جامعة محمد بوضياف–المسيلة
كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية
قسم العلوم الإسلامية

الرقم التسلسلي: .....

رقم التسجيل:

المسائل المسكوت عنها في قانون الأسرة الجزائري

ـ الطلاق وأثاره أنموذجا ـ

مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر في العلوم الإسلامية

تخصص: شريعة قانون

إعداد الطالبتين:
– بوجلال صبرينة
– بشلالق إيمان

إشراف الدكتور:
– حمد بوجمعة

لجنة المناقشة

أ.د/ الزايدي أحمد	جامعة محمد بوضياف المسيلة	رئيسا
أ.د/ حمد بوجمعة	جامعة محمد بوضياف المسيلة	مشرفا ومقررا
د. سعودي جلول	جامعة محمد بوضياف المسيلة	مناقشا

السنة الجامعية: 2023–2024

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
People's Democratic Republic of Algeria
وزارة التعليم العالي و البحث العلمي
Ministry of Higher Education and Scientific Research
جامعة محمد بوضياف بالمسيلة
University Mohamed Boudiaf of M'sila
كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية
FACULTY OF HUMANITIES AND SOCIAL SCIENCES
جامعة محمد بوضياف - المسيلة
Université Mohamed Boudiaf - M'sila
Faculty of Humanities and Social Sciences
Vice-Deanship of the College for Studies and Student Issues
كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية
نيابة العمادة للدراسات والمسائل المرتبطة بالطلبة

وثيقة ايداع مذكرة ماستر

الموضوع: الكسائر المسكوت عنها في قانون الأسرة الجزائري - الطلاق وآثاره أنموذجا -

إعداد الطلبة:

1- جوجلال حسيبة رقم التسجيل: 221215079283

2- بسطلاوي ايمان حدة رقم التسجيل: 191935073883

القسم: **الشعبة:** التخصص:

إشراف: أ.د. بوحميد محمد **الرتبة:** استاذ تعليم عالي

أقر بأنني تابعت العمل المذكور أعلاه في جلسات إشرافية طيلة الموسم الجامعي: 2023-2024 وأسمح بإيداعه على مستوى ادارة القسم للمناقشة والتقييم.

موافقة وإمضاء الاستاذ(ة) المشرف(ة):

رئيس فريق الاختصاص

رئيس القسم

جامعة محمد بوضياف بالمسيلة
قسم العلوم الإسلامية
كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
People's Democratic Republic of Algeria
وزارة التعليم العالي و البحث العلمي
Ministry of Higher Education and Scientific Research
جامعة محمد بوضياف بالمسيلة
University Mohamed Boudiaf of M'sila

كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية
نيابة العمادة للدراسات والمسائل المرتبطة بالطلبة
Faculty of Humanities and Social Sciences
Vice-Deanship of the College for Studies and Student Issues

الرقم: / 2024

تصريح شرفي خاص بالالتزام بقواعد النزاهة العلمية لإنجاز بحث

انا الممضى ادناه :

السيد(ة): بوحيلال صبرينة

الصفة(طالب، استاذ باحث، باحث دائم): طالبة

الحامل لبطاقة التعريف الوطنية رقم: 119931001002970002

الصادرة بتاريخ: 2022.06.15 عن دائرة: أولاد دراج

المسجل بكلية: العلوم الإنسانية والإسلامية قسم: العلوم الإسلامية

تخصص: شريعة وقانون تحت رقم التسجيل: 222250792183

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

عنوانها: المسائل المسكوت عنها في قانون الأسرة الجزائري

- الطلاق وآثاره أنموذجا -

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

المسيلة في: 05/جوان/2024

امضاء المعني (ة):

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

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
People's Democratic Republic of Algeria
وزارة التعليم العالي و البحث العلمي
Ministry of Higher Education and Scientific Research
جامعة محمد بوضياف بالمسيلة
University Mohamed Boudiaf of M'sila

كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية
نيابة العمادة للدراسات والمسائل المرتبطة بالطلبة
الرقم: / 2024

Faculty of Humanities and Social Sciences
Vice-Deanship of the College for Studies and Student Issues

تصريح شرفي خاص بالالتزام بقواعد النزاهة العلمية لإنجاز بحث

انا الممضى ادناه :

السيد(ة): بقلاق عايمان حدة

الصفة(طالب، استاذ باحث، باحث دائم): طالبة

الحامل لبطاقة التعريف الوطنية رقم: 110001022022698000 3

الصادرة بتاريخ: 2024.04.13 عن دائرة: بوسعادة

المسجل بكلية: العلوم الإنسانية والاجتماعية قسم: العلوم الإسلامية

تخصص: شريعة وقانون تحت رقم التسجيل: 191935073883

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

عنوانها: المسائل الحسبية حول قضايا الأسرة الجزائري
- الطلاق وآثاره أنموذجا -

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

المسيلة في: 2024/06/05

امضاء المعني (ة):

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

شكر وتقدير

بسم الله الرحمن الرحيم

يقول النبي صلى الله عليه وسلم "من لا يشكر الناس لا يشكر الله"

نتقدم بأسمى عبارات الشكر والتقدير والاحترام والامتنان للأستاذ الدكتور حمد بوجمعة على مساعدته واشرافه واقتراحه لموضوع مذكرة التخرج ولما قدمه لنا من الدعم العلمي والتشجيع والتوجيه طوال مدة إنجازنا مذكرة التخرج فقد كان نعم المشرف ونعم المصحح رغم التزاماته المهنية

نأسأل الله له التوفيق والنجاح في جميع مساراته العلمية والمهنية

كما نتقدم بالشكر الجزيل إلى أعضاء لجنة المناقشة الموقرة

دون أن ننسى أساتذة كلية العلوم الإنسانية على كل ما قدموه لنا طيلة مشوارنا الدراسي.

ولا يفوتنا أن نرفع خالص الشكر إلى كل من ساعدنا لإنجاز هذا العمل من بعيد أو قريب

وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين، وصلى الله على أشرف المرسلين.

الإهداء

تحية شكر وعرفان إلى الشمعة التي لطالما احترقت لتضيء دربي إلى الشمس التي أقتبس منها نور حياتي لكي أمي أهدي نجاحي وأهبك حياتي أطال الله في عمرك.

إلى الذي وهبني كل شيء ولم يبخل عني بشيء إلى والدي الغالي بارك الله في عمره.

إلى سندي وقوتي وملاذي بعد الله، إلى من آثروني على أنفسهم، إلى من أظهروا لي ما هو أجمل من الحياة...إخوتي: عبد النور، جمال الدين، حمزة، محمد الهادي، أصيل حفظهم الله ورعاهم.

إلى اللواتي ولدتهن أمي، إلى ينابيع الصدق الصافي، إلى من معهم سعدت ومعهم في دروب الحياة سرت... قرة عيني أخواتي: مليكة، مسعودة، وردشان سدد الله خطاهن على الحق والإيمان.

إلى أبناء وبنات أخواتي كل باسمه ومقامه وهاج، مهيب، مغيث، جنة، مهجة، استهلال، أزاد، والدرة هبة الله.

إلى أزواج أخواتي: ناصر، بشير. وزوجة أخي آسيا.

إلى من جمعتني بهم أيام الدراسة فكان دربنا وهدفنا واحد، إلى من قضيت معهم أحلى اللحظات والأيام التي عشتها... صديقاتي تحفة حياتي: صبرينة، حياة، حنان، روميساء، عبير.

إلى كل من ساهم في إنجاح هذا العمل من قريب أو بعيد ولو بكلمة طيبة.

صبرينة

الإهداء

بسم الله الرحمان الرحيم: (وآخر دعواهم أن الحمد لله رب العالمين)

الحمد لله الذي ما نجحنا، وما علونا، إلا بعونه وفضله، وإليه ينسب الفضل والكمال والاكمال.

إلى هديتي من الله إلى من أسعى دوما لرضاهم،

إلى من كلله الله بالهيبة والوقار إلى من أحمل اسمه بكل افتخار أبي الغالي عيسى.

إلى من كان دعائها سر نجاحي وأمني أمي العزيزة جعنيط حفيظة.

إلى إخواني من أشد بهم أزري محبتا ووفاء، هم سندي وضلعي الثابت إخواني: أسامة، زكرياء، يوسف.

إلى من ساندوني بكل حب وزرعوا الثقة والإصرار داخلي، أخواتي المؤنسات الغاليات: خلود، مريم، إحسان.

إلى من جمعني الله به في الحياة إلى رفيق دربي من ساند خطاي المتعثرة، دعوتي وزوجي الكريم محمد.

إلى من شجعوني دائما للوصول إلى طموحاتي زميلاتي.

وأخيرا إلى كل من علمني ولهم الفضل الأكبر بعد الله.

مختصرات البحث

الرقم	الرمز	مدلول الرمز
01	﴿﴾	للآيات القرآنية
02	""	لمتن الحديث
03	()	التعاريف، المواد القانونية
04	د م ن	دون ذكر مكان النشر
05	د ت ن	دون ذكر تاريخ النشر
06	د ط	دون طبعة
07	ج	الجزء
08	ص	الصفحة
09	ط	الطبعة
10	ت	توفي

مقدمة

مقدمة:

الحمد لله رب العالمين، وأفضل الصلاة وأتم التسليم على سيدنا محمد، هاديا ومعلما ورحمة وكافة للناس أجمعين، وعلى آله الطيبين الطاهرين، وصحبه الغر الميامين.

يعتبر الزواج رابطة مقدسة تجمع الرجل بالمرأة على وجه شرعي أساسه المودة والرحمة والتفاهم لقوله تعالى: ﴿**وَمِنۡ ءَايَٰتِهِۦٓ أَنۡ خَلَقَ لَكُم مِّنۡ أَنفُسِكُمۡ أَزۡوَٰجٗا لِّتَسۡكُنُوٓاْ إِلَيۡهَا وَجَعَلَ بَيۡنَكُم مَّوَدَّةٗ وَرَحۡمَةٗۚ إِنَّ فِي ذَٰلِكَ لَأٓيَٰتٖ لِّقَوۡمٖ يَتَفَكَّرُونَ**﴾ [سورة الروم: الآية21].

فالأسرة تعتمد على الترابط وحسن المعاشرة والمعاملة الحسنة والتربية الجيدة وحسن الخلق وقد اعتبر الله سبحانه وتعالى عقد الزواج في كتابه ميثاقا غليظا لقوله تعالى: ﴿**وَكَيۡفَ تَأۡخُذُونَهُۥ وَقَدۡ أَفۡضَىٰ بَعۡضُكُمۡ إِلَىٰ بَعۡضٖ وَأَخَذۡنَ مِنكُم مِّيثَٰقًا غَلِيظٗا**﴾ [سورة النساء: الآية21].

غير أنه قد تطرأ على العلاقة الزوجية بعض المشاكل التي تؤدي إلى الطلاق ويترتب عن انحلال الرابطة الزوجية عدة آثار مثل العدة، الحضانة، النزاع حول متاع البيت، إلا أن هناك كثير من المواد في قانون الأسرة الجزائري يعتريها الغموض والقصور، مع أن بعضها عدل في حين لم تنظم العديد من المسائل التي سكت عنها قبل التعديل، والتي أغفل فيها كثيرا من الجوانب والتفاصيل التي كان من الضروري ذكرها والتطرق إليها فصار ذلك عائقا للقضاة عندما تطرح عليهم بعض المسائل المسكوت عنها ومما تقدم نطرح الإشكال الآتي:

ماهي المسائل التي سكت عنها قانون الأسرة الجزائري في الطلاق وآثاره؟

أهمية وأهداف الموضوع:

تكمن أهمية وأهداف الموضوع فيما يلي:

- النقص التشريعي في بعض مواد قانون الأسرة الجزائري.
- إماطة اللثام عن بعض المسائل التي لم ينص عليها قانون الأسرة وسكت عنها.
- قواعد قانون الأسرة من القوانين المهمة التي تعنى بتنظيم الفرد مع أسرته.
- زحزحة العوائق التي تعتري قانون الأسرة.

– الخروج بقواعد قانونية واضحة لا يشوبها الغموض ولا الإبهام.

أسباب اختيار الموضوع:

تم اختيار هذا الموضوع لأسباب متعددة:

– الرغبة الملحة في معالجة المواضيع المتعلقة بالنزاعات التي تقوم بين الزوجين بعد انحلال الرابطة الزوجية.

– ميولنا إلى دراسة هذا الموضوع لما له من أهمية في شؤون الأسرة.

– حداثة الموضوع والأهمية الكبيرة التي يتميز بها خصوصا أنه لم تتم دراسته من قبل على حد اطلاعنا.

– كثرة المنازعات القضائية في هذا المجال.

المنهج المعتمد للبحث:

اعتمدنا في دراستنا لهذا البحث على منهجين رئيسيين وهما:

– المنهج الوصفي: لقد استعملنا هذا المنهج والذي يتناسب مع كل الدراسات الفقهية والقانونية، وذلك من خلال توضيح بعض المفاهيم والتعريفات الخاصة بالطلاق وآثاره.

– المنهج الاستقرائي: هذا المنهج مهم في دراستنا، حيث هو المنهج الأساس الذي اعتمدنا عليه وذلك من خلال، البحث في المسائل التي سكت عنها قانون الأسرة الجزائري، وتطرقت إليها بعض التشريعات العربية والفقه الإسلامي.

الدراسات السابقة في موضوع البحث:

–أطروحة دكتوراه للطالب عماد شريفي بعنوان "المسائل المسكوت عنها في الزواج وانحلاله في قانون الأسرة الجزائري"، تخصص القانون الخاص، جامعة أحمد دراية، أدرار، كلية الحقوق والعلوم السياسية، نوقشت سنة 2021/2020 تطرق فيها الباحث لذكر لبعض المسائل التي غفل عنها قانون الأسرة، حاول فيها الإجابة عن الإشكالية الآتية: هل استطاع قانون الأسرة الجزائري حل المشكلات المستجدة في ظل عدم تعرضه وسكوته عن الكثير من المسائل المتعلقة بالزواج وانحلاله؟ واعتمد خلال معالجته لموضوع البحث الاستعانة بالمنهج

الاستقرائي، وتوصل إلى نتيجة منطقية مفادها أن، انفتاح قانون الأسرة الجزائري على كل المذاهب الفقهية يجعل الأحكام القضائية في بعض المسائل متضاربة، نتيجة اتباع كل اجتهاد قضائي لاتجاه فقهي يختلف عن باقي الاتجاهات، وتختلف دراستنا هذه على الدراسة السابقة، أن هناك مسائل لم يعطها اهتمام كبير، واكتفى بالتلميح لها كطلاق مريض مرض الموت، وإثبات الطلاق بحكم قضائي، وهناك مسائل لم يتطرق إليها كمسألة الإشهاد في الطلاق ومسألة ألفاظ الطلاق، أما فيما يخص الآثار المترتبة عن انحلال الرابطة الزوجية لم يتطرق لمسألة النزاع حول متاع البيت.

صعوبات البحث:

– قلة الأبحاث والدراسات في هذا المجال رغم أهميته باعتبار الأسرة اللبنة الأولى لأي مجتمع، بحيث لم نعثر على أي مرجع بعنوان المسائل المسكوت عنها في قانون الأسرة الجزائري غير لأطروحة الباحث المشار اليها.

– صعوبة الحصول على المراجع القانونية، التي كانت قليلة من حيث العدد والكم المعلوماتي.

–أغلب الدراسات القانونية كانت عبارة عن مقالات في مجلات ومذكرات.

– اتساع موضوع البحث مما يصعب حصره والإلمام بكل تفاصيله.

الخطة العامة لموضوع البحث:

وقد قسمنا هذا البحث وفق الخطة التالية:

المقدمة.

الفصل الأول: المسائل المسكوت عنها في الطلاق.

المبحث الأول: المسكوت عنه في الإشهاد في الطلاق.

المبحث الثاني: المسكوت عنه في شروط المطلق.

المبحث الثالث: المسكوت عنه في ألفاظ الطلاق.

الفصل الثاني: المسائل المسكوت عنها في آثار الطلاق.

المبحث الأول: المسكوت عنه في العدة.

المبحث الثاني: المسكوت عنه في الحضانة.

المبحث الثالث: المسكوت عنه في النزاع حول متاع البيت.

الخاتمة: تحوي مجموعة من النتائج والتوصيات.

الفصل الأول:

المسائل المسكوت عنها في الطلاق

وفيه ثلاث مباحث:

المبحث الأول: المسكوت عنه في الإشهاد في الطلاق

المبحث الثاني: المسكوت عنه في شروط المطلق

المبحث الثالث: المسكوت عنه في ألفاظ الطلاق

تمهيد:

تعد ظاهرة الطلاق من بين الظواهر التي يتعدى تأثيرها الفرد ليمس المجتمع ككل، من خلال نفاذها إلى أهم وحدة اجتماعية –الأسرة– الظاهرة التي تعتبر في حقيقتها مرحلة نهائية يلجأ إليها الزوجان لإنهاء العلاقة الزوجية، ورغم أهمية موضوع الطلاق، إلا أن القوانين الوضعية لم تعطه أي اهتمام، ومن جهة أخرى على الصعيد الاجتماعي، نلاحظ التزايد المستمر لنسبة الطلاق في مجتمعنا، مما يستدعي تفعيلا للنصوص المتعلقة بالطلاق، حتى يحمي الأسرة من التفكك على أن يكون ذلك في إطار الدين الإسلامي الذي هو مصدر للقانون، ولكن رغم تدخل المشرع الجزائري في تنظيمه للطلاق إلا أنه لم يوفق، فسكت قانون الأسرة الجزائري حال معالجته موضوع الطلاق عن مسائل كثيرة، وقد وقع اختيارنا على بعض منها وعليه فقد تناولنا في هذا الفصل بعض المسائل المسكوت عنها في الطلاق المتعلقة بمسألة الإشهاد في الطلاق في المبحث الأول، ثم مسألة شروط المطلق المسكوت عنها، وما يدخل في إطاره من طلاق السكران والمجنون وغيره...، في المبحث الثاني، وفي المبحث الثالث المسكوت عنه في مسألة ألفاظ الطلاق الثلاث.

المبحث الأول: المسكوت عنه الإشهاد في الطلاق

نظرا لعدم وضوح اتجاه المشرع الجزائري في باب الطلاق، ومدى تطابقه مع أحكام الشريعة الإسلامية، نجد أنه غفل عن العديد من المسائل كان علينا الرجوع إليها، وتوضيحها وتنظيم بعض الأمور المتعلقة بالطلاق وإشكالاته خاصة مسألة الإشهاد في الطلاق، وفي حقيقة الأمر أن مسألة الإشهاد على الطلاق، وإن كانت للوهلة الأولى بسيطة، إلا أنها تثير الكثير من الغموض، لأنها من بين المسائل التي لم يذكرها المشرع الجزائري وسكت عنها.

ولتوضيح المسألة قسمنا المبحث إلى مطلبين، المطلب الأول بينا فيه المقصود بالإشهاد في الطلاق، أما المطلب الثاني، فبينا فيه موقف المشرع الجزائري وبعض التشريعات من الإشهاد في الطلاق.

المطلب الأول: معنى الإشهاد في الطلاق

مسألة الإشهاد على الطلاق لا تكتسي غموض من الناحية الشرعية، لكن من الناحية القانونية تثير إشكالا من حيث موقف القضاء، إذا طلق الزوج زوجته بدون إشهاد على طلاقه، ولتوضيح هاته المسألة، كان علينا الرجوع إلى توضيح المقصود بالإشهاد في الطلاق، وحكمه، والحكمة منه، ثم بيان رأي الفقهاء في المسألة.

الفرع الأول: المقصود بالإشهاد في الطلاق وحكمه والحكمة منه

سنتطرق في هذا الفرع إلى بيان المقصود بالإشهاد أولا ثم حكمه والحكمة منه.

أولا: المقصود بالإشهاد في الطلاق

سنقوم بتعريف الإشهاد في الطلاق عند الفقهاء ثم في القانون

1-عند الفقهاء:

فالسنة أن يشهد شاهدين، لقوله تعالى: ﴿**وَأَشْهِدُوا ذَوَيْ عَدْلٍ مِنْكُمْ وَأَقِيمُوا الشَّهَادَةَ لِلَّهِ**﴾ [سورة الطلاق: الآية2]، قال بعض أهل العلم: المراد به الطلاق، وقال بعضهم: المراد به الرجعة، ولا مانع من كون الآية في الأمرين جميعًا فيشهد على طلاقها ويشهد على رجعتها، فإذا طلق أشهد حتى لا ينكر ذلك؛ فإن الشيطان قد يزين له الإنكار، فإذا أشهد كان

هذا من أسباب السلامة والعافية من طاعة الشيطان في إنكار الطلاق، وهكذا الرجعة، عليه أن يشهد على رجعتها؛ لأنه قد يتأخر في إبلاغ الزوجة فيكون الشهود بينة له، تعينه على حصول المطلوب من الرجعة[1]. ومنه فقوله تعالى: ﴿**يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاء فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا الْعِدَّةَ وَاتَّقُوا اللَّهَ رَبَّكُمْ لا تُخْرِجُوهُنَّ مِن بُيُوتِهِنَّ وَلا يَخْرُجْنَ إِلاَّ أَن يَأْتِينَ بِفَاحِشَةٍ مُّبَيِّنَةٍ وَتِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ وَمَن يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ لا تدْرِي لَعَلَّ اللَّهَ يُحْدِثُ بَعْدَ ذَلِكَ أَمْرًا، فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أو فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَأَشْهِدُوا ذَوَيْ عَدْلٍ مِّنكُمْ وَأَقِيمُوا الشَّهَادَةَ لِلَّهِ ذَلِكُمْ يُوعَظُ بِهِ مَن كَانَ يُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الآخِرِ وَمَن يَتَّقِ اللَّهَ يَجْعَل لَّهُ مَخْرَجًا**﴾ [سورة الطلاق، الآية 01-02].

هو أن الآية أتت في الإشهاد على الطلاق، والمقصود بها هو طلب الزوج من الشهود تحمل الشهادة على طلاقه لزوجته[2].

2- في القانون:

عرف الإشهاد بأنه: إخبار صدق لإثبات حق بلفظ الشهادة في مجلس القضاء، أو هو: إخبار حاكم عن علم ليقضي بمقتضاه[3].

3- الإشهاد على الطلاق في قانون الأسرة الجزائري:

سكت المشرع الجزائري عن تعريف الإشهاد على الطلاق ولم يعطي تعريف لا للإشهاد ولا للشهود في الطلاق بل ترك الأمر في هاته المسألة لاجتهادات القاضي حسب المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري.

---

[1]- عبد العزيز بن باز: أبو عبد الله عبد العزيز بن عبد الله بن الباز (ت1420هـ)، فتاوى نور على درب، كتاب باب الطلاق الرجعي، باب حكم الإشهاد على الطلاق، (د م ن)، (د ط)، (د ت ن)، ج22، الموقع الرسمي، رابط الموقع: https://binbaz.org.sa/ (الدخول بتاريخ: 10 مارس 2024، على الساعة: 11:42 صباحا)، ص308.

[2]- علي الزقيلي: علي محمود عبد الرحمن الزقيلي، حكم الإشهاد على الطلاق، كلية الشريعة، جامعة مؤتة، الأردن، (د.ط)، 2003، ص15.

[3]- صالح أحميد العلي، أحمد صويلح شليبك، الإشهاد على الطلاق في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية الكويتي، مجلة كلية دار العلوم، ص678.

ثانيا: حكم الإشهاد على الطلاق:

اختلف الفقهاء في حكم الإشهاد على الطلاق على رأيين:[1]

الرأي الأول: ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية، والمالكية، والشافعية، والحنابلة، وظاهر مذهب الظاهرية، والزيدية، والإباضية، إلى أن الإشهاد على الطلاق ليس واجبا، وإنما هو مندوب إليه، ومن ثم فالطلاق الذي لم يشهد عليه المطلق طلاق موافق للسنة، وواقع ومحتسب من عدد الطلقات التي يملكها الزوج على زوجته.

الرأي الثاني: ذهب الإمامية، ومفهوم كلام الظاهرية، وبعض المعاصرين، إلى أن الإشهاد على الطلاق واجب، وأن الطلاق الذي لم يشهد عليه طلاق بدعي لأن المطلق خالف أمر الله عز وجل في وجوب الإشهاد، وغير واقع، وليس محتسبا من عدد الطلقات التي يملكها الزوج على زوجته.

ثالثا: الحكمة من الإشهاد على الطلاق

مما لا شك فيه أن الدين الاسلامي لا يرغب في أي نوع من أنواع الفرقة لاسيما في العائلة والأسرة، وعلى الأخص في الزوجية بعدما أفضى كل منهما إلى الآخر، فالشارع الحكيم بحكمته يريد تقليل وقوع الطلاق والفرقة بتكثير قيوده، فالأمر إذا كثرت قيوده عز وجوده، فلهذا اعتبر الشاهدين العدلين للضبط أولا، وللتأخير والأناة ثانيا، عسى إلى أن يحضر الشاهدان يحصل عندهما الندم ويعودان للألفة[2].

يشير ذلك قوله تعالى: ﴿**لَا تَدْرِي لَعَلَّ اللَّهَ يُحْدِثُ بَعْدَ ذَلِكَ أَمْرا**﴾ [سورة الطلاق: الآية1]، فحضور الشهود العدول لا يخلو من موعظة حسنة فيكون بذلك للزوجين مخرج من الطلاق، كما يقوم على تسهيل الإثبات فيما لو وقع خلاف بين الزوجين وجحود الطلاق بل قد يمهد السبيل للصلح في كثير من الحالات.

---

[1] – عبد الحليم منصور، حكم الإشهاد على الطلاق وآثاره في ميزان الفقه الإسلامي، المركز الإعلامي لفقهاء الشريعة والقانون، (د م ن)، (د ط)، 28 يناير 2017، ص1.

[2] – كريمة عبود جبر، "عبد الهادي عبد الكريم، محددات الطلاق في الشريعة حكمها والحكمة منها"، مجلة أبحاث كلية التربية الاساسية، جامعة البصرة، كلية القانون، المجلد8، العدد2، 2009/01/22، ص145.

الفرع الثاني: رأي الفقهاء في مسألة الإشهاد على الطلاق

سنتطرق في هذا الفرع إلى بيان رأي الفقهاء القدامى أولا ثم الفقهاء المعاصرين ثانيا.

أولا: رأي الفقهاء القدامى في المسألة

قال تعالى: ﴿**فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أو فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَأَشْهِدُوا ذَوَيْ عَدْلٍ مِّنكُمْ وَأَقِيمُوا الشَّهَادَةَ لِلَّهِ ذَلِكُمْ يُوعَظُ بِهِ مَن كَانَ يُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الآخِرِ وَمَن يَتَّقِ اللَّهَ يَجْعَل لَّهُ مَخْرَجًا**﴾ [سورة الطلاق: الآية2].

لقد فهم الفقهاء القدامى، أن الآية إشارة إلى الأمر بالإشهاد، لكنهم اختلفوا في مقتضى أهو وجوب الإشهاد على الطلاق، أم على سبيل الندب فحسب؟

وللمفسرين آراء حيث: نقل الطبري عن ابن عباس في قوله تعالى: ﴿**وَأَشْهِدُوا ذَوَيْ عَدْلٍ مِّنكُمْ**﴾ [سورة الطلاق: الآية02]، عند الطلاق وعند المراجعة[1].

وقال القرطبي: (وأشهدوا أمر بالإشهاد على الطلاق، وقيل على الرجعة، والظاهر رجوعه إلى الرجعة لا إلى الطلاق...)[2].

أما فقهاؤنا فاختلفوا في مسألة الإشهاد على الطلاق إلى قولين[3].

القول الأول:

استحباب الإشهاد على الطلاق والندب إليه لا وجوبه،[4] حتى إذا طلق ولم يشهد وقع طلاقه وإليه ذهب الأئمة الأربعة أبو حنيفة ومالك والشافعي وأحمد وهذه شواهد من أقوالهم

---

[1] – محمد بن مبارك حكيمي، العتيق مصنف جامع لفتاوى أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم، (د م ن)، (د ط)، (د ت ن)، ج 23، ص 207.

[2] – عبد الرحمن بن علي الحطاب، فتح العلام في بيان مآخذ الأحكام، دار طيبة الخضراء، مكة المكرمة، دون تحقيق، ط1، 1444هـ/2023م، ص707.

[3] – فرحات إبراهيم الزنيقري، المسكوت عنه في قانون الزواج والطلاق الليبي بين أحكام القضاء وفتيا الفقهاء، مجلة الجامعة الأسمرية، الجامعة الأسمرية للعلوم الإسلامية، ليبيا، المجلد14، سبتمبر2010، ص272.

[4] – تمام عودة عبد الله العساف، "الإشهاد على الطلاق"، المجلة الأردنية في الدراسات الإسلامية، جامعة آل البيت عمادة البحث العلمي، الأردن، المجلد6، العدد2، 2010/12/31، ص37.

تدلل على ذلك أن الآية الكريمة: ﴿**فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أو فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَأَشْهِدُوا ذَوَيْ عَدْلٍ مِّنكُمْ وَأَقِيمُوا الشَّهَادَةَ لِلَّهِ**﴾ [سورة الطلاق: الآية02].

المراد بها الاستحباب ألا ترى أنه جمع بين الرجعة والفرقة وأمر بالإشهاد عليهما ثم الإشهاد على الفرقة مستحب لا واجب فكذلك على الرجعة[1].

والإشهاد على الطلاق، ليس بواجب فرضا عند جمهور أهل العلم ولكنه ندب وإرشاد واحتياط للمطلق كالإشهاد على البيع والإشهاد على الرجعة كذلك وقد قيل الإشهاد على الرجعة أوكد[2].

ويقول الشافعي في هذا: (لم ألقى مخالفا عنه من أهل العلم أن حراما أن يطلق بغير بينة على أنه والله تعالى أعلم دلالة اختيار لا فرض يعصى به من تركه ويكون عليه أداؤه إن فات في موضعه، وبسط الكلام فيه واحتملت الشهادة على الرجعة من هذا ما احتمل الطلاق)[3].

وليس من شروطها أي: الرجعة (الإشهاد) لأنها لا تفتقر إلى قبول، فلم تفتقر إلى شهادة، كسائر حقوق الزوج، ولأن ما لا يشترط فيه الولي لا يشترط فيه الإشهاد[4].

القول الثاني:

وجوب الإشهاد على الطلاق[5]، وممن ذهب إلى ذلك من الصحابة ابن عباس وعمران بن حصين ومن التابعين الإمام محمد الباقر وكذلك عطاء وابن جريج وابن سيرين وسعيد ابن المسيب رحمهم الله، ومن الفقهاء ذهب إلى هذا الرأي ابن حزم والشيعة الإمامية، ومن

---

[1] – السرخسي: شمس الأئمة محمد بن أحمد بن أبي سهل السرخسي (ت490هـ)، المبسوط، دار المعرفة، بيروت، لبنان، (د. ط)، (د. ت. ن)، ج 6، ص23.

[2] – القرطبي: أبو عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر (ت1273م)، الكافي في فقه أهل المدينة، تحقيق: محمد أحيد ولد ماديك الموريتاني، مكتبة الرياض الحديثة، المملكة العربية السعودية، ط2، 1400هـ/1980م، ج2، ص574.

[3]– البيهقي: أحمد بن الحسين بن علي بن موسى الخراساني البيهقي (ت458هـ)، معرفة السنن والآثار، تحقيق: عبد المعطي أمين قلعجي، جامعة الدراسات الإسلامية، باكستان، ط1، 1415هـ/1991م، ج14، ص 253.

[4]– البهوتي: أبو السعادات منصور بن يونس بن صلاح الدين (ت1051هـ)، كشاف القناع عن الإقناع، تحقيق: لجنة متخصصة في وزارة العدل، وزارة العدل في المملكة العربية السعودية، ط2، 1421هـ/2000م، ج 12، ص 411.

[5] – تمام عودة عبد الله العساف، مرجع سابق، ص37.

العلماء المعاصرين الدكتور محمد أبو زهرة، والأستاذ مصطفى الزرقاء، والدكتور بدران أبو العينين والدكتور علي الخفيف وهذه شواهد من أقوالهم تدلل على ذلك: "عن مطرف بن عبد الله أن عمران بن حصين سئل عن الرجل يطلق امرأته ثم يقع بها ولم يشهد على طلاقها ولا على رجعتها" فقال: "طلقت لغير سنة وراجعت لغير سنة أشهد على طلاقها وعلى رجعتها ولا تعد"[1].

وعن سفيان عن جريج عن عطاء قال الفرقة والرجعة بالشهود.

وجاء في المحلى لابن حزم: ولم يفرق الله بين المراجعة والطلاق في الإشهاد، فلا يجوز إفراد بعض ذلك عن بعض، وكان من طلق ولم يشهد ذوي عدل، أو رجع ولم يشهد ذوي عدل: متعدياً لحدود الله تعالى[2].

ثانيا: رأي الفقهاء المعاصرين

يرى بعض المعاصرين مثل على الخفيف، وأحمد شاكر، وأحمد السائح، وسعد الهلالي[3] وغيرهم، إلى أن الطلاق اللفظي لا يقع، حتى لو طلق الزوج زوجته ألف مرة إذا لم يشهد على طلاقه، فلا بد للزوج عند طلاقه من الذهاب مع زوجته ومعه اثنان من الشهود إلى المأذون ليتم طلاقه أمامهما ويوثق رسمياً، وبدون ذلك لا يقع الطلاق، وللزوجين أن يستمرا في حياتهما الزوجية وكأن شيئاً لم يكن.

واستدلوا بما يلي:

-أن الإسلام يعمل دوماً على حفظ تماسك الأسرة واستمرارها وتماسكها إلى أقصى درجة ممكنة حتى تحقق من الزواج الذي جعله آية من آياته قال تعالى: ﴿**وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُم**

---

[1] – أخرجه أبو داود: أبو داود سليمان بن الأشعث الأزدي (ت275هـ) في سننه، كتاب الطلاق، باب الرجل يراجع ولا يشهد، رقم الحديث 2186، سنن أبي داود، تحقيق: محمد محيي الدين عبد الحميد، دار الفكر، المكتبة العصرية، صيدا، بيروت، (د ط)، (د ت ن)، ج2، ص 257.

[2] – حسين بن عودة العوايشة، الموسوعة الفقهية الميسرة في فقه الكتاب والسنة المطهرة، دون تحقيق، المكتبة الإسلامية عمان، الأردن، ط1، 1423هـ، ج5، ص 297.

[3] – صالح أحميد العلي، أحمد صويلح شليبك، مرجع سابق، ص690.

مِّنْ أَنفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِّتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُم مَّوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَٰلِكَ لَآيَاتٍ لِّقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ﴾ [سورة الروم: الآية21].

وحجتهم: أن هذا حق، ولكن لا يمنع من وقوع الطلاق الذي شرعه الإسلام وأجمع العلماء على وقوعه بلا توثيق وإشهاد. والآية تدل على أن الزوجين يتوادان ويتراحمان من غير رحم ولا قرابة بينهما، وقد يعرض من تنافر الأخلاق وتجافيها ما لا يطمع معه في تكوين هذه العلاقة فاحتيج إلى الطلاق للتخلص من هذه الصحبة، لئلا تنقلب سبب شقاق وعداوة، فالتخلص قد يكون مرغوباً لكلا الزوجين[1].

– عمل الإسلام على إقامة الزواج على أساس متين من خلال الخطبة وعقد الزواج الذي وصفه الله بما فيه من إشهار وإشهاد وولي بقوله تعالى: ﴿**وَأَخَذْنَ مِنْكُمْ مِيثَاقًا غَلِيظًا**﴾ [سورة النساء: الآية21].

– فهل يعقل أن ينهدم هذا البنيان بكلمة في ساعة غضب أو حتى تهريج.

حجتهم: أن قياسه على إشهار النكاح والإشهاد عليه قياس مع الفارق، لا يصح، فالزواج عقد بين الزوجين لا يقع إلا بموافقة الزوجة، ووجود الشهود كغيره من العقود، أما الطلاق فليس بعقد وإنما هو تصرف بإرادة منفردة من قبل الزوج، فلا يشترط لوقوعه موافقة الزوجة، والزوج يوقع الطلاق في حال الخصومة مع زوجته وفي حال الغضب، ولا يتصور وقوع الطلاق من الزوج في حال الرضا، علماً بأنه ليس كل غضب يقع فيه الطلاق، فالزوج عند الغضب إذا لم يتغير عقله ولا ذهنه، ويعلم ما يقول ويقصده، ففي هذه الحالة طلاقه يقع، وهذا هو الغالب في طلاق الرجال[2].

[1] – صالح أحميد العلي، أحمد صويلح شليبك، مرجع سابق، ص 691.

[2] – المرجع نفسه، ص 291.

المطلب الثاني: المسكوت عنه في الإشهاد عن الطلاق وموقف بعض التشريعات العربية.

مسألة الإشهاد على الطلاق من بين المسائل التي لم يذكرها المشرع الجزائري وسكت عنها، وعليه تناولنا المسكوت عنه في مسألة الاشهاد في الطلاق في الفرع الأول، ثم انتقلنا إلى موقف بعض التشريعات من المسألة في الفرع الثاني

الفرع الأول: المسكوت عنه في مسألة الإشهاد في الطلاق

سكت المشرع الجزائري عن مسألة الأشهاد على الطلاق كلها، فبالرجوع لقانون الأسرة الجزائري رقم 11/ 48 في آخر تعديله بالأمر 02/05 خاصة المادة 49:(لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح يجربها القاضي دون أن تتجاوز مدة ثلاث أشهر ابتداءً من تاريخ رفع الدعوى)[1].

فنجد أن المشرع الجزائري ألزم ليكون الطلاق واقعاً وموجدا من الناحية القانونية، لابد من استيفاء إجراءين هامين: فالأول هو إجراء الصلح الذي يجريه القاضي خلال مدة ثلاثة أشهر من تاريخ رفع الدعوى، والثاني هو إصدار الحكم بالطلاق فلا يكون الطلاق موجوداً كما لا يمكن إثباته إلا بحكم قضائي ينص على أن فلانا طلق فلانة، ورغم ذلك سكت المشرع الجزائري على مسألة الإشهاد في الطلاق[2].

وبالرجوع للفقه المالكي المعتمد في القطر الجزائري نجد أنه لا يوجب الإشهاد على الطلاق بل يحمله على الاستحباب إلا أنه فرض على القاضي قبل الحكم بالطلاق أن يتأكد من إرادة الزوج في طلب الطلاق حسب المادة 450: (يتأكد القاضي من إرادة الزوج في

---

[1] – المادة 49 من قانون الأسرة الجزائري المعدل، قانون رقم 11-84 مؤرخ في 9 رمضان عام 1404 الموافق 9 يونيو 1984 يتضمن قانون المعدل والمتمم، الديوان الوطني للأشغال التربوية، ط4، 2005، ص 12.

[2] – خديجة قطاف، الإشهاد في الطلاق –دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري–، مذكرة ماستر، تخصص الأحوال الشخصية، جامعة الجلفة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2014/2013، ص46.

طلب الطلاق، ويأمر باتخاذ كل التدابير التي يراها لازمة في ذلك)[1]، من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ولا يخفى أن الزوج الذي يقدم شاهدين على طلاقه فقد أكد نيته بما لا يدع مجالا للشك[2].

سكت المشرع الجزائري عن الإشهاد في الطلاق ولم يصرح به في مادة قانونية في قانون الأسرة، رغم أن المادة 450 تشير إلى إلزامية وجوب الإشهاد في الطلاق قبل الحكم بالطلاق، حيث كان من الواجب لرفع الغموض أن تكون في هاته المسألة مادة قانونية ظاهرة، تضبط إجراءات ما بعد الحكم بالطلاق أمام الشهود.

كذلك يجب تعديل قانون الأسرة الجزائري، في المادة 49 وأن نقيده بما إذا لم يتم الإشهاد عليه أو توثيق الطلاق، فهنا يصح العمل بمقتضى هذه المادة، لأن قيام القاضي بإعلان الحكم يتم أمام الشهود، فتحسب العدة من يوم النطق بالحكم حينئذ، وأما إذا تم الإشهاد عليه أو توثيق الطلاق، فالنص مسوغا شرعيا للعمل بهذه المادة، لأن حكم القاضي في هذه الحالة يكون كاشفا للطلاق لا منشئا له[3].

الفرع الثاني: موقف بعض التشريعات العربية

بالرجوع لبعض التشريعات العربية نجد أنها قد نصت على الإشهاد، مثلما ذكر في مدونة الأسرة المغاربية حيث نصت عليه صراحة في المادة 79 من مدونة الأسرة المغربية والتي جاء فيها: (يجب على من يريد الطلاق أن يطلب الإذن من المحكمة بالإشهاد به لدى عدلين منتصبين لذلك، بدائرة نفوذ المحكمة التي يوجد بها بيت الزوجية، أو موطن الزوجة، أو التي أبرم فيها عقد الزواج حسب الترتيب. يتضمن طلب الإذن بالإشهاد على الطلاق،

[1] – المادة 405 من القانون رقم 09/08، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مؤرخ في 18 صفر عام 1429هـ/ الموافق لـ 25 فبراير سنة 2008، الجريدة الرسمية، ص 38.

[2] – خديجة قطاف، مرجع سابق، ص 46.

[3] – محمد بن زعمية، "تقييد الطلاق بحكم القضاء: دراسة تأصيلية للمادة 49 من قانون الأسرة الجزائري على ضوء الفقه الإسلامي"، مجلة الجامعة الإسلامية، جامعة العفرون، البليدة، الجزائر، المجلد10، العدد01، يناير 2019م، ص90.

هوية الزوجين ومهنتهما وعنوانهما، وعدد الأطفال عند الاقتضاء، وسنهم ووضعهم الصحي والدراسي)[1].

وطبقاً لأحكام مدوّنة الأسرة، يجب على من يريد الطلاق أن يطلب الإذن من المحكمة بالإشهاد به لدى عدلين منتصبين لذلك بدائرة نفوذ المحكمة التي يوجد بها بيت الزوجية، أو موطن الزوجة، أو محل إقامتها أو التي أبرم فيها عقد الزواج حسب الترتيب.

ورد في نص المادة 21 من القانون المصري الجديد بأنه:(لا يعتد في إثبات الطلاق عند الإنكار إلا بالإشهاد والتوثيق)[2].

حسب هذا القانون الجديد، فإن الطلاق لا يعتد به إلا بالإشهاد عليه وتوثيقه، وذلك أسوة بالزواج، الذي لا يعتد به قانونا إلا بتوثيقه في ورقة رسمية، وذلك تنافيا لمشاكل عديدة منها أن بعض الأزواج ينكرون إيقاع الطلاق على الزوجة لأغراض في أنفسهم، أما بهذا النص الجديد المستحدث في هذا القانون، فإنه إذا أوقع الزوج الطلاق لفظا على زوجته ورفض توثيقه أو الإشهاد عليه فإن الزوجة لا تعد مطلقة.

وهذا الأمر يترتب عليه منع الأزواج من استخدام لفظ الطلاق بسهولة ولأسباب غير مناسبة كالتهديد بعدم الخروج أو غيره وبذلك يصبح استخدام لفظ الطلاق في موضوعه الصحيح ألا وهو الاتفاق النهائي على إنهاء العلاقة الزوجية مما يعيد الاحترام لهذه العلاقة ويمنع العبث بها لأسباب تافهة[3].

وذكر في القانون الليبي، في نص المادة 111 من قانون الأحوال الشخصية الليبي لسنة 1972 يقضي: بأن الطلاق لا يقع إلا بحضور شاهدين، حيث جاء في المذكرة التفسيرية لهذه المادة بأن الإشهاد على الطلاق ضرورة يقتضيها الظرف الذي نعيشه جاء

---

[1] – مدونة الأسرة المغربية، قسم الطلاق، المادة 79، صيغة محينة بتاريخ 29 يوليو 2021، ص50.

[2] – المادة 21 من القانون المصري (الجريدة الرسمية)، العدد: 4 (مكرر)، 29 يناير 2000، قانون رقم 1 لسنة 2000، بإصدار قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية، ص 15.

[3] – يوسف إبرام، مقال حول بحث قانوني عن الإشهاد في الطلاق، أبحاث قانونية في جميع مجالات القانون في الدول العربية مكتبة البحوث القانونية الدولية، يناير 2017، موقع المحاماة نت، رابط الموقع: https://www.mohamah.net/law/، (الدخول بتاريخ: 24 مارس 2024، على الساعة: 14:15).

أيضا التماس الشهود العدول يستلزم وقتا لتهدأ فيه الأعصاب، فلا يتم الطلاق عادة كما أن صلات الأسرة بل تتعرض الجحود ناهيك عن تدخل الشاهدين في إصلاح ذات البين وهذا مسلك حسن[1].

ومن التشريعات من تركت مسألة الطلاق بيد الزوج ولم تلحقها بالقضاء إلا بإجراء إداري ومن ذلك ما نص عليه قانون الأحوال الشخصية الأردني في المادة 80 منه:(يكون الزوج أهلا للطلاق إذا كان مكلفا)[2].

ونص القانون السوري في المادة 305 على أن كل من لم يرد فيه نص يرجع فيه إلى القول الراجح في المذهب الحنفي[3].

ومنه: حسب ما تناولته بعض التشريعات العربية في مسألة الإشهاد نجد أن المشرع الجزائري على عكس التشريعات حيث لم يرد نص قانوني صراحة في قانون الأسرة الجزائري ينص على الإشهاد في الطلاق.

ومما سبق يمكننا القول أن الإشهاد في الطلاق كنص ظاهري، في قانون الأسرة الجزائري مسكوت عنه، والمعمول به في القطر الجزائري هو المذهب المالكي، فنأخذ الإشهاد في الطلاق أمر مستحب إليه، وربما يكون هذا سببا لعدم ذكر نص صريح في قانون الأسرة في مسألة الإشهاد في الطلاق[4]، لكن بما أنه يلاحظ عمليا خاصة في مسألة إثبات الطلاق الخارج ساحة القضاء أن المشرع الجزائري يلجأ للإشهاد كوسيلة من وسائل الإثبات وجب عليه أن ينص على الإشهاد بنص ظاهري كما فعلت بعض التشريعات، وأن يعتنق المشرع

[1] – المذكرة التفسيرية، لنص المادة 111 من مشروع قانون الاحوال الشخصية الليبي، سنة 1972، مطبوع على آلة كتابة، ص134.

[2] – المادة 80 من قانون الأحوال الشخصية الأردني وتعديلاته، رقم (15) لسنة 2019، الباب الرابع، انحلال عقد الزواج، فصل الطلاق.

[3] – المادة 305، من قانون الأحوال الشخصية في الجمهورية العربية السورية، (1953/59)، المرسوم التشريعي رقم 59 تاريخ 1953/9/7، ص36.

[4] – خديجة قطاف، مرجع سابق، ص47.

الجزائري الرأي الفقهي، القائل بضرورة وجود شاهدي عدل، يسمعان الطلاق الذي يوقعه الزوج، حتى يحسب على الزوج من عدد الطلقات التي يملكها.

المبحث الثاني: المسكوت عنه في شروط المطلق

وضعت الشريعة الإسلامية ضوابط متينة لصيانة العلاقة الزوجية، لكن قد تعتري هذه العلاقة مشكلات عويصة لا يمكن حلها، فتحول دون استمراريتها ولا علاج لها إلا بالفرقة ويكون لكلا الزوجين الحق في الطلاق، لكن لا يمكن إيقاع الطلاق إلا إذا توفرت بعض الشروط، وعليه فإن التطرق لبعض المسائل المسكوت عنها في شروط الزوج المطلق، يوجب ذكر ماهية هاته الشروط في المطلب الأول ثم ذكر موقف المشرع المسكوت عنه في المطلب الثاني.

المطلب الأول: شروط المطلق في الفقه الإسلامي

حتى يقع الطلاق صحيحا، وجب توفر شروط ليرتب آثاره الشرعية والقانونية، وشروط المطلق لا تشكل غموض من الناحية الفقهية وعليه سنتطرق في هذا المطلب إلى ذكر حكم شروط المطلق من الناحية الفقهية في الفرع الأول ثم ذكر شروط المطلق الناحية في الفرع الثاني.

الفرع الأول: حكم شروط المطلق

يعتبر الزوج: هو الأصل[1]، في إيقاع الطلاق وذلك لما جاءت به أكثر الآيات القرآنية، التي أعطته الأحقية في إيقاعه[2]، يقول الله تعالى: ﴿**فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِن بَعْدُ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ ۗ فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَن يَتَرَاجَعَا إِن ظَنَّا أَن يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ ۗ وَتِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ يُبَيِّنُهَا لِقَوْمٍ يَعْلَمُونَ**﴾ [سورة البقرة: الآية230].

والشريعة لما ملكت الطلاق للزوج وأعطته الحق في إيقاعه، جعلت له ضوابط وقيود، حتى لا يتمادى الزوج في الطلاق، فيخرب بيده أسرة متماسكة هي خلية من خلايا المجتمع الإسلامي المكون للأمة المسلمة وكذلك أصل حق الزوج في ملكيته.

---

[1] – عماد شريفي، المسائل المسكوت عنها في الزواج وانحلاله في قانون الأسرة الجزائري، أطروحة دكتوراه، تخصص القانون الخاص، جامعة أحمد دراية، أدرار، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2021/2020، ص191.

[2] – محمد كمال الدين أمام، الأحوال الشخصية للمسلمين–دراسة فقهية وتشريعية وقضائية– الزواج، الطلاق، الخلع، الحضانة–، دار المطبوعات الجامعية، مصر، (د. ط)، 2013، ص 321.

عن ابن عباس رضي الله عنه قال: أتى النبي صلى الله عليه وسلم رجل فقال: يا رسول الله إن سيدي زوجني أمته وهو يريد أن يفرق بيني وبينها قال فصعد رسول الله صلى الله عليه وسلم المنبر فقال: "يا أيها الناس ما بال أحدكم زوج عبده أمته ثم يريد أن يفرق بينهما، إنما الطلاق لمن أخذ بالساق"[1].

المقصود أن الذي يملك الطلاق هو الزوج، لأنه يملك الساق، والساق كناية عن الجماع، ووجب كما سبق وذكرت التنبيه أن الشارع إن أعطى هذا الحق للزوج بالمقابل أعطى للزوجة حقوقا أخرى، كحرية الاختيار في الزواج، وحق التفريق للضرر، وحق الخلع إن هي تضررت فعلا، وهي كلها وسائل علاج لدفع الضرر عن الزوجة المتضررة من الزوج[2].

لا يملك الزوج إيقاع الطلاق إلا إذا توافرت فيه جملة شروط: وهي أن يكون بالغاً عاقلاً، مختاراً قاصداً إيقاع الطلاق[3].

الفرع الثاني: شروط المطلق

لا يملك الزوج إيقاع الطلاق إلا إذا توافرت فيه جملة من الشروط وهي كالآتي:

أولا: أن يكون زوجًا

أي أن بينه وبين من يريد تطليقها عقد زواج صحيح، فلو قال –قبل أن يتزوجها–: إذا تزوجت فلانة فهي طالق فلا عبرة بقوله ولا يعتد به[4]، لحديث عمرو بن شعيب عن أبيه

---

[1] – أخرجه الدارقطني: أبو الحسن علي بن عمر بن أحمد بن مهدي (ت385هـ) في سننه، كتاب النكاح، رقم الحديث3991. سنن الدارقطني، تحقيق: شعيب الأرنؤوط وآخرون، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ط1، 1424هـ/2004م، ج5، ص67.

[2] – إمام محمد كمال الدين، مرجع سابق، ص 322.

[3] – بن صغير محفوظ، دروس ومحاضرات في مقياس فك الرابطة الزوجية، انحلال الرابطة الزوجية بالطلاق، ألقيت على طلبة سنة أولى ماستر قانون الأسرة، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، ص13.

[4] – صهيب عبد الجبار، الجامع الصحيح للسنن والمسانيد، (د م ن)، (د ط)، 2014، ج35، ص194.

عن جده قال: قال رسول الله صلى الله عليه: "لا نذر لابن آدم فيما لا يملك ولا عتقا فيما لا يملك، ولا طلاق له فيما لا يملك"[1] فلا يملك الرجل طلاقًا، إلا إذا كان زوجًا.

قال الله تعالى: ﴿**يا أيها الذين آمنوا إذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن**﴾ [سورة الأحزاب: الآية49]، فذكر الطلاق بعد النكاح.

ثانيا: شرط البلوغ

اشترط الجمهور، سوى الحنابلة، في الزوج المطلق أن يكون بالغاً، فلا يقع طلاق الصبي وإن كان عاقلاً لأن الطلاق لم يشرع إلا عند خروج النكاح من أن يكون مصلحة، وإنما يعرف ذلك بالتأمل، والصبي لاشتغاله باللهو واللعب لا يتأمل، فلا يعرف وجه المصلحة فلا يقع طلاقه.

وقال الحنابلة: يصح الطلاق من زوج عاقل مختار ولو مميزا يعقل الطلاق، ولو كان الصبي المميز دون عشر سنين[2]، لما ثبت عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ قَالَ: أَتَى النَّبِيَّ، رَجُلٌ فَقَالَ يَا رَسُولَ اللَّهِ إِنَّ سَيِّدِي زَوَّجَنِي أَمَتَهُ وَهُوَ يُرِيدُ أَنْ يُفَرِّقَ بَيْنِي وَبَيْنَهَا قَالَ فَصَعِدَ رَسُولُ اللَّهِ الْمِنْبَرَ فَقَالَ: "يَا أَيُّهَا النَّاسُ مَا بَالُ أَحَدِكُمْ يُزَوِّجُ عَبْدَهُ أَمَتَهُ ثُمَّ يُرِيدُ أَنْ يُفَرِّقَ بَيْنَهُمَا إِنَّمَا الطَّلَاقُ لِمَنْ أَخَذَ بِالسَّاق"[3].

وقوله عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ قَالَ: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ: "كُلُّ طَلَاقٍ جَائِزٌ إِلا طَلَاقَ الْمَعْتُوهِ الْمَغْلُوبِ عَلَى عَقْلِه"[4]، وعن علي بن أبي طالب: اكتموا الصبيان النكاح فيفهم منه أن فائدته أن لا يطلقوا.

---

[1] – أخرجه أحمد: أبو عبد الله أحمد بن محمد بن حنبل (ت241هـ) في مسند المكثرين بين الصحابة، مسند بن عبد الله بن عمرو بن العاص رضي الله عنهما، رقم الحديث 6769. مسند الإمام أحمد، تحقيق: محمد الأرنؤوط، مؤسسة الرسالة، ط1، 1421هـ/2001م، ج11، ص381.

[2] – بن صغير محفوظ، مرجع سابق، ص13.

[3] – سبق تخريجه، ص20.

[4] – أخرجه الترميذي: محمد بن عيسى بن سورة بن موسى السلمي (ت 279هـ) في سننه، كتاب الطلاق، باب ما جاء في طلاق المعتوه، رقم الحديث: 1191. الجامع الصحيح، تحقيق: بشار عواد معروف، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط1، 1996، ج2، ص481.

ولأن طلاق الصبي المميز طلاق من عاقل صادف الطلاق فوقع كطلاق البالغ. ومعنى كون الصبي المميز يعقل الطلاق هو أن يعلم أن زوجته تبين منه، وتحرم عليه إذا طلقها.

ثالثا: شرط العقل

ويشترط في الزوج المطلق أن يكون عاقلاً، فلا يقع طلاق المجنون لقوله: "رُفِعَ الْقَلَمُ عَنْ ثَلَاثَةٍ عَنْ النَّائِمِ حَتَّى يَسْتَيْقِظَ وَعَنْ الْمُبْتَلَى حَتَّى يَبْرَأَ وَعَنْ الصَّبِيِّ حَتَّى يَعْقِلَ"[1]، والعقل شرط أهلية التصرف؛ لأن به يعرف كون هذا التصرف مصلحة أم لا؟ قال ابن قدامة الحنبلي: (أجمع أهل العلم على أن زائل العقل بغير سكر، أو ما في معناه، لا يقع طلاقه)[2].

1-الملحقون بالمجنون

- النائم.
- المعتوه.
- المبرسم.[3]
- المغمى عليه.
- المدهوش.

فلا يصحُّ طلاق المجنون والمعتوه، لفقدان أهلية الأداء في الأول، ونقصانها في الثاني، ويدل على ذلك الحديث المتقدم: "رفع القلم عن ثلاثة... وعن المجنون حتى يعقل"[4]. وفي حديث ماعز -لما اعترف للنبي صلى الله عليه وسلم بالزنا- قال النبي صلى الله عليه

---

[1] - أخرجه أبو داود (ت275هـ) في كتاب الحدود، باب المجنون يسرق أو يصيب حدا، رقم الحديث: 4399، مرجع سابق، ج6، ص452.

[2] - بن صغير محفوظ، مرجع سابق، ص13.

[3] - البرسام لفظ معرب (بكسر الباء): علة، وهي ورم حار في الحجاب الذي بين الكبد والأمعاء ثم يتصل بالدماغ في هذي منها المريض (أحمد رضا، معجم متن اللغة، دار مكتبة الحياة، بيروت، (د ط)، 1377هـ/1958م، ج1، ص272).

[4] - سبق تخريجه، ص22.

وسلم لـه: "أبك جنون؟ ..."[1]. فدلَّ على أن الإقرار من المجنون لا يصح، فكذلك سائر التصرفات والإنشاءات وقال عليُّ بن أبي طالب: "كل الطلاق جائز إلا طلاق المعتوه"[2]؛ والمراد بالمعتوه هنا: الناقص العقل فيدخل فيه الطفل والمجنون والسكران، هذا في الجنون الدائم المطبق، أما الجنون المتقطع، الذي يغيب فترة عن صاحبه ثم يعود إليه، فإن طلَّق حال جنونه لم يقع، وإن طلق حال إفاقته وقع لكمال أهليته وقد ألحق العلماء بالمجنون: النائم والمغمى عليه والمدهوش لانعدام الأهلية لديهم وللحديث المتقدم[3].

2- طلاق السكران

عامة الفقهاء أو جمهورهم يفرقون بين سكران بطريق محظور، وبين سكران بطريق غير محظور، فمن سكر بطريق غير محظور كالذي شرب شراباً فأسكره، أو تناول دواء فغيب عقله، أو تناول مسكراً ولم يعلم أنه مسكر فأسكره أو أُكره على الشراب، إذا طلق لم يقع طلاقه؛ لأنه زائل العقل حقيقة فيلحق بالمجنون لأن زوال عقله لم يكن بسبب منه ولا اختيار، وبهذا صرح الفقهاء ولا خلاف في ذلك كما قال ابن قدامه الحنبلي.

أما إذا سكر بطريق محظور بأن تناول المسكر، مع علمه بأنه مسكر، وطلق في حال سكره فهل يقع طلاقه أم لا؟ اختلاف بين الفقهاء، فمنهم من قال بإيقاعه وهم جمهور الفقهاء من الحنفية والشافعية والمالكية والحنابلة والزيدية على سبيل التعزير، ومنهم من لم يقل بوقوعه. وهذا قول الظاهرية واختيار الكرخي والطحاوي من فقهاء الحنفية وهو كذلك اختيار ابن تيمية، وحجتهم أن هذا غائب عنه عقله بالسكر ويعاقب بعقوبة واحدة هي الجلد[4].

---

[1] – أخرجه البخاري: أبو عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري (ت256هـ) في صحيحه، كتاب الطلاق، باب الطلاق في الإغلاق...، رقم الحديث: 5260. صحيح البخاري، دار التأصيل، القاهرة، ط1، 1433هـ/2012م، ج7، ص124.

[2] – سبق تخريجه، ص22.

[3] – أبو مالك كمال بن السيد سالم، صحيح فقه السنة وأدلته وتوضيح مذاهب الأئمة، المكتبة التوفيقية، القاهرة، مصر، (د.ط)، 2003، ج3، ص 237.

[4] – عبد الكريم زيدان (ت2014م)، الوجيز في أصول الفقه، مؤسسة قرطبة، صنعاء، اليمن، ط1، 11 أكتوبر 2004. ص2.

رابعا: القصد والاختيار

والمراد به هنا: باختياره من غير إجبار، ولو لم ينوه، فلا يقع طلاق فقيه يُعلِّم طلابه ولا حاك عن نفسه أو غيره، لأنه لم يقصد معناه وإنما قصد التعليم أو المقصود بكون المطلق مختارا كونه غير مكره على الطلاق من قبل الغير؛ لأن الإكراه يفسد الاختيار ويعدم الرضا، فلا يقع به الطلاق[1].

1- لا يقع طلاق المكره عند الجمهور

ذهب جمهور الفقهاء إلى عدم وقوع طلاق المكره، وهذا مذهب كثير من الصحابة وجماهير علماء الإسلام.

وذهب إلى وقوع طلاق المكره بعض فقهاء الحنفية، وبعض الفقهاء كالشعبي والزهري. والصحيح أن المكره لا إرادة له ولا اختيار، وهما أساس التكليف، والمعلوم أن من أكره على النطق بكلمة الكفر لا يكفر، فكذلك الطلاق[2].

2- طلاق الهازل

الهازل هو من يتلفظ قاصداً، ولكن لا يريد موجبه وهو وقوع الطلاق. فمن الفقهاء من قال بوقوعه ومنهم من قال بعدم وقوعه.

وقول الجمهور: أنه يقع طلاق الهازل كما هو صريح الحديث النبوي الشريف حفظاً لأحكام الشرع من العبث واللعب بها، ومسائل النكاح والطلاق فيها حل وحرمة وتتعلق بالفروج، وصيانتها واجب، ومن لوازم صيانتها منع جعلها موضوعاً للهزل واللعب.

والقائلون بوقوع طلاق الهازل: هم عامة العلماء، قال ابن المنذر:(أجمع كل من حفظ عنه من أهل العلم على أن جد الطلاق وهزله سواء)، وروي هذا عن عمر بن الخطاب وابن

[1] – أبو مالك كمال سيد سالم، مرجع سابق، ص241.

[2] – أحمد الخليل، شرح زاد المستنقع، دار ابن الجوزية، (د م ن)، (د ط)، (د ت ن)، ج5، ص308.

مسعود، ونحوه عن عطاء وبه قال الشافعي وأبو عبيد، وهو قول سفيان الثوري وأهل العراق[1].

3- طلاق الغضبان

قال: ابن قيم الجوزي رحمه الله، الغضب على ثلاثة أقسام[2]:

أحدهما: ما يزيل العقل، فلا يشعر صاحبه بما قال، وهذا لا يقع طلاقه بلا نزاع؛ روى أبو داود عن عائشة قالت سمِعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول: "لا طلاق ولا عتاق في غلاق"[3].

الثاني: ما يكون في مباديه بحيث لا يمنع صاحبه من تصور ما يقول وقصده، فهذا يقع طلاقه.

الثالث: أن يستحكم ويشتد به، فلا يزيل عقله بالكلية، ولكن يحول بينه وبين نيته بحيث يندم على ما فرط منه إذا زال، فهذا محل نظر، وعدم الوقوع في هذه الحالة قوي متجه.

الرأي الراجح: بالنسبة للقسم الثالث، هو عدم وقوع الطلاق[4].

4- طلاق المخطئ:

إذا أخطأ الرجل فيما يريد النطق به، كأن يريد أن ينادي زوجته باسمها فيسبق لسانه إلى النطق بكلمة (طالق) مخاطبا إياها بهذا اللفظ، أو أنه يتكلم بما يدل على الطلاق وهو لا يقصد النطق به ولكن لسانه سبق إلى ما نطق به.

---

[1] – عبد الله الطيار: أبو محمد عبد الله بن محمد بن أحمد بن عبد المحسن الطيار (ت840هـ)، الفقه الميسر، مدار الوطن، الرياض، المملكة العربية السعودية، ط2، 1433هـ/2012م، ج5، ص99.

[2] – ابن القيم الجوزية: أبو عبد الله شمس الدين محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد (ت1350م)، إغاثة اللهفان في حكم طلاق الغضبان، تحقيق: عبد الله بن حسن بن القائد، دار عطاءات العلم، الرياض، ط5، 1440هـ/2019م، ص20.

[3] – رواه أبو داود (ت275هـ) في سننه، كتاب الطلاق، باب في الطلاق على غلط، رقم 2193، مرجع سابق ج7، ص209.

[4] – ابن القيم الجوزية (ت1350)، زاد المعاد في هدي خير العباد، تحقيق: علي بن محمد العمران، محمد عزيز الشمس، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط26، 1412هـ/1992م، ج5، ص215.

والجمهور: على عدم وقوع طلاق المخطئ، إذا ثبت لدى القاضي بأنه أخطأ في التلفظ بلفظ الطلاق بينما يرى الأحناف أنه يعامل به قضاء، وأما ديانة فيما بينه وبين ربه، فلا يقع طلاقه[1].

ودليلهم في هذا قوله تعالى: ﴿**وَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ فِيمَا أَخْطَأْتُم بِهِ وَلَكِن مَّا تَعَمَّدَتْ قُلُوبُكُمْ**﴾ [سورة الأحزاب: الآية05].

المطلب الثاني: شروط المطلق المسكوت عنها وموقف بعض التشريعات

سكت المشرع الجزائري في قانون الأسرة عن شروط المطلق وغفل عنها في حين نجد أن بعض التشريعات نصت عليه صراحة في نصوصها، ولبيان موقف المشرع من المسألة تطرقنا في الفرع الأول إلى ذكر شروط المطلق المسكوت عنها ثم بيان موقف بعض التشريعات في الفرع الثاني.

الفرع الأول: شروط المطلق المسكوت عنها حسب قانون الأسرة الجزائري.

نص المشرع الجزائري في المادة 48 من (ق أ ج) 02/05: (يحل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج أو بالتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة بحدود ما ورد في المادتين 53 و54 من هذا القانون).

أولا: شرط البلوغ

حسب المادة السابقة، ذكر المشرع صور الطلاق في حين سكت ولم يذكر التفاصيل الأخرى المتعلقة بشرط البلوغ[2].

ويرجح سبب سكوت القانون على شرط البلوغ في إيقاع الطلاق، أنه اشترط الأهلية في عقد الزواج ببلوغ 19 سنة كاملة، بنص المادة 07 من قانون الأسرة الجزائري المعدل، ومنعه الزواج دون هذا السن إلا برخصة من القاضي، في حال وجود مصلحة أو ضرورة، وهو ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة 07.

---

[1]– كمال سيد سالم، مرجع سابق، ص240.

[2]– عماد شريفي، مرجع سابق، ص 212.

ثانيا: شرط العقل

سكت قانون الأسرة الجزائري عن شرط العقل في الطلاق، كطلاق المجنون ومن يدخل في دائرته، وطلاق الغضبان، والسكران، وتفصيل ذلك.

1-طلاق المجنون:

يرجح سبب سكوت قانون الأسرة الجزائري عن ذكر طلاق المجنون، أنه تركه للقواعد العامة في القانون المدني تنظم تصرفات عديم الأهلية وناقصها، فقد نص في المادة 85 (ق أ ج) 02/05 بأنه: (تعتبر تصرفات المجنون والمعتوه والسفيه غير نافذة إذا صدرت في حالة الجنون أو العته أو السفيه والأهلية هنا هي أن يكون الزوج المطلق متمتعا بقواه العقلية).

وحسب هذه المادة فطلاق المجنون، والمعتوه، والسفيه، لا يقع لكن يؤاخذ على المشرع الجزائري أنه ساوى بين تصرفات المجنون، والمعتوه، والسفيه، رغم أن الفرق واضح، مثال فالسفيه لا تنفذ تصرفاته إلا في الجانب المالي فقط، فالمشرع الجزائري في قانون الأسرة وجب عليه رفع هذا التناقض، بتعديل المادة 85 من قانون الأسرة الجزائري، وفق ما سار عليه القانون المدني في المادة 43 منه، والتي تصنف السفيه في الأهلية لا عديمها[1]، وعليه استنتاجا مما سبق، فطلاق المجنون، والمعتوه ،لا يقع ويلحق به كما قال الفقهاء طلاق النائم، والمغمى عليه، والمدهوش.

2- طلاق السكران:

سكت قانون الأسرة الجزائري عن نص هذه المسألة وأشباهها[2]، وسبب سكوته جعله ثبوت الطلاق لا يكون إلا بحكم، بعد جلسات صلح يعقدها القاضي مع الزوجين المتخاصمين بنص، لكن وبالنظر للمادة 49 من قانون الأسرة، فهذا الأمر يجعل من طلاق

[1] – ولد خسال سليمان، الميسر في شرح قانون الأسرة الجزائري، دار طليطلة، الجزائر، ط1، 2010، ص140.

[2] – أحمد الزايدي، محاضرات في مقياس فقه الأسرة، طريقة إيقاع الطلاق، ألقيت على طلبة السنة ثانية ماستر شريعة، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية، قسم العلوم الإسلامية، ص2.

السكران مستحيل وبالنظر للجانب الشرعي قد يصدر الطلاق العرفي خارج المحكمة من زوج سكران، فكيف يكون الحكم حينئذ؟[1].

فعلى قانون الأسرة الجزائري الفصل في الأمر، من خلال النص على طلاق السكران وبشكل صريح، وعلى افتراض أن الأمر متروك للقاضي، وذلك بالرجوع إلى نص المادة 222 التي تحيله إلى الشريعة الإسلامية، إلى أي حكم يتبع من المذاهب الفقهية المختلفة، قد مر علينا من قبل الخلاف القائم بين الفقهاء في مسألة طلاق السكران وعليه كان على المشرع الفصل في المسألة والنص عليها.

3- طلاق الغضبان:

سبب سكوت قانون الأسرة الجزائري عن طلاق الغضبان، هو نفس سبب سكوته عن حكم طلاق السكران، خاصة أن المسألة فيها خلاف فقهي، فوجب النص عليها مستقبلا للخروج من دائرة الخلاف، وتسهيل الأمر على قاضي الموضوع لاختيار المذهب الواجب اتباعه[2].

ثالثا: شرط الاختيار والقصد

فالمطلق يكون قصد اللفظ الموجب للطلاق ويكون مختارا من غير إجبار على الطلاق من قبل الغير.

1- طلاق المكره:

سكت قانون الأسرة الجزائري ولم ينص على حالة طلاق المكره، وبالرجوع لنص المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري، التي تحيلنا للشريعة الإسلامية، على القاضي الأخذ برأي الجمهور، لأنه الأرجح فيكون الزوج الذي يوقع الطلاق سليم الإرادة من جميع العيوب خاصة الإكراه الذي يعدم الإرادة ويجعل التصرف باطلا بطلانا مطلقا[3].

---

[1] – عماد شريفي، مرجع سابق، ص 214.

[2] – المرجع نفسه، ص215.

[3] – زراري مليكة، الطلاق بإرادة الزوج المنفردة وفقا لأحكام الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري، جامعة سعيدة مولاي الطاهر، الجزائر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، ص30.

2- طلاق الهازل:

سكت عنه كذلك قانون الأسرة الجزائري، وهو ما لاحظناه في جل قوانين الأحوال الشخصية العربية حيث سكتت عن طلاق الهازل، وفي هذا المقام يقول الأستاذ محمد الكشبور: أن مدونة الأسرة المغربية لم تشر إلى طلاق الهازل لكن -نظريا واقعا في إطارها لكن في قانون الأسرة الجزائري، والمنفتح على جميع المذاهب، أي الأقوال والمذاهب على خلافهم يتبع؟ لكن وعلى ما يبدو وحسب ما يحتمله الواقع العملي من اتباع إجراءات قضائية لرفع دعوى الطلاق وإيقاعه، فهي لا تسمح بوقوعه إلا بعد إجراء جلسات صلح، شرط ألا تتجاوز مدة الصلح ثلاثة أشهر، فالمسألة إذن تبقى دينية صرفا[1].

3- طلاق المخطئ:

سكت قانون الأسرة الجزائري عن طلاق المخطئ، تاركا المجال للاجتهاد القضائي، ومنه: فإن قانون الأسرة الجزائري سكت عن جميع شروط المطلق، ولكن يبقى بعضها يستنتج من مواد قانونية متناثرة في قانون الأسرة أو بالرجوع للقواعد العامة، دون بيان مباشر لأحكامها وقد استحسن بعض الشراح توجه المشرع الجزائري في جعل الطلاق يخضع لإشراف القضاء، وتحت الرقابة المباشرة للقاضي حتى يتسنى له التأكد من وجود وتوافر شروط أهلية المطلق[2].

وعلى المشرع إعادة الاعتبار لشروط المطلق وتبيانها في التعديلات القادمة، لأن التوجه نحو اعتبار الطلاق والإشهاد عليه خارج أسوار المحكمة، يعيد الأهمية بشكل مباشر لشروط المطلق، حال طلاقه لزوجته خارج المحكمة شريطة أن يكون أمام شهود أو بالإقرار أو أمام ضابط عمومي، وفي هذه الحالة يؤخذ بعين الاعتبار حال المطلق كامل الإرادة أو به حالة من الحالات السابق ذكرها من غضب وإكراه وغيره.

---

[1]- محمد الكشبور، الواضح في شرح مدونة الأسرة -الزواج والطلاق-، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، المغرب، ط3، 1436هـ/2015م، ج2، ص47.

[2]- بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري -الزواج والطلاق-، ديوان المطبوعات الجامعية، الساحة المركزية، بن عكنون، الجزائر، ط1، 1999، ص231.

الفرع الثاني: موقف بعض التشريعات العربية

في القانون المقارن، نجد من اشترط صراحة البلوغ والعقل لوقوع الطلاق، وهو ما نص عليه قانون الأحوال الشخصية الكويتي في المادة 102: (يقع طلاق كل زوج عاقل، بالغ، مختار)[1].

كما فعلت بعض القوانين المقارنة، منها مدونة الأسرة المغربية التي نصت في المادة 90 منها: (لا يقبل طلب الإذن بطلاق السكران) فحسب المادة نجد أنها ذكرته صراحة إذ وحددت درجة السكر وفصلت فيه.

ومن التشريعات، من نص على عدم وقوع طلاق السكران مطلقا ففي قانون الأحوال الشخصية الأردني نصت المادة 86 فقرة أ منه:(لا يقع طلاق السكران والمدهوش ولا المكره ولا المعتوه ولا المغمى عليه ولا النائم).

لوحظ بعد الاطلاع على بعض قوانين الأسرة المقارنة، على ما نصت عنه في طلاق الغضبان، قد اتبعت مبدأ التيسير ولو على حساب مخالفة المذهب المتبع، وهو ما سارت عليه مدونة الأسرة المغربية، حيث نصت على أن طلاق الغضبان غضبا مطبقا لا يقع[2]، وهو ما جاء في المادة 90: (لا يقبل طلب الإذن بالطلاق) وكذا الغضبان إذا كان مطبقا.

ومدونة الأسرة في هذا النص خالفت المذهب المالكي، الذي يوقع طلاق الغضبان ولو كان مطبقا، لأن الطلاق عند المالكية يقع ولو كان الغضبان مشتدا[3].

ومن القوانين المقارنة التي تطرقت لحكم طلاق المكره نجد قانون الأحوال الشخصية السوري المعدل الذي عالج، من خلال المادة 89 الفقرة 1 والتي نصت: (لا يقع طلاق... ولا المكره)، وبالتالي القانون خالف المذهب الحنفي الذي يوقع طلاق المكره.

---

[1] – المادة 102 من قانون الأحوال الشخصية الكويتي، قانون رقم 51 لسنة 1984 في شأن الأحوال الشخصية (51/ 1984)، ط 2019.

[2] – عماد شريفي، المسائل المسكوت عنها في الزواج وانحلاله في قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 215.

[3] – محمد الكشبور، مرجع سابق، ص، 41-44.

المبحث الثالث: المسكوت عنه في ألفاظ الطلاق

وقوع الطلاق يكون بألفاظ اتفق الفقهاء في بعضها، واختلفوا في أخرى، أو بما يقوم مقام اللفظ من كتابة أو إشارة، وهي مسائل ذات أهمية، وعليه سنتطرق إلى الألفاظ التي يقع بها الطلاق فقها، وبعدها إلى موقف قانون الأسرة الجزائري منها، ثم نتعرض إلى ما يقوم مقام اللفظ في الطلاق في الفقه الإسلامي، ثم موقف القانون من ذلك.

المطلب الأول: مفهوم ألفاظ الطلاق

دلالة الألفاظ يرجع فيها إلى الحقيقة العرفية وما اعتاده الناس من كلام، فهناك ألفاظ ذكرها الفقهاء، ولم تعد قيد الاستعمال في عصرنا الحاضر، وقد يحتاج ذكرها إلى تفسير معناها، وقد يثير ذكرها الاستغراب عند بعض الناس خاصة في مسائل الألفاظ المتعلقة بالطلاق وكيفية محل وقوعها أثناء النزاع من هنا وجب علينا توضيح وتعريف ألفاظ الطلاق وتوضيح بعض الألفاظ وموقعها في الطلاق كالتالي:

الفرع الأول: تعريف ألفاظ الطلاق

سنتطرق إلى تعريف ألفاظ الطلاق أولا ثم ذكر ألفاظ الطلاق باعتبار الصيغة ثانيا.

أولا: التعريف الاصطلاحي لألفاظ الطلاق

(ما تضمن لفظ الطلاق وكان دال عليه شرعا أو عرفا)[1]، أي: ما تضمن لفظ الطلاق على أي وجه كان.

ثانيا: ألفاظ الطلاق باعتبار الصيغة

اتفق الفقهاء على أن الزواج ينتهي بالطلاق بالعربية أو بغيرها سواء باللفظ أو الكتابة أم بالإشارة سواء أكان اللفظ صريح أو كناية[2].

---

[1] – سامي دعدوعة، "ألفاظ الطلاق عند المالكية وأثرها–على ضوء الاجتهادات القضائية–"، مجلة المفكر، جامعة الشهيد حمة لخضر، الوادي، المجلد18، العدد02، 2023، ص 29.

[2] – وهبة الزحيلي: وهبة بن مصطفى الزحيلي (ت1436هـ)، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر، سوريا، دمشق، ط4، (د ت ن)، ج9، ص397.

1-الطلاق باللفظ الصريح:

هو الطلاق الذي يدل على معناه دلالة لا تحتمل غيرها، سواء أكانت دلالته شرعية أو عرفية ومثاله لفظ الطلاق، والفراق، والسراح، فمثل هذه الألفاظ الصريحة لا تحتمل التأويل، ولا يفهم منها إلا معنى الطلاق، ولذلك لا يبحث معها عن نية المتلفظ، بل يقع بها الطلاق مباشرة[1].

2-الطلاق بالكناية:

وهي على قسمين وذلك باستعمال ألفاظ لا تدل على المقصود دلالة مباشرة، بحيث يمكن للمتكلم بها أن ينفي ذلك.

أ-كناية ظاهرة: كقوله: (أنت بائنة)، و(عتدي)، و(خليت سبيلك)، وغير ذلك مما ليس فيه لفظ مباشر من ألفاظ الطلاق أو الفراق. وحكم هذا القسم أنه يقع به الطلاق عند المالكية، ولا يرجع فيه لنية المتكلم.

ب-كناية خفية: وتشمل الألفاظ التي لا تستعمل في الطلاق، كقوله: (اذهبي إلى أهلك)، أو (اخرجي من داري)، أو (لا أريد رؤيتك).

وهذه الألفاظ لا يقع بها الطلاق إلا إذا نواه، خلافا للجمهور القائلين بأنه لا يقع بها الطلاق، لأنها غير موضوعة له أصلا ولا ينوي فيه[2].

واتفق الفقهاء على وقوع الطلاق بالكتابة[3]، وبإرسال رسول، وحكمه حكم الطلاق الصريح، كما يقع الطلاق بالإشارة المفهمة، بيد أو رأس عند الضرورة كالأخرس، ولا يصح

---

[1] – علام ساجي، المختصر الزواج والطلاق بين الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري، المركز الديمقراطي العربي للدراسات لاستراتيجية والسياسية والاقتصادية، ألمانيا، برلين، ط1، 2021، ص77.

[2] – داودي عبد القادر، الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية –دراسة شرعية قانونية مقارنة–، دار البصائر، الجزائر، ط1، 2007، ص 239.

[3] – مجموعة من المؤلفين، الموسوعة الفقهية الكويتية، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الكويت، ط2، 1427هـ، ج12، ص216.

الطلاق بالإشارة للقادر على الكلام والكتابة، وعند المالكية يرون وقوع الطلاق بالكتابة مع النية[1].

أما بالنسبة للمشرع الجزائري فلم يعطي تعريف لألفاظ الطلاق.

الفرع الثاني: المقصود بالطلاق الثلاث وحكمه

في هذا الفرع سنتطرق إلى المقصود بالطلاق الثلاث ثم بيان حكمه.

أولا: المقصود بالطلاق الثلاث

لقد تتابعت عبارات الفقهاء والعلماء في أن المقصود بالطلاق الثلاث: أن يطلق الرجل زوجته ثلاثا طلقات في مجلس واحد، كأن يقول: الزوج لزوجته: أنت طالق ثلاث أو طلقت ثلاثا أو طالق بالثلاث، أو يقول لها بعبارات أخرى على سبيل النسق والتتابع بجمل متعددة في وقت واحد في مجلس واحد، أنت طالق، أنت طالق، أنت طالق، وكذلك إذا قال لها أنت طالق، وأشار إلى عدد الطلقات الثلاث بأصابعه[2].

ثانيا: حكم الطلاق الثلاث بلفظ واحد

فإذا طلق الزوج زوجته ثلاثاً بلفظ واحد كأن يقول لها أنت طالق ثلاثاً، أو بألفاظ مختلفة في مجلس واحد كأن يقول لها أنت طالق أنت طالق، أنت طالق، أو في مجالس مختلفة فإنه يكون آثماً عند جمهور الفقهاء الذين يرون هذا النوع من الطلاق طلاقاً بدعيا لعدم سلوكه المسلك الذي حدده الشارع لإيقاع الطلاق[3].

أما بالنسبة إلى حكم وقوع الطلاق الثلاث بلفظ واحد. فإن للفقهاء آراء ثلاثة:

الرأي الأول: أنه يقع به ثلاث طلقات تبين به امرأته بينونة كبرى

هذا ما ذهب الائمة الأربعة وابن حزم وهو منقول عن أكثر الصحابة والتابعين.

---

[1] – عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي، دار الخلدونية، الجزائر، (د ط)، 2010، ص222.

[2] – وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ج9، ص959.

[3] – كريمة عبود جبر، عبد الهادي عبد الكريم، "محددات الطلاق في الشريعة الإسلامية حكمها والحكمة منها"، مجلة أبحاث كلية التربية الأساسية، جامعة المستنصرية، المجلد08، العدد02، 2009، ص 136.

الرأي الثاني: يقع به واحدة رجعية ولا تأثير للفظ به

وهذا اختيار شيخ الإسلام ابن تيمية وتلميذه ابن القيم وبه قال طاووس وعكرمة. وهو الثابت عن ابن عباس.

الرأي الثالث: لا يقع به شيء

وهذا ما انفرد به بعض الإمامية[1].

دليل الرأي الأول: قوله تعالى: ﴿**فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِن بَعْدُ حَتَّى تَنكِحَ زَوْجًا غَيْرَه**﴾ [سورة البقرة: الآية230]، فهذا الطلاق يقع على الثلاثة مجموعة وغير مفرقة[2].

ومنه قوله تعالى: ﴿**فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا الْعِدَّةَ وَاتَّقُوا اللَّهَ رَبَّكُمْ لا تُخْرِجُوهُنَّ مِن بُيُوتِهِنَّ وَلا يَخْرُجْنَ إِلا أَن يَأْتِينَ بِفَاحِشَةٍ مُّبَيِّنَةٍ وَتِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ وَمَن يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَه**﴾ [سورة الطلاق: الآية01].

والطلاق المشروع ما يعقبه عدة، وهو منتف في إيقاع الثلاث في العدة، وفيها دلالة على وقوع الطلاق لغير العدة، إذ لو لم يقع لم يكن ظالماً لنفسه بإيقاعه لغير العدة، ومن للعدة بأن طلق ثلاثاً مثلاً لم يطلق، فقد ظلم نفسه[3].

واستدلوا بما أخرجه الإمام البخاري من خبر تلاعن عويمر العجلاني، وزوجته في حضرة النبي صلى الله عليه وسلم لما، اتهم عويمر زوجته بالزنا فلما فرغا من التلاعن، قال عويمر: كذبت عليها يا رسول الله إن أمسكتها، فطلقها ثلاثاً قبل أن يأمره رسول. ووجه الاستدلال بهذا الخبران النبي صلى الله عليه وسلم لم ينكر إيقاع الطلقات الثلاث مجموعة فلو كان ممنوعا لأنكره[4].

---

[1] – وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ج9، ص 6956 ،929 ،928.

[2] – كريمة عبود جبر، عبد الهادي عبد الكريم، مرجع سابق، ص137.

[3] – ابن حزم: أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم (ت456هـ)، المحلى بالآثار، تحقيق: عبد الغفار سليمان البنداري، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، (د ت ن)، ج10، ص108.

[4] – ابن حجر العسقلاني: شهاب الدين أبو الفضل أحمد بن علي بن محمد بن محمد بن علي (ت852هـ)، فتح الباري في شرح صحيح البخاري، دار المعرفة، بيروت، (د ط)، (د ت ن)، ج9، ص361.

دليل الرأي الثاني: وأصحاب هذا الرأي يرون –كما ذكرنا عنهم– الطلاق الثلاث بلفظ واحد أو بتكرار لفظ الطلاق ثلاثاً، هذا الطلاق يقع طلقه واحدة رجعية.

وقد استدلوا بما يلي:

من القرآن الكريم:

إن الله تعالى لم يشرع قط طلاقاً بائناً بغير عوض لمدخول بها، إلا أن يكون آخر التطليقات الثلاث، ولم يشرع الله تعالى، لأحد أن يطلق الثلاث جميعاً بلفظ واحد، وكل طلاق شرعه الله في القرآن في المدخول بها إنما هو طلاق رجعي، قال تعالى: ﴿**الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أو تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ**﴾ [سورة البقرة: الآية 229].

فهذه الآية دلت على أن الطلاق الذي شرعه الله هو أن يكون مرة بعد مرة وفي كل مرة يكون للزوج حق إرجاعها، فإذا طلقها الطلقة الثالثة بانت منه فلا تحل له حتى تنكح زوجاً غيره[1].

ومن السنة:

ما روى الإمام أحمد في مسنده عن ابن عباس –رضي الله عنهما– قال: طلق، ركانة بن عبد يزيد امرأته ثلاثاً في مجلس واحد فحزن حزنا شديدا فسأل رسول الله كيف طلقتها"؟ قال: طلقتها ثلاثاً، فقال رسول الله في مجلس واحد فقال له نعم فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم "فإنما تلك واحدة فأرجعها إن شئت" قال: فأرجعها فكان ابن عباس يرى: أن الطلاق عند كل طهر[2].

دليل الراي الثالث: أصحاب هذا الرأي: يقولون إن الطلاق الثلاث بلفظ واحد لا يقع به طلاق لا واحدة ولا ثلاث.

---

[1] – ابن القيم الجوزية(ت751هـ)، إغاثة اللهفان من مصايد الشيطان، تحقيق: محمد سيد كيلاني، مكتبة دار التراث، القاهرة، (د ط)، (د ت ن)، ج1، 283.

[2] – أخرجه أحمد (ت241هـ) في مسند بني هاشم، مسند عبد الله بن العباس بن عبد المطلب، رقم الحديث: 2387، مرجع سابق، ج4، ص215.

وقد استدلوا بقوله تعالى: ﴿**فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أو تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ**﴾ [سورة البقرة: الآية229].

يدل على أن شرط وقوع الطلقة الثالثة، أن تكون في حال يصح من الزوج فيها إمساك، وإذا لم يصح الإمساك إلا بعد المراجعة لم تصح الثالثة إلا بعدما ذكر، وإذا لزم في الثالثة لزم في الثانية، واحتجوا أيضا: بأن الطلاق بهذه الصيغة بدعة والبدعة حرام في شرع الإسلام ولا يترتبً عليها أثر[1]، فقد جاء في الحديث النبوي الشريف: "من أحدث في أمرنا ما ليس منه فهو رد"[2].

الرأي المختار:

إن كان لنا أن نختار لاخترنا الرأي القائل بأن الطلاق الثلاث بلفظ واحد أو تكرير لفظ أنت طالق ثلاث مرات في مجلس واحد إن الطلاق (بهاتين الصيغتين، يقع واحدة رجعية) وهذا القول هو أرفق بعامة المسلمين، وأقرب إلى تحقيق المصلحة المشروعة للأسرة المسلمة.

المطلب الثاني: المسكوت عنه في ألفاظ الطلاق وموقف بعض التشريعات العربية.

سنتطرق إلى ذكر ما سكت عنه قانون الأسرة الجزائري في مسألة ألفاظ الطلاق في الفرع الأول وبيان موقف بعض التشريعات في الفرع الثاني.

الفرع الأول: ما سكت عنه قانون الأسرة الجزائري في ألفاظ الطلاق

سكت قانون الأسرة الجزائري ولم يتطرق لمسألة الألفاظ التي يقع بها الطلاق، الأمر الذي يرجع فيه للشريعة الإسلامية بتطبيق المادة 222، كحل متاح للقاضي حال السكوت ما

[1] – محمد بن جمال الدين مكي العاملي (ت786هـ)، الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية، جامعة النجف الدينية، دمشق، ط1، 1486هـ، ج1، ص148.

[2] – أخرجه أحمد (ت241هـ)، في مسند النساء، مسند الصديقة عائشة بنت الصديق رضي الله عنها، رقم الحديث: 26032، مرجع سابق، ج43، ص157.

لم يتطرق لها القانون، وكما سبق أن أشرت فالرجوع إلى المسائل الخلافية قد يولد تضاربا في الأحكام القضائية.

كما أنه سكت ولم يتعرض المشرع الجزائري في قانون الأسرة إلى إعطاء مفهوم للطلاق الثلاث حيث لم يورد أي نص يتعلق بالطلاق باللفظ الثلاث، أو بألفاظ متكررة للفظ الطلاق في مجلس واحد، إلا ما ورد في نص المادة 51 من قانون رقم 11-84 المؤرخ في 9 رمضان 1984، المتضمن قانون الأسرة، المعدل والمتمم، و التي تنص على أن الزوج إذا استكمل حقه الشرعي في الطلاق المكمل للثلاث تطليقات متتالية لا تحل له حتى تنكح زوجا غيره[1]، حيث جاء نص المادة كالتالي: (لا يمكن أن يراجع الرجل من طلقها ثلاث مرات متتالية إلا بعد أن تتزوج غيره وتطلق منه أو يموت عنها بعد البناء).

غير أنه من الناحية الإجرائية لم يعتد بالطلاق الثلاث إذ أن الطلاق ثلاث مرات متتالية يقصد به الطلاق والرجعة وبينونة كبرى في الثالثة[2].

وبالتالي فإن نص المادة 51 يدل على الطلاق البائن بثلاث طلقات مفرقات في أزمنة مختلفة، وهو الطلاق الذي تعتد به المرأة بعد الطلاق.

وبناءً على هذا وبالرجوع والتنسيق مع نص المادة 49 من قانون الأسرة الجزائري التي تنص على: (لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح يجريها القاضي دون أن تتجاوز مدته ثلاثة أشهر ابتداءً من تاريخ رفع الدعوة)، فإنه لا يقع الطلاق الثلاث في نظر المشرع إلا بعد صدور ثلاث أحكام قضائية متتالية[3].

---

[1] – حفاف يوسف، دباش رشيد، موافقة قانون الأسرة الجزائري لاختيار ابن تيمية في مسألة الطلاق الثلاث –دراسة فقهية قانونية مقارنة–، مذكرة ماستر، تخصص شريعة وقانون، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية، 2024/2023، ص57.

[2] – محمد بربير، مركز الفقه المالكي في قانون الأسرة الجزائري –أحكام الزواج والطلاق أنموذجا–، أطروحة دكتوراه، تخصص القانون الخاص، جامعة الجزائر 1، بن يوسف بن خدة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 17 ديسمبر 2020، ص229.

[3] – حفاف يوسف، دباش رشيد، مرجع سابق، ص81.

بمعنى أن يطلق الزوج زوجته في المرة الأولى ثم يراجعها ثم يطلقها في مرة الثانية ثم يراجعها ثم يطلقها في المرة الثالثة، هنا نكون أمام الطلاق الثلاث وأما الطلاق بلفظ الثلاث أو اللفظ المتكرر فلا يقع إلا واحدة إذا نطق به القاضي[1].

فنص المادة 51 ليس واضحا وصريحا، وعلى المشرع الجزائري أن يورد نصا خاصا بهذا الشأن خاصة وأن الطلاق لا يثبت إلا بحكم القاضي.

فإننا نقترح أن يضاف إلى نص المادة 51 عبارة على أن الطلاق المقترن بالعدد لفظا أو إشارة، أو باللفظ المتكرر في مجلس واحد لا يقع إلا طلقة واحدة، حتى يتوافق النص القانوني مع الحكم القضائي.

الفرع الثاني: موقف بعض التشريعات

جاء في بعض التشريعات:

-**مصر**: جاء في المادة 3 من القانون المصري: (الطلاق المقترن -بلفظ أو إشارة- لا يقع إلا واحدة).

-**العراق**: جاء في المادة 37 من قانون الأحوال الشخصية: (الطلاق المقترن بعدد -لفظا أو إشارة- لا يقع إلا واحدة)[2].

-**المغرب**: جاء في المادة 92 من مدونة الأسرة المغربية: (الطلاق المقترن بعدد -لفظا أو إشارة- لا يقع إلا واحدة).

ويمكننا الإشارة أيضا أن سكوت المشرع لا يعني توقف سير العدالة فعلى القاضي ضرورة الاجتهاد والبحث والعمل بما أخذت به القوانين العربية المعاصرة وتوظيف نص صريح.

ومنه بحسب دراستنا:

[1] – حفاف يوسف، دباش رشيد، مرجع سابق، ص 80.

[2] – المادة 37 من قانون الأحوال الشخصية العراقي، رقم 188، سنة 1995.

الوحيد الذي انفرد بذكر مسألة كنايات الطلاق وألفاظه صراحة هو قانون الأسرة القطري، متبعا في ذلك المذاهب الموجبة للنية في ألفاظ وكنايات الطلاق، وهو ما نصت عليه المادة 107 من نفس القانون: (يقع الطلاق: 1- باللفظ الصريح أو الكتابة، وعند العجز عنهما، فب الاشارة المفهومة. 2- بالكناية إذا نوى الزوج إيقاع الطالق)[1].

وعليه نستخلص أن مسألة الطلاق بلفظ واحد أو بألفاظ متكررة في مجلس واحد، مما كثر الكلام فيها بين آراء الفقهاء، فهي مسألة كثيرة النقول، وقديمة الخلاف، ومتشعبة الأطراف، والمقصود بالطلاق الثلاث: هو أن يطلق الزوج زوجته ثلاثا بلفظ واحد، أو بلفظ متكرر في مجلس واحد[2].

والمشرع الجزائري سكت ولم يشر صراحة إلى قضية الطلاق الثلاث بلفظ واحد.

[1] – المادة 107 من القانون القطري رقم (22)، لسنة 2006، إصدار قانون الأسرة، الجريدة الرسمية، طبعة 2006.

[2] – عبد الله الحقيل: عبد الله بن حمد الحقيل (ت2018م)، "موافقة قوانين الأحوال الشخصية لاختيارات ابن تيمية"، الجمعية العلمية القضائية السعودية –قضاء–، المجلد1، العدد9، ذو الحجة 1438هـ، ص151.

خلاصة الفصل:

تناولنا في هذا الفصل ما سكت عنه قانون الأسرة الجزائري في الطلاق حيث استعرضنا فيه المسكوت عنه، المتعلق بالإشهاد على الطلاق، بينا فيه أن على المشرع الجزائري أن يعتنق الرأي الفقهي، القائل بضرورة وجود شاهدي عدل، يسمعان الطلاق الذي يوقعه الزوج، حتى يحسب على الزوج من عدد الطلقات التي يملكها، وكذلك تطرقنا لمسألة شروط المطلق، وبينا أن قانون الأسرة الجزائري لم يتطرق لجميع الشروط ، ثم تناولنا المسكوت عنه في ألفاظ الطلاق، مع التوصية بأن يضع المشرع قواعد تنظم ألفاظ الطلاق المتلفظ به خارج المحكمة، حيث اتضح لنا أن المشرع الجزائري لم يتكلم عن جميع المسائل في باب الطلاق، إذ وجب عليه أن ينص عليها بنص ظاهري، كما فعلت بعض التشريعات وعليه إعادة صياغة بعض القوانين في مسائل الطلاق.

الفصل الثاني:

المسائل المسكوت عنها في آثار الطلاق

ويحتوي على ثلاث مباحث:

المبحث الأول: المسكوت عنه في العدة.

المبحث الثاني: المسكوت عنه في الحضانة.

المبحث الثالث: المسكوت عنه في النزاع حول متاع البيت.

تمهيد:

إن الآثار القانونية لانحلال عقد الزواج أو الطلاق كثيرة ومتنوعة، ولقد ذكرها قانون الأسرة في مواد متفرقة، ولكن معظمها محصور بين المادتين (58-73) منه وسواء كانت هذه الآثار آثارا مباشرة أو غير مباشرة فإنها تنحصر في: العدة (المادة 58-61)، والحضانة (62-72)، والنزاع في متاع البيت (المادة 73).

ولمعرفة حقيقة كل أثر من هذه الأثار نعتقد أنه يحسن بنا أن نتحدث عن كل واحد منها بصفة متميزة وبأسلوب سهل وبسيط يكون في مستوى الناس جميعا سواء أكانوا ذوي ثقافة عالية أو متوسطة أو بسيطة.

وقد عالج قانون الأسرة الجزائري مسائل العدة، والحضانة، والنزاع حول متاع البيت في نصوص قانونية حاول فيها الإلمام بعناصرها لكنه سكت عن عدة مسائل فحاولنا من خلال هذا الفصل الكشف عن بعضها وقد قسمنا هذا الفصل إلى ثلاث مباحث:

المبحث الأول: المسكوت عنه في العدة.

المبحث الثاني: المسكوت عنه في الحضانة.

المبحث الثالث: المسكوت عنه في النزاع حول متاع البيت.

المبحث الأول: المسكوت عنه في العدة

تعتبر العدة الشرعية من آثار الطلاق التي لابد على الزوجة أن تلتزم بها متى حصلت الفرقة بينها وبين زوجها، سواء بالطلاق أو وفاة زوجها، وهذا حرصا على عدم اختلاط الأنساب ولبراءة الرحم وهي المهلة التي أوجبها الشرع والقانون، وإن تزوجت قبل ذلك تكون قد خالفت الشرع والقانون، ونظرا لأهمية هذا الموضوع في الجانب الأسري وحساسيته لابد من الكتابة فيه وتوضيح بعض الإشكالات المتعلقة به والتي تظهر على مستوى المحاكم، ومعالجتها وإيجاد حلول لها، إلا أن قانون الأسرة الجزائري سكت عن بعض المسائل والتي سنتطرق إلى ذكر أهمها في هذا المبحث.

المطلب الأول: مفهوم العدة

سنتطرق في هذا المطلب إلى تعريف العدة مع بيان حكمها الشرعي، وذكر أنواعها وفق ما هو موضح أدناه.

الفرع الأول: التعريف الاصطلاحي للعدة

ويتضمن التعريف الفقهي والتعريف القانوني.

أولا: التعريف الفقهي للعدة

لم يختلف الفقهاء في وضع مفهوم للعدة لكن ما اختلفوا فيه ماهي إلا اختلاف في الألفاظ والعبارات لكنها تصب في مفهوم واحد كما سياتي تبيانه:

العدة عند المالكية: (مدة منع النكاح لفسخه أو موت الزوج أو طلاقه)[1].

العدة عند الحنفية: (تربص يلزم المرأة بسبب زوال النكاح المتأكد بالدخول أو الموت)[2].

---

[1] – أبو عبد الله المواق: محمد بن يوسف بن أبي القاسم بن يوسف العبدري (ت897هـ)، التاج والإكليل المختصر خليل، دون تحقيق، دار الكتب العلمية، ط1، 1416هـ/ 1994م، الجزء5، ص 470.

[2] – أبي البركات النسفي: أبي البركات عبد الله بن أحمد بن محمود النسفي (ت710هـ)، كنز الدقائق، تحقيق: سائد بكداش، دار البشائر الإسلامية، (د م ن)، ط1، 1432هـ/2011م، ص 304.

العدة عند الشافعية: (مدة تتربص فيها المرأة لمعرفة براءة رحمها من الحمل أو للتعبد)[1].

العدة عند الحنابلة: (التربص المحدود شرعا)[2].(تربص من فارقت زوجها بوفاة أو حياة)[3].

ولقد توسعت المذاهب الفقهية في التعريف الاصطلاحي للعدة، وأوردت تعاريف مختلفة ومتعددة، لتفيد في النهاية معنى واحد وهو الأجل الذي ضربه الله تعالى لمن وقع فراق بينها وبين زوجها ليحل لها نكاح غيره[4].

ثانيا: التعريف القانوني للعدة

أما في قانون الأسرة الجزائري فلم يعرف العدة بل اكتفى بذكرها كأثر من آثار الطلاق وأشار إلى المدة حسب كل نوع والمذكور في المواد 58-61، من قانون الأسرة الجزائري[5]،

الفرع الثاني: حكم العدة وأدلة مشروعيتها

العدة واجبة شرعا على المرأة، بالكتاب والسنة والإجماع[6]، ومن أدلة مشروعيتها ووجوبها ما يلي:

أولا: من القرآن الكريم

قوله تعالى في عدة الطلاق: ﴿**وَالْمُطَلَّقَٰتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَٰثَةَ قُرُوٓءٍ**﴾ [سورة البقرة: الآية228].

---

[1] – زين الدين المعبري: زين الدين أحمد بن عبد العزيز بن زين الدين بن علي(ت987هـ)، الفتح المعين، دار بن حزم، (د م ن)، ط1، (د ت ن)، ص 523.

[2] – البهوتي، مرجع سابق، ص7.

[3] – مرعي الكرمي: مرعي بن يوسف بن أبي بكر بن أحمد الكرمي (ت1033م)، دليلة الطالب لنيل المطالب، تحقيق: أبو قتيبة الفاريابي، دار طيبة، الرياض، ط1، 1425هـ/2004م، ص 281.

[4] – قراش جميلة، العدة ومقاصدها الشرعية كآثار الطلاق، مذكرة ماستر، تخصص قانون الأسرة، جامعة آكلي محند أولحاج، البويرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2017/2016، ص 11.

[5] – رابح لعراجي، "حقوق المعتدة وواجباتها في التشريع الجزائري"، مجلة المنار للبحوث والدراسات القانونية والسياسية، جامعة يحيى فارس، المدية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، العدد05، جوان 2018، ص 248.

[6] – وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر، (د م ن)، ط2، 1405هـ/1985م، ج07، ص626.

وقال تعالى في عدم العدة قبل الدخول: ﴿**أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُومِنَٰتِ ثُمَّ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُّونَهَا**﴾ [الأحزاب: الآية49].

وفي عدة الوفاة: ﴿**وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَٰجاً يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْراً**﴾ [سورة البقرة: الآية234].

وفي عدة الصغيرة والآيسة والحامل: ﴿**وَالَّٰٓـِٔي يَئِسْنَ مِنَ الْمَحِيضِ مِن نِّسَآئِكُمْ إِنِ ارْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَٰثَةُ أَشْهُرٍ وَالَّٰٓـِٔي لَمْ يَحِضْنَ وَأُوْلَٰتُ الْاَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَّضَعْنَ حَمْلَهُنَّ**﴾ [سورة الطلاق: الآية4].

ثانيا: من السنة

وردت أحاديث كثيرة في العدة نذكر منها ما يلي:

– قوله صلى الله عليه وسلم: "لا يحل لامرأة مسلمة تؤمن بالله واليوم الآخر، أن تحد على ميت فوق ثلاث أيام إلا على زوجها أربعة أشهر وعشرا"[1].

– وقد روى عبد الرحمان بن عوف عَنْ فَاطِمَةَ بِنْتِ قَيْسٍ، أَنَّ أَبَا عَمْرِو بْنَ حَفْصٍ طَلَّقَهَا الْبَتَّةَ، وَهُوَ غَائِبٌ بِالشَّامِ، فَأَرْسَلَ إِلَيْهَا وَكِيلُهُ بِشَعِيرٍ فَسَخِطَتْهُ، فَقَالَ: وَاللَّهِ مَا لَكِ عَلَيْنَا مِنْ شَيْءٍ، فَجَاءَتْ إِلى رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فَذَكَرَتْ ذَلِكَ لَهُ، فَقَالَ: «لَيْسَ لَكِ عَلَيْهِ نَفَقَةٌ، وَأَمَرَهَا أَنْ تَعْتَدَّ فِي بَيْتِ أُمِّ شَرِيكٍ»[2].

ثالثا: من الإجماع

فقد أجمعت الأمة على وجوب العدة[3].

---

[1] – أخرجه البخاري: أبو عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري(256ه) في صحيحه، في كتاب الطلاق، باب تحد المتوفى عنها زوجها...، رقم الحديث: 5024، مرجع سابق، ج5، ص2042.

[2] – أخرجه مالك: أبو عبد الله مالك بن أنس بن مالك بن أبي عامر الأصبحي (ت179ه)، في موطأ الإمام مالك، كتاب الطلاق، باب ما جاء في نفقة المطلقة، دار التراب العربي، بيروت، لبنان، 1456ه/ 1985م، رقم الحديث: 67، ج2، ص580.

[3] – مجموعة من المؤلفين، موسوعة الإجماع في الفقه الإسلامي، دار الفضيلة، الرياض، المملكة العربية السعودية، ط1، 1443ه/2021م، ج3، ص622.

وذهب قانون الأحوال الشخصية السوري في المادة 126:(لا تلزم العدة قبل الدخول والخلوة الصحيح إلى للوفاة)[1].

الفرع الثالث: أنواع العدة

تتنوع العدة إلى ثلاثة أنواع عدة بالأقراء، عدة بالأشهر، عدة بوضع الحمل، وهذا كله يتبع سبب الفرقة وصحة الزواج من عدمها والحالة التي تكون عليها المرأة عند حصول الفرقة، وهذه الأنواع على النحو الآتي:

أولا: عدة الأقراء

عدة القُروء وتخص نوعًا من النساء، وقد نص عليها المشرع الجزائري في المادة 58 بقوله: (تعتد المطلقة المدخول بها غير الحامل ثلاثة قروء...)، الأمر الذي يجعل عدة القروء مقصورة على من توافرت فيها ثلاثة شروط:

1- أن يكون سبب الفراق بينها وبين زوجها الطلاق ولا يكون هذا إلا في العقد الصحيح القائم وفق أحكام المادة 9 من هذا القانون وما يليها.

2-أن يكون قد دخل بها أو خلا بها خلوة صحيحة لكونها في حكم الدخول فإن لم يدخل بها فلا عدة عليها بالقروء أو غيرها.

3-ألا تكون حاملا وقت طلاقها، فإن كانت كذلك فعدتها بالوضع لا بالقروء[2].

وقد اختلف الفقهاء في تفسير لفظ القرء، فمنهم من اعتبره حيض ومنهم من اعتبره طهر ومنهم من جمع بين الحيض والطهر.

[1] – مصطفى ديب البغا، محمد الحسن البغا، شرح قانون الأحوال الشخصية السوري الزواج والطلاق، الجامعة الافتراضية السورية، (د. ط)، (د. ت. ن)، ص240.

[2] – أمال عزوز، ريمة عزوز، أحكام العدة دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماستر، تخصص شريعة وقانون، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية، 2021/2020، ص 15.

ولم يوضح قانون الأسرة المقصود بالقُرء في المادة 58، وتمنينا لو بيّن المقصود منه لأنه يؤثر في حساب العدة، والخطأ في حساب العدة قد يؤدي إلى الوقوع في المحظور[1].

وقد نص قانون الأحوال الشخصية السوري على سبيل المثال: في المادة 121 فقرة أولى على ثلاث حيضات كاملات.

وقد اعتمد المشرع الجزائري لفظ الآية الكريمة على ما عليه من خلاف فلو طلق الرجل زوجته أثناء الحيض فإنها لا تحتسب من العدة ويجب عليها أن تنتظر ثلاث حيضات أخرى غير التي حصل فيها طلاقها ويخرج من هذا الحكم الصغيرة واليائس من المحيض وذلك لأن الصغيرة لا يجوز لها الزواج في القانون الجزائري إلا بعد سن 19 وهي السن التي يكون فيها أمرها مستبينا إما حائضة أو يائسة منه، ولو تزوجت قبل هذا السن فإنها لا تنزل على سن التمييز التي هي 16 سنة وفي جميع هذه الأحوال، إما أن تكون حائضة أو غير حائضة في صورة حكم شبه نهائي متى أكدته الكشوف الطبية[2].

ثانيا: عدة الأشهر

وهي المرأة التي لا تحيض لصغر سنها، أو اليائس من المحيض لكبر سنها، أو لم يكن يوجد أصلا، إذا طلقت بعد الدخول تعتد مدة ثلاثة شهور لقوله تعالى: ﴿**وَالِيْ يَئِسْنَ مِنَ الْمَحِيضِ مِن نِّسَآئِكُمْ إِنِ إِرْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَٰثَةُ أَشْهُرٍ وَالِيْ لَمْ يَحِضْنَ وَأُوْلَٰتُ الْاَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَّضَعْنَ حَمْلَهُنَّ**﴾ [سورة الطلاق: الآية4].

تنص المادة 58/2 من قانون الأسرة الجزائري على أنه: "تعتد المطلقة المدخول بها غير الحامل بثلاث قروء، واليائس من المحيض بثلاثة أشهر من تاريخ التصريح بالطلاق".

من خلال هذه المادة نلاحظ أن المشرع ذكر أن عدة اليائس من المحيض تكون بثلاثة أشهر، غير أنه لم يذكر عدة الصغيرة التي لم تحض كما لم يذكر عدة المرأة الحائض

[1] – بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، دار الخلدونية، الجزائر، ط1، 1429هـ/2008م، ص 224-225.

[2] – فضيل سعد، شرح قانون الأسرة الجزائري في الزواج والطلاق، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، (د ط)، 1986، ج1، ص 350.

التي ارتفع حيضها وبالتالي يرجع في عدتها إلى أحكام الشريعة الإسلامية وذلك بالاعتماد على المادة 222 من القانون[1]، كما ذكر عدة المتوفي عنها زوجها في نص المادة 59/1 حيث جاء فيها:(تعتد المتوفي عنها زوجها بمضي أربعة أشهر وعشرة أيام).

ثالثا: عدة وضع الحمل

إذا كانت المطلقة حامل فعدتها تنتهي بمجرد وضع حملها سواء كانت من طلاق أو وفاة وبهذا قال جمهور الفقهاء ودليلهم:

1- قوله تعالى: ﴿**وَأُوْلَٰتُ ٱلۡاَحۡمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنۡ يَّضَعۡنَ حَمۡلَهُنَّۚ**﴾ [سورة الطلاق: الآية4]، فالآية صريحة في أن عدة الحامل تنتهي بوضع الحمل وهي ناسخة لقوله تعالى: ﴿**وَالذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَٰجاً**﴾ [سورة البقرة: الآية234]، ومخصصة لقوله تعالى: ﴿**وَالْمُطَلَّقَٰتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَٰثَةَ قُرُوٓءٍۚ**﴾ [سورة البقرة: الآية228].

2- ما روي عن أم سلمة أن امرأة من أسلم يقال لها سُبيعة كانت تحت زوجها فتوفي عنها وهي حبلى فخطبها أبو السنابل ابن يعكك فأبت أن تنكحه، فقال: والله ما يصلح أن تنكح حتى تعتدي آخر الأجلين فمكنت قريبا من عشر ليال ثم نفست ثم جاءت النبي صلى الله عليه وسلم فقال: انكحي[2].

3- لأن العدة إنما شرعت لمعرفة براءة الرحم من الحمل والوضع أدل الأشياء على ذلك فلزم أن تنتهي بزوال الحمل[3].

وهذا ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 60 من قانون الأسرة الجزائري:(عدة الحامل وضع حملها، وأقصى مدة الحمل عشرة 10 أشهر من تاريخ الطلاق أو الوفاة).

---

[1] – هشام ذبيح، "أحكام العدة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري"، مجلة الدراسات القانونية والاقتصادية، المركز الجامعي سي الحواس، بريكة، الجزائر، المجلد04، العدد01، 2021، ص49.

[2] – أخرجه مسلم: أبو الحسين مسلم بن الحجاج بن مسلم بن ورد(ت261هـ) في صحيحه، كتاب الطلاق، باب انقضاء المتوفي عنها زوجها...، رقم الحديث: 1484. صحيح مسلم، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، مطبعة عيسى البابي الحلبي وشركاه، القاهرة، 1374هـ/1955م، ج4، ص200.

[3] – أحمد محمد المومني، إسماعيل أمين نواهضة، الأحوال الشخصية فقه الطلاق والفسخ والتفريق والخلع، دار المسيرة، (د م ن)، (د. ط)، (د. ت)، ص 160، 161.

المطلب الثاني: مسائل العدة المسكوت عنها

حاول قانون الأسرة الجزائري أن يبقى في نطاق ما قررته الشريعة الإسلامية من أحكام للعدة، فتطرق لها من خلال المواد 58-61، لكنه بالرغم من ذلك سكت عن عدة مسائل في العدة، وعليه سنتطرق لذكر البعض منها في عدة الفرقة في الفرع الأول وعدة الوفاة في الفرع الثاني.

الفرع الأول: ما سكت عنه في عدة الفرقة

- لم يرد تعريف للعدة في قانون الأسرة الجزائري بل اكتفى بذكر أنواعها وما يترتب عنها من خلال المواد 51-61 من نفس القانون[1].

- عدم اعتبار عدة التي لم تر الدم بعد، ولعله تركها بناء على ما يحكم به من عدم تزويج الصغيرة، إلا أن عدم الحيض لا يختص بالتي لم تبلغ فقط، وإنما يعم كل امرأة لم تحض بعد، ولا يمنع من أن تكون بالغة السن القانوني لتزويج البنات، وهذه غفلة ينبغي التنبيه إليها.

- لم يبين المقصود من القرء، أهو الحيض؟ أم الطهر؟ والإحالة إلى أحكام الشريعة الإسلامية في هذا لا تحل الإشكال نظرا لاختلاف الفقهاء في هذا مع صعوبة تبين الراجح من الأقوال لتكافؤ الأدلة.

- عدم النص على عدة المستحاضة والمتحيرة[2].

- من خلال المادة 2/58 من قانون الأسرة الجزائري نلاحظ أن المشرع ذكر أن عدة اليائس من المحيض تكون بثلاثة أشهر، غير أنه لم يذكر عدة الصغيرة التي لم تحض كما لم يذكر

---

[1] - شلابي خير الدين، أحكام العدة وأثرها على الحقوق المالية والمعنوية للزوجة، مذكرة ماستر، تخصص قانون جنائي، جامعة محمد خيضر، بسكرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2016/2015، ص 8.

[2] - المصري المبروك، الطلاق وآثاره من قانون الأسرة الجزائرية، دراسة فقهية مقارنة، دار هومة، الجزائر، (د ط)، 2010، ص 421، 426.

عدة الحائض التي ارتفع حيضها وبالتالي يرجع في عدتها إلى أحكام الشريعة الإسلامية وذلك بالاعتماد على المادة 222 من هذا القانون[1].

– لم ينص المشرع على عدة المرتابة بالحمل وبالتالي يرجع في ذلك إلى المادة 222 التي تحيل إلى أحكام الشريعة الإسلامية والتي تنص على: (كل ما لم يرد النص عليه في القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية)[2].

الفرع الثاني: ما سكت عنه في عدة الوفاة.

سنتطرق في هذا الفرع إلى ذكر مسائل متفرقة مسكوت عنها في عدة الوفاة أولا وفيما يتعلق بالمسكوت عنه في مسائل تحول العدة في الوفاة ثانيا.

أولا: مسائل متفرقة مسكوت عنها في عدة الوفاة.

يلاحظ أن قانون الأسرة لم يحدد بعض المسائل الهامة في عدة المتوفي عنها زوجها وهي:

1–لم يبين طريقة حساب المدة المذكورة في الآيتين بالأشهر القمرية أم بالميلادية، وبدون شك فإن الحساب يختلف بينهما. والأشهر القمرية تعتمد رؤية القمر، وهي إما 29 أو 30 يوما. أما الأشهر الميلادية فهي إما 30 أو 31، ما عدا شهر فيفري فهو 28 يوما، وبالتالي سيختلف الحساب، وقد يؤدي إلى الوقوع في المحظور بل وقد تضيع الحقوق.

2–لم يبين طريقة حساب المدة في حالة الوفاة، هل هي من تاريخ الوفاة أم من تاريخ العلم بالوفاة. سواء كانت وفاة طبيعية أو وفاة حكمية. غير أن المادة 59 أشار فيما يتعلق بالمفقود إلى احتسابها من تاريخ صدور الحكم بفقده، وهو أمر غير مقبول لأن الحكم بالفقدان يكون بعد مرور سنة على فقدانه على الأقل.

[1] – هشام ذبيح، مرجع سابق، ص49.

[2] – أمال عزوز، ريمة عزوز، مرجع سابق، ص 23.

وأما الحكم بوفاته فلا يكون إلا بعد مرور أربع سنوات من تاريخ الفقدان، إذا كانت ظروف الفقدان ترجح الوفاة، وهذا كله استنادا للمادتين 109 و113 من قانون الأسرة[1].

3-وأما المعتدة من وفاة فلم ينص القانون على حقها في نفقة العدة، ويظهر أنه أخذ بآراء بعض الفقهاء الذين لا يرون وجوب النفقة للمعتدة من الوفاة، وهذا يعني أن الزوجة المتوفي زوجها ملزمة شرعا وقانونا بأن تعتد عدة الوفاة وأن تبقى في منزل الزوجية طوال مدة العدة، دون أن يكون لها حق نفقة عدتها، مع الملاحظة أن هناك من يرى أنه ينبغي أن يكون للمتوفي عنها حق نفقة العدة وينبغي أن تأخذها من تركة زوجها قبل توزيعها على الورثة باعتبارها دينا على الزوج نشأ بعد الوفاة وله امتياز على غيره من الديون ويضاف إلى المتوفي عنها المعتدة من زواج فاسدا ودخول بشبهة[2].

ثانيا: المسكوت عنه في مسائل تحول العدة في الوفاة:

أما في انتقال العدة من عدة طلاق إلى عدة وفاة، فقد سكت قانون الأسرة على ثلاث مسائل وهي:

1-سكت قانون الأسرة الجزائري ولم ينص على مسألة تحول العدة من عدة طلاق إلى عدة وفاة.

2-سكت قانون الأسرة الجزائري عن حكم تحول العدة من الطلاق البائن إلى عدة وفاة.

3-سكت قانون الأسرة الجزائري على مسألة التحول من عدة الطلاق البائن إلى عدة الوفاة في طلاق مريض مرض الموت[3].

4-لم ينص المشرع الجزائري ضمن مواد قانون الأسرة على متعة المطلقة ولم ينظم أحكامها ولا على كيفية وضوابط تقديرها، ولم يجعلها من آثار الطلاق كما هو منصوص عليه صراحة في المواد 16، 53 مكرر، 61، غير أن نص المادة 222 منه تجعلنا نبحث في النصوص الشرعية في حالة غياب النص، على خلاف الوضع عند بعض التشريعات

[1] – بن شويخ الرشيد، مرجع سابق، ص 226.

[2] – عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 291.

[3] – عماد شريفي، المسائل المسكوت عنها في الزواج وانحلاله في قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 314.

العربية التي نصت صراحة على المتعة ضمن المستحقات المالية للزوجة المطلقة[1]، مثل القانون المغربي في المادة 84 من مدونة الأسرة التي تنص على ما يلي: (تشمل مستحقات الزوجة: الصداق المؤخر إن وجد ونفقة العدة والمتعة...).

وكذا القانون المصري في المادة 18 مكرر من قانون الأحوال الشخصية المصري على النحو الآتي: (الزوجة المدخول بها في زواج صحيح إذا طلقها زوجها دون رضاها ولا بسبب من قبلها تستحق فوق نفقة عدتها متعة...).

ونظرا لأهمية هذا المستحق بالنسبة للزوجة المطلقة كان على المشرع الجزائري التنصيص عليها ضمن آثار الطلاق ولا يكتفي بإحالتنا إليها من خلال المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري، ويبين للقضاء كيفية تقديرها، لأن الفقهاء قد اختلفوا في تقديرها ويلزم قضاة الموضوع الحكم بها حتى وإن لم تطلبها، حتى لا يكون تعارض واختلاف في الأحكام القضائية، وأيضا عدم الخلط بينها وبين التعويض عن الطلاق التعسفي مثل ما هو جاري به العمل عند بعض التشريعات العربية التي تلزم المحاكم بأن تحكم للزوجة المطلقة بالمتعة مع وضع بعض المعايير تساعد القاضي في تحديدها.

[1] – جنادي نبيلة، "النقص التشريعي في تنظيم نفقة المتعة وواقع تقديرها في قانون الأسرة الجزائري"، مجلة صوت القانون، جامعة البليدة 2، العدد08، 2017، ص410.

المبحث الثاني: المسكوت عنه في الحضانة

تعتبر الآثار التي يخلفها الطلاق في علاقة الوالدين بأبنائهم من أهم المسائل التي يجب أن ينظر فيها القاضي خلال النظر في الدعوى، وتتمثل هذه الأخيرة في الحضانة.

ولدراسة هذا ارتأينا إلى تقسيم المبحث لمطلبين تناولنا في المطلب الأول تعريف الحضانة ودليل مشروعيتها، أما المطلب الثاني فتطرقنا إلى ذكر شروط إسناد الحضانة والمسائل المسكوت عنها في الحضانة.

المطلب الأول: مفهوم الحضانة

سنتطرق في هذا المطلب إلى تعريف الحضانة وهذا في الفرع الأول، أما في الفرع الثاني دليل مشروعيتها، والفرع الثالث شروط إسنادها.

الفرع الأول: التعريف الاصطلاحي للحضانة

لفهم معنى الحضانة يجب التطرق أولا لمفهومها الفقهي ثم التعرض لمفهومها القانوني.

أولا: التعريف الفقهي

عرف الفقهاء الحضانة تعريفات تكاد تتفق في ألفاظها ومدلولها.

المذهب المالكي: يعرف الحضانة أنها: (حفظ الولد في مبيته ومؤتة طعامه ولباسه ومضجعه وتنظيف جسمه)[1].

المذهب الحنفي: الحضانة هي: (تربية الأم أو غيرها الصغير أو الصغيرة)[2].

---

[1] – ابن عرفة: أبي عبد الله محمد بن محمد بن عرفة الورغمي التونسي(ت803هـ)، مختصر الفقهي، مؤسسة خلف أحمد الحبتور للأعمال الخيرية، تحقيق: حافظ عبد الرحمان، ط1، 1435هـ/2014م، ج5، ص49.

[2] – شيخي زاده: عبد الرحمان بن محمد بن سليمان(ت1078هـ)، مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، دار إحياء التراث العربي، (د م ن)، (د. ط)، (د. ت)، ج1، ص 480.

المذهب الشافعي: تعرف بأنها: (حفظ من لا يستقل وتربيته)[1]. (تربية الطفل ورعايته، واعتماد ما يصلحه)[2].

المذهب الحنبلي: (حفظ صغير ومجنون ومعتوه مما يضرهم وتربيتهم بعمل مصالحهم)[3].

ثانيا: التعريف القانوني

لقد عرف المشرع الجزائري الحضانة في المادة 62-1 من قانون الأسرة الجزائري بما يلي: (الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه، والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا).

وعرفها الفصل 97 من مدونة الأحوال الشخصية المغربية بأنها: (حفظ الولد مما قد يضره قدر المستطاع، والقيام بتربيته ومصالحه).

كما عرفها الفصل 54 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية بأنها: (حفظ الولد في مبيته والقيام بتربيته)[4]، أما قانون الأحوال الشخصية السوري فقد تحاشى تعريف الحضانة[5].

وعلى كل حال فإن تعريف قانون الأسرة الجزائري على الرغم من احتوائه على أهداف الحضانة وأسبابها يعتبر أحسن تعريف، ولا سيما من حيث شموليته لأفكار لم يشملها غيره. ومن حيث أنه تعريف جمع في عموميته كل ما يتعلق بحاجيات الطفل الدينية والصحية والخلقية والتربوية والمادية وبناء على ذلك فإنه يتعين على المحكمة عندما تقرر الحكم بالطلاق وانحلال عقد الزواج لسبب من الأسباب، وتفصل في حق الحضانة أن تراعي كل

---

[1] -الدميري: كمال الدين، محمد بن موسى بن عيسى بن علي الدميري (ت808هـ)، النجم الوهاج في شرح المنهاج، تحقيق: لجنة علمية، دار المنهاج، جدة، ط1، 1425هـ/2004م، ج8، ص 292.

[2] – ابن الرفعة: أحمد بن محمد بن علي الأنصاري (ت710هـ)، كفاية النبيه في شرح التنبيه، تحقيق: مجدي محمد سرور باسلوم، دار الكتب العلمية، (د م ن)، ط1، 2009، ج15، ص 273.

[3] – الحجاوي: أبو النجا شرف الدين موسى الحجاوي المقدسي (ت968هـ)، الاقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل، تحقيق: عبد اللطيف السبكي، دار المعرفة، بيروت، لبنان، (د. ط)، (د. ت. ن)، ج4، ص 157.

[4] – مجلة الأحوال الشخصية التونسية، 13 أوت 1966، أمر 13 أوت 1956 المتعلق بإصدار مجلة الأحوال الشخصية، الكتاب الخامس في الحضانة، الفصل 54.

[5] – بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري-الزواج والطلاق-، مرجع سابق، ص379.

هذه العناصر التي تضمنها التعريف. وأن تراعي تبعا لذلك حاجيات المحضون ومصلحته الحقيقية التي يجب أن تتوفر طيلة مدة احتياجه إلى من يحضنه ويرعى شؤونه[1].

يلاحظ من خلال هذه المادة أن المشرع الجزائري عرفها من الجانب الروحي والعقائدي للطفل، ومحاولة تقوية الجانب العقلي على الجانب الجسدي، وأراد أن يلفت الحاضن إلى رعايته اتجاه المحضون، حيث حدد المشرع من خلال هذه المادة نطاق الحضانة ووظائفها من أجل تهيئة شخصية المحضون[2].

الفرع الثاني: دليل مشروعية الحضانة

أنها واجبة من الكتاب والسنة والإجماع[3]، لأن المحضون يهلك بتركها، فوجب حفظه من الهلاك، كما يجب الإنفاق عليه وإنجاؤه من المهالك.

أولا: من الكتاب

قال تعالى: ﴿**وَالْوَٰلِدَٰتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَٰدَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِۖ**﴾ [سورة البقرة: الآية233].

قوله تعالى: ﴿**وَقَضَىٰ رَبُّكَ أَلَّا تَعْبُدُوٓاْ إِلَّآ إِيَّاهُ وَبِالْوَٰلِدَيْنِ إِحْسَٰنًاۚ إِمَّا يَبْلُغَنَّ عِندَكَ ٱلْكِبَرَ أَحَدُهُمَآ أو كِلَاهُمَا فَلَا تَقُل لَّهُمَآ أُفٍّ وَلَا تَنْهَرْهُمَا وَقُل لَّهُمَا قَوْلًا كَرِيمًاۖ، وَٱخْفِضْ لَهُمَا جَنَاحَ ٱلذُّلِّ مِنَ ٱلرَّحْمَةِ وَقُل رَّبِّ إِرْحَمْهُمَا كَمَا رَبَّيَانِى صَغِيرًاۖ**﴾ [سورة الإسراء: الآية23-24].

ففي الآيتين الكريمتين حث على الرعاية بالآباء عند الكبر وهو مظنة العجز والحاجة إلى الرعاية معززا بما قدماه من تربية وحضانة ورعاية للأبناء في مرحلة الطفولة، فلا أقل من أن تقابل الحسنة بمثلها والبادئ أفضل. والآيتان الكريمتان فيهما معنى الرعاية والحضانة لكل من هو في حاجة إليها سواء كان صغيرا أو كبيرا.

---

[1] – عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، دار البعث، قسنطينة، ط2، 1989، ص 293.

[2] – بعاكية كمال، حبار أمال، "الحضانة وشروطها بين الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري"، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، جامعة وهران1، المجلد07، العدد06، 2018، ص417.

[3] – أبو أويس الكردي: أبو أويس أشرف بن نصر بن صابر الكردي، سلسلة الفوائد الحديثية والفقهية، دار اللؤلؤة، دار مكة، مصر، ط1، 1445/1443هـ، ج8، ص269.

ثانيا: من السنة النبوية

عن عمر بن شعيب، عن أبيه، عن جده، عبد الله بن عمرو: أن امرأة أتت النبي صلى الله عليه وسلم فقالت: يا رسول الله إن ابني هذا كان بطني له وعاء، وحجري له حواء، وثديي له سقاء، وزعم أبوه أنه ينزعه مني؟ قال: "أنت أحق به ما لم تنكحي"[1].

ثالثا: من الإجماع

فقد أجمعت الأمة على مشروعية الحضانة[2].

يقول ابن رشد: أما الإجماع فلا خلاف بين أحد من الأمة إيجاب كفالة الأطفال الصغار، لأن الإنسان خلق ضعيفا مفتقرا على من يكفله ويربيه حتى ينفع نفسه ويستغني بذاته[3].

الفرع الثالث: شروط إسناد الحضانة

إن الحضانة حق ثابت لمن هو أهل لها بتوفر شروط معينة، وبالعودة إلى قانون الأسرة الجزائري نجد أن المشرع لم يحدد لنا بشكل صريح الشروط الواجب توافرها في الحاضن.

حيث تنص المادة 62 الفقرة 2 من قانون الأسرة الجزائري على أنه: (...يشترط في الحاضن أن يكون أهلا للقيام بذلك)، تاركا بذلك فراغا قانونيا يدفع القاضي للاجتهاد باحثا عن كيفية تطبيق المعايير التي يعتمد عليها، وعليه يتم الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية وذلك استنادا لنص المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري، فهناك شروط عامة في الرجال

[1] – أخرجه أحمد (ت241هـ) في مسند المكثرين من الصحابة، مسند عبد الله بن عمرو بن العاص، رقم الحديث: 6707، مرجع سابق، ج11، ص 310.

[2] – وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق، ج7، ص742.

[3] – بركات مروان، شريفي عبد الغني، الحضانة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماستر، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2020/2019، ص 14.

والنساء، وشروط خاصة يتوجب توفرها فقط في النساء، وأخرى يختص بها الرجال دون النساء[1].

أولا: الشروط العامة للممارسة الحضانة

-الأهلية للحضانة تثبت للرجل كما تثبت للمرأة، وإن تقدمت حضانة النساء على حضانة الرجال، لأن المرأة بحكم الفطرة والتكوين هي الأقدر على رعاية الصغير، والأكثر صبرا على احتياجاته المتنوعة[2].

وهناك شروط لابد أن تتوفر في الحاضن رجلا كان أو امرأة حتى تثبت الأهلية للحضانة، ولكي يقوم بواجباته نحو المحضون على أكمل وجه، ويراعي مصالحه وشؤونه، وهذا لا يكون إلا إذا توفرت فيه (أي الحاضن) الأوصاف التالية:

1-البلوغ: لأنه لا يمكن إسناد الحضانة إلى شخص صغير هو نفسه في حاجة إلى رعاية وعناية.

2- العقل: لأنه لا يمكن شرعا ولا قانونا اسنادها إلى مجنون أو معتوه ولو كان ممن يستحقونها ويطلبونها.

3-القدرة: ونعني بالقدرة هنا القدرة المادية، والجسمانية التي تكفل للمحضون ضمان حفظه صحة وخلقا. وضمان السهر على تربيته وتعليمه.

4- الأمانة: ونعني بذلك أن يكون الحاضن أمينا على المحضون أي أمينا في خلقه وفي سلوكه مع المحضون، وأمينا في الاهتمام به ورعاية مصالحه[3].

---

[1] – صالح خيضر، فارس دبه، أحكام الحضانة في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماستر، تخصص قانون الأسرة، جامعة محمد الصديق بن يحيى، جيجل، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2016/2015، ص22.

[2] – محمد كمال الدين أمام، أحكام الأسرة الخاصة بالفرقة بين الزوجين وحقوق الأولاد في الفقه الإسلامي والقانون والقضاء دراسة لقوانين الأحوال الشخصية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، (د ط)، 2007، ص 148.

[3] – عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 296.

ثانيا: الشروط الخاصة لممارسة الحضانة

بالرجوع إلى الفقه الإسلامي واستنادا لنص المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري نجد إلى جانب الشروط العامة في الرجال والنساء شروطا خاصة يجب توفرها في النساء فقط، وشروط يختص بها الرجال دون النساء.

1-الشروط الخاصة بالنساء

يشترط في النساء جملة من الشروط وهي كالآتي:

أ-عدم جواز زواج الحاضنة بأجنبي عن الصغير أو بقريب غير محرم للمحضون:

اتفقت كل المذاهب الأربعة على أن الحضانة تسقط بالتزوج مطلقا، سواء كان المحضون ذكرا أم أنثى[1].

وحجتهم في ذلك ما رواه عبد الله بن عمرو أن امرأة قالت: يا رسول الله إن ابني هذا بطني له وعاء وحجري له حواء وثديي له سقاء وزعم أبوه أن ينتزعه مني، فقال صلى الله عليه وسلم: "أنت أحق به ما لم تنكحي"[2]، فهذا الحديث جعل حق الحضانة للأم حتى تتزوج فيسقط عنها هذا إذا تزوجت بأجنبي عن الصغير[3]. أما إذا تزوجت بذي رحم محرم للصغير، والمحرمية المقصودة هي المحرمية من جهة الرحم، كعم المحضون فلا يسقط حقها في الحضانة، لأن من تزوجته له الحق في الحضانة وشفقته تحمله على رعايته، فيتعاونان على كفالته[4].

إن موقف المشرع الجزائري من هذه المسألة أنها نصت في المادة 66 من قانون الأسرة الجزائري على أنه: (يسقط حق الحاضنة بالتزوج بغير قريب محرم...).

---

[1] -ابن القيم الجوزية، زاد المعاد في هدي خير العباد، تحقيق: محمد عزيز شمس، دار عطاءات العلم، الرياض، ط3، 1440هـ/2019م، ج6، ص33.

[2] - سبق تخريجه، ص56.

[3] - عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، حسب آخر تعديل، دار الخلدونية، الجزائر، ط1، 2007، ص 350.

[4] - وزنة أيت عكوش، نوال بن كرو، الحضانة -دراسة مقارنة: بين التشريع الجزائري وبعض التشريعات العربية-، مذكرة ماستر، تخصص حقوق، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2013/2012، ص05.

لكن المشرع الجزائري وضع في نفس المادة استثناءً يتعلق بمسألة المحضون، فإذا كانت مصلحة المحضون في بقائه مع أمه حتى ولو تزوجت بغير قريب محرم، فإن الحضانة تضل من نصيبها ويبقى أمر تقدير مصلحة المحضون للقاضي[1].

ب- أن تكون الحاضنة ذا رحم من المحضون إذا كان ذكرا:

اشترط الفقهاء في الحاضنة إذا لم تكن أما أن تكون ذا رحم محرم للصغير إذا كان ذكرا، وبهذا قال الحنفية والمالكية والشافعية وذلك لأن الحضانة يقع فيها الاختلاط بين الحاضن والمحضون ولذا اشترط المحرمية.

أما المشرع الجزائري لم يتكلم على هذا الشرط، واكتفى بذكر مصلحة المحضون[2].

ج- الاستقامة في السلوك:

يشترط في الأم الحاضنة أن تكون مستقيمة في سلوكها، فإذا كانت مستهترة سقطت حضانتها، وفي غير الأم يشترط العدالة، فإن كانت سيئة السلوك، بحيث يخشى على الولد منها. فلا حضانة لها لأن في صحبتها ضياع الولد[3].

د-ألا تقيم في بيت من يبغضه ولو كان قريبا له:

لأن سكناها مع المبغض يعرضه للأذى والضياع، فلا حضانة للجدة إذا سكنت مع بنتها أم الطفل إذا تزوجت، إلا إذا انفردت بالسكنى عنها[4].

لقد نصت المادة 70 من قانون الأسرة الجزائري على أنه:(تسقط حضانة الجدة أو الخالة إذا سكنت بمحضونها مع أم المحضون المتزوجة بغير قريب محرم).

---

[1] – صالح خيضر، فارس دبه، مرجع سابق، ص 27.

[2] – بعاكية كمال، حبار أمال، مرجع سابق، ص 426.

[3] – بن داود حنان، بن عمار محمد، "الحضانة في قانون الأسرة الجزائري"، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، المجلد04، العدد02، 2019، ص 235.

[4] – وهبة الزحيلي، مرجع سابق ص 729.

هـ- ألا تكون امتنعت عن حضانته مجانا والأب معسر:

إذا كان الأب معسرا ولا يستطيع دفع أجرة الحضانة وقبلت قريبة أخرى تربيته مجانا سقط حق الأولى في الحضانة، وهو ما ذهب إليه الفقه حيث يرى أن حق الأم في حضانة الصغير يسقط إذا أبت أن تحضن الصغير مجانا ووجود متبرعة[1].

و- عدم الاستيطان بالمحضون في بلد أجنبي:

بالرجوع إلى المشرع الجزائري نجده قد عالج مسألة انتقال الحاضن بالمحضون خارج التراب الوطني في المادة 69 من قانون الأسرة الجزائري التي نصت على أنه:(إذا أراد الشخص الموكول له حق الحضانة أن يستوطن في بلد أجنبي رجع الأمر للقاضي في إثبات الحضانة له أو اسقاطها عنه، مع مراعاة مصلحة المحضون)[2].

2- الشروط المتعلقة بالرجال:

لقد قدم الشرع والقانون حضانة النساء على الرجال لما فيه من مصلحة للمحضون ولكن في بعض الأحيان تكون الحضانة للرجل، وذلك بتوفر مجموعة من الشروط وهي:

أ- شرط اتحاد الدين بين الحاضن والمحضون:

الحاضنة إذا كانت امرأة فإنه يجوز لها أن، تحضن الولد حتى ولو كانت كافرة، على شروط ذكرها الحنفية والمالكية والظاهرية. إلا أنه بالنسبة للرجل إذا كان حاضن فإنه يشترط فيه الإسلام لأن حضانة الرجال مبناها التعصيب واختلاف الدين يمنع ذلك[3].

ب- أن يكون الحاضن محرما للمحضون إذا كانت أنثى مشتهاة:

التي حدد الحنابلة والحنفية منها سبع حذرا من الخلوة بها لانتفاء المحرمية بينهما، وإن لم تبلغ حد الشهوة أعطيت له بالاتفاق، لأنه لا فتنة، فلا يكون لابن العم حضانة ابنة عمه المشتهاة. وأجاز الحنفية إذا لم يكن للبنت عصبة غير ابن عمها إبقاءها عنده بأمر القاضي إذا كان مأمونا عليها، ولا يخشى عليها الفتنة منه. وكذلك أجاز الحنابلة تسليمها

[1] – صالح خيضر، فارس دبه، مرجع سابق، ص28.

[2] – بن داود حنان، بن عمار محمد، مرجع سابق، ص 235.

[3] – بعاكية كمال، حبار أمال، مرجع سابق، ص427.

لغير محرم ثقة إذا تعذر غيره. وأجاز الشافعية تسليمها لغير المحرم إن رافقته بنته أو نحوها كأخته، وتسلم لها لا له، إن لم تكن في رحله، كما لو كان في الحضر، أو لو كانت بنته أو نحوهما في رحله، فإنها تسلم إليه فتؤمن الخلوة[1].

ج- أن يكون مع الحاضن امرأة تصلح للقيام بخدمة الصغير والقيام بشؤونه

كأم أو عمة أو خالة لأن الرجال لا صبر لهم على أحوال الأطفال كالنساء[2].

المطلب الثاني: مسائل الحضانة المسكوت عنها

سنتطرق في هذا المطلب إلى بعض المسائل التي سكت عنها قانون الأسرة في الحضانة وذلك بذكر ما سكت عنه في شروط الحاضن في الفرع الأول، ثم ذكر مسائل متفرقة في الحضانة مسكوت عنها في الفرع الثاني.

الفرع الأول: شروط الحاضن المسكوت عنها

لم يذكر المشرع الجزائري في نصوص قانون الأسرة المتعلقة بالحضانة الشروط المطلوب توافرها في الحاضن لرعاية المحضون سوى شروط أهلية الحاضن، أما بقية الشروط فلم يتناولها، ولتحديد هذه الشروط يقتضي منا الرجوع إلى قواعد الفقه الإسلامي طبقا للمادة 222 من قانون الأسرة التي تحيل إلى أحكام الشريعة الإسلامية، وهذه الأخيرة تنص على شروط مطلب توافرها في الرجال والنساء على حد سواء، وشروط خاصة ترتبط بكل من الرجل والمرأة[3].

---

[1] – عبد الكريم نذير، "الحضانة في التشريع الجزائري"، مجلة العلوم القانونية والاجتماعية، جامعة زيان عاشور، الجلفة، الجزائر، المجلد06، العدد04، ديسمبر 2021، ص 475.

[2] – شوقور فاضل، " قراءة في أحكام الحضانة في القانون الجزائري في ضوء اتفاقية حقوق الطفل"، مجلة الدراسات القانونية والسياسية، جامعة تلمسان، العدد06، جوان2017، ص 343.

[3] – محمد أمين مودع، "مسؤولية الحاضن عن أفعال المحضون الضارة على ضوء قانون الأسرة الجزائري"، مجلة دائرة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، المركز الجامعي مرسلي عبد الله، تيبازة، الجزائر، المجلد05، العدد03، 2021، ص 21، 22.

أولا: شروط عامة مسكوت عنها

سكت قانون الأسرة الجزائري على شرط البلوغ والعقل والأمانة والأخلاق والقدرة والإسلام ولم يتعرض لها صراحة، أما المادة 62 من قانون الأسرة بعد أن عرفت الحضانة بأنها:(رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا)[1].

إلا أن هذه المادة قد تضمنت فقرة مختصرة حول ما يتعلق بشروط ممارسة الحضانة ونصها: (ويشترط في الحاضن أن يكون أهلا للقيام بذلك)، وهنا يظهر أن ما قصده المشرع بالأهلية ما تعلق بالقدرة والاستطاعة على تربية الطفل الصغير[2].

ثانيا: شروط خاصة مسكوت عنها

1- شروط خاصة بالنساء كمسكوت عنها

لم يتكلم المشرع الجزائري على شرط أن تكون الحاضنة ذا رحم من المحضون إذا كان ذكرا، ولعله اكتفى بذكر مصلحة المحضون وهذا ما يعطي السلطة التقديرية الواسعة، لكن ما يعيب هو أن السلطة التقديرية للقاضي تجعل أحكام القضاء متباينة وذلك لأن مصلحة المحضون قد يراها قاض دون الآخر[3].

2- شروط خاصة بالرجال كمسكوت عنها

أ-مدى إلزامية اتحاد الدين بين الحاضن والمحضون في القانون الجزائري:

لم ينص المشرع الجزائري على شرط اتحاد الدين بين الحاضن والمحضون لإسناد الحضانة في قانون الأسرة الجزائري، بل اقتصر على شرط تربية الابن على دين أبيه المكرس في المادة 62 من قانون الأسرة الجزائري. وحتى لا يقع الأبناء ضحية فراغات

---

[1] – ربيحة إلغات، "الحضانة بين أحكام التشريع الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري مدعما باجتهادات قضاء المحكمة العليا"، حوليات العدد27، ج1، 2015، ص 46.

[2] – لغواطي بسمة، مليك هشام، الحقوق المادية للمرأة المطلقة في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماستر، تخصص قانون الأسرة، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2020/2019، ص 34.

[3] – بعاكية كمال، حبار أمال، مرجع سابق، ص426.

قانونية يستلزم حسب نص المادة 222 من قانون الأسرة الرجوع إلى الفقه الإسلامي، الذي أولى أهمية بالغة لهذا الموضوع[1].

ب-أن يكون الحاضن محرما للمحضون إذا كانت أنثى مشتهاة:

لم ينص المشرع الجزائري صراحة على هذا الشرط، ولكنه جعله عاما في مصلحة المحضون، من خلال نص المادة 64 من قانون الأسرة الجزائري المعدل بأمر 05-02: (الأم أولى بحضانة ولدها ثم أمها ثم الخالة ثم الأب ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك)[2].

الفرع الثاني: مسائل متفرقة في الحضانة مسكوت عنها

- المشرع الجزائري لم يعرف سكن الحضانة لا في قانون الأسرة ولا في القانون المدني ويختلف بلا شك مفهوم السكن الخاص بالحضانة عن المسكن الذي نصت عليه المادة 355 من (ق ع ج) وهو التعريف الذي يخص السكن الذي يكون محلا للجرائم المنصوص عليها في قانون العقوبات، والتي توسع من مفهوم السكن ليشمل ليس فقط المكان المسكون وإنما المكان المعد للسكن، وحتى ملحقات السكن وتوابعه، بينما القوانين الأخرى لاسيما (ق م ج) و(ق أ ج) لم يتضمنا أي تعريف للسكن[3].

- لم يعرف المشرع في قانون الأسرة الجزائري المحضون، ولكن بالرجوع إلى القانون المدني باعتباره الشريعة العامة، فإنه ينص في المادة 40 فقرة 02 على أن سن الرشد 19 سنة كاملة[4].

---

[1] - حياة عفرة، "إشكال إسناد الحضانة عند اختلاف ديانة الحاضن عن المحضون في التشريع الجزائري والقوانين المقارنة"، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، المجلد17، العدد02، 2022، ص 757، 759.

[2] - بعاكية كمال، حبار أمال، مرجع سابق، ص 427.

[3] - صالح خيضر، فارس دبه، مرجع سابق، ص 67.

[4] - محمد أمين مودع، مرجع سابق، ص 21.

– بالرجوع إلى المشرع الجزائري فنجده وإن لم يعرف المصلحة، إلا أنه وظفها في عديد المواد أغلبها يتعلق بالحضانة أو النيابة الشرعية لارتباطها بالقصر مثل ذلك المواد: 64، 65، 66، 67 من (ق أ ج)[1].

وفي هذا الشأن قضت المحكمة العليا بأنه: "من المقرر قانونا أن مصلحة المحضون هي الأساس في اسناد الحضانة وليس الترتيب الوارد في المادة 64 من (ق أ ج)، لذا فإن مصلحة المحضون هي قاعدة فقهية يصعب افراغها في مادة قانونية شأنها شأن قواعد أخرى (النظام العام، الآداب العامة، حسن النية وغيرها)، فهي قواعد متعارف عليها رغم عدم تحديد محتواها والمشرع يأخذ بها دون أن يحدد لها معنى عاما ومجردا، وعليه كان على المشرع أن يحدد أهم الملامح والعناصر الأساسية التي تقوم عليها مصلحة المحضون[2].

– يلاحظ بتصفح مواد قانون الأسرة في صدد الحضانة أن المشرع الجزائري لم يحدد وسائل تحقيق خاصة يلتجئ إليها القاضي في صدد إسناد الحضانة أو تمديدها تطبيقا للمواد 64، 66 أو بصدد إسقاط الحضانة تطبيقا للمواد: 66، 67، 68، 71، من (ق أ ج) ومن ثمة إسنادها لمستحقيها، بل ولم يلزم القاضي بإجراء أي تحقيق بالرغم من أن أحكام الحضانة من النظام العام، ما يحيل إلى أن المسألة في النهاية متروكة للسيد القاضي وسلطته التقديرية في إجراء التحقيق من عدمه، على أنه وبالرجوع إلى الأحكام العامة في صدد التحقيق نجد أن المشرع قد رصد للسادة القضاة جملة من الوسائل للبحث في القضايا المطروحة أمامهم ومن ضمن ذلك التحقيق والخبرات، وسماع الشهود والانتقال لأجل المعاينة[3].

– من الحالات التي تؤدي إلى المطالبة بإسقاط الحضانة إذا لم يطالب بها من له الحق في الحضانة مدة تزيد عن سنة دون عذر، هنا نلاحظ أن المشرع الجزائري لم يحدد تاريخ سريان

---

[1] – هلتالي أحمد، "استحقاق الحضانة في التشريع الجزائري بين ترتيبات النصوص القانونية ومحاذير المنح"، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، العدد11، سبتمبر 2018، ص 383.

[2] – صالح خيضر، فارس دبه، مرجع سابق، ص 49.

[3] – هلتالي أحمد، مرجع سابق، ص 384.

مدة السنة بالرغم من أنه استمد نص المادة من المذهب المالكي والذي حدد تاريخ سريان مدة السنة من تاريخ العلم باستحقاق الحضانة[1].

– مما يؤخذ على المشرع الجزائري أنه لم يحدد وقت زيارة المحضون ولا ومكانها ومدتها ولا الحالات التي تسقط فيها بل ترك الأمر للسلطة التقديرية للقاضي[2]. فكان على المشرع وضع مادة قانونية مستقلة تشمل حق الزيارة وما يتعلق بها من تعريف أو وقت، أو مكان أو كيفية أو سقوط الحق فيها أو غير ذلك من الأمور المتعلقة بها بدلا من أن يلقي عبء ذلك على القاضي[3].

– لم يتعرض المشرع الجزائري من خلال نصوصه في قانون الأسرة إلى أجرة الرضاع عكس القوانين العربية الأخرى التي أفردت فقرات لذلك[4].

فإذا حدث وطلبت الأم أجرة الرضاع فإن القاضي عليه أن يستجيب لطلبها اعتمادا على نص الآية الكريمة في قوله تعالى: ﴿**والْوَٰلِدَٰتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَٰدَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِۖ لِمَنَ اَرَادَ أَنْ يُّتِمَّ الرَّضَٰعَةَۖ**﴾. [سورة البقرة: الآية233]

وكذلك في قوله سبحانه: ﴿**فَإِنَ اَرْضَعْنَ لَكُمْ فَـَٔاتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ**﴾ [سورة الطلاق: الآية6].

وهذا بالرغم من عدم وجود نصوص في قانون الأسرة وذلك لما سبق ذكره بنص المادة 222 من (ق أ ج). وعليه فلا بد من الرجوع إلى آراء الفقهاء، وبما أن هاته المسألة محل خلاف بين المذاهب الأربعة، وأن المشرع الجزائري غالبا ما يأخذ بالمذهب المالكي،

---

[1] – بن مصطفى عيسى، "التطبيقات القضائية للحضانة واشكالاتها في التشريع الجزائري"، مجلة العلوم القانونية والاجتماعية، جامعة زيان عاشور الجلفة، الجزائر، المجلد08، العدد03، سبتمبر 2023، ص 418.

[2] – المرجع نفسه، ص 418، 419.

[3] – صليحة بوجادي، "الحماية القانونية لحق الطفل في الحضانة في التشريع الجزائري"، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، جامعة محمد البشير الإبراهيمي، برج بوعريريج، الجزائر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، المجلد12، العدد01، (عدد خاص)، 2021، ص269.

[4] – لغواطي بسمة، مليك هشام، مرجع سابق، ص 37.

ويمكن القول أن المشرع الجزائري أخذ بالمذهب المالكي القائل أن لا أجرة للحاضنة على حضانتها للطفل[1].

– إن المشرع الجزائري أغفل عند ضبطه لموضوع الحضانة أن يتحدث عن وضعية المحضون بعد انقضاء مدة الحضانة لذا لابد من الرجوع إلى المادة 222 من قانون الأسرة التي تحيلنا إلى أحكام الشريعة الإسلامية بالرغم من اختلاف آراء الفقهاء في حالة انتهاء المدة المحددة لممارسة الحضانة[2].

– توجد بعض التشريعات خصت الحضانة بقاعدة إسناد خاصة، مثل المشرع الكويتي وفقا لنص المادة 43 من قانون تنظيم العلاقات ذات العنصر الأجنبي رقم 5 لسنة 1961، والتي تنص على أنه: "يسري قانون جنسية الأب في الولاية على النفس وفي الحضانة"[3].

أما بالنسبة للمشرع الجزائري فإنه لم ينص صراحة على القانون الواجب التطبيق على الحضانة، وأسنده للقانون الذي يسري على انحلال الزواج وبالتالي يطبق عليها قانون الزوج وقت رفع الدعوى كأصل عام، واستثناء يطبق القانون الجزائري وحده إذا كان أحد الزوجين جزائريا وقت انعقاد الزواج، وعليه يرجع القاضي إلى قانون الأسرة لتحديد المسائل الموضوعية المتعلقة بالحضانة، حيث تنص المادة 2/12 من القانون المدني على:(ويسري على انحلال الزواج والانفصال الجسماني، القانون الوطني الذي ينتمي إليه الزوج وقت رفع الدعوى)[4].

–وعلى الرغم من الاهتمام الذي حظيت به الحضانة وكذا التوسع والمرونة التي تركها المشرع للقاضي في تقدير مصلحة المحضون، إلا أن هناك بعض النقاط التي يجب إعادة

---

[1] – جلايلي خديجة، النظام القانوني لحق الحضانة في التشريع الجزائري –دراسة مقارنة–، مذكرة ماستر، تخصص قانون خاص، جامعة عبد الحميد بن باديس، مستغانم، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2023/2022، ص 29.

[2] – المرجع نفسه، ص133.

[3] – عماري سناء، التطبيقات القضائية للحضانة وإشكالاتها في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماجستير، تخصص القانون الخاص، جامعة الوادي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2015/2014، ص 148.

[4] – خديجة حمادي، كمال مخلوف، "إشكالية تنازع القوانين في الحضانة –دراسة مقارنة–"، مجلة معارف، جامعة البويرة، الجزائر، المجلد17، العدد2، ديسمبر 2022، ص9.

النظر فيها وهذا مراعاة لمصلحة المحضون، حيث أغفل المشرع الكلام عن وضعية المحضون بعد انتهاء مدة الحضانة وكان عليه النص على مصير الطفل بعد ذلك، هذا بالإضافة إلى التقصير الملاحظ في تحديد شروط مستحقي الحضانة بشكل دقيق ليتسنى للقاضي تحديد مصلحة المحضون.

كما أن المشرع لم يبين ما هو الحل إذا تعدد مستحقي الحضانة من درجة واحدة أو في حالة تخليهم عن الحضانة جميعا[1].

[1] – بن مصطفى عيسى، مرجع سابق، ص 420.

المبحث الثالث: المسكوت عنه في النزاع حول متاع البيت

يعتبر النزاع حول متاع البيت من أهم الآثار المترتبة عن انحلال الرابطة الزوجية سواء بالوفاة (نزاع بين الورثة)، أو بالطلاق كما أنه يكتسي أهمية كبيرة وبالغة ضمن القضايا الهامة في ساحات القضاء، ومن المسائل الخلافية التي تجد نفسها مطروحة على منصة المحاكم وبشدة، مسائل الخلاف حول ملكية متاع البيت، وهي الملكية التي قد يدعيها كل من الزوجين، أو أحدهما وورثة الآخر، أو ورثتهما معا في حال وفاتهما، ورغم ما يطرحه هذا الموضوع من إشكالات عملية وواقعية إلا أن المشرع الجزائري اكتفى بتنظيمه بمادة واحدة وهي نص المادة 73 من قانون الأسرة الجزائري إلا أنه سكت ولم ينص على بعض المسائل والتي سيتم ذكرها والتطرق إليها لاحقا.

المطلب الأول: مفهوم متاع بيت الزوجية

لما كان الزواج على درجة من الأهمية، كان لا يعبأ بما يجلبه من متاع، فالزوج يقوم بإعداد وتجهيز مسكن الزوجية وذلك بفرشه وتأثيثه، والزوجة تصطحب من بيت أهلها ما يليق بها وبمسكنها الجديد.

ومما يفرض بعد انحلال الرابطة الزوجية أن تأخذ نصيبها من المتاع ولهذا سنقوم بالبحث عن مفهوم متاع بيت الزوجية سواء من الناحية الفقهية أو القانونية من خلال المطلب الأول، ثم نعرج إلى ذكر موقف التشريعات العربية منه من خلال المطلب الثاني.

الفرع الأول: التعريف بمتاع بيت الزوجية في الفقه الإسلامي

بالرجوع إلى ما تناوله الفقهاء القدامى فيما يخص متاع البيت لاحظنا أنهم لم يهتموا بتعريفه، سوى أنهم اكتفوا بالإشارة إلى النزاع الذي من الممكن أن يقوم بشأنه، وذكروا متاع البيت على سبيل تبيين عناصره، وفي ذلك يمكن الإشارة إلى أحد التفصيلات في متاع البيت

-**جاء عند المالكية** أن بن القاسم سأل مالكا في اختلاف الزوجين حول متاع البيت، فقال: (أرأيت إذا تنازعا في متاع البيت الرجل والمرأة جميعا وقد طلقها؟ ... قال: (أي بن القاسم) قال مالك: ما كان يعرف أنه من متاع الرجال فهو للرجال، وما كان يعرف أنه من متاع

النساء فهو للنساء، وما كان يعرف أنه يكون للرجال والنساء فهو للرجل لأن البيت بيت الرجل وما كان من متاع النساء ولى شراءه الرجل وله بذلك بينة)[1].

- **جاء عن الإمام الشّافعي** أنّه (إذا اختلف الرجل والمرأة في متاع البيت الذي هما فيه ساكنان وقد افترقا أو لم يفترقا أو ماتا أحدهما... فذلك كله سواء...)[2].

- **وجاء عن الإمام ابن حزم الأندلسي** أنّه إذا (تنازع الزوجان في متاع البيت في حال الزوجية أو بعد الطلاق... وسواء في ذلك السلاح والحلي وما لا يصلح إلا للرجال أو إلا النساء أو الرجال والنساء إلا على ظهر كل واحد منهما فهو له مع يمينه...)[3].

ومنه فمتاع البيت بهذا المعنى هو: كل ما يمكن أن يتم الانتفاع به في بيت الزوجية من فرش، وأثاث، وأدوات منزلية، يكون في ذلك مما يخص الرجال، أو مما يخص النساء، أو مما يخص الرجال والنساء على حد سواء.

الفرع الثاني: التعريف بمتاع بيت الزوجية في قانون الأسرة الجزائر

بالرجوع إلى أحكام قانون الأسرة الجزائري نجد أن المشرع لم يتطرق إلى تعريف متاع البيت في قانون الأسرة، تعريفا صريحا وواضحا وإنما اكتفى بذكر أحكام التنازع فيه في المادة 73 والتي تنص على: (إذا وقع النزاع بين الزوجين أو ورثتهما في متاع البيت وليس لأحدهما بينة فالقول للزوجة، أو ورثتهما مع اليمين في المعتاد للنساء، والقول للزوج أو ورثته مع اليمين المعتاد للرجال، والمشتركات بينهما يقتسمانها مع اليمين).

ويتضح من هذه المادة أن النزاع في متاع البيت وأثاثه ينتهي لصاحب البينة. وذلك انطلاقا من القاعدة الفقهية المشهورة (البينة على من ادعى واليمين على من أنكر)[4].

---

[1] – مالك بن أنس: مالك بن أنس بن عامر الأصبحي المدني (ت179هـ)، المدونة، دار الكتب العلمية، ط1، 1415هـ/1994م، ج2، ص 187.

[2] – الشافعي: أبو عبد الله محمد بن إدريس الشافعي (ت204هـ)، الأم، دون تحقيق، دار الفكر، بيروت، ط2، 1403هـ/1983م، ج5، ص103.

[3] – ابن حزم، المحلى بالآثار، مرجع سابق، ص125.

[4] – بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري –الزواج والطلاق–، مرجع سابق، ص 394.

فالمشرع أشار في نص المادة إلى أنواع المتاع، فهناك من المتاع ما هو خاص بالنساء، وآخر خاص بالرجال، ومنه ما هو مشترك بينهما، وصنف المشرع بذلك ثلاثة معايير أساسية يستند عليها القاضي للفصل في النزاع، فالمسألة تخضع لتقدير القاضي منطلقا من معطيات العرف وعادات الناس.

ومع ذلك فإن هذا لا يمنعنا من محاولة وضع تعريف مناسب مقتبس من مجموع الأفكار التي تضمنتها بعض قرارات المحكمة العليا.

فنقول: أن متاع البيت هو مجموعة الأشياء الموجودة في منزل الزوجية، والمخصصة للاستعمال المشترك داخل المنزل من كلا الزوجين وباقي أفراد الأسرة، مثل الأفرشة والأغطية وجهاز التلفزيون والبراد...وغيرهما من الأشياء ذات الاستعمال المشترك[1].

الفرع الثالث: موقف التشريعات العربية من النزاع حول متاع بيت الزوجية

سنتطرق في هذا الفرع إلى مجموعة من القوانين العربية في الأحوال الشخصية وموقفها في اختلاف الزوجين حول متاع البيت وذلك كالآتي:

أولا: موقف دول المغرب العربي

سنتطرق في هذا الفرع إلى موقف القانون التونسي، والقانون المغربي، والقانون الموريتاني.

1-القانون التونسي

الفصل 26: (إذا اختلف الزوجان في متاع البيت ولا بينة لهما فالقول للزوج بيمينه في المعتاد للرجال وللزوجة بيمينها في المعتاد للنساء وإن كان من البضائع التجارية فهو لمن يتعاطى التجارة منهما بيمينه أما المعتاد للرجال والنساء معا فيحلف فيه كل منهما ويقتسمانه).

الفصل 27: (إذا مات أحد الزوجين ووقع النزاع في متاع البيت بين الحي وورثة الميت كان حكم المورث في الفصل المتقدم).

[1] – عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، دار هومة، الجزائر، (د ط)، 2007، ص148.

2-القانون المغربي

المادة 34: (كل ما أتت به الزوجة من جهاز وشوار يعتبر ملكا لها. إذا وقع نزاع في باقي الأمتعة، فالفصل فيه يخضع للقواعد العامة للإثبات. غير أنه إذا لم يكن لدى أي منهما بينة، فالقول للزوج بيمينه في المعتاد للرجال وللزوجة بيمينها في المعتاد للنساء، أما المعتاد للرجال والنساء معا فيحلف كل منهما ويقتسمانه مالم يرفض أحدهما اليمين ويحلف الآخر فيحكم له).

3-القانون الموريتاني

المادة 73: (إذا تنازع الزوجان أو ورثتهما في متاع البيت ولم توجد بينة فالقول للزوجة أو ورثتهما بيمين فيما هو معتاد للنساء، وفي غيره فالقول للزوج أو ورثته بيمين. إلا أنه إذا كان المتنازع فيه من البضائع التجارية فهو لمن يتعاطى التجارة وحده منهما بيمينه).

المادة 74: (إذا أقام الرجل بينة على شراء ما يعتاد للنساء حلف أنه لم يشتره للمرأة بمالها وحكم له به. إذا أقامت المرأة بينة على شراء ما يعتاد للرجال حكم لها به بيمينها)[1].

ثانيا: موقف دول المشرق العربي

تطرقنا فيه إلى ذكر القانون السوري، والقانون الكويتي.

1-القانون السوري

المادة 04: (إن الحكم الشرعي المعمول به في حال اختلاف الزوجين بشأن المتاع الموضوع في البيت الذي يسكنان فيه كان ملك الزوج أو للزوجة وسواء حال قيام الزوجة أو بعد الفرقة فما يصلح للنساء عادة فهو للمرأة إلى أن يقيم الزوج البينة خلاف ذلك).

[1] – قانون الأحوال الشخصية الموريتاني، الجمهورية الموريتانية الإسلامية، قانون رقم 52 لسنة 2001، بتاريخ 2001/8/15، بشأن مدونة الأحوال الشخصية، المادة 73-74.

2-القانون الكويتي

المادة 73: (إذا اختلف الزوجان في متاع البيت ولا بينة لهما فالقول للزوجة مع يمينها فيما يعرف للنساء وللرجال مع يمينه فيما عدا ذلك. ويسري هذ الحكم عند الاختلاف بين أحد الزوجين وورثة الآخر، أو بين ورثتهما).

المطلب الثاني: طرق الإثبات في النزاع حول متاع البيت والمسائل المسكوت عنها في قانون الأسرة الجزائري

سنتطرق في هذا المطلب إلى طرق الإثبات في دعاوي النزاع حول متاع بيت الزوجية في الفرع الأول والمسائل التي سكت عنها قانون الأسرة الجزائري في النزاع حول متاع البيت في الفرع الثاني.

الفرع الأول: طرق الإثبات في النزاع حول متاع البيت في قانون الأسرة الجزائري

يجدر بنا قبل أن نشرع في ذكر الوسائل أن نقدم فكرة عامة في التعريف بالإثبات والذي يعرفه الدكتور عبد الرزاق السنهوري من الناحية القانونية بأنه:(إقامة الدليل أمام القضاء بالطرق التي حددها القانون على وجود واقعة قانونية ترتبت آثارها)[1].

وعرفه الدكتور سمير السيد تناغو من جهة أخرى بأنه: (إقامة الدليل أمام القضاء بطريقة من طرق الإقناع التي يحددها وينظمها القانون على صحة واقعة متنازع فيها بقصد الوصول إلى النتائج القانونية التي يترتب على صحة الواقعة المذكورة)[2].

وعرفه البعض بأنه: (إقامة الدليل أمام القضاء على واقعة أو عمل قانوني يسند إلى أي منهما طلب أو دفع أو دفاع)[3].

---

[1] – قروف موسى الزين، سلطة القاضي المدني في تقدير أدلة الإثبات، رسالة دكتوراه، فرع قانون أعمال، جامعة محمد خيضر، بسكرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2014/2013، ص 15.

[2] – لحميم زليخة، "دور القاضي المدني في الإثبات في ضوء قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد"، مجلة دفاتر السياسة والقانون، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، الجزائر، العدد04، جانفي 2011، ص 193.

[3] – سليم علي مسلم الرجوب، التعارض والترجيح في طرق الإثبات، دار النفائس، الأردن، ط1، 1433هـ/2012م، ص27.

أولا: الإثبات بالكتابة

لم يعرف المشرع الجزائري الكتابة في قانون الأسرة الجزائري بيد أن التعريف ليس من مهام المشرع بل من مهام الفقه، وعلى هذا الأساس عرف الفقه الكتابة في مفهومها العام بأنها: إعادة ترميز اللغة المنطوقة في شكل خطي على الورق، من خلال أشكال ترتبط ببعضها البعض، وهي الخط الذي يعتمد عليه كدليل إثبات في توثيق الحقوق، وما يتعلق بها للرجوع إليه عقد الإثبات[1].

تناول المشرع الجزائري هذه الوسيلة من خلال القانون المدني في مواده من 323 إلى 332 كما أوردها في قانون الأسرة الجزائري من خلال المواد 15-18-19-37.

المادة 18: (للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق كل الشروط التي يريانها ضرورية...).

المادة 37: (...يجوز للزوجين أن يتفقا في عقد الزواج أو في عقد رسمي حول الأموال المشتركة بينهما...).

من خلال المادتين ما نلاحظه على المشرع الجزائري من خلال المادتين أنه اشترط الكتابة لأنها دليلا قانونيا وإحدى وسائل الإثبات الهامة في حالة النزاع حول متاع البيت.

ثانيا: الإثبات بالإقرار

يعتبر الإقرار الوسيلة الثانية من وسائل الإثبات المعتمدة في قانون الأسرة الجزائري نظرا لما له من حجية وقوة في الإثبات بعد الكتابة. والإقرار في مفهومه العام يعرف بأنه: اعتراف لشخص بحق عليه لآخر سواء قصد ترتيب هذا الحق أو لم يقصد، ويعتبر الإقرار وسيلة معفية من الإثبات وبهذا يكون المقر بإقراره قد أعفى خصمه بهذا الاعتراف من تقديم الدليل على ما يدعيه وتصبح هذه الواقعة ثابتة بالإقرار[2].

---

[1] – آيت سعيد نورة، عبيدر صمرة، وسائل الإثبات في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماستر، تخصص قانون الأسرة، جامعة محمد الصديق بن يحيى، جيجل، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2016/2015، ص 7.

[2] – آيت سعيد نورة، عبيدر صمرة، مرجع سابق، ص 23، 24.

هذا وقد اجتهدت القوانين الوضعية هي الأخرى في تحديدها لمعنى الإقرار مثلما أورده المشرع الجزائري في المادة 341 من القانون المدني على أن الإقرار هو:(اعتراف الخصم أمام القضاء بواقعة قانونية مدعى بها عليه، وذلك أثناء السير في الدعوى المتعلقة بها الواقعة).

ثالثا: الإثبات بالشهادة (شهادة الشهود)

لقد كانت الشهادة من أهم طرق الإثبات في التشريعات القديمة، إلا أن انتشار الكتابة أدى إلى التضييق من نطاقها ولم تعد تقبل إلا في المجالات التي يصعب فيها الحصول على أدلة أخرى[1].

ولم يرد في القانون المدني الجزائري تعريفا لشهادة الشهود على غرار التشريعات العربية واللاتينية ولقد وردت عدة تعريفات في شأن شهادة الشهود، إذ عرفها البعض بأنها تقرير المرء لما يعلمه شخصيا إما لأنه رآه أو لأنه سمعه.

وذهب البعض الآخر إلى تعريفها بأنها إخبار الإنسان في مجلس القضاء بحق على غيره لغيره[2].

ولشهادة الشهود صور منها:

1-الشهادة المباشرة: الأصل في الشهادة أن تكون مباشرة فيقول الشاهد ما وقع تحت سمعه وبصره بنفسه مباشرة، دون حاجة إلى إخباره به من طرف شخص آخر.

2-الشهادة غير المباشرة: تعتبر الشهادة غير المباشرة أقل قيمة من الشهادة المباشرة ويقدر القاضي مدى قيمتها في الإثبات، فهي لا تنشأ عن إدراك مباشر للشاهد[3].

3-الشهادة الشفوية: مبدأ الشفوية هو شرط لشهادة الشهود.

---

[1] – عزة يمينة، كرفاوي مسعود، أحكام النفقة ومتاع البيت كأثر من آثار الطلاق في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماستر، تخصص قانون الأسرة، جامعة زيان عاشور، الجلفة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2021/2020، ص 55.

[2] – آيت سعيد نورة، عبيدر صمرة، مرجع سابق، ص 41.

[3] – نصيرة لوني، "شهادة الشهود كوسيلة إثبات في القانون الجزائري"، مجلة المنار للدراسات والبحوث القانونية والسياسية، جامعة أكلي محند أولحاج، البويرة، الجزائر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، المجلد04، العدد02، ديسمبر 2020، ص 45.

4-الشهادة الكتابية: تعد الشهادة المكتوبة صورة غير تقليدية لإحاطة المحكمة علما بأقوال الغير[1].

رابعا: الإثبات باليمين

اليمين وسيلة من وسائل الإثبات وهي الحلف الذي يصدر من أحد الخصمين دليلا على صحة ما يدعيه أو عدم صحة ما يدعي به الخصم الآخر، وتؤدى وفقا للشكليات التي تقررها ديانة الحالف.

واليمين قد تكون قضائية وهي التي تؤدى أمام الجهة القضائية، وقد تكون غير قضائية يتم تأديتها خارج دائرة القضاء، وتنقسم اليمين القانونية إلى يمين حاسمة، ويمين متممة[2].

فاليمين الحاسمة هي التي تحسم النزاع من أساسه وهي ملك للخصم وليست للقاضي، أما بخصوص اليمين المتممة فهي التي يوجهها القاضي من تلقاء نفسه إلى أحد الخصمين ليكمل إقناعه، عندما يثبت على عدم كفاية الأدلة المقدمة إليه[3].

الفرع الثاني: المسائل المسكوت عنها في النزاع حول متاع البيت

لقد تكلم المشرع الجزائري على النزاع حول متاع بيت الزوجية في نص المادة 73 من قانون الأسرة وجعلها مادة شاملة لهذا النزاع إلا أنه سكت عن مسائل والتي سنتطرق إلى ذكر البعض منها في هذا الفرع.

أولا: إثبات متاع البيت في التشريع الجزائري

لم يتكلم المشرع الجزائري على الجهاز ولم يتطرق لأحكامه، غير أن الظاهر من خلال قراءة المادة 14 من قانون الأسرة نجد أنها لا توجب على الزوجة متاعا ولا جهازا، بل

---

[1] – رحال خالد، النزاع حول متاع بيت الزوجية، مذكرة ماستر، تخصص أحوال شخصية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2016/2015، ص 34.

[2] – آيت سعيد نورة، عبيدر صمرة، مرجع سابق، ص 60.

[3] – قوريش بن شرقي، "إثبات عقد العمل الفردي في التشريع الجزائري"، مجلة القانون والعلوم السياسية، جامعة الجزائر1 بن يوسف بن خدة، كلية الحقوق، العدد07، جانفي 2018، ص 307-308.

تقرر أن الصداق حق للزوجة تتصرف فيه كما تشاء وفق مصلحتها، وبالتالي لا يجوز لأي كان أن يرغمها في تجهيز البيت وتأثيثه من مالها التي قبضته كمهر لها[1].

فالواقع أن المرأة تسهم قد تسهم مع زوجها في شراء أثاث ومتاع البيت، خاصة إذا كانت تعمل خارج البيت، فغالبا ما يكون لها دور فعال في النهوض بحاجيات البيت المختلفة ومستلزماته، ولا أحد يستطيع إنكار مساهمة الزوجة في ملكية كثير من أغراض البيت ومتاعه[2].

ثانيا: إعمال القاضي للبينة والقرينة لحل النزاع حول وجود المتاع

لم يحدد المشرع الجزائري وسيلة الإثبات المكفولة لحل النزاع بين الزوجين حول وجود المتاع في قانون الأسرة الجزائري، وهذا ما يحتم على القاضي الرجوع إلى أصول وأحكام وقواعد الشريعة الإسلامية لحل هذا النزاع، أي أن القاضي يطبق هنا القواعد العامة في الإثبات، وعلى رأس هذه القواعد نجد قاعدة "البينة على من ادعى واليمين على من أنكر"[3]، وأصل هذه القاعدة هي حديث النبي صلى الله عليه وسلم: "لو يعطى الناس بدعواهم لادعى رجال أموال قوم ودماءهم ولكن البينة على المدعي واليمين على من أنكر"[4]، فهذا الحديث قاعدة عظيمة وأصل من أصول أحكام الإسلام عند الخصام.

ثالثا: دور القاضي في حل النزاع حول وجود المتاع عند انعدام الدليل

بالرجوع إلى نصوص قانون الأسرة الجزائري، نجد أن المشرع الجزائري لم يتعرض إلى مسألة إثبات وجود المتاع عند انعدام الدليل أو البينة، وتطبيقا لنص المادة 222 من

---

[1] – تباني روميساء، "النزاعات القانونية في مادة متاع البيت"، مجلة الدراسات القانونية التطبيقية، جامعة قسنطينة، الجزائر، المجلد00، العدد00، 2022، ص 7.

[2] – شامي أحمد، "إثبات متاع البيت في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري"، مجلة الصدى للدراسات القانونية والسياسية، جامعة ابن خلدون، تيارت، كلية الحقوق والعلوم السياسية، العدد01، ديسمبر2019، ص33.

[3] – عيادة الحسين، بن شويخ الرشيد، "دور القاضي في حماية الأسرة في النزاعات المالية بين الزوجين"، المجلة الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية، أحوال شخصية، جامعة لونيسي علي، العفرون، البليدة2، كلية الحقوق والعلوم السياسية، العدد20، جوان 2018، ص 175.

[4] – أخرجه البيهقي(ت1066م) في سننه، سنن البيهقي الكبرى، باب اختلاف المتابعين، رقم الحديث: 1912، مرجع سابق، ج10، ص252.

(ق.أ.ج) فإنه يتوجب على القاضي الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية وقواعدها التي من بينها قاعدة" البينة على من ادعى واليمين على من أنكر"[1]، وإن الوسيلة التي يملكها القاضي في هذه الحالة لفظ النزاع حول وجود المتاع المتنازع عليه هي اليمين، واليمين التي يوجب توجيهها في هذه الحالة هي اليمين المعبر عنها في الفقه القانوني باليمين الحاسمة، التي تحسم النزاع فيطلب أحد الزوجين المدعي من القاضي توجيه اليمين إلى الطرف الأخر المدعي عليه، فإن حلف هذا الأخير بعدم وجود المتاع المتنازع عليه ربح الدعوى، وإن نكل حكم عليه القاضي وأمره بإرجاع هذا المتاع إلى المدعي[2].

رابعا: إجراءات اليمين

إن اكتفاء المشرع الجزائري في قانون الأسرة بإعطاء ما للنساء عادة للنساء مع اليمين وما للرجال عادة للرجال مع اليمين، كلما وقع نزاع حول ملكية متاع البيت وليس لأحدهما حجة لإثبات ما يدعيه تجاه الآخر، ولكنه سكت ولم ينص على المكان الذي يجب أن تؤدى فيه هذه اليمين، ولا على الكيفية أو الإجراءات الواجب إتباعها عند أداء اليمين[3].

إن نص المادة 73 لم يبين صيغة اليمين الواجب أداءها ولا مكان أدائها (المسجد أو المحكمة) غير أن قرارات المحكمة العليا تؤكد أداءها في الجلسة أمام القاضي، أو أي مكان آخر يرى القاضي أن أدائها فيه أنجع وهو غالبا المسجد[4].

خامسا: الحكم القانوني لمتاع البيت المشترك بين الزوجين

يعتبر متاع البيت من أهم ما يثير المشاكل في الأسرة غير أن المشرع الجزائري لم يتعرض إلى أحكام المتاع المشترك بين الزوجين في قانون الأسرة. وأما ما تعرض له في الفقرة الأخيرة من المادة 73: (والمشتركات بينهما يقتسمانها).

---

[1] – عيادة الحسين، بن شويخ الرشيد، مرجع سابق، ص176.

[2] – بن عالية مروة، بشكيط فاطمة الزهراء، أحكام متاع بيت الزوجية في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماستر، تخصص قانون الأسرة، جامعة محمد الصديق بن يحي، جيجل، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2019/2018، ص46– 47.

[3] – رحال خالد، مرجع سابق، ص 43.

[4] – حسيني عزيزة، "النزاع حول متاع البيت قراءة في نص المادة 73 من قانون الأسرة وتطبيقاتها القضائية"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، المجلد58، العدد01، 2021، ص 142.

وعليه إذا كان المتاع الموجود بالبيت من الأشياء المعتادة للرجال والنساء معا، فإذا كان لأحد الزوجين بينة على ملكية الأشياء، فإن ملكيتها تثبت له بلا يمين أما إذا كان هذا المتاع موجود بالبيت وليس لأحدهما بينة فيقتسمانها مع اليمين[1].

[1] – كريمة محروق، "إشكالات متاع البيت بين الحلول الفقهية والنص القانون الجزائر"، مجلة الشريعة والقانون، ماليزيا، المجلد10، العدد02، ديسمبر 2022، ص 76.

ملخص الفصل:

تناولنا في هذا الفصل ما سكت عنه قانون الأسرة الجزائري في آثار الطلاق من مسائل في العدة، والحضانة، والنزاع حول متاع البيت، فالعدة سكت عن مفهومها على عكس بعض القوانين الأخرى، ولم يبين المقصد من القرء أهو الحيض؟ أم الطهر؟ لأن السكوت عن ذلك يولد خلافا، أما الحضانة فمجمل ما سكت عنه كان في شروط الحاضن، وكذلك مسائل أخرى متفرقة، كزيارة المحضون، وأجرة الحضانة، أما النزاع حول متاع البيت فقد سكت عن الجهاز ولم يتطرق لأحكامه، ولم يحدد وسيلة الإثبات المكفولة لحل النزاع بين الزوجين حول وجود المتاع في قانون الأسرة الجزائري، كما سكت عن إجراءات اليمين، وأحكام المتاع المشترك بين الزوجين.

خاتمة

خاتمة:

بعد دراستنا للمسائل المسكوت عنها في قانون الأسرة الجزائري –الطلاق وآثاره أنموذجا– توصلنا إلى مجموعة من النتائج والتوصيات والتي يمكن أن نجيزها على النحو التالي:

أولا: النتائج

– يعتبر سكوت قانون الأسرة عن بعض المسائل قصورا في التشريع، وسدا لهذا القصور جعل المشرع المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري حلا لكل مسألة مسكوت عنها أو مغفل فيها أي الرجوع لأحكام الشريعة الإسلامية مع الانفتاح على كل المذاهب الفقهية.

– سكت المشرع الجزائري على عدة بعض النساء: كعدة المرأة المستحاضة والمرتابة وعدة المتحيرة.

– سكت قانون الأسرة على الشروط الواجب توافرها في الحاضن وذلك بالاكتفاء بعبارة" أن يكون أهلا لذلك".

– سكت عن إجراءات اليمين ومكان تأديتها واعتمد على قوانين أخرى–الإجراءات المدنية– في كيفية أدائها ومكان تأديتها.

– لم يذكر أدلة الإثبات الأخرى المنصوص عليها في القواعد العامة للإثبات واكتفى بذكر دليل واحد من أدلة الإثبات وهو اليمين في نص المادة 73 من قانون الأسرة الجزائري.

ثانيا: التوصيات

– على المشرع الجزائري تقنين ما سكت عنه قانون الأسرة الجزائري.

– ضرورة إعداد قضاة متخصصين في الأحوال الشخصية، والفقه الإسلامي اعدادا مؤصلا.. ووضع قانون إجراءات خاصة.

– على المشرع أن يعير الاهتمام بقضايا الطلاق وآثاره، وذلك بإعادة النظر في المواد المنظمة لها، وتدارك الثغرات والنقائص الموجودة فيه، وإضافة بعض التعديلات على بعض

المواد التي تتعلق بآثار الطلاق، ومنحها أهمية حتى تكتمل الحماية التي تهدف إليها هذه النصوص وذلك لإيجاد حلول سريعة في مثل كذا قضايا.

وفي الختام نسأل الله أن يتقبل هذا العمل المتواضع راجين منه التوفيق والسداد، ويبقى هذا العمل بشري يعتريه النقص وما الكمال إلا لصاحب الشريعة، فإن أصبنا فمن الله تعالى وإن أخطأنا فمن أنفسنا.

الفهارس

فهرس الآيات القرآنية:

الآية	رقم الآية	رقم الصفحة
سورة البقرة		
﴿وَالْمُطَلَّقَٰتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَٰثَةَ قُرُوٓءٍ﴾	228	45-49
﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانِۖ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أو تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ﴾	229	36-37
﴿فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِن بَعْدُ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُۥۗ فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَن يَتَرَاجَعَا إِن ظَنَّا أَن يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِۗ وَتِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ يُبَيِّنُهَا لِقَوْمٍ يَعْلَمُونَ﴾	230	19-35
﴿والْوَٰلِدَٰتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَٰدَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِۖ لِمَنَ اَرَادَ أَنْ يُتِمَّ الرَّضَٰعَةَۖ﴾	233	66
﴿وَالذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَٰجاً يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْراًۖ﴾	234	49
سورة النساء		
﴿وَكَيْفَ تَاخُذُونَهُۥ وَقَدَ اَفْضِي بَعْضُكُمْ إِلَي بَعْضٍ وَأَخَذْنَ مِنكُم مِّيثَٰقاً غَلِيظاًۖ﴾	21	13-أ
سورة الإسراء		
﴿وَقَضِي رَبُّكَ أَلَّا تَعْبُدُوٓاْ إِلَّآ إِيَّاهُ وَبِالْوَٰلِدَيْنِ إِحْسَٰناًۖ اِمَّا يَبْلُغَنَّ عِندَكَ اَلْكِبَرَ أَحَدُهُمَآ أو كِلَاهُمَا فَلَا تَقُل لَّهُمَآ أُفٍّ وَلَا تَنْهَرْهُمَا وَقُل لَّهُمَا قَوْلاً كَرِيماًۖ، وَاخْفِضْ لَهُمَا جَنَاحَ اَلذُّلِّ مِنَ اَلرَّحْمَةِ وَقُل رَّبِّ إِرْحَمْهُمَا كَمَا رَبَّيَٰنِي صَغِيراًۖ﴾	23-24	56
سورة الروم		
﴿وَمِنَ اٰيَٰتِهِۦٓ أَنْ خَلَقَ لَكُم مِّنَ اَنفُسِكُمْ أَزْوَٰجاً لِّتَسْكُنُوٓاْ إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُم مَّوَدَّةً وَرَحْمَةًۚ اِنَّ فِي ذَٰلِكَ لَأَيَٰتٍ لِّقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ﴾	21	13-أ
سورة الأحزاب		
﴿وَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ فِيمَا أَخْطَأْتُم بِهِ وَلَكِن مَّا تَعَمَّدَتْ قُلُوبُكُمْ﴾	05	26
﴿يأُيُّهَا اَلذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا نَكَحْتُمُ اَلْمُومِنَٰتِ ثُمَّ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُّونَهَاۖ﴾	49	21
سورة الطلاق		
﴿فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا الْعِدَّةَ وَاتَّقُوا اللَّهَ رَبَّكُمْ لا تُخْرِجُوهُنَّ مِن بُيُوتِهِنَّ وَلا يَخْرُجْنَ إِلا أَن يَأْتِينَ بِفَاحِشَةٍ مُّبَيِّنَةٍ وَتِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ وَمَن يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَه﴾	01	8-9
﴿فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أو فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَأَشْهِدُوا ذَوَيْ عَدْلٍ	02	7-10-11

مِّنكُمْ وَأَقِيمُوا الشَّهَادَةَ لِلَّهِ ذَلِكُمْ يُوعَظُ بِهِ مَن كَانَ يُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الآخِرِ وَمَن يَتَّقِ اللَّهَ يَجْعَل لَّهُ مَخْرَجًا﴾		
﴿وَالِۡيۡ يَئِسۡنَ مِنَ ٱلۡمَحِيضِ مِن نِّسَآئِكُمۡ إِنِ إِرۡتَبۡتُمۡ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَٰثَةُ أَشۡهُرٖ وَالِۡيۡ لَمۡ يَحِضۡنَۚ وَأُوْلَٰتُ ٱلۡاَحۡمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنۡ يَّضَعۡنَ حَمۡلَهُنَّۚ﴾	04	49-48
﴿فَإِنۡ اَرۡضَعۡنَ لَكُمۡ فَاٰتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾	06	67

فهرس الأحاديث النبوية:

طرف الحديث	الصفحة
-"عن مطرف بن عبد الله أن عمران بن حصين سئل عن الرجل يطلق امرأته ثم يقع بها ولم يشهد على طلاقها ولا على رجعتها" فقال: ""طَلَّقْتَ لِغَيْرِ سُنَّةٍ، وَرَاجَعْتَ لِغَيْرِ سُنَّةٍ، أَشْهِدْ على طلاقها، وعلى رَجْعَتِهَا، ولا تعد".	12
-عن ابن عباس رضي الله عنه قال: أتى النبي صلى الله عليه وسلم رجل فقال: يا رسول الله إن سيدي زوجني أمته وهو يريد أن يفرق بيني وبينها قال فصعد رسول الله صلى الله عليه وسلم المنبر فقال: "يا أيها الناس ما بال أحدكم زوج عبده أمته ثم يريد أن يفرق بينهما، إنما الطلاق لمن أخذ بالساق".	20
-لحديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال: قال رسول الله صلى الله عليه: "لا نذر لابن آدم فيما لا يملك ولا عتقا فيما لا يملك، ولا طلاق له فيما لا يملك".	21
-أَبِي هُرَيْرَةَ قَالَ: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ: "كُلُّ طَلَاقٍ جَائِزٌ إِلا طَلَاقَ الْمَعْتُوهِ الْمَغْلُوبِ عَلَى عَقْلِه".	22
-لقوله: "رُفِعَ الْقَلَمُ عَنْ ثَلَاثَةٍ عَنْ النَّائِمِ حَتَّى يَسْتَيْقِظَ وَعَنْ الْمُبْتَلَى حَتَّى يَبْرَأَ وَعَنْ الصَّبِيِّ حَتَّى يَعْقِلَ".	22
-حديث ماعز – لما اعترف للنبي صلى الله عليه وسلم بالزنا- قال النبي صلى الله عليه وسلم له: "أبك جنون؟ ...".	23
-روى أبو داود عن عائشة قالت سمِعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول: "لا طلاق ولا عتاق في غلاق".	25
-روى الإمام أحمد في مسنده عن ابن عباس -رضي الله عنهما- قال: طلق، ركانة بن عبد يزيد امرأته ثلاثاً في مجلس واحد فحزن حزنا شديدا فسأل رسول الله كيف طلقتها"؟ قال: طلقتها ثلاثاً، فقال رسول الله في مجلس واحد فقال له نعم فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم "فإنما تلك واحدة فأرجعها إن شئت" قال: فأرجعها فكان ابن عباس يرى: أن الطلاق عند كل طهر.	36
-الحديث النبوي الشريف:" من أحدث في أمرنا ما ليس منه فهو رد".	37
- قوله صلى الله عليه وسلم: "لا يحل لامرأة مسلمة تؤمن بالله واليوم الآخر، أن تحد على ميت فوق ثلاث أيام إلا على زوجها أربعة أشهر وعشرا".	46

– وقد روى عبد الرحمان بن عوف عَنْ فَاطِمَةَ بِنْتِ قَيْسٍ، أَنَّ أَبَا عَمْرِو بْنَ حَفْصٍ طَلَّقَهَا الْبَتَّةَ، وَهُوَ غَائِبٌ بِالشَّامِ، فَأَرْسَلَ إِلَيْهَا وَكِيلُهُ بِشَعِيرٍ فَسَخِطَتْهُ، فَقَالَ: وَاللَّهِ مَا لَكِ عَلَيْنَا مِنْ شَيْءٍ، فَجَاءَتْ إلى رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فَذَكَرَتْ ذَلِكَ لَهُ، فَقَالَ: «لَيْسَ لَكِ عَلَيْهِ نَفَقَةٌ، وَأَمَرَهَا أَنْ تَعْتَدَّ فِي بَيْتِ أُمِّ شَرِيكٍ».	46
– ما روي عن أم سلمة أن امرأة من أسلم يقال لها سُبيعة كانت تحت زوجها فتوفي عنها وهي حبلى فخطبها أبو السنابل ابن يعكك فأبت أن تنكحه، فقال: والله ما يصلح أن تنكح حتى تعتدي آخر الأجلين فمكنت قريبا من عشر ليال ثم نفست ثم جاءت النبي صلى الله عليه وسلم فقال: انكحي.	48
–عن عمر بن شعيب، عن أبيه، عن جده، عبد الله بن عمرو: أن امرأة أتت النبي صلى الله عليه وسلم فقالت: يا رسول الله إن ابني هذا كان بطني له وعاء، وحجري له حواء، وثديي له سقاء، وزعم أبوه أنه ينزعه مني؟ قال: "أنت أحق به ما لم تنكحي".	57

المصادر والمراجع:

القرآن الكريم.

الكتب:

1. أبو أويس الكردي: أبو أويس أشرف بن نصر بن صابر الكردي، سلسلة الفوائد الحديثية والفقهية، دار اللؤلؤة، دار مكة، مصر، ط1، 1445/1443هـ، ج8.

2. أبو داود(ت275هـ) في سننه، كتاب الطلاق، باب في الطلاق على غلط، رقم 2193، المرجع السابق ج7.

3. أبو داود (ت275هـ) في كتاب الحدود، باب المجنون يسرق أو يصيب حدا، رقم الحديث: 4399، المرجع السابق، ج6.

4. أبو داود: أبو داود سليمان بن الأشعث الأزدي (ت275هـ) في سننه، كتاب الطلاق، باب الرجل يراجع ولا يشهد، رقم الحديث 2186، سنن أبي داود، تحقيق: محمد محيي الدين عبد الحميد، دار الفكر، المكتبة العصرية، صيدا، بيروت، (د ط)، (د ت ن)، ج2.

5. أبو عبد الله المواق: محمد بن يوسف بن أبي القاسم بن يوسف العبدري(ت897هـ)، التاج والإكليل المختصر خليل، دون تحقيق، دار الكتب العلمية، ط1، 1416هـ/1994م، ج5.

6. أبو مالك كمال بن السيد سالم، صحيح فقه السنة وأدلته وتوضيح مذاهب الأئمة، المكتبة التوفيقية، القاهرة، مصر، (د. ط)، 2003، ج3، ص 237.

7. أبي البركات النسفي: أبي البركات عبد الله بن أحمد بن محمود النسفي(ت710هـ)، كنز الدقائق، تحقيق: سائد بكداش، دار البشائر الإسلامية، (د م ن)، ط1، 1432هـ/2011م.

8. أحمد (ت241هـ) في مسند بني هاشم، مسند عبد الله بن العباس بن عبد المطلب، رقم الحديث: 2387، ج4.

9. أحمد (ت241هـ)، في مسند النساء، مسند الصديقة عائشة بنت الصديق رضي الله عنها، رقم الحديث: 26032، ج43.

10. أحمد الخليل، شرح زاد المستنقع، دار ابن الجوزية، (د م ن)، (د ط)، (د ت ن)، ج5.

11. أحمد رضا، معجم متن اللغة، دار مكتبة الحياة، بيروت، (د ط)، 1377هـ/1958م، ج1.

12. أحمد محمد المومني، إسماعيل أمين نواهضة، الأحوال الشخصية فقه الطلاق والفسخ والتفريق والخلع، دار المسيرة، (د م ن)، (د. ط)، (د. ت).

13. ابن الرفعة: أحمد بن محمد بن علي الأنصاري (ت710هـ)، كفاية النبيه في شرح التنبيه، تحقيق: مجدي محمد سرور باسلوم، دار الكتب العلمية، (د م ن)، ط1، 2009، ج15.

14. ابن القيم الجوزية(ت1350)، زاد المعاد في هدي خير العباد، تحقيق: علي بن محمد العمران، محمد عزيز الشمس، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط26، 1412هـ/1992م، ج5.

15. ابن القيم الجوزية(ت751هـ)، إغاثة اللهفان من مصايد الشيطان، تحقيق: محمد سيد كيلاني، مكتبة دار التراث، القاهرة، (د ط)، (د ت ن)، ج1.

16. ابن القيم الجوزية: أبو عبد الله شمس الدين محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد (ت1350م)، إغاثة اللهفان في حكم طلاق الغضبان، تحقيق: عبد الله بن حسن بن القائد، دار عطاءات العلم، الرياض، ط5، 1440هـ/2019م.

17. ابن القيم الجوزية، زاد المعاد في هدي خير العباد، تحقيق: محمد عزيز شمس، دار عطاءات العلم، الرياض، ط3، 1440هـ/2019م، ج6.

18. البخاري: أبو عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري(256هـ) في صحيحه، في كتاب الطلاق، باب تحد المتوفى عنها زوجها...، صحيح البخاري، دون تحقيق، دار التأصيل، القاهرة، ط1، 1433هـ/ 2012م، ج5.

19. بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري-الزواج والطلاق-، ديوان المطبوعات الجامعية، الساحة المركزية، بن عكنون، الجزائر، ط1، 1999.

20. البهوتي: أبو السعادات منصور بن يونس بن صلاح الدين(ت1051هـ)، كشاف القناع عن الإقناع، تحقيق: لجنة متخصصة في وزارة العدل، وزارة العدل في المملكة العربية السعودية، ط2، 1421هـ/2000م، ج 12.

21. البيهقي: أحمد بن الحسين بن علي بن موسى الخراساني البيهقي(ت458هـ)، معرفة السنن والآثار، تحقيق: عبد المعطي أمين قلعجي، جامعة الدراسات الإسلامية، باكستان، ط1، 1415هـ/1991م، ج14.

22. الترميذي: محمد بن عيسى بن سورة بن موسى السلمي (ت 279هـ) في سننه، كتاب الطلاق، باب ما جاء في طلاق المعتوه، رقم الحديث: 1191. الجامع الصحيح، تحقيق: بشار عواد معروف، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط1، 1996، ج2.

23. تمام عودة عبد الله العساف، "الإشهاد على الطلاق"، المجلة الأردنية في الدراسات الإسلامية، جامعة آل البيت عمادة البحث العلمي، الأردن، المجلد6، العدد2، 2010/12/31.

24. الحجاوي: أبو النجا شرف الدين موسى الحجاوي المقدسي(ت968هـ)، الاقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل، تحقيق: عبد اللطيف السبكي، دار المعرفة، بيروت، لبنان، (د. ط)، (د. ت. ن)، ج4.

25. ابن حجر العسقلاني: شهاب الدين أبو الفضل أحمد بن علي بن محمد بن محمد بن علي (ت852هـ)، فتح الباري في شرح صحيح البخاري، دار المعرفة، بيروت، (د ط)، (د ت ن)، ج9.

26. ابن حزم: أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم(ت456هـ)، المحلى بالآثار، تحقيق: عبد الغفار سليمان البنداري، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، (د ت ن)، ج10.

27. حسين بن عودة العوايشة، الموسوعة الفقهية الميسرة في فقه الكتاب والسنة المطهرة، دون تحقيق، المكتبة الإسلامية عمان، الأردن، ط1، 1423هـ، ج5.

28. الدارقطني: أبو الحسن علي بن عمر بن أحمد بن مهدي(ت385هـ) في سننه، كتاب النكاح، رقم الحديث3991. سنن الدارقطني، تحقيق: شعيب الأرنؤوط وآخرون، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ط1، 1424هـ/2004م، ج5.

29. داودي عبد القادر، الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية –دراسة شرعية قانونية مقارنة–، دار البصائر، الجزائر، ط1، 2007.

30. الدميري: كمال الدين، محمد بن موسى بن عيسى بن علي الدميري(ت808هـ)، النجم الوهاج في شرح المنهاج، تحقيق: لجنة علمية، دار المنهاج، جدة، ط1، 1425هـ/2004م، ج8.

31. زين الدين المعبري: زين الدين أحمد بن عبد العزيز بن زين الدين بن علي(ت987هـ)، الفتح المعين، دار بن حزم، (د م ن)، ط1، (د ت ن).

32. السرخسي: شمس الأئمة محمد بن أحمد بن أبي سهل السرخسي(ت490هـ)، المبسوط، دار المعرفة، بيروت، لبنان، (د. ط)، (د. ت. ن)، ج 6.

33. سليم علي مسلم الرجوب، التعارض والترجيح في طرق الإثبات، دار النفائس، الأردن، ط1، 1433هـ/2012م.

34. الشافعي: أبو عبد الله محمد بن إدريس الشافعي(ت204هـ)، الأم، دون تحقيق، دار الفكر، بيروت، ط2، 1403هـ/1983م، ج5.

35. بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، دار الخلدونية، الجزائر، ط1، 1429هـ/2008م.

36. شيخي زاده: عبد الرحمان بن محمد بن سليمان(ت1078هـ)، مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، دار إحياء التراث العربي، (د م ن)، (د. ط)، (د. ت)، ج1.

37. صهيب عبد الجبار، الجامع الصحيح للسنن والمسانيد، (د م ن)، (د ط)، 2014، ج35.

38. أبو عبد الله أحمد بن محمد بن حنبل (ت241هـ) في مسند المكثرين بين الصحابة، مسند بن عبد الله بن عمرو بن العاص رضي الله عنهما، مسند الإمام أحمد، تحقيق: محمد الأرنؤوط، مؤسسة الرسالة، ط1، 1421هـ/2001م، ج11.

39. عبد الحليم منصور، حكم الإشهاد على الطلاق وآثاره في ميزان الفقه الإسلامي، المركز الإعلامي لفقهاء الشريعة والقانون، (د م ن)، (د ط)، 28 يناير 2017.

40. عبد الرحمن بن علي الحطاب، فتح العلام في بيان مآخذ الأحكام، دار طيبة الخضراء، مكة المكرمة، دون تحقيق، ط1، 1444هـ/2023م.

41. عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، دار البعث، قسنطينة، ط2، 1989.

42. عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، دار هومة، الجزائر، (د ط)، 2007.

43. عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي، دار الخلدونية، الجزائر، (د ط)، 2010.

44. عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، حسب آخر تعديل، دار الخلدونية، الجزائر، ط1، 2007.

45. عبد الكريم زيدان (ت2014م)، الوجيز في أصول الفقه، مؤسسة قرطبة، صنعاء، اليمن، ط1، 11 أكتوبر 2004.

46. عبد الله الطيار: أبو محمد عبد الله بن محمد بن أحمد بن عبد المحسن الطيار (ت840هـ)، الفقه الميسر، مدار الوطن، الرياض، المملكة العربية السعودية، ط2، 1433هـ/2012م، ج5.

47. ابن عرفة: أبي عبد الله محمد بن محمد بن عرفة الورغمي التونسي(ت803هـ)، مختصر الفقهي، مؤسسة خلف أحمد الحبتور للأعمال الخيرية، تحقيق: حافظ عبد الرحمان، ط1، 1435هـ/2014م، ج5.

48. علام ساجي، المختصر الزواج والطلاق بين الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري، المركز الديمقراطي العربي للدراسات لاستراتيجية والسياسية والاقتصادية، ألمانيا، برلين، ط1، 2021.

49. علي الزقيلي: علي محمود عبد الرحمن الزقيلي، حكم الإشهاد على الطلاق، كلية الشريعة، جامعة مؤتة، الأردن، (د ط)، 2003، ص15.

50. فضيل سعد، شرح قانون الأسرة الجزائري في الزواج والطلاق، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، (د ط)، 1986، ج1.

51. القرطبي: أبو عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر(ت1273م)، الكافي في فقه أهل المدينة، تحقيق: محمد أحيد ولد ماديك الموريتاني، مكتبة الرياض الحديثة، المملكة العربية السعودية، ط2، 1400هـ/1980م، ج2.

52. مالك بن أنس: مالك بن أنس بن عامر الأصبحي المدني(ت179هـ)، المدونة، دار الكتب العلمية، ط1، 1415هـ/1994م، ج2.

53. مالك: أبو عبد الله مالك بن أنس بن مالك بن أبي عامر الأصبحي (ت179هـ)، في موطأ الإمام مالك، كتاب الطلاق، باب ما جاء في نفقة المطلقة، دار التراب العربي، بيروت، لبنان، 1456هـ/ 1985م، رقم الحديث: 67، ج2.

54. مجموعة من المؤلفين، الموسوعة الفقهية الكويتية، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الكويت، ط2، 1427هـ، ج12.

55. مجموعة من المؤلفين، موسوعة الإجماع في الفقه الإسلامي، دار الفضيلة، الرياض، المملكة العربية السعودية، ط1، 1443هـ/2021م، ج3.

56. محمد الكشبور، الواضح في شرح مدونة الأسرة–الزواج والطلاق–، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، المغرب، ط3، 1436هـ/2015م، ج2.

57. محمد بن جمال الدين مكي العاملي (ت786هـ)، الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية، جامعة النجف الدينية، دمشق، ط1، 1486هـ، ج1.

58. محمد بن مبارك حكيمي، العتيق مصنف جامع لفتاوى أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم، (د م ن)، (د ط)، (د ت ن)، ج 23.

59. محمد كمال الدين أمام، أحكام الأسرة الخاصة بالفرقة بين الزوجين وحقوق الأولاد في الفقه الإسلامي والقانون والقضاء دراسة لقوانين الأحوال الشخصية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، (د ط)، 2007.

60. محمد كمال الدين أمام، الأحوال الشخصية للمسلمين–دراسة فقهية وتشريعية وقضائية– الزواج، الطلاق، الخلع، الحضانة–، دار المطبوعات الجامعية، مصر، (د. ط)، 2013.

61. مرعي الكرمي: مرعي بن يوسف بن أبي بكر بن أحمد الكرمي (ت1033م)، دليلة الطالب لنيل المطالب، تحقيق: أبو قتيبة الفاريابي، دار طيبة، الرياض، ط1، 1425هـ/2004م.

62. مسلم: أبو الحسين مسلم بن الحجاج بن مسلم بن ورد(ت261هـ) في صحيحه، كتاب الطلاق، باب انقضاء المتوفي عنها زوجها...، رقم الحديث: 1484. صحيح مسلم، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، مطبعة عيسى البابي الحلبي وشركاه، القاهرة، 1374هـ/1955م، ج4.

63. المصري المبروك، الطلاق وآثاره من قانون الأسرة الجزائرية، دراسة فقهية مقارنة، دار هومة، الجزائر، (د ط)، 2010.

64. مصطفى ديب البغا، محمد الحسن البغا، شرح قانون الأحوال الشخصية السوري الزواج والطلاق، الجامعة الافتراضية السورية، (د. ط)، (د. ت. ن).

65. ولد خسال سليمان، الميسر في شرح قانون الأسرة الجزائري، دار طليطلة، الجزائر، ط1، 2010.

66. وهبة الزحيلي: وهبة بن مصطفى الزحيلي (ت1436هـ)، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر، سوريا، دمشق، ط4، (د ت ن)، ج9.

67. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر، (د م ن)، ط2، 1405هـ/1985م، ج07.

المقالات:

68. بعاكية كمال، حبار أمال، "الحضانة وشروطها بين الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري"، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، جامعة وهران1، المجلد07، العدد06، 2018.

69. تباني روميساء، "النزاعات القانونية في مادة متاع البيت"، مجلة الدراسات القانونية التطبيقية، جامعة قسنطينة، الجزائر، المجلد00، العدد00، 2022.

70. جنادي نبيلة، "النقص التشريعي في تنظيم نفقة المتعة وواقع تقديرها في قانون الأسرة الجزائري"، مجلة صوت القانون، جامعة البليدة 2، العدد08، 2017.

71. حسيني عزيزة، "النزاع حول متاع البيت قراءة في نص المادة 73 من قانون الأسرة وتطبيقاتها القضائية"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، المجلد58، العدد01، 2021.

72. حياة عفرة، "إشكال إسناد الحضانة عند اختلاف ديانة الحاضن عن المحضون في التشريع الجزائري والقوانين المقارنة"، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، المجلد17، العدد02، 2022.

73. خديجة حمادي، كمال مخلوف، "إشكالية تنازع القوانين في الحضانة –دراسة مقارنة–"، مجلة معارف، جامعة البويرة، الجزائر، المجلد17، العدد2، ديسمبر 2022.

74. بن داود حنان، بن عمار محمد، "الحضانة في قانون الأسرة الجزائري"، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، المجلد04، العدد02، 2019.

75. رابح لعراجي، "حقوق المعتدة وواجباتها في التشريع الجزائري"، مجلة المنار للبحوث والدراسات القانونية والسياسية، جامعة يحيى فارس، المدية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، العدد05، جوان 2018.

76. ربيحة إلغات، "الحضانة بين أحكام التشريع الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري مدعما باجتهادات قضاء المحكمة العليا"، حوليات العدد 27، ج1، 2015.

77. سامي دعدوعة، "ألفاظ الطلاق عند المالكية وأثرها–على ضوء الاجتهادات القضائية–"، مجلة المفكر، جامعة الشهيد حمة لخضر، الوادي، المجلد18، العدد02، 2023.

78. شامي أحمد، "إثبات متاع البيت في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري"، مجلة الصدى للدراسات القانونية والسياسية، جامعة ابن خلدون، تيارت، كلية الحقوق والعلوم السياسية، العدد01، ديسمبر 2019.

79. شوقور فاضل، " قراءة في أحكام الحضانة في القانون الجزائري في ضوء اتفاقية حقوق الطفل"، مجلة الدراسات القانونية والسياسية، جامعة تلمسان، العدد06، جوان2017.

80. صالح أحميد العلي، أحمد صويلح شليبك، الإشهاد على الطلاق في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية الكويتي، مجلة كلية دار العلوم.

81. صليحة بوجادي، "الحماية القانونية لحق الطفل في الحضانة في التشريع الجزائري"، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، جامعة محمد البشير الإبراهيمي، برج بوعريريج، الجزائر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، المجلد12، العدد01، (عدد خاص)، 2021.

82. عبد الكريم نذير، "الحضانة في التشريع الجزائري"، مجلة العلوم القانونية والاجتماعية، جامعة زيان عاشور، الجلفة، الجزائر، المجلد06، العدد04، ديسمبر 2021.

83. عيادة الحسين، بن شويخ الرشيد، "دور القاضي في حماية الأسرة في النزاعات المالية بين الزوجين"، المجلة الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية، أحوال شخصية، جامعة لونيسي علي، العفرون، البليدة2، كلية الحقوق والعلوم السياسية، العدد20، جوان 2018.

84. فرحات إبراهيم الزنيقري، المسكوت عنه في قانون الزواج والطلاق الليبي بين أحكام القضاء وفتيا الفقهاء، مجلة الجامعة الأسمرية، الجامعة الأسمرية للعلوم الإسلامية، ليبيا، المجلد14، سبتمبر 2010.

85. قوريش بن شرقي، "إثبات عقد العمل الفردي في التشريع الجزائري"، مجلة القانون والعلوم السياسية، جامعة الجزائر 1 بن يوسف بن خدة، كلية الحقوق، العدد07، جانفي 2018.

86. كريمة عبود جبر، "عبد الهادي عبد الكريم، محددات الطلاق في الشريعة حكمها والحكمة منها"، مجلة أبحاث كلية التربية الاساسية، جامعة البصرة، كلية القانون، المجلد8، العدد2، 22/01/ 2009.

87. كريمة عبود جبر، عبد الهادي عبد الكريم، "محددات الطلاق في الشريعة الإسلامية حكمها والحكمة منها"، مجلة أبحاث كلية التربية الأساسية، جامعة المستنصرية، المجلد08، العدد02، 2009.

88. كريمة محروق، "إشكالات متاع البيت بين الحلول الفقهية والنص القانون الجزائر"، مجلة الشريعة والقانون، ماليزيا، المجلد10، العدد02، ديسمبر 2022.

89. لحميم زليخة، "دور القاضي المدني في الإثبات في ضوء قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد"، مجلة دفاتر السياسة والقانون، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، الجزائر، العدد04، جانفي 2011.

90. محمد أمين مودع، "مسؤولية الحاضن عن أفعال المحضون الضارة على ضوء قانون الأسرة الجزائري"، مجلة دائرة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، المركز الجامعي مرسلي عبد الله، تيبازة، الجزائر، المجلد05، العدد03، 2021.

91. محمد بن زعمية، "تقييد الطلاق بحكم القضاء: دراسة تأصيلية للمادة 49 من قانون الأسرة الجزائري على ضوء الفقه الإسلامي"، مجلة الجامعة الإسلامية، جامعة العفرون، البليدة، الجزائر، المجلد10، العدد01، يناير 2019م.

92. بن مصطفى عيسى، "التطبيقات القضائية للحضانة واشكالاتها في التشريع الجزائري"، مجلة العلوم القانونية والاجتماعية، جامعة زيان عاشور الجلفة، الجزائر، المجلد08، العدد03، سبتمبر 2023.

93. نصيرة لوني، "شهادة الشهود كوسيلة إثبات في القانون الجزائري"، مجلة المنار للدراسات والبحوث القانونية والسياسية، جامعة أكلي محند أولحاج، البويرة، الجزائر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، المجلد04، العدد02، ديسمبر 2020.

94. هشام ذبيح، "أحكام العدة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري"، مجلة الدراسات القانونية والاقتصادية، المركز الجامعي سي الحواس، بريكة، الجزائر، المجلد04، العدد01، 2021.

95. هلتالي أحمد، "استحقاق الحضانة في التشريع الجزائري بين ترتيبات النصوص القانونية ومحاذير المنح"، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، العدد11، سبتمبر 2018.

البحوث الأكاديمية:

96. أحمد الزايدي، محاضرات في مقياس فقه الأسرة، طريقة إيقاع الطلاق، ألقيت على طلبة السنة ثانية ماستر شريعة، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية، قسم العلوم الإسلامية.

97. أمال عزوز، ريمة عزوز، أحكام العدة دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماستر، تخصص شريعة وقانون، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية، 2021/2020.

98. آيت سعيد نورة، عبيدر صمرة، وسائل الإثبات في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماستر، تخصص قانون الأسرة، جامعة محمد الصديق بن يحيى، جيجل، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2016/2015.

99. بركات مروان، شريفي عبد الغني، الحضانة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماستر، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2020/2019.

100. جلايلي خديجة، النظام القانوني لحق الحضانة في التشريع الجزائري –دراسة مقارنة– ، مذكرة ماستر، تخصص قانون خاص، جامعة عبد الحميد بن باديس، مستغانم، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2023/2022.

101. حفاف يوسف، دباش رشيد، موافقة قانون الأسرة الجزائري لاختيار ابن تيمية في مسألة الطلاق الثلاث –دراسة فقهية قانونية مقارنة–، مذكرة ماستر، تخصص شريعة وقانون، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية، 2024/2023.

102. خديجة قطاف، الإشهاد في الطلاق –دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري–، مذكرة ماستر، تخصص الأحوال الشخصية، جامعة الجلفة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2014/2013.

103. رحال خالد، النزاع حول متاع بيت الزوجية، مذكرة ماستر، تخصص أحوال شخصية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2016/2015.

104. زراري مليكة، الطلاق بإرادة الزوج المنفردة وفقا لأحكام الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري، جامعة سعيدة مولاي الطاهر، الجزائر، كلية الحقوق والعلوم السياسية.

105. شلابي خير الدين، أحكام العدة وأثرها على الحقوق المالية والمعنوية للزوجة، مذكرة ماستر، تخصص قانون جنائي، جامعة محمد خيضر، بسكرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2016/2015.

106. صالح خيضر، فارس دبه، أحكام الحضانة في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماستر، تخصص قانون الأسرة، جامعة محمد الصديق بن يحيى، جيجل، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2016/2015.

107. بن صغير محفوظ، دروس ومحاضرات في مقياس فك الرابطة الزوجية، انحلال الرابطة الزوجية بالطلاق، ألقيت على طلبة سنة أولى ماستر قانون الأسرة، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق.

108. بن عالية مروة، بشكيط فاطمة الزهراء، أحكام متاع بيت الزوجية في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماستر، تخصص قانون الأسرة، جامعة محمد الصديق بن يحي، جيجل، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2019/2018.

109. عزة يمينة، كرفاوي مسعود، أحكام النفقة ومتاع البيت كأثر من آثار الطلاق في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماستر، تخصص قانون الأسرة، جامعة زيان عاشور، الجلفة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2021/2020.

110. عماد شريفي، المسائل المسكوت عنها في الزواج وانحلاله في قانون الأسرة الجزائري، أطروحة دكتوراه، تخصص القانون الخاص، جامعة أحمد دراية، أدرار، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2021/2020.

111. عماري سناء، التطبيقات القضائية للحضانة وإشكالاتها في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماجستير، تخصص القانون الخاص، جامعة الوادي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2015/2014.

112. قروف موسى الزين، سلطة القاضي المدني في تقدير أدلة الإثبات، رسالة دكتوراه، فرع قانون أعمال، جامعة محمد خيضر، بسكرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2014/2013.

113. لغواطي بسمة، مليك هشام، الحقوق المادية للمرأة المطلقة في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماستر، تخصص قانون الأسرة، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2020/2019.

114. محمد بربير، مركز الفقه المالكي في قانون الأسرة الجزائري –أحكام الزواج والطلاق أنموذجا–، أطروحة دكتوراه، تخصص القانون الخاص، جامعة الجزائر 1، بن يوسف بن خدة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 17 ديسمبر 2020.

115. وزنة أيت عكوش، نوال بن كرو، الحضانة –دراسة مقارنة: بين التشريع الجزائري وبعض التشريعات العربية–، مذكرة ماستر، تخصص حقوق، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2013/2012.

النصوص القانونية:

116. مدونة الأسرة المغربية، قسم الطلاق، المادة 79، صيغة محينة بتاريخ 29 يوليو 2021.

117. المذكرة التفسيرية، لنص المادة 111 من مشروع قانون الاحوال الشخصية الليبي، سنة 1972، مطبوع على آلة كتابة.

118. قانون الأحوال الشخصية الأردني وتعديلاته، رقم (15) لسنة 2019، الباب الرابع، انحلال عقد الزواج، فصل الطلاق.

119. قانون الأحوال الشخصية في الجمهورية العربية السورية، (1953/59)، المرسوم التشريعي رقم 59 تاريخ 1953/9/7، ص36.

120. قانون الأحوال الشخصية الكويتي، قانون رقم 51 لسنة 1984 في شأن الأحوال الشخصية (51/ 1984)، ط2019.

121. قانون الأحوال الشخصية العراقي، رقم 188، سنة 1995.

122. قانون الأحوال الشخصية الموريتاني، الجمهورية الموريتانية الإسلامية، قانون رقم 52 لسنة 2001، بتاريخ 2001/8/15، بشأن مدونة الأحوال الشخصية، المادة 73-74.

123. القانون المصري (الجريدة الرسمية)، العدد: 4 (مكرر)، 29 يناير 2000، قانون رقم 1 لسنة 2000، بإصدار قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية.

124. القانون رقم 09/08، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مؤرخ في 18 صفر عام 1429هـ/ الموافق لـ 25 فبراير سنة 2008، الجريدة الرسمية.

125. قانون الأسرة الجزائري المعدل، قانون رقم 11-84 مؤرخ في 9 رمضان عام 1404 الموافق 9 يونيو 1984 يتضمن قانون المعدل والمتمم، الديوان الوطني للأشغال التربوية، ط4، 2005.

المواقع الإلكترونية:

128.عبد العزيز بن باز: أبو عبد الله عبد العزيز بن عبد الله بن الباز(ت1420هـ)، فتاوى نور على درب، كتاب باب الطلاق الرجعي، باب حكم الإشهاد على الطلاق، (د م ن)، (د

ط)، (د ت ن)، ج22، الموقع الرسمي، رابط الموقع: https://binbaz.org.sa/ (الدخول بتاريخ: 10 مارس 2024، على الساعة: 11:42 صباحا).

فهرس المحتويات

شكر وتقدير
إهداء
مقدمة:..... أ
الفصل الأول: المسائل المسكوت عنها في الطلاق.....**5**
تمهيد:.....**6**
المبحث الأول: المسكوت عنه الإشهاد في الطلاق.....**7**
المطلب الأول: معنى الإشهاد في الطلاق.....**7**
الفرع الأول: المقصود بالإشهاد في الطلاق وحكمه والحكمة منه 7
أولا: المقصود بالإشهاد في الطلاق.....7
ثانيا: حكم الإشهاد على الطلاق:.....9
ثالثا: الحكمة من الإشهاد على الطلاق 9
الفرع الثاني: رأي الفقهاء في مسألة الإشهاد على الطلاق..... 10
أولا: رأي الفقهاء القدامى في المسألة..... 10
ثانيا: رأي الفقهاء المعاصرين..... 12
المطلب الثاني: المسكوت عنه في الإشهاد عن الطلاق وموقف بعض التشريعات العربية.
..... 14
الفرع الأول: المسكوت عنه في مسألة الإشهاد في الطلاق..... 14
الفرع الثاني: موقف بعض التشريعات العربية..... 15
المبحث الثاني: المسكوت عنه في شروط المطلق..... 19
المطلب الأول: شروط المطلق في الفقه الإسلامي 19
الفرع الأول: حكم شروط المطلق 19
الفرع الثاني: شروط المطلق..... 20
أولا: أن يكون زوجًا 20
ثانيا: شرط البلوغ..... 21

ثالثا: شرط العقل..... 22
رابعا: القصد والاختيار..... 24
المطلب الثاني: شروط المطلق المسكوت عنها وموقف بعض التشريعات..... 26
الفرع الأول: شروط المطلق المسكوت عنها حسب قانون الأسرة الجزائري. 26
أولا: شرط البلوغ..... 26
ثانيا: شرط العقل..... 27
ثالثا: شرط الاختيار والقصد..... 28
الفرع الثاني: موقف بعض التشريعات العربية..... 30
المبحث الثالث: المسكوت عنه في ألفاظ الطلاق..... 31
المطلب الأول: مفهوم ألفاظ الطلاق 31
الفرع الأول: تعريف ألفاظ الطلاق..... 31
أولا: التعريف الاصطلاحي لألفاظ الطلاق..... 31
ثانيا: ألفاظ الطلاق باعتبار الصيغة..... 31
الفرع الثاني: المقصود بالطلاق الثلاث وحكمه..... 33
أولا: المقصود بالطلاق الثلاث..... 33
ثانيا: حكم الطلاق الثلاث بلفظ واحد..... 33
المطلب الثاني: المسكوت عنه في ألفاظ الطلاق وموقف بعض التشريعات العربية. 36
الفرع الأول: ما سكت عنه قانون الأسرة الجزائري في ألفاظ الطلاق 36
الفرع الثاني: موقف بعض التشريعات..... 38
خلاصة الفصل:..... 40
الفصل الثاني: المسائل المسكوت عنها في آثار الطلاق 41
تمهيد:..... 42
المبحث الأول: المسكوت عنه في العدة..... 43
المطلب الأول: مفهوم العدة 43

الفرع الأول: التعريف الاصطلاحي للعدة..... 43
أولا: التعريف الفقهي للعدة..... 43
ثانيا: التعريف القانوني للعدة 44
الفرع الثاني: حكم العدة وأدلة مشروعيتها..... 44
أولا: من القرآن الكريم..... 44
ثانيا: من السنة..... 45
ثالثا: من الإجماع..... 45
الفرع الثالث: أنواع العدة..... 46
أولا: عدة الأقراء 46
ثانيا: عدة الأشهر..... 47
ثالثا: عدة وضع الحمل..... 48
المطلب الثاني: مسائل العدة المسكوت عنها..... 49
الفرع الأول: ما سكت عنه في عدة الفرقة..... 49
الفرع الثاني: ما سكت عنه في عدة الوفاة..... 50
أولا: مسائل متفرقة مسكوت عنها في عدة الوفاة..... 50
ثانيا: المسكوت عنه في مسائل تحول العدة في الوفاة: 51
المبحث الثاني: المسكوت عنه في الحضانة 53
المطلب الأول: مفهوم الحضانة..... 53
الفرع الأول: التعريف الاصطلاحي للحضانة..... 53
أولا: التعريف الفقهي..... 53
ثانيا: التعريف القانوني..... 54
الفرع الثاني: دليل مشروعية الحضانة..... 55
أولا: من الكتاب..... 55

ثانيا: من السنة النبوية 56
ثالثا: من الإجماع..... 56
الفرع الثالث: شروط إسناد الحضانة 56
أولا: الشروط العامة للممارسة الحضانة..... 57
ثانيا: الشروط الخاصة لممارسة الحضانة..... 58
المطلب الثاني: مسائل الحضانة المسكوت عنها 61
الفرع الأول: شروط الحاضن المسكوت عنها..... 61
أولا: شروط عامة مسكوت عنها 62
ثانيا: شروط خاصة مسكوت عنها..... 62
الفرع الثاني: مسائل متفرقة في الحضانة مسكوت عنها..... 63
المبحث الثالث: المسكوت عنه في النزاع حول متاع البيت..... 68
المطلب الأول: مفهوم متاع بيت الزوجية..... 68
الفرع الأول: التعريف بمتاع بيت الزوجية في الفقه الإسلامي 68
الفرع الثاني: التعريف بمتاع بيت الزوجية في قانون الأسرة الجزائر 69
الفرع الثالث: موقف التشريعات العربية من النزاع حول متاع بيت الزوجية 70
أولا: موقف دول المغرب العربي..... 70
ثانيا: موقف دول المشرق العربي 71
المطلب الثاني: طرق الإثبات في النزاع حول متاع البيت والمسائل المسكوت عنها في قانون الأسرة الجزائري..... 72
الفرع الأول: طرق الإثبات في النزاع حول متاع البيت في قانون الأسرة الجزائري 72
أولا: الإثبات بالكتابة..... 73
ثانيا: الإثبات بالإقرار 73
ثالثا: الإثبات بالشهادة (شهادة الشهود) 74
رابعا: الإثبات باليمين..... 75

الفرع الثاني: المسائل المسكوت عنها في النزاع حول متاع البيت..... 75
أولا: إثبات متاع البيت في التشريع الجزائري 75
ثانيا: إعمال القاضي للبينة والقرينة لحل النزاع حول وجود المتاع..... 76
ثالثا: دور القاضي في حل النزاع حول وجود المتاع عند انعدام الدليل..... 76
رابعا: إجراءات اليمين..... 77
خامسا: الحكم القانوني لمتاع البيت المشترك بين الزوجين..... 77
ملخص الفصل: 79
خاتمة:..... 81
فهرس الآيات القرآنية: 84
فهرس الأحاديث النبوية: 86
فهرس المحتويات 102

الملخص:

مما لا شك فيه أن قانون الأسرة الجزائري حاول جاهدا صياغة القوانين بما يراه أوفق وأرجح في المسائل المتعلقة بقانون الأسرة (الطلاق وآثاره)، إلا أن هناك مسائل لم تجد الاهتمام التشريعي حيث غفل وسكت عنها، فمنذ صدوره وجهت له سهام النقد، وطالته مطالبات التعديل والإضافة لما تضمنه من أحكام قليلة، غابت فيها التفصيلات، وما يحتاجه اليوم قانون الأسرة الجزائري، من اجتهاد معاصر في استصدار تشريع لفقه أحكام الأسرة، ورغم هذا برز قصور في نصوص قانون الأسرة فعلى المشرع إعادة النظر في المسكوت عنه، بإزالة الغموض واللبس وذلك بإعطاء حلول لإشكالية: المسائل المسكوت عنها في قانون الأسرة الجزائري الطلاق وآثاره أنموذجا. وللإجابة على هذه الإشكالية سلكنا مسلكا منهجيا حيث قسمنا من خلاله البحث إلى فصلين، تطرقنا في الأول إلى المسائل المسكوت عنها في الطلاق، أما الفصل الثاني، فتعلق بالمسائل المسكوت عنها في آثار الطلاق. وعليه فعلى المشرع الجزائري تعديل النصوص المتعلقة بالطلاق وآثاره، لأن الكثير من المسائل المسكوت عنها تحتاج إلى بيان.

الكلمات المفتاحية: المسكوت عنه، قانون الأسرة، الطلاق، آثار الطلاق.

Abstract:

There is no doubt that the Algerian Family Law has tried hard to formulate laws in what it sees as the most appropriate and most likely in matters related to family law (divorce and its effects), but there are issues that have not received legislative attention, as it has been neglected and silent about them. Since its issuance, it has been criticized and has been subject to demands for amendment and addition due to the few provisions it contains, in which details are absent. What the Algerian Family Law needs today is a contemporary effort to issue legislation for the jurisprudence of family provisions. Despite this, shortcomings have emerged in the texts of the Family Law, so the legislator must reconsider what has been unspoken, by removing ambiguity and confusion by providing solutions to the problem: Unspoken issues in Algerian Family Law, divorce and its effects as a model. To answer this problem, we have taken a methodological approach, through which we have divided the research into two chapters. In the first, we addressed the unspoken issues in divorce, while the second chapter was related to the unspoken issues in the effects of divorce. Accordingly, the Algerian legislator must amend the texts related to divorce and its effects, because many of the unspoken issues need to be explained.

Keywords: Unspoken, Family Law, Divorce, Effects of Divorce.