

الاجتهاد القضائي الأسري الجزائري - أحكام الطلاق أنموذجا -

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

إشراف الأستاذ:

د. حمد بوجمعة

إعداد الطالبتين:

بثينة لعويجي.

فاطمة الزهراء نويصر.

لجنة المناقشة		
الصفة	الجامعة	اسم ولقب الأستاذ
رئيسا	جامعة محمد بوضياف بالمسيلة	
مشرفا ومقررا	جامعة محمد بوضياف بالمسيلة	د. حمد بوجمعة
ممتحنا	جامعة محمد بوضياف بالمسيلة	

السنة الجامعية: 2022 / 2021

وثيقة ايداع مذكرة ماستر

الموضوع: الإسهام القسائي الأسيرو الجزائري
في حكام الملائكة أنموذجا

إعداد الطلبة:
1- لعويج محمد بنينة
2- نويصر فاطمة الزهراء
القسم: العلوم الأساسية الشعبية: بشري
إشراف: بوجمعة محمد الرتبة: أستاذ محاضر

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

رئيس فريق الاختصاص

موافقة وإمضاء الاستاذ(ة) المشرف(ة):

رئيس القسم



تصريح شرفي خاص بالالتزام بقواعد النزاهة العلمية لإنجاز بحث

انا الممضى ادناه :

السيد(ة): أحمد بن عبد الله

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

الحامل لبطاقة التعريف الوطنية رقم: 119990995014300006

الصادرة بتاريخ: 2022/04/28 عن دائرة: أولاد دراح

المسجل بكلية: العلوم الإنسانية والاجتماعية قسم: العلوم الاجتماعية

تخصص: فلسفة وقانون تحت رقم التسجيل: 771735 098994

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

عنوانها: الإجتهاد الفقهي الأندلسي في الجزء الثاني
أحكام الصلاة

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

المسيلة في:

امضاء المعني (ة): EL

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



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



of Humanities and Social Sciences
anship of the College for Studies and
Student Issues

العلوم الإنسانية والاجتماعية
نيابة العمادة للدراسات والمسائل المرتبطة بالطلبة
الرقم: 2022/

تصريح شرفي خاص بالالتزام بقواعد النزاهة العلمية لإنجاز بحث

انا الممضى ادناه :

يد(ة): نورية فاطمة الزهراء

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

الحامل لبطاقة التعريف الوطنية رقم: 11997026300365007

الصادرة بتاريخ: 14/08/2018 عن دائرة: أولاد دراج

المسجل بكلية: العلوم الإنسانية والاجتماعية قسم: العلوم الإسلامية

تخصص: شريعة مقانون تحت رقم التسجيل: 161635089769

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

عنوانها: الاجتماعيات القضائية الاسري الجزائري
أحكام الملاقاة الزوجية

اصرح بشرفي بانني التزم بالمعايير العلمية والمنهجية ومعايير الاخلاقيات المهنية والنزاهة الاكاد
البحث المذكور اعلاه

المسيلة في:

امضاء المعني (ة):

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

إهداء

بسم الله الرحمن الرحيم

إلى من تعاهداني بالتربية في الصغر وكانا نبراسا
يضيء فكري بالنصح والتوجيه في الكبر
" أمي وأبي " حفظهما الله.

إلى من شملوني بالعطف وأمدوني بالعون
وحفزوني لتقدم " إخوتي وأخواتي ".

وإلى الكتكوت الصغير وحفيد العائلة الأول
" يوسف " رعاهم الله.

إلى كل من علمني حرفا وأخذ بيدي إلى سبيل
تحصيل العلم والمعرفة.

إليهم جميعا أهدي ثمرة جهدي ونتاج بحثي المتواضع.
وإلى جميع صديقاتي.

جيتني

إهداء



إلى الحبيب الذي نرجو شفاعته...

أهدي علي هذا أولا إلى نفسي التي تحملت كل الظروف من أجل إتمام هذا

العسل الذي اعتبره إنجازا عظيما بسبب الظروف القاسية التي مرت عليا.

وإلى من تحمل المشاق والصعاب من أجلي روح والدي العزيز رحمهم الله

وإلى أصل أكنان ونور عيني التي تعبت من أجل راحتي أُمي الحبيبة الغالية.

إلى نصفي الثاني الذي كان يشجعني دائما على مواصلة مشواري الدراسي ولم

يبتل من عطائه عليا أبدا شمعة حياتي نوجي الغالي حفظه الله لي.

إلى فلانة كبدي وروحي ابنتي الحبيبة مريم.

وابني الذي لم يولد أسأل الله أن يولد بكل صحة وعافية

” أويس عبد الواحد ”

إلى جميع أهلي وإخواني وأخواتي وأهل نوجي حفظهم الله ورعاهم.

فاطمة الزهراء



شكر وتقدير

قال تعالى: ﴿وَإِذْ تَأَذَّنَ رَبُّكُمْ لَئِنْ شَكَرْتُمْ لَأَزِيدَنَّكُمْ وَلَئِنْ كَفَرْتُمْ إِنَّ عَذَابِي لَشَدِيدٌ﴾.

اللهم لك الحمد حتى ترضى، ولك الحمد حين الرضا، ولك الحمد بعد الرضا وبعد حمد الله وشكره على نعمه الكثيرة وأولها نعمة العلم ثم توفيقه لنا لإتمام هذا البحث.

نتوجه بتحية تقدير وشكر وعرفان إلى الأستاذ المشرف الدكتور "حمد بوجمعة" على تفضله بقبول الإشراف على هذا العمل المتواضع، ونشكره على كل النصائح والإرشادات التي قدمها لنا طيلة إنجاز هذا البحث. والشكر موصول إلى أعضاء لجنة المناقشة لتحملهم عناء قراءة هذا البحث لتصحيحه وإثراءه.

ولا يفوتنا أن نشكر كل أسرة قسم العلوم الإسلامية بجامعة المسيلة.



مقدمة

الحمد لله رب العالمين، وإله الأولين والآخرين، وصلاة الله وسلامه ورحماته وبركاته على صفوة خلقه، وخاتم أنبيائه ورسوله، سيدنا محمد وآله الطاهرين وصحابته أجمعين ومغفرته للتابعين، وتابعهم بإحسان الى يوم الدين، وبعد:

للأسرة دور هام في المجتمع فهي الخلية الأساسية واللبنة الأولى المعتمد عليها في البناء المجتمعي والحضاري، فبصلاحها يصلح المجتمع وقوامها المودة والرحمة والسكينة والاستقرار والتعاون بين الزوجين حيث قال تعالى: ﴿وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ﴾، (الروم، الآية 21).

ولكن في بعض الأحيان قد تحصل أمور تجعل استمرار هذه الرابطة الزوجية مستحيلا، فشرع الله الطلاق من اجل التيسير والتخفيف على الزوجين، قال تعالى: ﴿وَإِنْ يَتَفَرَّقَا يُغْنِ اللَّهُ كُلًّا مِنْ سَعَتِهِ﴾، (البقرة، الآية 130).

والمشرع الجزائري قد سائر أحكام الشريعة الإسلامية واخذ بها في مجال شؤون الأسرة وهي المصدر الأساسي له.

ونظم موضوع الطلاق ونص عليه في المادة 48 من قانون الأسرة وبين فيها صور وقوعه إما بالإرادة المنفردة للزوج أو بالتراضي بينهما أو بناءا على طلب الزوجة، وينتج عنه آثار شرعية وقانونية نص عليها المشرع من خلال المواد 58 الى المادة 73 من نفس القانون.

ونجد أن الباحث في قضايا الأسرة يلاحظ أن الطلاق هو أكثر القضايا المعروضة على المحاكم في قسم شؤون الأسرة نظرا لتجدد الحوادث والوقائع، وتغير الظروف والأحوال بما تشهده الحياة المعاصرة من تطور في مختلف المجالات مما دفع بالمشرع الأسري الجزائري الى إجراء تعديلات على قانون الأسرة سنة 2005 تتماشى مع التطورات الحاصلة. ولكن بالرغم من ذلك التعديل الأخير، إلا أن المشرع قد اغفل الكثير من المسائل مما جعل بعضها يشوبها النقصان والتعارض، والبعض الآخر التضارب، فأنتج نصوصا

مبهمة وغير واضحة لا تعالج صلب المسألة ولا تتطرق لجوهرها، ومن أجل استدراك هذا النقص التشريعي ومعالجته، فتح الباب أمام الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا لسد هذا النقص وتيسير المهمة للقاضي، وذلك بالرجوع الى أحكام الشريعة الإسلامية بوصفها مرجعية كفلها لها قانون الأسرة في المادة 222.

ومن هذا المنطلق سيكون موضوع بحثنا في هذه المرحلة من الدراسة الأكاديمية بعنوان: « الاجتهاد القضائي الأسري الجزائري - أحكام الطلاق أنموذجا- ».

• أهمية الموضوع:

لهذا الموضوع أهمية بالغة خاصة من الجانب التطبيقي له نظرا لمكانة الأسرة ودورها في المجتمع، والتطورات الحاصلة والأفكار الدخيلة على المجتمع الإسلامي التي من شأنها زعزعة استقرار الأسرة وأبعادها عما جاءت به الشريعة الإسلامية، تستوجب الاجتهاد فيها وبيان أحكامها، ونظرا لأن القضاء هو المصدر التفسيري للتشريع حيث يقوم بسد الثغرات التي وقع فيها قانون الأسرة وإكمال النقائص ويبين الغامض منه، وذلك باتباع أحكام الشريعة الإسلامية والرجوع إليها في مسائل الأحوال الشخصية.

اهتمام قانون الأسرة الجزائري بموضوع الدراسة كونه يهدف إلى التأكيد على مدى توفيق القضاء في تطبيقه لقوانين الأسرة الجزائرية ومسايرة الفقه الإسلامي الشرعي التي تعنى بحماية الأسرة وضمان حقوق أفرادها.

تكمن أهمية الموضوع في أن تماسك الأسرة أمر ضروري لبناء مجتمع صالح ولذلك أولاه القانون والقضاء وكذلك الشريعة أهمية بالغة.

• أسباب اختيار الموضوع:

يعود سبب اختيارنا لموضوع الاجتهاد القضائي الأسري الجزائري - أحكام الطلاق أنموذجا - لأسباب ذاتية وأخرى موضوعية.

- الأسباب الذاتية:

- الاهتمام بموضوع الاجتهاد القضائي الأسري خاصة في أحكام الطلاق، ورغبتنا في البحث وتوسيع معارفنا ومعلوماتنا في هذا المجال، ونظرا لكثرة هذه الظاهرة في المجتمع الجزائري وما نتج عليها من آثار سلبية على الأسرة والمجتمع ككل.
- الشعور بأهمية دراسة موضوع الطلاق من وجهة نظر القضاء الجزائري والفقه الإسلامي.

- الأسباب الموضوعية:

- طبيعة موضوع الاجتهاد القضائي وتعلقه بمسألة مهمة ألا وهي الطلاق وما ينتج عليه من آثار، فهو يحتاج فعلا الى الدراسة والكشف عن أهم المواضيع التي يمكن الاجتهاد فيها، وذلك عن طريق المقارنة بين ما جاءت به أحكام الشريعة في هذا الموضوع وما نص عليه قانون الأسرة الجزائري وما أصدرته بهذا الشأن قرارات المحكمة العليا.
- إبراز الأهمية التي أولاها المشرع الجزائري لموضوع الطلاق والتي جاءت بها الشريعة الإسلامية وكيفية معالجتها قضائيا.
- إبراز دور القاضي وسلطته التقديرية في معالجة قضايا الطلاق والآثار المترتبة عنه.

• أهداف الموضوع:

- تتمثل أهداف هذه الدراسة فيما يلي:
- بيان المقصود بالاجتهاد القضائي وأهميته.
- التعرف على مجالات الاجتهاد القضائي في شؤون الأسرة.
- الكشف عن مكانة الشريعة الإسلامية في قرارات المحكمة العليا خاصة في مسائل الأحوال الشخصية، ومدى توافق تلك القرارات مع مقاصد الشريعة.
- التعرف على دور القاضي في الطلاق.
- معرفة مدى موافقة التشريع الأسري الجزائري في أحكام الطلاق وآثاره مع الأحكام التي أقرها الفقه الإسلامي.

- لفت انتباه الجهات المختصة وكل المهتمين بمثل هذه المواضيع الحساسة، وتبيان أهمية القضاء في حل المشكلات المتعلقة بفك الرابطة الزوجية ودوره البارز في ضمان حقوق أفراد الأسرة.

- المساهمة ولو بالقليل من أجل إثراء المكاتب ببعض المراجع التي يحتاجها الطلاب من أجل الاستعانة بها في أبحاثهم المماثلة لموضوع دراستنا.

• إشكالية موضوع البحث:

ومن خلال ما سبق يمكن طرح الإشكالية التي يتمحور خلالها موضوع دراستنا وهي:

- ما دور الاجتهادات القضائية الصادرة عن المحكمة العليا في تقويم النصوص القانونية الخاصة بالطلاق وآثاره بما يتلاءم مع أحكام الفقه الإسلامي؟.

• المنهج المعتمد للبحث:

اعتمدنا في دراستنا لهذا الموضوع على عدة مناهج أهمها:

- **المنهج الاستقرائي:** من خلال استقراء وتتبع مختلف النصوص التشريعية والقضائية الخاصة بموضوع الدراسة.

- **المنهج التحليلي:** من خلال تحليل ومناقشة المواد التي نص عليها المشرع الجزائري في أحكام الطلاق وآثاره.

- **المنهج المقارن:** وذلك بالمقارنة بين الاجتهاد القضائي الشرعي وبين ما جاءت به قرارات المحكمة العليا من جهة وما نص عليه قانون الأسرة الجزائري من جهة أخرى في أحكام الطلاق وآثاره.

• الدراسات السابقة:

اعتمدنا في بحثنا على المراجع الفقهية والكتب القانونية وعلى دراسات أكاديمية سابقة أبرزها:

- أطروحة دكتوراه لمحفوظ بن صغير بعنوان: الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري، جامعة الحاج لخضر باتنة، 2009/2008.

حيث تطرق فيها الى أحكام الاجتهاد في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري وتطبيقاته في مسائل الزواج والطلاق وآثارهما وذلك باتباع المنهج المقارن.

وتظهر أوجه التشابه بين موضوع بحثنا وهذا البحث في تناولنا موضوع واحد وهو الاجتهاد القضائي في شؤون الأسرة. أما أوجه الاختلاف تتمثل في أن موضوع الأطروحة جاء بشكل عام ومفصل لأجزائه، أما موضوعنا جاء بشكل خاص، حيث تناولنا الاجتهاد القضائي في أحكام الطلاق وآثاره فقط، دون التطرق الى الزواج والصور الأخرى لفك الرابطة الزوجية.

- مذكرة ماستر للطالبة هناء عرفاوي بعنوان: الاجتهاد القضائي في مسائل انحلال الرابطة الزوجية. جامعة المسيلة، 2017/2016.

حيث تم التطرق في هذه المذكرة لصور فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة الجزائري مدعمة بقرارات المحكمة العليا في هذا الموضوع.

وتظهر أوجه التشابه في بحثنا وهذا البحث أن كلا الموضوعين تطرقا الى ماهية الاجتهاد القضائي وتطبيقاته في مسائل الطلاق. أما أوجه الاختلاف تتمثل في الجانب التطبيقي للبحث، حيث تم التطرق الى صور فك الرابطة الزوجية من طلاق وخلع وتطليق دون التطرق للآثار، أما بحثنا فقد اقتصرنا على صورة واحدة من هذه الصور وهي الطلاق مع التطرق للآثار المترتبة عليه وهذا مقارنة مع ما جاءت به أحكام الشريعة الإسلامية.

• الصعوبات والعوائق:

وقد واجهنا في بحثنا هذا بعض الصعوبات المتمثلة في قلة المراجع التي تتناول الاجتهاد القضائي في شؤون الأسرة، إلا ما ورد في بعض المقالات المنشورة على صفحات المجالات.

• خطة البحث:

وللإجابة عن الإشكالية المطروحة قسمنا بحثنا الى فصلين فصل نظري وفصل تطبيقي.

الفصل الأول بعنوان: ماهية الاجتهاد القضائي، المقسم الى مبحثين المبحث الأول تطرقنا فيه الى مفهوم الاجتهاد القضائي، ومكانة الشريعة فيه ومجالاته، أما المبحث الثاني اشتمل على عوامل تطور الاجتهاد القضائي وأهميته في قانون الأسرة الجزائري.

والفصل الثاني بعنوان: الاجتهاد القضائي في أحكام الطلاق وآثاره المقسم كذلك الى مبحثين المبحث الأول تطرقنا فيه الى الاجتهاد القضائي في أحكام الطلاق أما المبحث الثاني تناولنا فيه آثار الطلاق في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري.

الفصل الأول

ماهية الاجتهاد القضائي

تمهيد:

المبحث الأول: مفهوم الاجتهاد القضائي ومكانة الفقه الإسلامي فيه وبيان مجالاته.

المطلب الأول: تعريف الاجتهاد القضائي.

الفرع الأول: مفهوم الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي.

الفرع الثاني: تعريف الاجتهاد القضائي في القانون الوضعي.

المطلب الثاني: مكانة الفقه الاسلامي في الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا ومجالاته.

الفرع الأول: مكانة الفقه الاسلامي في الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا

الفرع الثاني: مجالات الاجتهاد القضائي في شؤون الأسرة الجزائري.

المبحث الثاني: عوامل تطور الاجتهاد القضائي وأهميته، مصادر ضوابطه وفوائده.

المطلب الأول: العوامل المساعدة على تطور الاجتهاد القضائي في مسائل الأسرة وأهميته.

الفرع الأول: العوامل المساعدة على تطور الاجتهاد القضائي في مسائل الأسرة.

الفرع الثاني: أهمية الاجتهاد القضائي.

المطلب الثاني: مصادر وضوابط الاجتهاد القضائي في أحكام الأسرة وفوائده.

الفرع الأول: مصادر الاجتهاد القضائي الأسري بعد الاستقلال.

الفرع الثاني: ضوابط الاجتهاد القضائي.

الفرع الثالث: فوائد الاجتهاد القضائي في قضايا الأسرة.

خلاصة الفصل.

تمهيد:

للاجتهاد مكانة مهمة في الشريعة الإسلامية خاصة في عصرنا الحالي لما يواجه الأفراد من قضايا ومستجدات طرأت على المجتمع الإسلامي تستوجب إيجاد الحكم لها وإسقاطه على الواقع.

ومما لا شك فيه أن القضاء لا يخرج عن دائرة الاجتهاد، فالقاضي عندما ينظر فيما يعرض عليه من قضايا فإنه لابد من اجتهاده، واستقراغ وسعه في ذلك قبل الحكم.

ونجد الاجتهاد القضائي مر بعدة مراحل نتيجة عدة عوامل بداية بالعهد العثماني ثم مرحلة الاحتلال الفرنسي التي عرفت عدة تحولات في مجال التنظيم القضائي (مرحلة التردد 1830-1870)، ومرحلة الإدماج (1870-1962)، مروراً بالمرحلة الانتقالية أثناء حرب التحرير وما جرى فيها من تعديلات جزئية بالنسبة لاختصاص القضاء الجزائري وصولاً إلى مرحلة الإصلاحات القضائية بعد نيل الاستقلال.¹

¹ - محفوظ بن صغير، الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري، أطروحة دكتوراه في العلوم الإسلامية، تخصص فقه وأصول، جامعة الحاج لخضر باتنة، كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الإسلامية، قسم الشريعة، 1430 هـ، 2009م، ص ص 260، 261.

المبحث الأول: مفهوم الاجتهاد القضائي ومكانة الفقه الإسلامي فيه وبيان مجالاته.

إذا كان التشريع يعبر عن اختيارات الأمة ومصالحها العامة فإن الاجتهاد القضائي يتميز بكونه يضمن استمرارية القواعد التشريعية، فهو يؤمن للتشريع ملاحقة تطورات المجتمع من خلال التطبيق الصحيح لنصوصه أو نصوص الشريعة الإسلامية التي بدورها احتلت مكانة كبيرة في حل المشكلات المعروضة أمام القاضي، وقد تطرقنا في هذا المبحث إلى مفهوم الاجتهاد القضائي ومشروعيته في المطلب الأول منه، أما المطلب الثاني فقد تناولنا فيه مكانة الشريعة في الاجتهاد القضائي ومجالاته في أحكام الأسرة.

المطلب الأول: تعريف الاجتهاد القضائي.

سنتطرق في هذا المطلب إلى بيان مدلول الاجتهاد القضائي من جانبه الفقهي والقانوني بداية بالتعريف الفقهي ثم التعريف القانوني ثم نخرج على مشروعيته.

الفرع الأول: مفهوم الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي.

الاجتهاد القضائي مصطلح مركب من كلمتين " الاجتهاد " و " القضاء " وللتعرف على مدلوله لابد التعرف أولاً على مفهوم الاجتهاد ثم القضاء في اللغة والاصطلاح الفقهي ثم بيان المعنى الإجمالي.

أولاً/ تعريف الاجتهاد.

1- الاجتهاد في اللغة:

- الجهد بفتح الجيم تعني المشقة والنهائية والغاية ومن ذلك قوله تعالى: ﴿وَأَقْسَمُوا بِاللّهِ جَهْدَ أَيْمَانِهِمْ﴾. (الأنعام، الآية 109).

- الجُهد بضم الجيم تعني الوسع والطاقة، يقال بذل جهدك، ومن ذلك قوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ لَا يَجِدُونَ إِلَّا جُهْدَهُمْ﴾. (التوبة، الآية 72).

والاجتهاد في اللغة هو بذل غاية ما بالوسع وإستفراغ الطاقة في فعل من الأفعال.¹

2- الاجتهاد في الاصطلاح:

¹ - إبراهيم مذكور، المعجم الوجيز، مجمع اللغة العربية، (د.ط)، 1416هـ - 1996م، ص 122.

عرف الاجتهاد في اصطلاح الفقهاء بعدة تعاريف من بينها:

- عرفه ابن الحاجب: " هو استقراغ الفقيه الوسع لتحصيل ظن بحكم شرعي".¹
 - وعرفه الشيرازي في كتابه اللمع في أصول الفقه بأنه: " هو استقراغ الوسع وبذل المجهود في طلب الحكم الشرعي".²
 - وعرفه الرازي في كتابه المحصول بأنه: " استقراغ الوسع في النظر فيما لا يلحق فيه لوم مع استقراغ الوسع فيه".³
 - وعرفه الغزالي بأنه: " بذل الجهد وسعيه في طلب العلم بأحكام الشريعة".⁴
- ومن خلال كل هذه التعريفات يتبين لنا أن الاجتهاد في الاصطلاح هو بذل الفقيه وسعيه لاستنباط حكم شرعي ظني لأن الاجتهاد لا يكون إلا من مختص (فقيه) ويكون في الأحكام الظنية فقط ولا يتعدى القطعية منها.

ثانيا/ تعريف القضاء .

1- القضاء لغة:

فهو من قضى قضيا وقضاءً وقضية وله عدة معاني في لغة العرب من بينها:

- الحكم والفصل، قال تعالى: ﴿ وَقَضَىٰ رَبُّكَ أَلَّا تَعْبُدُوا إِلَّا إِيَّاهُ ﴾، (الإسراء، الآية 23).
- الإنهاء والأمر، قال تعالى: ﴿ وَقَضَيْنَا إِلَىٰ بَنِي إِسْرَائِيلَ ﴾، (الإسراء، الآية 04).

1 - أحمد إبراهيم عباس الزروي، نظرية الاجتهاد في الشريعة الإسلامية، دار الشروق، ط1، 1403هـ- 1989م، ص 09.

2 - أبي إسحاق إبراهيم ابن علي الشيرازي، اللمع في أصول الفقه، دار الحديث الكتانية، المملكة المغربية، ط1، 1434هـ- 2013م، ص 303.

3 - فخر الدين ابن الحسين الرازي، المحصول في علم أصول الفقه، مؤسسة رسالة بيروت، ط1، 606هـ- 1209م، ج6، ص 06.

4 - جلال الدين عبد الرحمن، الاجتهاد ضوابطه وأحكامه، ط1، 1406هـ- 1986م، ص 16.

- الحكم والأداء، يقال قضى المدين الدائن دينه، أي أداه إليه والصلاة أداها بعد مضي وقتها.¹
- 2- الاجتهاد في الاصطلاح:

- لقد اختلفت تعريفات القضاء عند الكثير من الفقهاء والمؤرخين من جهة الألفاظ والتعابير لكن هي متقاربة من المدلول والمعنى، ومن بين هذه التعاريف ما يلي:
- تعريف ابن فرحون من المالكية: "الإخبار عن حكم شرعي على سبيل الإلزام".²
 - تعريف الحنفية: "إلزام على الغير ببينة أو إقرار".³
 - وعرفه الحنابلة بأنه: "تبين الحكم الشرعي والإلزام به، وفصل الخصومات".⁴
 - وعرفه الشافعية: "الحكم الذي يستقيده القاضي بالولاية وهو إظهار حكم الشرع في الواقعة فيمن يجب عليه إمضاؤه فيه".⁵

ومن خلال ما سبق من تعريفات نجد أن التعريف الأنسب والأفضل للقضاء هو تعريف ابن خلدون الذي ذكره في مقدمته: "هو منصب الفصل بين الناس في الخصومات حسما لتداعي وقطعا للتنازع، بالأحكام الشرعية المتلقات من الكتاب والسنة".⁶

¹ - إبراهيم مصطفى وآخرون، المعجم الوسيط، مجمع اللغة العربية، دار الدعوة، ط2، ج1، ص ص 742، 743.

² - برهان الدين أبي الوفاء إبراهيم، تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، ج1، دار عالم الكتب، طبعة خاصة، 1423هـ-2003م، ص 09.

³ - قاسم العتوي، أنيس الفقهاء في تعريفات الألفاظ المتداولة بين الفقهاء، دار الوفاء، جدة- السعودية، ط1، 1406هـ-1986م، ص 228.

⁴ - عبد العزيز بن عبد الرحمن بن عبد العزيز المشعل، شرط الاجتهاد فيمن يلي القضاء، مجلة العدل، العدد 43، الرياض، رجب 1430هـ، ص 12، شرح منتهى الإيرادات، ج3، ص 45.

⁵ - علي محمد الغزاوي، القاضي الشرعي حصانته وأحكامه وسلطانه،

دار الكتب العلمية، بيروت- لبنان، (د.ط)، ص 29.

⁶ - عبد الرحمن ابن خلدون، المقدمة، دار الفكر، بيروت- لبنان، ط1، 1424هـ-2004م، ص 234.

ثالثاً/ تعريف الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي:

بعد تعريف " الاجتهاد " و " القضاء " في اللغة والاصطلاح الشرعي يتضح مفهوم الاجتهاد القضائي إجمالاً وهو: "استفراغ القاضي وسعه في درك الأحكام الشرعية وتنزيلها على الواقع تنزيلاً محكماً يفضي إلى الفصل بين المتنازعين وصيانة الحقوق العامة".¹

الفرع الثاني: تعريف الاجتهاد القضائي في القانون الوضعي.

سنتطرق إلى تعريف الاجتهاد بالنسبة للقضاء ثم بيان معنى القضاء في الاصطلاح القانوني.

أولاً/ تعريف الاجتهاد بالنسبة للقضاء .

" هو المنهج الذي يتبعه القضاة في أحكامهم سواء منها ما تعلق بنصوص القانون أم باستنباط الحكم الواجب تطبيقه عند عدم وجود النص".²

ومعنى ذلك أن الاجتهاد في معنى القضاء هو ذلك المنهج الذي يعتمد عليه القضاة في أحكامهم عند وجود النصوص القانونية التي يتبنى فيها الاجتهاد أو باستخراج الحكم الواجب تطبيقه عند غياب النص الواجب تطبيقه.

ثانياً/ تعريف القضاء .

" هو تطبيق الأحكام القانونية على الأقضية التي ترفع للمحاكم".³

¹ - قطب الريسوني، الاجتهاد القضائي المعاصر ضرورته ووسائل النهوض به، دار ابن حزم، بيروت- لبنان، ط1، 2007، ص 11.

² - غويني بن ملح، أفكار حول الاجتهاد القضائي، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، العدد 1، 1997، ص 619.

³ - علي محمد الغزاوي، القاضي الشرعي حصانته وأحكامه وسلطانه، دراسة فقهية مقارنة في الشريعة والقانون اللبناني، دار الكتب العلمية، بيروت- لبنان، (د.ط)، ص 32.

ثالثاً/ الاجتهاد القضائي في القانون.

" هو بذل قاضي محكمة الموضوع وسعيه لإصدار الحكم القضائي في الدعوى المنظورة من قبله عند فقدان النص أو غموضه".¹

إذا فالاجتهاد القضائي هو الحل الذي تتخذه الجهة القضائية في قضية معروضة أمامها في حالتها عدم وجود النص القانوني الواجب تطبيقه أو غموضه أو عدم كفايته.

- مشروعية الاجتهاد:

الأصل في الاجتهاد أنه واجب كفاً إذا قام به البعض سقط عن الجميع، فالاجتهاد مشروع في الإسلام وهو أصل من أصوله التي تثبت حيويته، وقدرته على إيجاد الحلول المناسبة فيما استجد من الحياة من وقائع²، والأصل فيه قوله تعالى: ﴿وَدَاوُدَ وَسُلَيْمَانَ إِذْ يَحْكُمَانِ فِي الْحَرْثِ إِذْ نَفِثَتْ فِيهِ غَنَمُ الْقَوْمِ وَكُنَّا لِحَكْمِهِمْ شَاهِدِينَ﴾، (الأنبياء، الآية 78). وقوله تعالى: ﴿إِنَّا أَنْزَلْنَا إِلَيْكَ الْكِتَابَ بِالْحَقِّ فَاعْبُدِ اللَّهَ مُخْلِصاً لَهُ الدِّينَ﴾، (الزمر، الآية 01).

حيث تبين هذه الآية الأخيرة الاجتهاد عن طريق القياس.

- من السنة: لما بعث الرسول صل الله عليه وسلم معاذ إلى اليمن قاضياً وقال: بما تحكم يا معاذ؟ قال: وجاء في الحديث: بما تحكم يا معاذ؟ قال: " أجتهد رأيي ولا آلو، فضرب صل الله عليه وسلم صدره وقال: الحمد لله الذي وفق رسول الله بما يرضي رسول الله".³

1 - عباس قاسم مهدي الداغوني، الاجتهاد القضائي مفهومه حالاته نطاقه، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي معززة بالتطبيقات القضائية، المركز القومي، العراق، ط1، 2015، ص 36.

2 - خليفة غربي، إسهام الاجتهاد القضائي في تعديل قانون الأسرة الجزائري، انحلال الزواج نموذجاً، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة الجلفة، 2017/2018، ص 14.

3 - أخرجه أبو داود في سننه، كتاب الأقضية، باب اجتهاد الرأي في القضاء، حديث رقم 3592، دار ابن حزم، بيروت - لبنان، ط1، 1997، ص 15.

- الإجماع: فقد أجمع الصحابة وعموم الأئمة بكل مذاهبها على مشروعية الاجتهاد، ويقول الإمام الغزالي: " يستدل بإجماع الصحابة على الحكم بالرأي، الاجتهاد في كل واقعة وقعت لهم ولم يجدوا فيها نصا، وهذا إما تواتر إلينا تواترا لا شك فيه".¹

المطلب الثاني: مكانة الفقه الاسلامي في الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا ومجالاته.

سنتطرق في هذا المطلب إلى المكانة التي تحضى بها الشريعة الإسلامية في الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا في الفرع الأول، ثم نتطرق إلى المجالات التي يكون فيها الاجتهاد القضائي في أحكام الأسرة في الفرع الثاني.

الفرع الأول: مكانة الفقه الاسلامي في الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا

تصدر الشريعة الإسلامية الكثير من قرارات المحكمة العليا بالجزائر في اجتهاداتها المتعلقة بالأحوال الشخصية، واستقراء وتتبع لمضان الشريعة في تلك الاجتهادات نجده يحوز على ساحة جد واسعة كما أن ذلك المصطلح يعانق المستقر عليه القضاء من جهة، ومن جهة يتآخى مع المستقر عليه قانونا.

كما أنه يستحضر بقوة في ثنايا تلك القرارات وحيثياتها ويعتمد عليه في التوجيه والتدليل لتلك القرارات وحيثياتها، ويعتمد عليه في الرد إذا ما عدّ التباسا بينه وبين المقرر قانونا، وهذا مثل تقريره بوقوع الطلاق العرفي واحتسابه إذا تلفظ به الزوج أمام جماعة المسلمين، وهذا يلتقي مع ما قرره فقهاء الشريعة من الاعتداد بتلفظ الزوج، وأن يحتسب عليه وخاصة إذا تم أمام الشهود، ثم بين أن ذلك الاجتهاد لدفع الالتباس كون ذلك يتعارض مع المادة 49 من قانون الأسرة الجزائري والتي تنص على: " لا يثبت الطلاق إلا بحكم..."² وأنها قاعدة إجرائية ليس إلا.

¹ - محفوظ بن صغير، المرجع السابق، ص 88.

² - المادة 49 من الأمر 02/05 المؤرخ في 27 فبراير 2005م، يعدل ويتمم قانون الأسرة، الجريدة الرسمية، العدد 15، المؤرخ في 27 فبراير 2005م.

كما رفع الاجتهاد القضائي من مكانة الشريعة الإسلامية لما قرر بصريح العبارة: " لا حكم يعلو على الشريعة".

كما راعى الاجتهاد القضائي لأحكام الشريعة الإسلامية لما حكمت بأنه لا يصح تحديد ممارسة حق الزيارة للزوج في بيت الزوجة المطلقة لأنها أصبحت أجنبية عنه، فخلافاً لذلك يعد مخالفة للشرع والقانون.¹

كما نجد أن المشرع الجزائري لم ينص على أصناف الرجال الذين يقع طلاقهم والذين لا يقع، وإنما اكتفى بإطلاق ما جاء في نص المادة 48 من قانون الأسرة، فالأزواج أقسام هازل ولاعب، وسكران ومجنون، فلكل واحد من هذه الأنواع حكمه في الشريعة، فعندما ترفع دعوة طلاق على القاضي (كطلاق المجنون) مثلاً هنا يرجع القاضي إلى أحكام الشريعة الإسلامية في هذا الموضوع حسب ما جاء في المادة 222 من نفس القانون " أن كل ما نص عليه النص في هذا القانون يرجع إلى أحكام الشريعة الإسلامية".²

الفرع الثاني: مجالات الاجتهاد القضائي في شؤون الأسرة الجزائري.

أولاً/ الاجتهاد في نطاق النص.

01- الاجتهاد في فهم النص:

إن بحث القاضي في نصوص القانون على القاعدة التي يمكن تطبيقها على القضية المعروضة عليه ليس أمراً سهلاً، لأن النصوص القانونية لا تكون واضحة دوماً كما لا تعتبر خالية من كل نقص، بل غالباً ما يجد القاضي نفسه مضطراً إلى تفسير مضمون النص لاستخلاص الحكم الواجب التطبيق على الواقعة، ويندرج هذا الاجتهاد إلى ما يلي:

¹ - محمد سنييس، حدود مفهوم الشريعة الإسلامية في الاجتهاد القضائي في قرارات المحكمة العليا لغرفة الأحوال الشخصية، مجلة البحوث العلمية والسياسية، العدد الرابع، ص 184.

² - مبروك المصري، الطلاق وآثاره من قانون الأسرة الجزائري، دار هومة، الجزائر، ص ص 209، 210.

- الاجتهاد في إطار النص المشوب بالخطأ المادي:

ويكون ذلك إذا كانت العبارة التي ورد فيها تتضمن خطأ فادحاً في بعض ألفاظها بحيث لا يستقيم معنى النص إلا بتصحيحها، وهذا يعتبر من أبسط العيوب التي يمكن أن تلحق النص القانوني.

- الاجتهاد في إطار النص المشوب بالغموض:

ويكون النص مشوباً بالغموض والإبهام إذا كانت عبارته غير واضحة ومتحملة للتفسير والتأويل ويمكن أن يستنتج منها أكثر من معنى واحد، ومهمة القاضي في هذه الحالة اختيار المعنى أكثر صحة والأقرب إلى الصواب.¹

- الاجتهاد في النص المشوب بالنقص:

ويكون النص القانوني ناقصاً في حالة خلو عبارته من بعض الألفاظ التي لا يستقيم الحكم إلا بها.

- الاجتهاد في إطار النص المشوب بالتناقض:

ويكون التناقض أو التعارض بين نصين إذا كان الحكم الذي يدل عليه أحدهما يخالف تماماً الحكم الذي يمكن أن يستنتج من النص الآخر، ومهمة القاضي في هذه الحالة التوفيق بين النصين، فإن تعذر ذلك رجح أحدهما على الآخر.²

02- الاجتهاد في تطبيق النص:

ويقصد به الاجتهاد في تحقيق المناط، وهو الذي يخلو منه عصر من العصور، حيث يتم تطبيق العلل المستنبطة على الأفعال الجزئية، وذلك بتطبيق ما استنبطه السابقون، وبهذا تتضح أحكام المسائل التي لم يعرف للسابقين من أصحاب الرتبة رأي فيها. (وهذا ما أخذ)،

¹ - عدلان مطروح، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية بالمحكمة العليا خلال مقاصد الشريعة، أطروحة دكتوراه في العلوم الإسلامية، كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية، قسم العلوم الإسلامية، تخصص فقه وأصول، جامعة وهران 01، 2014/2015، ص 28.

² - المرجع نفسه، ص 31.

حيث قسم الإمام الشاطبي الاجتهاد إلى قسمين هما الاجتهاد في استنباط الأحكام والاجتهاد في التطبيق، وسار على نهجه في هذا التقسيم الإمام أبو زهرة.¹

ثانيا/ الاجتهاد فيما لا نص فيه:

إن هذا الباب من الاجتهاد من أهم الاجتهادات، إذ أنه من المقرر أن الإسلام نظام حياة متكامل صالح التطبيق في كل زمان ومكان، ولما كانت نصوص القرآن الكريم ونصوص السنة النبوية المطهرة محدودة، وكانت الوقائع والحوادث غير محدودة، فإن مصادر التشريع الإسلامي لم تحصر في القرآن والسنة فقط بل توسعت إلى مصادر أخرى للاستنباط فاعتبر من بينها الإجماع والقياس والعرف وغيرها.

والدليل على مشروعية الاجتهاد فيما لا نص فيه ما رواه البخاري عن عمرو بن العاص رضي الله عنه أنه سمع النبي صل الله عليه وسلم يقول: " إذا حكم الحاكم فاجتهد ثم أصاب فله أجران، وإذا حكم فاجتهد ثم أخطأ فله أجر".²

واجتهاد القاضي يكون في المسائل التي تعرض عليه سواء أكانت جديدة لم تقع من قبل، أو وقعت وتكررت وذلك يكون الاجتهاد شاملا لمسألة لم يكن لأحد من العلماء السابقين فيها قول ولا فتوى.³

1 - أبو إسحاق إبراهيم موسى بن محمد اللخمي الشاطبي، الموافقات، دار بن عفان، المملكة العربية السعودية، ط1، 1997، ص ص 11، 12.

2 - أخرجه مسلم في صحيحه، كتاب الاعتصام بالكتاب والسنة، باب أجر الحاكم إذا اجتهد فأصاب أو أخطأ، رقم الحديث: 1716، (د.د.ن)، (د.س.ن)، ج9، ص 108.

3 - رتيبة عياش، محاضرات في الاجتهاد القضائي في شؤون الأسرة، ألفت على طلبة السنة أولى ماستر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة البليدة2، 2021/2020، ص 15.

المبحث الثاني: عوامل تطور الاجتهاد القضائي وأهميته، مصادر ضوابطه وفوائده.

لقد تأثر الاجتهاد القضائي بعدة عوامل أدت إلى تطوره خاصة في مجال الأحوال الشخصية مما أثر عن هذا الاجتهاد أهمية كبيرة له في القانون وقد استمد هذا من خلال التطبيق الصحيح لأحكامه والالتزام بضوابطه والمصادر التي يستمد منها القاضي اجتهاداته. وهذا ما جعلنا نتطرق في هذا المبحث إلى كل من العوامل المساعدة على تطور الاجتهاد القضائي وأهميته في المطلب الأول، أما في المطلب الثاني فتناولنا مصادر وضوابط الاجتهاد القضائي في أحكام الأسرة وفوائده.

المطلب الأول: العوامل المساعدة على تطور الاجتهاد القضائي في مسائل الأسرة وأهميته.
إن تطور الاجتهاد القضائي في مسائل الأسرة جاء نتيجة لعدة عوامل مختلفة وهذا ما سنتطرق له في الفرع الأول، أما الفرع الثاني سنتطرق فيه إلى أهميته.

الفرع الأول: العوامل المساعدة على تطور الاجتهاد القضائي في مسائل الأسرة.

ويقصد بذلك ظهور قضايا وعوامل مستجدة كان لها التأثير على مختلف الجوانب وخاصة مجال الأحوال الشخصية مما أدت إلى تطوير الاجتهاد وإيجاد الأحكام المناسبة لها، ومن أبرز هذه العوامل ما يلي:

أولا/ التطور العلمي والطبي:

وهو المجال الذي تكثر فيه النوازل لا سيما فيما يتعلق بالأحوال الشخصية، فقد وضع العلم الحديث بين يدي المسلم مجموعة كبيرة من النوازل، قد تدخل أحيانا في تفاصيل الحياة اليومية وتثور أسئلة وافرة في ذهن المسلم عند الحكم الشرعي لها كقضايا الاستنساخ البشري، البصمة الوراثية، أبحاث العقم، التحكم في جنس الجنين وغيرها... وخاصة و أن هذا التقدم العلمي قد نشأ في مجتمع غير مسلم وله أعراف غير أعرافنا.

وكل هذه الحوادث تقتص الاجتهاد لأجل صياغة أحكام كحلول لها وذلك عن طريق الاستعانة بأهل الاختصاص (أطباء، علماء) مع رجال القانون الإسلامي وأهل الذكر من العلماء المسلمين في المجال الفقهي.¹

ثانيا/ الوضع السياسي والاجتماعي:

تأثر قانون الأحوال الشخصية كغيره من القوانين بالوضع السياسي والاجتماعي السائدين بعدما حل محل الدولة العثمانية في كثير من الدول العربية والإسلامية الاحتلال الأجنبي الذي أقصى تطبيق الشريعة الإسلامية في مختلف مناحي الحياة المدنية على الخصوص، وأبقى علم الأحوال الشخصية تحكمها قواعد الفقه الإسلامي، غير أنه لم يبق على حاله بعدما تأثر بعض المسلمين بمناهج المحتل. فانعكس على فهمه لدينه وعلى مدى التزامه بتطبيقه على الوجه الصحيح، فغدا التفكك الأسري وضياع الهوية وظهرت سمات للأسرة المسلمة سائلة بنسبة ما للأسرة في المجتمع الغربي، وعلى المستوى السياسي اختيرت الطبقة الحاكمة من الطائفة المتأثرة بثقافة غير إسلامية، فأصبح التوجه العام يلامس المشاكل في كل الجوانب، ويبحث عن الحلول الأجنبية خارج نطاق أحكام الشريعة الإسلامية في جانب السلوك الفردي والنظام الاجتماعي والنظام العقابي.

فكان من دواعي النهوض بالاجتهاد السعي لحماية الأسرة من عوامل المفسد الاجتماعية التي أفرزتها الحضارة الوافدة، لوضع البدائل والحلول المناسبة التي من شأنها المحافظة على النظام الأسري في المجتمعات الإسلامية.²

¹ - لدمية بن لبسط، ضوابط الاجتهاد المعاصر ومزالقه عند الشيخ يوسف القرضاوي، مجلة العلوم القانونية والاجتماعية،

جامعة زيان عاشور الجلفة، العدد 10، جوان 2018، ص 07.

² - محفوظ بن صغير، الاجتهاد القضائي، مرجع سابق، ص 261.

ثالثا/ التأثير بالحضارات الوافدة.

إن أهم ما خلفه تلاقي الحضارات وتعارف الشعوب على المجتمع الإسلامي هو زعزعة الثقة بالأحكام الشرعية وخاصة في قضايا الأسرة التي تعتبر اللبنة الأولى للمجتمع، ما أدعى إلى العمل على تغييرها ولو تدريجيا، ومن هنا كانت حجج المطالبين بالتعديل وتبريراتهم مبنية على حتمية استنباط أحكام تتناسب مع روح العصر، واستجابة لميولهم لتقاليد الأمم الأخرى في هذا الاتجاه.

أو تجنباً لاتهامهم بالتخلف لأن الشريعة الإسلامية تبيح تعدد الزوجات والطلاق "ولو كان ذلك للمصلحة"؟!.

فكان للاجتهاد في بيان تفوق النظام الإسلامي بكل جوانبه على ما لدى الآخرين من أنظمة، فما أعطته الأحكام الشرعية للمرأة يفوق ما أعطته القوانين والأنظمة في دول الغرب، وهذا ما صرح به الكثير.¹

الفرع الثاني: أهمية الاجتهاد القضائي.

لا يمكن أن يقتصر القاضي في عمله على تطبيق القواعد القانونية تطبيقاً آلياً بل لابد من أن يلعب دوراً إيجابياً هاماً في إنماء القانون وتطويره.

فالاجتهاد القضائي هو الذي يفسر التشريع ويحدد معناه وهو يؤدي من خلال تفسيره لنصوص التشريع إلى التوسع في تطبيقه بل إلى تعديل معناه الأصلي أحياناً، بحيث يصبح أكثر ملائمة لظروف البيئة وتطوير المجتمع.

ويتمتع هذا الاجتهاد القضائي من الوجهة العلمية بقوة إلزامية لا تكاد تقل شأنها وأثراً عن تلك القوة التي تتمتع بها المصادر الرسمية للقانون، وعلى الرغم من أنه لا يعتبر ملزماً من الوجهة النظرية إلا بالنسبة للقضايا التي يفصل فيها.

¹ - محفوظ بن صغير، نفس المرجع السابق، ص 261، 262.

- ويعود السبب في هذه القوة الإلزامية من الوجهة العلمية إلى حرص المحاكم على أن تلتزم في القضايا المماثلة نفس الاجتهاد، وأن تتجنب تعديل هذا الاجتهاد بصورة مستمرة لئلا توصم بالتردد وعدم الاستقرار بل وبالتحيز في بعض الأحيان.

- وجود تسلسل بين أنواع المحاكم ووجود محكمة النقض بصورة خاصة التي تتولى توحيد الاجتهاد في البلد الواحد مما يدفع سائر المحاكم على مختلف أنواعها إلى أن تتقيد بما يصدر عن محكمة النقض هذه من اجتهادات وأن تتوافق معها أحكامها لئلا تكون هذه الأحكام عرضة للنقض والرد.¹

ولقد كان التطبيق العملي لأحكام الأسرة في البلاد العربية ومنها الجزائر الأثر الكبير على الاجتهاد القضائي، فحينما توجد مشكلة لم يتناولها القانون المعمول به يقترح ما يعطى حلاً لهذه المشكلة عن طريق الاجتهاد، وعندما تظهر صعوبة في تطبيق مادة ما أو في حال تعدد الأفهام حولها يأتي التعديل الجديد عن طريق الاجتهاد ليضع حداً للاختلاف وينقل القانون إلى صياغة أمثل تساعد في ضبط التطبيق نحو الأفضل ومن أمثلة ذلك ما يلي:

- ليس للمرأة حق طلب التطلاق بسبب فقد زوجها أو غيابه عنها بالسجن أو السفر وفقاً للمذهب الحنفي المطبق في كثير من الأقطار الإسلامية، حيث جاء التعديل ليأخذ برأي الجمهور الذي يعطي المرأة حق طلب التفريق لهذه الأسباب وذلك رفعاً للضرر عنها²، وهو ما نصت عليه المادة 112 من قانون الأسرة الجزائري.

¹ - محمد سامر بن عاشور، مدخل إلى علم القانون، الجامعة الافتراضية السورية، 2018، ص 144.

² - فؤاد غجاتي، محاضرات الاجتهاد القضائي في قانون الأسرة، ألفت على طلبة السنة الثانية ماستر، تخصص قانون

الأسرة، كلية الحقوق، جامعة البويرة، 2019/2020 ص 02

المطلب الثاني: مصادر وضوابط الاجتهاد القضائي في أحكام الأسرة وفوائده.

الفرع الأول: مصادر الاجتهاد القضائي الأسري بعد الاستقلال.

لقد بادر المشرع الجزائري إلى التخلص من الازدواجية والتبعية القضائية للتشريعات الأجنبية بعد الاستقلال، حيث سعى إلى إنشاء جهاز قضائي مستقل يتماشى مع مبادئه وعاداته، ومن أهم المصادر التي استقى منها هذا المشرع اجتهاداته ما يلي:

أولا/ الفقه الإسلامي:

بعد الاستقلال استمر القضاء المتعلق بالأسرة وفق قواعد النظام الفرنسي، سدا للفرغ القانوني والتشريعي، حيث صدر قانون رقم: 157/62 المؤرخ في 31 ديسمبر 1962 القاضي بمواصلة العمل بالتشريعات الفرنسية، فيما عدا مواده الاستعمارية والعنصرية، أو المخالفة للحقوق والحريات العامة.

وفي السنوات الأولى من الاستقلال سعى المشرع الجزائري للتخلص من الازدواجية والتبعية القضائية وإنشاء جهاز قضائي يتلاءم مع الأوضاع الجديدة فصدر قانون رقم: 63-218 المؤرخ في 18 ماي 1963 ليلغي ولاية محكمة النقض الفرنسية على القرارات الصادرة عن محاكم الاستئناف الجزائرية وينشئ مكانها المجلس القضائي الأعلى.¹

ثم توالى سلسلة من المشاريع الهادفة لإلغاء القوانين الدخيلة إلى أن جاء الأمر رقم: 75/53 الصادر في 26 سبتمبر 1975 المتضمن للقانون المدني الجزائري والذي يجعل من مادته الأولى الشريعة الإسلامية كمصدر أساسي للقانون الوضعي الجزائري تأتي بعد النصوص التشريعية مباشرة.²

¹ - العربي بلحاج، الوجيز في قانون الأسرة الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون - الجزائر، ط4، 2005، ج1، ص19.

² - تقية عبد الفتاح، قانون الأسرة مدعما بأحدث الاجتهادات القضائية التشريعية، دار الكتاب الحديث، القاهرة، ط1، 2011، ص 13.

حيث استمد المشرع الجزائري أكثر أحكام قانون الأسرة من فقه الإمام مالك بن أنس رحمه الله، وبعض أحكامه من المذاهب الأخرى، وأخذ بعض الآراء من غير المذاهب الأربعة للحاجة إلى ذلك.

وترك المجال للاجتهاد القضائي فيما لم يرد فيه نص في هذا القانون للرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية، وقد أقرت المحكمة العليا في كثير من قراراتها القضائية مبدأ الأسبقية المطلقة لتطبيق أحكام الفقه الإسلامي.¹

ثانيا/ العرف الجزائري:

استمد قانون الأسرة الجزائري بعض أحكامه من الأعراف التي تعارف عليها الناس في المجتمع الجزائري، وقد أقر الاجتهاد القضائي الأخذ بالأعراف المحلية كالأعراف القبائلية في مادة الأحوال الشخصية بين المسلمين ما لم تكن هذه الأعراف مخالفة لأحكام الشريعة الإسلامية.²

ومن ذلك الأخذ بالعرف الجزائري في اعتبار العقد المقترن بالفتحة زواجا وهذا ما نص عليه القرار رقم 45658 الصادر بتاريخ 1980/12/07 أنه: " من المقرر قانونا أن العقد يتم بمجرد تبادل الطرفين التعبير عن إرادتهما، ومن المقرر أيضا أن العقد العرفي يعتبر صادرا ممن وقع ما لم ينكر صراحة ما هو منسوب إليه".³

الفرع الثاني: ضوابط الاجتهاد القضائي.

هو تلك القواعد الكبرى والمبادئ العامة التي تعين القاضي على تحديد الحكم الكلي الملاقي للدعوى، وتنزيله على الواقعة، فهي أمور كية يقصد بها ضبط الاجتهاد القضائي

¹ - العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون- الجزائر، ط4، 2005، ج1، ص 17.

² - جمال سايس، الاجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية، منشورات كليك، المحمدية- الجزائر، ط1، 2013، ص 112 ن 113.

³ - القرار رقم: 45658، المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ: 1987/12/07، المجلة القضائية، العدد 14، 1990، ص 61.

وبيان الطريقة التي يكون بها إجراء الحكم الكلي على محله من الوقائع مراعيًا خصوصية كل واقعة وما يحف بها من أحوال ومقتضيات تؤثر في ضبط تنزيله على الواقعة وتقريره.¹

ومن الضوابط التي يجب على المجتهد التقيد بها وتتبعها من أجل الوصول إلى حكم الواقعة المعروضة أمامه ما يلي:

- التقيد بالنصوص الشرعية المنصوص عليها في قانون الأسرة والالتزام بها، أما في حالة التفسير يستوجب أيضا التقيد بضوابط التفسير والترجيح في حالة تعارض الاجتهاد قضائي جديد.

- الاعتماد على قضايا فقهية سابقة والاستعانة بها في فهم النص القانوني لإيجاد اجتهاد قضائي جديد.

- أن يكون المجتهد في قضايا الأسرة من المختصين، خاصة في علوم الشريعة والاستفادة من باقي العلوم الأخرى التي تساعد على فهم الموضوع.

- احترام قيم وعادات وتقاليد ودين الأمة ليكون مناسباً لمجتمعنا.

- الاجتهاد الجماعي في المسائل المستجدة والأحكام الشرعية المستمدة من أدلة ظنية الدلالة أو الثبوت بما يراعي المكلفين وظروفهم وفق ضوابط السياسة الشرعية، ولا يمنع ذلك من استمرار الاجتهاد الفردي الذي يعد ركيزة الاجتهاد الجماع، ولكن الالتزام بثماره لا يتم إلا بعد الاتفاق بين المجتهدين على صلاحه وخيرته للأمة.²

1 -- عبد الله آل خنين، تنزيل الأحكام على الوقائع القضائية والفتوى في الفقه الإسلامي، مركز التميز البحثي في الفقه القضايا المعاصرة، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، الرياض، المملكة العربية السعودية، ط1، 2018، ص 38، المؤلف نفسه، توصيف الأقضية في الشريعة الإسلامية، مكتبة الملك فهد الوطنية، الرياض، ط1، 2003، ص 305.

2 - محفوظ بن صغير، المرجع السابق، ص 271.

الفرع الثالث: فوائد الاجتهاد القضائي في قضايا الأسرة.

إن للاجتهاد القضائي ثمار وفوائد متعددة خاصة على الفقه الإسلامي نذكر منها ما يلي:

- إن تقيد القاضي بالضوابط الشرعية يؤدي إلى نماء الفقه الإسلامي ومواكبته لتطورات الحياة ومستجداتها.
- تحقيق مقاصد الشريعة التي شرعت من أجلها الأحكام في موضوع الأحوال الشخصية.
- إن الاجتهاد هو رد فعلي على المشككين في مرونة أحكام الشريعة وصلاحياتها لكل زمان ومكان، وقدرتها على معالجة المشاكل الطارئة وإعطاء حلول لكل ما يستجد من أمور.
- إن الاجتهاد يحمي الفقه الإسلامي خاصة في شؤون الأسرة من اللجوء إلى الحيل واستخدام المخارج غير المشروعة.
- يمكن الاجتهاد من الاستفادة من جميع المذاهب الفقهية والتخفيف من حدة التعصب المذهبي، كما يؤدي إلى فتح باب الاجتهاد لإعادة الدور الريادي للفقه الإسلامي في مجال القضاء.¹

¹ - محفوظ بن صغير، المرجع السابق، ص 272.

خلاصة الفصل:

من خلال ما سبق يمكن استخلاص أن الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي هو استقرار القاضي وسعه في درك الأحكام الشرعية وتنزيلها على الواقع تنزيلا محكما يفضي الى الفصل بين المتنازعين وصيانة الحقوق العامة، أما في القانون الوضعي فهو بذل القاضي في محكمة الموضوع وسعه لإصدار الحكم القضائي في الدعوى المنظور فيها من قبله عند فقدان النص أو غموضه أو عدم كفايته، والاجتهاد مشروع في الكتاب والسنة والإجماع لحاجة الناس في معرفة أحكام النوازل والوقائع المستجدة خاصة في مجال الأحوال الشخصية لطبيعتها المرنة التي تمتاز بها.

ونجد أن الشريعة الإسلامية تتصدر الكثير من قرارات الاجتهادات القضائية للمحكمة العليا خاصة في مجال شؤون الأسرة، ويعتمد عليها في أحكام التوجيه والتدليل لتلك القرارات وحيثياتها ولا حكم يعلو على الشريعة، وعند عدم وجود نص قانوني في قضية من قضايا شؤون الأسرة يرجع الى أحكام الفقه الإسلامي حسب نص المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري.

ولا يكون مجال الاجتهاد القضائي في أحكام الأسرة إلا في النصوص الظنية فقط، ويرجع تطور الاجتهاد القضائي في شؤون الأسرة الى التطور العلمي والطبي والوضع السياسي والاجتماعي، والتأثر بالحضارات الوافدة.

والمتصدر للاجتهاد القضائي الأسري لابد منه أن يتبع ضوابط مهمة، فيجب عليه التقيد بالنصوص الشرعية المنصوص عليها في قانون الأسرة والالتزام بها والاعتماد على قضايا فقهية سابقة والاستعانة بها في إيجاد اجتهاد قضائي جديد، والاهم من ذلك أن يكون المجتهد على دراية بأحكام الشريعة أن يحترم التقاليد والعادات ودين الأمة ليكون الحكم مناسبا لمجتمعنا.

الفصل الثاني

الاجتهاد القضائي في أحكام الطلاق وآثاره

تمهيد:

المبحث الأول: الاجتهاد القضائي في أحكام الطلاق.

المطلب الأول: مفهوم الطلاق وبيان دور القاضي في الحكم فيه.

الفرع الأول: تعريف الطلاق.

الفرع الثاني: دور القاضي في الحكم بالطلاق.

المطلب الثاني: أحكام الطلاق.

الفرع الأول: أحكام الطلاق الرجعي واللبائن.

الفرع الثاني: أحكام الطلاق التعسفي.

الفرع الثالث: أحكام الطلاق بالتراضي.

المبحث الثاني: آثار الطلاق في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري.

المطلب الأول: أحكام العدة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري.

الفرع الأول: أحكام العدة في الفقه الإسلامي.

الفرع الثاني: أحكام في قانون الأسرة الجزائري.

المطلب الثاني: أحكام الحضانة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري.

الفرع الأول: أحكام الحضانة في الفقه الإسلامي.

الفرع الثاني: أحكام الحضانة في قانون الأسرة الجزائري.

المطلب الثالث: أحكام النزاع على متاع البيت في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة

الجزائري.

الفرع الأول: أحكام النزاع على متاع البيت في الفقه الإسلامي.

الفرع الثاني: أحكام النزاع على متاع البيت في قانون الأسرة الجزائري.

خلاصة الفصل.

تمهيد:

شرع الله الزواج وجعل بين الزوجين مودة ورحمة وآلف بين قلوبهم، وهو ليس مجرد عقد بين رجل وامرأة على الوجه المشروع بل يتعدى ذلك، فهو الميثاق الغليظ لقوله تعالى: ﴿وَأَخْذُنْ مِنْكُمْ مِيثَاقًا غَلِيظًا﴾، (الآية 21، سورة النساء). ويترتب عليه آثار بالنسبة للزوجين وعلى أقاربهما من خلال تحريم المصاهرة.

وقد يطرأ على هذه العلاقة أمور مختلفة تجعل هذه العلاقة مصدر خلافات وشقاق وتزعزع استقرارها فيصبح من المحال الاستمرار فيها.

فشرع الطلاق وأصبح كحل من الحلول لفك الرابطة الزوجية، وهو ما جاء في المادتين (47 و 48) من قانون الأسرة الجزائري ومن أهم الآثار المترتبة عليه العدة والحضانة والنزاع على متاع البيت والتي نص عليها المشرع الجزائري في المادة 58 إلى المادة 73 من نفس القانون.

وكل ذلك سيكون في هذا الفصل الذي ينطوي على بحثين، المبحث الأول نتناول فيه الاجتهاد القضائي في أحكام الطلاق، أما المبحث الثاني فسنتطرق فيه إلى الآثار المترتبة على الطلاق مع بيان الاجتهادات القضائية التي توصلت إليها المحكمة العليا في قراراتها فيما يخص أحكام الطلاق وآثاره.

المبحث الأول: الاجتهاد القضائي في أحكام الطلاق.

تتحل الرابطة الزوجية إما بالخلع أو التطليق أو الطلاق. وسنتطرق في هذا المبحث إلى معنى الطلاق ودور القاضي من الطلاق وصوره في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري وذلك من خلال المواد 48 إلى 57 مكرر مع بيان أهم الاجتهادات القضائية للمحكمة العليا في الطلاق، ويكون التقسيم وفق المطلبين الآتين:

- المطلب الأول: مفهوم الطلاق ودور القاضي فيه.

- المطلب الثاني: أحكام الطلاق.

المطلب الأول: مفهوم الطلاق وبيان دور القاضي في الحكم فيه.

الفرع الأول: تعريف الطلاق.

أولا/ تعريف الطلاق في الفقه الإسلامي.

لمعرفة معنى الطلاق في الفقه الإسلامي لابد لنا أن نعرف الطلاق في اللغة أولا ثم تعريفه في الاصطلاح الشرعي ثانيا.

01- الطلاق في اللغة:

فهو من طَلَّقَ طُلُوقًا وَطَلَّاقًا أي تحرر من قيده ونحوه والمرأة من زوجها طلاقا، تحللت من قيد الزواج وخرجت من عصمته.¹

02- الطلاق في الاصطلاح الشرعي:

يعرف الطلاق في الاصطلاح الشرعي بعدة تعاريف منها:

- حل عقد النكاح بلفظ الطلاق ونحوه.

- أو هو رفع قيد النكاح في الحال أو المآل بلفظ مخصوص.

فحل رابطة الزواج في الحال يكون بالطلاق البائن، وفي المآل أي بعد العدة يكون بالطلاق الرجعي، واللفظ المخصوص هو الصريح كلفظ الطلاق والكناية كلفظ البائن والحرام

¹ - إبراهيم مصطفى، المعجم الوسيط، مرجع سابق، ص 563.

والإطلاق ونحوها، ويقوم مقام اللفظ الكناية والإشارة المفهمة ويلحق بلفظ الطلاق لفظ الخلع وقول القاضي (فرقت) في التفريق الغيبي، أو الحبس أو لعدم الإنفاق أو سوء العشرة.¹ فلا يدخل الفسخ لاشتراطيه ألفاظ مخصوصة والفسخ لا يحتاج إلى لفظ مخصوص.

03- مشروعية الطلاق:

لقد ثبت جواز مشروعية الطلاق في الكتاب والسنة والإجماع عند وجود الحاجة التي تدعوا إليه.

أ/ القرآن الكريم:

لقد وردت عدة آيات في شأن الطلاق وسميت سورة كاملة بالطلاق، قال الله تعالى: ﴿لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَقْتُمْ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً﴾، (البقرة، الآية 236).

- وقوله أيضا: ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانٍ فَإِمْسَاكَ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٍ بِإِحْسَانٍ﴾، (البقرة، الآية 229).

- وقوله أيضا: ﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا الْعِدَّةَ﴾، (الطلاق، الآية 01).

ب/ من السنة النبوية:

لقد وردت أحاديث عدة تدل على جواز الطلاق ومشروعيته منها:

- أن عبد الله بن عمرو رضي الله عنهما أنه طلق امرأته وهي حائض، في عهد رسول الله صل الله عليه وسلم، فسأل عمر بن الخطاب رسول الله صل الله عليه وسلم عن ذلك فقال رسول الله صل 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".²

¹ - وهبة الزحلي، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر، دمشق - سوريا، ط2، 1405هـ - 1985م، ج7، ص ص 256، 257.

² - أخرجه أبو داوود، كتاب الطلاق، باب في طلاق السنة، حديث رقم 2179، سنن أبي داوود، دار ابن حزم، بيروت - لبنان، ط1، 1997، ص 438.

ج/ من الإجماع:

أجمع علماء وفقهاء المسلمين على مشروعية الطلاق واتفقوا أن للرجل حق تطليق زوجته إذا كان هناك أسباب تحول دون إتمام العشرة بينهما وإن اختلفوا في ضوابط إيقاعه وشروطه وأنهم أعطوا الرجل الحق في التطليق إذا كان هناك أسباب وإلا عد آثماً.¹

04- الحكمة من تشريعه:

شرع الطلاق في الإسلام ليستطيع الزوجان التخلص من الرابطة الزوجية إذا تبين أنها مصدر الشقاء وأنه لا يمكن أن يتعاشر الزوجان بالمعروف ولا أن يقوم كل منهما بالحقوق الزوجية وواجباتها وذلك لعدة أسباب مختلفة.

ولو لم يشرع الله سبيلاً لحل عقدة الزواج عند الحاجة القاهرة لذلك بعض الأزواج حرج وكانت مصدر شقاء دائم مع أن الله شرع الزواج ليكون مصدر معرفة متبادلة ورحمة ومودة.²

05- حكم الطلاق:

الأصل فيه الجواز مع الكراهة ولا يمكن الإقدام عليه. إلا لسبب، والأسباب تختلف قوتها وضعفها.

ومن هنا اختلفت صفة الطلاق الشرعية باختلاف الباعث عليه:

- قد يكون مباحاً يستوي فيه جانب الفعل والترك، وإذا كان الباعث عليه ضعيفاً كمجرد النفور الطبيعي بين الزوجين.
- وقد يكون مستحباً إذا كان الدافع له سوء أخلاق الزوجة وإيقاعها الأذى بزوجها أو أقاربها أو جيرانه بالقول أو بالفعل أو كانت تاركة لحقوق الله كالصلاة والصوم.
- وقد يكون واجباً إذا كان الباعث عليه أمر يقوض الحياة الزوجية كتهانها في عرضها وشرفها، أو استحكام الشقاق بين الزوجين وعجز الحكمان على الإصلاح بينهما.

¹ - آمنة محدود شيت خطاب، الطلاق الإلكتروني بين الشرع والقانون، مجلة العلوم الإسلامية، العدد 09، ص 18.

² عبد الوهاب خلاف، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، ط9، 1438هـ، 2017م، ص ص 130، 131.

- وقد يكون حراما إذا وقع على غير الوجه المشروع بأن طلقها في الحالة التي نهى عنها الشارع عن الطلاق فيها، كالطلاق في الحيض قاصدا لإضرار بها وتطويل عدتها.¹

ثانيا/ تعريف الطلاق في قانون الأسرة الجزائري:

المشرع الجزائري وفي الوقت الذي ألف ترك التعاريف القانونية للفقهاء للخوض فيها لم يجسد ذلك في المادة 48 من القانون رقم 84-11 وأعطى معنا للطلاق إذ نص صراحة على أن: "الطلاق حل عقد الزواج..."، فقد وضح أن الطلاق وسيلة يحل بها عقد الزواج وهذا التعريف قريب لتعريف الحنابلة الذين عرفوا الطلاق بأنه حل عقد النكاح، ثم بين المشرع بعدها الأنواع التي يكون عليها الطلاق من إرادة منفردة أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة في حدود ما أورده المادتان 53 و 54 من نفس القانون.²

الفرع الثاني: دور القاضي في الحكم بالطلاق.

لقد جعل الإسلام الأصل في الطلاق أن يكون بيد الرجل لأنه المسؤول عن الأسرة وآثارها وتبعاتها لكنه لم يحرم الزوجة من هذا الحق ويجوز لها تطليق نفسها في حالتين:

- إذا اشترطت على زوجها أن يكون طلاقها بيدها.

- أو إذا فوض إليها الزوج أمر طلاقها.

ولم يجعل هذا التشريع الخالد موضوع الطلاق بمنأى عن مراقبة القضاء بالرغم من الصفة الدينية التي أحاطها لهذا النظام من نصائح وزواجر وعقوبات، بل أعطى للقاضي الحق في فسخ هذا العقد بين الزوجين لعدة أسباب يمكن إيجازها فيما لي:

- التفريق للعيوب وللأمراض بأحد الزوجين.

- التفريق لإعسار الزوج عن الإنفاق.

- التفريق لشقاق والضرر بين الزوجين.

¹ - محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، الدار الجامعية، ط4، 1403هـ-1982م، ص ص 495، 496.

² - هشام ذبيح، أحكام الطلاق والتطليق وأثر قانون الأسرة فيها على حماية الأبناء، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، الجزائر، العدد 09، مارس 2018، المجلد الأول، ص 225.

- التفريق لغياب الزوج أو فقده أو سجنه.¹

أما بالنسبة لقانون الأسرة الجزائري حسب ما ورد في نص المادة 49 من هذا القانون: " لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد محاولة الصلح من طرف القاضي دون أن تتجاوز هذه المدة ثلاثة أشهر". فالطلاق لا يثبت إلا بحكم.

ولا يحكم القاضي بالطلاق إلا بعد محاولة الصلح ولا تتجاوز مدة الصلح ثلاثة أشهر، ومعنى هذا أن الزوج إذا طلق زوجته فلا يعد طلاقاً حتى يحكم القاضي به، فإذا حكم به فذاك طلاق، وإلا ما عد ذلك طلاقاً في نظر القانون، إذا طلق الرجل امرأته رفع أمره إلى القاضي، يحاول القاضي الصلح فإذا توصل إلى الصلح بين الزوجين فلا يحكم بالطلاق ولا يثبت ذلك الطلاق في نظر القانون.

وهذا مخالف للكتاب والسنة والإجماع، فقد أجمع الفقهاء على أن الزوج العاقل البالغ غير مكره، إذا طلق امرأته طلاقاً للسنة، فإن الطلاق يقع حينه ولا يحتاج إلى قضاء قاضي ولا غيره.²

المطلب الثاني: أحكام الطلاق.

سنتطرق في هذا المطلب إلى الأحكام التي عالجها المشرع الجزائري في قانون الأسرة الخاصة بالطلاق، مدعماً بالاجتهادات القضائية المتعلقة بهذا الموضوع، وقد قسم هذا المطلب إلى ثلاث فروع، الفرع الأول يتمحور حول أحكام الطلاق الرجعي والبائن، أما الفرع الثاني سنتطرق فيه إلى أحكام الطلاق التعسفي والفرع الثالث سنتناول فيه أحكام الطلاق بالتراضي.

¹ - عبد الرحمن الصابوني، نظام الأسرة وحل مشكلاتها في ضوء الإسلام، دار الفكر المعاصر، بيروت- لبنان، ط3، 1426هـ 2005م، ص ص 148، 149.

² - مبروك المصري، الطلاق وآثاره من قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 97.

الفرع الأول: أحكام الطلاق الرجعي والبائن.

أولا/ من الجانب الفقهي:

ينقسم الطلاق في الشريعة الإسلامية باعتبار الوصف إلى سسني وبدعي، ومن حيث الصيغة إلى منجز معلق ومضاف إلى زمن المستقبل، ومن حيث الرجعة وعدمها إلى رجعي وبائن وهذا النوع الأخير هو المعني بدراستنا في هذا الفرع.

01- الطلاق الرجعي:

هو الذي يملك المطلق بعده إعادة المطلقة إلى البيت الزوجية من غير عقد جديد ما دامت في العدة، والطلاق الرجعي هو الأصل.¹ قال تعالى: ﴿وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ وَلَا يَحِلُّ لَهُنَّ أَنْ يَكْتُمْنَ مَا خَلَقَ اللَّهُ﴾، (الآية 228، سورة البقرة).

02- الطلاق البائن:

وهو نوعان الطلاق البائن بينونة صغرى والطلاق البائن بينونة كبرى.

أ/ أحكام الطلاق البائن بينونة صغرى:

هو الطلاق الذي لا يكمل الطلقات الثلاث كالطلاق قبل الدخول أو بعد الدخول على مال ويزيل الملك ولكن لا يزيل الحل فله أن يعقد من جديد في أي وقت في العدة أو بعدها.

ب/ أحكام الطلاق البائن بينونة كبرى:

هو الطلاق المكمل لثلاث ويزيل الملك والحل، فلا يعقد عليها إلا بعد أن تتزوج زوجا غيره، ويدخل بها ثم يطلقها وتنتهي عدتها لقوله تعالى: ﴿فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ... غَيْرُهُ﴾، (الآية 230، سورة البقرة). ويشترط أن يتزوجها الزوج الآخر زواجا صحيحا وحصل فيه دخول حقيقي بعد العقد الصحيح، ويكون الزواج بعد انتهاء عدة الثاني، وهذا شرط من كل زواج.²

¹ - بدران أبو العينين، أحكام الزواج والطلاق في الإسلام، دار التأليف، مصر، ط2، 1961م، ص 240.

² - محمد أبو الزهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، ط2، 1369هـ- 1950م، ص ص 116-118.

ثانيا/ من الجانب القانوني:

من المعلوم أن المشرع الجزائري نص على الطلاق الرجعي من خلال المادة 50 والمادة 51 من قانون الأسرة الجزائري.

وجاء في محتوى المادة 50 ما يلي: " من راجع زوجته أثناء محاولة الصلح لا يحتاج إلى عقد جديد، ومن راجعها بعد صدور الحكم بالطلاق يحتاج إلى عقد جديد".

تفيد هذه المادة أنه إذا لم يتم النطق بالطلاق بعد فإنه من مقدور الزوج أن يراجع زوجته أثناء محاولة الصلح بشرط أن لا تمر ثلاثة أشهر ما بين نطق الزوج بالطلاق وبين المراجعة لكون العدة قد انقضت آنذاك، أما إذا صدر الحكم بالطلاق أو التطليق أو الخلع يعتبر طلاقاً بائناً، وبالتالي يحتاج الزوج الذي يريد مراجعة زوجته إلى إبرام عقد جديد من صدق وشاهدين و والي عند الاقتضاء.¹

وهو ما جاء في قرار المحكمة العليا الذي صدر بتاريخ 1968/11/27: " من المقرر شرعا أنه يجوز للزوجين بعد فراق ولو نهائي، ولكن غير بائن بينونة كبرى مثل الذي يحصل من طلاق الثلاث أن يتراجعا باقتران جديد، والذي هو ليس في الواقع إلا استئناف للحياة الزوجية السابقة، ومن ثم فإن اعتراف الطرفين أمام قاضي الموضوع بصحة هذا الزواج ينتج عنه قانونا شرعية الولد الناتج".²

ونصت المادة 51 من نفس القانون على ما يلي: " لا يمكن أن يراجع الرجل من طلقها ثلاث مرات متتالية إلا بعد أن تتزوج غيره وتطلق منه أو يموت عنها بعد البناء". ومعنى هذه المادة أن الطلاق ثلاث مرات هو الطلاق البائن بينونة كبرى، وأنذاك تحرم المرأة على الرجل مؤقتا، لغاية أن تتزوج رجل غير ويدخل بها ويطلقها وتتقضي عدة طلاقها أو أن يموت عنها بعد الدخول بها دخولا صحيحا، فآنذاك باستطاعة الزوج الأول إبرام عقد جديد.

¹ - لحسن بن الشيخ آث ملويا، المرشد في قانون الاسرة الجزائري، دار هومة، ط3، 2016/2015، ص 140.

² - المحكمة العليا، الغرفة المدنية، 1968/11/27، المجلة القضائية، ج09، 1968، ص 130.

وهو ما جاء به قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 10/02/1986 المفرق بين الطلاق الرجعي والطلاق البائن. " من المتفق عليه فقها وقضاء في أحكام الشريعة الإسلامية أن الطلاق الذي يحكم به الزوج هو الطلاق الرجعي وأن حكم القاضي به لا يغير من رجعته، لأنه إنما نزل على طلب الطلاق، أما الطلاق البائن فهو الذي يقع ما قبل الدخول، أو بناء على علم عوض الطلاق الذي يحكم به القاضي بناء على طلب الزوجة لدفع الضرر عنها وحسم النزاع بينها وبين زوجها.

إن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقاً لأحكام ومبادئ الشريعة الإسلامية، ولذلك يستوجب نقض القرار، الذي اعتبر الطلاق بإرادة الزوج طلاقاً بائناً¹.

ومن خلال نص المادتين 50 و 51 من قانون الأسرة الجزائري يتبين وجود دلالة نصية على الطلاق الرجعي، فلو كان الطلاق الوارد في نص المادة 49 من قانون الأسرة الجزائري حكماً منشأً لم يكن لهذه المادة معنى إذ لو كان الحكم القضائي منشأً لطلاق لم يحتج الزوج على مراجعة زوجته لأنها زوجته ولم تطلق بعد.

والحقيقة أن المادة 50 من نفس القانون نص صريح على الطلاق الرجعي إلا أن هذه المادة قيدت حق الإرجاع بفترة الصلح التي تدوم ثلاثة أشهر، ومعلوم أن العدة قد تكون أقل أو أكثر من ثلاثة أشهر كما قد تكون مساوية لها فعدة الحامل ليست كعدة الحائض واليايسة من المحيض.

ومن المعلوم كذلك في الشريعة الإسلامية أن حق المراجعة لا يكون إلا مدة العدة في الطلاق الرجعي، وبالتالي فيكون المشرع قد تجاوز الحد المنصوص شرعاً لمراجعة الزوج لزوجته في الطلاق الرجعي، والسبب فيما يبدو أن المشرع أراد الخروج من الخلاف الوارد في حساب العدد والمقصود من القرء، إلا أن هذا الأمر لا يبرر للمشرع تجاوز الحد الذي حدده

¹ - قرار رقم: 39463 المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 10/02/1986، المجلة القضائية، العدد 09، ص 115.

الشارع لمراجعة الزوج لزوجته.¹ قال الله تعالى: ﴿ تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَقْرُبُوهَا ﴾، (الآية 187، سورة البقرة).

وقد تناول الاجتهاد القضائي هذه الجزئية في قراره الصادر بتاريخ 1984/12/17 حيث قرر فيه: " من المقرر شرعا وعلى ما جرى به قضاء المجلس الأعلى أن تلفظ الزوج بالطلاق يلزمه، ومن المقرر أيضا أن الرجعة لا تعتبر شرعا، إلا أثناء قيام العدة، ومن ثم فإن القضاء بخلاف ذلك يعد خرقا لمبادئ وأحكام الشريعة الإسلامية.

إذا كان الثابت من قضية الحال أن الزوج المطلق ندم أو تراجع في طلاقه بعد انتهاء العدة فإن هذا لا يشفع له شرعا في عدم احتساب الطلاق الذي تلفظ به وبناءا عليه فإذا أراد أن يرجع زوجته كان عليه إتباع القواعد الفقهية التي تنظم وتضبط الرجعة، وكان عليه قضاء الاستئناف التقييد بهذه القواعد الفقهية كما فعل قاضي محكمة الدرجة الأولى، إلا أنهم بقضائهم برجع الزوجة إلى بيت الزوجية خالفوا أحكام هذا المبدأ، ومنه كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه بدون إحالة".²

الفرع الثاني: أحكام الطلاق التعسفي.

أولا/ مفهوم الطلاق التعسفي:

لم يرد في كتب الفقهاء القدامى لفظ الطلاق التعسفي ولكنه مصطلح جديد وفد إلى بلاد المسلمين مع القوانين الأجنبية وفقهاء القانون المحدثين في الغرب، ونشأ هذا المصطلح مع نشوء نظرية التعسف.³

¹ - لحسن بن الشيخ، المرجع السابق، ص 140، 141.

² - القرار رقم: 35322، المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 1984/12/17، المجلة القضائية، 1989، ص 91.

³ - جميل فخري، محمد حاتم، متعة الطلاق وعلاقتها بالتعويض عن الطلاق التعسفي في الفقه والقانون، ط1، دار الحامد، عمان، 2009، ص 197.

فالفقهاء المحدثون قد تطرقوا للحديث عن الطلاق التعسفي في كتب الأحوال الشخصية لكنهم اختلفوا فيها بينهم على أن هناك تعسف أم لا.¹
ولمعرفة وإيضاح فكرة الطلاق التعسفي علينا أولاً أن نتطرق إلى مفهوم التعسف ثم نضع تعريفاً جامعاً للطلاق التعسفي.

- مفهوم التعسف:

- لغة: العسف بفتح السين في اللغة السير بغير هداية، ويقال إعتسف الطريق اعتسافاً إذا قطعه دون صوب وتوخاه، وعسف عن الطريق مال وعدل، كاعتسف وتعسف وعسف السلطان ظلم، وعسف في الأمر فعله بلا روية ولا تدبر.²

- اصطلاحاً: مناقضة قصد الشارع في تصرف مأذون فيه شرعاً بحسب الأصل.³

ثانياً/ تعريف الطلاق التعسفي.

من بين تعريفات الطلاق التعسفي ما يلي:

- «هو مناقضة قصد الشارع في رفع قيد النكاح حالاً أو مآلاً بلفظ مخصوص».⁴
- كما عرفه " فتحي الدريني " بأنه: «أن يطلق الزوج زوجته من دون حاجة أو مسوغ شرعي».⁵

ثالثاً/ حكم الطلاق التعسفي:

لقد حرم الإسلام قصد الإضرار بالغير⁶، حيث قال الله تعالى: ﴿وَلَا تَمْسُكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُوا﴾ (البقرة، الآية 231)، وقول الرسول صلى الله عليه وسلم: «لا ضرر ولا ضرار».⁷

1 - جميل فخري، محمد حاتم، نفس المرجع السابق، 192.

2 - ابن منظور، لسان العرب، جزء 9، ص 245.

3 - محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص 34.

4 - جميل فخري، محمد جانم، المرجع السابق، ص 196.

5 - فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1967، ص 88.

6 - سيد سابق، فقه السنة، دار الفكر العربي للطباعة، بيروت، 1973، ص 239.

7 - أخرجه ابن ماجه في سننه، كتاب الأحكام، باب من بنى حقه ما يصير جاره، حديث رقم 2340، ج2، ص 784.

وإذا كان طلاق الزوجة لزوجته مضرا بها مسيئا لسمعتها في بعض الظروف وخاصة إذا كان الطلاق بدون سبب، أي أنه كان متعسفا في طلاقها دونما مبرر شرعي أو قانوني مقبول، رتبت الشريعة الإسلامية على الطلاق أثرا يهدف إلى تخفيف هذا الضرر عن المطلقة، وذلك بالتعويض الذي تفرضه على الزوج لمطلقة وهو ما يسمى بالمتعة لقوله تعالى: ﴿وَلِلْمُطَلَّاتِ مَتَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ﴾ (البقرة، الآية 241).

ومن هنا يرى الفقه المالكي أن المتعة مندوب إليها، ولا يجبر المطلق عليها، وأن المطلق مر بها تطيبا لنفس المرأة عما يرد عليها من ألم الطلاق، وسيلة لها على الفراق.¹ وذهب بعض الفقهاء المحدثين إلى أنه ليس هناك تعسف في الطلاق وذلك أن الأصل في الطلاق هو الإباحة، وأن الله تعالى ملك الزوج حق الطلاق بالإرادة المنفردة، فهو حر في التصرف فيه.

كما ذهب عامة الفقهاء المحدثين إلى أن هناك تعسف في الطلاق إذا طلق الزوج زوجته بغير مسوغ شرعي، مستدلين بذلك أن الأصل في الطلاق الحظر، سواء من قال منهم بأن الحظر ديانى أم قضائى.²

رابعاً/ صور الطلاق التعسفى:

01- الطلاق بدون سبب مشروع: الطلاق إذا كان حقا للزوج يستعمله بإرادته المنفردة فإنه ليس مطلقا، وإنما هو حق مقيد وليس له أن يستعمله إلا إذا تحققت الحاجة إليه، فإذا وقع الطلاق بغير سبب معقول يكون قد استعمل حقه، ويلزم بتعويض الضرر الناتج عنه سواء أكان هذا الضرر ماديا كما لو كانت المطلقة تمارس عملا كمدرسة مثلا تكتسب منه قبل زواجها، وتركته بسبب الزوج أم أدبيا كما كانت ظروف الطلاق تشين سمعة المطلقة وتثير الظنون حولها.³

1 - العربي بلحاج، المرجع السابق، ص 23.

2 - محفوظ بن صغير، المرجع السابق، ص 558.

3 - أحمد الغندور، الطلاق في الشريعة الإسلامية والقانون، دار المعارف، ط1، مصر، 1967، ص 78.

وعليه فإنه إذا طلق الزوج زوجته وتبين للقاضي أن الزوج متعسف في طلاقها وأن الزوج سيصيبها بذلك بضرر، جاز للقاضي أن يحكم لها على مطلقها بحسب حالة ودرجة تعسفه بتعويض عادل، ولم يضع المشرع الجزائري حدا للتعويض المالي الذي ينشأ فيه ذمة الزوج المتعسف، بل تركه لسلطة القاضي التقديرية وفقا لطبيعة الطلاق التعسفي وحالة الزوج المالية، وللقاعدة الشرعية " لا ضرر ولا ضرار"¹.

- الأساس القانوني لقيام التعسف في الطلاق من غير مبرر شرعي:

من خلال فحص مواقف الطرفين يتمكن القاضي من الموازنة بين الدافع و الباعث إلى استخدام الزوج لحق الطلاق وبين الآثار المترتبة عن هذا الاستعمال، وقد يستنتج القاضي ذلك عندما تتنازل الزوجة عن موقفها وتتثبت بالعودة إلى الحياة الزوجية، ولكن رغم ذلك يتمادى الزوج في موقفه وتصلبه.

وهذا ما ذهبت إليه بعض المحاكم الجزائرية، حيث نجد في محكم سعيذة قضت في حكمها الصادر بتاريخ 2008/05/21 بأن الطلاق الواقع بين الطرفين تعسفيا ويعطي للمطلقة الحق في التعويض، وقد جاء في حيثياتها هذا الحكم: " أن المحكمة سعت على إصلاح ذات البين بين طرفي الدعوى إلا أنها فشلت بسبب إصرار الزوج على الطلاق، وحرر محضر عدم الصلح بجلسة 2008/04/30، حيث أن المدعي لم يقدم سبب جديا لحل عقدة النكاح مما جعله تعسفيا في ذلك ومنه يكون طلب المدعي عليها طبقا لنص المادة 52 من قانون الأسرة طلبا مؤسسا يتعين الاستجابة إليه مع خفض المبلغ للحد المعقول².

(وذهبت نفس المحكمة)، كما يستنتج القاضي التعسف كذلك من دوافع الزوج هل هي جدية أم غير جدية؟ هل هي مبررة أم غير مبررة؟ فإذا لم يسرد طلبه للقاضي كان ذلك تعسفا في استعمال الحق ويتحمل وحده تبعة هذا الطلاق، وقد قضت المحكمة العليا في هذا

1 - العربي بلحاج، المرجع السابق، ص 35.

2 - محكمة سعيذة، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 2008/05/21، رقم الفهرس 08/1983 ملحق رقم 04.

الشأن في قرارها الصادر في 1982/11/12 بأنه: " من المقرر شرعا وقانونا إذا كان الطلاق غير مبرر فإن للمطالبة الحق في النفقة و التعويض وسائر توابع العصمة".¹

02- طلاق المريض مرض الموت:

أ- تعريف مرض الموت في الفقه الإسلامي:

- **تعريف الحنفية:** «المرض المخوف الذي يؤدي إلى هلاك صاحبه في الغالب وينتهي به الموت أو لو لسبب غير هذا المرض».

- **تعريف المالكية:** يرى المالكية أن مرض الموت هو: « كل مرض يؤكد فيه الأطباء بأنه يكثر الموت من مثله كالسل».

- **تعريف الشافعية:** «هو المرض الذي لا يتناول بصاحبه معه الحياة، وقيل أنه كل مرض يتصل به الموت أو أنه كل مرض يستعد بسببه للموت بالإقبال على العمل الصالح، وقد اشترط الشافعية في مرض الموت أن يكون مخوفا وقال الإمام الشافعي كل مرض الأغلب منعه الموت خوفا».

- **تعريف الحنابلة:** «المرض الذي يكثر حصول الموت منه وليس المراد بكثرة أن يغلب على الظن الموت منه أو يتساوى في الظن جانب البقاء والموت بسببه، ويكون سببا صالحا للموت، فيضاف إليه ويجوز حدوث عنه».²

ب- حكم طلاق مريض مرض الموت:

اتفق الفقهاء على وقوع طلاق مريض مرض الموت صحيحا لأنه أهل لإيقاعه، إلا أنهم اختلفوا في إرث الزوجة المطلقة طلاقا بائنا لأنه إذا كانت الأدلة تشير إلى أنه طلبها لكي يحرمها من الميراث ففي هذه الحالة لا ينف الطلاق حقها في الميراث، فهذا الطلاق يسمى الفقهاء طلاق الفار.³

1 - المجلس الأعلى، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 1982/11/12، ملحق رقم 28784 نشرة القضاة عدد 2، ص 32.

2- فتية دالي، تصرفات المريض مرض الموت في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة البويرة، 2013، ص 13- 15.

3 - محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص 320.

ومن خلال رأي الفقهاء نستنتج أن استحقاق الإرث يختلف باختلاف صفة طلاق المريض من كونه رجعيا أو بائنا، فإن كان رجعيا ومات في العدة ورثته، كما لو طلقها في حال صحته، سواء كان الطلاق أو الرجعي برضاها أو بغير رضاها، أما إذا كان الطلاق بائنا فهناك رأي يمنع ميراث الزوجة المبانة، ورأي آخر يذهب إلى أنها ترث دائما وإن انقضت عدتها.¹

ج- تعريف مريض مرض الموت في القانون الجزائري:

المشرع الجزائري لم يقد بتعريف مرض الموت في القانون المدني، بل أشار إليه في أحكام البيع في مرض الموت دون أن يبين المقصود بهذا المرض وهذا ما نلاحظه في المادة 408 من القانون المدني الجزائري التي تنص: « إذا باع المريض مرض الموت لوارث فإن البيع لا يكون ناجزا إلا إذا أقره باقي الورثة، أما إذا تم البيع للغير في نفس الظروف فإنه يعتبر غير صادق عليه من أجل ذلك يكون قابلا للإبطال».

وقد عرف القضاء الجزائري مرض الموت في كثير من المسائل المتعلقة به، ومن بين أهم قراراته التي تنص على ما يأتي: «من المقرر شرعا أن مرض الموت الذي يبطل التصرف هو المرض الأخير إذا كان خطيرا، ويجبر إلى الموت به ويفقد المتصرف وعيه وتمييزه، ومن ثم فإن القضاء يخالف هذا المبدأ يعد خرقا للقواعد الفقهية المستمدة من أحكام الشريعة الإسلامية والاجتهاد القضائي السائد».²

نلاحظ في هذا التعريف أن القضاء لم يقد بتحديد مرض الموت بمدة معينة كما فعل فقهاء الشريعة الإسلامية الذين قاموا بتحديد مدة مرض الموت بسنة كاملة، فإذا تجاوزت السنة فلا يعتبر مرض الموت، فتصرفاته تعتبر كتصرفات الشخص الصحيح.³

¹ - العربي بلحاج، المرجع السابق، ص 245.

² - القرار رقم: 33719، المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، الصادر بتاريخ: 1993/11/23، المجلس القضائي، عدد خاص، 2001، ص 302.

³ - فتية دالي، المرجع السابق، ص 6، 7.

ولكن اختلف الفقهاء في تعريفهم مرض الموت، إلا أنهم اتفقوا على أن مرض الموت يجب أن يتحقق في أمران:

- أن يحدث منه الموت غالبا.
 - أن يموت الشخص بالفعل موتا متصلا به.¹
- ومن خلال هذا الاجتهاد القضائي الأخير نستنتج بأنه لكي يكون المرض مرض الموت لا بد من توافر الشروط التالية:
- أن يكون هو المرض الأخير.
 - أن يكون خطيرا.
 - أن يجبر إلى الموت.

كما يلاحظ على الاجتهاد القضائي الجزائري أنه لم يشر إلى اشتراط عنصر فترة حدة المرض الذي أشارت إليه المادة 108 من القانون المدني الجزائري.²

د- الآثار المترتبة عن طلاق المريض مرض الموت:

إن طلاق المريض مرض الموت طلاق واقع، وأن المرض مهما كانت خطورته لا يمنع الزوج من إيقاع هذا الطلاق، وقد سار القضاء الجزائري في هذا الاتجاه، إذ قضت المحكمة العليا بتاريخ: 1998/03/17 على أنه: «من المقرر شرعا وقانونا بأن مرض الموت مهما كانت خطورته لا يمنع الزوج من إيقاع الطلاق ما عدا إذا كان القصد في مرض الموت حرمان الزوجة من الميراث، ومن ثم فإن قضاة الموضوع بقضائهم بطلاق الطاعنة، طبقوا صحيح القانون»³

والذي جرت أحداثه كما يلي: حيث أن المسماة (ح.م) قد طلبت نقض وإبطال الحكم الصادر عن محكمة سيدي عيش يوم 11-08-1996 القاضي بطلاق واستندت على وجه

¹ - فتية دالي، نفس المرجع السابق، ص 09.

² - المرجع نفسه، ص 19.

³ - القرار رقم: 179696، المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ: 1998/03/17، المجلة القضائية، عدد خاص، 2001، ص 100.

وحيد للنقض المأخوذ من قصور الأسباب: بدعى أنه كان من القاضي الأول قبل أن يصدر حكم الطلاق أن يتحقق من الحالة الصحية والعقلية للزوج الذي كان يعاني من مرض خطير أدى إلى وفاته يوم 09-02-1997.¹

كما نجد في قرارات الاجتهادات القضائية القرار الصادر بتاريخ 21/12/1993:² «إذا توفي أحد الزوجين قبل صدور الحكم بالطلاق وكانت الوفاة في عدة الطلاق استحق الحي منها الإرث».³

وهذا هو رأي فقهاء الشريعة الإسلامية، حيث أجمعوا على أن المريض مرض الموت إذا طلق امرأته، فطلاقه نافذ كالصحيح، فإن مات من ذلك المرض ورثته المطلقة ما دامت في العدة من طلاق رجعي، واتفقوا أيضا إذا طلق امرأته إذا ماتت لم يرثها إن ماتت في العدة، في حين أن الزوجة المطلقة طلاقا بائنا، إذا مات الزوج أثناء العدة من هذا الطلاق وهو حكم طلاق الفار، فقد أجمعوا على أنها ترثه وقد استدلوا بالأثر المعقول.⁴

الفرع الثالث: أحكام الطلاق بالتراضي.

والمقصود بذلك أن كلا الزوجين يريد فك الرابطة الزوجية بقناعة كاملة، على أن استمراريتها أضحت ضربا من المحال لأي سبب من الأسباب أو ظرف من الظروف جعل أحدهما أو كليهما غير قادر على الاستمرار في هذه العلاقة فتكون بذلك إرادة الطرفين متحدة من أجل من أجل إحداث الأثر القانوني المتمثل في الطلاق، ومن شروطه أن يتم بناءا على طلب أحد الزوجين وموافقة الزوج الآخر، أو بناءا على طلبهما المشترك.

ويكون الطلاق بالتراضي في الفقه الإسلامي إما في حالة الخلع الاتفاقي كونه عقدا ينعقد بإيجاب وقبول أو في حالة الطلاق على مال، وهو الطلاق على مال تقتدى به الزوجة

¹ - المجلة القضائية، المرجع السابق، ص 101.

² - القرار رقم: 101444، المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ: 21/12/1993، المجلة القضائية، عدد 02، 1993، ص 73.

³ - جمال سايس، قضايا الطلاق في الاجتهاد القضائي الجزائري، منشورات كليك، ط1، الجزائر، 2013، ص 95.

⁴ - وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ط4، دار الفكر، دمشق، 1997، ص 454.

نفسها وتقدمه لزوجها سواء أكان بلفظ الخلع أو المبرأة أو كان بلفظ الطلاق، أو في حالة تفويض الزوج لزوجته الطلاق.

وكثير ما يحدث الطلاق بالتراضي بين الزوجين اللذين يفضلان المحافظة على أسرار العلاقة التي بنيت بينهما.

وينتم نتيجة تنازلات متبادلة بينهما، وعلى القاضي في هذه الحالة أن يحدد العناصر التي تم الاتفاق بشأنها لأن توحيد إرادة كلا من الزوجين على الطلاق مع الموافقة على جميع آثاره يجعل القاضي موثقاً يوثق إرادة الطرفين في حكم يعد إلهاداً لا يوصف بما توصف به الأحكام عادة.¹

وهذا ما تجل من خلال قرارات المحكمة العليا بهذا الشأن منها: القرار المؤرخ في 19/04/1994 والذي جاء فيه: « من المقرر قانوناً أن الصلح عقد ينهي به الطرفان نزاعاً قائماً أو يتوقيان به نزاعاً محتملاً، وذلك بأن يتنازل كل منهما على حقه، ومن المقرر أيضاً أن الصلح ينهي النزاعات التي يتناولها ويترتب عليه إسقاط الحقوق والادعاءات التي تنازل عنها أحد الطرفين بصفة نهائية، ومتى تبين في قضية الحال أن قضاة المجلس لما قبلوا استئناف الحكم القضائي بالصلح المقام بين الطرفين والذي شهدت عليه المحكمة أخطئوا في تطبيق القانون، لأن الاستثناء لا يرفع إلا ضد الأحكام التي صدرت إثر نزاع بين الأطراف بخلاف الصلح الذي يبرم بين الأطراف اللذين جعلوا حداً للنزاع، وأن دور المحكمة ينحصر في مراقبة صحة وسلامة هذا الصلح، لأن الصلح عقد ينهي به الأطراف نزاعاً قائماً طبقاً لأحكام المادتين 459 و 462 من القانون المدني، ومتى كان ذلك استوجب نقض القرار المطلوب فيه».²

ومن خلال هذا القرار يتضح أن المحكمة العليا اعتبرت ما يلي:

- الطلاق بالتراضي هو عقد صلح ينهي نزاعاً قائماً بين الطرفين.

¹ - محفوظ بن الصغير، المرجع السابق، ص ص 603-607.

² - قرار رقم: 103637، المحكمة العليا، بتاريخ 19/04/1994، المجلة القضائية، 2001، عدد خاص، ص 94.

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

- الطلاق بالتراضي غير قابل للاستئناف، ولذلك جاء في المادة 57 من قانون الأسرة الجزائري التي عدلت كما يلي: «تكون الأحكام الصادرة في دعاوى الطلاق والتطليق والخلع غير قابلة للاستئناف فيما عدا جوانبها المادية»، فالمادة عدلت على سبيل الحصر الصور التي تكون غير قابلة للاستئناف فيما عدا جوانبها المادية، وهي الطلاق للإرادة المنفردة للزوج والتطليق والخلع، ولم تذكر صور الطلاق بالتراضي، وفي ذلك تأكيد على أن هذه الصورة لا يسري عليها ما يسري على باقي الصور الأخرى، باعتبارها مجرد إشهاد فهي لا توصف بالابتدائية، ولا بالنهائية وليست بذلك قابلة للاستئناف لا من حيث الطلاق ولا من حيث جوانبها المادية.¹

* ما يؤخذ على هذا القرار:

- يؤخذ على هذا القرار أنه حاول توظيف بعض الشروط والآثار التي تتسجم تقي الحقيقة مع طبيعة وصورة الطلاق بالتراضي.

فاعتبار الطلاق بالتراضي عقد صلح ينهي نزاعاً قائماً بين الطرفين على مقتضى المادة 459 من القانون المدني أمر غير مستساغ.

فالاعتباس من هذه المادة قد يصلح في مجال تنازل الطرفين عن حقوقهما على وجه التبادل، ولكن ليس معنى ذلك اتفاق لنزاع أو إنهاء له، لأنه موجود ومطروح للنظر فيه من قبل القاضي.

- كما يؤخذ على هذا القرار أيضاً أنه خول للقاضي مهمة مراقبة صحة وسلامة الصلح، أي الطلاق بالتراضي، وحصرها من ذلك، ثم أكد أن الحكم المتوج لذلك ليس قابلاً للاستئناف، وفي هذه يلحظ التناقض الواضح، إذ كيف يعطي للقاضي صلاحية مراقبة صحة وسلامة الصلح (الطلاق بالتراضي) ثم يجعل من مراقبته هاته غير قابلة للمراجعة من طرف المجلس

¹ - محفوظ بن صغير، المرجع السابق، ص ص 610، 611.

القضائي، الذي قد يبطل شروط أو يعلن عدم سلامة الصلح في مسائل معينة، قد تكون هامة للطرفين أو لأحدهما.

من اجل ذلك واعتبارا للنقاط المثارة يمكن القول أن الاقتباس الذي جاء به قرار المحكمة الصادر في 19/04/1994 كونه عقد صلح طبقا للمادة 459 وما يليها من القانون المدني لم يكن موقفا لوجود اختلاف كبير في المفهوم القانوني والآثار المحددة للطلاق بالتراضي.

ومعالجة للتغيرات التي وجدت في القرار السابق ذكره، صدر قرار آخر في 23/05/2005 مبني على أساس المادة 48 من قانون الأسرة، إذ جاء فيه ما لي: «من المقرر قانونا أن الطلاق بالتراضي هو إشهاد من المحكمة على رغبة الطرفين من الطلاق ولا يوصف بالابتدائية أو النهائية، ولا يحق لأي من الزوجين الطعن فيه عن طريق دعوى التزوير»¹.

- أخرج هذا القرار الطلاق بالتراضي كصورة مستحدثة من دائرة التعامل المدني القائم على الصلح، وجعل لها اجتهادا خاصا لخصوصيتها أيضا نابع من المادة 48 من قانون الأسرة الجزائري، وعليه فقد اعتبر هذا القرار صورة الطلاق بالتراضي.

- مجرد إشهاد عن رغبة الطرفين في الطلاق وليس عقد صلح ينهي نزاعا قائما.
- كما حصر دور القاضي في توثيق إرادة الطرفين في إحداث الأثر القانوني ولا يتعداه إلى مراقبة صحة وسلامة ما اتفق عليه، ومن ذلك تفعيل للهدف المرجو من استحداث هذه الصورة حتى لا تكون هناك عقبات أمام الطرفين في جوانب متفق عليها ما لم تكن مخالفة للنظام العام والآداب العامة وفي حدود الشريعة الإسلامية.

- الطلاق بالتراضي لا يوصف لا بالابتدائية ولا بالنهائية وهو بذلك يختلف على باقي الأحكام في جعله مجرد إشهاد.²

¹ - محفوظ بن صغير، المرجع السابق، ص 609.

² - قرار رقم: 243949، المحكمة العليا، بتاريخ 23/05/2005، المجلة القضائية، عدد خاص، 2001، ص 1112.

المبحث الثاني: آثار الطلاق في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري.

يترتب على فك الرابطة الزوجية بالطلاق آثار عدة أقرها الفقه الإسلامي ونص عليها قانون الأسرة الجزائري من المادة 58 إلى المادة 73، وسيتم تناولها في ثلاث مطالب مع بيان الاجتهادات القضائية الصادرة في آثار الطلاق.

المطلب الأول: أحكام العدة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري.

سنتطرق في هذا المطلب إلى تعريف العدة وأحكامها من الجانب الفقهي في الفرع الأول، ومقارنته بالجانب القانوني من خلال المواد 58 و 60 و 61، التي نص عليها قانون الأسرة الجزائري مع الاجتهادات القضائية التي جاءت في موضوع العدة في الفرع الثاني.

الفرع الأول: أحكام العدة في الفقه الإسلامي.

سنتطرق إلى مفهوم العدة في اللغة أولا ثم الاصطلاح الشرعي.

01- العدة لغة:

العدة بكسر العين تعني مقدار ما يعد مبلغه، ويقال عدة كتب وعدة رجال وعدة المطلقة والمتوفى عنها زوجها أي مدة حددها الشرع تقضيها المرأة دون زواج بعد طلاقها أو وفاة زوجها.¹

02- العدة في الاصطلاح الشرعي:

العدة في اصطلاح الفقهاء هي أجل ضرب لانقضاء ما بقي من آثار النكاح فإذا حصلت الفرقة بين الرجل وأهله لا تتفصل العلاقة الزوجية من كل الوجوه بمجرد وقوع الفرقة، بل تتربص المرأة ولا تتزوج غيره، حتى تنتهي تلك العدة التي قدرها الشارع.²

¹ - إبراهيم مذكور، المعجم الوجيز، المرجع السابق، ص 408.

² - محمد أبو الزهرة، الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص 379.

03- حكم العدة:

العدة واجبة على كل مفارقة لزوجها بطلاق أو وفاة أو فسخ لقوله تعالى: ﴿وَالْمُطَلَّاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ﴾، (البقرة، الآية 228)، ولقوله أيضا: ﴿وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا﴾، (البقرة، الآية 234). ولأمر النبي صلى الله عليه وسلم لامرأة ثابت بن قيس أن تعتد بحيضة.¹

04- الحكمة من العدة:

الحكمة من مشروعية العدة هي:

- إعطاء الزوج فرصة الرجوع إلى مطلقته بدون كلفة إن كان الطلاق رجعيا.
- معرفة براءة الرحم، محافظة على الأنساب من الاختلاط.
- مشاركة الزوجة مواساة أهل الزوج والوفاء للزوج إن كانت العدة عدة وفاة.²

05- أنواع العدة:

للعدة أنواع وهي:

أ/ عدة المطلقة التي تحيض وهي ثلاث أقراء:

لقوله تعالى: ﴿وَالْمُطَلَّاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ﴾، (البقرة، الآية 228). فإن طلقت المرأة من طهور ثم حاضت، ثم طهرت ثم حاضت، فإن طهرت انقضت عدتها. وإن قلنا المراد من الإقراء إلا طهرا كما هو رأي الجمهور فإنها تقتضي عدتها بدخولها في الحيضة الثالثة، مع ملاحظة أنها لو طلقت في حيض لا يعتبر لها حيضة تعتد بها، هذا بالنسبة للحرّة، أما الأمة فعدتها قرآن فقط. لقوله صلى الله عليه وسلم: «طلاق الأمة طلقتان وعدتها حيضتان».³

1 - طارق بن أنور سالم، في أحكام الطلاق، (د.ط)، دار الإيمان، الإسكندرية، (د.س.ن)، ص 97.

2 - أبو بكر جابر الجزائري، منهاج المسلم، طبعة جديدة، دار الفكر، بيروت، 1424هـ، 2003م، ص 357.

3 - أخرجه ابن ماجة وغيره، كتاب الطلاق واللعان عند رسول الله صلى الله عليه وسلم، باب ما جاء لا طلاق قبل نكاح، حديث رقم: 1181، جزء 04، ص 297.

ب/ عدة المطلقة التي لا تحيض لكبر سنّها أو صغرّه من ثلاثة أشهر:

لقوله تعالى: ﴿وَاللَّائِي يَنْسَنَ مِنَ الْمَحِيضِ مِنْ نِسَائِكُمْ إِنْ ارْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ وَاللَّائِي لَمْ يَحِضْنَ وَأُولَاتُ الْأَحْمَالِ﴾، (الطلاق، الآية 04). هذا للحرّة وللأمة شهران لا غير.

ج/ عدة المطلقة الحامل:

وهي وضع كامل حملها حرة أو أمة لقوله تعالى: ﴿وَأُولَاتُ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾، (الطلاق، الآية 04).

د/ عدة المطلقة التي تحيض وانقطع حيضها لسبب معروف أو غير معروف:

فإن كان انقطاع حيضها لسبب معروف وذلك كرضاع أو مرض فإنها تنتظر عودة الحيض وتعتد به وإن طال الزمن، وإن كان لسبب غير ظاهر اعتدت بسنة، تسعة أشهر مدة الحمل وثلاث أشهر عدة، والأمة تعتد بأحد عشر شهرا، لقضاء عمر بن الخطاب بين الأنصار والمهاجرين ولم ينكره منكر.

هـ/ عدة المتوفى عنها زوجها:

وهي للحرّة أربعة أشهر وعشرا، وللأمة شهران وخمس ليال لقوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا﴾، (البقرة، الآية 234).

و/ عدة المستحاضة:

وهي التي لا يفارقها الدم، فإذا كان دمها يتميز عن دم الاستحاضة أو كانت لها عادة تعرفها، فإنها تعتد بالإقراء وإن كان دمها غير مميز، ولا عادة لها فإن كمبتدئة اعتدت بالأشهر ثلاثة أشهر كالأيسة والصغيرة، وهذا الحكم مقيسا على حكمها في الصلاة.

ز/ عدة من غاب عنها زوجها ولم يعرف مصيره في حياة أو موت:

فإنها تنتظر أربعة سنوات من يوم انقطاع خبره ثم تعتد عدة وفاة أربعة أشهر وعشرا.¹

06- تداخل العدد:

قد تتداخل العدد وذلك فيما يلي:

- مطلقة طلاقا رجعيا مات مطلقها أثناء عدتها فإنها تنتقل من عدة الطلاق إلى عدة وفاة فتعتد أربعة أشهر وعشرا من يوم وفاة مطلقها. لأن الرجعية لها حكم الزوجة، بخلاف البائن فلا تنتقل عدتها، إذ الرجعية وارثة والباين لا يرث لها.

- مطلقة اعتدت بالحيض فحاضت حيضة أو حيضتين، ثم آيست من الحيض فإنها تنتقل إلى الاعتداد بالأشهر فتعتد ثلاثة أشهر.

- مطلقة صغيرة لم تحض بعد، أو كبيرة آيسة اعتدت بالأشهر فلما مض شهر أو شهران من عدتها رأت الدم، فإنها تنتقل من الاعتداد بالأشهر إلى الاعتداد بالحيض، هذا إذا لم تتم العدة بالأشهر، أما إذا تمت العدة، ثم جاءها الحيض فلا عبرة به، إذ عدتها قد انتهت.

- مطلقة شرعت في العدة بالأشهر والإقراء وأثناء ذلك ظهر لها حمل فإنها تنتقل إلى الاعتداد بوضع الحمل لقوله تعالى: ﴿وَأُولَاتِ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾، (الطلاق، الآية 04).

الفرع الثاني: العدة في قانون الأسرة الجزائري.

لم يعرف المشرع الجزائري العدة لكن ترك تعريفها بالرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية، وذلك حسب المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري وجعل العدة أثر من آثار الطلاق ونص عليها تقي المواد (58- 59- 60- 61)، من قانون الأسرة الجزائري.

ومن خلال هذه المواد يتضح لنا أن المشرع الجزائري لم يخرج عن نطاق الفقه

الإسلامي في النقاط التالية:

- لا عدة على المطلقة غير المدخول بها.

¹ - أبو بكر جابر الجزائري، المرجع السابق، ص ص 357، 358.

- عدة المطلقة الغير حامل ثلاث قروء.
- عدة اليأس من الحيض ثلاث أشهر.
- عدة الحامل وضع حملها.
- عدة المتوفى عنها زوجها أربعة أشهر وعشرة أيام.
- تعتد امرأة المفقود أربع أشهر وعشرة منذ تاريخ الحكم.¹

وهذا ما أخذت به المحكمة العليا في قراراتها الصادرة، حيث أقرت وفقا لما جاء في الشريعة الإسلامية أنه: تستوجب العدة للمرأة المطلقة والمتوفى عنها زوجها، ولا تستوجب للمرأة المطلقة الغير مدخول بها.² وأن أمد العدة ثلاثة أشهر عند الطلاق إلا إذا كانت الزوجة حاملا.³

ومن الموانع المؤقتة لزواج المرأة، هو وجودها في عصمة رجل آخر أو في عدة طلاق، أو عدة وفاة، ومن ثم فالزواج بها ولو توفرت أركانه فهو غير صحيح لوجودها في العدة.⁴

المطلب الثاني: أحكام الحضانة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري.

تحتل الحضانة مكانة كبيرة في كل من أحكام الفقه الإسلامي و الاجتهاد القضائي وذلك لما لهذا الطفل الضعيف من حاجة إلى حماية باعتباره مستقبل الأسرة والمجتمع فقسما هذا المطلب إلى فرعين: بحيث سنتطرق في الفرع الأول إلى: أحكام الحضانة في الفقه الإسلامي. أما الفرع الثاني فسننتطرق فيه إلى: أحكام الحضانة في قانون الأسرة الجزائري.

¹ - مبروك المصري، الطلاق وآثاره من قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص ص 420، 421.

² - قرار رقم: 137571، المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 18/06/1996، المجلة القضائية، عدد 02، 1997، ص 93.

³ - المحكمة العليا، غرفة القانون الخاص، بتاريخ: 11/6/1968، المجلة القضائية، ج1، 1968، ص 127.

⁴ - المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ: 02/01/1983، المجلة القضائية، ج3، 1984، ص 731.

الفرع الأول: أحكام الحضانة في الفقه الإسلامي.

أولاً/ تعريف الحضانة في الفقه الإسلامي.

01- لغة: الحضانة مأخوذة من الحضن وهو الجنب (ما دون الإبط إلى الكشح)، أو الصدر والعضدان وما بينهما، ويقال: حضن الشيء إذا ضمه إليه وجعله في حضنه، ومنه حضن الطائر بيضه أي ضمه تحت جناحيه، وحضنت المرأة ولداً ضمته إليها.¹

02- شرعاً: لقد وردت عدة تعريفات فقهية للحضانة تكاد تتفق في ألفاظها ومدلولها:

أ- الحنفية: " هي تربية الولد ممن له حق الحضانة".²

ب- المالكية: " تربية الولد وحفظه وصيانته حتى يحتلم ثم يذهب الغلام حيث يشاء".³

ج- الشافعية: " حفظ من لا يستقل بأمره وتربيته بما يصلحه ويقيه ما يضره".

د- الحنابلة: " حفظ صغير أن معتوه أو مجنون عما يضرهم وتربيتهم بعمل مصالحهم".⁴

ثانياً/ حكمها:

أما عن حكم الحضانة فقد اتفق جمهور الفقهاء أن الحضانة واجبة لأن ترك الطفل يؤدي إلى ضياعه وهلاكه، وكذلك كل من لا يستقل بالقيام بأمر نفسه كالكبير العاجز، والحضانة فرض كفاية إذا قام بها البعض سقط الإثم عن الباقين.⁵

ثالثاً/ دليل وجوبها:

01- من الكتاب: ما جاء في الآية الكريمة: ﴿ فَتَقَبَّلَهَا رَبُّهَا بِقَبُولٍ حَسَنٍ وَأَنْبَتَهَا نَبَاتًا حَسَنًا وَكَفَّلَهَا زَكَرِيَّا ﴾، (آل عمران، الآية 37).

02- من السنة: «فقد قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم في حضانة الصبي، حيث جاءته امرأة فقالت يا رسول الله إن ابني هذا كان بطني له وعاء، وثدي له سقاء وحجري له

1 - محمد بن مكرم ابن منظور، لسان العرب، (د.ط)، ج3، دار صادر، بيروت، (د.س.ن)، ص 122.

2 - ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، ج5، ص 252.

3 - ابن القيم الجوزية، زاد المعاد في هدي خير العباد، المجلد الثاني، دار الكتاب العربي، (د. ب.ن)، (د.س.ن)، ص 560.

4 - وفاء معتوق حمزة، الطلاق وآثاره المعنوية والمالية في الفقه الإسلامي، ط1، دار القاهرة، مصر، 2000، ص 447.

5 - محمود علي السرطاوي، فقه الأحوال الشخصية، الزواج والطلاق، ط1، دار الفكر، الأردن، 2008، ص 331.

حواء، وإن أباه طلقني وأراد أن ينزعه مني فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: أنت أحق به ما لم تتكحي»¹.

رابعاً/ تعريف الحضانة قانوناً:

- موقف المشرع الجزائري: عرف الحضانة في المادة 62 من قانون الأسرة الجزائري «الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام على تربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا...».

نلاحظ من خلال هذا التعريف أن هناك إرادة عازمة أظهرها المشرع الجزائري اتجاه هذا العمل وأحاطه بقيود يكاد يذهب بها معنى الحضانة عن كل تربية تهمل الجانب الروحي والعقائدي للطفل أن تضعف فيه الجانب العقلي لحساب الجانب الجسدي أو العكس، وأراد أن يلفت انتباه الحاضن إلى ما هو مقدم عليه من واجبات نحو المحضون وأهله، فالأمر يحتاج إلى ذي أهلية خاصة ويكون المشرع قد حدد في هذه المادة نطاق الحضانة ووظائفها التي لا تتم إلا بها، بوصفها الجوانب الأساسية لتنمية شخصية الطفل.²

خامساً/ مدة الحضانة:

* عند فقهاء الشريعة:

- الحنفية: "مدة حضانة الذكر تمتد من الولادة إلى أن يستغني الولد عن خدمة النساء، ويكون ذلك في سن السابعة عند بعضهم أو في سن التاسعة عند البعض الآخر، وأما مدة الحضانة عند الأنثى من الولادة إلى أن تحيض، أي إلى وقت البلوغ".³

1 - أخرجه أبو داود في سننه، كتاب الطلاق، باب من أحق بالولد، ج2، ص 292.

2 - سعد فضيل، شرح قانون الأسرة الجزائري في الزواج والطلاق، ج1، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1988، ص 369، 370.

3 - عبد الرحمن الجزيري، كتاب الفقه على المذاهب الأربعة، ج4، دار الفكر، بيروت، (د.س.ن)، ص 577.

- المالكية: "الحضانة للام بعد الطلاق إلى احتلام الذكر ونكاح الأنثى ودخولها".¹

- الشافعية: "إذا بلغ الطفل عقلاً تنقطع عنه الحضانة والكفالة، ويبقى إسمه".

وقالوا: "إسكان بكر ولو رشيدة ثابت للأب حتى تزف، فإذا كانت بكرًا غير متزوجة فعند أبويها إن اجتمعا ومن اختارته منهما إن افترقا، وتجبر على ذلك لعرضتها للآفات، وقيل لا جبر ولكن يكره لها مفارقتها".²

- الحنابلة: "إذا بلغ الغلام سبع سنين خير بين أبويه فكان عند من اختار منهما، وإذا بلغت الجارية سبعا فأبوها أحق بها".³

سادسا/ مسكن الحضانة في الشريعة الإسلامية:

- الرأي الأول الحنفية: يقول أصحاب هذا الرأي انه ليس على أب المحضون أن يوفر للحاضنة مسكنا لتمارس فيه الحضانة و " أن الحاضنة إذا كان لها مسكن ويسكن الولد تبعا لها فلا يقدر لها أجره مسكن، وإن لم يكن لها مسكن قدر لها أجره السكن لأنها مضطرة إلى إيوائه وهذا هو الذي ينبغي العمل به".⁴

الرأي الثاني عند المالكية: أن السكن على الأب، فإن لم يكن له مسكن عليه الكراء، فقد جاء في حاشية الدسوقي " الحاضنة إذا أيسرت دون الأب لم يكن على الأب سكن".⁵

سابعا/ سقوط الحضانة واستعادتها:

اختلاف الدين وذلك عند الشافعية والحنابلة وبعض فقهاء المالكية، وذلك خشية على المحضون من الفتنة في دينه، وكذلك عند الحنفية بالنسبة للحاضن الذكر، والمشهور عند المالكية والحنفية بالنسبة للحاضنة الأنثى وأن تكون مرتدة، لأنها تجس وتضرب فلا تتفرغ

1 - أحمد بن غنيم المالكي، الفواكه الدواني على رسالة ابن زيد القيرواني، ج1، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1997، ص 05.

2 - زكريا بن محمد الأنصاري، الغرر البهية في شرح منظومة البهجة الوردية، ج8، دار الكتب العلمية، ط1، بيروت، 1997، ص 588.

3 - ابن قدامة المقدسي، عمدة الفقه في المذهب الحنبلي، المكتبة العصرية، ط1، صيدا- بيروت، ص 112.

4 - حسين أحمد منصور، مسكن الزوجية، رسالة ماجستير، جامعة القاهرة، مصر، (د.س.ن)، ص 297.

5 - شمس الدين الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج2، دار إحياء الكتب العربية، (د.س.ن)، ص 534.

للحضانة كما يقول الحنفية، غير أن المالكية قد وضعوا لسقوط الحضانة المرأة عند زواجها بأجنبي بالقيود الآتية:

- عدم سكوت من له حق في الحضانة بعد علمه بزواج الحاضنة سنة فأكثر فإن سكوت هذه المدة يسقط حقه.

- وجود مرضعة للطفل غير حاضنة إذا كان الطفل رضيعا وقبل ثديها.¹

ثامنا/ رجوع الحضانة للمرأة بعد سقوطها:

فيعود حق الحضانة في الحضانة إذا سقطت عنها لعذر وأخذ الحضانة من يليها في المرتبة، إذا زال العذر وفقا للمذهب المالكي في الحالات الآتية:

- العذر الذي لا يقدر معه القيام بحق المحضون كالمرض أو عدم وجود اللبن.
- إذا رجع الولي من سفره بالمحضون إلى بلده الأول رجع الحق للحضانة من جديد.
- سفر الحاضنة لأداء فريضة الحج، فإذا رجعت كان لها الحق في الولد.²

الفرع الثاني أحكام الحضانة في قانون الأسرة الجزائري.

أولا/ شروط الحضانة:

لم يتناول قانون الأسرة الجزائري شروط الحضانة ولم يخصص لها أي مادة، وإنما اكتفى بالنص في الفقرة الثانية من المادة 62: « يشترط في الحاضن أن يكون أهلا للقيام بذلك » دون أن يفصل في الشروط التي يجب توفرها في الحاضن مما يدفعنا إلى اللجوء إلى آراء فقهاء الشريعة الإسلامية بهذا الخصوص وفقا لنص المادة 222 من قانون الأسرة. حيث يشترط في الحاضن والحاضنة ما يلي:

01- الحرية، والبلوغ والعقل، لان لأن المملوك مشغول بخدمة سيده، والصغير والصغيرة لا يحسن منهما القيام بحضانة الصغير ورعايته، ولأنهما لا يستطيعان القيام بشؤونهما فالأولى

¹ - خليفة غربي، إسهام الاجتهاد القضائي في تعديل قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 51.

² - محفوظ بن صغير، المرجع السابق، ص 675.

ألا يستطيعا القيام بشؤون غيرهما، والمجنون والمعتوه لا يحسن أمر نفسه فلا يصلح أمر غيره، بل هما أشد حالا من الصغير والصغيرة.

جاء في قرار المحكمة العليا في الملف رقم 265727 الصادر بتاريخ: 2002/02/13: «إن إسناد الحضانة للأب بحجة مرض الزوجة عقليا دون إثبات هذا المرض بعد انعدامها في الأساس القانوني ومخالفة للقانون ينجر عنها النقص دون إحالة».¹

02- الأمانة والقدرة على القيام بشؤون الطفل، ومن ثم فإن القضاء بتقرير ممارسة حق الحضانة دون توافر هذا الشرط يعد خرقا لقواعد الفقه الإسلامي.²

ولما كان الثابت في قضية الحال أن الحاضنة فاقدة البصر، وهي بذلك تعد عاجزة عن القيام بشؤون أبنائها، ومن ثم فإن قضاة الاستئناف بإسنادهم حضانة الأولاد لها وهي على هذا الحال حادوا عن الصواب وخالفوا القواعد الفقهية.

ومتى كان كذلك استوجب نقض وإبطال القرار المطعون فيه تأسيسا على الوجه المثار من الطاعن بمخالفة هذا المبدأ.

ومن المقرر فقها وقانونا أن الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا للقانون، وكما كان الثابت في قضية الحال أن المجلس عندما اسند حضانة البنات الثلاثة للأم على اعتبار عاطفي بالرغم من ثبوت سوء خلقها يكون قد خرق القانون ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه.³

¹ - قرار المحكمة العليا، المجلة القضائية، العدد 02، 2002، ص 432.

² - عمر بن سعيدة، الاجتهاد القضائي وفقا لأحكام قانون الأسرة، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2014، ص 42.

³ - القرار رقم: 265727، المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ: 2002/02/13، المجلة القضائية، العدد 02، 2002، ص 432.

كما جاء في قرار الملف رقم: 174207 المؤرخ في: 03 جويلية 2002 ما يلي: « حيث أن عمل الحاضنة لا يوجب إسقاط صحتها في حضانة ولدها، ما لم يتوفر الدليل الصحيح على أن هذا العمل يحرم المحضون من حقه في العناية والرعاية...»¹.

ويزداد على هذه الشروط إذا كانت الأم هي الحاضنة:

01- أن تكون ذات رحم محرم للطفل: فالأم والأخت من الرضاعة محرم له ولكنها ليست رحما فلا حضانة لها، كما أن القريب غير المحرم كبنات العم أو العمة أو الخال أو الخالة لا حضانة لهم.

02- ألا تكون متزوجة بغير ذي رحم محرم من الصغير: لأنها تكون قد أمسكته عند أجنبي ربما يبغضه ويقسو عليه، ولا يؤديه، فإن كان الزوج رحما محرما، كالجدة الحاضنة تمسك حفيد ما عند زوجها الحد لأم أو خالته يكون الزوج ابن عمه، لا يكون التزوج مانعا من ثبوت حقها في الحضانة لأنه في الغالب لا يمقته لا يسئ إليه نص المادة 66 من قانون الأسرة على أنه: «يسقط حق الحضانة بالتزوج بغير قريب محرم وبالتنازل، ما لم يضر بمصلحة المحضون».

وكرست المحكمة العليا هذا المبدأ في العديد من قراراتها منها القرار الصادر بشأن الملف رقم: 40438 المؤرخ في: 1986/05/05: «من المقرر في أحكام الشريعة الإسلامية أنه يشترط في المرأة الحاضنة ولو كانت أما، فأحرى بغيرها أن تكون خالية من الزواج، أما إذا كانت متزوجة فلا حضانة لها لانشغالها عن المحضون، فإنه من المتعين تطبيق الحكم الشرعي عن القضاء في مسائل الحضانة لذلك استوجب نقض القرار الذي خالف المبدأ، وأسند حضانة البنت لجدها لأم متزوجة بأجنبي عن المحضون»².

رغم أن الشريعة الإسلامية تجيز زواج المسلم بالكتابية، إلا أن قضاء المجلس الأعلى قرر إسقاط الحضانة عن الأم لكونها مسيحية في القرار رقم: 19287 الصادر بتاريخ:

¹ - قرار المحكمة العليا، المجلة القضائية، العدد 01، 2004، ص 272.

² - قرار المحكمة العليا، المجلة القضائية، العدد 02، 1989، ص 75.

16/04/1979 حيث جاء فيه: «أن الأم لا تستحق حضانة الأولاد لأن شرط استحقاقها هو أن يبقى الأولاد على دين أبيهم، حيث أن الأم التي هي مسيحية عدت تمسيح الأولاد كما ثبت، لكن المجلس مع هذا المبطل للحضانة أقرها للأم مع أن الطاعن تقدم بطلب إسقاطها لهذا استوجب نقض القرار».¹

كما ازداد على الشرطين الأولين إذا كان الرجل هو الحاضن:

01- أن يكون عسبة للطفل: لأن مبنى استحقاق الحضانة للرجل عند عدم وجود النساء الصالحات لها قائم على استحقاق الميراث.

02- أن يكون على دين الصبي: فالابن المسيحي أولى بحضانة أخيه غير المسلم، والكفر كله دين واحد، ولا يشترط إتحاد الدين في الحضانة، فالمسيحية يثبت لها حق حضانة ولدها من زوجها المسلم، إن كان الولد مسلم بإسلام أبيه، لأن سبب هذا الحق هو توفر الشفقة ولا يؤثر فيه اختلاف الدين.²

ثانيا/ مصلحة المحضون في قانون الأسرة الجزائري:

خصص المشرع الجزائري (11) مادة من قانون الأسرة الجزائري كرسها بموجبها مجموعة من الحقوق للمحضون معتبرا مصلحة المحضون ركيزة أساسية يعتمد عليها القاضي عند البت في مسائل الحضانة وذلك باختيار أفضل الحلول بالنسبة للمحضون وترجيحها على بقية المصالح يمكن إبرازه في النقاط التالية:

01- ترتيب مستحقي الحضانة:

تنص المادة 64 من قانون الأسرة المعدلة سنة 2005 على أنه: «الأم أولى بحضانة ولدها ثم الأب، ثم الجدة لأم، ثم الجد لأب، ثم الخالة، ثم العمّة، ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك وعلى القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة».

¹ - القرار رقم: 174207، المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ: 2002/07/03، المجلة القضائية، العدد 01، 2004، ص 25 - 27.

² - بدران أبو العينين بدران، أحكام الزواج والطلاق في الإسلام، مرجع سابق، ص ص 337 - 379.

وعليه فالترتيب الوارد حصرا في المادة 64 ليس من النظام العام ويمكن مخالفته إذا ثبت بالدليل أن الأسبق في ممارسة الحضانة ليس أهلا للقيام بها، وأن غيره ممن ليسوا مرتين أحق بالحضانة منه.¹

ومنه وتطبيقا للنص القانوني السابق أكدت المحكمة العليا ضرورة مراعاة الترتيب الوارد فيه إلا في حالة ثبوت أن مراعاة مصلحة المحضون تستدعي خلاف ذلك، حيث جاء في قرارها أنه: «من المقرر قانونا أنه لا يجوز مخالفة الترتيب المنصوص عليه في المادة 64 من قانون الأسرة، إلا إذا ثبت بالدليل من هو أجدر بالقيام بدور الحضانة».

ولما ثبت - في قضية الحال - أن القضاة أسندوا الحضانة للأخت لأب رغم وجود الحالة المطالبة بها، إضافة إلى عدم استعانتهم بمرشدة اجتماعية لمعرفة الطرف الأقدر على تربية الأولاد ورعايتهم.

فإنهم بقضائهم كما فعلوا خالفوا القانون وعرضوا قرارهم للقصور في النسب، ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه.²

وهو ما كرسه قضاء المحكمة العليا في عدة مناسبات، ومن ذلك القرار الصادر بتاريخ: 1983/04/02 والذي جاء فيه: «متى كان من المقرر شرعا أن حضانة الأبناء تسند إلى أمهم، ولا يسقط عنها هذا الحق إلا بموجب شرعي، كما أنه يجوز تجزئة الحضانة لنفس السبب، فإن القضاء بما يخالف أحكام هذا المبدأ يع خرقا لأحكام الشريعة الإسلامية وقواعد القانون الوضعي».³

إن القاضي وفقا للقرار السالف الذكر يحكم بإسناد الحضانة لأم الأم إذا طلبتها وتنازلت عنها الأم، أو سقط حقها في ذلك بمبرر شرعي كالزواج من زوج أجنبي عن

1 - باديس ديابي، آثار فك الرابطة الزوجية (تعويض، نفقة، عدة، حضانة، متاع)، دراسة معمقة بالاجتهاد القضائي، دار الهدى، الجزائر، 2008، ص 77.

2 - القرار رقم: 179471، المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ: 1998/03/17، الاجتهاد القضائي، المجلة القضائية، عدد خاص، 2001، ص 172.

3 - القرار رقم 32594، المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، الصادر بتاريخ: 1983/04/02، المجلة القضائية، العدد 01، 1989، ص 77.

المحضون، فالجدة هي الأم وإن علت ثم تليها الخالة.¹ وهو ما أيده قرار القضاء في أحد قرارات المحكمة العليا الصادر بتاريخ: 1985/12/30 والذي جاء فيه:

«من المقرر شرعا أن الفقه الإسلامي قد وضع فيما يرجع إلى الحضانة أن الخالة من الدرجة الثالثة- يعني قبل الجدة لأب».²

ومن كل ذلك يتضح أن الحضانة تؤول إلى الأم وبعدها لأم الأم، ثم الخالة فإذا انعدمت شروط الحضانة في هؤلاء انتقلت إلى الأب ثم الجدة لأب.

02- ترتيب الحواضن في قانون الأسرة المعدل بموجب الأمر رقم: 02-05:

خالف المشرع الجزائري تفي تعديله لقانون الترتيب الذي كان قد وضعه لأصحاب الحق في الحضانة بعد الأم، ولذلك بمقتضى المادة 64 من قانون الأسرة الجزائري المعدل بالأمر رقم 02-05: «الأم أولى بحضانة ولدها ثم الأب، ثم الجدة لأم، ثم الجدة لأب، ثم الخالة، ثم العمة، ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك وعلى القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الريادة».

ومن خلال هذه المادة يتضح أن المشرع الجزائري أبقى على حق الحضانة للأم وقدم الأب على الجدة لأم والخالة في استحقاقه لحضانة ابنه، هذا التغيير الذي يطرح السؤال التالي: هل المشرع الجزائري خالف في ذلك أحكام الشريعة؟ والفيصل فيها حكم القاضي وفقا لمصلحة المحضون.

بالرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية نجد أن ترتيب أصحاب الحق في الحضانة بعد الأم من المسائل التي لم يتحقق لها الإجماع، ومن ثم فإن المشرع الجزائري في تعديله

1 - ابن القيم الجوزية، أعلام الموقعين، ج4، ص 360.

2 - القرار رقم 39203، المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، الصادر بتاريخ: 1985/12/30، المجلة القضائية، العدد 04، ص 172.

الأخير لقانون الأسرة قد أخذ في هذه المسألة بالرأي الذي يقدم الأب على سائر النسوة بعد الأم.¹

03- مدة الحضانة في قانون الأسرة الجزائري:

تنص المادة 65 من قانون الأسرة ما يلي: «تقتضي مدة حضانة الذكر ببلوغه 10 سنوات والأنثى ببلوغها سن الزواج، وللقاضي أن يمدد الحضانة بالنسبة إلى الذكر إلى 16 سنة إذا كانت الحاضنة أما لم تتزوج ثانية على أن يراعي في الحكم بانتهائها مصلحة المحضون».

وهذا ما جاء به قرار المحكمة العليا المؤرخ في: 1995/10/24 " لقضاة الموضوع الحق تمديد الحضانة بالنسبة للذكر في سن سادسة عشر إذا كانت الحاضنة لم تتزوج ثانية مراعاة مصلحة المحضون دون أن يكونوا قد خرقوا المادة 65 من قانون الأسرة".²

كما جاء في القرار المؤرخ في 1989/03/13: «من المقرر شرعا أن الأم أولى بحضانة ولدها ولو كانت كافرة، إلا إذا خيف على دينهن وأن حضانة الذكر للبلوغ، وحضانة الأنثى حتى سن الزواج، ومن ثم فإن القضاة بخلاف هذا المبدأ بعد خرق للأحكام الشرعية القانونية، ولما كان قضاة الاستئناف في قضية الحال قضوا بتعديل الحكم المستأنف لديهم بخصوص (الولدين باعتبار) حضانة الأولاد الثلاثة، ومن جديد إسنادها إلى الأب، فإنهم بقضائهم كما فعلوا أصابوا بخصوص الولدين، باعتبار أنهما أصبحا يافعين، إلا أنهم أخطئوا بخصوص البنت خارقين بذلك أحكام الشريعة الإسلامية والمادة 64 من قانون الأسرة، أو متى كان ذلك استوجب نقض القرار جزئيا فيما يخص حضانة البنت دون إحالة».³

1 - لعل سعادى، الزواج وانحلاله في قانون الأسرة الجزائري - دراسة مقارنة- بحث لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، الجزائر، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2015/2014، ص 439.

2 - القرار رقم: 123889، المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ: 1995/10/24، المجلة القضائية، نشرة القضاة، العدد 52، 1997، ص 11.

3 - القرار رقم: 52221، المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ: 1989/03/13، المجلة القضائية، الملف رقم: ، العدد 1، 1997، ص 48.

04- مسكن الحضانة في قانون الأسرة:

نصت المادة 72 من قانون الأسرة على أنه: «في حالة الطلاق يجب على الأب أن يوفر لممارسة الحضانة سكنا ملائما للحاضنة، وإن تعذر ذلك فعليه دفع بدل ذلك الإيجار وتبقى الحاضنة في بيت الزوجية حتى تنفيذ الأب للحكم القضائي المتعلق بالسكن». أما قبل التعديل فجاء في المادة 52 في فقرتها الثانية على أنه: «... إذا كانت حاضنة ولم يكن لها ولي يقبل إيواها يضمن حقها في السكن مع محضونيتها حسب وسع الزوج». هنا نرى أن حق المطلقة في السكن مقيد بجملة من الشروط وهي:

- أن يكون للمطلقة حكم يقضي بإسناد الحضانة.
- عدم وجود ولي للزوجة يقبل إيواها.
- أن يكون للحضانة محضونين بصيغة الجمع.
- عدم زواج المطلقة أن ثبوت انحرافها.
- قدرة الزوج المطلق على ضمان السكن حيث جاء في المادة 52 «... حسب وسع الزوج».¹

- حق المحضون في السكن بعد التعديل.

وجهت عدة انتقادات للمشرع الجزائري على إثر المادتين 52 و 72 من قانون الأسرة الجزائري، دفعت ذلك الأخير إلى إجراء تعديل بموجب الأمر 05-02 المؤرخ في: 2005/02/27 وذلك بإلغائه للفقرة الثانية من المادة 52، كما عدل المادة 72.²

05- سقوط الحضانة:

لقد نص المشرع الجزائري على الحالات التي يسقط فيها حق الحضانة وهي:

¹ - عيسى طعيبة، سكن المحضون في تشريع الأسرة والاجتهاد القضائي، رسالة ماجستير في الحقوق، فرع العقود والمسؤوليات، كلية الحقوق، جامعة الجزائر1، 2010، ص 24.

² - المرجع نفسه، ص 24.

- حسب نص المادة 66 من قانون الأسرة الجزائري أنه إذا كانت الأم أحق وأولى من غيرها بحضانة ولدها الصغير، فإنه بعد زواجها بأجنبي عن المحضون غير ذي محرم سببا لسقوط حقها في الحضانة ويمكن نقله إلى غيره مما يحق لهم طلبها.

- كما يعتبر التنازل عن الحضانة سواءا كتابيا أو شفويا أمام الشهود أو أحكام القضاء وثبت للقاضي أن هذا التنازل رضائيا يحكم بسقوط الحضانة عن الحاضن المستحق.¹

ولكن إن ثبت للقاضي أن هذا يتنافى مع مصلحة المحضون فإنه يجتهد بوسع صلاحياته من أجل تقدير مصلحة المحضون، وهذا ما جاء في قرار المحكمة العليا المؤرخ في: 1998/04/21 «من المقرر قانونا أنه لا يعتد بالتنازل عند الحضانة إذا أضر بمصلحة المحضون، ومن ثم فإن القضاة لما قضوا بإسناد حضانة الولدين لأمهاتهما رغم تنازلها عنها مراعاة لمصلحة المحضونين، فإنهم طبقوا صحيح القانون، ومتى كان ذلك استوجب رفض الطعن».²

كما يشترط التنازل عن الحضانة وجود حاضن آخر ويكون له القدرة على الحضانة.³ وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها الصادر في تاريخ: 1988/12/19 أنه: «من المقرر شرعا وقانونا أن التنازل يقتضي وجود حاضن آخر يقبل تنازلها وله القدرة على الحضانة، فإن لم يوجد فإن تنازلها لا يكون مقبولا وتعامل معاملة نقيض قصدها».⁴

- كما تسقط الحضانة إذا اختلفت الشروط المنصوص عليها في المادة 62 من قانون الأسرة الجزائري سواءا فيما يتعلق بأهمية الحاضن أو الالتزام بالتربية والحماية والرعاية الصحية والخلقية للصغير.⁵

¹ - نسرين إيناس بن عصمان، مصلحة الطفل في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، تخصص قانون الأسرة، جامعة تلمسان، 2008، ص 144.

² - القرار المؤرخ في: 1998/04/21، رقم الملف: 189234، المجلة القضائية، غرفة الأحوال الشخصية، ص 175.

³ - نسرين إيناس بن عصمان، المرجع السابق، ص 146.

⁴ - المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، القرار الصادر بتاريخ: 1988/12/19، ملف رقم: 51894، المجلة القضائية، العدد1، 2001، ص 70.

⁵ - عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، ط2، دار هومة، الجزائر، 2002، ص 186.

- أما عن عمل المرأة كأصل عام فمن المقرر شرعا وقانونا أنه من حقها أن تعمل ولا يكون سببا في سقوط الحضانة عنها، وهذا ما قضت به المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ: 2002/07/30 «أن من المستقر عليه قضاء أن عمل المرأة لا يعتبر من مسقطات الحضانة، ومن ثم فإن قضاة المجلس بقضائهم بإلغاء الحكم المستأنف والقضاء من جديد بإسقاط حضانة الولدين عن الطاعنة باعتبارها عمالة أخطئوا في تطبيق القانون أو عرّضوا قرارهم للقصور في التسبيب وانعدام الأساس القانوني، مما يستوجب نقض القرار المطعون فيه».¹

- حسب نص المادة 68 من قانون الأسرة الجزائري إذا كان الشخص له حق طلب ممن ورد ذكرهم في المادة 64 من قانون الأسرة الجزائري سهى ولم يمارس حقه في طلب الحضانة في وقتها ومضى على ذلك ما يزيد عن سنة ميلادية كاملة وبدون عذر شرعي وقانوني فإنه طلبه لحق الحضانة غير مؤسس.

كما تجدر الإشارة إلى أن دعوى الحضانة مقيدة بمدة زمنية معينة، يسقط الحق فيها إذا لم يطالب بها من له الحق فيها مدة تزيد عن سنة بدون عذر.²

وهذا ما جاء به القرار الصادر عن المجلس الأعلى بتاريخ: 1984/07/09 «... أن الاجتهاد القضائي جرى على أنه لا يقبل طلب الذي يقدم بعد عام من تاريخ الفصل في الحضانة».³

- حسب المادة 69 من قانون الأسرة الجزائري نجد أنها تنص على أنه إذا أراد الشخص الذي يمارس حق الحضانة أن يستوطن في بلد أجنبي بالمحضون عليه أن يراعي القاضي لإثبات الحضانة له أو إسقاطها عنه مراعاة مع مصلحة المحضون.⁴ فلا تستند الحضانة

1 - المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، القرار الصادر بتاريخ: 2002/07/30، ملف رقم: 274207، المجلة القضائية، العدد 1، 2004، ص 270.

2 - عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 168.

3 - المجلس الأعلى، غرفة الأحوال الشخصية، القرار الصادر بتاريخ: 1984/07/09، ملف رقم: 32829، المجلة القضائية، العدد 1، 1990، ص 60.

4 - عبد العزيز سعد، نفس المرجع السابق، ص 187.

لأم يقيم في بلد أجنبي بعيدا عن رقابة الأب.¹ وهذا ما قضت به المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 2005/10/12: «من المقرر قانونا وشرعا أن الحضانة تسند على أساس مصلحة المحضون، وأن إسنادها لأم أثبتت أنها تقيم في بلد أجنبي بعيدا عن أبيهم يعد خطأ في تطبيق القانون والاجتهاد القضائي».²

المطلب الثالث: أحكام النزاع على متاع البيت في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري.
سننتظر في هذا المطلب إلى النزاع حول متاع البيت بين الزوجين بعد الطلاق في الفقه الإسلامي وذلك في الفرع الأول، وقانون الأسرة الجزائري من خلال المادة 73 منه مع بيان أهم القرارات الصادرة عن المحكمة العليا في هذا الموضوع في الفرع الثاني.

الفرع الأول: أحكام النزاع على متاع البيت في الفقه الإسلامي.

أولا/ مفهوم متاع بيت الزوجية:

يقصد بالمتاع في لغة العرب هو كل ما ينتفع به ويرغب في اغتنائه كالطعام وأثاث البيت والسلعة والمال.³

أما في الاصطلاح فهو كل ما يتمتع به وينتفع به فيشمل جميع نعم الله سبحانه وتعالى التي لا تعد ولا تحصى ومنها التمتع بالأموال وأثاث البيت.⁴

وقد ذكرت كلمة المتاع بعدة معاني وفي عدة مواضع من القرآن الكريم منها:

- قوله تعالى: ﴿لَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَنْ تَدْخُلُوا بُيُوتًا غَيْرَ مَسْكُونَةٍ فِيهَا مَتَاعٌ لَكُمْ وَاللَّهُ يَعْلَمُ مَا تُبْدُونَ وَمَا تَكْتُمُونَ﴾، (النور، الآية 29).

- وقال تعالى: ﴿قَالُوا يَا أَبَانَا إِنَّا ذَهَبْنَا نَسْتَبِقُ وَتَرَكْنَا يُوسُفَ عِنْدَ مَتَاعِنَا فَأَكَلَهُ الذِّئْبُ﴾، (يوسف، الآية 17).

¹ - صقر نبيل، قانون الأسرة نصا وفقها وتطبيقا، (د.ط)، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2006، ص 226.

² - المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، القرار الصادر بتاريخ: 2005/10/12، ملف رقم: 334543، نشرة القضاة، 2008، العدد 62، نقلا عن: جمال سايس، المرجع السابق، ص 860.

³ - إبراهيم مذكور، المعجم الوسيط، مرجع سابق، ص 852.

⁴ - عبد الوهاب قيس الحياي، ملكية أثاث بيت الزوجية، ط1، دار الحامد، عمان، 2008، ص 46.

والمراد بمتاع البيت هنا كل ما يوجد في بيت الزوجية مما ينتفع به في المعيشة سواء كان من الجهاز أو أدوات منزلية وجدت بعد الزواج.¹

ثانيا/ الاختلاف في متاع البيت بين الزوجين:

إذا اختلف الزوجان في أثاث البيت الذي يسكنه فادعى الزوج أنه له وادعت الزوجة أنه ليها فمن حيث أن كلا منهما مدّع فمن أقام البينة قضى له سواء كان الاختلاف حين قيام الزوجية أم بعد حصول الفرقة، وسواء كان البيت الذي يسكنان فيه ملكا لأحدهما أم مستأجرا وسواء شهد الظاهر لمن أقام البينة أم خالفه لأن بينته أثبتت دعواه، وإن كان لكل منهما بينة رجحت بينة من يثبت خلاف الظاهر لأن البينات كما قدمنا لإثبات خلاف الظاهر. والظاهر هنا هو صلاحية الشيء المتنازع فيه لأيهما فإن كان يصلح له خاصة كثيابه الخصوصية أو العيادة لطبيب رجحت بينهما.

وإن كان يصلح لها خاصة كثيابها الخصوصية أو أدوات زينتها رجحت بينته، وإن كان يصلح لهما كالسرر والبساط والأواني فلا مرجح لأحدى البينتين والقول قول الزوج بيمينه لأن يده على البيت وما فيه ظاهر يشهد له بلا معارض.

وإن لم يكن لواحد منهما بينة القول لمن يشهد تله الظاهر بيمينه فلما يصلح للرجال خاصة القول فيه للزوج بيمينه وما يصلح للنساء خاصة القول فيه للزوجة بيمينها وهذا الاتفاق بين الإمام وصاحبيه.²

ويكون القول لها فيه بيمينها عملا بشهادة العادة الغالبة وما زاد عن ذلك يكون القول فيه للزوج بيمينه عملا بشهادة اليد.

وأبو يوسف لم يفرق بين الاختلاف الحاصل بين الزوجين أنفسهما أو بين أحدهما وورثة الآخر فجعل القول للزوجة أو ورثتها باليمين في قدر ما تجهز به عادة وجعل القول للزوج أو لورثته باليمين فيما زاد.

1 - محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، مرجع سابق، ص 434.

2 - عبد الوهاب خلاف، أحكام الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص 103.

وأبو حنيفة فرق فقال: وإن كان الاختلاف في الصالح مما بين الزوجين أنفسهما فالقول للزوج بيمينه لأنه صاحب اليد وحده وإذا كان بين أحدهما وورثة الآخر فالقول للحي منهما بيمينه سواء كان الزوج أو الزوجة لأن يد التي منهما ظاهر شاهد له.¹

الفرع الثاني: أحكام النزاع على متاع البيت في قانون الأسرة الجزائري.

نص المشرع الجزائري في المادة 73 من قانون الأسرة الجزائري بأنه: «إذا وقع النزاع بين الزوجين أو ورثتهما من متاع البيت وليس لأحدهما بينة، فالقول للزوجة أو ورثتها مع اليمين من المعتاد للنساء والقول للزوج أو ورثته مع اليمين في المعتاد للرجال والمشاركات بينهما يقسمانها مع اليمين».

ويتضح من هذه المادة أن النزاع في متاع البيت وأثاثه ينتهي لصالح صاحب البينة، وذلك انطلاقاً من القاعدة الفقهية المشهورة: «البينة على من ادعى واليمين على من أنكر»، وهذا على طبيعة الشيء محل النزاع.² ولقد أقرت المحكمة العليا أنه: "إذا اختلف الزوجان على متاع البيت وكان مما يصلح عادة للنساء يقضى ما تطلبه الزوجة بعد تحليفها اليمين. وعليه يستوجب نقض القرار الذي فصل في نزاع متعلق بمتاع البيت الخاص بالنساء، وحكم على الزوج بتأدية اليمين"³، كما أقرت المحكمة العليا أنه: "من المعروف فقهاً حول اختلاف الزوجين في متاع البيت أن ما يخص النساء للنساء ومن ثم فاليمين قررها الشارع وجعلها على من يساند العرف، والزوجة أثبتت أنها جهاز تلفزيون وأن الزوج اعترف بأن الخزانة ذات ثلاثة أبواب هي لزوجة، وكانت اليمين عليها لكون موضوع النزاع خاص بالنساء مما يستوجب رد هذا الوجه".⁴

¹ - عبد الوهاب خلاف، نفس المرجع، ص 104، 105.

² - العربي بلحاج، المرجع السابق، ص 394.

³ - القرار رقم 39775، المحكمة العليا، الصادر بتاريخ: 1986/01/27، غرفة الأحوال الشخصية، المجلة القضائية، العدد 1، 1989، ص 108.

⁴ - القرار رقم: 40437، المحكمة العليا، الصادر بتاريخ: 1986/05/05، غرفة الأحوال الشخصية، غير منشور.

أما إذا كانت طبيعة النزاع خاصة بالرجال فإن الزوج يكلف بأداء اليمين كذلك، وله أن يأخذه لا طالما أن الزوجة لا تملك البينة الكافية.¹

وفي حالة ما إذا كان متاع البيت المتنازع عليه يحتمل أن يصلح لاستعمال الرجل والمرأة وليس لكلاهما بينة على امتلاكه فنجد هنا رأيين:

- **الرأي الأول:** الذي ذهبت إليه المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ: 1989/01/16 والذي جاء فيه " أن أثاث البيت المخصص للاستعمال الثنائي بين الزوجين يعتبر ملكا للزوج ما لم تثبت الزوجة البينة أن ذلك ملك لها اشترته أو هو جملة صداقها فإن لم يكن هذا فالزوج أحق به مع يمينه".²

- **الرأي الثاني:** أنه إذا وقع النزاع حول بعض متاع البيت ولم يكن لأحد الخصمين بينة ولم يتمكن القاضي من التفريق بين ما يصلح لاستعمال النساء وما يصلح لاستعمال الرجال، فإن حل النزاع لا يمكن أن يتم إلا بالحكم بتقسيم متاع البيت بينهما مناصفة.

وأخيرا فإن أثاث البيت مبدئيا هو ملك للزوج وللزوجة أن تثبت عكس ذلك، كما أن الزوج قانونا أحق بمتاع البيت المشترك بين الزوجين مع يمينه فإذا تنازع الزوجين حول الموضوع، فإنه يمكن حسمه بالفاتورات ويجوز تعزيز هذا بوسيلة إثبات أخرى كاليمين المتممة، وفي حالة اختلاف الزوجين حول قيمة الأمتعة، فللقاضي قانونا سلطة في تحديد ذلك ولا يجوز له تحويل سلطته إلى المنفذ أو أي رجل آخر.³

¹ - القرار رقم: 88/344، مجلس قضاء معسكر، بتاريخ: 1989/01/16، (غير منشور).

² - القرار رقم: 52212، المحكمة العليا، الصادر بتاريخ: 1989/01/16، غرفة الأحوال الشخصية، المجلة القضائية، العدد 03، 1991، ص 55.

³ - العربي بلحاج، المرجع السابق، ص ص 395، 396.

خلاصة الفصل:

نستخلص من خلال ما سبق أن الطلاق في الفقه الإسلامي هو رفع قيد النكاح في الحال أو المآل بلفظ مخصوص وهو جائز لقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا الْعِدَّةَ﴾، (الطلاق، الآية 01).

والأصل فيه الجواز مع الكراهة، ويختلف حكمه باختلاف الباعث عليه، فقد يكون مباحا أو مستحبا أو واجب في بعض الحالات وقد يكون حراما أو مكروها في حالات أخرى، ويقع الطلاق في الأصل بيد الرجل للعصمة الزوجية، ويكون للقاضي الحق في فسخ الزواج إذا طلب منه أحد الزوجين أو إذا تضررت الزوجة بالتفريق الزوجي لعدة أسباب، ويثبت الطلاق من وقت تلفظ الزوج به.

وقد جاء في المادة 48 والمادة 49 من قانون الأسرة الجزائري، أن الطلاق هو فك الرابطة الزوجية أما بالإرادة المنفردة لزوج أو بالتراضي بينهما أو بطلب من الزوجة. ولا يثبت إلا بحكم قضائي بعد إجراء محاولات الصلح وغير قابل للاستئناف ماعدا في جوانبه المادية حسب ما جاء في المادتين 52 و57 من نفس القانون، كما نصت المادتين 50 و51 على الطلاق الرجعي وهو الأصل ولكن لم يفرق بينه وبين الطلاق البائن، وفرق بينهما الاجتهاد القضائي كما صرح بالطلاق الرجعي وحق الزوجة في الرجعة وربط الرجوع بالعدة الأمر الذي أغفله المشرع الأسري.

ويكون الزوج متعسفا في الطلاق إذا كان الطلاق في مرض الموت أو الطلاق بدون سبب، وأوكل تقدير التعويض عن الطلاق التعسفي للقاضي حسب نص المادة 52.

ويترتب عن الطلاق آثار شرعية وقانونية نص عليها المشرع الأسري من المادة 58 الى المادة 73 وهي العدة والحضانة والنزاع على متاع البيت، كما كان للاجتهاد القضائي في قراراته دور بارز هنا خاصة في الحرص على نفقة المعتدة ومراعاة مصلحة المحضون عند إسناد الحضانة في تربيته وتعليمه والحفاظ على ديانتته، وتوفير السكن للحاضنة، و مراعاة القاعدة الفقهية الشهيرة البيئة على من ادعى واليمين على من أنكر في حل النزاعات الخاصة بمتاع البيت.

خاتمة وتوصيات

من خلال دراستنا لموضوع الاجتهاد القضائي الأسري الجزائري - أحكام الطلاق
أنموذجاً - مقارنة بالشرعية الإسلامية توصلنا الى النتائج التالية متبوعة ببعض الاقتراحات
والتوصيات:

• النتائج المتوصل إليها:

- الاجتهاد القضائي له دور بارز في التشريع فهو الذي يفسره ويحدد معناه ويؤدي من خلال تفسيره لنصوص التشريع الى التوسع في تطبيقه بل الى تعديله فيصبح أكثر ملائمة لظروف البيئة وتطور المجتمع.
- الاجتهاد القضائي في شؤون الأسرة يخضع في مفهومه لأحكام وقواعد الاجتهاد الفقهي كونه يستمد أحكامه من الشريعة الإسلامية ويتم الرجوع إليها حسب نص المادة 222 من قانون الأسرة.
- وضعت الشريعة الإسلامية وأتبعها قانون الأسرة الجزائري وسائل وطرق إمكانية المطالبة بالطلاق عن طريق السلطة القضائية.
- قد جعل الطلاق في الشريعة الإسلامية بيد الرجل للعصمة الزوجية وهو ما أخذ به المشرع الجزائري في المادة 48 من قانون الأسرة.
- الصياغة الركيكة للمواد 49، 50، 58، ترتب عليها عدم وضوح أحكام الطلاق الرجعي في قانون الأسرة وازدواجية العدة، عدة شرعية تبدأ من وقت تلفظ الزوج بالطلاق، وعدة قانونية تبدأ من تاريخ صدور الحكم بالطلاق، وهذا يتنافى مع أحكام الشريعة.
- فرق الاجتهاد القضائي بين الطلاق الرجعي والطلاق البائن في قراره الصادر بتاريخ: 1968/11/27، وصرح بالطلاق الرجعي وحق الزوجة في الرجعة.
- وربط الرجوع بالعدة الأمر الذي لم يوضحه التشريع الأسري وذلك في قراره الصادر بتاريخ: 1986/02/10.
- نصت المادة 52 من قانون الأسرة الجزائري على الطلاق التعسفي وأوكل تحديد التعسف للقاضي فان رأى تعسفا حكم لزوجة بالتعويض.

- الحكم بالطلاق لا يكون إلا بعد محاولات الصلح، وغير قابل للاستئناف ما عدا في جوانبه المادية، كما جاء في المادتين 52 و57 من قانون الأسرة الجزائري، وهو ما أقرته المحكمة العليا في العديد من قراراتها من بينها القرار الصادر بتاريخ: 1999/04/27.

- الطلاق بالتراضي لا يكون إلا بعد إجراء محاولات الصلح ولا يوصف لا بالابتدائية ولا بالنهائية وهو بذلك يختلف عن باقي الأحكام في جعله مجرد إشهاد.

- إن من أهم مقومات الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه وتربيته على دين أبيه حسب نص المادة 62 من قانون الأسرة، وهو ما جاءت به المحكمة العليا في هذا الشأن في العديد من قراراتها.

- الحكم بالحضانة لأحد الزوجين يقتضي ألّا إعطاء حق الزيارة لطرف الآخر حسب نص المادة 64 من قانون الأسرة وهو ما جرت عليه المحكمة العليا في قراراتها.

- أن عمل المرأة لا يسقط حقها في ممارسة الحضانة حسب نص المادة 62 وهو ما أقرته المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ: 2002/07/03.

- تخصيص المشرع الجزائري لمادة واحدة في النزاع على متاع البيت غير كافٍ لأنها تفتح الكثير من الاجتهادات التي قد تؤدي إلى الاختلاف في الحكم

• الاقتراحات والتوصيات:

- على المشرع الجزائري إتباع منهج الوضوح والبيان في نصوصه ويترك التعميم والاطلاقات جانبا لأنها تؤدي غالبا إلى عدم الفهم الصحيح.

- التكوين الشرعي للقضاة مع مراعاة شرط السن عند تولية منصب القضاء.

- لابد من توكيل أمر تعديل قانون الأسرة إلى هيئة تتضمن كفاءات من ذوي الخبرة والاختصاص في الشريعة والقانون وأن يقتصر التعديل على المواد التي تتضمن أحكاما ضمنية أو مستتبطة عن طريق الاجتهاد.

- تعديل أو إلغاء المادة 49 لمخالفتها لأحكام الشريعة الإسلامية، فعلى المشرع أن يجعل ثبوت الطلاق من وقت تلفظ الزوج به.

- إعادة صياغة المادة 50 بحيث تكون كالآتي: من راجع زوجته أثناء محاولة الصلح لا يحتاج الى عقد جديد بشرط عدم انتهاء العدة ومن راجعها بعد صدور الحكم بالطلاق يحتاج الى عقد جديد بشر انتهاء العدة.
- إعادة النظر في صياغة المادة 58 فعلى المشرع الجزائري أن يجعل العدة من وقت وجود سببها وهو تلفظ الزوج بالطلاق.
- على المشرع الجزائري أن يبين الشروط الواجب توفرها في الحاضن وأن يوضح المقصود من مصلحة المحضون.
- على المشرع الجزائري إعادة النظر بالنسبة لمسألة ترتيب الحواضن خاصة فيما يخص تقديم الأب على باقي النسوة إذا كان الصغير رضيعا. يجب إيجاد حلول واليات للحد من ارتفاع نسب الطلاق في المجتمع الجزائري، كإقامة ندوات وملتقيات تحذر من الطلاق وتبين الآثار السلبية التي تترتب عليه.
- نقترح على المشرع إضافة مواد أخرى لمسألة النزاع على متاع البيت لأن المادة 73 لم تعرف المقصود منه وجاءت ببعض الحل وليس كله.

قائمة المصادر والمراجع

- القرآن الكريم.

- السنة النبوية الشريفة.

1. ابن ماجة في سننه، كتاب الأحكام، ج2.
2. أبو الحسين مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري، المسند الصحيح المختصر من السنن بنقل العدل عن العدل إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم، دار الأنوار.
3. أبو داود سليمان بن الأشعث السجستاني، سنن أبي داود، كتاب الأفضية، باب اجتهد الرأي في القضاء، دار ابن حزم، بيروت- لبنان، ط1، 1997.
4. السيد سابق، فقه السنة، دار الفكر العربي للطباعة، بيروت، 1973.

* الكتب:

5. ابن القيم الجوزية، زاد المعاد في هدي خير العباد، المجلد الثاني، دار الكتاب العربي، (د.ب.ن.)، (د.س.ن.).
6. ابن خلدون عبد الرحمن، المقدمة، دار الفكر، بيروت- لبنان، ط1، 1424هـ-2004م.
7. أبو الزهرة محمد، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، ط2، 1369هـ-1950م.
8. أبو العينين بدران، أحكام الزواج والطلاق في الإسلام، دار التأليف، مصر، ط2، 1961م.
9. آث ملويا لحسن بن الشيخ، المرشد في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة، ط3، 2016/2015.
10. آل خنين عبد الله، تنزيل الأحكام على الوقائع القضائية والفتوية في الفقه الإسلامي، مركز التميز البحثي في الفقه القضايا المعاصرة، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، الرياض، المملكة العربية السعودية، ط1، 2018، ص 38، المؤلف نفسه، توصيف الأفضية في الشريعة الإسلامية، مكتبة الملك فهد الوطنية، الرياض، ط1، 2003.
11. الأنصاري زكريا بن محمد، الغرر البهية في شرح منظومة البهجة الوردية، ج8، دار الكتب العلمية، ط1، بيروت، 1997.

12. برهان الدين أبي الوفاء إبراهيم، تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، ج1، دار عالم الكتب،، طبعة خاصة، 1423هـ - 2003م.
13. بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون - الجزائر، ط4، 2005، ج1.
14. بلحاج العربي، الوجيز في قانون الأسرة الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون - الجزائر، ط4، 2005، ج1.
15. بن أنور طارق سالم، في أحكام الطلاق، (د.ط)، دار الإيمان، الإسكندرية، (د.س.ن).
16. بن سعيدة عمر، الاجتهاد القضائي وفقا لأحكام قانون الأسرة، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2014.
17. بن عاشور محمد سامر، مدخل إلى علم القانون، الجامعة الافتراضية السورية، 2018.
18. تقية عبد الفتاح، قانون الأسرة مدعما بأحدث الاجتهادات القضائية التشريعية، دار الكتاب الحديث، القاهرة، ط1، 2011.
19. الجزائري أبو بكر جابر، منهاج المسلم، طبعة جديدة، دار الفكر، بيروت، 1424هـ - 2003م.
20. الجزيري عبد الرحمن، كتاب الفقه على المذاهب الأربعة، ج4، دار الفكر، بيروت، (د.س.ن).
21. جلال الدين عبد الرحمن، الاجتهاد ضوابطه وأحكامه، ط1، 1406هـ - 1986م.
22. الحيايالي عبد الوهاب قيس، ملكية أثاث بيت الزوجية، ط1، دار الحامد، عمان، 2008.
23. خلاف عبد الوهاب، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، ط9، 1438هـ، 2017م.
24. الداقوفي عباس قاسم مهدي، الاجتهاد القضائي مفهومه حالاته نطاقه، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي معززة بالتطبيقات القضائية، المركز القومي، العراق، ط1، 2015.
25. الدريني فتحي، نظرية التعسف في استعمال الحق، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1967.
26. الدسوقي شمس الدين، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج2، دار إحياء الكتب العربية، (د.س.ن).

27. ذيابي باديس، آثار فك الرابطة الزوجية (تعويض، نفقة، عدة، حضانة، متاع)، دراسة معمقة بالاجتهاد القضائي، دار الهدى، الجزائر، 2008.
28. الرازي فخر الدين ابن الحسين، المحصول في علم أصول الفقه، مؤسسة رسالة بيروت، ط1، 606هـ - 1209م، ج6.
29. الريسوني قطب، الاجتهاد القضائي المعاصر ضرورته ووسائل النهوض به، دار ابن حزم، بيروت - لبنان، ط1، 2007.
30. الزحلي وهبة، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر، دمشق - سوريا، ط2، 1405هـ - 1985م، ج7.
31. الزحيلي وهبة، الفقه الإسلامي وأدلته، ط4، دار الفكر، دمشق، 1997.
32. الزروي أحمد إبراهيم عباس، نظرية الاجتهاد في الشريعة الإسلامية، دار الشروق، ط1، 1403هـ - 1989م.
33. سايس جمال، الاجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية، منشورات كليك، المحمدية - الجزائر، ط1، 2013.
34. سايس جمال، قضايا الطلاق في الاجتهاد القضائي الجزائري، منشورات كليك، ط1، الجزائر، 2013.
35. السرطاوي محمود علي، فقه الأحوال الشخصية، الزواج والطلاق، ط1، دار الفكر، الأردن، 2008.
36. الشاطي أبو إسحاق إبراهيم موسى بن محمد اللخمي، الموافقات، دار بن عفان، المملكة العربية السعودية، ط1، 1997.
37. شلبي محمد مصطفى، أحكام الأسرة في الإسلام، الدار الجامعية، ط4، 1403هـ - 1982م.
38. الشيرازي أبي إسحاق إبراهيم ابن علي، اللمع في أصول الفقه، دار الحديث الكتانية، المملكة المغربية، ط1، 1434هـ - 2013م.
39. الصابوني عبد الرحمن، نظام الأسرة وحل مشكلاتها في ضوء الإسلام، دار الفكر المعاصر، بيروت - لبنان، ط3، 1426هـ - 2005م.

40. صقر نبيل، قانون الأسرة نصا وفقها وتطبيقا، (د.ط)، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2006.
41. عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، ط2، دار هومة، الجزائر، 2002.
42. العتوي قاسم، أنيس الفقهاء في تعريفات الألفاظ المتداولة بين الفقهاء، دار الوفاء، جدة- السعودية، ط1، 1406هـ- 1986م.
43. الغزاوي علي محمد، القاضي الشرعي حصانته وأحكامه وسلطانته، دار الكتب العلمية، بيروت- لبنان، (د.ط).
44. الغزاوي علي محمد، القاضي الشرعي حصانته وأحكامه وسلطانته، دراسة فقهية مقارنة في الشريعة والقانون اللبناني، دار الكتب العلمية، بيروت- لبنان، (د.ط).
45. الغندور أحمد، الطلاق في الشريعة الإسلامية والقانون، دار المعارف، ط1، مصر، 1967.
46. فخري جميل، حاتم محمد، متعة الطلاق وعلاقتها بالتعويض عن الطلاق التعسفي في الفقه والقانون، ط1، دار الحامد، عمان، 2009.
47. فضيل سعد، شرح قانون الأسرة الجزائري في الزواج والطلاق، ج1، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1988، ص ص 369، 370.
48. المالكي أحمد بن غنيم، الفواكه الدواني على رسالة ابن زيد القيرواني، ج1، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1997.
49. مذكور إبراهيم، المعجم الوجيز، مجمع اللغة العربية، (د.ط)، 1416هـ- 1996م،
50. المصري مبروك، الطلاق وآثاره من قانون الأسرة الجزائري، دار هومة، الجزائر.
51. معتوق وفاء حمزة، الطلاق وآثاره المعنوية والمالية في الفقه الإسلامي، ط1، دار القاهرة، مصر، 2000.
52. المقدسي ابن قدامة، عمدة الفقه في المذهب الحنبلي، المكتبة العصرية، ط1، صيدا- بيروت.

* المعاجم والقواميس:

53. إبراهيم مصطفى وآخرون، المعجم الوسيط، مجمع اللغة العربية، دار الدعوة، ط2، ج1.

54. ابن منظور محمد بن مكرم، لسان العرب، (د.ط)، ج3، دار صادر، بيروت، (د.س.ن).

* المقالات والدراسات:

54. خطاب آمنة محدود شيت، الطلاق الإلكتروني بين الشرع والقانون، مجلة العلوم الإسلامية، العدد 09.

55. ذبيح هشام، أحكام الطلاق والتطليق وأثر قانون الأسرة فيها على حماية الأبناء، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، الجزائر، العدد 09، مارس 2018، المجلد الأول.

56. سنييس محمد، حدود مفهوم الشريعة الإسلامية في الاجتهاد القضائي في قرارات المحكمة العليا لغرفة الأحوال الشخصية، مجلة البحوث العلمية والسياسية، العدد الرابع.

57. غويني بن ملح، أفكار حول الاجتهاد القضائي، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، العدد 1، 1997.

58. لدمية بن لبسط، ضوابط الاجتهاد المعاصر ومزالقه عند الشيخ يوسف القرضاوي، مجلة العلوم القانونية والاجتماعية، جامعة زيان عاشور الجلفة، العدد 10، جوان 2018.

59. المشعل عبد العزيز بن عبد الرحمن بن عبد العزيز، شرط الاجتهاد فيمن يلي القضاء، مجلة العدل، العدد 43، الرياض، رجب 1430هـ، ص 12، وينظر إلى: شرح منتهى الإيرادات، ج3.

* الأطروحات والرسائل والمذكرات الجامعية:

60. بن صغير محفوظ، الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري، أطروحة دكتوراه في العلوم الإسلامية، تخصص فقه وأصول، جامعة الحاج لخضر باتنة، كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الإسلامية، قسم الشريعة، 1430 هـ، 2099م.

61. بن عصمان نسرین ایناس، مصلحة الطفل في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، تخصص قانون الأسرة، جامعة تلمسان، 2008.
62. حسين أحمد منصور، مسكن الزوجية، رسالة ماجستير، جامعة القاهرة، مصر، (د.س.ن).
63. دالي فتيحة، تصرفات المريض مرض الموت في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة البويرة، 2013.
64. سعادي لعلی، الزواج وانحلاله في قانون الأسرة الجزائري - دراسة مقارنة - بحث لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، الجزائر، كلية الحقوق، جامعة الجزائر1، 2015/2014.
65. غربي خليفة، إسهام الاجتهاد القضائي في تعديل قانون الأسرة الجزائري، انحلال الزواج نموذجا، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة الجلفة، 2018/2017.
66. مطروح عدلان، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية بالمحكمة العليا خلال مقاصد الشريعة، أطروحة دكتوراه في العلوم الإسلامية، كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية، قسم العلوم الإسلامية، تخصص فقه وأصول، جامعة وهران01، 2015/2014.
- * القوانين والمراسيم:
67. قرار المحكمة العليا، المجلة القضائية، العدد 01، 2004.
68. قرار المحكمة العليا، المجلة القضائية، العدد 02، 1989.
69. قرار المحكمة العليا، المجلة القضائية، العدد 02، 2002.
70. القرار المؤرخ في: 1998/04/21، رقم الملف: 189234، المجلة القضائية، غرفة الأحوال الشخصية.
71. القرار رقم 32594، المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، الصادر بتاريخ: 1983/04/02، المجلة القضائية، العدد 01، 1989.
72. القرار رقم 39203، المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، الصادر بتاريخ: 1985/12/30، المجلة القضائية، العدد 04.

73. القرار رقم 39775، المحكمة العليا، الصادر بتاريخ: 1986/01/27، غرفة الأحوال الشخصية، المجلة القضائية، العدد 1، 1989.
74. القرار رقم: 101444، المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ: 1993/12/21، المجلة القضائية، عدد 02، 1993.
75. قرار رقم: 103637، المحكمة العليا، بتاريخ 1994/04/19، المجلة القضائية، 2001، عدد خاص.
76. القرار رقم: 123889، المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ: 1995/10/24، المجلة القضائية، نشرة القضاة، العدد 52، 1997.
77. قرار رقم: 137571، المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 1996/06/18، المجلة القضائية، عدد 02، 1997.
78. القرار رقم: 174207، المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ: 2002/07/03، المجلة القضائية، العدد 01، 2004.
79. القرار رقم: 179471، المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ: 1998/03/17، الاجتهاد القضائي، المجلة القضائية، عدد خاص، 2001.
80. القرار رقم: 179696، المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ: 1998/03/17، المجلة القضائية، عدد خاص، 2001.
81. قرار رقم: 243949، المحكمة العليا، بتاريخ 2005/05/23، المجلة القضائية، عدد خاص، 2001.
82. القرار رقم: 265727، المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ: 2002/02/13، المجلة القضائية، العدد 02، 2002.
83. القرار رقم: 33719، المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، الصادر بتاريخ: 1993/11/23، المجلس القضائي، عدد خاص، 2001.
84. القرار رقم: 88/344، مجلس قضاء معسكر، بتاريخ: 1989/01/16، (غير منشور).
85. القرار رقم: 35322، المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 1984/12/17، المجلة القضائية، 1989.

86. قرار رقم: 39463 المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 10/02/1986، المجلة القضائية، العدد 09.
87. القرار رقم: 40437، المحكمة العليا، الصادر بتاريخ: 05/05/1986، غرفة الأحوال الشخصية، غير منشور.
88. القرار رقم: 45658، المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ: 07/12/1987، المجلة القضائية، العدد 14، 1990.
89. القرار رقم: 52212، المحكمة العليا، الصادر بتاريخ: 16/01/1989، غرفة الأحوال الشخصية، المجلة القضائية، العدد 03، 1991.
90. القرار رقم: 52221، المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ: 13/03/1989، المجلة القضائية، الملف رقم: ، العدد 1، 1997.
91. الأمر 02/05 المؤرخ في 27 فبراير 2005م، يعدل ويتم قانون الأسرة، الجريدة الرسمية، العدد 15، المؤرخ في 27 فبراير 2005م.
92. المجلس الأعلى، غرفة الأحوال الشخصية، القرار الصادر بتاريخ: 09/07/1984، ملف رقم: 32829، المجلة القضائية، العدد 1، 1990.
93. المجلس الأعلى، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 12/11/1982، ملحق رقم 28784 نشرة القضاة عدد 2.
94. المحكمة العليا، الغرفة المدنية، 27/11/1968، المجلة القضائية، ج 09، 1968.
95. المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، القرار الصادر بتاريخ: 12/10/2005، ملف رقم: 334543، نشرة القضاة، 2008، العدد 62.
96. المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، القرار الصادر بتاريخ: 19/12/1988، ملف رقم: 51894، المجلة القضائية، العدد 1، 2001، ص 70.
97. المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، القرار الصادر بتاريخ: 30/07/2002، ملف رقم: 274207، المجلة القضائية، العدد 1، 2004.
98. المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ: 02/01/1983، المجلة القضائية، ج 3، 1984.

99. المحكمة العليا، غرفة القانون الخاص، بتاريخ: 10/02/1971، المجلة القضائية، العدد 02، 1972.
100. المحكمة العليا، غرفة القانون الخاص، بتاريخ: 6/11/1968، المجلة القضائية، ج1، 1968.
101. المحكمة العليا، قرار رقم: 34327، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ: 22/10/1984، المجلة القضائية، العدد 03، 1989.
102. المحكمة العليا، قرار رقم: 40351، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ: 14/02/1986، غير منشور.
103. محكمة سعيده، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 21/05/2008، رقم الفهرس 08/1983 ملحق رقم 04.
- * المحاضرات:
104. عياش رتيبة، محاضرات في الاجتهاد القضائي في شؤون الأسرة، أقيمت على طلبه السنة أولى ماستر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة البليدة 2، 2021/2020.
105. غجاتي فؤاد، محاضرات الاجتهاد القضائي في قانون الأسرة، أقيمت على طلبه السنة الثانية ماستر، تخصص قانون الأسرة، كلية الحقوق، جامعة البويرة، 2020/2019.

فهرس الآيات والأحاديث

- 01- فهرس سور وآيات القرآن الكريم.
02- فهرس الأحاديث النبوية.

فهرس الآيات			
الآية	رقم الآية	السورة	الصفحة
وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ	الروم	21	ب
وَإِنْ يَتَفَرَّقَا يُغْنِ اللَّهُ كُلًّا مِنْ سَعَتِهِ	البقرة	130	ب
وَأَقْسَمُوا بِاللَّهِ جَهْدَ أَيْمَانِهِمْ	الأنعام	109	10
وَالَّذِينَ لَا يَجِدُونَ إِلَّا جُهْدَهُمْ	التوبة	72	10
وَقَضَىٰ رَبُّكَ أَلَّا تَعْبُدُوا إِلَّا إِيَّاهُ	الإسراء	23	11
وَقَضَيْنَا إِلَىٰ بَنِي إِسْرَائِيلَ	الإسراء	04	11
وَدَاوُدَ وَسُلَيْمَانَ إِذْ يَحْكُمَانِ فِي الْحَرْثِ إِذْ نَفِثَتْ فِيهِ غَنَمُ الْقَوْمِ وَكُنَّا لِحُكْمِهِمْ شَاهِدِينَ	الأنبياء	78	14
إِنَّا أَنْزَلْنَا إِلَيْكَ الْكِتَابَ بِالْحَقِّ فَاعْبُدِ اللَّهَ مُخْلِصًا لَهُ الدِّينَ	الزمر	01	14
وَأَخَذْنَا مِنْكُمْ مِيثَاقًا غَلِيظًا	النساء	21	29
لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً	البقرة	236	31
الطَّلَاقُ مَرَّتَانٍ فَاِمْسَاكِ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٍ بِإِحْسَانٍ	البقرة	229	31
وَلَا تَمْسُكُوهُنَّ ضَرَارًا لِيَتَعْتَدُوا	البقرة	131	39
يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا الْعِدَّةَ	الطلاق	01	74-31
وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ وَلَا يَحِلُّ لَهُنَّ أَنْ يَكْتُمْنَ مَا خَلَقَ اللَّهُ	البقرة	228	52-50-35
تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَقْرُبُوهَا	البقرة	187	38
وَلِلْمُطَلَّقَاتِ مَتَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ	البقرة	241	40
وَالَّذِينَ يَتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا	البقرة	234	51-50
وَاللَّائِي يَنْسَنَ مِنَ الْمَحِيضِ مِنْ نِسَائِكُمْ إِنْ ارْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ وَاللَّائِي لَمْ يَحْضَنْ وَأُولَاتِ الْأَحْمَالِ	الطلاق	04	52-51
فَتَقَبَّلَهَا رَبُّهَا بِقَبُولٍ حَسَنٍ وَأَنْبَتَهَا نَبَاتًا حَسَنًا وَكَفَّلَهَا زَكَرِيَّا	آل عمران	37	54
لَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَنْ تَدْخُلُوا بُيُوتًا غَيْرَ مَسْكُونَةٍ فِيهَا مَتَاعٌ لَكُمْ وَاللَّهُ يَعْلَمُ مَا تُبْدُونَ وَمَا تَكْتُمُونَ	النور	29	67
قَالُوا يَا أَبَانَا إِنَّا ذَهَبْنَا نَسْتَبِقُ وَتَرَكْنَا يُوسُفَ عِنْدَ مَتَاعِنَا فَأَكَلَهُ الذِّئْبُ	يوسف	17	68
فهرس الأحاديث			
الحديث	الراوي	الصفحة	
لما بعث الرسول صل الله عليه وسلم معاذ إلى اليمن قاضيا وقال: بما تحكم يا معاذ؟	أبو داود	14	

18	مسلم	إذا حكم الحاكم فاجتهد ثم أصاب فله أجران، وإذا حكم فاجتهد ثم أخطأ فله أجر
31	أبو داود	مره فليراجعها ثم ليمسكها حتى تطهر، ثم تحيض ثم تطهر
39	ابن ماجة	لا ضرر ولا ضرار
50	ابن ماجة	طلاق الأمة طلقتان وعدتها حيضتان
55	أبو داود	أنت أحق به ما لم تنكحي

فهرس المحتويات

فهرس المحتويات	
الموضوع	الصفحة
الإهداء	
شكر وتقدير	
مقدمة	أ - ز
الفصل الأول: ماهية الاجتهاد القضائي.	
تمهيد:	09
المبحث الأول: مفهوم الاجتهاد القضائي ومكانة الفقه الإسلامي فيه وبيان مجالاته.	10
المطلب الأول: تعريف الاجتهاد القضائي.	10
الفرع الأول: مفهوم الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي.	10
أولا/ تعريف الاجتهاد.	10
ثانيا/ تعريف القضاء.	11
ثالثا/ تعريف الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي:	13
الفرع الثاني: تعريف الاجتهاد القضائي في القانون الوضعي.	13
أولا/ تعريف الاجتهاد بالنسبة للقضاء.	13
ثانيا/ تعريف القضاء.	13
ثالثا/ الاجتهاد القضائي في القانون.	14
المطلب الثاني: مكانة الفقه الاسلامي في الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا ومجالاته.	15
الفرع الأول: مكانة الفقه الاسلامي في الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا	15
الفرع الثاني: مجالات الاجتهاد القضائي في شؤون الأسرة الجزائري.	16
أولا/ الاجتهاد في نطاق النص.	16
ثانيا/ الاجتهاد فيما لا نص فيه:	18
المبحث الثاني: عوامل تطور الاجتهاد القضائي وأهميته، مصادر ضوابطه وفوائده.	19
المطلب الأول: العوامل المساعدة على تطور الاجتهاد القضائي في مسائل الأسرة وأهميته.	19

19	الفرع الأول: العوامل المساعدة على تطور الاجتهاد القضائي في مسائل الأسرة.
19	أولا/ التطور العلمي والطبي:
20	ثانيا/ الوضع السياسي والاجتماعي:
21	ثالثا/ التأثير بالحضارات الوافدة.
21	الفرع الثاني: أهمية الاجتهاد القضائي.
23	المطلب الثاني: مصادر وضوابط الاجتهاد القضائي في أحكام الأسرة وفوائده.
23	الفرع الأول: مصادر الاجتهاد القضائي الأسري بعد الاستقلال.
23	أولا/ الفقه الإسلامي:
24	ثانيا/ العرف الجزائري:
24	الفرع الثاني: ضوابط الاجتهاد القضائي.
26	الفرع الثالث: فوائد الاجتهاد القضائي في قضايا الأسرة.
27	خلاصة الفصل.
الفصل الثاني: الاجتهاد القضائي في أحكام الطلاق وآثاره	
29	تمهيد:
30	المبحث الأول: الاجتهاد القضائي في أحكام الطلاق.
30	المطلب الأول: مفهوم الطلاق وبيان دور القاضي في الحكم فيه.
30	الفرع الأول: تعريف الطلاق.
30	أولا/ تعريف الطلاق في الفقه الإسلامي.
33	ثانيا/ تعريف الطلاق في قانون الأسرة الجزائري:
33	الفرع الثاني: دور القاضي في الحكم بالطلاق.
34	المطلب الثاني: أحكام الطلاق.
35	الفرع الأول: أحكام الطلاق الرجعي والباطن.
35	أولا/ من الجانب الفقهي:
36	ثانيا/ من الجانب القانوني:
38	الفرع الثاني: أحكام الطلاق التعسفي.
38	أولا/ مفهوم الطلاق التعسفي:

39	ثانيا/ تعريف الطلاق التعسفي.
39	ثالثا/ حكم الطلاق التعسفي:
40	رابعا/ صور الطلاق التعسفي:
45	الفرع الثالث: أحكام الطلاق بالتراضي.
49	المبحث الثاني: آثار الطلاق في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري.
49	المطلب الأول: أحكام العدة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري.
49	الفرع الأول: أحكام العدة في الفقه الإسلامي.
52	الفرع الثاني: العدة في قانون الأسرة الجزائري.
53	المطلب الثاني: أحكام الحضانة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري.
54	الفرع الأول: أحكام الحضانة في الفقه الإسلامي.
54	أولا/ تعريف الحضانة في الفقه الإسلامي.
54	ثانيا/ حكمها:
54	ثالثا/ دليل وجوبها:
55	رابعا/ تعريف الحضانة قانونا:
55	خامسا/ مدة الحضانة:
56	سادسا/ مسكن الحضانة في الشريعة الإسلامية:
56	سابعا/ سقوط الحضانة واستعادتها:
57	ثامنا/ رجوع الحضانة للمرأة بعد سقوطها:
57	الفرع الثاني أحكام الحضانة في قانون الأسرة الجزائري.
57	أولا/ شروط الحضانة:
60	ثانيا/ مصلحة المحضون في قانون الأسرة الجزائري:
67	المطلب الثالث: أحكام النزاع على متاع البيت في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري.
67	الفرع الأول: أحكام النزاع على متاع البيت في الفقه الإسلامي.
67	أولا/ مفهوم متاع بيت الزوجية:
68	ثانيا/ الاختلاف في متاع البيت بين الزوجين:

69	الفرع الثاني: أحكام النزاع على متاع البيت في قانون الأسرة الجزائري.
71	خلاصة الفصل:
75 -73	خاتمة وتوصيات
85 -77	قائمة المصادر والمراجع
88 -87	فهرس الآيات والأحاديث
93 -90	فهرس المحتويات
/	ملخص الدراسة

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

ملخص:

نعالج في هذا الموضوع الاجتهاد القضائي في مسائل الطلاق وآثاره، التي نظمها المشرع الجزائري في قانون الأسرة رقم 11/84 المعدل والمتمم بموجب الأمر 02/05 المؤرخ في 27 فبراير 2005. وذلك ببيان مفهوم الاجتهاد القضائي ومشروعيته ومجالاته في شؤون الأسرة، والعوامل المساعدة على تطوره و الضوابط التي تحكمه و أهم مصادره.

مع بيان أهميته في الجانب التطبيقي لشؤون الأسرة، وذلك بإكمال النقائص وسد الثغرات التي وقع فيها المشرع الأسري في أحكام الطلاق وآثاره، بالاستناد على المرجعية الأساسية التي كفلها له قانون الأسرة في المادة 222 منه، ألا وهي أحكام الشريعة الإسلامية.

الكلمات المفتاحية: الاجتهاد القضائي، التشريع الأسري، أحكام الشريعة الإسلامية، الطلاق و آثاره.

Abstract :

We deal in this matter with the jurisprudence in matters of divorce and its effects, which were regulated by the Algerian legislator in Family Law No. 84/11 amended and supplemented by Order 05/02 of 27 February 2005.

And that is by explaining the concept of jurisprudence, its legitimacy and its fields in family affairs, the factors that help in its development, the controls that govern it, and its most important sources.

With a statement of its importance in the practical aspect of family affairs, by completing the shortcomings and filling the gaps that the family legislator fell into in the provisions of divorce and its effects, based on the basic reference guaranteed to him by the Family Law in Article 222 of it, which is the provisions of Islamic Sharia.

Keywords: *Judicial jurisprudence, family legislation, Islamic Sharia provisions, divorce and its effects.*