

مركز الفقه المالكي في قانون الأسرة الجزائري
- أحكام الطلاق نموذجًا -

مذكرة مكملة لمقتضيات نيل شهادة الماستر في العلوم الإسلامية
تخصص: شريعة و قانون.

إشراف الأستاذ:

- د حمد بوجمعة

إعداد الطالب:

- حجاب الطاهر

لجنة المناقشة

الصفة	الجامعة	الإسم واللقب
رئيسا	محمد بوضياف - المسيلة	
مشرفا ومقررا	محمد بوضياف - المسيلة	د. حمد بوجمعة
ممتحنا	محمد بوضياف المسيلة	

السنة الجامعية: 2021/2022

تصريح شرفي خاص بالالتزام بقواعد النزاهة العلمية لإنجاز بحث

انا الممضى ادناه :

السيد(ة): حسان الطاهر

الصفة(طالب, استاذ باحث, باحث دائم): طالب

الحامل لبطاقة التعريف الوطنية رقم: 800363826

الصادرة بتاريخ: 04/06/2022 عن دائرة: المسيلة

المسجل بكلية: العلوم الإنسانية والاجتماعية

تخصص: السرعة والقانون تحت رقم التسجيل: 1635104785

والمكلف بإنجاز اعمال بحث(مذكرة التخرج, مذكرة ماستر' مذكرة ماجستير' اطروحة دكتوراه).

عنوانها: مركز العقيدة المالكي في قانون الأسرة الجزائري

أحكام المسئلة في حقوقها

اصرح بشرفي بانني التزم بالمعايير العلمية والمنهجية ومعايير الاخلاقيات المهنية والنزاهة الاكاديمية المطلوبة في
انجاز البحث المذكور اعلاه

المسيلة في:

امضاء المعني(ة): [Signature]

المرجع: القرار الوزاري رقم: 933 المؤرخ في: 28-07-2016 المحدد للقواعد المتعلقة بالوقاية من السرقات العلمية ومكافحتها.



وثيقة ايداع مذكرة ماستر

الموضوع: مركز الفقه المالكي في قانون الأسرة الجزائري
- أحكام الطلاق هووجا -

إعداد الطلبة:
1- حجاب الطاهر رقم التسجيل: 168510478
2- رقم التسجيل:
القسم: العلوم الإسلامية الشريعة: الشريعة وقانون التخصص: الشريعة والقانون
إشراف: حمد بوجمعة الزميلة: كور

أقر بأنني تابعت العمل المذكور أعلاه في جلسات إشرافية طيلة الموسم الجامعي: 2021-2022 وأسمح
بإيداعه على مستوى ادارة القسم للمناقشة والتقييم.

رئيس فريق الاختصاص

موافقة وإمضاء الاستاذة (ة) المشرفة (ة):

س.د. حمد بوجمعة

رئيس القسم

لتحميل الوثيقة يرجى نسخ الرمز



الإهداء

إلى من ذاقا مرارة الحياة لأتذوق حلاوتها إلى روح والدي الكريمين،
تغمدهما الله برحمته وأسكنهما فسيح جناته،
وجزاهما عني خير الجزاء
إلى من قال الله تعالى فيها

(وَقُلْ رَبِّ ارْحَمْهُمَا كَمَا رَبَّيَانِي صَغِيرًا) [سورة الإسراء: 24]

إلى من تجمعني بهم صلة الرحم ورابطة الأخوة و الدم...إخوتي وأبنائهم
إلى كل الأحباب و الأصدقاء من قريب أو من بعيد و الذين هم في
ذاكرتي و لاتسع لهم رسالتي
إلى كل طالب علم وكل من حمل لواء العلم وسعى لتحصيله لتحقيق
الرسالة

إلى كل من جمعني بهم صدق المشاعر واللحظات

إلى كل هؤلاء أهدي هذا العمل المتواضع

الطاهر حجاب

شكر و تقدير

الشكر أولاً و أخيراً لرب العالمين على ما أنعم علي بالتوفيق و التيسير
لإتمام هذه المذكرة وإخراجها على ما هي عليه وعملاً بقوله تعالى:

[وَلا تَنسُوا الْفَضْلَ بَيْنَكُمْ] [البقرة: 237]

فإني أتوجه بخالص الشكر وجزيل الامتنان ، و فائق التقدير و كامل
الاحترام لأستاذي الفاضل والمشرف على مذكرتي

الدكتور : حمد بوجمعة الذي لم يبخل علي بنصائحه وبتوجيهاته القيمة

كما أشكر كافة أساتذة و أستاذات قسم العلوم الإسلامية الذين ساهموا
في تكويننا طيلة سنوات الدراسة الجامعية

و على رأسهم رئيس القسم الدكتور: أحمد الزايدي الذي أشرف على

مذكرتي في الليسانس

و إلى كل من ساعدني في هذا البحث

الطاهر حجاب

• قائمة المختصرات

المجلة القضائية	م.ق	جزء	ج
دون تاريخ نشر	د.ت.ن	صفحة	ص
قانون الأسرة الجزائري	ق.أ.ج	هجري	هـ
قانون العقوبات الجزائري	ق.ع.ج	ميلادي	م
دون مكان نشر	د.م.ن	عدد	ع
غرفة الأحوال الشخصية	غ،أ،ش	دون طبعة	د.ط
قانون الإجراءات الجزائية	ق.إ.ج	عدد خاص	ع.خ
القانون المدني الجزائري	ق.م.ج	محكمة العليا	ع.م

المقدمة

❖ المقدمة:

الحمد لله الجليل الوهاب ، الذي أثار قلوب عباده بأنوار السنة و الكتاب ، والصلاة و السلام على خير أنبيائه و سيّد أصفیائه ، وعلى آله وأصحابه ، مصابيح الدجى و شمس العلم و العرفان .
و بعد:

إن البنية الأساسية لتكوين المجتمع الحضاري هي الأسرة الصالحة ، فالكل يدرك أهميتها ودورها في رقي الجماعة أو تخلفها، فطالما كانت مبنية على الفضيلة و الأخلاق و الاحترام و مبادئ الشريعة الإسلامية السمحة، ساهمت في بناء دعائم مجتمع قوي مستقر و متماسك ، ولا يكون ذلك إلا بوضع نصوص قانونية منسجمة ، تضمن بقائها ونموها وتقديس أصلها المتمثل في الزواج الذي يكتسي أهمية اجتماعية بالغة باعتباره يقي المجتمع من الظواهر و الآفات الخطيرة و يهدف إلى صيانة المجتمع و الفرد من الوقوع في الرذائل و المنكرات و يصونه من عواقب هذه الأمراض الاجتماعية، وهو من أوثق العقود التي يقدم الناس على إبرامها، أساسه المحبة و التراحم و السكينة، قال تعالى: [وَمِنَ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَ رَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ]. [الروم الآية: 21]. كما وصفه الشارع الحكيم بالميثاق الغليظ في قوله تعالى: [وَكَيْفَ تَأْخُذُونَهُ وَقَدْ أَفْضَى بَعْضُكُمْ إِلَى بَعْضٍ وَأَخَذْنَ مِنْكُمْ مِيثَاقًا غَلِيظًا] [النساء الآية:21]. لتكون بذلك العلاقة الزوجية ظاهرها الرحمة و باطنها المودة و المحبة، و قوامها الألفة و التعاون وحسن المعاشرة من أجل الاستمرارية و التأييد.

إلا أنه قد تعتري هذه العلاقة مشاكل ومعيقات تعكر صفوها وتسوء العشرة الزوجية ويشد الخلاف و يستحكم الشقاق و الخصام بين الزوجين، وتصبح حياتهما جحيما لا يطاق، فيفقد الزواج معانيه ومقاصده السامية، ولا يبقى أمامهما إلا الانفصال إذا باءت كل محاولات الصلح و التحكيم وذلك لرفع الضرر الواقع بينهما، فقد أجازت الشريعة الإسلامية لهما الطلاق، كما نص قانون الأسرة الجزائري على طرق فك الرابطة الزوجية في المواد (.الطلاق:المادة 47 و48)، (و التطليق: المادة 53)،(والخلع: المادة 54)، و الطلاق هو إجراء استثنائي لا يقدم عليه الزوجين إلا عند الضرورة الشديدة، ورغم مشروعيته إلا أنه أبغض الحلال عند الله وذلك لما يترتب عليه من أضرار سلبية سواء

ما تعلق بالأسرة و المجتمع أو بحالة الزوجين النفسية والمادية أو حالة الأولاد وحضانتهم أو ما تعلق بالنزاع حول متاع البيت.

وبالعودة لقانون الأسرة رقم: 11/84 المعدل و المتمم بموجب الأمر 02/05 المؤرخ في 27 فبراير، وذلك في الباب الثاني تحت عنوان: الزواج و انحلاله من المادة 47 إلى غاية المادة 80.

والذي أثار قبل تعديله العديد من النقاشات وردود الفعل المتباينة بين تيار مؤيد وهو الإتجاه المعارض لتعديله وبين تيار ثاني مطالب بإلغائه جملة وتفصيلاً؛ لأنه يرى أن هذا القانون يعرقل في مضمونه تطور العائلة الجزائرية وتيار ثالث يرى ضرورة تعديل بعض أحكام مواده وذلك مع الالتزام بالقيم الإنسانية التي أقرتها الشريعة الإسلامية و المستجدات الاجتماعية و العلمية، دون المساس بثوابت الشريعة وروحها ومقاصدها.

وقد سار المشرع الجزائري على نفس النهج الذي سارت عليه معظم قوانين الأسرة للدول العربية، وهذا بجعل الشريعة الإسلامية هي المصدر الأساس لهذا القانون و قد نص على هذا في المادة 222 من ق.أ.ج: " كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية."

ولما كان الفقه المالكي أحد أعمدة الفقه الإسلامي الثري بدوره بالاجتهادات و الفتاوى و الأحكام التي جادت بها قرائح العلماء ابتداءً من الإمام مالك الفقيه المحدث صاحب السلسلة الذهبية مؤسس المذهب، و مروراً بتلامذته الأفاضل كابن القاسم، وابن وهب، و أشهب بن عبد الحكيم و أسد ابن الفرات الذين توارثوا علمه جيلاً بعد جيل، حيث نذروا حياتهم لتقعيد أصول هذا المذهب و تبسيط فروعه ونشره شرقاً و غرباً، و لم يألوا في تنوير الأفهام عن كل ما استعصى على الأنام فجعلوا من المذهب مشكاة لا تنطفئ عبر القرون.

وعليه تأتي هذه الأسطر المتواضعة لإبراز أحد المجالات التي تجلت فيها بوضوح بصمات الفقه المالكي ألا وهي التقنين كهيئة حية حاضرة على تَصْلُحٍ و عراقة هذا المذهب، ورغم أن المذهب

المالكي هو المعتمد في الجزائر وهو عمدة قانون الأسرة إلا أن المشرع الجزائري اعتمد على كافة المذاهب السنية وغيرها من المذاهب فضلا عن اعتماده على القوانين المقارنة. وقد كان للفقهاء المالكي تأثيراً كبيراً في قانون الأسرة الجزائري سواء كان ذلك في باب الزواج أو في باب انحلاله ومن هنا جاء هذا البحث الموسوم "بمركز الفقه المالكي في قانون الأسرة الجزائري أحكام الطلاق نموذجاً".

• وهذا ما يقودنا لطرح الإشكالية التالية:

ما مدى مركزية وحضور الفقه المالكي في نصوص قانون الأسرة الجزائري المتعلقة بانحلال الزواج و آثاره؟

- أهمية الموضوع:

- تبرز أهمية دراسة هذا الموضوع في بيان مدى ضرورة التمسك بقواعد الشريعة الإسلامية من خلال سن قوانين من مختلف المذاهب الفقهية السنية الأربعة ، من شأنها المحافظة على المرجعية الفقهية الإسلامية عامة و المالكية خاصة.

- كما تتجلى أهميته في صلاحية الفقه للتقنين و مواكبة كل النوازل و التطورات والعصور ولكل زمان ومكان.

- تكمن أهميته من خلال الأعداد الرهيبة و المهولة لحالات الطلاق و التي أصبحت ظاهرة اجتماعية خطيرة تثير الكثير من القلق والخوف على نتائجها و آثارها المستقبلية.

- إبراز دور الفقه الإسلامي ومنه الفقه المالكي في مساعدة القضاة على استيعاب وقائع النزاع و تحقيق العدالة وبناء الأحكام عليها.

- أسباب اختيار الموضوع:

- الرغبة في اكتشاف أهم المسائل التي وافقت الفقه المالكي كلياً أو جزئياً و التي لفق فيها المشرع بين المذاهب.

- معرفة مدى انسجام المشرع الجزائري مع أحكام الفقه الإسلامي عامة و الفقه المالكي خاصة في موضوع انحلال الزواج و آثاره.

- معرفة ما وصل إليه القضاء من اجتهادات المحكمة العليا في مسائل انحلال الزواج و آثاره والتي اعتمد فيها على الفقه المالكي باعتباره المرجع في تفسير القانون وحل الكثير من الإشكالات التي تظهر في المحاكم نتيجة للفراغ التشريعي في بعض المواضيع.

- أهداف الموضوع:

- الخروج بخلاصة معرفية من خلال التبحر في نصوص قانون الأسرة و شروح فقهاء القانون و أحكام الفقه المالكي في موضوع انحلال الزواج و آثاره.

- الكشف عن الارتباط الوثيق بين أحكام الشريعة الإسلامية و الفقه المالكي خاصة و قانون الأسرة الجزائري، وبيان مدى مساهمة قرارات المحكمة العليا التي تمثل مبادئ قضائية يمكن الرجوع إليها في حل مشاكل الأسرة الجزائرية.

- المنهج المعتمد للموضوع:

- الاستقرائي: الغرض من اعتماده هو استقراء و تتبع أقوال و آراء فقهاء المالكية في موضوع انحلال الزواج و آثاره ، وكذا ما جاء في نصوص قانون الأسرة الجزائري ، للكشف عن مدى موافقتها للفقه المالكي كلياً أو جزئياً.

* المنهج التحليلي المقارن: وهذا بمقارنة نصوص قانون الأسرة الجزائري وبعد تحليلها و دراستها مع أقوال و آراء فقهاء المالكية و البحث عن القواسم المشتركة لكشف المتشابه منها و الموافق لها كلياً أم جزئياً.

- الدراسات السابقة في الموضوع:

بالنسبة للدراسات السابقة، فإن موضوع مركز الفقه المالكي في قانون الأسرة الجزائري لم يُبحث بحثًا كافيًا ومركزًا وخاصة في جانب آثار انحلال الزواج؛ وإن كانت بعض الدراسات قد أشارت لذلك نذكر منها:

- أطروحة دكتوراه للطالب بريير محمد تحت عنوان: " مركز الفقه المالكي في قانون الأسرة الجزائري - أحكام الطلاق نموذجًا -".

- أطروحة دكتوراه للطالب هشام ذبيح، تحت عنوان: " حق الزوجة في فك الرابطة الزوجية في ضوء قانون الأسرة الجزائري و الشريعة الإسلامية".

- مقال نشر في مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية و السياسية لصاحبه داود حنان، تحت عنوان "الحضانة في قانون الأسرة الجزائري، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان.

- مقال منشور في مجلة تحولات لصاحبه، نبيلة بن عائشة، تحت عنوان: " إرادة المرأة بإنهاء الرابطة الزوجية "التطليق"، جامعة المدية.

- الصعوبات:

- لعل أبرز صعوبات البحث عدم الحصول على الكتب القانونية التي تشرح الموضوع شرحًا مقارنًا قانون الأسرة الجزائري بأحكام الفقه المالكي كدراسة تأصيلية متخصصة. وخاصة في جانب آثار الطلاق.

- نقص الدراسات الأكاديمية المتخصصة في موضوع " انحلال الزواج وآثاره " ومدى موافقة قانون الأسرة الجزائري لأحكام الفقه المالكي.

- الخطة العامة:

وليتحقق المقصود من هذه الدراسة قسمت البحث إلى فصلين كان عنوان الأول : مركز الفقه المالكي في قانون الأسرة الجزائري في مسائل التطليق، ويحتوي على أربعة مباحث جاء في المبحث الأول : مسألة التطليق لعدم الإنفاق(1/53 ق.أ.ج).المبحث الثاني مسألة التطليق للغيبة (5/53 ق.أ.ج). و المبحث الثالث: مسألة التطليق لكل ضرر معتبر شرعاً المادة (10/53 ق.أ.ج).و تناولت في المبحث الرابع مسألة التعويض عن الضرر في حالة التطليق المادة (53 مكرر ق.أ.ج).

اما الفصل الثاني فعنوانته ب: مركز الفقه المالكي في قانون الأسرة الجزائري في مسائل آثار الطلاق،ويحتوي على ثلاثة مباحث: جاء المبحث الأول تحت عنوان: مسألة النزاع في متاع البيت المادة (73 ق.أ.ج)، والمبحث الثاني، مسألة العودة في الحضانة المادة (71 ق.أ.ج). كما عنونت المبحث الثالث و الأخير ب : مسألة السكوت عن طلب الحضانة المادة (68 ق.أ.ج).

❖ الفصل الأول:

مركز الفقه المالكي في قانون الأسرة الجزائري في مسائل التطلاق.

ويحتوي على أربعة مباحث:

• المبحث الأول :

مسألة التطلاق لعدم الإنفاق (1/53 ق.أ.ج).

• المبحث الثاني:

مسألة التطلاق للغيبة (5/53 ق.أ.ج).

• المبحث الثالث:

مسألة التطلاق لكل ضرر معتبر شرعاً المادة (10/53 ق.أ.ج).

• المبحث الرابع:

مسألة التعويض عن الضرر في حالة التطلاق المادة (53 مكرر ق.أ.ج).

مركز الفقه المالكي في قانون الأسرة الجزائري في مسائل التطلاق.

قد عالج قانون الأسرة موضوع التطلاق وضبط له مجموعة من الأحكام، و من أهم أحكامه أن وضع له عشرة أسباب يمكن للزوجة من خلالها إذا توفرت و تضررت أن تطالب بالتطلاق لرفع الضرر و طلب التعويض ومن هذه الأسباب الخاصة بالتطلاق التي تناولتها في هذا الفصل، مسألة التطلاق لعدم الإنفاق، و مسألة التطلاق للغيبة، و مسألة التطلاق لكل ضرر معتبر شرعاً، و مسألة التعويض عن الضرر في حالة التطلاق، وللتفصيل في هذه المسائل قسمت هذا الفصل إلى أربعة مباحث: مسألة التطلاق لعدم الإنفاق(المبحث الأول)، مسألة التطلاق للغيبة(المبحث الثاني)، مسألة التطلاق لكل ضرر معتبر شرعاً(المبحث الثالث)، و مسألة التعويض عن الضرر في حالة التطلاق (كمبحث رابع).

- المبحث الأول: مسألة التطلاق لعدم الإنفاق(1/53 ق.أ.ج).

إن نفقة الزوجة واجبة لها على زوجها بالدخول بها حسب وسعه شرعاً وقانوناً، إلا إذا ثبت نشوزها وقد نصت المواد (1/37، 55، 74، 78، 79، 80) من قانون الأسرة الجزائري على ذلك، فإذا امتنع الزوج عن الإنفاق عليها، أو أعسر بالنفقة، فهل لها أن تطلب التفريق القضائي من زوجها؟ هذا ما سنبيّنه من خلال تعريف النفقة (المطلب الأول) و موقف المشرع الجزائري من التطلاق لعدم الإنفاق (المطلب الثاني)، و الفقه المالكي من التطلاق لعدم الإنفاق(المطلب الثالث)، و أمثلة لاجتهادات المحكمة العليا(المطلب الرابع).

▪ المطلب الأول: تعريف النفقة لغةً و اصطلاحًا و قانونًا.

الفرع الأول: تعريف النفقة لغةً.

هي الإخراج و الصرف، ويقال أنفقَ المال، وَنفق الشيء نَفَقًا: فَنِيَ، وَأَنْفَقْتُهُ : أَفْنَيْتُهُ، و النَّفَقَةُ : ما أُنفِقُ. و النَّفَقَةُ : مَا أَنْفَقْتَ عَلَى الْعِيَالِ وَعَلَى نَفْسِكَ.¹

الفرع الثاني: تعريف النفقة اصطلاحًا.

هي إخراج مؤونة من تجب عليه نفقته من خبز، ومسكن، ودهن ، و مصباح، ونحو ذلك.² ومن تجب عليه النفقة الزوجية هو الزوج، ومن تجب له النفقة من الزوج هي الزوجة الثابتة بالعقد، وبذلك فالنفقة الزوجية هي توفير ما تحتاج إليه الزوجة من طعام، ومسكن، وخدمة، ودواء وإن كانت غنية،³ وبمعنى كل ما يخرج الزوج ويقدمه لزوجته وأولاده وأقاربه، في شكل حاجيات لإشباع حاجات مادية أو معنوية، بحسب المتعارف بين الناس وحسب وسع الزوج.⁴

الفرع الثالث: تعريف النفقة قانونًا.

أما في القانون فلم يرد لها تعريف إذ ذهب المشرع الجزائري مباشرة لتفصيل أحكامها.

¹ ابن منظور: محمد بن مكرم، لسان العرب، [حرف القاف ، فصل النون]، دار صادر، بيروت، لبنان،(ط.3)، 1414هـ، ج10/ص358، و المصباح المنير: الفيومي، أحمد الفيومي، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، [مادة "ض رر"]، المكتبة العلمية، (د.م.ن)، (د.ط)، (د.ت.ن)، (مادة "ن ف ق ")، ج2/ص618.

² - مجمع اللغة العربية، المعجم الوسيط، ط 4، مكتبة الشروق الدولية، مصر، 2004، ص942.

³ - السيد سابق، فقه السنة، ط4، دار الفكر للطباعة و النشر و التوزيع، بيروت، 1983، ج3 /ص 147

⁴ - نسرين بن شرقي و كمال بوفرورة، قانون الأسرة الجزائري، ط 1، دار بلقيس، الجزائر، 2013، ص 117

■ **المطلب الثاني: موقف المشرع الجزائري من التطليق لعدم الإنفاق.**

تعتبر النفقة حق للزوجة يثبت لها بموجب عقد الزواج الصحيح وتسقط بنشوزها وينتهي بفك العلاقة الزوجية، فإذا امتنع الزوج عن أداء هذا الالتزام تعسفاً أو إعساراً، أجاز لها المشرع الجزائري أن تطلب التطليق لعدم إنفاق زوجها عليها⁵ طبقاً للمادة 1|53 حيث نصت على أنه: "يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للأسباب الآتية: 1- عدم الإنفاق بعد صدور الحكم بوجوبه ما لم تكن عالمة بإعساره وقت الزواج، مع مراعاة المواد 78 و 79 و 80 من هذا القانون"، وهي المواد المتعلقة بمشمولات النفقة و تقديرها و تاريخ استحقاقها.

و القانون الجزائري أخذ بمذهب الجمهور و منهم المالكية في التطليق لعدم الإنفاق بالشروط التالية:

1- صدور حكم قضائي يقضي على الزوج بالإنفاق على زوجته، واتباع الإجراءات المقررة لتنفيذه و ثبوت امتناعه بمحضر يحرره المحضر القضائي.⁶

2- ألا تكون عالمة بإعساره و فقره وقت الزواج، فإن كانت عالمة بحالته المالية سقط حقه في التطليق لعدم الإنفاق ؛ بسبب رضاها بحاله،⁷ وهذا القول موافق لما ذهب إليه المالكية،⁸ ولكن تستطيع فداء نفسها بالخلع إذا لم تتحمل شدة البقاء معه،⁹ ويقع عبء الإثبات هنا على عاتق الزوج

⁵ - نبيلة بن عائشة، إرادة المرأة بإنهاء الرابطة الزوجية "التطليق"، قسم العلوم والحقوق، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة المدية، مجلة تحولات، العدد الأول، يناير 2015، ص 23.

⁶ - صديق تواتي، قانون الأسرة في ضوء الفقه و قرارات المحكمة العليا، الزواج و انحلاله و آثاره، (د.ط)، الديوان الوطني للأشغال التربوية و التمهين، جوان 2010، ج1/ص 261.

⁷ - بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط4، 2005، ج1/ص 297.

⁸ - نصر سليمان، وآخرون، أحكام الطلاق، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري وفق التعديلات الجديدة الواردة في الأمر 05-02، دار الفجر، قسنطينة، (د.ط)، 2006، ص 112.

⁹ - عبد القادر داودي، أحكام الأسرة بين الفقه الإسلامي و قانون الأسر الجزائري، البصائر الجديدة، الجزائر، ط3، 2016، ص 353.

بكافة وسائل الإثبات. أما إن استطاعت الزوجة أن تثبت حالة تغير الزوج أثناء عقد الزواج؛ بحيث تظاهر أنه غني، و الحال أنه فقير، أو أن عسره جاء بع زواجهما وأنه عمدي، وأصر الزوج على عدم الإنفاق طلق عليه القاضي في الحال.¹⁰

3- أن النفقة التي يعجز الزوج عن أدائها و يجوز طلب التطلاق بشأنها هي ما تعلق بالغذاء و الكسوة و العلاج و السكن و ما يعتبر من الضروريات في العرف و العادة التي تراعى في تقديرها حال الطرفين وفقاً لنص المادتين (78-79 ق.أ.ج)، أما ما زاد عن ذلك فلا يدخل في النفقة ، و لا يكون للزوجة الحق في طلب التطلاق؛ بمعنى أن الإعسار الموجب للتفريق هو العجز عن النفقة الضرورية المقررة بنص المادتين المذكورتين.

4- أن الإعسار الموجب للتطلاق هو العجز عن الإنفاق للمدة الحاضرة و المستقبلية، وهي المستحقة للزوجة من تاريخ رفع الدعوة التي انتهت بالحكم القاضي على الزوج بالنفقة لفائدة زوجته المشار إليه في الشرط الأول، أما النفقة المستحقة للزوجة قبل رفع تلك الدعوة؛ فهي نفقة ماضية لا يجوز التطلاق استناداً إليها لأنها أصبحت ديناً في ذمة الزوج ككل الديون؛ و لأن التفريق مرده دفع الضرر الحال، وهذا لا يتحقق في متجمد النفقة. و ما يلاحظ على المشرع الجزائري أنه لم يحدد مقدار النفقة التي أعسر بها الزوج بحد أدنى، و الذي يصلح كسبب لتأسيس دعوى التطلاق، كما أنه لم يبين المدة التي ترفع خلالها الزوجة دعوى التطلاق، إن كانت نفسها المدة المذكورة في المادة (1/331 ق.ع.ج)، و المتمثلة في مدة شهرين،¹¹ موافقاً بذلك رأي من الفقه المالكي.

¹⁰ - يلحاح العربي، المصدر نفسه، ص 277.

¹¹ - المادة (1/331 ق.ع.ج) : " يعاقب بالحبس من ستة (6) أشهر إلى ثلاث(3) سنوات و بغرامة من 50.000 دج إلى 300.000 دج كل من امتنع عمداً، ولمدة تتجاوز الشهرين (2) من تقديم المبالغ المقررة قضاء لإعالة أسرته ، وعن أداء كامل قيمة النفقة المقررة عليه إلى زوجه أو أو أصوله أو فروعهم، وذلك رغم صدور حكم ضده بالزامه بدفع نفقة إليهم."

كما أنه لم يُبيّن وصف و طبيعة هذه الفرقة إن كانت طلاقاً رجعيًا أم بائنًا.¹² فالإمام مالك يرى أن التطلق لعدم الإنفاق طلاق رجعي، لكن لا يجيز الرجعة إلا إذا زال السبب الموجب للتفريق بأن يصبح الزوج قادرًا على الإنفاق، أما إن كان قبل الدخول فهو طلاق بائن لا يمكن للزوج مراجعة زوجته؛¹³ وهو الرأي الذي يطابق موقف المشرع الجزائري الذي اعتبر التفريق بحكم القاضي في هذه الحالة طلاق حيث نص في المادة 48 من قانون الأسرة الجزائري على أنه: "الطلاق حل عقد الزواج و يتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين 53 و 54 من هذا القانون."

واستناداً لنص المادة السابقة فإن الطلاق لعدم الإنفاق يحتسب في عداد الطلاق الثلاث التي يملكها الزوج و ترتب آثارها حسب حصولها في الترتيب التسلسلي فإن كانت رجعية و إن كانت الثانية من نوعها كانت بائنة بينونة صغرى، وإن كانت الثالثة ترفع الحلية.¹⁴

▪ **المطلب الثالث: موقف الفقه المالكي من مسألة التطلق للإنفاق.**

اتفق جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية و الحنابلة خلافاً للحنفية، على جواز التفريق لعدم الإنفاق، واتفقوا على أن الإعسار الموجب للتفريق، هو العجز عن النفقة الضرورية في أدنى أحوالها و على أن العجز عن النفقة الماضية لا يوجب التفريق ؛ إنما الذي يوجب التفريق هو العجز في النفقة الحاضرة و المستقبلية،¹⁵ وإذا أعسر الزوج بنفقة زوجته و لم يجد ما ينفقه عليها في حين أنها لم

¹² - ياسين بن صوشة، انحلال الرابط الزوجية بطلب من الزوجة في قانون الأسرة الجزائري ، ماستر أكاديمي قانون الأسرة، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف، المسيلة ، 2018 / 2019 ، ص26.

¹³ - صديق تواتي، المرجع السابق، ص275

¹⁴ - فضيل سعد، شرح قانون الأسرة الجزائري في الزواج و الطلاق، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، (د.ط)، 1986، ج1| ص274.

¹⁵ - محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية ، دار الفكر العربي، القاهرة، (د.ط)، (د.ت.ن)، ص351.

تصبر عليه ، جاز لها أن تطلب التطلق عند القاضي، فإذا رفعت أمرها إليه، أمر الزوج و خَيْرُهُ بين الإنفاق أو الطلاق، فإذا لم يأخذ بأحد الأمرين قام القاضي بتطبيقها.¹⁶

يقول الدردير من المالكية: " للزوجة الفسخ بطلقة رجعية إذا عجز عن نفقة حاضرة لا ماضية، بصَيْرُورَةِ المَاضِيَةِ دِينًا فِي ذِمَّتِهِ."¹⁷
واستدلوا لرأيهم هذا بما يلي:

أن الزوج مكلف بأن يمسك زوجته بالمعروف أو يسرحها و يطلقها بإحسان بقوله تعالى:

{ فَأَمْسَاكُ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحُ بِإِحْسَانٍ }، [البقرة: 229]، فعدم الإنفاق ينافي الإمساك بالمعروف،¹⁸ و قوله تعالى: [وَلَا تُمَسِّكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُوا]، وعدم الإنفاق يُعَدُّ أَشَدَّ إِذَاءً لِلزَّوْجَةِ وَ ظَلَمًا لَهَا مِنْ وَجُودِ عَيْبِ بِالزَّوْجِ، وَقَدْ قَالَ الرَّسُولُ p : [لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ]، [البقرة: 231] و إن الإمساك مع عدم الإنفاق عليها هو إضرار بها، و الضرر يزال، فمتى امتنع الزوج عن الإنفاق لعجزه، أو امتنع ظلما منه مع قدرته، كان للزوجة حق طلب التطلق،¹⁹ فيطلقها القاضي إذا امتنع الزوج عن طلاقها.²⁰

بينما يرى الحنفية بعدم جواز التفريق لعدم الإنفاق؛ لأنه إن كان معسرًا فلا ظلم منه بعدم الإنفاق لقوله تعالى: [لِيُنْفِقْ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِ، وَمَنْ قَدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنْفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ، لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَاءً آتَاهَا] [الطلاق : 7]، فلا تظلمه بإيقاع الطلاق عليه. أما إذا كان موسرًا فهو ظالم بعدم الإنفاق.

16 - عبد المؤمن بلباقي، التفريق القضائي بين الزوجين في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة مدعمة بنصوص

من قانون الأسرة الجزائري، دار الهدى للطباعة، الجزائر، (د.ط.)، 2000، ص 29-30.

17 - شمس الدين عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، لأبي البركات أحمد الدردير، (د.ط.)، دار إحياء الكتب العربية، (د.ب. د.ت.ن.)، ج2/ص518.

18 - السيد سابق، المرجع السابق، ج2/ص246 .

19 - مالك بن أنس أبو عبد الله الأصحبي (ت 179 هـ)، الموطأ، دار الكتب العلمية، (د.ط.)، (د.ت.ن.)، كتاب الأفضية، باب القضاء في المرفق، رقم 2758، ص 1078.

20 - محمد أبو زهرة، ص 349.

أما المالكية فيرون أنه إذا استطاع الزوج أن يثبت أن الزوجة كانت عالمة بإعساره و فقره وقت الزواج و رضيت بحاله الذي هو عليه إلى أن دخل بها فإن حقها في طلب التتطبيق يكون قد سقط برضاها بحاله.²¹

و يتوافق المشرع الجزائري في هذا الشرط مع المذهب المالكي، فقد جاء في حاشية الدسوقي: " وحاصل فقه المسألة أنها إذا علمت عند العقد فقره فليس لها الفسخ، إلا أن كان مشهوراً بالعطاء وانقطع."²² و جاء في التاج و الإكليل: " و يثبت لها حق الفسخ بالعجز عن النفقة الحاضرة لا الماضية، حرين أو عبتين أو مختلفين، ما لم تكن علمت فقره، ورضيت به قبل العقد، أو عرفت أنه من السؤال..."²³

كما أن فقهاء المالكية قالوا: أنه إذا وجد من يتبرع على الزوجة بالنفقة يسقط حقها في طلب التتطبيق لعدم الإنفاق. فإذا رفعت الزوجة دعوى طلب التتطبيق لعدم الإنفاق و قبل الحكم لها وجد من يتبرع عليها بالنفقة المطلوبة من أقارب الزوج أو من غيرهم فليس لها إلا قبولها، و يسقط حقها في طلب فك الرابطة الزوجية، جاء في مواهب الجليل: " ولو تطوع رجل بأدائها لم يفسخ..."²⁴ و لأن عدم النفقة الذي أوجب لها القيام قد انتفى.

▪ المطلب الرابع: أمثلة لاجتهادات المحكمة العليا في مسألة التتطبيق للإنفاق.

كما وافق القضاء الجزائري فقهاء المذهب المالكي في جعل الضرر اللاحق بالزوجة من عدم الإنفاق سبباً لرفع الزوجة دعوى قضائية لطلب التتطبيق، فنص في قرار للمحكمة العليا على ما يلي:

²¹ - عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة للطباعة و النشر والتوزيع، الجزائر، ط1996، 3، ص 256

²² - الدسوقي، حاشية الدسوقي، المرجع السابق، ج2/ ص 518

²³ - المواق أبو عبد الله العبدري، التاج و الإكليل، بهامش كتاب مواهب الجليل، مطبعة السعادة، مصر، ط1، 1328هـ، ج4/ ص 195

²⁴ - الحطاب: أبو عبد الله محمد، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، مطبعة السعادة، مصر، ط1، 1328، ج4/ ص 199-200.

من المقرر قانوناً أنه يجوز لزوجته أن تطلب التطلاق لكل ضرر معتبر شرعاً، ومتى تبين - في قضية الحال - أن الزوجة متضررة من عدم الإنفاق و الضرب الذي تعرضت له من طرف الزوج، فإنه قضاة الموضوع بقضائهم بتطبيق الزوجة لثبوت ضررها كان تقديرهم سليماً و طبقوا صحيح القانون.²⁵

وفي قرار آخر جعل من حق الزوجة في طلب التطلاق مبرراً إذا لم ينفق عليها زوجها مدة شهرين متتابعين، أخذاً برأي الفقيه المالكي الغرناطي ابن عاصم فنص على ما يلي: " متى كان من المقرر فقهاً و قضاءً في أحكام الشريعة الإسلامية أن عدم الإنفاق على الزوجة لمدة تزيد على شهرين متتابعين يكون مبرراً لطلبها التطلاق عن زوجها، و ذلك وفقاً لما نص عليه الفقيه ابن عاصم²⁶، بقوله: الزوج إن عجز عن الإنفاق لأجل شهرين ذو استحقاق بعدهما الطلاق، لا من فعله وعاجز عن كسوة كمثلته فإن القضاء بما يخالف أحكام هذه المبادئ يعد خرقاً لقواعد فقهية مستمدة من الشريعة الإسلامية."²⁷

ويتضح مما سبق أن المشرع الجزائري أجاز للزوجة أن تطلب التطلاق لعدم الإنفاق عليها و هو ما يوافق الفقه المالكي وذلك طبقاً للفقرة الأولى من المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري واضعاً لها عدة شروط لابد من توافرها و منها شرط:

- أن تكون غير عالمة بإعسار زوجها وقت الزواج: فإن كانت عالمة بذلك ووافقت على الزواج به سقط حقها في طلب التطلاق لعدم الإنفاق، وذلك لا يعتبر ظملاً لها باعتباره تم بناءً على رضاها و

²⁵ - المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 1999/05/18، ملف رقم 44630، المجلة القضائية 1990، العدد 3، ص 55.

²⁶ - المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 1948/11/19، ملف رقم: 34791، المجلة القضائية 1989، عدد 3، ص 76.

²⁷ - أنظر قول ابن عاصم، التسولي، أبو الحسن علي عبد السلام، البيهة في شرح التحفة، على الأرجوزة المسماة بتحفة الأحكام، دار الكتب العلمية بيروت، لبنان، ط1، 1418هـ/ 1998م. ص 631.

بموافقتها و اختيارها. كما وافق المشرع الجزائري المالكية في رفع الزوجة أمرها للحاكم، إضافة إلى موافقة القضاء الجزائري المالكية في إعطاء الحق للزوجة في طلب التطلق إذا لم ينفق عليها زوجها مدة شهرين متتابعين آخذاً برأي الفقيه المالكي ابن عاصم، وقول الإمام مالك رحمه الله: "اضربوا له أجل شهر إلى شهرين"²⁸، ووافق فقهاء المالكية في جعل الضرر اللاحق بالزوجة من عدم الإنفاق عليها سبباً لرفع الزوجة أمرها للقضاء لأجل تطلقها.

- المبحث الثاني: مسألة التطلق للغيبة (5/53 ق.أ.ج).

إذا غاب الزوج عن زوجته مدة تتضرر بها و تخشى على نفسها الفتنة، و تركها زوجها بلا نفقة لعذر أو لغير عذر ففي هذه الحال أكون لها طلب التطلق للغيبة؟ أم عليها أن تصبر إلى أن يرجع إليها زوجها، أو يطلقها أو يأتيها خبر وفاته؟ وهذا ما سنأتي على تفصيله من خلال تعريف الغيبة لغة واصطلاحاً وقانوناً (المطلب الأول)، موقف المشرع الجزائري من التطلق للغيبة، (المطلب الثاني)، ورأي الفقه المالكي من التطلق للغيبة (المطلب الثالث)، وأمثلة لاجتهادات المحكمة العليا الغيبة (المطلب الرابع).

■ المطلب الأول: تعريف الغيبة لغة واصطلاحاً و قانوناً.

الفرع الأول: تعريف الغيبة لغة.

مصدر غَابَ الشَّيْءُ يَغِيبُ أَي بَعُدَ، وَخَفِيَ، وَ الْجَمْعُ غَيْبٌ وَ غِيَابٌ وَ غَيْبٌ. وَتَغَيَّبَ الرَّجُلُ وَغَابَ: تَوَارَى، وَامْرَأَةٌ مُغِيبٌ وَمُغِيبَةٌ غَابَ عَنْهَا زَوْجُهَا.²⁹

²⁸ - مالك بن أنس (ت179هـ): المدونة الكبرى، دار صادر، مصر، ط 2، (د ت ن)، ج4/ص262.

²⁹ - ابن منظور: المرجع السابق، [حرف الباء، فصل الغين]، ج1/ص655.

الفرع الثاني: تعريف الغيبة اصطلاحاً.

استعمل الفقهاء كلمة الغيبة في توارى الرجل وبُعدّه عن زوجته مع معرفة مكانه وإمكان الاتصال به، مكتفين بدلالة المعنى اللغوي على استعمالهم لها، ورتبوا على ذلك أحكامها الفقهية، ومنها: حق المرأة في التفريق في حال غاب عنها زوجها. وعليه يمكن تعريف غيبة الزوج بأنها: (تَوَارَى-اختفاء- الرجل عن امرأته، بعذر أو بغير عذر، بحيث يكون معروف محل الإقامة).³⁰

ولا يخرج المعنى الاصطلاحي عن المعنى اللغوي.

الفرع الثالث: تعريف الغيبة قانوناً.

أما المشرع الجزائري فقد عرّف الغائب في نص المادة (110 ق.أ.ج) التي نصت على أن: "الغائب من منعه ظروف قاهرة من الرجوع إلى محل إقامته، أو إدارة شؤونه بنفسه أو بواسطة، مدة سنة وتسبب غيابه في ضرر الغير يعتبر كالمفقود."، فمن خلال نص هذه المادة نلاحظ أن المشرع الجزائري قد وافق أحكام المذهب المالكي في عد الغائب شخص على قيد الحياة، غير موجود في محل إقامته ويعرف مكانه.

■ المطب الثاني: موقف القانون الجزائري من مسألة التطبيق للغيبة.

ورد في السبب الخامس من أسباب التطبيق المادة (53 ق.أ.ج) إذ جاء فيها أنه: "يجوز للزوجة أن تطلب التطبيق للأسباب التالية... 5- الغيبة بعد مرور سنة بدون عذر ولا نفقة،"

³⁰ - عيد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة و البيت المسلم، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ط.1،

1993م، ج8|ص460.

نصت هذه المادة على أنه إذا غاب الزوج عن زوجته مدة طويلة قدرت بسنة، كان لها أن تطلب التطلاق، سواء في غياب معلوم أو مجهول؛ لأنها تتضرر من الغيبة ضرراً قد يدفعها إلى الانحراف.³¹

ويتضح من نص هذه المادة (53 ق.أ.ج) من قانون الأسرة الجزائري بأنه لا يجوز أن تطلب الزوجة من المحكمة التطلاق إلا إذا توافرت الشروط التالية:³²

1- مضي سنة فأكثر على الغياب ابتداءً من يوم غياب الزوج إلى يوم رفع الدعوة عليه.³³
2- أن يكون الغياب لغير عذر مقبول، ودون سبب شرعي، إذ يكون بذلك متعمداً إضرارها والإيذاء بها.³⁴

3- أن يغيب عنها ولا يترك لها نفقة خلال مدة غيابه.³⁵
وعلى القاضي أن يتأكد من توفر كل هذه الشروط حتى يحكم بالتطلاق؛ فإن تخلف شرط واحد من هذه الشروط ترفض الدعوى ولا يحكم لها بالتطلاق.³⁶

▪ **المطلب الثالث: موقف الفقه المالكي من مسألة التطلاق للغيبة.**

اختلف الفقهاء في حق للزوجة في طلب التفريق بينها وبين زوجها من القاضي بسبب غيابها عنها إلى قولين، بين من يمنع ذلك وهم الحنفية والشافعية، و بين من يجيز ذلك بتحقق شروط معينة وهم المالكية و الحنابلة:

31 - نسرین شریفی وکمال بوفروہ، قانون الأسرة الجزائري، أشرف عليه: مولود دريدان، دار بلقيس، الجزائر، (د.ط)، (د.ت.ن)، ص 70 .

32 - نبيلة بن عائشة، إرادة المرأة بإنهاء الرابطة الزوجية، مجلة تحولات، العدد الأول، يناير 2018، ص 28.

33 - نسرین شریفی وآخرون، المرجع السابق ص 70.

34 - يلحاج العربي، الوجيز، المرجع السابق، ج 1/ ص 297.

35 - فضيل سعد، المرجع السابق ج 1/ ص 294.

36 - اليزيد عيسات، التطلاق بطلب من الزوجة في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في

القانون الخاص فرع - عقود ومسؤولية، كلية الحقوق، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، 2003، ص 133-

الفرع الأول: الرأي القائل بعدم جواز التفريق بسبب غيبة الزوج.

ذهب إلى هذا الرأي الحنفية و الشافعية وبنفس الرأي أخذ الظاهرية، ويرى هؤلاء، أنه لا يصح التفريق بسبب غيبة الزوج حتى وإن طالّت المدة لانعدام وجود أساس شرعي لهذا التفريق بين الزوج وزوجته، وأن الأصل بقاء الزوجية حتى يقوم الدليل على جواز التطلق مهما كان نوع الغيبة.³⁷

الفرع الثاني: الرأي القائل بجواز طلب التفريق للغيبة.

وقال المالكية و الحنابلة يجوز التفريق بين الزوجين للغيبة إذا طالّت و تضررت بها الزوجة، حتى لو ترك الزوج مالا تتفق منه أثناء الغياب؛ لأن الزوجة تتضرر لغيبة الزوج ضرراً بالغاً، و الضرر يدفع بقدر الإمكان، لقول الرسول ρ ، : (لا ضرر و لا ضرار).³⁸

وذلك بالتفريق بين الزوج الغائب و زوجته إن أبى أن يحضر إليها أو ينقلها إلى البلد الذي يقيم فيه.

ورغم اتفاق المالكية و الحنابلة على مبدأ التفريق للغيبة إلا أنهم اختلفوا في شروطه؛ أي في نوع الغياب الموجب للتفريق، و في المدة التي يخول فيها للزوجة رفع أمرها للقاضي، وفي وصف الفرقة الواقعة به.³⁹

ويرى المالكية أن للمرأة الحق في فك الرابطة الزوجية لغيبة الزوج إذا طالّت، و تضررت الزوجة بسببها ولو ترك لها مالا تتفق منه مدة غيبته، وذلك لأنهم يرون أنّ السبب الذي يجيز للزوجة طلب التطلق في هذه الحالة صعوبة المحافظة على عفتها و هي مقيمة بعيداً عن زوجها لمدة طويلة، ولأنّ هذا لا تتحمله الطبيعة البشرية.

³⁷ - أحمد نصر الجندي، الطلاق و التطلق وآثارهما، دار الكتب القانونية، مصر، (د.ط.)، 2004، ص331.

³⁸ - السبهقي: أبو بكر أحمد بن علي(ت458هـ)، السنن الكبرى للسبهقي، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، كتاب الصلح، باب لا ضرر و لا ضرار رقم 11495، مركز هجد للبحوث و الدراسات العربية و الإسلامية، ط1، 2011، ج11/ص542.

³⁹ - أحمد نصر الجندي، المرجع السابق، ص 332.

ولا يفرق المالكية في نوع الغيبة؛ بين أن تكون بعذر كطلب العلم أو العمل أو الغياب الذي لا عذر فيه؛ لأن الزوجة تتضرر في الحالتين، و التطبيق للغياب عندهم طلاق بائن؛ لأن كل فرقة يوقعها القاضي تكون طلاق بائن باستثناء التطبيق للأيلاء أو الإعسار بالنفقة، ذلك أن المراد و الهدف هو رفع الضرر عن المرأة، ولا يتحقق ذلك إلا بالطلاق، كما جعلوا مدة الغيبة الطويلة سنة على الراجح، و قيل ثلاث سنين فما فوق، قال الدردير في الشرح الكبير: " لكن الغائب لا بد من طول غيبته سنة فأكثر، ولا بد من الكتابة إليه، إمّا أن يحضر، أو تُرحل إمرأته إليه إن علم محله، و أمكن الوصول إليه، ولا بد من خوفها على نفسها، ويعلم ذلك من جهتها، ولا يكفي مجرد شهوتها للجماع." ويقولون أنه لا تجاب زوجة الغائب الذي علم محله إلى طلب التطلاق قبل الإرسال إليه و إعداره. جاء في الكافي: " ومن غاب عن امرأته فعلم موضعه كتب السلطان إليه إذا اشتكت إليه زوجته وأمره أن يقدم إليها أو يرحلها إليه أو يطلق... فإن لم يفعل شيئاً من ذلك طلق عليه".⁴⁰ وجاء في حاشية الدسوقي: " ويزاد على هذين الشرطين شرط ثالث، وهو الإرسال إليه إن علم محله وأممكن الوصول إليه، وإلا فلا يعتبر هذا الشرط."⁴¹

ومما سبق يتضح أن الفقه المالكي كان موضوعياً في أخذه بالتطبيق للغيبة، فالزوجة تطلب التطلاق لتضررها من الغياب في حدّ ذاته، وعلّة ذلك حاجتها النفسية والجسدية للزوج، وهذه الحاجة هي التي جعلت عمر ابن الخطاب - ط - يكتب لأمرأه الأجناد بأن لا يُمسك الجند عن زوجاتهم لمدة تزيد عن ستة أشهر حتى لا تتضرر الزوجة بحرمانها من زوجها و حتى لا تفكر في الحرام، روي عن زيد بن أسلم، بينما عمر بن الخطاب - ط - يحرس المدينة المنورة فمر بامرأة في بيتها وهي تقول :

تطاول هذا الليل واسود جانبه * وطال على أن لا خليل ألاعبه

40 - ابن عبد البر، الكافي في فقه أهل المدينة، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط.1، 1407هـ، ص

79

41 - الدسوقي: محمد عرفة، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، دار إحياء الكتب العربية (د.م.ن)، (د.ط)،

(د.ت.ن)، ج2| ص431.

ووالله لولا خشية الله وحده * لحرك من هذا السرير جوانبه.

فسأل عنها عمر، فقيل له هذه فلانة، زوجها غائب في سبيل الله، فأرسل إليها عمر، امرأة تكون معها، وبعث إلى زوجها فاقفله، ثم دخل على ابنته حفصة، فقال: (يا بنية كم تصبر المرأة على زوجها؟) فقالت: سبحان الله ... مثلك يسأل مثلي عن هذا؟ فقال: (لولا أنني أريد النظر للمسلمين ما سألتك) قالت: خمسة أشهر، ستة أشهر، فوقت عمر للناس في مغازيهم ستة أشهر، يسيرون شهرًا، و يقيمون أربعة أشهر، و يسيرون شهرًا راجعين.⁴²

لأجل هذا أخذ المالكية بالتطبيق للغيبة بعذر أو بدون عذر، ولو ترك لها مال تنفق منه طيلة مدة الغيبة، فالعبرة ليست في الغيبة أو توفر العذر المشروع و إنما في تضرر الزوجة من غياب زوجها والحرمان من معاشرته لمدة طويلة.

ومما سبق عرضه نلاحظ أن المشرع الجزائري أخذ برأي المالكية في عدة نقاط:

- أخذ برأي المالكية والحنابلة في جواز التفريق للغيبة بمرور مدة سنة، (... الغيبة بعد مرور سنة...) ق.أ.ج و قد خالفهم في مسألة أنه يشترط اقتران ضررين بغيبة الزوج، هما الغيبة بلا عذر و الغيبة مع عدم توفير النفقة.

- الرفع إلى القاضي يوافق ما عليه المالكية.⁴³

- لم ينص على الضرر الواقع على الزوجة بسبب غياب زوجها وهو ما كان سببًا بارزًا في رأي المالكية في هذه المسألة.

- لم ينص على إنذار الزوج الغائب، بأن يأتي إلى الزوجة أو يأخذها و إلا طلق عليه القاضي.

⁴² - البيهقي: المصدر السابق، ج9/ص59.

⁴³ -المصري مبروك، الطلاق و آثاره من قانون الأسرة الجزائرية،دراسة فقهية مقارنة، دار هومة،

الجزائر،(د.ط)، 2010، ص 357-358.

▪ **المطلب الرابع: أمثلة لاجتهادات المحكمة العليا في مسألة التطليق للغيبة.**

أما موقف القضاء الجزائري من حكم التطليق للغياب بعذر أو بغيره، فقد ذهبت المحكمة العليا في قرار لها إلى ما ذهب إليه فقهاء المذهب المالكي، حيث أن للزوجة طلب التطليق لغياب زوجها، حتى ولو ترك لها نفقتها لتضررها من غيابه بحرمانها من الأُنس بزوجها على الوجه المشروع، وجاء في نص القرار ما يلي: " حيث أن الثابت من الحكم المطعون، ومن بقية أوراق الطعن، أن الطاعن يقيم بفرنسا و ترك زوجته في الجزائر، فلا تحرم الزوجة من طلب الطلاق لعدة الشقاق مادامت غيبة الزوج مهما كانت مدتها يمكن أن تلحق بها ضرراً يتمثل بحرمانها من الأُنس بزوجها على الوجه المشروع، وهذا يتفق مع الغيبة التي نص عليها قانون الأسرة، وما ذهب إليه الإمامين مالك و أحمد بشأن جواز التفريق إذا طالت الغيبة وتضررت بها المرأة، ولو كان الزوج ترك لها مالا تنفق منه، ولما كان الحكم المطعون فيه سلك هذا المنهج السليم وقضى بالطلاق بالغيبة كان قضاؤه موافقاً للقانون.⁴⁴

- **المبحث الثالث: مسألة التطليق لكل ضرر معتبر شرعاً المادة (10/53 ق.أ.ج).**

يعتبر هذا النص القانوني " كل ضرر معتبر شرعاً" من أكثر النصوص مرونة، وخدمة لمصلحة المرأة ، حيث أطلق الضرر الموجب للتفريق بين الزوجين دون حصر ذلك في إيذاء مادي أو معنوي، ودون تحديد درجة الضرر مرة واحدة أو بشكل متكرر، إنما الفاصل في كل ذلك هو السلطة التقديرية الواسعة للقاضي في تقدير الضرر، فللزوجة وفق هذا المبدأ أن تطالب زوجها بالتطليق للضرر الذي أصابها من أقواله أو أفعاله أو سلوكاته هذا الإجمال و التفصيل جاء في أربعة مطالب (المطلب الأول) تعريف الضرر لغة واصطلاحاً و قانوناً. (المطلب الثاني) موقف القانون الجزائري من مسألة التطليق لكل ضرر معتبر شرعاً، و (المطلب الثالث) موقف الفقه المالكي من

44 - المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم: 237181، قرار صادر بتاريخ: 2002|02|22.

مسألة التطبيق للضرر أما(المطلب الرابع) فتناولنا فيه أمثلة عن اجتهادات المحكمة العليا في مسألة التطبيق للضرر.

▪ المطلب الأول: تعريف الضرر لغة واصطلاحًا و قانونًا.

الفرع الأول: تعريف الضرر لغة.

الضرُّ الاسم؛ يعني: الفاقة والفقْر، و الضُرُّ المصدر ضَرَّه يَضُرُّه إذا فعل به مكروهًا. فكلُّ ما كان سوءَ حالٍ و فقرٍ و شِدَّةٍ في بدنٍ فهو ضُرٌّ بالضمِّ، و كلُّ ما كان ضِدًّا فهو ضُرٌّ بفتحها،⁴⁵ وقيل الضَّرُّ ما تَضُرُّ به صاحبك وتنتفع أنت به، و الضَّرَاءُ: نقيض السَّرَاءِ.⁴⁶

الفرع الثاني: تعريف الضرر اصطلاحًا.

هو الخسارة المادية أو المعنوية التي تلحق بحق الضحية نتيجة التعدي الذي وقع عليه⁴⁷، أما المقصود به في علاقة الزوج بزوجه فهو: " التضييق على الزوجة و إيذائها بالقول أو الفعل ، أو إهمالها من الجانب المادي و المعنوي."⁴⁸ أو هو كلُّ ما يُلحق الأذى أو الألم ببدن الزوجة أو نفسها أو يُعرِّضها للهلاك.⁴⁹

الفرع الثالث: تعريف الضرر قانونًا.

لم يُعرّف قانون الأسرة الجزائري الضرر، و إنما أعطي للزوجة الحق في التطبيق بسبب الضرر المعتبر شرعًا، دون تحديد معناه أو معيار معرفة ذلك الضرر، و ترك للقاضي السلطة التقديرية

45 - ابن منظور، المرجع السابق، [حرف الزاء، فصب الضاد]، ج4/ ص482، أحمد الفيومي، المصباح

المنير، المرجع السابق، [مادة "ض رر"]، ج2/360.

46 - ابن منظور، لسان العرب، المرجع نفسه، ج28/ ص2572-2473 .

47 - فيلالى علي، الإلتزامات، الفعل المستحق للتعويض، موفم للنشر، الجزائر، ط2010، ص2، ص284.

48 - بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، دار

الخلدونية، القبة، الجزائر، ط1، 1429هـ/2008م، ص207.

49 - عبد الكريم زيدان، المرجع السابق، ج8/ 437.

الواسعة في تحديد الضرر من عدمه، و بالرجوع للقواعد العامة في القانون المدني نجدها قد تحدثت عن الضرر بنصها في المادة (124 ق.م.ج) عن المسؤولية التقصيرية " كل عمل أيًا كان، يرتكبه المرء و يسبب ضررًا للغير يلزم من كان سببًا في حدوثه بالتعويض"، وبالتالي فالضرر هو الذي يكون نتيجة الخطأ الواقع من الغير سواء أكان عمدًا أم بغير عمد، مما يلزم من كان سببًا في حدوث هذا الضرر بالتعويض للطرف المتضرر.⁵⁰

▪ **المطلب الثاني: موقف القانون الجزائري من مسألة التطبيق لكل ضرر معتبر شرعًا.**

نصت المادة(10/53 ق.أ.ج)على أنه : " يجوز للزوجة طلب التطبيق للأسباب الآتية ... كل ضرر معتبر شرًا." منتهجا بذلك مذهب المالكية ، والملاحظ أن هذه الفقرة هي بمثابة إحالة لتقدير القاضي في النظر في أي ضرر ترفع الزوجة من أجله دعوى التطبيق غير الحالات الواردة في باقي الفقرات و بالتالي تمكينه من تقرير ما إذا كان هذا الضرر موجبًا للتطبيق أم لا. فالعبارة هنا جاءت واسعة المدلول إذ تشمل كل أنواع الضرر، من ضرر مادي، و ضرر معنوي، تاركًا بذلك السلطة التقديرية الواسعة للقاضي لتقدير الضرر.⁵¹

وعلى الزوجة التي تزعم أن زوجها قد قام بعمل اتجاهاها نتج عنه ضرر لها، سواء في معاملته لها، أو في إهانتها، أو في عدم القيام بواجباته نحوها، أن تقوم برفع دعوى أمام المحكمة لتطلب الحكم بتطبيقها دفعًا للضرر الذي حل بها، وعليها هي بصفتها مدعية أن تثبت الضرر بكل الطرق القانونية الممكنة، لاسيما البيئة و الإقرار،⁵² و بالرجوع لقانون الإجراءات الجزائية نجده قد فتح حرية

⁵⁰ - هشام نبيح، حق الزوجة في فك الرابطة الزوجية في ضوء قانون الأسرة الجزائري و الشريعة الإسلامية، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه علوم في القانون الخاص، أحوال شخصية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2019/2020، ص 127.

⁵¹ - بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 301.

⁵² - منصوري نورة، التطبيق و الخلع وفق القانون و الشريعة الإسلامية، دار الهدى، الجزائر، (د.ط)، 2012، ص68.

الإثبات وفقاً للمادة (212 ق إ ج)،⁵³ فيمكن للزوجة أن تستند لأي طريق من طرق الإثبات بغرض إثبات الضرر الواقع عليها من زوجها، وعلى القاضي أن يقدر بعناية واهتمام ما تزعمه من ضرر، وإذا استطاعت أن تقنع القاضي بما لحقها من ضرر و أن تقدم بين يديه كل الحجج و الأدلة المؤيدة لذلك فإن القاضي سيحكم بتطليقها من زوجها ليس استناداً إلى رغبته، وإنما استناداً إلى الزوجة المدعمة بالقانون.⁵⁴ ومن الشروط التي يجب أن تتوفر للزوجة لكي يعتد بالضرر:

1- أن يكون الضرر واقعاً من الزوج على زوجته نفسها سواء بفعل أو قول وقع عليها أو على والديها و سبب لها ضرراً مادياً أو معنوياً، و شرط هذا الضرر أن يكون مقصوداً من الزوج، كما أن شرط تحقق الضرر لا يكون فقط بعد الدخول و البناء، بل يكون كذلك قبل الدخول، وهذا تأسيساً على المذهب المالكي الذي لا يفرق بين المدخول بها، و غير المدخول بها في طلب التفريق للضرر، فتسمع الدعوى في الحالتين.

2- أن يكون الضرر ناشئاً عن شقاق و تنافر بين الزوجين، و يكون ملازماً غير قابل للزوال.

3- أن يكون الضرر بإمكان الزوج إزالته و معالجته.

4- أن يثبت الضرر فعلاً أمام القاضي؛ لأن الضرر معياره شخصي لا مادي.⁵⁵

5- أن يعجز القاضي عن إصلاح ذات البين أمام إصرار الزوجة على طلب التطلاق فإنه يجب التطلاق، بعد فشل محاولات الصلح التي يجريها القاضي و المحدد قانوناً.

6- أن يكون الضرر الذي أصاب الزوجة معتبر شرعاً، دون تحديد نوع معين للضرر.

⁵³ - المادة: 212 (من قانون الإجراءات الجزائية) أنه: "يجوز إثبات الجرائم بأي طريق من طرف الإثبات ما عدا الأحوال التي ينص فيها القانون على غير ذلك و للقاضي أن يصدر حكمه تبعاً لاقتناعه الخاص. ولا يسوغ للقاضي أن يبني قراره إلا على الأدلة المقدمة له في معرض المرافعات و التي حصلت المناقشة فيها حضورياً أمامه."

⁵⁴ - عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 270-271.

⁵⁵ - أحمد نصر الجندي، المرجع السابق، ص 122.

فإذا توافرت هذه الشروط و قامت الزوجة بإثبات الضرر، أمكن للقاضي أن يحكم بالتفريق بين الزوجين، أما إذا لم تتوافر هذه الشروط، أو عجزت الزوجة عن إثبات الضرر رفضت دعواها.⁵⁶

وفيما يلي بعض من أمثلة الضرر الذي يجيز التطلاق على سبيل المثال لا على الحصر، باعتبار أن مفهوم الضرر المعتبر شرعاً يتغير حسب البيئات الاجتماعية، ومن عقد إلى آخر، وحتى من زوجة إلى أخرى، فما يكون ضرراً معتبراً عند زوجة لا يكون كذلك عند زوجة أخرى:

1- تعدي الزوج على زوجته بالضرب والسب.

2- ترك مسكن الزوجية و التهرب من الواجبات الزوجية دون مبرر شرعي.

3- إكراه الزوجة على ارتكاب المحرمات، مثل إكراهها على ممارسة الدعارة و مجالسة الرجال و ما شابه ذلك.

4- إتهام الزوج زوجته بتهم تخذش كرامتها و تمس بشرفها، و تطعن في سلوكها و أخلاقها، فإن ذلك يلحق ضرراً بالغاً في نفسياتها، وهو ما يؤدي إلى فساد العشرة الزوجية بينهما.

5- ممارسة الزوج بعض السلوكات الشنيعة الماسة بشرف وسمعة العائلة، كأن يضبط في شقة للقمار و ممارسة الشذوذ و الدعارة.

6- إتيان الزوجة كرها و عنوة في غير موضع الحرث.⁵⁷

⁵⁶ - هشام ذبيح، المرجع السابق، ص 134.

⁵⁷ - اليزيد عيسات، التطلاق بطلب من الزوجة في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص فرع عقود و مسؤولية، كلية الحقوق، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، 2003، ص 146-147.

▪ **المطلب الثالث: موقف الفقه المالكي من مسألة التطليق للضرر.**

وقبل ذكر موقف الفقه المالكي لابد أن نشير إلى رأي الجمهور من الحنفية والشافعية و الحنابلة من مسألة التطليق للضرر في (الرأي الأول) وقول المالكية من نفس المسألة في (الرأي الثاني):

الفرع الأول: رأي الجمهور من الحنفية والشافعية و الحنابلة من مسألة التطليق للضرر.

لم يجز الحنفية و الشافعية و الحنابلة التفريق للضرر مهما كان شديدًا، وقالوا أن دفع الضرر عن الزوجة يكون بغير الطلاق وذلك عن طريق رفع الأمر إلى القاضي و الحكم على الزوج بالتأديب إلى أن يكف عن الإضرار بها.⁵⁸

الفرع الثاني: رأي المالكية من مسألة التطليق للضرر.

وذهب المالكية إلى جواز التطليق للضرر و لو لم يتكرر منه، و سواء أكان ماديًا كالضرب ، و الهجر، أو معنويًا، كسبّها، أو سبّ أبويها، أو عدم الكلام معها و إثارة امرأة أخرى عليها⁵⁹، ولم يرجع عن ذلك، فإذا أثبت وقوع الضرر فرّق القاضي بينهما بطلقة بائنة.⁶⁰

جاء في الشرح الكبير للدردير: "ولها-أي الزوجة- التطليق على الزوج بالضرر، وهو مالا يجوز شرعًا، كهجرها بلا موجب شرعي، وضررها كذلك، و سبها وسب أبيها، نحو: يابنت الكلب، يابنت الكافر، يابنت الملعون، كما يقع كثيرًا من رعا ع الناس، ويؤدب على ذلك، زيادة على التطليق كما هو ظاهر. و كوطئها في دبرها.." وجاء في مواهب الجليل: "قال ابن فرحون في

⁵⁸ - الشربيني: شمس الدين محمد بن الخطيب(ت977هـ)، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، دار المعرفة ، بيروت، لبنان، ط1، 1418هـ/1997م، ص 344.

⁵⁹ - ابن قدامة: أبي محمد عبد الله (ت620هـ) ، المغني، تحقيق: طه محمد الزيتي ، مكتبة القاهرة، مصر، (د.ط)، 1969، ج10/ص 273.

⁶⁰ - الدسوقي: شمس الدين محمد عرفه(ت1230هـ)، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير دار الفكر،(د.م.ن)، (د.ط)، (د.ت.ن)،ج2/ص 345.

شرح ابن الحاجب: "من الضرر قطع كلامه عنها، و تحويل وجهه في الفراش عنها، وإيثار امرأة عليها، و ضربها ضربًا مؤلماً..."⁶¹

وشرعاً فإن المنصوص عليه في مذهب مالك τ أن الزوج إذا تعدى على زوجته بأن آذاها إيذاءً غير سائغ له شرعاً، و رفعت أمرها إلى القضاء. وأثبتت الإيذاء زجره، فإن تكررت الشكوى بعث حكّمين للصلح، فإن فشلا في الصلح كان لهما التفريق.⁶²

الفرع الثالث: طرق إثبات الضرر عند المالكية.

وإثبات الضرر يكون بواحد من أمرين:

أولاً: شاهدا عدل

يشهدان أن الزوج يضر بزوجه بوجه من وجوه الضرر المتقدمة، وأنه مستمر لم يقلع عن ذلك و أنه لا يعلم لضرره سبباً مشروعاً.

ثانياً: شهادة سماع شائعة.

بأن يشهد اثنان أو أكثر، أنهم لا يزالون يسمعون من الداخل و الخارج و الأقارب و الخادم و أن الزوج يضر بزوجه من غير سبب مشروع، لضعف شهادة السماع عن شهادة العدول بمعاينة الضرر، ولا بد مع شهادة السماع هذه أن تحلف الزوجة على وقوع الضرر.⁶³ وعلى الزوجة إثبات

⁶¹ - عبد الكريم زيدان، المرجع السابق، ج8/ص439.

⁶² - محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، (د.ط.)، (د.ت.ن.)، ص362.

⁶³ - الصادق الغرياني، مدونة الفقه المالكي و أدلته، مؤسسة الريان، بيروت، لبنان، ط1، 2002م، ج3/ص

الضرر اللاحق بها من طرف زوجها ، فإن أثبتته و كان مرة واحدة دون أن يتكرر، كان لها الخيار في البقاء مع زوجها أو تطلق منه.⁶⁴ وهذا هو الرأي المشهور في المذهب المالكي.

حيث جاء في الخرخشي: " إذا ثبت بالبينة عند القاضي أن الزوج يضار بزوجه و هي في عصمته و لو كان الضرر مرة واحدة، فالمشهور أنه يثبت للزوجة الخيار، فإن شاءت أقامت على هذه الحالة و إن شاءت طلقت نفسها."⁶⁵

المطلب الرابع: أمثلة عن اجتهادات المحكمة العليا في مسألة التطلاق للضرر.

وقد ذهب القضاء إلى ما ذهب إليه المالكية من خلال تطبيقات قضائية عدة فذهبت المحكمة العليا الجزائرية في قرارها الصادر في 13/01/1986 إلى أن " التعدي على الزوجة وإهانتها ومس كرامتها بصفة صيرت علاقتهما الزوجية أمرًا مستحيلًا هي أسباب كافية لتبرير تطلقها و المصادقة على الحكم المعاد، وعليه فالقرار لم يخالف قواعد الفقه فيما يتعلق بالطلاق و إثباته."⁶⁶

كما ذهب القضاء إلى أنه لا بد على القاضي التثبت أولاً من وجود ضرر و على الزوجة طالبة التطلاق أن تثبته بكل ما أتيج لها من وسائل حتى لا تبقى دعواها الخاصة بالتطلاق مجرد ادعاءات أو تصريحات. وهذا ما ذهبت إليه المحكمة العليا الجزائرية في قرارها الصادر في 27/11/1989 حين قضت بأنه: " من المقرر شرعًا و قانونًا أنه عند الحكم بالتطلاق يتعين على القاضي تبيان نوع الضرر اللاحق بالزوجة، وذكر وسائل إثبات الضرر، فإذا ثبت الضرر للقاضي بشهادة الشهود

64 - الخرخشي ، أبو عبد الله محمد، شرح على مختصر خليل (1101هـ)، المطبعة الأمريكية الكبرى، بولا ق، مصر، ط.2، 1317هـ، ص.

65 - الخرخشي، المرجع نفسه، ص.

66 - المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية 13/01/1986، ملف رقم: 39025، غير منشور، مقتبس عن كتاب العربي بلحاج ، قانون الأسرة مع تعديلات الأمر 05-02 معلقًا عليه بمبادئ المحكمة العليا خلال أربعين سنة ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر، (د.ط)، 2006، ص 266.

فلا بد من ذكرهم على الصفة التي يتطلبها القانون، ومن ثم يستوجب نقض القرار الذي اكتفى بذكر المادة 53 فقط، وذلك لعدم مراعاته للقواعد الشرعية في التطبيق"⁶⁷

فإذا كان الضرر الذي تدعيه الزوجة هو ضرب الزوج لها ذهبت المحكمة العليا في قرارها الصادر في 2001/01/23 إلى القضاء بأنه: "إن ضرب الزوجة المبرح يعتبر من الأضرار المعترية شرعاً التي تستوجب التطلق دون اشتراط صدور حكم جزائي، حيث بالرجوع إلى الحكم المطعون فيه، و إلى عريضة الطعن ووقائع الملف يثبت أن قاضي الموضوع عندما قضى بالتطبيق للمطعون ضدها، تأكد لديه توفر الضرر المعترى شرعاً، وذلك باعتداء الطاعن على المطعون ضدها بالضرب و الجرح العمدي، وذلك ما اعترف به الطاعن شخصياً أمام المحكمة، وصرح نادماً على ما وقع منه على شخص المطعون ضدها بالضرب و الجرح العمدي، و فيما يخص نعيه على أن قاضي الموضوع رفض إرجاء الفصل في دعوى التطلق إلى حين صدور الحكم الجزائي ببراءته، فهذا الدفع غير ملزم به قاضي الموضوع، فهو دفع مردود، و عليه فالحكم محل الطعن جاء مسبباً تسبیباً كافياً، الأمر الذي يجعل الوجه الوحيد غير مؤسس و يتعين رفضه، حيث مما تعين معه رفض الطعن."⁶⁸

و في الأخير نلاحظ أن المشرع الجزائري استند إلى رأي المالكية في جواز التطلق للضرر الذي يصيب الزوجة، حيث انفردوا بهذا الرأي، ويكون بذلك قد خالف جمهور الفقهاء من الشافعية و الحنفية و الحنابلة، الذين لم يجيزوا التفريق للضرر مهما كان شديداً ، وقالوا: "أن دفع الضرر عن الزوجة يكون بغير الطلاق؛ وذلك عن طريق رفع الأمر إلى القاضي و الحكم على الزوج بالتأديب إلى أن يكف عن الإضرار بها."

⁶⁷ - المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 1989/11/27، ملف رقم: 56490، غير منشور العربي

بلحاج، المصدر نفسه، ص 276.

⁶⁸ - المحكمة العليا ، غرفة الأحوال الشخصية، 2001/01/23، ملف رقم: 258555، المجلة القضائية،

2002، العدد 2، ص 419.

- المبحث الرابع: مسألة التعويض عن الضرر في حالة التطبيق المادة (53 مكرر

ق.أ.ج).

إن العوض الذي يلزم به الزوج في التطبيق للضرر جبراً لما ألحقه بالزوجة من ضرر مادي أو معنوي يدخل في القواعد العامة في جبر الضرر وإصلاحه و المادة (53 مكرر ق.أ.ج) قد فصلت في مسألة التعويض ، حيث منحت للقاضي السلطة الواسعة في تقدير الضرر، سواء قبول دعوى الزوجة في طلب التعويض عن الضرر في حالة التطبيق أو رفضها. وهذا ما سنأتي على تفصيله من خلال تعريف التعويض والضمان لغة واصطلاحاً وقانوناً(المطلب الأول)، وموقف المشرع الجزائري من التعويض عن الضرر في حالة التطبيق(المطلب الثاني)، وموقف الفقه المالكي من التعويض عن الضرر في حالة التطبيق (المطلب الثالث)، إضافة إلى أمثلة لاجتهادات المحكمة العليا من نفس المسألة(المطلب الرابع).

▪ المطلب الأول: تعريف التعويض و الضمان لغةً واصطلاحاً وقانوناً.

الفرع الأول: تعريف التعويض لغة.

عَوَّضَ يُعَوِّضُ تعويضاً، وتَعَوَّضَ أَخَذَ العَوَّضَ، و الاسم العوض المستعمل التعويض.⁶⁹ و العوض هو البذل، و عَوَّضت فلاناً إذا أعطيته بدل ما ذهب منه وقيل بين العوض و البذل فرقاً،⁷⁰ و العوض كلمتان صحيحتان إحداهما تدل على بدل للشيء و الأخرى على زمان.⁷¹

⁶⁹ - ابن منظور، المرجع السابق ، مادة عوض، ج 7 / ص192؛ الفيروزآبادي، محمد بن يعقوب، القاموس

المحيط، مادة (مادة عوض) دار الجيل، بيروت، لبنان، (د.ط.)، (د.ت.ن.)، ج2/ص 350.

⁷⁰ - الزبيدي: محمد مرتضى ، تاج العروس ، دار صادر، بيروت، لبنان، ط1، 1306هـ، ج5/ص 59

⁷¹ - ابن فارس: أبو الحسين أحمد، معجم مقاييس اللغة ، (مادة عوض)، تحقيق: عبد السلام محمد هارون،

دار الجيل، بيروت ، لبنان، ط1، 1997، ج4/ص188.

وبهذا يظهر أن العوض في اللغة يستعمل بمعنى البدل و الخلف، و أما التعويض فهو استقبالهما أو ما يعطى لطالبه منهما.

الفرع الثاني: تعريف التعويض اصطلاحاً.

الشائع في الفقه الإسلامي استعمال مصطلح الضمان بدل التعويض، مع أن هناك من الفقهاء من يستعمل أيضاً التعويض الذي هو مصطلح قانوني، وعليه نعرف الضمان لغة واصطلاحاً ثم التعويض في الاصطلاح القانوني:

الفرع الثالث: تعريف الضمان لغة.

هو الكفالة و الالتزام، ف ضمان الشيء هو الكفالة به، و ضمان المال التزامه. قال ابن منظور : " الضمين الكفيل، ضمن الشيء، وبه ضمناً و ضماناً : كَفَلَ به و ضَمَّنَهُ إِيَّاهُ كَفَّلَهُ."

الفرع الرابع: تعريف الضمان في الاصطلاح الفقهي.

يستعمل بعض الفقهاء لفظي " الضمان و الكفالة " كمرادفين لما يعم ضمان المال و ضمان النفس.

ومن بين التعريفات التي أوردها الفقهاء للضمان:

أولاً: تعريف المالكية.

عرف المالكية الضمان بأنه: " شغل ذمة أخرى بالحق، أو هو التزام مُكَلَّف غير سفيه ديناً على غيره ، أو طلبه مَنْ عليه لمنْ هو له "72.

72 - الصاوي (1241 هـ): أبو العباس أحمد بن محمد الخلوئي، حاشية الصاوي على الشرح الكبير، (ط 1)، دار الكتب العلمية بيروت ، لبنان، (د.ت.ن)، ج3/ص272.

ثانياً: تعريف الشافعية.

بأن الضمان " هو عقد يحصل به التزام حق ثابت في ذمة الغير، أو إحضار عين مضمونة أو بدن من يستحق حضوره." لكن الإمامان الماوردي و النووي فرقا بين الضمان و الكفالة في الاستعمال ، فالكفالة خاصة عندهم بإحضار بدن المكفول، و الضمان خاص بإحضار المال، و لذا يقال : " كفالة البدن و ضمان المال".⁷³

الفرع الخامس: تعريف التعويض (الضمان) في الاصطلاح القانوني.

لم يهتم فقهاء القانون كثيراً بوضع تعريف دقيق للتعويض، وهذا نتيجة لوضوح فكرته و عناصره في التشريعات الوضعية و المدنية، كما يظهر من القانون المدني الجزائري الذي جاء في المادة (132ق.م.ج) أنه: " يعين القاضي طريقة التعويض تبعاً للظروف... ويقدر التعويض بالنقد، على أنه يجوز للقاضي، تبعاً للظروف وبناءً على طلب المضرور، أن يأمر بإعادة ما كانت عليه، أو أن يحكم وذلك على سبيل التعويض بأداء بعض الإعانات تتصل بالفعل غير المشروع."⁷⁴ كما رتبت المادة (124) الالتزام بالتعويض في ذمة كل من يسبب ضرراً للغير بأفعاله.

و مما تقدم يمكن تعريف التعويض في مفهوم القانون المدني: "بأنه الالتزام الناشئ في ذمة المتسبب في الضرر بإصلاحه بأداءات مالية أو عينية."

⁷³ - النووي: محي الدين يحي بن شرف النووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين ، (ط 3)، المكتب الإسلامي ، بيروت ، لبنان ' 1991،(ج4/ص 253).

⁷⁴ - المادة (132 ق.م.ج) المعدلة بالمادة (38) من القانون رقم (05-10) المؤرخ في 20 يونيو 2005، المعدل و المتمم للأمر رقم (75-58) المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 و المتضمن للقانون المدني الجزائري، الجريدة الرسمية رقم (44) لسنة 2005.

وجمعاً بين هذا التعريف و التعاريف الشرعية يمكن تعريف الضمان كاصطلاح للتعويض بأنه
:"الالتزام بإصلاح الضرر المادي أو المعنوي الذي يجب في ذمة المتسبب به، بأداءات مالية أو
عينية."75

▪ **المطلب الثاني: موقف المشرع الجزائري في مسألة التعويض عن الضرر في حالة التطبيق.**

استحدث المشرع الجزائري فكرة التعويض عن الضرر في حالة التطبيق و هذا بموجب المادة
(53 مكرر ق.أ.ج) التي نص فيها على أنه:" يجوز للقاضي في حالة الحكم بالتطبيق أن يحكم
للمطلقة بالتعويض عن الضرر الذي لحق بها." وقد جاءت هذه المادة للتوفيق بين اختلافات
الأحكام القضائية في استحقاق التعويض عن الضرر في حالة التطبيق، حيث أثبتت الاجتهادات
القضائية إمكانية الحكم بالتعويض عن الضرر عند الحكم بالتطبيق و مع ما توصل إليه القضاء تم
تكريس هذا الاجتهاد بموجب نص قانوني، و مع ذلك نجد أن المشرع أورد نص هذه المادة عامّاً دون
تحديد للحالات القابلة للتعويض.⁷⁶ وأعطى المشرع للقاضي سلطة مطلقة في تقرير التعويض في
حالة التطبيق للضرر بشكل صريح وواضح، على عكس ما كان عليه الأمر قبل التعديل الجديد
لقانون الأسرة. حيث لم يكن هناك نص خاص يصرح بذلك، وكان القائلون بأحقية الزوجة في
التعويض في حالة التطبيق للضرر يستندون إلى المادة (124 ق.م.ج) ، و التي تقضي بأن : "كل
فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه، و يسبب ضرراً للغير يلزم من كان سبباً في حدوثه
بالتعويض".

75 - بن زيطة عبد الهادي، تعويض الضرر المعنوي في قانون الأسرة الجزائري و الفقه الإسلامي-دراسة

لنماذج تطبيقية -مذكرة مكملة لنيل شهادة الماجستير ، علوم إسلامية (شريعة وقانون)،جامعة العقيد - أحمد
دراية- أدرار، 2005/2006، 17-18-19.

⁷⁶ - اسمهان عفيف ، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في التعويض عن الضرر، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير
تخصص قانون شؤون الأسرة ، الحقوق والعلوم السياسية، جمعة 8 ماي 1945 قالمة، 2010/2020، ص 95.

بينما كان يذهب القائلون بعدم أحقية الزوجة في التعويض في حالة الحكم لها بالتطليق إلى أن منح التعويض لها فهم خاطيء للقانون⁷⁷.

و التعويض عن الضرر في حالة التطليق يختلف بين حالتي الضرر المادي و المعنوي، مما يوجب الحديث عن كل واحدة منهما في فقرة خاصة في القانون الجزائري و الفقه الإسلامي.

الفرع الأول: التعويض عن الضرر المادي في قانون الأسرة.

يتفق المشرع الجزائري مع الفقه المالكي في أنه يحق للزوجة التي تثبت إضرار زوجها بها بأي ضرر مادي أن تطلب التعويض زيادة على طلب التطليق ، ويجوز للقاضي أن يحكم لها به. و الضرر المادي هو ما يصيب الشخص من ضرر يتمثل في المساس بجسده، أو ماله، أو بانتقاص حقوقه المادية، أو بتقويت مصلحة مشروعة له تفر فائدتها ماليًا.⁷⁸

وليصح تعويض الضرر المادي لابد أن يتوفر على ثلاثة شروط:

أولاً: الإخلال بحق أو مصلحة للمضروب.

فقد يكون المساس بحق مالي للمضروب كإتلاف ملكيته أو إتلاف أثاثه مثلا وقد تتعلق بحق غير مالي كالاعتداء على الجسم بالضرب، و إحداث جروح أو عاهة أو غيرها، ولا بد أن تكون المصلحة مشروعة لكي تحظى بحماية القانون في حالة الإخلال بها، و على أساس ذلك لا يمكن التعويض عن فسخ الزواج الباطل قانونًا و شرعًا أو العلاقات غي المشروعة مثلاً.⁷⁹

ثانياً: أن يكون الضرر محققاً.

77 - بلحاج العربي، المرجع السابق، ج1/ص 308.

78 - حسين عامرو عبد الرحيم عامر، المسؤولية المدنية التقصيرية و العقدية، دار الفكر للطباعة و النشر، (د.م.ن)، (د.ط)، 1997، ص 33.

79 - السعدي محمد صبري، مصادر الالتزام " النظرية العامة للالتزامات " دار الكتاب الحديث، الجزائر، (د.ط)، 2003، ص 83.

بمعنى أن يقع فعلاً أو سيقع حتماً،⁸⁰ و الضرر الاحتمالي لا يعوض إلا إذا تحقق.

ثالثاً: أن يكون الضرر مباشراً.

فلا يعوض عن الضرر غير المباشر.

الفرع الثاني: التعويض عن الضرر المعنوي في قانون الأسرة.

إن المقصود بالضرر المعنوي في خصوص هذا الموضوع هو ما يصيب الزوجة من ألم نفسي نتيجة سب زوجها لها، أو سبه لولديها، أو تحويل وجهه عنها، أو ارتكابه لجريمة تمس بشرف الأسرة ، أو عدم عدله بينها وبين ضررتها، أو ارتكابه فاحشة مبينة، وهو كل ما يتعلق بالمشاعر و الألم الوجداني للزوجة.⁸¹

ونصت المادة (53 مكرر ق.أ.ج) على أنه: "يجوز للقاضي في حالة الحكم بالتطليق أن يحكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها". ومن خلال نص المادة (182مكرر ق.م.ج) على أنه: "يشمل التعويض عن الضرر المعنوي كل مساس بالحرية أو الشرف أو السمعة" يمكن القول بأن المشرع الجزائري يأخذ بمبدأ التعويض عن الضرر المعنوي الذي يصيب الزوجة و يحكم لها بالتطليق على أساسه. و هو الذي ذهب إليه بعض الشراح في قولهم: "إذا ثبت من خلال تقرير الحكيم و مما استنتجه القاضي أن هناك ضرر من الزوج على زوجته، قضى أو حكم بتطليقها منه، و ألزمه بالتعويض عن الضرر سواء كان مادياً أو معنوياً إذا طلبت الزوجة ذلك وأصرت عليه".⁸²

80 - و هو الضرر الذي وقع فعلاً، و يرى بعض الفقهاء أنه لا يشترط أن يقع بالفعل و لكن يكفي أن وقوعه أصبح مؤكداً و لو حدث لاحقاً لأ هذا الضرر قام سببه و تأخر أثره مثل: الزوج الذي تعدى على زوجته بالضرب مما خلق لها عاهة مستديمة فهنا الضرر الحاصل على الجسم هو حال و محقق كما أن هذه العاهة تعد ضرر مستقبلي لأنه ستؤثر عليها مستقبلاً (عبد الحكيم فودة، التعويض المدني دار المطبوعات الجامعية، مصر، (د ط)، (د ت ن)، ص 19).

81 - عبد الله عابدي، حق الزوجة في فك الرابطة الزوجية ، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، بحث مقدم لنيل درجة الماجستير ، شريعة وقانون ، جامعة وهران، 1427هـ/2006م، ص 146.

82 - عبد العزيز سعد ، المرجع السابق، ص 271 .

الفرع الثالث: موقف الفقه المالكي من مسألة التعويض عن للضرر في حالة التطليق.

قد جاءت أقوال الفقهاء المالكية في هذه المسألة صريحة في أحقية الزوجة في التعويض في حالة ما إذا ضربها زوجها ضرباً مبرحاً أو شجها. ومن ذلك ما نقله الطبري عن الزهري المالكي: "لو أن رجلاً شج امرأته أو جرحها لم يكن عليه في ذلك قود، وكان عليه العقل..."⁸³.

و جاء في تفسير القرطبي: "و الضرب في هذه الآية هو ضرب الأدب غير المبرح، وهو الذي لا يكسر عظاماً ولا يشين جارحة كاللكزة ونحوها، فإن المقصود منه الصلاح لا غير، فلا جرم إذا أدى إلى الهلاك وجب الضمان"⁸⁴.

وذكر في مواهب الجليل: "... من ضرب امرأته عمداً قضي عليه من حق، وهو يختلف باختلاف البلدان، وسئل أبو محمد عن ضرب زوجته ثم اصطالحا بعتاء فهو له لازم، فهذا يدل على أن لها حقاً..."⁸⁵.

ونقل في الكواكب الدرية في فقه المالكية: "ولا يضربها ضرباً مبرحاً و لو علم أنها لا ترجع عما فيه إلا به، فإن وقع فهو جان ولها التطليق و القصاص."⁸⁶

ومما سبق ذكره يتضح لدينا أن المالكية يُقرون بأحقية الزوجة في التعويض المادي وليس المعنوي ولتوضيح المسألة أضفت هذا الفرع الرابع كإشارة لموقف الفقه الإسلامي من المسألة فالمالكية لا يقرون بالتعويض عن الضرر المعنوي.

83 - الطبري : محمد بن جرير يزيد أبو جعفر، (ت 310 هـ).

84 - القرطبي، المرجع السابق، ج 5/ ص 172.

85 - الحطاب: أبو عبد الله محمد (ت 954 هـ)، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، مطبعة السعادة، مصر، ط1، 1328، ج 4/ ص 15.

86 - محمد جمعة عبد الله، الكواكب الدرية في فقه المالكية، المكتبة الأزهرية للتراث، مصر، (د.ط)، 2003، ج 3/ ص 178.

الفرع الرابع: التعويض عن الضرر المعنوي في الفقه الإسلامي.

تباينت مواقف فقهاء الشريعة الإسلامية في التعويض عن الضرر المعنوي على رأيين : المقر للتعويض عن الضرر المعنوي (أولاً)، وغير المقر له (ثانياً).

أولاً: المقر للتعويض عن الضرر المعنوي.

وهو مذهب طائفة من فقهاء الشريعة المحدثين و اختيار المشرع الجزائري .

فخلافًا لجمهور الفقهاء، نجد جانبًا من فقهاء الشريعة المحدثين يتوافقون مع التشريعات الوضعية، و يرون أن " التعويض في الشريعة الإسلامية هو المال الذي يحكم به على من أوقع ضررًا على غيره في نفس أو مال أو شرف، و أن التقدير في تعويض الشرف هو من باب التعزير الذي وكلت به الشريعة الإسلامية أمره إلى الحاكم، يقدره بالنظر إلى قيمة الضرر، و منزلة المجني عليه، و العرف الجاري في مثله." ⁸⁷

ويرى أصحاب هذا المذهب أن مرجع التعويض المالي في الشرف مأخوذ من مذهب الإمام الشافعي. حيث يرى الشافعية و الحنابلة أن التعويض كما يكون بإتلاف العين أو إتلاف جزء منها أو إتلاف وصف مقصود فيها يكون بإتلاف المنافع التي تحدث باستعمالها وقتًا فوقتًا.

بينما يرى المالكية و الحنفية أن المنافع لا تضمن. وقد عرضوا لهذه المسألة في باب الغصب و أوردوا حجج الفريقين، و على هذا قال الحنفية و من وافقهم منافع المغصوب لا تضمن، فمن غصب دابة و استخدمها أو لم يستخدمها ولكن ضيع منافعها على صاحبها مدة فإنه لاضمان عليه. و قال الآخرون عليه الضمان. ⁸⁸

ثانياً: غير المقر للتعويض عن الضرر المعنوي.

87 - محمود شلتوت ، الإسلام شريعة وعقيدة ، دار الشروق، القاهرة، مصر، ط 9، 1977، ص 415.

88 - محمد شلتوت ، المرجع نفسه، ص 397.

وهو رأي غالبية الفقه الإسلامي و منهم المالكية. و يذهب إلى خلاف ما أخذت به التشريعات الوضعية، من حيث أنه لا يرى التعويض إلا عن الأضرار الواقعة الماثلة التي يمكن تقويمها بالمال ... أما الاعتداءات المعنوية (الأدبية) التي تحدث ضرراً معنوياً فلا تعويض عنها، طبقاً لنظرية الضمان في الفقه الإسلامي... و يستند فقه الشريعة الإسلامية في ذلك إلى أنه طالما أن التعويض لا يكون إلا بالمال على أساس المماثلة و المعادلة و يجب أن يكون الضرر المقابل له ضرراً مالياً. أما غير المالي فلا يقوم بالمال ولا يعوض عنه بالمال، و من ثمة فلا تعويض عن الضرر المعنوي.⁸⁹

وتجدر الإشارة هنا إلى أن التعويض عن الضرر مادياً كان أو معنوياً إنما يقوم على أساس ترضية الزوجة المتضررة، و مواساتها للتخفيف من شدة الضرر الواقع عليها. و هو ما صرح به القضاء الجزائري.⁹⁰

▪ **المطلب الرابع: أمثلة لاجتهادات المحكمة العليا في مسألة التعويض عن الضرر.**

لقد جعل القانون الحكم بالتعويض من قبل القاضي في حالة الحكم بالتطليق أمراً جوازياً و لم يلزم القاضي به و هذا يعد تكريساً للاجتهادات القضائية ، فقد كان هناك اختلاف كبير بين القضاة في مدى استحقاق الزوجة للتعويض عن التطليق في حالة قيام الضرر و إمكانية الحكم به لها، فسار جانب من القضاة إلى القول بأن المرأة لا يجوز لها الاستفادة مرتين مرة بتطليقها من زوجها جبراً عنه و مرة بمنحها علاوة على ذلك تعويضاً ، فالهدف من جعل التطليق رفع الضرر عن المرأة ، و لا يجوز استعماله في إلحاق الضرر بالزوج الذي يجمع بين ألم تطليق زوجته منه دون رضاه و ضياع المال بمنحها التعويض.

بينما سار جانب آخر من القضاة إلى القول بالتعويض للزوجة.

89 - مقدم سعيد، نظرية التعويض عن الضرر المعنوي، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، (د ط)، 1992،

ص 64.

90 - عبد الله عابدي، المرجع السابق ، ص 148.

الفرع الأول: قبول طلب التعويض.

حيث أخذت المحكمة العليا بحكم فقهاء المذهب المالكي، في أحقية الزوجة في التعويض عن الضررين ، حيث جاء في أحد قراراتها: " من المقرر قانوناً أنه يحق للزوجة أن تطلب التطليق لكل ضرر معتبر شرعاً، ومن المقرر أيضاً أنه في حالة الطلاق يحكم القاضي بالتعويض للطرف المتضرر، ولما كان من الثابت أن الضرر اللاحق بالزوجة كان مبالغاً فيه متعسفاً من طرف الزوج فإن تطليق الزوجة وحده لا يكفي لجبر الضرر وتعويضها مقابل الأضرار اللاحقة بها فإن القضاة بقضائهم التعويض للزوجة نتيجة إثبات الضرر من طرف الزوج طبقاً لأحكام المادة 55 من قانون الأسرة قد طبقوا صحيح القانون."⁹¹

الفرع الثاني: رفض طلب التعويض.

جاء في قرار المحكمة العليا في 1989/03/27: " كل زوجة بادرت بإقامة دعوى قصد تطليقها من زوجها ليس لها الحق في المطالبة بالتعويض ، فعلى فرض أن زوجها أضر بها و طلبت تطليقها منه من أجل هذا الإضرار و طلقت فهذا الإضرار هو الذي أتاح لها فرصة التطليق ولا تأخذ شيئاً غيره كي لا تستفيد مرتين...".⁹²

نلاحظ أن المادة (53 مكرر ق.أ.ج) قد فصلت في مسألة التعويض ، حيث منحت للقاضي السلطة التقديرية ، فإذا رأى أن تطليق المرأة وحده كاف لجبر الضرر فلا يحكم بالتعويض، وإذا رأى أن التطليق وحده غير كاف لجبر الضرر فله الحكم بالتعويض المناسب.

كما أن المشرع لجزائري قد وافق الفقه المالكي في التعويض عن الضرر المادي فقط في حالة التطليق للضرر؛ لأن المالكية لا يقولون بالتعويض عن الضرر المعنوي و مثلهم جمهور الفقهاء ،

91 - المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار صادر بتاريخ: 1997/12/23، ملف رقم: 181648،

المجلة القضائية، 1997، العدد 1، ص 49.

92 - لوكيل محمد لمنين ، الأحكام الإجرائية و الموضوعية لشؤون الأسرة وفق التعديلات الجديدة و الإجتهد

القضائي دار هومة، الجزائر ، ط2، 2012، ص 100.

إضافة إلى قرار المحكمة العليا الصادر في : 1997/12/23 الذي استند في قراره إلى فقهاء المذهب المالكي حيث جاء فيه: " من المقرر قانوناً أنه يحق للزوجة أن تطلب التطليق لكل ضرر معتبر شرعاً، و من المقرر أيضاً أنه في حالة الطلاق يحكم القاضي بالتعويض للطرف المتضرر...".

✓ خلاصة الفصل الأول:

من خلال ماسبق ذكره حول الأسباب المخولة للزوجة طلب التطليق، و التي ذكرها المشرع الجزائري في المادة (53 ق.أ.ج) على سبيل المثال لا الحصر، يتبين أنها تقوم على الضرر، فمتى توفرت إحدى تلك الحالات جاز للزوجة أن ترفع دعوى لطلب التطليق من زوجها، كما أن المشرع باستحدثه (المادة مكرر 53 ق.أ.ج) أعطى سلطة واسعة للقاضي في تقدير الضرر والتعويض عليه إذا طلبته الزوجة، ومن خلال دراستي للمسائل الموجبة للتطليق (التطليق لعدم الإنفاق، والتطليق للغيبه، و التطليق لكل ضرر معتبر شرعاً) وبعد استقراء هذه المواد و تحليلها و بعد استعراض موقف المشرع الجزائري فيها ومقارنته بالفقه المالكي تبيّن لي أنها موافقة لرأي المالكية سواء كان ذلك جزئياً أو كلياً.

❖ الفصل الثاني:

مركز الفقه المالكي في قانون الأسرة الجزائري في مسائل آثار الطلاق

ويحتوي على ثلاثة مباحث:

• المبحث الأول :

مسألة النزاع في متاع البيت المأجرة (73 ق.أ.ج).

• المبحث الثاني :

مسألة العودة في الحضانة المأجرة (71 ق.أ.ج).

• المبحث الثالث :

مسألة السكوت عن طلب الحضانة المأجرة (68 ق.أ.ج).

❖ الفصل الثاني:

مركز الفقه المالكي في قانون الأسرة الجزائري في مسائل آثار الطلاق.

قد لا يكتب لبعض العلاقات الزوجية الاستمرار فتكون محل نزاع بين أفرادها وتنتهي بالطلاق وما يتبعه من طلب كل طرف ما قدمه من متاع أو اشترك فيه لبناء حياتهم الزوجية. وهو ما يفرض عليهم طرح نزاعهم أمام القضاء لإيجاد حل للخصام الناشئ بينهم ، كما تعتبر الحضانة أهم أثر من آثار الطلاق بحكم علاقتها بمصلحة المحضون ومن مسائلها عودة الحق في الحضانة بعد سقوطها لسبب غير اختياري ومسألة سكوت صاحب الحق عن طلب الحضانة وهذا ماسنأتي على بيانه في ثلاثة مباحث : المبحث الأول(مسألة النزاع في متاع البيت المادة (73ق.أ.ج)، وتناولت في المبحث الثاني (مسألة العودة في الحضانة المادة (71 ق.أ.ج).و أخيرا المبحث الثالث (مسألة السكوت عن طلب الحضانة المادة (68 ق.أ.ج).

- المبحث الأول: مسألة النزاع في متاع البيت المادة (73ق.أ.ج).

من الطبيعي أن المعيشة المشتركة ما بين الزوجين ، تستلزم توفير وسائل العيش اللازمة من أثاث و أدوات منزلية، ، ولكن عند حدوث الخلاف بينهما حول متاع البيت سواء أكان ذلك خلال الحياة الزوجية أم بعد الطلاق، فيدعي كل واحد منهما ملكية ذلك المتاع ، سواء أكانت لهما البينة أم لا، فيثور الإشكال حول أحقية الزوجين في متاع البيت، وهذا ما سنأتي على تفصيله كالاتي: التعريف بمتاع البيت(المطلب الأول)، موقف المشرع الجزائري في النزاع في متاع البيت(المطلب

الثاني)، موقف الفقه المالكي من مسألة النزاع في متاع البيت (المطلب الثالث)، وأمثلة لاجتهادات المحكمة العليا في نفس المسألة (المطلب الرابع).

▪ المطلب الأول: تعريف متاع البيت لغة و اصطلاحًا و قانونًا.

وللتعريف بمتاع البيت لغة واصطلاحًا وقانونًا جاء التقسيم على النحو التالي: تعريف متاع البيت لغة (الفرع الأول)، وتعريف متاع البيت اصطلاحًا (الفرع الثالث) وأخيرًا تعريف متاع البيت قانونًا (الفرع الثالث).

الفرع الأول: تعريف متاع البيت لغة.

هو كل ما ينتفع به، و يرغب في اقتنائه، كالطعام و أثاث البيت، و السلعة و المال، و أصله : ما يُتَبَلَّغُ به الزاد، و يأتي عليه الفناء، هو اسم من مَتَعْتُهُ بالتَّثْقِيلِ: إذا أعطيته ذلك، و الجمع: أمتعة.⁹³

والمتاع : السلعة و المنفعة ، و المتاع: ما يستمتع به الإنسان في قضاء حوائجه، و متاع البيت هو: الأثاث من فراش و نحوه.⁹⁴

الفرع الثاني: تعريف متاع البيت اصطلاحًا.

المتاع هو أثاث المنزل و فراشه، وهو أدوات بيت الزوجية، أو المتاع هو ما ينتفع به في بيت الزوجية⁹⁵، و يشمل ذلك الجهاز و غيره من أثاث البيت، و الأدوات المنزلية.⁹⁶

93 - ابن منظور، المرجع السابق، ج8/ص 329.

94 - محمد بجاق، التنازع بين الزوجين في المهر متاع البيت و جهاز المرأة النفقة الزوجية، مطبعة مزوار، الوادي، الجزائر، (د ط)، 2009، ص 50.

95 - باديس ديابي، آثار فك الرابطة الزوجية ، صور فك الرابطة الزوجية على ضوء القانون و القضاء في الجزائر، دار الهدى ، الجزائر، (د ط)، 2007، ص

96 - نعيمة تبودوش، الطلاق وتوابع فك العصمة الزوجية في الشريعة الإسلامية و القانون الوضعي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، جامعة الجزائر، 2000، ص 316.

الفرع الثالث: تعريف متاع البيت قانوناً.

إن قانون الأسرة الجزائري لم يعرف " متاع البيت " تعريفاً صحيحاً وواضحاً، وأن الفقه القضائي وقرارات المحكمة العليا في بلادنا ماتزال شحيحة وغير مستقرة في هذا المجال، ولكن الأستاذ عبد العزيز سعد أعطى له تعريفاً مقتبس من مجموع الأفكار التي تضمنتها بعض قرارات المحكمة العليا، فقال: " أن متاع البيت هو مجموعة الأشياء الموجودة في منزل الزوجية، و المخصصة للاستعمال المشترك داخل المنزل لكل من الزوجين و باقي أفراد الأسرة ، مثل الأغطية و الأفرشة و جهاز التلفزيون و البراد و الكراسي و الأرائك، و غيرها من الأشياء المستعملة في تجهيز قاعة الأكل، وقاعة الجلوس، و غرفة النوم و غيرها من الأشياء ذات الاستعمال المشترك."⁹⁷

أما ما لا يدخل ضمن الاستعمال المشترك، ويخص الزوجة وحدها مثل المصوغات، و الملابس الشخصية، وأدوات الزينة، أو يخص الزوج وحده مثل الكتب و الأدوات المستعملة لممارسة مهنة الطب و الهندسة...، و مثل بندقية الصيد و السيارة لا يمكن إدخالها ضمن متاع البيت حتى ولو كانت موجودة في بيت الزوجية، و بالتالي فإنه لا يجوز تطبيق المادة (73 ق.أ.ج) من قانون الأسرة بشأنها، و إنما يجب الرجوع إلى وسائل الإثبات المنصوص عليها في القانون المدني.⁹⁸

▪ المطب الثاني: موقف المشرع الجزائري من مسألة النزاع في متاع البيت المادة (73 ق.أ.ج).

و للتفصيل في ذلك جاء التقسيم في ثلاثة فروع، في حالة تقديم أحد الزوجين البينة دليلاً على امتلاكه للمتاع (الفرع الأول)، في حالة ادعاء الزوج ملكيته للمتاع (الفرع الثاني)، وفي حالة النزاع على الأشياء المشتركة بينهما (الفرع الثالث).

97 - عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 148

98 - عبد العزيز سعد، المرجع نفسه، ص 149.

جاء في قانون الأسرة الجزائري في مادته (73) أنه: " إذا وقع النزاع بين الزوجين أو ورثتهما في 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.

و المشتركات بينهما يتقاسمانها مع اليمين."

يتضح من خلال هذه المادة أن النزاع حول متاع البيت و أثاثه ينتهي لصالح من له بينة وذلك انطلاقاً من القاعدة الفقهية المشهورة: " البينة على من ادعى و اليمين على من أنكر"،⁹⁹ و هذا على أساس طبيعة الشيء محل النزاع، فإذا وقع النزاع بين الزوجين أو ورثتهما في متاع البيت و ليس لأحدهما بينة فالقول للزوجة أو ورثتها مع اليمين في الأشياء المعتادة للنساء، أما إذا كانت طبيعة الشيء محل النزاع من المعتاد للرجال، فإن الزوج يكلف بأداء اليمين كذلك و له أن يأخذ طالما أن الزوجة لا تملك البينة الكافية.¹⁰⁰

وعليه فإن المشرع الجزائري ميز بين الحالات التالية للفصل في النزاع حول ملكية المتاع:

الفرع الأول: في حالة تقديم أحد الزوجين البينة دليلاً على امتلاكه للمتع.

إذا قدم أحد الزوجين بينة على ملكيته للمتع فيقضى له به، سواء أكان من المعتاد للرجال أو من المعتاد للنساء،¹⁰¹ فيمكن للزوج أن يقيم الدليل على تملكه ما هو معتاد للنساء كما يمكن

⁹⁹ - أصل هذه القاعدة الحديث المتفق عليه ، الذي أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الشهادات، و مسلم في صحيحه ، كتاب الأفضية، باب اليمين على المدعى عليه، و قد غدا الحديث من أمهات القواعد الفقهية

الإثباتية، قال الإمام النووي: " هذا حديث قاعدة كبيرة في قواعد أحكام الشرع "، النووي، يحي بن شرف أبو زكريا، شرح صحيح مسلم دار إحياء التراث العربي، لبنان، (د ط)، 1972، ج4/ص301.

100 - منصورى نورة، التطبيق و الخلع وفق القانون و الشريعة الإسلامي، دار الهدى ، عين مليلة، الجزائر، (د ط)، 2010، ص 89.

101 - سمية عبد العزيز، طرق انحلال الرابطة الزوجية و آثارها بين الشريعة الإسلامية و قانون الأسرة الجزائري، مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون ، فرع قانون العقود ، جامعة العقيد آكلي محند أولحاج، البويرة، 2015، ص 221.

للزوجة أن تقيم الدليل على تملكها ما هو معتاد أن الرجل هو من يشتريه لبيته كغرفة النوم
مثلاً.¹⁰²

الفرع الثاني: في حالة انعدام الدليل.

و في حال انعدام الدليل ففي هذه الحالة تطبق أحكام نص المادة (73 ق.أ.ج) التي ميزت بين
الحالات التالية:

أولاً: في حالة ادعاء الزوج ملكيته للمتع.

إذا ادعى الزوج ملكيته للمتع و كان من المعتاد للنساء ولم تقدم بشأنها أي دليل مثل: الزوجة
توجه له اليمين للحكم له به.

ثانياً: في حالة ادعاء الزوجة ملكيتها للمتع.

إذا ادعت الزوجة ملكيتها للمتع و كان من المعتاد للنساء و لم تقدم بشأنها أي دليل مثل: الزوج
يوجه لها اليمين للحكم لها به.

و النزاع الذي يقوم بين الزوجين أو بين الورثة على المتاع في حالة انعدام الدليل، و إنكار أحد
الخصمين لوجود المتاع المدعى به، فإنه لا تثار بشأنه اليمين المنصوص عليها في المادة (73
ق.أ.ج)، و إنما تطبق القاعدة العامة في الإثبات حيث تسمى اليمين الموجهة لأحد المتنازعين ،
في الفقه القانوني باليمين الحاسمة،¹⁰³ و في يمين حسم النزاع، و توجه من أي من الخصمين إلى
الخصم الآخر، و لا يوجهها القاضي، و إنما دوره ينحصر في منعها إن كانت تتضمن تعسفاً، و هي
توجه في أي مرحلة من مراحل الدعوى.¹⁰⁴

102 - باديس دبابي، المرجع السابق ، ص 103.

103 - المادة (343) من القانون المدني، 75-58.

104 - عبد السلام عبد القادر، النزاع حول متاع البيت بين النص التشريعي و الاجتهاد القضائي، مجلة

الأحياء، العدد: 5، 2002، كلية العلوم الاجتماعية و العلوم السياسية، جامعة باتنة، ص 265 و ما بعدها.

الفرع الثالث: في حالة النزاع على الأشياء المشترك بينهما.

في الشطر الأخير من نص المادة (73 ق.أ.ج) تضمن المشرع فكرة الأشياء ذات الاستعمال المشترك بينهما بنصه على: "... و المشتركات بينهما يتقاسمانها مع اليمين"، فواضح مدى اتجاه المشرع الجزائري إلى جعلها بالتساوي بين الزوجين أو ورثتهما باليمين، و على هذا الأساس يظهر دور القضاة في تكييف ما يصلح للاستعمال المشترك. وهو ما سنأتي إليه لاحقاً من اجتهادات المحكمة العليا من المسألة.¹⁰⁵

▪ **المطلب الثالث: موقف الفقه المالكي من مسألة النزاع في متاع البيت.**

قبل التطرق لموقف المالكية من مسألة النزاع في متاع البيت لابد أن نشير إلى اختلاف الفقهاء في هذه المسألة وهو كالاتي: رأي المذهب الحنفي (الفرع الأول)، رأي المذهب الشافعي (الفرع الثاني)، ورأي المذهب الحنبلي (الفرع الثالث)، وأخيرا رأي المالكية (الفرع الرابع).

الفرع الأول: رأي المذهب الحنفي.

إذا وقع التنازع بين الزوجين حول متاع البيت، فمن أقام البينة منهما حكم له ، أما إذا لم يكن لأحدهما بيّنة فإنه يجب التفريق بين حالتين:

أولاً: في حالة التنازع بين الزوجين قبل الطلاق.

إذا وقع التنازع بين الزوجين في حال قيام النكاح، فما كان يصلح للرجال كالعمامة و السلاح وغير ذلك...، فالقول قول الزوج مع يمينه، و ما يصلح للنساء كالخمار و المغزل و نحوها...،

105 – زوهير بن حشاني ، آثار الطلاق في قوانين الأحوال الشخصية، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه علوم في القانون، قانون خاص، جامعة العربي بن مهيدي ، أم البواقي، 2020 /2021، ص 143.

فالقول قول الزوجة مع يمينها، و ما يصلح لهما جميعاً كالدراهم و الحبوب و نحوها فالقول قول الزوج إلا أن تقيم المرأة البينة على ذلك.¹⁰⁶

ثانياً: في حالة إن اختلفا بعد الطلاق ثلاثاً أو بائناً.

إن اختلفا بعد ما طلقها ثلاثاً أو بائناً ، فالقول قول الزوج.

وإذا أقرت المرأة سواء حال قيام النكاح أو بعد الطلاق بالمتاع، أن الرجل اشتراه فهو للرجل؛ لأن الشراء موجب للملك، و قد أقرت له مباشرة هذا السبب؛ و لأن ما أقرت به كالمعائن، و لو عايناه اشتري شيئاً كان ذلك مملوكاً له؛ فكذاك إذا أقرت هي بشرائه و عليه البينة؛ لأنها أقرت بذلك لزوجها، ثم ادعت الانتقال فلا يثبت الانتقال إلا بدليل.¹⁰⁷

الفرع الثاني: رأي المذهب الشافعي.

إذا اختلف الرجل و المرأة في متاع البيت الذي هما فيه ساكنان ، و قد افترقا أو لم يفترقا أو ماتا، أو مات أحدهما، فاختلف ورثتهما أو ورثة أحدهما بعد موته، فذلك كله سواء، و المتاع إذا كانا ساكني البيت في أيديهما معاً، فالظاهر أنه في أيديهما، كما تكون الدار في أيديهما، أو في يد رجلين، فيخلف كل واحد مهما لصاحبه على دعواه فإن حلفا جميعاً بينهما نصفان؛ لأن الرجل قد يملك متاع النساء بالشراء و الميراث أو غير ذلك.

106 - الكاساني: علاء الدين الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان، ط 1982، 2، ج 2/ ص 610.

107 - ابن نجيم: زين الدين ابن النجيم (ت1096هـ)، بحر الرائق شرح كنز الدقائق، دار الكتاب الإسلامي

ط 2 (دم ن)، (د ن) ، ج 4/ ص 320.

و المرأة قد تملك متاع الرجال بالشراء و الميراث و غير ذلك، فالمرأة عندهم تأخذ المتاع مناصفة عندما تحلف هي و الرجل؛ لأنه قد تملك متاع الرجل بالشراء أو غير ذلك.¹⁰⁸

الفرع الثالث: رأي المذهب الحنبلي.

إذا تنازع الزوجان في متاع البيت و سواء اختلفوا في حال الزوجية أو بعد البينونة، و كانت لأحدهما بيّنة، ثبتت له بلا خلاف، و إن لم يكن لواحد منهما بيّنة، فالمنصوص عن أحمد: " أن ما يصلح للرجال، من العمائم و قمصانهم، و جباتهم، و الأقبية، و السلاح، و أشباه ذلك . القول فيه قول الرجل مع يمينه، و ما يصلح للنساء، كحليهن و قمصهن، و مغازلهن، فالقول قول المرأة مع يمينها، و ما يصلح لهما، كالمفارش، و الأواني فهو بينهما سواء كان في أيديهما عن طريق المشاهدة أو عن طريق الحكم؛ لأن أيديهما جميعًا على متاع البيت، بدليل ما لو نازعهما فيه أجنبي." ¹⁰⁹

الفرع الرابع: رأي المذهب المالكي.

ذهب علماء المالكية إلى القول بأن ما يخص النساء فهو للنساء، و ما يخص الرجال فهو للرجال،¹¹⁰ و إن ثبت بيّنة أن ما يكون للرجل هو للمرأة، أو ما يكون للمرأة هو للرجل، فهو لمن معه البيّنة مع يمينه.¹¹¹

قال الإمام مالك رحمه الله في المدونة أنه: " إذا تنازع الرجل و المرأة في متاع البيت، و قد طلقها أو لم يطلقها ، و ماتت أو مات هو، فما يعرف أنه متاع الرجال فهو للرجل، و ما كان

108 - الشافعي: أبو عبد الله محمد بن إدريس (ت 204 هـ)، الأم، دار المعرفة، بيروت، لبنان، (د ط)، 1993 هـ، ج 5/ ص 95.

109 - ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج 12/ ص 225.

110 - ياسين رشيد عمر الزبياري، الاختلاف بين الزوجين في متاع المنزل (دراسة مقارنة)، دار دجلة، عمان، الأردن، ط 1، 1430 هـ/ 2009 م، ص 81.

111 - المصري ميروك، الطلاق و آثاره من قانون الأسرة الجزائرية دراسة فقهية مقارنة، دار هومة، الجزائر، (د ط)، 2010، ص 530.

يعرف أنه من متاع النساء فهو للنساء، و ما كان يعرف أنه للرجال و النساء فهو للرجال؛ لأن البيت بيت الرجل، و ما كان للنساء واشتره الرجل فله أن يحلف و يكون أحق به، إلا أن يكون لها بيّنة أو لورثتها أنه اشتره لها، وكذلك الحال إذا اشترت متاع الرجال و ثبت ذلك بالبيّنة فهي أولى به منه.¹¹²

فالمرأة عند المالكية تستحق متاع البيت إذا كان مما ينسب للنساء، أو ثبت شراؤه بالبيّنة حتى لو كان تصنيفه من متاع الرجل.

و ذكر الخرشي في مختصر خليل أنه: "إذا اختلف الزوجان في متاع البيت الكائن فيه، سواء أكان ذلك الاختلاف قبل البناء أو بعده، كان قبل الطلاق أو بعده كانا مسلمين ، أو كافرين، أو عبيدين، أو مختلفين في العصمة، أو بعد الفرقة بلعان، أو طلاق ، أو إيلاء، أو فسخ، ولا بيّنة لواحد من الزوجين، فإنه يرجع في ذلك لما هو العرف، فما كان يصلح للنساء فالقول قولها، كالحلي وما كان يصلح للرجال فقط، فالقول للرجل مع يمينه؛ لأن البيت بيته." ¹¹³

وقد فرق فقهاء المالكية في متاع البيت و الجهاز بين ما هو خاص بالمرأة ، و ما هو خاص بالرجل، و ما هو خاص بهما، و ما هو في العادة من صنع الرجل أو من صنع المرأة، ما لم تكن لأحدهما بيّنة، فإذا تنازعا فللزوجة ما هو معتاد للنساء و خاص بهن من ملابس و حلي دون يمين إن لم يكن في حوزة الخاص به؛ أي في مكان خاص به كصندوق، أو خزانة مغلقة، و لم تكن المرأة معروفة بالفقر، فإن كان في حوزة أو كانت معروفة بفقرها فالقول له بيمين، إلا ما يناسب جهازها؛ أي ادعت بما يساوي قدر جهازها، أو ما يعادل صدق مثلها ، فلا يقبل منها ما ادعته أكثر من صدق مثلها، فإن لم يكن المتاع المتنازع عليه معتاد للنساء، بأن كان معتاداً للرجال، كالسيف و كتب العلم و سلع التجارة ، أو معتاد لهما معاً كالأواني، أو محرماً على الرجال و لكن معتاد كنز

¹¹² - مالك بن أنس، المدونة، المرجع السابق، ج3/ص266-267 .

¹¹³ - الخرشي، المرجع السابق، ج 3/ص 301.

كخاتم من ذهب، فالقول للزوج بيمين، إلا أن يكون في حوزها الخاص، أو كان معروفًا عنه الفقر و يدعي مالا يملكه فالقول للمرأة.

وإن اشترى ما يختص به الرجال و ادعى أنها اشترته بماله حلفت وقضي لها.¹¹⁴

أولاً: اختلاف الورثة في متاع البيت.

في حال النزاع حول متاع البيت هل ورثة الزوجين بمنزلتهما في البينة و اليمين؟

أجاب ابن فرحون على هذا السؤال في مواهب الجليل بنعم، الورثة في البينة و اليمين بمنزلتهما إلا أنهم يحلفون فيما يدعي عليهم فيه العلم، فلو كان شيئاً من متاع النساء، و ادعى الزوج أنه اشتراه لنفسه، ولا بينة، حلفوا أنهم لا يعلمون أن الزوج اشترى هذا الذي يدعيه من متاع النساء وورثة الزوج بهذه المنزلة.¹¹⁵

وما اشترى رجل لزوجته أو اشترته لنفسها من ماله، ولا ينكر عليها و هي تلبسه و تتحلى به فيعجبه، و لا يدعي فيه زوجها، و إذا تزينت به فإنه لها، عاش أو مات، فإن ادعى الورثة عليها في ذلك شيئاً، مثل أنها تحجزه بعمله، أو شبه ذلك كان عليها اليمين. و قال أيضاً: "إنه لورثة الرجل و إن مات عنها إلا أن تقيم البينة على هبة أو عطية".

جاء في المعيار المعرب، سئل ابن سراج عن رجل اشترى لزوجته أشياء متنوعة من حلي و غيره ثم مات فطالبت الورثة بذلك بأنه لأبيهم، فأجاب: "إن ثبت أن الزوج ملك زوجته تلك الحوائج كانت لها، و إلا فيحلف الورثة أنهم لا يعلمون أنه ملكها إياها و يقع فيها الميراث".¹¹⁶

114 - بربير محمد، المرجع السابق، ص 147-148.

115 - ياسين رشيد عمر الزبياري، المرجع السابق، ص 68.

116 - الحطاب: أبو عبد الله محمد بن محمد (ت 904 هـ)، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، مكتبة النجاح

للطبوع و النشر، ليبيا، (د ط)، 1329 هـ، ج 3/ ص 540.

و قال الحطاب في مواهب الجليل: " أن جميع ما يعرف أنه للرجال يقضى به للرجل مع يمينه، وكذا ما يعرف للرجال و النساء يقضى به للرجل مع يمينه؛ لأن البيت بيت الرجل. وكذا ما يعرف للنساء يقضى به للمرأة مع يمينها، ووارث كل واحد منهما يتنزل في منزلته فيما يعرف للرجال يقضى به لورثة الرجل مع يمينهم، و ما يعرف للرجال و النساء يقضى به لورثة الرجل مع يمينهم ، و ما يعرف للنساء يقضى به لورثة المرأة مع يمينهم أنه لها، فإن أقام لرجل، أو ورثته بيّنة على ما يعرف للنساء، أنه قضي به، أو لهم، و كذا إذا أقامت المرأة، أو ورثتها بيّنة على ما يعرف للرجال، أو ما يعرف لهما قضي به لها و لهم، وكذا إذا قام الرجل بيّنة على أنه اشترى ما يعرف للنساء، فإنه يقضى له به مع يمينه أنه اشتراه لنفسه إلا أن تشهد بيّنة المرأة، أو لورثتها أنه اشتراه لها." 117

ثانياً: الأشياء المشتركة بينهما عند المالكية.

و في الأشياء المشتركة بينهما ففيه قولان أحدهما أنهما يتحالفان ويقسم بينهما، و هو ما عبر عنه ابن عاصم في قوله :

وَإِنْ يَكُنْ لَأَقِّ بِكُلِّ مِنْهُمَا * مِثْلَ الرَّقِيقِ حَلْفًا وَ أَقْتَسَمَا

وَمَالِكُ بِذَلِكَ لِلزَّوْجِ قَضَى * مَعَ الْيَمِينِ وَ يَقُولُهُ الْقَضَا. 118

الثاني و الذي اعتمد فيه المالكية على القاعدة المقررة عندهم والتي تلزم الزوج بأداء اليمين فيما هو مشترك عند عدم البيّنة على اعتبار أن البيت بيت الرجل ، و أن له اليد على ما فيه، و هو القول المشهور عند المالكية أنه يحكم به للزوج مع يمينه، وبهذا القول و القضاء. 119 و المشرع

117 - الحطاب، المرجع نفسه، ج 3/ ص 539.

118 - أبي بكر بن محمد بن عاصم، تحفة الحكام في نكت العقود و الأحكام، تحقيق محمد عبد السلام، دار الأفاق العربية، القاهرة، مصر، ط 1، 2011، ص 44.

119 - محمد بن محمد سالم المجلسي الشنقبي، نوامع الدرر في هتك أسرار المختصر (شرح مختصر خليل)،

الجزائري أخذ بالقول الضعيف حسب ما جاء في الفقرة الأخيرة من المادة (73 ق أ ج)، وخالف القول المشهور الذي أخذ به مالك.

▪ **المطلب الرابع: أمثلة من قرارات المحكمة العليا بشأن النزاع في متاع البيت.**

إن قضاء المحكمة العليا بشأن النزاع حول الأمتعة مستقر على استبعاد تطبيق المادة (73 ق أ ج) إلا إذا كان النزاع قائماً حول ملكية المتاع و كان المتاع موجوداً فعلاً. وكيف كان رد المحكمة العليا على حالتها نكران وجود الأمتعة و الأشياء المشتركة بينهما؟ وللإجابة على ذلك كان التقسيم الآتي: النزاع في حالة وجود المتاع(الفرع الأول)، النزاع في حالة نكران وجود المتاع(الفرع الثاني)، والنزاع في حالة المشتريات بينهما في(الفرع الثالث).

الفرع الأول: النزاع في حالة وجود المتاع.

جاء في قرار المحكمة العليا أنه: " من المقرر شرعاً أن النزاع المتعلق بمطالبة الزوجة لورثة زوجها المتوفى الأشياء التي كانت لها ببيت الزوجة في حياته نزاع يتعلق بمتاع البيت و الخلاف حوله بين الزوجين و هما على قيد الحياة يختلف حوله بين ورثة كل منهما عند وفاة أحدهما أو وفاتهما معاً فإن هذا النزاع تسري عليه قاعدة ما يصلح عادة للنساء دون وجود بينة للزوجة عليه لها أن تأخذه مع يمينها و نفس الشيء يقال فما هو خاص بالرجال فإن كان مما يصلح لهما معاً، فيحلف كل منهما و يتقاسمانه و لا يختلف الأمر في كيفية الحلف فالزوجان يحلفان البت، و الورثة يحلفون على العلم و من ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقاً للقواعد الشرعية و تشويهاً لوقائع النزاع ، لما كان ثابتاً في قضية الحال أن الزوجة المطعون ضدها أقامت دعوى مطالبة فيها تمكينها من أثاثها الباقي لها ببيت الزوجية و حقها من زوجها فإن قضاة الاستئناف بتأييدهم للحكم المصدق على تقرير تضمن حصر مخلفات الهالك المنقولة و قسمتها على الورثة من إلزام الطاعن بإعطاء حق المطعون ضدها و بمعالجتها للنزاع على هذا النحو و إخراجها من

معناها الحقيقي إلى معنى بعيد عنه، و متى كان كذلك استوجب نقض و إبطال القرار المطعون فيه تأسيسًا على الوجه المثار تلقائيًا من المجلس الأعلى بمخالفة أحكام هذا المبدأ الشرعي.¹²⁰

الفرع الثاني: النزاع في حالة نكران وجود المتاع.

تصدت المحكمة العليا لهذه القضية فأكدت على أنه: " من المقرر قانونًا أنه في حالة إنكار وجود المتاع المطالب به عند أحد الزوجين ، تطبيق القاعدة العامة في الإثبات " البيّنة على من ادعى و اليمين على من أنك" و متى تبين - في قضية الحال - أن المدعى عليه أنكرو وجود الأمتعة المطالب بها، فإن قضاة الموضوع لما قضوا برفض الدعوى في الحال، و دون تطبيق القاعدة العامة في الإثبات بتوجيه اليمين للمدعى عليه خالفوا القانون و عرضوا قرارهم لانعدام الأساس القانوني.¹²¹

وهكذا أقرت المحكمة العليا بأن النزاع المتعلق بالمتاع المستولى عليه من أحد الزوجين، المطالب به من الزوج الآخر أمر يقع إثباته بجميع وسائل الإثبات، مؤسّسةً حكمها على القاعدة العامة في الإثبات السالفة الذكر.

الفرع الثالث: النزاع في حالة المشتريات بينهما.

و في المشتريات بينهما، تقضي المحكمة بقسمته مع اليمين و من هنا ذهبت المحكمة العليا في قرار لها صادر بتاريخ: 1970/12/07 و جاء فيه على أنه: " من المقرر قانونًا أن المشتريات بين الزوجين في الأمتعة يتقاسمانها مع اليمين و متى تبين -في قضية الحال- أن القرار المنتقد لما أيد الحكم القاضي على الطاعنة بأداء اليمين بشأن الأمتعة باستثناء التلفزة و المقياس الذهبي و

¹²⁰ - بلحاج العربي ، الاجتهاد القضائي و فقًا لقرارات المحكمة العليا، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، (د ط)، 2000، ص 139.

¹²¹ - المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار صادر بتاريخ: 1999/03/16م. ملف رقم: 216836 ، المجلة القضائية ، عدد خاص ، 2001م، ص 245.

الراديو؛ لأنها لم تقدم بشأنها أي دليل رغم أنها تعتبر من الأمتعة المشتركة قد خالف أحكام المادة (2/73) من قانون الأسرة الجزائري.¹²²

بمقارنة موقف المشرع الجزائري في المادة (73 ق.أ.ج)، في فقرتها الأولى من مسألة النزاع في متاع البيت بما ذكره فقهاءنا نجده قد أخذ بمذهب المالكية في ذلك، حيث جاء عن المالكية على أنه إذا تنازع الزوجان أو أولياءهما في متاع بيت الزوجية في حال الزوجية أو بعد الفرقة، ولا بيّنة لأحد منهما قضي للمرأة بما هو معتاد للنساء من الملابس و الأثاث و غيرها، و للرجل بما هو معتاد للرجال من ذلك وكذا مالا يتميز بعادة معروفة و على كل منهما اليمين فيما أخذ و إنما وجبت اليمين عليهما؛ لأن كلا منهما مدعى عليه فيما أخذ، و ليس على صاحبه بيّنة فعليه اليمين، للقاعدة المعروفة " البيّنة على من ادعى و اليمين على من أنكر و في المشتركات بينهما أخذ بالقول الضعيف حسب ما جاء في الفقرة الأخيرة من المادة (73 ق.أ.ج)، وخالف القول المشهور الذي أخذ به مالك. أنه يحكم به للزوج مع يمينه.

- المبحث الثاني: مسألة العودة في الحضانة المادة (71 ق.أ.ج).

إذا أسقط المستحق للحضانة حقه فيها، ثم أراد العودة إليها أو أسقطت نتيجة طروء مانع يمنع منها، ثم زال هذا الطارئ فهل من حق الحاضن العودة إلى الحضانة أم لا؟ وهل وافق المشرع الجزائري ما جاء به الفقه المالكي؟ هذا ماسنأتي على تفصيله من خلال: موقف المشرع الجزائري من مسألة العودة في الحضانة(المطلب الأول)، و موقف الفقه المالكي من مسألة عودة الحق في الحضانة(المطلب الثاني)، أخيراً أمثلة عن اجتهادات المحكمة العليا في مسألة عودة الحق في الحضانة(المطلب الثالث).

122 - المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية ، قرار صادر بتاريخ: 1987/12/07م، المجلة القضائية ،

عدد خاص، ص 242.

▪ **المطلب الأول: موقف المشرع الجزائري من مسألة العودة في الحضانة.**

ولبيان موقف المشرع الجزائري من هذه المسألة قسمت هذا المطلب إلى فرعين:

عودة الحضانة إذا كان سبب سقوطها غير اختياري (الفرع الأول)، و عدم عودة الحضانة إذا كان سبب سقوطها اختياري (الفرع الثاني).

نصت المادة (71 ق.أ.ج) على أنه: "يعود الحق في الحضانة إذا زال سبب سقوطه غير الاختياري". ويتضح من هذه المادة أنه إذا سقط حق الحضانة بالنسبة للحاضن لسبب من الأسباب القانونية، فإن حق الحضانة سيعود إليه إذا توفر لديه السبب الذي كان ينقصه و أثبت ذلك للمحكمة، أما إذا كان سبب سقوط الحضانة ناتجًا عن تصرف الحاضن بناءً على رغبته و اختياره، فإن حق الحضانة وفقًا لنص المادة (71 ق.أ.ج) ، سوف لن تعود إليه أبدًا بعد سقوطها.¹²³

الفرع الأول: عودة الحضانة إذا كان سبب سقوطها غير اختياري.

المقصود في هذه الحالة توفر أحد أسباب سقوطها المنصوص عليها في المواد (66.67.68.69.70.71 ق.أ.ج)

المشرع الجزائري تكلم عن حالتين يمكن فيهما أن يعود حق الحضانة إلى الحاضن :

الحالة الأولى:

نذكر أنه إذا كان حق الأم في حضانة ولدها يسقط عنها بسبب زواجها بشخص أجنبي عن المحضون، فإن هذا الحق سيعود إليها إذا هي طلقت أو توفي زوجها و لم تتزوج من شخص آخر غريب عن المحضون،¹²⁴ ومدة الحضانة لم تنتقض و مادامت مصلحة المحضون قد تعلقت بها.¹²⁵

¹²³ - **بلحاج العربي**، الوجيز، المرجع السابق، ص 390.

¹²⁴ - **نبيل صقر**، قانون الأسرة نصًا و فقهاً و تطبيقًا، دار الهدى للطباعة و النشر و التوزيع ، الجزائر، (د ط) 2006،

ص 141.

¹²⁵ - **عبد العزيز سعد**، المرجع السابق، ص 190.

أما الحالة الثانية:

هي ما إذا كانت الحضانة موكلة للخالة أو الجدة لأم و سكنت مع المحضون في السكن الذي تقطن به أم المحضون، وكانت هذه الأخيرة متزوجة مع أجنبي عنه، فإنها تكون بذلك قد خالفت القاعدة القانونية المنصوص عليها في المادة (70 ق.أ.ج) ، ولن تعود إليها الحضانة إلا إذا انتقلت مع المحضون إلى سكن مستقل عن أم المحضون و بعيدًا عنها.

الفرع الثاني: عدم عودة الحضانة إذا كان سبب سقوطها اختياري.

في هذه الحالة سبب سقوط الحضانة هو تصرف مستحق الحضانة وذلك بإرادته المنفردة، وفي هذه الحالة لا مفر من تطبيق القيد و الأساس و هو عدم الإضرار بمصلحة المحضون و تكون هذه الحاضنة غير متهياة للحضانة مما يتوجب رفض الطلب.

ولا يسري على الأم وحدها و إنما المستحقين للحضانة من الخالة أو الأب و غيرهم الذين لا يستفيدون من أحكام المادة (71 ق.أ.ج) ؛ أي عودة حقهم في الحضانة بعد زوال سبب السقوط،¹²⁶ وحسب رأي عبد العزيز سعد أنه إذا كانت الحضانة قد سقطت، لسبب اختياري كالتنازل الإرادي الصريح عن الحضانة، وعدم طلب الحق في الحضانة دون مبرر شرعي وزواج الأم بحاضنة بغير ذي محرم زواجًا قائمًا فإن حق الحضانة لن يعود.¹²⁷ إلا أن هناك استثناء يمكن عودة الحضانة للحاضن بعد سقوطها، وهو وجود مبرر شرعي، و بالتالي فإنه لا يجوز لأي أحد بأي حال من الأحوال أن يطلب من المحكمة أن تعيد له حقه في الحضانة إذا كان قد قرر التراجع عن التنازل أو قرر أن يطلبها بعد منحها لغيره.

¹²⁶ - داود حنان، الحضانة في قانون الأسرة الجزائري، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية و

السياسية، المجلد 4 ، العدد 02، 2019، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، ص 248.

¹²⁷ - عبد العزيز سعد، المرجع نفسه، ص 191.

تجدر الإشارة أنه مهما يكن من أمر فإن عودة حق الحضانة إلى من كان أهلاً لها لا تكون إلا بموجب حكم من المحكمة.¹²⁸

و يؤخذ على المشرع الجزائري أنه لم يبيّن ماهو سبب السقوط الاختياري ولا سبب السقوط غير الاختياري، فاكتفى بسرد مجموعة منها ولم يفرق بين ماهو اختياري و ماهو اضطراري.

▪ **المطلب الثاني: موقف الفقه المالكي من مسألة عودة الحق في الحضانة.**

وقبل التطرق إلى موقف الفقه المالكي من مسألة عودة الحق في الحضانة لأبد أن نشير إلى اختلاف الفقهاء في هذه المسألة وهو على رأيين :

الفرع الأول: رأي الجمهور من الحنفية و الشافعية و الحنابلة من مسألة عودة الحق في الحضانة.

ذهب الأئمة الثلاثة الحنفية و الشافعية و الحنابلة إلى القول بعودة الحق في الحضانة لصاحبها إذا زال السبب المسقط لها سواء كان هذا السبب اضطراريًا أو اختياريًا، و على هذا لو تزوجت الحاضنة برجل أجنبي غير محرم للمحزون و طلقت أو مات الزوج فإن حقها في استحقاق الحضانة يعود.¹²⁹

الفرع الثاني: رأي الفقه المالكي من مسألة عودة الحق في الحضانة.

لقد فرق المالكية بين العذر الاضطراري و العذر الاختياري في زوال حق الحضانة على النحو التالي:

أولاً: زوال حق الحضانة لعذر اضطراري.

¹²⁸ - داود حنان، المرجع نفسه، ص 249

¹²⁹ - مصطفى عبد الغني شبيرة، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية الطلاق و آثاره، دراسة مقارنة، منشورات

جامعة سبها، ليبيا، ط 1، 2006، ص 234.

جاء عن الخرخشي في مختصر خليل أنه: " قد تسقط الحضانة عن صاحبها لسبب خارج عن إرادته، و يمنعه عن القيام برعاية المحضون، و النظر في شؤونه، بوصفه مرض يصيبه، أو سفر الولي للانتقال، أو سفر الحاضنة سفرً يطول و هو خارج عن إرادتها كسفرها للحج أو العلاج، فمتى زال السبب المانع المسقط للحضانة عاد الأمر إلى ما كان عليه، للقاعدة الفقهية " إذا زال المانع عاد الممنوع"،¹³⁰ فإذا شفي من مرضه، أو رجع الولي إلى بلد الحاضنة أو عند رجوعها من السفر، فإن الحضانة تعود لمن كان له الحق فيها؛ لأن العذر قد زال.¹³¹

وقيد المالكية رجوع الحق لها بعد زوال العذر المسقط بأمرين:

الأول: أن لا تترك المطالبة بالحضانة سنة، فإن طلبتها بعد زوال العذر بأكثر من سنة لم يكن لها ذلك.

الثاني: أن يألف الولد من هو عندها فيشق نقله منها فلا يؤخذ.¹³²

ومما تجدر الإشارة إليه في هذه المسألة أن الفقهاء راعوا مصلحة الحاضن و المحضون، و قدموا مصلحة المحضون عند الفتيا و الحكم

و في هذا ذهب المالكية إلى بقاء الطفل في حضانة أمه المتزوجة من أجنبي من الصغر في ست مسائل، حرصاً على مصلحته و هي:

1- أن لا يقبل الولد غير أمه

¹³⁰ - الغزي: محمد صدقي أبو الحارث الغزي/ موسوعة القواعد الفقهية، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ط 1، 2003، ج 1/ ص 316.

¹³¹ - الخرخشي، شرح مختصر خليل، المرجع السابق، ج 4/ ص 218. ابن عرفة حاشية الدسوقي، المرجع السابق، ج 2/ ص 532.

¹³² - ابن رشد: أبو الوليد محمد بن أحمد (ت 520 هـ)، البيان و التحصيل و الشرح و التوجيه و التعليل لمسائل المستخرجة، حققه: محمد حجي و آخرون، دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، (د ط)، 1988، ج 5/ ص 327.

2- أو لم ترضعه المرضعة عند أمه

3- أو لا يكون للولد حاضن

4- أو غير مأمونا و عاجزاً

5- كان الأب عبداً و هي حرة.

6- وكذلك أن يألف الولد من هو عندها فيشق نقله منها فلا يؤخذ. فقد راعى المالكية الأصلح و الأنفع للصبي.¹³³

ثانياً: زوال حق الحضانة لعذر اختياري.

جاء عن ابن عرفة في حاشية الدسوقي: " أن هناك من الموانع التي تؤدي إلى إسقاط الحضانة عن صاحبها باختيار منه، و من ثم تنتقل لمن يليه في ترتيب الحضانة، منها زواج الحاضنة من غير محرم الذي يعد مانعاً يسقط عنها الحضانة، فلو تزوجت ثم فارقتها زوجها بموت أو طلاق، فإن الحضانة لا تعود لها، و يبقى حق الحضانة باقياً لمن انتقلت إليه، وكذلك لو كان نكاحها فاسداً ووجب فسخ عقد النكاح بينهما، فلا تعود إليها، وكذلك لو أراد صاحب حق الحضانة أن يسقط حقه عن نفسه من غير مانع، فله ذلك وتنتقل إلى من بعده، ومتى ما انتقلت الحضانة عن، فإنه لا يملك حق المطالبة بها، ولا ترجع إليه، ويستثنى مما سبق لو أراد من انتقلت الحضانة إليه أن يرجع المحضون إليه فله ذلك، فلو رده إلى أمه، فلا يملك الأب حق الاعتراض؛ لأن الحضانة انتقلت إلى من هو أفضل، و لو أراد من انتقلت له الحضانة أن يرده إلى الأخت فللأب المنع من ذلك." ¹³⁴

¹³³ - أنس غازي عناية، حكم عودة الحضانة إلى مستحقها بعد رجوعه عن إسقاط حقه فيها دراسة فقهية

مقارنة، مجلة الدراسات العربية، كلية دار العلوم، جامعة المنيا، (د ط)، ص 1286.

¹³⁴ - الخرشبي، المرجع السابق، ج4/ص 218. ابن عرفة، المرجع السابق، ج 2 / ص532.

و يتبين مما سبق أن المالكية يرون أن الحضانة لو سقطت لسبب اضطراري، فمتى مازال المانع عادت الحضانة لمن كانت له، لزوال السبب المانع، و كذلك أن الحاضر لو أسقط حقه في الحضانة، فإنه لا يملك حق المطالبة به بعد إسنادها إلى غيره.¹³⁵

▪ **المطلب الثالث: أمثلة عن اجتهادات المحكمة العليا في مسألة عودة الحق في الحضانة.**

قد عالجت المحكمة العليا بعدد القرارات في مسألة عودة الحق في الحضانة بعد سقوطها نذكر منها مايلي:

الفرع الأول: عودة الحضانة إذا كان سبب سقوطها غير اختياري.

في قضية عودة الحضانة إذا كان سبب سقوطها غير اختياري أكدت المحكمة العليا بقرارها الصادر بتاريخ: 1998/07/21 أنه: " من المقرر قانوناً أنه يعود الحق في الحضانة إذا زال سبب سقوطها غير الاختياري، و متى تبين أن المطعون ضدها قد تزوجت بغير قريب محرم ثم طلقت منه ورفعت دعوى تطلب فيها استعادة حقه في الحضانة، فإن قضاة المجلس بقضائهم بحقها فيها حسب نص المادة 71 ق.أ.ج طبقوا صحيح القانون"¹³⁶

و في قرار آخر لها صادر بتاريخ: 1990/02/05 حيث جاء فيه أنه: " من المقرر قانوناً أنه يعود الحق في الحضانة إذا زال سبب سقوطها غير الاختياري، و من ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفاً للقانون، ولمّا كان الثابت في قضية الحال أن الأم أسقطت حضانتها بعد

¹³⁵ - مريم الكندري، أحكام الحضانة دراسة مقارنة ما بين الفقه المالكي و القانون الكويتي، دراسات، علوم

الشريعة و القانون المجلد 47، عدد: 4، 2020، جامعة الكويت ، ص 258.

¹³⁶ - المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار صادر بتاريخ: 1998/07/21، ملف رقم 201336،

مجلة الأحكام القضائية ، 2001، عدد خاص، ص78.

زواجها بأجنبي فإن المجلس لمّا قضى بإسناد الحضانة إليها، بالرغم من أن زواجها بالأجنبي يعد تصرفاً رضائياً و اختياريًا، يكون قد خالف القانون.¹³⁷

الفرع الثاني: عدم عودة الحضانة إذا كان سبب سقوطها اختياري.

وفي قضية عدم عودة الحضانة إذا كان سبب سقوطها اختياري أقرت المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ: 1989/02/27 أنه: " من المقرر فقهاً و قانوناً أن المتنازلة عن الحضانة باختيارها لا تعود إليها و لا يقبل منها طلب استرجاع الأولاد." ¹³⁸

و في قرار آخر صادر بتاريخ: 1994/04/19 جاء فيه أنه: " من المقرر فقهاً و قانوناً أن المتنازلة عن الحضانة باختيارها لا تعود إليها و لا يقبل منها طلب استرجاع الأولاد لها، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالف للقواعد الفقهية و القانونية." ¹³⁹

بمقارنة موقف المشرع الجزائري في مسألة عودة الحضانة المادة (71 ق.أ.ج) " يعود الحق في الحضانة إذا زال سبب سقوطه غير الاختياري " بما ذكره فقهاؤنا نجده قد أخذ بمذهب المالكية الذين ذهبوا إلى القول بأن المسقط للحضانة إذا كان أمراً ليس اختياريًا و إنما كان خارج عن إرادة الحاضن، فإن الحضانة تعود إليه بزوال المانع أما إذا كان المانع اختياري كزواج الحاضنة بأجنبي غير محرم، فإن الحضانة تسقط و لا تعود بزوال هذا السبب المسقط لها وبهذا يكون قد خالف جمهور الفقهاء من الحنفية والشافعية و الحنابلة الذين يقولون بعودة الحق في الحضانة، إذا زال العذر بغض النظر عن كونه عذرًا اختياريًا أو اضطراريًا.

137 - المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار صادر بتاريخ: 1990/02/05، ملف رقم: 58812،
المجلة القضائية ، عدد4، 1992، ص 55.

138 - المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية ، قرار صادر بتاريخ: 1989/02/27، المجلة القضائية
الصادرة عن قسم المستندات و النشر بالمحكمة، 1990، عدد 3، ص 85.

139 - المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية ، قرار صادر بتاريخ: 1994/04/19، ملف رقم 102886،
مجلة نشرة القضاة ، عدد 51، ص 92.

- المبحث الثالث : مسألة السكوت عن طلب الحضانة المادة (68 ق.أ.ج).

أخذ المشرع الجزائري بمسألة السكوت عن طلب الحضانة كسبب من أسباب سقوطها متأثرًا بذلك بالفقه المالكي، و هذا ما يتبين لنا بعد عرض موقف المشرع الجزائري من السكوت عن طلب الحضانة (المطلب الأول)، وموقف الفقه المالكي من السكوت عن طلب الحضانة (المطلب الثاني)، وأمثلة لاجتهادات المحكمة العليا في المسألة نفسها (المطلب الثالث).

▪ المطلب الأول: موقف المشرع الجزائري في مسألة السكوت عن طلب الحضانة.

جاء في نص المادة (68 ق.أ.ج) أنه: "إذا لم يطلب من له الحق في الحضانة مدة تزيد عن سنة بدون عذر سقط حقه فيها".

فهذه المادة تُبيِّن أن السكوت عن طلب الحضانة لمن له الحق فيها، لمدة تزيد عن سنة يسقط فيها حقه، إذا كان هذا السكوت و عدم المطالبة دون عذر صريح؛ أي كونه عالمًا بحقه في الحضانة و مرت سنة، و لم يطلبها اختياريًا.

ويتعلق الأمر هنا بالحالة التي تتزوج فيها الأم الحاضنة بغير قريب محرم، و يكون آنذاك لمن له الحق في الحضانة أن يطلب من القاضي إسنادها له، بشرط أن يرفع دعواه في مدة سنة و إلا سقط حقه في ذلك، ما لم يثبت وجود عذر حال دون رفعه لدعواه في تلك المدة.¹⁴⁰

▪ المطلب الثاني: موقف الفقه المالكي في مسألة السكوت عن طلب الحضانة.

في حدود ما اطلعنا عليه من مراجع لم نعثر على مسألة سكوت صاحب الحق عن طلب الحضانة إلا عند المذهب المالكي، و هي مما اختص بها المالكية دون غيرهم من المذاهب حيث

¹⁴⁰ - لحسين بن شيخ آث ملويا، قانون الأسرة نصًا و شرعًا ، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2014، ص

اعتبروا أن سكوت صاحب الحق عن طلب الحضانة لمدة تزيد على السنة، يسقط حقه فيها، و في هذا الصدد يقول الإمام الدردير: " فإن دخل بها سقطت لاشتغالها بأمر زوجها، و تنتقل لمن يليها في الرتبة، و إلا أن يعلم من يليها بدخولها بزوج، و يسكت بعد علمه بلا عذر، فلا تسقط حضانة المتزوجة، و ليس لمن يليها أخذ المحضون منها، فإن لم يعلم بالدخول أو علم ، ولم يمضي بعد العلم عام ، أو مضى عام و كان سكوته لعذر يمنعه من التكلم، و منه جهله باستحقاقه الحضانة بدخول الزوج بها، فله أخذ المحضون من الأم المدخول بها، ما لم تتأيم قبل القيام عليها، أو أن يكون الزوج الذي دخل بها محرماً للمحضون.¹⁴¹

ولسقوط هذا الحق عند المالكية لابد من توفر مجموعة من الشروط و هي كالاتي:

- 1- أن يعلم بحقه في الحضانة: فإن كان لا يعلم بحقه و سكت عن طلب الحضانة، لا يسقط حقه مهما طال مدة سكوته.
- 2- أن يعلم أن سكوته يسقط حقه في الحضانة: فإن كان يجهل ذلك فلا يبطل حقه فيها بالسكوت؛¹⁴² لأن ذلك من الأحكام التي يعذر الناس بجهلهم إياها لخفائها عن كثير منهم.¹⁴³
- 3- أن تمضي سنة من تاريخ علمه باستحقاقه الحضانة:¹⁴⁴ فلو مضى على علمه باستحقاقه أقل من سنة و هو ساكت عن طلبها ثم طالب بها قبل مضي سنة لم يسقط حقه بالسكوت عن المطالبة بها و قضي له بها.¹⁴⁵

■ المطلب الثالث: أمثلة لاجتهادات المحكمة العليا في مسألة السكوت عن طلب الحضانة.

¹⁴¹ - الدردير أبي البركات أحمد بن أحمد (ت 1201 هـ): ، الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب

الإمام مالك، ، دار المعارف، (د.م.ن.)، (د.ط.)، (د.ت.ن.)، ج 2/ص 220-221.

¹⁴² - وهبة الزحيلي، الفقه المالكي الميسر، (د.ط.)، دار الكلم الطيب، دمشق، سوريا، (د.ط.)، 2010م، ج 3/

ص 293.

¹⁴³ - مصطفى عبد الغني شيبية، المرجع السابق، ص 233.

¹⁴⁴ - وهبة الزحيلي، المرجع نفسه، ج 3/ص 293.

¹⁴⁵ - مصطفى عبد الغني شيبية، المرجع نفسه، ص 233.

قد عالجت المحكمة العليا بعدد القرارات في مسألة السكوت عن طلب الحضانة نذكر منها ما يلي:

في اجتهاد للمحكمة العليا الصادر بتاريخ: 2006/05/17 ذهب فيه إلى أن المطالبة بالحضانة بعد مرور مدة تزيد عن سنة يعتبر مخالفاً لأحكام المادة 68 من قانون الأسرة، حيث جاء في إحدى قراراتها أن: "الجدة لأم لم تطالب بالحضانة إلا بعد أربع سنوات من وفاة الأبوين و المحضون موجود لدى خاله، فإنها بذلك قد خالفت أحكام المادة 68 من قانون الأسرة" ¹⁴⁶

وبمفهوم المخالفة تبين أنه إذا طالب صاحب الحق في الحضانة في مدة لا تصل إلى سنة، أو بأن مرت سنة من تاريخ وجوب طلبها إلا أنه كان له عذر في عدم طلبها فحقه لا يسقط في طلب الحضانة و إسنادها له.

و إلى هذا و في نفس الموضوع ذهبت المحكمة العليا في أحد قراراتها أنه: "من المقرر قانوناً أن الحضانة إذا لم يطلبها من له الحق فيها مدة تزيد عن سنة بدون عذر سقط حقه فيها، و من ثمَّ فإنَّ القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفاً للقانون، ولما كان الثابت في قضية الحال أن السنة لم تمض بعد على المطالبة بالحضانة من قبل الأم و هي لا زالت متمسكة بها، فإن قضاة المجلس بحرمانهم الأم من حق الحضانة و إسنادها للجدة من الأب يكونوا قد خالفوا القانون." ¹⁴⁷

ومما سبق و بالنظر إلى الشروط التي ذكرها المالكية نجدها هي نفسها المذكورة في المادة القانونية (68 ق.أ.ج)، فشرط مضي سنة مصرح به فيها و ذلك بقول المشرع: "...مدة تزيد عن سنة..."، أما الشرط الأول و الثاني و هو العلم بحقه في الحضانة، و العلم بأن سكوته مسقط لحقه، يدخلان تحت قيد العذر المذكور في المادة، و هو ما عبر عنه المشرع بقوله: "...بدون عذر..."

¹⁴⁶ - المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار صادر بتاريخ: 2006/05/17، ملف رقم: 364850،

المجلة القضائية، العدد 2، 2007، ص437.

¹⁴⁷ - المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار صادر بتاريخ: 1990/02/05، ملف رقم: 58220،

المجلة القضائية، العدد 3، 1993، ص53.

و عليه فإن المشرع الجزائري جاء موافقاً تماماً لما هو عليه مذهب المالكية، حيث يعتبر هذا الأخير المذهب الوحيد الذي أشار إلى مسألة سكوت صاحب الحق في الحضانة عن طلبها كسبب من أسباب سقوطها عنه إذا لم يطلبها بعد سنة و دون عذر.

✓ خلاصة الفصل الثاني:

وكخلاصة للفصل يتبين لنا ما يلي:

يتضح من خلال هذه المادة (73 ق.أ.ج) أن النزاع حول متاع البيت و أثاثه ينتهي لصالح من له بيينة وذلك انطلاقاً من القاعدة الفقهية المشهورة: " البينة على من ادعى و اليمين على من أنكر" وجاء في المادة (71 ق.ج)،، أنه إذا سقط حق الحضانة بالنسبة للحاضن لسبب من الأسباب القانونية، فإن حق الحضانة سيعود إليه إذا توفر لديه السبب الذي كان ينقصه و أثبت ذلك للمحكمة، أما إذا كان سبب سقوط الحضانة ناتجاً عن تصرف الحاضن بناءً على رغبته و اختياره، فإن حق الحضانة وفقاً لنص المادة (71 ق.أ.ج)، سوف لن تعود إليه أبداً بعد سقوطها.

وجاء في محتوى المادة (68 ق.أ.ج) على أن السكوت عن طلب الحضانة لمن له الحق فيها، لمدة تزيد عن سنة يسقط فيها حقه، إذا كان هذا السكوت و عدم المطالبة دون عذر صريح؛ أي كونه عالمًا بحقه في الحضانة و مرت سنة، و لم يطلبها اختياراً. وبعد تحليل هذه المواد ومقارنتها بنصوص قانون الأسرة الجزائري و بعد استعراض موقف المشرع الجزائري ورأي المالكية فيها تبين لي أنها موافقة للفقه المالكي سواء كان ذلك جزئياً أو كلياً.

❖ الخاتمة:

في نهاية هذا البحث يظهر لي جليا مركز الفقه المالكي في قانون الأسرة الجزائري واثر ذلك في نصوصه وأحكامه.

و قد كنت أطمح إلى دراسة كل المسائل الخاصة بأحكام الطلاق في قانون الأسرة الجزائري من المادة 47 إلى المادة 80, واكتشاف مدى موافقتها للفقه المالكي ولكن حجم المذكرة المحدود جعلني أتخير منها بعضها.

و قد توصلت بعد الدراسة والبحث في المسائل السابقة إلى جملة من النتائج نجملها في ما يلي:

- وافق المشرع الجزائري فقهاء المالكية لإعطاء الزوجة الحق في رفع دعوى قضائية لطلب التطبيق لعدم الإنفاق والضرر.
- واخذ المشرع الجزائري برأي المالكية في جواز التطبيق لغيبة بمرور سنة.
- وافق المشرع الجزائري رأي المالكية في جواز التطبيق للضرر المعتبر شرعا وذلك لإنفرادهم في المسألة دون غيرهم من الفقهاء.
- وافق المشرع الجزائري الفقه المالكي في التعويض عن الضرر المادي دون الضرر المعنوي في حالة التطبيق للضرر.
- وافق المشرع الجزائري الفقه المالكي في مسألة النزاع في متاع البيت, حيث قضى للمرأة بما هو معتاد للنساء وقضى للرجل بما هو معتاد للرجال في حالة عدم وجود بينة لكليهما.
- واخذ المشرع الجزائري برأي المالكية في مسألة عودة الحق في الحضانة إذا زال سبب سقوطه غير الاختياري إذا كان خارجا عن إرادة الحاضن في الحضانة تعود إليه بزوال المانع.
- أحال المشرع الجزائري المسائل غير المنصوص عليها قانونا الى احكام الشريعة الإسلامية وفقا للمادة 222 من قانون الأسرة الجزائري.

✓ التوصيات:

من خلال تطرقنا لموضوع مركز الفقه المالكي في قانون الأسرة الجزائري _ أحكام الطلاق

نموذجاً _ يمكن تتويج دراستنا ببعض الاقتراحات والمتمثلة في:

- ضرورة إضافة مواد قانونية أخرى تهتم بأحكام الطلاق بطريقة أكثر تفصيلاً وتنظيماً في قانون الأسرة الجزائري وتعديل بعض المواد الأخرى بصورة تزيل عنها الغموض وتخرجها من دائرة التأويل وتتوافق مع الشريعة الإسلامية والفقه المالكي على وجه الخصوص.
- لم يعط المشرع الجزائري الحق للزوجة في التطلق للغيبة بعذر العمل أو الدراسة مع عدم إهماله للنفقة حتى ولو تضررت من الفراق فكان عليه ترك الحق في التطلق للغياب مدة سنة على إطلاقه دون تقييده , لأن المرأة قد تضررت من غياب زوجها عنها .
- يؤخذ على المشرع الجزائري أنه لم يبين ما هو سبب السقوط الاختياري ولا سبب السقوط الغير اختياري , فاكتمى بسرد مجموعة منها ولم يفرق بين ما هو اختياري وما هو غير اختياري.

❖ قائمة المصادر والمراجع

• القرآن الكريم

• كتب الحديث

1. مالك بن أنس أبو عبد الله الأصبحي (ت 179 هـ)، الموطأ، (د.ط.)، دار الكتب العلمية، (د.ت.ن)، كتاب الأقباضي، باب القضاء في المرفق، رقم 2758.
2. البيهقي (ت 458 هـ)،: أبو بكر أحمد بن علي السنن الكبرى للبيهقي، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، كتاب الصلح، باب لا ضرر و لا ضرار رقم 11495، 'ط.1)، مركز هجد للبحوث و الدراسات العربية و الإسلامية، 2011، ج11.

• كتب المعاجم

1. ابن فارس: أبو الحسين أحمد، معجم مقاييس اللغة ، (مادة عوض)، تحقيق: عبد السلام محمد هارون، (ط.1)، دار الجيل، بيروت ، لبنان، 1997، ج4.
 2. ابن منظور، لسان العرب، [حرف القاف ، فصل النون]، ج10/ص 358، و المصباح المنير: الفيومي، (مادة " ن ف ق ")، ج2.
 3. الزبيدي: محمد مرتضى ، تاج العروس، (ط1)، دار صادر، بيروت، لبنان، 1306 هـ، ج5.
 4. مجمع اللغة العربية، المعجم الوسيط، ط 4، مكتبة الشروق الدولية، مصر، 2004.
- كتب الفقه الإسلامي.

• كتب الفقه المالكي.

1. ابن رشد (ت 520 هـ): أبو الوليد محمد بن أحمد، البيان و التحصيل و الشرح و التوجيه و التعليل لمسائل المستخرجة، حققه: محمد حجي و آخرون، (د ط)، دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، 1988، ج5.

2. الخطاب: أبو عبد الله محمد، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، ط1، مطبعة السعادة، مصر، 1328.
 3. الخرشي (1101هـ)، أبو عبد الله محمد، شرح على مختصر خليل ، (ط.2)، المطبعة الأمريكية الكبرى، بولاق، مصر، 1317هـ.
 4. الدردير (ت 1201 هـ): أبي البركات أحمد بن أحمد الدردير، الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك، (د ط) ، دار المعارف، (د.م.ن.، د.ت.ن.)، ج 2.
 5. الدسوقي: محمد عرفة، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، (د.ط.)، دار إحياء الكتب العربية 'د.ب.ن، د.ت.ن.)، ج 2.
 6. الصاوي (1241 هـ): أبو العباس أحمد بن محمد الخلوتي، حاشية الصاوي على الشرح الكبير، (ط 1)، دار الكتب العلمية بيروت ، لبنان، (د.ت.ن.)، ج 3.
 7. المواق أبو عبد الله العبدري، التاج و الإكليل، بهامش كتاب مواهب الجليل، ط.1، مطبعة السعادة، مصر، 1328هـ، ج 4.
 8. مالك بن أنس (ت 179 هـ): المدونة الكبرى، (ط 2)، دار صادر، مصر، (د ت ن).
 9. محمد بن محمد سالم المجلسي الشنقيطي، لوامع الدرر في هتك أسرار المختصر (شرح مختصر خليل)، (ط 1)، دار الرضوان، نواكشوط، موريتانيا، 2015م، المجلد 6.
 10. محمد جمعة عبد الله ، الكواكب الدرية في فقه المالكية ، (د.ط.)، المكتبة الأزهرية للتراث ، مصر ، ، 2003، ج 3.
 11. ابن عبد البر، الكافي في فقه أهل المدينة، (ط.1)، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1407هـ.
 12. الصادق الغرياني، مدونة الفقه المالكي و أدلته، (ط1)، مؤسسة الريان، بيروت، لبنان، 2002م.
- كتب الفقه الفقه الحنفي.

1. ابن نجيم (ت 1096هـ): زين الدين ابن النجيم، بحر الرائق شرح كنز الدقائق، (ط 2)، دار الكتاب الإسلامي، (د ت ن ، د م ن)، ج 4.
 2. الكاساني (ت 587هـ): علاء الدين الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، (ط 2)، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان، 1982، ج 2.
كتب الفقه الحنبلي.
 1. ابن قدامة (ت 620هـ): أبي محمد عبد الله بن قدامة، المغني، تحقيق: طه محمد الزيتي ، (د.ط)، مكتبة القاهرة، مصر، 1969، ج 10.
كتب الفقه الشافعي.
 1. الشافعي (ت 204 هـ): أبو عبد الله محمد بن إدريس الشافعي ، الأم، (د ط)، دار المعرفة، بيروت، لبنان، 1993 هـ ، ج 5.
 2. الشربيني (ت 977هـ)، شمس الدين محمد بن الخطيب، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ط 1، دار المعرفة ، بيروت، لبنان، 1418هـ/1997م.
- كتب الفقه الإسلامي العامة**
1. أبي بكر بن محمد بن عاصم، تحفة الحكام في نكت العقود و الأحكام، تحقيق محمد عبد السلام، (ط 1)، دار الآفاق العربية ، القاهرة ، مصر ، 2011.
 2. السيد سابق، فقه السنة، ط 4، دار الفكر للطباعة و النشر و التوزيع، بيروت، 1983، ج 3
 3. الغزي: محمد صدقي أبو الحارث الغزي/ موسوعة القواعد الفقهية، (ط 1)، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان ، 2003 ، ج 1.
 4. عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة و البيت المسلم، (ط.1)، مؤسسة الرسالة ، بيروت، لبنان، 1993م، ج 8.
 5. محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، (د.ط)، دار الفكر العربي، القاهرة، (د.ت.ن).
 6. محمود شلتوت ، الإسلام شريعة وعقيدة ، (ط 9)، دار الشروق، القاهرة، مصر، 1977.

7. مريم الكندري، أحكام الحضانة دراسة مقارنة ما بين الفقه الماكي و القانون الكويتي، دراسات، علوم الشريعة و القانون المجلد 47، عدد: 4، 2020، جامعة الكويت.
8. مصطفى عبد الغني شيبه ، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية الطلاق و آثاره، دراسة مقارنة، (ط 1)، منشورات جامعة سبها، ليبيا، 2006.
9. وهبة الزحيلي، الفقه المالكي الميسر، (د ط)، دار الكلم الطيب، دمشق، سوريا، 2010م.
10. ياسين رشيد عمر الزيباري، الاختلاف بين الزوجين في متاع المنزل (دراسة مقارنة)، (ط 1)، دار دجلة ، عمان، الأردن، 1430 هـ / 2009م.

• الكتب القانونية

1. أحمد نصر الجندي، الطلاق و التطليق وآثارهما، (د.ط)، دار الكتب القانونية، مصر، 2004.
2. السعدي محمد صبري، مصادر الالتزام " النظرية العامة للالتزامات " (د ط)، دار الكتاب الحديث، الجزائر، 2003.
3. باديس ديابي، آثار فك الرابطة الزوجية ، صور فك الرابطة الزوجية على ضوء القانون و القضاء في الجزائر، (د ط)، دار الهدى ، الجزائر، 2007.
4. بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ، (ط.4)، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005، ج1.
5. بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، ط1، دار الخلدونية، القبة، الجزائر ، 1429هـ/2008م.
6. حسين عامرو عبد الرحيم عامر، المسؤولية المدنية التقصيرية و العقدية، (د.ط)، دار الفكر للطباعة و النشر، (د.م.ن)، 1997.
7. صديق تواتي، قانون الأسرة في ضوء الفقه و قرارات المحكمة العليا، الزواج وانحلاله و آثاره، (د.ط)، الديوان الوطني للأشغال التربوية و التمهين، جوان 2010، ج1.
8. عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، ط3، دار هومة للطباعة و النشر والتوزيع، الجزائر، 1996.

9. عبد المؤمن بلباقي، التفريق القضائي بين الزوجين في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة مدعمة بنصوص من قانون الأسرة الجزائري،(د.ط)، دار الهدى للطباعة، الجزائر، 2000 .
10. فيلاي علي، الإلتزامات، الفعل المستحق للتعويض، ط2، موفم للنشر،الجزائر، 2010.
11. لحسين بن شيخ آث، قانون الأسرة نصًا و شرعًا، (د.ط)، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2014.
12. لوكيل محمد لمين، الأحكام الإجرائية و الموضوعية لشؤون الأسرة وفق التعديلات الجديدة و الإجتهد القضائي ، (ط 2)، دار هومة، الجزائر، 2012.
13. محمد بجاق، التنازع بين الزوجين في المهر متاع البيت و جهاز المرأة النفقة الزوجية،(د ط)، مطبعة مزوار، الوادي، الجزائر، 2009.
14. منصور نورة، التطلق و الخلع وفق القانون و الشريعة الإسلامية/ (د.ط)، دار الهدى، الجزائر، 2012.
15. نبيل صقر، قانون الأسرة نصًا و فقهاً و تطبيقًا،(د ط)، دار الهدى للطباعة و النشر و التوزيع ، الجزائر، 2006.
16. نسرین شریفی وكمال بوفروة، قانون الأسرة الجزائري، أشرف عليه: مولود دريدان، (د.ط)، دار بلقيس، الجزائر، (د.ت.ن).
17. المصري مبروك، الطلاق و آثاره من قانون الأسرة الجزائرية،دراسة فقهية مقارنة، (د.ط)،دار هومة ، الجزائر، 2010.
18. عبد القادر داودي، أحكام الأسرة بين الفقه الإسلامي و قانون الأسر الجزائري ، (ط.3)، البصائر الجديدة، الجزائر،2016.
19. فضيل سعد، شرح قانون الأسرة الجزائري في الزواج و الطلاق، (د.ط)،المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر،1986.
20. مقدم سعيد، نظرية التعويض عن الضرر المعنوي، (د ط)، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1992.

21. نسرين بن شرقي و كمال بوفرورة ، قانون الأسرة الجزائري، ط 1، دار بلقيس، الجزائر.
22. نصر سليمان، سعاد سطحي، أحكام الطلاق، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري وفق التعديلات الجديدة الواردة في الأمر 05-02،(د.ط)، دار الفجر، قسنطينة، 2006.

• البحوث الأكاديمية

1. اسمهان عفيف ، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في التعويض عن الضرر، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير تخصص قانون شؤون الأسرة ، الحقوق والعلوم السياسية، جمعة 8 ماي 1945 قالة، 2020/2010.
2. اليزيد عيسات، التطلاق بطلب من الزوجة في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص فرع -عقود ومسؤولية، كلية الحقوق، جامعة بن يوسف بن خدة،الجزائر،2003.
3. بريبر محمد، مركز الفقه المالكي في قانون الأسرة الجزائري (أحكام الزواج و الطلاق نموذجًا)، أطروحة دكتوراه، تخصص القانون الخاص، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر 1، 2020.
4. بن زيطة عبد الهادي، تعويض الضرر المعنوي في قانون الأسرة الجزائري و الفقه الإسلامي-دراسة لنماذج تطبيقية -مذكرة مكملة لنيل شهادة الماجستير ، علوم إسلامية (شريعة وقانون)،جامعة العقيد - أحمد دراية- أدرار، 2006 /2005.
5. زوهير بن حشاني ، آثار الطلاق في قوانين الأحوال الشخصية، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه علوم في القانون، قانون خاص، جامعة العربي بن مهدي ، أم البواقي، 2021 /2020.
6. سمية عبد العزيز، طرق انحلال الرابطة الزوجية و آثارها بين الشريعة الإسلامية و قانون الأسرة الجزائري،مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون ، فرع قانون العقود ، جامعة العقيد آكلي محند أولحاج، البويرة، 2015.
7. عبد الله عابدي، حق الزوجة في فك الرابة الزوجية_ دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، بحث مقدم لنيل درجة الماجستير ، شريعة وقانون ، جامعة وهران، 1427هـ/2006م.
8. نعيمة تبودوشت ، الطلاق وتوابع فك العصمة الزوجية في الشريعة الإسلامية و القانون الوضعي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القنون الخاص، جامعة الجزائر، 2000.

9. هشام ذبيح، حق الزوجة في فك الرابطة الزوجية في ضوء قانون الأسرة الجزائري و الشريعة الإسلامية، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه علوم في القانون الخاص، أحوال شخصية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2019/2020.

• المقالات

1. أنس غازي عناية، حكم عودة الحضانة إلى مستحقها بعد رجوعه عن إسقاط حقه فيها دراسة فقهية مقارنة ، مجلة الدراسات العربية، كلية دار العلوم، جامعة المنيا، (د ط).
2. داود حنان، الحضانة في قانون الأسرة الجزائري، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية و السياسية، المجلد 4 ، العدد 02، 2019، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان.
3. عبد السلام عبد القادر، النزاع حول متاع البيت بين النص التشريعي و الاجتهاد القضائي، مجلة الأحياء، العدد: 5، 2002، كلية العلوم الاجتماعية و العلوم السياسية، جامعة باتنة.
4. نبيلة بن عائشة، إرادة المرأة بإنهاء الرابطة الزوجية "التطبيق"، قسم العلوم والحقوق، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة المدية، مجلة تحولات، العدد الأول، يناير 2015.
5. نبيلة بن عائشة، إرادة المرأة بإنهاء الرابطة الزوجية، مجلة تحولات، العدد الأول، يناير 2018.

• النصوص القانونية

1. القانون رقم 11-84 المؤرخ في 09 رمضان عام 1404 هـ الموافق 9 يونيو سنة 1984، المتضمن قانون الأسرة، المعدل و المتمم بالأمر رقم 02-05 المؤرخ في 27 فبراير 2005م.
2. المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم: 237181، قرار صادر بتاريخ: 22/02/2002 المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار صادر بتاريخ: 05/02/1990، ملف رقم: 58812، المجلة القضائية ، عدد4، 1992.
3. المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار صادر بتاريخ: 05/02/1990، ملف رقم: 58220، المجلة القضائية، العدد 3، 1993.

4. المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار صادر بتاريخ: 16/03/1999م. ملف رقم: 216836 ، المجلة القضائية ، عدد خاص ، 2001م.
5. المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار صادر بتاريخ: 17/05/2006، ملف رقم: 364850، المجلة القضائية ، العدد 2، 2007.
6. المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 19/11/1948، ملف رقم: 34791، المجلة القضائية 1989، عدد 3.
7. المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية13/01/1986، ملف رقم: 39025، غير منشور، مقتبس عن كتاب العربي بلحاج ، قانون الأسرة مع تعديلات الأمر 05-02
8. المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 27/11/1989، ملف رقم: 56490، غير منشور العربي بلحاج.
9. المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار صادر بتاريخ: 23/12/1997، ملف رقم: 181648، المجلة القضائية، 1997، العدد 1.
10. المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 18/05/1999 ، ملف رقم 44630 ، المجلة القضائية 1990، العدد 3.
11. المحكمة العليا ، غرفة الأحوال الشخصية، 23/01/2001، ملف رقم: 258555، المجلة القضائية، 2002، العدد 2.
12. المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية ، قرار صادر بتاريخ: 27/02/1989، المجلة القضائية الصادرة عن قسم المستندات و النشر بالمحكمة، 1990، عدد 3.
13. المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية ، قرار صادر بتاريخ: 19/04/1994، ملف رقم 102886، مجلة نشرة القضاة ، عدد 51.
14. المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية ، قرار صادر بتاريخ: 07/12/1987م، المجلة القضائية ، عدد خاص.

❖ فهرس الموضوعات

الصفحة	خطة البحث
8	مقدمة
15	الفصل الأول: مركز الفقه المالكي في قانون الأسرة الجزائري في مسائل التطليق.
15	المبحث الأول: مسألة التطليق لعدم الإنفاق (1/53 ق.أ.ج).
16	المطلب الأول: تعريف النفقة لغةً و اصطلاحًا و قانونًا.
16	الفرع الأول: تعريف النفقة لغةً.
16	الفرع الثاني: تعريف النفقة اصطلاحًا.
16	الفرع الثالث: تعريف النفقة قانونًا.
17	المطلب الثاني: موقف المشرع الجزائري في التطليق لعدم الإنفاق.
19	المطلب الثالث: موقف الفقه المالكي من مسألة التطليق للإنفاق.
21	المطلب الرابع: أمثلة لاجتهادات المحكمة العليا في مسألة التطليق للإنفاق.
23	المبحث الثاني: مسألة التطليق للغيبة (5/53 ق.أ.ج).
23	المطلب الأول: تعريف الغيبة لغةً واصطلاحًا و قانونًا.
23	الفرع الأول: تعريف الغيبة لغةً.
24	الفرع الثاني: تعريف الغيبة اصطلاحًا.
24	الفرع الثالث: تعريف الغيبة قانونًا.
24	المطلب الثاني: موقف القانون الجزائري من مسألة التطليق للغيبة.
25	المطلب الثالث: موقف الفقه المالكي من مسألة التطليق للغيبة.
26	الفرع الأول: الرأي القائل بعدم جواز التفريق بسبب غيبة الزوج.
26	الفرع الثاني: الرأي القائل بجواز طلب التفريق للغيبة.

29	المطلب الرابع : أمثلة لاجتهادات المحكمة العليا في مسألة التطبيق للغيبة.
29	المبحث الثالث: مسألة التطبيق لكل ضرر معتبر شرعاً المادة(10/53 ق.أ.ج).
30	المطلب الأول: تعريف الضرر لغة واصطلاحاً و قانوناً.
30	الفرع الأول: تعريف الضرر لغة.
30	الفرع الثاني: تعريف الضرر اصطلاحاً.
30	الفرع الثالث: تعريف الضرر قانوناً.
31	المطلب الثاني: موقف القانون الجزائري من مسألة التطبيق لكل ضرر معتبر شرعاً.
34	المطلب الثالث: موقف الفقه المالكي من مسألة التطبيق للضرر.
34	الفرع الأول: رأي الجمهور من الحنفية والشافعية و الحنابلة من مسألة التطبيق للضرر.
34	الفرع الثاني: رأي المالكية من مسألة التطبيق للضرر.
35	الفرع الثالث: طرق إثبات الضرر عند المالكية.
35	أولاً: شاهدا عدلا.
35	ثانياً: شهادة سماع شائعة.
36	المطلب الرابع : أمثلة عن اجتهادات المحكمة العليا في مسألة التطبيق للضرر.
38	المبحث الرابع: مسألة التعويض عن الضرر في حالة التطبيق المادة (53 مكرر ق.أ.ج).
38	المطلب الأول: تعريف التعويض و الضمان لغةً واصطلاحاً وقانوناً.
38	الفرع الأول: تعريف التعويض لغة.
39	الفرع الثاني: تعريف التعويض اصطلاحاً.
39	الفرع الثالث: تعريف الضمان لغة.
39	الفرع الرابع: تعريف الضمان في الاصطلاح الفقهي.
39	أولاً: تعريف المالكية.
40	ثانياً: تعريف الشافعية.
40	الفرع الخامس: تعريف التعويض بمعنى (الضمان) في الاصطلاح القانوني:
41	المطلب الثاني: موقف المشرع الجزائري في مسألة التعويض عن الضرر في حالة التطبيق.

42	الفرع الأول: التعويض عن الضرر المادي.
42	أولاً: الإخلال بحق أو مصلحة للمضرور.
42	ثانياً: أن يكون الضرر محققاً.
43	ثالثاً: أن يكون الضرر مباشراً.
43	الفرع الثاني: التعويض عن الضرر المعنوي في قانون الأسرة.
44	الفرع الثالث: أحقية الزوجة في التعويض عن الضرر المادي في الفقه المالكي.
45	الفرع الرابع: التعويض عن الضرر المعنوي في الفقه الإسلامي.
45	أولاً : المقر للتعويض عن الضرر المعنوي.
45	ثانياً : غير المقر للتعويض عن الضرر المعنوي.
46	المطلب الرابع : أمثلة لاجتهادات المحكمة العليا في مسألة التعويض عن الضرر.
47	الفرع الأول: قبول طلب التعويض.
47	الفرع الثاني: رفض طلب التعويض.
✓ خلاصة الفصل الأول	
50	الفصل الثاني: مسائل من آثار الطلاق في قانون الأسرة الجزائري الموافقة للفقه المالكي.
50	المبحث الأول: مسألة النزاع في متاع البيت المادة (73 ق.أ.ج).
51	المطلب الأول: تعريف متاع البيت لغة و اصطلاحاً و قانوناً.
51	الفرع الأول: تعريف متاع البيت لغة.
51	الفرع الثاني: تعريف متاع البيت اصطلاحاً.
52	الفرع الثالث : تعريف متاع البيت قانوناً.
52	المطلب الثاني: موقف المشرع الجزائري في مسألة النزاع في متاع البيت المادة (73 ق.أ.ج).
53	الفرع الأول: في حالة تقديم أحد الزوجين البينة دليلاً على امتلاكه للمتاع.
54	الفرع الثاني: في حالة انعدام الدليل.

54	أولاً : في حالة ادعاء الزوج ملكيته للمتع.
54	ثانياً : في حالة ادعاء الزوجة ملكيتها للمتع.
55	المطلب الثالث: موقف الفقه المالكي من مسألة النزاع في متاع البيت.
55	الفرع الأول: رأي المذهب الحنفي.
55	أولاً : في حالة التنازع بين الزوجين قبل الطلاق.
56	ثانياً : في حالة إن اختلفا بعد الطلاق ثلاثاً أو بائناً.
56	الفرع الثاني: رأي المذهب الشافعي.
57	الفرع الثالث: رأي المذهب الحنبلي.
57	الفرع الرابع: رأي المذهب المالكي.
59	أولاً : اختلاف الورثة في متاع البيت.
60	ثانياً: الأشياء المشتركة بينهما عند المالكية.
61	المطلب الرابع : أمثلة من قرارات المحكمة العليا بشأن النزاع في متاع البيت.
61	الفرع الأول: النزاع في حالة وجود المتاع.
62	الفرع الثاني: النزاع في حالة نكران وجود المتاع.
62	الفرع الثالث: الأشياء المشتركة بينهما عند المالكية.
	المطلب الرابع : أمثلة من قرارات المحكمة العليا بشأن النزاع في متاع البيت.
63	المبحث الثاني: مسألة العودة في الحضانة المادة (71 ق.أ.ج).
63	المطلب الأول : موقف المشرع الجزائري من مسألة العودة في الحضانة.
64	الفرع الأول: عودة الحضانة إذا كان سبب سقوطها غير اختياري.
65	الفرع الثاني : عدم عودة الحضانة إذا كان سبب سقوطها اختياري.
66	المطلب الثاني: موقف الفقه المالكي من مسألة عودة الحق في الحضانة.

66	الفرع الأول: رأي الجمهور من الحنفية و الشافعية و الحنابلة من مسألة عودة الحق في الحضانة.
66	الفرع الثاني : رأي الفقه المالكي من مسألة عودة الحق في الحضانة.
66	أولاً : زوال حق الحضانة لعذر اضطراري.
68	ثانياً : زوال حق الحضانة لعذر اختياري.
69	المطلب الثالث: أمثلة عن اجتهادات المحكمة العليا في مسألة عودة الحق في الحضانة.
71	<u>المبحث الثالث</u> : مسألة السكوت عن طلب الحضانة المادة (68) ق.أ.ج.
71	المطلب الأول : موقف المشرع الجزائري في مسألة السكوت عن طلب الحضانة.
71	المطلب الثاني : موقف الفقه المالكي في مسألة السكوت عن طلب الحضانة.
72	المطلب الثالث : أمثلة لاجتهادات المحكمة العليا في مسألة السكوت عن طلب الحضانة.
74	✓ ملخص الفصل الثاني
75	الخاتمة.
77	قائمة المصادر.
85	فهرس الموضوعات.
90	الملخص.
91	Abstract

الملخص

❖ الملخص

تعتبر الجزائر من الدول الإسلامية التي تمسكت والتزمت في مجال الأسرة بالشرعية الإسلامية من خلال تبني المذهب المالكي الذي يعد المرجع الأساس لعبادات الناس وتعاملاتهم لاسيما ما تعلق بأمور الزواج و الطلاق و هو الأمر الذي يتجلى من خلال قانون الأسرة الجزائري رقم: 11 لسنة 1984 الذي شكل صدوره أهمية بالغة باعتباره الإطار القانوني الوحيد الذي صار يحكم العلاقات الأسرية، غير أنه ومع دخول الجزائر مرحلة التعددية السياسية ثار نزاع حاد حول طبيعة هذا القانون و هويته حيث شهد محاولة مسخ و تغيير على يد الفئة التغريبية العلمانية التي طالبت بإسقاط بعض الأحكام التي لا تتماشى مع أهوائها، رغم أنها قطعية الثبوت و قطعية الدلالة، بل هناك من طالب بإلغائه جملةً وتفصيلاً، وهذه الانتقادات استدعت تدخلاً تشريعياً، جاء في صورة الأمر 02/05 المؤرخ في 27/02/2005، ورغم بعض التراجع إلا أن الشريعة الإسلامية تبقى هي المصدر التشريعي الأول لهذا القانون ومن خلالها الفقه المالكي الذي يتربع على أغلب نصوصه سواء كان ذلك كلياً أم جزئياً لذلك جاءت هذه الدراسة لبيان مدى تمسك المشرع الجزائري بالمذهب المالكي ومدى تمركز و حضور هذا الأخير في نصوص قانون الأسرة الجزائري و بالضبط ما تعلق منه بأحكام الطلاق.

الكلمات المفتاحية: الشريعة الإسلامية، الفقه المالكي، قانون الأسرة، الطلاق.

Abstract

Algeria is one of the Islamic countries that adhered to Islamic law (Sharia) in the field of Family Legislations by adopting the Maliki-school doctrine, which is the main reference for people's worship and their dealings, especially those related to matters of marriage and divorce, which is evident through the Algerian Family Law No. 11 of 1984 whose issuance was crucial as it became the only legal framework that governs family relations. However, when Algeria entered the stage of political pluralism, a sharp dispute arose over the nature and identity of this law, as it witnessed an attempt of metamorphose and change at the hands of the secular Western group, which demanded dropping some provisions that are not in line with its whims, although these provisions are conclusive and indisputable. There were even ones who called for its total abolition and these criticisms necessitated legislative intervention which came in the form of Order 05/02 of 27/02/2005. Despite some regression, The sharia, through Maliki jurisprudence, remains the main legislative source for this Law , since most of its texts are based on it whether fully or partially. Therefore, this study came to show the extent to which the Algerian legislator adheres to the Maliki doctrine and the extent to which the latter is concentrated and present in the texts of the Algerian family law and especially when it comes to the provisions of divorce.

Key words : Islamic Law (sharia), Maliki school doctrine, Family Law, Divorce.