

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية  
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي  
جامعة محمد بوضياف - المسيلة

ميدان: الحقوق و العلوم السياسية  
فرع: قانون خاص  
تخصص: أحوال شخصية



كلية الحقوق و العلوم السياسية  
قسم: الحقوق  
رقم:

## مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماستر أكاديمي

إعداد الطالبين:

- إسماعيل بعجي

- ماهر باي

تحت عنوان

# المرجعية الفقهية لأحكام الطلاق في قانون الأسرة الجزائري

لجنة المناقشة:

رئيسا  
مشرفا ومقررا  
مناقشا

جامعة: محمد بوضياف  
جامعة: محمد بوضياف  
جامعة: محمد بوضياف

د. أحمد الزاويدي  
أ.د. أحمد غرابي  
د. رشيد زين

السنة الجامعية: 2017 / 2018



## الإهداء

أهدي ثمرت جهدي هذا إلى

من ربتي وأنارت دربي وأعانتني بالصلوات والدعوات

إلى اعلى إنسان في هذا الوجود

أمي الحبيبة

إلى من عمل بكد في سبيلي وعلمني معنى الكفاح

وأوصلني إلى ما أنا عليه

أبي الكريم

إلى إخوتي وأخواتي

وجميع الأصدقاء

إسماعيل بعجي

## إهداء

إلى من قال فيهما الله عز وجل

{وَقَضَىٰ رَبُّكَ أَلَّا تَعْبُدُوا إِلَّا إِيَّاهُ وَبِالْوَالِدَيْنِ إِحْسَانًا }

أهدي ثمرة مجهودي هذا

إلى روح والدي الغالية رحمه الله

إلى أمي الغالية حفظها الله

إلى إخوتي وأخواتي

إلى كل من ساهم من قريب وبعيد في إنجاز هذا العمل

ماهر باي

## شكر ومعرفة

أول شكر هو لله رب العالمين الذي رزقنا العقل و حسن التوكل عليه سبحانه و تعالى.

كما نتقدم بالشكر الجزيل إلى الأستاذ المشرف الدكتور "أحمد غرابي" الذي لم يبخل علينا بنصائحه الواضحة، و نصائحه السديدة التي أنارت لنا دروب

البحث وفتحت لنا مغالقه وتعامله ذو الميزة العالية،

وكل الميزات التي تركت انطبعا على صفحات هذا الموضوع .

ونشكر أيضا كل من ساعدنا في انجاز هذا البحث .

وأرجو من الله عز وجل أن يوفقنا في كل أمر فيه خير لديننا ودنيانا.

كما لا ننسى التوجه بجزيل الشكر إلى أساتذة قسم الحقوق

وفي الأخير نشكر كل من ساندنا في إنجاز هذا العمل سواء من قريب أو

من بعيد

## قائمة المختصرات

\_ ص .....الصفحة

\_ ط .....الطبعة

\_ ج .....الجزء

\_ د .....الدكتور

\_ م .....المادة

\_ ق، أ، ج .....قانون الأسرة الجزائري

\_ ق، إ، م، إ .....قانون الاجراءات المدنية و الادارية

فهرس

الموضوعات

## فهرس الموضوعات

مقدمة.....	أ
الفصل الأول: مرجعية أحكام الطلاق في قانون الأسرة الجزائري.....	ص7
المبحث الأول: الاحكام التي حصل حولها إجماع او شبه إجماع بين الفقهاء.....	ص8
المطلب الأول: الأحكام المنصوص عليها في القرآن والسنة.....	ص8
الفرع الأول: الطلاق.....	ص8
الفرع الثاني: الخلع.....	ص10
الفرع الثالث: النشوز والتحكيم.....	ص11
الفرع الرابع: الطلاق لارتكاب فاحشة مبينة.....	ص13
المطلب الثاني: الأحكام المستمدة من اتفاق جمهور الفقهاء.....	ص13
الفرع الأول: التطلاق لعدم الإنفاق.....	ص14
الفرع الثاني: التطلاق للعيوب.....	ص14
الفرع الثالث: التطلاق للهجر في المضجع.....	ص15
المبحث الثاني: الأحكام التي حصل حولها خلاف في قانون الأسرة.....	ص17
المطلب الأول: الأحكام التي سار فيها وفق اجتهاد معين.....	ص17
الفرع الأول: التطلاق لحبس الزوج.....	ص17

الفرع الثاني: التطليق للغياب.....	ص18
الفرع الثالث: التطليق للشقاق.....	ص19
الفرع الرابع: التطليق للضرر.....	ص20
الفرع الخامس: التطليق لمخالفة الشروط.....	ص21
المطلب الثاني: الأحكام التي خالف فيها ق.أ.ج أحكام الشريعة الإسلامية.....	ص23
الفرع الأول: إثبات الطلاق بحكم قضائي.....	ص23
الفرع الثاني: مخالفة قانون الأسرة الجزائري أحكام الرجعة.....	ص25
الفرع الثالث: التطليق لمخالفة أحكام المادة الثامنة من قانون الأسرة.....	ص28
الفصل الثاني: مرجعية آثار أحكام الطلاق في قانون الأسرة الجزائري.....	ص31
المبحث الأول: آثار الطلاق التي حصل حولها إجماع أو شبه إجماع بين الفقهاء في قانون الأسرة الجزائري.....	ص32
المطلب الأول: آثار الطلاق المستندة إلى نصوص القرآن والسنة.....	ص32
الفرع الأول: العدة.....	ص32
الفرع الثاني: الحضانة.....	ص36
المطلب الثاني: آثار الطلاق المستندة إلى إجماع جمهور الفقهاء.....	ص38
الفرع الأول: مدة الحضانة.....	ص38
الفرع الثاني: سقوط الحضانة.....	ص39
الفرع الثالث: سقوط الحضانة بالسفر إلى بلد أجنبي.....	ص39

المبحث الثاني: آثار الطلاق التي حصل حولها خلاف في قانون الأسرة الجزائري.....ص42	
المطلب الأول: آثار الطلاق التي سار فيها قانون الأسرة الجزائري وفق اجتهاد المذهب المالكي.....ص42	
الفرع الأول: عودة الحق في الحضانة.....ص42	
الفرع الثاني: مسكن الحضانة.....ص44	
المطلب الثاني: آثار الطلاق التي سار فيها قانون الأسرة الجزائري على غير مشهور المذهب المالكي.....ص45	
الفرع الأول: ترتيب الحواضن.....ص45	
الفرع الثاني: نفقة وسكنى المعتدة.....ص47	
خاتمة.....ص51	
قائمة المصادر والمراجع.....ص54	
فهرس الموضوعات.....ص62	

# المقدمة

## مقدمة

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على نبيه الكريم، وعلى آله وصحبه أجمعين، ومن تبعهم بإحسان الى يوم الدين، أما بعد:

جعل الإسلام الحياة الزوجية مبنية على المودة والرحمة والسكينة بين الطرفين في إطار المحافظة على الحقوق و الواجبات المنوطة بهما، وبقدر الالتزام بها تستمر الحياة وتقوى الأواصر، قال الله تعالى: ﴿وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ﴾ الروم، الآية 21.

أما إذا ما دب الخلل إلى الأسرة فحل الشقاق و النزاع مكان المودة و الرحمة فقد تصل الأسرة إلى أبغض الحلال إلى الله تعالى و هو الطلاق، و يكون بذلك مخرجا و علاجا لفسادها قال الله تعالى: ﴿وَإِنْ يَتَفَرَّقَا يُغْنِ اللَّهُ كُلًّا مِّن سَعَتِهِ وَكَانَ اللَّهُ وَاسِعًا حَكِيمًا﴾ النساء، الآية 130.

وقد عالج قانون الأسرة الجزائري موضوع الطلاق في 36 مادة قانونية إبتداءً من المادة 47 إلى المادة 80، و للوقوف على أصول كل هذه النصوص و مستنداتها الفقهية نحتاج إلى دراسة موسعة لا تستوعبها مثل هذه المذكرة في مثل هذا المستوى، لذا لجأنا إلى الاقتصار على جملة من المسائل المختارة في موضوع الطلاق وآثاره والتي نحسب أنها تفي بالغرض المطلوب إن شاء الله تعالى.

## موضوع الدراسة:

يتعلق موضوع الدراسة بالمرجعية الفقهية لأحكام الطلاق في قانون الأسرة الجزائري الصادر بموجب القانون رقم 11/84 المعدل والمتمم بالأمر 02/05.

وعبارة المرجعية الفقهية مركب من مضاف ومضاف إليه، و للتعريف بهذا المركب نعرف بطرفيه.

فالفقه عند علماء الأصول هو العلم بالأحكام الشرعية العملية المكتسب من أدلته التفصيلية والمرجعية كمصطلح حديث يقصد بها الأسس الفكرية والمبادئ التي يرجع ويعود



إليها الشخص في حياته، ومركب المرجعية الفقهية ينصرف إلى الآراء الفقهية المنسوبة إلى مذاهب الفقهاء أو المناهج والطرق التي اعتمدها كل مجتهد<sup>1</sup>

وقانون الأسرة الجزائري على غرار غيره من القوانين العربية خص أحكام الطلاق بمجموعة من المواد التي تتضمن كل حكم على حدة، وفي المقابل لم يخصص مادة معينة تبيين تبنيه لمذهب معين، كما هو عليه الحال في مدونة الأحوال المغربية التي نص فيها المشرع المغربي صراحة، على اعتماد المذهب المالكي كمرجع.

وعليه فإن موضوع دراستنا هو تحليل مواد الطلاق في قانون الأسرة الجزائري، وربطها بالآراء الفقهية الواردة في تلك المسائل، لمعرفة المذهب أو المذاهب التي اعتمدها المشرع في تلك الأحكام، وهل هي محل اتفاق و إجماع أو هي رأي جمهور الفقهاء أو رأي مذهب بعينه أو فقيهه داخل المذاهب المشهورة أو خارجها.

### أسباب اختيار الموضوع:

اختيارنا للموضوع كان للأسباب التالية:

- الدافع الأول ذاتي وكان نتاج دراسة متجزئة لموضوع الطلاق، مما دفع بنا لاختيار هذا الموضوع لتحصيل مادة علمية أكثر من خلال البحث في مسائل الطلاق.
- أما الدافع الثاني فيعود إلى أن المشرع الجزائري نص في قانون الأسرة على أن كل ما لم يرد فيه النص يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية، من خلال نص المادة 222، فكانت الرغبة لمعرفة أهم المسائل التي لم يتطرق إليها القانون، وذلك بالاطلاع على ما ذهب إليه الفقه الإسلامي بمختلف مذاهبه حول مسائل الطلاق، باعتباره موضوعا حساسا لاتصاله بالأسرة.
- كما أن موضوع المرجعية الفقهية لأحكام الطلاق لم يتم تناوله من قبل -حسب علمنا- بهذه الصورة مما دفعنا إلى دراسة هذا الموضوع.

1- أحمد غرابي، المرجعية الفقهية لأحكام الميراث في قانون الأسرة الجزائري وموقع المذهب المالكي منها، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، جامعة زيان عاشور، الجلفة، العدد 23، جوان 2015، ص122.



## أهمية الموضوع:

إن البحث مرتبط أساسا بمعرفة المرجعيات الدينية لمنظومتنا التشريعية، وهذا يكتسي أهمية بالغة ويهدف إلى تعزيز المرجعية الدينية في الجزائر، الذي صار مطلباً ضرورياً تمليه الظروف التي تحيط بالمجتمع الجزائري، للحفاظ على موروث الأمة الحضاري الإسلامي وهويتها الدينية من خلال الوقوف على أصالة التشريع، و للوقوف ضد كل المحاولات التي تسعى إلى إلغاء هذا القانون، والدعوة إلى إلحاقه بالقانون المدني الوضعي، وتجريد الأمة من ثوابتها الدينية .

لذلك في معالجة مثل هذه الموضوعات بطريقة علمية أكاديمية يرجع الأمور إلى نصابها و يصح ما يمكن تصحيحه في إطار المحافظة على الأصول والثوابت دون إلغاء ولا جمود.

## إشكالية البحث:

بما أن قانون الأسرة هو الوحيد ضمن المنظومة التشريعية في الجزائر المستمد من الشريعة الإسلامية من بين قوانين البلاد، لكن لم يرد نص يحدد المذهب المعمول به في الجزائر، بل نجد المادة 222 تحيل إلى أحكام الشريعة الإسلامية في كل ما لم يرد فيه نص، ومن هنا نطرح الإشكالية التالية :

إلى أي مدى اعتمد المشرع الجزائري أحكام الشريعة الإسلامية في كتاب الطلاق من قانون الأسرة ؟

وينتج عن هذا الإشكال الرئيسي الأسئلة الجزئية التالية :

(أ) ما هو نطاق النصوص القطعية في دلالتها و ثبوتها في باب الطلاق والتي يحصل حولها عادة إجماع أو شبهه؟

(ب) وإلى أي مدى وافق المشرع المدارس الفقهية المشهورة ؟ و ما موقع المذهب المالكي في كل هذا؟

(ج) و هل خرج المشرع عن نطاق هذه المذاهب؟

(د) وهل أدى هذا أحيانا إلى الخروج على مبادئ الشريعة الإسلامية كلية ؟

### الدراسات السابقة:

حيث اعتمدنا بدرجة أولى على مقالتين للأستاذ أحمد غرابي بعنوان المرجعية الفقهية لأحكام الميراث في قانون الأسرة الجزائري وموقع المذهب المالكي منها المنشور بمجلة الحقوق والعلوم السياسية بجامعة عاشور زيان بالجلفة، وقد استفدنا منه في منهجية و طريقة بحث هذا الموضوع، أما المقالة الثانية فبعنوان مدى الالتزام بالمرجعية الشرعية في تعديلات قانون الأسرة الجزائري، المنشور بالمجلة العربية للأبحاث في العلوم الانسانية والاجتماعية بجامعة زيان عاشور بالجلفة، حيث كان نافذة لنا في طرح هذا الموضوع واختياره.

### المنهج المتبع:

ولدراسة الموضوع اعتمدنا المنهج التحليلي، من خلال تحليل نصوص المواد، مع محاولة ربط الحكم الذي نصت عليه بالمذهب الفقهي الذي استمدت منه، إلى جانب المنهج الاستقرائي من خلال استقراء نصوص المواد واستنباط الأحكام الواردة فيها، كما اعتمدنا المنهج التاريخي من خلال الرجوع إلى المصادر الفقهية

القديمة للمذاهب الأربعة - الحنفية - المالكية - الشافعية - الحنابلة - لربط نصوص مواد قانون الأسرة بها .

### خطة الموضوع:

للإجابة على إشكالية البحث اعتمدنا على خطة ثنائية تتكون من فصلين، وكل فصل يحتوي على مبحثين.

حيث تناولنا في الفصل الأول: مرجعية أحكام الطلاق في قانون الأسرة الجزائري، وقسمنا هذا الفصل إلى مبحثين، تضمن المبحث الأول: الأحكام التي حصل حولها إجماع أو شبه إجماع بين الفقهاء، وتضمن المبحث الثاني: الأحكام التي حصل حولها خلاف في قانون الأسرة الجزائري.



وتتأول الفصل الثاني: مرجعية آثار أحكام الطلاق في قانون الأسرة الجزائري، وتتضمن المبحث الأول: آثار الطلاق التي حصل حولها إجماع أو شبهه في قانون الأسرة الجزائري، أما المبحث الثاني: فتضمن آثار الطلاق التي حصل حولها خلاف في قانون الأسرة الجزائري .



# الفصل الأول

مرجعية أحكام الطلاق في

قانون الأسرة الجزائري

## الفصل الأول: مرجعية أحكام الطلاق في قانون الأسرة الجزائري

قانون الأسرة الجزائري هو القانون الوحيد ضمن المنظومة التشريعية الجزائرية المستمدة أحكامه من الشريعة الإسلامية بمصادرها المختلفة.

حيث سنتطرق في هذا الفصل إلى مجموعة أحكام الطلاق التي نص عليها ق.أ.ج ومدى مطابقتها لأحكام الشريعة الإسلامية، وقد قسمنا هذا الفصل إلى مبحثين، تناولنا في المبحث الأول: الأحكام التي حصل حولها إجماع أو شبه إجماع بين الفقهاء، وتضمن المبحث الثاني: الأحكام التي حصل حولها خلاف في قانون الأسرة الجزائري.

## المبحث الأول: الأحكام التي حصل حولها إجماع أو شبه إجماع بين الفقهاء

تطرقنا في هذا المبحث إلى مجموعة الأحكام التي حصل حولها إجماع أو شبه إجماع بين الفقهاء واستند فيها المشرع الجزائري إلى القرآن الكريم والسنة النبوية وهذا في المطلب الأول، في حين تضمن المطلب الثاني الأحكام المستمدة من إجماع الصحابة والفقهاء، وألحقت بشبه الإجماع على سبيل التغليب وليس بالمعنى الاصطلاحي بالإجماع عند علماء الأصول.

### المطلب الأول: الأحكام المنصوص عليها في القرآن والسنة

بالرجوع إلى أحكام الطلاق المنصوص عليها في مواد قانون الأسرة الجزائري نجدها في مجملها مستمدة من القرآن الكريم والسنة النبوية، كإباحة الطلاق والخلع وذكر النشوز الحاصل من الزوجين أو من أحدهما والتحكيم لإصلاح الخلل وغير ذلك.

#### الفرع الأول: الطلاق

نصت المادة 47 من ق.أ.ج على أن " تتحل الرابطة الزوجية بالطلاق أو الوفاة"<sup>1</sup> ويقصد بالطلاق لغة: طلقت البلاد: فارقتها. طلقت القوم: تركتهم، والطلاق من الإبل: التي طلقت في المرعى وقيل: هي التي لا قيد عليها. وطلاق النساء لمعنيين: أحدهما حل عقدة النكاح، والآخر بمعنى التخلية والإرسال، ويقال للإنسان إذا أُعتِقَ طليق أي صار حراً.<sup>2</sup>

أما اصطلاحاً فقد عرفه الفقهاء بعدة تعريفات متقاربة منها:

(1) تعريف الحنفية: رفع قيد النكاح حالاً أو مآلاً بلفظ مخصوص.<sup>3</sup>

1 - قانون رقم 84-11، المؤرخ في 9 رمضان عام 1404هـ الموافق لـ 9 يونيو سنة 1984: المتضمن قانون الأسرة، المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 18 محرم 1426 الموافق لـ 27 فبراير 2005، الجريدة الرسمية عدد 15.

2- محمد بن مكرم بن منظور، لسان العرب، ط1، مؤسسة الأعلمي للمطبوعات، بيروت، 2005، ص2693-2694

3- محمد أمين بن عابدين، رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، ج4، طبعة خاصة، دار عالم الكتب، الرياض، 1423هـ- 2003م، ص426.

(2) تعريف المالكية: صفة حكمية ترفع حلية تمتع الزوج بزوجته<sup>1</sup>.

(3) تعريف الشافعية: حل عقدة النكاح بلفظ الطلاق ونحوها<sup>2</sup>.

(4) تعريف الحنابلة: حل عقدة النكاح أو بعضه<sup>3</sup>.

وقد عرف المشرع الجزائري الطلاق في المادة 48 من ق.أ.ج بقوله: ( يحل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين 53 و 54 من هذا القانون ).

واستعمل المشرع الجزائري كلمة " حل " التي تشمل طرق انحلال الزواج<sup>4</sup>.

واستمد المشرع أحكام المادة 47 من ق.أ.ج من القرآن والسنة لقوله تعالى: { الطَّلَاقُ

مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ } البقرة، الآية: 229، وقوله أيضا: { يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ } الطلاق، الآية: 01.

وورد في السنة النبوية أحاديث كثيرة تخص مسألة الطلاق فقد روي عن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما أنه طلق امرأته وهي حائض على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم، فسأل عمر بن الخطاب الرسول عليه الصلاة والسلام عن ذلك، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "مره فليراجعها ثم ليمسكها حتى تطهر، ثم تحيض ثم تطهر ثم إن شاء أمسك بعد وإن شاء طلق قبل أن يمس، فتلك العدة التي أمر الله أن تطلق لها النساء"<sup>5</sup>.

#### الفرع الثاني: الخلع

نصت المادة 54 من ق.أ.ج : (يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل مالي...)

1- محمد بن عبد الرحمان الحطاب، مواهب الجليل في شرح مختصر الشيخ خليل، المجلد الرابع، ط1، دار الرضوان، نواكشط، موريتانيا، ص396.

2- محمد بن الخطيب الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ج3، ط1، دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، 1997، ص396.

3- منصور بن يونس البهوتي، هداية الراغب شرح عمدة الطالب، تحقيق شعبان محمد اسماعيل، ط2، مكتبة إحياء التراث الاسلامي، مكة المكرمة، ص515.

4- بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ج1، ط1999، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، ص305.

5- أبو عبد الله محمد بن اسماعيل البخاري، صحيح البخاري، كتاب الطلاق، ط1، دار ابن كثير، دمشق، سوريا، 1423، 2002، ص 1338، حديث رقم 5251.

فالخلع لغة : خلع الشيء، يخلعه، خلعا، واختلعه: كنزعه إلا أن في الخلع مهلة وسوى بعضهم بين الخلع والنزع. وخلع امرأته خلعا، بالضم وخالعا فاختلعت وخالعتها: أزالها عن نفسه وطلقها عن بدل منها له، فهي خالعة، واختلعت منه اختلاعا فهي مختلعة. قال أبو منصور: خلع امرأته وخالعها إذا افتدت منه بمالها فطلقها وأبانها من نفسه<sup>1</sup>.

أما اصطلاحا: فقد عرفه الفقهاء بعدة تعاريف متقاربة منها:

- 1) تعريف الحنفية: هو إزالة ملك النكاح المتوقفة على قبولها بلفظ الخلع أو في معناها.<sup>2</sup>
  - 2) تعريف المالكية: وهو بذل المرأة العوض على طلاقها.<sup>3</sup>
  - 3) تعريف الشافعية: هو فرقة بعوض بلفظ الطلاق أو خلع.<sup>4</sup>
  - 4) تعريف الحنابلة: ومعناه فراق الزوج امرأته بعوض، فإن خالعا بغير عوض لم يصح.<sup>5</sup>
- واستمد المشرع الجزائري أحكام الخلع من القرآن الكريم لقوله تعالى: **{الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَمِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلَّا أَنْ يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ** { البقرة، الآية: 229.

أما من السنة النبوية ما روى عن ابن عباس - رضي الله عنه - قال: أن امرأة ثابت بن قيس أتت النبي صلى الله عليه وسلم فقالت: يا رسول الله، ثابت بن قيس ما أعتب عليه في خلق ولا دين، ولكنني أكره الكفر في الإسلام. فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "أتردين عليه حديقته؟" فقالت: نعم. قال الرسول صلى الله عليه وسلم: "اقبل الحديقة وطلقها تطليقة"<sup>6</sup>.

1- محمد بن مكرم بن منظور، المرجع السابق، ص1223.

2- عبد الرحمان الحنفي الحصكفي، الدر المختار شرح تنوير الابصار وجامع البحار، تحقيق: عبد المنعم خليل ابراهيم، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2002، ص234.

3- أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج2، ط4، مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، مصر، 1975، ص66.

4- محمد بن الخطيب الشربيني، المرجع السابق، ص346.

5- أحمد بن محمد بن قدامة، الكافي، تحقيق عبد المحسن التركي، ج4، ط1، دار هجر للطباعة والنشر، 1997، ص405.

6- عبد الله محمد بن اسماعيل البخاري، صحيح البخاري، كتاب الطلاق، ص1344، حديث رقم 5273.

### الفرع الثالث: النشوز والتحكيم

#### أولاً: النشوز

نص المشرع الجزائري في المادة 55 من ق.أ.ج " عند نشوز أحد الزوجين يحكم القاضي بالطلاق..."<sup>1</sup>، ويعتبر النشوز حالة من الحالات التي يقع بها فرق النكاح، حيث يعرف النشوز لغة: نشز الشيء نشزاً، ونشوزاً أي ارتفع. ويقال فلان علا على نشز من الأرض وعن مكانه، وفيه ارتفع عنه ونهض. ويقال نشزت المرأة أو الرجل بالزوج<sup>2</sup>.

أما اصطلاحاً: فقد تنوعت عبارات الفقهاء في ذلك منها، ففي الفقه الحنفي يعرف أن النشوز في النكاح أن تمنع المرأة نفسها من الزوج بغير حق خارجة من منزله، بأن خرجت بغير إذنه وغابت أو سافرت، وعند الشافعية: هو خروج عن طاعة الزوج بعد التمكين والعرض، وعند الحنابلة: هو معصيتها لزوجها فيما له عليها مما أوجبه له النكاح<sup>3</sup>.

وقد ذكر النشوز في القرآن الكريم في قوله تعالى: ﴿وَاللَّاتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَأَهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ وَاضْرِبُوهُنَّ فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلاً إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيماً كَبِيراً﴾ النساء، الآية: 34.

وقوله أيضاً: ﴿وَإِنْ امْرَأَةٌ خَافَتْ مِنْ بَعْلِهَا نُشُوزًا أَوْ إِعْرَاضًا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًا وَالصُّلْحُ خَيْرٌ﴾ النساء، الآية: 128.

كما استدل الفقهاء كذلك على حرمة نشوز المرأة على زوجها بما ورد عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: قال النبي صلى الله عليه وسلم: " إذا باتت المرأة مهاجرة فراش زوجها لعنتها الملائكة حتى ترجع"<sup>4</sup>.

#### ثانياً: التحكيم

نصت المادة 56 من ق.أ.ج: (إذا اشتد الخصام بين الزوجين ولم يثبت الضرر وجب تعيين حكيمين للتوفيق بينهما).

1-الأمر 02/50 المتضمن قانون الأسرة.

2- مجمع اللغة العربية، المعجم الوسيط، ط4، دار الكتاب العربي، بيروت، 1928، ص922.

3- خورشيد ياسر صائب، حكم التحكيم في اصلاح نشوز الزوجين في الفقه الاسلامي، مجلة كلية الآداب ، جامعة بغداد، العراق، العدد 103، سنة 2013، ص317.

4- أبي عبد الله محمد بن اسماعيل البخاري، صحيح البخاري، كتاب النكاح، ص1324، رقم الحديث 5194.

يعين القاضي حكّمين، حكّما من أهل الزوج وحكّما من أهل الزوجة، وعلى هذين الحكّمين أن يقدموا تقريرا عن مهمتهما في أجل شهرين)<sup>1</sup>.  
وكذلك في نص المادة 466 ق.إ.م.إ.ج: ( إذا لم يثبت أي ضرر أثناء الخصومة، جاز للقاضي أن يعين حكّمين اثنين لمحاولة الصلح بينهما حسب مقتضيات قانون الأسرة)<sup>2</sup>.  
والملاحظ من نص المادتين، أن المشرع الجزائري لم يخص التحكيم بأي تعريف. والتحكيم لغة: يقال حكم له، وحكم عليه، وحكم بينهم، ويقال أحكم فلان عن الأمر والحكم من أسماء الله تعالى وفي التنزيل العزيز {أَفَغَيْرَ اللَّهِ أَبْغِي حَكْمًا} الأنعام، الآية: 144.  
والحكم هو من يختار للفصل بين المتنازعين<sup>3</sup>.

والتحكيم بين الزوجين في اصطلاح الفقهاء هو : تولية الزوجين المتنازعين رجلين من أهلها للإصلاح بينهما والفصل في خصومتها.  
وثبتت مشروعية التحكيم من القرآن الكريم<sup>4</sup>، في قوله تعالى: {وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَأَبْعَثُوا حَكْمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكْمًا مِّنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا، إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا} النساء، الآية: 35، أما من السنة النبوية ما جاء في حديث بريدة: أن الرسول صلى الله عليه وسلم كان إذا أمر أميرا على جيش أو سرية أوصاه في خاصته بتقوى الله ومن معه من المسلمين خيرا ثم قال: "وإذا حاصرت أهل حصن فأرادوك أن تنزلهم على حكم الله فلا تنزلهم على حكم الله ولكن أنزلهم على حكمك فإنك لا تدري أتصيب حكم الله فيهم أم لا"<sup>5</sup>.

#### الفرع الرابع: الطلاق لارتكاب فاحشة مبينة

الفاحشة يصعب تعريفها بدقة، ولكن يمكن أن نحصر مفهومها من خلال تحديد مدلولها اللغوي، يقال فحش القول والفعل - فحشاً: اشتد قبحه والأمر جاوز حده، والفاحشة

1- الأمر 02/05 المتضمن قانون الأسرة.

2- قانون رقم 09/08، المؤرخ في 18 صفر 1429 الموافق لـ 25 فبراير 2008 والمتضمن قانون الاجراءات المدنية والادارية، الجمهورية الجزائرية، الجريدة الرسمية، العدد 21 سنة 45، 23 أبريل 2008.

3- مجمع اللغة العربية، المعجم الوسيط، المرجع السابق، ص191.

4- محفوظ بن صغير، قضايا الطلاق في الاجتهاد الفقهي وقانون الأسرة الجزائري، دار الوعي للنشر والتوزيع، روية، الجزائر، ص263.

5- أبي الحسن بن الحجاج النيسابوري، صحيح مسلم، كتاب الجهاد والسير، ط1، دار ابن حزم، بيروت، 2006، ص 828، حديث رقم 1731.

مؤنث الفاحش أي القبيح والشنيع من قول أو فعل، والجمع فواحش وفي التنزيل العزيز: { قُلْ إِنَّمَا حَرَّمَ رَبِّيَ الْفَوَاحِشَ مَا ظَهَرَ مِنْهَا وَمَا بَطَّنَ } الأعراف، الآية 33.<sup>1</sup>

وقد ورد في القرآن الكريم عدة آيات تصور الفاحشة في الأمور التي تخل بالأنظمة إخلالا كبيرا وذلك في قوله تعالى: {وَلَمَّا تَقَرَّبُوا الزَّوْجَ، إِنَّهُ كَانَ فَاحِشَةً وَسَاءَ سَبِيلًا} الإسراء، الآية: 32.<sup>2</sup>

ونص المشرع الجزائري في المادة 07/53 من ق.أ.ج بأنه (يجوز للزوجة أن تطلب التطليق في حالة ارتكاب فاحشة مبينة)، والمقصود بالفاحشة هنا، هو الخطأ المخل بالآداب بصفة خطيرة أو جسيمة في ضوء أحكام الفقه الإسلامي، والعرف و الضمير الاجتماعي، وعليه فإنه في حالة ارتكاب الزوج فاحشة مبينة كالزنا، أو الشرك بالله، أو الردة أو الاعتداء على قاصرة، أو انحراف عن الطريق السليم وقيامه بالسلوك الإجرامي الذي يتنافى مع مقتضيات العقل السليم وإرادة المجتمع، فإنه في كل هذه الفرضيات يجوز للزوجة أن ترفع الأمر للقضاء وتطلب التطليق.<sup>3</sup>

### المطلب الثاني: الأحكام المستمدة من إجماع الصحابة و الفقهاء

تناولنا في هذا المطلب التفريق القضائي، أو ما يطلق عليه بالتطليق في ق.أ.ج باعتباره من الأحكام المجمع عليها من قبل جمهور الفقهاء.

والتفريق القضائي في اصطلاح الفقهاء هو إنهاء العلاقة الزوجية بين الزوجين بناء على طلب أحدهما لجملة من الأسباب التي عدتها المادة 53 من ق.أ.ج، وسنقتصر على الفروع التي سار فيها ق.أ.ج مع رأي جمهور الفقهاء.<sup>4</sup>

#### الفرع الأول: التطليق لعدم الإنفاق

نص ق.أ.ج في المادة 1/ 53 على عدم الإنفاق بعد صدور الحكم بوجوبه مالم تكن عالمة بإعساره وقت الزواج والنفقة واجبة على الزوج بمجرد العقد على زوجته، ويتأكد هذا الواجب بالدخول ويستمر مادامت الحياة الزوجية قائمة، وما لم تكن الزوجة ناشزا، ولا يجوز

1- معجم اللغة العربية، المعجم الوسيط، المرجع السابق، ص675.

2- فضيل سعد، شرح قانون الأسرة الجزائري في الزواج و الطلاق، ج1، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1986، ص298.

3- بلحاج العربي، المرجع السابق، ص305.

4- محفوظ بن صغير، المرجع سابق، ص228.

للزوج الامتناع عن النفقة إلا لعذر مقبول، إلا أن النص تطلب في حالة الامتناع عن النفقة صدور الحكم بوجوب النفقة، كما أن النص أشار إلى أنه إذا كانت الزوجة عالمة بإعساره قبل الزواج، فلا يجوز لها طلب الطلاق لأنها رضيت به زوجها وهو معسر<sup>1</sup>.

والموقف الفقهي من التطلاق لعدم الانفاق يمكن تقسيمه إلى اتجاهين:

الاتجاه الأول: للأحناف: وهو لا يجيز التطلاق لعدم الانفاق في حالة العجز أو الامتناع.

الاتجاه الثاني: هو للأئمة مالك والشافعي وأحمد بن حنبل: فهؤلاء يعطون الحق للمرأة أن تطلب التطلاق لعدم الانفاق.

وهو ما ذهب إليه قانون الأسرة لكن ربطه بعدم العلم بإعساره كما ذهب إلى ذلك ابن القيم الجوزية<sup>2</sup>.

### الفرع الثاني: التطلاق للعيوب

نص المشرع الجزائري في المادة 02/53 من ق.أ.ج بأنه يجوز للزوجة أن تطلب التطلاق في حالة العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج، وعليه فإن المقصود بالعيوب هنا هي تلك العلل الجنسية أو الأمراض المنفردة، التي من شأنها الحيلولة دون ممارسة العلاقات الجنسية، والتي لا يمكن المقام معها إلا بضرر، ذلك أنه من الأهداف التي شرع من أجلها الزواج، التناسل، وإنجاب الأولاد وتكوين أسرة<sup>3</sup>.

وللفقهاء رأيان في جواز التفريق للعيوب، رأي الظاهرية، ورأي أكثر العلماء فالظاهرية قالوا لا يجوز التفريق بأي عيب سواء أكان في الزوج أو الزوجة ولا مانع من تطلاق الزوج للزوجة إن شاء، وأما أكثر الفقهاء فأجازوا طلب التفريق بسبب العيب وهو ما ذهب إليه ق.أ.ج، لكنهم اختلفوا في موضع:

هل يثبت الحق لكل من الزوجين أم للزوجة فقط؟

إذ يثبت حق التفريق بالعيوب عند الحنفية للزوجة فقط، لا للزوج لأن الزوج يمكنه دفع الضرر عن نفسه بالطلاق، أما الزوجة فلا يمكنها دفع الضرر عن نفسها إلا بإعطائها الحق في طلب التفريق لأنها لا تملك الطلاق، وأجاز الأئمة الثلاثة طلب التفريق للعيوب لكل من

1- بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري، ط1، دار الخلدونية للنشر و التوزيع، القبة، الجزائر، ص189، 190.

2- أنظر، المرجع نفسه، ص190.

3- بلحاج العربي، المرجع السابق، ص280.

الزوجين لأن كلا منهما يتضرر بهذه العيوب، أما اللجوء إلى الطلاق فيؤدي إلى الالتزام بكل المهر بعد الدخول ونصفه قبل الدخول، وفي التفريق بسبب العيب يعفى الرجل من نصف المهر قبل الدخول، وبعد الدخول بها لها المسمى بالاتفاق، لكن يرجع الزوج عند المالكية والحنابلة و الشافعية بالمهر بعد الدخول على ولي الزوجة كالأب و الأخ لتدليسه بكتمان العيب، ولا سكنى لها ولا نفقة<sup>1</sup>.

ولقد أخذ المشرع الجزائري بإباحة حق التطليق للزوجة دون الزوج في نص المادة 2/53 ق.أ.ج ويسقط حق الزوجة في طلب التطليق إذا علمت به قبل العقد ورضيت به. ويعتبر الطلاق الذي يوقعه القاضي لعدة من العلل الجنسية، أو من الأمراض الضارة طلاقا بائنا عند أبي حنيفة ومالك، وقال أحمد والشافعي أنه فسخ للعقد وليس طلاق. ولهذا فإن التطليق للعيوب لا يكون إلا بحكم القاضي، وهو طلاق بائن في الفقه المالكي، ولم يورد القانون الجزائري أي نص يتعلق بحكم الطلاق للعيوب، مما يوجب الأخذ بمبادئ الفقه المالكي الذي يقول بأن التطليق للعيوب هو طلاق بائن<sup>2</sup>.

### الفرع الثالث: التطليق للهجر في المضجع

ينبغي التفريق بين نوعين من الهجر المنصوص عليهما في القرآن الكريم: الأول: الهجر في المضجع فوق أربعة أشهر: وهو هجر كأن يدير الزوج ظهره لزوجته في الفراش، ولا يهتم بها الاهتمام المطلوب منه كزوج فلا يعتبر زوجته موجودة بجانبه وقد يترك فراش الزوجية أو غرفة الزوجية وذلك لمدة تزيد عن أربعة أشهر كاملة قصد الاضرار بها وتعذيبها أو تأديبا لها<sup>3</sup>.

الثاني: الإيلاء هو الحلف على ترك قرب الزوجة أربعة أشهر فصاعدا بالله، وبتعليق القربان على ما يشق وقد اختلف الفقهاء في طريق التفريق بين الزوجين بالإيلاء، وفي وصفه فأبو حنيفة وأصحابه قرروا أن التفريق يتم بمجرد مضي أربعة أشهر من غير أن يقربها، لأن الآية الكريمة تدعو إلى الفء في المدة، فإن لم يفء إلى زوجته في المدة فقد عزم الطلاق فيعتبر مطلق طلاقا بائنا، وقال مالك و الشافعي وأحمد لا يقع الطلاق بمجرد انتهاء المدة بل

1- وهبة الزحيلي، الفقه الاسلامي وأدلته، ج7، ط2، دار الفكر للطباعة والتوزيع والنشر، دمشق، 1958، ص516.

2- بلحاج العربي، المرجع السابق، ص285.

3- عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، ط2، دار البعث، قسنطينة، الجزائر، 1989، ص263.

يتوقف فيما طلق وإما رفعت الأمر الى القضاء فحكم بالطلاق، والطلاق الذي يقع يكون رجعيا عند هؤلاء الأئمة<sup>1</sup>، ورغم اختلاف الأئمة في صفة حدوث الإيلاء إلا أنهم متفقون على التفريق للهجر خلال هذه المدة وهو ما ذهب إليه ق.أ.ج.

ومن الأمور التي تتفق فيها أحكام الإيلاء مع الهجر هي، ترك وطء الزوجة وعدم الاقتراب منها ولمدة أربعة أشهر فأكثر على رأي مالك و الشافعي وابن حنبل، وإلحاق الضرر بزوجته بسبب الهجر، وهو حرام شرعا وغير مقبول قانونا لما يتضمنه من حرمان الزوجة من حق تملكه بموجب عقد الزواج ومقتضياته.

أما الأمور التي تختلف فيها أحكام الهجر عن أحكام الإيلاء، فهي أن الإيلاء يمين أو قسم على عدم الاقتراب من الزوجة، وترك وطئها وجماعها، بينما الهجر في المضجع أو الفراش لا يفيد هذا المعنى صراحة بالقدر الذي يفيد معنى الإيلاء. وأن الإيلاء أيضا يشترط لقيامه أن يكون هدفه الاضرار بالزوجة، أما إذا كان هدفه الإصلاح فلا إيلاء لفقدان نية الإضرار بالزوجة على خلاف الهجر في المضجع لمدة أربعة أشهر، حيث أن ق.أ.ج منح الزوجة حق طلب التطلق للهجر دون أن يشترط توفر نية الاضرار بالزوجة لدى الزوج<sup>2</sup>.

والإيلاء قاعدة شرعية لم ينص عليها ق.أ.ج إما لاعتبارها نوعا من أنواع اليمين تخضع لأحكام الشريعة الإسلامية، أو لا تحتاج إلى نص، وإنما تضيق لدائرة الطلاق وتخفيفا لنسبته عن طريق التقليل من أسبابه<sup>3</sup>.

### المبحث الثاني: الأحكام التي حصل حولها خلاف في قانون الأسرة

تضمن هذا المبحث مجموعة من الأحكام المختلف حولها في ق.أ.ج، والتي خالف فيها المشرع الجزائري رأي جمهور الفقهاء، أو تعارض فيها مع أحكام الشريعة الإسلامية، حيث قسمنا هذا المبحث إلى مطلبين، الأول تناولنا فيه الأحكام التي سار فيها وفق اجتهاد معين، أما الثاني فقد تعرضنا فيه إلى الأحكام التي خالف فيها أحكام الشريعة الإسلامية.

1- محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، ط3، دار الفكر العربي، ص343.

2- عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص265.

3- فضيل سعد، المرجع السابق، ص280.

## المطلب الأول: الأحكام التي سار فيها وفق اجتهاد معين

تناولنا في هذا المطلب الأحكام التي اعتمد فيها ق.أ.ج على اجتهاد معين وفقا لأحد المذاهب الفقهية ، أو كان وفقا لرأي أحد الفقهاء، وذلك على النحو التالي:

### الفرع الأول: التطلق لحبس الزوج

نصت المادة 4/53 من ق.أ.ج على أنه ( الحكم على الزوج عن جريمة فيها مساس بشرف الأسرة وتستحيل معها مواصلة العشرة والحياة الزوجية)<sup>1</sup> ويبدو أن هذه الفقرة لم تعتبر الغياب للحبس أو للسجن كسبب للتفريق وإنما اتجهت إلى اعتبار الأسباب التي لأجلها حبس أو سجن الزوج بغض النظر عن مدة الحبس، ولم يبين النص مقدار العقوبة المقيدة لحرية الزوج، وليس هذا فحسب بل ينبغي أن تكون الجريمة تؤثر على سمعة الأسرة وتستحيل مواصلة العشرة والحياة الزوجية معه، وبالتالي حق لها طلب التطلق.

ولعل المشرع قصد بذلك الجرائم الأخلاقية والماسة بالسمعة والشرف وجرائم السرقة والاختلاس والرشوة، ونحوها، هذا ويقع الإشكال في على من يقع عبئ إثبات أن الجريمة تم بالسمعة العائلية؟ على القاضي<sup>2</sup>.

ولم يجز جمهور الفقهاء غير المالكية التفريق لحبس الزوج أو أسرته أو اعتقاله، لعدم وجود دليل شرعي بذلك، ولا غيبة المسجون ونحوه عند الحنابلة تعد غيبة بعذر. أما المالكية فأجازوا طلب التفريق للغيبة سنة فأكثر، سواء أكانت بعذر أم بدون عذر، كما بيّنا. فإذا كانت مدة الحبس سنة فأكثر جاز لزوجته طلب التفريق، ويفرق القاضي بينهما، بدون كتابة إلى الزوج أو إنظار، وتكون الفرقة طلاقا بائنا<sup>3</sup>.

### الفرع الثاني: التطلق للغياب

أجاز المشرع الجزائري للزوجة التي يغيب عنها زوجها لمدة سنة أن تطلب التطلق بناء على نص المادة 5/53، وتسمع المحكمة ندائها وتجيب طلبها متى توافرت هذه الشروط:

1- الأمر 02/05 المتضمن قانون الأسرة الجزائري.

2- بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص199.

3- وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص535.

1) أن تكون الغيبة لمدة سنة على الأقل، يجري حسابها عند الفقهاء المسلمين بالسنة القمرية، ولكن القانون لم يحدد ذلك<sup>1</sup>.

2) أن يكون الزوج قد غاب عن زوجته لمدة سنة كاملة، ولم يترك لها مالا تستطيع الإنفاق منه على نفسها وعلى الأولاد، فلو ترك لها مالا يمكنها أن تتفق منه، فلا يجوز لها طلب التطليق، ويرى الفقه المالكي بأنه إذا مضت سنة فلها أن تطلب التطليق للضرر من الغياب، ولو ترك لها مالا تتفق منه<sup>2</sup>.

- وتختلف كلمة الأئمة في التفريق بسبب غيبة الزوج على قولين:

الأول: أن لا يفرق القاضي بين الزوجين ولا تسمع دعوى طلب التفريق بين امرأة وزوجها بسبب غيبته عنها، وإن طالّت المدة أو جهلت، وقال بهذا الحنفية والشافعية محافظة على العلاقة الزوجية.

الثاني: أن للقاضي أن يفرق بين الزوج وزوجته إذا غاب عنها غيبة تتضرر منها، متى رفعت أمرها إلى القاضي طالبة التفريق، وهذا مذهب المالكية، وقدرّوا الغيبة الطويلة بسنة أو ثلاث سنوات، وفرق الحنابلة بين الغيبة لعذر ولغير عذر، فقالوا إذا كانت لعذر لم يفرق، وإن كان لغير عذر فرق<sup>3</sup>.

ويكون الطلاق الذي يوقعه القاضي لغيبة الزوج بائنا، لأن كل فرقة يوقعها القاضي تكون طلاقا بائنا إلا الفرقة بسبب الإيلاء وعدم الإنفاق.

وقد أخذ قانون الأسرة الجزائري بما ذهب إليه المالكية في تحديد مدة الغيبة، حيث نص على أنه: يجوز للزوجة أن تطلب الحكم بتطليقها من زوجها للغياب عنها بعد مضي سنة بدون عذر ولا نفقة<sup>4</sup>.

### الفرع الثالث: التطليق للشقاق

نصت المادة 8/53 على الشقاق المستمر بين الزوجين، والشقاق هو النزاع الشديد بين الزوجين سواء أكان بسبب من أحدهما أو بسببهما معا، أو بسبب خارج عن إرادتهما<sup>5</sup>.

1- فضيل سعد، المرجع السابق، ص293.

2- بلحاج العربي، المرجع السابق، ص298.

3- بدران أبو العينين بدران، أحكام الزواج والطلاق في الإسلام، ط2، مطبعة دار التأليف، الاسكندرية، 2002، ص294.

4- أحمد ذيب، قواعد الطلاق وضوابط الفراق، ط2، دار هومة للطباعة والنشر، الجزائر، 2017، ص175.

5- محفوظ بن صغير، المرجع السابق، ص244.

للزوجة طلب التطلق للضرر الذي لا يتعذر معه دوام العشرة، وعلى القاضي بذل الجهد للإصلاح بين الزوجين، وإذا عجز عن الإصلاح وثبت الضرر، حكم بتطبيق الزوجة للضرر، وفي حالة لم يثبت واستمر الشقاق بين الزوجين وتعذر الإصلاح معهما، يعين القاضي حكيمين من أهلها، حكما من أهل الزوج وحكما من أهل الزوجة، وعلى هذين الحكيمين أن يسعيا للتوفيق بين الزوجين، وأن يقدموا تقريرا عن مهمتهما في أجل شهرين وإذا تعذر الصلح واستمر الشقاق بين الزوجين حكم القاضي بالتطبيق استنادا إلى تقرير الحكيمين<sup>1</sup>.

وقد اختلف الفقهاء في ذلك، فلم يجز الحنفية والشافعية والحنابلة التفريق للشقاق، وأجاز المالكية التفريق للشقاق منعا للنزاع، وحتى لا تصبح الحياة الزوجية جحيما وبلاء<sup>2</sup>.  
وانفق الفقهاء على أن الحكيمين إذا اختلفا لم ينفذ قولهما، وانفقوا على أن قولهما في الجمع بين الزوجين نافذ بغير توكيل من الزوج، فليس للحكيمين أن يفرقا بين الزوجين إلا أن يجعلوا الزوجين إليهما التفريق، وقال المالكية: ينفذ قول الحكيمين في الفرقة والاجتماع بغير توكيل الزوجين ولا إذن منهما.

والطلاق الذي يوقعه القاضي للشقاق طلاق بائن، لأن الضرر لا يزول إلا به لأنه إذا كان طلاقا رجعيا تمكن الزوج من مراجعة المرأة في العدة، والعودة إلى الضرر<sup>3</sup>.

#### الفرع الرابع: التطلاق للضرر

المقصود بالضرر هو إيذاء الزوج لزوجته بالقول أو الفعل، كالشتم المقذع والتقبيح المخل بالكرامة، والضرب المبرح والحمل على فعل ما حرم الله والإعراض والهجر من غير سبب يبيحه ونحوه<sup>4</sup>.

وورد النص على هذه الحالة في المادة 10/53 من ق.أ.ج التي تضمنت مبدأ يمنح الزوجة حق طلب التطلاق من زوجها بسبب كل ضرر معتبر شرعا، ومع إعادة قراءة نص هذه الفقرة يمكننا أن نستخلص أن ق.أ.ج حينما عالج مسألة الطلاق للضرر ومنح الزوجة

1- الغوثي بن ملحمة، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، ج1، ط1، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 2008، ص109.

2- محفوظ بن صغير، المرجع السابق، ص109.

3- وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص589.

4- وهبة الزحيلي، المرجع نفسه، ص527.

حق طلب التظليق بسببه أورد عبارة عامة جدا، وهي ( كل ضرر معتبر شرعا)، بحيث أنه لم يتقيد بضرر معين، وبحيث أن سلطة تقدير القاضي للضرر في هذا المجال ستكون سلطة تقديرية وموضوعية مطلقة لم يقيدتها أي قيد، ولا يحدها أي حد، ولا تخضع لرقابة المجلس القضائي الأعلى<sup>1</sup>.

ومتى اتضح للزوجة أن تصرفات زوجها ونحوها تعبر عن رغبتها في الفراق فلها أن ترفع أمرها إلى القاضي، وأثبتت له بجميع طرق الإثبات أن زوجها لا يحسن معاملتها وتطلب في ذلك من رئيس المحكمة أن يفرق بينهما، فإذا اتضح الضرر أجابها القاضي بطلبها، وإن لم يتضح أمر الزوج بتحسين سلوكه مع زوجته<sup>2</sup>.

فإذا أساء الزوج معاملة زوجته وساء أمره معها وتجاوز الحد المشروع وأذاها فهل للمرأة أن تلجأ إلى الحاكم طالبة التفريق، قال جمهور الأئمة ليس لها هذا الحق، بل يزجره الحاكم ويمنعه من ظلمها، ولو بالحيلولة بينهما حتى يرجع عن ظلمه، وذهب المالكية إلا أنه يثبت لها الخيار بين الإقامة معه وبين طلب التفريق فإن لم يطلق طلق عليه القاضي، وقد استدلت المالكية بمذهبهم بقوله تعالى: { فَاِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ } البقرة، الآية: 229<sup>3</sup>.

#### الفرع الخامس: التظليق لمخالفة الشروط

أجازت المادة 9/53 ق.أ.ج للزوجة طلب التظليق حال مخالفة الزوج الشروط المتفق عليها في عقد الزواج، وقد تناول المشرع الجزائري مسألة الشروط المقترنة بعقد الزواج في المادة 19 من ق.أ.ج، والتي نصت على ما يلي: ( للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق كل الشروط التي يريانها ضرورية لاسيما شرط عدم تعدد الزوجات وعمل المرأة، مالم تتنافى هذه الشروط مع أحكام هذا القانون)<sup>4</sup>

ويقصد بالشروط المقترنة بعقد الزواج: أن يقترن العقد أو التصرف بالتزام أحد الطرفين بالوفاء بأمر زائد عما يقتضيه العقد أو التصرف، بناء على اشتراط الطرف الآخر بأية عبارة تفيد ذلك.

1- عبد العزيز سعد، المرجع السابق، 270.

2- فضيل سعد، المرجع السابق، ص296.

3- بدران أبو العينين بدران، المرجع السابق، ص292.

4- الأمر 02/05 المتضمن قانون الأسرة الجزائري.

والشروط في الزواج أنواع مختلفة: فمنها ما يجب الوفاء به باتفاق الفقهاء، كاشتراط العشرة بالمعروف، ونحو ذلك مما هو من مقتضيات عقد الزواج، ومنها ما لا يجوز الوفاء به باتفاق الفقهاء، كأن تشترط الزوجة أن يطلق ضررتها ونحو ذلك، ومنها ما اختلف فيه الفقهاء، فمنهم من أجازوه ومنهم من لم يجزه، كاشتراط ألا يتزوج عليها، أو تشترط الزوجة خروجها للعمل بعد الزواج، أو اشتراط الزوج منعها من العمل، وهذا النوع الأخير من الشروط هو محل الدراسة<sup>1</sup>.

فهل هذه الشروط صحيحة ويلزم الوفاء بها أم غير صحيحة لا يلزم الوفاء بها؟

واختلف الفقهاء في ذلك على ثلاثة مذاهب:

- المذهب الأول: ما يلزم الوفاء به، وهو ما يعود إليها نفعه وفائدته، مثل أن يشترط لها ألا يتزوج عليها، فهذا يلزم بالوفاء لها به، فإن لم يفعل فلها فسخ النكاح.

ويروى هذا عن عمر بن الخطاب، وبعض الصحابة والتابعين، وهو مذهب الحنابلة: وبه قال شريح، والأوزاعي، ولأنه شرط لها فيه نفع ومقصود لا ينافي مقصود النكاح، فصح فإن لم يفي به، فلها فسخ النكاح، لأنه شرط لازم في العقد، فيثبت حق الفسخ<sup>2</sup>.

واستدل أصحاب هذا المذهب بقوله صلى الله عليه وسلم " إن أحق الشروط أن يوفى بها ما استحللتم به الفروج"<sup>3</sup>.

فهذا الحديث أوجب الوفاء بكل شرط يذكر في عقد الزواج، ولو لم يكن له نص خاص، أو دليل خاص، لأن ما لا دليل له من الشروط يكون هذا الحديث دليلاً بمقتضى عموم لفظه، وشمول ما يدل عليه وتأكيد طلب الوفاء به<sup>4</sup>.

المذهب الثاني: أن هذه الشروط باطلة والعقد صحيح، وحكم هذا الشرط أن يلغوه وحده ولا أثر له في العقد بل يبقى العقد معه صحيحاً، لأن القاعدة المقررة عندهم أن الزواج لا يبطل

1- محفوظ بن صغير، أحكام الزواج في الاجتهاد الفقهي وقانون الأسرة الجزائري، دار الوعي، روية، الجزائر، 2013، ص 342,343.

2- أحمد بن محمد بن قدامة، الكافي، المرجع السابق، ص 287.

3- البخاري، كتاب النكاح، المرجع السابق، ص 313، حديث رقم 5151.

4- محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص 160.

بالشروط الفاسدة<sup>1</sup>.

وأبطل هذا الشرط الزهري، وقتادة، وهشام بن عروة، والشافعي، وابن منذر، فقال أبو حنيفة والشافعي : ويفسد المهر دون العقد، ولها مهر المثل.

واحتجوا بقول النبي صلى الله عليه وسلم " من اشترط شرطا ليس في كتاب الله، فليس له وإن اشترط مئة شرط"<sup>2</sup>. وهذا ليس في كتاب الله لأن الشرع لا يقتضيه، وقال النبي صلى الله عليه وسلم " المسلمون على شروطهم، إلا شرطا أحل حراما، أو حرم حلالا"<sup>3</sup>، وهذا يحرم الحلال وهو التزويج، ولأن هذا الشرط ليس من مصلحة العقد ولا من مقتضاه، فكان فاسدا<sup>4</sup>.

فكل شرط لا يقوم دليل على صحته فهو باطل ملغى، لأنه ليس في كتاب الله، وأضاف أبو زهرة: " ولو قلنا بالإلزام بالشرط من غير دليل خاص يثبته لكان الشرط محرماً للحلال، إذ يمنع من حق كان للإنسان، وجعل مالم يكن لازما في مرتبة الوجوب"<sup>5</sup>.

المذهب الثالث: ذهب المالكية إلا أن هذا النوع من الشروط أشد كراهة، لأن فيه تحجيرا على الزوج، وتضييقا، وكثيرا ما يؤدي إلى الخصام، وعدم استقرار الحياة الزوجية ولا يفسد العقد بسببه، ويستحب للزوج الوفاء به، ولكن لا يجب عليه ذلك<sup>6</sup>.

فقال مالك إن اشترط ذلك لم يلزمه إلا أن يكون في ذلك يمين بعق أو طلاق، فإن ذلك يلزمه إلا أن يطلق أو يعتق من أقسم له<sup>7</sup>.

وقد أخذ قانون الأسرة الجزائري في وجوب الوفاء بالشروط من عدمه برأي الحنابلة، الذين توسعوا في الشروط، وذلك من خلال نص المادة 09/53 ق.أ.ج.

1- محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، ط4، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، 1983، ص174.

2- البخاري، كتاب الشروط، المرجع السابق، ص274، حديث رقم 2735.

3- المرجع نفسه، ص543، بلفظ المسلمون على شروطهم.

4- أحمد بن محمد بن قدامة، المغني، تحقيق: بن عبد المحسن، التركي، عبد الفتاح محمد حلو، ج9، ط3، دار عالم الكتب، الرياض، السعودية، 1997، ص484.

5- محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص159.

6- الصادق عبد الرحمان الغرياني، الفقه المالكي وأدلته، ج2، مؤسسة الريان، ص521.

7- أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد، المرجع السابق، ص59.

## المطلب الثاني: الأحكام التي خالف فيها ق.أ.ج أحكام الشريعة الإسلامية

حيث تطرقنا في هذا المطلب إلى مسألة إثبات الطلاق بحكم قضائي، والتي نص عليها المشرع الجزائري في المادة 49 من ق.أ.ج ، وهذا في الفرع الأول، أما في الفرع الثاني فقد تطرقنا إلى نص المادة 50 من ق.أ.ج ، والتي خالف فيها المشرع الجزائري أحكام الرجعة، وتناولنا في الفرع الثالث مسألة التطبيق لمخالفة أحكام المادة 8 من ق.أ.ج الوارد ذكرها في نص المادة 06/53 ق.أ.ج ، وهذه الأحكام استحدثها المشرع الجزائري إما تأسيا ببعض القوانين الوضعية، أو أخذا ببعض الأقوال الشاذة، وبذلك خالف أحكام الشريعة الإسلامية.

### الفرع الأول: إثبات الطلاق بحكم قضائي

نصت المادة 49 من الأمر 02/05 في فقرتها الأولى على أن: (الطلاق لا يثبت إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح يجريها القاضي دون أن تتجاوز مدته ثلاثة أشهر ابتداء من تاريخ رفع الدعوى).

ويفهم من هذه المادة حصر وسيلة إثبات الطلاق في الحكم الصادر من الجهة القضائية، مما يستنتج منه تجريد الطلاق الذي يتلفظ به الزوج من كل قيمة قانونية<sup>1</sup>.  
والمعلوم في الشريعة الإسلامية أن الطلاق يقع لمجرد تفوه الزوج به، فإن أوقعه صحيحا فهل يحتاج إلى إثبات؟

أ. **الإشهاد على الطلاق:** ويقصد به شهادة ذوو عدل، واختلف الفقهاء في ذلك، فإن ادعت المرأة أن زوجها طلقها، وأنكر هو، فمذهب المالكية: أنه إن أنت بشاهدين عدلين، نفذ الطلاق، وإن أنت بشاهد واحد، حلف الزوج وبرئ، وإن لم يحلف سجن حتى يقر أو يحلف، وإن لم تأتي بشاهد فلا شيء على الزوج، وعليها منع نفسها منه بقدر جهدها، وإن حلف بالطلاق وادعت أنه حنث، فالقول قول الزوج بيمينه<sup>2</sup>.

وذهب جمهور الفقهاء إلى أن قوله تعالى {فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَأَشْهِدُوا ذَوِي عَدْلٍ مِّنْكُمْ وَأَقِيمُوا الشَّهَادَةَ لِلَّهِ ذَلِكَ يُوَعِّظُ بِهِ مَن كَانَ

1- أحمد غرابي، مدى الالتزام بالمرجعية الشرعية في تعديلات قانون الأسرة الجزائري، المجلة العربية للأبحاث في العلوم الإنسانية و الاجتماعية، جامعة زيان عاشور، الجلفة، العدد 22، مارس 2016، ص194.  
2- وهبة الزحيلي، الفقه المالكي الميسر، ج3، دار الكلم الطيب، دمشق، سوريا، 2010، ص185.

يُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ وَمَنْ يَتَّقِ اللَّهَ يَجْعَلْ لَهُ مَخْرَجًا} الطلاق، الآية:2، يعني الإشهاد على الطلاق والرجعة ولكنه ليس شرطاً في وقوع الطلاق، وبمعنى آخر أن الإشهاد مندوب إليه لا واجب، لأنه لم يؤثر عن النبي صلى الله عليه وسلم، ولا عن أحد من أصحابه أن الإشهاد شرط في الطلاق، ولهذا فإن الأمر بالآية لم يكن على سبيل الوجوب بل على سبيل الندب<sup>1</sup>.

ب. الإقرار: شرعا هو الإخبار بثبوت حق للغير على نفس المقر ولو في المستقبل باللفظ وما في حكمه، وبذلك يخرج من مدلول الإقرار ما يدعيه الخصم من حق له على الغير، أي أنه يمكن للزوج أن يقر ويعترف أمام الجهات القضائية بحقيقة وقوع الطلاق ورغبته في ذلك، فإن اعترف بالطلاق يعد ذلك الإقرار حجة على المقر<sup>2</sup>.

ج. اليمين: وهي توكيد الشيء أو الحق أو الكلام اثباتاً أو نفياً بذكر اسم الله، أو صفة من صفاته<sup>3</sup>، واليمين طريق غير عادي يلجأ إليه القضاء إذا تعذر تقديم الدليل المطلوب، وبذلك إذا ادعى أحد الزوجين وقوع الطلاق وأنكر الآخر، ما على القاضي إلا توجيه اليمين لمنكر الطلاق فإذا حلف بأن الطلاق لم يقع قضى برفع الدعوى.

وما ينبغي الإشارة إليه أن المادة 49 استعملت عبارة " لا يثبت " وليس لا ينعقد أو لا ينشأ أو لا يقع الطلاق إلا بحكم، ولكن الإشكال يقع إلى ما يرمي إليه المشرع من خلال هذه العبارة، فهل يقصد أن الطلاق يمكن أن يقع خارج ساحة القضاء إلا أن إثباته يكون باللجوء إلى القضاء؟.

إن التفسير الحرفي للمادة 49 من ق.أ.ج والقول أن الطلاق لا يقع خارج ساحة القضاء يبين أن الطلاق لا يثبت إلا بحكم، ولا يحكم القاضي بالطلاق إلا بعد محاولات صلح يجريها القاضي دون أن تتجاوز مدته ثلاثة أشهر ومعنى هذا أن الزوج إذا طلق امرأته لا يعتد بطلاقه حتى يحكم القاضي به، فإذا حكم به فذلك وإلا ما عدّ طلاقاً في نظر القانون<sup>4</sup>، ويتعين على القاضي الذي يجري الصلح تحرير محضر يبين فيه مساعي الصلح، وإذا لم

1- عبد الرحمان الصابوني، مدى حرية الزوجين في الطلاق، ط2، دار الفكر، دمشق، سوريا، 1968، ص475.

2- هشام ذبيح، المركز القانوني للزوج في فك الرابطة الزوجية على ضوء قانون الأسرة الجزائري، رسالة ماجستير، جامعة الوادي، الجزائر، 2015، ص85.

3- وهبة الزحيلي، الفقه المالكي الميسر، المرجع السابق، ص673.

4- هشام ذبيح، المرجع السابق، ص87.

يفلح القاضي بالرغم من هذه المحاولات يصدر حكمه بالطلاق، وإذا توصل إلى اتفاق بين الزوجين لا يحكم بالطلاق ولا تثبت طلقته في نظر القانون، وما يمكن ملاحظته على هذا النص أنه أقر بأن الطلاق لا يكون ثابتاً ولا يعتد به إلا إذا صدر بشأنه حكم قضائي وهذا مخالف للكتاب والسنة وإجماع المسلمين<sup>1</sup>.

### الفرع الثاني: مخالفة قانون الأسرة الجزائري أحكام الرجعة

حيث نجد ذلك واضحاً في المادة 50 من ق.أ.ج التي تنص على أنه (من راجع زوجته أثناء محاولة الصلح لا يحتاج إلى عقد جديد، ومن راجعها بعد صدور الحكم بالطلاق يحتاج إلى عقد جديد)<sup>2</sup>.

#### أولاً: تعريف الرجعة

لغة: الرجعة من الرجوع، وفعلها رَجَعَ، وارتجع المرأة وراجعها مراجعة ورجاعاً: رجعها إلى نفسه بعد الطلاق، والاسم الرَّجْعَةُ والرجعة. يقال فلان طلق فلانة طلاقاً يملك فيه الرجعة، والرجعة فهي بفتح الراء وكسرهما، والفتح أفصح<sup>3</sup>.

في الاصطلاح الشرعي: عرف فقهاء المذاهب الرَّجْعَةَ بتعاريف تكاد تتفق فيما بينهم على معنى واحد.

حيث عرفها الحنفية بأنها: استدامة الملك القائم في العدة، أي إبقاء النكاح على ما كان مادامت في العدة لأن النكاح قائم<sup>4</sup>.

وعرفها المالكية بأنها: عودة المطلق إلى مطلقته مادامت في العدة من غير تجديد عقد إذا كان الطلاق رجعيًا<sup>5</sup>.

1- بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص180.

2- الأمر 02/05 المتضمن قانون الأسرة.

3- ابن منظور، المرجع السابق، ص115.

4- فخر الدين عثمان الزيلعي، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، ج2، ط1، المطبعة الكبرى الأميرية، مصر، 1313هـ، ص251.

5- الصادق عبد الرحمان الغرياني، المرجع سابق، ص694.

كما عرفها الشافعية بأنها: " رد المرأة إلى النكاح من طلاق غير بائن في العدة على وجه مخصوص"<sup>1</sup>.

أما الحنابلة فقد عرفوها بأنها: إعادة مطلقة غير بائن إلى ما كانت عليه بغير عقد قبل انقضاء العدة<sup>2</sup>.

### ثانيا: شروط صحة الرجعة

حتى تكون الرجعة صحيحة لا بد من توافر شروط أهمها:

الشرط الأول: أن تكون الرجعة قبل انقضاء العدة الشرعية - بأن يكون الطلاق رجعيا - وإذا طلقها طليقة واحدة في الطهر أو في الحيض أو بعد الجماع فهو يملك الرجعة مادامت في العدة، لأن النبي صلى الله عليه وسلم طلق سودة رضي الله عنها بقوله اعتدي ثم راجعها، ويستوي إن طال مدة العدة قبل الرجعة فقد بطل حق الرجعة وبانت المرأة منه<sup>3</sup>.

وإذا انتهت العدة لم يعد للمطلق سلطان، وزال حق الرجعة، وانقطعت حقوق الزوجية انقطاعا تاما، فإن أراد أن يستأنف معها حياة زوجية جديدة فلا بد من عقد ومهر جديدين، مادام الحل ثابتا أي لم تكتمل الطلقات الثلاث التي يملكها الرجل على زوجته<sup>4</sup>.

الشرط الثاني: أن تكون منجزة أي غير معلقة على شرط، ولا يصح تعليق الرجعة على شرط، كما لو قال: راجعتك إن شئت، لم يصح، ولو قال كلما طلقتك فقد راجعتك، لم يصح كذلك، ولأنه راجعها قبل أن يملك الرجعة لم يصح لأنه تعليق على شرط<sup>5</sup>.

ولا يشترط لصحة الرجعة إعلام الزوجة بها أو رضاها، وجملة ذلك، أن زوج الرجعية إذا راجعها وهي لا تعلم صحة المراجعة، لأنها لا تفتقر إلى رضاها، فإذا راجعها ولم تعلم، فانقضت عدتها، وتزوجت ثم جاء وادعى أنه راجعها قبل انقضاء عدتها، وأقام البينة على ذلك، ثبت أنها زوجته، وأن النكاح الثاني فاسد، لأنه تزوج امرأة غيره، وترد إلى الأول سواء دخل بها الثاني أو لا، وهو مذهب أكثر الفقهاء<sup>6</sup>.

1- محمد بن الخطيب الشرييني، المرجع السابق، ص439.

2- منصور بن يونس البهوتي، المرجع السابق، ص563.

3- شمس الدين السرخسي، المبسوط، ج6، دار المعرفة، بيروت، لبنان، ص16.

4- محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص314.

5- أحمد بن محمد ابن قدامة، المغني، ج10، المرجع السابق، ص562.

6- المرجع نفسه، ص574.

الشرط الثالث: وهو متعلق بالطلاق

بأن يكون واقعا فعلا متيقنا منه، فلو شك في طلاق امرأته لم تلزمه رجعتها، لأن

الطلاق بالشك ملغى، فيسقط حكمه في التحريم مسقط حكمه في الرجعة<sup>1</sup>.

وأن لا يكون الطلاق بعوض، فكل من طلق زوجته طلاقا مستقبلا للعدة، ولم يكن

بعوض، ولم يستوف عدد الطلقات، تثبت له الرجعة بنص قوله تعالى { **وَبَعُولْتُهُنَّ أَحَقُّ**

**بِرَدِّهِنَّ** } البقرة، الآية 288 ، وبنص قوله صلى الله عليه وسلم " مره فليراجعها"<sup>2</sup>، وبإجماع

الأمة<sup>3</sup>، وأجمع أهل العلم أن الحر إذا طلق الحرّة بعد دخوله بها أقل من ثلاث، بغير عوض

ولا أمر يقتضي بينونتها، فله عليها الرجعة ما كانت في عدتها، وعلى أنه لا رجعة له عليها

بعد قضاء عدتها<sup>4</sup>.

وأن يكون الطلاق في نكاح صحيح، فمن طلق زوجته في نكاح صحيح مدخولا بها،

أو مخلو بها طلاقا بلا عوض، وكان الطلاق دون ما له من العدد، بأن طلق حر دون ثلاث،

أو عبد دون اثنتين، فله رجعتها حرا كان أو عبدا، مادامت في عدتها ولو كرهت.

وأما من طلق في نكاح فاسد أو بعوض، أو خالع أو طلق قبل الدخول والخلوة، فلا

رجعة بل يعتبر عقد بشروطه، ومن طلق نهاية عدد لم تحل له حتى تتكح زوجا غيره<sup>5</sup>.

وجاء في نص المادة 50 ق.أ.ج على أنه من راجع زوجته أثناء محاولة الصلح لا

يحتاج إلى عقد جديد، ومن راجعها بعد صدور الحكم يحتاج إلى عقد جديد، وفي هذا

اعتراف من المشرع الجزائري بالطلاق الذي أوقعه الزوج خارج المحكمة، بمعنى أن الزوج

هو من له الحق في إنشاء أو إحداث هذا الطلاق، وتثار إشكالية أخرى متعلقة بإزدواجية

العدة في حد ذاتها فنكون أمام عدة شرعية وعدة قانونية، فمثلا يحدث طلاق في

2013/01/01 وترفع الدعوى بعد أشهر في 25 أبريل 2013، لاستصدار حكم بالطلاق،

وبعد رفع الدعوى وعقد القاضي لجلسات الصلح وتصالح هنا من الناحية الشرعية مطلقة

1-محفوظ بن صغير، قضايا الطلاق في الاجتهاد الفقهي وقانون الاسرة الجزائري، المرجع السابق، ص71،72.

2- سبق تخريجه، ص09 .

3- محمد بن محمد أبو حامد الغزالي، الوسيط في المذهب، تحقيق محمد تامر، المجلد الخامس، ط1، دار السلام للطباعة والنشر، القاهرة، مصر، 1997، ص457.

4- أحمد بن محمد ابن قدامة، المغني، ج10، المرجع السابق، ص562.

5- منصور بن يونس البهوتي، المرجع السابق، ص563.

طلاقاً بائناً بانقضاء العدة، ويترتب على هذه المدة نتائج: فالمرأة المطلقة من الناحية الشرعية ويمكن لأي شخص الزواج بها، في حين لاتزال زوجة من الناحية القانونية أثناء مرحلة الصلح، كما يمكن تصور تناقضات أخرى حسب الافتراض السابق منها:

- يجوز خطبة المطلقة بعد فوات عدتها الشرعية، ولا يجوز ذلك قانوناً.
- يجوز زواجها شرعاً لا قانوناً، ويحل مؤخر صداقها شرعاً، لا قانوناً.
- إذا توفي زوجها المطلق بعد فوات العدة الشرعية فلا ميراث للمطلقة شرعاً، ولكنها تراث قانوناً لعدم فك الرابطة الزوجية قضائياً<sup>1</sup>.

وترى اللجنة التي وضعت مشروع التعديل أن فترة الصلح لا يجب أن تتجاوز ثلاثة أشهر من باب مراعات فترة العدة، ومع ذلك يبقى يعاب على مدة الصلح عدم تقييد ذلك بمدة العدة الشرعية، كالمرأة الحامل، وبأنواع الطلاق، كالطلاق البائن بينونة كبرى<sup>2</sup>.

#### الفرع الثالث: التطبيق لمخالفة أحكام المادة الثامنة من قانون الأسرة

أجازت المادة 53 من ق.أ.ج في فقرتها السادسة للزوجة المطالبة بالتطبيق حال مخالفة الزوج أحكام المادة الثامنة من قانون الأسرة، حيث أوجبت على الزوج عند عزمه الزواج بأخرى، إخبار الزوجة السابقة واللاحقة وأن يقدم طلب الترخيص بالزواج إلى رئيس المحكمة بمكان مسكن الزوجية، ويمكن لرئيس المحكمة أن يرخص بالزواج الجديد إذا تأكد من موافقتهم، وأثبت الزوج المبرر الشرعي وقدرته على توفير العدل، والشروط الضرورية.

كما نصت المادة 8 مكرر من ق.أ.ج على أنه ( في حالة التدليس يجوز لكل زوجة رفع دعوى قضائية ضد الزوج للمطالبة بالتطبيق)<sup>3</sup>.

ويستخلص من هذه النصوص أن القانون وبمقتضى التعديل الجديد، قد سمح بأكثر من واحدة، لكنه فرض جملة من الضوابط والإجراءات لا يمكن إبرام الزواج إلا من خلالها<sup>4</sup>.

1- أحمد غرابي، مدى الالتزام بالمرجعية الشرعية في تعديلات قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص194.

2- سليمان ولد خسال، الميسر في شرح قانون الأسرة الجزائري، ط1، دار طليطلة، المحمدية، الجزائر، 2010، ص124.

3- الأمر 02/05 المتضمن قانون الأسرة.

4- بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص110.

والتطليق لضرر تعدد الزوجات، كضرر خاص مستقل عن التطليق للضرر المخالف للشريعة الإسلامية، ذلك أن التطليق للضرر هو تطليق لسوء عشرة الزوج لزوجته بسلوكه معها سلوكا مخالفا للشرع، لا لمجرد شعورها بآلام نفسية لزواجه عليها، لأن هذا الزواج غير مخالف للشرع، والتطليق للضرر نظام عادل، يقوم على أساس الحق، وهو تسريح بإحسان فيه خشية لله عزّ وجلّ لأنه يرفع الضرر عن الزوجة، كما يعطيها حقوقها كاملة لسبب إضرار الزوج بها المتمثل في سلوكه معها مسلكا مخالفا للشرع<sup>1</sup>.

وبالتالي فإن التطليق لهذا الضرر النفسي مخالف لنص القرآن في التسريح بإحسان<sup>2</sup>، كما أن سبب التطليق ينبغي أن يكون في آثار التعدد وليس بسبب التعدد في حد ذاته لأن معيار المطالبة بالتطليق هو تحقق الضرر شرعا<sup>3</sup>.

كما أن التطليق لتعدد الزوجات أو لضرر نفسي ناتج عنه يصيب الزوجة أمر مخالف للثابت في جميع المذاهب الإسلامية، فإذا كان المذهب المالكي قد أجاز التطليق للضرر، فإن مراجعه صريحة في أن زواج الرجل بأخرى لا يعتبر ضررا<sup>4</sup>.

1- محفوظ بن صغير، قضايا الطلاق في الاجتهاد الفقهي وقانون الاسرة الجزائري، المرجع السابق، ص237.

2- المرجع نفسه، ص238.

3- سليمان ولد خصال، المرجع السابق، ص153.

4- محفوظ بن صغير، قضايا الطلاق في الاجتهاد الفقهي وقانون الاسرة الجزائري، المرجع السابق، ص240.

## الفصل الثاني

مرجعية آثار أحكام الطلاق

في قانون الأسرة الجزائري

## الفصل الثاني: مرجعية آثار أحكام الطلاق في قانون الأسرة الجزائري

تضمن هذا الفصل مجموعة آثار أحكام الطلاق والتي يقصد بها الآثار التي تترتب عن انحلال الرابطة الزوجية ، وهذه الآثار المترتبة عن الطلاق ثابتة في الشريعة الإسلامية.

وقد قمنا بتقسيم هذا الفصل إلى مبحثين تناولنا في المبحث الأول مجموعة الآثار التي حصل حولها إجماع أو شبه إجماع بين الفقهاء، وتضمن الثاني الأحكام التي حصل حولها خلاف في قانون الأسرة الجزائري.

## المبحث الأول: آثار الطلاق التي حصل حولها إجماع أو شبه إجماع بين الفقهاء في قانون الأسرة الجزائري

تطرقنا في هذا المبحث إلى مجموعة الأحكام التي حصل حولها إجماع بين الفقهاء أو شبه إجماع وأستند فيها المشرع الجزائري إلى نص وهذا في المطلب الأول، في حين تضمن الثاني الأحكام المستندة إلى اجتهاد جمهور الفقهاء.

### المطلب الأول: آثار الطلاق المستندة إلى نصوص القرآن والسنة

وهذه الآثار المترتبة على الطلاق ثابتة في الشريعة الإسلامية، وقد دلت عليها نصوص من القرآن والسنة.

#### الفرع الأول: العدة

أولاً: تعريف العدة لغة واصطلاحاً

قيل العدة مصدر كالعَدَّ، والعدة أيضاً الجماعة قلَّت أو كثرت، وعدة المرأة أيام قروئها وعدتها أيضاً أيام إحدادها على بعلها وإمساكها عن الزينة شهوراً كان، أو قروءاً، أو وضع حمل حملته<sup>1</sup>.

اصطلاحاً: عرفها فقهاء المذاهب بتعاريف مختلفة لفظاً، لكنها تكاد تكون متحدة في المعنى

عرفها الحنفية بأنها: تربص يلزم المرأة، عند زوال النكاح، أو شبهته، وسبب وجوبها النكاح المتأكد بالتسليم وما جرى مجراه، وصحة الطلاق فيها<sup>2</sup>.

وعرفها المالكية بأنها: مدة معينة شرعاً لمنع المطلقة المدخول بها، والمفسوخ نكاحها، والمتوفى عنها من النكاح<sup>3</sup>.

1- محمد بن مكرم بن منظور، المرجع السابق، ص2892.

2- عبد الرحمان الحصكفي، المرجع السابق، ص245.

3- الحبيب بن طاهر، الفقه المالكي وادلتته، ج4، ط2، مؤسسة المعارف، بيروت، لبنان، 2005، ص180.

وعرفها الشافعية بأنها: مدة تترىص فيها المرأة لتعرف براءة رحمها من الحمل<sup>1</sup>.

وعرفها الحنابلة بأنها: تریص محدود شرعا، تلزم كل امرأة لوفاة زوجها مطلقا، وتلزم زوجته مفارقة في الحياة بطلاق أو خلع أو فسخ إن دخل أو خلا بها<sup>2</sup>.

والعدة واجبة شرعا، وقد دل على وجوبها الكتاب والسنة والإجماع، أما الكتاب ففيه آيات كثيرة وردت في وجوبها، قولها تعالى {وَالْمُطَلَّاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ} البقرة، الآية: 277، وقوله أيضا { وَاللَّائِي يَيْسَنَ مِنَ الْمَحِيضِ مِنْ نَسَائِكُمْ إِنْ أَرَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةَ أَشْهُرٍ وَاللَّائِي لَمْ يَحِضْنَ وَأُولَاتُ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ وَمَنْ يَتَّقِ اللَّهَ يَجْعَلْ لَهُ مِنْ أَمْرِهِ يُسْرًا } الطلاق، الآية4، وفي السنة النبوية الشريفة أحاديث كثيرة منها في وجوب العدة منها: قوله صلى الله عليه وسلم: ( فاطمة بنت قيس ) : " اعتدي في بيت أم مكتوم"<sup>3</sup>، وأجمعت الأمة على وجوبها في الجملة.

وتجب العدة عند وجود سببها وهو وقوع الفرقة بين الزوجين، وحكمة تشريعها التأكد من عدم حملها من زوجها الذي فارقها، كما أن هناك حكمة أخرى في العدة، تظهر في عدة الطلاق، إذ أن الأصل في الطلاق يكون رجعيا يملك فيه الزوج مراجعة زوجته مادامت في عدتها، فكان في تشريع العدة تمكين للزوج المطلق طلاقا رجعيا إرجاعها إليه خلال مدة العدة<sup>4</sup>.

### ثانيا: أنواع العدة

تتنوع العدة التي تجب على المرأة تبعا لاختلاف حالها، فقد تكون العدة عدة طلاق أو فسخ، وقد تكون عدة وفاة وقد تكون حاملا أو غير حامل، والعدة في القانون الجزائري أربعة أنواع:

1- أحمد بن محمد المحلي، كنز الراغبين شرح منهاج الطالبين، المجلد الثاني، ط4، دار المنهاج، جدة، السعودية، 2013، ص387.

2- منصور بن يونس البهوتي، المرجع السابق، ص575.

3- أبي الحسن مسلم بن الحجاج النيسابوري، صحيح مسلم، كتاب الطلاق، مرجع سابق، ص688، حديث رقم 1480.

4- عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام الأسرة والبيت المسلم، ج9، ط1، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1993، ص122، 123.

1) **عدة المطلقة:** إذا كانت الزوجة معتدة من طلاق أو فسخ، كانت عدتها بمضي ثلاثة أقراء، أي ثلاثة حيضات، إذا كانت ممن يحضن ودليل ذلك قوله سبحانه وتعالى: **{ وَالْمُطَلَّاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ }** البقرة، الآية: 277، وذلك سواء كانت المطلقة طلاقا رجعيا أو بائنا، وهو ما أشارت إليه المادة 58 من ق.أ.ج، بأن المطلقة تعدد بثلاثة قروء إذا كانت غير حامل<sup>1</sup>.

وقد اختلف الفقهاء في تفسير لفظ القرء، فمنهم من اعتبره حيض، ومنهم من اعتبره طهر، ومنهم من جمع بين الحيض والطهر، ولم يوضح قانون الأسرة المقصود بالقروء في المادة 58<sup>2</sup>.

أما إذا كانت المرأة لا تحيض بأن كانت صغيرة دون البلوغ أو بلغت بالسن خمس عشرة سنة ولم تحض، أو كانت آيسة من الحيض، وانقطع عليها الدم ولم تكن حاملا وقت الفرقة، فإنها تعدد بثلاثة أشهر من تاريخ الفرقة بغير وفات زوجها، والدليل على ذلك قوله تعالى: **{ وَاللَّائِي يَيْسَنَ مِنَ الْمَحِيضِ مِنْ نِسَائِكُمْ إِنْ ارْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ وَاللَّائِي لَمْ يَحْضُنَّ، وَأُولَاتُ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ ، وَمَنْ يَتَّقِ اللَّهَ يَجْعَلْ لَهُ مِنْ أَمْرِهِ يُسْرًا }** الطلاق، الآية: 4.

والمعنى إن شككتم في عدة المرأة الآيسة وجهلتم، فعدتها ثلاثة أشهر، فإن وقعت الفرقة في أول الشهر العربي اعتبرت الأشهر بالأهلة اتفاقا ولو نقصت عن تسعين يوما، لأن الله عز وجل أمر أن تكون العدة بالأشهر.

والشهر قد يكون ثلاثون يوما، وقد يكون تسع وعشرون يوما، وإن وقعت الفرقة أثناء الشهر، اعتبرت كلها بالأيام عند أبي حنيفة فلا تنقضي العدة، إلا بمضي تسعون يوما<sup>3</sup>. وهذا ما ذهب إليه قانون الأسرة الجزائري في المادة 58 التي تنص بأنه تعدد المطلقة المدخول بها غير الحامل بثلاثة قروء، واليائسة من المحيض بثلاثة أشهر من تاريخ التصريح بالطلاق.

1- بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 272.

2- بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص 224.

3- عبد الفتاح تقيية، مباحث في قانون الأسرة الجزائري، د.ط، دار ثالثة، 1999-2000، ص 251.

(2) **عدة المتوفى عنها زوجها:** يكون لمن توفى عنها زوجها بعقد صحيح ولو قبل الدخول إذا لم تكن حاملا، يستوي في ذلك ذوات المحيض وغيرها، وهنا تعدد أربعة أشهر وعشرة أيام، وهذا متفق عليه بين الفقهاء ولم يخالف فيها أحد، صغيرة كانت أو كبيرة بالغاً كان زوجها أو لا لقوله تعالى: **{ وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا }** البقرة، الآية: 233، والحكمة في هذا التقدير: أن هذه المدة هي التي يتبين فيها كون المرأة حاملا أو غير حامل وهي أقصى ما تتحملة الزوجة عادة في البعد عن زوجها<sup>1</sup>. وتقدير العدة في هذه الحال، يكون بالأشهر القمرية، إن صادف ابتداء العدة أول الشهر، وقد يكون الشهر ثلاثين أو تسع وعشرون وإن كان ابتداء العدة في بعض الشهر اعتبرت العدة بالأيام، أي يعد لكل شهر ثلاثون يوما وذلك لاحتياط، إذا لو اعتبرت بالأشهر لنقصت، ولأنه لما صادف ابتداء العدة بعض الشهر.

لا يمكن احتساب الشهر الأول بالهلال اليقين، بل يعد بالأيام، فيلغى اعتبار التقدير بالأهلة، لأنه لا يقدم في الأمر الواحد بتقديرين مختلفين<sup>2</sup>.

وقد نص المشرع الجزائري في المادة 59 من ق.أ.ج على أن تعدد المتوفى عنها زوجها أربعة أشهر وعشرة أيام، كما أشارت نفس المادة فيما يتعلق بزوجة المفقود إلى احتسابها من تاريخ صدور الحكم بفقده، وهو أمر غير مقبول، لأن الحكم بالفقدان يكون بعد مرور سنة على فقدانه على الأقل، وأما الحكم بالوفاة فلا يكون إلا بعد مرور أربعة سنوات من تاريخ الفقدان، إذا كانت ظروف الفقدان ترجح الوفاة<sup>3</sup>.

(3) **عدة الحامل:** تعدد المرأة التي وقعت الفرقة بينها وبين زوجها، وهي حامل سواء كانت هذه الفرقة بالطلاق أو الفسخ أو الوفاة، وذلك حسب ما بينه القرآن الكريم في قوله تعالى: **{ وَأُولَاتِ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ }** الطلاق، الآية: 4، ومعناه أن النساء الحوامل عند الفرقة تكون عدتهن ما بقي من عدة الحمل، وتتقضي العدة بوضع الحمل سواء كان عقد الزواج صحيحا أو فاسدا، لما عرف أن الدخول الحقيقي أو الفاسد يوجب العدة<sup>4</sup>.

1- محمد مصطفى شلبي، المرجع السابق، ص 658.

2- محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص 377.

3- بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص 226.

4- عبد الفتاح تقيّة، المرجع السابق، ص 252.

وشرط وجوبها أن يكون الحمل من الزواج الصحيح أو الفاسد، لأن الوطئ في النكاح الفاسد يوجب العدة، ولا تجب هذه العدة عند الحنفية والشافعية على الحامل بالزنا، لأن الزنا لا يوجب العدة، إلا أنه إذا تزوج رجل امرأة وهي حامل من الزنا، جاز النكاح عند أبي حنيفة ومحمد، وتجب بسبب الموت أو الطلاق، وتنتهي بوضع الحمل اتفاقاً، ولأن براءة الرحم لا تحصل للحامل إلا بوضع الحمل<sup>1</sup>.

وقد أخذ المشرع الجزائري بما جاءت به الآية الكريمة واتفاق الفقهاء في أن تعتد الحامل بوضع حملها، وهذا ما نصت عليه المادة 60 من ق.أ.ج.

غير أن المشرع الجزائري جعل أقصى فترة للحمل عشرة أشهر من تاريخ الطلاق أو الوفاة، وهو ما يتفق مع رأي الأطباء الذين يؤكدون أن الحمل لا يمكث في بطن أمه أكثر من هذه المدة، أما إذا توفي الزوج وزوجته حامل، ووضعت بعد وفاته بيوم واحد، فقد انتهت عدتها ولا تعتد عدة الوفاة<sup>2</sup>.

### الفرع الثاني: الحضانة

أولاً: تعريف الحضانة لغة واصطلاحاً

(1) لغة: حضنه حضناً، وحضانة، أي جعله في حضنه، ويقال احتضن الشيء أي تولى رعايته والدفاع عنه، والحِضن هو الصدر ما دون الإبط، والحاضنة هي التي تقوم على تربية الصغير<sup>3</sup>.

(2) أما اصطلاحاً: فتنوعت تعريفات الفقهاء للحضانة، إلى عدة تعريفات نذكر منها:

تعريف الحنفية: عرفوا الحضانة بأنها تربية الولد في المدة التي لا يستغنى فيها عن النساء ممن لها الحق في تربيته شرعاً<sup>4</sup>.

تعريف المالكية: هي حفظ الولد في مبيته ومؤونة طعامه ولباسه ومضجعه وتنظيف جسمه<sup>5</sup>.

1- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، المرجع السابق، ص 634.

2- بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 371.

3- المعجم الوسيط، المرجع السابق، ص 182.

4- محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص 406.

5- الحبيب بن الطاهر، المرجع السابق، ص 288..

تعريف الشافعية: فهي حفظ من لا يستقل بأمور نفسه وتربيته<sup>1</sup>.

تعريف الحنابلة: هي حفظ صغير ونحوه مما يضره، وتربيته بعمل مصالحه<sup>2</sup>.

وقد عرف المشرع الجزائري الحضانة في نص المادة 62 من ق.أ.ج، (بأنها رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا)<sup>3</sup>. والحضانة عند حدوث الطلاق أو موت الزوج هي حق للأم والدليل من القرآن قوله تعالى { وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ } البقرة، الآية: 233. وهذه الآية وردت في المطلقات بدليل السياق، ولأن الخلاف في مدة الإرضاع لا يقع بين الأب والأم، إلا بعد الفراق، ولا يقع في حالة العصمة، وقوله تعالى: { يَرْضِعْنَ } خبر مراد به التشريع وإثبات أحقية للأم بإرضاع ولدها وليس بمعنى الأمر للوالدات والإيجاب عليهن في قوله تعالى: { وَإِنْ تَعَاسَرْتُم فَسَترِضِعْ لَهُ أُخْرَى } الطلاق الآية: 06، وهذا دليل على عدم الوجوب قال القرطبي: قوله تعالى : { وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ } البقرة، الآية: 233، دليل لمالك على أن الحضانة للأم، وقال ابن العربي لأن الحضانة مع الرضاع<sup>4</sup>.

أما من السنة النبوية فقد روي عن عبد الله بن عمر: " أن امرأة قالت يا رسول الله: إن ابني هذا كان بطني له وعاء، وثديي له سقاء، وحجري له جواء، وأن أباه طلقني، وأراد أن ينتزعه مني، فقال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم: أنت أحق به مالم تتكحي"<sup>5</sup>. ونصت المادة 65 من ق.أ.ج على أن (الأم أولى بحضانة ولدها إذا لم تتزوج ثانية)<sup>6</sup>، كما ورد النص عليه في المادة 64 من ق.أ.ج مع مراعات مصلحة المحضون في كل ذلك.

1- محمد بن الخطيب الشربيني، المرجع السابق، ص592.

2- منصور بن يونس البهوتي، المرجع السابق، ص591.

3- الأمر رقم 02/05، المتضمن قانون الأسرة.

4- الحبيب بن الطاهر، المرجع السابق، ص289.

5- الحافظ أبي داود سليمان، سنن أبي داود، تحقيق: الشادي محسن الشيايب، ج3، دار الرسالة العالمية، دمشق، 2009، ص588، رقم الحديث 2276.

6- الأمر رقم 02/05، المتضمن قانون الأسرة.

## المطلب الثاني: آثار الطلاق المستندة إلى إجماع جمهور الفقهاء

نتناول في هذا المطلب أحكام الحضانة، باعتبارها أثرا من آثار الطلاق، والتي استند فيها المشرع الجزائري إلى ما ذهب إليه جمهور الفقهاء.

### الفرع الأول: مدة الحضانة

نصت المادة 65 من ق.أ.ج على أن مدة حضانة الذكر تنتهي ببلوغه عشر سنوات، والأنثى ببلوغها سن الزواج، كما يمكن أن تمتد حضانة الذكر إلى ستة عشر سنة، إذا كانت الحاضنة هي الأم ولم تتزوج ثانية.

وقد عرض فقهاء الحنفية هذه المسألة فحددها بعضهم بصفات معينة، و حددها البعض الآخر بسن معينة، فقال المرغيناني: أن الأم والجدة أحق بالغلام حتى يأكل ويشرب وحده ويلبس وحده، ويستجي وحده، وفي الجامع الصغير حتى يستغني فيأكل وحده ويشرب وحده ويلبس وحده، وأضاف أن قدر الاستغناء بسبع سنين اعتبارا للغالب، والأم والجدة أحق بالجارية حتى تحيض<sup>1</sup>، وحدد ابن عابدين عمر المكلف بالطهارة بسبع سنين، بقوله: "وقدر بسبع وهو قريب من الأول بعينه، وقدر بلوغ الجارية من حيث السن بتسع سنين، وقال أن الفتوى به"<sup>2</sup>.

وذهب المالكية إلى أن حضانة الغلام تستمر إلى بلوغه وتقطع حضانتها بالبلوغ ولو مريضا أو مجنونا على المشهور، وتستمر حضانة الأنثى للدخول، أي دخول الزوج بالبنات المحضونة<sup>3</sup>.

وذهب الحنابلة إلى أن الغلام إذا بلغ سبعا، وليس بمعنوه خير بين أبويه، إذا تنازعا فيه، فمن اختار منهما فهو أولى به، وقضى بذلك عمر وعلي وشريح، وهو مذهب الشافعي<sup>4</sup>، ويستوي في ذلك الذكر والأنثى.

1- برهان الدين علي بن أبي بكر المرغيناني، الهداية في شرح بداية المبتدئ، تحقيق: طلال يوسف، ج2، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، ص284.

2- محمد أمين ابن عابدين، المرجع السابق، ج5، ص268.

3- الحبيب بن طاهر، المرجع السابق، ص290.

4- أحمد بن محمد بن قدامة، المغني، ج11، المرجع السابق، ص415.

وماذهب إليه المشرع الجزائري في تحديد مدة الحضانة في المادة 65 من ق.أ.ج، لا يخرج إجمالاً عما هو مقرر في الفقه الإسلامي، غير أن النص اشترط أن تكون الأم حاضنته ما لم تتزوج ثانية.

### الفرع الثاني: سقوط الحضانة بزواج الحاضنة

جاء في نص المادة 66 من ق.أ.ج أن حق الحاضنة في الحضانة يسقط، بالزواج من غير قريب محرم.

واختلف الفقهاء في سقوط الحضانة بالزواج، على 3 أقوال:

القول الأول: سقوطها به مطلقاً سواء كان المحضون ذكراً أو أنثى وهذا مذهب الشافعي، ومالك، وأبي حنيفة، وأحمد في المشهور عنه.

القول الثاني: أن الطفل إن كان بنتاً لم تسقط الحضانة بنكاح أمها، وإن كان ذكراً سقطت، وهذه إحدى الروايتين عن أحمد رحمه الله.

القول الثالث: أنها إذا تزوجت بنسب من الطفل لم تسقط حضانتها، ثم اختلف أصحاب هذا القول على 3 أقوال:

القول الأول: أن المشتراط أن يكون الزوج نسيباً للطفل فقط، وهذا ظاهر قول أصحاب أحمد.

القول الثاني: أنه يشترط أن يكون مع ذلك ذا رحم محرم، وهو قول أصحاب أبي حنيفة.

القول الثالث: أنه يشترط بين الزوج وبين الطفل إيلاد، بأن يكون جداً للطفل، وهذا قول مالك، وبعض أصحاب أحمد<sup>1</sup>.

وقد استند المشرع الجزائري في نص المادة 66 من ق.أ.ج، في سقوط الحضانة بالزواج من غير قريب محرم، إلى رأي الجمهور في هذه المسألة.

### الفرع الثالث: سقوط الحضانة بالسفر إلى بلد أجنبي

وهذا الشرط ذكره الفقهاء مع اختلاف في التفاصيل، ومن المعلوم أن مكان ممارسة

الحضانة هو مكان الزوجية إذا كانت الزوجية بينهم قائمة، أو في أثناء العدة من طلاق، أما

1- محمد بن أبي بكر ابن القيم، زاد المعاد في هدي خير العباد، ج5، ط3، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، 1986،

بعد انقضائها فمكان الحضانة هو البلد الذي يقيم فيه والد المحضون أو وليه، وكذلك إذا كانت الحاضنة غير الأم، لأن للأب حق رؤية المحضون وتربيته والإشراف عليه<sup>1</sup>.

وإذا أراد أحد الأبوين السفر لحاجة ثم يعود والآخر مقيم، فالمقيم أولى بالحضانة، لأن في المسافرة إضراراً بالولد، وإن كان متنقلاً إلى بلد يقيم به، وكان الطريق مخوفاً أو البلد المنتقل إليه مخوفاً فالمقيم أحق به، لأن السفر به خطراً له، ولو اختار الولد السفر في هذه الحال، لم يجب إليه، لأن فيه تغيير له، وإن كان البلد آمناً والسفر آمن فالأب أحق به، سواء كان هو المقيم أو المنتقل، إلا أن يكون بين البلدين قريب، وهو قول بعض أصحاب الشافعي.

قال شريح ومالك، و الشافعي: إن انتقل الأب، فالأم أحق به، وإن انتقلت الأم إلى البلد الذي كان فيه النكاح فهي أحق، وإن انتقلت إلى غيره، فالأب أحق<sup>2</sup>.

أما إذا كانت المسافة بين البلدين قريبة بحيث يقدر الأب أن يزور ولده ويعود إلى منزله قبل الليل فلها ذلك، لأنه لا يلحق بالأب ضرر كبير بالنقل بمنزلة النقل إلى أطراف البلد. وإذا أرادت المرأة أن تنقل الابن إلى قريتها فإن كان أصل النكاح وقع فيها فلها نقله، وإن كان النكاح وقع في غيرها فليس لها ذلك<sup>3</sup>.

وإذا انتقلت الحاضنة إلى بلد آخر بعيداً عن بلد ولي المحضون مسافة 72 ميلاً فأكثر، سقطت حضانتها كذلك، لأن المحضون يحتاج إلى رقابة وليه، ولا تتأتى له الرقابة عليه إذا انتقلت به إلى مكان آخر بعيداً عنه<sup>4</sup>.

وفي ق.أ.ج إذا أراد الشخص الموكول له حق الحضانة أن يستوطن في بلد أجنبي، رجع الأمر للسلطة التقديرية للقاضي في إثبات الحضانة له أو إسقاطها عنه مع مراعاة مصلحة المحضون حسب نص المادة 69 ق.أ.ج ومن هنا فإن تقدير أسباب سقوط الحضانة أمر موكول للقاضي، انطلاقاً من قناعاته ومصلحة المحضون والظروف المتعلقة بالقضية<sup>5</sup>.

1- محفوظ بن صغير، قضايا الطلاق في الاجتهاد الفقهي، المرجع السابق، ص 289.

2- أحمد بن محمد بن قدامة، المغني، ج 11، المرجع السابق، ص 420.

3- علاء الدين أبو بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ط 2، ج 4، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1986، ص 45.

4- الصادق عبد الرحمان الغرياني، الفقه المالكي وأدلته، ج 3، المرجع السابق، ص 157.

5- بن الشويخ رشيد، المرجع السابق، ص 389.

وهذا الشرط لا يؤدي دائما إلى إسقاط الحضانة من الحاضن، وإنما يتوقف على مدى قناعة القاضي بضرورة إسقاطها، هذه القناعة التي يمكن أن تشترك في تكوينها جملة من الأسباب أهمها مصلحة المحضون و الظروف التي أدت بالحاضن إلى اختيار الاستيطان بالخارج<sup>1</sup>.

---

1- سعد فضيل، المرجع السابق، ص380.

## المبحث الثاني: آثار الطلاق التي حصل حولها خلاف في قانون الأسرة الجزائري

تضمن هذا المبحث آثار الطلاق التي حصل حولها خلاف، والمنصوص عليها في قانون الأسرة الجزائري، والتي سار فيها ق.أ.ج وفق اجتهاد المذهب المالكي، وذلك في المطلب الأول، أما الثاني فتضمن آثار الطلاق التي سار فيها ق.أ.ج على غير مشهور المذهب المالكي.

### المطلب الأول: آثار الطلاق التي سار فيها قانون الأسرة الجزائري وفق اجتهاد المذهب المالكي

نتناول في هذا المطلب أحكام الحضانة التي استمدها المشرع الجزائري من اجتهاد المذهب المالكي، وذلك على النحو التالي:

#### الفرع الأول: عودة الحق في الحضانة

نصت المادة 71 ق.أ.ج على أنه "يعود الحق في الحضانة إذا زال سبب سقوطه غير الاختياري"<sup>1</sup>.

وكل قرابة تستحق بها الحضانة، منع منها مانع كرك أو كفر أو فسق، أو جنون، أو صغر، إذا زال المانع، مثل إذا أسلم الكافر، وعدل الفاسق، وعقل المجنون، وبلغ الصغير، عاد حقهم من الحضانة، لأن سببها قائم، وإنما امتنعت لمانع، فإذا زال المانع، عاد الحق بالسبب السابق الملازم، كالزوجة إذا طلقت<sup>2</sup>، وهذا طبقاً للقاعدة الفقهية المعروفة إذا زال المانع عاد الممنوع.

وهذا كله متفق عليه عند جمهور الفقهاء الحنفية والشافعية والحنابلة. واختلفوا في بعض التفصيلات فقال الحنفية و المزني من الشافعية أن حق الحضانة يعود فور الطلاق البائن، أما الطلاق الرجعي فلا يعود حق الحضانة بعده إلا بعد انتهاء العدة، وقال الحنابلة وهو المذهب عند الشافعية، إن حق الحضانة يعود بطلاق المنكوحة من أجنبي فور الطلاق، سواء أكان بائناً أم رجعيًا، دون انتظار انتهاء العدة، وذلك لزوال المانع.

1- الأمر رقم 02/05، المتضمن قانون الأسرة.

2- أحمد بن محمد بن قدامة، المغني، ج11، المرجع السابق، ص428.

- أما المالكية فإنهم يفرقون بين زوال الحضانة لعذر اضطراري، وبين زوالها لعذر اختياري<sup>1</sup>، فإن الحضانة تعود بزوال العذر الاضطراري وذلك في الحالات الآتية:
- (1) العذر الذي لا يقدر معه على القيام بحق المحضون كالمرض، أو عدم وجود اللبن، فإذا نزع الولد من المرأة لعذر قدرتها على القيام بالمحضون، أو لجفاف لبنها، ثم زال ذلك عنها استحققت الولد مرة أخرى ورجعت لها الحضانة، إلا أن تتركه بعد زوال العذر سنة فأكثر، فليس لها أن تأخذه لأن تركها له هذه المدة يعد إسقاطا لحقها.
- (2) سفر الولي بالمحضون وانتقاله إلى بلد آخر، فإنه إذا ترتب عليه سقوط الحضانة لعدم رغبة الحاضنة في الانتقال معه، ثم رجع الولي بالمحضون إلى بلده الأول، رجع الحق للحاضنة من جديد.
- (3) سفر الحاضنة لأداء فريضة الحج، أو سفرها مع زوجها إلى بلد آخر، وهي غير راغبة في السفر، فإنها إذا رجعت كان لها الحق في الولد إذا نزع منها<sup>2</sup>.
- وإذا زالت الحضانة لمانع اختياري كأن تتزوج الحاضنة بأجنبي عن المحضون ثم طلقت أو أسقطت الحاضنة حقها في الحضانة بإرادتها دون عذر، ثم أرادت العودة إلى الحضانة فلا تعود بعد زوال المانع<sup>3</sup>.
- ويتضح من نص المادة 78 ق.أ.ج أنه إذا سقط حق الحضانة بالنسبة للحاضن لسبب من الأسباب القانونية. كأن يكون غير قادر على رعايته وحمايته وضمنان العناية به صحيا وخلقيا، فإن حق الحضانة سيعود إليه إذا توفر لديه السبب الذي كان ينقصه وأثبت ذلك للمحكمة.
- أما إذا كان سبب سقوط الحضانة ناتجا عن تصرف الحاضن بناء على رغبته واختياره، فإن حق الحضانة وفقا لنص المادة 71 ق.أ.ج سوف لن يعود إليه أبدا بعد سقوطه<sup>4</sup>.
- وعلى هذا فإن المشرع الجزائري قد اعتمد على المذهب المالكي في هذه المسألة، حيث فرق بين العذر الاختياري، والعذر الاضطراري في سقوط الحضانة.

1- الموسوعة الفقهية، ج17، ط2، طباعة ذات السلاسل، الكويت، 1990، ص313.

2- الصادق عبد الرحمان الغرياني، المرجع السابق، ص168.

3- الموسوعة الفقهية، ج17، المرجع السابق، ص314.

4- بلحاج العربي، الوجيز في شرح ق.أ.ج، المرجع السابق، ص390.

## الفرع الثاني: مسكن الحاضنة

نصت المادة 72 من ق.أ.ج على أنه (في حالة الطلاق، يجب على الأب أن يوفر لممارسة الحضانة سكنا ملائما للحاضنة، وإذا تعذر ذلك فعليه دفع بدل الايجار. وتبقى الحاضنة في بيت الزوجية حتى تنفيذ الأب للحكم القضائي المتعلق بالسكن)<sup>1</sup>. اتفق الفقهاء على أن النفقة والسكن للمحزون واجب على من تجب عليه نفقة الولد في الجملة عند جمهور العلماء، وإنما اختلفوا في سكنى الحاضنة نفسها<sup>2</sup>. وقال بعض فقهاء الحنفية، لا تجب في الحاضنة أجره المسكن، وقال آخرون، تجب إن كان للصبي مال، وإلا فعلى من تجب عليه نفقته...، فإن القول بوجود أجره المسكن ليس مبنيا على وجوب الأجر على الحضانة بل على وجوب نفقة الولد، فقد تكون الحاضنة لا مسكن لها أصلا، بل تسكن عند غيرها، فكيف يلزمها أجره مسكن لتحضر فيه الولد؟ بل وجه لزمه على من تلزمه نفقته، فإن المسكن من النفقة<sup>3</sup>.

وقال أبو زهرة " إذا كانت لا تملك مسكنا تسكنه، فعلى من تجب عليه نفقة الصغير إعداد المسكن، أو إعطاؤها بدل مسكن، وإذا كانت تحتاج لخادم و الأب يقدر على ذلك، كانت لها أجره خادم إذا كان الأب هو الواجب عليه أجره الحضانة، بأن كانت نفقة الصغير واجبة عليه، كما أن على من تجب عليه نفقته بدل فراشه، وغطائه ونفقة صلاحه<sup>4</sup>.

وأجره المسكن الذي تقيم فيه الحاضنة بالطفل يأخذ حكم الأجره على الحضانة، فإن كان للطفل مال، كانت الأجره من ماله، فإن لم يكن له مال، كانت على أبيه ثم على من تلزمه نفقته بعد أبيه، هذا إذا لم يكن للحاضنة مسكن كانت تسكنه من قبل، أما إذا كان لها مسكن فلا يجب لها شيء، وسكنى الطفل معها لا تكلفها زيادة في النفقة<sup>5</sup>.

والخلاف عند المالكية فيما يخص الحاضن من المسكن، وأما ما يخص المحزون منه، فعلى الأب باتفاق الأقوال المذكورة، ومذهب المدونة الذي يفتي به أنها على الأب للمحزون والحاضنة معا، ولا اجتهاد فيه، وقال سحنون سكنى الطفل على أبيه وعلى الحاضنة فيما

1- الأمر رقم 02/05، المتضمن قانون الأسرة.

2- محفوظ بن صغير، قضايا الطلاق في الاجتهاد الفقهي وقانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص312.

3- محمد أمين ابن عابدين، ج5، المرجع السابق، 262.

4- محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص410.

5- بدران أبو العينين بدران، المرجع السابق، ص328.

يخص نفسها بالاجتهاد، ويكون عليه من الكراء على قدر ما يجتهد الحاكم، والمشهوران على الأب السكنى، وهو مذهب المدونة المعمول به، خلاف لابن وهب القائل أن أجره المسكن على الحاضنة، وعلى المشهور فقال سحنون تكون السكنى على حسب الاجتهاد<sup>1</sup>.

ولفقهاء الشافعية في مسألة سكن الحاضنة قولان: الأول صريح، وهو بعدم الوجوب، و الثاني ضمني، إذ قد يفهم من قولهم مؤنتها يدخل ضمنها السكن.

فمن قال بعدم الوجوب كابن حجر الهيتمي، عندما سئل عن الأم الحاضنة إذا طلبت أجره المسكن الذي تحتضن فيه أولادها، هل يجب على الأب استئجار المسكن أو لا، وهل تسقط حضانتها إذا كان لها مسكن أم لا، وهل يدخل في مؤونة الحضانة أجره المسكن أم لا، فأجاب بقوله: الأم الحاضنة إن كانت في عصمة الزوج الأب، فالإسكان عليه، وإلا فليس لها إلا أجره الحضانة، فتستأجر منها مسكنا إن شاءت، ولا تسقط حضانتها بعدم مسكنها أو نحوه لمسكن<sup>2</sup>.

ومن قال بالوجوب ضمنا الرملي، حيث جاء في نهاية المحتاج > ومؤنتها على من تلزمه النفقة < وهو ما قد يفهم منه ضمنا أن السكن يدخل ضمن المؤونة<sup>3</sup>.

وقد استند المشرع الجزائري فيما ذهب إليه من خلال نص المادة 72 من خلال توفير مسكن لممارسة الحضانة، للحاضنة على ما ورد في المشهور عن المالكية في المدونة، غير أن المشرع الجزائري لم يفرق بين إذا ما كان للحاضنة سكن أم لا.

**المطلب الثاني: آثار الطلاق التي سار فيها قانون الأسرة الجزائري على غير**

### مشهور المذهب المالكي

#### الفرع الأول: ترتيب الحواضن

نصت المادة 64 من ق.أ.ج على أن: (الأم أولى بحضانة ولدها، ثم الأب، ثم الجدة لأم، ثم الجدة لأب، ثم الخالة، ثم العمة،...)<sup>4</sup>.

1- شمس الدين محمد عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، تحقيق: محمد عيش، ج2، دار احياء الكتب العربية، ص533،543.

2- ابن حجر المكي الهيتمي، الفتاوى الكبرى الفقهية، ج4، ملترم للطبع والنشر، مصر، ص215.

3- حمزة بن شهاب الدين الرملي، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، ج7، ط3، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2003، ص225.

4- الأمر رقم 02/05، المتضمن قانون الأسرة.

فالحضانة تكون للنساء في وقت وتكون للرجال في وقت، والأصل فيها للنساء، لأنهن أشفق وأرفق، وأهدى إلى تربية الصغار ثم تصرف إلى الرجال، لأنهم على الحماية والصيانة وإقامة مصالح الصغار أقدر، ولكل واحد منهما شرط، فمن شرائطها أن تكون المرأة ذات رحم محرم من الصغار، فلا حضانة لبنات العم وبنات الخال، وبنات الخالة، لأن مبنى الحضانة على الشفقة، والرحم المحرم هي المختصة بالشفقة، ثم يتقدم فيها الأقرب فالأقرب، فأحق النساء من ذوات الرحم المحرم بالحضانة الأم، لأنه لا أقرب منها، ثم أم الأم، ثم أم الأب<sup>1</sup>.

وإذا كانت الحضانة حقا للأم دون الأب، فقد اقتضى القياس أن تكون للنساء أولاً دون الرجال، واقتضى أن تكون قرابة الأم مقدمة على قرابة الأب، ويتقدم فيها الأقرب، فالذي يليه من هؤلاء، فأحقهن الأم، ثم أم الأم وإن علت، ثم أم الأب، وقدمت أم الأم التي تدلي بالأم، وهذه الولاية مستفادة من قبل الأم، فكل من يدلي بها أولى من غيره، ثم بعد الجدات الأخوات الشقيقات، ثم اللاتي لأم، ثم لأب، وقيل الخالة أولى من الأخت لأب<sup>2</sup>.

فتكون حضانة الولد إذا افترق الأبوان، للأم بالاتفاق، مالم يقر بالأم ما يمنع تقديمها، أو بالولد وصفا يقتضي تغييره، وهذا ما لا يعرف فيه نزاع، وقد قضى به خليفة رسول الله صلى الله عليه وسلم أبو بكر على عمر بن الخطاب رضي الله عنهما، ولم ينكر عليه منكر<sup>3</sup>، وهذا ما أخذ به قانون الأسرة الجزائري في المادة 64 التي نصت على أن ( الأم أولى بحضانة ولدها).

وقد استند المشرع الجزائري في انتقال الحضانة من الأم إلى الأب مباشرة إلى ما ورد في فقه الحنابلة، وجملته أن الزوجين إذا افترقا ولهما ولد فأمه أولى الناس بكفالتة، إذا كملت الشرائط فيها، ذكرها كان أو أنثى، لأنها أقرب إليه، ولا يشاركها في القرب إلا الأبوة<sup>4</sup>.

وإن تركت الأم الحضانة مع استحقاقها لها، ففيه وجهان، أحدهما تنتقل إلى الأب لأن أمهاتها فرع عليها في الاستحقاق فإذا أسقطت حقها، سقط فروعها، والثاني تنتقل إلى أمهاتها وهو أصح لأن الأب أبعد<sup>5</sup>.

1- علاء الدين أبو بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، المرجع السابق، ص41.

2- محمد ابو زهرة، المرجع السابق، ص406.

3- محمد بن أبي بكر بن القيم الجوزية، المرجع السابق، ص435.

4- أحمد بن محمد بن قدامة، المغني، ج11، المرجع السابق، ص414.

5- المرجع نفسه، ص426.

إن هذا الترتيب يتفق في مجمله مع الترتيب الفقهي غير حالة واحدة وهي ترتيب الأب بعد الأم مباشرة، وهو ما ذهب إليه القانون الجزائري، وكان على المشرع أن يبقي الترتيب الفقهي المعهود، ويتعامل في التقديم والتأخير مع شرط مصلحة المحضون المنصوص عليها في المادة 64 ذاتها.

وجنوح المشرع الجزائري في هذه المسألة إلى هذا الترتيب له مستنده في الفقه المالكي. حيث أنه نقل أبي عبد الله المكناسي الخلاف في هذه المسألة، وقال: واختلف في الأب بعد الإجماع على أن الأم أحق منه على أربعة أقوال<sup>1</sup>:  
أحدها: أنه: أحق من قرابته وقرابة الأم وهو ما ذهب إليه ق.أ.ج المعدل.  
الثاني: أن قرابته وقرابة الأم أحق منه.

الثالث: أن قرابة الأم أحق منه وهو أحق من قرابته (وهو ما كان عليه قانون 11/84)  
الرابع: أن قرابة الأم وبعض قرابته أحق منه، وهو أحق من بعض قرابته.  
وهو كما سبق أخذ برأي مرجوح لبعض الحنابلة في هذه المسألة إلا أنه جعل المعيار في ترتيب الحواضن مراعاة مصلحة المحضون حسب نص المادة 64 ق.أ.ج .  
وجاء في قرار المحكمة العليا الصادر في 1993/02/28 أنه من المستقر عليه قضاء أن الحضانة تمنح حسب مصلحة المحضون، ولما كان ثابتا - في قضية الحال - أن الحضانة أسندت إلى الأب مراعاة لمصلحة المحضون، اعتمادا على تقرير المرشدة الإجتماعية التي تؤكد ذلك، فإن قضاة الموضوع، إعمالا لسلطتهم التقديرية، فقد طبقوا القانون، مما يستوجب رفض الطعن<sup>2</sup>.

### الفرع الثاني: نفقة وسكنة المعتدة

سنتطرق في هذا الفرع إلى نفقة وسكنى المعتدة سواء كانت من طلاق أو وفاة وسواء أكان الطلاق رجعيا أم بائنا، وهوما لم يفرق فيه المشرع الجزائري في نص المادة 61 من ق.أ.ج والتي نصت على أنه ( لا تخرج الزوجة المطلقة ولا المتوفى عنها زوجها من السكن

1- أحمد غرابي، حق الطفل في الحضانة- بين الشرع والتشريع- مجلة فكر ومجتمع، طاكسيج كوم للدراسات والنشر والتوزيع، العدد 22 أكتوبر 2014، بن عكنون، الجزائر، ص225.

2- بلحاج العربي، قانون الاسرة وفقا لأحدث التعديلات ومعلقا عليه بقرارات المحكمة العليا، ط4، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 2012، ص342.

العائلي مادامت في عدة طلاقها أو وفاة زوجها إلا في حالة الفاحشة المبينة ولها الحق في النفقة في عدة الطلاق<sup>1</sup>.

وذهب الحنفية إلى أن نفقة المعتدة تجب إذا كانت الفرقة من زواج صحيح، وكانت الفرقة بطلاق من الزوج أو من القاضي بسبب كان من قبل الزوج، أو كانت الفرقة فسحا، ووجوب النفقة للمعتدة من طلاق رجعي موضع اتفاق، أما المعتدة من طلاق بائن أو ما في معناه، فقد اتفقوا على أنها إن كانت حاملا، فلها النفقة لقوله تعالى {وَإِنْ كُنَّ أُولَاتٍ حَمْلٍ فَأَنْفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّىٰ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ وَأْتَمِرُوا بَيْنَكُمْ بِمَعْرُوفٍ وَإِن تَعَاسَرْتُم فَاسْتَرْضِعْ لَهُ أُخْرَىٰ} الطلاق، الآية: 4.

أما غير الحامل فقد قال الشافعي إنه ليس لها إلا السكنى، وقال ابن أبي ليلى ليس لها السكنى ولا أي نوع من النفقة، لأن وجوب النفقة بحق الزوجية، وقد زالت<sup>2</sup>.

وذهب المالكية إلى أنه تجب السكنى للمعتدة من طلاق، سواء كان الطلاق رجعيا، أو بائنا، وسواء كانت المرأة مسلمة أو كتابية، لعموم دلالة قوله تعالى {يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا الْعِدَّةَ وَاتَّقُوا اللَّهَ رَبَّكُمْ لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخْرُجْنَ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفَاحِشَةٍ مُّبَيِّنَةٍ} الطلاق، الآية: 1.

كما أن حديث فاطمة بنت قيس، حين أمرها النبي صلى الله عليه وسلم بأن تعتد في بيت أم مكتوم، يدل بظاهره على أن المطلقة طلاقا بائنا لا نفقة لها ولا سكنى، وأخذ علماؤنا بعموم دلالة الحديث، على عدم النفقة لكل مطلقة طلاقا بائنا، لأنه ليس هناك ما يمنع من هذا العموم، لا من داخل الحديث ولا من غيره، أما ما جاء في هذا الحديث من نفي السكنى، فمحمول على حالة فاطمة بنت قيس خاصة<sup>3</sup>.

وفي النفقة للمعتدة عند المالكية إذا كانت معتدة من طلاق رجعي، لها حكم الزوجة في كل الأمور ما عدا الاستمتاع، وإذا كانت المعتدة حاملا سواء كانت معتدة من طلاق رجعي أو بائن، أو كانت معتدة من وفاة وإذا انفق الزوج على المعتدة على أنها حامل ثم تبين بعد النفقة عدم حملها، كان له استرداد النفقة التي أنفقها عليها، ولا تجب النفقة لغير الحامل إذا كانت

1- الأمر 02/05 المتضمن قانون الأسرة.

2- محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص 385.

3- الصادق عبد الرحمان الغرياني، المرجع السابق، ص 114.

معتدة من طلاق بائن لما دل عليه قوله تعالى ﴿أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِنْ وَجْدِكُمْ وَلَا تُضَارُوهُنَّ لِتُضَيِّقُوا عَلَيْهِنَّ وَإِنْ كُنَّ أُولَاتٍ حَمْلٍ فَأَنْفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّىٰ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾ الطلاق، الآية:6، فقد أمرت الآية بإسكان المطلقات أمرا مطلقا، وقيدت أمر النفقة بالحوامل منهن فقط، فدل ذلك بمفهومه على أن غير الحامل لا نفقة لها في العدة من الطلاق البائن<sup>1</sup>.

ويلاحظ أن المشرع الجزائري في المادة 61 من ق.أ.ج لم ينص على المطلقة طلاقا رجعيا، وإنما نص على المطلقة بصفة عامة، دون أن يخصص للمبتوتة نصا يحكم وضعها، الأمر الذي يجعلنا نقول أنه أعطى للمطلقة حق السكن وحق النفقة بكل مكوناتها طبقا لنص المادة 72 من هذا القانون وهو مذهب الحنفية<sup>2</sup>.

1- الصادق عبد الرحمان الغرياني، المرجع السابق، ص121.

2- فضيل سعد، المرجع السابق، ص365.

الختامة

خاتمة:

من خلال دراستنا لموضوع الطلاق في قانون الأسرة الجزائري و مرجعيته الفقهية خلصنا إلى النتائج التالية:

- 1) إن مرجعية هذا القانون عموما و التي من ضمنها موضوع الطلاق هو أحكام الشريعة الإسلامية مستمدة من نصوص القرآن الكريم والسنة النبوية في تشريع المعالم الكبرى لانحلال الزواج وآثاره كالطلاق والخلع والنفقات والعدد و غيرها.
- 2) أن من أعظم حسنات هذا القانون هو ربط مرجعيته و بصريح العبارة بالرجوع لأحكام الشريعة الإسلامية في كل ما لم يرد النص عليه بمختلف مذاهبها و مدارسها المختلفة.
- 3) عدم التقيد بالمذهب المالكي في اختياراته المنصوص عليها قانونا فيوافق دوما ما أجمعت عليه الأمة ولا يخالف في غالب الأحيان ما ذهب إليه جمهور أهل العلم، ويأخذ برأي المالكية أحيانا و بآراء غيرهم أحيانا في المسائل لاجتهادات كثيرة.
- 4) الاختصار الشديد في جل مواضيعه مما يترك فراغا كبيرا يصعب مهمة القضاء خاصة في زماننا هذا الذي يقل فيه الاختصاص و المقدرة الكافية للتعامل مع التراث الفقهي الواسع في هذا المجال، مما يشوب الأحكام القضائية القصور عدالة و تسيبيا.
- 5) وجود تعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية في بعض النصوص القليلة جدا كنص المادة 49 المتعلق بإثبات الطلاق، والمادة 50 المتعلقة بأحكام الرجعة والذي ينتج عنه التمسك بظاهرها آثار خطيرة في مجال الحقوق وانتهاك الحرمات.

التوصيات:

ومما يعاب في نصوص هذا القانون و يوصى بتعديله ممايلي:

- 1) إعادة النظر في المادتين 49 و 50 من قانون الأسرة في مسألة إثبات الطلاق الذي يتلفظ به الزوج خارج ساحة القضاء, أو ما يطلق عليه بالطلاق العرفي، وتقبيد الرجعة ببدء العدة الشرعية و انتهاؤها و بأقسام الطلاق.
- 2) إضافة مواد قانونية جديدة للتفصيل أكثر في مسائل الطلاق والفسخ، إدراج اللعان والفسخ كطرق لفك الرابطة الزوجية في المادة 47.

(3) إعادة النظر في المادة 53 وتقييد الحق في طلب المرأة للتطليق بسبب شرط تعدد الزوجات، بالضرر المعتبر شرعا و ليس لمجرد التعدد، كما هو مقرر في الفقه الإسلامي.

(4) العمل على تكوين القضاة تكوينا شرعيا متخصصا في مختلف المذاهب الإسلامية لسد الفراغ الموجود في النصوص وحتى نحسن تطبيق المادة 222.

(5) الاعتماد على كل البحوث و الدراسات الفقهية والطبية و القانونية المتخصصة والاستفادة منها في كل تعديل مستقبلي لبعض نصوص قانون الأسرة الجزائري.

(6) العمل على إزالة أي تعارض مع نصوص الشريعة و مبادئها تحقيقا للانسجام الكلي لنصوص هذا القانون مع مصادره الأساسية.

قائمة المصادر

والمراجع

## قائمة المصادر والمراجع

القرآن الكريم برواية ( ورش عن نافع )

أ- كتب الحديث:

- 1) البخاري: أبو عبد الله محمد بن إسماعيل ، صحيح البخاري، كتاب الطلاق، الطبعة الأولى، دار ابن كثير، دمشق، سوريا، 1423، 2002.
- 2) مسلم: أبي الحسين بن الحجاج النيسابوري، صحيح مسلم، كتاب الجهاد والسير، الطبعة الأولى، دار ابن حزم، بيروت، 2006.
- 3) أبي داوود: الحافظ سليمان الازدي السجستاني، سنن أبي داوود، تحقيق شادي محسن الشيبان، الجزء الثالث، دار الرسالة العالمية، دمشق، 2009.

ب- كتب اللغة

- 1) ابن منظور: محمد بن مكرم ، لسان العرب، الطبعة الأولى، مؤسسة الأعلمي للمطبوعات، بيروت، 2005.
- 2) مجمع اللغة العربية، المعجم الوسيط، الطبعة الرابعة، دار الكتاب العربي، بيروت، 1928.

ج- الكتب الفقهية

- 1) ابن القيم : محمد ابن أبي بكر ، زاد المعاد في هدي خير العباد، الجزء الخامس، الطبعة الثالثة، مؤسسة الرسالة بيروت، لبنان، 1986.
- 2) بدران أبو العينين بدران، أحكام الزواج والطلاق في الاسلام، الطبعة الثانية، مطبعة دار التأليف، الاسكندرية.
- 3) بن رشد:أبو الوليد محمد بن أحمد ، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، الجزء الثاني، الطبعة الرابعة، مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، مصر، 1975.
- 4) بن عابدين: محمد أمين ، رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، الجزء الرابع، طبعة خاصة، دار عالم الكتب، الرياض، 1423هـ - 2003م.
- 5) بن قدامة :أحمد بن محمد ، الكافي، تحقيق عبد المحسن التركي، الجزء الرابع، الطبعة الأولى، دار هجر للطباعة والنشر، 1997.

- (6) بن قدامة :أحمد بن محمد ، المغني، تحقيق: بن عبد المحسن، التركي، عبد الفتاح محمد حلو، الجزء التاسع، الطبعة الثالثة، دار عالم الكتب، الرياض، السعودية، 1997.
- (7) البهوتي: منصور بن يونس ، هداية الراغب شرح عمدة الطالب، تحقيق شعبان محمد اسماعيل، الطبعة الثانية، مكتبة إحياء التراث الاسلامي، مكة المكرمة.
- (8) الحبيب بن الطاهر، الفقه المالكي وأدلته، الجزء الرابع، الطبعة الثانية، مؤسسة المعارف، بيروت، لبنان، 2005.
- (9) الحصكفي: عبد الرحمان الحنفي ، الدر المختار شرح تنوير الابصار وجامع البحار، تحقيق: عبد المنعم خليل ابراهيم، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2002.
- (10) الحطاب: محمد بن عبد الرحمان ، مواهب الجليل في شرح مختصر الشيخ خليل، المجلد الرابع، الطبعة الأولى، دار الرضوان، نواكشط، موريتانيا.
- (11) الدسوقي: شمس الدين محمد عرفة ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، تحقيق: محمد عليش، الجزء الثاني، دار احياء الكتب العربية.
- (12) الرملي: حمزة بن شهاب الدين ، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، الجزء السابع، الطبعة الثالثة، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2003.
- (13) الزيلعي: فخر الدين عثمان ، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، المطبعة الكبرى الأميرية، مصر، 1313هـ.
- (14) السرخسي: شمس الدين ، المبسوط، الجزء السادس، دار المعرفة، بيروت، لبنان.
- (15) الشربيني: محمد بن الخطيب ، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، الجزء الثالث، الطبعة الأولى، دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، 1997.
- (16) عبد الرحمان الصابوني، مدى حرية الزوجين في الطلاق، الطبعة الثانية، دار الفكر، دمشق، سوريا، 1968.
- (17) عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام الاسرة والبيت المسلم، الجزء التاسع، الطبعة الأولى، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1993.
- (18) الغرياني: الصادق عبد الرحمان ، الفقه المالكي وأدلته، الجزء الثاني، مؤسسة الريان.
- (19) الغزالي: محمد بن محمد أبو حامد ، الوسيط في المذهب، تحقيق محمد تامر، المجلد الخامس، الطبعة الأولى، دار السلام للطباعة والنشر، القاهرة، مصر، 1997.

- 20) الكاساني :علاء الدين أبو بكر بن مسعود الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، الجزء الرابع، الطبعة الثانية، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1986.
- 21) المحلي: أحمد ابن محمد ، كنز الراغبين شرح منهاج الطالبين، المجلد الثاني، الطبعة الثانية، دار المنهاج، جدة، السعودية، 2013.
- 22) محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، الطبعة الثالثة، دار الفكر العربي.
- 23) محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الاسلام، الطبعة الرابعة، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، 1983.
- 24) المرغيناني: برهان الدين علي ابن أبي بكر ، الهداية في شرح بداية المبتدأ، تحقيق طلال يوسف، الجزء الثاني، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان .
- 25) الموسوعة الفقهية، الجزء السابع عشر، الطبعة الرابعة، طباعة ذات السلاسل، الكويت، 1990.
- 26) الهيثمي: ابن حجر المكي، الفتاوى الكبرى الفقهية، الجزء الرابع، ملتزم للطبع والنشر، مصر.
- 27) وهبة الزحيلي، الفقه الاسلامي وأدلتها، الجزء السابع، الطبعة الثانية، دار الفكر للطباعة والتوزيع والنشر، دمشق، 1958.
- 28) وهبة الزحيلي، الفقه المالكي الميسر، الجزء الثالث، دار الكلم الطيب، دمشق، سوريا، 2010.
- د- الكتب القانونية**
- 1) أحمد ذيب، قواعد الطلاق وضوابط الفراق، الطبعة الثانية، دار هومة للطباعة والنشر، الجزائر، 2017.
- 2) بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء الأول، طبعة 1999، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر.
- 3) الرشيد بن شويخ، شرح قانون الأسرة الجزائري، الطبعة الأولى، دار الخلدونية للنشر و التوزيع، القبة، الجزائر.
- 4) سليمان ولد خسال، الميسر في شرح قانون الأسرة الجزائري، الطبعة الأولى، دار طليطلة، المحمدية، الجزائر، 2010.

- (5) عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، الطبعة الثانية، دار البعث، قسنطينة، الجزائر، 1989.
- (6) عبد الفتاح تقية، مباحث في قانون الأسرة الجزائري، دون طبعة، دار شالة، 1999-2000.
- (7) العربي بلحاج، قانون الأسرة وفقا لأحدث التعديلات، ومعلقا عليه بقرارات المحكمة العليا، الطبعة الرابعة، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 2012.
- (8) الغوثي بن ملح، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، الجزء الأول، الطبعة الأولى، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 2008.
- (9) فضيل سعد، شرح قانون الأسرة الجزائري في الزواج و الطلاق، الجزء الأول، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1986.
- (10) محفوظ بن الصغير، قضايا الطلاق في الاجتهاد الفقهي وقانون الأسرة الجزائري، دار الوعي للنشر والتوزيع، رويبة، الجزائر.
- (11) محفوظ بن صغير، أحكام الزواج في الاجتهاد الفقهي وقانون الاسرة الجزائري، دار الوعي، رويبة ، الجزائر، 2013.

#### هـ - المقالات

- (1) أحمد غرابي، حق الطفل في الحضانة-بين الشرع والتشريع-مجلة فكر و مجتمع، طاكسيج كوم للدراسات والنشر والتوزيع، العدد 22، أكتوبر 2014، بن عكنون الجزائر.
- (2) أحمد غرابي، المرجعية الفقهية لأحكام الميراث في قانون الأسرة الجزائري وموقع المذهب المالكي منها، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، جامعة زيان عاشور، الجلفة، العدد 23، جوان 2015.
- (3) أحمد غرابي، مدى الالتزام بالمرجعية الشرعية في تعديلات قانون الأسرة الجزائري، المجلة العربية للأبحاث في العلوم الانسانية و الاجتماعية، جامعة زيان عاشور، الجلفة، العدد 22، مارس 2016.
- (4) خورشيد ياسر صائب، حكم التحكيم في اصلاح نشوز الزوجين في الفقه الاسلامي، مجلة كلية الآداب ، جامعة بغداد، العراق، العدد 103، سنة 2013.

#### و - المذكرات

1) هشام ذبيح، المركز القانوني للزوج في فك الرابطة الزوجية على ضوء قانون الأسرة الجزائري، رسالة ماجستير، جامعة الوادي، الجزائر، 2015.

#### ز - القوانين

1) قانون رقم 09/08، المؤرخ في 18 صفر 1429 الموافق لـ 25 فبراير 2008 والمتضمن قانون الاجراءات المدنية والادارية، الجمهورية الجزائرية، الجريدة الرسمية، العدد 21 سنة 45، 23 أبريل 2008

2) قانون رقم 84-11، المؤرخ في 9 رمضان عام 1404 هـ الموافق لـ 9 يونيو سنة 1984: المتضمن قانون الأسرة، المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 18 محرم 1426 الموافق لـ 27 فبراير 2005، الجريدة الرسمية عدد 15.

تعالج هذه المذكرة موضوع المرجعية الفقهية في قانون الأسرة الجزائري حيث نجد أن المشرع الجزائري استمد نصوصه الخاصة بالأسرة من أحكام الشريعة الإسلامية في عمومها، وفيها تم عرض لما جاءت به الشريعة الإسلامية السمة بالموضوع، وتوضيح موقف قانون الأسرة الجزائري.

وتوصل البحث إلى أن مرجعية المشرع الجزائري الفقهية التي اعتمدها غير مرتكزة على مذهب واحد، وإنما ترجع إلى عدة مذاهب، ولم يتقيد بمذهب معين على غرار بعض القوانين العربية، وهو ما ينطبق على أحكام الطلاق وأثاره المنصوص عليها في قانون الأسرة الجزائري، حيث نجد أكثر النصوص مستمدة من القرآن والسنة والتي حصل حولها إجماع أو شبه إجماع، وأخرى محل خلاف وذلك لأنها مستمدة من اجتهادات الفقهاء، وبذلك لم يتبع المشرع الجزائري مذهباً معيناً.

## Résumé

Cette note aborde le sujet de la référence de la jurisprudence dans le Code algérien de la famille, où l'on trouve que le législateur algérien a tiré sur la famille des dispositions de la loi islamique de la charia en général dans les textes, dans lesquels ce qui a été apporté par la tolérance sous la charia islamique, et de clarifier la position du Code algérien de la famille.

La recherche a révélé que la jurisprudence référence législateur algérien adoptée repose sur la doctrine de celui qui, mais en raison de plusieurs doctrines, et n'adhérer à une doctrine particulière, comme certaines lois arabes, qui appliquent aux dispositions du divorce et ses effets stipulés dans le Code algérien de la famille, où l'on trouve plus de textes dérivé du Coran et de la Sunna, qui a obtenu autour d'un consensus ou un quasi-consensus, et d'autres controversés parce qu'ils sont dérivés des savants de la jurisprudence, et donc le législateur algérien n'a pas suivi une doctrine particulière