق ،ص 609.

[3]–رواه البيهقي: السنن الكبرى كتاب النفقات ،باب وجوب النفقة للزوجة ، مصدر سابق ،ج7،ص 768

[4]– ابن ماجة ،كتاب النكاح ،باب حق المرأة على الزوج ، سنن ابن ماجة، مصدر سابق ،،ج3،ص57.

[5]– ابن رشد ،بداية المجتهد و نهاية المقتصد ، مصدر سابق ،،ج2 ،ص64.

– ابن قدامة ،المغني ، مصدر سابق ،ج8 ،ص 195.

من المعقول :- إن الزوجية عقد على منافع ،و النفقة في مقابلة استدامة تلك المنافع[1].

- أن المرأة محبوسة على الزوج يمنعها من التصرف و الاكتساب و ما دامت محبوسة عليه وجب عليه الانفاق عليها [2].

- **الفرع الثاني – الخلفية الفقهية للتفريق بسبب الإعسار**

اختلف الفقهاء في جواز التفريق لإعسار الزوج بالنفقة على قولين :

القول الأول : إن الزوجة إن أعسر زوجها بالنفقة فصبرت و أنفقت من مالها أو أنفق عليها من يلي أمرها من أقاربها ،فإن أصرت على الزوج و لم يستطيع الإنفاق فرق القاضي بينهما بناءا على طلبها التفريق ،بعد إهماله ثلاثة أيام عند الشافعية، و بحسب المدة التي يراها الحاكم عند المالكية و به قال المالكية[3]،و الشافعية[4]،و الحنابلة[5]،و هو مذهب عمر و علي و أبي هريرة – رضي الله عنهم-[6].

دليلهم فيما ذهبوا إليه :

1. من القرآن الكريم :

أ. قوله تعالى :" ﴿فَأَمۡسِكُوهُنَّ بِمَعۡرُوفٍ أَوۡ سَرِّحُوهُنَّ بِمَعۡرُوفٖۚ﴾"[7].

وجه الاستدلال :

إن الآية الكريمة تبين أن حكم الإمساك بالمعروف فالزوج إذا لم يجد ما ينفق على الزوجة أن يطلقها ،فإن لم يفعل خرج عن حد المعروف ،فيطلقها عليه الحاكم من أجل الضرر اللاحق بها في

---

[1]- محمد ابن عبد الوهاب، المعونة، مصدر سابق، ج1، ص782.

[2]- ابن قدامة ،المغني ، مصدر سابق ،ج8 ،ص 204.

[3]- محمد ابن عبد الوهاب، المعونة على مذهب عالم المدينة ، مصدر سابق ،ج1 ،ص784.

- ابن عرفة ،الشرح الكبير للشيخ الدردير، مصدر سابق، ج2، ص 519.

[4]- الشربيني ،مغني المحتاج ، مصدر سابق ،ج5،ص176.

- ابن قدامة ،المغني ، مصدر سابق ،،ج8،ص195.

- أبو البركات :المحرر في الفقه على مذهب الإمام أحمد ابن حنبل ، مصدر سابق ،ج2 ،ص 116.

[6]- الصنعائي :سبل السلام ، مصدر سابق ،ج2،ص 326.

[7]- سورة البقرة ،الآية 231.

بقائها عند من لا يقدر على نفقتها ،فإن لم يطق الانفاق بالمعروف أطاق الاحسان بالطلاق ،و إلا فالإمساك مع عدم الإنفاق ضرار.[1]

ب. و قوله تعالى :" ﴿وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا﴾"[2]

وجه الاستدلال: نهت الآية عن إمساك الزوجة مع الإضرار بها، و لا شك أن من أشد الإضرار بها من حقها في النفقة [3].

ب. من السنة :

– عن أبي هريرة رضي الله عنه قال : قال النبي صلى الله عليه و سلم: " أفضل الصدقة ما ترك غني ،و اليد العليا خير من اليد السفلى و ابدأ بمن تعول، تقول المرأة :إما أن تطعمني و إما أن تطلقني ... "[4].

– عن أبي عمر أن عمر ابن الخطاب رضي الله عنه كتب إلى امرأة الأجناد في رجال غابوا عن نسائهم فأمرهم أن يأخذوهم بأن ينفقوا أو يطلقوا فإن طلقوا بعثوا بنفقة ما حبسوا"[5].

وجه الاستدلال: في هذا الأثر دلالة على حق الزوجة في الطلاق والتفريق إذا لم ينفق عليها الزوج بل يطالب بنفقة ما حبس.

– عن الشافعي أن سفيان عن أبي الزناد قال :"سألت سعيد بن المسيب عن رجل لا يجد ما ينفق على امرأته قال يفرق بينهما ،قال أبو الزناد ،قلت : سنة قال سعيد سنة و قال الشافعي: و الذي يشتبه قول سعيد سنة أن تكون من رسول الله عليه و سلم .[6]

– قوله صلى الله عليه وسلم :"لا ضرر و لا ضرار "[7].

وجه الاستدلال:

---

[1]– ابن عربي، أحكام القرآن، مصدر سابق ،ج1،ص270.

[2]– سورة البقرة ،الآية 231.

[3]– الصنعائي :سبل السلام ، مصدر سابق ،ج2،ص 326.

[4]– رواه البخاري ،كتاب النفقات ،باب وجوب النفقة على الأهل و العيال ،صحيح البخاري ،مصدر سابق ص221 .

[5]–رواه البهيقي: السنن الكبرى ،كتاب النفقات ،باب الرجل لا يجد نفقة امرأته ، ،مصدر سابق،ج7،ص772.

[6]– المصدر نفسه، ج7، ص773.

– الشافعي ، لأم ، مصدر سابق ،ج5،ص98.

[7]–سبق تخريجه انظر الرسالة ص71.

يدعوا الحديث الشريف إلى النهي عن الضرر و أي ضرر أشد من تركها بلا نفقة[1].

ج. من المعقول: بالقياس على الواجب على الجب و ألعنه فإن العجز عن النفقة أولي لعدم قيام البدن بدونهما بخلاف الوطء[2].

القول الثاني :يرى أصحابه ألا يفرق بين الزوجين إذا عجز عن النفقة و على هذا ذهب الحنفية[3].و هو المروي عن عطاء الزهري و ابن شبرمة و ابن يسار و الحسن البصري و الثوري و الظاهرية[4]و المزلي[5]من أصحاب الشافعي رحمهم الله.

و دليلهم فيما ذهبوا إليه :

1. من القرآن الكريم :

أ .قال الله تعالى :" ﴿وَإِن كَانَ ذُو عُسۡرَةٖ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيۡسَرَةٖۚ﴾"[6].

وجه الاستدلال :إن في الآية الكريمة تنصيصا أن المعسر منظر و لو أجلته في ذلك لم يكن لها أن تطالب بالفرقة لأن المفارقة تناقض القول بالإهمال لحين اليسار[7].

ب. قول الله تعالى :"﴿لِيُنفِقۡ ذُو سَعَةٖ مِّن سَعَتِهِۦۖ وَمَن قُدِرَ عَلَيۡهِ رِزۡقُهُۥ فَلۡيُنفِقۡ مِمَّآ ءَاتَىٰهُ ٱللَّهُۚ لَا يُكَلِّفُ ٱللَّهُ نَفۡسًا إِلَّا مَآ ءَاتَىٰهَاۚ سَيَجۡعَلُ ٱللَّهُ بَعۡدَ عُسۡرٖ يُسۡرٗا٧﴾"[8].

---

[1]- الصنعائي ،سبل السلام ،مصدر سابق ، ج2 ،ص326.

[2]- الشافعي ،الأم ،مصدر سابق ،ج 5،ص 98..

- ابن قدامة ،المغني ،مصدر سابق ،ج8 ،ص 195.

- ابن القيم ،زاد المعاد ،مصدر سابق ،ج 2 ،ص 643.

[3]- ابن عابدين ابن حاشية ابن عابدين ، مصدر سابق ،ج3 ،ص590.

[4]- ابن حزم ،المحلى بالآثار ، مصدر سابق ،ج9،ص254.

[5]- الشربيني :المغني المحتاج ، مصدر سابق ،،ج5،ص176.

[6]- سورة البقرة ،الآية 280.

[7]- السرخسي ،المبسوط ، مصدر سابق ،،ج5 ،ص 191..

[8]- سورة الطلاق ، الآية 07.

وجه الدلالة : الآية دليل على أن لم يقدر على النفقة لا يكلف بالإنفاق[1]بعد مقدرته إن لم يأته الله تعالى ما ينفقه ،فالقول بجواز الفسخ للإعسار تكليف المعسر ما لا يطيق و هو مرفوض بنص الآية الكريمة.

2. من السنة النبوية الشريفة :

– عن جابر بن عبد الله قال :"دخل أبو بكر يستأذن رسول الله صلى الله عليه و سلم فوجد الناس جلوسا ببابه لم يؤذن لأحد منهم ،قال :فأذن لأبي بكر فدخل ،ثم أقبل عمر ،فاستأذن فأذن له ،فوجد النبي صلى الله عليه و سلم جالسا حوله نساؤه ،واجها، ساكتا، قال :" فقال لأقولنّ شيئا أضحك النبي صلى الله عليه و سلم النفقة، فقمت إليها، فجأت عنقها، فضحك رسول الله صلى الله عليه و سلم ،و قال : هنّ حولي كما ترى يسألنني النفقة ،فقام أبو بكر إلى عائشة يجأ عنقها فقام عمر إلى حفصة يجأ عنقها ،كلاهما يقول تسألن رسول الله صلى الله عليه و سلم ما ليس عنده ،فقلن : و الله لا نسأل رسول الله صلى الله عليه و سلم شيئا أبدا ليس عنده ،ثم اعتزلهنّ شهرا"[2].

وجه الاستدلال :

قال الصنعائي :"قالوا : فهذا أبو بكر و عمر يضربان بنتيهما بحضرته صلى الله عليه وسلم كما سألناه النفقة التي لا يجدها ،فلو كان الفسخ لهما ،و هما طالبتان للحق لم يقر النبي صلى الله عليه وسلم الشيخين على ما فعلا و لا بين أن لهما أن تطالبا مع الإعسار ،حتى تثبت على تقدير ذلك بالفسخ"[3].

الآثار : من طريق عبد الرزاق عن سفيان النوري ،في المرأة يعسر زوجها بنفقتها قال :"هي امرأة ابتليت فلتصبر" ،و لا تأخذ بقول من فرق بينهما"[4].

وجه الدلالة: الأثر نص على أن المرأة إذا أعسر زوجها بالنفقة، فعليها الصبر و انتظار الفرج و ليس لها مطالبته بالتفريق.

---

[1]– الزيلعي: تبيان الحقائق ، مصدر سابق،ج3 ،ص54.

– ابن همام،فتح القدير ، مصدر سابق ،ج3 ،ص330.

[2]– رواه مسلم ،شرح النووي ،كتاب الطلاق ،باب بيان أن تخيير المرأة لا يكون طلاقا إلا بنية ، مصدر سابق ،د10،ص81.

[3] – الصنعائي: سبل الإسلام ، مصدر سابق، ج2، ص326.

[4]– عبد الرزاق ، المصنف ،كتاب الطلاق، باب الرجل لا يجد ما ينفق على امرأته، الأثر رقم 12356 ،ج7 ،ص96.

من المعقول :استدلوا من المعقول فقالوا [1]:"إن في إلزامه الفسخ إبطال حقه (الزوج) بالكلية ،و في إلزام الانتظار عليها و الاستدانة عليه تأخير حقهما دينا عليه ،و إذا دار الامر بينهما كان التأخير أولى .

مناقشة أدلة الفريق الأول : إن استدلالهم بالآية الكريمة :"فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان"[2].

يرد عليها :

بأنه يمنع من أن يكون الإمساك مع العجز عن الإنفاق من غير المعروف ،من كل شخص بحسبه و كلٌ يكلف على قدر وسعه ،و ليس لهذا الزوج قدرة إلا على الالتزام في الذمة ،فيجب الصبر عليه إلى الميسرة بنص القرآن الكريم ،هذا إن سلمنا بأن الآية تنهى عن إمساك الزوجة مع الإعسار لأنها بصدد النهي عن الرجعة بعد الطلاق دون نية الإبقاء.[3]

2. إن الاحتجاج بقوله تعالى :" **وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِتَعْتَدُوا**"[4]،فيها النهي عن الإضرار بالزوجة ،و أن من أشد الإضرار بها حرمانها من النفقة و هذا مردود و ذلك لأنها واردة في غير هذا الموطن ،إذ هي واردة في أن الرجل كان يطلق المرأة ،و يتركها حتى يقرب انقضاء عدتها ،ثم يراجعها لا عن حاجة ،و لكن ليطول العدة عليها ،فهو الإمساك ضرارا[5].

و لكن أجيب عن هذا الاعتراض، بأن العبرة بعموم اللفظ لا بخصوص السبب كما هو مقرر في أصول الفقه[6].

3. أما استدلالهم بحديث أبي هريرة: " ابدأ بمن تعول" فيرد عليه أن راوي الحديث هو أبو هريرة رضي الله عنه كما سئل: هل سمعته من النبي صلى الله عليه و سلم قال: لا إنّما هو كيس أبي هريرة[1].

---

[1]- ابن همام ،فتح القدير،مصدر سابق ،ج3 ،ص 330 . و الزيعلي ،تبيين الحقائق ،شرح كنز الدقائق مصدر سابق ،ج3،ص54.

[2]- سورة البقرة ،الآية 229.

[3]- القدومي :عبير ربحي شاكر ،التعسف في استعمال الحق في الاحوال الشخصية ،دار الفكر ،عمان ،الأردن ،ط1 ،1428، 2007 ، ص 127.

[4]- سورة البقرة ،الآية 231.

[5]- أبو البركات ،مدارك التنزيل و حقائق التأويل ، مصدر سابق ،ج1،ص 150.

[6]- الشوكاني :نيل الأوطار ، مصدر سابق ،ج8،ص118.

و أنه ليس من السنة و إنّما هو قول الصحابي و هناك أدلة صريحة و قوية قد عارضته، و هي التي استدل بها أصحاب القول الثاني فيسقط استدلالهم به.

4. أما الأثر المروى عن عمر ابن الخطاب، فليس لهم حجة فيه لأنه لم يخاطب في ذلك إلا أغنياء قادرين و ليس فيه ذكر حكم المعسر ،بل قد صح عنه اسقاط طلب المرأة للنفقة إذا أعسر الزوج[2].

5.أما الأثر المروى عن سعيد المسيب :فسؤال أبي الزناد عن كوفة سنة ورد عليه بأنه سنة، و لا شك أنه بعد سؤال الراوي فإنه لا يرد إلا سنة رسول الله صلى الله عليه و سلم و لا يجيب المجيب إلا عنها ،لا عن سنة غيره لأنه إنّما سأل عما هو حجة، و هو سنته صلى الله عليه و سلم[3].

6. أما استدلالهم بالمعقول و قياسهم التفريق للإعسار على التفريق للجب و العنة فيرد عليه: أنّه قياس مع الفارق لأنه في المرض انسد عليهما على تحصيل المقصود بدون تفريق ،و في الإعسار لم ينسد عليهما وصول النفقة بأن تستدين ،و لأنه في المرض يمسكها من غير حاجة به إليها فكان ظالما ،و في الإعسار يمسكها مع حاجته إليها فلا يكون ظالما[4].

مناقشة الفريق الثاني

1. إن الاستدلال بقوله تعالى **وَإِن كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ**"[5]فليس المجال مناسبا للاستدلال بها هنا أيضا لأنها بصدد الأمر بالتأخير و الإهمال في حالة سداد الدين إن وجد المدين حرجا في الأداء في الوقت المحدد ،فكان الدائن مكلفا بنص الآية بإهماله إلى حين اليسار ،أو إسقاط الدين بالكلية ،و نحن نتحدث عن إعسار بالنفقة و هو لا يحتمل التأجيل[6].

---

[1]- ابن حجر ،فتح الباري شرح صحيح البخاري، مصدر سابق ،باب وجوب النفقة على الأهل و العيال ،الحديث رقم 5355 ،ج9، ص500.

[2]- ابن حزم، المحلي بالآثار، مصدر سابق، ج9،ص 257.

[3]- الصنعائي، سبيل الاسلام، ابن حزم، المحلي بالآثار ، مصدر سابق ،ج2،ص326.

[4]- السرخسي ، المبسوط ،مصدر سابق ،ج5،ص 191

[5]- سورة البقرة ،الآية 280.

[6]- القدومي :عبير ربحي شاكر ،التعسف في استعمال الحق في الأحوال الشخصية ، مرجع سابق،ص 129.

2. أما الآية الكريمة: " **لِيُنفِقْ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِه**..."[1] فيرد على الاستدلال بها :"إن الآية ليست بصدد بعدم تكليف الزوج بالانفاق على الزوجة في حالة الإعسار كما فهم الحنفية و من معهم ،و إنما هي لبيان الخط العام في الإنفاق و هو أن المعسر لا يكلف أكثر من نفقة المعسرين، و الموسر مكلف بنفقة الموسرين فلو عجز الزوج عن الانفاق و لو بمستوى نفقة المعسرين .

– كما هو فرض المسألة فإنه يكون خارجا عن مدلول الآية [2].

3. أما الاستدلال بالحديث جابر بن عبد الله اعترض عليه بأن الحديث ليس فيه أنّهن سألن الطلاق أو الفسخ و معلوم أنّهن لا يسمحن بفراقه فإن الله

عز وجل قد خيرهنّ فاخترن رسول الله صلى الله عليه و سلم و الدار الآخرة، فلا دليل في القصة.

و أما إقراءه لأبي بكر و عمر على ضربها فلما علم من أن للآباء تأديب الأبناء إذ أتوا ما لا ينبغي، هذا إضافة إلى أنه صلى الله عليه و سلم لا يفرط فيما يجب عليه من الانفاق ،فلعهنّ طلبن الزيادة فتخرج القصة عن محل النزاع بالكلية"[3].

4. أما الاعتراض عن الأثر المستدل به في هذا الموضع فإن نساء الصحابة كرجالهن يصبرن على ضنك العيش و تعسره ،كما قال مالك إن نساء الصحابة كنّ يردنّ الآخرة و ما عند الله تعالى، فلم يكن مرادهنّ الدنيا و لم يكنّ يبالين بعسر أزواجهن ،و أما نساء اليوم فإنما يتزوجنّ رجاء الدنيا من الأزواج و النفقة و الكسوة [4].

أما بخصوص دليلهم المعقول من أن عاقبة الفسخ إبطال حق الزوج و عاقبة الإنظار تأخير حقها و أخف الضررين أولى بالأخذ فهذا مما يصار إليه حيث لا مفر .

أما و قد جعل الله تعالى بعد كل عسر يسر ليس من المشروع قصر الزوجة على تجرع مرارة الفقرة و ذلة السؤال لاسيما إذا لم يكن للزوج ما تأمل منه هذه الحبيسة فرحا و القول بأن الزوجة طالبت بحقها و لم تشاطره المصيبة و هذا بلا شك منتهى الوفاء و المواساة في البأساء و الضراء[5].

---

[1] -سورة الطلاق ،الآية 07

[2]– عارف البصري ،نفقات الزوجة على الشريعة ص134 ، 135 ،نقلا عن القدومي ،ص 129.

[3]– الصنعائي ،سبل الإسلام ، مصدر سابق ،ج2 ،ص 327 .

[4]– المصدر نفسه .

[5]– طه أحمد حسين ،مدى حرية الزوجين في التفريق قضاءا ،دار الحكمة ،لندن ،ط 1 ،أيار ، 2002 ،ص 398– 399.

القول الراجح :و الذي يظهر من هذه الأقوال و أدلتها أن القول بالإمهال و الاستدانة بأمر القاضي حق إذا أيسر الزوج قال سداد الدين أولى بالقول من التفريق للإعسار ذلك لأن عقد الزواج عقد مقدس و الاصل فيه التعامل فيه على السراء و الضراء ،و المرأة إن لم تحتمل مصيبة زوجها و إعساره فقد قصرت في واجب المواساة و المشاركة التي ينبغي عليها، و أنى لها أن تستدين من أقاربها أو من يولى أمرها أو تنفق من مالها و ترجع عليه إن شاءت .

و قد قرر تعالى في قوله :" ﴿إِنَّ مَعَ ٱلۡعُسۡرِ يُسۡرٗا﴾ "[1]،و أما أن نجعل عقد الزواج صفقة تجارية تفضى إن عجز طرف عن أداء ما عليه فهو أمر بعيد عن روح الشريعة الإسلامية و مبادئها التي تقرر إمهال الأجنبي لمدينه فكيف إن دار الأمر بين المرء و زوجه .

- **الفرع الثالث : أثر النص القانوني على قرارات المحكمة العليا في الفرقة بسبب عدم الإنفاق**

من بين الأسباب التي افتتح بها المشرع الجزائري المادة 53 من قانون الأسرة النى تعطي الحق للزوجة حق رفع دعوى قضائية مطالبة فيها التطليق.

1. عدم الإنفاق بعد صدور الحكم بوجوبه ما لم تكن عالمة بإعساره وقت الزواج مع مراعاة المواد 78-79-80 من هذا القانون[2].

و عليه فإن تحليل هذا النص و بشكل مبسط يمكن أن يساعدنا على استخلاص الشروط التي يجب توافرها لقيام حق الزوجة في طلب تطليقها من زوجها و هي كالآتي:

أ. الشرط الأول: الذي يجب توفره هو عدم الزوج على زوجته و امتناعه عمدا و قصدا عن تقديم ما تحتاجه من غذاء و لباس و علاج و سكن و غير.

ب. الشرط الثاني : هو أن يكون قد صدر حكم من المحكمة بوجود نفقة الزوجة على زوجها و هذا يعني أن يكون الزوج قد امتنع عن الانفاق على زوجته امتناعا حقيقيا لمدة من الزمن و أن تكون الزوجة قد أقامت دعوى أمام المحكمة ضد زوجها فأثبتت امتناعه عن النفقة و استصدرت حكما على الزوج بأنه يجب عليه أن ينفق عليها و أن يدفع لها مبلغا معينا يقدر القاضي و يذكره في حكمه.

---

[1]- سورة الإنشراح ، الآية 06.

[2]- الأمر رقم 02-05 المؤرخ في 18 محرم 1426 هـ الموافق 27 فيفري 200 المعدل و المتمم للقانون 84/11 المتضمن قانون الأسرة الجزائري .

ج. الشرط الثالث : أن لا تكون عالمة بحال إعساره وقت إبرام عقد الزواج معه لأنه إذا استطاع الزوج أن يثبت أنها كانت عالمة بإعساره و فقره وقت إبرام عقد الزواج و رضيت بحاله الذي هو عليه فإن حقها في طلب التطليق يكون قد سقط برضائها بحاله[1].

د. الشرط الرابع: أن لا يكون ميسرا لا معسرا فإن كان معسرا فلا ضرر لها و لا اعتداء منه لأن العسر بيد الله فلا يطلق عليه القاضي للعسر أما إذا كان موسرا و له مال ظاهر و ادعى العجز فالأمر يختلف و يجب على المحكمة النظر فيه[2] و بالرجوع إلى أحكام المادة 53/01 من قانون الأسرة نرى أن المشرع الجزائري لا يجيب على الزوجة في طلبها المتمثل في التفريق بينهما إلا بعد أن ترفق دعوى أولى مطالبة من خلالها الزوجة بالنفقة، و تقديمها ما يثبت ذلك في حالة إنكاره أو إقراره بالمدعى عليه، و بعد استصدار الزوجة لحكم وجوب النفقة أو امتناع الزوج عن تنفيذ هذا الحكم فما يجوز للزوجة بعد ذلك رفع دعوى أخرى مطالبة التفريق و هو ما يعني أن الحكم القضائي الممتنع تنفيذه من طرف الزوج بمثابة قاعدة إثبات موضوعية تعطي من ترى مصلحته و هي الزوجة عن الإثبات فينتقل عبء الاثبات إلى الطرف الآخر[3]و إن هذا الإجراء الذي انفرد به المشرع كشرط للحكم للزوجة بطلب التفريق يتعارض مع المبدأ العام لدعوى التطليق لعدم الإنفاق و هو رفع الضرر الواقع على الزوجة من جراء امتناع الزوج عن الانفاق قصدا أو لإعساره حينها تحمل الزوجة عبء إثبات عدم إنفاق زوجها عليها و بعدها تستصدر حكما قضائيا تلزم فيه الزوج الإنفاق عليها بعد مرور شهرين من صدور هذا الحكم يجوز لها رفع دعوى أخرى تطلب فيه التطليق لعدم الإنفاق .

[1]– عبد العزيز سعد ،الزواج و الطلاق في انون الأسرة الجزائري ، مرجع سابق ،ص 256.

[2]– بلحاج العربي ،الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ، المرجع السابق ،ص 276.

[3]– حجار محمد ،نظام الإثبات في أحكام الأسرة ،دراسة فقهية قانونية مقارنة في الفقه الإسلامي و القانون المصري و الجزائري ،رسالة دكتوراه ،كلية الحقوق ،جامعة الاسكندرية ،تمت مناقشتها سنة 2007 ،ص 398.

و إذا كانت مقتضيات العدل تقتضي أن تقدر النفقة في حال الزوجين يسارا و إعسارا و أخذ ظروف الزوج بعين الاعتبار فإنها تقضي أيضا عدم إثقال عبء الزوجة بإجراءت قضائية طويلة و معقدة .[1]

إن الشروط التي جاءت بها المادة 53 الفقرة الاولى التي أوجبت على الزوجة طالبة التطليق توفرها ليحكم لها قضاءا بالفرقة، جسدتها المحكمة العليا في قرارتها إذ جاء في أحدها ما يلي :" متى كان من المقرر شرعا أن للزوجة الحق في السكن المنفرد بعيدا عن أهل الزوج فليس معنى هذا أنها تطلق إذا لم يكن لها ذلك حالا ،بل يجري عليه ما يجري على النفقة و من ثم فإن النهي عن القرار المطعون فيه مخالفة للشريعة الإسلامية ،و الخطأ في تطبيقها في غير محله يستوجب رفضه.

و لما كان من الثابت في قضية الحال أن الزوجة (الطاعنة) علقت طلب الطلاق في حالة ما إذا رفض زوجها توفير سكن منفرد لها بعيدا عن أهله فإن قضاة المجلس بتأديتهم الحكم المستأنف لديهم القاضي على الزوجة بالرجوع إلى بيت الزوجية الذي زفت إليه و رفض الطلبات الأخرى اعتمادا على إظهار الزوج لعسره و عدم قدرته على تلبية رغبتها و طبقوا أحكام الشريعة الإسلامية تطبيقا صحيحا و متى كان كذلك استوجب رفض الطعن"[2].

و في معرض تأسيه جعل القرار طلب (الطاعنة) السكن المنفرد حالا و إلا الطلاق ما يجري على السكن يجري على النفقة باعتبار هذه الأخيرة تستغرق الأجل و بالتالي فلابد من وجود حكم يصدر بعد معرفة إمكانيات الزوج ،و ما مدى قدرته على توفيره و الحصول عليه و مدى استحقاق الزوجة له ،فليس كل زوجات لها حق السكن ،فالوضعية و الشريعة عند شرط زوجها عليها أن تسكن مع أهله لا تشترط السكن بمفردها عليه فرفض السكن المنفرد هو رفض لطلب الطلاق ،و النهي عن القرار فيه ليس محله[3].

فهذا القرار اعتبر السكن من مشتملات النفقة و بالتالي فلا أساس لعدم الإنفاق ما دام ليس هنا حكما يلزم الزوجة به سيما و أن الزوجة (الطاعنة) علمت أن زوجها معسر و لا يستطيع أن يأسس

---

[1]- شامي أحمد، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة ،دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية و القوانين الوضعية ،رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص تحت إشراف رايس محمد ،كلية الحقوق و العلوم السياسية ،جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان ،2014/2013، ص 139.

[2]- القرار رقم 44994 المؤرخ في 1987/02/23، غرفة الأحوال الشخصية و المواريث ،المجلة القضائية لسنة 1990 ،ص 58.

[3]- باديس ذيابي ،صور فك الرابطة الزوجية على ضوء القانون و القضاء في الجزائر ،مرجع سابق ،ص 33.

لمسكن منفرد في بداية حياته فمن ثم فشرط العلم بالإعسار و عدم وجود حكم يلزم الزوج بالسكن المنفرد لكونه من مشتملات النفقة جعل طلب تطليق الزوجة في غير محله و بذلك عد القرار تطبيقا نموذجيا للفقرة الأولى من المادة 53 من قانون الأسرة.

و بعد هذا القرار أيضا من القرارات القليلة التي نوهت بوضوح على الفقرة الأولى من المادة 53 من **ق.أ.ج** و ذلك أن القرارات التي صدرت بعدها لم تكلف نفسها عناء التسبيب الذي حمله قرار المؤرخ 1987 ،كون المادة جعلت من الضرر المعتبر شرعا أساس للتطليق و اعتمادا لكون المصطلح عام في لفظه و مدلوله فإن غالبية القرارات الخائضة في مجال التطليق رغم أنها أسست على عدم الإنفاق إلاّ أنها تحولت جميعها على أساس ضرر المعتبر شرعا[1] ،و هو ما يتضح جليا لدى بعض العينات منها القرار الذي جاء فيه ما يلي :

" من المقرر قانونا أنه يجوز تطليق الزوجة عند تضررها و من المقرر أيضا أنه إذا تعسر الزوج في الطلاق حكم للمطلقة التعويض عن الضرر اللاحق بها".

و من ثم تبين —في قضية الحال– أن الزوجة طلبت التطليق لتضررها من ضرب الزوج و طردها و إهمالها مع أولادها و عدم الإنفاق عليهم ،الأمر الذي يجعله محقة في طلب التطليق و التعويض معا لثبوت تضررها ،و عليه فإن قضاة الموضوع لما قضوا بتطليق الزوجة و تعويضها طبقوا صحيح للقانون"[2].و في قرار آخر جاء في ما يلي :

" من المقرر قانونا أنه يجوز للزوجة أن تطلب التطليق لكل ضرر معتبر شرعها .

و متى تبين — من قضية الحال — أن الزوجة متضررة من عدم الانفاق و الضرب الذي تعرضت له من طرف الزوج ،فإن قضاة الموضوع بقضائهم ،فتطليق الزوجة بثبوت تضررها فإن تقديرهم كان سليما و طبقوا صحيح القانون ،و متى كان كذلك استوجب رفض الطعن"[3].

---

[1]– باديس ذيابي ،صور فك الرابطة الزوجية على ضوء القانون و القضاء في الجزائر ،مرجع سابق ،ص 33.

[2]– ملف رقم 192665 القرار المؤرخ في 1998/07/21، غرفة الأحوال الشخصية و المواريث، مجلة الاجتهاد القضائي ،عدد خاص لسنة 2001 ،ص 116 .

[3] – ملف رقم 222134 المؤرخ في 1993/05/18 ،غرفة الأحوال الشخصية و المواريث ،المجلة القضائية ،عدد خاص لسنة 2001 ،ص 126.

فالقرارات و رغم أن أساس التطليق ،انطلق من عدم الانفاق إلا أن قضاة الموضوع و معهم قضاة المحكمة العليا تحاشوا الحديث عن الفقرة الأولى ارتاحوا بتطرقهم للفقرة القائلة بكل ضرر معتبر شرعا لا لانطوائها على عموم اللفظ و الدلالة ،و لذلك لوحظ غياب في التأسيس على الفقرة الأولى و الاكتفاء بما هو أسهل و أعم ،و لهذا فإن الأسس المبنية عليها صورة التطليق أصبحت مع الوقت تزداد عمومية بالشكل الذي أضحت هذه الصورة تقترب إلى حد بعيد من مجرد طلب مشروط إلى حق أصل[1].

و في رأي أن سبب تأسيس القضاة قراراتهم في المحكمة العليا بالتطليق لعدم الانفاق بالضرر اللاحق للزوجة لأن هذا يتوافق مع أحكام الشريعة الإسلامية التي تجيز للزوجة الفرقة بينهم و بين زوجها في حالة ما إذا ألحق بها الضرر بسبب عدم الانفاق ،أما الإجراءات القانونية التي نص عليها المشرع الجزائري في المادة 53 الفقرة الأولى ،فهي تثقل عبء الزوجة بتوفير الشروط السالفة الذكر لطلب الفرقة و الانتظار طويلا رغم أن الضرر مستمر و لاحق بتا بسبب عدم الانفاق.

و الأشكال الذي يطرح في التطليق لعدم الإنفاق نجد أن المشرع الجزائري لم ينص في قانون الأسرة على المدة التي تنتظرها الزوجة بعد الحكم لها بالنفقة و التي يمكنها بعدها تقديم طلب التطليق إلى المحكمة[2]،غير أنه المدة التي يجب على الزوجة انتظارها لكي تطلب التطليق هي شهرين قياسا على المدة التي وردت في المادة 333 من قانون العقوبات الجزائري و التي تعاقب من امتنع عمدا عن تنفيذ حكم النفقة لمدة تتجاوز الشهرين.[3]

و تبقى هذه المدة استنتاجا من المادة المذكورة لأن مواء التطليق لعدم الانفاق في قانون الأسرة لم تذكرها ،كما أن هذه المدة تخص الشروط الواجب توافرها لمتابعة الزوج جزائيا لا امتناعه عن تقييم نفقة مقررة قضاءا[4].

---

[1]– – باديس ذيالي، صور فك الرابطة الزوجية على ضوء القانون و القضاء في الجزائر، مرجع سابق، ص 35.

[2]– بلحاج العربي ،الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ،مرجع سابق ،ص 278.

– عبد العزيز سعد ،الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري ،مرجع سابق ،ص 258.

[3]– الأمر رقم 66/ 156 ،المؤرخ في 05 يونيو 1966 و المتضمن قانون العقوبات المعدل بالقانون رقم 23/06 المؤرخ في 20 ديسمبر 2006.

[4]– عبد العزيز سعد ،الجرائم الواقعة على نظام الأسرة ،الديوان الوطني للأشغال التربوية ، ط2 ،2002 ،ص 27.

و لكن رغم عدم وجود نص في قانون الأسرة إلا أن المحكمة العليا في إحدى قراراتها أكدت أن المدة هي شهرين و هذا استنادا للقرار الذي قضى بما يلي :"متى كان من المقرر فقها و قضاء في أحكام الشريعة الإسلامية أن عدم الانفاق على الزوجة لمدة تزيد على شهرين متتابعين يكون مبررا لطلبها التطليق عن زوجها وفقا لما نص عليه الفقيه ابن عصام بقوله إن العجز عن الإنفاق لأجل شهرين ذو استحقاق بعدهما الطلاق .

إذ كان من الثابت أن المطعون ضده أدين جزائيا من محكمة الجنح بتهمة الاهمال العائلي ،فإن قضاة الاستئناف برفضهم طلب الطاعنة المتعلق بالتطليق خرقوا أحكام هذا المبدأ الشرعي"[1].

فالقرار استند في حكمه إلى أحكام الشريعة الإسلامية و المتمثل بأن عدم الانفاق على الزوجة بأكثر من شهرين متتابعين يكون سببا كافيا لتبرير طلب الزوجة المتعلقة بالتطليق.

➢ المطلب الثاني : الفرقة بين الزوجين بسبب العيوب

• الفرع الأول :تعريف العيب و حكم التفريق به

أولا – العيب لغة

مصدر من "عاب الشيء عيبا و عابا ،صار ذا عيب فهو عائب و المفعول: معيب و معيوب"[2].

و العيب و العيبة بمعنى واحد أي الوصمة[3]،و جمع العيب أعياب و عيوبٌ و المعابُ و للمعيب موضع العيب و مكانه ،و يجمع على معايب[1].

---

[1]- القرار رقم 34791 المؤرخ في 1984/11/19 ،غرفة الأحوال الشخصية و المواريث ،المجلة القضائية لسنة 1989 ،العدد 3 ،ص 76.

[2]- المعجم الوسيط ،كجمع اللغة العربية ،مصدر سابق ،ج2 ،ص 638.

- ابن منظور :لسان العرب ، مصدر سابق ،ج1 ،ص 633.

- الجوهري ،الصحاح ، مصدر سابق ،ج1 ،ص 190.

[3]- الفيروز آبادي ،القاموس المحيط ، مصدر سابق ،ج1 ،ص 118.

- المعجم الوسيط ،مجمع اللغة العربية ، مصدر سابق ،ج2 ،ص 639.

- ابن منظور ، لسان العرب ، مصدر سابق ،ج1 ،ص 633.

فهذا العيب في اللغة على النقص الذي عادة "ما تخلو عنه أصل الفطرة السليمة مما يعد به ناقصا "[32].

ثانيا العيب اصطلاحا

عيب النكاح الذي هو مدار البحث عرف بأنه: "ما يخل بمقصود النكاح الأصلي كالتنفير عن الوطء و كسر الشهوة"[4].

و سبب نشوء النفور و عدم الاستقرار بين الزوجين أن قوام العيب حدوث :" نقص بدني أو عقلي في أحد الزوجين يمنع من تحصيل مقاصد الزواج ،و التمتع بالحياة الزوجية "[5] ،فالعيوب في النكاح يمكن أن تقسم إلى ثلاثة أقسام بحسب ماهيتها و طبيعتها :

أولها : ما كان في خلقه الإلهي كالجنون الأصلي و الأصح الزائدة و نحوها .

ثانيهما : في خلقه كالزنا و شرب الخمر و ما أشبه ذلك[6].

ثالثهما :ما كان عارضا كالمرض و سائر أنواع العلل الطارئة[7].

ثالثا :حكم التفريق بين الزوجين بسبب العيب

---

[1]- المصدرين السابقين .

[2]- لم يعثر على هذا التعريف اللغوي للعيب في كتب للغة و إنما عثر عليه في كتب الفقه و الله أعلم.

[3]- ابن الهمام ، شرح فتح القدير ،مصدر سابق،ج 5 ،ص 151.

- ابن عابدين ،حاشية رد المحتار على الدار المختار ، مصدر سابق ،ج 5 ،ص 03.

- الميداني ،اللباب في شرح الكتاب ، مصدر سابق ، ج2 ،ص 19.

[4]- وفاء بنت علي بن سليمان الحمداني : التفريق بالعيب بين الزوجين و الآثار المترتبة عليه "دراسة فقهية مقارنة " ،مكتبة كنوز المعرفة ،ط 1 ،-1419 هـ - 1999 م ، ص 163.

[5]- عبد التواب ،معوض :موسوعة الأحوال الشخصية ،مكتبة المعارف الإسكندرية ، ط3 ،عام 1986 ،ص 573.

[6]- لم تنص الدراسة على بحث هذا الجانب ،نظرا لسعة الجانب الخلقي.

[7]- عبد التواب معوض ،موسوعة الأحوال الشخصية ،مرجع سابق نفسه ،ص 164.

- أبو زهرة محمد ،الأحوال الشخصية ،مرجع سابق ،ص 355.

لقد حرص الإسلام أشد الحرص على حماية الزوجة و حرصها عن كل ما من شأنه أن يؤثر في تصدع بنيانها ،أو يعرقل سيرها نحو تحقيق الغابات و الأهداف الموجودة منها ،و لكن قد يبتلي أحد الزوجين بالإصابة بمرض ،أو عيب منفر أو معد يصعب شفاؤه ،و قد يمنع الاستمتاع و تحصيل الغرض الرئيسي من الزواج ،و لقد بسط الفقهاء – رحمه الله تعالى – القول في معالجة هذه القضية و أوضحوا حكم التفريق بين الزوجين ،مع بيان طبيعة العيوب المحجوزة للتفريق و حكم الشرع فيها.

اختلف الفقهاء في حكم التفريق بالعيب بين الزوجين على قولين :

القول الأول : جواز التفريق بالعيوب و به قال الحنفية [1]و المالكية [2]و الشافعية [3]و الحنابلة[4].

و استدل الجمهور لما ذهبوا إليه بأدلة من القرآن و السنة و المأثور.

أولا :من القرآن

1. و ذلك بقوله تعالى "﴿فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَٰنٍ﴾"[5].

وجه الدلالة :أوجب الله عز وجل على الزوج إمساك زوجته بالمعروف بأن يوفيها حقها في الجماع و يحسن العشرة و ألا يظلمها شيئا من حقها[6]،لأن الزوجة قد تعذر عليها تحصيل المقصود من النكاح و هو العفة و الحصان و لا يمكنها استيفاء ذلك من غيره ما دامت في عصمته فلو لم يثبت لها الخيار لأصبحت معلقة لا ذات بعل ،و لا مطلقة فتبث لها الخيار لإزالة ظلم التعليق[7]

ثانيا : من السنة

[1]– الكسائي ،بدائع الصنائع ، مصدر سابق ،ج2 ،ص 327.– الميداني ، اللباب في شرح الكتاب ، مصدر سابق ،ج3 ،ص 26.

[2]– ابن رشد ،بداية المجتهد و نهاية المقتصد ،مصدر سابق ،ج2 ،ص 59.

[3]– الشيرازي ،المهذب ، مصدر سابق ،ج2 ،ص 48.

[4]– ابن قدامة ،المغني ، مصدر سابق ،ج 7 ،ص 199.

[5]– سورة البقرة ،الآية 229.

[6]– ابن كثير : تفسير القرآن العظيم ، مصدر سابق ،ج1 ،ص 461.– القرطبي ،الجامع الأحكام القرآن ،ج3 ،ص 127.

[7]– الكسائي :بدائع الصنائع ، مصدر سابق ،ج2 ،ص 323.– السرخسي ،المبسوط ، مصدر سابق ،ج5 ،ص 97.

ما أخرجه أحمد من طريق جميل بن زيد[1]أن رسول الله صلى الله عليه و سلم تزوج امرأة من بني غفار فلما دخل عليها وضع ثوبه و قعد على الفراش أبصر بكشحها[2]بياضا[3]فأجاز عن الفراش ثم قال:

"خذي عليك ثيابك ولم يأخذ مما أتاها شيئا"[4].

وجه الدلالة :

ظاهر هذا الحديث يدل على جواز فسخ النكاح لاسيما و أن قوله صلى الله عليه و سلم في الرواية الأخرى عقب الرد :"دلستم علي" قرينة دالة على أن المراد من الحديث التفريق بالعيب لوجود التدليس فتبث الرد بالبرص بالحديث ،و يقاس عليه كل عيب يشترك معه في العلة و هي المنع مع الاستمتاع أو كما له فيجوز الرد به[5].

[1]- : جميل بن زيد الطائي الكوفي أو البصري ،تابعي ،روى عن ابن عمر و كعب بن زيد أو زيد ابن كعب ،و روى عنه الثوري ،و أبو بكر بن عباس أبو معاوية و غيرهم رضي الله عنهم جميعا ،قال عنه ابن معين و النسائي :"ليس بثقة ،و قال عنه أبو حاتم الرازي و أبو القاسم اللغوي ضعيف ،و قال ابن حبان واهي الحديث ،و ذكر أبو بكر بن عياش بأنه اعترف بأنه لم يسمع من ابن عمر رضي الله عنهما شيئا و إنما كتب أحاديث ابن عمر رضي الله عنهما عندما طلب منه ،و ذكره العقيلي في الضعفاء.

- انظر : ابن حجر :تهذيب التهذيب ، مطبعة دائرة المعارف النظامية ،الهند ،ط1 ،1326هـ ،ج2،ص 114 .

[2]- الكشح : الخصر و يطلق على المنطقة التي ما بين الخاصرة إلى الضلع من الخلف .- انظر : ابن الاثير ،النهاية في غريب الحديث و الأثر ، مصدر سابق ،ج4 ،ص 175.- ابن منظور ، لسان العرب ، مصدر سابق ،ج 2 ،ص 571.

[3]- داء البرص المعروف ،النووي ،المجموع شرح المهذب ،ج16 ،ص 268.

[4]- الحديث ضعيف جدا لضعف جميل بن زيد و تفرده به و اضطرابه فيه ،فتارة يروى عن كعب بن زيد و تارة عن ابن عمر و تارة عن كعب بن عجزة ،قال عنه البخاري لم يصح حديثه.

-الألباني ،محمد ناصر الدين ،إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل ، اشراف زهير الشاويش ، المكتب الإسلامي ط2 ،1405هـ-1985م ،ج 6 ،ص 326– 328 .

- الشوكاني ،نيل الأوطار ،مصدر سابق ،ج6 ،ص186.

- السنن الكبرى ،كتاب النكاح ،باب، مايرد به النكاح من العيوب ،ج 7 ، ص348.

- المصنف لابن أبي شيبة ،كتاب النكاح ،باب المرأة يتزوجها الرجل و بها برص ،و مسند أبي يعلى الموصلي ، مصدر سابق،ج 3 ، ص 486

[5]- النووي ،المجموع شرح المهذب ، مصدر سابق،ج 16 ،ص 266.

ثالثا :ما رواه سعيد ابن مسيب ،أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه قال :" أيّما رجل تزوج امرأة و بها جنون أو جذام أو برص فمسها فلها صداقها كاملا ،و ذلك لزوجها عزم على وليها"[1].

وجه الدلالة: يدل هذا الأثر على أن الجنون و الجذام و البرص عيوب يفسخ بها النكاح، فإن وجد الرجل امرأته معيبة بعيب من هذه العيوب وجب المهر و أصبح غرما من غرّ الزوج[2].

رابعا :من المعقول

إن النكاح عقد المعاوضة ،فوجب أن يثبت فيه الخيار متى وجد العيب في المعقود عليه شأنه في ذلك شأن البيع[3].

القول الثاني :منع التفريق بالعيوب ،و به قال عمر ابن عبد العزيز[4] و الظاهرية [5].

أولا – من القرآن الكريم :

1. قوله تعالى :"﴿فَيَتَعَلَّمُونَ مِنۡهُمَا مَا يُفَرِّقُونَ بِهِۦ بَيۡنَ ٱلۡمَرۡءِ وَزَوۡجِهِۦۚ﴾"[6]

وجه الدلالة :"إن كل نكاح صح بكلمة الله عز وجل و سنة رسوله صلى الله عليه و سلم فقد حرم الله تعالى بشرتها و فرجها على كل من سواه ،فمن فرق بينهما بغير قرآن أو سنة ثابتة فقد دخل في صفه الذين ذمهم الله تعالى"[7].

ثانيا من السنة :ما رواه الشيخان من طريق عائشة رضي الله عنها أن امرأة رفاعة القرضي[1] جاءت رسول الله فقالت :"يا رسول الله إن رفاعة طلقني فَبُتَّ[2]طلاقي ،و إني نكحت بعده عبد الرحمن بن الزبير القرضي[3]و إنما معه مثل الهدبة [4] ، قال صلى الله عليه و سلم لعلك تريدين أن ترجعي إلى رفاعة؟

---

[1]- رواه مالك ابن أنس ،الموطأ ،كتاب النكاح ،باب ما جاء في الصداق و الحباء ،أي الإعطاء بالعوض ، تحقيق طه عبد الرؤوف سعد ،ط1 ،1424هـ-2003م، ص 312

[2]- الصنعائي ،سبيل السلام ،المصدر السابق ،ج 2 ،ص8 19.

[3]- ابن رشد ،بداية المجتهد ،المصدر السابق ،ج2 ،ص 59.

[4]- ابن رشد ،بداية المجتهد ، مصدر سابق ،ج2 ،ص 59.

[5]- ابن حزم ،المحلي ، مصدر سابق ،ج 9 ،ص 209.

[6]- سورة البقرة ،الآية 102.

[7]- ابن حزم ،المحلي ،مصدر سابق ،ج 9 ، ص 209.

لا،حتى يذوق عسيلتك و تذوقي عسيلته"[5].

القول المختار :بعد ذكر أقوال الفقهاء ،و أدلتهم ،و مناقشتهم في مدى جواز التفريق بالعيب بين الزوجين يبدوا- و الله أعلم- أن ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من القول بثبوت حق التفرق بالعيب و هو الأقرب للصواب ،و ذلك للأسباب التالية :

1. إن مثل هذا القول ،قد قال به بعض الصحابة و التابعين و به قضوا و هذا القول و الفعل منهم يؤيد ما ذهب إليه الجمهور [6].

2. إن الأخذ بهذا القول يتفق مع حكمة الإسلام في تشريع الزواج التي من أهم قوامها حصول السكن النفسي و راحة القلب ،و هذا المعنى العظيم لا يأتي مع وجود مرض و عيب معد أو منفر في أحد الزوجين.

---

[1]- هو رفاعة ابن رفاعة القرضي ،من بني يقريظة ،و قيل رفاعة ابن سموال ،و هو خال صفية بنت حي ابن أخطب أم المؤمنين و هو الذي طلق امرأته ثلاثا على عهد رسول الله فتزوجها عبد الرحمن بن الزبير و طلقها قبل أن يدخل بتا فأرادت الرجوع إلى رفاعة فسألها النبي صلى الله عليه و سلم فذكرت أن عبد الرحمن رضي الله عنه لم يمسسها فقال لا ترجعي حتى تذوق عسيلته و هو الذي نزلت فيه و في عشرة من الصحابة آية القصص رقم (51) :"و لقد وصلنا لهم القول لعلهم يتذكرون"

- انظر ابن الأثير : أبو الحسن علي ابن أبي كرم ،أسد الغابة ،دار الفكر بيروت ،1409هـ - 1989م ،ج2 ،ص 76 – 80 .

[2]- البت : القطع المستأصل يقال بتّ الشيء يبته بتقاطعه قطعا مستأصلا و أبت فلان طلاق امرأته أي طلقها طلاقا باتا أي ثلاثا قاطعة انظر : ابن منظور ،لسان العرب ، مصدر سابق ،ج2 ،ص 6 – 7 .

[3]- هو عبد الرحمن ابن الزبير بن باطا القرضي المدني له صحبة و هو الذي تزوج المرأة الت يطلقها رفاعة القرضي روى حديثه ابن وهب عن مالك عن المسور رفاعة عن الزبير بن عبد الرحمن ابن الزبير عن رفاعة .

- انظر : ابن حجر ،تهذيب التهذيب ، مصدر سابق ،ج 6 ،ص 170.

- ابن الاثير : أسد الغابة ، مصدر سابق ،ج 3 ،ص 342.

[4]- الهدبة ،الشعرة النابتة على شفرة العين ،و تطلق الهدبة على طرف الثوب الذي لم ينسج تشبيها بهدب العين و هو شعر الجفن ،و أرادت امرأة رفاعة لهذا التشبيه بيان أن ذكره يشبه الهدبة في الاسترخاء و عدم الانتشار ،فهو رخو مثل طرف الثوب لا يعف عنه شيئا.

- انظر : ابن منظور ،لسان العرب ،ج 1 ،ص 780.

- الجوهري ،الصحاح ، مصدر سابق ،ج1 ،ص 237.

- ابن حجر ،فتح الباري ،المصدر السابق ، ج2 ،ص 1082.

[5]- رواه البخاري ،كتاب الطلاق ، باب من أجاز الطلاق الثلاث ،صحيح البخاري ،الحديث رقم 5260 ،المصدر السابق ،ص 905.

- رواه مسلم ،كتاب النكاح ،باب لا تحل المطلقة ثلاثا لمطلقها حتى تنحك زوجا غيره و يطأها ثم يفارقها و تنقضي عدتها ،صحيح مسلم ،الحديث رقم 1433 ،ص 479.

[6]-انظر الرسالة ،ص 204

3. إن إعطاء حق التفريق بالعيب لكل من الزوجين[1]و ترتب عليه دفع الكثير من المفاسد التي قد تنشأ عن الحكم على الزوجين بالبقاء معا ،و منع التفريق بينهما.

و قد راعت الشريعة الغراء هذا الجانب فطالبت بتقديم درء المفاسد على جلب المصالح[2].

- **الفرع الثاني: العيوب الداعية للتفريق بين الزوجين و شروط التفريق**

أولا –العيوب الداعية للتفريق بين الزوجين :اتفق[3]فقهاء المذاهب الأربعة على جواز التفريق بين الزوجين بعيبين هما :

الجَبُّ[4]و العنَّة[5] فإذا وجدت الزوجة زوجها مجبوبا أو عنينا يباح لها أن ترفع أمرها إلى القاضي و تطلب التفريق بينها و بين زوجها و اختلفوا فيما عداهما من عيوب على خمسة أقوال.

---

[1]– علما أن الحنفي أعطوا حق طلب التفريق بالعيب إنما ليثبت للزوجة إذا وجدت بزوجها عيبا ،أما للزوج فلا يثبت له هذا الحق ،و هو بالخيار بين أن يطلق إن شاء أو يمسك.

– الكسائي : بدائع الصنائع ، مصدر سابق ،ج 2 ،ص 322 – 327 .

– و إعطاء حق التفريق بالعيب لكل من الزوجين رأي المالكية و الشافعية و الحنابلة، في حين أن الظاهرية منعوا هذا الحق لكلا من الزوجين.

[2] – عز الدين عبد العزيز بن عبد السلام السلمي ،قواعد الأحكام في مصالح الأنام ،مراجعة و تعليق :طه عبد الرؤوف سعد ،دار الجيل ،بيروت ،ط2 ،عام 1400هـ – 1980 م ،ج 1 ، ص 98 .

[3]– ابن عابدين :حاشية رد المحتار على دار المختار ،المصدر السابق ،ج3 ،ص 494

– الكسائي ،بدائع الصنائع ، مصدر سابق ،ج2 ،ص 327.

– الحرسي ،الخرشي على مختصر الخليل ، مصدر سابق ،ج3 ،ص 236.

– النووي : المجموع شرح المهذب ، مصدر سابق ،ج 16 ،ص 268.

– ابن قدامة ،المغني ، مصدر سابق ،ج7 ،ص199.

– البهوتي :كشاف القناع ، مصدر سابق ،ج 5 ،ص 105 – 106.

[4]– الجب : لغة مصدر جبا و اجتب الشيء :قطعه.

– انظر :ابن منظور ، لسان العرب ، مصدر سابق ،ج 1 ،ص 249

– مجمع اللغة العربية ،المعجم الوسيط ، مصدر سابق ،ج1 ،ص 104.

– أما الجب اصطلاحا :هو قطع الذكر كله ،أو بعضه بحيث لم يبقى منه ما يمكن الوطء به ،مع بقاء الاثنين.

– الشربيني ، مغني المحتاج ، مصدر سابق ،ج 4 ،ص 342.

[5]– العنة لغة مصدر عنَّ ،و عنَّ الرجل عنه : عجز عن الجماع لمرض يصيبه فهو مجنون و عنين أي أعرض و انصرف.

القول الأول: و هو قول الحنفية[1] إذ ذهب أبو حنيفة و أبو يوسف إلى أن العيوب التي تجيز للزوجة الحق في طلب التفريق بسببها هي : "الجب و العنة و الخصاء[2] و ما في معناها".

القول الثاني: و هو قول للمالكية[3] و قسموا العيوب إلى ثلاثة أقسام .

القسم الأول: عيوب مشتركة بين الزوجين ،بمعنى أنها قد توجد في الرجل و قد توجد في المرأة و هي أربعة الجنون[4] و الجذام[5] و البرص[6]و العذيطة[7].

القسم الثاني :عيوب خاصة بالرجل و هي أربعة :الجب ،و العنة ،و الخصاء و الاعتراض[8].

القسم الثالث : عيوب خاصة بالمرأة و هي خمسة :الرتق[9]و القرن[1] و العفل[2] و الإفضاء[3] و البخر[4].

- انظر :ابن منظور ،لسان العرب ، مصدر سابق ،ج 2 ،ص 633.
- الجوهري ،الصحاح ، مصدر سابق ،ج6 ،ص 2116
- أما اصطلاحا :هو صغر الذكر فلا يأتي الجماع معه لامتناع تأتي إيلاجه.
- محمد عبد الوهاب ،التلقين في الفقه المالكي ،تحقيق :أبي أويس محمد بوخبزة الحسيني ،دار الكتب العلمية ،ط1 ،1425هـ – 2004م،ج 1 ،ص 177.

[1]- الميداني : اللباب في شرح الكتاب ،المصدر السابق ،ج 3 ،ص 25.

[2]- الخصاء :و هو نزع الخصيتين مع بقاء الذكر.
- الميداني ،اللباب في شرح الكتاب مصدر سابق ، ،ج3 ،ص 26.
- الحطاب ،مواهب الجليل ، مصدر سابق ،ج3 ،ص 485.

[3]- مالك ابن أنس ،المدونة الكبرى ، مصدر سابق ،ج2 ، ص 142 و ما بعدها.
- الحطاب ،مواهب الجليل ، مصدر سابق ،ج 3 ،ص 483 – 485.

[4]- الجنون : هو عارض يصيب الشخص ،فيذهب بسلامة الإدراك ،و عدم التمييز بين الضار و النافع.
- انظر : حمادة :عباس متولي ،أصول الفقه ،دار النهضة العربية ،ط 2 ،عام 1388 هـ /1968 ،ص 373.

[5]- الجذام : هو علة يحمر منها العضو ثم يسود ثم يتقطع و يتناثر و يتصور ذلك في كل عضة و لكنه في الوجه أغلب .
- الشربيني : مغني المحتاج ، مصدر سابق ،ج4 ،ص 342.

[6]- البرص : بياض شديد يبقع الجلد و يذهب دمويته .
- الشربيني ،مغني المحتاج ، مصدر سابق ،ج4 ،ص 342.
- الحطاب ،مواهب الجليل ، مصدر سابق ،ج 3 ،ص 484.

[7]- العذيطة : هي خروج الغائط عند الجماع .
- الدسوقي :حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، مصدر سابق ،ج2 ،ص 278.

[8]- المعترض هو الذي لا يقدر على الوطء لعارض ،و ربما كان بعد الوطء قد تقدم منه ،و ربما كان عن امرأة دون أخرى ،فالمعترض هنا يؤجل سنة.
- القاضي عبد الوهاب ،التلقين ، مصدر سابق ،ج1 ،ص 177.

[9]- الرتق : هو انسداد مسلك الذكر بحيث لا يمكن معه الجماع إلا أنه إذا انسد بعظيم لا يمكن معالجته و بحكم أمكنت.

القول الثالث : للشافعية[5]و قسموها إلى ثلاثة أقسام :

القسم الأول: عيوب مشتركة بين الزوجين و هي ثلاثة: الجنون و الجذام و البرص.

القسم الثاني: عيوب خاصة بالرجل و هي اثنان: العنة و الجب.

القسم الثالث: عيوب خاصة بالمرأة و هي اثنان: الرتق و القرن.

القول الرابع :للحنابلة[6] و قد وافق الحنابلة مذهب الشافعية في العيوب المشتركة و العيوب الخاصة بالرجل أما العيوب الخاصة بالمرأة ،فقد حددها صاحب المحرر بقوله :" أو كانت المرأة فتقاء بانحراف السبيلين ،أو مسدودة الفرج فلا يسله الذكر لرتق أو قرن أو عفل"[7].

القول الخامس :لابن تيمة و ابن القيم[8]و بعض من فقهاء السلف و هو إطلاق التفريق بالعيب بين الزوجين بكل عيب لا يمكن معه تحقيق مقاصد النكاح ،و المتأمل في أقوال الفقهاء يتضح أن للفقهاء إجمالا ثلاثة مسالك في تحديد العيوب التي تجبر التفريق بين الزوجين .

المسلك الأول : التضييق و التقييد و هو مسلك الحنفية .

المسلك الثاني :التوسع و الاطلاق و هو قائم على عدم حصر العيوب و هو مسلك ابن القيم.

– الدسوقي ،حاشية الدسوقي ، مصدر سابق ،ج2 ،ص 278.

[1]– القرن هو شيء يبرز في فرج المرأة يشبه قرن الشاة تارة يكون عظما فيعسر علاجه و تارة يكون لحماء و هو الغالب فلا يعسر علاجه.

– الخرشي ،الخرشي على مختصر الخليل ، مصدر سابق ،ج3 ،ص 237.

– أو هو انسداد محل الجماع من المرأة بعظم و قيل بلحم ،

– الدسوقي ،حاشية الدسوقي ، مصدر سابق ،ج2 ،ص 278.

[2]– العفل و هو رغوة في الفرج تحدث عند الجماع ،

– الدسوقي ،حاشية الدسوقي ، مصدر سابق ،ج2 ،ص 278.

[3]– الإفضاء: هو اختلاط مسلك الذكر و البول حتى يسير مسلكا واحد و أخرى مسلك البول و الغائط .

–الخرشي : الخرشي على مختصر الخليل ، مصدر سابق ،ج3، 237.

[4]– البخر و هو عبارة عن نتز في الفرج يثور عند الجماع.

– البهوتي ،كشاف القناع ، مصدر سابق ،ج5 ،ص 109.

[5]– الشافعي ،الأم مصدر سابق ،،ج 5 ،ص 90 – 92.

– النووي : المجموع شرح المهذب مصدر سابق ،ج 16 ،ص 268.س

[6]– ابن قدامة ،المغني ، مصدر سابق ،ج 7 ،ص 199.

[7]– أبو البركات ،المحرر في الفقه ، مصدر سابق ،ج2 ،ص 24.

[8]– ابن القيم ،زاد المعاد في هدى خير العباد ،مصدر سابق ،ج2 ،ص 446.

المسلك الثالث :التوسط و الاعتدال بين المسلكين السابقين و هو مسلك جمهور الفقهاء من المالكية و الشافعية و الحنابلة.

و سبب الاختلاف بين الفقهاء في هذه المسألة راجع إلى أن عيوب النكاح لم يرد فيها نص قاطع يحددها بعدد معين و كل ما ورد من الصحابة في موضوع اجتهادي[1]-[2]. و السؤال الذي يطرح نفسه

هل العقم عيب مجيز للتفريق؟

المقصود بالعقم عدم قابلية الزوج أو الزوجة للنسل[3]و قد يكون أحد الزوجين عقيما ،قال تعالى :" ﴿وَيَجۡعَلُ مَن يَشَآءُ عَقِيمًاۚ﴾"[4].

فهل يجوز لأحد الزوجين أن يطلب التفريق لسبب عقم الآخر؟ و هل يعد ذلك عيبا؟ و في هذه المسألة قولين :

القول الأول: لا يثبت خيار التفريق لأحد الزوجين بسبب عيب العقم و به قال الحنفية[5]، و المالكية [6]و الشافعية[7] و الحنابلة في القول المعتمد في المذهب[1] ،و استدلوا لما ذهبوا إليه بالمعقول و ذلك من وجهين :

---

[1]- الحمدان ،وفاء بنت علي بن سليمان : التفريق بالعيب بين الزوجين و الآثار المترتبة عليه "دراسة فقهية مقارنة" ،مكتبة كنوز المعرفة ،ط 1 ، 1419هـ /1999م ،ص 223.

[2]- و هناك جملة من عيوب حديثة و هي السيلان، و الزهري و السل و السرطان و الإيدز كذلك هناك عيوب أخذ بها بعض المعاصرين للتعريف بين الزوجين تحدث بعد الزواج مثل عقم الزوجين و اختلاف فصيلة الدم بين الزوجين و سرطان الثدي و سرطان الرحم.

و المشرع الجزائري لم يغفل عن بعض من هذه العيوب و استحدث بعد تعديل قانون الأسرة في المادة 07 مكرر على أنهه :" يجب على طالبي الزواج أن يقدما وثيقة طبية ،لا يزيد تاريخها عن ثلاثة أشهر تثبت خلوهما من أي مرض أو عامل قد يشكل خطرا يتعارض مع الزواج.

- و الوثيقة الملزمة على الزوجين إجراء فحوصات تشمل الزمرة الدموية ،كذلك الكشف عن مرض الإيدز و ضابط الحالة المدنية لا يمنع من الزواج إن كان هناك تراضي بين الزوجين علمهما بالمرض قبل العقد و الرضائية و هو بذلك يسقط حق الزوجة في طلب التطليق

[3]- مصطفى أحمد القضاة ،التفريق بين الزوجين للعيوب الجنسية ،أستاذ الفقه المساعد بكلية الشريعة و القانون ،جامعة أربد الأهلية ،الأردن ،ص 178.

- لم يتكلم الفقهاء عن معنى مصطلح العقم، و لعل عدم ذكرهم لتعريف العقم، لكونه من المصطلحات المعروفة التي لا تحتاج إلى مزيد من الإيضاح.

- الحمدان وفاء بنت علي ، التعريف بالعيب بين الزوجين و الآثار المترتبة عليه ،مرجع سابق، 484.

[4]- سورة الشورى ،الأية 50.

[5]- الكساني :بدائع الصنائع ،مصدر سابق ،ج 2 ،ص 327.

[6]- الدسوقي ،حاشية الدسوقي ،مصدر سابق ،ج 2،ص 178

[7]- النووي : روضة الطالبين ،مصدر سابق ،ج 7 ،ص 178.

الأول : إن التحقق من كون أحد الزوجين عقيما أمر لا يمكن القطع به، و التثبت منه ،حتى يقبض من به هذا العيب ،لأن الرجل و كذا المرأة ربما لا ينجب و هو شاب و إنما إذا غدا شيخا يولد له[2].

الثاني :إنه لو ثبت التفريق بسبب العقم لثبت التفريق للآيسة كذلك ،و هذا لم يقل بهذا أحد ،كما أن حق الزوجية في الوطء لا في الإنزال ،و عدم النسل لا يمنع من الاستمتاع[3].

القول الثاني : يثبت التفريق بين الزوجين بسبب العقم و إليه ذهب فريق من الحنابلة[4]و منهم ابن القيم[5]،و من أدلتهم التي استدلوا بها :

1. من السنة :

ما روى عن طريق معقل بن يسار"[6] قال :"جاء رجل إلى النبي صلى الله عليه و سلم فقال : إني حسبت امرأة ذات حسب و جمال و إنها لا تلد، أأتزوجها ؟ قال لا" ،ثم أتاه الثانية فنهاه ،ثم أتاه ثالثة فقال :" تزوجوا الودود الولود فإني مكاثر بكم الأمم"[7].

وجه الدلالة من الحديث:

إن الحديث و إن لم يكن نصا في المسألة التي هي مدار البحث إلاّ أن في ترغيبه صلى الله عليه و سلم في الزواج من المرأة الولود ،و نهي عن ضدها و هي العقم إشارة إلى أن الحياة الزوجية مع امرأة

---

[1]- البهوتي :كشاف القناع /مصدر سابق ،ج 5 ،ص 112.

[2]- الحمدان ،وفاء بن علي ،التفريق بالعيب بين الزوجين و الآثار المترتبة عليه ،مرجع سابق ،ص 487.

[3]- مصطفى أحمد ،التفريق بين الزوجين للعيوب الزوجية ، مصدر سابق ،ص 178.

[4]- ابن قدامة ،المغني ،المصدر السابق ،ج7 ،ص 199.

[5]- ابن القيم ،زاد المعاد ،المصدر السابق ،ج2 ،ص 445.

[6]- هو معقل بن يسار بن عبد الله بن معير المزني ،صحابي أسلم قبل الحديبية ،و شهد بيعة الرضوان ،و سكن البصرة ،و توفي في آخر خلافة معاوية ،و هو الذي حفز نهر معقل بالبصرة بأمر عمر فنسب إليه ،روى عن النبي صلى الله عليه و سلم و عن النعمان بن مقرن المزني و روى عنه عمران بن حصين و علقمة بن عبد الله و الحسن البصري و غيرهم رضي الله عنهم جميعا.

- الزركلي ،الأعلام ،مصدر سابق ،ج 7 ،ص 271.

- ابن حجر تهذيب التهذيب ،مصدر سابق ،ج 11 ،ص 376 و ما بعدها.

[7]- النسائي ،أبو عبد الرحمن أحمد بن شعيب ،سنن النسائي بشرح جلال الدين السيوطي و حاشية السندي ،كتاب النكاح ،باب كراهية تزويج العقم ،دار إحياء التراث العربي ،بيروت ،المجلد 3 ،ج6 ،ص 65.

منجبة هو الأولى و الرجل العقيم يقاس على المرأة في الحكم ،و لذلك ينهي صلى الله عليه و سلم ذلك الرجل أكثر من مرة من الاقتران بمن لا تلد[1].

2. من الأثر :

أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه بحث رجلا على بعض السعاية[2]،فأتاه فقال : تزوجت امرأة فقال:لا ،فأخبرها و خيرها"[3].

وجه الدلالة: يدل الأثر بمنطوقه على أن العقم ،عيب يثبت بسببه حق الخيار للسليم من أحد الزوجين ،بدليل أن عمر رضي الله عنه اعتبر السكوت عنه – أي عن العقم – من أقبح التدليس[4]،و لهذا أمر الرجل بأن يخبر زوجته بعقمه ثم يخيرها بين البقاء أو الفراق.

من المعقول: إن من أسمى مقاصد الزواج تحصيل الولد، و إذا امتنع تحقيق هذا المقصد العظيم بسبب عجز أحد الزوجين عن الإنجاب جاز التفريق بينهما منعا للضرر[5].

القول المختار: يتضح مما سبق ذكره من أقوال الفقهاء في هذه المسألة أن ما ذهب إليه أصحاب القول الثاني من اعتبار العقم سببا يجيز حق طلب التفريق لكلا الزوجين هو الاقرب للصواب و ذلك للأسباب التالية :

1. قوة أدلتهم :حيث بنص قولهم على تفضيل النبي صلى الله عليه و سلم من تلد من النساء على غيرها.

2. إن المصلحة تقضي باعتبار العقم سببا للتفريق بين الزوجين حتى يتسنى للطرف السليم تحصيل الولد ،فلا يحرم من حق شرعه الله ،خاصة المرأة إذ وجدت زوجها عقيما لأن الرجل يستطيع إن وجد زوجته عقيما أن يتزوج بأخرى ،و إن شاء طلق زوجته الأولى أو إبقائها ،أما المرأة فلا سبيل لها لذلك تعيّن

---

[1]– وفاء بنت علي ،التفريق بالعيب بين الزوجين ،مرجع سابق ،ص 488 .

[2]– السعاية ،أي جمع الصدقات و يسمى عامل الزكاة الساعي.

– ابن الاثير النهاية في غريب الحديث و الأثر ، مصدر سابق ،ج2 ،ص 369.

– مجمع اللغة العربية ،المعجم الوسيط ، مصدر سابق ،ج1 ،ص 431-432.

[3]– أخرجه عبد الرزاق في مصنفه ،كتاب النكاح ،باب الرجل العقيم ، مصدر سابق ،ج 6 ،ص 162.

– و رجاله ثقات ابن القيم ،زاد المعاد ، مصدر سابق ،ج2 ،ص 445.

– رواية ابن سرين عن عمر مرسلة ، مصدر سابق ،ج 2 ،ص 445.

[4]– ابن القيم ،زاد المعاد ،مصدر سابق ،ج 2 ،ص 445.

[5]– وفاء بنت علي، التفريق بالعيب ،بين الزوجين ،المرجع السابق ،ص 489.

إعطائها حق التفريق عن طريق رفع أمرها إلى القضاء لينظر في شأنها و في هذا إزالة للظلم ،و العنت للواقعين على المرأة فيما لو لم تعطي هذا الحق —و الله أعلم-.

ثانيا :الشروط الواجب توافرها لإمضاء التفريق بالعيوب

اشترط الفقهاء شروطا عدة لثبوت الحق في طلب التفريق بالعيب بين الزوجين.

البعض منها متفق عليه ،و البعض الآخر مختلف فيه ،و البعض منها قد اشترطه مذهب دون آخر ،و هذه الشروط يجب توافرها في العيب أو الزوج المعيب ،ليملك الآخر خيار الفسخ.

1. أن لا يكون من له الخيار عالما بعيب الآخر وقت العقد أو قبله فإن كان عالما به و عقد العقد، سقط حقه في الخيار لأنه دخل على بصيرة بالعيب فأشبه بمن علم بعيب سلعة ثم اشتراها[1].

2. أن لا يرضى من له الخيار بالعيب، بعد العقد عند الاطلاع عليه ،فإن كان جاهلا بالعيب ثم علم به بعد إنهاء العقد ،و رضى به سقط حقه في طلب التفريق[2].

3. أن يكون التفريق بحكم القاضي ،لأن التفريق للعيوب أمر يقع فيه الخلاف و النزاع بين الزوجين ،فيحتاج إلى مزيد نظر و اجتهاد من قبل القاضي ليتمكن من رفع الخلاف[3].

4. أن يكون العيب قديما أي موجودا عند العقد أو قبله[4]،فالعيب القديم السابق على العقد، و المرافق له هو الذي يثبت به حق الخيار لأحد الزوجين ،ما دام لم يعلم بالغيب ،و لم يرض به صراحة أو دلالة ،أما العيب الحادث بعد العقد فقد اختلف الفقهاء في ثبوت الخيار به.

---

[1]- الكساني :بدائع الصنائع ،المصدر السابق ،ج2 ،ص 325. - السرخسي ،المبسوط ،المصدر السابق ،ج5 ،ص 104.
- الخطاب ،مواهب الجليل ،المصدر السابق ،ج3 ،ص 483. - النووي ،المجموع شرح المهذب ،المصدر السابق ،ج 16 ،ص 272.
- البهولي ،كشاف القناع ،المصدر السابق ،ج5 ،ص 111.

[2]- ابن الهمام : فتح القدير ،المصدر السابق ،ج3 ،ص 264.
- السرخسي :المبسوط ،المصدر السابق ،ج5 ،ص 104.
- النووي ،روضة الطالبين ،ج 7 ،ص 183.

[3]- الكسائي :بدائع الصنائع ،المصدر السابق ،ج3 ،ص 326.
- الخطاب ،مواهب الجليل ، المصدر السابق ،ج3 ،ص 461.
- الدسوقي ،حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ،ج 2 ،ص 283.
- الرملي : نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج ،ج6 ،ص 308.

[4]- الكسائي ، بدائع الصنائع ،المصدر السابق ، ج2 ،ص 325.

- **الفرع الثالث : حكم التفريق بالعيوب الحادثة بعد النكاح و نوع الفرقة**

أولا : حكم التفريق بالعيوب الحادثة بعد النكاح

اختلف الفقهاء في ذلك إلا ثلاثة أقوال هي :

القول الأول : التفريق بالعيب الحادث بعد الزواج حق للزوجة دون الزوج و به قال المالكية[1].

قال القاضي عبد الوهاب في تفصيل هذه المسألة :"إذ تزوجا سليمين ثم حدث لهما أو بإحداهما بعض هذه العيوب فإن كان قبل الدخول نظر ،فإن حدث بالمرأة فلا رد للزوج ،و هو الخيار ،إن شاء دخل و كمل لها و إن شاء طلق و لزمه نصفه ... ،و إن كان بها ذلك بعد الدخول ،فلها المهر كاملا ،و حكمه معها كحكمه لو لم يحدث بها شيء ،و إن كان حدث ذلك بالزوج ،فإن كان قبل الدخول فلها الخيار و يتبقى أن تقيم معه أو تفارقه لا شيء لها لأن الفسخ من قبلها ،و إن كان بعد الدخول فخيارها ثابت أو قد استحقت الصداق كله بالدخول"[2].

و دليلهم في ذلك ما يلي : [3]

1- إن المعنى أوجب الخيار له عقد الزواج وجوب التدليس ،و هذا معدوم هنا .

2- إن المهر ليس بمبذول للاستدامة إنما هو مبذول لأول مرة أما النفقة فيمكنه إسقاطها بالطلاق، و لذا لم يعط له حق الاختيار.

3- إن الفرق بينه و بين زوجته في إثبات الخيار لها، و نفيه عنه فيما يحدث بعد العقد أنها لا تقدر على رفع العقد ،فلو لم يثبت لها الخيار لأدى ذلك إلى استدامة الضرر بها ،أما الزوج فبيده رفع العقد بالطلاق ،فلم يكن له الخيار .

- ابن جزي ،القوانين الفقهية ،المصدر السابق ،ص 142.
- ابن قدامة ،المغني ،المصدر السابق ، ج7،ص 199.
- البهوتي ،كشاف القناع ،المصدر السابق ،ج5 ،ص 111.

[1]- – القاضي عبد الوهاب ،الاشراف على نكت مسائل الخلاف، تحقيق الحبيب بن طاهر، دار ابن حزم، ط1، المصدر السابق، ج2، ص 713.

- القاضي عبد الوهاب ،التلقين ،المصدر السابق ،ج2 ،ص 711.
- مالك ،المدونة ،المصدر السابق ،ج2 ،ص 187.

[2]- القاضي عبد الوهاب،المعونة ،المصدر السابق ،ج2 ،ص 773.

[3]- القاضي عبد الوهاب ، الاشراف ،ج2 ، ص 713 .

- القاضي عبد الوهاب ، المعونة ، ج2 ،ص 773 .

القول الثاني: ينظر للعيب الحادث بعد الزواج، فإن كان بالزوج كان له الفسخ، و إن حدث بالزوجة ففيه قولان أصحهما أن له الفسخ، وبهذا قال الشافعية[1]،**و دليلهم في ذلك قولهم** :[2]

1- إن ثبوت الخيار للزوج هو مقابل ما تستحقه الزوجة من الخيار، و هو العدل الذي تقتضيه مقاصد الشريعة، كيف لا و قد قال الله عز و جل :"﴿وَلَهُنَّ مِثْلُ ٱلَّذِي عَلَيْهِنَّ﴾" .[3]

2- لما كان العقد فيه على منافعه ، استوى فيه ما تقدم من العيوب مع ما تأخر كالأجرة ، فما كان للزوج الخيار و عدمه و يستوي في ذلك الزوج و الزوجة ،و بذلك قال الحنابلة .[4]

و دليلهم في ذلك : أن تساويهما في العيوب السابقة يقتضي تساويهما في الأحقية كما هو الشأن للمتبايعين[5].

ثانيا : نوع الفرقة الواقعة بالتفريق بالعيوب

عندما تثبت العلة المبررة لطلب التفريق، العلماء في نوع الفرقة قولان :

القول الأول: التفريق بسبب العيوب فسخ و به قال الشافعية [6] و الحنابلة[7]، و استدلوا بما قالوه بما يلي :

أولا : إن هذه الفرقة طالما لم يستقبلها الزوج و لا تقف على إيقاعه و لا ينوب عنه كانت فسخا كرفقة الرضاع[8].

ثانيا : أن مدار خيار الفرقة للعلل ، ذات العيب أو العلة ، و لا يلزم أن يكون العيب في الزوجة فقط بل ربما يكون في الزوج ،فذات العيب ، كاف لأن يدور الحكم معه فتقع الفرقة فسخا ، قياسا على فسخ المشتري العقد لأجل العيب[1].

---

[1]-الشيرازي، التنبيه في الفقه الشاف ، مصدر سابق ،ج1،ص 162.

[2]- الماوردي، الحاوي الكبير ، مصدر سابق ،ج11،ص 475

[3]- سورة البقرة ، الآية 228 .

[4]- ابن قدامة ، المغني ، مصدر سابق ،ج7 ،202.

[5]-الكسالي ،بديع الصنائع ،مصدر سابق ،ج2 ، 326.

- السرخسي ،المبسوط، مصدر سابق ،ج5 ، ص 100.

[6]-الشافعي ، الأم، مصدر سابق ،ج5 ،ص 42-43.

[7]- ابن قدامة ، المغني ، مصدر سابق ،ج7 ،200.

[8]- الشيرازي ،المهذب ، مصدر سابق ،ج2، ص 449 و مابعدها.

القول الثاني : الفرقة بسبب العيوب فرقة طلاق و هو بائن و به قال الحنفية [2] و المالكية [3]و استدلوا لما قالوا بما يلي :

أولا :أن الغرض من كونه طلاقا بائنا هو تخليص المرأة من زوج لا يتوقع منه إيفاء حقها دفعا للظلم ،أو الضرر عنها ،و هذا لا يحصل إلا إذا كان الطلاق بائنا ،لأنه لو كان رجعيا ،فإن للزوج مراجعتها بغير رضاها ،فيحتاج إلى التفريق ثانيا ،و ثالثا ،و هذا بلا شك يفوت المقصود من التفريق إذ لا يؤدي الغرض منه ،و لا يفيد فائدته المتمثلة في دفع الظالم و الضرر عنها .[4]

ثانيا :أن الزواج إذا انعقد صحيحا تاما نافذا لزم و لا يقبل الفسخ بخلاف الفاسد ،و الموقوف ، فيجوز أن يفسخ لأنه لم يتم كالفسخ لعدم الكفاءة و خيار العتق و البلوغ[5].

القول المختار :

بعد ذكر أقوال الفقهاء و ما استندوا إليه في نوع الفرقة بالعيب يبدو –**و الله أعلم** – أن ما ذهب إليه الشافعية و الحنابلة من اعتبار الفرقة بسبب العيب فسخا ،هو الأقرب للصواب و ذلك لما يلي :[6]

1- إن القول بأن الفرقة بسبب العيب تكون طلاقا بائنا يترتب عنه كما قال الحنفية و المالكية ،عدم الرجعة للزوجة إن أراد الزوج ذلك ،لكون الفرقة طلاقا بائنا .

أما القول بأنها فسخ ،فالزوج يتمكن من إرجاع زوجته حتى و إن سبق أن طلقها مرتين قبل تفريق القاضي ،لأن الفسخ لا يعد طلاقا ،فلا يشترط أن تنكح زوجته زوجا غيره ،حتى يرجع إليها .

2- إن الطلاق الشرعي هو ما كان صادرا عن الزوج ،و هذا المعنى ليس منطبقا على فعل القاضي ،في حال الفرقة بالعيب .

- **الفرع الرابع : التفريق بسبب العيوب في القانون و القضاء الجزائري**

---

[1]- ابن قدامة ، المغني ، مصدر سابق ،ج7 ،ص 200.

[2]- الكساني ،بديع الصنائع ،مصدر سابق ،ج2 ، 326.

السرخسي ، المبسوط،مصدر سابق ،ج5 ، ص 100.

[3]- الامام مالك ، المدونة ،مصدر سابق ، ج2 ،ص 186 .

ابن جزي ، القوانين الفقهية ، مصدر سابق ،ص209 .

[4]-الكساني ، بديع الصنائع ،مصدر سابق ،ج2 ، 326.

[5]-ابن همام ، فتح القدير ، مصدر سابق ، ج3 ، ص264.

[6]-الحمدان ، وفاء بنت علي ، التفريق بالعيب بين الزوجين و الآثار المترتبة عليه ،مرجع سابق ،ص 514-515.

من الأسباب التي منح القانون بشأنها للمرأة حق طلب التطليق بسبب وجود عيب في الزوج، وهو ما تعرضت له الفقرة 2 من المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري و التي منحت للزوجة بموجبه حق طلب التطليق من زوجها إذا وجدت به "العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج "[1].

الملاحظات حول الفقرة الثانية للمادة 53 من قانون الأسرة الجزائري :

1- إن النص القانوني أعطى للمرأة حقا بأن ترفع أمرها إلى القضاء لتطلب الحكم لها بالتطليق من زوجها بسبب وجود أي عيب في الزوج يحول دو تحقيق الهدف من الزواج إلا أن هذا النص لم يعط المعنى الحقيقية للعيب ولم يبين نوعه أهو عيب جنسي أو غير جنسي ،بل اعتمد عبارة عامة فضفاضة تشملهما دون أن يذكر اثنين أو ثلاثة من العيوب أو أكثر ولو على سبيل المثال فالنص عام و غير مقيد .و يرى بعض شراح القانون[2] أنه أحسن فعلا المشرع الجزائري لأنه لم يحدد هذه العيوب على سبيل الحصر ،و ذلك لأن العيوب أو العلل أو الأمراض التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج كثيرة و متنوعة و من الصعب جدا حصرها أو تحديدها سيبقى من حق الزوجة أن تطلب من القضاء أن يحكم بالتطليق بينها و بين زوجها لأي عيب من العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج ،و بهذا يتبين لنا أن المشرع الأسري أخذ برأي ابن القيم [3]في عدم تعداد العيوب و حصرها بل ترك السلطة التقديرية واسعة أما القاضي شريطة أن يكون العيب يمنع من تحقيق الهدف من الزواج .

2- بالرجوع إلى النص الفرنسي للمادة 53 الفقرة 2 من قانون الأسرة الجزائري نجد أن المشرع الأسري يتحدث عن الأمراض بدلا من العيوب ، باستعماله كلمة INFIRMITEبدلا من كلمة VICES و المشرع لم يوضح ماهية العيوب تاركا ذلك للفقه و القضاء [4]و باستطاعة القاضي أن يستنبط أي عيب

---

[1]-القانون رقم 84/11 المؤرخ في 09 رمضان 1404 هـ الموافق لـ 8 جوان 1984 ،المتضمن قانون الأسرة الجزائري .

[2]-عبد العزيز سعد ، الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري ، مرجع سابق ،ص260-261.

بن شويخ الرشيد ، شرح قانون الأسرة الجزائري المعل ،مرجع سابق ،ص 193 .

بلحاج العربي ، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ،مرجع سابق ،ج1 ،ص282.

[3]- انظر الرسالة ،(العيوب التي تجيز التفريق بين الزوجين) ص211.

سلمان نصر، و سطحي ،سعاد ،أحكام الطلاق في الشريعة الاسلامية ، دراسة مقارنة مع قانون الأسرة ، مرجع سابق ،ص 125.

[4]-آث ملويا ،الحسين بن شيخ ،المنقى في قضاء الأحوال الشخصية ،مرجع سابق ،ج1 ، ص331-332.

آخر ، إذا تبين له أن ذلك العيب يحول دون تحقيق هدف من أهداف الزواج بالرجوع إلى المادة 04 من قانون الأسرة الجزائري التي تنص على سبيل المثال لا الحصر على بعض أهداف الزواج و هي :[1]

"تكوين أسرة، إحصان الزوجين ،المحافظة على الأنساب".

ما يمكن ملاحظته في هذه الفقرة من المادة المذكورة أعلاه أنها تكلمت عن العيوب التي توجد في الرجل و التي على أساسها تطلب المرأة الطلاق، في حين نرى أن هذه العيوب تعد من المسائل المشتركة بين الزوجين و التي تبيح الطلاق بينهما [2].

4- موافقة القانون في جواز التفريق بالعيوب لما ذهب إليه جمهور الفقهاء مختلفا بذلك ما ذهب إليه الظاهرية من منع التفريق بالعيوب.[3]

5- إن النص القانوني السابق الذكرلم ينص على الشروط الواجب توافرها لإمضاء التفريق بالعيوب ،ومن أهم هذه الشروط والمتفق عليها بين الفقهاء ،علم أحد الزوجين بهذه العيوب قبل الزواج أو رضاه به بعد الزواج ،لأن الكثير من الفقهاء لا يعطون الحق في طلب التفريق في هذه الحالة .

لكن و رغم عدم وجود نص صريح على هذه الشروط قانونا إلا أنه يمكن استخلاصها بما هو معمول به قضاءا .

إذ يرى القضاء الجزائري أن يسقط حق الزوجة في طلب التطليق بسبب العيوب إذا علمت بها قبل العقد و رضيت بها ،كما أن سكوت الزوج عن عيوبه أو إخفائها لها، تجعل القاضي يستجيب لطلبها دون تأجيل[4].

و يمكن استخلاص بعض العيوب من المعمول بها قضاءا، إذ جاء في قرار المحكمة العليا بأنه "متى كان من المقرر في الفقه الإسلامي و على ما جرى به القضاء إنه إذا كان الزوج عاجزا عن مباشرة

---

[1]- الأمر رقم 11/84 المؤرخ في 09 رمضان 1404 الموافق لـ 08 جوان 1984 ،المتضمن قانون الأسرة الجزائري .

[2]- هذا موطن الخلاف بين المذاهب الفقهية حيث جعل الأحناف التفريق للعيب ،خاصا بالمرأة و التي توجد في الرجل ،في نجد المالكية و الشافعية و الحنابلة يجعلون هذا لاحق للزوجين معا ، أما ابن حزم الظاهري يرى أن العيوب لا أثر لها على عقد الزواج فلا يباح التطليق للعيب – انظر الرسالة ص215 و ما بعدها.

- بن شويخ الرشيد ،شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل ، مرجع سابق ،ص194 .

[3]-سلمان نصر ،سعاد سطحي ،أحكام الطلاق في الشريعة الاسلامية ،دراسة مقارنة مع قانون الأسرة الجزائري ،مرجع سابق ص125 .

[4]القرار المؤرخ في 09 فبراير 1966 ، المحكمة العليا ، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية و الاقتصادية و السياسة الجزائرية ، ص1220.

- نقلا عن بلحاج العربي ،الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ،ج1 ،ص283.

زوجته يضرب له أجل سنة كاملة من أجل العلاج ،و أن الاجتهاد القضائي استقر على أن تكون الزوجة أثناء تلك المدة بجانب زوجها و بعد انتهائها ،فإن لم تتحسن حالة مرضه حكم للزوجة بالتطليق فإن القضاء بما يخالف أحكام هذه المبادئ يعد خرقا لقواعد الشريعة الإسلامية، إذا كان الثابت أن قضاة الاستئناف لم يحترموا هذه القاعدة الشرعية واعتبروا أن الفترة التي مكثت فيها الزوجة سابقا بسكن زوجها دون استطاعة هذا الأخير مباشرتها جسميا تعد كافية لإثبات عجزه المستمر عن ذلك أو الحال أن الاجتهاد القضائي استقر على أن السنة التي تمنح للزوج تبدأ مفعولها من يوم تنفيذ الحكم القاضي بها فإن هؤلاء القضاة خالفوا مبادئ وأحكام الشريعة الاسلامية فيما قضوا به ،و متى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه "[1].

التعليق :

ما يلاحظ على هذا القرار أنه أوضح أن "عجز الزوج عن مباشرة زوجته يعد من العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج رغم أن هذا العيب لم ينص عليه قانونا إلا أنه استند إلى الفقه الإسلامي ،و هذا العجز عن مباشرة الزوجة قد يكون بسبب الجب أو العناء المتفق عليها من الفقهاء كسبب من أسباب التفريق .

و الشيء الأكثر وضوحا في القرار أن المحكمة العليا أكدت على ضرورة منح سنة كاملة كأجل للعلاج للزوج المريض شريطة أن تكون الزوجة بجانب زوجها في تلك الفترة و في حالة عدم تحسن الزوج من مرضه يحكم بالتطليق ،و هذا الشرط غير منصوص عليه قانونا إلا أن له سند فقهي[2]في أحكام الشريعة الإسلامية لذا بنت المحكمة العليا قرارها على الأساس الشرعي .

و من بين الشروط الواجبة للحكم بالتفريق بين الزوجين بسبب العيوب ،وجوب إثبات العيب فالادعاء وحده غير كافي لتبرير التطليق ،و هذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها المؤرخ في 1985/05/14 ،إذ جاء فيه :

من المقرر شرعا أنه لا يسوغ الحكم بفك الرابطة الزوجية بين الزوجين بطلب من الزوجة وحدها إلا إذا ثبت الإضرار بها و من ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا لقوانين الشريعة الإسلامية ،و

[1]-القرار رقم 34784 المؤرخ في 1984/11/19 غرفة الأحوال الشخصية ، المجلة القضائية لسنة 1989 ،العدد 3 ،ص73.

[2]-ابن رشد ،بداية المجتهد و نهاية المقتصد ،مصدر سابق ،ج2 ،ص61 .

لما كانت الزوجة أشارت في مقالاتها المتعددة بعجز زوجها عن ممارسة العلاقة الجنسية معها ،فإن كان من الواجب على قضاة الاستئناف إثبات ذلك بصفة شرعية قانونية قبل التصريح بحكمهم ،غير أنهم لما قضوا بالتطليق اعتمادا على نفور الزوجة من زوجها و على امتناعها من العودة إليه ،فإنهم بقضائهم هذا خالفوا أحكام الشريعة الإسلامية "[1].

فيتبن لنا من القرار أن القاضي قبل التصريح بحكم التطليق بسبب عجز الزوج عن ممارسة العلاقة الجنسية مع زوجته ،فتصريح الزوجة وحده غير كاف فلا بد من إثبات الضرر بالاستعانة بالخبرة الطبية في ذلك قبل النطق بالحكم بالتطليق فليس من حق الزوجة أن تطلب التطليق بدون أساس و بدون إثبات الضرر بالصفة الشرعية و القانونية و لا يمكن الاستجابة لطلبها على هذا الشكل .

و من قرارات المحكمة العليا التي تبين لنا بعض العيوب التي تحدث بعد الزواج و التي تكون سببا في طلب الزوجة التطليق لعدم تحقيق الهدف والمقصود من الزواج قرارها المؤرخ في 1999/02/16 ،إذا جاء فيه ما يلي : " من المقرر قانونا أنه يجوز للزوجة أن تطلب التطليق لكل ضرر معتبر شرعا ،و متى تبين – في قضية الحال – أن المعاشرة الزوجية كانت طويلة بين الزوجين و أن الطاعن لم ينجب أطفالا طيلة هذه المدة الطويلة مما أدى بالزوجة لطلب التطليق لتضررها بعدم الإنجاب ،و عليه فإن قضاة الموضوع بقضائهم بتطليق الزوجة بسبب العيب الذي يحول دون تحقيق الهدف من الزواج طبقوا القانون تطبيقا سليما "[2].

و في معرض تأسيسه عن الوجه الوحيد المأخوذ من الخطأ في تطبيق قواعد الشريعة الإسلامية بدعوى أن القرار المطعون فيه لم يعط للزوج أجلا مدته سنة كاملة يخضع فيها للعلاج و تكون زوجته بجانبه .

لقد أجابت المحكمة العليا برفضها للطعن دافعة بأن مدة السنة الواجب منحها للزوج للعلاج قد مضت بطول المعاشرة التي دامت من سنة 1991 لغاية رفع الدعوى في سنة 1997 أي بأكثر من ست سنوات فالطاعن لم ينجب أطفالا طيلة هذه المدة مما يجعل الحكم المنتقد قد طبق القانون تطبيقا صحيحا ولم يخالف القواعد الشرعية و أن المدة المتمسك بها الطاعن قد مضت بهذه المعاشرة الزوجية

[1]–القرار رقم 33275 المؤرخ في 1984/05/14 غرفة الأحوال الشخصية ،المجلة القضائية سنة 1990 ،عدد 02 ،ص75.

[2]–القرار رقم 213571 المؤرخ في 1999/02/16 غرفة الأحوال الشخصية ،مجلة قضائية عدد خاص سنة 2001 ،ص 119 .

.و بالرجوع إلى تقرير الخبرة المتعلقة بالقضية محل التعليق نجد أن "الأمل في علاجه يكون لمدة طويلة " ،و نجد الملاحظتان التاليتان :

1- أن العلاج غير مضمون بل يتعلق الأمر بمجرد أمل.

2- أن ذلك الأمل يكون لمدة طويلة.

فالشفاء من العقم غير مضمون و يكون الأمل في حكم المعدوم، و تبعا لذلك فإن المحكمة كانت على صواب عندما قضت بالتطليق بين الزوجين بسبب العيب الذي يحول دون تحقيق الهدف من الزواج و هو العقم.

فالعلاج ليس بأمر ملموس و قابل للتحقيق بل هو مجرد أمل لمدة طويلة فلا يجب إبقاء الزوجة تحت عصمة الزوج لمدة مجهولة لما يلحقها من ذلك من ضرر .[1]

إن قرار المحكمة العليا الأخذ برأي الحنابلة و ابن القيم في جواز طلب التفريق لعقم الزوج و هو الرأي الأكثر تماشيا مع مقاصد الشريعة الإسلامية .

خلاصة التعليق على القرارات :

1- عدم وجود نص قانوني صريح يحدد العيوب و ترك المجال مفتوح للقضاء لتحديد ذلك و هذا ما يمكن ملاحظته في القرارات التي ذكرت بعض العيوب الموجودة في الفقه الإسلامي كالعجز الجنسي ،عدم قدرة الزوج على مباشرة زوجته ،دون استعمال الألفاظ الفقهية القديمة كالجب و العنة باستعمال التفريق كالعقم بين الزوجين فعدم تحديد العيوب أمر مستحسن .

2-إن شروط التفريق بالعيب غير منصوص عليها قانونا لكن القضاء الجزائري استعان بها و استند بذلك لأحكام الشرعة الإسلامية كعدم علم الزوجة بذلك قبل الزواج و عدم رضاها عن العيب بعد العقد.

3-إن إعطاء الزوجة مهلة سنة كاملة من أجل العلاج مرجعه فقهي وهو معمول به قضاء،لكن حبذا لو وضع في نص قانوني صريح ،حتى لا يحدث تضارب في قرارات المحكمة العليا،فتارة ينص على وجوب ضرب أجل سنة للعلاج للزوج المريض و تارة أخرى لا ينص القرار صراحة على ذلك ،و لحسم النزاع في هذه المسألة حبذا لو تعدل المادة 53 الفقرة الثانية على النحول التالي:

[1]- آث ملويا ، الحسين بن شيخ ، المنتقي في قضاء الأحوال الشخصية ،مرجع سابق ،ج2 ،ص 335-336.

"يحق للزوجة طلب التفريق بسبب العيوب التي تحول دون تحقيق هدف الزواج بشرط :

– أن لا تكون عالمة بها وقت الزواج أو راضية بها بعد الزواج .

– يستجاب لطلب المرأة التطليق بدون تأجيل في العيوب اي لا يرجى برؤها ،أما العيوب التي يرجى الشفاء منها فيضرب الرجل المريض سنة قبل نطق الحكم شريطة أن تكون الزوجة بجانبه طيلة تلك المدة ".

➢ المطلب الثالث : الهجر في المضجع فوق أربعة أشهر كسبب للتطليق

الواجب على الزوج أن يحصن زوجته بمعاشرتها و مجامعتها لأن ذلك يعد من أهم الأسباب الدافعة له ، و قال فقهاء الإسلام أن الرجل مفروض عليه مجامعة زوجته و أدنى ذلك مرة في كل طهر [1] لقوله تعالى :" ﴿فَإِذَا تَطَهَّرْنَ فَأْتُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ أَمَرَكُمُ ٱللَّهُ﴾ "[2].

و المسألة فيها قصة إذ أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه سمع امرأة ليلا تقول شعرا[3]فسأل عنها عمر فقيل له فلانة و زوجها غائب في سبيل الله فأرسل إليها تكون معه و بعث إلى زوجها فأقفله (أرجعه) ثم دخل على حفصة فقال : يا بنية كم تصبر المرأة على زوجها ؟ فقالت: سبحان الله مثلك يسأل مثلي عن ها ؟ فقال لولا أني أريد النظر للمسلمين ما سألتك فقالت: خمسة أشهر ... ستة أشهر وقت للنابسي في مغازيهم ستة أشهر يسيرون شهرا و يقيمون أربع أشهر و يسيرون راجعين شهرا [4].

و من هنا توارث أن الزوجة لا تصبر على زوجها أكثر من أربعة أشهر للأدلة التي ذكرناها سابقا، و إذا ثبت أن الزوج هجر زوجته في الفراش لأكثر من أربعة أشهر جاز التطليق بينهما بناء على طلب الزوجة للضرر الذي لحق بها جراء عدم تحصينها و عبء الاثبات يقع عليها [5].في البداية ينبغي التفريق بين نوعين من الهجر منصوص عليهما في القرآن الكريم :

---

[1]– السيد سابق ، فقه السنة ،المكتبة العصرية ، صيدا بيروت ، م2 ،ص241 .

[2]– سورة البقرة الآية 222.

[3]–تطاول هذا الليل و اسود جانبه و طال علي إن لا خليل ألاعبه

و الله لولا خشية الله وحده تحرك من هذا السرير جوانبه

و لكن ربي و الحياة يكسفني و أكرم بعلي أن توضأ مراكبه

[4]– أخرجه عبد الرزاق في مصنفه، باب حق المرأة على زوجها و في كم تشتاق، مصدر سابق ،رقم الحديث 12594 ،ج7،ص152.

[5]– ذيابي باديس ، صور فك الرابطة الزوجية على ضوء القانون و القضاء في الجزائر ،مرجع سابق،ص41.

الأول :جاء بغرض التأديب لقوله تعالى : ﴿ وَاللَّاتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَاهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ وَاضْرِبُوهُنَّ فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلًا ﴾[1]و هذا النوع من الهجر غير محدد المدة

الثاني :جاء بغرض الإيلاء و هو الهجر المصحوب بالقسم بمعنى أن يقسم الرجل على هجر زوجته في الفراش مدة من الزمن قد تطول أو تقصر ،و المشار إليه في قوله تعالى ﴿لِّلَّذِينَ يُؤۡلُونَ مِن نِّسَآئِهِمۡ تَرَبُّصُ أَرۡبَعَةِ أَشۡهُرٖۖ فَإِن فَآءُو فَإِنَّ ٱللَّهَ غَفُورٞ رَّحِيمٞ٢٢٦ وَإِنۡ عَزَمُواْ ٱلطَّلَٰقَ فَإِنَّ ٱللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٞ٢٢٧﴾ "[2].

و المشرع الجزائري في الفقرة الثالثة من المادة 53 أعطى الحق للزوجة طلب التطليق إذ جاء في نص المادة :" يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للأسباب التالية :**الهجر في المضجع فوق أربعة أشهر**"[3].

فمن النص يمكن القول أن الزوجة التي يهجرها زوجها و تريد أن تلجأ إلى القضاء لتطلب الحكم بتطليقها منه يجب أن تتوفر لها ثلاثة شروط أساسية :

أولها : أن يهجرها و يترك فراش الزوجية و لا يعاملها في الفراش معاملة الأزواج .

ثانيا : أن يدوم هذا الهجر مدة من الزمن تفوق الأربعة شهور متتالية لا يقع بين الشهر و الآخر أي اتصال بينهما .

ثالثا: أن يكون هذا الهجر عمديا مقصودا لذاته نكاية الزوجة و ليس له ما يبرره لا شرعا و لا قانونا كالمرض أو العمل أو غيره.[4]

و ما يمكن ملاحظته بهذا الصدد أن الهجر في المضجع المشار إليه في ق. أ. ج كسبب من الأسباب التي تمنح للزوجة حق طلب التطليق أو التفريق يتفق مع الإيلاء المشار إليه في كتب الفقه الاسلامي من بعض النواحي ،و يختلف معه من بعض النواحي الأخرى .

و يعتقد الأستاذ عبد العزيز سعد أن بعض المشرعين الجزائريين على الأقل كانت تدور في أذهانهم أحكام الإيلاء أو أحكام الظهار و هم يناقشون حق الزوجة في طلب التطليق بسبب هجر الزوج لها في

---

[1]- سورة البقرة ،الآية 224.

[2]سورة البقرة ،الآيات 226-227.

[3]- الأمر رقم 02/05 المؤرخ في 18 محرم 1426 هـ الموافق لـ 02/27/ 2005 المعدل و المتمم للقانون رقم 11/84 المتضمن قانون الأسرة الجزائري .

[4]-سعد عبد العزيز ،الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري ،مرجع سابق ،ص 263.

المضجع[1] لذا يجب التطرق للخلفية الفقهية للإيلاء لمعرفة الأمور التي تتفق فيها أحكام الإيلاء مع الهجر في المضجع المنصوص عليه قانونا في الفقرة الثالثة من المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري ،و معرفة الأمور التي تختلف فيها .

- **الفرع الأول : الخلفية الفقهية للإيلاء**

أولا: معنى الإيلاء

لغة: الإيلاء لغة الحلف "آلى يولي إيلاء"[2] و منه قوله تعالى :﴿وَلَا يَأۡتَلِ أُوْلُواْ ٱلۡفَضۡلِ مِنكُمۡ وَٱلسَّعَةِ﴾[3].

اصطلاحا :الحق عن الامتناع عن وطء الزوجة مطلقا أكثر من أربعة أشهر .[4]

ثانيا :الدليل على الإيلاء

على الرغم من وجود الإيلاء في الجاهلية وأنه كان غير مقيد بمدة معينة ،فليس كونه كذلك مستند المشروعية ،لأن تعارف الناس قبل زمن التشريع على شيىء، لا يعتبر أصلا لمشروعيته ،بعد البعثة المحمدية حتى و لو كان شرعا سماويا على الصحيح ،ما لم يقرر علينا .

و الأصل في ثبوت الإيلاء قوله تعالى :" ﴿لِّلَّذِينَ يُؤۡلُونَ مِن نِّسَآئِهِمۡ تَرَبُّصُ أَرۡبَعَةِ أَشۡهُرٖۖ فَإِن فَآءُو فَإِنَّ ٱللَّهَ غَفُورٞ رَّحِيمٞ٢٢٦ وَإِنۡ عَزَمُواْ ٱلطَّلَٰقَ فَإِنَّ ٱللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٞ٢٢٧﴾ .[5]

كما صح عن ابن عباس رضي الله عنهما قال :" كان إيلاء أهل الجاهلية السنة و السنتين و أكثر من ذلك ،فوقت الله تعالى لهم أربعة أشهر ،فمن آلى بأقل من ذلك فليس بإيلاء"[6].

---

[1]عبد العزيز سعد ،الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري ،مرجع سابق ،ص 264.

[2]- ابن منظور ،لسان العرب ،مصدر سابق ،ج14 ،ص41.

[3]- سورة النور ،الآية 22.

[4]-الشوكاني ،نيل الأوطار ،مصدر سابق ،ج6،ص303.

الشربيني ،معنى المحتاج ،مصدر سابق ،ج5 ،ص 15 .

[5]- سورة البقرة ،الآية 226.

[6]- ابن حجر العسقلاني ،المطالب العالية بزوائد المسانيد الثمانية ، ج2 ،ص 87.

- القرطبي ،الجامع لأحكام القرآن ،مصدر سابق ، ج3 ،ص 103.

و يظهر من قول ابن عباس أن الإيلاء كان يستعمل في الجاهلية لإيذاء المرأة حيث يجعلها كالمعلقة لا هي زوجة و لا مطلقة ،فوضع الإسلام لذلك حدا لا يجوز للزوج أن يتجاوزه و هو مدة أربعة أشهر[1].

ثالثا :حكم الإيلاء

مما سبق يتضح لنا أن الإيلاء أكثر من أربعة أشهر منهى عنه لأنه إيذاء للزوجة[2]،و إذا كان أقل من ذلك فهو جائز إن قصد به تأديب الزوجة وردها إلى الصواب إن أعيته الوسائل الأخرى التي شرعها الله تعالى لمعالجة حالات النشوز و قد آلى رسول الله صلى الله عليه و سلم من نسائه شهرا و كانت قد انفكت رجله فأقام في مشربه له تسعا و عشرين يوما ثم نزل فقالوا :يا رسول الله آليت شهرا .فقال : " الشهر تسع و عشرون"[3] ،و لا يقوم الإيلاء إلاّ إذا وجد حالف[4] و محلوف عليها[5] و محلوف عليه[6] و محلوف به[1].

---

[1]- السرطاوي محمد علي ،شرح قانون الأحوال الشخصية ،مرجع السابق ،ج(1 – 3) ،ص 505.

[2]- البهوتي ،كشاف القناع ،مرجع سابق ،ج 5 ،ص 353.

[3]- ابن حجر، فتح الباري ،المصدر السابق ،باب قوله تعالى:"**للذين يولون من نساءهم تربص أربعة أشهر** "،رقم 5289 ، ج 9 ،ص 427.

[4]- يشترط في الحالف أن يكون زوجا لمن حلف على ترك وطئها ،و أن يكون مكلفا (بالغا و عاقلا) ،و أن يكون مختارا غير مكره ،و أن يكون قادرا على الوطء فالمجبوب و الأشل و الشيخ الفاني لا يقع منهم ،و من به عارض طارئ يمنعه من الوطء كالمرض يصح إيلاءه ما لم يقيده بمدة مرضه.

- انظر : الكساني ،بدائع الصنائع ،مصدر سابق ،ج 3 ،ص 171.

- انظر :الدردير ،الشرح الصغير ،دار المعارف ،(د.ط)(د.ت)،ج2 ،ص 619.

- الشافعي ،الأم ،مصدر سابق ،ج5 ،ص 288.

[5]- يشترط في المحلوف عليها أن تكون زوجة أو معتدة من طلاق رجعي سواء كانت مدخولا بتا أم لا ،و أن تكون مطيقة للوطء قابلة له فلا يصح الإيلاء من الصغير و لا من الرتقاء و القرناء لأن القصد من الإيلاء إلحاق الضرر بالزوجة و هذا لا يتحقق مع من سبق ذكرهنّ .

- انظر : الكساني ،بدائع الصنائع ،مصدر سابق ،ج 3 ،ص 171.

- الشافعي ،الأم ،مصدر سابق ،ج5 ،ص 288.

[6]- يشترط في المحلوف عليه أن يكون قاصدا ترك الجماع في غير زمن الحيض أو النفاس مدة تزيد على أربعة أشهر.

- ابن قدامة ،المغني ،المصدر السابق ،ج7، ص 536.

رابعا :هل يقع الطلاق بعد انتهاء المدة من غير قضاء ؟و ما صفته ؟

إذا آلى الزوج من زوجته فإذا عاد فعاشرها معاشرة الأزواج قبل مضي أربعة أشهر فقد حنث في يمينه و عليه كفارة اليمين[2]و إذا مضت المدة – الأربعة أشهر – و لم يفض إلى زوجته فقد اختلف الفقهاء في الاثر المترتب على ذلك ،إلى القولين الآتيين :

القول الأول :وقوع الطلاق بائنا بمجرد انقضاء مدة الإيلاء و لا يحتاج إلى قضاء القاضي و به قال الحنفية[3]و المنقول عن ابن مسعود و الشورى و فقهاء الكوفة [4]و ابن عباس

و عثمان ابن عفان[5]

و أدلتهم في ذلك :

1. قوله تعالى : ﴿لِّلَّذِينَ يُؤۡلُونَ مِن نِّسَآئِهِمۡ تَرَبُّصُ أَرۡبَعَةِ أَشۡهُرٖۖ فَإِن فَآءُو فَإِنَّ ٱللَّهَ غَفُورٞ رَّحِيمٞ٢٢٦ وَإِنۡ عَزَمُواْ ٱلطَّلَٰقَ فَإِنَّ ٱللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٞ٢٢٧﴾ "[6].

وجه الاستدلال :التقسيم في الآيتين دليل على أن الفئ في المدة و عزيمة الطلاق بعده ،فجعل التربص للزوج للتدارك في المدة ،و جعل الطلاق مؤخرا إلى ما بعد المدة[7].

2. عن ابن عباس رضي الله عنه أنه قال ليزيد بن الأصم حينما خرج من عند زوجته و هو لا يكلمها أدركها قبل أن تمضي أربعة أشهر ،فإن مضت فهي تطليقة[1] ،و يقع بائنا لأن الرجعي لا يرفع الضرر به عن الزوجة[2].

---

[1]– لا خلاف بين العلماء في أن من حلف بالله تعالى أو بصفة من صفاته على عدم قربان زوجته المدة المذكورة آنفا يكون مواليا و اختلفوا في الحلف بالطلاق أو عدم الصوم أو الحج ،فذهب جمهور الفقهاء إلى أنه يكون مواليا بذلك ،لأن الإيلاء معناه الحلف و سواء كان بالله تعالى أو بغيره فإنه يكون موليا ،و لأن قصده الإضرار بالزوجة .

– ابن قدامة ،المغني ،مصدر السابق ،ج 7 ،ص 537.

– و ذهب أحمد في رواية ثانية و ابن حزم إلى أنه لا يعتبر موليا، لأن اليمين لا تكون إلا بالله تعالى أو صفة من صفاته.

– ابن حزم ،المحلي ،المصدر السابق ،ج 9 ،ص 178.

[2]– السرطاوي ،محمد علي ،شرح قانون الاحوال الشخصية ،مرجع سابق ،ج 1– 3 ،ص 508.

[3]–الكساني : بدائع الصنائع ،مصدر سابق، ج3،ص178. – ابن الهمام ،فتح القدير ،مصدر سابق ،ص 04.

[4]– ابن رشد، بداية المجتهد ،مصدر سابق ،ج 2 ،ص 119.

[5]– الشوكاني ،نيل الأوطار ،مصدر سابق ،ج6 ،ص 303.

[6]– سورة البقرة ،الآيتان ،226 – 227 .

[7]– السرخسي ،المبسوط ،مصدر سابق ،ج7 ،ص 20. – ابن القيم ،زاد المعاد ،مصدر سابق ،ج2 ،ص 541.

القول الثاني :عدم وقوع الطلاق بانتهاء مدة الإيلاء و إنّما يوفق المولى و يطالب بالفيئة (الرجوع إلى معاشرة زوجته).و هو قول المالكية[3] و الشافعية[4] و الحنابلة[5] و به قال أبو الدرداء[6] و على ابن عمرو و أبو ثور و الليث و داود[7].

1. قوله تعالى :" ﴿وَإِنۡ عَزَمُواْ ٱلطَّلَٰقَ فَإِنَّ ٱللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٞ٢٢٧﴾"و يستدل بهذه الأية من جهتين :

الاولى :لفظة "سميع" تقضي أن الطلاق مسموع ،و لا يكون المسموع إلا كلاما ،و هو دليل عدم وقوع الطلاق بمضي المدة .

الثاني :الطلاق إما أن يقع بصريح اللفظ أو بالكتابة ،و الإيلاء ليس لفظا صريحا ،و لا كنائيا إذ لو كان صريحا لوقع معجلا في حالة الطلاق ،و مؤجلا إن قيده بزمن معين ،فدل ذلك على أن الطلاق لا يقع بمجرد انقضاء المدة[8]،و الذي أراه أن الطلاق لا يقع بمضي الاربعة الأشهر لصحة الاستدلال ،فإذا مضت مدة التربص و لم يف المولى و لم يطلق رافعته المرأة إلى القاضي.

- **الفرع الثاني : الفرقة للهجر قانونا و قضاء**

و قد أخذ المشرع الجزائري بطريقة غير مباشرةفي نص المادة و دون أن يصرح بذلك بقول جمهور الفقهاء من المالكية و الشافعية و الحنابلة بإعطاء الزوجة حق رفع دعوى قضائية مطالبة فيها التطليق بعد مرور مدة أربعة أشهر من الهجر في المضجع في الفقرة الثالثة من المادة 53 من ق.أ.ج ،و

---

[1]- الشوكاني ،نيل الأوطار ،مصدر سابق ،ج6 ،ص 303.

[2]- ابن رشد ،بداية المجتهد ،مصدر سابق ،ج2 ،ص 121.

- الكساني ،بدائع الصنائع ،مصدر سابق ،ج 3 ،ص 176.

[3]-ابن رشد بداية المجتهد ،مصدر سابق ،ج2 ،ص119

- ابن جزي ،القوانين الفقهية ،مصدر سابق ،ص 160.

[4]-الرملي،نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج ،مصدر سابق ،ج7،ص77.

[5]- ابن قدامة ،المغنى ،مصدر سابق،ج7 ،ص 566 .

- البهوتي ،كشاف القناع ،مصدر سابق ،ج5،ص 362.

[6]- الشوكاني ،نيل الأوطار،مصدر سابق ،ج6،ص 304.

[7]- ابن رشد بداية المجتهد ،مصدر سابق ،ج2 ،ص119.

[8]- ابن القيم ،زاد المعاد ،مصدر سابق ،ج 2 ،ص 543.

يعتمد بعض شراح القانون[1] أن المقصود من هذه الفقرة هو الإيلاء أي الهجر المصحوب بالقسم ،و الذي إذا طالت مدته قد يؤدي إلى الإضرار بالزوجة.

و لذلك حدد النص القرآني و كذا النص القانوني مدة أربعة أشهر تنتظرها الزوجة قبل اللجوء لطلب الطلاق.

و كان على المشرع ،يستعمل لفظ الإيلاء حتى لا يختلط بالهجر بغرض التأديب و الإصلاح،لأنه إذا استعمل هذا اللفظ سيحيل القاضي لا محال إلى أحكام الشريعة الإسلامية استنادا لنص المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري ،لاستكمال النص القانوني بأكثر تفصيلات في المجال الفقهي الذي يخص موضوع الإيلاء ،فعدم استعمال لفظ الإيلاء يصعب على القاضي مهمته.

و رغم أن المشرع الجزائري لم يهمل هذا السبب في حالات التطليق لما له من أضرار و مساوئ و انعكاسات نسبية و اجتماعية خطيرة، غير أن مسألة الإثبات و الخوض فيها يعد أمرا من الصعوبة بمكان الدقة و حساسية هذه الصورة[2].

و لهذا فإذا ادعت الزوجة أمام المحكمة أن زوجها قد هجرها في المضجع أربعة أشهر فما فوق و تمكنت من إثبات ذلك فإن القاضي حسب ظاهر النص يمكنه إذا اقتنع بثبوت واقعة الهجر لمدة أربعة أشهر ستمهد على الأقل أن يحكم بالتفريق أو التطليق بين الزوجة و زوجها دون أن يكلف نفسه عناء البحث عن توفر أو عدم توفر نية الاضرار بالزوجة أو نية الإصلاح ،و دون أن يكلف نفسه عناء البحث عن سبب الهجر أهو سبب شرعي و قانوني أم غير ذلك[3].

و عليه يقول الاستاذ عبد العزيز سعد :"و في انتظار أن تصلنا اجتهادات المجلس القضائي الأعلى في المستقبل القريب أو البعيد حول كيفية تطبيق هذه الفقرة تطبيقا سليما فإننا يعتقد أنه يجب على المحكمة عندما تطرح عليها أيّة دعوى تتضمن طلب الحكم بالتفريق أو التطليق بين الزوجة و زوجها أن تتأكد مسبقا من توفر كل العناصر الأساسية لدعوى التطليق المقررة في الفقرة الثالثة من المادة 53

[1]- بن شويخ الرشيد ،شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل ،مصدر سابق ،ص 179.

- نصر سليمان ،سعاد سطحي ،أحكام الطلاق في الشريعة الإسلامية (دراسة مقارنة مع قانون الأسرة). ،مرجع سابق ،ص 148.

[2]- ذيابي باديس ،صور فك الرابطة الزوجية على ضوء القانون و القضاء في الجزائر ،مرجع سابق، ص41.

[3]- عبد العزيز سعد، الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 265.

بشأنها و هي العنصر المادي اللاشرعي المتمثل في الهجر الحقيقي دون سبب شرعي مقبول*،و العنصر الزمني المتمثل في مدة أربعة أشهر متتالية غير متقطعة ،و العنصر المعنوي المتمثل في نية الإضرار بالزوجة و ليس في نية الإصلاح الذي تعود فائدته على إحداهما أو عليهما معا .و إذا لم يتأكد لديها توفر هذه العناصر كلها مجتمعة على الأقل ،فإنه لا يجوز لها أن تحكم للزوجة بالتطليق وفقا للفقرة الثالثة من المادة 53 من قانون الأسرة و لو لم يرد النص عليها بهذا التفصيل الذي ذكرناه"[1].

و على حسب اطلاعي لم أجد على صعيد الاجتهاد القضائي شيئا يصب صراحة على التطليق للهجر في المضجع فوق أربعة أشهر إلا ما يمكن أن نلاحظه تلميحا له في قرار المحكمة العليا المؤرخ في 1999/03/16 المتعلق بالتطليق قبل البناء ،إذ جاء فيه ما يلي :"من المقرر قانونا أنه يجوز المطعون ضدها لمدة طويلة و لم يقم بإتمام الزواج بالبناء بها فإن الزوجة تضررت خلال هذه المدة ماديا و معنويا ،مما يثبت تضررها شرعا طبقا لأحكام المادة 53 من قانون الأسرة و عليه فإن قضاة الموضوع بقضائهم بتطليق الزوجة و إلغاء عقد الزواج و تعويضها على أساس تعسف الزوج و ثبوت الضرر طبقوا صحيح القانون"[2].

التعليق:

و تأسيسا لما جاء في الديباجة ،أكد القرار أن المدة الطويلة التي عقد فيها الطاعن القران على المطعون ضدها لم يتم بإتمام إجراءات الزواج ،لاسيما فيما يتعلق بالبناء و في ذلك أقر بضرر الزوجة معنويا و ماديا ،و عدم البناء بتا لمدة طويلة يجسد الأساس القائل بهجر الزوج عن زوجته و تقاعسه عن تحصينها سيما و هي زوجته من الناحية الشرعية و الرسمية ،فبقاء الزوجة على ذمة زوجها لمدة طويلة دون الدخول بها و معاشرته أمر فيه ضرر شرعي.

---

*- السبب الشرعي المقبول كأن يكون الزوج مريضا في المستشفى أو يكون مسافر لطلب العلم و يهجر زوجته أكثر من أربعة أشهر متتالية.

[1]- عبد العزيز سعد، الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 265.

[2]- القرار رقم 217179 المؤرخ في 1999/03/16، غرفة الأحوال الشخصية و المواريث، المجلة القضائية، عدد خاص ،اجتهاد قضائي لسنة 2001 ،ص 122.

و الملاحظ على هذا القرار أنه تطرق لمسألة الهجر و عدم القيام بواجب التحصين من طرف الزوج بسبب عدم الدخول بها ،إلا أنه تعمد عدم ذكر الاسباب بوضوح و اكتفى كسابقيه باعتبار الاساس هو الضرر المعبر عنه شرعا تسهيلا عن نفسه في تزكية الحكم المنتقد[1].

و في خلاصة الموضوع أن عدم وجود اجتهادات قضائية راجع إلى العادات و التقاليد السائدة في الجزائر ،إذ أن المرأة تستحي لرفع دعوى قضائية مطالبة التطليق مسببة دعوى بهجر زوجها لها في فراش الزوجية لمدة طويلة رغم أن هذا الحق من الحقوق التي كفلها لها الشرع و القانون.

- **المطلب الرابع : التطليق للغيبة بعد مرور سنة بدون عذر و لا نفقة**

أقام الإسلام العلاقة بين الزوجين على المودة و السكينة و حسن المعاشرة بينهما و تتحقق هذه الأمور بتحقق المساكنة و الإقامة معا في مسكن الزوجية .

أما إذا غاب الزوج غيبة طويلة ،انقلبت المودة و السكينة تعاسة ،شقاءا و عناءا[2].

فإذا تضرر الزوجة من غياب زوجها عنها و خشيت على نفسها الفتنة أجاز لها المشرع الجزائري استنادا للمادة 53 الفقرة الخامسة من **ق.أ.ج** رفع دعوى قضائية مطالبة فيها أن يفرق بينها و بين زوجها إذ جاء فيها :"يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للأسباب الآتية ... الغيبة بعد مرور سنة بدون عذر و لا نفقة"[3]،و عليه فإنه يتضح من تحليل ما تضمنته هذه الفقرة أنه لا يجوز للزوجة أن تطلب من المحكمة أن تحكم لها بتطليقها من زوجها وفقا لأحكام هذا النص إلا إذا توفرت لديها ثلاث شروط هي :

أولا : أن يتغيب عنها الزوج غيبة طويلة تفوق السنة ابتداءا من يوم غيابه إلى يوم رفع الدعوى عليه ،لأنه لا يجوز لها أن ترفع دعوى ضد زوجها الغائب لتطليقها إذا كان غيابه لم يمضي عليه سنة من الزمن.

---

[1]- ذيابي باديس ،صور فك الرابطة الزوجية على ضوء القانون و القضاء في الجزائر ،مرجع سابق ،ص 41 – 42.

[2]- التميمي :تيسير رجب ،الطلاق بين تعسف المطلق و تفريق القاضي ،مرجع سابق ،ص 328.

[3]- الأمر رقم 05 – 02 المؤرخ في 18 محرم 1426 هـ الموافق لـ 27 فيفري 2005 ،المعدل و المتمم للقانون رقم 84 – 1 المتضمن قانون الأسرة الجزائري.

ثانيا : أن يكون هذا الغياب قد وقع من الزوج دون عذر شرعي و عقلاني مقبول ذلك أنه لو غاب الزوج عن زوجته لمدة سنة أو أكثر و كان غيابه في إطار خدمة عامة ،أو لأداء واجب الخدمة العسكرية في مكان بعيد ،أو من أجل التعليم خارج الوطن ،أو ما شابه ذلك فإن الزوجة لا يقبل منها في مثل هذه الحالات أن ترفع دعوى أمام القضاء و تطلب الحكم لها بالتطليق منه.

ثالثا : و الأخيرا يجب لكي تتمكن الزوجة من طلب التطليق بسبب غياب أن يكون الزوج الذي غاب عن زوجته لمدة سنة بدون عذر لم يترك لها مالا تنفقه على نفسها ،أو عليها و على من معها من الأولاد و الناتجين عن زواجهما ،أما إذا غاب لمدة سنة فأكثر لعذر أو غاب بدون عذر و لكن ترك لها مالا يمكنها من أن تنفق منه على نفسها و على أولادها ،فلا يجوز لها أن تطلب من المحكمة أن تقوم بتطليقها من زوجها تطبيقا للفقرة 05 من المادة 53 السالفة الذكر[1].

هذه هي الشروط المستخلصة من الفقرة الخامسة من المادة 53 لطلب الزوجة التطليق بسبب الغياب ،فيا ترى ما مدى مطابقة هذه الشروط للأحكام الشرعية للتطليق للغياب؟للإجابة على هذا السؤال يجب التطرق للخلفية الفقهية للموضوع.

- **الفرع الأول : الخلفية الفقهية للتفريق لضرر الغيبة**

اختلف الفقهاء في التفريق بين الزوجين بسبب الغيبة إلى مذهبين .

المذهب الأول :يحق للزوجة الطلب إلى القاضي التفريق بينهما و بين زوجها بسبب الغيبة و هو قول المالكية[2] و الحنابلة[3]و الشافعية في القديم[4]و عللوا قولهم بأن الضرر يلحقها من ذلك ،و الله تعالى نهى

[1]- عبد العزيز سعد ،الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري ،مرجع سابق ،ص269.

- بلحاج العربي :الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ،مرجع سابق ،ج1 ،ص 297 – 298.

- بن شويخ الرشيد ،شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل ،مرجع سابق ،ص 200.

[2]- الحطاب ،مواهب الجليل في شرح مختصر خليل ،مصدر سابق، ج4 ،ص 199.

-النفراوي أحمد بن غانم ،الفواكه الدولي على رسالة ابن ابي زيد القيرواني ،دار الفكر ،(د،ط)،1415هـ/1995م ،ج2،ص 68-69.

[3]- البوهتي ،كشاف القناع ،مصدر سابق ،ج5 ،ص 479.

[4]- الشربيني ،مغني المحتاج ،مصدر سابق ،ج 5،ص 177.

عن إمساك الزوجة للإضرار بها بقوله : " ﴿..وَلَا تُمۡسِكُوهُنَّ ضِرَارٗا لِّتَعۡتَدُواْۚ..﴾"[1] و بغيبة الزوج يتأكد إلحاق الضرر بها ،و اختلف أصحاب هذا المذهب في مدة الغيبة التي تجيز طلب التفريق و أسبابها.

فالمالكية يرون أن زوجة الغائب إذا تضررت من غيبة زوجها عنها فلها طلب التفريق بينها وبينه سواء كانت هذه الغيبة بعذر أو بغير عذر إذ مضي على غيابه سنة كاملة على الأقل أو أكثر و الضرر على خوف الزوجة وقوعها في فاحشة الزنا و اعتبروا مرور السنة كافيا لادعاء ذلك[2]*

و استدل القائلون بجواز التفريق لضرر الغيبة بما يلي :

1. من القرآن :قوله تعالى :" ﴿فَإِمۡسَاكُۢ بِمَعۡرُوفٍ أَوۡ تَسۡرِيحُۢ بِإِحۡسَٰنٖۗ﴾"[3].

و قوله أيضا :" ﴿..وَلَا تُمۡسِكُوهُنَّ ضِرَارٗا لِّتَعۡتَدُواْۚ..﴾"[4].

---

[1]- سورة البقرة ،الآية 231.

[2]- الحطاب ،مواهب الجليل ، مصدر سابق ،ج 2 ،ص 68 – 69.

- قسم المالكية الغيبة إلى خمسة أقسام :

الأول : غائب لم يترك نفقة و لا خلّف مالا و لا شرط عليه شرط في المغيب فإن أحبت الفراق فإنها تقوم عند اسلطان بعدم الانفاق .

الثاني : غائب لم يترك نفقة و لزوجته عليه شرط في المغيب ،فهي مخيرة أن تقوم بعدم الانفاق أو بشرطها و هو أيسر عليها لأنه لا يضرب اه في ذلك أجل.

الثالث :غائب خلّف نفقة و لزوجته عليه شرط في المغيب ،فهذه ليس لها أن تقوم إلا بالشرط خاصة ،و سواء كان الغائب في هذه الثلاثة الاوجه المعلومة المكان ،أو غير معلوم المكان ،إلا أن معلوم المكان يعذر إليه إن تمكن من ذلك.

الرابع : غائب خلّف نفقة و لا شرط لامرأته. عليه ،**و هو معلوم المكان ،فهذا يكتب إلى السلطان إما أن يقدم أو يحمل امرأته إليه أو يفارقها و إلاّ طلق عليه.**

الخامس : غائب خلف نفقة و لا شرط لامرأته عليه و غير معلوم المكان فهذا المفقود .

- انظر : الحطاب الرعيني ،مواهب الجليل ، مصدر سابق ،ج 2 ،ص 68 – 69.

* أما الحنبلية فقسموا الغيبة إلى قسمين :**الأول** : أن تكون غيبته غير منقطعة يعرف خبره و يأتي كتابه ،فهذا ليس لأمر أنه أين تتزوج في قول أهل العلم إلا أن بتعذر الانفاق عليها من ماله ،فلها أن تطلب فسخ النكاح .

الثاني :أن يفقد و ينقطع خبره و لا يعلم له موضع ،و هذا لا يخرج عن حالتين

- أن تكون ظاهرة غيبته السلامة ،كطلب العلم و السفر للتجارة فلا تزول الزوجة حتى يتم التيقن من مودته.
- أن تكون غيبته ظاهرة الهلاك ،كالذي يفقد في المعركة ففي هذه الحالة تتربص أربع سنين عند الإمام أحمد .

- البهوتي :كشاف القناع ،مصدر سابق ،ج 5 ،ص 479

[3]- سورة البقرة ،الآية 229 .

[4]- سورة البقرة ،الآية 231.

فقد خيّر الله الأزواج بين أمريين :الإمساك بالمعروف أو التسريح بإحسان ،و ليس من المعروف أن تكون الزوجة كالمعلقة و هذا إضرار بهما و قد يعرضها للفتنة ،و قد نهى الله عن إمساك الزوجة بقصد الإضرار[1].

2. و لأنه جاز فسخ النكاح لتعذر الوطء بالعنة ،فلا يجوز التفريق بسبب الغيبة من باب أولى[2] .

3. فلما روى أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه قال :" أيّما امرأة فقدت زوجها فلا تدري أين هو فإنها تنتظر أربع سنين ثم تعتد أربعة أشهر و عشرا ثم تحل"[3].

المذهب الثاني :ليس للزوجة أن تطلب إلى القاضي التفريق بينها و بين زوجها بسبب غيبته طالت هذه الغيبة أو قصرت ،بعذر كان أو بغير عذر ،و إن تضررت بسبب ذلك .

و هو قول الحنفينة [4]و الشافعية[5]في الجديد و الظاهرية[6] و استدل هذا الفريق لصحة ما ذهبوا إليه بما يلي :

1. بقول رسول الله صلى الله عليه و سلم " إمرة المفقود امرأته حتى يأتيها الخبر"[7]

وجه الدلالة :الحديث ينص صراحة أن امرأة المفقود تبقى على ذمة زوجها و لا يجوز التفريق بينها و بينه بسبب الفقد و الغياب[8].

---

[1]_- الصنعائي ،سبل السلام ،مصدر سابق ،ج2 ،ص 204.- الشربيني :مغني المحتاج ،مصدر سابق ،ج 5 ، ص 177.

[2]- الشربيني :مغني المحتاج ،مصدر سابق ،ج5 ، ص 177.

[3]الإمام مالك ،الموطأ ،مصدر سابق ،ج2 ،ص 29.

[4]- السرخسي ،المبسوط ،مصدر سابق ،ج5 ،ص 190.- ابن الهمام ،فتح القدير ،مصدر سابق ،ج 6 ،ص 137.

[5]- الشافعي ،الأم ،مصدر سابق ،ج5 ،ص 115.

- النووي ،روضة الطالبين ،مصدر سابق ،ج9 ،ص 81.

[6]- ابن حزم ،المحلي ،مصدر سابق ،ج 9 ،ص 316 – 327.

[7]- أخرجه الدرقطني ،سنن ،كتاب النكاح ، مصدر سابق ،رقم 3849، ج4،ص 483 في رواية أخرى بلفظ امرأة المفقود امرأته حتى يأتيها البيان"و هذا حديث ضعيف ،قال ابن أبي حاتم في كتاب العلل "سألت أبي عنه فقال هذا حديث منكر ،و ذكر العلماء أن روائه مجهولون أو متروكون.

- الزيعلي جمال الدين أبو محمد عبد الله ،نصب الرواية ،تحقيق :محمد عوامة ،مؤسسة الريان للطباعة و النشر ،بيروت ،لبنان ،ط1 ،1418هـ /1997م،ج3 ،ص 473.

- الصنعائي ،سبل السلام ،مصدر سابق ،ج 2 ،ص 304.

[8]- ابن الهمام ،فتح القدير ،مصدر سابق ،ج 6 ،ص 137.

2.لأن المفقود لا يورث ماله حتى يغلب على الضن موته ،فلذلك لا يفرق بينه و بين زوجته حتى يغلب على الضن موته[1].

الترجيح :أرى جواز التفريق للغيبة لما يلي :

أ. قوة الأدلة التي ساقها القائلون بجواز التفريق و صحتها بحيث لا تقوى أدلة القائلين بمنع التفريق على معارضتها.

ب. جاءت قواعد الشريعة الإسلامية لتحث على دفع الضرر ،و رفعه مثل "لا ضرر و لا ضرار"[2]، "الضرر يزال"[3]درء المفاسد أولى من جلب المنافع[4]و في ترك الزوجة في عصمة زوجها الغائب سنين طويلة ضرر شديد و حرج كبير مشقة عظيمة.

- **الفرع الثاني : التفريق للغيبة قانونا و قضاءا**

بعد تعرضنا إلى الآراء الفقهية في مسألة التفريق للغياب يتبين لنا أن المشرع الأسري تأثر بالمذهب المالكي و أجاز لزوجته المطالبة بالتطليق إذا طالت غيبة زوجها لسنة فأكثر .

كما يمكن أن ننبه إلى أن القانون اعتبر أحاكم الغائب كأحكام المفقود سواء بسواء ،و لم يفرق بينهما كما هو الحال في الشريعة الإسلامية[5]،و هذا ما توضحه المادة 110 من **ق.أ.ج** إذ جاء فيها : "الغائب الذي منعته ظروف قاهرة من الرجوع إلى محل إقامته أو إدارة شؤونه بنفسه ،أو بواسطة ،مدة سنة و تسبب غيابه في ضرر الغير يعتبر كالمفقود"[6].

---

[1]- ابن الهمام ،شرح فتح القدير ،مصدر سابق ، ج6 ،ص 147.

- الكسائي ،البدائع و الصنائع ،مصدر سابق ،ج 6 ،ص 196.

- الشربيني ،مغني المحتاج ،مصدر سابق ،ج 5 ،ص 177.

[2]- ابن نجيم ،الأشباه و النظائر ،مصدر سابق ،ص 72.

[3]- السيوطي ، الاشباه و النظائر ،مصدر سابق ،ص 83.

[4]-محمد الزرقاء ،شرح القواعد الفقهية ، مصدر سابق ،ص205.

[5]- نصر سليمان، سعاد سطحي، أحكام الطلاق في الشريعة الإسلامية ،دراسة مقارنة مع قانون الأسرة ،مرجع سابق ،ص 142.

[6]- الأمر رقم05– 02 المؤرخ في 18 محرم 1426هـ الموافق لـ 27 فيفري 2005 ،المعدل و المتمم للقانون رقم 84 المتضمن قانون الأسرة الجزائري.

و يمكن القول أيضا أن المشرع الجزائري لم يفرق بين حالات الغيبة و هي كون أن الزوج معلوم المكان أو العكس[1] إذ أنه إن كان زوجها معلوم المكان ،أو كان لا تصل إليه الرسائل ،فرق القاضي بينهما في الحال بعد أن يتأكد من الشروط القانونية الواردة في المادة 53 الفقرة 05 ،أما إذا كان في مكان معلوم ويمكن الاتصال به أو وصول الرسائل إليه ،يطلب القاضي منه أن يحضر لزوجته أو يأخذها إليه و يضرب له أجل معين ،فإذا مضى الأجل ولم يفعل ولم يبين عذرا مقبولا فرق القاضي بينهما لرفض الضرر عن الزوجة[2].

أما على الصعيد العملي التطبيقي لهذه الفقرة فلم أجد على حسب اطلاعي قرارات المحكمة العليا فيما يخص موضوع التطليق للغيبة و في رأي أن هذا راجع للنص القانوني ،إذ أن المشرع يعطي للزوجة المتضررة من غيبة زوجها وسيلة الفرقة لكي تحمي بها نفسها و تتخلص من الأضرار التي تتعرض لها من جراء بقاء أواصر الرابطة الزوجية قائمة ثم يبطل هذه الوسيلة عن طريق إحاطتها بقيود معينة ،و هذا ما يظهر من نص الفقرة الخامسة من المادة 53 من قانون الأسرة فصعوبة تحقيق الشروط الواردة على هذه الفقرة أدى إلى أن أغلب الزوجات لا يستند لطلب التطليق هذه الفقرة و هذا ما أدى إلى عدم وجود قرارات المحكمة العليا في هذا الموضوع.

➢ المطلب الخامس: التطليق لمخالفة أحكام المادة 08 و 19 من قانون الأسرة و أثرها على قرارات المحكمة العليا

بعد تعديل قانون الأسرة الجزائري سنة 2005 أضاف المشرع الجزائري في المادة 53 من قانون الأسرة فقرتين هما:

الفقرة السادسة و الفقرة التاسعة إذ جاء فيها " يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للأسباب الآتية:

06 – مخالفة الأحكام الواردة في المادة 08 أعلاه.

09 – مخالفة دراسة هتين الفقرتين معا لاستدراكهما في أن سبب التطليق هو مخالفة مادة قانونية في قانون الأسرة الجزائري و كلاهما مقيدتان لسلطة القاضي.

- **الفرع الاول :التطليق لمخالفة شروط المادة 08**

أولا :تعدد الزوجات بين الاطلاق و التقييد

[1]– جمعي ليلى ،التطليق للضرر ،مرجع سابق ،ص ؟؟؟

[2]– بلحاج العربي ،الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ،مرجع السابق ،ص 299.

بادءا ببدء قبل بحث تلك المواد السالفة الذكر و السند الفقهي التي استندت إليها فإنه من المناسب توضيح ،موقف الشريعة الإسلامية من مسألة تعدد الزوجات ،و هل الشريعة الإسلامية أباحت التعدد دون قيود و ضوابط؟

إذا ما كان هناك قيود شرعية و قانونية فهل القيود القانونية لها أساساها الشرعي ؟

إن تعدد الزوجات رخصة رخصها رب العالمين ليلجأ إليها من تلجئه الضرورة أو تدفعه الحاجة و يلوذ بتا من تضيق به الحياة الزوجية الواحدة و يقدم عليها من يجد نفسه مضطرا لارتكاب أخف الضررين و سلوك أيسر السبيلين[1].

و الحقيقة أن تعدد الزوجات كان موجودا قبل الإسلام ،و كان سائدا في الأمم السابقة ،فالشريعة الإسلامية لم تأت ببدعة عندما أباحت تعدد الزوجات ،إنما الجديد الذي أتت به أنها أصلحت ما أفسدته فوضى التشريعات السابقة الوضيعة في هذا التعدد ،و التي أباحت التعدد و أطلقته من كل قيد أو شرط ،فالشريعة الإسلامية تنفرد بأسلوب حكيم و تبيح التعدد بشروط و قيود عادلة[2].

ثانيا: التعدد في ظل النصوص الشرعية

أباح الإسلام للمسلم أن يتزوج بأكثر من زوجة واحدة، و قد ثبت ذلك بالكتاب و السنة:

من الكتاب :

قال تعالى:" ﴿وَإِنۡ خِفۡتُمۡ أَلَّا تُقۡسِطُواْ فِي ٱلۡيَتَٰمَىٰ فَٱنكِحُواْ مَا طَابَ لَكُم مِّنَ ٱلنِّسَآءِ مَثۡنَىٰ وَثُلَٰثَ وَرُبَٰعَۖ فَإِنۡ خِفۡتُمۡ أَلَّا تَعۡدِلُواْ فَوَٰحِدَةً أَوۡ مَا مَلَكَتۡ أَيۡمَٰنُكُمۡۚ ذَٰلِكَ أَدۡنَىٰٓ أَلَّا تَعُولُواْ٣﴾"[3].

و جاء في السورة نفسها قوله تعالى :" ﴿وَلَن تَسۡتَطِيعُوٓاْ أَن تَعۡدِلُواْ بَيۡنَ ٱلنِّسَآءِ وَلَوۡ حَرَصۡتُمۡۖ فَلَا تَمِيلُواْ كُلَّ ٱلۡمَيۡلِ فَتَذَرُوهَا كَٱلۡمُعَلَّقَةِۚ وَإِن تُصۡلِحُواْ وَتَتَّقُواْ فَإِنَّ ٱللَّهَ كَانَ غَفُورٗا رَّحِيمٗا١٢٩﴾ "[4].

من السنة :

---

[1]- الشيمي ،سيد عبد الرحيم ،موسوعة قانون أحوال الشخصية في شأن الولاية على النفس ،شركة مكة للطباعة ،ط 1 ،2014 ،ص 448.

[2]- الساهي شوقي عبده ، الخلافات الزوجية و معالجتها في الشريعة الإسلامية ،مكتبة النهضة المصرية ،القاهرة ،ط 1422هـ/2001 م ، ص 60

[3]- سورة النساء ،الآية 03.

[4]- سورة النساء ،الآية 129.

عن قيس بن الحارث رضي الله عنه قال :" أسلمت و عندي ثمانية نسوة ،فأتيت رسول الله صلى الله عليه و سلم فذكرت له ذلك فقال :" اختر منهن أربعا"[1].

من هذه النصوص الشرعية يمكن استخلاص أحكام و قيود التعدد التالية :

أولا :إباحة تعدد الزوجات حتى الأربع ،فلفظ "انكحوا" هنا للإباحة لا للإيجاب ،و على ذلك جمهور الفقهاء المجتهدين في مختلف العصور[2].

ثانيا : إن التعدد مقيد بالعدل بين الزوجات ،فمن لم يتأكد من قدرته على العدل لم يجز له أن يتزوج بأكثر من واحدة ،و لو تزوج كان العقد صحيحا بالإجماع ،و لكن يكون آثما[3].

العدل الواجب على الزوج فيما يملك فيستوي بين زوجاته في الإنفاق عليهنّ ،لأن النفقة حسب حالة هو على ما عليه العمل لأن يسوي بينهم في المبيت بحيث يؤنس كل واحدة بالمبيت عندها عددا من الليالي مثل عدد ليالي الأخرى ،أما ما لا يملك و هو ميل القب فلا يكلف المساواة فيه لأنه لا تكلف نفس إلا وسعها[4]،و هو المراد بقوله سبحانه و تعالى ﴿وَلَن تَسْتَطِيعُوٓاْ أَن تَعْدِلُواْ بَيْنَ ٱلنِّسَآءِ وَلَوْ حَرَصْتُمْۖ فَلَا تَمِيلُواْ كُلَّ ٱلْمَيْلِ فَتَذَرُوهَا كَٱلْمُعَلَّقَةِۚ﴾"[5].

و قالت عائشة :" كان رسول الله صلى الله عليه و سلم يقسم فيعدل و يقول :"اللهم هذا قسمي فيما أملك فلا تلمني فيما تملك و لا أملك".

ثالثا :أفادت الآية الأولى اشترط القدرة على الانفاق على الزوجة الثانية و أولادها بناء على تفسير قوله تعالى :" **أَن لاَ تَعْدِلُوا** " أي لا يكثر من تعولون إذا اقتصر المرء واحدة ،و إن أباح له أكثر منها ،إذن اشترط القدرة على الانفاق لمن أراد التعدد إلا أنه شرط ديانة لا قضاء[6].

---

[1]–رواه ابن ماجة ،مصدر سابق ،،كتاب النكاح، باب يسلم و عنده أكثر من أربعة نسوة ، مصدر سابق ، ج1، ص 628.رقم 1952.
– الصنعائي، سبل السلام، مصدر سابق، ج2 ،ص 237.

[2]– القرطبي ،تفسير أحكام القرآن ،مصدر سابق،ج5 ،ص 20.

[3]– مقبول محمد حسين ،تعدد الزوجات في الشريعة الإسلامية ،مقال منشور في مجلة المعيار دورية علمية محكمة تعنى بالدراسات الإسلامية و الاجتماعية تصدرها كلية أصول الذين و الشريعة و الحضارة الإسلامية بجامعة الامير عبد القادر للعلوم الإسلامية ،قسنطينة ،الجزائر ،العدد التاسع ،جمادى الاول ،1425هـ – جويلية 2004 ،ص 175.

[4]– خلاف عبد الوهاب ،أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أبي حنيفة و ما عليه الآن بالمحاكم الشرعية المصرية ،مكتبة الثقافة الدينية ،القاهرة ،ط 2 ، 1424هـ /2013م ،ص 121.

[5]– سورة النساء ،الآية 129.

[6]– مقبول محمد حسين ،تعدد الزوجات في الشريعة الإسلامية ،مرجع سابق ،ص 176.

ثالثا : التطليق لمخالفة أحكام المادة 08 من قانون الأسرة الجزائري

أجازت المادة 53 من **ق.أ.ج** في فقرتها السادسة للزوجة المطالبة بالتطليق حال مخالفة الزوج أحكام المادة الثامنة من **ق.أ.ج** التي جاء فيها :"يسمح بالزواج المبرر الشرعي و تحفزت شروط و نية العدل ،ويجب على الزوج إخبار الزوجة السابقة و المرأة التي يقبل على الزوج لها و أن يقدم طلب الترخيص بالزواج إلى رئيس المحكمة لمكان مسكن الزوجية.

يمكن لرئيس المحكمة أن يرخص بالزواج الجديد إذا تأكد من موافقتها و أثبت الزوج المبرر الشرعي و قدرته على توفير العدل و الشروط الضرورية للحياة الزوجية"[1]

و كما نصت المادة 08 مكرر من نفس القانون على أنه :" في حالة التدليس يجوز رفع دعوى قضائية ضد الزوج للمطالبة بالتطليق"[2].

ما يمكن ملاحظته أن أحكام الفقرة السادسة من المادة 53 ،قد نص عليها القانون في المادة 08 مكرر ،كما أن المادة 19 من نفس القانون تعتبر هي الاخرى الاساس لهذه الفقرة التي تجيز للمرأة طلب التطليق عند مخالفة الزوج لشرط في عدم الزواج عليها.

و عليه يبدو أن المشرع الجزائري بعد تعديل قانون الأسرة لسنة 2005 قد أخرج من دائرة عموم الضرر المعتبر حالة مخالفة أحكام المادة الثامنة و جعلها سببا مستقلا من أسباب طلب التطليق من خلال نص الفقرة السادسة من المادة 53.[3]

و منه فعل يعد مجرد عدم إعلام الزوجة السابقة و اللاحقة دون إلحاق الضرر المعتبر شرعا بإحداهما أو بهما معا سببا كافيا لطلب التفريق القضائي؟

1- التعدد في التشريع الجزائري :

لم يخالف المشرع الجزائري الشريعة الإسلامية في الأخذ بنظام تعدد الزوجات ،إلاّ أنّه يمكن استخلاص الشروط و القيود القانونية الواردة عليه من نص المادة 08 و هي كالآتي :

- الساهي شوقي عبده ،الخلافات الزوجية و معالجتها في الشريعة الإسلامية ،مرجع سابق ،ص 66.

[1]- الأمر رقم 05 – 02 المؤرخ في 18 محرم 1426هـ الموافق لـ 27 فيفري 2005 المعدل و المتمم للقانون رقم 84 – 11 المتضمن قانون الأسرة الجزائري .

[2]- الأمر نفسه .

[3]- بن صغير محفوظ، قضايا الطلاق في الاجتهاد الفقهي و قانون الأسرة الجزائري المعدل بالأمر 02 – 05 ،مرجع سابق ،ص 236.

الشرط الأول :وجود المبرر الشرعي

يعبر هذا الشرط من بين الشروط التي استحدثها المشرع الجزائري ،و الذي لم يحدد مفهوم المبرر الشرعي و تركه غامضا و مبهما ،ولم يضرب و لم مثلا واحدا و لم يصنع أي معيار للتفريق بين المبرر الشرعي و غير الشرعي و ترك للقضاء كل الحرية ليمارسوا سلطتهم التقديرية المطلقة لتقييم المبرر الذي قدمه الزوج للزواج بثانية و ما إذا كان مبررا شرعا أو غير شرعي[1].

فمصطلح المبرر الشرعي بقي غامضا حتى صدر منشور من وزارة العدل يحدد فكرة المبرر الشرعي حيث جاء فيه بأنه يكتفي في إثباته شهادة طبيب اختصاص تثبت عقم الزوجة الأولى أو مرضها العضال ،و بناءا على تقديم هذه الشهادة يلتزم الموثق بإقامة عقد الزواج[2].

الشرط الثاني: نية العدل

من خلال قراءة العبارة الأخيرة من الفقرة الأولى للمادة الثامنة نجد أنها تشترط لإمكانية وجواز عقد زواج ثاني في ظل زواج قائم مع امرأة سابقة توفر "شروط نية العدل".

و يقول الأستاذ عبد العزيز سعد على هذه الصياغة :"لكن و رغم أننا نأخذ على هذا الشرط سوء صياغته و إغرائه في بحر الإبهام و الغموض ،فإننا مع ذلك لا نتردد في أن نقول أنّه لا يصلح أن يكون شرطا مانعا لتعدد الزوجات ،ذلك لأن نية العدل أمر داخلي في نفس الإنسان لا يعلمها إلاّ الله ،ثم إن العدل بين الزوجات هو تصرف مادي يتعلق بالمسكن و بالنفقة و بالمبيت و يظهر بعد قيام الحياة الزوجية الثنائية و ليس قبلها و لا قبل إبرام الزواج ،و هو ما يشجعها على الاعتقاد بأن شرط في غير مكانه ،و لا نستطيع التسليم به ،كقيد على الزواج الثاني لأن ما لا يمكن إثبات وجوده ماديا قبل العقد لا يمكن التسليم بأنه قيد أو شرط لإبرام العقد"[3].

[1]- سعد عبد العزيز، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، مرجع سابق ،ص 86.

[2]- بن علي قادين، تعدد الزوجات بين الإطلاق و التقييد ،مجلة المعيار ،تصدرها كلية أصول الدين و الشرعية و الحضارة الإسلامية بجامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية بقسنطينة ،الجزائر ،العدد التاسع ،جمادى الاول ،1425هـ /جويلية 2004م ،ص 168.

[3]- سعد عبد العزيز، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد ،مرجع سابق ،ص 87.

و المنشور الوزاري السالف الذكر أقّر بأن إثبات نية العدل هو من صلاحيات القاضي وحده[1]،لكن القانون لم يحدد الطريقة التي يتم بها إثبات نية العدل و هل تتم شفويا؟ أم لابد من إفراغها في قالب مكتوب؟[2].

و كان من المستحسن إعادة صياغة المادة :" توفر شرط العدل المادي بين الزوجات في المسكن و المبيت ،و النفقة و كل ما تقتضيه ضروريات العرف و العادة".

الشرط الثالث :إخبار الزوجة السابقة و اللاحقة بالرغبة في الزواج

نصت الفقرة الثانية من المادة 08 من قانون الأسرة الجزائري على أنّه :" يجب على الزواج إخبار الزوجة السابقة و المرأة التي يقبل على الزواج بها ..."[3].

و من محاولة تحليل هذه الفقرة نجد أنها تعلق و تقيد تعدد الزوجات و لا تبيحه مطلقا و لا تسمح بإبرام عقد زواج مع امرأة أخرى في ظل زواج قائم مع امرأة سابقة إلا بعد القيام بإجراءات معينة يعتبرها قانون الأسرة شرطا لابد من توفره قبل القيام بإجراءات إبرام عقد الزواج مع المرأة الثانية و يتمثل هذه الشرط أو هذا القيد في وجوب قيام الزوج بإخبار زوجته السابقة بأنه سيعقد زواجا ثانيا مع امرأة أخرى و بإخبار زوجته المستقبلية بأنه متزوج مع غيرها زواجا رسميا صحيحا.

غير أن ما يمكن أن نعيبه على قانون الأسرة في ما يتعلق بإخبار أو تبليغ و إخطار الزوجة السابقة و اللاحقة هو أنه لم يحدد و لم يعين أية كيفية و لا أية طريقة لإخبار الزوجتين تكون مقبولة لدى ضابط الحالة المدنية أو الموثق الذي سيتولى تحرير و توثيق عقد الزواج القاضي عند ما يتصدى للفصل في مدى صحة أو عدم صحة الإخبار ،فهل يكفي أن يخبرها شفهيا بحضور شهود أو يمكن أن يخبر كل واحدة منهما بكتاب مرسل عن طريق الأهل أو عن طريق البريد المضمون ،أو أنه يجب أن يتم إخبارها عن طريق المحضر القضائي مقابل محضر تبلغ يحرره وفقا لإجراء التبليغ[4].المنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية .

---

[1]- بن علي قادين، تعدد الزوجات بين الإطلاق و التقييد ،مصدر سابق ،ص 169.

[2]- الرشيد بين شويخ ،شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل ،دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية ،مرجع سابق ،ص 112.

[3]- الأمر رقم 05 – 02 المؤرخ في 18 محرم 1426هـ الموافق لـ27 فيفر 2005 ،المعدل و المتمم للقانون رقم 84 – 11 المتضمن قانون الأسرة الجزائري .

[4]- سعد عبد العزيز ،قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد ،مرجع سابق ،ص 88.

الشرط الرابع :شرط الحصول على رخصة بالزواج الثاني

جاء في السطر الثاني من المادة 08 من **ق.أ.ج** على أنّه :"يجب على الزوج...و أن يقدم طلب ترخيص بالزواج إلى رئيس المحكمة لمكان مسكن الزوجية" ثم جاء في الفقرة الثالثة :" يمكن رئيس المحكمة أن يرخص بالزواج الجديد إذ تأكد من موافقتها و أثبت الزوج المبرر الشرعي و قدرته على توفير العدل و الشروط و قدرته على توفير العدل و الشروط الضرورية للحياة الزوجية"[1].

أول ملاحظة يمكن قولها أن المادة قد اشتملت على أحكام و قواعد قانونية مبعثرة ،و أنها صيغت صياغة معقدة و حررت بأسلوب باهت ،بعيدا عن الصياغة و الاسلوب القانوني و كأن الشروط الاولى لا تكفي فأضاف إليها شرطا آخر يمكن أن يساعد على منع تعدد الزوجات.

و يقول الأستاذ عبد العزيز سعد ،أن واضعي **ق.أ.ج** بالنسبة إلى مسألة تعدد الزوجات حالوا أن يجمعوا بين إرضاء فريق دعاة الإلغاء و إرضاء فريق دعاة الإبقاء ،فاختاروا أن يقفوا موقفا وسيطا بشكل يضمن الإبقاء على نظام تعدد الزوجات من جهة و يضمن تقيده بقيود و شروط تعجيزية تهدف إلى منع أو عرقلة ممارسة من جهة ثانية.

كما أن المشرعين الجزائريين و هم يحاولون كسب رضا المعارضين لممارسة نظام لتعدد الزوجات علم إذن مسبق من رئيس المحكمة كما قيدوا رئيس المحكمة بأن لا يمنح إلى الزوج رخصة الزواج الثاني إلا إذا كان الزوج قدم له ما يثبت أن كلا من الزوجة السابقة و الزوجة اللاحقة راضية بالزواج الثاني ،و قد قدم له ما يثبت وجود المبرر الشرعي ،و ما يثبت قدرته على توفير العدل ،و توفير الضرورية للحياة الزوجية[2].

إذن يمكن القول أن هذه القيود و الشروط التي قد يستعمل معها تطبيق هذا النظام هي التي أدت بالكثير ممن يرغبون في الزواج بأكثر ممن زوجة واحدة إلى التحايل على القانون و اللجوء إلى عقود الزواج العرفية[3]في البداية ثم في مرحلة لاحقة يتم تثبيته بحكم قضائي تمهيدا لتسجيله ليصبح أمرا وقعا ،و

---

[1]- الأمر رقم 05 – 02 المؤرخ في 18 محرم 1426هـ الموافق لـ 27 فيفري 2005 ،المعدل و المتمم للقانون رقم 84 – 11 المتضمن قانون الأسرة الجزائري.

[2]- سعد عبد العزيز ،قانون الأسرة في ثوبه الجديد ،مرجع سابق ،ص 90.

[3]- بن علي قادين ،تعدد الزوجات بين الإطلاق و التقييد ،مرجع سابق ،ص 171.

الأمر في غاية البساطة في القانون الجزائري لأنه لا يزال يسمح بالزواج خارج الدوائر الرسمية استنادا لما تتضمنه المادة 22 من قانون الأسرة الجزائري[1]-[2].

2- جزاء مخالف القيود القانونية للتعدد:

و الملاحظة التي يمكن طرحها بعد كل ما قدمناه ممن تحليل للشروط و القيود القانونية للتعدد ما هو الجزاء القانوني لمخالفة هذه القيود ؟ مع العلم أن نص المادة 08 تبدأ في فقرتها الثانية بمصطلح " يجب على الزوج ... "ثم عددت الشروط أو القيود اللازمة عليه و لفظ يجب يعنى الالزام فالقاعدة القانونية ملزمة و في أصول القانون من يخالف قاعدة قانونية ملزمة يترتب عليه جزاء.

إلاّ أنه لا نجد في **ق.أ.ج** إلا نص المادة 08 مكرر التي تنص على أنّه :" في حالة التدليس يجوز لكل زوجة رفع دعوى قضائية ضد الزوج للمطالبة بالتطليق"فهذا النص يعطي الحق للمرأة الغير عالمة بزواج زوجها بثانية أو غير رضا بذلك طلب التطليق دون وضع أي جزاء قانوني على الزوج المخالف لهذه القيود القانونية.

رابعا :التطليق للتعدد قضاءا

عمل القضاء الجزائري بهذا الجزاء بإعطاء الزوجة حق التطليق لمخالفة القيود الواردة في المادة 08 قبل التعديل و يمكن ذكر بعض هذه القرارات و منها ما جاء فيها على أنّه :"إن المادة 08 من قانون الأسرة تعطي الحق للزوجة السابقة في طلب التطليق عندما يتزوج زوجها بثانية دون علمها لأن هذا يعتبر ضررا أصابها"[3].

حيث أن السيدة (أ.ج) رفعت دعوى أمام المحكمة طالبة التطليق على اساس المادة الثامنة من قانون الأسرة لكونه زوجها أعاد الزواج بأخرى.

و بتاريخ 12 مايو 1992 قضت المحكمة برفض دعواها العدم التأسيس.

---

[1]- تنص المادة 220 "يثبت الزواج بمستخرج من سجل الحالة المدنية و في حالة عدم تسجيله يثبت بحكم قضائي".

- الامر رقم 05 – 02 المؤرخ في 18 محرم 1426هـ الموافق لـ 27 فيفري 2005 المعدل و المتمم للقانون رقم 84 – 11 المتضمن قانون الأسرة الجزائري .

[2]- الرشيد بن الشويخ ،شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل ،مرجع السابق ،ص 113.

[3]- القرار 122443 المؤرخ في 1995/09/26، غرفة الأحوال الشخصية و المواريث ،نشرة القضاة 1999 ،العدد 55 ،ص 171.

– و بعد استئنافها بذلك الحكم أمام المستأنف بتاريخ 1993/04/14 معتبرا الزواج بامرأة ثانية لا ضرر فيه.

رفعت السيدة (أ.ج) طعنا بالتقاضي ضد القرار أعلاه أمام المحكمة العليا و ذكرت فيه بأنها قدمت شهادة شهر فيها بأن الزوج أعاد الزواج بامرأة أخرى بدون علمها و لا رضاها ،و على ذلك فإن رفض المجلس الحكم بتطليقها جاء مخالف للمادة الثامنة من قانون الأسرة.

و قد قضت المحكمة العليا بنقض القرار المطعون فيه و إحالة القضية و معها الطرفين إلى المجلس نفسه للفعل فيها طبقا للقانون ولقد أسست المحكمة العليا قرارها على خرق قواعد الشريعة الإسلامية و المادة الثامنة أعلاه.

و يلاحظ بأن مجلس قضاء سطيف جانب الصواب عندما صرح بأن زواج المطعون ضده بثانية لا ضرر فيه بالنسبة للزوجة الأولى و يكون بذلك قد حرم الزوجة من خيار التطليق الممنوح لها قانونا[1].

إن هذا الاضطراب ناتج عن أن النصوص القانونية غير موافقة للنصوص الشرعية فقيود التعدد شرعا هو العدل المادي و القدرة على الانفاق ،أما التعدد في حد ذاته فهو مباح و غير ممنوع و علم الزوجة السابقة أو اللاحقة بزواج الزوج لا أساس له من الشرع فلم يرد أي نص شرعي يلزم الزوج بإعلام الزوجتين السابقة و اللاحقة بل ألزم الزوج ديانة بالعدل بينهما في المبيت و الإنفاق ... إلخ.

في حين نجد أن قيد إعلام الزوجتين منصوص عليه قانونا في نص المادة 08 سواء قبل تعديل قانون الأسرة أو بعده لسنة 2005 ،فالتعدد شرعا ليس ضررا في حد ذاته لكن قانونا يعتبر ضرر و غش و تدليس في حالة عدم علم إحدى الزوجتين السابقة أو اللاحقة ،و لكن قد تعلم أحدى الزوجتين بالزواج و يثبت الزوج إعلامها بزواجه لكنها لا تكون راضية على هذا الزواج فهل في هذه الحالة يحق لها طلب التطليق؟

و الجواب على هذ الإشكال جاءت به المحكمة العليا في إحدى قراراتها الذي نص على أنّه:" لا يكفي الرفض دعوى التطليق من أجل الضرر علم الزوجة بزواج زوجها من امرأة أخرى و يجب إثبات رضاها بهذا الزواج"[1].

[1]– آث ملويا ،لحسين بن الشيخ ،المنتقى في قضاء الأحوال الشخصية ،مرجع سابق ،ج 1 ،ص 398.

و حيث أن المدعي في الطعن قد أعاد الزواج بامرأة أخرى و الدليل على ذلك هو أنها أخبرت من قبل الطاعن بأنّه يرغب في الزواج من امرأة أخرى من أجل الإنجاب و انها وافقت على ذلك حيث أمن الحكم محل الطعن جاء معللا و مؤسسا بما فيه الكفاية و ذلك لأن الطاعنة طلبت حل الرابطة الزوجية بينها و بين الطاعن لتضررها من زواجه من امرأة ثانية دون علمها و دون رضاها و انّها تضررت من ذلك .

و حيث أن قاضي أولى درجة أصدر حكمه بناءا على المواد 57 و 08 و 37 من قانون الأسرة لأنه ثبت لديه فعلا بأن الطاعن قد تزوج بامرأة ثانية و لأنه لم ينف ذلك بجلسة الصلح.

حيث أن إعلان الطاعن بأن المطعون ضدها كانت تعلم بزواجه الثاني و الدليل على ذلك أن دعواها هذه لم تقم نشرها إلا بعد ستة أشهر من إبرام زواجه الثاني .

لكن حيث أن الطاعن لم يثبت رضا المطعون ضدها بهذا الزواج لأنه العلم به الشيء و الرضائية شيء آخر و المادة 08 من **ق.أ.ج** سمحت للزوجة سواء السابقة أو اللاحقة برفع دعوى قضائية ضد الزوج تطلب فيها التطليق في حالة عدم الرضا بزواجه الثاني،حيث أن الحكم المنتقد لم يخالف القانون و غير منسوب بالقصور مما يجعل الوجه المثار غير وجيه يستلزم معه رفضه و تبعا لذلك رفض الطعن.

و ما يمكن استخلاصه من القرار أنّه جاء قرارا تفسيريا للمادة 08 يوضح معنى الإعلام الزوجة السابقة أو اللاحقة و يبين أن الإعلام دون الرضا يعتبر مبررا لطلب التطليق أما إعلام و إخبار الزوجة السابقة أو اللاحقة مع الرضا بالزواج بثانية لا يعد مبررا للتطليق.

فنص المادة 08 جاء عاما و لم يحدد ما إذا كان العلم أو الاخبار يرافقه الرضا لكن هذا القرار جاء مفسرا و مؤكدا أن الإخبار أو الإعلام يكون مرفوقًا برضا الزوجة ،و كأن القرار يضيف قيدا آخر لتعدد الزوجات و هو " العلم المقرون برضا الزوجة"

فالزوج ملزم بإثبات رضا الزوجة السابقة أو اللاحقة استنادا إلى هذا القرار.

و من بين الأمور التي وافقت المحكمة العليا الشرعة الإسلامية و القانون الجزائري الحق للتطليق لعدم العدل الذي يعتبر ضرر معتبر شرعا إذا جاء في إحدى قراراتها أنّه :" عدم العدل بين الزوجات

---

[1]- القرار رقم 334060 المؤرخ في 2005/01/19 ،غرفة الأحوال الشخصية و المواريث ،مجلة المحكمة العليا ،لسنة 2005 ،العدد الاول ،ص 325.

يشكل الضرر المعتبر شرعا طبقا للفقرة 06 من المادة 53 من **ق.أ.ج** و يبرر بالتالي حق الزوجة المتضررة في طلب التطليق"[1].

تعليق :من هذا القرار يتضح لنا جليا أن عدم العدل بين الزوجات يعتبر ضرر معتبر شرعا يجيز للمرأة طلب التطليق ،فهذا القرار و غيره من القرارات حضت بعناية خاصة من المشرع الجزائري و رفعها إلى قاعدة قانونية مستقلة و أخرجها من دائرة العموم و الضرر المعتبر حالة مخالفة أحكام المادة الثامنة ،و جعلها سببا مستقلا منت أسباب طلب التطليق من خلال نص الفقرة السادسة من المادة 53 بعد تعديل قانون الأسرة لسنة 2005.

و من الجزاء القانوني الذي رتبه المشرع الأسري بعد تعديل 2005 لقانون الأسرة فسخ الزواج ،إذ جاء في المادة 08 مكرر "يفسخ الزواج الجديد قبل الدخول إذ لم يستصدر الزوج ترخيصا من القاضي وفقا للشروط المنصوص عليها في المادة 08 أعلاه" و هذا ليس له أي أساس شرعي .

و قد جاء قرار المحكمة العليا أنّه لا يمكن فسخ الزواج بمجرد زواج الرجل بإمرأة أخرى و كان مضمونه كما يلي :" من المقرر فقها و قضاءا أن الزواج الصحيح المنعقد شرعا لا يفسخ و لو قبل البناء إلاّ لأسباب محددة و ليس الفسخ خاضعا لرغبة أحد الزوجين كما أن زواج واحد أو أكثر للرجل أو كبر سنه ليس مما يجيز تطليق الزوجة جبرا عن زوجها ،و القضاء بما يخالف هذه الأحكام ،يستوجب نقض القرار الذي قضى فيه إبطال زواج الطاعن بالمطعون ضدها تأسيسا على زواجه السابق بغيرها سببا لتطليقها"[2].

حيث أقام السيد (ب.ع) طعنا يرمي إلى نقض القرار الصادر من مجلس قضاء الشلف بتاريخ 1984/06/03 المؤيد للحكم الصادر من محكمة خميس مليانة يوم 1983/11/13 القاضي برفض طلب الطاعن الرامي إلى الحكم على زوجته بتمكينه من الدخول بها و بفسخ عقد زواج الطرفين قبل البناء المسجل بالحالة المدنية يوم 1983/06/06 على أن ترد الزوجة لزوجها الصداق ،و استند

[1]- القرار رقم 356997 المؤرخ في 2006/07/12 ،غرفة الأحوال الشخصية و المواريث ،مجلة المحكمة العليا لسنة 2006 ،العدد 02 ،ص 441.

[2]- القرار رقم 42681 المؤرخ في 1986/11/03 ،غرفة الأحوال الشخصية و المواريث ،المجلة القضائية 1989 ،العدد 02 ،ص 94.

المحامي لسبب وحيد هو مخالفة أحكام الشريعة ،حيث أن قضاة الموضوع اتخذوا زواجه السابق بغيرها سببا لفسخ الزواج و لا يطلب منه سوى العدل بين زوجاته.

و عليه و هذا كان الحكم الذي أصدرته محكمة خميس مليانة و قد تجاوز حدود القواعد الشرعية فإنه لم يكن إطلاق للمجلس و هو ينظر فيه بواسطة الإستئناف أو يوافق عليه بطريقة هي نفسها التي اتبعها الحكم و هي الخروج عن القواعد الشرعية خروجا عن المقبول.

فالزواج الصحيح المنعقد شرعا لا يمكن فسخه لأسباب غير معتبرة شرعا و لا منصوص عليها فقها و الزوجة لا تطلق من زوجها و لو قبل البناء إلاّ إذا كان لها من الأسباب الشرعية ما يخولها إيّاه و ليس من هذه الأسباب زواج الرجل السابق على المرأة اللاحقة.

و خلاصة القول أن هذا القرار يوضح لنا جليا أن تعدد الزوجات ليس سبب لفسخ عقد الزواج الصحيح و كان مسند القرار أحكام الشريعة الإسلامية.

لذا يمكن القول أن المادة 08 مكرر 1 لا أساس لها من الجانب الشرعي و لا من الجانب القضائي. فكيف يفسخ زواج صحيح بين زوجين لأن الزوج لم يستصدر ترخيصا من القاضي ،و كأن المشرع الجزائري أغفل الكلام عن مصير هذا العقد بعد الدخول و نص فقط على فسخه قبل الدخول .

فبمفهوم المخالفة فالعقد صحيح بعد الدخول فإن تم عقد الزواج استنادا لنص المادة 09 و المادة 09 مكرر فالزواج صحيح و لا عيب فيه حتى يلجأ القضاة لفسخ هو كأن المادة 08 مكرر 01 و ضعت لغلق الباب على من يريد التعدد رغم أنه لا أساس لها لا من الشرع و لا من القضاء.

- **الفرع الثاني :التطليق لمخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج**

نصت المادة 19 من قانون الأسرة الجزائري "للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق كل الشروط التي يريانها ضرورية و لاسيما شرط عدم تعدد الزوجات و عمل المرأة، ما لم تتناف الشروط مع أحكام هذا القانون"[1].

[1]- الأمر رقم 05 -02 المؤرخ في 18 محرم 1426هـ الموافق لـ 27 فيفري 2005 المعدل و المتمم للقانون رقم 84 – 11 المتضمن قانون الأسرة الجزائري .

إن هذه الفقرة استحدثت بموجب التعديل الجديد لسنة 2005 و الوضع أن المشرع لم يأت بجديد يذكر قياسا بالمادة 19 القديمة[1]إلاّ أنه أراد توضيح كون هذه الشروط التي يمكن أن تكون محل إبرام العقد و أعطى مثالين كشرط عدم تعدد الزوجات و عمل المرأة.

و في الواقع أن ما أوردته المادة المعدلة في إيضاح للشروط لم يكن على سبيل الحصر بل كان على سبيل المثال ،لأن القاعدة أن للزوجين أن يشترطا في عقد زواجهما أو في عقد رسمي لاحق كل الشروط الضرورية و العبارة الاخيرة " كل الشروط الضرورية " لا يمكن حصرها فقط في تعدد الزوجات أو عمل المرأة[2].

و يبدو أن المشرع بذكره لهاذين الشرطين على سبيل المثال إنّما لاعتقاده بأنهما أساس كل خلاف عائلي و مرد كل علاقة زوجية فاشلة .و الجديد الذي جاءت به المادة 19 المعدلة هو إمكانية إبرام عقد رسمي أمام ضابط عمومي (موثق) لسن هذه الشروط ،و لو كان الأمر لاحقا عن عقد الزواج ،و لو كانت الزوجية قائمة فعليا ،و في ذلك ضمان آخر يمنح للزوجة قصد إعطاءها فيما بعد الأحقية في طلب التطليق على أساس مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج.

و أبقت المادة المعدلة عن بطلان أي شرط يتعارض مع القانون المستمد أساسا من الشريعة الإسلامية ،فإذا ما تم الاتفاق على شرط يخالف مبادئ الشريعة الإسلامية في الزواج عدّ الشرط باطلا و العقد صحيحا و هذا ما نصت عليه المادة 35 من قانون الأسرة التي نصت على أنّه :" إذا اقترن عقد الزواج بشرط ينافيه كان الشرط باطلا و العقد صحيحا"[3]لأن هذه المسألة متعلقة بالنظام العام.

و بهذا عملت المحكمة العليا في قرارها الذي استند في مرجعتيه لأحكام الشريعة الإسلامية حيث نص على أنّه :" من المقرر شرعا أن الشرط الوارد في عقد الزواج الذي لا يقتضيه العقد و لا ينافيه و الذي يدخل في باب الكراهية لما فيه من التحجير لا يلزم الزواج به و لا يؤثر في عقد الزواج و من ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا لأحكام الشريعة.

---

[1]- المادة 19 قبل التعديل " للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج كل الشروط التي يريانها ما لم تتنافى مع هذا القانون"
- القانون رقم 84 – 11 المؤرخ في 09 رمضان 1404هـ الموافق 09 يونيو سنة 1984 ،المتضمن قانون الأسرة الجزائري.

[2]- دياني باديس ،صور آثار فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة ،مرجع سابق ،ص 55 – 56.

[3]- القانون رقم 84 – 11 المؤرخ في 09 رمضان 1404هـ الموافق لـ 09 يونيو 1984 ،المتضمن قانون الأسرة الجزائري.

و لما كان من الثابت – في قضية الحال –أن قضاة الموضوع ألزمه الزوج – بالعرف– بتعهده بالبقاء لزوجته بالعاصمة يكون بقضائهم كذلك قد خالفوا أحكام الشريعة و فرضوا عليه قيدا هو مخيّر فيه و متى كان كذلك استوجب نقض و إبطال القرار المطعون فيه"[1].

حيث أقام (ز.ع) طعنا يرمي إلى نقض القرار الذي أصدره مجلس قضاء الجزائر بتاريخ 1985/07/07 المتضمن إلغاء الحكم الصادر من محكمة باب الوادي يوم 1984/07/22 القاضي على الزوجة بالانتقال مع زوجها إلى بيت الزوجية بمدينة مستغانم.

و من جيد أمر الزوج بتنفيذ التزامي فيما يخص تعهد بالبقاء بزوجته بالعاصمة ،و قد استند محاميه في طعنه على سببين:

– أن القرار المطعون فيه لم يعترف للزوج اختيار لمكان الذي يسكن فيه باعتباره رب الأسرة، كما يعد التزامه بإسكان الزوجة بالعاصمة يعد تقيدا لحريته الشخصية.

و قد أجاب محامي المطعون ضدها يوجه بالعمل بالتزام التعاقدي الذي وقع بين الزوجين و بذلك غياب دليل يثبت وجود بيت آخر بمستغانم مطالبا برفض الطعن.

و فيما يتعلق بالسببين معا المستدل بهما على طلب النقض و من المقرر فقها أن الشرط الوارد في عقد الزواج الذي لا يقتضيه العقد و لا ينافيه كما إذا اشترطت الزوجة على زوجها ألاّ يتزوج عليها أو لا يخرجها من مكان كذا أو من بلدها فضل هذه الشروط تدخل في باب الكراهية لما فيها من التحجير و لكنها لا تلزم الزوج بالوفاء بها و لا تؤثر في عقد الزواج.

و استند القرار أن الكلام مأخوذ من حاشية الإمام الدسوقي على شرح الإمام الدرديري (الجزء الثاني ،ص 212)،فمن القرار يتبيّن لنا ما يلي:

1. إن المحكمة العليا أخذت بالرأي الفقهي القائل بكراهية إلتزام الزوج بالشروط التي تعتبر حجزا عليه مثل منعه من تعدد الزوجات أو الخروج من بلد معين.

2. إن عدم تقييد القاضي بمذهب معين ترك له المجال واسعا عندما لا يوجد نص قانوني صريح في اختيار الرأي الفقهي لحل النزاع القائم.

[1]– القرار رقم 49575 المؤرخ في 1988/06/20 ،غرفة الأحوال الشخصية و المواريث ،المجلة القضائية لسنة 1991 العدد 02 ،ص 54.

3.إن المحكمة العليا بقرارها هذا يتضح لنا أنها أخذت برأي جمهور الفقهاء من الحنفية و المالكية و الشافعية من إبطال الشرط و صحة العقد لأن شرط عدم خروج المرأة من بلدها شرط فيه مصلحة للمرأة لكنه يضيق على الزوج و في هذه الحالة واستنادا لرأي الجمهور فالزوج ليس مجبرا للوفاء بهذا الشرط.

أ- :الخلفية الفقهية للشروط المقترنة بعقد الزواج

قد يكون عقد الزواج منجزا في حال النطق بصيغته بحيث تترتب أحكامه الشرعية عليه فور انعقاد أي أن الزواج الصحيح اللازم و هو ما تمت فيه الأركان و شروط الانعقاد و الصحة و النفاذ و اللزوم)دون أدنى تأخير أو تأقيت أو تعليق ،لكنه مع هذا قد يكون مقترنا في صيغته بشرط ما فما حكم العقد عندئذ؟ و ما حكم الشرط المقارن له؟.

و إذا قرن عقد الزواج بالشرط ،فإما أن يكون هذا الشرط من مقتضيات العقد ،أو يكون منافيا له ،أو يكون في الشرط ما يعود نفعه على المرأة ،أو يكون شرطا نهى الشارع عنه ،و لكل حالة و شرط من هذه الحالات حكم خاص به نجمله فيما يلي :[1]

أولا : الشروط التي يجب الوفاء بها

إذا كانت الشروط من مقتضيات العقد و مقاصده و لم تتضمن تغيير حكم الله و رسوله ،فهذه الشروط يجب الوفاء بها لأن هذه الشروط مما يتضمنه العقد نفسه ضرورة أو مما ورد الشرع بإباحته في العقد ،و هو ما اتفق الفقهاء عليه أن ينفق عليها، أو أن يؤدي لها حقوقها الشرعية التي تثبت بنفس العقد ،أو أن يعاملها بالمعروف ،أو أن يشترط هو عليها ألا تخرج من بيته إلا بإذنه و أن تطيعه بالمعروف[2] و لا تصوم تطوعا إلاّ بإذنه ... و نحو ذلك.

فلا خلاف بين الفقهاء في وجوب الوفاء بهذه الشروط، لأنها شروط صحيحة و لأن النص عليها هو من باب التأكيد ما ثبت بالعقد و هي شروط صحيحة يجب الوفاء بها بحديث النبي "إن أحق الشروط أن يوفى به ما استحللتم به الفروج"[3].

ثانيا :الشروط التي لا يجب الوفاء بها مع صحة العقد

---

[1]- السيد سابق ،فقه السنّة ،مرجع سابق ،ج2 ،ص 43.

[2]- سمر حسين ،أحكام الأسرة في التشريع الإسلامي ،دار الهدى ،القاهرة ،ط 1 ،1432هـ /2011م ،ص 233.

[3]- رواه الترميذي في سننه ،كتاب النكاح ،باب ما جاء في الشرط عند عقد النكاح ،الحديث رقم 1127 ،ج3 ،ص 426.

من الشروط ما اتفق جمهور الفقهاء فيها على صحة العقد و بطلان الشرط ،فلا يجب الوفاء بهذه الشروط مع صحة العقد ،لأن الشرط يكون منافيا لمقتضى العقد.

مثال : كأن يشترط ألاّ مهر لها أو لا ينفق عليها أو تشترط عليه ألا يطأها ،فأما العقد في نفسه فصحيح ،لأن هذه الشروط تعود إلى معنى زائد في العقد لا يشترط ذكره ،و لا يضر الجهل به ،فلم يبطل بها العقد نفسه ،و لأن الزواج يصح مع الجهل بالعوض فجاز أن ينعقد مع الشرط الفاسد[1].

ثالثا: الشروط التي فيها مصلحة المرأة

اتفق جمهور الفقهاء فيها على صحة العقد لكنهم اختلفوا في الشرط هل يبطل الشرط أم أن الشرط صحيح و يجب الوفاء بها مثال ذلك أن يشترط لها أن لا يخرجها من دارها ،أو بلدها أو لا يسافر بها ،أو لا يتزوج عليها و نحو ذلك ،فقد اختلف الفقهاء في ذلك إلى ما يلي:

يرى أبو حنيفة و الشافعي و مالك[2] أن هذه الشروط تبطل دون العقد و استدلوا على ذلك

1. قول النبي صلى الله عليه و سلم : " كل شرط خالف كتاب الله فهو باطل و إن اشترط مائة شرط[3] و هذا ليس في كتاب الله لأن الشرع لا يقتضيه.

2. قوله صلى اله عليه و سلم :"المسلمون عند شروطهم إلا شرطا أحل حراما أو حرم حلالا [4]التزويج و التسري و السفر".

3. إن هذه الشروط ليست من مصلحة العقد و لا مقتضاه فكانت فاسدة كما لو اشترطت ألا تسلم نفسها إليه[5].

إن الحنابلة و بعض الفقهاء في المذاهب الاخرى فتحوا مجالا واسعا أمام المتعاقدين لا اشتراط ما يشاءون ضمن النظام العام للشريعة الإسلامية و يستدلوا على صحة هذه الشروط وجوب الوفاء بها بما يلي:

---

[1]–ابن قدامة المقدسي ،الشرح الكبير على متن المقنع ،دار الكتاب العربي للنشر و التوزيع ،(د.ط)(د.ت)،ج7،ص 526.

[2]– ابن رشد (الحفيد) ،بداية المجتهد و نهاية المقتصد ، مصدر سابق ،ج2 ،ص31.

[3]– رواه البخاري في صحيحه ،كتاب الشروط ،باب المكاتب و ما لا يحل من الشروط التي تخالف كتاب الله ، مصدر سابق ،ص458.

[4]– رواه البخاري في صحيحه ،كتاب الإجازة ،باب أجر السمسرة، مصدر سابق ،ص 369.

[5]– سمرة حسين ،أحكام الأسرة في التشريع الإسلامي ،مرجع سابق ، ص 74.

1. قوله صلى الله عليه و سلم :"المسلمون عند شروطهم إلا شرطا أحل حراما أو حرم حلالا"[1].و لا نعلم مخالفا لهذا فكان إجماعا.

2. قول النبي صلى الله عليه و سلم :" إن أحق ما وفيتم به من الشروط ما استحللتم به الفروج"[2].

3. روى مرتد بإسناده : أن رجلا تزوج امرأة و شرط لها دارها ،ثم اراد نقلها فخاصموه إلى عمر ابن الخطاب ،فقال لها شرطها "مقاطع الحقوق عند الشروط".

4. و لأنه شرطك لها فيه منفعة و مقصود و هذا الشرط لا يمنع المقصود من الزواج فكان لازما كما لو اشترطت عليه زيادة المهر[3].

و قد رجح ابن قدامة هذا الرأي لأنه ما كان من مصلحة العاقد (المرأة) كان من مصلحة عقده[4].

رابعا : الشروط التي تبطل النكاح (العقد) من اصله

و هذه الشروط قد نهى عنها الشارع لأنها تنافي مقتضى العقد ،و هي من صور الزواج المقترنة بشرط غير صحيح ،مثل أن يشترطا تأقيت النكاح ،فهذا النكاح باطل لاقترانه بشرط مبطل للعقد ذاته[5].

خامسا : شروط نهي الشارع عنها و يحرم الوفاء بها

و هي اشتراط المرأة عند الزواج طلاق ضرتها ،و الدليل على أنها شروط نهى الشارع عنها و يحرم الوفاء بها قوله صلى الله عليه و سلم : "نهى أن يخطب الرجل على خطبة أخيه"أو يبيع على بيعه ،و لا تسأل المرأة طلاق أختها لتكفئ ما في صفحتها أو إنائها ،فإن رزقها على الله تعالى"[6].

و هذا النهي يقضي فساد المنهى عنه ،لأنها شرطت عليه فسخ عقد و إبطال حقه ،و حق امرأته فلم يصح كما لو شرطت عليه فسخ بيعه[7].

---

[1]- سبق تخريجه في الصفحة السابقة.252

[2]- سنن الترميذي ،كتاب النكاح ، باب ما جاء في شروط عقد النكاح ، مصدر سابق ،رقم الحديث 1127 ،ج3 ،ص 426.

[3]- سمر حسين ،أحكام الأسرة في التشريع الإسلامي ،،مرجع سابق ،ص 75 .

[4]- المغني مع الشرح الكبير ،ج7 ،ص 449.

[5]- سمرة حسين ،أحكام الأسرة في التشريع الإسلامي ،مرجع سابق ،75 – 76 .

- الشيمي سيد عبد الرحيم ،موسوعة قانون الأحوال الشخصية في شأن الولاية على النفس ،مرجع سابق ،ص 40.

[6]- متفق عليه.

[7]- سيد سابق ،فقه السنة ،مرجع سابق ، ج2 ،ص 47.

و كخلاصة لما تقدم فإنّه على القاضي أن يوازن بين الشروط الواردة في العقد و بين ما إذا كانت تنافي أصل العقد و الغاية من الزواج فإذا بان له أن الشرط لا ينافي أصل العقد و لكل ينافي الغاية من الزواج و مقاصده أو يكون مجمعا على تحريمه ،فالشرط يكون باطل و العقد صحيح ،أما إذا بان للقاضي أن الشروط التي تنافي أصل العقد و لا مقتضاه فإن الشرط صحيح و على الزوج الوفاء به ،و لصاحبه حق الفسخ إذا أحل به المشروط عليه.

❖ المبحث الثاني : الأسباب المطلقة لسلطة القاضي و اثرها على الاجتهادات القضائية في تحقيق الفرقة بين الزوجين

سنحاول في هذا المبحث إظهار الأسباب القانونية المنصوص عليها في المادة 53 من قانون الأسرة التي أعطت للقاضي سلطة مطلقة في إعتبار السبب من عدمه

➢ المطلب الأول : التفريق للعقوبة

سنتطرق الى إلى التفريق للعقوبة و المتمثلة تقيد الحرية من الجانب الشرعي و القانوني

- **الفرع الأول : الخلفية الفقهية للتفريق للحبس**

إن المتأمل لكتب الفقه الإسلامي ،و الناظر في آراء المجيزين للتفريق بين الزوجين بسبب فقدان الزوج ،أو غيابه ،لا يظفر بقول صريح في التفريق بسبب الحبس الطويل الذي يلحق به ضرر جسيم بالمرأة ،اللهم إلا ما ورد عن شيخ الإسلام ابن تيمة – رحمه الله- حيث قال :" وحصول الضرر للزوجة بترك الوطء مقتض للفسخ بكل حال ،سواء كان بقصد من الزوج ،أو بغير قصد و لو مع قدرته و عجزه كالنفقة ،فهو أولى للفسخ و على هذا فالقول في امرأة الأسير و المحبوس و نحوهما ممن تعذر انتفاع امرأته به إذا طالت فرقته ،كالقول في امرأة المفقود بالإجماع"[1].

- **الفرع الثاني :التفريق للحبس قانونا و قضاءا**

[1]- ابن تميمية ،الاختيارات الفقهية ، مرجع سابق ،ص 247.

نص المشرع الجزائري في المادة 53 الفقرة 04 من قانون الأسرة الجزائري على أنه يجوز للزوجة أن تطلب التطليق من زوجها في حالة " الحكم على الزوج عن جريمة فيها مساس بشرف الأسرة و تسحيل معها مواصلة العشرة و الحياة الزوجية"[1].

هذا ما نص عليه المشرع بعد تعديل قانون الأسرة بالأمر 02/05 ،أما قبل التعديل فكانت الفقرة تنص على :"الحكم بعقوبة شائنة مقيدة لحرية الزوج لمدة أكثر من سنة فيها مساس بشرف الأسرة و تستحيل معها مواصلة العشرة و الحياة الزوجية"[2] و تعد هذه الفقرة قبل التعديل من أكثر الفقرات صعوبة في تفسيرها لأنها جاءت عامة و بمصطلحات غير دقيقة و انطوت على عديد من الشروط قصد تحقيقها، فالزوجة لكي تريد التطليق تأسيسا على هذه الفقرة ينبغي أن تحقق الشروط الآتية[3] و هي :

أ. أن يصدر حكما يدين الزوج بعقوبة شائعة و المشرع كان يقصد الجريمة و ليس العقوبة و أمام الانتقادات التي وجهت لنص المادة عدلت بـ "الجريمة" و ليست "بالعقوبة".

ب. أن ينطوي الحكم على عقوبة المحددة بأكثر من سنة و الأشكال الذي طرح حول نمط العقوبة المحددة بأكثر من سنة فهل تشمل الحبس النافذ أم غير النافذ ؟ و نجد أن هذا الشرط حذف بعد التعديل و اكتفى المشرع الجزائري بالقول أنه على الزوجة المطالبة بالتطليق أن تقدم ما يثبت إدانة زوجها بجريمة فيها مساس بشرف الأسرة دون الالتفات إلى حجم العقوبة المسلطة عليه و في ذلك تيسير أكثر تستفيد منه الزوجة في تأسيسها طلب التطليق على هذا الوجه.

ج . أن تكون العقوبة فيها مساس بشرف الأسرة و تستحيل معها مواصلة العشرة و الحياة الزوجية.

و يثور الإشكال حول تحقيق هذا الشرط أي من العقوبة الماسة بشرف الأسرة من نظيرتها غير ماسة بشرف الأسرة .

و في اعتقاد بعض شرح القانون أن كل جريمة ترتكب فيها مساس بشخص المعني المرتكب لها في شرفه و نزاهته و اعتباره و هي بذلك مرشحة لأن تسبب إساءة الأسرة بأكملها لاسيما الجرائم

---

[1]- الأمر رقم 05 - 02 المؤرخ في 18 محرم 1426هـ الموافق لـ 27 فيفري 2005 ،المعدل و المتمم للقانون رقم 84 - 11 المتضمن قانون الأسرة الجزائري .

[2]- القانون رقم 84 - 11 المؤرخ في 09 رمضان 1404هـ الموافق لـ 08 جوان 1984 م ،المتضمن قانون الأسرة الجزائري.

[3]- ذيابي باديس : باديس ،صور فك الرابطة الزوجية على ضوء القانون و القضاء في الجزائر ،مرجع سابق ،،ص 42.

العمدية ،و تظل في اعتقادنا الجرائم غير العمدية و كذا الجرائم البسيطة التي تصل عقوبتها إلى أكثر من سنة حبسا لا تشكل مساسا بشرف الأسرة ،لاسيما فيما يتعلق بالمخالفات أو حتى الجنح غير العمدية (كالقتل الخطأ مثلا).

أما ما عداها فهي ماسة بشرف الجاني و كذا أسرته و إذا ما تضررت الزوجة جراء ما قام به الزوج من فعل محرم كان طلبها التطليق اعتمادا على الفقرة الرابعة مؤسسا و مستجابا له[1] ،و يبقى للقاضي السلطة التقديرية في تصنيف العقوبة ما إذا كانت ماسة بشرف الأسرة أم لا.

و الملاحظ أيضا أن تعديل الفقرة 04 من المادة 53 خفف من وطأة الشروط الواردة سابقا ،إذ أنه على الزوجة المطالبة بالتطليق أن تقدم ما يثبت إدانة زوجها بجريمة فيها مساس بشرف الأسرة دون الالتفات إلى حجم العقوبة المسلطة عليه.

و أمام هذه الشروط التي اعتمدتها هذه الفقرة سواء قبل التعديل و حتى بعد التعديل لم أجد من خلال استقرائي لقرارات المحكمة العليا ،قرار واحد يستند في مبدأه للتطليق للفقرة الرابعة من المادة 53.

إلا ما جاء في القرار المؤرخ في 2002/07/03 إذ جاء فيه " إن الاستجابة لطلب الزوجة المتمثل في التطليق للضرر لكون زوجها مسجون يعتبر حكم سليم و لا يخضع هذا الامر بقبول الزوج أو حضوره"[2] من القرار يتبين لنا ما يلي :

– إن أساس التطليق في القرار السابق الذكر هو سجن الزوج أي أن هذه العقوبة التي ألحقت بالزوج هي التي دفعت الزوجة طلب التطليق ،و أجيب لطلبها إلا أنه قضاة المحكمة العليا تحاشوا الحديث عن الفقرة الرابعة من المادة 53 و استندوا للفقرة القائلة :"كل ضرر معتبر شرعا".

و في رأي أجد أن ما فعله قضاة المحكمة العليا هو الصواب و هذا راجع للصعوبة تحقق الشروط الواردة في الفقرة 04 من المادة 53 و لإزالة الضرر عن زوجة المسجون أيًا كان سببه سجنه يمس بشرف الأسرة أم لا فأسست المحكمة العليا قرارها بالضرر اللاحق بالزوجة .لإن الأصل في التطليق رفع الضرر الواقع و ليس الضرر المتوقع.

---

[1]– ذيابي باديس ،صور فك الرابطة الزوجية على ضوء القانون و القضاء في الجزائر ،مرجع سابق ،ص 44.

[2]– الملف رقم 273544 المؤرخ في 2002/07/03 ،غرفة الأحوال الشخصية و المواريث ،نشرة القضاء لسنة 2006 ،العدد 58 ،ص 198.

– فالنص القانوني كان غامضا و معقدا حتى بعد التعديل و يبقى صعب التحقيق في الواقع التطبيق و أثر هذا على قرار المحكمة العليا تفاديه و عدم تطبيقه و الاكتفاء بما هو أسهل و أعم و هو التطليق للضرر.

➢ **المطلب الثاني: التطليق لارتكاب الفاحشة**

نص المشرع الجزائري في المادة 53[1] الفقرة السابعة على أنه يجوز للمرأة طلب التطبيق في حالة ارتكاب الزوج فاحشة مبنية ،وهي حالة أو سبب من أسباب التطبيق التي يكاد ينفرد بالنص عليها **ق.أ.ج** دون سواه من قوانين البلاد العربية الاسلامية الأخرى[2].

ويثور التساؤل عن ماهية الفاحشة المبنية المحددة كحالة من الحالات التي يجوز للزوجة طلب التطبيق فيها ،والواضح أنه ليس هناك خلاف كبير في القول أن الفاحشة هي الجريمة الأخلاقية التي تسيء لسمعة الإنسان[3].

وقد وردت في القرآن الكريم آيات عديدة تصور الفاحشة في المسائل التي تخل بالسلوك وبالأنظمة إخلالا كبيرا كقوله تعالى " ﴿وَلَا تَقۡرَبُواْ ٱلزِّنَىٰٓۖ إِنَّهُۥ كَانَ فَٰحِشَةٗ وَسَآءَ سَبِيلٗا٣٢﴾ "[4].

وقوله عز وجل: "﴿تُخۡرِجُوهُنَّ مِنۢ بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخۡرُجۡنَ إِلَّآ أَن يَأۡتِينَ بِفَٰحِشَةٖ مُّبَيِّنَةٖۚ وَتِلۡكَ حُدُودُ ٱللَّهِۚ وَمَن يَتَعَدَّ حُدُودَ ٱللَّهِ فَقَدۡ ظَلَمَ نَفۡسَهُۥۚ﴾"[5].

وقوله تعالى: "﴿وَلَا تَنكِحُواْ مَا نَكَحَ ءَابَآؤُكُم مِّنَ ٱلنِّسَآءِ إِلَّا مَا قَدۡ سَلَفَۚ إِنَّهُۥ كَانَ فَٰحِشَةٗ وَمَقۡتٗا وَسَآءَ سَبِيلٗا٢٢﴾ "[6]

وقوله أيضا: " ﴿قُلۡ إِنَّمَا حَرَّمَ رَبِّيَ ٱلۡفَوَٰحِشَ مَا ظَهَرَ مِنۡهَا وَمَا بَطَنَ﴾ "[7].

وعليه فإنه في حالة ارتكاب **الزوج** فاحشة مبينة كالزّنا أو ترك بالله أو الرِّدة أو الاعتداء على قاصرة أو الانحراف عن الطريق السليم وقيامه بالسلوك الإجرامي الذي يتنافى مع مقتضيات العقل السليم وإرادة

---

[1]– الأمر رقم 84-11 المؤرخ في 09 رمضان 1404هـ الموافق لـ 08 جوان 1984م، المتضمن قانون الأسرة الجزائري

[2] – عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص275.

[3] –ذيابي باديس، صور فك الرابطة الزوجية على ضوء القانون والقضاء في الجزائر، مرجع سابق،ص47.

[4]– سورة الإسراء ،الآية 32.

[5]– سورة الطلاق، الآية 01

[6]– سورة النساء، الآية 22

[7] –سورة الأعراف ،الآية 33.

المجتمع[1] فإنه في كل هذه الفرضيات يحوز للزوجة أن ترفع الأمر للقضاء وتطلب التطليق و حينئذ يطلقها القاضي إذا ثبت ارتكاب الفاحشة وكان الفعل إخلالا جسيما وخطيرا يؤدي إلى استحالة استمرار المعيشة المشتركة بين الزوجين وللقاضي سلطة تقديرية وموضوعية مطلقة هذا الشأن[2].

وقد أكدت المحكمة العليا في إحدى قراراتها أن ارتكاب الفاحشة سبب من أسباب التطليق إذ جاء فيه لما كان المجلس القضائي قد أثبت بما جاء بأسباب الحكم الابتدائي التي اتخذ منها أسباب لحكمه أن المدعي عليها أمطرت زوجها بوابل من الإجراءات التعسفية والحجوز التنفيذية غير قانونية وإنما قد واجهت ضده شكاوي بترك الأسرة وبارتكاب جريمة الزّنا وقد تبيّن عدم صحتها وأخيرا فقد عبرت كتابة عن احتقارها له وعن توافر قرينتها على الإضرار به.

تم استخلص المجلس من كل ذلك أن المدعي عليها قد ارتكبت مخالفات خطيرة ومتكررة ضد واجبات الزوجية والالتزامات الناشئة عنها.

فإن قضاة الموضوع وقد رأوا ما في هذه الأفعال التي ارتكبتها الزوجة من خطورة وتكرار، وقد رأو أثرها على استمرار الحياة الزوجية فإنهم يكونون قد استعملوا في ذلك مطلق سلطتهم التقديرية مما يخرج الحكم عن رقابة المجلس[3].

التعليق: يلاحظ على هذا القرار أن المدعي عليها طلبت بالفرقة بينما وبين زوجها مؤسسة دعواه بأن الزوج ارتكب جريمة الزّنا ويبيّن لنا أن لهذا القرار أثر جلي بعد صدور قانون الأسرة سنة 1984 إذ ارتقى وأصبح قاعدة قانونية فالمشرع الجزائري ،انفرد على غيره من الدول العربية بالنص على أن ارتكاب الفاحشة والتي يقصد بها جريمة الزّنا[4] تعد سببا من الأسباب التي تجيز للزوجة طلب التطليق.

---

[1]- فضيل سعيد ،المرجع السابق ،ص298-299.

[2]- بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق ج1، ص304.

[3]- رقم القرار غير موجود، المؤرخ في 1998/12/11 ،نشرة القضاة سنة 1969 ،العدد 5، ص59.

[4] -كما بين قرار آخر غير منشور أن الزنا هي الجريمة التي عدها القانون فاحشة مبينة إدا جاء فيه الزنا لا يثبت إلا بإقرار مرتكبة أو يحكم جزائي أصبح نهائيا أو بشهادة أربعة شهود.
ملف رقم 39474 ،القرار المؤرخ في 24 فبراير 1986 ،قرار غير منشور نقلا عن بلحاج العربي الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري مرجع سابق ،ص306.

ويظل التساؤل الملح قائما ،كيف يمكن التوفيق بين فقرة إتيان الفاحشة المبين والفقرة القائلة بالجريمة الماسة بشرف الأسرة المفضية لعقوبة طبقا لما هو وارد في قانون العقوبات[1].

لذا يرى البعض أنه على المشرع الجزائري إعادة النظر في الفقرة 07 من المادة 53 من قانون الأسرة ،وإدراجها ضمن أحكام الفقرة 04 من ذات المادة[2].

➢ **المطلب الثالث : في التفريق للشقاق شرعا وقانونا وقضاءا**

من المتفق عليه أن تحقيق السعادة بين الطرفين متشاكسين متنافرين في الطباع ضرب من الخيال ،والطمع فيه بعيد المنال ،ولما كان الانسان لا يرتاح إلا مع من ينسج معه ولا يسعد إلا إذا شعر صاحبه بشعوره ،فمن العبث أن تؤمل سعادته في زواج قائم على الشقاق ،فإذا فقدت السكينة والرحمة بين الزوجين فهل يستغرب عاقل كون التفريق رحمة ،ومخرجا من المأزق وقطعا لدابر الشقاق لا يوصل إلى خير؟ بل يحتمل أن يوصل إلى الإجرام أو الانحراف أو الفتك ،وكفي بمدى كلمة بالغة في مشروعية التفريق للشقاق ،وصدق عز من قال: "﴿وَإِنۡ خِفۡتُمۡ شِقَاقَ بَيۡنِهِمَا فَٱبۡعَثُواْ حَكَمٗا مِّنۡ أَهۡلِهِۦ وَحَكَمٗا مِّنۡ أَهۡلِهَآ إِن يُرِيدَآ إِصۡلَٰحٗا يُوَفِّقِ ٱللَّهُ بَيۡنَهُمَآۗ إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرٗا ٣٥﴾"[3].

- **الفرع الأول: معنى الشقاق وحكم التفريق بسببه**

أولا معنى الشقاق

أ. **الشقاق لغة:** الشقاق لغة مشتق من الشَّقِ بالكسر ،وهو نصف الشيء[4]،والمشاقة و الشقاق: الخلاف والعداوة[5] ،وعرف الشقاق أيضا بأنه غالبية العداوة والخلاف بين اثنين وسمي ذلك شقاقا لأن كل فريق من الفريقين العداوة قصد شقا أي ناحية غير شق صاحبه[6].

---

[1]- ذيابي باديس صور فك الرابطة الزوجية على ضوء القانون والقضاء في الجزائر ،مرجع سابق ، ص49.

[2]- شامي أحمد ،السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة ،مرجع سابق ،ص154.

[3]- سورة النساء، الآية 35

[4]- عبد القادر الرازي ،مختار الصحاح، مكتبة لبنان، بيروت، لبنان، 2007 ص 114

[5]- الفيروز آبادي، محمد بن يعقوب، القاموس المحيط، دار الكتب العلمية، بيروت، ط2،2007 ،ص 912

[6]- ابن منظور، لسان العرب، مصدر سابق ،ج10 ،ص 181.

ب. الشقاق اصطلاحا: الشقاق هو كون الزوجين في حالة من الخلاف والعداوة ،وحرص كل منهما على فعل ما يشق على نفس صاحبه ،مما يتنافى وما يجب أن يكون عليه الزوجان من سكن كل منهما إلى الآخر وتبادل المودة والرحمة[1] ،والكلام في الشقاق يتناول بحث الأمور التالية:

_ حكم التفريق للشقاق.

_ الشقاق المبرر للتفريق.

_ الحكمة من التفريق بسبب الشقاق.

_ التفريق للشقاق في القانون والقضاء الجزائري.

- **ثانيا: حكم التفريق للشقاق**

حرص الإسلام على استقرار الحياة الزوجية بين الزوجين لما شرعه من حقوق وواجبات متبادلة فقال عز وجل: "﴿وَلَهُنَّ مِثْلُ ٱلَّذِي عَلَيْهِنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ﴾"[2] وأمر كل واحد من الزوجين بالصبر على صاحبه فإن كره من الآخر أمرًا فقد تعجبه أمورا أخرى قال سبحانه وتعالى: "﴿فَإِن كَرِهْتُمُوهُنَّ فَعَسَىٰٓ أَن تَكْرَهُواْ شَيْـًٔا وَيَجْعَلَ ٱللَّهُ فِيهِ خَيْرًا كَثِيرًا ١٩﴾"[3] فالخطاب وإن كان موجها للأزواج إلا أنه موجه للزوجات كذلك ،لأن الكراهة قد تكون من قبل المرأة نحو زوجها ،وقد تنشأ بين الزوجين ما يعكر صفو حياتهما من نشوز أو نفور يستحيل معه العيش بمودة وسكينة فتقلب حياتهما شقاء وعناء ،فإذا استحال دوام العشرة بينها فهل يملك أحدهما طلب التفريق من القاضي لتضرره من سوء عشرة زوجه؟

اختلف الفقهاء في اعتبار الشقاق من أسباب التفريق وعدم اعتباره إلى قولان.

القول الأول: لا يعتبر الشقاق سببًا من أسباب التفريق وإلى هذا ذهب عامة الحنفية[4] وهو القول المعتمد عند الشافعية[5] ورواية عند الحنبلية [6] وهو قول للظاهرية[7].

---

[1]- طه أحمد حسين، مدى حرية الزوجين في التفريق قضاءا ،مرجع سابق، ص78

أما عامة الأئمة فيذكرون الشقاق بالمثال، كقولهم فإذا ادعكل واحد منهما النشور على الآخر اسكنهما الحاكم إلى جانب ثقة ليعرف الظالم منهم فيمنع من الظلم، فإذا بلغا إلى الشتم والضرب بعث الحاكم حكمين للإصلاح أو التفريق .

- أنظر الشيرازي، المهذب، مصدر سابق ، ج3 ،ص 05.

[2]- سورة البقرة، الآية 228 .

[3] -سورة النساء، الآية 19 .

[4]- الكساني بدائع الصنائع، المصدر السابق ،ج3 ،ص614.

[5]- الشافعي الأم، مصدر سابق ،ج5 ،ص 124.

[6]- ابن قدامة ،المغني ،مصدر سابق ج7،ص 363.

- البهوتي، كشاف القناع، مصدر سابق، ج5، ص240 .

[7]- ابن حزم، المحلي، مصدر سابق ،ج9 ،ص 248 247.

وعلّلوا قولهم بأن القاضي يستطيع رفع الضرر بغير التفريق[1]واستدلوا لصحة ما ذهبوا إليه بتعدد من الأدلة هي:

أولا– من القرآن:

قوله تعالى: " ﴿وَإِنۡ خِفۡتُمۡ شِقَاقَ بَيۡنِهِمَا فَٱبۡعَثُواْ حَكَمٗا مِّنۡ أَهۡلِهِۦ وَحَكَمٗا مِّنۡ أَهۡلِهَآ إِن يُرِيدَآ إِصۡلَٰحٗا يُوَفِّقِ ٱللَّهُ بَيۡنَهُمَآۗ إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرٗا٣٥﴾"[2]

وجه الدلالة :حددت الآية الكريمة مهمة الحكمين بمحاولة الإصلاح بين الزوجين وليس التفريق بينهما[3].

ثانيا: من الأثر

والأثر عن علي رضي الله عنه وفيه: "جاء رجل وامرأة إلى علي –رضي الله عنه– ومع كل واحد منهما فئام[4] من الناس، فلما بعث الحكمين قال: رويدكما حتى أعلمكما ماذا عليكما هل تدريان ما عليكما؟ إنّكما إن رأيتما أن تجمعا جمعتما، وإن رأيتما أن تفرقا فرقتما، ثم أقبل على المرأة فقال: أرضيت بما حكما؟ قال :لا ولكن أرضى أن يجمعا ولا أرضى أن يفرقا، فقال: كذبت: والله لا تبرح حتى ترضى بمثل الذي رضيت به"[5].

وجه الدلالة: أنه لو كان الحكمان يملكان التفريق بين الزوجين لما قال علي رضي الله عنه للزوج رضيت بما حكما، فالحكمين لهما صفة الوكيل[6]، والوكيل لا يستقل بالتفريق إلى إذا فوض عليه ذلك وبدون ذلك لا يملك الحكم بالتفريق.

---

[1]– الكساني، بدائع الضائع، المصدر السابق ،ج3 ،ص641 .

– ابن قدامة، المغني، المصدر السابق، ج7 ،ص 363.

[2]– سورة النساء، الآية 35.

[3] – ابن قدامة ،المغني ، المصدر السابق ج7،ص 363.

ابن حزم المحلي، المصدر السابق، ج9،ص247.

[4]– فئام ،جماعة من قومه، طه احمد حسين، مرجع سابق ،ص85

رواه عبد الرزاق في مصنفه، كتاب الطلاق، باب الحلمين ،رقم :11883 ،مصدر سابق ،ج6،ص 511..

[5]– البيهقي: السنن الكبرى، رقم الأثر 15452، مصدر سابق،ج7 ،ص996

[6]– ابن حزم، المحلي، المصدر السابق، ج9 ،ص247– 248 .

ثالثا: من المعقول

واستدول بالمعقول فقالوا: أن الله تعالى جعل الطلاق من حق الزوج وبذل المال من حق الزوجة ،وبأحد هذين الطريقين يحصل الفراق فلا يجوز إلا بإذنهما لاسيما وصاحب الحق غير محجور عليه.

وقالوا أيضا:

لو أقر الزوج بالإساءة لم يفرق بينهما ولم يجبره الحاكم على الطلاق ،كما لا يطلق عليه تحكيم الحكمين، وكذلك لو أقرت بالنشوز لم تجبر على الافتداء وكيف يفرق بينهما حال الشقاق؟ فكما لا يفرق في الحالة الأولى كذلك لا يفرق في الثانية، وإذا كان الحاكم لا يملك ذلك فكيف يملكه الحكمان[1].

القول الثاني: وهو اعتبار الشقاق سببا للتفريق و إلى هذا ذهب مالك[2] والشافعي[3] في أحد قوليه وأحمد[4] في إحدى الروايتين عنه وهو قول أهل المدينة[5] ،واستدلوا على ما ذهبوا إليه بالآتي:

أولا :من القرآن

1. قوله تعالى: " ﴿فَٱبۡعَثُواْ حَكَمٗا مِّنۡ أَهۡلِهِۦ وَحَكَمٗا مِّنۡ أَهۡلِهَآ﴾ "[6]

قال ابن العربي: هذا نص من الله تعالى في أنهما قاضيان لا وكيلان ،وللوكيل إسم في الشريعة ومعنى وللحكم اسم في الشريعة ومعنى ،فإذا بين الله سبحانه كل واحد منهما ،فلا ينبغي أن يركب معنى أحدهما على الآخر ،فذلك تلبيس وإفساد للأحكام ،فالحكمان إنما يسيران بإذن الله ،ويخلصان النية لوجه الله ،وينظران فيما بين الزوجين بالتثبت فإن رأيا للجمع وجها جمعا، وإن وجداهما قد أنابا تركاهما.

---

[1]- الجصاص، أحكام القرآن، مصدر سابق، ج2 ،ص222.

[2]- مالك، المدونة الكبرى، المصدر السابق ،ج2،ص 256.

[3]- الشيرازي، المهذب ،مصدر سابق، ج1،ص 481.

[4]- ابن قدامة المغني، المصدر السابق ،ج7،ص 363.

[5]- ابن القيم ،زاد المعاد في خير العباد ،المصدر السابق، ج2 ،ص450 .

[6] - سورة النساء ،الآية 35

فإن وجداهما قد اختلفا سعيا في الألفة ،وذكر بالله تعالى وبالصحبة فإن أنابا وخافا أن يتمادى ذلك في المستقبل بما ظهر في الماضي فإن يكن مما طلع في الماضي يخاف منه التمادي في المستقبل فرقا بينهما"[1].

2. قوله تعالى: ﴿وَلَا تُمۡسِكُوهُنَّ ضِرَارٗا لِّتَعۡتَدُواْۚ﴾"[2].

وجه الدلالة: تنص الآية على أن إمساك الزوجة على وجه الإضرار ممنوع شرعا ،وسبب الشقاق بين الزوجين تعدى أحدهما على الآخر ،ورفع التعدي والظلم الناتج عن الشقاق واجب ،فإذا تعيّن التطليق سبيلا لرفع الضرر كان مشروعا[3].

من السنة :قوله صلى الله عليه وسلم "لا ضرر ولا ضرار"[4]

وجه الدلالة:أمر النبي صلى الله عليه وسلم بإزالة الضرر والشقاق ضرر، وإزالته تكون بالإصلاح بين الزوجين أو بالتفريق بينهما[5].

من الآثار: ما روى عكرمة بن خالد عن ابن عباس قال: "بغيت أنا ومعاوية حكمين فقيل لنا ،إن رأيتما أن تفرقا فرقتما وإن رأيتما أن تجمعا جمعتما"[6].

وجه الدلالة: من الأثر يبين أن للحكيمين كما لهما الجمع لهما التفريق أيضا.

من القياس: قياس التفريق للضرر والشقاق على التطليق للعنة بجامع الضرر الذي يحلق بزوجته[7].

القول المختار: أرى والله أعلم أن التفريق بين الزوجين للشقاق والنزاع جائز بعد بذل الجهد للإصلاح بينهما لما يلي:

---

[1]- ابن العربي، أحكام القرآن، مصدر سابق، ج1،ص542.

[2]- سورة البقرة ،الآية 231.

[3] - ابن قدامة المغني، مصدر سابق ،ج7،ص 363.

[4]- سبق تخريجه ،ينظر الرسال ص 71 .

[5]- التميمي تسيير رجب، الطلاق بين تعسف المطلق وتفريق القاضي ،مرجع سابق ،ص246.

[6]- رواه البيهقي ،السنن الكبرى، كتاب القسم والنشور باب الحكمين، في الشقاق بين الزوجين مصدر سابق ،رقم 1478 ،ج7 ،ص 499.

[7]- ابن حجر، فتح الباري شرح صحيح البخاري، مصدر سابق ،ج2 ،ص1096.

1. قوة الأدلة التي استدلوا إليها للدلالة على ما ذهبوا إليه من جواز التفريق للضرر وضعف استدلال من خالفهم في ذلك.

2. إن عموم قواعد رفع الضرر ونفي الحرج في هذه الشريحة يزيد أدلة القائلين بالتفريق للشقاق قوة ويعزز رجحانها.

- **الفرع الثاني: الشقاق المبرر للتفريق وطرق علاجه**

أولا: الشقاق المبرر للتفريق

من المعلوم أنه عندما نتحدث عن الشقاق الاصطلاحي المبرر للتفريق عند من يراه ،فإنما نعني به نوعا خاصا له طابعة المقيت وأثره البالغ الضرر، وإلا فمجرد اختلاف وجهة النظر بين الزوجين يكاد يكون المألوف في تصرفات الإنسان لاسيما وذلك يعتبر من مستلزمات النوع البشري وكلامنا في الشقاق الذي لم تعد الحياة الزوجية معه تستحق أن يحرص عليها ،لما ينشأ عنه فيها من مفاسد شتى ،إذن فالشقاق المتحدث عنه نوع خاص له مميزاته ومنها .

1. أن يكون بصفة قوية يشق على النفس تحمله ولا يستطاع معه دوام العشرة بينهما[1].

2. أن يكون الشقاق قائما فلا أن تخمد نار الفتنة فيه إلا سرعان ما تتجدد في كل ذلك يتردى الحال تضعف العلاقة بينهما ويتولد الفساد ،وقد جاء الفقهاء رحمهم الله تعالى بنماذج من الشقاق الذي نتحدث عنه حيث قال الإمام أبو اسحاق الشيرازي رحمه الله "فإذا بلغا إلى الشتم والضرب، بعث الحاكم حكمين للإصلاح أو التفريق[2].

كما يأتي ابن القيم بمثال على الشقاق بحديث ضرب ثابت بن قيس زوجته وكسر بعضها ويسرد أنها أتت النبي صلى الله عليه وسلم بعد الصبح مبكرة، فبعث على الزوج وأمره بالفراق وأجبر بعض مالها[3].

فمثل هذا لا يقره الإسلام بل حتى أهل هذه الأديان تنازلوا عما هم عليه من هذه الأضرار.

[1]- طه أحمد حسين، مدى حرية الزوجين في التعريف قضاء ،مرجع سابق ،ص94-95 .

[2]- الشيرازي المهذب، مصدر سابق، ج2 ،ص481.

[3]- ابن القيم زاد المعاد في هدى خير العباد مصدر سابق ج، ص450.

ولما كان الشقاق لا يظهر بغتة، فهناك حالات توصل إليه ،عني الإسلام بعلاجها قبل استفحالها عن طريق الوقاية قبل حدوث ما هو أكثر[1].

ثانيا: طرق علاج الشقاق

أ_ العلاج الوقائي:

ويقصد به إتباع الوسائل التي تؤدي إلى منع حدوث النزاع والشقاق والنشوز ابتداء بمنع أسبابه ،ويكون ذلك بتعريف كل واحد من الزوجين بالحقوق الثابتة له والالتزامات المطلوبة منه والمبادرة إلى الوفاء بها ،ويكون كذلك بإرشادهما إلى حسن المعاشرة فيما بينهما ،وابتعاد كل طريق منهما عما يشير غضب رفيق حياته ويكون التركيز على كيفية التعامل بين الزوجين إذا خرج أحدهما على المودة والرحمة في تعامله مع الآخر إلى القسوة والشدة.

وخير نهج في ذلك كله أن يجري حسب تعاليم الإسلام ،هذا المنهج الرباني الذي أثبت الواقع العملي فاعليته وأثره في الحفاظ على البناء الأسري ،ودعم وحدة المجتمع الإسلامي وتماسكه على نحولم تستمد له الإنسانية مثيلا أو شبيها[2].

ب: العلاج القضائي

إذا اشتد الخلاف والشقاق بين الزوجين وفَحَشَ المتعدِّي وجَهِلَ بعث القاضي حكمين للإصلاح بينهما[3] لقوله تعالى: "﴿وَإِنۡ خِفۡتُمۡ شِقَاقَ بَيۡنِهِمَا فَٱبۡعَثُواْ حَكَمٗا مِّنۡ أَهۡلِهِۦ وَحَكَمٗا مِّنۡ أَهۡلِهَآ إِن يُرِيدَآ إِصۡلَٰحٗا يُوَفِّقِ ٱللَّهُ بَيۡنَهُمَآۗ إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرٗا٣٥﴾"[4] ،فالقاضي يبعث الحكمين في الحالات التالية:

الحالة الأولى: إذا وقع الشقاق بين الزوجين ولم يعلم الظالم منهما واشتبه حالهما ولم يعلم المحق فيسرع بعث الحكمين وهو قول الحنفية[5] والمالكية[1] والشافعية[2] والحنابلية[3] والظاهرية[4]

---

[1] – طه أحمد حسين، مدى حرية الزوجين في التعريف قضاء2 المرجع السابق، ص95-96

[2]– التميمي، تيسير رجب، الطلاق بين تعسف المطلق وتعريف القاضي ،مرجع سابق ،ص233

[3]– الحطاب، مواهب الجليل، مصدر سابق ،ج4، ص 17-18.

– الرملي، نهاية المحتاج، مصدر سابق ج6، ص392.

– ابن قدامة المغني ،مصدر سابق ،ج7 ، ص363.

[4]– سورة النساء ،الآية 35.

[5]– الجصاص، أحكام القرآن الكريم ، مصدر سابق، ج2، ص 266 – 270 .

الحالة الثانية: إذا وقع الشقاق بين الزوجين وعلم كونه منهما معا ،فيشرع بعث الحكمين لإصلاح بينهما وهو يقول ابن قدامة[5].

الحالة الثالثة: إذا كان أحد الزوجين أو كلاهما سببا في الشقاق واختلف العلماء في بعث الحكمين في هذه الحالة على ثلاثة مذاهب:

المذهب الأول: يشرع بعث الحكمين عند العلم بالظلم والاعتداء من أحد الزوجين وهو قول ابن العربي[6].

المذهب الثاني: إذا علم كون الإساءة والظلم والشقاق والتعدي من أحد الزوجين فإن الحاكم يأمر بإزالته ولا يبعث الحكمين وهو قول أكثر المالكية[7]والشافعية[8].

و عللوا مذهبهم بأنه إذا لم يشكل المحق من المبطل فلا وجه لبعث الحكمين في أمر عرف الحكم فيه[9].

المذهب الثالث : إذا بات النشوز من الزوجة فلا حاجة إلى بعث الحكمين و إن باتت الإساءة من الزوج بعث الحكمان إذا لم يجد المشرف عليهما و تمادى الشر و خف الشقاق بينهما ، وهو قول عند الحنبلية[10]و استدلوا لقولهم بما يلي :

1-قوله تعالى : ﴿ٱللَّهُۚ وَٱلَّٰتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَٱهۡجُرُوهُنَّ فِي ٱلۡمَضَاجِعِ وَٱضۡرِبُوهُنَّۖ﴾..."[11].

---

[1]- الحطاب مواهب الجليل، مصدر سابق ج4، ص 17 -18 .

[2]- الرملي، نهاية المحتاج، مصدر سابق ج6، ص391

[3]- ابن قدامة ،المغني، مصدر سابق ج7، ص 363.

[4]- ابن حزم، المحلي، مصدر سابق،ج9، ص 247 – 248.

[5]-ابن قدامة المغني، مصدر سابق، ج7، ص364.

[6]- ابن العربي، أحكام القرآن، مصدر سابق، ج1، ص 542.

[7]-محمد عبد الوهاب ،التلقين في الفقه المالكي،مصدر سابق ،،ج1،ص 131.

[8]- النووى ،روضة الطالبين ،مصدر سابق ،ج8، ص 03

[9]- النووي ، روضة الطالبين ، مصدر سابق ،ج8 ،ص 3

[10]- ابن قدامة ، المغني ، مصدر سابق ، ج7 ،ص 363 .

[11]- سورة النساء ،الآية 34 .

ووجه الدلالة : أجاز الله عز وجل للزوج تأديب زوجته بالوسائل المذكورة في الآية عند النشوز ، مما يدل على الانتظار عليها و عدم بعث الحكمين[1].

3- **قوله تعالى** :" ﴿وَإِنِ ٱمۡرَأَةٌ خَافَتۡ مِنۢ بَعۡلِهَا نُشُوزًا أَوۡ إِعۡرَاضٗا فَلَا جُنَاحَ عَلَيۡهِمَآ أَن يُصۡلِحَا بَيۡنَهُمَا صُلۡحٗاۚ وَٱلصُّلۡحُ خَيۡرٞۗ﴾"[2].

-4

وجه الدلالة : أن النشوز إذا كان من الزوج فعل الزوجة الصلح مع زوجها و لو أن تقوم بإسقاط بعض حقوقها ، و في هذه الحالة لا حاجة إلى بعث الحكمين[3].

و الذي أراه و الله أعلم أن بعث الحكمين مشرع و لو علم كون الشقاق من أحد الزوجين دون الآخر لأن الهدف من بعث الحكمين هو الإصلاح بين الزوجين و الإصلاح مأمورية و لو مع معرفة الظالم منهما.

1- مهمة الحكمين: إن الحكمين لا يبعثان إلا حيث يقع شقاق بين الزوجين و تبلغ العداوة و التنافر بينهما العصيان ،و لم يستطيع القاضي الكشف عن المسيء منهما ،و عندها يبعث الحكمين .

و عليه فإن مهمتهما الأولى هي الإصلاح بين الزوجين باتفاق الفقهاء[4]لقوله تعالى :"﴿وَإِنۡ خِفۡتُمۡ شِقَاقَ بَيۡنِهِمَا فَٱبۡعَثُواْ حَكَمٗا مِّنۡ أَهۡلِهِۦ وَحَكَمٗا مِّنۡ أَهۡلِهَآ إِن يُرِيدَآ إِصۡلَٰحٗا يُوَفِّقِ ٱللَّهُ بَيۡنَهُمَآۗ إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرٗا٣٥﴾"[5].

و إنما اختار الله تعالى الحكمين من أهلهما ، لأن ذي الشخص أعرف بواطن الأحوال و أحرص على الصلاح ، و أرجى لأن تسكن إليهم نفسه و يبرر من مشاكله مالا يبديه الأجنبي[6]،فإن لم يكن لهما أهل

---

[1]-ابن قدامة ،المعني ، مصدر سابق ، ج7 ، 363.

[2]-سورة النساء ،الآية 128 .

[3]-المصدر نفسه .

[4]- ابن الهمام ، شرح فتح القدير ، مصدر سابق ، ج4 ، ص244 .

- الدسوقي ، حاشية الدسوقي ، مصدر سابق ، ج2 ، ص 344 .

- الرملي ، نهاية المحتاج ، مصدر سابق ، ج6 ، ص370 .

- البهوتي ،كشاف القناع ،مصدر سابق ، ج5 ، ص 211 .

[5]- سورة النساء ، الآية 35 .

[6]- البهوتي ،كشاف القناع ، مصدر سابق ، ج5 ، ص 211 .

، أو كان ، لكن لا يصلح للقيام بالمهمة ، جاز بحث الأجنبين ،بالصفة التي يجب توفرها في الحكمين[1].

فيخلوا كل حكم بمن ينطق باسمه ، ليتعرف الحال وليد لي صاحبه لما عنده من مشاكل و يبين له ما يشكوه و يسأله الحكم عما في نفسه ،بنحو قوله :" أتهواها أم لا ؟ حتى أعلم مرادك ، فإن قال لا حاجة لي فيها، خذ لي منها ما استطعت ،و فرق بيني و بينها ، فيعرف أن من قبله النشوز، وإن قال اني أهواها- فأرضهما من مالي بما شأت، ولا تفرق بيني و بينهما، فيعلم إنه ليس بناشز "[2]ويقوم الحكم من جهتها بنحو هذا معها ،و يقوم كل حكم بالنصح و الموعظة الحسنة[3]من الجهة التي تتولى الإشراف عليها و يستكشف ما إذا كان له في صاحبه حاجة من فعل و قول ،و ربما يحصل من اجتماع الحكمين لوحدهما و مقارنة مساعيها و عرض المشاكل على بعضهما فائدة كبيرة ،فيفعلان ذلك أيضا و إن تصورا إحضارهما ،الزوجين ،كلا على انفراد فعلاه كذلك إن رجى منه فائدة ،و كذا لو أحضرهما معا[4].

2-مدى سلطة الحكمين في التفريق :

و لكن ماذا لو عجز الحكمان عن الإصلاح بين الزوجين فهل لهما التفريق بينهما:

اختلف الفقهاء في ذلك على رأيين و سبب اختلافهم فهمهم في صفة الحكمين، فهل هما وكيلان عن الزوجين أم حكمان ؟

الرأي الأول: أنهما وكيلان و ليس لهما التفريق، و مهمتهما تنحصر في الإصلاح بين الزوجين و الكشف عن المسيء من الزوجين إلا أن يوفوضهما الزوجان بالتفريق ،وهو رأي الحنيفة[5]و الشافعية[6]في الأظهر و الحنبلية في رواية.

الرأي الثاني: أنهما حكمان و لهما التفريق بين الزوجين ، دون أن يرجعا الزوجين في ذلك وهو رأي المالكية[1]و الشافعية[2]و الحنبلية[3]في رواية ثانية .

---

[1]- مالك ، المدونة ، مصدر سابق ، ج2 ، ص 254.

[2]- القرطبي ، الجامع الأحكام القرآن ، مصدر سابق ، ج5 ، ص 175 .

[3]- على الخفيف ، فرق الزواج في المذاهب الإسلامية ، مرجع سابق ، ص275 .

[4]-طه أحمد حسين ،مدى حرية الزوجين في التعريف قضاء ،مرجع سابق ،ص103 .

[5]- ابن المهام ، شرح فتح القدير ، مصدر سابق ، ج4 ، ص 244 .

[6]- الشربني ، معني المحتاج ، مصدر سابق ، ج4 ، ص429 .

و قد أسلفنا الأدلة على اعتبار الشقاق مبررا للتفريق ،أو غير مبرر ،و كان مدار الخلاف هناك يدور حول صلاحية الحكمين ،فالذين اعتبروا الشقاق يبرر التفريق قضاء ،فإسنادهم إلى أن الحكم حاكم له إرادة، نصبه الشارع لمعالجة الموقف .

و أما القائلون بعدم تبرر الشقاق للتفريق ،فيعتبرون الحكم وكيلا و لا يرى إلا ما رآه موكله الذي هو من أهله[4]،و ما قدمناه هناك يصلح لأن يكون دليلا لكل ما يستدعي هنا .

3-صفات الحكمين: بما أن المهمة التي أنيطت بالحكمين ذات أهمية في حل الشقاق بين الزوجين ،و تمس بحقوق الزوجين، فإن الفقهاء[5]اشترطوا في الحكمين الصفات التالية :

- ✓ **الإسلام:** لا بد أن يكونا مسلمين، لأن في التحكيم نوع استيلاء، ولذا كان لا بد من كون الحكمين مسلمين.
- ✓ **التكليف:** بأن يكونا بالغين عاقلين راشدين، فلا يحكم صبي، و لا مجنون و لا سفيه.
- ✓ **العدالة:** بأن يكونا عادلين لم يرتكبا كبيرة وسلم يصرا على ارتكاب الصغائر، حتى تنتفي تهمة الظلم لأحد الزوجين و ليكونا مخلصين لله في مهمتهما فيكتب لهما التوفيق.
- ✓ **الفقه** : و يقصد به أن يكونا فقيهين بما يراد منهما في حل الشقاق بين الزوجين ، و عليه فلا يحكم جاهل في دعوى الشقاق .
- ✓ **الذكورة:** وهو شرط عند المالكية[6]و عند الشافعة[7]و به قال الحنابلة[8].
- ✓ و السبب في ذلك أن الحكم من الولاية العامة ،و هي تستدعي مزيدا من القوة و الجد و قوة النظر ، فإشترطت الذكورة في الحاكم .

---

[1]- الدسوقي ، حاشية الدسوقي ، مصدر سابق ، ج2 ، ص344 .

[2]- الرملي ، نهاية المحتاج ، مصدر سابق ، ج6 ، ص370 .

[3]- ابن قدامة الكافي ، مصدر سابق ، ج3 ، ص 106.

[4]طه ، أحمد حسن ، مدى حرية الزوجين في التفريق قضاء ، مرجع سابق ، ص103 .

[5]- الفاسي ،شرح عبارة ،ج 1 ،ص ،195 .

- االشربيني ،معنى المحتاج ،ج 4 ،ص ،429 ،ابن قدامه ،الكافي ،ج 3 ،ص 139.

[6]- الدردير، الشرح الكبير مع الدسوقي ،ج 2 ،ص 344 .

[7]- الشربني، معنى المحتاج ، مصدر سابق ، ج 4 ،ص429 .

[8]- ابن قدامه ،الكافي، مصدر سابق، ج 3،ص139.

4-تقييد التحكيم بزمن : صرحت كتب الفقه بتقييم التحكيم بوقت معين و يزول "بزوال ذلك الوقت و منها ما جاء في الفتاوى الهندية إذا اصطلحا على حكم يحكم بينهما في يومه هذا و بمجلسه هذا ،هذا فهو جائر ،و إن مضى ذلك اليوم ، أو قام عن مجلسه ذلك لا يتبقى حكما "[1].

كما جاء في البحر : "و لو حكماه على أن يحكم بينهما في يومه أو مجلسه توقت به "[2].

و على هذا يكون ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 56 من قانون الأسرة في فقرتها الثانية " ... و على هذين الحكمين أن يقدما تقريرا على مهمتهما في أجل شهرين "[3].فمن خلال النص القانوني يتضح أن الحكمين مقيدين بمدة زمنية و هي شهرين و يكلفان تقديم التقرير خلالها .

لكن السؤال الذي يطرح نفسه هل إذا لم ينه الحكمان التحكيم خلال الفترة المقدمة لهما ثم قدما تقريرهما بعد انتهائهما، فهل يعتد بهذا التقرير أم لا ؟

ثالثا: نوع الفرقة في التفريق للشقاق

عندما تصل الحالة الزوجية إلى وضع من الذي لا يرجى له ازدهار ،و يشكل الأمر على الحكمين ،علم بعد نصح ولم يتبين المحق من المبطل ،و يتفق الحكمان على الفرقة علاجيا وحيدا ،و يحصل التفريق بين الزوجين فهذا أمر معلوم متسالم عليه عند من يرى التفريق للشقاق و لكن الذي حصل اختلاف الحال فيه هو هل نوع الفرقة هذه يكون طلاقا أو خلعها[4]؟

ذهب الحنابلة[5]إلى أنها فسخ بناء على أصلهم في أن كل تفريق يحدثه القاضي يكون فسخا و هنا ينزل الحكمان منزلة القاضي ،بينما ذهب المالكية[6]إلى كونها طلاقا بائنا ،و ذلك لأن كل طلاق ينفذه

---

[1]-نظام الدين البلخي، الفتاوى الهندية ،دار الفكر ،ط1310،2هـ،ج3،ص 398 .

[2]-ابن نجيم ،البحر الرائق ،المصدر السابق ،ج 7 ،ص 255 و ما بعدها.

[3]-القانون رقم 84 – 11 ،المؤرخ في 09 رمضان 1404 هـ الموافق لـ 08 جوان 1984 م ،المتضمن قانون الأسرة الجزائري .

[4]- و السبب في هذا الخلاف أنه ينظر للمتسبب في الشقاق ،فمن حال حرص الزوجة على بقاء الحياة الزوجية و بدو العلامات الطاعة من قبلها و تعنت الزوج ، يكون التفريق بطلقة بائنة ،و يدفع لها المهر ،و في حال حرص الزوج على قيام الحياة الزوجية و مطالبتها بالطلاق وبدو علامات الترفع من قبلها ،يكون التفريق خلعا ،تفتدي نفسها بدفع ما يقرره الحكمان

- طه أحمد حسين ،مدى حرية الزوجين في التفريق قضاء ،مرجع سابق ، ص110 .

[5]- ابن قدامه ، المغني ،المصدر السابق ،ج 7 ، ص363 .

[6]- الحطاب ،مواهب الجليل ،المصدر السابق ،ج 4 ،ص542 .

القاضي ، فهو بائن عندهم ،و إن المعنى الذي لأجله وقع الطلاق هو الشقاق ،و لو شرعت فيه الرجعة لعاد الشقاق ،كما كان أول دفعة ، فلم يكن ذلك يفيد شيئا ، فامتنعت الرجعة لأجله[1].

- **الفرع الثالث : التحكيم في قانون الأسرة الجزائري**

نصت المادة 56 من قانون الأسرة على أنه " إذا اشتد الخصام بين الزوجين و لم يثبت الضرر وجب تعيين حكمين للتوفيق بينهما ".

يعيّن القاضي الحكمين ،حكما من أهل الزوج و حكما من أهل الزوجة[2]، وعلى هذين الحكمين أن يقدما تقريرا عن مهمتهما في أجل شهرين حيث نصت هذه المادة على وجوب تعيين الحكمين للإصلاح بين الزوجين عند اتساع هذه الخصام و الشقاق بينهما ما لم يثبت عن ذلك ضرر أثناء الخصومة .

في حين نصت المادة 446 من قانون الإجراءات المدنية على جواز تعيين حكمين لمحاولة الإصلاح بين الزوجين : "إذا لم يثبت أي ضرر أثناء الخصومة جاز للقاضي أن يعين حكمين اثنين لمحاولة الصلح بينهما حسب مقتضيات قانون الأسرة "[3].

كما يتضح من خلال نص المادة 449 من قانون الإجراءات المدنية أنه يجوز للقاضي إنهاء مهمة الحكمين إذا ثبت له فشلهما في الإصلاح :" يجوز للقاضي إنهاء مهام الحكمين تلقائيا إذا بينت له صعوبة تنفيذ المهمة و في هذه الحالة يعيد القضية إلى الجلسة و تستمر الخصومة " [(4)] .

من خلال هذه النصوص القانونية يمكن استخلاص موقف المشرع الجزائري في مسألة لدى الحكمين للإصلاح بين الزوجين ،على النحو التالي :

أولا : لا يلجأ لتعيين الحكمين إلا في حالة استبداد الخصام ،و عدم القدرة على إثبات الضرر لأنه إذا ثبت الضرر لم يحتج للحكمين ،و كان الحق للزوجة المطالبة بالتطليق ،كما هو منصوص عليه في البند

---

[1]-ابن العربي ،أحكام القرآن ،المصدر السابق ،ج 1 ،ص 426 .

[2]- االقانون رقم 84 – 11 ،المؤرخ في 09 رمضان 1404 هـ الموافق لـ 8 جوان 1984 ،المتضمن قانون الأسرة الجزائري.

[3]- القانون رقم 08 – 09 المؤرخ في 2008/02/25 الجريدة الرسمية للعدد 21 المؤرخ في 23 / 4 / 2008 .

[4]- القانون رقم 08 – 09 المؤرخ في 25 / 02 / 2008 الجريدة الرسمية العدد 21 المؤرخ في 23 / 04 / 2008 و المتضمن قانون الإجراءات المدنية.

العاشر من المادة 53 من قانون الأسرة إذ جاء فيها " يجوز للزوجة أن تتطلب التطليق للأسباب التالية : في كل ضرر معتبر شرعا ... "[1]،و عليه فإذا حدث الضرر ،و أمكن للزوجة إثباته جاز لها المطالبة بالتطليق دون اللجوء للحكمين.

ثانيا : بينت المادة أن الحكمين يكونان من أهل الزوجين و هو ما يتماشى مع ما هو منصوص عليه في الشريعة الإسلامية و ذلك بكون الأهل أعرف بأحوال الزوجين ،و أحرص على رجوعهما إلى العشرة بالمعروف و أحفظ لسرهما .

و هذا و نشير إلى أن المادة أغفلت الكلام عن حالة تعذر وجود حكمين من الأهل ،و ذلك إما بانعدامهما أصلا ، أو وجود من ليس أهلا لذلك ، إذ ذهب فقهاء الشريعة الإسلامية إلى جواز أن يكون الحكمان من غير الأهل إذا تعذر وجودهما من الأهل[2]،و الحقيقة أن هذا النقص تسده المادة 222 من هذا القانون إذ ورد فيها :" كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية " .

ثالثا : إن المشرع الجزائري لم يوضح بجلاء ما إذا كان تعيين الحكمين يكون كتابيا أو شفهيا، و ما إذا كانت إجراءات التحكيم يجب القيام بها بعد فشل محاولة الصلح أو أثناء إجراءات محاولة الصلح كما لم يوضح أيضا ماذا سيتعين على القاضي أن يفعله في حالة ما إذا رفض الزوجان أو احدهما مبدأ التحكيم أو في حالة ما إذا لم يعثر هذا القاضي على من يقبل أن يكون حكما من أهالي الزوجين أو من أهالي أحدهما[3].

رابعا : يتبين من المادة 56 أعلاه أن القاضي هو الذي يعين الحكمين ،لأن القانون ،قد ذهب في ذلك مذهب المالكية[4]الذي يرى أن سلطة تعيين الحكمين تكون للحاكم أو من يقوم مقامه كالقضاة ،مخالفا بذلك ما ذهب إليه من قال بأن المخاطب في قوله عز وجل" **فابعثوا** " هما الزوجان أو كافة

---

[1]– الأمر رقم 05 – 02 المؤرخ في 18 محرم 1426 هـ الموافق لـ 27 فيفري 2005 المعدل و المتمم للقانون رقم 84 – 11 المتضمن قانون الأسرة الجزائري و المتضمن قانون الإجراءات المدنية.

[2]– سلمان نصر ،و سعاد سطحي ،أحكام الطلاق في الشريعة الإسلامية دراسة مقارنة مع قانون الأسرة ،مرجع سابق ،ص 134 .

[3]– القانون رقم 84 – 11 ،المؤرخ في 09 رمضان 1404 هـ الموافق لـ 08 جوان 1984 م ،المتضمن قانون الأسرة .

[4]– سعد ،عبد العزيز ،الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري ،مرجع سابق ،ص347 .

المؤمنين و الحق أن ما ذهب إليه القانون هو عين الصواب ،و ذلك يكون السلطان أو من يقوم مقامه هما الناظران بالمصلحة للأمة من جهة ،و لا يقبل أن يكون الباعثان للحكمين هما الزوجان و هما في أشد الخصام ،و قد يختاران من لا يكون أهلا لأن يكون حكما ابتداء ، و عليه ما ذهب إليه القانون هو المناسب إذ أعطى سلطة بعث الحكمين للقاضي[1].

خامسا : لا تعدوا أن تكون سلطة الحكمين اللذين يعينهما القاضي مجرد تكليف بمهمة التوفيق و الإصلاح بين الزوجين[2]و لا تتعداهما للتفريق ،و بهذا يكون القاضي قد خالف المذهب المالكي في هذه المسألة إذا يرى أن للحكمين الجمع و التفريق بحسب ما يرى بأنه مناسبا لحال الزوجين متبينا فيها المذهب الحنفي الذي يرى أن مهمة الحكمين لا تتعدى الإصلاح بينهما إلى غيره ،فإذا فشلا في ذلك ،فإن للقاضي إنهاء مهامهما تلقائيا و يعيد القضية إلى الجلسة و استمرار الخصومة ، بعد أن يطلع الحكمان القاضي بما يعترضهما من إشكالات أثناء تنفيذ المهمة[3]طبقا للمادة 447 من قانون الإجراءات المدنية.

سادسا : ورد أن الحاكمين يقدمان تقريرا عن مهمتهما في أجل شهرين مما يوحي بأن القاضي سلك في ذلك مسلك الحنفية و الشافعية و رواية على الحنابلة في أن الحكمين مجرد وكيلين إذ لا تعدوا مهمتهما الإصلاح بين الزوجين و لا يتجاوز لغيرها ،و أن مهمتهما مقيدة بزمن معين و هي الشهرين .

سابعا : إن الطلاق الواقع بسبب الشقاق و الضرر يعتبر طلاقا بائنا لا يجوز للزوج أن يراجع زوجته استناد ، للمادة 50[4]من **ق.أ.ج** و هو بذلك أخذ برأي المالكية باعتبار الطلقة البائنة .

- **الفرع الرابع : أثر النص القانوني على الاجتهادات القضائية في الفرقة قضاء بسبب الشقاق**

---

[1]- سلمان نصر و سعاد سطحي ،أحكام الطلاق في الشريعة الإسلامية ،دراسة مقارنة مع قانون الأسرة الجزائري ،مرجع سابق، ص 134.

[2]- المرجع نفسه ،ص 133 .

- بلحاج العربي ،الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ،مرجع سابق ،ج 1 ،ص 360 .

– بن شويخ الرشيد : شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل ، مرجع سابق ، ص : 205 .

[3]-بن صغير ،محفوظ ، قضايا الطلاق في الاجتهاد الفقهي و قانون الأسرة الجزائري ،مرجع سابق ، ص275 .

- ذيب عبد السلام ،قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجديد ،ترجمة للمحكمة العادلة ،المؤسسة الوطنية للفنون المطبعة وحدة الرعاية ،الجزائر ،الطبعة الثالثة ،سنة 2012 ،ص 345 .

[4]-" من راجع زوجته أثناء محاولة الصلح لا يحتاج إلى عقد جديد و من راجعها بعد صور الحكم بالطلاق يحتاج إلى عقد جديد "

نص المشرع الأسري الجزائري كغيره من عامة قوانين الأحوال الشخصية في البلاد الإسلامية إلى اعتبار الشقاق بين الزوجين حدثا هاما و خطيرا حريا بأن ينظر إليه بنظرة خاصة و دقيقة .

إذ جاء في المادة 56 من قانون الأسرة الجزائر بأنه " إذا اشتد الخصام بين الزوجين و لم يثبت الضرر وجب تعيين حكمين للتوفيق بينهما يعين القاضي الحكمين ،حكما من أهل الزوج و حكما من الزوجة ، و على هذين الحكمين أن يقدما تقريرا على مهمتهما في أجل شهرين "[1] ،و يتضح لنا من النص ما يلي:

أولا : عرف المشرع الجزائري الشقاق بأنه اشتداد الخصام بين الزوجين و عدم إثبات الضرر ، دون ذكر لفظ الشقاق.

و نجد هذا المصطلح أضافه المشرع الجزائري بعد تعديل قانون الأسرة بالأمر 05 / 02 باعتبار الشقاق ،أحد أسباب التطليق في المادة 53 الفقرة 8 إنجاب فيها :"يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للأسباب الآتية – الشقاق المستمرين الزوجين "[2]،و مصدر مصطلح الشقاق مستمد من قوله تعالى " **و إن خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكما من أهله و حكما من أهلها** "[3].

و من خلال إستقراء قرارات المحكمة العليا نجد أن مصدر الفقرة الثامنة المستحدثة في المادة 53 ،في تعديل قانون الأسرة لسنة 2005 ، كان الاجتهاد القضائي لا سيما المحكمة العليا و تجسيد ذلك فعليا في بعض القرارات منها القرار المؤرخ في 15 / 06 / 1999 و الذي جاء فيه ما يلي :"من المستقر عليه قضاء أنه يجوز تطليق الزوجة لاستفحال الخصام و طول مدته بين الزوجين باعتباره ضررا شرعيا " .

و متى تبين في قضية الحال – أن الزوجة تضررت لمدة طول الخصام مع الزوج و أن الزوج هو المسؤول عن الضرر لأنه لم يمثل للقضاء بتوفير سكن منفرد للزوجة مما يجعل الزوجة متضررة و محقة

---

[1]-االقانون رقم 84 – 11 المؤرخ في 09 رمضان 1404 الموافق لـ 8 جوان 1984 المتضمن قانون الأسرة الجزائري .

[2]-الأمر رقم 05 – 02 المؤرخ في 18 محرم 1426 هـ الموافق لـ 27 فيفري 2005 المعدل و المتمم للقانون رقم 84 11 المتضمن قانون الأسرة الجزائري .

[3]- سورة النساء ،الآية35 .

في طلبها التعويض ،و عليه فإن قضاة الموضوع كما قضوا بتطليق الزوجة لطول الخصام و بتظلم الزوج و تعويض الزوجة طبقوا صحيح القانون "[1].

و على نفس المبدأ نهى قرار آخر للمحكمة العليا إذ أكد هو الآخر بأنه " من المستقر عليه أن استفحال الشقاق بين الزوجين يقضي بالتفريق القضائي شرعا . و لما كان ثابتا في قضية الحال ،أن المطعون ضدها تضررت من جراء استفحال الخصام مع زوجها لمدة طويلة مما نتج عن إصابتهما بمرض الأعصاب و أصبحت الحياة مستحيلة بينهما .

فإن القضاة بقضائهم بتطليق الزوجة لهذا السبب كافي للتفريق القضائي طبقوا صحيح القانون، و متى كان ذلك استوجب رفض الطعن "[2].

من القرارين يتبين لنا استعمال العبارات الآتية ، "الزوجة تضررت" ،"طول الخصام مع الزوج" ،"استفحال الشقاق بين الزوجين" ،"أصبحت الحياة مستحيلة بينهما" ،و هذه العبارات كلها تدل على الحكم بتطليق الزوجة من زوجها مستندين إلى وجود شقاق بين الزوجين و بالرجوع إلى تاريخ القرارين.

* **قبل التعديل** : نجد أنهما صدرا قبل تعديل قانون الأسرة الجزائري لسنة 2005 ،فالتطليق للشقاق معتبر به قضاء .و معمول به رغم عدم وجود نص قانوني ينص عليه و يمكن القول أن المحكمة العليا بقراريهما استندت إلى أحكام الشريعة الإسلامية و هم بذلك أخذوا بقول[3]المالكية و الشافعية و أحمد في أحد أقواله من أن الشقاق يعتبر سبب للتفريق ،فالضرر اللاحق بالزوجة الذي كان سببه الشقاق أدى إلى الحكم بالفرقة بين الزوجين بطلب من الزوجة قضاء .

* **بعد التعديل** : و يمكن القول أن هذه الاجتهادات و غيرها حظيت بعناية المشرع[4]الأسري ورّقاها لمرتبة القاعدة القانونية ،إذ بعد تعديل قانون الأسرة الجزائري بالأمر 05 / 02 خصصت في المادة 53 المعدلة الفقرة الثامنة أنه من أسباب التي يجوز للزوجة طلب التطليق .

---

[1]- القرار رقم 224655 المؤرخ في 15 / 06 / 1999 المجلة القضائية غرفة الأحوال الشخصية و المواريث العدد الخاص لسنة 2001 ، ص 129.

[2]- القرار رقم 139353 المؤرخ في 24 / 09 / 1996 ،المجلة القضائية غرفة الأحوال الشخصية و المواريث،العدد الثاني لسنة 1997 ،ص96 .

[3]- أنظر الرسالة ،ص 258 و ما بعدها أقوال الفقهاء في اعتبار الشقاق سببا للتفريق أم لا .

[4]-ذيابي باديس ،صور و آثار فك الرابطة الزوجية قانون الأسرة ،دار الهدى عين مليلة ،الجزائر ،طبعة 2012 ،ص 55 .

" الشقاق المستمرين الزوجين " و أصبحت هذه الفقرة مستقلة عن الضرر المعتبر شرعا ،و لكن دون بيان لكيفية إثبات وجود الشقاق و إثبات استمراره ،و الضرر الحاصل منه ،و معرفة المتسبب فيه فنص المادة 53 الفقرة الثامنة جاء عاما دون تحديد المعايير التي على أساسها يحكم القاضي بالتطليق بسبب الشقاق .و يبدو لي – و الله أعلم – أنه ترك التفاصيل للفقه الإسلامي .

و أحال القاضي للنص المادة 222 التي تنص على أنه" كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية "[1]،لكن عدم وجود نص قانوني مفصل و محدد للضوابط الشقاق يصعب على القاضي عمله في الحكم في الحالات الشقاق علما أن الفقه الإسلامي متشعب الآراء و يختلف من حكم إلى آخر إذن فعلى أي أساس يرجع الرأي على آخر ؟ علما أن التكوين الشرعي للقضاة و غير كاف لدرجة الترجيح و اختيار الرأي الذي يفصل في الموضوع محل النزاع ،و من القرارين السابقين يمكن أن نستشف أن القضاء الجزائري قيد التطليق للشقاق بقيدين أساسين هما :

- ✓ الاستمرار الذي تصبح معه الحياة الزوجية مستحيلة .
- ✓ و كذا ثبوت الضرر بسبب الشقاق[2].

مع العلم أن الضرر يجب إثباته و في حالات الشقاق يكمن القول أنه من الصعب حتى لا نقول أنه من المستحيل إثباته قضاء لأنه لو أثبت الضرر بسبب الضرب أو شيء آخر لطالبت المرأة التطليق بسبب الضرر المذكور في المادة 53 الفقرة العاشرة : إذن نحن أمام استحالة العشرة الزوجين بين الزوجين و صعوبة الإثبات ، و عدم الإثبات لكن عدم التطليق قضاء و في هذا السياق جاء قرار للمحكمة العليا تضمن فيه :" من المبادئ المستقر عليها في أحكام الشريعة الإسلامية أن الزوجة لا تطلق جبرا عن زوجها إلا إذا أثبت الضرر الحاصل لها بالوسائل الشرعية "[3].

---

[1]- القانون رقم 84 – 11 المؤرخ في 09 رمضان 1404 هـ الموافق لـ 08 جوان 1984 ، المتضمن قانون الأسرة الجزائري .

[2]- بن صغير محفوظ، قضايا الطلاق في الاجتهاد الفقهي و قانون الأسرة الجزائر المعدل بالأمر 02 – 05 دار الوعي ،الجزائر ،ط (1434 – 2012) ،ص 253 .

[3]- قرار رقم 35891 المؤرخ في 25 – 02 – 1985 المجلة القضائية غرفة الأحوال الشخصية و المواريث ،لسنة 1989 ، العدد الأول ،ص86 .

و نلاحظ من خلال هذا المبدأ الذي تبناه هذا القرار أن الضرر لا بد أن يثبت بالوسائل الشرعية[1]، و من خلال ما سبق بيانه يمكن الوقوف على النقاط الآتية :

أن المشرع لم يتطرق إلى موضوع الإثبات رغم أن القضاء يفرق بين الضرر المعتبر شرعا فيقع على عاتق الزوجة إثباته ،و بين الضرر المؤسس كما في حالة تعدد الزوجات فهنا تغني الزوجة من الإثبات ،و لم يبين طرق إثبات الضرر الناشئ بسبب الشقاق تاركا الأمر معلقا على ما يبدوا – على حرية الإثبات للمتضرر، كما أن المشرع اعتبر بعد التعديل 2005 الشقاق المستمر سببا يجبر للزوجة طلب التطليق و فق المادة 53 ،الفترة الثامنة ،مع ثبوت الضرر الذي أكدته الاجتهادات القضائية ، لأنه لم يفرق بين حالة الشقاق التي يكون سببها الزوج و يبين أن تكون الزوجة سببا في حصول الشقاق .

لم يحدد المشرع الجزائري معيار الضرر بسبب الشقاق الموجب للتطليق و غياب ذلك يبقى أمر تحديده خاضعا للسلطة التقديرية للقاضي ،لذلك فإن الضرر الخفيف لا يعد موجبا للتطليق كما ذهبت إلى ذلك المحكمة العليا[2]،لذا اقترح تعديل المادة 53 الفقرة الثامنة أو إضافة مادة تكميلية لهذه الفقرة يكون نصها على النحو التالي :"لأي من الزوجين أن يطلب التفريق للشقاق و النزاع إذا أدعى ضررا لحق به من الطرف الآخر يعتذر معه استمرار الحياة الزوجية سواء أكان الضرر حسيا كالإيذاء بالفعل أو بالقول أو معنويا ،و يعتبر ضررا معنويا أي تصرف أو سلوك مشين أو مخل بالأخلاق الحميدة يلحق بالطرف الآخر إساءة أدبية و كذلك إصرار الطرف الآخر على الإخلال بالواجبات و الحقوق الزوجية .

- و إذ كان طلب التفريق من الزوجة و تحقق القاضي من إدعائها ،بذلت المحكمة جهدها في الإصلاح بينها ،فإذا لم يمكن الإصلاح أنذر القاضي الزوج بأن يصلح حاله معها ، و أجل الدعوى مدة لا تقل عن شهر ،فإذا لم يتم الصلح بينهما ،و أصرت الزوجة على دعواها أحال القاضي الأمر إلى حكمين .

[1]- ليلى جمعي ،التطليق الضرر في قانون الأسرة الجزائري ،رسالة ماجستير في الحقوق (قانون خاص) تحت إشراف درنوني هجيرة ،محمد الحقوق و العلوم الإدارية ،جامعة وهران – السانيا، نوقشت سنة، 1994 ،ص 203 .

[2]- بن صغير محفوظ ،قضايا الطلاق في الاجتهاد الفقهي و قانون الأسرة الجزائري ،المعدل بالأمر 02 – 05 ،مرجع سابق ،ص 254 – 255 .

– و إذا كان المدعي هو الزوج و أثبت وجود الشقاق و النزاع بذلت المحكمة جهدها في الإصلاح بينهما ،فإن لم يمكن الإصلاح أجل القاضي الدعوى مدة لا تقل عن شهر أملا بالمصالحة، وبعد انتهاء الأجل إذا لم يتم الصلح و أصر الزوج على دعواه ،أحال القاضي الأمر إلى حكمين"[1].

و خلاصة القول أنه رغم وجود المادة 56 التي تعتبر لحل قانوني لحل النزاع و الشقاق بين الزوجين و مع النقص الذي تعتريه المادة إلا أنه في الواقع العملي نجد أن القضاء الجزائري نادرا ما يلجأ لتطبيق هذه المادة

و حسب اطلاعي لم أجد و لا قرار واحد للمحكمة العليا يتحدث عن الحكمين أو عن مهامهما أو إنهاء المهام أو رفض التقرير الذي يقدمانه و هذا راجع لعدم تطبيق المادة ، و السؤال الذي يطرح نفسه لماذا هجر القضاة تطبيق المادة 56 ؟ و بما أنها لا تطبق لماذا وضعت ؟ و في رأي أن الرجوع إلى التحكيم في مسائل الطلاق و التطبيق أمر يكاد أن يكون واجب لأن الإحصائيات الناتجة عن الطلاق و التطليق أغلبيتها سببها الشقاق بين الزوجين دون إثبات السبب و هذا راجع لنقص الوازع الديني في الزوجين .

➢ المطلب الرابع : التطليق للضرر

على رغم من أن التفريق بين الزوجين قضاء لم يشرع إلا رفعا للضرر و لم يقض به إلا نتيجة تضرر أحدهما فهناك عناوين من هذا الموضوع باحثنها في ما حث مستقلة و تحت عناوين خاصة حاجتها إلى بسط الكلام ،و بيان أراء العلماء فيها ،و لأن المشرع الجزائري وضع لها فقرة خاصة في المادة 53 رغم أنها تندرج كلها تحت عنوان التطليق للضرر .

[1]– عبد الله الأشقر ،عمر سليمان ،الواضح في شرح قانون الأحوال الشخصية الأردني ،رقم 26 لعام 2010 ،دار النفائس الأردن ،ط 5 ،لسنة (1433 هـ . 2012 م ،ص 283 .

– المادة 126 من قانون الأحوال الشخصية الأردني .

و تفاديا من المشرع أن يثور حالات أخرى أورد في الفقرة العاشرة "و لكل ضرر معتبر شرعا"و هي شاملته ،جدا بحيث أنه لم يتقيد بضرر محدد و سلطة تقدير القاضي في هذا المجال هي سلطة تقديرية و موضوعية مطلقة ،لا يقيدها أي قيد و لا يحدها أي حد ،و هي مسألة وقائع لا رقابة للمحكمة العليا فيها.

- **الفرع الأول : معنى الضرر و شروطه**

أولا : معنى الضرر

في اللغة :الضرر من الضر ،و هو ضد النفع ،أو سوء الحال [1].

في الاصطلاح :لم أقف على تعريف للضرر عند القدامى الفقهاء و ذلك لدلالة المعني اللغوي على المراد ،فاكتفوا بذكر أمثلة له بقولهم ، ما لا يجوز شرعا كالضرب الزوجة و سبها[2].

و قد عرّفه عبد الكريم زيدان بقوله :" كل ما يلحق الأذى أو الألم بيدي الزوجة أو نسبها أو يعرضها للهلاك "[3] ،و هو التعريف مناسب للضرر الموجب للتفريق .

ثانيا : الخلفية الفقهية للتفريق للضرر :

انفرد المالكية بالقول :إن للزوجة طلب التفريق من زوجها إذا أضر بها ولم يرجح عن ذلك سواء تكرر منه الضرر أم لا كشتمها و ضربها ،فإذا أثبت وقوع الضرر فرق القاضي بينهما بطلقة بائنة[4]،واستدلوا على قولهم بما يلي :

قوله صلى الله عليه و سلم : " **لا ضرر و لا ضرار** "[1].

---

[1]- ابن منظور، لسان العرب ،مادة (ضر) ،و ما بعدها ،ج4 ،ص 482 .

[2]- الدسوقي ،حاشية الدسوقي ،المرجع السابق ،ج2 ،ص 343 .

[3]-زيدان عبد الكريم ،المفصل في أحكام المرأة ،مرجع سابق ،ج8 ،ص 437 .

[4]- ابن جزى ،القوانين الفقهية ،مصدر سابق ،ص 154 .

-الدسوقي ،حاشية الدسوقي ،مصدر سابق ،ج2 ،ص 343 .

-محمد عليش ،شرح منح الجليل ،مصدر سابق ،ج3 ،ص 550 .

وجه الدلالة :إن لفظ الحديث إخبار بمعنى النهي ، أي لا يضر بعضكم بعضا أو ينقصه شيئا من حقه[2]و المعني أن الضرر محرم و إذا وقع يجب إزالته .

أما الحنفية[3]فذهبوا إلى أن المرأة التي يؤذيها بالضرب و نحوه ، لا تملك المطالبة بالتفريق بينهما و بينه ،و لكنها تملك أن تطلب إلى القاضي نهيه عما تشكوا منه و تحريره .

و على القاضي أن ينهاه أجل مرة ،و يأمر بالعدل و حسن العشرة و يعظه ،فإن عاد عزره بما يراه ردعا له ،و ذهب الشافعية[4]إلى أن سوء حال الزوجين إما أن يكون راجعا إلى نشوز المرأة ،و إما أن يكون راجعا إلى إيذاء الرجل لها ،و إما أن يكون راجعا إلى إساءة كل منهما للآخر .

فإن كان مرجعه إلى نشوز المرأة ، فإن للرجل ولاية تأديبها بمراتبها الثلاث كما في مذهب الحنفية .

و إن كان راجعا إلى إساءة الرجل لها و إيذائها بضرب أو غيره بلا سبب منها ، رفعت أمرها إلى القاضي ، فإذا أثبت ذلك عنده نهاه و لا يعزره أول مرة ، فإن عادت إليه و طلبت تعزيره عزره بما يليق به. و إن كان راجعا إلى إساءة كل واحد منهما إلى الآخر ،و اشتد الشقاق بينهما ،وجب عليه أن يبعث حكمين ليصلحا الشقاق بينهما .

ثالثا – شروط الضرر

تنص المادة 53 من قانون الأسرة في فقرتها الأخيرة " يجوز للزوجة أن تطلب التطليق الأسباب التالية":

---

[1]–الحديث سبق تخريجه ،أنظر الرسالة ،ص 71 .

[2]–علي النجار عدنان ،التفريق القضائي ،ين الزوجين ،رسالة ماجستير في القضاء الشرعي من كلية الشريعة في الجامعة الإسلامية بغزة تحت إشراف ماجد أحمد السوسي ،نوقشت 1425هـ 2004 ،ص 159 .

[3]– ابن عابدين ،حاشية ابن عابدين ،المصدر السابق ،ج3 ،ص 201 .

[4]–الشيرازي ،المهذب ،مصدر سابق ،ج2،ص487 .

– الرملي ،نهاية المحتاج ،مصدر سابق ، ج6 ،ص 390 .

– كل ضرر معتبر شرعا : نلاحظ من هذه الفقرة أنها نصت على كل ضرر معتبر شرعا فاستنادا لهذه الفقرة الشروط المتطلبة في الضرر هي :

أولا – يجب أن يكون الضرر موجودا :ما دام أساس التطليق هو عنصر الضرر فلا بد من وجود هذا الأخير ، حتى يثبت للزوجة الحق في طلب التطليق ، و من هنا كان وجود الضرر أهم شرط يجب توافره في هذه الدعوى ، حيث انتفاد أساس الشيء يؤدي إلى انتفاد التي ذاته ،و الذي يقوم بتحديد وجود الضرر هو القاضي و حتى يقرر القاضي أن الضرر موجود فلا بد إذن أن يكون هذا الأخير محققا * مباشرا **[1].

ثانيا – أن يكون الضرر يمس بمصلحة مشروعة للزوجة : إن الفقرة الأخيرة من المادة 53 من **ق.أ.ج** نصت على أن يكون الضرر معتبر شرعا أي الذي يحدد كون الضرر مشروع أو غير مشروع هي الشريعة الإسلامية لا القانون ،إذ أن المقصود بكلمة شرعا هو الشريعة الإسلامية ،هذه الأخيرة تختلف نظرتها عن نظرة القانون إلى الضرر بحيث مثلا أن عملية الضرب هي مصدر للضرر سواء في الشريعة أو القانون و لكن مع بعض الاختلاف فحيث أن الشريعة الإسلامية على الرغم من أنها تمنع الزوج من ضرب زوجته و تعترف لها بحق التطليق إذا حدث ،إلا أنها تجيزه – أي الضرب – في بعض الحالات و لا تعتبره يمس بالمصلحة المشروعة للزوجة مثل ضرب زوجها لها و هجره بغرض التأديب ،فالزوج في هذه الحالة لم يعتدي على زوجته قاصدا ، الإضرار بها بل القصد تأديبها إذا امتنعات على القيام بواجباتها و بالتالي فالضرر الذي يجبر للزوجة طلب التطليق هو الضرر الغير مشروع ،لأن فيه اعتداء على حقوقها كزوجة و كإنسانه ،لهذا فالضرر الذي يجبر للزوجة طلب التطليق لا بد أن يكون موجودا و أن يمس بمصلحة مشروعة لها[2].

* أن يكون الضرر محققا أي أن الضرر وقع فعلا أو الذي سيقع حتما في المستقبل مثل ضرب الزوج لزوجته ضربا مبرحا تاركا فوق جسدها آثار لذلك الضرب .

** إن الضرر المباشر هو الضرر الذي يعتبر نتيجة لعدم الوفاء بالالتزام أو التأخر في الوفاء به ،مثل الامتناع عن الإنفاق عليها .

[1]– جمعية ليلى ،التطليق للضرر في قانون الأسرة الجزائري ،مرجع سابق ،ص 138 .

[2]– جمعي ليلى ،التطليق للضرر في قانون الأسرة الجزائري ،مرجع سابق ،ص 139 – 140 .

- **الفرع الثاني : صور الضرر المجيزة للتفريق**

إن صور الضرر المختلفة علاقة تناسب بوسائل الإثبات و الوقوف على هذه العلاقة لا بد من استعراض صور الضرر أولا ،و من ثم يمكن الحديث عن طريق إثبات بعض هذه الصور ،و ذلك على النحو التالي :

صور الضرر المجيزة للتفريق :

- ✓ سب الزوجة و سب أبيها كقوله: يا بنت الملعونة، و يا بنت الكافر.
- ✓ ضربها غير ضرب التأديب، كأن يضربها لغير سبب، أو يضربها بقصد التأديب ضربا مبرحا.
- ✓ هجرها بترك الكلام معها أكثر من ثلاثة أيام.
- ✓ و طؤها في غير محل الحدث[1].
- ✓ إكراهها على ارتكاب المحرمات كشرب الخمر ،أو إفطار رمضان.
- ✓ ارتكاب الزوج الفاحشة ،الأمر الذي يسيء إلى سمعتها و ذويها .
- ✓ شرب الزوج الخمور ،أو تعاطيه المخدرات الأمر الذي يؤثر في أخلاقه و معاملته لزوجته[2]

أما بالنسبة للتطليق للضرر فقد تناوله المشرع الجزائري من خلال أحكام المادة 53 الفقرة العاشرة و كل الحالات السابقة الذكر كانت تلحق الضرر بالزوجة[3]إلا أن المشرع الجزائري أضاف هذه الفقرة و حسنا فعل لأنه ما يعتبر فيه ضرر لزوجة ما قد لا يكون كذلك بالنسبة إلى الأخرى و إن الضرر المعتبر شرعا في زمن ،و لدى جماعة معينة قد لا يكون كذلك بالنسبة إلى زمن آخر أو جماعة أخرى ، خاصة و أن القواعد العامة في الشريعة الإسلامية لم تحدد أنواعا معينة من الضرر[4].

---

[1]-الدسوقي ،حاشية الدسوقي ،مصدر سابق ،ج2 ،ص 343 .

-محمد عليش ،شرح منح الجليل ،مصدر سابق ،ج3 ،ص550 .

[2]- علي النجار عدنان ،التفريق القضائي بين الزوجين ،مرجع سابق ،ص 160 .

[3]- شامي أحمد ،السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة ،مرجع سابق ،ص

[4]- عبد العزيز سعد ،الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري ،ج1 ،مرجع سابق ،ص 270 ، بلحاج العربي ،الوجيز في شرح قانون الأسرة ،مرجع سابق ،ج1 ،ص 301 .

و الجدير بالذكر في هذا المقام هو أن القانون لم يذكر في نصوصه أي معيار أو ميزان للتمييز بين كون هذا الفعل الصادر عن الزوج تجاه زوجته بشكل ضررا للزوجة أم لا و هذا يعني أن تقييم الفعل و معرفة كونه ضارا أو غير ضار ينبغي أن يقيم من وجهة نظر اجتماعية و ثقافية محضة لأنه ما يعتبر ضارا و جارحا لزوجة ما قد لا يكون جارحا و لا ضارا لزوجة غيرها ،لهذا فإن معيار الضرر هو معيار شخصي ،و إن مهمة القاضي في التفريق بين الفعل الضار ،وغير الضار مهمته شاقة و صعبة[1].

- **الفرع الثالث : التطليق للضرر قضاء**

و للضرر صور متعددة و هذا ما أكده العمل القضائي للمحكمة العليا في عدة قراراتها و منها ما جاء فيها :"طلب الطلاق بضرر من الزوجة ... و قضي المجلس بهذا معتمدا على شهادات طبية أكدت دعوى الزوجة الأضرار الذي لحقها بالضرب المبرح ... و الجرح على وجه العمد ... "[2].

و في قرار آخر قضي بأنه للزوجة أن تطلب الطلاق للضرر و على القضاة أن يتأكدوا من حصوله أو عدمه قبل الحكم عليها بالرجوع لمنزل الزوجية[3].

و في قرار آخر جاء فيه " من المقرر قانون أنه يجوز طلب التطليق لكل ضرر معتبر شرعا و لا سيما عند مخالفة شروط تعدد الزوجات أو التوقف عن النفقة ،أو أي ضرر آخر ينتج عن بقاء العصمة الزوجية .

و لما كان من الثابت في قضية الحال أي المجلس القضائي عندما قضي بتطليق الزوجة بسبب بقائها مدة تقارب الخمس سنوات لأن هي متزوجة و لا هي مطلقة باعتبارها خرجت من بيت الزوجية و أخذت

كل أثاثها منه ،و استحالت الحياة الزوجية ،فإن القضاة كما حكموا طبقوا صحيح القانون "[1].

---

[1]- المرجع نفسه ، ص 271 .

[2]- القرار رقم (غير موجود) المؤرخ في 1971/03/10 غرفة الأحوال الشخصية و المواريث ،نشرة القضاة لسنة 1972 ،العدد 2 ،ص 48 .

[3]- القرار رقم (غير موجود) المؤرخ في 1971/01/12 غرفة الأحوال الشخصية و المواريث ،نشرة القضاة ،لسنة 1972، العدد 2 ،ص 61 .

و كما أكدت قرارات من المحكمة العليا الفقرة 10 من المادة 53 في العديد من قراراتها منها " من المقرر قانونا أنه يحق للزوجة أن تطلب التطليق لكل ضرره معتبر شرعا و من المقرر أيضا أنه في حالة الطلاق يحكم القاضي بالتعويض للطرف المتضرر و لما كان ثابتا أن الضرر اللاحق بالزوجة كان مبالغ فيه متعسفا من طرف الزوج فإن التطليق وحده لا يكفي لجبر الضرر و تعويضهما مقابل الأضرار اللاحقة بها ،فإن القضاة بقضائهم بتعويض الزوجة نتيجة إثبات الضرر من طرف الزوج ... طبقوا القانون "[2]. و من صور التطليق للضرر استنادا لقرارات المحكمة العليا ما يلي :

" من المقرر قانونا أنه يجوز للزوجة طلب التطليق مع التعويض على وجود ضرر معتبر شرعا و لما ثبت في قضية الحال ، أي القضية تتعلق بزواج تام الأركان ، إلا أن الزوج تأخر عن الدخول بزوجته لمدة 5 سنوات فإنه بذلك يعتبر تعسفا في حقها و يبرر التعويض الممنوح لها ... "[3]،و من المقرر قانونا أنه يجوز تطليق الزوجة عند تضررها و من المقرر أيضا أنه إذا تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها .

و متى تبين ، في قضية الحال ، أن الزوجة طلبت التطليق لتضررها من ضرب الزوج و طردها و إهمالها مع أولادها و عدم الإنفاق عليها الأمر الذي يجعلها محقة في طلب التطليق و التعويض معا لثبوت تضررها و عليه ، فإن قضاة الموضوع لما قضوا بتطليق الزوجة و تعويضها طبقوا صحيح القانون[4].

" من المقرر قانونا أنه يجوز للزوجة أن تطلب التطليق لكل ضرر معتبر شرعا ،و متى تبين ،في قضية الحال ،أن المعاشرة الزوجية كانت طويلة مما أدى بالزوجة إلى أن تطلب التطليق لتضررها لعدم الإنجاب ، و عليه ، فإن قضاة الموضوع بقضائهم بتطليق الزوجة ... طبقوا القانون تطبيقا سليما ".

---

[1]- القرار رقم 75588 المؤرخ في 1991/02/20 ، غرفة الأحوال الشخصية و المواريث ، المجلة القضائية لسنة 1999 ، العدد 4 ، ص : 78 .

[2]- القرار رقم 181648 المؤرخ في 1997/12/23 ، غرفة الأحوال الشخصية و المواريث ، المجلة القضائية لسنة 1997 ، العدد 1 ، ص : 49 .

[3]- القرار رقم 135435 ، المؤرخ في 1994/04/23 غرفة الأحوال الشخصية و المواريث المجلة القضائية لسنة 1998 ، العدد 1 ، ص : 129 .

[4]- القرار رقم 192665 المؤرخ في 1998/07/21 غرفة الأحوال الشخصية و المواريث ، المجلة القضائية ، لسنة 2001 ، عدد خاص ، ص : 116 .

" من المقرر قانونا أنه يجوز للزوجة أن تطلب التطليق لكل ضرر معتبر شرعا ،كما أن تقدير الضرر ،يخضع للسلطة التقدير لقضاة الموضوع ،و متى تبين من قضية الحال أن الزوجة متضررة من عدم الإنفاق و الضرب الذي تعرضت له من طرف الزوج فإن قضاة الموضوع بقضائهم بتطليق الزوجة ... طبقوا صحيح القانون "[1].

" من المستقر عليه قضاء أنه يجوز تطليق الزوجة لاستفحال الخصام و طول مدته بين الزوجين باعتباره ضررا شرعيا .... "[2].

" إن ضرب الزوجة المبرح يعتبر من الأضرار المعتبرة شرعا التي تستوجب التطليق دون اشتراط صدور حكم جزائي "[3].

" إن القضاء بتطليق الزوجة بسبب تضررها من تصرفات الزوج و عدم تحقيق الهدف من الزواج طبقا للمادة 4 ق . أ .ج هو تطبيق سليم للقانون "[4].

"إن الاستجابة لطلب الزوجة المتمثل في التطليق للضرر لكون زوجها مسجون يعتبر حكم سليم..."[5].

"عدم العدل بين الزوجات ،يشكل الضرر المعتبر شرعا ... و يبرر بالتالي حق الزوجة المتضررة في طلب التطليق ... "[6].

---

[1]- القرار رقم 222134 المؤرخ في 1999/05/18 غرفة الأحوال الشخصية و المواريث ، المجلة القضائية لسنة 2001 ، عدد خاص ، ص : 126 .

[2]- القرار رقم 224655 المؤرخ في 1999/06/15 غرفة الأحوال الشخصية و المواريث ، المجلة القضائية ، لسنة 2001 ، عدد خاص ، ص : 129 .

[3]- لقرار رقم 258555 المؤرخ في 2001/01/23 غرفة الأحوال الشخصية و المواريث ، المجلة القضائية ، لسنة 2002 ، عدد 2، ص : 417 .

2- القرار رقم 269594 المؤرخ في 2001/07/18 غرفة الأحوال الشخصية و المواريث ، المجلة القضائية ، لسنة 2003 ، عدد 1 ، ص : 349 .

3-القرار رقم 273544 المؤرخ في 2002/07/03 غرفة الأحوال الشخصية و المواريث ، نشرة القضاة ، لسنة2006 ، عدد 58 ، ص : 198 .

4 -القرار رقم 356997 المؤرخ في2006/07/12 غرفة الأحوال الشخصية و المواريث ، المجلة المحكمة العليا ، لسنة 2006 ، عدد 2 ، ص : 441 .

"لا يتم في دعوى التطليق للضرر المعتبر شرعا إثبات الضرب والجرح بحكم جزائي فقط"[1].

التعليق على القرارات : من هذه القرارات و غيرها يمكن أن نستخلص ما يلي :

يتضح من القرارات السابقة الذكر أنها كلها كانت مستندة لفقرة " كل ضرر معتبر شرعا " من المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري للحكم بالتطليق مع اختلاف صور الضرر .

كما يظهر جليا من استقراء القرارات أن صور الضرر المعتبر شرعا متعددة يمكن تعدادها كالآتي :

- ✓ الضرب المبرح و الجرح على وجه العمد .
- ✓ مخالفة شروط تعدد الزوجات و منها عدم العدل بين الزوجات .
- ✓ تأخر عن الدخول و البناء بالزوجة بعد العقد عليها .
- ✓ عقم الزوج و عدم الإنجاب .
- ✓ عدم الإنفاق .
- ✓ استفحال الخصام و طول مدته .
- ✓ عدم تحقيق الهدف من الزواج طبقا للمادة 4 من قانون الأسرة الجزائري .
- ✓ سجن الزوج .

فكل هذه الأضرار تعتبر ضرر معتبر ألحق بالزوجة التي رفعت دعوى التطليق مطالبة فيها فك الرابطة الزوجية لتخلص من الضرر لاحق بها ،و هذه الصور كلها منها ما هو منصوص عليه في المادة 53 كل التعديل ،كعدم الإنفاق و العيوب التي لا تحقق الهدف من الزواج و سجن الزوج ...الخ .

كما أنه هناك قرارات ارتقت إلى قاعدة قانونية بعد تعديل المادة 53 و منها مخالفة شروط تعدد الزوجات ،و استفحال الخصام و الشقاق بين الزوجين ،و منها ما لم ينص عليه لا قبل التعديل و لا بعده و بقي تحت عنوان الضرر المعتبر شرعا ، كالضرب المبرح الذي أخذ حصة الأسد في قرارات المحكمة العليا للتطليق لضرر المعتبر شرعا .

[1]- القرار رقم 572240 المؤرخ في 2010/07/15 غرفة الأحوال الشخصية و المواريث ،المجلة المحكمة العليا ،لسنة 2010 ، عدد 2 ،ص 278

إلا أن الإشكال الذي يطرح نفسه ما هي الطرق القانونية التي تلجأ الزوجة لإثبات الضرر المعتبر شرعا بجميع صدره مع العلم أن عبئ الإثبات يلزم الزوجة طالبة التطليق دون أن يخفي علينا صعوبة الإثبات في هذه الأمور .

الباب الثاني:

تضارب و استقرار قرارات المحكمة العليا في آثار الفرقة بين الزوجين

يقصد بالآثار الناتجة على انحلال الرابطة الزوجية في هذا الموضع هي تلك المترتبة على فك الرابطة الزوجية عن طريق الطلاق إذ تترتب على الطلاق آثار شرعية لابد أن يلتزم بها طرفا العلاقة الزوجية بعد انحلالها شرعا و قانونا.

وهذه الآثار من عمل الشارع فتكون ملزمة للمطلقين وسنحاول التطرق في هذا الباب إلى أهم الآثار التي أثارت إشكالات أمام القضاء سيما في اختلاف صياغة النصوص القانونية لقانون الأسرة الجزائري، في بعض الجزئيات التي أدت الى تضاربات قرارات المحكمة العليا و من بين هاته المسائل العدة التي تلزم كل مطلقة و كذا متاع البيت وإشكالاته بعد الفرقة بين الزوجين، و موضوع الحضانة باعتباره من آثار الطلاق كونه من القضايا المطروحة بصورة مستمرة على القضاء و سنحاول إبراز ما قرره فقهاء الشريعة في اجتهاداتهم و كذا وجهة نظر المشرع الجزائري في هذه المسائل و أثر ذلك على قرارات المحكمة العليا على النحو الآتي:

الفصل الأول: الآثار المالية للفرقة وأثرها على الإجتهادات القضائية .

الفصل الثاني : النصوص المنظمة لمسائل الحضانة وأثرها على الإجتهادات القضائية .

الفصل الأول:

الآثار المالية للفرقة وأثرها على الإجتهادات القضائية .

الفصل الأول : الآثار المالية للفرقة وأثرها على الإجتهادات القضائية

يعد النزاع حول أثاث بيت الزوجية من أعقد المسائل المثارة في المحاكم ،وذلك كأثر من آثار الفرقة فالزوجة تقتني في سبيل ذلك ألبسة وأفرشة ومصوغ ،وكل ذلك قد يتخطى في غالب الأحيان المبالغ الضخمة والمتمثلة في الملاين الدينارات .

وكذلك الشأن بالنسبة للزوج الذي يحضر لزفافه السنوات الطوال وينفق في سبيل ذلك مبالغ طائلة حتى يستأنف حياته الجديدة بشكل مريح .

وقد لا يتبادر لأي من الزوجين ساعة التحضير لزوجهما فكرة الانفصال تحت أي ظرف من الظروف وقد يحدث ذلك للعديد من الأسباب فتطفوا مسألة الأثاث على السطح كغيرها من المسائل الأخري

كما أن نفقة العدة والعدة في حد ذاتها تعد محل نقاش بين ما أقره الفقه الإسلامي وما نص عليه المشرع الجزائري في قانون الأسرة لذا سنحاول التطرق لهاته المسائل وفقا لما يلي :

المبحث الأول : نفقة العدة كأثر من آثار الفرقة ومدى تأثيرها على الإجتهادات القضائية .

المبحث الثاني : النصوص المنظمة للنزاع حول متاع البيت وأثرها على الإجتهادات القضائية

.

❖ المبحث الأول: نفقة العدة كأثر من آثار الفرقة ومدى تأثيرها على أحكام القضاء

من المعلوم بضرورة الشرع و القانون أن كل مطلقة فرض عليها الإمتثال لفترة العدة و احترام آجالها لما في ذلك من حكمة شرعية اقتضاها الشارع الحكيم للزوجين و هذا طبقا لقوله تعالى: "﴿وَٱلْمُطَلَّقَٰتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَٰثَةَ قُرُوٓءٍ﴾ "[1].

و قوله أيضا:"و﴿وَٱلَّٰٓـِٔي يَئِسْنَ مِنَ ٱلْمَحِيضِ مِن نِّسَآئِكُمْ إِنِ ٱرْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَٰثَةُ أَشْهُرٍ وَٱلَّٰٓـِٔي لَمْ يَحِضْنَۚ وَأُوْلَٰتُ ٱلْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَن يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّۚ وَمَن يَتَّقِ ٱللَّهَ يَجْعَل لَّهُۥ مِنْ أَمْرِهِۦ يُسْرًا ٤﴾"[2].

و على ضوء هذه الآيات القرآنية الكريمة، نستشف أن العدة تختلف من حالة إلى أخرى حسب الوضعية التي تكون عليها المطلقة.

إن المشرع الجزائري في هذا الصدد، ذكر العدة كأثر من آثار الطلاق بموجب المواد (**58-59-60-21 من التقنين**) و قبل التطرق إلى أحكامها، و دليل مشروعيتها و أنواعها بات من الضرورة تحديد مفهومها من حيث اللغة، و الإصلاح.

➢ المطلب الأول: في تعريف العدة، مشروعيتها ،الحكمة منها، حكمها ،وسبب وجوبها

- **الفرع الأول: تعريف العدة**

أولا: العدة في اللغة: من العد بمعنى إحصاء الشيء، و منه قوله تعالى:"﴿وَأَحْصَىٰ كُلَّ شَيْءٍ عَدَدًا ٢٨﴾"[3]، و عدة المرأة: أيام أقرائها و أيام الإقراء [4].

ثانيا: العدة في الإصلاح: ذكر الفقهاء تعريفات عديدة لها أذكر منها:

1- اسم لأجل ضرب لانقضاء ما بقي من آثار النكاح[5].

2- تربص يلزم المرأة أو الرجل عند وجود سببه[6].

---

[1]- سورة البقرة، الآية 228.

[2]- سورة الطلاق، الآية 04.

[3] - سورة الجن، الآية 28.

[4]- ابن منظور: لسان العرب، مصر سابق،ج3،ص281.

[5] - الكساني: بدائع الصنائع، مصدر سابق،ج3،ص190.

[6] - ابن عابدين: حاشية ابن عابدين، مصدر سابق، ج3، ص 502.

3- مدة تتربص فيمها المرأة لمعرفة براءة رحمها أو للتعبد أو لتفجعها على زوجها[1].

4- مدة معلومة تتربص فيها المرأة لمعرفة براءة رحمها و ذلك يحصل بوضع الحمل أو مضي أقراء أو أشهر[2].

ويلاحظ جميع تعريفات الفقهاء متقاربة، و الاختلاف بينها لفظي و لا يؤدي إلى اختلاف في المعني المقصود من العدة.

- **الفرع الثاني: مشروعية العدة و حكمة مشروعيتها**

أولا– مشروعية العدة: ثبتت مشروعية العدة بالكتاب و السنة و الإجماع.

1– من القرآن الكريم:

أ.قوله عز وجل : "﴿وَٱلْمُطَلَّقَٰتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَٰثَةَ قُرُوٓءٍ﴾"[3]

ب – قوله عز وجل"﴿وَٱلَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَٰجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا﴾"[4].

ج–قوله عز وجل:"﴿وَٱلَّٰٓـِٔي يَئِسْنَ مِنَ ٱلْمَحِيضِ مِن نِّسَآئِكُمْ إِنِ ٱرْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَٰثَةُ أَشْهُرٍ وَٱلَّٰٓـِٔي لَمْ يَحِضْنَ وَأُوْلَٰتُ ٱلْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَن يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾"[5].

2 – من السنة النبوية:

- قوله صلى الله عليه وسلم لفاطمة بنت قيس " اعتدى في بيت ابن أم مكتوم"[6].
- لا يحل لامرأة تؤمن بالله و اليوم الآخر أن تحد فوق ثلاث إلا على زوج أربعة أشهر و عشرا[7].

---

[1]– الشربيني: مغني المحتاج، مصدر سابق،ج5،ص78.–حيث لا يجوز للرجل الزواج من أخت امرأته أو عمتها أو خالتها أو بنت أختها إلا بعد انتهاء العدة، و يجوز له أن يتزوج من امرأة أخرى لا يحرم الجمع بينهما و بين زوجته المطلقة، و كذلك إذا كان متزوجا من أربع و طلق إحداهن فلا يجوز له أن يتزوج بأخرى حتى تنتهي عدة المطلقة.

[2]– ابن مفلح: المبدع شرح المقنع، المصدر السابق،ج7،ص71.

[3]سورة البقرة: الآية 227.

[4]– سورة البقرة: الآية 234.

[5]– سورة الطلاق: الآية 04

[6]– رواه مسلم، في صحيحه ،كتاب الطلاق، باب المطلقة ثلاثا لا نفقة لها، ص507

[7]– رواه البخاري في صحيحه ،كتاب الطلاق، باب القسط للحادة عند الطهر، ص919.

– رواه مسلم، في صحيحه ،كتاب الطلاق، باب وجوب الإحداد، في العدة و تحريمه في ذلك إلا ثلاث أيام، ص 510.

- و بما روي عن نافع أن عبد الله بن عمر طلق امرأته و هي حائض على عهد رسول الله صلى الله عليه و سلم، فسأل عمر بن الخطاب رسول الله صلى الله عليه و سلم عن ذلك فقال رسول الله: "مره فليراجعها ثم يمسكها حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر ثم إن شاء أمسكها بعد، و إن شاء طلق قبل أن يمس، فتلك العدة التي أن يطلق لها النساء"[1].

2- من الإجماع : فقد اجتمعت الأمة على وجوب العدة في الجملة[2] .

ثانيا: حكمة مشروعية العدة:للعدة حكم كثيرة نذكر منها:

1- صيانة الأنساب ،و ذلك بمعرفة براءة رحم المرأة من الحمل.

2- إعطاء الزوج فرصة إعادة الحياة الزوجية زمن العدة بمراجعة الزوجة فيها خصوصا إذا كان الطلاق قد وقع منه نتيجة الإنفعال و عدم تروي[3].

3- الحداد على الزوج، إظهارا لشرف الزوجية، و كرامة الزوج و إبداء التأثر على فقد الزوج[4].

4- إظهار أهمية الزوج و بيان خطر إنهائه و أنه تترتب عليه آثار خطيرة [5]

- **الفرع الثالث :حكم العدة و سبب وجودها**

أولا- حكم العدة

العدة واجبة على مفارقة لزوجها إلا المطلقة قبل الدخول أو الخلوة الصحيحة فإنه لا عدة عليها، قال تعالى " ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا نَكَحْتُمُ ٱلْمُؤْمِنَٰتِ ثُمَّ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُّونَهَا﴾"[6].

ثانيا: سبب وجوب العدة

تجب العدة في الأحوال التالية:

---

[1] – سبق تخريجه أنظر الرسالة ص69.

[2] – ابن قدامة، المغني، مصدر سابق،ج8،ص 96.

– [3]محمود على السرطاوي: شرح قانون الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص521.

[4]– محمد سمارة، أحكام وآثار الزوجية، شرح مقارن لقانون الأحوال الشخصية ،دار الثقافة للنشر و التوزيع ،1434هـ ./2010م ،ص 357.

– نصر سليمان سعاد سطحي ،أحكام الطلاق في الشريعة الإسلامية ،مرجع سابق ،ص 185.

[5] – علي الخفيف ،فرق الزواج في المذاهب الإسلامية ،مرجع سابق ،ص 294 – 295.

[6] – سورة الأحزاب، الآية 49.

1- إذا تحصلت الفرقة من نكاح صحيح، سواء أحصل دخول حقيقي أم لم يحصل، بل يكفي تأكيد العقد بالدخول الحكمي وهو الخلوة[1]

2- وتجب العدة أيضا لوفاة الزوج، سواء دخل بها أم لم يدخل صغيرة كانت أو كبيرة[2].

3- من أسباب وجوب العدة المفارقة في العقد الفاسد، ومن آخر دخول بها في الوطء بشبهة[3].

➢ **المطلب الثاني :أنواع العدة**

للعدة عدة أنواع فهي تختلف من زوجة إلى أخرى سواء من حيث السبب الذي من أجله انحلت الرابطة الزوجية ،أو من حيث المدة التي تستغرقها العدة في حد ذاتها تبعا لحالة و ظروف كل زوجة.

- **الفرع الأول: العدة بالأشهر**

العدة بالأشهر لها ثلاث مدد يعتد في كل مدة نوع من أنواع من النساء، و هذه المدد هي ثلاث أشهر و أربعة أشهر و عشرة أيام و سنة كاملة.

أولا – العدة بثلاثة أشهر: و تعتد بثلاثة أشهر الأنواع التالية من النساء.

أ- **الصغيرة** التي لا تعرف الحيض[4].

ب-**اليائسة:** وهي المرأة الكبيرة التي بلغت سنا، لا تحيض فيه مثلها بلغت من اليأس و انقطع حيضها.

ج- المرأة التي بلغت سن الحيض و لكنه لا يأتيها، و المرأة المستحاضة[1] و الأصل في هذه العدة أن تكون بالقروء ، غير أنه لما استحالت القروء صارت العدة بالأشهر، وغالب أحوال النساء، أن المرأة تحيض

---

[1] – وهذا عند الجمهور من الحنفية و الحنبلية و المالكية أما الشافعية فقالوا: لا تجب العدة في خلوة خالية من الوطء.

– أنظر:الشربيني ، معنى المحتاج، مصدر سابق،ج5،ص 78.

– ابن عابدين، حاشية، ابن عابدين، مصدر سابق،ج3،ص504.

– ابن قدامة، المغني،مصدر سابق، ج8،ص96.

– الدردير ، الشرح الصغير، المصدر السابق،ج2،ص674.

[2] – محمد سمارة، أحكام وآثار الزوجية، مرجع سابق، ص 357.

[3] – السرطاوي، محمود على،شرح قانون الأحوال الشخصية، مرجع سابق ص 522.

[4] – إن وجود عدة للصغيرة التي لم تحض، دليل على صحة زواجها غير أنه قانون الأسرة الجزائري حدد سن الزواج ب 19 سنة وما دون هذه السنة يتطلب رخصة قضائية لضرورة أو مصلحة.

كل شهر مرة فلزم ثلاث أشهر و هذا مستمد قوله تعالى"﴿وَٱلَّٰٓـِٔي يَئِسۡنَ مِنَ ٱلۡمَحِيضِ مِن نِّسَآئِكُمۡ إِنِ ٱرۡتَبۡتُمۡ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَٰثَةُ أَشۡهُرٖ وَٱلَّٰٓـِٔي لَمۡ يَحِضۡنَۚ﴾ "[2].

ثانيا: العدة بأربعة أشهر و عشرة أيام

فتعتد بأربعة أشهر و عشرة أيام، كل من توفي عليها زوجها، ولم تكن حاملا سواء دخل بها أم لم يدخل، كبيرة كانت أو صغيرة و هذا الحكم أثبت قوله تعالى " ﴿وَٱلَّذِينَ يُتَوَفَّوۡنَ مِنكُمۡ وَيَذَرُونَ أَزۡوَٰجٗا يَتَرَبَّصۡنَ بِأَنفُسِهِنَّ أَرۡبَعَةَ أَشۡهُرٖ وَعَشۡرٗاۖ﴾ " [3].

ثالثا: العدة بسنة الكاملة

و تعتد بسنة المرأة التي ابتدأت عدتها بالحيض، ثم ارتفع حيضها لا تدري ما رفعه فعدتها تسعة أشهر للحمل و ثلاثة عدة اليائسة فيكون مجموع عدتها سنة[4].

فتجب العدة من الساعة التي حصلت الفرقة بها، فإن كانت الفرقة قد حصلت في أول النهار أو نصفه، كانت العدة لهذا الوقت، و قال الإمام مالك، إذا حدثت الفرقة ليلا احتسبت العدة بأول نهار الذي يليه، لأن حساب الساعات يشق على الإنسان فيسقط اعتباره[5] .

- **الفرع الثاني: العدة بالقروء**

الإقراء :وفيه لغتان الفتح و الضم، ويطلق على فترة الحيض أو الطهر و لذا يقال أقرأت للمرأة في الأمرين جميعا، وأصله من الذنوب، وقت الشيء.

و القرء : اجتماع الذنب في الرحم وذلك إنما يكون في طهر، وورود أن عائشة و ابن عمر رضي الله عنهما قال: الإقراء و القروء هي الأطهار[6] وقد رجح الحنيفة[7] أن القرء بمعنى الحيض. و بهذا قال

---

[1] – قال المالكية إن عدة المستحاضة مثل عدة التي ارتفع حيضها سنة كاملة

– أنظر الدردير، الشرح الصغير، مصدر سابق، ج2ص680.

[2] – سورة الطلاق: الآية 04.

[3] – سورة البقرة: الآية 234.

[4] – ابن عابدين: حاشية ابن عابدين، مصدر سابق، ج3،ص518.

[5] – ابن قدامة، المغني، المصدر السابق،ج8، ص 96.

[6] – ابن منظور: لسان العرب، مصدر سابق،ج1،ص130-131.

[7] – ابن همام: شرح فتح القدير، مصدر سابق،ج3،ص270.

جماعة من الصحابة و التابعين منهم أبو بكر و علي و ابن مسعود و ذلك لما ولرد أن النبي صلى الله عليه و سلم قال لفاطمة بنت قيس: " دعي الصلاة أيام أقرائك"[1].

ورجح الشافعية و المالكية و الحنابلة في أرجح الروايتين عن أحمد أن القرء بمعنى الطهر و به قال بعض الصحابة، و تظهر ثمرة الخلاف في زمن انقضاء العدة فمن قال: إن الحيض لا تنقضي العدة إلا باستكمال ثلاثة حيضات، و من قال إنها الأطهار يقول: إذا شرعت في الحيضة الثالثة انقضت العدة[2].

تعتد بالحيض المفارقة بطلاق أو فسخ، شريطة أن لا تكون حاملا أو متوفي زوجها و تكون لنوعين من النساء.

أ– و تعتد بالقروء المتوفي عنها زوجها من زواج فاسد أو وطء بشبهة، إذا كانت من ذوات الحيض لان الزواج غير صحيح فيلزمها عدة استبراء ثلاثة قروء.

وتعتبر بداية عدة القروء و انتهائها بالنسبة لمعنى القرء،فإذا أخذنا برأي الشافعية و المالكية، و الحنابلة، أن القرء هو المرأة التي تحيض فعلا، فلا تكون صغيرة و لا آيسة، و لا في سن الحيض، و لكن لا يأتيها، إذ كانت تحيض وارتفع حيضها بسبب ما و الاعتداد بالقروء، وهو الأصل، و لا يصار إلى الأشهر إلا عند تعذر العدة بالحيض[3]، و قد ثبتت هذه العدة بقوله تعالى:"**وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ** "[4].

الطهر، فإن بداية العدة بالقروء تكون: بعد الطلاق مباشرة، إذا كانت في طهر أما لو طلقت و هي حائض فتكون بداية عدتها، الطهر الذي يلي الحيضة التي حصل الطلاق أو الفرقة بها، و تنقضي العدة برؤية المعتدة الدم من الحيضة الثالثة، و إن طلقها و هي حائض تنقضي عدتها برؤية دم الحيض من الحيضة الرابعة[5].

---

[1] – الصنعائي: سبل الإسلام، مصدر سابق، ج2،ص300.

– الشوكاني،نيل الأوطار ،مصدر سابق،ج6،ص345.

[2] – الشربيني: الإقناع،مصدر سابق ج2ص175، الهرداوي: الأنصاف، مصدر سابق، ج9،ص279.

[3] – محمد سمارة: أحكام و آثار الزوجية، شرح مقارن لقانون الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص 360.

[4] – سورة البقرة، الآية 288.

[5] – الدردير، الشرح الصغير، مصدر سابق،ج2،ص674.

– الشيرازي، المهذب، مصدر سابق،ج3،ص120.

أما بداية العدة باعتبار أن القرء هو الحيض ، فتكون من الحيضة الأولى التي تلي الطهر الذي وقعت به الفرقة فلو حصلت الفرقة أثناء الحيض، فإن العدة تبدأ من الحيضة القادمة لا من الحيضة الحالية لأن هذه ليست حيضة و إنما هي حيضة و تنتهي عدتها بطهرها من الحيضة الثالثة و انقطاع دم الحيض[1].

- **الفرع الثالث: عدة الحامل**

عدتها و وضع حملها وذلك باتفاق جميع الفقهاء لقوله تعالى:"و﴿وَأُوْلَٰتُ ٱلْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَن يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّۚ وَمَن يَتَّقِ ٱللَّهَ يَجْعَل لَّهُۥ مِنْ أَمْرِهِۦ يُسْرًا﴾"[2]، ولكن وقع الاختلاف في مدة الحمل على النحو الآتي:

- **أقلها**: ستة أشهر بالاتفاق، و ذلك أخذ من قوله تعالى: "و﴿وَٱلْوَٰلِدَٰتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَٰدَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِۖ لِمَنْ أَرَادَ أَن يُتِمَّ ٱلرَّضَاعَةَۚ﴾"[3].

وقوله عز وجل:" ﴿وَحَمْلُهُۥ وَفِصَٰلُهُۥ ثَلَٰثُونَ شَهْرًاۚ﴾ "[4]

وقال الإمام علي رضي الله عنه: "أقل الحمل ستة أشهر، فإن أسقطت حولين من ثلاثين شهرا بقيت منه ستة أشهر، وهي مدة الحمل" و هذا من بديع الاستنباط".

- **أقصاها**: وقع فيها اختلاف بين العلماء إلى قائل بأن أقصاها سنتان وقائل أربع سنين و آخر خمس سنين و لكل أدلته[5].

و الحقيقة أن الطب الحديث لا يوافق على ما ذهب إليه من أن أقصى مدة الحمل قد تصل للسنتين، وما فوقها فهي قد لا تتعدى 10 أشهر ونادرا ما حصل إلى 11 أشهر.

وخلاصة القول أن أهل العلم أجمعوا في جميع الأعصار أن المطلقة الحامل تنقضي عدتها بوضع حملها[6].

---

[1] – ابن قدامة، المغني، مصدر سابق، ج8،ص103.

2 – سورة الطلاق، الآية 04.

3 – سورة البقرة، الآية 233.

[4] – سورة الأحقاف، الآية 15.

[5] – ابن عربي: أحكام القرآن، مصدر سابق، ج1،ص273.

[6]– ابن قدامة، المغني، مصدر سابق،ج8،ص117.

➢ المطلب الثالث: أثر النصوص القانونية المنظمة للعدة على الاجتهادات القضائية

- **الفرع الأول: العدة في قانون الأسرة الجزائري.**

تطرق المشرع الجزائري إلى مسألة العدة في أربع من موارده على النحو الآتي:

أولا: المادة 58 إذا جاء فيها: "تعتد المطلقة المدخول بها غير الحامل بثلاثة قروء، و اليائس من المحيض بثلاثة أشهر من تاريخ التصريح بالطلاق"[1].

و المتأمل لهذه المادة يلاحظ الأمور الآتية:

أ– موافقة القانون لأحكام الشريعة الإسلامية في كيفية اعتداد المدخول بها الحائض، و كذا اليائس من المحيض[2].

ب– إن القانون أورد القرء مبهما، فلم يحدد لنا هل هو الطهر أم الحيض و هذا لو بين المقصود من القرء لأنه يؤثر في حساب العدة، و الخطأ في حساب العدة قد يؤدي إلى وقوع في المحضور[3].

ج– إغفاله لعدة الصغيرة، و ذلك لأنه لا يجيز زواجها ابتداء[4].

- **الفرع الثاني: العدة قضاء**

أما المستوى التطبيقي و العملي نجد أن قرارات المحكمة العليا أيدوا نص المادة 58 أعلاه بأن العدة توجب بمجرد الدخول بالزوجة إذا جاء في إحداها على أنه " من المقرر شرعا أن انتقال الزوجة إلى بيت الزوجية و اختلاء الزوج بها في بيته و غلق بابه عليها و هو الذي يعبر عنه شرعا " بإرخاء الستور" أو "خلوة الاهتداء" يعتبر دخولا فعليا يرتب عليه الآثار الشرعية و تنال الزوجة كامل صداقها، و من المقرر أيضا أن الدخول المسلم به يوجب العدة حتى ولو اتفق الطرفان على عدم الوطء، و يوجب نفقتها ونفقة ما قبلها في غياب المسقط عليها و من ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بمخالفة القانون في غير محله يستوجب رفضه.

---

[1]– القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 رمضان 1404هـ – الموافق لـ 1984م و المتضمن قانون الأسرة الجزائري.

[2] – نصر سليمان، سعاد سطحي، أحكام الطلاق في الشريعة الإسلامية دراسة مقارنة مع قانون الأسرة، مرجع سابق، ص 198.

[3] – بن الشويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، مرجع سابق ص224.

[4] – نصر سليمان، سعاد السطحي: مرجع سابق ص 198.

و لما كان من الثابت في قضية الحال أن الزوجة زفت للطاعن و اختلى بها في بيته و لم ينكر إصابتها، و إن الدخول مسلم به، فإن قضاة الاستئناف الذين حكموا للزوجة بكامل صداقتها بالإضافة إلى نفقة العدة و نفقة الإهمال،فإن قضائهم هذا يندرج ضمن المادة 16 من ق.أ و متماشيا مع المادتين 58 و 74 من نفس القانون، ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بمخالفة القانون في غير محله يستوجب رفضه[1] ،و يتضح لنا من القرار ما يلي:

1– أنه استند في مبدئه إلى أحكام الشريعة الإسلامية إذ جاء فيه " من المقرر شرعا".

2– استعمل القرار مصطلحات من الفقه القديم و هي "إرخاء الستور" "خلوة الاهتداء" ليدل على وجود الخلوة الصحيحة بين الزوجين الملزمة للآثار الناتجة عن العقد الشرعي و هذه المصطلحات غريبة عن الصياغات القانونية.

3– يتبين من القرار أن العدة واجبة على الزوجة المدخول بها و كذلك نفقة العدة و نفقة الإهمال واجبة على الزوج حتى و لم يتم الوطء فالخلوة الصحيحة و حدها كما فيها يترتب هذه الآثار و هي موافقة لنص المادة 58–61 من قانون الأسرة الجزائري.

المادة 95 "تعتد المتوفى عنها زوجها بمضي أربعة أشهر و عشرة أيام، و كذا زوجة المفقود من تاريخ صدور الحكم بفقده"[2].

يتبين لنا من النص أن عدة المتوفى عنها زوجها غير الحامل أربعة و أشهر و عشرة أيام كاملة و تبدأ العدة من تاريخ الوفاة و هي موافقة لأحكام الشريعة الإسلامية، كما هي المدة نفسها لزوجة المفقود على أن تبدأ من تاريخ صدور الحكم المعاين للعقد فالمفقود لا يعتبر متوفيا إلا من يوم الحكم بفقدانه[3].

---

[1] – القرار رقم 116–55 المؤرخ في 1989/10/02 غرفة الأحوال الشخصية و المواريث، المجلة القضائية، لسنة 119، العدد الأول، ص33.

[2] – القانون رقم 48–11 المؤرخ في 09 رمضان 1404هـ – الموافق لـ 1984م و المتضمن قانون الأسرة الجزائري.

[3] – آث ملويا، لحسين بن شيخ، المرشد في قانون الأسرة (مدعما باجتهاد المجلس الأعلى و المحكمة العليا) من سنة 1982 إلى سنة 2014) دار هومة، الجزائر،ط3 2015–2016 ص 199–200.

و على هذا النحو سارت المحكمة العليا في قراراتها إذا جاء في احدها على أنه: " من المقرر شرعا أنه تستوجب العدة للمرأة المطلقة و المتوفى عنها زوجها و لا يستوجب للمرأة المطلقة غير المدخول بها"[1].

حيث أن هذا الوجه على غير أساس ذلك أن الطاعن قد اختلط عليه الأمر بين المرأة المطلقة غير المدخول بها التي لا تجب عليها العدة و المرأة المتوفي عنها زوجها التي تكون عدتها أربعة أشهر و عشرة أيام و يكون النعي بهذا الوجه غير منتج[2].

يتبين لنا أن قرار المحكمة العليا ساير أحكام الشريعة الإسلامية و كذا النص القانوني فيما يتعلق بعدة المرأة المتوفي عنها زوجها إذ أنها تعتد بأربعة أشهر و عشرة أيام سواء دخل بها أم لم يدخل بها زوجها المتوفى عنها.

➢ المطلب الرابع: نفقة المعتدة و أثرها على الاجتهادات القضائية

تختلف نفقة العدة باختلاف المطلقة إما أن تكون معتدة من طلاق رجعي أم بائن أو من وفاة و لكل واحدة حكم خاص بها على النحو الآتي

• الفرع الأول: أحكام المعتدة شرعا

المعتدة إما أن تكون معتدة من طلاق رجعي أو من طلاق بائن أو من وفاة و ها هي أحكام كل واحدة منهن.

أولا: المعتدة من طلاق رجعي

تنحصر الأحكام الخاصة بها فيما يلي:

1- يحرم عليها أن تتزوج ما دامت في العدة لقوله تعالى: "﴿وَلَا تَعۡزِمُواْ عُقۡدَةَ ٱلنِّكَاحِ حَتَّىٰ يَبۡلُغَ ٱلۡكِتَٰبُ أَجَلَهُۥ﴾ "[3] يقول القرطبي و المعني لا تعزموا على عقدة النكاح في زمان و قال: قوله تعالى: "﴿حَتَّىٰ يَبۡلُغَ ٱلۡكِتَٰبُ أَجَلَهُۥ﴾ " يريد تمام العدة[4].

---

[1] – القرار رقم 71-75-13 المؤرخ في 1996/06/18 غرفة الأحوال الشخصية و المواريث، المجلة القضائية، لسنة 1997، العدد 2، ص93.

[2]– جمال السايس، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ج2، ص881.

[3] – سورة البقرة: الآية 235.

[4] – القرطبي: تفسير القرطبي، مصدر سابق، ج3، ص 191.

2- يحرم التصريح أو التعريض بخطبتها.

3- يجب على الزوج أن يبقيها في بيت الزوجية و يحرم عليه أن يخرجها منه بقوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ وَأَحْصُواْ ٱلْعِدَّةَۖ وَٱتَّقُواْ ٱللَّهَ رَبَّكُمْۖ لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنۢ بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخْرُجْنَ إِلَّآ أَن يَأْتِينَ بِفَٰحِشَةٖ مُّبَيِّنَةٖۚ﴾"[1].

فليس للزوج أن يخرجها من مسكن الزوجية مادامت في العدة و لا يجوز لها الخروج من نفسها لتعلق حق الزوج بها[2].

4- تجب النفقة للمطلقة طلاقا رجعيا في فترة العدة باتفاق الفقهاء، قال الخطيب الشربني رحمه الله " و تجب للرجعية حرة أو أمة حائل أو حامل المؤن من نفقة و كسوة و غيرهما البقاء حبس الزوج لها و سلطنته عليها و قدرته على التمتع بها بالرجعة و لا يسقط ما وجب لها إلا بما يسقط به ما يجب للزوجة، و يستمر وجوبه لها حتى تفرهي بانقضاء عدتها بوضع الحمل أو بغيره[3] .

ثانيا*– المعتدة من طلاق بائن

الأحكام الخاصة بما هي:

1– يحرم عليها أن تتزوج مادامت في العدة كالمعتمدة من الطلاق الرجعي[4].

2– يحرم التصريح بخطبتها باتفاق الجميع أما التعريض فأجازه الجمهور و منعه الحنفية[5].

3– يجب على الزوج المطلق ألا يخرجها من بيت العدة، و لا يجوز لها أن تخرج إلا عند الضرورة.

4– أما حق المطلقة طلاقا بائنا في السكنى و النفقة فقد اختلف الفقهاء فيه على ثلاثة أقوال.[6]

القول الأول: أنه لا حق في السكنى و النفقة حتى و لو كانت حاملا.

واستدلوا بما روي عن فاطمة بنت قيس أزوجها طلقها طلقة ثالثة فلم يجعل لها النبي صلى الله عليه و سلم سكنى و لا نفقة[1].

---

[1] – سورة الطلاق: الآية 01.

[2] – محمد إبراهيم الحفناوي ،الموسوعة الفقهية الميسرة في الطلاق ،مرجع سابق ،ص 411

[3] – الشربني: مغني المحتاج، مصدر سابق، ج5 ،ص84

[4] – شرح النووي لصحيح مسلم، مصدر سابق،ج10ص108.

[5] – رواه مسلم في صحيحه ،كتاب الطلاق، باب المطلقة ثلاثا لا نفقة لها، ص 506.

القول الثاني: المعتدة من طلاق بائن لها السكن و النفقة معا إلا أن تكون معتدة من فرقه بسبب محظور من جهتها كأن ترتد بعد الدخول بها و هو قول الحنفية[2].

و استدلوا بقوله تعالى: "﴿أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنتُم مِّن وُجْدِكُمْ وَلَا تُضَآرُّوهُنَّ لِتُضَيِّقُواْ عَلَيْهِنَّ وَإِن كُنَّ أُوْلَٰتِ حَمْلٍ فَأَنفِقُواْ عَلَيْهِنَّ حَتَّىٰ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾"[3].

فضمائر الإناث في الآية تعود على المطلقات بائنا فقط لأن المطلقات رجعيا تقدم الحكم ببقائهن في بيوت أزواجهن في الآية الأولى من سورة الطلاق، و قد نص في الآية على وجوب النفقة للحامل لأن عدتها تكون في الكثير أطول من عدة غيرها فتجب النفقة لغيرها من باب أولي،[4].

القول الثالث:

لها السكنى دون النفقة و هو قول مالك و الشافعي و فقهاء المدينة[5].

و استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

1- قال تعالى: " ﴿أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنتُم مِّن وُجْدِكُمْ﴾ "[6] فضمائر النسوة في الآية ترجع إلى البائنات و قد أوجب الله لهن السكنى دون تفصيل بين حامل و غيرها وعلق وجوب النفقة لهن بالحمل فتجب بوجوبه و تنتفي بانتفائه. [7]

2- روى أن فاطمة بنت قيس رضي الله عنها لما عرضت أمرها على رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: " لا نفقة إلا أن تكون حاملا"[8].

6- محمد إبراهيم الحنفاوي ، الموسوعة الفقهية الميسرة في الطلاق، مرجع سابق،412.

7- نصر سليمان، سعاد سطحي، أحكام الطلاق في الشريعة الاسلامية، مرجع سابق، ص182.

[2] – ابن الهمام، فتح القدير، مصدر سابق، ج3، ص 239-243.

[3]- سورة الطلاق، الآية 06.

[4] – الجصاص، أحكام القرآن، مصدر سابق،ج3،ص613.

– الكساني، بدائع الصنائع، مصدر سابق، ج3، ص209.

[5] – الخرشي ،شرح مختصر الخليل ،مصدر سابق، ج4 ،ص 162.

– المحاملي ،الباب في الفقه الشافعي ،مصدر سابق،ج1 ،ص346.

[6] – سورة الطلاق ،الأية 06 .

[7] – محمد ابراهيم الحنفاوي ، الموسوعة الفقهية الميسرة في الطلاق، مرجع سابق، ص214.

[8] – رواه مسلم في صحيحه ،كتاب الطلاق، باب المطلقة ثلاثا لا نفقة لها، مصدر سابق،ص 507.

و الراجح بعد هذه الأقوال الثلاث و الله أعلم، القول الثالث لقوة أدلته إن كانت حاملا و النبي صلى الله عليه و سلم لم يجعل لفاطمة بنت قيس نفقة لأنها لم تكن حاملا، و هذا الحديث يتفق مع قوله تعالى " **وَإِنْ كُنَّ أُولَاتِ حَمْلٍ فَأَنْفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّىٰ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ** " وبمفهوم المخالفة أنه لا نفقة لها إذا لم تكن حاملا".

ثالثا– المعتدة من عدة الوفاة

الأحكام الخاصة بها هي:

1– يحرم عليها أن تتزوج ما دامت في العدة.

2– يجوز التعريض بخطبتها و يحرم التصريح.

3– يجب عليها الاحتداد و هو ترك الطيب و الزينة و الكحل و نحوها، و ذلك للحديث الشريف: " لا تحد امرأة على ميت فوق ثلاث إلا على زوج أربعة أشهر و عشرا و لا تلبس ثوبا مصبوغا إلا ثوب عصيب و لا تكتحل و لا تمس طيبا"[1].

و الحكمة من تشريع الحداد للزوجة المسلمة المتوفي عنها زوجها اظهار لحزنها على نعمة الزواج التي فاتتها بوفاة زوجها، و هو مظهر من مظاهر الوفاء للزوج الذي مات[2].

4– أما حق المتوفى عنها زوجها في النفقة و السكنى فإن اختلف الفقهاء في وجوبهما لها من تركة زوجها على أربعة أقوال.

القول الأول: لا نفقة لها و لا سكنى في مال زوجها المتوفى و هو قول الحنفية[3]،وحجتهم أنه لا وجه لإيجابهما على الزوج لانتهاء الحياة الزوجية بوفاته، و لا وجه لا يجابها على الورثة لأن العدة أثر من آثار عقد الزواج وهم لم يكونوا طرفا فيه.

---

[1] – رواه البخاري في صحيحه ،كتاب الطلاق، باب القسط للحادة عند الطهر، ص 919.

– رواه مسلم: في صحيحه ،كتاب الطلاق، باب وجوب الاحتداد في عدة الوفاة و تحريمه في غير ذلك إلا ثلاثة أيام، ص 511.

[2] – محمد إبراهيم الحنفاوي، الموسوعة الفقهية الميسرة للطلاق، مرجع سابق، ص 421.

[3] – الكساني، بدائع الصنائع، مصدر سابق، ج3، ص204 و ما بعدها.

القول الثاني: لا نفقة لها و لها السكنى من رأس المال التركة سواء كانت حاملا أم حائلا، و يقدم حقوقها على حقوق الورثة و الدائنين و عليها المقام في بيت العدة و هذا القول المالكية[1].

القول الثالث: تجب السكنى للمعتدة عن وفاة أما النفقة فلا تجب لها و هو قول الشافعية[2] وحجتهم في ذلك أن النفقة تجب مقابل التمكن من الاستماع و قد زال هذا بالموت.

القول الرابع: لا نفقة لها و لا سكنى إن كانت حامل، و ان كانت حاملا ففيه قولان[3] وهذا قول الحنابلة[4].

القول الراجح: بعد ذكر أقوال الفقهاء في حق المتوفى عنها زوجها في النفقة و السكنى يبدو و الله أعلم أنه من باب الإنصاف أن هذه المرأة في حاجة إلى مساواة و رعاية حتى تنقضي عدتها، و عليه فمن حقها أن يعد لها مسكن تعتد فيه و من حقها أيضا النفقة في فترة العدة و خاصة إن كانت حاملا أو كان في التركة سعة.

- **الفرع الثاني: نفقة المعتدة في قانون الأسرة الجزائري و أثرها على الاجتهادات القضائية**

نص المشرع الجزائري في المادة 61 من قانون الأسرة الجزائري على أنه " لا تخرج الزوجة المطلقة و لا المتوفى عنها زوجها من السكن العائلي ما دامت في عدة طلاقها، أو وفاة زوجها إلا في حالة الفاحشة المبنية، و لها الحق في النفقة في عدة الطلاق"[5] ،و بتحليل هذه المادة يتضح لنا ما يلي:

أ. أنها نصت على أن الزوجة المطلقة تستحق النفقة و السكنى و أنها لا يسقط حقها في ذلك إلا إذا ركبت فاحشة الزنا، و لكنها لم تبين صنف المطلقة، هل الرجعية هي المعينة بذلك أم أن هذا الحق يتوسع فيشمل البائن ؟ و الظاهر أن المادة من خلال العموم الوارد اتفاق فقهاء الشريعة على ثبوتهما للرجعية و اختلافهم في ثبوت ذلك للبائن و يبدو أن القانون في هذه المسألة لم يأخذ برأي المالكية، و إنما أخذ فيها بقول الحنفية بثبوت النفقة و السكنى للبائن.

---

[1] – عبد الوهاب ،المعونة على مذهب عالم المدينة،مصدر سابق،،ج1،ص 934.

[2] – الشربيني، مغني المحتاج، مصدر سابق، ج5، ص 105.

[3] – القولان هما أنه لا نفقة لها و لا سكن لأن مال المتوفى انتقل إلى الورثة

- القول الثاني أنه لها النفقة و السكنى لأنه حامل من زوجها المتوفى كما لو طلقها زوجها وهي حامل.

[4] – ابن قدامة: المغني، مصدر سابق، ج8، ص 144.

[5] – القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 رمضان 1404هـ- الموافق لـ 1984م و المتضمن قانون الأسرة الجزائري.

أما بالنسبة للمتوفى عنها زوجها فبينت المادة ثبوت النفقة و السكنى لها، و يبدوا أن القانون أخذ في ذلك بأحد أقوال الشافعية في ثبوت ذلك لها[1] .

و يمكن أن نستخلص من هذا التحليل أن المشرع الجزائري لم يتقيد بمذهب فقهي معين في نصوص القانون فكما نلاحظ أنه أخذ برأي الشافعية و برأي الحنفية في المادة المذكورة أعلاه و هو بذلك كان يسعى لتحقيق حماية للطرف الضعيف في العلاقة الأسرية بعد الفرقة و هي المرأة بإعطائها الحق في النفقة و السكنى مهما كانت نوع الفرقة و أكدت المحكمة العليا في إحدى قراراتها ما ورد في نص المادة 61 أعلاه أن نفقة العدة تستحقها الزوجة في جميع الأحوال إذ جاء في إحداها" متى كان من المقرر شرعا أن نفقة العدة تظل واجبة للزوجة على زواجها سواء كانت ظالمة أو مظلومة، فإن القضاء بما يخالف أحكام هذا المبدأ يعد خرقا لأحكام الشريعة الإسلامية.

إذا كان 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 لزنا و أنه من المقرر شرعا إسقاط جميع حقوق الزانية، يكون غير مقبول فيما ذهب إليه حرمان المطلقة من تقرير نفقة العدة و متى كان ذلك استوجب رفض الطاعن"[2].

يتضح لنا من المبدأ الذي استند إليه القرار أنه أقر بالنفقة العدة للزوجة في جميع الأحوال سواء كانت من طلاق رجعي أم بائن أو فكت الرابطة الزوجية عن طريق الوفاة ففي كل الحالات تستحق الزوجة نفقة العدة و استندوا في قرارهم إلى أحكام الشريعة الإسلامية.

❖ المبحث الثاني: النصوص المنظمة للنزاع حول متاع البيت و أثرها على الاجتهادات القضائية

يعتبر النزاع في متاع البيت من أهم الآثار المترتبة على انحلال الرابطة الزوجية سواء بالوفاة (النزاع بين الورثة) أو بالطلاق (بين الزوجين) و رغم ما يطرحه هذا الموضوع من إشكالات عملية وواقعية إلا أن

[1] – نصر سلمان، سعاد السطحي: أحكام الطلاق في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص199.

[2] – القرار رقم 27-343 المؤرخ في 1984/10/22، غرفة الأحوال الشخصية و المواريث، المجلة القضائية لسنة 1989، العدد3، ص69.

المشرع الجزائري اكتفى بتنظيمه في مادة واحدة، في نص **المادة 73** من قانون الأسرة إذ جاء فيها أنه:" إذا وقع النزاع بين الزوجين أو ورثتهما في متاع البيت و ليس لأحدهما بينه فالقول للزوجة أورثتها مع اليمين في المعتاد للنساء و القول للزوجة أورثته مع اليمين في المعتاد للرجال و المشتركات بينما يقسمانها مع اليمين".

لكن و قبل التطرق لتحليل هذا النص الوحيد المنظم لمثل هذه النزاعات ما هي مرجعياته في الشريعة الإسلامية ؟ و ما أثر هذا النص على التطبيقات العملية على مستوى المحكمة العليا. نحاول الإجابة على التساؤلات الآتية ما المقصود بمتاع البيت؟ من هو الملزم بتجهيز المسكن الزوجية هل الزوج أم الزوجة؟ أم كلاهما معا؟

- **المطلب الأول: مفهوم متاع البيت الزوجية و موقف الفقه الاسلامي منه**
  - **الفرع الأول: تعريف متاع البيت الزوجية**

أولا– المتاع لغة: المتاع ما كان لباس، أو حشو، لفراش أو دثار و قيل المتاع هو كل ما ينتفع به من الحوائج كالطعام و أثاث البيت و أدوات و السلع، و فعل المتاع في اللغة: هو كل ما ينتفع به من عروض الدنيا، كثيرها و قليلها سوى الفضة و الذهب و عرفا كل ما يلبسه الناس، و يبسطه[1].

ثانيا: المتاع شرعا: إن لفظ المتاع و التمتع و الاستماع و التمتيع وردت في كتابه العزيز في مواضيع عديدة و إن اختلفت راجعة إلى أصل واحد، قال الأزهري، فأما المتاع في الأصل فكل شيء ينتفع به.

فجاء في سورة يوسف قوله تعالى: "﴿قَالُواْ يَٰٓأَبَانَآ إِنَّا ذَهَبۡنَا نَسۡتَبِقُ وَتَرَكۡنَا يُوسُفَ عِندَ مَتَٰعِنَا فَأَكَلَهُ ٱلذِّئۡبُۖ وَمَآ أَنتَ بِمُؤۡمِنٖ لَّنَا وَلَوۡ كُنَّا صَٰدِقِينَ١٧﴾"[2].

وتفسير المتاع في الآية القرآنية هو: ما يتمتع أي ينتفع به و المراد به هنا تقلبهم من الثياب و الآنية و الزاد[3] .

[1] – ابن منظور لسان العرب، مصدر سابق، ج8، ص332.

[2] – سورة يوسف الآية 17.

[3] – محمد الطاهر، بن عاشور، التحرير و التنوير في تفسير القرآن، مصدر سابق، ج12، ص236.

فمن التعريف اللغوي و الشرعي يمكن القول أن المقصود بمتاع البيت هو كل ما يوجد بيت الزوجية مما ينتفع به عادة، و يسهل عملية التساكن الشرعي و الأغطية، و الملابس و أدوات التجميل...إلخ[1] وكلمة المتاع أعم من كلمة الأثاث و أشمل من كلمة الجهاز.

ثالثا: تحديد معنى متاع البيت قانونا: إن **ق. أ. ج** لم يعرف "متاع البيت" تعريفا صريحا وواضحا و أن الفقه القضائي وقرارات المحكمة العليا في بلادنا ما تزال غامضة و غير مستقرة في هذا المجال، و مع ذلك، فإن هذا لا يمنع من محاولة وضع تعريف مناسب مقتبس من مجموع الأفكار التي تضمنتها بعض القرارات المحكمة العليا، و نقول أن " متاع البيت" هو مجموعة الأشياء الموجودة في منزل الزوجية و المخصصة للاستعمال المشترك داخل المنزل من كل من الزوجين و باقي أفراد الأسرة، مثل الأفرشة و الأغطية وجهاز التلفزيون و البراد، و الكراسي، و الأرائك و غيرهما من الأشياء المستعملة في تجهيز قاعة الأكل و قاعة الجلوس و غرفة النوم، و غيرها من الأشياء ذات الاستعمال المشترك[2].

أما ما لا يدخل ضمن الاستعمال المشترك، ويخص الزوجة وحدها مثل المصوغات، و الملبوسات الشخصية، و أدوات الزينة، أو يخص الزوج وحده مثل الكتب و الأدوات المستعملة لممارسة المهنة كالطب و الهندسة...الخ، و مثل بندقية الصيد و السيارة، فإنه لا يمكن إدخالها ضمن متاع البيت حتى و لو كانت موجودة في بيت الزوجية، و بالتالي فإنه لا يجوز تطبيق المادة 73 من قانون الأسرة بشأنها، و إنما يجب الرجوع إلى وسائل الإثبات المنصوص عليها في القانون المدني[3].

- **الفرع الثاني: متاع البيت و من يلزم به في الفقه الإسلامي**

قبل التطرق إلى النزاع حول أثاث البيت بين الزوجين نحاول التعريج إلى مسألة على من يلزم تأثيث البيت و تجهيزه في الفقه الإسلامي

أولا: الملزم بمتاع البيت شرعا: و قد اختلف الفقهاء في هذه المسألة إلى رأيين:

القول الأول: تجهيز البيت الزوجية لازم على الزوج

[1] – شامي أحمد، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية و القوانين الوضعية ،مرجع سابق،ص 344.

[2] – عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، مرجع سابق، ص148.

[3] – المرجع نفسه، ص 149.

يرى الحنفية[1] إلى أن إعداد بيت الزوجية من أثاث و فراش، و أدوات منزلية واجب على الزوج، لأن نفقة الزوجة الواجبة عليه لزوجته تشمل الطعام و اللباس و المسكن حتى يكون شرعيا لا بد أن تتوافر فيه اللوازم الشرعية لمتطلبات المعيشة ،و استدل أصحاب هذا الرأي بما يلي:

1- من الكتاب: قوله تعالى:"﴿أَسۡكِنُوهُنَّ مِنۡ حَيۡثُ سَكَنتُم مِّن وُجۡدِكُمۡ﴾ [2]" فالآية الكريمة أوجبت على الأزواج إسكان المطلقات من حيث سكنوا حسب قدرتهم و طاقتهم، فإذا وجب إسكان

المطلقة فإسكان الزوجة أولى بالوجوب[3].

و السكنى جزء من الإنفاق الذي ألزم الله به الزوج، و القاعدة العامة في الإنفاق سكنا و كسوة و طعاما و علاجا و هو وسع الزوج[4]، و في ذلك يقول الحق تبارك و تعالى: " ﴿وَعَلَى ٱلۡمَوۡلُودِ لَهُۥ رِزۡقُهُنَّ وَكِسۡوَتُهُنَّ بِٱلۡمَعۡرُوفِۚ لَا تُكَلَّفُ نَفۡسٌ إِلَّا وُسۡعَهَاۚ﴾"[5] و المعروف ما تعرف عليه الناس.

2- من السنة:

1- عن عائشة أن هندا قالت: يا رسول الله: إن أبا سفيان رجل شحيح، و ليس يعطيني ما يكفيني وولدي إلا ما أخذت منه و هو لا يعلم، فقال "خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف"[6]

2- أن رسول صلى الله عليه و سلم خطب الناس فقال: "اتقوا الله في النساء، فإنهن عوان عندكم، أخذ تموهن بأمانة الله و استحللتهم فروجهن بكلمة الله، و لمن عليكم رزقهن، و كسوتهن بالمعروف"[7].

3- من الإجماع: فقد اتفق أهل العلم و أجمعت الأمة على وجوب نفقة الزوجة على زوجها إلا الناشز[8].

---

[1] – محمد بن علي بن محمد الحصكفي، الدر المختار في شرح تنوير الأبصار، تحقيق عبد المنعم خليل ابراهيم، دار الكتب العلية، ط1، 1423هـ-2002م، ج1، ص259.

[2] – سورة الطلاق الآية 06

[3] – ابن قدامة، المغني، المصدر السابق،ج11،ص355.

[4] – عمر سليمان عبد الله الأشقر، الواضح في شرح قانون الأحوال الشخصية الأردني، مرجع سابق، ص213.

[5] – سورة البقرة الآية 233.

[6] – سبق تخريجه أنظر الرسالة ص 190

1 – رواه مسلم ،كتاب النفقات ، ارواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل ،ج2 ،ص297

[8] – الكساني، البدائع و الصنائع، مصدر سابق، ج2، ص 332. – ابن قدامة: المغني، مصدر سابق، ج8،ص195 و ما بعكدها.

4- من المعقول: إن الزوجة محبوسة لحق الزوج و مفرغة نفسها له، فتستوجب نفقتها عليه[1].

وعلى رأي الحنفية، فلو زفت الزوجة إلى زوجها بدون جهاز أصلا أو زفت إليه بجهاز لا يتناسب مع المهر الذي دفعه، لا يكون للزوج الحق في مطالبة الزوجة، و لا مطالبة أبيها بالجهاز، و لا أن ينقص شيئا من المهر الذي اتفقا عليه، هذا إذا لم يدفع الزوج مقدارا من المال نظير إعداد الجهاز، أو في نظيرة إعداده على شكل خاص[2].

أما إذا دفع الزوج مقدار من المال في نظير ذلك فهو على وجهين:

الأول: أن يكون المال زائدا على المهر منفصلا عنه، كأن يحصل الاتفاق على المهر، ثم يعطي الزوج مقدارا آخر من المال لتجهيز الزوجة به نفسا، أو لتعد جهازا خاصا، ففي هذه الحالة تكون الزوجة ملزمة بما اشترطه الزوج، فإذا لم تحضر جهازا أصلا، أو أحضرت جهاز يختلف عن الجهاز الذي شرطه الزوج لزمها أن ترد إلى الزوج المال الذي أخذته لأنه كالهبة بشرط العوض، و الهبة بشرط العوض، يجوز للواهب الرجوع فيها إذا لم يتحقق العوض، إلا إذا سكت بعد الزفاف عن المطالبة بالجوائز فهذا يدل على الرضا، اعتبر المال هبة غير مشروطة بشرط، فلا يكون له بعد ذلك الحق في المطالبة بشيء[3].

الثاني: أن يكون المال غير منفصل عن المهر، و ذلك بأن يسمى مهرا، يزيد على مهر مثل الزوجة، و يقصد أن تكون هذه الزيادة في مقابل الجهاز، و عرف ذلك منه صراحة، و إن كان العرف و قرائن الأحوال تدل على ذلك، فالحكم في هذه الحالة هو إلزام الزوجة بالجهاز، فإن لم تحضر أصلا، أو أحضرت جهازا لا يتناسب مع الزيادة لم تستحق إلا مهر المثل لعدم وفائها بالشرط الصريح أو الضمني[4].

---

[1] – السرخسي، المبسوط، مصدر سابق، ج5، ص181.

– الكساني، البدائع و الصنائع، مصدر سابق، ج2، ص 332.

– ابن قدامة: المغني، مصدر سابق،ج8، ص 196.

– إبن عابدين: رد المحتار، مصدر سابق، ج3، ص585.

[2] – حسن سمرة، أحكام الأسرة في التشريع الإسلامي، مرجع سابق، ص213.

– أبو زهرة، الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص 226.

– وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي و أدلته، مرجع سابق، ج9، ص 125-68

[3] – ابن عابدين: رد المختار على الدر المختار، مصدر سابق، ج3، ص 158.

[4] – المصدر نفسه.

الرأي الثاني: ذهب المالكية إلى أن الجهاز واجب على المرأة في حدود ما قبضته من مهر وفق العادة و العرف المتبع في تجهيز أمثالها في البلد، و لا يلزمها تجهيز بأكثر مما قبضته قبل البناء إلا لشرط أو عرف[1] وعلى هذا لا يكون هناك وجه لمطالبة الزوجة بالجهاز إذا لم تقبض شيئا من المهر قبل الزفاف، أو مطالبتها بجهاز يزيد على مقدار ما قبضته من المهر[2].

و قد جاء في مختصر الخليل: " ولزومها التجهيز على العادة بها و قبضته"[3] وقد جهز النبي صلى الله عليه و سلم فاطمة في خميل و قربة ووسادة أدم حشرها ليف إلا ذخر[4]،ومن الرأيين يتضح لي و الله أعلم أن إعداده بيت الزوجية واجب على الزوج باعتباره هو الملزم بالنفقة و بكل مشتملاتها من سكن و لوازمه.

لكن هناك من يرى أن للعرف أثر كبير في هذه المسألة، فكل بلد عرفه فإذا كان العرف يلزم الزوجة بإعداد و تأثيث بيت الزوجية أو جرى الاتفاق على ذلك، فليس هنالك مانع شرعي من تطبيق هذا العرف، و ذلك تطبيقا للقاعدة العرفية " المعروف عرفا كالمشروط شرطا"[5].

و خاصة و أن هذا الرأي يتفق و العرف الجاري في الجزائر بإلزام الزوج بإعداد بيت الزوجية و تجهيزه[6].

ثانيا : الملزم بمتاع البيت قانونا

إن الصداق الذي تقبضه الزوجة حقا خالصا لها، و يجوز لها لأن تتصرف فيه و لم يوجب المشرع[1] الصداق للزوجة لإعدادها البيت، فليس عليها أي التزام و لا على وليها من هذا القبيل، و الزوج هو الذي عليه إعداد البيت و تجهيزه بالأثاث و غيره حتى يكون صالحا للسكن من مشتملات النفقة.

---

[1] – أبو العباس، أحمد بن محمد الخلوتي الشهير بالصاوي،(ت 1241هـ)، حاشية الصاوي، على الشرح الصغير، دار المعرفة، بدون ط، بدون تاريخ، ج2، ص 498-459.

[2] – حسين سمرة، أحكام الأسرة في التشريع الإسلامي، مرجع سابق ،ص 212

- محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص 225.

[3] – خليل، بن إسحاق المالكي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1995م، ص112.

[4]– الخميل و الخميلة، القطيفة ذات الأهداب، و الإذخر حشيشة طيبة الرائحة تسقف بها البيوت فوق الخشب، و تستخدم في تطيب الموتى.

[5] – أحمد مصطفى الزرقاء، شرح القواعد الفقهية، دار القلم، ط 1989، ص 72.

[6] – شامي أحمد: السلطة التقديرية لقاضي شؤون الاسرة، مرجع سابق، ص 347-348.

و تبعا لذلك ليس باستطاعة الزوج أن يلزم الزوجة بان تحضر له معها متاع بيته، و الأشياء التي تحضرها المرأة تبغى ملكا لها مطلقا[2].

و نستخلص أن الملزم بتجهيز البيت شرعا و عرفانا و قانونا هو الزوج و ليس الزوجة.

➢ المطلب الثاني: الخلاقات بين الزوجين في موجودات بيت الزوجية

• الفرع الأول:الخلافات في متاع البيت فقها

قد تثور خلاقات بين الزوجين في إثبات ملكية موجودات بين الزوجية أثناء الحياة الزوجية أو بعد حصول الفرقة بينهما كما يثور تنازع ورثتها بعد موتهما أو أحد الزوجين وورثة الآخر فماذا يكون للنساء من هذا المتاع و ماذا يكون للرجال؟ ،و في هذه المسألة رأيان للفقهاء:

الرأي الأول: للحنفية وهو كالآتي:

فإن كان الاختلاف في حياتهما ينظر إلى المتاع، فإن كان من الأشياء التي تصلح للرجال فقط، كالبندقية، و السيف و عمامة، و القلنسوة، و غيرها ترجح بينة الزوجة، و إذا عجز كلاهما عن البينة، فالقول فيها قول الزوج بيمينه، يعني إذا حلف الزوج بأن تلك الأشياء ليست لزوجته، يحكم بأنها له، لأن الظاهر شاهد له[3].

و إذا كان من الأشياء التي تصلح للنساء فقط، كالخمار، و الملحفة، و المغزل، و الحلي، و ألبسة النساء، و نحوها ترجح بينة الزوج و إذا عجز كلاهما عن البينة فالقول للزوجة مع اليمين يعني إذا حلفت بأن تلك الأشياء ليست لزوجها، يحكم بأنها لها لان الظاهر شاهد لها[4].

---

[1] – إذا جاء في نص المادة 14 من قانون الأسرة الجزائري أن: " الصداق هو ما يدفع نحلة للزوجة من نقود أو غيرها من كل ما هو مباح شرعا و هو ملك لها تتصرف فيه تشاء

- القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 رمضان 1404هـ الموافق لـ1984م، و المتضمن قانون الأسرة الجزائري.

[2] – لحسين بن الشيخ آث ملويا، المنتقى في قضاء الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ج1، ص 569.

[3] – السرخسي: المبسوط، المصدر السابق، ج5، ص213.

[4] – ، المصدر نفسه .

و إن كان الاختلاف بين الزوجين في الأشياء التي تصلح لكل منهما: كالأواني و المفروشات، و الدراهم، والدنانير، و العروض، و البسط، و الحبوب و نحوها ،فقد اختلف فقهاء المذهب الحنفي في ذلك:

قال أبو الحنفية و محمد: القول فيه قول الزوج، و قال أبو يوسف القول قول المرأة إلى قدر جهاز مثلها في الكل، و القول قول الزوج في الباقي، و قال زفر في قول المشكل بينهما نصفان و في قول آخر و هو قول الشافعي: الكل بينهما نصفان، و قال ابن أبي ليلى: القول قول الزوج في الكل، إلا في ثياب بدن لرجل.

و لما كان أبو حنيفة و صاحباه (أبو يوسف و محمد) هم الأشهر في المذهب الحنفي سأل رأييهما ووجه نظر كل من الرأيين:

أ. قال أبو يوسف: القول قول المرأة إلى قدر جهاز مثلها في الكل، و القول قول الزوج في الباقي.

ووجه قوله: أن الظاهر يشهد للمرأة إلى قدر جهاز مثلها لأن المرأة لا تخلوا عن الجهاز عادة، فكان الظاهر شاهدا لها في ذلك القدر، فكان القول في هذا القدر قولها، و الظاهر يشهد للرجل في الباقي فكان القول قوله في الباقي.

ب. قال أبو الحنيفة و محمد قولهما هو المعتمد في المذهب الحنفي في مسألة ترجح بينة الزوجة، و أن عجز كلاهما عن البينة، فالقول للزوج بيمينه يعني إذا حلف الزوج بأن تلك الأشياء لزوجته، يحكم بأنها له.

ووجه قولهما: أن يد الزوج ما في البيت أقوى من يد المرأة، لأن يده يد متصرفة، و يدها يد حافظة، و يد التصرف أقوى من يد الحفظ، فالظاهر شاهد له[1].

و إن مات أحدهما و اختلف الحي وورثة الميت، فإن كان الميت هو المرأة، فالقول قول الزوج عند أبي حنيفة ومحمد، لأنها لو كانت حية لكان القول قوله، فبعد الموت أولى، و عند أبي يوسف: القول قول ورثتها إلى قدر جهاز مثلها.

[1] – السرخسي: المبسوط، المصدر السابق، ج5، ص 214.

و إن كان الميت هو الزوج، فالقول قولها عند أبي حنيفة في المشكل و عند أبي يوسف: في قدر جهاز مثلها، وعند محمد القول قول ورثة الزوج.

و في المذهب المالكي جاء في القوانين الفقهية أنه: "إذا اختلف الزوجان في متاع البيت، فأدعى كل واحد منهما أنه له و لا بنية لهما، و لا لأحدها نظر: فما كان من متاع النساء، كالحلي، و الغزل، و ثياب النساء، و خمرهن، حكم به المرأة مع يمينها، و ما كان من متاع الرجل، كالسلاح و الكتب، و ثياب الرجال، حكم به للرجل مع يمينه، و ما كان يصلح لهما جميعا، كالدنانير، و الدراهم، فهو للرجل مع يمينه[1].

الرأي الثاني: إذا اختلف الزوجان في متاع موضوع في البيت الذي كان يسكنان فيه حال القيام الزوجية، أو بعدما وقعت الفرقة بفعال من الزوج أو من الزوجة، و لا بينة لهما، فإنها يحلفان، فإن حلفا جميعا، فالمتاع بينهما نصفان و هذا ما أخذ به الشافعي[2] و أحمد بن حنبل[3].

فقد قال الشافعي: "إذا اختلف الرجل و المرأة في متاع البيت هما فيه ساكنان، و قد افترقا أولم يفترقا أو ماتا أحدهما فاختلف ورثتهما أو ورثة أحدهما بعد موته، فذلك كله سواء، و المتاع إذا كان ساكني البيت في أيديهما معا، فالظاهر أنه في أيديهما كما تكون الدار في أيديهما أو في يد رجلين.فيحلف كل واحد منهما لصاحبيه على دعواه، فإن حلفا جميعا فالمتاع بينهما نصفان، لأن الرجل قد يملك متاع النساء بالشراء و الميراث و غير ذلك، و المرأة قد تملك متاع الرجل في أيديهما و الميراث و غير ذلك، فلما كان هذا ممكنا و كان المتاع في أيديهما، لم يجزأ فيه إلا بهذا، لكينونة الشيء في أيديهما"[4]

---

[1]- ابن جزي ،القوانين الفقهية، مصدر سابق، ص 215.

- الدردير: الشرح الكبير، المصدر السابق، ج2، ص336.

[2]- الشافعي ،الأم ،مرجع سابق ،ج5 ،ص 103.

[3] - ابن قدامة ،المغني ،مرجع سابق ،ج10،ص 283.

[4] - الشافعي، الأم ،مرجع سابق ،ج5 ،ص 103.

- أبو الحسن يحيى أبي الخير بن سالم العمراني ،البيان في مذهب الإمام الشافعي ،تحقيق قاسم ،محمد النوري ،دار المناهج ،جدة،ط1421،1هـ /2000م،ج13،ص 215.

- **الفرع الثاني: الخلافات بين الزوجين في متاع البيت قانونا و أثرها على الاجتهادات القضائية**

يعد النزاع حول أثاث بيت الزوجية من أعقد المسائل المثارة في المحاكم، و ذلك كأثر من آثار الطلاق، فأثاث البيت الزوجية هو كل ما يسعى الزوجان شرائه و اقتنائه استعدادا لدخول تجربة حياتية و هي الزواج.

و قد لا يتبادر لأي من الزوجين ساعة التحضير لزواجهما فكرة الانفصال و الطلاق تحت أي ظرف من الظروف، وقد يحدثهما ذلك لعديد من الأسباب و المسببات المحدثة للانفصال فتطفوا مسألة الأثاث على السطح كغيرها من المسائل الأخرى.

و الواقع في المحاكم الجزائرية أثبتت أن هذه المسألة تشكل معضلة حقيقية للأطراف و حتى للجهات القضائية الفاصلة فيها، ذلك أن الصعوبة تكمن في كيفية إثبات الأثاث سواء بالنسبة للزوج أو الزوجة عادة ما يتواجد في بيت الزوج والذي هو البيت الزوجية، و لأن الزوجة عادة ما تغادر البيت المشترك دون أن تأخذ كامل أثاثها ثم تجد بعد ذلك صعوبة في إثباته و القول به سيما إذا أنكر الزوج ما تدعيه نكاية بها، و محاولة لابتزازها مقابل التنازل له عن حقوق لها كفلها الشرع و القانون[1].

و **ق. أ. ج** لم يخض مليا في هذا الأمر واكتفى بمادة واحدة ووحيدة هي المادة 73 منه و التي جاء فيها ما يلي: "إذا وقع النزاع بين الزوجين أو ورثتهما في متاع البيت و ليس لأحدهما بينه، فالقول للزوجة أو ورثتهما مع اليمين في المعتاد للنساء و القول للزوج أورثته مع اليمين في المعتاد للرجال و المشتركات بينهما يقسمانها مع اليمين"[2] ،من المادة نستشف أنه هناك شروطا لتطبيقها و هي:

1. أن يكون محل النزاع بين الزوجين هو متاع البيت.
2. أن يكون سبب النزاع منصبا على حق أحداهما في ملكية ما يدعيه ملكية خالصة له.
3. أن لا يكون لأحدهما بينة كحجة كتابية لإثبات ما يديه[3].

---

[1] – باديس ذيابي، صور و آثار فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة، مرجع سابق، ص163.

– عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، مرجع سابق، ص 147.

[2] – القانون رقم 48-11 المؤرخ في 09 رمضان 1404هـ- الموافق لـ 1984م و المتضمن قانون الأسرة الجزائري.

[3] – طاهر حسين، الأوسط في شرح قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 159.

– عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، مرجع سابق، ص 150.

إلا أن الواقع العملي يوضح لنا أن المادة 73 من **ق. أ. ج** لم تتطرق إلى عديد الإشكاليات الخاصة في فصل النزاع في متاع البيت و لكن الاجتهاد القضائي فصل في ذلك على نحو يغطي الفراغ الموجود.

و سنحاول إثارة أهم الإشكاليات القانونية التي أثارتها المادة 73 أعلاه.

- **البند الأول :الإشكالات القانونية التي تثيرها المادة 73 من قانون الأسرة**

أولا:قاعدة البينة على من أدعى و اليمين على من أنكر

يشترط في المتاع محل النزاع أن يكون موجودا و مشاهدا للجميع بما فيهما المطلقين أو ورثتهما، فلا يكون بأي حال من الأحوال أن تنشأ خصومة قضائية حول متاع لا يوجد أصلا، أو محل إنكار من الخصم[1].

ففي هذه الحالة يقدم أحد المطلقين قائمة من الأثاث، وعادة ما تكون صاحبة المطلب القضائي هي المرأة باعتبار أن متاعها متواجد ببيت الزوجية الذي يكون عادة مملوكا أو مستأجرا من طرف المطلق.

و يطالب صاحب الدعوى تمكينه من أثاثه، فهنا نكون أمام حالتين هما:

1. إما أن يدعي المدعي بوجود الأثاث محل الدعوى و يقر المدعي عليه بوجوده كما ذكره المدعي، ففي هذه الحالة يحكم لصالح المدعي و يلزم المدعي عليه بأداء المتاع للمدعي دون تطبق قاعدة الإثبات إذ أن الموضوع أضحى دون نزاع.

2. أما إذا إدعى المدعي وجود المتاع بين الزوجية و أنكر المدعى عليه هذا الأثاث، فهنا نكون أمام تطبيق قاعدة "البينة على من إدعى و اليمين على من أنكر" أي أن المدعي ينبغي أن يقدم الدليل الذي يثبت وجود المتاع المدعى به و الإثبات واجب في هذه المسألة، فإن عجز عن إثبات ما يدعيه توجد يمين النفي للمدعى عليه ينكر من خلالها وجود المتاع المدعي به أصلا.

[1] – باديس ذيابي، صور و آثار الرابطة الزوجية في قانون الأسرة، مرجع سابق، ص 164.

و ذلك ما جسدته المحكمة العليا في قراراتها منها قرار جاء فيه ما يلي: " من المقرر قانونا أنه في حالة إنكار وجود المتاع للمطالب به عند أحد الزوجين تطبق القاعدة العامة في الإثبات " البينة على من ادعى و اليمين على من أنكر".

و متى تبين في قضية الحال أن المدعى عليه أنكر وجود الأمتعة المطالب بها فإن قضاة الموضوع لما قضوا برفض الدعوى في الحال دون تطبيق القاعدة العامة في الإثبات بتوجيه اليمين للمدعى عليه خالفوا القانون و عرضوا قرارهم لانعدام الأساس القانوني،و متى كان كذلك استوجب نقص القرار المطعون فيه"[1].

و في معرض تأسيسه أكد القرار أنه و في حالة إنكار وجود الأمتعة المطالب بها عند أحد الزوجين ستطبق القاعدة العامة " البينة على من أدعى و اليمين على من أنكر" و ليس المادة 73 من **ق. أ. ج** التي تطبق عند ما يدور النزاع حول ملكية الأمتعة المطالب بها و بذلك فقضاة الاستئناف قد أصابوا لما حكموا بان قاضي الدرجة الأولى بتوجيه اليمين للمدعية قد خالف القاعدة العامة " البينة على من إدعى و اليمين على من أنكر" باعتبار أن المدعي عليه إنكار وجود الأمتعة المطالب بها و لكن كان على رفض الموضوع تطبيق هذه القاعدة العامة و توجيه اليمين للمدعي عليه عوضا عن رفض الدعوى في الحال، الأمر الذي يتعين معه نقص القرار المطعون فيه و إحالته لنفس المجلس.[2]

ففي هذه الحالة نكون أمام تطبيق القاعدة العامة في الإثبات كما هو مذكور في المادتين 347 [3]و 348[4] من القانون المدني ،و في قرار آخر للمحكمة العليا جاء فيه ما يلي:

" إن الاكتفاء بتوجيه اليمين قبل معرفة وجود أو عدم وجود محل النزاع المدعي به يعتبر بمثابة انعدام التسبب و خرق واضح لقواعد الإثبات.

---

[1] – القرار رقم 36-68-21 المؤرخ في 1999/03/16 غرفة الأحوال الشخصية و المواريث، الاجتهاد القضائي لسنة 2001 عدد خاص، ص 245.

[2] – القانون رقم 07-05 .المؤرخ في 13 مايو سنة 2007 المتضمن القانون المدني الجزائري .

[3] – المادة 347 :"كل من وهت اليمين إليه فنكل عنها دون ردها على خصمه و كل من ردت عليه اليمين فنكل عنها خسر دعواه".

[4] – المادة 348 " للقاضي أن يوجه اليمين تلقائيا إلى أي من الخصمين ليبني على ذلك حكمه في موضوع الدعوى أو في ما يحكم به، و يشترط في توجيه هذه اليمين الا يكون في الدعوى دليل كامل، و ألا تكون الدعوى خالية من أي دليل"

ومتى تبين من قضية الحال أن الطاعن قد أنكر وجود المتاع و المصوغ لديه و طلب إقامة البينة على دعواها و التمس الاستماع على شهادة ابن المطعون ضدها، فإن قضاة الموضوع لما لم يجيبوا على طلب الطاعن وبادروا بتوجيه اليمين المتممة للمطعون ضدها دون التأكد من وجود المصوغ فإنهم عرضوا قرارهم للقصور في التسبيب و خرقوا قواعد الإثبات و متى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه فيما يخص الأثاث و المصوغ"[1].

و في تأسيسه خلص القرار إلى أنه بالفعل فإن الطاعن قد أنكر وجود المتاع و المصوغ لديه، و طلب إقامة البينة على دعواها و التمس الاستماع إلى شهادة ابنها. وإن قضاه الموضوع لم يجيبوا على ذلك و بادروا بتوجيه اليمين للمطعون ضدها دون التأكد من وجود المصوغ.

و إن المادة 73 من **ق. أ. ج** لا تمنح أي طرف بتوجيه اليمين إليه قبل التأكد من وجود ما يدعيه أولا ثم تأتي مرحلة اليمين بعد ذلك عند عجز أحد الطرفين عن إثبات ما يدعيه و أن الاكتفاء بأداء اليمين قبل معرفة وجود أو عدم وجود المدعى به يعتبر بمثابة انعدام التسبيب و خرقا واضحا لقواعد الإثبات[2].

فالمادة 73من **ق. أ. ج** لا تطبق إلا في حالة وجود المتاع محل النزاع أما في حالة عدم التأكد من وجود المتاع فنطبق قاعدة، "البينة على من أدعى و اليمين على من أنكر" و هذا ما عملت به المحكمة العليا في عدة قرارتها إذ جاء في إحداهما: " أن تطبيق المادة 73 من **ق. أ. ج** يستلزم أن يكون المتاع محل النزاع موجودا، بينما الطاعنة تدعي أنها تركته ببيت الزوجية في حين أنكر المطعون ضده ذلك، و لذلك، فإن القاعدة العامة في الإثبات هي التي تطبق و التي تقضي بأن البينة على المدعى أي الطاعنة و اليمين على من أنكر أي المطعون ضده و هذا ما قضى به القرار محل الطاعن لما وجه اليمين القانونية للمطعون ضده، و عليه فإن هذا الوجه غير مؤسس و يتعين رفضه.

حيث أن المادة 193 من **ق. إ. م** تنص على أن تؤدي اليمين من قبل الخصم الذي وجهت له شخصيا بالجلسة أو في المكان الذي يحدده القاضي، وبالتالي فإن القرار المطعون فيه لما نص على

---

[1] – القرار رقم 86097 المؤرخ في 1992/10/27، غرفة الأحوال الشخصية و المواريث، مجلة الاجتهاد القضائي، عدد خاص 2001.

[2] – جمال السايس الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية ، مرجع سابق، ص 116.

أداء اليمين القانونية من قبل المطعون ضده بالمسجد الكبير بسيدي بلعباس لم يخالف أية قاعدة جوهرية في الإجراء"[1].

ثانيا :حالات انعدام الدليل في إثبات المتاع

إذا افتقر كل طرف لأي دليل يثبت به ادعاءه، نكون هنا أمام تطبيق المادة 73 من **ق. أ. ج** ، و التي أكدت أنه بوقوع نزاع حول متاع البيت و ليس لأحدهما بينة فالقول للزوجة أو ورثتها مع اليمين في المعتاد للنساء، و القول للزوج أو ورثته مع اليمين في المعتاد للرجال ،فالمادة 73 أعطت حلول، سنحاول الخوض فيها حلا بحل.

1.القول للزوجة أو ورثتها مع اليمين

لتصور هذه الحالة لابد أن يكون الطرفان متفقين بأن المتاع موجود وجودا كاملا و لا نزاع بينهما فيما يخص ذلك، فإذا ما ادعت الزوجة ملكية الأثاث دون تقديم أية بينة، وجهت لها اليمين مقابل الحكم لها به.

و ترسيخا لذلك فقد أكد قرار المحكمة العليا هذا المبدأ إذا جاء فيه: " من المقرر شرعا ان النزاع المتعلق بمطالبة الزوجة لورثة زوجها المتوفي في الأشياء التي كانت بيت الزوجية في حياته، نزاع يتعلق بمتاع البيت و الخلاف بين الزوجين و هما على قيد الحياة لا يختلف حوله بين ورثة كل منهما عند وفاة أحدهما أو وفاتهما معا، فإن هذا النزاع تسري عليه قاعدة ما يصلح عادة للنساء دون وجود بيّنة للزوجة عليه تأخذه مع يمينها، و نفس الشيء يقال فيهما خالص بالرجال، فإن كان ما يصلح لهما معا فيحلق كل منهما و يقتسمانه، و لا يختلف الامر إلا في كيفية الحلف، فالزوجان يحلفان على البيت و الورثة يحلفون على العلم، و من ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا للقواعد الشرعية و تشويها لوقائع النزاع.

و لما كان ثابتا في قضية الحال أن الزوجة المطعون ضدها أقامت دعوى مطالبة فيها تمكنها من أثاثها الباقي لها ببيت الزوجية و حقها من زوجها فإن قضاة الاستئناف بتأكيدهم للحكم المصادق على تقرير الخبرة المتضمن حصر ممتلكات المالك المنقولة و قسمتها على الورثة مع إلزام الطاعن بإعطاء حق

[1] – القرار رقم 666627، المؤرخ في 08 ديسمبر 2011، غرفة الأحوال الشخصية و المواريث، المجلة القضائية للمحكمة العليا لسنة 2012، ص 250-251.

المطعون ضدها و بمعالجتهم للنزاع على هذا النحو يكونون قد خرجوا عن القواعد الشرعية، و الخطأ في فهم طلبات الزوجة و إخراجها من معناها الحقيقي إلى معنى بعيد عنه، و متى كان كذلك استوجب نقض و إبطال القرار المطعون فيه تأسيسا على الوجه المشار إليه تلقائيا من المجلس الأعلى بمخالفة أحكام هذا المبدأ الشرعي"[1].

و في معرض تأسيسه أثار المجلس أعلى وجها تلقائيا أكد من خلاله أن بالرجوع إلى الحكم المعين للخبير يظهر منه واضحا أن الزوجة طلبت أشياءها التي كانت لها ببيت الزوجية في حياة زوجها، و بذلك يكون نزاعها مع والد زوجها متعلق بمتاع البيت و كما سجل الموثق أن في المتاع ما هو صالح للزوجة و ما فيه احتمال أن يكون لها أو لزوجها، و الخلاف حول ذلك كله بينهما و هما على قيد الحياة لا يختلف عن الخلاف بين ورثة كل منهما عند وفاة أحدهما أو هما معا تجري عليه قاعدة ما يصلح للنساء و لا بينة عليه تأخذه مع يمينها و نفس الشيء يقال فيما هو خاص بالرجال، فإن كان مما يصلح لهما معا و يقتسمانه، و في رواية أن للزوج أن يأخذه مع حلفه، و هي رواية سار عليه الشيخ خليل .

وورثتهما كلهما، و لا يختلف الأمر إلا في كيفية الحلف فالزوجان يحلفان على البيت و الورثة يحلفون على العلم، و أن الطريقة التي عولجت بها هو خروج عن قواعد الشرع و خطأ في فهم طلبات المدعية و إخراجها من معناها الحقيقي إلى معنى بعيد، مما يجعل القرار معيبا و يعرضه للنقص[2].

فالمحكمة العليا في قرارها وافقت نص المادة 73 من ق.أ.ج المتمثل في أن المعتاد للنساء من المتاع يحكم للزوجة مع اليمين.

2. القول للزوج مع اليمين في المتاع المعتاد للرجال

إذا أدعى الزوج ملكيته للمتاع و كان من المعتاد للرجال و لم يقدم بشأنه أي دليل مثل الزوجة توجه له اليمين للحكم له به.

[1] – القرار رقم 31 321 المؤرخ في 1984/11/05، غرفة الأحوال الشخصية و المواريث، المجلة القضائية لسنة 1990، العدد 2، ص78.

[2] – جمال السايس، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ج1، ص 385.

ويثور الإشكال حول ما هو للرجال، و ما هو معتاد للنساء سيما و أن ذلك ليس مذكورا على سبيل الحصر، ولا يمكن حصره على اعتبار أن هناك من يعتبر أن أثاث البيت المخصص الاستعمال الثنائي بين الزوجين يعتبر ملكا للزوج ما لم يثبت الزوجة بالبينة و أن ذلك ملكا لها[1].

هذا ما تبناه قضاه المحكمة العليا في قرار جاء فيه ما يلي: " من المستقر عليه قضاءً و شرعا أن أثاث البيت المخصص الاستعمال الثنائي بين الزوجين يعتبر ملكا للزوج ما لم تثبت الزوجة بالبينة أن ذلك ملك لها اشترته أو هو من جملة صداقها فإن لم يكن هذا فالزوج، أحق به مع يمينه و من ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالف للقواعد الشرعية.

و لما كان من الثابت – في قضية الحال – أن الزوج لئن اعترف ببقاء أمتعة زوجته عنده فإنه استثنى منها أشياء ادعاها لنفسه فإن بالمجلس القضائي الذي اعتبرها استثناء الزوج داخلا في أمتعة زوجته و حكم لها دون أن يطالب بإقامة البينة بقضائه كما فعل خالف القواعد الشرعية، و متى كان كذلك استوجب نقص القرار المطعون فيه"[2].

وجاء في معرض تأسيسه أن أثاث البيت المخصص للاستعمال الثنائي بين الزوجين مثل الفراش و الغطاء و غرفة النوم و ما شابه ذلك من أرائك وزرابي و أواني الطبخ مبدئيا يعتبر ملكا للزوج مالم تثبت الزوجة بينة بأن ذلك ملك لها اشترته أو هو من جملة صداقها فإن لم يكن هذا فالزوج أحق له مع يمينه[3].

و أن الزوج و لئن اعترف ببقاء أمتعة زوجته عنده فإنه استثنى منها أشياء ادعاها لنفسه، غير أن المجلس لم يغير ما استثناءه هذا و اعتبر ما استثناه داخلا في أمتعة زوجته و حكم لها بجميع ما طلبت دون أن يطالبها بإقامة البينة على أشياء هي الرجل يأخذها بعد حلفه، و هو ما جعل القرار قائما على غير أساس شرعي[4].

---

[1] – باديس ذيابي، صور و آثار فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 172.

[2] – القرار رقم 52212 المؤرخ في 1889/01/16 غرفة الأحوال الشخصية و المواريث، المجلة القضائية لسنة 1991 العدد3، ص 55.

[3] – جمال السايس، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية،مرجع سابق، ج1، ص494.

[4] – أنظر الرسالة ص 308 و ما بعدها .

و يستشف من القرار أن كل ما هو داخل البيت الزوجية يعد معتادا للرجال و ملك للرجل، وما على الزوجة إلا تقديم ما يثبت خلاف ذلك.

و يعد القرار الذي صدر سنة 1989 لم يعد ذو أساس متين سيما و أن متاع البيت الزوجية لا يمكن أن ينسب ملكيته آليا إلى الرجل دون المرأة على اعتبار أن التطور الاجتماعي و الذي أضحى يحصي نسبا كبيرة في صنف المرأة العاملة و الموظفة و الأجيرة يجعل من المرأة مالكة المتاع قد يكون معتادا للرجال، و لذلك فإن حكم القرار المذكور في تناقض مستمر قياسيا بالاعتبارات الاقتصادية و الاجتماعية المستحدثة في المجتمع[1].

و يبدو لي أن المحكمة العليا في قرارها هذا استندت إلى رأي من أراء المالكية القائل بأن " بأن ما كان يصلح لهما جميعا كالدنانير، و الدراهم فهو للرجل مع يمينه"[2].

وهذا الرأي لا يصلح الاستناد إليه في وقتنا الحاضر علما أن المرأة قد تكسب ما يكسبه الرجل وفي بعض الحالات تكسب ما يكسبه الرجل وفي بعض الحالات تكسب أكثر منه لذا يجب إعادة النظر في مثل هذه النزاعات لأنه ليس بالضرورة ما يكون كمتاع للبيت الزوجية أن يكون للزوج.

3- تقسيم المشتركات مع اليمين

نصت الفقرة الثالثة من المادة 73 من **ق. أ. ج** على أن المشتركات بين الزوجين يقتسمانها مع اليمين باعتبار أن المتاع المشتركة قد يصلح للرجل و يستعمل عادة كما يصلح للمرأة.

فالمادة أوجبت عليهما تأدية اليمين و يقسمانها سوية أو يقسمان ثمنها "المشتركات بينهما يقتسمانها مع اليمين"، و تطبيقا لهذه الفقرة صدرت عدة قرارات للمحكمة العليا، منها قرر جاء فيه ما يلي:

" من المقرر قانونا أن المشتركات بين الزوجين في الأمتعة يتقاسمانها مع اليمين ،ومتى تبين في قضية الحال أن القرار المنتقد لما أيد الحكم القاضي على الطاعنة بأداء اليمين بشأن الأمتعة باستثناء جهاز التلفاز و المقياس الذهبي و الراديو لأنها لم تقدم بشأنها أي دليل رغم أنها تعتبر من الأمتعة

[1] – باديس ذبابي، صور و آثار فك الرابطة الزوجية، في قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 173

[2] – أنظر الرسالة 7 ص 310.

المشتركة قد خالف أحكام المادة 2/73 من **ق. أ. ج** ، مما يستوجب نقض القرار المطعون فيه جزئيا"[1].

و في معرض تأسيسه أكد القرار أن الطاعة لم تقدم الدليل على المقياس الذهبي دون أن يذكر أن المطعون ضده هو الذي قدم الدليل بشأنه، وفي حالة إنكاره له عليه أن يؤدي يمين النفي، تطبيقا لقاعدة البينة على من ادعى، و اليمين على من أنكر إضافة إلى أن القرار المنتقد قد اعتبر أن جهاز التلفاز و الراديولم تقدم بشأنهما الطاعنة أي دليل مع أنهما يعتبران من الأمتعة المشتركة يحلفان بشأنهما معا و تقسيمهما طبقا للمادة 73 من **ق. أ. ج** [2].وفي قرار آخر جاء فيه ما يلي:

" يتقاسم الزوجان، في حالة النزاع، الأثاث المشتركة بينهما مع توجيه اليمين"[3].

و في معرض تأسيسه اعتبر قضاة المحكمة العليا أن القرار المنتقد أساء تطبيق القانون و خاصة المادة 73 من **ق. أ. ج** فيما يخص النزاع الخاص بالأمتعة بين طرفين القضية لكون كل من الطاعنة و المطعون ضده يدعيه لنفسه و يزعم بأنه له أو ساهم في شرائه و كان المفروض إزاء هذا الخلاف و انعدام أي حجة لأي منهما توجيه اليمين للمطلقة في المعتاد للنساء، أما المعتاد للرجال فتوجه اليمين بشأنه للزوج المطعون ضده، و المشتركات بينهما يتقاسمانها مع يمينهما و ذلك عملا بأحكام المادة 73 بفقرتيها من **ق. أ. ج.**

- **البند الثاني :عدم وجود نزاع في حالة وجود البينة أو الدليل**

إن وجود الدليل أو البينة على تملك الأمتعة، لا يثير أي إشكال فإذا قدم أحد الزوجين الدليل على تملك شيئا من الأشياء، فإنه يقضي له بذلك، فلا بد من معرفة أن الشيء الخاص بالمرأة لا مانع من أن يتملكه الرجل إذا أقام على ذلك البينة، ولو كان من لوازمها، فإن جاء بالبينة على أن ذلك له انتهى النزاع

[1] – القرار رقم 189245 المؤرخ في 1998/04/21، غرفة الأحوال الشخصية و المواريث، مجلة المحكمة العليا، لسنة 2001، عدد خاص، ص 242.

[2] – جمال السايس، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ج3، ص1121.

[3] – الملف 77411 المؤرخ في 2002/07/13، غرفة الأحوال الشخصية و المواريث، المجلة القضائية لسنة 2004 العدد الثاني، ص 259.

لصالحه، فقد يشتري الرجل للمرأة طاقما ذهبيا بقيمة مرتفعة فعلى الرغم من أن الحلي من لوازم المرأة ومما تختص به عن الرجل، فما دام أنه قدم الدليل على ملكه، فله الحق في استرجاعه.

أما بالنسبة للمرأة، فإذا أقامت البينة على تملك شيء يختص به الرجال و هو من لوازمهم، فلها الحق في أخذه مادام أنها أقامت الدليل على ذلك[1] وهذا ما أخذت به المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 1986/05/05 أنه "من المعروف فقها حول اختلاف الزوجين في متاع البيت أن ما يخص النساء للنساء، ومن ثم فاليمين في هذه الحالة قررها الشارع و جعلها على من يسانده العرف، و الزوجة أثبتت بفاتورة أنها اشترت جهاز تلفزيون أن الزوج أعترف بأن الخزانة ذات ثلاثة أبواب هي للزوجة، و كانت اليمين عليها الكون موضوع النزاع خاص بالنساء مما يستوجب رد هذا الوجه[2].

و عند غياب البينة أو الدليل من كل طرف فإن اليمين هي الفاصلة في مثل هذا النزاع طبقا للمادة 73 من **ق. أ. ج.**

إذا جاء في قرار للمحكمة العليا: "حيث بالرجوع إلى أوراق الملف يتبين بالفعل أن قضاة الموضوع لم يجيبوا الطاعنة في عدد من دفوعها المتعلقة بالأثاث، لاسيما أنهم أغفلوا الفواتير التي قدمتها للمناقشة و التي أشارت إليها المحكمة، و التي تثبت شراءها لبعض الأثاث، هذا من جهة، و من جهة أخرى، و لما عجزت المدعية (الطاعنة حاليا) عن تقديم البينة على باقي الأثاث، كان من المفروض على قضاة الموضوع توجيه يمين الإنكار للمطلق طبقا للأحكام العامة في قواعد الإثبات، و لما قضوا بخلاف ذلك فإنهم جعلوا قرارهم عرضة للنقص جزئيا فيما يخص الأثاث محل النزاع"[3].

- **البند الثالث : مكان وكيفية أداء اليمين في حالة النزاع**

[1] – شامي أحمد، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة، مرجع سابق، ص 335-356.

[2] – الملف رقم 41437 المؤرخ في 1986/05/05 غرفة الأحوال الشخصية و المواريث، قرار المحكمة العليا غير المنشور بلحاج العربي، قانون الأسرة مع تعديلات الأمر 05-02 المرجع السابق، ص402.

[3] – القرار رقم 335-858 المؤرخ في 12 أكتوبر 2005، غرفة الأحوال الشخصية و المواريث، المجلة القضائية لسنة 2008 العدد 63، ص 337.

إذا لم يكن لأحد الزوجين بينة على المتاع محل النزاع أحدهما الزوج أو الزوجة بأداء اليمين لكن الإشكال الذي يطرح نفسه في هذه الحالة أين يؤدي اليمين؟ ما هو الحل القانوني في حالة ما إذا وجه لأحد الطرفين أداء اليمين بمناسبة النزاع حول المتاع ثم ينكل عنها؟

للإجابة على هذه التساؤلات نحاول التعريج إلى مسألتين هما مكان أداء اليمين و النكول عن أدائها.

1- مكان أداء اليمين

إن قانون الأسرة قد اكتفى بإعطاء ما للنساء مع اليمين و أعطى ما للرجال عادة إلى الرجال مع اليمين كلما وقع نزاع بين الزوجين حول ملكية ما هو من متاع البيت و ليس لأحدهما إثبات ما يدعيه تجاه الآخر، و لكنه سكت و لم ينص على المكان الذي يجب أن تؤدي فيه هذه اليمين، و لا على الكيفية أو الإجراءات الواجب اتباعها عند أداء اليمين للمنصوص عليها في المادة 73 من **ق. أ. ج** [1] و أمام هذا السكوت و عدم بيان مكان و كيفية أداء هذا اليمين سلك القضاة طرق مختلفة. واتجهوا اتجاهات متباينة، فمن ذلك مثلا نجد من القضاة من يصدر حكما قبل الفصل في الموضوع يوصف أحيانا بأنه حكم تمهيدي ويوصف أحيانا بأنه حكم تحضري يقررون بموجبه إلزام الزوج أو الزوجة بحلف هذه اليمين مساء يوم الجمعة بعد الصلاة العصر، بمسجد فلان، و تحت إشراف المحضر القضائي أو أمين ضبط المحكمة، و كثيرا ما يصدر مثل هذا الحكم خاليا من الإشارة إلى حضور الخصم الآخر و خاليا من صيغة اليمين و خاليا أحيانا من حتى من الإشارة إلى أداء اليمين بحضور نفس القاضي الذي قضى باليمين[2] فمن الخطأ الشائع أن يصدر حكم بأداء يمين النفي حول المتاع بالمسجد، ذلك ما أكدته المحكمة العليا التي أكدت في قرارات لها أن اليمين تؤدي بالجلسة و أمام القاضي[3]. و منها:"من المقرر قانونا أنه إذا وجهت اليمين إلى خصم في نزاع أو وردت عليه، فإن الخصم يقوم بحلف اليمين بنفسه بالجلسة.

---

[1] – عبد العزيز سعد: قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، مرجع سابق، ص 151.

[2] – المرجع نفسه، ص 152.

[3] – باديس ذيابي، صور و آثار فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة، مرجع سابق، ص 168.

و متى تبين من قضية الحال أن القاضي الأول قد حدد مكان تأدية اليمين بالمسجد الكبير و هو ما جعل المطعون ضدها تتراجع على مستوى الاستئناف عن طلب المتاع محل الإنكار من طرف الطاعن، مع أن اليمين في حالة الإنكار توجه للمدعي عليه و هو الطاعن في هذه القضية. و تسمى يمين النفي طبقا للقاعدة العامة للإثبات، فإن القرار المنتقد لما أيد الحكم المستأنف بخصوص أداء اليمين بالمسجد الكبير فيما يتعلق بالمتاع من طرف المطعون ضدها رغم إنكار الطاعن أغلبية المتاع و دون مناقشة سبب تراجع المطعون ضدها عن طلب المتاع، خالف القانون مما يستوجب نقض القرار جزئيا فيما يخص اليمين"[1].

فرغم سكوت **ق. أ. ج** عن مكان و كيفية أداء اليمين المنصوص عليها في المادة 73 من **ق. أ. ج**. كان على القضاة أن يلجأ إلى تطبيق القواعد العامة المنصوص عليها في المادتين 433-434 [2]من **ق.إ. م** التي تنص صراحة على أن يقوم الخصم بحلف اليمين نفسه في الجلسة و بحضور الخصم الآخر، أو بعد تبليغه بتاريخ و مكان الجلسة، و أن تصدر صيغة اليمين بعبارة أحلف بالله العظيم و إن خالف القضاة هذه النصوص فإنهم[3]يكونون قد خرقوا إجراءات جوهرية و عرضوا أحكامهم إلى الإلغاء أو النقض.

و في هذا المعنى أصدرت المحكمة العليا قرار بتاريخ 1985/10/02 تنص بمقتضاه قرارا صادرا عن مجلس تيزي وزو جاء فيه: "للأطراف تأدية اليمين بمسجد ذراع الميزان، خارج المحكمة و تمت تأديتها بهذا الشكل فعلا ، وحرر الموثق محضرا بذلك، و هذا خلافا للإجراءات المنصوص عليها في المواد 432-433-434 من **ق. إ. م** و بخرقه للإجراءات المذكورة يكون قد أساء تطبيق القانون و عرض قراره للنقض"[4].

---

[1] – الملف رقم 163381 المؤرخ في 1997/06/10 غرفة الأحوال الشخصية و المواريث، مجلة المحكمة العليا عدد خاص لسنة 2001 ص 239-240.

[2] – المادة 433 قانون الإجراءات المدنية.

[3] – عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، مرجع سابق، ص 152.

[4] – الملف رقم 851 33، المؤرخ في 1985/10/02 غرفة الأحوال الشخصية و المواريث، المجلة القضائية لسنة 1989 العدد الأول، ص 66.

و لا حرج إن حضر جلسة أداء اليمن محامي الخصم[1] بدلا عنه طبقا للمادة 433 من **ق. إ. م.**

فقد اعتبر قرار المحكمة العليا أنه: "إذا كان مؤدى المادة 433 من قانون الإجراءات المدنية توجب حلف اليمين بحضور الخصم الآخر أو بعد تبليغه لحضور الجلسة، فإن حضور محاميه أثناء تأدية اليمين يغني عن حضور الخصم، و منه فإن النعي على القرار المطعون فيه بمخالفة القانون غير وجيه و يتعين رفضه.

و لما كان من الثابت في –قضية الحال– أن المطعون ضدها لحضور محامي الزوج الطاعن، فإن قضاة المجلس الذين حكموا على الطاعن بإرجاع الأمتعة التي أدت المطلقة اليمين بشأنها طبقوا صحيح القانون، و متى كان كذلك استوجب رفض الطعن"[2].

2– نكل اليمين

ماذا لو وجه لأحد الطرفين أداء يمين النفي بمناسبة النزاع حول المتاع ثم ينكل عنها؟، الإجابة مقررة في المادة 347 من **ق. م. ج** و التي أكدت المبدأ العام القائل:" كل من وجهت له اليمين نكل عنها دون ردها على خصمه، و كل من ردت عليه اليمين نكل عنها خسر دعواه"[3].

فمن نكل عن أداء اليمين خاسر لدعواه و هذا ما أكدته المحكمة العليا في قرار لها جاء فيه مايلي:

" من المقرر قانونا أن الناكل عن اليمين خاسر لدعواه".

و متى تبين في قضية الحال أن المطعون ضدها قد وجه لها القاضي الأول تأدية اليمين طبقا لأحكام المادة 73 من **ق. أ. ج** على تركها أثاثها و مصوغها في بيت الزوجية غير أنها امتنعت من تأديتها، و عليه فإن القرار المنتقد لما سمح للمطعون ضدها بتأدية اليمين التي وجهت لها سابقا و

[1] – باديس ذبالي، صور و آثار فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 168.

[2] – الملف رقم 47584 المؤرخ في 1987/12/07 غرفة الأحوال الشخصية و المواريث، المجلة القضائية لسنة 1993، العدد1، ص 41.

[3] – الملف رقم 81850 المؤرخ في 1992/04/14، غرفة الأحوال الشخصية و المواريث، المجلة القضائية لسنة 2001 العدد خاص ص 230.

نكلت عنها أخطأ في تطبيق القانون، و متى كان كذلك استوجب نقض القرار جزئيا فيما يخص الأثاث و المصوغ[1].

و في معرض تأسيسه أكد القرار بأنه بالفعل فإن المطعون ضدها قد وجه لها القاضي الأول تأدية اليمين تطبيقا للمادة 347 من **ق. م. ج** تعتبر الناكل خاسرا لدعواه، و هو مبدأ عام يشمل اليمين الحاسمة و المتممة المنصوص عليها في المادة 348 من **ق. م. ج** ، و أن اليمين بمعنى المادة 73 من قانون الأسرة هي يمين متممة[2].

وخلاصة القول في مجال تطبيق المادة 73 بشأن النزاع حول متاع البيت هو أنه يتعين على قاضي الموضوع أن يبذل مجهودا كافيا للتأكد من أن موضوع النزاع هو شيء من متاع البيت و أن يميز بين ما هو للرجال عادة و عرفا، و بين ما هو للنساء عادة و عرفا، و ليس لأحدهما بينة قانونية مقنعة لإثبات ما يدعى ملكيته، و من جهة أخرى يجب على قاضي الموضوع أن يفرق و يميز بين النزاع على ملكيته، متاع البيت و بين كون النزاع منصبا حول ترك الأشياء محل النزاع في بيت الزوجية و الادعاء بأنه أخذتها معها.

و في حالة استقرار رأي القاضي على توجيه اليمين في إطار تطبيق المادة 73 من **ق. أ. ج** فإن عليه أن يحرس على أدائها في حضوره، و حضور الخصوم داخل قاعة الجلسة و أن يسهر على أدائها وفقا للصيغة المحددة في القانون، مضافا إليها العبارات التي تشكل موضوع اليمين و من شأنها أن تنتهي النزاع و تساعد قاضي الموضوع على إصدار حكم عادل، و خليا من الأخطاء[3].

إلا أنه و ان كانت اليمين تؤتي ثمارها خلال سنوات مضت فإنها لم تعد كذلك اليوم و لا سيما بعد اندفاع معظم أفراد المجتمع الجزائري نحو ماديات الحياة، و بعد ضعف الوازع الديني و انعدام التربية و الأخلاقية داخل الأسرة، و إن كان الجزائري فيما مضي يخجل أن يحلف اليمين لتدعيم حقه الواضح

[1] – جمال السايس، الاجتهاد القضائي الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ج3، ص 1114.

[2] – قانون رقم 07-05 المؤرخ في 13 مايو سنة 2007 المتضمن القانون المدني الجزائري.

[3] – عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، مرجع سابق، ص 154.

فإن هناك كثير من الناس من يحلف اليوم عشرات الإيمان كذبا من أجل الحصول على ثمن بخس، و هذا أمر يتطلب من القاضي أن يتحرى كل التحري عند ما يريد أن يوجه اليمين على أحد المتخاصمين[1].

هذا و أخذًا بأحكام **المادة 19**[2] من **ق. أ. ج** و تفاديا لكل النزاع فبإمكان الزوجين تدوين في عقد الزواج أو عقد لا حق ما يملكه كل واحد ولاسيما الأشياء ذات قيمة، تفاديا لكثرة الخلافات حول متاع البيت[3].

و يرى البعض أنه من المستحب أن تؤدي أمام القضاء، الذي يأمر بأدائها لأن جهاز العدالة أيضا جهاز قداسة، و لأنه مكان تحقيق العدالة و المساواة بين الناس، و منه أيضا ضمانا لسير الإجراءات بكيفية أسرع دون تأجيل القضية لمدة طويلة، أو إلى إصدار حكم تحضري قبل صدور الحكم النهائي، و نفس الوقت تقليص للمصاريف بالنسبة للمتقاضين لأنه ما ثبت في الواقع أن الأطراف المتنازعة تدفع مبالغ بهذه في هذا الصدد مقابل حضور المحضر القضائي لعملية أداء اليمين بالمسجد و تحريره لمحضر عن هذا الإجراء[4].

- **البند الرابع: تحديد قيمة الأشياء المتنازع عليها بين الزوجين**

لم ينص المشرع الجزائري في المادة 73 من **ق. أ. ج** من توكل له مهمة تحديد قيمة الأشياء المتنازع عليها بين الزوجين لكن و باستقراء قرارات المحكمة العليا يتبين لنا رأيين.

الأول: يرى أن للقاضي سلطة في تحديد ذلك و لا يجوز له أن يخول سلطته إلى أي شخص آخر و هذا ما ذهبت إليه المحكمة العليا في قرارها المؤرخ في 1980/04/11 بقولها: "من المقرر قانونا أنه إذا اختلف الزوجان حول قيمة الأمتعة فللقاضي سلطة في تحديد ذلك، و لا يجوز له تخويل سلطته إلى شخص آخر، ومن ثم، فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا للقانون و لما كان من الثابت — في قضية الحال– أن المجلس القضائي لما ترك الأمر بيد المنفذ لتحديد قيمة مبلغ الأمتعة

[1] – عبد العزيز سعد، الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 313.

[2] – المادة 19 قانون الأسرة: " للزوجين أن يشترط في عقد الزواج أو في عقد رسمي لا يحق كل الشروط التي يراها ضرورية..."

[3] – يوسف دلاندة، دليل المتقاضي في مادة شؤون الأسرة(الزواج و الطلاق) مرجع سابق، ص 77.

[4] – تفية عبد الفتاح، الطلاق، بين أحكام تشريع الأسرة و الاجتهاد القضائي، المرجع السابق، ص 386.

يكون قد تخلى عن عمل يخصه وحده، و بقضائه كما فعل خالف القانون و متى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه جزئيا فيما يخص الأمتعة"[1].

الثاني: أما الاتجاه الثاني يرى بأن هذه المسألة تعود لأهل الخبرة و الفن، وهو ما أخذت به المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 1999/05/18 و الذي جاء فيه: " تقييم مبالغ المتاع مسألة فنية ترجع إلى أهل الخبرة من الصناع و التجار و ليس إلى القضاة".

إن القرار المنتقد مشوب بانعدام الأساس القانوني لما أيد الحكم المستأنف القاضي بدفع مبالغ مالية مقابل مبالغ المطعون ضدها، لأن تقدير المتاع مسألة فنية يتولاها أهل الخبرة من صناع و تجار خاصة عندما تكون المبالغ المطلوبة مرتفعة و ليس القضاة، مما يستوجب نقض القرار المطعون فيه"[2].

إن عدم وجود نص قانوني يفصل في هذه المسألة ترك أثارا جليا على قرارات المحكمة العليا فتارة تسند تحديد قيمة الأشياء المتنازع فيها للسلطة القاضي وتارة أخرى ترجع هذه المسألة إلى أهل الخبرة من الصناع و التجار.

و يتضح لي من الرأيين –والله اعلم– أنه على القاضي الاستعانة بأهل الخبرة و الفن من الصناع و التجار لتحديد قيمة المتنازع فيه خاصة و إن كانت المبالغ مرتفعة أو الأشياء محل النزاع باهظة الثمن يصعب تحديدها.

و في الأخير يمكن أن نقول أن المشرع الجزائري، الذي اقتصر على مادة وحيدة لحل النزاعات الواقعة حول متاع بيت الزوجية ترك عدة تساؤلات و إشكالات واجهت القضاة أثناء العمل القضائي. مما ترك باب الاجتهاد مفتوحا .

و هذا الأخير أدى إلى تضاربات قرارات المحكمة العليا في المسألة الواحدة، لذا اقترح أن تضاف فقرات للمادة 73 أو وضع مواد قانونية مكملة للمادة تبين فيها مكان أداء اليمين و كيفية الأداء، و

[1] – القرار رقم 49302، المؤرخ ب، 1988/04/11، غرفة الأحوال الشخصية و المواريث، مجلة المحكمة العليا، لسنة 1992، العدد 02 ص 40.

[2] – الملف رقم 222651 المؤرخ في 1999/05/18، غرفة الأحوال الشخصية و المواريث، المجلة القضائية لسنة 2001، عدد خاص، ص 248.

توضح لنا الجهة المختصة في تحديد قيمة المتاع المتنازع فيه و الحالات التي تفتح المجال للقاضي لتطبيق قاعدة البينة على من أدعى و اليمين على من أنكر.

لأن ترك النصوص القانونية غير واضحة و دقيقة تصعب العمل القضائي علما أن المادة 222 من **ق. أ. ج** يصعب تطبيقها لأن القضاة في أغلب الحالات يصعب عليهم الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية للتعدد الآراء الفقهية و اختلافها و فالحل الوحيد هو وضع قواعد قانونية تفضل في هذه النزاعات لغلق باب التضاربات الواقعة في القضاء.

الفصل الثاني:

النصوص المنظمة لمسائل الحضانة و اثرها على الاجتهادات القضائية

الفصل الثاني: النصوص المنظمة لمسائل الحضانة و اثرها على الاجتهادات القضائية

خصص المشرع الجزائري 11 مادة من مواد قانون الأسرة كرس بموجبها مجموعة من الحقوق للمحضون معتبرا مصلحته و ذلك باختيار أفضل الحلول بالنسبة للمحضون لذا سنحاول في هذا الفصل تناول احكام الحضانة من المادة 62 إلى المادة 72 من **ق. أ. ج** و التي خضع بعضها للتعديل و الإلغاء بموجب الأمر 02/05 و قد كان لقرارات المحكمة العليا أثرا كبيرا في هذه التعديلات الأخيرة و بالرغم من ذلك يبقى هذا التعديل محل نقاش إذا ما قورن بما هو مقرر في الفقه الإسلامي لذا سنتناول موضوع الحضانة في المباحث التالية:

- **المبحث الأول: تعريف الحضانة، حكمها، الحكمة منها، و شروط ممارستها.**
- **المبحث الثاني: أثر النصوص المنظمة لمصلحة المحضون على الاجتهادات القضائية.**
- **المبحث الثالث: تمديد الحضانة و اسقاطها و أثر ذلك على الجتهادات القضائية.**

❖ المبحث الأول: تعريف الحضانة، حكمها، الحكمة منها، و شروط ممارستها

سنتطرق في هذا المبحث إلى تعريف الحضانة حكمها و الحكمة منها وذلك في المطلب الأول. و أما في المطلب الثاني فسنتناول فيه شروط ممارستها و أثرها على الاجتهادات القضائية.

➢ المطلب الأول: تعريف الحضانة، حكمها، و الحكمة منها

- **الفرع الأول: تعريف الحضانة**

أولا– لغة: بفتح الحاء و كسرها، و هي مأخوذة من الحضن، و هو الجنب و ذلك لأن الحاضنة ترد إليه الصبي، ومنه الاحتضان، و هو احتمال الشيء و جعله في الحضن كما تختص المرأة ولدها،يقال حضن الصبي يحضنه حضنا و حضانة، أي رباه و حفظه للصبي، و القيام على شؤونه[1].

فالحضانة جاءت من الحضن وهو الجنب أو الصدر، و تأتي بمعنى الضم، حض الطائر بيضة أي ضمه إليه و حضنت الأم ولدها أي ضمته إليها وقامت بتربيته[2]

ثانيا: اصطلاحا: لقد وردت عدة تعاريف فقهية للحضانة منها:

1- **تعريف الحنفية:** الحضانة هي تربية الطفل ورعايته و القيام بجميع أموره في سن معينة ممن به الحق في الحضانة[3].

2- **تعريف المالكية:** الحضانة حفظ الولد في بيته وذهابه و مجيئه و القيام بمصالحه، أي طعامه و لباسه و تنظيف جسمه و موضوعه"[4].

3- **تعريف الشافية:** هي حفظ من لا يستقل بأمور نفسه عما يؤذيه لعدم تميزه كطفل و كبير مجنون و تربيته، أي تنمية المحضون بما يصحه بتعهده بطعامه و شرابه ونحو ذلك[5].

---

[1] – ابن منظور، لسان العرب، مصدر سابق، ج13، ص 123.

[2] – الجوهري، مختار الصحاح، مصدر سابق، ج1، ص75.

[3] – ابن عابدين: حاشية ابن عابدين، مصدر سابق، ج3، ص 555.

[4] – الحطاب، مواهب الجليل، مصدر سابق، ج4، ص 214.

– الدسوقي، حاشية الدستوقي على الشرح الكبير، مصدر سابق، ج2،ص 526.

[5] – الشربني، مغني المحتاج، مصدر سابق، ج5، ص191.

4- **تعريف الحنابلة:** الحضانة هي حفظ صغير و مجنون و معتوه عما يضره و تربيتهم بعمل مصالحهم كغسل رأس الطفل و بدنه و ثيابه ودهنه، و تكحيله، وربطه في المهد و تحريكه لينام و نحوه"[1].

و الملاحظة أن جل هذه التعاريف كانت تدور حول حماية الطفل و صيانته بجلب النفع له و دفع الضرر عنه.

ثالثا: قانونا: لقد تطرق **ق. أ. ج** لمسألة الحضانة في 11 مادة منه و قد أولاها عناية و تطرق لتعريف الحضانة في المادة 62 من نفس القانون بأنها: "الحضانة هي رعاية الولد و تعليمه و القيام بتربية على دين أبيه و السهر على حمايته و حفظه صحة و خلقا، و يشترط في الحاضن أن يكون أهلا للقيام بذلك"[2].

فالحضانة من الولاية على النفس تثبت للحاضن، صيانة للصغير و تربيته و رعايته و القيام بأمر طعامه و لباسه و نظافته في المراحل الأولى من عمره[3].

و يتضح أن المشرع الجزائري في تعريفه للحضانة ركز على أسبابها و أهدافها محدد، بذلك نطاق الحضانة و وظائفها الأساسية و من هنا فإنه يتعين على المحكمة عندما تحكم بالطلاق و تفصل في حق الحضانة أن تراعي كل هذه الجوانب التي يضمنها هذا التعريف[4].

وانطلاقا من تعريف المشرع الجزائري للحضانة يتبين لنا جليا أنها تتمثل أساسا في:

أ- **تعليم الولد:** و يقصد به المتمدرس الرسمي الذي يعد حقا لكل طفل و يضمنه له القانون مجانا و إجباريا إلى غاية استنفاذ طاقته و استطاعته في تحديد مستواه بناء على ملكاته و كفاءته.

ب- تربيته على دين أبيه: ساير المشرع الجزائري رأي الفقهاء القائل بزواج المسلم بغير المسلمة و ذلك منوه عنه بمفهوم المخالفة في المادة 3 من **ق. أ. ج** المعدلة بالأمر 02/05 المؤرخ في 27

---

[1] – البهوتي، كشاف القناع على متن الاقناع، مصدر سابق، ج05، ص 496.

[2] – القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 رمضان 1404هـ- 05 الموافق لـ 1984م. والمتضمن قانون الأسرة الجزائري.

[3] – بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ج1، ص 380.

– لحسين بن شيخ آث ملويا: المرشد في قانون الأسرة. مدعما باجتهاد المجلس الأعلى و المحكمة العليا، مرجع سابق، ص 20.

[4] – عبد العزيز سعد، الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص293.

فبراير 2005 عندما نص على التحريم المؤقت ونوه عن تحريم زواج المسلمة بغير المسلم، و أن العكس جائز شرعا و قانونا[1].

وما يثبت بذلك أيضا تأكيد المشرع في المادة 62 بقوله أن الحضانة هي رعاية الولد و تعليمه و القيام بتربيته على دين أبيه...

أي أن الحاضنة الأم قد تكون كافرة و لذلك أوجب عليها القانون أن تقوم بتربية المحضون على مبادئ و قيم الدين الإسلامي، وهو دين الأب في تنشئة الطفل.

وهذا ما جسده قضاء المحكمة العليا الذي جاء في أحد قراراته "من المقرر شرعا و قانونا أن الأم أولى بحضانة ولدها و لو كانت كافرة إلا إذا خلف على دينه وأن حضانة الذكر للبلوغ و حضانة الأنثى حتى سن الزواج.

ومن ثم فإن القضاء بخلاف هذا المبدأ يعد خرقا للأحكام الشرعية و القانونية.

و لما كان قضاة الاستئناف في –قضية الحال– قضوا بتعديل الحكم المستأنف لديهم بخصوص حضانة الأولاد الثلاثة ومن جديد إسنادها إلى الأب فإن بقضائهم أصابوا بخصوص الولدين باعتبارهما أصبحا يافعين إلا أنهم أخطأوا بخصوص البنت خارقين بذلك أحكام الشريعة الإسلامية و المادة 67 من **ق. أ. ج** ،و متى كان كذلك استوجب نقض القرار فيما يخص حضانة البنت دون احالة[2].

- **الفرع الثاني: حكمها و الحكمة منها**

أولا: حكمها

الحضانة فرض كفاية إذا قام به البعض سقط على الناس و لا يتعين إلا على الأم في حولي رضاعه إن كان لا يقبل ثدي غيرها، و ليس له أب و لا مال، كما يتعين على الأب و الجد[3].

واستدلوا على ذلك:

[1] – باديس ذيابي: صور و آثار فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 125.

[2] – القرار رقم 52221 المؤرخ في 13 مارس 1989.

[3] – إبن رشد، المقدمات، مصدر سابق، ج1، ص 564.

أولا من القرآن:

قوله تعالى: ﴿۞وَٱلۡوَٰلِدَٰتُ يُرۡضِعۡنَ أَوۡلَٰدَهُنَّ حَوۡلَيۡنِ كَامِلَيۡنِۖ﴾[1].

وقوله تعالى: ﴿۞وَقَضَىٰ رَبُّكَ أَلَّا تَعۡبُدُوٓاْ إِلَّآ إِيَّاهُ وَبِٱلۡوَٰلِدَيۡنِ إِحۡسَٰنًاۚ إِمَّا يَبۡلُغَنَّ عِندَكَ ٱلۡكِبَرَ أَحَدُهُمَآ أَوۡ كِلَاهُمَا فَلَا تَقُل لَّهُمَآ أُفّٖ وَلَا تَنۡهَرۡهُمَا وَقُل لَّهُمَا قَوۡلٗا كَرِيمٗا٢٣ وَٱخۡفِضۡ لَهُمَا جَنَاحَ ٱلذُّلِّ مِنَ ٱلرَّحۡمَةِ وَقُل رَّبِّ ٱرۡحَمۡهُمَا كَمَا رَبَّيَانِي صَغِيرٗا٢٤﴾[2].

ووجه الدلالة: أن الله سبحانه وتعالى ذكر تربية الوالد للصغير، وهذه التربية هي حضانة و القيام بشؤونه.

وقد جاء في البدائع: فالحضانة تكون للنساء في وقت، و تكون للرجال في وقت، و الأصل فيما النساء، لأنهن أشفقت، و الأرفق و أهدى إلى تربية الصغار، ثم تصرف إلى الرجال لأنهم على الحماية و الصيانة وإقامة مصالح الصغار أقدر[3].

ثانيا: من السنة: عن عبد الله بن عمرو أن امرأة قالت: يا رسول الله إن ابني هذا كان بطني له وعاء، وثدي له سقا، وحجري له حواء، و إن أباه طلقني، و أراد أن ينزعه مني، فقال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم:"أنت أحق به مالم تنكحي"[4].

عن القاسم بن محمد قال: كانت عند عمر بن الخطاب رضي الله عنه امرأة من الأنصار فولدت له عاصم، ثم فارقها عمر – رضي الله عنه – فركب يوما إلى قباء، فوجد ابنه يلعب بفناء المسجد فأخذه بعضده، فوضعه بين يديه على الدابة، فأدركت جدّه الغلام، فنزعته إياه، فأقبلا، حتى أتيا أبا بكر الصديق–رضي الله عنه– فقال عمر "ابني" وقالت المرأة: "ابني" فقال أبو بكر رضي الله عنه: "خلّ بينهما و بينه" فما راجعه عمر الكلام و في رواية زيد بن إسحاق بن جارية الأنصاري أن عمر بن

---

[1] – سورة البقرة: الآية 233.

[2] – سورة الإسراء، الآية 23–24.

[3] – الكساني: بدائع الصنائع، مصدر سابق، ج4، ص 41.

[4] – رواه أبوداود، كتاب الطلاق، باب: من أحق بالولد، مصدر سابق ،الحديث رقم: 2276 ،قال الألباني حديث حسن ج2، ص 7 – ورواه البيهقي السنن الكبرى، كتاب النفقات، باب: الأم تتزوج فيسقط حقها من حضانة الولد، وينتقل إلى جدته، الحديث رقم 15763، رواه الحاكم، المستدرك، المصدر السابق،كتاب الطلاق رقم :2830 ،ج2،ص225 و قال صحيح..

الخطاب رضي الله عنه حين خاصم إلى أبي بكر رضي الله عنه في ابنه، فقضى به أبو بكر رضي الله عنه لأمه، ثم قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول: "لا توله والدة عن ولدها"[1].

ثالثا: من الجماع: قال الإمام ابن رشد (رحمه الله): "وأما الإجماع فلا خلاف بين أحد من الأمة في إيجاب كفالة الأطفال الصغار، لأن الإنسان خلق ضعيفا، مفتقر إلى ما يكلفه، ويربيه، حتى ينتفع نفسه، و يستغني بذاته، فهو من فروض لا يحل أن يترك الصغير دون كفالة، و لا توفيه حق حتى يملك و يضيع"[2].

رابعا: من المعقول: إن الصغير في حاجة إلى من يقوم عليه تربيته، فالحضانة حق الصغير، لإحتياجه إلى من يمسكه، فتارة يحتاج إلى من يقوم بمنفعة بدنه في حضانته و تارة إلى من يقوم بماله حتى لا يلحقه الضرر. وجعل كل واحد منهما إلى من أقوم به و أبصر، فالولاية في المال جعلت إلى الأب والجد، لأنهم أبصر و أقوم في التجارة من النساء، وحق الحضانة جعل إلى النساء. لأنهم أبصر و أقوم على حفظ الصبيان من الرجال لزيادة شفقتهن، و ملازمتهن للبيوت[3].

- **ثانيا: الحكمة من الحضانة**

لا شك أن الولد الصغير محتاج لمن يعتني به، و يقوم على حفظه و تدبير شؤونه، و ذلك لأنه في هذه المرحلة يكون عاجزا عن القيام بمصالح نفسه غير مدرك لما يضره، وما ينفعه، و الشارع قد أناط هذا الأمر بأم الصغير من حيث تربيته، و رعاية شؤونه، و بوالده من حيث التصرف في نفسه و ماله، و قد تنتقل هذه الحضانة لغيرهما في حالات كالوفاة، أو الطلاق[4].

➢ المطلب الثاني: شروط ممارسة الحضانة و أثرها على الاجتهادات القضائية

[1] – السنن الكبرى، كتاب النفقات، باب الأم تتزوج فيسقط حقها من حضانة الولد و ينتقل إلى جدته، مصدر سابق، ج8، ص 08.

[2] – ابن رشد: المقدمات، المصدر السابق بهامش المدونة، ج1، ص 564 و ما بعدها.

– الكساني، البدائع، المصدر السابق، ج4، ص 42.

– ابن قدامة، المغني، المصدر السابق، ج9، ص 299.

[3]– ابن نجيم ،البحر الرائق شرح كنز الدقائق ، مصدر سابق، ج4، ص 179.

– ابن قدامة، المغني، مصدر سابق، ج9، ص 299.

– السرخسي، المبسوط، مصدر سابق، ج6، ص 169.

[4] – بدران أبو العينين بدران، الفقه المقارن للأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص 544 وما بعدها.

كان المشرع الجزائري مختصرا جدا من حيث تحديد شروط الحضانة التي ينبغي أن تتوافر في الحاضن بشكل عام إذ لم يخص الموضوع إلا بفقرة جد مختصرة[1] في المادة 62 من **ق. أ. ج** بقوله: ".... و يشترط في الحاضن أن يكون أهلا للقيام بذلك"[2] و يثور التساؤل عن ماهية الأهلية التي يقصد بها المشرع الجزائري، وهل تتحد مع الأهلية المنصوص عليها في التشريع المدني و الإجراءات المدنية.

و يبدوا أن ما يقتضيه المشرع الجزائري بالأهلية المنوه عنها في المادة 62 من **ق. أ. ج**، و إنما تلك المتعلقة بالقدرة و الاستطاعة على تربية الصغير و القيام بشؤونه و الكفاءة للاطلاع على هاته الشروط أجمع عليها الفقهاء و تبناها قانون الأسرة من خلال نصه في المادة 222 منه على أنه" كل مالم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية"[43].

فللحضانة شروط عامة تخص الرجال و النساء على حد سواء وشروط أخرى تخص النساء بفردهن، و شروط تخص الرجال لوحدهم.

- **الفرع الأول: الشروط المعتبرة في الأبوين.**

1- **العقل:** اشترط الحنفية[5] و المالكية[6] و الشافعية[7] العقل لمن استند إليه مسؤولية الحضانة و يرى بعض الفقهاء أنه تحرم الحضانة على المجنون سواءا جنونا متواصلا أو متقطعا، فكلاهما يأخذ صورة موانع الحضانة، و يتساوى المجنون مع المعتوه، لأنه يأخذ صورة الفاقد للقدرة على تدبير شؤونه، و بالتالي فعجزه منطقي على تدبير شؤون غيره.

و إضافة إلى العقل اشترط المالكية الرشد[8]، وقالوا لا حضانة عندهم لسفيه مبذر كي لا يتلف مال المحضون أو ينفق عليه منه ما لا يليق وقد أكد المشرع الجزائري على شرط العقل ونص على أن

---

[1] – باديس ذيابي، صور و آثار وفك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 127.

[2] – القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 رمضان 1404هـ الموافق لـ 1984م و المتضمن قانون الأسرة الجزائري.

[3] – القانون السابق.

[4]– عبد العزيز سعد، الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 295-296.

[5] – الكساني :بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ،مصدر سابق ،ج4 ،ص 42.

[6] – ابن رشد: المقدمات، مصدر سابق، ج1، ص 562 وما بعدها.

[7] – الشربيني: مغني المحتاج، مصدر سابق، ج5، ص 195.

[8] – ابن رشد: المقدمات، مصدر سابق، ج2، ص 259.

الحضانة هي ولاية على النفس طبقا لما ورد في المادة 87 المعدلة و التي نصت في فقرتها الأخير على:".... وفي حالة الطلاق يمنح القاضي الولاية لمن أسندت له حضانة الأولاد"[1].

فالحضانة حسب المادة هي ولاية عن النفس لمن أسندت له الحضانة، و أن تصرفات المجنون و المعتوه و السفيه غير نافذة إذا صدرت في حالة الجنون أو العته أو السفه طبقا لما أكدت عليه المادة 85 من ق. أ. ج.

معنى ذلك أن المشرع الجزائري قال بأن لا حضانة لغير العاقل و لا للمعتوه و لا للسفينة، كون من تعطى له الحضانة لا ينبغي أن تكون تصرفاته غير نافذة[2].

2-البلوغ:

الحضانة مهمة كبير و صعبة لا يتحمل مسؤوليتها و تبعاتها إلا الكبار و ليس للمراهقين، فالصغير و لو كان مميزا يبقى بحاجة إلى من يتولى أمره، و بالتالي، فليس بمقدوره أن يتولى شؤون غيره و تمكن التفرقة هنا بين البالغ بلوغا طبيعيا من حيث السن و العلاقات المميزة لذلك و بين البالغ بلوغا حكميا، كأن تدعي المراهقة مثلا البلوغ و تظهر علامات ذلك من خلال هيئتها الجسمية، فالبعض ذهب بالقول أنها بالغة مادام الظاهر يشهد على ذلك و يصدق إدعائها و المشرع الجزائري سار على هذا المنوال في تعليله الأخير بموجب الأمر رقم 02/05 المؤرخ في 2005/02/27.

فالمادة السابقة نصت على مايلي: " تكتمل أهلية الرجل و المرأة في الزواج بتمام 19 سنة و للقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك " فالمشرع الجزائري أجاز أن يكون الزوجان ناقصي الأهلية بمفهوم القانون المدني، رغم أنه عمل على ترشيدهما فيما يتعلق بالزواج و آثاره، أو بالطلاق ما ينجم عنه.

لكن ترشيد الزواج القاصر وجعله في حكم كامل الأهلية لا تتعدى أهليته ذلك أثار الزواج و انحلاله و لا يمكن تصور أهلية الزوج القاصر كامل لصالح من يحضنهم.

لكن المشرع الجزائري أكد في المادة 87 من قانون الأسرة و فيما يتعلق بالولاية كما يلي:"... وفي حالة الطلاق، يمنح القاضي الولاية لمن أسندت له حضانة الأولاد".

---

[1] – الامر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير سنة 2005 المعدد لـ و المتمم للقانون، رقم 84-11 و المتضمن قانون الأسرة الجزائري.

[2] – باديس ذياني: صور و آثار فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة، مرجع سابق ص 199.

فالواقع أبرز التعديل حول هذه النقطة عدة إشكالات عملية فيما يتعلق بتطبيق هذه المادة، سيما إذا كانت المطلقة المستفيدة من إعفاء شرط سن الزواج مازالت لم تبلغ بعد سن الرشد القانوني[1].

فكيف الحال بالنسبة للدعاوى التي تباشرها بصفتها صاحبة الصفة الإجرائية عن محضونيها القصر مادامت لها الولاية صاحبة الصفة الإجرائية عن محضونيها القصر مادامت الولاية بقوة القانون كونها حاضنة، و هي ليست بالغة سن الرشد لذا خلف إشكالا عمليا آخر و هو أنولي قاصرا على قاصر؟.

و الواضح أن المشرع أخذ بالمعيار القائل بالبلوغ حكما أي أن علامات البلوغ كافية للقول بترشيد الحاضن حتى و لو كان ناقص الأهلية دونما الالتفات إلى موضوع الصفة الإجرائية في مباشرة الدعوى المملوكة قانونا للمحضون، و الذي يبقى إشكالا قانونيا لم يتم الفصل فيه بعد[2].

2-القدرة:

ويقصد بهذا الشرط أن يكون الحاضن قادرا على تربية الولد وصيانته دينا وصحة و خلقا، و يعني القدرة البدنية و العقلية، فإن كانت مريضة يعقدها مرضها عن العمل، أو ضعيفة العقل و الإدراك بحيث لا تقدر على تربية و صيانة المحضون، سقط حقها في الحضانة[3]، وقد سمى المالكية هذا الشرط بالكفاءة[4].

أما عن موقف القضاء الجزائري في اعتبار القدرة شرطا أساسيا لممارسة الحضانة فيظهر جليا في العديد من قرارات المحكمة العليا، إذ جاء في قرارها المؤرخ في 1984/09/07: " من المقرر في الفقه الإسلامي وجوب توفر شروط الحضانة، ومن بينها القدرة على حفظ المحضون ومن ثم فإن القضاء بتقرير حق ممارسة الحضانة دون توفير هذا الشرط يعد خرق لقواعد الفقه الإسلامي و لما كان الثابت في قضية الحال أن الحاضنة فاقدة البصر وهي بذلك تعد عاجزة عن القيام بشؤونها ومن ثم فإن قضاة الاستئناف بإسنادهم حضانة الأولاد لها و هي على هذا الحال حادوا عن الصواب وخالفوا القواعد

[1] – باديس ذيابي، المرجع نفسه، ص 129.

[2] – باديس ذيابي: صور و آثار فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة، مرجع سابق ص 130.

[3] – عمر سليمان عبد الله الأشقر، قانون الأحوال الشخصية الأردني، مرجع سابق، ص 347.

[4] – الدردير: الشرح الصغير، المصدر السابق، ج2، ص 759.

الفقهية، ومتى كان ذلك استوجب نقض و إبطال القرار المطعون فيه تأسيسًا على الوجه المثار من الطاعن بمخالفة هذا المبدأ"[1].

فمن المقرر يتضح لنا أن رغم عدم ورود نص قانوني صريح يشترط القدرة على الشخص الذي تستند له الحضانة إلا أن المحكمة العليا في قراراتها أخذت بهذا الشرط و عللت قرارها بأحكام الشريعة الإسلامية، إذ أن غالبية الفقهاء يقولون بأنه لا حضانة لكفيفة أو ضعيفة البصر و لا مرضا معديا أو مرضا يقف بينها و لا لغير المكترثة بشؤونها بينها و أبنائها.

ومن الفقهاء أيضا من يعتبر أن عمل المحترفة أو العاملة إذا كان عملها يمنعها من تربية الصغير فلا حضانة لها.

غير أن القضاء الجزائري سار خلاف هذا المبدأ، و أكد في عديد قرارات المحكمة العليا أن عمل الأم الحاضنة لا يوجب إسقاط حقها في حضانة أولادها، و يكاد الأمر يكون مطلقا دونها ورود أي استثناء ذلك ما أكده قرار المحكمة العليا المؤرخ في 2000/07/18 تحت رقم 245156 و الذي جاء فيه مايلي: " من المستقر عليه قضاء أن عمل المرأة لا يعتبر من مسقطات الحاضنة ومن جديد حضانة الولدين عن الطاعنة باعتبارها عاملة أخطأ و في تطبيق القانون و عرضوا قرارهم للقصور في التسبيب و انعدام الأساس القانوني مما يستوجب نقض القرار المطعون فيه"[2].

وجاء في تأسيسه لهذه النتيجة أن اجتهاد المحكمة العليا استقر على أن العمل لا يعتبر مسقطا للحضانة.

كما أنه واضح وجلي أن القرار المذكور سابقا وضع المبدأ، وهو أن عمل المرأة الحاضنة غير مسقط للحضانة، ولم يرد عليه أي استثناء بشأن طبيعة هذا العمل وزمانه و مكانه في إمكانية فقدان المرأة العاملة لحقها في ممارسة الحضانة، وهذا ما يختلف جذريا عن رأي الفقهاء الذين قالوا بأن

[1] – القرار رقم 3391، المؤرخ في 1984/09/07 غرفة الأحوال الشخصية و المواريث، مجلة المحكمة العليا، العدد 04، سنة 1989، ص76.

[2] – القرار رقم 245156 المؤرخ في 2000/07/18 غرفة الأحوال الشخصية و المواريث، المجلة القضائية السنة 2001 العدد الخاص، ص 188.

الحضانة تسقط للمرأة المحترفة أو العاملة إذا كانت هذه الحرفة أو العمل يحول دون رعاية المحضون و تدبير شؤونه[1].

غير أن المحكمة العليا استدركت ذلك في قرار آخر لاحق للأول و قالت بالاستثناء المتمثل في قيام الدليل الثابت على حرمان المحضون من حقه في العناية و الرعاية.

إذا جاء القرار في 2002/07/05 يتضمن ما يلي: "عمل الأم الحاضنة لا يوجب إسقاط حقها في حضانة أولادها ما لم يتوفر الدليل الثابت على حرمان المحضون من حقه في العناية و الرعاية"[2].

و تأسيسا لما ذكر أكد قضاة المحكمة العليا أن عمل الحاضن لا يوجب إسقاط حقها في حصانة ولدها مالم يتوفر الدليل الصحيح على أن هذا العمل يحرم المحضون من حقه في العناية و الرعاية.

وهو تأكيد على أن القاعدة لابد لها من استثناء ولابد لهذا الاستثناء من دليل و إثبات كون المسألة موضوعية[3].

وأرى أن هذين القرارين ارتقيا إلى قاعدة قانونية بعد سنة 2005 إذا وضع المشرع الجزائري فقرة إضافية للمادة 67 من **ق. أ. ج** التي تنص على أنه"... ولا يمكن لعمل المرأة أن يشكل سببا من أسباب سقوط الحق عنها في ممارسة الحضانة غير أنه يجب في جميع الحالات مراعاة مصلحة المحضون"[4].

فالقرارين السابقين و غيرهما من قرارات المحكمة العليا المشابهة أثرت في المشرع الأسري الى أن وضع نص تشريعي يبين فيه أن عمل المرأة لا يعتبر من مسقطات الحضانة كقاعدة عامة و استثنى من ذلك أنه في جميع الحالات يجب مراعاة مصلحة المحضون أي بمعنى إن كان عمل المرأة، يؤدي بالحاضنة عدم القدرة على رعاية محضونها سقطت منها الحضانة الى غيرها.

2-الأمانة:

[1] - باديس ذيابي، صور فك و آثار الرابطة الزوجية في قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 131.

[2]- بالقرار رقم 274207 المؤرخ في 2002/07/05 غرفة الأحوال الشخصية و المواريث.

[3] - باديس ذيابي، صور و آثار فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة، مرجع سابق، ص 132.

[4]- الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير سنة 2005 المعدل و المتمم للقانون رقم 84-11 و المتضمن قانون الأسرة الجزائري.

الأمانة في الأخلاق شرط يجب توفره في الحاضن حتى يكون أهلا لممارسة الحضانة و عليه فلا حضانة لغير أمين ويقصد الفقهاء بالأمانة عدم الفسق، واشترطه لعدم الوثوق بالفاسق في أداء الواجب في الحضانة و ليس للولد حظ في حضانته لأنه ينشأ على طريقته[1].

فقد اتفق الحنفية[2]على أن الفسق مانع من موانع الحضانة إلا أنهم اختلفوا حول درجة الفسق فهم يفرقون بين الفسق المطلق الذي يمنع الحضانة و بين الفسق فهم يفرقون بين الفسق المطلق الذي يمنع الحضانة و بين الفسق الأقل حده، أما المالكية[3] و الشافعية[4] والحنابلة[5] فاتفقوا على أن الفسق مانع من الموانع و تقدير الفسق الذي يضيع به الولد و الذي لا يضيع به متروك أمره للقاضي. وهذه ما أكده العمل القضائي به قرار المحكمة العليا التي قضت بما يلي:" من المقرر شرعا وقانونا أن جريمة الزنا من أهم المسقطات للحضانة مع مراعاة مصلحة المحضون ومتى تبين –في قضية الحال– أن قضاة الموضوع لما قضوا بإسناد حضانة الأبناء الثلاثة للأم و المحكوم عليها من أجل جريمة الزنا، فإن بقضائهم، كما فعلوا خالفوا القانون وخاصة أحكام المادة 62 من **ق. أ. ج**، ومتى كان كذلك استوجب نقص القرار جزئيا فيما يخص حضانة الأولاد الثلاثة[6]".

و في معرض تأسيسه أكد قرار المحكمة العليا أن المادة 62 من **ق. أ. ج** قد عرفت الحضانة بأنها رعاية المحضون من تربية و تعليم و السهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا، كما اشترطت هذه المادة في فقرتها الأخيرة على أن يكون الحاضن أهلا للقيام بهذه العناصر السابقة الذكر، و أضاف القرار أن جريمة الزنا من أهم مستقطات الحضانة شرعا و قانونا إلا بالنسبة للولد الصغير الذي لا يستطيع الاستغناء عن أمه[7].

---

[1]– الدردير، الشرح الكبير، مصدر سابق، ج2، ص 528.

[2]– الكساني :بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ،مصدر سابق ،ج4 ،ص 42.

[3]– الدسوقي ،الشرح الكبير للشيخ الدرديري ،و حاشية الدسوقي ،مصدر سابق ،ج2 ،ص 528.

[4]– الشيرازي ،المهذب ،مصدر سابق ،ج3 ،ص 164.

[5]– ابن قدامة ،الكافي في فقه الإمام أحمد ،مصدر سابق ،ج3 ،ص 245.

[6] – القرار رقم 171684 المؤرخ في 1997/09/30، غرفة الأحوال الشخصية و المواريث، المجلة القضائية، عدد خاص لسنة 2001، ص 169.

[7] – جمال السايس: الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ج2، ص 1086.

فالقرار إذن اعتبر أن جريمة الزنا تعد من أهم المسقطات لحق الحاضنة في ممارسة الحضانة، لكن استطرد القرار وخص المبدأ باستثناء عام له أهمية قصوى، وهو مصلحة المحضون، لأن هذه المصلحة إن توافرت في بقاء الصغير مع الأم الزانية، فإن ذلك يقف حائلا أن تحرم هذه المرأة من حقها في حضانة ولدها، إذا ثبت أن الاستغناء عنها في هذه المرحلة بالذات يعد ضربا من المحال[1]. وفي قرار آخر اعتبر القضاء الجزائري أن الحضانة تسقط عن الجدة الأم بعد اسقاطها عن الأم لكون الجدة لا تستطيع كبح الجماح ابنتها لفساد أخلاقها وخلص إلى أنه لا الأم تستحق الحضانة و لا أمها، كذلك لفقدان الثقة و الأمانة فيهما معا[2].

2- الإسلام: اختلف الفقهاء بشأن الإسلام كشرط من شروط ممارسة الحضانة.

فالشافعية و الحنابلة يرون أن الإسلام شرط لممارسة الحضانة فلا تستند الحاضنة عندهم لغير مسلمة، لوجهين:[3]

(**أحدهما**): أن الحاضن حريص على تربية الطفل على دينه، و أن ينشأ عليه و يتربى عليه، فيصعب بعد كبره و عقله انتقاله عنه، وقد يغيره عن فطرة الله التي فطر عليها عباده فلا يراجعها أبدا كما قال النبي صلى الله عليه وسلم: "كل مولود يولد على الفطرة فأبواه يهودانه أو ينصرانه أو يمجسانه"[4].

فإن قيل: الحديث، إنما جاء في الأبوين خاصته.

فالجواب: الحديث خرج مخرج الغالب، إذ الغالب المعتاد نشوء الطفل بين أبويه، فإن فقد الأبوان أو أحدهما قام ولي الطفل من أقاربه مقامهما.

(**الوجه الثاني**): أن الله سبحانه و تعالى قطع الموالاة بين المسلمين و الكفار و جعل المسلمين أولياء بعض، و الحضانة من أقوى أسباب الموالاة، التي قطعها الله بين الفريقين[1].

---

[1] – باديس ذيابي، صور وآثار فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة، مرجع سابق، ص 133.

[2] – القرار رقم 31997، المؤرخ في 1984/01/09 غرفة الاحوال الشخصية و المواريث، المجلة القضائية لسنة 1989، العدد 01،ص 73.

[3] – ابن القيم، زاد المعاد في هدي خير العباد، مصدر سابق، ج2، ص 607.

[4] – أخرجه البخاري، في صحيحه، كتاب الجنائز،باب ما قيل في أولاد المشركين ،رقم 1385 ،مصدر سابق ،ص 225.

– أخرجه مسلم: في صحيحه، كتاب في القدر ،باب كل مولود يولد على الفطرة و حكم موت الأطفال الكفار و أطفال المسلمين ،رقم :2658 ،ص 919.

أما المالكية و الأحناف فلا يرون أن إسلام الحاضنة شرطا لممارسة الحضانة[2]، فيجوز أن تكون الحاضنة كتابية أو غير ذلك سواء كانت أما أو غيرها، و تبريرهم في ذلك كون الحاضنة لا تتعدى إرضاع الطفل و خدمته و ذلك يجوز للمسلمة و لغيرها، ومناطها الشفقة.

وأضاف الأحناف شرطا بالنسبة لغير المسلمة، وهو ألا تكون مرتدة لأن المرتدة عندهم تستحق الحبس حتى تتوب أو تعود إلى الإسلام أو تموت، في الحبس، فلا تتاح لها الفرصة لحضانة الطفل فإن تابت وعادت، عادلها حق الحضانة[3].

و المشرع الجزائري ساير المذهب المالكي[4] في اتجاهه القائل بأن الإسلام ليس شرطا لممارسة الحضانة، لكون هذه الأخيرة لا تتعدى حد الرضاع و خدمة المحضون و دليل ذلك ما ورد في المادة 62 من **ق.أ.ج** التي نصت على ما يلي:"الحضانة هي رعاية الولد و تعليمه و القيام بتربيته على دين أبيه و السهر على حمايته و حفظه صحة و خلقا"[5].

فعبارة "القيام بتربيته على دين أبيه" تعني بمفهوم المخالفة أن الزوج هو الذي يجب أن يكون مسلما يمكن أن يتزوج بامرأة غير مسلمة و أن هذه الأخيرة في حال وجود أبناء يجب عليها أن تربي الأبناء على دين أبيهم، و هو الإسلام، و لا يمكن تصور الأمر معكوسا[6].

وقد أكدت المحكمة العليا هذا الاتجاه في عدة قرارات منها القرار المؤرخ في 13 مارس 1989 و الذي جاء فيه ما يلي: "من المقرر شرعا و قانونا أن الأم أولى بحضانة ولدها و لو كانت كافرة، أ ولا إذا حيث على دينه و أن حضانة الذكر للبلوغ و حضانة الأنثى حتى سن الزواج، ومن ثم القضاء بخلاف هذا يعد خرقا للأحكام الشرعية و القانونية.

---

[1] – ابن القيم، زاد المعاد، المصدر نفسه، ج2، ص 607.

– مالك، المدونة، مصدر سابق ، ج2، ص 260.

[2] – الشربيني، مغني المحتاج، مصدر سابق، ج5، ص 196.

– الكساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، مصدر سابق، ج4، ص 42.

[3] – الكساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، المصدر السابق، ج4، ص 42.

[4] – مالك بن أنس، المدونة، المصدر السابق، ج2، ص 260.

[5] – القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 رمضان 1404 هـ الموافق لـ 9 يونيو 1984 و المتضمن قانون الأسرة الجزائري.

[6] – باديس ذيابي، صور و فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 135.

و لما كان قضاة الاستئناف في قضية الحال قضى التعديل الحكم المستأنف لديهم بخصوص حضانة الأولاد الثلاثة و من جديد اسنادها إلى الأب فإنهم بقضائهم كما فعلوا أصابوا بخصوص الولدين باعتبار أنهما أصبحا يافعين إلا أنهم أخطأوا بخصوص البنت، خارقين بذلك أحكام الشريعة الإسلامية و المادة 64 من **ق.أ.ج** ، ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار جزئيا فيما يخص حضانة البنت دون إحالة[1].

يتضح لنا المبدأ الذي استند إليه القرار أن الأم و لو كانت كافرة أولى بحضانة أولادها فهذا يؤيد الرأي الفقهي و القانوني بأن شرط الإسلام ليس ضروريا توفره في الحاضن بل مراعاة مصلحة المحضون أولى من النظر ما إذا كان الحاضن مسلما أو غيره.

- **الفرع الثاني: الشروط الخاصة بالنساء**

خص فقهاء الشريعة الإسلامية جانب النساء ببعض الشروط حتى تعطى لهن الحضانة و هي كآتي:

1- ألا تكون متزوجة بأجنبي عن الصغير أو بقريب غير محرم منه:

يشترط في مستحق الحضانة إذا كان من النساء أن لا تكون متزوجة بغير محرم من الصغير وقد أجمع أهل العلم على هذا الشرط، و في ذلك يقول ابن المنذر: " أجمع كل من يحفظ عنه من العلم على أنه لا حق للأم في الولد إذا تزوجت"[2] واستدلوا في ذلك بحديث رسول الله صلى الله عليه وسلم عما رواه عبد الله بن عمرو "أن امرأة قالت:" يا رسول الله إن ابني هذا كان بطني له وعاء، وحجري له حواء، و ثدي له سقاء، وزعم أبوه أنه ينزعه مني" فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "أنت أحق به مالم تنكحي"[3] وقد قيد المشرع الجزائري هذا الشرط بأن يكون الزواج بغير المحرم من الصغير، فإن المحرم يزيل ما قد يصيب الصغير من ضرر من تزوج أمه[4] فإن تزوجت الحاضنة بقريب محرم من الصغير

[1] – القرار رقم 52221، المؤرخ في 13 مارس 1989 غرفة الأحوال الشخصية و المواريث، مجلة المحكمة العليا، لسنة 1993. العدد1، ص 84.

[2] – القرطبي، تفسير القرطبي، مصدر سابق، ج3، ص 165.

[3] – الحديث سبق تخريجه أنظر الرسالة، ص 50.

[4] – عمر سليمان عبد الله الأشقر، الواضع في شرح قانون الأحوال الشخصية، مرجع سابق ص 348.

مثل عمه، فإن حضانتها لا تسقط لأن العم صاحب حق في الحضانة و قرابته للطفل كابن الأخ تجعله ذو شفقة عليه ورعاية له.

وإن تزوجت الحاضنة بأجنبي عن المحضون فقد لا يعطف عليه و لا يمكنها هي رعايته و السهر على حمايته و التكفل بشؤونه، و قد لا يجد المحضون الجو الملائم و لا الظروف المناسبة لحسن تربيته صحيا و أخلاقيا و اجتماعيا ،إذا نصت المادة 66 من **ق.أ.ج** ، على أنه "يسقط حق الحاضنة بالتزوج بغير قريب محرم مالم يضر بمصلحة المحضون".[1]

فالمبدأ العام سار وفق ما توصل إليه الفقهاء في كون زواج الحاضنة بغير قريب محرم للصغير يسقط عنها حق ممارسة الحضانة، لكن المشرع أورد في نفس المادة استثناء يتعلق بمصلحة المحضون، فإذا ما كانت مصلحتة مع أمه حتى و لو تزوجت بغير قريب محرم.[2] فإن الحضانة تظل من نصيب الحاضنة مراعاة لمصلحة المحضون، وعلى هذا المبدأ سارت عديد قرارات للمحكمة العليا، إذ جاء في أحدها :

" من المقرر قانون أنه لا يعتمد بالتنازل عن الحضانة إذا أضر بمصلحة المحضون و من ثم فإن القضاة لما قضوا بإسناد حضانة الولدين لأمهما رغم تنازل عنها مراعاة لمصلحة المحضونين، فإنهم طبقوا صحيح القانون و متى كان كذلك استوجب رفض الطعن"[3].

و أكد القرار في تأسيسه أنه و حيث أن المادة 66 من **ق.أ.ج** تقضي بأنه لا يعتد بالتنازل إذا أضر بمصلحة المحضون، و تأكيد لهذا المسار، صدر قرار آخر جاء فيه ما يلي:

" من المستقر عليه أن مسألة إسناد الحضانة يمكن التراجع فيها لأنها تحض حالة الأشخاص و مصلحتهم، و متى تبين –في قضية الحال– أن تنازل الأم عن الحضانة لا يحرمها نهائيا من إعادة إسناد الحضانة إليها إذا كانت مصلحة المحضون تتطلب ذلك طبقا الأحكام المادتين 66 و 67 من **ق.أ.ج**

فإن قضاة المجلس لما اعتمدوا في حكمهم فقط على تنازل الأم عن الحضانة عند الطلاق دون مراعاة مصلحة المحضون أخطأوا في تطبيق القانون، مما يستوجب نقض القرار المطعون فيه"[1].

---

[1] – القانون ر قم 84–11 المؤرخ في 09 رمضان 1404 هـ الموافق ل، 9 يونيو 1984 و المتضمن قانون الأسرة الجزائري.

[2] – باديس ذيابي، صور و آثار فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة، مرجع سابق، ص 136.

[3] – القرار رقم، 189234 المؤرخ في 1998/04/21، المجلة القضائية للمحكمة العليا، لسنة 2001، عدد خاص، ص 176.

و أكد القرار أن تنازل الحاضنة عن الحضانة لا يحرمها نهائيا من إعادة إسناد الحضانة لها إذا كانت مصلحة المحضون تتطلب ذلك، و هذا تطبيق لنص المادتين 66 و 67 من **ق.أ.ج** ، لأن مسألة إسناد الحضانة يمكن التراجع فيها لأنها تخص حالة الأشخاص، و بالتالي فإن القضاة حينما اعتمدوا فقط على تنازل الأم عن الحضانة دون مراعاة مصلحة المحضون قد جانبهم الصواب في تطبيق القانون[2].

غير أن إذا تبين أن المصلحة المحضون موجودة في حاضن آخر غير الأم و الأم تبين زواجها بغير قريب محرم سقطت منها الحضانة استناد لنص المادة 66 أعلاه و هذا ما سارت عليه قرارات المحكمة العليا إذا جاء في أحداها على أنه:

"حيث أن **ق.أ.ج** أعطى فعلا الترتيب الأول المشار إليه غير أنه نص بوضوح في المادة 66 منه على إسقاط حق الأم في الحضانة إذا تم زواجها بغير قريب محرم، و قد ثبت لقضاة الموضوع أن الأم التي تطالب بالحضانة قد تزوجت فعلا بغير قريب محرم و أن ذلك يسقط حقها في الحضانة، و لما قضى قضاة الموضوع بالصورة المبينة أعلاه فإنهم بذلك قد طبقوا القانون لا سيما المادة 66 من **ق.أ.ج** و أقاموا قضائهم على أساس صحيح من الواقع القانوني[3].

- **الفرع الثالث:الشروط الخاصة بالرجال**

زيادة على الشروط المشتركة المتمثلة في العقل، الأمانة و الاستقامة، فإن الفقهاء أضافوا للرجل الحاضن شروطا به، وهي:

1- **أن يكون الحاضن للأنثى ينبغي أن يكون محرما لها:** وقال الأحناف[4]و الحنابلة [1] أن سن المحضون لا ينبغي أن يتعدى سبع سنين تفاديا أو حذرا من الخلوة بها، الانتهاء المحرمية، أما في حال

---

[1] – القرار رقم 189234 المؤرخ في 1999/04/20، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، مجلة المحكمة العليا لسنة 2001، عدد خاص، ص 183.

[2] – باديس ذيابي: صور و آثار فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة، مرجع سابق، ص 137.

– لحسن بن شيخ آث ملويا: المرشد في قانون الأسرة، مرجع سابق، ص 228.

[3] – القرار رقم 341320 المؤرخ في 13 يوليو 2005 غرفة الأحوال الشخصية و المواريث، نشرة القضاة لسنة 2008، العدد 62، ص 338.

[4] – الكساني: بدائع في ترتيب الشرائع، مصدر سابق، ج4، ص 43.

عدم بلوغ الطفلة حد الشهوة، فلا مانع من حضانتها لأنه في حال البلوغ لا يكون لابن العم حضانة ابنة عمه البالغة، غير أن الحنفية أجاز حضانة ابن العم بنت عمه إذا لم يكن لها أحد.

2- اتحاد الدين بين الحاضن و المحضون: المبدأ في حضانة الرجال مبنى على الميراث إذا لا توارث بين المسلم و المسلمة، و ذلك إذا كان المحضون غير مسلم و كان ذو الرحم مسلما فليس له حق الحضانة، حضانته إلى ذوي رحمه من أهل دينه.

و إذا كان المحضون مسلما و ذو رحمه دون ذلك، فلا حضانة إليه، لأنه لا توارث بينهما[2].

❖ **المبحث الثاني: أثر النصوص المنظمة لمصلحة المحضون على الاجتهادات القضائية**

إن جل نصوص **ق.أ.ج**، التي تنظم مسألة الحضانة تنص على مراعاة مصلحة المحضون و يمكن تقسيم مصلحة المحضون إلى قسمين مصلحة معنوية و أخرى مادية و لكل منهما أثر على قرارات المحكمة العليا و هذا ما سنتطرق إليه في هذا المبحث على النحو الآتي

➢ **المطلب الأول :مصلحة المحضون المعنوية اتجاه مستحقي للحضانة**

- **الفرع الأول:مستحقي الحضانة فقها**

حسم الاجماع [3]على أن الأم أحق بحضانة ولدها بعد الطلاق أو الوفاة لكونها تعد عنصر إجماع، و لما رزقها الله سبحانه و تعالى من وافر الشفقة و الرحمة و العطف و الحنان بذلك الملاذ المحبذ للمحضون أراد مطلقها انتزاع ولدها منها: "أنت أحق به مالم تنكحي"[4].

---

[1] – المرداوي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، مصدر سابق، ج9، ص 416.

[2] – عبد الوهاب خلاف: أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، (على مذهب الإمام أبي حنفية، مرجع سابق، ص 209.

- أبو زهرة: الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص 48.

[3] – الكساني :بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، مصدر سابق ،ج4 ،ص 42.

- الدوسوقي ،الشرح الكبير للدرديري ،و حاشية الدسوقي ،مصدر سابق ،ج2،ص 528.

- الشيرازي :المهذب ،مصدر سابق ،ج3 ،ص 164.

- ابن قدامة ،الكافي في فقه الإمام أحمد ،مصدر سابق ،ج3 ،ص 245.

القرطبي، تفسير القرطبي، المصدر السابق، ج3، ص 164.

[4] – سبق تحريجه أنظر الرسالة ص331.

– وهبة الرخيلي: الفقه الإسلامي و أدلته، مرجع سابق، ج 10 ص 7289 و ما بعده

أما ترتيب أصحاب الحق في الحضانة بعد الأم في الفقه الإسلامي فهي من المسائل التي تباين فيها الفقهاء و هذا ما سنحاول توضيحه في الجدول الآتي:

الحنفية (1)	الملكية (2)	الشافعية (3)	الحنابلة (4)
الأم	الأم	الأم	الأم
الجدة الأم	الجدة لأم	الجدة	الجد لأم
الجدة لأب	الخالة	الجدة لأب	الجدة لأب
الأخوات	الجدة لأب و إن علت	الأخوات	الجد
الخالات	الأخت	الخالات	أمهات الجد
بنات الأخت	العمة	بنات الأخت	الأخت الشقيقة ثم لأم ثم الأب
بنات الأخ	بنت الأخ	بنت الأخ	الخالة الشقيقة ثم الأم ثم الأب
العمات	الوصي	العمات	العمات
العصبات بترتيب الإرث	الأفضل من العصبة	العصبات بترتيب الإرث	خالة الأب
ذو الأرحام إذا عدم العصبة			عمة الأب
			بنت الأخ
			بنت عم الأب
			باقي العصبة الأقرب فالأقرب

ملاحظة: إذا تعدد أصحاب الحق في الحضانة من درجة واحدة كان ذلك لأصلحهم على ذلك، فإن تساووا قدم أكبرهم سنا.

- **الفرع الثاني: أثر ترتيب الحاضنين قانونا على الاجتهادات القضائية**

سار المشرع الجزائري بشأن ترتيب أصحاب الحق في الحضانة وفق ما أجمع عليه المذاهب الأربعة للمادة 64 من **ق.أ.ج**، لكن ذلك قبل التعديل الوارد في الأمر 05-02 أما بعد التعديل فاتخذ المشرع مسارا آخر وهذا ما سنحاول توضيحه في هذا المطلب مبينين أثر ذلك على قرارات المحكمة العليا على النحو الآتي:

- **البند الأول: ترتيب الحاضنين قبل تعديل فبراير 2005**

إن مسألة ترتيب الحاضنين في **ق.أ.ج** قبل تعديل فبراير 2005 أعطى الأولوية للأم ثم أمها ثم الخالة .... الخ، إذ جاء في نص المادة 64 منه على أنه " الأم أولى بحضانة ولدها، ثم أمها، ثم الخالة، ثم الأب، ثم أم الأب، ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك، و على القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيادة"[1].

يتبين من هذه المادة أن حق الحضانة يثبت للنساء أصلا، لكونهن أقدر و أصبر من الرجال على تربية الطفل و العناية به، كما يتضح لنا بأن القانون الجزائري بعد أن أعطى حق الحضانة للأم، رتب المسحقين لها مبتدئا بجهة الأم ثم جهة الأب، ثم الأقربين الذين يتقدم فيهم رحم الأم ثم الأقربين الذين يتقدم فيهم رحم الأم على رحم الأب[2].

إن درجة الأم في أحقيتها لحضانة أولادها لا ينازعها فيها أحد و هذا ما أجمع عليه الفقهاء و نص عليه القانون الجزائري.

وقد دافع القضاء في الجزائر عن مكانة الأم في ممارسة حقها في الحضانة بل و اعتبر حتى تنازل الأم عن الحضانة لا يمكن الأخذ به رغم تنازلها الصريح مادام ذلك يؤثر سلبا على حال المحضون النفسية، و أن إسناد حضانته لشخص آخر يجعل من القرار مجانبا للصواب[3].

فقد جاء في قرار المحكمة العليا ما يلي:

"إن تأثير الحكم الذي أسند حضانة الولد للجدة دون مراعاة مصلحة المحضون و دون مناقشة الدفوع التي أثارها الطاعن حول الحالة النفسية للولد و التقرير الذي أعدته المساعدة الاجتماعية يعتبر قصورًا في التسبيب"[4].

وجاء في القرار أن الأم تنازلت عن حضانة ابنها و تم لها الإشهاد بذلك بموجب حكم صادر عن محكمة وهران، مما جعل هذه الأخيرة تسند الحضانة لصاحبة المرتبة الثانية، الجدة الأم.

---

[1] – القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 رمضان 1404هـ الموافق لـ 9 يونيو، سنة 1984.

[2] – بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ج ، ص 380.

[3] – باديس ذيابي، صور و آثار فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة مرجع سابق، ص 141.

[4] – القرار رقم 332324 المؤرخ في 1998/04/21، الاجتهاد القضائي لغرفة الشخصية و المواريث، نشرة القضاة، العدد59، ص 236.

فكان جواب قضاة المحكمة العليا أن عدم مناقشة الدفوع المثارة من طرف الطاعن حول الحالة النفسية للولد و الوثائق المقدمة من الطاعن حول وضعية الولد و المحيط غير اللائق الذي يعيش فيه، كما أشارت المساعدة الاجتماعية، و عدم مراعاة مصلحة المحضون يعد قصورا في التسبيب، مما جعل القرار مطعون فيه بالنقض[1].

و في قرار أكثر دقة و وضوح يؤكد أهمية الأم في إعطائها أحقية حضانة أولادها و إسنادها لها حتى و إن تنازلت عنها جاء فيه ما يلي: " من المقرر قانونا أنه لا يعتد بالتنازل عن الحضانة إذا أضر بمصلحة المحضون و من ثم فإن القضاة لما قضوا بإسناد حضانة الولدين لأمهما رغم تنازلها عنها مراعاة لمصلحة المحضونين، فإنهم طبقوا صحيح القانون[2].

بل إن تنازل الأم عن الحضانة و تراجعها عن ذلك لا يحرمها نهائيا من إعادة إسناد الحضانة إليها إذا كانت مصلحة المحضون تتطلب ذلك[3] ،كما جاء في قرار آخر للمحكمة العليا تبني ما يلي: .

"من المستقر عليه أن مسألة إسناد الحضانة يمكن التراجع فيها لأنها تخص حالة الأشخاص و مصلحتهم".

و متى تبين –في قضية الحال– أن تنازل الأم عن الحضانة لا يحرمها نهائيا من إعادة إسناد الحضانة إليها إذا كانت مصلحة المحضون تتطلب ذلك طبقا لأحكام المادتين 66 و 67 من **ق.أ.ج.**

و أن قضاة المجلس لما اعتمدوا في حكمهم فقط على تنازل الأم عن الحضانة عند الطلاق دون مراعاة مصلحة المحضون أخطأوا في تطبيق القانون مما يستوجب نقص القرار المطعون فيه"[4].

وفي تكريسه للمبدأ أكد القرار أن تنازل الحاضنة عن الحضانة لا يحرمها نهائيا من إعادة إسناد الحضانة، كون هذه الأخيرة تخص حالة الأشخاص، و أن مصلحة المحضون تبقى المعيار الأسمى في تحديد أحقية الجهة المسند إليها الحضانة[1].

---

[1] – جمال سايسي، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية المرجع السابق، ج3،ص1093 ومابعدها.

[2] – القرار رقم 189234 المؤرخ في 1998/04/21، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية و المواريث، المجلة القضائية لسنة 2001، عدد خاص، ص 175.

[3] – باديس ذبابي، صور و آثار فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة، مرجع سابق، ص 142.

[4] – القرار رقم 220470 المؤرخ في 199/04/20، الاجتهاد القضائي، غرفة الأحوال الشخصية و المواريث، المجلة القضائية لسنة 2001، عدد خاص، ص 181.

والواضح أن هذا الاجتهاد، عاكس ما كان قبلة ويمكن القول بأن تنازل الأم عن الحضانة لا يقبل استرجاعها، كما جاء في قرار المحكمة العليا، على أنه :"من المقرر فقها و قانونا أن المتنازلة عن الحضانة باختيارها لا تعود إليها و لا يقبل منها طلب استرجاع الأولاد لها".

و من ثم فإن القضاء بهذا المبدأ يعد مخالفا للقواعد الفقهية و القانونية.

ولما كان من الثابت –في قضية الحال– أن الطاعنة تنازلت عن حضانتها باختيارها دون المستأنف لديهم، و من جديد القضاء برجوع المطعون ضدها أم الأولاد عن تنازلها عن حقها في الحضانة، و بإسناد من كان منهم في حضانة النساء إليها، فإنهم بقضائهم كما فعلوا خالفوا الفقه و القانون و متى كان ذلك استوجب نقص القرار المطعون فيه دون إحالة" [2].

فمن القرار يتبين لنا أن الطاعنة تنازلت عن حضانتها باختيارها و أنها لم يرغمها أحد على ذلك، و أنه من المنصوص عليه فقها و قانونا و المعمول به قضاء أن المتنازلة عن الحضانة باختيارها لا تعود لها و لا يقبل منها طلبها و إعاد إليها الحضانة فإنه خالف ما ذكر و عرض بذلك قراره للنقض دون إحالة و من دون حاجة للإجابة عن الوجه الباقي.

و كخلاصة القول أن قرارات المحكمة العليا متذبذبة ،فتارة تحكم للأم بالحضانة رغم تنازلها عنها صراحة ،و تارة أخرى تعتبر تنازل الأم عن الحضانة سببا مقنعا لعدم أحقيتها في استرجاع محضونيها.

- **البند الثاني: ترتيب الحاضنتين بعد تعديل فبراير 2005**

أحدث المشرع الجزائري انقلابا في المادة 64 بمناسبة التعديل الوارد بموجب الأمر رقم 02/05 المؤرخ في 27 فبراير 2005 إذ نص على ما يلي: "الأم أولى بحضانة ولدها ثم الأب ثم الجدة الأم ثم الجدة لأب ثم الخالة، ثم العمة، ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك و على القاضي عندما يحكم بإنشاء الحضانة أن يحكم بحق الزيارة[3].

---

[1] – باديس ذيابي، صور و آثار فك الرابطة الزوجية في انون الأسرة، مرجع سابق، ص 143

[2] – القرار رقم 53340 المؤرخ في 1989/03/27، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية و المواريث، المجلة القضائية لسنة 1990، العدد 3، ص 85.

[3]– الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير سنة 2005، المعدل و المتمم الأم رقم 84-11 المؤرخ في 09 رمضان 1404 الموافق لـ 9 يونيو سنة 1984 و المتضمن قانون الأسرة الجزائري.

فالتعديل جاء مخالفا لما سبق تبيانه في السابق و جاء معاكسا لما أدلى به فقهاء الشريعة الإسلامية، و يظل البحث عن السبب في تعديل هذه المادة متواصلا طالما أن الأعمال التحضيرية لهذا التعديل لم تصل إلى القانونين و المتتبعين في هذا المجال[1].

كما يمكن القول أن التعديل الجديد كان أقرب إلى طبيعة المعيشة في المجتمع الجزائري، لأن السواد الأعظم من الأزواج يقيمون في الغالب مع الأبوين من جانب الزواج، و بصورة أقل يقيمون مع أبوي الزوجة.

و لهذا لابد عند إسناد الحضانة ينبغي مراعاة هذه المسائل المستمدة من الواقع، فالطفل دائما بعد الأبوين (الأم–الأب) تجده وثيق الصلة بجداته من الجهتين و بالتالي فإن إسناد الحضانة من بعد الأم في حالة تعذرها أو إسقاطها عنها إلى الجدات هو أمر منطقي تماما[2].

و يذكر بعض المسؤولين في وزارة العدل في الجزائر أن إحصائيات أجريت أكدت أهمية النزاع بين الأم و الأب و ذويهما فيما يتعلق بأحقية الحضانة كما أن الأب يعتبر حقه مهضوما على اعتبار أن دوره في ممارسة الحضانة يأتي بعد انقضاء جهة الأم بأكملها.

فتعديل 2005/02/27 و إن خرج عن المذهب المالكي، و بقية المذاهب في مسألة ترتيب الحاضنين، فإنه حاول أن يساوي بين جهة الأم و الأب و إن أبقى الأولوية لجهة الأم على جهة الأب، إلا أنه أقر بمبدأ التداول و في اعتقاد بعض شراح القانون أنه حسنا ما توجه له[3]. و جانب الصواب بإسناد حضانة المحضون إلى الأب الذي سيدفع به حتما إلى زوجته للقيام بشؤونه، متقدما بذلك على أم الأم و الخالة، و هن بدون أدنى شك أحن على الصغير من زوجة أبيه، إلا أن هذه المخاوف يمكن للقاضي أن يحد منها بل يقضي عليها متى رأى أن مصلحة المحضون لا تتحقق مع أبيه لأن القاضي ملزم بإسناد الحضانة لمن يراه أجدر بالقيام بأعبائهما حماية لمصلحة المحضون.[4]

1 – باديس ذيابي، صور و آثار فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة، مرجع سابق، ص 149.

2 – بن الشويخ الرشيد: شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، مرجع سابق، ص 256.

3 – باديس ذيابي: صور و آثار فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة، مرجع سابق، ص 149.

4 – شامي أحمد، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة، مرجع سابق،ص446.

كما أن المشرع لم يجعل ترتيب مستحقي الحضانة وجوبيا على القاضي يتقيد و لا يملك الحياد عنه بل جعله موجها له فحسب، فمتى رأى أن مصلحة المحضون تقتضي تجاوز الأب إلى أم الأم أو الخالة قضي بذلك استجابة لنص المادة 64 من نفس القانون، الذي يلزمه بمراعاة مصلحة المحضون دائما[1]، و هو ما ذهب إليه قضاء المحكمة العليا في أحد قراراتها و الذي جاء فيه : "من المقرر قانونا و شرعا بأن الحضانة يراعي في إسنادها توفر مصلحة المحضون و هذه يقدرها قضاة الموضوع"[2]

فجعل الأب في الدرجة الثانية بعد الأم بعد التعديل الجديد و تفضيله على غيره لا يمثل خروجا على أحكام الشريعة الإسلامية، و ذلك بما للأب من دور في تربية المحضون، و هو ما أدركته المحكمة العليا في احد قراراتها بقولها، من المستقر عليه قضاء أن الحضانة تمنح حسب مصلحة المحضون، و لما كان ثابتا في قضية الحال أن الحضانة أسندت إلى الأب مراعاة لمصلحة المحضون و اعتمادا على تقرير المرشدة الاجتماعية، التي تؤكد ذلك، فإن قضاة الموضوع إعمالا لسلطتهم التقديرية فقد طبقوا صحيح القانون"[3].

و هو ما جاء في قرارها بتاريخ 2011/02/10 حين قضت "تراعي مصلحة المحضون، عند إسناد الحضانة، و ليس الترتيب الوارد في المادة 64 من **ق.أ.ج** ، يخضع مصلحة المحضون، للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع.[4]

و في الأخير يمكن القول بأن التغيير الذي اعتمده المشرع الجزائري في ترتيب مستحقي الحضانة لا يثير صعوبة كبيرة طالما أن مصلحة المحضون[5] هي التي توجه القاضي و تحتم عليه اختيار الخاص

---

[1] – آث ملويا، المرشد في قانون الأسرة، مرجع سابق، ص 205.

[2] – القرار رقم 71-751 المؤرخ في 1991/06/18 غرفة الأحوال الشخصية و المواريث، غير منشور، نقلا عن بلحاج العربي، قانون الأسرة مع تعديلات الأمر 05-02، المرجع السابق، ص 354.

[3] – القرار رقم 153640 المؤرخ في 1997/02/18، غرفة الأحوال الشخصية و المواريث، المجلة القضائية لسنة 1997، العد 01، ص 39.

[4] – القرار رقم 613469، المؤرخ في 2011/03/10 غرفة الأحوال الشخصية و المواريث مجلة المحكمة العليا، لسنة 2012، العد 01، ص 285 و ما بعدها.

[5] – و في هذا السياق جاء قرار للمحكمة العليا ينص على أنه "حيث أن نص المادة 64 من قانون الأسرة و إن ذكر ترتيب الحاضنين إلا أنه لم يجعل حصرا يقتضي الإتباع في كل الحالات بل جعل ذلك مرهونا بمصلحة المحضون التي يجب مراعاتها في المقام الأول....

الأكثر تحقيقا لهذه المصلحة. فللقاضي الخروج على هذا الترتيب كلما دعت لذلك مصلحة المحضون.[1]

➢ المطلب الثاني: مصلحة المحضون المعنوية في حق الزيارة، مكانها و مدتها و أثرها على الاجتهادات القضائية

يعتبر حق الزيارة من الأمور التي تكتسي أهمية بالغة لأنها تساهم في تكوين شخصية الطفل المشمول بالحضانة و تجعله مرتبطا بأبويه، إلا أن حق الزيارة كثيرا ما يسيء الأبوين استخدامه بسبب ما حدث بينهما من طلاق و خلاف حاد و كثيرا ما يذهب الأطفال المشمولون بالحضانة ضحية هذه الخلافات.[2]

و المادة 64 من **ق.أ.ج**، أكدت حق الزيارة عندما نصت على أنه:"... و على القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة.."[3]، فأسلوب المادة جاء على سبيل الوجوب بلفظ (و على القاضي) بمعنى أنه يجب على القاضي.

و يمكن استنتاج بعض الدلالات من خلال الجملة الأخيرة من المادة أهمها:

أ- أن المشرع حينما رتب الحاضنين، خول لغيرهم حق الزيارة، و أن هذه الأخيرة جاءت على سبيل الوجوب و ليس الجواز أو الاختيار.

ب- الجملة الأخيرة أمرت القاضي بإعطاء حق الزيارة لو غفل عنها المعني بالأمر، و أن الحكم يكون معيبا، إذا نطق بإسناد الحضانة دون النص على حق الزيارة، و منطلق ذلك ليس لمصلحة الغير بقدر ما هو مكرس لمصلحة المحضون الذي لا ينبغي أن ينقطع عنه أهله نهائيا.[1]

- القرار رقم 743 المؤرخ في 11 أكتوبر 2006 قرار غير منشور، نقلا عن آث ملويا: المرشد في قانون الأسرة مدعما باجتهاد المجلس الأعلى و المحكمة العليا، ص 214.

[1] - شامي أحمد، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة، مرجع سابق، ص447.

[2] - بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، مرجع سابق، ص 258

- عبير ربحي شاكرالقدومي، التعسف في استعمال الحق، مرجع سابق، ص 174.

[3] - الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 05 فبراير 2005 المعدل و المتمم للأمر 11/84 المؤرخ في 9 يونيو 1984 و المتضمن قانون الأسرة الجزائري.

ج – كان على المشرع عندما ألزم القاضي أن يحكم بحق الزيارة أن يحدد معنى الزيارة، و الحالات التي يمكن للقاضي أن يقضي فيها بسقوط حق الزيارة بناء على طلب الحاضن.[2]

د – حق الزيارة المنوه عنه في المادة لم يكن حصريا على الأب و الأم ممن لم تسند إليهم الحضانة بل يتعدى الأمر إلى كل من له مصلحة مراعاة لمصلحة المحضون، فقد تقرر للجد أو العم أو الخال أو أي شخص آخر يهمه أن يظل المحضون على صلة به.[3]

فإعطاء حق الزيارة لجد المحضون يعد تطبيقا صحيحا للقانون كما أكدت على ذلك المحكمة العليا في إحدى قراراتها الذي جاء فيه ما يلي: "من المقرر شرعا أنه كما يجب النفقة على الجد لإبن الابن، يكون له حق الزيارة أيضا و من ثم فإن قضاة الموضوع لما قضوا بحق الزيارة للجد الذي يعتبر أصلا للولد و هو بمنزلة والده المتوفى، كما تجب عليه النفقة، يكون له حق الزيارة طبقا لأحكام المادة 77 من **ق.أ.ج**، فإن القضاة بقضائهم كما فعلوا طبقوا صحيح القانون، و متى كان كذلك استوجب رفض الطعن[4].

فالمحكمة العليا من خلال هذا القرار و إن عللت أحقية الجد لأب في زيارة بالنفقة إلا أنها توصلت في الأخير أن الجد أصل و ما يحق للفرع يحق للأصل و أن المادة 64 حينما أعطت حق الزيارة لم تحصر ذلك في أب المحضون أو أمه فحسب، بل تركت اللفظ و من يحق له شرعا الزيارة كان له ذلك.[5]

- **الفرع الأول: مكان الزيارة**

يكون مكان الزيارة ذلك المكان الذي يتمتع فيه المحضون برعاية زائره و لو تطلب الأمر ساعات معدودات، و لذلك لا يمكن أن يكون مكان الزيارة يسبب حرجا للزائر لمسكن المطلقة مثلا لأنها أصبحت أجنبية عنه و هذا ما أكده قضاة المحكمة العليا في قرار ثان جاء فيه ما يلي: " من المقرر

---

[1] – باديس ذيابي، صور و آثار فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة، مرجع سابق، ص 159.

[2] – عبد العزيز سعد، الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 297.

[3] – باديس ذيابي، صور و آثار فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة، مرجع سابق، ص 159.

[4] – قرار المحكمة العليا، رقم 189181 المؤرخ في 1998/04/21 الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، العدد الخاص، لسنة 2001، ص 192.

[5] – باديس ذيابي، صور و آثار فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة، مرجع سابق، ص 160.

شرعا أنه لا يصح تحديد ممارسة حق الزيارة للزوج في بيت الزوجة المطلقة و متى في قضية الحال أن قضاة الموضوع قد حددوا مكان حق الزيارة للطاعن ببيت المطعون ضدها، فإنهم بقضائهم كما فعلوا خالفوا الشرع و القانون لأن المطعون ضدها بعد طلاقها أصبحت أجنبية عن الطاعن، و أن الهدف من حق الزيارة لا يتحقق في قضية الحال إلا عندما تتمتع البنت برعاية والدها و لو ساعات محدودة و متى كان كذلك استوجب نقض القرار.[1]

كما أن حق الزيارة غير مرتبط بسن معين حتى و لو كان الطفل رضيعا فمن أسندت له الحضانة فالطرف الآخر حق الزيارة مهما كان عمر المحضون و هذا ما كرسته المحكمة العليا في قرارها إذ جاء فيه "فيما يخص النعي عن حق الزيارة و تاريخ استحقاق النفقة، فإنه و بالفعل و بالإطلاع على القرار المطعون فيه المتبني للحكم المستأنف، يتبين بأنه قضى بنفقة المحضون... فضلا عن تحديدهم لحق الزيارة عند بلوغ المحضون سن 4 سنوات رغم أن الشخص لا يقيد إلا بما قيده القانون، و زيارة الأب حق لابنه بمجرد إسناد الحضانة لغيره، و ليست مقيدة أو مرتبطة بمدة معينة..."[2]

- **الفرع الثاني :مدة الزيارة**

لم يحدد القانون المدة التي يستغرقها المستفيد من حق زيارة المحضون، لأن المسألة رضائية و قد يتفق الأطراف على تحيدها زمنا و مكانا ،و المشرع الجزائري لم يخص في مسألة الزيارة من حيث مدتها و عددها فهل تكون يوميا، أسبوعيا أم شهريا؟

وما استقر عليه القضاء في الجزائر أن حق الزيارة يكون في العطل و الأعياد و المناسبات الدينية و الوطنية[3] و مسألة العطل تحديدا يقصد بها الأسبوعية و الموسمية و بذلك جرى القضاء على أن الزائر للمحضون له لحق مرة كل أسبوع أي خلال العطلة الأسبوعية و أن أكثر من ذلك غير معمول به و غير متبني من طرف القضاء.[4]

---

[1] – القرار المحكمة العليا رقم 214290 المؤرخ في 1998/12/15، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية و المواريث، المجلة القضائية عدد خاص لسنة 2001، ص 194.

[2] – القرار رقم 350942 المؤرخ في 04 يناير 2006 قرار المحكمة العليا الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية و المواريث، المجلة القضائية لسنة 2006 عدد 01 ص 459-460.

[3] – باديس ذيابي، صور و آثار فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة، مرجع سابق، ص 160

[4] – مرجع سابق، ص 161.

فقرار المحكمة العليا اعتبر القرار المطعون فيه القاضي بترتيب حق زيارة الأب مرتين كل شهر يكون قد خرق القانون، فقد جاء فيه ما يلي: "متى أوجبت أحكام المادة 64 من **ق.أ.ج** على أن القاضي حينما يقضي بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة، فإنه من الواجب أن يكون ترتيب هذا الحق ترتيبا مرنا وفقا لما تقتضيه حالة الصغار فمن حق الأب أن يرى أبناءه على الأقل مرة في الأسبوع لتعهدهم بما يحتاجون إليه و التعاطف معهم ،ومن ثم فإن القرار المطعون فيه القاضي بترتيب زيارة الأب مرتين كل شهر قد خرق القانون، و متى كان ذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه"[1].

فبالرغم من أن القانون أعطى لكل طرف حق الزيارة في العطل و الأعياد إلاّ أنه كان على المشرع أن يوسع من مفهوم الزيارة لتشمل الزيارة لوقت قصير و تشمل أيضا حق استضافة الأبناء خلال العطل الفصلية و السنوية إذ من خلالها يتعود الطفل العيش مع الأبوين بصورة تجعله لا يفرق بينهما.

فكثيرا ما ترفض الأم هذا الطلب بسبب أن الحكم القضائي لم ينص عليه و يرجى لو أن المشرع يأخذ في الحسبان هذه المسألة لأنها من الأهمية بمكان حق لا يضار الأبوين و الصغار معا ماديا و معنويا، ليصبح النص في المادة 64 يشمل عبارة حق الزيارة و حق الإستضافة معا لرفع اللبس عن الموضوع بشكل نهائي و صريح.[2]

و إشكالية الاستضافة طرحت أمام المحكمة العليا إذ جاء في إحدى قراراتها " عن الوجه الثالث المأخوذ من إغفال الفصل في الطلب بدعوى أن الطاعن تعقيبا على مذكرة جواب المطعون ضدها المقدم في جلسة 21-02-2010 طالب بتمكينه من أخذ الإبن المشترك أيام عطلة الجمعة و السبت مع العطل المدرسية، و أن المجلس لم يتطرق إلى دراسة هذا الطلب و لم يناقشه، مما يشكل إغفالا عن الفصل في الطلب و يعرض القرار للنقض.

لكن حيث أنه خلاف لما ورد في الوجه، فإنه بالرجوع إلى الحكم المستأنف المؤيد بالقرار المطعون فيه بالنقض،يتبين بأن المحكمة استجابة لطلب الطاعن في الزيارة، و قضت له بحق الزيارة كل يوم جمعة من الساعة التاسعة صباحا إلى السادسة مساءا، و هي بذلك قد فصلت في الطلب لما يتوافق

[1] – القرار رقم 59784 المؤرخ في 190/04/16 قرار المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية و المواريث، المجلة القضائية لسنة 1991 العدد 04، ص 126.

[2] – بن شويخ رشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل ، مرجع سابق، ص 259

و مصلحة الابن محل الزيارة، و أن قضاة الموضوع غير ملزمين بتتبع أقوال الطاعن و حججه و طلباته، و الرد استقلالا على كل قول أو جزئية من الطلب، أثارها، مادام أنهم سببوا ما قضوا به التسبب الكافي، و في ذلك الرد الضمني على الطلب المثار، مما يجعل هذا الوجه غير سديد ..."[1]

فالمحكمة العليا في قرارها لم تؤيد طلب الطاعن في استضافة ابنه في العطل المدرسية بل أدت له حق الزيارة دون الاستضافة لذلك نجد أن العيب يكمن في صياغة المادة 64 في فقرتها الأخيرة التي لم تقرأ هذا المطلب و حبذا لو تعاد صياغة المادة على النحو التالي "... و على القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة و كذا حق الاستضافة مراعاة لمصلحة المحضون".

➢ المطلب الثالث: أثر النصوص المنظمة لمصلحة المحضون المادية على الاجتهادات القضائية

إن إسهام العنصر المادي في حضانة الطفل أمر واضح لأن العناية بكل طفل تتطلب حتما تغطية حاجاته الضرورية و هي تكاليف لابد منها[2].

وهذا، من أهم النقاط التي تثار في هذا الموضوع تتلخص في التساؤلات الآتية فيما تكمن المصلحة المادية للمحضون في الفقه الإسلامي؟ ما مدى تنظيم المشرع الجزائري لهذه المصلحة؟ ما أثر النصوص الشرعية و القانونية على التطبيقات القضائية.

بتتبع النصوص الشرعية و القانونية المنظمة لموضوع الحضانة يتبين لنا أن مصلحة المحضون المادية تتمثل في نفقته، وفي أجرة الحضانة، و أخيرا في أجرة الرضاع أثناء الحضانة.

وانطلاقا مما ذكر، و توضيحا لمصلحة المحضون المادية إرتاينا أن ندرس كل نقطة من النقاط المشار إليها.

---

[1] – الملف رقم، 1304 – 12 المؤرخ في 11 أكتوبر 2012، قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية و المواريث (قرار غير منشور) نقلا عن لحسن بن شيخ آث ملويا، المرشد في قانون الأسرة مدعما باجتهاد المجلس الأعلى و لمحكمة العليا، مرجع سابق، ص 219-220.

[2] – حميدو زكية، مصلحة المحضون في القوانين المغربية للأسرة ،(دراسة مقارنة) ،رسالة لنيل شهادة دكتوراه في القانون الخاص ،تحت إشراف جيلالي تمور ،جامعة أبو بكر بلقايد ،تلمسان ،كلية الحقوق ،نوقشت سنة 2004 – 2005 ،ص 118.، مرجع سابق، ص 118.

- **الفرع الأول: نفقة المحضون**

إن من الحقوق التي يقررها الشرع و القانون للطفل و المحضون على وجه الخصوص حقه في الإنفاق عليه ما دام لم يبلغ سن الرشد أو غير قادر على الكسب لصغر أو لعجز أو لسبب التعليم[1].

و الأب ملزما بالنفقة على ولده في إطار عمود النسب، هذا ما ذهب إليه الأئمة الأربعة[2] ذلك رغم أن الأصل هو أن نفقة الولد و سكناه تكون من ماله، إن كان له مال فإن لم يكن له مال ألزم الأب بأن ينفق على ولده.

و قد سار المشرع الجزائري على نفس المنهج في المادة 75 من **ق.أ.ج** التي تنص على: " تجب نفقة الولد على الأب مالم يكن له مال، فبالنسبة للذكور إلى سند الرشد و الإناث إلى الدخول و تستمر في حالة ما إذا كان الولد عاجزا لآفة عقولية أو بدنية أو مزاولا للدراسة، و تسقط بالاستغناء عنها بالكسب"[3].

فعلى القاضي أن يحكم بالنفقة للمحضون إذ لم يبلغ من الرشد أو غير قادر على الكسب لصغر أو لعجز أو لسبب التعلم مراعاة لمصلحته و تحقيقا لأمنه المادي[4] و هذا ما قضت به المحكمة العليا في قرارها الصادر في 1998/02/19 بقولها: " من المقرر قانونا أنه يلزم الأب بالانفاق على الولد الذي ليس له كسب و متى ثبت في قضية الحال أن الولد المنفق عليه معوق و يتقاضى منحه شهرية فإن القضاة بقضائهم بحقه في النفقة لأن المنحة التي يتقاضاها مجرد إعانة لا تكفي حاجياته طبقوا صحيح القانون و متى كان كذلك استوجب لرفض الطعن"[5]

---

[1] – الكساني: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، المصدر السابق، ج4، ص 34.

[2] – مالك، المدونة، المصدر السابق، ج 2، ص 263.

– الشافعي اللباب في الفقه الشافعي، تحقيق عبد الكريم بن العمري، دار البخاري، المدينة المنورة المملكة العربية السعودية، ط1، 1416هـ، ج1، ص 345.

– ابن قدامة، المغني، المصدر السابق، ج8، ص 211.

[3] – القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 رمضان 1404هـ الموافق لـ 9 يونيو 1984 و المتضمن قانون الأسرة الجزائري.

[4] – سناء عماري، التطبيقات القضائية للحضانة و إشكالاتها في قانون الأسرة الجزائري تحت إشراف فاروق خلف، مذكرة ماجيستير في القانون الخاص تخصص أحوال شخصية، جامعة الشهيد حمه لخضر، الوادي كلية الحقوق و العلوم السياسية نوقشت سنة 2014-2015، ص 193.

[5] – القرار رقم 179126، المؤرخ في 17-02-1998 اجتهاد المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية و المواريث، المجلة القضائية لسنة 2001، عدد خاص، ص 198.

و في قرار آخر أكدت المحكمة العليا على أنه "من المقرر قانونا أن الأنثى تستحق النفقة حتى يتم الدخول بها إلى بيتها الزوجي أو حصولها على كسب، و متى تبين في قضية الحال أن القضاة لما قضوا بحرمان البنتين من النفقة دون توضيح السبب المعتمد عليه في حكمهم مع أن نفقة البنت تبقى على عاتق والدها إلى أن تنتقل إلى بيت الزوجية أو حصولها على كسب و عليه فإن القضاة بقضائهم كما فعلوا خالفوا أحكام المادة 75 من **ق.أ.ج** و متى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه جزئيا فيما يخص النفقة"[1] فمن القراريين السابقين يتبين لنا أن المحكمة العليا وافقت الفقه و القانون في أن نفقة المحضون تلزم الأب ،ويبقى حكم النفقة سواء إذا كانت الزوجية قائمة أو في إطار الحضانة و ينتقل واجب النفقة من الأب إلى الأم في حالتين:

أولا :إذا كان الأب عاجزا و الأم قادرة على النفقة.

و يرى بعض الفقهاء القانونين أن إعسار الأب ترجمت في القانون بكلمة "عجز" و المقصود بها عدم القدرة التامة عن الاسترزاق لا لكونه فقير أو معسر أو لتقاعس[2].

ثانيا:يجب أن يقوم بالدليل عجز الأب و قدرة الأم على الإنفاق و على ذلك سار القضاء في الجزائر إذا أكد قضاة المحكمة العليا في قرار لهم ما يلي: " من المقرر شرعا أن يسار الزوجة لا يسقط حقها و حق أولادها في النفقة دون مبرر شرعي و إنما قضاة الموضوع بقائهم بإلغاء النفقة للمقضي بها في الحكم المستأنف بحجة يسار الزوجة – الطاعنة –رغم إثبات عسر المطعون ضده أخطأوا في تطبيق القانون[3]

و في معرض تأسيسه أكد القرار أن يسار الزوجة لا يسقط حقها و حق البنتين في النفقة دون مبرر شرعي سواء بالنسبة لنفقة الزوجية الواجبة لها، أو بالنسبة لنفقة العدة الواجبة على مطلقها شرعا أو بالنسبة لنفقة البنتين الفقيرتين، و أن الحكم المستأنف لم يذكر المطعون فيه لم يلاحظ أحكام المواد

[1] – القرار رقم 218736، المؤرخ في 1999/02/16 اجتهاد المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية و المواريث، المجلة القضائية لسنة 2001 عدد خاص، ص 206.

[2] – باديس ذيابي، صور و آثار فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة، مرجع سابق، ص 154.

[3]– القرار رقم 237148 المؤرخ في 2000/02/22 ،قرار المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية و المواريث المجلة القضائية لسنة 2001،عدد 01 ،ص 284.

73، 61، 72، 75، 78 من **ق.أ.ج** التي ينطبق حكمها على النفقات المقضي بها بالحكم المستأنف، فإنه يكون قد خالف القانون و أخطأ في تطبيقه[1].

" وفي حالة عجز الأب تجب نفقة الأولاد على الأم إذا كانت قادرة على ذلك[2]" و هذا ما نصت عليه المادة 76 من **ق.أ.ج** و مفهوم العجز عند الأب لا يقتصر على الاعسار فقط، بل يشمل أيضا حالة إصابته بعاهة أو مرض يمنعه من الكسب، أو أن يفقد عمله و يثبت بأنه بحث عن عمل لكن دون جدوى و إذا كانت الأم عاملة و الأب عاجز فإن النفقة تجب عليها لصالح الأولاد،[3]و "إن كانت الأم عاجزة أيضا، فإن واجب الإنفاق ينتقل إلى أقارب الأولاد و الآخرين[4].

و في المذهب المالكي الأم لا تجبر على نفقة ولدها إن كان الأب معسرا و الأم موسرة،[5] على عكس القانون الجزائري الذي يلزم الأم بالنفقة على أولادها باستعمال المشرع لصيغة "تجب نفقة الأولاد على الأم إذا كانت قادرة على ذلك" في المادة 76 من القانون السابق الذكر و لا تنتقل النفقة إلى الجد إلا إذا كانت الأم بدون مدخول و هذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها المؤرخ في 09 مايو 2007 إذا جاء فيه: "لا تنتقل إلى الجد نفقة الأم على الأولاد طالما كان لها دخل"[6].

- **الفرع الثاني: أجرة الحضانة**

إن المقصود بالحضانة خدمة الطفل و القيام بشؤونه فهي عمل مشروع يمكن الاعتياض عنه بالمال و هذا العمل الذي تقوم به الحاضنة من رعاية و حفظ و صيانة للمحضون خلال فترة الحضانة تستحق به أجرا يسمى أجرة الحاضنة و هي تختلف عن نفقة المحضون فهذه الأخيرة تسدد لتغطية حاجيات المحضون أما الأجرة فهي تقدم للحاضنة عوضا لخدمتها إذا طالبت بها[7].

---

[1] – جمال السايسي، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ج2، ص 985.

[2] – القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 رمضان 1404هـ الموافق لـ 9 يونيو 1984 و المتضمن قانون الأسرة الجزائري.

[3]– لحسين بن شيخ آث ملويا: المرشد في قانون الأسرة، المرجع السابق، ص 276.

[4] – المرجع نفسه ص 276.

[5] – مالك بن أنس، المدونة، مصدر سابق، ج 262

[6] – القرار رقم 390381 المؤرخ في 09-05-2007 مجلة المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية و المواريث مجلة سنة 2008العدد2،ص 295.

[7] – محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، مرجع سابق، ص 767.

و اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية في القول بأجرة الحاضنة من عدمها.

فقال فقهاء الحنفية[1] بوجوب أجرة للحاضنة، تستحق النفقة من أب الطفل، ذلك أن الأجرة، حسب الأحناف ليست عوضا خالصا، بل هي كأجرة الرضاع للأم مؤونة و نفقة و بما أن النفقة ثابتة لها بمناسبة الزوجية أو لوجود في العدة فإنها لا تأخذ نفقتين من شخص واحد و إن تعدد السبب و ما عدا هؤلاء فإن باقي الحاضنات يأخذن أجرة الحضانة.

أما المالكية[2] فقالوا بأنه ليس للحاضنة أجرة على حضانتها سواء كانت موسرة أو معسرة، فإن كانت فقيرة و لولدها المحضون مال، أنفق عليها منه لكونها فقيرة و ليس لكونها تمارس حضانته و للمحضون على أبيه النفقة التي تشمل الكسوة و الغذاء و الغطاء، و الحاضنة تقبض النفقة من الوالد و تنفقها على الولد.

أما الشافعية و الحنابلة فقد أوجبوا للأم أجرة الحاضنة مقابل حضانة أولادها في جميع الحالات و هذه الأجرة تؤخذ من مال المحضون إن كان له مال، و إلا من مال أبيه أو من تلزمه نفقته عند عدمه، أما فراق ما أنفقته الأم على ولدها لأجل حضانته فلها الرجوع به على أبيه لاختصاص الأب وحده بنفقة ابنه[3].

و أما على المستوى التشريعي في الجزائر فإنه لم يقل أحد بأجرة الحضانة[4]و ليظل التساؤل قائما في القول بأجرة الحضانة من عدمها، و سيما و أن المادة 222 من **ق.أ.ج** تحيلنا على مبادئ الشريعة الإسلامية و أن فقهاء الشرائع الإسلامية ليسوا على قول واحد في هذه المسألة.

– معنصري مريم: مصلحة المحضون في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة لاستكمال متطلبات نيل شهادة ليسانس كلية الحقوق جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، نوقشت، 2012-2013، ص 39.

[1] – ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، مصدر سابق، ج3، ص 557-559 و ما بعدها.

– الكساني: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، مصدر سابق، ج4،ص40-41 ذكر الحنفية حكم أجرة الرضاع و لها نفس حكم أجرة الحضانة.

[2] – ابن رشد، المقدمات و الممهدات، مصدر سابق، ج1، 570.

– النفراوي، الفواكه الدواني، مصدر سابق، ج2، 67.

[3]– ابن قدامة، المصدر السابق، ج8، ص 216، و ما بعدها.

[4] – باديس ذيابي، وصور و آثار فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة، مرجع سابق، ص 156.

– زكية حميد: مصلحة المحضون، مرجع سابق ص 125.

– أحمد شامي: السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة، مرجع سابق، ص 43.

و تظل المسألة في غياب الحسم اجتهادية على ضوء ما أدلى به الفقهاء.

- **الفرع الثالث: سكن المحضون**

أصل كلمة سَكَنَ من السكون ضد الحركة، سكن الشيء يسكن سكونا إذا ذهبت حركته، و أسكنه هو و سكنته غير تسكينا و كل ما هذا فقد سكن[1] و السكن كل ما سكنت إليه واطمأنت به من أهل و غيره[2].

و المسكن و السكينة مشتقتان من أصل واحد، فإن لم يكن مسكن لن تكون سكينة، ووقع الاضطراب[3] و الحياة الدنيئة وقد يؤديان إلى ضياع ليس له بعد ذلك دواء يعالجه.

فالمقصود بمسكن الحضانة قد لا يكون مسكن الزوجية و ذلك في حالة توفير الأب مسكن لم يكن محلا لإقامة الزوجية المشتركة بغرض حضانة الصغير به، و في هذه الحالة يسمى مسكن حضانة، و مسكن إذ لم يكن مسكن الزوجية فإنه ينبغي أن يكون مسكنا مستقلا و مستوفيا للمرافق الشرعية على خلاف مسكن الحضانة الزوجة و الذي لا يشترط فيه الأحوال أن يكون مستقلا وبه جميع المرافق الشرعية باعتبار أن الزوجة قد قبلت الإقامة فيه[4].

و من هنا سنتناول حق المحضون في السكن في الفقه الإسلامي ثم يبين حق المحضون في السكن في التشريع الجزائري و أثر ذلك على قرارات المحكمة العليا.

أولا: حق المحضون في السكن في الفقه الإسلامي

لقد اختلف موقف الفقهاء حول أحقية المحضون في السكن لهذا لا بد من التعرف على موقف كل منهم في هذا الشأن:

1- **رأي الحنفية:** لفقهاء الحنفية خلاف في وجوب توفير مسكن الحضانة للصغير على من تلزمه النفقة، وقد أراد ابن عابدين أن يوفق بين القولين بالوجوب و عدمه، إذ جاء في في رد المحتار "قوله: و

[1] – ابن منظور: لسان العرب، مصدر سابق، ج13، ص 211.

[2] – المصدر نفسه، ج 13، ص 212.

[3] – وقد ذكر القرآن الكريم السكن في سباقات مختلفة منها قوله تعالى من أنفسكم أزواجا ليسكنوا إليها

[4] – معوض عبد التواب، موسوعة الأحوال الشخصية، نشأة المعارف الإسكندرية، ط 07، 1997م، ج3، ص1018 (نقلا عن أحمد شامي السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة، مرجع سابق، ص 425.

قال نجم الأئمة: المختار أن عليه السكنى[1]،و في البحر عن التفاريق: لا تجب في الحضانة أجرة المسكن.

وقال آخرون: تجب إن كان للصبي مال و إلا فعلى من تجب عليه نفقته و ينبغي ترجيح عدم الوجوب لأن وجوب الأجر لا يستلزم وجوب المسكن بخلاف النفقة[2].

2 – **رأي المالكية:** اتفق المالكية على أن السكن واجب على الأب فيما يخص المحضون[3] أيسرت دون الأب لم يكن على الأب سكنى، و إن أيسر الأب دون الحاضنة لم يكن على الحاضنة شيء. واختلفوا فيما يخص الحاضنة[4] ومنهم من قال أمها على المسير بمعنى أن الحاضنة إذا أيسرت دون الأب لم يكن على الأب سكنى، و إن أيسر الأب دون الحاضنة لم يكن على الحاضنة شيء.

3 –رأي فقهاء الشافعية و الحنابلة:

اتفق فقهاء الشافعية[5] و الحنابلة[6] على حق الصغير الفقير في أجرة السكن على أبيه إن كان موسرا، فكما تجب عليه أجرة الحضانة و أجرة الرضاع تجب عليه أجرة المسكن أو إعداده إذا لم يكن للأم مسكن مملوك لها تحضن فيه الصغير، و هذه الأجرة تجب في حين قيام الحضانة بها و تكون دينًا في ذمة الأب لا يسقط إلاّ بالإبراء أو بالأداء فالمقرر شرعا أن أجرة المسكن من أجرة الصغير.

الترجيح: بعد عرض آراء الفقهاء في مسألة أجرة مسكن للحاضنة، نرى لزوم أجرة المسكن ليس مبنيا على وجوب الأجر على الحضانة، بل على وجوب نفقة الولد، و نفقة الولد للحاجة و المواساة، أما لو كان لها مسكن يمكنها أن تمسك فيه الولد، و يسكن تبعا لها فلا حاجة لفرض أجرة مسكن لعدم احتياجه إليه[7].

ثانيا: حق المحضون في السكن في التشريع الجزائري

[1] – عبد الرحمن بن الشيخ، مجمع الأنهر في شرح ملتقي الأبحر، مصدر سابق، ج1، ص 496.

[2] – بن عابدين: رد المختار الدر المختار، مصدر سابق، ج 3، ص 562.

[3] – مالك بن أنس، المدونة، مصدر سابق، ج2، ص 260.

[4] – ابن جزي: القوانين الفقهية، مصدر سابق، ج1، ص 149.

[5]– الشربيني، مغني المحتاج، مصدر سابق، ج5، ص 191.

– الرميلي، نهاية المحتاج، مصدر سابق، ج7، ص 225.

[6]– البهوتي، كشاف القناع، مصدر سابق، ج7، ص 496.

[7] – أحمد شامي، السلطة التقديرية، لقاضي شؤون الأسرة، مرجع سابق، ص 429.

بعد التعرف على موقف فقهاء الشريعة الاسلامية من سكن المحضون نلاحظ أن المشرع الجزائري أخذ بما أقره الفقه الإسلامي وسايره و أكد أن المحضون له أحقية في السكن، إلا أن المسألة وجوب توفير السكن في القانون مرت بمراحل هي:

1- **المرحلة الأولى**: مرحلة ما قبل صدور قانون الأسرة:

لم يكن الإهتمام منصب على سكن الحضانة كما هو حاليا، و السبب في ذلك أن الطلاق كان يكاد يكون من الممنوعات إذا أن المجتمع الجزائري كان يعتمد على الصلح في حل الخلافات الزوجية خاصة إذا وجد أبناء بالإضافة إلى ذلك كان لرئيس القبيلة أو العرش أو الجماعة دور كبير في حل مسائل الأحوال الشخصية لكن مع تطور المجتمع بدأ الأمر يتغير و بدأ المشرع يولي اهتماما كبيرا لهذه المسألة[1].

ظهر أول نص قانوني ضمن المنظومة التشريعية في نص المادة 467 من **ق.أ.ج** إذ تنص الفقرة الثانية منها على: "... وفي حالة الطلاق يجوز للقاضي أن يعين من الزوجين من يمكنه أن ينتفع بحق الإيجار باعتبار تكاليف هذا الزواج من أجل حضانة الاولاد خاصة"[2].

فقد أقر المشرع أن الأحق بالسكن هو الحاضن للأبناء، دون أن يفرق بين ما إذا كان الرجل هو الذي احتفظ بالأبناء بعد الطلاق أم الأم، و يعد هذا النص نقطة تحول في مسألة سكن الحاضنة رغم صدوره في ظل النظام الاشتراكي[3].

وما يلاحظ عند تطبيق هذه المادة أن القاضي له السلطة التقديرية الكاملة في تعيين المنتفع من الزوجين بحق الإيجار من عدمه، كما أنه يجب أن يراعي بأن يكون المسكن مؤجرا باسم أحد الزوجين، فإذا لم يكن كذلك لا تتسنى له عملية إسناد حق البقاء في السكن الزوجي[4].

---

[1]- عيسى طبيعة، سكن المحضون في تشريع الأسرة و الاجتهاد القضائي، مذكرة من أجل الحصول على شهادة الماجستير في الحقوق فرع العقود و المسؤولية، كلية الحقوق، جامعة بن يوسف بن خدة الجزائر 2001، ص 26-27.

[2] - الأمر رقم 58-75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 و المتضمن القانون المدني.

[3] - عيسى حداد، الحضانة بين القانون و الاجتهاد القضائي، مجلة التواصل، مجلة العلوم الاجتماعية و الإنسانية باجي مختار، عنابة، الجزائر، عدد 15، سنة 2005، ص 192.

[4] - كربال سهام، الحضانة في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة التخرج لنيل شهادة الماستر في القانون، تخصص، عقود ص 62 و مسؤولية، جامعة أكلي محند أو لحاج، البويرة، تحت اشراف بشور فتيحة سنة 2012-2013، ص62.

2- **المرحلة الثانية:** مرحلة صدور قانون الأسرة.

أمام الفراغ التشريعي، و تعارض و تناقص و تضارب الأحكام و القرارات القضائية،والتي أضرت بالمتقاضين ذاتهم، كان لا بد من المبادرة إلى الإصلاح، و هذا ما تم فعلا بالقانون رقم 11/84 و نتيجة للتفكيك الأسري و ارتفاع نسبة الطلاق بدأ اهتمام المشرع بمسألة سكن الحاضنة حيث أقر له نصا خاصا منظما مسألة إسناد المسكن الزوجي للمطلقة التي تقررت لها حضانة الأولاد[1] و ذلك من خلال المادة 52 من **ق.أ.ج** الفقرة الثانية التي نصت: ".. وإذا كانت حاضنة و لم يكن لها ولي يقبل إيواءها يضمن حقها في السكن مع محضونيها حسب وسع الزوج، ويستثني من القرار بالسكن مسكن الزوجية إذا كان وحيدا تفقد المطلقة حقها في السكن في حالة زواجها أو بثبوت انحرافها"[2]، فحق المطلقة في السكن قيِّد بشروط هي:

- عدم وجود ولي للزوجة يقبل لإيوائها، مع أنه من المقرر شرعا و قانونا أن نفقة البنت تجب على أبيها حتى تتزوج.
- أن يكون للحاضنة محضونين بصيغة الجمع، وبمفهوم المخالفة يقتضي أنها تفقد حقها في السكن إن كانت تحضن واحد فقط.
- عدم زواج المطلقة و ثبوت انحرافها، يقتضي أن الحاضنة غير الأم المطلقة كالجدة أو الخالة أو العمة لا يسقط حقها في السكن إذا كانت تزوجت أو صارت منحرفة، مع أن الأصل أن يكون هذا الحكم خاصا بالمرأة المطلقة أو غيرها من الحاضنات على السواء، ذلك أن المقصود من الشرط هو مراعاة مصلحة قبل كل شيء[3].
- قدرة الزوج المطلق على ضمان السكن، فقد استوجب المشرع الجزائري مراعاة حالته المادية(و بهذا قد ساير المذهب المالكي) عند توفير المسكن.

[1] – عيسى طبيعة، سكن المحضون في تشريع الأسرة و الاجتهاد القضائي، مرجع سابق، ص 19.

[2] – القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 رمضان 1404هـ الموافق لـ 1984م و المتضمن قانون الأسرة الجزائري.

[3] – سامية بن قوية، آثار الحضانة في الشريعة الإسلامية و قانون الأسرة الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية و الاقتصادية و السياسية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، العدد الأول، 2010، ص 149.

- أن يكون للمطلق، أكثر من سكن، و أن يكون باسمه حسب الفقرة 03 من المادة 52 حيث استثنى المشرع مسكن الزوجية إذا كان وحيدا و ليس كل مسكن قابل للإسناد بل يجب أن يكون مملوكا للزوج أو مؤجرا له.

و لقد قصد المشرع بمصطلح "مسكن الزوجية" مسكن المطلقة، لكن هذا المصطلح غير سليم من حيث الصياغة التشريعية، لأنه يطلق أثناء قيام بالرابطة الزوجية، و التي تزول بالطلاق، أما مسكن الحضانة فيتقرر للحاضنة أما كانت أو غير ذلك[1].

و في حين نجد أن المادة 72 من القانون 84-11 تقرر خلافا لنص المادة 52 من نفس القانون، إذا جاء فيه على أنه: " نفقة المحضون و سكناه من ماله إذا له مال، و إلا فعلى والده أن يهيئ له سكنا، و إن تعذر فعليه أجرته"[2] فالمادة 52 السابقة الذكر قيدت مسألة سكن المحضون بشروط السالفة الذكر غير أن المادة 72 تركتها على إطلاقها.

و كما يلاحظ على المادة 72 أن نفقة المحضون من ملبس و مأكل و علاج و مسكن... الخ و فقا للمادة 78 من **ق.أ.ج**[3] تجب على المحضون أصلا إذا كان له مال، و لكنها لم تتكلم عن النفقة في حالة عدم وجود مال خاص به، و هنا النفقة تكون على الأب بداهة لأنه هو المسؤول عنه، و المادة تكلمت عن توفير السكن أو أجرته في حال التعذر و لم تتكلم إذا كانت أجرة السكن تعني السكن المستقل الذي يأوي المحضونين مع أمهم، أم يتضمن النص أيضا ما لو كانت تسكن عند والديها فهل يجب عليه دفع الأجرة أم لا ؟[4]

[1] – فكان الأولى أن تكون الصيغة في النص الأول لنص المادة 52 من ق-أ رقم 84-11 " تفقد الحاضنة حقها في السكن و ليست "تفقد المطلقة"، و يكون السقوط حال الانحراف شاملا للمطلقة أو تغيرها من الحواضن"

– عيسى طعيبة، سكن المحضون في تشريع الأسرة الجديد، ص 128، مرجع سابق، ص 22.

– ابن داود عبد القادر الوجيز في شرح قانون الأسرة الجديد ،دار الهلال بالخدمات الإعلامية ،ص 128.

[2] – القانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 رمضان 1404هـ الموافق لـ 9 يونيو سنة 1984 و المتضمن قانون الأسرة الجزائري.

[3] – نص المادة 78 من قانون الأسرة " تشمل النفقة، الغذاء و الكسوة و العلاج، و السكن أو أجرته، و ما يعتبر من الضروريات في العرف و العادة"

[4] – أحمد شامي، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة، مرجع سابق، ص 429.

و بالنظر إلى النص نجده يشير إلى أنه في حالة عجز الزوج عن توفير مسكن يجب عليه دفع الأجرة باستئجار مسكن لممارسة الحضانة أو يدفع بدل الإيجار في حال سكن الأم الحاضنة عند أهلها.

و يبدو أن هذا الوضع الأفضل للأم خصوصا إذ لم يكن لها دخل خاص تنفق على نفسها منه لأن توفير السكن المستقل، و إن كان يحقق منفعة للصغار فقد تكون النفقة لا تغطي مطالبهم و مطالب الزوجة لان الأب غير مسؤول من الناحية القانونية على نفقتها[1].

و ما يعاب على المادة 52 ما نص عليه المشرع الجزائري في الشرط الأول من هذه الفقرة إذ يجبر بصفة غير مباشرة للحاضنة الأم بأن تثبت للقاضي بأن وليها يرفض إيوائها أو أنها تفقد لولى تلجأ إليه وقد تأكد ذلك في قضاء المجلس الأعلى إذ ألزم في قراره الصادر في 11 أفريل 1981 بأن يأخذ في الاعتبار تحقيق المساعدة القضائية الذي يدلي بأن الزوجة ليس لها مسكن آخر يسمح لها بممارسة حق الحضانة لأولادها الثلاثة[2] و لا شك أن هذا الإجراء يتضارب مع مصلحة المحضون و لا يراعيها بتاتا، لأن في الوقت الذي يحقق في توفير مسكن آخر للحاضنة أو تحاول فيه الحاضنة الأم إثبات ذلك أين يترك المحضون[3]و مع من؟ بل و الأكثر من ذلك، افترض المشرع استقبال الحاضنة مع محضونيها من طرف الولي قبل أن يلزم الأب على ذلك.

غير أن تفسير المحكمة العليا للنصوص قد تغير لاحقا عند ما بينت في أحد حيثيات قرارها الصادر بتاريخ 25 سبتمبر 2002 أن إثبات فقدان الحاضنة الأم لولي يقبل إيواءها يقع على عاتق المطلق قبل إيواء ابنته المطلقة و محضونيها الأمر الذي يجعل القرار المنتقد سليما و لم يخرق القانون و

[1] – المرجع نفسه، ص 429.

– بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، مرجع سابق، ص 260.

[2] – أنظر المجلس الأعلى، ملف رقم 24526 المؤرخ في 1981/04/11 غير منشور نقلا عن زكية حميدوا: مصلحة المحضون، مرجع سابق، ص 131.

[3] – زكية حميدوا: مصلحة المحضون، مرجع سابق ص 131.

لا المادة 72 من **ق.أ.ج** مما يجعل الوجه المثار غير مؤسس و يستلزم معه رفضه و تبعا لذلك رفض الطعن"[1].

و الملاحظة على المادة 72 أيضا أنه في الشطر الثاني من المادة لم يحدد عدد المحضونين– "...حقها في السكن مع محضونيها حسب وسع الزوج"– الذي تستطيع بواسطته الحاضنة الأم الاستفادة من السكن لممارسة الحضانة و السؤال الذي يطرح هل حضانة طفل واحد تخول لها هذا الحق؟

علما أن القضاء الجزائري نفسه، صنع هذه التفرقة، إذا اشترط أن يكون العدد أكثر من واحد[2] وقد اتخذ في هذه المسألة موفقين مختلفين:

أولهما: ظهر في قرارين مؤخرين على التوالي في أفريل 1984 و 07 أكتوبر 1985 بحيث لم يعترف فيهما بحق الإيجار للزوجة إلا إذا كان لها ثلاثة أطفال فأكثر[3].

ثانيهما: جاء به القرار الصادر في 06 أفريل 1987 و الذي لم يكن هو الآخر أشد حرصا على مصلحة المحضون، إذ جعل استفادة الأم بحق الإيجار إلا إذا كانت حاضنة لأكثر من طفل[4] وعلل موقفه هذا بالقول أن الفقرة الثانية من المادة 467 من **ق.م.ج** ، التي تنص على أنه " وفي حالة الطلاق يجوز للقاضي أن يعين من الزوجين من يمكنه أن ينتفع بحق الإيجار باعتبار تكاليف هذا الزوج من أجل حضانة الأولاد خاصة " لا تفتح هذا الحق لحضانة طفل واحد.

و لقد تفطن القضاء لضرورة تغيير مسار من سبقه، و عملا دائما بمصلحة المحضون فتولد عنه موقفا مغايرا اعترف فيه بحق الأم الحاضنة بالسكن أو بأجرته و لوكان تحت حضنها طفل واحد، و تجسد ذلك في عدة قرارات أهمها.

---

[1] – الملف رقم 285062 القرار المؤرخ في 2002/09/25، غرفة الأحوال الشخصية و المواريث، المحكمة العليا، (غير منشور)، نقلا عن (زكية حميدوا: مصلحة المحضون، مرجع سابق، ص 132).

[2] – جيلالي تشوار، الاجتهاد الفقهي و التطور التشريعي في مسائل الزواج و الطلاق، دراسة نقدية لقانون الأسرة، مجموعة محاضرات ألقيت على طلبة الماجستير بمعهد العلوم القانونية و الإدارية بجامعة سيدي بلعباس، سنة 1998/1997، ص 210 و ما بعدها.

[3] – الملف رقم 34630 المؤرخ في 1984/04/18، و الملف رقم 38095 المؤرخ في 1985/10/07، المجلس الأعلى غرفة القانون الخاص القرارين غير منشورين نقلا عن (حميد و زكية، مصلحة المحضون، مرجع سابق، ص 133).

[4] – الملف رقم 45454 المؤرخ في 1987/04/06 المجلس الأعلى غرفة القانون الخاص غير منشور نقلا عن (حميد و زكية مصلحة المحضون، مرجع سابق، ص 133).

الذي جاء فيه " لما ثبت –من قضية الحال– أن قضاة المجلس أسسوا قرارهم على أن الطاعة لا يحق لها المطالبة بسكن لممارسة الحضانة أو بأجرته إلا إذا كانت حاضنة لأكثر من ولدين فإنهم بذلك قد أساؤوا تطبيق القانون و كان يتوجب عليهم إلزام المطعون ضده بتوفير سكن للحاضنة أو بتسليم أجرته، مما يتعين معه نقص و إبطال قرارهم و بدون إحالة"[1].

وفي قرار آخر ورد في حيثياته أن " المادة 52 من **ق.أ.ج** لم تشترط إلى أن الحاضنة لا يحق لها المطالبة بسكن لممارسة الحضانة أو بدل إيجاره إلا إذا كانت حاضنة لأكثر من ولد، بل نصت على أن الحاضنة إذ لم يكن لها ولي يقبل إيواءها يضمن حقها في السكن مع محضونيها حسب وسع الزوج"[2] ولا شك أن المحكمة العليا بقضائها قد تفادت التضارب في الأراء، فالعدالة تقضي بأن تكون المساواة بين الأمهات الحاضنات مهما كان عدد المحضونين، ولا يتحقق ذلك عن طريق وضع نصوص قانونية تحفظ لهم الحق في ذلك.

3– المرحلة الثانية: مرحلة تعديل قانون الأسرة بالأمر 02/05

بعد دخول القانون رقم 11/84 حيز التطبيق ظهرت فيه عدة نقائص، خاصة منها المتعلقة بالجانب الموضوعي للحاضنة نظرا لحساسيته، فكان من الصعب تطبيق المادة 52 لصعوبة تحقق الشروط الواردة فيها فكان لا بد على المشرع وجوب إعادة النظر في قانون الأسرة و ذلك بضرورة تعديل المادة 52 و 72 للتضارب و التناقض الحاصل بينهما، و هذا ما دفع المشرع إلى تعديله بمقتضى الأمر 05-02 صياغة المادة 72 على النحو التالي: "في حالة الطلاق يجب على الأب أن يوفر لممارسة الحضانة سكنا ملائما للحاضنة و إن تعذر ذلك فعلية دفع بدل الإيجار و تبقى الحاضنة في بيت الزوجية حتى تنفيذ الأب للحكم القضائي المتعلق بالسكن"[3] و لإمكانية تطبيق هذه المادة تطبيقا سليما

[1] – الملف رقم 1127، المؤرخ في 1994/11/29 قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية و المواريث، المجلة القضائية لسنة 1994، عدد 01، ص 140.

[2] – الملف رقم 285062 المؤرخ في 2002/09/25 قرار المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية و المواريث، قرار غير منشور نقلا عن حميد و زكية، مصلحة المحضون، مرجع سابق، ص 134.

[3] – الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005 المعدل و المتمم الأمر 84-11 المؤرخ في 8 يونيو 1984 و المتضمن لقانون الأسرة الجزائري.

و إمكانية الحكم للمطلقة الحاضنة بسكن مناسب لتقيم فيه هي و محضونها يجب أن تتوفر الشروط التالية :

1.أن يصدر حكم قضائي نهائي بطلاقهما يتضمن إسناد حق الحضانة إليها بغض النظر عن كون المحضون واحد أو أكثر.

2.أن تكون الحاضنة هي المطلقة و هي أم المحضون، فلو كان من أسندت المحكمة إليه الحضانة هو الجدة أو العمة لتمارس فيه حق الحضانة، لا يحتاج الأمر إلى توفير سكن للحاضنة.

3.أن يكون للأب مسكن يمكن أن يمنحه لطليقته لتمارس فيه حق حضانة أولاده ،ذلك أنه إذا لم يكن لها مسكن يوفره للحاضنة فإنه في هذه الحالة عليه أن يدفع لها قيمة إيجار سكن بمثل سكنه و يكون ملائم لها.[1]

لكن السؤال الذي يطرح هل هذه الشروط الناتجة عن الصياغة الجديدة للمادة 72 تجنبت عيوب النص السابق أم أنها هي الأخرى لم تفلت من الانتقادات؟

إن تعديل المادة 52 بحذف الشروط السابقة الذكر يعد تعديل موافق للمذاهب الفقهية فلم يشترط أحدا أن يكون هناك عدد للمحضونين أو عدم وجود ولي يقبل إواء الحاضنة لتحصل على سكن للحضانة بل نفقة المحضون و سكناه تقع شرعا على أبيه و ليست على عاتق جده لأمه غير أن المادة 72 المعدلة بالأمر 05-02 لا تخلو هي الأخرى من ملاحظات يمكن تعدادها على النحو التالي:

1- استعمال مصطلح "بيت الزوجية" ليس في محله، بل الأصح "بيت المطلق"، لأن الزوجية صفة لشخصين مرتبطين بعقدة النكاح، و هو لم يعد كذلك استبدال الزوجية بـ "بيت والد المحضون"، إذا أن العبارة الأليق هي الأولى، لأن هذه المادة تعالج مسألة الحضانة، و هي منظمة في فصل "توابع الطلاق"[2].

2- ما ورد النص عليه في الفقرة الثانية من هذه المادة التي نصت على:" أن تبقى الحاضنة في بيت الزوجية إلى غاية تنفيذ الأب للحكم القضائي المتعلق بالسكن"، حيث أنه لا يمكن تصور قيام نزاع

[1] – عبد العزيز سعد :قانون الأسرة في ثوبه الجديد ،مرجع سابق ،ص 145.

- يوسف دلانده ،دليل المتقاضي في مادة شؤون الأسرة (الزواج و الطلاق) ،دار هومة ،ط3 ،2011 ،ص 71.

[2]- زكية حميدو: مصلحة المحضون، مرجع سابق، ص 140.

بين الزوجة و زوجها يصل إلى حد الطلاق، و أن الزوجة مازالت في مسكن الزوجية إلى غاية صدور حكم الطلاق، بل إلى غاية تنفيذ الجزء من الحكم المتعلق بالمسكن، وهذا وضع يكاد يكون في حكم المستحيل، لأن الزوجة إما أن تكون قد خرجت أو أخرجت من بيت الزوجية. و لم يعد أحد الزوجين يطيق الجلوس أو الإقامة مع الزوج الآخر أثناء فترة قيام النزاع[1].

3- يمكن للمرء أن يلاحظ أنه إذا كانت الفقرة الأخيرة من المادة 52 القديمة تنص على انه تفقد المطلقة حقها في السكن متى ثبت زواجها بزوج آخر و ثبت انحرافها، فإن المادة 72 المعدلة بموجب الأمر 05-02 سنة 2005 أغفلت عمدا على ما يظهر أن تنص على أسباب سقوط حق المطلقة الحاضنة في المسكن أو بدل إيجاره، دون أي مبرر لذلك يمكن القول أن من العدل أن تفقد الحاضنة حقها في السكن مع محضونها إذا ثبت أنها تزوجت من جديد و انتقلت إلى مسكن زوجها الجديد أثبت أنها حولت مكان الحضانة إلى مكان للدعارة[2].

4- و يؤخذ أيضا على المشرع، أنه بتقريره للفقرة الثانية من المادة 72 من **ق.أ.ج** ، يكون قد تناقض مع نفسه، لأن التعديل كان من المفروض أن يمس حتى المادة 61 من ذات القانون إذ أن هذه الأخيرة تنص بصراحة العبارة أن الزوجة المطلقة لا تخرج "من السكن العائلي مادامت في عدة طلاقها"[3]، بمعنى و بمفهوم المخالفة أنه ينبغي عليها أن تغادر السكن بمجرد انقضاء عدتها حتى و لو كانت حاضنة.

5- و أخيرا قد اشترط المشرع في المادة 72 من **ق.أ.ج** ان يكون السكن ملائما للحاضنة، و بهذه الصياغة المعيبة جعل المشرع الحق في السكن قاصرًا على ملاءمته مع الحاضنة، بدلا من أن

---

[1] – عبد العزيز سعد: قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، مرجع سابق، ص 146.

– باديس ذيابي: صور و آثار فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة، مرجع سابق، ص 158.

– كما أن الطلاق في قانون الأسرة الجزائري طلاق بائن، أي أن المطلقة تصبح أجنبية عن مطلقها بمجرد النطق بالحكم فكيف لأجنبية أن تقيم ببيت صار أجنبيا عنها و الثابت أيضا أن قرار المحكمة العليا قبل هذا التعديل فضل في مثل هذا الموضوع و اعتبر أن الحكم على الطاعن بأن يسلم للحاضنة طابقا من الفيلا التي يقيم فيها لممارسة الحضانة، مع أنه أصبح أجنبيا عنها يعد خطأ في تطبيق القانون. القرار رقم 348644 المؤرخ في 2005/12/14، غرفة الأحوال الشخصية و المواريث، قرار المحكمة العليا، نشرة القضاة، العدد 59، ص 244.

[2] – عبد العزيز سعد: قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، مرجع سابق، ص 146.

[3] – القانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 رمضان 1404هـ الموافق لـ 9 يونيو سنة 1984 و المتضمن قانون الأسرة الجزائري.

يشترط أن يكون السكن ملائما لممارسة الحضانة، لأنها لا تحصل على ذلك الحق إلا إذا كانت حاضنة، و هو حق مقررا أصلا للمحضون[1] و مسألة أن يكون المسكن ملائما لممارسة الحضانة أمر متروك تقديرها للقاضي الذي ينظر النزاع حول مسكن الحضانة و حسب العرف و العادات السائدة إذا تعذر على الأب توفير مسكن للحضانة انتقل الالتزام إلى بديل المسكن و هو دفع إيجار مسكن ملائم لممارسة الحضانة[2] و هذا ما قضت به المحكمة العليا في قرارها الصادر في 2002/07/31 بقولها "لا يعفي الوالد من توفير السكن أو دفع بدل الإيجار باعتبارهما من مشتملات النفقة حتى و لو كان للحاضنة سكن"[3].

كما قضت المحكمة العليا في قرارها الصادر في 2010/09/16 بقولها "توفير مسكن ملائم للأم للممارسة الحضانة، يحول دون مطالبتها ببدل الإيجار"[4].

كما قضت المحكمة العليا أن إعطاء بدل الإيجار لا يكون إلا في حالة تعذر توفير مسكن ملائم لممارسة الحضانة، و هذا ما أكدته في قرارها المؤرخ في 15 أكتوبر 2008 إذ جاء فيه: " و لما تبين من القرار المطعون فيه أن الطاعنة طالبت بتخصيص مسكن منفصلا و منفردا لممارسة الحضانة، و قضاة الموضوع خيروا و الطاعن بين توفير مسكن، أو بديل الإيجار، فإنهم انتهكوا نص المادة 72 من **ق.أ.ج** و كان عليهم القضاء بالسكن إلا إذا رأوا أن ذلك يعتذر على المطعون ضده، و من ثم يجوز لهم القضاء ببدل الإيجار، الأمر الذي يتعين معه الأخذ بالوجه المثار لوجاهته...."[5]

---

[1]- حميدو زكية، مصلحة المحضون، مرجع سابق، ص 141.

- سناء عماري: التطبيقات القضائية للحضانة و إشكالاتها في قانون الأسرة، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجيستر، في القانون الخاص مرجع سابق ،ص 196.

[2] - الملف رقم 288072، القرار المؤرخ في 2002/07/31 غرفة الأحوال الشخصية و المواريث، المحكمة العليا، المجلة القضائية، لسنة 2004، عدد 01، ص 278.

[3] - الملف رقم 566381 القرار المؤرخ في 2010/09/16 غرفة الأحوال الشخصية و المواريث، مجلة المحكمة العليا لسنة 2010، العدد 02 ص 268.

[4] - القرار رقم 451303، المؤرخ في 2008/10/15، غرفة الأحوال الشخصية و المواريث، مجلة المحكمة العليا، لسنة 2012، العدد 67، ص 255.

[5] - زكية حميدو: مصلحة المحضون، مرجع سابق، ص 52.

و في خلاصة القول يتبين لنا أن الرعاية المعنوية و النفسية و التربوية للمحضون غير كافية إذ لم ترافقها رعاية مادية لضمان توفير الموارد الضرورية و سد حاجاته الأساسية و تحقيق استقراره المادي و العاطفي.

❖ المبحث الثالث: تمديد الحضانة و إسقاطها في الفقه الإسلامي و القانون الجزائري و أثرها على الاجتهادات القضائية

من البديهي أن تكون للحضانة مدة معينة تنتهي بعد بلوغها، لأن المحضون لا يبقى صغيرا غير مميز و غير مستغني عن خدمات الحاضن و كذلك من الطبيعي أن تختلف أيضا مدة حضانة الأنثى عن مدة حضانة الذكر لتباين التكوين النفسي و العقلي و الجسدي لكل واحد منهما[1].

هذان الاعتباران بنى عليهما المشرع الجزائري مواده، وخرج بقاعدة تتمثل في أن حضانة الذكر تنتهي مدتها بـ 10 سنوات و الأنثى بسن الزواج أي بـ 19 سنة طبقا للمادة السابعة المعدلة من **ق.أ.ج**[2].

و معنى ذلك أن التشريع الجزائري أعطى حق التخاصم على حضانة الأولاد يكون قبل بلوغ السن المحددة، ففي هذه السن تنتهي الحضانة بقوة القانون[3]، و من ثم ليس للحواضن التمسك بحقهم فيها لعدم وجود أية فائدة بالنسبة للولد لاستقلاله بشؤونه و عدم حاجاته إلى حضانة و هذا كأصل عام.

---

[1] – المادة 65 من قانون الأسرة تنص على " تنقضي مدة الحضانة الذكر ببلوغها (10 سنوات) و الأنثى ببلوغها سن الزواج..."
المادة 7 من قانون الأسرة تنص على: " تكتمل أهلية الرجل و المرأة في الزواج بتمام 19 سنة.
– أنظر الأمر 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005 المعدل و المتمم الأمر 11/84 المؤرخ في 09 يونيو و المتضمن قانون الأسرة الجزائري.

[2] – المادة 56 من قانون الأسرة تنص على " تنقضي مدة محضانة الذكر ببلوغها (10 سنوات) و الأنثى ببلوغها سن الزواج..."
المادة 7 من قانون الأسرة تنص على:" تكتمل أهلية الرجل و المرأة في الزواج بتمام 19 سنة.
– أنظر الأمر 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005 المعدل و المتمم للأمر 84-11 المؤرخ في 09 يونيو و المتضمن قانون الأسرة الجزائري.

[3] – عبد العزيز سعد: الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 298 .
– بلحاج بلعربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ج1، ص 389.

➢ المطلب الأول: مدة الحضانة في الفقه الإسلامي و التشريع الوضعي

• الفرع الأول :مدة الحضانة شرعا .

هذا و لابد من الإشارة إلى الفقه القديم قد كان لأفكاره أثرها في التشريع الوضعي، كما قد اختلف آراؤه بشأن الحل الواجب الإتباع في تحديد مدة الحضانة بالنسبة للذكر و الأنثى، الى أقوال هي:

القول الأول: وهو ما ذهب إليه الحنفية[1] أن وقت الحضانة من قبل النساء للصبي حتى يستغني عنهن، فيأكل وحده، و يشرب وحده، و يلبس وحده، و ذكر عن محمد: و يتوضأ وحده يريد به الاستنجاء، و قيل سبع سنين أو ثمان سنين أو نحو ذلك، و أما البنت فهي أحق بها حتى تحيض في ظاهر الرواية عنهم، و حكى هشام عن محمد حتى تبلغ أو تشتهي.

والقياس أن تتوقف الأم، فلا تنتهي إلا بالبلوغ كولاية الأب في المال، و لكن ترك القياس في الصبي بإجماع الصحابة ،و الحكمة في ذلك أن الصبي إذا استغنى يحتاج إلى التأديب و التخلق بأخلاق الرجال، و تحصيل أنواع الفضائل، و اكتساب أسباب العلوم، و الأب أقدر و أقوم مع أنه لوترك في يدها تخلق بأخلاق النساء، و تعود بشمائلهن، و لا شك أن فيه ضرار، و هذا المعنى لا يوجد في البنت، فتترك في يد الأم وقت البلوغ لحاجاتها إلى تعلم آداب النساء، و التخلق بأخلاقهن و التدرب خدمة البيت، و لا يحدث ذلك إلا أن تكون عند الأم بعد ما خاضت، أو بلغت عند الأم الشهوة تصبح في حاجة إلى حمايتها و صيانتها، و حفظها عمن يطمع فيها ولا شك أن الرجال على ذلك أقدر[2].

القول الثاني: ذهب المالكية إلى أن الحضانة للصبي حتى البلوغ و للبنت إلى أن تنكح و يدخل بها زوجها[3].

---

[1]- الكساني ،بدائع الصنائع ،مصدر سابق ،ج4 ،ص 43.

[2] - الكساني، المصدر نفسه.

[3] - مالك بن أنس، المدونة، المصدر السابق، ج2، ص 258.

- القرطبي، الكافي في فقه أهل المدينة، المصدر السابق، ج1، ص 941.

- القاضي، عبد الوهاب، الإشراف على ذكت مسائل الخلاف، المصدر السابق، ج2، ص 810.

و علل المالكية بقاء الحاضنة للبنت حتى الدخول، و ذلك لأنها محتاجة إلى الحفظ و الرعاية أكثر مما يحتاجه الإبن بل حاجة البنت إلى ذلك بعد البلوغ أكثر و أشد[1]، خاصة و أن بلوغها لا يزيل عنها ذلك لأنها معرضة للأزواج و بنفس بلوغها لا تعرف مصالح نفسها، و الأزواج، يرغبون فيمن تكون محضونة أكثر من رغبتهم في المتخلية بنفسها، فكانت المصلحة لها في تبقية حق الحضانة عليها[2].

القول الثالث: ذهب الشافعية إلى أن الصبي إذا بلغ سبع سنين، و هو يعقل خير بين الأبوين و إن اختار أحدهما سلم إليه، فإن كان ابنا و اختار أمه كان عندها بالليل، و عند أبيه بالنهار و إن اختار الأب كان عنده بالليل، و النهار و لا يمنع من زيارة أمه، و لا تمنع من تمريضه إذا احتاج، و إن كانت بنتا فمن اختارته منهما كانت عنده بالليل و النهار و لا يمنع الآخر من زيارتها و عيادتها[3].

و دليلهم في ذلك: عن الهلال بن أسامة أن أبا ميمونة سليم مولى من أهل المدينة رجل صدق قال: بينما أنا جالس مع أبي هريرة رضي الله عنه جاءت امرأة فارسية مع ابن لها، فادعياه، وقد طلقها زوجها، فقالت: أبو هريرة رطنت[4] بالفارسية زوجي يريد أن يذهب بابني، فقال: أبو هريرة: استهما عليه، ورطن لها بذلك، فجاء زوجها، فقال: من يحاقني في ولده، فقال أبو هريرة اللهم إني لا أقول هذا إلا أني سمعت امرأة جاءت إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم و أنا قاعد عنده فقالت يا رسول الله، إن زوجي يريد بابني، و قد سقاني من بئر أبي عتبة و قد نفعني، فقال النبي صلى الله عليه وسلم، استهما عليه، فقال زوجها: من يحاقني من ولدي: فقال النبي صلى الله عليه و سلم: " هذا أبوك و هذه أمك، فخذ بيد أيهما شئت " فأخذ بيد أمه، فانطلقت به" [5]

---

[1] – القاضي عبد الوهاب، المعونة، المصدر السابق، ج1، ص 941.

[2] – القاضي عبد الوهاب، المعونة، المصدر السابق، ج1، ص 941.

[3] – الشيرازي، المهذب، مصدر سابق، ج3، ص 168.

– الشيرازي، التنبيه في الفقه الشافعي، مصدر سابق، ج1، ص211.

– الشربيني، المغني المحتاج، مصدر سابق، ج5، ص 1981.

[4]– شرح كلمت رطنت شرح في معاجيم اللغة.

[5] – السنن الكبرى، كتاب النفقات، باب "الأبوين إذا افترقا و هما في قرية واحدة فالأم أحق بولدها ما لم تتزوج، مصدر سابق، ج8، ص 3.

القول الرابع: ذهب الحنابلة[1] إلى أن الصبي إذا بلغ سبع سنين و ليس بمعتوه خير بين أبويه إذا تنازعا فيه، فمن اختاره منهما، فهو أولى به قضى بذلك عمر، و علي و شريح رضي الله عنهم و دليلهم حديث تخير الرسول صلى الله عليه و سلم لغلام حيث قال له: "هذا أبوك و هذه أمك فاختر أيهما شئت" أما البنت إذا بلغت سبع سنين فالأب أحق بها، و ذلك لأن الغرض بالحضانة الحفظ و الحفظ للبنت بعد السبع في كونها عند أبيها، لأنها تحتاج إلى حفظ، و الأب أولى بذلك بل عند الأم تحتاج إلى من يحفظها، و يصونها.

لأنها إذا بلغت السبع قاربت الصلاحية للتزويج و هي تخطب من أبيها و لأنها و ليها، و المالك لتزويجها، و هو أعلم بالكفاءة، و أقدر على البحث، فينبغي أن يقدم على غيره، و لا يصار إلى تخييرها، لأن الشرع لم يرد به فيها، مع ملاحظة أن البنت تكون عند من اختارته ليلا و نهارا بخلاف الابن اذا اختار أمه يكون عندها ليلا و عند أبيه نهارا، و لا يمنع من زيادة من لم يختاره الابن أو البنت[2].

و الملاحظة على هذه الآراء الفقهية، أنها جعلت مرجعيتها في انتهاء الحضانة هو استغناء الطفل بنفسه للقيام بشؤونه، و هذا الموجه، مهما كان منطقه، فإنه غير كاف، فهناك معايير أخرى تضاف إليه خليقة بالاتيان بها، كدرجة إحساس الطفل و ابتغائه للاستقرار و مدى شعوره للأمن مع حضانته[3].

و في رأي –والله أعلم– أن رأي المحضون هو العامل الأساسي في اختيار حاضنه استناد لقول الرسول صلى الله عليه و سلم " هذا أبوك و هذه أمك فاختر أيهما شئت".

- **الفرع الثاني : مدة الحضانة قانونا**

ما يلاحظ على المشرع الجزائري في المادة 65 من **ق.أ.ج** أنه أخذ برأي المالكية القائل بأن الحضانة للصبي حتى البلوغ و للبنت إلى أن تنكح إذا أقر المشرع انتهاء مدة الحضانة ببلوغه 10 سنوات و أجاز للقاضي أيمددها إلى سن 16 سنة بالنسبة للذكر و في هذه السن يكون الذكر بالغ أو هذه الاستثناء في التمديد أعطاه المشرع للحاضنة الأم التي لم تتزوج ثانية لا لغيرها. و قد أكد هذا الكلام في قرار المحكمة العليا إذ جاء فيه "حيث أن القرار المطعون فيه طبق أحكام المواد 64-65-

[1] – ابن قدامة المقدسي، الكافي في الفقه الإمام أحمد، مصدر سابق، ج3، ص 246-247

[2] – ابن قدامة، الكافي، المصدر السابق، ج، ص 247 و ما بعدها.

[3] – زكية حميدو: مصلحة المحضون، المرجع السابق3، ص 54.

66-73 من **ق.أ.ج** تطبيقا سليما في إسناده حضانة الطفل إلى أبيه، ذلك أن هذا القرار أثبت في حيثياته أن الطفل المحضون تجاوز سن العاشرة من عمره فانقضت مدة حضانته التي لا يمكن تمديدها إلى سن السادسة عشر إلا بالنسبة للأم فقط و ليس الشأن كذلك في هذه القضية التي تطالب فيها أم الطفل بإسناد حضانة و لدها المذكور إلى جدته لأمه، كما نوه القرار المطعون فيه أن أم الطفل المطلوب حضانته تسكن مع هذه الجدة، و قد أشار في حيثياته إلى أن الأم لم تنكر أنها تسكن مع أمها جدة الطفل و هي متزوجة بشخص غير محرم للمحضون، و فضلا عن ذلك أكد القرار المطعون فيه أن جدة الطفل لم تكن طيلة التقاضي متدخلة في الخصام، و أن الحضانة حتى على فرض توفر شروطها في الجدة لا تسند إليها ما لم تكن طرفا في النزاع فالحضانة لا تسند إلا لمن طلبها قانونا هذا و إن الأوليات في إسناد الحضانة المنصوص عليها في المادة 64 من **ق.أ.ج** تخص المحضونين الذين لم يبلغوا سن العاشرة من الذكور، فيما عدا الأم التي لا يمكنها تمديد مدة الحضانة إلى سن السادسة عشرة مع مراعاة الشروط المطلوبة بالمادة 65 من **ق.أ.ج** و هي أن تتزوج ثانية بغير ذي محرم فالقرار المطعون لم يخرق القانون و لم يخطئ في تطبيقه"[1] ،فالقرار يوضح أن تمديد الحضانة يكون للأم لا لغيرها إذا توافرت فيها الشروط القانونية بعدم تزوجها برجل غير محرم على المحضونين.

كما أنه لا يجوز للقاضي أن يحكم بانتهاء مدة الحضانة للولد ببلوغه سن 10 سنوات إذا كانت الحاضنة أما و هذا أكدته المحكمة العليا في قرارها الذي جاء فيه: " حيث من المقرر قانونا طبقا للمادة 65 من **ق.أ.ج** أنه تنقضي مدة حضانة الذكر ببلوغه (10) سنوات و الأنثى ببلوغها سن الزواج، و للقاضي أن يمدد الحضانة بالنسبة للذكر إلى 16 سنة إذا كانت الحاضنة أما لم تتزوج ثانية، و بقضاء قضاة الموضوع بانتهاء حضانته لتجاوزه سن 10سنوات فإنهم قد أخطأوا في تطبيق القانون لما لم يراعوا المصلحة، الأمر الذي يتعين معه الاستجابه للوجه المثار...."[2].

[1] – الملف لرقم 66552، المؤرخ في 10 ديسمبر 1990 غرفة الأحوال الشخصية و المواريث، قرار المحكمة العليا، المجلة القضائية لسنة 1995، العدد 02، ص 90.

[2] – الملف رقم 691 –08 المؤرخ في 11 يونيو 2008 ،غرفة الأحوال الشخصية و المواريث ،قرار المحكمة العليا ،غير منشور ،نقلا عن:لحسن بن شيخ آث ملويا ،المرشد في قانون الأسرة ،مرجع سابق ،ص 222.

كما أن الأب لا يكون ملزما بتوفير السكن الملائم لممارسة الحضانة في حالة الطلاق بعد انقضاء مدة حضانة المحضون و هذا ما درسه القضاء في قرار المؤرخ في 17 ماي 2012 إذا جاء فيه: " إن الأب يكون ملزما بتوفير السكن الملائم لممارسة الحضانة في حالة الطلاق وفي حالة تعذر ذلك يكون ملزما بدفع بدل الإيجار، و في الحالتين يكون هذا الالتزام تجاه الحاضنة و ليس تجاه الأبناء مباشرة، و انقضاء حضانة البنت يكون ببلوغها سن الزواج، و بالتالي طالما أن المطعون ضدها بلغت سن الزواج و تعيش بمفردها، فإن الأب لا يكون ملزما بتوفير السكن لها إلا إذا امتنع ضمها إليه و رفض إقامته معه في بيته و تحت سقف كمنزله، و أن قضاة المجلس بقضائهم بتخصيص السكن للمطعون ضدها دون التأكد من امتناع الأب عن ضم ابنته، قد افقدوا قرارهم الأساس القانوني و عرضوه للنقض.

حيث أن المحكمة العليا بنقضها للقرار المطعون فيه جزئيا بخصوص عدم استحقاق البنت المطعون ضدها للسكن أو بدل الإيجار فإنها تكون بذلك قد فصلت في النقطة القانونية الوحيدة المطروحة القائم عليها الوجه، و بالتالي لم تترك من النزاع ما يتطلب الحكم فيه مما يتعين معه النقض بدون إحالة و فقا للمادة 365 من **ق.إ.م و ق.إ.إ...**"[1].

كما أنه هناك حالات غير عادية لا يزال الطفل فيها في حاجة إلى خدمة النساء رغم بلوغه هذه السن، كالمجنون و المعتوه أو المريض المعاق الذي يعجز عن القيام بشيء دون مساعدة و بهذا قضى المجلس الأعلى بتاريخ 03 مارس 1987 بقوله "حيث أن الشهادات الطبية تثبت أن البنت مريضة مرضا مزمنا و تحتاج إلى رعاية أكثر و الذي يوفر هذه العناية الأم فقط...."[2]

ولهذا وإن كان عند البعض، الأصل تحديد أقصى بين الحضانة هو افتراض بأن الصغير بعده يستغني عن خدمة النساء[3] إلا أن الفقهاء قد رأوا في بعض الحالات مراعاة العلة الحقيقية دون ربطها بالسن[4].

---

[1] – الملف رقم 686369 المؤرخ في 17 ماي 2012، غرفة الأحوال الشخصية و المواريث، قرار المحكمة العليا المحلية القضائية لسنة 2012، عدد 02 ص 259-260.

[2] – القرار رقم 54353 المؤرخ في 1987/07/03 غرفة الأحوال الشخصية و المواريث، قرار المحكمة العليا المجلة القضائية لسنة 1992، عدد 1، ص 54.

[3] – عبد الوهاب خلاف، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق ص 214.

[4] – عصام أنور سليم، حقوق الطفل، المكتبة القانونية الناشر المكتب الجامعي الحديث 2001، ص 131.

و تطبيقا لاقتران ذلك التمديد بمصلحة المحضون قضت المحكمة العليا في قرارها الصادر في 2002/07/03 بقولها: "حيث أنه فعلا تثبت أن الأم منذ الحكم لها بالحضانة لم تمارسها و أن المحضون بقى يعيش عند والده و لما بلغ 10 سنوات طلب الوالد بالحضانة فحكم القاضي الأول له بالحضانة مراعاة لمصلحة المحضون باعتباره تعود على الحياة و العيش مع والده طبقا للمادة 64 من **ق.أ.ج** ،أو هو حكم سليم و أن تمديد الحضانة إلى 16 سنة هو استثناء إذ كانت في الحضانة مصلحة و لما انعدمت المصلحة في تمديدها فإن قضاة الاستئناف يكونون قد أخطأوا في قرارهم القاضي بإلغاء الحكم المستأنف مما يتعين معه نقضه و ابطاله و بدون إحالة طبقا للمادة 269 من **ق.إ.م**..."[1].

و ما يمكن ملاحظته على هذا القرار هو أنه يحتوي على نوع من الخلط بين ما هو حضانة و ما هو ولاية[2] لأن المادة 65 من **ق.أ.ج** تنص صراحة على تمديد الحضانة للأم الحاضنة فقط و ليس الأب الحاضن لأن هذا الأخير يتمتع بالسلطة الأبوية و من ثم فهو بدون حاجه إلى استصدار حكم يقضي له بالحضانة بعد بلوغ الطفل المحضون 10 سنوات أي بعد نهاية حضانته وهو ما أقرته المحكمة العليا في قرارها بتاريخ 2011/02/10 بقولها "لا تنتهي الحضانة إلا بموجب حكم قضائي، الحاضنة غير ملزمة بالمطالبة قضائيا بالتمديد في حالة تجاوز سن المحضون 10 سنوات"[3]

و لهذا نشير في خضم هذه التساؤلات أن المشرع لم يبين لنا في باب الحضانة مصير المحضون بعد انتهاء حضانته، و لا شك أن هذا ليس بعيب و إنما البحث عن الإجابة يكون في المواد المتعلقة بالولاية و كذلك في المادة 222 من **ق.أ.ج** التي تحيلنا إلى أحكام الشريعة الإسلامية التي تقرر في هذه الحالة إما ضم المحضون إلى الرجال و يقدم الأب عليهم، و إما ما ترك الخيار له في البقاء مع حاضنته أو الالتحاق بأبيه[4].

[1] – القرار رقم 2742207 المؤرخ في 2002/07/03 غرفة الأحوال الشخصية و المواريث قرار المحكمة العليا، المجلة القضائية لسنة 2004، عدد 01، ص 270.

[2] – أحمد شامي، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة، مرجع سابق، ص 451.

[3] – القرار رقم 599850 المؤرخ في 2011/02/10 غرفة الأحوال الشخصية و المواريث قرار المحكمة العليا، المجلة القضائية لسنة 2012، العدد 01، ص 281.

[4] – أحمد شامي، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة، مرجع سابق، ص 451.

➢ المطلب الثاني: سقوط حق الحضانة في الفقه الإسلامي و التشريع الجزائري و أثرها على الاجتهادات القضائية

حق الحضانة لا يثبت للحاضن بصفة مؤبدة، و إنما هو أداء أوجبه الشرع و القانون، فإن قام به الحاضن كما أمر بقي له إلى أن يبلغ المحضون السن القانونية لنهاية الحضانة، و إن أخل بالالتزامات المتعلقة بالحضانة أو فقد شرطا من شروط أهلية الحضانة وجب إسقاطها عليه[1].

لذلك سنتحدث عن أسباب سقوط حق الحضانة وفقا للترتيب التالي:

أولا: السبب الأول لسقوط الحضانة هو زواج الحاضنة بغير محرم[2].

أي الفقه: اتفق الحنفية[3] و المالكية[4] و الشافعية[5] و الحنابلة في القول المشهور عنهم[6] على أنه تسقط الحضانة في حالة زواج الأم المدخول بها بأجنبي عن المحضون.

ودليلهم في ذلك ما يأتي:

أ- قوله صلى الله عليه و سلم للمرأة التي أراد زوجها أن ينزعه منها ولدها: "أنت أحق به مالم تنكحي"[7]

ب- إن الصبي يلحقه ضرر بكره الزوج له، و تضجره منه، لا سيما أن الأم قد تدعوها الضرورة إلى التقصير في تعهده طلب المرضاة الزوج و لا شك أن هذا يضر بالصبي، فوجب إزالة الضرر، بإسقاط حقها من الحضانة[8].

---

[1] – بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ج1، ص 388.

[2]– عبد العزيز سعد: قانون الأسرة في توبه الجديد، مرجع سابق، ص 141.

[3] – الكساني: بدائع الصنائع، مصدر سابق، ج4، ص 42، السهر القندي، تحفة الفقهاء، ج2، ص 230.

[4] – ابن رشد المقدمات، مصدر سابق، ج1، ص 565، عبد الوهاب، المعونة، ج1، ص 940.

[5]– الشربني: مغني المحتاج، مصدر سابق، ج5، ص 196.

[6]– ابن قدامة: الكافي، مصدر سابق، ج3، ص 245.

[7] – الحديث سبق تخريجه أنظر الرسالة، ص

[8] – عبد الوهاب، المعونة، مصدر سابق، ج1، ص 940.

فما ذهب إليه المشرع الجزائري موافق للأحكام الشريعة الإسلامية إذا جاء في المادة 66 من **ق.أ.ج** على أنه "يسقط حق الحاضنة بالتزوج بغير قريب محرم و بالتنازل مالم يضر بمصلحة المحضون"[1].

كما أن المحكمة العليا أكدت ما جاء به الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري في هذه المسألة في عدة قراراتها نذكر منها: "حيث أن قانون الأسرة أعطى فعلا الترتيب الأول للأم في حضانة أولادها طبقا للمادة 64 من قانون المشار إليه، غير أنه نص بوضوح في المادة 66 من **ق.أ.ج** على إسقاط حق الأم في الحضانة إذ تم زوجها بغير قريب محرم، و قد ثبت لقضاة الموضوع أن الأم التي تطالب بالحضانة قد تزوجت فعلا بغير قريب محرم بالصورة المبينة أعلاه فإنهم بذلك قد طبقوا القانون لا سيما المادة 66 من **ق.أ.ج** و أقاموا قضائهم على أساس صحيح من الواقع القانوني..."[2]

فالحاضنة المتزوجة برجل أجنبي عن المحضون تسقط حضانتها باتفاق الشرع و القانون و القضاء.

ثانيا: تنازل الحاضنة القانونية عن حقها في حضانة الصغير وذلك يعني أنه إذا سبق للمحكمة أن قضت بإسناد حق الحاضنة الى الأم أو الخالة أو الأب أو الجدة و أثناء فترة قيام الحضانة جاء الحاضن أو الحاضنة وقدم المحضون إلى القاضي أو إلى شخص آخر من أصحاب حق الحضانة وأعلن تنازله عن حقه في حضانة المحضون فإن حقه في الحضانة يسقط حتما بحكم القانون وإن الحكم الذي سيصدر عن المحكمة في شأن إسقاط الحاضنة في مثل هذه الحالة بناء على طلب من له الحضانة هو فقط حكم مقرر للسقوط وليس منشأ له مع الملاحظة أن القانون إذا كان قد أقر للسقوط حق الحضانة بسبب التنازل عنها فإنه قيده بشرط[3] ألا يضر ذلك بمصلحة المحضون لأنه إذا كان مثل هذا التنازل يضر بمصلحة المحضون فلا يسقط بحق الحاضنة في الحضانة حتى ولو طلبها غيرها مادامت تتوفر فيها الشروط القانونية والشرعية للحضانة وما دامت مصلحة المحضون مازالت متعلقة بها[4].

---

[1] – القانون رقم 24/11 المؤرخ في 9 رمضان 1404هـ الموافق لـ 9 يونيو سنة 1984 و المتضمن قانون الأسرة الجزائري.

[2] – القرار رقم 341320 المؤرخ في 13 يوليو 2005 غرفة الأحوال الشخصية و المواريث، المجلة القضائية لسنة 2008 العدد 62، ص 338.

[3] – عبد العزيز سعد: قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق ص 300.

[4] – المرجع نفسه، ص 301.

– بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ج1، ص 388.

فإذا تنازل الشخص عن حقه في الحضانة كان له ذلك مالم يضر بمصلحة المحضون وهذا ما كرسه القضاء في قراره المؤرخ في 13 فبراير 2002 إذا جاء فيه :"أنه لا يمكن إجبار الأم على ممارسة الحضانة دون أن يعطي القضاة أي توضيح على سن الولدين أو الإشارة إلى امكانية استغنائهما عنها، وأن هذا التنازل لا يضر بهما طبقا لما نصت عليه الفقرة الأخيرة من المادة 66 من قانون الأسرة، وعليه فالوجه مؤسس، الأمر الذي يتعين معه نقض القرار المطعون و إحالته لنفس المجلس"[1]

أما إذا كان التنازل يضر بمصلحة المحضون فلا يعد به قضاء وهذا ما سارت عليه المحكمة العليا في قرارها الذي جاء فيه: "حيث أن الشهادة الطبية تثبت أن البنت مريضة مرضا مزمنا و تحتاج إلى رعاية أكثر والذي يوفر هذه العناية الأم فقط، وذلك حسب المادة 66 من **ق.أ.ج** والتي تنص صراحة: "يسقط حق الحاضنة بالتزوج بغير قريب محرم وبالتنازل مالم يضر بمصلحة المحضون"

وحيث أن تنازل الأم عن الحضانة يضر بالبنت، لأن الأب يخرج لمزاولة مهامه، ولذلك يتعين نقض القرار المطعون فيه..."[2]

كما قضت المحكمة العليا بتاريخ 2002/02/13 بأن "تنازل الأم عن الحضانة جائز إذا كان لا يضر بمصلحة المحضون"[3] ،وفي هذا الشأن قضت المحكمة العليا بتاريخ 2010/10/14 بأنه تقتضي مصلحة المحضون إسناد حضانته لأمه بالرغم من تنازلها عنها في دعوى التطليق بسبب الحكم على الزوج لارتكابه جريمة مخلة بشرف الأسرة"[4].

وما يمكن ملاحظته على كل هذه القرارات أنها تجيز اسقاط الحضانة للمن له الحق فيها لكن مصلحة المحضون هي العمود الأساسي الذي يبني عليه حكم إسقاط الحضانة من عدمه في حالة تنازل مستحقيها ويبقى الأمر للسلطة التقديرية للقاضي.

– بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، مرجع سابق، ص 261.

[1] – القرار رقم 282153 المؤرخ في 13 فيفري 2002 غرفة الأحوال الشخصية و المواريث قرار المحكمة العليا، المجلة القضائية لسنة 2004 العدد 01 ص 282-283.

[2] – القرار رقم 54353، المؤرخ في 03 يوليو 1989 قرار المجلس الأعلى، المجلة القضائية لسنة 1992، العدد 1، ص 74.

[3] – القرار رقم 282153 المؤرخ في 2002/02/13 غرفة الأحوال الشخصية و المواريث، قرار المحكمة العليا، المجلة القضائية لسنة 2004، ع1، ص 275.

[4] – القرار رقم 581222، المؤرخ في 2010/10/14 غرفة الأحوال الشخصية و المواريث، قرار المحكمة العليا، المجلة القضائية لسنة 2011، العدد1، ص 248.

ثالثا: سقوط الحضانة باختلال أحد الشروط المنصوص عليها في المادة 62: للسبب الثالث لسقوط الحضانة هو الإخلال بواجبات الحاضنة المنصوص عليها في المدة 62 من **ق.أ.ج** ، سواء تعلقت بأهلية الحاضن، أم اتصلت بالالتزامات المتعلقة بالحضانة (أي التربية و الرعاية الصحية و الخلقية) و لكن المحكمة في هذه الحالة تأخذ بعين الاعتبار مصلحة المحضون[1].

فالمادة 67 من **ق.أ.ج** اكتفت بالتنصيص على القاعدة العامة الخاصة بحالات تأهيل الحاضن و التي يستند عليها الحكم القاضي بإسقاط الحضانة، تاركة الأمر للتحليل و التفصيل والتأويل للسلطة التقديرية للقاضي[2].

ففي قضية كانت الحاضنة فاقدة البصر، اعتبر المجلس الأعلى الجزائري سابقا أنها بسبب ذلك يسقط حقها في الحضانة إذ المريض الضعيف القوة لا حضانة له وكذلك الأعمى والأخرس و المقعد والحاضنة هنا فاقدة البصر ومن ثم فلا حضانة لها لعجز عن القيام بشؤون أبنائها، ومن ثم فإن قضاة القرار المطعون فيه بإسنادها الأولاد لها وهي على هذا الحال قد حادوا عن الصواب وخالفوا القواعد الشرعية مخالفة يتعين معها نقض قرارهم فيها"[3]

ونلاحظ أن ما جرى به المجلس الأعلى سابقا من إسقاط الحضانة للحاضنة الفاقدة البصر مستمد من أحكام الشريعة الإسلامية إذا قال الفقهاء أن وجود ضرر في بدن المحضون مثل الأمراض المنفردة كالجذام، والبرص والجنون يعتبر من مسقطات الحضانة[4] لأن هذا ولا شك أنه يضر بصبي، فوجب إزالة الضرر بإسقاط حقها من الحضانة.

كما أن قلة دين الحاضن يعتبر من مسقطات الحضانة لأن ذلك يضر بالمحضون بلا شك وهذا عند المالكية[5] و أسقطها الشافعية[1] والحنابلة[2] من باب أولى بالكفر.

---

[1] – بلحاج العربي: الوجيز في شرح قانون الأسرة ، مرجع سابق، ج1، ص 388.

– عبد العزيز سعد: أحكام الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 301.

[2] ز–كية حميدوا: مصلحة المحضون، مرجع سابق، ص 392.

[3]– القرار رقم 33921، المؤرخ في 1984/07/09، غرفة الأحوال الشخصية و المواريث، المجلس الأعلى، المجلة القضائية لسنة 1989، العدد04، ص 76.

[4] – ابن جزي، القوانين الفقهية، مصدر سابق، ص 149.

[5] – ابن جزي، المصدر نفسه، ص 149.

فرغم عدم التفصيل المشرع الجزائري لمسقطات الحضانة في المادة 67 إلا أنه يمكن أن نستشفها من خلال العمل القضائي فاعتبر القضاء الجزائري أن فساد أخلاق الأم من مسقطات الحضانة وهذا أمر مستمد من أحكام الشريعة الإسلامية إذا قضت المحكمة العليا في قرارها المؤرخ في 1997/09/30 بأنه: "من المقرر شرعا وقانونا أن جريمة الزنا من أهم المسقطات للحاضنة مع مراعاة مصلحة المحضون، ومتى تبين في قضية الحال أن قضاة الموضوع لما قضوا بإسناد حضانة الأبناء الثلاثة للأم المحكوم عليه من أجل جريمة الزنا فإنهم بقضائهم كما فعلوا خالفوا القانون وخاصة أحكام المادة62 من **ق.أ.ج** ، ومتى كان ذلك استوجب نقض القرار جزئيا فيما يخص حضانة الأولاد الثلاثة"[3].

لكن إذا كانت مصلحة المحضون هو البقاء عند أمه فلا تسقط حضانتها لهم رغم فساد أخلاقها مراعاة لمصلحة المحضون وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرار لها إذ جاء فيه :" يمكن إسناد الحضانة للأم المدانة بجريمة الزنا متى تحققت مصلحة المحضون"[4]

فالقرار واضح وجلي بأن الأم مدانة بجريمة الزنا أن إلى المحكمة لم تسقط لها حق الحضانة بل اسندت لها رغم فساد أخلاقها لأن مصلحة المحضون تلزم ذلك.

رابعا:عدم مطالبة من له الحق في الحضانة لمدة تزيد عن سنة: إن السبب الرابع من أسباب سقوط الحضانة قانونا هو السبب الذي ورد النص عليه في المادة 68 من **ق.أ.ج** التي جاء فيها أنه "إذ لم يطلب الحضانة مستحقيها لمدة تزيد عن سنة بدون عذر سقط حقه فيها"[5]

ويقول الأستاذ عبد العزيز سعد بأن هذا النص "وإن كان غامضا نوعا ما إلا أننا رغم ذلك نستطيع أن نحلله ونقول بأنه يعني أنه إذا كان مستحق الحضانة بالأسبقية تخلي عنها ضمنيا ولم يطلبها في الوقت المناسب حتى مضى على مدة الزمن تفوق السنة كاملة فإن حقه فيها سيسقط بقوة القانون"[1]

---

[1] –الشيرازي، المهذب، المصدر السابق، ج3، ص 164.

[2] – ابن قدامة المقدسي، الكافي في فقه الإمام أحمد، المصدر السابق، ج3، ص 245.

[3] – الملف رقم 171654 المؤرخ في 1997/09/30، غرفة الأحوال الشخصية، مجلة المحكمة العليا العدد الخاص، ص 169.

[4] – القرار رقم 564787 المؤرخ في 2010/07/15 غرفة الأحوال الشخصية، مجلة المحكمة العليا لسنة 2010، العدد 2، ص 262.

[5] – القانون رقم 11/48 المؤرخ في 9 رمضان 1404هـ الموافق لـ 9 يونيو سنة 1984 و المتضمن قانون الأسرة.

ويمكن القول بأن الأمر يتعلق هنا بالحالة التي تتزوج فيها الأم الحاضنة بغير قريب محرم، ويكون آنذاك لمن له الحق في الحضانة أن يطلب من القاضي إسنادها له، بشرط أن يرفع دعواه في مدة سنة و الإسقاط حقه في ذلك، مالم يثبت وجود عذر حال دون رفعة لدعواه في تلك المدة، وكان من المستساغ أن ترتيب هذه المادة مباشرة بعد المادة 66 دفعا للتناقص كما يجب أن تصاغ كما يلي: "إذا لم يطلب من له الحق في الحضانة إسنادها إليه بعد علمه بزواج الحاضنة خلال مدة تزيد عن السنة دون عذر سقط حقه فيها"[2].

وإلى هذا سار القضاء الجزائري إذ جاء في إحدى قرارات المجلس الأعلى على أنه: "حيث أن طلب المطعون ضدها المتعلق بإسناد حضانة البنتان المشار إليها أعلاه، جاء متأخرا لمدة طويلة.

حيث أن تاريخ الحكم الذي قضى بإعطاء الحضانة لوالدهما كان يوم 20-05-1975 وإن الجدة للأم لم تحرك ساكنا إلى شهر ديسمبر وهو التاريخ الذي عقدت فيه العزم على طلب الحضانة محل هذا الخصام.

حيث أن المبدأ الذي استقر عليه الاجتهاد القضائي، هو أن الحضانة تسقط عن مستحقها إذ لم يمارس ذلك الحق في خلال السنة وحيث أن قضاة الاستئناف كانوا على خطأ في حكمه وخالفوا مبادئ الشريعة الإسلامية في مادة الحضانة الأمر الذي جعل قرارهم عرضه للبطلان"[3].

خامسا: إذا أراد الشخص الموكل له حق الحضانة أن يستوطن في بلد أجنبي رجع الأمر للسلطة التقديرية للقاضي في إثبات الحضانة له وإسقاطها عنه مع مراعاة مصلحة المحضون[4] وهذا ما نصت عليه المادة 69 من **ق.أ.ج** إذ جاء فيها" إذا أراد الشخص الموكل له الحضانة أن يستوطن في بلد أجنبي

---

[1] – عبد العزيز سعد: الزواج و الطلاق في قانون الأسرة، مرجع سابق، ص 301.

[2] – لحسن بن شيخ آث ملويا : المرشد في قانون الأسرة، المرجع السابق، ص 232.

[3] – القرار رقم 32829 المؤرخ في 09 يوليو 19847 غرفة الأحوال الشخصية و المواريث، قرار المجلس الأعلى المجلة القضائية لسنة 1990، العدد01، ص 62.

[4] – بلحاج العربي، الوجيز في قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ج1، ص 389.

– عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، مرجع سابق، 142.

رجع الأمر للقاضي في إثبات الحضانة له أو إسقاطها عنه مع مراعاة مصلحة المحضون"[1] ،أما رأى الفقه الإسلامي في هذه المسألة فهو كالآتي:

***ذهب الحنفية:** إلى سقوط حق الأم المطلقة في الحضانة إذا سافرت سفرًا بعيدا وقدّروه بالذي لا يقدر فيه الأب زيارة ابنه في نهار يرجع فيه لبيته فيه، أما غير الأم فتسقط حضانتها بمجر الانتقال.[2]

وذهب المالكية، إلى أن الأب إذا أراد السفر من بلد إلى آخر فهو أحق بالولد وإذا أرادت الأم السفر كان الأب أحق بالولد أيضا[3] أما إذا أراد الخروج لحاجة، أو تجارة، فليس له أخذه لأن مع أمه أصلح وأحوط عليه[4] هذا وقد قدر المالكية بعد المكان الذي تسافر له الحاضنة وتسقط حضانتها ببرد، وقيل ستة برد[5] وقيل مسافة يوم[6].

وبينما ذهب الشافعية إلى أن السفر المسقط للحضانة هو يكون لمكان مخوف، ولم يفرقوا بين السفر الطويل والقصير[7].

- **أما الحنابلة:** فرأو بأنه إذا أراد أحد الأبوين السفر لحاجة ثم يعود والآخر مقيم فالمقيم أولى بالحضانة ولأن في السفر به خطر عليه، ولو اختار الولد السفر في هذه الحالة لم يجب إليه، لأن فيه تغريرا به، سواء كان المقيم أو المنتقل: إلا أن يكون بين البلدين قريب بحيث يراهم الأب كل يوم ويرونه فتكون الأم على حضانته وقال القاضي: " إذا كان السفر دون مسافة للقصر فهو في حكم الإقامة [8].
- ودليلهم في سقوط الحضانة بالسفر، كون وجود الصبي مع أبيه مصلحة متأبدة وأما كونه مع أمه مصلحة مؤقتة تزول عن قريب ومراعاة المصلحة المؤبدة أولى[9].

---

[1] – القانون رقم 84/11 المؤرخ في 09 رمضان 1404هـ الموافق لـ 87 يوليو 1984 والمتضمن قانون الأسرة الجزائري.

[2] – الكساني، بدائع الصنائع، المصدر السابق، ج4، ص45.

[3] – محمد عبد الوهاب: الإشراف على نكت مسائل الخلاف، المصدر السابق، ج2، ص 811.

[4] – محمد عبد الوهاب: المعونة على مذهب عالم المدينة، المصدر السابق، ج1، ص 941.

[5] – و البرد فيه أربعة فراسخ، والفرسخ فيه ثلاثة أميال، والميل مقدر بـ 1853م وعليه يكون البرد مقدر بـ: 22236م والستة برد مقدرة بـ: 133416م.

[6] – ابن جزي، القوانين الفقهية، المصدر السابق، ص 149.

[7]– الشربيني: المغني المحتاج، مصدر سابق، ج5، ص 201.

[8] – ابن قدامة، الكافي المصدر السابق، ج3، ص 248.

[9] – محمد عبد الوهاب الإشراف، المصدر السابق، ج2، ص 811.

ولقد سارت المحكمة العليا نفس المسار عندما أسقطت الحضانة عن الأم التي تقطن بلدا أجنبيا وقد جاء في القرار:

"تسقط الحضانة بسبب بعد المسافة في حالة إقامة الأم في الخارج وإقامة الوالد في الجزائر"[1]

وفي معرض تأسيسه أكد قضاة المحكمة العليا أنه وبالرجوع إلى القرار المطعون فيه يتبين أن قضاة الاستئناف أسسوا قرارهم على أحكام الشريعة الإسلامية ونصوص القانون في المادة 69 من قانون الأسرة حتى ولو لم تذكر هذه المادة نصا في القرار فإن معناها يستنتج من الأسباب، وذلك كون رعاية الأبناء وتربيتهم بالمراقبة عن طريق الزيارة و تكون للأب، غير أن بعد المسافة بين إقامة الأب والحاضنة لا تمكن الأب من القيام بمسؤوليته، خاصة وأن الحاضنة تقيم في بلد أجنبي، مما يفقد حق الأب في الزيارة والمراقبة، وهذا يؤدي إلى حرمانه من العطف والحنان على الأبناء المحضونين.

غير أنه إذ كان الزوجان يقطنان بلد أجنبيا واحدا فلا تسقط الحضانة بسبب الإقامة خارج التراب الوطني هذا ما أكدته المحكمة العليا في قرار ثان جاء فيه ما يلي: "لا تسقط الحضانة بسبب الإقامة خارج التراب الوطني، إذا كان الزوجان يقطنان في نفس البلد الأجنبي"[2]

وفي معرض تأسيسه أكد القرار أنه لا يحق للمطعون ضده المطالبة بنزع حضانة أولاده الثلاثة من أمهم الطاعنة بسبب كون هذه الأخيرة تقيم خارج التراب الوطني، وهو يقر بأنه هو الآخر يقيم خارجه أيضا كما أنه لا يحق للأب أن ينزع الولد من أمه ويسافر به إلى مكان بعيد عن إقامة الحاضنة[3] فللقاضي السلطة التقديرية في إثبات الحضانة أو إسقاطها مراعاة لمصلحة المحضون وهذا ما قضت به المحكمة العليا في قرارها المؤرخ في 2008/03/12 بأنه يمكن "إسناد حضانة الأبناء للأم المقيمة خارج إقليم الجمهورية الجزائرية مراعاة لمصلحتهم"[4]

---

[1] – القرار رقم 273526 المؤرخ في 2001/12/26، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، المجلة القضائية لسنة 2004، العدد 01، ص 436.

[2] – القرار رقم 282033 المؤرخ في 2002/05/08، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، المجلة القضائية لسنة 2004، العدد02، ص 363.

[3] – باديس ذيابي: صور و آثار فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 162.

[4] – القرار رقم 426431 المؤرخ في 2008/03/12 غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، مجلة المحكمة العليا لسنة 2008 العدد 01، ص271.

سادسا: إن من الأسباب التي حرص المشرع الجزائري على جعل توفرها سببا من أسباب حق الحضانة هو ما نصت عليه المادة 70 من **ق.أ.ج** من أن سكن الجدة أو الخالة الحضانة بالمحضون مع أم هذا المحضون المتزوجة بغير قريب محرم بالنسبة إلى الطفل يشكل سببا من أسباب سقوط حق الجدة أو الخالة في الحضانة وذلك بموجب حكم قضائي بسقوطه يصدره قاضي قسم الأحوال الشخصية بالمحكمة المدنية، بناء على طلب من له الحق في الحضانة حسب الترتيب المنصوص عليه في المادة 64 المعدلة[1]

ذلك أنه يخشى على الطفل إن سكنت الحاضنة مع أم المحضون المقيمة مع غير قريب محرم، لأنه سوف يعامل الطفل معاملة غير لائقة به بصفته رجل البيت يأمر كما يريد فالأولى أن يقيم الطفل مع أبيه بدلا من إقامته مع أجنبي عنه، وقد يكون العكس صحيحا إذ تبين للقاضي ذلك فلا يسقط الحضانة[2].

سابعا: مدى اعتبار عمل المرأة من مسقطات الحق في الحضانة من عدمه وأثره على الاجتهادات القضائية

سنتطرق في هذه المسألة إلى موقف الفقه من عمل المطلقة الحاضنة ثم نبين موقف التشريع و القضاء الجزائري من ذلك.

1- **موقف الفقه:** إن العمل المقصود في موضوعنا هو النشاط الذي يبعد الحاضنة عن رعاية مصلحة الطفل أتم الرعاية والصيانة، فمن هنا فإننا بصدد التطرق إلى عمل المرأة ومدى فعاليته في اسقاط الحضانة، كما أن مصلحة المحضون تجد نطاقها الواسع وامتدادها في هذه المسألة، بل تبزغ أكثر من أي مسألة من مسائل الحضانة[3].

[1] – عبد العزيز سعد: قانون الأسرة في ثوبه الجديد، مرجع سابق، ص 143.

[2] – حسين بن شيخ آث ملويا: المرشد في قانون الأسرة، مرجع سابق، ص240.

[3] – حميدو زكية: مصلحة المحضون، مرجع سابق، ص 426.

– أحمد شامي: السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة، مرجع سابق، ص 453.

ويوجد في هذا الشأن اتجاهان مختلفان[1] وأن أساس هذا الخلاف بين الفقهاء يتجلى في مضمون العمل أو نوعية العمل الذي تسمح به الشريعة الإسلامية للمرأة، حاضنة كانت أم غير حاضنة وإن كان اتفاقهم ينصب على أن الواجب يدعونا إلى اعتبار "بناء الأسرة" الوظيفة الأساسية للمرأة لكي تتمكن من أداء دورها في تربية الأطفال والعناية بهم عناية الأم، وعلى هذا فمعيار سقوط حق الحضانة بالنسبة للمرأة العاملة هو التقصير وعدمه في القيام بواجبات المحضون.

حيث يرى الحنفية[2] والحنابلة[3] أنه يجب على الحاضنة القيام بواجبات المحضون فإن لم تقم بذلك بأن قصرت في رعاية المحضون سواء من حيث الصحة والنظافة والتعليم والتأديب بحيث يلحق تقصيرها الضرر به في جسمه وسلوكه أو تسببت في إضاعة مصالحه فإن هذا يؤدي إلى سقوط حقها في الحضانة ويلحق بتقصير الحاضنة كثرة خروجها من البيت على وجه يؤدي إلى إضاعة المحضون .

فقد اتفق الفقهاء قديما وحديثا على أن المرأة التي تعمل خارج بيتها ويؤدي خروجها المتكرر إلى الإضرار بالمحضون فإن هذا يفقدها حقها في حضانة الصغير، وجاء في المبسوط "وجعل حق الحضانة إلى الأمهات لرفقهن في ذلك مع الشفقة وقدرتهن على ذلك بلزوم البيوت"[4] وجاء في الفتاوى الهندية:

---

[1] – الواقع أنه الاخلاف بين الفقهاء وعلماء الشريعة في أن المرأة المكلفة بالأمر حروف والنهي عن المنكر مثلها مثل الرجال تمام وذلك لقوله تعالى" **وَالْمُؤْمِنُونَ وَالْمُؤْمِنَاتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ يَأْمُرُونَ بِالْمَعْرُوفِ وَيَنْهَوْنَ عَنِ الْمُنكَرِ وَيُقِيمُونَ الصَّلَاةَ وَيُؤْتُونَ الزَّكَاةَ وَيُطِيعُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ أُولَٰئِكَ سَيَرْحَمُهُمُ اللَّهُ إِنَّ اللَّهَ عَزِيزٌ حَكِيمٌ** " سورة التوبة الآية 71. كما أنه لا خلاف بين الفقهاء في أمر تثاب على العمل الصالح الذي تؤديه، وذلك لقوله تعالى: " **وَمَن يَعْمَلْ مِنَ الصَّالِحَاتِ مِن ذَكَرٍ أَوْ أُنثَىٰ وَهُوَ مُؤْمِنٌ فَأُولَٰئِكَ يَدْخُلُونَ الْجَنَّةَ وَلَا يُظْلَمُونَ نَقِيرًا** " سورة النساء الآية 124، وقوله تعالى: " **فَاسْتَجَابَ لَهُمْ رَبُّهُمْ أَنِّي لَا أُضِيعُ عَمَلَ عَامِلٍ مِّنكُم مِّن ذَكَرٍ أَوْ أُنثَىٰ بَعْضُكُم مِّن بَعْضٍ** " سورة آل عمران الآية 198.

– كما أن للمرأة الحق في أن تنازل أجر عملها كما ينال الرجل أجر عمله، وذلك لوله تعالى:" **لِّلرِّجَالِ نَصِيبٌ مِّمَّا اكْتَسَبُوا وَلِلنِّسَاءِ نَصِيبٌ مِّمَّا اكْتَسَبْنَ** " سورة النساء الآية 32.

– أمينة فؤاد، مهنة المرأة والوظيفة العامة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1984م، ص 53.52، نقلا عن أحمد شامي: السلطة التقديرية للقاضي مرجع سابق، ص 544-453.

[2] – النظام: الفتاوى الهندية، المصدر السابق، ج1، ص 565-566.

[3] – البهوتي: الروض المربع، المصدر السابق، ص 629-360.

[4] – السرخسي: المبسوط، المصدر السابق، ج5، ص 207.

"ولا حضانة لمن تخرج كل وقت وتترك البنت ضائعة"[1] وفي روضة الطالبين: "الشرط الخامس كونها فارغة خلية"[2].

واختلفوا في صور العمل التي لا تؤدي إلى فقد حق الحضانة.

أ- فقد نص الحنفية على أن عمل المرأة إذ لم يؤثر على المحضون بأن كانت مدة خروجها قصيرة، فإن هذا لا يفقدها حقها في الحضانة بخلاف ما لو كانت مدة خروجها طويلة كما لو كانت قابلة أو مغسلة[3].

ب- ذهب مجموعة من الفقهاء المعاصرين إلى أن عمل المرأة يكون في ضوء قدرتها على تربية المحضون ورعايته، فإذا تمكنت من التوفيق بين الأمرين بإنابة غيرها عنه في الحضانة تمكنت من التوفيق بين الأمرين بإنابة عنها في الحضانة، فيبقى حقها في الحضانة قائما، وعلى هذا فعمل المرأة يجب أن ينظر إليه من خلال أداء الحقوق والواجبات الأسرية، وممن قال بهذا الرأي مصطفى شلبي، وعبد الرحمن الصابوني[4].

ج- أما الشيخ أبو زهرة فقد ذهب إلى رأي قريب من رأي الحنفية السابق فقال إن المرأة التي تخرج من بيتها معظم النهار لا تستطيع القيام بتربية محضونها وعليه تفقد حقها في الحضانة إلا أنه ذهب إلى تقدير الاستطاعة يرجع فيه إلى القاضي[5].

د- ويرى محمد عقلة سقوط حق المرأة العاملة في حضانة الصغير ويبلور رأيه بأن الواقع العملي يثبت الأثر السلبي لعمل المرأة وما يسببه من تفكك الأسر و ضياع الناشئة[6].

والذي أراه و الله أعلم في هذه المسألة القول بعدم سقوط حق الحاضنة بمجرد عمل المرأة إنما يمكن النظر إلى طبيعة هذا العمل، فإن كان يستغرق منها وقتا طويلا يؤدي إلى التفريط في حق

---

[1] – النظام، الفتاوى الهندية، المصدر السابق، ج1،ص566.

[2] – النووي، روضة الطالبين، المصدر السابق، ج6،ص506.س

[3] – ابن عابدين: رد المختار، مصدر سابق، ج3،557.

[4] – مصطفى شلبي: أحكام الأسرة في الإسلام، الدار الجامعية ، بيروت ، ط4 ،1403هـ ، 1983 م ، ص 764 .

[5] –الصابوني: نظام الأسرة وحل مشكلاتها في ضوء الاستلام، مكتبة وهبة القاهرة، ط9، 1983، ص 279. نقلا عن محفوظ بن الصغير قضايا الطلاق في الاجتهاد الفقهي وقانون الأسرة الجزائري المعدل بالأمر 02-05، مرجع سابق، ص 309.

[6] – أبو زهرة، الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص 406.

المحضون ولا يكون هناك من ينوبها في أوقات العمل فأرى سقوط حقها في الحضانة لأن ذلك مضرة تلحق المحضون والقاعدة الفقهية تنص على "أن الضرر يزال" فلا بد أن يزال الضرر بإسقاط حقها في الحضانة ،أما إذا كان عمل المرأة لا يضر بمصلحة المحضون فلا داعي لإسقاط حقها في ذلك.

2- مدى اعتبار عمل المرأة من مسقطات الحضانة من عدمه في التشريع الجزائري وأثر ذلك الاجتهادات القضائية.

بالرجوع إلى أحكام المادة 67 من **ق.أ.ج** رقم 84-11 والتي تنص على: "تسقط الحضانة باختلال أحد الشروط المعتبرة شرعا في المادة 62 أعلاه".

يتضح من خلال هذه المادة أن الحضانة قد تسقط لاختلال أحد الشروط المنصوص عليها في المادة 62 من **ق.أ.ج** ولكن يجب على المحكمة عند تطبيق أحكام هذه المادة أن تبقى تراعي مصلحة المحضون في حالة بقائه مع حضانته الأولى بين الفوائد التي يمكن أن تعود عليه في حالة إسقاط حق حضانته على هذا الحاضن وإسنادها إلى غيره[1]

لكن قد يصعب على القاضي تقدير هذه المصلحة كونها شيئا معنويا لا يمكن إثباتها بسهولة قد يوقع القاضي في التناسب عند تقديرها، فهناك أسباب قد يدفع بها من له مصلحة في طلب إسقاط الحضانة عن الحاضن وهي غير منصوص عليها في قانون 84-11، من بينها سقوط الحضانة بسبب عمل المرأة الحاضنة، فالاجتهادات القضائية اعتبرت عمل المرأة ليس بسبب لإسقاط الحضانة عنها[2]، رغم عدم وجود النص القانوني ونظرا لوجود هذا الفراغ القانوني وحساسية هذا الموضوع، ولأن مصلحة المحضون هي من النظام العام[3].

فقد تدخل المشرع الجزائري من خلال تعديل قانون الأسرة بموجب الأمر رقم 05-02، والذي تناول مسألة عمل الحاضنة من خلال أحكام المادة 67 من **ق.أ.ج** التي نصت على أنه: "تسقط الحضانة باختلال أحد الشروط المنصوص عليها في المادة 62 أعلاه، ولا يمكن لعمل المرأة أن يشكل

[1] – محمد عقلة، نظام الأسرة في الإسلام، مكتبة الرسالة الحديثة، عمان، ط2، 1990، ج3، ص370.

[2] – عبد العزيز سعد: شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ج1، ص 301.

[3] – القرار رقم 32594، المؤرخ في 1984/04/02 غرفة الأحوال الشخصية، قرار المحكمة العليا، المجلة القضائية، لسنة 1989، العدد01، ص 77.

سببا من أسباب سقوط الحق عنها في ممارسة الحضانة، غير أنه يجب في جميع الحالات مراعاة مصلحة المحضون"[1]

والواقع أن أحكام الفقرة الثانية تتعلق بحالة أصبحت ظاهرة هي وليدة الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا وجاء المشرع في التعديل الجديد ليتوج الاجتهادات القضائية بنص قانوني صريح يحسم النزاع ومن بين هاته القرارات القرار المؤرخ في 18 يوليو 2000 إذ أكد على أنه: "... حيث أنه بالفعل فقد جاء القرار خاليا من أي تسبيب مكتفيا بالقول أن القرار المعرض جاء سليما وتعليله كافيا ، إضافة إلى كون القرار المعرض أسقط حضانة الولدين عن الطاعنة بسبب العمل دون أي سبب آخر خصوصا وقد استقر اجتهاد المحكمة العليا على أن العمل لا يعتبر مسقطا للحضانة، وعليه فالوجهين مؤسسين الأمر الذي يتعين معه نقض القرار المطعون فيه وإحالته لنفس المجلس"[2]

كما أكد محتوى هذا القرار قرار آخر للمحكمة العليا جاء فيه: "حيث أن عمل الحاضنة لا يوجب إسقاط حقها في حضانة ولدها مالم يتوفر الدليل الصحيح على أن هذا العمل يحرم المحضون من حقه في العناية والرعاية..."[3]

فمن هذا القرار وغيره يتأكد لنا أنه لا يمكن لمن له الحق في الحضانة إسقاطها على الحواضن اللائي لهن عمل خارج البيت بحجة إهمال المحضون بسبب الخروج للعمل خارج البيت لأنه من حقها أن تعمل وتكتسب لتعيش بشرف ولا عبرة حينئذ بطلب الأب إسقاط حضانة الحاضنة بسبب العمل إلا إذا تبين للقاضي بعد خبرة اجتماعية فردية وجماعية يعينها بحكم تمهيدي أن مصلحة المحضون في خطر مادي أو معنوي، أو أنه مهمل هنا فقط يكون للقاضي على أساس معيار مصلحة المحضون والمرتبطة دوما بالنظام العام إسقاط حق الحاضنة في الحضانة وهذا ما نص عليه المشرع الجزائري في الماجة 67 الفقرة 3 بقولها: " غير أنه يجب في جميع الحالات مراعاة مصلحة المحضون". وعليه فإذا

---

[1] – أحمد شامي: السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة، مرجع سابق، ص 455.

[2] – الأمر 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005 المعدل و المتمم للأمر 84-11 المؤرخ في 8 جويلية 1984 و المتضمن قانون الأسرة الجزائري.

[3] – القرار رقم 245156، المؤرخ في 18 يوليو 2000، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، قرار المحكمة العليا، المحلة القضائية لسنة 2001 عدد خاص، ص190.

كان الضياع الذي يتعرض إليه المحضون يرجع إلى خروج الحاضنة خروجا يتسم بالكثرة التي تفوت على الصغير مصلحته في حضانة الحاضنة له[1] إسقاط حق المرأة العاملة في الحضانة.

ومن هنا فإننا نعتقد أن الأسئلة الأساسية في هذا المجال على المنوال الآتي: هل تستطيع الحاضنة أن تقدم للمحضون أحسن العناية وأفضل التربية بخروجها إلى عملها؟ هل هناك قيود شرعية وقانونية لحماية مصلحة المحضون؟ ومتى يعد عمل المرأة مسقطا للحضانة؟

بالنظر من الناحية العملية، فالنفقة التي يحكم بها على الأب فهي غير كافية لتغطية كافة تكاليف التي تتطلبها نفقة الطفل وتربيته، ويعني بذلك النفقة الغذائية التي يتحرر منها الأب ما هي في حقيقه الأمر إلا مساهمة بسيطة مقارنة مع غلاء المعيشة في الوقت الحاضر[2]، ولتأكيد هذه الأقوال، نستعين بحكمين صادرين عن محكمة تلمسان، حيث قضي الأول 900دج شهريا لكل واحد منهما[3] في حين قرارها الثاني بتاريخ 06 فبراير 1999 بـ 1000دج شهريا[4]

فعمل المرأة أمر مشروع لتحقق حاجيتها وحاجيات محضونيها و أمر ضروري في وقتنا الحالي إلا أنه لا يمكن إطلاقه على كل حالة بل لا بد من قيود شرعية وقانونية حفاظا على مصلحة المحضون ويمكن تعدادها كالآتي:

أولا: إن خروج الحاضنة لسبب غير شرعي يؤدي إلى إسقاط الحضانة عنها بحكم مبني على أساس سوء أخلاقها وعدم أمانتها وفي هذا الصدد فقد قيل أنه ليس بشرط أن يكون الخروج المعصية بل الخروج إن كان لمعصية فيدخل في حيز آخر ويكون عدم الأهلية ومن ثم الإسقاط مرده سوء السيرة والإشتهار بالفجور[5].

---

[1] – القرار رقم 274207، المؤرخ في 03 يوليو 2002، غرفة الأحوال الشخصية، قرار المحكمة العليا، المجلة القضائية لسنة 20047، العدد 01، ص 272.

[2] – عبد الرحمان الصابوني، شرح قانون الأحوال الشخصية السوري، الطلاق وآثاره "منشورات جامعة دمشق، ط08، 2000-2001،ج2 ص س232، نقلا عن أحمد شامي، السلطة التقديرية للقاضي شؤون الأسرة، مرجع سابق، ص 456.

[3] – زكية حميدو: مصلحة المحضون، مرجع سابق، ص 449.

[4] – القرار رقم 1081/97 المؤرخ في 1998/01/18 قسم الأحوال الشخصية محكمة تلمسان، غير منشور، نقلا عن زكية حميدوا مرجع سابق، ص 449.

[5] – القرار رقم 2109/98 المؤرخ في 1999/02/06 قسم الأحوال الشخصية، محكمة تلمسان غير منشور نقلا عن زكية حميدوا، مرجع سابق ص 249.

ثانيا: إن عمل المرأة يجب أن ننظر إليه على ضوء مصلحة الطفل وعليه فإذا استطاعت الحاضنة التوفيق بين عملها في الخارج وعملها كحاضنته بعدم ترك الطفل ضائعا فإن هذا لا يسقط حقها في الحضانة والحق فسبب الضياع الذي يتعرض إليه الطفل يرجع إلى خروج الحاضنة خروجا يتسم بالكثرة التي تفوت على الصغير مصلحة في حضانة الحاضنة له ومن ثم فمن الناحية العملية، فكثرة هذا الخروج ووقته يقدر القاضي فيما إذا كان يعيق فعلا ممارسة الحضانة، أما إذا كان نادرا لا يتضرر منه المحضون لا مجال لإسقاط الحضانة عنها.[1]

ومن هنا فعلى القاضي النظر إلى نوع الوظيفة (أو العمل) التي تقوم بها من حيث إذا كان يشغلها كل الوقت عن المحضون ومن حيث مساهمة هذه الوظيفة في تحقيق مصلحة الطفل كأن تكون الحاضنة مدرسة تستغل تعلميها في إعانة المحضون في دراسته وتراقب واجباته المدرسية، أو تكون طبيبة تدرك ما يضر الطفل وتحفظ صحته.

– وفي هذا الشأن يقول الأستاذ محي الدين عكاشة بشأن النفقة المحكوم بها من قبل القضاء الجزائري.

« J'ai eu beaucoup à vous parler de la modique pension alimentaire allouée par nos j vo diction aux enfants de parents divorcés » pire encore « la fasciation de la pension alimentaire, ajoute_t_il fait parfois l'objet de véritables batailles juridiques entre les parties à qui l'emportera sur l'autre la mère voulant le maximum le père désirerait s'en sortir avec les moindres frais et tout le monde se plait.

CFM Akacha les drois moraux et patrimoniaux de l'enfant après de divorce EASJEP 200n°pp 259-260

- نقلا عن زكية حميدوا: مصلحة المحضون، المرجع السابق، ص 449.

– [1]اعتبر القضاء أن عمل الحاضنة الماس المحضون بمصلحة المحضون يثبت عدم جدارتها في ممارسة الحضانة، وذلك عندما قضا المجلس الأعلى الجزائري في قراره الصادر في 29 ماي 1969 بأنه: " من المقرر شرعا وقضاء أن ابتعاد لأم عن أولادها المحضونين انشغالها بوظيفتها الشطر الأعظم من النهار لا تؤدي إلى سقوط الحضانة عنها وإنما إلى عدم جدارتها في ممارستها فقط" القرار المؤرخ في 1969/05/29 غرفة القانون الخاص، نشرة القضاة 1970 عدد 4، ص 50.

وفي الأخير يمكن القول فما دامت الوظائف مشورعة والحاضنة لا تتخلى عن الطفل وقت كبيرا إلى حد فقدانه الحنان والرعاية والتربية، وأن الحاضنة ماهرة في تدبر أمره بحيث توفق بين عملها في الخارج وعملها في الداخل، فإن حقها في الحضانة لا يسقط إذا ما توافرت فيه الشروط الأخرى[1].

وكخلاصة لما سبق يتبين لنا أن المواد المتعلقة بالحضانة تقريبا كلها جاءت بعبارة "مع مراعاة مصلحة المحضون" وبالرغم من تكرارها عدة مرات إلا ان المشرع لم يورد أي تعريف لها ولا حتى تحديدا لمعناها على الرغم من أهميتها.

وهذا يعني أنه ترك المجال واسعا لتدخل القاضي في كل المسائل مما يزيد من صعوبة مهمته أمام مسألة تقتضي الحرص التام على مصلحة المحضون وأمام سكوت المشرع على بعض الأحكام فإنه يتعين على القاضي الرجوع إلى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا كان القاضي غير متخصص في أحكام الشريعة فهل هذا يعني ضياع حق الطفل.

فكان على المشرع أن يسهل على القاضي مهمته بتوضيح الأحكام وعدم إحالته إلى مبادئ الشريعة في كل مرة.

وعليه بالرغم من أن المشرع الجزائري قد قام بتعديل بعض الأحكام المتعلقة بالحضانة رغبة منه في تحقيق حماية أفضل للمحضون، إلا أنه مازالت تعتريها بعض النقائص من الأحسن أن يتداركها حتى تكتمل الحماية التي يهدف إليها.

[1]Cpfbenatia le travail fĕminin en alerie édit 1970 pp40-41 jcmartens le modèle algèrien de développement édit snedalger 1973 p240 :skhodja les femmes musukmantsalgeirnnes et de développement in a.a.n 1979 p123-124

- نقلا عن زكية حميدوا: مصلحة المحضون، مرجع سابق، ص 4478.

الخاتمة

الخاتمة

لله الحمد و المنة, أن تمت بفضله النعمة بإنهاء هذه الدراسة و أختمها بأهم النتائج التي استخلصتها, و التوصيات التي أقترحها, و كلي أمل أن يفيد منها من يطالعها أو يأخذها.

1- النتائج:

1- إن كان للزواج مقاصد جليلة, فمقاصد التفريق لا تقل أهمية عنها فهو السبيل الأحمر إلى رفع الضرر الواقع من احد الزوجين على الأخر, و به يكمن حماية الأبناء و نفسيا تهم من التأثر بنتائج الخلافات و النزاعات الناشئة بين والديهم, فربما كان التفريق و إنشاء زواج جديد خال من المشكلات وقاية للمجتمع من الانحراف و الوقوع في الرذيلة.

2- إن من أسباب الفرقة بين الزوجين غياب المجتمع في تطبيق الصلح إذا جاء به القرآن لكن و للأسف الأزواج سواء كان من جهة الرجل أم المرأة يلجؤون إلى القضاء مباشرة.

3- إن عدم وجود نص تشريعي ينظم مسائل الفرقة بين الزوجين قبل صدور قانون الأسرة أدى إلى إستيناد قاضي شِون الأسرة و كذا المحكمة العليا في قراراتها إلى أحكام الشريعة الإسلامية .

4- إن عدم وجود نصوص تشريعية كافية و صريحة و واضحة لتنظيم مسائل الفرقة بين الزوجين أدى إلى عدم استقرار الاجتهاد القضائي في مسائل الطلاق و التطليق و الخلع و أدى إلى تضارب قرارات المحكمة العليا منها مسالة الصلح فتارة تحكم بأنه جوازي و تارة أخرى بأنه وجوبي, و كذا مسألة الخلع, فتارة تحكم بأن الخلع عقد رضائي يجب موافقة الطرفين و تارة أخرى تحكم بأن الخلع حق أصيل للزوجة تستعمله حتى دون موافقة الزوج.

5- إن تضاربات قرارات المحكمة العليا السالفة الذكر أدت كنتيجة حتمية للتعديل قانون الأسرة بأمر 02/05 و أخص بالذكر.

نص المادة 49 إذا أضيفت كلمة "عدة محاولات" ليصبح الصلح من جوازي الى وجوبي.

و كذلك نص المادة 53.

ونص المادة 54 بإضافة "دون موافقة الزوج" أي أن الخلع يتم دون رضا الزوج عليه و هذا الأمر مخالف لما عليه جمهور الفقهاء من أن الخلع عقد رضاني يتم برضا الطرفين.

6- وضع المشرع الجزائري الاسري مادة واحدة وحيدة لتنظيم الخلع و هي غير كافية لتشمل جميع أحكامه المتشعبة في الفقه الإسلامي .

7- كما أن المشرع الجزائري جعل مهمة الحكمين عند استحكام الشقاق تقتصر على الاصلاح و التوفيق بين الزوجين و أن يقدما تقريرا عن مهمتهما في أجل شهرين تطبيقا لأحكام المادتين 56 من ق- أ غير أن المقرر في الفقه المالكي انه إذا عجز الحكمان عن الصلح بين الزوجين حكما بالتفريق بينهما بطلقة.

8- يعد المسكن أحد انواع النفقة الواجبة للمرأة على زوجها، فقد ثبت حقها في طلب التفريق لعدم الإنفاق، فذلك يثبت حقها لعدم المسكن لتضررها بعدمه و هذا ما أكده الفقه الإسلامي و القضاء الجزائري.

9- يعد ضبط العيوب التي توجب التفريق بضابط عدم تحقيق الهدف من الزواج من طرف المشرع الجزائري في المادة 53 ضابطا مناسبا يراعي المصلحة و يدرا المفسدة. إذ يعد حصر العيوب التي تجير التفريق تحكما بغير دليل و إطلاقها لا يخلو عن المفاسد.

10- حظيت عدة قرارات للمحكمة العليا بعناية المشرع الأسري ورقها إلى مرتبة القاعدة القانونية منها حق المرأة للتطليق بسبب مخالفة أحكام الواردة في المادة 8 المتضمنة شروط تعدد الزوجات ، وكذا مخالفة الشروط المقترنة بعقد الزواج ، إضافة إلى حق المرأة للتطليق بسبب الشقاق الحاصل بين الزوجين.

11- قد احسن المشرع في النص على حق التفريغ لكل ضرر معتبر شرعا لأن الضرر الواقع على المرأة من زوجها بعضها يثبت بالكشف الطبي كالضرب و هذا ما أكدته أغلب قرارات المحكمة العليا، و البعض اللآخر نفسي يتم اثباته بما ارتكب الزوج من الجرائم التي تضرر بها الزوجة نفسيا.

12- يعد تكليف القاضي أحد الزوجين بأداء اليمين في النزاع حول متاع البيت أمرا ضروريا لفض النزاع المعروض إلا أن المشرع الجزائري وضع مادة واحدة لنزاع حول متاع البيت وهي غير كافية رغم مافي الموضوع من إشكلات أمام القضاء .

13- من خلال هذه الدراسة اتضح لنا أن الحضانة قائمة على معيار أساسي و هو مصلحة المحضون و هذا المعيار الذي تطرق إليه المشرع الجزائري في جميع النصوص المتعلقة بالحضانة تقريبا، إلا أنه لم يوضح ذلك و لم يحدد بدقة إذ أن مصلحة المحضون عامة تقبل التوسيع و التضييق حسب ظروف كل قضية معروضة على القاضي، مما يجعل القاضي في وضع حرج، فهو ملزم من جهة بالبحث عن مصلحة المحضون حتى يسند الحضانة للأكفاء، و الحق بها و من جهة أخرى، يجد نفسه مجردا من الوسائل التي تمكنه من البحث و التحقق من توافر المصلحة

2- التوصيات:

1- ظهر لي بعد هذه الجولة مع هذه العمل إن أكثر ما تعاني منه البيوت من مشاكل سببه الجهل بضوابط الشرع التي تحكم بناء الأسرة و تنظم العلاقة بين الزوجين, و هذا يدعو إلى تضافر جهود عدة مؤسسات علمية و دعوية و تربوية و ثقافية للتوعية لهذا الجانب.

2- أوصى القائمين على تقنين الأحكام الشرعية في مجال الأحوال الشخصية, وضع مذكرات تفسيرية للقوانين المعمول بها و اخذ ذلك بعين الاعتبار عند تغيير القوانين

3- ضرورة تفعيل الصلح كآلية فعالة و أسلوب متميز لإنهاء الخصومات أيا كان طابعها و ترجيحه على المقاضاة للتخفيف من اكتظاظ المحاكم و التيسير على حياة المواطنين الذين يلجؤون إليه لمعالجة القضايا المطروحة على القضاء و المتزايدة بشكل مستمر.

4- و من التوصيات أيضا ضرورة إعادة النظر في نصوص قانون الأسرة المنظمة للفرقة بين الزوجين منها إعادة صياغة المادة 48-49.

5- الاهتمام بالتكوين المتخصص و النوعي بالنسبة لقضاة غرفة الأحوال الشخصية, و ذلك بتكوينهم تكوينا شرعيا و تدريبهم على حسن توظيف و استثمار قواعد تفسير النصوص القانونية.

6- ضرورة تقنين المسائل المرسلة المختلف فيها التي تشيع المحاكم لحسم الخلاف و تحقيق مقاصد التقنين, مثل الطلاق الثلاث و طلاق المريض مرض الموت.

قال العماد الأصفهاني:

"إني رأيت أنه ما كتب إنسان كتابا في يومه ألا قال في غده لو غيرت هذا لكان أحسن, و لو زيد كذا لكان أجمل و هّا من أعظم العبر و هو دليل على استيلاء النقص على جملة البشر".

و في ختام البحث استبيح العذر في عدم الإطالة بمختلف الموضوعات التي يثيرها موضوع الدراسة و هذا لشساعة الموضوع.

ورغم ذلك فقد بذلت غاية جهدي في معالجة الموضوع و عساي في النهاية أن أكون بهذا الجهد المتواضع الذي يمثل غيثا من فيض, قد قدمت عملا أساهم به في إثراء المنظومة القانونية ولو بشيء اليسير.

هذا فإن أصبت من الله وحده و الفضل له تعالى أولا و آخرا و إن أخطأت فمن نفسي والشيطان.

الخاتمة

قائمة المراجع

قائمة المراجع

القرآن الكريم برواية ورش عن نافع.

كتب الفقه الحنفي:

1) ابن الهمام, كمال الدين, شرح فتح القدير, دار الفكر بيروت (د ط)(د ت)
2) ابن عابدين, محمد امين, الدر المختار و حاشية ابن عابدين (رد المحتار) دار الفك بيروت, الطبعة الثانية,1412هـ-1992.
3) ابن مودود، عبد الله بن محمود، الاختيار لتعليل المختار، تعليق محمود أبو دقيقة مطبعة الحلبي، القاهرة، صوارتها، دار الكتب العلمية، بيروت 1356هـ-1937م.
4) ابن نجيم: زيد الدين بن ابراهيم بن محمد (970 هـ), البحر الرائق شرح كنز الدقائق, دار الكتاب الإسلامي, الطبعة الثانية.
5) الحصكفي: محمد بن علي بن محمد الحصفي, الدر المختار شرح تنوير الأبصار و جامع البحار تحقيق عبد المنعم خليل ابراهيم, دار الكتب العلمية المطبعة الاولى 1423هـ-2002.
6) الزيلعي: شهاب الدين احمد بن محمد, تبين الحقائق شرح كنز الدقائق, المطبعة الكبرى الاميرية, بولاق, القاهرة, الطبعة لأولى, 1313 هـ.
7) السرخسي: محمد بن أحمدين أبي سهال شمس الأمة, المبسوط -دار المعرفة- بيروت (ر- ط) 1414-هـ-1993.
8) الغنيمي: عبد الغني بن طالب بن حمادة, الباب في شرح الكتاب تحقيق محمد محي الدين عبد الحميد, المكتبة العلمية, بيروت, لبنان,(د ط)(د ت).
9) الفيروزٍ آبادي : مجد الدين أبو طاهر محمد بن يعقوب (817 هـ) القاموس المحيط, تحقيق مكتبة .تحقيق التراث في مؤسسة الرسالة بإشراف محمد نعيم العرقسوسي, مؤسسة الرسالة للطباعة و النشر و التوزيع, بيروت -لبنان, الطبعة الثامنة 1426 هـ 2005 م.

10) الكساني: علاء الدين أبو بكر بن مسعود (ت 587) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع, دار الكتب العلمية, ط 2. 1406-هـ-1986 م.

11) النفسي : أبو البركات عبد الله بن أحمد (710 هـ), كنز الدقائق تحقيق سائد بكداش, دار البشائر الإسلامية, دار السراج الطبعة الاولى 1432 هـ -2011 هـ.

كتب الفقه المالكي:

1) ابن جزي: أبو القاسم محمد بن احمد (741) القوانين الفقهية (د ط)(د ت)

2) ابن عبد البر، أبو عمر يوسف بن عبد الله، الكافي في فقه أهل المدينة، تحقيق محمد محمد احيد ولد ماديك الموريتاني، مكتبة الرياض الحديثة، الرياض، المملكة العربية السعودية، الطبعة الثانية، 1400هـ-1980م.

3) حاشية الصاوي، على الشرح الصغير، دار المعرفة، (د ط) (د ت).

4) الحطاب: محمد بن عبد الرحمان أبو عبد الله المغربي (ت 954) دار الفكر بيروت, الطبعة الثالثة 1412 هـ 1992م.

5) الخرشي: محمد بن عبد الله (1101 هـ) شرح مختصر خليل الدار الفكر للطباعة, بيروت (د ط) (د ت).

6) الدردير: الشرح الصغير دار المعارف، (د ط) (د ت).

7) الدسوقي: محمد بن احمد بن عرفة, الشرح الكبير للشيخ الدرير في حاشية الدسوقي, دار الفكر (د ط).

8) القاضي عبد الوهاب، الإشراف على نكت مسائل الخلاف، تحقيق الحبيب بن طاهر، دار ابن حزم، الطبعة الأولى، 1420هـ-1998م.

9) القاضي عبد الوهاب، المعونة على مذهب عالم المدينة ، تحقيق حميس عبد الحق، المكتبة التجارية، مصطفى أحمد الباز، مكة المكرمة، (د ط) (د ت).

10) القرافي، أبو العباس شهاب الدين (684 هـ)، الذخيرة، تحقيق سعيد أعراب، دار الغرب الإسلامي، بيروت، الطبعة الأولى 1994م.

11) مالك بن أنس, المدونة, دار الكتب العلمية, الطبعة الأولى 1415 - 1994.

12) محمد بن عبد الوهاب، التلقين في الفقه المالكي، تحقيق أبي أويس محمد بو خبزة الحسين الشطواني، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى 1425هـ-2004م.

13) محمد عليش, منح الجليل شرح مختصر خليل, دار الفكر, بيروت (د و ط) (1409 هـ -1989).

14) النفرادي، أحمد بن غانم، الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني، دار الفكر، (د ط)، 1415هـ-1995م.

كتب الفقه الشافعي:

1) أبو الحسن يحي بن أبي الخير بن سالم العمراني، البيان في مذهب الإمام الشافعي، تحقيق قاسم محمد النوري، دار المنهاج، جدة، الطبعة الأولى، 1421هـ-2000 م.

2) الرملي: شمس الدين محمدد ابي العبلى, نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج, دار الفكر , بيروت, الطبعة الأخيرة.1404هـ-1984م.

3) الشافعي: أبو عبد الله محمد بن إدريس, الأم, دار المعرفة بيروت (د ط) 1410 هـ - 1990 م.ح.

4) الشافعي، اللباب في الفقه الشافعي، تحقيق عبد الكريم بن صنيتان العمري، دار البخاري، المدينة المنورة، المملكة العربية السعودية، ط1، 1415هـ.

5) الشربيني: شمس الدين بن محمد الخطيب, مقى المحتاج إلى معرفة معاني الفاظ المنهاج, دار الكتب العلمية, بيروت, الطبعة 1415 هـ-1994م.

6) شمس الدين بن محمد بن أحمد الخطيب (977 هـ) , الإقناح في حل ألفاظه اي شجاع, دار الفكر , بيروت (476 هـ).

7) الشيرازي : المهذب في فقه الإمام الشافعي,دار الكتب العلمية,(ن ط) (ر ت).

8) الشيرازي: أبو اسحاق ابراهيم بن علي يوسف (476 هـ), التنبيه في الفقه الشافعي, عالم الكتب.

9) الماوردي، أبو الحسن علي بن محمد 450 ، الحاوي الكبير، تحقيق الشيخ علي محمد معوض الشيخ عادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية، بيروت–لبنان– الطبعة الأولى، 1419هـ–1999م.

10) الماوردي، أبو الحسن علي بن محمد 450هـ، الاقناع، (د ط)(د ت).

11) النووي، المجموع شرح المهذب، دار الفكر، (د ط) (د ت).

12) النووي، يحي ابن شرف، روضة الطالبين و عمدة المفتين: تحقيق زهير الشاويش، المكتب الإسلامي، بيروت–دمشق، الطبعة الثالثة 1412 هـ–1991م.

كتب الفقه الحنبلي:

1) ابن قدامة المقدس, الكافي في فقه الإمام أحمد, دار الكتب العلمية, الطبعة الأولى 1414 هـ–1994م.

2) ابن قدامة, عبد الله بن أحمد المقدسي أبو محمد (ت 620 هـ), المغني, مكتبة القاهرة, 1388 هـ–1968.

3) ابن قدامى المقدسي، الشرح الكبير، على متن المقنع، دار الكتاب العربي للنشر و التوزيع، (د ط) ، (د ت).

4) ابن مفلح، إبراهيم بن محمد بن عبد الله، المبدع في شرح المقنع، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1418 هـ–1997م.

5) أبو البركات، ابت تيمية، عبد السلام بن عبد الله، المحرر في الفقه، على مذهب الإمام أحمد بن حمبل، مكتبة المعارف، الطبعة الثانية، 1404هـ–1984م.

6) البهوتي: منصور بن يونس بن صلاح الدين بن حس بن إدريس(1051 ه),كشاط القناع عن متن الإقناع دار الكتب العلمية بيروت(ر ت)(د ت).
7) الكولوذافي، محفوظ بن أحمد بن الحسين، الهداية على مذهب الإمام أحمد، تحقيق عبد اللطيف هيميم، ماهر ياسين الفحل، مؤسسة غراس، ط1، 1425هـ-2004م.
8) المرداوي: علاء الدين أبو الحسين علي بن سليمان (885 ه) الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف, دار إحياء التراث الغربي, الطبعة الثانية (د ت) ح.

كتب الحديث و شروحه:

1) ابن حجر العسقلاني، تقريب التهذيب، دار النشر ، الكتب الإسلامية، الباكستان، ط1، 1973.
2) ابن حجر العسولاني: أحمد بن علاني حجر فتح الباري شرح صحيح البخاري,رقمه محمد فؤاد عبد الباقي, قام بإخراجه و صححه محب الدين الخطيب, علق عليه عبد الله بن باز – دار المعرفة- بيروت 1379, حج.
3) ابن عبد البر: يوسف بن عبد الله، الاستذكار: تحقيق سالم محمد عطا، محمد على معوض، دار الكتب العلمية-بيروت، الطبعة الأولى، 1421 هـ- 2000م.
4) ابن ماجه, أبو عبد الله بن يزيد(273 ه).سنن ابن ماجه, تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي , دار احياء الكتب العربية(د ط) (د ت).
5) ابو داود سليمان بن الأشعث بن اسحاق(275 ه) ز سنن ابي داود , تحقيق شعيب الارنؤوط, دار الرسالة العلمية ,الطبعة الأولى 1430 ه -2009م.
6) أبي شيبة، أبو بكر عبد الله بن محمد، مصدق ابن أبي شيبة، تحقيق كمال يوسف، الحوت، مكتبة الرشد، الرياض، الطبعة الأولى 1409.
7) الالباني محمد نصر الدين صحيح سنن ابن ماجه المكتب الاسلامي بيروت الطبعة الثالثة 1408 ه-1998م.

8) الألباني، محمد ناصر الدين، إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل، إشراف زهير الشاويش، المكتب الإسلامي، بيروت، الطبعة الثانية، 1405هـ-1985م.

9) البخاري: محمد بن اسماعيل (256هـ), صحيح البخاري , ترقيم و ترتيب محمد فؤاد عبد الباقي , دار الفجر للتراث القاهرة,1433, هـ-2012 م.

10) البيهقي: أحمد بن الحسين بن علي بن موسى (458), السنن الكبرى تحقيق, محمد بن عبد القادرعطا , دار الكتب العلمية, بيروت لبنان ط هـ,1424 هـ-2003م.

11) الترميذي: محمد بن عيسى (279 هـ) سنن الترميذي , تحقيق سيتار عواد, معروف, دار الغرب الإسلامية البيروت 1998,

12) الخطيب محمد عجاج اصول الحديث (علومه و مصطلحاته) دار الفكر بيروت الطبعة الرابعة, 1401 هـ-1981م.

13) الدار قطبي، أبو الحسن علي بن عمر، سنن الدار قطبي، تحقيق شعيب الأرنؤوط، مؤسسة الرسالة، بيروت-لبنان، الطبعة الأولى، 1424هـ-2004م.

14) الزيلعي، جمال الدين أبو محمد عبد الله، نصب الراية، تحقيق محمد عوامة، مؤسسة الريان للطباعة و النشر، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 1418هـ- 1997م.

15) الشوكاني، محمد ابن على ابن محمد، ذيل الأوطار، تحقيق عصام الدين الصبابطي، دار الحديث، مصر، الطبعة الأولى 1413هـ-1993م.

16) الصنعاني، أبو بكر عبد الرزاق، المصنف، تحقيق حبيب الرحمان الأعظمي، الناشر، المجلس العلمي، الهند، المكتب الإسلامي، بيروت، الطبعة الثانية 1403هـ.

17) الصنعاني، محمد بن اسماعيل، سبل السلام شرح أدلة الأحكام، دار الحديث (د ط) (د ت).

18) عبد الرزاق ابو بكر (211هـ) المصنف تحقيق حبيب الرحمان الاعظمي المجلس العلمي , الهند, المكتب الاسلامي, بيروت الطبعة الثانية 1403 هـ.

19) مالك ابن أنس، الموطأ، تحقيق طه عبد الرؤوف سعد، الطبعة الأولى 1424هـ – 2003م.

20) النسائي، أبو عبد الرحمان (303هـ)، سنن النسائي، تحقيق عبد الفتاح، أبو غدة، مكتب المطبوعات الإسلامية، الطبعة الثانية، 1406هـ-1986م.

21) النيسابوري: ابو عبد الله الحاكم (405هـ) المستدرك على الصحيحين تحقيق المصطفى عبد القادر عطى دار الكتب العلمية , بيروت , الطبعة الاولى (1411هـ-1990م).

كتب التفسير و علوم القرآن:

1) ابن العربي، القاضي محمد بن عبد الله أبو بكر، أحكام القرآن، راجح أصوله و خرج أحاديثه و علق عليه، محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت- لبنان، الطبعة الثالثة، 1424هـ-2003م.

2) ابن جزء: محمد بن أحمد، كتاب التسهيل لعلوم التنزيل، دار الكتاب العربي، بيروت-لبنان، ط4، 1403هـ-1983م.

3) ابن عربي، محمد بن عبد الله، أحكام القرآن، راجعه محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الثالثة، 1424هـ-2003م.

4) ابن كثير ابو الفداء اسماعيل بن عمر(774 هـ), تفسير القران العظيم , تحقيق محمد حسين شمس الدين دار الكتب العلمية منشورات علي بيضون , بيروت الطبعة الاولى 1419هـ.

5) الجصاص, احمد بن علي ابو بكر الرازي تحقيق عبد السلام محمد علي شاهين دار الكتب العلمية بيروت – لبنان الطبعة الاولى, 1415هـ 1994م.

6) الرازي، الفخر أبو عبد الله، التفسير الكبير، أو مفاتيح الغيب، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط3، 1420.

7) السيد قطب، في ظلال القرآن، دار الشروق- بيروت- القاهرة، الطبعة 17، 1412هـ.

8) الطبري محمد بن جريربن يزيد بن كثير 310هـ تفسير الطبري تحقيق احمد محمد شاكر مؤسسة الرسالة الطبعة الاولى 1420 هـ 2000 م.

9) القرطبي (أبو عبد الله محمد بن أحمد الانصاري) , الجامع لاحكام القرطبي, دار الكتاب العربي القاهرة, ط 1387 هـ, 1997 م.

10) القرطبي ابو عبد الله بن احمد الانصاري , (671 هـ) , تفسير القرطبي, تحقيق احمد البردوني , ة ابراهيم الطفيش , دار الكتب المصرية القاهرة , الطبعة الثانية 1384 هـ-1964م.

11) محمد رشيد بن علي رضا بن محمد شمس الدين, تفسير المنار' الهيئة المصرية العامة 1990.

12) النحاس، أبو جعفر، الناسخ و المنسوخ، تحقيق محمد عبد السلام محمد، مكتبة الفلاح، الكويت، ط1، 1408هـ.

13) النفسي، أبو البركات عبد الله بن أحمد بن محمود، مدارك التنزيل و حقائق التأويل، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان، (د ط) (د ت).

كتب اصول الفقه و القواعد الفقهية:

1) ابن نجيم زين الدين بن ابراهيم بن محمد, 970 هـ, الأشباه و النظائر,وضع حواشيه و خرج أحاديثه الشيخ زكريا عميرات, دار الكتب العلمية , بيروت-لبنان، الطبعة الاولى 1419هـ-1999م.

2) ابو زهرة, محمد, اصول الفقه, دار الفكر (د.ط)(د.ت)

3) ابو يعلى محمد بن الحسين بن محمد بن خلف, العمدة في اصول الفقه, تحقيق احمد بن علي بن سير المباركي دون الناشر, الطبعة الثانية, 1410هـ-1999م.

4) الامدي, ابو الحسن سيد الدين علي بن ابي علي بن محمد بن سالم الثعلبي ,الإحكام في أصول الأحكام, تحقيق عبد الرزاق العفيفي المكتب الاسلامي بيروت دمشق لبنان.(د. ط) (د. ت).

5) اوبيك محمد بن احمد بن سيد, الاجتهاد الأصولي, دراسة في المفهوم و المنتهج دار الكنوز اشبيلية, المملكة العربية السعودية, الطبعة 1 .1433هـ-2012م.

6) حمادة: عباس متولى، أصول الفقه، دار النهضة العربية، ط2، عام 1388هـ-1968م.

7) الدسوقي , محمد الاجتهاد و التقليل الشريعة الاسلامية, دار الثقافة قطر- الدوحة, الطبعة الاولى 1470 هـ -1987م.

8) الرازي, فخر الدين بن محمد بن عمر المحصول في علم الاصول , تحقيق الدكتور طه جابر فياض العلواني. مؤسسة الرسالة الطبعة الثالثة 1418هـ-1997م.

9) الزرقا: أحمد بن الشيخ محمد شرح القواعد الفقهية، دار القلم، دمشق- سوريا، ط2، 1409هـ-1989.

10) السبكي تقي الدين ابو الحسن علي بن عبد الكافي بن علي بن تمام بن حامد الابهاج في شرح المنهاج, دار الكتب العلمية بيروت , 1416هـ -1995م.

11) السوية عبد المجيد, دراسات في الاجتهاد و فهم النصوص, دار البشائر الإسلامية الطبعة الاولى 2005م.

12) الشاطبي, ابراهيم بن موسى اللخمي الغرناطي, المالكي ابو اسحاقي, الموافقات في اصول الشريعة ,دار ابن عفان الطبعة الاولى 1417هـ-1997م.

13) الشاطبي, ابراهيم بن موسى اللخمي الغرناطي, المالكي ابو اسحاقي, الموافقات في اصول الشريعة , تحقيق عبد الله دراز, دار الفكر بيروت (د.ط)(د.ت).

14) الشاطبي, ابراهيم بن موسى اللخمي الغرناطي, المالكي ابو اسحاقي, الموافقات في اصول الشريعة , تحقيق عبد الله دراز, دار الكتب العلمية بيروت-لبنان (د.ط)(د.ت).

15) الشافعي, ابو عبد الله محمد بن ادرين بن العباس (204 هـ) الرسالة للشافعي, تحقيق احمد شاكر, مكتبة الحلبي, مصر , الطبعة الاولى 1358 هـ-1940م.

16) الشوكاني محمد بن علي بن محمد (1250 ه) ارشاد الفحول الى تحقيق الحق من علم الاصول تحقيق الشيخ احمد عزو عناية دار الكتاب العربي, دمشق الطبعة الاولى 1419ه -1999 م.

17) شبير محمد عثمان، القواعد الكلية و الضوابط الفقهية في الشريعة الإسلامية، دار النفائس، عمان، ط2006، مجلد.

18) الشيرازي, ابو اسحاق ابراهيم بن علي بن يوسف اللمع في اصول الفقه , دار الكتب العلمية 1424ه-2003م.

19) عبد الوهاب خلاف علم اصول الفقه, مكتبة الدعوة,(شباب الأزهر), دار القلم , الطبعة الثامنة .

20) عبد الوهاب خلاف, علم اصول الفقه و خلاصة تاريخ التشريع, مطبعة المدني , المؤسسة السعودية في مصر (د.ط)(د.ت).

21) غانم غالب غانم, المجامع الفقهية واثرها في الاجتهاد المعاصر راجعه محمد عساف (د.ط)(د.ت).

22) الغزالي,ابو حامد بن محمد(505 ه), اصول الفقه و القواعد الفقهية, تحقيق محمد عبد السلام الشافعي دار الكتب العلمية, الطبعة الاولى, 1413ه - 1993م.

23) الغزالي,ابو حامد بن محمد(505 ه), المستصفى, تحقيق محمدي عبد السلام عبد الشافي, دتر الكتي العلمية , الطبعة الاولى 1413ه-1993م.

24) القرضاوي يوسف, الاجتهاد في الشريعة الاسلامية (مع نظرات تحليلة في الاجتهاد المعاصر) دار القلم الكويت الطبعة الثالثة 1420ه -1999م.

25) الكحلاني, محمد بن إسماعيل بن صلاح بن محمد الحسني إرشاد النقاد الى تيسر الاجتهاد, تحقيق صلاح الدين مقبول, احمد دار السلفية, الكويت الطبعة الاولى 1405ه.

كتب مقاصد الشريعة:

1) ابو حجير سعيد, نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي مؤسسة الرسالة بيروت' ط 2' 1419هـ-1998م.

2) ابو حجير: سعيد نظرية التعسف في استعمال الحق و نظرية الظروف الطارئة, الدار العلمية' عمان الاردن' ط1, 2002.

3) الدريني، فتحي، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الاسلامي, مؤسسة الرسالة, بيروتو الطبعة الثانية, 1419هـ-1998م.

4) سعيد امجد الزهاوي: التعسف في استعمال حق الملكية في الشريعة و القانون, جامعة بغداد 1975.

5) عز الدين عبد العزيز، عبد السلام السلمي، قواعد الأحكام في مصالح الأنام، مراجعة و تعليق: طه عبد الرؤوف سعد، دار الجيل، بيروت، ط2 ، عام 1400هـ-1986م.

6) القدومي, عبير ربحي شاكر, التعسف في استعمال الحق و الاحوال الشخصية, دار الفكر عمان, الطبعة الأولى 1428هـ-2007م.

الكتب الفقهية المعاصرة:

1) ابن خلدون, عبد الرحمن ابو زيد, المقدمة , نسخة محققة نونان باخراج جديد, دار الفكر للطباعة و النشر, بيروت, لبنان 1424هـ-2004م.

2) ابو زهرة, محمد, الأحوال الشخصية, دار الفكر العربي, القاهرة 1436هـ-2015م.

3) أبو لحية، نور الدين، حق الزوجين في حل عصمة الزوجية، دار الكتاب، الحديث، القاهرة، ط 1428هـ-2007م.

4) بتينة الجلاصي, النص و الاجتهاد في الفكر الأصولي (من تقديس النقل الى تسريح العقل)ة رؤية للنشر و التوزيع, القاهرة, الطبعة الأولى, 2011.

5) بدران ابو العينين بدران بيان النصوص التشريعية طرقه و أنواعه, الإسكندرية, مؤسسة شباب الجامعة, 1982.

6) بهنسي، احمد فتحي, نفقة المتعة بين الشريعة و القانون, دار الشروق القاهرة, الطبعة الأولى 1408 هـ -1998م.

7) التميمي، تيسير رجب، الطلاق بين تعسف المطلق و تفريق القاضي، (دراسة فقهية مقارنة بقوانين الأحوال الشخصية في بعض البلدان العربية و المحاكم الفلسطينية)، دار الفكر العربي، القاهرة، ط1، 1430هـ-2009م.

8) الجندي، محمد الشحات، نظرات في نظام الأسرة الإسلامية، دار آمون، القاهرة، 1986م.

9) الحبذي أحمد نصر، التعليق على نصوص القانون و تنظيم بعض أوضاع و إجراءات التقاضي في قانون الأحوال الشخصية الصادرة بالقانون رقم 01، سنة 2000، دار الكتب القانونية، مصر، المجلة الكبرى.

10) حسين سمرة أحكام الأسرة في التشريع الإسلامي, دار الهداية, جامعة القاهرة, ط 1و(1432هـ,2011م).

11) الحفنادي محمد إبراهيم، الموسوعة الفقهية الميسرة، الطلاق، مكتبة الإيمان بالمنصورة، الطبعة الثانية 2005.

12) الحمدان، وفاء بنت علي بن سليمان، اللتفريق بالعيب الزوجين و الآثار المترتبة عليه "دراسة فقهية مقارنة" مكتبة كنوز المعرفة، ط1، 1419هـ-1999م.

13) الخفيف على الخفيف, فرق الزواج في المذاهب الاسلامية بحث مقارنو معتمد الدراسات العربية العالية 1955.

14) الخفيف علي، محاضرات عن فرق الزواج في المذاهب الإسلامية ألقاها على طلبة الدراسات العليا، معهد الدراسات العربية العالية، طبعة 1985م.

15) خلاف عبد الوهاب، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية على مذهب الامام أبي حنيفة و ما عليه الأن بالمحاكم الشرعية المصرية، مكتب الثقافة الدينية، القاهرة، ط2، 1424هـ-2013م.

16) الداقوقي, عباس قاسم مهدي, الاجتهاد القضائي(مفهومه, حالات,' نطاقه) دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي معززة بالتطبيقات القضائية, المصدر القومي للإصدارات القانونية, القاهرة, الطبعة الأولى 2015.

17) الرافعي, مصطفى, تاريخ التشريع و القواعد القانونية و الشرعية' الشركة العالمية للكتاب, بيروت-لبنان, الطبعة الأولى.

18) الزحيلي و هبه الفقه الإسلامي و أدلته, دار الفكر سورية, دمشق الطبعة الرابعة (د.ت).

19) الزحيلي, وهبه, الفقه الإسلامي و أدلته , طبع في الجزائر باذن خاص من دار الفكر, بدمشقو ط 1و 1413هـ-1992م.

20) زيدان, عبد الكريم المفصل في احكام المرأة و بيت المسلم في الشريعة الاسلامية, مؤسسة الرسالة, بيروت' لبنان, الطبعة الثانية 1420 هـ-2000م.

21) الساهي شوقي عبده، الخلافات الزوجية و معالجتها في الشريعة الإسلامية، مكتبة النهضة المصرية، القاهرة، ط 1422هـ-2001م.

22) السرطاوي, محمود على, شرح قانون الأحوال الشخصية, دار الفكر للنشر و التوزيع, (د.ط)(د.ت).

23) سمر حسين، أحكام الأسرة في التشريع الإسلامي، دار الهدى، القاهرة، ط 1432هـ - 2011.

24) السيد سابق، فقه السنة، المكتبة العصرية، صيد بيروت، م2، ص241.

25) الشاعر حمدة حميد، تعسف الزوج في استعمال حقه على الزوجة، أصل الكتاب رسالة ماجستير دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية و قانون الأحوال الشخصية الإماراتي في كلية الدراسات الإسلامية و العربية، دبي، بإشراف محمد مقبول حسين، نوقشت عام 1437هـ-1438 الموافق ل 2006م-2007 طبع بدعم من الأمانة العامة للأوقاف الشارقة 1431هـ-2010م.

26) الشيمي، سيد عبد الرحيم، موسوعة قانون الأحوال الشخصية في شأن الولاية على النفس، شركة مكة للطباعة، ط1، 2014

27) الشيمين عبد الرحمان، موسوعة قانون الأحوال الشخصية في شأن الولاية عن النفس، ط1، 2014.

28) الصابوني عبد الرحمان, نظام الأسرة و حل مشكلاتها في ضوء الإسلام.دار الفكر(ط.4)(1392هـ-1972م.).

29) الصابوني, عبد الرحمان, مدى حرية الزوجين في الطلاق في الشريعة الإسلامية, دراسة مقارنة دار الفكر, بيروت, ط 3 ,1403 هـ-1983م.

30) الصابوني، عبد الرحمان، مدى حرية الزوجين في الطلاق، دار الفكر، بيروت، ط3، 1403هـ.

31) الصادي محمد , النظام التشريعي في الإسلام, المنار للطباعة القاهرة(د.ط)(د.ت).

32) الصالح محمد اديب: تفسير النصوص في الفقه الإسلامي, بيروت, دمشق , المكتب الإسلامي (1404هـ-1984م).

33) طه احمد حسين, مدى حرية الزوجين في التفريق قضاء, دار الحكمة لندن, الطبعة الاولى ايار 2002.

34) عبد التواب، معوض، موسوعة الحوال الشخصية، مكتبة المعارف الإسكندرية، ط3، عام 1986.

35) عبد الحميد، محمد، محي الدين، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، دار الكتاب العربي، الطبعة الأولى، 1404هـ- 1984.

36) عبد الله الأشقر، عمر سليمان، الواضع في شرح قانون الأحوال الشخصية الأردني، رقم 26 لعام 2010، دار النفائس، الأردن، ط5، لسنة 1433هـ-2012م.

37) العك, خالد عبد الرحمن, شخصية المرأة المسلمة في ضوء القران و السنة' دار المعرفة, بيروت, ط1 (1419هـ, 1998م).

38) العمراني عبد الرحمان' الاجتهاد الفقهي المعاصر في احكام الاسرة مركز جمعة الماجد للثقافة و التراث' دبي الامارات العربية المتحدة, ط1, 1430هـ-2009م.

39) الفضلي, عبد الهادي, الوسيط في قواعد فهم النصوص الشرعية مؤسسة الانتشار العربي, بيروت ط1'2001.

40) محمد رأفت عثمان, النظام القضائي في الفقه الإسلامي , دار البيان, الطبعة الثانية,1415هـ-1994م.

41) مدكور محمد سلامي، نظرية الإباحة عند الأصوليين و الفقهاء، دار النهضة العربية، بيروت، ط2، 1965م.

42) مدكور محمد سلامي, مناهج الاجتهاد في الإسلام : الناشر جامعة الكويت' 1393هـ-1973م.

43) مدكور محمد سلامي ، نظرية الإباحة عند الأصوليين و الفقهاء, دار النهضة العربة, بيروت, ط 2' 1965 م.

44) المشني , منال محمود , الخلع في قانون الأحوال الشخصية, دار الثقافة – الاردن الطبعة الاولى 1430هـ- 2009م.

45) مصطفى أحمد القضاة، التفريق بين الزوجين للعيوب الجنسية، أستاذ الفقه المساعد بكلية الشريعة و القانون، و جامعة أريد الأهلية، الأردن.

46) مصطفى شلبي: أحكام الأسرة في الإسلام، الدار الجامعية ، بيروت ، ط4 ،1403هـ ، 1983 م

47) المودودي أبو العلى، حقوق الزوجين، تعريب أحمد إدريس، مكتبة القرآن، القاهرة.

الكتب القانونية:

1) ابو السعود, رمضان محمد, همام محمد, المدخل الى القانون, النظرية العامة للقاعدة القانونية, الاسكندرية, دار المطبوعات, الجامعة , مصر1997.

2) ابو غابة خالد عبد العظيم, طرق اختيار القضاة (دراسة مقارنة بين الشريعة الاسلامية و التشريعات الوضعية, دار الكتب القانونية' مصر, 2000.

3) آث ملويا، الحسين، بن شيخ، المرشد في قانون الأسرة (مدعما باجتهاد المجلس الأعلى و المحكمة العليا) من سنة 1982 إلى سنة 2014، دار هومة، الجزائر، ط3، 2015م، 2016م.

4) آث مولويا: لحسين بن الشيخ المنتقي في قضاء الاحوال الشخصية, دار هومه – الجزائر ط 2005.

5) الاشعر, عمر سليمان عبد الله, الواضح في شرح قانون الاحوال الشخصية الاردني, دار النفائس, عمان, ط1, 1997.

6) باديس ذباني , صور فك الرابطة الزوجية على ضوء القانون و الفضاء في الجزائر, دار الهدي عين مليلة–الجزائر.

7) بن داوود عبد القادر، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجديد، دار الهلال للخدمات الإعلامية.

8) بن شويخ الرشيد، الوصية و الميراث في قانون الأسرة الجزائري، دار الخلدونية، الجزائر، ط1، 1429هـ-2008م.

9) بن صغير محفوظ، قضايا الطلاق في الاجتهاد الفقهي و قانون الأسرة الجزائري المعدل بالمر 02-05، دار الوعي، الجزائر، ط 1434هـ-2012م.

10) بن ملحة الغوثي, قانون الاسرة على ضوء الفقه و القضاء' ديوان المطبوعات الجامعية, ط 1, 2005.

11) بوضياف, عمار, المدخل الى العلوم القانوني(النظرية العامة للقانون) و تطبيقاتها في التشريع الجزائري), الجسور للنشر و التوزيع, المحمدية- الجزائر, ط3 اكتوبر (1428-2007)

12) تقية, عبد الفتاح, قانون الاسرة مدعما باحدث الاجتهادات القضائية و التشريعية, دراسة مقارنة, دار الكتاب الحديث, القاهرة, ط 1. 1433 هـ-2012م.

13) تناغو سمير عبد السيد, النظرية العامة للقانون منشاة المعارف, 1986.

14) توفيق حسن فرج, المدخل للعلوم القانونية, دار الجامعة.

15) جيلالي تشوار، الاجتهاد الفقهي و التطور التشريعي في مسائل الزواج و الطلاق، دراسة نقدية لقانون الأسرة، مجموعة محاضرات ألقيت على طلبة الماجيستير بمعهد العلوم القانونية و الادارية بجامعة سيدي بلعباس، سنة 1997، 1998.

16) حسن كبيرة, المدخل الى القانون منشاة المعارف,الاسكندرية .

17) حسين, طاهري, التنظيم القضائي الجزائري (منذ الاستقلال الى يومنا هذا و من وحدة القضاء الى ازدواجيته مع التعديلات الاخيرة المدخلة عليه), دار هومه, الجزائر ط 2. 2008.

18) حمدي باشا عمر، مجمع النصوص التي تحكم جهاز القضاء، الطبعة الثانية، دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع، الجزائر، 2008

19) الداقوقي, عباس قاسم مهدي, الاجتهاد القضائي (مفهومه, حالاته, نطاقه) مكتبة الاهرام, وسط البلد القاهرة, ط1, 2015.

20) دلاندة، يوسف دليل المتقاضي في مادة شؤون الأسرة (الزواج و الطلاق)، دار هومة، الجزائر، الطبعة الثالثة 2011.

21) ذيب عبد السلام (رئيس غرفة بالمحكمة العليا) , (قانون الاجراءات المدنية و الادارية الجديد, مو فم للنشر, الجزائر, الطبعة الثالثة 2012.

22) ذيب عبد السلام, قانون الاجراءات المدنية و الادارية الجديد, وحدة الرغاية الجزائر, ط 3, 2012.

23) ذيب عبد السلام، قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجديد، ترجمة للمحكمة العادلة، المؤسسة الوطنية للفنون، المطبعة، وحدة الرغاية، الجزائر، الطبعة الثالثة، سنة 2012.

24) الرشيد, بن شويخ, شرح قانون الاسرة الجزائري المعدل ,دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية, دار الخلدونية الطبعة الاولى1429هـ-2008م.

25) زعلاني عبد المجيد, المدخل لدراسة القانون النظرية العامة للقانون دار هومة, سبتمبر 2008.

26) الزلمي, مصطفى ابراهيم, الصلة بين علم المنطق و القانون مطبعة شفيق, بغداد, 1986.

27) سايس، جمال، الاجتهاد في مادة الأحوال الشخصية، قرارات المحكمة العليا، منشورات كليك، الجزائر، ط1، 2013.

28) سعد الله ابو القاسم, تاريخ الجزائر الثقافي, دار البصائر, الجزائر, طبعة خاصة, 2007.

29) سعد عبد العزيز, قانون الاسرة الجزائي في ثوبة الجديد, در هومه, الجزائر ط4. 2010.

30) السعدي,محمد الصبري, تفسير النصوص في القانون المدني و الشريعة الاسلامية, دار النهضة العربية , القاهرة, ط 1 (1399 هـ-1979م).

31) سلطان, انور, المبادئ القانونية العامة, دار النهضة للطباعة و النشر, بيروت, ط2, 1983.

32) السنهوري عبد الزراق,الوسيط في شرح القانون المدني الجديد, دار النهضة العربية' القاهرة (د.ط)(د.ت).

33) عبد العزيز سعد، الجرائم الواقعة على نظام الأسرة، الديوان الوطني للأشغال التربوية، ط2، 2002.

34) عبد العزيز سعد:الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري ، ط2 ، دار البعث قسنطينة ، الجزائر ، 1989 .

35) عبد الوهاب, صلاح الدين, الاصول العامة لعلم القانون, مكتبة عمان , الاردن, 1984.

36) العزلي , بلحاج الوجيز في شرح قانون الاسرة الجزائري, ديوان المطبوعات الجامعية, الجزائر, ط3, 2004.

37) عصام أنور سليم، حقوق الطفل، المكتبة القانونية، الناشر، المكتب الجامعي الحديث، 2001.

38) العيش, فضيل, قانون الاسرة مدعم باجتهادات قضاء المحكمة العليا, ديوان المطبوعات الجامعية, ط2, 2007.

39) فركوس, صالح المختصر في تاريخ الجزائر, دار العلوم, عنابة, (د.ط)(د.ت).

40) فيلالي, على مقدمة في القانون, طبع المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية وحدة الرغاية الجزائر, ط 2010.

41) مبارك سعيد عبد الكريم , اصول القانون, منشورات وزارة التعليم العالي و البحث العلمي العراقية, جامعة بغداد(1402هـ-1982م).

42) مصطفى محمد الجمال, عبد الحميد محمد الجمال, النظرية العامة للقانون الدار الجامعة, (د.ط)(د.ت).

43) نبيل صقر- قمراوي عز الدين, قانون الاسرة, نصا و تطبيقا, دار الهدى, عين مليلة, الجزائر, 2008.

44) ولد خسال سليمان، الميسر في شرح قانون الأسرة الجزائري، دار طليطلة، الجزائر، ط1، 2010.

45) يوسف دلاندة، دليل المتقاضي في مادة شؤون الأسرة(الزواج و الطلاق، دار هومة)ن ط3، 2011.

الأوامر و القوانين:

1) الأمر رقم 58-75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 و المتضمن القانون المدني.

2) الأمر رقم 66-156، المؤرخ في 05 يونيو 1966 و المتضمن قانون العقوبات المعدل بالقانون رقم 06-23، المؤرخ في 20 ديسمبر 2006.

3) الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان 1395هـ الموافق ل 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني المعدل و المتمم بالأمر 05-02، المؤرخ في 27-02-2005.

4) الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26-09-1975، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، عدد (78) لسنة 1975.

5) القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 رمضان 1404 هـ الموافق يونيو 1984 و المتضمن قانون

الأسرة الجزائري، المعدل و المتمم بالأمر 05-02، المؤرخ في 27-02-2005.

6-- دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، الجريدة الرسمية للجمهورّية الجزائرّية / العدد 82جريدة رسمية المؤرخة في 5جمادى الأولى عام 1442 هـ الموافق ل 30، ديسمبر سنة2020 .

7-الجريدة الرّسميّة للجمهور للجمهوريّة الجزائريّة /العدد 42 المؤرخ في 29شعبان عام 1432 هـ الموافق ل 31يوليو سنة 2011 م المتضمن للقانون العضوي رقم 11-12 مؤرخ في 24 شعبان عام 1432 هـ الموافق 26 يوليو سنة 2011م

كتب السياسة الشرعية:

1) ابن فرحون, ابراهيم بن علي بن محمر (799 هـ) تبصيرة الحكام في أصول الاقضية و منا هبح الاحكام, مكثفة الكليات الأزهرية الطبعة الأولى 1406هـ-1986م.

2) البغوي, ابي محمد الحسين بن مسعود بن محمد الفراء, ادب القاضي, تحقيق ابراهيم على صندقجي, دار المنارط 1. 1992.

3) الحريري, ابراهيم, محمد القواعد و الضوابط الفقهية لنظام القضاء في الاسلام, دار عمار' الاردن' ط 1 , 1420 هـ -1999م.

4) المادوري, ابو الحسن على بن محمد بن محمد بن حبيب البصري(450هـ) الاحكام السلطانية, دار الحديث- القاهرة.

5) محمد رأفت, النظام القضائي في الفقه الاسلامي, دار البيان, الطبعة الثانية 1415هـ-1994م.

6) مرسي، فاروق عبد الحليم, القضاء في الشريعة الاسلامية (حكمه و شروطه ادابه) دراسة مقارنة, عالم المعرفة' جدة , ط1 1405 هـ-1985م.

7) ناصر بركات, محمود محمد, السلطة التقديرية للقاضي في الفقه الاسلامس, دار النفائس, الاردن' ط1و 1427هـ-2007م.

كتب القواميس:

1) ابراهيم انيس, المعجم الوسيط, مطبعة دار المغارفو مصر 1393 هـ -1973م.

2) ابن الاثير, مجد الدين, ابو السعادات المبارك بن محمد محمد ابن عبد الكريم الشيباني (606 هـ), النهاية في غريب الحديث و الاثر. تحقيق, طاهر احمد الزاوي - محمد الطناجي, المكتبة العلمية, بيروت, (1399هـ-1979م).

3) ابن منضور, ابو الفضل, جمال الدين محمد بن مكرم الافريقي المصري لسان العرب, دار صادر, بيروت, الطبعة الثالثة, 1414هـ.

4) بن فارس, أبي الحسين احمد(395هـ) معجم مقايس اللغة, تحقيق عبد السلام محمد هارون, دار الفكر, 1399هـ-1979م.

5) بن فارس' ابي الحسين احمد (395 هـ)و معجم مقايس اللغة تحقيق عبد السلام محمد هارون, دار الفكر, 1399هـ-1979م

6) الجوهري, ابو نصر, اسماعيل بن حماد (ت 393 هـ) تحقيق احمد عبد الغفور عطار, الصحاح, تاج اللغة و صحاح العربية, دار العلم للملايين, بيروت, الطبعة الرابعة, 1407هـ-1987م.

7) الرازي, زين الدين ابو عبد الله محمد بن ابي بكر عبد القادر الحنفي(666هـ) مختار الصحاح, تحقيق يوسف الشيخ محمد المكتبة العصرية, الدار النموذجية, بيروت. صيدا الطبعة الخامسة 1420هـ-1999.

8) الرازي، مختار الصحاح، مكتبة لبنان، بيروت، لبنان، 2007.

9) الرصاع، محمد بن قاسم (894هـ)، شرح حدود ابن عرفة، المكتبة العلمية، الطبعة الأولى 1350هـ.

10) الفيروز آبادي، محمد بن يعقوب، القاموس المحيط، دار الكتب العلمية، بيروت، ط2، 2007.

11) الفيومي, احمد بن محمد بن علي, المصباح المنير في غريب الشرح الكبير, المكتبة العلمية-بيروت.

12) محمد رواس قلعة جي , حامد صادق قني, معجم لغة الفقهاء, دار النفائس, بيروت, ط 2 , 1408 هـ-1988م, ص 291-292.

الرسائل الجامعية:

1) اشرف يحي رشيد العمري, نظرية التفريق القضائي بين الزوجين, رسالة دكتوراه تحت إشراف الدكتور محمود علي السر طاوي قسم الفقه و أصوله كلية الدراسات العليا الجامعة الأردنية 2005.

2) تفية عبد الفتاح, الطلاق بين أحكام تشريع الاسرة و الاجتهاد القضائي, رسالة الدكتوراه الدولة في القانون تحت اشراف بن ملحة الغوثي, جامعة الجزائر كلية الحقوق' بن عكنون، نوقشت سنة 2007/2006.

3) حبيب غلام رضا حسين تامليتي, اسباب الغموض في النصوص الشرعية القانونية و بيانه, قدمت هذه الرسالة استكمالا لمتطلبات الحصول على الماجستير في الفقه و أصوله تحت إشراف الدكتور وائل عربيات, كلية الدراسة العليا' الجامعة الأردنية, كانون الثاني, 2010 ص 38.

4) حجار محمد، نظام الإثبات في أحكام الأسرة، دراسة فقهية قانونية مقارنة في الفقه الإسلامي و القانون المصري و الجزائري، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الاسكندرية، تمت مناقشتها سنة 2007.

5) حميدو زكية، مصلحة المحضون في القوانين المغربية للأسرة (دراسة مقارنة) رسالة لنيل شهادة دكتوراه في القانون الخاص، تحت إشراف جيلالي تشوار، جامعة أبو بكر، تلمسان، كلية الحقوق، نوقشت 2004-2005.

6) دليلة، أيث شاوش سعيد، إنهاء الرابطة الزوجية بطلب الزوجة، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في العلوم ، تخصص القانون، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، تحت إشراف جعفور محمد، نوقشت سنة 2014.

7) سناء عمادي، التطبيقات القضائية للحاضنة و إشكالاتها في قانون الأسرة الجزائري، تحت اشراف فاروق خلف، مذكرة ماجيستير في القانون الخاص تخصص أحوال شخصية، جامعة الشهيد حمة لحضر، الوادي، كلية الحقوق و العلوم السياسة نوقشت 2014-2015.

8) شامي، أحمد، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة، دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية و القوانين الوضعية، رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص بحث إشراف رايس محمد، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان 2014/2013.

9) شيخ إسماعيل, الإشكالات الواردة على تطبيق المادة 222 من قانون الاسرة الجزائري, مذكرة تخرج استكمالا لمتطلبات الحصول على شهادة الماجستير في الشريعة و القانون تحت اشراف الدكتورة ليلى جمعي. كلية العلوم الإنسانية و الحضارة الاسلامية, جامعة وهران- السانيا نوقشت 1433هـ-/2012-2013م.

10) صالح خالد صالح الشقيرات, الاجتهاد القضائي فيما لا نص فيه و تطبيقاته في الشريعة و القانون, اشراف الدكتور العبد خليل ابو عبد, اطروحة دكتوراه في القضاء الشرعي, كلية الدراسات العليا الجامعة الاردنية'كانون الثاني' 2007م.

11) عبد الله ابراهيم زيد, السلطة العامة و قيودها في الدولة الإسلامية' رسالة دكتوراه' الجامعة الاردنية' عمان الاردن.

12) العجلوني' عبد المهدي "محمد سعيد" أحمد قواعد تفسير النصوص و تطبيقاتها في الاجتهاد القضائي الاردنية دراسة أصولية مقارنة' أطروحة دكتوراه في القضاء الشرعي' تحت اشراف عبد الله الكيلاني .

13) علي النجار عدنان، التفريق القضائي بين الزوجين، رسالة ماجيستير في القضاء الشرعي من كلية الشريعة في الجامعة الإسلامية بغرزة تحت إشراف ماجد أحمد السوسي، نوقشت 1425هـ-2004م.

14) عيسى طبيعة، سكن المحضون في تشريع الأسرة و الاجتهاد القضائي، مذكرة من أجل الحصول على شهادة الماجستير في الحقوق، فرع العقود و المسؤولية، كلية الحقوق، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر 2001.

15) كربال سهام، الحضانة في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة التخرج لنيل شهادة الماستر في القانون، تخصص عقود، و مسؤولية جامعة أكلي محند أولحاج، البويرة، تحت اشراف بشور فتيحة 2012-2013.

16) محمد هندو، الكليات التشريعية و أثرها في الاجتهاد و الفتوى (دراسة تأصيلية تطبيقية مقارنة) قدمت هذه الأطروحة استكمالا لمتطلبات الحصول على درجة الدكتوراه في الفقه و اصوله تحت اشراف الدكتور الكيلاني, كلية الدراسات العليا, الجامعة الاردنية 2012.

17) معنصري مريم، مصلحة المحضون في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة لاستكمال متطلبات نيل شهادة ليسانس كلية الحقوق، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، نوقشت 2012-2013.

18) نعيمة الياس مسعود، التعويض عن الضرر في بعض مسائل الزواج و الطلاق، رسالة دكتوراه، تحت إشراف جيلالي تنوار، كلية الحقوق، العلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، نوقشت سنة 2000-2001

19) هالة طالب محمود أبو عامر, دعوى الخلع القضائي و تطبيقاتها في المحاكم الشرعية الأردنية, رسالة ماجستير تحت إشراف وائل محمد عربيات, كلية الدراسات العليا الجامعة الأردنية قسم الفقه و أصوله 2008.

المجلات:

1) ابو البصل, عبد الناصر, المدخل الى فقه النوازل, منشور في مجلة أبحاث اليرموك, سلسلة العلوم الإنسانية الاجتماعية المجلد 13 العدد (أ) 1997.

2) ابو بشيؤ محند امقران' تغيير الاجتهاد القضائي, بين النص و التطبيق, مقال جامعة مولود معمري, تيزي وزو, كلية الحقوق.

3) البخيت، محمود عبد الله، الخلع الإلزامي (دعوى الخلع بين الفقه و القانون)، المؤتمر العالمي الثالث لكلية الشريعة و القانون، و التشريعات الأردنية و العرفية المتعلقة بحقوق المرأة، جامعة أربد الأهلية، تاريخ الإضافة30-07-2002.

4) بن علي قادين، تعدد الزوجات بين الإطلاق و التقييد، مجلة المعيار، تصدرها كلية أصول الدين و الشريعة و الحضارة الإسلامية بجامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية بقسنطينة، الجزائر، العدد التاسع، جمادى الأول 1425، جويلية 2004م.

5) تقية عبد الفتاح، عوارض الطلاقين، الفقه الإسلامي، و التشريع الجزائري، المجلة الجزائرية، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، العدد الثاني لسنة 2009.

6) تقية محمد "تطور المفهوم القانوني و الاجتهاد القضائي في مجال قانون الاحوال الشخصية' مجلة الفكر القانوني, العدد الاول نوفمبر 1984.

7) الرشيد، بن الشويخ، أحكام الخلع في الشرع و القانون و القضاء، مقال بمجلة المعيار، تعني بالدراسات الاسلامية و الاجتماعية، تصدرها كلية أصول الدين و الشريعة و الحضارة الإسلامية بجامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، قسنطينة، الجزائر، العدد التاسع، حمادي الأول، 1425هـ-جولية 2004.

8) زكية تشوار حميدو, مدى حماية الاسرة عبد احكام التطليق في ضوء القران الكريم مجلة العلوم القانونية و الادارية و السياسية, جامعة ابو بكر بلقايد, كلية الحقوق تلمسان سنة 2010, رقم 10.

9) الزوادي محمود قضيا النشوزو الشقاق و الطلاق في ضوء القرأن الكريم مجلة الشريعة و الدراسات الاسلامية تصدر عن مجلس النشر العلمي جامعة الكويت سنة 13 العدد 37 1419 هـ-1909م.

10) سامية بن قوية، آثار الحضانة في الشريعة الإسلامية و قانون الأسرة الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية و الاقتصادية و السياسية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، العدد الأول، 2010.

11) سعواداوي، صديق، تغيرات مبدأ الرضائية وفق الاجتهاد القضائي الجزائري في الصلاة بالخلع، مقال مجلة البحوث و الدراسات القانونية و السياسية، تصدر عن كلية الحقوق جامعة سعد دحلب، البليدة، السنة الأولى، العدد الأول، 1432هـ، 2011م، عدد خاص.

12) سليمان علي , حول قانون الاسرة, المجلة الجزائرية للعلوم القانونية و الاقتصادية و السياسية, جامعة الجزائر,معهد العلوم القانونية و الادارية, جون 1986, العدد الثاني.

13) شحاته إبراهيم, في اجتهاد القاضي (نظرة مقارنة) مجلة العلوم القانونية و الاقتصادية.

14) شويش هزاع المحاميد- حمد فخري عزام, رضا الزوج في المخالفة, مجلة البحوث و الدراسات, كلية الشريعة, جامعة مؤتة المملكة الأردنية الهاشمية, المجلد التاسع عشر, العدد الرابع, سنة 2004.ذ

15) العربي بلحاج, طريق الطلاق في قانون الاسرة الجزائري المجلة الجزائرية للعلوم القانونية و الاقتصادية و السياسية جامعة الجزائر, كلية الحقوق سنة 1990.

16) عيسى حداد، الحضانة بين القانون و الاجتهاد القضائي مجلة التواصل، مجلة العلوم، الاجتماعية و الإنسانية، باجي مختار، عنابة، الجزائر، عدد 15، سنة 2005.

17) مقبول، مخمد حسين، تعدد الزوجات في الشريعة، مقال منشور في مجلة المعيار، دورية علمية محكمة تعني بالدراسات الإسلامية و الاجتماعية تصدرها كلية أصول الدين و الشريعة و الحضارة الإسلامية بجامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، قسنطينة، الجزائر، العدد التاسع، جمادى الأول 1425، جويلية 2004.

المجلات القضائية:

1. المجلة القضائية، للمحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث ،العدد 1، لسنة1989.
2. المجلة القضائية، للمحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث ،العدد 2، لسنة 2008.
3. المجلة القضائية، للمحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث ، عدد 4، لسنة 1968.
4. المجلة القضائية، للمحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث ،العدد 2، لسنة1993.
5. المجلة القضائية، للمحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث ،العدد 1، لسنة1991.
6. المجلة القضائية، للمحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث ،العدد 2، لسنة1989.
7. المجلة القضائية، للمحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث ،العدد 1، لسنة، 2001.
8. المجلة القضائية، للمحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث ،العدد 2، لسنة1996.
9. المجلة القضائية، للمحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث ،العدد 1، لسنة1989.
10. المجلة القضائية، للمحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، العدد 1، لسنة1997.
11. المجلة القضائية، للمحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، العدد56 ، لسنة1993.
12. المجلة القضائية، للمحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، العدد 2، لسنة2007.
13. المجلة القضائية، للمحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، العدد 52، لسنة1997.
14. المجلة القضائية، للمحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، العدد3 ، لسنة1989.

15. المجلة القضائية، للمحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، العدد 3، لسنة1990.
16. المجلة القضائية، للمحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، العدد 2، لسنة1993.
17. المجلة القضائية، للمحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، العدد1 ، لسنة1998.
18. المجلة القضائية، للمحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، العدد 1، لسنة2012.
19. المجلة القضائية، للمحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، العدد1 ، لسنة2007.
20. المجلة القضائية، للمحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، العدد1 ، لسنة2005.
21. المجلة القضائية، للمحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، العدد 2، لسنة2006.
22. المجلة القضائية، للمحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، العدد2 ، لسنة1991.
23. المجلة القضائية، للمحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، العدد 2، لسنة1997
24. المجلة القضائية، للمحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، العدد4 ، لسنة1999.
25. المجلة القضائية، للمحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، العدد 1، لسنة1997.
26. المجلة القضائية، للمحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، العدد 1، لسنة1998.
27. المجلة القضائية، للمحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، العدد 2، لسنة2002.
28. المجلة القضائية، للمحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، العدد1 ، لسنة2003.
29. المجلة القضائية، للمحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، العدد 2، لسنة2010.
30. المجلة القضائية، للمحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، العدد 2، لسنة1997.
31. المجلة القضائية، للمحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، العدد 1، لسنة2012
32. المجلة القضائية، للمحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، العدد 2، لسنة1990.
33. المجلة القضائية، للمحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، العدد3 ، لسنة1991.
34. المجلة القضائية، للمحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، العدد2 ، لسنة2004.
35. المجلة القضائية، للمحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، العدد63 ، لسنة2008.
36. المجلة القضائية، للمحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، العدد1 ، لسنة1993.
37. المجلة القضائية، للمحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، العدد 2، لسنة1992.

38. المجلة القضائية، للمحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، العدد4 ، لسنة1989.

39. المجلة القضائية، للمحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، العدد 1، لسنة2006.

40. المجلة القضائية، للمحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، العدد 4، لسنة1991.

41. المجلة القضائية، للمحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، العدد2 ، لسنة2008.

42. المجلة القضائية، للمحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، العدد2، لسنة 2010

43. المجلة القضائية، للمحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، العدد67، لسنة2012.

44. المجلة القضائية، للمحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، العدد2، لسنة1995.

45. المجلة القضائية، للمحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، العدد1، لسنة1992.

46. المجلة القضائية، للمحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، العدد1، لسنة2012.

47. المجلة القضائية، للمحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، العدد62، لسنة2008.

48. المجلة القضائية، للمحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، العدد1، لسنة1992.

49. المجلة القضائية، للمحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، العدد1، لسنة2011.

50. المجلة القضائية ، للمحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية و المواريث، العدد2 ، سنة 1990.

51. المجلة القضائية، للمحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية و المواريث، عدد خاص بالأحوال الشخصية سنة 2001.

52. المجلة القضائية، للمحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، العدد 4، لسنة 1989.

53. نشرة القضاء، للمحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث لسنة 1988، العدد 44

54. نشرة القضاة ،للمحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث لسنة 1972، العدد2.

55. نشرة القضاة ،للمحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث لسنة1997، العدد 50.

56. نشرة القضاة ،للمحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث سنة 1999 ،العدد 55.

57. نشرة القضاة ،للمحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث لسنة، 1982 عدد خاص.

58. نشرة القضاة، للمحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث لسنة 1980 ،العدد 1.
59. نشرة القضاة، للمحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث لسنة1997 ،العدد 51.
60. نشرة القضاة ،للمحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث لسنة2006 ،العدد 61.
61. نشرة القضاة، للمحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث لسنة1980 ،العدد 01.
62. نشرة القضاة ،للمحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث لسنة1999 ،العدد 55.
63. نشرة القضاء، للمحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث لسنة 2006 ،العدد 58.
64. نشرة القضاة ،للمحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث سنة 1969 ،العدد 5.
65. نشرة القضاة، للمحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث لسنة 1972 ،العدد 2.
66. نشرة القضاة ، للمحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث لسنة2006 ، عدد 58.
67. نشرة القضاة للمحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث لسنة 2008، العدد 62.

-كتب التراجم:

1) ابن الأثير، أبو الحسن علي بن أبي الكرم، أسد الغابة، دار الفكر، بيروت، 1409هـ-1989م.
2) ابن العماد الحنبلي، شذارات الذهب في معرفة أخبار من ذهب، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان (د ط) (د ت).
3) ابن حجر العسقلاني، الاصابة في تمييز الصحابة، تحقيق عادل أحمد عبد الموجوز و على محمد معوض، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، 1415هـ.
4) ابن حجر، تهذيد التهذيب، مطبعة دائرة المعارف النظامية، الهند، الطبعة الأولى، 1326هـ.
5) ابن خلكان، أبو العباس شمس الدين (681هـ)، وفيات الأعيان، تحقيق إحسان عباس، دار صادر، بيروت، الطبعة الأولى، 1934.
6) ابن عبد البر: الاستيعاب في أسماء الأصحاب (463هـ) ، تحقيق على محمد البجاوي، دار الجيل، بيروت، الطبعة الأولى، 1413هـ-1992م.
7) الذهبي، شمس الدين ابو عبد الله، سير أعلام النبلاء، تحقيق مجموعة من المحققين بإشراف الشيخ شعيب الأرناؤوط، مؤسسة الرسالة، ط3، 1405هـ- 1985م.

8) الزركلي، خير الدين بن محمود بن محمد بن علي بن فارس، الأعلام (قاموس تراجم لأشهر الرجال و النساء من العرب المستعربين)، دار العلم للملايين، ط15 آيار-مايو2002، (1396-1984)، ج3، ص10.

9) السيطبي عبد الرحمان بن أبي بكر، 911هـ، طبقات الحفاظ، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى 1403هـ.

10) الشيرازي، أبو اسحاق ابراهيم(476)، طبقات الفقهاء، دار الرائد الغربي، بيروت-لبنان، تحقيق إحسان عبان، الطبعة الأولى، 1970.

11) القرطبي، أبو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد، الاستيعاب في معرفة الأصحاب، تحقيق على محمد البجاوي، دار الجيل، بيروت، الطبعة الأولى، 1412هـ-1992م.

12) محمد طاهر بن علي الهندي، المغني في ضبط أسماء الرجال و معرفة كني الرواة و ألقابهم و أسمائهم، دار الكتاب العربي، بيروت 1982م،

13) المزي أبو الحجاج يوسف، تهذيب الكمال في أسماء الرجال، تحقيق بشار عواد، معروف مؤسسة الرسالة، بيروت، ط3، (1409هـ-1998م).

14) الهيثمي، نور الدين ابن علي، مجمع الزوائد، مكتبة القدس، 1953هـ.

كتب ابن القيم:

1) ابن القيم الجزربية، زاد المعاد في هدى خير العباد، تحقين محمود بن الجميل، دار الامام مالك، الجزائر، الطبعة الأولى، 1425، 2007.

2) ابن القيم الجوزية، محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد شمس الدين، إعلام الموقعين عن رب العالمين، تحقيق محمد عبد السلام ، ابراهيم، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، 1414-1991.

3) ابن القيم، زاد المعاد في هدي خير العباد، تحقيق شعيب الأرناؤط، و عبد القادر الأرناؤط، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط2، 1984.

كتب ابن تميمة:

1) ابن تميمة أحمد، الفتاوى الكبرى، دار الكتب العلمية، ط1، 1408هـ.
2) ابن تميمة أحمد، مجموع الفتاوى، جمع و ترتيب عبد الرحمان بن محمدين قاسم، مكتبة المعارف، الرباط.

كتب الفقه من المذاهب الأخرى:

الظاهرية:

1) ابن حزم الظاهري، أبو محمد علي بن أحمد، المحلي بالآثار، دار الفكر، بيروت، (د ط)، (د ت).

المراجع باللغة الأجنبية:

[1] Anne –Narie Leroyer .Droit De La Famille Presses Universitaires De France –Paris 1er Edition 2011

[2] Adolpke min koa :le code civil des francais un modèle utilisé dans les pays d'afrique franco phone.ouvrage collectif de l'universitaire paris I(panthèon –sorbonne), jone 6

مواقع الأنترنت :

1- مقال: الطلاق في قانون الأسرة الجزائري، منشور الأنترنيت ب تاريخ2013/02/07 الموقعwww.startimes.com

2- أمر مؤرخ في 06 محرم 1376 الموافق لـ 13 أوت 1956 يتعلق بإصدار مجلة الأحوال الشخصية التونسية، فهم يرون أن علم وقوع الطلاق إلا في المحكمة اجتهاد راعي مصالح الأسرةو الأبناء والمجتمع فجعل الزواج رسميا والطلاق قضائيا www.middleestrarsparent.com

3- نور عويس ،التعويض في الطلاق التعسفي ، www.ijtihad net.net

الفهارس

أولا: فهرس الآيات القرآنية.

ثانيا: فهرس الأحاديث النبوية الشريفة.

ثالثا: فهرس الأعلام.

أولا: فهرس الآيات القرآنية

طرف الآية	الآية	الصفحة
سورة البقرة		
﴿وَٱتَّبَعُواْ مَا تَتۡلُواْ ٱلشَّيَٰطِينُ عَلَىٰ مُلۡكِ سُلَيۡمَٰنَۖ وَمَا كَفَرَ سُلَيۡمَٰنُ .....﴾	102	52
﴿ هُنَّ لِبَاسٞ لَّكُمۡ .....﴾	187	120
﴿وَيَسۡـَٔلُونَكَ عَنِ ٱلۡمَحِيضِۖ قُلۡ هُوَ أَذٗى فَٱعۡتَزِلُواْ ٱلنِّسَآءَ فِي ٱلۡمَحِيضِ.....﴾	222	224
﴿وَلَا تَجۡعَلُواْ ٱللَّهَ عُرۡضَةٗ لِّأَيۡمَٰنِكُمۡ أَن تَبَرُّواْ وَتَتَّقُواْ وَتُصۡلِحُواْ بَيۡنَ ٱلنَّاسِۚ وَٱللَّهُ سَمِيعٌ عَلِيمٞ٢٢٤﴾	224	225
﴿لِّلَّذِينَ يُؤۡلُونَ مِن نِّسَآئِهِمۡ تَرَبُّصُ أَرۡبَعَةِ أَشۡهُرٖۖ فَإِن فَآءُو فَإِنَّ ٱللَّهَ غَفُورٞ رَّحِيمٞ٢٢٦﴾	226	225
﴿وَإِنۡ عَزَمُواْ ٱلطَّلَٰقَ فَإِنَّ ٱللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٞ٢٢٧﴾	227	225
﴿وَٱلۡمُطَلَّقَٰتُ يَتَرَبَّصۡنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَٰثَةَ قُرُوٓءٖۚ وَلَا يَحِلُّ لَهُنَّ أَن يَكۡتُمۡنَ مَا خَلَقَ ٱللَّهُ فِيٓ أَرۡحَامِهِنَّ...﴾	228	177
﴿ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِۖ فَإِمۡسَاكُۢ بِمَعۡرُوفٍ أَوۡ تَسۡرِيحُۢ بِإِحۡسَٰنٖۗ.....﴾	229	123
﴿فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُۥ مِنۢ بَعۡدُ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوۡجًا غَيۡرَهُۥۗ فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا جُنَاحَ عَلَيۡهِمَآ.....﴾	230	54
﴿وَإِذَا طَلَّقۡتُمُ ٱلنِّسَآءَ فَبَلَغۡنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمۡسِكُوهُنَّ بِمَعۡرُوفٍ أَوۡ سَرِّحُوهُنَّ بِمَعۡرُوفٖۚ.....﴾	231	54
﴿وَإِذَا طَلَّقۡتُمُ ٱلنِّسَآءَ فَبَلَغۡنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا تَعۡضُلُوهُنَّ أَن يَنكِحۡنَ أَزۡوَٰجَهُنَّ .....﴾	232	54
﴿۞وَٱلۡوَٰلِدَٰتُ يُرۡضِعۡنَ أَوۡلَٰدَهُنَّ حَوۡلَيۡنِ كَامِلَيۡنِۖ لِمَنۡ أَرَادَ أَن يُتِمَّ ٱلرَّضَاعَةَۚ .....﴾	233	190
﴿وَلَا جُنَاحَ عَلَيۡكُمۡ فِيمَا عَرَّضۡتُم بِهِۦ مِنۡ خِطۡبَةِ ٱلنِّسَآءِ أَوۡ أَكۡنَنتُمۡ فِيٓ أَنفُسِكُمۡۚ.....﴾	235	299
﴿لَّا جُنَاحَ عَلَيۡكُمۡ إِن طَلَّقۡتُمُ ٱلنِّسَآءَ مَا لَمۡ تَمَسُّوهُنَّ أَوۡ تَفۡرِضُواْ لَهُنَّ فَرِيضَةٗۚ .....﴾	236	54
﴿وَلِلۡمُطَلَّقَٰتِ مَتَٰعُۢ بِٱلۡمَعۡرُوفِۖ حَقًّا عَلَى ٱلۡمُتَّقِينَ٢٤١﴾	241	81
﴿وَإِن كَانَ ذُو عُسۡرَةٖ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيۡسَرَةٖۚ ٢٨٠﴾	280	194
سورة ال عمران		
﴿لَٰكِنِ ٱلَّذِينَ ٱتَّقَوۡاْ رَبَّهُمۡ لَهُمۡ جَنَّٰتٞ تَجۡرِي مِن تَحۡتِهَا ٱلۡأَنۡهَٰرُ خَٰلِدِينَ﴾	198	387
سورة النساء		
﴿وَإِنۡ خِفۡتُمۡ أَلَّا تُقۡسِطُواْ فِي ٱلۡيَتَٰمَىٰ فَٱنكِحُواْ مَا طَابَ لَكُم.....﴾	3	238

﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا يَحِلُّ لَكُمۡ أَن تَرِثُواْ ٱلنِّسَآءَ كَرۡهٗاۖ وَلَا تَعۡضُلُوهُنَّ.....﴾	19	69
﴿وَلَا تَنكِحُواْ مَا نَكَحَ ءَابَآؤُكُم مِّنَ ٱلنِّسَآءِ إِلَّا مَا قَدۡ سَلَفَۚ إِنَّهُۥ كَانَ فَٰحِشَةٗ ....﴾	22	256
﴿حُرِّمَتۡ عَلَيۡكُمۡ أُمَّهَٰتُكُمۡ وَبَنَاتُكُمۡ وَأَخَوَٰتُكُمۡ وَعَمَّٰتُكُمۡ ... ﴾	23	32
﴿لِّلرِّجَالِ نَصِيبٞ مِّمَّا ٱكۡتَسَبُواْۖ وَلِلنِّسَآءِ نَصِيبٞ مِّمَّا ٱكۡتَسَبۡنَۚ﴾	32	387
﴿ٱلرِّجَالُ قَوَّٰمُونَ عَلَى ٱلنِّسَآءِ بِمَا فَضَّلَ ٱللَّهُ بَعۡضَهُمۡ عَلَىٰ بَعۡضٖ.....﴾	34	69
﴿وَإِنۡ خِفۡتُمۡ شِقَاقَ بَيۡنِهِمَا فَٱبۡعَثُواْ حَكَمٗا مِّنۡ أَهۡلِهِۦ.....﴾	35	70
﴿۞لَّا خَيۡرَ فِي كَثِيرٖ مِّن نَّجۡوَىٰهُمۡ إِلَّا مَنۡ أَمَرَ بِصَدَقَةٍ.....﴾	114	106
﴿وَمَن يَعۡمَلۡ مِنَ ٱلصَّٰلِحَٰتِ مِن ذَكَرٍ أَوۡ أُنثَىٰ وَهُوَ مُؤۡمِنٞ فَأُوْلَٰٓئِكَ يَدۡخُلُونَ ٱلۡجَنَّةَ ....﴾	124	387
﴿وَلِلَّهِ مَا فِي ٱلسَّمَٰوَٰتِ وَمَا فِي ٱلۡأَرۡضِۚ وَكَانَ ٱللَّهُ بِكُلِّ شَيۡءٖ مُّحِيطَۢا١٢٦﴾	126	107
﴿وَإِنِ ٱمۡرَأَةٌ خَافَتۡ مِنۢ بَعۡلِهَا نُشُوزًا أَوۡ إِعۡرَاضٗا فَلَا جُنَاحَ عَلَيۡهِمَآ .....﴾	128	106
﴿وَلَن تَسۡتَطِيعُوٓاْ أَن تَعۡدِلُواْ بَيۡنَ ٱلنِّسَآءِ وَلَوۡ حَرَصۡتُمۡۖ فَلَا تَمِيلُواْ كُلَّ ٱلۡمَيۡلِ﴾	129	239
﴿وَإِن يَتَفَرَّقَا يُغۡنِ ٱللَّهُ كُلّٗا مِّن سَعَتِهِۦۚ وَكَانَ ٱللَّهُ وَٰسِعًا حَكِيمٗا١٣٠﴾	130	52
سورة المائدة		
﴿وَأَنزَلۡنَآ إِلَيۡكَ ٱلۡكِتَٰبَ بِٱلۡحَقِّ مُصَدِّقٗا لِّمَا بَيۡنَ يَدَيۡهِ مِنَ ٱلۡكِتَٰبِ وَمُهَيۡمِنًا عَلَيۡهِۖ فَٱحۡكُم بَيۡنَهُم....﴾	48	12
سورة الأعراف		
﴿قُلۡ إِنَّمَا حَرَّمَ رَبِّيَ ٱلۡفَوَٰحِشَ مَا ظَهَرَ مِنۡهَا وَمَا بَطَنَ .....﴾	33	256
سورة التوبة		
﴿وَٱلۡمُؤۡمِنُونَ وَٱلۡمُؤۡمِنَٰتُ بَعۡضُهُمۡ أَوۡلِيَآءُ بَعۡضٖۚ يَأۡمُرُونَ بِٱلۡمَعۡرُوفِ وَيَنۡهَوۡنَ عَنِ ٱلۡمُنكَرِ﴾	71	387
سورة يوسف		
﴿قَالُواْ يَٰٓأَبَانَآ إِنَّا ذَهَبۡنَا نَسۡتَبِقُ وَتَرَكۡنَا يُوسُفَ عِندَ مَتَٰعِنَا فَأَكَلَهُ ٱلذِّئۡبُۖ .....﴾	17	305
سورة الحجر		
﴿وَقَضَيۡنَآ إِلَيۡهِ ذَٰلِكَ ٱلۡأَمۡرَ أَنَّ دَابِرَ هَٰٓؤُلَآءِ مَقۡطُوعٞ مُّصۡبِحِينَ٦٦﴾	66	05
سورة الإسراء		
﴿۞وَقَضَىٰ رَبُّكَ أَلَّا تَعۡبُدُوٓاْ إِلَّآ إِيَّاهُ وَبِٱلۡوَٰلِدَيۡنِ إِحۡسَٰنًاۚ إِمَّا يَبۡلُغَنَّ عِندَكَ ٱلۡكِبَرَ أَحَدُهُمَآ .....﴾	23	05
﴿وَٱخۡفِضۡ لَهُمَا جَنَاحَ ٱلذُّلِّ مِنَ ٱلرَّحۡمَةِ وَقُل رَّبِّ ٱرۡحَمۡهُمَا كَمَا رَبَّيَانِي صَغِيرٗا٢٤﴾	24	333

﴿وَلَا تَقۡرَبُواْ ٱلزِّنَىٰٓۖ إِنَّهُۥ كَانَ فَٰحِشَةٗ وَسَآءَ سَبِيلٗا٣٢﴾	32	256
سورة النور		
﴿ٱلزَّانِيَةُ وَٱلزَّانِي فَٱجۡلِدُواْ كُلَّ وَٰحِدٖ مِّنۡهُمَا مِاْئَةَ جَلۡدَةٖۖ﴾	02	29
﴿وَلَا يَأۡتَلِ أُوْلُواْ ٱلۡفَضۡلِ مِنكُمۡ وَٱلسَّعَةِ﴾	22	227
سورة الأحزاب		
﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّبِيُّ قُل لِّأَزۡوَٰجِكَ إِن كُنتُنَّ تُرِدۡنَ ٱلۡحَيَوٰةَ ٱلدُّنۡيَا وَزِينَتَهَا فَتَعَالَيۡنَ ... ﴾	28	81
﴿وَإِذۡ تَقُولُ لِلَّذِيٓ أَنۡعَمَ ٱللَّهُ عَلَيۡهِ وَأَنۡعَمۡتَ عَلَيۡهِ أَمۡسِكۡ عَلَيۡكَ زَوۡجَ﴾..."	37	73
سورة الشورى		
﴿۞شَرَعَ لَكُم مِّنَ ٱلدِّينِ مَا وَصَّىٰ بِهِۦ نُوحٗا وَٱلَّذِيٓ أَوۡحَيۡنَآ إِلَيۡكَ.....﴾	13	12
﴿أَوۡ يُزَوِّجُهُمۡ ذُكۡرَانٗا وَإِنَٰثٗاۖ وَيَجۡعَلُ مَن يَشَآءُ عَقِيمًاۚ إِنَّهُۥ عَلِيمٞ قَدِيرٞ ٥٠﴾	50	213
سورة الجاثية		
﴿ثُمَّ جَعَلۡنَٰكَ عَلَىٰ شَرِيعَةٖ مِّنَ ٱلۡأَمۡرِ فَٱتَّبِعۡهَا وَلَا تَتَّبِعۡ أَهۡوَآءَ ٱلَّذِينَ لَا يَعۡلَمُونَ١٨﴾	18	12
سورة الأحقاف		
﴿وَوَصَّيۡنَا ٱلۡإِنسَٰنَ بِوَٰلِدَيۡهِ إِحۡسَٰنًاۖ حَمَلَتۡهُ أُمُّهُۥ كُرۡهٗا وَوَضَعَتۡهُ كُرۡهٗاۖ.....﴾	15	296
سورة الحجرات		
﴿وَإِنْ طَائِفَتَانِ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ اقْتَتَلُوا فَأَصْلِحُوا بَيْنَهُمَا فَإِنْ بَغَتْ إِحْدَاهُمَا عَلَى	06	199
سورة الطلاق		
﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّبِيُّ إِذَا طَلَّقۡتُمُ ٱلنِّسَآءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ وَأَحۡصُواْ ٱلۡعِدَّةَۖ.....﴾	1	54
﴿فَإِذَا بَلَغۡنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمۡسِكُوهُنَّ بِمَعۡرُوفٍ أَوۡ فَارِقُوهُنَّ بِمَعۡرُوفٖ وَأَشۡهِدُواْ ذَوَيۡ عَدۡلٖ مِّنكُمۡ.....﴾	2	50
﴿وَٱلَّٰٓـِٔي يَئِسۡنَ مِنَ ٱلۡمَحِيضِ مِن نِّسَآئِكُمۡ إِنِ ٱرۡتَبۡتُمۡ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَٰثَةُ أَشۡهُرٖ.....﴾	4	269
﴿أَسۡكِنُوهُنَّ مِنۡ حَيۡثُ سَكَنتُم مِّن وُجۡدِكُمۡ وَلَا تُضَآرُّوهُنَّ لِتُضَيِّقُواْ عَلَيۡهِنَّۚ.....﴾	6	306
﴿لِيُنفِقۡ ذُو سَعَةٖ مِّن سَعَتِهِۦۖ وَمَن قُدِرَ عَلَيۡهِ رِزۡقُهُۥ فَلۡيُنفِقۡ مِمَّآ ءَاتَىٰهُ ٱللَّهُۚ.....﴾	7	190
سورة التحريم		
﴿عَسَىٰ رَبُّهُۥٓ إِن طَلَّقَكُنَّ أَن يُبۡدِلَهُۥٓ أَزۡوَٰجًا خَيۡرٗا مِّنكُنَّ مُسۡلِمَٰتٖ مُّؤۡمِنَٰتٖ قَٰنِتَٰتٖ تَٰٓئِبَٰتٖ.....﴾	5	54
سورة الجن		

﴿لِّيَعۡلَمَ أَن قَدۡ أَبۡلَغُواْ رِسَٰلَٰتِ رَبِّهِمۡ وَأَحَاطَ بِمَا لَدَيۡهِمۡ وَأَحۡصَىٰ كُلَّ شَيۡءٍ عَدَدَۢا٢٨﴾	**28**	**290**
سورة الشرح		
﴿إِنَّ مَعَ ٱلۡعُسۡرِ يُسۡرًا٦﴾	**06**	**199**

ثانيا: فهرس الأحاديث

أبغض الحلال إلى الله الطلاق	71
ما أحل الله شيئا أبغض إليه من الطلاق	71
:" أيما امرأة سألت زوجها الطلاق في غير ما بأس	71
لا ضرر ولا ضرار	71
الظلم ظلمات يوم القيامة	86
من قطع ميراثا فرضه الله تعالى قطع الله ميراثه من ا	98
الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحا حرم حلالا أو	107
اقبل الحديقة و تطلقها تطليقا	124
أفضل الصدقة ما ترك غني	193
خذي عليك ثيابك ولم يأخذ مما أتاها شيئا	207
تريدين أن ترجعي إلى رفاعة	208
تزوجوا الودود و الولود فإني مكاثر بكم الأمم	214
لا نفقة إلا أن تكون حاملا	230
اختر منهن أربعا	239
اللهم هذا قسمي فيما أملك فلا تلمني فيما تملك	239
كل شرط خالف كتاب الله فهو باطل و إن اش	253
المسلمون عند شروطهم إلا شرطا أحل حراما أو	253
إن أحق ما وفيتم به من الشروط ما استحللتم به .	253
نهى أن يخطب الرجل على خطبة أخيه أو يبيع	253

على	
هذا أبوك و هذه أمك، فخذ بيد أيهما شئت "	273
اعتدى في بيت ابن أم مكتوم	291
لا يحل لامرأة تؤمن بالله و اليوم الآخر أن تحد فوق	291
: "مره فليراجعها ثم يمسكها حتى تطهر ثم تحيض ثم	69
دعي الصلاة أيام أقرائك	295
خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف	307
اتقوا الله في النساء، فإنهن عوان عندكم، أخذ تموهن	307

ثالثا: فهرس الأعلام

الاسم	صفحة
ابن رشد	163
أبو بكر بن احمد الكسائي	08
أبو زهرة	34
الحسن البصري	180
الرازي	05
الزركلي	08
الزهري أبو بكر	159
سعيد بن جبير	180
الشاطبي	31
الشيرازي	180

عمر ابن العاص	38
الغزالي	20
الماروردي	216

الفهرس

مقدمة ..... ب

الفصل التمهيدي: مفهوم الاجتهاد القضائي و مراحل تطور التشريع الأسري

❖ **المبحث الأول: تعريف الاجتهاد القضائي، و شروط المجتهد 3**

➢ **المطلب الأول: تعريف الاجتهاد القضائي 3**

- الفرع الأول: تعريف الاجتهاد 3

أولا- الاجتهاد لغة 3

ثانيا- الاجتهاد اصطلاحا 3

- الفرع الثاني: تعريف القضاء 5

أولا – تعريف القضاء لغة 5

ثانيا: مفهوم القضاء في الاصطلاح 6

- الفرع الثالث: تعريف الاجتهاد القضائي كمركب 7

أولا: الاجتهاد القضائي 7

ثالثا: العلاقة بين الاجتهاد و الحكم القضائي 8

- الفرع الرابع: تعريف النص التشريعي 10
- البند الأول: معنى النصوص لغة و اصطلاحا 10

أولا : معنى النصوص لغة 10

ثانيا :معنى النص اصطلاحا 10

- البند الثاني: مفهوم التشريع 12

أولا : مفهوم التشريع في اللغة 12

ثانيا:معنى التشريع اصطلاحا 13

- الفرع الخامس: أهمية الاجتهاد القضائي. 14

أولا: أهمية الاجتهاد في الشريعة 14

ثانيا: أهمية الاجتهاد في القانون 15

➢ **المطلب الثاني: شروط المجتهد 17**

- الفرع الأول: شروط المجتهد 18

أولا: شروط المجتهد شرعا 18

ثانيا- الشروط التأهيلية 19

- الفرع الثاني: شروط القاضي 21

أولا: شروط القاضي شرعا 21

- ثانيا: شروط القاضي قانونا: 23

ثالثا: حقوق القضاة: 26

- الفرع الثالث: هل يشترط أن يكون القاضي مجتهدا؟ 27

❖ **المبحث الثاني :مجالات الاجتهاد 28**

➢ **المطلب الأول :ما لا يسوغ فيه الإجتهاد 29**
أولا :المعلوم من الدين بالضرورة 29
ثانيا :الاجتهاد فيما ورد فيه نص 29
ثالثا :القواعد الكلية في الشريعة 30
رابعا :المسائل المجمع عليها.....30
➢ **المطلب الثاني :ما يسوغ فيه الاجتهاد 31**
أولا: الاجتهاد فيما لا نص فيه 31
ثانيا: الاجتهاد فيما فيه نص ظني.....32
ثالثا : الاجتهاد في التطبيق 34
- الفرع الثاني: ما فيه مجال للاجتهاد في القانون: 35
أولا:الاجتهاد فيما فيه نص في القانون.....35
أ-التنازع بين النصوص الشريعة من حيث الزمان.....36
ب-التنازع بين النصوص التشريعية من حيث المكان 37
ج- التعارض بين النصوص التشريعية 37
د-مفهوم التعارض بين النصوص التشريعية.....37
ه- تفسير النصوص التشريعية 38
ذ- أهمية تفسير النصوص في الاجتهاد القضائي 39
ثانيا: الاجتهاد فيما لا نص فيه في القانون.....41
أ-موقف التشريع الجزائري من الاجتهاد فيما لا نص فيه 41
ب-موقف قانون الأسرة الجزائري من الاجتهاد القضائي في حالة فقدان النص التشريعي 42

❖ **المبحث الثالث: مراحل تطور التشريع الأسري الجزائري 43**

➢ **المطلب الأول: مرحلة ما قبل صدور قانون الاسرة لسنة1984 .....43**
- الفرع الأول: أثناء فترة الاحتلال.....44
- الفرع الثاني: التشريع غداة الاستقلال 45
➢ **المطلب الثاني: ميلاد قانون الأسرة الجزائري لسنة 1984 و تعديله.....46**
- الفرع الأول: ميلاد قانون الأسرة.....46
- الفرع الثاني: تعديل قانون الاسرة بالأمر 05-02.....48

الباب الأول: تضارب و استقرار قرارات المحكمة العليا في مسائل الفرقة بين الزوجين

الفصل الأول: تضارب و استقرار قرارات المحكمة العليا في مسائل الفرقة بالإرادة المنفردة للزوج

❖ **المبحث الأول :مفهوم الفرقة و صاحب الحق فيها و الحكمة من ذلك.....52**

➢ **المطلب الأول:مفهوم الفرقة 52**
- الفرع الأول: الفرقة لغة.....52
- الفرع الثاني:الفرقة في اصطلاح الفقهاء.....53

➢ **المطلب الثاني: صاحب الحق في الفرقة بين الزوجين و الحكمة من ذلك شرعا 53**
- الفرع الأول: صاحب الحق في الفرقة.....54

أولا: صاحب الحق في الفرقة شرعا.....54
ثانيا:صاحب الحق في الفرقة قانونا و قضاء 55
الفرع الثاني :الحكمة من جعل الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج.....58

➢ **المطلب الثالث :أثر النصوص القانونية على الطلاق الرجعي و الاجتهادات القضائية.....59**
➢ **المطلب الرابع : الطلاق بالتراضي قانونا و قضاءا.....64**

❖ **المبحث الثاني: مبدأ التعسف في استعمال الحق في الطلاق وأثره على الإجتهادات القضائية 67**

➢ **المطلب الأول: تكيف الطلاق فقها و قانونا و قضاء 67**
- الفرع الأول: تكييف الطلاق فقها.....68

القول الأول - القائلون بالإباحة و أدلتهم في ذلك.....68
القول الثاني :القائلون بالحظر و أدلتهم في ذلك 69
- الفرع الثاني: تكيف الطلاق قانونا و قضاء 74

➢ **المطلب الثاني: مدى تعسف الزوج في الطلاق واثر ذلك على الإجتهادات القضائية.....74**
- الفرع الأول: مفهوم التعسف و معاييره 75

أولا – مفهوم التعسف 75
ثانيا - معايير التعسف في استعمال الحق شرعا.....75
- ثالثا: معاير التعسف في استعمال الحق قانونا 77
- الفرع الثاني: تذبذب قرارات المحكمة العليا في استعمال مصطلحي المتعة و التعويض.....78

➢ **المطلب الثالث : متعة الطلاق و علاقتها بالتعويض عن الطلاق التعسفي.....81**
- الفرع الأول :تعريف المتعة و حكمها.....81

أولا تعريف المتعة.....81
ثانيا: حكم المتعة 81
- الفرع الثاني: أسس إلتزام الزوج التعويض عن الطلاق التعسفي.....87

3.حق ولي الأمر في تقييد المباح.....88
- الفرع الثالث :مناقشة فكرة التعويض عن الطلاق التعسفي.....88

أولا:مناقشتها من حيث أصلها 88

ثانيا: مناقشتها من حيث صعوبة التحقق في أسباب الطلاق 89
- الفرع الرابع: مقدار المتعة و المقياس في اعتبارها..... 89
أولا : مقدار المتعة شرعا..... 90
ثانيا: تقدير التعويض و السلطة المخولة بتقديره 92
ثالثا : هل المتعة تغني عن التعويض في الطلاق التعسفي 93
- الفرع الخامس: أوجه الشبه و الإختلاف بين المتعة و التعويض 95
أولا: أوجه الشبه بين المتعة و التعويض 95
- **المطلب الرابع :طلاق المريض مرض الموت و أثره على الاجتهادات القضائية.....96**
- الفرع الاول :تعريف المريض مرض الموت و صفاته..... 96
البند الاول :تعريف لمرض الموت 96
البند الثاني:أوصاف مريض مرض الموت..... 96
- الفرع الثاني: حكم طلاق المريض مرض الموت 97
- الفرع الثالث: موقف القانون والقضاء من طلاق المريض مرض الموت 103

❖ **المبحث الثالث: مدى جوازيه و وجوبية إجراء محاولة الصلح و اثر ذلك على الاجتهادات القضائية....106**

- **المطلب الأول :مفهوم الصلح و دليل مشروعيته 106**
- الفرع الأول :مفهوم الصلح..... 106
أولا :لغة:..... 106
ثانيا: تعريف الصلح في القانون 107
- الفرع الثاني: دليل مشروعية الصلح..... 107
أولا من الكتاب 107
ثانيا من السنة..... 108
ثالثا من الإجماع 108
- **المطلب الثاني :مدى جوازيه و وجوبية إجراء محاولة الصلح قانونا و اثر ذلك على الاجتهادات القضائية109**
- الفرع الأول :قبل صدور قانون الأسرة 109
- الفرع الثاني :بعد صدور قانون الأسرة 110
- الفرع الثاني: بعد تعديل قانون الأسرة بالأمر 05-02 113
- **المطلب الثالث: الفرق بين الصلح والمصالحة 115**
- الفرع الأول: الصلح..... 115
- الفرع الثاني: المصالحة..... 116

الفصل الثاني: تضارب و استقرار قرارات المحكمة العليا في مسائل الخلع

❖ **المبحث الأول: تعريف الخلع، مشروعيته، حكمه و الحكمة منه.....121**

- **المطلب الأول: تعريف الخلع و مشروعيته 121**
- الفرع الأول: تعريف الخلع 121
أ. لغة 121
ب. اصطلاحا 121
ج. تعريف الخلع في ق.أ.ج 123
- الفرع الثاني :مشروعية الخلع و الحكمة من مشروعيته 124
أولا : مشروعيته 124
أولا : من القرآن الكريم 124
ثانيا : من السنة النبوية 124
- ثالثا :من الإجماع 125
- رابعا :من المقعول 125
- **المطلب الثاني :الحكم التكليفي للخلع و أوصافه 126**
الفرع الأول: آراء الفقهاء 126
الرأي الأول-أن الخلع مباح بحسب الأصل 126
الرأي الثاني: أن الخلع مكروه بحسب الأصل 127
الرأي الثالث: أن الخلع محرم إذا كان دون سبب 127
- الفرع الثاني:حكمة مشروعية الخلع 129
- الفرع الثاني: طبيعة الخلع الشرعية و القانونية 130
- البند الثاني :الطبيعة القانونية للخلع 133
- **المطلب الثالث: مبدأ الرضائية في الخلع في الفقه الإسلامي. 134**
- الفرع الأول: آراء الفقهاء و أدلتهم 134
- البند الأول: الفريق الأول و أدلتهم 134
- البند لثاني:الفريق الثاني و أدلتهم 136
- البند الثالث: المناقشة و الترجيح 139
- **المطلب الرابع :أثر النص في تغيرات مبدأ الرضائية في الخلع وفقا للتشريع و الاجتهاد القضائي الجزائري 144**
- الفرع الأول :مرحلة ما قبل صدور قانون الأسرة لسنة 1984 144
أولا :مرحلة ما قبل الثورة 144
ثانيا :مرحلة ما بعد الاستقلال 145
- الفرع الثاني :مرحلة صدور قانون الأسرة لسنة 1984 147
- البند الأول :غموض النص القانوني 148
- البند الثاني: تعارض قرارات المحكمة العليا : في رضائية الخلع 148
2. الاجتهاد الجديد للمحكمة العليا 149
- الفرع الثالث: مرحلة تعديل القانون بالأمر 05/02 المؤرخ في 27 فيفري 2005 152

❖ **المبحث الثالث: شروط الخلع 154**

- **المطلب الأول: طرفي الخلع و ما يشترط فيهما.....154**
- الفرع الأول: في المخالع و ما يشترط فيه.....154
- البند الأول :مرض المخالع.....155
- الفرع الثاني :سلامة إرادة الزوجة و أهلية للتصرف.....156

ثانيا :خلع المريضة مرض الموت 157

- **المطلب الثاني :العوض في الخلع 160**
- الفرع الاول :مقدار العوض في الخلع 160

أولا :مقدار العوض في الخلع فقها 160

ثانيا :مقدار العوض في ق.أ.ج.....166

- الفرع الثاني: تغيرات مبدأ الرضائية وفق الاجتهاد القضائي في مقابل الخلع 167

أولا: مرحلة ما قبل صدور قانون الأسرة 168

ثانيا:مرحلة ما بعد صدور ق.أ.ج 170

- الفرع الثالث:حكم الخلع من غير البدل 171
- الفرع الرابع:الخلع على الحقوق الزوجية.....172

❖ **المبحث الرابع: آثار المترتبة على فرقة الخلع 173**

- **المطلب الاول: نوع الفرقة فقها و قضاءا.....174**
- الفرع الاول: في نوع الفرقة بين الزوجين.....174
- الفرع الثاني :نوع الفرقة قانونا و قضاءا.....177

أولا: موقف المشرع الجزائري 177

- **المطلب الثاني :بيان عدة المختلعة 179**
- الفرع الأول :عدة المختلعة شرعا.....179
- الفرع الثاني :بيان عدة المختلعة قانونا 181
- **المطلب الثالث :سلطة القاضي في إيقاع الخلع و مدى مسؤولية المختلعة بإساءة استعمال حقها في الخلع 182**
- الفرع الاول: سلطة القاضي في إيقاع الخلع 182

أولا :سلطة القاضي في إيقاع الخلع فقها 182

- ثانيا :موقف التشريع و القضاء من المسألة 185
- الفرع الثاني :مدى مسؤولية المختلعة بإساءة استعمال حقها في الخلع.....186

الفصل الثالث: تضارب و استقرار قرارات المحكمة العليا في مسائل التطليق

❖ **المبحث الأول :الأسباب القانونية للتطليق المقيدة لسلطة القاضي وأثرها على الاجتهادات القضائية....191**

- **المطلب الأول : التفريق بسبب عدم الإنفاق 191**
- الفرع الأول: تعريف النفقة و أدلة وجودها 191
أولا :تعريف النفقة..... 191
ثانيا : حكمها:..... 191
ثالثا- أدلة وجوبها 192
- الفرع الثاني - الخلفية الفقهية للتفريق بسبب الإعسار 194
- الفرع الثالث : أثر النص القانوني على قرارات المحكمة العليا في الفرقة بسبب عدم الإنفاق 201
- **المطلب الثاني : الفرقة بين الزوجين بسبب العيوب..... 206**
- الفرع الأول :تعريف العيب و حكم التفريق به 206
أولا - العيب لغة..... 206
ثانيا العيب اصطلاحا..... 207
ثالثا :حكم التفريق بين الزوجين بسبب العيب 207
- الفرع الثاني: العيوب الداعية للتفريق بين الزوجين و شروط التفريق 212
أولا -العيوب الداعية للتفريق بين الزوجين 212
ثانيا :الشروط الواجب توافرها لإمضاء التفريق بالعيوب..... 218
- الفرع الثالث : حكم التفريق بالعيوب الحادثة بعد النكاح و نوع الفرقة..... 219
أولا : حكم التفريق بالعيوب الحادثة بعد النكاح 219
ثانيا : نوع الفرقة الواقعة بالتفريق بالعيوب..... 220
- الفرع الرابع : التفريق بسبب العيوب في القانون و القضاء الجزائري..... 222
- **المطلب الثالث : الهجر في المضجع فوق أربعة أشهر كسبب للتطليق 227**
- الفرع الأول : الخلفية الفقهية للإيلاء..... 229
أولا: معنى الإيلاء 229
ثانيا :الدليل على الإيلاء..... 229
ثالثا :حكم الإيلاء..... 230
رابعا :هل يقع الطلاق بعد انتهاء المدة من غير قضاء ؟و ما صفته ؟..... 231
- الفرع الثاني : الفرقة للهجر قانونا و قضاءا 233
- **المطلب الرابع : التطليق للغيبة بعد مرور سنة بدون عذر و لا نفقة..... 235**
- الفرع الأول : الخلفية الفقهية للتفريق لضرر الغيبة 236
- الفرع الثاني : التفريق بالغيبة قانونا و قضاءا 239
- **المطلب الخامس: التطليق لمخالفة أحكام المادة 08 و 19 من قانون الأسرة و أثرها على قرارات المحكمة العليا..... 240**
- الفرع الاول :التطليق لمخالفة شروط المادة 08 241
أولا :تعدد الزوجات بين الاطلاق و التقييد..... 241
ثانيا: التعدد في ظل النصوص الشرعية..... 241
ثالثا : التطليق لمخالفة أحكام المادة 08 من قانون الأسرة الجزائري 243
رابعا :التطليق للتعدد قضاءا 247

- الفرع الثاني :التطليق لمخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج 251

أولا : الشروط التي يجب الوفاء بها 254

ثانيا :الشروط التي لا يجب الوفاء بها مع صحة العقد 254

ثالثا: الشروط التي فيها مصلحة المرأة 255

رابعا : الشروط التي تبطل النكاح (العقد) من اصله 256

خامسا : شروط نهي الشارع عنها و يحرم الوفاء بها 256

❖ **المبحث الثاني : الأسباب المطلقة لسلطة القاضي و اثرها على الاجتهادات القضائية في تحقيق الفرقة بين الزوجين 257**

➢ **المطلب الأول : التفريق للعقوبة 257**

- الفرع الأول : الخلفية الفقهية للتفريق للحبس 257
- الفرع الثاني :التفريق للحبس قانونا و قضاءا 257

➢ **المطلب الثاني: التطليق لارتكاب الفاحشة 260**

➢ **المطلب الثالث : في التفريق للشقاق شرعا وقانونا وقضاءا 262**

- الفرع الأول: معنى الشقاق وحكم التفريق بسببه 262

أولا معنى الشقاق 262

- ثانيا: حكم التفريق للشقاق 263
- الفرع الثاني: الشقاق المبرر للتفريق وطرق علاجه 267

أولا: الشقاق المبرر للتفريق 267

ثانيا: طرق علاج الشقاق 268

- الفرع الثالث : التحكيم في قانون الأسرة الجزائري 274
- الفرع الرابع : أثر النص القانوني على الاجتهادات القضائية في الفرقة قضاء بسبب الشقاق 276

➢ **المطلب الرابع : التطليق للضرر 281**

- الفرع الأول : معنى الضرر و شروطه 282

أولا : معنى الضرر 282

ثانيا : الخلفية الفقهية للتفريق للضرر : 282

ثالثا - شروط الضرر 283

- الفرع الثاني : صور الضرر المجيزة للتفريق 285
- الفرع الثالث : التطليق للضرر قضاء 286

الباب الثاني: تضارب و استقرار قرارات المحكمة العليا في آثار الفرقة بين الزوجين

الفصل الأول: الآثار المالية للفرقة وأثرها على الإجتهادات القضائية .

❖ **المبحث الأول: نفقة العدة كأثر من آثار الفرقة ومدى تأثيرها على أحكام القضاء 295**

- **المطلب الأول: في تعريف العدة، مشروعيتها ،الحكمة منها، حكمها ،وسبب وجوبها 295**
- الفرع الأول: تعريف العدة 295
أولا: العدة في اللغة 295
- الفرع الثاني: مشروعية العدة و حكمة مشروعيتها.....296
أولا- مشروعية العدة.....296
- الفرع الثالث :حكم العدة و سبب وجودها.....297
أولا- حكم العدة.....297
ثانيا: سبب وجوب العدة.....297
- **المطلب الثاني :أنواع العدة.....298**
- الفرع الأول: العدة بالأشهر 298
ثالثا: العدة بسنة الكاملة 299
- الفرع الثاني: العدة بالقروء.....299
- الفرع الثالث: عدة الحامل 301
- **المطلب الثالث: أثر النصوص القانونية المنظمة للعدة على الاجتهادات القضائية.....302**
- الفرع الأول: العدة في قانون الأسرة الجزائري.....302
- الفرع الثاني: العدة قضاء 302
- **المطلب الرابع: نفقة المعتدة و أثرها على الاجتهادات القضائية.....304**
- الفرع الأول: أحكام المعتدة شرعا.....304
أولا: المعتدة من طلاق رجعي.....304
ثانيا*- المعتدة من طلاق بائن.....305
ثالثا- المعتدة من عدة الوفاة.....307
- الفرع الثاني: نفقة المعتدة في قانون الأسرة الجزائري و أثرها على الاجتهادات القضائية 308

❖ **المبحث الثاني: النصوص المنظمة للنزاع حول متاع البيت و أثرها على الاجتهادات القضائية.....309**

- **المطلب الأول: مفهوم متاع البيت الزوجية و موقف الفقه الاسلامي منه 310**
- الفرع الأول: تعريف متاع البيت الزوجية 310
أولا- المتاع لغة 310
ثانيا: المتاع شرعا 310
ثالثا: تحديد معنى متاع البيت قانونا 311
- الفرع الثاني: متاع البيت و من يلزم به في الفقه الإسلامي 311
أولا: الملزم بمتاع البيت شرعا 311
ثانيا : الملزم بمتاع البيت قانونا.....314
- **المطلب الثاني: الخلاقات بين الزوجين في موجودات بيت الزوجية.....315**
- الفرع الأول:الخلافات في متاع البيت فقها.....315
- الفرع الثاني: الخلافات بين الزوجين في متاع البيت قانونا و أثرها على الاجتهادات القضائية 318

- البند الأول :الإشكالات القانونية التي تثيرها المادة 73 من قانون الأسرة..... 319

أولا:قاعدة البينة على من أدعى و اليمين على من أنكر..... 319

ثانيا :حالات انعدام الدليل في إثبات المتاع..... 322

- البند الثاني :عدم وجود نزاع في حالة وجود البينة أو الدليل 326
- البند الثالث : مكان وكيفية أداء اليمين في حالة النزاع..... 327
- البند الرابع: تحديد قيمة الأشياء المتنازع عليها بين الزوجين..... 332

الفصل الثاني : النصوص المنظمة لمسائل الحضانة وأثرها على الإجتهادات القضائية .

❖ **المبحث الأول: تعريف الحضانة، حكمها، الحكمة منها، و شروط ممارستها.....337**

➢ **المطلب الأول: تعريف الحضانة، حكمها، و الحكمة منها 337**

- الفرع الأول: تعريف الحضانة..... 337

أولا- لغة 337

ثانيا: اصطلاحا 337

ثالثا: قانونا 338

- الفرع الثاني: حكمها و الحكمة منها..... 339

أولا: حكمها..... 339

- ثانيا: الحكمة من الحضانة..... 341

➢ **المطلب الثاني: شروط ممارسة الحضانة و أثرها على الاجتهادات القضائية 341**

- الفرع الأول: الشروط المعتبرة في الأبوين. 342
- الفرع الثاني: الشروط الخاصة بالنساء..... 350
- الفرع الثالث:الشروط الخاصة بالرجال..... 352

❖ **المبحث الثاني: أثر النصوص المنظمة لمصلحة المحضون على الاجتهادات القضائية 353**

➢ **المطلب الأول :مصلحة المحضون المعنوية اتجاه مستحقي للحضانة.....353**

- الفرع الأول:مستحقي الحضانة فقها 353
- الفرع الثاني: أثر ترتيب الحاضنين قانونا على الاجتهادات القضائية 354
- البند الأول: ترتيب الحاضنين قبل تعديل فبراير 2005 354
- البند الثاني: ترتيب الحاضنتين بعد تعديل فبراير 2005 357

➢ **المطلب الثاني: مصلحة المحضون المعنوية في حق الزيارة، مكانها و مدتها و أثرها على الاجتهادات القضائية 360**

- الفرع الأول: مكان الزيارة..... 361
- الفرع الثاني :مدة الزيارة 362

- **المطلب الثالث: أثر النصوص المنظمة لمصلحة المحضون المادية على الاجتهادات القضائية 364**
- الفرع الأول: نفقة المحضون..... 365
- الفرع الثاني: أجرة الحضانة..... 367
- الفرع الثالث: سكن المحضون..... 369

أولا: حق المحضون في السكن في الفقه الإسلامي..... 369

ثانيا: حق المحضون في السكن في التشريع الجزائري..... 370

❖ **المبحث الثالث: تمديد الحضانة و إسقاطها في الفقه الإسلامي و القانون الجزائري و أثرها على الاجتهادات القضائية 380**

- **المطلب الأول: مدة الحضانة في الفقه الإسلامي و التشريع الوضعي 381**
- الفرع الأول :مدة الحضانة شرعا 381
- الفرع الثاني : مدة الحضانة قانونا..... 383
- **المطلب الثاني: سقوط حق الحضانة في الفقه الإسلامي و التشريع الجزائري و أثرها على الاجتهادات القضائية 387**

أولا: السبب الأول لسقوط الحضانة هو زواج الحاضنة بغير محرم..... 387

ثانيا: تنازل الحاضنة القانونية عن حقها في حضانة الصغير 388

ثالثا: سقوط الحضانة باختلال أحد الشروط المنصوص عليها في المادة 62..... 390

رابعا:عدم مطالبة من له الحق في الحضانة لمدة تزيد عن سنة..... 391

خامسا..... 392

سادسا..... 395

سابعا: مدى اعتبار عمل المرأة من مسقطات الحق في الحضانة من عدمه وأثره على الاجتهادات القضائية..... 395

الخاتمة..... 404

قائمة المراجع 410

أولا: فهرس الآيات..... 434

ثانيا: فهرس الأحاديث 446

ثالثا: فهرس الأعلام..... 447

الفهرس

الملخص:

تنصب الرسالة المعنونة "بأثر النصوص التشريعية على الاجتهادات القضائية في مسائل الفرقة بين الزوجين " بكل ما يتعلق بالنصوص التشريعية سواء منها الشرعية أو القانونية المنظمة لمسائل الفرقة بين الزوجين من طلاق بالارادة المنفردة للزوج ، أو التطليق والخلع بطلب من الزوجة والآثار الناتجة عن ذلك كنزاع الحاصل على متاع البيت ومشاكل الحضانة علما أن قانون الأسرة الجزائري مستوحى من أحكام الشريعة الاسلامية والمشرع الأسري يحيل القاضي لأحكام الشريعة الاسلامية في المادة 222 منه في حالة عدم وجود النص وامام المتغيرات التي شهد ا ا تمعات الاسلامية والتأثر بالمد الأجنبي والغزو الثقافي الغربي والدعوى لحماية حقوق الأنسان ومساوات الرجل والمرأة كان لزاما على المشرع إعادة النظر بتعديله وذلك عن طريق الغاء بعض المواد وإثراء البعض الآخر وعدل قانون الأسرة الجزائري بالأمر 05/02 المؤرخ في 2005/02/270 وكانت من أبرز الأسباب التي أدت الي تعديل قانون الأسرة الجزائري وجود النص وغموضه أو عدم وجود النص أساسا ، هذا ما أدي الى عدم استقرار الاجتهاد القضائي في المسألة الواحدة وتضارب قرارات المحكمة العليا وجاء المشرع الأسري في التعديل الجديد ليتوج الاجتهادات لترقى الى مرتبة النص القانوني بنص صريح يحسم النزاع القائم وأغلبية مواد الفرقة كانت تعزز مكانة المرأة وتقوي مركزها القانوني والاجتماعي للوصول ا إلى مساوا ا بالرجل ويتمثل ذلك بالخصوص في مسائل الفرقة ، إذ ارتقى حق المرأة في الخلع من رخصة إلى حق أصيل يقابل حق الرجل في الطلاق بالارادة المنفرة للزوج كما وسع المشرع من أسباب التطليق ، وأكد حق المطلقة الحاضنة للسكن كل هذا وغيرها كان تكريسا لمبدأ المساواة بين الرجل والمرأة

الكلمات المفتاحية:

اجتهاد؛ نص؛ قضاء؛ طلاق؛ خلع؛ تطليق؛ حضانة؛ الاجتهادات القضائية؛ الفرقة بين الزوجين ؛ طلاق بالارادة المنفردة للزوج؛ قانون الأسرة الجزائري.

تاريخ المناقشة: 2021/10/21
بتقدير مشرف جدا